

מאזני משפט

כרך יא

מאזני משפט

המכללה האקדמית נתניה
בית-הספר למשפטים

כרך יא

תשע"ו-2016

עורכת:

ד"ר שרונה אהרונים-גולדנברג

עורכי משנה:

מיטשניק רון, בן-לולו מעיין, פלג אסף

חברי מערכת:

אבניאון אור, חודדטוב סיגל, כהן-זדה נטלי, אליהו כרמל, מסעוד ליאנה,
לגלי עמוס, אדרי מאיר, פויגל לובה, איבי שיר, קליין אפי, שליו רועי, רביד בן,
אלימלך יצחק, סוחר אפיק, שדה רחל, כהן הדר, בר-אור נעם, לסרי רועי

רכזת מערכת:

מוניקה קושניר



הוצאת המכללה האקדמית נתניה, בית-הספר למשפטים

© כל הזכויות שמורות למכללה האקדמית נתניה
רח' האוניברסיטה 1, קרית יצחק רבין, נתניה 42365
אתר הבית: <http://www.netanya.ac.il>
טל': 09-8607791 פקס: 09-8607794
Email: monica@m.netanya.ac.il

ניתן לצטט או להעתיק רשומות או חלקיהן
בתנאי שיפורסם שם המחבר ושם כתב העת.

המערכת מזמינה את ציבור המשפטנים/החוקרים
להגיש מאמרים מפרי עטם למערכת לכתובת:
monica@m.netanya.ac.il
על פי הכללים שמפורסמים באתר כתב העת:
<http://www.netanya.ac.il/Schools/LawSchool/Journal/Pages/default.aspx>

את המאמרים שראו אור בכרך זה ניתן למצוא בדף האתר באיטרנט:
<http://www.netanya.ac.il/Schools/LawSchool/Journal/Pages/XI.aspx>

ניתן למצוא אותנו בפייסבוק בכתובת:
 <https://www.facebook.com/mozneymishpat>

עימוד: עלי-אור 02-6519639
דפוס: תירוש הוצאה לאור בע"מ, תל-אביב

תוכן הענינים

7	דבר העורכת	שרונה אהרונ־גולדנברג
	זכות לביטול עסקאות צרכניות מיוחדות	סיני דויטש
11	ב"תקופת צינון": מאפיינים, הצדקות וקביעת סטנדרטים של סחר הוגן	
	התרופות בגין פגיעות במשקיעים זרים: הדרך המפותלת שבין העדר סעד, סעד של פיצויים ו/או השבת המצב לקדמותו על רקע לקחים ממגזרי הגז והנפט – מאמר המשך	אלברטו מ' אהרונוביץ
77		
	אין מנוס משינוי ההלכה בעניין גלעד – ההכרח בהחזרת החיסיון לוועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות	בלהה כהנא
159		
221	תקרת הפיצוי לנפגע עברה בהליך הפלילי הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב	יניב ואקי אסף הרדוף
271		
	הענישה בישראל על נהיגה בשכרות – מבט אמפירי	אברהם טננבוים
321		
	על הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – אדם, חוה והנחש: ניתוח סיפור גן־עדן בראי המשפט הפלילי הישראלי	יובל ליבדרו
361		
405	מודל המזונות הרעיוניים בדיני המשפחה על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי	יצחק כהן טלי מרקוס
435		

דבר העורכת

הבאת אסופת מאמרים לדפוס היא הזדמנות להביט אל עבר האופק ולנסות להתוות את הדרך שראוי לילך בה.

באקדמיה נשמעים בשנים האחרונות קולות צורמים – קריאות להרחקת המלומדים הישראלים מזירת החקר הגלובלית. כעולה מסקר שערך מרכז IFOR (International Freedom of Research Center) לחופש אקדמי, קולות אלה משפיעים על המחקר הישראלי: כ-16% מכלל החוקרים הישראלים שהשתתפו בסקר מסתירים את זהותם הישראלית בשל החשש שיוחרמו: שמות משפחה יהודיים מוצפנים; סקרים אינם מועברים בארץ; ונושאי מחקר אינם עוסקים בישראל. תופעת החרם האקדמי זולגת גם לקמפוסים בעולם ופוגעת במרצים ובסטודנטים יהודים. ברי ש"חרם אקדמי" הוא דבר והיפוכו, שכן כל מהותו של עולם האקדמיה מבוססת על שיח ועל פתיחות, ולא על השתקת חוקרים. ברי גם שחרם אקדמי המכוון דווקא כלפי חוקרים ישראלים רק בשל ארץ מוצאם מהווה פגיעה בזכות לשוויון. אך מה עלינו לעשות? סבורתני שעלינו ליטול חלק במערכה על חופש המחקר שלנו. כך, למשל, ניתן לכתוב מכתב מחאה לארגון המתכוון להחרים את המוסדות האקדמיים הישראליים; לפרסם טורי דעה; או לדבר עם קולגות בחוץ-לארץ על ליקוי המאורות הטמון בפיטורי מרצים רק כי הם ישראלים.

ועוד קצת על הקשר שבין הלוקלי לגלובלי, הפעם מזווית אחרת: הדוח המפתיע של הוועדה להערכת איכות לימודי המשפטים בישראל. לצד התפעלותם של חברי הוועדה מרמת הפרודוקטיביות הגבוהה של אנשי המשפט הישראלים, הם ביקרו את ההתמקדות במשפט העולמי ובפרסומים באנגלית. "לא הרי פיזיקאי כהרי משפטן", הם כתבו, שהרי לדיסציפלינת המשפט יש גם היבט לוקלי, ולא רק גלובלי. אכן, עלינו לעצב במו ידינו את החברה האזרחית שבה אנו חיים. ארגז הכלים שלנו מכיל, בראש ובראשונה, מאמרים, וכדי שהמאמרים ישפיעו, עליהם להתפרסם במאגרי המשפט שלנו ובעברית. האם דוח המל"ג נכנס לוועדות הקידום? האם מרצים החלו לקבל קרדיט ראוי על פרסומים בעברית? חוששתני שלא. נכון, "מוחם של אנשים שבוי בהרגלים ישנים" (ג'ון דיואי), אך שומה עלינו להפנים וליישם את הדוח החכם הזה ולתת קרדיט בעבור מאמרים המתפרסמים בעברית.

המאמרים הרואים אור באסופה זו מנתחים סוגיות משפטיות חשובות. את הכרך פותח מאמרו של פרופ' סיני דויטש, הדן בביטול עסקאות צרכניות מיוחדות, כגון עסקאות מקוונות, ומציע כלים להסדרת הנושא. בהמשך מופיע מאמרו של ד"ר אלברטו מ' אהרונוביץ, הדן בתרופות שניתן לבקש במישור הבין-לאומי בעקבות פגיעות במשקיעים זרים כתוצאה מהפקעה או מהלאמה, ובוחר סעדים משפטיים חלופיים לפיצויים, כגון ביטול הצעדים שפגעו בהשקעה והשבת המצב לקדמותו.

מאמרה של השופטת בדימוס ד"ר בלהה כהנא יוצא בקריאה להשבת החיסיון שהוטל על ועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים, לאחר שהלכת גלעד יצרה סדקים במעטה זה.

מאמרים אחדים עוסקים בהיבטים מגוונים של הדין הפלילי. מאמרו של ד"ר אסף הרדוף עוסק בנרטיב הלא-מוכר של פרשת זדורוב, ובוחר מדוע ייצרה פרשה זו בתקשורת ובציבור ספקנות כה חזקה ומתמשכת באשמתו של המורשע – כזו שאינה אופיינית בישראל. הוא מציע לתור אחר ספקות בכל תיק ותיק, ולא להסתפק בטיעון של חזקת החפות. במאמרו של ד"ר יניב ואקי מוצע לבטל את תקרת הפיצוי לנפגעי עברה בהליך הפלילי – נושא "חם" המונח בימים אלה על שולחנו של בית-המשפט העליון. במאמרו של השופט בדימוס ד"ר אברהם טננבוים, העוסק בענישה בישראל על נהיגה בשכרות, מוצע לשנות את עונש-המינימום של פסילת רישיון ולהחליפו בעונשים מדרגיים מידתיים. מאמרו של השופט ד"ר יובל ליבדרו משקיף מבעד לעדשת הדין הפלילי על סיפורם של הנאשמים הראשונים – יושבי גן-עדן התנ"כי.

שני מאמרים עוסקים בדיני משפחה. הרב פרופ' יצחק כהן בוחן במאמרו, העוסק בדיני משפחה, את מוסד העילה הנמשכת, ומציע מודל חדש ומאוזן יותר. ד"ר טלי מרקוס מעוררת דיון רב פנים באפשרות הרחבתו של מוסד "ההורות החברתית", תוך הישארות בתוך עולם המושגים המשפטי.

מאחלת לכם קריאה מעשירה,
שרונה

שלמי תודה

לא בכל יום יוצא לנו להביט סביב ולשים לב עד כמה אנחנו מבורכים. והנה, כאשר אני מביטה לצדדים ועיניי פוגשות את חבריי למלאכת העריכה, ליכי עולה על גדותיו.

בראש ובראשונה ברצוני לברך את עורכי־המשנה המופלאים של כרך זה: מעיין אמיתי, רון מיטשניק, כרמל אליהו, דניאל (ודים) אנסקי ואסף פלג. אין מילים בפי לתאר את מסירותם לעבודת המערכת. הגדילו לעשות דניאל, רון ואסף, אשר המשיכו להתנדב בעבודת העריכה גם לאחר תום לימודיהם במכללה! ישיבות המערכת הסוערות והמרתקות היוו מראה מדויקת להתעמקות ולהשקעה של חברי המערכת בעבודתם, ואני מודה להם על כך.

ברצוני לברך את הַדָּקֵן ומורה־הדרך שלי, פרופ' סיני דויטש, על מטריית התמיכה הרחבה שנתן לעבודת המערכת בכל דרך אפשרית – אני מעריכה זאת מאוד. אין לתאר את עבודת המערכת ללא הלב הפועם שלה – הלא היא רכות כתב־העת מוניקה קושניר, אשר ניהלה, תיווכה והאירה את דרכנו. תודה גדולה שלוחה גם לריקי בלוגולובסקי אשר המשיכה את עבודת הריכוז ודאגה לכל מחסורנו. ברכות תודה חמות לצוות המנהלי שמלווה אותנו, ובמיוחד לעו"ד חנה פורר, ראש מנהל הפקולטה; לאורלי גפטר – על עבודת גרפיקה נהדרת; לעמלי סידס – על הסיוע בארגון; וליריב זרביב – על תפעול העמוד שלנו באתר המכללה. אנו שולחים מכאן ברכות ותודות מיוחדות לעורך הלשוני הפנומנלי שלנו גיא פרמינגר, שמרביץ בנו את תורת הלשון; לאורית קלצקי, המעמדת החרוצה שלנו, אשר עינה הבוחנת אינה פוסחת על שום אות סרבנית שאינה במקומה; ולגבי ליאני, המתורגמן שלנו לאנגלית, העושה עבודה מקצועית ומסורה.

תודה חמה במיוחד מסורה לשופטים האנונימיים של המאמרים, הן לאלה הנמנים עם חבריי לסגל בית־הספר למשפטים במכללה והן לאלה החיצוניים, העושים מאחורי הקלעים את העבודה הכי פחות מתגמלת – קוראים את המאמר ואינם זוכים בהכרה פומבית על כך. והתודות האחרונות למחברי המאמרים – על שיתוף־הפעולה והנכונות לתקן את מה שדרש תיקון.

מקווה לראותכם לצידי גם בהמשך הדרך,
שרונה

זכות לביטול עסקאות צרכניות מיוחדות ב"תקופת צינון": מאפיינים, הצדקות וקביעת סטנדרטים של סחר הוגן

סיני דויטש*

תקציר

הזכות לביטול עסקאות באופן חד-צדדי על-ידי הצרכן נהפכה לבת-בית בדיני הגנת הצרכן בישראל. קיימת זכות לחרטה בתקופת צינון בעסקאות צרכניות מיוחדות ובעסקאות צרכניות רגילות. קיימת גם זכות השתחררות מעסקאות לזמן ממושך. הכרה בזכויות אלה היא חלק מהמעבר מהגנת הצרכן מפני עוסקים לא-נורמטיביים לדינים שנועדו לקדם את הסחר ההוגן. זכות החרטה בנוגע להתקשרות היא דוגמה מובהקת לדינים מיוחדים לחוזים צרכניים. מטרתו של חוזה היא להבטיח ביטחון, יציבות וודאות, אך בשל שיקולים חברתיים וכלכליים חשובים הוחלט לסטות מכללים אלה בחוזים צרכניים.

גם לאחר שניתנה לצרכן זכות ביטול רחבה מכוח תקנות ביטול עסקה משנת 2010, יש עדיין חשיבות לסוגיות של ביטול עסקאות מיוחדות (רוכלות, יחידות נופש ומכר מרחוק), וזאת בשל הדינים והמאפיינים המיוחדים שלהן.

קיימת ביקורת בספרות המשפטית על הזכות לביטול חד-צדדי של עסקה על-ידי הצרכן בתקופת הצינון. בעסקת רוכלות קל יחסית להצדיק את זכות החרטה, שכן הצרכן לא יזם את הרכישה. בעסקה של רכישת יחידות נופש יש הצדקה לרגולציה, וזאת בשל הניצול לרעה של צרכנים בעסקה זו בשנות התשעים. מאוחר יותר התברר כי אין די בזכות להתחרט,

* פרופסור למשפטים, המשנה לנשיא ודקן בית-הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. ברצוני להודות לחברי הסגל שקראו טיוטות קודמות של מאמר זה והעירו הערות חשובות ומועילות. במיוחד ברצוני להודות לפרופ' משה גלברד מבית-הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה על הערותיו החשובות.

והוספה גם הזכות להשתחררות מעסקה של רכישת יחידת נופש. הזכות להתחרט מוגבלת לזמן קצר לאחר הרכישה. הזכות להשתחררות מהחוזה היא הזכות לבטל בתנאים מסוימים את ההסכם גם זמן ממושך לאחר ההתקשרות.

סוגיה בעלת חשיבות מיוחדת היא זכות הביטול בעסקות מכר מרחוק. עסקות מכר מרחוק נעשות ביוזמת הצרכן, ואין בהן כשלעצמן פגמים של ניצול לרעה. לפיכך יש לבחון במיוחד את ההצדקות לזכות החרטה בעסקאות אלה. המאמר מספק בנושא זה כמה תשובות. סוגיית-משנה חשובה היא הסוגיה של ביטול עסקאות של סחר מקוון במרשתת. רכישות במרשתת מצויות בקו עלייה, וחשיבותן לצרכנים ולעוסקים היא רבה. גם כאן יוצגו במאמר נימוקים רבים מדוע הזכות לחרטה בתקופת צינון עדיפה על מצב שבו זכות כזו אינה ניתנת.

סוגיה מיוחדת במסגרת הנושא של ביטול רכישות במרשתת היא ביטול עסקה מקוונת של רכישת שירותי תיירות. המאמר מציע להבחין בין רכישת שירותי תיירות בישראל לבין רכישת שירותים שיסופקו במלואם בחוץ-לארץ. בשירותי תיירות בישראל היתרונות שבמתן זכות ביטול לצרכן עולים לאין ערוך על הנזק שעלול להיגרם לעוסק. לעומת זאת, כאשר מדובר בשירותי תיירות שיסופקו כולם בחוץ-לארץ, קיים חשש שהעוסק לא יוכל לצמצם את הנזק שבביטול העסקה, ולפיכך אני מציע לתקן את ההוראות בחוק הגנת הצרכן העוסקות במכירת שירותי תיירות בחוץ-לארץ, וזאת בכפוף להרחבה משמעותית של חובות הגילוי.

מסקנת המאמר היא שיש לראות בהרחבת זכויות הביטול של הצרכן מהפך בדיני הגנת הצרכן – מהפך שמטרתו קידום הסחר ההוגן, שזו המגמה החדשה של הגנת הצרכן.

מבוא והצגת הנושא

- א. השינויים בחוק הגנת הצרכן שמטרתם לקדם את הסחר ההוגן
- ב. הזכות לביטול חד-צדדי של עסקאות
 1. עסקאות צרכניות שניתן לבטל באופן חד-צדדי לאחר כריתת חוזה
 2. ההכרה בזכות לבטל עסקאות "מיוחדות" בתקופת הצינון באירופה ובארצות-הברית
- ג. נימוקים המצדיקים מתן זכות לביטול עסקאות מיוחדות בתקופת צינון למרות הביקורת
 1. הביקורת על זכות הביטול החד-צדדית של הצרכן
 2. נימוקים המצדיקים את זכות הביטול החד-צדדית של הצרכן
 3. ההצדקות לזכות הביטול החד-צדדית של הצרכן לפי הגישה הכלכלית למשפט
- ד. ביטול עסקת רוכלות
 1. ההצדקות לזכות החרטה של הצרכן בעסקת רוכלות
 2. מגבלות בנוגע לזכות החרטה בעסקת רוכלות
 3. זכות הביטול בעסקת רוכלות כגיבוי לביטול חוזה בשל פגמים בכריתה
 4. הרחבת דיני הרוכלות כחלק מהמעבר מהגנת הצרכן להסדרת הסחר ההוגן
- ה. ביטול עסקה של רכישת יחידת נופש
 1. המיוחד בעסקה של רכישת יחידת נופש
 2. ההצדקות לתקופת צינון בעסקת רכישת יחידת נופש
- ו. ביטול עסקת מכר מרחוק (כולל מסחר מקוון במרשתת)
 1. המיוחד בעסקת מכר מרחוק
 2. ההצדקות לתקופת צינון בעסקת מכר מרחוק
 3. מגבלות בנוגע לזכות הביטול בעסקת מכר מרחוק
 4. הבעייתיות בזכות לביטול עסקאות של סחר מקוון וההצדקות לזכות זו
 5. ההבדלים בין חרטה בעסקת מכר מרחוק (מרשתת) לבין חרטה על-פי תקנות ביטול עסקה – הסוגיה של שירותי תיירות
 6. הבעייתיות בזכות לביטול עסקה מקוונת של רכישת שירותי תיירות
- (א) ההצדקות לזכות לביטול עסקה מקוונת של רכישת שירותי תיירות בישראל
- (ב) הבעייתיות בזכות לביטול עסקה של רכישת שירותי תיירות בחוץ-לארץ

סיכום ומסקנות

מבוא והצגת הנושא

מאמר זה יעסוק בשתי סוגיות. העיקרית מביניהן היא זכות הצרכן לבטל "עסקאות מיוחדות"¹ בתוך "תקופת הצינון"², וההצדקות לזכות זו. נושא זה יידון בפרקים ב עד ו. הסוגיה האחרת היא המעבר בדיני הגנת הצרכן מהגנת הצרכן מפני התנהגות לא-נורמטיבית של העוסק להוראות שמיועדות להסדיר את הסחר ההוגן. זכות הצרכן לביטול עסקאות לאחר שנכרת הסכם היא חלק מהשינויים הגדולים שעבר חוק הגנת הצרכן החל בסוף שנות התשעים של המאה שעברה וכלה בעשור הראשון של המאה העשרים ואחת. שינויים אלה הופכים את חוק הגנת הצרכן לכלי חשוב לקידום הסחר ההוגן. השינויים שנעשו בחוק הגנת הצרכן אינם מתבטאים רק בגידול כמותי של הוראות החוק, אלא ניתן לראות בהם מהפכה של ממש מהגנת הצרכן לקביעת סטנדרטים של סחר הוגן. שינויים אלה עוסקים בנושאים רבים, אולם קו פרשת-המים בהקשר של שינוי מטרות החוק הוא לדעת ההוראות בדבר זכות הביטול של עסקאות "מיוחדות"³. ההרחבה, מאוחר יותר,⁴

1 במונח "עסקאות מיוחדות" הכוונה לעסקאות של רוכלות, מכירת יחידות נופש או מכר מרחוק. זכות הצרכן לבטל עסקאות מיוחדות נקבעה בשנת 1998. עסקת רוכלות הופיעה כבר בשנת 1981 בחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הצרכן או החוק), אך ההוראות בעניינה עברו שינויים רבים משנת 1998 ואילך. במונח "זכות ביטול בעסקאות 'רגילות'" הכוונה היא למספר רב של עסקאות שניתן לבטלן בתקופת צינון על-פי תיקון לחוק הגנת הצרכן משנת 2005, אשר נהפך לאופרטיבי בתקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקה), התשע"א-2010, ק"ת 16 (להלן: תקנות ביטול עסקה). לדיון בנושא של ביטול בעסקאות רגילות ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול חד-צדדי של עסקה: בחינה אמפירית של השפעת תקנות ביטול עסקה" משפטים 400 (צפוי להתפרסם ב-2017) (להלן: סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול").

2 המונח "תקופת הצינון" אינו מופיע בחוק הגנת הצרכן. המונח לקוח מהמשפט האמריקאי ומהמשפט האנגלי, המתייחסים ל-cooling-off period. בחקיקה להגנת הצרכן משמעותו של המונח היא מתן זכות לצרכן לבטל עסקאות מסוימות ללא עילה למשך זמן קצוב ולקבל את כספו בחזרה. פרשנות המונח "תקופת צינון" היא שרואים את ההתקשרות כמעשה שנעשה בלהט ובחום, ולפיכך מקנים לצרכן תקופת זמן שבמסגרתה דעתו "מתקררת" – זמן המאפשר לצרכן לחשוב מחדש על כדאיות העסקה ואם הוא באמת מעוניין בה. המונח מופיע בכמה פסקי-דין. ראו, לדוגמה, בר"ע (מחוזי ב"ש) 808/01 ק"י 1914 (1997) בע"מ נ' זולטורבונסקי שטיינגולד, פס' 8 (פורסם בנבו, 18.6.2002), שם נערכה השוואה עם המשפט האמריקאי בסוגיה זו.

3 הזכות לבטל עסקת רוכלות נחקקה בחוק הגנת הצרכן כבר בשנת 1981. אולם בשנת 1998 וגם לאחר-מכן עברה הוראה זו שינויים שהפכו אותה לחלק מדיני ביטול עסקה בעסקאות מיוחדות. נוסף על השינויים בחוק, הותקנו בשנת 2008 תקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן), התשס"ח-2008, ק"ת 1153.

4 ס' 114 לחוק הגנת הצרכן, שנחקק בשנת 2005, קבע כי ניתן לבטל עסקה של רכישת טובין או שירותים בתוך תקופה שיקבע השר, אולם רק בשנת 2010 הותקנו תקנות ביטול עסקה.

לזכות ביטול גם בעסקאות רגילות הייתה צעד מתבקש בעקבות שינוי מטרותיו של חוק הגנת הצרכן.

להוראות בדבר ביטול עסקאות מיוחדות יש חשיבות גם לאחר שהותקנו תקנות ביטול עסקה המאפשרות ביטול של עסקאות רגילות. זכות הביטול בעסקאות מיוחדות רחבה מזכות הביטול בעסקאות רגילות. כך, בעסקת רוכלות ובעסקה של רכישת יחידות נופש, להבדיל מעסקאות רגילות, אין חובה לשלם דמי ביטול, וגם בעסקת מכר מרחוק אין צורך לשלם דמי ביטול אם יש פגם במוצר או בשירות. כמו־כן, כאשר מדובר בעסקה רגילה, קיימות מגבלות רבות לגבי זכות הביטול, בעוד לגבי ביטול עסקאות "מיוחדות" בתקופת הצינון אין כמעט מגבלות.⁵ זאת ועוד, בעסקאות רגילות יש פרק־זמן שונים לתקופת הצינון,⁶ ואילו בעסקאות מיוחדות יש תקופת צינון אחת קבועה.⁷ לבסוף, חובות הגילוי בעסקאות מיוחדות מפורטות בהרחבה,⁸ בעוד חובות הגילוי בביטול עסקאות רגילות מצומצמות בהרבה.⁹

ההסבר להבחנה בחובות הגילוי בין עסקאות מיוחדות לבין עסקאות רגילות הוא ברור. בעסקאות מיוחדות יש בעיות בהליך ההתקשרות, ומטרתה של חובת הגילוי היא לתת לצרכן כלים טובים יותר להחליט אם הוא מעוניין בעסקה אם לאו. בתקופת הצינון יוכל הצרכן לקרוא בנחת את הפרטים, ולקבל החלטה מושכלת אם לבטל את החוזה. לעומת זאת, בעסקאות רגילות אין כל בעיה בהתקשרות, ולכן אין צורך בחובות גילוי מיוחדות.¹⁰ ההבדלים בין דיני הביטול בעסקאות מיוחדות לבין דיני הביטול בעסקאות רגילות אינם נושא המאמר.

5 זכות הביטול בעסקאות רגילות כפופה ליותר מתריסר מגבלות המנויות בתק' 6 לתקנות ביטול עסקה. לעומת זאת, לגבי ביטול של עסקת רוכלות ושל רכישת יחידות נופש אין כל מגבלה, והמגבלות לגבי ביטול של עסקת מכר מרחוק (בס' 14ג(ד) לחוק הגנת הצרכן) ושל מכירה ברוכלות (בס' 14ג(ג) לחוק) מצומצמות.

6 תק' 2 לתקנות ביטול עסקה קובעת פרק־זמן שונים לתקופת הצינון, שחלקם קצרים מאוד – יומיים.

7 מועד של ארבעה־עשר יום, שהוא פרק־הזמן המרבי בביטול עסקאות רגילות.

8 חובות הגילוי בעסקת רוכלות מפורטות בתק' 2 לתקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן), חובות הגילוי ברכישה של יחידות נופש מפורטות בס' 14א(א)–(ב) לחוק הגנת הצרכן, וחובות הגילוי בעסקת מכר מרחוק מפורטות בס' 14ג(א)–(ב) לחוק.

9 ס' 14 לחוק הגנת הצרכן, הקובע את הזכות לביטול עסקאות רגילות בכפוף לתקנות, אינו כולל חובות גילוי, וגם בתקנות ביטול עסקה אין חובות גילוי. אפילו ס' 14 לחוק, המחייב גילוי מדיניות החזרת טובין, כולל חובות גילוי מצומצמות בלבד.

10 מעבר לגילוי זכותו של הצרכן לבטל את העסקה.

ההתייחסות להבדלים אלה נועדה רק להבהיר כי קיים צורך בבחינת הסוגיה של ביטול עסקאות מיוחדות בנפרד מדיני הביטול בעסקאות רגילות. חובת הגילוי של העוסק היא זכות משנית של הצרכן בסוגיה זו, שכן הזכות העיקרית היא הזכות לביטול חוזה בתקופת הצינון. הטלת חובות גילוי על העוסק היא התערבות ברמה נמוכה יותר בחוזה מאשר קביעת הזכות לביטול, וזאת מאחר שחובות הגילוי כשלעצמן אינן פוגעות בתוכן החוזים של העוסק.¹¹ אולם התועלת שבחובות הגילוי מוגבלת. צרכנים אינם קוראים טקסטים משפטיים, ואף אינם מבינים אותם. הניסיון מלמד כי בהטלת חובות גילוי כשלעצמן אין כדי להגן על הצרכנים.¹² יש כיום ספרות המסבירה בהרחבה מדוע אין די בחובות גילוי להגן על הצרכן.¹³ סיכומו של דבר, אחת המטרות העיקריות של מאמר זה היא ניתוח ההצדקות לזכות הצרכן לבטל עסקאות מיוחדות הן באופן כללי והן לגבי כל סוג של עסקה בנפרד. השוני בהצדקות ישפיע גם על דיני הביטול של עסקאות שונות. דיון מיוחד ייערך בסוגיה של זכות הביטול בעסקאות של מכר מקוון בכלל ושל רכישת חופשות במרשתת בפרט, וזאת בשל המורכבות של הצדקת זכות הביטול בעסקאות אלה. הדיון בנושאים אלה יוכל לשמש בסיס לפיתוח סוגיות דומות בעתיד ולקביעת כללים דומים לגבי עסקאות מיוחדות שטרם הוסדרו בישראל.¹⁴ דיון בנושאים אלה עשוי לשמש כלי-עזר למשפטנים, לחוקרי משפט, לשופטים ולעורכי-דין בבואם להתמודד עם סוגיה זו, וכן להנחות את המחוקק בבואו לקבוע הוראות נוספות לחיזוק הגנת הצרכן בישראל.

11 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות 76 (2001) (להלן: סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א).

12 ראו שם, בעמ' 151–154, על מגבלותיהן של חובות הגילוי ככלי להגנת הצרכן. כן ראו שם, בעמ' 563–568, על הניסיון להסדיר את שוק ההלוואות האפור על-ידי הטלת חובות גילוי. הניסיון נכשל, ומה שהועיל היו ההוראות המהותיות.

13 לספר מוביל בסוגיית התועלת המועטה שבחובות גילוי ראו: OMRI BEN-SHAHAR & CARL E. SCHNEIDER, MORE THAN YOU WANTED TO KNOW: THE FAILURE OF MANDATED DISCLOSURE (2014). ראו גם: Clifford Winston, *The Efficacy of Information Policy*, 46 J. ECON. LIT. 704 (2008); Daniel Schwarcz, *Transparently Opaque: Understanding the Lack of Transparency in Insurance Consumer Protection*, 61 UCLA L. REV. 394 (2014); Cass R. Sunstein, *Empirically Informed Regulation*, 78 U. CHI L. REV. 1349 (2011); Samuel Issacharoff, *Disclosure, Agents, and Consumer Protection*, 167 J. INST. & THEORETICAL ECON. 56 (2011); OREN BAR-GILL, SEDUCTION BY CONTRACT (2012).

14 הדירקטיבות האירופיות מסדירות את זכות הביטול לגבי סוגים רבים יותר של עסקאות צרכניות מיוחדות.

ההוראות בנושא של ביטול עסקאות על-ידי הצרכן בתקופת הצינון מציינות את המעבר מהגנת הצרכן מפני פעילות עסקית פוגענית לקביעת כללים שנועדו להסדיר סחר הוגן, שהוא הכיוון העתידי של דיני הגנת הצרכן.

א. השינויים בחוק הגנת הצרכן שמטרתם לקדם את הסחר ההוגן

דיני הגנת הצרכן התפתחו ברחבי העולם לאחר מלחמת-העולם השנייה, ובישראל – החל בשנות השבעים.¹⁵ עם השנים התגבש קורפוס רחב של חוקים שמטרתם הגנת הצרכן,¹⁶ אולם על-אף החקיקה הענפה בנושא שררה תחושה של חוסר נחת מהתוצאות. האכיפה הייתה חלקית לכל-היותר. חוק הגנת הצרכן, שנחקק בשנת 1981, הופעל במשורה.¹⁷ אחת הסיבות לכך היא שההוראות המרכזיות בחוק – איסור ההטעיה הצרכנית בסעיף 2 לחוק ואיסור ניצול של מצוקת הצרכן בסעיף 3 לחוק – היו איסורים כלליים שהפעלתם חייבה פנייה לבית-המשפט לשם יישומם, מה שהצריך ידע, יוזמה, זמן וכסף. יתר על כן, הפעלת הוראות אלה לא הייתה פשוטה גם בבית-המשפט, שכן הן עוררו שאלות של פרשנות: מהי הטעיה? ומהו ניצול של מצוקת הצרכן? פתרון מסוים לבעיה היה הוספת ההליך של תובענות ייצוגיות בשם כלל הלקוחות שנפגעו מההטעיה, אולם פרשנות מחמירה של בית-המשפט העליון בסוגיה זו צמצמה מאוד את אפשרות השימוש בהליך זה.¹⁸ הסעד האזרחי העיקרי בגין הפרת הוראות אלה הוא סעד הפיצויים, המנוי בסעיף 31 לחוק. האפשרות לבטל עסקה בגין הטעיה, על-פי סעיף 32, הייתה מוגבלת ביותר.¹⁹

קיימים שני פתרונות עיקריים לקשיים שהוצגו: האחד הוא מעבר מהוראות כלליות בדבר הגנת הצרכן להוראות מפורטות לגבי עסקאות מוגדרות – הוראות שקל יותר לצרכן להבין אותן וקל יותר לעוסק ליישם אותן; הפתרון האחר הוא מעבר מהגנת הצרכן מפני עוסקים לא-נורמטיביים להסדרת הסחר ההוגן באופן כללי. הוראות אלה נועדו לסייע לצרכנים ואף לעוסקים בעלי תרבות שירות ומכירות

15 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 167 ו-294-295.

16 ראו רשימה של עשרים ושניים חוקים שם, בעמ' 297-298. עם השנים הוספו חוקים חדשים והורחבו החוקים הקיימים.

17 ראו סיני דויטש "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" מחקרי משפט יב 309, 346 וה"ש 224 (1995). ראו גם סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 262 וה"ש 269.

18 ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות: הדרישה להסתמכות אישית על מצגי השוא של המטעה" מאזני משפט ב 97 (2002); סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג – הדין המהותי 134-213 (2012) (להלן: סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג).

19 סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1168-1211.

מפותחת. הוראות מפורטות וברורות קלות יותר להפעלה, והרשויות מתערבות רק כאשר יש חריגה ברורה מהוראות החוק.

החקיקה הצרכנית מסוף שנות התשעים של המאה העשרים ואילך נוקטת פתרונות אלה. הביטוי המובהק של המעבר מהגנה מפני התנהגויות לא־נורמטיביות של העוסק לקביעת סטנדרטים של סחר הוגן הוא הנושא של ביטול עסקאות צרכניות בתוך תקופת הצינון. אומנם גם בעבר היו מקרים נקודתיים שבהם היה הצרכן יכול לבטל עסקאות באופן חד־צדדי, אולם באותה עת דובר בביטול עסקאות לזמן ממושך, דהיינו בזכות להשתחרר מעסקה, ולא בזכות להתחרט על העסקה. זכות ההשתחררות עוגנה בטעמים שונים, ביניהם הנימוק של הגברת התחרות.²⁰

הזכות לביטול עסקאות בתקופת צינון נועדה לאפשר לצרכן מחשבה נוספת במקרים שבהם הנסיבות מצביעות על האפשרות שהעסקה נעשתה ללא שיקול־דעת מספיק. חידוש זה משתלב עם התיקונים הרבים של חוק הגנת הצרכן שנחקקו מסוף שנות התשעים של המאה שעברה ואילך. הוראות חוק הגנת הצרכן שנחקקו בשנת 1981 היו במידה רבה הרחבה של כללי המשפט האזרחי לשם הגנת הצרכן.²¹ על הסעדים החוזיים הוספו סעדים נזיקיים, ובסעיף 23 לחוק הוספו אף סנקציות פליליות. נוסף על כך קבע החוק פיקוח מנהלי של הממונה על הגנת הצרכן. הוראות חוק הגנת הצרכן הן הוראות קוגנטיות,²² ומתייחסות בעיקר לשלושה תחומים: איסור הטעיה, איסור ניצול מצוקה והטלת חובות גילוי.²³ למרות החידושים שבחוק, לא היה בהם משום פריצה של כללי המשפט האזרחי.

20 הדוגמה העיקרית היא הסכם להספקת גז לתקופה ממושכת. בעניין זה יש שני חוקים: האחד הוא חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, אשר ס' 159(ב) בו מאפשר לבעלי דירות בבניין משותף שיש בו מערכת גז מרכזית להחליט על סיום החוזים עם ספק גז מסוים ועל התקשרות עם ספק אחר, וזאת בהסכמה בכתב של יותר ממחצית בעלי הדירות. ראו גם תקנות המקרקעין (תנאים להינתקות ממערכת מרכזית בבית משותף), התשנ"א-1991. חקיקה זו באה להסדיר יחסים בבית משותף, וזכות ההשתחררות היא רק אחד מהסדרי החוק. החוק האחר הוא חוק ההסדרים במשק המדינה (תיקוני חקיקה), התשמ"ט-1989, הקובע בס' 17 כי אי־אפשר לכפות צרכן להמשיך לרכוש גז מספק לאחר שהודיע על רצונו לבטל את החוזה. ראו רע"א 2512/90 סופרגז חברה ישראלית להפצת גז בע"מ נ' תופיני סער, פ"ד מה(4) 405 (1991), שם קבע בית־המשפט כי החוק חל גם על רוכש שאינו צרכן. השופט לוין, שכתב את פסק־הדין, הסביר כי מטרת החוק היא לא רק להגן על הצרכן הביתי, אלא גם לשנות את המדיניות העסקית ולפתוח את השוק לתחרות.

21 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, תת־פרק 11 – "מדוע אין די במשפט האזרחי להגנת הצרכן", בעמ' 147–151.

22 ס' 36 לחוק הגנת הצרכן קובע כי "הוראות חוק זה יחולו על אף כל ויתור או הסכם נוגד".

23 פרק ב לחוק עוסק בהטעיה ובניצול מצוקה. פרק ג עוסק במכירות באשראי, במקדמות,

השינוי הגדול החל בסוף שנות התשעים של המאה שעברה. ממועד חקיקתו בשנת 1981 עד שנת 1997 נעשו רק ארבעה תיקונים בחוק הגנת הצרכן. לעומת זאת, בין השנים 1998 ו-2016 התקבלו 42 תיקונים לחוק, אשר שינו לחלוטין את היקף הנושאים שבהם הוא מטפל.²⁴

פרק ב של החוק, הדין בהטעיה ובניצול של מצוקת הצרכן, עבר שינויים מהותיים ביותר.²⁵ פרק ג של החוק עבר שינויים רבים עד כדי כך שכותרתו שונתה לכותרת הכללית "הוראות לעניין סוגים של עסקאות". התוספות העיקריות הן הסדרת הנושא של עסקה לתקופה קצובה (סעיף 13א), האפשרות לבטל עסקה מתמשכת (סעיף 113ד), שינויים דרסטיים בדין החל על עסקת רוכלות (סעיף 14), הזכות לבטל רכישת יחידת נופש (סעיף 14א), הזכות לבטל עסקת מכר מרחוק (כולל עסקה במרשתת) בתוך תקופת צינון (סעיף 14ג), הוראה כללית בדבר החזר כספי או זיכוי בשל החזרת טובין (סעיף 114) והוספה של תוספת רביעית לחוק. בפרק ד לחוק, הדין בסימון טובין ובהצגת מחירים, נעשו שינויים מהותיים. נוסף על שינויים מהותיים בסעיף 17 לחוק הוספו שבעה סעיפים חדשים – 17א–17ז.

כמו-כן הוסף לחוק פרק ד1, העוסק באחריות ובשירות לאחר מכירה; בפרק ה הוקמה רשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן;²⁶ הוסף פרק ה1, אשר עוסק באכיפה מנהלית וכולל גם עיצומים כספיים;²⁷ בפרק ו הורחבו במידה רבה הסנקציות

ברוכלות, במכירות מיוחדות ובחובות גילוי. פרק ד עוסק בסימון טובין, וכולל אף הוא חובות גילוי. הפרקים האחרים קובעים את הפיקוח המנהלי, הסנקציות הפליליות והסעדים האזרחיים.

24 החוק כלל במקורו 44 סעיפי חוק, קצרים ברובם, וזאת לעומת יותר מ-80 סעיפי חוק ארוכים וכן שלוש תוספות הכלולים בנוסחו העדכני. הטקסט בכללותו התארך פי שלושה. זאת ועוד, החוק הנוכחי דן בנושאים רבים שלא נדונו כלל בנוסח המקורי. חלק מהשינויים שנעשו בתקופה זו יוצגו בהמשך.

25 לדיון כללי בנושא ההטעיה הצרכנית ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג, לעיל ה"ש 18. יש עשרות הבדלים בין ההטעיה הצרכנית לבין ההטעיה החוזית – ראו שם, בעמ' 81–90. האיסור של ניצול מצוקת הצרכן (ס' 3) עבר מהפכה, ואף כותרתו של הסעיף שונתה ל"איסור הפעלת השפעה בלתי הוגנת". כן הוספו ס' 4א, הדין בחוזה אחיד ובמידע אחר הקשור לצרכן; ס' 4ב, המחייב גילוי של זהות העוסק; ס' 4ג, המחייב גילוי של מדיניות החזר הטובין גם ללא פגם; וס' 7ב, הקובע סייגים לשימוש בשם של ארגון צרכנים.

26 כותרת פרק ה לחוק שונתה ל"הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן והממונה, תפקידו וסמכויותיו", והוספו שבעה סעיפי חוק חדשים – 19–19ד, 21א, 22א ו-22ב.

27 הנושא של אכיפה מנהלית ועיצומים כספיים – שהוסף בחוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 39), התשע"ד-2014, ס"ח 622 – כולל לא פחות מעשרים וארבעה סעיפי חוק חדשים. הוספת אכיפה מנהלית לסנקציות הפליליות היא דבר מבורך. עם זאת, ההוראות בדבר אכיפה מנהלית מבטלות את הפליליות של איסורים שונים בחוק. על הוראות ביטול אלה כתבתי

העונשיות,²⁸ והוספה הוראה בדבר פיצויים לדוגמה;²⁹ ולצד כל זה תוקנו הוראות רבות. חוק הגנת הצרכן של שנת 2016 שונה אם כן באופן מהותי מהחוק שנחקק בשנת 1981.

שינויים משמעותיים אלה בחוק הגנת הצרכן הם שלב חדש בהגנת הצרכן. הוראות אלה נועדו להסדרת הסחר ההוגן בישראל ולהגנת הצרכן מפני החלטות חפוזות ושגויות, גם כאשר אין ליקוי בהתנהגותו של העוסק. אומנם ברקע של חלק מהשינויים ניצבו התקשוריות שבהן התגלתה התנהגות לא-ראויה של העוסק, אך לא זה היה הטעם המרכזי לשינויי החקיקה.

התפתחויות דומות נרשמו גם בשיטות משפט אחרות. באנגליה שונו חוקי הגנת הצרכן, ובמקומם נחקקו בשנת 2008 ה-Consumer Protection from Unfair Trading Regulations.³⁰ המיוחד בדבר חקיקה זה נעוץ בעובדה שהוא קבע הוראות שנועדו להסדיר סחר הוגן, ולא רק הוראות שנועדו להגן על הצרכן מפני הטעיות וניצול. התפתחויות דומות חלו גם בדיקטיבות צרכניות באירופה.³¹ אולם עם כל החשיבות של קביעת הוראות החוק בדבר חיזוק הפיקוח המנהלי, הרחבת הסעדים האזרחיים והסנקציות הפליליות, וקביעת הסעדים של פיצויים לדוגמה, עיצומים כספיים ואכיפה מנהלית, חלק מאמצעים אלה דורשים התערבות של הרשויות, ולכן על-מנת שהגנת הצרכן תמומש, יש צורך בהסכמה כללית להוראות החוק. הסכמה זו צריך שתהא הבסיס לדיני הגנת הצרכן. לפיכך יש חשיבות רבה להצגת הנימוקים וההצדקות להוראות החוק.

ביקורת שדנה בהצעת החוק. ראו סיני דויטש "הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011: האומנם רצוי לצמצם את האכיפה הפלילית" מאזני משפט ח 29 (2013).

28 ס' 23 לחוק, הדן בעונשים, עבר רוויזיה מקיפה, והוספו ס' 23א ו-23ב.

29 ס' 31א – "פיצויים לדוגמה" – ובו 6 סעיפים-קטנים ו-16 פסקאות.

30 בנושא זה קיימת ספרות רבה. ראו, לדוגמה: Hugh Collins, *Harmonization by Example: European Laws Against Unfair Commercial Practices*, 73 Mod. L. Rev. 89 (2010).

ראו דיון בתקנות אלה אצל סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג,

לעיל ה"ש 18, בעמ' 29–30, 129 וה"ש 60, 255 וה"ש 4, 372 וה"ש 71, ו-302–301.

31 ראו דירקטיבות אחדות בנושא להלן בה"ש 48–53.

ב. הזכות לביטול חד-צדדי של עסקאות

1. עסקאות צרכניות שניתן לבטל באופן חד-צדדי לאחר כריתת חוזה

קיימות שלוש קבוצות שונות של עסקאות שצרכן יכול לבטל באופן חד-צדדי: בקבוצה הראשונה – מושא מאמר זה – מצויות עסקאות "מיוחדות" שניתן לבטל בתוך תקופת צינון; השנייה היא עסקאות צרכניות "רגילות" שניתנות לביטול בתוך תקופת צינון³² – נושא שכבר נדון במקום אחר;³³ והשלישית היא עסקאות שהצרכן יכול להשתחרר מהן זמן ניכר לאחר שנכרתו, וזאת ללא קשר לתקופת צינון.³⁴ הרציונל לזכות הביטול בכל אחת מהקבוצות שונה, ולכן יש שוני גם בין הדינים העוסקים בביטול עסקאות מיוחדות לבין הדינים של ביטול עסקאות רגילות.³⁵ באופן כללי ניתן לומר כי הפרת ההוראות בעניין ביטול עסקאות "רגילות" נחשבת הפרה ברמה נמוכה יותר מאשר הפרת ההוראות בעניין ביטול בעסקאות מיוחדות. במקרה של הפרת ההוראות בעסקאות מיוחדות יש סנקציות פליליות נוסף על הסעדים האזרחיים, מה שאין כן בעסקאות רגילות, ונוסף על כך יש הבדלים רבים נוספים בין שני סוגי הביטול. הבדלים אלה הגיוניים, שכן הסדרת עסקאות "רגילות" נועדה בעיקר לשיפור הסחר ההוגן, מבלי שיש פגם כלשהו בעסקה עצמה. לעומת זאת, בעסקאות "מיוחדות" יש הצדקות רבות לזכות הביטול, כפי שנראה בפרקים הקרובים.

בתת-פרק זה נדון בקצרה בקבוצה השלישית, העוסקת בעסקאות צרכניות שהצרכן יכול לבטל גם לאחר זמן וללא קשר לתקופת צינון. מטרתה של ההוראה

32 ראו לעיל בה"ש 1 את הדיון במונחים "עסקאות מיוחדות" ו"עסקאות רגילות".

33 ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1.

34 הזכות להשתחררות מעסקאות לזמן ממושך הוכרה כבר לפני שנים רבות, אולם זכות זו הייתה מוגבלת לעסקאות של רכישת גז בלבד. ראו לעיל ה"ש 20.

35 ההבדלים הם רבים – ראו לעיל ליד ה"ש 5–10 – והם מתבטאים לא רק בתוכן הדינים, אלא גם בסעדים נגד העוסק. כך, יש סנקציות פליליות לעוסק המפר הוראות בעסקה של רכישת יחידות נופש (ס' 23(א)(5) לחוק הגנת הצרכן), בעסקת רוכלות (ס' 23(ב)(4) לחוק), בשיווק מרחוק ובמכר מרחוק (ס' 23(ב)(6) לחוק). לעומת זאת, אין סנקציות פליליות בגין הפרת ההוראות של ביטול עסקה רגילה בתקופת הצינון. כמו-כן, יש הוראות בדבר פיצויים לדוגמה בעסקאות מיוחדות (ס' 31א(א)(3) ו-31א(א)(4) לחוק), אך אין פיצויים לדוגמה בשל הפרת ההוראות בדבר ביטול עסקאות רגילות. גם העיצומים במסגרת אכיפה מנהלית חמורים בהרבה לגבי רוכלות, מכר מרחוק ויחידות נופש (ס' 22ג(ב)(15) ו-22ג(ב)(16) לחוק), ומגיעים עד לגובה של 45,000 ש"ח, לעומת העיצומים הכספיים במקרה של ביטול עסקאות רגילות (ס' 22ג(א)(26) לחוק), המגיעים עד לגובה של 22,000 ש"ח, ואם העוסק אינו תאגיד – עד 7,000 ש"ח בלבד.

אלה הן לאפשר לצרכן להשתחרר מעסקאות לזמן ארוך, ובכך גם לעודד תחרות במשק. ללא זכות ביטול היה הצרכן נהפך לשבוי על-פי החוזה, אף אם בינתיים השתנו הנסיבות. זכות הצרכן לבטל עסקאות ממושכות קיימת גם בשיטות משפט אחרות.³⁶

בנושא של ביטול עסקאות צרכניות באופן חד-צדדי על-ידי הצרכן יש שתי סוגיות: האחת, זכות חרטה על התקשרות בתקופת הצינון; והאחרת, זכות השתחררות מעסקאות לזמן ארוך. הזכות להשתחרר מעסקאות נועדה למנוע קשירה של צרכנים לתקופות ארוכות, דבר שיש בו כדי לפגוע בצרכן שאינו יכול להתנתק מעסקה אף שהוא אינו מעוניין בה עוד. הצרכן הנכנס לעסקה ממושכת אינו מודע תמיד להשלכות של חוזה ארוך-טווח, ולעיתים ההתקשרות מבוססת על הטיות קוגניטיביות ופערי מידע. ללא התערבות המחוקק, ייאלץ הצרכן להישאר קשור לעסקה שערכה מבחינתו נמוך ביותר, ולעיתים אף אפסי.

על ההבחנה בין שני סוגי ביטול אלה עמד השופט עופר גרוסקופף בעניין בלאו בידרמן.³⁷ השופט הבחין בין זכות חרטה לבין זכות השתחררות. זכות חרטה מתייחסת לנסיבות של כריתת החוזה ולטיב הנכס מושא העסקה,³⁸ ולפיכך היא מוגבלת לתקופת צינון התחומה בזמן (ארבעה-עשר יום או פחות). לעומת זאת, זכות ההשתחררות מבוססת על כך שהצרכן עשוי לשנות את העדפותיו או לאבד כל עניין בעסקה. זכות ההשתחררות של הלקוח אינה יכולה להיות גורפת, וזאת מתוך התחשבות בצורכי העוסק.

36 ראו, לדוגמה: Jonas Malmberg, *Long Term Contracts Between Unequal Parties* 17153-01-12 בלאו בידרמן נ' קבוצת קידום בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2016).
Mitja Kovač & Ann- in Sweden, 50 SCAND. STUD. L. 409, 413 (2007) ראו גם:
Sophie Vandenberghe, *Regulation of Automatic Renewal Clauses: A Behavioural Law and Economics Approach*, 38 J. CONSUMER POL'Y 287 (2015).

37 ת"צ (מחוזי מ"ר) 17153-01-12 בלאו בידרמן נ' קבוצת קידום בע"מ (פורסם בנבו, 27.1.2016).
בפסק-דין זה אישר בית-המשפט שתי תובענות ייצוגיות נגד חברה המוכרת, בין היתר, שירות של הוראת אנגלית. בשני המקרים ביקשו מזמיני השירות לבטל את ההתקשרות: במקרה אחד, עם תחילת ההתקשרות; ובמקרה האחר, אחרי שהלקוח נטל חלק גדול מהשירותים ושילם בעדם אך לא היה מעוניין להשלים את מלוא הקורסים. החוזה לא אפשר את ביטול החוזה. בית-המשפט הבחין בין המקרה של חרטה על ההסכם (המקרה הראשון) לבין סוגיית ההשתחררות מן ההסכם (המקרה השני). בית-המשפט קבע כי ניתן לאשר את שתי התובענות הייצוגיות על בסיס הוראות חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, שכן קיימת אפשרות סבירה שיהיה אפשר לראות בתנאי החוזה בסוגיות אלה משום תנאים מקפחים בחוזה אחיד. בקשת רשות הערעור נדחתה. ראו רע"א 1671/16 קבוצת קידום בע"מ נ' בידרמן (18.5.2016).

38 דוגמה לנסיבות מקרה מיוחדות היא עסקת רוכלות, המוסדרת בס' 14 לחוק הגנת הצרכן. דוגמה לרכישת סוג מיוחד של נכס היא עסקה של רכישת יחידות נופש, הידועה כרכישה שעלולים להיות בה כשלים רבים.

חוק הגנת הצרכן מסדיר את אפשרות ההשתחררות מכמה סוגי עסקאות: (1) עסקה מתמשכת;³⁹ (2) עסקה לתקופה קצובה⁴⁰ – מדובר בזכות שההסכם לא יוארך מעבר לתקופה הקצובה;⁴¹ (3) עסקה מתמשכת בעניין שירותי רפואה;⁴² (4) עסקאות מיוחדות לתקופה קצובה⁴³ – קטגוריה זו, המנויה בתוספת הרביעית, כוללת שני סוגי עסקאות בלבד: רכישת יחידות נופש⁴⁴ ורכישת שירותים במכון כושר.

האפשרות לבטל עסקאות צרכניות שונות באופן חד-צדדי מלמדת על השוני המהותי בין דיני חוזים בעסקאות צרכניות לבין דינים אלה בחוזים רגילים. לכל אחת מארבע הקבוצות יש רציונל שונה. במאמר זה נדון במטרות ובהצדקות של הזכות לביטול עסקאות "מיוחדות" בתקופת הצינון. זכות ביטול זו מוכרת בשיטות משפט רבות, כפי שיפורט בתת-פרק הבא.

2. ההכרה בזכות לבטל עסקאות "מיוחדות" בתקופת הצינון באירופה ובארצות-הברית
הזכות לבטל עסקאות צרכניות מיוחדות בתקופת צינון התפתחה באירופה⁴⁵ ובארצות-הברית⁴⁶ בשנות השישים והשבעים של המאה שעברה, ונקלטה בישראל

39 ס' 13 לחוק הגנת הצרכן. הוראה מפורטת זו מטילה חובות גילוי רחבות על העוסק. עיקרה של ההוראה היא האפשרות להשתחרר מעסקאות לזמן ארוך. שירותים רבים, כגון שירותי טלפון ומרשתת ושירותי תקשורת סלולרית, הם בגדר שירותים מתמשכים. מתן זכות לצרכן לבטל עסקה ללא צורך בהנמקה מונעת את קשירתו של הצרכן לעסקה בלי יכולת להתנתק ממנה.

40 ס' 13א ו-13ב לחוק הגנת הצרכן, שהוספו בשנת 2008 בתיקון מס' 22.

41 מדובר ברכישת שירותים במחיר מוזל לזמן קצוב, שבסופו החוזה מתחדש במחיר יקר יותר. החוק דורש להביא לידיעת הצרכן את אפשרות ביטולה של העסקה.

42 ס' 13ה, 113 ו-113 לחוק הגנת הצרכן.

43 ס' 13א לחוק הגנת הצרכן והתוספת הרביעית לחוק.

44 לדיון בביטול רכישה של יחידת נופש בתקופת הצינון ראו להלן פרק ה.

45 התפתחות זו התרחשה באירופה בסוף שנות השישים ובמהלך שנות השבעים. ראו: Marco B.M. Loos, *Rights of Withdrawal 2* (Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Working Paper Series No. 2009/04, 2009). מאז חלו התפתחויות רבות נוספות. לדיונים נוספים בזכות החרטה במשפט האירופי ראו: Peter Rott, *Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?*, 7 GERMAN L.J. 1109 (2006). Reinhard Steennot, *The Right of Withdrawal under the Consumer Rights Directive as a Tool to Protect Consumers Concluding a Distance Contract*, 29 COMPUTER LAW & SECURITY REV. 105 (2013). המאמר דן בהתפתחויות באירופה בעקבות דירקטיבה מעודכנת משנת 2011 שהחליפה את הדירקטיבה האירופית משנת 1997. השינויים לא היו מרחיקי-לכת. לדיון במצב באנגליה ראו: IAIN RAMSAY, *CONSUMER LAW AND POLICY: TEXT AND MATERIALS ON REGULATING CONSUMER MARKETS* 330–46 (2nd ed. 2007).

46 בארצות-הברית רוב החקיקה הצרכנית היא מדינתית, ויש רק כמה הוראות בנושא בחקיקה

בסוף שנות התשעים.⁴⁷ הכוונה היא לשלושה סוגים של עסקאות: רוכלות (מכירות מדלת לדלת); מכירת יחידות נופש; ומכר מרחוק, כולל מסחר מקוון במרשתת. הזכות להתחרט על עסקה צרכנית במסגרת פרק-זמן קצוב (תקופת צינון) ב"עסקאות מיוחדות" הוסדרה בדיני האיחוד האירופי בסדרה של דירקטיבות החל באמצע שנות השמונים. דירקטיבות אלה מחייבות את כל חברות האיחוד האירופי, ומאפשרות לצרכנים לחזור בהם מעסקאות בתחומים מסוימים במסגרת תקופת זמן מוגבלת. התחומים שלגביהם פורסמו דירקטיבות היו מכירות מדלת לדלת (עסקת רוכלות),⁴⁸ ביטוחי חיים,⁴⁹ יחידות נופש (timeshare),⁵⁰ מכר מרחוק,⁵¹

הפדרלית. ראו, לדוגמה: Rule Concerning Cooling-off Period for Sales Made at Home or at Certain Other Locations, 16 C.F.R. § 429.1 (2011); Consumer Credit Protection Act, 15 U.S.C. § 1601 *et al.* 15 U.S.C. § 1635. חקיקה צרכנית הכוללת "תקופת צינון" יש בכל מדינות ארצות-הברית. ראו: DEE PRIDGEN & RICHARD M. ALDERMAN, CONSUMER CREDIT AND THE LAW, 2008–2009 ED. app. 14A (2009); MICHAEL GREENFIELD, CONSUMER TRANSACTIONS 513–6 (3rd ed. 1994); JOHN A. SPANOGLE, RALPH J. ROHNER, DEE PRIDGEN & JEFF SOVERN, CONSUMER LAW – CASES AND MATERIALS 249–57 (3rd ed. 1997).

47 זכות לביטול עסקה של רכישת יחידת נופש נקבעה בס' 14 ו-14 לחוק הגנת הצרכן, וזכות לביטול בעסקת מכר מרחוק נקבעה בס' 14 ו-14 לחוק. סעיפים אלה נחקקו במסגרת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 6), התשנ"ח-1998, ס"ח 182 (להלן: תיקון מס' 6 לחוק הגנת הצרכן). ההוראות בעניין רוכלות נחקקו כבר בשנת 1981, אולם גובשו והורחבו בשנת 1998. ראו לעיל ה"ש 3.

48 Doorstep Selling Directive, Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985, OJ L 372/3. דירקטיבה זו דומה לס' 14 לחוק הגנת הצרכן. היא עודכנה ב"Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 (להלן: דירקטיבה 2011/83/EU), אשר הרחיבה את תחום תחולתה מרוכלות (doorstep selling) למכירה בכל מקום שאינו בית-עסק של העוסק (negotiated away from business premises). במשפט הישראלי נערך שינוי זה בהגדרת "רוכלות" בס' 8 לחוק הגנת הצרכן כבר לפני שנים. 49 Life Assurance Directive, Council Directive 90/619/EEC of 8 November 1990, OJ L 330/50. דירקטיבה זו היא נוסח מתוקן של דירקטיבה קודמת משנת 1979. דירקטיבה זו אינה זהה לס' 59 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, אך גם במשפט הישראלי המבוטח יכול לחזור בו תוך שלושה ימים מיום עריכת העסקה, אם זו נעשתה במקום המגורים או במקום העבודה של המבוטח.

50 Timeshare Directive, Council Directive 94/47/EC of 26 October 1994, OJ L 280/83. בשנים 2009–2010 פורסמה דירקטיבה מתוקנת. השו"ע ס' 14 לחוק הגנת הצרכן, הדרן ברכישת יחידות נופש.

51 Distance Selling Directive, Council Directive 97/7/EC of 20 May 1997 OJ L 144/19 (להלן: דירקטיבה 97/7/EC). השו"ע ס' 14 לחוק הגנת הצרכן. דירקטיבה זו עודכנה ב-25.10.2011 כחלק מדירקטיבה 2011/83/EU, לעיל ה"ש 48, אשר עוסקת במכר מרחוק

מכר מרחוק של שירותים פיננסיים,⁵² וכן עסקאות של אשראי צרכני.⁵³ הדירקטיבות האירופיות לעניין ביטול עסקאות "מיוחדות" כוללות תחומים רבים יותר מאשר החוק בישראל, אך אינן מתייחסות לביטול חד-צדדי של עסקאות רגילות – נושא שהוסדר בישראל בשנת 2010.⁵⁴ בארצות-הברית יש הוראות דומות לגבי עסקאות של רוכלות ומכירת יחידות נופש,⁵⁵ אך אין זכות מנדטורית לבטל עסקאות מקוונות.⁵⁶ הוראות מקיפות בדבר ביטול עסקאות מיוחדות קיימות בחקיקה האירופית ובארצות-הברית.⁵⁷ אף שההוראות בעניין זכות הביטול בעסקאות

- (distance selling). הדירקטיבה מפורטת מאוד, מאריכה את תקופת הצינון משבעה ימים לארבעה-עשר יום, ומטילה חובות גילוי רחבות. הדירקטיבה כוללת דברי הסבר מקיפים.
- 52 Distance Marketing of Consumer Financial Services, Council Directive 2002/65/EC of 23 September 2002. אין הוראה מקבילה בישראל, אולם לפי תק' 6(ב)(5) לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התש"ע-2009, הלקוח רשאי לבטל את ההסכם בכל עת מבלי שיחויב בתשלום כלשהו.
- 53 Consumer Credit Directive, Council Directive 2008/48/EC of 23 April 2008, OJ L 133/66. אין הוראה מקבילה בישראל.
- 54 ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1. אין הוראות מנדטוריות לגבי זכות ביטול בעסקאות רגילות לא בארצות-הברית ולא באירופה.
- 55 ראו להלן ה"ש 57.
- 56 בארצות-הברית אין תקופת צינון מנדטורית לגבי עסקאות מקוונות. הנימוק העיקרי הוא שתקופת צינון בעסקאות מקוונות תהיה יקרה מדי לסוחרים ובעלת ערך מועט בלבד לצרכנים, שבדרך-כלל לא יהיה להם זמן וכוח להקדיש את המאמץ הדרוש לשם החזרת הטובין. ראו: Robert A. Hillman, *On-line Consumer Standard-Form Contracting Practices: A Survey and Discussion of Legal Implications*, in CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE 'INFORMATION ECONOMY' 283, 299 (Jane K. Winn ed., 2006) ראו גם: Jan M. Smits, *The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law*, 29 PENN. ST. INT'L L. REV. 671, 677 (2011). בארצות-הברית אין לצרכנים זכות כללית לביטול עסקה מכוח החוק.
- 57 זכות החזרה של צרכנים מעסקה בתקופת הצינון הוכרה בגרמניה, ואף נהפכה לחלק מהקודקס האזרחי הגרמני – סימנים 361(a)–(b) ל-BGB. בעקבות הדירקטיבות האירופיות נעשו בחוק הגרמני תיקונים נוספים. ראו: HANS-W. MICKLITZ, JULES STUYCK & EVELYNE, *TERRYN, CASES, MATERIALS AND TEXT ON CONSUMER LAW* 248 (2010). הוראות דומות קיימות באנגליה. ראו שם, בעמ' 249; Phillip Hellwege, *Consumer Protection in Britain in Need of Reform*, 63 CAMB. L.J. 712 (2004). באנגליה בשנת 2008 תקנות בנושא. ראו The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. תקופת הצינון מופיעה ב-schedule של התקנות. תקופת צינון בעסקאות של מכירת יחידות נופש קיימות זה שנים במדינות רבות באירופה, כגון פינלנד, צרפת, גרמניה, איטליה, הולנד, פורטוגל, ספרד, שוודיה ואנגליה, וכן בדירקטיבה האירופית D/94/47/EC.

מיוחדות מקובלות במדינות שונות, אי-אפשר להתעלם מכך שהוראות אלה מנוגדות לכלל-היסוד של דיני החוזים שלפיו "חווה עשית – עליך לקיימו". לפיכך חשוב להציג את הנימוקים המצדיקים הוראות אלה למרות הביקורת המושמעת נגדן.

ג. נימוקים המצדיקים מתן זכות לביטול עסקאות מיוחדות בתקופת צינון למרות הביקורת

1. הביקורת על זכות הביטול החד-צדדית של הצרכן

יש המערערים על מתן זכות ביטול לצרכן. ביקורת זו נמתחת הן בספרות המשפטית בישראל⁵⁸ והן בספרות המשפטית בחוץ-לארץ.⁵⁹ הביקורת נשמעת בעיקר על-ידי משפטנים התומכים בגישה הכלכלית למשפט. עיקרה הוא שאין זה יעיל להעניק זכות זו לצרכן. ביטול עסקה הינו מעשה הכרוך בעלויות, ומי שיישאו בהן בסופו של דבר הם כלל הצרכנים. נוסף על כך יש חשש שהצרכנים ינצלו לרעה את הזכות

גם ברוב המדינות בארצות-הברית יש תקופות צינון בתחום זה. לכמה מאמרים מובילים בנושא Paul Barron, *The Louisiana Timesharing Act: An Analysis and Assessment*, 58 TUL. L. REV. 863 (1984); James J. Scavo, *Marketing Resort Timeshares: The Rules of the Game*, 73 ST. JOHN'S L. REV. 217 (1999); David A. Bowen, *Timeshare Ownership: Regulation and Common Sense*, 18 LOY. CONSUMER L. REV. 459 (2006). לאחרונה, בעקבות דירקטיבה אירופית שפורסמה בנושא, חלה התפתחות בנושא באנגליה, שם הותקנו The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013/3134. התקנות כוללות חובות גילוי רחבות על כלל העסקאות, וכן את הזכות לבטל עסקה בעסקאות של רוכלות ושל מכר מרחוק. תקנות אלה אינן דורשות מהצרכן דמי ביטול, אך מחריגות עסקאות לא-מעטות מתחולת התקנות, וזאת בעקבות לחצים של חוגי המסחר.

אין סיבה לאמץ בישראל את ההסדרים של מדינה זו או אחרת באירופה, וזאת בשל חוסר האחידות במשפטן של המדינות באירופה בנושא של ביטול חווה צרכני בתקופת הצינון. ראו Hellwege, לעיל בה"ש זו.

58 ראו שמואל בכר וטל ז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות: רגישות מוצדקת או נצחון פירוס?" עיוני משפט לב 127 (2010) (להלן: בכר וז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות"); שמואל בכר ואורן בר-גיל "פרק ה: הגנת הצרכן" הגישה הכלכלית למשפט 223 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012). מן הראוי לציין שעיקר הביקורת היא על זכות הביטול בעסקאות מכר מרחוק ובעסקאות רגילות, ולא בעסקת רוכלות או בעסקה של רכישת יחידת נופש.

59 בנושא זה יש ספרות רבה בכתבי-עת משפטיים. ראו, לדוגמה, Smits, לעיל ה"ש 56; Pamaria Rekaiti & Roger Van den Bergh, *Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach*, 23 J. CONSUMER POL'Y 371 (2000). ראו גם: Shmuel I. Becher, Tal Z. Zarsky, *Open Doors, Trap Doors, and the Law*, 74 LAW & CONTEMP. PROBS. 63 (2011).

להחזרת המוצר, על-ידי כך שישתמשו בו זמן קצר ואז יחזירו אותו. זאת ועוד, זכות החרטה עלולה לעודד בזבזנות, אם בסופו של דבר ישאירו צרכנים ברשותם מוצרים שהם התפתו לרכוש תוך הסתמכות על זכות החרטה, ולא מתוך צורך אמיתי. ובכלל – על הצרכן להיות אחראי למעשיו.⁶⁰

גישה זו מאפיינת את הגישה הכלכלית למשפט,⁶¹ המתייחסת בחשדנות לרגולציה ממשלתית. גישה זו תומכת בצמצום הרגולציה בכלל, ובתחום הגנת הצרכן בפרט.⁶² טענתם העיקרית היא שכוחות השוק הם הדרך הטובה ביותר להגנת הצרכן, וכי הרגולציה במקרים רבים אינה מועילה ואף מיותרת. את התשובות לביקורת אפשר לבסס הן על שיקולים תוצאתניים והן על שיקולים חברתיים.⁶³ בתת-פרק הבא יוצגו נימוקים המצדיקים את הזכות לביטול עסקאות מיוחדות, חלקם מטעמי יעילות וחלקם משיקולי הוגנות.

2. נימוקים המצדיקים את זכות הביטול החד-צדדית של הצרכן

בתת-פרק זה אמנה בקצרה את הנימוקים המצדיקים ביטול עסקאות צרכניות מיוחדות, על כלל סוגיהן. בפרקים הבאים יוצגו הנימוקים המיוחדים לכל אחד מסוגי העסקאות. להלן רשימת הנימוקים (לאו דווקא לפי סדר החשיבות):

1. פערי מידע בין עוסק לצרכן;⁶⁴
2. הגנת הצרכן מפני החלטות שגויות ופזיזות, ומתן אפשרות לשקול את העסקה בדיעבד;
3. הגנת הצרכן מפני מצב של מונופולין נסיבתי (situational monopoly);⁶⁵
4. מידע חסר בעסקות מכר מרחוק מאחר שהצרכן אינו רואה את הנכס בעיניו, בגודלו ובצורתו הטבעיים, וגם אינו יכול למשוש ולבודק לפני הרכישה;⁶⁶

60 ראו בפירוט רב בכר וז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות", לעיל ה"ש 58.

61 יש עם זאת חוקרים חשובים בתחום של משפט וכלכלה התומכים בזכות החרטה של הצרכן. ראו: Omri Ben-Shahar & Eric A. Posner, *The Right to Withdraw in Contract*, Law, 40 J. LEGAL STUD. 115 (2011). לדעתם, יש מקרים רבים שבהם דווקא זכות החזרה מהחוזה היא יעילה ומועילה.

62 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 67–117.

63 ראו שם, בעמ' 91–117.

64 ניתן לראות גם בחלק מהנימוקים הבאים משום דוגמאות של פערי מידע. עם זאת, הם פורטו למטרות הבהרה.

65 MICHAEL J. TREBILCOCK, *THE LIMITS OF FREEDOM OF CONTRACT* 93–96 (1993).

66 נימוק זה רלוונטי הן לגבי מכר מרחוק והן לגבי עסקת רוכלות. השוו עם ס' 13(ג) לחוק המכר, התשכ"ח-1968, הקובע כי על המוכר לתת לקונה, לפי דרישתו, הזדמנות ראויה לבדוק את

5. הגנת הצרכן מפני לחץ של העוסק בנסיבות שבהן אין לצרכן אפשרות לשקול ולגמור בדעתו אם הוא מעוניין בעסקה;⁶⁷
6. חוסר הבנה של משמעות החוזה ותוצאותיו;
7. הגנת הצרכן מפני עסקאות לא-הוגנות, אף כאלה שאינן מטעות;
8. הגנת הצרכן מפני טקטיקות מכירה אגרסיביות והעדר יכולת של הצרכן לערוך השוואת מחירים;
9. בעייתיות ההליך המשפטי – זכות החרטה מופעלת לעיתים כאשר בפועל הייתה הטעיה או הפרה של החוזה. יש עדיפות לזכות הביטול ללא הנמקה משום שנקיטת הליך משפטי לביטול עסקה בעילות אלה היא מורכבת ומסובכת;⁶⁸
10. קביעת מועדים קצובים לביטול עסקה בתקופת צינון תאפשר לעוסקים המעוניינים בכך להציע אפשרות ביטול בתנאים טובים יותר ובמועדים רחוקים יותר מאלה שנקבעו בחוק, דהיינו, זכות ביטול וולונטרית לצרכנים – עוסק המעוניין לסמן ללקוחותיו שהוא סומך עליהם ועל טיב מוצריו יכול לקבוע הסדרי חרטה ארוכים וטובים מאלה שנקבעו בחוק ובתקנות, וקשה יותר לעשות זאת כאשר אין בחוק זכויות ביטול כלשהן;
11. הורדת מחירים במשק – עוסקים יירתעו מפני דרישות מחיר מופרזות, שכן בתוך תקופת הצינון הצרכן יכול לבדוק מחירים, ובעקבות זאת להתחרט ולרכוש את המוצר מספק אחר במחיר זול יותר (ובכך גלום גם השיקול של הגברת התחרות).
12. צמצום ההגנעה של מוכרים להפעיל אמצעי לחץ לסיום עסקה, שכן בכל מקרה יש לצרכנים תקופת צינון לשקול את העסקה מחדש.

הממכר לפני קבלתו. בעסקאות של שיווק מרחוק מימוש זכות זו הוא בלתי-אפשרי. יש לציין כי גם ברכישה שהצדדים נוכחים בה אין אפשרות במקרים רבים לבחון מראש את פעילותו התקינה של המוצר (יהא זה מקרר, מכונת כביסה או כל מכשיר חשמלי אחר). ראו סיני דויטש "חוק המכר – קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-צרכן" משפטים יט 493, 508 (1990).

67 נימוק זה רלוונטי בעיקר לעסקת רוכלות ולעסקה של מכירת יחידת נופש.

68 ביטול עסקה בשל הטעיה על-פי חוק הגנת הצרכן הוא עניין מורכב. ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב' ו-ג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 1168–1211. ראו גם בכר ובר-גיל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 266: "נקיטת הליכים משפטיים לשם עמידה על זכויות מצריכה הן מודעות הן יזמה מצדו של הצרכן. אולם מודעות צרכנית ויזמה צרכנית אינן דבר של מה בכך... כאשר מדובר ביזמה לנקיטת הליכים משפטיים, על צרכן הבוחן את העלות הנלווית לנקיטת הליכים משפטיים לתמחר את השקעת המשאבים ואת ההוצאות הצפויות." אין פלא שבמקרים רבים יעדיפו הצרכנים לא להגיש תביעה גם כאשר לדעתם הם נפגעו והצדק לצידם. ביטול עסקה ללא צורך להוכיח עילה משפטית הוא הפתרון לבעיה זו.

לא כל הנימוקים האמורים רלוונטיים לזכות הביטול בכל סוגי העסקאות המיוחדות. בפרקים הבאים יצינו הנימוקים הרלוונטיים לכל סוג של עסקה. אך לפני כן אבחן את ההצדקות לזכות הביטול בראי הגישה הכלכלית למשפט.

3. ההצדקות לזכות הביטול החד-צדדית של הצרכן לפי הגישה הכלכלית למשפט רבות מההצדקות שפורטו בתת-פרק הקודם אינן מקובלות על בעלי הגישה הכלכלית למשפט. יחסי כוחות לא-שווים אינם כשלעצמם סיבה המצדיקה רגולציה. ובכלל – מה ההצדקה להתערב בעסקה כאשר היא אינה מטעה? ניתן להציג הצדקות המקובלות גם על בעלי הגישה הכלכלית למשפט, כגון מידע חסר ויכולת פגומה לקבל החלטות רציונליות.⁶⁹

מידע חסר עלול לנבוע מכך שבשוק יש מוצרים ושירותים רבים, וקשה לצרכן לערוך השוואה ביניהם.⁷⁰ תקופת הצינון נועדה גם לתקן כשלי שוק בנסיבות של מונופולין נסיבתי. כך, בעסקת רוכלות מוצגת לצרכן אפשרות רכישה אחת – זו שהרוכל מציין. נוצרת אם כן סיטואציה דמוית-מונופול, שכן אין לצרכן אפשרות להשוות מוצרים ומחירים.⁷¹ בנסיבות כאלה קיים גם מצב של מידע לא-סימטרי בין הצדדים.⁷² גם אם יש לצרכן אפשרות להשוות מחירים ללא כל מגבלה, עלות החיפוש תהפוך במקרים רבים את ההשוואה ללא-יעילה. כך, הפרשי מחירים קטנים ושינויים קטנים באיכות המוצרים מסכלים את התועלת שבהשוואה, שכן עלויות החיפוש אחר המוצר המיטבי יכול שיהיו גבוהות מהשוני במחירים או בטיב המוצרים. בעיות מידע יכול שינבעו גם מכך שלעוסקים אין עניין לגלות את ההטעיות של מתחריהם, כדי שלא ייחשפו בעצמם לגילויים דומים.⁷³

69 ראו בכר ובר-גיל, לעיל ה"ש 58. לניתוח כלכלי חדשני של זכות החרטה ראו Ben-Shahar & Posner, לעיל ה"ש 61.

70 Peter Cartwright, *Consumer Protection in Financial Services: Putting the Law in Context*, in CONSUMER PROTECTION IN FINANCIAL SERVICES 3, 8 (Peter Cartwright ed., 1999); Howard Beales, Richard Craswell & Steven C. Salop, *The Efficient Regulation of Consumer Information*, 24 J.L. & ECON. 491, 498 (1981).

71 טענות של לחץ אפשריות גם לגבי מוצרים ושירותים אחרים. להגנת הצרכן במקרים אלה נקבע ס' 3 לחוק הגנת הצרכן. עסקת רוכלות, מעצם טבעה, עלולה לכלול מרכיב של לחץ.

72 Thierry Bourgoignie, *Characteristics of Consumer Law*, 14 J. CONSUMER POL'Y 293 (1992); BRIAN W. HARVEY & DEBORAH L. PARRY, *THE LAW OF CONSUMER PROTECTION AND FAIR TRADING* 13–28 (2000); GERAINT G. HOWELLS & STEPHEN WEATHERILL, *CONSUMER PROTECTION LAW* 63–72 (2nd ed. 2005).

73 Robert Pitofsky, *Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising*, 90 HARV. L. REV. 661, 665 (1977).

לעיתים בעיית המידע נובעת מהעדר יכולת של הצרכן לקלוט ולהבין את משמעות המידע. לעיתים הצרכנים אינם מבינים די הצורך את משמעות השירות שרכשו, ואינם מכירים את תכונות המוצר שהם רוכשים. תקופת הצינון מאפשרת לצרכן לבחון את המידע במנוחה וכך להגדיל את סיכוייו להבין את המידע.⁷⁴ אי-אפשר לפתור את בעיית פערי המידע על-ידי הטלת חובות גילוי מקיפות על העוסק, שכן יש מגבלות לתועלת שבמידע כאמצעי להגנת הצרכן. צרכנים רבים אינם קוראים את המידע⁷⁵ או אינם מבינים אותו.⁷⁶ קיימת כיום ספרות משפטית רבה המסבירה בהרחבה את כשלונן של חובות הגילוי.⁷⁷ בספרם של Ben-Shahar & Schneider יש מאות מקורות התומכים בטענה שדרישות הגילוי המנדטוריות מזיקות יותר מאשר מועילות.⁷⁸ הטיעונים מרשימים, אך אין הם מציעים פתרונות טובים יותר מאשר הטלת חובות גילוי. לדעתי, יש מקרים רבים שבהם יש תועלת

74 ראו אבי שמחון "פרק א: הקדמה כללית" הגישה הכלכלית למשפט 39, 67 (אריאל פרוקצ'ה עורך, 2012). סיבות אלה מצדיקות רגולציה מעמיקה, כמו-גם גופי פיקוח מיוחדים בשלושת התחומים הבאים: בנקים, קופות-גמל וביטוח.

75 David M. Grether, Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure*, 59 S. CAL. L. REV. 277 (1986); Ward Edwards & Detlof von Winterfeldt, *Cognitive Illusions and Their Implications for the Law*, 59 S. CAL. L. REV. 225 (1986); Naresh K. Malhotra, *Reflections on the Information Overload Paradigm in Consumer Decision Making*, 10 J. Consumer Res. 436 (1984).

76 ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 563–570, על היעילות החלקית בלבד מבחינת הצרכן של חובת הגילוי כסעד יחיד. המקרה שנבחן היה הלוואות חוץ-בנקאיות, שלגביהן נקבעו בתקנות חובות גילוי של תנאי ההלוואה. עם חלוף השנים התברר כי אין בתקנות אלה כדי לשנות את המצב, ולכן הוספה חקיקה המסדירה סוגיה זו בדרך של הטלת חובות מהותיות וקוגניטיביות. מובן שהתערבות בדרך של חובות גילוי היא התערבות ברמה הנמוכה ביותר, ולפיכך במקרים רבים אין בה די. ראו שם, בעמ' 577–578. ראו גם סיני דויטש "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן" מחקרי משפט ט 133, 141–145 (1991).

77 לדיון מקיף בכשלונה של חובת הגילוי ראו Ben-Shahar & Schneider, לעיל ה"ש 13. לכמה מאמרים וספרים מובילים בנושא ראו Sunstein, לעיל ה"ש 13; Kesten Green & J. Scott, *Evidence on the Effects of Mandatory Disclaimers in Advertising with Reply to Commentators: Should We Put a Price on Free Speech?*, 31 J. PUB. POL'Y & MARKETING 293 (2012); Thomas A. Durkin & Gregory Elliehausen, *Truth in Lending: Theory, History, and a Way Forward* (2011); Barry Schwartz, *The Paradox of Choice: Why More Is Less* (2014); Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler & David R. Trossen, *Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts*, 43 J. LEGAL STUD. 1 (2014).

78 ראו Ben-Shahar & Schneider, לעיל ה"ש 13, פרק 12.

בגילוי.⁷⁹ עם זאת, על-מנת לא לסבך דרישות אלה, יש לקבוע חובות גילוי סבירות, אשר גם העוסק יוכל לעמוד בהן וגם יש סיכוי כלשהו שהצרכן ישים ליבו אליהן. באופן כללי, דרישות הגילוי בישראל צנועות לעומת דרישות הגילוי במשפט האמריקאי, ודווקא בשל סיבה זו יש בהן פוטנציאל של תועלת. שילוב של חובות הגילוי עם זכות הצרכן לבטל עסקאות בתקופת הצינון יכול להפוך את פרטי הגילוי לרלוונטיים בהרבה. גם אם בעת כריתת החוזה הצרכני לא קרא הצרכן את פרטי הגילוי, יש לו לאחר-מכן עד ארבעה-עשר יום לקרוא פרטים אלה, להתייעץ עם אחרים ולהחליט אם הוא מעוניין בעסקה. לפרטים יש חשיבות רבה שכן הם כוללים את כתובת העוסק, את הזכות לביטול העסקה ואת התנאים לביטול. אין בחובת הגילוי כשלעצמה כדי להגן על הצרכן, אך גם זכות הביטול לא תוכל להתממש אם בזמן תקופת הצינון לא יעמדו לרשות הצרכנים הפרטים הדרושים למימוש זכויותיהם. שילוב של חובות גילוי בהיקף ראוי יחד עם תקופת צינון עשוי לשמש כלי חשוב להגנת הצרכן ולקידום הסחר ההוגן.⁸⁰ הקושי של צרכנים לקבל החלטות רציונליות נובע לא רק ממידע חסר, אלא גם מכך שהרציונליות האנושית מוגבלת מטבעה. בשנים האחרונות התגבשה הדיסציפלינה המדעית הקרויה "כלכלה התנהגותית" (Behavioral Economics). לפי דיסציפלינה זו, יש להביא בחשבון שיקולים פסיכולוגיים שהשפעתם על קבלת החלטות של צרכנים אינה פחותה מזו של שיקולים של מקסום העושר או של יעילות כלכלית.⁸¹ שיקולים אלה עשויים להניע צרכן לבצע עסקה אף שהיא אינה לטובתו.

גם הפרדוקס של דיימונד⁸² תומך ברגולציה בנושאים צרכניים. טענתו היא כי בשווקים שבהם המוצרים או מבנה המחיר שלהם מורכבים לא תהיה תחרות, גם אם מדד הריכוזיות בהם נמוך מאוד. הסיבה לכך היא עלויות החיפוש של הצרכן.

79 ראו בכר ובר-גיל, לעיל ה"ש 58, בעמ' 250, ובמיוחד ה"ש 63 ו-64 במאמר האמור. לדעת המחברים, חובות גילוי יכולות למלא תפקיד חשוב בהגנה על הצרכן, כתנאי שהן מעוצבות כהלכה.

80 לדיון בסוגיות אלה במשפט האמריקאי ראו Ben-Shahar & Posner, לעיל ה"ש 61; Bengt Holmstrom, *Moral Hazard and Observability*, 10 BELL J. ECON. 74 (1979); James A. Mirrlees, *The Theory of Moral Hazard and Unobservable Behaviour: Part I*, 66 REV. ECON. STUD. 3 (1999) בנושא זה קיימת ספרות רבה, והמאמרים שצינו הם רק דוגמאות.

81 ראו, לדוגמה: Gerd Gigerenzer, *Is the Mind Irrational or Ecologically Rational?*, 37 THE LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR 38-39 (Francesco Parisi & Vernon L. Smith eds., 2005). ראו גם Oren Bar-Gill, *Seduction by Plastic*, 1373, 1407 (2004) Nw. U. L. REV.

82 Peter A. Diamond, *A Model of Price Adjustment*, 3 J. ECON. THEORY 156 (1971)

כאשר ההפרשים במחירים או בטיב המוצרים בין עוסק לעוסק הם קטנים, יש לבחון עסקים רבים על-מנת להגיע לעסקה הטובה ביותר. במצב זה אין זה יעיל לקיים את הבירור, וכל מוכר יכול להתנהג כאילו הוא היחיד בשוק.⁸³ לפיכך יש צורך ברגולציה גם בשוק כזה, אם כי ברור שבמונופולין אמיתי יש מקום לרגולציה רחבה בהרבה.

ניתן לטעון כי כיום, בעידן המדיה החדשה (הטלפון החכם), ניתן להשיג ביתר קלות מידע מראש. טענה זו נכונה, אך יש מוצרים ושירותים שבהם גם תועלת המידע הדיגיטלי מוגבלת, ויש גם קבוצות אוכלוסייה המתקשות להשתמש בטכנולוגיה מתקדמת.

היה מקום לקוות כי העוסקים בישראל יסכימו לאפשר לצרכן לבטל עסקאות ואף לגלות את פרטי העסקה באופן וולונטרי, כפי שהדבר קיים במדינות אחרות,⁸⁴ אך בישראל, במשך שנים ארוכות, כל עוד לא הייתה חקיקה בנושא, לא הייתה נכונות של העוסקים להעניק זכויות אלה לצרכנים.

הזכות לביטול עסקה צרכנית בתוך פרק-זמן נקוב היא תוצאה ראויה יותר מאשר חיוב הצרכן בתשלום מלוא המחיר בעבור מוצר או שירות שהוא אינו מעוניין בהם.⁸⁵ זאת, במיוחד במוצרים ובשירותים סטנדרטיים, מאחר שהמוכרים הם נושאי הנזק הטובים, שכן הם יכולים לפזר את הסיכון בין הצרכנים. יש לציין כי גם מומחים למשפט וכלכלה סבורים כי יש הצדקה לזכות החרטה של הצרכן בנסיבות שונות.⁸⁶

83 ראו שמחון, לעיל ה"ש 74, בעמ' 57. זכות ביטול לאחר רכישה המוגבלת לתקופות קצרות מאפשרת לרוכשים לברר את המחירים במקומות אחרים, ולכן תורמת להורדת מחירים, שכן אם יהיה פער גדול מדי בין עסק לעסק באותו מוצר, יגדיל הדבר את הסיכוי לביטול העסקה.

84 בארצות-הברית יש ספרות הקובעת כי יש נסיבות שיתמצו גילוי וולונטרי. ראו, Beales, Craswell & Salop, לעיל ה"ש 70. אולם ההשוואה בין ישראל לבין ארצות-הברית היא בעייתית, שכן זכות חרטה של הצרכן מהעסקה קיימת בעסקים בארצות-הברית כבר שנים רבות, וזאת באופן וולונטרי.

85 ראו: Robert E. Scott & George G. Triantis, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 COLUM. L. REV. 1428, 1488–93 (2004). ראו גם Ben-Shahar & Posner, לעיל ה"ש 61, בעמ' 117, המסבירים את ההבחנה בין גישתם לבין זו של Scott & Triantis.

86 ראו: Steven A. Matthews & Nicola Persico, *Information Acquisition and the Excess Refund Puzzle* (PIER Working Paper No. 05-015, Penn. Institute of Economic Research, 2005); Alexander Stremtizer, *Opportunistic Termination*, 28 J.L. ECON. & ORGANIZATION 381 (2012).

עם זאת, אין להתעלם מכך שהאפשרות לבטל עסקה ללא צורך בכל הנמקה יוצרת את החשש שיהיו צרכנים שיעשו בזכות זו שימוש לא-הוגן (moral hazard).⁸⁷ לפיכך ראוי לנקוט צעדים שונים שיצמצמו את אפשרות הביטול במקרים שבהם הזכות להתחרט עלולה להיות מנוצלת לרעה. על-מנת לצמצם את החששות שצרכנים ישתמשו לרעה בזכות הביטול, מוטלים על הלקוח נטלים שונים. למשל, מוטל עליו להחזיר את המוצר לעוסק על חשבוננו; בביטול עסקת מכר מרחוק הוא מחויב בדמי ביטול אם אין פגם במוצר; אם הצרכן השתמש בנכס, כך שערכו ירד באופן משמעותי, העוסק יכול להגיש תביעה לפיצוי נגד הצרכן (סעיפים 14(ב) ו-14(ג) לחוק הגנת הצרכן); ויש טובין שאי-אפשר להחזירם כלל.⁸⁸

סיכומו של דבר, גם לפי הגישה הכלכלית למשפט יש לדעתי הצדקה הן לחובות הגילוי המוטלות על העוסק והן לזכות החרטה של הצרכן בתוך תקופת הצינור. כעת, אחרי שהוצגו הנימוקים הכלליים לביטול עסקאות מיוחדות בתקופת צינור, תיבחן בפרקים הבאים כל אחת מעסקאות אלה בנפרד.

ד. ביטול עסקת רוכלות

1. ההצדקות לזכות החרטה של הצרכן בעסקת רוכלות

זכות הצרכן להתחרט בעסקות רוכלות בתקופת הצינור מקובלת במדינות רבות בעולם,⁸⁹ וקל להסבירה. ראשית, הצרכן לא יזם את הרכישה. שנית, בזמן ביצוע העסקה אין לו אפשרות לבחון מידע בסיסי – למשל, לערוך השוואת מחירים או השוואת איכויות של המוצר. מאחר שהצרכן לא יזם את הרכישה, הוא עשוי להגיע, במחשבה שנייה, למסקנה שהוא אינו מעוניין כלל במוצר או בשירות. נוסף על כך, במקרים מסוימים של עסקת רוכלות מופעלות טקטיקות מכירה אגרסיביות. לעיתים המוכר מפתיע את הצרכן או את הצרכנית בביתם, ונראה לצרכנים שאם לא ישלימו את העסקה, הם לא יוכלו להיפטר מהרוכל.

הסדרת הנושא של עסקת רוכלות, המכונה בחוץ-לארץ "מכירה מדלת לדלת" (door-to-door sale), היא נפוצה ביותר, ומקובלת גם בארצות רבות שאינן חלק

87 ראו Rekaiti & Van den Bergh, לעיל ה"ש 59.

88 בס' 14(ג) לחוק הגנת הצרכן נקבע כי הוראות הסעיף בעניין רוכלות לא יחולו על עסקה בטובין פסידיים, ובס' 14(ד) לחוק יש רשימה של טובין ושירותים שלגביהם לא יחולו ההוראות בדבר זכות הביטול של מכר מרחוק.

89 ראו לעיל ה"ש 57.

מהאיחוד האירופי.⁹⁰ יש כמובן הבדלים בין שיטה לשיטה, אך הכללים הבסיסיים דומים למדי.

בעסקת רוכלות קל להסביר את ההצדקות לזכות החרטה של הצרכן. בעסקאות אלה קיים חשש של השפעה לא-הוגנת הגורמת להתנהגות לא-רציונלית של הצרכן. המלומד הקנדי Trebilcock הגדיר את נסיבות ההתקשרות בעסקה ברוכלות כ-“situational monopoly”, דהיינו, מונופולין נסיבתי: לרוכש אין אפשרות להשוות מחירים או להשוות את טיב המוצרים, ומכאן שהמצב דומה לשוק מונופוליסטי.⁹¹ בארצות-הברית היו מקרים שבהם מוצרים נמכרו בעסקת רוכלות במחיר כפול ממחירם בשוק.⁹² לצרכן גם אין אפשרות לשקול אם ביכולתו לשאת בתשלומים שיידרשו. במצב זה יש מקום להגן על הצרכן מפני החלטות חפוזות ושגויות. עיון ברשימת הנימוקים המצדיקים את זכות החרטה מעלה כי כמעט כל הנימוקים המצדיקים את זכות החרטה קיימים בעסקת רוכלות.⁹³ אין אפוא פלא שזה היה התחום הראשון שבו ניתנה בחוק הגנת הצרכן זכות חרטה, ושיש הסכמה רחבה לגבי תקופת צינון בעסקת רוכלות.⁹⁴

בפסקי-דין שדנו בתקופת הצינון פירטו השופטים לא פעם את ההנמקות לתקופת צינון ולזכות הביטול של הצרכן בעסקת רוכלות במהלך תקופה זו. באחד מפסקי-הדין הסביר השופט כי בעסקת רוכלות גמירת-הדעת של הצרכן אינה

90 ראו, לדוגמה: Yeşim M. Atamer & Hans W. Micklitz, *The Implementation of the EU Consumer Protection Directives in Turkey*, 27 PENN. ST. INT'L L. REV. 551 (2009); Kunihiro Nakata, *Recent Developments in Japanese Consumer Law*, 27 PENN. ST. INT'L L. REV. 803 (2009); Steven W. Bender, *Consumer Protection for Latinos: Overcoming Language Fraud and English Only in the Marketplace*, 45 AM. U. L. REV. 1027 (1996); Michael R. Mattioli, *Cooling-Off & Secondary Markets: Consumer Choice in the Digital Domain*, 15 VA. J.L. & TECH. 227 (2010); Caroline O. Shoenberger, *Consumer Myths v. Legal Realities: How Can Businesses Cope?*, 16 LOY. CONSUMER L. REV. 189 (2004).

91 ראו TREBILCOCK, לעיל ה"ש 65, בעמ' 101.

92 Melvin Aron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. L. REV. 741, 782–84 (1982).

93 ראו לעיל בתת-פרק ג' רשימה של שתיים-עשרה הצדקות. רק נימוק 4 רלוונטי פחות לעסקת רוכלות. שאר הנימוקים רלוונטיים לרוכלות. לנימוקים נוספים לזכות לחרטה בעסקת רוכלות – כגון המבחר המוגבל המוצג לצרכן, אי-הכרת הספק ולחץ כתוצאה מהפתעה – ראו HOWELLS & WEATHERILL, לעיל ה"ש 72, בעמ' 361–362.

94 ראו בכר וז'רסקי "זכות הביטול בעסקות צרכניות", לעיל ה"ש 58, בעמ' 138–141; אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 292–294 (2002) (להלן: אורנה דויטש).

מלאה, והתנהגותו נובעת מפזיזות לפעמים. מטרת סעיף 14 לחוק היא לא לקשור את הצרכן בנסיבות אלה להסכמתו במועד כריתת ההסכם, אלא להעניק לו ארכת זמן של שבועיים על-מנת שיהיה לאל ידו לשקול אם הוא עודנו חפץ שההסכם יישאר בתוקפו.⁹⁵

סעיף 14 לחוק הגנת הצרכן מבחין בין עסקת מכר לבין עסקת שירות לגבי משך הזמן של זכות החרטה. בעסקת מכר ברוכלות הצרכן רשאי לבטל את ההסכם עד ארבעה-עשר ימים מיום מסירת הנכס,⁹⁶ וזאת גם אם הוא כבר החל להשתמש בנכס. לעומת זאת, בעסקת רוכלות לגבי שירותים, משך זמן הביטול הוא ארבעה-עשר ימים מיום עריכת ההסכם. בעסקה שאינה עסקה מתמשכת⁹⁷ הביטול אפשרי רק אם טרם הוחל במתן השירות.

יש עשרות רבות של פסקי-דין שיישמו את דיני הביטול בעסקת רוכלות.⁹⁸ אולם מאחר שמטרתו של מאמר זה היא לבחון את ההצדקות לזכות החרטה של

95 ראו עניין שטיינגולד, לעיל ה"ש 2, פס' 4, שם השופט הנדל מצטט מדברי ההסבר להצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 5) (מתן אפשרות לצרכן לבטל חוזה), התשנ"ז-1996, ה"ח 87, המסבירים מדוע יש צורך בתיקון ההוראה בדבר עסקת רוכלות: "צרכנים רבים, המתקשרים בעסקאות שלא במקום עסקו הקבוע של העוסק... נתקלים בבעיות קשות ובהוצאות רבות, כשהם מעוניינים לבטל את החוזה שעליו חתמו. לא תמיד בקשתם לביטול החוזה אף אם הוגשה בתוך ימים ספורים מחתימתו נענית בחיוב, או שהביטול מותנה בדרישה לפיצוי כספי גבוה." זאת, כמובן, אם הפרטים נמסרו במועד. אם הפרטים לא נמסרו כנדרש בתקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן), אזי משך זמן הביטול מתארך עד לגילוי הפרטים. יש המתנגדים לחובות גילוי רחבות, בטענה שהן גורמות לתופעה של טפילות (free riding), שכן הן מחייבות מוכרים לגלות מידע שאינו נחוץ. ראו: Richard A. Posner, *The Federal Trade Commission*, 37 U. Chi. L. Rev. 47, 61 (1969) יש לעומתם הסבורים כי חובות הגילוי הכרחיות לצמצום עלויות העסקה ולהפיכתה ליעילה יותר. ראו: Norbert Reich, *Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy*, 14 J. Consumer Pol'y 257, 262-3 (1992). ראו גם RAMSAY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 119-124, הדן ביתרונותיהן של חובות הגילוי. לדיון בשאלה אם חובות הגילוי יעילות ראו, Beales, Craswell & Salop, לעיל ה"ש 70.

97 בעסקה מתמשכת אין לראות בתחילת מתן השירות סיבה לביטולה של זכות החרטה. המגמה כיום בחוק הגנת הצרכן היא לאפשר ביטול עסקה בעסקה מתמשכת גם זמן רב לאחר כריתתה. ראו ס' 113 לחוק הגנת הצרכן.

98 עיון במאגרי המידע של "נבו" ו"תקדין" מצביע על יותר מ-50 פסקי-דין שדנו בסוגיה של ביטול עסקת רוכלות על-פי ס' 14 לחוק הגנת הצרכן. מתוך הפסיקה הרבה נציין כמה פסקי-דין מעניינים בסוגיה: בת"פ (שלום חי) 5552/01 משרד המסחר והתעשייה ח"פ נ' חב' לפידות שירותי רפואה בע"מ (פורסם בנבו, 29.1.2004) הורשעו הנאשמים בהפרת ס' 14(ב) לחוק הגנת הצרכן בשל כך שלא השיבו לצרכן את התמורה ששילם אף שהביטול היה במועד. החלטה זו אושרה בבית-המשפט המחוזי, שאף החמיר בעונש. ראו ע"פ (מחוזי חי) 1278/04 מדינת

הצרכן ולהציג את המעבר מהגנה מפני הטעיה ועושה לקביעת סטנדרטים של סחר הוגן, אין טעם להתייחס לפסיקה שלא חידשה חידושים בפרשנות החקיקה, אלא רק יישמה את הוראות החוק.

2. מגבלות בנוגע לזכות החרטה בעסקת רוכלות

עסקת רוכלות אינה נערכת מיוזמתו של הצרכן, ולפיכך ניתן לבטלה בתוך תקופת הצינון. עם זאת, אין לאפשר ביטול שיפגע פגיעה של ממש בעוסק, ולפיכך יש מגבלות לגבי זכות הביטול אף בעסקת רוכלות. כך, זכות החרטה של הצרכן בעסקת רוכלות לא תחול על טובין פסידים.⁹⁹ לדעתי, יש לפרש מונח זה כטובין שעם הגעתם ללקוח אחד אין עוד אפשרות להשתמש בהם פעם נוספת או לספקם לצרכן אחר. הם כוללים גם טובין שערכם יאבד בפרק-הזמן שבין מסירתם לצרכן עד להחזרתם לעוסק, וכן מוצרים שיכולים להתקלקל עד תום ארבעה-עשר הימים של תקופת הצינון.

ישראל/משרד המסחר והתעשייה נ' חברת לפידות שירותי רפואה בע"מ (פורסם בנבו, 24.2.2005). בע"פ (מחוזי חי') 122/05 מליבו קוסמטיקה מתקדמת בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד התעשייה והמסחר (פורסם בנבו, 31.7.2005) דחה בית-המשפט המחוזי את הערעור על ההרשעה בגין הפרת ס' 14 הדן ברוכלות, וכן דחה את טענת המערערת כי דובר בטובין פסידים, שכן נטל ההוכחה שמדובר בטובין פסידים הוא על הנאשמת. בת"פ (שלום חי') 1556/03 מדינת ישראל נ' ב.ד. פריים טריידינג גרופ בע"מ (פורסם בנבו, 3.8.2006) הורשעה הנאשמת, בין היתר, בגין אי-השבת הכסף לצרכן כאשר ביטל עסקת רוכלות במסגרת התקופה שנקבעה בחוק. בת"פ (שלום חד') 1218/04 משרד המסחר והתעשייה חיפה נ' אנגליסטר (פורסם בנבו, 25.9.2005) זוכתה הנאשמת מעברת הטעיה צרכנית, אך הורשעה בכך שסירבה לבטל עסקת רוכלות כנדרש בס' 14 לחוק. הוראות החוק הברורות בסוגיה זו מצביעות על יתרונה של עילה זו על עברת ההטעיה הצרכנית, שיש להוכיח את יסודותיה. בת"ק (תביעות קטנות עפ') 5650-05-09 שבלי נ' מירס תקשורת מירס (פורסם בנבו, 22.6.2010) חייב בית-המשפט את הנתבעת בפיצויים בגין אי-מילוי הוראות ס' 14 לחוק. בת"ק (תביעות קטנות ראשל"צ) 28021-05-09 סולטן נ' פלאפון תקשורת בע"מ (פורסם בנבו, 21.12.2012) נקבע כי אין תוקף לביטול של עסקת רוכלות אם הוא לא נעשה בתוך ארבעה-עשר יום. כאשר ביטול עסקת הרוכלות נעשה בתוך ארבעה-עשר יום, אישר בית-המשפט את הביטול – ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 6302/06 עפר נ' שלום (פורסם בנבו, 23.2.2007). ראו גם תא"ם (שלום חי') 7728-08 א.ב. מדיקל בע"מ נ' הלר (פורסם בנבו, 5.11.2010); תא"ם (שלום נת') 23699-12-12 עדן טל מערכות מים בע"מ נ' קייסרמן (פורסם בנבו, 13.7.2015); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 33574-12-15 פלג נ' מי מיקרון בע"מ (27.3.2016). קיימים עשרות פסקי-דין דוגמת אלה שהובאו, המצביעים על כך שבמקרים לא-מעטים סירבו עוסקים לבטל עסקת רוכלות גם כאשר הביטול נעשה בתוך ארבעה-עשר יום. עובדה זו מחזקת את העמדה שיש צורך ברגולציה, ושבלעדיה היה מצבו של הצרכן כפי רע.

99 ס' 14(ג) לחוק הגנת הצרכן.

סעיף 14 אינו מתייחס במפורש לטובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול שהצרכן פתח את אריזתם המקורית. נושא זה מוסדר בהקשר של עסקת מכר מרחוק בסעיף 14ג(ד)(5), הקובע כי אין להחזיר מוצרים כאלה. לדעתנו, ניתן להקיש מסעיף 14ג לסעיף 14, וזאת מאחר שמדובר בסוגיות דומות של זכות החרטה. ניתן גם לראות בפתיחת האריזה המקורית של תקליטורים כמוצר שאיבד את שוויו, שכן הצרכן עלול לשכפלו ואז להחזירו. אך כאשר מחזירים את המוצרים הללו בעטיפתם המקורית, ניתן לבטל את העסקה.¹⁰⁰

אם ערך הנכס פחת כתוצאה מהרעה משמעותית במצבו, יהיה העוסק רשאי לתבוע את נזקיו.¹⁰¹ הצרכן גם חייב להשיב לעוסק את הנכס מושא העסקה על-ידי העמדתו לרשות העוסק במקום שבו הוא נמסר לצרכן. פירושו של דבר הוא שאם הצרכן קיבל את הנכס בדואר, עליו ללכת לדואר ולשלוח אותו בחזרה לעוסק. דרישות אלה, הכרוכות בטרחה ובעלויות, נועדו למנוע שימוש לרעה בזכות להחזרת הנכס.

3. זכות הביטול בעסקת רוכלות כגיבוי לביטול חוזה בשל פגמים בכריתה

חלק משמעותי מעסקות הרוכלות הן עסקאות כשרות, לגיטימיות ונורמטיביות. כאשר העוסק משתמש בשיטות של מכירה ברוכלות באופן לא-נורמטיבי,¹⁰² אזי לעיתים יהיה אפשר לפתוח בהליכים פליליים נגדו. לדוגמה, חברה העוסקת במכירת מוצרי קוסמטיקה נהגה לפנות בטלפון לביתם של לקוחות פוטנציאליים לצורך תיאום פגישה עם נציגת מכירות. רשימת הטלפונים נבחרה מתוך מאגר של חברת בזק. הטלפניות נהגו להודיע לצרכניות כי הן זכו בהגרלה, וכי הן זכאיות לקבל טיפול קוסמטי חינם שיועבר על-ידי קוסמטיקאית בביתם, להנחה של 50% על מוצרים קוסמטיים וכן לחופשה עולמית בבתי-מלון נבחרים. מובן שהצרכניות לא זכו בהגרלה, נציגת המכירות לא הייתה קוסמטיקאית מוסמכת, לא הייתה הנחה של 50%, וגם לא ניתנה חופשה עולמית. לאחר שהצרכניות ביטלו את העסקה, סירבה המוכרת להחזיר את הכסף, אף שהביטול היה בתוך תקופת

100 ראו ת"ק (תביעות קטנות רח') 2761-11-11 בנבנסתי נ' רגב מדיה בע"מ (פורסם בנבו, 13.6.2012). במקרה זה טען התובע כי הוא לא פתח את המוצר כלל (ערכת לימוד עצמית לבגרות), ואף לא קיבל ססמה וקישור למרשתת. כל מה שקיבל עטוף בניילון נשאר בעטיפתו המקורית. ראוי לציין כי השימוש בתקליטורים מצטמצם כיום מאוד.

101 ס' 14(ב)(1) לחוק.

102 להתייחסות ללחץ המופעל על צרכנים במכירות מדלת לדלת ראו: Paul Harrison, Marta Massi & Kathryn Chalmers, *Beyond Door-to-Door: The Implications of Invited In-Home Selling*, 48 J. CONSUMER AFF. 195 (2014).

הצינון.¹⁰³ במקרה זה היה קל להוכיח שהייתה גם הטעיה צרכנית. אולם הוכחת הטעיה מחייבת פנייה לערכאות, וקשה להוכיחה. ביטול בעילה של עסקת רוכלות יכולה לשמש לצרכנים כלי נוח לביטול עסקה גם כאשר סיבת הביטול היא פגמים בעסקה.

4. הרחבת דיני הרוכלות כחלק מהמעבר מהגנת הצרכן להסדרת הסחר ההוגן הזכות לבטל עסקת רוכלות בתקופת צינון נקבעה עם חקיקתו של חוק הגנת הצרכן בשנת 1981, שנים רבות לפני חקיקתו, בשנת 1998, של ההוראות המאפשרות ביטול בעסקת יחידת נופש ובעסקת מכר מרחוק. אולם גם ברגולציה של עסקת רוכלות חלו שינויים מהותיים בתוכנה ממועד חקיקת ההוראה ועד לתוכן שגובש בשנת 1998 ובשנות העשרה של המאה העשרים ואחת.

ההגדרה של עסקת רוכלות הורחבה מאוד. המונח "רוכלות" מוגדר בסעיף 8 לחוק הגנת הצרכן, ונוסחו כיום הוא: "רוכלות" – הצעת עסקה לצרכן מאת עוסק, או מי מטעמו, שבא שלא לפי הזמנה למקום מגוריו, שירותו הצבאי, עבודתו, לימודיו או לקרבתם, וכן לכל מקום שאינו בית עסק של העוסק או של מי מטעמו (להלן – מקום הצרכן), או פניה יזומה של עוסק לצרכן בכל דרך שהיא, שבעקבותיה הגיע העוסק, או מי מטעמו, למקום הצרכן כדי לקשור עסקה". לפי הגדרה זו, מכירה בכל מקום שאינו בית העסק של העוסק (או של מי מטעמו) תיחשב רוכלות. מכאן שעסקת הרוכלות אינה חייבת להיות בביתו של הצרכן. בנסיבות אלה מצטמצם החשש של הפעלת לחץ על הצרכן, וזכות הביטול מעוגנת בכך שהרכישה נערכה לא ביוזמתו, ושאינן לו אפשרות להשוות מחירים או מוצרים. בעיית חוסר המידע הינה שיקול שניתן להפעיל ללא קשר להתנהגותו של העוסק, גם כאשר אין חשש ללחץ או להטעיה. השיקול של חוסר מידע הוא שיקול של סחר הוגן, המאפיין את זכות הביטול גם בעסקאות מיוחדות אחרות. בסעיף 14 לחוק, הקובע את תוכנה של זכות הביטול, הוספה בשנת 1988 חובת גילוי פרטים, המחייבת עוסק למסור לצרכן פרטים כפי שייקבעו על-ידי שר הכלכלה והתעשייה.¹⁰⁴ בשנת 1998 הורחבה תקופת הצינון משבעה ימים לארבעה-

103 ראו ת"פ (שלום חי) מדינת ישראל נ' מליבו קוסמטיקה מתקדמת בע"מ (פורסם בנבו, 31.10.2004). פסק-הדין אושר בערעור בבית-המשפט המחוזי – ראו ע"פ מליבו, לעיל ה"ש 98. ראו גם את פסק-הדין בת"פ לפידות, ה"ש 98, אשר דן בהרחבה בסוגיה של עסקה ברוכלות, והטיל על הנאשמים קנס כספי כבד בשל סירובם לאפשר את ביטול העסקה אף שהוא נעשה כדין בתוך תקופת הצינון. בערעור אף הוחמר הקנס על מנהל החברה. ראו ע"פ לפידות, לעיל ה"ש 98.

104 חוק הגנת הצרכן (תיקון), התשמ"ח-1988, ס"ח 82.

עשר יום,¹⁰⁵ ובשנת 2008 הותקנו תקנות ובהן הפרטים שעל העוסק למסור לצרכן.¹⁰⁶ בשנת 2010 הורחבה בחוק אפשרות הביטול במקרה שלא נמסרו פרטים, נקבעו דינים נוספים לגבי עסקה מתמשכת, ונקבעו דינים מפורטים לגבי הסדרי ההשבה לאחר ביטול עסקת רוכלות.¹⁰⁷

זכות הביטול של עסקת רוכלות בתקופת הצינון כוללת כיום את מאפייניה של החקיקה הצרכנית החדשה, שנועדה לקדם את הסחר ההוגן. ההוראה מפורטת כיום הרבה יותר מאשר בנוסחה המקורי,¹⁰⁸ ומתייחסת אפילו לגובה התשלום המרבי (100 ש"ח) שאותו יצטרך הצרכן לשלם, במקרה של ביטול העסקה, בגין התקנת המוצר בביתו. גם השימוש בהוראת הרוכלות בפסיקה גדל באופן משמעותי,¹⁰⁹ והסעדים שעומדים לצרכן רחבים כיום בהרבה.¹¹⁰ הוראת הביטול בעסקת רוכלות, בלבושה החדש, מהווה חלק בלתי-נפרד מזכות הביטול בעסקאות מיוחדות – זכות שנקבעה כחלק מהסחר ההוגן.

105 תיקון מס' 6 לחוק הגנת הצרכן.

106 תקנות הגנת הצרכן (עריכת חוזה בכתב ופרטים שרוכל חייב למסור לצרכן). תק' 2 לתקנות אלה קובעת את הפרטים שעל הרוכל למסור לצרכן. בתקנה קיימות שבע פסקאות בלבד, כך שמדובר בחובת גילוי שהעוסק יכול לעמוד בה, שכן ניתן להכין כמעט את כל המידע מראש. התפתחויות דומות חלו בדירקטיבות האירופיות בנושא. ראו לעיל ה"ש 48.

107 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 26), התש"ע-2010, ס"ח 305.

108 הוראת הרוכלות, בנוסחה המקורי משנת 1981, כללה 13 שורות דפוס. בשנת 2015 היא כללה כבר 35 שורות דפוס – כמעט פי שלושה. שוני זה מאפיין את החקיקה החדשה להגנת הצרכן.

109 בנושא הרוכלות פורסמו באתר "נבו" 171 פסקי-דין בשנים 1982–2009, ואילו בשנים 2010–2014 פורסמו 200 פסקי-דין. דהיינו, בחמש שנים פורסמו יותר פסקי-דין בנושא זה מאשר בעשרים ושמונה השנים שקדמו להן.

110 הסעדים הנוספים אינם מיועדים דווקא לעסקת רוכלות, אך יש בחוק הגנת הצרכן התייחסות מפורשת לעסקת רוכלות. כך, ס' 31א(א)(3) לחוק קובע כי יש מקום לפיצויים לדוגמה אם עוסק אינו נענה לבקשתו של צרכן לקבל את כספו בחזרה לאחר ביטול עסקת רוכלות; ס' 22ג(ב)(15) לחוק מאפשר להטיל עיצום כספי בגין הפרת ההוראות בעניין עסקת רוכלות; ומובן שניתן להטיל גם סנקציה פלילית בנסיבות מסוימות, כמפורט בס' 23(ב)(4) לחוק.

ה. ביטול עסקה של רכישת יחידת נופש

1. המיוחד בעסקה של רכישת יחידת נופש

ברכישת יחידת נופש¹¹¹ הצרכן מוזמן למקום שבו מוצעת לו יחידת נופש. העסקה נערכת בנוכחות שני הצדדים במקום שבו העוסק מנהל את עסקיו. בכך היא שונה הן מעסקת רוכלות והן מעסקת מכר מרחוק. עם זאת, המחוקקים בישראל ובמדינות רבות בעולם מצאו לנכון לאפשר לצרכן לבטל את העסקה בתוך תקופת צינון, וכן להטיל חובות גילוי מיוחדות על העוסק.¹¹² הסיבה לכך נעוצה במאפיינים המיוחדים של רכישת יחידת נופש. ברכישת יחידת נופש הצרכן מקבל זכות שימוש לשבוע קבוע בכל שנה ביחידת הנופש, שהיא יחידת דיור – למעשה חדר – בבית-מלון. התשלום בעבור זכות זו הוא משמעותי – מדובר בעשרות אלפי שקלים. נוסף על כך הרוכש משלם מדי שנה דמי החזקה, אשר נקבעים על-ידי בעלי בית-המלון ועולים מדי שנה. הרכישה היא לשנים ארוכות. הרוכש יכול "לבחור" להשתמש באותו חדר במלון באותו שבוע מדי שנה, וזאת במשך עשרות שנים, או לא להשתמש בו. כך או כך הוא יחויב בדמי החזקה. קיים קושי רב במכירת יחידות הנופש שנרכשו, מאחר שאין להן ביקוש בשוק.¹¹³ מעשי המרמה

111 המונח "יחידת נופש" מוגדר בס' 14א(ה) לחוק הגנת הצרכן כדלקמן: "זכות, בין קניינית ובין שלא קניינית, המקנה לבעליה זכות שימוש לסירוגין, בחדר או במקום מגורים אחר, בארץ או בחוץ לארץ, במשך שלוש שנים לפחות, לתקופה של יומיים או יותר במהלך כל שנה".

112 לדיון מפורט בתקופת הצינון ובזכות החרטה של הצרכן באנגליה בנושא של יחידות נופש ראו Howells & Weatherill, לעיל ה"ש 72, בעמ' 356–393. לנושא הוקדש בספר זה פרק שלם (פרק 7), ובתוכו מעניין במיוחד תת-פרק 7.1 – "Regulation of Trade Practices: Doorstep and Distance Selling – Policy Reasons for Intervention". ראו גם Bourgoignie, לעיל ה"ש 72; Stephen Weatherill, Cases and Materials on EU Law (9th ed. 2010).

113 עם השנים התברר כי בפועל אי-אפשר למכור את יחידות הנופש שנרכשו. צרכן שהגיש תביעה בנושא הגיע לפשרה שבה נקבע כי הוא ישלם לחברה יותר מ-15,000 ש"ח רק כדי להשתחרר מה"זכות" ליחידת נופש. ראו ת"א (מחוזי ת"א) 6070-04-11 דקל נ' קלאב הוטלס אינטרנשיונל (א.ק.ה.) בע"מ (פורסם בנבו, 18.6.2013). ראו גם צבי לביא "הח"כים: לשחרר בעלי יחידות נופש מכבלי החוזים" ynet 9.7.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4253291,00.html. בכתבה מוסבר כי ועדת הכלכלה שוקלת חקיקה שתאפשר לבעלי הזכויות ביחידות נופש להשתחרר מחוזים שהם לתקופה ארוכה אף מחייהם, בהינתן שהם משלמים דמי החזקה של 2,800 ש"ח לשנה נוסף על עשרות אלפי השקלים ששילמו בעבור הרכישה, אינם יכולים למכור את היחידה ותקועים איתה לנצח. זו דוגמה מוחצת לכשל שוק שמחייב התערבות של הרשויות, שכן כוחות השוק אינם יכולים לתקן שגיאות קשות של צרכנים שנעשו בעבר בשל העדר מידע ואי-הבנה של מהות העסקה הקושרת אותם לתשלומים רבים למשך עשרות שנים. אכן, נושא זה הוסדר בחקיקה בשנת 2014 (ראו להלן ה"ש 119).

הקשורים לפדיון יחידות הנופש רבים יותר מאשר בתחומי מסחר אחרים, ותחת הכותרת של "חילוף בעלי יחידות נופש" הוצאו מרוכשים כספים נוספים בטענות שווא.¹¹⁴ אין פלא שכשל השוק בנושא זה מחייב הסדרה בחוק.

יחידות נופש נמכרו בישראל במספרים ניכרים בשנות התשעים. עד מהרה נרשמו תלונות רבות בנושא זה, מאחר שהחווה היה לשנים רבות, והוצאות ההחזקה של המלון הוטלו על ציבור בעלי יחידות הנופש מבלי שניתנה להם שליטה כלשהי במחיר.¹¹⁵ רוכשי היחידות חויבו בדמי החזקה גם אם לא היו מעוניינים עוד להשתמש ביחידה. בעקבות התקלות הרבות בהליכי הרכישה וההחזקה של יחידות נופש תוקן חוק הגנת הצרכן בשנת 1998. בעקבות חקיקה זו, שהסדירה את חובות הגילוי בתחום זה ואף קבעה תקופת צינון, שוב אין בונים יחידות נופש בישראל, וזה שנים נמכרות בישראל בעיקר יחידות נופש בחוף-לארץ על-ידי גופים המאפשרים תחלופה של יחידות נופש בין מדינות ובתי-מלון שונים וכן שינויים בתאריכי השהייה במלון.

הנושא הוסדר כאמור בחקיקה בשנת 1998, שהוסיפה את סעיפים 14א, 14ב ו-14ג לחוק הגנת הצרכן.¹¹⁶ הוראות אלה קובעות תקופת צינון שבמסגרתה ניתן לבטל את העסקה, וכן חובות גילוי וחובות מסירת פרטים לצרכן. מסופקני אם צרכן סביר יקרא ויבין פרטים אלה, אולם יש סיכוי שהוא יקרא את המסמך בתקופת הצינון או יפנה לאדם שיוכל להסביר לו את תוכנו. נוסף על כך, אם העוסק אינו עומד בדרישות גילוי הפרטים, תקופת הצינון תחל רק מהיום שבו אישר הצרכן את קבלת טופס הגילוי (סעיף 14א(ג) לחוק). אי-הגילוי מהווה גם הפרה של חוק הגנת הצרכן. עם זאת, היקף הגילוי הנדרש אינו מכביד, ואין לעוסק קושי לעמוד בו. ניתן להכין את טופס הגילוי מראש ולמוסרו לצרכן בעת ביצוע העסקה. יחידת נופש היא עסקה צרכנית בסכום ניכר, והבעייתיות בה הביאה לידי כך שיש בנושא חקיקה ענפה במדינות רבות בעולם.¹¹⁷

114 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ת"א) 33814-08 וסילבסקי נ' שחף לבן תיירות ונופש בע"מ (פורסם בנבו, 20.9.2010), שם חייב בית-המשפט באופן אישי בעל חברה ל"חילוף" בעלי יחידות נופש שפעל בחוסר תום-לב.

115 ראו, לדוגמה, ת"א (שלום ת"א) 26127/06 אף.ווי.סי ניהול ואחזקת מבנים בע"מ נ' שלגי (פורסם בנבו, 6.5.2008).

116 ראו תיקון מס' 6 לחוק הגנת הצרכן. בדיונים בהצעת החוק בכנסת ציינו חברי הכנסת כי מדובר בשוק אגרסיבי מאוד, הכולל פיתוי צרכנים על-ידי שיחות בטלפון, ביצוע הרכישה ללא הבנת העסקה ועוד. ראו ד"כ 22, 6423 (התשנ"ח).

117 זכות החזרה של צרכנים מעסקה של רכישת יחידת נופש בתקופת הצינון הוכרה בגרמניה ואף נהפכה לחלק של הקודקס האזרחי הגרמני (סימנים 361(a)-(b) ל-BGB). בעקבות

יש לציין כי העסקה של רכישת יחידת נופש אינה בהכרח עסקה רעה. ניתן גם להניח כי רוב הרוכשים מעוניינים בעסקה, והראיה לכך היא שגם לאחר שנקבע כי רוכשי יחידות נופש זכאים להחזיר את היחידות ולבטל את העסקה, רק 22% (9,738 צרכנים) מרוכשי יחידות הנופש בקלאב הוטל מימשו את זכות הביטול. הזכות לביטול עסקה של רכישת יחידת נופש אחרי שנים הייתה חלק מהצעת פשרה בתובענה ייצוגית של בעלי יחידות נופש נגד קלאב הוטל. נתונים אלה מתייחסים לתקופה שבין אוקטובר 2013 עד למרץ 2015.¹¹⁸ בינתיים חוק תיקון נוסף לחוק הגנת הצרכן,¹¹⁹ שלפיו צרכני יחידות נופש רשאים לבטל את הרכישה ולקבל בחזרה חלק מהכסף ששילמו.¹²⁰ התיקון נכנס לתוקפו ב-24.9.2014, ובינתיים קשה לדעת מה תהיה השפעתו על קצב ביטול העסקאות של רכישת יחידות נופש. יש כמה סיבות אפשריות לכך שאחוז המבטלים אינו גבוה יותר, ובראשן העובדה שביטול דורש יוזמה וגם כרוך בהפסד כספי. אולם גם אם נניח שאלה שלא ביטלו את העסקה אכן מרוצים ממנה, עדיין בתקופה קצרה יחסית ביטלו את עסקת יחידת הנופש כ-10,000 לקוחות שלא היו מרוצים ממנה, תוך הסתפקות בפיצוי כספי חלקי. אין הצדקה לקשור אלפי צרכנים לשנים רבות לעסקה שהם אינם מעוניינים בה. יש להבחין כמובן בין זכות הביטול בתקופת

דירקטיבות אירופיות נעשו בהקשר זה תיקונים נוספים במשפט הגרמני. ראו MICKLITZ, STUYCK & TERRY, לעיל ה"ש 57, בעמ' 249. הוראות דומות קיימות גם באנגליה – ראו Hellwege, לעיל ה"ש 57. באנגליה נקבעו בשנת 2008 גם תקנות בנושא זה. ראו The Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008. תקופת הצינון מופיעה ב-schedule של התקנות. תקנות אלה מסדירות באופן מלא יותר את הסוגיה של תקופת הצינון. כמו-כן קיימות הוראות דומות בהולנד (ראו MICKLITZ, STUYCK & TERRY, לעיל ה"ש 57, בעמ' 249). ראוי לציון העובדה שבעוד הוראות צרכניות אלה הן כיום חלק מהקודקס האזרחי בגרמניה (ה-BGB), בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הן הושמטו מהקודקס הישראלי. לדיון בנושא זה ראו סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית" משפטים 499, 511–516 (2006) (להלן: סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית"). לדיון נוסף בנושא של רכישת יחידות נופש באנגליה ובאיחוד האירופי ראו RAMSAY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 343. לדיון בנושא באנגליה בשנות התשעים ראו HARVEY & PARRY, לעיל ה"ש 72, בעמ' 17.

118 ראו גיל קליאן "רק 22% מבעלי יחידות הנופש של קלאב הוטל – ביטלו עסקה" כלכליסט 2.3.2015. www.calcalist.co.il/markets/articles/0,7340,L-3653623,00.html

119 חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 37), התשע"ד-2014, ס"ח 402, שהוסיף לחוק את ס' 1א13 – "ביטול עסקה לתקופה קצובה". סעיף זה מאפשר לצרכן לבטל בכל עת עסקה לתקופה קצובה מהסוג המנוי בתוספת הרביעית לחוק. עסקה של רכישת יחידת נופש מופיעה בתוספת זו. 120 התנאים לביטול מפורטים בתוספת, שם יש חישוב של הסכומים שהעוסק רשאי לנכות מהחזר לצרכן.

הצינון, שהיא בגדר חרטה, לבין השתחררות מחוזה לרכישת יחידת נופש שנים לאחר הרכישה. תקופת צינון מאפשרת לצרכנים לשקול מחדש את העסקה, וכך מקטינה את הצורך במתן זכות השתחררות לאחר שנים. יש חשיבות לשיקול-דעת נוסף בעסקה כה מורכבת. התנהלות השוק לפני תיקון החוק הייתה בעייתית, והיה צורך ברגולציה.

עסקה של רכישת יחידת נופש היא עסקה בעלת מאפיינים מיוחדים: תשלום ניכר מראש בעבור זכות שימוש בחדר במלון, ולאחר-מכן תשלומי תחזוקה במשך שנים רבות. תיקון החוק בשנת 1998 הוביל להפסקת מכירתן של יחידות נופש חדשות בישראל. בשל הבעיות שנותרו לגבי אלה שכבר רכשו יחידות נופש, נדרשה חקיקה נוספת שתאפשר לצרכנים להיפטר מיחידות אלה. יש להסביר מה ההצדקה למתן זכות חרטה לצרכן – זכות דרסטית עד כדי כך שלאחר שנהפכה לחלק מהמשפט הישראלי, הפסיקו לבנות בישראל בתי-מלון על בסיס של יחידות נופש.

2. ההצדקות לתקופת צינון בעסקת רכישת יחידת נופש

כמעט כל השיקולים המצדיקים מתן תקופת צינון וזכות חרטה לצרכן קיימים בעסקה של רכישת יחידת נופש. יש פערי מידע ניכרים בין העוסק לבין הצרכן; על הצרכן מופעלים אמצעי לחץ פסיכולוגיים לסיים את העסקה, בדמות נימוקים כגון "זו הזדמנות חד-פעמית ששוב לא תחזור"; החלטותיהם של הצרכנים לרכוש יחידת נופש מתקבלות במקרים רבים מבלי שהם מבינים את ההשלכות של ההתקשרות בעסקה, שהיא עסקה יקרה יחסית ולמשך שנים ארוכות; רבות מההחלטות הללו מתקבלות בחופזה וללא שיקול-דעת; שיטת המכירה של יחידות נופש שהייתה נהוגה בישראל בשנות התשעים כללה לחצים, הבטחות ללא כיסוי ומשא-ומתן מתיש במשך שעות ברעש נוראי עם נציגי מכירות שלא חששו להבטיח הבטחות-שווא, שכן הצרכנים לא יכלו לברר עובדות אלה במהלך המכירה;¹²¹ וכל זאת לגבי חוזים ארוכי-טווח של עשרות שנים.

121 יש דוגמאות רבות בפסיקה להתנהגות לא-הולמת של מוכרי יחידות הנופש. ראו, למשל, ת"א (שלום ת"א) 198989/02 אלפרין נ' דלתא קלאב טיים שיירינג ישראל בע"מ, תק-של 2003(2) 2123, שם תואר כיצד קיבלו הצרכנים הזמנה שמטרתה קבלת פרס ללא אזכור המטרה האמיתית של הפגישה, שהיא מכירת יחידת נופש, והעסקה הוצגה כמציאה חד-פעמית, וכללה אמצעי לחץ פסיכולוגיים רבים. ראו גם ת"א (שלום י"ם) 3435/98 גרינפלד נ' אקטיביטי תיירות ונופש (1996) בע"מ (פורסם בנבו, 12.12.2005), שם תואר הליך המכירה של יחידות נופש כ"ערבי מכירה... [שבהם] רוכשים אנשים יחידות נופש על רקע מוזיקה, שתיה אלכוהולית, ותוך פיתוי 'במתנות' מחד וב'איומים' מאידך, לפיהם דחיה במועד החתימה לא תאפשר מימוש העסקה". כן ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 12314/01 ברקוביץ נ' וי.א.מ.סי. בע"מ

הכללים בדבר תקופות צינון בעסקאות של מכירת יחידות נופש קיימים זה שנים במדינות רבות באירופה,¹²² והוא הדין ברובן המכריע של מדינות ארצות-הברית.¹²³ בשנות התשעים יצא בישראל שם רע למכירות יחידות נופש, שכן במקרים רבים פותו הצרכנים להגיע למפגש באמצעות הבטחת מתנות שונות, וכאשר הגיעו, הופעלו עליהם טקטיקות מכירה מלחיצות ושיווק אגרסיבי עד שהם חתמו על העסקה מבלי להבין את השלכותיה. בחלק ממקרים אלה ייתכן שהיה אפשר לבטל את החוזה בעילות של הטעיה ועושק, אך הוכחת עילות אלה היא מסובכת, וסיכוייה של תביעה כזו אינם ברורים. הזכות להתחרט בתקופת הצינון מאפשרת את ביטול העסקה ללא צורך בהוכחת פגמי ההתקשרות.

טקטיקות השיווק האגרסיביות השפיעו גם על רוכשים מתוחכמים, אשר בסופו של דבר חתמו על חוזה שאין הם מעוניינים בו. הלחץ לקבל החלטה במקום ואי-הנעימות לומר לאיש המכירות שהם אינם מעוניינים בעסקה – לאחר השעות שהלה הקדיש להם והכיבוד שנתן להם בחינם – הקשו על הצרכנים לתת תשובה שלילית. אין ספק שזו עסקה המוטה כולה לטובתו של העוסק. העובדה שעד להסדרת הנושא בתובענה ייצוגית ובחקיקה¹²⁴ לא היה אפשר להעביר יחידות נופש ששולמו בעבורן עשרות אלפי שקלים אפילו בחינם הינה ההוכחה הניצחת לכשל השוק בנושא.

להלן חלק מהטעמים המצדיקים מתן תקופת צינון בעסקה של רכישת יחידת נופש: (1) נחיתותו של הצרכן מול העוסק מבחינה מקצועית; (2) פערי המידע בין העוסק לצרכן; (3) הגנת הצרכן מפני החלטות שגויות וחפזות; (4) כניעת הצרכן למערכת לחצים של העוסק ולטקטיקות מכירה לא-הוגנות; (5) חוסר הבנה של

(פורסם בנבו, 2.1.2003); ת"א (שלום ת"א) 113353/00 לזין נ' וורלדוויד ריזורט בע"מ (פורסם בנבו, 29.9.2002); ת"א (שלום ת"א) 33146/00 גרימברג נ' גלמן פינץ בע"מ (לא פורסם, 24.6.2001) – הודיעו לבני-זוג בטלפון כי הם זכו בנופש בשווייץ, וכי הם מוזמנים לפגישה שבה יקבלו הסבר על נסיעתם. נאמר להם כי הנופש אינו כולל התחייבות כלשהי מצידם, אך לאחר שחתמו על מה שנראה להם כהסכמה לנסיעה לשווייץ, התגלה להם כי הם הסכימו למעשה לרכוש יחידת נופש. לא הוסבר להם כי באפשרותם לבטל את החוזה תוך ארבעה-עשר יום ממועד החתימה, וכאשר הם ביקשו לבטל את החוזה, נאמר להם כי אין אפשרות כזו, אף שאפשרות כזו הייתה קיימת.

122 ראו Rekaiti & Van den Bergh, לעיל ה"ש 59, טבלה בעמ' 399–400. תקופות צינון בעסקאות של רכישת יחידת נופש קיימות במדינות כגון פינלנד, צרפת, גרמניה, איטליה, הולנד, פורטוגל, ספרד, שוודיה ואנגליה, וכן בדירקטיבה האירופית D/94/47/EC.

123 לכמה מאמרים מובילים בנושא ראו לעיל ה"ש 57.

124 ראו לעיל תת-פרק ה1.

הצרכן בדבר משמעות ההתקשרות, שהינה לשנים רבות; (6) היחשפותם של הצרכנים למונופולין נסיבתי בהיותם כלואים באולם המכירות במשך שעות ארוכות; (7) התנהגות לא-רציונלית של הצרכן, ועוד.

פסק-דין שקדם לתיקון חוק הגנת הצרכן בעניין רכישה של יחידות נופש מלמד על שיטות המכירה האגרסיביות של יחידות הנופש, על ניצול הצרכן ועל כשלי השוק שהצדיקו את הסדרת הנושא על-ידי רגולציה.¹²⁵ אלה עיקרי העובדות המתוארות בפסק-הדין בנוגע להליך המכירה: המפגש התקיים באולם שבו היו שולחנות רבים, שסביבם ישבו נציגי המוכרים והרוכשים-בכוח. לרוכשים נמסרו הבטחות שונות, והחוזה נחתם בשעת לילה מאוחרת מבלי שהם קראו אותו. לאחר יומיים, כאשר הרוכשים קראו את החוזה, הם גילו שהוא אינו תואם את מה שהובטח להם, וזאת בנושאים חשובים. הרוכשים ניסו לבטל את העסקה, אולם המוכרים סירבו. רק לאחר ניהול דיון בבית-המשפט בוטל החוזה על בסיס הטעיה חוזית והטעיה צרכנית. אילו היה אפשר להחיל על הרכישה את הוראות סעיף 14א לחוק הגנת הצרכן, הקובעות זכות ביטול, היה אפשר לבטל את העסקה בקלות. בארצות-הברית, שם הרגולציה דומה לזו הקיימת בישראל, המכירות בשוק יחידות הנופש מגיעות למיליארדי דולרים מדי שנה.¹²⁶ במחקר-שדה שנערכו במדינות אחרות, שבהן יש הוראות המאפשרות ביטול עסקה של רכישה יחידות נופש בתוך תקופת צינון,¹²⁷ התברר כי הסיבות העיקריות לחרטה בעסקאות אלה

125 עניין גרינפלד, לעיל ה"ש 121.

126 באתרי מרשתת רבים יש נתונים על היקף המכירות של יחידות נופש בארצות-הברית. ראו, לדוגמה, <http://www.sellmytimesharenow.com/>, שם דווח כי בחמש השנים האחרונות עלו המכירות של יחידות נופש בארצות-הברית בהיקף של כמיליארד דולר כל שנה. ראו גם <http://www.hospitalitynet.org/list/1-10/154000320.html>, שם דווח כי המכירות של יחידות נופש בארצות-הברית הגיעו בשנת 2007 לסך של 10.6 מיליארד דולר. בארצות-הברית יש קרוב ל-2,000 מקומות נופש המבוססים על יחידות נופש, וכן כ-5 מיליון בעלי יחידות נופש. השוק המשני של קוני יחידות נופש מידי הרוכשים הראשונים גדול ביותר. בהתאם למחקר של Ernst & Young מיוני 2012, מספר הבעלים של יחידות נופש בארצות-הברית עלה ל-8 מיליון. המכירות הן גם של יחידות נופש חדשות וגם בדרך של מכירה משנית על-ידי לקוחות ללקוחות חדשים. ראו <http://www.sellingtimesharenow.com/>, שם יש מידע רב לגבי מכירה חוזרת של יחידות נופש על-ידי הקונים הראשונים. בתמציתיות ניתן לומר כי אומנם אי-אפשר לקבל במכירה משנית את המחיר ששולם בעבור הרכישה הראשונית, אולם בהנחה משמעותית (50% ויותר) יש שוק קונים משני, שאינו קיים כמעט בישראל.

Beverly A. Sparks, Graham L. Bradley, Gayle R. Jennings & Nicole R. Johnston, 127 *Cooling Off and Backing Out: Understanding Consumer Decisions to Rescind a Product Purchase*, 67 J. BUS. RES. 2903 (2014).

בתוך תקופת הצינון הן ספקות לגבי ערך המוצר, בחינה מחודשת של היכולת הכלכלית של הרוכש, בחינה מחודשת של ההבטחות בעת המכירה, ותגובת הסביבה על הרכישה. הרגולציה בישראל בתחום זה אינה חריפה מזו המקובלת בארצות-הברית ובאירופה. אף-על-פי-כן היה בה כדי לחסל תחום זה כמעט לחלוטין בישראל, בעוד בחוץ-לארץ הוא ממשיך לפרוח.¹²⁸

הרגולציה של מכירת יחידות נופש היא דוגמה טובה לכך שהגנת הצרכן נועדה גם לקבוע סטנדרטים של סחר הוגן. במקרים של הטעיה וניצול מצוקה הזכות לביטול עסקה של רכישת יחידת נופש בתקופת הצינון חוסכת לצרכן את הקשיים הכרוכים בפנייה לבית-משפט ובהוכחת העילות. אולם אפשרות זו של ביטול העסקה אינה מוגבלת רק למקרים של ניצול מצוקה. הצרכן יכול לבטל את העסקה ללא הנמקה, ויש בכך כדי לקדם סחר הוגן, שכן גם כאשר לא נפל פגם בכרית החוזה, אין זה ראוי לכבול אדם לעסקה מורכבת שאין הוא מעוניין בה.

128 ייתכן שהשוני בנושא זה בין השוק בישראל לבין השווקים באירופה או בארצות-הברית נובע מהפער הניכר בגודל השווקים. כמו-כן, בארצות-הברית ובאירופה יש קונים משניים של יחידות נופש מהרוכשים המקוריים (אם כי במחיר נמוך יותר). לבסוף, יש שם מגוון רחב של אלפי אתרי נופש ובתי-מלון המאפשרים לערוך ביניהם חילופים, ולפיכך גם כאשר העוסקים עומדים בדרישות הרגולציה, הענף עודנו משגשג.

מרכז המחקר והמידע של הכנסת הכין דוח השוואתי בנושא – ראו אורי טל "יחידות נופש (Time-Sharing): תמונת מצב והשוואה בין-לאומית" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 28.12.2005). <https://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01332.pdf>. מסמך זה הוכן שבע שנים לאחר שהנושא של יחידות נופש הוסדר בחקיקה בס' 14, א' 14 ב' 14 לחוק הגנת הצרכן. בדוח נכתב כי למועצה הישראלית לצרכנות מגיעות מאות תלונות על חברות המשווקות יחידות נופש בדרכי פיתוי ולחץ (שם, בעמ' 4 ו-5). כן נכתב בו כי באירופה הוסדר הנושא בדירקטיבות המוחלות על המשפט הצרכני במדינות האיחוד (שם, בעמ' 6), וכי החקיקה בנושא יחידות נופש עברה שינויים רבים שמטרתם חיזוק הגנת הצרכן (נבדקו השינויים באנגליה, בספרד ובאוסטריה – שם, בעמ' 9–11). למן פרסום הדוח חלפו עשר שנים, אך ההבדלים בין שוק יחידות הנופש בארץ לבין מקביליו באירופה ובארצות-הברית נותרו בעינם.

1. ביטול עסקת מכר מרחוק (כולל מסחר מקוון במרשתת)¹²⁹

1. המיוחד בעסקת מכר מרחוק

עסקת מכר מרחוק מוגדרת בחוק הגנת הצרכן כהתקשרות בעסקה של מכר נכס או מתן שירות אשר נעשית בעקבות שיווק מרחוק ללא נוכחות משותפת של הצדדים לעסקה.¹³⁰ "שיווק מרחוק" מוגדר בסעיף 14ג ספא לחוק הגנת הצרכן כ"פניה של עוסק לצרכן באמצעות דואר, טלפון, רדיו, טלוויזיה, תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא, פקסימיליה, פרסום קטלוגים או מודעות, או באמצעי כיוצא באלה, במטרה להתקשר בעסקה שלא בנוכחות משותפת של הצדדים, אלא באחד האמצעים האמורים".

ההוראות המסדירות את נושא המכר מרחוק נחקקו בישראל בשנת 1998, כאשר השימוש במסחר מקוון במרשתת לא היה עדיין מקובל כבימינו. עם זאת, אין ספק שהוראות אלה מתייחסות גם למסחר במרשתת, וזאת על בסיס המילים "תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא" המופיעות בהגדרה. עסקות מכר מרחוק נפוצות מאוד בישראל – אם באמצעות קטלוגים הנשלחים לבית הצרכן יחד עם מסמכים אחרים, דוגמת דיווחים של כרטיסי אשראי וכדומה, ואם דרך המרשתת. הסדרת הנושא בחקיקה בשנת 1998 לא גרמה לצמצום העסקאות של סחר מרחוק בכלל ושל מסחר מקוון במרשתת בפרט. המסחר המקוון בישראל נמצא בקו עלייה רצוף, אף שהמסחר האלקטרוני בישראל אינו מגיע עדיין להיקפים המקובלים באירופה או בארצות-הברית.¹³¹ יש לראות במסחר המקוון במרשתת

129 לדיון מקיף בנושא של סחר אלקטרוני צרכני ראו אמל ג'בארין דיני מסחר אלקטרוני צרכני (2015) (שני כרכים) (להלן: ג'בארין (2015)).

130 הנושא מוסדר בס' 14 עד 14ה לחוק הגנת הצרכן, אשר הוספו לחוק בשנת 1998.

131 היקף המסחר האלקטרוני בישראל גדל, אם כי ישראלים מבצעים פחות עסקאות מקוונות בהשוואה למקומות אחרים בעולם. ממחקר מקיף שערכה חברת מקנזי בישראל בשנת 2009 עולה כי היקף המסחר האלקטרוני בישראל מוערך ב-4 מיליארד שקלים – 0.5% מהתוצר הלאומי הגולמי המשוער. לכאורה מדובר באחוז נמוך, אך הוא עדיין גדול פי 50 מאשר עשר שנים קודם לכן. בשנים שחלפו גדל משקל הסחר המקוון בישראל, אך הוא עדיין נמוך ממשקלו במקומות אחרים. ראו יניר לוין "למה ישראלים קונים פחות באינטרנט?" SEOWEB www.seoweb.co.il/%D7%9E%D7%A1%D7%97%D7%A8-%D7%90 15.3.2012 www.seoweb.co.il/%D7%9C%D7%A7%D7%98%D7%A8%D7%95%D7%A0%D7%99-%D7%91%D7%9C%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C ראו גם "מסחר אלקטרוני – מספיק עם התירושים" www.realcommerce.co.il/ecommerce-no-more-1.11.2011 real.blog excuses/ שם מסבירים מדוע הסחר במרשתת בישראל נמוך באופן משמעותי מהסחר באירופה ובארצות-הברית. הזכות להחזרת מוצרים אינה מובאת כלל כנימוק, ואף אינה מוזכרת

מכשיר שיווקי חשוב. גם פסיקת בתי-המשפט ראתה במסחר מקוון במרשתת סוג של מכר מרחוק.¹³² פרשנות זו מתבקשת, ואין בה חידוש רב, מאחר שהגדרת שיווק מרחוק כוללת גם תקשורת אלקטרונית מכל סוג שהוא.

בכתבה. ראו גם את הדוח החלקי שפרסמה הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני בשנת 2004. הפרק השלישי בדוח דן בחוזים אלקטרוניים צרכניים. הוועדה מציעה לתקן את ס' 14 ולתקן את חובת גילוי הפרטים בעסקאות מקוונות, תוך התייחסות מיוחדת לכתובת המוכר. בסוגיה של זכות הביטול בעסקאות מקוונות לא היו חידושים של ממש בדוח הוועדה.

הפער בין המסחר המקוון בישראל לבין המקובל בעולם הולך ומצטמצם. ראו מושב בנושא "מי מפחד ממסחר אלקטרוני" שנערך במסגרת ועידת Go E-Commerce ביום 18.7.2013 (www.mako.co.il/nexter-ecommerce-2013/Article-5f83c982c149f31006.htm). לדיון מקיף בנושא, כולל נתונים המעודכנים לשנת 2014, ראו ג'בארין (2015), לעיל ה"ש 129, בעמ' 256–263.

לגבי הגידול במסחר במרשתת בארצות-הברית ובישראל ראו גם שמואל בכר וטל ז'רסקי "על הסדרה ראויה של חוזים צרכניים מקוונים: בין קידום המסחר המקוון להגנת הצרכן" מחקרי משפט כה 431, במיוחד ליד ה"ש 7–11 (2009). לפי הנתונים שפורסמו שם, ההוצאות הצרכניות המקוונות בארצות-הברית בלבד גדלו מ-143 מיליארד דולר בשנת 2005 ל-170 מיליארד דולר בשנת 2006, והציפיות הן שמגמה זו תימשך. גם בישראל יש גידול במסחר המקוון. יותר ממיליון גולשים מבצעים רכישות דרך המרשתת, ואם בשנת 2005 נאמדו ההוצאות הצרכניות במסחר המקוון במרשתת בסכום כולל של 1.5 מיליארד ש"ח בלבד, בשנת 2009 כבר הוערכו הרכישות במסחר המקוון בישראל כ-4 מיליארד ש"ח, ומאז היה גידול משמעותי. לדיון מעודכן בהתפתחויות בסחר האלקטרוני בעולם ובמיוחד בישראל ראו הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן הכנס השנתי הרביעי – צרכנות בעולם מקוון 64–89 ("פאנל – פרופיל הצרכן הישראלי בסחר מקוון") (15.3.2015) www.economy.gov.il/Trade/ConsumerProtection/ConsumersDay/Documents/TimlulKenes2015.pdf. הפאנל לא עסק בביטול עסקאות מקוונות, אלא בהיקף התופעה ובהשלכותיה הכלכליות. בין היתר צוין שם (בעמ' 64) כי למרות הגידול בפעילות הסחר במרשתת בעולם, מדובר בפחות מאחוז מהתוצר העולמי. כן צוין כי רוב הרכישות המקוונות של ישראלים נעשות בחוץ-לארץ (שם, בעמ' 80), אך יש גידול ברכישות במרשתת בישראל (שם, בעמ' 81), והשוק מוערך כ-10 מיליארד שקל בשנה (שם, בעמ' 83). נושא החרטה על עסקה וההסדרים החלים במקרה זה הוזכר רק כבדרך אגב, ללא הצעת פתרון כלשהו (שם, בעמ' 88), וכן הוזכרה הבעיה של משלוח באיחור או נכס שלא הגיע כלל (שם), אך תרומת הדיון שנערך שם לנושא שלנו מוגבלת ביותר.

132 להלן כמה דוגמאות: ת"פ (שלום ת"א) 2722-07 מדינת ישראל – משרד המסחר והתעשייה ת"א נ' גט-איט בע"מ (פורסם בנבו, 22.10.2009) – בפסק-דין זה נקבעה גם הלכה תקדימית שאתר מרשתת אחראי כעוסק על-פי חוק הגנת הצרכן אף שלא קיבל כסף מהצרכן; ע"פ (מחוזי מר') 6975-05-09 בסט פור יו סחר אלקטרוני בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.2.2010) – בית-המשפט בחן את הלכות מכר מרחוק בהקשר של עסקת סחר אלקטרוני כדבר מובן מאליה; רע"א 808/10 ישי נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 25.7.2010) – ס' 14 ה נבחן בהקשר של עסקת מכר מרחוק; ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2638/07 פלד נ' מוטורהום ישראל בע"מ (פורסם בנבו, 1.10.2007).

הרגולציה של עסקות מכר מרחוק דומה לזו של עסקת רכישת יחידת נופש או עסקה ברוכלות שנדונו בפרקים הקודמים. עם זאת, יש שוני משמעותי בין עסקת רוכלות ורכישת יחידת נופש לבין רכישת במסחר מקוון. בעסקת רוכלות הצרכן אינו מי שיזם את העסקה, אלא העוסק, ובמכירת יחידות נופש יש חשש להפעלת טקטיקות מכירה פסולות. במכר מרחוק, לעומת זאת, העסקה אינה נעשית אומנם בנוכחות הצדדים, אך משלוח הקטלוגים אינו יותר מאשר הצעה, ולצרכן יש זמן לבחון אם הוא מעוניין בעסקה אם לאו. יתר על כן, בעסקאות מקוונות הצרכן הוא שמחפש אחר ההצעות, והוא שפונה לעוסק בבקשה שימכור לו. לפיכך יש מקום לשאלה: מדוע בעסקות מכר מרחוק יש הצדקה לרגולציה המטילה על העוסק חובת גילוי פרטים נרחבת וכן מעניקה לצרכן תקופת צינון של ארבעה-עשר יום? רגולציה של עסקות מכר מרחוק אינה מיוחדת לישראל, והיא קיימת בצורה רחבה ביותר בחקיקה של מדינות אירופה,¹³³ ובמיוחד בזו של אנגליה,¹³⁴ וכן בדירקטיבות של האיחוד האירופי.¹³⁵ כמו-גם בחוקיהן של המדינות השונות של

133 ראו Rekaiti & Van den Bergh, לעיל ה"ש 59, טבלה בעמ' 399–400. המדינות שבהן הייתה תקופת צינון כבר בשנת 2000 הן בלגיה, דנמרק, צרפת, יוון, איטליה, פורטוגל, ספרד ואנגליה. ראוי לציין כי בגרמניה הנושא של מכר מרחוק מוסדר בס' d312-b312-L-BGB, כחלק מהרפורמה שנעשתה בקודקס האזרחי הגרמני. כמו-כן יש הוראות לגבי מכר אלקטרוני בס' e312-L-BGB. זכות החרטה של הצרכנים במכירות מדלת לדלת מוסדרת בס' a312-312-L-BGB. ראו סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית", לעיל ה"ש 117, בעמ' 512. ראו גם Micklitz, Stuyck & Terry, לעיל ה"ש 57, לדיון בכללים אלה בגרמניה, בצרפת, בבלגיה ובאנגליה.

134 לדיון בתקופת הצינון ובזכות החרטה של הצרכן באנגליה ראו Howells & Weatherill, לעיל ה"ש 72, פרק 7, ובמיוחד ס' 7.1 – "Regulation of Trade Practices: Doorstep – Policy Reasons for Intervention" and Distance Selling. ראו גם Bourgoignie, לעיל ה"ש 72, וכן Weatherill, לעיל ה"ש 112, תת-פרק 7.1. הפרטים שעל העוסק האנגלי לגלות לצרכן הם רבים, ויש חשש של עודף מידע. ראו בפירוט Howells & Weatherill, לעיל ה"ש 72, בעמ' 373–375. ראו גם Ramsay, לעיל ה"ש 45, בעמ' 339–342; Elizabeth Hall, *Cancellation Rights in Distance-Selling Contracts for Services: Exemptions and Consumer Protection*, 2007 J. Bus. L. 683.

135 ראו Micklitz, Stuyck & Terry, לעיל ה"ש 57, בעמ' 72–74, לרשימה של דירקטיבות להגנת הצרכן שהתקבלו במועצת האיחוד ובפרלמנט האירופי. אחת מהן – דירקטיבה 97/7/EC, לעיל ה"ש 51 – דנה במכר מרחוק. דירקטיבה זו, אשר התקבלה בשנת 1997 ותוקנה במשך השנים, היא מקיפה מאוד, ומתייחסת, בין היתר, לזכות הצרכן לחזור בו מעסקת מכר מרחוק ומעסקה מקוונת. אין זהות בין דירקטיבה זו לבין ההוראות בחוק הגנת הצרכן, אך יש ביניהם דמיון רב. בתחילת הדירקטיבה מובאים נימוקים רבים לצורך בה. אחד הנימוקים המרכזיים שם (בפס' 14) הוא אי-יכולתם של הצרכנים לראות את המוצר בפועל. ראו גם: The Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional

ארצות-הברית.¹³⁶ אף שהנושא הוסדר בחקיקה במדינות רבות, יש עדיין צורך להצדיק את הרגולציה המקיפה בנושא זה בישראל.

פתרון חלופי לרגולציה מנדטורית הוא רגולציה עצמית, דוגמת זו המעוגנת בתקנונים של ספקיות גדולות כגון איביי, אמזון, עלי באבא ועוד, אשר חיברו ופרסמו מדיניות בנוגע להגנת הקונה ("Buyer Protection").¹³⁷ גופים אלה מספקים הגנה מסוימת לצרכנים, אך הם עוסקים ברכישות מחוץ-לארץ, ואלה אינן מכוסות על-ידי חוק הגנת הצרכן, אשר תחולתו מוגבלת לישראל, כמובן. מה שמייחד עסקת מכר מרחוק הוא שהצדדים אינם נמצאים יחד, והצרכן אינו יכול לראות את המוצר בגודלו הטבעי או למשש אותו, מה שיוצר פערי מידע בין המוכר לקונה.

חובות הגילוי בעסקת מכר מרחוק נועדו להשלים את פערי המידע שבין המוכר לבין הרוכש, וזכות הביטול נועדה לאפשר לצרכן לשקול אם הוא מעוניין בעסקה לאחר שהוא רואה את המוצר. ההנחה היא שהצרכן לא ישתמש בזכות הביטול באופן גורף, מאחר שהוא השקיע זמן בעסקה, מה-גם שהביטול כרוך בטרחה ובעלויות. דווקא האפשרות להחזיר את המוצר היא שהופכת את השוק ליעיל יותר, שכן היא מגבירה את המכירות בשיטה של מכר מרחוק. גם כאשר הצרכן מתלבט אם להשלים את העסקה, הוא יבצע אותה, שכן הוא יודע שיש לו אפשרות להתחרט.

¹³⁶ (SI 2013/3134), Regulations 2013 (Charges). כן ראו RAMSAY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 339–342, לדיון בסוגיה זו, כולל מקורות בפסיקה. בינתיים התקבלה דירקטיבה חדשה בנושא – 2011/83/EU. ראו לעיל ה"ש 48–51.

¹³⁷ ראו Smits, לעיל ה"ש 56. ראו גם אורנה דויטש, לעיל ה"ש 94, בעמ' 215, המפנה את תשומת-הלב לכך שבארצות-הברית יש תופעות של מרמה בהיקפים גדולים בעסקות טלמרקטינג. כן ראו: Patrick E. Michela, "You May Have Already Won...": Telemarketing Fraud and the Need for a Federal Legislative Solution, 21 PEPP. L. REV. 553 (1994) לשני מאמרים מקיפים בנושא ראו: Ian Ayres & Matthew Funk, *Marketing Privacy: A Solution for the Blight of Telemarketing (and Spam and Junk Mail)*, 20 YALE J. ON REG. 77 (2003); Jeffrey L. Bratkiewicz, "Here's a Quarter, Call Someone Who Cares": Who Is Answering the Elderly's Call for Protection from Telemarketing Fraud?, 45 S.D. L. REV. 586 (2010). זכות החרטה בעסקות מכר מרחוק אינה מתייחסת דווקא למרמה בטלמרקטינג. ככלל, זכות החרטה מתייחסת לעסקאות כשרות, ולא דווקא לעסקאות במרמה.

¹³⁷ ראו, לדוגמה, <http://sale.aliexpress.com/buyerprotection-en.htm>.

2. ההצדקות לתקופת צינון בעסקת מכר מרחוק

בעלי הגישה הכלכלית למשפט מתנגדים לזכות לביטול העסקה בעסקת מכר מרחוק בכלל ובעסקאות מקוונות בפרט.¹³⁸ טענותיהם בקצירת האומר הן אלה: ראשית, הצרכן הוא שבחר לבצע את עסקת המכר מרחוק; שנית, בעסקאות ישירות רבות הצרכן ממילא יכול רק להתבונן על המוצר הארוז, ובכך אין כדי לתרום לו מידע רב מעבר לזה שהוא מקבל מהתבוננות על תמונת המוצר בעסקה המקוונת; שלישית, בעסקה ישירה ניתן אומנם לברר פרטים אצל המוכר, אך גם דרך המרשתת ניתן לברר פרטים רבים, בין היתר על-ידי שימוש ברשתות חברתיות. לפיכך, לדעת המתנגדים, אין הצדקה לאפשר לצרכן לבטל עסקה מקוונת ללא סיבה, או לפחות יש להטיל ספק בהצדקה למתן זכות חרטה לצרכן.

אולם לדעתי, יש תשובות טובות לספקות שהועלו. בעסקות מכר מרחוק הצרכן נוטל סיכון, מכיוון שהוא אינו נפגש ישירות עם המוכר במקום עסקו, אינו רואה את המוצר ואינו יכול לבדוק את טיבו. יתר על כן, הצרכן אינו מכיר כלל את המוכר או החנות, ובעסקת מכר מקוון אף אין כלל חנות ממשית, אלא רק חנות וירטואלית. במפגש בין המוכר לקונה, האחרון יכול לראות את המוצר, להתרשם ממנו ולקבל מידע נוסף על המוצר או השירות לפני רכישתו. בעסקת מכר מרחוק, גם לאחר מסירת הפרטים, הצרכן נותר במצב של אסימטריה במידע. האפשרות להתחרט בתוך תקופת הצינון נועדה לתקן כשלים אלה.

כותבים אחדים גורסים כי יש להעדיף את טובת הצרכן על האינטרס של העוסק, וזאת מנימוקים חברתיים של הגנה על ההגינות החוזית וחלוקת העושר.

138 ראו בכר וז'רסקי "זכות הביטול בעסקאות צרכניות", לעיל ה"ש 58, בעמ' 149 ו-197–199. ראו גם אורנה דויטש, לעיל ה"ש 94, בעמ' 294–295. אי-אפשר להתעלם מן העובדה שחלק משמעותי מהעסקאות המקוונות הן רכישות מאתרים שאינם ישראליים. במקרים אלה עולה השאלה היכן יתקיים הדיון המשפטי ומה הדין שיחול. בנושא זה יש ספרות ענפה ופסיקה רבה, בעיקר בחוץ-לארץ, אך הוא חורג מתחום דיוננו. אומר רק כי לדעתי, בעסקאות צרכניות, כאשר הצרכן מתגורר בישראל והזמין את המוצר בישראל, יהיה אפשר להגיש את התביעה בישראל, וזאת בתנאי שיש לנתבע נציגות בישראל. מקום הדיון וגם הדין יהיו ישראליים. למעשה אני מציע כי בעסקאות מקוונות צרכניות יחול דין השיגור לעניין הקיבול, ולפיכך יחול הדין של המקום שבו הוזמן המוצר.

בעסקאות רבות של מכר במרשתת זכות החרטה שניתנת לצרכן, באופן וולונטרי, ארוכה מזו שהחוק קובע. כזו היא, לדוגמה, הזכות לביטול הזמנה של חדרי מלון בחוץ-לארץ. לדעתי, אין בכך כל קושי, שכן החוק הקובע הוראות מנדטוריות וקוגנטיות אינו מונע את הספק מלתת תנאים טובים יותר באופן וולונטרי, ובכך לשכנע צרכנים רבים יותר לרכוש את המוצרים או השירותים דווקא אצלו.

כותבים אלה מסבירים כי שיקולים אלה גוברים על העיקרון של חופש החוזים.¹³⁹ לדעתי, אין צורך להסתמך על טעמים חברתיים בלבד, שכן גם משיקולים כלכליים של יעילות המשק ראוי לאפשר החזרת מוצרים, וזאת על-מנת לעודד את רכישתם. עסקות מכר מרחוק נערכות בחוזים אחידים שתוכנם נקבע על-ידי העוסק. לפיכך יש לעוסק יתרון ברור בעיצוב תוכן העסקה. חופש החוזים של הצרכן בעסקאות אלה מוגבל מאוד. אומנם רוב החוזים הצרכניים הם חוזים אחידים, אולם ברכישה מהמוכר פנים-אל-פנים אין כלל חוזה כתוב במקרים רבים. בעסקת מכר מרחוק, לעומת זאת, הצרכן מתקשר עם עוסק "נטול פנים" בחוזה אחיד. יתר על כן, הצרכן משלם מראש, ואילו המוצר אמור להגיע רק בהמשך. שיטת מכירה זו יוצרת קשיים לצרכן, במיוחד כאשר הדברים משתבשים. מקום עסקו של העוסק אינו ברור. החוק קובע אומנם חובת גילוי, אך מוכר אופורטוניסטי יכול למסור כל כתובת או אפילו רק תיבת דואר. זאת ועוד, להבדיל מרכישה בחנות, הלקוח אינו רואה בעיניו את הממכר, ולכן אין הוא יכול לאמוד מקרוב את תכונותיו.¹⁴⁰ העדר מגע אנושי מצמצם את האפשרות לקבל מידע נוסף על העסקה, ויוצר פוטנציאל של כשל שוק. סביר גם להניח שהצרכן אינו קורא את החוזה, וזאת במיוחד בעסקאות מקוונות, מאחר שאין לו כל אפשרות להשפיע על תנאיו, והעסקה נגמרת בהקלקה "אני מסכים".¹⁴¹ לכן בעסקאות כאלה, להבדיל מעסקאות רגילות, יש מקום לחייב את העוסק בגילוי פרטים.

בישראל לא התפתח נוהג המאפשר לצרכנים לבטל עסקה בתקופת הצינון בעסקות מכר מרחוק. ייתכן שהסיבה לכך היא החשש שהצרכן הישראלי ינצל לרעה את זכות הביטול. ניתן להסביר את העדרה של זכות ביטול וולונטרית גם בשמרנותו של המסחר הישראלי, המתבטאת ברתיעה של העוסקים משינוי הסטטוס-קוו, גם

139 ראו, לדוגמה: Brigitta Lurger, *The "Social" Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness*, in *TOWARDS A EUROPEAN CIVIL CODE* 273 (Arthur Study Group on Social Justice in: Hartkamp et al. eds., 3rd ed. 2004) ראו גם: European Private Law, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, 10 EUR. L.J. 653, 664–7 (2004) (בחיבור זה השתתפו עשרה פרופסורים בכירים מרחבי אירופה).

140 ראו, לדוגמה, ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 3158/00 מאור נ' חברת פלסטום בע"מ (פורסם בנבו, 28.11.2000). הלקוחה הזמינה בעסקת מכר מרחוק מושב מיוחד לאסלה. עם קבלת הממכר התברר לה שהיא לא תוכל להשתמש בו בשל גודלו החרגי. זו דוגמה קלסית של מידע לא-מלא הנובע משיטת המכירה (מכר מרחוק), ואשר מצדיק תקופת צינון.

141 ראו: John Rothchild, *Protecting the Digital Consumer: The Limits of Cyberspace*, 74 IND. L.J. 893 (1999). *Utopianism*.

אם השינוי צפוי להיטיב עימם בסופו של דבר.¹⁴² ייתכן גם שקשיי המסחר בגלות השפיעו על אופי המסחר שהתפתח בישראל בכיוון של נוקשות וחוסר נכונות להעניק זכות זו באופן וולונטרי.¹⁴³ מכל מקום, אי-נכונות זו היא אחת הסיבות לצורך ברגולציה מפורשת.

כפי שכבר צוין, האפשרות של ביטול עסקת מכר מרחוק בתקופת הצינון נועדה לא רק להגנת הצרכן, אלא גם לקידום המסחר. מאחר שהצרכנים בסחר מרחוק אינם רואים את המוצר, וגם לא את המוכר ומקום העסק, הם עלולים להירתע מפני ביצוע העסקה. שיתוף-פעולה של המוכרים, שימלאו אחר דרישות החוק בנוגע לביטול עסקה, יגביר את הסחר ויצמצם את חששותיהם של הקונים. בכך יתממשו ציפיותיהם של שני הצדדים, תוך הגברת יעילות העסקה: מבחינתו של הרוכש, באפשרות לקנות מוצרים ושירותים מבלי לצאת מהבית יש משום הגברת יעילותה של העסקה; ומבחינתו של המוכר, ניהול עסקים ללא צורך בשכירת חנויות ועובדים רבים מבטיח עסקה יעילה יותר. אם העוסקים לא ישתפו פעולה, התוצאה תהיה שצרכן שייפגע שוב לא ירצה לרכוש בשיטה זו. ההיגיון הכלכלי של האפשרות לביטול עסקת מכר מרחוק הוא שזכות זו פועלת לטובת הצרכנים והמוכרים כאחד.¹⁴⁴ צרכנים שיקבלו פרטים מלאים וזכות חרטה ייהפכו לתומכים של שיטה זו. הוראות החוק בסוגיה זו מגבירות אם כן את יעילותה של העסקה לטובת כל המעורבים בה.

ניתן לסכם ולומר כי רוב הנימוקים שיש בהם כדי להצדיק את זכות החרטה בעסקאות מיוחדות אינם רלוונטיים לעסקת מכר מרחוק.¹⁴⁵ קיימות שלוש הצדקות עיקריות לזכות הביטול של הצרכן בתוך תקופת הצינון בעסקת מכר מרחוק. ראשית, פערי המידע שבין העוסק לבין הצרכן – בעסקת מכר מרחוק הצרכן אינו מסוגל לקבל אותו מידע שהוא מקבל כאשר הוא רוכש בחנות ורואה את המוצר בעיניו. שנית, הצרכן אינו יכול לבדוק את המוצר לפני הרכישה¹⁴⁶ – הוא אינו יכול להתרשם מגודלו של המוצר ומצבעיו הטבעיים, וגם לא למשש אותו. כך

142 ראו: Russell Korobkin, *The Status Quo Bias and Contract Default Rules*, 83 CORNELL L. REV. 608 (1998). לספרות נוספת בנושא ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1, ה"ש 86.

143 ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1, ה"ש 80–82 ו-85 והטקסט שלידן. 144 ראו ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 5042/07 בוטקילינה נ' חברת מולטיסייל שיווק בע"מ, פס' 20–16 (פורסם בנבו, 11.4.2008).

145 ראו את רשימת הנימוקים לעיל ליד ה"ש 64 ואילך.

146 ס' 13(ג) לחוק המכר קובע כי על המוכר לתת לקונה, לפי דרישתו, הזדמנות נאותה לבדוק את המכר. דבר זה אינו קורה בדרך-כלל בעסקאות צרכניות. חוק המכר הוא דיספוזיטיבי.

קורה שלעיתים, כאשר הצרכן מקבל את המוצר, מתברר לו כי לא זה המוצר שהוא רצה, וכי זו עסקה שגויה מבחינתו ולפיכך גם לא-יעילה. פרסום תמונת הממכר בעלון או במרשתת אינו פותר את בעיית המידע, מה-גם שלעיתים כתוב כי התמונה נועדה למטרות המחשה בלבד. בסופו של דבר, כל עוד הצרכן לא קיבל את המוצר, הוא אינו יודע כיצד הוא נראה. חשוב להדגיש כי עמדת הנחיתות של הצרכן קיימת גם במכר מקוון במרשתת.¹⁴⁷ שלישית, גם לעוסקים יש אינטרס בזכות הצרכן לחרטה. חוסר המידע עלול להקשות על צרכנים לבטוח בעסקת מכר מרחוק ולהניא אותם מלרכוש מוצרים או שירותים בדרך זו. מתן זכות חרטה בתקופת צינון מגביר את המכירה בשיטה זו, דבר שהוא בהחלט אינטרס של המוכרים. הידיעה של הצרכן כי אם לא יקבל את מה שציפה לקבל הוא יוכל לבטל את העסקה מחזקת עסקות מכר מרחוק, ולא פוגעת בסוג זה של עסקאות.

אכן, עם השנים התברר כי הרגולציה לא פגעה בעסקאות של סחר מרחוק. להפך, היקפן של עסקות מכר מרחוק בכלל ושל עסקאות מקוונות בפרט עלה בצורה ניכרת מאז נחקקו ההוראות הרלוונטיות בחוק הגנת הצרכן.¹⁴⁸

הנזק שנגרם לעוסקים בשל זכות החרטה בעסקות מכר מרחוק הוא קטן, שכן רק צרכנים מעטים טורחים להחזיר מוצר שרכשו במכר מרחוק ללא סיבה, כאשר הדבר כרוך בטרחה ובעלויות. אדרבה, האפשרות להחזיר את המוצר מגדילה את המכירות, שכן גם צרכן שמהסס אם לרכוש יבצע במקרים רבים את הרכישה, מתוך ידיעה שאם מה שיקבל אינו מה שחשב שיקבל, הוא יוכל להתחרט. מן הצד האחר, הותרת צרכנים עם מוצר או שירות שאין הם מעוניינים בהם כלל מהווה נזק ניכר לאותם צרכנים, כך שהתועלת לצרכנים מזכות החרטה עולה במידה רבה על הפגיעה בעוסקים. לפיכך יש הצדקה למתן זכות חרטה גם לפי מבחני היעילות של קלדור-היקס, שכן הוא מגדיל את הרווחה המצרפית בחברה.¹⁴⁹ טענות אלה רלוונטיות גם לגבי עסקאות צרכניות בין צדדים נוכחים. בשנת 2010 הותקנו תקנות ביטול עסקה שלפיהן לצרכנים יש זכות חרטה בעסקאות רבות גם ללא פגם

147 ראו: Saami Zain, *Regulation of E-Commerce by Contract: Is It Fair to Consumers?*, 31 U.W.L.A. REV. 163, 165–6 (2000).

148 זאת, חוץ מאשר בתחום של מכירת יחידות נופש בישראל.

149 ראו: Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, 49 ECON. J. 549 (1939); John R. Hicks, *The Valuation of Social Income*, 7 ECONOMICS 37 (1940). ראו גם עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב 261, 277 (1993). הרעיון המרכזי במבחן קלדור-היקס הוא שלצורך הצדקת העסקה די בכך שמידת הנזק שהיא תסב לנפגעים תהא קטנה מהתועלת שהיא תניב לנהנים.

או אי-התאמה.¹⁵⁰ יש הבדלים ניכרים בין הוראות הביטול הכלליות המתייחסות לעסקאות רגילות לבין דיני הביטול של עסקאות מיוחדות, ולפיכך יש מקום לדון בעסקאות מיוחדות בנפרד מזכות הביטול בעסקאות רגילות.

3. מגבלות בנוגע לזכות הביטול בעסקת מכר מרחוק

הזכות לחרטה בעסקות מכר מרחוק בתוך תקופת הצינון אינה כללית, ויש לגביה מגבלות המפורטות בסעיף 14ג(3) לחוק הגנת הצרכן. אם הביטול אינו בשל פגם בנכס או בשירות או בשל אי-התאמה בין הפרטים שנמסרו לו לבין מה שהצרכן קיבל,¹⁵¹ יחויב הצרכן לשלם דמי ביטול, שלא יעלו על 5% ממחיר העסקה או 100 ש"ח, לפי הנמוך ביניהם.¹⁵² התשלום אינו גבוה, אך יש בו כדי לפצות את המוכרים בגין עלויות הביטול ולמנוע החזרות סתמיות. נוסף על כך מוטל על הצרכן הנטל להחזיר לעוסק את הנכס במקום עסקו.¹⁵³ בביטול עסקת מכר מרחוק יחויב הצרכן לארוז את הנכס, לגשת לדואר ולשלוח את הנכס בחזרה לעוסק, בהנחה שהלה יחזיר לו את כספו. הדבר כרוך בטרחה ובעלויות. יתר על כן, אם הצרכן השתמש בנכס וערכו פחת כתוצאה מהרעה משמעותית במצבו, יוכל העוסק לתבוע את נזקו בגין ההרעה (סעיף 14ה(ג) לחוק). יש להניח לפיכך שאם אין לצרכן סיבה ממשית לחזור בו מהעסקה, הוא לא יבטלה.

150 ראו תקנות ביטול עסקה וכן סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1.
151 אין הגדרה מהו פגם או אי-התאמה. ספק אם במונח "פגם" הכוונה הייתה למוצר פגום במובן של ס' 3 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980, או במובן של ס' 4 לחוק הגנת הצרכן; וספק אם במונח "אי-התאמה" התכוונו לאי-התאמה לפי ס' 11 לחוק המכר. לא ברור אם כן כיצד יש לפרש הוראה זו. בעניין זה גם אין פסיקה, מה שאינו מפתיע, שכן לא סביר שצרכן יגיש תביעה על דמי ביטול בסך 100 ש"ח לכל-היותר.

152 ראו ס' 14ה(ב)(1) לחוק. בע"א 7187/12 צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל (פורסם בנבו, 17.8.2014) פסק בית-המשפט העליון שכאשר רוכשים בעסקה אחת כמה כרטיסים, יהיו דמי הביטול בגובה 100 ש"ח לכל כרטיס. פסק-דין זה שינה את החלטת בית-המשפט העליון שניתנה על-ידי דן יחיד ברע"א 3429/13 רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 13.4.2014). בית-המשפט הסביר כי אין כוונה לצמצם בהיקף ההגנה על הצרכן, אך נראה שזו הפרשנות הנכונה של ס' 14ה(ב)(1) לחוק הגנת הצרכן כאשר מאזנים כראוי בין הצדדים.

153 לא נדונו בפרק זה דינים רבים של ביטול עסקה במכר מרחוק, מאחר שהמאמר מتركז בהצדקות לביטול העסקה. הנה כמה סוגיות לדוגמה: האם ביטול בעל-פה של עסקת מכר מרחוק יהיה תקף למרות האמור בס' 14ד? האם במקרה של משלוח הודעת ביטול בכתב תחול תורת השיגור או תורת המסירה? האם העוסק יכול לעכב את התשלום עד לקבלת המוצר, ואם כן – מי מבטיח לצרכן שהוא אכן יקבל את כספו בחזרה לאחר שהחזיר את המוצר, שהרי אין קשר ישיר בין הצדדים? מה המשמעות המשפטית של פתיחת העטיפה של המוצר? שאלות כאלה ועוד רבות דוגמתן יהיו רלוונטיות בדיון בהלכות של עסקות מכר מרחוק.

לא כל העסקאות של מכר מרחוק ניתנות לביטול בתוך תקופת הצינון. סעיף 14ג(ד) לחוק קובע סדרה של עסקאות שאי-אפשר לבטלן או שמשך הזמן לביטולן קצר יותר. כך, הוראות ביטול עסקה לא יחולו על טובין פסידים, מידע ממוחשב, טובין שיוצרו במיוחד בעבור הצרכן, וכן טובין הניתנים להקלטה, לשעתוק או לשכפול שהצרכן פתח אריזתם המקורית. נוסף על כך, לגבי שירותי הארחה, נסיעה, חופש או בילוי נקבע כי אין לבטל את העסקה בתוך תקופת הצינון אם מועד ביטול העסקה חל בתוך שבועה ימים שאינם ימי מנוחה קודם למועד שבו השירות אמור להינתן. הסייגים שבסעיף 14ג(ד) לחוק הגנת הצרכן נועדו להגן על העוסק מפני ניצול לרעה של הוראות החוק (moral hazard). במקרים אלה יש לשקול את התועלת לצרכנים מול הפגיעה בעוסקים, אשר בסופו של דבר עלולה להתגלגל לפגיעה בצרכנים. נושא זה נדון בפסקי-דין רבים.¹⁵⁴

4. הבעייתיות בזכות לביטול עסקאות של סחר מקוון וההצדקות לזכות זו

עסקה מקוונת היא עסקת מכר מרחוק, ואותם נימוקים המצדיקים חובות גילוי ותקופת צינון בעסקת מכר מרחוק ראוי שיחולו בעסקאות מקוונות. מצד אחר, עסקאות מקוונות הן במקרים רבים ביוזמת הרוכש, אשר מחפש אחר מוצר במרשתת, וזאת להבדיל מעסקת רוכלות או מעסקה של רכישת יחידת נופש בישראל. במרשתת ניתן לקבל פרטים על-אודות המוצר יותר מאשר בעסקות מכר מרחוק אחרות. לפיכך יש צורך להסביר מדוע גם בעסקאות מקוונות יחולו דיני הביטול החלים על עסקאות מיוחדות אחרות.

¹⁵⁴ יש עשרות פסקי-דין בסוגיה של ביטול עסקת מכר מרחוק בתקופת הצינון, וזאת בשל סירוב העוסקים להחזיר את הכסף גם כאשר הביטול היה במועד. ראו, לדוגמה, עניין פלד, לעיל ה"ש 132 – ביטול עסקת מכר מרחוק של שירותי תיירות; ת"ק (תביעות קטנות חד') 51764-11-11 מרמזין נ' מגה לוטרי בע"מ (פורסם בנבו, 1.4.2012) – הנתבעת חויבה בהשבת הכספים שקיבלה וכן בפיצויים עונשיים בסך 7,000 ש"ח; עניין בוטקילינה, לעיל ה"ש 144, פס' 16–20 – על הנתבעים הוטלו פיצויים בשל סירובם לבטל את העסקה. ראו גם ת"ק (תביעות קטנות ב"ש) 1179/06 שילת נ' נופשים תיירות נופש אירועים בע"מ (פורסם בנבו, 3.1.2007); ת"ק (תביעות קטנות א') 4961-07-10 שפירא נ' נטוויזין 013 ברק בע"מ (פורסם בנבו, 16.6.2011) – בית-המשפט לא אישר פיצויים לדוגמה; ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 45333-05-15 ברונשטיין-סוויסה נ' מרום שירותים ואחזקה בע"מ (13.12.2015) – ויכוח בשאלה היכן יש להחזיר את המוצר הסתיים בהטלת הוצאות משפט ניכרות על העוסק; ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 24206-03-14 אפשטיין נ' טלטוס בע"מ (פורסם בנבו, 24.11.2015) – חיוב השבת מלוא התשלום בעסקת שירותי מכר מרחוק.

יש תחומים שבהם מקובל שרוב העסקאות נעשות דרך המרשתת, ולא פנים-אל-פנים מול המוכר. במקרים כאלה יש להסביר מדוע עסקה שנעשתה במרשתת ניתן לבטל תוך ארבעה-עשר יום, בעוד עסקה זהה הנעשית פנים-אל-פנים מול המוכר אינה ניתנת לביטול.¹⁵⁵ באירופה יש לצרכן זכות לבטל עסקה מקוונת בתקופת הצינון,¹⁵⁶ אולם בארצות-הברית זכות זו אינה קיימת.¹⁵⁷

סוגיה זו איבדה חלק מחשיבותה לאחר שנחקקו הוראות החוק והותקנו התקנות המאפשרות לבטל עסקאות בתוך תקופת צינון גם כאשר העסקה נערכה פנים-אל-פנים.¹⁵⁸ עם זאת, יש הבדלים בין ביטול עסקה במרשתת לביטול עסקאות רגילות. ביטול עסקה רגילה כפוף למגבלות רבות.¹⁵⁹ כמו-כן, הוראות החוק והתקנות החדשות אינן חלות על עסקאות רבות.¹⁶⁰ בשל הדינים והכללים השונים החלים

155 אם כי החל בשנת 2010 ניתן לבטל בישראל עסקאות רבות גם כאשר הן נעשות בדרך הרגילה והמסורתית. ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1.

156 סוגיה זו מופיעה בחקיקת המדינות השונות באירופה וכן בדירקטיבה לעניין זה. ראו: The E-Commerce (Distance Selling) Regulations as Amended by the Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2005. חקיקה אירופית זו מתייחסת לסוגיות רבות הקשורות לעסקה מקוונת, וקובעת, בין היתר, תקופת צינון של שבעה ימים. אין ראיות אחדות לכך שלתקופת הצינון שנקבעה הייתה השפעה כלשהי על עסקות מכר מרחוק בכלל ועל עסקאות מקוונות בפרט. לדיון מקיף יותר, כולל פסיקה מאנגליה, ראו RAMSAY, לעיל ה"ש 45, בעמ' 342–399. זכות החרטה ותקופת הצינון במשפט האירופי נדונות בהרחבה אצל MICKLITZ, STUYCK & TERRY, לעיל ה"ש 57, בעמ' 184–188, 226–228 ובמיוחד 239–279, שם מובאים סעיפים רבים מדירקטיבות אירופיות ומחקיקות במדינות שונות – ביניהן גרמניה, הולנד, צרפת ועוד – וכן פסקי-דין מערכאות שונות. ראו גם HOWELLS & WEATHERILL, לעיל ה"ש 72, בעמ' 375–378; *European*; Thomas M.J. Möllers, *Directives on Civil Law – Shaping a New German Civil Code*, 18 TUL. EUR. & CIV. L.F. 1 (2003); Cristina Poncibo, *Some Thoughts on the Methodological Approach to EC Consumer Law Reform*, 21 LOY. CONSUMER L. REV. 353 (2009).

157 אחד הטעמים המובאים בספרות לאי-קיומה של תקופת צינון לגבי עסקאות מקוונות בארצות-הברית הוא שתקופת צינון בעסקאות מקוונות תהיה יקרה מדי לסוחרים ובעלת ערך מועט בלבד לצרכנים, אשר בדרך-כלל לא ירצו להשקיע זמן וכסף בהחזרת הטובין. ראו Hillman, לעיל ה"ש 56; Smits, לעיל ה"ש 56; Ben-Shahar & Posner, לעיל ה"ש 61.

158 ראו ס' 114 לחוק הגנת הצרכן (תיקון משנת 2005) ותקנות ביטול עסקה. כן ראו סיני דויטש "זכות הצרכן לביטול", לעיל ה"ש 1.

159 ראו לעיל ה"ש 5–9 והטקסט שלידן.

160 בתק' 6(א) לתקנות ביטול עסקה יש תריסר פסקאות המפרטות סוגי טובין ושירותים שהתקנות אינן חלות לגביהם. מגבלות נוספות יש בתק' 6(ב) ו-6(ג). התוספת לתקנות כוללת עשרים קבוצות של מוצרים ושירותים שהתקנות חלות לגביהם, כך שמה שאינו מופיע שם מצוי למעשה מחוץ לתחולת התקנות. מגבלות נוספות פזורות בששת סעיפי התקנות, אך לא כאן המקום לפרטן.

על מכר מקוון, יש להסביר ולהצדיק את זכות הביטול בעסקאות אלה גם לאחר החוקים והתקנות שנקבעו ביחס לביטול עסקה רגילה.

עמדת הנחיתות של הצרכן קיימת גם בעסקאות מקוונות.¹⁶¹ בעסקת טובין בין נוכחים הצרכן מקבל את המוצר והעוסק מקבל את כספו. לעומת זאת, בעסקה מקוונת על הצרכן לשלם מראש באמצעות כרטיס אשראי ולקוות שהוא אכן יקבל את המוצר. אלא שקיימת אפשרות שהמוכר הוא אופורטוניסט.¹⁶² גם המידע שעומד לרשות הצרכן אינו מלא.¹⁶³ אכן, שיעור מעשי המרמה בעסקאות של מכר מקוון גדול בהרבה מאשר ברכישות רגילות. הנושא נבדק בארצות-הברית כבר לפני שנים,¹⁶⁴ ומאז לא חל שינוי של ממש.¹⁶⁵ ברכישת מוצרים ושירותים בלא

161 ספרות רבה דנה בבעיותיו של הצרכן בסחר אלקטרוני. ראו, לדוגמה: Per Eklund, *Electronic Marketing from a Consumer Law Perspective*, in CONSUMER LAW IN THE INFORMATION SOCIETY 83 (Thomas Wilhelmsson, Salla Tuominen & Heli Tuomola, eds., 2001). במבוא לדירקטיבה 2011/83/EU, לעיל ה"ש 48, בס' 37 לדברי ההסבר, מובאות כמה הצדקות לזכות הביטול של עסקה במכר מרחוק. לדיון כללי בנושא הגנת הצרכן בעסקאות מקוונות ראו אורנה דויטש, לעיל ה"ש 94, פרק 13 ("מעמד הצרכן בעידן המידע והאינטרנט – צרכנות לאן?").

162 התנהגות אופורטוניסטית של העוסק פירושה אי-הספקת המוצר או הספקתו לא על-פי המוסכם בכמות, באיכות, בזמן ההספקה וכדומה. התנהגות כזו קיימת גם בעסקאות רגילות, אך היא נפוצה יותר במסחר המקוון. אין להתעלם מכך שיש כיום מנגנונים יעילים יחסית, כגון דירוג אמינות העוסק (באתרים דוגמת איביי), אך מידע זה אינו זמין לכל הרכישות מרחוק בישראל.

163 יש מקום לטענה כי בעסקה מקוונת יש צמצום משמעותי של פערי המידע, מאחר שבמוצרים מוגדרים יש לצרכן יכולת השוואה מיידית ויעילה, לעיתים בין עשרות עסקים שמציעים אותו מוצר. אולם לדעתי, מידע זה עשוי לסייע לצרכן המתוחכם, ולא לצרכן הרגיל. יתר על כן, אפשרות לביטול העסקה בתוך תקופת הצינון תביא לידי כך שכל השוק יהיה תחרותי יותר.

164 ראו אמל ג'בארין "הקניונים הווירטואליים כשומרי הסף במסחר האלקטרוני בראי הניתוח הכלכלי למשפט" מחקרי משפט כה 735, 739 ה"ש 10 (2009) (להלן: ג'בארין (2009)). על-פי המחקר, שנעשה בשנת 2002, שיעור מעשי ההונאה בעסקאות צרכניות בשווקים הדיגיטליים גבוה פי שנים-עשר משיעור ההונאה בעסקאות צרכניות בשווקים רגילים. ראו גם: Donna M. Bates, *A Consumer's Dream or Pandora's Box: Is Arbitration a Viable Option for Cross-Border Consumer Disputes?*, 27 FORDHAM INT'L L.J. 823 (2004) המחקר שמאמר זה מתבסס עליו נעשה בשנת 2001 על-ידי קבוצת חוקרים מחמישה-עשר ארגוני צרכנים שונים. נבדקו 400 רכישות במרשתת, והתוצאות היו שב-6% מהמקרים הכסף שולם אך הסחורה לא סופקה, ב-9% מהמקרים לא קיבלו הצרכנים את כספם בחזרה לאחר שהחזירו את הסחורה, וזאת נוסף על בעיות אחרות. ראו ג'בארין (2009), לעיל בה"ש 90, בעמ' 239 ה"ש 9. כן ראו באופן כללי ג'בארין (2015), לעיל ה"ש 129.

165 הדרישות המופיעות בחוק מופנות לעוסקים נורמטיביים, ולא לנוכחים. בנושא זה פורסמו אלפי כתבות במרשתת, והוכנו גם דוחות ממשלתיים בארצות-הברית ובקנדה. ראו, לדוגמה: Cross-Border Crime Forum, *Mass-Marketing Fraud* (a report to the Minister

קשר ישיר בין המוכר לקונה, ומבלי שהקונה יכול לראות ולבדוק את המוצר, קיים סיכון גדול יותר שהרכישה תתברר כלא-יעילה. הצרכן מסתמך על המידע המפורסם באתר, ועלול להתברר לו שיש פער בין תיאור המוצר או השירות לבין מה שרכש בפועל. עסקאות מקוונות מקנות יתרונות רבים לעוסק, באשר הן מאפשרות לו לחשוף את מוצריו לקהל רחב של קונים בלא צורך בחנויות, במוכרים ועוד. מוכן שגם לצרכן יש יתרונות רבים ברכישות כאלה, אך מבחינתו יש גם כמה סיכונים, כפי שפורט לעיל, ונוסף על כך הקלות היתרה של רכישה באמצעות לחיצת כפתור עלולה לפתותו לרכוש מוצרים ללא שיקול-דעת. יש מקום אם כן לאפשר לו חשיבה מחודשת. החזרת המוצר כרוכה בטרחה רבה ובעלות כספית, ולכן סביר להניח שהיא לא תתממש לעיתים קרובות. חובת גילוי הפרטים וזכות החרטה בתקופת הצינון יוצרות איזון בין הצדדים, ואיזון זה, בסופו של דבר, מעודד את הציבור להשתתף בסחר מקוון.

ניתן להציג נימוקים נוספים המצדיקים מתן זכות לביטול עסקה מקוונת בתקופת הצינון. לדוגמה, בעסקה מקוונת, להבדיל מעסקה בין נוכחים, אי-אפשר להציג לעוסק שאלות ולקבל ממנו פרטים נוספים על העסקה. כמו-כן, לעוסק יש יתרונות כלכליים ניכרים מניהול עסקים בחנות וירטואלית באמצעות המרשתת, ולפיכך הוא יכול לשאת בנזק של ביטול עסקאות לא-רבות בתקופת הצינון, מה- גם שמתן האפשרות לצרכן לבטל עסקה בתקופת הצינון יוביל לגידול המכירות במרשתת, ובעקבות זאת לגידול בהכנסותיו. יתר על כן, צרכן שמבצע עסקת מכר מרחוק אינו מבטלה ללא סיבה. לא תמיד הסיבות הן כאלה שמאפשרות ביטול של העסקה באמצעות המשפט האזרחי, ולא תמיד ניתן להוכיח את העילה. אולם דווקא בשל כך יש לאפשר לצרכן לבטל את העסקה בתקופת הצינון. בעוד מתן זכות לביטול בעסקה בין נוכחים לפי תקנות לביטול עסקה מעורר חשש מפני האפשרות (הרחוקה לדעת) שהצרכן יעשה שימוש בנכס (במיוחד בפריטי לבוש) ואז יבקש להחזירם,¹⁶⁶ חשש זה זניח ברכישה במרשתת, בשל הזמן החולף עד לקבלת המוצר והטרחה הכרוכה בהחזרתו.

of Public Safety of Canada and the Attorney General of the United States, 2008), <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/04/02/08mass-marketing-fraud.pdf>

166 החשש הוא מפני התנהגות אופורטוניסטית של חלק מהצרכנים, אשר ישתמשו במוצר לרגל אירוע מסוים ואז יחזירו אותו ויבקשו לקבל את כספם בחזרה. בחוק הגנת הצרכן ובתקנות ננקטו אמצעים שונים כדי למנוע תופעה זו. יש בכוחן של הוראות אלה לצמצם את התופעה, אך לא לבטלה לחלוטין. עם זאת, ניתן להניח שרק חלק זעיר מהצרכנים ינקטו שיטה זו, שהיא נוכחות של ממש.

לסיום, רצונו של הצרכן לבטל את העסקה מלמד כי העסקה אינה יעילה מבחינתו. לציבור יש עניין שעסקאות יהיו יעילות לשני הצדדים. באיזון שבין הפגיעה הקשה בצרכן, שנותר עם מוצר או שירות שהוא אינו מעוניין בהם, לבין הפגיעה הקלה יותר בעוסק, אשר יוכל בדרך-כלל למכור את הנכס או השירות לצרכן אחר, יש להעדיף את העסקה היעילה יותר, המאפשרת ביטול עסקה בתוך תקופת הצינון.¹⁶⁷ אף שבשנת 2010 הותקנו תקנות ביטול עסקה, המאפשרות ביטול עסקות מכר ועסקות שירות רבות גם כאשר הן אינן מתבצעות על-ידי מכר מרחוק, יש להסביר את ההצדקות למתן האפשרות לבטל עסקות מכר מרחוק (כולל עסקאות מקוונות), שכן זכויות הביטול ביחס לעסקאות אלה רחבות יותר מאשר ביחס לעסקאות רגילות. לענייננו אתרכו בביטול של עסקת שירותי תיירות, בשל הבעייתיות המיוחדת שבהצדקת ביטולה של עסקת שירותי תיירות שנעשתה במסחר מקוון במרשתת.

5. ההבדלים בין חרטה בעסקת מכר מרחוק (מרשתת) לבין חרטה על-פי תקנות ביטול עסקה – הסוגיה של שירותי תיירות

למן כניסתן של תקנות ביטול עסקה לתוקפן, בשנת 2010, ניתן לבטל עסקאות רבות, גם כאשר אין הן עסקות מכר מרחוק. אחת העסקאות הנפוצות שניתן לבטל בתקופת הצינון – הן במכר מרחוק והן על-פי תקנות ביטול עסקה – היא רכישת שירותי תיירות, חבילות נופש ושירותי סוכנות נסיעות. עסקאות אלה מוסדרות בחוק שירותי תיירות, התשל"ו-1976, ובתקנות שירותי תיירות.¹⁶⁸ מאחר שניתן

167 "יעילות" היא מצב שבו אדם יכול לשפר את מצבו מבלי לפגוע באחר או מצב המשפר את הרווחה של שני הצדדים. ראו: Ross Cranston, *Creeping Economism: Some Thoughts on Law and Economics*, 4 BRIT. J.L. & SOC'Y 104 (1977). הגישה המציגה את מקסום העושר ואת היעילות במרכזה של הגישה הכלכלית למשפט היא גישתו של פרופ' פוזנר, שגם רואה בה ערך נורמטיבי. ראו: Richard A. Posner, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, 8 J. LEGAL STUD. 103 (1979). ההגדרה הראשונה מתבססת על אופטימום פרטו (Pretto Optimum). אופטימום פרטו הוא מצב שבו אי-אפשר ליצור שיפור פרטו נוסף, דהיינו, אי-אפשר לשפר עוד את מצבו של האחד מבלי לפגוע במצבו של האחר. מטרת החוזה היא להגדיל את העושר בחברה, ומכיוון שבעסקה ללא זכות חרטה הצרכן נפגע יותר – שכן הוא נותר עם עסקה שאין הוא מעוניין בה כלל, בעוד המוכר יכול עדיין למכור את הנכס לאחר – זו עסקה לא-יעילה. לדיון כללי בביקורתה של הגישה הכלכלית למשפט על דיני הגנת הצרכן, ולתשובות לביקורת זו, ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 67–106 ו-111–117.

168 הגדרת "חבילת נופש" מופיעה בתק' 1 לתקנות שירותי תיירות (חובת גילוי נאות), התשס"ג-2003 (להלן: תקנות שירותי תיירות). שירותי סוכנות נסיעות מוגדרים בס' 1 לחוק שירותי תיירות, התשל"ו-1976 (להלן: חוק שירותי תיירות). החובה לתת לצרכן הזדמנות סבירה לעיין במידע הנוגע בעסקת חבילת נופש מופיעה בתק' 2(א) ו-2(ב) לתקנות שירותי תיירות.

לבטל רכישה של שירותי תיירות הן על-פי תקנות ביטול עסקה והן על-פי חוק הגנת הצרכן, ראוי לבחון מה ההבדלים בין זכות הביטול של שירותים אלה במכר מרחוק (מרשתת) לבין זכות הביטול ברכישה מסוכן נסיעות. ההבדל הראשון הוא חובות הגילוי הרחבות המוטלות על העוסק בעסקאות של מכר מרחוק, אשר אינן קיימות ברכישה ישירה מהעוסק. סעיף 14ג(א) לחוק הגנת הצרכן קובע כי בשיווק מרחוק העוסק חייב לגלות לצרכן פרטים רבים. החוק מונה שבע קבוצות של פרטים. הפרט האחרון קובע: "פרטים בדבר זכות הצרכן לבטל את החוזה, בהתאם להוראות סעיף קטן (ג)". נוסף על כך החוק קובע, בסעיף-קטן (ב), כי "בעסקת מכר מרחוק יספק העוסק לצרכן בכתב, בעברית... מסמך הכולל פרטים אלה". סעיף-קטן זה מונה שישה פרטים שעל העוסק לגלות לצרכן במסמך בכתב. חובה זו משפיעה גם על משך הזמן שעומד לרשות הצרכן לצורך ביטול עסקת מכר מרחוק, שכן סעיף 14ג(ג) קובע כי "בעסקת מכר מרחוק רשאי הצרכן לבטל בכתב את העסקה – (1)... (2) בשירות – בתוך ארבעה עשר ימים מיום עשיית העסקה או מיום קבלת המסמך המכיל את הפרטים האמורים בסעיף קטן (ב), לפי המאוחר...". מסירת המסמך באיחור תדחה אם כן את המועד האחרון לביטול העסקה. אין הוראות דומות בתקנות ביטול עסקה.¹⁶⁹

משך תקופת הצינון בעסקאות של רכישת שירותי תיירות במכר מרחוק ארוך יותר מאשר בעסקאות ישירות. בשירותי הארחה, נסיעה, חופש או בילוי אין לבטל עסקת מכר מרחוק אם מועד הביטול חל בתוך שבעה ימים קודם למועד שבו השירות אמור להינתן (סעיף 14ג(ד)(2)). לעומת זאת, בתקנות ביטול עסקה הביטול מוגבל לארבעה-עשר יום קודם למועד תחילת השירות (פרט 8 בתוספת לתקנות). ההבדלים בין רכישת שירותי תיירות בעסקת מכר מרחוק לבין רכישתם בעסקה ישירה, הן מבחינת חובת הגילוי והן מבחינת מועד הביטול, נובעים מכך שלדעת המחוקק מי שרוכש בדרך של מכר מרחוק ראוי שיהיה מוגן יותר מאשר בעסקאות ישירות מול העוסק. הסיבות לכך הוצגו בתת-פרק הקודם.

ההגנה הנוספת על הצרכן בעסקות מכר מרחוק באה לידי ביטוי גם בסנקציות ובסעדים שעומדים לזכות הצרכן בעסקאות אלה. ההוראות לגבי זכות ביטול בתקנות ביטול עסקה הן בעיקרון הוראות אזהרות. לצרכן יש זכות לבטל את

תקנות אלה באות נוסף על חוק הגנת הצרכן, שכן תק' 5 לתקנות שירותי תיירות קובעת כי "תקנות אלה באות להוסיף על כל דין ולא לגרוע ממנו".

169 ס' 114 לחוק הגנת הצרכן, שהוא המקור לתקנות ביטול עסקה, אינו כולל חובת גילוי מכל סוג שהוא. קיימת אומנם הוראה בדבר חובת גילוי של מדיניות החזרת הטובין, בס' 44 לחוק הגנת הצרכן, אולם הוראה זו מתייחסת לטובין בלבד, ולא לשירותים.

העסקה בכפוף לדמי ביטול בסך 100 ש"ח או 5% ממחיר הטובין או השירות, לפי הנמוך מביניהם (תקנה 5(א)), אך הפרת תקנות אלה אינה מקנה לצרכן זכות לפיצויים לדוגמה, וגם לא בסיס להגשת תביעה פלילית. קיימת כמובן אפשרות של התערבות מנהלית של הממונה על הגנת הצרכן, אולם סמכויות אלה מופעלות באופן מוגבל למדי.¹⁷⁰ לעומת זאת, הפרת ההוראות בנושא מכר מרחוק עשויה להוביל לסנקציות פליליות, לעיצומים כספיים ואף לפיצויים לדוגמה.

סעיף 23 לחוק הגנת הצרכן הוא סעיף העונשין של חוק הגנת הצרכן. בסעיף-קטן (ב), בפסקאות (6) ו- (7), מוטל קנס משמעותי על עוסק אשר בשיווק מרחוק לא גילה לצרכן פרטים או לא סיפק לצרכן מסמך, בניגוד להוראות סעיף 14ג לחוק, או נהג בניגוד לסעיף 14ה לחוק ולא החזיר לצרכן את הכסף ששילם. אין הוראות מקבילות בשל הפרת ההוראות של תקנות ביטול עסקה.

סעיף 22ג לחוק הגנת הצרכן מסמיך את הממונה על הגנת הצרכן להטיל עיצום כספי על עוסק שלא מילא את ההוראות החוק. בסעיף 22ג(א), בפסקאות (24) עד (26), נקבע כי ניתן להטיל עיצום כספי בגין אי-גילוי פרטים לצרכן או אי-מתן מסמך בכתב מכוח סעיף 14ג.¹⁷¹ אין חובות גילוי בתקנות ביטול עסקה במכירת שירותים, וממילא אין עיצומים כספיים על אי-גילוי פרטים כאמור. בגין אי-השבת כספים ניתן להטיל עיצום כספי גם לפי תקנות ביטול עסקה, אך בסכום צנוע יותר.¹⁷² מזה שניתן להטיל בגין אי-השבת כספים במכר מרחוק.¹⁷³ סעיף 1א3(4) לחוק הגנת הצרכן מסמיך את השופט להטיל פיצויים לדוגמה בגין אי-השבת מחיר העסקה בביטול עסקת מכר מרחוק. אין סמכות להטיל פיצויים לדוגמה בגין הפרה של תקנות ביטול עסקה.

סיכומו של דבר, ההוראות המסדירות את הזכות לבטל עסקה במכר מרחוק (כולל עסקה מקוונת) הן מקיפות יותר מאשר ההוראות בדבר הזכות לביטול עסקה רגילה, כפי שהוסדרה בתקנות ביטול עסקה. גם הסעדים והסנקציות חריפים יותר. מכאן שיש צורך בהנמקה מיוחדת של זכות הביטול בעסקות מכר מרחוק. הצורך

170 על כשלי הפיקוח המנהלי בישראל ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 635–662.

171 העיצום הכספי בגין אי-מילוי חובת הגילוי במקרה של מכר מרחוק יכול שיהיה עד 7,000 ש"ח ליחיד ו-22,000 ש"ח לתאגיד.

172 העיצום במקרה זה על יחיד יכול שיהיה 7,000 ש"ח, במקום 25,000 ש"ח במקרה של מכר מרחוק.

173 העיצום הכספי בגין אי-השבת הכסף במקרה של מכר מרחוק יכול שיהיה עד 25,000 ש"ח ליחיד ו-45,000 ש"ח לתאגיד.

בהסברים אלה מתחזק עוד יותר בסוגיה של רכישת שירותי תיירות. בנושא זה יעסקו שני התת-פרקים הבאים.

6. הבעייתיות בזכות לביטול עסקה מקוונת של רכישת שירותי תיירות

(א) ההצדקות לזכות לביטול עסקה מקוונת של רכישת שירותי תיירות בישראל

אחת הסוגיות שמצריכות בדיקה מחדש היא הסוגיה של רכישת שירותי תיירות במרשתת בישראל ובחוץ-לארץ. כיום יש אפשרות לבטל עסקה של רכישת שירותי תיירות גם כאשר העסקה לא נעשתה במכר מרחוק, אלא בנוכחות הרוכש והסוכן, וזאת לפי תקנות ביטול עסקה.¹⁷⁴ אולם זכויות ביטול עסקה במכר מרחוק רחבות מאלה של מכר בין נוכחים.¹⁷⁵ יש אפוא להצדיק את הדינים המיוחדים לגבי ביטול רכישת שירותי תיירות במרשתת.

בעסקאות מקוונות יש צורך מיוחד בהצדקת זכות הביטול של הצרכן,¹⁷⁶ מאחר שהפנייה לביצוע הרכישה נעשית במקרים רבים ביוזמתו של הצרכן. יש תחומי מסחר שעיקרם בעסקות סחר מרחוק, כולל במרשתת, ולפיכך יש להסביר מדוע יש להחיל לגביהם דינים מיוחדים של ביטול עסקה בתקופת צינון. אומנם כיום ניתן לבטל עסקת שירותי תיירות גם בעסקה בין נוכחים, אך קיימות עדיין חובות גילוי רחבות לגבי עסקת רכישת מרחוק (כולל עסקה מקוונת) שאינן קיימות ברכישה ישירה מהעוסק. כמו-כן, משך הביטול במכר מרחוק ארוך יותר מאשר במכירה ישירה, והסנקציות בגין אי-קיום הוראות החוק במכר מרחוק חריפות יותר מאשר בעסקה ישירה.¹⁷⁷

יש הצדקות לתקופת צינון גם בעסקאות מקוונות,¹⁷⁸ אולם מאחר ששירותי תיירות נרכשים דרך המרשתת דבר יום ביומו, עולה השאלה מדוע יש צורך בדינים שונים לביטול שירותי תיירות שנרכשו במרשתת לעומת כאלה שנרכשו ברכישה ישירה.

174 הזכות לבטל עסקת רכישת שירותי הארחה, נסיעה חופש וביילוי מופיעה בפרט 8 בתוספת לתקנות ביטול עסקה. המגבלות לגבי ביטול עסקה של רכישת חופשות ושירותי תיירות מופיעות בתק' 6(א)(12). תקנה זו תוקנה שוב בתשע"ב-2011, והרחיבה את המגבלה כך שתחול על ביטול שירותי תיירות שמתבצעים במלואם מחוץ לישראל.

175 ראו לעיל תת-פרק 51, לפני ה"ש 169.

176 ראו לעיל תת-פרק 41.

177 ראו לעיל תת-פרק 51.

178 ראו לעיל ליד ה"ש 161–167 את ההנמקות למתן זכות ביטול בעסקאות מקוונות. רובן רלוונטיות גם לרכישת שירותי תיירות במרשתת – לדוגמה, בעיות של מידע חסר, חשש לפער בין המידע במרשתת למציאות, רכישות פזיזות, ואיזון בין יתרונות העוסק מעסקאות מקוונות לבין צורכי הצרכן. לנימוקים נוספים ראו לעיל ה"ש 146–147 והטקסט שלידן.

על עסקה של רכישת שירותי תיירות חלות גם ההוראות של חוק שירותי תיירות ותקנות שירותי תיירות, וחלים עליה כמובן גם דיני המשפט האזרחי.¹⁷⁹ אולם לעניין ביטול עסקה של רכישת שירותי תיירות בתקופת הצינון ההוראות של חוק הגנת הצרכן רחבות לאין ערוך מהדינים האחרים.¹⁸⁰ יתר על כן, במקרה של מכר מרחוק של שירותי תיירות קיימות חובות גילוי רחבות, כמפורט בסעיף 14ג(7) לחוק הגנת הצרכן, אשר אינן קיימות ברכישה ישירה מהסוכן.¹⁸¹ ניתן להציג הצדקות לא-מעטות לזכות לביטול רכישת מקוונת של שירותי תיירות. אתחיל בשש הסיבות העיקריות. ההצדקה הראשונה היא שניתן לקבל פרטים רבים יותר בעסקה בין נוכחים מאשר בעסקה בין נעדרים, שכן בעסקה בין נוכחים קיימת אפשרות להציג שאלות ולקבל פרטים נוספים. שנית, לעוסק יש יתרונות כלכליים ניכרים מעסקי תיירות מקוונים, ולפיכך הוא יוכל לשאת בנזק של ביטול עסקאות בתקופת הצינון, בהינתן שאחוזי הביטול הם בדרך-כלל נמוכים מאוד. שלישית, צרכן שמזמין שירותי תיירות בארץ או בחוץ-לארץ לא יבטלם ללא סיבה. לא תמיד ניתן להוכיח את הסיבה, ולעיתים מדובר בסיבה שאינה מאפשרת ביטול עסקה באמצעות המשפט האזרחי, אולם דווקא בשל כך יש להגן על הצרכן. רביעית, בעסקאות מקוונות קיים סיכון גדול יותר של מרמה מאשר ברכישה בין נוכחים. זכות הביטול במכר מרחוק מהווה איזון מסוים לחשש מפני מרמה והונאה. חמישית, בהזמנת שירותי תיירות אין חשש שהצרכן ישתמש בשירות ואז יתחרט (moral hazard), שהוא חשש ממשי בחלק מהמקרים של מכירת נכסים (במיוחד ביגוד).¹⁸² שישיית, רצונו של הצרכן לבטל את העסקה מלמד כי העסקה אינה יעילה מבחינתו, ולכלל הציבור יש עניין שיתבצעו עסקאות

179 דיני החוזים הכלליים, דיני החוזים – תרופות, דיני החוזים המיוחדים, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ועוד.

180 קיימות חובות גילוי בתקנות שירותי תיירות, אך אלה אינן מקנות לצרכן זכות לבטל את העסקה ולקבל את כספו בחזרה. אומנם, תק' ד(2)(3) מחייבת את העוסק לגלות תנאים ומועדים לביטולה של רכישת חבילת התיור, וכן לגלות מה יהיה התשלום בגין הביטול, אך לא נקבע כל שיעור מחייב לגבי תשלום זה, כך שניתן לקבוע שהביטול יהיה בתמורה לתשלום מלוא המחיר. אכן, בסוכנויות נסיעות רבות אלה התנאים שנקבעו לביטול שנעשה סמוך לנסיעה. ראו להלן ה"ש 188.

181 אומנם, ס' 14ג לחוק הגנת הצרכן מטיל חובת גילוי של מדיניות החזרת הטובין, אך חובה זו מתייחסת רק לטובין, ולא לשירותים. חובות הגילוי בתקנות שירותי תיירות עוסקות בנושאים שונים מאלה של ס' 14ג(7) לחוק הגנת הצרכן. זו גם הסיבה שנוסעים רבים רוכשים ביטוח שיבטיח להם את החזרת הכספים למקרה שייווצר צורך לבטל את הנסיעה המתוכננת בנסיבות מסוימות.

182 ראו לעיל ה"ש 166.

שהן יעילות לשני הצדדים. באיזון שבין הפגיעה הקשה בצרכן, שאינו יכול לנסוע מסיבה זו או אחרת, לבין הפגיעה הקלה יותר בעוסק, אשר יוכל בדרך-כלל למכור את ההזמנה לצרכן אחר, יש להעדיף את העסקה היעילה יותר, הכוללת את האפשרות לבטל את העסקה.

על כך ניתן להוסיף כי היתרונות לצרכן מהזכות לבטל עסקה בתקופת הצינון עולים לאין ערוך על הנזק שעלול להיגרם לעוסק. צרכן הרוכש שירותי תיירות מעוניין בהם, ולא יבטל את הרכישה אלא אם כן יש לו סיבה לעשות זאת. סיבת הביטול, במקרים רבים, אין בה כדי לאפשר את ביטול החוזה לפי דיני החוזים הרגילים. כאשר הצרכן שוב אינו מעוניין בשירותי התיירות, הוא עלול להפסיד את כל כספו. הנזק לספק, לעומת זאת, קטן בהרבה, שכן אם הודעת הביטול ניתנת מספיק זמן מראש, ניתן למצוא בדרך-כלל לקוח אחר. בשירותי תיירות בתוך ישראל הענף כולו מכיר באפשרות הביטול, ויש במקרים רבים הסדרים בין העוסק לבין ספק השירות בנוגע לחלוקת הנזק. כאשר להוצאות המנהליות של הביטול, החוק קובע דמי ביטול בסך 100 ש"ח,¹⁸³ שיש בהם כדי לכסות בדרך-כלל את הוצאות הטיפול בעסקה. יכולתו של הצרכן לבטל עסקת שירותי תיירות בתקופת הצינון מוגבלת לארבעה-עשר יום לאחר הרכישה, וזאת עד שבעה ימים (לא כולל ימי מנוחה) לפני מועד מתן השירות.¹⁸⁴ את העסקה אפשר אם כן לבטל זמן קצר לאחר הרכישה וזמן ראוי לפני מועד מתן השירות. אפשרות הביטול במגבלות אלה נועדה לאפשר לצרכן לשקול את צעדיו, שכן ייתכן שהרכישה במרשתת הייתה חפוזה. במערך השיקולים בחוק, שמטרתו הגנת הצרכן וקידום הסחר ההוגן, השיקולים בעד ביטול העסקה עולים על השיקולים המתנגדים לביטול העסקה, וזאת לפחות לגבי עסקת שירותים בישראל.

אולם מתן האפשרות לבטל את רכישת שירות התיירות בתוך תקופת צינון מוגדרת אינו מספק פתרון לצורך שנוצר לעיתים אצל הצרכן להשתחרר מהעסקה לאחר מועד תקופת הצינון. לעיתים הרכישה נעשית זמן ניכר מראש, והסיבות המונעות מהצרכן את האפשרות לממש את הנסיעה נוצרות זמן-מה לאחר חלוף תקופת הצינון. הצורך בהשתחררות מעסקת שירותי תיירות יכול שינבע מסיבות כגון תאונה, פציעה, אשפוז, שירות מילואים לא-צפוי, מוות של אחד הקרובים וכדומה. נושאים אלה אינם מוסדרים כלל בחוק הגנת הצרכן.

183 ראו עניין צמח, לעיל ה"ש 152, שם נקבע כי ניתן לגבות דמי ביטול בגין כל כרטיס טיסה בנפרד.

184 ס' 14(ד)(2) לחוק הגנת הצרכן.

דווקא בחוק שירותי תיירות ובתקנות שירותי תיירות יש התייחסות לנושא זה ברמה של הטלת חובות גילוי. כך, בתקנה 3(2)(ד) נכתב כי על העוסק לגלות "מועדים ותנאים אפשריים לביטול רכישת חבילת התיירות בידי הלקוח ואם עליו לשלם בשל ביטול כאמור – שיעור התשלום". תקנה זו אינה מונעת מהספק את האפשרות לדרוש את מלוא התשלום, אך בפועל הסוכנויות קובעות תנאים שונים באשר לדמי ביטול הנסיעה. לדוגמה, בתקנון ביטול וזיכוי של חברה מסוימת¹⁸⁵ נקבע כי ביטול שאינו עומד בתנאי הביטול של חוק הגנת הצרכן יהיה כפוף לדמי הביטול המפורטים בתנאי ביטול החוזה של החברה לפי סוג חבילת הנופש ולפי משך הזמן שבין הביטול לבין מימוש העסקה. לדוגמה, ביטול של 21 יום ומעלה לפני מתן השירות יחויב בתשלום של \$25. לאדם. סכום זה דומה לגובה דמי הביטול של עסקת שירותי תיירות בחוק הגנת הצרכן ובתקנותיו. מכאן שגם מעבר למשך הזמן של תקופת הצינון הקבועה בחוק, העוסק רואה בדמי ביטול בסך של כ-100 ש"ח סכום סביר. בביטול סמוך יותר למתן השירות דמי הביטול יהיו אחוז מסוים משווי העסקה.¹⁸⁶ דמי הביטול במקרה של ביטול שנעשה 6 ימים או פחות לפני הנסיעה יהיו 100% משווי העסקה. בתקופה זו גם אין הגנה לפי דיני הגנת הצרכן.¹⁸⁷ בשל האפשרות שהצרכן לא יוכל לממש את הנסיעה, רבים מהצרכנים המזמינים שירותי תיירות נוהגים לערוך ביטוח ביטול נסיעה. לדוגמה, באחת מחברות הביטוח¹⁸⁸ יש כיסוי של 80% מדמי הביטול עד 12 שעות לפני הטיסה. ביטולים אלה אינם נובעים מהצורך בתקופת צינון, אלא מתקלות מסיבות בריאותיות, משפחתיות וכדומה. יש פוליסות ביטוח שמכסות את הצרכן רק במקרים שבהם הביטול נובע מאירועים דוגמת מחלה, אשפוז, נזקים קשים בבית הצרכן, גיוס-חירום וכדומה.¹⁸⁹

טיפולו של חוק הגנת הצרכן בנושא של ביטול עסקאות של רכישת שירותי תיירות בתקופת הצינון נועד לתת מענה לסוגיית החרטה. בשל אופיים המיוחד של שירותי תיירות קיים פתרון של רגולציה עצמית של סוכנויות הנסיעות, המאפשרות

185 חברת השטיח המעופף – www.flying.co.il, "תקנון ביטול וזיכוי" בתפריט "מידע שימושי".

186 בדוגמה לעיל של חברת השטיח המעופף, ביטול שנעשה 14–20 יום לפני המימוש יחויב בדמי ביטול שבין 30% ל-50% מעלות ההזמנה, וביטול שנעשה 7–13 יום לפני המימוש יחויב בדמי ביטול שבין 60% ל-70% מעלות ההזמנה. לדוגמה נוספת של תנאים לביטול עסקת שירותי תיירות ראו www.issta.co.il/support/cancellation.aspx.

187 צרכן שמבטל את עסקת שירותי התיירות בשבוע האחרון לפני קבלת השירות אינו מוגן לא על-ידי חוק הגנת הצרכן ולא על-ידי תקנות ביטול עסקה – ראו ס' 14(ג)(2) לחוק ותק' 2(3).

188 ראו www.fnx.co.il/insurance/travel-insurance/flight-cancellation-insurance.aspx.

189 ראו, לדוגמה, ביטוח-ביטול-נסיעה-לחול www.madanes.com.

בתנאים מסוימים ובעלויות שונות גם את האפשרות להשתחרר מההסכם.¹⁹⁰ בחוק הגנת הצרכן יש הוראות המאפשרות השתחררות מחוזים ארוכי-טווח.¹⁹¹ עסקה של רכישת שירותי תיירות אינה נכנסת למסגרת זו, כי היא דווקא עסקה לזמן קצוב ובדרך-כלל קצר, אך בשל אופייה האישי ושינוי הנסיבות שיכול להתרחש בין רכישת השירות לבין מימושו, נוצרו כלים שונים המאפשרים לצרכנים להשתחרר מהעסקה בנסיבות מסוימות, בכפוף לדמי ביטול. מעבר לכך קיימת כאמור אפשרות של ביטוח לכיסוי טוב יותר למקרה שיהיה צורך בהשתחררות. הניסיון מלמד כי תקופת הצינון בעסקאות של שירותי תיירות שנעשו בדרך של מכר מרחוק לא פגעה בענף התיירות. סעיף 14ג לחוק הגנת הצרכן, המסדיר את תקופת הצינון בעסקות מכר מרחוק, קיים זה שנים רבות, למן שנת 1998, ולא נראה שענף התיירות נפגע. להפך, כיום חלק ניכר מהעסקאות בענף התיירות נעשות באמצעות מכר מרחוק, ובמיוחד דרך המרשתת. התנהלות זו קיימת שנים רבות, ולא ידוע על קשיים שנגרמו לענף התיירות מהזכות לביטול. ההוראות בחוק הגנת הצרכן בדבר האפשרות לבטל עסקת מכר מרחוק בתקופת צינון לא צמצמו את השימוש במכר מרחוק כשיטה מרכזית להתקשרות בענף התיירות. חוק הגנת הצרכן נחקק כדי לאזן את הפער שבין העוסקים לבין הצרכנים. כאשר יש שיקולים לכאן ולכאן, יש להעדיף את הפרשנות שהיא לטובת הצרכן, וזאת כל עוד אין פגיעה משמעותית בעוסקים. חוקים יש לפרש לפי תכליתם.¹⁹² תכלית החוק היא הגנת הצרכן ושכלול השוק לכיוון של סחר הוגן.¹⁹³ השיקולים בעד ונגד תקופת צינון בעסקאות מקוונות הם כבדי-משקל. לי נראה שהשיקול של הגנת הצרכן צריך לגבור. הכללים בדבר תקופת צינון בעסקות מכר מרחוק ובעסקאות מקוונות קיימים זה שנים רבות, והסחר באמצעים אלה לא רק שלא פחת, אלא אפילו גבר.¹⁹⁴

190 על ההבחנה בין חרטה על עסקה בתקופת הצינון לבין השתחררות מעסקה בשל שינוי נסיבות ראו לעיל ליד ה"ש 37–38.

191 ראו לעיל תת-פרק ב1, ליד ה"ש 39–44.

192 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 252–253, 254 (2003). ראו גם סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 11, בעמ' 437–441; סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרכים ב ו-ג, לעיל ה"ש 18, בעמ' 930–931, 974, 1045 ו-1193.

193 שם הרשות האחראית לנושא הוא "הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן". ראו ס' 19 ו-19א לחוק הגנת הצרכן.

194 ראו ה"ש 131. הניסיון מלמד שלמרות האפשרות לבטל רכישות של חופשות בתוך תקופת הצינון, לא הובילה זכות זו לייקור של שירותי התיירות ולהיעלמותן של חופשות זולות. אף שטרם נערך מחקר אמפירי בנושא, יש להניח כי אחוז החופשות שבוטלו מתוך המחזור הוא נמוך, כך שאין בו כדי להשפיע על שיווק חופשות זולות לצרכן.

המגמה בחקיקה הצרכנית היא כאמור לקדם רמה גבוהה יותר של סחר הוגן (ראו לעיל פרק א). אם מדובר באיזון אינטרסים שמטרתו לקדם סחר הוגן, ואם האפשרות לבטל עסקת שירותי תיירות בישראל בתוך תקופת הצינון היא הוגנת יותר מאשר להטיל על הצרכן את כל הנזק, אזי יש להשאיר הוראות אלה בחוק. אומנם, כפי שראינו, יש סוכנויות נסיעות שמקנות ללקוחותיהן אפשרות להשתחרר מההסכם בפיצוי סביר זמן ניכר לאחר תקופת הצינון שנקבעה בחוק הגנת הצרכן ובתקנות ביטול עסקה.¹⁹⁵ אולם קביעת חובות אלה בחוק נועדה להגן על הצרכנים מפני עוסקים שאינם מעוניינים לפעול ברמה גבוהה של סחר הוגן. המציאות מוכיחה כי אי-אפשר להסתמך על מתן זכות חרטה וולונטרית לצרכן, שכן גם במקרים מוצדקים לא גילו ספקים נכונות לבטל את העסקה, ובסופו של דבר בוטלו העסקאות רק בהתערבות בית-המשפט, שהסתמך על הוראות החוק בנושא של מכר מרחוק.¹⁹⁶ במאזן המצטבר של השיקולים יש אם כן הצדקה למתן זכות לביטול עסקה של רכישת שירותי תיירות בישראל.

חקיקה צרכנית שמטרתה ליצור איזון הולם יותר בין עוסק לבין צרכן מגשימה את המטרה של קידום הסחר ההוגן. ההגנה אינה מפני מעשי רמייה של העוסק, אלא נועדה לבנות יחסי מסחר שיהיו הוגנים לשני הצדדים. מאחר שהנזק הצפוי לצרכן ללא זכות ביטול הוא גדול, ואילו הנזק שצפוי לעוסק כאשר זכות הביטול מופעלת קטן בהרבה (בשל האפשרות של חלוקת הנזק בין כלל הלקוחות, בשל ההסדרים בין סוכנים לבין ספקי השירות וכן לנוכח האפשרות של ביטוח העסק), יש עדיפות למתן זכות לביטול עסקה. הפתרון שהחוק מציע – לאפשר לצרכן לחזור בו מהעסקה במהלך תקופת צינון לא-ארוכה – הוא ההסדר הצודק יותר.

(ב) הבעייתיות בזכות לביטול עסקה של רכישת שירותי תיירות בחוץ-לארץ

זכות הצרכן לבטל עסקה של רכישת שירותי תיירות בישראל אינה אמורה לעורר קשיים של ממש. סוכני הנסיעות מודעים לזכויות הביטול של הצרכן, וניתן להגיע להסדרים שיאפשרו ביטול כזה שמוגבל לתקופת הצינון. דמי הביטול אמורים לכסות את העלויות המינימליות של הביטול. הגופים שסוכני הנסיעות רוכשים

195 לדוגמה ראו לעיל ה"ש 186–187 והטקסט שלידן.

196 ראו עניין שילת, לעיל ה"ש 154. בנה של מי שהזמינה נופש בארץ נפצע קשה בעינו, והיה עליו לעבור ניתוח בארצות-הברית, דבר שאילץ אותה לבטל את החופשה. הביטול נעשה בתוך ארבעה-עשר ימים מיום ההזמנה, ויותר משבועיים לפני תחילת החופשה, והמזמינה גם לא קיבלה את הפרטים הדרושים מסוכנות הנסיעות. בית-המשפט הורה לסוכנות הנסיעות להשיב למזמינה את כספה בניכוי דמי הביטול הקבועים בחוק, ולא בניכוי פיצויים של 50% מגובה העסקה, כפי שדרשה הסוכנות.

מהם את שירותי התיירות בישראל אמורים גם הם להכיר את ההוראות בסוגיה זו ולפעול על-פיהן. במקרים רבים האפשרות של ביטול העסקה בתמורה לדמי הביטול הקבועים בחוק (100 ש"ח) אף מצוינת בחוזים עצמם של סוכני הנסיעות. יתר על כן, יש טופסי הזמנה המאפשרים ביטול עסקה לאורך תקופה ממושכת יותר מהוראות החוק בעניין מכר מרחוק.¹⁹⁷

אולם עלול להתעורר קושי לגבי מכירת שירותי הארחה, נסיעה וטיולים בחוץ-לארץ. חברות שירותי תעופה בחוץ-לארץ פועלות לפי הדינים החלים במדינותיהן, וקיים פער בין הדינים באותן מדינות לבין ההוראות בישראל. בחלק מהמקרים אין כל אפשרות לבטל רכישת שירות תעופה במרשתת, ובחלק מהמקרים הדבר אפשרי אך בתקופות קצרות יותר (שבעה ימים לאחר הרכישה, ולא ארבעה-עשר יום).

בדרך-כלל הסוכן הוא רק מתווך בין הלקוח לבין חברות התעופה הזרות או בין הלקוח לבין בתי-המלון בחוץ-לארץ. לגופים אלה יש כללים לגבי גובה הפיצוי בגין ביטול ההזמנה לפי המרחק שבין מועד הביטול למועד הנסיעה, ובכל מקרה הפיצויים בגין ביטול גדולים בהרבה מהסכום המרבי הקבוע בחוק הגנת הצרכן (100 ש"ח או 5% ממחיר העסקה). זאת ועוד, לעיתים הצרכן הוא שבוחר טיסה ללא יכולת ביטול מכיוון שהיא זולה יותר. חוק הגנת הצרכן הוא חוק קוגנטי, ולכן אם ההסכם קובע סכומים גבוהים יותר בגין ביטול העסקה מאלה שנקבעו בחוק, אין להסכם זה כל תוקף. ידוע גם שמחירן של טיסות שניתן לבטלן עד סמוך לטיסה גבוה ממחירן של טיסות שלאחר הזמנתן שוב אי-אפשר לבטלן או שיש דמי ביטול גדולים יותר בגין ביטולן. הוא הדין לגבי הזמנת בתי-מלון בחוץ-לארץ. יש פערי מחירים בין הזמנות המאפשרות ביטול של ההזמנה עד 24 שעות לפני המימוש לבין הזמנות שבהן יש לשלם מראש את מלוא המחיר. לא ברור מה ההסדרים בין הסוכן לבין אתרי הנופש שהוא מזמין. אם תופעת הביטולים תתגבר, עלול להיווצר מצב שבו לא ישתלם לסוכנים למכור טיסות מוזלות כאשר יש חשש לביטול העסקה, או שבמקרים כאלה ייקבע כי העסקה לא תושלם עד חלוף הזמן של תקופת הצינון.¹⁹⁸ קיימת כמובן גם האפשרות שהשר יפעיל את סמכותו, על-פי

197 ראו לעיל ה"ש 186–187 והטקסט שלידן.

198 במדינות אחדות באירופה העסקה אינה מושלמת עד לחלוף זמן הצינון. ראו Rekaiti & Van den Bergh, לעיל ה"ש 59. כן ראו: ANTHONY OGUS, REGULATION: LEGAL FORM AND ECONOMIC THEORY 121–2 (2000). יש מדינות, דוגמת צרפת ובלגיה, שבהן אי-אפשר להתחיל את השירות עד שחלפה תקופת הצינון. ראו: French Consumer Protection Code, arts. L-121–L-126; Belgium: Law of July 14, 1991, on Trade Practices and Consumer Information and Protection, art. 89. גם הדיקטיבה האירופית הדנה בנושא

סעיף 14ג(ד) לחוק, להתקין תקנות שיקבעו דינים מיוחדים לגבי עסקאות של תיירות, נופש ונסיעות בחוץ-לארץ. בינתיים לא הותקנו תקנות כאלה לגבי מכר מרחוק. פתרון מעניין להתלבטויות שהוצגו כאן מצוי בתקנות ביטול עסקה. בתוספת לתקנות, בפריט (8), התקנות מבחינות בין עסקה בישראל לבין עסקה בחוץ-לארץ, וכך נקבע שם:

"(8) שירותי הארחה, נסיעה, חופש ובילוי למעט אם הם מתבצעים במלואם מחוץ לישראל כאמור בתקנה 6(א)(12); בפסקה זו, 'מחוץ לישראל' ו'נסיעה' – כהגדרתם בתקנה 6(א)(12)..." (ההדגשה הוספה).

התקנות מבחינות אפוא לא בין שירותי תיירות שנרכשו בעסקה בין נוכחים לבין כאלה שנרכשו בעסקה בין נעדרים, אלא בין שירותי תיירות הניתנים בישראל לבין כאלה הניתנים בחוץ-לארץ. אם השירותים ניתנים בחוץ-לארץ, תקנות ביטול עסקה אינן חלות, ואם הם ניתנים בישראל, ניתן לבטלם תוך ארבעה-עשר ימים מיום עשיית ההסכם, ובלבד שהביטול ייעשה לפחות ארבעה-עשר יום שאינם ימי מנוחה קודם למועד תחילת השירות.¹⁹⁹ הבחנה זו היא סבירה וגם יעילה. בישראל גם הסיטונאי של שירותי הארחה אמור להכיר את החוק ולפצות את הקמעונאי (סוכן הנסיעות) בגין השבת הכספים או בכל מקרה להסדיר מקרים אלה. הכללים בחוץ-לארץ הם שונים, ויכולת ההשפעה של סוכני נסיעות ישראלים היא מוגבלת. ייתכן שגם במכר מרחוק יש מקום להבחין בין עסקת תיירות בישראל לבין עסקת תיירות בחוץ-לארץ.

אם תתקבל הצעה זו, אזי לגבי עסקת תיירות בחוץ-לארץ לא יחולו הוראות חוק הגנת הצרכן והוראות תקנות ביטול עסקה. באשר לשירותי תיירות שיש להם זיקה לישראל, זכות הביטול תהיה עד ארבעה-עשר יום קודם למתן השירות שבעסקה, כמפורט בתקנה 2(3) לתקנות ביטול עסקה. במקרה של מכר מרחוק של שירותי תיירות, זכות הביטול תהיה עד שבעה ימים קודם למועד שבו השירות אמור להינתן, כמפורט בסעיף 14ג(ד)(2) לחוק הגנת הצרכן. כך תישמר ההבחנה

אינה מאפשרת את תחילת השימוש בנכס לפני חלוף תקופת הצינון. ראו ס' 8 לדירקטיבה 97/7/EC, לעיל ה"ש 51. הוראות אלה אינן קיימות במשפט הישראלי.

199 תק' 2(3) לתקנות ביטול עסקה. ראו גם תק' 6(א)(12) לתקנות ביטול עסקה, הדנה בהגבלת זכות הביטול. תקנה זו מחריגה שירותים המתבצעים במלואם מחוץ לישראל, וזאת על-מנת להגן על סוכני הנסיעות. הוראות אלה לגבי שירותי הארחה ונסיעות דומות (אך לא זהות) לס' 14ג(ד)(2) לחוק הגנת הצרכן, הדן בסייגים לביטול מכר מרחוק. ראו לעיל אחרי ה"ש 169.

לגבי זכות הביטול בין עסקה רגילה לעסקת מכר מרחוק תוך החרגת שירותים שניתנים כולם בחוץ-לארץ, שלגביהם לא יחולו החוק או התקנות.

בפסיקת בית-המשפט²⁰⁰ נמתחה ביקורת על הוראת סעיף 14ג(ד)(2) לחוק הגנת הצרכן, המאפשר תקופת צינון בעסקת מכר מרחוק. בפסק-דין זה צירפה השופטת שני תיקים שבהם בוטלו הזמנות לנסיעה לחוץ-לארץ. טענת הנתבעות בשני מקרים אלה הייתה שהחלת ההוראות של סעיף 14ג עלולה לפגוע בענף התיירות ובענפים אחרים שבהם ההתקשרות המקובלת היא בדרך של עסקת מכר מרחוק. בית-המשפט קבע כי יש לכאורה ממש בטענות אלה, מאחר שעוד לפני ביטול ההתקשרויות שילמו הנתבעות לספקים של חבילות הנופש בארצות-היעד סכומים שעולים באופן משמעותי על דמי הביטול שנקבעו בחוק, וכן נשאו בהוצאות נוספות הכרוכות בהתקשרות. אולם נקבע כי אין בכך כדי לשנות את תוצאות פסק-הדין, מאחר שאין מנוס מהחלת ההוראות החוק. לדעת השופטת, ההוראות בדבר ביטול עסקה בעסקת מכר מרחוק אינן מתאימות לענף התיירות. בענף התיירות ממילא הצרכן אינו יכול לבחון את העסקה מראש, וההבחנה בין שיווק מרחוק לשיווק בין נוכחים אינה משמעותית.

הטענות שהעלתה השופטת בזמנו אינן רלוונטיות כיום, מאחר שלפי תקנות ביטול עסקה ניתן לבטל עסקת שירותי תיירות בתקופת הצינון גם כאשר העסקה היא בין נוכחים. טענה טובה יותר היא שכאשר מדובר בהזמנת שירותים מספקים מחוץ-לארץ, ייתכן שקשה להגיע איתם להסדרים הראויים.

מעניין שבדיקת העובדות בשני המקרים שנדונו בפסק-הדין האמור מלמדת כי באחד המקרים בוטלה ההזמנה בשל הידרדרות במצבו הבריאותי של המזמין, ובמקרה השני בוטלה ההזמנה בשל אשפוז בבית-חולים. מדוע יש לחייב צרכנים לשלם מחיר גבוה בנסיבות שאין הם אחראים להן? האם גביית תשלום מלא ממי שמסיבות בריאותיות אינו יכול לנסוע הוא הגיוני יותר מאשר הטלת האחריות על הסוכן, שיכול לפזר את הנזק? אנשים המזמינים נסיעה לחוץ-לארץ מקדישים להתארגנות זמן רב, ואם אין סיבה טובה לביטול ההזמנה, הם לא יבטלו אותה. עסקה שהצרכן אינו יכול לממשה בשל בעיות בריאות אך בכל-זאת מחויב לשלם בעבורה אינה עסקה יעילה, ויש לאפשר את ביטולה.²⁰¹

200 ראו עניין פלד, לעיל ה"ש 132, ובמיוחד את הדיון המקיף בפרק ה של פסק-הדין (פס' 13–19) בשאלת הנזק שנגרם לנתבעות ובטענות בעניין הנזק שעלול להיגרם לענף התיירות. ראו גם רע"א (מחוזי ת"א) 28586-12-09 רז נ' גוליבר תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 23.12.2009).
201 יהיו מקרים שבהם יהיה אפשר להעלות טענה של סיכול, אך בתי-המשפט אינם נוטים לקבל טענה זו (ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 8416/05 שיינר נ' איסתא ישראל בע"מ (פורסם בנבו,

הזכות לביטול, הן בחוק הגנת הצרכן והן בתקנות ביטול עסקה, מוגבלת לארבעה-עשר יום לאחר הרכישה. אולם רכישת שירותי תיירות נעשית במקרים רבים זמן רב לפני שהעסקה מתבצעת. לכן ברוב המקרים, אם נוצר מצב שבו הצרכן אינו יכול לנסוע (למשל, עקב מחלה, פציעה וכדומה), הוא לא יוכל לבטל את הרכישה, שכן זכות הביטול המוגדרת בחוק מוגבלת לתקופה קצרה. האפשרות לבטל עסקה חלה רק בתקופת הצינון. אם המזמין חלה במחלה קשה שלושים יום לאחר הרכישה וחודשיים לפני הנסיעה, מדוע שבמקרה כזה הוא לא יקבל החזר משמעותי יותר מתוך התשלום ששילם? מכאן שגם ההסדר בנושא מכר מרחוק אינו נותן פתרון לכל המקרים שבהם צרכן נאלץ לבטל את העסקה, אך עדיף פתרון חלקי מאשר העדר כל פתרון. פתרון אפשרי הוא הרחבת דוקטרינת הסיכול בדיני חוזים. בנושא יש הצעות מפורטות בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, בפרק השישי של חלק-המשנה השני: "הוראות מיוחדות לחוזים". כאשר ייכנסו ההוראות אלה לתוקף, יהיה בהן משום פתרון חלקי לבעיה.

אם תישקל האפשרות להחריג את שירותי התיירות בחוץ-לארץ לעניין ביטול עסקה שנעשתה במכר מרחוק, אזי יש לחזק את חובת הגילוי בעסקאות כאלה. חובות הגילוי הקבועות בחוק שירותי תיירות יכולות לשמש בסיס לעברה (ראו סעיף 13 לחוק שירותי תיירות), ואפילו סמכותו של הממונה מטעם שר התיירות להטיל על עוסק עיצום כספי (סעיף 12ד לחוק) חלה גם על הבטחת כספי לקוחות. אומנם תקנות שירותי תיירות מטילות בתקנה 2 חובת גילוי של פרטי המידע המפורטים בתקנה 3 – הכוללים מועדים ותנאים לביטול רכישת חבילת תיור ושיעור התשלום של הלקוח במקרה כזה – אולם הסנקציה בגין אי-קיום הגילוי היא עונשית, ואינה בסיס לתביעה אזרחית.

חובת גילוי רחבה בעסקת מכר מרחוק מעוגנת בסעיפים 14ג(א) ו-14ב(ב) לחוק הגנת הצרכן. אי-מילוי של חובת גילוי זו מאריכה את משך תקופת הצינון (סעיף 14ד(ג)(2)), וכן מקימה זכות אזרחית לפיצויים (סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן). החרגה של שירותי תיירות בחוץ-לארץ מחובה זו, בדומה להחרגה שנעשתה בתקנות ביטול עסקה, תפטור את ספק השירותים מחובות גילוי על-פי ההוראות חוק הגנת הצרכן בכללותו, שכן סעיף 14ג לחוק, המטיל חובת גילוי של מדיניות החזרת הטובין, חל רק על טובין, ולא על שירותים.

אם יוחלט על הרחבת ההחרגה ברכישת שירותי תיירות בחוץ-לארץ, יש לפחות להטיל על העוסקים חובות גילוי. בחובות אלה עשויה להיות תועלת רבה

30.8.2006), למעט אולי במקרה של פטירה (ראו ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 4209/07 מזרחי נ' מנו ספנות בע"מ (18.5.2008)).

לצרכנים: בראש ובראשונה הם יקבלו לידיהם את המידע בנוגע לסיכון הטמון בעסקאות אלה מבחינת אפשרויות החרטה והביטול; ושנית, אי-קיום חובת הגילוי עשוי לשמש בסיס להקטנת דמי הביטול שהספק יוכל לדרוש.²⁰²

חשוב להבהיר כי ההחרגה של שירותי הארחה, נסיעה, חופש ובילוי המתבצעים כולם בחוץ-לארץ, כמפורט בתקנה 6(א)(12) לתקנות ביטול עסקה, אינה כוללת "טיסה מישראל ואליה", כמפורט בתקנה 6(א)(12)(ב). מכאן שנסיעות מישראל לחוץ-לארץ או מחוץ-לארץ לישראל ימשיכו להיות כפופות להוראות בדבר מכר מרחוק שבחוק הגנת הצרכן גם אם יתקבל תיקון לחוק.²⁰³

פתרון נוסף לבעיה הוא רגולציה עצמית של ספקי שירותי התיירות אשר תאפשר ביטול בדמי ביטול סבירים יותר ותכלול תקופות ארוכות יותר מאשר תקופת הצינון.²⁰⁴ נוסף על כך קיימת האפשרות שהצרכן יבטח את הזכות לביטול הזמנת נסיעה,²⁰⁵ כך שגם לגבי הצורך בהשתחררות מהעסקה לאחר תקופת הצינון יש פתרונות חלקיים. חשוב לציין כי הזמנת חבילות נופש בחוץ-לארץ דרך המרשתת נעשית ישירות מול ספק השירות בחוץ-לארץ. במקרים אלה הספק מחויב לפי דיני מדינתו, וחוק הגנת הצרכן בישראל אינו חל. עם זאת, יש להדגיש כי אם לחברה יש משרדים גם בארץ וההסכמים הם בעברית ומיועדים לתושבי ישראל, יהיה אפשר להגיש את התביעה בישראל ולדון בה לפי הדין הישראלי, וזאת אף אם בהסכם נקבע מקום שיפוט אחר ודין שונה. הלכה זו נקבעה בעניין חוטה.²⁰⁶ בית-המשפט המחוזי

202 ראו ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 53954-04-15 גלר נ' פינגווין שירותי תיירות בע"מ (פורסם בנבו, 5.9.2015). התובע הזמין נופש משפחתי באוסטריה, וכחודש לפני הטיסה ביקש לבטל את העסקה עקב מחלה קשה של בן משפחה. הנתבעת הודיעה לתובע כי הוא יחויב בדמי ביטול ניכרים. התובע הגיש תביעה ובה דרש לקבל את כספו בחזרה. התביעה התקבלה בשל כך שהסוכן לא גילה את הפרטים הנדרשים לגבי ביטול עסקה כפי שנקבע בס' 14 לחוק. אף שהביטול נעשה אחרי יותר מארבעה עשר ימים מיום ביצוע ההזמנה, חייב בית-המשפט את הנתבע להחזיר את הכסף על בסיס אי-מילוי חובת הגילוי.

203 ראו, לדוגמה, ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 1651-10-08 סידי נ' איבריה נתיבי אוויר ספרדיים בע"מ (10.6.2009). הנתבעת השנייה באותו מקרה הייתה סוכנות נסיעות. לא היה קשר משפטי בין התובעים לחברת התעופה. העסקה הייתה בדרך של מכר מרחוק, וכללה טיסה מהארץ ובחזרה לארץ. הביטול נעשה במועד. בית-המשפט קבע כי אין תוקף להודעת הסוכנות שהפיצו בגין ביטול הוא מלוא מחיר הכרטיס, שכן חוק הגנת הצרכן הוא קוגנטי. נפסק כי יש להחזיר לתובעים את הכספים ששילמו למעט דמי הביטול הקבועים בחוק. כאמור, גם אם יתקבל בעתיד התיקון המוצע, הוא לא יחול על מקרה זה.

204 ראו לעיל ליד ה"ש 187–188.

205 ראו לעיל ליד ה"ש 189–190.

206 ת"צ 19529-06-14 חוטה נ' Booking.com.B.V (פורסם בנבו, 19.7.2015).

התיר המצאת כתבי-דין מחוץ לתחום השיפוט במסגרת תובענה ייצוגית נגד חברת "בוקינג" ההולנדית. חיוב הלקוחות הישראלים, על-פי החוזה האחיד, להתדיין בבית-משפט בהולנד ועל-פי הדין ההולנדי מהווה תניה מקפחת לפי חוק החוזים, ולפיכך הוא בטל, וזאת מאחר שמירב הזיקות מפנות לישראל. יש בכך פתרון למקרים שבהם מדובר בחברות מקוונות שיש להן סניף בישראל ואשר מקיימות פעילויות נוספות בישראל, ובתביעות מורכבות כתובענה ייצוגית, שמצדיקה התדיינות מלאה. באופן מעשי פתרון זה אינו רלוונטי להזמנת חדר במלון ישירות מהמלון בחוץ-לארץ, כאשר אין זיקה ממשית לישראל מלבד העובדה שהרוכשים הם ישראלים.

מכל מקום, החששות בדבר פגיעה בספקים של שירותי תיירות התבדו, ולפיכך יש מקום להשאיר את ההוראות של תקופת הצינון, וזאת לפחות לגבי רכישת שירותי תיירות בישראל. יש לשקול אם ראוי להוסיף את הסייג של תקנות ביטול עסקה שחל על רכישת שירותי תיירות בחוץ-לארץ גם לגבי רכישת שירותי תיירות כאלה בעסקת מכר מרחוק. אם יוחלט בחיוב, יש לוודא שיתקיימו חובות גילוי ברורות בנושא. סיכומי של דבר, גם בעסקאות של מכר מקוון יש הצדקות לתקופת צינון שבמסגרתה יוכל הצרכן לבטל את העסקה תמורת תשלום דמי ביטול לא-גבוהים.

סיכום ומסקנות

מתן זכות חרטה לצרכן בעסקאות של רוכלות, יחידות נופש ומכר מרחוק (כולל מכירות במרשתת) נועד לקדם את הסחר ההוגן, ולא רק להגן על הצרכן. הזכות לביטול עסקה מעניקה לצרכן יתרונות רבים כאשר הוא מתחרט, ופגיעתה בעוסקים קטנה, ולפיכך היא מקדמת את הסחר ההוגן. החקיקה בנושא זה, כמו-גם בנושאים רבים נוספים שהוספו בשני העשורים האחרונים לחוק הגנת הצרכן,²⁰⁷ מצביעה באופן ברור על הרחבת מטרותיה של הגנת הצרכן כך שיכללו גם סטנדרטים של סחר הוגן.

החקיקה החדשה בנושא הגנת הצרכן היא מפורטת ביותר, שכן היא אמורה להגדיר לעוסקים את חובתם. פירוט זה יוצא מתוך הנחה שאם העוסקים ידעו מה הרגולציה דורשת מהם, הם יקיימו אותה. בעסקים גדולים קיימת נטייה מובהקת יותר לקיים את הכללים האלה, אך גם בעסקים קטנים גדלה עם השנים הנכונות למלא אחר ההוראות החוק.²⁰⁸ דבר זה חוסך הליכים פליליים, מנהליים ואזרחיים.

207 ראו לעיל פרק א.

208 חברות המוכרות במרשתת מאפשרות חרטה לתקופות ארוכות מאלה שנקבעו בחוק כתקופת

ההוראות בסוגיות של ביטול עסקאות מיוחדות בתקופת הצינור כוללות הן חובות גילוי נרחבות והן את הזכות המהותית לביטול העסקה. גישה זו משתלבת במגמה הכללית של הרחבת הגנת הצרכן לכיוון של סחר הוגן.²⁰⁹ בדיני החוזים הכלליים אין צד לחוזה יכול לחזור בו מהחוזה, וחזרה כזו תיחשב הפרת חוזה, אם לא היה פגם בכריתה או הפרה של החוזה. בעסקאות צרכניות רבות, לעומת זאת, הדבר אפשרי – הן בעסקאות מיוחדות שנדונו במאמר זה, הן בעסקאות רבות אחרות מכוח תקנות ביטול עסקה משנת 2010, והן בעסקאות לטווח ארוך. נוסף על כך, ייתכן שיהיה אפשר להשתחרר מחוזים ארוכי-טווח מעבר למה שמופיע בחוק הגנת הצרכן, וזאת מכוח חקיקה שיפוטית.²¹⁰

ההצדקות לביטול עסקאות מיוחדות בתקופת צינור הן רבות, ואף שלא בכל עסקה יחולו כל ההצדקות, יש די הצדקות לנמק את הצורך בזכות לביטול עסקה בכל אחת מהעסקאות המיוחדות.²¹¹

הזכות לביטול עסקה ברוכלות בתוך תקופת הצינור נקבע כבר בשנת 1981, אולם רק החקיקה של סוף שנות התשעים – תקופה שבה נחקקו הוראות הצינור בעסקאות מיוחדות אחרות – גיבשה זכות זו במלוא היקפה.²¹²

סוגיית החרטה על עסקה של רכישת יחידת נופש היא דוגמה טובה להתנהגות לקויה של השוק כאשר אין כל רגולציה. לפני שנחקק החוק לא נמסר מידע לצרכנים, והיו מקרים רבים של הפעלת לחץ, פיתוי והטעיה לשם קבלת "הסכמתם" של הצרכנים. עם הסדרת הנושא בחוק הגנת הצרכן,²¹³ נפסקו כמעט לחלוטין התופעות הקשות שקדמו לחקיקה. השלב הבא בחקיקה היה מתן זכות להשתחררות מעסקה זו, שהיא לשנים רבות.²¹⁴

עסקות מכר מרחוק, כולל מכירות מקוונות במרשתת, הן עסקאות נפוצות המתייחסות כיום כמעט לכל השירותים והמוצרים. קיים שוני ניכר בין סוגיה זו לבין הסוגיה של מכירה ברוכלות או מכירה של יחידות נופש. שוני זה בולט במיוחד בעסקאות מקוונות. עם זאת, מסקנת המאמר היא שגם בעסקאות אלה

צינור. סוכנויות נסיעות מאפשרות גם הן לבטל הזמנת שירותי תיירות תמורת דמי ביטול לא-גבוהים במשך תקופות ארוכות מתקופת הצינור שנקבעה בחוק. ראו לעיל ליד ה"ש 186 ואילך.

209 ראו לעיל פרק א.

210 ראו לעיל ה"ש 37.

211 ראו לעיל פרק ג.

212 ראו לעיל פרק ד.

213 ראו לעיל פרק ה.

214 ראו לעיל ה"ש 113 וה"ש 119.

הצרכן נמצא בעמדת נחיתות, והפתרון הנכון הוא לאפשר לו לא להישאר עם מוצר או שירות שהוא אינו מעוניין בו.

זכות החרטה בעסקות מכר מרחוק נועדה להגן על הצרכן. לאורך השנים נשמעו טיעונים כי במתן זכות חרטה בעסקאות אלה יש משום פגיעה בעולם המסחר, וכי התועלת לצרכנים הגלומה בכך מועטה, אולם המציאות מפריכה טיעונים אלה. לעולם המסחר יש אינטרסים ברורים למכור בשיטה של מכר מרחוק בכלל ובאמצעות המרשתת בפרט. לעוסק המשתמש בשיטה של מכר מרחוק יש יתרונות רבים של חיסכון בעלויות, במקום, במספר העובדים ועוד. תקופת הצינון אינה מצמצמת רכישות, אלא להפך – היא מעודדת צרכנים לרכוש בשיטה זו, שכן הם יודעים כי אם לא יקבלו את מה שציפו לקבל, הם יוכלו לבטל את העסקה. אי-אפשר לטעון כי תקופת הצינון בעסקות מכר מרחוק אינה יעילה מבחינה כלכלית, מאחר ששיטת מכירה זו לא רק שלא צומצמה, אלא היא אף מתרחבת. מכאן שאין כל הוכחה שהרגולציה בתחום זה פוגעת במכר מרחוק בכלל ובמסחר המקוון בפרט.

סוגיה מיוחדת היא מכירת שירותי תיירות במרשתת.²¹⁵ הצעתי היא להבחין בחוק הגנת הצרכן בין עסקאות שממומשות בחוץ-לארץ לבין עסקאות שממומשות בישראל, וזאת בהמשך להוראות של תקנות ביטול עסקה. הביקורת על זכות הביטול ברכישה מקוונת של שירותי תיירות אינה מוצדקת, לדעתי. בחינת פסקי-דין שדנו בביטול עסקאות כאלה מלמדת כי היו סיבות טובות לביטול, כגון מחלה, פציעה או ניתוח. פתרון אפשרי הוא שבמקביל להזמנת השירות ירכוש הצרכן ביטוח למקרה של ביטול. אולם זהו כמובן פתרון חלקי בלבד, שכן לא כל צרכן מבין את הצורך בביטוח כזה. ברור שיש להותיר את ההוראות בדבר זכות הצרכן לבטל עסקאות של שירותי תיירות גם כאשר הן מתבצעות בדרך של סחר מקוון במרשתת.

סיכומי של דבר, הגישה של פירוט ההוראות הצרכניות, הרחבת חובות הגילוי ומתן זכויות מהותיות לצרכנים מלמדת על מעבר מהוראות כלליות שמטרתן הגנת הצרכן להסדרת הסחר ההוגן. ניתן לראות בהתפתחויות אלה מהפך בדיני הגנת הצרכן. מהפך זה מחייב לשקול מחדש הוספה של עיקרי ההוראות הצרכניות לחוק דיני ממונות המוצע.²¹⁶ החקיקה הקיימת מעמידה את מדינת-ישראל בשורה הראשונה של המדינות אשר מגינות על הצרכן ומקדמות את הסחר ההוגן.

215 ראו לעיל תת-פרק 61.

216 ראו סיני דויטש "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית", לעיל ה"ש 117, בעמ' 519–521, שם הבעתי את דעתי כי טרם הגיע המועד לשלב את הוראות הדין הצרכני לקודקס המוצע. חלפו כעשר שנים מאז נכתב המאמר, ולנוכח ההרחבה המשמעותית בהוראות הצרכניות בחקיקה יש מקום לשקול גישה זו מחדש.

התרופות בגין פגיעות במשקיעים זרים:
הדרך המפותלת שבין העדר סעד, סעד של פיצויים
ו/או השבת המצב לקדמותו על רקע לקחים ממגזרי הגז והנפט
– מאמר המשך*

אלברטו מ' אהרונוביץ**

וַיִּדְבֹּר אַחֲאָב אֶל-נְבוֹת לֵאמֹר תִּנָּה-לִּי
אֶת-כָּרְמִי וַיְהִי-לִּי לְגֶן-יֵרֶק כִּי הוּא קָרוֹב
אֵצֶל בֵּיתִי וְאֶתְנָה לִּי תַחְתָּיו כָּרֶם טוֹב
מִמֶּנּוּ; אִם טוֹב בְּעֵינֶיךָ, אֶתְנָה-לֶךָ כֶּסֶף
מִחִיר זֶה.

מלכים א, כא 2

תקציר

מאמר זה הוא אחד הפרסומים הראשונים בשפה העברית הדין בתרופות שניתן לבקש במישור הבין-לאומי בעקבות פגיעות במשקיעים זרים. אין חולק על חשיבות הנושא למדינת-ישראל, בעיקר בעקבות גילויי הגז הטבעי והתוצאות המתקבלות מיישום מסקנותיה של "ועדת ששינסקי".

* מאמר זה הינו המשכה של רשימה פרי-עטי שפורסמה בשנת 2012 בכרך ח של כתב-העת מאזני משפט (ראו אהרונוביץ, להלן ה"ש 1), והוא מפתח סוגיות מסוימות אשר רלוונטיות לוויכוחים סביב אסדרת התחומים של הפקת הגז הטבעי ושיווקו.

** חוקר בכיר במכון השווייצי למשפט השוואתי שבלוזן. מרצה-אורח בנושא "השקעות בין-לאומיות והגנה על רכוש מפני התערבות מדינית" בפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב, ובמכללה האקדמית אונו. לשעבר נספח להנהלת מחלקת החוזים הבין-לאומיים של חברת IOT ז'נבה, מקבוצת האנרגיה הלאומית של איטליה ENI. תודתי החמה נתונה לעו"ד עדי חן על מלאכת העריכה ועל המלצותיה החשובות, וכן לפרופסור משה גלברד.

המאמר פותח בניתוח ההבדלים שבין השקעה "לאומית" לבין השקעה "בין-לאומית", ובהמשך מציג את התוצאות המשפטיות הנובעות מהעובדה שמקורה של השקעה במדינה אחת ואילו ביצועה במדינה אחרת. בשלב השני המאמר מסביר את הדרכים השונות שבהן המדינה שמארחת את ההשקעה עשויה לפגוע בזכויות המשקיע. על-סמך עיקרון מוכר של המשפט הבין-לאומי, כל מדינה מוסמכת לפגוע בזכויות של משקיעים זרים. כאשר מדובר במשקיע זר (קרי, אזרח של מדינה אחרת), והפגיעה היא מסוג הפקעה או הלאמה, המדינה הפוגעת חייבת לעמוד בכמה תנאים שהמשפט הבין-לאומי מציב, כגון חובת תשלום פיצוי לנפגעים. אף-על-פי שרוב המדינות מסכימות לקיומה של חובת הפיצוי, קיימת מחלוקת עתידית-יומין ביחס לגובה הפיצוי: האם על הפיצוי לשקף את הערך המלא של הרכוש שנפגע מצעדיה של המדינה המארחת או שמא די בפיצוי המגיע לכדי "הערך בספרים" של הציוד, הבניינים ויתר הרכוש של ההשקעה שנפגעה? האם על הפיצוי להיות "סביר", "צודק", "נאות", "הולם" וכדומה או שמא סכום הפיצויים יכול להיקבע באופן בלעדי על-ידי חקיקת המדינה הפוגעת? המאמר מסביר את העמדות השונות.

לצידו של נושא הפיצויים, המאמר דן באפשרות שהמשקיע שנפגע יקבל סעד משפטי שונה מתשלום סכום כספי, כגון ביטולם של הצעדים שפגעו בהשקעה והשבת המצב לקדמותו. אכן, במקרים רבים – למשל, כאשר עסקינן בזכויות שהוענקו לזמן ארוך, כגון בתחום של הפקת גז טבעי – ייתכן שהמשקיע יעדיף להמשיך למצות את זכויותיו עד תום, ולא לקבל פיצוי כספי בהווה. בהקשר זה המאמר בוחן, מנקודת-המבט של המשפט ההשוואתי, את האפשרויות הקיימות במערכות משפט שונות, כגון המשפט הבין-לאומי המנהגי וההסכמי, החוזים ה"עבר-לאומיים" וסעיפי היציבות, ההגנה על הזכות לקניין פרטי שבאמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם, וכן פסיקת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות.

לנוכח ההתפתחויות מרחיקות-הלכת מהחודשים האחרונים בסוגיית אישורו של מתווה הגז, המאמר מרבה בהבאת דוגמאות מהמצב בישראל בהקשר זה.

מבוא, רקע ותיחום המאמר

- א. ההשקעות הבין-לאומיות והבעיה של ריבוי מערכות משפטיות
 - ב. הבסיס המשפטי לרכישת זכויות על-ידי המשקיעים
 - ג. דרכי הפגיעה בהשקעות זרות
 - ד. אמצעים פרוצדורליים העומדים לרשות משקיעים שנפגעו
 - ה. תרופה של פיצוי
 1. החובה לפצות בגין פגיעה במהות זכותם של משקיעים זרים
 2. התוצאה של אי-תשלום פיצויים לנפגע
 - ו. תרופה של "השבה בעין" במישור ההשקעות?
 1. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות עריכת אמנות שאוסרות נטילת רכוש
 2. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות חוזים עבר-לאומיים – תופעת ה-"internationalized contracts"
 - (א) קביעה בהסכם ההשקעה איזו ערכאה תהא מוסמכת לדון בסכסוכים ואיזה דין היא תחיל
 - (ב) "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בעת עריכת חוזה ההשקעה – תופעת הסעיפים המייצבים
 - I. פסק הבוררות בעניין *Aminoil*
 - II. פסק הבוררות *TOPCO*
 - (ג) הערכת האפקטיביות של החוזים העבר-לאומיים כאמצעי להבטחת יציבות במעמד של משקיעים
 3. נסיונות לזכות בהשבה בעין במסגרת אמנות אזוריות להגנה על זכויות אדם
 4. נסיונות לזכות בהשבה בעין בבוררות במרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID)
- הערות אחרונות

מבוא, רקע ותיחום המאמר

מאמר זה בוחן את ההשלכות הבין-לאומיות שיש לפגיעות בזכויותיהם של משקיעים זרים. מעמדם של המשקיעים הזרים שונה בתכלית ממעמדם של משקיעים מקומיים, כי משפט העמים מחייב את המדינות שמארחות משקיעים זרים להעניק לאלה רמה מסוימת של יחס. רמה זו אינה שווה-ערך בהכרח לרמת היחס שמספקת לאזרחים מקומיים, ובמקרים מסוימים רמת ההגנה המוענקת למשקיעים זרים עשויה להיות גבוהה יותר.

אף-על-פי שהמאמר מתמקד בפרספקטיבה של המשפט הבין-לאומי, טבעו של הנושא (שהוא "חוצה גבולות") מחייב לבחון גם את תופעת ריבוי המערכות המשפטיות שעשויות להיות רלוונטיות. אכן, בניגוד להשקעות לאומיות, שבהן מקור ההשקעה והגשמתה מתייחסים למדינה אחת בלבד, בהשקעות חוצות מדינות קיימת מעורבות של שתי מערכות משפטיות לפחות: הדין הפנימי של המדינה שבה בוצעה ההשקעה והדין הפנימי של המדינה שהמשקיע משתייך אליה. נוסף על אלה תיתכן מעורבות גם של הדין הפנימי של מדינה שלישית (או של כמה מדינות נוספות, לפי העניין) וכן של המשפט הבין-לאומי הכללי, המשפט האזורי ו/או המשפט העבר-לאומי (transnational law). הצורך לחלוש על כמה מערכות משפטיות שונות, ולדון בכמה וכמה סוגיות משפטיות שקיימות בכל אחת ממערכות אלה, יוצר מאליו מורכבות וקשיים רבים עוד בשלב הראשוני של תכנון ההשקעה. קשיים אלה מתגברים לאחר שאירעה פגיעה בזכויות המשקיע, שכן במקרה של פגיעה הצורך לברור את המערכת המשפטית ובתוכה את הסוגיה שתאפשר את התרופה הנאותה ביותר הינו חיוני ואף הכרחי.

במישור האקדמי, פרט למאמר מקיף משנת 2012,¹ לא פורסמו בישראל מחקרים משפטיים רבים על ההשלכות בהיבט הבין-לאומי של פגיעה במשקיעים זרים.

1 אלברטו אהרונוביץ "התפתחותה של סוגיית ההשקעות במשפט הבינלאומי וההגנה עליהן: בעקבות פסק הדין בעניין מפעל הנייר שעל שפת נהר אורוגוואי והארות על סוגיית ההשקעות בענף הנפט והגז בישראל" מאזני משפט ח 355 (2012) www.netanya.ac.il/Schools/ LawSchool/Journal/Documents/11m.pdf. ראו גם עדי חן "סוגיית ההשקעות והמשפט הבינלאומי" News1 1.5.2013 www.news1.co.il/Archive/003-D-83336-00.html

"ועדת ששינסקי והמאורעות בעקבותיה מעוררים סוגיה נוספת הקשורה בהם, והיא דלות המחקר האקדמי-משפטי בעניין ההשקעות הבינלאומיות, עד כדי שמספר המחקרים בסוגיה זו בשפה העברית הוא כמעט אפסי. הסיבה לכך נעוצה בעובדה כי במישור האקדמי, פרט לקורס בחירה אחד הנלמד באוניברסיטת תל אביב, המוסדות להשכלה הגבוהה בישראל טרם הציעו

כתוצאה מכך הדיון האקדמי בסוגיה זו הינו דל ביותר. בפרספקטיבה רחבה יותר, וככל שנבקש להשוות בין המחקרים שנעשו במדינת-ישראל לבין אלה שנעשו במדינות מתקדמות אחרות, אין ספק שדלות המחקר הישראלי בתחום זה הינה מפתיעה למדי. אכן, כלכלת ישראל התפתחה במידה רבה הודות להשקעות זרות, וזאת עוד הרבה לפני גילויים של שדות הגז הכבירים. על-כן מתמיה שהאקדמיה מתעלמת מנושא חשוב זה.

המאמר בוחן מנקודת-מבט של המשפט הבין-לאומי, תוך הפניות למשפט ההשוואתי, את הסעדים האפשריים העומדים לרשות משקיעים זרים (בעיקר במישור של הפקת גז טבעי, נפט ויתר מקורות האנרגיה ואוצרות-הטבע) כאשר המדינה המארחת (שבשטחה בוצעה ההשקעה) פגעה בזכויותיהם. מדובר בעיקר בשלוש אפשרויות: העדר סעד, סעד בצורה של פיצויים וסעד של השבת המצב לקדמותו:

- העדר סעד הינו מצב שבו למשקיע הנפגע מפעולה של המדינה המארחת אין כל אפשרות לתקוף את הפגיעה ואין כל תרופה משפטית. לרוב, במסגרת המשפט הבין-לאומי (כמו ברוב שיטות המשפט הלאומיות), מצב זה מתקיים כאשר המדינה המארחת מחליטה להטיל מיסים חדשים או מחליטה להגביל את השימוש בנכסים אך מבלי להפקיע את עיקר הזכות.
- סעד הפיצויים הינו התרופה המצויה במקרים של פגיעות מהותיות בזכויות המשקיעים – למשל, במקרים של הפקעה או הלאמה. בסוגיה זו המאמר מציג את המתח והמחלוקת החריפה בין גישתן של "המדינות המתועשות" לבין עמדתן של "המדינות בדרך לפיתוח" (המוכרות גם כ"מדינות הבלתי-מתועשות") בשאלת שיעור הפיצוי שיש לשלם למשקיע זר שזכויותיו נשללו על-ידי המדינה המארחת. מחלוקת זו רלוונטית ביותר לפלוגתות הנשמעות במדינת-ישראל בהקשר של סוגיית הגז הטבעי, היות שמאחוריה מסתתרות שתי גישות ההיסטוריות המנוגדות האמורות, אשר עולות כעת על סדר-היום הציבורי: מצד אחד, עמדתן של "המדינות בדרך לפיתוח", שלפיה משאבי-הטבע שייכים לאוכלוסייה המקומית, ועל-כן רק לה יש הזכות ליהנות ממשאבים אלה; ומצד אחר, עמדתן של המדינות המתועשות, שלפיה יש לכבד את הזכויות שרכשו המשקיעים הזרים שעסקו בגילוי ובהפקה.

לתלמידיהם ללמוד את ההיבטים המשפטיים של ההשקעות הבינלאומיות (הן מן הבחינה האקדמית והן מן הבחינה היישומית). מחסור מחקרי זה הוא גורם וודאי להיעדרם של כנסים ומפגשים מדעיים ישראלים בנושא הצד המשפטי של ההשקעות הבינלאומיות.

• הסעדים בעלי האופי ההשכתי כוללים, בין היתר, אכיפה, ביצוע בעין, השבת המצב לקדמותו או השבה בעין. סעד בעל אופי השכתי הולם יזמים שהקדישו משאבים גדולים בפרויקט מתמשך או בפרויקט לטווח ארוך. במקרים של פגיעה יזמים אלה עשויים לא להסתפק בקבלת פיצוי כספי בהווה, שהרי פיצוי כאמור אינו מהווה לרוב תחליף לפירות שהפרויקט היה אמור להניב בעתיד. מצב זה בולט במיוחד בהשקעות בתחום מקורות אנרגיה (כגון גז, פחם ונפט), בענף המכרות (חיפושי זהב, יהלומים, נחושת, ברזל, מינרלים) וכן בזכויות להפעלה ו/או לניהול של שירותים ציבוריים (תחבורה, מים, גז או חשמל). קיימות מערכות משפטיות שמאפשרות לנפגעים לזכות בסעד מסוג זה. אולם האפשרות שמשקיע שנושל מזכויותיו יזכה בהשבה בעין או באכיפה נגד מדינה ריבונית אינה ברורה מאליה, והיא מעניינת במיוחד. על-כן המאמר דן לעומק בשאלה אם ואימתי תוענק למשקיע שנפגע על-ידי מדינה מארחת הזכות לתבוע סעד של אכיפה או של השבה בעין במקום (או נוסף על) פיצויים.

בהקשר זה המאמר מתייחס לסוגיה שעלתה לאחרונה במלוא עוצמתה במשא-ומתן על מתווה הגז בישראל, ואשר יש בה – אולי – כדי למנף בעת הצורך קבלת סעד בעל אופי השכתי לטובת משקיע זר. מדובר בסוגיית "סעיפי הייצוב", שבהם המדינה מתחייבת להימנע מלערוך שינויים חד-צדדיים בתנאי ההתקשרות עם המשקיעות. המאמר דן ומציג דוגמאות מהמשפט הישראלי הפנימי, וזאת כאילו סטרציה של נושא אקטואלי במדינתנו וכאמצעי להבנת הנושאים הנדונים מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי. יובהר כי אין לי כל כוונה להציע פתרונות לוויכוח הפוליטי-הכלכלי-החברתי שהתגלע סביב מתווה הגז בישראל, וגם לא לנתח את התוואי הספציפי שאושר על-ידי הממשלה בחודש דצמבר 2015. דיון כזה מקומו במאמר העוסק בדין הישראלי הפנימי, ומצדיק בוודאי מחקר נפרד שייוחד לנושא זה.

א. ההשקעות הבין-לאומיות והבעיה של ריבוי מערכות משפטיות

אין חולק כי משקיע הרוכש נכס (למשל, מפעל, עסק מסחרי, תאגיד פיננסי וכדומה) או זוכה בזכות (כגון זיכיון לחיפושי נפט או גז, להפקת אוצרות-טבע או להספקת שירותים) מצפה לקצור רווחים עתידיים. זוהי מטרתה העיקרית של כל השקעה.²

2 MUTHUCUMARASWAMY SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 8 (3rd ed. 2010): "Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the assets"

ברם, בנסיבות מסוימות הדרך להפקת הרווחים עלולה להיות זרועה מוקשים, שכן המדינה שבה מתבצעת ההשקעה (להלן: המדינה המארחת) עלולה לפגוע בזכויות המשקיע באופן חד-צדדי. בהקשר זה יש להבחין בין שני סוגי השקעות: השקעות "לאומיות" והשקעות "בין-לאומיות".

א. השקעות "לאומיות" – השקעה מוגדרת "לאומית" כאשר המשקיע, המשאבים ומקום הביצוע של ההשקעה מתייחסים למדינה אחת ויחידה. טלו, למשל, חברה תל-אביבית שמקימה מפעל באילת. בנסיבות אלה הדברים פשוטים יחסית, כי המיזם יקום, יתנהל ויתבצע (ובמידת הצורך גם יסתיים) על בסיס הוראות משפטה הפנימי של מדינת-ישראל. המארג הפנימי של מדינה זו ישלוט הן בהיבט המהותי של ההשקעה (מכוח החוקים שמסדירים, למשל, את דיני החוזים והתרופות, את דיני ההפקעות, את דיני המס, את דיני ההגבלים העסקיים, את דיני עידוד השקעות וכולי) והן בהיבט הפרוצדורלי (מכוח חוקי בתי-המשפט, סדרי הדין, ההוצאה לפועל, דיני הבוררות, הפישור וכדומה). במיזמים מהסוג הזה מצבו של המשקיע הינו יציב יחסית, כי יסוד ה"סיכון" – שקיים ביחס לכל השקעה – מוגדר יחסית, שכן מצבו ידוע מראש וניתן לחיזוי בקירוב. אכן, חזקה שצד שהתקשר בחוזה מתמצא במערכת המשפטית, הכלכלית והמנהלית של מדינתו, אם כי במישור הפוליטי, כמובן, איש אינו חסין מפני הפתעות אפילו במולדתו-הוא.

ב. השקעות "בין-לאומיות" – בהשקעות בין-לאומיות הדברים מורכבים יותר. כאשר ההשקעה היא "בין-לאומית", קרי, כאשר המשאבים מקורם במדינה אחת וביצוע המיזם נועד להיות במדינה אחרת (ובמקרה מורכב יותר אף בכמה מדינות אחרות³), מתעוררות בעיות שאינן קיימות בהשקעות הלאומיות. בעיות אלה נעוצות, בראש ובראשונה, בריבוי המערכות המשפטיות שעשויות להיות מעורבות במקרים של פגיעה בהשקעה. מערכות אלה הן:

- המשפט הלאומי של המדינה המארחת,
- המשפט הלאומי של מדינת אזרחותו של המשקיע,
- המשפט הלאומי של מדינה או מדינות שלישיות,
- המשפט הבין-לאומי הפומבי,
- המשפט האזורי,

3 על המשמעויות של "בנאום" ההשקעות ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 359.

- המשפט העל-לאומי,⁴
- המשפט העבר-לאומי.⁵

המצב מורכב עוד יותר, משום שבכל אחת מהמערכות המנויות לעיל קיימות סוגיות משפטיות שעשויות להיות רלוונטיות להשקעות הבין-לאומיות. בין סוגיות אלה ניתן למנות (באופן שאינו ממצה) את הבאות:⁶

- דיני החוזים והזכויות,
- דיני הנפט, הגז, המכרות ואוצרות-הטבע,
- דיני מיסים,
- דיני הפקעות והלאמות,
- חוקי עידוד ההשקעות,
- הדין הפרוצדורלי הפנים-מדינתי,
- המשפט הבין-לאומי הפרטי,
- ההגנה הדיפלומטית,
- האמנות להגנה על השקעות,
- זכויות האדם במשפט האזורי,
- החוזים והבוררות העבר-לאומיים, ועוד.

בשל ריבוי המערכות המשפטיות, ובהתאם לכך ריבוי הסוגיות המשפטיות שעשויות לבוא בחשבון במקרים של פגיעות בהשקעות בין-לאומית, וכן לנוכח אפשרויות האינטראקציה בין כל אלה, משקיעים ומדינות מארחות נקלעים לא אחת למציאות משפטית מורכבת וסבוכה שקשה להיחלץ ממנה.⁷

4 המשפט העל-לאומי (supranational) מתאפיין בכך שהמדינות החברות בארגון בין-לאומי האצילו לאותו ארגון חלק מסמכויות החקיקה שלהן. הדוגמה הקלסית של ארגון מסוג זה היא האיחוד האירופי. ראו: Alberto M. Aronovitz, *Portugal, in* CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DE L'APPARTENANCE AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 355 (1991); Bertil Cottier, *Essai de Synthèse, in* CONSÉQUENCES INSTITUTIONNELLES DE L'APPARTENANCE AUX COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES 413 (1991).

5 המשפט העבר-לאומי (transnational law) נוצר בהסכם בין המדינה שמארחת את ההשקעה לבין המשקיע, ונתפס כשיטת משפט שנוצרה על-ידי המשקיע והמדינה המארחת במטרה להסדיר ביניהם את היחסים הקשורים להשקעה. לפיכך המשפט העבר-לאומי מהווה הסכם פרי יצירתם של שני צדדים אלה, שבכוחם לקבוע את תוכנו ותנאיו, ובכלל זה גם את פרירת הדין וסמכות השיפוט למקרה שיתגלעו סכסוכים או חילוקי-דעות.

6 לתיאור מפורט של נקודה זו ראו אהרנוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 355 ו-362.

7 לניתוח מעמיק של נושא זה ראו אהרנוביץ, לעיל ה"ש 1, וכן: Calogero Pettinato, *Il*

מבחינה היסטורית, סוגיית הפגיעות במשקיעים זרים עלתה במלוא עוצמתה בתקופה הפוסט־קולוניאלית, כאשר מדינות שתוארו אז כ"בלתי־מפותחות", או כ"מדינות שבהן שלטון החוק אינו נשמר ברמה סבירה", לא היססו לנשל משקיעים זרים מרכושם. משקיעים אלה היו לרוב אזרחים של מדינות מתועשות. המצב החריף לקראת סוף המאה התשע־עשרה, כאשר מדינות אלה ביצעו הפקעות נרחבות – דבר שפגע בעיקר באזרחי ארצות־הברית ובאזרחיהן של כמה מדינות אירופיות.⁸ מלבד מקסיקו, שהנחיתה על משקיעים זרים גלים של פגיעות במגזרי הנפט והקרקעות, פגעו במשקיעים זרים גם מדינות שונות באמריקה הלטינית (קובה, צ'ילי, גואטמלה, פרו, אל־סלוודור, קולומביה, ארגנטינה), מדינות לא־מתועשות אחרות (כגון מצרים, כווית, לוב, קונגו, חוף־השנהב, מדינות הגוש המזרחי לשעבר, איראן, אינדונזיה), ולאחרונה – במה שנראה כהחזרת הגלגל אחורנית על־ידי משטרים מסוימים – גם ונצואלה ובוליביה.⁹

סוגיית הפגיעות במשקיעים הזרים נעשתה בעת האחרונה, למרבה ההפתעה, רלוונטית במיוחד גם ביחס למדינה מודרנית ומתועשת שעקרונות הצדק והיחוס חרותים היטב על דגלה – והיא מדינת־ישראל.

התפיסה הרווחת שמשלה בכיפה עד לסוף המאה הקודמת הייתה כי מדינת־ישראל, בניגוד לשכנותיה, לא התברכה באוצרות־טבע ניכרים. תפיסה זו התערערה לקראת סוף שנות התשעים, עם גילויים של מצבורי גז טבעי בשטחיה הימיים של המדינה. הודות לחיפושים שהיו כרוכים בהפעלת טכנולוגיות מתקדמות, התגלו מאגרי גז משמעותיים ביותר.¹⁰ מצבורים אלה אותרו על־ידי תאגידים פרטיים, שעל בסיס האסדרה (רגולציה) ששררה אז במדינה השקיעו הון

Contributo della MIGA all'Evoluzione del Regime Giuridico degli Investimenti Stranieri, 73 RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE 320 (1990)

8 ראו: ABRAHAM FELLER, THE MEXICAN CLAIMS COMMISSIONS, 1923–1934 (1935 rep. 1971); JOSÉ PRIETO, LAS RECLAMACIONES INTERNACIONALES POR INTERESES EXTRANJEROS EN SOCIEDADES MEXICANAS 54 (1947); Raúl B. Manaut, *México 1920–1945. La Expropiación Petrolera y la Reinserción de México al Sistema Internacional*, 4 HISTORIA CRÍTICA 47 (1990), <http://historiacritica.uniandes.edu.co/view.php/72/view.php>

9 גם מדינות אחדות ממערב אירופה, כגון צרפת ואנגליה, ביצעו הלאמות, לרוב במסגרת יישום תוכניות כלכליות של מפלגות דוגמת הלייבור.

10 לפי דוח מבקר המדינה, בשנת 2015 עתודות הגז הטבעי של מדינת־ישראל עומדות על כ־1,000 BMC (BMC היא יחידה למדידת נפח שערכה מיליארד מטר מעוקבים). ראו מבקר המדינה "פיתוח משק הגז הטבעי" (יולי 2015) www.mevaker.gov.il/he/Reports/ (Report_298/a7119d2f-31f9-42aa-92f8-ed0d2c4ed842/005-gas.pdf)

ומאמצים ניכרים, בין היתר, במיפוי ובבדיקות גיאולוגיות, בהעסקת מומחים ועובדים, בהבאת טכנולוגיות וציוד מיוחד לקידוחים במים עמוקים, באמצעי הובלה, בהקמה ובתחזוקה של אסדות, וכיוצא באלה.

כאשר התחווה לרשויות המדינה העובדה שמדובר בהיקף כביר של שדות גז, ושיכולת ההפקה ורמת התועלת גבוהות במיוחד, החלו רשויות אלה (להלן: רשויות המדינה או הרשויות) לכרסם בזכויותיהן של החברות המפיקות.¹¹ הן עשו זאת בצורות ובאופנים שונים. כך, למשל, הפגיעה הראשונה שביצעו רשויות המדינה באה לידי ביטוי בשינוי שיטת המיסוי שחלה על תאגידים אלה. פגיעה נוספת התבטאה בהמשך בצמצום נוכחותם של תאגידי הגז בשוק ביחס למצב שהיה קיים לפני גילויים של שדות הגז, וזאת בנימוק שנוצר כביכול מונופול, שעל המדינה לפעול על-מנת למנוע אותו. עד לחתימת רשימה זו קשה לומר אם הושם סוף-פסוק לפגיעות הנעשות על-ידי רשויות המדינה. כפי שיובהר בהמשך המאמר, בידי המדינות יש כלים לא-מבוטלים שמאפשרים להן לפגוע בצורות שונות ומשונות בזכויותיהם של משקיעים.

גילויי שדות הגז בעלי פוטנציאל ההפקה הגדול במימי הים התיכון הסמוכים לחופי המדינה היוו את הסיבה לכך שממשלת ישראל הקימה את "ועדת ששינסקי" הראשונה (להלן: ועדת ששינסקי 1).¹² בהקשר זה אין להתעלם מהעובדה שהתאגיד הזר "נובל אנרג'י" הוא אחד השחקנים הראשיים במישור הגז הטבעי בישראל (וקיימת שאיפה שתאגידים זרים נוספים יפעלו בעתיד במישור זה). כפי שיוסבר בהמשך, החלטת מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1 על חברה מפיקה זו פגעה בזכויותיה על-ידי שינוי שיטת המיסוי שתחול עליה.

הדוגמה האמורה מציגה יפה את המצב שבו מדינה יכולה לפגוע באופן חד-צדדי בזכויותיהם של משקיעים, ביניהם משקיעים זרים. כך השיב מנכ"ל חברת "נובל אנרג'י", המשקיעה הזרה החשובה בתחום הגז בישראל, כאשר נשאל על המלצות ועדת ששינסקי 1 בהקשר של שינוי המיסוי:

"אני מנסה לא לחשוב על זה אבל זה היה נושא עדין כי העלו את המס לאחר שכבר השקענו וזה דבר מאוד חריג בתעשייה שלנו. אם

11 במאמר זה תאגידים אלה מכונים "חברות הגז", "הזכייניות", "חברות מפיקות", "חברות משקיעות" או "משקיעים".

12 משרד האוצר "ועדת ששינסקי – הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל" mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/Pages/PhysicsPolicy.aspx וכן mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy/Committee.aspx Committee/FullReport_FullReport.pdf (להלן: דוח ועדת ששינסקי 1).

ממשלה מאמצת פרקטיקה של העלאות מיסים רטרואקטיוויות
בנקודה מסוימת זה מבריה משקיעים זרים. תחושתי היא כי אם
הממשלה תעשה זאת שוב זה יבריה משקיעים. אני לא יודע זאת
כעובדה אבל אני הרגשתי שהיו חברות שרצו להיכנס להשקעות
בישראל אבל שינו את דעתן בגלל ששינסקי.¹³

בהמשך, ב-3 בנובמבר 2015, כאשר תהליך אישורו של מתווה הגז בישראל
התמהמה במיוחד, פרסמה חברת "נובל אנרגי" הודעה נוקבת יותר, שלפיה החברה
שומרת על מוכנות מלאה וממוצבת היטב על-מנת לנקוט את הפעולות הנחוצות
כדי להגן על ערך נכסיה.¹⁴

כפי שציינתי במאמר קודם, שמשווה את מצב כיבודן של ההשקעות בישראל
למצב באורוגוואי,¹⁵ כאשר רשויותיה של מדינה מפרות את התחייבויותיה כלפי
משקיעים, המוניטין והאמינות של אותה מדינה ייפגעו, ומכאן ואילך היא תיתפס
בעיני האחרים כמדינה שאינה פועלת בתום-לב ואינה מכבדת את הזכויות
המוקנות של משקיעים זרים. על-כן האטרקטיביות של אותה מדינה כמקום יאה
למשיכת השקעות תצטמצם.

מכאן החשיבות האקטואלית של הסוגיות הנדונות במאמר זה.

13 עמירם ברקת "מנכ"ל נובל: אם יפתחו מחדש המיסוי – נשקול המשך פעילותנו" גלובס
11.4.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000835896. ראו גם את הדיון
שנערך בנושא זה בכנס על "אקלים ההשקעות בישראל בעקבות דו"ח וועדת ששינסקי"
שנערך בשנת 2011 – www.youtube.com/watch?v=TjFfwjJhDFY.

14 "Under the leadership of the Prime Minister and the Minister of Energy and
Water Resources, a regulatory framework meeting these objectives has been
overwhelmingly approved by the Israeli cabinet and yesterday was presented
to the Knesset. It is imperative that the government of Israel follow through on
this approved framework without further delay. Noble Energy remains fully
prepared, and is well positioned, to take the actions necessary to protect the value
of its assets." *Noble Energy Provides Statement on Regulatory Framework in
Israel*, NASDAQ GLOBENEWSWIRE (Nov. 3, 2015), <http://globenewswire.com/news-release/2015/09/03/765949/10148223/en/Noble-Energy-Provides-Statement-on-Regulatory-Framework-in-Israel.html>.

15 ראו אהרונביץ, לעיל ה"ש 1.

ב. הבסיס המשפטי לרכישת זכויות על-ידי המשקיעים

בראשית הדיון בנקודה זו יש לעמוד על ההבחנה שבין הסתכלות על רכישת זכויות על-ידי משקיע זר מנקודת-מבטו של המשפט הפנימי לבין הסתכלות על אותה רכישה מנקודת-המבט של המשפט הבין-לאומי, שהרי מדובר במערכות שונות, אשר פועלות כל אחת על בסיס דיניה, כלליה ומקורותיה שלה.

מבחינת המשפט הבין-לאומי קיים עיקרון שחוצה כחוט-השני את כל הסוגים של רכישת זכויות, והוא עקרון "הזכויות המוקנות" (vested rights). על-פי עיקרון זה,¹⁶ ברגע שמדינה אפשרה למשקיע זר לרכוש זכות מכוח משפטה הפנימי, והלה רכש את הזכות כדין, זכות זו נהפכת לזכות "מוקנית".¹⁷ עובדה זו מחייבת את המדינה המארחת – אם היא חפצה לפגוע באותה זכות – לכבד כמה תנאים בין-לאומיים. לפיכך, אם כתוצאה מהפגיעה המשקיע משולל מעיקר זכויותיו, על המדינה לשלם פיצוי לנפגע.¹⁸

בחוות-הדעת שהגיש משרד המשפטים לוועדת ששינסקי 1 צוין (ביחס לאופן הענקת הזכויות לחברות המפיקות) כי אין לערבב בין שיטה חוזית לבין שיטת הרשיונות והחזקות. לדידו, מדובר בכלים בעלי מאפיינים שונים: השיטה השנייה שייכת לתחום המשפט המנהלי או החוקתי (שם הרשות פועלת מעמדה של מרות ובאופן חד-צדדי), ואילו השיטה הראשונה שייכת לדיני החוזים (שם ההסכם נערך במשא-ומתן ובהסכמה משותפת). עוד צוין בחוות-הדעת כי מדינת-ישראל לא חתמה על הסכם עם החברות המפיקות, וכי העתקת מודל חוזי, כנהוג במדינות אחדות בעולם, הייתה חותרת תחת עקרונות החוק ומפרה את האיזונים שקבע המחוקק.¹⁹ יש להבין כי האמור מתייחס למשפט הישראלי הפנימי. מבחינתו של המשפט הבין-לאומי המנהגי, ההסתכלות שונה במעט. אכן, העיקר כאן אינו הדרך

16 ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 371.

17 Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Germany v. Poland, Merits, Judgment, (1926) P.C.I.J. Ser. A No. 7, I.C.G.J. 241 (P.C.I.J. 1926), May 25, 1926, paras. 37, 38, 43 (להלן: עניין *German Interests in Polish Upper Silesia*).

18 ראו להלן ליד ה"ש 45 ואילך.

19 משרד המשפטים "חוות דעת משפטית ראשונית לקראת פרסום טיוטת המלצות הועדה" פס' 15 ו-16 mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy (15.11.2010); משרד המשפטים "חוות דעת משפטית לקראת פרסום מסקנות הועדה" (3.1.2011) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/FullReport_Appendix_b.pdf (להלן: חוות-דעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1).

שבה נרכשה הזכות מכוחו של המשפט הפנימי (חיקוק, זיכיון או רישיון, החזקה, הענקה) או איך זכות זו מוגדרת על-ידי המשפט הפנימי,²⁰ אלא אם הזכות אכן הוקנתה למשקיע, ובאיזה אופן המדינה פגעה באותה זכות.

כאשר ההשקעה כרוכה בעריכת הסכם עם המדינה המארחת, והמדינה מפרה את ההסכם בדרך של אי-קיום התחייבות חוזית שנטלה על עצמה (למשל, אם המדינה המארחת התחייבה לספק מוצר מסוים למשקיע ולא עמדה בהתחייבותה – ראו פסקה ב' בתחילת פרק ג'), הסכסוך יוסדר במסגרת ערכאותיה הלאומיות של המדינה המארחת כאילו מדובר בסכסוך בין צדדים פרטיים לחוזה, מפני שאין פגיעה במהות זכויותיו של המשקיע תוך שימוש בסמכויות של ריבון. ערכאות אלה יקבעו, על בסיס הוראות החוזה, אם ההסכם הופר, ואם הן יחליטו בחיוב, הן יפסקו סעד לפגיעה.

לעומת זאת, כאשר המדינה משתמשת בסמכויותיה הריבוניות על-מנת לפגוע במהות זכויותיו המוקנות של המשקיע הזר (בין אם קיים חוזה ובין אם לאו), המשפט הבין-לאומי נכנס לתמונה, וערכאה בין-לאומית תבחן אם המדינה המארחת שללה באופן חד-צדדי את עיקר הזכויות המוקנות של המשקיע (למשל, אם היא שללה מהמשקיע את בעלותו במפעלו). הדברים יפים בין שהזכות שנפגעה הוענקה מכוח חקיקה ראשית, חקיקה משנית, רישיון או שטר החזקה, ובין שהמשקיע הזר רכש את הזכות מכוח חוזה. במקרה האחרון מדברים על "הפרה מפקיעה":

"הפרה רגילה של חוזה בין מדינה לבין זר היא הפרה של המשפט הלאומי, ולא של המשפט הבין-לאומי; אם להפרה נלווית נטילה בכוח או הרס של רכוש במידה העולה כדי מה שמכונה 'הפרה נזיקית' או 'הפרה מפקיעה' של חוזה, תקום אחריותה של המדינה."²¹

20 הפעילות של חיפוש נפט וגז וכן הפקתו מוסדרת בישראל בחוק הנפט, התשי"ב-1952, בס' 6 ואילך. החוק מכיר בשלושה סוגי זכויות המוענקות לגופים פרטיים: היתרים מוקדמים, החזקות ורשיונות. חוק משק הגז הטבעי, התשס"ב-2002, קובע בס' 3 ואילך חובת רישום וקבלת רשיונות בענף.

21 Philip C. Jessup, *Responsibility of States for Injuries to Individuals*, 46 COLUM. L. REV. 903, 913 (1946). כל תרגומי הציטטות במאמר זה נעשו על-ידי המחבר. ראו גם: F.V. García Amador, *Fourth Report on State Responsibility*, Doc. A/CN.4/119, in YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION, vol. II, 30 (1959); Ivar Alvik, *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration* 170 (2011).

בכל המקרים הללו תבחן הערכאה הבין-לאומית אם באופן אובייקטיבי הייתה למשקיע הזר זכות מוקנית, ואם זכותו זו נפגעה באופן מהותי כתוצאה מהצעדים שנקטה המדינה המארחת. ברור שלשם כך היא עשויה להיעזר בחיקוקים, בחוזים ובמסמכים אחרים אשר התקבלו או נערכו מכוחו של המשפט הפנימי (למשל, לצרכים ראייתיים שונים). ברם, הערכאה הבין-לאומית אינה חייבת לקבל את הגדרות המשפט הפנימי, ובהעדר אמנה שקובעת אחרת, למקורות ולמסמכים שמקורם במשפט הפנימי יש ערך של עובדה בלבד.²² מכאן, ייתכן בהחלט שערכאה פנימית תחליט כי המשקיע רכש את זכויותיו מכוח רישיון, בעוד הערכאה הבין-לאומית תסבור כי מדובר ברכישת זכות מכוח הסכם. אכן, מבחינה בין-לאומית העיקר הוא העובדה שהזכות אכן נרכשה, ולא הגדרות של המשפט הפנימי.

ג. דרכי הפגיעה בהשקעות זרות

בפרקטיקה ידועים שני מצבים בסיסיים של פגיעות במשקיעים בין-לאומיים על-ידי מדינה מארחת:

- א. פגיעות בהשקעות שבוצעו בהעדר כל הסכם בין המשקיע לבין המדינה המארחת – בסיטואציה זו, בהעדר יחסים הסכמיים, תפקידה של המדינה המארחת מסתכם בעצם הצבת המסגרת המשפטית שבה המשקיע יכול לפעול (למשל, במצבים של רכישת קרקע או ציוד מגורם פרטי במטרה להקים מפעל).
- ב. פגיעות בהשקעות שבוצעו במסגרת הסכם בין המדינה המארחת לבין המשקיע – פגיעה זו מתרחשת, לדוגמה, לאחר שהמדינה העניקה למשקיע רישיון לכרייה במחצבים או זיכיון לחיפושי נפט או גז. במצבים אלה, שבהם מאמר זה מתמקד, קיימות שתי דרכים שבהן המדינה עשויה לפגוע בהשקעות:
 1. המדינה עשויה לפגוע במשקיע על-ידי התנהגות שכל צד פרטי להסכם היה יכול לנקוט בנסיבות דומות – לדוגמה, המדינה התחייבה לספק מדי

²² עניין *German Interests in Polish Upper Silesia*, לעיל ה"ש 17, בעמ' 19: "From the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States, in the same manner as do legal decisions or administrative measures. The Court is certainly not called upon to interpret the Polish law as such; but there is nothing to prevent the Court's giving judgment on the question whether or not, in applying that law, Poland is acting in conformity with its obligations towards Germany under the Geneva Convention"

יום עשר מכולות של חומרי-גלם למפעל שהקים משקיע, ואף-על-פי-כן בתאריך מסוים היא מספקת מכולה אחת בלבד בשל בעיות בייצור.

22. מדינה עשויה לפגוע במשקיע תוך שימוש בסמכויותיה כריבון בטריטוריה – לדוגמה, משקיע בין-לאומי הקדיש סכום גבוה לרכישת מפעל, ובהמשך המדינה המארחת מחוקקת חוק המורה על הפקעת המפעל. באופן דומה המדינה המארחת עשויה להחרים את המפעל או להטיל הגבלות על זכויות הבעלים ליהנות מרכושם (כגון איסורי כניסה לשטח המפעל). המדינה המארחת עשויה אף לקבוע היטלים חדשים על רווחי המפעל או להעלות מיסים קיימים.

השוני העיקרי בין שני סוגי הפגיעות שתוארו לעיל הוא שבמקרה הראשון (ב1) המדינה המארחת מבצעת הפרת חוזה "רגילה", הדומה להפרות שיכולות להיעשות על-ידי כל צד פרטי להסכם. מדובר בהפרה בדרך של אי-ביצוע חיוב על-פי החוזה. המצב שונה בתכלית בפגיעה מן הסוג השני (ב2), שם המדינה משתמשת בסמכויותיה הריבוניות כדי לפגוע באופן חד-צדדי באיזון שביחסים החוזיים עם המשקיע. אדם או תאגיד פרטי שהם צדדים לחוזה אינם מחזיקים בידיהם סמכויות דומות. מנקודת-מבט של המשפט הבין-לאומי, ההשלכות בשני המקרים יהיו שונות:

להפרה "רגילה" של חוזה על-ידי המדינה המארחת יהיו בדרך-כלל השלכות רק במישור משפטי הפנימי של זו. בנסיבות אלה, ובהעדר אמנה הקובעת אחרת,²³ המדינה המארחת לא תחוב באחריות בין-לאומית,²⁴ והמשקיע יאלץ לתור אחר תרופה משפטית רק במסגרת ערכאותיה הפנימיות של המדינה המארחת ועל-פי הדין הלאומי שלה.²⁵

המצב שונה בתכלית השינוי כאשר המדינה המארחת מפעילה את סמכויותיה הריבוניות על-מנת לפגוע בזכויותיו של המשקיע הזר. במקרה זה למשפט הבין-לאומי יש תפקיד מכריע, באשר מכוחו המדינה המארחת מחויבת לנהוג במשקיע

23 מקום שקיימת אמנה בין המדינה המארחת למדינת אזרחותו של המשקיע, דרכי הטיפול בפגיעות בזכויותיו של אותו משקיע יתבססו על הוראות האמנה.

24 כאשר בלשון משפטית נזקקים למונח אחריות (responsibility), הכוונה היא – ברוב המקרים – לחובה המוטלת על פוגע להביא לידי תיקון המעוות או לשפות את הנפגע בגין הנזק שסבל. יורם דינשטיין תביעות בינלאומיות 13–15 (1977) (להלן: דינשטיין תביעות בינלאומיות).

25 Alberto M. Aronovitz, *Notes on the Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the European Convention of Human Rights*, 25 Isr. Y.B. Hum. Rts. 76 (1995) (להלן: *Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*).

בהתאם לנורמות הצדק שהותוו בעניינים אלה,²⁶ כגון שהפגיעה מיועדת ל"צורכי ציבור",²⁷ ובמקרים של פגיעות מהותיות בזכויותיו של המשקיע הזר (למשל, בהפקעות ובהלאמות) – שהנפגע יזכה בפיצויים נאותים כגין הפגיעות ברכושו או בזכויותיו.²⁸

פגיעה לצורכי ציבור – לב-ליבו של הדיון במאמר זה עוסק בסוגיית התרופות המשפטיות שהמשפט הבינ-לאומי מעמיד לרשותם של משקיעים זרים שנפגעו מצעדים שנקטה המדינה המארחת. ברם, על-מנת להשלים את התמונה, מן הראוי להציג את הצד האחר של המטבע, ולייחד שורות אחדות לנימוקים שהמדינה המארחת עשויה להעלות כהצדקה לנקיטת הצעדים שגרמו לפגיעה. ההיסטוריה מלמדת כי מדינות שפגעו במשקיעים זרים הסתמכו בעיקר על הטיעון שאוצרות הטבע והעושר שנפלו בחלקיהן חייבים לשרת את האוכלוסיות המקומיות, ולא אינטרסים כלכליים של גורמים זרים, וכי ההחלטה על האופן שבו יש להסדיר את הנושא חייבת להיחתך אך ורק על-פי שיקולים פנימיים (קרי, המשפט הפנימי של אותה מדינה), ולא בין-לאומיים. נימוקים אלה מועלים בהשראת "דוקטרינת קלבו", שלפיה זרים צריכים להיות כפופים למשפטה הפנימי של המדינה המארחת בלבד, ואין בכוחה של מדינת האזרחות של אותם זרים להתערב במקרים של פגיעה.²⁹ את העמדה הזו ניסו לקדם, בשנות השבעים והשמונים של המאה העשרים, מדינות אמריקה הלטינית – בתמיכת "המדינות הבלתי-מזדהות", שלל

26 ראו אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 373.

27 הפקעת רכושו של זר שאינה מיועדת לשרת מטרה ציבורית אינה עומדת בקנה אחד עם הסטנדרט הבינ-לאומי המינימלי של שלטון החוק שכל מדינה חייבת להחיל על זרים. ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 85.

28 García Amador, *Fourth Report on International Responsibility* (A/CN.4/119), 1959(2) Y.B. INT'L L. COMM'N 1, 11; B.A. WORTLEY, EXPROPRIATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW 12 (1959); Louis Sohn & R.R. Baxter, *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, 55 AM. J. INT'L L. 545, 553 (1961); Richard Lillich, *The Current Status of State Responsibility for Injuries to Aliens*, in INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS 15 (Richard Lillich, ed., 1983); Note from the U.S. Secretary of State to the Mexican Ambassador in Washington, 21.7.1938, in LOUIS SOHN & THOMAS BUERGENTHAL, INTERNATIONAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS 96 (1973): "The taking of property without compensation is not expropriation. It is confiscation"

29 דוקטרינת קלבו פותחה על-ידי המשפטן קרלוס קלבו (1824–1906), והיא מורכבת משני יסודות: עקרון אי-ההתערבות בענייניה הפנימיים של המדינה מארחת, ושוויון בין זרים למקומיים. ראו: DONALD R. SHEA, THE CALVO CLAUSE 19–20 (1984).

ה"מדינות בדרך לפיתוח" וכן המדינות הקומוניסטיות לשעבר – באמצעות החלטות של העצרת הכללית ודוחות של מוסדות האו"ם, שבהם הן נהנו מרוב מובטח. מדובר במסמכים ובהחלטות הקשורים לסוגיית "הריבונות התמידית על אוצרות הטבע והעושר", והם מדגישים את זכויותיהן של המדינות והעמים להחליט באופן עצמאי על גורלם של משאבים אלה.³⁰ להחלטות של העצרת הכללית אין כידוע תוקף מחייב, אלא שהיו מי שטענו כי מספר גדול של החלטות באותו כיוון יהיה בכוחן להשפיע באופן כלשהו על המצב הקיים במשפט המנהגי.³¹ ברור שאילו היה הדבר תלוי רק בשיקוליה הפנימיים של המדינה המארחת, היה הדבר פותח פתח להחלטות וגזירות חד-צדדיות ואף שרירותיות. לכן עמדה זו נשללה על-ידי מדינות שאזרחיהן הרבו להשקיע במדינות זרות, באשר אלה סירבו – לנוכח נסיון העבר – להפקיר את אזרחיהן לחסדי שיקוליה הייחודיים של מדינה אשר עלולה לבצע בעצמה את הפגיעה בזכויות הזר. ובלשונו של פרופ' בנבנישתי:

"כידוע, קל לממשלות ריבוניות לתרץ פגיעה ברכוש בנימוקים של תכלית ציבורית ראויה: להסביר, למשל, שהגבלות מסוימות נחוצות לשם שמירה על בטיחות התושבים או איכות הסביבה."³²

כפועל יוצא מהמחלוקות העמוקות שפרצו בין המדינות שתמכו בעמדות מקוטבות אלה, כמו-גם מהשיח האקדמי בסוגיה זו, פורסמו מאמרים משפטיים רבים העוסקים בסוגיה, בתי-דין וערכאות בוררות הוציאו מתחת ידיהם החלטות מנומקות, וחשוב לא פחות – התנהלו חילופי אגרות דיפלומטיות חריפות בין

30 ראו, למשל, את ההחלטות הבאות: UNCTAD Board, Res. 88 (XII), 11 I.L.M. 1475 (1972); Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 3171 (XXVIII), 17 December 1973, <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>; Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281 (XXIX), 12 December 1974, <http://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>; Permanent Sovereignty over Natural Resources, G.A. Res. 2158 (XXI), 25 November 1966, <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>; Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, G.A. Res. 3201 (S-VI), 1 May 1974, <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm>.

31 Eduardo Monreal, *La Nacionalización en su Aspecto Jurídico*, in DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL 137, 172 (J. Castañeda ed., 1976).

32 איל בנבנישתי "חוות דעת משפטית: ההגנה במשפט הבינלאומי על זכויותיהם של משקיעים זרים ובפרט על זכויות של אזרחי ארה"ב לחיפוש וניצול מאגרי גז מול חופי מדינת ישראל" 25 (17.8.2010) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/ www.un-documents.net/s6r3201.htm.

מדינות האזרחות של משקיעים לבין מדינות מארחות. כתוצאה מכך נראה המצב באמצע שנות השמונים כקשר גורדי ענקי ובלתי-ניתן להתרה. חשוב לציין כי כל הנאמר לעיל קשור בקשר הדוק ליסוד "הצורך הציבורי" (המוכר במשפט הפנימי הישראלי כ"תכלית ראויה"), שהוא כאמור אחד היסודות שמדינה חייבת לכבד בבואה לפגוע בזכויות של זרים. כעיקרון, המשפט הבין-לאומי משאיר בידי המדינות שיקול-דעת רחב בקביעת המטרה הציבורית שלמענה הן יפגעו בזכויותיו של משקיע זר. הדבר נובע מהסמכויות הריבוניות שכל מדינה מפעילה בטריטוריה שלה. כך, אם מדינה תפקיע רכוש במטרה לארגן מחדש את כלכלתה – למשל, על-ידי אימוץ שיטה כלכלית סוציאליסטית, קומוניסטית או אחרת למען האינטרסים של האוכלוסייה – ייחשב הדבר צורך ציבורי לגיטימי, אף אם מדובר בשיטה שכבר נכשלה בעבר.³³ כמו-כן, ובהעדר צעדי הפקעה, יש מעין הנחה (שניתנת לסתירה) כי שינויים באסדרה של ענף מסוים – כגון העלאת מיסים או שינוי שיטת מיסוי – שבוצעו בתום-לב לא ייחשבו הפרה של המשפט הבין-לאומי, בתנאי שהם אינם מגיעים כדי הפקעה³⁴ (ובתנאי שהם אינם מנוגדים להוראות אמנה, מקום שאמנה כזו קיימת).³⁵ במישורים אלה, ובפרט במישור הפיסקלי, הערכאות הבין-לאומיות הכירו בעובדה שלמדינות יש מרחב תמרון רחב בקביעת התכלית שלשמה ננקטו הצעדים.³⁶

Kenneth L. Karst, *Land Reforms in International Law*, in ESSAYS ON EXPROPRIATIONS 41 (Richard S. Miller & Roland J. Stanger eds., 1967) על המצב במשפט הישראלי הפנימי ראו ברוח דומה את דבריו של השופט שמגר: "בית המשפט צריך לבחון את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק הוא טוב, יעיל, מוצדק. השאלה היא אם החוק הוא חוקתי. מחוקק 'סוציאליסטי' ומחוקק 'קפיטליסטי' עשויים לחוקק חוקים שונים ומנוגדים, אשר כולם ימלאו את דרישותיה של פיסקת ההגבלה. יש לאפשר למחוקק 'מיתחם של התחשבות' (margin of appreciation) או 'מרחב של שיקול-דעת' על גבול מיתחם ההגבלה." ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 96 לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר (1995). ראו גם בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פס' 33 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם בנבו, 15.8.2012): "הדרישה כי החוק יהיה לתכלית ראויה פירושה כי תכלית החוק 'משרתת' מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקיימן'..."

23 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 378, Award, December 29, 1989; OECD, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law (OECD Working Papers on International Investment 2004/04, 2004), http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf

SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 405.

Ali Lazem & Ilias Bantekas, *The Treatment of Tax as Expropriation in*

אכן, הפרקטיקה מלמדת כי הערכאות הבין-לאומיות אינן ששות להתערב ולפסול צעדים שננקטו על-ידי מדינה מארחת בנימוק שאלה לא נועדו לשרת "צורך ציבורי" נאות. אומנם, בפסק הבוררות בעניין *Smith*³⁷ ציין הבורר כי הפגיעה בזכות הבעלות של אזרח ארצות-הברית על-ידי שלטונות קובה לא בוצעה בתום-לב לצורכי ציבור, אך מדובר באירוע ישן (משנת 1927) ונדיר. על-כן ניתן לסכם שערכאות בין-לאומיות אינן מתערבות בדרך-כלל בשיקולים שהניעו מדינה מארחת לנקוט צעדים נגד משקיע זר.³⁸ בתוך כך קיימת עמדה, הנתמכת על-ידי רבים, שלפיה בזמנים המודרניים דרישת הצורך הציבורי חדלה להיות מגבלה לנקיטת צעדים נגד משקיעים זרים.³⁹

במקרה של הפגיעות במפיקות הגז, הנימוקים העיקריים שהועלו להצדקת יישומן של מסקנות ועדת ששינסקי¹ היו הבטחת המשך פיתוחו של משק הגז הטבעי בישראל, בד בבד עם קבלת תמורה הולמת לציבור בעבור ניצול משאבי הטבע, תוך מתן תמריצים נאותים לעוסקים בענף חיפושי הגז הטבעי.⁴⁰ בוויכוח

International Investor-State Arbitration, 2015 ARBITRATION INT'L 1, 13: "Tribunals in tax arbitrations have recognized the necessity for host states to be afforded flexibility in the creation, amendment and implementation of their tax laws and policies, recognizing that apparent wrongs by the state should not categorically be viewed as violations of international law, thereby giving the state the benefit of the doubt in the implementation of its tax policies"

Walter Fletcher Smith Claim (Cuba, USA), 1929, Reports of International 37
Arbitral Awards, vol. II, 913

38 למצב במשפט הישראלי ראו, לדוגמה, בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 100 לפסק-הדין (2005), שם צוין כי בית-המשפט אינו יכול לעמוד במקום המחוקק ושיקול-דעתו על-מנת לקבוע אם יסוד התכלית הראויה שלשמו בוצעה הפגיעה בזכות הקניין הינו צודק, ובלבד שיהיה חוקתי: "השאלה אינה מה היינו אנו מחליטים אילו פעלנו כחברי-כנסת. איננו רשאים להכריע במחלוקת זו, שכן כפי שבית-משפט זה חזר ופסק בכל שנות קיומו במאות פסקי-דין, אין הוא מחליף את שיקול-הדעת של הרשות המחוקקת (והרשות המבצעת) בשיקול-דעתו שלו; כי בחינתו של בית-המשפט אינה בודקת את תבונתה או את יעילותה של ההחלטה השלטונית אלא את חוקתיותה או חוקיותה. נמצא כי איננו רשאים להחליט 'מי צודק'. אכן, השאלה שבה אנו יכולים, וחייבים, להכריע היא שאלה שונה. היא נגזרת מהמסגרת החוקתית הניצבת בפנינו. השאלה הינה זו: האם התכליות המונחות ביסוד חוק יישום ההתנתקות הן תכליות ראויות לעניין פיסקת ההגבלה? השאלה היא אפוא אם התכליות של חוק יישום ההתנתקות נועדו להגשים צורך חברתי חיוני מספיק דיו כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות האדם (בעיקר כבוד האדם והקניין) של הישראלים המפונים."

39 SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 407.

40 דוח ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 12, בעמ' 2.

על-אודות יישומן של מסקנות ועדת ששינסקי⁴¹ הודגש הצורך ביצירת "צדק חלוקתי" בניצול משאבי-הטבע לטובת האוכלוסייה, ודובר על מניעת מונופולין בתחום.⁴² עמדת המדינה, כפי שהוצגה בחוות-הדעת של משרד המשפטים, הייתה כי ההסדר שהוצע על-ידי ועדת ששינסקי⁴³ נועד לקדם תכלית ראויה, דהיינו, שיתוף הציבור בחלק הוגן מהרווחים המופקים מנכסים שבבעלותו. שיתוף כאמור, ציין משרד המשפטים, נדרש מטעמים של צדק חלוקתי ותיקון עיוות חקיקתי.⁴⁴ עמדה דומה הוצגה בדוח של ועדה נוספת בראשותו של פרופ' ששינסקי, היא "ועדת ששינסקי 2", שהוקמה במיוחד על-מנת לבחון את האפשרות לשנות את שיטת המיסוי ביחס לניצול שאר משאבי-הטבע בישראל (שאינם גז ונפט), אשר מופקים בעיקרם על-ידי משקיעים מקומיים, בהתאם לשינוי שערכה ועדת ששינסקי⁴⁵ 1 במישור הגז והנפט. הצורך הציבורי המוצהר במקרה זה היה "מציאת האיזון הנכון בין הצורך להבטיח שהציבור בישראל יקבל את חלקו הראוי במשאבי הטבע שבבעלותו, לבין הצורך בהבטחת כדאיות הפקת משאבי טבע קיימים וחדשים ובניטרליות להחלטות ההשקעה של היזמים. הבטחת האיזון הנכון חיונית לשם המשך הפקת משאבי הטבע בישראל והמשך שגשוג התעשייה בישראל בכלל ובנגב בפרט".⁴⁶

מהפרספקטיבה של המשפט הבין-לאומי המנהגי נראה כי שיקולים אלה אינם יכולים להוות עילה להתערבותה של ערכאה בין-לאומית בדמות קביעה כי יש בהם משום פגיעה בסטנדרט של יחס שיש להעניק למשקיעים זרים. הדבר נובע משיקול-הדעת הרחב שיש למדינות בהחלטה על צורך ציבורי, מחד גיסא, ומסלילתן של הערכאות הבין-לאומיות מלהתערב ולקבוע אם בחירתו של צורך ציבורי מסוים הינה צודקת אם לאו, מאידך גיסא.⁴⁷

41 בין עשרות חוות-הדעת וניירות-העמדה שהוגשו לוועדת ששינסקי, ואשר העלו סוגיה זו, בולטים אלה שהוגשו מטעם ארגון אדם טבע ודין, איגוד קופות הגמל, קבוצה של ארגוני חברה וסביבה, פורום פעולה אזרחית ואחרים. ראו mof.gov.il/Committees/Previously ו-Committees/Pages/PhysicsPolicyCommittee.aspx.

42 חוות-הדעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי⁴³ 1, לעיל ה"ש 19, פס' 8 ו-11.

43 "מסקנות הוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים" 3 (אוקטובר 2014) mof.gov.il/Committees/NatureResources (אוקטובר 2014) Committee/Maskanot_FinalReport.pdf.

44 SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408; 13 Restatement on Foreign Relations Law, INT'L LEGAL MATERIALS 200 (1974): "The requirement that a taking be for a public purpose... has not figured prominently in international claims practice, perhaps because the concept of public purpose is broad and not subject to effective re-examination by other states"

פיצויים לנפגע – באשר ליסוד הפיצויים בגין פגיעות בזרים, ייאמר כי לא כל פגיעה כזו תחייב בתשלום פיצויים. חובה זו תבוא לעולם רק כאשר הפגיעה היא "מהותית", להבדיל מפגיעות "שוליות" או "לא-מהותיות".⁴⁵ פגיעה "מהותית" היא פגיעה בזכות של משקיע אשר שוללת ממנו את עיקר הנאתו ברכוש. הדוגמאות הקלסיות של פגיעה מהותית הן ההפקעות, ההלאמות וההחרמות, שבהן המדינה נוטלת את מלוא זכויותיו של המשקיע בנכסיו. פגיעה "לא-מהותית" היא פגיעה המותירה בידי המשקיע את עיקר זכויותיו ברכוש, כך שהוא יכול להמשיך ליהנות ממנו, אם כי במגבלות מסוימות. לפיכך העלאת מס לשיעור של 20% או 30% תוגדר כפגיעה שולית, שאינה מצמיחה כשלעצמה חובה לתשלום פיצויים. המצב שונה כאשר שיעור המס המוטל הוא גורף (למשל, מעבר ל-90%) עד כדי כך שניתן לסווגו כ"מס מפקיע". הטלת מס כזה תיחשב פגיעה מהותית, והמדינה תצטרך לשלם פיצויים לנפגע.⁴⁶ בהתבסס על ההגדרות האמורות פסק בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Tre Traktörer* כי שלילת רישיון למכירת משקאות חריפים מבעלי מסעדה על-ידי השלטונות תוגדר פגיעה "שולית", באשר הבעלים המשיכו להחזיק בזכויות כלכליות מהותיות בנכס, כגון הזכות למכור את הבניינים, לשנות את ייעודם או להשכירם לצד ג.⁴⁷ הוא הדין אם מדינה תגביל את זכויותיהם של בעלי קרקעות להפיק ולמכור חצץ או עצים שברשותם, או אם מדינה תאסור על בעלי אגמים למכור כרטיסי דיג לתיירים. במקרים אלה, על-אף הפגיעות, ישמרו בעלי הנכסים בידם את עיקר זכויותיהם בנכסיהם. כפי שצינתי לעיל, ההבדל בין פגיעות "שוליות" לפגיעות "מהותיות" מקורו בעובדה שבסיטואציה הראשונה אין המדינה מחויבת לפצות את הנפגע, בעוד בסיטואציה השנייה המדינה חייבת לפצות את המשקיע הנפגע.⁴⁸

45 Wolfgang Peukert, *Protection of Ownership under Article 1 of the First Protocol of the European Convention on Human Rights*, 1981(2) HUM. RTS. L.J. 37, 55

46 Rosalyn Higgins, *The Taking of Property by the State: Recent Developments* in *International Law*, 176 RECUEIL DES COURS 259, 324 (1982)

47 *Tre Traktörer Aktiebolag* [Judgment of 7 July 1989] ECHR, para. 55, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>
Fredin v. Sweden [Judgment of 23 באותו קו ראו: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57651>]
[February 1994] (No. 1) ECHR, para. 51, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57651>

48 ס' 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות אדם (Council of Europe, Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11, Paris, 20.3.1952, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168006377c>) קובע כי אין לשלול רכושו של אדם אלא אם כן, בין היתר, השלילה היא לצורכי ציבור ועקרונות המשפט הבין-לאומי (ובניהם עקרון הפיצוי לבעלים) יכולים. אך בחלק האחרון הסעיף קובע כי אין בכך

המצבים שבהם מדינה עלולה לפגוע בזכויותיהם של משקיעים זרים הם רבים ומשונים. כהמחשה אביא להלן דוגמאות מספר המציגות מקרים שבהם פגעה מדינת-ישראל בחברות הגז ולאחריהם מקרים שבהם ייתכנו פגיעות עתידיות. א. כפי שצינתי לעיל, ועדת ששינסקי 1 מונתה על-ידי מדינת-ישראל לאחר גילוי מצבורים גדולים של גז טבעי בתחומי המים הטריטוריאליים שלה. הוועדה נדרשה:

1. לבחון את המערכת הפיסקלית הנהוגה בישראל בנוגע למשאבי הנפט והגז, ולהציע מדיניות מיסוי עדכנית המביאה בחשבון את שלבי הרישוי והגילוי השונים ואת מצבם של שטחי המשאבים כפי שהיה בעת הקמת הוועדה;
2. לבחון את ההשלכות האפשריות של הגילוי העכשווי ושל גילויים עתידיים על הכלכלה בישראל.⁴⁹

התוצאה מהחלת המלצותיה של ועדה זו על חברות הגז הייתה העלאה משמעותית בחלקה של המדינה, על-ידי שינוי שיטת המיסוי של חברות אלה. גזרות פיסקליות אלה היו הסנונית הראשונה שבישרה על שינויים במצב המשפטי. הנה כי כן, חוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע, התשע"א-2011, היווה את הפגיעה הראשונה בזכויותיהן של החברות המפיקות, אלא שהמשפט הבין-לאומי המנהגי אינו מכיר בגזרות אסדרות ככלל ופיסקליות בפרט כמצדיקות תשלום פיצויים לנפגעים, כל עוד המיסים החדשים אינם בבחינת "הפקעה מוסווית" (או עקיפה⁵⁰) במובן זה שהם נוגסים במהות זכויותיהן של הזכייניות.

כדי לפגוע בזכותה של כל מדינה לאכוף את החיקוקים שמגבילים את זכות השימוש ברכוש לטובת הכלל, וכן להבטיח את תשלומי המיסים והיטלים אחרים:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

49 דוח ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 12. כן ראו את דוח הביניים של ועדת ששינסקי: הוועדה לבחינת המדיניות הפיסקאלית בנושא משאבי נפט וגז בישראל "טיוטת מסקנות הוועדה להערות הציבור" 3 (נובמבר 2010) www.slideshare.net/tashtiot/ss-5820777.

50 על ההבחנה ראו בנבישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 24 ואילך.

במסגרת הוויכוח שנסב סביב יישום המסקנות של ועדת ששינסקי⁵¹ בתחום הפקת הגז בישראל הועלה הרעיון כי הדבר עשוי להוות פגיעה מהותית בלב-ליבן של הזכויות שנרכשו בעקבות ההשקעה.⁵¹ הדבר קשור כאמור לנושא "ההפקעות המוסוות" – סוגיה אשר נעשית עם השנים שכיחה יותר ויותר בדיונים המתקיימים לפני ערכאות בין-לאומיות.⁵² מדובר במדינות שנמנעות מלחוקק באופן גלוי את דבר ביצוען של הפקעות או הלאמות. להימנעות זו יש מניעים ומטרות שונים, כגון הימנעות מתשלום פיצויים (ראו להלן בתת-פרק ה-1). מבחינתו של המשפט הבין-לאומי אין חשיבות להגדרה שהמשפט הפנימי מעניק לצעדים שפגעו בזרים. בעיני משפט העמים, הדבר שיש לבחון הוא אם זכויותיהם של המשקיעים נפגעו באופן מהותי או באופן שולי בלבד. אם הפגיעה יורדת ללב-ליבה של הזכות ושוללת מהמשקיע את עיקר זכויות-היתר שלו בנכסיו, אזי בעיני המשפט הבין-לאומי תיחשב הפגיעה כמהותית, וזאת גם אם הדין של המדינה המארחת מכנה אותה "הגבלה", "אסדרה", "מיסוי" וכדומה. בפרקטיקה אנו עדים לקושי להבחין באופן ברור בין שני הסוגים האמורים של פגיעות. הערכאה הבין-לאומית תצטרך לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו, ולקבוע אם בעקבות הפגיעה איבד המשקיע את עיקרן או את לב-ליבן של זכויותיו הרכושיות.

בענייניהם של *Tre Traktörer* ושל *Ferdin*, שהוזכרו לעיל,⁵³ זיהוי טיב הפגיעה היה קל יחסית, מפני שלמרות הצעדים שנקטה המדינה נותרו בידי הנפגעים מירב הזכויות שיש לבעלי הנכסים (הם יכלו למכור את הנכס או להשכירו, לעסוק בו בעיסוקים שונים, לשנות את ייעודו וכדומה). על-כן הפגיעות הוגדרו שם כשוליות. לעומת זאת, בעניין *Papamichalopoulos*⁵⁴ היה ברור כי התפיסה דה-פקטו של אדמות הנפגעים על-ידי צבא יוון, שנמשכה יותר מעשרים שנה, מבלי שהנפגעים יוכלו ליהנות באופן כלשהו מהנכסים ומבלי להורות רשמית על הפקעתן, אכן פגעה במהות זכויותיהם כבעלים.

51 ראו דיון בנקודה זו בחוות-הדעת של מכון קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל "נקודות ביקורת ראשוניות לענין חוות הדעת המשפטיות שגויסו על-ידי חברות הגז" 9 (20.2.2011) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicy Committee/ServedOpinionAfterTuta_MachonKonkord.pdf

52 בנבישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 24.

53 ראו לעיל ה"ש 47.

54 ראו להלן ה"ש 113 והטקסט שלידה.

אולם הנה דוגמה שעלולה להעמיד בעיות בהגדרת סוג הפגיעה: מנהל אוצרות-טבע שליד משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים של ישראל פרסם ב-6 בפברואר 2014 "הנחיות למתן בטחונות בקשר עם זכויות הנפט".⁵⁵ ההנחיות האמורות הטילו על מבקשי זכויות נפט ומחזיקי זכויות את החובה לספק למדינה בטחונות בדרך של הפקדת ערבויות בנקאיות אוטונומיות בסכומים שבין 500,000 ל-7,500,000 דולר, וכן פוליסות ביטוח המותאמות לטיב הפעילות (בים, ביבשה, בחזקות נפט). החובה לספק בטחונות הוטלה על מבקשים חדשים אך גם על בעלי זכויות קיימות, ומכאן השאלה אם אין מדובר בפגיעה במהות הזכויות שרכשו בעלי הזכויות הקיימות. על פניו נראה כי אין פגיעה במהות הזכות, שכן מדובר בערבויות, ולא באגרות או בתשלומים, והסכומים הנדרשים נראים לכאורה פרופורציוניים לתעשייה המדוברת. אולם יש לבחון כל מקרה לגופו. למשל, כפי שפורסם ב-25.2.2014, ייתכן שחברה קטנה יחסית לא תצליח לעמוד בדרישת הערבות, והתוצאה תהא שלילת רשיונה לחיפושים, מה שמתקרב לפגיעה במהות הזכות.⁵⁶

סקירת המצב בישראל מלמדת כי הפגיעות בתאגידי הגז מציגות פן נוסף של הבעיה. מדובר בפגיעות בצורה של נגיסות-נגיסות: פעם כתוצאה משינוי שיטת המיסוי, פעם כתוצאה מחיוב החברות המפיקות למכור חלק מזכויותיהן על-מנת למנוע יצירת מונופול, פעם על-ידי הגבלת כמות הגז שניתן לייצא, והיד עוד נטויה. דוח מבקר המדינה בנושא פיתוח משק הגז הטבעי, שפורסם בחודש יולי 2015, התריע כי "התנהלות הממשלה על זרועותיה בתחום הגז הטבעי הייתה לקויה ובלתי מגובשת. הממצאים מצביעים על היעדר מדיניות ממשלתית כוללת ושלמה, חוסר עשייה אפקטיבית, פעולה בקצב אטי ואסדרה חלקית שאין בה כדי לספק את צורכי משק הגז הטבעי".⁵⁷ עם זאת, מבחינתו של המשפט הבין-לאומי, חוסר תיאום פנימי בין רשויות המדינה, אף אם הוא גורם בסופו של דבר לריבוי פגיעות במשקיעים הזרים, אינו נימוק רלוונטי.

55 מדינת ישראל, משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים, מינהל אוצרות טבע "הנחיות למתן בטחונות בקשר עם זכויות הנפט" (6.2.2014) energy.gov.il/Subjects/OilSearch/Documents/OilRightsGuarantee.pdf

56 רון שטיינבלט "גלוב לא מצליחה אפילו להעמיד ערבות של חצי מיליון דולר" גלובס 25.2.2014: www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000920064#fromelement=hp_folders_4621 "גלוב לא מצליחה אפילו להעמיד ערבות של חצי מיליון דולר. המשמעות היא כי השותפות לא עומדת בתוכנית העבודה, והממונה על ענייני הנפט יכול לבטל את רישיון החיפושים שניתן לה ולהחזירו לידי המדינה."

57 מבקר המדינה, לעיל ה"ש 10, בעמ' 18.

"כלל-ברזל הוא שמדינה אינה רשאית להסתתר מאחורי משפטה הלאומי כדי להתחמק מחובותיה הבין-לאומיות.⁵⁸ לפיכך המבחן הקובע הוא אם מצבור הצעדים שננקטו נגד המשקיע הזר השתכלל לכדי שלילה של מהות זכויותיו (ואם קיימת אמנה – אם הצעדים הללו גורמים להפרתה). במילים אחרות, כאשר מדינה נוקטת מגוון של צעדים שונים במהותם, שכל אחד מהם פוגע בזכויות המשקיע, השאלה שתיבחן היא אם בשלב מסוים השינויים המצטברים שהמדינה עורכת בתנאי ההתקשרות אינם מאפשרים עוד את המשך הפעילות בהשקעה.⁵⁹ הפסיקה הבין-לאומית קובעת כי צעד אסדרתי או פיסקלי יהווה הפקעה מוסווית שתזכה את המשקיע הזר בפיצויים אם אותו צעד שלל ממנו את זכויות הבעלות או את השליטה בהשקעתו.⁶⁰ לסוגיה הפרטיקולרית של שינוי שיטת המיסוי יש פנים רבים, והיא נדונה באופן מקיף הן בפסיקה הן בספרות. פרופ' הירש ניתח את הפסיקה הבין-לאומית בנושא זה, ומסקנתו מסכמת יפה את האמור ביחס לנקודה זו:

58 בפרשת *Shufeldt* דובר באזרח אמריקאי בעל זיכיון להפקת שרף במדינת גואטמלה. לאחר תקופת זמן החליטה המדינה המארחת להפקיע את הזיכיון, וזאת בטרם חלפה התקופה המוסכמת. כאשר הגיעה הפרשה לפני ערכאה בין-לאומית, הועלתה הטענה כי הואיל וההפקעה בוצעה מכוח מעשה חקיקה, המהווה פעולה של הריבון המקומי, הדבר חוסם את אפשרויות הביקורת השיפוטית הבין-לאומית. ערכאת הבוררות, בדחותה את הטענה, פסקה בצורה שאינה משתמעת לשני פנים: "This may be quite true from a national point of view but not from an international point of view, for 'it is a settled principle of international law that a sovereign can not be permitted to set up one of his own municipal laws as a bar to a claim by a sovereign for a wrong done to the latter's subject'..." *Shufeldt claim (Guatemala, USA), July 24, 1930, Reports of International Arbitral Awards, vol. II, 1079, 1098*.

59 זו בדיוק השאלה שנבחנה בעניין *Aminoil*, להלן ה"ש 93. ראו את הדיון להלן בחלק 2(ב)(1).

60 *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5, Nov. 21, 2007, para. 244: "As to the intensity of the measure, a first indication is whether the investor lost control of the investment by losing rights of ownership or management, even if the legal title was not disturbed"; Antoine Goetz & Others v. Republique du Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2, June 21, 2012, para. 194: "Dans son courant majoritaire, elle tend cependant à considérer aujourd'hui que, pour qu'il y ait expropriation, l'investisseur doit non seulement être privé des profits attendus de son investissement, mais qu'il doit en outre être privé du contrôle même de cet investissement ou que ce dernier soit devenu pour lui sans aucune utilité"*.

"על-אף שהעלאת שיעורי מס יכולה עקרונית להוביל להפקעה עקיפה, הגורם החשוב מתייחס להשפעת השינוי בכללי המס על ההשקעה... אם שיעור המס המוטל על נכסי המשקיעים יועלה בהיקף קיצוני, ואם יתקיימו נסיבות נוספות, כגון שהעלאת המס תביא לביטול השליטה של המשקיע ברכוש, או לביטול מלא או כמעט מלא של ערך ההשקעה או ביטול כל הרווחים שהיו צפויים לצמוח מההשקעה, אז אפשר שהעלאת המס תיחשב כהפקעה בפועל."⁶¹

במציאות נאלצו החברות הזכייניות לקבל – בחירוק שיניים⁶² – את מסקנותיה של ועדת ששינסקי¹, כפי שיושמו בחוק מיסוי רווחים ממשאבי טבע. "הסכמתן" זו נבעה, ככל הנראה, מהשיקול המסחרי שלפיו מצבור הגז גדול ולפיכך המשך הפעילות של החברות הינו רווחי ומוצדק גם לאחר יישום מסקנותיה של ועדת ששינסקי¹, אך בסופו של דבר מדובר בהסכמה. אכן, גם לאחר שינוי שיטת המיסוי המוחלת על החברות המפיקות, הן יוכלו להמשיך לפעול במטרה להפיק רווחים וליהנות ממהות זכויותיהן. הפגיעה המתקבלת עקב העלאת אחוזי המס, ואפילו עקב החיוב למכור לצד ג חלק מההחזקות על-מנת לפתוח תחרות בשוק הגז, אין בה כדי להתגבש לכלל הפקעה. זאת, משום שהמפיקות שומרות את מירב זכויותיהן בהשקעה, מהגם שמתווה הגז שאושר מכיל הוראות שסוכמו במשא-ומתן עם המפיקות.⁶³

ב. עם יישום מסקנותיה של ועדת ששינסקי¹ נפתח שער נוסף לפגיעה בתאגידי הגז, זרים ומקומיים כאחד, בכל הנוגע בסוגיית ההגבלים העסקיים, אשר ספק אם הובאה בחשבון על-ידי הצדדים בעת הענקת הזכויות. הכוונה לטענה כי המצב שנוצר לאחר גילויי הגז הגדולים במאגרים "לוויתן" ו"תמר" אינו מבטיח עוד קיומה של תחרות הוגנת בשוק הגז, היות שנוצר – לדברי הממונה על ההגבלים העסקיים של ישראל – מונופול לטובת התאגידים שהצליחו לגלות

61 משה הירש "כללי המשפט הבינלאומי והעלאת שיעורי המס המוטלים על משקיעים של ארצות הברית העוסקים בהפקת דלק וגז טבעי" ס' 58 (14.11.2010) mof.gov.il/Committees/PreviouslyCommittees/PhysicsPolicyCommittee/JusticeOpinion_ProfMosheHirsh.pdf. כן ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 25.

62 על ההשלכות האפשריות של פגיעות כאלה על השקעות זרות עתידיות בישראל ראו את דבריו של מנכ"ל חברת "נובל אנרגי" המצוטטים לעיל ליד ה"ש 13.

63 למסקנה זו הגיע גם פרופ' הירש, לעיל ה"ש 61, בס' 57–58 לחוות-הדעת.

אוצר-טבע זה.⁶⁴ דבריו של הממונה גרמו למחלוקות סוערות, וברקע נשמעו הדים של הפגנות שאורגנו על-ידי אזרחים וארגוני צרכנים אשר מחו על המצב. לאחר ויכוחים רבים אישרה הממשלה, באוגוסט 2015, מתווה חדש שלפיו תאגדי הגז יצטרכו לדלל או למכור חלק מנכסיהם בשדות הגז במטרה למנוע יצירת מונופול.

אין חולק כי יש בהחלת המתווה החדש משום פגיעה נוספת בזכויותיהן של החברות המפיקות, אך אלה הסכימו למתווה החדש, כנראה לנוכח הרווחים הנאים שצפויים משיווק הגז, וכן על-מנת לשמור על יציבות אסדרתית מסוימת לנוכח הסכומים הגדולים שהשקיעו בגילוי המצבורים.

ג. אפשרויות הפגיעה בתאגידים המשקיעים טרם מוצו, ולא מן הנמנע שבעתיד יוצאו עילות שיובילו לפגיעות נוספות. מישור אפשרי אחד מתייחס לייצוא ולשיווק של חלק מהגז במדינות זרות. כאן נקבע כי יהיה אפשר לייצא אחוז מסוים מהגז המופק, אך ייתכן שבעתיד תציע ממשלה זו או אחרת לשנות אחוז זה או לאסור כל ייצוא.

באשר לשיווק הגז בישראל הועלו כמה נוסחאות מחיר, ביניהן האפשרות להטיל פיקוח עליו בנסיבות מסוימות, דבר שפותח פתח לסכסוכים עתידיים. למשל, בזמן כתיבת שורות אלה התבשרנו כי החברה האיטלקית ENI, שפועלת במצרים למן שנת 1954, גילתה שדה גז ענקי במים הטריטוריאליים של מדינה זו. לאחר פיתוח המאגר ייצוא הגז המצרי יכול להוות תחרות לחברות הפועלות כיום בישראל (גם בשוק המקומי וגם בייצוא למדינות שלישיות), וישראל עלולה אף לאבד את השוק המצרי כיעד לייצוא גז. מנקודת-ראותם של משקיעים (ואם יונח בצד יסוד אי-היציבות הבטחונית במצרים), ההסדרים האסדרתיים שקיימים במדינה זו נראים מסורבלים פחות מאלה של מדינת-ישראל.⁶⁵ אכן, פרט

64 "הממונה על הגבלים עסקיים: חותרים לשינוי במבנה שוק הגז הטבעי" (13.1.2015) <http://www.antitrust.gov.il/files/33496/%D7%A0%D7%90%D7%95%D7%9D%20%D7%94%D7%9E%D7%9E%D7%95%D7%A0%D7%94.pdf>; גם בימים אלה, בתחום הגז הטבעי, כפוף לשימוע, אנחנו חותרים לשינוי במבנה השוק שייצור תחרות של ממש בין מאגרים בשוק הגז הטבעי. העוגן לזה הוא טענה שלנו על הסדר כובל – הסדר כובל שגרם למונופול – על כך יהיה שימוע עם הצדדים. לא מדובר בהתערבות נגד מונופול רק בגלל שהוא מונופול. מדובר בהתערבות נגד מונופול בגלל טענה שהוא הגיע למונופול הזה בזכות הסדר כובל שהצדדים לכאורה עשו."

65 *Legal Safeguards in Egypt's Petroleum Concession Agreements*, EGYPT OIL & GAS WEB PORTAL (Dec. 2010), <http://www.egyptoil-gas.com/publications/legal-safeguards-in-egypts-petroleum-concession-agreements>; Mohamed Y. Kamal,

לעובדה שטיב המשטר המצרי שונה מזה הישראלי, במובן שהסדרי ההפקה והשיווק נקבעים באופן מדרגי על-ידי השלטון, מדינה זו גם מסכימה להכנסת סעיפים מייצבים בהסכמי הזכיונות שמבטחים יציבות אסדרתית מסוימת, ודבר זה עשוי להיות אטרקטיבי למשקיעים.

ד. פגיעה פוטנציאלית אחרת בחברות המפיקות קשורה למצב הבטחוני של המדינה, ועל כך כבר דובר בתקשורת. אסדות הגז ואמצעי ההובלה הינם ללא ספק נכסים אסטרטגיים, ובכל הנוגע בשמירה עליהם ייתכן שהמדינה תעדיף להטיל את עלויות השמירה או חלק מהן על החברות המפיקות. מדובר באיומי פגיעה שאין להתעלם מהם, והם אינם זרים לנו. עדות ברורה לכך ניתן לראות בעובדה שמשנת 2011 עד שנת 2014 פוצצו מחבלים כמה פעמים את הצינור שהוביל גז ממצרים לישראל ולירדן.⁶⁶ לאחרונה אף פורסמה ידיעה בכלי התקשורת הישראליים כי לשם הגנה על אסדות הגז רכשה ישראל מגרמניה שתי משחתות, אשר שווי כל אחת מהן נאמד במיליארד אירו.⁶⁷ רכישה זו עוררה הדים ודיון בסוגיית חיובו של ה"מונופול" בהוצאות ההגנה על הפרויקט בשיעור של כמה עשרות מיליוני דולרים.⁶⁸ על-כן לא מן הנמנע שבעתיד אכן יידרשו זכייניות הגז להשתתף במימון הוצאות עצומות מסוג זה, דבר שיכול להתבטא בפגיעה בזכויותיהן.

ה. זאת ועוד, אין להתעלם מסוגיית השמירה על איכות הסביבה – נושא חשוב ביותר ללא ספק העומד בראש סדר העדיפויות. הנזקים העלולים להיגרם כתוצאה מתקלות שיתרחשו במסגרת חיפושי הנפט והגז הם גדולים מאוד, והחברות המפיקות עלולות למצוא את עצמן בעין הסערה אם הן יחויבו לשאת בהוצאות מניעתם או ריפויים של נזקים סביבתיים. בהקשר זה הכריז, עוד בשנת 2012, השר להגנת הסביבה דאז:

Oil and Gas Regulation in Egypt: Overview (2014), <http://uk.practicallaw.com/7-565-7867?q=>

66 "בפעם השמינית השנה: פוצץ צינור הגז המצרי" **TheMarker** 25.11.2011 www.marker.com/wallstreet/1.1575893

67 "דיווח: גרמניה מוכרת לישראל שתי משחתות להגנה על הגז. המשחתות, ששווי כל אחת מהן נאמד במיליארד אירו, יוכלו לשאת טילים" **גלובס** 7.12.2013 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000899720

68 יעקב שטרקר "על הגז ועל העוקץ – השתתפות המונופול בהוצאות ההגנה על הפרויקט אמורה להיות בגובה של כמה עשרות מיליוני דולר" **News1** 2.8.2015 www.news1.co.il/Archive/003-D-104824-00.html

"יש לקדם באופן מיידי את חוק אזורים ימיים 2011 (שעדיין נמצא בגדר תזכיר חוק שהועבר על ידי משרד המשפטים להתייחסות השרים). החוק אם וכאשר יעבור, יאפשר למשרד ליישם מספר חוקים במים הכלכליים, שיישומם אינו אפשרי כרגע (כמו פקודת מניעת זיהום מי ים בשמן), או שנמצאים בויכוח משפטי (כמו חוק למניעת זיהום ים ממקורות יבשתיים). בנוסף לסמכויות המעוגנות בחוק הזה, יש להעניק למשרד להגנת הסביבה את הסמכות לדרוש ולקבל (באופן בלתי תלוי ממשרד האנרגיה והמים) מסמך סביבתי וניטור הים העמוק על פי שיקולנו."⁶⁹

ו. תחום נוסף שיאפשר פגיעות בחברות המפיקות קשור לתהליכים התפעוליים של שאיבת הגז, הובלתו ושיווקו. כך, ייתכן שבשלב מסוים לא תהא מדינת ישראל שבעת-רצון מקצב השאיבה או מן הסכומים שהזכייניות משקיעות בחידוש הציוד או בייעול הספקת הגז, ובשל כך תחליט לנקוט צעדים שעלולים לפגוע במשקיעות. כך קרה בארגנטינה בשנת 2012, כאשר הרשויות החליטו להפקיע מניות שחברת הדלק הספרדית REPSOL החזיקה בחברה המקומית YPF.⁷⁰ הסיבה להפקעה, לטענת ארגנטינה, הייתה שכמויות הדלק שהפיקו החברות קטנו במידה משמעותית בשנים האחרונות, מה שאילץ את ארגנטינה לייבא נפט למרות היותה מדינה מפיקה. לטענתם של שלטונות ארגנטינה, החברות האמורות התרכזו בהפקת רווחים בלבד, ונמנעו מלהשקיע בשיפור ובשדרוג של ציוד ההפקה, ועקב כך נגרם המחסור. מצב דומה עלול להיווצר בעתיד גם בישראל. למשל, בשטר הזיכיון שהעניקה הממשלה לחברות המפיקות בשדה הגז "לוויתן דרום" נכללה, בסעיף ההגדרות, הפסקה הבאה:

"good oilfield practice" – הפרקטיקה, השיטות, התקנים וההליכים, שהינם מקובלים אצל מפעילים בעלי הכשרה וניסיון בתחום החיפושים, הפיתוח וההפקה של נפט וגז, הפועלים בזהירות

69 "נאום השר גלעד ארדן בכנס בנושא: 'ההשפעות הסביבתיות של פעילות החיפוש וההפקה של גז טבעי ונפט בים תיכון'" (26.7.2012) www.sviva.gov.il/InfoServices/NewsAndEvents/MessageDoverAndNews/Documents/2012/erdan_kenes_gaz26072012.pdf (ההדגשה במקור).

70 Francisco Peregil, *Argentina Expropia a Repsol su Filial YPF*, EL PAÍS (Feb. 17, 2012), http://economia.elpais.com/economia/2012/04/16/actualidad/1334590509_507539.html

ובשקידה, ואשר בעיתוי הרלוונטי, בהפעלת שיקול דעת סביר ונוכח העובדות הידועות במועד קבלת ההחלטה, יהיו אלה הצפויים להשיג את התוצאות והמטרות הרצויות.⁷¹

הגדרות מסוג זה עלולות לפתוח פתח לפירושים שונים, ובנסיבות מסוימות ייתכן שממשלת ישראל תוכל לנהוג כפי שנהגה ארגנטינה, ולפגוע בתוך כך בזכויותיהן של הזכייניות. הדבר בולט לנוכח המתווה שעליו הוסכם ביום 12 באוגוסט 2015 בין משרד האנרגיה הישראלי לבין נציגי חברת "נובל אנרגי", הכולל "ציוני-דרך" בלוחות-הזמנים לפיתוח שדה הגז "לויתן".⁷² מדובר כאן במקור פוטנציאלי לסכסוכים בעתיד סביב השאלה העובדתית אם ההשקעות בפיתוח הן בהתאם למוסכם. למשל: האם עצם ההשקעה של הסכומים המוסכמים תספיק או שמא יוכלו רשויות המדינה להתערב גם בנושאים כגון איכות הפיתוח המוצע או הדרך האופרטיבית שבה בחרו המשקיעות לממש את הפיתוח?

ז. זאת ועוד, קיימת אפשרות שבמצבי חירום (כגון משבר כלכלי, מלחמה או אסון-טבע) תחליט המדינה להעביר לידיה – באופן זמני או קבוע – את השליטה במקורות האנרגיה, על-מנת להגן על האינטרס הציבורי. הניסיון מראה שנטילת השליטה במאגרי אנרגיה על-ידי מדינה יכולה להתבצע באמצעות חקיקה ראשית, משנית, ואפילו בתפיסת חזקה דה-פקטו, ואין ספק שצעד כזה יפגע באופן ממשי בזכויותיהן של הזכייניות.

ח. גם במצבי שגרה יש לגז ולנפט חשיבות גיאופוליטית עצומה כמקורות אנרגיה. חשיבות זו עשויה, בתנאים מסוימים, להניע את ממשלת ישראל לתפוס פיקוד על נושא ההפקה והייצוא – למשל, על-מנת לסייע למדינה שכנה בעלת אינטרסים אסטרטגיים משותפים.

ט. אפשר להעלות על הדעת אפשרות שרשויות המדינה יטילו על המשקיעות חובות נוספות, כגון הפקדת סכומים או ערבויות, כפי שנעשה ב-6 בפברואר 2014

71 משרד התשתיות הלאומיות, האנרגיה והמים "שטר חזקה מס' I/14 'לויתן דרום'" 4 (27.3.2014) energy.gov.il/Subjects/OilSearch/Documents/LeviathanDarom.pdf (ההדגשה הוספה).

72 ציון-דרך ראשון קובע כי היזמים יתחייבו להשקיע 1.5 מיליארד דולר בשנתיים הקרובות בפיתוח המאגר. הפרת התחייבות זו תאפשר למדינה לפתוח את הסעיף המייצב שבמתווה. ציון-דרך שני קובע כי לאחר חמש שנים יהיה על תאגידי הגז להראות שהשקיעו 4 מיליארד דולר בפיתוח המאגר. הדי כהן "הממשלה אישרה את מתווה הגז; דרעי הצביע בעד" גלובס www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001061263#fromelement= 16.8.2015 .hp_folders_585

תופעות אלה אינן בלתי־שכיחות ביחסים שבין משקיעים למדינות, בעיקר כאשר מדובר בפרויקטים לטווח ארוך.⁷³

י. במישור אחר, אין לשכוח שמדינה עשויה לפגוע בזכויותיהם של משקיעים גם על־ידי נקיטת צעדים שאינם מכוונים אליהם באופן ישיר, כגון הטלת הגבלות על המרת המטבע, על הוצאת רווחים לחוץ־לארץ וכדומה.

יא. לבסוף (וללא כוונת מיצוי⁷⁴), יש להביא בחשבון סוגיה שמועלית יותר ויותר בשנים האחרונות, אם כי היא עדיין בשלבים ראשונים של התפתחות, והיא הטענה שמיזם של משקיע זר מפר את זכויות האדם במדינה המארחת או פוגע באינטרס הציבורי של המדינה המארחת.⁷⁵ דוגמה לכך היא אירוע שמצוי כעת בדיון לפני ערכאת המרכז הבין־לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID). במקרה זה מדובר בהגבלות שהטילה ממשלת אורוגוואי על שיווק סיגריות במדינה, שעיקרן הקביעה שכל יצרן יוכל לשווק רק מותג אחד של סיגריות

73 ראו לעיל ה"ש 55 והטקסט שלידה.

74 ניתן להביא בחשבון גם פגיעות אפשריות בזכויותיו של המשקיע לקניין רוחני. למשל, לאחרונה פורסם שקולומביה חפצה לאפשר בתחומה ייצור תרופה אונקולוגית גנרית בשם "גליבק", אשר חברה שווייצית אוחדת בזכויות הקניין הרוחני בה. Carlos C. Gutiérrez, *Un Problema de Acceso a Medicamentos: El Caso Imatinib (Glivec) en Colombia*, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA (2015), <http://propintel.uexternado.edu.co/un-problema-de-acceso-a-medicamentos-el-caso-imatinib-glivec-en-colombia/>. בתחום של הפקת מקורות לאנרגיה ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם המדינה המארחת תפגע בקניין רוחני של משקיעים זרים על־ידי גנבה של סודות טכנולוגיים, ממצאים גיאולוגיים וכדומה. כמו־כן, מדינה מארחת עשויה לפגוע בזכויותיו של משקיע עקב שינוי מהותי שהתרחש בנסיבות לאחר ההתקשרות עם המשקיע. מצב כזה היה יכול להתרחש בישראל, לדוגמה, אילו נקבעה במתווה הגז נוסחת מחיר מסוימת לשוק המקומי ו/או לייצוא, ולפתע היה מתפרסם דבר גילוי של שדה גז ענקי במצרים שהיה משפיע על המחירים כלפי מטה. במקרה כזה היו הרשויות יכולות לנסות להתנער מנוסחת המחיר שנקבעה במתווה, תוך פגיעה במשקיעים. לבסוף, האינטרסים של המשקיעים עלולים להיפגע על־ידי התדיינות (למשל, לפני בג"ץ, עקב עתירות של צדדים שמתנגדים למתווה הגז), אשר יעכבו את פיתוח המאגרים.

75 על נושא זה ראו: *Human Rights and Investment Policymaking: Relevance and Integration*, LSE HUMAN RIGHTS (Oct. 28, 2014), <http://blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/background-and-summary-investment-human-rights-relevance-and-integration-panel-discussions-2014-world-investment-forum/>; UNCTAD, *Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights* (IIA MONITOR No. 2, 2009), http://unctad.org/en/Docs/web-diaecia20097_en.pdf.

וכן הקביעה שההזדהות על הנזקים לבריאות שהעישון גורם יצטרכו להתפרש על אחוז גבוה של פני הקופסאות (בין 50% ל-80%).⁷⁶ חברה שווייצית שעסקה בייצור ובשיווק של סיגריות באורוגוואי טענה כי גזרות אלה מהוות הפרה של אמנה להגנה על השקעות שנחתמה בין אורוגוואי לשווייץ. לטענת החברה, הקביעה האחרונה מבין השתיים מונעת ממנה את האפשרות להציג את הסמלים המסחריים שלה על גב קופסאות הסיגריות, דבר שמהווה הפרה של זכויותיה לקניין רוחני המוגנות על-ידי האמנה. ממשלת אורוגוואי העלתה נימוק מעניין: לטענתה, הגזרות מוצדקות מטעמי בריאות הציבור, לנוכח הנזקים הכבדים שהעישון גורם לאוכלוסייה. כאמור, המקרה נמצא כרגע בדיון, אך בצעד מעניין קיבלה הערכאה במרץ 2015 את בקשת אורוגוואי לאפשר לארגון הבריאות הבין-אמריקאי להגיש נייר-עמדה כ"ידידת הערכאה", מכוח סעיף 37(2)א לכללי הבוררות של המרכז.⁷⁷ הערכאה התבססה על פסיקה קודמת,⁷⁸ שלפיה יש סכסוכים אשר מקורם אומנם בהשקעות אך חשיבותם חורגת מעבר למסגרת המסחרית גרידא וגולשת לתחומים אחרים, כגון האינטרס הציבורי. אותו "אינטרס ציבורי" הינו מונח רחב שניתן לפרשו באופנים שונים, והדבר פותח פתח לפגיעות במשקיעים. ראוי להדגיש כי

Philip Morris Brands Sàrl & Others v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID 76
Case No. ARB/10/7, July 2, 2013, <http://www.italaw.com/cases/460>

Philip Morris Brand Sàrl & Others v. Oriental Republic of Uruguay, Procedural 77
Order No. 4, ICSID Case No. ARB/10/7, March 24, 2015, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4218.pdf>

Methanex Corporation v. United States of America, Decision of the Tribunal on 78
Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae", January 15, 2001, para. 49, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf:
"There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: there are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the... arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal's willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm"

במצבים אלה קיימת סכנה של החלה למפרע של נימוקים בדבר "פגיעה בזכויות אדם", "פגיעה בבריאות הציבור" וכדומה. אכן, במקרים רבים טענות אלה מושתתות על עובדות שלא היו ידועות לצדדים או לא הובאו על-ידיהם בחשבון כאשר הוענקו הזכויות, והדבר עשוי לשמש נשק התקפה של המדינה נגד זכויות המשקיעים. מגמה זו עושה בימינו דרך מסוימת – לא בלי היסוסים – בפסיקתו של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות.⁷⁹

ד. אמצעים פרוצדורליים העומדים לרשות משקיעים שנפגעו

לאחר שסקרנו לעיל דוגמאות לפגיעות אפשריות במשקיעים, יש לציין כי מבחינתו של המשפט הבין-לאומי, כאשר המדינה המארחת ביצעה פגיעה מהותית בזכויותיו של המשקיע זר ולא שילמה פיצוי או שילמה פיצוי שאינו עונה על דרישות המשפט הבין-לאומי, יש בכך הפרה של המשפט הבין-לאומי, והיא תחוב באחריות כלפי "המדינה-האם" (ראו להלן בתת-פרק 2), שהיא מדינת האזרחות של המשקיע שנפגע.⁸⁰ משמעותה של החבות באחריות בין-לאומית היא החובה שתוטל על המדינה הפוגעת לתקן את המעוות,⁸¹ שאם לא כן תוכל המדינה-האם להפעיל "הגנה דיפלומטית" על-מנת לחייבה לנהוג כמתחייב על-פי עקרונות

79 UNCTAD, לעיל ה"ש 75. כן ראו את דבריו של נשיא אורוגוואי בנאומו לפני העצרת הכללית של האומות המאוחדות ביום 30.9.2015, שבהם טען כי יהא זה מנוגד לאתיקה שערכאות בין-לאומיות יעניקו עדיפות להיבטים מסחריים על ההגנה על זכויות אדם בסיסיות, כגון הבריאות והחיים (*Escrache de Vázquez a Philip Morris en la ONU*), *El País* (Sep. 30, 2015), [http://www.elpais.com.uy/informacion/escrache-vazquez-\(philip-morris-onu.html](http://www.elpais.com.uy/informacion/escrache-vazquez-(philip-morris-onu.html)

"...no es ético, señoras y señores, que en algunas circunstancias tribunales de organismos multinacionales puedan priorizar aspectos comerciales a la defensa de un derecho humano fundamental como es la salud y es la vida..."

80 EMERIC DE Vattel, *THE LAW OF NATIONS, OR, PRINCIPLES OF THE LAW OF NATURE, APPLIED TO THE CONDUCT AND AFFAIRS OF NATIONS AND SOVEREIGNS, WITH THREE EARLY ESSAYS ON THE ORIGIN AND NATURE OF NATURAL LAW AND ON LUXURY*, 1758, 298 (K. Haakonssen et al. eds., 2008): "Whoever uses a citizen ill, indirectly offends the state, which is bound to protect this citizen; and the sovereign of the latter should avenge his wrongs, punish the aggressor, and, if possible, oblige him to make full reparation; since otherwise the citizen would not obtain the great end of the civil association, which is safety"

81 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 14.

המשפט הבינ-לאומי. מצב זה שונה בתכלית השינוי ממצבים של פגיעות באזרחים מקומיים, שם המדינה רשאית לפגוע בזכויות משקיעים ללא כפיפות לכללי המשפט הבינ-לאומי המנהגי.

"ההגנה הדיפלומטית" הינה אמצעי המוענק למדינה-האם על-מנת שתוכל לפעול במישור הבינ-לאומי נגד המדינה המארחת שפגעה במשקיעים. מטרתה של ההגנה הדיפלומטית היא לחייב את המדינה המארחת לתקן את המעוות.⁸² לשם כך ההגנה הדיפלומטית מספקת למדינה-האם מניפה של אמצעים משפטיים⁸³ (שאינם כרוכים בשימוש בכוח, שהינו אסור מכוח סעיף 2(4) למגילת האו"ם⁸⁴), הכוללים בעיקר את התיווך, הפישור (או שירותיה הטובים של מדינה שלישית), המשא-ומתן הישיר, החקירה, וכן האפשרות להגיש תביעה או עתירה לבוררות במישור הבינ-לאומי נגד המדינה המארחת.⁸⁵ הזכות להפעלת ההגנה הדיפלומטית מוענקת למדינה-האם, ולא למשקיע שנפגע. מכאן שאין לראות בכלי זה אמצעי אידיאלי להגנה על זכויות משקיעים,

82 האפשרות להפעיל הגנה דיפלומטית מושתתת על הדוקטרינה של המשפטן ואטל (Vattel), שלפיה פגיעה באזרח זר על-ידי מדינה מארחת כמוה כפגיעה במדינה-האם. לפיכך, כאשר אזרח זר רוכש כדין זכות רכושית מכוח משפטה הלאומי של המדינה המארחת, זכות זו נהפכת לזכות מוקנית (vested right), והמדינה המארחת נדרשת לכבדה על-פי כללי המשפט הבינ-לאומי. אם המדינה המארחת לא נהגה בהתאם, וכתוצאה מכך נגרם נזק למשקיע, היא עלולה, בתנאים מסוימים, לחוב באחריות בין-לאומית. ראו: Richard B. Lillich, *The Current Status of State Responsibility for Injuries to Aliens, in THE INTERNATIONAL LAW OF STATE RESPONSIBILITY FOR INJURIES TO ALIENS* 15 (1983); Paul Guggenheim, *Les Principes de Droit International Public*, 80 R.A.D.I. 5, 125 (1952); THOMAS HEFTI, *LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ ÉTRANGÈRE EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC* 3–14 (1989).

83 Alberto M. Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals in Diplomatic Protection and in the European Convention on Human Rights: A Comparative Study*, 28 COMP. L. REV. 4, 15, 19 (1995) (להלן: Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals*).

84 UN Charter, art. 2, <http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>: "The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles... 4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations"

85 על טבעה של ההגנה הדיפלומטית ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 66, וכן אהרונוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 370.

שהרי כאשר מדינה תובעת מדינה אחרת, היא "אוכפת את זכויותיה-היא", ולא את זכויותיו של המשקיע שנפגע.⁸⁶ בהתאם לכך, המדינה-האם, ולא המשקיע שנפגע, היא שתחליט – לפי שיקוליה-היא ומבלי שתצטרך להיוועץ עם הנפגע – אם לפתוח בהליכים בין-לאומיים אם לאו, ואם כן, לפני איזו ערכאה. כאשר המדינה-האם תובעת את המדינה המארחת, היא – ולא המשקיע שנפגע – זו שקובעת, בין היתר, אילו ראיות יוצגו ואילו טענות ייטענו, מי יהיו הנציגים שישתתפו בהליכים ויציגו אותה, ובכלל איזה סוג ואיזה היקף של משאבים יושקעו בקידום ההליכים הבין-לאומיים. כמו-כן, בידי המדינה-האם הזכות להחליט אם להתפשר עם המדינה הנתבעת ובאילו תנאים. היות שהמדינה-האם והמשקיע שנפגע אינם רואים בהכרח עין בעין את המצב, יוצא שהמדינה-האם עשויה להעדיף את האינטרסים הרחבים יותר שלה עצמה על האינטרס (המצומצם יותר) של המשקיע. כך, למשל, המדינה-האם עשויה להסתפק בהתנצלות פורמלית של המדינה שפגעה במשקיע – דבר שלא יספק את המשקיע אם מפעלו הופקע ללא פיצויים. צריך לציין כי גם אם המדינה-האם תזכה בפיצויים עם סיומם של ההליכים הבין-לאומיים, גם אז ההחלטה אם להשאיר את הכסף בקופת המדינה או להעבירו לנפגע נותרת בידי המדינה-האם.⁸⁷ המסקנה מן האמור היא שההגנה הדיפלומטית אינה הכלי המיטבי מנקודת-מבטם של המשקיעים.⁸⁸ גם מבחינתן של המדינות המעורבות ההגנה הדיפלומטית אינה כלי אידיאלי תמיד, מפני שהפעלתו עלולה לגרום לכך שמחלוקת שמקורה בפגיעה בפרט תיהפך לסכסוך בין-לאומי של ממש בין המדינה-האם לבין המדינה המארחת, ואולי תעכיר את היחסים ביניהן.

ייתכן שזו הסיבה שבעטייה החלו להתפתח בשנים האחרונות, לצד ההגנה הדיפלומטית, מסגרות נוספות, מודרניות יותר, שנועדו ליישב סכסוכי השקעות. עיקר האפיקים בהקשר זה הם החוזים העבר-לאומיים וההתדיינות לפני בית-הדין לבוררות של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID),⁸⁹ וכן האפשרות להגיש עתירות לבית-הדין האירופי לזכויות אדם⁹⁰ ולמערכת האכיפה מטעם

86 Mavrommatis Jerusalem Concessions (Merits), (1925) P.C.I.J. Ser. A No. 5, 40, 45

87 Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 15; Civilian ; War Claimants Ass'n. Ltd. v. The King, [1932] A.C. 14

88 אהרנוביץ, לעיל ה"ש 1, בעמ' 373.

89 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx>

90 European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

האמנה האמריקאית לזכויות אדם.⁹¹ אחד היתרונות של מסגרות אלה בא לידי ביטוי בזכות העמידה הישירה של המשקיעים המבקשים להגיש תביעות נגד המדינות המארחות, אשר מנתקת את תלותו של הנפגע בחסדי מדינתו. זאת ועוד, במסגרות אחדות האפשרות להגיש את העתירה ניתנת גם לאזרחיה של המדינה שגרמה לפגיעה, ולא רק למשקיעים הזרים.⁹²

מניתוח הפרקטיקה הנוגעת ביישוב סכסוכי השקעות במסגרות שתוארו לעיל עולה כי על-פירוב התרופה שמתקבלת בעקבות פגיעה מהותית בהשקעות היא פיצויים (ראו להלן בתת-פרק ה1). עם זאת, בנסיבות מסוימות ייתכן שמשקיע שנפגע לא יחפוץ בפיצוי הכספי, אלא יעדיף לזכות בביטול נטילת רכושו, על-מנת להמשיך ליהנות מפעילותו המסחרית. זאת ועוד, ייתכן שהמשקיע יחפוץ להגן על זכויותיו מפני התערבות של רשויות המדינה אפילו במקרים של פגיעות שוליות. כך, למשל, תאגידי הגז יכולים לחפוץ למנוע את מדינת-ישראל מלהחיל את מסקנותיה של ועדת ששינסקי¹, כדי להוסיף ליהנות ממשטר המס שהיה קיים בטרם עוגנו המסקנות בחוק. מצבים אלה הינם שכיחים ומוכרים בעולם ההשקעות בענף ההפקה של אוצרות-טבע, דוגמת תחומי הגז והנפט, וכן במיזמים מורכבים שמצריכים בנייה או הספקת שירותים אשר מתפרשים על מספר רב של שנים וכרוכים בהשקעת משאבים רציניים. במקרים אלה ישאפו משקיעים ליציבות אסדרתית על-מנת שציפיותיהם לרווחים בטווח הארוך לא ייפגעו. לכן הם יעדיפו

האמנה האירופית לזכויות אדם), http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (1950) Freedoms (להלן: 91

American Convention on Human Rights, Adopted at the Inter-American Specialized Conference on Human Rights, San José, Costa Rica (22.11.1969), <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm> (להלן: האמנה האמריקאית לזכויות אדם).

92 ס' 34 לאמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 90:

"Individual applications. The Court may receive applications from any person, nongovernmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right."

ס' 44 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 91:

"Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party."

להוסיף ליהנות מהאפשרות להפיק ו/או לשווק ו/או לספק שירותים או מוצרים במשך מספר משמעותי של שנים על קבלת פיצוי כספי בהווה. לנושא הזה יש משמעות אסטרטגית שמתפרשת מעבר למישור המצומצם של דיני התרופות. ראו בהקשר זה את דבריו של לורד פיצמוריס (Fitzmaurice) בפסק הבוררות *Aminoil*:

”זוהי אשליה להניח שפיצוי כספי בלבד, אפילו ברמה נדיבה, יסלק את היסוד המחרים שבנטילת רכוש, יהא כינויה של אותה נטילה ‘הלאמה’ או משהו אחר. זה יהיה כמו לשלם כסף לאדם שנקטעה רגלו. לצערנו, [התשלום] אינו מחזיר את הרגל.”⁹³

ניתן לסכם חלק זה של המאמר בפשטות: בסוגים מסוימים של השקעות יעדיפו המשקיעים “לשמור על רגלם”, על-מנת להשתמש בה כאמצעי להליכה, על זכייה בפיצויים בגין קטיעתה.

אם אלה פני הדברים, שאלת השאלות היא: האם קיימים אמצעים שבכוחם לאפשר למשקיעים לזכות בתרופה אחרת, שאינה כספית? אכן, אם משקיעים יצליחו לדרוש ולקבל, למשל, את תרופת ה-“השבה בעין” (שתעמיד אותם במצב שבו נמצאו לפני הפגיעה), הדבר ישרייך את השקעתם מפני התערבותה של המדינה המארחת – אפילו בתמורה לפיצויים! נושא זה יידון בהמשך המאמר (להלן בפרק ו).

ה. תרופה של פיצוי

1. החובה לפצות בגין פגיעה במהות זכותם של משקיעים זרים

כידוע מקדמת דנא, הסמכות הטריטוריאלית מאפשרת לכל מדינה ומדינה לפגוע במהות זכויותיהם של משקיעים זרים (למשל, להפקיע לצורכי ציבור רכוש פרטי שנמצא בתחומיה), ובלבד ששולמו לנפגע פיצויים נאותים שיש בהם כדי לשפותו בגין אובדן רכושו. משמעותו של הפיצוי שהמדינה המארחת משלמת היא שההלאמות וההפקעות נחזות כעסקת מכר שנכפתה על המשקיע, והפיצוי אינו אלא ה-“תמורה” בגין אותה עסקה כפויה. בנסיבות האמורות יסוד הפיצוי אינו אלא נקודת שיווי-משקל בין שני האינטרסים המנוגדים: רצונה של המדינה המארחת להפקיע נכסים בתוך שטחה לצורכי ציבור אל מול החובה לכבד את הזכויות המוקנות של משקיעים. כך ציין בנושא זה בית-הדין האמריקאי לזכויות אדם:

Government of the State of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), 93 I.L.M. 976 (1982), para. 26 (לעיל ולהלן: עניין *Aminoil*).

”בית-הדין סובר כי במקרים של הפקעות תשלום פיצויים הוא עיקרון משפטי כללי שנובע מהצורך למצוא שיווי-משקל בין האינטרס הכללי לבין זה של הבעלים.”⁹⁴

יסוד הפיצוי בעבור נטילת רכוש מופיע ברובם המכריע של החוקים הלאומיים שמסדירים את סוגיית ההפקעות.⁹⁵ חובת הפיצוי מושרשת היטב גם במשפט הבין-לאומי ההסכמי. מספר האמנות (בעיקר דו-צדדיות) שבהן נקבע עקרון הפיצוי בגין הפקעה או הלאמה הוא מרשים במיוחד.⁹⁶ חובת הפיצוי מוכרת גם במסגרת המשפט הבין-לאומי המנהגי באופן אוניוורסלי כמעט, וקיים קושי לאתר ולו עמדה אחת השוללת את החובה לשלם פיצויים בגין נטילת רכוש של משקיעים זרים. מקסיקו, לדוגמה, עמדה בעבר בראש מחנה המתנגדים לחובת הפיצוי בגין הפקעות, אולם בסופו של דבר, ובניגוד גמור להצהרותיה, שילמה פיצויים לאחר שערכאות בין-לאומיות קבעו את אחריותה.⁹⁷ כך נהגה מקסיקו

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Salvador Chiriboga v. Ecuador, 94 Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo), Ser. C No. 179, para. 96, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf

ISI FOIGHEL, NATIONALIZATION 69 (1982): “The majority of the nationalization laws of the countries we have considered contain provisions concerning the liability of the nationalizing state to pay compensation to those affected by the nationalization...”

96 ראו, למשל: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Republic of China and United States of America, 1949, 25 U.N.T.S. 90, 100, art. 6.2: “The property of nationals, corporations and associations of either high contracting party shall not be taken... without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation”; Treaty between the United States of America and Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed Nov. 4, 2005, entered into force Nov. 1, 2006, art. 6, http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/Uruguay_BIT.asp: “Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (‘expropriation’), except... (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation...”

קיימים קרוב ל-3,000 הסכמים בין-לאומיים שעניינם השקעות (מספר זה כולל אמנות דו-צדדיות, אמנות אזוריות וכן הוראות ביחס להשקעות שכלולות בהסכמי מסחר), ובמסגרות אלה יסוד הפיצוי בולט.

97 Diplomatic Note by Mexico, 24.10.1938, in C. NEALE RONNING, DERECHO Y POLÍTICA EN LA DIPLOMACIA INTERAMERICANA 58 (1965): “Pagaremos cada dólar o libra que valen las propiedades que hemos expropiado. Sin embargo, no consideramos la expropiación del petróleo como un asunto de discusión ni objeto de intervención diplomática”

- במיוחד לאחר הצטרפותה לארגון נפט"א. אכן, סעיף 1110 לאמנה שהקימה את הארגון קובע חובה לשלם פיצויים בגין נטילת רכוש.⁹⁸
- מניתוח הפסיקה והספרות הבין-לאומיות העוסקות בסוגיה עולה כי בפועל הפולמוס אינו נסב סביב עצם החובה לתשלום פיצויים, כי אם סביב שאלות הקשורות לשיעורם של הפיצויים ולאופן חישובם,⁹⁹ כגון:
- האם הפיצוי צריך לשקף את שווי המלא של הנכס שנשלל מהמשקיע הזר, כפי שהוא משתקף בשוק החופשי?
 - האם על הפיצוי להיות "ראוי", "נאות", "צודק", "סביר", "בהתאם לאפשרויות התשלום של המדינה המארחת", "דומה לפיצוי המשתלם לאזרחים המקומיים" או אולי "לפי מה שיקבע משפטה הלאומי של המדינה המארחת"?
 - האם יש לחשב את הפיצוי לפי שווי של הנכס שהופקע בספרי החשבונות או אולי על-סמך השוואה עם נכסים דומים, ואם מדובר בתאגיד שמניותיו נסחרות בבורסה – לפי שווי מניותיו?
 - האם הנפגע זכאי לפיצוי המשקף גם את הפסד רווחיו בעתיד?
 - במקרה של הלאמות נרחבות שהמדינה מבצעת, האם ניתן להוריד את רמת הפיצוי?

98 North American Free Trade Agreement, in NAFTA Secretariat, <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Legal-Texts/North-American-Free-Trade-Agreement?mvid=1&secid=539c50ef-51c1-489b-808b-9e20c9872d25#A1110>

"Article 1110: Expropriation and Compensation

1. No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ('expropriation'), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6."

99 Richard Lillich, *The Valuation of Nationalized Property in International Law: Toward a Consensus or More "Rich Chaos"*, in *THE VALUATION OF NATIONALIZED PROPERTY IN INTERNATIONAL LAW* vol. 3, 184 (Richard Lillich ed., 1972): "...a consensus existed in the international community to the effect that compensation must be paid for nationalized property, and the key issue needing study was the standards of valuation to be used in determining the amount of such compensation"

מנקודת־מבט היסטורית ניתן לזהות שתי עמדות מנוגדות. האחת מוכרת כ"דוקטרינת הרמה הבין־לאומית המינימלית של שלטון החוק", והאחרת כ"דוקטרינת היחס הלאומי".

א. על־פי דוקטרינת "הרמה הבין־לאומית המינימלית של שלטון החוק" (שנתמכת בעיקר על־ידי מדינות מתועשות במערב), בנסיבות רגילות זרים חייבים לקבל פיצוי בגובה הערך המלא של הנכס המופקע בשוק החופשי.¹⁰⁰ ייתכן שבנסיבות מסוימות (לדוגמה, בהלאמות רחבות שבהן תשלום פיצויים מלאים יהפוך את ההלאמה לבלתי־אפשרית) הורדת הרמה האמורה תוכל להיות נסבלת, ובלבד שהפיצוי יישאר במסגרת סכום סביר ביחס לשווי הנכס המופקע.¹⁰¹ על־פי דוקטרינה זו, אין כל קשר בין הפיצויים המשתלמים למשקיעים זרים לבין אלה אשר משתלמים (או אינם משתלמים) לאזרחי המדינה המארחת. זו הסיבה שבגינה מדובר ברמה "בין־לאומית", ולא "לאומית". לפיכך, לפי עמדה זו, משקיע זר יוכל לזכות ברמת פיצוי גבוהה מזו שאזרח מקומי של המדינה המארחת זוכה בה, אפילו אם הרכוש המופקע בשני המקרים דומה ושווה־ערך.¹⁰²

ב. בצד האחר של קשת העמדות נמצאת דוקטרינת "היחס הלאומי". על־פי דוקטרינה זו, זרים לא יוכלו לשאוף לפיצוי גבוה מהפיצוי שמוצע בנסיבות דומות לאזרחי המדינה המפקיעה. עוד לפי דוקטרינה זו (שהושפעה מדוקטרינת

Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century*, 159 RECUEIL DES COURS 1, 298 (1978).

Karl Meessen, *Introduction*, in *KAPITALINVESTITIONEN IM AUSLAND – CHANCEN UND RISIKEN* 25 (J. Esser & Karl M. Meessen hrsg., 1983): "The obligation to pay full compensation is inherent to the very concept of compensation itself. But, as mentioned earlier there are situations where the above rule would have to be supplemented to the effect that a reduction to the compensation due is justified". ראו גם SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 448: "Full compensation need not be paid where there is a full-scale nationalisation of an industry as a part of economic reform".

102 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 142; Josef Kunz, *The Mexican Expropriations* 27 (New York University School of Law, Contemporary Law Pamphlets Series, Ser. 5 No. 1, 1940, rep. 1976): "The right of aliens in the matter of expropriation is derived from international law and the fact that States can, under their constitutions, expropriate their own citizens without adequate compensation, cannot be pleaded by them, when treating aliens in the same way".

קלבו¹⁰³), במקרה של מחלוקת סביב שאלת גובה הפיצוי, בתי-המשפט הפנימיים של המדינה המארחת הם היחידים שמוסמכים להכריע.

בשנות התשעים של המאה העשרים חלו, באופן מפתיע כמעט, כמה התפתחויות שגרמו לתנודה במצב. בלשונו של המשפטן הגרמני קרל מייסן, המשפט הבין-לאומי בסוגיית דיני ההשקעות החל אז לעבור "תהליך של רה-קונסולידציה"¹⁰⁴. אחת הסיבות להתפתחות זו הייתה העובדה שמשקיעים זרים השכילו להבין שהגיעה העת לשינוי בגישה. בתקופה הקולוניאלית השקיעו זרים רבים במדינות לא-מתועשות או נחשלות מתוך כוונה לנצל את אוצרות-הטבע והעושר של אותן מדינות, מבלי לתרום באופן כלשהו לרווחתן של האוכלוסיות והכלכלות המקומיות, והדבר יצר אפקט של בומרנג. אותן מדינות שחשו מנוצלות החלו בתגובה לפגוע בזכויות המשקיעים. בהמשך, בשנות התשעים, קיימת עדות לכך שמשקיעים רבים שינו את התייחסותם, והקצו חלק מרווחיהם למדינות המארחות. בדרך זו תרמו המשקיעים הזרים לכלכלותיהן של מדינות אלה – למשל, על-ידי יצירת מקומות עבודה ואמצעי ייצור. במקביל החל המושג "אחריות חברתית של תאגידים" (corporate social responsibility)¹⁰⁵ לצבור תנופה, ככלי לעידוד מעורבות חיובית של משקיעים זרים בקרבה של המדינה המארחת בתחומים כגון איכות הסביבה, צרכנות, חינוך, יחסי עבודה, זכויות אדם ועוד.

סיבה נוספת לשינוי המצב המשפטי הייתה ללא ספק היעלמותו של הגוש הקומוניסטי, שבעקבותיה נוצר צורך במדינות החדשות למשוך משקיעים זרים. אחד הצעדים שנקטו מדינות אלה על-מנת לעודד השקעות זרות היה מתן ערבויות לכך שהזכויות המוקנות של המשקיעים יוכבדו. הדבר נעשה על-ידי הבטחת סעדים נאותים למשקיעים במקרה שהשקעתם תיפגע.¹⁰⁶ באופן כללי, הפיתוי

103 ראו לעיל ה"ש 29 והטקסט שלידה.

104 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 25.

105 Archie B. Carroll, *Corporate Social Responsibility: Evolution of a Definitional Construct*, 38 Bus. & SOC'Y 268 (1999); Francisco Zamora Cabot, *Las Empresas Multinacionales y su Responsabilidad en Materia de Derechos Humanos: Una Visión de Conjunto*, 6 HURI-AGE 2 (2013).

106 אפילו קובה אימצה את עקרון הפיצוי בגין הפקעה בחוק הקובני להשקעות זרות מס' 77 משנת 1995. ס' 3 לחוק האמור מורה: "משקיעים זרים בטריטוריה הלאומית הקובנית נהנים מהגנה מלאה ומביטחון, ונכסיהם לא יופקעו אלא לטובת הציבור או לאינטרס של החברה, כפי שיוצג על-ידי הממשל... הפיצוי במקרה של הפקעה ישולם במטבע שניתן להמירו באופן חופשי, והוא יהיה בגובה הערך המסחרי כפי שייקבע בהסכמה." <http://www.cubaindustria.cu/index.php/comercio-exterior/inversiones-extranjeras>. באותה רוח נוסח ס' 4.1 לחוק

להימנע מתשלום פיצויים בגין הפקעה חדל להיות פופולרי. מדינות מתפתחות נוכחו כי אמצעי זה פועל כבומרנג, באשר בסופו של דבר הוא גורם להרחקת המשקיעים הזרים.¹⁰⁷ כפי שציין פרופ' דינשטיין קרוב לשלושים שנה לפני גילוי שדות הגז בישראל:

"...אין זה נהיר במה יקודמו האינטרסים של עמים אם תתאפשר הפקעה שרירותית של זכויות של זרים. עם התלוי בסיוע טכני וכספי מבחוץ רק ייפגע לטווח ארוך אם זרים יחששו לסייע לו, פן יוחרמו השקעותיהם ללא פיצוי סביר."¹⁰⁸

בשנים האחרונות ניסו כמה מדינות להשיב את הגלגל אחורנית, אל מה שמכונה "חלום הבלהות של שנות השבעים", על-ידי החייאת דוקטרינת קלבו וכן ביצוע "הפקעות מוסוות" (או עקיפות).¹⁰⁹ דוגמה לניסיון להחיות את דוקטרינת קלבו היא סעיף 366 לחוקת בוליביה משנת 2009,¹¹⁰ שלפיו כל התאגידים הזרים שפועלים בענף ייצור הדלק יהיו כפופים לריבונות, לחוק ולרשויות של המדינה. לפי אותו סעיף, בשום מקרה לא תוכר סמכותה של ערכאה זרה, וכן לא יהיה אפשר להסתמך על בוררות בין-לאומית או לנקוט התערבויות דיפלומטיות.

הקובני החדש להשקעות זרות מס' 118 משנת 2014 – <http://www.granma.cu/cuba/> – Cheryl W. Gray & William Jarosz, *Foreign Investment Law in Central and Eastern Europe* 13 (Policy Research Department, The World Bank, 1993), <http://documents.worldbank.org/curated/en/1993/03/699086/foreign-investment-law-central-eastern-europe> M. Feldman, *The Settlement of Expropriation Cases in Iran*, in KAPITAL- 107 INVESTITIONEN IM AUSLAND – CHANCEN UND RISIKEN 102 (J. Esser & Karl M. Meessen hrsg., 1983).

108 יורם דינשטיין המשפט הבינלאומי האל-מדינתי 150 (1979).

109 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 25.

110 https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009: "Every foreign enterprise that carries out activities in the chain of production of hydrocarbons in name and representation of the State shall submit to the sovereignty of the State, and to the laws and authority of the State. No foreign court case or foreign jurisdiction shall be recognized, and they may not invoke any exceptional situation for international arbitration, nor appeal to diplomatic claims" Decreto Supremo No. 28701: 2006 החלה בוליביה בתהליך של הלאמת תעשיות הדלקים: of 3 May 2006, http://www.ambito.com/diario/aw_documentos/archivospdf/2005/id_doc_4131.pdf

בכל הנוגע בהפקעות מוסוות או בלתי-ישירות, אלה נעשות כאשר מדינה נוטלת את מהות זכויותיו של משקיע מבלי לבסס את הנטילה על מעשה חקיקה אשר מורה מפורשות על הפקעה או הלאמה. דוגמאות להפקעות מוסוות הן הטלת מגבלות "מהותיות"¹¹¹ על השימוש ברכוש או על זכות ההנאה ממנו, הטלת מיסים מחרימים, התערבויות חד-צדדיות בדירקטוריונים של חברות, הכרזה על שטחים השייכים למשקיע כעל אזורים מוגנים ואסורים לכניסה, וכדומה.¹¹²

דוגמה לסוג זה של פגיעות ניתן למצוא בפסק-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Papamichalopoulos*.¹¹³ בשנות השישים של המאה העשרים, כאשר יוון נשלטה על-ידי כת צבאית, תפס הממשל אדמות שהיו שייכות לאנשים פרטיים והעבירן לטובת חיל הים היווני. צו ממשלתי הכריז על חלקות האדמה שנתפסו כעל שטח צבאי סגור ומבצר ימי. חיל הים החל לבנות שם, בין היתר, אתרי נופש למפקדים. בעלי החלקות פנו לערכאות יוניות וביקשו צו זמני להחזרת המצב לקדמותו. הצווים ניתנו על-ידי בתי-משפט יוניים, אך לא כובדו על-ידי חיל הים. בשנת 1964, לאחר שמשטר הדיקטטורה נפל, החלו העותרים לנקוט צעדים משפטיים נוספים. הם זכו בכמה החלטות לטובתם, אבל הואיל ולצבא הייתה עדיין השפעה רבה, החלטות אלה מעולם לא נאכפו. ביולי 1980 הודיע שר ההגנה היווני לנפגעים כי המבצר הימי שנבנה במקום מונע את האפשרות להחזיר להם את אדמותיהם, ובישר להם כי יציעו להם חלקות חלופיות. שלוש שנים מאוחר יותר חוקק חוק שהכיר בזכות הנפגעים לחלקות חלופיות, אך החוק לא נאכף. בשנת 1992 הושבה ריקם בקשה נוספת של הנפגעים לזכות באדמות חלופיות. הבעלות על אותן חלקות מעולם לא הועברה רשמית – לא לחיל הים ולא לממשלת יוון – וזאת אף שחלפו יותר מעשרים שנה מאז תפס הצבא את האדמות. המקרה הגיע לפני הוועדה האירופית לזכויות אדם, ואחר כך לפני בית-הדין לזכויות אדם, וזה קבע כי

111 ראו לעיל ליד ה"ש 51 ואילך.

112 OECD, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3 ואילך: "Expropriation or deprivation of property could also occur through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of the benefits even where the property is not seized and the legal title to the property is not affected. The measures taken by the State have a similar effect to expropriation or nationalisation and are generally termed 'indirect', 'creeping', or 'de facto' expropriation, or measures 'tantamount' to expropriation".

ראו גם SORNARAJAH, לעיל ה"ש 2, בעמ' 400.

Papamichalopoulos & Others v. Greece, App. No. 14556/89, 24 June 1993, 113 http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hurcd4&div=80&g_sent=1&collection=journals

יוון ביצעה הפקעה מוסווית (או תפיסה דה-פקטו) ולא שילמה בגינה פיצויים כמתחייב מן האמנה האירופית לזכויות אדם.

המטרה המסתתרת מאחורי השימוש בטקטיקה של הפקעה מוסווית היא להתחמק מתשלום פיצויים. אכן, הואיל ובמקרים אלה לא נחקק כל חיקוק המורה מפורשות על ביצוע הפקעה, המדינה המארחת יכולה לטעון שהיא לא נטלה כלל רכוש מהמשקיע הזר, אלא רק הפעילה צעדי אסדרה לצורכי הציבור, ואלה אינם כרוכים בחובת פיצוי.¹¹⁴

התייחסות רחבה לסוגים אלה של פגיעות מופיעה בפסק-הדין בעניין *Middle East Cement Shipping and Handling Co.*¹¹⁵, שם ציינה ערכאת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID):

”כאשר מדינה נוקטת צעדים שכתוצאה מהם נשללת מהמשקיע האפשרות להשתמש בהשקעתו וליהנות ממנה, אף אם הוא שומר על הבעלות הנומינלית על הזכויות מכוח ההשקעה, צעדים אלה מוכרים בדרך-כלל כהפקעה 'זוחלת' או 'בלתי-ישירה' או – כמו באמנה הדו-צדדית להשקעות – כצעדים 'שתוצאתם שקולה להפקעה'... זה המצב במקרה שלפנינו, ועל-כן בית-הדין סובר כי צעדים דוגמת אלה שננקטו עולים כדי הפקעה...”¹¹⁶

לפיכך, כל אימת שלצעדי המדינה תהא השפעה פולשנית על מהותן של הזכויות שנרכשו על-ידי המשקיע, וללא קשר לבסיס המשפטי של אותם צעדים בחוק הלאומי,¹¹⁷ בעיני המשפט הבין-לאומי ייראה הדבר כנטילת רכוש, והנפגע יהיה זכאי לפיצוי. כפי שנאמר, בהתאם ל”רמה הבין-לאומית המינימלית של שלטון החוק”, הפיצוי חייב להיות מלא, בעוד לפי עמדת “היחס הלאומי”, על הפיצוי להיות שווה ברמתו לפיצוי המשתלם לאזרחים מקומיים של המדינה המארחת.

Hélène Ruiz Fabri, *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for “Regulatory Expropriations” of the Property of Foreign Investors*, 11 N.Y.U. ENVTL. L.J. 148 (2002)

Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, 115 ICSID Case No. ARB/99/6, Apr. 12, 2002.

¹¹⁶ שם, פס' 107.

¹¹⁷ דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 19.

2. התוצאה של אי־תשלום פיצויים לנפגע

מדינה שפגעה באופן מהותי בהשקעות זרות ונמנעה מלשלם פיצויים לנפגעים עשויה לחוב באחריות בין־לאומית. אחריות זו צומחת מאי־עמידה בתנאי המשפט הבין־לאומי לכשרותה של אותה נטילה, קרי מההימנעות לשלם פיצוי לנפגע, ולא מעצם נטילת הרכוש (באשר נטילה כזו מותרת מכוח הסמכות הטריטוריאלית).¹¹⁸ בנסיבות אלה יש בידי המדינה־האם האפשרות להפעיל הגנה דיפלומטית ולהגיש תביעה בין־לאומית, למשל. אם ההליכים הבין־לאומיים נגד המדינה המארחת יוכתרו בהצלחה, התרופה שתקבל המדינה־האם תהיה לרוב פיצויים. זהו גם המצב השכיח במסגרות אחרות, כגון בערכאת ה־ICSID ובאמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם. לשון אחר, אם התביעה הבין־לאומית תוכתר בהצלחה, המדינה שפגעה בהשקעה תחויב לרוב בתשלום סכום כספי המפצה על מחדלה לפצות את המשקיע שרכשו הופקע. מדובר אם כן בשני סוגים שונים של פיצוי: האחד, פיצוי עקב הפגיעה בהשקעה של המשקיע; והאחר, פיצוי שיתקבל בתום ההליכים הבין־לאומיים, בגין אי־תשלום הפיצויים הראשונים בעקבות הפקעה.¹¹⁹

עם זאת, יש לזכור כי במסגרת ההגנה הדיפלומטית, הימנעות של מדינה מלשלם פיצויים אינה הופכת את נטילת הרכוש כשלעצמה ל"נטילה בלתי־חוקית" (בהקשר זה ראו את הדיון בהמשך בתת־פרק 11). לפיכך לא יהיה אפשר לערער במישור הבין־לאומי על עצם נטילת הרכוש, שכן זהו ביטוי לגיטימי של הריבונות, שהיא נחלתה של כל מדינה. במקרים אלה העילה לתביעה בין־לאומית תהיה אי־תשלום פיצוי לנפגע. זו הסיבה שבגינה יש התייחסות דלה בלבד, גם בספרות וגם בפסיקה, לאפשרות של השבת הרכוש שנלקח מהמשקיע, וזאת להבדיל מטיב הפיצוי וגובהו, שלגביהם קיימים מקורות אין־ספור.

Hans W. Baade, *Indonesian Nationalization Measures before Foreign Courts*: 118 *A Reply*, 54 *Am. J. Int'l L.* 801, 830 (1960): "International law does not generally regulate the property side of expropriation, i.e., the legality of expropriations themselves. It merely provides that... there has to be a bona fide offer... to pay such compensation as is required by international law"

119 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 136.

ו. תרופה של "השבה בעין" במישור ההשקעות?

- כפי שציינתי לעיל, התרופה הרגילה במקרים של נטילת זכויותיהם של משקיעים זרים היא הפיצויים. אולם היו מקרים שבהם משקיעים ומדינות-אימהות, אשר כל רצונם היה למנוע את הפגיעה בהשקעה ולשמור על זכויותיהם, ניסו לזכות בהשבה בעין באמצעים שונים. בתת-פרקים הבאים נסקור את החשובים מבין אותם אמצעים:
- הגשת עתירה במסגרת המשפט הבין-לאומי ההסכמי בהסתמך על אמנות הכוללות הוראות שאוסרות הפקעה (תת-פרק 11);
 - הגשת עתירה במסגרת המשפט העבר-לאומי – תופעה המכונה "בנאום חוזי השקעות" (תת-פרק 21);
 - הגשת עתירה במסגרת המשפט האזורי המבקשת להגן על זכות הקניין הפרטי בהתבסס על האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם (תת-פרק 31);
 - הגשת עתירה לבית-הדין לבוררות של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (תת-פרק 41).

1. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות עריכת אמנות שאוסרות נטילת רכוש

תופעת האמנות הדו-צדדיות לעידוד השקעות ולהגנה עליהן מוכרת זה עשרות שנים. מדינות הרבו להתקשר בצורה זו עם מדינות אחרות, בעיקר במאה העשרים, וכיום מספרן של אמנות אלה כבר מגיע לכדי אלפים.¹²⁰ האמנות הדו-צדדיות האמורות מתרכזות בעיקר בהגנה על אזוריהן של המדינות החברות מפני התערבויותיה של המדינה המארחת. עם זאת, רובן המכריע של אמנות אלה אינן עוסקות בניסיון להבטיח דווקא שכל השקעה תמשיך להתקיים עד לתום מועדה, כשהיא חופשית מהתערבויות, כי אם בנושאים אחרים, כגון הגדרת המושג "השקעה בין-לאומית",¹²¹ קביעת רמת היחס שיש להעניק למשקיעים מקרב

NEW ASPECTS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 118 (Philippe Kahn & Thomas W. Wälde eds., 2004); Eyal Benvenisti & George W. Downs, *The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of international Law*, 60 STANFORD L. REV. 595, 611 (2007) ("The impact of serial bilateralism is particularly significant in the sphere of protection of foreign investments. Between 1988 and 2004, about 1900 bilateral investment treaties (BITs) were signed"); JEAN-PIERRE LAVIEC, PROTECTION ET PROMOTION DES INVESTISSEMENTS 241 (1985).

121 ארצות-הברית מציעה נוסח של "אמנה לדוגמה" לעידוד השקעות בין-לאומיות, ובה השקעה מוגדרת (בס' 1) כ"כל נכס שמצוי בבעלותו של משקיע או בפיקוחו הישיר או העקיף, ואשר

המדינות החברות באמנה (בדרך-כלל מדובר ביחס שווה לזה שהאזרחים המקומיים זוכים בו¹²² או ביחס שתואם את הכלל של "המדינה המועדפת ביותר"¹²³), וכן הדרכים ליישוב סכסוכים. לעיתים אמנות אלה קובעות את קנה-המידה לפיצוי שיינתן במקרים של הפקעות או הלאמות.¹²⁴

בתת-פרק זה תידון האפשרות הפחות-נפוצה – קיומה של אמנה בין-לאומית האוסרת על המדינות החברות בה לפגוע ברכושם של אזרחי שאר המדינות החברות. סיטואציה זו שונה בתכלית השינוי מהמצב במשפט הבין-לאומי המנהגי. כפי שתואר לעיל בסוף התת-פרק הקודם, בקונסטלציה של המשפט המנהגי כל מדינה מוסמכת לפגוע בזכויותיהם של זרים, ובלבד שבמקרה של פגיעה מהותית

ניחן בתכונות... כגון הקדשת הון או משאבים אחרים, ציפייה לרווח או להכנסה, או נטילת סיכון" (בהמשך ההגדרה מפרטת באופן רחב מאוד, אך בלתי-ממצה, את הסוגים השונים של נכסים וזכויות שיכולים להיות כלולים במסגרת ההגדרה). ראו: 2004 Model BIT – Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of investment, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model.%20BIT.pdf>.

122 בהקשר זה ניתן להפנות לס' 6(5) לאמנה שבין ארצות-הברית לבין הולנד משנת 1958, שבה נקבע כי "אזרחים וחברות של הצדדים לא יזכו בשום מצב, בהיותם בטריטוריה של הצד האחר, ברמה שנופלת מהיחס הלאומי". Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and the Netherlands, 1956, 285 U.N.T.S. 231, 233 (1958).

123 הכוונה כאן היא שעל-פי האמנה, אזרחי המדינות החברות יזכו ביחס שווה לזה הניתן לאזרחיה המקומיים של המדינה החברה שבה מתבצעת ההשקעה, אלא אם כן מדינה זו ערכה הסכם עם מדינה שלישית שמעניק רמה גבוהה יותר לאזרחיה של אותה מדינה שלישית. במקרה זה יהא עליה להחיל את הרמה הגבוהה יותר גם על אזרחי המדינה שחתומה עימה על האמנה הנוכחית.

124 בהקשר זה ניתן להפנות לדוגמה מאמנה שבין ארצות-הברית לבין צרפת משנת 1959 Convention of Establishment between the United States and France, Nov. 25,) 1959, 11 U.S.T. 2398, שם נקבע בס' IV(3) (שם, בעמ' 2403) כי על הפיצוי לייצג את הערך של הרכוש שנלקח:

"3. Property of nationals and companies of either High Contracting Party shall not be expropriated within the territories of the other High Contracting Party except for a public purpose and with payment of a just compensation. Such compensation shall represent the equivalent of the property taken; it shall be accorded in an effectively realizable form and without needless delay. Adequate provision for the determination and payment of the said compensation must have been made no later than the time of the taking."

בזכויותיהם היא תפצה את המשקיעים שנפגעו. לעומת זאת, כאשר קיימת אמנה האוסרת על המדינה המארחת להפקיע או לשנות את המיסוי, אזי עצם נטילת הרכוש או עצם שינויה של שיטת המיסוי החלה על המשקיעים מהווים הפרה של המשפט הבין-לאומי (ההסכמי).¹²⁵ במצב דברים זה זכויותיה של המדינה-האם שנפגעו בעקבות ההפקעה אינן נובעות מהפרת המשפט המנהגי, דהיינו מאי-עמידה של המדינה המארחת ב"רמה הבין-לאומית המינימלית של שלטון החוק" (שלפיה יש לפצות זרים שרכושם מופקע), אלא מהפגיעה בעיקרון הבסיסי והמחייב שלפיו "אמנות יש לקיים".¹²⁶ על-כן, ומכוח אותו עיקרון, במקרה של הפרת הוראה באמנה שאוסרת הפקעה, ההפקעה עצמה תהא בלתי-חוקית.¹²⁷ זאת, להבדיל מהמצב במשפט המנהגי, שם ההפקעה עצמה מותרת כאמור, ורק אי-תשלום פיצויים מהווה עילה לתביעה בין-לאומית, שבמסגרתה אי-אפשר לזכות בסעד של ביטול ההפקעה, אלא רק בפיצוי כספי (ראו תת-פרק 2).

הואיל וכך, עולה השאלה הבאה: כאשר מדינה פוגעת בהשקעה בניגוד להוראות אמנה, האם ניתן לזכות בהשבת המצב לקדמותו, להבדיל מסעד של פיצויים? כידוע, במשפט הבין-לאומי האמנות הן המקור המשפטי הראשון במעלה.¹²⁸ בהתאם לכך, אין דבר המונע מדינה מלהתחייב באמנה בין-לאומית להימנע מלפגוע ברכושם של אזרחי יתר המדינות החברות. לפיכך, מעת ההצטרפות לאמנה ואשרורה, פגיעה במשקיעים הזרים תוך הפרת האמנה מצמיחה ללא ספק

125 ראו Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 22.

126 Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, art. 26, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>: "Pacta sunt servanda". Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith"

127 בנבישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 52.

128 ראו ס' 38 ל-Statute of the International Court of Justice (<http://www.icj-cij.org/-/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>)

"The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- the general principles of law recognized by civilized nations;
- subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

אחריות בין-לאומית. בעניין *Factory at Chorzów* הפקיעה פולין בית-חרושת שהיה בבעלותם של אזרחים גרמנים, תוך הפרת הוראה שנקבעה באמנת ג'נבה מ-13 במאי 1922, אשר אסרה פגיעות מן הסוג האמור.¹²⁹ בית-הדין הבין-לאומי הקבוע, שלפניו הובא הדיון בסכסוך זה, קבע כי במקרים כגון דא הסעד המשפטי שצריך להינתן הוא למחוק ("wipe out") ככל האפשר את תוצאות המעשה הבלתי-חוקי, ולהשיב את המצב לקדמותו כפי שהיה אילולא הופרה האמנה.¹³⁰ במילים אחרות, נראה שלפי הקביעה של בית-הדין הבין-לאומי הקבוע, הסעד המתאים במקרים של הפרת הוראה שבאמנה הוא השבת הסטטוס-קוו אנטה.¹³¹ מלימוד הרציו של פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów* עולה כי כאשר מדינה התחייבה באמנה לא לפגוע בהשקעות זרות ואז הפרה את התחייבותה זו, התרופה ההולמת היא השבת המצב לקדמותו, ולא פיצויים.

"בנסיבות רגילות, החזר בעין (או ביצוע בעין) הנו הדרך האידיאלית לתיקון המעוות."¹³²

ברם, תהא זו טעות לחשוב שיש באמנות אלה כדי לספק את הפתרון האוניוורסלי והאידיאלי לשריון זכויותיהם של משקיעים מפני פגיעה מצד המדינה המארחת. קיימות לכך שלוש סיבות לפחות:

ראשית, מדינות אינן ששות לוותר מראש, במסגרת אמנה, על סמכויותיהן הריבוניות לשלול רכוש מידיהן של הפרט. יתרה מזו, גם אם ממשלת המדינה המארחת התחייבה על ויתור כזה, ייתכן שלא תהא להתחייבותה זו כל משמעות, ושידיה יהיו כבולות, אם משפטה הלאומי של המדינה המארחת (למשל, חוקתה)

Case Concerning the Factory at Chorzów (Indemnity) (Merits), Judgment, 129 P.C.I.J. 1928 Ser. A No. 17, 29, 46–48 (להלן: עניין *Factory at Chorzów*).

130 שם, בעמ' 47:

"The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed."

131 ראו דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 132; Susan Marks, *Expropriation: Compensation and Asset Valuation*, 1989 CAMB. L.J. 170: "Few would dispute that international law draws a sharp distinction between a lawful and an unlawful expropriation of foreign assets by a state"

132 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133.

אינו מאפשר ויתורים כאלה על ריבונות. זו אחת הסיבות לכך שאמנות מסוג זה אינן שכיחות בפרקטיקה הבינ-לאומית.

שנית, בניגוד למה שניתן להבין מקריאה ראשונית של פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*, הסעד של השבת המצב לקדמותו לא יינתן באופן אוטומטי. באותו עניין הצהיר בית-הדין הבינ-לאומי הקבוע בפסק-דינו כי השבה בעין משקפת את התרופה הנאותה "במצבים שגורתיים".¹³³ ברם, "במצבים לא-שגורתיים" – קרי, כאשר ההשבה בעין אינה אפשרית מסיבות אובייקטיביות או מעשיות (למשל, אם מפעל מופקע נהרס, אם מקור נפט התייבש או אם הנסיבות השתנו באופן קיצוני עקב זמן רב שחלף)¹³⁴ – נראה שהתרופה הנאותה תהא בכל-זאת פיצויים. חשוב להדגיש, עם זאת, כי פיצויים אלה שונים מהפיצויים המשתלמים מכוח המשפט המנהגי כתרופה במקרים של הפקעות ללא פיצוי (ראו לעיל בתת-פרק ה2). במקרה של הפקעות "בלתי-חוקיות" – כלומר, בהפקעות בניגוד לאמנה – רמת הפיצוי תהא גבוהה יותר, היות שבמקרה זה הפיצוי צריך "לסמל את החזרת המצב לקדמותו", אשר נהפכה לבלתי-אפשרית.¹³⁵ לפיכך, אם נגרמו למשקיע נזקים כתוצאה מההפקעה האסורה, תחויב המדינה המארחת בשיפוי גם בגין אותם נזקים ישירים ועקיפים, ובכלל זה נזקים בלתי-מוחשיים.¹³⁶ שלישית, יש להביא בחשבון מכשול אובייקטיבי נוסף: בניגוד למצב במשפט הלאומי, אכיפת פסק-דין של ערכאה בין-לאומית המורה על השבה בעין שהוצא נגד מדינה סרבנית עשויה להיות בעייתית. כידוע, אין במשפט הבינ-לאומי מנגנון להוצאה לפועל של פסקי-הדין, ואין בו גם מנגנון שיפקח על אופן ביצועה של השבה בעין כאמור.¹³⁷ בנסיבות האמורות קיימת עדות ברורה לאוולת-היד מקום שמדינה מארחת מסרבת להשיב לנפגע את הרכוש שניטל ממנו בניגוד לאמנה.¹³⁸

133 עניין *Factory at Chorzów*, לעיל ה"ש 129, בעמ' 47–48.

134 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133: "עם זאת, את הנעשה לא תמיד ניתן להשיב, והחזר בעיין עשוי להיות בגדר משימה בלתי אפשרית." ראו גם בנבנישתי, לעיל ה"ש 32, פס' 52.

135 עניין *Factory at Chorzów*, לעיל ה"ש 129, בעמ' 47.

136 Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 23.

137 השוו עם המצב בדין הישראלי: ס' 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, שולל את זכות הנפגע לאכיפה כאשר הביצוע דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-המשפט או לשכת הוצאה לפועל. ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות (2009) 213.

138 מדינת המשקיע תוכל אולי לנקוט צעדי גמול, אך לא תמיד יצליחו צעדים כאלה להניע את המדינה המארחת להחזיר את המצב לקדמותו.

על אמרה זו יש להוסיף הערה חשובה שקשורה לפרקטיקה: כאשר יחסי הכוחות בין המדינה שחויבה בפסק-דין או בבורות בין-לאומיים לבין מדינת המשקיע נוטים לטובת זו האחרונה (מבחינה כלכלית, מטעמים של תלות מסחרית, צבאית או אסטרטגית, או מסיבה דומה אחרת), ייתכן שהמדינה-האם תוכל לאחוז באמצעי לחץ על-מנת לאכוף את הפסק. מקרה כזה אירע בשנת 2012, כאשר ארצות-הברית השהתה מתן הטבות לארגנטינה מכוח "מערכת ההעדפות הכללית" (General system of preferences – GSP).¹³⁹ ההשהיה הייתה תגובה על כך שממשלת ארגנטינה סירבה לאכוף פסקים של ערכאת המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות שניתנו בעקבות פגיעות במשקיעים אמריקאים.¹⁴⁰ צעדים מסוג זה ניתנים לנקיטה על-ידי הצד ה"חזק",¹⁴¹ אך לא כאשר יחסי הכוחות בין המדינות המעורבות שקולים.

הנה כי כן, עולה כי התרופה הסבירה והשגרתית במקרים של הפקעה תוך הפרת אמנה תהא בכל-זאת פיצויים – תרופה אשר סביר להניח כי לא תמיד תספק את המשקיע. לפיכך לא נראה שיש בהתייבויות על-פי אמנות כאלה משום פתרון לגבי משקיעים שחפצים להנציח את זכויותיהם.

ביחס למקרה הספציפי של התאגיד האמריקאי שפועל בתחום הגז הטבעי בישראל, קיימת אמנה מיום 23 באוגוסט 1951 שנחתמה בושינגטון. מדובר באמנת

139 מדובר במערכת וולונטרית במסגרת ארגון המסחר הבין-לאומי, אשר מאפשרת למדינות מפותחות להעניק הטבות מכס חד-צדדיות למדינות אחרות ביחס לייבוא של טובין שונים מהן. מערכת זו הינה יוצא-מן-הכלל לעקרון "המדינה המועדפת ביותר" הנהוג בארגון. ראו <http://unctad.org/en/Pages/DITC/GSP/About-GSP.aspx>

US Suspends Argentina from Trade Preference Scheme, 16(12) BRIDGES 140 (March 28, 2012), <http://www.icts.org/bridges-news/bridges/news/us-suspends-argentina-from-trade-preference-scheme>: "Trade frictions are on the rise between Washington and Buenos Aires, after US President Barack Obama announced on Monday that the US would be suspending Argentina from its Generalised System of Preferences programme – which waives duties on thousands of imports from developing countries – for failure to pay arbitration awards in two disputes involving US investors"

בהמשך, בחודש אוקטובר 2013, הגיעה ממשלת ארגנטינה להסדר עם כמה חברות אמריקאיות שבמסגרתו היא התחייבה לשלם להן רק 75% מהסכומים שנתבעו במרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות. הודעה רשמית על ההסכמים פורסמה על-ידי משרד האוצר הארגנטיני בתאריך 18.10.2013: <http://prensa.cancilleria.gov.ar/noticia.php?id=30183264>

141 לדוגמה נוספת, שבה המדינות המעורבות היו ארצות-הברית ולוב, ראו עניין *TOPCO*, להלן ה"ש 152. ראו גם את הדיון בפרשה זו להלן בחלק 21(ב).

ידידות, סחר וספנות בין ישראל לארצות-הברית (אשר מוכרת גם בשם "ברית הידידות").¹⁴² אמנה זו נכנסת לקטגוריה המוכרת של "האמנות הדו-צדדיות לעידוד השקעות ולהגנה עליהן". סוג זה של אמנות, שהן כאמור תופעה נפוצה מאוד בפרקטיקה הבין-לאומית,¹⁴³ אינן עוסקות בשריון מוחלט של זכויות משקיעים, אלא מציבות רמה של יחס שהמדינה המארחת חייבת להחיל על משקיעים של מדינה אחרת שהיא צד לאמנה במקרה של פגיעה בזכויותיהם. בדרך-כלל מדובר באי-הפליית המשקיע הזר לעומת האזרחים המקומיים, בקיום הליכי דין ראויים תוך יישום עקרונות של צדק, ובהענקת פיצוי נאות במקרים של פגיעות במהותה של זכות. אמנות אלה יכולות לקבוע גם אמצעים ליישוב סכסוכים, כגון בוררות או שפיטה בין-לאומית.

ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית, שעודנה בתוקף, מעניקה הגנה על זכויות מוקנות של אזרחי מדינה אחת מפני התערבותה של המדינה האחרת. בין היתר נקבע בה כי המדינות החברות יימנעו מנקיטת צעדים בלתי-סבירים או מפלים שיפגעו בזכויות או באינטרסים שנרכשו כדין על-ידי תאגידים של הצד האחר.¹⁴⁴ בהמשך, ובאופן דומה, נקבע כי אזרחים ותאגידים של המדינות החברות לא יחויבו לשלם מיסים, אגרות או היטלים על הכנסות, הון ופעולות מסחריות, וכן לא יהיו חייבים למלא אחר דרישות גבוהות מאלה המוטלות על אזרחים ותושבים מקומיים ועל חברות של מדינות שלישיות.¹⁴⁵ הוראה משלימה

142 ברית ידידות, מסחר וספנות בין ישראל ובין ארצות הברית של אמריקה, כ"א 34, 15 Israel and United States of America – Treaty of friendship, Commerce and Navigation, 1951, 219 U.N.T.S. 237 (1955), <https://treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%20219/v219.pdf> (להלן: ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית). על חשיבותה של אמנות מסוג זה לגבי משקיעים ישראלים ראו: Stuart H. Newberger, *What Israeli Investors Should Know About International Investment Treaty Arbitration*, http://www.israelbar.org.il/uploadfiles/Israeli_Investors_and_Investment_Arbitration_Newberger.pdf.

143 ראו לעיל ליד ה"ש 120.

144 ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית, לעיל ה"ש 142, ס' ו, ס' 4: "בעלת הברית האחת לא תנקוט אמצעים בלתי ראויים או אמצעי הפלייה הפוגעים בזכויות או בטובות הנאה, שנרכשו כחוק בשטחי ארצה על ידי אזרחים וחברות של רעותה במפעלים שהקימו או בהון, במומחיות, באמנות או בטכנולוגיה שהביאו; וכן לא תפריע בעלת הברית האחת הפרעה ללא טעם את האזרחים ואת החברות של רעותה מלהשיג, בתנאי צדק, את ההון, המומחיות, האמנות והטכנולוגיה שהיא זקוקה להם לשם פיתוחה הכלכלי."

145 שם, ס' יא, ס' 3: "אזרחים וחברות של בעלת הברית האחת לא יהיו בשום פנים חייבים לשלם, בשטחי ארצה של רעותה, מיסים, אגרות או היטלים המוטלים על הכנסה, הון, עסקאות, פעולות

קובעת כי המדינות החברות לא יטילו על חברות של הצד האחר מיסים או היטלים החורגים מגדר הסביר.¹⁴⁶

כרם, בניגוד לעובדות בעניין *Factory at Chorzów*, ברית הידידות בין ישראל לארצות-הברית אינה מכילה הוראה שאוסרת בצורה מוחלטת על המדינות החברות לנקוט צעדים שמטרתם לפגוע באזרחים של הצד האחר לאמנה, באופן שהופך פגיעות כאלה לבלתי-חוקיות.¹⁴⁷ לפיכך, אם אחת החברות המשקיעות שתיפגע מצעד שינקטו רשויות המדינה תהא חברה אמריקאית, ואם צעדים אלה יהיו מנוגדים להתחייבויות שישראל נטלה על עצמה במסגרת האמנה (וכאמור, התחייבויות אלה אינן כוללות איסור מוחלט לפגוע בתאגידים, אלא רק מסגרת שיש לכבד במקרה של פגיעה כאמור), אזי ארצות-הברית תוכל לפעול במישור הבין-לאומי נגד ישראל בעטיין של פגיעות אלה, אולם הסעד שיתקבל יהיה בוודאי פיצויים, ולא השבה בעין. חשוב להדגיש כי האמור מתייחס למישור הבין-לאומי, שהרי קיימת טענה כי ברית הידידות אינה מחייבת כלל במישור הישראלי הפנימי, משום שהיא לא נקלטה על-ידי חיקוק של הכנסת.¹⁴⁸

2. נסיונות לזכות בהשבה בעין באמצעות חוזים עבר-לאומיים – תופעת ה-
“internationalized contracts”

קיימים סוגים רבים של אפיקי השקעות שהרווחים והפירות בגינם מתקבלים רק בחלוף זמן ממושך. אחד מהם הוא מגזרי הגז והנפט. לפיכך, בהשקעות מהסוג האמור האינטרס של היזמים, אשר השקיעו סכומים גדולים בקידום המיזם (בדוגמה שלנו, בין היתר, במבחנים גיאולוגיים, במכונות ובציוד, בהעסקת מומחים וביתר הפעילויות הקשורות לחיפוש ולהפקה), הוא למנוע פגיעה בהשקעתם, ככל שהדבר אפשרי, כגון פגיעה מהותית בזכויות מייד לאחר גילוי מאגר גז או נפט. בנסיבות אלה יעדיפו המשקיעים לשמור על זכויותיהם להפיק ולמכור את הגז או

או על כל דבר אחר, ולא יהיו חייבים למלא אחרי דרישות בקשר להטלתם או גבייתם, בשיעור כבד מזה שנושאים בו אזרחים, תושבים וחברות של איזו ארץ שלישית.”

146 שם, סי' יא, ס' 4.

147 הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4, מציין כי ההוראות באמנה בדבר טיפול במשקיעים באופן הוגן וצודק אינן תחליף לסעיפי ייצוב שיבטיחו למשקיעים זרים כי הדין המקומי לא ישתנה. לעמדה נוגדת ראו: Joel Slawotsky, *Ignoble Treatment: The Tax Increase on Noble Energy's Interests in the Massive Israeli Gas Strikes*, 27 EMORY INT'L L. REV. 347, 396 (2013), <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-27/issue-1/articles/ignoble-treatment.html>.

148 ראו הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 75 מסקנה א.

הנפט למשך תקופה ארוכה, וידחו את האפשרות של קבלת פיצויים. הדברים מקבלים משנה תוקף בעולם שבו נהפכו משאבים אלה לאסטרטגיים.¹⁴⁹

כידוע וכמצופה, מאגרי הנפט או הגז בעולם עשויים להידלדל, וכתוצאה מכך המחירים עשויים לעלות באופן דרמטי. סיבות אחרות שעשויות לגרום לעלויות במחיריהם של מקורות האנרגיה הן מלחמות, פעולות חבלה, מניפולציות ספקולטיביות בשוק, סנקציות כלכליות על מדינות, תאונות, מתקני זיקוק מיושנים שאינם עומדים בדרישות להספקה נאותה, וכדומה.

על-מנת לנסות לשמור על זכויותיהם, החלו משקיעים במגזרים אלה לנסות שיטה המכונה "בְּנָאוּם" (internationalization) של חוזי ההשקעה. המושג "בְּנָאוּם" הינו מושג מטעה, היות שניתן לפרשו כאילו משקיעים פרטיים נהנים ממעמד בין-לאומי השווה לזה של המדינות החברות באמנה, ולא היא.¹⁵⁰ מעמדם של משקיעים פרטיים אינו שווה למעמדן של מדינות, בין היתר מפני שאין הם צדדים לאמנות ואין הם יכולים להיות צד כזה. סעיף 2(א) לאמנת וינה בדבר דיני אמנות קובע כי אמנה הינה הסכם בין-לאומי שנערך בין מדינות.¹⁵¹ לפיכך לחברת נפט, חזקה ככל שתהיה, אין כושר משפטי להיות צד לאמנה בין-לאומית, ובכלל זה באמנה שבה המדינה המארחת נוטלת על עצמה התחייבות להימנע מלפגוע בהשקעתה.¹⁵² עם זאת, לא בכדי משפטנים ממשיכים להשתמש במונח "בְּנָאוּם" ביחס לחוזי השקעות, חרף העובדה שמדובר במושג מטעה.

השימוש במושג "בְּנָאוּם" נועד לתאר מצב שבו הדיון בחוזה ההשקעה, בכללותו או בחלקו, מוצאים מסמכותה של המדינה המארחת, וזאת כדי למנוע

Margarita T.B. Coale, *Stabilization Clauses in International Petroleum Transactions*, 30 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 217 (2003).

150 Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals*, לעיל ה"ש 83, בעמ' 15. 151 Vienna Convention on the Law of Treaties, לעיל ה"ש 126, ס' 2(a): "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation"

152 Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company and the Government of the Libyan Arab Republic, (1977) 104 J.D.I. 350, (1979) 53 I.L.R. 389, para. 48: "Thus, the internationalization of certain contracts entered into between a State and a private person does not tend to confer upon a private person competences comparable to those of a State but only certain capacities which enable him to act internationally in order to invoke the rights which result to him from an internationalized contract" (לעיל ולהלן: עניין TOPCO).

ממדינה זו את האפשרות לנצל את סמכויותיה הריבוניות במטרה לפגוע בזכויות המשקיע. פעולת "הפנאום" של חוזה השקעה יכולה להתייחס למישורים הבאים: א. הערכאה שתהא מוסמכת להכריע במקרה שיתגלע סכסוך בין הצדדים עקב פגיעה בהשקעה, וכן הדין שאותה ערכאה תחיל בבואה לדון בסכסוך; ב. "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בין הצדדים במועד עריכתו של חוזה ההשקעה.

(א) קביעה בהסכם ההשקעה איזו ערכאה תהא מוסמכת לדון בסכסוכים ואיזה דין היא תחיל

הרעיון הוא לעקור את העוקץ שמאפשר לפגוע במשקיעים, על-ידי הוצאת המנגנון ליישוב סכסוכים מגדר סמכותם של בתי-המשפט של המדינה המארחת וכן מחוקיה הפנימיים. דרך אחת לעשות זאת היא לקבוע בהסכם בין המשקיע לבין המדינה המארחת סעיף בוררות שיורה כי כל סכסוך שיפרוץ בין הצדדים ביחס לפירושו או ליישומו של הסכם ההשקעה יובא להכרעה לפני ערכאת בוררות חיצונית למדינה המארחת. ערכאות אלה מכונות "ערכאות בוררות עבר-לאומיות" (transnational arbitration), והן יכולות להיות ערכאות קיימות (כגון ערכאות ה-ICSID) או ערכאות מיוחדות שמוקמות אד-הוק על-ידי הצדדים.¹⁵³

אין כל מניעה שהסעיפים הקובעים כי כל סכסוך בין הצדדים יופנה להכרעה לפני ערכאה עבר-לאומית (מדובר בסוג של *forum prorogatum*) יכללו גם הוראות הקובעות כי הבוררות תתקיים מבלי שהנפגע יצטרך למצות תחילה את ההליכים הפנימיים לפני ערכאותיה של המדינה המארחת.¹⁵⁴

חשיבותם של סעיפי בוררות עבר-לאומית בולטת במיוחד לנוכח העובדה שמספר מדינות שהן יעד להשקעות זרות אינן מציעות ערכאות בלתי-תלויות שבהן יוכלו המשקיעים לזכות בסעד ראוי. בספרות נשמעה העמדה כי חוזי זכיונות רבים נערכים עם ממשלות שלא נבחרו בבחירות דמוקרטיות, עם ממשלים צבאיים או עם

153 סעיף כזה מוזכר בפסק-דין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 991, שם צוין כי הצדדים הסכימו להעביר לבוררות, "...any difference or dispute... between the Parties [i.e., the investor, Aminoil, the investor, and the host state Kuwait] concerning the interpretation or execution hereof, or anything herein contained or in connection herewith, or the rights or liabilities of either party hereunder".

154 החובה למצות הליכים פנימיים – אשר חלה במסגרת ההגנה הדיפלומטית וכן במסגרות בין-לאומיות אחרות – משמעה שבטרם תוכל המדינה-האם לפעול נגד המדינה המארחת עקב פגיעה באזרח מאזרחיה, יש צורך שהאזרח שנפגע יחפש תחילה תרופה במסגרת ערכאותיה של המדינה המארחת. ראו: Aronovitz, *Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies*, לעיל ה"ש 25, בעמ' 76.

מנהיגים מושחתים.¹⁵⁵ במקרים אלה יעדיפו המשקיעים לכלול סעיף בוררות כזה, על-מנת להימנע מהסכנות האורבות להם בקרב ערכאותיה של המדינה המארחת. באשר לדין שלפיו תפסוק ערכאת הבוררות, ניתן לכלול סעיף בחוזה ההשקעה שלפיו דין זה לא יהיה הדין של המדינה המארחת, אלא דין של מדינה שלישית, או אפילו שדין זה יהיה המשפט הבין-לאומי. ניתן אף לקבוע את ה"לקס מרקטוריה" (lex mercatoria – דין מנהגי הסוחרים בענף מסוים)¹⁵⁶ או כל דין אחר שיוסכם על-ידי המשקיע והמדינה.¹⁵⁷

מדוע תסכים מדינה מארחת לכלול סעיף בוררות ודין זר בהסכם עם משקיע? התשובה היא שבמקרים רבים המשקיע הוא תאגיד בעל שווי כלכלי רב, ומטבע הדברים השקעתו חשובה למדינה. יתרה מזו, פרט למשאבים כספיים, בידי המשקיע עשוי להימצא ציוד טכנולוגי מתקדם (למשל, לחיפוש, להפקה ולעיבוד של משאבי-הטבע מושא החוזה) שאינו מצוי בידי המדינה המארחת. מעמד זה מאפשר למשקיעים לשאת ולתת עם המדינות המארחות מעמדת כוח לא-מבוטלת.¹⁵⁸

Howard Mann, *Stabilization in Investment Contracts: Rethinking the Context*, 155 *Reformulating the Result*, INVESTMENT TREATY NEWS (Oct. 7, 2011), <http://www.iisd.org/itn/2011/10/07/stabilization-in-investment-contracts-rethinking-the-context-reformulating-the-result/>.

Berthold Goldman, *Nouvelles Réflexions sur la Lex Mercatoria*, in FESTSCHRIFT PIERRE LALIVE 241 (1993), <http://www.trans-lex.org/112300>; Abul F.M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?*, 14 AM. U. INT'L L. REV. 657 (1999), <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1322&context=auilr> NOAH RUBINS & N. STEPHAN KINSELLA, INTERNATIONAL INVESTMENT, POLITICAL RISK AND DISPUTE RESOLUTION 45 (2005): "Whether or not the investment contract contains an arbitration clause, a choice of law provision can increase predictability and stability over the life of a long-term project" במקרים מסוימים ייתכן שהדין שיש להחיל במסגרת הבוררות לא יעלה בבירור מתוך סעיפי החוזה, והבוררים יאלצו לזהותו מתוך פרשנות ההסכם והקשרו. ראו עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 11.

158 על חשיבותם של הפערים הטכנולוגיים בתחום של הפקת גז טבעי ראו את דבריה של ראשת המחלקה להנדסת מכונות ומכטרוניקה באוניברסיטת אריאל, המצוטטים במאמרו של שמעון כהן "הגז המצרי – הזדמנות גדולה לשיתופי פעולה" ערוץ 7 6.9.2015 www.inn.co.il/News/News.aspx/305734: "אם מסתכלים על מדינות עולם שלישי – כשיש להן משאבים ואוצרות טבע, הן מוכרות את זה כחומרי גלם ובכך הן מעשירות את בעלי ההון וזה מייצר בעיקר פערים ואוליגרכיה. מדינות מפותחות שהופכות את המשאבים הללו למוצרים מדע וטכנולוגיה מתעשרות באמת." לדבריה, בישראל קיימות הטכנולוגיות המתקדמות הנדרשות כדי להפוך את המשאבים לרווח של ממש, הן במוצרים ובשימושים שיוכלו להיעשות בגז הטבעי והן בפיתוח ובקידום של טכנולוגיות להפקה נקייה יותר של הגז: "אם אנחנו כמדינה

(ב) "הקפאת" המצב המשפטי ששרר בעת עריכת חוזה ההשקעה – תופעת הסעיפים המייצבים

במסגרת החיפוש אחר יציבות אסדרתית מרבית, משקיעים במגזרי הגז והנפט יבקשו להוסיף לחוזהם עם המדינות המארחות – לצד סעיפי בורות ודין (שנידונו בחלק הקודם) – הוראות שמטרתן לשמר את המצב המשפטי כפי שהיה בזמן חתימת הסכמי ההשקעה. כך למעשה נולדה תופעת "הסעיפים המייצבים", המכונים גם "פסקות יציבות" או "סעיפי ייצוב" (stabilization clauses).

מדובר בהוראות בחוזה השקעה הקובעות כי התנאים שהוסכמו על-ידי הצדדים בעת עריכת ההסכם לא ישונו באופן חד-צדדי על-ידי המדינה. ראו, למשל, סעיף 17 לחוזה הזיכיון שהיה במרכזה של פרשת *Aminoil*, שבו התחייבה כונית לא לבטל או לשנות באופן חד-צדדי את החוזה עם החברה המשקיעה:

"השיח' לא יבטל הסכם זה באמצעות חקיקה כללית או מיוחדת או באמצעות צעדים מנהליים... הוראות הסכם זה לא ישונו על-ידי השיח' או על-ידי החברה אלא אם כן הסכימו השיח' והחברה כאחד כי רצוי, למען האינטרסים של שני הצדדים, לערוך שינויים, הוספות או ביטולים מסוימים בהסכם."¹⁵⁹

עם יתרונות משמעותיים של ידע נדע לייצר טכנולוגיה מהגז, אז גם הגילוי המצרי יהווה יתרון עבורנו."

159 עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 990–991:

"The Shaikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this Agreement except as provided in Article 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Shaikh or the Company except in the event of the Shaikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement."

הואיל והסעיפים המייצבים הם תוצאה של משא-ומתן בין המשקיע למדינה המארחת, קיימת מניפה רחבה של סוגי הוראות אלה והדין המפורט של כל סוג וסוג חורג ממסגרת מאמר זה. להלן דוגמאות נוספות של סוגים שונים של סעיפים מייצבים:

"Concession shall not be annulled by the Government and the terms therein contained shall not be altered either by general or special legislation in the future, or by administrative measures or any other acts whatever of the executive authorities"; "This agreement shall be construed in accordance with the Petroleum and Tax Laws and related regulations in force on the date of execution. Any amendment to, or repeal of such laws or regulations, shall not affect the contract rights

מטרתה של "הקפאת" המצב המשפטי כפי שהתקיים ביום חתימת החוזה היא למנוע פגיעה בהשקעה על-ידי פעילות חקיקתית או מעשים דה-פקטו עתידיים של המדינה. ממחקר שנערך בעבור התאגיד הפיננסי הבין-לאומי והנציג המיוחד של מזכ"ל האו"ם לענייני עסקים וזכויות אדם עולה כי סעיפים אלה נמצאים בשימוש בעיקר בהשקעות בצפון אפריקה ובמדינות שמדרום לסהרה, במזרח אירופה ובדרומה, באסיה המרכזית ובמזרח התיכון.¹⁶⁰ במדינות ה-OECD, לעומת זאת, התופעה נפוצה הרבה פחות.

or obligations of the contractor without its consent"; "After the effective date of this agreement, if there is a change in the domestic law that results in a material adverse impact on the economic value derived from operations by the contractor, the state (NOC) will ensure that the contractor will derive the same economic benefits as it would have derived if the change in law had not been affected"; "No general or particular measure, whether legislative or administrative, or any other act of this kind emanating from the Iranian Government Authority, central or local, can annul the present agreement, amend or modify its provisions, prevent or hinder the necessary and effective performance of its terms. The amendment or modification of this agreement shall not take place except by the Agreement of the parties themselves"; "The company shall submit to all existing and future legislation of the U.S.S.R. in so far as special conditions are not provided by this agreement. The government undertakes not to make any alteration in the Agreement by Order, Decree, or other unilateral act at all except with the Company's consent"; "Upon execution hereof by the parties, this contract shall be a firm and binding agreement between the Parties and shall not be amended or modified except by mutual written consent"; "The Administration shall not resume or expropriate or permit the resumption or expropriation of any asset (whether movable or not) of the Company used in connection with any of its operations under this Agreement, any of the products resulting from such operations, the business of the Company or any shares held or owned by any person in the Company."

ראו: Amaechi Nwokolo, *Oil and Gas Law: Is there a Legal and Functional Value for the Stabilisation Clause in International Petroleum Agreements?* (Centre for Energy, Petroleum and Minerals Law and Policy, Annual Review 8, 2004), <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/index.php?news=28033>; GUIDO AJELLO, LA CLAUSOLA DI STABILIZZAZIONE NEI TRATTATI E NEI CONTRATTI INTERNAZIONALI 23, 30 (unpublished doctoral thesis, Catania University, 2008)

Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights* 17 (a research project 160 conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary

גם כאן, כמו במקרה של סעיפי הבוררות והדין (שנידונו בחלק הקודם), הסיבות לכך שמדינה תסכים להוסיף סעיף מייצב בחוזה עם משקיע הן פדאיות כלכלית והאפשרות ליהנות משימוש בטכנולוגיה מתקדמת או מציוד שאינו נמצא בהישג-ידה. עם זאת, ייתכנו סיבות שבעטיין תימנע מדינה מלהתחייב בסעיפים כאלה – למשל, אם החוקה או חוקים לאומיים אחרים אוסרים ויתור על חלק מהסמכויות הטריטוריאליות.¹⁶¹

במקרה של מדינת-ישראל נהנו תאגידי הגז ממעמד איתן הודות לטכנולוגיות שהביאו עימם, אשר אפשרו את גילוי מאגרי הגז מקום שהמדינה ויזמים אחרים נכשלו, וכן בשל עוצמתם הפיננסית. בתחילת הדרך, כפי שציין פרופ' הירש בחוות-דעתו, לא הוכנסו סעיפים מייצבים במסמכי ההתקשרות עם המדינה.¹⁶² אולם לאחר הגשת דוח ששינסקי 1, אפשר מעמדם האיתן האמור של תאגידי הגז ללחוץ על המדינה על-מנת שסעיף מייצב יכלול במתווה הגז או לצידו. מדובר בהתחייבות מטעם המדינה לא לשנות את המצב האסדרתי ששרר בעת עריכת ההסכם עם המשקיע, לא להעלות הצעות חוק שמשנות את האסדרה, לסכל הצעות חוק פרטיות שנועדו לפגוע בתנאי ההשקעה, וכן לחוקק חוק שמחזיר את המצב לקדמותו אם הצעה חוק פרטית כזו תתקבל (וכל זאת לתקופה של כעשר עד חמש-עשרה שנים).¹⁶³ בפסיקתו מיום 20.3.2016 קבע בג"ץ כי פסקת היציבות שבמתווה הגז אינה בתוקף מהטעם שהבטחה זו ניתנה על-ידי הממשלה ללא סמכות, כי הממשלה הנוכחית אינה רשאית לכבול את ידיהן של ממשלות עתידיות. מכאן משתמע שבדין הישראלי פסקת יציבות אסדרתית אינה פסולה כשלעצמה, אלא שהדבר מצריך חקיקה של הכנסת.¹⁶⁴

General on Business and Human Rights, 2008); Abdullah Faruque, *Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses – Legal Protection vs. Functional Value*, 23(4) J. INT'L ARBITRATION 317 (2006).

161 Shemberg, לעיל ה"ש 160, בעמ' 5, ה"ש 13.

162 הירש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 4: "במקרה שלפנינו, המסמכים המשפטיים החלים בין מדינת ישראל לבין המשקיעים של ארצות הברית (הסכם, היתר, זכיון, רישיון, שטר חזקה וכו') אינם כוללים 'סעיף ייצוב'... אין די בהערות עידוד כלליות של הממשלה כדי ליצור ציפיות לגיטימיות. מהמידע שנמסר לי עולה שמדינת ישראל לא יצרה התחייבות שכזאת כלפי משקיעים של ארצות הברית."

163 אבי בר-אלי "המתווה הסופי נחשף" **TheMarker** 16.8.2015 www.themarker.com/dynamo/1.2708314.

164 עניין דודיאן, לעיל ה"ש 33.

פרט לצורך לבחון את מעמדם של הסעיפים המייצבים במשפטה הפנימי של המדינה המארחת, יש לבחון את האפקטיביות של הוראות אלה במישור הבין-לאומי. אם יימצא שערכאות בין-לאומיות נתנו לסעיפים אלה תוקף מעשי, והורו – במקרים של הפקעות שהפרו אותם – להחזיר את המצב לקדמותו ולהעמיד את המשקיע במצבו עובר לפגיעה, אזי נוכל לומר כי האסטרטגיה של שימוש בסעיפים מייצבים מוכיחה את עצמה.

I. פסק הבוררות בעניין *Aminoil*

אחת ההחלטות המרכזיות שפורסמו בהקשר של סעיפים מייצבים היא פסק הבוררות בעניין *Aminoil*.¹⁶⁵ בשנת 1948, כאשר הייתה כוונת מדינת-חסות של בריטניה, התקשר השיח' הראשי של כוונת בחוזה עם חברת "אמינויל", שהיא תאגיד אמריקאי. בחוזה הוענק לחברה זיכיון לחיפושי נפט וגז לתקופה של שישים שנה, וכן זכות לשווק מוצרים אלה לכשיימצאו ויופקו. בשנת 1961, בעקבות סיום הקשר המיוחד בין כוונת לבריטניה, החלה ממשלת כוונת לנהל משא-ומתן עם חברת "אמינויל", בעיקר על-מנת לערוך שינויים בחלק הפיננסי של חוזה הזיכיון. בשנות השבעים נערכו הסכמים שונים בין נסיכויות הנפט לבין בעלי זכויות הפקה, ובמסגרת זו נוהל משא-ומתן חדש בין כוונת ל"אמינויל" בכוונה להעלות את תמלוגי החברה. בשנת 1973 הסכימו הצדדים על העלאת אחוזי המס המוטלים על החברה. זמן קצר אחר כך פרצה מלחמת יום-הכיפורים, וממשלת כוונת החליטה על העלאת נוספות בהיטלים שחלו על "אמינויל". החברה הסכימה להעלות אלה במכתב ששיגרה לממשלת כוונת. בדצמבר 1974 הציגו מדינות המפרץ את "נוסחת אבו-דאבי", שעיקרה העלאת נוספות בהיטלים שחבו החברות המפיקות. כאשר החילה כוונת את הנוסחה האמורה על "אמינויל", החליטה החברה כי המצב נהיה בלתי-אפשרי. הצדדים ניהלו משא-ומתן נוסף, אך זה לא הניב פרי. כתוצאה מכך החליטה ממשלת כוונת, ב-19 בספטמבר 1977, לסיים את הזיכיון באופן חד-צדדי, באמצעות מעשה חקיקה שמספרו 124. סעיף 3 לאותו חיקוק קבע כי תוקם ועדה מיוחדת על-מנת לספק לחברת "אמינויל" "פיצוי הוגן" ("fair compensation"). החברה הודיעה על כוונתה לפנות לבוררות על-סמך הוראה שבחוזה הזיכיון, וכך אכן עשתה בפועל. בהמשך הוקמה ערכאת בורות עבר-לאומית, שהורכבה מהבוררים רויטר, סולטן ופיצמוריס. לפני הבוררים הועמדה שאלת תחולתו של מעשה החקיקה מס' 124 על "אמינויל"

165 עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93.

לנוכח קיומו של הסעיף המייצב בהסכם שבין הצדדים.¹⁶⁶ ההכרעה בבוררות נפלה ברוב קולות.

הבוררים רויטר וסולטן ציינו, בדעת הרוב, כי כאשר בוחנים במבט לאחור את דעת הצדדים במועד עריכת ההסכם, ובעיקר את הסעיף המייצב שבו, משתמע בבירור שכוונתם הייתה למנוע כל התערבות של המדינה שתוצאתה נזק פיננסי רציני לחברה. זו הסיבה לכך שהסעיף המייצב מונה באופן קפדני כל פעולה חד-צדדית של כוונה שנועדה לסיים את הזיכיון תוך חילוט זכויותיה של החברה (forfeiture).¹⁶⁷ במילים אחרות, הבוררים רויטר וסולטן פירשו את הסעיף המייצב כסעיף שנועד למנוע צעדים מחרימים (קרי, נטילת הזיכיון ללא תשלום פיצויים). מכיוון שמעשה החקיקה מס' 124 הורה על הקמת ועדה שתקבע את סכום הפיצויים שבהם תזכה החברה, אין מדובר בהחרמה, כי אם בהפקעה או בהלאמה, ואלה, לדעת הבוררים, מותרות. לדבריהם, "מקרי הלאמה בוודאי לא נכללו באופן מפורש בסעיף המייצב שבחוזה הזיכיון".¹⁶⁸ בוררי הרוב הוסיפו כי התחייבות של מדינה להימנע מלהפקיע או מלהלאים היא רצינית עד כדי כך שאם הצדדים חפצו בה, היה צורך לכלול אותה באופן מפורש בסעיף המייצב. היות שאי-אפשר להסיק התחייבות כזו מההקשר הכללי של ההסכם,¹⁶⁹ דעת הרוב היא שהתרופה הנאותה במקרה זה היא פיצויים.

עמדת המיעוט של הפסק, שניתנה מפי הבורר פיצמוריס, מעניינת במיוחד. בניגוד לעמדת הרוב, קבע הבורר פיצמוריס כי אין כל סיבה הגיונית המצדיקה הגבלה של הסעיף המייצב רק למקרים של החרמה. הוא הוסיף – במידה מסוימת של סרקסטיזם – כי לא ידוע לו על קיומו של עיקרון משפטי המחייב שדבר יופיע מפורשות בחוזה על-מנת שיחייב את הצדדים. לדידו של פיצמוריס, אין כל איסור להסיק דבר מההקשר הכללי של ההסכם. יתר על כן, נהיר לו שכוונת הצדדים הייתה שהסעיף המייצב יחול גם על מקרים של הלאמות, ולא רק על החרמות. הסעיף המייצב, ציין פיצמוריס, לא נועד להבטיח שהחברה תזכה בפיצויים במקרה של סיום חד-צדדי של הזיכיון על-ידי כוונה, מפני שזכות זו הייתה קיימת לה ממילא מכוח המשפט המנהגי. לכן יש להסיק כי כוונת החברה הייתה בוודאי לשמור על זכויותיה כפי שאלה מופיעות בחוזה הזיכיון, על-מנת שתוכל להמשיך

¹⁶⁶ הסעיף מצוטט לעיל בתחילת ה"ש 159.

¹⁶⁷ עניין *Aminoil*, לעיל ה"ש 93, בעמ' 1022.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 1023.

¹⁶⁹ שם.

ליהנות בשלום מזכותה להפיק נפט ולשווקו. אי-לכך, קבע הבורר, פעולתה של כונית מהווה הפרה של אותו סעיף מייצב:

"לסיכום, ואף שאני מהסס כמובן לחלוק על העמדה שהוצגה באופן כה מיומן ומשכנע בפסק של הרוב, תום-ליבי ומצפוני המקצועי מחייבים אותי לקבוע כי חרף העובדה שבנסיבות אחרות יכלה הלאמת קונצרן 'אמינויל' להיות חוקית לחלוטין, מעצם העובדה שמדובר בפעולה של המדינה, היא אינה מתיישבת עם הסעיפים המייצבים המופיעים בזיכיון שהיה עדיין בתוקף במועד הנטילה."¹⁷⁰

מכל מקום, בחלק האופרטיבי של פסק הבוררות קבעו כל הבוררים, כולל פיצמוריס, כי הסעד הנאות במקרה הנדון הוא פיצויים.

פסק הבוררות בפרשת *Aminoil* משאיר אחריו לפחות שתי תהיות חשובות – הראשונה מתייחסת לעמדתו של הבורר פיצמוריס, והשנייה לעמדת הרוב:

א. התהייה ביחס לעמדת המיעוט של הבורר פיצמוריס נוגעת בסעד המשפטי שהוא פסק בסופו של דבר לחברה. לאחר שקבע כי כונית הפרה את הסעיף המייצב שבחוזה הזיכיון, מדוע בחלק האופרטיבי של הפסק הצטרף פיצמוריס לעמדת הרוב, שלפיה הסעד הראוי שיינתן לחברה הוא פיצוי כספי? הרי ההיגיון מורה כי הסעד הסביר ביותר במקרה של הפרת סעיף מייצב הוא השבת המצב לקדמותו, כלומר, שחברת "אמינויל" תשוב למצב שבו הייתה בטרם סוים הזיכיון תוך הפרת הסעיף המייצב.¹⁷¹

נראה שהתשובה לתמיהה זו ניתנה על-ידי הבורר פיצמוריס לאלה שהיו קרובים אליו בתקופה שקדמה למותו. לדבריהם, הבורר הסביר להם כי הצטרף לדעת הרוב בחלק האופרטיבי של הפסק על-מנת לנצל הזדמנות יחידה במינה שבה ישב בערכאה בין-לאומית נציג של מדינות מפיקות (הבורר סולטן) ולהגיע עימו

170 שם, בעמ' 1052:

"In consequence, and while I naturally hesitate to differ from a view so skillfully constructed and persuasive as that contained in the Award, good faith and my professional conscience compel me to conclude that although the nationalisation of Aminoil's undertaking may otherwise have been perfectly lawful, considered simply in its aspect of being an act of State, it was nevertheless irreconcilable with the stabilization clauses of a Concession that was still in force at the moment of the take-over."

171 שם, בעמ' 1042.

להחלטה אחידה בשאלת טיב הפיצוי שיש לשלם בגין הלאמות.¹⁷² אכן, המחלוקת סביב טיב הפיצוי וגובהו נמצאת בלב-ליבה של סוגיית ההפקעות וההלאמות, ובשל כך היה חשוב לפיצמורים לקבוע מסמרות בעניין זה באמצעות פסק בוררות שבו הסעד נפסק באחדות-דעים.

ב. השאלה השנייה שנשארה פתוחה מתייחסת לעמדת הרוב: אילו מנה הסעיף המייצב מפורשות את מקרי ההלאמה וההפקעה, האם היו הבוררים פוסקים השבה בעין לטובת החברה?

II. פסק *TOPCO*

בעניין *TOPCO* הלכה הערכאה הבין-לאומית צעד אחד רחוק יותר מההרכב בעניין *Aminoil*. במקרה זה העניקה ממשלת לוב לחברת "טקסקו אוברסז פטרוליום קומפני" (להלן: חברת "טופקו") ארבעה-עשר זכויות שהמודל שלהם היה זהה. לפי סעיף 16 לחוזים:

"ממשלת לוב, הוועדה והרשויות האזוריות ינקטו את הצעדים הנחוצים על-מנת להבטיח שהחברה תיהנה מכל הזכויות המוענקות על-ידי זיכיון זה. הזכויות החוזיות המוענקות באופן מפורש בזיכיון זה לא ישונו אלא בהסכמה משותפת של הצדדים."¹⁷³

ביום 11 בפברואר 1974 הוציאה ממשלת לוב צו שהורה על הלאמת נכסיה של חברת "טופקו" שנרכשו על-סמך הזכויות האמורים. בצו צוינה האפשרות לתשלום פיצויים לחברה, לאחר שיעשה שינוי בחוק לובי משנת 1973. החברה טענה כי ממשלת לוב הפרה את התחייבויותיה מכוח הסעיף המייצב שבחוזה, ודרשה את החזרת המצב לקדמותו. המחלוקת הובאה על-ידי החברה לפני הבורר דופוי, מכוח סעיף בוררות שנכלל בחוזים. לאחר בדיקה מעמיקה שערך, ציין הבורר את הדברים המסוכמים להלן:

א. אין חולק כי בידי כל מדינה הזכות להסכים להגביל את סמכותה לסיים זיכיון באופן חד-צדדי, וזאת מכוח עקרון הריבונות.

ב. אף-על-פי שרק מדינות רשאיות להתקשר באמנות, אין הדבר מונע בעדן מלהתחייב, במסגרת הצטרפותן למסמכים בעלי טיב שונה מאמנות, כלפי צדדים שאינם מדינות.

¹⁷² Meessen, לעיל ה"ש 101, בעמ' 23.

¹⁷³ עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 3.

ג. מדינה אינה יכולה להסתמך על ריבונותה כהצדקה להתנערות מהתחייבויות שנטלה באופן חופשי, ומכאן שמדינה אינה יכולה – באמצעות משפטה הפנימי – לבטל את זכויותיו של צד להסכם עימה אשר מילא את כל התחייבויותיו.¹⁷⁴

הבורר הוסיף עוד כי העובדה שבפרקטיקה של ההגנה הדיפלומטית הסכימו מדינות-אימהות לסעד של פיצויים עקב פגיעות במשקיעיהן לא יצרה כל תקדים מחייב, היות שהסכמות אלה התבססו על שיקולים מעשיים, ולא על שיקולים משפטיים.¹⁷⁵ לאחר בדיקת החלטות שהתקבלו בנושא בעצרת הכללית של האו"ם, סיכם הבורר כי אין בהן דבר המונע מדינה מלהתחייב לא לפגוע בזכויות של משקיע.¹⁷⁶ בהמשך הסתמך הבורר על פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*, שלפיו הסעד בגין פעולה בלתי-חוקית של מדינה חייב למחוק ככל האפשר את השלכותיו של המעשה הבלתי-חוקי, ולהשיב על כנו את המצב שהיה ממשיך להתקיים אלמלא המעשה.¹⁷⁷

לבסוף הגיע הבורר למסקנה כי במקרה דנן השבת המצב לקדמותו משקפת את הסעד הנאות שיש לפסוק לחברת "טופקו" בגין הפגיעות בה.¹⁷⁸

174 שם, פס' 146.

175 שם, פס' 69 ("considerations of expediency and not of legality").

176 שם, פס' 80–91.

"Awards almost always include a retrospective (as opposed to prospective) component. Non-pecuniary relief – including orders for specific performance, contractual reformation, and pure declaratory relief – is far less common. The traditional practice of awarding damages is a function of several factors, including the terms of the relevant contract or treaty, applicable law, and the greater ease of enforcing monetary awards. Moreover, claimants frequently request damages, and tribunals are constrained by the doctrine of *ultra petita* from employing remedies that differ in kind from that which has been requested."

ראו גם: Brooks E. Allen, *The Use of Non-pecuniary Remedies in WTO Dispute Settlement: Lessons for Arbitral Practitioners*, in PERFORMANCE AS A REMEDY: NON-MONETARY RELIEF IN INTERNATIONAL ARBITRATION 281, 294 (2011), <http://www.sidley.com/files/Publication/82968525-ac11-4ec3-b815-763a3d4208cc/Presentation/PublicationAttachment/380384cc-5395-4f87-ba8f-783138314c33/14%20Part%20IV%20Chapter%2018.pdf>

177 ראו לעיל ה"ש 129 והטקסט שליד ה"ש 132–129.

178 עניין *TOPCO*, לעיל ה"ש 152, פס' 111.

(ג) הערכת האפקטיביות של החוזים העבר-לאומיים כאמצעי להבטחת יציבות במעמדם של משקיעים

אין ספק שפסיקתו של הבורר דופוי, אשר העניקה לחברת "טופקו" סעד של השבה בעין, משקפת מידה רבה של אומץ. מאידך גיסא, מי שיבחן את התוצאות המעשיות של פסיקה זו מנקודת-מבטו של משקיע שמעוניין בהשבה בעין עתיד לנחול אכזבה. כפי שכבר צוין,¹⁷⁹ אי-אפשר לעשות הרבה כאשר מדינה מסרבת לנהוג בהתאם לפסק בוררות או לפסק-דין בין-לאומי שחייבו אותה להחזיר את המצב לקדמותו, כפי שאכן נהגה לוב באותה פרשה. בסופו של דבר, החלק האופרטיבי של פסק *TOPCO* נשאר ללא אכיפה, והסכסוך הוסדר בדרך אחרת: לאחר חודשים אחדים של משא-ומתן ולחצים, הסכימה לוב לשלם לחברת "טופקו" פיצויים בגובה 152 מיליון דולר, באמצעות מכליות נפט.¹⁸⁰ במילים אחרות, אף-על-פי שבמקרה דנן פעל הסעיף המייצב שבחווה ההשקעה כשורה, וערכאת הבוררות פסקה על בסיסו כי יש להחזיר את המצב לקדמותו, בפועל לא זכתה החברה בביטול ההלאמות, אלא "רק" בפיצויים.

נכון שיש מדינות שעשויות להסכים להשבה בעין בהתבסס על מערכת המשפט הפנימי, וזאת במקרים של הפקעות שבוצעו בניגוד לחוק. כך, מסקירת הפסיקה בישראל עולה כי בתי-המשפט בארץ לא נרתעו מלפסוק סעד זה – למשל, כאשר יסוד הצורך הציבורי שעליו הכריזו השלטונות בבואם להפקיע רכוש פרטי חדל מלהתקיים או השתנה.¹⁸¹

179 ראו לעיל ליד ה"ש 137–138.

180 שם, הערת מבוא מאת R. von Mehren.

181 בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001); Danielle Marx, *Takings and the Requirement of "Ongoing Public Purpose": The Effect of the Constitutionalization of the Right to Property on the Law of Takings*, 36 ISR. L. REV. 149 (2002).

בשנת 2010 תוקן ס' 14 לפקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, והוענקה לשר סמכות מסוימת לסטות מהמטרה הציבורית המוכרזת, דבר שמצמצם את אפשרויות ההתערבות השיפוטית במקרים של סטייה (www.nevo.co.il/law_html/law01/286_034.htm#Seif14).

"פורסמה הודעה לפי סעיף 5, וכל עוד לא קנה שר האוצר חזקה בקרקע לפי סעיף 7, רשאי הוא לחזור בו, בין לגמרי ובין במקצת, מרכישת אותה קרקע, מתוך שימסור, באופן המפורט בסעיף 5, הודעה שהוא חוזר בו, לכל בני-אדם ששמותיהם נרשמו בספרי האחוזה כבעלי הקרקע, שמרכישתה הוא רוצה לחזור בו, או כבעלי כל זכות או טובת הנאה באותה קרקע, וכן לכל בני-אדם וזולת בני האדם האמורים, שהגישו תביעה לאותה קרקע בהמשך להודעה על

כפי שצוין, המשקיעים האמריקאים שזכו בזכיונות החיפוש וההפקה של נפט בישראל לא דרשו (או לא עמדו על כך) שבמסמכים שמכוחם הוענקו להם הזכיונות ייכללו סעיפים מייצבים שבהם תתחייב ישראל לא לשנות את תנאי ההתקשרות. הדבר היה אפשרי, חרף הדברים הבאים שאמר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בחוות-דעתו משנת 2010:

"במקרה שלפנינו לא נחתם כל הסכם או חוזה עם היזמים ולא בכדי. המחוקק בחר במודל אחר המבוסס על רישיונות וחזקות [ולא על חוזים – א"מ א']. זהו מודל המתאים לשיטת המשפט הישראלית המבקשת לתת משקל לגמישות המעשה המינהלי... העתקת מודל חוזי ממדינות באסיה, אפריקה ודרום אמריקה אל המערכת הישראלית ללא כל אסמכתא בדין ובאמצעות פרשנות הרישיונות והחזקות, חותרת תחת עקרונות החוק ומפרה את האיזונים שקבע המחוקק. לכן אין לקבל העתקה זו."¹⁸²

בישראל עשויה להתעורר שאלה מעניינת, והיא אם "הלכת ההשתחררות" שנוהגת ביחס לחוזי-רשות משקפת הסדר שניתן להתנות עליו או שמא התניה כזו בטלה בהיותה – למשל – סותרת את תקנת הציבור.¹⁸³ לכאורה הכנסת סעיף מייצב אינה בלתי-חוקית בעליל על-פי המשפט הישראלי.¹⁸⁴ חוות-הדעת של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה משנת 2010 מציינת בעצמה כי הוראות שמטרתן לגרום ליציבות פסקלית כבר נכללו בעבר. למשל, סעיף 40 בתוספת א לחוק זכיון צינור הנפט, התשכ"ח-1968, קובע:

כוונה לרכוש אותה קרקע, שנמסרה לפי סעיף 5, ומתוך מילוי אחריה, ולאחר פרסום ברשומות של אותה הודעה, שהוא חוזר בו, תפוטת הקרקע הנזכרת באותה הודעה לגמרי מנפקותה של אותה הודעה על כוונה לרכוש אותה קרקע, לרבות חיוב לשלם פיצויים עליה."

182 חוות-דעת משפטית לקראת פרסום מסקנותיה של ועדת ששינסקי 1, לעיל ה"ש 19, בעמ' 7–8.
183 ראו, למשל, דפנה ברק-ארז "השתחררות מחוזה של רשות מנהלית: מקרה מבחן לדואליות הנורמטיבית" המשפט יא 111 (2007) E_DBarak (2007) 111 hamishpat.colman.ac.il/files/04_2011/E_DBarak
Erez.pdf. בשנת 2015 הוגשו עתירות לבג"ץ נגד מתווה הגז, בין היתר נגד הכללת פסקת היציבות בו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 27.3.2016).

184 גבריאלה שלו "חוות דעה משפטית לוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פרטיים במשאבי טבע לאומיים" 60, 6 (2013), www.mof.gov.il/Committees/NatureResourcesCommittee/EmdotTzibur_Cil_GavrielaShalev.pdf

"(א) השר יהיה מוסמך, מזמן לזמן, באישור קודם של ועדת הכספים של הכנסת, לעשות כל שינויים בזכיון, בתנאי שהצדדים הסכימו על שינויים אלה.

(ב) הצדדים מתחייבים להוציא לפועל את התנאים וההוראות של זכיון זה בהתאם לעקרונות האמון והרצון הטוב ההדדי, תוך כיבוד רוחם ולשונם של התנאים וההוראות האמורים.

(ג) כל מעשה חקיקה כללית או מיוחדת או פעולות מינהליות או מעשה אחר כלשהוא הנובע מהממשלה או מרשות ממשלתית בישראל (בין רשות מרכזית או מקומית) לא יבטלו זכיון זה ולא ישנו או יתקנו את הוראותיו ולא ימנעו או יכשילו את ביצועם הראוי והיעיל של תנאיו. ביטול, תיקון או שינויים כאלה יעשו אך ורק בהסכמת הצדדים לזכיון זה."¹⁸⁵

ראוי לשים לב לנקודה מעניינת: במישור הפנים-מדינתי בכוחם של סעיפים מייצבים לעמוד לא רק בפני פגיעות במהות הזכות של המשקיע (כגון הפקעות או הלאמות), אלא גם בפני גזירות שאינן יורדות ללב-ליבן של הזכויות שהוא רכש. במקרה של תאגידי הגז בישראל יכלה הזכיינית הזרה, בתחילת ההתקשרות,

185 ההדגשות הוספו. גבריאלה שלו, בחוות-הדעת שלה לוועדה לבחינת המדיניות לגבי חלק המדינה המתקבל בעד השימוש של גורמים פריטים במשאבי טבע לאומיים, מציינת מקרה נוסף של פסקת יציבות ישראלית (שלו, לעיל ה"ש 184, בעמ' 16 (ההדגשות הוספו)):

"בראשית שנת 1995, במסגרת קידום הליך ההפרטה ולקראת מכירת גרעין השליטה בכיל, הגיעו המדינה ומי"ה [מפעלי ים המלח] להבנות וויתורים הדדיים בעניין מימוש הזכויות המוקנות להן בהסכם הזיכיון. הסכמות אלה עוגנו במכתב לכל מיום 11 בינואר 1995 מטעם שר האוצר ושר התעשייה, המסחר והתעסוקה (להלן: 'מכתב השרים'). במסגרת מכתב השרים, התחייבה ממשלת ישראל שלא לדרוש דיון מחודש בגובה התמלוגים שישולמו בגין כמות שנתית שמעל 1 מליון טונות של כלוריד האשלג שיוצרה בעבר או שתיוצר בעתיד. עוד הוסכם כי המדינה תוכל לתבוע דיון מחדש בגובה התמלוגים רק החל משנת 2010 ורק בנוגע לכמות שנתית שמעל 3 מיליון טונות. בתמורה להתחייבות המדינה כאמור, התחייבה מי"ה שלא לדרוש את מימוש חובתה של הממשלה לספק ולקיים בתקופת הזיכיון כבישים או מסילות ברזל ומתקני נמל מתאימים על מנת לאפשר את הובלת המוצרים נשוא הזיכיון ושילוחם דרך הים. הנה כי כן, במכתב השרים נדונו, בין היתר, הסכמות הצדדים בדבר אופן יישום זכויותיהם מכוח הסכם הזיכיון, כמו גם התחייבויות עתידיות הנוגעות לאלה. התחייבות זו – אף כעומדת לעצמה – היא בעלת משמעות רבה..."

לעמוד על הכנסת הוראה מייצבת דומה, מה-גם שבעת הענקת הזכויות נראתה התקופה מתאימה מבחינה עסקית. הוראה כזו הייתה זוכה כנראה בתוקף מחייב. אילו זה היה המצב, ייתכן שהחברה האמריקאית יכלה להעלות טענות כבדות-משקל שיכלו לעמוד בדרכה של הממשלה בבואה ליישם את מסקנותיה של ועדת שניסקי 1 או כל גִזְרָה אחרת שהייתה מיועדת "להפשיר" את המצב על-ידי שינויים חד-צדדיים. מאידך גיסא, כפי שנראה מפסקי הבוררות בעניין *Aminoil*, בעניין *TOPCO* ובמקרים אחרים,¹⁸⁶ במישור הבין-לאומי אכיפת סעיפי יציבות שמתגשמת באמצעות הסעד של השבה בעין נותרה בעייתית. ניתן למנות כמה סיבות לכך:

ראשית, העובדה שמדינה עשויה לכבד החלטה של ערכאותיה שלה המורה לה להשיב את המצב לקדמותו אינה מבטיחה שהיא לא תסרב, מטעמים של כבוד לאומי, לאכוף צו דומה שיינתן על-ידי ערכאה זרה.

שנית, במיזמים של השקעות גורם הזמן ממלא תפקיד מכריע. לעיתים חולפות שנים רבות מעת הפגיעה ועד להבאת העניין לפני ערכאה בין-לאומית. בתקופת-ביניים זו עשויים להתהוות שינויי נסיבות מהותיים, ולפיכך השבת המצב לקדמותו עשויה להתגלות כקשה עד בלתי-אפשרית.¹⁸⁷ נניח, לדוגמה, שמדינה העניקה לחברה זרה זיכיון לכרייה באזור מסוים. לימים המדינה מפקיעה את המכרה, תוך הפרת סעיף מייצב שבחוזה הזיכיון. החברה מנסה במשך חודשים להקים ערכאת בוררות מכוח חוזה הזיכיון. כאשר ערכאה כזו מוקמת, הדיונים בה נמשכים חודשים רבים נוספים. בינתיים, במקום שבו בוצעו פעולות הכרייה הוקמו מגדלי מגורים לעשרות משפחות שעברו לשם. בנסיבות אלה, אם ערכאת הבוררות תפסוק כי יש להחזיר את המצב לקדמותו, תיתקל אכיפת הפסק בבעיות קשות לנוכח השינויים שחלו בשטח.¹⁸⁸

BP Exploration Company (Libya) Ltd. v. Government of the Libyan Arab Republic, 186 (1977) 53 I.L.R. 297; Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Government of the Libyan Arab Republic, (1982) 62 I.L.R. 140.

187 דינשטיין תביעות בינלאומיות, לעיל ה"ש 24, בעמ' 133.

188 ראו: *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, in REPORT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION – FIFTY-THIRD SESSION 59, 237, art. 35 (UN GAOR, 56th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/56/10, 2001), <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5610.pdf>

"Restitution.

A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation

שלישית, אפילו אם בנסיבות מסוימות תסכים המדינה המארחת להעמיד את המשקיע במצב שבו היה נתון לפני הפגיעה, היחסים החדשים ביניהם עשויים להיות דומים לאלה השוררים בין בני-זוג שיחסייהם נקלעו למשבר חריף, שבעקבותיו הם שונאים כעת זה את זה אך מחויבים לחיות בצוותא תחת אותה קורת-גג בשל אילוצים שונים. בנסיבות אלה רשויות המדינה עלולות לנקוט פעולות "הטרדה" נגד המשקיע, כגון העלאות מיסים או הטלת הגבלות מנהליות שונות, והדבר יהפוך את היחסים ביניהם לקשים ביותר בטווח הארוך.

מסיבות אלה נראה שבפרקטיקה הבין-לאומית (להבדיל מזו הלאומית) אין בכל אותם נסיונות להבטיח את יציבותן של ההשקעות ולהגן עליהן מפני פגיעות מצד המדינה כדי לסייע למשקיעים שחפצים להמשיך ליהנות מזכויותיהם במקום לזכות בפיצויים.

מובן, עם זאת, שאין לזלזל בכוח ההרתעה של הסעיפים המייצבים. הוראות אלה יכולות לשמש חרב דמוקלס על ראשה של המדינה המארחת, אשר תרטיע אותה מעריכת שינויים אסדרתיים חד-צדדיים. אכן, כאשר סעיף כאמור נכלל בהסכם ההשקעה, הוא משמש קלף חשוב להצלחה במקרה של הגשת תביעה בין-לאומית נגד מדינה מארחת שהפרה אותו.¹⁸⁹ יש אם כן בסעיף כאמור כדי לשמש מנוף לתמיכה מסוימת בשאיפותיו של המשקיע הזר ליציבות אסדרתית.

3. נסיונות לזכות בהשבה בעין במסגרת אמנות אזוריות להגנה על זכויות אדם קיימות אפשרויות נוספות להגן על השקעות מלבד ההגנה הדיפלומטית, האמנות להגנה על השקעות או החוזים והבוררות העבר-לאומיים. האפשרות הראשונה שתידון היא הפנייה למנגנוני האמנות האמריקאית והאירופית לזכויות אדם. האמנה האירופית לזכויות אדם והאמנה האמריקאית לזכויות אדם מהוות כל אחת סינתזה של תהליך ממושך של אינטגרציה משפטית שהתרחש ביבשת. בניגוד למסגרת הגלובלית, בכל אחת ממערכות אזוריות אלה התאפשרה עריכת אמנה לזכויות אדם בעלת שיניים חדות, וזאת בשל זהות האינטרסים בין מדינות היבשת.

which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution:

- (a) Is not materially impossible;
- (b) Does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation."

¹⁸⁹ יש המציינים כי לסעיפים המייצבים יש השפעות מסוימות בפרקטיקה, כגון הקניית זכות לפיצויים מוגדלים במקרה של הפרה על-ידי המדינה. ראו Nwokolo, לעיל ה"ש 159, פרק 5, ליד הערה 61.

האמנות האמורות מקיימות מנגנוני אכיפה קבועים ומיוחדים במינם במשפט הבין-לאומי, שבהם מוקנית לכל אדם או גוף משפטי – בלא קשר לאזרחותו¹⁹⁰ – הזכות לפנות בעתירה נגד מדינה שפגעה בזכויות המעוגנות באמנה.¹⁹¹ באמנות האמורות אי-אפשר אומנם לאתר סעיפים שמטרתם להגן באופן ישיר על משקיעים, אך קיימות הוראות שמגינות על הזכות לקניין פרטי. מדובר בסעיף 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית¹⁹² ובסעיף 21 לאמנה האמריקאית.¹⁹³ אכן, הואיל ובבסיסה של כל השקעה נמצאת הזכות לקניין פרטי, ניתן להסתמך על הוראות אלה גם כדי להגן על השקעות שנפגעו.¹⁹⁴

באשר לסעד שאליו ישאף משקיע שהשקעתו נפגעה על-ידי מדינה שחברה באחת האמנות האלה, סעיף 41 לאמנה האירופית לזכויות אדם קובע כי בית-הדין רשאי לפסוק "סעד צודק" ("Just satisfaction") לפרט שנפגע.¹⁹⁵ זאת, במקרים

190 בניגוד להגנה הדיפלומטית, במסגרת האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם הנפגע יכול להגיש עתירות אפילו נגד מדינתו-הוא.

191 Aronovitz, *The Procedural Status of Individuals* 191, לעיל ה"ש 83, בעמ' 15.

192 ס' 1 לפרוטוקול הראשון של האמנה האירופית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 48:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law."

193 ס' 21 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם, לעיל ה"ש 91:

"1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society.
2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law.
3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law."

Alberto M. Aronovitz, *Individual Patrimonial Rights under the European Human Rights System: Some Reflections on the Concepts of Possession and Dispossession of Property*, 25 INT'L J. LEGAL INFO. 87 (1997); ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ, LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTERIORES 110 (2005); HUMAN RIGHTS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni & Ernst-Ulrich Petersmann eds., 2009).

"Just satisfaction: If the Court finds that there has been a violation of the 195 Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party"

שבהם בית-הדין האירופי לזכויות אדם מצא כי מדינה הפרה את האמנה ומשפטה הפנימי של אותה מדינה מאפשר קבלת סעד חלקי בלבד. ברור שסעיף 41 האמור מאפשר לנפגע לזכות בפיצויים. ברם, השאלה היא אם סעד "הסיפוק הצודק" יכול לכלול גם השבה בעין של השקעה שהופקעה.

בית-הדין האירופי לזכויות אדם משתמש תכופות במונח "השבה" (restitution),¹⁹⁶ אולם להלכה ולמעשה אין לו סמכות להורות למדינה חברה באמנה באיזו דרך עליה לתקן את המעוות בעקבות פגיעה בזכות הקניין הפרטי.¹⁹⁷ בית-הדין רשאי לקבוע כי מדינה חברה הפרה את זכות הקניין, אך עיצוב הדרך לתיקון המעוות נשאר בידי המדינה הנדונה.¹⁹⁸ רק אם המדינה אינה מתקנת את המעוות, יפסוק בית-הדין לנפגע "סעד צודק", וזה יבוא לידי ביטוי בפיצוי כספי. מצב דברים זה הובהר היטב בפסיקת בית-הדין האירופי לזכויות אדם:

"המדינות החברות שהן צדדים לעתירה חופשיות בעיקרון לבחור את האמצעים לכיבוד פסק שבו קבע בית-הדין כי הייתה הפרה של האמנה. שיקול-דעת זה ביחס לאופן יישומו של פסק משקף את חופש הבחירה הנלווה לחובה הראשונית של המדינות החברות להבטיח את הזכויות והחירויות המוגנות באמנה... אם טיבה של ההפרה מאפשר השבה בעין, המדינה המשיבה היא שצריכה לבצעה, בהינתן שלבית-הדין אין הסמכות וגם לא האפשרות המעשית לבצע זאת בעצמו. מאידך גיסא, אם הדין הלאומי אינו מאפשר את ביצוע התיקון – או מאפשר רק תיקון חלקי – [יוכל] בית-הדין לפסוק לנפגע את הסעד שנראה לו נאות."¹⁹⁹

Leo Zwaak, *The Procedure Before the European Court of Human Rights*, in 196 THEORY AND PRACTICE OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 95, 252 ff.

(Pieter van Dijk et al. eds., 4th ed. 2006).

KAREN REID, A PRACTITIONER'S GUIDE TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN 197 RIGHTS 545 (2nd ed. 2004).

198 לפחות במקרה אחד קבע בית-הדין האירופי לזכויות אדם כי המדינה הנתבעת "חייבת להשיב לעותר, בתוך שישה חודשים, את הבית מושא המחלוקת ואת האדמה שעליה הוא בנוי". עם זאת, בית-הדין הוסיף כי אם ההשבה לא תבצע, תשלם המדינה לעותר סכום של 136,205 דולר כפיצוי בגין נזקיו. ראו: Brumărescu v. Romania, ECtHR Judgment of 23 January 2001.

199 Iatridis v. Greece, ECtHR Judgment of 19 October 2000, para. 33: "The Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has

מעיון בהנחיה שפרסם נשיא בית-הדין האירופי לזכויות אדם בשנת 2007 היה אפשר אולי להבין שערכאה זו מוסמכת להורות כי מדינה שחברה באמנה תשיב בעין את הנכסים שאותם נטלה תוך הפרת האמנה:

”העיקרון ביחס לפיצויים כספיים הוא שיש להעמיד את העותר, ככל שהדבר ניתן, במצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה, או במילים אחרות, השבה מלאה.”²⁰⁰

ברם, הרעיון שעל-סמך לשון הסעיף ניתן לקבל סעד של החזרת המצב לקדמותו נופל כאשר קוראים את הסיפא של ההנחיה, שלפיו אותה ”השבה מלאה” יכול שתכלול פיצויים בגין הנזק המוחשי (*damnum emergens*) ובגין הפסדים או רווחים מופחתים הצפויים בעתיד (*lucrum cessans*).²⁰¹ לפיכך ברור שנשיא בית-הדין התכוון לסעד של פיצויים ש”מסמלים” את החזרת המצב לקדמותו, ולא להשבה בעין ממש.

בהקשר אחר הלך בית-הדין האירופי לזכויות אדם בעקבות פסק-הדין בעניין *Factory at Chorzów*,²⁰² תוך שהוא מבחין בין נטילות רכוש שהן ”חוקיות” לבין נטילות רכוש שהן ”בלתי-חוקיות”. כמתואר לעיל, במשפט הבין-לאומי הכללי הבחנה זו נעשית בהקשר של הפקעות שבוצעו על-ידי מדינות שחברות

found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attaching to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1). If the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate”
 Papamichalopoulos & Others v. Greece, ECtHR Judgment of 31 October 1995, para. 34.

Practice Direction – Just Satisfaction Claims (paper issued by the President of 200 the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007), at 2, <http://minoritycentre.org/sites/default/files/PracticeDirectionsJustSatisfactionClaims2007.pdf>: “The principle with regard to pecuniary damage is that the applicant should be placed, as far as possible, in the position in which he or she would have been had the violation found not taken place – in other words, *restitutio in integrum*”

201 שם.

202 ראו לעיל ה”ש 129 והטקסט שליד ה”ש 129–132.

באמנה בניגוד להוראה מפורשת באמנה. למושגים אלה יש משמעות דומה גם במסגרת האמנה האירופית לזכויות אדם. אכן, במקרים של הפקעות "חוקיות" (כלומר, הפקעת הרכוש עולה בקנה אחד עם המשפט הפנימי אלא שהמדינה לא שילמה לנפגע פיצויים או שילמה לו פיצויים לא-נאותים), מגמת בית-הדין היא לפסוק פיצויים בגובה "סביר" ביחס לרכוש שניטל.²⁰³ לעומת זאת, כאשר עסקינן בנטילת רכוש "בלתי-חוקית" (במסגרת האמנה זוהי נטילת רכוש שבוצעה ללא בסיס חוקי במשפט הפנימי), היא בית-הדין רשאי לפסוק פיצויים כספיים ש"מסמלים את החזרת המצב לקדמותו" אם המדינה המשיבה לא תבטל את הצעדים שהוכרו כהפרה של האמנה.²⁰⁴

המצב נחזה כשונה מעט באמנה האמריקאית לזכויות אדם. סעיף 1(63) לאמנה קובע:

"אם בית-הדין מוצא שהתרחשה הפרה של זכות או חירות מבין אלה המוגנות באמנה זו, הוא יפסוק כי לנפגע תובטח האפשרות ליהנות מזכותו או מחירותו שהופרו. אם הדבר מתאים, הוא יפסוק גם שהתוצאות של הצעד או המצב שגרמו להפרה יתוקנו, ושישולם לנפגע פיצוי הוגן."²⁰⁵

מנוסח הסעיף משתמע לכאורה שלבית-הדין האמריקאי לזכויות אדם יש סמכות רחבה יותר מזו של בית-הדין האירופי בכל הנוגע בפסיקת סעד של השבה בעין. אכן, בהחלטה משנת 2010 קבעה הוועדה האמריקאית לזכויות אדם כי סעיף 1(63) לאמנה האמריקאית מבקש ליישם את עקרון ההשבה בעין, "שפירושו החזרת המצב שקדם להפרה".²⁰⁶ הוועדה הוסיפה כי האמצעים לתיקון המעוות

203 Reid, לעיל ה"ש 197, בעמ' 546.

204 שם, בעמ' 546, הערה 12.

205 "If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party"

206 Caso 12.587, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de Alicia Barbani Duarte, María Del Huerto Breccia y otros (Grupo de ahorristas del Banco de Montevideo), contra la República Oriental del Uruguay, 16.3.2010, para. 99, http://www.cidh.oas.org/demandas/12.587_Alicia_Barbani_y_otros_Uruguay_16marzo10_Esp.pdf: "Esta disposición recoge una norma consuetudinaria

צריכים לחתור למחיקת תוצאותיהן של ההפרות שביצעה המדינה.²⁰⁷ בהמשך נקבע כי אם השבה בעין אינה אפשרית, אזי יש להורות על נקיטת צעדים לריפוי תוצאות המעשים של המדינה באמצעות תשלום פיצויים בגין הנזקים. בית-הדין הוסיף כי מטרה אחרת של החובה לתיקון המעוות היא למנוע את ביצוען של הפרות דומות בעתיד.²⁰⁸

במסגרת אמנה זו אומצה תרופת ההשבה בעין, בין היתר, בעניין *Sawhoyamaya Indigenous Community*.²⁰⁹ במקרה זה דובר בעתירה של חברי שבט הסוהויאמקסה, שביקשו לשוב לאדמתם ההיסטורית לאחר שנושלו ממנה על-ידי השלטונות. בית-הדין קבע כי לנוכח הפרת סעיף 21 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם:

“השבת האדמות המסורתיות לחברי קהילת הסוהויאמקסה משקפת את אמצעי התיקון המתיישב בצורה הטובה ביותר עם עקרון ההשבה בעין. לפיכך בית-הדין מצווה על המדינה לנקוט את כל הצעדים החקיקתיים, המנהליים והאחרים הנחוצים על-מנת להבטיח לחברי הקהילה את זכויות הבעלות על אדמותיהם המסורתיות, וכתוצאה מכך את זכות השימוש באדמות אלה ואת זכות ההנאה מהן.”²¹⁰

‘que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados’. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación”

207 שם, פס' 100.

208 שם, פס' 99.

“De no ser esto posible, le corresponde a la Corte ordenar medidas que garanticen el respeto de los derechos conculcados y reparen las consecuencias que produjeron las infracciones, efectuándose el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados. Las reparaciones tienen el objeto adicional, aunque no menos fundamental, de evitar y refrenar futuras violaciones.”

209 ראו: Inter-American Court of Human Rights, Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Judgment of March 29, 2006 (Merits, Reparations and Costs), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf

210 שם, פס' 210.

“[T]he Court considers that the restitution of traditional lands to the members of the Sawhoyamaya Community is the reparation measure that best complies with the *restitutio in integrum* principle, therefore

שאלה מעניינת היא כיצד ינהג בית-דין זה בעתיד בבואו להכריע בתובענה שהגיש משקיע (ולא שבט אינדיאני שנושל מאדמותיו) להשבת המצב לקדמותו בעקבות צעדי הפקעה או הלאמה. בבואנו לדון בשאלה זו, עלינו לשים לב שההחלטה בעניין *Sawhoyamaya Indigenous Community*, וכן החלטות אחרות שהורו להשיב אדמות שנלקחו משבטים באמריקה הדרומית, דנו בזכויותיהם של שבטים אלה כזכויות קולקטיביות, להבדיל מזכויות של משקיעים, שהן זכויות פרטניות השייכות בעיקר לחברות רב-לאומיות.²¹¹

באשר לישראל, כל עוד זו אינה חברה באמנה אזורית להגנה על זכויות האדם, מבחינה דיונית האמור לעיל אינו רלוונטי באופן ישיר, אך מבחינה מהותית דבר אינו מונע היעזרות בפסיקתם של בתי-דין לזכויות אדם כאמצעי לשכנוע ולתמיכה בעמדה זו או אחרת.²¹²

4. נסיונות לזכות בהשבה בעין בבוררות במרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות (ICSID)

עצם הענקת האפשרות למשקיעים להפנות את הסכסוך שהתגלע בינם לבין מדינה מארחת להכרעה לפני ערכאת הבוררות שליד המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות מעוררת מניה וביה את השאלה אילו סעדים יינתנו במסגרת זו. חרף העובדה שברוב המכריע של המקרים התרופה שהוענקה למשקיעים שנפגעו

the Court orders that the State shall adopt all legislative, administrative or other type of measures necessary to guarantee the members of the Community ownership rights over their traditional lands, and consequently the right to use and enjoy those lands."

על התרופות שניתן לקבל במסגרת זו ראו: Julio J.R. Báez, *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones y los Criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, 23 AM. U. INT'L L. REV. 91 (2007); Caso Comunidad indígena Xakmok Kasek v. Paraguay, Judgment of August 24, 2010 (Merits, Reparations and Costs), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

Manuel Monteagudo, *The Right to Property in Human Rights and Investment Law: A Latin American Perspective of an Unavoidable Connection* 13 (SECO Working Paper No. 6/2013, 2013), http://www.wti.org/media/filer_public/94/7f/947f463b-5995-40f1-bfad-bb15f4cf8e2b/wti_seco_wp_06_2013.pdf

על האפשרות לקדם תביעות פרטיות בבית-הדין האירופי לזכויות אדם גם בעניינים שנוגעים בישראל ראו: Alberto M. Aronovitz, *May Private Claims Be Advanced through the European Court of Human Rights?*, 37 ISR. Y.B. HUM. RTS. 165 (2007)

הייתה פיצויים כספיים, נראה על פניו שאין שום מגיעה שבמקרים מסוימים תיפסק השבה בעין.

"לא נראה שהאמנה [של המרכז הבין-לאומי ליישוב סכסוכי השקעות] מחילה הגבלה כלשהי על כוחן של ערכאות לפסוק השבה מהותית."²¹³

היות שה-ICSID עוסק באופן ספציפי בתחום ההשקעות, לא מן הנמנע שגוף זה יתבקש לפסוק סעד של השבה בעין.

עם זאת, בשלב הנוכחי הפסיקה שיצאה מתחת ידו של המרכז אינה נקייה מספקות או מלבטים. באופן עקרוני נראה שערכאת המרכז מוכנה להסכים עם העובדה שהיא מוסמכת לפסוק סעד של השבה. בעניין *Enron*, למשל, ציינה ערכאת המרכז כי נוסף על סמכויות הצהרתיות היא מוסמכת גם לצוות על צעדים שקשורים לביצוע או לאיסורי ביצוע של מעשים מסוימים.²¹⁴ כך גם בפסק-דין *Goetz*, שם קבעה ערכאת המרכז – לאחר שזכותם של העותרים לפעול באזור סחר חופשי ניטלה מהם על-ידי בורונדי – כי ממשלתה של מדינה זו תצטרך לפצות את הנפגעים "אלא אם כן היא תעדיף להשיב להם את הזכות לפעול באותו אזור."²¹⁵ עדות למצב מעורפל יותר נגלית בפסק הבוררות בעניין *LG&E*.²¹⁶ במקרה זה הפרה ארגנטינה אמנה עם ארצות-הברית להגנה על משקיעים כאשר ערכה שינוי

BORZU SABAH, COMPENSATION AND RESTITUTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: 213
PRINCIPLES AND PRACTICE 64 (2011).

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic, ICSID 214
Case No. ARB/01/3, January 14, 2004, para. 81, <http://www.italaw.com/documents/Enron-Jurisdiction.pdf>: "The Tribunal accordingly concludes that, in addition to declaratory powers, it has the power to order measures involving performance or injunction of certain acts. Jurisdiction is therefore also affirmed on this ground"

Goetz v. Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3, Feb. 10, 1999, para. 133, <http://www.italaw.com/cases/508>: "...il incombe à la République du Burundi, en vue d'établir la licéité internationale de la décision litigieuse de retrait de l'agrément, d'accorder aux requérants l'indemnité adéquate et effective prévue à l'article 4 de la Convention belgo-burundaise de protection des investissements, à moins qu'elle ne préfère leur restituer le bénéfice du régime de la zone franche. Le choix relève de la décision souveraine du Gouvernement burundais. Faute de prendre la République du Burundi, dans un délai raisonnable aucune de ces deux mesures commettrait un acte internationalement illicite dont il appartiendrait au Tribunal de tirer les conséquences appropriées"

LG&E Energy Corp. and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/ 216
.02/1, July 25, 2007, <http://www.italaw.com/documents/LGEEnglish.pdf>

חד-צדדי בתנאי המיסים שהוטלו על חברה אמריקאית. לטענת ארגנטינה, השינוי היה חוקי לנוכח סעיף XI לאמנה, המאפשר לה לנהוג כך במצבי חירום.²¹⁷ ערכאת המרכז קיבלה את עמדתה של ארגנטינה, אך סירבה לקבל את העובדה שלאחר חלוף מצב החירום לא השיבה ארגנטינה לחברה את תנאי המיסים שמהם נהנתה בטרם פרץ מצב החירום. העותרות עמדו בעתירתן על השבת המצב לקדמותו. מבלי לכפור בסמכותה העקרונית להורות על הענקת סעד של השבה, קבעה ערכאת המרכז כי השבת המצב לקדמותו משמעה שינוי של המצב המשפטי הקיים על-ידי ביטול חקיקה וצעדים מנהליים שננקטו על-ידי ארגנטינה. לפיכך, הוסיפה הערכאה, היא "אינה יכולה לחייב את ארגנטינה לעשות כן ללא תחושה של פגיעה בריבונותה". בסופו של דבר נפסקו פיצויים לטובת החברה.²¹⁸

פסק הבוררות בעניין LG&E עורר בעקבותיו ספקות רבים לגבי השאלה באילו נסיבות, אם בכלל, תורה ערכאת המרכז על השבת המצב לקדמותו. אם לשפוט על-פי פסיקה זו, האפשרות שהערכאה תורה על ביטולן של הפקעות או הלאמות שבוצעו לא כדין על-ידי מדינות מארחות נחזית כרחוקה למדי. זאת ועוד, הקביעה בעניין LG&E אינה עולה בקנה אחד עם גישתן של רשויות האמנה האמריקאית לזכויות אדם כפי שבאה לידי ביטוי בפסק-הדין בעניין של *Sawhoyamaxa Indigenous Community*, שם לא היסס בית-הדין להורות למדינה "לנקוט את כל הצעדים החקיקתיים, המנהליים והאחרים הנחוצים על-מנת להבטיח לחברי הקהילה את זכויות הבעלות על אדמותיהם המסורתיות, וכתוצאה מכך את זכות השימוש באדמות אלה ואת זכות ההנאה מהן".²¹⁹

"This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary 217 for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests." Bilateral Investment Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, signed Nov. 14, 1991, entered into force Oct. 20, 1994, art. XI, <http://2001-2009.state.gov/documents/organization/43475.pdf>

218 עניין LG&E, לעיל ה"ש 216, פס' 87:

"The judicial restitution required in this case would imply modification of the current legal situation by annulling or enacting legislative and administrative measures that make over the effect of the legislation in breach. The Tribunal cannot compel Argentina to do so without a sentiment of undue interference with its sovereignty. Consequently, the Tribunal arrives at the same conclusion: the need to order and quantify compensation."

219 ראו לעיל ה"ש 210.

הערות אחרונות

במאמר זה דנו במסגרות הבין-לאומיות העיקריות שבאמצעותן יוכל משקיע לזכות בסעד הולם אם ייפגע על-ידי מעשי המדינה שבה השקיע.²²⁰ המאמר דן באופן השוואתי במצב המשפטי כפי שהוא משתקף במערכות משפטיות שונות, קרי, ההגנה הדיפלומטית, האמנות שאוסרות הפקעה, החוזים העבר-לאומיים, האמנות האירופית והאמריקאית לזכויות אדם, וכן ערכאת המרכז ליישוב סכסוכי השקעות.²²¹ מקום מיוחד הוקדש לדיון באמצעים שבהם יוכל משקיע להבטיח כי הזכויות שרכש לא ישונו באופן חד-צדדי על-ידי המדינה המארחת תוך ניצול מעמדה כריבון בטריטוריה. המסקנה הראשית היא שיש להבחין בין פגיעות שנגרמות למשקיעים מקומיים לבין פגיעות במשקיעים זרים. מהפרספקטיבה של מדינת-ישראל הדבר משתקף באופן הבא:

1. במקרה של משקיעים מקומיים, אלה כפופים למערכת המשפטית הישראלית בלבד, כי מדינת-ישראל לא הצטרפה למנגנון האכיפה של האמנה האירופית לזכויות אדם או למסגרת בין-לאומית או אזורית אחרת שמקנה לאזרחים מקומיים את הזכות לתבוע את מדינתם. לפיכך במקרה שרשויות המדינה יחליטו להצר את הזכויות שרכשו משקיעים אלה – אם על-ידי צעדים קיצוניים כגון הפקעות או הלאמות, ואם על-ידי פגיעות צדדיות כגון הטלת

²²⁰ קיימים אמצעים נוספים להגנה על זכויות של משקיעים, בדמות ביטוחי השקעות וערבויות נגד פגיעות. דוגמאות של גופים המספקים ביטוחים כאלה הן הסוכנות "אופיק" של ארצות-הברית (<http://www.opic.gov>), החברה הישראלית לביטוח סיכוני סחר חוץ (<http://www.ashra.gov.il>) ו"מיגא" מקבוצת הבנק העולמי (<http://www.miga.org>). מדובר בשיפוי ביטוחי במקרים של פגיעות כגון הפקעות, הלאמות, הפרות חוזים על-ידי המדינות המארחות או הטלת הגבלות על הוצאת רווחים מהמדינה. ברם, אין באמצעים אלה כדי להבטיח שהמדינה לא תפגע בהשקעות, וכמובן גם לא שהמצב יישאר על כנו כפי שהיה ביום שבו בוצעה ההשקעה ולכל אורך התקופה המוסכמת לקיום המיזמים.

²²¹ יש אולי מקום להתייחס גם לאמנת נפט"א, אשר ס' 1135 (1) בה קובע כי ערכאת הארגון יכולה לפסוק השבה, אך במקרה זה תינתן למדינה האפשרות לשלם פיצויים במקום השבה. ראו: North American Free Trade Agreement between Canada, the USA and Mexico, 1.1.1994, art. 1135, <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/naftatce.asp>

"Where a Tribunal makes a final award against a Party, the Tribunal may award, separately or in combination, only:

(a) monetary damages and any applicable interest
(b) restitution of property, in which case the award shall provide that the disputing Party may pay monetary damages and any applicable interest in lieu of restitution."

מיסים חדשים או הגבלות שימוש – רק המערכת המשפטית הישראלית תהא מוסמכת לדון בסכסוך, והדין ייחתך על בסיס המשפט הישראלי.²²² במצבים המיוחדים שבהם המשקיע אינו מעוניין בפיצוי כספי בהווה בגין פגיעה מהותית, אלא באפשרות להמשיך לנצל את זכויותיו עד לתום תקופת הזיכיון, אין מניעה שבמשא-ומתן על הענקת הזיכיון תסכים המדינה להתחייב בסעיף מייצב שהיא תימנע מלנקוט צעדים חד-צדדיים. ברור שהסכמת מדינה לנטילת התחייבות כה חמורה תהא תלויה באיכות הקלפים שיהיו בידו המשקיעים בזמן ניהול המשא-ומתן לקביעת זכויותיהם. אם קלפים אלה יהיו חזקים מספיק (במונחים של אמצעים פיננסיים, טכנולוגיות, כוח שיווק וכדומה), ייתכן שהמדינה תסכים לכבול את ידיה לשנים מספר. בכל מקרה, ובניגוד למצבם של משקיעים זרים, כאשר התחייבות כזו ניטלת ביחס למשקיעים מקומיים, על ההתחייבות לעמוד אך ורק בתנאים שהמשפט הלאומי מציב למקרים אלה. אכן, המשפט הבין-לאומי נכנס לתמונה רק ביחס למשקיעים זרים.

2. באשר למשקיעים זרים, מעמדם של אלה לא ייקבע באופן בלעדי על-ידי המערכת המשפטית הישראלית, היות שהמשפט הבין-לאומי מחייב מדינות מארחות לכבד את הזכויות שרכשו אזרחים זרים. כאן יש להבחין בין שני מצבים:

א. בהעדר אמנה בין המדינה המארחת לבין המדינה-האם של המשקיעים, אשר מסדירה את היחס שיש להעניק לאלה, יש להביא בחשבון את המשפט הבין-לאומי המנהגי, שלפיו פגיעה במשקיע זר על-ידי מדינה מארחת כמורה כפגיעה במדינה-האם. לפיכך, כאשר אזרח זר רוכש כדין זכות רכושית מכוח משפטה הלאומי של המדינה המארחת, זכות זו נהפכת לזכות מוקנית, והמדינה המארחת נדרשת לכבדה על-פי כללים מסוימים. בהתאם לכללים אלה, אם הפגיעה אינה במהות הזכות, אלא שולית, אזי היא צריכה לשרת צורך ציבורי נאות, אך אין חובת תשלום פיצויים, וכמובן אין המדינה מחויבת להשיב את המצב לקדמותו. לעומת זאת, כאשר מדובר בפגיעות שתוצאתן היא נישול המשקיע ממהות זכויותיו, יש לכבד לא רק את עקרון הצורך הציבורי, אלא גם את החובה לשלם פיצויים נאותים. אם המדינה המארחת תפר כללים אלה, וכתוצאה מכך ייגרם נזק למשקיע, היא עלולה

²²² באופן עקרוני הצדדים יכולים להסכים על החלת דין אחר או על הענקת סמכות לערכאות זרות או לבוררות שתיערך מחוץ לישראל, אך גם במקרים אלה תיעשה ההפניה על-פי הדין הישראלי, ומכל מקום הדבר אינו שכיח ביחסים שבין מדינה לבין אזרחיה-היא.

לחוב באחריות בין-לאומית, והמדינה-האם של המשקיע תוכל לפעול נגדה במישור הבין-לאומי – למשל, על-ידי הגשת תביעה. כאן המקום להדגיש כי בטרם תוכל המדינה-האם לנקוט צעדים בין-לאומיים, יהיה על אזרח שנפגע למצות את ההליכים הפנימיים לפני ערכאותיה של המדינה המארחת.²²³

ב. אם קיימת אמנה בין המדינה-האם לבין המדינה המארחת, מעמדם של המשקיעים ייקבע על-פי האמנה. אם הוראות האמנה לא יקיפו את כל הסוגיות, החסרים ימולאו על-ידי המשפט המנהגי. אם האמנה אוסרת על המדינות החברות לנקוט צעדים שפוגעים בזכויות המשקיעים, חובתן לכבד הוראות אלה. אלא שהוראות כאלה הן נדירות, משום שמדינות אינן שוות לוותר על חלקים מריבונותן לטובת מדינות אחרות. יתר על כן, גם במצב היפותטי של קיום הוראה כזו באמנה תתעורר בעיה של אכיפה במקרים של הפרתה, שכן במשפט הבין-לאומי אין "לשכה להוצאה לפועל" של פסקי-דין ופסקי בוררות. לכן גם כאן הסעד הרגיל שעשוי להתקבל בסופו של דבר יהיה פיצויים. פיצויים אלה (גם אם הם מוגדלים בשל הפרת האמנה) לא יספקו משקיע שאינו מעוניין בקבלת סכום כסף בהווה, אלא באפשרות להמשיך ליהנות מפירות השקעתו עד לתום תקופת ההתקשרות (בתחום של הפקת גז ונפט מדובר בדרך-כלל בתקופות לא-קצרות). בעיה נוספת עשויה להתעורר כאשר השיטה המשפטית של המדינה המארחת מצריכה חקיקה פנימית על-מנת שהאמנות ייהפכו לחלק ממשפטה הפנימי. אלה הן המדינות ה"דואליסטיות", דוגמת מדינת-ישראל.²²⁴ אם מדינה דואליסטית לא ביצעה הפנמה חקיקתית של אמנה, הוראותיה של אמנה זו לא יחייבו במשפט הפנימי, והמשקיעים לא יוכלו להסתמך עליהן כמקור משפטי מחייב בהופיעם לפני ערכאותיה של המדינה שגרמה לפגיעה בהם.

נוסף על כך דן המאמר בתופעת הסעיפים המייצבים, שהיא חשובה להשקעות בחיפושים ובהפקות של גז ונפט. סעיפים אלה – אשר נכללים בחוזי הזיכיון בין המשקיע לבין המדינה, ואפילו בחקיקה – כוללים התחייבות מטעם המדינה המארחת להימנע מעריכת שינויים חד-צדדיים בתנאי הזכיונות שהוענקו. מטבע

Aronovitz, Current Status of the Rule of Exhaustion of Local Remedies 223 לעיל ה"ש 25.

Ruth Lapidoth, *Israel, in NATIONAL TREATY LAW AND PRACTICE* 385, 396 (n. 20) 224 (Duncan B. Hollis, Merritt R. Blakeslee & L. Benjamin Ederington eds., 2005).

הדברים, רק משקיעים זרים בעלי מעמד איתן (מבחינה כלכלית, טכנולוגית, שיווקית וכולי) יצליחו לכופף במשא-ומתן את ידיה של המדינה המארחת על-מנת שזו תסכים להכנסת הוראה כזו בהתקשרות או בחקיקה. זה בדרך-כלל המצב בתחום תובעני מבחינה משאבית כמו החיפושים וההפקות בתחום האנרגיה. כפי שנאמר, אם הוראות הייצוב אינן מנוגדות למשפט הפנימי ואינן בטלות מכוחו של זה, אזי ערכאותיה של המדינה המארחת יוכלו להורות על כיבודם, ואפילו על החזרת המצב לקדמותו. המצב שונה במשפט הבין-לאומי, שם אי-אפשר לחייב מדינה להחזיר את המצב לקדמותו, אם זו אינה חפצה לציית לפסיקתה של ערכאת הבוררות או השפיטה הבין-לאומית.

נכון להיום הסעד המצוי שמשקיעים שנושלו מזכויותיהם יכולים לשאוף אליו הוא פיצויים, והאפשרויות שלהם לשריין את זכויותיהם באופן מוחלט מפני התערבותן של המדינות נותרו דחוקות וקלושות. לפיכך המאמר מגיע למסקנה כי במקרים של פגיעות במהות זכויותיהם של המשקיעים הזרים נראה שסעד הפיצויים יוסיף למשול בכיפה עוד זמן רב. זהו המצב אפילו כאשר הפגיעה במשקיע מוגדרת "הפקעה בלתי-חוקית" (אם כי במקרים אלה הפיצויים עשויים להיות מוגדלים ביחס לאלה שמתקבלים בהפקעות "חוקיות"). אין צורך להיות נביא כדי לחזות שהמצב המתואר בכללותו יישאר על כנו גם בעתיד.

על-אף האמור, המאמר מצביע על כמה התפתחויות במסגרת האמנה האמריקאית לזכויות אדם ובמסגרת המרכז ליישוב סכסוכי השקעות שמהן ניתן להבין כי לא נסתם הגולל על האפשרות לזכות בסעד של השבה בעין ובכך להשיב את המצב לקדמותו. על-פי סעיף 35 לדוח הוועדה למשפט בין-לאומי של האו"ם,²²⁵ מדינה שנמצאה אחראית להפרת המשפט הבין-לאומי תחויב להשיב על כנו את המצב שהיה קיים לפני ההפרה, בכפוף לשני סייגים: הסייג הראשון הוא שההשבה לא תהיה בלתי-אפשרית; והסייג השני הוא שההשבה "לא תהא כרוכה בנטל שהוא לחלוטין לא-פרופורציוני לתועלת הצפויה מהשבה במקום פיצויים". לנוכח זאת ראוי לשקול את שתי ההמלצות הבאות:

- בהפקעת קונצרנים גדולים מאוד, כמו במגזרי הגז והנפט, כאשר חלף זמן רב למן ההשקעה והתנאים בשטח השתנו, יוענק סעד הפיצויים ברמה ש"תסמל" מצב של השבה בעין.
- מאידך גיסא, אם מדובר בפגיעות בהשקעות שהן "כבדות ומסורבלות" פחות (אך לא נטולות חשיבות כלכלית), שבהן החזרת המצב לקדמותו "לא תהא

225 הסעיף צוטט לעיל בה"ש 188.

כרוכה בנטל שהוא לחלוטין לא-פרופורציוני לתועלת הצפויה מהשבה במקום פיצויים", ניתן אולי לספק השבה. מדובר בפגיעות כגון שלילת הזכות לפעול באזורי סחר חופשי, שלילת רישיון לעסוק בהספקת מוצרים, שלילת רישיון למתן שירותים, שלילת זכות לייצור מוצרים מסוימים, הטלת הגבלות לגבי סחר בתחומים מסוימים, הטלת הגבלות לגבי תנועה של אנשים וסחורות, שלילת זכויות קניין רוחני (פטנטים, סימני מסחר, זכויות מטפחים) או פגיעות במוניטין.²²⁶

226 באותו כיוון, יש מחברים שמבחינים בין מה שהם מכנים "השבה בעין מהותית" (או מוחשית) לבין "השבה משפטית" (או nullification). ניתן בהחלט לבקר הבחנה זו, אך היא יכולה לסייע בהדגמת סוגי פגיעות שונים, בזיקה לדוגמאות שהובאו לעיל. כך, השבה מוחשית מתייחסת, למשל, להחזרת קרקע שהופקעה, בעוד השבה משפטית היא הקמה מחדש של מצב משפטי שהיה קיים לפני הפגיעה. ראו SABAH, לעיל ה"ש 213, בעמ' 61.

אין מנוס משינוי ההלכה בעניין גלעד – ההכרח בהחזרת החיסיון לוועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות

בלהה כהנא*

תקציר

בעניין גלעד נדרש בית־המשפט להכריע בשאלה אם להטיל חיסיון על ועדות בדיקה פנימיות של בתי־חולים ומוסדות רפואיים. ועדות בדיקה פנימיות מוקמות על־ידי בתי־חולים כדי לחקור אירועים רפואיים שהסתיימו בתוצאות קשות של מוות או נזק חמור למטופל. בית־המשפט הגיע למסקנה כי אין להטיל חיסיון על דוחותיהן של הוועדות הללו. החשש שהעלו בתי־החולים כי הסרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות תפגע בתפקודן, ואף בעצם קיומן, הוגדר על־ידי בית־המשפט כחשש "ספקולטיבי". פסיקת בית־המשפט גררה ביקורת נוקבת, ועקב זאת הוסדר העניין בחוק זכויות החולה, שנחקק חודשים מספר לאחר־מכן. חוק זכויות החולה מיסד את הקמת הוועדות, וריכך את ההלכה בעניין גלעד בקובעו חיסיון יחסי, דהיינו, חיסיון שיוסר רק בהתקיים נסיבות מסוימות, ולא באופן גורף. כתוצאה מריכוך זה של הלכת גלעד אכן דחו בתי־המשפט את רוב הבקשות להסרת חיסיון. אלא שהתנהלותם של בתי־המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי־החולים, ואלה המשיכו לחשוש מגילוי הפרוטוקולים והמסקנות של הוועדות, עד אשר חדלו להקים ועדות כאלה.

המצב העובדתי, כעולה מדוח מבקר המדינה לשנת 2011, הוא שאין מקימים עוד כמעט ועדות כאלה, אשר חשיבותן לא תסולא בפז, וממילא אין עוד כמעט ממה להסיר את החיסיון. הלכת גלעד נותרה כמעט אות מתה, אולם השפעתה והחשש מפניה ממשיכים להתקיים. גם אם בית־המשפט רשאי להסיר את החיסיון, אין לו עוד ממה להסירו. דברי הנביא

* שופטת בדימוס, דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן.

"וַיִּקְוּ לַעֲשׂוֹת עֲנָבִים – וַיַּעַשׂ בְּאֲשֵׁים" (ישעיה ה' 2) מתמצתים את קורותיה של הלכת גלעד. המטרה של הסרת החיסיון הייתה טובה, אולם התוצאה גרועה. הנחותיו של בית-המשפט התבררו כלא-מציאותיות, והתוצאה היא שהציבור יוצא מופסד פעמיים: הפרט אינו נהנה עוד מהסרת החיסיון, והציבור הרחב אינו נהנה מפירותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות. על רקע זה אני סבורה כי אין מנוס מלשנות את הלכת גלעד באופן שיקבע חיסיון מוחלט על עבודתן ותוצרתן של ועדות הבדיקה הפנימיות. רק חיסיון כזה יפשיר את ועדות הבדיקה הפנימיות מהקפאתן.

מבוא

א. הרקע הנורמטיבי, עניין גלעד וחוק זכויות החולה

1. הקדמה
2. החלטת בית-המשפט בעניין גלעד
3. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לשלילת קיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הפרט בעיקרם
4. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לתמיכה בקיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הציבור
5. האיזון שערך בית-המשפט בעניין גלעד בין טובת הפרט לטובת הכלל
6. סוגי הוועדות השונות מכוח חוק זכויות החולה
7. ועדות בדיקה פנימיות וועדות בדיקה חיצוניות
8. התמודדותו של חוק זכויות החולה עם הבעיה שהתעוררה בעניין גלעד
9. סיכום

ב. תמרורי אזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד

1. הקדמה
2. עמדתו של מנכ"ל משרד הבריאות
3. ועדת קלינג
4. ועדת אמוראי
5. ועדת שפניץ
6. עמדתו של בית-המשפט לאחר עניין גלעד
7. סיכום

ג. דיון בעמדת המיעוט בוועדת קלינג, המייצגת את דעת התומכים בהסרת החיסיון

1. הקדמה

2. עמדת המיעוט

3. דיון בעמדת המיעוט

4. סיכום

ד. התשתית הנורמטיבית בהקשר של החובות האתיות של הרופא כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או כבסיס לביטולה

1. הקדמה

2. הזכות לפטור מהפללה עצמית

3. זכות הרופאים לפטור מהפללה עצמית

4. משמעותה של הזכות לפטור מהפללה עצמית

5. סיכום

ה. האם התיאוריות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין?

1. הקדמה

2. מטרותיהם של דיני הנזיקין

3. עקרון השוויון כאחת המטרות של דיני הנזיקין

4. האם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות?

5. סיכום

ו. חיסיון, חוק חופש המידע וחוק השיפוט הצבאי כתשתית רעיונית להותרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות

1. הקדמה

2. חיסיון

3. "חיסיון מוחלט", "חיסיון יחסי" ומה שביניהם

4. ההצדקה להטלת חיסיון מוחלט על מידע הנוגע בפרט

5. חוק חופש המידע

6. היחס בין חוק חופש המידע לחוק זכויות החולה

7. הסדר החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי

8. הצדקה קונספטואלית להבחנה בין פעולות צבאיות לפעולות רפואיות

9. התאמת מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי לוועדות הבדיקה הפנימיות

10. סיכום

ז. ההסדרים הנהוגים במדינות אחרות בשאלת החיסיון

1. הקדמה

2. ארצות-הברית

(א) The Healthcare Quality Improvement Act

(ב) חקיקה מדינתית

(ג) Patient Safety and Quality Improvement Act

(ד) עמדת הפסיקה בארצות-הברית

(ה) דעות נגד החיסיון והחסינות

3. קנדה

4. אנגליה

5. סיכום

ח. הפתרון – בינרי או מאזן?

1. הקדמה

2. פתרון בינרי

3. האפשרות להתאמת פתרון-ביניים לסוגיית החיסיון

4. האם פתרון בינרי הוא פתרון מתאים לסוגיית החיסיון?

סיכום

מבוא

במאמר זה אבקש לבחון אם הנחות היסוד של הלכת גלעד,¹ אשר הסירה את החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים ובמוסדות רפואיים, תקפות. אם בחינתנו תעלה כי הן תקפות, אזי נסיק כי יש מקום להותיר הלכה זו על מכונה, אך אם לא כך יעלה בבדיקתנו, נסיק כי יש לתקנה או לבטלה.

ועדות בדיקה פנימיות מוקמות על-ידי בתי-חולים כאשר טיפול רפואי לא צלח או הסתיים במוות או בנזק חמור למטופל, כדי לחקור את האירוע ולהפיק את הלקחים. בעניין גלעד נעתר בית-המשפט לבקשת משפחתו של המטופל והורה על חשיפת הדוח של ועדת הבדיקה הפנימית שהוקמה בעקבות מותו. החלטת בית-המשפט העמידה את בתי-החולים במצב בלתי-אפשרי, לשיטתם, שכן חשיפה של דוחות שבהם נערך בירור כן ואמיתי למטרות למידה והפקת לקחים חושף את המשתתפים – בעיקר הרופאים – לתביעות נזיקין ולהליכים פליליים. אכן, במצב הדברים שנוצר חדלו הרופאים לשתף פעולה. המאמר מבקש לחשוף באופן גלוי וברור את הדילמות הקשות בין חשיפה להסתרה, תוך הצגת היתרונות והחסרונות הגלומים בכל אחת מן העמדות. מסקנתי היא כי למרות החסרונות יש להעדיף במקרה זה את ההסתרה על הגילוי. איני תומכת את גישת ההסתרה בעקרונות משפטיים נעלים, אלא בטעמים מעשיים ובעקרונות משפטיים של איוונים. זאת, על רקע העובדה שהלכת גלעד יצרה מציאות קשה שבה אין מקימים עוד כמעט ועדות בדיקה פנימיות, כלומר אין תהליך למידה, ועל-כן הישנות אירועים קשים היא תוצאה בלתי-נמנעת.

קביעת בית-המשפט בעניין גלעד גררה ביקורת נוקבת, ועקב זאת הוסדר העניין בחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, שנחקק חודשים מספר לאחר-מכן.² חוק זכויות החולה ריכך את הלכת גלעד בקובעו חיסיון יחסי – חיסיון אשר מאפשר גילוי דוח של ועדת בדיקה פנימית רק אם מצא בית-המשפט "כי הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו".³

- 1 רע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין-כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995).
- 2 חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, ס"ח 327. על פרטי ההסדר שבחוק ראו להלן בתת-פרק 6א ואילך.
- 3 ס' 21 לחוק זכויות החולה. ראו גם רע"א 4708/03 חן נ' מדינת ישראל, משרד הבריאות, פ"ד ס(3) 274 (2005). בעניין זה נדונה בקשה להסרת חיסיון מוועדת בדיקה שמונתה מכוח חוק זכויות החולה, ובית-המשפט קבע כי האיוון העקרוני שבחוק מחייב איוון שיפוטי. האיוון השיפוטי נועד לקבוע אם הערך של עשיית הצדק גובר במקרה הקונקרטי על העניין

מטרת החיסיון הייתה ליצור איזון בין האינטרסים השונים – בין זכותו של החולה לדעת מדוע לא קיבל את הטיפול הרפואי שהוא סבור כי הגיע לו, או מדוע תוצאות הטיפול בו לא היו טובות, לבין האינטרס הציבורי בקיום הליכי בדיקה פנימיים ללא חשש.⁴

הלכת גלעד המרוככת, כפי שבאה לידי ביטוי בחוק זכויות החולה, גרמה לכך שבתי-המשפט לא מיהרו להסיר את החיסיון, ולמעשה רוב הבקשות להסרת החיסיון נדחו על-ידי בתי-המשפט. אלא שהתנהלותם של בתי-המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי-החולים. אלה המשיכו לחשוש מגילוי הפרוטוקולים והמסקנות של הוועדות, עד אשר חדלו להקים ועדות כאלה. דוח מבקר המדינה לשנת 2011 אינו מותיר עוד מקום לספק בעניין: "עד שנת 1995 היה נהוג לקיים בבתי החולים ישיבות 'תחלואה ותמותה' שבמסגרתן העלו לדיון תקלות רפואיות ללימוד ולהפקת לקחים. למשרד מבקר המדינה דווח על הפחתתן עד כדי הפסקתן של הישיבות בגלל חשש מחשיפת תוכן לפני ערכאות משפטיות."⁵

המצב העובדתי נכון להיום הוא אפוא שאף-על-פי שלא נעשה שימוש רב בחרב המונפת מעל ראשם של הרופאים בדבר הסרת החיסיון, החשש שמא הוא יסור משתק לחלוטין את הקמתן של הוועדות, ובפועל, כפי שעולה מדוח מבקר המדינה, לא מוקמות עוד ועדות כאלה. על רקע זה אני סבורה כי אין מנוס מלשנות את הלכת גלעד באופן שיקבע חיסיון מוחלט על עבודתן ותוצרתן של ועדות הבדיקה

שיש באי-גילוי. בהתקיים אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בעשיית הצדק, יורה בית-המשפט על גילוי הפרוטוקול.

4 דברי ההסבר להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992, ה"ח 359, שהתפרסמו כארבע שנים לפני מתן פסק-הדין בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1. מטרת החוק הייתה אומנם הסדרת זכויותיהם של חולים ומטופלים למיניהם, אולם החוק לא עסק מלכתחילה בסוגיית החיסיון. עניין החיסיון הוסף לחוק מאוחר יותר בעקבות עניין גלעד, ולכן אין בדברי ההסבר התייחסות לסוגיה זו.

5 מבקר המדינה דוח ביקורת שנתי 62 לשנת 2011 ולחשבונות שנת הכספים 2010 202 (2012) (להלן: דוח מבקר המדינה). ובהמשך (שם, בעמ' 203): "נמצא כי בשנים 2008–2010 [השנים שנבדקו בדוח – ב' כ'] מיעטו בתי החולים להקים ועדות בדיקה. למשל, המרכזים הרפואיים הגדולים ביותר – המרכז הרפואי המשולב ע"ש חיים שיבא והמרכז הרפואי תל אביב ע"ש סוראסקי – לא מינו ולו ועדה אחת." יש לציין כי גם בדוח קודם התייחס מבקר המדינה לסוגיה: "חשיבותם של ממצאי ועדות הבדיקה ומסקנותיהן למשרד ולמערכת הבריאות היא רבה, וחורגת מעצם הקביעה החשובה כשלעצמה מי נושא באחריות לרשלנות רפואית אם היתה כזאת, או אילו ליקויים נמצאו בתפקודו של רופא פלוני. הלקחים המופקים מבירורי הוועדות הכרחיים לביצוע שיפורים בכל הקשור לסטנדרטים רפואיים ולהבטחת איכות במערכת הבריאות בכללותה." מבקר המדינה – דוח שנתי 47 לשנת 1996 ולחשבונות שנת 1995 252 (1997).

הפנימיות. אבקש להדגיש: הצעתי היא לקבוע חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות, להבדיל מוועדות הבדיקה החיצוניות. ביחס לאלה האחרונות, אשר התייחסות מפורטת אליהן תופיע בהמשך,⁶ האיזון שקבע המחוקק מקובל עליי, כלומר, יש מקום לדעתי להותיר לגביהן את החיסיון היחסי כפי שנקבע בחוק. דרך הילוכי תהא זו: בפרק הראשון אציג את הרקע הנורמטיבי לסוגיית החיסיון של הוועדות הרפואיות, עניין גלעד וחוק זכויות החולה. לגבי עניין גלעד אציג את השיקולים השונים שעמדו לנגד עיניו של בית-המשפט, את האיזון שהוא ערך ואת ההכרעה שאליה הגיע. לבסוף אציג את התיקון לחוק זכויות החולה בהקשר של ועדות הבדיקה הפנימיות, שנועד לרכז את ההלכה בעניין גלעד. בפרק השני אציג את תמרורי האזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד, ואת שלוש הוועדות הציבוריות אשר דנו בסוגיות של רשלנות רפואית ועסקו גם בסוגיית החיסיון ובהלכת גלעד – ועדת קלינג, ועדת אמוראי וועדת שפניץ. בפרק השלישי אציג את דעת המיעוט בוועדת קלינג אשר מצדדת בהסרת החיסיון. מאחר שמסקנתי שונה, אציג את עמדת המיעוט בהרחבה ואדון בה באופן מפורט. בפרק הרביעי אדון בתשתית הנורמטיבית כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או לביטולה. בפרק החמישי אבחן אם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין. במסגרת זאת אתייחס גם לתיאוריות של קידום שוויון באמצעות דיני הנזיקין. בפרק השישי אתייחס לגבולות חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, ולמשמעותם של המונחים "חיסיון מוחלט" ו"חיסיון יחסי", ואבחן את ההסדר שבחוק השיפוט הצבאי ואת התאמתו לוועדות הבדיקה הפנימיות. בפרק השביעי תוצג התמונה המשפטית בארצות-הברית ובמדינות אחרות. בפרק השמיני אציג את הפתרונות האפשריים: פתרון מאזן ופתרון בינרי. אעמוד על טיבם של פתרונות אלה ועל הקושי של המשפט המודרני לאמץ פתרונות בינריים. בפרק הסיכום אנסה לשכנע כי למרות הקשיים הפתרון הבינרי שאני מציעה הוא המתאים יותר לסוגיה הנדונה.

6 להלן בתת-פרק 7א.

א. הרקע הנורמטיבי, עניין גלעד וחוק זכויות החולה

1. הקדמה

טל גלעד ז"ל ניסה להתאבד ביום 26.6.1991. הוא הובהל לבית-חולים הדסה, שם נותח וחייו ניצלו. טל אושפז, וביום 8.7.1991 חמק מהמחלקה, עלה לקומה השמינית של בית-החולים וקפץ אל מותו. בעקבות זאת מינה מנהל בית-החולים ועדת בדיקה פנימית לבדיקת נסיבות האירוע. הצוות הגיש את הדוח הפנימי למנהל בית-החולים. לימים הגישו בני משפחת המנוח תביעת נזיקין נגד בית-החולים. בתצהיר גילה בית-החולים את דבר קיומו של דוח בדיקה פנימי, אך טען לחיסיון. בני משפחת המנוח עתרו למתן צו עיון בדוח. בית-המשפט דחה את התנגדות בית-החולים, והסיר את החיסיון מעל דוח החקירה.

2. החלטת בית-המשפט בעניין גלעד

בית-החולים התנגד לבקשה להסרת החיסיון על יסוד שתי טענות: האחת, שמדובר בדוח שהוכן לקראת המשפט; והאחרת, מטעמים של טובת הציבור. בית-המשפט המחוזי דחה את טענת החיסיון על שני ראשיה, וחייב את בית-החולים להעביר את הדוח של ועדת הבדיקה הפנימית לעיונה של משפחת המנוח. לאותה מסקנה הגיע גם בית-המשפט העליון. בית-המשפט העליון עמד על החשיבות של חשיפת האמת ועל כך שעיקרון זה עומד ביסוד ההליך השיפוטי.⁷ בית-המשפט הכיר בכך שלעיתים נדרש איזון בין הצורך לגלות את האמת לבין הגשמת האינטרסים של הפרט והציבור המצדיקים הענקת חיסיון, ושלעיתים באיזון בין השניים יש להעדיף את החיסיון: "אין לומר כלל כי 'תגלגלה האמת גם אם יחרב העולם'... עם זאת, הגישה כלפי החיסיון הינה חשדנית. רק במקרים מיוחדים וחריגים יוכר החיסיון."⁸ הכלל ברור אפוא: ידה של חשיפת האמת על העליונה, ורק "מקרים מיוחדים וחריגים" יצדיקו חיסיון על-חשבון חשיפת האמת. אין מדובר באיזון בין שתי זכויות שוות, שכן המטוטלת נוטה באופן ברור לכיוון חשיפת האמת. באשר לגימוק שהדוח הוכן לקראת המשפט ונהנה בשל כך מחיסיון, קבע בית-המשפט כי המסמך

7 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522.

8 שם. ראו גם יצחק עמית "קבילות, סודיות, חיסיון ואינטרסים מוגנים בהליכי גילוי במשפט האזרחי – ניסיון להשלטת סדר" ספר אורי קיטאי 247 (בועז סג'רו עורך, 2007); נינה זלצמן "אמת עובדתית" ו"אמת משפטית" – מניעת מידע מבית-המשפט לשם הגנה על ערכים חברתיים" עיוני משפט כד 263 (2000); בג"ץ 9198/02 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סג' (1) 352 (2008).

לא נערך רק לצורך המשפט, ולפיכך אינו נהנה מחיסיון של מסמכים שהוכנו לצורך זה. בית-המשפט דחה גם את הנימוק של טובת הציבור בשל שורה של טעמים שיובאו בהמשך.⁹

3. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לשלילת קיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הפרט בעיקרם

השיקולים השוללים הטלת חיסיון על דוחות של ועדות בדיקה פנימיות נושאים אופי כללי ואופי מיוחד.¹⁰ האופי הכללי מתייחס לעקרון חשיפת האמת שהוזכר לעיל, ואילו האופי המיוחד מתייחס למהותם של הדוחות הפנימיים: "דוחות הביקורת נערכים לרוב סמוך לאירוע, ועל-כן הם חסרי תחליף מבחינת העיתוי, הרלוואנטיות, הנגישות למידע הכלול בהם והייחודיות שלו".¹¹ שיקול זה קשור כמובן לזכותו של החולה לדעת פרטים על הטיפול שקיבל ולחובתם של הרופא ובית-החולים למסור למטופל את המידע שיש בידם על הטיפול שקיבל ועל "תוצאותיו ועלילותיו", כלשון בית-המשפט.¹² השיקולים הם אפוא שלושה: שניים מהם במישור הנורמטיבי-הערכי, והשלישי שיקול מעשי. השיקול הראשון מתבסס על עקרון חשיפת האמת ועל הנורמות שיש לגזור ממנו. השיקול השני, אף הוא שיקול נורמטיבי, נשען על הכרה בזכות החולה לדעת מה נעשה בגופו ומה יעשה בו. השיקול השלישי הוא שיקול מעשי שמביא בחשבון את הקושי שעשוי להיות מנת-חלקו של מטופל בהוכחת תביעת רשלנות רפואית אם לא יותר לו לעיין בכל המסמכים שנערכו בזמן-אמת או סמוך לכך ביחס לטיפול שניתן לו.¹³

9 יודגש כי בית-המשפט לא פקפק בשאלה אם הוא מוסמך להכיר בחיסיון הלכתי של דוחות בדיקה פנימיים מבלי שיש לחיסיון עיגון בחוק החרות, והתמקד בשאלה אם ראוי שהוא יכיר בחיסיון. עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 525.

10 שם.

11 שם.

12 שם. ראו גם ע"ע (ארצי) 330/08 המרכז הארצי לפיצוי נפגעי גזת – גברא (פורסם בנבו, 23.10.2008).

13 בע"א 4384/09 ואתורי נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171 (1997), דן בית-המשפט בשאלה אם יש מקום להבחין בין בית-חולים פרטי לבית-חולים ציבורי לעניין הסוגיה מושא דיוננו. בית-המשפט מגיע (שם, בעמ' 183) למסקנה שגם על בית-חולים פרטי חלות חובות גילוי מכוח החוק:

"אכן, הדעת נותנת כי גם בית חולים פרטי, שאירע בו מקרה מוות ושנדרש על-ידי משרד הבריאות לחקירה על כך, יפתח את שערי ורשומותיו בפני הגוף המקצועי שהוסמך לבדוק את קורות המעשה; לא רק בשל כך שהחובה לקיים ולנהל רשומות רפואיות תקינות ולהציגן לביקורתו של רופא ממשלתי

4. השיקולים שהועלו בעניין גלעד לתמיכה בקיומו של חיסיון – שיקולים של טובת הציבור

השיקולים התומכים בקיום חיסיון עניינם בהבנה כי החיסיון חיוני לקיומן ולתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות. בהעדר חיסיון יימנעו הוועדות מלפעול באופן חופשי, גלוי וישיר, ויימנעו מסיטואציות שעלולות לבסס תביעות רשלנות נגד בתי-החולים והרופאים: "יהיה זה בלתי מציאותי לצפות, שהרופאים, שפעולותיהם נבדקות, ישתפו פעולה תוך גילוי לב מלא, יושר מקצועי, וביקורת עצמית נוקבת... ייתכן אף שהרופאים יסרבו כליל להופיע לפני ועדות הבדיקה הפנימיות." ¹⁴ ברי כי בהעדר שיתוף-פעולה של הרופאים לא יהיה אפשר לקיים ועדות כאלה. באשר לטענה כי יקשה על נפגע לנהל תביעת רשלנות רפואית אם לא יהיו בידיו מסמכים מסוג זה, נטען כי הפגיעה לא תהיה קשה הואיל ויש לנפגע אמצעים נוספים להוכיח את תביעתו, ביניהם הרשומות הרפואיות וחוות-דעת רפואית עצמאית. ¹⁵

5. האיזון שערך בית-המשפט בעניין גלעד בין טובת הפרט לטובת הכלל

הנשיא ברק סבור כי השיקולים של טובת הכלל אינם מבוססים, וכי אין בהם כדי להצדיק הכרה בחיסיון המבוקש. לדבריו, "החשש לפגיעה בקיומן ובתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-חולים, אם לא יוכר החיסיון, הוא ספקולטיבי". ¹⁶ ועדות בדיקה פנימיות יתקיימו, לטענתו, אף בלי חיסיון, שכן הדבר מתבקש ממהותו של מקצוע הרפואה ומהמחויבות האתית והמשפטית שאדם נוטל על

מוסמך מוטלת גם על מוסדות רפואיים פרטיים (סעיפים 29 ו-29א לפקודת בריאות העם, 1940), אלא גם מפני שכל מצופה לנהוג כל מוסד רפואי הראוי לשמו, ולוא גם הוא מוסד פרטי (וראו, לשם השוואה, הוראת סעיף 21 לחוק זכויות החולה).

יש מקום לטעון כי בית-חולים בבעלות ציבורית כפוף לחובות גילוי ושקיפות מוגברות בהשוואה לבית-חולים בבעלות פרטית. אולם בית-המשפט הסתמך על חובת הגילוי שבחוק זכויות החולה, וקבע כי אין שוני בתחולת החוק בין שני מוסדות אלה.

14 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

15 שם. ראו גם עת"ם (מנהליים י"ם) 29883-11-13 התנועה לחופש המידע נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2.4.2014).

16 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526. ועוד: "הבסיס העובדתי המונח ביסוד שיקולים אלה של מתן חיסיון הוא רעוע." שם, בעמ' 528. דברים דומים אמר בית-המשפט גם בהקשר אחר. ראו ע"ם 6013/04 מדינת ישראל, משרד התחבורה נ' חברת החדשות הישראלית בע"מ, פ"ד ס(4) 60, 90 (2006): "אין בידינו לקבוע שגילוי דוחות ביקורת פנימית מקים, מניה וביה ובכל הנסיבות, חשש העולה כדי ודאות קרובה או אפילו אפשרות סבירה לפגיעה ממשית ומהותית בתפקודם התקין של הרשות הציבורית ושל הליך הביקורת הפנימית."

עצמו בהיותו רופא. מחויבות זו מטילה עליו חובה לשתף פעולה באופן מלא עם ועדות בדיקה פנימיות המבקשות לדעת בדיעבד מהו הטיפול הרפואי שניתן לחולה: "הסנקציה המשמעתית והאחריות האזרחית והפלילית מאששות חובות אלה. אכן, מה שנדרש מהרופא וממקצוע הרפואה אינו סגירות וחסיון אלא פתיחות וגילוי האמת."¹⁷ עוד אומר הנשיא ברק כי לעיתים קרובות החולה אינו מבקש לתבוע פיצויים, כי אם לדעת מה אירע, לקבל הסבר ולראות נטילת אחריות של הרופא. הפתרון לחשש מ"רפואה מתגוננת" ומתוצאותיה אינו חיסיון והסתרת האמת. הטלת חיסיון תיצור דיסהרמוניה בהסדרים החוקיים, באשר מצד אחד יכיר המשפט בזכותו של החולה לקבל מידע על הטיפול הרפואי שניתן לו,¹⁸ ומצד אחר הוא יעניק חיסיון לרופאים ולבתי-החולים. יד הגילוי הייתה אפוא על העליונה. השופט חשין והשופטת דורנר הצטרפו לפסק-דינו של הנשיא ברק.

6. סוגי הוועדות השונות מכוח חוק זכויות החולה

סמוך לאחר שניתן פסק-הדין בעניין גלעד נחקק חוק זכויות החולה. מטרת החוק הייתה להסדיר את זכויותיהם של חולים ומטופלים, ובין היתר הוא עוסק גם בשאלת החיסיון המוטל על מסמכים רפואיים ועל מסמכים של ועדות שהוקמו מכוחו.¹⁹ החוק יצר שלוש ועדות – ועדת בדיקה, ועדת בקרה ואיכות, וכן ועדת אתיקה – אשר לכל אחת מהן מטרה שונה וכללי חיסיון שונים.²⁰ כפי שנראה להלן, הגרסה המרוככת שבחוק לא פתרה את הבעיה שנוצרה בעניין גלעד, שכן עצם העובדה שקיימת אפשרות להסיר את החיסיון די בה להניא את הרופאים מלקיים הליך של בדיקה עצמית. ההבדל בין הסרת החיסיון באופן מלא לבין חיסיון יחסי, לעניין מושא דיונו, הוא חסר משמעות. עצם האפשרות שהחיסיון

17 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527.

18 שם.

19 הצעת חוק זכויות החולה, לעיל ה"ש 4, הוגשה קודם לפסק-הדין בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1, שניתן ביום 8.11.1995.

20 ועדת בדיקה היא ועדה לשם בדיקת תלונה של מטופל או נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע במתן טיפול רפואי. ממצאיה ומסקנותיה של ועדה זו אינם חסויים מפני המטופל (ס' 21 לחוק). ועדת בקרה ואיכות היא ועדה שמוקמת על-מנת לשפר את איכות הטיפול הרפואי או את שירותי הבריאות בכללותם (ס' 22 לחוק). ועדה זו נהנית מחיסיון מלא, אשר חל גם על הפרוטוקולים והמסמכים המוגשים לעיונה, אולם בית-המשפט רשאי להסירו (ס' 23 לחוק). ועדת אתיקה כשמה כן היא. היא אינה קשורה לנושא דיונו, ובכל מקרה החוק לא קבע כללי חיסיון לגביה. על הוועדות, מטרתן ותכליתן ראו תמר קלהורה "תביעות רשלנות רפואית: בין צרכיה של מערכת הבריאות לבין השבת מצבו של הניזוק לקדמותו, באספקלריה של דוח ועדת שפניץ" משפט ועסקים ו 389, 443 (2007).

יוסר, גם אם בהסתברות נמוכה (במקרה של חיסיון יחסי), די בה להיות גורם המונע הקמת ועדות בדיקה פנימיות על-ידי המוסדות הרפואיים.²¹

7. ועדות בדיקה פנימיות וועדות בדיקה חיצוניות

החוק פורש את חסותו על ועדות בדיקה משלושה סוגים, שניתן לסווגם לשתי קבוצות. הקבוצה האחת כוללת ועדות המוקמות על-ידי מנהל בית-חולים או מנהל קופת-חולים. אלה הוועדות שהיו קיימות עוד לפני שנחקק החוק, והמאמר ומסקנותיו מתייחסים אליהן, ואליהן בלבד. ועדות אלה – ועדות הבדיקה הפנימיות, או בשמן האחר "ועדות תחלואה ותמותה" – מוקמות אד-הוק "ביוזמה עצמית" על-ידי בית-חולים או מוסד רפואי מכוח נהג פנימי, ולא מכוח אסדרה או הוראת חוק. מטרתן היא לחקור אירוע שהסתיים בתוצאות לא-צפויות ולהסיק מסקנות לשם מניעת הישנותם של מקרים כאלה.²² הדיון בוועדות אלה פנימי, ומטרתו היחידה היא "ללמוד וללמד", להפיק לקחים ולתקן את הנדרש. על מסקנותיה של ועדה מסוג זה נסב הדיון בעניין גלעד. הקבוצה האחרת היא ועדות שמוקמות על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות, אשר יכוננו להלן "ועדות בדיקה חיצוניות".²³

21 לדעה שונה ביחס לחוק זכויות החולה ראו קלהורה, שם, בעמ' 445–446: "סעיף 21 לחוק זכויות החולה נועד ליצור מנגנון אשר יאפשר לחולה לדעת מה אירע לו בעת הטיפול הרפואי, אך בה-בעת גם יאפשר למוסדות הרפואיים להגיע לחקר האמת, לשם הפקת לקחים ותיקון הליקויים, כמו-גם לשם איתור האחראים ובדיקה אם יש עילה לפתיחה בהליך משמעתי או אחר...". ראו גם הוועדה הבין-משרדית לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית דין וחשבון (2005) www.justice.gov.il/Units/YeutzVehakika/NosimMishpatim/Documents/rashlanut.pdf (להלן: דוח ועדת שפניץ).

22 ועדות אלה מוסדרות בס' 21(א)(1)–(2) לחוק זכויות החולה:

"(א) בחוק זה, 'ועדת בדיקה' – ועדה שהוקמה לשם בדיקת תלונה של מטופל או של נציגו או לשם בדיקת אירוע חריג הנוגע למתן טיפול רפואי, על ידי כל אחד מאלה:

(1) מנהל מוסד רפואי לגבי טיפול רפואי שניתן במסגרת אותו מוסד;

(2) מנהל קופת חולים לגבי טיפול רפואי שניתן במוסד ממוסדות קופת החולים..."

23 הכוונה לוועדות המוסדרות בס' 21(א)(3) לחוק זכויות החולה, קרי, ועדות המוקמות על-ידי "המנהל הכללי או מי שהוא הסמיך". הוועדות שבסעיפים (1) ו-(2) לחוק מוקמות על-ידי הגוף עצמו, ולא באופן חיצוני על-ידי משרד הבריאות. נדגיש כי אין כל מניעה שבגין אותו אירוע יוקמו שתי ועדות – גם ועדה בדיקה פנימית וגם ועדת בדיקה חיצונית. ברוך לוי "מסמך רקע לדיון בנושא: ועדות בדיקה במשרד הבריאות" (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, 2.2.2004) www.patients-rights.org/uploadimages/Background%20_investigation%20_comity_%20study_by_the_Knesset_research_department.pdf.

דרך התנהלותן של הוועדות משתי הקבוצות הללו שונה בתכלית. הוועדות המשותפות לקבוצה הראשונה נהגו להתקיים בחדרי-חדרים, בנוכחות הצוות הרפואי הרלוונטי. לעומתן, ועדות שמוקמות על-ידי משרד הבריאות הן ועדות שמתנהלות בדומה לכל טריבונל שיפוטי אחר: הצדדים מיוצגים, יודעים מה זכויותיהם ופועלים בהתאם. אדגיש כי ועדות הבדיקה הפנימיות מוקמות לצורך למידה, הפקת לקחים ושיפור איכות הטיפול הרפואי, ואילו תכלית הקמתן של ועדות הבדיקה החיצוניות כפולה: התכלית האחת זהה לתכליתן של ועדות הבדיקה הפנימיות – שיפור איכותו של הטיפול הרפואי; והתכלית האחרת היא בחינת האפשרות לנקוט צעדים משפטיים – הליכים משמעתיים ו/או פליליים נגד גורם רפואי שהתרשל.²⁴

8. התמודדותו של חוק זכויות החולה עם הבעיה שהתעוררה בעניין גלעד בעיית חוסר שיתוף-הפעולה מצד רופאים יכולה להתקיים באופן תיאורטי בכל הוועדות. אולם בוועדות הבדיקה הפנימיות היה לגורמים המטפלים ביטחון שכל שיאמרו לא ישמש נגדם או נגד חבריהם, ועל-כן הם דיברו באופן חופשי. כאשר הגורמים המטפלים יודעים שהדברים שיאמרו עלולים להוביל לנקיטת הליכים משפטיים נגדם או נגד חבריהם, שיתוף-הפעולה שלהם נעשה מוגבל, אם לא מתאפס לחלוטין. היטיב לתאר את המצב השופט דנציגר: "המציאות לימדה שהיו רגליים לחשש מפני אי שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה, שכן הרופאים הונחו להימנע משיתוף פעולה עם הוועדות..."²⁵ כל נזהל וכל ועדה שקיים לגביהם חשש כי המידע שייאסף במסגרתם ישמש לצורך נקיטת הליכים משפטיים יוצרים בעייתיות אינהרנטית. בעניין אלנבארי²⁶ התייחס בית-המשפט לתחקירים צבאיים, אך הדברים מבטאים בעייתיות זהה גם ביחס לתחקירים רפואיים: "הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי..."²⁷

24 ס' 21(ה) לחוק זכויות החולה. דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5; עניין חן, לעיל ה"ש 3; יונתן דייזיס "חוק זכויות החולה – רפורמה בתביעות רשלנות רפואית" רפואה ומשפט 15, 64 (1996).

25 רע"פ 851/09 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד סד (1) 288, פס' 33 לפסק-דינו של השופט דנציגר (2010).

26 בג"ץ 2366/05 אלנבארי נ' ראש המטה הכללי בצה"ל (פורסם בנבו, 29.6.2008).

27 שם, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

9. סיכום

בעניין גלעד החליט בית-המשפט להסיר באופן מלא את החיסיון מעל ועדות הבדיקה הפנימיות. משמעות הדבר היא שכל מה שנאמר בוועדה גלוי.²⁸ חוק זכויות החולה ריכך את הלכת גלעד בקובעו חיסיון יחסי, אשר מצמצם את האפשרות להסיר את החיסיון אך אינו מונע אותה. החוק מאפשר גילוי במקרה ש"הצורך בגילוי לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותו".²⁹ המשמעות היא שבסיטואציות מסוימות, לשם עשיית צדק, יהיה מקום להסיר את החיסיון.

ב. תמרורי אזהרה המאותתים על הצורך בחשיבה מחודשת על הלכת גלעד

1. הקדמה

בעניין גלעד טענו באי-כוחו של בית-החולים כי הסרת החיסיון תגרום לכך שהרופאים יפסיקו לקיים מערכת של בדיקה עצמית, ושהמוסדות הרפואיים יחדלו להקים ועדות בדיקה, כך שנוקה של הסרת החיסיון יעלה על תועלתה.³⁰ בית-המשפט, כאמור, הגדיר טענה זו כספקולטיבית ודחה אותה. סמוך לאחר מתן פסק-הדין כבר הזהיר מנכ"ל משרד הבריאות דאז מתוצאותיה הקשות של הלכה זו, ושורה של ועדות ציבוריות שהוקמו בשנים שלאחר-מכן חזרו והזהירו מפני הפסקת פעולתן של ועדות הבדיקה הפנימיות. אם במשך חמש-עשרה שנים התייחסו טענות אלה ואחרות רק לחשש מפני התממשותן של תוצאות שליליות בעקבות הלכת גלעד, בא דוח מבקר המדינה לשנת 2011 ולא הותיר עוד מקום לספק. דוח מבקר המדינה קובע באופן ברור כי בעקבות הלכת גלעד הפסיקו בתי-החולים לחלוטין כמעט להקים ועדות בדיקה פנימיות (או ועדות "תחלואה ותמותה", כפי שהן מכונות בחלק מבתי-החולים): "עד שנת 1995 היה נהוג לקיים בבתי החולים ישיבות 'תחלואה ותמותה' שבמסגרתן העלו לדיון תקלות רפואיות ללימוד ולהפקת לקחים. למשרד מבקר המדינה דווח על הפחתתן עד כדי הפסקתן של הישיבות בגלל חשש מחשיפת תוכנן לפני ערכאות משפטיות."³¹ על-פי דוח מבקר המדינה, בשני בתי-חולים מהגדולים בארץ לא הוקמה בשנים 2008–2010 ולו ועדה אחת!³²

28 עניין חן, לעיל ה"ש 3. נבקש להעיר כי בית-המשפט מציין ששאלת גילוי הפרוטוקולים לא נדונה בעניין גלעד, לעיל ה"ש 1, וממילא לא הייתה הכרעה לגביה.

29 ס' 21(ד) לחוק זכויות החולה.

30 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

31 דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202.

32 שם, בעמ' 203. כן ראו להלן ה"ש 57.

2. עמדתו של מנכ"ל משרד הבריאות

כשנה וחצי לאחר שניתן פסק-הדין בעניין גלעד, ביום-עיון שנערך בעקבות חקיקת חוק זכויות החולה,³³ אמר פרופ' ברבש, מנכ"ל משרד הבריאות דאז, את הדברים הבאים:

"מה ששינה את המציאות בשטח לצערי, זה לא החוק אלא פסיקת הבג"צ [צ"ל בית-המשפט – ב' כ' של ברק, עם האירוע בהדסה, שלמעשה קטע באיבו תהליך בריא שבו הקהילה הרפואית התחילה להפנים בתוכה ערכים של תיחקור אמיתי ויכולת להכיר בטעות וללמוד ממנה... בבית החולים שאני ניהלתי הפסיקו להפעיל את המצלמה בחדר הטראומה, ועוד אלף ואחד סממנים שהמחוקק כשהוא בא לאזן בין שני האינטרסים, אינטרס הציבור לדעת והחופש או הרצון שלנו לתחקר אירועים, הוא איזן לכיוון הלא נכון. ואנחנו נצטער על זה עוד הרבה מאד... כל אותם תהליכים שבהם אנחנו מתחקרים ותיחקרנו אירועים חריגים, תקלות או כמעט תקלות, כל אלה חשופים וזה הסיפור של חיל האוויר, וזה הסיפור של צה"ל, ופה מתוך יפיפות נפש, אני חושב, של המערכת המשפטית נשלם מחיר יקר."³⁴

3. ועדת קלינג

ועדת קלינג³⁵ הוקמה בשנת 1993 במטרה לבחון אפשרות לקבוע תקרת פיצוי בתביעות בגין רשלנות רפואית.³⁶ בהמשך הורחבו סמכויותיה והוטל עליה לבחון "את כל השאלות הכרוכות באחריות לרשלנות רפואית",³⁷ ובמסגרת זו נתנה הוועדה את דעתה גם לסוגיית החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות. רוב חברי הוועדה היו בדעה כי "חיוני קיומו של החסיון והמלצתם היא לקבוע לענין זה

33 יום-העיון נערך ביום 6.6.1997. פסק-הדין ניתן ביום 8.11.1995, והחוק פורסם ביום 12.5.1996.

34 "חוק זכויות החולה – שנה אחרי: יום עיון שאורגן ע"י מערכת 'רפואה ומשפט' רפואה ומשפט 17, 22, 43 (1997).

35 או בשמה המלא – "הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי".

36 ועדת קלינג הוקמה על-פי החלטת הממשלה מיום 19.12.1993 והגישה את המלצותיה באוגוסט 1999. תפקידה היה "לבחון אפשרות לקביעת תקרה לפיצוי במקרים של רשלנות רפואית". דין וחשבון הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי (1999) www.health.gov.il/PublicationsFiles/tipul_refuii_1999.pdf (להלן: דוח ועדת קלינג).

37 שם, בעמ' 8 ו-10.

הוראה ברורה בחוק".³⁸ לדעת רוב חברי הוועדה, ההלכה בעניין גלעד תנחית מכת-מוות על ניהול סיכונים.³⁹ לדבריהם, למרות דבריו של הנשיא ברק בעניין גלעד, הרופאים חשים מאוימים, וחוששים מההשלכות שיהיו לשימוש בדבריהם הנאמרים באופן ישיר סמוך לאירוע ללא ייעוץ משפטי.⁴⁰ המלצת הוועדה הייתה להטיל חיסיון מוחלט על כל הדיונים והדוחות המהווים חלק מניהול הסיכונים: "רק בדרך זו ניתן לקיים ניהול סיכונים יעיל, שיביא לשיפור הטיפול הרפואי, ולהקטנת העלויות של ביטוח האחריות לפגיעה בטיפול רפואי".⁴¹ המלצה זו, כמור-גם יתר המלצות הוועדה, לא יושמו.⁴²

4. ועדת אמוראי

טרם יבשה הדיו על מסקנות ועדת קלינג, והנה החליטה הממשלה במרץ 2000 על הקמת ועדת אמוראי.⁴³ הרקע להקמת ועדת אמוראי היה שונה, אולם גם ועדה זו נתנה את דעתה לשאלת החיסיון. ועדת קלינג הוקמה על רקע עלייה במספר התביעות בגין רשלנות רפואית, ואילו ועדת אמוראי הוקמה על רקע שביתת הרופאים, לאחר שלא חלה כל התקדמות במשא-ומתן עימם.⁴⁴ בהקשר של נושא דיוננו אימצה הוועדה באופן מלא את מסקנות ועדת קלינג, והציעה אף היא להבטיח

38 שם, בעמ' 62.

39 המונח "ניהול סיכונים" משמעו "פעילויות קליניות ואדמיניסטרטיביות, הננקטות על ידי מוסדות רפואיים, במטרה לזהות, להעריך ולהפחית את הסיכונים לפגיעות במטופלים, ולחסוך את העלויות הכלכליות הכרוכות בכך ואת הפגיעה במוניטין של הצוות והמוסד". אתר חברת MRM (החברה לניהול סיכונים ברפואה מקבוצת מדנס) – <http://www.mrm.org.il/index.php?categoryId=94127>

40 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 31. דעת המיעוט בוועדה תמכה במסקנתו של הנשיא ברק, ומאותם טעמים שהעלה הנשיא, המעוגנים בזכותו של אדם לקבל כל מידע על-אודותיו המצוי בידי בית-החולים. ראו את דעת המיעוט בעמ' 89 לדוח ואילך.

41 דוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 85 (המלצה (ד)). כוונת הדברים היא להקטנת עלויות הביטוח המקצועי.

42 מסקנות ועדת קלינג התקבלו בדעת רוב. ארבעה מבין ארבעה-עשר חברי הוועדה התנגדו להטלת חיסיון על הוועדות, וחלקם סברו כי כאמצעי חלופי יש להטיל עליהן חיסיון יחסי כזה או אחר. התייחסות לעמדת המיעוט ראו להלן בפרק ג.

43 או בשמה המלא – "הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה". הוועדה פרסמה את המלצותיה בשנת 2002. ראו דין וחשבון הוועדה לבחינת הרפואה הציבורית ומעמד הרופא בה (2002) www.health.gov.il/PublicationsFiles/amorai_2002.pdf (להלן: דוח ועדת אמוראי).

44 <http://www.bbdo-i.co.il/Gitam/doctorsunion/default.asp?PID=1&SID=3&CID=14>

"חיסיון מלא לכל הוועדות ולכל הגורמים הפועלים בתחומי הבטחת איכות וניהול סיכונים".⁴⁵ גם המלצותיה של ועדה זו, כמו אלה של קודמתה, לא יושמו.

5. ועדת שפניץ

בשנת 2002 החליטה הממשלה להקים ועדה נוספת לבחינת הדרכים להקטנת ההוצאה הציבורית בגין תביעות רשלנות רפואית (להלן: ועדת שפניץ). כתב המינוי של ועדה זו דומה לזה של ועדת קלינג, אולם הוועדה החליטה לא לדון בנושאים שבהם דנה ועדת קלינג, ולהתרכז בנושאים שעשויים לדעתה להקטין את ההוצאה הציבורית.⁴⁶ זאת, למעט הנושא של חסיון הוועדות הרפואיות. "חיסיון הוועדות הרפואיות הוא נושא אשר הוועדה דנה בו בשנית, מאחר שהוא הועלה על ידי כל הגורמים שהופיעו בפני הוועדה, וכן לאור ההתפתחויות בחקיקה ובפסיקה שהיו לאחר פרסום דו"ח וועדת קלינג".⁴⁷ הוועדה הבהירה כי נטען לפניה שחיוב הנתבעים לחשוף את הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה פוגע בנכונותם לשתף פעולה – דבר שאינו מאפשר להפיק לקחים ולשפר את הטיפול הרפואי. כמו-כן נשמעו טענות כי החיסיון המובטח בחוק אינו חיסיון של ממש, וכי עקב כך הרופאים נמנעים מלדווח על טעויות. עוד נטען כי מוסדות רפואיים רבים חדלו לקיים ועדות "תחלואה ותמותה", והתוצאה היא פגיעה ברמת הרפואה וקושי להתגונן מפני תביעות רשלנות רפואית.⁴⁸

טיעון אחרון זה יוצא מנקודת הנחה שהתחקירים בוועדות הבדיקה הפנימיות עשויים להגיע למסקנה שההתנהלות הייתה מקצועית וראויה, ובשפה משפטית – שהיא לא הייתה התנהגות רשלנית. במקרים כאלה, כאשר מסקנותיה של ועדת

45 דוח ועדת אמוראי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 252.

46 דוח ועדת שפניץ, לעיל ה"ש 21, בעמ' 3.

47 שם. יש לציין כי לבד מנושא זה החליטה הוועדה לדון בנושא נוסף שכבר נדון בוועדת קלינג, והוא נושא ההסכמה מדעת. "נושא ההסכמה מדעת, שנדון בוועדת קלינג, נדון על ידי הוועדה, אולם מזוויות אחרות." שם.

48 "הוועדה נדרשה לסוגיית חסיון הוועדות הרפואיות על פי חוק זכויות החולה בשל הטענה, כי חיוב הנתבעים על ידי בית המשפט לחשוף את הפרוטוקולים של ועדות הבדיקה פוגע בטעמים העומדים בבסיס החיסיון, ובנכונות הגורמים הרפואיים המעורבים באירוע לשתף פעולה באופן מרבי בעת חקירה של אירוע – דבר שאינו מאפשר ללמוד לקחים ולשפר את הטיפול הרפואי. כמו כן, נשמעו הטענות כי החיסיון המובטח בחוק בפועל אינו חיסיון של ממש, דבר שגורם לרופאים להימנע מלדווח על טעויות, ופוגם בשיתוף הפעולה שלהם בחקירת תאונות רפואיות. עוד נטען, כי מוסדות רפואיים רבים חדלו לקיים ועדות 'תחלואה ותמותה' או גופים אחרים, שמטרתם ללמוד מטעויות. התוצאה היא לא רק פגיעה ברמת הרפואה, דבר חמור כשלעצמו, אלא גם קושי להתגונן מפני תביעות רשלנות רפואית." שם, בעמ' 195.

הבדיקה הפנימית היא שלא הייתה סטייה מסטנדרט רפואה ראוי, ועדות הבדיקה עשויות לסייע בידי בתי-החולים להתמודד עם תביעות רשלנות רפואית. לעומת זאת, במקרים שבהם המסקנה היא שהייתה התרשלנות, הדבר לא יסייע בהתמודדות עם תביעות רשלנות רפואית, אך יסייע בשיפור איכותו של הטיפול הרפואי. על יסוד קביעות אלה, מסקנות הוועדה היו "שהכלל הוא שהפרוטוקולים חסויים וגילויים הוא החריג... מדובר בדיונים פנימיים בעלי אופי מקצועי-רפואי, שכלל צריכים להישאר פנימיים. רק במקרים יוצאי דופן יש הצדקה לחשוף את תוכנם".⁴⁹ הוועדה סברה כי יש להגדיר בצורה ברורה יותר את המקרים שבהם יהיה מוצדק להסיר את החיסיון, ולשם כך המליצה לתקן את חוק זכויות החולה ולצמצם את תחולתו של סעיף 21(ד) לחוק.⁵⁰ במילים אחרות, הוועדה המליצה כי הסרת החיסיון תהיה החריג, ולא הכלל, וכי הדבר ייעשה רק במקרים "יוצאי דופן". מסקנות ועדת שפניץ שונות אפוא ממסקנותיהן של שתי הוועדות שקדמו לה. להבדיל מוועדת קלינג ומוועדת אמוראי, שסברו כי יש לקבוע חיסיון מוחלט, המליצה ועדת שפניץ על חיסיון יחסי רחב, שהאפשרויות להסרתו יהיו מצומצמות מכפי שהן כיום. גם מסקנות ועדת שפניץ לא יושמו.

49 שם, בעמ' 206.

50 שם:

"הוועדה סבורה, שיש להבהיר את גדריו של סעיף 21(ד) לחוק זכויות החולה, ולהגדיר בצורה ברורה יותר את טווח המקרים שבהם מוצדק להתיר את גילוי הפרוטוקולים. לדעת הוועדה, המקרים בהם יש ככלל הצדקה למסור את פרוטוקול וועדת הבדיקה, בכפוף לבחינת הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה, הם בעיקר אלה:

א. כל אימת שנמסר פרוטוקול לגורם המטפל, בהתאם לסעיף 21(ה) לחוק זכויות החולה, יש הצדקה למסור את הפרוטוקול גם למטופל או לשאריו.
 ב. מקום בו הרשומות הרפואיות אבדו, והחומר אשר נחשף בפני הוועדה נותר בבחינת העדות היחידה, גם אם לא ממקור ראשון, לטיפול הרפואי שניתן לחולה. במקרים אלו, מסירת הפרוטוקול היא בבחינת תחליף לשחזור החומר הרפואי.
 ג. אם לאור הרישום הרפואי ונסיבות המקרה כפי שפורט בדו"ח ובשל היעדר הנמקה למסקנות הוועדה, לא יכול להיות ברור לאדם סביר מדוע הגיעה הוועדה למסקנה שלא הייתה התרשלנות בטיפול בנפגע.
 ד. הוועדה קבעה שהעדים שהופיעו בפניה הסתירו מידע או שהוועדה מתקשה לקבוע ממצאים משום שמצאה שיש בעיית מהימנות עם עדים משמעותיים או מרכזיים.

אם אלה יהיו הסייגים שבית המשפט ינחה עצמו לפיהם, יש להניח שהתוצאה תהיה שונה מהמצב כיום, כפי שתואר לעיל."

6. עמדתו של בית-המשפט לאחר עניין גלעד

לאחר חקיקת חוק זכויות החולה דן בית-המשפט בבקשות לא-מעטות לגילוי דוחות בדיקה של ועדות בדיקה חיצוניות. יודגש כי אין מדובר בדוחות של ועדות בדיקה פנימיות, כי אם בדוחות של ועדות בדיקה חיצוניות שמונו על-ידי מנכ"ל משרד הבריאות, ולא על-ידי בתי-החולים עצמם.⁵¹ רוב הבקשות להסרת החיסיון נדחו,⁵² אולם כפי שכבר הערנו לעיל, התנהלותם של בתי-המשפט לא השפיעה על התנהלותם של בתי-החולים. עצם החשש שמא יוסר החיסיון הביא לידי כך שכיום אין מקימים עוד ועדות כאלה. מציאות זו לא נעלמה מבתי-המשפט. בעניין שמש אמר השופט דנציגר:

"אמנם, בעניין גלעד דחה כבוד הנשיא א' ברק טיעון דומה לגבי 'האפקט המצנן' שבחשיפת דו"חות של ועדות בדיקה פנימיות של בתי חולים, בציינו כי מדובר בחששות ספקולטיביים גרידא... יחד עם זאת, אני סבור כי ניתן לדחות טיעון זה במחי יד... המציאות לימדה שהיו רגליים לחשש מפני אי שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה..."⁵³

השופט דנציגר הסתמך, בין היתר, על דבריו של השופט עדיאל בעניין חן: "המציאות לימדה כי היו רגליים לחשש מפני אי-שיתוף פעולה של הרופאים עם ועדות הבדיקה,

51 אין מדובר בוועדות שהוקמו אד-הוק בבתי-החולים. על ההבחנה בין סוגי ועדות אלה ראו לעיל בתת-פרק א.7. בה"פ (מחוזי מר') 31639-04-13 ענבר נ' הלפרן (פורסם בנבו, 20.8.2014) התייחסה ההחלטה לוועדת בדיקה פנימית, אך כל יתר ההחלטות דנו בוועדות בדיקה חיצוניות. החלטות שבהן נדחו בקשות לגילוי הדוח: עת"ם (מנהליים י"ם) 29883-11-13 התנועה לחופש המידע נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2.4.2014); ת"א (מחוזי חי') 642-06 עזבון דאניאל נ' בית החולים "המשפחה הקדושה" (פורסם בנבו, 28.1.2010); בש"א (שלום ת"א) 177156/07 סגל נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 11.9.2008); בש"א (מחוזי ת"א) 4966/08 נח נ' בית-חולים אסף הרופא (פורסם בנבו, 11.6.2008); בש"א (שלום חד') 2265/06 עזבון גורבאן נ' בי"ח הלל יפה (פורסם בנבו, 28.11.2006); בש"א (מחוזי ב"ש) 6080 עזבון רייזמן נ' אורצקי (פורסם בנבו, 4.1.2006). החלטות שבהן התקבלו בקשות לגילוי הדוח: ת"א (שלום ת"א) 163060-09 ג'באלי נ' שירותי בריאות כללית (פורסם בנבו, 26.10.2011); ת"א (מחוזי י"ם) 1604-05-10 פלונית נ' בית החולים הגליל המערבי (פורסם בנבו, 13.12.2010); רע"א 7731/04 מדינת ישראל – משרד הבריאות נ' עזבון הלפרין, פ"ד סב(2) 409 (2007); בש"א (מחוזי חי') 15973/04 עזבון קוסטיה נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 8.1.2005).

53 עניין שמש, לעיל ה"ש 25, פס' 33 לפסק-דינו של השופט דנציגר. ראו שם גם את דעותיהם השונות של השופטים לוי ורובינשטיין בסוגיה זו.

שכן הרופאים הונחו להימנע משיתוף פעולה עם הוועדות...⁵⁴ בעניין עזבון הלפרין אמר השופט גרוניס: "לא ניתן להתעלם כליל מטענת המבקשת כי הידיעה שקיימת אפשרות לזמן חברי ועדות בדיקה לחקירה נגדית עלולה להרתיע חברים פוטנציאליים מפני השתתפות בוועדות כאלה. בעניין זה יהיה צורך ללמוד מן הניסיון שיצטבר. אם יתברר בעתיד שאמנם קיימת רתיעה כאמור, אפשר שיהיה צורך לשקול מחדש לא רק את סוגית הזכות לחקירה נגדית אלא את שאלת קבילותם של הדו"חות."⁵⁵ דבריו של השופט גרוניס נאמרו בשנת 2007, ודומה שדוח מבקר המדינה לשנת 2011 ענה על השאלה בחיוב. המסקנה היא, אם כן, שאפשר שגם השופט גרוניס, כאחרים, סבור כי יש לשקול שנית את עניין החיסיון המוחלט.

7. סיכום

למן עניין גלעד חלפו שני עשורים בקירוב. מאז, באופן עקיב, חזרו ונשמעו האזהרות כי תופסק הקמתן של ועדות הבדיקה הפנימיות.⁵⁶ אלא שהאזון לא הייתה קשובה דייה לקריאות הרמות הללו. למרבה הצער התאמתו האזהרות של ועדת קלינג, ועדת אמוראי, ועדת שפניץ ואף בתי-המשפט, וניתן כאמור לומר, באופן גורף כמעט, שכיום אין מקימים עוד ועדות מן הסוג הזה.⁵⁷

54 עניין חן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 290. ראו גם אמנון כרמי "חוק זכויות החולה – ועדות בדיקה וועדות בקרה ואיכות: סוגיית החיסיון" רפואה ומשפט 17, 3 (1997); אחיקם סטולר "האזון הראוי בין גילוי לשם צדק, לבין הענין שלא לגלות" רפואה ומשפט 20, 12 (1998). השוו ת"א (שלום ת"א) 101623/01 עזבון ימין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.8.2002); ע"א (מחוזי ת"א) 2370/01 מדינת ישראל המנהל הכללי של משרד הבריאות נ' שאול (פורסם בנבו, 27.6.2004); ה"פ (שלום י"ם) 825/97 עזבון גבאי נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות (פורסם בנבו, 24.2.1998).

55 עניין עזבון הלפרין, לעיל ה"ש 52, פס' 21 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

56 או בשמן האחר – "ועדות תחלואה ותמותה".

57 ראו דוח מבקר המדינה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 202–203. כן ראו עניין חן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 284: "היועץ המשפטי לממשלה מוסיף כי הלכה למעשה הפגיעה בחיסיון הביאה למציאות שבה אנשי הצוות הרפואי מגיעים לדיון בוועדות הבדיקה עם עורכי דין, לאחר ש'הכינו' את דבריהם. גילוי הפרוטוקול הופך את ועדות הבדיקה הרפואיות, אליבא דיועץ המשפטי לממשלה, מוועדות רפואיות-מקצועיות, שמטרתן לימוד האירוע לפרטיו לשם הפקת לקחים, למעין 'בית משפט זוטא'. בכך למעשה נפגע חקר האמת, נפגעת היכולת להפיק לקחים ולשפר את שירותי הרפואה, ומוחמצת המטרה שלשמה הוקמו הוועדות." נבקש להעיר כי מפסק-הדין בעניין ענבר, לעיל ה"ש 51, עולה לכאורה כי הוקמה בבית-חולים ועדת בדיקה פנימית בגין אירוע מיום 19.6.2012.

ג. דיון בעמדת המיעוט בוועדת קלינג, המייצגת את דעת התומכים בהסרת החיסיון

1. הקדמה

עמדת הרוב בוועדת קלינג הייתה בדעה כי יש לבטל את הלכת גלעד ולקבוע חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות. עמדת המיעוט תמכה בהסרת החיסיון ובהותרת הלכת גלעד על מכונה. ניתן לומר כי עמדת המיעוט בוועדת קלינג מייצגת עמדה של מיעוט קטן במיוחד, שכן גם ועדת אמוראי הייתה בדעה כי יש לבטל את הלכת גלעד ולקבוע חיסיון מוחלט, ואף ועדת שפנין תמכה בביטולה של הלכת גלעד, אם כי היא סברה כי יש לקבוע חיסיון יחסי. אף-על-פי-כן, מאחר שמסקנתי אינה כדעת המיעוט, אני מוצאת לנכון להציג עמדה זו בפירוט, ולהסביר מדוע לדעתי אין לקבלה.

2. עמדת המיעוט

ארבעה מבין ארבעה-עשר החברים בוועדת קלינג הסתייגו מהטלת חיסיון מוחלט על הוועדות הרפואיות.⁵⁸ חלקם סברו כי יש להטיל חיסיון יחסי כזה או אחר. הנימוקים שהועלו על-ידיהם היו אלה:

ראשית, נקודת המוצא של הטלת חיסיון היא שיש מידע שכדאי להסתיר מהחולה. משמעות הדבר היא כי יש מסמכים אמיתיים ולעומתם יש שאינם כאלה. הכוונה היא שיש רישומים רפואיים שאינם משקפים את התמונה המלאה, האמיתית והמדויקת של ההליך הרפואי, ולכן אין לתת יד.

שנית, עמדת המיעוט לגבי הטענה כי הרופאים והצוות הרפואי לא ישתפו פעולה עם ועדות הבדיקה למיניהן או אף ישקרו בעדותם לפנייהן, אם המסקנות והפרוטוקולים של הוועדות יהיו פתוחים לעיון המטופל, היא ש"נקודת מוצא זו, טוב היה לה שלא הייתה נאמרת. יש בה כדי להטיל דופי בקהל שלם של רופאים..."⁵⁹ רוצה לומר, לדידם של חברי המיעוט בוועדה, החשש מסירוב רופאים לשתף פעולה הוא חשש-שווא.

שלישית, מטרתם של המסמכים הרפואיים היא לתעד את מהלך הטיפול בחולה. גישה התומכת בחיסיון שוכחת את החולה. למסמכים הרפואיים יש מטרה אחת ויחידה, והיא לשקף באופן מלא ומדויק את הטיפול שניתן לחולה, את השיקולים

58 ראו את חוות-דעת המיעוט בדוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 89 ואילך.

59 שם, בעמ' 94.

למתן הטיפול ואת ההסברים שניתנו לחולה. גישה שמוכנה להטיל חיסיון על מסמך שנועד לשרת את החולה מתעלמת מהעיקר ומהמהות, ופוגעת בזכות-היסוד של החולה לקבל מידע על עצמו.

רביעית, גישה של הסתרה לא תקדם יחסי אmon בין החולה לרופא – ערך שאין צורך להכביר מילים בנוגע לחשיבותו.

חמישית, מדובר במסמכים בעלי חשיבות רבה מבחינה ראייתית. המצדדים בחיסיון "טוענים כאילו הועדו השונות והצוותים השונים אוספים מידע לשם תיקונו של עולם, והשבחתה של הבריאות",⁶⁰ אלא שטענה זו אינה מתיישבת עם העובדה שכדי להבריא את מערכת הבריאות, יש צורך לעשות שימוש במידע: "כך, למשל, במידה ויתברר כי קיים איש צוות רפואי רשלן, יש להרחיקו מעבודתו".⁶¹ חיסיון ישיג אפוא מטרה הפוכה.

שישית, לטענת התומכים בחיסיון, הדברים הנאמרים על-ידי הרופאים בוועדות הבדיקה הפנימיות נאמרים כאשר הרופאים אינם מיוצגים על-ידי עורכי-דין, ואינם מסוגלים לחקור את ה"עדים". שימוש בדברים שנאמרו בתנאים כאלה עלול לפגוע בזכויותיהם של הרופאים, ויש בכך פגיעה בכללי הצדק הטבעי. לדעת המיעוט, אם קיימת פגיעה בכללי הצדק הטבעי, היא מתבטאת בפגיעה בזכויותיו של החולה, ולא של הרופא.

שביעית, הגילוי עדיף תמיד על הסתרה. זו הגישה המשפטית הרווחת בשיטת משפטנו. דוגמה לכך היא דוחות מבקר המדינה.

שמינית, אין ספק שהמטופל הוא בעליו של המידע, וככזה אין לחסות אותו מפניו.

תשיעית, פיקוח שיפוטי על הוועדות השונות ועל הצוותים השונים הוא דבר חשוב מאין כמוהו. משמעות החיסיון המתבקש על-ידי הרוב היא סתימת הגולל על פיקוח כזה. "חיסיון משחית; חיסיון מוחלט משחית לחלוטין".⁶²

לבסוף, קיימים אמצעים חלופיים להניע רופאים לשתף פעולה מלבד האמצעי הדרסטי של הטלת חיסיון. הכוונה לאמצעים שינטרלו את חששם של הרופאים, כגון מסירת המסמכים לגורם ניטרלי, שיפוטי.

60 שם, בעמ' 99.

61 שם.

62 שם, בעמ' 103.

3. דיון בעמדת המיעוט

עמדת המיעוט מתייחסת לשלושה מישורים:

מישור אחד הוא טיעונים מזווית-הראייה של זכויות החולה – טיעונים התומכים בזכות החולה לקבל את מלוא המידע הרפואי הקשור אליו. טיעון זה היווה למעשה את התשתית להנמקה העיקרית של הנשיא ברק בעניין גלעד. אכן, אין ספק שלחולה יש זכות חוקית לקבל את מלוא המידע על-אודות הטיפול שקיבל. הזכות החוקית מעוגנת בחוק זכויות החולה ובחוק חופש המידע, והיא אף נגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁶³ כל החלטה שמונעת מאדם קבלת מידע על הטיפול שנעשה בו פוגעת בזכות בסיסית זו. אני מקבלת טיעון זה. אכן, אי-גילוי מלוא המידע לחולה פוגע בזכות בסיסית שלו. אלא שגם זכות זו היא בת-איזון, לטענתי, ועשויה להידחות מפני זכויות אחרות. בעניין פלונית⁶⁴ נסב הדיון סביב שאלת זכותה של פלונית לקבל מאת הרשויות פרטים על-אודות המידע שנמסר להן ואשר הוביל לבדיקתה בכפייה על-ידי הפסיכיאטר המחוזי, אשר קבע בסופו של דבר כי אין מקום להתערבות טיפולית.⁶⁵ נקודת המוצא של בית-המשפט הייתה שלמטופל יש זכות לקבל את מלוא המידע על-אודות מצבו הרפואי: "המידע על אודות מצבו הרפואי של מטופל אין הוא רכושו הפרטי של הרופא או של המוסד (בית חולים וכיו"ב) שבו הרופא עובד. הרופא מחזיק במידע בנאמנות, ובעל הזכות העיקרית הוא החולה."⁶⁶ למרות זאת הכיר בית-המשפט בכך שזכות זו מוגבלת, ולא תתקיים במצבים מסוימים שהוגדרו בחוק. באותו מקרה החליט בית-המשפט להמתין להחלטתה של ועדת האתיקה בטרם יכריע בנושא.⁶⁷

63 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

64 ע"מ 6219/03 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד נח(6) 145 (2004).

65 בית-המשפט עמד על כך שההכרעה בעניין זה צריכה להינתן על יסוד פרשנות של שניים מבין שלושת החוקים הרלוונטיים לסוגיה שהובאה לדיונו: "שלושה חוקים הם לענייננו, ואלה הם השלושה: חוק טיפול בחולי נפש, תשנ"א-1991 (חוק הטיפול או חוק טיפול בחולי נפש); חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. שני החוקים הראשונים מכילים הוראות מפורשות באשר למסירת מידע לחולה ולמטופל, ועל-כן נזכר חוק חופש המידע אך בשוליים. אף אנו לא נעמוד על חוק חופש המידע בהניחנו כי הסוגיה שלפנינו תמצא את פתרונה – ואכן מוצאת היא את פתרונה – בשני החוקים האחרים בין בהיותם חוקים ספציפיים בין אחרת. השוו עוד: סעיפים 14(א)(11) ו-20 לחוק חופש המידע. שם, בעמ' 152. בית-המשפט לא דן אפוא ספציפית בהוראת ס' 14(א)(11) לחוק חופש המידע, משום שהוא סבר כי אין ההסדר שבו מוסיף על ההסדר הקיים בשני החוקים הראשונים, ומכאן, להבנתנו, הפרשנות והאיזונים זהים.

66 שם, בעמ' 154.

67 אולם מהשקלא-וטריא שבפסק-הדין עולה בבירור כי אין בית-המשפט מתכוון לפרש את

האיזון שערך בית-המשפט במקרה זה לא נתן העדפה לזכות החולה לקבל את המידע. בית-המשפט סבר כי קיימים שיקולים אחרים שאין להקל בהם ראש, וכי ייתכן שהם יגברו.

מישור שני הוא טיעונים מזווית-הראייה של טובת הכלל – טיעונים המדגישים את הבעייתיות הטמונה בתמיכה בגישה של הסתרה. לטענתם של חברי המיעוט, הסתרה אינה מתיישבת עם נורמות משפטיות מקובלות של גילוי, אמירת אמת ושקיפות. הטלת חיסיון היא סטייה מנורמות חשובות אלה, ואין לתת לה יד.⁶⁸ חיסיון במקרים מסוג זה יעודד יצירת מסמכים לא-אמיתיים, ימנע תיקון ליקויים וימנע פיקוח של בית-המשפט. אני סבורה כי יש ממש בחלק מטיעונים אלה. הסתרה אינה תפיסה משפטית רווחת ומקובלת. לא זו אף זו, במשך כחמש-עשרה השנים שחלפו מאז ניתנו המלצות ועדת קלינג,⁶⁹ עקרון השקיפות והגילוי רק התחדד והעמיק, ודומה שהאמרה המפורסמת של השופט לואיס ברנדייס כי "אור השמש הוא חומר החיטוי המשובח ביותר" התקבעה כאבן-יסוד בתפיסה המשפטית המודרנית.⁷⁰ אלא שגם זכות זו, ככל זכות אחרת, נדחית מפני אינטרסים אחרים הנעוצים בעקרון החיסיון. דיני החיסיון הכירו בצורך בקיומו של חיסיון בתחומים שונים ומגוונים: חיסיון לטובת המדינה, חיסיון לטובת הציבור, חיסיון רופא, חיסיון פסיכולוג, חיסיון בנקאי, חיסיון עיתונאי-מקור, חיסיון עורך-דין-לקוח, חיסיון כוהן-דת ועוד ועוד. הבסיס לדיני החיסיון הוא ההכרה שלעיתים החיסיון חיוני להגשמת מטרות חשובות לא פחות מעצם הגילוי והחשיפה. "החיסיון בא להגן על יחסים, שהחברה מעוניינת להגן עליהם, ויש לשקול, אם בלעדי החיסיון יחסים אלה ייפגעו, היינו, יש לשקול מה הנזק הנגרם ליחסים המוגנים לעומת

החוק על-דרך הצמצום. עוד עולה כי בית-המשפט הסכים לראות במידע שנמסר ובוהות המוסרים משום "מידע רפואי" אשר יש רשות לא לגלותו. עמדה זו אינה מתיישבת עם קביעת בית-המשפט בעניין גלעד, שם אומר בית-המשפט: "על כן זכאי האדם, אם הוא רוצה בכך, לדעת מה הטיפול שהוא עומד לקבל, ומה הטיפול שהוא כבר קיבל. הוא זכאי לדעת על אירועים, מעשים, מחדלים והוראות שהביאו אותו למצב שבו הוא נתון עתה, לאחר הטיפול. הכרה בחיסיון בפני גילוי דו"ח ביקורת פנימית של בית החולים פוגעת בזכויות אלו של האדם לדעת מה נעשה בו, ואינה מתיישבת עם זכויות אלו." עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 526.

68 סטולר, לעיל ה"ש 54.

69 הוועדה הגישה את המלצותיה באוגוסט 1999.

70 ראו, למשל, ע"ס 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 237 (2006); ע"א 4244/12 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' ברכה, פס' 39 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 31.12.2012).

התועלת שתהיה לעשיית הצדק אם תתקבל העדות.⁷¹ כל זאת כפי שיובהר בהמשך.⁷²

המישור השלישי הוא טיעונים המעמידים את זכויות החולה ואת זכויות הרופא אלה מול אלה. על-פי הטענה, בהתנגשות שבין הזכויות הללו זכויות החולה גוברות על זכויות הרופא. טיעון זה מתייחס לזהותם של "בעלי הזכות", ולא לטיב הזכויות. לטעמי, אין מקום לקבל טיעון גורף המתייחס לבעל הזכות. יש לדון בטיב הזכויות, ולא בזהותם של בעלי הזכות. ניתן אולי לומר כי זכות החולה חזקה מזו של הרופא בהתבסס על ההוראות שבחוק זכויות החולה, אשר באות לידי ביטוי, בין היתר, בזכות החולה לקבל מידע על הטיפול שקיבל. אולם כאשר דנים בהעדפת זכותו של האחד על זו של האחר כעומדת בפני עצמה, הדבר תלוי בהקשר ובאינטרסים השונים. השאלה של העדפת זכויות תלויה בנסיבות ובאיזונים, ולא בזהות. כדי לסבר את האוזן, אני סבורה כי איש לא יוכל להסכים לטיעון שמכיוון שזכויות החולה עדיפות על זכויות הרופא, מותר לחולה להכות את הרופא, לקלל אותו, להוציא עליו שם רע וכולי. מובן שאין הדבר כן. לכן אין לקבל טיעון זה כעומד בפני עצמו. יש אפוא לדון בטיב הזכויות, ולעניין זה התייחסתי לעיל כאשר דנתי בשני המישורים הראשונים של טיעוני המיעוט – הטיעונים מזווית-הראייה של זכויות החולה והטיעונים התומכים בגילוי ובשקיפות בשם טובת הכלל.⁷³

4. סיכום

חברי המיעוט בוועדת קלינג העלו שורה של נימוקים אשר מצדיקים לטעמם את הותרת הלכת גלעד על מכונה, קרי, את הסרת החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות. נימוקי דעת המיעוט נתמכים בשיקולים שהפסיקה מכירה בהם ומתמודדת איתם:

71 ב"ש 298/86 ציטרין נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337, 351 (1987). טענה אפשרית היא שלא פעם טיפולים רפואיים נכשלים בשל טעות, ולא בשל רשלנות, וכי יכול שהנחת העבודה של המאמר שהטלת חיסיון על דוחותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות תביא לידי תיקונו של עולם אינה מבוססת מספיק, ואם כך אין הצדקה לפגיעה כה מהותית בזכויות הפרט. על כך נשיב כי בתי-המשפט עצמם עמדו על כך שההבדל בין רשלנות לטעות אינו גדול, הגם שהתוצאה המשפטית שונה. לדעתי, גם אם מדובר בטעות, תחקור והפקת לקחים הם תהליך בונה ומועיל, ואכן יש בהם כדי להביא לידי תיקונו של עולם. ראו ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מה(2) 142 (1991); דנ"א 1833/91 קוהרי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 5.6.1991).

72 ראו להלן בפרק ו.

73 אם הטיעון היה מכיוון של יחסי כוח, של עקרון השוויון בדיני הנזיקין, הוא היה חזק יותר, אך עדיין לא היה משכנע דיו. על עקרון השוויון בדיני הנזיקין ראו להלן בתת-פרק 3.

שיקולים של הכרה בזכות החולה, המעוגנת כיום בחוק זכויות החולה, ושיקולים מתחום דיני החיסיון. באשר לטיעונים שמקורם בזכויות החולה, גם אלה אינם מוחלטים, ועשויים להידחות מפני שיקולים אחרים. ובאשר לטיעונים מתחום דיני החיסיון, המחוקק והפסיקה מכירים בחשיבותם של דיני החיסיון, למרות ההסתרה העומדת ביסודם, ומעניקים להם לא פעם פרשנות רחבה. יתר על כן, המחוקק מכיר אף בחיסיון מוחלט – חיסיון שאין להסירו בשום תנאי – מה שמעיד על מעמדו ונחיצותו של מוסד החיסיון.

ד. התשתית הנורמטיבית בהקשר של החובות האתיות של הרופא כבסיס לתמיכה בהלכת גלעד או כבסיס לביטולה

1. הקדמה

האם התשתית הנורמטיבית הקיימת מצדיקה ויתור של רופאים על שימוש בזכות לאי-הפללה עצמית? במילים אחרות, האם קביעת בית-המשפט בעניין גלעד כי מהות המקצוע ושכונת הרופא מטילות על הרופאים חובה לשתף פעולה עם ועדות הבדיקה הפנימיות מניחה כי עליהם לעשות כן גם את הדבר כרוך בהפללה עצמית? והאם דרישה זו מעוגנת בחקיקה ובהלכה הפסוקה?

2. הזכות לפטור מהפללה עצמית

זכותו של אדם לא להפליל את עצמו מעוגנת בסעיף 47 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971.⁷⁴ החיסיון מפני הפללה עצמית הוא הזכות לא לומר דבר שעלול להפליל אדם ולשמש ראיה לחובתו, וכן הזכות לא למסור ראיה שעלולה להפלילו.⁷⁵ מזכות זו נגזרת גם זכות השתיקה: "הזכות לאי הפללה עצמית איננה אלא תמציתו של הכלל... אשר לפיו איש אינו חייב להשיב על שאלה, אם התשובה לשאלה עלול להיות בה, לדעת בית המשפט, כדי להניח את היסוד להבאתו לדין פלילי של מי שמשיב את התשובה. זכות זו מתייחסת גם לדרישה להצגתם של מסמכים ומטלטלים אחרים."⁷⁶ בית-המשפט מגדיר זכות זו כ"זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד:

74 ס' 47(א) לפקודת הראיות קובע כי "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

75 ראו עניין שמש, לעיל ה"ש 25.

76 ע"פ 663/81 חורי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 85, 91 (1982). ראו גם גיא רוטקופף "על החובה למסור מסמכים לרשות" המשפט יא 293 (2007).

כבוד האדם וחירותו",⁷⁷ ולדבריו, "על חשיבותה של זכות השתיקה במשפט פלילי אין צורך להכביר מילים".⁷⁸ נוסף ונאמר כי זכות זו הורחבה מעבר למשפט הפלילי והוכרה גם במשפט האזרחי.⁷⁹

3. זכות הרופאים לפטור מהפללה עצמית

בעניין גלעד העדיף בית-המשפט את זכות הפרט לקבל מידע על "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי שקיבל על זכות הרופאים לאי-הפללה עצמית. בית-המשפט סבר כי זכות הציבור שוועדות בדיקה פנימיות ימשיכו להתקיים היא זכות חשובה, אולם בהשוואה בין שתי זכויות אלה הוא הכריע כי זכות הפרט על העליונה.⁸⁰ באשר לזכות הרופאים להגן על עצמם, בית-המשפט סירב להכיר בלגיטימיות של זכות זו, שכן "חובתו – האתית והמשפטית – של הרופא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניו ולקיים יחס של כבוד לחיי אדם".⁸¹ להבנתי, מאמירה זו, ובוודאי ממסקנת בית-המשפט בפסק-הדין, עולה שחובתו האתית של הרופא לטפל בחולים דוחה מפניה כל זכות אחרת של הרופא, לרבות זכותו להגן על עצמו וזכותו לפטור מהפללה עצמית. נבקש להדגיש כי בעניין

77 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

78 ע"פ 1132/10 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 39 לפסק-דינה של השופטת נאור (פורסם בנבו, 7.3.2012). ראו גם חיה זנדברג "זכות השתיקה וזכותו של נאשם שלא להיחקר על עברו הפלילי: אגב פסק דין מילשטיין" משפטים לט 399 (2010); בועז סנג'רו "מדוע מלין היועץ המשפטי לממשלה על זכות השתיקה?" (2003) www.clb.ac.il/law/criminal_law/articles/a5.pdf; אהרן קירשנבאום "אין אדם משים עצמו רשע": הלכה פרדוקסלית במשפט הפלילי העברי" פלילים ז 197 (1998). החיסיון מפני הפללה עצמית כמו-גם זכות השתיקה הם זכויות הקיימות במישורים הפלילי והאזרחי גם-יחד. רע"א 5381/91 חוגלה שיווק (1982) בע"מ נ' אריאל, פ"ד מו(3) 378, 381 (1992). חששם של הגורמים המטפלים ממסירת מידע הוא שייעשה שימוש נגדם במידע שנמסר במסגרת ועדות הבדיקה לסוגיה. השימוש נגדם יכול להיעשות במקביל גם במישור הפלילי (הליכים משמעתיים וכתבי אישום) וגם במישור האזרחי (תביעות נזיקיות). החשש מהליך פלילי הוא מובן, ואין צורך להכביר מילים לגביו. ביחס למישור האזרחי, הרופאים אומנם מבוטחים רובם ככולם, ועל-כן אינם חשופים לנזק כלכלי ישיר משמעותי. אך הם חשופים לנזק תדמיתי ולנזק כלכלי עקיף. השוו עם עמדת השופט לוי בעניין שמש, לעיל ה"ש 25.

79 ראו, למשל, רע"א 1124/14 עיזבון רונן נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 31.12.2014).

80 בית-המשפט לא אמר זאת באופן מפורש, שכן הנחת-המוצא הייתה שהוועדות ימשיכו להתקיים. עם זאת, חשש זה עמד מן הסתם לנגד עיניו, ואף-על-פי-כן הוא החליט להעדיף את זכות הפרט.

81 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 527. ראו גם את דבריו של השופט אריאל ב"חוק זכויות החולה – שנה אחרי: יום עיון שאורגן ע"י מערכת רפואה ומשפט" רפואה ומשפט 17, 22, 36 (1997).

גלעד עלתה שאלת הפטור מהפללה עצמית בהקשר של תביעת נזיקין. אולם אותה מערכת עובדות עשויה, כידוע, להקים גם אחריות נזיקית וגם אחריות פלילית. אין האחד מוציא את האחר. רוצה לומר, העובדה שבעניין גלעד התעוררה הסוגיה בהקשר של הליך אזרחי אינה מעלה ואינה מורידה, שכן באותה מידה היה אפשר להגיש בגין אותה מסכת עובדות גם כתב אישום (וכן לנהל הליכים משמעתיים) נגד הרופאים, נוסף על ההליך האזרחי שהתנהל. הדיון הוא אפוא בשאלת הפטור מהפללה עצמית בכל ההליכים האפשריים – אזרחיים ופליליים כאחד – בגין אותה פעולה רפואית שתוצאותיה לא היו כמצופה.

4. משמעותה של הזכות לפטור מהפללה עצמית

אני סבורה כי תפיסה זו של העדר התחשבות מוחלט בזכויות הרופאים מחמירה מדי עם הרופאים. לתפיסתי, יש להתחשב בזכות הרופאים להגן על עצמם. זכות זו אינה שונה מזכויות דומות הקיימות לכל אזרח בכל עיסוק בכל תחום שהוא, ואיני שותפה לטענה כי הכרה בזכות הרופאים להגן על עצמם סותרת את חובתם האתית. אין ספק שחובתם האתית של הרופאים היא להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניהם ולעשות כל אשר לאל ידם כדי לרפאם. אלא שאיני סבורה כי מתן חיסיון לוועדות הבדיקה הפנימיות מתנגש בחובה אתית זו.⁸² דווקא הכרה בזכותם של הרופאים תאפשר להם להעמיד את בריאות החולה בראש מעייניהם ללא חשש. היא תאפשר להם לקיים דיון חופשי כדי "ללמוד וללמד" ולתקן טעויות, כאשר בריאותם של כל המטופלים הבאים היא-היא שמנחה אותם.⁸³ מדובר בתחקירים הנעשים לאחר מעשה, לאחר שהטיפול הרפואי כבר נעשה. במצב דברים זה לימוד התהליך לצורך שיפור בעתיד אינו פוגע בפרט שהטיפול הרפואי שנעשה בו לא הניב את התוצאות המצופות, שהרי ביחס אליו הטיפול כבר כשל. מדובר בהתנהלות שלאחר מעשה, אשר אין בה כדי לשנות את מצבו, שהרי "את שהיה אין להשיב", אך יש בה כדי לשנות את הטיפול במטופלים העתידיים. אם תהליך הלימוד והפקת הלקחים ייעשה באופן אמיתי, יאפשר הדבר לרופא למלא את אחד הציוויים הכלולים בשבועת הרופא: "[ה]רבו חכמה ואל תרפו כי היא חייכם וממנה תוצאות חיים".⁸⁴ אני סבורה

⁸² לדעה שונה ראו דעת המיעוט בדוח ועדת קלינג, לעיל ה"ש 36, בעמ' 89.

⁸³ גישה זו מעוגנת בארצות-הברית בחוק פדרלי משנת 1986 – The Healthcare Quality Improvement Act – אשר מקנה חסינות למשתתפים בוועדות בדיקה פנימיות. הרציונל, אשר בא לידי ביטוי גם בשורה של פסקי-דין, הוא ההבנה כי ללא חסינות לא ישתפו רופאים פעולה, ולא יהיה אפשר להפיק לקחים מאירועים של רשלנות רפואית. ראו להלן בפרק ז.

⁸⁴ לשבועת הרופא ראו אתר ההסתדרות הרפואית הישראלית – www.ima.org.il/mainsitenew/viewcategory.aspx?categoryid=1125.

כי בלימוד ובהפקת הלקחים לשם שיפור הטיפול במטופלים הבאים באה לידי ביטוי המחויבות האתית של הרופא.

5. סיכום

דעתי היא שגם לרופא שמורה הזכות לפטור מפני הפללה עצמית, כפי שהיא שמורה לכל אזור ולכל בעל מקצוע אחר. הציפייה שהרופאים ינהגו כמלאכים, ולא כבני תמותה, ויותר על זכותם לאי-הפללה עצמית בשם המחויבות הנעלה שנטלו על עצמם לרפא את החולים ובשל שבועת הרופא, אינה נכונה ואינה מציאותית. הפטור מפני הפללה עצמית אינו סותר את המחויבות האתית של הרופאים לרפא את החולה, שכן מדובר בפרוצדורה הנעשית לאחר הטיפול בחולה.⁸⁵ הדיווח על הטיפול הרפואי בוועדות הבדיקה הפנימיות, לצורך לימוד והפקת לקחים, אינו נעשה כחלק מהטיפול בחולה, אלא רק לאחר שהטיפול בו כבר נעשה, ולכן הוא אינו סותר את המחויבות האתית של הרופא, שהיא בראש ובראשונה לרפא.

ה. האם התיאוריות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון ומונעת שימוש בממצאי הוועדה ככלי במסגרת תביעת נזיקין?

1. הקדמה

בבסיס החיסיון שהרופאים מבקשים להטיל על ועדות הבדיקה הפנימיות מצוי רצונם לא להפליל את עצמם, ושממצאי הוועדה לא יהיו כלי במסגרת תביעה נזיקין או בהליכים פליליים ומשמעתיים. מכיוון שההחלטה בפרשת גלעד התייחסה לתביעת נזיקין, והמאמר בוחן את הסוגיה בהקשר של תביעות נזיקין, נבחן אם התיאוריות החברתיות השונות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בדרישה זו.

2. מטרותיהם של דיני הנזיקין

המטרה העיקרית של דיני הנזיקין היא פיצוי הניזוק בגין נזקיו על-מנת לתקן את העיוות שנוצר עקב מעשה העוולה. מדובר בתיקון העיוות במערכת היחסים שבין המזיק לניזוק. מטרת הפיצוי היא להשיב את מצב הניזוק למצב שבו היה אלמלא האירוע הנזיקי.⁸⁶ השבת המצב לקדמותו היא אמצעי למימוש התכלית של צדק

85 אבקש להעיר כי אין כל ספק שאם התחקיר מעלה כי יש טיפול כזה או אחר שיש להציע לחולה, חובה על הרופא להציעו. חובה זו נובעת מחובתו האתית של הרופא – אשר באה לידי ביטוי גם בשבועת הרופא – "לעמוד לימין החולה במצוקתו בכל עת ובכל שעה". שם.

86 ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 323, 310 (2006); ע"א 518/82

מתקן: על המזיק לתקן את המצב שיצר עקב המעשה הרשלני שעשה, באופן שמצב הניזוק ישוב ככל האפשר להיות כפי שהיה קודם לפגיעה.⁸⁷ תפיסת הצדק המתקן רואה לנגד עיניה את המזיק והניזוק בלבד. על-פי תפיסה זו, דיני הניזיקין אינם נתפסים כמשמשים להשגת מטרות חיצוניות ליחסים שבין המזיק לניזוק.⁸⁸ אם מדובר באירוע אשר נוסף על האחריות בנזיקין עשוי לבסס גם אחריות פלילית, אזי על תכליותיו של ההליך הנזיקי ייתוספו התכליות המצדיקות נקיטת ההליך הפלילי.⁸⁹ עוד נדגיש שהתפיסה היא כי "נזק של הניזוק – ולא התנהגותו של המזיק – הוא המכריע בקביעת הפיצויים",⁹⁰ וכי "צרכיו של הניזוק – ולא יכולתו של המזיק – הם העומדים ביסוד הערכת הנזק בנזיקין".⁹¹ הדגש הוא בצורכי הניזוק, ויכולתו של המזיק אינה מהווה שיקול. המזיק גרם את הנזק, וחובתו להשיב את מצב הניזוק לקדמותו. האמצעים העומדים לרשותו של המזיק אינם מענייניו של הניזוק ואינם מהווים שיקול. השיקול היחיד הוא צרכיו של הניזוק. נזכיר גם את התכליות הנוספות של דיני הניזיקין – צדק חלוקתי⁹² והרתעה.

זייצוב נ' כץ, פ"ד מ(2) 85 (1986); ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762 (1982); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13 (2005); אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנזק גוף: דין הניזוק המצוי והרצוי" עיוני משפט ט 243 (1983).

87 קולמוסים רבים נשברו בתיאור הקשיים בהגשמת המטרה של השבת המצב לקדמותו באמצעות פיצוי כספי. נזכיר את דבריו של השופט חשין בע"א 2061/90 מרצלי נ' מדינת ישראל, משרד החינוך והתרבות, פ"ד מז(1) 802, 822 (1993): "בחישוב פיצויים בגין הפסד כושר השתכרות לימים יבואו, נדמים אנו בעינינו כמו היינו מהלכים בארץ הפלאות של עליסה, ארץ בה ניחושים והשערות הן עובדות, ותקוות ומשאלות לב הן מציאות. הוטל עלינו לגלות את צפונות העתיד – עתיד שיהיה ועתיד שלא יהיה – ואנו לא נביאים אנו ולא בני-נביאים." ראו גם את דבריו של השופט ריבלין בעניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 25: "שומת הנזק בגין ראש הנזק של אבדן כושר השתכרות אינה פשוטה אפוא. לא אחת היא ספקולטיבית. להון האנושי אין מחיר שוק".

88 אליעזר ריבלין וגיא שני "תפיסה עשירה של עקרון השבת המצב לקדמותו בתורת הפיצויים הנזיקיים" משפט ועסקים י 499, 503 (2009).

89 ההליך הפלילי, להבדיל מההליך הנזיקי, נתפס כמשמש להשגת מטרות חיצוניות ליחסים שבין המזיק לניזוק, דהיינו, להגנה על ערכים חברתיים הזקוקים להגנה באמצעות המשפט. עם זאת, קיימת התייחסות-גומלין בין שתי מערכות אלה. ראו, לדוגמה, ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, העוסק בתביעה אזרחית נגרת לפלילים. ראו חיה זנדברג זכויות נאשמים: הזכות למשפט נפרד 23 (2001).

90 ברק, לעיל ה"ש 86, בעמ' 253. כן ראו עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 26.

91 עניין ברדה, לעיל ה"ש 86, בעמ' 775.

92 אריאל פורת נזיקין כרך א 85 (2013); ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות 64, 312 (2012).

באשר לתכלית האחרונה, התפיסה היא שעל-ידי ענישת המזיק יהיה אפשר להבטיח את כיבוד החוק בעתיד, לקדם התנהגות חברתית ראויה, וכן למנוע או להקטין נזקים מסוג זה.⁹³

3. עקרון השוויון כאחת המטרות של דיני הנזיקין

יש הטוענים כי ראוי להשתמש בכלי הנזיקי כאמצעי לקידום שוויון. אולם גם מי שסוברים כי מבחינה תיאורטית יש מקום לכך מסכימים כי מחסומים תיאורטיים ומעשיים מהווים מכשול לקידום תפיסה זו.⁹⁴ כך, נבחנה האפשרות לראות את דיני הנזיקין ככלי פרוגרסיבי להשגת שוויון במצב של יחסי מיקוח חברתיים לא-שוויוניים. על-פי תפיסה זו, אין זה משנה אם מקורו של אי-השוויון בעוול או בצדק.⁹⁵ קשר אחר בין עקרון השוויון לדיני הנזיקין הוא שימוש בדיני הנזיקין למניעת ניצול יחסי כוח, וזאת באמצעות תפיסתו של עקרון השוויון כזכות עצמאית.⁹⁶ בפסיקת בית-המשפט אפשר למצוא אמירות המכוונות להשגת מטרה של שוויון, אם כי השוויון שבית-המשפט מכוון אליו אינו בא "לתקן" יחסי כוח לא-שוויוניים, כי אם לפסוק פיצוי אחד ושווה, ובאמצעותו לקדם את השוויון.⁹⁷

93 ריבלין ושני, לעיל ה"ש 88.

94 יפעת ביטון "ההגנה על עקרון השוויון בדיני הנזיקין והאחריות ברשלנות במסגרת יחסי-כוח" משפטים לח 145 (2008); צחי קרן-פו "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" משפט וממשל ז 541 (2004). יש לציין כי עקרון השוויון הוא אך אחד מבין עקרונות רבים מוצעים: "הגבלת דיני הנזיקין לגזרה הצרה שמקצה להם הצדק המתקן תוך התעלמות משיקולים וממטרות ראויים וחשובים כצדק חלוקתי, שוויון חברתי, הגינות, יעילות, טובת הכלל, חלוקת סיכונים הוגנת בחברה, פיזור, הרתעה ועוד – הגבלה כזאת נחזית בעליל כבלתי ראויה וככזו שיישומה עלול להביא לתוצאות בלתי רצויות." גלעד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 64.

95 ביטון, לעיל ה"ש 94, בעמ' 152.

96 שם.

97 לגישה שונה של בית-המשפט ראו ע"א 5118/92 חברת אלטריפי ללחץ-הודאת אלעאמה בע"מ נ' סלאימה, פ"ד נ(5) 407 (1997). בית-המשפט אישר את סכום הפיצויים שפסק בית-המשפט המחוזי לניזוק-ילד, וציין כך (שם, בעמ' 416–417):

"מסקנת השופטת, שלפיה צפוי היה התובע לעבוד בעבודת כפיים, מתיישבת היטב עם נטיית בני משפחתו, שכולם עובדי כפיים, ועם הצלחתו המוגבלת של התובע בלימודיו. השופטת בחנה את השכר הממוצע שהיה התובע יכול להרוויח כעובד כפיים בישראל ובשטחים, וקבעה כי יכולת ההשתכרות שלו נמצאת בין שני ממוצעים אלה. אף בכך אין פגם..."

בעניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 47–48, התייחס השופט ריבלין לפסיקה שלעיל, וכך הסביר אותה (אף שבהמשך דבריו הסתייג ממנה):

בעניין אבו חנא פסק בית-המשפט לילדה מהפזורה הבדווית פיצוי בגין הפסד כושר השתכרות לפי השכר הממוצע במשק, ולא לפי רמות השכר של בני משפחתה והשכר המקובל באזור מגוריה (שהיו נמוכים במידה משמעותית מהשכר הממוצע במשק). וכך אומר בית-המשפט:

"חייב המזיק בפיצוי לפי השכר הממוצע במשק אך מניח כי כל קטין עומד לעצמו, עתידו לפניו, כי העולם אינו עומד מלכת, וכי אין להקפיד את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד. במילים אחרות, ובאספקלריה של גישת הצדק המתקן, לא יהא זה נכון לומר כי בגישתנו אנו הופכים את המזיק כלי להשגת מטרות חברתיות ולתיקון חוסר צדק המובנה בחברה. המזיק מחויב בפיצוי המשקף את שנגרע מן הניזוק..."⁹⁸

4. האם התיאוריות של דיני הנזיקין יכולות לתמוך בגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות?

התיאוריות המסורתיות של דיני הנזיקין – צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה – יוצרות קושי תיאורטי בקבלת הגישה הדוגלת בחיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות. דיני הנזיקין מתמקדים בניזוק, ומטרתם המרכזית היא להשיב את מצבו לקדמותו. מצבו של המזיק, בעיותיו ויכולותיו הכלכליות אינם מעניינם של דיני הנזיקין. התפיסה הנזיקית אינה מתעניינת ברצונו של המזיק, ביכולתו או בנזק שעלול להיגרם לו עקב הפיצוי שיושת עליו.⁹⁹ כיבוד רצונם של הרופאים לפטור

"מהו הטעם העומד מאחורי תוצאה זו? נראה כי הנימוק העיקרי הוא זה: פערי ההכנסה בחברה הם בעיה חברתית-כללית, ואין זה צודק להטיל את מחיר השוויון על נחבע מקרי שפגע למשל בנתבעת-ילדה או בנתבע-בן מיעוטים. גם אין זה צודק – כך ממשיך הטיעון – לזכות את אותם נתבעים אקראיים בפיצוי העולה על ההשתכרות שהייתה צפויה להם בשוק העבודה שבו שוררת מציאות של הפליה. מטרתם של דיני הפיצויים בניזוקין, כך היא הטענה, היא להשיב את המצב לקדמותו – קדמותו האמיתית ולא הרצויה – וזאת על בית המשפט לעשות על יסוד קריאה אמיתית של המציאות, גם אם המציאות אינה נושאת חן בעיניו."

⁹⁸ עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 53. ראו גם פורת, לעיל ה"ש 92, בעמ' 85; גלעד, לעיל ה"ש 92, בעמ' 64 ו-312.

⁹⁹ כך, למשל, לא נקבל את הטיעון שפסיקת הפיצויים תגרום לקריסת עסקיו של המזיק, לפשיטת-רגל שלו, להרעת היחסים בתוך התא המשפחתי שלו ועוד ועוד. הדין הנזיקי מתעלם גם ממוגבלות פיזית או נפשית של המזיק, הגם שייתכן שזו מנעה ממנו שיקול-דעת או אפשרות לפעול אחרת. ראו בלהה כהנא חבות של הורים בניזוקין כלפי ילדיהם 181 (2008).

מהפללה עצמית אינו מתיישב אם כן עם מטרותיהם של דיני הנזיקין, שכן כיבוד כזה מתחשב במזיק, ולא בניזוק. הדבר היה נכון שבעתיים אילו התקבלה התפיסה התיאורטית הרואה בכלי הנזיקי כלי המקדם שוויון, שהרי אין ספק בדבר קיומו של חוסר שוויון בין רופאים למטופלים. לרופא יש כוח רב – הן באופן מוחלט הן באופן יחסי. אילו התקבלה התפיסה הרואה את דיני הנזיקין כמקדמים שוויון, היה קשה עוד יותר לשכנע כי מוצדק להטיל חיסיון על דוחות של ועדות בדיקה פנימיות, שכן חיסיון כזה רק מעצים את חוסר השוויון בין רופאים למטופלים. לעומת זאת, תפיסת השוויון בהתייחס לגובה הפיצוי, כפי שהתקבלה בפסיקה בעניין אבו חנא, אינה סותרת את דרישת הרופאים לפטור מהפללה עצמית, הואיל והיא מתמקדת במסקנה שאין "להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד"¹⁰⁰ כבסיס להערכת הנזק. הטלת חיסיון על דוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות עשויה אומנם להשפיע על דרכי ההוכחה (ובעקיפין, כמובן, גם על הסיכוי לקבלת התביעה), אך אין בה כדי להשפיע באופן ישיר על גובה הפיצוי.

5. סיכום

הגישה המקבלת את דרישת הרופאים לפטור מהפללה עצמית ולהטלת חיסיון על דוחותיהן של הוועדות הפנימיות סותרת את מטרותיהם של דיני הנזיקין. קל לכן להשתמש בעובדה זו כטיעון נוסף נגד הטלת חיסיון על ועדות הבדיקה הפנימיות. דא עקא, אותה מסכת עובדות שעלולה להקים אחריות בנזיקין עלולה להקים גם אחריות בפלילים. אי-אפשר לבודד את האחד מן האחר, ועל-כן אין זה צודק לבחון את הסוגיה מבעד למשקפיו הצרים של הדין הנזיקי, הגם שזו הייתה ההתמקדות בעניין גלעד. יש להתייחס לסוגיה בצורה הוליסטית, ולבחון את כל התוצאות האפשריות של ההפללה העצמית, ולא רק דרך המבט הצר של דיני הנזיקין. הסתכלות כזו מטה את הכף, שכן תכליותיו של הדין הפלילי הן תכליות חברתיות,¹⁰¹ ושאלת הטלת החיסיון על דוחותיהן של הוועדות הפנימיות היא שאלה של מטרות וערכים חברתיים.

100 עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 86, בעמ' 53.

101 ראו לעיל ה"ש 89. כן ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, שער שישי, פרק 7 ("חזקות המשקפות ביטחון, ודאות והרמוניה במשפט"), 583 (1993).

ו. חיסיון, חוק חופש המידע וחוק השיפוט הצבאי כתשתית רעיונית להותרת החיסיון של ועדות הבדיקה הפנימיות

1. הקדמה

המשפט מכיר בצורך להגן על מידע ועל נותן המידע. הגנה על מידע נובעת מהכרה של החברה בזכויות שונות, כגון צנעת הפרט, או בחשיבותו של חיסיון בסיטואציות מסוימות, דוגמת חיסיון עיתונאי-מקור. לצד זה, חוק חופש המידע מבטא תפיסה ברורה שעל-פיה לכל אזרח יש זכות לקבל מידע מרשות ציבורית. על הזכות לקבל מידע במישור הפרטי לגבי עניינים שהפרט היה מעורב בהם אין צורך להכביר מילים. על קצה המזלג נאמר כי הפתרון למתח שבין החיסיון לבין חופש המידע הוא לעיתים מתן "חיסיון יחסי", להבדיל מ"חיסיון מוחלט". אלא שפתרון-ביניים של חיסיון יחסי יפה למקרים מסוימים, ואינו מתאים לאחרים. לשני אלה – גם לחיסיון היחסי וגם לחיסיון המוחלט – יש מקום בשיטת המשפט שלנו, כמו בשיטות משפט מודרניות אחרות.

2. חיסיון

המשפט מכיר במצבים רבים שבהם יש לקבוע חיסיון על מידע, שמשמעו שהמידע אינו גלוי לכלל. לעיתים מדובר במידע שאין לגלותו בשום תנאי, ולעיתים מדובר במידע שיש לגלותו בהתקיים נסיבות מסוימות. פקודת הראיות מכירה בשורה של חסיונות: חיסיון לטובת המדינה,¹⁰² חיסיון לטובת הציבור,¹⁰³ חיסיון רופא,¹⁰⁴ חיסיון פסיכולוג,¹⁰⁵ חיסיון עובד סוציאלי,¹⁰⁶ חיסיון עורך-דין – לקוח¹⁰⁷ וחיסיון כוהן-דת.¹⁰⁸ חסיונות נוספים מוסדרים בדברי חקיקה ספציפיים: פקודת הבנקאות,¹⁰⁹ חוק ועדות חקירה,¹¹⁰ חוק מבקר המדינה,¹¹¹ ועוד. נוסף עליהם קיימים חסיונות

¹⁰² ס' 44 לפקודת הראיות.

¹⁰³ ס' 45 לפקודת הראיות.

¹⁰⁴ ס' 49 לפקודת הראיות.

¹⁰⁵ ס' 50 לפקודת הראיות.

¹⁰⁶ ס' 50א לפקודת הראיות.

¹⁰⁷ ס' 48 לפקודת הראיות. ראו גם: רע"פ 8873/07 היינץ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2011).

¹⁰⁸ ס' 51 לפקודת הראיות.

¹⁰⁹ פקודת הבנקאות, 1941, ע"ר תוס' 1, 67.

¹¹⁰ חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968, ס' 20א.

¹¹¹ חוק מבקר המדינה [נוסח משולב], התשי"ח-1958.

יציר הפסיקה שאינם קבועים בחוק, כגון חיסיון עיתונאי.¹¹² הכלל הוא שחיסיון הוא חיסיון יחסי אלא אם כן החוק קבע אחרת. משמעות הדבר היא שהוא ניתן להסרה על-ידי בית-המשפט מקום שהצורך בגילוי הראיה לשם עשיית צדק עולה על העניין שיש באי-גילוייה.¹¹³ לגבי חסיון עורך-דין – לקוח וחיסיון כוהן-דת כלפי מי שהתוודה לפניו הכיר החוק בחיסיון מוחלט: "...חיסיון מוחלט אינו מאפשר את גילוי המסמכים החוסים תחתיו בשום תנאי."¹¹⁴ בהענקת חיסיון מוחלט הכיר המחוקק בכך שלעיתים גילוי האמת נסוג מפני אינטרסים אחרים: "לעיתים נדרש איזון בין הצורך לגלות את האמת לבין הגשמת אינטרסים של הפרט והציבור, המצדיקים הענקת חיסיון."¹¹⁵

3. "חיסיון מוחלט", "חיסיון יחסי" ומה שביניהם

עיון ברשימת החסיונות מלמד שיש מהם המתייחסים למידע שהוא נחלת הכלל – כגון חיסיון לטובת המדינה, חיסיון של ועדות חקירה או חיסיון עיתונאי – ויש מהם המתייחסים למידע שהוא נחלת הפרט, דוגמת חסיון פסיכולוג, חסיון עובד סוציאלי וחיסיון עורך-דין – לקוח. החיסיון מושא דיונו, המתייחס לוועדות הבדיקה הפנימיות בבתי-החולים, נמנה עם הסוג השני. נזכיר כי ועדות הבדיקה הפנימיות הן ועדות בדיקה המוקמות בבתי-חולים לצורך דיון והפקת לקחים ביחס לטיפול רפואי במטופל ספציפי אשר לא הניב את התוצאה המצופה והסב לו נזק חמור. בחיסיון לטובת הכלל מדובר במידע שככלל הקשר בינו לבין הפרט חלש יותר. רוצה לומר, בחיסיון לטובת הכלל מדובר במידע המתייחס לציבור, אשר רק לעיתים עשוי לכלול גם מידע המתייחס לפרט זה או אחר. כאשר מדובר במידע המתייחס לפרט, כל המידע כולו מתייחס לפרט אחד ויחיד. על פניו, חיסיון של מידע הנוגע בפרט מפני הפרט עצמו נראה קשה, בלתי-סביר, מטריד. זו המטריה שאנו עוסקים בה.

112 עניין ציטרין, לעיל ה"ש 71. על חיסיון, חסינות וקבילות ראו ת"א (מחוזי י"ם) 48074-06-11 הימנותא בע"מ נ' ג'אנופולוס (פורסם בנבו, 5.7.2015).

113 "על דרך הכלל, חיסיון יש לפרש על דרך הצמצום. מכאן, שחיסיון סטוטורי מוחלט מצריך אמירה מפורשת של המחוקק, כפי שעשה לגבי חיסיון עו"ד – לקוח או חיסיון איש דת... ובהיעדר קביעה מפורשת של המחוקק, יש לפרש את החיסיון כיחסי." בש"פ 5535/13 מדינת ישראל נ' שימשילשווילי, פס' 11 (פורסם בנבו, 15.8.2013).

114 רע"א 6122/14 בנק הפועלים בע"מ נ' נשר, פס' 7 (פורסם בנבו, 6.5.2015).

115 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 522. ראו גם בר"ש 2180/13 רוטנשטרייך נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א (פורסם בנבו, 26.6.2013); ע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר באמצעות עיתון הארץ בע"מ (פורסם בנבו, 22.9.2014).

גם כאשר מדובר במידע שמתייחס לכלל אך כולל מידע הנוגע בפרט, זכותו של הפרט חזקה מזכות הכלל. אם, לדוגמה, מתעוררת שאלת חיסיון ביחס לתחקיר צבאי בגין פעילות שבה נפגע חייל, והחייל או בני משפחתו מבקשים לקבל את המידע, זכותם עולה על זו של עיתונאי המבקש לקבל אותו מידע, שכן הקשר של האחרון למידע חלש יותר. גם הפגיעה שתיגרם לעיתונאי מאי-הסרת החיסיון תהא כמובן פחותה מזו שתיגרם לחייל או לבני משפחתו.

יכול גם שתועלה טענה כי הסרת חיסיון ממידע המתייחס לכלל עלולה לגרום פגיעה חמורה מזו שתיגרם על-ידי הסרת חיסיון ממידע המתייחס לפרט. כך, בדוגמה שהובאה לעיל, גילוי תחקיר צבאי עלול לפגוע בבטחון המדינה, פשוטו כמשמעו.¹¹⁶ לעומת זאת, הנזק מגילוי מסקנותיה של ועדת חקירה רפואית פנימית הוא נקודתי; הוא עשוי לפגוע רק ברופא מסוים או בצוות רופאים מסוים. לכן, כאשר על כף המאזניים מונחים נזק חמור מול פגיעה חמורה פחות, ההתייחסות להסרת חיסיון של מידע הנוגע בפרט אמורה להיות מקילה וגמישה הרבה יותר. המסקנה המתבקשת לכאורה היא שאין מקום להטיל חיסיון על ועדות בדיקה פנימיות, שהרי המידע שבהן מתייחס לפרט, ואם יש בכלל-זאת מקום להטיל חיסיון, עליו להיות חיסיון יחסי.

4. ההצדקה להטלת חיסיון מוחלט על מידע הנוגע בפרט

עם החסינויות של מידע הנוגע בפרט נמנים, בין היתר, חסיון פסיכולוגי, חסיון עובד סוציאלי, חסיון עורך-דין-לקוח וחסיון כוהן-דת. החיסיון, ככל שהוא מתייחס לפרט, יכול להיות חיסיון לטובת הפרט או חיסיון לטובת בעל-המקצוע. בדרך-כלל החיסיון נועד להגן על הפרט מפני חשיפת מידע על-אודותיו, אולם ייתכנו מצבים שבהם ייקבע כי החיסיון הוא לטובת בעל-המקצוע – הפסיכולוג, העובד הסוציאלי. במקרה כזה גם הפרט עצמו, המטופל, לא יוכל לעיין במסמכים שנערכו בעניינו. קיימים קווי דמיון בין ועדות הבדיקה הפנימיות מושא דיוננו לבין תסקיר עובד סוציאלי, תסקיר שירות מבחן ודוח פסיכולוגי. בשלושת אלה החיסיון עשוי להיות לטובת בעל-המקצוע, ולא לטובת הפרט. חיסיון לטובת

116 מסיבה זו דיונים שעוסקים בבטחון המדינה נערכים כמעט תמיד בדלתיים סגורות, וזאת בניגוד למשפטים אזרחיים ופליליים רגילים, שלגביהם נהוג ככלל עקרון פומביות הדיון. הכלל הרווח במשפטים על-פי חוק בטחון המדינה (חוק דיני העונשין) (בטחון המדינה, יחסי חוץ וסודות רשמיים), התשי"ז-1957) הינו הפוך. עקרונות דומים חלים, כאמור, על פרסום פסקי-הדין. אין כמעט בנמצא פסיקה גלויה המתייחסת לנושאים של בטחון המדינה. מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 129 (2001).

בעל-המקצוע הוא חיסיון מפני הפרט,¹¹⁷ והפגיעה בפרט מחיסיון כזה עלולה לכאורה להיות חמורה. למרות זאת היא הוכרה לא אחת על-ידי בתי-המשפט.¹¹⁸ כך, בפרשת פלוני¹¹⁹ קבע בית-המשפט כי יש חיסיון על תסקיר שירות מבחן, ולא אפשר לעציר ולבא-כוחו לעיין בו. מדובר אם כן בסיטואציה שבה העציר שם את מבטחו בעוכר סוציאלי או בפסיכיאטר, מספר להם דברים שעל בסיסם נכתב תסקיר אשר חורף במידה רבה את גורלו אם ישהה במעצר (לרוב מעצר עד תום הליכים) או ישוחרר, ואף-על-פי-כן אין כאמור לעציר זכות לעיין בו ולהתגונן מפניו. בתי-המשפט, במקרה זה ובאחרים,¹²⁰ הכירו בחיסיון כזה ומנעו מעצירים ומנאשמים את קבלת המידע על-אודותיהם, על יסוד הקביעה כי התסקירים נהנים מחיסיון. ביסודן של החלטות אלה ניצבת התפיסה שמול זכות הפרט לדעת הכל על שנעשה או לא נעשה בגופו, או על ניתוח פסיכולוגי של התנהגותו ואישיותו, עומדים אינטרסים אחרים שראויים להגנה, אשר לעיתים חזקים מהאינטרס החזק מאוד של הפרט. האינטרסים שעמדו מול אינטרס הנאשם או העציר והיוו בסיס לאי-הסרת החיסיון היו, בין היתר, האינטרס "שאנשים שמסרו או ימסרו בעתיד מידע לשירות המבחן ולרשויות האחרות, ימשיכו לעשות כן בהסתמך על סודיותו הנמשכת" וכן האינטרס "של שמירת פרטיות ה'אחרים' המשתפים פעולה עם שירות המבחן".¹²¹ כן התקבל הטיעון בדבר "החשש למדרון חלקלק ולכן

117 ע"פ 3472/11 פלוני נ' מדינת ישראל, עמ' 29 (פורסם בנבו, 3.9.2012).

118 ראו, למשל, בש"פ 756/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.3.2015); ע"פ 8974/07 לין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.11.2010); פרשת פלוני, לעיל ה"ש 117; ת"פ (מחוזי נת) 34066-02 מדינת ישראל נ' עזרא (פורסם בנבו, 24.5.2011); בג"ץ 2754/94 לוי נ' שרת העבודה והרווחה, פ"ד נ(4) 353, 361 (1996).

119 לעיל ה"ש 117. אעיר כי בפרשת פלוני דובר בקטין, אולם ההבדל בשאלת החיסיון בין קטין לבגיר אינו משמעותי. ראו לעניין זה שם, בעמ' 16.

120 ראו לעיל ה"ש 118.

121 פרשת לוי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 362. ראו גם את דבריו של השופט ג'ובראן בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 29: "במסגרת זאת, עמד חברי השופט זילברטל על ארבעה שיקולים מרכזיים המצדיקים את הפגיעה – העובדה כי עמדת תסקיר שירות המבחן היא בגדר המלצה בלבד; היות שירות המבחן 'זרועו הארוכה' של בית המשפט (משמע, גוף אובייקטיבי שאינו נוטה לטובת מי מהצדדים); החשש כי גילוי המידע יוביל לפגיעה ביכולתו של שירות המבחן לבצע את תפקידו נאמנה (משמע, חשש מפני 'אפקט מצנן'); והאפשרות הנתונה לנאשם שלא לשתף פעולה עם שירות המבחן. חברי השופט י' עמית הוסיף כטעם חמישי לאי חשיפת חוות הדעת את החשש מפני 'מדרון חלקלק'." ראו גם חיה כגן-זנדברג "על מעמדו של שירות המבחן בהליך הפלילי" משפטים כה 435 (1995). כגן-זנדברג מדגישה פן אחר, אשר מצדיק דווקא גילוי של תסקיר שירות המבחן: "חשש לאמינותו של המידע הכלול בתסקיר ודאגה להגנותו של ההליך הפלילי. ככל עדות שמיעה, מידע שנתקבל מבלי שיעבור בכור ההיתוך

שדבר יוביל לדבר. ממסירת חוות הדעת והאבחון, קצרה הדרך לבקשה לקבל את חומר הגלם ודפי העבודה ששימשו לעריכתם וכן לחקירת עורכי חוות הדעת והאבחון.¹²² זכות הנאשם או העציר לעיין בתסקיר של שירות המבחן או בחוות דעת פסיכולוגיות ואחרות שעליהן התבססו שירות המבחן נדחתה מטעמים של טובת הציבור.¹²³ הטעמים שהועלו דומים לטעמים שהועלו בעניין חסינותן של ועדות הבדיקה הפנימיות. לעיתים, באיזון הנדרש, בית המשפט נותן משקל רב יותר לטובת הציבור. נדגיש שקיים שוני מהותי בין תסקירים של שירות המבחן לבין דוחות של ועדות בדיקה פנימיות. בעוד הראשונים הם "זרועו הארוכה" של בית המשפט, וחזקה עליהם שהם פועלים לטובת העניין, ועדות הבדיקה הפנימיות אינן ניטרליות. משתתפי הוועדה "נגועים" לרוב בחוסר אובייקטיביות מובהק, שכן הם חלק מהבירור; למעשה, הם לב-ליבו של הבירור שנעשה בוועדה. אולם בהיבט של הטלת חיסיון הפוגע בפרט לשם הגנה על טובת הציבור יש קווי דמיון בין המוסדות הללו, השונים כל-כך במהותם.¹²⁴

5. חוק חופש המידע

נקודת המוצא של חוק חופש המידע היא ש"לכל אזרח ישראלי או תושב, הזכות לקבל מידע מרשות ציבורית".¹²⁵ בהתאם לכך החוק קובע שורה של הוראות המחייבות גופים ציבוריים להעמיד מידע לעיון הציבור, ואף מטיל עליהם חובה

של החקירה הנגדית, ולא כל שכן מבלי שהצדדים יוכלו לעיין בו ולטעון כנגדו, הוא מידע שאין כל ערובה למהימנותו, ואין זה הוגן שבית המשפט יגזור את דינו של הנאשם על סמך מידע כגון זה" (שם, בעמ' 448). בהקשר של חשש זה נאמר עוד: "איש לא יטען שקציני מבחן אלה, שהם מוכשרים מאד, פעילים מאד, טובים מאד – שהם כולם בבחינת אפיפיור, אשר הקתולים מאמינים שלעולם אינו טועה. הוא עלול לטעות באיסוף אינפורמציה ולכתוב דברים שבכלל אינם נכונים." חברה הכנסת אליהו מרדור, ד"כ 43, 2439 (התשכ"ה), מצוטט אצל כגן-זנדברג, שם, בעמ' 449. נדגיש כי על-פי ס' 191 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, החיסיון אינו מוחלט. בנתונים מסוימים יש לבית המשפט שיקול-דעת להורות על הסרתו.

122 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 117, בעמ' 27.

123 יש שהעלו, לצד הנימוקים המתייחסים לטובת הכלל, גם נימוקים המתייחסים לטובת הפרט, קרי, החשש שהנאשם עצמו יפגע אם ייחשף למידע שבתסקיר: "הנאשם עשוי להיפגע בשל העיון בתסקיר: בתסקיר עלול להימצא מידע אישי הנוגע לנאשם, אשר אינו ידוע לו. מידע זה, אם יודע לנאשם, עשוי לפגוע בו ובסיכווי שיקומו." כגן-זנדברג, לעיל ה"ש 121, בעמ' 449.

124 ראו דב לוין "גוזרים את הדין" המשפט א 185, 197 (1993). ויש שיאמרו לטובת העציר או הנאשם – ראו כגן-זנדברג, לעיל ה"ש 121, בעמ' 444.

125 ס' 1 לחוק חופש המידע. על החוק ומטרותיו ראו הלל סומר "חוק חופש המידע: הדין והמציאות" המשפט ח 435 (2003).

למנות ממונה על העמדת המידע לרשות הציבור. אלא שגישה ליברלית זו הוגבלה בשורה של הגבלות אשר אוסרות גילוי מידע בנושאים ובעניינים מסוימים, כגון "מידע אשר בגילוי יש חשש לפגיעה בבטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בבטחון הציבור או בבטחונו או בשלומו של אדם",¹²⁶ מידע שגילוי מהווה פגיעה בפרטיות¹²⁷ ועוד. לצד זה החוק משאיר לגוף הציבורי שיקול-דעת אם למסור סוגים מסוימים של מידע. כך, החוק קובע שרשות ציבורית אינה חייבת למסור מידע בנוגע למדיניות הנמצאת בשלבי עיצוב,¹²⁸ בנוגע לפרטי משא-ומתן¹²⁹ ועוד ועוד פטורים נקודתיים או כלליים. במקרים אלה שמורה לרשות הזכות להחליט אם למסור את המידע אם לאו. בחוק יש שני פטורים כלליים שעשויים להיות רלוונטיים לענייננו: הפטור האחד מתייחס ל"מידע אשר גילוי עלול לשבש את התפקוד התקין של הרשות הציבורית או את יכולתה לבצע את תפקידה",¹³⁰ ואילו הפטור האחר מתייחס ל"מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדיון".¹³¹ בעניין פלונית¹³² נסב הדיון סביב שאלת זכותה של פלונית לקבל מאת הרשויות פרטים על-אודות המידע שנמסר להן ואשר הוביל לבדיקתה בכפייה על-ידי הפסיכיאטר המחוזי, אשר קבע בסופו של דבר כי אין מקום להתערבות טיפולית.¹³³ נקודת המוצא של בית-המשפט הייתה

126 ס' 9(א)(1) לחוק.

127 ס' 9(א)(3) לחוק.

128 ס' 9(ב)(2) לחוק.

129 ס' 9(ב)(3) לחוק.

130 ס' 9(ב)(1) לחוק.

131 ס' 9(ב)(4) לחוק.

132 עניין פלונית, לעיל ה"ש 64.

133 בית-המשפט עמד על כך שההכרעה בעניין זה צריכה להינתן על יסוד פרשנות של שניים מבין שלושת החוקים הרלוונטיים לסוגיה שהובאה לדיונו: "שלושה חוקים הם לענייננו, ואלה הם השלושה: חוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (חוק הטיפול או חוק טיפול בחולי נפש); חוק זכויות החולה, תשנ"ו-1996; חוק חופש המידע, תשנ"ח-1998. שני החוקים הראשונים מכילים הוראות מפורשות באשר למסירת מידע לחולה ולמטופל, ועל-כן נזכר חוק חופש המידע אך בשוליים. אף אנו לא נעמוד על חוק חופש המידע בהניחנו כי הסוגיה שלפנינו תמצא את פתרונה – ואכן מוצאת היא את פתרונה – בשני החוקים האחרים בין בהיותם חוקים ספציפיים בין אחרת. השוו עוד: סעיפים 14(א)(11) ו-20 לחוק חופש המידע. שם, בעמ' 152. בית-המשפט לא דן אפוא ספציפית בהוראת ס' 14(א)(11) לחוק חופש המידע, משום שהוא סבר כי אין ההסדר שבו מוסיף על ההסדר הקיים בשני החוקים הראשונים, ומכאן, להבנתנו, הפרשנות והאיזונים זהים.

שלמטופל יש זכות לקבל את מלוא המידע על-אודות מצבו הרפואי. אך לצד זאת הכיר בית-המשפט בכך שזכות זו מוגבלת, ולא תתקיים במצבים מסוימים שהוגדרו בחוק. האיזון שערך בית-המשפט באותו מקרה לא נתן העדפה לזכות החולה לקבל את המידע. בית-המשפט סבר כי קיימים שיקולים אחרים שאין להקל בהם ראש, וכי ייתכן שהם יגברו.¹³⁴

6. היחס בין חוק חופש המידע לחוק זכויות החולה

חוק חופש המידע מוציא מתחולתו סוגים שונים של מידע וכן שורה של רשויות ציבוריות.¹³⁵ ההנחה הגורפת של החוק היא כי לכל אדם יש זכות לקבל כל מידע מרשות ציבורית, אולם זכות זו נסוגה ביחס לסוגי מידע מסוימים המפורטים בחוק: "מידע בדבר דיונים פנימיים, תרשומות של התייעצויות פנימיות בין עובדי רשויות ציבוריות, חבריהן או יועציהן, או של דברים שנאמרו במסגרת תחקיר פנימי, וכן חוות דעת, טיוטה, עצה או המלצה, שניתנו לצורך קבלת החלטה, למעט התייעצויות הקבועות בדין".¹³⁶ החוק מוציא גם שורה של גופים ציבוריים מחובת הגילוי, ובכלל זה גם "כל רשות מעין-שיפוטית, שתפקידה לדון במצבו הרפואי של אדם – לגבי הליכים בפניה".¹³⁷

איני סבורה שוועדות בדיקה פנימיות עונות על ההגדרה של "רשות מעין-שיפוטית", ולפיכך נקודת המוצא היא שוועדות אלה לא הוצאו מתחולת החוק. אולם אני סבורה כי המידע שוועדות אלה מייצרות נכנס עקרונית להגדרה של "מידע בדבר דיונים פנימיים" או דברים שנאמרו במסגרת "תחקיר פנימי", אשר מהווים חריג לחובת מסירת המידע כמפורט לעיל.¹³⁸ אלא שחוק זכויות החולה הוא חוק ספציפי ומאוחר, ולפיכך הוראותיו גוברות. הסייג של דיונים פנימיים אינו מתקיים אפוא ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות.¹³⁹

134 באותו מקרה החליט בית-המשפט להמתין להחלטתה של ועדת האתיקה בטרם יכריע בנושא. ראו עניין פלוגית, לעיל ה"ש 64.

135 ס' 14(א) לחוק חופש המידע.

136 ס' 9(ב) לחוק חופש המידע.

137 ס' 14(א) לחוק חופש המידע.

138 אני סבורה שחוק חופש המידע חל על בתי-חולים מכוח ס' 2(9) או 2(10) לחוק.

139 ראו ד"נ 36/84 טייכנר נ' איר-פרנס נתיבי אוויר צרפתיים, פ"ד מא(1) 589 (1987). נבקש להעיר גם שס' 20 לחוק חופש המידע מכיל סעיף שמירת דינים: "אין בהוראות חוק זה כדי לגרוע מתוקפו של חיקוק המחייב, המתיר, האוסר או המסדיר באופן אחר גילוי או מסירה של מידע שבידי רשות ציבורית".

איני טוענת לסתירה בין שני החוקים, אך אני סבורה כי יש מקום לשנות את הוראות חוק זכויות החולה בכל הנוגע בוועדות הבדיקה הפנימיות.¹⁴⁰ הפטורים הגורפים בחוק חופש המידע על סוגים שונים של מידע, כמפורט לעיל, תומכים בכיוון חשיבה זה.

הפטור הגורף שניתן לרשות מעין-שיפוטית הדנה במצבו הרפואי של אדם והפטורים ביחס לסוגי מידע שונים, כגון "דיונים פנימיים", "התייעצויות פנימיות" ו"תחקיר פנימי", נועדו לאפשר חופש דיבור וחופש פעולה לדוברים במסגרות כאלה, על-ידי הקניית ביטחון שהדברים הנאמרים יישארו בגבולות המקום והזמן, ושאיש לא יוכל להסתמך עליהם כדי לטעון דבר נגד הדובר או אדם אחר.¹⁴¹ הרציונל העומד מאחורי הפטורים שבחוק חופש המידע הוא מניעת חשש שהדברים שייאמרו יגיעו לאוזניים שהם לא כווננו להגיע אליהן ויזיקו לדובר עצמו או לאנשים אחרים הקשורים לאירוע. חשש כזה ימנע את הדובר מלדבר באורח חופשי, מלמסור את מלוא המידע ומלהביע את דעתו, וממילא תוצאותיו של אותו דיון או של אותו הליך לא יהיו מיטביות.

7. הסדר החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי

חוק חופש המידע מוציא מתחולתו באופן גורף כמעט את הגופים העוסקים בבטחון המדינה: צה"ל, השב"כ, המודיעין ומשרד הביטחון.¹⁴² חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, מסדיר את הסוגיה.

כותרתו של סעיף 539 לחוק השיפוט הצבאי, העוסק בנושא, היא "זכותו של חייל בחקירה הנוגעת לשמו הטוב". כותרת הסעיף מלמדת על כוונת המחוקק ועל החשיבה העומדת מאחורי ההסדרה.

החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי הוא חיסיון מוחלט מפני הפללה עצמית וחיסיון יחסי ביחס לפרוטוקולים ולמסקנות.¹⁴³ החוק מאפשר את העברת העדויות והמסקנות

140 כוונתי לוועדות הבדיקה הפנימיות שמוקמות על-ידי בתי-החולים באופן וולונטרי, ולא לוועדות הבדיקה החיצוניות. ראו לעיל תת-פרק א'7.

141 ברשות מעין-שיפוטית, מטבע הדברים, למשתתפים אין מעורבות אישית, להבדיל מוועדות חקירה פנימיות. לכן הנימוק של אי-הפללה עצמית אינו רלוונטי למקרה זה. אולם הנימוקים האחרים נגד גילוי דוחות של ועדות חקירה פנימיות – החשש מפגיעה בעמיתים והחשש מתביעות לשון-הרע – רלוונטיים גם למקרה זה.

142 ס' 14 לחוק חופש המידע.

143 הדבר עולה מלשון החוק, ועולה בבירור מדברי ההסבר לס' 2 להצעת חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 33) (ועדות חקירה ותחקיר צבאי), התשנ"ז-1977, ה"ח 230, המתייחס להוספת ס' 539 לחוק: "מטרתו של התחקיר הצבאי לאתר ליקויים וכשלים בתפקודו של הצבא או

לגורמים מסוימים, אך לא לצורך חקירה פלילית. סעיף 359א(ב)(1) לחוק קובע כי "הדברים שהושמעו בתחקיר, פרוטוקול התחקיר, כל חומר אחר שהוכן במהלכו, וכן הסיכומים, הממצאים והמסקנות (להלן – חומר התחקיר), לא יתקבלו כראיה במשפט, למעט במשפט בשל מסירת ידיעה כוזבת או העלמת פרט חשוב בתחקיר". במילים אחרות, מה שאמר פלוני בתחקיר לא יוכל לשמש ראיה נגדו במשפט פלילי. לא זו אף זו, בסיפא של הסעיף יש כדי לעודד מסירה של כל האמת, שכן דווקא אי-אמירת אמת ואף אי-אמירת מלוא האמת עשויות להוביל להליך משמעותי.¹⁴⁴

החיסיון היחסי מתבטא באפשרות למסור את חומרי התחקיר לגופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם¹⁴⁵ או ל"ועדת משנה של ועדת החוץ והביטחון של הכנסת, ששיבותיה חסויות".¹⁴⁶ בעניין אלנבארי¹⁴⁷ נעתר בית-המשפט לבקשת משפחתו של הנפגע ומסר לידיהם עדויות מהתחקיר, אך סירב למסור להם את שמות הנחקרים, בהדגישו כי יש לשמור על המידע שבתחקיר ב"שטח סטרילי" מהמשפט הפלילי.

כלומר, חוק השיפוט הצבאי איזן בין החשיבות של ביצוע תחקיר אמיתי לבין הצורך שיש למספר מצומצם של גופים בקבלת המידע למטרות של תחקיר והפקת לקחים. החוק עשה זאת בדרך של פרישת רשת ביטחון מלאה לנחקרים. אלה יודעים כי המידע נמסר לגופים מוגדרים שמחויבים בשמירת סודיות וכי בכל מקרה לא ייעשה במידע שימוש בהליך פלילי נגדם. יש לנחקרים אפוא חסינות מוחלטת מפני הליכים פליליים וחיסיון שאינו מוחלט ביחס לעדויות ולמסקנות. בית-המשפט העליון בעניין אלנבארי¹⁴⁸ עומד על הבעייתיות שעליה הצבענו לעיל:

בתפקודם של המשרתים בו. לפי המצב הנהוג כיום מוגשות, לא פעם, עדויות שנשמעו במהלך תחקיר צבאי, ומסקנות התחקיר כראיה בבתי המשפט ובבתי הדין. מצב זה יכול להרתיע את המעורבים בתחקיר מלמסור עדות. מוצע על כן לסייג את קבילותו של חומר שהוכן ונמסר במסגרתו של תחקיר צבאי, בבתי משפט ובבתי דין (סעיף קטן (ב)(1) המוצע).

144 ראו גם שם את דברי ההסבר לס' 1 להצעת התיקון לחוק, המתייחסים לתיקון ס' 538 לחוק. 145 ס' 539א(ב)(2) לחוק השיפוט הצבאי קובע כי "חומר התחקיר יהיה חסוי בפני כל אדם ואולם הוא יימסר, כולו או חלקו, רק לאותם גופים בצבא שהתחקיר דרוש להם לצורך מילוי תפקידם". כן נקבע בס"ק (5) כי "הרמטכ"ל או מי שהוא הסמיך לכך, רשאי לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר או חומר התחקיר, כולו או חלקו, לגוף ציבורי שהמידע דרוש לו, לצורך מילוי תפקידו בלבד, וכן רשאי הוא לאשר העברת סיכום ממצאי התחקיר לאדם הנוגע בדבר". על-מנת להסיר כל ספק, המחוקק מדגיש בס"ק (6) כי "על אף האמור בפסקה (5), חומר התחקיר או סיכום ממצאיו, לא יועבר למי שעורך חקירה פלילית על פי דין".

146 ס' 539א(ב)(7) לחוק השיפוט הצבאי.

147 לעיל ה"ש 26.

148 הלכת אלנבארי אומצה בשורה של פסקי-דין. ראו, למשל, ע"א 5179/11 פלוני (קטין) נ' מדינת

"משטר משפטי הדורש ממעורבים באירוע מבצעי למסור את מלוא האמת אודות האירוע לעורכי תחקיר, ומכיר בה בעת באפשרות לעשות שימוש בחומר התחקיר במסגרת חקירה פלילית ולצורך העמדתם לדין של אותם מעורבים, טומן בחובו קשיים של ממש. הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו..."¹⁴⁹

בית-המשפט אימץ תפיסת-יסוד זו של המחוקק, והפרשנות שניתנה לסעיפים הללו אינה מותירה מקום לספק כי "על התחקיר להיערך, ב'שטח סטרילי' מהתערבותו של המשפט הפלילי".¹⁵⁰ בית-המשפט מותיר אומנם פתח להעברת התחקיר לגופים נוספים העוסקים בסוגיות של בטחון המדינה – הפרקליט הצבאי הראשי וועדת חוץ וביטחון של הכנסת (שדיוניה חסויים) – אולם "החציה בין מישור התחקיר למישור החקירה הפלילית על פי החש"ן [חוק השיפוט הצבאי] היא מוחלטת".¹⁵¹ הסרת החיסון והעברת החומר לכמה גורמים מוגדרים ייעשו רק לאותן תכליות שביסוד התחקיר, ולעולם לא לצורך חקירה פלילית. קיימת אפוא מטריית הגנה מוחלטת מפני הפללה עצמית לצורך השגת תכליתם של התחקירים.

ישראל (פורסם בנבו, 2.5.2013); בש"א 9054/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.3.2013); ולאחרונה בג"ץ 5882/13 פלוני נ' ראש המטה הכללי – צבא הגנה לישראל (פורסם בנבו, 8.12.2013).

149 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל. בפסק-דין שניתן בבית-משפט לערעורים בארצות-הברית, בתביעה של רופא נגד חבריו הרופאים בטענה שהפרוטוקול שנרשם בוועדת הבדיקה הפנימית הפלה אותו לרעה, נעתר בית-המשפט באופן חלקי מאוד לבקשה לאפשר לרופא עצמו לקבל את המסמכים של הוועדה, וזאת אף שבית-המשפט היה משוכנע כי אין לרופא אינטרס להוציא את המסמכים מתחת ידו ולכן החשש שיגיע לידיים לא-ראויות מופרך. Russell E. Adkins v. Arthur P. Christie, 488 F.3d 1324; 2007 U.S. App. LEXIS 13715. התפיסה של חיסון מוחלט לצד החסינות שהחוק קובע היא הגישה השלטת בארצות-הברית. הסרת חיסון ממסמכיהן של ועדות היא חריג שאינו משקף את הכלל. ראו בהרחבה להלן בפרק ז.

150 ב"ש (ערעורים צה"ל) 42/03 התובע הצבאי הראשי נ' בנימין, פס' 40 (פורסם בנבו, 5.5.2004).
151 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל.

8. הצדקה קונספטואלית להבחנה בין פעולות צבאיות לפעולות רפואיות

אין ספק שיש שוני בין רשלנות רפואית לרשלנות בפעולה צבאית. רשלנות רפואית מתייחסת ככלל לפעולה ביחס לפרט, ואילו פעילות צבאית מתייחסת ככלל לפעילות ביחס לכלל. כאשר מדובר בפעולה כלפי פרט, זכותו לקבל את המידע על שנעשה בו או ביחס אליו היא זכות בסיסית שאין צורך להכביר מילים לגבי חשיבותה.¹⁵² זאת, להבדיל מפעולה כלפי רבים, שלגביה יש מרווח להכנסת שיקולים נוספים. זאת ועוד, ההכרה הפסיקתית בזכות תביעה בעילה של פגיעה באוטונומיה, לצד תביעה בעוולת הרשלנות, מחזקת את זכות הפרט לקבל לא רק טיפול רפואי בסטנדרטים ראויים, אלא גם הסבר מלא ומפורט אשר יאפשר לו לקבל החלטה מודעת וליתן הסכמה להליך הרפואי מתוך ידיעה והבנה רחבה של הטיפול הרפואי, תוצאותיו והסיכונים שהוא טומן בחובו. ההכרה באוטונומיה של הפרט מקימה אפילו עילת תביעה בגין הפרתה.¹⁵³ התפיסה שהצעת, המצדיקה הסתרת מידע מהחולה, סותרת לחלוטין תפיסה מרחיבה זו, אשר מחזקת את התפיסה שבאה לידי ביטוי בעניין גלעד. ברי גם שעוולה זו של פגיעה באוטונומיה ישימה פחות, אם בכלל, במקרים של רשלנות בפעולות צבאיות.

כטעון נגד, התומך בתפיסה שהעליתי, אוכל לומר כי ההצדקה להתייחסות שווה לפעולה רפואית ולפעולה צבאית היא רק לאחר מעשה, לאחר שהנזק כבר אירע. במצב זה הנזק החמור שייגרם לציבור מהפסקת הקמתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, מאי-קיום תחקירים כלל או מקיום תחקירים לא-אפקטיביים בתנאים של העדר שיתוף-פעולה זהה במישור הצבאי ובמישור הרפואי. תחקיר הוא תחקיר. כללי האתיקה והמשפט הבין-לאומי בנוגע לכשלים בטיפול רפואי הינם זהים כמעט לאלה הנוגעים בנזק משני (collateral) בדיני מלחמה. יש הקבלה בין

152 "גילוי המידע מעורר בקרב החולים מודעות למחלה ולאופן הטיפול בה, ומחזק את שיתוף הפעולה של החולים בתהליך... הגילוי יוצר מערכת יחסים איכותית בין הרופא לחולה... הגילוי מאפשר שיתוף פעולה בין הצדדים בתהליך ההחלמה והריפוי... גילוי מידע עוזר לרופא ולחולה להתמודד עם אפשרות המוות, ומאפשר הערכה עניינית ביחס לעתיד... הגילוי מונע מהרופא מצב של העמדת פנים ומאפשר לו התמקדות באמת, ועל ידי כך נוצרת מערכת יחסים אמנה...". נילי טבק "גילוי מידע ואמירת אמת למטופלים" רפואה ומשפט 8, 13, 14–13 (1993).

153 ראו ע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' איבי (פורסם בנבו, 3.9.2015); ע"א 1615/11 מרפאת עין טל – מרכז לרפואת עיניים נ' פינקלשטיין (פורסם בנבו, 6.8.2013); ע"א 1303/09 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012); ע"א 8126/07 עזבון צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010); ע"א 2781/91 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012).

צורך רפואי (medical necessity) לבין צורך צבאי (military necessity) ובין הנפקויות המשפטיות שיש לייחס לתוצאה לא־טובה שמקורה בצורך רפואי ואשר התרחשה בעקבות טיפול רפואי לבין נזק משני שאירע בעת לחימה.¹⁵⁴

במילים אחרות, למרות השוני הגדול מאוד בין פעילות צבאית לבין טיפול רפואי, אשר מצדיק התייחסות משפטית שונה לכל אחד משני התחומים הללו, בסוגיה הספציפית מושא דיונו מן הראוי לנקוט מדיניות משפטית דומה, וזאת חרף הקשיים הלוגיים ואף שהדבר נראה על פניו כפגיעה בזכות בסיסית של החולה. הקשיים הנובעים מקביעת חיסיון מוחלט משותפים לשני התחומים. קביעת בית־המשפט בעניין אלנבארי כי "החובה לדיווח אמת בתחקיר והזכות להימנע מהפללה עצמית אינן דרות בהכרח זו בצד זו"¹⁵⁵ נכונה באותה מידה בהקשר הצבאי ובהקשר הרפואי. אנשים הם אנשים, ואף רופאים בגדר אנשים הם. קידום המטרה של קיום תחקיר אמיתי הינו אפשרי, ככל הנראה, רק אם המשתתפים בו יהיו בטוחים ששיתוף־הפעולה שלהם לא יסב נזק להם או לחבריהם.

9. התאמת מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי לוועדות הבדיקה הפנימיות

מודל החיסיון שבחוק השיפוט הצבאי שונה באופן מהותי ממודל הוועדות הרפואיות שבחוק זכויות החולה. אני סבורה כי יש לאמצו גם ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות ואליהן בלבד. אין לאמצו ביחס לוועדות הבדיקה החיצוניות.¹⁵⁶ אימוצו של המודל ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות צריך להיעשות במלואו, למעט ה"פרצה" שבחוק השיפוט הצבאי המאפשרת העברה של הפרוטוקולים והמסקנות לגופים מסוימים. "פרצה" זו אינה מתאימה לוועדות הבדיקה הפנימיות, ותכשיל את תכלית התיקון המוצע.

אבהיר שוב: המודל של חוק השיפוט הצבאי הוא יצירת חסינות מוחלטת מפני הפללה עצמית, כדי להבטיח שהתחקירים ייערכו באופן חופשי ומועיל, לצד הבנה שלעיתים חומרי החקירה נדרשים לגורמים נוספים לצורך לימוד, הבנת הכשלים והסקת המסקנות המתבקשות. הבנה זו היא שהנחתה את המחקק ליצור אותה

154 ראו: <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/workers-compensation-law-blog/archive/2008/06/14/judicial-review-of-medical-necessity-disputes.aspx?Redirected=true>; <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/recent-cases-news-trends-developments/archive/2015/12/02/cwci-study-examines-medical-review-and-medical-dispute-resolution-in-california-workers-comp.aspx>.

155 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק־דינה של השופטת ארבל.

156 על ההבחנה ביניהן ראו לעיל בתת־פרק א'.

"פרצה" המאפשרת את העברת העדויות והמסקנות לאותם גורמים מוגדרים שפורטו לעיל ובתנאים שנמנו שלעיל. החוק ברור לגמרי, ופרשנותו של בית המשפט לחוק אינה מותרתה מקום לספק.

לא זה המצב ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות. לא רק שאין חסינות מוחלטת מפני הפללה עצמית, בעניין גלעד הוסר החיסיון כדי לאפשר לתובעים לבסס את תביעתם. כאמור, אני מציעה להעתיק אל תחום הרפואה את המודל שבחוק השיפוט הצבאי למעט הפרצה שבו. הסייג לגבי הפרצה נובע מכמה טעמים:

ראשית, אין להשוות בין התנהלותו של חייל במערכת צבאית, ובפרט שיתוף-הפעולה שלו עם גורמי חקירה צבאיים, לבין שיתוף-פעולה של אזרח במערכת אזרחית. השוני בין המערכות יוצר נורמות התנהגות שונות לגמרי. ציפייה שרופאים ישתפו פעולה כמו חיילים אינה מציאותית.

שנית, כאשר מדובר בפעילות צבאית, זהות המשתתפים בפעילות חסויה. המידע שמור בידי הצבא. הדבר שונה כאשר מדובר בטיפול רפואי, שבו זהות המטופלים ידועה, ומכל מקום אינה בגדר מידע חסוי ועל-כן ניתן לאתרה בקלות. לכן מחיקת שמות המעורבים, כפי שנהוג לגבי תחקירים צבאיים,¹⁵⁷ אינה רלוונטית מקום שזהות המשתתפים ידועה.

שלישית, בית-המשפט הסיר את החיסיון בעניין גלעד כדי לאפשר לתובעים לקבל את המידע המלא על-אודות "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי, כלשון בית-המשפט.¹⁵⁸ גישה זו נובעת מכך שטיפול רפואי הוא נכס השייך לבעליו, ותפיסת בית-המשפט הייתה שלא ייתכן שהפרט לא יוכל לקבל מידע על-אודות מה שנעשה בגופו. תחקיר רפואי מתייחס ככלל לכשל בטיפול רפואי שניתן לפרט, להבדיל מתחקיר צבאי, המתייחס לרוב לכשל בפעולה שמעורבים בה רבים, ולא יחיד. לפי גישת בית-המשפט בעניין גלעד, מטרת התחקיר הרפואי היא לא רק לחקור את הכשלים, אלא גם לתת לפרט שהטיפול הרפואי הסב לו נזק את מלוא המידע. זאת, להבדיל מהתחקיר הצבאי, שמטרתו האחת והיחידה היא להבין את הכשלים, להסיק מסקנות ולשפר את התפקוד.

10. סיכום

שורה של נימוקים שהובאו לעיל מצדיקה לדעתי את העתקת המודל הצבאי של מתן חסינות מוחלטת למשתתפי הוועדות הרפואיות הפנימיות. זאת, למעט ה"פרצה"

157 ראו, למשל, עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26.

158 עניין גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 525.

הנוגעת בחסיון המסמכים, המאפשרת העברת מסמכים מתוך התחקיר הצבאי לגורמים מסוימים מחוץ לצבא, באשר זו אינה מתאימה לוועדות הבדיקה הפנימיות.

ז. ההסדרים הנהוגים במדינות אחרות בשאלת החיסיון

1. הקדמה

שאלת החיסיון על ועדות הבדיקה הפנימיות אינה ייחודית לישראל. בארצות-הברית, בקנדה וגם באירופה קיימת אסדרה חוקית לסוגיית החסינות והחיסיון. בארצות-הברית הוסדר העניין בחוק פדרלי שקבע חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה הפנימיות. החקיקה הפדרלית היא הנדבך הראשון בהגנה על ועדות הבדיקה הפנימיות. נדבך שני מצוי בחקיקה המדינתית. רוב המדינות בארצות-הברית הרחיבו את החוק, וקבעו נוסף על חסינותם של המשתתפים גם חיסיון על המסמכים. הרובד הראשון והבסיסי, זה של החקיקה הפדרלית, מגן אפוא על הרופאים מפני העמדה לדין, והרובד השני, המדינתי, מגן גם על שמם הטוב. נדבך שלישי נוצר עם חקיקתו של חוק פדרלי נוסף, אשר הסדיר הקמת מאגר של דוחות ותחקירים של ועדות בדיקה פנימיות והחיל עליו חיסיון. גם פסיקת בתי-המשפט, למעט חריגים ספורים, תרמה את חלקה להבטחת פעולתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, בפֶּרֶשָה את החסינות באופן מרחיב ובהטילה חיסיון גם על המסמכים מקום שהחוקים המדינתיים לא עשו זאת. גם בקנדה קיימת חקיקה המעניקה חסינות וחיסיון למשתתפי הוועדות. באנגליה, לעומת זאת, המצב דומה במידת-מה למצב בישראל – אין חסינות ואין חיסיון, וכתוצאה מכך אין מקימים ועדות בדיקה פנימיות ואין מערכת אמיתית של הפקת לקחים.

2. ארצות-הברית

The Healthcare Quality Improvement Act (א)

סוגיית החסינות בהקשר של ועדות בדיקה פנימיות במערכת הבריאות הוסדרה בארצות-הברית בחקיקה בשנת 1986, ב־Healthcare Quality Improvement Act (להלן: HCQIA).¹⁵⁹ HCQIA הוא חוק פדרלי שקבע חסינות מפני תביעה לכל מי שהשתתף בוועדת בדיקה פנימית של מוסד רפואי. המטרה העיקרית שעמדה לנגד עיניו של המחוקק הייתה שיפור איכות הרפואה. המניע לחקיקה היה עלייה במקרים של רשלנות רפואית, שהובילה לעלייה בשיעור התביעות בגין

¹⁵⁹ 42 U.S.C.S. §§ 11101–11152.

רשלנות רפואית. ההנחה הייתה שוועדות בדיקה פנימיות עשויות להפחית את מקרי הרשלנות הרפואית, וכי הדרך להבטיח את התקיימותן ופעילותן תהא קביעת חסינות למשתתפיהן.

ועדות אלה, המקבילות לוועדות הבדיקה הפנימיות בישראל, מכונות בארצות-הברית Medical Peer Reviews.¹⁶⁰ קיימת הסכמה גורפת כי ה-Medical Peer Reviews הן כלי רב חשיבות ולמעשה הכלי היעיל ביותר לשיפור רמת הטיפול הרפואי ולהגנה על הציבור מפני רשלנות רפואית.¹⁶¹ בארצות-הברית, להבדיל מישראל, בתי-החולים מחויבים להקים Medical Peer Reviews. יש מדינות שבהן הקמת הוועדות מעוגנת בחקיקה, ויש מדינות שבהן הדבר מעוגן בנהלים פנימיים של בתי-החולים (hospital bylaws). כל המדינות בארצות-הברית מכירות בכך שהחסינות הכרחית להצלחתן של ועדות אלה, שגילוי כפוי בבית-משפט יפגע בתפקודן, ושכתוצאה מכך ייפגעו בריאות הציבור ואיכות הטיפול הרפואי.¹⁶² לפי מחקר מאפריל 2006, בשנים 2002–2004 אירעו בארצות-הברית אלפי מקרי מוות

160 נבקש להעיר שקיים שוני מסוים בין ועדות הבדיקה הפנימיות בארץ לאלה שבארצות-הברית, שכן בהגדרת הוועדה בארצות-הברית, כמוסבר להלן, מושם דגש גם במערכות יחסים בין בית-חולים לבין רופאים או מוסדות רפואיים שהם בבחינת קבלני-משנה בברי-החולים. “Medical peer review committee” is defined... as “a committee of a state or local professional society of health care providers or of a medical staff of a public hospital or licensed hospital, which committee has as its function the evaluation or improvement of the quality of health care rendered by providers of health care services, the determination whether health care services were performed in compliance with the applicable standards of care, [or] the determination of whether a health care provider’s actions call into question such health care provider’s fitness to provide health care services.” William Vranos v. Franklin Medical Center, 448 Mass. 425; 862 N.E.2d 11; 2007 Mass. LEXIS 38 Stratienko v. Chattanooga-Hamilton County Hospital; 149 ש”ל עיל Adkins, לעיל ה”ש 149 Authority, 226 S.W.3d 280 (Tenn. 2007); Kibler v. Northern Inyo County Local Hospital District, 46 Cal. Rptr. 3d 41; 2006 Cal. LEXIS 8765 Doris Voit, *Patient Safety Initiatives in Germany – From the Hospital Perspective*, (International Hospital Federation 2015).

161 Patton v. St. Francis Hosp., 539 S.E.2d 526, 528 (Ga. Ct. App. 2000); ראו: Kathryn Leaman, *Let’s Give Them Something to Talk About: How the PSQIA May Provide Federal Privilege and Confidentiality Protections to the Medical Peer Review Process*, 11 MICH. ST. J. MED. & LAW 177 (2007); George E. Newton II, *Maintaining the Balance: Reconciling the Social and Judicial Costs of Medical Peer Review Protection*, 52 ALA. L. REV. 723 (2001).

162 שם. ראו גם: 2007 U.S. S. Ct. Briefs LEXIS 2721; 2007 U.S. Briefs 538.

כתוצאה מטיפול רפואי שהיה אפשר אולי למונעם. מחקר זה מעמיד את הרשלנות הרפואית כאחד מגורמי המוות המשמעותיים בארצות-הברית.¹⁶³ כאמור, קיימת הסכמה רחבה שה-Medical Peer Reviews משפרות את איכות הטיפול באמצעות פיקוח יעיל של מומחים, סילוק רופאים שאינם מתאימים למערכת וסיוע לכאלה שזקוקים להכוונה ולהדרכה.¹⁶⁴ במילים אחרות, המסקנה הייתה שרק חסינות תבטיח שאיש לא יחשוש לומר את האמת במקרים של רשלנות רפואית, שרק כך יתאפשר תחקיר אמיתי, ושרק תחקירים כאלה יאפשרו תיקון ליקויים ויובילו לשיפור איכות הרפואה ולהפחתת מקרי הרשלנות.¹⁶⁵

(ב) חקיקה מדינית

במשך השנים, ובמיוחד בשנים האחרונות, דרבנה המסקנה האמורה מדינות רבות בארצות-הברית לחוקק חוקים אשר הרחיבו עוד יותר את היקף החסינות שה-HCQIA קובע.¹⁶⁶ ה-HCQIA מקנה חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה

163 “Of the 304,702 deaths that occurred among patients who developed one or more patient safety incidents, 250,246 were potentially preventable.” *HealthGrades Quality Study: Third Annual Patient Safety in American Hospitals Study 3* (Apr. 2006), <http://hg-article-center.s3-website-us-east-1.amazonaws.com/a2/e5/5d4e0d9c4b9eafe21705fdda44ba/PatientSafetyInAmericanHospitalsStudy2006.pdf>

164 פסק-הדין בעניין Nilavar v. Mercy Health Sys., 210 F.R.D. 597, 600 (S.D. Ohio (2002) מדגיש כי תהליך זה מונע אוזלת-יד במקצוע הרפואה, ומביא לידי שיפור איכותה של הבריאות הציבורית. נוסף על כך, מודעות ציבורית לתהליך מחזקת את אמון הציבור במערכת הבריאות. ראו גם: Daniel M. Mulholland III & Phil Zarone, *Waiver of the Peer Review Privilege: A Survey of the Law*, 49 S.D. L. REV. 424, 424 (2003–2004); *Weekoty v. United States*, 30 F. Supp. 2d 1343, 1344 (D.N.M. 1998).

165 מחקר שנערך בכמה אוניברסיטאות בארצות-הברית בחן אם שיטת הגזר שנבחרה (חסינות במקום ענישה) אפקטיבית, דהיינו, אם היא מובילה לשיפור איכות הרפואה. Susan O. Scheutzwow, *State Medical Peer Review: High Cost But No Benefit – Is It Time for a Change?*, 25 AM. J.L. & MED. 7 (1999).

“Because legislatures attempt to encourage peer review by granting protections rather than requiring it through mandates, a strategy that represents the proverbial carrot as opposed to the stick approach, the question should be asked: Do these peer review protection statutes effectively encourage peer review?”

מסקנת המאמר היא ששיטת הגזר היא אכן הנכונה, אך יש לקבוע כללים נוספים כדי להפיק מוועדות אלה תועלת גדולה עוד יותר (שם, בעמ' 26).

166 בעניין *Weekoty*, לעיל ה"ש 164, בעמ' 1346–1347, מצוין כי לפחות 46 מדינות חוקקו חוקים ברוח זו. ראו, לדוגמה: Gail N. Friend, Jennifer L. Rangel, Madison Finch &

הפנימיות, ואילו החקיקה המדינתית במדינות השונות הרחיבה והטילה גם חיסיון על המסמכים וההליכים עצמם.¹⁶⁷ במדינות מסוימות, כאלסקה ואריזונה, הוחל אותו מודל חיסיון שמוחל בישראל על ועדות בדיקה צבאיות.¹⁶⁸

ג) Patient Safety and Quality Improvement Act

בשנת 2005 נחקק חוק פדרלי נוסף – Patient Safety and Quality Improvement Act of 2005 (PSQIA).¹⁶⁹ החוק הסדיר הקמת מאגר מידע של דוחות החקירה במדינות השונות, והחיל חיסיון על כל המידע המצטבר בו. מטרת המחוקק, כפי שהיא מובאת במבוא לחוק: “To amend title IX of the Public Health Service

Brett A. Storm, *The New Rules of Show and Tell: Identifying and Protecting the Peer Review and Medical Committee Privileges*, 49 BAYLOR L. REV. 607 (1997) (טקסט); David L. Fine, *The Medical Peer Review Privilege in Massachusetts: A Necessary Quality Control Measure or an Ineffective Obstruction of Equitable Redress?*, 38 SUFFOLK U. L. REV. 811 (2005) (מסצ'וסטס); A. Sorg, *Is Meaningful Peer Review Headed Back to Florida?*, 46 AKRON L. REV. 799 (2013) (פלורידה); Eric Scott Bell, *Make Way: Why Arkansas and the States Should Narrow Health Care Peer Review Privileges for the Patient Safety and Quality Improvement Act of 2005*, 62 ARK. L. REV. 745 (2009) (ארקנסס); Murray G. Sagsveen & Jennifer L. Thompson, *The Evolution of Medical Peer Review in North Dakota*, 73 N.D. L. REV. 477 (1997) (דקוטה הצפונית).

167 ראו, לדוגמה: O.C.G.A. § 31-7-133 (2007). במדינת ג'ורג'יה החיסיון עומד ב"כל הליך אזרחי" – ראו עניין *Patton*, לעיל ה"ש 161, בעמ' 529–530 – וחל גם על הליך של רופא נגד ועדות הביקורת. גם במדינת איידהו החיסיון עומד מול כל הליך (Idaho Code § 39-1392b (2007)). יש מדינות, כגון ג'ורג'יה ומישגן, שמגינות על החסינות גם במצבים שבהם החומרים הועברו לצד ג'. Emory Clinic v. Houston, 369 S.E.2d 913, 914 (Ga. 1988); Mich. Code § 333.2632 (2007).

168 לגבי אלסקה ראו: Alaska Stat. § 18.23.030(a) (2008) (“all data and information acquired by a review organization, in the exercise of its duties and functions, shall be held in confidence and may not be disclosed to anyone except to the extent necessary to carry out the purposes of the review organization, and is not subject to subpoena or discovery”). לגבי אריזונה ראו: Ariz. Rev. Stat § 36-445.01 (2008) (“All proceedings, records and materials prepared in connection with the reviews provided for in section 36-445, including all peer reviews of individual health care providers practicing in and applying to practice in hospitals or outpatient surgical centers and the records of such reviews, are confidential and are not subject to discovery [unless expressly exempt]”). על ועדות בדיקה צבאיות ראו לעיל בתת-פרק 71.

169 42 U.S.C. §§ 299b-21–299b-26 (2006).

Act to provide for the improvement of patient safety and to reduce the incidence of events that adversely effect patient safety”

חוק זה מהווה השלמה ל-HCQIA, וניתן לראות בו את החשיבות המיוחסת לוועדות הבדיקה הפנימיות. החוק מחזק את הוועדות בשתי דרכים: בהקמת מאגר המידע הכללי ובהטלת חיסיון על כל הדוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות. התוצאה היא שגם במדינות שבהן לא נקבעה אסדרה חוקית, אם נעשה דיווח על-פי החוק, ייהפך הדוח לחסוי מכוחו.

(ד) עמדת הפסיקה בארצות-הברית

בתי-המשפט בארצות-הברית הכירו ככלל בחשיבות של הטלת חיסיון על המסמכים וההליכים בוועדות הבדיקה הפנימיות, נוסף על החסינות הקבועה בחוק.¹⁷⁰ בית-המשפט העליון במדינת מינסוטה הבהיר כי החסינות והחיסיון משרתים את האינטרס הציבורי של שיפור איכות הטיפול הרפואי ולכן הם הכרחיים.¹⁷¹ באופן דומה, גם בית-המשפט העליון במדינת וירג'יניה הבהיר כי כוונת המחוקק היא לקדם דיונים פתוחים וכנים במסגרת תהליך הביקורת, וכי כדי לקדם מטרה זו, יש לתת חסינות ולקבוע חיסיון, שאם לא כן ייפגע התמריץ להשתתף בוועדות.¹⁷² בית-המשפט העליון בדקוטה הצפונית הביע עמדה דומה, והדגיש שהחוק נחקק על רקע חששות של רופאים לשתף פעולה עם הוועדות ולדבר בגלוי על ביצועיהם שלהם וביצועי עמיתיהם ללא הביטחון שדבריהם יישארו חסויים. בית-המשפט מצא כי מטרה זו העומדת בבסיס החוק – קרי, עידוד השתתפות כנה של רופאים כדי לשפר את איכות הטיפול הרפואי – אכן מצדיקה את קיומו.¹⁷³ עם זאת, לצד עמדות ברורות של בתי-המשפט התומכות בחסינות ובחיסיון היו מקרים יוצאי-דופן שבהם צמצמו בתי-המשפט את היקף החיסיון. אדגיש את שאמרתי כבר: החסינות קבועה בחוק פדרלי, ובתי-המשפט בכל המדינות כפופים לה. על נושא זה אין דיון כלל. הדיון הוא בשאלת החיסיון. דוגמה לפירוש מצמצם של שאלת החיסיון ניתן למצוא בעניין *Agster*.¹⁷⁴ מקרה זה עסק

Ghazal Sharifi, *Is the Door Open or Closed? Evaluating the Future of the Federal Medical Peer-Review Privilege*, 42 J. MARSHALL L. REV. 561 (2009);

Jared M. Levin, *Leading By Example: Why the First Circuit Should Adopt a Medical Peer-Review Privilege*, 16 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADVOC. 203 (2011)

Kalish v. Mount Sinai Hospital, 270 N.W.2d 783, 785 (Minn. 1978) 171

HCA Health Servs. of Va., Inc. v. Levin, 530 S.E.2d 417, 420 (Va. 2000) 172

Trinity Medical Ctr. v. Holum, 544 N.W.2d 148, 155 (N.D. 1996) 173

Carol Ann Agster v. Maricopa County Correctional Health Services, 422 F.3d 174

בעניינו של בחור צעיר שמת בכלא, ובני משפחתו עתרו לקבל את המסמכים והמסקנות של ועדת הבדיקה הפנימית שהוקמה על-ידי הגוף שסיפק את שירותי הרפואה לכלא. בית-המשפט נעתר לבקשת המשפחה לקבל את מסקנות הוועדה, תוך שהוא שב ומדגיש כי מסירת המסמכים לא תפגע בחסינות המשתתפים. הסרת החיסיון במקרה זה לא התיישבה עם הזכות לחיסיון המעוגנת בחקיקה במדינת ג'ורג'יה. התגובה על פסיקת בית-המשפט בדבר הסרת החיסיון לא איחרה לבוא: הרופאים צמצמו את השתתפותם בוועדות בדיקה פנימיות, והיו אף שהתפטרו.¹⁷⁵ תגובה זו דומה לתגובתה של המערכת הרפואית בישראל בעקבות עניין גלעד.

(ה) דעות נגד החיסיון והחסינות

לצד ההסכמה הרחבה בדבר מתן חסינות וחיסיון למשתתפי הוועדות, נשמעות גם דעות אחרות. יש הטוענים כי ראוי לצמצם או אף לבטל את החיסיון. אחד הטיעונים המרכזיים של המחזיקים בעמדה זו הוא שהחיסיון פוגע בחופש המידע, אשר מערכת המשפט האמריקאית כולה מבוססת עליו.¹⁷⁶ טיעון זה דומה לטיעון-הנגד המרכזי שביסס את הלכת גלעד.¹⁷⁷ טענה נוספת שמועלית, ואשר דומה אף היא לטענה שהועלתה ואף התקבלה בעניין גלעד, היא כי החיסיון פוגע בחולים שנפגעו מטיפול רשלני, שכן נשללת מהם האפשרות לבסס את תביעתם על חקירה שבוצעה בזמן-אמת.¹⁷⁸ נימוק נוסף הוא כי עצם ההצדקה לקיומן של ועדות הבדיקה הפנימיות מוטלת בספק, היות שלא הוכח כי קיום הוועדות מפחית את מקרי הרשלנות הרפואית.¹⁷⁹

836; 2005 U.S. App. LEXIS 18559: "The Health Care Quality Improvement Act of 1986 granted immunity to participants in medical peer reviews, but did not privilege the report resulting from the process"

Marshall v. Americus-Sumter County Hosp. Auth., 2002 U.S. Dist. LEXIS 175 .26822 (M.D. Ga. Nov. 22, 2002)

176 בתי-המשפט בארצות-הברית פוגעים בחופש המידע רק במצבים שבהם בעל-דין פוטנציאלי זקוק להגנה, כגון בחסיון עורך-דין-לקוח, או כאשר הגנה כזו ניתנת מכוח נורמות חברתיות, כגון חסיון הכנסייה. ועדות הביקורת הרפואיות אינן עומדות אף באחת מדרישות אלה. Fine, לעיל ה"ש 166.

177 לעיל ה"ש 63 והטקסט שלידה.

178 Ilene N. Moore, James W. Pichert, Gerald B. Hickson, Charles Federspiel & Jennifer U. Blackford, *Rethinking Peer Review: Detecting and Addressing Medical Mal-practice Claims Risk*, 59 VAND. L. REV. 1175 (2006), ראו גם Scheutzw, לעיל ה"ש 165; עניין גלעד, לעיל ה"ש 1; Fine, לעיל ה"ש 166. כן ראו לעיל ה"ש 13 והטקסט שלידה.

179 ראו: Department of Health and Human Services, Office of Inspector General,

טיעון מכיוון אחר לגמרי הוא שמתן חיסיון מוחלט לוועדות עלול לפגוע ברופאים דווקא.¹⁸⁰ כך, רופאים המואשמים ברשלנות על-ידי ועדות אלה עלולים לאבד את מקור פרנסתם בלי יכולת להתגונן, היות שכל הטענות נגדם חסויות.¹⁸¹ זאת ועוד, רופאים שנמצאו אחראים בוועדות אלה נרשמים במאגר הפדרלי, והדבר פוגע בהם כמובן, ועלול אף לחסום את דרכם למציאת מקום עבודה.¹⁸² הטענה היא שמנגנון הבירור מופעל לעיתים באופן פסול, ממניעים כלכליים ואישיים של רופאים מתחרים הפוגעים ברופאים חלשים.¹⁸³ הטענה העיקרית היא אפוא לפגיעה בחירות ובחופש העיסוק של רופאים אלה, ולצידה נשמעות לעיתים אף טענות חמורות יותר בדבר חוסר הגינות בבירור.¹⁸⁴

בעקבות טיעונים אלה,¹⁸⁵ מלומדים שונים מבקרים את החיסיון המוחל על ועדות הבדיקה הפנימיות, ואף טוענים כי יש לבחון מחדש את עצם מטרתו של החיסיון וליצור איזון חדש בין האינטרסים הנפגעים.¹⁸⁶

-
- Hospital Reporting to the National Practitioner Data Bank* (1995), <http://oig.hhs.gov/oei/reports/oei-01-94-00050.pdf>, שמצא כי וועדות ביקורת לא הפחיתו את מקרי הרשלנות הרפואית. ראו גם Fine, לעיל ה"ש 166.
- Paul K. Ho, *HCQIA Does Not Provide Adequate Due Process Protection, Improve Healthcare Quality and is Outdated Under "Obama Care"*, 11 IND. HEALTH L. REV. 303 (2014); Moore et al. 180
- Fox v. Parma Community General, 166 Ohio App.3d 409, 2005-Ohio-1665, 827 N.E. 2d 787, § 33 (המצטט את Moore v. Rubin, Trumbull App. No. 2001-T-0150, 2004-Ohio-5013); Catipay v. Trumbull Memorial Hospital Forum Health, Trumbull App. No. 2003-T-0136, 2004-Ohio-5108.
- Summit Health Ltd. v. Pinhas, 500 U.S. 322, 329–333 (1991); Ho, לעיל ה"ש 180; Josephine M. Hammack, *The Antitrust Laws and the Medical Peer Review Process*, 9 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 419, 425–437 (1993); Gail G. Weiss, *Is Peer Review Worth Saving?*, MED. ECON. 46, 46–48 (Feb. 18, 2005).
- Charles R. Koepke, *Physician Peer Review Immunity: Time to Euthanize a Fatally Flawed Policy*, 22 J.L. & HEALTH 1 (2009); Yann H.H. van Geertruyden, *The Fox Guarding the Henhouse: How the Health Care Quality Improvement Act of 1986 and State Peer Review Protection Statutes Have Helped Protect Bad Faith Peer Review in the Medical Community*, 18 J. CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 239 (2001).
- Ho, לעיל ה"ש 180.
- 185 לטיעונים נוספים ראו Ho, לעיל ה"ש 180; Scheutzow, לעיל ה"ש 165; Koepke, לעיל ה"ש 183.
- 186 Bell, לעיל ה"ש 166; Scheutzow, לעיל ה"ש 165.

אבקש להדגיש כי טיעון זה אינו רלוונטי להתנהלותם של המוסדות הרפואיים בישראל. המוסדות הרפואיים בארצות-הברית מעסיקים רופאים כקבלני-משנה, ולעיתים ועדות בדיקה פנימיות חורצות את דינו של רופא שאינו חלק מהמערך הרפואי מטעמים שיש הטוענים כי אינם רפואיים טהורים תמיד. הטענה היא שכאשר רופא אינו חלק מהצוות הרפואי, לא תמיד קיימת ערבות הדדית ואחריות משותפת, וקיים חשש שהוועדות ינסו להטיל את האחריות דווקא על רופא כזה, משיקולים ביטוחיים-כלכליים, משיקולי יוקרה ומשיקולים של אחריות במישור המשמעותי. מצב זה, שאינו מתקיים כאמור בישראל, הביא לידי כך שבארצות-הברית היו מקרים שבהם הרופאים עצמם ביקשו את הסרת החיסיון, כדי להגן על עצמם ועל שמם הטוב. אך גם בקשות אלה התקבלו במשורה בלבד.¹⁸⁷ נדגיש פעם נוספת: בכל מקרה מה שהוסר הוא החיסיון מעל המסמכים, אך לא החסינות למשתתפים בוועדות.

3. קנדה

מחוזות שונים בקנדה אימצו חוקים דומים לאלה שנחקקו בארצות-הברית. כך, ה-QCIPA, Quality of Care Information Protection Act, 2004¹⁸⁸ שנחקק במחוז אונטריו שבקנדה, קובע, כבארצות-הברית, חסינות למשתתפים בוועדות הבדיקה הפנימיות וכן חיסיון על המסמכים והדוחות של ועדות הבדיקה הפנימיות. חוקים דומים התקבלו גם במחוזות אחרים בקנדה.¹⁸⁹

בקנדה לוועדות הבדיקה הפנימיות יש שמות שונים: Quality of Care Committee, Quality Assurance Committee, Risk Management Committee ועוד. לא בכל המדינות החסינות והחיסיון מוחלטים.¹⁹⁰ בקנדה הנהלים הפנימיים של בתי-החולים (hospital bylaws) מחייבים אותם לקיים peer reviews, אך מידת האכיפה והיישום של חובה זו אינה ברורה.¹⁹¹

¹⁸⁷ ראו לעיל ה"ש 180 והטקסט שלידה.

¹⁸⁸ S.O. 2004, c. 3, Sched. B

¹⁸⁹ ראו: *Learning from Adverse Events: Fostering a Just Culture of Safety in Canadian Hospitals and Healthcare Institutions* (Canadian Medical Protective Association 2009), <https://www.cmpa-acpm.ca/-/learning-from-adverse-events-fostering-a-just-culture-of-safety-in-canadian-hospitals-and-health-care-institutions>

¹⁹⁰ ראו: John D. Blum, *Medical Peer Review*, 38 J. LEGAL EDUC. 525, 530–532 (1988)

¹⁹¹ *Quality of Care Information and Protection Act – Toolkit* (Ontario Hospital Association 2004), <http://www.oha.com/KnowledgeCentre/Library/Toolkits/Documents/QCIPAToolkit.pdf>

4. אנגליה

באנגליה ועדות הבדיקה הפנימיות המוקמות במערכת הבריאות מכונות Morbidity and Mortality Conferences. עניין הקמתן של ועדות הבדיקה הללו אינו מוסדר בחקיקה. ה-GMC (General Medical Council) – ארגון הרופאים האנגלי – פרסם מסמך המחייב את הרופאים ליטול חלק במערכות לשיפור איכות הטיפול, ובכלל זה בוועדות בדיקה פנימיות.¹⁹² אולם בפועל נראה כי רופאים אינם מעוניינים לשתף פעולה עם ועדות מסוג זה. ממאמר של נורמן בריפה¹⁹³ עולה כי פגישות של ועדות מסוג זה מתקיימות כעיקרון על בסיס חודשי, ומתקיים בהם דיון במקרי מוות שמתעורר בהם חשד לרשלנות. אלא שהמאמר מבקר את העובדה שרופאים אינם מתייחסים לוועדות הללו ברצינות ואינם משתתפים בהן, ולמעשה אין תהליך אמיתי של הפקת לקחים. הכותב ממליץ לקבוע סטנדרטים שיחייבו את הרופאים לשתף פעולה עם הוועדות. המצב באנגליה מזכיר במובן מסוים את המצב בארץ. באנגליה, כבישראל, רופאים אינם משתתפים פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות, ובפועל לא מוקמות כמעט ועדות מסוג זה.

5. סיכום

על חשיבותן של ועדות הבדיקה הפנימיות שבהן המשתתפים מדברים בכנות ובלא חשש אין עוררין. כך הדבר בישראל, וכך גם בארצות-הברית. נקודת המחלוקת בין התפיסה המשפטית בישראל לבין זו שבארצות-הברית, שהתגלעה בנקודת הזמן שבה ניתן פסק-הדין בעניין גלעד, התייחסה לשאלה אם הרופאים ישתפו פעולה עם ועדות בדיקה פנימיות גם בהעדר חיסיון. בעוד שהתשובה שניתנה בעניין גלעד הייתה נחרצת לכיוון של שיתוף-פעולה, התפיסה בארצות-הברית הייתה שונה. המחקק האמריקאי סבר כי רק הקניית חסינות בחקיקה תבטיח שיתוף-פעולה.

GMC, *Good Medical Practice* (2013), available at http://www.gmc-uk.org/guidance/good_medical_practice.asp 22 'ס. למסמך האמור, שכותרתו "Contribute to and comply with systems to protect patients", קורא לרופאים לשתף פעולה עם ועדות בדיקה:

"You must take part in systems of quality assurance and quality improvement to promote patient safety. This includes:

a. taking part in regular reviews and audits of your work and that of your team, responding constructively to the outcomes, taking steps to address any problems and carrying out further training where necessary..."

Normal Briffa, *Putting a Stop to Preventable Deaths*, HEALTH SERVICE J. (Aug. 1932, 2013), <http://www.hsj.co.uk/sectors/commissioning/putting-a-stop-to-preventable-deaths/5061672.fullarticle>

התוצאות מלמדות כי בארצות-הברית מתקיימות ועדות כאלה גם כיום, ומשמשות כלי חשוב ביותר להפקת לקחים ולשיפור תהליכים. לעומת זאת, בארץ – כפי שניתן כאמור ללמוד, בין היתר, מדוח מבקר המדינה לשנת 2011¹⁹⁴ – אין עוד כמעט ועדות כאלה.

ח. הפתרון – בינרי או מאזן?

1. הקדמה

איני סבורה כי אסדרה הקובעת חיסיון יחסי כזה או אחר תוכל לשנות את המצב. רק ביטחון שהתחקיר ייערך "בשטח סטרילי" מהתערבותו של המשפט¹⁹⁵ יוכל להבטיח את המשך קיומן של ועדות בדיקה פנימיות, שבהן יאמרו הדברים באופן חופשי במטרה להבין את הכשלים, להפיק לקחים ולתקן את הדרוש. כפי שכבר צוין לעיל,¹⁹⁶ החוק פורש את חסותו על ועדות בדיקה משלושה סוגים, שניתן לסווגם לשתי קבוצות. הקבוצה האחת היא ועדות המוקמות אד-הוק "ביוזמה עצמית" של הגופים, על-ידי מנהל בית-חולים או מנהל קופת-חולים, כדי להפיק לקחים ולתקן את הליקויים. אלה הוועדות מושא דיוננו – ועדות הבדיקה הפנימיות. הקבוצה האחרת היא ועדות שמוקמות על-ידי משרד הבריאות – ועדות בדיקה חיצוניות. דרך התנהלותן של הוועדות משתי הקבוצות שונה בתכלית. ועדות הבדיקה הפנימיות נהגו להתקיים בחדרי-חדרים, בנוכחות הצוות הרפואי הרלוונטי בלבד, ומטרתן הייתה להפיק לקחים ולתקן את הטעויות. ועדות הבדיקה החיצוניות מתנהלות באורח שונה לגמרי: הן מוקמות על-ידי גורם חיצוני – משרד הבריאות; מכהנים בהן אנשים שאינם ממעגל השותפים למאורע בתוך בית-החולים; והמשתתפים בהן מיוצגים על-ידי עורכי-דין ומודעים לזכויותיהם. ועדות הבדיקה החיצוניות מתנהלות בדומה לכל טריבונל שיפוטי אחר. מטרה אחת שלהן היא לחקור את הכשלים ולהפיק לקחים, בדיוק כמו מטרתן של ועדות הבדיקה הפנימיות, אך מטרה נוספת שלהן היא להצביע על האשמים ולהענישם, וכאן טמון השוני המהותי בין לבין ועדות הבדיקה הפנימיות. המאמר ומסקנותיו מכוונים אך ורק לקבוצה הראשונה – לוועדות הבדיקה הפנימיות. מסקנות המאמר אינן מתייחסות לוועדות הבדיקה החיצוניות, אשר מאפייני התנהלותן דומים למאפייני ההתנהלות בבית-משפט.

194 ראו לעיל ה"ש 5.

195 עניין בנימין, לעיל ה"ש 148, פס' 40.

196 ראו לעיל ה"ש 22–23 והטקסט שלידן.

2. פתרון בינרי

אני ערה לכך שהמשפט המודרני מנסה להתרחק מהכרעות בינריות, דהיינו, מהכרעות של הכל או לא-כלום. המשפט מנסה למצוא כלים משפטיים חלופיים, שבילי-ביניים, פתרונות-אמצע. בסוגיה שבה עסקינן חיסיון מוחלט הוא פתרון בינרי, ואילו חיסיון יחסי הוא פתרון-אמצע, שבילי-ביניים. אולם אף שהמשפט המודרני מנסה להתרחק מפתרונות בינריים, לא תמיד הוא מצליח לעשות כן. בסוגיות רבות נמצא – גם לאחר בחינה מחודשת, עדכנית ומדוקדקת – כי פתרון בינרי הוא הפתרון הראוי. כך נמצא, לדוגמה, בסוגיה של פיצוי לפי הסתברות במקרים של סיבתיות עמומה. השאלה בעניין זה היא אם במקרים שבהם הסיבתיות אינה ברורה דייה, עמומה, יש לבחון את שאלת הקשר הסיבתי לפי מאזן ההסתברויות או שמא יש לקבוע כי שיעור הפיצוי יהיה על-פי ההסתברות. אימוץ המבחן של מאזן ההסתברויות משמעו שאם יוכיח התובע קשר סיבתי בין הרשלנות לבין הנזק ברמה הנדרשת במשפט האזרחי, קרי בשיעור של 51%, ייפסקו לו פיצויים מלאים, ואם לא יוכיח קשר סיבתי ברמה זו, הוא לא יקבל פיצוי כלל, אף שהוכיח את רשלנותו של המזיק. המבחן של מאזן ההסתברויות הוא בינרי – הכל או לא-כלום.

בעניין מלול¹⁹⁷ נדונה סוגיה זו, ובית-המשפט דחה את מאזן ההסתברויות כמבחן לקביעת הקשר הסיבתי לטובת הגישה של פיצוי לפי הסתברות. גישה זו דוחה כאמור את הפתרון הבינרי של הכל או לא-כלום, שכן גם אם יצליח התובע להוכיח קשר סיבתי בהסתברות נמוכה של 20% או 30%, הוא יזכה בפיצוי כלשהו. אולם בדיון הנוסף בפרשה זו¹⁹⁸ נהפכה הקערה על פיה, ורוב שופטי ההרכב חזרו לאמץ את המבחן הישן והטוב (לשיטתם) של מאזן ההסתברויות. זאת, למרות אמירות ברורות של בית-המשפט, דוגמת "המשפט המודרני מתרחק באופן הדרגתי מהכרעות בינאריות, היינו מהכרעות בבחינת 'הכל או לא כלום'"¹⁹⁹ וכן "המתבונן בהתפתחויות של המשפט המודרני בהחלט יבחין כי חלים בו שינויים במובן של התרחקות מהכרעות שהמשמעות שלהן היא כי אחד מבעלי הדין זוכה באופן מלא בעוד שחברו נכשל באופן מוחלט".²⁰⁰ אמירות אלה לא מנעו את בית-המשפט מלהעדיף שיקולים אחרים, ומלשוב ולאמץ את המבחן הבינרי הוותיק של מאזן ההסתברויות.²⁰¹

197 ע"א 7375/02 בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול, פ"ד ס (1) 11 (2005).

198 דנ"א 4693/05 ב"ח כרמל – חיפה נ' מלול, פ"ד סד (1) 533 (2010).

199 שם, פס' 8 לפסק-דין של השופט גרוניס.

200 שם.

201 דיון דומה התקיים בעניין גולן, שם הייתה עמימות ביחס לגובה הנזק. באותו מקרה הוכח כי הרופא התרשל באי-אבחון הנזק המוחי של התובע, והשאלה הייתה אם האיחור באבחון הגדיל

דוגמה נוספת ניתן למצוא בעניין מלכי,²⁰² שם התעוררה שאלה בדבר פרשנות של הוראות סעיף 29(א) לפקודת סימני מסחר.²⁰³ באותו מקרה התוצאה הייתה שבתחרות בין שניים על סימן מסחר אחד, מגיש הבקשה הראשונה, שאף השתמש לראשונה בסימן, יצא כשידו על התחנות. בית-המשפט הביע אי-נחת מהתוצאה: "תוצאה זו מתחייבת מן האופי הבינארי של הכרעות משפטיות רבות ככלל, ונוכח הוראת סעיף 29(א) לפקודה בפרט. ההכרעה בתחרות בין המערער למשיבה מובילה לזכייה מלאה של המשיבה ולהפסד מוחלט של המערער. תודה אני האם לא היה זה צודק יותר, ואף נכון מבחינה כלכלית, להביא לפתרון ביניים. כנראה, שהדבר קשה לפי המצב המשפטי הקיים."²⁰⁴ ובהמשך: "...דרכים אלו, ואולי דרכים אחרות, מאפשרות להימנע מהכרעה בינארית של 'הכל או לא כלום', שהינה מאפיין מובהק של ההכרעה השיפוטית, ואשר נראה כי המשפט המודרני הולך ומתרחק ממנה."²⁰⁵ בית-המשפט מביע אם כן אי-נחת מפתרונות בינאריים, ואומר במילים מפורשות שהיה מעדיף לאמץ פתרונות-אמצע, אך לא תמיד תוצאה זו נכונה. לעיתים מתבקש פתרון בינארי בשל שיקולים של צדק ויציבות משפטית, כמו בעניין מלול²⁰⁶ ובעניין גולן,²⁰⁷ ולעיתים הוא נובע מהבנה שזה היה רצון המחוקק, כמו בעניין מלכי.²⁰⁸ כך או כך, פתרון בינארי, חרף חולשותיו, נמצא כפתרון הנכון, הצודק והראוי בסוגיות שונות. מצאנו אפוא שהעדפה של פתרון-אמצע נדחית לא פעם מפני שיקולים ואינטרסים אחרים חשובים יותר.

את נזקו של התובע. גם שם בחן בית-המשפט אם יש מקום לסטות מהפתרון הבינארי, וכך אמר בנושא זה השופט גרוניס: "אכן, לאורך שנות התפתחותו של המשפט המודרני מסתמנת בו מגמה ברורה של מעבר הדרגתי מהכרעה בינארית אל עבר פתרונות ביניים, המעדינים את הכללים המשפטיים הדיכוטומיים ויוצרים איזון רב יותר בין האינטרסים של הצדדים... אחת הדוגמאות הבולטות לכך, בה דנו לעיל, הינה ההכרעה באפשרות לפסוק פיצוי חלקי המשקף אובדן סיכוי או הגברת סיכון, במקרה בו לא ניתן להוכיח לפי הכללים הרגילים את אחריות הנתבע לנזק. ברם, לדעתי, אין להרחיק לכת יתר על המידה בהרחבת תחומיה של המגמה האמורה, וזאת במיוחד לאור העדר עיגון חקיקתי מתאים." ע"א 8279/02 גולן נ' עזבון מנחם, פ"ד סב(1) 330, פס' 33 לפסק-דינו של השופט גרוניס (2006). השופט ג'ובראן הצטרף לדעתו של השופט גרוניס כנגד דעתו החולקת של הנשיא ברק. ראו גם שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או לא כלום'?" עלי משפט ג 531 (2003).

202 ע"א 8987/05 מלכי נ' סבון של פעם (2000) בע"מ (פורסם בנבו, 9.10.2007).

203 פקודת סימני מסחר [נוסח חדש], התשל"ב-1972.

204 עניין מלכי, לעיל ה"ש 202, פס' 1 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

205 שם, פס' 4 לפסק-דינו של השופט גרוניס.

206 דנ"א מלול, לעיל ה"ש 198.

207 עניין גולן, לעיל ה"ש 201.

208 עניין מלכי, לעיל ה"ש 202.

3. האפשרות להתאמת פתרון-ביניים לסוגיית החיסיון

נסיונות שונים לנקוט פתרונות מאזנים יותר בסוגיית החיסיון של ועדות הבדיקה הרפואיות הפנימיות נכשלו. חוק זכויות החולה, שנחקק סמוך לאחר עניין גלעד, ריכך את ההלכה שנפסקה בעניין גלעד וקבע חיסיון יחסי,²⁰⁹ ובתי המשפט נתנו פרשנות מצמצמת לחוק זכויות החולה, ומיעטו להסיר את החיסיון מוועדות הבדיקה הפנימיות, אך שני הדברים לא הועילו. המציאות מלמדת כי כל פתרון שלא היה בו כדי לספק למשתתפי הוועדות ודאות מוחלטת שמה שיאמרו בוועדות לא ישמש נגדם לא פתר את הבעיה. פתרון של חיסיון יחסי, להבדיל מחיסיון מוחלט, לא שכנע את הרופאים לשתף פעולה עם הוועדות. במילים אחרות, כל פתרון לא-בינרי לא קידם את המטרה. הרופאים חששו מהפללה עצמית וחדלו לשתף פעולה עם הוועדות. דוח מבקר המדינה אינו מותיר עוד מקום לספק, בקובעו כי בעקבות הלכת גלעד אין מקימים עוד כמעט ועדות בדיקה פנימיות.²¹⁰ מצב בסיסי דומה קיים בארצות-הברית ובאנגליה,²¹¹ אלא שכל אחת ממדינות אלה בחרה בשיטה שונה. בארצות-הברית, ככלל, אימץ המחוקק פתרון בינרי. המחוקק הפדרלי קבע חסינות מהפללה עצמית, ובמדינות רבות הוחל גם חיסיון מוחלט על הוועדות. אכן, בפועל מוקמות ועדות בדיקה פנימיות, והליך הפקת הלקחים יעיל עד כדי כך שהוקם מאגר בין-מדינתי של דוחות הוועדות, הנהנה גם הוא מחיסיון מוחלט.²¹² באנגליה, להבדיל מארצות-הברית ובדומה לארץ, אין חסינות למשתתפי הוועדות ואין חיסיון על התחקירים והדוחות, והמציאות אכן מלמדת כי לא מוקמות שם ועדות בדיקה פנימיות.

4. האם פתרון בינרי הוא פתרון מתאים לסוגיית החיסיון?

הפתרון שאני מציעה הוא פתרון בינרי – פתרון האומר כי אין דרך-ביניים, שכן מדובר במצב של הכל או לא-כלום, דהיינו, יש לבחור בחיסיון מוחלט. "לאורך השנים נשברו קולמוסים רבים בנסיון למצוא את נקודת האיזון הראוי בין הרצון להבטיח מסירת מידע מלא בתחקירים מסוגים שונים לבין עקרונות של חופש

209 לעיל תת-פרק א.6.

210 לעיל ה"ש 5 והטקסט שלידה.

211 על טענה אפשרית שראוי לבחון אפשרויות חלופיות של מתן תמריצים או חינוך נשיב כי במקרה דנן ההיסטוריה מלמדת שאין תמריץ שיוכל לעמוד כנגד הסיכון של היחשפות להליכים משפטיים בכלל ולהליכים פליליים בפרט. שלוש ועדות בחנו סוגיה זו, וכולן הגיעו למסקנה זו.

ראו לעיל תת-פרקים ב3–5.

212 לעיל ה"ש 169 והטקסט שלידה.

מידע, וניהול הליכים משפטיים בקלפים גלויים...²¹³ אך דומה שנוסחת-הקסם טרם נמצאה. אין אם כן מנוס מהכרה בכך שלעיתים הפתרון הבינרי הוא הפתרון היחיד שיכול להביא לידי השגת המטרה.²¹⁴ כך הדבר בענייננו. גם אם הפתרון שאני מציעה נובע בעיקר מטעמים מעשיים, טעמים אלה נתמכים ביסודות משפטיים מוצקים וראויים, כפי שהובהר לעיל בהרחבה. אוסיף ואומר בזהירות כי יסודות משפטיים אלה, גם כאשר הם עומדים בפני עצמם, תוך התעלמות מהשיקולים המעשיים, עשויים לבסס את התפיסה המצדיקה את השבת החיסיון. לכן, לתפיסתי, משנבחנו חלופות מאזנות יותר והוכחו כלא-מתאימות, אין מנוס מפתרון קיצוני מהסוג שהצעתי, למרות הבעיות הלא-פשוטות שהוא מעורר.

בבסיסו של חוק חופש המידע מצויה ההנחה הגורפת כי לכל אדם יש זכות לקבל כל מידע מרשות ציבורית. אולם גם החוק שכל מטרתו היא יצירת שקיפות וגילוי מידע יוצר שורה ארוכה מאוד של חסיונות. האיזונים שהחוק יוצר מושתתים על ההבנה כי אין מנוס מלהגביל את הזכות לקבלת מידע. אחד הפטורים שבחוק מתייחס ל"דיונים פנימיים", ל"התייעצויות פנימיות" ול"תחקיר פנימי".²¹⁵ פטור זה נועד לאפשר למשתתפי הדיון חופש דיבור וחופש פעולה, ולהקנות להם ביטחון שהדברים שיאמרו יישארו בגבולות המקום והזמן, ואיש לא יוכל להשתמש בהם נגדם.²¹⁶ טענות המתנגדים להטלת חיסיון מלא מושתתות על עקרונות של גילוי ושקיפות. הגם שהם מייצגים את התפיסה המודרנית, כפי שהיא באה לידי ביטוי

213 בג"ץ 9197/06 יחיא נ' ראש המטה הכללי – צבא הגנה לישראל, פס' יד לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.12.2007).

214 בעניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 25 לפסק-דינה של השופטת ארבל, עמד בית-המשפט על בעייתיות זו: "מאחר שתחקירים מבצעים נערכים תדיר, יש חשיבות לכך שהמתוחקרים יידעו מראש מהם כללי המשחק וכי הדברים שיאמרו לא ישמשו נגדם. במצב בו החריגים לחיסיון התחקיר הולכים ונעשים רחבים, אין עוד ודאות באשר ל'כללי המשחק' האמורים. הבטחת שיתוף הפעולה של מעורבים בתחקיר מבצעי היודעים כי לא מוצא פיהם יביאם אלי דוכן הנאשמים, ידיעתם כי המידע שבידיהם נחוץ ללימוד שיש לו חשיבות מערכתית, מתוך שיתוף פעולה, וכי אין מדובר בהליך המכוון נגדם, בכל אלה יש כדי לבסס תרבות של דיווח אמיתי ומלא בתחקירים. כל אלה לא יתקיימו מקום שהמדיניות הננקטת היא של הרחבת הסייגים לחיסיון." זאת, "כי היעדרה של נוסחת איון בולט גם בחיסיון על מידע שנמסר לכהן דת במהלך וידוי ואשר חוקי דתו אוסרים על גילוי. חיסיון זה הינו גורף ומוחלט בשל הרצון לשמר את יחסי האמון שבין כהן דת למתוודה ואת הכבוד לעיקרי אותה דת" (שם).

215 ס' 9(ב)(4) לחוק חופש המידע.

216 ברשות מעין-שיפוטית, מטבע הדברים, למשתתפים אין מעורבות אישית, להבדיל מוועדות חקירה פנימיות. לכן הנימוק של אי-הפללה עצמית אינו רלוונטי למקרה זה. אולם הנימוקים האחרים נגד גילוי דוחות של ועדות חקירה פנימיות – החשש מפגיעה בעמיתים והחשש מתביעות לשון-הרע – רלוונטיים גם למקרה זה.

בעצם חקיקתו של חוק חופש המידע, אין הם מתמודדים עם העובדות ועם התוצאות של גישת הגילוי והשקיפות. כאשר אנו עוסקים בשאלת זכותו של המטופל לקבל את המידע על-אודות הטיפול שקיבל, ברור שנקודת המוצא היא שיש לו הזכות המלאה לכך. כך קבע בית-המשפט בעניין גלעד, וזו נקודת המוצא של חוק זכויות החולה. אך למרות זאת הכיר בית-המשפט בכך שגם זכות זו מוגבלת ולא תתקיים במצבים מסוימים, וכך נקבע בעניין פלונית.²¹⁷ המתח בין חובת הרופא למסור אמת לבין זכותו לא להפליל את עצמו הועמדה למבחן שיפוטי בסוגיה דומה, ובית-המשפט, שהיה ער למתח האמור, העדיף את ההסתרה על הגילוי.

"משטר משפטי הדורש ממעורבים באירוע מבצעי למסור את מלוא האמת אודות האירוע לעורכי תחקיר, ומכיר בה בעת באפשרות לעשות שימוש בחומר התחקיר במסגרת חקירה פלילית ולצורך העמדתם לדין של אותם מעורבים, טומן בחובו קשיים של ממש. הקושי הבסיסי ביותר עניינו במתח המובנה בין חובתו האתית והמוסרית של חייל למסור את מלוא האמת בתחקיר, לבין זכותו שלא להפליל עצמו, זכות שהיא מעמודי התווך של המשפט הפלילי ויש הרואים אותה כחוסה תחת המטריה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".²¹⁸

אני מבקשת לשוב ולהדגיש כי הדיון במאמר נסב על ועדות הבדיקה הפנימיות – אותן ועדות המוקמות אד-הוק על-ידי בתי-החולים עצמם, מרצונם החופשי, כדי לבדוק כשלים שאירעו. חוק זכויות החולה מתייחס באופן זהה לוועדות הבדיקה הפנימיות ולוועדות הבדיקה החיצוניות, אשר מוקמות על-ידי משרד הבריאות.

217 לעיל ה"ש 64.

218 עניין אלנבארי, לעיל ה"ש 26, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ארבל. בפסק-דין שניתן בבית-משפט לערעורים בארצות-הברית, בתביעה של רופא נגד חבריו הרופאים בטענה שהפרוטוקול שנרשם בוועדת הבדיקה הפנימית הפלה אותו לרעה, נעתר בית-המשפט באופן חלקי מאוד לבקשה לאפשר לרופא עצמו לקבל את המסמכים של הוועדה, וזאת אף שבית-המשפט היה משוכנע כי אין לרופא אינטרס להוציא את המסמכים מתחת ידו ולכן החשש שיגיע לידיים לא-ראויות מופרך. ראו עניין *Adkins*, לעיל ה"ש 149. התפיסה של חיסיון מוחלט לצד החסינות שהחוק קובע היא הגישה השלטת בארצות-הברית. הסרת חיסיון ממסמכיהן של ועדות היא החריג שאינו משקף את הכלל. ראו לעיל ה"ש 149 והטקסט שלידה.

סיכום

השיקולים בעניין גלעד ששללו הטלת חיסיון על דוחותיהן של ועדות הבדיקה הפנימיות מבוססים על ההכרה בזכותו של החולה לדעת את כל הפרטים על "תוצאותיו ועלילותיו" של הטיפול הרפואי שקיבל, על מה שנעשה בגופו ועל מה שייעשה בו. בית-המשפט דחה את הטענות בדבר חשש לפגיעה בקיומן ובתפקודן של ועדות הבדיקה הפנימיות אם לא יוכר החיסיון, והגדירן כספקולטיביות. בית-המשפט סבר כי ועדות בדיקה פנימיות יתקיימו אף בלי חיסיון, וכי הפתרון לחשש מ"רפואה מתגוננת" ומתוצאותיה אינו מצוי בחיסיון ובהסתרת האמת.

הראיתי לעיל כי הנחתו זו של בית-המשפט לא התממשה, וכי בתי-החולים חדלו להקים ועדות בדיקה פנימיות.

לדעתי, המצב הקיים כיום פוגע גם בפרט וגם בציבור. העובדה שבתי-החולים חדלו להקים ועדות בדיקה פנימיות, עקב חששם של רופאים שהם יפלילו את עצמם ויבולע להם, גרמה לכך שמערכת הבדיקה העצמית, החיונית כל-כך להבטחת תפקודו התקין של המערך הרפואי ולשיפור איכות הטיפול הרפואי, חדלה להתקיים בבתי-החולים. התוצאה היא שהיתרונות שהיו אמורים לצמוח משלילת החיסיון אינם מתקיימים עוד. הפרט אינו נהנה כי אין עוד ועדות כאלה, והציבור אינו נהנה כי תהליך הפקת הלקחים והתיקון אינו מתקיים. הראיתי גם ששורה של ועדות ציבוריות סברו כי מן הראוי לתקן את המצב. אני מצטרפת לקריאה זו, וסבורה כי אין מנוס משינוי ההלכה בעניין גלעד ומקביעה כי יש להטיל חיסיון מוחלט על ועדות הבדיקה הפנימיות, ויפה שעה אחת קודם.

אסדרה ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות אשר תקבע חסינות יחסית בפורמט כזה או אחר לא תשיג את המטרה של תחקיר אמיתי וחופשי שיוכל להוביל לשיפור איכות הרפואה. במילים פשוטות, רק ביטולה של הלכת גלעד ביחס לוועדות הבדיקה הפנימיות – להבדיל מוועדות הבדיקה החיצוניות המוקמות על-ידי משרד הבריאות – וקביעת חיסיון מוחלט של אותן ועדות בדיקה פנימיות, בדומה למצב במדינות אחרות, ישיגו את המטרה של קיום תחקיר אמיתי.

תקרת הפיצוי לנפגע עברה בהליך הפלילי

יניב ואקי*

“When a man does another any injury by theft or violence, for the greater injury let him pay greater damages to the injured man, and less for the smaller injury; but in all cases, whatever the injury may have been, as much as will compensate the loss.”¹

תקציר

מאמר זה עוסק בהוראת סעיף 77 לחוק העונשין הישראלי, אשר מתווה את הסדר הפיצוי לנפגע העברה בהליך הפלילי. ליתר דיוק, המאמר יעסוק בתקרת הפיצוי הקבועה בסעיף. ההסדר קובע כי בית-המשפט רשאי לגזור על הנאשם תשלום פיצוי למי שניזוק מהעברה עד לסכום המרבי הקבוע בחוק.

חרף חשיבותו של הסדר זה וחרף נפישותו, טרם נערך דיון מקיף בספרות או בפסיקה הישראלית בשאלת נחיצותה והצדקתה של תקרת הפיצוי. במאמר זה המחבר דן בשלוש סוגיות עיקריות הקשורות להסדר זה: האם מוצדק להגביל את סכום הפיצוי או שמא יש לבטל

* מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה ומרצה למשפט פלילי. אני מבקש להודות מקרב לב לפרופ' יורם רבין, לד"ר שרונה אהרוני-גולדנברג, לעו"ד איילת השחר ביטון-פרלה, לעו"ד דיקלה ואקי ולחברי מערכת מאזני משפט על הערותיהם המחכימות והמועילות, וכן לניר אייזנברג על סיועו הרב והמסור במחקר. הדברים האמורים במאמר הינם על דעתו הפרטית של המחבר בלבד.

1 .PLATO, LAWS: BOOK XI (360 B.C.E.)

את התקרה הקבועה בחוק ולהותיר לבית-המשפט את שיקול-הדעת לפסוק פיצוי בהתאם להערכת הנזק שנגרם? ככל שהתקרה נותרת על כנה, האם יש לפרש את התקרה הקבועה בחוק כמתייחסת לכל ניזוק בנפרד, כך שבית-המשפט רשאי לפסוק את הפיצוי המרבי לכל אחד מהניזוקים בנפרד, או שמא התקרה מגבילה את סך הפיצוי שישולם על-ידי הנאשם ללא קשר למספר נפגעי העברה? מיהו הניזוק הזכאי לקבלת פיצויים בהליך הפלילי, והאם על בית-המשפט לגזור על הנאשם תשלום פיצויים לכל מי שניזוק מהעברה או רק לסוג מסוים של ניזוקים? שאלות אלה נדונות לאור התכליות של הסדר הפיצוי הפלילי ואופיו, בארץ ובעולם, ההיסטוריה החקיקתית של הסדר הפיצוי הישראלי, האינטרסים הנוגדים של נפגע העברה ושל הנאשם, המדיניות המשפטית הנוהגת והמושרשת בפסיקתם של בתי-המשפט בישראל, היבטיו ההשוואתיים של הסדר הפיצוי בשיטות המשפט השונות ועוד.

לאור מכלול השיקולים, ובכלל זה הצורך באיזון ראוי בין האינטרסים הנוגדים, המחבר מציע הסדר חדש שבמסגרתו תבוטל התקרה הקבועה בחוק, וינתן לבית-המשפט שיקול-דעת לפסוק פיצוי בהתאם לנסיבותיו של המקרה המסוים שלפניו. לחלופין, וכל עוד הוראת סעיף 77 נותרת על כנה, המחבר מציע לאמץ נוסחת איזון חדשה בין האינטרסים הנוגדים הגלומים בהוראת הפיצוי, שבהתאם לה יהא בית-המשפט רשאי לפסוק את הפיצוי המרבי לכל אחד מהניזוקים בנפרד, אולם תחולתו של הסדר הפיצוי במתכונתו זו תצומצם ותחול רק על ניזוקים המצויים במעגל הקרוב של נפגעי העברה.

מבוא

- א. ההתפתחות ההיסטורית של הסדר הפיצוי במשפט הפלילי
- ב. פיצויו של נפגע העברה בהליך הפלילי הישראלי
 1. פיצויו של נפגע העברה בראי החוק
 2. פיצויו של נפגע העברה בראי פסיקתם של בתי-המשפט
 - ג. הפרשנות המוצעת להסדר הפיצוי בהליך הפלילי
 1. תכליותיו של הפיצוי בהליך הפלילי
 2. פרשנות תכליתית של סעיף 77 לחוק העונשין – "תקרה נפרדת" לכל נפגע עברה

3. "אדם שניזוק על ידי העבירה" – הבחנה בין הניזוקים השונים
 - ד. אופיו של הפיצוי – עונשי או אזרחי – והשלכתו על תקרת הפיצוי
 - ה. הצעה לביטולה של תקרת הפיצוי
 1. (העדר) תקרת פיצוי בשיטות המשפט השונות – "קונסנזוס גלובלי"
 2. ההצדקות לביטולה של תקרת הפיצוי
- סיכום

מבוא

פיצוי נפגעי עברה מבטא עיקרון בסיסי של צדק. בכל מדינות העולם המתוקן נקבעו הסדרי פיצוי מפורטים המאפשרים את פיצויו של נפגע העברה על-ידי העבריין בהליך הפלילי. זכויותיהם של נפגעי עברה עוגנו גם במסמכים בין-לאומיים, ובראשם הצהרת האו"ם בדבר עקרונות בסיסיים של צדק ביחס לנפגעי עברה משנת 1985, שבה נקראו המדינות ליישם את סעיפי ההצהרה בהתייחס לזכויותיהם של נפגעי עברה, לרבות פיצוי מידי העבריין בהליך הפלילי ומידי המדינה:

"Offenders or third parties responsible for their behaviour should, where appropriate, make fair restitution to victims, their families or dependants. Such restitution should include the return of property or payment for the harm or loss suffered, reimbursement of expenses incurred as a result of the victimization, the provision of services and the restoration of rights."²

קיימת חשיבות רבה לפסיקת פיצוי הולם ומהיר בהליך הפלילי למי שנפגע מהעברה, שיהיה בו כדי לסייע לנפגע העברה ולהקל את שיקומו. מאידך גיסא, ההליך הפלילי מיועד לבירור אשמתו של הנאשם ולענישתו, וככלל אין הוא מאפשר במסגרתו הליך ראייתי קפדני להוכחת הנזק ושיעורו. מגבלות אלה של

2 G.A. Res. 40/34 Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power (Nov. 29, 1985), sec. 8 (להלן: ההכרזה). בס' 9 להכרזה נאמר: "Governments should review their practices, regulations and laws to consider restitution as an available sentencing option in criminal cases, in addition to other criminal sanctions"

ההליך מעוררות קושי בפסיקת הפיצוי, וכל שיטת משפט נדרשת למצוא את נקודת האיזון שתאפשר פסיקת פיצוי הולם לנפגע העברה מבלי לפגוע בזכויותיו של הנאשם.

מאמר זה עוסק בהוראת סעיף 77 לחוק העונשין הישראלי, אשר מתווה את הסדר הפיצוי לנפגע העברה בהליך הפלילי. הסדר זה קובע כי בית-המשפט רשאי לגזור על הנאשם תשלום פיצוי למי שניזוק מהעברה עד לסכום המרבי הקבוע בחוק. המאמר מבקש לבחון שלוש סוגיות עיקריות הקשורות להסדר זה. ראשית, האם יש לפרש את התקרה הקבועה בחוק כמתייחסת לכל ניזוק בנפרד, כך שבית-המשפט רשאי לפסוק את הפיצוי המרבי לכל אחד מהניזוקים בנפרד (להלן: "תקרה נפרדת"), או שמא התקרה מגבילה את סך הפיצוי שישולם על-ידי הנאשם, קרי, על בית-המשפט לחלק את הסכום המרבי הנקוב בחוק בין כל הנפגעים (להלן: "תקרה נחלקת")? לדוגמה, בתיק שבו הורשע הנאשם ברצח גרושתו, האם ניתן וראוי לפסוק פיצוי בגובה התקרה הקבועה בחוק לכל אחד משלושת ילדיה של המנוחה בנפרד או שמא אי-אפשר לפסוק מעבר לסכום הפיצוי המרבי הקבוע בחוק ועל-כן יש לחלק לכל-היותר סכום זה בין שלושת ילדיה של המנוחה? שנית, מיהו הניזוק הזכאי לקבלת פיצויים בהליך הפלילי, והאם על בית-המשפט לפסוק פיצויים בהליך הפלילי לכל מי שניזוק מהעברה או רק לסוג מסוים של ניזוקים? לדוגמה, האם יהיה אפשר לפסוק פיצוי גם למי שהיה עד-ראייה למעשה העברה בגין הנזקים הנפשיים שנגרמו לו או שמא רק נפגע העברה הישיר זכאי לפיצוי? שאלה שלישית עניינה אם מוצדק להגביל את סכום הפיצוי או שמא יש לבטל את התקרה הקבועה בחוק ולהותיר לבית-המשפט את שיקול-הדעת לפסוק פיצוי בהתאם להערכת הנזק שנגרם. בעוד שתי הסוגיות הראשונות עניינן בפרשנות שיש ליתן להוראת סעיף 77 לחוק כנוסחה כיום, הסוגיה השלישית עוסקת בשאלה אם נכון וראוי לשנות את החוק ולבטל את התקרה הקבועה בו.

מדובר בסוגיות שהן לא רק שכיחות, אלא גם חשובות, שכן יש להן השלכות מעשיות על הנאשם ועל ציבור נפגעי העברה והניזוקים ממנה, על מצבם הנפשי והכלכלי, ועל הפוטנציאל של ההליך הפלילי לסייע לנפגעי עברה בצמצום נזקיהם. שאלות אלה מערבות שיקולים של צדק, שוויון והגינות, ויש להן השפעה על חייהם של רבבות נפגעי עברה ועל סיכוייהם להשתקם.

שאלות אלה יידונו לאור התכליות של הסדר הפיצוי הפלילי ואופיו, בארץ ובעולם, ההיסטוריה החקיקתית של הסדר הפיצוי הישראלי, האינטרסים הנוגדים של נפגע העברה ושל הנאשם, המדיניות המשפטית הנוהגת והמושגת בפסיקתם

של בתי-המשפט בישראל, היבטיו ההשוואתיים של הסדר הפיצוי בשיטות המשפט השונות ועוד. אטען כי מכלול השיקולים, ובכלל זה הצורך באיזון ראוי בין האינטרסים הנוגדים, מוביל למסקנה כי יש לאמץ פרשנות של "תקרה נפרדת", אולם זו תחול רק על ניזוקים המצויים במעגל הקרוב של נפגעי העברה. נוסף על כך, ובנפרד מהפרשנות התכליתית המוצעת כאמור, אטען כי יש לבטל את התקרה הקבועה בחוק, ולהותיר לבית-המשפט שיקול-דעת לפסוק פיצוי בהתאם לנסיבותיו של המקרה המסוים שלפניו.

א. ההתפתחות ההיסטורית של הסדר הפיצוי במשפט הפלילי

מעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי בכלל וזכותו לפיצוי בפרט ידעו עליות ומורדות במהלך ההיסטוריה של המשפט. מתן פיצוי לנפגעי עברה היה קיים כבר בשיטות המשפט הקדומות.³ באנגליה הקדומה, השבטית, וכן בחברות קדומות אחרות, המשפחה היוותה את התא החברתי העיקרי, ובהעדר שלטון מרכזי חזק, כפי שהוא מוכר כיום, בני המשפחה של הנפגע הם שסייעו לו וטיפלו בענייניו. האובדן והנזק בשל הפגיעה הוסדרו על-ידי תשלום פיצויים, בין בכסף ובין בשווה-כסף.⁴ עם ירידת קרנו של המשפט הפיאודלי הקדום ועלייתו של המשפט המקובל, עברה האחריות לאכיפת המשפט הפלילי בהדרגה אל רשויות אכיפת החוק של הריבון.⁵ כתוצאה מכך הורחק נפגע העברה ממרכז הזירה של ההליך הפלילי, והוא נותר ללא מעמד פורמלי כצד למשפט.⁶ במקביל להתפתחות זו בוטלה זכותו של נפגע העברה לשיפוי מאת הנאשם, והומרה בגביית תשלום מהנאשם לאוצר המדינה.⁷ כך הלך ונחלש מעמדו של נפגע העברה בהליך

3 למשל, בחוקי חמורבי, בחוקי אשנונה ובחוקי החיתים. ראו ראובן ירון "דין החובל בחבירו במשפטי המזרח הקדום" פרקים ב' 219, 221 (התשל"א). ראו גם אריה מילר "הצעה להבטחת פיצויים לנפגעים מפשע" משפטים יא 468, 469 (1981), אשר מוסיף גם את המשפט הוויקינגי הקדום, את המשפט הגרמני הקדום, את המשפט האנגלו-סקסי ואת המשפט הפרנקי. לדיון בפיצוי לנפגע העברה בשיטות משפט מודרניות ראו אסנת אלירם "פיצויים לקרבן העבירה – הצעה לדגם חדש" מחקרי משפט יט 205 (2002). יהודית קרפ מוסיפה כי בחלק ניכר משיטות המשפט העתיק פיצוי הניזוק היה מטרתו העיקרית של הדין. ראו: Judith Karp, *Restitution of Victims by the Offenders*, 30 Isr. L. Rev. 331, 334 (1996).

4 עמנואל גרוס "הזכויות החוקתיות של הקרבן – מחקר השוואתי" מחקרי משפט יז 419, 421, 423 (2002).

5 שם, בעמ' 423.

6 שם, בעמ' 424.

7 מילר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 470.

הפלילי, עד שתפקידו הצטמצם למסירת תלונה במשטרה ולמתן עדות בבית-המשפט. הלאמת דבר הפגיעה בו, השתלטות המדינה על ההליך המשפטי והדרתו של נפגע העברה ממנו הובילו ליצירת מעין חיץ בין המשפט הפלילי, שבו הקנס נתפס כעונש עיקרי, לבין התביעה האזרחית בנזיקין, שקידמה את האפשרות של נפגע העברה לקבל סעד כספי ופיצוי על הנזק שנגרם לו מהעברה.⁸

אולם הוגי משפט וקרימינולוגים הביעו לאורך השנים את דעתם על החשיבות של מתן פיצוי לקורבן ועל הצורך לשלם פיצוי למי שניזוק מהעברה,⁹ ובדבריהם תרמו לכך שהחל במאה התשע-עשרה ובמהלך המאה העשרים נחקקו חוקים רבים בשיטות המשפט השונות שהסדירו פיצויים לנפגעי העברה, אם מאת הנאשם ואם מטעם המדינה.¹⁰ בהמשך עוגנו זכויותיהם של נפגעי עברה גם בהצהרת האו"ם בדבר עקרונות בסיסיים של צדק ביחס לנפגעי עברה, שבה נקבע כי:

"Offenders or third parties responsible for their behaviour should, where appropriate, make fair restitution to victims, their families or dependents..."¹¹

8 שרון אהרוני-גולדנברג ויעל וילצ'יק-אביעד "עבריינות רכוש – מודל ענישה כלכלי" עיוני משפט לב 699, 705 (2011). במאמר זה מצוין (שם, בעמ' 705–706) כי קיימים חילוקי-דעות בנוגע לסיבות שהובילו להשתלטות המדינה על ההליך המשפטי. חלק מן המלומדים סבורים כי המהלך הונע על-ידי סיבות כלכליות – רצונו של הריבון להשיג כוח פוליטי ולהעשיר את אוצר המדינה או לספק את חמדנותם של האדונים הפיאודלים, אשר שלשלו לכיסם את כספי הקנס שהועברו לקורבנות. הסבר היסטורי אחר הוא שהשתלטות השלטון על ההליך הפלילי נבעה מרצונה של המדינה לסייע בעשיית הצדק, ושהדבר בא לתת מענה לחוסר שביעות-הרצון של ציבור המתדיינים לנוכח הקשיים הפרוצדורליים והראייתיים שאפיינו את המערכת המשפטית דאז. לדעתן של כותבות המאמר (שם, בעמ' 705), ייתכן שניתן לייחס את השתלטות המדינה על ההליך העונשי להוצאות הכלכליות השלטוניות בכל הנוגע בתפיסת העבריינים ובהבאתם לדין. כפי שהן מציינות (שם, בעמ' 706), "ניתן אם כן להסביר – אם כי לא בהכרח להצדיק – את ניתוב הענישה לתועלת הציבור בעובדה שהשלטון נהפך לנושא העיקרי בנטל של תפיסת העברייין (שיטור), העמדתו לדין, הוכחת אשמתו וענישתו (התפתחות המאסר)".

9 ראו, למשל: Jeremy Bentham, *Political Remedies for the Evil of Offences*, in: CONSIDERING THE VICTIM 29 (Joe Hudson & Burt Galaway eds., 1979); מילר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 470.

10 לפירוט ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ג 1852–1853 (מהדורה שלישית, 2014); מילר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 471. להתפתחויות נוספות בעולם ראו לסלי סבה וטלי גל "זכויות נפגעי עבירה בישראל" ספר שמגר – מאמרים חלק ב 157, 158–163 (2003).

11 ס' 8 להכרזה, לעיל ה"ש 2 (ההדגשות הוספו). ראו בעיקר את הוראות ס' 8–13 להכרזה, אשר מסדירים את זכותו של קורבן העברה להשבה ולפיצוי.

כיום אין חולק על חשיבותו של הפיצוי לנפגע העברה מאת העבריין, והוא קבוע בכל שיטות המשפט המתוקנות.¹²

ב. פיצויו של נפגע העברה בהליך הפלילי הישראלי

1. פיצויו של נפגע העברה בראי החוק

הסמכות לחייב פוגע במתן פיצוי לנפגע העברה מוסדרת בארץ בסעיף 77 לחוק העונשין, התשל"ז-1977,¹³ הקובע בס"ק (א) כדלקמן:

"הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו".¹⁴

הוראת סעיף 77 נועדה לאפשר מתן פיצוי, ולו חלקי, לנפגע העברה במסגרת ההליך הפלילי. בהתאם להוראת הסעיף, בית-המשפט רשאי לפסוק פיצוי לנפגע העברה בגין כל אחת מן העבירות שבוצעו כלפיו,¹⁵ ובעד כל סוג של נזק שנגרם לו כתוצאה מהעברה. הסעיף אינו מונה רשימה סגורה של נזקים, והוא מאפשר פסיקת פיצויים גם כאשר מדובר בנזקים קשים לכימות, כגון כאב, סבל ועוגמת-נפש, לצד

12 אחד הסממנים לחשיבותו של הפיצוי הוא שבמדינות רבות נקבע כי יש להעדיף פסיקת פיצוי לנפגע העברה על קביעת תשלום קנס לאוצר המדינה. ראו להלן בתת-פרק ה1, הבוחן את היבטיו ההשוואתיים של הסדר הפיצוי. כמו-כן מעניין שבשיטת המשפט הישראלית, אל מול שיטות המשפט האחרות, בולט בהעדרו סעד של "השבה", ולמעשה בית-המשפט הישראלי אינו רשאי להורות לנאשם כי ישיב את הרכוש שנטל מנפגע העברה, אלא לכל-היותר הוא מוסמך לפסוק פיצוי בגין אותו רכוש. לביקורת על מצב דברים זה ולהצעה לאמץ סנקציה של השבה ראו: Sharon Aharoni-Goldenberg & Yael Wilchek- *Aviad, Restitution: A Multilateral Penal Approach*, in *TRENDS AND ISSUES IN VICTIMOLOGY* 88 (Natti Ronel, K. Jaishankar & Moshe Bensimon eds., 2008).

13 לדיון מקיף בהסדר הפיצוי הישראלי ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 10, בעמ' 1849–1889.
14 ראו גם ס' 11 לפקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, וכן ס' 26(8) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

15 הוראה זו מעוררת שאלות רבות החורגות מנושא המאמר. כך, למשל, האם במקרה של עברה של חטיפה ואונס ניתן לפסוק פיצוי מרבי בגין כל אחת מן העבירות? ומה הדין כאשר מדובר באונס ובאיומים (שבוצעו במהלכו)? האם יהיה אפשר לפסוק פיצוי בגין כל אחת מן העבירות רק כאשר הן תוצר של מעשים שונים? האם יהיה אפשר לפצות בגין כל אחת מן העבירות רק אם כל אחת מהן גרמה נזק מסוג שונה?

נזקים ממוניים הניתנים לחישוב ולכימות, כגון אובדן רכוש, טיפולים פסיכולוגיים, הפסדי שכר ואובדן הכנסות.¹⁶

הוראה זו מקורה בסעיף 43 לפקודת החוק הפלילי, 1936,¹⁷ אשר נקלטה אל תוך המשפט הישראלי בשנת 1948. עם זאת, ברבות השנים תוקן הסדר הפיצוי הישראלי ושונה רבות. בחינת התפתחותו של הסדר הפיצויים מעלה כמה תובנות חשובות אשר רלוונטיות לסוגיית תקרת הפיצוי ומלמדות על רצונו של המחוקק הישראלי, לדורותיו, לאפשר מתן פיצוי הולם וראוי לכל נפגע עברה שניזוק מהעברה. ההסדר הישראלי אימץ קביעה בדבר תקרת הפיצוי כפי שהייתה קבועה בפקודת החוק הפלילי. נדמה כי הסיבה לקביעת תקרה מקורה במגבלות הכרוכות בהוכחת היקף הנזק במסגרת ההליך הפלילי, והעובדה שהליך הערכת הנזק וקביעת הפיצוי אינו נעשה כפי שמקובל בהליך האזרחי.¹⁸ עמד על כך השופט רובינשטיין בעניין מג'דלאוי:

”התקרה נחוצה על מנת שלא יטושטש יתר על המידה הגבול שבין המשפט הפלילי לאזרחי, ובכל תיק ייאלץ להתנהל מעין משפט אזרחי... ולמען לא יאבד בית המשפט הפלילי בסבך החישובים והאומדנים.”¹⁹

16 על הנזקים שיכולים להיגרם לנפגע עברה פלילית ראו: Joanna Shapland & Matthew Hall, *What Do We Know About the Effects of Crime on Victims?*, 14 INT'L REV. VICTIMOLOGY 175, 178 (2007).

17 אשר זו לשונו:

“(1) Any court by which any person is convicted of any offence may, if it thinks fit, and immediately after such conviction, award any sum of money not exceeding one hundred pounds by way of satisfaction or compensation for any loss caused by the offence of which the accused has been convicted, to a person injured by the offence whether such person has or has not constituted himself a civil party. The amount so awarded shall be a judgment debt due from the person so convicted to the person to whom it is awarded.

(2) Nothing in this section shall affect rights of *diyyet* or to compensation in lieu of *diyyet*, or the power of the court to award damages exceeding one hundred pounds to a person constituting himself a civil party.”

18 יצוין כי לא מצאתי אף לא באחד מתיקוני החקיקה הרבים דברי הסבר והצדקה לקיומה של התקרה. ההסברים והטעמים שיובאו להלן הובעו בפסיקה.

19 ע"פ 5761/05 מג'דלאוי נ' מדינת ישראל, פס' (5) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין

אולם, כפי שנראה בהמשך, הגבלת סכום הפיצוי באופן שאינו מותיר שיקול-דעת לבית-המשפט לפסוק פיצוי גבוה יותר – וזאת בהתאם לנסיבות המקרה, לחומרת הנזק ולשיעורו, ובתלות במידת הוכחתם – אינה מובנת מאליה ואינה מקובלת בכל העולם.

בהתאם למצב הנוהג, תקרת הסכום נועדה לאזן בין הצורך לאפשר פסיקת פיצוי ריאלי והולם לבין העובדה שהדבר נעשה בהליך שאינו מברר לאשורו את שיעור הנזק שנגרם לנפגע העברה. היטיבה לתאר זאת השופטת ברק-ארוז:

"ההסדר שנקבע בסעיף 77 לחוק העונשין מהווה פשרה בין שני שיקולים מנוגדים – מחד גיסא, הרצון להקל על נפגעי עבירה בקבלת פיצוי על נזקיהם, ומאידך גיסא, הכרה במגבלותיו של ההליך הפלילי כהליך שבו לא מתקיים בירור ממשי של היקף הנזק של קורבן העבירה, וממילא לא חלים עליו כל הכללים והכללים של דיני הנזיקין לפסיקת פיצויים..."²⁰

(פורסם בנבו, 24.7.2006) (תוך שהוא מצטט את דבריה של אלירם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 229). עוד הוסיף השופט רובינשטיין – בע"פ 2196/10 אגבריה נ' מדינת ישראל, פס' כב לפסק-דינו (פורסם בנבו, 8.3.2012) – כי "תפקידו המעשי של הסעיף לסייע, במידה מוגבלת, על דרך של אומדנא דדינא, למי שניזוק מן העבירה, מבלי להידרש לפרוצדורה האזרחית הרגילה". כן ראו את דבריה של השופטת נאור ברע"פ 2976/10 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418, 464 (2002): "הואיל ובהליך הפלילי נמנע בית-המשפט מהחלת ההליך האזרחי הרגיל באשר להוכחתו של נזק, ראה החוק עצמו נאלץ להגביל את הפיצוי לסכומי כסף מסוימים." ראו גם את דבריה של השופטת ביניש ברע"פ 9727/05 גליקסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 802, פס' 21 לפסק-דינה (2007): "הפיצוי לפי סעיף 77 לחוק הינו פיצוי מוגבל, הכפוף לתקרה הקבועה בחוק... ולא בכדי – הפיצוי לפי סעיף 77 לחוק הינו פיצוי המותאם להליך הפלילי שבמסגרתו הוא ניתן; מדובר בפיצוי שאינו מחייב הליך של הוכחת נזק, ואשר נפסק בהתאם להתרשמותו והערכתו של בית המשפט, בדרך כלל על-פי נתונים המובאים בפניו שלא על דרך ההוכחה המקובלת בהליך האזרחי." כן ראו את דבריו של השופט אמיר בתפ"ח (מחוזי מ"ר) 38074-04-13 מדינת ישראל נ' סונגו, פס' 18 ו-20 לגזר-דינו (פורסם בנבו, 31.12.2015): "מה התכלית של הגבלת הסכום? ... הדגש איננו מושם על הנאשם גרידא, ועל סך כל חיוביו. הדגש הוא על ההליך ומגבלותיו... פירושה הנכון של ההגבלה הוא, שמכיוון שבהליך הפלילי אין שמיעת ראיות מלאה ואין טיעון כמותי מפורט לעניין הנזק – לא יהיה נכון לקבוע פיצויים בין החייב לזכאי, במסגרת אותו הליך פלילי, בסכום שעולה על תקרה מסוימת. כך נעשה איזון בין האינטרסים של החייב מזה ושל הזכאי מזה, בשים לב למגבלות הראייתית והדיונית של ההליך הפלילי." (ההדגשות במקור).

20 ע"פ 1076/15 טווק נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז (פורסם בנבו, 7.6.2016).

מסיבה זו, בראשית גלגוליה של הוראת סעיף 77 נקבעה תקרה נמוכה ביותר, באשר ניתן משקל מכריע לעובדה שמדובר בפיצוי שנפסק ללא הוכחת נזק. עם השנים ניתן משקל רב יותר לצורך במתן פיצוי ריאלי, שיהיה בכוחו להגשים את יתר תכליותיו של הפיצוי, אך זאת תוך הכרה במגבלותיו של ההליך. על-כן הלכה התקרה וגדלה עם השנים, מחד גיסא, אולם נותרה על כנה ולא בוטלה כליל, מאידך גיסא.

כך, במהלך השנים חזר המחוקק והעלה את תקרת סכום הפיצוי. אומנם אי-אפשר למצוא בכל תיקון ותיקון התייחסות לסיבות שהניעו את המחוקק להגדיל את תקרת הפיצוי, אך נדמה כי זו נעשתה מתוך רצון ותכלית לאפשר פיצוי ראוי וריאלי אשר ייתן מענה הולם לצרכיו של נפגע העברה בשל הסבל והנזק שנגרמו לו. במקרים מסוימים אף הדגיש המחוקק במפורש כי העלאת התקרה נועדה להתאים את גובה הפיצוי לסבל ולנזק של נפגע העברה, ולהבטיח שיהא בפיצוי מענה מספק מבלי שנפגע העברה יזדקק לתבוע את נזקיו בהליך אזרחי. כך, למשל, בשנת 1988 הועלתה תקרת הפיצוי מסכום של 3,120 ש"ח לסכום של 30,000 ש"ח, וזאת, בין היתר, על-מנת ש"ייעשה צדק מהיר עם קורבנות העבירה הפלילית" ו"נימנע הצורך בתביעה אזרחית חדשה וממושכת".²¹ מסיבות דומות הועלתה בהמשך תקרת הפיצוי בהדרגה מ-30,000 ש"ח ל-114,000 ש"ח. בתיקון מס' 78 לחוק העונשין הוכפל הסכום המרבי והועמד על 228,000 ש"ח,²² ובשנת 2010 עודכן סכום הפיצוי – בפעם האחרונה נכון למועד כתיבת שורות אלה – והועמד על 258,000 ש"ח.²³ יוצא אפוא שתוך כעשרים שנה הגדיל המחוקק את תקרת הפיצוי בשיעור של יותר מ-8,000%!²⁴

לצד תמורות אלה הוסף לחוק מנגנון אכיפה למקרים שבהם העברייני נמנע מתשלום הפיצוי שהוטל עליו.²⁵ מנגנון זה השווה לעניין הגבייה את מעמדו של הפיצוי למעמדו של קנס, ויצר סדרי קדימות לפרעון חובותיו של העברייני כך שכאשר הוטל על הנידון הן תשלום קנס והן תשלום פיצוי, ייזקפו תשלומיו לטובת הפיצוי תחילה.²⁶ בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש כי מנגנון גבייה זה

21 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 28), התשמ"ח-1988, ה"ח 133.

22 חוק העונשין (תיקון מס' 78), התשס"ד-2004, ס"ח 390.

23 צו העונשין (שינוי שיעורי קנסות), התש"ע-2010, ק"ת 948.

24 מסכום של 3,120 שהיה קבוע בשנת 1988 ועד לסכום של 258,000 ש"ח שנקבע בשנת 2010.

25 חוק העונשין (תיקון מס' 27), התש"ן-1990, ס"ח 90.

26 ס' 77(ג) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

נועד "כדי להפוך פיצויים אלה לריאליים".²⁷ יוצא אפוא שהמחוקק ביקש ליתן עדיפות לתשלום פיצויים לנפגע עברה על תשלום קנס שנקבע בגזר-הדין. כפי שהובהר גם בפסיקה, פיצוי נפגע עברה עדיף על תשלום לקופת המדינה, שכן הוא עשוי לסייע בשיקום הנפגע.²⁸ נוסף על כך, ומסיבות דומות ואחרות, נקבע בחוק כי גבייתו של הפיצוי תיעשה על-ידי המדינה, ולא על-ידי נפגע העברה.²⁹ תיקון נוסף שנעשה בהסדר הישראלי קבע כי הפיצויים ייקבעו לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו ביום ביצוע העברה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, לפי הגבוה יותר.³⁰ בדברי ההסבר נכתב בהקשר זה כי תיקון זה נועד "כדי שקרבן העבירה יקבל תרופה ריאלית ככל האפשר לנזק שנגרם לו בשל העבירה".³¹

27 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 27), התשמ"ז-1987, ה"ח 114, 120 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 27).

28 ראו גם ס' 63(ג) לחוק העונשין, שבו נקבע כי "בקביעת סכום הקנס לפי סעיף זה רשאי בית המשפט להתחשב, בין השאר, בהשפעה שתהיה לסילוק הקנס על יכולתו של הנאשם לפצות את הניזוק בשל הנזק שנגרם לו על ידי העבירה". ראו עוד ע"פ 4666/12 גורביץ' נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 8.11.2012), שם ביטל בית-המשפט העליון את הקנס והמירו בחיוב בפיצויים לעשרה ניזוקים. ראו את ההסבר לכך בפס' 11 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז: "התלבטנו בכל הנוגע למרכיב הקנס שהושת על המערער. אכן, בעבירות כלכליות נודעת חשיבות לסנקציה כלכלית. עם זאת, במקום שבו יש נפגעים, יש מקום לתת בכורה לפיצויים. על קדימות זו בין רכיב הקנס לרכיב הפיצויים ניתן גם ללמוד מהוראתו של סעיף 77(ג) לחוק העונשין המורה כי 'לענין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס; סכום ששולם או נגבה על חשבון קנס שיש בצדו חובת פיצויים, ייזקף תחילה על חשבון הפיצויים' (ההדגשה הוספה – ד.ב.א.)."

29 הפיצוי נגבה על-ידי המדינה כדרך שגובים קנס, מכוח הסמכויות שבפקודת המסים (גביה). ראו ס' 77(ג) לחוק העונשין, הקובע כי "לענין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס". ראו גם בדברי ההסבר לתיקון מס' 27, לעיל ה"ש 27, בעמ' 120, לגבי גישתו של המחוקק: "במקרים מסויימים, נמנעים אלה שזוכים בפיצויים בנקיטת הליכי גביה, הן בשל סרבולם והן בשל חששותיהם מפני הנידון-החייב. כדי להפוך פיצויים אלה לריאליים מוצע שהגביה תיעשה על-ידי המדינה, דבר שימנע כל קשר בין הקרבן לעברייניו. כמו כן, מוצע שתחילה יפוצה הקרבן ורק לאחר מכן יגבה אוצר המדינה את הקנס."

30 ס' 77(ב) לחוק העונשין כנוסחו כיום.

31 דברי ההסבר לתיקון מס' 27, לעיל ה"ש 27, בעמ' 119. בתיקון זה הסתמך המחוקק על דברי ההסבר לתיקון ס' 63 לחוק העונשין, שהיה זהה במהותו לתיקון זה, דהיינו, קביעת פיצוי או קנס על-פי השווי הגבוה יותר. בדברי ההסבר לתיקון ס' 63 – שם, בעמ' 118 – הסתמך המחוקק על ע"פ 867/79 אפשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 631 (1980), שם נקבע כי במציאות כלכלית של ירידת ערך הכסף הנאשם יוצא נשכר ממעשה עברה שביצע, בעוד מטרת החוק היא "להוציא את בלעו של הנאשם מפיו ואף לגרום לו חוסר כיס ניכר".

נוסף על כך, לגבי עברה של החזקה בתנאי עבדות לפי סעיף 375א לחוק העונשין, וכן לגבי עברה של סחר בבני-אדם לפי סעיף 377א לחוק העונשין, נקבע כי יש לאמץ בררת-מחדל של פיצוי, וכי על בית-משפט הסוטה מכך מוטלת חובת הנמקה.³²

ההיסטוריה החקיקתית שנסקרה לעיל מלמדת על רצונו של המחוקק להתאים את גובה הפיצוי לסבל ולנזק שנגרמו לנפגע העברה, ולאפשר מתן סכום גבוה יותר שייתן מענה מספק לרווחתם של נפגעי העברה. עיון מעמיק בהתפתחותו של הסדר הפיצוי הישראלי מגלה כי הדיונים סביב תקרת הפיצוי עסקו בשאלת רווחתו של נפגע העברה בלבד ובפוטנציאל הגלום בפיצוי ליתן מענה ראוי, הולם ומהיר לסבלו ולנזקיו, מבלי לבטא רצון כלשהו להגביל את סך החיוב שיוטל על הנאשם. גם הסכום המרבי הגבוה הקבוע כיום בחוק מעיד על נקודת-המבט של המחוקק הישראלי, אשר מתרכזת בנפגע העברה, ולא בנאשם. המחוקק הגדיל פעמים רבות את תקרת הסכום שניתן לפסוק כפיצוי לנפגע העברה מתוך הבנה, הולכת ומתפתחת, בדבר הנזקים הכרוכים בביצוע עברות שונות, ומתוך הכרה במידת החשיבות של מתן פיצוי על נזקים אלה דווקא בהליך הפלילי.

מפעולותיו אלה של המחוקק, לצד דברי ההסבר שליוו את התיקונים השונים, ובשים לב לעובדה שבמהלך התיקונים השונים ובמקביל להם התפתחה מדיניות משפטית – שהמחוקק היה מודע לה – שלפיה תקרת הפיצוי מתייחסת לכל נפגע עברה בנפרד,³³ עולה כי כוונתו של המחוקק הייתה להגדיל את סכום הפיצוי לכל נפגע עברה, בלא תלות במספר הנפגעים בכל מקרה ומקרה, כך שהפיצוי יהלום את נזקיו של כל אחד ואחד מנפגעי העברה. על כך יש להוסיף כי יכולתו הכלכלית של הנאשם והשלכת הפיצוי עליו לא היוו שיקול אף לא באחד מהתיקונים הרבים שנעשו בהסדר זה בחוק הישראלי, אשר הגדילו את תקרת הפיצוי פעם אחר פעם.³⁴ מכאן ש"תקרה נחלקת" – אשר מחלקת את סכום הפיצוי המרבי בין כל קורבנותיו של העבריין, יהא מספרם אשר יהא – עומדת בניגוד לכוונתו הברורה של המחוקק הישראלי.

32 ראו ס' 377ג לחוק העונשין, שנחקק בשנת התשס"ז (2006), הקובע: "הורשע אדם בעבירה לפי סעיף 375א או 377א, ולא פסק בית המשפט פיצויים לניזוק לפי סעיף 77, יפרט בית המשפט בגזר הדין את נימוקיו לאי-פסיקת פיצויים כאמור."

33 מדיניות משפטית זו תפורט בחלק הבא של פרק זה.

34 חיזוק נוסף לגישה זו ניתן למצוא בחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102, שם קבע המחוקק כי לעניין קנס על בית-המשפט להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם (ראו ס' 40ח לחוק העונשין), אך לא קבע הוראה דומה בקשר לפיצוי.

ברקע ההתפתחות החקיקתית המתוארת פורסמו מחקרים והתפתח דיון ציבורי בארץ ובעולם – שחלחל גם לפסיקת בתי-המשפט – על-אודות מידת הסבל והנזק שנגרמים לנפגעי העברה כתוצאה מפגיעה פלילית.³⁵ במקביל הלך והשתנה האקלים המשפטי ביחס למעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי, והדבר בא לידי ביטוי במלוא עוצמתו כמתן הכרה חוקתית לזכויותיו של נפגע העברה³⁶ ובחקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. אולם יודגש כי שיח זה, בדבר מעמדו של נפגע העברה, מיקד את עצמו לרוב בעניינם של מי שנפגעו במישרין מעברה פלילית, ולא בכל מי שניזוק מהעברה.

נוסף על כך עוגנו בחקיקה זכויות שנועדו לאפשר מתן ביטוי בהליך הפלילי לנזקים שנגרמו לנפגע העברה, בראש ובראשונה על-מנת שיהיו חלק מהשיקולים בהבניית הענישה.³⁷ זכויות אלה כוללות מתן אפשרות לקבל "תסקיר נפגע"³⁸ וכן את זכאותו של נפגע העברה להגיש "הצהרת נפגע"³⁹ ובה לתאר, בין היתר, את הנזקים שנגרמו לו. גם זכויות אלה מעידות על רצונו של המחוקק, על הבנתו ועל מודעותו שההליך הפלילי צריך לקדם נראות של כלל נזקי העברה, וכי נראות זו אין לה ביטוי אלא בקביעת היקף פיצוי שיהלום אותה.

כל אלה תומכים בדעה כי יש לשאוף, ככל האפשר, למתן פיצוי אשר הולם את נזקיו של נפגע העברה. לכן, וכפי שאטען בהמשך, יש לבטל את תקרת הפיצוי הקבועה בחוק ולהותיר לבית-המשפט שיקול-דעת בפסיקת הפיצויים וגובהם בהתאם לנזק שהוכח (אם הוכח) בהליך הפלילי. ככל שהתקרה הקבועה בחוק נותרת על כנה, אטען כי יש לפרש את הוראת סעיף 77 ככזו המאפשרת "תקרה נפרדת", דהיינו, מתן פיצוי לכל נפגע עד לגובה התקרה הקבועה בחוק. כפי שהראיתי, זו גם הייתה כוונתו הברורה של המחוקק, אשר ביקש לאפשר מתן פיצוי תואם וקרוב ככל האפשר לנזק שנגרם לנפגע העברה, וכפי שאראה בפרק הבא, זו גם הפרשנות התכליתית היחידה האפשרית להוראת סעיף 77. עם זאת, במצב דברים זה, על-מנת לאפשר פסיקת פיצויים הוגנת שתואמת את הערכת

35 לדוגמה מקומית ראו להלן ה"ש 113.

36 בארץ ובעולם. בארץ נהוג לייחס את ההתייחסות החוקתית הראשונה לנפגעי עברה לדבריו של הנשיא שמגר בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 622–623 (1996). זאת, אף שניתן למצוא התייחסות דומה שלו לנפגעי עברה גם בפסקי-דין מוקדמים יותר.

37 ס' 40ט(4) לחוק העונשין.

38 שניתן מאת שירות המבחן לפי ס' 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, בעברות מין או אלימות, או לפי ס' 187(ב1) לחוק לעניין בני משפחתו של מי שהעברה גרמה למותו.

39 ס' 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה.

הנזק, מחד גיסא, ובהבעת להימנע מסרבולו של ההליך הפלילי יתר על המידה, מאידך גיסא, אני סבור כי אין להרחיב את הסדר הפיצוי לכל מי שטוען כי נגרם לו נזק בעקבות העברה, אלא להחילו רק על מי שנזקיו נגרמו כתוצאה ישירה ממנה או בזיקה ברורה לעברה.

2. פיצויו של נפגע העברה בראי פסיקתם של בתי-המשפט

עיון במאות גזרי-הדין שניתנו בישראל במהלך השנים מלמד על מגמה ברורה של הרחבת השימוש בסעיף 77, הגדלת סכומי הפיצויים הנפסקים מכוחו לנפגעי העברה, והכרה הולכת וגוברת בזכותו של נפגע העברה לקבל פיצוי הולם בגין הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהעברה הפלילית. מגמה זו משתלבת עם התפיסה המבקשת לחזק את מעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי.

בעבר, חרף הסמכות הקבועה בחוק, נמנעו בתי-המשפט מלפסוק פיצויים לנפגעי העברה.⁴⁰ ברוב המקרים, גם מקום שבת-המשפט עשו שימוש בסמכותם זו, הם הסתפקו בפסיקת פיצויים סמליים, בסכומים נמוכים מאוד, שאינם מתקרבים כלל לתקרת הפיצוי הקבועה בחוק.⁴¹

אולם בעשורים האחרונים ניכרת מגמה של שינוי מצד בתי-המשפט ביחס לנפגעי העברה בכלל וביחס להיקף השימוש בפסיקת פיצויים ולגובה הסכום הנפסק בפרט. בשלל של סוגיות שהובאו לפתחו הדגיש בית-המשפט העליון את הצורך לפרש את הוראת סעיף 77 לחוק באופן שייטיב עם נפגעי העברה, תוך שהוא עומד על תכליתו העיקרית – מתן סיוע לנפגעי העברה. כחלק ממגמה זו שבו בתי-המשפט וקראו להרחבת השימוש בסמכות הפיצוי לטובת נפגעי העברה. כך, למשל, קרא השופט חשין, תוך שהוא עומד על תכליותיו של החוק, להרבות בפסיקת פיצויים לנפגעי העברה ואף בפסיקת הסכום המרבי הקבוע בחוק:

”הוראת סעיף 77 לחוק העונשין ראוי שנעודד את השימוש בה ככל הניתן. עבירות האלימות בארץ תוכפות עלינו ומתרבות הן והולכות. כמותן הן עבירות לרכוש. בכל מעשה אלימות יש קורבן; בכל עבירת רכוש יש נפגע... ראוי להם לבתי-המשפט כי יעשו שימוש בסמכותם לפסוק פיצויים לנפגעים ולקורבנות העבירות, שימוש תדיר משהיה עד כה. מדוע, למשל, לא יחויב אָנס בידי בית-משפט

40 יהודית קרפ “המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאחר חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו” הפרקליט מב 64 (1995); דנה פוגץ’ “מהפכת הקורבנות” – היום שאחרי: לקראת מודל המכיר בשיקולי ענישה פרטיים?” קריית המשפט ד 229, 252–253 (2004).

41 פוגץ’, לעיל ה”ש 40, בעמ’ 258. ראו גם את הפסיקה הנסקרת שם, בעמ’ 252–258.

שהרשיעו בדין לשלם לנאנסת פיצויי-סבל ופיצויי-נזק נכבדים, ואף בסכום המרבי הקבוע בחוק? אכן, ראויים הם הקורבנות והנפגעים כי בית-המשפט יהיה להם לעזר, שהרי בית-משפט אֵם ואב ואפוטרופוס היה להם. וברוח זו של עידוד נאמר אנו, שראוי אף לנו כי נפרש את הוראת סעיף 77 לחוק העונשין בליברליות. ראויים הם הנפגעים וקורבנות העבירות כי נעשה כן.⁴²

מדובר בגישה מושכלת ומודעת אשר נתנה את דעתה לצורך בקידום מעמדו של נפגע העברה בכלל ולצורך בהגדלת סכום הפיצוי שיש לפסוק לטובתו בהליך הפלילי בפרט.⁴³

גישתם של בתי-המשפט כיום היא שראוי לעשות שימוש נרחב ככל האפשר בסמכות הקבועה בסעיף 77 לחוק, והפיצויים נהפכו לנפוצים בכל סוגי העבירות, לרבות עבירות המתה, עבירות נגד הגוף, עבירות מין ועבירות רכוש.

בהמשך למגמת השינוי המתוארת, בשנים האחרונות עמדו בתי-המשפט, ובכלל זה בית-המשפט העליון, על הצורך בפסיקת פיצויים מרביים לכל אחד מנפגעי העברה, ופסקו פעם אחר פעם ברוח גישה זו. כך, למשל, בעניין רוזינקין חבני חויב הנאשם, שהורשע בעבירת רצח, לשלם את הפיצוי המרבי לכל אחד מנפגעי העברה: אמה של המנוחה ושני בניה.⁴⁴ באופן דומה, בעניין נזרי נפסק כי הנאשם, שהורשע ברצח אשתו, ישלם את סכום הפיצוי המרבי לכל אחת משלוש בנותיהם,⁴⁵ ובאותו אופן נפסק בפסקי-דין רבים נוספים.⁴⁶

בעניין סונגו⁴⁷ נדרש לראשונה בית-המשפט המחוזי לפרשנותו של סעיף 77 בכל הנוגע בתקרת הפיצוי הקבועה בסעיף, ולשאלה אם יש לפרשו בדרך של "תקרה

42 השופט חשין בעניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476. כן ראו את דבריה של השופטת נאור שם, בעמ' 451–452.

43 אם כי הפיצוי אינו ממצה בהכרח את מלוא הסעדים האזרחיים שהנפגע עשוי לזכות בהם במסגרת הליך אזרחי. ראו גם ע"א 11141/08 יונה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.7.2011), שם נפסק נגד הנאשם פיצוי בסך ארבעה מיליון שקלים לפיצוי הנפגעים הרבים.

44 ע"פ 1508/14 רוזינקין חבני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2015).

45 ע"פ 2092/05 נזרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2009).

46 ראו, לדוגמה, ע"פ 4179/07 נדב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.4.2009); ע"פ 9623/07 ברקאי מ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2010); ע"פ 8800/07 בראשי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.4.2010). עם זאת, בתי-המשפט פסקו כן מבלי שקיים דיון מעמיק ומבלי שנטענו טענות הצדדים בנושא. זאת, ככל הנראה, מכיוון ששום צד לא חלק על סמכותו של בית-המשפט לעשות כן.

47 עניין סונגו, לעיל ה"ש 19.

נפרדת" או שמא "תקרה נחלקת". לאחר שקיים דיון מעמיק בנושא ועמד על תכליותיו של הסדר הפיצוי בהליך הפלילי, על מגבלותיו של ההליך הפלילי ועל האינטרסים של נפגע העברה, מחד גיסא, ושל הנאשם, מאידך גיסא, קבע בית-המשפט כי פרשנות תכליתית של הוראת סעיף 77 מובילה למסקנה כי יש לאמץ את הפרשנות של "תקרה נפרדת", ועל-כן בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים לכל אחד מנפגעי העברה עד לסכום המרבי הקבוע בחוק.⁴⁸

מקץ כחצי שנה, בעניין טווק,⁴⁹ נדרש לראשונה גם בית-המשפט העליון לנושא.⁵⁰ במקרה זה הורשע הנאשם בהריגת בת-זוגו, ובבית-המשפט המחוזי נגזר עליו, נוסף על עונש המאסר, פיצוי בסך 170,000 ש"ח לכל אחת משלוש בנותיה של המנוחה מנישואיה, ובסך-הכל 510,000 ש"ח. בערעור נדרש בית-המשפט העליון לשאלה "האם במקרה בו יש נפגעי עבירה אחדים, תקרת הפיצוי שקובע סעיף 77 לחוק העונשין חלה על הפיצוי הניתן לכל אחד מהם, או שמא חלה היא על התשלום הכולל לכולם".⁵¹ דעת הרוב, של השופטים ברק-ארז ושהם, קיבלה את הערעור, וקבעה כי תקרת הפיצוי בסך של 258,000 ש"ח תחולק בין שלוש בנותיה של המנוחה, כך שלכל אחת מהן יינתן פיצוי בסך 86,000 ש"ח. דעת המיעוט, של השופט רובינשטיין, ביקשה לדחות את הערעור ולהותיר את סכום הפיצוי שנפסק לכל אחת מבנותיה של המנוחה על כנו. אולם כל אחד מהשופטים הביע דעה שונה באשר לתחולתה של תקרת הפיצוי הקבועה בסעיף 77 לחוק.

השופטת ברק-ארז קבעה כי חרף לשונו הברורה של סעיף 77 לחוק במתן פיצוי "לאדם שניזוק", יש להבחין, לשיטתה, בין "מספר ניזוקים לבין מספר קרובים של ניזוק אחד" בכל הנוגע בתקרת הפיצוי.⁵² לדעתה, ככל שמדובר בנפגע העברה הישיר של העברה, יש לאמץ את הפרשנות של "תקרה נפרדת", ויהיה אפשר לפסוק פיצוי עד לגובה התקרה לכל אחד מנפגעי העברה בנפרד. ברק-ארז מדגישה את מגבלותיו של ההליך הפלילי בהוכחת הנזק ואת העובדה שמדובר בהליך שבו

48 על פסק-דין זה הוגש ערעור (ע"פ 1193/16 סונגו נ' מדינת ישראל), ונכון למועד כתיבתו של שורות אלה טרם ניתנה הכרעה בערעור.

49 עניין טווק, לעיל ה"ש 20.

50 יצוין כי פסק-הדין בעניין טווק (שם), כמו-גם פסק-הדין בעניין ח'ליפה (להלן ה"ש 63) ניתנו לאחר כתיבת המאמר, ובשל נפוצותה של הסוגיה ניתן להניח כי עד לפרסומו של המאמר יינתנו פסקי-דין נוספים בנושא. משכך, אין בהכרח במאמר זה כדי ליתן מענה לכל דיון או טיעון שיובא בפסקי-דין אלה.

51 כניסוחו של השופט רובינשטיין שם, בפס' ט לפסק-דינו.

52 שם, פס' 26 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

"לא מתקיים בירור ממשי של היקף הנזק של קורבן העבירה",⁵³ ועומדת על כך ש"החלת ההסדר הקבוע בסעיף 77 לחוק העונשין באופן שפותח את הדלת לפסיקת פיצויים בהיקף ששוחק במידה ניכרת את התקרה הסטטוטורית, ללא בירור של היקף הנזק שנגרם, חותרת תחת התפיסה המקובלת במשפטנו לפסיקת פיצויים".⁵⁴ שיקולים אלה מובילים אותה לקביעה כי יש לצמצם את המנגנון של "תקרה נפרדת" אך ורק לנפגע העברה הישיר, ולא להרחיבו לניזוקים נוספים.⁵⁵ השופט שהם עומד אף הוא על הצורך בצמצום תחולתו של סעיף 77, ונדמה שלשיתנו יש לאמץ את המנגנון של "תקרה נחלקת" אף בקשר לנפגעי העברה הישירים: "יש להגביל את סכום הפיצויים בגין ביצוע עבירה אחת, לכדי סכום מירבי של 258,000 ₪, ויהיה מספר נפגעי העבירה ככל שיהיה".⁵⁶ בהתאם לגישה מצמצמת זו, השופט שהם סבור כי אין לפסוק פיצוי לפי הוראת סעיף 77 לחוק אלא לנפגעי העברה הישירים: "כאשר מדובר בעבירות פליליות, שאינן בגדר עבירות המתה, פסיקת הפיצויים תעשה לנפגע הישיר בלבד, ולא לאחרים הרואים עצמם כנפגעי עבירה... קשה להעלות על הדעת כי יפסקו פיצויים, במסלול מיוחד זה [של הוראת סעיף 77 לחוק], לנפגעי עבירה הסובבים ומשיקים לניזוק הישיר".⁵⁷ על בסיס תפיסה זו, שלפיה רק נפגע העברה הישיר זכאי לפיצוי בהליך הפלילי ואת סכום הפיצוי יש לחלק בהתאם למנגנון של "תקרה נחלקת", קובע שהם כי גם כאשר לעבירות המתה רק נפגע העברה הישיר – שהוא מי שמצא את מותו כתוצאה מהעברה – זכאי לפיצוי עד לגובה התקרה, ועל-כן יש לפסוק את סכום הפיצויים לעזבונו.⁵⁸

53 שם, פס' 12 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

54 שם, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז.

55 יודגש כי בפסק-דינה מתייחסת ברק-ארז במפורש רק לניזוקים עקיפים שהם "קרוביו של מי שניזוק באופן ישיר מן העבירה" (שם, פס' 2 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז), וגם נימוקיה (אופיו האזרחי של הפיצוי; הדרישה להוכחה של הנזק והיקף הנזק במשפט האזרחי כ"דרך המלך"; קיומה של זיקה בין סכומי הפיצויים הנפסקים ליורשים או לתלויים במשפט האזרחי) ממקדים את מבטם בסיטואציה זו. על-כן לא ברור אם זו עמדתה גם כאשר לניזוקים עקיפים אחרים שאינם קרוביו של נפגע העברה.

56 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט שהם.

57 שם. למעשה, שהם מרחיב את השאלה שבמוקד הדיון לא רק כאשר לפרשנות של תקרת הפיצוי, אלא גם לשאלה "האם יש לראות 'אדם שניזוק על ידי העבירה', ככל נפגע עבירה, שהינו בעל עילה לתביעת פיצויים, או שמא יש לצמצם ביטוי זה לנפגע הישיר בלבד, כתוצאה מהעברה". שם, פס' 7 לפסק-דינו של השופט שהם.

58 ובמקרה זה יועבר סכום הפיצוי לבנותיה של המנוחה בשל היותן יורשותיה החוקיות של המנוחה או התלויות בה.

השופט רובינשטיין סבר כי המנגנון של פיצוי בדרך של "תקרה נפרדת" צריך לחול לא רק על נפגע העברה הישיר, אלא גם על כל מי שניזוק מהעברה באופן עקיף, ובכלל זה קרוביו של קורבן עברה המתה. רובינשטיין הדגיש כי תכליתו של הסדר הפיצויים היא "מתן צדק מהיר ויעיל ככל הניתן לכל אחד מנפגעי העברה",⁵⁹ וקבע כי "הן לשון החוק... והן תכליתו מכוונים לתקרת הפיצוי לכל אחד מנפגעי העברה – איש איש ואשה ואשה וכאבם; איש איש ואשה ואשה ואבדנם; איש איש ואשה ואשה והפיצוי המגיע לכל אחד מהם".⁶⁰

יוצא אפוא שהשופט שהם מציג עמדה אשר מבקשת לצמצם את תחולתו של סעיף 77 לחוק באופן שיחול אך ורק על נפגעי עברה ישירים ובהתאם למנגנון של "תקרה נחלקת", כך שסכום הפיצוי הכולל שבו יחויב הנאשם לא יעלה בשום מקרה על התקרה הקבועה בחוק.⁶¹ השופט רובינשטיין, לעומתו, מאמץ פרשנות רחבה להוראת סעיף 77 לחוק. לשיטתו, סעיף זה חל על כל מי שניזוק מן העברה, בין באופן ישיר ובין באופן עקיף. בהתאם לגישה זו, רובינשטיין סבור כי מקום שמדובר בכמה נפגעי עברה (ישירים או עקיפים) יש לפסוק פיצוי בדרך של "תקרה נפרדת", כך שיתכן שסכום הפיצוי הכולל שבו יחויב הנאשם יעלה על התקרה הקבועה בחוק. השופטת ברק-ארז מציגה עמדת-ביניים, שלפיה סעיף 77 אומנם מאפשר פסיקת פיצויים רק לנפגעי עברה ישירים, אולם לגביהם תחול "תקרה נפרדת", כך שסכום הפיצוי הכולל עשוי לעלות על התקרה הקבועה בחוק.⁶²

כדי להמחיש את העמדות השונות, ניטול מקרה לדוגמה שבו כתוצאה מעברה אלימות קשה של השלכת רימון לעבר מועדון מצא את מותו מבלה אחד, אשר השאיר אחריו אישה וילד אחד, ומבלה נוסף נותר משותק לצמיתות באופן שמאלץ את בני משפחתו – אשתו ושני ילדיו – לטפל בו ולדאוג לצרכיו. לצורך

59 עניין טווק, לעיל ה"ש 20, פס' יז לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

60 שם, פס' יט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

61 כך ניתן להבין מדבריו שם, בפס' 9 לפסק-דינו, שלפיהם "יש להגביל את סכום הפיצויים בגין ביצוע עבירה אחת, לכדי סכום מירבי של 258,000 ₪, ויהיה מספר נפגעי העברה ככל שיהיה". עם זאת, כזכור, במקרה הנדון לא דובר באירוע של כמה נפגעים ישירים, ולכן ייתכן שדבריו מכוונים לנפגעי עברה עקיפים. אולם מסקנה זו אינה עולה בקנה אחד עם קביעתו של השופט שהם כי בעברות שאינן בגדר עברות המתה "פסיקת הפיצויים תעשה לנפגע הישיר בלבד, ולא לאחרים הרואים עצמם כנפגעי עברה... קשה להעלות על הדעת כי יפסקו פיצויים, במסלול מיוחד זה, לנפגעי עבירה הסובבים ומשיקים לניזוק הישיר". שם.

62 כאמור לעיל, דבריה מתייחסים רק ל"סוג" אחד של ניזוקים עקיפים, שהינם קרוביו של הנפגע הישיר, בין שהלה מצא את מותו ובין שהוא "נותר חי אך פגוע מאוד" (שם, פס' 34 לפסק-דינה), ולא לסוגים נוספים של ניזוקים, דוגמת עד-ראייה לביצוע העברה.

הדוגמה נניח כי נוסף על הנזקים הרבים שנגרמו לנפגעי העברה הישירים נגרמו גם לכל אחד מבני משפחת הפצוע נזקים ישירים ועקיפים (נפשיים וכלכליים, דוגמת אובדן ימי עבודה והוצאות על טיפולים פסיכולוגיים ורפואיים).

בהתאם לגישתו של שהם, רק שני נפגעי העברה הישירים יהיו זכאים לפיצוי, וזאת עד לתקרה הקבועה בחוק שתחולק בין שניהם, כך שעזבונו של המנוח יזכה בפיצוי של עד 129,000 ש"ח והקורבן הפצוע יזכה אף הוא ב-129,000 ש"ח (בהנחה שהפיצוי יחולק ביניהם שווה בשווה). אף לא אחד מבני משפחתו של הקורבן הפצוע או של המנוח יהיו זכאים לפיצוי (בני משפחתו של המנוח יזכו בפיצויים שניתנו לעזובו, אם הם זכאים לכך). במקרה זה סכום הפיצוי הכולל שבו יחויב הנאשם יעמוד לכל-היותר על 258,000 ש"ח.

בהתאם לגישתו של ברק-ארז, כל אחד מנפגעי העברה הישירים יהיה זכאי לפיצוי שיגיע עד לתקרה, כך שכל אחד מהם עשוי לקבל פיצוי בסך 258,000 ש"ח. גם לפי גישה זו, בני משפחותיהם של כל אחד מנפגעי העברה לא יהיו זכאים לפיצוי נוסף וישיר בהליך הפלילי. במקרה זה הפיצוי הכולל שבו יחויב הנאשם יכול להגיע לסכום של 516,000 ש"ח.

בהתאם לגישתו של השופט רובינשטיין, יהיה אפשר לפסוק פיצוי מרבי של 258,000 ש"ח לכל אחד מהנפגעים בנפרד, ובכלל זה למנוח (כלומר, לעזבונו), לפצוע וכן לבנות-הזוג ולילדיהם של המנוח ושל הפצוע, כך שסכום הפיצוי הכולל שבו יחויב הנאשם עשוי להגיע ל-1,806,000 ש"ח.

בעניין ח'ליפה נדרש בית-המשפט העליון לעניין שנית.⁶³ באותו מקרה דובר באירוע רציחתה של שלי דדון. לאחר שהרשיע את הנאשם ברצח, גזר בית-המשפט המחוזי על הנאשם תשלום פיצוי לכל אחד מהוריה של המנוחה בנפרד בגובה הסכום המרבי הקבוע בחוק, כך שהנאשם נדרש לפצותם בסכום כולל של 516,000 ש"ח. השופט שהם, שאליו הצטרפו השופטים דנציגר וברון, קיבל את ערעורו של הנאשם לעניין הפיצוי, ושב וקבע – תוך שהוא מפנה לדעת הרוב בעניין טווק – כי יש להגביל את סכום הפיצוי שניתן להשית על הנאשם כך שלא יעלה על התקרה הקבועה בחוק, דהיינו, 258,000 ש"ח. כתוצאה מכך נקבע כי כל אחד מהוריה של המנוחה יפוצה בסכום של 129,000 ש"ח בלבד.⁶⁴ יצוין כי בפסק-דין זה לא נדרש בית-המשפט העליון לשאלת תחולתה של התקרה במצבים שבהם יש כמה נפגעי עברה ישירים, ועל-כן נמנע מלדון בכך.

63 ע"פ 7090/15 ח'ליפה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.8.2016).

64 שם, פס' 71–74 לפסק-דינו של השופט שהם.

לסיכום, לצד פסיקה ענפה אשר שבה ופסקה פיצויים הן לנפגעי עברה ישירים הן לנפגעי עברה עקיפים בהתאם למנגנון של "תקרה נפרדת", כאשר נדרש בית המשפט העליון לסוגיה, הביעו כמה משופטי את דעתם כי יש לצמצם את תחולתו של הסדר הפיצוי הפלילי.⁶⁵ עם זאת, גם שופטים אלה נחלקו ביניהם, כך ששאלת תחולתו של הסדר הפיצויים הקבוע בסעיף 77 וסוגיית תקרת הפיצוי – אם לנפגעי עברה ישירים ואם לנפגעי עברה עקיפים – נותרו עדיין ללא מענה ברור.

ג. הפרשנות המוצעת להסדר הפיצוי בהליך הפלילי

1. תכליותיו של הפיצוי בהליך הפלילי

ביסודו של הסדר הפיצוי בהליך הפלילי עומדות כמה תכליות: ראשית, הכרה במעמדו של נפגע העברה – פיצוי לטובתו של נפגע העברה נותן ביטוי להכרה בנזקיו ובסבלו ולחיזוק מעמדו בהליך הפלילי, כחלק מהמגמה לאפשר לנפגע העברה להיתרם מההליך הפלילי. עמדה על כך השופטת נאור:

"לפי התפיסה הרווחת היום אין לראות עוד בעניינו של הנפגע כעניין שהשתרע לתוך ההליך הפלילי מטעמי נוחות ויעילות רק כדי להקל על הקורבן להיפרע מהפוגע ולמנוע כפל הליכים. ההליך הפלילי המגן על זכויות הפרט-הנאשם מגן גם על זכויותיו של הפרט-הנפגע."⁶⁶

השופט חשין הדגיש כי במרכז של הוראת הפיצוי עומד נפגע העברה: "הנפגע – לא הפוגע – הוא העומד במרכז הזירה, הזרקורים מופנים אל הנפגע, בו ידובר

65 יודגש כי פסקי-דין אלה מתייחסים במפורש רק לסיטואציה של ניזוקים עקיפים שהם "קרוביו של מי שניזוק באופן ישיר מן העבירה", ונדמה כי טרם מוצה הדיון בקשר לניזוקים אחרים. על פסק-דינו של בית-המשפט העליון בעניין טווק נקבע דיון נוסף לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים בבית-המשפט העליון (דנ"פ 5625/16 פלונית נ' טווק בוקובזה).

66 עניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 439. כן ראו את דבריה של השופטת פרוקצ'יה בת"פ (מחוזי י"ם) 3034/91 מדינת ישראל נ' פז-גז חברה לשיווק בע"מ, פ"מ התשנ"ו (4) 29 (1996): "אין סמכות זו שוללת או מיתרת את התביעה האזרחית העשויה לעמוד לניזוק, אלא עניינה לשלב את קורבן העבירה כגורם בהליך הפלילי מתוך ראייה כי הטבת נזקו – ולו באופן חלקי – היא חוליה חשובה ולעיתים הכרחית בתהליך הענישה הראויה והדגשת נורמות ההתנהגות הראויות. אמצעי זה בא להדגיש כי ההליך הפלילי אינו הליך המוגבל רק ליחסים שבין הנאשם לבין הציבור, אלא יש לו השלכה ישירה גם לגורלו של קורבן העבירה ונזקו של הפרט ניצב גם הוא כשיקול במסגרתו."

ואותו נבקש.⁶⁷ גם השופט ג'ובראן, בהתייחסו להוראת הפיצוי, עמד על "העלייה שחלה במעמדם של נפגעי עבירה [ועל ה]הכרה בזכותם לקבלת פיצוי על הנזקים השונים – הרכושיים, הגופניים והנפשיים – שנגרמו להם".⁶⁸

שנית, שיפוי בגין הנזק והסבל שנגרמו לנפגע העברה – פיצויו של נפגע העברה מאפשר תיקון וצמצום של הסבל והנזק שנגרמו לו בשל העברה. כך יוטב מצבו, ורווחתו הכלכלית והנפשית תשתפר. מתן פיצוי לנפגע העברה יקטין את אובדן הכנסותיו, יכסה לפחות חלק מההוצאות הצפויות לו על טיפול גופני ונפשי, וישפה אותו בגין הסבל שנגרם לו ובגין הנאת החיים שנשללה ממנו.

שלישית, צדק מהיר, נוח וזול לנפגע העברה – פיצויו של נפגע העברה אגב ניהול ההליך הפלילי נגד הפוגע מהווה סעד יעיל לנפגע העברה, שכן הוא ניתן במסגרת הליך שמנוהל על-ידי המדינה ותוך שימוש במשאביה, ובטווח זמנים קצר שחוסך ממנו את הצורך להמתין לסיומם של הליכים אזרחיים בעניינו.⁶⁹ בכך נחסכות לנפגעים עלויות רבות, לרבות שכר-הטרחה של עורך-הדין במשפט האזרחי, אשר לעיתים אינן בהישג-ידם ומונעות מהם את האפשרות להיפרע ממי שפגע בהם.⁷⁰

רביעית, סיוע לנפגע העברה בשיקומו – מחקרים מצביעים על חשיבותו של הפיצוי המשולם על-ידי הפוגע כחלק מתהליך שיקומו של נפגע העברה.⁷¹ נוסף על כך, פיצוי מהיר מסייע לנפגעי העברה ומקל עליהם את מסלול שיקומם.⁷² פיצוי בהליך הפלילי יוצר מנגנון העברת כספים מידי הפוגע לידי הנפגע בתיווך המדינה, כך שנחסך מנפגע העברה אותו חשש הכרוך בהגשת תביעה אזרחית נגד העברייני, ונחסכת המועקה הנפשית הכרוכה בעמידה חוזרת מול העברייני ועימות מחודש עימו. עמד על כך השופט רובינשטיין באומרו כי "מטרתו המרכזית של

67 עניין אסף, לעיל ה"ש 19, פס' 11 לפסק-דינו של השופט חשין.

68 ע"פ 7033/04 יאיר נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 11.9.2006).

69 "במוקד הסעיף עומד איפוא הניזוק, ותכליתו הרצון לשפוטו במהירות וביעילות" – עניין טווק, לעיל ה"ש 20, פס' יב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

70 אלירם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 208, עומדת על הצדקה נוספת: "פיצוי שכזה יקטין את הסיכון לעשיית דין עצמית מצד הקרבן המתוסכל ובכך יימנעו הפרות חוק נוספות."

71 David Miers, *Offender and State Compensation for Victims of Crime: Two Decades of Development and Change*, 20 INT'L REV. VICTIMOLOGY 145, 148 (2014). הדבר מתקשר לצורך של נפגעי עברה שהפוגע יכיר בפגיעה שפגע בהם ויטול עליה אחריות.

72 עניין גליקסמן, לעיל ה"ש 19, פס' 15 לפסק-דינה של השופטת ביניש; עניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476.

הפיצוי לפי סעיף 77 לחוק היא לסייע לניזוקים ממעשה העבירה, ולאפשר להם לקבל פיצויים ולוא ראשוניים מבלי להידרש לפרוצדורה האזרחית הרגילה... הפיצוי לפי סעיף 77 מונע מנפגעי העבירה מאבק חזיתי – שלא באמצעות המדינה – מפחיד, מתיש רגשית ויקר.⁷³ השופטת ברק-ארוז הדגישה כי "קשה להפריז בחשיבות הנודעת לפסיקת פיצויים לנפגעי עבירה. יתר על כן, ראוי לעשות שימוש בסמכות לפסוק פיצויים בהליך הפלילי, אשר מקלה על נפגעי העבירה ובמקרים רבים חוסכת מהם את הצורך לנהל הליך אזרחי, שעלול להיות יקר וארוך".⁷⁴ חמישית, הקלת העומס הרובץ על בתי-המשפט ומניעת הליכים אזרחיים נוספים – פיצוי בהליך הפלילי, אם הוא גבוה דיו ויכול למצות את מלוא את נזקיו של הנפגע או לפחות חלק נכבד מהם, עשוי לחסוך התדיינויות אזרחיות ולמנוע את הצורך בתביעה אזרחית חדשה וממושכת,⁷⁵ אשר תוסיף על העומס הרובץ ממילא על בתי-המשפט. כפי שניווכח בהמשך, תכליות אלה עומדות גם ביסודם של הסדרי הפיצוי בהליכים הפליליים של שיטות המשפט השונות.

2. פרשנות תכליתית של סעיף 77 לחוק העונשין – "תקרה נפרדת" לכל נפגע עברה מערכת המשפט הפלילית צריכה לנהוג בהגינות ומתוך התחשבות בצרכיו של נפגע העברה לא פחות מכפי שהיא צריכה לנהוג כך כלפי הנאשם. "Crime is no less 'about' victims than it is 'about' offenders".⁷⁶ עיון בתכליותיו של הסדר הפיצוי הפלילי מוביל למסקנה כי יש לאמץ את הפרשנות שלפיה התקרה שבסעיף 77 היא "תקרה נפרדת", ולא "תקרה נחלקת". ייתכן שגם מבחינה לשונית תקרת הסכום הקבועה בסעיף 77 לחוק מיוחסת לכל מי שניזוק מהעברה בנפרד: "לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה

73 עניין טווק, לעיל ה"ש 20, פס' יב ריט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

74 שם, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

75 אם כי לפי ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, קיימת לבית-המשפט המרשיע סמכות אזרחית נגדרת לפלילית, כך שאם נפגע העברה יגיש תביעה אזרחית בגין אותו מעשה שהביא לידי הרשעת הנאשם, יהיה אפשר לקיים את הדיון בתביעה האזרחית לפני אותו שופט שדן בתיק הפלילי, אשר מכיר את פרטיו.

76 ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 341 (6th ed. 2015). "Criminal justice systems rely heavily on victims for information about crimes and about offenders, and for evidence in court. It is only fair that, in return, the system should ensure that they receive the proper help and support." שם.

על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו".⁷⁷ כך או כך, אטען כי פרשנות תכליתית מובילה למסקנה שהתקרה של הסדר הפיצוי אינה תקרה גלובלית, אלא מתייחסת לכל אחד מנפגעי העברה בנפרד.

אני סבור כי על-מנת שהסדר הפיצוי יגשים את תכליותיו, אין זה ראוי לפרש את הסעיף כמגביל את תקרת הפיצוי ל"תקרה נחלקת". תחת זאת יש לפרשו כמאפשר "תקרה נפרדת", דהיינו, כמאפשר פסיקת פיצוי בגובה התקרה לכל נפגע בנפרד. רק באמצעות מתן פיצוי הולם וראוי לכל נפגע עברה יוכל הסדר הפיצוי למלא את יעדיו באופן מיטבי.

מענה ראוי לנזק ולסבל שנגרמו לנפגעי העברה יושג רק אם תקרת הפיצוי תתייחס לכל אחד מהם בנפרד. כאשר מדובר בריבוי נפגעים מעברה שביצע העבריין, חלוקת סכום הפיצוי המרבי בין הנפגעים הופכת את גובה הפיצוי שיקבל כל נפגע לאקראי, באשר הוא תלוי במספר הנפגעים. נוסף על כך, קביעת תקרה המחלקת את סכומי הפיצוי בין הנפגעים השונים של העברה עלולה למנוע פיצוי ראוי לכל אחד מהנפגעים. כך, למשל, מקום שבעקבות מעשה רצח נגרמו נזקים כלכליים ונפשיים קשים לאלמנת המנוח ולשלושת ילדיהם, מתן פיצוי נמוך שמוגבל עד לרבע מהתקרה הקבועה בחוק (מכיוון שבמקרה זה מדובר בארבעה נפגעים שניזוקו מהעברה) לא ייטיב באופן מספק את מצבו של מי מהם, ויגרום לפגיעה בזכויותיו של כל אחד מהם לשיפוי הולם של נזקו. הגבלת הפיצוי במצב של "תקרה נחלקת", יהיו מספר הנפגעים אשר יהיו, מייצרת סעד לא-יעיל ולא-צודק. "תקרה נחלקת" תוביל לחלוקת הפיצוי בין הנפגעים, ותגרום ככלל למתן פיצוי נמוך שיכרסם במעמדו של נפגע העברה, וזאת בניגוד לתפיסות המקובלות כיום, הקוראות להעצמת נפגע העברה בהליך הפלילי. הגבלת גובה הפיצוי בהתחשב במספר הנפגעים אינה צודקת. נפגע עברה ייפגע פעם נוספת רק בשל העובדה שיחד עימו נפגעו אנשים נוספים, וככל שאלה רבים, החשש לפגיעה נוספת כזו גדול יותר, בעוד הפוגע נשאר מוגן בחסות תקרת הפיצוי. במצב של "תקרה נחלקת", כאשר יש כמה נפגעים, יש חשש שבשל הצורך לחלק את הפיצוי, ייגזר גובהו מגובה התקרה, ולא משיקולים מהותיים, כגון מידת הפגיעה, שיקולי צדק, שיקום וכדומה.

יש לציין כי גם בהליך האזרחי אין כדי ליתן מענה ראוי לנזקיו של נפגע העברה. ראשית, ידוע כי רובם המכריע של נפגעי העברה אינם מסוגלים לשוב

77 ההדגשה הוספה. אולם ניתן גם לקבל את הטענה כי לשון החוק הינה רב-משמעית ואינה ברורה דייה, ועל-כן יש להידרש לפרשנות התכליתית של הוראה זו.

ולתמודד עם הפגיעה שחוו, ועוד יותר מכך עם מי שפגע בהם, ועל-כן אין הם ממצים את זכותם להגיש תביעה אזרחית על נזקיהם. לאחרים אין היכולת הכלכלית הדרושה לכך או את הפניות שהליך כזה מצריך. אלה גם אלה יוותרו ללא כל סעד ופיצוי על הנזקים שנגרמו להם. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין:

"אך לעתים נדירות נמצא קורבן או נפגע מגישים תביעה נגד העברייני לפיצוי או לשיפוי על נזקי הגוף שנשאו בהם, על הכאב והסבל שעברו עליהם, על נזקי הרכוש. וכי שמענו אי-פעם על אישה שהגישה תביעת פיצויים נגד מי שֶׁאַנְסָה והורשע בדינו? ושמעון שהועמד לדין והורשע על-כי נעץ סכין בגופו של בנימין וחתך בבשרו עמוק עמוק. מי הוא ששמע על תביעת פיצויים שהגיש בנימין נגד שמעון?"⁷⁸

שנית, גם אלה שיאזרו עוז וכסף על-מנת לתבוע פיצוי ממי שפגע בהם יאלצו לבזבז "זמן חיים" נוסף כדי לקיים הליך ממושך וכואב, שבמסגרתו יצטרכו לשוב ולהתעמת עם העברייני, בטרם יזכו בפיצוי המגיע להם ממנו, וזאת במקום להתרכז במהלך חייהם ובהליך שיקומם.⁷⁹ נוסף על כך, ידועים מקרים שבהם במסגרת ההליך האזרחי הופעלו על נפגע העברה לחצים רבים לסיום התיק בפשרה, לעיתים תוך שהוא נדרש לוותר על זכויותיו, כגון הסרת התנגדותו לשחרור מוקדם של העברייני שפגע בו, הסרת התנגדותו לחנינה ומתן הסכמתו להוצאת הנאשם לחופשות מהכלא.⁸⁰ שלישית, גם אם יזכו בסופו של יום בתביעתם, יאלצו נפגעי העברה להמתין תקופה ממושכת, עד לסיום ההליכים האזרחיים בעניינם, בטרם יזכו לקבל את הפיצוי המגיע להם. זאת, בניגוד לאחת התכליות של הסדר הפיצוי, שהיא מתן פיצוי מהיר לנפגע העברה על-מנת לסייע לו במסלול שיקומו.⁸¹ רביעית, בניגוד לתכלית של הקלת התמודדותו של נפגע העברה עם מעשה העברה שנעשה בו ועם העברייני שפגע בו, נפגע עברה שצלח את ההליך האזרחי ואף זכה בפיצויים יידרש לפעול בעצמו לצורך גבייה ולצורך אכיפת הפיצוי. כזכור,

78 דבריו של השופט חשין בעניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 476. ראו גם את דבריו של השופט מלצר בע"א 8195/09 פלוני נ' פלונית, פס' 27 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 20.9.2015): "נדירות הן יחסית התביעות האזרחיות המוגשות מצדן של קורבנות עבירת מין כנגד תוקפיהן."

79 יודגש כי בהליך הפלילי המדינה היא שתובעת את הנאשם, ואילו בהליך האזרחי הנפגע הוא שנדרש לעמוד מול הנאשם ולהתעמת עימו.

80 מסיבות אלה ואחרות, אי-אפשר לקבל את הטענה כי ניתן להימנע ממתן פיצוי לנפגעי עברה בהליך הפלילי שכן עומדת לרשותם האפשרות לפנות להליך האזרחי ולמצות בו את זכויותיהם.

81 יש להביא בחשבון שפסיקת הפיצויים בהליך הפלילי אינה ממצה על-פירוב את מלוא הנזק שנגרם לנפגע העברה.

המחוקק ביקש לקבוע פיצוי ריאלי אשר ייתר את ההליך האזרחי ואת הגבייה הנגזרת ממנו. אחת מתכליותיו של הסדר הפיצוי בהליך הפלילי היא "שהגבייה תיעשה על ידי המדינה, דבר שימנע כל קשר בין הקרבן לעבריין".⁸² רק פיצוי הולם בהליך הפלילי, שלא יושתת על "תקרה נחלקת" (בעקבות ריבוי של קורבנות עברה), יאפשר להגשים תכלית זו.

על כל אלה יש להוסיף כי "תקרה נחלקת" לא תגשים את אחת מתכליותיו של הפיצוי, והיא צמצום העומס המוטל על בתי-המשפט. להפך, היא תוביל לריבוי של הליכים אזרחיים ולעומס בלתי-נסבל על בתי-המשפט.

יוצא אפוא שפיצוי נמוך עקב "תקרה נחלקת" לא רק שלא יתרום לשיקומו של נפגע העברה, אלא עלול אף להרע את מצבו. במקרים שבהם החלוקה תייער תקרה מונמכת אשר תגדיל את הפער בין מידת הנזק שנגרם לנפגע העברה לבין הפיצוי שקיבל, הקושי הכלכלי והנפשי של הנפגע ייוותר, ואולי אף ימנע אותו מלתבוע את נזקיו בהליך אזרחי. פיצוי נמוך בהליך הפלילי יחייב את נפגע העברה לצאת למסע ייסורים מול העבריין שפגע בו לשם קבלת הפיצוי שמגיע לו ואשר דרוש לו על-מנת להמשיך בחייו ולהקל במעט את הקשיים שנגרמו לו בעקבות מעשיו של העבריין. ספק אם כלל נפגעי העברה מסוגלים לכך.

3. "אדם שניזוק על ידי העבירה" – הבחנה בין הניזוקים השונים

כפי שראינו לעיל, חשיבותו של הפיצוי לנפגע העברה אינה מוטלת בספק. אולם יש קושי בפסיקת פיצויים בהליך שבו הנזק אינו מוכח כדבעי. קושי זה מתחדד במצב של "תקרה נפרדת" כאשר מדובר בריבוי ניזוקים, כך שהסכום המצטבר של הפיצוי במקרי-קיצון עשוי להגיע למיליוני שקלים. אולם אל מול קושי זה והחשש מפני פגיעה בזכויותיו של הנאשם להליך הוגן עומדים האינטרסים של נפגעי העברה בקבלת פיצוי הולם, מהיר וזול.⁸³ המחוקק הישראלי ביקש לאזן בין האינטרסים השונים באמצעות הגבלת סכום הפיצוי המרבי. לנוכח תכליותיו של הסדר הפיצוי והשיקולים הרבים הנוספים שנמנו לעיל, ביקשתי לאמץ פרשנות תכליתית לאותה הגבלה בדרך של "תקרה נפרדת", כך שתקרת הפיצוי תתייחס לכל נפגע עברה בנפרד. אולם ב-בזמן, ועל-מנת שיהיה אפשר לאזן נכונה בין האינטרסים הנוגדים, אני סבור כי סעיף 77 צריך לחול רק על המעגל הקרוב של נפגעי העברה. אסביר.

82 דברי ההסבר לתיקון מס' 27, לעיל ה"ש 27, בעמ' 120.

83 הן מבחינת הוצאות כלכליות והן מבחינת תעצומות נפשיות, וזאת ביחס למצב שבו היה עליהם לתבוע את הפוגע בהליך אזרחי.

אומנם הוראת סעיף 77 נוקטת לשון של "אדם שניזוק על ידי העבירה", אולם אני סבור כי תכליתו של הסדר הפיצוי – בשים לב למגבלותיו של ההליך, לסכום המרבי הקבוע כיום⁸⁴ ולא־ינטרסים של הנאשם – מובילות למסקנה כי יש לפרש בצמצום את הביטוי "אדם שניזוק על ידי העבירה" כך שהוא לא יחול על כל מי שניזוק מהעבירה, אלא רק על נפגעי עבירה מסוימים שזיקתם לעבירה גדולה וקרובה יותר.⁸⁵

ככלל, בכוחו של מעשה עבירה לגרום נזקים נפשיים, גופניים וכלכליים לניזוקים רבים ושונים. ניתן להשקיף על כלל הנזקים שנגרמים בעקבות מעשה עבירה כעל מעגלי אדווה, שבמרכזם מצוי המעגל הקרוב והישיר של הניזוקים שנפגעו במישרין ממעשה העבירה, ומסביבו מעגלים של ניזוקים נוספים, הולכים ומתרחקים, לפי מידת ריחוקם מהניזוק הישיר או מהנזק הישיר. כך, פרט לניזוק הישיר שכלפיו בוצעה העבירה ייתכנו ניזוקים נוספים, כגון בני משפחתו הקרובים יותר (הורים, ילדים, בני־זוג, אחים) והקרובים פחות (סבים, נכדים, דודים וכיוצא בהם) של קורבן העבירה הישיר (גם אם הקורבן לא מצא את מותו כתוצאה מהעבירה), בין אם אלה נסמכו על שולחנו ובין אם לאו. ייתכנו גם ניזוקים נוספים, דוגמת אלה שהעבירה לא בוצעה ישירות כלפיהם אך נעשתה בקרבתם ובסביבתם באופן שהם נחשפו לה. גם בני משפחתו של הנאשם יכול שניזוקו ממעשיו של הנאשם ומהתוצאות שנגזרו מהם. באופן דומה ניתן לזהות מעגלי ניזוקים נוספים כמעט לבלי סוף. כך, למשל, ניתן לטעון בסבירות גבוהה כי פריצה לבית מסוים בשכונה מסוימת גורמת נזק לא רק לבעלי הבית הנפרץ, אלא גם לשכנים, שנתקפו מורא בעקבות מעשי הפריצה המתרחשים בשכונתם. היעלה על הדעת כי ניתן לפרש את סעיף 77 כך שיחול על כל אלה שנמצאים במעגל מרוחק זה של ניזוקים? מבלי למצות את הדיון בנושא, שהינו מורכב ביותר, אני סבור כי יש להבחין בין ניזוקים שונים לפי מידת קרבתם לאירוע הפלילי. לגבי נפגעי העבירה הישירים ואלה הנמצאים במעגל הראשון של אלה שניזוקו מהעבירה, התכליות וההצדקות שעליהן עמדת במאמר זה מתקיימות ביתר שאת, ועל־כן ראוי לפסוק להם פיצוי ובהתאם למתכונת של "תקרה נפרדת". אולם ככל שמדובר בניזוקים עקיפים הנמצאים במעגלים רחוקים יותר, הכף תיטה להותיר את ההכרעה בנושא הפיצויים להליך האזרחי. כך, לדוגמה, עד־ראייה לעברת שוד מזוין (שלא בוצעה

84 אשר הלך וגדל עם השנים.

85 להבדיל כמובן מההליך האזרחי, שבו כל מי שסבור כי הוא נפגע וניזוק ממעשיו של העבריין יוכל לתבוע את נזקיו.

כלפיו) לא יזכה ככלל בפיצוי לפי סעיף 77, הגם שייתכן שהוא ניזוק מהעברה, מכיוון שפגיעתו עקיפה ורחוקה. לעומתו, קורבן עברת השוד, שהינו נפגע העברה הישיר, זכאי לפיצוי ועד לתקרה הקבועה בחוק. ייתכנו כמובן מקרים גבוליים, ולכן קשה להעביר קו גבול מדויק ומוגדר מראש מיהו נפגע ישיר ומיהו נפגע עקיף לעניין סוגיית הפיצוי.⁸⁶ לשיטתי, קו הגבול צריך להיקבע בכל מקרה לפי נסיבותיו ולאחר בחינת מכלול השיקולים וההצדקות שפורטו לעיל.⁸⁷ כך, למשל, אני סבור כי ילדיו הקטינים של קורבן ישיר של עברת אלימות קשה – בוודאי כזו שהותירה אותו עם נכות קשה – זכאים ככלל לפיצוי בהליך הפלילי, מכיוון שאף-על-פי שהם נפגעים עקיפים, קרבתם למעשה העברה רבה, וההצדקות למתן פיצוי בהליך הפלילי ולפסיקת "תקרה נפרדת" מתקיימות לגביהם ובעוצמה רבה.⁸⁸

בפסיקת בתי-המשפט ניתנה ככלל פרשנות מרחיבה לביטוי "אדם שניזוק" הקבוע בסעיף 77 לחוק. בעניין אגבריה, בפוסקו פיצוי לבני משפחת המנוח ולבני משפחתו של מי שנפצע כתוצאה מהעברה (נוסף על נפגעי העברה הישירים), דחה בית-המשפט העליון את טענתו של המערער כי סעיף 77 אינו מאפשר פסיקת פיצוי למי שאינו הנפגע הישיר מן העברה. תוך שהוא עומד על לשון החוק ועל תכליתו, קבע השופט רובינשטיין (על דעתם של השופטים עמית וסולברג) כי "סעיף 77 [אינו] מצמצם עצמו לקרבן העבירה הישיר בלבד... או לנפגע עבירה" כהגדרתו בחוק זכויות נפגעי עבירה".⁸⁹ בעניין קבלאן קבע השופט זילברטל (על דעתם של השופטים ג'ובראן ושהם) כי "הפיצויים נועדו לאדם שניזוק על ידי העבירה". סעיף 77 אינו מצמצם עצמו לקרבן העבירה הישיר בלבד".⁹⁰ בעניין טווק נחלקו דעות השופטים: השופט רובינשטיין חזר על עמדתו, כפי שהובעה בעניין אגבריה, כי סעיף 77 "מאפשר פסיקת פיצוי לכל אחד מנפגעי העבירה ('לאדם שניזוק', כל אדם במשמע);"⁹¹ השופטת ברק-ארז סברה כי מבחינת עצם הזכאות לפיצוי לפי סעיף 77 אין להבחין בין נפגע עברה ישיר לנפגע עברה

86 אני מודע לקושי שעלול להתעורר בהעדר תיחום קו גבול חד וברור בין "ניזוק ישיר" ל"ניזוק עקיף" לעניין סוגיית הפיצוי הפלילי, אולם נדמה כי בשלב זה ניתן להסתפק בהצדקות לאימוץ תפיסה עקרונית המבחינה בין הניזוקים השונים, ולהותיר את יישומה ועיצובה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה, כיאה לשיטתנו, להלכה הפסוקה.

87 ובפרפרזה על אמרתו הידועה של הנשיא זמורה: צדק או יציב – צדק עדיף.

88 ראו עניין אגבריה, לעיל ה"ש 19, שם נפסק פיצוי לאשתו וילדיו של קורבן עברת אלימות אשר נותר משותק בשתי רגליו.

89 שם, פס' כב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

90 ע"פ 3116/13 קבלאן נ' מדינת ישראל, פס' 13 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 15.10.2013).

91 עניין טווק, לעיל ה"ש 20, פס' ט לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

עקיף;⁹² ואילו השופט שהם סבר כי היקף פרישתו של סעיף 77 מצטמצם לנפגע העברה הישיר בלבד.⁹³

לצד פסקי-דין אלה, שבהם נערך דיון מפורש בביטוי "אדם שניזוק", קיימת פסיקה רבה של בתי-המשפט, ובכלל זה של בית-המשפט העליון, שבה נפסקו פיצויים בהליך הפלילי לא רק לנפגעי העברה הישירים, אלא גם לבני משפחה של מי שהעברה גרמה למותו (לבת-זוגו,⁹⁴ לילדיו,⁹⁵ להוריו,⁹⁶ לעזובו,⁹⁷ לאחר⁹⁸ ולסביו⁹⁹), לבני משפחה של מי שנפצע מהעברה¹⁰⁰ ועוד.

יודגש: איני סבור כי יש לצמצם את תחולת הסעיף רק לנפגע העברה הישיר או ל"נפגע עבירה" כהגדרתו בחוק זכויות נפגעי עבירה,¹⁰¹ אולם בשל הטעמים האמורים אין גם להרחיבו יתר על המידה ולהחילו על כל מי שניזוק מהעברה מבלי לבחון את קרבת נזקו לעברה.¹⁰²

כזכור, מגבלותיו של ההליך הפלילי בסוגיית הנזק הן העומדות בבסיסה של תקרת הפיצוי. הדבר נכון לגבי ניזוק ישיר, וביתר שאת לגבי ניזוק עקיף. ככלל, מגבלות ההליך הפלילי אינן מאפשרות בירור ראוי להוכחת קיומו של ניזוק עקיף ומידת הנזק שנגרמה לו. ככל שהניזוק משתייך למעגל רחוק יותר של הנפגעים, ניתן להניח כי הוא אינו נכלל בכתב האישום, וכי דבר "קיומו" של ניזוק זה יתגלה לבית-המשפט רק במסגרת הטיעון לעונש. זאת, להבדיל מהניזוק הישיר, המשמש לרוב עד בהליך, ואשר דבר הפגיעה בו, לפחות בחלקו, מובא בכתב האישום ומוכח במסגרת הליך בירור האשמה. כך, למשל, באירוע דוגמת המקרה שנדון בעניין חניפס, שבו דובר בנאשם שאסף טרמפיסטיות ליד טרמפיאדה הסמוכה

92 שם, פס' 7 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז. עם זאת, לדעתה יש חשיבות להבחנה זו – בין נפגע עברה ישיר לעקיף – בכל הנוגע בתקרת הפיצוי.

93 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט שהם.

94 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 19.

95 עניין רוזינקין חבני, לעיל ה"ש 44.

96 ע"פ 8704/09 באשה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2012).

97 עניין טווק, לעיל ה"ש 20.

98 עניין באשה, לעיל ה"ש 96.

99 ע"פ 6385/11 בניטה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2012).

100 עניין אגבריה, לעיל ה"ש 19.

101 לפי ס' 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, "נפגע עבירה" הוא "מי שנפגע במישרין מעבירה, וכן בן משפחה של מי שהעבירה גרמה למותו, למעט החשוד, הנאשם או הנידון", כאשר "בן משפחה" הוא "בן זוג, הורה או בן זוג של הורה, בן או בת, אח או אחות".

102 כפי שייתכן שעולה מגישתו של השופט רובינשטיין בעניין טווק, לעיל ה"ש 20.

לאוניברסיטת חיפה וביצע בהן, בין היתר, מעשים מגונים בכוח, היה נכון כמובן לפסוק פיצוי למתלוננות הישירות שבהן בוצעו המעשים המיניים האסורים, אולם לטעמי בית-המשפט היה צריך להימנע במסגרת ההליך הפלילי מלחייב את הנאשם לפצות את אשתו (של הנאשם), שנפגעה באופן עקיף ממעשיו, וכן את אוניברסיטת חיפה.¹⁰³

נוסף על כך, התכליות שעליהן עמדנו לעיל בהרחבה, אשר מצדיקות פיצוי בהליך הפלילי ואף לפי המתכונת של "תקרה נפרדת", אינן מתקיימות לגבי כל הניזוקים או למצער מתקיימות בעוצמה פחותה, וזאת בתלות במיהותו של הניזוק, במהות הנזק ובמידת הריחוק של הניזוק ממעשה העברה. על-כן, כאשר מדובר בניזוק שנמנה עם מעגל הניזוקים הקרוב ואשר מתקיימות לגביו ההצדקות לקבלת פיצוי גבוה ככל האפשר וקרוב למידת הנזק שנגרמה לו, יהיה אפשר לפסוק לו פיצוי בהתאם להערכת הנזק ועד לתקרה הקבועה בחוק. לעומת זאת, כאשר מדובר בנפגע עקיף, אשר נמצא במעגלים הרחוקים של הניזוקים ממעשה העברה, יהיה ראוי ככלל לשמור על עקרונות ההוכחה המקובלים, ולהשאיר את מלאכת הפיצוי להליך האזרחי, אשר זה ייעודו וזו מומחיותו.

ד. אופיו של הפיצוי – עונשי או אזרחי – והשלכתו על תקרת הפיצוי

בפסיקת בתי-המשפט התעוררה השאלה אם רכיב הפיצוי הקבוע בסעיף 77 לחוק העונשין הוא רכיב בעל אופי אזרחי או רכיב בעל אופי עונשי. שאלה זו נדונה בפסק-הדין העקרוני בעניין אסף.¹⁰⁴ דעת הרוב קבעה כי אופיו של הפיצוי לפי סעיף 77 לחוק הוא אזרחי. דעה דומה הובעה גם בעניין גליקסמן.¹⁰⁵ לצד הקביעות האמורות בפסקי-דין אלה הובעה הדעה (הן מצד דעת הרוב והן מצד דעת המיעוט) כי "אין צורך בסיווג חד-משמעי של הסעד המתואר בסעיף 77. אופיו עשוי להשתנות על-פי ההקשר שבו הוא מיושם... ואכן... יש בה, בתרופה זו, גם מזה וגם מזה".¹⁰⁶ בצדק נקבע כי מדובר בהוראת חוק מורכבת המשלבת

103 אשר הפיצוי שניתן לה נומק בצורך בבניית טרמפיאדות נוספות. ת"פ 3456/06 (שלום חי) מדינת ישראל נ' חניפס (פורסם בנבו, 11.9.2007). לביקורת על גזר-דין זה ראו סולימאן עאמר "תורת המעגלים – פיצויים לנפגעי העבירה הפלילית (מלבד הקורבן הישיר)" הסניגור 127, 4 (2007).

104 עניין אסף, לעיל ה"ש 19. בפרשה זו התעוררה השאלה אם בית-המשפט מוסמך להורות על תשלום פיצוי לניזוק לפי ס' 77 לחוק העונשין כאשר הוטל על הנאשם צו שירות לתועלת הציבור יחד עם אי-הרשעה.

105 עניין גליקסמן, לעיל ה"ש 19.

106 דבריו של השופט ריבלין בעניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 477. ראו גם עניין יונה, לעיל

מאפיינים אזרחיים יחד עם תכליות מהתחום הפלילי.¹⁰⁷ סעיף 77 נראה ומתנהג כבעל אופי מעורב – אזרחי ועונשי. מחד גיסא, הפיצוי בהתאם לסעיף זה הוא סעד בעל סממנים אזרחיים מובהקים, ומבוסס על הרעיון של תיקון והשבה באמצעות תשלום פיצוי מידי הפוגע לידי הנפגע בשל הנזק שנגרם לו. מאידך גיסא, הוא מצוי באכסניה פלילית, יש בו היבטים בולטים של ענישה, ומתקיימים בו מקצת מתכיותיו של המשפט הפלילי.

מכל מקום, לצורך ההכרעה בסוגיית תקרת הפיצוי, כל אחת משתי צורות ההתבוננות על ההסדר – בין כאזרחי ובין כעונשי – מובילה (כפי שיוסבר מייד) למסקנה זהה ולפיה תקרת הפיצוי צריכה להיות "תקרה נפרדת", המתייחסת לכל נפגע עברה בנפרד. מקום שמעשיו העברייניים של הנאשם גרמו נזק לכמה נפגעים, יהא גובה הפיצוי שיינתן לכל אחד מהם משל עמד לבדו כבעל הזכויות ובעל הנזק בקשר לעברה, ועל הפוגע יוטל לפצותו לפי הערכת הנזק שנגרמה לו, עד לתקרה הקבועה בחוק. זאת, גם אם הסכום הכולל שיידרש הנאשם לשלם עולה על התקרה הקבועה בחוק.

לפי תפיסת הפיצוי כסעד אזרחי, עיקר תשומת-הלב מופנית לעבר נפגע העברה מתוך רצון להיטיב את מצבו ולהקל את סבלו, לאפשר לו להחזיר את המצב לקדמותו ולמזער את הנזק שנגרם לו. לצורך כך יש לפסוק פיצוי ראוי, מידי ומהיר לכל אחד מנפגעי העברה, אשר יסייע לו בשיקומו ויאפשר לו "להחזיר את החיים למסלולם", מבלי לאלצו לשוב ולהתעמת עם מי שפגע בו, אם לצורך גביית הכסף שנפסק לטובתו ואם בהליך אזרחי. יהיה אפשר לעמוד בתכליות הפיצוי כסעד אזרחי רק אם תאומץ הפרשנות של "תקרה נפרדת", שלפיה תקרת הסכום הקבועה בחוק היא תקרת הסכום שניתן לפסוק לטובת כל ניזוק בנפרד. בהתאם לתפיסה זו, הרואה בפיצוי חיוב אזרחי, קבעו בתי-המשפט כי בעת פסיקת פיצוי לפי סעיף 77 לחוק אין להביא בחשבון את חוסר היכולת הכלכלית של העבריין. כך קבע לעניין זה השופט רובינשטיין בעניין מג'דלאוי:

"אין הסכום קשור מטבעו ביכולתו הכלכלית של החייב, כשם

ה"ש 43, פס' 9 לפסק-דינו של השופט ריבלין: "הסדר הפיצוי המתואר בסעיף 77 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 כולל מאפיינים פליליים ואזרחיים כאחד..."

107 ע"פ 10996/03 נרקיס נ' מדינת ישראל, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.11.2006): "אין קורלציה ישירה בין החיוב האזרחי בפיצוי לבין פיצוי לקורבן עבירה בהליך פלילי, המהווה חלק מהתכלית העונשית, וככזה, מטרתיו חורגות ממתן סעד לנפגע גרידא. אמנם, הפיצוי על פי סעיף 77 לחוק העונשין הוא בעל אופי אזרחי... אולם אין בכך כדי לעקר את האלמנט העונשי שבפיצוי לקורבן, ולהיותו בעל תכלית שבדין הפלילי..."

שבמשפט אזרחי אין בודקין בקביעת חיוב את יכולתו של החייב, ובהליך אזרחי דבר אחרון זה הוא עניין להוצאה לפועל לענות בו; ולכן הנושא שהעלה בא כוחו המלומד של המערער כעיקר טיעונו, קרי, אי יכולתו הכלכלית של שולחו, אינו יכול לשמש אמת מידה. לכאורה, ואיני מדבר דווקא במקרה דנא, תיתכן סיטואציה שבה ייפסק סכום שבשעת פסיקתו אין החייב יכול לעמוד בו, ולימים ישתפר מצבו הכלכלי אם מהשתכרות ואם ממקור אחר, ויכולתו תשתנה. צדק בא כוח המשפחה בציינו, כי בהליך אזרחי 'רגיל' אילו ננקט (ושערי משפט אינם נעולים, מבלי להידרש לשאלת מעשיותה של תביעה) יכלו להיפסק סכומים גבוהים בהרבה כשבאבדן חיים צעירים עסקינן; וכמובן איני קובע מסמרות, והדבר מסור למשפחה. במקרה כזה היו חלים דיני ההוצאה לפועל, לרבות באשר ליכולתו של חייב.¹⁰⁸

יוצא אפוא שאופיו האזרחי של הפיצוי מוביל למסקנה כי ניתן וצריך לפסוק לנפגע העברה פיצוי הולם עד לתקרה הקבועה בחוק.

גם אם ניתן להסכים עם הגישה הרווחת הרואה את הסדר הפיצוי כבעל סממנים אזרחיים בולטים, אי-אפשר כאמור להתעלם מתפקודו המורכב של הסדר הפיצוי ומהשלכותיו העונשיות.¹⁰⁹ אלא שגם אם נשקוף על הפיצוי כעל סנקציה עונשית, נגיע, כפי שנראה מייד, לאותה מסקנה באשר לאופן חלוקתה של תקרת הפיצוי. הגבלת תקרת הפיצוי לנאשם, יהיו מספר הנפגעים אשר יהיו וללא קשר להיקף הנזק שהוא גרם במעשיו, מעבירה מסר שגוי ותמריץ שלילי לנאשם בכל הקשור למאמץ להקטין את הנזק שמעשיו עלולים לגרום. אם תקרת הפיצוי מוגבלת

108 עניין מגידלאוי, לעיל ה"ש 19, פס' ט(2) לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. ראו גם ע"פ 6452/09 עלי נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 22.7.2010); רע"פ 2174/11 לוזון נ' מדינת ישראל, פס' ח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 25.5.2011). עם זאת, ניתן למצוא פסק-דין של ערכאות נמוכות יותר שבהם הובאה בחשבון יכולתו הכלכלית של הנאשם כשיקול לעניין גובהם של הפיצויים. לדוגמה, ראו ת"פ (מחוזי ים) 1147/01 מדינת ישראל נ' חסן, פס' 23 לגזר-דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו, 14.4.2002); ת"פ (מחוזי חי') 7063/08 מדינת ישראל נ' בוחבוט (פורסם בנבו, 13.4.2010).

109 אשוורת סבור כי באופן מעשי יש להתייחס לפיצוי כעונשי בהתייחס לנקודת-מבטו של הנאשם וכאזרחי בהתייחס לנפגע העברה, ומוסיף כי לדעתו ההליך הפלילי צריך להיות מסוגל לתפקד באופן רב-ממדי, ולא להיות מוגבל רק לסוג אחד של תגובות וסעדים. Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 342.

וקבועה ללא תלות במספר הנפגעים ובהיקף הנזק שנגרם כתוצאה ממעשה העברה, יהא בזה מסר לציבור הנאשמים, בכוח ובפועל, כי הם לא יידרשו בהכרח לשאת באחריות לכל נזק שייגרם כתוצאה ממעשיהם.¹¹⁰ עברייני שידע כי הוא ייאלץ לשלם על מעשיו ויידרש לפצות בשיעור גבוה את כל מי שנפגע מהעברות שיבצע עשוי להירתע מביצוע המעשה העברייני כולו או למצער מפני הגדלת הנזק שבמעשיו, ויפעל למען צמצום הנזק וצמצום מספר הניזוקים.¹¹¹

אף בהתאם לעקרון הגמול, אשר נקבע כידוע כעיקרון מנחה בענישה הישראלית,¹¹² יש לפרש את סעיף 77 כך שהתקרה תתייחס לסכום המרבי שניתן לפסוק לכל ניזוק, ולא כסכום המרבי שניתן להטיל על העברייני. על-פי עקרון הגמול, נדרשת הלימה בין מידת הרע שעשה העברייני לבין העונש שיושט עליו. מידת הפיצוי העונשי חייבת אפוא להלוו את מידת הנזק שגרם הנאשם. הדרישה ליחס הולם נובעת מעקרונות בסיסיים של צדק והוגנות, אשר מביאים לידי ביטוי, בין היתר, את התחושה האנושית שמידת עונש ההולמת את היקף הנזק שנגרם היא הוגנת יותר. מלבד היבט הצדק, עקרון ההלימה משרת שתי מטרות נוספות: ראשית, הוא תורם להגברת אמון הציבור במערכת המשפט, שכן תגובה עונשית שתיתשב קלה מדי או חמורה מדי עלולה ליצור תחושת ניכור כלפי מערכת המשפט הפלילית בקרב החברה בכלל ובקרב ציבור נפגעי העברה בפרט; שנית, עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – מידה כנגד מידה – ובכך מאפשר את השגת המטרות של אחדות ושוויון בין נאשמים. רק פירוש סעיף 77 לפי הפרשנות של "תקרה נפרדת" יגשים את עקרון הגמול ועקרונות-המשנה שלו בענישה. הגבלת תקרת הפיצוי הכולל לפי הפרשנות של "תקרה נחלקת" עלולה להוביל לחוסר צדק ולהפליה הן בין נאשמים שונים והן בין נפגעי עברה שונים. כך, נאשם שגרם נזק רב לכל אחד מבין כמה נפגעי עברה עשוי להידרש לשלם אותו פיצוי כמו מי שהסב נזק דומה רק לנפגע עברה אחד. באותו אופן, נפגע עברה שאתרע מזלו ונפל קורבן יחד עם אחרים ייאלץ להסתפק בפיצוי נמוך יותר

110 ראו, לדוגמה, ע"פ 10632/07 מזרחי נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 10.6.2008): "חומרתן של עבירות מרמה ורכוש הנוגעות בסכומי כסף בהיקפים כה ניכרים מחייבת את בית המשפט למסר ברור וחרוף של ענישה מרתיעה שאינה חסה על הגזלן ועושה ככל הניתן להוציא מידי את פירות גזלתו..."

111 ראו לעניין זה את דבריה של השופטת ביניש בע"פ 5938/00 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 873, 903 (2001): "יש בחיוב הכספי כדי... לגנות חברתית את מעשי המערער ולהרתיע אחרים מביצועם." ראו גם אלירם, לעיל ה"ש 3, בעמ' 209.

112 ס' 40ב לחוק העונשין קובע כך: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..."

בהשוואה למי ש"זכה" להיות קורבן יחיד (עם נזק זהה), אשר יזכה בפיצוי המרבי הקבוע בחוק (בהנחה שמדובר בנזק גדול דיו).

ניטול לדוגמה את עברת הרצח, שלגביה ניתן להניח כי הנזק שנגרם לבני משפחת הנפגע עולה על תקרת הפיצוי הקבועה בחוק.¹¹³ במצב של "תקרה נחלקת" שיעור הפיצוי לכל אחד מבני משפחת המנוח שהיו תלויים בו יהיה תלוי במספר הנפגעים. ככל שמעשיו של הנאשם פגעו בנפגעים רבים יותר כן הפיצוי שהוא יידרש לשלם לכל נפגע עברה יהיה קטן יותר.

הטלת פיצוי על הנאשם ביחס ישיר לנזק שגרם אינה זרה לדיני הענישה בישראל, והיא מתיישבת עם עקרונות הענישה שמנינו לעיל. כך, למשל, סעיף 63 לחוק העונשין קובע כי הקנס שיוטל על הנאשם ייקבע לפי שווי הנזק או טובות-ההנאה שהפיק הנאשם.¹¹⁴ כך, בס"ק (א) נקבע כי בית-המשפט רשאי להטיל על הנאשם קנס גבוה פי ארבעה משווי הנזק שנגרם כתוצאה ממעשיו. הוראה זו אינה מתיישבת עם הגבלת הפיצוי לתקרה גלובלית שאינה תלויה בהיקף הנזק, שכן הגבלה כזו עלולה ליצור מצב שבו אם עברייני הונה אנשים רבים (נניח – עשרה

¹¹³ במחקר שערך ינאי נעשה ניסיון לכמת את גובה הנזק הכולל שנגרם לנפגע עברה. מן המחקר עולה כי לנפגעי עברה נגרמים נזקים רבים, שונים ומגוונים באופיים, ביניהם נזקים רפואיים, נזקים נפשיים ונזקים כלליים. לדעת ינאי, יש למנות ברשימת הנזקים גם פגיעה במעגלים משניים הקרובים לנפגע העברה, כגון בני משפחתו, אשר נאלצים לעיתים לזנוח את עיסוקיהם על-מנת לסייע לנפגע להתמודד עם הפגיעה בו. המחקר מתייחס לשלושה סוגים של עלויות והוצאות: הראשון הוא המחיר הכלכלי הישיר שנפגע העברה משלם, כגון הוצאות על הסעות, טיפול רפואי, החלפת מקום מגורים, מיגון הבית, רכישת רכב ועוד; השני הוא מחיר עקיף הנגרם כתוצאה מכך שאת המחיר הישיר שנפגע העברה מממן מכספיו, קרי מחשבון הבנק שלו ומחסכונותיו, ובכך מפסיד למעשה הזדמנות להשקעה ולחיסכון, אשר היו נושאים פירות לאורך זמן; והשלישי הוא מחיר "העברה", דהיינו, המחיר שהקופה הציבורית משלמת למען נפגע עברה, כגון טיפול רפואי ללא תשלום או שירותי שיקום של המדינה. על מחירים אלה ראוי להוסיף גם את ההוצאות הישירות והעקיפות ששילמו בני משפחתו הקרובים של הנפגע. חישוב המתייחס לכלל נתונים אלה אמור להוביל להערכה מבוססת בדבר גובה הנזק הממשי שנגרם לנפגע העברה. במחקר נבחנו נפגעי עברה שונים, תוך בדיקה דקדקנית של כל אחת מן ההוצאות הנגרמות להם כתוצאה מעברה פלילית. כך, לדוגמה, כאשר אדם נרצח, הנזק שנגרם למשפחתו הוא תולדה של הפסד שכר והכנסה של הנרצח ושל קרובי-משפחתו, הוצאות קבורה, הוצאות להנצחת הקורבן, הוצאות רפואיות ופסיכולוגיות של משפחת הקורבן, הוצאות משפטיות וכדומה. אורי ינאי "נפגעי עבירה בישראל: הוצאות כספיות שנגרמו עקב העבירה" ביטחון סוציאלי 68, 25 (2005). כן ראו את פסקי-הדין שבהם קבעו בתי-המשפט תקרת פיצוי מרבית לכל מי שניזוק מהעברה, ובכלל זה לבני משפחה של קורבן עברת המתה, לעיל בה"ש 44–46.

¹¹⁴ ככל שהנאשם התכוון לגרום נזק ממון לאחר או להשיג טובת-הנאה לעצמו או לאחר.

אנשים) בהיקף של מיליוני שקלים,¹¹⁵ יהיה בית-המשפט רשאי לגזור עליו קנס לאוצר המדינה בסכום שמגיע עד פי ארבעה מהיקף הנזק שגרם, אך לא יוכל להטיל עליו אלא פיצוי גלובלי שלא יעלה על סכום של 258,000 ש"ח, אשר יתחלק בין עשר משפחות הנפגעים (סכום של כ-25,000 ש"ח בלבד לכל משפחה).

נוסף על כך, יש הטוענים כי פיצוי הנפגע על-ידי הנאשם בכוחו לתרום לשיקום העבריין.¹¹⁶ מתן פיצוי מאת העבריין לכל נפגע עברה בגין הנזק שגרם לו מהווה נדבך בתהליך ההפנמה שהעבריין עובר ביחס לנזקי התנהגותו, ובכך הוא משמש "יסוד של היטהרות לעבריין".¹¹⁷

לפיצוי נודע גם תפקיד מהותי בבניית הרגלים ובחזיון התמיכה בנורמות חברתיות המדגישות את נקודת-מבטו של נפגע העברה. חיוב הפוגע בפיצוי קורבנותיו משמש גם אמצעי להבעת מסר של גינוי חברתי, שיש בו גם כוח מחנך. לפסיקת הפיצוי לנפגע העברה, במנותק מהסנקציות העונשיות הנוספות שנגזרות על הנאשם, יש ערך הסברתי-חינוכי, אשר עשוי לאפשר הטמעת ערכים של הימנעות מפגיעה בזולת והכרה בסבל הנגרם לו עקב התנהגות פוגענית. עמד על כך בזק בספרו: "חיוב הנאשם לפצות את הניזוק הוא אמצעי חיובי ביותר ויש להשתמש בו בכל מקרה שהדבר ניתן. לא זו בלבד... אלא שיש גם חשיבות חינוכית רבת ערך לכך שהנאשם יפצה את קרבנו".¹¹⁸

לסיכום, חיוב העבריין במתן פיצוי הולם, בסכום קרוב ככל האפשר לסך הנזק שגרם לכל אחד מקורבנותיו, יגשים באופן מיטבי הן את תכליותיו ה"אזרחיות" של מוסד הפיצוי והן את תכליותיה ה"פליליות" של פסיקת הפיצוי כחלק מגזר-דינו של הנאשם. ביטול התקרה הקבועה בחוק או לחלופין אימוץ מנגנון הפיצוי בדרך של "תקרה נפרדת" יאפשרו את הגשמתן של תכליות אלה בצורה טובה יותר. פיצוי הולם ישקף באופן מיטבי את הנזק שנגרם לנפגע העברה ויעביר מסר של הכרה בו. כמו-כן הוא יאפשר תיקון וצמצום של הסבל והנזק שנגרמו לנפגע העברה באופן המהיר והקל ביותר, ובכך יסייע לו בשיקומו. נוסף על כך, חיוב העבריין במתן פיצוי ראוי לכל אחד מנפגעי העברה עולה בקנה אחד עם עקרון

115 והתכוון להונות אותם, כקבוע בהוראת החוק.

116 ראו אליזר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 208 וההפניות המובאות שם בהערות 15–17.

117 דבריו של השופט חשין בעניין אסף, לעיל ה"ש 19, בעמ' 465.

118 יעקב בזק הענישה הפלילית 164, 182 (מהדורה מתוקנת, 1998). בזק מוסיף כי "אפילו אין הדבר בידו [של הנאשם] – נודעת חשיבות חינוכית לכך שיחויב בפיצוי הקרבן גם כאשר הדבר אינו ניתן לביצוע" (שם).

ההלימה, ויש בו כדי לסייע בשיקומו של העבריין ובהרתעתו. לבסוף, מתן פיצוי ריאלי והולם לכל נפגע עברה, שיהיה קרוב ככל האפשר לנזק שנגרם ממעשה העברה, יגדיל את אמון הציבור במערכת המשפט.¹¹⁹

ה. הצעה לביטולה של תקרת הפיצוי

1. (העדר) תקרת פיצוי בשיטות המשפט השונות – "קונסנזוס גלובלי"

עיון בהסדרי הפיצויים הקיימים במדינות שמעבר לים מגלה תמונה מעניינת. מעבר להכרה בזכויותיו של נפגע העברה ובמעמדו בהליך הפלילי, רוב שיטות המשפט מייחסות חשיבות רבה לפיצויים של נפגעי העברה, ואינן מגבילות בחוק את סכום הפיצוי שניתן לפסוק בהליך הפלילי למי שנפגע מהעברה.

יודגש כי רוב שיטות המשפט רואות בפיצוי חלק ממערך הזכויות של נפגעי עברה,¹²⁰ ועל-כן נקבעו הסדרים המאפשרים מתן פיצוי מאת המדינה לנפגעי עברה וכן תשלום פיצוי על-ידי הנאשם לקרן מדינתית המוקדשת על שיפור מערך הסיוע לנפגעי עברה.¹²¹ למרות קיומם של מנגנונים אלה, ונוסף עליהם, הודגשה גם חשיבות פיצויו של נפגע העברה על-ידי הנאשם בהליך הפלילי, ועל-כן חוקי המדינות השונים מסמיכים – ולעיתים אף מחייבים – פסיקת פיצוי שיינתן לנפגע העברה מאת הנאשם.

בשיטות המשפט השונות מודגש הצורך במתן פיצוי "ראוי", "ריאלי" ו"הולם" לנפגע העברה, ניתנת עדיפות לפיצוי (לטובת נפגע העברה) על קנס (לטובת הציבור), ואף נקבעו מנגנונים שונים לגביית הפיצוי, אשר נועדו לאפשר אכיפה וגבייה יעילות, מרתיעות ומהירות.

119 "רבים סבורים שעד שלא הוכרו זכויות הקרבן בשנים האחרונות, החל הציבור לאבד אמון במערכת בראותו שהקרבן הוא רק כלי שרת בידי התביעה – בנוסף על הסבל הפיזי והנפשי עקב הפשע, לרוב היה עליו להיחשף גם לטראומה של חקירה נגדית ולשאת בנטל הכלכלי שהפשע גרם לו, לבדו. הליך ההכרה בזכויות הקרבן וחיוזוק מעמדו בהליך הפלילי, בין היתר על ידי מתן פיצוי במסגרתו, תרם לביסוס חוזר של האמון במערכת." אלירס, לעיל ה"ש 3, בעמ' 210, הערה 21.

120 ראו, למשל, בקנדה: ס' 16 ל-2, Canadian Victims Bill of Rights, S.C. 2015, c. 13, s. 2-16. הקובע כי: "Every victim has the right to have the court consider making a restitution order against the offender".

121 ראו, לדוגמה, באנגליה: Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 342. כן ראו בקנדה: ס' 737(1) ל-C-46, Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 (להלן: הקוד הקנדי).

מעניין שבשיטות משפט רבות ניתנת תשומת-לב מיוחדת לנושא זה של מתן פיצוי לנפגע העברה, ונערכים שינויים תדירים, אם בחוק ואם בהלכה הפסוקה, שמטרתם להגביר את השימוש בהסדר הפיצוי ולהרחיבו במקרים המתאימים.¹²² בארצות-הברית מייחסים חשיבות מיוחדת לפיצוי של נפגע העברה בהליך הפלילי, ורואים בכך חלק חשוב ומשמעותי בהליך גזירת דינו של הנאשם.¹²³ מעבר לתכליותיו האזרחיות של הפיצוי, שעיקרן שיפוי נזקיו של נפגע העברה, עמדו בתי-המשפט גם על תכליותיו העונשיות של הפיצוי, קרי: השתת תגובה הולמת על מעשיו של הנאשם, הוצאת הגזל מפיו וסיוע בתהליך שיקומו של העבריין.¹²⁴ במישור הפדרלי נמנע החוק¹²⁵ מלקבוע תקרת פיצוי, והודגש בו כי יש לפסוק פיצוי התואם את הנזק לכל נפגע שניזוק מהעברה.¹²⁶ נקבע כי לפיצויים יש עדיפות על קנס,¹²⁷ וכי הפיצויים ייקבעו לפי ערך הנזק או הסבל שנגרמו ביום ביצוע העברה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, לפי הגבוה יותר.¹²⁸ עם זאת, נקבע כי מקום שפסיקת הפיצוי מצריכה התדיינות ממושכת ומורכבת, אשר עלולה לסרבול ולהשהות את הליך גזירת הדין, בית-המשפט רשאי להימנע מפסיקת פיצוי.¹²⁹ בפסיקת הפיצוי הושם אומנם דגש בצרכיו של נפגע העברה, אולם נקבע כי יש להתחשב גם ביכולתו הכלכלית של הנאשם.¹³⁰ בית-המשפט מוסמך להורות גם על השבת רכוש שנלקח מנפגע העברה, ואם הדבר אינו אפשרי, הוא יכול לקבוע תחת זאת פיצוי בערכו של אותו רכוש.¹³¹

122 ראו, לדוגמה, את השינוי שנעשה באנגליה בשנת 2013, שבו ביטל המחוקק את תקרת הפיצוי שהייתה קבועה עד לאותו זמן בערכאות מסוימות. ראו להלן ה"ש 142 והטקסט שלידה.

123 Sharona Aharony-Goldenberg & Yael Wilchek-Aviad, *Punishing Property Offenders: Does Moral Correction Work?*, 32 *Touro L. Rev.* 407 (2016).

124 Paroline v. United States, 134 S.Ct. 1710 (2014); McCrimmon v. Maryland, 225 Md.App. 301 (2015).

125 Mandatory Victims' Restitution Act 1996.

126 18 U.S.C. § 3663(a)(1)(B)(i)(I) (Order of restitution); 18 U.S.C. § 3663(c)(2)(B) הסדר הפיצוי האמריקאי הפדרלי מאפשר גם פסיקת פיצוי למדינה בשל "פגיעה באינטרס הציבורי". פיצוי מסוג זה מוגבל בתקרת הסכום שנקבע לקנס שניתן להטיל באותה עברה.

127 Aharony-Goldenberg & Wilchek-Aviad, לעיל ה"ש 123, בעמ' 416.

128 18 U.S.C. § 3663(b)(1)(B).

129 18 U.S.C. § 3663(a)(1)(B)(ii).

130 18 U.S.C. § 3663(a)(1)(B)(i)(II). במקרה שבו הפיצויים נקבעו כחלק משחרורו בערבות של הנאשם או משחרורו בהשגחה של קצין מבחן, אם הנאשם אינו משלם את הפיצוי שנקבע לו, הוא עשוי להישלח למאסר. 18 U.S.C. §§ 3583, 3613A(a)(1), 3614(a).

131 18 U.S.C. § 3663(c)(2)(B).

נוסף על כך, החוק הפדרלי מחייב גזירת פיצוי לנפגעי עברה מסוימים (כגון אלה שנפגעו מעברות אלימות ורכוש מסוימות).¹³² גם בהסדר זה הדגש הוא במתן פיצוי "ריאלי", ואין כל מגבלה סטטוטורית לגבי סכום הפיצוי. אולם גם כאן נקבע שאם מתן פיצוי לניזוק מהעברה יצריך התדיינות מורכבת וממושכת החורגת מגבולותיו המקובלים של הליך גזירת העונש, בית-המשפט רשאי להימנע מפסיקת פיצויים.¹³³ בהסדר פיצוי מנדטורי זה נקבע כי אין להתחשב ביכולתו הכלכלית של הנאשם.¹³⁴ באנגליה הסמכות לקבוע פיצויים לנפגע עברה מעוגנת ב-Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000.¹³⁵ החוק קובע הסדר מפורט בקשר לפיצוי, מגדיר אותו ביחס לנזק מכל סוג שהוא,¹³⁶ נמנע מלהגביל את סכום הפיצוי בתקרה, וקובע כי על הפיצוי להיות "ראוי".¹³⁷ נוסף על כך נקבעה בחוק העדפה לפסיקת פיצוי על קנס מקום שהנאשם חסר אמצעים,¹³⁸ וחובת הנמקה מקום שבית-המשפט נמנע מפסיקת פיצוי.¹³⁹ החוק קובע כי על בית-המשפט לשקול את מידת יכולתו הכלכלית של הנאשם לצורך ההכרעה אם להטיל עליו פיצוי וכן בעת קביעת שיעורו.¹⁴⁰ נוסף על כך, ומתוך הכרה בחשיבות הפיצוי לנפגע העברה, צו

18 U.S.C. § 3663A(a)(1) (Mandatory restitution to victims of certain crimes): 132
"Notwithstanding any other provision of law, when sentencing a defendant... the court shall order, in addition to, or in the case of a misdemeanor, in addition to or in lieu of, any other penalty authorized by law, that the defendant make restitution"

ההנחיה בנוגע לפיצויי-חובה חלה גם על הסדר-טיעון. ראו: 18 U.S.C. § 3663A(c)(1).

133 18 U.S.C. § 3663A(c)(1). נוסף על כך, בס"ק (c)(3)(A) נקבע כי אם מדובר במספר רב של קורבנות עברה, אשר הופך את הסדר הפיצוי ללא-מעשי, ניתן להימנע מכך.

134 18 U.S.C. Code § 3664A(f)(1)(A).

135 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, c. 6, § 130 (Eng.). בהתאם

לפסיקתם של בתי-המשפט באנגליה, הפיצוי עשוי להינתן בכל תיק שנגרם בו "death or 'damage or loss', injury" או "distress or anxiety". Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 342 והפסיקה המובאת שם בהערה 24.

136 DAVID ORMEROD & DAVID PERRY, BLACKSTONE'S CRIMINAL PRACTICE ch. E16.4 (2016) והפסיקה המובאת שם.

137 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act, 2000, c. 6, § 130(4) (Eng.). ראו גם ORMEROD & PERRY, לעיל ה"ש 136, פס' E16.11.

138 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act, 2000, c. 6, § 130(12) (Eng.).

139 שם, ס' 130(3). ראו גם: Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, c. 10, § 63 (Eng.).

140 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act, 2000, c. 6, § 130(11) (Eng.). ראו גם ORMEROD & PERRY, לעיל ה"ש 136, פס' E16.12 והפסיקה המובאת שם.

הפיצוי נאכף כשם שאוכפים עונש של קנס, ובכלל זה באמצעות הטלת "מאסר חלף פיצוי".¹⁴¹

מעניין שעד שנת 2013 הוגבל הפיצוי שהיה אפשר לפסוק ב-Magistrates' Court לתקרה של 5,000 לירות שטרלינג, אולם לאחר שנטען כי תקרה זו נמוכה ואינה מאפשרת מתן פיצוי ראוי לנפגעי העברה, היא בוטלה, למעט לגבי נאשמים שהינם קטינים מתחת לגיל שמונה-עשרה, ולמעשה לגבי נאשמים בגירים אין כיום כל מגבלת סכום לפיצוי הן ב-Magistrates' Court הן ב-Crown Court.¹⁴² אשוורת עומד על ההתפתחות שחלה בנושא הפיצויים במשפט הפלילי האנגלי, ומציין כי הרעיון בדבר פיצוי לנפגע העברה עלה אומנם כבר במאה התשע-עשרה, אולם רק החל בשנות השבעים של המאה הקודמת הוא נהפך למרכיב משמעותי בגזירת הדין. הפיצוי מתואר בעיקר כסעד "אזרחי", שנועד לסייע לנפגע העברה ולהקל עליו על-ידי שיפוי באופן מיידי ונוח על הנזק שנגרם לו:

"...Compensation orders were introduced into our law as a convenient and rapid means of avoiding the expense of resort to civil litigation when the criminal clearly has means which would enable the compensation to be paid."¹⁴³

בהתייחסו לקושי הנעוץ במגבלותיו של ההליך הפלילי בהערכת הנזק שלגביו נדרש פיצוי, טוען אשוורת כי חרף מגבלה זו מוצדק לפסוק פיצוי אשר עולה כדי הנזק שנגרם לנפגע העברה, וזאת בשל תכליותיו האזרחיות של סעד הפיצוי – סיוע לנפגע העברה וצמצום הנזק שנגרם לו – ובהינתן שהמציאות מלמדת כי נפגעי העברה נמנעים מלתבוע את נזקייהם בהליך האזרחי.¹⁴⁴ בקנדה קובעת מגילת זכויות הקורבן משנת 2015¹⁴⁵ כי לכל נפגע עברה יש זכות שבית-המשפט ישקול לפסוק לו פיצוי מאת הפוגע. בין שאר תכליותיו של המשפט

141 ראו Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 343. ראו שם את אמצעי האכיפה המחמירים הנוספים שבית-המשפט מוסמך לנקוט במטרה לאכוף את צו הפיצוי שנפסק נגד הנאשם. ראו גם Ormerod & Perry, לעיל ה"ש 136, פס' E16.10.

142 Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act, 2000, c. 6, § 131(1)(1A)(2) (Eng.); 142 Crime and Courts Act 2013, c. 22 § sch. 16, part 3. ה-Magistrates' Court הינה ערכאת השיפוט הפלילית הנמוכה ביותר, ואילו ב-Crown Court מתבררות העברות הפליליות החמורות.

143 Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 344 (ציטוט מתוך: 70, 73 Cr. App. R. (1974), Inwood).

144 Ashworth, לעיל ה"ש 76, בעמ' 342.

145 Canadian Victims Bill of Rights, לעיל ה"ש 120.

הפלילי וענישת העבריין,¹⁴⁶ הודגשו בקוד הקנדי¹⁴⁷ תכליות הקשורות באופן ישיר לנפגע העברה – תיקון מהיר של הנזק שנגרם לו,¹⁴⁸ הוצאת "גזלו של העבריין מפיו"¹⁴⁹ וחזוק תחושת האחריות של הנאשם לנזק שגרם לקורבנותיו.¹⁵⁰

הקוד הקנדי מסמיך את בתי-המשפט לפסוק פיצוי לנפגע העברה במסגרת גזר-דינו של העבריין. סכום הפיצוי אינו מוגבל בחוק, אולם נקבע כי הפיצוי צריך להינתן רק בגין נזק שניתן לבירור בקלות, ועל-כן אין הוא כולל פיצוי על כאב, סבל, לחץ נפשי או נזקים אחרים שניתנים להוכחה רק בהליך אזרחי.¹⁵¹ הקוד קובע כי ניתן לפצות כל מי שנפגע מהעברה, וכי בית-משפט שנמנע מלעשות כן חייב להסביר ולנמק את הטעמים המיוחדים שהובילו אותו להכרעתו.¹⁵² לאחר שנקבע בהלכה הפסוקה¹⁵³ כי לצורך פסיקת הפיצוי יש לשקול את יכולתו הכלכלית של הנאשם, שונה הקוד בשנת 2015 ונקבע בו במפורש כי אין להתחשב בשיקול זה בהחלטה על הפיצוי.¹⁵⁴

146 התכליות המוכרות של גמול, הרתעה, מניעה ושיקום.

147 הקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121.

R. v. Castro, 2010 ONCA 718, 102 O.R. para. 43 (Can.): "The fact that a 148 restitution order provides a convenient, rapid and inexpensive means of recovery for the victim, especially a vulnerable victim, is one of the considerations in favour of the making of such an order"

R. v. Johnson, 2010 ABCA 392, 493 A.R. para. 23 (Can.) 149

R. v. Fitzgibbon, (1990) 1 S.C.R. 1005: 150 ס' 718 לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121. ראו גם: "This concept of compensation and restitution has (Can.) שם נקבע, בין היתר, כי: "long been considered to be a fundamentally important aspect of sentencing". R. v. Yates, 2002 BCCA 583 (Can.); R. v. Zelensky, (1978) 2 S.C.R. 940 (Can.) 151 גם: The Law Reform Commission of Canada, *Restitution*: 152 ס' 738 (1) לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121. ראו גם עניין *Castro*, לעיל ה"ש 148, פס' 43. *and Compensation: Fines 7* (Working Paper 5&6, 1974): "To the extent that restitution works towards self-correction, and prevents or at least discourages the offender's committal to a life of crime, the community enjoys a measure of protection, security and savings. Depriving offenders of the fruits of their crimes or ensuring that offenders assist in compensating victims for their losses should assist in discouraging criminal activity"

151 ס' 738 (1) לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121. ראו גם עניין *Castro*, לעיל ה"ש 148, פס' 43. 152 ס' 737.1 (5) לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121.

153 ראו, לדוגמה, עניין *Yates*, לעיל ה"ש 150, פס' 12 ו-17.

154 ס' 739.1 לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121.

גם בקנדה נקבעה העדפה ברורה לפסיקת פיצוי על קנס,¹⁵⁵ והודגשה חשיבות פיצויו של נפגע העברה, גם אם הדבר נעשה על-חשבון פיצויו של הציבור כולו. אכיפת הפיצוי, עם זאת, הינה אכיפה "אזרחית", ולא "פלילית", ואם הפיצוי לא שולם, ניתן לראות את צו הפיצוי כפסק-דין שניתן בהליך אזרחי ולאוכפו ככזה.¹⁵⁶

גם באוסטרליה קיים הסדר מפורט של פיצוי והשבה לנפגע העברה בהליך הפלילי, אשר מוסדר הן במישור הפדרלי¹⁵⁷ הן במישור המדינתי.¹⁵⁸ תכליתו העיקרית של הפיצוי היא מתן סעד מהיר ויעיל לנפגע העברה.¹⁵⁹ הודגש כי לא מדובר בסנקציה עונשית, אלא בסעד אזרחי, שנועד לסייע לנפגע העברה להשיב את המצב לקדמותו.¹⁶⁰ בסמכותם של בתי-המשפט לפסוק לנאשם שהורשע תשלום פיצויים לנפגע העברה שאינם מוגבלים לסכום כלשהו, תוך בחינת הנזק שנגרם לנפגע וכן כל הוצאה סבירה שהוציא בעקבות העברה.¹⁶¹ בשוקלו מתן פיצוי לנפגע העברה, בית-המשפט רשאי לשקול גם את מידת יכולתו הכלכלית של הנאשם.¹⁶² הפיצוי ניתן בגין כל נזק או סבל שנגרמו לניזוק, והוא עשוי להינתן גם לניזוקים עקיפים, כגון עדים לדבר העברה, הורי הקורבן הישיר ועוד.¹⁶³ גם בהסדר האוסטרלי ניתנת תשומת-לב מיוחדת לאכיפת הפיצויים ולגבייתם.¹⁶⁴ כך,

155 שם, ס' 740(b).

156 שם, ס' 741(1).

157 Crimes Act 1914 (Cth) § 21B (Austl.).

158 ראו, למשל: Sentencing Act 1995 (NT); Sentencing Act 1995 (WA); Sentencing Act 1991 (Vic); Criminal Law (Sentencing) Act 1988 (SA). לסקירה מפורטת של הסדרים אלה ראו: D. Lanham, *Restitution and Compensation Orders*, in THE LAWS OF AUSTRALIA vol. 12 (2006).

159 R. v. Ross, (2007) 17 VR 80 (Austl.).

160 DPP v. Energy Brix Australia Corp., (2006) 14 VR 345 (Austl.).

161 ראו, למשל, ס' 109–122 ל-Sentencing Act 1995 (WA).

162 נושא זה עומד במרכזו של פולמוס רב שנים באוסטרליה שבמסגרתו נדונה בהזדמנויות שונות הצדקתו של שיקול זה לנוכח אופיו האזרחי של הפיצוי. נכון לעת הזו, ולמרות התנגדויות רבות, שיקול זה עודנו רלוונטי בפסיקת הפיצוי לנפגע העברה. ראו, לדוגמה: THE LAW REFORM COMMITTEE OF THE PARLIAMENT OF VICTORIA, *RESTITUTION FOR VICTIMS OF CRIME: FINAL REPORT* (1994); THE AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *SAME TIME, SAME CRIME: SENTENCING OF FEDERAL OFFENDERS* (2006).

163 Victorian Law Reform Commission, *The Role of Victims of Crime in the Criminal Trial Process* sec. 10.12 (Consultation Paper, 2015).

164 Sentencing Act 1995 (WA).

למשל, נקבע תהליך גבייה מיוחד שבו הנפגע פטור מתשלום אגרה לצורך יישומו, ובמקרה של אי-תשלום הפיצוי ניתן לגזור על הנאשם מאסר עד לתשלום הפיצוי.¹⁶⁵ המאסר אינו פוטר את הנאשם מתשלום הפיצוי, והוא אף מצטבר לכל תקופת מאסר אחרת שנגזרה על הנאשם.¹⁶⁶

בית-המשפט האוסטרלי עמד על אופיו האזרחי של הפיצוי, ועל כך שתכליתו להביא לידי כך שנפגע העברה יוכל להימנע מתביעה אזרחית לצורך קבלת הפיצוי המגיע לו:

"All in all, it seems to me that an order for compensation was never intended to be a punishment and never intended to be part of the sentence. The victim of an assault, or other tort which caused him injury, has always had a civil remedy against the wrongdoer. All that the present legislation is designed to accomplish is to avoid the necessity of a separate civil action."¹⁶⁷

גם בניו-זילנד בתי-המשפט מוסמכים לגזור על הנאשם תשלום פיצויים למי שניזוק מהעברה¹⁶⁸ – בין שנזקו כלכלי, גופני, נפשי או אחר¹⁶⁹ – בהתאם לגובה הנזק שנגרם לו וללא כל מגבלה לגבי הסכום המרבי. אם בית-המשפט נמנע מלפסוק פיצוי לנפגע העברה, עליו לספק לכך הסברים.¹⁷⁰ מקום שבית-המשפט סבור כי העברייני לא יוכל לשלם גם פיצוי וגם קנס יש להעדיף פיצויים לנפגע העברה על השתת קנס לטובת המדינה.¹⁷¹ אכיפת תשלום הפיצוי נעשית כשם

¹⁶⁵ שם, ס' 119A(3) קובע את דרך חישוב המאסר ביחס לסכום הפיצוי שנקבע. לפי סעיף זה, מספר ימי המאסר הם התוצאה של חלוקת סכום הפיצוי ב-50. כך, אם הפיצוי עומד על 1,000 דולר, ייגזרו על הנאשם 20 ימי מאסר (או תקופה קצרה יותר אם כך יקבע בית-המשפט).

¹⁶⁶ אלא אם כן בית-המשפט קבע אחרת. לסקירה מקיפה של הסדרי הפיצוי באוסטרליה ראו: Vince Morabito, *Compensation Orders Against Offenders – An Australian Perspective*, 4 SING. J. INT'L & COMP. L. 59 (2000).

¹⁶⁷ R. v. Byrnes, (1996) 22 R. v. Allsopp, (1972) 34 QWN 79, 80 (Austl.) 167 ACSR 608, 618 (Austl.).

¹⁶⁸ ראו: Sentencing Act 2002, §§ 32–38A (N.Z.).

¹⁶⁹ שם, ס' 32.

¹⁷⁰ שם, ס' 12(3).

¹⁷¹ שם, ס' 14(2). לפירוט על-אודות הסדר הפיצוי בניו-זילנד ראו: NEW ZEALAND LAW COMMISSION, *COMPENSATING CRIME VICTIMS* (2010).

שאוכפים תשלום קנס, ולבית-המשפט נתונה הסמכות לעשות שימוש במגוון אמצעים כדי לאכוף את תשלום הפיצוי.¹⁷²

גם בחוקת רומא הדגישו את חשיבות הפיצוי לנפגע העברה כחלק בלתי-נפרד מההליך הפלילי.¹⁷³ לבית-המשפט הבינ-לאומי הפלילי (ה-ICC) יש סמכות לפסוק פיצויים לנפגעי העברה בשיעור התואם את הנזק שנגרם להם וללא כל מגבלה סטטוטורית.¹⁷⁴ בית-המשפט הדגיש גם את חשיבות מעורבותו של נפגע העברה בהליך הוכחת הנזק:

“The victims of the crimes, together with their families and communities should be able to participate throughout the reparations process and they should receive adequate support in order to make their participation substantive and effective.”¹⁷⁵

עיון בהסדרי הפיצוי השונים מעלה אם כן כי בשיטות המשפט השונות נמנעו מלקבוע תקרה לפיצוי.¹⁷⁶ בחלקן אף נקבעה חובת פיצוי, אלא אם כן מתקיימים טעמים מיוחדים – אשר על בית-המשפט לפרטם – המצדיקים הימנעות ממתן פיצויים. עמדה אחידה זו של רוב מדינות העולם המודרני עולה כדי קונסנזוס גלובלי, אשר מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לטעמים העומדים ביסודו.¹⁷⁷ אני סבור כי במקרה דנן, לנוכח העובדה שמדובר בתכליות דומות

Summary Proceedings Act 1957 172

U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome Statute on the International Criminal Court, July 17, 1998, U.N. Doc A/CONF. 189/9 (1998), 37 I.L.M. 999 (1998), art. 75(1): “The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation. On this basis, in its decision the Court may, either upon request or on its own motion in exceptional circumstances, determine the scope and extent of any damage, loss and injury to, or in respect of, victims and will state the principles on which it is acting”

174 לתיאור מפורט של הסדר הפיצוי ב-ICC ראו: Linda M. Keller, *Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims' Reparations*, 29 T. JEFFERSON L. REV. 189 (2007); CONOR MCCARTHY, REPARATIONS AND VICTIM SUPPORT IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2012); LUKE MOFFETT, JUSTICE FOR VICTIMS BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (2014)

Prosecutor v. Lubanga, ICC-01/04-01/06 para. 203 (Aug. 7, 2012) 175

176 בוודאי בקשר לעברות חמורות ולנאשמים בגירים.

177 ראו את דבריו של המשנה לנשיאה ריבלין (שנכתבו בקשר לסוגיית ה"הולדה בעוולה") בע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 34 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 28.5.2012): "קונסנזוס

ובהליך גזירת דין אשר לענייננו דומה בעיקרו בכל השיטות האמורות כמו-גם בזו הישראלית, יש להעניק משקל כבד לקיומו של קונסנזוס גלובלי ביחס להעדרה של תקרת פיצוי לנפגע העברה בהליך הפלילי. בדומה לתפיסת הפיצוי בישראל, גם שיטות המשפט שצוינו לעיל מדגישות את אופיו האזרחי של הסדר הפיצוי ואת תכליותיו – מתן פיצוי הולם, מהיר ונוח לנפגע העברה. גם הן מודעות למגבלותיו של ההליך הפלילי בהערכת נזקיהם של נפגעי העברה, אך אינן מוצאות בכך הצדקה לשלילת פיצוי מנפגעי עברה שנזקם ברור או הוכח באופן מספק. הן מדגישות את חוסר יכולתו המעשית של נפגע העברה להתעמת עם העברייני בהליך אזרחי, ואת הצורך בהסדר פיצוי פלילי שיוכל ליתן מענה מספק לנזקיהם של נפגעי העברה. בשל העדר טעמים חזקים המצדיקים סטייה מקונסנזוס זה, ביטולה של התקרה בחוק הישראלי או למצער אימוץ פרשנות (בפסיקה או באמצעות תיקון חקיקתי) של "תקרה נפרדת" הינם צעדים מתחייבים ונדרשים. צעדים אלה יציבו את ישראל בשורה אחת עם המדינות שמכירות דה-יורה בזכותו של נפגע העברה לקבל פיצוי, ואשר מאפשרות לנפגע העברה, דה-פקטו, לקבל פיצוי ראוי, מהיר, נוח וזול.

2. ההצדקות לביטולה של תקרת הפיצוי

משעמדנו על חשיבותו של הפיצוי, מתבקשת מאלה השאלה אם מוצדק להגבילו בסכום מרבי שאינו תלוי בנסיבות המקרה.¹⁷⁸ כאמור לעיל, ההצדקה המקובלת להצבת תקרה לסכום הפיצוי נעוצה בכך שמדובר בהליך ללא הוכחת נזק. אם כך, טענתי היא כי מקום שהנזק הוכח באופן מספק אין מקום להגבלת סכום הפיצוי. אני סבור כי יש לבטל את תקרת הפיצוי הקבועה בסעיף 77 לחוק, ולאפשר לבית-המשפט לפסוק את סכום הפיצוי הראוי בכל מקרה ומקרה תוך שהוא שוקל, בין יתר השיקולים, אם הנזק הוכח כדבעי. מקום שאין מחלוקת על היקף הנזק (או למצער על חלקו) או שהנזק הנטען הוכח, אין כל מקום להגבלת סכום הפיצוי

גלובלי אמנם אינו מחייב בשיטת משפטנו, ובמקרים המתאימים אף עשוי להימצא טעם טוב לסטות ממנו; אולם אין ספק כי מן הראוי ליתן לו משקל מתאים, תוך התייחסות לגורמים ולנימוקים שהובילו ליצירתו, ולבחון אם ראוי לאמצו גם במסגרת שיטת המשפט הישראלית. בסוגיה שבפנינו, אין מקום לסטות מן הקונסנזוס הגלובלי. שיטת המשפט הישראלית מקדשת את חיי האדם באשר הוא והיא חוסמת כל גריעה מערך החיים. חיייו של אדם, כל אדם, טובים ממותו. כן ראו את דבריו של השופט ג'ובראן ברע"פ 7036/11 מדינת ישראל נ' חורי, פס' 55–56 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 24.4.2014).

178 ברי כי תשובה שלילית תצריך תיקון חקיקתי שבו תושמט התקרה הקבועה בס' 77 לחוק. זאת, להבדיל ממתן פרשנות תכליתית לס' 77 כמגדיר "תקרה נפרדת", אשר אפשרי – ולטעמי אף נדרש – בהפעלת הוראת החוק העכשווית.

באופן שאינו תלוי בהיקף הנזק שנגרם. כך, למשל, מקום שהנאשם גנב מיליון שקל מנפגע העברה ודבר הגנבה הוכח, וכמוהו גם הנזק (המינימלי והראשוני) שנגרם לנפגע העברה (בגובה הגנבה), אין כל הצדקה לא לפסוק לנפגע העברה פיצוי כגובה הנזק שהוכח.

תקרת הפיצוי במשפט הישראלי נקבעה בשל העדר יכולתו של ההליך הפלילי לברר את הנזק לאשורו. אולם האם מוצדק להגביל את סכום הפיצוי כאשר אין מחלוקת בנוגע לשיעור הנזק או כאשר הנזק ניתן להוכחה ולבירור בקלות? אני סבור כי יש להשיב על שאלה זו בשלילה. כפי שטענתי לעיל, יש סיבות טובות רבות המצדיקות פסיקת פיצוי ראוי לנפגע העברה בהליך הפלילי, והמגבלה היחידה שבעטייה מוצדק להימנע מלעשות כן היא אופיו של ההליך הפלילי, שאינו מאפשר הוכחת נזק. מכאן, מקום שמגבלה זו אינה רלוונטית או שניתן להתגבר עליה, אין כל מניעה או הצדקה להגביל את סכום הפיצוי. תקרת סכום נוקשה, כפי שקבועה בחוק הישראלי, אינה גמישה ואינה רגישה לנסיבות המקרה, וכזו היא חוטאת לתכליותיו של הסדר הפיצוי. היא אינה מאפשרת את התאמת סכום הפיצוי לגובה הנזק במקרים שבהם הנזק אינו במחלוקת או שהוא הוכח כדבעי או ניתן לבירור ולהוכחה בקלות.

כפי שנוכחנו, שיטות המשפט האחרות נמנעו מלהגביל את הסכום המרבי שניתן לפסוק כפיצוי לנפגע העברה בהליך הפלילי. חרף מודעותן למגבלותיו של ההליך הפלילי כהליך שאינו מקיים פרוצדורה קפדנית להוכחת סוג הנזק ושיעורו המדויק, ובשל הכרתן בזכותו של נפגע העברה לפיצוי על נזקיו, בחרו מדינות העולם המערבי לא להגביל את גובה הפיצוי שניתן לפסוק לנפגע העברה, והסמיכו את בתי-המשפט לפסוק פיצוי ראוי בכל מקרה ומקרה על-פי נסיבותיו ובהתאם למידת הוכחת הנזק בהליך. כך, למשל, בקנדה לא נקבעה תקרת פיצוי נוקשה, ובמקום זאת נקבע בחוק כי פיצוי יינתן בהליך הפלילי רק כאשר שיעור הנזק ניתן לבירור בקלות.¹⁷⁹ גם באנגליה לא הגביל המחוקק את סכום הפיצוי שניתן לפסוק לנפגע העברה, חרף העובדה שמדובר בהליך שבו הערכת הנזק נעשית רק על-פי אומדנה מהירה וגסה ("rough and ready") של הנזק. עם זאת, בהתאם להלכה הנהוגה שם, על-מנת להעניק פיצוי, בתי-המשפט מבקשים להיות משוכנעים

179 ס' 738 לקוד הקנדי, לעיל ה"ש 121: "[where/if] the amount is readily ascertainable".
חרף זאת, סכומי הפיצויים הנפסקים על-ידי בתי-המשפט הקנדיים גבוהים מאוד, ומגיעים גם למאות אלפי דולרים ואף למיליונים. ראו, לדוגמה: R. v. Scherer, (1984) 16 C.C.C. (3d) 30 (Can.); R. v. Moscone, (1985) 15 WCB 150 (Can.); R. v. Gaudet, (1998) 125 C.C.C. (3d) 17 (Can.); R. v. Deen, (1998) 120 C.C.C. (3d) 482 (Can.).

באחריותו של הנאשם לגרימת הנזק, וכן שהנזק הנטען יהיה ברור ולא-מורכב ושיעורו יהיה ניתן להערכה קלה ומהירה.¹⁸⁰ באופן דומה קבעו בתי-המשפט באוסטרליה כי פסיקת הפיצויים צריכה להיעשות כאשר מדובר ב-"Clear Case" כאשר לשאלת אחריותו של הנאשם לנזק הנטען ובאשר לשיעורו של נזק זה.¹⁸¹ גם בזק קורא בספרו לבטל את תקרת סכום הפיצוי ו"להסמך את בית המשפט לפסוק פיצויים בשיעור הנזק שנגרם ללא הגבלת סכום".¹⁸² ברי כי אין זה ראוי או מוצדק לדרוש מהנאשם פיצוי, בוודאי פיצוי גבוה, מבלי שבית-המשפט השתכנע באחריותו לגרימת הנזק ונדרש להערכת מידת הנזק, ולו באופן גס. אולם ככל שהנזק הוכח, וככל שבכוחו של בית-המשפט הפלילי להגיע לממצאים מבוססים באשר לגובה הנזק מבלי שיהיה בכך כדי לסרב את ההליך ולהעמיס עליו מעבר לצורך, מוצדק לפסוק פיצוי בהתאם לגובה הנזק שהוכח. הדברים הללו מוצאים חיזוק בעובדה שרובם המכריע של נפגעי העברה אינם מממשים את זכותם לתבוע את נזקם בהליך האזרחי,¹⁸³ ועל-כן מוצדק להעניק להם פיצוי ראוי, התואם ככל האפשר את הנזק שנגרם להם, בהליך היחיד אשר מכיר בנזק, בסבל ובצער שנגרמו להם.

180 ראו, לדוגמה: 3 [1981] Cr. App. R. 53 (Eng.); R. v. Donovan, [1981] 3 Cr. App. R. (S.) 192 (Eng.); R. v. Richards, [1985] 7 Cr. App. R. (S.) 158 (Eng.); R. v. Stapylton, [2013] 1 Cr. App. R. (S.) 68 (Eng.); R. v. James, [2003] 2 Cr. App. R. (S.) 574 (Eng.). ראו גם: R. v. Pola, [2010] 1 Cr. App. R. (S.) 32 (Eng.). שם פסק בית-המשפט פיצויים בסך 90,000 פאונד לאדם שנפצע קשה בעקבות התמוטטות קיר במהלך עבודה. בית-המשפט עמד על כך שכיום יש לבתי-המשפט הפליליים ניסיון רב יותר וכלים רבים יותר להערכת נזקים, ועל-כן יש מקום לסטות מהגישה הזהירה שנקטו בתי-המשפט בעבר.

181 "[The object of the compensation order] is to enable the court to order compensation to the victim in cases in which both liability to compensation and quantum can be simply determined" – R. v. Landolt, [1992] 63 A. Crim. R. 220, 223 (Austl.).

182 בזק, לעיל ה"ש 118, בעמ' 182. אולם נראה כי אין הוא מנמק את דעתו זו.

183 וזאת מכל מיני סיבות, שעליהן עמדנו לעיל, ביניהן מצוקה כלכלית או נפשית. עמד על כך השופט רובינשטיין בעניין טווק, לעיל ה"ש 20, פס' יט: "במקרים רבים האפשרות לתביעה אזרחית 'רגילה' היא תיאורטית ועלולה להישאר 'על הנייר' בלבד, שכן לנפגעי עבירה רבים אין הכוחות הנפשיים לפתוח את האירועים הטראומטיים לדיון מחודש לאחר שההליך הפלילי הגיע אל סופו, על כל הכרוך בכך... ולכן מצטרפים קשיי הגביה... והצורך בשכירת שירותיו של עורך דין פרטי, וגם לכך יתכנו עלויות." מתברר כי תופעה זו, שבה נפגעי העברה נמנעים מלתבוע בהליך אזרחי את מי שפגע בהם, נפוצה בכל העולם. ראו Morabito, לעיל ה"ש 166, בעמ' 113 והמקורות המובאים שם.

כפי שהודגם לעיל, ייתכנו מקרים שבהם כחלק מבירור אשמתו של הנאשם יוכח גם הנזק שנגרם לנפגע העברה. נוסף על כך, ולא כבעבר, כיום לבית-המשפט הפלילי יש כלים טובים יותר להערכת הנזק שנגרם לנפגע העברה, כגון "הצהרת נפגע" – שבה "נפגע העבירה", כהגדרתו בחוק זכויות נפגעי עבירה, מצהיר "על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש"¹⁸⁴ – או "תסקיר נפגע"¹⁸⁵. יתר על כן, במקרים רבים הוכחת הנזק נחוצה לשם הוכחת יסודות העברה הספציפית, ולעיתים היא דרושה לשם הערכת חומרתה של העברה וגזירת דינו של הנאשם במנותק משאלת הפיצוי.¹⁸⁶ מקום שהוכח – או אף מוסכם על הצדדים – שיעור הנזק שנגרם לנפגע העברה, והוא עולה על תקרת הסכום הקבועה כיום בחוק, קיומה של התקרה ימנע עשיית צדק עם נפגעי העברה, לא כל שכן אם הפיצוי יחולק בין כל נפגעי העברה בהתאם למנגנון של "תקרה נחלקת".

סיכום

פיצוי נפגעי עברה על כל הנזק שנגרם להם בעקבות העברה הפלילית מבטא עיקרון בסיסי של צדק. מתן פיצוי לנפגע העברה קשור בטבורו למעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי. אומנם, הפיצוי נועד לסייע לנפגע העברה ולחסוך לו ולמערכת המשפט התדיינות נוספת וממושכת במסגרת תביעה אזרחית, אולם יש בו גם מימד סמלי-הצהרתי שבאמצעותו בית-המשפט מעביר מסר לנפגע העברה ולכולי עלמא כי קולו של נפגע העברה נשמע וכי המדינה מודעת לסבלו ודואגת לשיפוי. מחקרים מצביעים על החשיבות של מתן הפיצוי לנפגע העברה בגין הנזק שנגרם להם כתוצאה מהעברה, ומדגישים את המשמעות המיוחדת שנפגעי

184 ס' 18(א) לחוק זכויות נפגעי עבירה.

185 ס' 187(ב) לחוק סדר הדין הפלילי. ראו לעניין זה את דבריו של השופט מלצר בע"פ 7609/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק-דינו (פורסם בנבו, 13.11.2008): "התסקיר מטרתו רק לשמש כלי עזר לבית המשפט על-מנת להבין לעומק את הנזק שנגרם לנפגע העבירה, אותו הנזק שאמור להיות מתואר בכלליות על-ידי התביעה בכתב האישום." בעניין פלונית, לעיל ה"ש 78, בפס' 25 ו-38(ב) לפסק-דינו, עומד השופט מלצר על איכות המידע הגלום בתסקיר שנערך על-ידי "אנשי מקצוע", שעולים כדי "מומחים" לצורך העניין, ועל כך ש"אין מניעה לראות בתסקיר נפגע העבירה ראייה קבילה לעניין מצבו של נפגע העבירה והנזק שנגרם לו כתוצאה ממנה" (זאת, בהתייחסו לראיה זו במסגרת תביעה אזרחית נגדרת לפלילים, לפי ס' 77 לחוק בתי המשפט).

186 ראו, למשל, בעניין פלוני, שם.

העברה מייחסים לכך שהפיצוי יינתן דווקא מאת מי שפגע בהם, ולא ממקור אחר.¹⁸⁷

עיון בכלל השיקולים שהועלו במאמר זה, ובחינת הסדר הפיצוי לנוכח תכליותיו, מובילים למסקנה כי הפרשנות המוצעת של "תקרה נפרדת" – שלפיה בית-המשפט רשאי לפסוק את הפיצוי המרבי הקבוע בסעיף 77 לחוק העונשין לכל אחד מהניזוקים בנפרד – היא מתחייבת וראויה.

ראשית, להסדר הפיצוי בהליך הפלילי הישראלי יש סממנים אזוריים ועונשיים גם-יחד. פניו פני יאנוס. והנה, בין שנדגיש את צידו האזורי של הסדר הפיצוי ובין שנעמוד על צידו העונשי, נגיע לתוצאה זהה, שלפיה יש לאמץ "תקרת פיצוי נפרדת". דווקא שני פניו של הסדר הפיצוי מדגישים את הצורך במתן פיצוי לפי "תקרה נפרדת" ואת הצדקתה: תכליותיו האזוריות של הסדר הפיצוי מחייבות ליתן פרשנות מרחיבה לסעיף 77 לחוק וליישמו על-דרך "תקרה נפרדת"; ופרשנות זו תקדם גם את יעדי של ההליך הפלילי ואת תכליותיו העונשיות – גמול, הרתעה, שיקום וחינוך.

שנית, לאורך השנים התפתחה מדיניות משפטית המבקשת לבצר את מעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי. כחלק מגישה זו החלו בתי-המשפט לעשות שימוש הולך וגובר בסמכותם לפסוק פיצויים לנפגע העברה, תוך שהם מדגישים את תכליותיו של מתן הפיצוי בהליך הפלילי, את חשיבותו לנפגע העברה ואת משמעותו כסמל לאחריות הנאשם. הפרשנות המוצעת של "תקרה נפרדת" עולה בקנה אחד עם התפיסה הרווחת כיום המכירה במעמדם של נפגעי העברה בהליך הפלילי. פרשנות של "תקרה נחלקת", לעומת זאת, מנוגדת למגמה שהתפתחה בפסיקתם של בתי-המשפט, אשר מעודדת מתן פירוש ליברלי ומרחיב להוראת סעיף 77, באופן שייטיב עם נפגעי העברה.

עם זאת, בהתחשב בהתקיימותן המוגבלת ובעוצמתן הפחותה של תכליות הפיצוי הפלילי בהקשר של ניזוקים עקיפים, ובשל מגבלותיו של ההליך הפלילי כפי שתוארו, אני סבור כי יש לפרש את סעיף 77 כך שיחול רק על המעגל הקרוב של נפגעי העברה, ולא על כל מי שניזוק מהעברה, כלומר, לא על מי שמשתייך למעגלי פגיעה עקיפים ורחוקים ממעשה העברה או מנפגע העברה (הישיר). זאת, מתוך תפיסה כי בירור נזקם של ניזוקים עקיפים ורחוקים אינו אפשרי בהליך הפלילי, ועלול לסרב מעבר למידה את הליך גזירת הדין.

JOANNA SHAPLAND, JON WILLMORE & PETER DUFF, VICTIMS IN THE CRIMINAL JUSTICE 187 SYSTEM (1985)

מעבר לאמור, אני סבור כי מקום שביית-המשפט פוסק פיצויים בסכומים גבוהים שמגיעים לתקרת הפיצוי, ובוודאי כאשר מדובר במספר רב של נפגעי עברה, עליו לבסס את פסיקת הפיצויים לא רק על הערכות נזק הנגזרות מחומרת העברה, אלא גם על הערכה מבוססת יותר בדבר קיומו של נזק, זיקתו למעשה העברה וכמובן מידתו, וזאת בעזרת הכלים העומדים לרשותו בהליך גזירת הדין. נוסף על כך, אני סבור כי מקום שנזקיו של נפגע העברה הוכחו באופן מספק, לא קמה כל הצדקה להגביל את הסכום המרבי של הפיצוי, ועל-כן תקרת הפיצוי אינה ראויה. יודגש: אני מסכים עם הגישה המצדדת בהגבלת הפיצוי ככל שמדובר בנזק שלא הוכח באופן מספק, וככל שמדובר בהליך שבו לא מתקיים בירור ממשי של שיעור הנזק. אולם לשיטתי, וכפי שנוהגות שיטות המשפט השונות, אין להגביל את סכום הפיצוי בתקרה סטטוטורית נוקשה, אלא יש לאפשר לביית-המשפט להתאים את גובה הפיצוי לשיעור הנזק שהוכח בבירור, יהא גובהו אשר יהא.

מסקירת המשפט המשווה וככל שידיעתי מגעת, העדרה של תקרה לסכום הפיצוי והאפשרות לפסוק לכל מי שנפגע מהעברה פיצוי "ראוי" שאינו מוגבל בתקרה (ואף לא ב"תקרה נפרדת"),¹⁸⁸ באופן שמאפשר להגשים באופן מיטבי את תכליותיו של הסדר הפיצוי, עולים כדי "קונסנזוס גלובלי", אשר מן הראוי ליתן לו משקל כבד. התפתחויות דומות לאלה שחלו בעולם בקשר לתפיסתו הראויה של נפגע העברה, למעמדו בהליך הפלילי ולהכרה בזכותו לקבל פיצויים בגין הנזקים שנגרמו לו עקב מעשה העברה התרחשו גם בשיטת המשפט הישראלית, והן מצדיקות את המסקנה כי אין להגביל את הפיצוי בתקרה נוקשה שאינה תלויה בנסיבות המקרה. יתר על כן, תכליותיו של הסדר הפיצוי הישראלי ותפיסתו הראויה מחזקות גישה זו ומעודדות את ביטולה של התקרה.

תקרת הפיצוי הקבועה בסעיף 77 לחוק העונשין אומצה יחד עם הוראת הפיצוי שהייתה קיימת בפקודת החוק הפלילי משנת 1936. פרט לעדכון התדיר של סכום התקרה, לא נערך דיון מקיף ומעמיק בשאלת הצדקתה של תקרת הפיצוי ואופן יישומה. חרף השינויים – ואולי אף המהפכות – שחלו בסוגיית מעמדו של נפגע העברה בהליך הפלילי בעולם ובישראל, הוראת סעיף זה נותרה על כנה. הסדר הפיצוי הישראלי מעורר שאלות רבות,¹⁸⁹ אשר ראוי שיבוררו עד תום ויקבלו מענה חקיקתי בהתאם לתפיסות ולערכים של החברה הישראלית בתימינו.

188 ככל שמדובר בעברות חמורות.

189 לצד השאלות הקשורות לתקרה ולאופן חלוקתה במצבים של ריבוי ניזוקים, שבהן עסק מאמר זה, סעיף זה מעורר שאלות נוספות בקשר למצבים של ריבוי עברות, של ריבוי נאשמים

אני סבור כי יש לקיים דיון מקצועי וציבורי, ולבחון בצורה מעמיקה את הסדר הפיצוי הישראלי ואת התאמתו לעידן החוקתי ולתפיסה ראויה של זכויות-היסוד של נפגעי העברה במדינת-ישראל. על המדינה, באמצעות בתי-המשפט, לעודד מתן פיצוי לנפגעי עברה שיהיה קרוב ככל האפשר לנזק שנגרם להם (בשים לב לאינטרסים הנוגדים ובכפוף למגבלות שתוארו). אסור למדינה להפקיר את נפגעי העבריינות הפלילית, בוודאי כל עוד אין בחוק הישראלי הסדר פיצוי לנפגע מאת המדינה,¹⁹⁰ בניגוד למצב במדינות רבות אחרות.¹⁹¹

(ראו, לדוגמה, ע"פ 3206/11 ז'אנו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.6.2013), שם חויב כל אחד מהנאשמים בתשלום פיצוי בגובה התקרה למשפחת המנוחה), של נאשמים שהם מבצעים בצוותא ועוד.

190 פרט להסדר בדבר הבטחת התשלום לקטין מכוח ס' 3א לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995.

191 דינה צדוק "הסדרים לפיצוי נפגעי עבירות פליליות מטעם המדינה – סקירה משווה" (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 30.1.2011). הצעה להסדר של מתן פיצוי לנפגעי עברה מאת המדינה נכללה בהצעת חוק זכויות קורבנות עבירה, התש"ס-1999, פ' 807, אך הצעה זו הוסרה. מבלי למצות את הדיון בנושא, אני סבור כי היה זה הסדר ראוי. ראו, לדוגמה, כמה מהצעות החוק הפרטיות שהוגשו בהמשך בנושא: הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון – שירותי סיוע ופיצוי), התשס"ח-2007, פ' 2983/17; הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון – מענק עבור פטירת נפגע עבירה), התשס"ו-2006, פ' 118/17; הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון – סיוע ופיצוי לנפגעי עבירה חמורה), התשס"ה-2005, פ' 3948.

הרומן שאינו נגמר והנרטיב שאינו מוכר: צללים של ספק ציבורי – בעקבות תיק זדורוב

אסף הרדוף*

"כל השופטים, כולל שופט המיעוט, מסכימים שכדי להרשיע לא חייבים לפתור כל חידה ולענות על כל שאלה שנשארה. לא חייבים להרכיב את כל הפאזל, מספיק שמי שמתבונן בפאזל מרחוק יוכל לקבוע בוודאות: אני רואה בית, אני רואה עץ, אני רואה שמיים. לא צריך שהפאזל יהיה שלם, צריך שהוא ייתן תמונה מספקת."¹

תקציר

בסוף דצמבר 2015, ברוב דעות ובפסק־דין ארוך במיוחד, נדחה ערעורו של רומן זדורוב על הרשעתו ברצח תאיר ראדה. תשומת־הלב הציבורית שמשך תיק זדורוב הייתה בלתי־רגילה משתי בחינות: מבחינת התמשכותה, ובעיקר מבחינת אי־הנכונות החברתית לקבל את התזה המשטרית, התביעתית והשיפוטית באשר לרצח ראדה. בחברה שבה שלטת הלכה למעשה מגמה של האשמה, הכפירה הציבורית המתפרצת

* דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת. תודה רבה לשופטים האנונימיים על הערות מועילות, וכן למערכת מאזני משפט ולעורך הלשוני על הצעות טובות שהניבו שיפור רב במאמר ועל סבלנות רבה. המאמר מוקדש לאלה המאמינים בטוב שבאדם, ובעיקר לספקנים בנוגע לרע שבו. האחריות לטעויות שנפלו – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.
1 מסמך "כל האמת על זדורוב" שהפיצה הפרקליטות, פס' 11 (פסקת הסיום), docs.google.com/document/d/1hOyF6aGM1s2LBaXqas-qLeqw37MPKebwn4Xg30-meVA/edit?pref=2&pli=1 (כל האתרים נצפו לאחרונה בדצמבר 2016).

בתיק זדורוב מעוררת השתאות רבה. מה הופך את זדורוב לסמל ציבורי של דורסנות מערכתית ועוול במקום עוד תיק רצח שמסתיים בהרשעה ללא סימני שאלה מיוחדים? בשאלה זו עוסק המאמר.

הלקח שמוצע אינו נוגע בתיק עצמו, אלא במשפט הפלילי בכללותו ובהלך-הרוח החברתי-התקשורתי. המגמה הביקורתית בתקשורת ובציבור כלפי המשפט הפלילי מכוונת בעיקר לתת-הרשעה ולתת-ענישה. כפירה בתזות מאשימות הינה דבר נדיר, במיוחד בזמן-אמת, וזאת לאו דווקא כתוצאה מאמון במשטרה, בתביעה ובבית-המשפט. כציבור אנו נוטים באופן טבעי בעד האשמה של מי שהוצב לפנינו כיעד – נאשמים, חשודים בפלילים ואפילו "חשודים" בהפרת נורמות חברתיות. אנחנו מתחברים בקלות לסיפורי אשמה ומפקפקים מאוד בסיפורי חפות, וזאת בניגוד מוחלט לרעיון של חזקת החפות. משהו מיוחד צריך לקרות כדי להוציאנו מאזור הנוחות המאשים שלנו, משהו כמו נרטיב רצח בלתי-מוכר מבחינה חברתית. אז ורק אז אנו מגלים את ספקנותנו, הגם שהיא אמורה לפעול בכל תיק פלילי ואולי בכל סיפור שלילי שמוצג לפנינו על פלוני. אולם בפועל היא רדומה, ואולי אפילו בתרדמת, ואנו נתקלים בה לכל-היותר במאמרים אקדמיים ובסרטים הוליוודיים.

רקע

מבוא

א. משפט פלילי ותקשורת

ב. רומן תקשורתי

ג. ספקנות תקשורתית ומשפט פלילי

ד. תשומת-לב אוהדת מהתקשורת ומהציבור – מדוע?

ה. משפט פלילי, מניע ונרטיב

ו. ספקנות ציבורית עכשווית ועתידית

תהיות לסיום על עתידו של זדורוב

רקע

בסוף דצמבר 2015 דחה בית-המשפט העליון את ערעורו של רומן זדורוב על הרשעתו ברצח תאיר ראדה. בדעת יחיד הציע השופט דנציגר לזכותו מחמת הספק, אולם השופטים עמית וזילברטל דחו את הערעור, וזדורוב שב לכלא לשאת את עונש מאסר-העולם שנגזר עליו.² פסק-הדין הוא מפסקי-הדין העליונים הארוכים בתולדות המדינה – 292 עמודים, השיאן הזמני של שנת 2015.³ שתי חוות-דעת ארוכות נכתבו. את הראשונה, דעת המיעוט, כתב השופט דנציגר. בתחילה הוא סקר את האירועים וההליכים שהובילו להרשעה. הרצח אירע ביום 6.12.2006. גופתה של תאיר נמצאה בשירותי הבנות בבית-ספרה שבקצרין. זדורוב, שהתגורר ביישוב ועבד בריצוף המקלטים בבית-הספר, נעצר ונחקר. הוא הודה לפני מדובב משטרתי ונחזר את הרצח, אך בהמשך חזר בו מהודאתו. בינואר 2007 הוא הואשם כי רצח את הילדה בשירותים באמצעות שיסוף גרונה בסכין יפנית.⁴ דנציגר סקר באריכות את השתלשלות העניינים בבית-המשפט המחוזי, והדגיש את רצינות ההליך, שכלל מאה עדים, מאות ראיות, פרוטוקול בן אלפי עמודים והכרעת-דין בת מאות עמודים.⁵ הוא דחה בהרחבה את הטענות נגד קבילות ההודאה.⁶ בהמשך הוא התעכב ביסודיות על משקלה, ופירק את ההודאה לחלקים בעלי משקל רב יותר ולחלקים בעלי משקל פחות, לרבות התייחסות לחוות-הדעת בנוגע לכלי הרצח ולשאלת עקבות הנעליים. לבסוף הוא הסיק כי משקל ההודאה בינוני לכל-היותר.⁷ לאחר-מכן הוא דן בשאלת התוספת הראייתית. הוא ציין כי לנוכח חולשת ההודאה נדרש סיוע להרשעת הנאשם, וכי סיוע אכן נמצא.⁸ אולם בסופו של דבר נותר בלבו ספק סביר באשמת הנאשם, שבגינו הורה על זיכוי.⁹ את שארית דבריו הקדיש להתפלמסות עם כותב דעת הרוב השופט עמית.¹⁰

2 ע"פ 7939/10 זדורוב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.12.2015).

3 השיא רוסק לרסיסים בפסק-הדין שניתן בערעורו של אולמרט – 948 עמודים: ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 29.12.2015) (להלן: עניין אולמרט).

4 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 1–3 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

5 שם, פס' 4–33 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

6 שם, פס' 46–86 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

7 שם, פס' 87–306 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

8 שם, פס' 307–342 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

9 שם, פס' 343–354 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

10 שם, פס' 355–364 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

פסק-דינו של עמית היה שונה בתכלית, קצר ונחרץ בהרבה, במגמה לפזר את ערפל הייחוד של התיק ולהשיבו לממדים של תיק רגיל. למן תחילת דבריו הבהיר כי שאלת ההרשעה אינה סבוכה במיוחד, וכי החשוד הטבעי והמידי התברר גם כאשם: "איני סבור כי מדובר במקרה גבולי הנופל בין שטח הרשעה לשטח הזיכוי, אלא במצב בו רגלי ההרשעה נטועות הרחק מקו הגבול."¹¹ עמית התייחס לשאלת ההודאה במשפט בכלל ולהודאתו של זדורוב בפרט, ומצא כי היא קבילה ומשכנעת.¹² הוא ציין כי הסכים עם מרבית דבריו של דנציגר, וכי השניים צעדו יחד כמעט כל הדרך, עד לנושא הסכין וטביעות-הנעל, שעוררו בדנציגר ספק. עמית תקף את פריצת הגבולות הדיוניים בתיק לטובת ההגנה, וביקר בחריפות את ההגנה החדשה בערעור, שלדבריו בחרה קווים חדשים לגמרי. לדידו, שאלת הסכין המשונן נופחה מעבר לכל פרופורציה ואינה מהותית לעניין האשמה.¹³ לאחר-מכן הוא דן בהרחבה בנושא טביעת-הנעל, ולא התרשם שההגנה הצליחה לעורר ספק באשמת הנאשם בעזרת היבט זה.¹⁴ הוא תיאר את זדורוב כאדם לא-ישר, שלילי ובעל עניין באלימות.¹⁵ עמית ציין בקצרה את המניע לרצח – כעסו של זדורוב על קללות שהוטחו כלפיו – ולצד זאת שיער כי אפשר שהדבר מתקשר גם לסקרנותו לגבי תחושת הרצח.¹⁶ לבסוף סקר עמית את הראיות, הסתפק בתוספת שחלשה מסיוע, ובלי היסוס הציע להרשיע.¹⁷

השופט זילברטל הצטרף לעמית בקיצור נמרץ, אם כי בנחרצות פחותה: "בפרשה דנא, כמו גם במקרים לא מעטים אחרים, לא נפתרו כל התהיות העולות מחומר הראיות, ונקודות אחדות, שאינן חסרות משמעות, נותרו בגדר תעלומה לא פתורה."¹⁸ לצד זאת הדגיש זילברטל את יסודיות ההליך ואת הבחינה הדקדקנית של כל ראיה, אשר לא הותירו אחריהן ספק סביר באשמת זדורוב. זילברטל הציג הרהורים קצרים, אך לא ספקות, והצטרף למסקנה המרשיעה.¹⁹

11 שם, פס' 1 לפסק-דינו של השופט עמית.

12 שם, פס' 6–20 לפסק-דינו של השופט עמית.

13 שם, פס' 21–31 לפסק-דינו של השופט עמית.

14 שם, פס' 32–55 לפסק-דינו של השופט עמית.

15 שם, פס' 58–63 לפסק-דינו של השופט עמית.

16 שם, פס' 64–65 לפסק-דינו של השופט עמית.

17 שם, פס' 66–105 לפסק-דינו של השופט עמית.

18 שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט זילברטל.

19 שם, פס' 2–8 לפסק-דינו של השופט זילברטל.

פסק-הדין נחתם באופן לא-שגרתי, בשילוב ידיים של שלושת השופטים ובאמירה משותפת, שהייתה הגיונית יותר אלמלא קיומה של דעת המיעוט והספק שהביעה:

”...אנו תקווה כי בחלוף תשע שנים מיום הירצחה של תאיר ז”ל, תבוא פרשה קשה זו, שהטביעה חותם עמוק על כל הנוגעים בדבר ועוררה עניין רב בציבור הרחב, לידי סיום והתרת ספקות.”²⁰

בקשה לדיון נוסף הוגשה בניסיון לחלץ ממאות העמודים של פסק-הדין שאלות משפטיות עקרוניות.²¹ באמצע יולי 2016 דחתה הנשיאה נאור את הבקשה בקצרה, בקובעה כי לא נקבעה בערעור הלכה, לא כל שכן הלכה חדשה וקשה. היא הסבירה שפסק-הדין אינו סותר את הלכת מצגורה,²² שעניינה קבילות של טביעות-נעל; שפסק-הדין בערעור לא דן בסוגיית הספק הסביר באופן עקרוני, אלא יישם הלכות מקובלות; ששאלות עובדתיות, וגם מחלוקת בין השופטים, אינן מצדיקות דיון נוסף; וכן שתהודה ציבורית ותקשורתית ועניין ציבורי רב אינם כשלעצמם עילה לדיון נוסף.²³

מבוא

תיק זדורוב משך תשומת-לב ציבורית שהייתה בלתי-רגילה בשני מובנים. האחד הוא התמשכותה: התיק עורר עניין ציבורי רב מתחילתו בבית-המשפט המחוזי ועד לסיומו בבית-המשפט העליון, ואפילו לאחר סיומו. המובן האחר הוא שהופך את התיק לנדיר במיוחד: אי-הנכונות החברתית לקבל את התוצאה המשטרית, התביעתית והשיפוטית באשר לרצח ראדה, דהיינו, הספקנות הציבורית הרחבה בנרטיב המאשים.²⁴

20 שם, פסקת הסיום של פסק-הדין.

21 למהיות תקשורתיות מפי מלומדים ראו רויטל חובל ורוני לינדר-גנץ “פרופ’ מרדכי קרמיצר: ההתנהלות של הפרקליטות בתיק זדורוב מפחידה” הארץ 16.10.2014 www.haaretz.co.il/16.10.2014 magazine/.premium-1.2459167; עמנואל גרוס “דעת מיעוט בערעור זדורוב: אין להרשיע ברצח ללא הסכמת כל השופטים” וואלה! 23.12.2015 news.walla.co.il/item/2918345.

22 ע”פ 1620/10 מצגורה נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.12.2013).

23 דנ”פ 1329/16 זדורוב נ’ מדינת ישראל, פס’ 27–34 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם באר”ש, 5.7.2016). סבורני שהחלטתה של הנשיאה נכונה: הסוגיה הסבוכה והחשובה מכל בתיק אינה משפטית, אלא עובדתית – האם המשפך הוא זדורוב או לא? סוגיות כאלה מוכרעות ברגיל בערכאה הדיונית, ולעיתים רחוקות נהפכות בערכאת הערעור.

24 נרטיב הוא סיפור שמוצג על דבר שקרה, הדרך שבה אנו תופסים ומסדרים את חווייתנו.

כחוקר וכמרצה למשפט פלילי בחברה שבה שלטת הלכה למעשה מגמת האשמה, הסנגוריות הציבוריות המתפרצות בתיק זדורוב מעוררת בי השתאות רבה. מה הופך את זדורוב לסמל ציבורי של דורסנות מערכתית ועוול במקום עוד תיק רצח שמסתיים בהרשעה ללא סימני שאלה מיוחדים? מבחינה משפטית איני מוצא שתיק זדורוב מרתק וחדשני או אפילו קרוב לכך, אולם מבחינה ציבורית הוא חסר תקדים בישראל. מה מיוחד בתיק?

מאמרי ייפתח בהתייחסות ליחסי תקשורת ומשפט פלילי באופן כללי. אצביע על הסיקור התקשורתי והתגובה הציבורית יוצא-הדופן בעניין זדורוב, ואעריך אם הם השפיעו על התיק וכיצד. אשער כי המיוחד בפרשה אינו ראיות בעייתיות או היבטים אחרים שייבחנו, אלא נרטיב רצח בלתי-מוכר מבחינה חברתית, שהוביל לספקנות מתמשכת בגרסת המאשימה. אפשר שנרטיב זה עורר חיה נדירה במיוחד מרבצה: ספקנות ציבורית ותקשורתית אמיתית, יסודית ומתמשכת כלפי גרסת המאשימה. אגרוס כי ספקנות כזו חשובה מאין כמוה, וכי הלקח המתבקש מהפרשה אינו נוגע רק ברשויות, אלא בעיקר בגורמים המביטים במשפט מהצד, דוגמת התקשורת והציבור, אשר לעיתים קרובות מדי נוטים במהרה למסקנות אשמה. העדרה של ספקנות ציבורית באשמה במציאות העממית בישראל הוא הדבר המטריד בעיניי, ופרשת זדורוב היא החריג שמלמד על הכלל. בסיום אתייחס לעתידו של זדורוב, ואשער כי סיפורו המשפטי ובעיקר הציבורי רחוק מלהיגמר.

משמעותו אינה תלויה במספר בלבד, אלא גם בשומע ובהיזון ההדדי ביניהם. הנרטיב הוא גשר תרבותי בין הפרט לקהילה, בספקו דרך לספר אירועים ולהסביר כיצד העולם פועל בהתבסס על הבנות קיימות: Susan Bandes, *Empathy, Narrative, and Victim Impact Statements*, 63 U. CHI. L. REV. 361, 385 (1996); Lynne Henderson, *Without Narrative: Child Sexual Abuse*, 4 VA. J. SOC. POL'Y & L. 479, 483 (1997); Martha Merrill Umphrey, *The Dialogics of Legal Meaning: Spectacular Trials, the Unwritten Law, and Narratives of Criminal Responsibility*, 33 LAW & SOC'Y REV. 393, 402–3 (1999); נעמי חנס ושרון חנס "נרטיבים משפטיים של רצח בספרות: פיקציות המאירות תהליכים משפטיים" דין ודברים ה' 47, 53 (2000); יונתן יובל "צדק נרטיבי" מחקרי משפט יח 283, 286 (2002). תיאוריית הנרטיב מדגישה שני מאפיינים של סיפורים שחיוניים על-מנת להבין כיצד המשפט מפיק משמעות: ראשית, בין רכיבים שונים בסיפור מתקיים הידוד אשר משנה את משמעותו של כל אחד מהם כשלעצמו, ועל-כן יש להעריך את כולם ביחד; שנית, הסיפור בכללותו מקביל למודלים קיימים מוכרים של התנהגות אנושית. Lisa Kern Griffin, *Narrative, Truth, and Trial*, 101 GEO. L.J. 281, 286 (2013). כמו-כן, לבחירת הנרטיב יש משמעות פוליטית. Jody Armour, *Just Deserts: Narrative, Perspective, Choice, and Blame*, 57 U. PITT. L. REV. 525, 525 (1996).

א. משפט פלילי ותקשורת

רשימתי אינה מתיימרת להיכנס באופן כללי ליחסים המורכבים בין תקשורת למשפט בכלל ובין תקשורת למשפט פלילי בפרט. המשפט משפיע על התקשורת בשלל הקשרים. עניין זה נדון בשיטתיות בענף משפטי עצמאי, שאינו מושא מאמרי: דיני תקשורת. המשפט הפלילי משפיע גם הוא על התקשורת – למשל, באיסור ישיר לשדר חומרים מסוימים²⁵ או בתחולה כללית של איסורי פרסום שונים המופיעים בחוק העונשין.²⁶ גופי תקשורת אינם חסינים מתחולתם של דיני העונשין.²⁷ לצד זאת, גם התקשורת מסדירה – הלכה למעשה – את המשפט הפלילי במקרים מסוימים. כיצד?

התקשורת מתעניינת מאוד במשפט הפלילי, ולפיכך מאירה היבטים שלו בעבור הציבור. בהינתן שעסקתי בפרקטיקה הפלילית כתובע וכסגור, ובהינתן שאני חוקר ומלמד את התחום זה שנים, אני "משוחד"־משהו בסוברי כי מבין ענפי המשפט, המעניין ביותר מבחינה ציבורית ותקשורתית הוא המשפט הפלילי. פשע ואלימות מצויים במרכז הבמה הן בחדשות והן בתעשיית הבידור.²⁸ אומנם, גם ענפי המשפט האחרים מציעים לעיתים דרמות סוערות, אך המשפט הפלילי עוסק ברגיל בתופעות הנחשבות קשות במיוחד, דוגמת רצח ואונס, ומטיל סנקציות חריפות במיוחד, דוגמת מאסר־עולם ולעיתים אף עונש מוות. כמו־כן, לא נדרשת הבנה משפטית כדי להתעניין במשפט הפלילי. כל אדם מן היישוב מבין היטב מהו רצח ומוטרד ממנו, בהיותו תופעה חברתית בולטת ומאימת, חוצת זמן ומרחב. כך גם פשעים בולטים אחרים, כאונס, שוד, גניבה ומרמה. ככל שהפשע נחשב חמור יותר מבחינה חברתית (או מתקשר לידוען), העניין הציבורי והתקשורתי בו גדל, ונוצר "משפט פופולרי".²⁹ לעומת זאת, ככל שנכנסים לנישות פליליות מקצועיות (למשל, דיני תכנון ובנייה, דיני מיסים), כלכליות (למשל, עבירות

25 למשל, ס' 6 כה לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982.

26 למשל, ס' 144ב, 144ג, 159, 205א, 205ג, 214, 214א ו-251 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

27 השוו: 120 *Prosecuting the Press: Criminal Liability for the Act of Publishing*, 1007 (2007) HARV. L. REV.

28 Sara Sun Beale, *The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law*, 1 BUFF. CRIM. L. REV. 23, 45 (1997).

29 ענת פלג "הערכאה העיתונאית: סיקור משפטים פליליים פופולריים בעיתונות הישראלית" קשר 38, 36, 35, 42 (2011).

צווארון לבן מורכבות) וטכנולוגיות (למשל, חדירה לחומר מחשב), האינטואיציה החברתית לגבי התופעה אובדת,³⁰ ועימה חלק מהעניין הציבורי והתקשורתי בה. דומה שאישום בעברות מוכרות מושך עניין תקשורתי וחברתי גדול בהרבה מאישום בענף נישתי.³¹

האם עניין תקשורתי בתיק כרוך בהשפעה פוטנציאלית עליו? צריך להיות תמים מאוד או לעצום עיניים אל מול המציאות כדי להשיב על כך בשלילה. לצד שילוב אינטרסים גלוי בין המשפט לתקשורת,³² לעיתים השפעת התקשורת על המשפט

30 לחשיבותה של התפיסה הציבורית האינטואיטיבית לגבי המשפט הפלילי ראו: Paul H. Robinson, *Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks Is Just? Coercive versus Normative Crime Control*, 86 VA. L. REV. 1839, 1852–5 (2000).

31 השו' לדיון על "עברות מחוץ לליבה": Douglas Husak, *Crimes Outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 769 (2004).

32 העניין התקשורתי במשפט הפלילי האינטואיטיבי תורם להשגת מטרות משפטיות חשובות. למשל, עקרון פומביות הדיון נהפך בעזרת התקשורת מעיקרון עיוני לעיקרון ממשי. ראו ס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 68–71 ו-74 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט). גם ההרתעה המשפטית הפלילית, שהיא יעד מוכר היטב, מחייבת תקשורת, שאם לא כן השפעתו של פסק-דין שאוכף איסור חוקי תהיה מקומית גרידא – על הנאשם וסביבתו הקרובה. ראו, למשל: JACK P. GIBBS, CRIME, PUNISHMENT, AND DETERRENCE 68 (1975); Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193, 1214 (1985); Neal K. Katyal, *Deterrence's Difficulty*, 95 MICH. L. REV. 2385, 2386, 2389–92 (1997); Dan M. Kahan, *Between Economics and Sociology: The New Path of Deterrence*, 95 MICH. L. REV. 2477, 2489–90, 2496 (1997); Sara Sun Beale, *Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?*, 80 B.U. L. REV. 1227 (2000). בית-המשפט מעוניין בהחלט להנחיל לציבור את המסר שהפשע אינו משתלם. Charles Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 HARV. L. REV. 1357, 1358–9 (1985); Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 NW. U. L. REV. 453, 472 (1997). את השיעור החשוב הזה איננו לומדים בדרך-כלל במישורין מבית-המשפט, משום שרוב הציבור אינו פוקד אותו; לרוב האזרחים אין היכרות אישית עם מערכת המשפט. אורנית קרביץ "שאלה של אמון: תפיסת תרומתה של התקשורת לירידת אמון הציבור במערכת המשפט בישראל" מסגרות מדיה 7, 87, 92 (2011). את השיעור הזה מנחילים בראש ובראשונה מורים במסגרות ביתיות, חינוכיות וחברתיות מגוונות, אולם לצידם התקשורת היא כלי הכרחי להעברת המסר שאין מדובר בשיעור עיוני גרידא, אלא בלקח מעשי שראוי להפנימו; שהמשפט הפלילי לא רק מדבר, אלא גם עושה. זו העמדה המקובלת בספרות המשפטית הפלילית. ראו: HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 272 (1969); Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591, 598–601 (1996). להבדיל, הגישה האקספרסיבית למשפט גורסת כי אין צורך

הפלילי היא כזו שאין האחרון שש להכיר בה בגלוי, אך היא קיימת כמובן. למשל, שאלת הפתיחה בחקירה אינה אמורה להתקשר לתקשורת,³³ אלא שפעמים רבות המשטרה מתעניינת בחשד רק לאחר שהתקשורת מביעה בו עניין.³⁴ במבט מהצד נדמה לעיתים שעניין אכיפתי ויסודיות אכיפתית בעברה קשורים בחוזה לעניין תקשורתי בסוגיה,³⁵ ואילו העדר עניין תקשורתי מגביר את הסיכוי שעברות רבות – אם כי לא-חמורות לרוב מבחינת החוק – לא יחקרו כלל. מבחינה משפטית פורמלית, למערכת האכיפה אין עניין בציבור המתעניין, אלא רק ב"אינטרס הציבור",³⁶ אולם המציאות שונה מהמשפט הפורמלי: מה שאינו מעורר את התעניינותו של הציבור נותר פעמים רבות על ספר החוקים כאבן שאין לה הופכין.³⁷ הדבר נכון, למשל, לגבי עברות קלות עד בינוניות – חוסר התעניינות ציבורית ותקשורתית מאותה שלא תהיה חקירה משטרתית כלל.

עניין תקשורתי מגביר גם את הסיכוי להעמדה לדין³⁸ ואת הסיכוי להכרעה שיפוטית יסודית יותר – הן בערכאה הדיונית והן בערכאת הערעור. אין שופט שיאמר בגלוי כי כתב פסק-דין מושקע יותר בגין עניין תקשורתי, ובוודאי לא

באכיפת החוק, אלא די ביצירתו; אולם גם אז נדרש תיווך תקשורתי שיעביר את המסר לציבור. Richard H. McAdams, *A Focal Point Theory of Expressive Law*, 86 VA. L. REV. 1649, 1668–70 (2000); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 OR. L. REV. 339, 358–62 (2000).

33 ס' 59 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החדס"פ).

34 הסיקור התקשורתי נתפס במערכת כמשפיע על סדר-היום של מערכת אכיפת החוק; על המשטרה, על הפרקליטות ועל בית-המשפט. משאבים גדולים יותר מוקצים לתיקים מסוקרים יותר. קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 105–106.

35 מקום המעצר ועיתויו עשויים להתקשר ל"שיקולי מצלמה". שם, בעמ' 105. למשל, בתחקיר ערוץ 10 נעצרו מול המצלמות שורה של אנשים שהגיעו למפגש עם "ילדה". ראו ת"פ (שלום ת"א) 2507/08 מדינת ישראל, פרקליטות מחוז ת"א – פלילי נ' רותם (פורסם בנבו, 28.3.2011); תפ"ח (מחוז ת"א) 1137/07 מדינת ישראל נ' בן גיא (פורסם בנבו, 21.10.2009). בית-המשפט העליון ביקר בהמשך גם את התנהלות הערוץ, והתריע מפני זליגה מ"עיתונות חוקרת" ל"עיתונות שוטרת". ראו רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.1.2014).

36 השופט ברק כתב כי "עניין לציבור" אינו ההתעניינות שמגלה הציבור בשאלת ההעמדה לדין, וכי הוא "אינו עניין דסקריפטיבי, אלא עניין נורמאטיבי". בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 פס' 28 (1990).

37 דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" משפט וממשל ב 477, Alexandra Natapoff, *Underenforcement*, 75 FORDHAM L. REV. 494–490 (1994); 1715, 1747–8 (2006).

38 ס' 62 לחסד"פ.

שכתב פסק-דין מושקע פחות בגין העדר עניין כאמור. אולם הדברים מעידים בעד עצמם, והגם שהאורך אינו קובע, לעיתים הוא בהחלט אינדיקציה לרצינות ההכרעה וליסודיותה. לא רק על יסודיות השופט התקשורת משפיעה, אלא גם על ביקורתיותו כלפי המאשימה. למשל, בג"ץ נוטה באופן מוצהר לדחות עתירות נגד אי-העמדה לדין או נגד אי-העמדה לדין באישום מסוים בגין "חוסר ראיות", בנימוק שהוא מכבד את מקצועיותה של התביעה ונסיונה.³⁹ אולם במקרים נדירים שבהם הראיות זועקות לשמים לאחר שהתקשורת הפיצה עליהן אור בזה, בג"ץ אינו יכול אלא להיות ביקורתי כלפי המאשימה.⁴⁰

התקשורת עשויה להשפיע על ההליכים כולם. אפילו המשפט הפלילי עצמו מכיר בכך, אם כי בהקשרים נדירים בלבד – למשל, בעברת הסוב-יודיציה. סעיף 71 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, שכתרתו "מניעת פגיעה בהליך פלילי", אוסר פרסום "דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט או על תוצאותיו, וראייה מראש את ההשפעה האמורה כאפשרות קרובה לודאי כמוה כמטרה להשפיע, והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור". הסעיף מחיל את עצמו משלבי המשפט המוקדמים ועד לתום ההליכים, אך מחריג "פרסום ידיעה בתום לב על דבר שנאמר או שאירע בישיבה פומבית של בית משפט". הסנקציה הפורמלית שניתן להטיל בגין האיסור היא שנת מאסר.

39 דוגמאות לדחיית עתירות להעמדה לדין: בג"ץ 2534/97 יחב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997); בג"ץ 2684/12 י"ב בחשוון התנועה לחיזוק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 9.12.2015). דוגמאות לדחיית עתירות להעמדה לדין באישום מסוים או אפילו לעיון בחומרים כדי לנסות לשכנע את הפרקליטות לשנות את עמדתה, ולעיתים אף למחיקה על הסף, בהעדר ראיות נחרצות בתקשורת לצדקת העותר: בג"ץ 8265/11 אסידו נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם באר"ש, 19.1.2012); בג"ץ 4993/12 נתיב נ' פרקליט המדינה (פורסם באר"ש, 12.7.2012).

40 לכך דווקא חסרות דוגמאות, משום שהמקרים הללו נדירים כאמור. מקרה מפורסם אחד היה של ירי בעציר כפות, שבו העמידה הפרקליטות הצבאית לדין את היוורה ומפקדו בעברות קלות במיוחד שאינן נושאות לצידן רישום פלילי. העציר שנורה עתר לבג"ץ נגד החלטת הפרקליטות להסתפק בעברות כה קלות. בג"ץ, שברגיל דוחה עתירות כאלה באמתלה שהוא מכבד את שיקול-דעתה של הפרקליטות, קיבל את העתירה פה אחד: בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד סג(2) 325 (2009). דומני שהסיבה לכך היא אחת ויחידה: האירוע הפלילי צולם ושוודר בתקשורת, מה שלא אפשר לבג"ץ להתעלם מזעקת העותר בשם עצמאות התביעה ושיקול-דעתה. עתירה נוספת שהובילה לביקורתיות שיפוטית נדירה – אומנם לא מפי כל שופטי ההרכב, אך מפי השופט לוי והנשיאה ביניש – הייתה העתירה נגד הסדר-הטיעון שנתקם בעניינו של הנשיא קצב: בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550 (2008) (להלן: עניין הסדר-הטיעון של קצב). אין זה מופרך לשער שהדיון התקשורתי תרם לנימה זו.

תכלית האיסור משקפת את הרעיון שאפילו שופט מקצועי עלול להיות מושפע – בין אם במודע ובין אם לאו – מפרסומים על הפרשה; כך בתיק קל, וכך בוודאי בתיק גדול, בעל משמעות עונשית כבדה ועניין ציבורי רב.⁴¹ אם כך השופט הניטרלי, קל וחומר התביעה והמשטרה;⁴² ואם כך המקצוענים, קל וחומר העדים (ובשיטות משפט אחרות – המושבעים).⁴³ המשפט מכיר אם כן באופן פורמלי באפשרות להשפעה עליו מבחוץ, ופה ושם הדבר אף בא לידי ביטוי בפועל: לעיתים הנאשם מתקומם על שנעשה לו עוול בתקשורת וחרצו את דינו;⁴⁴ ולעיתים מערכת המשפט היא שמתקוממת על חציית הגבולות.⁴⁵ אולם ברגיל המשפט המעשי אינו מרבה להיאבק בפרסומים על עניינים תלויים ועומדים, והאיסור נהפך כבר מזמן לאות מתה.⁴⁶ האיסור שולח מסר, אולם המציאות שולחת מסר הפוך.⁴⁷ השפעה תקשורתית על המשפט היא עובדה בשטח.

האם ראוי שהתקשורת תשפיע על השופטים? התקשורת היא גורם שמקיים הידוד עם שדות אחרים, ביניהם המשפט. היא תורמת בקרה להליך, והיא מהגורמים

- 41 בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356, 364 (1989).
- 42 מרדכי קרמניצר "המשטרה וזכויות האדם" משפט וממשל ב 159, 160–162 (1994); מרדכי קרמניצר "תפקידו של התובע בהליך פלילי" פלילים ה(2) 173, 186–177 (1996).
- 43 Michael Chesterman, *OJ and the Dingo: How Media Publicity Relating to Criminal Cases Tried by Jury is Dealt With in Australia and America*, 45 AM. J. COMP. L. 109 (1997); John A. Walton, *Struck by the Falling Bullet: The Continuing Need for Definitive Standards in Media Coverage of Criminal Proceedings*, 49 CLEV. ST. L. REV. 407 (2001); Andrew E. Taslitz, *The Incautious Media, Free Speech, and the Unfair Trial: Why Prosecutors Need More Realistic Guidance in Dealing with the Press*, 62 HASTINGS L.J. 1285 (2011).
- 44 זכורה בהקשר זה מתקפתו של הנשיא לשעבר קצב על התקשורת. סכנת ההשפעה התקשורתית הוזכרה ונדונה גם בפסק-דינו: ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פס' 394–396 (פורסם באר"ש, 10.11.2011).
- 45 בעניין רמון כתבו השופטים: "בתיק זה נחצו כל הקווים האדומים, המושג סוביידיצה דורדר לתהומות שלא הכרנו... לנו השופטים אין אלא את צו מצפוננו והוא בלבד שמנחה אותנו." ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 96 (פורסם בנבו, 31.1.2007). בעתירה נגד הסדר-הטיעון בעניין קצב ביקר השופט לוי בחריפות את המצב המשפטי בישראל בנושא הסוביידיצה. ראו עניין הסדר-הטיעון של קצב, לעיל ה"ש 40, פס' 67 לפסק-דינו של השופט לוי.
- 46 ראם שגב "סוביידיצה" – הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדמיתם של הליכים שיפוטיים 22 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001).
- 47 בעיה זו, של מסר מהמחוקק שמתנגש במסרים שנשלחים מרשויות האכיפה, אינה נדירה. ראו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 521–3 (2001).

החשובים ביותר בוויסות כוחם של השחקנים החוזרים והחזקים במשפט הפלילי, הנהנים משיקול-דעת רחב: המשטרה והפרקליטות מזה⁴⁸ ובית-המשפט מזה.⁴⁹ רשויות האכיפה והרשות השופטת יודעות שגם התקשורת, כמו האקדמיה במוכח מסוים, יושבת בפינה וממתינה לבקרון, והדבר תורם בוודאי לעיצוב פעולתן מראש, הגם שאינו מנחית אותה. אולם קיים הבדל גדול בין התייחסות להליך תלוי ועומד לבין התייחסות בדיעבד: האחרונה מבקשת להצביע על ליקויים במגמה לקדם שיפור בעתיד – תיקון מופשט; הראשונה, לעומת זאת, מבקשת לעודד תוצאה מסוימת – תוצר קונקרטי. גם האקדמיה כותבת לעיתים לא-רחוקות על הליך שטרם הסתיים, ואינה ממתינה עם הביקורת, אלא מאירה בזמן-אמת, אולי בתקווה שבית-המשפט ישתכנע מדבריה ואפשר אף שיצטטם, מה שנחשב הצלחה ומוסיף יוקרה רבה, בוודאי כאשר מדובר בבית-המשפט העליון. לבסוף, גם הציבור עצמו, בעצמות ברשתות חברתיות ולעיתים אף בהפגנות ובנוכחות באולם הדיונים, מבקש להשפיע על הכרעות שיפוטיות קונקרטיות.

האם ראוי שהתקשורת, האקדמיה והציבור ישפיעו על הכרעותיו של בית-המשפט בזמן-אמת? השאלה מורכבת וחורגת מגבולות מאמרי, שמנסה לפצח את הספקנות הציבורית בעניין זדורוב, ולא להצביע על סכנות הכרוכות ב"משפט התקשורת" או ב"תקשורת השופטת".⁵⁰ במאמרי זה איני נוקט צד בשאלה אם הציבור, התקשורת והאקדמיה צריכים להשפיע על הכרעת-דינו של פלוני אם לאו, בין שהשאלה לגבי אותו נידון היא משפטית ובין אם היא עובדתית. בית-המשפט מסוגל ומעוניין לשקף ערכים חברתיים ומשפטיים, כפי שהם עולים, בין היתר, בתקשורת, בציבור ובאקדמיה. הוא חופשי להכריע, ולפחות לכאורה או למראית-עין אינו חושש מתחרות לגבי קביעת העובדות.⁵¹ בוודאי אין הוא אמור לחשוש

Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 481, 428 (1958); Darryl K. Brown, *Cost-Benefit Analysis in Criminal Law*, 92 CAL. L. REV. 323, 331 (2004); ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 8 (5th ed. 2006).

49 מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223, 230–231 (2005).

50 פלג, להלן ה"ש 59, בעמ' 210.

51 בג"ץ דחה בשעתו עתירה נגד הקמת ועדת חקירה ממשלתית לרצח ארלוזורוב. העותר הוטרד מכך שגורם נוסף דן בשאלה שבית-המשפט כבר הכריע בה ועלול להגיע למסקנות הפוכות ולפגוע בלגיטימציה השיפוטית. בג"ץ לא נבהל, הטעים באריכות את הפער שבין האמת המשפטית לאמת העובדתית, וקבע כי אף אם תינתן הכרעה סותרת על-ידי הגוף הבודק, לא יפגע הדבר בלגיטימציה של בית-המשפט, בוודאי עשרות שנים לאחר הקביעה השיפוטית. בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

הערעור השני; וחלק אחר נעשו לאחר ההכרעה בערעור, ובמסגרתם בלטה הסדרה "צל של אמת", אשר הוקדשה להעלאת ספקות בפרשה ועוררה הדים ציבוריים רבים.⁵⁷ לצד תחקירים ציבוריים ופרטיים, העניין התקשורתי בפרשה גבל לעיתים בפיץ. כך, זוכת פצצת הרייטינג "האח הגדול" 2016 התהדרה מלכתחילה בכותרת "חברת הילדות של תאיר ראדה".⁵⁸

האם תשומת-הלב התקשורתית שבה זכה זדורוב השפיעה על התנהלותה של מערכת המשפט בעניינו? בשורה התחתונה, חרף הביקורת התקשורתית והציבורית, זדורוב הורשע בשתי ערכאות, ובמובן זה נדמה שהתקשורת לא הצליחה להשפיע על התיק. הביקורת התקשורתית לא הובילה לזיכוי, בינתיים. כשם שהתקשורת לא השתכנעה מהדברים שנכתבו בבית-המשפט, כך גם בית-המשפט לא השתכנע מדברים שעלו בתקשורת. אולם אין משמעות הדבר שבית-המשפט לא הושפע. מבט בשורה התחתונה אינו מגלה את מלוא התמונה, הן משום ששורות תחתונות עשויות להשתנות והן משום שחלק מההשפעה עשויה להתבטא בעתיד באופן סמוי ועקיף, לא רק לגבי זדורוב עצמו. אדגיש את המובן מאליו: אין לי הכלים לקבוע שבית-המשפט פסק כך או אחרת בגין העניין התקשורתי בפרשה, ואיני יכול לבסס קשרים סיבתיים עובדתיים בסוגיה. אי-אפשר לחקור את השפעתה העקיפה של התקשורת על שופטים בתיק קונקרטי, בוודאי לא על שופטים שעודם מכהנים.⁵⁹ מבלי לחרוץ דבר, אסתפק ואציג השערות זהירות, במגמה לעורר מחשבה.

סבורני שהעניין התקשורתי אכן השפיע על ההתנהלות השיפוטית בפרשה בשני היבטים לפחות: השבת התיק לבית-המשפט המחוזי לשמיעת ראיות נוספות; ואורך פסק-הדין ויסודיותו. היבט אפשרי שלישי של השפעה נוגע, כמובן, בזיכוי מחמת הספק של השופט דנציגר. אגע בו בעקיפין בהמשך. כעת אתמקד בשני ההיבטים הראשונים.

57 ראו, למשל, מירב אלוש לברון "למה 'צל של אמת' כל כך חשובה" הארץ 6.4.2016 www.haaretz.co.il/opinions/.premium-1.2905689; הרן פיינשטיין "שופט על 'צל של אמת': מעניינת, יסודית, מעלה ספק" *ynet* 5.4.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340, 5.4.2016 ynet L-4787514,00.html

58 ראו אותה מדברת על הפרשה בביקני בג'קוי: www.mako.co.il/tv-bigbrother/video-26593eed98b3c110/s7?subChannelId=846a688ab2fc1510VgnVCM2000002a0c10a.cRCRD&vcid=1cea55725c0d1510VgnVCM2000002a0c10acRCRD

59 ענת פלג "'דמעה אחת שווה אלף מילים' – הזיקה בין התנהלותם התקשורתית של נפגעי עברות למעמדם בהליך המשפטי" קרית המשפט י 185, 208 (2014).

ההיבט האחד הוא כאמור השבת התיק לבית-המשפט המחוזי לשמיעת ראיות נוספות. ברגיל על ההגנה להציג את ראיותיה וספקותיה בערכאה הדיונית, והגם שלעיתים יתירו לה להציג בערעור קו משפטי חדש, המבוסס על עובדות שהוכחו בערכאה הדיונית, היא לא תישמע בטענות עובדתיות חדשות, ואין זה משנה שהוחלפו סנגורים או שמדובר בתיק גדול.⁶⁰ להבדיל מחיי האקדמיה, בחיי המשפט אין מועד ב דיני ראיות.⁶¹ בהקשר זה מחה השופט עמית על כך שבתיק זדורוב "נפרצו כל הגבולות הדיוניים לטובת ההגנה"; הפנה אצבע מאשימה נדירה, אם כי מעודנת, כלפי בית-המשפט העליון עצמו, שאפשר זאת בהפגינו "גישה ליברלית"; והטעים כי למעשה בערכאה הדיונית ובערכאת הערעור התנהלו משפטים שונים עם קווי הגנה אחרים וראיות חדשות, "וברגיל, כזאת לא ייעשה במקומותינו".⁶² אפשר לנסות להציע הסברים אחרים לפריצת גבולות זו, אך דומני שהדבר קשור למידת הסיקור התקשורתי והעניין הציבורי הביקורתי בפרשה, שהניעו את בית-המשפט העליון לגלות ליברליות דיונית, שאינה מאפיינת אותו ברגיל, כפי שכתב ביושר השופט עמית. כאשר זרקורים רבים מאירים וכאשר עיניים רבות מביטות בספקנות, ליברליות כלפי ההגנה לגבי סדרי הדין והראיות המקובלים עשויה לאותת לציבור שבית-המשפט פעל להסרת כל ספק מהזירה המתקשרת כל-כך.

כאמור, היבט שני שמאותת לדעתי על השפעה תקשורתית על ההליך המשפטי הוא תשומת-הלב השיפוטית הדקדקנית. במובן הספקנות הפילוסופית, איני יודע אם זדורוב רצח את ראדה, ולפיכך איני יודע אם נעשה צדק בעניינו, הגם שמבחינה משפטית יבשה, למקרא מערך הראיות שמפורט בפסק-הדין, אני נוטה למסקנת אשמה יותר מאשר בתיקי רצח אחרים. מבחינה עובדתית, אם זדורוב הוא הרוצח, רק הוא יודע זאת; אם לא, יודע זאת עוד אדם אחד לפחות. את האמת העובדתית, ככתוב בהמשך, לעולם לא נדע כמותו/ם. אולם לפחות במובן אחד סבורני שנעשה צדק בעניינו: בתשומת-הלב השיפוטית היסודית שניתנה לכל טיעון ולכל בדל ראיה כמעט. על פניו לא צריך להיות קשר בין יסודיותו של פסק-דין לבין תקשורתיות הפרשה. מלבד ראדה נרצחו בישראל על רקע פלילי 147 איש בשנת 2006.⁶³

60 ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, פס' 4–6 (פורסם באר"ש, 1.12.2011); ע"פ 5734/10 קאשור נ' מדינת ישראל, פס' 2–4, 15–19 (פורסם באר"ש, 25.1.2012).

61 כך גם במשפט האזרחי. ראו ע"א 1773/06 אלף נ' קיבוץ איילת השחר, פס' 17 (פורסם באר"ש, 19.12.2010).

62 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 21 לפסק-דינו של השופט עמית (ההדגשה במקור).

63 לסטטיסטיקה על מקרי רצח בישראל בשנים 2000–2006 ראו אורי טל "נתונים על מעשי רצח

https://www.knesset.gov.il/mmm/ (12.2.2007, מרכז המחקר והמידע, הכנסת – בארץ) [.data/pdf/m01686.pdf](https://www.knesset.gov.il/mmm/.data/pdf/m01686.pdf)

סיכום שנת 2006 בישראל בוויקיפדיה כולל מקרה רצח יחיד על רקע לא-בטחוני: רצח תאיר ראדה. ראו "2006 בישראל" ויקיפדיה (נערך לאחרונה ב-4.9.2016) https://he.wikipedia.org/wiki/2006_%D7%91%D7%99%D7%A9%D7%A8%D7%90%D7%9C

ראו, למשל, ע"פ 2286/14 גייבנדוב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.11.2015) (23 עמודים לדחיית ערעור על הרשעה ברצח מפי השופט ג'ובראן); ע"פ 4189/13 ברכאת נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 15.10.2015) (15 עמודים מפי השופט עמית).

בשנת 2015, בבית-המשפט העליון, לבד מעניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, ומעניין אולמרט, לעיל ה"ש 3 (שון בשבעה נאשמים ובשורה של פרשות, שהיו סכוכות הרבה יותר מבחינה עובדתית ומבחינה משפטית), חצה את רף מאה העמודים בתיק פלילי רק מקרה אחד ויחיד: ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 8.12.2015) (133 עמודים). בשנת 2014 חצו רק שני תיקים את קו המאה והגיעו ל-102 עמודים; ב-2013 עשו זאת שני תיקים, עם 116 ו-101 עמודים; וב-2012 לא חצה את הרף ולו פסק-דין אחד. ב-2011 היה השיאן עניין קצב, לעיל ה"ש 44, אשר לא במפתיע חצה את הקו והגיע ל-249 עמודים; סגנו באותה שנה היה תיק מרובה נאשמים שהעלה שאלות משפטיות חדשניות לגבי חקיקה העוסקת בפשע מאורגן – ע"פ 2996/09 דבור נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש 11.5.2011) (203 עמודים); ומקום שלישי באותה שנה שיך לידוען אחר – ע"פ 10733/08 גולדבלט נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 17.2.2011).

השופט עמית הוביל זיכוי מחמת הספק, למשל, בע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.10.2010) (זיכוי אב מאשמת אונס חמור של בתו); בע"פ 2326/11 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 15.3.2012) (זיכוי מביצוע מעשה סדום במשפחה); ובע"פ 7253/14 פינקלשטיין נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 16.11.2015) (זיכוי מקשירת קשר לרצח). השופט זילברטל הוביל זיכוי מחמת הספק בע"פ 7860/10 אלפסי נ' מדינת

במיוחד להרשעה, והשופטים שהרשיעו הבהירו את העדר ספקותיהם. אין זה משכנע את כולנו באשמת זדורוב, אך קשה לא להשתכנע שההרשעה נעשתה לאחר בדיקה יוצאת-דופן בדקדקנותה ובספקנותה, אשר הלוואי שכל נאשם ומערער יזכו בה. בפועל אך מעטים זוכים בה.

הליברליות כלפי סדרי הדין המקובלים והבדיקה הדקדקנית לא סייעו לזדורוב להיחלץ מהכלא. אולם דקדקנות וספקנות שיפוטית ונכונות לחרוג מסדרי הדין אינן באות לשם חילוץ כל נאשם מהרשעה, אלא כדי לצמצם את הסיכוי שהורשע על לא עוול בכפו. הסיכוי שזדורוב יושב בכלא על לא עוול בכפו נמוך מאוד, בעיניי, לעומת הסיכוי שאחרים מצויים בכלא על לא עוול בכפם. הנבירה התקשורתית והציבורית בעולם הראיות בתיק הובילה לספקות רחבים ולעניין רב מחוץ לבית-המשפט, אך לאו דווקא בתוכו, לפחות בקרב רוב השופטים. יותר מהתהייה אם זדורוב אכן אשם כפי שקבע בית-המשפט או חף מפשע כפי שהציעו רבים בתקשורת ובציבור, מעניין אותי מדוע החשדנות והספקנות התקשורתית והציבורית כלפי גרסת האשמה כה נדירות.

ג. ספקנות תקשורתית ומשפט פלילי

עד כה ראינו כי זדורוב זכה בתשומת-לב תקשורתית מיוחדת, ושיעורתי כי הדבר השפיע על תיקו, הגם שלא הוביל (לפי שעה) לנצחונו. אולם מדוע בכלל זכה המקרה בתשומת-לב כזו? הרי איננו חיים במדינה שבה הרצח כה נדיר. מדובר שוב בשאלה שמכוונת לסיבתיות, ומבחינה מתודולוגית היא קשה למענה. אין לי הכלים לעקוב אחר ישיבות מערכת של גופי טלוויזיה מובילים, עיתונות ופורטלים, ולהתחקות אחר הסיבות ההיסטוריות העובדתיות לבחירתן של מערכות שונות להקדיש תשומת-לב ביקורתית לפרשה. אולם אדגיש כי אני מתעניין בתשומת-הלב גרידא, אלא בפתיחות-הלב. תשומת-לב תקשורתית רחבה לתיק פלילי אינה נדירה כשלעצמה. תשומת-לב תקשורתית ביקורתית היא סיפור אחר לגמרי. גם לגביה, ברוב המקרים ביקורת תקשורתית על תיק פלילי מגיעה מכיוון מאשים, כפי שנראה מייד, ורק במקרים נדירים וחריגים היא מבטאת ספקנות לטובת הנאשם ולחובת הרשויות. כזה הוא מקרה זדורוב, אולי תיק הרצח היחיד בהיסטוריה של

ישראל (פורסם באר"ש, 5.2.2013) (זיכוי מגנבת רכב); ובע"פ 7653/11 ידען נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 26.7.2012) (זיכוי מעברת אינוס). השופט דנציגר הוביל בדעת רוב זיכוי מחמת הספק בע"פ 10479/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 11.6.2009) (זיכוי מחבלה בכוונה מחמירה); והוביל דחיית ערעור על זיכוי מחמת הספק בע"פ 6056/13 שיבלי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 21.9.2015) (תיק רצח).

ישראל שבו תקשורת ההמונים ותקשורת היחידים כפרו באופן שיטתי, בזמן-אמת, בנרטיב התביעתי והשיפוטי, וזאת מתחילת התיק עד סיומו ואף לאחר-מכן. מדוע? התקשורת הישראלית היא גורם מפקח חשוב על המשפט.⁶⁸ היא מסקרת את המשפט הפלילי בעברות מוכרות לעיתים לא-רחוקות, אם כי לאו דווקא ביסודיות, שהרי יש לה שלל שדות וענפים אחרים לסקר. כאשר הדיווח ביקורתי, החיצים נשלחים כלפי כל גורם במערכת: המשטרה, ההגנה, התביעה, בית-המשפט וכדומה, וכל אחד מהגורמים הללו חש שהתקשורת מטה את מערכת המשפט הפלילי ומזיקה לו.⁶⁹ גם למתלוננים נשלחים חיצים מגוונים, וגם הם חשים לעיתים קרובות שהתקשורת שופטת אותם. אולם למרות הגיוון במושאי הביקורת התקשורתית, אני מתרשם שהמגמה הביקורתית מכוונת בעיקר לטעויות מהסוגים תת-אישום, תת-הרשעה ותת-ענישה. אף שה"נאשמים" מתחלפים, ה"אישום" נותר דומה: זיכוי שגוי ועונש קל מדי. באלה התקשורת מאשימה את כולם: את המשטרה, שהתרשלה בחקירה; את הפרקליטות, שהסכימה להסדר-טיעון מזכה חלקית או לעונש נמוך; את הסנגוריה, שאינה בוחלת באמצעים לזיכוי; ואת בית-המשפט, אשר בתמימותו מזכה עבריינים ומרחם עליהם.⁷⁰ לדעת התקשורת, כולם אשמים – הן בענישה נמוכה מהראוי⁷¹ והן בזיכוי לא-מוצדק של "עבריינים", קרי, אנשים שהתקשורת עצמה הכריעה כי הם עבריינים⁷² מעצם פרסום התלונה או החשד.⁷³

68 לימור זר-גוטמן "מישורי הביקורת על התנהלות שופטים בישראל" משפט וממשל ט 329, 333, 353 (2006).

69 קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 108.

70 ממחקר תקשורתי עולה כי סנגורים רבים מתוסכלים מכך שהתקשורת מלמדת את הציבור שבית-המשפט רחמן, סוקרת משפטים באופן מוטעה לטובת הרשויות ומתעלמת מזכויות האדם של החשוד והנאשם. לדידם, מערכת המשפט דווקא מחמירה עם נאשמים. שם, בעמ' 100 ו-103.

71 למשל, עומרי אפרים "מתלוננת נגד נחמן: 'לא הפסקתי לבכות, המאבק היה לחינם'" *ynet* 28.12.2015 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4744958,00.html; עידו באום "הדין של לחיאני: עונש קל מדי בתיק הדגל של המאבק בשחיתות המקומית" *הארץ* 30.9.2014 www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.2446681; שמעון איפרגן "עונש קל לחייל שהצית מטוס בשווי רבע מיליון דולר" *mako* 2.8.2015 www.mako.co.il/pzm-soldiers/Article-41d515e6ecdee41006.htm; שלומי גבאי "נהג ג'יפ דרס אישה בחוף בחדרה – וירצה 6 חודשי עבודות שירות בלבד" *וואלה!* 20.6.2016 news.walla.co.il/item/2972047; אין מדובר בהמצאה ישראלית. ראו Beale, לעיל ה"ש 28, בעמ' 47.

72 Nicholas A. Battaglia, *The Casey Anthony Trial and Wrongful Exonerations: How "Trial by Media" Cases Diminish Public Confidence in the Criminal Justice System*, 75 ALB. L. REV. 1579, 1583–6 (2012).

73 הדבר גובל לעיתים באוקסימורון תקשורתי: שגיאה בשן "רוצחי שקד שלחוב ז"ל זוכו מאשמת רצח" *mako* 30.4.2009 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-0d4b5926ca5f021.

התקשורת זועמת או מביעה זעם על הפער שבין האמת התקשורתית לאמת המשפטית.⁷⁴

הנורמה התקשורתית – ביקורת מכיוון מאשים – רווחת עד כדי כך שהיא אינה מצריכה סימוכין רבים, וכל מי שתפתח מנוע חיפוש ברשת ותקליד את המילים "רק עבודות שירות" או "עונש קל" תמצא תוצאות בשפע.⁷⁵ בשלהי 2016 בלטה תופעה זו מאוד בפרשת בוכריס. הפרשה החלה כחשד כבד בעברות מין נגד קצין בכיר מצטיין, שזעק לחפותו. נפתח בעבורו דף אוהדים, ורבים התייצבו להגנתו הציבורית. אולם מאוחר יותר, לקראת סיום הפרשה בהסדר-טיעון, קמה בציבור קריאה רחבת-היקף במיוחד, ואפילו נולד תג הקבצה (hashtag) פופולרי "יותר מבוכריס", שבו סיפרו גולשים על עונשים שקיבלו בגין זוטות, שהיו חמורים לטענתם מהעונש שעליו הוסכם בנוגע לבוכריס.⁷⁶

ומה מן העבר האחר? לעיתים התקשורת עורכת תחקירים המעוררים סימני שאלה לגבי הרשעות-שווא.⁷⁷ אולם הדבר נעשה, אם בכלל, רק בדיעבד ובצורה

004.htm; אמרי סדן "הפרקליטות איבדה את הראיות – שודד הקשישה לא הואשם" 4.7.2016 news.walla.co.il/item/2976129. במקרים אחרים, אחרי שהתקשורת כבר הכריעה עם פרסום הפרשה כי מדובר ברצח, הזיכוי גורר כעס ציבורי רב. כך היה, למשל, במקרהו של אריק קרפ. לתגובות זעמות על הזיכוי ראו נתיב נחמני "הלינץ' בטיילת: תוקפי קרפ זוכו מרצח והורשעו בהריגה" nrg 27.4.2011 www.nrg.co.il/online/1/ART2/235/580.html.

74 הציבור מסיק מסקנות מוקדמות מהסיקור התקשורתי בתחילת ההליך, גם אם הסיקור רדוד ולא-מקצועי, ואינו מקבל קביעות נוגדות בהמשך. קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 98 ו-101. מדגם קצרצר: רויטל חובל "רק 6 חודשי עבודות שירות לנהג שהואשם באונס חשפנית בזמן שהסיע אותה" הארץ 25.6.2015 www.haaretz.co.il/news/law/1.2668735; גלי גינת "עונש קל: עבודות שירות לראש המדרשה שהתחזה כדי לשכב עם נשים" וואלה! 15.2.2016 news.walla.co.il/item/2935071; יואל גולדברג "רק עבודות שירות לקבלן שהורשע שגרם מוות" ynet 26.5.2014 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4523996,00.html; אביאל מגנזי "רק עבודות שירות למורה שתקף מינית ילדים" ynet 26.11.2013 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4458327,00.html; פוראת נסאר ויוסי מזרחי "רק עבודות שירות למתחזה ל'חולת סרטן'" mako 11.4.2011 www.mako.co.il/news-law/legal/Article-1f31f374fc44f21004.htm.

76 הגר בוחבוט וירון דרוקמן "הפקרתי מימיה ונענשתי יותר מבוכריס: קמפיין רשת נגד הסדר הטיעון" ynet 1.12.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4887011,00.html; #יותר מבוכריס: גל מחאה ברשת נגד העונש שניתן לתא"ל אופק בוכריס" nana10 1.12.2016 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1221395.

77 ארי פינס "תעלומת הרוצח הסדרתי" mako 15.7.2015 www.mako.co.il/weekend-articles/Article-fc0588569f29e41006.htm (בקשר לרצח הילד דני כץ); ניר שחק "עובדה: עובדיה שלום, תיק פתוח" mako 12.1.2015 www.mako.co.il/tv-ilana_dayan/2015-076d40b474 dda410/Article-91cf991d68eda41006.htm; "מי באמת רצח את חנית קיקוס" nana10

נקודתית מאוד, ואינו נהפך לסיפור ציבורי של זעקת חפות החודרת קירות אטומים. מקרים שבהם התקשורת מבקרת ענישה בגין היותה חריפה מדי הם נדירים עד דמיוניים. התקשורת מציגה הלך-רוח מאשים מאוד אך יסודי הרבה פחות מהמטרה ומהתביעה, חורצת אשמה במהירות ואף לפני הגשת כתב אישום, ומבקרת בחריפות ענישה שהיא תופסת כנמוכה, וזאת בהתעלם לא רק מטיעוני הגנה, אלא גם משיקולים שאפילו התביעה ובית-המשפט התחשבו בהם. חלף דיווח עובדתי ענייני מוגש לקהל מוצר בידורי דרמטי, שמטעים את הסנסציה והסיפור האישי והרגשי, לא אחת תוך התמקדות בנפגעי העברה, במגמה לשפר את נתוני המדרוג.⁷⁸ מדוע? דומה שהלך-הרוח התקשורתי המאשים מוליד את זה הציבורי או נולד ממנו. מגמת הסיקורים היא לחשוף החלטות לטובת ההגנה כשגויות ומקוממות, ולא להצביע על בעייתיות בהחלטות לטובת התביעה. המגמה התקשורתית המאשימה – הצבעה על זיכויים שגויים וענישה נמוכה – מתקשרת בוודאי לפחד הציבורי מפני פשיעה.⁷⁹ ייתכן שהתקשורת נוטה לתביעות, וייתכן שהיא פשוט מספקת לציבור את הנימה שנדמה לה שתמשוך קוראים ומאזינים. אפשר שסיפורים על זיכוי-שווא וענישה קלה מדי מרתחים את הדם הציבורי, ובמובן זה מושכים את עין הקורא ואת אוזן הצופה. סיפור מרגיז ומקומם עשוי לעניין, ועל-כן מהווה מוצר שקל לשווקו. אדם מן היישוב בוודאי אינו מתקשה להתחבר למסר שמשווה מקולקל במערכת המשפט הפלילי: הרי הפשע נמשך ורחוק מלהיות נדיר, ואם כך, נוח לסבור שהקלוקל הוא לטובת חשודים ונאשמים, בצורת סגירות-שווא של תיקים, זיכוי-שווא וענישה מקילה, להבדיל מאישומי-שווא, מהרשעות-שווא, מענישה מחמירה ומהפללת-יתר ושימוש רב מדי במשפט הפלילי ככלי הסדרתי. לציבור בוודאי קל יותר לדמיין את עצמו כקורבן של פשע שלא נמנע מאשר כנאשם או כחשוד על לא עוול בכפו.⁸⁰ נאשמים וחשודים אינם מעוררים חמלה או תחושת שותפות גורל, משום שרובנו מתקשים לדמיין את עצמנו כנעליהם.⁸¹ אדם

12.11.2011 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=845788 בלטה בביקורתיותה הסדרה של אורנה בן דור "דיני נפשות", אשר בפרק השני שלה דנה בסיפורי חפות: docu.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1179649&TypeID=0&sid=186

78 ענת פלג ורינה בוגוש "הפרקליט כדובר: השינוי ביחסם של עורכי הדין העוסקים בפלילים לתקשורת בישראל" המשפט טו 111, 115, 125–127, 153 (2010); פלג, לעיל ה"ש 29, בעמ' 36 ו-39; פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 193–195 ו-208; קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 98.

79 Beale, לעיל ה"ש 28, בעמ' 47.

80 פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 193–194.

81 אבי שגיא "בין אתיקה של חמלה לאתיקה של צדק" צדק שלי, צדק שלך – צדק בין תרבויות 173, 176–182 (ידידיה צ' שטרן עורך, 2010).

מן היישוב חושש יותר מפגיעה בו מצד פושעים אמיתיים מאשר מפני הטחת חשדות ואישומי־שווא כלפיו; הוא מוטרד יותר מהאפשרות של מתקפה עליו מצד רוצחים, אנסים ושוודדים מאשר מהאפשרות של טעויות והטיות נגדו מצד שוטרים, תובעים ושופטים. הגם שביקורתיות כלפי המשטרה והתביעה (וכלפי המתלוננים) רחוקה מלהיות נדירה, אין משמעות הדבר שבסיפור משפטי קונקרטי יצדד הציבור במי שניצב מולן, דהיינו, בנאשם. להפך, כציבור אנו נוטים באופן טבעי בעד האשמה והרשעה של מי שהוצב לפנינו כיעד – נאשמים, חשודים בפלילים ואפילו "חשודים" בהפרת נורמות חברתיות. איני בטוח אם מדובר באמירה בנלית או קשה ומעוררת מחלוקת. כחוקר וכמרצה למשפט פלילי היא נראית לי בנלית למדי, אך עדיין ראוי להכיר בה במפורש ובהרחבה בשיח האקדמי, המשפטי והחברתי, משום שהיא מנוגדת לרעיון של חזקת החפות המשפטית.⁸² עוד לפני ששמענו את פרטי התיק של נאשם פלוני, אנו מוטים בעד מסקנת אשמה. הנטייה הציבורית המאשימה והמרשיעה אינה נולדת מתוך אמון במוסדות האכיפה והשיפוט דווקא, ולעיתים היא חיה בשלום עם חוסר אמון במשטרה, בפרקליטות ובבית־המשפט.⁸³ נראה שהיא נולדת מתוך חוסר אמון בטוב שבאדם או מתוך אמון ברע שבאדם. כאשר אדם שזר לנו נתפס במסגרת המשטרית⁸⁴ והתביעתית,⁸⁵ אנו מוטים לחובתו, ואין זה משנה שחזקת החפות העיונית עודנה בתוקף. אנחנו תביעתיים מאוד, בעלי תודעה סנגוריאלית נמוכה עד בלתי־קיימת, ואיננו מתחברים – ואיננו רוצים להתחבר – לפרט העומד לדין. אפילו האקדמיה אינה סנגוריאלית במיוחד, וחלק ניכר מהספרות נכתב מזווית שתומכת ברשויות, באינטרס הציבורי ובזכויות נפגעים, להבדיל מזווית המציגה קו עקיב שמתריע על פגיעה בזכויותיהם של חשודים ונאשמים. קל בהרבה להתחבר לקורבנות ולאינטרס הציבורי.

82 לניסיון לתרגום מעשי של חזקת החפות ראו רינת קיטאי "חשיבותה של חזקת חפות פוזיטיבית, תפקידה וטיבה בהליכים הקודמים להכרעת הדין בפלילים" עלי משפט ג 405 (2003).

83 מגמת הירידה באמון הציבור במוסדות אכיפת החוק והמשפט בישראל הינה מתמשכת, ואינה פוסחת על המשטרה והתביעה. בשנים האחרונות התקשורת נוטה לסיקור שלילי, ציני וביקורתי של מערכת המשפט. קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 88 ו-93.

84 עצם האזהרה הניתנת לחשוד בחקירתו מלמדת על הנחת אשמה משטרית: Robert J. Norris & Allison D. Redlich, *Seeking Justice, Compromising Truth? Criminal Admissions and the Prisoner's Dilemma*, 77 ALB. L. REV. 1005, 1011-2 (2013/2014)

85 נטרול מצג האשמה הציבורי לאחר הגשת כתב אישום רחוק מלהיות פשוט. ראו קיטאי, לעיל ה"ש 82, בעמ' 438-439.

"זכויות אדם" הוא מונח מלהיב מבחינה אקדמית, בעיקר במישורים חוקתיים מופשטים ונעזימים, אולם אותו מונח אינו מלהיב במיוחד מבחינה חברתית כאשר אותו אדם הוא חשוד או נאשם. חזקת החפות אינה מלהיבה כאשר הפשע בחוץ גואה, שהרי אם דיווח על פשע, משהו בוודאי אשם. אין פלא שהציבור נוטה ככלל להאמין באשמה מהר ובקלות. רגעים לאחר מציאת גופה כבר הכריעה התקשורת שבוצע רצח. לאחר שנוספת מעורבות משטרתית ותביעתית, המסקנה הציבורית שנאשם ברצח הינו רוצח ושחשודה בהעלמת מס הינה מעלימת מס היא קלה למדי. אם לא, "שיוכיחו את חפותם" – ביטוי מקובל בישראל (אם כי אין בכך כדי לרמוז שבעיה זו ייחודית לישראל).⁸⁶ נטייה ציבורית בעד החשוד או הנאשם עולה, אם בכלל, רק אם מעמדו הציבורי נשגב או אם מדובר בסיפור אשמה שאינו משקף קונסנזוס חברתי, כמפורט בהמשך.

אם כן, דיסוננס חריף מתקיים בין שדות שונים: במשפט, לפחות על הנייר, כל אדם חף מפשע עד שהוכחה אשמתו; בחברה ובתקשורת, לעומת זאת, נדמה לעיתים שכל חשוד או נאשם נתפס כאשם. חזקת החפות נהפכה לחזקת האשמה.⁸⁷ אם יש עשן, יש אש; המשטרה מאתרת עשן, התקשורת מלבה, ולא נותר אלא להרשיע. אין פירוש הדבר שחזקת העדות של מתלוננים במשטרה אינה קשה ואף טראומטית לעיתים, במאמציהם לשכנע את החוקרים באמיתות התלונה; אולם מרגע שנעברה המשוכה המשטרתית והתביעתית, הציבור נוטה לקבל את התזה המאשימה כהנחת-מוצא עובדתית. הנחת-המוצא הנורמטיבית היא זכאי עד שהוכחה אשמתו; הנחת-המוצא העובדתית היא אשם עד שתוכח חפותו, כמעט בכל כתב אישום.

86 הביטוי האמור מקובל עד כדי כך שגם חשודים ונאשמים הפנימו אותו, ולא נדיר לשמוע "אוכיח את חפותי". כך, למשל, התבטאו קצב ומרדכי. ראו איתי הר אור "קצב כפר בהאשמות: בעזרת השם אוכיח את חפותי" כלכליסט 14.5.2009 www.calcalist.co.il/local/articles/14.5.2009; "מרדכי: עוד אוכיח את חפותי" nana10 25.10.2001 0,7340,L-3284362,00.html; news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=29970 שניהם, כזכור, נכשלו במלאכה.

87 בועז סג'ר "לא רק סכנה, אלא תופעה – תשובה לתגובתו של השופט מרדכי לוי על הספר 'הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם: גורמים ופתרונות' מאזני משפט י 67, 79–80 (2015). ביקורת שהוצגה נגד חזקת החפות הייתה שהיא אינה נתמכת בחיי המציאות, דהיינו, אין לה בסיס עובדתי, אלא היא חזקה של מדיניות. אולם השאלה היא היכן היא מיושמת (לגבי נאשמים, לגבי חשודים או לגבי האוכלוסייה הכללית) ולגבי אילו עבירות (תעבורה, מס וכדומה). מודל השליטה בפשע העלה את חזקת האשמה, המניחה כי הרשויות לא טעו באיתור האשמים. קיטאי, לעיל ה"ש 82, בעמ' 414–422.

אודה בחוסר נחת ובחוסר גאווה שגם אני חווה את הפער האמור: אף שאני מסכים עם הערכים שמאחורי חזקת החפות, ואף שאני יודע ומבין את הצורך להיזהר מהרשעה מוטעית, במקרים רבים, כאשר אני קורא כתב אישום ואפילו סיקור תקשורתי מאשים, אני מוטה חברתית לחשוב שהוא משקף עובדות-אמת, ומוטה חברתית לפקפק לא בו, אלא דווקא בתגובת ההגנה עליו. גם אני נוטה להאמין לסיפורים מאשימים במקרים רבים, אף שיש כמובן פער בין האמנה ראשונית לסיפור לבין קבלתו וחריצת ממצאים ודין על-פיו. קשה לשמר השקפה של חפות בעולם שבו כה רבים מורשעים, רובם לפי הודאתם, לרבות זועקי החפות למיניהם. כעניין סטטיסטי, במדינה שבה אחוז ההרשעות כה קרוב למאה קשה לחוש את חזקת החפות כמשהו אמיתי. כתיאוריה היא יפה ומשכנעת; במציאות של חשד מכוער ואישום קשה היא יפה פחות ומשכנעת הרבה פחות. כמו עקרונות יפים אחרים, המציאות הקשה מרוקנת חלק גדול מתוכנם.

במציאות הקשה, ספקנות כלפי גרסת המאשימה היא בגדר יצור בסכנת הכחדה. האמירה כי כבר אין רואים אותה רבות בבתי-המשפט אינה חדשה.⁸⁸ קשורה אליה ומטרידה לא פחות – ואולי אף יותר – היא האמירה שהספקנות האמורה כבר אינה נראית רבות אפילו בתקשורת וברחוב. אכן, רק לעיתים נדירות מאוד התקשורת מבקרת בחריפות בזמן-אמת העמדה לדין או אפילו הרשעה בתיק גדול. הנכונות העקרונית להודות באפשרות של הרשעת חפים מפשע היא עניין אחד; זיהויה של אפשרות כזו בזמן-אמת או אפילו בדיעבד הוא עניין אחר לגמרי. כמה נאשמים בתיקים חמורים ידוע לך, הקוראת, שהורשעו לשווא בישראל? כמה מהם תזכרי בשמם? להערכתך, אפילו הקוראות המשפטניות והאקדמאיות (שאינן חוקרות את הנושא) יזכרו שם אחד ויחיד: עמוס ברנס. ברנס הוא בין היחידים או היחיד שזופה מרצח במשפט חוזר, וכנראה היחיד שניצח בזירה החברתית במאבק לטיהור שמו. מורשעים אחרים שזעקו לחפותם נדחו לא רק על-ידי מערכת המשפט, אלא גם על-ידי התקשורת והחברה. סיפור על הרשעת חף מפשע? אולי בהוליווד, או במקרים מסוימים באקדמיה.⁸⁹ מדוע, בעצם, אנו כה תביעתיים? הרי רובנו לא נמהר לתמוך בהרשעה אם נשער שהנאשם חף מפשע. מדוע אנו משערים שאין הוא חף מפשע? מדוע אנו מתחברים לסיפורי אשמה בקלות ומתחברים הרבה פחות לסיפורי חפות?⁹⁰

88 בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם (2014).

89 למשל, סנג'רו, לעיל ה"ש 87; סנג'רו, לעיל ה"ש 88; מרדכי לוי "הסכנה של הרשעות-שווא בישראל – גורמיה המרכזיים והצעות לצמצומה: בעקבות ספרו של בועז סנג'רו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות" מאזני משפט י 11 (2015).

90 לניתוח ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 88, בעמ' 56–80.

מנשה ושמע כתבו כי מה שנראה לנו כסיפור המשכנע ביותר עשוי לשקף בסך-הכל את הנרטיב התרבותי הנגיש ביותר. התרבות העממית דלה בסיפורי חפות ועמוסה בסיפורי אשמה. כלומר, הנרטיב השכיח הינו מאשים ומרשיע.⁹¹ הנרטיב אינו רק סיפור מקובל שמושפע מעובדות; הוא גם סיפור מקובל שמשפיע על האופן שבו עובדות נתפסות ונקבעות בחברה ובכית-המשפט.⁹² החוויה התרבותית של אדם מקנה לו אוסף תבניות לקליטה ולהבנה של המתרחש בעולם, וכך מעצבת את חשיבתו ואת מה שאנו מכנים "השכל הישר" שלו, אשר ממלא תפקיד חשוב ביצירת המשפט ובהפעלתו.⁹³ לכל אדם יש מאגר של נרטיבים פנימיים שנבנים במהלך חייו, לאור הניסיון והרקע שלו, באופן בלתי-נשלט ובלתי-נבחר.⁹⁴ בהמשך לכך, גם בחירת האדם בין סיפורים המוצגים לפניו היא לאו דווקא מודעת ונשלטת.⁹⁵ ייתכן שבמקום לבחור באופן אובייקטיבי את ההסבר הסביר ביותר מבין הסברים חלופיים שהוצגו בהליך קונקרטי, אפילו קובעי העובדות נוטים, באופן לא-מודע, להסבר שמשקף את הנרטיב הרווח, דהיינו, את הסיפור התרבותי הנפוץ. הנרטיב משקף למעשה דעה קדומה, שמחזקת גורמים חזקים בחברה ומחלישה גורמים חלשים, כסוג של בעיה המנציחה את עצמה. הוא נבנה לא על בסיס אמפירי, אלא על בסיס של כוח ותרבות קיימת. הוא מוביל לדחיית סיפורי הגנה בלי מתן הזדמנות הוגנת, ועלול להוביל לקביעת ממצאים שגויים.⁹⁶ כדי שנרטיב של חפות יסופר ויישמע, דרושה תזה תביעתית שמסופרת ונדחית. נרטיב של נאשם אלים נפוץ בהרבה מנרטיב של שוטר אלים, אשר קיים אך אינו שכיח או אינו מסופר דיו. המשפט הפלילי בישראל דל בסיפורים ציבוריים של נאשמים חפים שהוכר העוול שנעשה להם.

Doron Menashe & Hamutal E. Shamash, *The Narrative Fallacy*, 3(1) INT'L 91
COMMENT. ON EVIDENCE, article 3, 3, 10-23 (2005).

Henderson 92, לעיל ה"ש 24, בעמ' 484. יובל כתב שהנרטיב השיפוטי מנתב את שחזור המציאות בכיוון אידיאולוגי ומצניע כיוונים אפשריים אחרים, כלומר, מצמצם סיומים אפשריים אחרים לסיפור. יובל, לעיל ה"ש 24, בעמ' 287.

93 מנחם מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז 11, 17, 25-21 (1998).

94 שולמית אלמוג משפט וספרות 60 (2000).

95 חנס וחנס, לעיל ה"ש 24, בעמ' 55.

Doron Menashe & Hamutal E. Shamash, *Pass These Sirens By: Further Thoughts* 96
on Narrative and Admissibility Rules, 5(1) INT'L COMMENT. ON EVIDENCE, article 3,
1, 2-4 (2007).

סוגיית הנרטיב היא בעיניי מפתח אפשרי להבנת הייחוד הציבורי בפרשת זדורוב, קרי, להבנת הספקנות יוצאת-הדופן. נרטיב האשמה החברתית חזק מאוד, וכוחו מדבר בעד עצמו. בכשבעים שנות היסטוריה, כמה נאשמים בלתי-מוכרים בעברות חמורות (רצח, אונס, סחר באדם, ריגול, שוד, סחר בסמים) זכו בסיקור תקשורתי אוהד ובתמיכה ציבורית בישראל בזמן-אמת, ובכלל זה בפקפוק שיטתי – להבדיל מתהייה נקודתית ספורדית – לגבי מהלכי המשטרה, התביעה ובית-המשפט לחובת הנאשם? אני מכיר רק אחד: רומן זדורוב. לגבי אשמתו הוצגה ספקנות תקשורתית נדירה בזמן-אמת, שחלחלה לכדי ספקנות ציבורית, שהגבירה את העניין והספקנות התקשורתית, וחוזר חלילה. על רקע זה, הביקורתיות התקשורתית והציבורית הנדירה בעניין זדורוב, מכיוון ההגנה דווקא, ראויה לעיון נוסף. מה מיוחד בתיק זדורוב שהקנה לנאשם אהדה כה רבה בזמן-אמת?

ד. תשומת-לב אוהדת מהתקשורת ומהציבור – מדוע?

מומחיותי אינה בתקשורת, ואף לא במשפט ותקשורת, אלא במשפט הפלילי. בשדה זה, בוודאי בישראל, למעט לגבי נאשם בעל מעמד וכוח ציבוריים, נדיר לפגוש מקרה שבו הגרסה המאשימה נתקלת בספקנות ציבורית תקשורתית רחבה מאוד, למן תחילת התיק ועד לאחר סיומו. מה השתנה עניינו של זדורוב מעניינם של נאשמים אחרים ברצח?

ייתכן שהדבר קשור לחילוקי-הדעות שהתגלעו בקרב המומחים הפורנזיים בעניין הסכין וטביעות-הנעל. אף שמבחינה משפטית הם לא היו לבסוף בעלי משקל רב בהוכחת האשמה, אפשר שהם עוררו עניין תקשורתי. אולם מסופקני אם זהו הסבר נכון. חילוקי-דעות בין מומחים אינם נדירים כלל וכלל. מצב כזה, למשל, היווה בסיס לקבלת ההחלטה על משפט חוזר בעניין שוורץ. הלה, שהואשם במקרי אונס רבים וזוכה מחמת הספק בגין פגמים במסדרי-הזיהוי, הורשע לאחר ניהול הוכחות באינוס יחיד בנסיבות מחמירות, ונשלח באופן נדיר לעשרים שנות מאסר בפועל – העונש המרבי האפשרי.⁹⁷ כאשר מוסיפים שהנאשם היה שחמטאי מחונן ואלוף ישראל בשש-בש, העניין הציבורי הפוטנציאלי אמור לנסוק.⁹⁸ התקשורת

97 מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 5.9.2005). ראו גם הרשעה מחודשת שאושרה בבית-המשפט העליון: ע"פ 5459/09 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.7.2015). בקשה לדיון נוסף נדחתה בקצרה, בהיות הטענות "ערעוריות" באופיין: דנ"פ 5306/15 שוורץ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.9.2015).

98 "אדריאן שוורץ" ויקיפדיה (נערך לאחרונה ב-18.3.2016) he.wikipedia.org/wiki/%D7

הזכירה את הפרשה, אך לא ערכה פסטיבל של תחקירים וביקורות, בוודאי לא לטובת הנאשם.⁹⁹ גם בפרשת קרפ, שזכתה בעניין תקשורתי רב, לא רבתה הביקורת על האישום אף שמומחה ההגנה ד"ר חן קוגל, כיום ראש המכון לרפואה משפטית, הצביע על קשיים בתזה התביעתית. אפילו טענת התביעה מרחיקת-הלכת שקוגל מנסה לנקום במכון לא הפכה את העניין התקשורתי בפרשה לביקורתי במיוחד, בוודאי לא לטובת ההגנה.¹⁰⁰

הסבר אפשרי שני לעניין התקשורתי בפרשת זדורוב הוא הטענות שהועלו משלב מוקדם של החקירה נגד שימוש בעייתי במדובב, בפרט לאחר חזרתו של זדורוב מהודאטו. אולם באופן כללי התקשורת מתמקדת במאבק בפשע, ופחות בשאלת המשפט הנאות וההוגן; וגם הציבור, כאמור, מודאג יותר מיחסם של הפושעים לקורבנות מאשר מיחסה של המשטרה לחשודים ומיחסו של בית-המשפט לנאשמים.¹⁰¹ באופן קונקרטי, מדובבים הם כלי חקירתי שהשימוש בו רחב מאוד; גם כאשר הוא מעורר קשיים שבית-המשפט אינו מתעלם מהם, התקשורת אינה חוקרת, ובוודאי אינה חופרת ביסודיות בחיפוש אחר שורש הבעיה.¹⁰²

הסבר אפשרי שלישי ומשלים לקודמיו נוגע בעבודת ההגנה. אף שהדבר זר לשדה המשפט, בשדה התקשורת נערכת מלחמה עצמאית על דעת-הקהל, שבמסגרתה חברי צוות ההגנה, ולעיתים גם גורמים נוספים לצידם או כנבדל מהם, פועלים כדי להזין את התקשורת בנתונים מסוימים, להפנות אצבעות מאשימות כלפי הרשויות והמתלוננות (כאשר יש כאלה) ולייצר סדר-יום תקשורתי לטובת ההגנה.¹⁰³ יש שהדברים נעשים בשם הצדק והאמת, ויש שהם נעשים בשם האינטרס בזיכוי גרידא. ההגנה עשויה לפעול כדי לייצר לעצמה נרטיב-זיכוי חדש – למשל, להדליף מסמכים ומידע סודי ולהאשים את המתלוננת או המשטרה בהפצתו, במגמה לזעוק

%90%D7%93%D7%A8%D7%99%D7%90%D7%9F_%D7%A9%D7%95%D7%95%D7%A8%D7%A5

99 גלי גינת "הפדופיל אדריאן שוורץ מערער: לא אנסתי ילדה" וואלה! 26.2.2014 news.walla.co.il/item/2724325

100 ורד לוביץ' "פתולוג נגד פתולוג ברצח קרפ: 'נוקם באבו כביר'" ynet 6.7.2010 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3915645,00.html

101 פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 198; פלג ובוגוש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 117.

102 ראו את הסוגיה המטרידה של הסכמי תמריצים שנערכים עם מדובבים, אשר מתלים את שכרם בהשגת הודאה. הדבר אף עורר ביקורת שיפוטית חריפה, גם אם לא זיכוי. ראו ע"פ 4029/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 47–54 (פורסם באר"ש, 10.7.2012). אף-על-פי-כן לא נשמעה בנושא זה ביקורת תקשורתית חריפה.

103 התקשורת נוטה לעיתים לטובת מי שעומד מאחורי הכתבה. קרביץ, לעיל ה"ש 32, בעמ' 99.

שנערך לנאשם משפט-שדה. ככל שלהגנה יש משאבים טובים יותר, לרבות קשרים עם התקשורת, וככל שהסיפור מושך תשומת-לב תקשורתית, סיכוייה להצליח במשימה גדלים. במקרה דנן ייתכן שההגנה הצליחה לשווק את הסיפור לתקשורת ככזה שראוי לסיקור נרחב – למשל, בגין עבודתן הבעייתית של הרשויות. הסבר זה אינו נראה לי חלש, אך הוא מוגבל משום כלליותו: במקרים רבים מאוד יש להגנה עניין להצליח למשוך את התקשורת והציבור ולגרור סחף בדעת הציבור נגד התזה המאשימה. מדוע היא הצליחה דווקא הפעם?

הסבר אפשרי רביעי הוא שפשוט מדובר ברצח יוצא-דופן – רצח ילדה בשירותי בית-ספר. הרצח עצמו נדיר ולפיכך מעניין, ומכיוון שהוא מעניין, הוא נבחן על-ידי התקשורת בשבע עיניים. לא כל רצח מעניין את הציבור באופן רחב, מעבר לדיווח שטחי קצר: לא הרי רצח ילדה בבית-ספר כהרי רצח אישה בידי בעלה, ולכן התקשורת תרחיב על הראשון ותמהר לעבור הלאה בשני. אולם עליו להדגיש כי אפילו במקרה הראשון, הרחבה אין פירושה העמקה בהכרח, ובוודאי לא ספקנות. מקרי רצח חריגים נדונו בהרחבה בתקשורת, דוגמת רצח הילדה רוז פז¹⁰⁴ ורצח התינוקת הודיה קדם,¹⁰⁵ וכמוהם גם מקרי אונס חריגים, דוגמת האונס ב"גן העיר" בתל-אביב.¹⁰⁶ הנאשמים בתיקים אלה לא זכו ליהנות מסיקור תקשורתי שמפקפק בשיטתיות בגרסת המאשימה, אלא נעשתה להם דווקא דמוניזציה.¹⁰⁷

הסבר אפשרי חמישי הוא ששאלת הספק הסביר זכתה באיזשהו פן מיוחד בתיק זדורוב. לשאלת הספק הסביר יש פנים רבים, הן בכלל והן בתיק המסוים הזה בפרט. בפרשה שבה עסקינן יש לה, בין היתר, פן מוסדי ופן אישי. הפן המוסדי עלה רק מאוחר בפרשה, רק בסיום הערעור, לנוכח דעת המיעוט, ולכן אין הוא יכול להסביר את העניין התקשורתי עד להכרעה בערעור, אם כי יש אולי ביכולתו להסביר את היוותותו גם בתום הפרשה. כוונתי לשאלת הספק היחיד, ספק הדומינו: האם ספק של אחד פירושו ספק כללי? השאלה חשובה וראויה לדיון אקדמי וחקיקתי-מערכתי. אולם היא רחוקה מלהיות חדשה. האקדמיה¹⁰⁸ ובית-

104 ע"פ 5706/11 רון נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 11.12.2014).

105 תפ"ח (מחוזי י-ם) 5093/02 מדינת ישראל נ' פישטיין (פורסם בתקדין, 15.7.2004).

106 ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 29.10.2014).

107 פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 196.

108 עמנואל גרוס ומיכל עורקבי "מעבר לספק סביר" קרית המשפט א 229 (2001); עמי קובו "דעת מיעוט מזכה – ספק סביר אינהרנטי לפסק הדין" הסניגור 70, 5 (2003); בועז סנג'רו ואיתי ליפשיץ "הרשעה: רק פה אחד" עלי משפט ח 337 (2010); לוי, לעיל ה"ש 89, בעמ' 34–36. יניב ואקי מרבה לכתוב על סוגיית הספק הסביר, וניתח אותה מזוויות מגוונות. ראו,

המשפט העליון¹⁰⁹ כבר התייחסו אליה בעבר. השאלה המשפטית, להבדיל מהחברתית, אינה מקבלת גוון ייחודי בתיק. זדורוב אינו הראשון שמורשע בדעת רוב, ולא פה אחד, ואף לא הראשון שמורשע כך ברצח.¹¹⁰ כללי המשפט והחוק ברורים, ואינם חדשים.¹¹¹ ראוי גם להדגיש כי דנציגר זיכה ביודעו שדעתו לא תכריע בתיק; איני בטוח שהוא היה מזכה אילו ידע שדעתו תכריע. החשש מטעות שיפוטית בפלילים תקף לשני הכיוונים: זיכוי-שווא או הרשעת-שווא – שניהם מטרידים.¹¹² החשש בתיק רצח מתעצם: לשלוח חף מפשע למאסר-עולם או להשיב רוצח אכזר לרחוב – שתי האפשרויות מסמרות שיער. כך, אף שהרשעת-שווא נוראית במיוחד, גם זיכוי-שווא קשה ומפחיד. בתיק רצח שבו כל העיניים נשואות לבית-המשפט, החשש מתעצם. מבחינת הציפיות משני עמיתיו, בוודאי לא קל לשופט לכתוב דעת מיעוט בתיק כזה ולהותירם להתייצב לבדם מאחורי השורה התחתונה והמכרעת. מבחינה מצפונית, מבחינה ציבורית ואולי גם מבחינה תקשורתית, לעומת זאת, בוודאי קל יותר לכתוב פסק-דין שהוא דעה מאשר פסק-דין חורץ-גורל, לשבט או לחסד; ממש כשם שקל יותר לכתוב רשימה אקדמית מאשר לפסוק דין. אכתוב ביושר, מנוחות הכיסא שבביתי: מלאכת החוקר המבקר ובכלל מלאכת המבקר קלות בהרבה ממלאכת העושה. דעת מיעוט בעניין קונקרטי ולא-עקרוני היא במובנים רבים דעת ביקורת יותר מאשר עשייה. אצבעה של דעת המיעוט, בוודאי בערכאת ערעור שאין מעליה ערכאה נוספת, רועדת פחות וחופשייה יותר, חופשייה להקשיב לרחשי החברה, התקשורת, האקדמיה וכדומה. אם כן, הפן המוסדי של שאלת הספק הסביר אינו מחדש בפרשת זדורוב, ובוודאי אינו אחראי ליצירת העניין התקשורתי בה לפני שנחתם פסק-הדין בערעור. מה באשר לפן האישי של הספק? לאורך השתלשלות הפרשה כולה בלט

למשל, יניב ואקי "סבירותו של ספק: עיונים בדין הפוזיטיבי והצעה לקראת מודל נורמטיבי חדש" הפרקליט מט 463 (2007).

109 "העובדה שחברי למותב נתפס לספק שמא לא עבר נאשם אותה עבירה שבגינה עומד הוא לדין לפנינו, אין בה – לעצמה – כדי לעורר אף בי ספק; אסור לו לספק שידבק אף בי אך באשר חברי נתפס לו. ספק שאחזו בחברי אינו ספק שניתן להעבירו – כמות שהוא – מלב אל לב, ממצפון אל מצפון, ויהא חברי גדול ממני, חכם ממני, ותיק ממני, מנוסה ממני. זה, אפשר, אי-תלותו של שופט במובנו העמוק של המושג, אי-תלותו של שופט בינו לבינו." ע"פ 6251/94 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 45, 108 (1995).

110 דנ"פ 3391/95 בן-ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377 (1997).

111 ס' 80 לחוק בתי המשפט.

112 דורון מנשה "אידיאל חשיפת האמת ועקרון ההגנה מפני הרשעת שווא – אנטומיה של יחסים מסובכים" קרית המשפט א 307, 312 (2001).

הספק שהטילה אמה של הילדה הנרצחת בגרסת המשטרה והתביעה.¹¹³ אפילו לאחר דחיית הבקשה לדיון נוסף המשיכה האם להטיל ספק באשמת זדורוב.¹¹⁴ התייצבות של אָם הקורבן לימין החשוד/הנאשם, שאינו קרוב-משפחה ואינו קשור אליה באופן כלשהו, אינה עניין של מה-בכך. הדבר אף מייצר סימני שאלה ציבוריים. אומנם בעלה, אבי הקורבן, צידד בגרסת הרשויות,¹¹⁵ אך עדיין עולה תהייה: אם המשטרה והתביעה לא הצליחו "לשווק" את סיפור האשמה לאָם הקורבן, הייתכן שהסיפור אינו נכון?¹¹⁶ אפשר שהספק האימהי זרע ספק ציבורי. אולם דומני שיש בספק הציבורי בתיק זדורוב מרכיב חשוב נוסף, שהרי פיתוח ספקנות כלפי אשמת נאשם ברצח הוא חריג שבחריגים. מדוע הפעם פקפקנו? אני משער שהדבר קשור לשאלת המניע ולשאלת הנרטיב.

ה. משפט פלילי, מניע ונרטיב

במובן המשפטי הפורמלי, יסודות העבירה (העובדתי והנפשי) הם הדבר המכריע. אותם – ורק אותם – התביעה חייבת להוכיח על-מנת להרשיע את הנאשם. כשם שככלל אין היא חייבת לבסס בראיות את העדרם של סייגים למעשה,¹¹⁷ כך גם אין היא חייבת לבסס מניע לעבירה,¹¹⁸ באשר גם הוא אינו יסוד ברוב העבירות

113 חיפוש המילים "אילנה ראדה" יוביל לאסמכתאות תקשורתיות רבות מספור. ראו, למשל, "אמה של תאיר ראדה חושפת הכל" ישראל היום 18.2.2016 www.israelhayom.co.il/article/357643; יעל פרידסון, אחיה ראב"ד, רעות רימרמן ותלם יהב "אולגה זדורוב: בעלי זכאי! אילנה ראדה: אני עדיין בספק שרומן הוא הרוצח" ynet 23.12.2015 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4743307,00.html.

114 בתחילת אוגוסט 2016 פורסם כי אמה של ראדה שלחה למשרד המשפטים בקשה לבדיקת ממצאי DNA מהזירה, והביעה חשש שזדורוב הורשע לחינם. ראו אחיה ראב"ד "אילנה ראדה: לבדוק DNA בשערות שנמצאו בזירת הרצח" ynet 4.8.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4836885,00.html.

115 למשל, טל אריאל אמיר "השלים את מפעל חייו: הראיון האחרון של שמואל ראדה, שהלך לעולמו" מעריב on-line 23.12.2015 www.maariv.co.il/news/israel/Article-517421.

116 את משפחת ראדה ייצגו צמד סנגורים מפורסמים (ראו שרון רופא-אופיר "פרקליטי משפ' ראדה לשנדר: נראה שזדורוב נקי" ynet 18.3.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3377903,00.html).

117 ס' 34 לחוק העונשין: "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית."

118 מניע אינו מוגדר בחוק הישראלי. הכוונה היא לסיבה שבעטייה עשה הנאשם את שעשה, להבדיל ממצבו הנפשי בזמן המעשה, שהוא היסוד הנפשי; אך ניתן גם להעמיק ולהציע

הפליליות.¹¹⁹ עם זאת, הוא עשוי לספק ראייה חשובה בתיק פלילי ואף אזרחי,¹²⁰ שהרי מניע – כשמו כן הוא – מחולל התנהגות.¹²¹ באופן מעניין ונדיר יותר, העדר מניע עשוי להביא לידי הטלת ספק באשמה או בנרטיב החמור לרעת הנאשם.¹²² מצב זה נדיר, משום שבכרוב המקרים שאלת המניע נענית באופן מיידי ואינטואיטיבי באמצעות הנרטיב החברתי המוכר.

כעניין אנושי, אנו מחפשים אחר היגיון ושכנוע בסיפורים שאנו שומעים, בוודאי בסיפורים בעלי משמעות משפטית וכלכלית.¹²³ כעניין של היגיון ושל נרטיב, וכעניין של חשיבה סיבתית,¹²⁴ אנו מחפשים אחר מניע בכל סיפור חריג שאנו שומעים; ופשע, על-אף היותו לא-נדיר, עודנו חריג לעומת השגרה. גם אם

משמעויות נוספות לרעיון המניע. ראו: Elaine M. Chiu, *The Challenge of Motive in the Criminal Law*, 8 BUFF. CRIM. L. REV. 653, 664–6 (2005).

119 יצחק קוגלר כוונה והלכת הצפיות בדיני עונשין 493 (1997). חריג בולט בישראל הוא ס' 1144 לחוק העונשין – "עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה". גם בשיטות משפט אחרות המניע אינו יסוד בעברה על-פירוב. ראו Chiu, לעיל ה"ש 118, בעמ' 663; David P. Leonard, *Character and Motive in Evidence Law*, 34 LOY. L.A. L. REV. 439, 439, 468 (2001); Michael T. Rosenberg, *The Continued Relevance of the Irrelevance-of-Motive Maxim*, 57 DUKE L.J. 1143, 1143–4 (2008); Carissa Byrne Hessick, *Motive's Role in Criminal Punishment*, 80 S. CAL. L. REV. 89, 89–90, 95 (2006); Joshua S. Geller, *A Dangerous Mix: Mandatory Sentence Enhancements and the Use of Motive*, 32 FORDHAM URB. L.J. 623, 628–9 (2005). עובדה זו אף מוזכרת במפורש בעניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק-דין של השופט עמית.

Leonard 120, לעיל ה"ש 119, בעמ' 439, 463–469 ו-529; קוגלר, לעיל ה"ש 119, בעמ' 493. Leonard 121, לעיל ה"ש 119, בעמ' 439; Chiu, לעיל ה"ש 118, בעמ' 664–666; Hessick, לעיל ה"ש 119, בעמ' 89, 91 ו-94; ואק, לעיל ה"ש 108, בעמ' 495. יש ראיות אמפיריות לרלוונטיות של המניע לעבירות פליליות ולחשיבותו, באותתו, למשל, על קיומו של יסוד נפשי: Douglas N. Husak, *Motive and Criminal Liability*, 8 CRIM. JUST. ETHICS 3, 5 (1989), כמצוטט אצל Rosenberg, לעיל ה"ש 119, בעמ' 1144. לדיון במניע כראיה לאשמה בישראל ראו ע"פ 8515/13 זכרייב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.12.2015); עניין פינקלשטיין, לעיל ה"ש 67, פס' 15–35.

122 במקרה נדיר של רצח לא-הגיוני שכנעו הראיות את בית-המשפט כי הרצח אכן אינו הגיוני ולפיכך הנאשם אינו שפוי לגמרי, ובעקבות זאת הסתפקו השופטים בהטלת עונש קל יותר ממאסר-עולם. ראו ע"פ 3962/99 עוקב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 14.5.2003).

123 ראו את דבריו הכנים והיפים של השופט ברק בע"א 224/78 חמישה יוד תכשיטנים בע"מ נ' פיירמנס פאנד אינשורנס קומפני, פ"ד לג(2) 90, 94 (1979).

124 הסיבתיות היא גורם מארגן במשפט ובשדות רבים אחרים: H.L.A. HART & A.M. HONORÉ, *CAUSATION IN THE LAW* 8–9, 31 (1959).

אין חשיבות משפטית למניע, הוא עשוי להיות חשוב כעניין חברתי וערכי.¹²⁵ המניע נותן לנו שקט כשומעים, ביוצרו סיפור עקיב. לפי "מודל הסיפור", ראיות משפטיות נבחנות תחת שאיפה לייצר סיפור עקיב, סיפור חברתי מוכר, תוך שימוש במסגרות נרטיביות ובחירה בזו המוכרת ביותר. תהליך קבלת ההחלטה כולל שלושה חלקים: פיתוח סיפורים או נרטיבים שעולים מהראיות בבית-המשפט; שקילת פסיקות חלופיות; ולבסוף התאמת הסיפורים לקטגוריות הפסיקה. פסק-הדין נגזר מההתאמה הטובה ביותר בין נרטיב לבין קטגוריה של פסק-דין.¹²⁶ כדי לנצח במשפט עם מושבעים, יש להציג סיפור ליניארי, שהמושבעים יבינו ויקבלו.¹²⁷ כך אולי נכון אף בנוגע לשופטים,¹²⁸ ובוודאי בנוגע לציבור. הסיפורים עשויים להשתנות במורכבותם ובחדשנותם, אך עדיין עליהם לכלול מבנה או עלילה מקובלים, בעיקר במשפט הפלילי.¹²⁹ המשפט הפלילי אינו מנותק ואינו צריך להיות מנותק מאינטואיציה.¹³⁰ גם אם המניע אינו חלק מהיסודות, דומני שהוא בוודאי חלק מהסיפור; והסיפור חשוב מאין כמוהו לאדם השומע.¹³¹ כיצד המניע מתבטא כחלק מהסיפור?

במקרים מעטים החיפוש אחר המניע לפשע הוא קשה ונעשה באופן מודע ומאומץ, אך לרוב החיפוש הוא תת-הכרתי ומסתיים בזריזות ובקלות. מבלי לטעון

Chiu 125, לעיל ה"ש 118, בעמ' 671–673. בישראל, ס' 300א(ג) לחוק העונשין מאפשר להטיל על רוצח/ת פחות ממאסר-עולם אם "היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בבן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו". ניתן לראות בסעיף זה הכרה במניע לרצח, אשר אינו הופך את המעשה למוצדק אך מאפשר התחשבות עונשית, שמתיישרת היטב עם השיח החברתי.

Neil Vidmar et al., *Was He Guilty as Charged? An Alternative Narrative Based on the Circumstantial Evidence From 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 691, 694 (2007). מודל זה, כפי שסקר ואקי, הוצע הן בנוגע להערכת ראיות בבית-המשפט בפרט והן כמודל לחשיבה אנושית בכלל. ואקי סקר אותו ביסודיות רבה, והראה כיצד הוא מתבטא הן בספרות והן בפסיקה, בעולם ובישראל. ראו ואקי, לעיל ה"ש 108, בעמ' 495–507.

Christine Hurt, *Evil Has a New Name (and)*; Henderson 127, לעיל ה"ש 24, בעמ' 482; *a New Narrative*: Bernard Madoff, 2009 MICH. ST. L. REV. 947, 947–8.

128 אלמוג, לעיל ה"ש 94, בעמ' 59–60.

129 Henderson, לעיל ה"ש 24, בעמ' 482.

130 רובינסון הדגיש בשלל הקשרים את חשיבותו של קוד פלילי שתואם אינטואיציות של הדיוטות. ראו Robinson, לעיל ה"ש 30, בעמ' 1841–1842, 1850–1852 ו-1863.

131 ואקי כתב כי המניע מסייע להבין ולהעריך התנהגות אנושית, ומהווה רקע ליצירת הנרטיב הפרשני ולהערכתו, ולכן הוא חשוב לבחינת הראיות ולהערכתן. ראו ואקי, לעיל ה"ש 108, בעמ' 503–504.

למומחיות מדעית בתת־הכרה, אמחיש חשיבה של חיפוש אחר מניע באמצעות המשגתה כשאלות לגבי סיפורי פשע ותשובות נרטיביות טיפוסיות לגבי המניע. אנסה לחשוב באופן אינטואיטיבי כאדם מן היישוב ששומע שאדם זר עבר עברה, כאותו אדם שמפקפק בסיפור הרצח המיוחס לזדורוב, ורבים כאלה בנמצא. ספרו לי על אדם שביצע עברה, ואספר לכם מדוע ביצע אותה; ספרו לי מדוע ביצע אותה, ואקבל שהוא אכן ביצע אותה. מצער ככל שיהיה, לפשע יש היגיון; ההיגיון מסייע לשומע מהצד לקבל את הגרסה המאשימה ולפקפק בגרסת החפות. הפשע ברגיל הינו רציונלי. אין פירוש הדבר שהוא טוב ומוסרי; אולם הוא עדיין רציונלי, וזו הסיבה שהוא נעשה במקרים רבים מאוד, קשים כקלים. המשפט הפלילי מבקש להופכו לרציונלי פחות, באמצעות יצירת איום על הבוחרים בו; אך הוא עדיין רציונלי, ויש מאחוריו נרטיב שקל להבינו. התכחשות לרציונליות של הפשע ולהיגיונותו אינה מועילה למשפט, אלא עוצמת עיניים בפני מציאות קשה שהמשפט הפלילי מבקש לצמצם. רציונלי והיגיוני כיצד?

1. עברות תעבורה קלות הן רציונליות, שכן הכביש מלא נהגים ממהרים, מסוכנים ומרגיזים, תשתיות גרועות וסביבה מלחיצה. העברות אינן נתפסות כקלון חברתי. רוב העבריינים אינם נתפסים. המשטרה מעלימה עין מהפרות קלות שנהפכו לנורמה ממש: כל נהג בכל נהיגה נוסע מעל המהירות המותרת. במובנים אלה הגיוני מבחינתו של כל אדם כמעט לבצע עברות.
2. עברות שימוש בסמים גם הן רציונליות, שכן השימוש מתקשר לסקרנות, ללחץ חברתי או אישי, לעונג ולהרגל. סחר בסמים הגיוני, באשר הוא מתחבר להשגת כסף ורכוש.¹³²
3. עברות שמטרתן רווח/חיסכון כספי הן רציונליות, בהינתן הצורך בכסף והמרדף האנושי אחר כסף, אשר מתקשר לעיתים גם לריגוש.¹³³
4. עברות מין הגיוניות, בהינתן שהעולם מינני. בעוד האקדמיה נואמת על שוויון, המציאות שונה מאוד. נשים מוחפצות בכל רחוב; פצצות רייטינג דוגמת "האח הגדול" ו"הישרדות" מחפיצות נשים כדרך למשיכת קהל; גיבורות תרבות רבות בטלוויזיה, בקולנוע וברשתות החברתיות, כטוויטר ואינסטגרם, הן נשים שפרנסתן או תהילתן יסודן בחזותן. בכל אשר נפנה החפצה, הדרה,

132 למבט מעמיק יותר ראו אברהם טננבוים "הושע כספי: סמים מסוכנים – מדיניות, פיקוח, אכיפה ומשפט" (ביקורת ספרים) משפטים כז 431 (1996).

133 למבט כלכלי כתיאוריה של הפללה ראו: Richard A. Posner, *An Economic Theory of the Criminal Law*, 85 COLUM. L. REV. 1193 (1985).

שוביניזם וכוחנות. הדבר מקל עלינו להאמין שפלוני – יהא אשר יהא – הפנים את הגישה הפסולה והרווחת מדי בעולמנו, והחצין מעשה.¹³⁴

5. עברות אלימות קלות הגיוניות, בהינתן שהעולם מלא אלימות, כעס ולחצים, וביודענו שאנשים רבים פותרים בעיות באלימות. נוסף על כך, אלימות קלה אינה מובילה לאכיפה ניכרת, ואפילו המדינה עצמה נוקטת אלימות ממוסדת לא אחת, כלפי אזרחים ואחרים. אלימות היא נורמה חברתית, ולעיתים היא אף נתפסת כדבר טוב וצודק; הגבול אינו ברור תמיד.

כעניין אינטואיטיבי, קל להתחבר להיגיון של הפשע ולרציונל שלו, ולפיכך גם קל להתחבר לטענה שפלוני ביצע פשע. מה לגבי רצח? גם כאן אנו תרים אחר נרטיב מוכר, אחר מניע, ואין זה משנה שהוא אינו מיסודות העברה. אנו זקוקים לסיפור הגיוני כדי להאמין שאדם ביצע עברה כה חמורה.¹³⁵ מבחינה משפטית, רצח אינו מחייב מניע; מבחינה חברתית, הוא מחייב גם מחייב.¹³⁶ אין פירוש הדבר קושי גדול לתביעה: מה שנכון לגבי עברות "רגילות" נכון גם לגבי עברות הרצח. זה אומנם מעציב ועגום, אך במציאות דהיום, ואולי אף משחר ההיסטוריה האנושית (בדומה להיסטוריה החייתית), שלילת חיים מאדם אחר היא דבר שאינו נדיר, אינו בלתי-שפוי ואפילו אינו בלתי-הגיוני ובלתי-רציונלי. לפיכך הדרישה הנרטיבית למניע אינה הופכת את ההרשעה לסבוכה ברגיל: ברוב המוחלט של מעשי הרצח המניע מתבהר לנו באופן מיידי, אם משום שכבר שמענו על מקרים כאלה ואם משום שהנרטיב מוכר מספיק. אמנה עשר דוגמאות, הגם שניתן לחשוב על עוד מאה ואף עוד אלף. יש הרבה יותר מאלף סיבות חברתיות מוכרות לרצח, אשר

134 לדיון אקדמי ולהצעה למניעים מורכבים יותר לעברות מין ראו: David P. Bryden & Maren M. Grier, *The Search for Rapists' "Real" Motives*, 101 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 171 (2011).

135 הגישה הציבורית האמריקאית כלפי רצח השתנתה עם השנים מחמלה ודאגה לרוצח, כאדם שאיבד את דרכו, לתפיסה שרוצחים הם מפלצות מפחידות. גם נרטיב הרצח השתנה, כדי שהשומעים יחווי אימה למשמע הפשע – למשל, על-ידי הרחבת התיאורים הגרפיים של הרצח: Melissa J. Ganz, *Book Note: Common Sinners and Moral Monsters: The Killer in American Culture*, 11 YALE J.L. & HUMAN. 517, 518, 520 (1999).

136 הניתוק בין שני העולמות אינו תמיד חד. בספרות הועלה טיעון הקושר בין פסיכולוגיה חברתית לבין משפט, בין תהליכי האשמה שפועלים בתת-הכרה לבין הליכי אישום פורמליים. החוקרות הציעו כי תפיסות בדבר אופיו המוסרי של הנאשם ובדבר המניע לפעולתו משפיעות על האינטואיציות שלנו בדבר אשמתו ואחריותו. הנטייה הפסיכולוגית להעניש אחרים בעלי אופי רע שפועלים ממניע רע מעצבת את האופן שבו אנשים מפרשים מידע בהליכים משפטיים. להרחבה ראו: Janice Nadler & Mary-Hunter McDonnell, *Moral Character, Motive, and the Psychology of Blame*, 97 CORNELL L. REV. 255, 258 (2012).

רובן ככולן מתקשרות לרצונו של אדם אחד שאדם אחר לא יוסיף לחיות בכלל או לא יוסיף לנכוח בחייו בפרט.

רצח בת משפחה או בת-זוג נתפס כמעשה שיש לו היגיון כאשר הוא נעשה על רקע מריבה, מתח כלכלי,¹³⁷ פרידה או ניאוף, וכמוהו גם רצח של האדם שאיתו נעשה הניאוף.¹³⁸ רצח כפעולת תגמול על פגיעה קשה בבן משפחה מתחבר לקשר המשפחתי ולרגשות הכרוכים בו.¹³⁹ רצח בין עבריינים מתחבר למלחמות שליטה בשוק השחור.¹⁴⁰ רצח במועדון מתקשר לרעש, לצפיפות, לאלכוהול ולעצבים.¹⁴¹ רצח על רקע שתיית אלכוהול מוסבר לנוכח רפיון השליטה המוטורית.¹⁴² רצח על רקע עימות סתמי בין דיירים לבין חבורת בלוינים מרעישים מתחבר ל אלימות בלוינים.¹⁴³ רצח על רקע תקיפה מינית נשמע כבחירה לא להותיר עדה חיה.¹⁴⁴ רצח על רקע שוד הינו מימוש האיום מצד מי שכבר מוכן לאיים באלימות לשם בצע כסף.¹⁴⁵ רצח על רקע רצון להשתחרר ממאסר מובן על רקע הרצון האנושי לצאת מהכלא ועל רקע הרעיון שפושע מורשע הינו חסר עכבות.¹⁴⁶ רצח על רקע לאומני הגיוני בישראל בכל עת, על רקע הסכסוך הישראלי-פלסטיני הממושך והעקוב מדם. כמעט כל סיפור רצח הוא סיפור מוכר. ככל שהסיפור מוכר כן קל יותר לקבלו: מופך - מוכר. אנו מוכנים לקבל אפילו סיפור רצח עם היגיון מעוות במיוחד (קרי: רצח מוכר פחות מבחינה חברתית), ובלבד שאנו מבינים אותו לאחר שאנחנו מתוודעים לתמונה השלמה. למשל, רצח קרוב-משפחה ביולוגי יכול להיות מובן לנו גם אם הוא לא נעשה על רקע מתח זוגי. כך, רצח של הורה על-ידי ילדו לא על רקע התעללות הוא מזוויע מבחינה מוסרית, אך לעיתים יש לו היגיון כלכלי.¹⁴⁷

137 למשל, ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 456 (1997).

138 למשל, ע"פ 3071/92 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573 (1996); ע"פ 20/04 קליינר נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 80 (2004).

139 ע"פ 543/79 נגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 113 (1980).

140 למשל, ע"פ 5002/09 מדינת ישראל נ' ז'אנו (פורסם באר"ש, 2.12.2010).

141 למשל, ע"פ 410/71 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 624, 626-633 (1972).

142 למשל, ע"פ 5266/05 זלנצקי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 22.2.2007); ע"פ 9258/00 נטרלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(2) 673 (2002).

143 למשל, ע"פ 3792/01 פדידה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 25.3.2002).

144 למשל, ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501 (2001) (אונס ונסיון רצח כושל בעקבותיו).

145 למשל, ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871 (1999).

146 ע"פ 3105/06 זוזיאשווילי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.12.2010).

147 ת"פ (מחוזי י"ם) 22601-12-14 מדינת ישראל נ' מעוז (פורסם בתקדין, 1.7.2013).

ההיגיון מוכר עד כדי כך שהמחוקק יצר עֲבֵרַת רצח שאינה מחייבת כוונה תחילה לגבי הורים וסבים, אולי על רקע רצון בירושה. למעשה, זהו סעיף הרצח הראשון – סעיף 300(א)(1) לחוק העונשין. אפילו על רצח ילד על-ידי הורו – דבר שקשה במיוחד לעכל – שמענו לא אחת. הוא נתפס כמעשה שיש לו היגיון כאשר מדובר בהורה שאינו מיושב בדעתו לחלוטין ורוצה לפגוע בהורה האחר¹⁴⁸ או להתנער מהטיפול בילד חולה,¹⁴⁹ או במקרה של משפחה מורכבת במיוחד, כגון אישה שנישאה לסבי בתה.¹⁵⁰ גם רצח תאומה, שמעורר עניין תקשורתי רב, נדמה הגיוני על הרקע הפשוט והלא-נדיר של קנאה ומריבות בין אחיות.¹⁵¹ ככל שהדבר עצוב וטרגי, רצח הוא הגיוני, רציונלי ואפילו נורמלי. הפשע סותר נורמות קיימות, אך בד בבד הוא נורמה רווחת מספיק על-מנת שנכיר בה ובהגיונה, ובדיוק משום כך יצרנו כלי משפטי המבקש לסתור את הגיונה.

בחזרה לזדורוב: כמו כל עֲבֵרָה, ואולי אף יותר מעֲבֵרֹת אחרות, רצח הוא הגיוני רק כאשר יש מניע, אפילו מניע בלתי-הגיוני, ובלבד שנמצא היגיון בחוסר ההיגיון. עלינו לזהות סיפור עקיב שיתיישב עם מה שאנו יודעים על העולם, עם הנרטיב החברתי המוכר לנו בימינו ובמקומותינו. רצח נערה בבית-ספר הוא נרטיב חברתי בלתי-מוכר בישראל, ולפיכך עורר עניין ציבורי רב. אילו דובר ברצח שבוצע על-ידי נער או נערה, על רקע מתח חברתי כלשהו, סביר שהיינו מקבלים את הנרטיב בזעם ובאמירות נרגנות על "דור שהולך ופוחת", אך בלי קושי רב. אכן, חלק מתיאוריות הקנוניה החברתיות מכוונות לשם.¹⁵² אולם זדורוב אינו מתאים לנרטיב כזה. אילו נמצאו סימני תקיפה מינית על גופת המנוחה, היינו מקבלים את הנרטיב בקלות רבה יותר.¹⁵³ תקיפה מינית של ילדה אינה דבר נדיר בעולמנו,

148 עניין פימשטיין, לעיל ה"ש 105.

149 ע"פ 373/10 בוריסוב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 3.4.2011).

150 עניין רוך, לעיל ה"ש 104.

151 רפי רשף "עו"ד של שירי סובול, החשודה ברצח אחותה התאומה: 'היא מלאת צער על כל האירוע'" **nana10** 7.3.2016 news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=1179326

152 דני ברנר "תיאוריות הקונספירציה סביב הרצח זדורוב" **ישראל היום** 25.2.2014 www.israel-hayom.co.il/article/161189; שלומית לן "אז מי רצח את תאיר ראדה?" **גלובס** 11.4.2007 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000200246

153 בהתייחסות משטרתית קצרה לנושא, בשלב מוקדם בהרבה, עלתה השערה שזדורוב הינו פדופיל (בעקבות החומר שנתפס במחשבו) שנתפס על-ידי ראדה כאשר בא להציץ לה, ואז החל עימות שהסתיים ברצח: שרון רופא-אופיר "חוקר רצח ראדה: הייתה טעות לרוץ לתקשורת" **ynet** 15.2.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3670282,00.html לביקורת תביעתית על התנהלותה התקשורתית של המשטרה בתיק ראו פלג ובוגוש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 136.

והריגתה לאחר-מכן תלבש היגיון של חיסול העדה.¹⁵⁴ אילו בוצע הרצח על רקע לאומני, בוודאי היינו מקבלים את הנרטיב בקלות רבה.¹⁵⁵ אולם זדורוב אינו ערבי. ניתן לשער – הגם שלא קל להודות בכך – כי אילו היה זדורוב ערבי או לחלופין אילו נמצאו ראיות לאינוס הקורבן, היה נרטיב החפות הציבורי מתפוגג בוודאי כמעט לגמרי, בהעדר עניין תקשורתי ביקורתי. רצח נערה על רקע לאומני או על רקע תקיפה מינית הינו תרחיש מחריד, אך לצערנו אינו נדיר במחוזותינו ולכן אינו בלתי-הגיוני. לעומת זאת, רצח נערה זרה בבית-ספר על רקע הרגזת פועל אינו מתיישב עם הנרטיב המוכר לנו של רצח בכלל ורצח ילדים בפרט.¹⁵⁶ כך נפער תהום ציבורית וחברתית בנרטיב האשמה. הגם שאין חובה לצלוח אותה במשפט הפלילי הפורמלי, במישור ההיגיון קשה עד בלתי-אפשרי להתעלם ממנה. נדרש מניע חזק כדי להשלים את הסיפור כך שיהיה ליניארי ומשכנע.¹⁵⁷ היש כזה בנמצא? הנרטיב התביעתי היה שזדורוב כעס על ראדה שקיללה אותו.¹⁵⁸ רצח בעקבות קללות נתפס כתגובה קיצונית במיוחד. תקיפה או איומים בעקבות קללות הם נרטיב חברתי מוכר בהרבה, אולי אפילו מוכר לכל קורא. תגובה קיצונית כרצח עשויה להיתפס כהגיונית מבחינה חברתית רק אם היא מתרחשת במצבים מיוחדים: מצב מתח מתמשך, אווירה מלחיצה, זירה עוינת, חברה רעה, נטייה אלימה ועוד.¹⁵⁹ מתח ביתי מתמשך הוא מצב מוכר, שעשוי להשלים בעבורנו חסר נרטיבי, וכך גם אווירה מלחיצה – למשל, בכביש או במועדון. התרועעות בחבורה רעה תסיר בעבורנו את מרבית הספקות: אמור לי מיהם חבריך, ואומר לך מי אתה ומה עשית. גם נטייה אלימה של המגיב תפתור את התעלומה, בהבינו שהבעיה היא באדם, ולא במקרה: ההיגיון הוא פנימי, במוחו המעוות. המדינה הציגה ראיות שונות לחיזוק נרטיב זה, כגון צפייה בסרטי סנאף.¹⁶⁰ אולם צפייה

Katyal 154, לעיל ה"ש 32, בעמ' 2394; אחיה ראב"ד ואילנה קוריאל "החשד: אחת מקורבנות הרצח הסדרתי – שכנתו בבניין" *ynet* 27.4.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4796927,00.html.

155 תפ"ח (מחוזי נצ') 18194-07-14 מדינת ישראל נ' ח'ליפה (פורסם בתקדין, 9.9.2015).

156 לבחינת הנרטיב של אלימות בין זרים ראו: Carissa Byrne Hessick, *Violence Between Lovers, Strangers, and Friends*, 85 WASH. U. L. REV. 343, 349–64 (2007).

157 נרטיב דל או מצומצם עשוי להוביל את הקוראת להשלמת פערם בעצמה. אלמוג, לעיל ה"ש 94, בעמ' 93.

158 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק-דינו של השופט דנציגר ופס' 64 לפסק-דינו של השופט עמית. כן ראו מסמך "כל האמת על זדורוב", לעיל ה"ש 1, פס' 9.

159 ע"פ 2760/14 אוחיון נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 7.10.2015).

160 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 316 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

כזו אינה עברה בישראל,¹⁶¹ והמשפט טרם הכיר בקשר סיבתי בין צפייה בסרטי סנאף בפרט ובסרטי אלימות בכלל לבין מעשים אלימים. אומנם, העדר הכרה משפטית בצורת איסור פלילי מתאים אין פירושה העדר קשר סיבתי קונקרטי בעניינו של זדורוב. אולם מה הצפייה בסנאף מוכיחה? סקרנות? חולניות? האם זה מה שיוכיח נטייה אלימה עד כדי רצח ילדה פוטנציאלי? האם זה מוכיח מניע, ועוד בנסיבות כאלה?¹⁶² אילו הודה זדורוב במפורט בחקירתו במניע כאמור או אילו שמענו עדויות לאלימות קודמת וחמורה מצידו, היה קל לנו יותר לעכל את המניע, וכך גם אילו כבר נתקלנו בחברה שלנו במקרי רצח שעניינם "נזק חקייני" או אילו ראינו דמיון מצמרר בין רצח ראדה לבין סרט חדש ומצליח שבו צפה זדורוב שוב ושוב.¹⁶³ סקרנות כלפי תחושת הרצח – שהיא מניע נדיר אך לא

161 צפייה בילדות שנאנסו היא עברה לפי ס' 214(ב3) לחוק העונשין, אולם צפייה בנשים שנאנסו או באנשים שנרצחו אינה עברה. עברות התועבה הקיימות בישראל מכוונות לחומר שכולל הן קטינים והן בגירים, אך רק בנוגע לפרסום ולהפקה; החזקה וצפייה הן עברות רק כאשר מדובר בחומר שמציג קטינים. מדיניות האכיפה מתמקדת בילדים בלבד אפילו לגבי פרסום חומרים, ואיני מכיר אדם שהועמד לדין והורשע בישראל בעשורים האחרונים בקשר לחומרי תועבה שאינם מציגים קטינים. לדיון ראו אסף הרדוף "בשם הילד: שינויים בהרגלי ההפללה – על תיקון 118 לחוק העונשין והאיסור לצפות בחומר תועבה" מאזני משפט י 209 (2015). להרשעה האחרונה שהגיעה לבית-המשפט העליון לגבי תועבה שאינה קשורה לקטינים ראו ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 408, 411–415 (1970). במקרה זה דובר לא בסנאף, אלא בספר עם תיאורי מין מפורשים.

162 מקובל להבחין בין מניע לבין ראיות לגבי אופי הנאשם ונטיותיו. האחרונות הינן כלליות באופיין, ואילו הראשון הינו קונקרטי ואינו תלוי באופיו המוסרי של הנאשם. בנסיבות מסוימות גם לאדם לא-אלימים יש מניע לפעול באלימות, וגם לאדם ישר יש מניע לשקר. אין משמעות הדבר שהראיות למניע הן תמיד קונקרטיות מאוד. אולם ככל שהמניע כללי יותר, גדלה הסכנה שהראיות לו אינן אלא ראיות בדבר אופיו הרע של הנאשם. ההבחנה בין ראיות למניע לבין ראיות לאופי רע אינה פשוטה לעיתים. Leonard, לעיל ה"ש 119, בעמ' 452–453 ו-456–457. מכל מקום, ראיות כאלה, ככלל, אינן קבילות בישראל. ראו ע"פ 05/9657 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.3.2009); ע"פ 3954/08 אבו גודה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.4.2009).

163 פיינברג כתב על "נזקים חקייניים" בהתייחס למקרים שבהם התנהגות תמימה מהווה מקור לחיקוי שמהווה פשע מזיק. כך, דרמה בדיונית בטלוויזיה עלולה להוליד רעיון של פשע ביזרי במוחו של מי שאולי לא היה חושב על כך אלמלא הסרט שראה. לדוגמה, בשנת 1974 בוצע ביוטה שוד דומה לזה שתואר בסרט של קלינט איסטווד, ונסיון ההתנקשות בנשיא רייגן, בשנת 1981, נעשה על-ידי ג'ון הינקלי לאחר שצפה ב"נהג מונית". כן קיימת סכנה שאנשים בורים או ילדים יחקו יצירה אמנותית המתארת צורה מתוחכמת של הסבת נזק סדיסטית, וכתוצאה מכך יסבו נזק ממשי לעצמם ולאחרים. כך, הסרט "צייד הצבאים", שיצא לאקרנים בשנת 1979, תיאר משחק רולטה רוסית. במהלך השנתיים שלאחר-מכן תועדו עשרים ושמונה מקרים של רולטה רוסית שהסתיימו בירי ובעשרים וחמישה מקרי

נרטיב חסר תקדים בישראל¹⁶⁴ – הועלתה גם היא כאפשרות, אך קשה לומר שהוצגו לה ראיות נחרצות.¹⁶⁵

מעבר לקושי האינטואיטיבי, התזה של רצח בגין קללות נתקלת במכשול משפטי. אם אכן היה הרצח מעשה זעם, עולה תהייה לגבי שאלת הקנטור, כעולה מסעיף 301 לחוק העונשין. לא מצאתי בבית-המשפט העליון התייחסות לנושא כלל. בית-המשפט המחוזי דווקא התייחס לשאלה וקבע כי אין אפילו קנטור סובייקטיבי, דהיינו, זדורוב לא איבד שליטה, אלא פעל בקור-רוח:

"לשיטת הנאשם, המנוחה קיללה אותו והמשיכה בדרכה לשירותים, בעוד הוא בחר לעקוב אחריה לשירותי הבנות כאשר גמלה בלבו ההחלטה להמיתה... אף העדר הפירוט של הקללות שהטיחה בו המנוחה, לטענתו, ושינוי תוכן הקללות מלמד כי הדבר לא נחרט בזיכרונו והותיר בו את חותמו ובוודאי שלא הביא אותו לאיבוד שליטתו העצמית (מסתיר האוזניות מתחת לחולצה, בקור רוח למען לא יתלכלכו, עובר לשיסוף גרונה)."¹⁶⁶

אם זדורוב אפילו לא איבד שליטה – כעולה מקביעת בית-המשפט המחוזי, אשר שמע ראיות באופן ישיר, ולא רק קרא פרוטוקולים – אזי נרטיב הרצח נהיה מוזר אף יותר. כעס מיידי בגין קללות הוא דבר אחד; רצח ילדה בקור-רוח בגין קללות שהפנתה לאדם מבוגר ושפוי הוא דבר אחר לגמרי, שכמוהו לא נשמע בישראל לפני הפרשה או אחריה.

מניע אפשרי נוסף שהועלה והתבסס על דברי זדורוב היה דמיונה של ראדה לילדה שכביכול תקפה את זדורוב מינית בילדותו.¹⁶⁷ גם מניע זה נראה קשה לעיכול. אומנם, נפלאות דרכי הנפש האנושית, ולא מן הנמנע שאנו חשים אהדה או סלידה לאדם רק בגין מראהו או בגין דמיונו החזותי לאחר. אך עדיין ארוכה

מוות. בברצלונה נפצעה ילדה לאחר שקפצה מן הקומה השנייה תוך שהיא צועקת כי היא סופרמן. ראו: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 232–43 (1984).

164 ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738 (2004).

165 השופט עמית הזכיר זאת בקצרה כרושם אישי שלו. ראו עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 65 לפסק-דינו.

166 ראו תפ"ח (מחוזי נצ') 502/07 מדינת ישראל נ' זדורוב, פס' כא לפסק-דינו של סגן הנשיא כהן (פורסם באר"ש, 14.9.2010).

167 עניין זדורוב, לעיל ה"ש 2, פס' 18 ו-144 לפסק-דינו של השופט דנציגר ופס' 64 לפסק-דינו של השופט עמית.

הדרך – או למצער ארוכה הדרך הנרטיבית – מתחושת סלידה חזותית, קשה ככל שתהיה, אל העברה החמורה בספר החוקים.

השופט דנציגר כתב:

"שאלת המניע לא התבהרה עד תום ולא הוכרעה חד משמעית על ידי בית המשפט המחוזי. יש בכך כדי לגרוע במידה מסוימת מאמינות ההודאות, אולם לא ניתן לשלול כי המערער לא הבין את המניע בעצמו או כי ביקש להסתירו. נוסף לכך, כלל לא ברור אם ניתן להתחקות אחר ה'היגיון' המוביל למעשה כה אכזרי ומעוות."¹⁶⁸

הפרקליטות, במסמך שפרסמה לאחר אישור ההרשעה, כתבה:

"בית המשפט פסק שאי אפשר לקבוע בבירור מהו המניע לרצח, וייתכן שגם זדורוב לא הבין בעצמו מה גרם לו לרצוח. שאלה זו, כמו שאלות אחרות, תישאר כנראה עלומה לעד."¹⁶⁹

אכן, שאלת המניע לא התבהרה עד תום. אכן, אפשר שזדורוב עצמו לא הבין את מעשהו או לחלופין הסתיר את המניע לו. אכן, קשה להתחקות אחר ההיגיון שברצח, בוודאי במצב שבו הודאת החשוד הייתה קצרת-זמן וחמקמקה. עדיין, כעניין של קבלה חברתית, כאשר מדובר במחולל של ההתנהגות החמורה ביותר בתפיסתנו המשפטית, ייתכן שאין מנוס מכך. התביעה הצליחה לשכנע את בית המשפט בגרסתה לסיפור הרצח. בית המשפט לא מצא קושי מיוחד בשאלת המניע, אולי משום שאין היא כאמור מיסודות העברה, והיא לא התעוררה כעניין מכריע בבית המשפט העליון, בבית המשפט המחוזי או בחקירה המשטרית. ככלל, מה שבית המשפט אינו מחויב לדון בו לשם הכרעה אינו נדון ביסודיות או אף אינו נדון כלל; כזה הוא גורלו של אוביטר. כך גם הפעם. ייתכן שתיק זדורוב מלמד כי שאלת המניע אינה יכולה להיוותר כאמרת-אגב, אלא היא מחייבת בחינה יסודית, וצריכה להיות מיסודות העברה. אילו ידעה המשטרה כי מדובר ביסוד שחייבים להוכיחו, אפשר שהיא הייתה משקיעה מאמץ מיוחד גם בזווית זו, לצד המאמץ העצום שהשקיעה בתיק כולו, ואפשר שהיה עולה בחכתה נרטיב מוכר ומשכנע יותר או דרך משכנעת יותר להציג את הנרטיב שבו בחרה. האם ראוי שהתחקות אחר מחולל ההתנהגות תחויב בביסוס בכל תיק פלילי, בכל תיק פלילי חמור או למצער בכל תיק רצח? שאלה זו מחייבת בירור במסגרת

¹⁶⁸ שם, פס' 144 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

¹⁶⁹ מסמך "כל האמת על זדורוב", לעיל ה"ש 1, פס' 9.

עצמאית.¹⁷⁰ מצד אחד, החשיבות החברתית של המניע רחוקה מלהיות זניחה; מצד אחר, לעיתים קשה עד בלתי-אפשרי להתחקות אחר המניע של אדם מסוים במקרה מסוים, ולא ייתכן שהעדדר אפשרות להוכיח מניע ימנע את הרשעתו של מי שבבירור ביצע את המעשה.

רשויות האכיפה ניצחו בקרב המשפטי על תיק זדורוב, אולם דומה שהם הפסידו בקרב על תודעת הציבור ואמונו – קרב שחשוב למלחמתן הציבורית בשם החוק והצדק. במידה רבה גם בית-המשפט, שהתייצב לצידן, הפסיד באותו קרב. רשויות האכיפה והרשות השופטת לא הותירו אבן על אבן בשאלת הראיות, אך הותירו סלע נרטיבי גדול ומיותר, ולא עמלו מספיק כדי לשכנע את התקשורת והציבור בהגיון הרצח. כך, הקושי הנרטיבי של שאלת המניע נותר בלתי-פתור. אף שהפרשה שייכת למשפט הפלילי המוכר, האשמה אינה מובנת מאליה, אלא קשה לעיכול בעבור רבים בציבור ובתקשורת.

עולות שאלות על יכולתה של התקשורת – ואולי אף על רצונה – לספק לציבור הסברים ממצים ומשכנעים לגבי השורה המשפטית התחתונה, בעיקר כאשר זו מנוגדת לקו שהציעה התקשורת עצמה. ניתן לסבור כי התקשורת אינה מסוגלת להסביר שורות תחתונות שאינן מוצדקות בעיניה. ניתן לסבור, להבדיל, שהגנה על מערכת המשפט אינה בראש מעייניה, להבדיל מהבאת "אייטם" מוצלח. טלו, למשל, את המצב שהוזכר לעיל, שבמסגרת התקשורת מתקוממת על הסדר-טיעון מקל, ומדגישה את הפער בין החשד או האישום לבין ההרשעה. פער זה אינו מלמד בהכרח על זיכוי שגוי חמור, שכן אולי האישום החמור היה שגוי מלכתחילה. מדוע לא להסביר שהשורה העליונה הייתה אולי נמהרת במקום לרמוז שהשורה התחתונה היא הכושלת? ייתכן שהתקשורת אינה נלהבת לסתור דיווחים קודמים שלה; ייתכן שהיא אינה מכירה ברעיון האמת המשפטית ובערכו;¹⁷¹ וייתכן שהיא פשוט מעוניינת בשליחת חיצים כלפי מערכת המשפט, אשר ברגיל נוגעים בזיכוי-שווא ובהקלות-שווא, ולא בהרשעת-שווא. רבות מהשורות התחתונות של מערכת המשפט – ואולי של כל מערכת – ניתנות להסברה, גם אם לא תמיד להצדקה; אולם ברגיל איש אינו תובע הסבר כאמור. בעולם התקשורת, וכנראה גם במחקר המשפטי האקדמי, אין עניין רב בהצבעה על משהו שעובד בדיוק לפי הציפיות.¹⁷²

170 ראו Hessick, לעיל ה"ש 119, בעמ' 90 ואילך; Chiu, לעיל ה"ש 118, בעמ' 671–674; ולהבדיל Rosenberg, לעיל ה"ש 119, בעמ' 1146 ואילך.

171 על האמת המשפטית ראו להלן ה"ש 203 והטקסט שלידה.

172 לעניין התקשורת ראו פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 193; פלג ובוגוש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 116;

פרשת זדורוב היא מקרה חריג, שבו הרשעה בבית-המשפט המחוזי לא פיזרה את ערפל הספק הציבורי והתקשורתי; ומקרה חריג במיוחד, שבו אפילו אישורה של ההרשעה בבית-המשפט העליון לא עשה כן. בצעד נדיר פרסמה הפרקליטות מסמך סיכום תיק ברשתות החברתיות, לשם הדיפת טיעוני החפות.¹⁷³ בהמשך, בכנס של לשכת עורכי-הדין באילת בשנת 2016, תקף פרקליט המדינה בחריפות את הסדרה "צל של אמת".¹⁷⁴ מאוחר יותר, בסוף יולי 2016, אף-על-פי שכבר נדחתה הבקשה לדיון נוסף, פרסמה הפרקליטות סרטונים מחקירת זדורוב, במגמה לשכנע את הציבור שהוא אכן אשם.¹⁷⁵

נדיר לראות את הפרקליטות נלחצת מסדרת טלוויזיה, יוצאת למאבק ציבורי לאחר סיומו של תיק, מבינה שחרף נצחונה היא מצויה בבעיה קשה, וחשה צורך לשכנע את הציבור לאחר שכתב-המשפט המחוזי והעליון כבר השתכנעו מעבר לספק סביר ותמו ההליכים הרשמיים.¹⁷⁶ זדורוב, כמודגש, הוא תיק נדיר: גם כאשר הוא מסתיים, יש לו נטייה מטרידה לא להסתיים. כאשר נרטיב הרצח אינו מוכר מבחינה חברתית, כאשר הנאשם כופר בהתמדה, כאשר הראיה המרכזית היא הודאה קצרת-זמן לפני מדובב – הספק הציבורי ממשיך לחלחל. הספק הציבורי אינו כולל השלכות משפטיות ישירות, אך הוא עלול בהחלט ליצור השלכות-רוחב עקיפות שרשויות האכיפה והרשות השופטת חוששות מהן. השלכות פוטנציאליות

ענת פלג ורינה בוגוש "הגלימה השחורה והעיתונות הצהובה – חדירת התקשורת לשפיטה" מסגרות מדיה 5, 13, 18 (2010).

¹⁷³ לעיל ה"ש 1.

¹⁷⁴ גלי גינת "פרקליט המדינה על פרשת זדורוב: 'משפטים פליימס אינם תכנית ריאליטי'" וואלה! news.walla.co.il/item/2949543 4.4.2016.

¹⁷⁵ אחיה ראב"ד, טובה צימוקי ותלם יהב "הסרטונים שהובילו להרשעת זדורוב ברצח תאיר ראדה" ynet 27.7.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4834035,00.html.

¹⁷⁶ בעניין הסדר-הטיעון של קצב, לעיל ה"ש 40, בפס' 68 לפסק-דינו, כתב השופט לוי: "אין זה מתקבל על הדעת שגורמי אכיפת החוק יגירו, על כורחם או חלילה בכוונת מכוון, אל הזירה התקשורתית. אכן, נדרשים הם למסור לציבור דין וחשבון על פעולתם. על עשייתם להיות נגישה ומובנת לכלל. עיקר-יסוד הוא בדמוקרטיה הדליברטיבית, זו המבוססת על שיח רחב היקף ומעמיק. הדבר מתחייב מהיותם של פרנסי הציבור – משרתיו. ברם, זאת נדרשים גורמי האכיפה לעשות באורח ענייני ומנומק, במידה הנחוצה בלבד, ובאמצעי שיש בו לשקף את מעמדם הממלכתי. אל להם ליטול חלק בפולמוס המתנהל מעל גלי האתר, או לשלוח ידם במלחמת גרסאות מכל סוג שהוא, ואפילו ששה העיתונות לתת לכך במה. אין זה מתפקידם לעשות נפשות לעמדתם או לעמתה מול אלו המצויות מעברו השני של המתרגם." איני בטוח שאני מסכים עם השופט או שדבריו נכונים בעידן הרשתות החברתיות. מכל מקום, ברור לי שהעניין ראוי לדיון מעמיק. לביקורות תביעות על הדברור הבלתי-מספק של משרד המשפטים ראו פלג ובוגוש, לעיל ה"ש 78, בעמ' 133–134.

אלה נוגעות בחוסר אמון ציבורי, וזאת לא רק לגבי תיק זדורוב, אלא גרוע בהרבה – לגבי תיקים עתידיים. האשראי הציבורי של רשויות האכיפה ושל הרשות השופטת ספג מכה קשה מהפרשה. הלגיטימציה היא משאב יקר,¹⁷⁷ והתנגשויות מרובות בעמדת הרחוב יפגעו בה בוודאי. תחת מסגרת אשראי מופחתת, הספק הציבורי עלול להציב מקלות בגלגלי הפרקליטות ובגלגלי בית-המשפט בתיקים עתידיים. עניין זה רחוק מלהיות שולי. האם אנו רואים התחלה של משהו חדש, של גל ספקנות וביקורתיות ברוח סגוריאליזם?

ו. ספקנות ציבורית עכשווית ועתידית

לקחיה של פרשת זדורוב מצדיקים מבט ביקורתי לא רק בבית-המשפט, בפרקליטות ובמשטרה, אלא גם ובעיקר בציבור. מדוע אנו מאמינים כמעט לכל סיפור האשמה? היכן הביקורתיות שלנו? הרי אף-על-פי שהמשטרה והפרקליטות מלאות באנשים ישרים, נבונים, מוכשרים וערכיים, אין פירוש הדבר שכל מי שנתפס במסגרת שלהן – להבדיל מהמסגרת השיפוטית (שגם היא אינה הדוקה מאוד תמיד)¹⁷⁸ – אכן אשם. מה שנכון לגבי גורמים אלה נכון ביתר שאת כלפי גורמי תקשורת: הללו מציגים סיפורי אשמה – אשמה פלילית ואשמה חברתית – במהירות ולא תמיד ביסודיות, ואנו קוראים, מתמרמרים ומאמינים ברע שבאדם. זדורוב הודה בביצוע הרצח, והודאתו הייתה ראויה מרכזית בהרשעתו. ברגיל אנו מקבלים את ההודאה בחקירה כשלושת רבעי הדרך להרשעה ואף למעלה מכך. "מלכת הראיות" עודנה שולטת בפרקטיקה הישראלית.¹⁷⁹ מדוע רק בסיפור חריג במיוחד אנו תוהים אם היא אכן משקפת את האמת מעבר לספק סביר או שמא היא "קיסרית הרשעות השווא"¹⁸⁰?

177 על השאיפה השיפוטית לגיטימציה ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 49–51 (2004); James L. Gibson, Milton Lodge & Benjamin Woodson, *Losing, but Accepting: Legitimacy, Positivity Theory, and the Symbols of Judicial Authority*, 48 *LAW & SOCIETY REV.* 837 (2014); מיכאל ד' בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית-המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 611, 620–622 (2003). לביסוס לגיטימציה שיפוטית על סקרים, להבדיל מביסוס על מומחיות, ראו: Or Bassok, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, 16 *U. PA. J. CONST. L.* 153, 157–66 (2013).
178 ראו אסף הרדוף "פסיכויזם שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" (טרם פורסם).

179 ראו, למשל, דנ"פ 4530/97 מדינת ישראל נ' אל עביר, פ"ד נא(1) 736, 833–834 (1998); רע"פ 4142/04 מילשטיין נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סב(1) 378 (2006).

180 בועז סנג'ור "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם 'מלכת הראיות' או שמא קיסרית הרשעות

הסרט הנפלא "12 המושבעים" מגולל את סיפור ההכרעה בעניינו של נאשם ברצח אביו.¹⁸¹ הקהל אינו נחשף למעשה הרצח ואף לא למשפט, אלא רק להתדיינות של המושבעים. בתחילת הדרך אחד-עשר מושבעים מצביעים "אשם", ואילו מושבע מס' 8 מצביע "לא אשם". האחרון מצוי בלחץ חברתי כבד לסיים את התיק וליישר קו עם חבריו ועם המערכת. חלף זאת הוא נוהג באומץ ובנחישות, ניגש לכל ראייה חשובה בתיק, בוחן אותה בביקורתיות ומוצא בה פגמים, סוחף אחריו מושבע אחר מושבע, עד שהוא מצליח למשוך אפילו את המושבע המחמיר ביותר להכרעה מזכה – לא מטעמי חפות, אלא מטעמי ספק. כצופים איננו זוכים לראות את הנאשם שמח, ואיננו זוכים לדעת אם זופה אדם חף מפשע או אשם. אנו זוכים אך לראות בחינה דקדקנית של כל ראיה, ברמה שאפילו הסנגור ובית-המשפט לא הגיעו אליה.¹⁸²

הסרט, שהוא קלסיקה של משפט פלילי וקולנוע,¹⁸³ מוקרן בבתי-ספר למשפט בארצות-הברית¹⁸⁴ ואף בישראל. בחירתו של הסרט לא לגלות לנו אם הנאשם אכן רצח או לא מבריקה בעיני מבחינה סיפורית, ובעיקר כאמירה משפטית. לא נזכה לדעת את האמת משום שזו אינה ידועה למושבעים. הם לא זכו לראות את הנאשם רצח או לא, ולכן גם אנו לא נזכה לראות זאת, שהרי הסרט מתמקד לא ברצח ובנאשם, לא באשמה או בחפות, אלא בתהליך קביעת העובדות על-ידי המושבעים.¹⁸⁵

המושבעים זכו אך לראות את הראיות שהוצגו במשפט. גם בתיק אמיתי איש לא יזכה

השווא" עלי משפט ד 245 (2005). כן ראו דליה דורנר "מלכת הראיות נ' טארק נוג'ידאת – על הסכנה שבהודאות שווא וכיצד להתמודד עמה" הפרקליט מט 7 (2007); מרדכי קרמניצר "הרשעה על סמך הודאה – האם יש בישראל סכנה להרשעת חפים מפשע?" המשפט א 205 (1993).

181 "12 המושבעים" ויקיפדיה (נערך לאחרונה ב-23.11.2016) he.wikipedia.org/wiki/12_%D7%A2%D7%99%D7%A9%D7%91%D7%A9%D7%95%D7%A9%D7%91%D7%A2%D7%99%D7%9D.

182 אכן, אחד המושבעים מציין זאת כדי לנזוף במושבע מס' 8 על כך שהוא חורג מתפקידו, ואולי גם כדי ללמדנו הצופים ולהזכירנו שמדובר בבדיה גרידא, שהרי אין זה סביר שמושבע מן היישוב ניחן בראייה כה חדה וספקנית.

Michael Asimow, *12 Angry Men: A Revisionist View*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 183, 711, 711 (2007).

Nancy S. Marder, *Introduction to the 50th Anniversary of 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 557, 557–8 (2007); Judith S. Kaye, *Why Every Chief Judge Should See 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 627, 627 (2007); Barbara A. Babcock & Ticien M. Sassoubre, *Deliberation in 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 633, 635, 640 (2007).

Mar Jimeno-Bulnes, *A Different Story Line for 12 Angry Men: Verdicts Reached by Majority Rule – The Spanish Perspective*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 759, 759 (2007).

לראות את האמת בסיום כדי להפיס את מצפוננו – לא מי שזיכה ולא מי שהרשיע.¹⁸⁶ שאלת הספק הסביר מתעוררת מקום שהפתרון לתעלומה אינו צפוי להגיע בקרוב, ואולי אף לא יגיע לעולם. זה בדיוק מקומה, ושם עליה להכריע. הסרט הנפלא מלמדנו לא רק על כוחו של הספק וכוחו של הספקן, אלא גם על גישת הרוב, שאינה פקפקנית ואינה חקרנית, אלא נוחה להאשים ולהרשיע. כך בסרט וכך במציאות. גם הלחץ לסיים את התיק משפיע, והוא רחוק מלהיות תיאור תיאטרלי גרידא. את אחד-עשר המושבעים הלוחצים ניתן להמשיל לבית-המשפט, אשר לעיתים לא-רחוקות לוחץ לסיום תיקים בהודאות ובהסדרים, וגם השופט עצמו נלחץ על-ידי המערכת לסיים תיקים.¹⁸⁷ אולם למי נמשיל את מושבע מס' 8 – המוכשר, החד והספקן במיוחד? גורם כזה אינו מרבה לפקוד את מערכת המשפט האמריקאית,¹⁸⁸ ואף את זו הישראלית אין הוא פוקד לעיתים קרובות – לא כשופט ואף לא כסגור. מושבע מס' 8, שמלמדנו יסודיות וספקנות מהם, הוא גורם שלא סביר שניתקל בו – בין כמושבע, בין כשופט ובין כסגור.¹⁸⁹ גורם כה יסודי וספקני, או לחלופין גורם בעייתי שחורג מסמכותו,¹⁹⁰ הוא יציר אמנות, ולא שיקוף המציאות. הוא אינו משקף את השיח המשפטי, ואף לא את השיח החברתי. התקשורת והציבור, כאמור, מחזיקים באופן טיפוסי בגישה מאשימה עוד יותר מהתביעה, כביכול הנידון אשם עד שתוכח חפותו. האם פרשת זדורוב עוררה בנו ספקנות מערכתית ושיטתית או שמא הייתה הבלחה חד-פעמית? האם פרשת זדורוב היא קו פרשת-המים, יום-הכיפורים של מערכת המשפט, שחר של יום חדש?

186 בסדרת הטלוויזיה קצרת-הימים "כל האמת" (The Whole Truth, 2010) הוצגו דיונים משפטיים והכרעה של המושבעים. בסיום כל פרק זכו הצופים לראות את הסיפור האמיתי, ולגלות אם ההכרעה הייתה צודקת: www.imdb.com/title/tt1610515/?ref=nm_flmg_act_12.

187 על הלחץ של מושבעים על חבריהם לסיים תיקים ראו: Valerie P. Hans, *12 Angry Men versus the Empirical Reality of Juries*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 579, 588–9 (2007); Nancy S. Marder, *The Banality of Evil: A Portrayal in 12 Angry Men*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 887, 891 (2007).

188 ניתוח כה מדויק של הראיות אינו מאפיין עבודת מושבעים, וגם מצב שבו מושבע יחיד מצליח לשכנע את חבריו בעמדתו הוא נדיר מאוד. ראו Hans, לעיל ה"ש 187, בעמ' 584–587; Marder, לעיל ה"ש 184, בעמ' 563–564; Jeffrey Abramson, *Anger at Angry Jurors*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 591, 591–2 (2007).

189 הנאשם בסרט, אילו נידון בחיי המעשה, סביר להניח שהיה מורשע ללא קושי: Asimow, לעיל ה"ש 183, בעמ' 712 ואילך; Vidmar et al., לעיל ה"ש 126.

190 לשורת בעיות בהתנהלות המושבעים בסרט ולטענה כי עבודת המושבעים בסרט היא מודל רע לתפקוד מושבעים ראו: Charles D. Weisselberg, *Good Film, Bad Jury*, 82 CHI.-KENT. L. REV. 717, 723–6, 730–1 (2007).

מצד אחד, ניתן אולי לראות ניצני שינוי והעלאת ספקות חברתיים גם בשלבים מוקדמים.¹⁹¹ מצד אחר, ייתכן מאוד שתיק זדורוב, כמו מושבע מס' 8, הוא החריג שמעיד על הכלל – חריג עד כדי כך שאילולא היה אמיתי, היה קשה להאמין בו ולקבל שרבים כל-כך בציבור מצדדים בנאשם ומפגינים ספקנות כלפי הרשויות. ברגיל נראה שנמשיך לקבל נרטיב של אשמה בקלות רבה הרבה יותר מאשר נרטיב של חפות, שאותו נקבל באדישות, בציניות ובכעס.¹⁹² כדי שמהו ישתנה, דרוש משהו שיוציאנו מאזור הנוחות המאשים שלנו. משהו כזה עשוי להיות אהדה ציבורית לחשוד/נאשם בגין מעמדו או בגין הסיטואציה שאליה נקלע או לחלופין סיפור מיוחד שמעורר אצלנו "ספק שלא נותן מנוח".¹⁹³ פעמים אחרות מהותי: לא "עשה או לא עשה", אלא "פסול או לא פסול". אוראז ייתכן שנראה פקפוק ציבורי בנרטיב מאשים אפילו כאשר העובדות ברורות יחסית, משום שהנרטיב מבקש לעצב מחדש את ערכי החברה. הגיוני שנדחה נרטיב מאשים במצב שבו המשפט והנורמות החברתיות מתנגשים, אפילו כאשר המעשה מתועד. אין זה מקרי שחייל שנאשם בהרג מחבל מנוטרל מעורר סימפתיה ציבורית רבה בתקופה שבה הטרור מרים ראשו. סיפורו מגלם התנגשות קשה בין המשפט הפלילי הפורמלי לבין תפיסת הביטחון הציבורית וחוש הצדק של רבים, שלפיה הרג מחבל אינו פסול, אלא דווקא רצוי, ואין זה משנה אם הוא פצוע ומנוטרל.¹⁹⁴ לא חסרים מצבים נוספים שבהם המשפט הפלילי מתנגש במשהו שאינו חזק פחות ממנו, כגון התפיסה בנוגע להרג מתעללים משפחתיים¹⁹⁵ או בנוגע לקורבן שמרוצץ

191 ראו, למשל, כתבה על רצח אָם בידי בתה הלוקה בנפשה, ולעומתה ראו את התגובות המובלטות, התוקפות דווקא את המשטרה על שחילצה הודאה מאדם הלוקה בנפשו ומעלות את האפשרות שמא אין עסקינן ברצח כלל: אלי סניור "חשד: בת 67 נרצחה על-ידי בתה בתל-אביב" *ynet* 29.4.2016 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4797345,00.html.

192 Marder, לעיל ה"ש 187, בעמ' 890–893.

193 ראו את סיפור ההריגה עם הרקע הבלתי-רגיל שלו, המתבטא בעיקר בהתנהגותו הפסולה והפלילית לכאורה של הקורבן: ע"פ 4784/13 סומך נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 18.2.2016).

194 נכון לאמצע אפריל 2016 ועד דצמבר 2016 לפחות, חיפוש המילה "החייל" במנוע החיפוש גוגל הוליד תוצאות שהתמקדו בחייל אלאור אזריה, שנאשם כי ירה במחבל מנוטרל. המקרה עורר אהדה רבה לחייל וכעס גדול ואפילו איומים על הרמטכ"ל ושר הביטחון, אשר הבהירו כי ירי במחבל מנוטרל מנוגד לערכי צה"ל. ידוענים דיברו בזכות החייל, ונערכה הפגנת תמיכה בו. "החייל הוא הבן של העם": אייל גולן יופיע בעצרת לחייל היורה" וואלה! 18.4.2016 news.walla.co.il/item/2953834.

195 פלג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 193.

את גולגולתו של האדם שלדבריו אנס אותו.¹⁹⁶ אין לנו סימפתייה לרוצחים ולאנסים, וכאשר הם מוצאים את מותם מידי אחר, רבים בציבור אינם מעוניינים לדקדק אם התקיימו כל תנאי הסייגים לאחריות פלילית, משום שאיננו חשים את העוול שנעשה להם, אלא מתמקדים בעוול שהם עצמם עשו. אולם כאשר המחלוקת אינה לגבי שאלת המהות, אלא לגבי שאלת הראיות, בעיקר (אך לא רק) כאשר מדובר בנאשמים בלתי-מוכרים, אנו ספקנים מאוד דווקא כלפי סיפורי חפות, וכלל לא (כמעט) כלפי סיפורי אשמה. אנחנו מאמינים ברע שבאדם בקלות, בקלות רבה מדי. שינוי נרטיב עשוי לעורר ספקנות שלא התקיימה בעבר.

בעיני רבים בציבור זדורוב הוא סמל לאדם חף מפשע שהורשע ונכלא על לא עוול בכפו. בעיניי הוא סמל למערכת משפט, לתקשורת ולחברה אשר ברגיל נטולות כמעט לחלוטין ספקות וספקנות לגבי תזות מאשימות. ספקנות כזו אין פירושה כפירה מוחלטת ותפיסה שכל החשודים, הנאשמים והמורשעים הינם חפים שנדרסו על-ידי רשויות אכזריות.¹⁹⁷ אני מאמין במשטרה, בפרקליטות וברשות השופטת, ברצונן האמיתי להגיע לאמת ולצדק, באנושיותן. אנושיותן זו היא חלק חשוב ביכולתן להגיע לצדק, אלא שהיא גם חלק חשוב בהיותן מועדות לטעויות ולהטיות. ספקנות כלפי תזה מאשימה אין משמעותה שכל צעד בכל תיק הינו טעות. פירושה שעלינו לבחון ביסודיות ובדקדקנות את התזה בטרם נקבלה, משום שאיננו עוסקים בקבלה של תזה עיונית גרידא, דוגמת זו המוצעת במאמרי, אלא בקביעה בעלת השלכות קשות ופוגעניות על אדם, ולגבי קביעה כזו דרושה זהירות מיוחדת. ספקנות זו חיונית למערכת משפט שבה כמעט כל נאשם מורשע. היא חיונית בתיקי רצח וגם בתיקים קלים יותר. היא חיונית להגנת חפים לא רק כאשר התקשורת מתעניינת ושואלת, אלא גם במצב השגרתי שבו סיפורו של הנאשם מסופר ונבחן "רק" בבית-המשפט. אולם ברגיל ספקנות כזו פשוט חיה בסרט.

196 ע"פ 746/14 ימר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 31.5.2016); גלי גינת "העליון הפחית בעונשו של יונתן היילו, שהרג את האיש שאנס אותו" וואלה! 31.5.2016 news.walla.co.il/item/2966075. ראוי להזכיר שהיילו זכה בתמיכה ברשת החברתית ובהפגנות לפני ההכרעה בערעור.

197 גם חזקת החפות אינה דורשת זאת, אלא שואפת לאפשר הליך הוגן ולהקטין את הסיכוי להרשעת חפים מפשע. קיטאי, לעיל ה"ש 82, בעמ' 428–429.

תהיות לסיום על עתידו של זדורוב

הבקשה לדיון נוסף שהגיש זדורוב נדחתה במהרה, כצפוי. בעתיד הנראה לעין הוא יחל בוודאי בכתיבת בקשות למשפט חוזר¹⁹⁸ ויחלום על זיכוי מאוחר, כמו עמוס ברנס – היחיד שניתן להקבילו לזדורוב במובן של טענת חפות בעלת משקל ציבורי חרף הרשעה ברצח. חמש הערות קצרות:

1. זדורוב אינו ברנס. ברנס שוחרר על-ידי המדינה הרבה לפני המשפט החוזר, לאחר שמונה שנות מאסר וחצי (זדורוב בכלא כבר יותר מעשר שנים), ונאבק על חפותו כאדם חופשי.
2. ברנס נדחה שלוש פעמים בבית-המשפט העליון, לפני שהשופטת דורנר נעתרה לבקשתו הרביעית והורתה על משפט חוזר.¹⁹⁹
3. ברנס זוכה בלי משפט, משהודיעה המדינה, במהלך תמוה, שאין עניין ציבורי בניהול משפטו מחדש. מעולם לא קבע שופט כי ברנס היה אדם חף מפשע, וזאת הודגש גם בזיכוי.²⁰⁰ אולי אין פלא שכזה היה הזיכוי – שקט, טכני וחמקמק, ללא הודאה בטעות ההרשעה.
4. רוב הבקשות למשפט חוזר בישראל נדחות, אפילו בתיקים שעוררו ספקנות ציבורית מסוימת.²⁰¹ כאשר כבר נערכים משפטים חוזרים, רובם מסתיימים בהרשעה.²⁰²
5. מעט תקווה בכל-זאת לזדורוב: לא מן הנמנע שהוא יזוכה בעתיד, אולי גם הוא בזיכוי שקט וטכני. בית-המשפט העליון פסק ברוב דעות כי זדורוב רצח, אולם הספק התקשורתי לא הוסר כלל, ומסופקני אם הוא ייעלם בקרוב; דעת המיעוט המזכה וידאה זאת. הדיון המשפטי בעניין זדורוב תם לעת עתה, אך כפי שאמר אחד מסנגוריו לשעבר, עו"ד פלדמן, "תם ולא נשלם". פרשת רצח

198 הקרקע לכך כבר בהכשרה. ראו גיא פלג "סיפרת לי ששיספת לתאיר את הגרון" *mako* 16.8.2016 www.mako.co.il/news-law/legal-q3_2016/Article-83f364eee649651004.htm?sCh=3d385dd2dd5d4110&pId=1434139730.

199 מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354 (2002). על פרשה זו ראו דוד וינר "בעקבות פרשת עמוס ברנס: הזכות החוקתית להליך פלילי הוגן" קרית המשפט ד 169 (2004); עופר גוט עיוות דין בהליך הפלילי 261–272 (2008).

200 ת"פ (מחוזי נצ') 1212/02 מדינת ישראל נ' ברנס, פס' 24 (פורסם בנבו, 11.12.2002).

201 מ"ח 8498/13 אל-עביד נגד מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 12.2.2015).

202 להרחבה ראו בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א 97 (2000); סנג'רו, לעיל ה"ש 88, בעמ' 234–243; לוי, לעיל ה"ש 89, בעמ' 43–45.

צפויה להתברר בעניין רצח ראדה. הדיון הציבורי בה בוודאי יפחת עם הזמן, אך מפעם לפעם ישוב ויזמזם, בוודאי כל עוד זדורוב בכלא, ואולי גם בעתיד לבוא. זדורוב הוא סמל למאבק של הפרט במערכת המשפט הדורסנית, ואנחנו לא רק אוהבים סמלים, אלא גם זקוקים להם.²⁰⁸ יתר על כן, קשה להיפרד מפאזל שלא הושלם, אף שמספרים לנו שהוא מושלם מספיק. כמה מחלקיו המסקרנים ביותר הלכו לאיבוד, ואולי לא נמצאם לעולם. אולם אפשר שבחיפוש אחריהם גילינו משהו חשוב ונעלם לא פחות: גילינו דלת, חלון קטן או אפילו צללים של ביקורתיות וספקנות כלפי תזות מאשימות.

208 לסמלים בדין הפלילי ראו: John F. Decker, *Symbolism and the Criminal Justice System*, in *CRIMINAL SCIENCE IN A GLOBAL SOCIETY: ESSAYS IN HONOR OF GERHARD O. W. MUELLER* 263, 276–80 (Edward M. Wise ed., 1994).

הענישה בישראל על נהיגה בשכרות –

מבט אמפירי

אברהם טננבוים*

תקציר

דרישת המחוקק וההנחיות הברורות והחד-משמעיות שהוציא בעקבותיה בית-המשפט העליון קובעות עונשי-מינימום של פסילת רישיון למשך שנתיים ימים לפחות לנוהגים בשכרות. אך האם עונש זה מיושם בפועל?

על-מנת לענות על שאלה זו, בדקנו שלושה מקורות. האחד הוא מחקר ראשוני שערכו מויאל ואייזנשטדט על-סמך מדגם תיקים של קרוב ל-1,200 מורשעים בנהיגה בשכרות. מקור נוסף הוא מערכת "נט המשפט" (מערכת המחשוב של בתי-המשפט בישראל), שבה בדקנו את כל התיקים הרלוונטיים שהסתיימו בהרשעה בטווח השנים 2010–2014 (כ-45,000 תיקים). מקור שלישי הוא סקר שערכנו בקרב עורכי-דין המתמחים בתעבורה, ובו ביקשנו מהם לתאר את העונשים המוטלים על-סמך נסיונם. התברר כי למרות ההבדלים בין שלושת המקורות, התוצאות היו דומות להפליא. מצד אחד, המחוקק ובית-המשפט העליון מכריזים על עונש-מינימום שאין לסור ממנו, ומן הצד האחר, הערכאות הנמוכות אינן מיישמות אותו. לכל הדעות, מצב זה אינו תקין.

* ד"ר אברהם טננבוים, שופט בדימוס של בית-המשפט השלום בירושלים. אבקש להודות ליהונתן שניאור, לענת הורוויץ, לאייל זמיר, ליוסי ריבלין, לאסתר טפטה ולאביטל חן על הערותיהם המועילות לגרסה מוקדמת של רשימה זו, וכן לד"ר מיכל רוטנברג, ראש המעבדה לטוקסיקולוגיה ופרמקולוגיה בבית-החולים תל-השומר, ולמשטרת ישראל (היחידה לחופש המידע) על עזרתם בהשגת הנתונים הרלוונטיים. תודה גם לחברי מערכת מאזני משפט על הערותיהם ועזרתם, וכן לסוקרים מטעם כתב-העת. תודה מיוחדת לשומרון מויאל ולמימי אייזנשטדט, אשר שיתפו אותי בשמחה בנתוני מחקרם ועזרו לי רבות בהערותיהם. האחריות היא כמובן שלי בלבד.

בשלב השני ניסינו לשאול מדוע למעשה עונש-המינימום אינו מיושם. לצורך כך בדקנו את הליך חקיקתו של עונש-המינימום, ונוסף על כך ראינו משפטים העוסקים בדיני תעבורה – שופטים בדימוס, סנגורים ותובעים כאחד.

מן הנתונים עולה כי עונש-המינימום חוקק בפעם אחת בצורה דרקונית וללא בדיקה והתייעצות מתאימים. כתוצאה מכך, שחקני המערכת כולם – הן שופטי התעבורה, הן התובעים, ובוודאי הסנגורים והנאשמים עצמם – סבורים כי עונש זה אינו מידתי ואינו צודק. על כך יש להוסיף כי עקב חומרתו של עונש-המינימום, נהפכו הליכי הבדיקות לקשים ומסובכים. התוצאה היא שמשפטי שכרות נהפכו לארוכים ולגוזלי זמן.

שילוב גורמים אלה יצר אצל כל הצדדים אינטרס בעקיפת עונש-המינימום באמצעות הסדרי-טיעון מקילים, והללו אכן נעשו בשיתוף-פעולה בין התביעה, ההגנה, וכנראה גם בתי-המשפט. הסדרי-הטיעון נכרתו משום שעונש-המינימום נראה לשחקנים לא-מידתי ולא-צודק, ומשום שההליך היה ארוך ומסובך. כפועל יוצא מכך, הנפגעים העיקריים מעונש-המינימום הם הנאשמים שנשפטים בהעדרם וכן הנאשמים חסרי הייצוג. אלה ואלה משתייכים לאוכלוסיות מוחלשות, אשר לא השכילו לעקוף את עונש-המינימום.

תוצאות אלה משתלבות עם מחקרים רבים שנעשו בעולם בנוגע לעונש-המינימום. מחקרנו דן בהתאמה ובהבדלים שבין תוצאה זו לבין המצב בעולם. בהמשך אנו דנים ביחס בין ממצאינו לבין המטרות המקובלות של דיני העונשין, ותמהים אם המציאות מתאימה למטרות המוצהרות.

לנוכח הממצאים אנו מציעים המלצות קונקרטיות לשינוי המצב בישראל כדי להתמודד עם התוצאות הבעייתיות. בנוגע לעונש-המינימום מוצע להחליפו בעונשים מדרגיים מידתיים, ובו-בזמן לפשט את הליכי הבדיקות. בנוגע לפגיעה בנהגים מאוכלוסיות מוחלשות מוצעים מנגנונים שיפחיתו פגיעה זו במידה משמעותית.

מבוא

1. עונשי-מינימום והידוע עליהם
 2. על שתיית יין ועונש-המינימום על נהיגה בשכרות בישראל
- א. שיטות המחקר ומקורות הנתונים
1. שילוב של שיטות מחקר
 2. ניתוח כמותי – שלושת המקורות השונים לבדיקת הענישה בפועל
 3. ניתוח היסטורי חקיקתי – כיצד הגענו לעונש-המינימום על נהיגה בשכרות?
 4. ניתוח איכותני – שאלונים ושיחות עם שחקני המערכת
- ב. הממצאים
1. עונש-המינימום הוא תיאורטי ואינו מיושם
 2. ניתוח היסטורי חקיקתי – כיצד הגענו לעונש-המינימום של היום?
- (א) החוק עד לחקיקת עונש-המינימום בשנת 1995
- (ב) יישום החוק ממועד חקיקת המינימום ועד לתיקונו בשנת 2005 עקב פסיקת בית-המשפט העליון
- (ג) המצב אחרי תיקון החוק בשנת 2005
3. הדרך לעקיפת עונש-המינימום – הסדרי-טיעון
- ג. דיון ומסקנות
1. היחס בין הענישה בפועל למטרות הענישה
 2. המלצות כלליות בעניין עונש-המינימום בכלל ובעניין עונש-המינימום על נהיגה בשכרות בפרט
 3. המלצות להמעטת פגיעתו של עונש-המינימום באוכלוסיות מוחלשות
- סוף-דבר

מבוא

1. עונשי-מינימום והידוע עליהם

עונש-מינימום מוגדר כעונש מינימלי שאותו חובה על השופט להטיל על הנאשם ללא שיקול-דעת. לדוגמה, חובה על השופט להטיל עונש מאסר של חודש אחד לפחות על עבירה של תקיפת שוטר.¹ בדרך-כלל הכוונה היא למינימום של תקופת מאסר שעל השופט להטיל, אולם עונש-המינימום יכולים להתייחס כמובן לכל דרכי הענישה.²

מחקרים לא-מעטים נעשו על עונשי-מינימום, וכמעט כולם התייחסו לאורכה של תקופת המאסר המוטלת על הנאשמים, ולא לעונשים אחרים. לא נמצאו מחקרים חד-משמעיים המצביעים על ירידה במספר העוברים עבירה מסוימת בעקבות חקיקת עונש-מינימום בגינה. אפשר אפילו לומר כי רוב החוקרים מסכימים שעונש-המינימום נחלו כישלון – בוודאי מבחינת הצדק אבל גם מבחינת היעילות.³ מבקרים חריפים יותר, כנציגי לשכת עורכי-הדין האמריקאית, אף טענו כי:

“Sentencing by mandatory minimums is the antithesis of rational sentencing policy.”⁴

המחקר מראה שלוש תוצאות החוזרות שוב ושוב. ראשית, העונשים אכן מוחמרים במידה משמעותית: אחוז גבוה יותר מקרב הנידונים נשלחים למאסר לתקופות ארוכות יותר. ארצות-הברית מובילה במספר האסירים, ועונש-המינימום תורמים

1 ס' 273 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כי "התוקף שוטר והתקיפה קשורה למילוי תפקידו כחוק או אדם אחר העוזר לשוטר כשהשוטר ממלא תפקידו כחוק, דינו – מאסר עד שלוש שנים ולא פחות מחודש ימים".

2 נבהיר כי יש הבדל בין עונש-מינימום לבין עונש-חובה. עונש-חובה פירושו שעל השופט להטיל עונש זה בדיוק, ולא חמור או קל ממנו (למשל, שנתיים מאסר). עונש-מינימום פירושו שעל השופט להטיל לפחות שנתיים מאסר, אך הוא יכול להטיל גם עונש חמור יותר אם ימצא לנכון לעשות כן.

3 ראו, למשל, את מאמרו המסכם של טונרי: Michael Tonry, *Mandatory Penalties*, 16 CRIME & JUST. 243 (1992).

4 דבריו של נציג הלשכה בוועדה (שמונתה על-ידי הקונגרס) לבחינת עונש-המינימום ביום 27.6.2010. ראו *Sentencing Commission Takes New Look at Mandatory Minimums*, 42(6) THE THIRD BRANCH 4, 5 (2010), https://issuu.com/uscourts/docs/2010-06_jun

לכך רבות.⁵ שנית, עונשי-המינימום פוגעים בעיקר באוכלוסיות המוחלשות, שהן בדרך-כלל העניים והמיעוטים (ולעיתים מזומנות שניהם גם-יחד). הטענה היא שהחלשת שיקול-הדעת השיפוטי גורמת לכך שההחלטה עוברת לידיים אחרות – למשטרה, ובעיקר לתביעה. הקבוצה החזקה של האוכלוסייה יכולה לדון ביתר קלות עם התביעה, ופעמים רבות מגיעה איתה לעסקת-טיעון המבטלת את הסעיפים החמורים. זאת, משום שעורכי-דינם טובים ומנוסים יותר או לפעמים פשוט בעלי קשרים טובים יותר. טענות אלה מוכחות על-ידי ראשי המערכת, אך לא יהיה נכון להתעלם מהן.⁶ שלישית, עונשי-המינימום מעוררים חוסר שביעות-רצון בקרב השופטים שאמורים להטילם (ולעיתים אף חוסר רצון מצד התביעה לדרוש את הטלתם). במערכת הפדרלית של ארצות-הברית יש זכות לשופטים ותיקים לסרב לטפל בסוגי תיקים מסוימים, ומתברר שאלה אכן נמנעו מלטפל במקרים שעסקו בעבירות שלגביהן נקבעו עונשי-מינימום (בעיקר בתיקי סמים).⁷ בדוח מסכם על עונשי-מינימום במערכת הענישה הפדרלית, שהוגש לקונגרס האמריקאי באוקטובר 2011, ממליצים כותביו לקונגרס כי אם יחליט להשתמש בכוחו על-מנת להטיל עונשי-מינימום, מן הראוי כי אלה:

- א. לא יהיו חמורים מדי;
 - ב. יוגדרו בצורה מצמצמת על-מנת שיוטלו רק על העבריינים הראויים לעונשים אלה;
 - ג. יוטלו בצורה שיטתית וזהה ככל האפשר;
 - ד. ילוו "פתחי מילוט" למקרים שבהם ברור כי עונש-המינימום אינו מתאים.
- הוועדה גם הוסיפה, בסגנון מנומס, כי מנתוני הענישה ומשיחות שקוימו עם תובעים וסנגורים עולה כי עונש-מינימום חמור גורם להפעלתו בצורה לא-עקבית.⁸

5 על מספרי האסירים בארצות-הברית ובמדינות אחרות בעולם ראו אברהם טננבוים ורון סופר "מדינה עם פחות אסירים? רפורמת הענישה בצרפת ומה אפשר ללמוד ממנה בישראל" צוהר לבית הסוהר 17, 140 (2015). כפי שהוצג במאמר זה, מעניינת העובדה שלאחרונה בוטלו עונשי-המינימום בצרפת וניתן שיקול-דעת נרחב יותר לשופטים.

6 ראו, למשל: Michael Tonry, *The Failure of the U.S. Sentencing Commission's Guidelines*, 39 CRIME & DELINQ. 131 (1993).

7 ראו, לדוגמה: Sandra Torrey, *Some Federal Judges Just Say No to Drug Cases*, WASH. POST, May 17, 1993, at F7.

8 ובלשונם: "Sentencing data and interviews with prosecutors and defense attorneys indicate that mandatory minimum penalties that are considered excessively severe tend to be applied inconsistently". ראו: REPORT TO THE CONGRESS.

דעות אלה נשמעו גם בישראל בצורה ברורה וחד-משמעית. דוח הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, שהתפרסם בנובמבר 2015, התנגד במפורש לעונשי-מינימום לסוגיהם, וקבע כי –

”ככלל, יש להימנע מקביעת עונשים מזעריים לעבירות, שכן עונש מזערי מקשה על בית המשפט להתאים את הענישה לעקרון ההלימה (במקרים בהם העבירה בוצעה ברף התחתון של החומרה) ולמטרות הענישה האחרות. במקרים החריגים בהם תשקול הממשלה להגיש הצעה לעונשים מזעריים או לתמוך בהצעה כזו, מוצע כי יוצגו בפניה רמות הענישה הנוהגות בעבירה הנדונה, מידע כללי על ההצדקות שנתנו לעונשים שחרגו לקולא מהעונש המזערי המוצע, והעלות המשווערת של אימוץ עונש מזערי, בהתאם להמלצות לעיל.”⁹

אולם למרות זאת יש לעונשי-המינימום גם תומכים. הללו רואים בעונש ברור וקבוע מראש משום עונש צודק ומרתיע יותר מעונשים עמומים. לשיטתם, עונש-מינימום משקף את דעת הציבור נגד עבירות חמורות, אינו כפוף לשיקול-דעתו של שופט זה או אחר, ומוטל על כולם בצורה שווה. כך, למשל, באופן אירוני, באותו חודש בדיוק שבו הגישה הוועדה הציבורית את המלצותיה נגד עונשי-מינימום, חוקקה הכנסת עונש-מינימום על זורקי אבנים.¹⁰ אין פלא לכן שגם בישראל חוקק עונש-מינימום על נהיגה בשכרות, כפי שנתאר.

2. על שתיית יין ועונש-המינימום על נהיגה בשכרות בישראל

שתיית יין אינה מנהג מגונה בתרבות האנושית, וכבר אלפי שנים היא משמשת לציון אירועים משמחים. גם היהדות לא חרגה מתופעה אוניוורסלית זו, שנאמר: “וַיֵּין יִשְׁמַח לְבַב אָנוּשׁ” (תהילים קד 15). ניתן לומר ששתיית יין שזורה במסורת היהודית, וכי היא חלק בלתי-נפרד מן התפילות, החגים והשמחות. לא לחינם

MANDATORY MINIMUM PENALTIES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 368 (2011), <http://www.ussc.gov/news/congressional-testimony-and-reports/mandatory-minimum-penalties/report-congress-mandatory-minimum-penalties-federal-criminal-justice-system>.

9 הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון 31 (2015). הדוח קרוי גם “דוח ועדת דורנר”, על-שם השופטת העליונה בדימוס דליה דורנר, שעמדה בראש הוועדה.

10 ראו ס' 332א(ג) לחוק העונשין, שחוקק ב-5.11.2015 במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12.

נקבע בהלכה כי אדם צריך לשמח את בני ביתו ביין כחג,¹¹ ולא לחינם קיימות ברכות מיוחדות רק ללחם ולגפן. בפורים יש אף חובה הלכתית (אם כי יש מחלוקת בגדרה) לשנות בכמות לא-קטנה, והדברים ידועים.¹²

במקביל יש כמובן אזהרות מפני שתייה מוגזמת. בצד תשבחות ושירי-הלל ליין מופיעים במקורותינו לא אחת גם דברי גנות על סכנותיו ותקלותיו. כבר בספר משלי נאמר "אַל תִּהְיֶה בְּסִכָּאֵי יַיִן" (משלי כג 20). אך ככלל דומה שיהיה זה מן האמת לטעון כי היהדות אינה מפגינה יחס שלילי במיוחד לשתיית יין (במידה). גם במדינת-ישראל לא נחשבה בעיית ההתמכרות לאלכוהול כמשמעותית. צריכת האלכוהול בישראל נמוכה יחסית עד ימינו אלה, ואף שבשנים האחרונות טוענים לעלייה בה, היא רחוקה עדיין אפילו מרמות הצריכה במדינות אירופה. ליתר דיוק, במדינות אירופה השונות צורכים אלכוהול בכמויות גדולות פי 2.5 עד פי 7 מאשר בישראל.¹³ זו אולי הסיבה לכך שבשנותיה הראשונות של המדינה, עד לשנות התשעים של המאה העשרים, לא הטרידה שאלת הנהיגה בשכרות את הציבור. אולם בעקבות העלייה מרוסיה בשנות התשעים, אם כי מסיבות שאינן מוצדקות לגמרי, החוק הישראלי לגבי נהיגה בשכרות קובע כיום במפורש עונש-מינימום של פסילת רישיון לשנתיים ימים. סעיף 39(א) לפקודת התעבורה קובע כך:

"הורשע אדם על עבירה כאמור בסעיף 62(3), דינו – בנוסף לכל עונש אחר – פסילה מקבל או מהחזיק רישיון נהיגה לתקופה שלא תפחת משנתיים, ואם כבר הורשע על עבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה – פסילה לתקופה שלא תפחת מארבע שנים; אולם

11 תלמוד בבלי, פסחים קט, ע"א.

12 ראו, למשל, משנה תורה, מגילה וחנוכה, פרק ב, הלכה טו: "כיצד חובת סעודה זו – שיאכל בשר ויתקן סעודה נאה כפי אשר תמצא ידו; ושותה יין עד שישתכר וירדם בשכרות." אולם יש הטוענים כי אין חובה להשתכר, אלא זו רשות בלבד. לסיכום הדעות השונות ראו רפאל באסל "פורים – לבירור מעמדה של השכרות בהלכה" אמור – פורום (23.2.2014) <http://forum.he.emorproject.org/?p=64>.

13 צריכת האלכוהול בישראל בשנת 2010 הייתה 4 ליטרים לנפש בקרב גברים ו-1.7 ליטר לנפש בקרב נשים. רק לשם השוואה, במדינה האירופית שבה צריכת האלכוהול היא הנמוכה ביותר – איטליה – נרשמה צריכת אלכוהול של 9.7 ליטר לנפש בקרב גברים ו-3.9 ליטר לנפש בקרב נשים; בצרפת עמדה צריכת האלכוהול על 17.8 ליטר בקרב גברים ו-7.1 ליטר בקרב נשים; ובמדינה המובילה – בלרוס – הייתה צריכת האלכוהול 27.5 ליטר בקרב גברים ו-9.1 ליטר בקרב נשים. בארצות-הברית נרשמה באותה שנה צריכה של 13.6 ליטר לנפש בקרב גברים ו-4.9 ליטר לנפש בקרב נשים. הנתונים הם של ארגון הבריאות העולמי, ואף שהם משנת 2010, לא נראה שחלו עד היום שינויים מהותיים. ראו http://gamap-server.who.int/gho/interactive_charts/gisah/consumption_total/atlas.html.

רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר.¹⁴

הדרך המשפטית היחידה להימלט מעונש-המינימום היא שיקול-הדעת הפורמלי של בית-המשפט. רבים ביקשו להיבנות מהסיפא של סעיף 39(א), הקובע כי "רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר". אולם הפסיקה שללה באופן גורף ועקבי כל אפשרות לנסיבות מיוחדות. נימוקים כגון עבר נקי לחלוטין, הודאה באשמה שחסכה זמן שיפוטי, הבעת חרטה וקבלת אחריות, ותק בנהיגה, רמת שכרות נמוכה, צורך ברישיון לעבודה, הזדקקות להסעת בן משפחה נכה, בדיקת מאפיינים תקינה, התנדבות בקהילה ועוד ועוד – נדחו כולם על הסף.¹⁵ אדרבה, נאמר כי רמת שכרות טובה בחשבון רק לשם הוספה על פסילת-המינימום, ולא כסיבה להפחתתה. פסקי-דין של שופטים שנהגו אחרת בערכאה הראשונה בוטלו, ולפעמים אף ננקטה לגביהם לשון בוטה.¹⁶ בדיקה של נסיונות לקבל רשות ערעור לעליון על משך הפסילה הראתה כי כל הבקשות נדחו על הסף מחוסר עילה ללא יוצא מן הכלל.¹⁷ עד עתה לא הובהר מתי יתגבשו אותן נסיבות מיוחדות המאפשרות הפחתה מעונש-המינימום, כמצוין בחוק.¹⁸

14 סעיף זה הוסף לפקודה ביום 11.4.1995 במסגרת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 35), התשנ"ה-1995, ס"ח 197.

15 כך, למשל, נאמר כי "נקודת המוצא שהמחוקק ביקש לקבוע הינה, כי עונש החובה בגין נהיגה בשכרות הוא שנתיים פסילה בפועל, ורק במקרים מיוחדים ונדירים ניתן לסטות מן הכלל ולהפחית את תקופת הפסילה או לקבוע את הפסילה כפסילה על תנאי". עפ"ת (מחוזי י-ם) 54017-03-11 מדינת ישראל נ' גוריבסקי, פס' 13 (פורסם בנבו, 30.5.2011) (ההדגשות במקור).

16 זאת אף הגיעה לעיתים לעיתונות. ראו, למשל, שחר הזלקורן "מלחמות שופטים: מה העונש הראוי לנהג שיכור?", *ynet* 8.2.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4186906,00; תיב נחמני "שופט בלי שלום: שופטי המחוזי נגד שופט התעבורה הדעתן" *nrg* www.nrg.co.il/online/54/ART2/339/805.html 23.2.2012.

17 חיפושים במאגר נבו העלו עשרות נסיונות לערער על משך הפסילה לבית-המשפט העליון, שכולם נדחו על הסף ללא התייחסות כמעט. לטענת עורכי-הדין המתמחים בתעבורה, לא מוכר להם אפילו מקרה אחד שבו התערב בית-המשפט העליון והפחית את משך הפסילה. כל עורכי-הדין מודעים היטב לכך שאין למעשה נסיבות מיוחדות על-פי פרשנותו של בית-המשפט העליון, ובפועל עונש-המינימום הוא העונש ההכרחי.

18 בהערת-אגב קובע השופט רובינשטיין בעליון כי "אוכל להעלות על הדעת נסיבות מיוחדות, שהמחוקק התיר בהן הקלה, במקרה של נהג ותיק ללא הרשעות, שרמת השכרות שנמצאה בו היתה נמוכה וחרגה במעט מרמת האלכוהול המותרת, ובהתקיים צורך הומניטרי דוחק להסעת בן משפחה חולה. הצטברות מעין זו – בלא שאמצא, כמוכן – עשויה לגבש נסיבות מיוחדות". רע"פ 6443/12 לידסקי נ' מדינת ישראל, פס' ו (פורסם בנבו, 9.9.2012). לא למותר

בקצרה, הפסיקה בבית-המשפט העליון ובבית-המשפט המחוזיים הייתה חד-משמעית ולעיתים אף קיצונית בניסוחיה, והביעה דעה בלתי-מתפשרת שעל-פיה אין לחרוג מעונש-המינימום לקולא, ואף אותו עצמו יש לשמור למקרים הקלים בלבד.¹⁹ בניסוחו של השופט שוהם בבית-המשפט העליון:

”נהיגה בשכרות הינה אחד מן הגורמים המרכזיים לגרימתן של תאונות דרכים, אשר הפכו בשנים האחרונות ל'מכת מדינה', המסכנת את שלום הציבור ופוגעת בביטחונו. לפיכך, מדיניות הענישה בעבירות אלה, מחייבת את בית-המשפט לנהוג ביד קשה בנהגים שיכורים...”²⁰

כהערת-אגב נעיר כי הטענה שנהיגה בשכרות היא אחד הגורמים המרכזיים לגרימתן של תאונות-דרכים היא תמוהה (בלשון המעטה). על-פי הנתונים העדכניים, בשנים 2010–2014 היו בין 297–395 תאונות-דרכים שנגרמו בשל נהיגה תחת השפעת סמים ו/או אלכוהול. על-פי נתוני המשטרה, תאונות אלה היוו בין 2% ל-3% מכלל תאונות-הדרכים בכל אחת משנים אלה (ונתונים דומים מתקבלים גם לגבי תאונות קטלניות).²¹ ניתן להתווכח על אחוזים אלה, אולם יהיה זה מאוד לא-מבוסס לטעון כי מדובר בגורם משמעותי.²² האמת היא שהיה אפשר לחזות זאת על-פי צריכת האלכוהול הנמוכה בישראל, שעליה עמדנו קודם.²³

לציין שבאותו מקרה נדחה הערעור, שכן נסיבות מהסוג שציין השופט רובינשטיין אינן מתקיימות כמעט במציאות.

19 כך, למשל, אוחדו בבית-המשפט המחוזי שישה-עשר ערעורים שהוגשו על פסקי-דין שנתנו מותבים שונים של בית-משפט השלום במקרים של נהיגה בשכרות, וכולם התקבלו, ללא יוצא מן הכלל, משום שהעונש שהוטל בהם היה פחות משנתיים. ראו ע"פ (מחוזי ים) 2699/08 מדינת ישראל נ' לוי (פורסם בנבו, 20.5.2009).

20 רע"פ 861/13 פנאדקה נ' מדינת ישראל, פס' 9 (פורסם בנבו, 6.2.2013).

21 באשר לנתונים מתוך כלל תאונות-הדרכים ראו אוריאנה אלמסי "הסדרת נהיגתם של בעלי רישיון לקנביס רפואי" 2 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 18.10.2015) www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m03619.pdf. הנתונים לגבי התאונות הקטלניות חושבו על-סמך השנתונים הסטטיסטיים של משטרת ישראל. לדוגמה, בשנת 2014 נגרמו 9 תאונות קטלניות עקב שכרות/סמים מתוך 288 (כ-3%), לעומת 46 תאונות קטלניות שנגרמו עקב אי-מתן זכות קדימה להולכי-רגל. משטרת ישראל השנתון הסטטיסטי 2014 103 (2015) www.police.gov.il/Doc/Tfasim www.police.gov.il/Doc/Tfasim 20v2.pdf.

22 הטענה המקובלת היא כי שיעור גבוה יותר מקרב הנהגים המעורבים בתאונות שרויים תחת השפעת אלכוהול, אך הם אינם נמדדים במועד, אם בכלל. טענה זו בעייתית משום שבאותה מידה אפשר לטעון כך גם לגבי שימוש בטלפון נייד או כל גורם אחר. אף אם טענות אלה נכונות, קשה להסתמך עליהן בעת עיצוב מדיניות ציבורית.

23 ראו לעיל ה"ש 13.

בכל מקרה, אין חולק שלפנינו עונש-מינימום ברור וחד-משמעי, שהפסיקה "ביצרה" אותו בקובעה שוב ושוב כי על המדינה לעמוד עליו ולדרוש את יישומו כמעט בכל המקרים, ללא אפשרויות של ממש לחרוג ממנו. לכאורה, אם כן, המציאות צריכה להתאים להלכה. אלא שכאן נשאלת השאלה העיקרית מושא מחקרנו: האם זה אכן המצב האמיתי? אילו עונשים בתי-המשפט גוזרים בפועל? האם עונשים אלה אכן הולכים בעקבות הלכות בית-המשפט העליון? ואם לאו (כפי שאכן מתברר), מדוע אין הערכאות הנמוכות מצייתות למה שהן חייבות לכאורה לציית?

א. שיטות המחקר ומקורות הנתונים

1. שילוב של שיטות מחקר

מחקרנו הוא שילוב יוצא-דופן של שיטות מחקר כמותיות, איכותניות והיסטוריות. בעזרת מחקר היסטורי סקרנו את המצב המשפטי קודם לחקיקת עונש-המינימום ולאחריו, ובעזרתו ניתחנו את הסיבות שהובילו לחקיקת עונש-המינימום ולשימוש השונה בו בתקופות שונות. בדקנו את המצב הקיים באמצעות ניתוחים כמותיים מכמה מקורות מהימנים שונים (אשר הובילו כולם לאותה תוצאה). לסיום, בעזרת מחקר איכותני שהתבסס על ראיונות עם עורכי-דין ושופטים בדימוס מהתחום ועל שאלונים שביקשנו מהם למלא, הצלחנו לעמוד על הסיבות שגרמו ככל הנראה למצב הקיים.

נתאר בקצרה את שיטות המחקר.

2. ניתוח כמותי – שלושת המקורות השונים לבדיקת הענישה בפועל

מחקרנו התבסס על שלושה מקורות שונים. מקור אחד הוא מחקרם של מויאל ואייזנשטדט. מחקרם זה הוא פועל יוצא ממחקר רחב יותר, במימונה של הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, שעסק ברמת הענישה בעבירות שונות, ולא רק בעבירות השכרות.²⁴ המחקר כולל תיקים בעבירות של נהיגה בשכרות בניגוד לסעיף 62(3) לפקודת התעבורה שנפתחו בשנים 2008–2009 בבתי-המשפט בתל-אביב, בירושלים, ברמלה ובבאר-שבע. פסקי-הדין מכל בית-משפט נדגמו בצורה

24 מימי אייזנשטדט ושומרון מויאל רמת הענישה ושיקול הדעת השיפוטי בעבירות תעבורה בישראל (נהיגה בשכרות, נהיגה בפסילה ונהיגה במהירות מופרזת) (הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, 2013) - www.rsa.gov.il/meidamechkar/MechkarimSkarim/Docu-ments/Punishment2013.pdf

אקראית על-ידי תוכנת מחשב, ובכל תיק ותיק במדגם עיינו החוקרים בתיקי הנייר המקוריים שהיו בארכיונים של בתי-המשפט (להלן: הבדיקה הידנית). מתוך התיקים הראשוניים (שכללו 1,298 תיקים) הושמטו התיקים שבהם הואשמו הנהגים בנהיגה תחת השפעת סמים וכן התיקים שבהם לעברת השכרות נלוו עבירות אחרות (כגון מהירות מופרזת, תאונת-דרכים, נהיגה בפסילה וכולי). מטרת החוקרים הייתה להישאר עם תיקים שבהם האשמה היחידה הייתה נהיגה בשכרות ותו לא. בסך-הכל הם מצאו 1,209 תיקים כאלה, שנדונו על-ידי 28 שופטים (מהם 13 שופטות). תיקי העברה נפתחו כאמור בשנים 2008 (61.5%) ו-2009 (38.5%), וגזרי-הדין בהם ניתנו בשנים 2008–2011, עם ייצוג של כ-30% מהתיקים בכל שנה בשנים 2008–2010 ו-10% בשנת 2011. נתוני המחקר והמתודות האמפיריות מופיעים בהרחבה במאמר שפרסמו החוקרים בשנת 2015.²⁵

כפי שניתן לראות, מדובר במחקר-עומק המנסה לבדוק את כל הנתונים האפשריים המשפיעים על הענישה. חוזקו של מחקר מעין זה הוא בפירוט, אך חולשתו היא בכך שהוא מבוסס על מדגם חלקי וקטן יחסית.²⁶ מקור שני שעליו התבססו במחקרנו הוא מערכת "נט המשפט". זוהי מערכת המחשוב של בתי-המשפט בישראל, אשר עברו מהפך ומוחשבו בשנים האחרונות. התהליך נעשה בשלבים, כשבכל שלב צורף מחוז אחר, עד שבשנת 2011 מוחשבו כל בתי-המשפט במדינה. המחשוב כולל את נתוני המזפירות, הפרוטוקולים, הזימונים לבתי-המשפט ועוד. אין זה המקום להיכנס בפרוטרוט לתיאור המערכת, אך נעיר כי מטרתה היא להפוך את כל ההליך לממוחשב – כל נייר רלוונטי נסרק למחשב או מועבר אליו ישירות, וכך לא יהיה עוד צורך בניירות. בין השאר מועברים למערכת נתוני מזפירות רבים עם פתיחת התיק ועם סגירתו. נציין כי מחקר שנעשה על-ידי מחלקת המחקר של בתי-המשפט הצביע על קשיים בהסתמכות על נתוני המזפירות במערכת הממוחשבת לצרכים סטטיסטיים, בגלל דיווחים לא-עקביים של המזכירות השונות.²⁷ אולם בשאלות כלליות נראה שאפשר להסתמך על נתונים אלה בזהירות המתאימה.

25 ראו שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט "פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות" משפטים מד 933 (2015). זה המקום להודות להם שוב על עזרתם ברשימתי זו.

26 כך, למשל, המדגם לא כלל תיקים ממחוזות חיפה והצפון. היות שלפעמים מדיניות ענישה היא "תלוית-מחוז", העדרם של מחוזות אלה יכול לשנות באופן מהותי את התוצאות.

27 ראו בעניין זה את מחקרם של קרן וינשל-מרגל, טליה יהודה ואביב שירץ "מהימנות נתוני פתיחת וסגירת תיקים במערכת נט-המשפט" (מחלקת המחקר של הרשות השופטת, יוני 2011) elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research3.pdf

מחקרנו בדק את כל תיקי השכרות שהסתיימו בטווח השנים 2010–2014. כעיקרון, ניתן לחפש בנתוני נט המשפט לפי סעיפי חוק רלווטיים ולפי מלל שהמזכירות מכניסה. במחקרנו ערכנו חיפוש לפי שלושת הסעיפים שעל-פיהם ניתן להאשים נהג בנהיגה בשכרות – סעיף 62(3) לפקודת התעבורה ותקנות 26(2) ו-169(א) לתקנות התעבורה (להלן: נט המשפט – סעיפים). נוסף על כך ערכנו חיפוש לפי המילים "שיכור", "שכרות" ו"תחת השפעה" (להלן: נט המשפט – מלל). בין שני החיפושים נמצא הבדל קטן יחסית של כ-2,000 מקרים בלבד (בחיפוש על-פי מלל נמצאו 47,400 מקרים, ואילו בחיפוש על-פי סעיפים נמצאו 45,534 מקרים).²⁸ למרות הדמיון הרב בין התוצאות, העדפנו להציג לגבי כל חיפוש בנפרד. נזכיר כי מדובר רק במקרים שהסתיימו בטווח השנים 2010–2014 ואשר כלולים במערכת נט המשפט. מנט המשפט יכולנו לקבל גם את הנתונים לגבי העונש שניתן וכן אם העונש ניתן בנוכחות הנאשם או בהעדרו. במצבה הנוכחי של המערכת אי-אפשר לדעת פרטים אחרים (כגון אם היה הסדר-טיעון בתיק או אם הנאשם היה מיוצג).

מקור שלישי שממנו דלינו מידע במחקרנו הוא שאלון קצר שהעברנו באוקטובר 2015 בין שלושים ושלושה עורכי-דין שמתמחים בתעבורה ואשר רכשו ניסיון רב בתיקי שכרות (ממוצע של 370 תיקי שכרות וחציון של 200 תיקים). השאלון כלל שאלות אחדות שבהן התבקשה תשובה מספרית (ואשר שימשו לניתוח הכמותי; להלן: שאלון עורכי-הדין) וכן כמה שאלות פתוחות שבהן התבקשה דעתם הכללית על התופעה (ואשר שימשו לניתוח האיכותי – ראו להלן בתת-פרק 4). להבדיל משני המקורות הראשונים, שמבוססים על נתונים קיימים, הסקר מצביע רק על דעתם של עורכי-הדין. על-כן מובן מאליו שצריך להתייחס למקור זה בזהירות, ובוודאי קשה להסתמך על נתוניו. אולם דומנו שאפשר ללמוד ממנו רבות, במיוחד בהינתן שדעותיהם של עורכי-הדין נמצאו קרובות מאוד למה שנמדד בפועל. נציין כי הקרבה בתוצאות הפתיעה אותנו, והיא מלמדת כי אפשר לסמוך על "חוכמת ההמונים".²⁹

28 אנו משערים שההבדלים נובעים מהבדלי דיווח בין המזכירות השונות, ואולי מהבנה שונה לגבי הנתונים שיש להקליד. כך, למשל, במקרה של כתב אישום עם סעיפים רבים ייתכן שמזכירות אחת תכניס את כל הסעיפים בעוד מזכירות אחרת תכניס רק חלק מהם.

29 הגישה של "חוכמת ההמונים" טוענת כי בתנאים הנכונים קבוצה גדולה של אנשים היא נכונה בהרבה מכל אחד ממרכיביה, אף אם אין בין חבריה גאונים מיוחדים. לניתוח הנחותיה של גישת "חוכמת ההמונים" ראו ג'יימס סורוביצקי חוכמת ההמונים: מדוע הרבים חכמים מהמעטים ואיך תבונה קולקטיבית מעצבת עסקים, תרבויות ומדינות (ג'וד שבא מתרגמת, הוצאת כתר, 2006). לא ברור אם במקרה שלפנינו מדובר ב"חוכמת המונים" קלסית, שכן

נדגיש כי לא כל הנתונים התקבלו מכל שלושת המקורות. יתרה מזו, הנתונים מן המקורות השונים התייחסו למועדי זמן שונים: נתונים של מויאל ואייזנשטדט התייחסו לתיקים שנפתחו בשנים 2008–2009; נתוני נט המשפט התייחסו לתיקים שהסתיימו בשנים 2010–2014; ואילו עורכי-הדין נשאלו לדעתם בשלהי 2015. ייתכן שהענישה התרככה מעט עם השנים, אולם התמונה המשתקפת משלושת המקורות ברורה לחלוטין (כפי שיובהר).

3. ניתוח היסטורי חקיקתי – כיצד הגענו לעונש-המינימום על נהיגה בשכרות? בחלק זה בדקנו כיצד חוקק עונש-המינימום ואילו שינויים משפטיים הוא עבר לאורך השנים. בחנו את החקיקה הרלוונטית, כולל הצעות החוק, דברי הכנסת, הדיונים בוועדות, פסקי-הדין של בית-המשפט העליון, התיקונים שבאו בעקבותיהם ועוד. ניתוח זה חשוב משום שהוא מראה כי נימוקי החקיקה לא היו מבוססים תמיד, ועל-כן הצעדים שננקטו הובילו לתוצאות בלתי-צפויות.

4. ניתוח איכותני – שיחות ושאלונים עם שחקני המערכת

העברנו שאלונים בין משפטנים העוסקים בתעבורה. את השאלונים לווינו גם בשיחות עימם. המשפטנים נחלקו לשתי קבוצות. קבוצה אחת כללה כעשרה עורכי-דין ושופטי תעבורה (בדימוס) ותיקים אשר עוסקים בתעבורה יותר מעשרים שנה וזוכרים את ההליך מתחילתו ועד עתה. המטרה העיקרית הייתה לברר עימם אילו עונשים היה נהוג להטיל קודם לתיקון החוק. רוב המשפטנים בקבוצה זו מילאו את השאלון במהלך שנת 2014, ומיעוטם עשו זאת במהלך שנת 2015.³⁰ הקבוצה האחרת כללה שלושים ושלושה עורכי-דין שעוסקים בדיני תעבורה כתובעים, כסנגורים וכשופטי תעבורה (בדימוס), ואשר לכולם יש ניסיון רב במשפטי שכרות. עם קבוצה זו ביקשנו לברר מהי הפרקטיקה הנוהגת כיום, ומדוע לדעתם המצב הוא כמות שהוא. השאלון לחברי קבוצה זו ניתן באוקטובר 2015.³¹

קבוצת הנחקרים כללה רק 33 נשאלים, כולם עורכי-דין המתעסקים בתעבורה, אולם העובדה היא שהתוצאות והמסקנות שהתקבלו על-סמך שאלון קצר שהועבר בקרב הקבוצה היו קרובות מאוד לתוצאות ולמסקנות שנגזרו ממדגם יקר שבוסס על 1,209 תיקים ומדגם אחר שהתבסס על עשרות אלפי תיקים. ייתכן שהדבר מלמד כי שאלון ממוקד לקבוצה הנכונה יכול להפיק תוצאות מדויקות לא פחות מהליך ארוך, מסובך ויקר של מדגם.

30 נציין כי היה קשה למצוא עורכי-דין המתעסקים בתעבורה יותר מעשרים שנה ברציפות. עותק של השאלון נמצא במערכת.

31 עותק של השאלון נמצא במערכת. נציין כי קבוצה זו היא גם הקבוצה שהתבקשה להעריך את העונשים המוטלים וענתה על שאלון עורכי-הדין.

ב. הממצאים

1. עונש-המינימום הוא תיאורטי ואינו מיושם

כפי שהסברנו, עונש-המינימום נקבע ברחל בתך הקטנה על-ידי המחוקק. לא זו אף זו, בתי-המשפט המחוזיים והעליון קבעו בפסיקתם שוב ושוב כי אין כמעט נסיבות מיוחדות המצדיקות הפחתה מעונש-המינימום. לפי גישה זו, נסיבות מיוחדות כאלה הן שמצדיקות מלכתחילה את ההסתפקות בעונש-המינימום, בעוד במקרה הרגיל יש להטיל עונש גבוה יותר. והנה, התוצאה על-פי שלושת המקורות הראתה כי עונש-המינימום הוא תיאורטי. העונש הממוצע הוא כחצי מעונש-המינימום ואף פחות (ראו טבלה 1).

טבלה 1: העונש המוטל על נהיגה בשכרות על-פי המקורות השונים
(ממוצע וחציון – בחודשים)

	N	ממוצע	חציון	שנתיים ומעלה
הבדיקה הידנית	1,209	12.9	11.0	22.3%
נט המשפט – מלל	47,400	12.084		18.3%
נט המשפט – סעיפים	45,534	11.71		17.3%
שאלון עורכי-הדין	33	11.1	10.0	

התוצאה ברורה וחד-משמעית. העונש הממוצע בכלל התיקים הוא כ-12 חודשים – דהיינו, כמחצית בלבד מעונש-המינימום – ורק כחמישית מהמורשעים מקבלים את עונש-המינימום או עונש חמור יותר. יושם לב כי יש הבדלים קטנים בין הבדיקה הידנית לבין נט המשפט הן מבחינת הממוצע והן מבחינת שיעור המקרים שבהם קיבלו הנאשמים יותר משנתיים פסילה. השערותנו בדבר הסיבה להבדלים אלה תוצג בהמשך.³² כן ניתן לראות שהערכתם של עורכי-הדין בנוגע לעונש הממוצע קטנה במקצת מהנתון בפועל. לדעתנו, הדבר נובע מכך שעורכי-הדין רואים בעיקר את תיקיהם שלהם, שבהם העונש נמוך יותר (עקב הסדר-הטיעון ופעולתם) בהשוואה לתיקים שבהם הנאשמים אינם מיוצגים.³³

32 ראו להלן ה"ש 37 והטקסט שלידה.

33 הסבר אפשרי אחר הוא שבתי-המשפט התרככו עם הזמן. השערה זו יכולה להסביר מדוע העונשים חמורים יותר במחקרם של מויאל ואייזנשטדט, שעסק בשנים 2008–2009,

בדיקה נוספת שערכנו נוגעת בהבדלים בין העונשים שניתנו בנוכחות הנאשמים לבין העונשים שניתנו בהעדרם. יש להסביר כי בבית-המשפט לתעבורה קיימת אפשרות להישפט מבלי להגיע לבית-המשפט. מי שאינו מגיע לדיון יכול להישפט בהעדרו, וייתכן גם שיוטלו עליו עונשים משמעותיים (ובלבד שלא יוטל עליו עונש מאסר, שכן עונש של מאסר בפועל נגזר אך ורק בנוכחות הנאשם). על-פי החוק, נאשם שנשפט בהעדרו יכול להגיש בקשה לביטול גזר-דינו, אולם על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון דרושה סיבה מיוחדת על-מנת לבטל גזר-דין, ורשלנות ו/או טעות ו/או שכחה אינן מספיקות.³⁴

טבלה 2 מראה במפורש כי קיימים הבדלים מהותיים בין מי שנשפטים בנוכחותם לבין מי שנשפטים בהעדרם: מי שנשפטים בהעדרם מקבלים עונשי פסילה משמעותיים בהרבה. ליתר דיוק, הקבוצה היחידה שמקבלת בממוצע את עונש-המינימום ואף יותר מכך היא קבוצת הנשפטים בהעדרם. גם כאן ניכר כי עורכי-הדין מודעים היטב לתופעה.³⁵

טבלה 2: השוואה בין נאשמים נוכחים לנאשמים נעדרים מבחינת חומרת העונש (ממוצע וחציון – בחודשים)

שנתיים ומעלה	חציון	ממוצע	N		
12.2%	9.0	10.4	1,052	הבדיקה הידנית	נוכחים
12.3%		10.49	42,698	נט המשפט – מלל	
11.2%		10.13	40,992	נט המשפט – סעיפים	

חמורים קצת פחות לפי הבדיקה בנט המשפט, שנעשתה לגבי השנים 2010–2014, וחמורים עוד פחות בשאלון עורכי-הדין, שנעשה בשלהי 2015. טענה כזו אכן מושמעת על-ידי עורכי-הדין, אולם קשה לבססה.

34 ראו, למשל, רע"פ 1673/15 אלזיאדנה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.6.2015) (השופט ג'ובראן); רע"פ 3518/15 מלקמו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.6.2015) (השופט שהם); רע"פ 6291/12 אטישקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 19.12.2012); רע"פ 7291/12 יעקב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.10.2012) (השופט שהם); רע"פ 1516/15 דימטרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.3.2015) (השופט שהם) ועוד. בכל המקרים הללו נעדרו הנאשמים מהדיון, נשפטו בהעדרם וקיבלו שנתיים פסילה ויותר. בית-המשפט המחוזי דחה את ערעורם, והעליון קבע מפורשות כי מי שלא התייצב למשפטו אין לו להלין אלא על עצמו. אולם היו מקרים שבהם בתי-משפט מחוזיים ביטלו פסקי-דין שניתנו בהעדר. ראו, למשל, ע"פ (מחוזי ב"ש) 6602-09 לישא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.2010).

35 כל עורכי-הדין, למעט אחד, טענו (ובצדק) כי מי שנשפט בהעדרו יקבל לפחות את פסילת-המינימום.

שנתיים ומעלה	חציון	ממוצע	N		
90.4%	26.0	29.7	157	הבדיקה הידנית	נעדרים
72.6%		26.56	4,702	נט המשפט – מלל	
72.3%		26.04	4,542	נט המשפט – סעיפים	
	24.0	24.9	33	שאלון עורכי-הדין	

מטבלה 2 עולה כי כלל הנוכחים נשפטים פחות או יותר לממוצע של 10.4 חודשי פסילה. ורק על כ-12% מהם נגזר עונש-המינימום או יותר. לעומת זאת, עונש הפסילה הממוצע בשיפוט בהעדר הוא 29.7 חודשים בתיקי הבדיקה הידנית וכ-26 חודשים בתיקי נט המשפט, וכ-90% מהנעדרים נשפטים לעונש-מינימום או לעונש חמור ממנו. כאמור, גם כאן העריכו עורכי-הדין נכונה כי הנעדרים נשפטים בחומרה יתרה בהשוואה לנוכחים, אולם גם כאן היו הערכותיהם נמוכות במעט מהתוצאות שנמדדו. יש כמה הסברים אפשריים לכך שעל הנשפטים בהעדרם נגזר עונש קשה בהרבה מזה המוטל על הנוכחים. אפשרות אחת היא שבית-המשפט רואה באי-ההופעה זלזול במערכת ובהליך, ומביא זאת בחשבון בעת גזירת העונש. אפשרות אחרת היא שהנעדרים אינם יכולים, מפאת עצם אי-נוכחותם, להגיע להסדר-טיעון ו/או לטעון להקלה בעונש. אפשרות נוספת היא שחלק מהשופטים מטילים עונש קשה כדי "לאלץ" את הנאשם להגיש בקשה לביטול ולכן להופיע לבית-המשפט.³⁶ אולם בפועל רבים אינם מגישים בקשה לביטול ונשארים עם העונש הקשה. גישה אחרונה זו יכולה אולי להסביר גם את ההבדלים הקלים בין התוצאות שקיבלנו בנט המשפט לבין תוצאות הבדיקה הידנית (וזה המקום היחיד שבו נמצאו הבדלים לא-זניחים בין שני המקורות הללו). על-פי נט המשפט, בשיפוט בהעדר כ-76% מקבלים עונש-מינימום או יותר (והעונש הממוצע המוטל על כלל המורשעים הוא 26.5 חודש פסילה), בעוד על-פי הבדיקה הידנית כ-90% מהנעדרים מקבלים עונש-מינימום או יותר (והעונש הממוצע עומד על 29.7 חודשי פסילה). הבדיקה הידנית נעשתה סמוך לענישה, ונראה שהיא לא כיסתה את המקרים שבהם הגיש הנאשם בקשה לביטול פסק-הדין שניתן בהעדרו.³⁷

36 מבחינה טכנית ניתן להוציא צו הבאה נגד הנאשם ולהורות למשטרה לעוצרו ולהביאו לבית-המשפט, אך המציאות היא שרוב הצווים בענייני תעבורה אינם נאכפים, במיוחד כלפי האוכלוסייה שאינה מופיעה.

37 אכן, אפשר לראות שבבדיקה הידנית קרוב ל-13% נשפטו בהעדרם, בעוד בנט המשפט פחות מ-10% נשפטו בהעדרם. לדעתנו, הפרש אחוזים זה נובע מאותם נאשמים שביקשו לבטל את פסק-הדין שניתן בהעדרם.

מכל מקום, מעבר להבדל הקל האמור, יושם לב להתאמה החזקה בין התוצאות. מדגם חלקי מן השנים 2008–2009 וכל אוכלוסיית התיקים מהשנים 2010–2014 מניבים כמעט אותן תוצאות: עונש ממוצע של כ-12 חודשים לכלל הנאשמים, עונש ממוצע של 10.4 חודשים לנשפטים המגיעים לבתי-המשפט, ועונש ממוצע של כ-26 חודשים לאלה הנשפטים בהעדרם. היות שמדובר בתוצאה שהתקבלה משני מקורות שונים ובלתי-תלויים, נראה לנו שיהיה קשה מאוד לטעון לאי-תקפותה.

נתאר בקצרה שתי תוצאות נוספות ממחקרם של מויאל ואייזנשטדט (הבדיקה הידנית) בשל הרלוונטיות שלהן לענייננו.³⁸ הראשונה קשורה להשפעת הייצוג המשפטי על התוצאה. כפי שניתן לראות בטבלה 3, אין כמעט הבדל בעונש בין נאשמים מיוצגים לבין נאשמים בלתי-מיוצגים במקרה שבו נחתם הסדר-טיעון (ההבדל בין 8.1 לבין 8.2 משמעותו שלושה ימי פסילה בלבד). לעומת זאת, יש הבדל בין שתי הקבוצות בחומרת הענישה במקרים שבהם לא נחתם הסדר-טיעון. מעניינת העובדה שהעונש הממוצע על-פי דיווחיהם של עורכי-הדין במקרים שבהם נחתם הסדר-טיעון זהה כמעט לממצא בבדיקה הידנית (כ-8 חודשי פסילה), בעוד לגבי מקרים שבהם לא נחתם הסדר דיווחו עורכי-הדין על פסילה של כחודשיים יותר בהשוואה לבדיקה הידנית.

טבלה 3: השוואה בין נאשמים מיוצגים לנאשמים בלתי-מיוצגים מבחינת חומרת העונש (ממוצע וחציון – בחודשים)

חציון	ממוצע	N	
7	8.1	610	הסדר עם ייצוג – הבדיקה הידנית
8	7.84		הסדר עם ייצוג – שאלון עורכי-הדין
7	8.2	92	הסדר ללא ייצוג – הבדיקה הידנית
11	14.1	224	ללא הסדר עם ייצוג – הבדיקה הידנית
16	17.04		ללא הסדר עם ייצוג – שאלון עורכי-הדין
18	16.7	123	ללא הסדר ללא ייצוג – הבדיקה הידנית

38 אי-אפשר לאמת נתונים אלה במערכת נט המשפט משום שאין בה (נכון לסוף שנת 2015) פרטים הקשורים להסדר-טיעון או לייצוג על-ידי עורכי-דין. זו הסיבה שבנקודות אלה הסתמכנו על מחקרם של מויאל ואייזנשטדט. יצוין כי תוצאותיהם קיבלו אישוש מדבריהם של עורכי-הדין, כפי שנראה בהמשך.

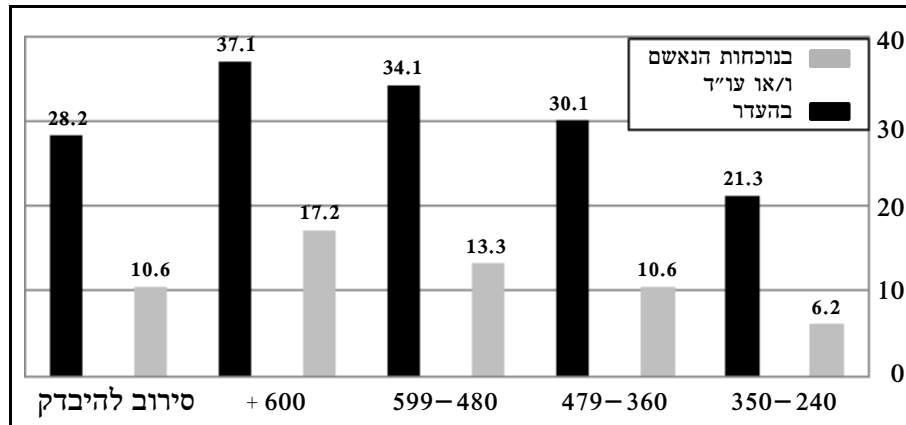
אולם עיקר ההבדל הוא באחוז המקרים שבהם הצליחו הצדדים להגיע להסדר-טיעון. הטבלה מראה כי כ-73% מהמיוצגים הגיעו להסדר, לעומת 42% בלבד מהבלתי-מיוצגים. דהיינו, עורך-דין עוזר לנאשם בעיקר בהגעה להסדר-טיעון. מעניינת העובדה שבעוד שעורכי-הדין הצליחו להעריך באופן מדויק יחסית את אחוז הנאשמים הבלתי-מיוצגים המגיעים להסדר (ראו טבלה 4), הערכתם לגבי אחוז הנאשמים המיוצגים המגיעים להסדר הייתה גבוהה מן הנתון בפועל (85% לעומת 73% על-פי מחקרם של מויאל ואייזנשטדט). ייתכן שהדבר נובע מכך שעורכי-הדין שהשתתפו בסקר מתמחים בתעבורה, ואלה רואים בהגעה להסדר-טיעון סביר את תרומתם הגדולה ביותר לנאשם.

טבלה 4: השוואה בין נאשמים מיוצגים לנאשמים בלתי-מיוצגים מבחינת ההגעה להסדר-טיעון (ממוצע וחציון – בחודשים)

נאשמים שהגיעו להסדר		N	
מספר	אחוז		
610	73.14%	834	מיוצגים (הבדיקה הידנית)
	85.0%	33	מיוצגים (שאלון עורכי-הדין)
92	42.79%	215	נוכחים ובלתי-מיוצגים (הבדיקה הידנית)
	45.85%	33	נוכחים ובלתי-מיוצגים (שאלון עורכי-הדין)

הממצא האחרון קשור ליחס בין רמת השכרות לבין חומרת הענישה. בתרשים 1 ניתן לראות כי הענישה קשורה בקשר ישיר לרמת השכרות. ברמות הנמוכות העונש הממוצע (6.2 חודשי פסילה בקרב נוכחים ו/או מיוצגים) הוא רק קצת יותר משליש מהעונש ברמות הגבוהות (אשר רחוק גם הוא מעונש-המינימום). הבדלי ענישה הקשורים לרמת השכרות מופיעים גם במקרים של שפיטה בהעדר, אך אלה אינם כה חדים. יושם לב שהתרשים אינו מבדיל בין מקרים שבהם נחתם הסדר-טיעון לבין מקרים שבהם לא הושג הסדר כזה.

**תרשים 1: חומרת הענישה לפי רמת השכרות –
בקרב נוכחים ו/או מיוצגים ובקרב נעדרים (הנתונים בחודשים)**



ננסה לסכם כעת את מה שהנתונים מספרים לנו:

א. עונש־המינימום הוא תיאורטי בלבד – למרות החוק והפסיקה, ממוצע הענישה על נהיגה בשכרות הוא כשנה פסילה. יתר על כן, אם הנאשם מתייצב בבית־המשפט, עונשו הוא 10.4 חודשים בממוצע, ואם הוא מגיע להסדר־טיעון עם התביעה, עונשו הממוצע הוא רק כ־8 חודשי פסילה.

ב. הנשפטים בהעדר נענשים בחומרה רבה יותר במידה משמעותית – אלה שאינם מגיעים לבית־המשפט נענשים באופן חמור, ולגביהם אכן מיושם עונש־המינימום ואף יותר. אין בידינו נתונים לגבי שיעור המקרים שבהם פסק־דין בהעדר מבוטל, אך נראה כי הוא אינו גבוה.

ג. יש יתרון לייצוג על־ידי עורכי־דין – ייצוג מעניק יתרון לנאשם, אך יתרון זה מתבטא בעיקרו בסיכוי להגיע להסדר־טיעון. עורכי־הדין רואים את עיקר עזרתם בהשגת הסדר־טיעון נוח לנאשמים.

ד. רמת השכרות שנמדדה רלוונטית מאוד לענישה – בפועל העונש המוטל קשור מאוד לרמת השכרות: ככל שזו עולה, כן הענישה קשה יותר. עם זאת, גם ברמות השכרות הגבוהות היא אינה מגיעה לעונש־המינימום.

מן הנתונים ניתן לשער כי הנפגעים העיקריים משתייכים לאוכלוסיות המוחלשות בחברה. זאת, היות שאנו מניחים כי הבלתי־מיוצגים בחרו לא להסתייע בייצוג בעיקר מסיבות כלכליות. באופן דומה אנו מניחים כי אלה שלא התייצבו למשפטם הם בדרך־כלל אלה שאינם יודעים כיצד להתמודד עם בעיותיהם ומעדיפים לברוח

מהן. את שתי הקביעות הללו השארנו כהשערות בלבד, משום שבניגוד למסקנות הקודמות, אין לנו נתונים חד-משמעיים המאששים אותן.

בכל מקרה, השאלה הנשאלת באופן מיידי היא כיצד הגענו למצב זה – כיצד חוק ברור וחד-משמעי, שאליו נלוותה פסיקה מחייבת של הערכאה העליונה בישראל, נהפך למעשה לאות מתה? כיצד הגענו למצב של הלכה ברורה שאין נוהגים לפיה? איך שחקני המערכת השונים מצדיקים זאת לעצמם? התנהגותם של הסגורים מובנת, שכן הללו מנסים לעזור למרשיהם ככל יכולתם, ואין הם צריכים לשקול את התמונה הכללית. אולם כיצד התובעים והשופטים מסבירים זאת לעצמם?

כדי לענות על שאלות אלה, הלכנו בשני כיוונים משלימים שיכולים, לדעתנו, להפיץ אור על הסוגיה: האחד הוא מחקר היסטורי של הליך החקיקה, שסיביר למה ואיך נקבע עונש-המינימום ומה בדיוק היו שיקולי המחוקק; והאחר הוא מחקר איכותני של עורכי-דין העוסקים בתחום (תובעים, סגורים ושופטים בדימוס). שילובם של שני אלה מספק את התשובה, לדעתנו.

2. ניתוח היסטורי חקיקתי – כיצד הגענו לעונש-המינימום של היום?

(א) החוק עד לחקיקת עונש-המינימום בשנת 1995

דברי החקיקה המתייחסים לנהיגה בשכרות ולנהיגה בכלל הם פקודת התעבורה [נוסח חדש] והתקנות שתוקנו על-פיה. את הפקודה ירש המחוקק הישראלי מהשלטון הבריטי, ולמעשה אין היא אלא העתק של פקודת התעבורה שחוקקה בקפריסין. הפקודה תוקנה יותר ממאה פעמים, התקנות תוקנו יותר מארבע מאות פעם, והתיקונים לא היו בהרמוניה תמיד (חשיבותה של עובדה זו תוסבר בהמשך).³⁹

"שיכור" מוגדר בסעיף 64 לפקודת התעבורה בזו הלשון:

"שיכור" – אחד מאלה:

- (1) מי ששותה משקה משכר בעת נהיגה או בעת שהוא ממונה על הרכב;
- (2) מי שבגופו מצוי סם מסוכן או תוצרי חילוף חומרים של סם מסוכן;

39 ליתר דיוק, עד אפריל 2012 תוקנה הפקודה 105 פעמים, והתקנות תוקנו 434 פעמים. ראו אברהם טננבוים וסיוון רצון "מגמות בדיני תעבורה – וביקורת החמרת הענישה" דין ודברים ז 95, 98 (2013). מאז ועד היום (סוף 2015) עברו הפקודה והתקנות עוד כמה עשרות תיקונים.

- (3) מי שבגופו מצוי אלכוהול בריכוז הגבוה מהריכוז שקבע שר התחבורה, בהתייעצות עם שר הבריאות ובאישור ועדת הכלכלה של הכנסת;
- (א) אחד המנויים להלן שלפי דגימת נשיפה, בגופו מצוי אלכוהול בריכוז העולה על 50 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף, או לפי דגימת דם – בריכוז העולה על 10 מיליגרם אלכוהול ב-100 מיליליטר דם;
- (א) נהג חדש;
- (ב) נהג שטרם מלאו לו 24 שנים;
- (ג) נהג בעת נהיגה ברכב מסחרי או ברכב עבודה שמשקלם הכולל המותר לפי רישיון הרכב עולה על 3,500 קילוגרם;
- (ד) נהג בעת נהיגה ברכב ציבורי;
- (4) מי שנתון תחת השפעת משקה משכר או תחת השפעת סם מסוכן, ובלבד שבבדיקת מעבדה לא נמצא שריכוז האלכוהול בדמו נמוך מהסף שנקבע בתקנות לפי פסקה (3) או מהסף כאמור בפסקה (א3), לפי העניין.

האפשרויות החשובות לענייננו הן אפשרויות (3) ו-(א3). באשר לריכוז האלכוהול המוזכר באפשרות (3), המתייחסת לנהג "רגיל" (שאינו חדש, צעיר או נוהג ברכב כבד או ציבורי), ריכוז זה נקבע בתקנות (ולא בחקיקה ראשית). על-פי תקנה 169א לתקנות התעבורה:

- "ריכוז אלכוהול בגוף" – ריכוז אלכוהול בדגימת אוויר נשוף או בדגימת דם, העולה על אחד מאלה, לפי העניין:
- (1) 240 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף;
- (2) 50 מיליגרם אלכוהול במאה מיליליטר דם.

באשר לעונש, בתחילה לא הייתה כל ענישה ייחודית על עבירת השכרות. כלומר, העונשים שהיה אפשר לתת בגינה היו העונשים המקובלים בפקודת התעבורה בכלל, ואלה היו פסילה ומאסר על-תנאי. לבית-המשפט היה שיקול-דעת מלא באשר למשך הפסילה, וזה נקבע בדרך-כלל על-פי רמת השכרות ועל-פי אמות-מידה מקובלות באשר לנאשם (עברו, גילו, מצבו המשפחתי והבריאותי, וכן הלאה). בפועל התיקים שהובאו לבית-המשפט בעבירות שכרות היו מעטים שבמעטים. זאת, משום שבאותה תקופה הבדיקה העיקרית שנעשתה הייתה בדיקת דם, שהייתה קשה לביצוע, ואולי גם משום שהציבור נהג אז לשתות פחות מהיום. כל

שאלת השתייה והנהיגה לא עמדה על הפרק. השתייה לא הייתה מקובלת מבחינה תרבותית, ואלה שנהגו לשותות לא ניכרו חותמם. השיכורים היו בדרך-כלל אנשים מבוגרים שלקו בבעיית שתייה כרונית. כל עורכי-הדין שעסקו בתחום התעבורה בתקופה זו טענו לפנינו כי העונש המקובל היה שלושה עד שישה חודשי פסילה – לעיתים בתוספת רכיבים אחרים, כגון מאסר על-תנאי. לטענתם, בדיקות שכרות נעשו רק אחרי תאונות-דרכים, וממילא היה קשה להפריד בין התאונה לשתייה. במקרים הספורים שבהם נבדקו נהגים, היו אלה נהגים שרמת שכרותם הייתה גבוהה עד כדי כך שהיה ברור לכל כי הם שיכורים, ולכן הם נלקחו לבדיקת דם. השינוי הראשון אירע בשנות התשעים. לדעת עורכי-הדין שנשאלו, וכפי שנאמר בכנסת במפורש למעשה, שינוי זה אירע עקב העלייה מרוסיה. נסביר: בראשית שנות התשעים עלו לישראל קרוב למיליון איש ממדינות ברית-המועצות לשעבר. הרבה מאוד נכתב על עלייה זו ועל תרומתה לחברה הישראלית, והיו אף שטענו כי זו שינתה את פני המזרח התיכון כולו.⁴⁰ אולם עלייה זו הביאה עימה את מנהגיה, וביניהם שימוש באלכוהול ברמה שלא הייתה מוכרת לפני כן בישראל.⁴¹ שימוש זה גרם למה שמקובל לקרוא בספרות "פניקה מוסרית", על כל המשתמע מכך.⁴²

על רקע זה הוגשו בשנת 1994 שתי הצעות חוק פרטיות להחמרת הענישה בעברות של נהיגה בשכרות. חברה-הכנסת אברהם הירשזון הציע להחמיר את

40 ראו, למשל, לילי גלילי ורומן ברונפמן המיליון ששינה את המזרח התיכון – העלייה הסובייטית לישראל (הוצאת מטר, 2009).

41 טענה זו נאמרה במפורש בכנסת על-ידי אחד ממזעזעי ההצעה. בלשונו: "מדובר בעיקר על שני סוגי אוכלוסייה: א. התברכנו בעלייה גדולה שבאה בשנים האחרונות למדינת ישראל, אבל לכל עלייה יש גם החוליים שלה, וחלק מהחוליים האלה מתבטא בשיכרות, כשהשיכרות הזאת, בזמן נהיגה, מביאה לתאונות דרכים...". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 237 של הכנסת ה-13 (4.7.1994).

42 "פניקה מוסרית" מוגדרת כמצב שבו בעיה חברתית/מוסרית שקיימת מבחינה אובייקטיבית מוצגת באופן לא-מידתי, תוך הקצנתה ותיאורה כבעיה חמורה בהרבה מכפי שהיא באמת. לעיתים האנשים המציגים אותה כך אכן סבורים באמת ובתמים כי מדובר בבעיה חמורה, ולעיתים מדובר באנשים או בקבוצות-אינטרסים שעושים זאת מסיבותיהם-הם. ראו בעניין זה את ספרו של סטנלי כהן: STANLEY COHEN, FOLK DEVILS AND MORAL PANICS: THE CREATION OF THE MODS AND ROCKERS (Paladin, 1973). ראו גם את מאמריה של מרים גור-אריה בעניין זה: מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים ז' 59 (2012); מרים גור-אריה "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי" משפט ועסקים יז 447 (2014).

הענישה ולהנהיג עונש-מינימום-חובה של שישה חודשי מאסר בפועל ושלוש שנות פסילה. ההצעה דיברה על עונש זה לתקופה של שנתיים ניסיון, שלאחריהן תיבדק השפעתו. חבר-הכנסת שאול עמור הציע כי הפסילה תהיה למשך חמש שנים, ותיעשה ישירות על-ידי רשות הרישוי. דברי ההסבר של שני חברי-הכנסת היו קצרים להפליא, והבהירו בפשטות כי המלחמה בנגע השכרות מחייבת אמצעים חמורים לביעורו. בשתי ההצעות לא הייתה כל התייחסות לרמת השכרות ולהבדלים ברמות השכרות. נציין גם שהנימוקים להחמרה היו לקוניים וקצרים להפליא, עד כדי בלתי-קיימים כמעט. נטען רק כי יש בעיה המצריכה טיפול, ולכן יש להחמיר בענישה.⁴³ יושם לב כי בשום מקום לא הוצגו ראיות אמפיריות, וכי לפי הנתונים שהבאנו קודם, לנהיגה בשכרות אין השפעה מהותית על מספרי תאונות-הדרכים.⁴⁴

הכנסת דנה בשתי הצעות החוק בקריאה הראשונה, ובמסגרת הדיון ביקשו חברי-כנסת אחדים לקבוע מדרג ענישה (חברי-הכנסת מיכאל איתן ואליעזר זנדברג). התנהל דיון ער וארוך יחסית, ובסופו של דבר הוחלט לאחד את שתי ההצעות ולהעבירן לוועדת הכלכלה, שם יידונו הטענות בפרוטרוט.⁴⁵ לאחר דיון בוועדת הכלכלה גובשה הצעת חוק מתוקנת, אשר הוצגה לקריאות השנייה והשלישית על-ידי חבר-הכנסת גדעון פת (יושב-ראש ועדת הכלכלה דאז).

43 ראו הצעת חוק התעבורה (נהיגה בשכרות) (הוראת שעה), התשנ"ד-1994, ה"ח 513; הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 33) (פסילה עקב נהיגה בשכרות), התשנ"ד-1994, ה"ח 514. להלן דברי ההסבר של ההצעה הראשונה: "תאונות דרכים שבהן היו מעורבים נהגים שתויים כבר תבעו קורבנות בנפש והמספר הולך וגדל. עד לפני שנתיים נגרמו 1.5% מכלל תאונות הדרכים בארץ עקב נהיגה במצב של שכרות. מומחים מעריכים כי שיעור זה עלה מאז והגיע לכדי 5% מכלל תאונות הדרכים. המלחמה בנגע זה מחייבת את הכנסת לקבוע כללים מחמירים ביותר לביעורו לפני שיתפשט ויתרחב. בביצועה של הצעת חוק זו אין כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה או הפחתה של הכנסותיה." דברי ההסבר של הצעת החוק השנייה היו קצרים אף יותר: "מטרתה של הצעת חוק זו להילחם בתופעת תאונות הדרכים אשר הפכה למכת מדינה. רבות מן התאונות מתרחשות עקב נהיגה תחת השפעת אלכוהול של צעירים בערבי שבת. מוצע, שכל מי שיימצא אשם בנהיגה תחת השפעת אלכוהול, יהיה פסול מלקבל או מלהחזיק רישיון נהיגה לחמש שנים. בביצועה של הצעת חוק זו אין כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה או הפחתה של הכנסותיה."

לא למותר לציין כי שתי ההצעות לא הביאו כל אישור מחקרי ו/או מקור לטענתם כי הנהיגה בשכרות היא מכת-מדינה ו/או משפיעה רבות על תאונות-הדרכים.

44 ראו לעיל ה"ש 21–23 והטקסט שלידן.

45 ד"כ 9053–9060 (התשנ"ד).

הלה הסביר שהוועדה החליטה כי אין מקום לחייב הטלת עונש מאסר על עברה זו, וכי מן הראוי שהפסילה תיעשה על-ידי בית-המשפט, ולא רשות הרישוי. נוסף על כך החליטה הוועדה לסטות מהצעות החוק המקוריות ולהעניק לבית-המשפט שיקול-דעת. אבל גם בהצעת החוק החדשה לא הייתה כל התייחסות להבדלים בין רמות אלכוהול שונות, וקשה להשתחרר מהמחשבה שנקודה זו של הבדלי רמות בשכרות לא קיבלה את הדיון הראוי. בסופו של דבר, ביום 11.4.1995, התקבל חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 35), התשנ"ה-1995,⁴⁶ אשר הוסיף את סעיף 39(א) לפקודת התעבורה, שבו נקבע בהאי לישנא:

"הורשע אדם על עבירה כאמור בסעיף 62(3), דינו – בנוסף לכל עונש אחר – פסילה מקבל או מהחזיק רשיון נהיגה לתקופה שלא תפחת משנתיים, ואם כבר הורשע על עבירה זו בשנה שקדמה לאותה עבירה – פסילה לתקופה שלא תפחת מארבע שנים; אולם רשאי בית המשפט, בנסיבות מיוחדות שיפרש בפסק הדין, להורות על פסילה לתקופה קצרה יותר."

(ב) יישום החוק ממועד חקיקת המינימום בשנת 1995 עד לתיקונו בשנת 2005 עקב פסיקת בית-המשפט העליון

גם השפעתו של התיקון לפקודת התעבורה משנת 1995, אשר קבע עונש-מינימום של שנתיים על נהיגה בשכרות, הייתה צרה. זאת, שוב, בעיקר משום שהבדיקות שנערכו היו בעיקרן בדיקות דם, ואלה נעשו רק לעיתים רחוקות. בדיקת דם מתנהלת בדרך מסורבלת: על השוטר להביא את הנאשם לבית-חולים קרוב, ולבקש מאחות בחדר המיון כי תיקח דם מהנאשם – בדיקה שהאחיות העמוסות ממילא אינן ששות לעשות; לאחר-מכן השוטר צריך לקחת את מבחנת הדם ולשלוח אותה בדואר המשטרתי למקום היחיד בישראל שעורך בדיקות לקביעת רמת האלכוהול בדם (המעבדה לטוקסיקולוגיה קלינית בבית-החולים תל-השומר); תוצאות הבדיקה מגיעות רק אחרי כמה שבועות, ואז צריך לזמן את הנאשם שנית לשם חקירתו באזהרה. הסיבוך של הבדיקה גרם לכך שמספר הבדיקות שנעשו היה קטן יחסית עד כדי זניח. גם אחרי תיקון העונש נעשתה בדיקת דם רק במקרה של תאונת-דרכים או במקרה שבו היה ברור כי הנאשם שיכור, וגם אז לא תמיד נערכו הבדיקות. נציין כי בחוק הופיעה האפשרות לבדיקת נשיפה, אך זו לא נערכה כמעט.

46 ס"ח 197.

מצב זה השתנה בשנת 2005 בעקבות פסיקת בית-המשפט העליון בפרשת לוי⁴⁷, שם קבע בית-המשפט כי ההסדר הקיים, שעל-פיו נאשם חייב להיבדק בדיקת דם אם התבקש לכך, אינו חוקתי. זאת, משום שחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – חיפוש בגוף החשוד), התשנ"ו-1996, גובר על כל דבר חקיקה קודם שעוסק בחיפוש ובבדיקה. היות שבדיקת הדם במקרה של חשד לשכרות נקבעה בתקנות, אין היא יכולה לגבור על הוראותיו המפורשות של החוק האמור, והתוצאה היא שכל נהג יכול לסרב להיבדק בדיקת דם.

פסיקה זו איינה למעשה את יכולתה של המשטרה לערוך בדיקות דם לנהגים החשודים בשכרות. בעקבותיה, ובמהירות רבה יחסית, חוקק תיקון לפקודת התעבורה ששינה לחלוטין את כל נושא בדיקות השכרות בישראל.⁴⁸ הצעת החוק, שהוגשה פחות מחודש אחרי פסק-הדין של בית-המשפט העליון, ציינה במפורש את פסק-הדין כסיבה לשינוי החקיקה.⁴⁹

(ג) המצב אחרי תיקון החוק בשנת 2005

ביום 15.12.2005 התקבל חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005, שתיקן לחלוטין את כל נושא בדיקות השכרות. התיקון מבוסס למעשה על שלושה יסודות:

- הטלת חובה על נבדק גם ללא חשד. קרי, במצב החוקי החדש שוטר יכול לבקש מכל נהג להיבדק בדיקת נשיפה לגילוי אלכוהול, גם אם אין לו כל חשד כלפיו. זאת, בניגוד לבדיקת דם ולבדיקת שתן, שאותן השוטר יכול לדרוש רק אם יש לו סיבה סבירה לחשוד בנהג.
- אם מכשיר המדידה מראה כי הנאשם נהג תחת השפעה, נטל הראייה עובר על הנבדק. חזקה היא כי תוצאות המדידה תקפות.
- מי שמסרב להיבדק, הן במפורש והן במשתמע, דינו כמי שהיה שיכור.

יש להוסיף לסקירה זו עוד תיקון חקיקה וניסיון לתיקון חקיקה. אלה אינם רלוונטיים כל-כך לענישה בפועל, אך יש בהם כדי להסביר את מדיניות החקיקה ואווירת החקיקה. הראשון הוא התיקון משנת 2010 המתייחס לנהגים צעירים.⁵⁰

47 ע"פ 1641/04 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(3) 785 (2004).

48 חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 72), התשס"ו-2005, ס"ח 91.

49 הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 67) (בדיקת שכרות), התשס"ה-2005, ה"ח הממשלה 518.

50 חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 97), התשע"א-2010, ס"ח 90.

תיקון זה הקטין במידה משמעותית את כמות האלכוהול הנדרשת לשם הגדרת שכרות במקרים של נהגים חדשים, נהגים צעירים או נהגי רכב ציבורי.⁵¹ יצוין כי לדעת כל המומחים, כמות זו אינה משפיעה כמעט על נהגים, וקשה מאוד לנהג לדעת אם הגיע לרמה זו. בכל-זאת עברה הצעה זו במהירות ונהפכה לחוק. גם כאן היו דברי ההסבר מינוריים.⁵² בפועל תיקון זה לא שינה במידה משמעותית את מספר כתבי האישום, משום שהמשטרה אינה עושה בו שימוש כמעט.⁵³ התיקון השני הוא למעשה ניסיון לתיקון חקיקה אשר טרם עבר. מדובר בהצעת חוק הכוללת החמרה בענישה, או בלשון ההצעה – "החמרת אמצעי האכיפה".⁵⁴ שני אלה יכולים ללמד על מדיניות חקיקה הגורסת אפס סובלנות, וזאת ללא כל מחקר אמפירי המבסס מדיניות זו.⁵⁵

הבאנו באריכות-מה את כל שלבי החקיקה, פשוט כדי להראות כי בשום שלב עד עתה לא הייתה התייחסות לרמת האלכוהול השונה שנמצאה אצל הנהג ולסיכון הנלווה אליה. נבהיר שוב כי אין חולק שכמות האלכוהול משפיעה מאוד על הסיכון הנשקף מן הנהג. באשר לרמת האלכוהול המרבית המותרת, ככלל מידה זו משתנה ממדינה למדינה ומזמן לזמן. יש מדינות שבהן אסור כל ריכוז של אלכוהול בדם, ויש מדינות שבהן מותר ריכוז של עד 80 מיליגרם של אלכוהול ב-100 מיליליטר של דם (60% יותר מאשר בישראל) ואף יותר. בכל מקרה, נראה שאין היגיון לקבוע אותה ענישה לשכרות קלה, לשכרות בינונית ולשכרות גבוהה. אך זה המצב בישראל, אולי בגלל חוסר הניסיון לגבי התחום.

דרך הבדיקה המקובלת של המשטרה הייתה (ועודנה) כדלהלן: נהגים נבדקו באמצעות מכשיר ראשוני שהבדיקה בו קלה אך אינה מחייבת מבחינה משפטית

51 בעוד הכמות הקובעת לגבי כלל הנהגים היא 240 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף או 50 מיליגרם אלכוהול במאה מיליליטר דם, לגבי קבוצה זו של נהגים הורד הסף הקובע ל-50 מיקרוגרם אלכוהול בליטר אוויר נשוף או ל-10 מיליגרם אלכוהול ב-100 מיליליטר דם.

52 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה מס' 97 (ריכוז אלכוהול שונה לנהגים מסוימים בבדיקת שכרות), התש"ע-2010, ה"ח 196.

53 המשטרה אינה עושה שימוש נרחב בסעיף זה היות שבמשפטים אחדים שהתנהלו על אמינותו של מכשיר הינשוף הוחלט בסופו של דבר כי הסף יהיה 290 מיקרוגרם במקום 240 מיקרוגרם לגבי נהגים "רגילים", ולא ברור עדיין מה יהיה הערך שייקבע במקום הסף של 50 מיקרוגרם, כך שבפועל, נכון לינואר 2016, המשטרה אינה אוכפת זאת בתקיפות. ראו בעניין זה טננבוים ורצון, לעיל ה"ש 39, בעמ' 102-103.

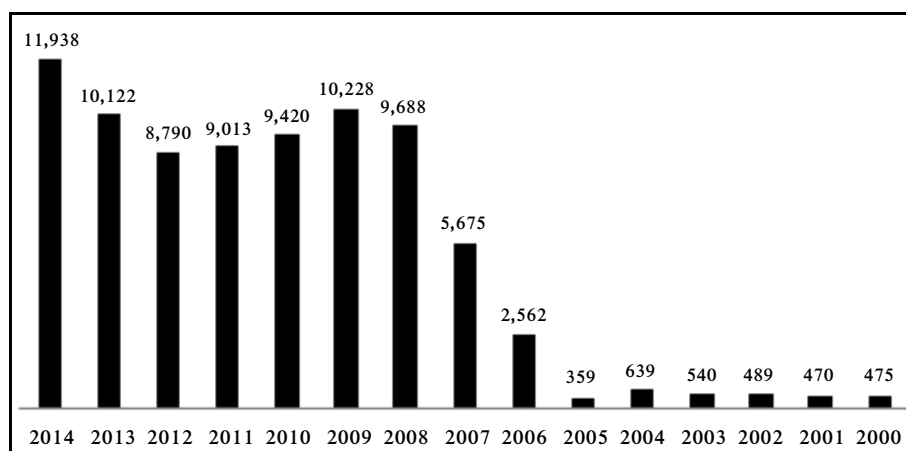
54 ראו הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 112) התשע"ד-2013 ה"ח 188. מעניינת העובדה שבהצעת חוק זו יש כמה הצעות להטלת עונשי-מינימום נוספים, למרות כל הידוע על עונשי-מינימום (ראו סעיפים 13 ו-40 להצעת החוק).

55 ראו ביקורת על מדיניות זו אצל טננבוים ורצון, לעיל ה"ש 39, בעמ' 110 ואילך.

(מה שכונה בלשון המשפטית "אינדיקציה"); אלה שעברו את הבדיקה שוחררו, ואלה שנכשלו בה נלקחו לבדיקת נשיפה (המכונה "בדיקת ינשוף"), אשר רק תוצאתה תקפה בבית-המשפט.

התוצאה של תיקון החוק הייתה שבדיקת הנשיפה נהפכה לבדיקה המרכזית. השינוי הטכני של מעבר למדידת נשיפה קלה גרם בבת אחת להפיכת עֲבֵרַת השכרות מעֲבֵרָה נדירה יחסית לעֲבֵרָה שכיחה להפליא. אם לפני התיקון נעשו בדיקות ספורות בלבד, ורובן היו בדיקות דם, אחרי התיקון נערכו אלפי בדיקות נשיפה מדי שנה, ובדיקה זו נעשתה נפוצה אלפי מונים משהייתה קודם לכן. אם קודם לכן נעשתה בדיקת השכרות רק במקרים נדירים שבהם התעורר חשד ברור לנהיגה תחת השפעה, אחרי החוק נעשו בדיקות אינ-ספור באופן אקראי וללא כל חשד שהוא. עונש-המינימום, אשר קודם לכן הופעל למעשה רק כלפי נהגים ששתו רבות, החל להיות מופעל כלפי כל נהג שעבר את סף המינימום, אף שסף זה נמוך להפליא. בבת אחת, וללא כל הכנה מראש, היתוספו אלפי תיקים למערכת, ובת-המשפט התמלאו באלפי "שיכורים" שבת-המשפט צריכים לדון אותם לתקופות פסילה ארוכות. תרשים 2 מראה את מספר כתבי האישום שהוגשו מדי שנה בעֲבֵרַת שכרות בשנים 2000–2014.

תרשים 2: מספר כתבי האישום שהוגשו בעֲבֵרַת נהיגה בשכרות בשנים 2000–2014⁵⁶



56 התרשים מבוסס על שילוב של נתונים משני מקורות – משטרת ישראל והמעבדה לטוקסיקולוגיה קלינית. לפי מכתבה של האחראית לחופש המידע במשטרה, עקב שינויי מחשוב במשטרה אין

יש להבין כי בישראל יש כ-40 שופטי תעבורה בלבד.⁵⁷ מכאן שתוספת של כ-8,000 תיקי שכרות בשנה משמעותה למעשה כ-200 תיקי שכרות נוספים לכל שופט מדי שנה. תיק שכרות נחשב תיק מסובך לניהול, שיכול לצרוך יום שיפוט שלם ואף יותר, אם ייקבע להוכחות. לא למותר לציין כי התיקון משנת 2005 לא הוביל להוספת תקנים של שופטים ו/או תובעים ו/או כל עזרה אחרת למערכת המשפט. המערכת נאלצה אם כן להתמודד עם כמות עצומה של תיקים נוספים ללא כל עזרה.⁵⁸

אם נסכם, בבית אחת הוספה כמות תיקים גדולה עם עונש-חובה דרקוני שאינו דומה לכל מה שהיה קודם לכן. זאת, אף שכל מי שמכיר את הנתונים ידע ויודע כי עם כל הסיכון הטמון בנהיגה בשכרות, בישראל הסכנה פחותה יחסית למדינות אחרות בעולם – הן הודות לצריכת האלכוהול הנמוכה יחסית והן בשל מיעוט תאונות-הדרכים הנגרמות עקב צריכת אלכוהול.⁵⁹

3. הדרך לעקיפת עונש-המינימום – הסדר-טיעון

התיאור שהצגנו מצביע על כוחה של התביעה מול בית-המשפט. על-פי הפסיקה הפורמלית, בית-המשפט אינו יכול לחרוג מעונש-המינימום מכל סיבה שהיא. התביעה, לעומת זאת, יכולה גם יכולה, והחלטותיה אינן ניצבות בפני שום ביקורת שיפוטית (ולמעשה בפני שום ביקורת כלל). מבחינה זו מעמדה של התביעה חזק

למעשה מספרים לגבי השנים שלפני שנת 2004. לפיכך מספרים אלה הופקו בעזרת המעבדה לטוקסיקולוגיה קלינית בבית-החולים תל-השומר, שהיא המקום היחיד בישראל שעורך בדיקות לקביעת רמת האלכוהול בדם. היות שלפני שנת 2005 נעשו כאמור כמעט רק בדיקות דם, ולא בדיקות נשיפה, נתוני המעבדה מספקים אומדן מדויק למדי למספר כתבי האישום שהוגשו בעבר נהיגה בשכרות. אשר לכן, עד 2004 התרשים מתבסס על הנתונים המספריים של המעבדה, והחל בשנה זו הוא מתבסס על נתוני המשטרה. אבהיר כי נתוני המשטרה כוללים גם את בדיקות הדם, שמתבצעות עדיין במעבדה, וגם את בדיקות הנשיפה. עם זאת, עיקר הבדיקות כיום הן בדיקות נשיפה (המסמכים שהתקבלו מהמעבדה ומהמשטרה נמצאים במערכת כתב-העת).

57 באתר בתי-המשפט, נכון ליום 18.10.2015, היו רשומים 21 שופטים כשופטי תעבורה בלבד. אולם מספר זה מטעה, משום שיש שופטים רבים שהינם שופטי שלום בסמכותם אך עוסקים בעיקר בדיני תעבורה.

58 על בעיות אלה יש להוסיף את השאלות כבדות-המשקל שהועלו בדבר אמינותו של מכשיר הינשוף ובדבר הבדיקה עצמה. ראו בעניין זה בועז סג"ר ומרדכי הלפרט "הסכנה שבהרשעה על סמך נשיפה (על בדיקת הנשיפה המתיימרת לאתר נהיגה בשכרות)" ספר דיוד ויגר – על משפט פלילי ואתיקה 313 (2009).

59 את המקורות לטענות אלה הסברנו לעיל בה"ש 13 ו-21–23 ובטקסט שלידן.

למעשה מזה של השופטים. היא שקובעת מתי ואיך להעמיד לדין, אם בכלל, והיא גם שמחליטה אם ומתי להגיע להסדרי ענישה פחותים מעונש-המינימום. התביעה יכולה להגיע להסדר בשני אופנים. דרך אחת היא להחליף את סעיף השכרות שבחוק בסעיף אחר שאין בו עונש-מינימום. עונש-המינימום של שנתיים המופיע בסעיף 39א לפקודת התעבורה מתייחס לעברה על-פי סעיף 62(3) לפקודה, העוסק במי שהוא "שיכור בהיותו נוהג רכב". אולם פקודת התעבורה, כפי שהסברנו, בנויה טלאים על-גבי טלאים, ויש עוד שני סעיפים הקשורים לשכרות המופיעים דווקא בתקנות התעבורה (תקנה 26(2), המדברת על מי שנוהג "תחת השפעת סמים משכרים או משקאות משכרים", ותקנה 169ב(א), האומרת כי "לא ינהג אדם ברכב... אם הוא שיכור"). אם התביעה מעוניינת בכך, היא פשוט מחליפה את הסעיף המקורי בתקנות אלה, כך שמבחינה "פורמלית" אין צורך בהפעלת עונש-המינימום. במקרים אחרים הסעיף המקורי מושאר על כנו אך בהסדר-הטיעון מוסכם על עונש פחות מעונש-המינימום ובית-המשפט מאשר את הסדר-הטיעון למרות החרגה הזו.⁶⁰

הנימוק הפורמלי המרכזי של התביעה להצדקת הסדר-הטיעון בעברות של נהיגה תחת השפעה נעוץ במצב הראיות. קרי, מדובר בתיקים שבהם יש "כשל ראיתי" ברמה זו או אחרת. במקרים אלה הסדר-הטיעון עם הקלה בעונש המוטל על הנאשם עדיף על האפשרות שהנאשם יצא פטור בלא כל עונש. נוסף על נימוק זה קיימות כמובן ההצדקות הכלליות של הסדר-הטיעון, הקשורות לחיסכון בזמן שיפוטי, למהירות ההליך, למשאבי תביעה מוגבלים וכולי.⁶¹ במקרה של נהיגה בשכרות היה צפוי שכך ייעשה, שכן המחקר מוכיח כי מחסור במשאבים מניע את התביעה להשתדל לקצר הליכים כמידת האפשר.⁶² בכל מקרה, התוצאה הסופית היא שלמעשה התביעה היא שגוזרת את הדין, ולא השופט. אין כל שליטה במדיניות זו של התביעה. באופן תיאורטי, התובעים המשטרתיים כפופים מבחינה מקצועית

60 משיחות עם עורכי-דין עולה כי ההחלטה אם להחליף את הסעיף אם לא תלויה בעיקר בזהותו של השופט הספציפי. זאת, משום שיש שופטים שאינם מסכימים לגזור עונש פחות מעונש-המינימום ללא החלפת הסעיף, ויש כאלה שאין הדבר משנה להם. לאלה ולאלה ברור כי המטרה היחידה בשינוי הסעיף היא עקיפת עונש-המינימום.

61 הוויכוח סביב מוסד הסדר-הטיעון – על יתרונותיו, חסרונותיו והדרך הראויה להשתמש בו – הוא עתיק-יומין. ראו אליהו הרנון "עסקות-טיעון בישראל – חלוקת התפקידים הראויה שבין התביעה לבית-המשפט ומעמדו של הקורבן" משפטים כז 543 (1997). ראו גם אליהו מצא "הסדרי טיעון – עבר ועתיד" הסניגור 171, 4 (2012).

62 ראו מאמרם של אורן גזל-אייל וקרן וינשל-מרגל "כוחה של התביעה בהליכים הפליליים – מחקר אמפירי" משפטים מד 835 (2015).

לראש ענף תביעות תעבורה, וזה כפוף (באופן תיאורטי) לפרקליטות המחוז/המדינה, אשר כפופה (באופן תיאורטי) ליועץ המשפטי לממשלה. אבל מבחינה מעשית, כל מחוז נוקט מדיניות עצמאית משלו, ובמקרים רבים אף לכל תובע יש מדיניות משלו.

התוצאה הסופית מכל מה שאמרנו היא שאין עונש-מינימום אחיד, אלא ערב רב של עונשים שאין קשר ביניהם. מבחינה מעשית הם מקריים לחלוטין, ותלויים במחוז, בתובע או סתם במזל. נאשם שאינו עורך-דין אינו בקיא כמובן ברזי המשא-ומתן, ואין לו כל מושג על "הכשלים הראייתיים" שהוא יכול לחפש בתיק. מובן מאליו שמצבו יורע, ואם יבוא בלתי-מיוצג (או עם ייצוג כושל), הוא יהיה השעיר לעזאזל שיקבל את עונש-המינימום.

מצב זה ידוע היטב לכל העוסקים בתחום, אך אין בידם לשנותו. כמעט כל עורכי-הדין כתבו כי הטוב ביותר שעורך-דין יכול לעשות למען מרשו הוא לחפש פגמים בחומר הראיות ולהגיע להסדר-טיעון מקל.⁶³

נצטט כמה דוגמאות משלל הדברים שאמרו לנו העוסקים בתחום.⁶⁴

עורך-דין העוסק בדיני התעבורה סיפר לנו את הסיפור הבא: "התקשרתי לתובע המטפל בתיק, ולאחר ששמע ממני את הכמות הנמוכה שנמדדה ופרטים בסיסיים על האיש (עבר תעבורתי, עיסוק ומצב כללי), הסכמנו שנינו על עונש של שישה חודשי פסילה יחד עם רכיבים אחרים – עונש שהוא כרבע מעונש-המינימום. התובע גם ביקש ממני למצוא פגמים ראייתיים ולשלוח לו אותם בפקס, וכך עשיתי. הכל נסגר בטלפון תוך שלוש דקות. באופן מפתיע, באולם שאלה השופטת את התביעה אילו 'פגמים ראייתיים' היו בתיק. התובע הוציא את הפקס שקיבל ממני, ולמעשה קרא מתוכו. היה לי את הרושם שהוא מעיין בפקס שלי בפעם הראשונה. השופטת התרשמה מאוד מהפגמים הקשים בתיק. למותר לציין שהסדר-הטיעון התקבל על דקדוקיו ופרטיו ללא כל תהייה."

עורך-דין אחר סיפר לנו כך: "אני מוצא את עצמי יושב עם התובע כשאני מחזיק בידי את דוח השוטר המשתרע על ארבעה עמודים צפופים. אני מתפלפל עימו כיצד בעמ' 4 השעה שרשם השוטר איננה מסתדרת בדיוק עם השעה שרשמה שוטר במזכר אחר, וכיצד אלו ביחד מובילים למסקנה שלא היו חמש-עשרה

63 כפי שהגדיר זאת היטב אחד הסנגורים שעמם שוחחנו: "משיכת זמן, דחייה לזמן ממושך, אחר כך כפירה והתשת התביעה ובית-המשפט, ובנוסף פנייה להסדר לאחר שכולם התעייפו מהתיק. או שהפריץ ימות או שהסוס ימות." בהערת-אגב יצוין כי נראה שסנגורים לא-מעטים מנסים ליישם פרקטיקה זו בכל תיק פלילי.

64 פרטי הנשאלים, שביקשו לשמור על עילום-שם מסיבות מובנות, נמצאים אצל המחבר.

דקות בין עצירת הנאשם לבין בדיקתו, וכיצד לכן יש פגמים ראייתיים 'מהותיים' בתיק ולכן העונש בהסדר-הטיעון צריך להיות מינימלי ורחוק מפסילת-המינימום. תוך כדי כך אני שואל את עצמי האם לשם כך למדתי משפטים, והאם ההליך נראה לי הוגן וצודק. אבל כמובן שאני ממשיך לעשות זאת כי אין לי בררה אחרת."

עורך-דין אחר מסר לנו: "כמעט כל נאשם או נאשמת שאני אומר להם שעונש-המינימום הוא שנתיים פסילה מספרים לי שיש להם חבר או חברה שנתפסו בכמות דומה אבל היה להם עורך-דין שהוציא אותם עם עונש פסילה של מספר חודשים ואפילו פחות. לך תסביר להם שזה תלוי בתובע, בשופט, במצב-רוחם, ב'פגמים ראייתיים' שאני צריך למצוא בתיק, בבית-המשפט הספציפי שבו נופל התיק וכן הלאה. ואם אני מודה שאינני יכול להבטיח דבר, הם סוברים שזה משום שאני כנראה לא מוכשר מספיק. דבר אחד ברור – עונש-מינימום זה לא."

ההבדלים בין המחוזות ידועים לכולם. תובעת שעברה ממחוז למחוז אחר (מסיבות אישיות) אמרה לנו: "ההבדלים בין המקום הקודם לחדש הם שמים וארץ. שם בכל תיק ניסינו אנו התובעים לראות אם יש אלו בעיות, כך שיכולנו להגיע להסדר-טיעון עם הסנגורים. כאן לא מנסים להגיע להסדרים, והעונשים המבוקשים חמורים הרבה יותר, ואם ההגנה לא מסכימה, הולכים ישר להוכחות."

המצב ידוע גם לשופטים. שופט בדימוס מסר לנו כי "המדיניות שלי הייתה ברורה. התביעה ידעה כי אם יש כשלים ראייתיים, ואפילו קלים, יש סיכוי טוב שהנאשם יזוכה. מאידך גיסא, נאשם שינהל הוכחות-סרק, עונשו נגזר בהתאם". לא למותר לציין כי מדיניות זו הניעה את שני הצדדים לנסות להגיע להסדר-טיעון, כל אחד מפאת חששו-הוא: התביעה חששה מזיכוי, ואילו ההגנה חששה מעונש חמור.

שופט בדימוס אחר ענה לנו בתגובה על שאלתנו: "האם אני סבור שהעונש של שנתיים פסילה בכל מקרה הוא צודק? התשובה היא לא. אני סבור שהעונש איננו צודק ואיננו מידתי, וישנם מקרים לא מעטים שהוא דרקוני. אולם זוהי גזירת המחוקק, ואני בתור שופט אינני רשאי לחרוג ממנה. באשר להסדר-טיעון, על-פי הפסיקה אני רשאי לקבלם, וכך עשיתי. השילוב של אלו אולי לא צודק, אבל זהו המצב."

יושם לב כי התביעה עושה זאת לא רק בגלל תפיסתה הכללית שעונש-המינימום אינו צודק, אלא גם בגלל הקושי לנהל כמות כה גדולה של תיקים שהופלה עליה לפתע. אולם לא בכל מקרה היא נוהגת כך. הניתוח מראה כי שתי קבוצות של נפגעים אינן יכולות ליהנות מהדינמיקה של הסדר-הטיעון. אלה הם "הנשפטים בהעדר" ו"הבלתי-מיוצגים". הנשפטים בהעדר אינם נהנים מן ההסדר המקל פשוט משום שהם אינם נוכחים וקל להטיל עליהם את עונש-המינימום,

ואילו הבלתי-מיוצגים אינם מודעים למה שהם יכולים לטעון. אחד השופטים בדימוס אמר לנו במפורש: "אם משהו הגיע והודה וביקש הקלה בעונש, לא הייתה לי כל בררה אחרת מלתת לו את עונש-המינימום; זוהי דרישת המחוקק." ניתוחנו מסביר אם כן את התוצאה שקיבלנו, שלפיה עונשיהן של קבוצות אלה חמורים יותר.

שאלה היא מהם מאפייניהם של שתי קבוצות אלה. ההשערה, הנתמכת בדעותיהם של עורכי-הדין, היא כי אלה אוכלוסיות מוחלשות – בעיקר מבחינה כלכלית אך לא רק. עורכי-הדין תמימי-דעים כי הסיבה העיקרית שבעטייה נאשם מגיע ללא ייצוג לדיון בעברה של נהיגה בשכרות היא כלכלית, קרי, עלות הייצוג הנופלת עליו.⁶⁵ חלק גדול מהנאשמים הללו הם צעירים וצעירות, מהם שמשותפים בצבא ומהם שלומדים באוניברסיטה, אשר אין להם כל אפשרות לממן ייצוג אפילו רצו לעשות כן. אחרים הם אולי אנשים עובדים אך בעלי יכולת כלכלית מוגבלת. ככלל, מי שיכול להרשות לעצמו מעדיף להגיע עם ייצוג לבית-המשפט. ההערכה לגבי מאפייניה של קבוצת הנשפטים בהעדר היא דומה. לדעת עורכי-הדין, מדובר באנשים שאינם מסוגלים ואינם רגילים להתמודד עם בעיות מעין אלה, ודרכם להתמודד היא פשוט להתעלם ולא להופיע. המציאות היא שכל אדם בעל השכלה והבנה מבין כי עדיף לו להגיע לדיון מעין זה מאשר להתעלם ממנו. זו גם הדעה המקובלת בין עורכי-הדין.

אם כן, ניתן לומר במידה מסוימת של ביטחון כי הנפגעים העיקריים מעונש-המינימום הם המשתייכים לאוכלוסיות המוחלשות.

כדי לסכם איך הגענו עד הלום, אצטט תשובות של כמה מעורכי-הדין שנשאלו לדעתם בקשר לסיבות הגורמות להבדל המהותי בין החקיקה והפסיקה לבין המציאות:⁶⁶

"עונש-המינימום זו תקנה שהציבור אינו יכול לעמוד בה. הציבור אלו הם בתי-המשפט, התביעה, הסנגורים והאזרחים."
 "כל מרכיבי המערכת מוצאים עצמם לעיתים קרובות לא שבעי-רצון מההלכה הפסוקה, ומנסים ליצור מעקפים."

65 זו הייתה התשובה המקובלת שניתנה על-ידי הנשאלים בגרסאות שונות.

66 כמה מן ההערות היו בוטות – למשל: "בית-המשפט העליון, בחלק גדול מהמקרים, מנותק מהמצב הקיים בשטח" או "עונשי פסילת-מינימום הופכים את התביעה לשופטים בפועל, והתביעה איננה כפופה לבית-המשפט העליון" וכולי. אולם כל ההערות התייחסו לשתי נקודות ברורות: חומרתו הלא-מידתית של עונש-המינימום והקושי של התביעה לנהל את התיקים לגופם בגלל התארכות וסרבול של ההליכים.

"החוק הוא דרקוני, ואיננו מתחשב בנסיבות שבהן כן מתחשבים בענישה מכל סוג שהוא."
 "המצב הקיים נוצר כתוצאה מעומס עבודה, חוסר כוח-אדם והבנה כי המדובר בחוק אשר נחקק מבלי חשיבה צופה פני עתיד, והמציאות מחייבת את כל שחקני המערכת להתאים עצמם למצב הקיים."
 "פסילת-המינימום הקבועה בחוק היא אות מתה, כי אין מדרג ענישה. המחוקק קבע עונש-מינימום חמור מאוד, שנתיים פסילה, שזו גזרה שגם בתי-המשפט וגם הציבור לא יכולים לעמוד בה."
 "המחוקק קבע עונש שאינו מידתי ואין בו מדרג ביחס לכמות האלכוהול המיוחסת לנאשם ולנסיבותיו האישיות, ודעת הכל אינה נוחה ממצב דברים זה."

נדמה לי כי התגובה הבאה מסכמת את המצב:

"מדובר בעונש דרקוני שאינו הולם את הנסיבות. העובדה שאין 'מדרג ענישה' מביאה את כל הצדדים המוזכרים למדיניות אשר מכירה באופן מעשי באמור לעיל מבלי להכיר בכך באופן פורמלי (בשל הקביעות של בית-המשפט העליון). קיימת דה-פקטו הכרה ברורה שהעונש המנדטורי הקבוע בחוק אינו הולם את הנסיבות במרבית המקרים, ואין הצדקה להטיל אותו – לא רק בהיבט העקרוני, אלא גם בהיבט המהותי.
 מעבר לכך, העונש המנדטורי הדרקוני נותן תמריצים לניהול תיקי שכרות גם במקרים בהם אין בהכרח צורך בכך, מתוך מטרה 'לדוג כשלים' יש מאין (כאשר אין כשלים ראייתיים מהותיים בתיק), וזאת לאור התחושה המלווה את הנאשם שהוא 'נדחק לקיר' עקב הענישה הדרקונית הקבועה כעונש-מינימום בחוק."

ג. דיון ומסקנות

1. היחס בין הענישה בפועל למטרות הענישה

ממצאינו משקפים מצב קיים שבו יש הבדל מהותי בין התיאוריה למעשה: מבחינה תיאורטית יש עונש-מינימום כבד על נהיגה בשכרות, שאותו קבע המחוקק ואישר בית-המשפט העליון; אולם בפועל כל שחקני המערכת משתפים פעולה על-מנת "לעקוף" את דרישות המחוקק ובית-המשפט העליון, משום שאלה נראות להם לא-צודקות ולא-יישומיות. כיצד מצב זה משתלב עם מטרותיהן הידועות של דיני העונשין?

לא נדון בשלל מטרות הענישה שהוצעו במהלך הדורות, אלא נסתפק בארבע המטרות שצצות ועולות בכל דיון, בעיקר בין משפטנים. אלה הן גמול, הרתעה, שיקום ומניעה.⁶⁷ ב"גמול" מתכוונים לצורך לתת לרשע רע כרשעתו (ויש כמובן הטענים כי אין זה אלא מונח "צמחוני" יותר לציון נקמה); ב"הרתעה" הכוונה היא הן להרתעת היחיד (שביצע את העברה) והן להרתעת הרבים, אשר יחששו מלבצע בעתיד עברה דומה מפאת העונש המוטל בגינה; ב"שיקום" אנו מתכוונים לחינוך האדם כך שלא יעבור עברות יותר; וב"מניעה" הכוונה היא פשוט שהעונש מונע את העברייני מלעבור עברות עתידיות (מי שיושב חבוש בבית-האסורים אינו יכול פיזית לגנוב).

ברור מאליו שמטרות אלה עומדות לעיתים בסתירה. ניתן דוגמה פשוטה: נניח כי לפנינו שני נאשמים שביצעו אותה עברה, שדינה מאסר. שיקולים של גמול וצדק ינחו אותנו להטיל על שניהם אותו עונש – במקרה זה עונש מאסר. אלא שידוע לנו כי על אחד מהם ישפיע עונש המאסר לטובה, ויניע אותו להתרחק מפשיעה לשארית חייו, בעוד שעל האחר הוא ישפיע בצורה הפוכה לחלוטין, ויגרום לחיזוק זהותו העבריינית. לכן מבחינה שיקומית מומלץ להטיל על הראשון עונש מאסר ואילו על השני להטיל עונש סמלי בלבד. במה נבחר?

67 אלה ארבע המטרות העיקריות המופיעות בכל ספר על ענישה. ראו, לדוגמה, שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק 73–148 (מהדורה שלישית, 2009); שלמה גיורא שוהם ואורי תימור סוגיות בתורת הענישה בישראל 23–35 (2009). נציין כי מלומדים, בעיקר מתחומי דעת אחרים, סוברים כי יש גם מטרות אחרות, כגון פיוס, כפרה ופיצוי. לגישות הסוציולוגיות, למשל, ראו אברהם טננבוים "הגישה הסוציולוגית-ההיסטורית לחקר הענישה הפלילית" עבריינות וסטייה חברתית – תאוריה ויישום 173 (משה אדד ויובל וולף עורכים, הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, 2002).

אין כל דרך לוגית למצוא פתרון תיאורטי כלשהו שיפתור את הניגודים המתעוררים בין דרישות הצדק לדרישות המאבק בפשיעה. פרימורץ ניסח זאת יפה:

"If one proposed to justify legal punishment, one had to choose between the claims of justice and desert, and those of the common good; one had to present punishment either as retribution, or as an indispensable means for attaining socially desirable objective. No synthetic theory seemed possible, for each side in the debate totally repudiated the basic contentions of the other."⁶⁸

נציין כי כל ארבע המטרות נראות ראויות. יש מקום להרתעה, לשיקום ולמניעה, וגם את עקרון הגמול, הבעייתי יותר על פניו, אין לפסול. אולם בנקודה זו מטרות הענישה דומות לעקרונות רבים אחרים אשר יפים וטובים לעצמם אך עומדים בסתירה זה לזה. כולנו בעד חירות, שוויון ואחוה, אך בפועל עקרונות אלה מתחרים זה בזה ואין מנוס מפשרות.⁶⁹ באופן דומה גם מטרות הענישה מתחרות זו בזו, ואפילו במישור התיאורטי אין דרך לגשר ביניהן.

אולם ניתוח פשוט יראה כי במקרה שלפנינו המצב בפועל פוגע בכל מטרות הענישה. נעבור עליהן אחת-אחת. ראשית, באשר לגמול, אשר מהווה כיום את העיקרון המוצהר של הענישה הפלילית בישראל,⁷⁰ ברור כי עונש פסילה חמור המוטל על כל מי שנהג תחת השפעת אלכוהול, מבלי להתחשב בגודל החריגה שלו מרמת האלכוהול המותרת, פוגע בעקרון הגמול. יש להטיל עונש שונה על מי שנהג תחת השפעת אלכוהול קלה ועל מי שנהג תחת השפעה כבדה. מבחינה עיונית הכוונה היא שצריכה להיות מידתיות בענישה.⁷¹ חומרת העונש צריכה להיות בהתאם לחומרת העברה. בענייננו יש שתי בעיות של מידתיות: האחת היא

Igor Primoratz, *The Middle Way in the Philosophy of Punishment*, in ISSUES 68 IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H. L. HART 193 (Ruth Gavison ed., 1987).

69 הבעיה של סתירה בין עקרונות שכל אחד מהם נראה ראוי ונכון כשלעצמו היא בעיה ידועה ועתיקה. ראו, למשל, את הסתירה בין חירות לשוויון אצל אברהם נ' טננבוים "האם ניתן להסכים על צדק חברתי? הערות על הגדלת העוהה ועל חלוקתה" המשפט טו 807 (2010).

70 ס' 40ב לחוק העונשין אומר במפורש כי "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".

71 בעניין המידתיות בענישה ראו רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147 (2005).

שהעונש הניתן בגין נהיגה תחת השפעת אלכוהול חמור בהרבה מהעונש הניתן בגין עבירות תעבורה אחרות; והאחרת היא חוסר ההתייחסות לרמת האלכוהול. לנקודה זו של חוסר מדרג ענישתי התייחסו כמעט כל עורכי-הדין הנשאלים.⁷² מבחינתם זו אולי הנקודה הבעייתית והלא-צודקת ביותר, שכן העונש הניתן אינו הולם את חומרת העברה. יושם לב כי בפועל אכן יש התייחסות לרמת האלכוהול והענישה מתייחסת לכך. בפועל מי שנוהג תחת השפעת אלכוהול נמוכה נענש פחות ממי שנוהג תחת השפעת אלכוהול גבוהה. אך זאת, שוב, באופן לא-פורמלי ותוך עקיפת דרישותיהם של המחוקק ובית-המשפט העליון. הדבר נראה בעייתי במיוחד בהקשר של הנשפטים בהעדר והנשפטים הבלתי-מיוצגים, כאשר שתי קבוצות אלה נענשות באופן חמור הרבה יותר, כפי שהראינו.

באשר להרתעה, יש ספקות לא-מעטים באשר ליעילותה של ההרתעה ככלל ושל החמרת הענישה בהקשר זה בפרט.⁷³ מה שברור הוא שעונש המוטל בצורה שרירותית אינו מהווה הרתעה מספקת. ניתן לטעון כי ההרתעה החשובה היא מה שמכונה "תפיסת ההרתעה". קרי, השאלה אינה מהו העונש המוטל בפועל, אלא מהו העונש שהעבריינים-בכוח חושבים שיוטל. במילים פשוטות, השאלה אינה אם בפועל מוטל עונש של שנתיים פסילה, אלא אם הנהגים סבורים שזה העונש שיוטל. אולם גם טענה זו אינה תואמת את המציאות. לטענת הסנגורים, המצב הקיים ידוע בבירור לנהגים הנאשמים, ואלה רואים בעורך-דינם את מי שיצליח להוציא מהמערכת את התוצאה הרצויה להם.

אולם גם אם נסכים שיש יסוד מרתיע בעונש הפסילה הקשה, שאלה היא אם הצר שווה בנזק המלך, דהיינו, אם המחיר שאנו משלמים בענישה הכואבת אכן שווה את התוצאה. זאת, במיוחד לנוכח הנתונים שהבאנו בדבר שיעורן הנמוך של תאונות-הדרכים שבהן מעורבים נהגים תחת השפעת אלכוהול.

באשר לשיקום, זה אינו מהווה בדרך-כלל מטרת ענישה ידועה בדיני התעבורה. כאשר מדובר בנהיגה תחת השפעת אלכוהול, ייתכן שיש לבדוק אם מדובר בבעיה רפואית/כרונית אצל הנהג, אולם בדיקה כזו אינה נעשית, ואין כל התייחסות אליה בחוק.

72 נציין כי בהצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 112), לעיל ה"ש 54, יש התייחסות חלקית לכך. אולם הצעת החוק מבקשת לקבוע מדרג של שנה, שנתיים ושלוש שנים לפי רמת השכרות, קרי, להחמיר את הענישה הקיימת כיום בחלק מהמקרים ולהמעיטה במקרים הקלים. יושם לב שגם העונש המינימלי בהצעת החוק גבוה מהעונש הממוצע כיום.

73 ראו, למשל: Daniel S. Nagin, *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, 23 CRIME & JUST. 1 (1998).

באשר למניעה, ברור כי מי שפסול ואכן מציית לעונש הפסילה לא יעבור עבירות בזמן פסילתו.⁷⁴ אולם כדי שהעונש יהיה אפקטיבי בהיבט המניעת, יש להטילו בעיקר על אלה שעוברים את העברה שוב ושוב. כמות האלכוהול יכולה לשמש מדד לתדירות השימוש בו, אולם זו אינה רלוונטית על-פי החוק הקיים. אם נסכם בקצרה, המצב הקיים אינו תומך בשום מטרת ענישה ידועה. יתרה מזו, הוא פוגע בבירור במטרות הגמול וההרתעה, שהן המטרות המרכזיות בענישה.

2. המלצות כלליות בעניין עונשי-המינימום בכלל ובעניין עונשי-המינימום על נהיגה בשכרות בפרט

ממצאי המחקר צריכים לעורר שאלה בקרב מקבלי ההחלטות: האם חסרונותיו של עונש-המינימום אינם עולים בהרבה על יתרונותיו? יושם לב שהנהיגה בשכרות היא לכאורה עברה פשוטה יחסית לגילוי – מדובר בהליך קצר שבו הנהג נמדד במכשיר אמין במשך דקות מספר. והנהג אפילו במקרה כזה הצליחו "שחקני המערכת" ליצור מציאות שבה מוטל על הנאשמים עונש לא-עקבי ושרירותי, הסוטה מהנחיות המחוקק והפסיקה.

לדעתנו, בראש ובראשונה זוהי תוצאה של עונש חמור מדי שהוטל מלכתחילה על קבוצה גדולה מדי של נהגים. בכל מקרה, מסקנתנו היא שיש צורך להיזהר מעונשי-מינימום, ולהגדירם בצורה מצמצמת ככל האפשר. אנו תמהים אם במערכת משפטית שבה יש לתביעה שיקול-דעת כה גורף יש מקום בכלל לעונשי-מינימום. עונש-מינימום שמגביל את שיקול-הדעת של בית-המשפט אך לא את זה של התביעה אינו צודק ואינו יעיל. אם המחוקק רוצה באמת להנהיג עונשי-מינימום, עליו למצוא דרך לצמצם באופן ניכר את שיקול-הדעת של התביעה. בשיטת המשפט שלנו יהיה קשה עד בלתי-אפשרי לעשות כן.

לענייננו, גם אם המחוקק סבור כי יש צורך בעונש-המינימום לעברת הנהיגה בשכרות, יש מקום לשינוי מהותי: יש לשנות את המבנה של עונש-המינימום ולהתאימו בצורה ברורה לרמת השכרות, כך שאורך הפסילה ישתנה בהתאם

74 אנו מציינים זאת משום שרבים מאוד מהנפסלים ממשיכים לנהוג בתדירות זו או אחרת. במחקר לא-חדש נטען כי כ-60% מהנפסלים נוהגים בזמן פסילה. ראו: T.C. WILLET, (1973) DRIVERS AFTER SENTENCE. ראו גם גבי שביט "תרומת המחקר הקרימינולוגי לשיקולי שפיטת עברייני תנועה" על ענישה בתעבורה – עיונים בקרימינולוגיה א 2, 4, 13-14 (מהדורה שנייה, 1992), הטוען כי מדובר ב-75%. בכל מקרה, ברור שקשה מאוד לדעת נתונים מדויקים, מה-גם שסביר להניח כי הנוהגים בפסילה משתדלים לנהוג בזהירות יתרה כדי שלא ייתפסו במקרה.

לרמת האלכוהול שנמצאה בדם. בכל מקרה, יש לדאוג שאורך הפסילה יהיה מידתי. נוסף על כך יש למצוא דרך להגביל את שיקול-הדעת של התביעה כך שהענישה החקוקה אכן תיושם.

3. המלצות להמעטת פגיעתו של עונש-המינימום באוכלוסיות מוחלשות

בלי קשר להמלצה הכללית בדבר עונש-המינימום, יש לפעול כדי להמעיט את הפגיעה באוכלוסיות המוחלשות. כפי שהזכרנו, הנפגעים העיקריים ממדיניות הענישה הנוכחית משתייכים לשתי קבוצות: אלה שאינם מגיעים לבית-המשפט כלל ונשפטים בהעדר, ואלה שאינם מיוצגים.

הפתרון לקבוצה הראשונה פשוט. יש לקבוע בבירור כי בעברה של שכרות, לנוכח העונש הכבד, אין מקום לשיפוט בהעדר. אם נאשם לא הופיע, יש לדחות את הדיון ולהזמין שוב, ובכלל זה להשתמש בכלים המשפטיים המקובלים המבטיחים את הופעתו של נאשם. נעיר כי היה זרם כזה בפסיקה שסבר כי אין מקום לשיפוט בהעדר בעברות שכרות, אך זרם זה לא זכה בגיבוי.⁷⁵ זאת, לדעתנו, משום שהשופטים לא היו מודעים לחולשתם הבסיסית של הנשפטים בהעדר. נוסף כי אין מדובר בקושי עקרוני. הניסיון מלמד כי קל להביא לידי התייצבותם של נאשמי בית-המשפט לתעבורה (אשר רובם המוחלט נורמטיביים). שיחת טלפון מפקיד בית-המשפט תניע כמעט תמיד את הנאשם להגיע לבית-המשפט בפעם הבאה. מובן שבית-המשפט יוכל להוציא צו הבאה וצווים אחרים נגד מי שלא יופיע שוב.

לגבי קבוצת הבלתי-מיוצגים, הדרך הפשוטה היא לקבוע כי בעברות של נהיגה בשכרות יוכל נאשם בלתי-מיוצג לבקש כי ימונה לו סגור ציבורי. מחקרנו הראה

75 ראו, למשל, את פסיקתה של השופטת סלוטקי שביטלה פסק-דין שניתן בהעדר בעברות שכרות – עניין לישא, לעיל ה"ש 34. נימוקיה שם היו כי "העבירה בה הורשע המערער אינה עבירה קלה ועל כן אינה נכנסת בגדרן של הוראות סעיף 240 לחוק סדר הדין הפלילי המאפשרות שפיטה בהעדר הנאשם. תכליתן של הוראות אלה הוא ייעול ההליך הפלילי בעבירות קלות כפי שגם מורה כותרת הסעיף. העבירה בה הואשם המערער אינה עבירה קלה וגם העונש שהושת עליו אינו עונש קל. בנסיבות אלה ראוי היה כי משהוזמן כדין המערער למשפטו ולא התייצב, היה מקום להוציא נגדו צו הבאה על מנת שיהיה נוכח במשפטו. משלא נעשה הדבר והמערער נידון בהעדרו, נראה שראוי לבטל את פסק הדין שניתן בהעדרו ולאפשר לו להתגונן כנגד האשמה החמורה שיוחסה לו. לפיכך, ובקבלי את הערעור, אני מבטלת את פסק דינו של בית משפט קמא ומורה על החזרת הדיון לבית משפט השלום לתעבורה באשדוד אשר ידון בו מבראשית, משלב ההקראה". מכל מקום, זרם זה בפסיקה, שהיה ממילא שולי, בוטל לחלוטין על-ידי בית-המשפט העליון.

כי הגורם המשמעותי המשפיע על חומרת העונש הוא אם יש לנאשם סנגור אם לאו, והמציאות היא שרוב הסנגורים הציבוריים בישראל ממלאים את תפקידם נאמנה לטובת מרשם.⁷⁶

שני הפתרונות יעילים, אך ברור שיש להם עלות לא-קטנה, שתגולגל על הציבור. שיפוט בהעדר הוא יעיל להפליא, ואינו מצריך אלא השקעת משאבים מינימלית מהשופט. לעומת זאת, הזמנת הנאשם שוב תחייב דיון מחודש, ואם זה יכפור באשמה, יידרשו גם זמן רב והוצאות מרובות נוספות. כאשר לסוגיית הייצוג, המדינה משלמת את שכרו של הסנגור הציבורי, ואף ששכר זה אינו מן המשובחים, אי-אפשר להתעלם מכך. חישוב פשוט יראה כי מדובר בסכום של מיליוני שקלים לשנה, שאינו בטל בשישים.⁷⁷ אולם במציאות הנוכחית מן הראוי לדעתנו להשקיע סכומים אלה. אנו סוברים כאמור שהענישה בעברת הנהיגה בשכרות קשה מדי, אולם אם רוצים להישאר איתה, מן הראוי לפחות לוודא שהיא תהיה הוגנת.

סוף-דבר

דומנו שאין הרבה מחקרים משפטיים שליוו עונש-מינימום מלידתו ועד להפעלתו בפועל, כולל בדיקה אמפירית של הפעלתו בלוויית מחקר איכותני של אלה שאמורים ליישמו. המסקנות העובדתיות מן המחקר הנוכחי הן חד-משמעיות:

76 אוסיף גם כי נראה שלעיתים סנגור ציבורי עדיף לנאשם על סנגור פרטי. מכיוון שפרנסתו של סנגור פרטי תלויה בנאשם, הוא יחשוש לעיתים לחלוק על דרישת הנאשם גם אם נראה לו שהנאשם מזיק לעצמו. סנגור ציבורי יכול להתייעץ עם הממונים עליו בסגוריה הציבורית, ואלה יכולים להורות לו להתעמת עם מרשו וללחוץ עליו, מה שסנגור פרטי אינו יכול לעשות. בכל מקרה, לא נראה לנו שסנגורים ציבוריים יגיעו לתוצאה גרועה יותר מסנגורים פרטיים.

77 החישוב פשוט. השכר לסנגורים הציבוריים משולם על-פי תקנות הסניגוריה הציבורית (שכר טרחה לסניגורים ציבוריים), התשנ"ו-1996, אשר מעודכנות מפעם לפעם (העדכון האחרון נעשה ביום 6.3.2014). על-פי התקנות, השכר לישיבה הראשונה בעברות של נהיגה בשכרות הוא 1,170 ש"ח, ולכל ישיבה נוספת – 335 ש"ח (לישיבה לא-מהותית) או 470 ש"ח (לישיבה מהותית). מועטים התיקים שנגמרים בישיבה אחת, ויש שנגמרים רק אחרי ישיבות רבות. אומדן של 2,000 ש"ח לתיק שכרות יהיה לכן שמרני למדי. על-פי מחקרם של מויאל ואייזנשטדט, כ-70% מהנאשמים היו מיוצגים, ו-30% נשפטו ללא ייצוג. בשנים 2008–2014 הוגשו בממוצע כ-10,000 כתבי אישום לשנה (ראו לעיל תרשים 2). אם הסניגוריה תייצג את כל שלושים האחוזים הלא-מיוצגים, אנו מדברים על ייצוג של כ-3,000 נאשמים בשנה, דהיינו, הוצאה של כ-6 מיליון ש"ח. לא למותר לציין כי המציאות מלמדת שברגע שהסניגוריה הציבורית מתחילה לייצג נאשמים, גם אלה שהפרוטה מצויה בכיסם ואשר קודם לכן יוצגו באופן פרטי מעדיפים לקבל את ייצוג הסניגוריה, כך שצפוי שההוצאה תהיה גדולה אף יותר.

עונש-מינימום קיצוני מדי גורר בעקבותיו נסיונות להתעלם ממנו, ובפועל נראה שחסרונותיו עולים על יתרונותיו. ניתן לראות במחקרנו גם נימה אופטימית. המערכת בנויה כך שעונש לא-הגיוני המוטל מלמעלה למטה פשוט לא ייושם. הנימה הפחות-אופטימית העולה ממנו היא שהחלשים יתקשו יותר להתחמק מאזיקיו.

כך או כך, אין ספק שהמצב הנוכחי רחוק מלהיות תקין והוגן, ויש לפעול במהירות לשינויו.

על הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – אדם, חוה והנחש: ניתוח סיפור גן־עדן בראי המשפט הפלילי הישראלי

יובל ליבדרו*

תקציר

סיפור גן־עדן מוכר וידוע לכל בר־בירב. לסיפור ניתנו במשך השנים הקשרים ופירושים רבים. מאמר זה מציע קריאה חדשה של הסיפור, במשקפי המשפט הפלילי הישראלי העכשווי.

במאמר זה אני מבקש לבחון את סיפור גן־עדן – על גיבוריו אדם, חוה והנחש – בשדה המגרש הפלילי המהותי. במסגרת בחינה זו אתמקד בכמה סוגיות־יסוד של המשפט הפלילי המהותי, דוגמת עקרון החוקיות, עקרון האשם, שאלת הצדדים לעברה וסוגיות נוספות מתחום דיני הענישה.

במאמר מושם דגש בבחינת היחסים בין הפרט לשלטון בהקשרים הפליליים של יחסים אלה. כך, לא אבחן את שאלת ביצוען של עבירות הרכוש ככל שהתגבשו בסיפור, כי אם דווקא עבירות הקשורות כאמור ליחסים שבין הפרט לשלטון, דוגמת עבירות ההמרדה והפרת הוראה חוקית. אף בחינת תחולתו של עקרון החוקיות – עיקרון שנטוע כולו במערכת יחסים זו – תיעשה בהקשר זה.

התמקדותי במערכת יחסים זו ובסוג העבירות שהוזכרו נובעת מהכרה כי לסיפור המסופר יש רובד עמוק, נסתר־לא־נסתר, הקשור למערכת היחסים שבין הברואים לבורא ובינם לבין מי שקורא תיגר על מערכת יחסים זו. אראה כי אף הענישה שהוטלה על כל אחד מהנאשמים – שהם כזכור הנאשמים הראשונים בהיסטוריה – קשורה למערכות

* שופט בית־משפט השלום בבאר־שבע ומרצה מן החוץ בבית־הספר למשפטים במכללה האקדמית ספיר. ברצוני להודות לשופט יעקב דנינו, לשופט אור אדם, לעורכי־הדין תומר אורינב, יוחאי הזז, חיים כהן ולימור ליבדרו, וכן לאברהם שלם, על הערותיהם והארותיהם המועילות.

היחסים שבין כל אחד מהנאשמים לבין עצמם ובינם לבין בורא עולם, תוך שהיא קושרת בין העבר לעתיד ובין המעשה לתוצאות המעשה. בסופו של המאמר אתייחס לעקרון הבחירה החופשית. עיקרון זה, המשמש בסיס להטלת האחריות בסיפור, משמש גם כיום, במשפט הפלילי הישראלי, בסיס להטלת אחריות פלילית.

מבוא

א. עקרון החוקיות

ב. העברה והצדדים לה

1. עברת הפרת הוראה חוקית

2. הצדדים לעברה

(א) הנאשמים כמבצעים בצוואת

(ב) הנחש כמבצע באמצעות אחר

(ג) הנחש כמשדל

3. עברות המרידה וההמרדה

ג. שאלת האשם – המודעות והכשרות לעמוד לדין

1. היסוד ההכרחי – מודעות

2. סייג הקטינות

3. סייג הליקוי בכושר השכלי

ד. העונש

1. עקרון ההלימה, עקרון הגמול ורעיון ה"מידה כנגד מידה"

(א) עונשיו של הנחש

(ב) עונשיה של חוה

(ג) עונשיו של אדם

(ד) חומרת עונשיהם של המבצעים וחומרת עונשו של המשדל

2. עקרון הענישה האינדיווידואלית

3. יישום של עקרונות ענישה ושיקולי ענישה נוספים בסיפור המקראי

(א) מיידיות העונש

(ב) עונש מוות ועונש מרבי

(ג) נטילת אחריות על-ידי נאשם

במקום סיכום – על עקרון הבחירה החופשית

מבוא

סיפור גן-עדן העסיק חוקרים ופרשנים רבים במהלך ההיסטוריה במישורים תיאולוגיים, ספרותיים, אומנותיים, חברתיים ועוד.¹ סיפור זה היווה את הבסיס הראשוני, את המקור העיוני הראשוני, למושגייסוד בתפיסת האמונה והתרבות היהודית כמורגם בדתות ובתרבויות אחרות.² שאלות של חטא, ציווי, פיתוי, דעת, טוב ורע, תבונה ועונש – מקורן כולן בסיפור זה. מושגייסוד דוגמת החטא הקדמון, גן-עדן כמושג, חיי נצח ועוד – אף הם מקורם בסיפור זה. יש המפרשים את הסיפור כולו כסיפור על כוחות הנפש והשכל הנמצאים באדם עצמו.³ יש הרואים אותו כמבטא מאבק בין כוחות ואמונות, בין האדם לבורא עולם, בין הנחש לבורא עולם או בין השטן לבורא עולם.

במאמר זה אבקש לבחון את סיפור גן-עדן מזווית שונה ובהקשר אחר. אבקש לבחון סיפור זה במישור המשפטי-פלילי, ולא אתייחס כמעט למישורים ולהיבטים אחרים של הסיפור. אבקש לבחון קיומה של זיקה בין שיטת המשפט הפלילי הישראלית לבין זו שעל-פיה התקיים ההליך בעניינם של שלושת הנאשמים

- 1 ראו, למשל, יחזקאל קויפמן תולדות האמונה הישראלית כרך א 436, 448 (הוצאת מוסד ביאליק, התשכ"ד); יונתן גרוסמן "עוד על המבנה הספרותי של סיפור גן עדן (ב ג 4 – ג 24) בית מקרא נו 5 (2011); שושנה שפירא "יצר ויצירה בגן עדן" החינוך וסביבו: שנתון סמינר הקיבוצים כח 241 (2006) (ניתוח ספרותי בהקשרה של חוה); אירית רושין נחש קדמון (הוצאת א' רושין, 1999) (מבט אחר על תפקידו ושלחותו של הנחש בהקשר הפסיכולוגי-החברתי); גבי ברזלי "המופע של אדם וחוה" cafe.themarker.com/post/234123/ (פרשנות לסרט "המופע של טרומן" לפי סיפור גן-עדן); ג'והן מילטון גן-העדן האבוד (הוצאת מסדה ועם הספר, 1982) (יצירתו הנודעת של מילטון על-אודות נפילת האדם). בתולדות האומנות ידועות יצירות רבות שתיארו את אדם וחוה ואת סיפור גן-עדן. נדמה כי המפורסמת מביניהן היא ציורו של מיכאלנג'לו בתקרת הקפלה הסיסטינית שבוותיקן. כן ראו adam-and-eve.org/02-adam-and-eve.htm, שם מובאים 98 ציורים של אדם, חוה והנחש.
- 2 בנצרות ראו, למשל, הברית החדשה, אגרת פאולוס אל הרומים ה 12: "לפיכך, כשם שעל-ידי אדם אחד בא החטא לעולם, ועקב החטא בא המות, כך עבר המות לכל בני אדם משום שכלם חטאו." סיפור גן-עדן מגלם אם כן בדת הנוצרית את מושג-היסוד של החטא הקדמון. באסלאם ראו, למשל, קוראן, סורת הפרה 2, 35–39: "אמרנו הוי אדם, שכון אתה ואשתך בגן, ואכלו שניכם פריו בשפע מכל אשר תרצו, אך אל לכם לקרב אל העץ הזה פן תהיו בבני העוולה. ואולם השטן הסיט את שניהם מעליו והוציאם מכל אשר היו שרויים בו. אמרנו, רדו והיו אויבים זה לזה... אדם קיבל מילים מעם ריבונו, והוא שב מכעסו עליו, כי רוצה הוא בתשובת עבדיו ורחום..."
- 3 שרה קליין-ברסלבי פירוש הרמב"ם לסיפורים על אדם בפרשת בראשית (הוצאת ראובן מס בע"מ, 1986).

הראשונים בהיסטוריה – אדם, חוה⁴ והנחש. הזיקה שאבחן תהא בהקשר של דיני העונשין המהותיים המקובלים בישראל בעת הזו, ופחות בהקשר של סדרי הדין ודיני הראיות, אף שגם בהקשרם ניתן למצוא בסיס משותף בין הדין הישראלי לסיפור המקראי.⁵

אקדים אחרית לראשית, ואציין כי מצאתי שליסודות רבים המוכרים בשיטת המשפט הפלילי הישראלית יש בסיס והכרה עוד בסיפור גן-עדן, ולטעמי אף נעשה בהם שימוש על-ידי מי ש"מגלם" את שלוש הרשויות בסיפור – בורא עולם – הגם שלא נעשה שימוש מילולי ממשי במונחים המשפטיים המוכרים בימינו. לא זו אף זו, נדמה כי אם אדם, חוה והנחש היו מובאים לפני בית-משפט ישראלי בימינו-אנו, ייתכן שעניינם היה מוכרע באופן דומה, בהקבלות המתאימות, והכל כפי שיפורט להלן.

בפרק הראשון של המאמר אני מבקש לבחון את תחולתו של עקרון החוקיות בסיפור. במסגרת זו אתייחס לשאלת האיסור והעונש שנקבע לצידו, לרבות לשאלה אם איסור זה כלל גם את האיסור לשדל לעבור על האיסור. כן נשאלת שאלת פומביותו של האיסור, דהיינו, מי ידע על האיסור ומה ידע.

בפרק השני של המאמר אדון בשאלת זיהוי העברה והצדדים לה. כבר עתה אציין כי במסגרת פרק זה אתייחס פחות לעברות הרכוש שהיה אפשר אולי לייחס לכל אחד מהנאשמים, דוגמת העברה של הסגת גבול (עברה לפי סעיף 447 לחוק העונשין,

4 למען הנוחות אשתמש בשם חוה, אף שלאורך הסיפור כולו טרם ניתן לאישה שמה. שם זה ניתן לה על-ידי אדם רק בהמשך הסיפור – בפרק ג, פסוק 20. לעניין הפירושים לשמה של חוה והנפקויות לעצם מתן השם ראו, בין היתר, "חוה" דעת – אנציקלופדיה יהודית www.daat.ac.il/encyclopedia/value.asp?id1=3435.

5 ראו, למשל, את זכות השימוע בס' 60א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, והשוו לשימוע שבורא עולם עורך לאדם ולחוה (בראשית ג 9–13). ראו גם בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (1958), אשר מפנה לפסיקה אנגלית המתייחסת לסיפור אדם וחוה: R. v. University of Cambridge, (1723) 93 Eng. Rep. 698, 704: "Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called upon to make his defence". בעניין זה ראו גם את ספרו של דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא (2000). יושם אל לב כי בעניינו של הנחש לא מוזכר בכתובים כי נערך לו שימוע. חז"ל למדו מכאן ש"אין טוענין למסית" – בבלי, סנהדרין כט, ע"א. לעניין דיני הראיות, מעניין שלרציונל האוסר ככלל העדת בן-זוג נגד בן-זוג במשפט הפלילי – מן החשש של כניסה אל תוככי התא המשפחתי ופגיעה במרקם העדין של מערכת היחסים שבין בני הזוג (ס' 3 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 – יש בסיס בסיפורנו. כאשר אדם נשאל במהלך השימוע לפשר מעשיו, הוא מגיב מייד בהפניית האשמה לאישה, ובעקיפין מביע בכך ביקורת כלפי בורא עולם על האישה אשר נתן לו (בראשית ג 12).

התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)) או עֲבֵרַת הַגִּנְבָּה (עֲבֵרָה לפי סעיפים 383–384 לחוק העונשין) או אף עֲבֵרָה של גִּנְבָּה בידי עובד (עֲבֵרָה לפי סעיף 391 לחוק העונשין) או בידי מורשה (עֲבֵרָה לפי סעיף 393 לחוק העונשין). סבורני כי דיון בעֲבֵרוֹת הרכוש יחטיא את כוונת המחבר המקראי לדון ב"מערכת היחסים" שבין הפרט לריבון, שבין הברואים לבורא. על-כן מצאתי עניין להרחיב דווקא על עֲבֵרוֹת הקשורות ליחסים שבין הפרט לשלטון, וכן על כאלה הקשורות לסדרי המשטר והחברה ולסדרי השלטון והמשפט, דוגמת עֲבֵרוֹת המרידה (עֲבֵרָה לפי סעיף 106 לחוק העונשין), ההמרדה (עֲבֵרָה לפי סעיף 133 לחוק העונשין) והפרת ההוראה החוקית (עֲבֵרָה לפי סעיף 287 לחוק העונשין). במסגרת פרק זה אתייחס גם לסוגיות הקשורות לצדדים לעֲבֵרָה, דוגמת מְבַצְעִים בצוותא, מְבַצֵּעַ באמצעות אחר ומשדל.

בפרק השלישי של המאמר אדון בעקרון ה"אשם". לעקרון האשם יש שני פנים: פן חיובי ופן שלילי. במסגרת הפן החיובי נבדק קיומם של יסודות-המשנה של היסוד הנפשי, לרבות היסוד ההכרתי, הוא יסוד ה"מודעות", שאותו אבחן בהרחבה בפרק זה. הפן השלילי של עקרון האשם מתייחס לתחולתם של סייגים לאחריות הפלילית אשר ייתכן שיהיה בהם כדי לשלול קיומו של אשם, ולו ברמה הבסיסית הנדרשת. בפרק זה אתייחס לתחולתם של שני סייגים – סייג הקטינות (לפי סעיף 134 לחוק העונשין) וסייג הליקוי בכושר השכלי (לפי סעיף 34 לחוק העונשין).

הפרק הרביעי של המאמר דן בשאלת העונש. במסגרת הדיון בשאלת העונש אתייחס לעקרונות ענישה כלליים, דוגמת עקרון ההלימה, עקרון ה"מידה כנגד מידה" ועקרון הענישה האינדיווידואלית. אעסוק בשאלת יחסי-הגומלין שבין עקרונות אלה וביישומם בעניינם של שלושת הנאשמים, לרבות בשאלת העונש ההולם למשדל. הדיון בעניין העונש יעסוק ב"כללי ענישה" נוספים, דוגמת שאלת תחולתו של העונש המרבי ושאלת קבלת האחריות על-ידי הנאשם כנימוק להקלה בעונש.

בפרק האחרון של המאמר אתייחס למסקנות השונות שעלו מהניתוח המשפטי והעובדתי שנעשה בכל פרק ופרק, ואציג עמדה שלפיה עקרון הבחירה החופשית מהווה חוט משפטי מקשר בין משפטם של שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה לבין משפטם של נאשמים בשיטה הפלילית הישראלית העכשווית.

כל אחת מהסוגיות הנבחנות במסגרת המאמר – עקרון החוקיות, זיהוי העֲבֵרוֹת השונות, הסוגיות השונות הקשורות לצדדים לעֲבֵרָה (המבצעים בצוותא, המבצע באמצעות אחר, המשדל), עקרון האשם, לרבות הסייגים שהוזכרו, וכן הסוגיות השונות בדיני הענישה – מהווה סוגיה "כבדת-משקל" מבחינה משפטית, הראויה

למאמר שיייחד רק לה. אכן, ברוב הסוגיות הללו קיימת כתיבה ענפה במחקר ובפסיקה. מאמר זה אינו בא להציע תזה חדשה אף לא באחת מן הסוגיות הללו, ומסיבה זו, ובשל קוצר היריעה, הסקירה המשפטית שנעשית, לרבות זו הנשענת על המשפט העברי, היא בסיסית בלבד, ונועדה רק לצורך הבנת ההקשר והיישום של סיפור גן-עדן. החידוש שמאמר זה מציע טמון בקריאת "סיפור גן-עדן" מבעד למשקפי המשפט הפלילי המהותי הישראלי, תוך התייחסות לאותן סוגיות המעסיקות באופן תדיר את העוסקים במשפט הפלילי הישראלי.

למען הנוחות והבנת ההקשר יובא כבר בפתח הדברים סיפור גן-עדן כפי שהוא מופיע בספר בראשית (ב 8 – ג 24):⁶

"ח וַיֵּטַע יְהוָה אֱלֹהִים גֵּן בְּעֵדֶן מִקְדָּם, וַיִּשֶׂם שָׁם אֶת הָאָדָם אֲשֶׁר יָצַר. ט וַיִּצְמַח יְהוָה אֱלֹהִים מִן הָאֲדָמָה כָּל עֵץ נֹחֵמָד לְמִרְאָה וְטוֹב לְמַאֲכָל, וְעֵץ הַחַיִּים בְּתוֹךְ הָגֵן וְעֵץ הַדַּעַת טוֹב וָרָע. י וַנְּהַר יֵצֵא מֵעֵדֶן לְהַשְׁקוֹת אֶת הָגֵן, וּמִשָּׁם יִפְרָד וְהָיָה לְאַרְבָּעָה רָאשִׁים. יא שָׁם הָאָחָד פִּישׁוֹן, הוּא הַסֹּבֵב אֶת כָּל אֶרֶץ הַחַוִּילָה, אֲשֶׁר שָׁם הָזָהָב. יב וְזָהָב הָאֶרֶץ הַהִוא טוֹב; שָׁם הַבְּדִלָח וְאֶבֶן הַשֹּׁהַם. יג וְשָׁם הַנְּהַר הַשֵּׁנִי גִיחוֹן, הוּא הַסֹּבֵב אֶת כָּל אֶרֶץ כּוּשׁ. יד וְשָׁם הַנְּהַר הַשְּׁלִישִׁי תִּדְקָל, הוּא הַהֶלֶךְ קְדָמַת אֲשׁוּר, וְהַנְּהַר הָרְבִּיעִי הוּא פָּרָת. טו וַיִּקַּח יְהוָה אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם וַיִּנְחָהוּ בְּגֵן-עֵדֶן לְעִבְדָּהּ וּלְשִׁמְרָהּ. טז וַיִּצְוֵה יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לֵאמֹר: מִכָּל עֵץ הָגֵן אָכַל תֹּאכֹל. יז וּמֵעֵץ הַדַּעַת טוֹב וָרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בְיוֹם אֲכָלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת. יח וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים, לֹא טוֹב הַיּוֹת הָאָדָם לְבַדּוֹ; אֶעֱשֶׂה לוֹ עֵזָר כְּנֶגְדּוֹ. יט וַיִּצֹר יְהוָה אֱלֹהִים מִן הָאֲדָמָה כָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה וְאֶת כָּל עוֹף הַשָּׁמַיִם, וַיָּבֵא אֶל הָאָדָם לְרֹאוֹת מֶה יִקְרָא לוֹ; וְכָל אֲשֶׁר יִקְרָא לוֹ הָאָדָם נָפֶשׁ חַיָּה, הוּא שְׁמוֹ. כ וַיִּקְרָא הָאָדָם שְׁמוֹת לְכָל הַבְּהֵמָה וּלְעוֹף הַשָּׁמַיִם, וּלְכָל חַיַּת הַשָּׂדֶה; וּלְאָדָם לֹא מָצָא עֵזָר כְּנֶגְדּוֹ. כא וַיִּפֹּל יְהוָה אֱלֹהִים תְּרִדָּמָה עַל הָאָדָם, וַיִּישָׁן; וַיִּקַּח אֶחָת מִצִּלְעֹתָיו וַיִּסְגֹּר בָּשָׂר תַּחְתָּנָהּ. כב וַיִּבֶן יְהוָה אֱלֹהִים אֶת הַצִּלְעַת אֲשֶׁר לָקַח מִן הָאָדָם לְאִשָּׁה, וַיִּבְאֶהָ אֶל הָאָדָם. כג וַיֹּאמֶר הָאָדָם, זֹאת הַפֶּעַם עָצָם מַעֲצָמִי וּבָשָׂר מִבָּשָׂרִי; לְזֹאת יִקְרָא אִשָּׁה, כִּי מֵאִישׁ לָקַחָהּ זֹאת. כד עַל כֵּן יַעֲזֹב אִישׁ אָבִיו וְאִמּוֹ, וְדָבַק בְּאִשְׁתּוֹ וְהָיוּ לְבָשָׂר אֶחָד. כה וַיְהִיו שְׁנֵיהֶם עֲרוּמִים, הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ, וְלֹא יִתְבָּשְׁשׁוּ.

6 לפי הניתוח המקובל יש לראות את פרקים ב ו-ג כיחידה אחת. ראו בעניין זה גרוסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7-8.

א והנחש היה ערום מכל חית השדה אשר עשה יהוה אלהים; ויאמר אל האשה: אף כי אמר אלהים, לא תאכלו מכל עץ הגן. ב ותאמר האשה אל הנחש: מפרי עץ הגן נאכל. ג ומפרי העץ אשר בתוך הגן אמר אלהים לא תאכלו ממנו ולא תגעו בו, פן תמתו. ד ויאמר הנחש אל האשה: לא מות תמתו. ה כי ידע אלהים כי ביום אכלכם ממנו ונפקחו עיניכם והייתם כאלהים, ידעי טוב ורע. ו ותרא האשה כי טוב העץ למאכל וכי תאנה הוא לעינים, ונחמד העץ להשקיל, ותקח מפריו ותאכל; ותתן גם לאישה עמה, ויאכל. ז ותפקחנה עיני שניהם, וידעו כי עירום הם; ויתפרו עלה תאנה, ויעשו להם חגרות. ח וישמעו את קול יהוה אלהים מתהלך בגן לרוח היום, ויתחבא האדם ואשתו מפני יהוה אלהים בתוך עץ הגן. ט ויקרא יהוה אלהים אל האדם, ויאמר לו: איפה? י ויאמר: את קלף שמעתי בגן, ואירא כי עירם אנכי, ואחבא. יא ויאמר: מי הגיד לך כי עירם אתה; המן העץ אשר צויתיך לבלתי אכל ממנו אכלת? יב ויאמר האדם: האשה אשר נתתה עמדי הוא נתנה לי מן העץ ואכל. יג ויאמר יהוה אלהים לאשה: מה זאת עשית? ותאמר האשה: הנחש השיאני, ואכל. יד ויאמר יהוה אלהים אל הנחש: כי עשית זאת, ארור אתה מכל הבהמה ומכל חית השדה; על גחנך תלך, ועפר תאכל כל ימי חייך. טו ואיבה אשית בינך ובין האשה ובין זרעך ובין זרעה – הוא ישופך ראש, ואתה תשופנו עקב. טז אל האשה אמר: הרבה ארבה עצבונך והרנך, בעצב תלדי בנים; ואל אישך תשוקתך, והוא ימשל בך. יז ולאדם אמר: כי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתיך לאמר לא תאכל ממנו, ארורה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חייך. יח וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה. יט בזעת אפיקך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, כי ממנה לקחת – כי עפר אתה ואל עפר תשוב. כ ויקרא האדם שם אשתו חוה, כי הוא היתה אם כל חי. כא ויעש יהוה אלהים לאדם ולאשתו כתנות עור וילבשם. כב ויאמר יהוה אלהים, הן האדם היה כאחד ממנו לדעת טוב ורע; ועתה פן ישלח ידו ולקח גם מעץ החיים, ואכל וחי לעלם. כג וישלחהו יהוה אלהים מגן-עדן לעבד את האדמה אשר לקח משם. כד ויגרש את האדם; וישכן מקדם לגן-עדן את הכרבים ואת להט החרב המתהפכת, לשמר את דרך עץ החיים.

א. עקרון החוקיות

אחד מעקרונות היסוד של דיני העונשין המודרניים בכלל ושל השיטה הישראלית בפרט הוא עקרון החוקיות, שבבסיסו הכלל הקובע כי אין עברה ואין עונש אלא אם כן הם נקבעו בחוק שחוקק קודם למעשה שהוגדר כעברה. הפרק הפותח את חוק העונשין מעגן את עקרון החוקיות במשפט הפילי הישראלי:

”אין ענישה אלא לפי חוק

1. אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו.

...

אין עונשין למפרע

3. (א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

בעניין כהן התייחס השופט א' גרוניס לעיקרון זה:

”אין זה מקרה שהסעיף הראשון בחוק העונשין, תשל”ז-1977, משמיע לנו את העיקרון הגדול לפיו אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו. סעיף זה, יחד עם סעיף 3 לחוק, האוסר ענישה למפרע, מבטאים את עיקרון החוקיות.”⁷

נדמה כי לעיקרון זה יש יסוד גם במשפט העברי, וזאת בהתבסס על הכלל שלפיו ”אין עונשין אלא אם כן מזהירין”, אשר בסיסו בקביעה כי ”אין עונשין מן הדין”.⁸ מקורו של הכלל מופיע באמרת חז”ל: ”עונש שמענו, אזהרה מניין?”⁹, אשר שמה

7 דנ”פ 10987/07 מדינת ישראל נ’ כהן, פ”ד סג(1) 644, פס’ 2 לפסק-דינו של השופט א’ גרוניס (2009).

8 בבלי, סנהדרין נד, ע”א. לעניין עקרון החוקיות ובסיסו במשפט העברי ראו גם את ספרו של השופט חיים כהן המשפט 664–667 (1991) וכן את פסק-דינו של השופט א’ רובינשטיין בע”פ 6420/10 סלסנר נ’ מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.8.2011), שם ניתנת התייחסות מרחיבה לדרישה לאזהרה במשפט העברי קודם ענישה ולטעמים שבבסיס דרישה זו.

9 בבלי, סנהדרין נד, ע”א.

דגש ברכיב האזהרה, להבדיל מרכיב העונש, בהתייחס למעשה הנוגד את האזהרה, שהוא בעצם מעשה הנוגד את רצונו של בורא עולם.

אביעד הכהן מוצא ביטוי לעקרון החוקיות בפרשת קין והבל, כאשר נעשה ניסיון להתמודד עם העונש שהוטל על קין בגין רצח אחיו:

"מדרש אחר, תולה את סיבת ההקלה בעונשו של קין, בכך שלא קדמה לו אזהרה תחילה:

רבי נחמיה אמר: לא כדין של רוצחנין [=רוצחים], דין קין. קין הרג ולא היה לו ממי ללמוד. מיכן ואילך, כל הורג – ייהרג.

גישה זו עולה יפה בקנה אחד עם עקרון היסוד במשפט הפלילי, שיש בו קווי דמיון לעקרון החוקיות. כלל גדול זה נוסח במשפט העברי בכלל התלמודי 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' שבעולם המשפט הכללי נתנסח בכלל 'nullum crimen sine lege'.¹⁰

בסיפור גן-עדן יש ביטוי מובהק לכלל משפטי גדול זה:

"וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאֹמֶר: מִכָּל עֵץ הָגֵן אָכַל תֹּאכֵל. וּמִעֵץ הַדַּעַת טוֹב וְרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בְיוֹם אֲכָלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת." (בראשית ב 16–17)

הנה כי כן, בורא עולם מודיע שני דברים אלה: ראשית, מהו האיסור – אכילה מעץ הדעת; שנית, מהו העונש – מוות.

שאלה נוספת שיש לתת לה את הדעת בהקשר של עקרון החוקיות בסיפורנו היא למי משלושת הנאשמים נמסר והודע על האיסור. לשון אחר: האם בעניינם של שלושת הנאשמים התקיים עקרון החוקיות? מן המצוטט לעיל ברי כי האיסור נמסר לאדם. אין פנייה ישירה של בורא עולם¹¹ לחוה או לנחש לעניין האיסור; פנייה כזו נעשתה אך לאדם. האם מכך יש להסיק כי ביחס לחוה ולנחש לא התקיים עיקרון זה? לטעמי, עיקרון זה התקיים גם ביחס לחוה ולנחש. אומנם, מן הפשט עולה כי חוה נוצרה מאדם רק לאחר שזה הוזהר בדבר האיסור והעונש (בראשית ב 17–23). אולם עיון מדוקדק באזהרה מלמד כי אדם צווה להעביר את האזהרה הלאה,

10 אביעד הכהן "עונשו של רוצח – קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה" פרשת השבוע 228 (התשס"ו).

11 בסיפור גן-עדן בורא עולם מכונה "יהוה אלוהים". המלומדים נותנים בכתביהם הסברים שונים מדוע נבחר שם כפול זה דווקא בסיפור זה (ראו בין היתר הרש"ר הירש בפירושו לספר בראשית וכן "דעת מקרא" על חומש בראשית בהוצאת מוסד הרב קוק). למען האחידות והנוחות אשתמש בשם "בורא עולם".

שנאמר: "וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאֹמֶר: מִכָּל עֵץ הָגֵן אָכַל תֹּאכַל" וגו'. דהיינו, אדם נדרש להעביר הלאה את הציווי בדבר האיסור ובדבר העונש בגין הפרתו. באותו פסוק ניתן למצוא רמז נוסף לכך שהציווי והאזהרה ניתנו גם ביחס לחוה, שכן נאמר: "וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לְאֹמֶר". מן האמור ניתן ללמוד כי הציווי הוא לא לאדם, כי אם על האדם, דהיינו, על כל בני-האדם. בעניין זה יצוין עוד כי קיימת תפיסה הגורסת כי בעת האזהרה והציווי כבר הייתה חוה בין הבריות, ולמעשה נבראה יחד עם אדם.¹² האור חיים נותן בסיס נוסף לסברה כי חוה עצמה הוזהרה. בסיס זה מקורו בכפל הדיבור שבלשון האזהרה: "אָכַל תֹּאכַל... מוֹת תָּמוּת":

"טעם אומרו לאמר וכפל אכול תאכל וכפל מות וגו', יכוין על חוה שצוהו לאמר המצוה לחוה אכול אתה תאכל בת זוגך מות אתה תמות גם היא אם תעבור, ישנה באזהרה וישנה בעונש..."¹³

אם לא די בכל ההסברים הללו לעניין התקיימותו של עקרון החוקיות בעניינה של חוה, מהמשכו של הסיפור עולה כי חוה הייתה מודעת היטב לאיסור ולעונש. כאשר הנחש פונה לחוה בתחילתו של פרק ג לעניין עצי הגן, חוה מבהירה ומחדדת (הגם שאין היא מדייקת, אלא משנה את הנוסח ומרחיבה את האיסור) בהאי לישנא:

"וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה אֶל הַנָּחֶשׁ: מִפְּרִי עֵץ הָגֵן נֹאכַל. וּמִפְּרִי הָעֵץ אֲשֶׁר בְּתוֹךְ הָגֵן אָמַר אֱלֹהִים לֹא תֹאכְלוּ מִמֶּנּוּ וְלֹא תִגְעוּ בוֹ, פֶּן תָּמוּתוּ."¹⁴

שאלת התגבשותו של עקרון החוקיות בעניינה של הנחש מורכבת יותר, שכן אין מחלוקת שהוא לא הוזהר במישרין על-ידי בורא עולם. לא זו אף זו, הנחש אינו מגזע האדם. עם זאת, דומני כי אף בעניינה ניתן לומר שהעיקרון מתקיים. מן הכתובים אנו יודעים כי הנחש היה מודע לאיסור שהפנה בורא עולם אל אדם בהקשר של עץ שבגן: "...וַיֹּאמֶר אֶל הָאִשָּׁה: אֵף כִּי אָמַר אֱלֹהִים, לֹא תֹאכְלוּ מִכָּל עֵץ הָגֵן" (בראשית ג 1). בפירושו לספר בראשית מציין הרד"ק כי –

12 ראו סיפור הבריאה בבראשית א 27: "וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת הָאָדָם בְּצַלְמוֹ, בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ: זָכָר וּנְקֵבָה בָּרָא אֹתָם." כן ראו בראשית ה 1–2: "זֶה סֵפֶר תּוֹלְדֹת אָדָם... זָכָר וּנְקֵבָה בָּרָאם; וַיִּבְרָךְ אֹתָם, וַיִּקְרָא אֶת שְׁמֵם אָדָם בְּיוֹם הַבְּרָאָה." ראו לעניין זה גם רבי משה בן מימון (להלן: הרמב"ם), מורה נבוכים, כרך א, חלק ב, פרק ל; וכן בבלי, עירובין יח, ע"א. הרב חיים בן עטר, אור החיים על התורה – בראשית, חלק א, עמ' לה, ס' טז–יז (להלן: אור חיים).

14 בראשית ג 2–3. יוער כי בקשר לחוה קיימת דעה שזו נדחפה על-ידי הנחש אל העץ, ומשנגעה בעץ וראתה כי לא ניווקה, סברה כי ניתן גם לאכול מן העץ.

"או נאמר כי הנחש לא היה מבין ידיעת טוב ורע מה היא, אלא ששמע זה הלשון מהאשה... שהיא אמרה לו דעת טוב ורע אלא מפרי העץ אשר בתוך הגן. אי אפשר שלא קדמום דברים אחרים שהיתה אומרת האשה לנחש והנחש לאשה, כי איך ידע הנחש שאסור להם האל דבר, אלא ששמע מהאשה."¹⁵

שאלה נפרדת היא אם הנחש טעה טעות כנה כאשר לטיבו של האיסור, כאשר האיסור החל כאמור בהתרה: "מִכָּל עֵץ הַגֶּן אָכַל תֹּאכֵל" (בראשית ב 16). ספק אם טעות כזו הייתה יכולה להתקבל, לנוכח הכלל המשפטי שלפיו אי-ידיעת הדין אינה פוטרת מעונש,¹⁶ אלא שבעניין זה ממילא לא תוכל לעמוד לנחש טענת הטעות, שהרי חוה העמידה אותו על טעותו. מכל מקום, סבורני כי לנוכח האקספוזיציה בעניינו של הנחש ואופן הצגתו – "וַיִּהְיֶה הַנָּחַשׁ הָיָה עָרוֹם מִכָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה אֲשֶׁר עָשָׂה יְהוָה אֱלֹהִים" (בראשית ג 1) – ניתן בהחלט לומר כי אין מדובר בטעות כנה של הנחש, כי אם בתרגיל הטעיה במסגרת הטקטיקה שנקט בהתנהלותו מול חוה.

שאלה קשה יותר בעניינו של הנחש קשורה לשאלה אם הנחש הוזהר לא לשדל את חוה לאכול מעץ הדעת. בכתובים אין לכך תימוכין. לכך מתייחסת בין היתר האמרה: "דברי הרב ודברי תלמיד דברי מי שומעין?"¹⁷ כלומר, הנחש אינו יכול להתגונן בטענה שהיה על חוה לשמוע לדברי הרב, ולא לדבריו, שכן הוא כיוון את חוה לעבור על דברי בורא עולם.

במנותק משאלת ההאנשה של בורא עולם ושאלת האפשרות של הגבלת כוחו, ניתן לומר כי סיפור גן-עדן מיישם אף את הפן ההפוך של עקרון החוקיות – זה הקשור להגבלת כוחו של הריבון ביחס לאזרח. אל עקרון החוקיות ניתן להתייחס משתי נקודות-מבט: מנקודת-מבטו של האזרח, אשר מצפה להכוונת התנהגות בעצם הגדרת האיסורים, ואשר מצפה גם לדעת מהו המחיר (העונש) בגין הפרת האיסור; ומנקודת-מבטו של הריבון, אשר מודע לכך שהוא מוגבל בכוחו לפגוע בפרט ולהצר את צעדיו, שכן הוא רשאי לעשות זאת רק בהתאם לסמכות שניתנה לו בחוק ומכוחו של חוק. הריבון אינו יכול להרשיע אזרח על עברה שאינה קיימת או שלא הייתה קיימת עובר למעשה המוגדר כעת כעברה, והעונש שבכוחו להטיל

15 רבי דוד קמחי, בראשית ג, ו ("תורת חיים", הוצאת מוסד הרב קוק).

16 ראו ס' 34 לוחק העונשין: "לענין האחריות הפלילית אין נפקה מינה אם האדם דימה שמעשהו אינו אסור, עקב טעות בדבר קיומו של איסור פלילי או בדבר הבנתו של האיסור, זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר."

17 בבלי, סנהדרין כט, ע"א.

מוגבל אף הוא למה שהוגדר בחוק. סיפור גן-עדן ממחיש את נקודת-המבט הזו של עקרון החוקיות. בורא עולם מגדיר תחילה את האיסור, נוקב את תג המחיר, מודיע זאת לאדם ומנחה אותו לפרסם את האיסור. מן האמור לעיל אנו למדים שכל הדמויות בסיפור אכן הכירו את האיסור. בורא עולם מרשיע בגין הפרת האיסור הספציפי, ומעניש בעונשים חמורים פחות מזה שקבע מראש.

ב. העברה והצדדים לה

1. עברת הפרת הוראה חוקית

אחת השאלות המעניינות בסיפורנו היא שאלת טיבה של העברה שעברו אדם, חוה והנחש. על פניו נדמה כי מדובר בעברה של הפרת הוראה חוקית. בחוק העונשין מצאה עברה זו ביטוי בסעיף 287(א), וזו לשונה: "המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו – מאסר שנתיים". בורא עולם נכנס בגדר "בית משפט" (שכן הוא כידוע גם זה שעורך בהמשך את הבירור העובדתי בעניינם של הנאשמים וגוזר את דינם) או לחלופין כבעל תפקיד רשמי ומוסמך, מעצם העובדה שהוא זה שברא את העולם, לרבות גן-עדן והנאשמים עצמם.

שאלה מעניינת היא אם ההוראה שניתנה – איסור האכילה מעץ הדעת – היא הוראה שניתנה "כשורה" מבחינת הלגיטימיות שלה. כאמור, מן הצד הדיני נראה שאין כל בעייתיות בהוראה שניתנה.¹⁸ אולם השאלה היא אם ההוראה הזו ניתנה כשורה מן הפן המהותי. במילים אחרות, האם כל הוראה אשר ניתנת על-ידי גורם מוסמך ומופרת מגבשת התנהגות פלילית?

מדוע השאלה נשאלת בענייננו? שאלה זו נשאלת בשים לב ללשון ההוראה האוסרת ולתוצאה של הפרת האיסור. לשון ההוראה האוסרת היא:

"וַיֵּצֵא יְהוָה אֱלֹהִים עַל הָאָדָם לֵאמֹר: מִכָּל עֵץ הָגֵן אָכַל תֹּאכַל. וּמִעֵץ הַדַּעַת טוֹב וָרָע לֹא תֹאכַל מִמֶּנּוּ, כִּי בְיוֹם אֲכָלְךָ מִמֶּנּוּ מוֹת תָּמוּת." (בראשית ב 16–17)

על פניו יש לתמוה מדוע בורא עולם אוסר על אדם לבצע פעולה שתוביל אותו להשגת היכולת להבדיל בין טוב לרע. האם הוראה כזו, אשר שוללת למעשה את

18 לניתוח העברה בחוק הישראלי ולביקורת על אופן השימוש בה ראו משה סרוגוביץ "האם הפרת תנאי שחרור בערובה מהווה עבירה של הפרת הוראה חוקית? עיון חוזר ב'מובן מאליו' משפטי" הסניגור 195, 4 (2013).

היכולת לרכוש יכולת בסיסית שחשובה הן לאדם כפרט והן לחברה כולה, היא הוראה "כשורה"? בעניין זה יש לדעת כי התוצאה של הפרת ההוראה האוסרת, פרט לעונשים שהוטלו על הנאשמים על-ידי בורא עולם, היא: "וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים, הֵן הָאָדָם הָיָה כְּאֶחָד מִמֶּנּוּ לְדַעַת טוֹב וָרָע; וְעַתָּה פֶּן יִשְׁלַח יָדוֹ וְלָקַח גַּם מֵעֵץ הַחַיִּים, וְאָכַל וַחַי לְעֹלָם" (בראשית ג 22). דהיינו, האדם נהיה "כאחד ממנו" – כדומה לבורא עולם וכבעל יכולת לדעת מה טוב ומה רע. יושם אל לב כי הנחש צפה מראש עניין זה כאשר פנה אל חוה:

"וַיֹּאמֶר הַנָּחָשׁ אֶל הָאִשָּׁה: לֹא מוֹת תָּמוּתוֹן. כִּי יָדַע אֱלֹהִים כִּי בְיוֹם אֲכָלְכֶם מִמֶּנּוּ וְנִפְקָחוּ עֵינֵיכֶם וְהִייתֶם כְּאֱלֹהִים, יָדְעֵי טוֹב וָרָע." (בראשית ג 4-5)

שאלת טיבה של ההוראה ותוצאת ההפרה מובילות לשאלת ההטבה עם העברייני – "רשע וטוב לו?", הווה אומר אם ההוראה שניתנה הייתה כשורה, מדוע אדם וחווה זוכים להיות "כאחד ממנו, לדעת טוב ורע"?

עם סוגיה זו, בהקשר של סיפורנו, התמודד הרמב"ם בספרו מורה נבוכים¹⁹ בהאי לישנא: "...אמר המקשה: מפשוטו של מקרא נראה שהכוונה הראשונה היתה שהאדם יהיה כשאר בעלי-החיים בלי שכל ובלי מחשבה ולא יבחין בין טוב לרע; וכאשר המרה (את פי האל) גרם לו מריו בהכרח את השלמות הגדולה ביותר לאדם, והיא שתהיה לו הבחנה זאת המצויה בנו... ומפליא הוא שעונשו על מריו הוא שניתנה לו שלמות שלא הייתה לו, והיא השכל". הרמב"ם משיב מייד כי שכל היה לאדם עוד לפני שביצע את העברה, שאלמלא כן לא היה בורא עולם מעביר את האזהרה דווקא לאדם מכל הבריות. בסיס להימצאות השכל קודם מעשה העברה ניתן למצוא גם בעובדה שהאדם נברא ב"צלם אלהים". מה אם כן השתנה בעקבות החטא אליבא דהרמב"ם? על כך משיב הרב חיים נבון:

"לדעת הרמב"ם, בעקבות החטא האדם לא זכה בשכל, אלא להפך: נשללה ממנו העוצמה השכלית שהייתה לו עד כה... לפני החטא האדם חי וחשב ברמה של ודאות שכלית, ברמה של ידיעת המושכלות, רמה של 'אמת ושקר'. החשיבה שלו הייתה חשיבה הגיונית נחרצת. לאחר החטא ירדה השגתו של האדם למדרגת המפורסמות, לרמה של 'טוב ורע'. שוב לא הצליח להגיע למדרגה של ודאות שכלית, ונאלץ להסתפק בלימוד מהניסיון המעשי."

19 הרמב"ם, מורה נבוכים, כרך א, חלק א, פרק ב.

כשנאמר שאחרי החטא הגיעו אדם וחוה לדרגה של 'ידיעת טוב ורע', אין זו עלייה, אלא ירידה; לפני החטא ידעו אמת ושקר, ואחריו – רק טוב ורע.²⁰

המחבר מוסיף כי העברת יכולותיו של אדם מן המושכלות למפורסמות, אליבא דהרמב"ם, מהווה לא רק משום עונש, כי אם גם צורך ויתרון בהתמודדות עם העולם שלאחר החטא. בהקשר זה המחבר מפנה לקביעת הרמב"ם – בחלק ב, פרק לג, למורה נבוכים – שלפיה שמונה מתוך עשרת הדברות הן מן המפורסמות (בשל הצורך ב"התמודדות הכרחית עם עולם פגום"). הסברו של הרמב"ם נותן למעשה את ה"הכשר" לטיבה של ההוראה האוסרת, נותן את הלגיטימיות להוראה. בהקשר זה של טיב ההוראה שניתנה, לא למותר לציין כי קיימות מצוות לא-מעטות שטעמיהן אינם ברורים דיים או שהן נעדרות הסבר רציונלי – אלה המכונות "מצוות שמעיות", שגם אותן המאמין צריך לקיים. שאלה לא-פשוטה היא אם הוראת חוק הנעדרת טעם שנראה מוכן ורציונלי לאזרח תעמוד בפסקת ההגבלה, ולחלופין, אם מי שעובר על הוראת חוק הנעדרת טעם רציונלי או שאבד על טעמה כלל יוכל להתגונן בטענות הגנה הקשורות לעקרון החוקיות או לעקרונות ההגנה מן הצדק. מעיון בפסיקה עולה כי ניתוח היסוד העובדתי של עברת ההפרה החוקית, ובפרט של רכיב ה"נסיבה" של הוראה שניתנה כשורה, התייחס עד כה ככלל לשאלת הסמכות ליתן את ההוראה. דהיינו, אם בעל סמכות נתן את ההוראה, אזי נקבע כי ההוראה ניתנה כשורה; ואילו אם גוף נעדר סמכות נתן את ההוראה, אזי נפסק כי ההוראה ניתנה לא כשורה.²¹ לא מצאתי התייחסות בפסיקה לשאלה אם ההוראה ניתנה "כשורה" גם מבחינה מהותית, דהיינו, ביחס ישיר לתוכנה של ההוראה, להבדיל ממקור מתן ההוראה. לטעמי, יש מקום לבחון גם עניין זה כאשר בוחנים אם הוראה חוקית ניתנה כשורה.²²

20 חיים נבון "חטא עץ הדעת – מפורסמות ומושכלות" (שיעור שלישי בסדרה "מסע אל מורה נבוכים") 1-2 בית המדרש הוירטואלי (VBM) www.etzion.org.il/he/download/file/fid/6785.

21 ראו את סקירת הפסיקה בספרו של השופט יעקב קדמי על הדין בפלילים חלק רביעי 1717 (מהדורה מעודכנת, 2006).

22 בעניין זה יש להזכיר את סייג הצידוק, בהתאם לס' 34 לגוף לחוק העונשין, אשר בס"ק (2) שלו נקבע כי אדם לא יישא באחריות פלילית למעשה שעשה אם "עשהו על-פי צו של רשות מוסמכת שהיה חייב לפי דין לציית לה, זולת אם הצו הוא בעליל שלא כדין". במקרה זה יש חובת ציות לצו גם אם הוא בלתי-חוקי, אולם אם הצו הוא בלתי-חוקי בעליל, אין חובת ציות. הוזה אומר, במקרה דנן אכן יש התייחסות לצו מבחינה תוכנית-מהותית. מכל מקום, יש לטעמי הבדל בין הוראה שניתנה לא כשורה לבין צו בלתי-חוקי בעליל.

2. הצדדים לעברה

שיטת המשפט בישראל, כמו גם במדינות רבות אחרות, מטילה אחריות בפלילים לא רק על מי שמבצע בעצמו את העברה ("מבצע עיקרי"). בשיטתנו מקובלת הגישה המכירה בצדדים שונים לעברה.²³

(א) הנאשמים כמבצעים בצוותא

באשר ליסודות העברה של הפרת הוראה חוקית, נראה כי אלה מתקיימים באדם ובחיה – בכל אחד מהם כשלעצמו ובשניהם יחדיו. נראה כי יהיה נכון לייחס להם ביצוע בצוותא של העברה. באופן אירוני ניתן לומר כי אדם וחיה פעלו בענייננו במשותף כגוף אחד, בהתאם לאופן בריאתם.

בעניינו של הנחש לא התקיים לכאורה היסוד העובדתי של העברה, באשר הנחש, להבדיל מחיה ואדם, לא אכל מעץ הדעת, ועל-כן לא הפר את ההוראה. מדוע אם כן הוענש? לטעמי, ניתן לראות את הנחש כמי שביצע את עברת ההפרה, הגם שלא השלים בעצמו את היסוד העובדתי של העברה.

"מבצע בצוותא" מוגדר בחוק העונשין בהאי לישנא:

"המשתתפים בביצוע עבירה תוך עשיית מעשים לביצועה, הם מבצעים בצוותא, ואין נפקה מינה אם כל המעשים נעשו ביחד, או אם נעשו מקצתם בידי אחד ומקצתם בידי אחר."²⁴

בפסיקת בית-המשפט העליון נוסחו במשך השנים כמה מבחני-עזר לסיווגו של נאשם כמבצע בצוותא. מבחן השליטה הפונקציונלית הוכר כאחד המבחנים להגדרתו של נאשם כמבצע בצוותא, להבדיל ממסייע. מבחן זה יושם בפרשת מרדכי על-ידי הנשיא א' ברק.²⁵ בהתאם למבחן זה, כמבצע יוגדר מי שיש לו שליטה – בפועל או למצער בכוח – בעשייה העבריינית ובהתפתחות האירועים. השופט מ' חשין הציע בפרשת מרדכי²⁶ מבחן חריג וייחודי להגדרת נאשם כמבצע בצוותא, הוא מבחן "האצילה לאחור" או מבחן העונש ההולם. ביסודו של מבחן זה הרעיון של הפיכת היוצרות, דהיינו, הגדרתו של נאשם כמבצע תהיה לפי העונש ההולם את מעשיו. הווה אומר: אם נחשוב שראוי להטיל עונש חמור על

23 סי' ב לפרק ה לחלק המקדמי של חוק העונשין.

24 ס' 29(ב) לחוק העונשין.

25 ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 239, 251 (1996).

26 שם, בעמ' 254–263.

פלוגי, כשל מבצע עיקרי, הוא יוגדר כמבצע; ואם נחשוב כי ראוי להטיל על אלמוני עונש קל מהעונש ההולם למבצע, יוגדר אותו אלמוני כמסייע, ולא כמבצע. מבחן נוסף שהוצע בפסיקה הוא המבחן המשולב או מבחן המטוטלת. השופט א' גודלברג הציע מבחן זה בפרשת מרקדו.²⁷ במסגרת מבחן זה בוחנים את היסוד הנפשי והיסוד העובדתי של הנאשם ביחס לעברה. ככל שהיסוד העובדתי חלש (כלומר, הנאשם תרם תרומה פיזית מועטה בלבד בביצוע העברה) כן נזדקק ליסוד נפשי מוגבר ביחס לעברה כדי לסווג את הנאשם כמבצע בצוותא, ולהפך.

בפסיקה ובכתיבה הוצעו מבחנים נוספים, דוגמת מבחן התכנון המוקדם;²⁸ מבחן המעגל הפנימי;²⁹ והמבחן הקשור לרב-עבריינים – ה"מוח" – אשר אינו מחייב נוכחות פיזית של הנאשם בזירת העברה.³⁰

יצוין כי התפיסה הנוהגת ככלל במשפט העברי היא של אחריות אישית, במובן של כל העושה מקצת עברה פטור, ומתחייב רק מי שעושה את העברה כולה.³¹ כמו-כן נאמר כי "מסייע אין בו ממש".³² מכאן שלכאורה, אם נייחס לנחש עברת סיוע או ביצוע בצוותא, אזי ספק אם הוא היה מחויב לפי המשפט העברי. עם זאת, התפיסה ביחס לשידול שונה במקצת, כפי שיפורט להלן, ונראה כי היה אפשר לחייב את הנחש בעברת השידול אף בהתאם למשפט העברי.

אם ניטול את מבחני-העזר שהוצגו במשפט הישראלי להגדרתו של עבריין כמבצע בצוותא וננישם בעניינו של הנחש, נגיע למסקנה המשפטית כי יש לראות את הנחש כמבצע בצוותא. הנחש היה חלק מהמעגל הפלילי: הוא לא היה "מחוז לעניינים"; הוא לא אך הביא את חוה אל עבר עץ הדעת או מילט אותה לאחר האכילה; הוא היה בסוד העניינים ורקם איתה את התוכנית. הוא לא תרם אומנם פיזית לביצוע העברה, אולם היסוד הנפשי שלו בביצוע העברה הינו מוגבר, ובכך מחפה על היסוד העובדתי הנעדר. הנחש הוא מחולל האירוע, ומשכך בידי השליטה או למצער השליטה הפונקציונלית. במובנים מסוימים הנחש הינו רב-עבריינים השולח את חייליו – חוה ואדם – לבצע את העברה.

27 ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 549 (1997).

28 גבריאלי הלוי השותפות לדבר עבירה פרק שלישי 217 (2008).

29 ע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388 (1997).

30 דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 1, 30 (1998).

31 בבלי, שבת עה, ע"ב.

32 בבלי, שבת צג, ע"א.

(ב) הנחש כמבצע באמצעות אחר

אף אם נסבור כי אי-אפשר לראות את הנחש כמבצע באמצעות דוקטרינת המבצע בצוותא, ייתכן שיהיה אפשר להגדירו כמבצע של עֲבֵרַת הפרת הוראה חוקית באמצעות הדוקטרינה של "מבצע באמצעות אחר".³³

סעיף 29(ג) לחוק העונשין קובע כך:

"מבצע באמצעות אחר הוא אדם שתרם לעשיית המעשה על-ידי אדם אחר שעשאו ככלי בידיו, כשהאחר היה נתון במצב כגון אחד המצבים הבאים, כמשמעותם בחוק זה:

(1) קטינות או אי שפיות הדעת;

(2) ...

(3) ללא מחשבה פלילית..."

כפי שיפורט להלן, ייתכן שבעניינם של אדם וחיה לא התגבש עקרון האשם או למצער לא התגבש במלואו – בין בהקשר החיובי של עיקרון זה, דהיינו בשאלת קיומה של מחשבה פלילית, ובין בהקשרו השלילי, דהיינו בהתקיימותו של סייג לאחריותם הפלילית, דוגמת קטינות או ליקוי בכושר השכלי. בהנחה שעקרון האשם לא התגבש באדם ובחיה, אזי ניתן בהחלט לראות את הנחש כמי שתרם לעשיית המעשה (האכילה שמהווה את ההפרה) על-ידי אחר (חיה ואדם), לאחר שעשה אותם – ובעיקר את חיה – ככלי בידיו.

(ג) הנחש כמשדל

לחילופי-חילופין, סבורני כי אין מניעה לראות את הנחש כמשדל לביצוע עֲבֵרַה של הפרת הוראה חוקית.

סעיף 30 לחוק העונשין קובע:

"המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה."

כזכור, הנחש הביא את חיה – שבתורה הביאה את אדם – לידי עשיית העֲבֵרַה. הנחש עשה זאת במסכת שכנועים, אשר כללה, כמפורט לעיל, אף מעשי עורמה והשאה. בעניין זה ראו את דברי חיה כאשר עומתה על-ידי בורא עולם: "וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים לְאַשָׁה: מַה זֹּאת עָשִׂיתָ? וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה: הִנָּחֵשׁ הָשִׂיאֲנִי וְאָכַל" (בראשית ג 13).

33 ס' 29(א) לחוק העונשין.

נדמה כי הנחש הוא המשדל הקלסי. כיצור שתואר כערום מכל חיית השדה, הוא פועל בדרך ערמומית כדי להגשים את תוכניתו הפלילית. הנחש, אשר בשלב זה עוד לא זחל על גחונו ולכן היה יכול לאכול בעצמו מעץ הדעת, אינו מפר את הצו האלוהי בעצמו, אלא משדל את חוה לעבור את העברה. מחשבתו הפלילית המוגברת של הנחש מכפרת על העדרו של המימד הפיזי בעברה, ומכאן שתוטל עליו אחריות פלילית באמצעות דוקטרינת השידול.

מעניין שאף באמצעות יסודות המשפט העברי ניתן להגיע לתוצאות דומות של ייחוס אחריות לנחש. הכלל הגדול במשפט העברי הוא ש"שלוחו של אדם כמותו".³⁴ לצד כלל זה קיים כלל גדול נוסף, המהווה במידת-מה חריג לכלל הראשון, והוא ש"אין שליח לדבר עבירה".³⁵ לעניין כלל זה ראו את דברי הרמ"א: "בכל דבר שלוחו של אדם כמותו חוץ מלדבר עבירה. דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה ודווקא שהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לדבר עבירה".³⁶ נראה כי סייג זה של הכלל שלפיו אין שליח לדבר עברה מתיישב עם הכלל הישראלי לעניין מבצע באמצעות אחר, אשר מאפשר, כמפורט לעיל, חיוב של ה"מבצע" שלא ביצע בעצמו את העברה רק אם האחר היה "כלי בידיו" של המשלח, דהיינו, נעדר אחריות פלילית מטעם זה או אחר. ציון כי הכללים הנוהגים במשפט העברי לעניין שליח ושלוח נכונים הן לעניין המבצע באמצעות אחר והן לעניינו של המשדל.³⁷

3. עברות המרידה וההמרדה

לטעמי, יש לבחון אם שלושת הנאשמים לא ביצעו עברה חמורה יותר מהעברה של הפרת הוראה חקוקה. ייתכן שהעברה האמיתית שביצעו שלושת הנאשמים היא בכלל עברה של מרידה. עברה זו משקפת לכאורה את התנהגותם של הנאשמים ואת חומרת מעשם, ויש בה טעם ובסיס משפטי המצדיק את ההתייחסות העונשית המחמירה.

במובן הבסיסי מרדו שלושת הנאשמים בבורא עולם, אשר ציווה אותם מה מותר ומה אסור. המרידה היא בריבונותו של בורא עולם. אודות כך ציין צמח צמריון:

34 בבלי, קידושין מב, ע"ב.

35 שם.

36 הרמ"א, הגהתו לשולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפב.

37 בעניין זה ראו אהרן קירשנבאום "המלכוד וההדחה לדבר עבירה בהלכה היהודית" דיני ישראל – שנתון למשפט עברי ולדיני משפחה בישראל טו, לט (התשמ"ט-התש"ן).

"כשאדם מסגל לעצמו קו מחשבה זה של נחש, אין הוא מסתפק עוד בקרבה אל אלוהים ובדמיון אליו – הוא רוצה בשוויון. וכאן חטא המרי של הייצור כלפי יוצרו, חטא שבכוונה, חטא שבמחשבת זדון על שוויון מופרז."³⁸

ברובד העמוק של הסיפור המקראי ניתן אולי להתייחס למרידה כאל מרידה של הנאשמים ביצר הטוב ופנייה אל היצר הרע, התפתות אל היצר הרע. בהקשר זה ניתן להתייחס לדברים שונים שכתב הרמב"ם בפרקים שונים של מורה נבוכים. התייחסות ראשונה למה שכתב קשורה לקביעה כי למעשה לא הנחש הוא שפיתה את חוה, כי אם "סמאל", שרכב על הנחש. שרה קליין-ברסלבי מבהירה כי הרמב"ם, בהתבססו על מדרשים שונים, מצרף אל ארבע הדמויות של הסיפור המקראי (אדם, חוה, הנחש ובורא עולם) גם את "סמאל" – הוא מתאר אותו, מזהה אותו, ורומז לקוראים שעליהם לראות באותו "סמאל" את השטן.³⁹ בלשונה של קליין-ברסלבי:

"אין הרמב"ם מסביר כאן מיהו ה'שטן' המזוהה עם 'סמאל'. אולם באמצעות הזיהוי שהוא טורח לערוך בין 'סמאל' הנזכר במדרש אותו הוא מפרש כאן לבין ה'שטן', הוא רומז לקורא שעליו לפרש את 'סמאל' עפ"י הידוע לו ממו"נ [= ממורה נבוכים] על ה'שטן'. ... על-פי רמיזה זאת 'שטן' = 'יצר הרע' = 'מלאך המוות'."⁴⁰

למעשה, ניתן לומר כי כאשר הקשיבו חוה ובעקיפין אדם לנחש, שהוא שליחו של השטן, הם נכנעו ליצר הרע, הם לא עמדו בפיתוי. גם תיאור העץ על-פי התרשמותה של חוה – "וַיַּרְא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאֲוָה הוּא לְעֵינַיִם, וְנִחְמָד הָעֵץ לְהַשְׁכִּיל..." (בראשית ג 6) – מרמז על כניעה ליצרים. בסוף הניתוח שהיא עורכת מזהה קליין-ברסלבי את הצימוד הזה של הנחש ה"נרכב על-ידי סמאל" עם "[ה]כוח המתעורר הנשלט על-ידי הכוח המדמה", דהיינו, עם "[ה]תשוקה הבלתי-רציונלית".⁴¹

38 צמח צמריון "גירוש האדם מגן העדן" ספר זר-כבוד – קובץ מחקרים במקרא 333, 340 (חיים גבריהו ואחרים עורכים, 1968).

39 שרה קליין (ברסלבי) "לזיהוי הדמויות 'נחש' ו'סמאל' בפירוש הרמב"ם לסיפור גן-העדן" דעת – כתב עת לפילוסופיה יהודית וקבלה 10, 9 (התשמ"ג).

40 שם, בעמ' 11–12. ראו גם את פירושו של רבי עובדיה ספורנו על התורה, בראשית ג, א ("תורת חיים", הוצאת מוסד הרב קוק): "הוא השטן הוא יצר הרע".

41 שם, בעמ' 18.

התייחסות שנייה לדברי הרמב"ם במורה נבוכים בהקשרנו עניינה בעונש. כזכור, בורא עולם הצמיד למרידה זו תג מחיר גבוה – הן באזהרה (מוות) והן בעונשים שניתנו בסופו של יום לנאשמים השונים. את העובדה שהוצמד תג מחיר גבוה לעברה זו – אף שהיא אינה נראית על פניה מן העברות החמורות, דוגמת רצח או אינוס,⁴² המצדיקות תגובה עונשית מחמירה – ניתן להסביר ביסוד הפיתוי. בחלקו השלישי למורה נבוכים מתייחס הרמב"ם לשיקולי ענישה, ובין היתר מוצא כי יש להחמיר בענישה כאשר מדובר בעברה שהאדם מתקשה להימנע מביצועה או שהפיתוי לבצעה הוא גבוה. הרמב"ם סבור כי רק הרתעה באמצעות ענישה מחמירה יכולה לעמוד אל מול עוצמת הפיתוי, ונראה כי דבריו אלה של הרמב"ם משתלבים היטב בענייננו – החיבור בין המרידה ביצר הטוב והפנייה אל היצר הרע לבין הענישה המחמירה.

בחוק העונשין סעיף 106 הוא שמתמודד עם סוגיית המרידה: "המעורר מרידה או משתתף בה, דינו – מאסר חמש־עשרה שנים." בעניין זה נראה כי הנחש הוא ש"עורר מרידה", ואדם וחוה השתתפו בה. אולם ספק אם ראייה זו מתיישבת עם הגדרת המרידה המופיעה בסעיף 105 לחוק העונשין, שלשונו:

"(א) שלושה או יותר מחברי כוח מזויין העושים אחת מאלה, הרי זו

מרידה לענין סימן זה:

(1) בצוותא ותוך אי ציות לפקודה, הם תופסים בנשק...

(2) מסרבים בצוותא למלא פקודה בשעת פעולה צבאית..."

הנה כי כן, הגדרת העברה והעונש שלצידה מלמדים כי מדובר בהתנהגות בעלת הקשר צבאי. הקשר זה מתאים פחות לענייננו, ולכן נראה כי עברה זו אינה משקפת נכונה את המסגרת העובדתית של הסיפור.

לעומת עברת המרידה, נדמה כי עברת ההמרדה הישראלית מתקיימת, למצער, בענייניו של הנחש. סעיף 133 לחוק העונשין, שכותרתו "מעשי המרדה", קובע כדלקמן:

"העושה מעשה לשם המרדה, או מנסה, מכין עצמו או קושר קשר

עם חברו לעשות מעשה כאמור, דינו – מאסר חמש שנים."

סעיף 136 מגדיר מהי המרדה:

"לענין סימן זה, 'להמרד' הוא אחת מאלה:

(1) להביא לידי שנאה, בוז או אי־נאמנות למדינה או לרשויות

השלטון או המשפט שלה שהוקמו כדין;

42 שניתן להגדירן כסוג של mala in se, להבדיל מעברת mala prohibita, שמתאימה יותר לעברה שבענייננו.

- (2) להסית או לגרות את יושבי הארץ שינסו להשיג, בדרכים לא כשורות, שינויו של דבר שיסודו בדין;
 (3) לעורר אי רצון או מורת רוח בקרב יושבי הארץ;
 (4) לעורר מדנים ואיבה בין חלקים שונים של האוכלוסין."

גבריאלי הלוי מציין:

"עבירת ההמרדה הנה עבירה האוסרת על קיומה של כל התנהגות המכוונת למטרות של המרדה, היא אפיונה האובייקטיבי-חיצוני אשר יהא... ההמרדה עשויה לבוא לידי ביטוי בהבעת העדר סולידריות עם השלטון הלגיטימי (שנאה, כוז או אי-נאמנות), בגירו לנקיטת פעולות בלתי-חוקיות לשינוי מצב לגיטימי במשטר הקיים, ביצירת אווירה עוינת למשטר הקיים (לרבות תסכול ומורת-רוח) וכן לעורר איבה בין קבוצות באוכלוסיה המקומית."⁴³

עבירת ההמרדה הישראלית היא עבירה כוונה מיוחדת. "נדרש קיומה של מחשבה פלילית מיוחדת אשר תוכנה הוא הרצון או השאיפה להשגת היעד."⁴⁴ אף בהתעלם מהקשיים המובנים באשר לשאלת קיומה של מחשבה פלילית בסיסית אצל אדם וחזה – קשיים שאתייחס אליהם בהמשך – נראה כי יש קושי ממשי לראות את מעשיו של אדם ככאלה שנועדו להשיג אחת מן התכליות האמורות. נראה כי בעניינו של אדם אף לא מתגבש היסוד העובדתי של העבירה, באשר אדם פעל אחרון, ולא ביקש להניע אחר לפעול, להבדיל מהנחש ומחזה. עניינה של חזה מורכב יותר. לטעמי, בעניינה מתגבש היסוד העובדתי של עבירת ההמרדה, וזאת בשים לב לכך שהיא פעלה יחד עם הנחש על-מנת להסית את אדם לגלות חוסר נאמנות ולהשיג שינוי של דבר שיסודו בדין. עם זאת, קיים לטעמי לפחות ספק סביר בשאלת התגבשותה של המחשבה הפלילית הנדרשת בעניינה של חזה. קיים ספק סביר אם חזה שוחחה עם הנחש, אכלה ושכנעה את אדם לאכול מתוך כוונה להגשים אחת מן המטרות האמורות. לטעמי, חזה פעלה מתוך חולשה והתגברות היצרים, ולא מתוך כוונה למרוד בבורא עולם.⁴⁵

43 גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 201 (2010).

44 דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145, פס' 32 לפסק-דינו של השופט ת' אור (2000).

45 הגם שקיימות תפיסות שלפיהן גם חזה פעלה בעורמה מסוימת כאשר שכנעה את אדם לאכול, כדי שהיא לא תהיה היחידה שתיענש ואז אדם ייקח לו אישה אחרת, אולם אף אם ננקטה עורמה כזו, היא לא נועדה לשרת כוונה להמרוד.

באשר לנחש, סבורני כי ניתן בהחלט לומר כי מעשיו ואופן התנהלותו, כולל דברי הרמייה שאמר לחוה, מלמדים באופן ברור על התגבשות הכוונה המיוחדת. נראה כי גם היסוד העובדתי של שתיים לפחות מחלופות העברה הישראלית מתקיים בעניינו של הנחש, שכן הנחש הביא את האזרחים (אדם וחוה) לידי אי-נאמנות למדינה ולרשויותיה (בורא עולם), והסית את יושבי הארץ (אדם וחוה) בדרכים לא-כשרות (פיתוי והשאה) לשנות דבר שיסודו בדין (איסור האכילה מעץ הדעת). הנחש עורר אי-סולידריות עם השלטון באמצעות בוז וחוסר נאמנות, ו"גירה" את אדם וחוה לבצע פעולות בלתי-חוקיות לשינוי המצב הקיים. נדמה כי הנחש לא יוכל להיעזר בטענת הגנה של "אמת דיברתי" (אף שטענה זו נכונה בעניינו, שהרי גזר-הדין לא היה עונש מוות והם זכו בידיעת טוב ורע כמו בורא עולם), שכן בהתאם לסעיף 137 לחוק העונשין:

"באישום לפי סעיפים 133 או 134 לא תהא הגנה שהפרסום שיש בו לפי הטענה כדי להמריד הוא אמת."

שאלה קשה יותר היא אם הנחש היה יכול להיעזר בטענת הגנה שלפיה הוא ביקש להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה, כדי להביא לידי תיקון הטעויות, כאמור בסעיף 138 לחוק העונשין, שלשונו:

"אין רואים מעשה, נאום או פרסום כהמרדה, אם מגמתם אינה אלא אחת מאלה:

(1) ...

(2) להוקיע טעויות או פגמים בדיני המדינה או בסדרה, או במוסד ממוסדותיהם שהוקמו כדין, או בסדרי השלטון והמשפט, והכל כדי להביא לידי תיקון הטעויות או הפגמים..."

לדידי, יהיה קשה לייחס לנחש כוונה טהורה כזו, וזאת בעיקר בשים לב לכך שהוא פעל בעורמה ותוך הטעיה של חוה, מה שמחליש את האפשרות שהוא פעל לשם השגת תכלית לגיטימית. לא זו אף זו, הנחש יצטרך להוכיח כי האיסור של האל לאכול מפרי עץ הדעת הוא בגדר פגם או טעות המצדיקים תיקון, דבר שאינו מובן מאליו כלל.⁴⁶ מכל מקום, נראה כי על פניו הגנה זו מתייגרת בשים לב לעובדה שעניינו בעברת "כוונה מיוחדת" – מעשה לשם המרדה – ואילו נוצר ספק לשם איזו מטרה פעל הנחש, אם לשם המרדה או לשם הוקעת טעויות, אזי היה מקום לזכותו מעברה זו.⁴⁷ לטעמי, לא נוצר ספק באשר לכוונת ההמרדה של הנחש.

46 בעניין זה ראו את הסברי הרמב"ם כמפורט לעיל ליד ה"ש 20.

47 ראו הלוי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 202.

לסיכום פרק העברה שנעברה, סבורני כי ניתוח היסוד העובדתי והיסוד הנפשי, על רקע מעשיהם של שלושת הנאשמים וכוונותיהם, מלמד כי היה אפשר להרשיע את שלושת הנאשמים בעברה הישראלית של הפרת הוראה חוקית – או למצער, בעניינו של הנחש, בשידול לביצוע עברה זו – ונוסף על כך היה אפשר להרשיע את הנחש גם בעברה של המרדה.

ג. שאלת האשם – המודעות והכשרות לעמוד לדין

1. היסוד ההכרתי – המודעות

בסיפור המקראי יש כמה אמירות המתייחסות ליכולותיהם ולכישוריהם של אדם וחווה – בין כישורי חיים או כושר חיים בהקשר של עץ החיים, ובין יכולות אחרות של מודעות לטוב ולרע. שאלת המודעות עצמה היא שאלת-מפתח בסיפור כולו, ביחס לכלל הדמויות ובכמה הקשרים ("דעת" מלשון הבחנה או הבנה; "דעת" מלשון משגל ועוד).

המושג "מודעות" הוא מושג-מפתח גם בשיטת המשפט הפלילי בישראל. סעיפים 19–20 לחוק העונשין קובעים כי תנאי להתגבשות עברה פלילית הוא שהנאשם צריך להיות מודע לטיב המעשה, להתקיימות הנסיבה ולאפשרות גרימת התוצאה, אם מדובר בעברה "תוצאתית".⁴⁸ זהו היסוד ההכרתי של המחשבה הפלילית. מכאן שיש לשאול, בראש ובראשונה, אם היסוד ההכרתי היה יכול בכלל להתגבש אצל הנאשמים בהינתן שאת כושר הידיעה, ההבחנה, רכשו אדם וחווה לכאורה רק אחרי עשיית המעשה האסור.

דומני כי לנוכח תיאור השיחה שבין הנחש לחווה, לא תיתכן לגבי שני אלה מחלוקת בשאלת המודעות. דומני כי שני אלה היו מודעים למעשה ולנסיבות. כזכור, חווה תיקנה את הנחש באשר לאופיו של האיסור; הנחש שכנע כי אין ממש באיום, וכי יש ממש ותוחלת דווקא באכילה; וחווה אף הסבירה את טעמיה לאכילה.

48 ס' 19 לחוק העונשין:

"אדם מבצע עבירה רק אם עשה במחשבה פלילית, זולת אם –

(1) נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה; או

(2) העבירה היא מסוג העבירות של אחריות קפידה."

ס' 20 לחוק:

"מחשבה פלילית – מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, הנמנים עם פרטי העבירה..."

בכל אלה יש כדי ללמד כי השניים היו מודעים למעשה ולנסיבות, ודי בכך להגשים אצלם את היסוד ההכרתי, בשים לב לכך שעסקינן בעברות התנהגותיות שאינן דורשות התגבשות תוצאה מסוימת לצורך השתכללותן.

נדמה כי דווקא בעניינו של אדם שאלת היסוד ההכרתי מורכבת יותר, שכן מן הכתובים לא עולה במפורש שאדם היה מודע לכך שהוא אוכל מפרי עץ הדעת:

”וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאֲמָה הוּא לְעֵינַיִם, וְנִחְמָד הָעֵץ לְהַשְׂפִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִשְׁתָּה עִמָּהּ, וַיֹּאכְלוּ” (בראשית ג 6)

אולם יישום שאלת הספק העובדתי לעניין מודעותו של אדם לקיומן של הנסיבות בהתאם לשיטת המשפט הישראלית לא היה מסייע לאדם. סעיף 20(ג) לחוק העונשין קובע כי –

”לענין סעיף זה –

(1) רואים אדם שחשד בדבר טיב ההתנהגות או בדבר אפשרות קיום הנסיבות כמי שהיה מודע להם, אם נמנע מלבררם...”

סעיף זה מעגן את דוקטרינת “עצימת העיניים” או בשמה האחר – “עיוורון מכוון”. יישום דוקטרינה זו בעניינו של אדם מוביל למסקנה כי היה עליו לברר את טיבו של החשד, ואם לא עשה כן בכוונת מכוון, אזי הוא נתפס כמודע לנסיבות, דהיינו, לטיבו ולמקורו של הפרי שאכל. לכאורה, אדם יכול לטעון כי לא חשד כלל באשר למקורו של הפרי, ומכאן שלא היה עליו לברר. אולם לטעמי, יש לדחות טענה אפשרית זו. כאמור, לשון המקרא בנקודת הזמן של שיחת חוה ואדם ואכילת הפרי על-ידיהם היא מצומצמת מאוד, וזאת להבדיל מההרחבה המאפיינת את השיחות שבין חוה לנחש וכן בין בורא עולם לבין אדם וחוה בהמשך. לנוכח הצמצום יש לתת משקל מוגבר לכל מילה רלוונטית בקטע. המפגש בין אדם לחוה, בקטע האכילה, מתואר באופן זה: “וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִשְׁתָּה עִמָּהּ, וַיֹּאכְלוּ” (בראשית ג 6). נשאלת השאלה מדוע המחבר, אשר צמצם בתיאור המפגש, בחר בכל-זאת להוסיף את המילה “עִמָּהּ”, שהרי ידוע לכל שחוה לא הייתה לבד בגן-עדן, אלא יחד עם אדם. ניתן להבין את התוספת כמעידה שאדם היה יחד עם חוה כאשר זו אכלה, ומכאן שהיה מודע בהכרח לזהות העץ שממנו אכלה חוה. יתר על כן, ניתן גם לומר שהתיבה “עִמָּהּ” משמשת מילת קוד, דהיינו, שאדם היה עם חוה בסוד העניינים כאשר זו נתנה לו את הפרי.⁴⁹ בהקשר זה מציין הראב”ע כי האדם

49 הגר”א, בספרו “קול אליהו”, עורך בעניין פרשת בלק הבחנה בין הביטוי “ללכת איתם”,

"טעם עמה – שיחד אכלוהו וגילתה לו סוד הנחש. והנה לא היה אדם שוגג, על כן נענש".⁵⁰ וראו גם דברי חזקוני: "כי שמעת לקול אשתך, ולא לקולי, והיא גילתה סוד הנחש, ולפיכך לא היית שוגג, ועל כן נענשת".⁵¹

יש לתת את הדעת גם לכך שאדם וחווה נחפזו להיחבא לאחר ששמעו את קולו של בורא עולם בגן: "וַיִּשְׁמְעוּ אֶת קוֹל יְהוָה אֱלֹהִים, מִתְהַלֵּךְ בְּגֵן לְרוּחַ הַיּוֹם, וַיִּתְחַבֵּא הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ מִפְּנֵי יְהוָה אֱלֹהִים בְּתוֹךְ עֵץ הָגֶזֶן" (בראשית ג 8). הימלטות זו של אדם וחווה אופיינית לנאשמים הבורחים לאחר ביצוע העברה, ומלמדת על תחושת אשם, אשר מלמדת כשלעצמה כי שניהם היו מודעים לטיבו של הפרי שממנו אכלו.

לבסוף, ניתן לראות כי בשיחתו עם בורא עולם בשלב התוכחה, אדם, אשר ניסה בהחלט להסיר את האחריות ממנו, לא העלה כלל את הטענה שהוא לא היה מודע לטיבו של הפרי, כי אם נהפוך הוא:

"וַיֹּאמֶר: מִי הִגִּיד לְךָ כִּי עִירַם אֶתָּה; הֲמֵן הֵעֵץ אֲשֶׁר צִוִּיתִיךָ לֵבִלְתִּי אֲכָל מִמֶּנּוּ אֲכָלְתָּ? וַיֹּאמֶר הָאָדָם: הָאִשָּׁה אֲשֶׁר נָתַתָּה עִמָּדִי הוּא נָתַתָּה לִּי מִן הָעֵץ וְאָכַל." (בראשית ג 11–12)

עקרון האשם, המגלם למעשה את קיומו של היסוד הנפשי של העברה, מורכב לא רק מהפן החיובי – שאלת קיומו של היסוד הנפשי על תת-יסודותיו – אלא גם מהפן השלילי: שאלת קיומם של סייגים השוללים התגבשות של היסוד הנפשי ברמה המינימלית הנדרשת.⁵²

בענייננו יש לבחון את התקיימותם של שני סייגים הקשורים ליכולות המינימליות של אדם וחווה. תחת הכותרת סייג לאחריות פלילית יש שתי תת-קבוצות – קבוצת ה"פטורים" וקבוצת ה"הצדקים". בענייננו אבקש לבחון את קיומם של שני פטורים – קטינות וליקוי בכושר השכלי. שני אלה קשורים ליכולתם של אדם וחווה לגבש את האשם הנדרש. בעניין זה ראו את דבריו הבאים של גבריאלי הלוי:

"הפטורים מתייחסים להיותו של הפרט נכפה לביצועה של העבירה ולשלילת הבחירה החופשית הימנו באשר לביצוע העבירה או להימנעות

שמשמעותו הליכה פיזית ללא כוונה, לבין הביטוי "ללכת עימם", שמשמעותו ללכת מתוך הזדהות מוחלטת ונכונות.

50 פירוש הרלב"ע, בראשית ג, ו ("תורת חיים", הוצאת מוסד הרב קוק).

51 שם, בעמ' סג.

52 גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ג 46 (2010).

מביצועה, וזאת בשל טעמים פנימיים הקשורים בו באופן אישי...
טעמים פנימיים אלה נתפשים כמונעים את יכולתו הנפשית של
הפרט לגבש בחירה חופשית באשר לביצועה של העבירה..."⁵³

2. סייג הקטינות

אדם וחווה הסתובבו בגן כמו ילדים קטנים, עירומים מבלי שהתביישו בכך. כזכור,
רק אחרי החטא גילו אדם וחווה כי הם עירומים והבינו את הצורך בלבוש:

"וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תִאֲוָה הוּא לְעֵינַיִם, וְנִחְמָד
הָעֵץ לְהַשְׂפִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִיו וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִשְׁתָּה עִמָּהּ, וַיֹּאכַל.
וַתִּפְקְחָנָה עֵינֵי שְׁנֵיהֶם, וַיֵּדְעוּ כִּי עֲרֻמָּם הֵם; וַתִּתְּפְרוּ עֲלֵה תֵּאֲנָה,
וַיַּעֲשׂוּ לָהֶם חֲגֹרֹת." (בראשית ג 6–7)

בהקשר זה ראו את דבריו של יונתן גרוסמן:

"קריאה זו תומכת בטוענים שלפנינו 'סיפור התבגרות'... הנחש
מביא אותם למרוד ולהתבגר. בהתבגרותם המלווה במרידה קונים
האיש ואשתו השכלה מוסרית ומודעות מינית..."⁵⁴

אף יהודית אנגרס מוצאת תימוכין לכך שאדם וחווה היו ילדים:

"סברה אחרת [לשאילה מהי אותה דעת הקשורה לעץ הדעת – 'י' ל'],
הנאחזת בנאמר על תוצאות האכילה... אומרת כי אותה 'דעת' היא היציאה
מן הנאיביות הילדותית. על סמך אכילה זו הגיע האדם לידי התבגרות,
והחמימות הילדותית נשרה ממנו. גם חוסר הכושה במצב העירום
אופייני לימי הילדות, שעה שהכושה מתעוררת עם ההתבגרות."⁵⁵

אנגרס אף מפנה לאמור בספר דברים א 39 – "וּבְנֵיכֶם אֲשֶׁר לֹא יָדְעוּ הַיּוֹם טוֹב
וְרָע" וכן לדברי מ"ד קאסוטו בפירושו לסיפור עץ הדעת:

"האדם בשעת בריאתו היה תמים כילד בן יומו, וכילד בן יומו, המקבל
את מאכלו בלי כל יגיעה, היה מאושר בתוך הגן שהכין אלוהיו
בשבילו... מתוך אהבתו האבהית אסר עליו ה' אלהים את אכילת

53 שם, בעמ' 70.

54 גרוסמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 25.

55 יהודית אנגרס "עץ החיים ועץ הדעת – משמעותם בספר בראשית וזיקתם למקורות חוץ-
מקראיים" החינוך וסביבו 1–312, 323 (התשמ"ג–התשמ"ד).

הפרי, שהייתה פותחת לפניו את שער ידיעת העולם, מקור הדאגות והמכאובים, והייתה שמה קץ לתמימותו ולאוסרו כאחת..."

אם אדם וחווה אכן היו בגדר קטינים, אזי ספק אם ניתן להטיל עליהם אחריות פלילית למעשיהם, שכן אצל קטינים לא קיימת בשלות ערכית, התפתחותית וחברתית ברמה המינימלית הנדרשת לצורך גיבוש אשם. בהקשר זה יש להבחין בין קטין הנעדר אחריות בפלילים לבין צעיר בעל אחריות בפלילים. במשפט הפלילי הישראלי נקבע, בסעיף 134 לחוק העונשין, כי "לא יישא אדם באחריות פלילית בשל מעשה שעשה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים." צעיר מעל לגיל שתים-עשרה ומתחת לגיל שמונה-עשרה מוגדר כקטין אך בעל אחריות. הוא יישפט בבית-משפט מיוחד ובהתאם לעקרונות ייחודיים, אך הוא נתפס כבעל יכולת מינימלית לגיבוש אשם פלילי.

מכל מקום, ספק בעיניי אם אדם וחווה אכן היו קטינים.⁵⁶ אכן, ניתן אולי לומר כי במובנים מסוימים הם התנהגו כקטינים – למשל, כאשר הסתובבו עירומים – אך אין בזה בהכרח כדי ללמד על היותם קטינים. ייתכן שהם הסתובבו עירומים מכיוון שכך הם נולדו, לא היו אנשים נוספים סביבם ולא הייתה נורמה חברתית אחרת. יש לזכור גם כי אדם נדרש לשמור על הגן ולעבדו, וכי הוא נתן שמות לבעלי החיים. ספק אם מטלות אלה מתאימות לקטין. לא זו אף זו, ספק בעיניי אם בורא עולם היה מזהיר את אדם, מעמידו למשפט ומטיל עליו אחריות אילו נעדר כל בשלות לכך. גם אנגרס אינה מקבלת הסבר ופירוש זה למושג "דעת", בין היתר משום הציפייה לאחריות ביחס למעשיו, אשר אינה מתיישבת עם תמימות ילדותית.⁵⁷

3. סייג הליקוי בכושר השכלי

האם ניתן לומר כי אדם וחווה היו נעדרי דעת במובן השכלי לפני שאכלו מעץ הדעת? יש לזכור כי אדם וחווה היו האנשים הראשונים על פני כדור-הארץ, ולכאורה לא היו להם כישורים חברתיים והתפתחותם הסביבתית הייתה מוגבלת. אם כך הם פני הדברים, עולה שוב השאלה אם הם יכלו בכלל לגבש את האשם הנדרש לצורך האחריות הפלילית.

סעיף 34 לחוק העונשין קובע:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה אם, בשעת המעשה,

56 ראו, למשל, מדרש בראשית רבה (וילנא), פרשה יד: "אמר רבי יוחנן: אדם וחווה כבני עשרים שנה נבראו."

57 אנגרס, לעיל ה"ש 55, בעמ' 323.

בשל מחלה שפגעה ברוחו או בשל ליקוי בכושרו השכלי, היה חסר יכולת של ממש –

- (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או
- (2) להימנע מעשיית המעשה.

האם אדם וחיה לקו בכושרם השכלי? אנגרס התייחסה לשאלת הכושר השכלי בהאי לישנא:

"גם כאן שם העץ כפשוטו המילולי טומן בחובו בעיות אמוניות קשות, והעיקרית היא שרק לאחר שעברו על מצות היוצר נהיו לכאורה, לבעלי שכל ובינה 'לדעת טוב ורע'. והרי מקבלנו, שאין מצוה אלא לבעלי שכל ולבעלי בחירה כאחת... ואכן מצאנו שהאדם היה בעל שכל עוד לפני ש'נתערטל' – כלשונם הציורי של חז"ל – מן המצוה שהיתה בידו, שהרי קרא שמות לכל החי, ואין קריאה בשם בלא עמידה מתוך בינה על יחודו של הנקרא. גם ענין המות כבר היה בתודעת האדם, שהרי אין להזהיר אדם ולאיים עליו בעונש, שאינו נמצא בתודעתו. כיוצא בזה אינך יכול לומר שעד שחטא האדם, לא ידע, מה טוב ומה רע לו מבחינת קיומו הגופני, שהרי זאת יודעת גם החיה..."

על כרחך יש לתת את הלשונות 'טוב' ו'רע' בפרשה לדברים שבמוסר ובמשפט... העולה מן הדברים שאין האדם כשלעצמו יכול לשמש כסמכות עצמאית... בלעדית לקביעת ענייני הטוב והרע בתחום המוסר והמשפט, לא מבחינת אחריותו האישית הקיומית לעצמו ולא מבחינת אחריותו לקיומה של החברה בה הוא חי... ומכלל הן אתה שומע לאו, שעזיבת דבר ה' וההתעלמות ממנו היא רע שאין רע ממנו..."⁵⁸

שרה קליין-ברסלבי מסבירה בהקשר זה את ההבדל שבין המושכלות (השכל העיוני שהיה לאדם לפני החטא) לבין המפורסמות (השכל המעשי),⁵⁹ ומוסיפה:

"הפירוש הסביר ביותר שניתן לתת לרמזיו שם הוא ש'עץ הדעת' הוא ה'מפורסמות', חוקי המוסר שנקבעו על-ידי הסכמה הדדית בין החברים בחברה אנושית מסוימת, ואשר תכליתם שמירת הקיום

58 שם, בעמ' 323.

59 קליין-ברסלבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 61–79, המתייחסת לדברי הרמב"ם במורה נבוכים.

הפיסי של החברה הזאת, והקניית הצלחות דמיוניות לחברים בה...
הרי ש'עץ הדעת' הוא ה'עצה' או ה'חכמה' המדינית, החוקים
והמנהגים המכונים 'מפורסמות'.⁶⁰

ייתכן שלנוכח טיבה של עֲבֵרַת האכילה מהעץ – עֲבֵרַה שאין בה יסוד של רוע
אוניוורסלי-חברתי – ולנוכח העובדה שבאותה עת לא התקיימה עדיין חברה
המצריכה חוקי מוסר שישמרו על קיומה הפיזי, אין בעובדה שקודם לביצוע העֲבֵרַה
חָסֵר האדם את המודעות הנדרשת לעֲבֵרַת הפוגעות בחברה כדי לשלול את היכולת
להענישו בגין ביצוע העֲבֵרַה הבסיסית של הפרת הצו האלוהי, אשר אינה מצריכה
יכולת של מפורסמות, כי אם יכולת של מושכלות, שכבר הייתה לאדם קודם לביצוע
העֲבֵרַה.

אם נחזור לשיטת המשפט הישראלית, נוכל לתת את דעתנו לכך שקיימים שני
מסלולים לסייג הליקוי השכלי. המסלול הראשון הוא המסלול הקוגניטיבי-
ההכרתי. כלומר, בחינת יכולתו השכלית של הנאשם להבין את אשר הוא עושה או
את הפסול שבמעשהו. לטעמי, לנוכח התנהלותם של הנאשמים כולם לפני
האכילה, הייתה גם הייתה הבנה של המעשה ושל הפסול. כזכור, אדם קיבל את
האזהרה מבורא עולם, העבירה הלאה (כך למדנו מעצם טיבה של ההנחיה שקיבל
ומעצם העובדה שחווה והנחש ידעו כי קיימת הנחיה כזו), הנחש וחווה ניהלו שיג
ושיח על-אודות טיבם ותקפותם של האזהרה והעונש, וכולי וכולי. לנוכח זאת אי-
אפשר לקבל טענה שאדם וחווה היו נעדרים יכולת של ממש להבין את מעשיהם או
את הפסול שבמעשיהם.

אף המסלול השני של הסייג, הרצוני, הבוחן את יכולתו של הנאשם להימנע
מעשיית המעשה, מוביל למסקנה זהה. במסלול זה בודקים למעשה אם לנאשם
היה "דחף לאו בר-כיבוש" שלא אפשר לו להימנע מעשיית המעשה.⁶¹ בעניינו של
אדם לא עולה כלל שאלת הדחף. בעניינו של הנחש ניתן לשאול אם לנוכח אופיו
וטבעו – "עָרוֹם מִכָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה" – הוא היה יכול להימנע מעשיית המעשה,
קרי, מהטעיית חווה ומשידולה. אולם לטעמי דווקא בעניינה של חווה שאלת
השליטה בדחף מצריכה בירור. כזכור, לאחר שהנחש פיתה את חווה לאכול מהעץ,
חווה מתארת את העץ:

60 שם, בעמ' 248–249.

61 מסלול זה הוכר לראשונה בפסיקה הישראלית על-ידי השופט ש' אגרנט, תחילה כדעת
מיעוט ובהמשך כהלכה שאף עוגנה בחוק – ראו ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי
לממשלה, פ"ד י 281 (1956).

"וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאֲוָה הוּא לְעֵינַיִם, וַנִּחְמַד הָעֵץ
לְהַשְׁכִּיל, וַתִּקַּח מִפְּרִי וַתֹּאכַל." (בראשית ג 6)

פסוק זה – המתאר את פעולותיה של חוה במהירות, בשטף: "ותרא... כי טוב... וכי תאוה... ונחמד... ותקח... ותאכל" – יכול לרמוז על היסחפות רגשית. על כך יש להוסיף את הבחירה המודעת של הביטוי "תאוה הוא לעינים" כרמז נוסף לכניעה ליצרים. היסחפות זו וכניעה זו ליצרים יכולות להתקשר לאובדן שליטה, הוא-הוא ה"דחף לאו בריכוש" המשפטי. אם נוסיף על כניעה זו של חוה ליצירה את השידול ששודלה על-ידי הנחש, אשר החליש את יכולתה להימנע מעשיית המעשה, אזי שאלת השליטה עולה בהחלט בעניינה של חוה.

אולם למרות כל האמור איני סבור כי חולשה רגעית זו של חוה יכולה להכניסה בגדריו של סייג הליקוי בכושר השכלי, באשר תנאי לסייג זה הוא קיומו של ליקוי כזה, אשר נראה שלא באמת התקיים אצל חוה. לא זו אף זו, תנאי נוסף לתחולתו של הסייג הוא הוכחת פגיעה קשה ביכולת להימנע מעשיית המעשה. הדרישה היא שהנאשם "היה חסר יכולת של ממש". זוהי דרישה מכבידה, אשר ספק אם מתקיימת בעניינה של חוה, וזאת גם בשים לב לפיתוי שניצב לנגד עיניה ולשידול שעברה.

סבורני כי יש לדחות את התגבשות הסייג בעניינה של חוה גם בשל העדר קשר סיבתי. סעיף 34ח האמור דורש קיומו של קשר סיבתי בין הליקוי לבין המעשה. זאת יש ללמוד מהמילה "בשל" המופיעה בסעיף. לטעמי, חוה התקשתה להימנע מעשיית המעשה בשל השילוב שבין שידולו של הנחש והפיתוי שאליו נחשפה לאכול מהפרי בעל התכונות יוצאות-הדופן. מכאן שחוה לא התקשתה להימנע מעשיית המעשה בשל ליקוי בכושרה השכלי.

62 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102.

ד. העונש

סיפור גן-עדן ממחיש ומיישם כמה עקרונות מובילים בשיטת הענישה הישראלית. כך, ניתן לזהות מאפיינים של עקרון ההלימה, שבבסיסו עקרון הגמול ההולם את המעשה ותוצאותיו. בסיפור המקראי ניתן לראות גם יישום מובהק של עקרון הענישה האינדיווידואלית: כל נאשם מוענש בהתאם למעשה ולעושה.

1. עקרון ההלימה, עקרון הגמול ורעיון ה"מידה כנגד מידה"

תיקון 113 לחוק העונשין⁶² חולל מהפכה בשיטת הענישה הישראלית. תיקון זה ביקש להבנות את שיקול-הדעת השיפוטי בשלב גזירת הדין, דהיינו, ליצור מסגרת אחידה של שלבי גזירת הדין – תחילה קביעת מתחם ענישה ולאחריה קביעת העונש בתוכו – ושל שיקולי הענישה הנדרשים בכל שלב.

סעיף 40ב לחוק העונשין קובע כי העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה:

"העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו..."

השופט א' רובינשטיין, בפסק-הדין בעניין פלונית,⁶³ קבע כי המוטיב המרכזי של עקרון ההלימה הוא עקרון הגמול. בעניין סעד⁶⁴ התייחס השופט א' רובינשטיין לשאלת תכליתו של תיקון 113 לחוק העונשין ולשאלת האיזונים בין תכליות הענישה השונות, דוגמת ההלימה (שהוכר כעקרון-העל), הגמול והשיקום. במסגרת זו הרחיב השופט על-אודות הזיקה שבין עקרון ההלימה לעקרון הגמול, ולאחר שסקר את הליכי החקיקה שקדמו לתיקון, כמו-גם את הכתיבה שהתייחסה לתיקון זה, הוא ציין כך:

"הרושם המצטבר הוא שהכוונה מתחילה בתיקון 113 היתה במהותה הכללית לגישה מחמירה יותר לענישה... עם שלא נזנחו הרכיבים האחרים, ובהם השיקום. נזכור כי הגמול אינו מלה ריקה; הוא מסמל במשפט העברי – למשל – את התפיסה של 'מידה כנגד מידה'... בסופו של יום, עקרון ההלימה בסעיף 40ב לחוק, שתורגם בבירור כגמול, אינו יכול להתפרש כשלעצמו כ'שגריר בית הלל'..."⁶⁵

63 ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 18.4.2012).

64 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013).

65 שם, פס' יג-יד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין.

לעניין הזיקה שבין עקרון ההלימה לעקרון הגמול ראו גם את דבריהם הבאים של יניב ואקי ויורם רבין:

"מתוך עקרון הגמול נגזר גם עקרון ההלימה שמשמעותו דרישת יחס הולם בין מידת הרע שעשה העבריין לבין העונש שיושג עליו. מידת העונש צריכה אפוא להלום את מידת הרע שעשה הנאשם ואת מידת אשמתו – לא פחות ולא יותר... עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – 'מידה כנגד מידה'."⁶⁶

הנה כי כן, עונש הולם הוא עונש המשיב לנאשם כגמולו. מידת העונש צריכה להיות כמידת הפגיעה בערכים החברתיים.

אף בסיפור המקראי נראה כי עקרון העונש ההולם הוא העיקרון המוביל בענישה של כל אחד משלושת הנאשמים. עיקרון זה לובש את לבוש ה"מידה כנגד מידה", שמצא ביטוי מפורש בתורה:

"וְאִישׁ כִּי יִכֶּה כָּל נֶפֶשׁ אָדָם מוֹת יוּמָת. וּמִכָּה נֶפֶשׁ בְּהֵמָה יִשְׁלַמְנָה, נֶפֶשׁ תַּחַת נֶפֶשׁ. וְאִישׁ כִּי יִתֵּן מוֹם בְּעַמִּיתוֹ כַּאֲשֶׁר עָשָׂה כֵּן יַעֲשֶׂה לוֹ. שֹׁכֵר תַּחַת שֹׁכֵר, עֵינַי תַּחַת עֵינַי, שֵׁן תַּחַת שֵׁן, כַּאֲשֶׁר יִתֵּן מוֹם בְּאָדָם, כֵּן יִתֵּן לוֹ."⁶⁷

למעשה, יישומו הראשוני של עקרון ה"מידה כנגד מידה" נמצא בסיפור גן-עדן. יעל שמש מציינת כי –

"עקרון המידה כנגד מידה, לפי המקרא, מלווה את המין האנושי מראשיתה של ההיסטוריה האנושית לכל אורך התקופות שעליהן מסופר בו. כבר החטא האנושי הראשון, האכילה מעץ הדעת, גרר אחריו עונש על דרך מידה כנגד מידה, לנחש ולאדם."⁶⁸

66 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 421 (2013).

67 ויקרא כד 17–20. בפרשנויות מאוחרות הוסבר עם זאת כי אין הכוונה לענישה גופנית ממש התואמת את הנזק שנגרם. אביעד הכהן סבור כי רמז לעקרון הענישה של "מידה כנגד מידה" ניתן למצוא כבר בספר בראשית, בפסוק "שֹׁפֵךְ דָּם הָאָדָם בְּאָדָם דָּמוֹ יִשָּׁפֵךְ" (בראשית ט 6). ראו הכהן, לעיל ה"ש 10. על עקרון הגמול ורעיון ה"מידה כנגד מידה" במשפט העברי ראו עניין סעד, לעיל ה"ש 64, פס' טז לחוות-דעתו של השופט א' רובינשטיין.

68 יעל שמש "מידה כנגד מידה בסיפורת המקראית" בית מקרא מד 261, 262 (1999). ראו גם בספרה של קליין-ברסלבי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 107, לעניין פירוש הרמב"ם לסיפור גן-עדן, הרואה בסיפור כולו יישום של רעיון ה"מידה כנגד מידה".

עיקרון זה מיושם בסיפור לא רק בהקבלה שבין החלק העובדתי שבמעשה העברייני של כל אחד מהנאשמים לבין עונשו, כפי שיפורט להלן, אלא גם ברעיון-המסגרת: תחילה נתינת הגן לאדם כדי שיוכל לאכול מפירותיו, תוך שהוא נדרש לשומרו ולעבדו, ולאחר שעבר את העברה – גירושו מהגן.

(א) עונשיו של הנחש

"וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הַנָּחָשׁ: כִּי עָשִׂיתָ זֹאת, אָרוּר אַתָּה מִכָּל הַבְּהֵמָה וּמִכָּל חַיַּת הַשָּׂדֶה; עַל גִּחְנֹךְ תֵּלֵךְ, וְעָפָר תֹּאכַל כָּל יְמֵי חַיֶּיךָ. וַאֲיִכָּה אֲשִׁית בֵּינְךָ וּבֵין הָאִשָּׁה וּבֵין זֶרְעֶךָ וּבֵין זֶרְעָהּ – הוּא יְשׁוּפֶךָ רֹאשׁ, וְאַתָּה תְּשׁוּפֶנּוּ עֲקֵב." (בראשית ג 14–15)

עונשו של הנחש כולל כמה יישומים של עקרון ה"מידה כנגד מידה". יישום עיקרון זה מתחיל בתיאורו של הנחש. עובר לחטא תואר הנחש כ"ערום מכל חית השדה", ואילו כעת הוא נהפך ל"ארוך... מפל". לא רק דמיון של לשון וצליל יש כאן ("ערום" "ארוך"), אלא גם יישום של העיקרון. אתה הנחש, שהיית ערום מכל החיות, נהפכת לארוך שבחיות.⁶⁹

יישום נוסף מתקשר לעונש הקשה "על גחנך תלך". עונש זה יש בו יסוד של השפלה, תרתי משמע. השפלתו של הנחש במובנה הפיזי – דהיינו, הורדתו אל השפל, הנמכת קומתו – נתפסת כיישום של עקרון ה"מידה כנגד מידה" משום שכאשר פיתה הנחש את חוה, הוא ביקש להגביה עוז ולהידמות ליושב במרומים. הנחש ביקש להתחרות בבורא עולם כאשר אמר לחוה מה בורא עולם יודע ומה באמת יקרה אם תאכל מעץ הדעת, ובשל כך הורד על גחונו. לצד ההשפלה הפיזית, העונש מבטא גם השפלה רוחנית ומעמדית.

יישום נוסף של עקרון ה"מידה כנגד מידה" בעונשו של הנחש קשור לאכילה: "וְעָפָר תֹּאכַל כָּל יְמֵי חַיֶּיךָ". בעניין זה ציין הרד"ק כי "אתה קנאת באדם לפי שהיה אוכל מעצי גן עדן וחשבת ערמה כדי להחטיאו באכילה תלקה שתאכל הפחות מכל הדברים, והוא העפר".⁷⁰

אף הרכיב האחרון בעונשו של הנחש – "וַאֲיִכָּה אֲשִׁית בֵּינְךָ וּבֵין הָאִשָּׁה וּבֵין זֶרְעֶךָ וּבֵין זֶרְעָהּ" – טבול כולו בעקרון ה"מידה כנגד מידה". נדמה כי עונש זה של יצירת איבה לדורי-דורות קשור לנשיאת החן המדומה של הנחש כלפי חוה.

69 בעניין זה ראו מנחם זהרי מקורות רש"י, מדרשי הלכה ואגדה בפירושו – תורת בראשית 20 (הוצאת דני ספרים, התשנ"ג).

70 פירושו לבראשית ג 14 (מקראות גדולות הכתר).

מכיוון שהתקרבותו התכססנית אל חוה נועדה כל-כולה להרחיקה מבוראה, העונש יהיה יצירת איבה תמידית. תמידית על-שום מה? על-שום שבמעשיו מנע הנחש מחוה ומזרעה חיי נצח.⁷¹

(ב) עונשיה של חוה

"אֵל הָאִשָּׁה אָמַר: הִרְבָּה אֲרֻבָּה עֲצָבוֹנָךְ וְהִרְבָּה, בְּעֶצֶב תֵּלְדִי בָנִים; וְאֵל אִישְׁךָ תִּשְׁוֹקֶתְךָ, וְהוּא, יִמְשָׁל בָּךְ." (בראשית ג 16)

אף העונשים שהוטלו על חוה מיישמים את עקרון ה"מידה כנגד מידה", אשר מיישם בתורו, כאמור, את עקרון ההלימה.

- "הִרְבָּה אֲרֻבָּה עֲצָבוֹנָךְ וְהִרְבָּה, בְּעֶצֶב תֵּלְדִי בָנִים" – עונשה הראשון של חוה הוא העצב, הקושי והסבל שיהיו כרוכים בהיריון ובלידה. הכיצד עונש זה הולם את מעשיה של חוה? הכיצד עונש זה מגשים את עקרון ה"מידה כנגד מידה"? על כך משיב הרב חנניה מלכה:

"...מהות חטאה של חוה היה שהיא חיברה לאדם הראשון שהיה כולו טוב מאוד את הרע על ידי שנתנה לו מעץ הדעת טוב ורע. ולמעשה עיקר הפגם שנעשה על ידה בעולם הוא שמעתה כל דבר בעולם מעורבב מטוב ורע. ולכן יוצא כי גם עונשה צריך להיות שאת הדבר הכי טוב שהיא צריכה לעשות – הבאת חיים חדשים לעולם – יהיה מעורבב ברע... למעשה כול אישה צריכה לעבור בדרך להבאת הטוב מאוד... ימים קשים..."⁷²

- "וְאֵל אִישְׁךָ תִּשְׁוֹקֶתְךָ" – כמפורט לעיל, בכל הקשור לאכילה עצמה נכשלה חוה בכך שלא עמדה בפיתוי, בתשוקה ובתאוה:

"וַתֵּרָא הָאִשָּׁה כִּי טוֹב הָעֵץ לְמַאֲכָל וְכִי תֹאֲוָה הוּא לְעֵינַיִם, וַנִּחְמָד הָעֵץ לְהַשְׂכִּיל, וַתִּקַּח מִפִּרְיוֹ וַתֹּאכַל." (בראשית ג 6)

בגין זה הוענשה חוה בכך שתשוקתה תהיה נתונה לאישה. עונש זה גם קשור לרכיב העונשי האחרון שלהלן.

71 בעניין עונשיו של הנחש ראו גם את ספרו של לוי גינצבורג אגדות היהודים כרך א 51–52 (הוצאת מסדה, התשכ"ו).

72 חנניה מלכה "עונש האישה בחטא אדם הראשון" (כסלו התשס"ח) www.yeshiva.org.il/midrash/6618

- "והוא ימשל בך" – חוה, כזכור, הכשילה את אדם ושלטה בו. בגין זה היא הוענשה בכך שהשליטה והמרות יהיו של האיש כלפי האישה. את הדרחת אותו לבצע עברה, ולמעשה שלטת בכוח רצונו, ולכן מעתה הוא ימשול בך.⁷³

(ג) עונשיו של אדם

"ולאדם אמר: כי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתיך לאמר לא תאכל ממנו, ארורה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חיך. וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה. ביעצת אפיך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, כי ממנה לקחת – כי עפר אתה ואל עפר תשוב." (בראשית ג 17–19)

גזר-דינו של אדם הוא המפורט ביותר והמורכב ביותר, הגם שעונשיו קשורים לרעיון מרכזי אחד. גזר-הדין מנוסח למעשה בהתאם לעקרונות ההלימה, הגמול וה"מידה כנגד מידה". בורא עולם מפרט את המעשה ומייד לאחריו את הרכיב העונשי המתאים, וזאת באמצעות המילה "כי". "כי שמעת לקול אשתך ותאכל מן העץ אשר צויתיך לאמר לא תאכל ממנו" מבטא את המעשה הפסול הראשון של אדם, ומייד בהמשך מופיע העונש המתאים לכך: "ארורה האדמה בעבורך, בעצבון תאכלנה כל ימי חיך. וקוץ ודרדר תצמיח לך, ואכלת את עשב השדה". הרכיב העונשי הבא מגיע בסדר הפוך – תחילה העונש ומייד לאחריו המעשה שבגיננו ניתן אותו עונש: "ביעצת אפיך תאכל לחם עד שובך אל האדמה, כי ממנה לקחת".

עונשיו של אדם נראים קשורים כולם לאדמה ולפירותיה. לאדם ניתן הגן הנפלא – גן-עדן – במתנה. נדמה כי כל צורכי אדם היו זמינים בגן ובשפע. אדם היה צריך רק לעבד את הגן ולשומרו. תחת זאת הפך אדם את הציווי האלוהי, ואכל דווקא מהעץ האסור. בגין זה הוענש אדם בכך שהאדמה כבר לא תהיה טובה אליו, כי אם ארורה, והאוכל לא יושג בקלות, כי אם בקושי רב, בסבל. הרכיב האחרון – "כי עפר אתה ואל עפר תשוב" – סוגר מעגל עם העונש שהובטח מלכתחילה לעובר על האיסור – עונש המוות. רכיב עונשי זה מגיע

73 בעניין זה ראו את דברי הרמב"ן כפי שהם מובאים במאמרו של אברהם גרוסמן "והוא ימשל בך" – בין תאוריה למציאות" דעת – לימודי יהדות ורוח 93 (התשס"ג) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/93-2.htm: "שהעניש אותה שתהיה נכספת מאד אל בעלה... והוא יחזיק בה כשפחה... והנה זו מדה כנגד מדה: כי היא נתנה גם לאישה, ויאכל במצותה, וענשה שלא תהיה היא מצוה עליו עוד, והוא יצוה עליה כל רצונו."

בתגובה גם על דברי הנחש שלפיהם "וְהָיִיתֶם כְּאֱלֹהִים...". לא כאלוהים יהיה האדם; הוא לא יזכה בחיי נצח, כי אם יהיה כשהיה, יחזור בדיוק למקום שממנו נוצר – העפר.

(ד) חומרת עונשיהם של המבצעים וחומרת עונשו של המשדל

אין מחלוקת כי פרק הענישה בסיפור סוגר מעגל, ולו מבחינה ספרותית, צורנית, עם הפרקים הקודמים של הסיפור, שעסקו בהצגת הגן ובמעשיהם של הנאשמים. כך, סדר הענישה נעשה בהתאם לסדר שבו בוצעו העבירות – מהנחש, עובר לחוה, וכלה באדם. עם זאת, נדמה כי באשר לשאלה על מי מהנאשמים הוטל עונש חמור יותר יש תפיסות שונות.

כך, ביחס לאישה נאמר: "בחקירה הקדים את אדם לאשתו, שהרי הוא זה שנצווה במפורש על האיסור. ואלו בעונש הקדים אותה לאישה, שהרי היא זו שהחטיאה. והעונשים שהולך ומפרש הם מוספים על אלה שיוטלו לאחר מכן על אדם."⁷⁴ אך קיימת גם תפיסה הפוכה, הרואה את סדר הענישה כמתקדם מן הקל אל הכבד:

"בגדולה מתחילים מן הגדול, ובקלקלה מתחילים מן הקטן... שנאמר: ויאמר ה' אלהים אל הנחש, ואל האשה אמר הרבה ארבה עצבונך והרונך, ולאדם אמר כי שמעת לקול אשתך, מלמד שמתחלה נתקלל נחש, ואח"כ נתקללה חוה, ואח"כ נתקלל אדם..."⁷⁵

שאלת חומרת עונשו של הנחש מעלה כמה תהיות, שהרי לכאורה הנחש לא נגע או אכל מפרי עץ הדעת, ולכאורה גם לא קיבל במישרין את האזהרה, שהופנתה אל אדם. התשובה לשאלות אלה קשורה לטעמי לתפיסה הרואה את הנחש כמסית וכמשדל. אם נתייחס אל הנחש כאל מסית⁷⁶ ומדיח, ניתן לראותו לא אך כמי שהסית או שידל לביצוע העברה הישירה של הפרת ההוראה החוקית, כי אם גם כמי שהסית והדיח לפגיעה בריבון, דהיינו, כאחראי לעברת ההמרדה שהוזכרה לעיל. הסטה זו של עניינו של הנחש אל עבר הפגיעה בסדרי השלטון והחברה היא שהצדיקה את ענישתו המכאיבה על גווניה הייחודיים.

שאלת אופן ענישתו של הנחש עוררה תהיות אף היא, שכן באשר לנחש, להבדיל מאדם וחוה, לא נערך "שימוע" על-ידי בורא עולם לפני ענישתו. נראה כי

74 אור חיים, לעיל ה"ש 13, בעמ' פב.

75 בראשית רבה כ, ג.

76 על התפיסה הרואה בנחש מסית ראו בבלי, סנהדרין כט, ע"א.

שני הדברים – חומרת המעשה ואופן ההענשה – קשורים זה לזה. הרב יעקב מדין מציין:

"...עבירת האכילה מעץ הדעת גבלה בעבודה זרה, שכן אמר הנחש לחווה שאם יאכלו מן העץ – יהפכו להיות כא-לוהים, 'יודעי טוב ורע'. אפשר, שהעבודה הזרה הקשורה בהסתה לאכול מן העץ אינה נעוצה רק בהשוואת הצורה ליצורה, אלא גם בלשון הרע שאמר הנחש על בוראו."⁷⁷

המחבר מוסיף כי בעניינו של הנחש לא ערך בורא עולם בירור קודם לענישתו, ופונה בעניין זה לפירוש הביטוי: "אין מהפכין בזכותו של מסית". אחד ההסברים שנתן המחבר לביטוי זה מקשר בין חומרת העברה לדרך הענישה:

"אפשר שאין מהפכין בזכותו של מסית דווקא בשל חומרת חטאו, שכן הוא נחשב ל'עושה להכעיס'. אין אנו מהפכין אלא בזכותו של מי שעבר עבירה לתאבון, לאחר שיצרו הרע תקפו, ולא בזכותו של מי שרצה להכעיס ולמרוד."⁷⁸

שאלת מעמדו המשפטי של ה"שולח" במשפט העברי, בכל הקשור לסוגיית הענישה, פנים מספר לה. אהרן קירשנבאום חוזר על הכלל שלפיו "אין שליח לדבר עברה", על מקורותיו של כלל זה ועל משמעויותיו, אולם בוחר להתייחס לגורלו של השולח: "אף אם נדבק בכלל 'אין שליח לדבר עברה', תהיה משמעותו של הכלל אשר תהיה, ולא נאפשר ל'שליח' העבריין להימלט ממלוא אחריותו האישית למעשיו, האם משמעות הדבר ששולחו יצא זכאי בדין?"⁷⁹ בשלב זה מציין המחבר:

"כדי להבין את השאלה די הצורך, יש לזכור שבדרך כלל המדיניות הענישתית במשפט העברי היא להטיל את האחריות הפלילית העיקרית על מבצע העברה, ולא לחייב אחרים – כגון עוזר, מייעץ, מסית, משדל, מעודד, משפיע, משכנע, מסייע, משתתף, מתכנן ומצווה – שהם בגדר 'שולח', כמבצע עצמו. מדיניות זו מנוגדת לזו

77 יעקב מדין "חטאו ועונשו של הנחש" 1 בית המדרש הוירטואלי (VBM) www.etzion.org.il/he/download/file/fid/12242.

78 שם, בעמ' 2.

79 אהרן קירשנבאום "שליחות מניין? 'אין שליח לדבר עברה'" דעת – לימודי יהדות ורוח 106 (התשס"ג) www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/106-2.htm.

שנקט המשפט המודרני, כגון: חוק העונשין, התשל"ז-1977, סעיפים 29–31...⁸⁰

לאחר שהמחבר סוקר את המקורות השונים, הוא מתייחס לאפשרות של חיוב השולח ב"דיני שמים" וב"דיני אדם", וכן לנפקות של חיוב ב"דיני שמים" בהקשר הפלילי:

"באומר לשלוחו לצאת ולהרוג את הנפש, השולח נחשב בדיני שמים לרוצח. במילים אחרות, לדעת שמאי הזקן, בדיני אדם אין שליח לדבר עברה, והשליח נושא לבדו באחריות הפלילית; ואילו בדיני שמים יש שליח לדבר עברה, והשולח הוא הוא העבריין. לא כן דעת החכמים: אמנם השולח הסית את השליח לדבר עברה, והכשיל אותו, אך אין דינו להיענש כהורג עצמו אפילו בדיני שמים... ונשאלת השאלה: מה משמעותו של החיוב בדיני שמים? האם אינו אלא חיוב מוסרי או שמא יש לו השפעה מעל ומעבר למשמעותו הדתית-מוסרית?... בתחום הפלילי (דיני נפשות ודיני מלקות) לכאורה אין החיוב בדיני שמים מביא בעקבותיו סנקציה כלשהי, שהרי דינו 'מסור לשמים', אלא שאין הדבר כן."⁸¹

בשלב זה המחבר מביא שני נימוקים – "שתי ראיות" כלשונו – לכך שהחיוב בדיני שמים מביא בעקבותיו סנקציה. אותנו מעניינת הראיה השנייה:

"אם השלוח הוא עבריין מועד שחזקה עליו שייאות לבצע את העברה עבור שולחו, הרי גם אז רבים הם הפוסקים הסוברים שהשולח אותו חייב בדיני אדם."⁸²

אני מוצא כי "ראיה" זו – נימוק זה – מתאימה להקשרנו, וזאת מתוך התפיסה הרואה את חוה ואת אדם בעקבותיה כ"עבריינים מועדים" לא בשל היותם רצידיביסטים, כי אם בשל חוסר נסיונם ותמימותם. לעיל בחנו את האפשרות להחיל על השניים את סייג הקטינות. אכן, כשם שילד קטן העושה את צעדיו הראשונים מועד ליפול, כך חוה ואדם, שעשו את צעדיהם הראשונים בעולם ועמדו לפני הנחש הערום, היו מועדים ליפול, ומכאן שיש מקום להעניש גם את השולח.

80 שם, ה"ש 19.

81 שם, ליד ה"ש 22–25.

82 שם, ליד ה"ש 27.

המשפט הישראלי מתייחס בחומרה אל המשדל. סעיף 34 לחוק העונשין קובע כך:

"מלבד אם נאמר בחיקוק או משתמע ממנו אחרת, כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על נסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע, לאותה עבירה."

משמע, ככלל, עונשו של המשדל זהה לעונשו של המבצע. בעניין מסרואוה התמודד בית-המשפט העליון עם שאלת העונש הראוי למי שמבצע עברת שידול לרצח, דהיינו, אם עונשו צריך להיות זהה לזה של רוצח. וכה אמר בית-המשפט העליון:

"אקדים ואומר, כי דעתי כדעת המיעוט בבית המשפט קמא, לפיה עונשו של המשדל לרצח הינו מאסר עולם – ועונש זה בלבד... כמצוין לעיל, סעיף 34 לחוק העונשין משווה את הדין החל על הצורות הנגזרות של העבירה לדין החל על הביצוע העיקרי שלה... המילים 'כל דין' שבסעיף זה כוללות גם את העונש המוטל בגין הביצוע העיקרי... הסדר זה שנקבע ביחס למשדל, כפי שהוא נלמד מלשון החוק, תואם אף את תכלית החקיקה... המשדל הוא שותף ראשי, בשל תרומתו המהותית והמכריעה להתרחשות העבירה, שהרי הוא 'האב הרוחני' של העבירה, וללא תרומתו – לא היה המבצע העיקרי ניגש לביצוע... זו ההשקפה המקובלת, והיא גם באה לידי ביטוי בכינויו של המשדל כ'מבצע האינטלקטואלי' של העבירה... 'בלעדי השידול, לא היה ביצוע... והשידול הוליד לא רק עבירה אלא גם עבריון'... ועוד זאת: לשידול אף נודעת חומרה יתירה לעומת הביצוע העיקרי, משום שהמשדל פוגע לא רק בערך המוגן של העבירה נושא השידול, אלא גם ב'אינטרס הציבור שכל פרט יימנע מביצוע עבירות, ויהיה מוגן מפני השפעות שעלולות להביאו לעולם הפשע'..."⁸³

לטעמי, התייחסותו של המשפט הישראלי אל המשדל תואמת את ההתייחסות שיש ליתן לנחש ולעונש הראוי לו. הנחש הוא "האב הרוחני" של העבירה. הוא

83 ע"פ 7894/03 מסרואוה נגד מדינת ישראל, פס' 45 ו-47 לפסק-דינו של השופט ד' חשין (פורסם בנבו, 18.2.2008). ראו גם דנ"פ 2033/08 מסרואוה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.8.2008), שבמסגרתו נדחתה הבקשה לקיים דיון נוסף ביחס להלכה שקבעה כי דינו של מי שביצע עברת שידול לרצח הוא עונש מאסר-עולם-חובה (אם עברת הרצח הושלמה).

"המבצע האינטלקטואלי" (הנחש ה"ערום"), ושידולו הוביל לא רק לעברה, כי אם גם להפיכת אדם וחזה לעבריינים. לנוכח האמור נראה כי העונש שהוטל על הנחש, אף אם נגדירו כמשדל, הוא עונש הולם וראוי.

2. עקרון הענישה האינדיווידואלית

עקרון הענישה האינדיווידואלית היה – ונותר אף לאחר תיקון 113 לחוק העונשין – אחד מעקרונות היסוד בשיטת הענישה הישראלית. בעניין אטיאס התייחס השופט מ' אלון לעיקרון זה בהאי לישנא:

"ענישתנו היא ענישה אינדיווידואלית של כל עבריין 'באשר הוא שם'... זאת תורת הגישה האינדיווידואלית בתורת הענישה, המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו של הענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים ל'הקל' על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסוים הראוי לכך תשמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך".⁸⁴

נדמה כי גם בעניינם של שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה נשמר עיקרון זה. בורא עולם אינו מטיל עונש אחיד על שלושת הנאשמים, הגם שהם קשורים כולם לאותו אירוע עברייני. העונש שהוטל על כל נאשם מתייחס למאפיינים הייחודיים שלו ושל מעשיו. דהיינו, בורא עולם גוזר את הדין בהתאם ל"עושה" ול"מעשה".⁸⁵ התייחסות לעקרון הענישה האינדיווידואלית בסיפור גן-עדן ניתן למצוא בדבריו הבאים של צמח צמריון:

"הנחש והאשה מצאו בעל-ברית שלישי – את האדם... אולם עוד מעט יופרד בין הדבקים. 'החוט המשולש' הזה יינתק וכל אחד מן השלישיה ענשו יקבל. לא עונש קולקטיבי על אותו מעשה, כי אם עונש אינדיבידואלי למען הפרד ביניהם ולמען יתהלך כל אחד מהם בודד עם בעייתו...".⁸⁶

84 ע"פ 433/89 אטיאס נגד מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174–175 (1989).

85 שאלת ה"מעשה" שבגינה הנחש נותן את הדין היא שאלה מעניינת, שנמצא לה ביטוי גם במשפט העברי. אם האחריות המיוחסת לנחש מתמצית בעברה של ביצוע באמצעות אחר או שידול לעבור את העברה של הפרת ההוראה החוקית, אזי העונש שלו צריך להיות "בידי שמים", ולא בידי אדם, וזאת גם בתנאי שהשלוח "לאו בר-חובא". הענישה היא בידי שמים במקרה זה מכיוון שבמבצע באמצעות אחר או במשדל לא מתקיים היסוד העובדתי של העברה שביצע השלוח. בעניין זה ראו קירשנבאום, לעיל ה"ש 37, בעמ' סג–סז. לעומת זאת, אם נייחס לנחש אחריות לעברת המרדה, אזי העונש הוא בידי אדם.

86 צמריון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 346.

אכן, עונשיו של הנחש נגזרים מאופיו של הנחש, שנהפך מערום לארור. כך, מי שנתפס כמבקש להגביה עוז הושפל אל עפר, ובמקום ברית בינו לבין בני-האדם הושתה איבה אישית בין צאצאי האדם לצאצאי הנחש. עונשיו של הנחש אינם קשורים לעבודה או לילודה, כי אם בעיקר למעמדו האישי והחברתי בממלכת החי ובני-האדם.

עונשיה של חוה מתאפיינים אף הם בזיקה למעשיה ולתכונותיה הייחודיות: יש להם זיקה למעשיה בכך שאותה שליטה שהשיגה באדם כאשר נתנה לו את הפרי האסור ניטלה כעת ממנה והועתקה אל אדם אישה, אשר ימשול בה מעתה והלאה; ויש להם זיקה ברורה לתכונותיה ולסגולותיה הייחודיות הקשורות להתעברות וללידה.

אף עונשיו של אדם קשורים למעשהו – כשלונו האישי לשמור על הגן כשם שקיבלו – וכן למאפייניו הייחודיים, כפי שהם משתקפים בתפקידיו החברתיים והמשפחתיים.

3. יישום של עקרונות ענישה ושיקולי ענישה נוספים בסיפור המקראי בחינת שלב הטיעונים לעונש וגזר-הדין בסיפור גן-עדן מציג עקרונות ענישה נוספים כמו-גם שיקולי ענישה המקובלים בשיטה הישראלית.

(א) מיידיות העונש

ניתן לזהות בסיפור המקראי את הקרבה במישור הזמן שבין המעשה העברייני לבין העונש המוטל על שלושת הנאשמים:

”וַיִּתֵּן הָאֱלֹהִים כִּי טוֹב הָעֵץ לְמֵאֲכָל... וַתֹּאכַל; וַתֵּתֶן גַּם לְאִשָּׁה עִמָּהּ, וַיֹּאכַל. וַתִּפְקְחֶנָּה עֵינֵי שְׁנֵיהֶם... וַיִּשְׁמְעוּ אֶת קוֹל יְהוָה אֱלֹהִים מְתִלֵּךְ בְּגֵן לְרוּחַ הַיּוֹם; וַיִּתְּחַבֵּא הָאָדָם וְאִשְׁתּוֹ... וַיִּקְרָא יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הָאָדָם... וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים לְאִשָּׁה: מַה זֹּאת עָשִׂיתָ? וַתֹּאמֶר הָאִשָּׁה: הִנָּחֵשׁ הִשְׁיֵאֲנִי, וַאֲכַל. וַיֹּאמֶר יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הִנָּחֵשׁ: כִּי עָשִׂיתָ זֹאת, אָרֹר אֶתְּהָ...” (בראשית ג 6–14)

הנה כי כן, המספר המקראי מציג לנו את הסיפור באופן המלמד על סמיכות זמנים בין המעשה העברייני, עריכת ה"חקירה" או השימוע, והעונש המוטל סמוך לכך. אף הרחקת אדם וחוה מהגן נעשית סמוך לחילול הגן. ענישה מיידית, כפי שנעשתה בעניינם של שלושת הנאשמים בסיפורנו, היא יעילה יותר, מרתיעה יותר ומחזקת את אמון הציבור. אף במשפט הישראלי קיימת שאיפה לקיצור פרקי-הזמן שבין העברה לעונש. ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף 40א(10) לחוק העונשין, אשר

מאפשר לבית-המשפט לשקול בתוך מתחם העונש שקבע את "חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה".

(ב) עונש מוות ועונש מרבי

כאשר אנו דנים בשאלת עונשם של הנאשמים, אין מנוס מלבחון את שאלת עונש המוות. כזכור, בורא עולם קבע כי מי שיאכל מעץ הדעת מות יומת. בחינת העונשים שהוטלו על הנאשמים מגלה כי על פניו לא הוטל במישרין – ובוודאי לא באופן מיידי – עונש מוות. אולם אנו יודעים כי הובטח לאדם שלעפר ישוב, וכי אדם וחיה הורחקו מהגן שמא יספיקו לאכול מעץ החיים, מה שמנע מהם חיי נצח, כך שבעקיפין אכן נגזר דינם למוות.⁸⁷ עם זאת, לשיטתי, ניתן לראות את עונש המוות שהוצמד למעשה העבירה כעונש המרבי שיהיה אפשר לגזור בגינה, ולא כעונש-חובה. הדבר מתיישב במידת-מה גם עם עקרון החוקיות, שכן העונשים שהוטלו בסופו של יום לא "פורסמו" אומנם עובר לביצוע העבירה, אך הם קלים מהעונש ש"פורסם" – עונש המוות – ולכן לגיטימיים. אף בשיטה הישראלית הכלל הוא שהעונש המוצמד לעבירה הוא עונש מרבי, ולא עונש-חובה. בעניין זה ראו סעיף 35(א) לחוק העונשין, שכותרתו "העונשים ענשי מקסימום":

"בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה."

(ג) נטילת אחריות על-ידי נאשם

אחד משיקולי הענישה שהוכרו על-ידי המחוקק הישראלי קשור לשאלת נטילת האחריות על-ידי הנאשם. ביטוי לשיקול זה נמצא בסעיף 40א(4) לחוק העונשין, הקובע כי יש מקום להתחשב גם ב"נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב", וכן בסעיף 40א(6), הקובע כי יש מקום להתחשב גם ב"שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו".

בסיפור המקראי בולטת בהקשר זה התנהגותם של אדם וחיה לרעה. שניהם ניסו לברוח ולהתחבא, שניהם היתממו, וכל אחד מהם ניסה לגלגל את האחריות אל אחר – אדם אל חיה וחיה אל הנחש. כזכור, בורא עולם פונה בתחילת

⁸⁷ קיימת תפיסה, למשל אצל הרמב"ן, שלפיה הקביעה לא הייתה שהאכילה עצמה תוביל לעונש מיידי של מוות, אלא שהיא תהפוך את האוכל לבן-מוות. בעניין זה ראו גם את רשימתו של השופט מ' דרורי "התוקף הנורמטיבי של האיסור הראשון בתורה והפרתו" עלון השופטים 60, 38–40 (2016).

השיחה עם אדם בשאלה: "וַיִּקְרָא יְהוָה אֱלֹהִים אֶל הָאָדָם, וַיֹּאמֶר לוֹ: אֵיפָה?" (בראשית ג 9). משפט זה עלול לעורר קושי תאולוגי, אך זאת לכאורה בלבד. המספר והקורא אינם חושבים באמת שבורא עולם מחפש את אדם במובן הפיזי. החיפוש הוא אחר נטילת האחריות למעשה, שכאמור מגיעה בהמשך באופן מוגבל בלבד. לוי גינצבורג אומר בעניין זה כך:

"לא הודה אדם בחטאו ולא התודה, אלא כך אמר אדם... האשה שהבאת לי היא הדיחה אותי מדברך והטעתיני... כשם שרצה אדם לגלגל עווננו מעל עצמו, כך גלגלה חוה אף היא את העוון, מעצמה. אף היא, אילו היתה מודה ומתודה היה נמחל לה, אלא שאמרה: לא חטאתי. אמר לה הקדוש-ברוך-הוא לחוה: לא דיך שחטאת, אלא שהחטאת את אדם! אמרה... הנחש השיאני ופתני ואכל... ופתח לה פתח לעשות תשובה, ולא עשתה."⁸⁸

אף צמריון מתייחס להתנהלותו של אדם לאחר הגילוי כאל מעין הוספת חטא על פשע:

"לחטא הראשון על האספקטים השונים שלו... נתווספה עתה ההתחמקות שבתירון, הגובל עם השקר."⁸⁹

במקום סיכום – על עקרון הבחירה החופשית

במאמר זה ביקשתי לבחון את סיפור גן-עדן על רקע הדין הפלילי הישראלי של ימינו. בחינה זו נעשתה באמצעות יישום הסיפור המקראי על המבנה המשפטי הישראלי. כך, למשל, נבחנה האפשרות לראות את הנחש כמבצע בצוותא או כמשדל, ונבחנה גם שאלת טיבה של העברה שעברו כל אחד מן הנאשמים. במסגרת זו התייחסתי גם להתנהלותו של בורא עולם בתפקידיו השונים – כמחוקק, כחוקר (מנהל השימוע) וכשופט. בד בבד ביקשתי לבדוק אם עקרונות המשפט הפלילי הישראלי המוכרים לנו כיום, דוגמת עקרון החוקיות או עקרון האשם, התקיימו גם בסיפור המקראי אף אם לא הוזכרו במפורש בשמם. הבחינה המקבילה, של שיטת המשפט שנהגה בסיפור המקראי ושל שיטת המשפט הישראלית, נעשתה גם בהקשר של דיני הענישה.

88 ראו גינצבורג, לעיל ה"ש 71, בעמ' 51–52.

89 צמריון, לעיל ה"ש 38, בעמ' 345.

מסקנתי בסופו של יום היא כי אילו עמדו שלושת הנאשמים הראשונים בהיסטוריה לדין לפני בית־משפט פלילי ישראלי של ימינו, סביר להניח שהם היו מורשעים בעבירות של המרדה (הנחש) והפרת הוראה חוקית (אדם וחווה), ונענשים בהתאם. מסקנה נוספת היא שעקרונות רבים המוכרים בשיטת המשפט הפלילי הישראלית יושמו כבר במשפטם של אדם, חווה והנחש.

שאלה מעניינת היא אם הניתוח המשפטי שנערך במסגרת מאמר זה בעניינם של שלושת הנאשמים אינו לוקה בעיוות בסיסי מעצם הגדרתם כ"ראשונים". היותם ראשונים בהיסטוריה, ולא רק כנאשמים, היא־היא שמעוררת את שאלת תקפותם של עקרון החוקיות, המודעות, ההגנה מן הצדק והסייגים השונים.

חרף שאלה זו, ככל שהלכתי והעמקתי בבחינת הסיפור המקראי בשילוב עם הדין הפלילי הישראלי, התבססה אצלי המסקנה כי היסוד המרכזי של הסיפור המקראי, שהוא גם היסוד המרכזי בדין הפלילי הישראלי, הוא עקרון הבחירה החופשית.⁹⁰ עיקרון זה הוא־הוא שיוצר את הזיקה החזקה והייחודית שבין שני אלה. ביסוד הסיפור המקראי עומדת בחירתם החופשית של אדם, חווה והנחש. הם ידעו על האיסור, הם ידעו מהו העונש, והם בחרו – הם בחרו להפר את האיסור והמיטו על עצמם את קלונם. אף ביסוד המשפט הפלילי הישראלי עומדות בחירותיו של הנאשם: נאשם שבוחר לבצע עברה, וזו אינה נכפית עליו בצורה כזו או אחרת,⁹¹ יורשע; לעומת זאת, נאשם שבוחר לא לבצע עברה אף שחשב לבצעה, או נאשם שהחל בביצועה של עברה אך התחרט ונמנע מלהמשיך בביצועה,⁹² לא יורשע בפלילים.

לעקרון הבחירה החופשית יש תהודה במישור הערכי ובמישור החינוכי גם־יחד. עיקרון זה עובר כחוט־השני בין הסיפור האנושי הראשון בהיסטוריה לבין סיפור חיינו אנו. שאלת הבחירה החופשית היא שאלתם של הנאשמים הראשונים בהיסטוריה בדיוק כשם שהיא שאלתם של אלה העומדים לדין כיום.

90 ראו, למשל, גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך א 54–56 (2009).

91 למשל, בהעדר שליטה במעשיו, בהתאם לסייג שבס' 134 לחוק העונשין.

92 בהתאם לס' 28 לחוק העונשין, הדין בעניין פטור עקב חרטה.

מודל המזונות הרעיוניים בדיני המשפחה

יצחק כהן*

תקציר

בשיטת המשפט הישראלית מקובל כי הכרעות בסוגיות המשמורת, מזונות הילדים ומזונות האשה ניתנות להתדיינות חוזרת, ועשויות להשתנות לאחר מתן פסק-דין סופי, ואף לאחר הסכם מפורש בין הצדדים. זהו מוסד העילה הנמשכת. בזכות אפשרות זו לשינוי ניתן לעדכן ולהתאים את הפסיקה למצב עתידי שלא היה אפשר לצפותו בזמן ההכרעה הראשונית. הודות לה אפשר להתחשב בהכנסות המשתנות של בני-הזוג, בצרכים החינוכיים, החברתיים והתקשורתיים המשתנים של ילדי בני-הזוג ועוד. אולם האפשרות להתדיינות חוזרת מותירה את סכסוכי המשפחה תלויים ועומדים, ומפרה את העיקרון היסודי של סופיות הדיון ומעשה בית-דין (*res judicata*). במקביל, ובאופן מפתיע, סוגיית חלוקת הרכוש היא סופית, ואינה ניתנת לשינוי יחד עם עילות נמשכות אלה, אף שהיא מעורבת וכרוכה בהן.

מאמר זה מבקש להתמודד עם מעורבותן של העילות השונות זו בזו ועם ההתייחסות השונה כלפיהן באמצעות מודל חדש. מודל זה מבקש להשיג איזון טוב יותר, הוגן יותר ויעיל יותר בין האינטרסים השונים הקיימים בזירת דיני המשפחה בכלל ובזירת ההתדיינות החוזרת בפרט.

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו; חוקר אורח באוניברסיטת קולומביה, ניו-יורק, ארצות-הברית, 2012–2013; מרצה אורח באוניברסיטת מקגיל, מונטריאול, קנדה, 2013; מרצה אורח במכון עזריאלי, אוניברסיטת קונקורדיה, מונטריאול, קנדה, 2014; מרצה מן החוץ, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; מוסמך כרב מטעם הרבנות הראשית בישראל. אני מבקש להודות לחברי מערכת כתב-העת מאזני משפט: לעורכת ד"ר שרונה אהרונזון-גולדנברג, לעורך-המשנה רון מיטשניק, לחברי הצוות אור אבניאון, סיגל חודדטוב, נטלי כהן זדה, לובה פויגל, מאמון חואיטה, ליאנה מסעוד, כרמל אליהו ורועי לסרי, ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על עבודת עריכה מקצועית ומסורה.

המאמר בונה תשתית להקמת המודל באמצעות קו טיעון מרכזי המצביע על הקשיים בביתורם של הסכמי גירויים לעילות שונות, אשר חלקן נמשכות וניתנות לשינוי ואילו חלקן סופיות ואינן ניתנות לשינוי. המאמר מציג מודל חדש בשם "מזונות רעיוניים-אפקטיביים". מודל זה מבטיח התחשבות בסוגיה של חלוקת הרכוש כאשר היא כרוכה בעילות הנמשכות המקובלות, אך בד בבד מונע דיון מחודש בחלוקת הרכוש. בני-הזוג יכללו בסכום המזונות הרעיוניים גם העברות רכוש חד-פעמיות שהיו ביניהם. כל שינוי שיתבקש בעילת מזונות הילדים או מזונות האישה יתייחס למזונות הרעיוניים, ולא למזונות המשולמים באופן שוטף. מודל המזונות הרעיוניים הוגן יותר בהיבט של שיקולי המיסוי, מתחשב ברכוש שאי-אפשר לממש, מונע את הצורך בתניות שיפוי למיניהן, ומונע את מכירתו של הרכוש המשפחתי. כמו-כן הוא קוהרנטי, עולה בקנה אחד עם רעיון ה-"clean break", ועשוי לסייע הן לבני-הזוג והן למערכת המשפטית בקביעת מפת-דרכים ברורה בנוגע לסכסוכים לאחר גירויים.

מבוא

א. מוסד העילה הנמשכת – הדין הפוזיטיבי

1. הרציונל של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה
2. עילה נמשכת המעורבת בעילה רכושית בהסכם גירויים

ב. מוסד העילה הנמשכת – הדין הנורמטיבי

1. היחס בין העילה הנמשכת לעילה הרכושית
2. הדין הנורמטיבי הראוי

ג. מודל המזונות הרעיוניים – מודל חדש

1. מנגנון המאפשר שינוי עתידי הוא הכרחי
2. מודל המזונות הרעיוניים-האפקטיביים
3. יתרונותיו וחסרונותיו של המודל המוצע

סיכום

מבוא

בשיטת המשפט הישראלית דיני המשפחה מכילים מוסד חריג ויוצא-דופן ביחס לכלל ענפי המשפט, והוא מוסד העילה הנמשכת. הכרעות או הסכמות השייכות למוסד זה ניתנות לשינוי בעתיד. פרקטיקה זו מפרה את העיקרון של מעשה בית-דין וסופיות הדיון, החולש על כלל ההליכים בשיטה המשפטית. היא מאפשרת לבעל-דין ליזום ולפתוח שוב הליך שכבר נדון ונפסק, ובלבד שיצביע על "שינוי נסיבות מהותי". פרקטיקה זו תורמת להתארכות ההליכים ולהתמשכות הקשר בין בני-הזוג, מה שמפר גם את עקרון ה-"clean break".¹ מוסד העילה הנמשכת האיץ את התפתחותו של מוסד נוסף בשיטה הישראלית, והוא תניות השיפוי בהסכמי הגירושים. תניות אלה מוסיפות ומעכבות את סיומם והשלמתם של הסכמי הגירושים.² מוסד העילה הנמשכת, המוביל לדיונים חוזרים ונשנים, רלוונטי בעיקר להליכים לאחר גירושים. אך כל נטעה – הוא מפרנס מאות ואלפי הליכים בישראל,³ ומתנוסס כחרב מעל כל שאר פרשיות הגירושים.

מטרתו של מאמר זה היא לבחון את יחסי-הגומלין של מוסד העילה הנמשכת עם מוסדות אחרים בדיני המשפחה, אשר נחשבים סופיים ובלתי-ניתנים לשינוי. המאמר בוחן בעיקר את יחסו של מוסד העילה הנמשכת לנושא חלוקת הרכוש המשפחתי. לאחר שאנתח מוסד זה ואדגיש את יתרונותיו ובעיקר את חולשותיו,

1 על עיקרון זה ראו, למשל: MARY ANN GLENDON, THE NEW FAMILY AND THE NEW PROPERTY 60 (1981); June Carbone, *Feminism, Gender and the Consequences of Divorce*, in *DIVORCE: WHERE NEXT?* 181, 189 (Michael D.A. Freeman ed., 1996).

2 ראו דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל 18 (2012) index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/DochShifman.pdf (להלן: דוח ועדת שיפמן). הוועדה מונתה ביום ט' בסיוון תשס"ו, 5.6.2006, על-ידי שר המשפטים חיים רמון, והגישה את המלצותיה לשר המשפטים יעקב נאמן בחשוון תשע"ג, אוקטובר 2012.

3 בחיפוש שערכתי באתר נבו אחר הליכי תמ"ש שבהם נמצאים יחד הביטויים "שינוי נסיבות" ו"מזונות" קיבלתי תוצאות לא-מעטות. חילקתי זאת לכמה תקופות עוקבות (שכן בחיפוש כללי מתקבל נתון האומר כי התקבלו יותר מ-500 פסקי-דין). מ-1.10.2008 עד 7.10.2014 – כלומר, במשך כשבע שנים – נפתחו 307 תיקים; בשמונה השנים שלפני כן – כלומר, מ-1.10.2001 עד 1.10.2008 – נפתחו 305 תיקים; ובשבע השנים שלפני כן – החל בשנת 1995 (שנת הקמתו של בית-המשפט לענייני משפחה) ועד 1.10.2001 – נפתחו 165 תיקים. לפני תקופה זו קשה לאתר פסקי-דין, באשר סוג ההליך אינו ברור. עוד נציין כי לטענת מרכז רקמן, רק 15% מפסקי-הדין שניתנו מגיעים לכלל פרסום. כלומר, אפילו בפרסום כה חלקי ומועט של הפסיקה מתקבלים כ-750 תיקים. זאת, כמובן, מלבד ההליכים המתנהלים בבית-הדין הרבני.

אציע מודל חדש שיש בו כדי לאזן בצורה טובה יותר בין האינטרסים השונים הקיימים בזירת דיני המשפחה. מודל זה יתחשב בסוגיית חלוקת הרכוש במקרים שבהם היא מעורבת בעילות הנמשכות, ויניב יתר ודאות, יתר בהירות ויתר צפיות. כמו-כן הוא יקטין את היקף ההתדיינויות בסכסוכי המשפחה, ויציע תוכנית עבודה ומפת-דרכים ברורה ליישוב סכסוכים לאחר גירושים. לבסוף, מודל זה יקטין את מפלס המתח הנלווה לסכסוכים לאחר גירושים, המכביד על בני-הזוג, על ילדיהם ועל החברה כולה.

המאמר מחולק לשלושה פרקים עיקריים. הפרק הראשון יציג בתמצית את הדין הפוזיטיבי. הפרק השני יציג את הדין הנורמטיבי, ויכלול בעיקר ביקורת על מתכונתו הנוכחית של מוסד העילה הנמשכת בהקשר של היחס בינו לבין עילות אחרות שאינן נמשכות. הפרק השלישי יציג את המודל החדש, על יתרונותיו וחסרונותיו.

א. מוסד העילה הנמשכת – הדין הפוזיטיבי

1. הרציונל של מוסד העילה הנמשכת בדיני המשפחה

בדיני המשפחה יש שלוש עילות החורגות מהעיקרון של מעשה בית-דין (*res judicata*) וסופיות הדיון.⁴ בסכסוכי גירושים שבהם עילות אלה רלוונטיות, אחד הצדדים רשאי ליזום הליך חדש בעילה שכבר הוכרעה ונחתמה, ובלבד שיצביע על שינוי נסיבות מהותי.⁵ העילה הבולטת ביותר מבין העילות הנמשכות היא

4 על העיקרון בשיטה הישראלית ראו ע"א 246/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968); ע"א 151/87 ש. ארצי, רחמני, פ"ד מג(3) 489, 497 (1989). כן ראו נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי 3–12 (1991). על העיקרון בארצות-הברית ראו: Zollie Steakley & Weldon U. Howell, Jr., *Ruminations on Res Judicata*, 28 Sw. L.J. 355, 355 (1974) ("The doctrine of *res judicata*... [states] that a cause of action once finally determined, without appeal, between the parties, on the merits, by a competent tribunal, cannot afterwards be litigated by new proceedings either before the same or any other tribunal"); *Cnty. of Wayne v. City of Detroit*, 590 N.W.2d 619, 620–621 (Mich. Ct. App. 1998) ("Under the doctrine of *res judicata*, 'a final judgment rendered by a court of competent jurisdiction on the merits is conclusive as to the rights of the parties and their privies, and, as to them, constitutes an absolute bar to a subsequent action involving the same claim, demand or cause of action'").

5 ראו את פסק-הדין המוביל בעניין שינוי הנסיבות: ע"א 363/81 פייגה נ' פייגה, פ"ד לו(3) 187 (1982). הדברים נכונים הן לפסק-דין שניתן על יסוד הכרעה והן לפסק-דין שניתן על

עילת משמורת הילדים והסדרי הראייה.⁶ יש כמה טעמים ונימוקים ביסוד הרציונל המאפשר שינוי עתידי בניגוד למקובל בכל ענפי המשפט. ראשית, הכרעה אזרחית רגילה דורשת קביעה בנוגע לעובדות או למעשים שנעשו בעבר, ולא צפייה של פני העתיד. ברוב ההתדיינויות הרגילות התוצאות תלויות בהכרעת בית-המשפט אם אירוע עובדתי מסוים התרחש בעבר אם לאו. לעומת זאת, דיוני המשמורת, כפי שמקובל לראותם כיום בישראל, מנסים לצפות את העתיד יותר מאשר את העבר.⁷ שנית, דיוני המשמורת מתמקדים יותר בנפשות הפועלות – בדרך-כלל האב, האם והילד – ופחות באירועים שאירעו בעבר.⁸ ביתר פירוט, ההכרעה בסכסוכי המשמורת צופה קדימה כלפי המשך חיי המשפחה בעתיד. בדיוני משמורת על השופט לבחון את הכושר ההורי והמסוגלות ההורית, את גישות ההורים ואת אישיותם, כדי להגיע להחלטה הטובה ביותר מבחינת הילד.⁹ החלטה בעניין המשמורת דורשת לרוב צפיית פני עתיד באשר להתנהגותם של כל הצדדים. זאת, להבדיל מהכרעות בהתדיינויות רגילות בבתי-המשפט, אשר אינן דורשות הערכה של היחסים העתידיים בין כל הצדדים המתדיינים.¹⁰ לבסוף,

יסוד הסכמה (ראו שם, בעמ' 189). כן ראו ע"א 149/88 פרי נ' פרי, פ"ד מב(3) 289, 292 (1988); ע"א 1880/94 קטן נ' קטן, פ"ד מט(1) 215, 220 (1995). בשיטה האמריקאית ראו, למשל: Joan G. Wexler, *Rethinking the Modification of Child Custody Decrees*, 94 YALE L.J. 757, 779 (1985) ("Each of the approaches to modification applications described above represents an attempt to balance competing policy interests. Trying to balance the policies behind the *res judicata* doctrine on the one hand, and the policies in favor of making the best-advised contemporary determination of the child's welfare on the other, the traditional changed circumstances doctrine holds that not just any changed circumstances, but only substantial ones, should warrant changing custody"); Sally Burnett Sharp, *Modification of Agreement-Based Custody Decrees: Unitary or Dual Standard?*, 68 VA. L. REV. 1263, 1264 n. 9 (1982) ("The change of circumstances standard is based on principles of *res judicata*").

6 ביד"מ 1/60 וינטר נ' בארי, פ"ד טו 1457, 1468 (1961). לאחרונה התקבלה הכרעה מפתיעה שלפיה אין מדובר בעילה אחת, כי אם בשני נושאים נפרדים. ראו בג"ץ 6021/10 פלוגית נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פס' 16 (פורסם בנבו, 4.10.2010).

7 ראו, למשל: Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy*, 39 LAW & CONTEMP. PROBS. 226, 250 (1975).

8 להרחבה ראו רות זפרן "הקשיים הכרוכים בחוות-הדעת המקצועיות – טעם נוסף לעיצוב מחדש של הדין בשאלת חלוקתה של האחריות ההורית" עיוני משפט לו 269 (2013).

9 Mnookin, לעיל ה"ש 7, בעמ' 251.

10 שם, בעמ' 253.

הכרעה בעניין המשמורת משתדלת לבחון לא רק את התנהגותם של הצדדים בעתיד על-סמך התנהגותם בעבר, אלא גם את השינויים העתידיים בצורכי הילדים, עקב גורמים כגון קשיי למידה, קשיי קליטה בסביבה חדשה ועוד. יש להביא שינויים אלה בחשבון כאשר יש בהם כדי להשפיע על החלטת המשמורת. מוסד העילה הנמשכת כולל גם את עילת מזונות הילדים, בהתבסס על אותו רציונל.¹¹ מוסד העילה הנמשכת כולל גם את עילת מזונות האישה.¹² חשוב לציין כי עילת מזונות האישה מכוח הדין האישי היא עילה נמשכת רק כל עוד לא ניתן הגט.¹³ ייתכן בהחלט שבית-המשפט או בית-הדין יקבעו כי יש להפסיק לשלם את מזונות האישה גם לפני מתן הגט.¹⁴ דבר זה אפשרי, למשל, במקרים שבהם

11 ראו בג"ץ 59/53 הויזמן נ' יו"ר ההוצל"פ ביהמ"ש המחוזי ירושלים, פ"ד ז 1142, 1147 (1953). כן ראו: Franke v. Franke, 2004 WI 8, para. 73, 268 Wis. 2d 360 ("Wisconsin Stat. 0 767.32(1) provides that modification of a child support order may be made only if there has been a substantial change in circumstances affecting the parties"); Gisela Gertrud Abe v. Tan Wee Kiat, [1986] 2 MLJ 297, 298 ("It is common ground that these sections (ss 83 and 96 of the Law Reform (Marriage and Divorce) Act 1976) give to the court a general power to vary or rescind any subsisting periodical payments for the wife (s 83) and/or the children (s 96) of the marriage where it is satisfied that it was based on any misrepresentation or mistake of fact or where there has been any material change in the circumstances").

12 ע"א 167/63 ג'ראח נ' ג'ראח, פ"ד יז 2617, 2624 (1963).

13 עצם עובדת הגירושים שוללת מאישה את הזכות למזונות, שכן הזכות למזונות יסודה בעצם הנישואים. ראו בבלי, כתובות צז, ע"ב; בבלי, כתובות קז, ע"א. כמו-כן, הרמב"ם כותב כי "הגרושה – אין לה מזונות". משנה תורה, אישות, פרק כא, הלכה יז. כן ראו שו"ע אבן העזר, סימן פב סעיף ו, מגיד משנה: "זה ברור שכל זמן שהיא מגורשת גמורה אין בעלה חייב במזונותיה".

14 ראו לאחרונה בע"מ 3151/14 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 5.11.2015), ובו נאמר כי בית-המשפט לענייני משפחה רשאי לפסוק לאישה מזונות לתקופה קצובה, שלאחריה לא תהיה האישה זכאית עוד לתשלום מזונות אף אם בני-הזוג טרם התגרשו. כמו-כן, בית-המשפט רשאי להימנע מלפסוק לה מזונות גם אם היא זכאית להם לפי הדין האישי, וזאת אם בית-המשפט מצא כי בני-הזוג עומדים להתגרש והנישואים גוועו או כי האישה, על-פי התרשמותו, היא סרבנית-גט. בית-המשפט לענייני משפחה קבע בהקשר זה כי כאשר מדובר בקשר גווע, אף אם בני-הזוג טרם התגרשו, אין ככלל הצדקה לשימורו במתכונת של פסיקת מזונות לאישה. כן ציין בית-המשפט כי חיוב המזונות כפוף לדרישת תוס-הלב (תוך הפניה לבע"מ 3148/07 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.6.2007)). בית-המשפט העליון ביטל פסיקתו זו, אך לא על הצד העקרוני, כי אם על הצד המעשי הספציפי בתיק זה, בקובעו כי קציבת המזונות עלולה להביא את האישה לידי חרפת רעב. זהו בהחלט פסק-דין תקדימי, המתיר לערב יסודות אורחיים בפסיקת המזונות, שאמורה להתנהל כל-כולה על בסיס דין

האישה יוצאת לעבוד ומתפרנסת כדי מחסורה או יש לה פוטנציאל השתכרות,¹⁵ וכן במקרים שבהם האישה מורדת או מקיימת יחסי אישות עם אחר בעודה נשואה לבעלה.¹⁶ מכל מקום, לאחר הגירושים תשלום מזונות האישה פוסק, וממילא אין לנושא זה שייכות לעילה נמשכת לאחר מתן הגט. לעומת זאת, אם מזונות האישה ניתנים מכוח היחסים החוזיים בין הצדדים או מכוח עקרון תום-הלב, שאז הם מכונים "מזונות אזרחיים", אזי הם עשויים להימשך גם לאחר הפירוד, וממילא התביעה לשינויים עשויה לבוא גם לאחר הפרידה.¹⁷

מוסד העילה הנמשכת מתנגש בעיקרון יסודי מאוד בשיטת המשפט, התורם תרומה מכרעת ליציבותה, והוא עקרון מעשה בית-דין, שלפיו אין לפתוח שוב עניין שכבר נדון והוכרע. אולם יש להתחשב בכמה תרחישים אפשריים. ראשית, מנגנון שאינו מאפשר להגדיל את מזונותיו של ילד המפתח צרכים הכרחיים, חינוכיים או רפואיים, מטיל את כל הנטל האמור על ההורה המשמורן, ואין הדבר ראוי. שנית, אין הצדקה שהחייב במזונות יישא באותה רמת תשלום אם הוא פוטר מעבודתו, חלה או ספג פגיעה בכושר השתכרותו. שלישית, אין זה צודק לא להגדיל את סכום מזונותיו של בן-הזוג מקבל המזונות אם הוא פוטר מעבודתו או נפגע בכושר השתכרותו.¹⁸ על אלה אפשר להוסיף תרחישים אינספור המצדיקים

דתי. באותו אופן גם נקבע כי בית-המשפט רשאי לפסוק מזונות משקמים לאישה או לאיש אף לאחר גירושים – זכויות שאינן קיימות כלל לפי הדין הדתי.

15 ראו רות הלפרין-קדרי "מזונות אישה: מתפישה של שונות לתפישה של (אי-)שוויון" משפט וממשל ז' 767, 789–791 (2005); ע"א 6136/93 ביקל נ' ביקל (פורסם בנבו, 6.7.1994); ע"א 5930/93 פדן נ' פדן, פס' 2 (פורסם בנבו, 22.12.1994).

16 בנציון שרשבסקי ומיכאל קורינאלדי דיני משפחה כרך א 309 (מהדורה מעודכנת ומורחבת 2015).

17 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 50580-09 א.א. נ' מ.א. (פורסם בנבו, 11.3.2012). כן ראו בע"מ 3151/14, לעיל ה"ש 14.

18 זאת, כמובן, בהנחה שיש מזונות בין בני-הזוג. כאמור, הדין הישראלי מאמץ את הדין האישי, כקבוע בס' 2 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959. לפיכך עם מתן הגט פוסקת חובת מזונות האישה, ותביעה לשינוי אינה רלוונטית אף אם יוכח כי האישה אכן זקוקה לתקופת שיקום כזו או אחרת. ראו פסיקה תקדימית בבע"מ 3151/14, לעיל ה"ש 14. יש להוסיף ולומר כי לעיתים אנו מוצאים בדין הדתי עצמו מזונות אישה גם לאחר הגירושים. ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 17/97 מלאך נ' מלאך, פ"מ לב (2) 90, פס' 23 לפסק-הדין (1998): "אפשר לסכם ולומר כי המקור המשפטי למזונות גרושה בדין העברי הוא בדרך כלל (למעט חריגים לגבי אשה גרושה שכתובה לא שולמה), התחייבות הבעל לשלם לאשתו מזונות בעת שהשניים עדיין נשואים על מנת שיפרעו לאחר הגירושין, ובתי הדין מאשרים התחייבויות כאלה ונותנים להן תוקף של פסקי דין תוך מטרה ברורה ומוצהרת שיגבו כדרך שגובים מזונות לאשה."

את השינוי בצווי המשמורת, מזונות הילד או מזונות האשה. מטרתם של תשלומי המזונות היא לענות על צורכי הילד וצורכי בן-הזוג בהתמודדותם עם המציאות החדשה שנוצרה בעקבות הגירושים, שבמסגרתם בית אחד פוצל ונהיה לשני בתים. השינויים הם דינמיים, וקשה לצפותם מראש. מנגנון המאפשר שינוי והתאמה של צווי משמורת, מזונות הילד ומזונות בן-הזוג הוא אפוא הוגן, הכרחי ובלתי-נמנע.¹⁹

2. עילה נמשכת המעורבת בעילה רכושית בהסכם גירושים

האפשרות לפתוח שוב את ההליך לאחר שהוכרע, הגם שהיא חיונית כאמור, עלולה לפגוע באחד מבני-הזוג באופן חריף בתרחיש הבא. לעיתים בן-הזוג הלא-משמורן מתקשה להמציא כסף מזומן מדי חודש בחודשו לטובת מזונות הילדים הנמצאים במשמורת אצל בן-הזוג המשמורן. לנוכח זאת, בין היתר, בני-הזוג מעמידים את שיעור מזונות הילדים על שיעור נמוך מהמקובל, ומסכמים כי סכום זה לא יועלה. בתמורה לכך, וכדי להשלים את סכום המזונות לסטנדרטיזציה המקובלת בפסיקה,²⁰ בן-הזוג הלא-משמורן מעביר את חלקו בדירת המגורים לבן-הזוג המשמורן.²¹ בכך הוא גם מספק מדור לילדים. אלא שהניסיון מלמד כי כאשר בן-הזוג המשמורן תובע בהמשך את הגדלת מזונות הילדים, או במקרים שבהם הקטין תובע בהמשך את מזונותיו באמצעות בן-הזוג המשמורן, בית-המשפט נעתר לתביעתם לאור עקרון-העל בדבר טובת הילד.²² עיקרון זה הוא

19 ראו, למשל: June Carbone, *Income Sharing: Redefining the Family in Terms of Community*, 31 Hous. L. Rev. 359, 362 (1994); Milton C. Regan, Jr., Commentary, *The Boundaries of Care: Constructing Community after Divorce*, 31 Hous. L. Rev. 425, 442, 448 (1994).

20 כך, למשל, בשנת 2013 נפסק כי סכום המזונות בעבור צרכיו ההכרחיים של ילד אחד עומד על כ-1,250 ש"ח, מלבד הוצאות המדור, העומדות על כמה מאות שקלים. ראו בג"ץ 4407/12 פלוני נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים (פורסם בנבו, 7.2.2013). סכום זה, המכונה "מזונות-הסף" או "פסיקת-מינימום", המשיך לעלות, וכיום הוא עומד על כ-1,400 ש"ח. ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 32604-04-13 ד' (קטין) נ' פלוני (פורסם בנבו, 26.2.2014). אתייחס לסף זה גם להלן.

21 כך קרה, למשל, בבג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פדאור 2006(8) 437.

22 ראו, למשל, ד"נ 4/82 קוט נ' קוט, פ"ד לח(3) 197 (1984). כן ראו: Kelly v. Joseph, 46 P.3d 1014, 1017 (Alaska 2002) (citing Pinneo v. Pinneo, 835 P.2d 1233, 1238 (Alaska 1992)) ("The superior court 'may not modify an existing custody arrangement unless it determines that a change in circumstances requires the modification of the award and the modification is in the best interests of the child'").

המנחה את חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות,²³ שלפיו כל החלטה בענייני הילד צריכה להיות מודרכת על-ידי טובתו בלבד, לפני כל אינטרס אחר.²⁴ העיקרון בא לידי ביטוי גם בכל הצעת חוק חדשה שעולה בענייני הילד²⁵ ובכל מינוי של ועדה העוסקת בענייני המשפחה.²⁶ כמו-כן, אישור הסכם על-ידי בית משפט אשר לא מצא בו פגיעה ב"טובת הילד" הוא תנאי מוקדם לתחולתו על הילדים.²⁷ עקרון טובת הילד הוא גם שהניע את ועדת שניט להמליץ כי אין עוד מקום לחזקת הגיל הרך, הקבועה בסעיף 25 לחוק הכשרות, מכיוון שחזקה אפריורית ונתונה מראש אינה מתיישבת עם בחינת טובתו של הילד בכל מקרה לגופו.²⁸ כמו-כן, כאמצעי נוסף להבטחת אי-פגיעה בקטין, נמסרה לידיו זכות לתביעה עצמאית בהתעלם מסיכומים שאליהם הגיעו הוריו בעניינו.²⁹ כך, תניות שיפוי שבהן התחייבה האם כלפי האב בוטלו לא אחת מחמת תקנת הציבור, משהתברר כי יש בהן כדי לפגוע בטובתו של הקטין.³⁰

לנוכח האמור, תביעה להגדלת מזונות הילד תתקבל על-פירוב כדי להעמידם על מזונות-המינימום המקובלים בפסיקה. דא עקא, בית-המשפט יימנע בדיון השני

- 23 חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות, התשכ"ב 1962 (להלן: חוק הכשרות).
- 24 כך, למשל, ס' 17 לחוק הכשרות קובע כי "באפוסטרופוסות לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין"; ס' 24 לחוק הכשרות קובע כי "היו הורי הקטין חיים בנפרד... רשאים הם להסכים ביניהם על מי מהם תהיה האפוסטרופוסות לקטין, כולה או מקצתה, מי מהם יחזיק בקטין, ומה יהיו זכויות ההורה שלא יחזיק בקטין לבוא עמו במגע; הסכם כזה טעון אישור בית המשפט והוא יאשרו לאחר שנוכח כי ההסכם הוא לטובת הקטין"; וסעיף 25 לחוק הכשרות קובע כי אם "לא באו ההורים לידי הסכם כאמור בסעיף 24... רשאי בית המשפט לקבוע את הענינים האמורים בסעיף 24 כפי שייראה לו לטובת הקטין, ובלבד שילדים עד גיל 6 יהיו אצל אמם אם אין סיבות מיוחדות להורות אחרת".
- 25 כך, למשל, בהצעת חוק הורים וילדיהם, התשע"ה-2015, פ/591/20, שהונחה על שולחן הכנסת ביום 11.5.2015, הוצע בס' 2 כי "טובתם של הילדה או הילד תהיה שיקול ראשון במעלה בכל פעולה, החלטה או הליך משפטי בעניינם, לפי חוק זה".
- 26 בכתב המינוי של ועדת שיפמן, לדוגמה, צוין כי מטרת המינוי היא צמצום התדיינויות והשפעות שליליות על טובת הילד. ראו דוח ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9.
- 27 שם, בעמ' 27. כן ראו ס' 12(א) לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, הקובע כי "הסכם בדבר מזונות של קטין וויתור על מזונות כאלה אינו קושר את הקטין, כל עוד לא אושר על ידי בית המשפט".
- 28 ראו הצעת חוק הורים וילדיהם, לעיל ה"ש 25, בדברי ההסבר לס' 11(ב).
- 29 ראו בהרחבה מאמרי יצחק כהן "מעמדו העצמאי של הקטין בדיני המשפחה – תהליכים, מגמות ודרכים לאיזון מחודש" משפטים מא 255 (2011).
- 30 ראו, למשל, עניין קוט, לעיל ה"ש 22, וכן ע"א 4262/96 וואיה נ' וואיה, פ"ד נא (5) 231 (1997).

חשוב לציין כי גם כאשר בני-זוג מסכמים על סכום מזונות מסוים בעבור ילדיהם, אין הדבר מבטיח שאחד מבני-הזוג לא יבקש בעתיד לשנות סכום זה. לא אחת קורה שאחד מבני-הזוג חש כי חתם על ההסכם כאשר כבר היה מותש מהדין המשפטי או רק משום שכך יעץ לו עורך-דינו, ולכן מנסה במועד מאוחר יותר לשנות לטובתו את הסיכום שאליו הגיע עם בן-זוגו. שנית, לא אחת הצרכים משתנים, ולא פשוט להגיע להסכמה עם בן-הזוג משלם המזונות על העלאת גובה התשלום. אומנם יש בני-זוג המשלימים עם הגירושים ומוכנים להגיע עם בן-הזוג לסידור חדש בעקבות השינוי שחל במציאות. אך יש שהתחושות כלפי בן-הזוג נשארות קשות, ולעיתים אף הולכות ומחמירות ככל שהשנים חולפות. אין מודל אחד לסיטואציה עתידית זו, ולכן לא אחת נזקקים מחדש להכרעה שיפוטית, אשר בסופה ייחתם הסכם חדש. הסכמים בדיני המשפחה אינם מלמדים כלל וכלל על

414

השלמה והתפייסות, באשר הם הכרחיים. הסיבה למציאות זו נעוצה בכך שהליך גירושם אינו יכול להסתיים על-ידי הכרעה שיפוטית, והוא תלוי ברצון האיש ליתן גט וברצונה של האישה לקבל את הגט. הואיל וממילא נדרש רצון לשם ניתוק הקשר הסופי, הסיכום עובר גם דרך הסוגיות הנלוות לגירושם, דוגמת נושא המזונות וכיוצא בו, אך הסכמים אלה בהחלט אינם מלמדים על סוף-פסוק.

הסיטואציה המתוארת באה לידי ביטוי בעניין רודן.³² בני-הזוג חתמו על הסכם גירושם שבמסגרתו התחייב הבעל לשאת בכל החובות הכספיים של בני-הזוג, וויתר ויתור מוחלט על כל זכות קניינית שהייתה לו בדירה המשותפת של בני-הזוג ובתכולתה. באשר לבן הקטין התחייבה האם כי היא תקבלו להחזקתה, וכי היא זו שתדאג לחינוכו ולכל מחסורו וצרכיו עד שיגיע לגיל בגרות. עוד התחייבה האם לא לתבוע מזונות בעבור הקטין. כעבור תשע שנים הוגשה תביעה למזונות על-ידי הבן באמצעות אמו, ובה תבע הבן מאביו כי יישא בתשלום המזונות הדרושים לו למחייתו. הדרגה הראשונה החליטה עקרונית כי האב חב בתשלום מזונות הבן, וכי ההסכם – שנעשה בין האב לבין האם ואשר כולל בחובו הסדרים בדבר מזונות הבן – אינו שולל מהבן את הזכות השמורה לו לתבוע את האב על-פי דין.³³ בית-המשפט התעלם לחלוטין מוויתורו של האב על חלקו ברכוש והעברתו לאם כחלק מתשלום המזונות בעבור הבן. בית-המשפט העליון ממשיך וקובע כי "תמים דעים אני עם הדרגה הראשונה בקביעתה המקדמית, שהאב חב בתשלום מזונות בנו על-פי הדין האישי החל עליו, וכי ההסכם, שנערך בין הבעל לבין האישה, אינו שולל מהבן את הזכות לתבוע מזונותיו מאת אביו מכוח עצמו, חרף

32 ע"א 151/85 רודן נ' רודן, קטין באמצעות אמו, פ"ד לט (3) 186 (1985).

33 חשוב לציין כי יש עיקרון נוסף המאפשר לשנות הכרעות או לפתוח הסכמים שאושרו ואף קיבלו תוקף של פסק-דין. העיקרון הוא מעמדו העצמאי של הקטין. בתביעות מסוג זה הקטין הוא התובע, ואין הוא טוען לשינוי נסיבות, כי אם לכך שהוריו הזניחו את האינטרסים שלו, ולפיכך אין הוא מחויב בהסכמות שאליהן הם הגיעו. ראו כהן, לעיל ה"ש 29. בית-המשפט העליון דן לאחרונה בהבחנה בין תביעות מכוח שינוי נסיבות לבין תביעות מכוח מעמדו העצמאי של הקטין – ראו בג"ץ 4407/12, לעיל ה"ש 20. בית-המשפט העליון קבע כי המבחן שיכריע אם לאפשר לקטין לתבוע תביעה עצמאית הוא המבחן המהותי. כלומר, כל עוד ענייניו של הקטין נדונו לגופם – לאחר שבית-המשפט וידא, באמצעות ייצוג וחווה דעת לפי הנחוצה, כי ענייניו נשקלים באופן שאינו טבול בסכסוכי הוריו, אף אם לא במסגרת תביעה נפרדת בשמו – ייחסם הקטין מלחבוע מכוח מעמדו העצמאי. חשוב לציין כי גם אם מדובר בתביעה עצמאית של הקטין, להבדיל מתביעה מכוח שינוי נסיבות, התעלמותו של בית-המשפט מהעברת רכוש שנעשתה כתחליף לתשלום מזונות היא בעייתית. לפי המבחן המהותי האמור, יש לבחון אם הילד קופח במזונותיו. אי-אפשר להעריך זאת באופן אמיתי אם מתעלמים מהעברת רכוש שנעשו כחלק מתשלומי המזונות ולא היו אמורות להיות חלק מחלוקת הרכוש.

הנאמר בהסכם".³⁴ בסופו של יום אישר בית-המשפט את החלטת בית-משפט קמא לחייב את האב במזונות בנו. בית-המשפט מבחין מפורשות בין מקרה זה למקרים שבהם "האב התנער מכול וכול מחובתו לזון את בנו וכפה למעשה את גישתו זו על אשתו, מכוח הסכם השיפוי, ללא תמורה של ממש".³⁵ אף שבית-המשפט מסכים כי אין זה המקרה שלפניו, הוא רואה לנכון לחייב את האב במזונות הילדים ולהתעלם מהעברת הרכוש שנעשתה כתחליף לחלק מתשלום המזונות.

הסדר כזה, שבמסגרתו הצדדים מסכימים על שיעור מזונות נמוך בעבור הילדים בתמורה להעברת רכוש, קיים גם בארצות-הברית, אף שנקבעו בה קווים מנחים בנוגע למזונות הילד.³⁶ אומנם נקבע בהנחיות כי סכום מזונות הילדים יהיה אחוז מסוים מהכנסות ההורים, אך בפועל תיתכן סטייה מהשיעור הקבוע בקווים המנחים בעקבות הסכמים בין ההורים. כך, למשל, החייב בתשלום המזונות יכול לוותר על החלק המגיע לו בחלוקת הרכוש המשפחתי או להסכים כי ההורה המשמורן יישאר בבית המגורים המשפחתי, ובתמורה ישלם החייב שיעור נמוך יותר של מזונות מזה הקבוע בקווים המנחים.³⁷ הסכמה זו יכולה להיות מובטחת באמצעות תניות המגבילות את יכולת השינוי של שיעור מזונות הילדים. עם זאת, בתי-המשפט ערערו על זכותם של הצדדים לכבול את סמכותו של בית-המשפט לשנות את שיעור מזונות הילדים במקרה של שינוי נסיבות.³⁸

34 עניין רודן, לעיל ה"ש 32, בעמ' 190.

35 שם, בעמ' 192. ראו, למשל, ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא (3) 85 (1977); ע"א 51/81 בראור נ' בראור, פ"ד לה (4) 231 (1981); ע"א 17/81 סער נ' סער, קטיין, פ"ד לו (3) 207 (1982).

36 ראו: Gale M. Phelps & Jerald L. Miller, *The New Indiana Child Support Guidelines*, 22 IND. L. REV. 203, 204–205 (1988); Child Support Enforcement Amendments of 1984 § 18 (codified as amended at 42 U.S.C. § 667); Family Support Act of 1988, Pub. L. No. 100-485, § 103, 102 Stat. 2343, 2346 (codified at 42 U.S.C. § 667); CONN. GEN. STAT. ANN. §§ 46b-215a–b (West 2009); GA. CODE ANN. § 19-6-15(c)(1) (West 2010 & Supp. 2012); LA. REV. STAT. ANN. § 9:315.1–19 (2012); MD. CODE ANN., FAM. LAW §§ 12-202, 12-204 (LexisNexis 2013); MISS. CODE ANN. § 43-19-101 (West Supp. 2013); NEB. REV. STAT. ANN. § 42-364.16 (LexisNexis 2011).

37 ראו, למשל: Kelley v. Kelley, 449 S.E.2d 55, 55–56 (Va. 1994). כן ראו: *In re Marriage of Kraft*, 868 N.E.2d 1181, 1183 (Ind. Ct. App. 2007) ("This agreement is a compromise between the parties of several competing positions expressed during mediation and may not be consistent with the Indiana Child Support Guidelines").

38 ראו, למשל: Elliott L. Epstein, *The Enforceability of Extra-statutory and*

לעיתים רחוקות הפסיקה אכן מתייחסת להעברות רכוש או לתשלומים חד-פעמיים כאל חלק מתשלום המזונות אף שהם לא שולמו בתשלום עיתי מדי חודש בחודשו, ואף כאשר הם שולמו כחלק מרכיבים רכשיים והוניים, אלא שגם אז הדבר נעשה בעצלתיים. כך, למשל, בתמ"ש ג' נ' ע' נדון עניינו של אב לשלושה ילדים אשר פרע מראש שווי של 120,000 דולר לצורכי המדור של שלושת ילדיו. האב העביר לאם סכום זה לטובת רכישת דירה. בתמורה לכך נרשם בהסכם הגירושים כי האב פטור מחיובי המדור. בכלות הסכום הגישה האם תביעה בשם הקטינים, ובה דרשה מהאב דמי מדור. בית-המשפט דחה את התובענה, אך דחייתו זו התבססה בעיקרה על עקרון תום-הלב, על חיוב הצדדים בדרגה נוספת מעל עקרון תום-הלב הרגיל, על דוקטרינות השיהוי וההשתק, וכולי. זאת, במקום לקבוע כי האב יצא ידי חובת תשלום המדור באמצעות אותו תשלום חד-פעמי, שלגביו סוכם בכתב כי הוא חלק מתשלום המזונות.³⁹

עוד מתברר כי הפסיקה עודה מתחבטת בשאלה כיצד להתייחס לתשלומי משכנתא הממירים לכאורה את תשלומי המדור. בעניין ר.ג. נ' נ.ח., למשל, נקבעה הקביעה התמוהה כי "הלכה פסוקה היא, כי תשלומי משכנתא אינם בגדר מזונות; משכנתא הינה השבחה במישור ההוני של הנכס".⁴⁰ לעומת זאת, בעניין כ' י' נ' כ' י' נקבע כי "בתשלום המשכנתא יש משום הבטחת המדור. תשלום סדיר של משכנתא מבטיח קיום מקום מגורים המשמש למדור, בלא שיהיה נתון לאיום מימוש המשכנתא והליכי פינוי ומכירת הנכס. וכך, בתשלום המשכנתא, מושגת,

Repudiated Divorce Settlement Agreements, 8 Me. B. J. 144 (1993); Lieberman v. Lieberman, 568 A.2d 1157, 1163 (Md. Ct. Spec. App. 1990) ("A parent cannot agree to preclude a child's right to support by the other parent, or the right to have that support modified in appropriate circumstances"); Breneman v. Breneman, No. WD-90-33, 1991 WL 49998, at 5 (Ohio Ct. App. Apr. 5, 1991) ("[T]he obligor parent cannot, by means of his own contract, totally relieve himself/herself of the obligation to support a minor child and the custodial parent cannot barter away the child's right to that support"); *In re Marriage of Wood*, 806 P.2d 722, 723 (Or. Ct. App. 1991) ("Parents cannot, by their agreement, avoid the continuing obligation to contribute to the support of their children"); Guille v. Guille, 492 A.2d 175 (Conn. 1985); Pettit v. Pettit, 818 S.W.2d 561, 562 (Tex. Ct. App. 1991); Huckleby v. Lawdermilk, 709 S.W.2d 331 (Tex. Ct. App. 1986); Grimes v. Grimes, 621 A.2d 211 (Vt. 1992).

39 תמ"ש (משפחה ת"א) 6935-08-12 ג' נ' ע' (פורסם בנבו, 3.3.2013).

40 תמ"ש (משפחה ת"א) 35431-06-11 ג' נ.ח., פס' 48 (ב) (פורסם בנבו, 31.10.2013). לפסק-דין שפסק כך ראו ע"א 864/94 שוקר נ' שוקר, פס' 6 (פורסם בנבו, 20.12.1994).

אומנם באופן עקיף, הבטחת מדורם של הקטינים והאישה. משכך, מוצדק, איפוא, בנסיבות מסוימות, לראות בפרעון תשלומי המשכנתא אופן תשלום הוצאות המדור.⁴¹ גישה אחרונה זו אומצה במספר רב של פסקי-דין, אך לעיתים סויגה.⁴² בעניין פלוני נקבע כי מדור הוא חלק מן המזונות שעל אב לספק לילדו, וכי אין אב יכול להשתחרר מחובה זו רק מפני שאם הקטין רכשה דירה ומממנת חלק מעלותה על-ידי תשלום משכנתה.⁴³

עוד יש להתלבט ביחס לגישה הרואה את תשלום המשכנתה כחלק מתשלום המזונות, באשר לפיה מי שפרע מראש את תשלום המזונות או המדור חסין לכאורה מפני תביעה לשינוי דמי המזונות, מכיוון שהם כבר שולמו במלואם בעבר בתשלום חד-פעמי. מכל מקום, פסיקות סותרות אלה מלמדות כי הפסיקה טרם מצאה את שביל-הזהב בהתמודדות עם העברות רכוש אלה הבאות להמיר חלק מתשלום המזונות או חלק מתשלום המדור. אני סבור כי המודל שאציע לקמן עשוי לפתור סתירות אלה וליתן מענה הולם ושלם להסדרים שונים שבני-הזוג מבקשים להסדיר ביניהם.

ב. מוסד העילה הנמשכת – הדין הנורמטיבי

כאמור, מאמר זה בוחן מחדש את הפרקטיקה של הדיון החוזר בעילות הנמשכות כאשר הן מעורבות בעילת חלוקת הרכוש. הביקורת שתוצג בפרק זה תתבסס על קו טיעון מרכזי, והיא נועדה לסלול את הדרך להבנייתו של מודל חדש ליישומו של מוסד העילה הנמשכת.

1. היחס בין העילה הנמשכת לעילה הרכושית

קו הטיעון המוצג בפסקות הבאות עוסק ביחסים ההדדיים שבין העילות הנמשכות לבין העילה הרכושית בהסכמי הגירושים. במובנים מסוימים נראה כי הרציונל בבסיסו של מוסד העילה הנמשכת ישים ורלוונטי במקרים מסוימים גם לעילת חלוקת הרכוש המשפחתי. לאחרונה התקבלו פסקי-דין בנושא של חלוקת מוניטין עסקי וכושר השתכרות שהם עניין רכושי מובהק, ובהם קבעו בתי-משפט לענייני משפחה כי בעניין רכושי זה ראוי לפסוק בדרך של תשלומים עיתיים, המתחדשים

41 ע"מ (מחוזי ת"א) 1208/02 כ' י' נ' כ' י' (פורסם בנבו, 1.9.2003).

42 ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 16260-07 ר. ש. נ' ז. ש. (פורסם בנבו, 21.3.2010); תמ"ש (משפחה ת"א) 105350/99 ש. מ. קטין נ' ש. י. (פורסם בנבו, 30.1.2005).

43 בר"ע (מחוזי ת"א) 20241/99 פלוני נ' פלונית (פורסם בנבו, 6.9.1999).

מדי תקופה, וכן ליתן אפשרות לשנות את גובה התשלום אם וכאשר יחול שינוי בנסיבות.⁴⁴ מפסיקה זו עולה כי לעיתים הכרעה רכושית היא הכרעה לעתיד, וככזו אמורה גם היא להתחשב בשינוי הנסיבות. מה עילת המזונות בת-שינוי, אף עילה רכושית תהא בת-שינוי.⁴⁵ בתי-המשפט מכירים לעיתים בעילה רכושית כעילה שנסיבותיה עשויות להשתנות, ומותירים פתח לאפשרות של תשלום עיתי בר-שינוי.⁴⁶

הקרבה הרעיונית בין עילת חלוקת הרכוש לעילת מזונות האישה משתקפת גם בהצעתו של פרופ' אֶלמן (Ellman), שלפיה עילת מזונות האישה אמורה להתחלף במנגנון חדש של פיצוי בעבור הפסדי קריירה וכושר השתכרות, שהם נושאים רכושיים מובהקים.⁴⁷ פרופ' רוזן-צבי מסביר עד כמה עילות אלה קרובות ומשלימות זו את זו:

"בהתדיינות הנוגעת לזכויות בני-הזוג בעת התרת הקשר חייבת קביעת המזונות להתחשב בחלוקת הרכוש ולהיפך. במידה מסוימת עשויה קביעת המזונות לאחר הגירושין לשמש גם אמצעי המתקן או המשלים את חלוקת הרכוש במקרה האינדיבידואלי... הדין האנגלי והדין האוסטרלי הרחיקו לכת והסדירו הענקת מזונות לאחר גירושין גם בדרך של תשלום סכומים חד-פעמיים. על-ידי כך הם קירבו ביותר את שני המוסדות האחד למשנהו. יתר-על-כן, בדינים אלה, הגורסים שיטה של שיקול דעת שיפוטי בכל הנוגע להסדר יחסי הרכוש בעת הגירושין, אין עוד הפרדה, לא בדיון ולא בהחלטה, בשתי שאלות אלה. גם השיקולים שעל בית-המשפט לשקול בעת הדיון בשני עניינים אלה הם זהים או קרובים. כך יכולה גם שיטה

44 ראו ע"מ (מחוזי ת"א) 1033/03 ע' נ' ל' (פורסם בנבו, 19.4.2004); תמ"ש (משפחה ת"א) 37181/97 ל' ט' נ' ע' ט' (פורסם בנבו, 26.11.2002).

45 או לפחות חלק מהפרמטרים המרכיבים את העילה הרכושית, כגון תשלומי המשכנתה. כך, למשל, במדינת קונטיקט נקבע כי אין לייחד את שינוי הנסיבות רק לתשלום כושר ההשתכרות העתידי, כי אם לגזור ממנו גם שינוי בתשלומי המשכנתה: *Passamano v. Passamano*, 612 A.2d 141, 143 (Conn. App. Ct. 1992) ("The order to pay the mortgage and real estate taxes on the house was not a property award because it did not alter the parties' respective ownership interests... Because this order resulted from the defendant's continuing duty to support his family, it is... modifiable" (ההדגשה הוספה)).

46 בע"מ 4623/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד סב(3) 66, פס' 24 (2007).

47 Ira M. Ellman, *The Theory of Alimony*, 77 CAL. L. REV. 1, 49–51 (1989).

של הענקת מזונות באמצעות תשלום חד פעמי לשמש למטרה של התאמת רכוש בתוך המשפחה. לשיטת שיקול הדעת יש יתרון כפול: היא מונעת חלוקה מלאכותית בעת ההכרעה בשני תחומים המשלימים זה את זה ומאפשרת הסדר כל השאלות הכלכליות בין בני-הזוג בעת ובעונה אחת. סיפוק כל הצרכים דורש שקלול של כל המקורות השונים שבידי בני המשפחה.⁴⁸

אם כן, אם "תכונת הסופיות" שהוצמדה לעילה הרכושית היא קביעה תיאורטית-נורמטיבית, אזי בסיסה אינו יציב, כאמור. אולם גם אם מדובר בקביעה מעשית בלבד, היא נתקלת בקשיים. הסכמי גירושים או הכרעות שיפוטיות בהליכי גירושים משקללים איזונים בין מכלול העילות הנמצאות על הפרק. זו עסקת-חבילה עם יחסים הדדיים בין מרכיביה השונים. במובנים מסוימים זוהי עסקת-חבילה כלכלית. ברור כי העילה הרכושית מתעצבת בהתאם ליחסיה עם שאר העילות, וכי שאר העילות מתעצבות בהתאם ליחסיהן עם עילת חלוקת הרכוש. המצב המתואר כאן נכון הן בישראל והן ברחבי העולם. כך, למשל, לא אחת חלוקת הרכוש נגזרת מההחלטה בדבר החזקת הילדים, ובן-הזוג המשמורן מקבל חלק גדול יותר ברכוש מכפי שהיה מקבל אילולא נשא בעול זה;⁴⁹ לפעמים מוסכם כי שיעור מזונות הילדים יהיה קטן מהשיעור המקובל בתמורה לנתח גדול יותר בחלוקת הרכוש להורה המשמורן;⁵⁰ לפרקים חלוקת הרכוש מתחשבת בסכום מזונות האישה ששולם עד שלב החלוקה;⁵¹ ולעיתים חלוקת הרכוש ממירה את

48 אריאל רוזן-צבי יחסי ממון בין בני זוג 24–25 (1992).

49 כזה הוא, למשל, ההסדר שעוצב בבג"ץ 4407/12, לעיל ה"ש 20 – ראו הפרטים העובדתיים בתחילת פסק-הדין. על הדינמיקה במשא-ומתן על עניין המשמורת ראו Carbone, לעיל ה"ש 1; Elizabeth S. Scott, *Pluralism, Parental Preference, and Child Custody*, 80 CAL. L. REV. 615, 643–656 (1992).

50 כך הוסכם, לדוגמה, בפרשת אמיר, לעיל ה"ש 21. אך הדבר נכון כאמור גם בארצות-הברית, למרות הקווים המנחים שנחקקו שם בנוגע למזונות הילדים (ראו לעיל ה"ש 36–37 והטקסט המפנה אליהן). ראו, למשל: West, *Tex. Fam. Code Ann. §156.401(a-1)* (West, *Supp.* 2013) ("If the parties agree to an order under which the amount of child support differs from the amount that would be awarded in accordance with the child support guidelines, the court may modify the order only if the circumstances of the child or a person affected by the order have materially and substantially changed since the date of the order's rendition").

51 ראו, למשל, תמ"ש (משפחה ת"א) 67910/00 פלונית נ' אלמוני (פורסם בנבו, 10.4.2007). Ohio Rev. Code Ann. §3105.18(C)(1)(a) (LexisNexis Supp. 2013) כן ראו: ("(C)(1) In determining whether spousal support is appropriate and reasonable,

סכום המזונות בפריטי רכוש.⁵² יתר על כן, לא תמיד פשוט להבחין אם תשלום מבין-זוג אחד לרעהו נעשה במסגרת חלוקת הרכוש או במסגרת תשלום המזונות.⁵³ זאת ועוד, באחד המקרים הסכם וולונטרי של בן-זוג לשלם את הוצאות הילד לאחר הגירושים לא אופיין כמזונות בן-הזוג ואף לא כמזונות הילד, אף-על-פי שזה למעשה היה אופיו,⁵⁴ ועוד.⁵⁵

- and in determining the nature, amount, and terms of payment, and duration of spousal support, which is payable either in gross or in installments, the court shall consider all of the following factors: (a) The income of the parties, from all sources, including, but not limited to, income derived from property divided, disbursed, or distributed under section 3105.171 [3105.17.1] of the Revised Code")
- 52 ראו, למשל, ע"א 6557/95 אבנרי נ' אבנרי, פ"ד נא(3) 541, 546 (1997), שם נדון עניין המזונות אל מול הפנסיה החודשית של הבעל, וכך נקבע: "התוצאה תהיה שהמשיבה זכאית לגבוה בין השניים: סכום המזונות שנפסק לה או החלק היחסי שהיא זכאית לו בפנסיה החודשית של המערער."
- 53 ראו, למשל, תמ"ש 50580-09, לעיל ה"ש 17, שבו התנהל דיון נרחב אם תשלומים ששולמו לאישה לאחר הגירושים מקורם בדיני המזונות או בדיני החוזים כחלק מחלוקת הרכוש. לסיווג זה יש השלכות לא-מעטות – למשל, על מועד הפסקת התשלומים, על ענייני מיסוי ועוד. בהקשר זה קיימת פסיקה מעניינת בארצות-הברית, המציינת פרמטרים אחדים שעל-פיהם ניתן לקבוע אם תשלום המשולם לבן-הזוג הוא תשלום מזונות או חלוקת רכוש. למשל, תשלומים המשולמים גם לאחר מותו של מקבל התשלום או לאחר נישואיו מחדש ייחשבו חלוקת רכוש. כך גם תשלומים המשולמים לאחר מותו של המשלם. ראו בהרחבה: Redlin v. Redlin, 436 N.W.2d 5, 8 (N.D. 1989) ("In discerning whether an amount paid by one spouse to the other is a property division or spousal support, several factors must be considered. Factors which may indicate that the payments are distributions of property include: payments that do not terminate after the obligee dies... payments that continue even after obligee remarries... excluding the payments in controversy, a large disparity in the property divided which is otherwise unexplained... payments that do not terminate on the obligor's death... In addition... security for payment may tend to indicate property distribution since deferred-property payments are dischargeable in bankruptcy, unlike spousal-support payments")
- באיווה קבע בית-המשפט כי תשלומי מזונות לאישה בעבור ביטוח רפואי נחשבים מזונות, ולא חלוקת רכוש, ועל-כן ניתנים לשינוי. ראו: In re Marriage of Johnson, 781 N.W.2d 553 (Iowa 2010). לעומת זאת, בוורג'יניה קבע בית-המשפט כי תשלומי פרמיות הביטוח הרפואי של האישה אינם נחשבים מזונות אישה, ולכן לא יסתיימו עם נישואיה. ראו: McCoy v. McCoy, 687 S.E.2d 82 (Va. Ct. App. 2010).
- 54 ראו: Snow v. England (In re Marriage of Snow), 862 N.E.2d 664, 667–68 (Ind. 2007) (להלן: עניין Marriage of Snow).
- 55 ראו: Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950, 960–63 (1979).

2. הדין הנורמטיבי הראוי

לדעתי, אין זה נכון לבתר הסכמי גירושים או סכסוכי גירושים ולראות חלק מעילותיהם כעילות נמשכות תוך מתן אפשרות לשנותן בעתיד, מחד גיסא, וחלק אחר מעילותיהם כעילות שאינן נמשכות תוך שלילת האפשרות לשנותן בעתיד, מאידך גיסא. כל שינוי באחת מעילות ההסכם אמור לגרור שינוי בעילותיו האחרות, בהיותן כרוכות בטבורן זו לזו. כל מנגנון לשינוי המזונות אמור לראות את הסכמי הגירושים כעסקת-חבילה כלכלית.⁵⁶ הסדרי הרכוש ומזונות האישה עשויים להשפיע על שיעור החבות במזונות הילד, ולהפך. אכן, בשיטות משפט שונות קבע בית-המשפט כי מן הראוי ששינוי בנסיבות יוביל לשינוי גם בחלוקת הרכוש אם עילת הרכוש אכן כרוכה ומעורבת בעילת המזונות.⁵⁷ נוסף על כך, אם הצדדים הסכימו להעניק לעצמם את הזכות לשנות את ההסכם במקרה של שינוי בנסיבות, על בתי-המשפט לאכוף תניה זו גם ביחס לחלוקת הרכוש.⁵⁸ כמו-כן, אם

56 מצאתי טענה כזו באחד מפסקי-הדין, אך רק כתמיכה בדחיית תביעה לביטול הסכם, ולא לשינוי מזונות, וכן רק במקרה שבו התחייב גבר לשלם לאישה סכום של 1,000 ש"ח מדי חודש במשך כל ימי חייה, מה שנתפס ממילא כחלוקת רכוש, לנוכח העובדה שאין תשלום מזונות אישה לאחר גירושים. וכך נאמר בתמ"ש (משפחה ת"א) 14141/03 פלוגי נ' פלוגי, פס' 50 (פורסם בנבו, 27.3.2012): "אין להתעלם מכך שסעיף תשלום חודשי לאישה הינו מאוזן ביחס לסעיפי רכוש בהסכם. מדובר בסעיפים משולבים ואין אפשרות לנתק את סעיף המזונות מיתר סעיפי ההסכם. לא זו אף זו, ביטול סעיף המזונות ו/או הפחתתו מרוקן מכל תוכן את ההסכם כולו מאחר שסעיף זה הינו התשתית שעליו נשען ההסכם כולו". כן ראו תמ"ש 50580/09, לעיל ה"ש 17, שבו נדחתה תביעה לביטול מזונות אישה לאחר גירושים או לחלופין להפחתתם. בשנת 1989 התחייב התובע, בהסכם שקיבל תוקף של פסק-דין, לשלם לנתבעת מזונות במשך כל ימי חייה. בהסכם נקבע כי החיוב ייפסק רק אם האישה תינשא לאחר או תהיה עם גבר אחר שידאג לפרנסתה במשך שלוש שנים. נפסק כי סיווג התשלום כחיוב מדיני המזונות או כחיוב מדיני החוזים הוא מורכב, אך בנסיבות המקרה נכון לסווגו כדין מזונות. לפיכך, על-מנת לבטל או להפחית את החיוב, יש לעמוד בשלושת תנאיה של הלכת קם (ע"א 442/83 קם נ' קם, פ"ד לח(1) 767 (1984)) לעניין הוכחת שינוי נסיבות מהותי. התובע לא עמד בכך. בית-המשפט הוסיף כי גם אם מדובר בחיוב חוזי, דין התביעה להידחות.

57 ראו, למשל: Lau Hui Sing v. Wong Chuo Yong, [2008] 5 M.L.J. 846, 853 (Malay.). ("There are one or two exceptions to the 'clean break' concept. For example, a consent order for a property settlement is a final order. However, if a consent order is inextricably interwoven with a maintenance order, the court has discretion to amend it") כן ראו: Dewbrew v. Dewbrew, 849 N.E.2d 636, 646 (Ind. Ct. App. 2006).

58 ראו, למשל: Vossberg v. Vossberg, Ohio App. 2408 LEXIS 2285 (2005) ("When a husband and wife agreed to a post-decree modification of the property distribution in their divorce, it was error for a trial court to refuse to enforce the

בית-המשפט שומר לעצמו בפסיקתו המקורית את הזכות לשנות בעתיד את חלוקת הרכוש, אזי הוא רשאי לעשות כן אף שמדובר בעילה רכושית.⁵⁹ בשיטה הישראלית, גם כעניין של מדיניות משפטית נורמטיבית, יש לבחון אם אין מקום לסווג את העילה הרכושית כעילה נמשכת תוך מתן אפשרות לדון בה שוב עם קרות שינוי בנסיבות.⁶⁰ אפשרות השינוי עשויה לשמש "מנגנון הגנה פנימי", ולחסוך את הצורך בתניות שיפוי למיניהן. ממילא ייחסך כך גם הצורך במציאת ערבים להבטחת אותן תניות. מעתה בן-הזוג המבקש לדון שוב בעילה החשופה לשינוי נסיבות, דוגמת מזונות הילדים, יימנע מלעשות כן – או למצער יחשוב פעמיים בטרם יעשה כן – מחשש שהדבר יוביל לדיון חוזר גם בעילה הרכושית. מנגנון הגנה פנימי זה עדיף על המנגנון של תניות השיפוי והערבות. הוא ייטיב למנוע דיונים חוזרים, ובכך יזרז את סיום הסכסוך בהסכם בסיבוב הראשון. כמובן, אין הוא רלוונטי בכל המקרים, שהרי יש למשל מקרים שבהם אין כלל רכוש לחלק, מקרים שבהם הרכוש חולק לפי איזון המשאבים, ולא בתמורה למזונות, ועוד. קו הטיעון שמאמר זה מציג הוא אם כן שבמקרים שבהם העילות הנמשכות מעורבות בעילה הרכושית, יש לאפשר שינוי גם בזו האחרונה. טיעון זה מאזן בצורה טובה יותר, ובוודאי הוגנת יותר, בין האינטרסים השונים הקיימים בדיני המשפחה מאשר האיזון במצב הנוכחי, שבו עילות הגירושים מבוטלות – חלקן מסווגות כעילות נמשכות הניתנות לשינוי עם כל שינוי נסיבות מהותי, וחלקן מסווגות כעילות סופיות שאינן ניתנות לשינוי כלל.

modification on the grounds that the trial court had no jurisdiction because, while the trial court could not modify the property division, the parties could, and the trial court's enforcement of such a modification agreed to by the parties did not violate the principle that the court had no jurisdiction to modify a property division")

59 ראו, למשל, HARWOOD, לעיל ה"ש 31, בעמ' 34: "There is one other steadfast rule recognized by all courts in all states: No part of a court-ordered property division can later be changed by the court unless the court expressly reserves the power in the original decree"

60 אף בתי-המשפט בארצות-הברית מתערבים בהסכמי קדם-נישואים הכוללים התייחסות לרכוש. ראו, למשל: Osborne v. Osborne, 428 N.E.2d 810, 816 (Mass. 1981), שבו סויגה ההכרה בתקפותם של הסכמי קדם-נישואים באמצעות שלוש דרישות: (1) ההסכם יהא הוגן וסביר במועד האכיפה; (2) ההסכם יהא כפוף להתאמות שיפוטיות במועד האכיפה; (3) אין מדובר בהסכם שמעודד גירושים בצורה בלתי-סבירה, שאז יש להימנע מלאוכפו מטעמים של מדיניות ציבורית (so unreasonably encourage divorce as to be unenforceable) (on grounds of public policy)

ג. מודל המזונות הרעיוניים – מודל חדש

1. מנגנון המאפשר שינוי עתידי הוא הכרחי

בפרק הקודם הוצג קו טיעון הקורא להתמודד בצורה שונה עם מקרים שבהם העילות הנמשכות מעורבות בעילה הרכושית, ולאפשר שינוי גם בזו האחרונה. אולם קו זה עלול להוביל לריבוי התדיינויות אף בהשוואה למצב הקיים כיום, לחוסר ודאות גם בעניין חלוקת הרכוש, לפגיעה בהנעתה לשיקום ועוד. במצב דברים זה אבקש להציע מודל חדש. המודל ימצע בין הדין הפוזיטיבי שהוצג בחלקו הראשון של המאמר לבין הדין הנורמטיבי שהוצג בחלקו השני של המאמר.

מנגנון המאפשר שינוי עתידי הוא הכרחי לא רק בשל נסיבות משתנות וצרכים מתפתחים, כי אם גם – ויש שיאמרו בעיקר – לנוכח אופיים המיוחד של דיני המשפחה בישראל. כידוע, הגירושים בישראל נדונים על-פי הדין האיש, ולפיכך תלויים ברצונם ובהסכמתם של בני-הזוג. ללא רצונם המלא, ובעיקר ללא רצונו של הבעל, אי-אפשר לסיים את הליך הגירושים.⁶¹ ערכאה שיפוטית, בין אם דתית ובין אם לאו, אינה יכולה לקבוע בפסק-דין כי בני-הזוג גרושים. לפיכך מתקיים למעשה משא-ומתן בין הצדדים כדי לסיים את ההליך בהסכמה. זהו משא-ומתן מורכב "עם הגב לקיר", במובן זה שחייבים להגיע להסכמה, מכיוון שערכאה שיפוטית אינה יכולה כאמור לסייע ולהביא את ההליך לידי סיום בניגוד לרצונו של אחד הצדדים. לכן לעיתים, כדי "לקנות" את הסכמת הבעל למתן הגט, האישה נדרשת לוותר על חלק ממזונות הילדים הראויים. מן הראוי אפוא לאפשר תביעה לשינוי המזונות עם קרות שינוי נסיבות מהותי.⁶² באותה מידה יש לאפשר

61 זאת, בין היתר, על-סמך הכתוב בדברים כד 1: "והיה אם לא תמצא חן בעיניו... וכתב לה ספר פרישת ונתן בידה ושלחה מביתו". בעקבות כך קובעת המשנה במסכת יבמות, פרק יד, משנה א: "אינו דומה האיש המגרש לאשה המתגרשת שהאשה יוצאה לרצונה ושלא לרצונה והאיש אינו מוציא אלא לרצונו". וראו דברי התלמוד שם, וכן בבלי, גיטין מט, ע"ב. כן ראו דברי הרמב"ם במשנה תורה, גירושין, פרק ב, וכן שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קיט, סעיפים ג ו-ו. למרות זאת קבעו חכמים הגבלות בנוגע לנסיבות המצדיקות גירושין. ראו אליקים ג' אלינסון "הגבלות חז"ל בגירושין – תוקפן וטיבן" דיני ישראל ה 37 (1974). ראו גם: M.A. Friedman, Jewish Marriage in Palestine I (Tel Aviv & New York 1980); יחיאל ש' קפלן "מגמה חדשה בנוגע לקיום פסק-דין של גירושין: שיקולי מדיניות לאור עקרונות המשפט העברי וחוקי היסוד" מחקרי משפט כא 609, 613 (2005). לימים התקין רבנו גרשום מאור הגולה את חרמו המפורסם שלפיו אי-אפשר לגרש אישה על-כורחה, ובכך השווה את מעמדה של האישה לזה של האיש.

62 ראוי לציין כי בתי-המשפט מאפשרים ואף מקבלים מפעם לפעם תביעה לשינוי שיעור מזונות, אך מקשים מאוד על תביעה לביטול הסכם גירושין בטענה מאוחרת של עושה וכפייה, אף

לכאורה מנגנון שינוי גם בעילות דוגמת העילה הרכושית הכרוכות בעילות הניתנות לשינוי (מזונות הילדים והמשמורת).

כדי למצוא את האיזון הראוי, אבקש להציע מודל חדש, אך בטרם אציגו אבקש לעמוד על נקודה חשובה בביסוסו. למקרא מדוקדק של הפסיקה בישראל מתקבל רושם ברור כי הקונספט של "הקווים המנחים" (guidelines) שנוסד בארצות-הברית הגיע זה כבר לשיטת המשפט הישראלית והושרש בה. נכון, הקווים המנחים הישראליים לא נקבעו בחקיקה, ונכון שהשיטה הישראלית כפופה עדיין לדין אישי, ולא לנוסחאות קבועות, אולם בתי-המשפט האזרחיים פיתחו להם זה כבר כללים ונוסחאות כיצד להפוך דין ערטילאי זה לנוסחה שאפשר לעבוד איתה בשגרה.⁶³ כוונתי בעיקר ל"מזונות-הסף" או ל"מזונות-המינימום", אשר נהפכו זה כבר לנקודת ארכימדס בפסיקה הישראלית.⁶⁴ הדבר החל בפסיקת בית-משפט מחוזי שקבעה סכום של 1,150 ש"ח לכיסוי מזונותיו של ילד אחד.⁶⁵ כעבור זמן ניתנה פסיקה שעדכנה את הסכום והעמידה אותו על 1,250 ש"ח,⁶⁶ וכעבור זמן נוסף

אם לדעת השופטים ההסכם אכן התקבל בעקבות הרצון לקבל את הגט. כך, למשל, נאמר בתמ"ש (משפחה כ"ס) 23761/07 א.א. נ' א.א., פס' 28 (פורסם בנבו, 20.10.2010): "נטל משמעותי ביותר מוטל כאמור על המבקש לבטל הסכם ממון מחמת עושה או מחמת כפייה, נוכח הליך האישור הנזכר ונוכח מהותם המיוחדת של יחסי בני זוג, שכן דרך העולם מלמדת כי לעיתים מוכן צד לוותר ויתורים אפילו משמעותיים על מנת לקנות חירותו ולהשתחרר מקשר נישואין מבן זוגו, (מ.א. 4504/90, זקין נ' זקין)."

63 ראו, למשל, את ההחלטה הבאה, אחת מני רבות, אשר כל-כולה מתייחסת לנוסחאות קבועות למעשה: תמ"ש (משפחה ת"א) 13-04-32604 ד' (קטין) נ' פלוני, פס' 41 (פורסם בנבו, 26.2.2014): "אמנם, הפסיקה המנחה קבעה רף לפסיקת מינימום בגובה של 1,400 ₪ לחודש, אולם פסיקה זו ניתנה כשנתיים וחצי לאחר אישור ההסכם (עמ"ש 10-10-20511-10 (פורסם בנבו, מיום 4.4.13)) ובמועד אישור ההסכם, 'פסיקת המינימום' החודשית עמדה על כ-1,250 ₪ לילד. בשנים לב להלכה לפיה סכום המזונות עבור מספר ילדים אינו מכפלה של מספר הילדים בסכום המזונות עבור ילד אחד (ע"א 552/87 ורד נ' ורד, פ"ד מב(3) 599) ובשנים לב לעקרון התוספת השולית הפוחתת, הרי שפסיקת מינימום כעבור שלושה ילדים הייתה בתחום הסכום הקבוע בהסכם..."

64 ראו, למשל, את השימוש במונח "מן המפורסמות" בהקשר זה בתמ"ש 23761/07, לעיל ה"ש 62, פס' 10: "מן המפורסמות הוא, כי שיעור מזונות מינימלי לקטין עומד על כ-1,250 ש"ח ללא רכיב המדור (ראה לענין זה, ע"מ 1895/02 ענין בן עמי, וכן ע"מ (ירושלים) 525/04 ענין י.ב. נ' ל.ב.). כך גם נהוג לפסוק שיעור מדורם של שני קטינים בשיעור של כ-40 אחוז מתוך דמי השכירות המשולמים."

65 בבר"ע (מחוזי ת"א) 1895/02 ב' י' נ' ב' נ', פס' ד (פורסם בנבו, 20.1.2003) נקבע כי "צרכיו הכרחיים של קטין שאינם דורשים ראיות מפורטות משהם בידיעה הכללית השיפוטית, עומדים על סך של 1,150 ₪ ללא הוצאות מדור וללא הוצאות גן".

66 ראו לעיל ה"ש 64.

ניתנה פסיקה מחוזית שקבעה כי יש לעדכן את הסכום ל-1,400 ש"ח.⁶⁷ הפסיקה בערכאות הנמוכות – בתי-המשפט לענייני משפחה – התיישרה לפי עדכון זה, ואין כיום כמעט פסק-דין בבית-המשפט לענייני משפחה שאינו מתייחס לנקודת סף זו, הן בהחלטה המקורית לקביעת מזונות והן בהחלטה אם לשנות את הקביעה המקורית בתביעה להגדלה או להפחתה.

בהקשר זה ראוי לציין את דוח הוועדה לבחינת נושא מזונות הילדים בישראל.⁶⁸ ועדה זו, שזכתה בכינוי "ועדת שיפמן" על-שם יושב-הראש שלה פרופ' פנחס שיפמן, המליצה להטיל באופן שווה על שני ההורים את המחויבות לתמיכה הכלכלית בילד.⁶⁹ דרישה זו תואמת את השינויים החברתיים שחלו בדפוסי ההשכלה והתעסוקה בישראל, ואת השתלבותן הגוברת של נשים במערכות אלה. על-כן אין כיום מקום להנחה גורפת כי מצבה הכלכלי של האם נחות מזה של האב. הוועדה סברה כי חובת ההורים היא חובה אזרחית, ועל-כן זכות הילד לתמיכה כלכלית אינה אמורה להיות קשורה לדיני המעמד האישי.⁷⁰ על-כן המליצה הוועדה לבסס את מזונות הילדים על נוסחה כלכלית קבועה, שתבסס על הכנסות ההורים ועל משך הזמן שהילד שוהה אצל כל הורה והורה. זהו המודל האוסטרלי, והוועדה המליצה לקבלו.⁷¹ נוסחה אזרחית זו מקובלת במדינות מערביות, וכמובן אינה כפופה לדין אישי.

המרכיב הראשוני בחישוב גובה התמיכה הכלכלית הוא הכנסתם המשותפת של ההורים. כדי לחשב מי מבין ההורים נדרש לשלם בפועל להורה האחר את חלקו בדמי התמיכה הכלכלית בילד, המודל האוסטרלי מביא בחשבון מרכיב מהותי נוסף – החלק היחסי של כל הורה בהוצאות בעבור הטיפול בפועל בילדים, בהתאם למספר הלילות שבהם הם מצויים תחת השגחתו.⁷² בכפוף ליתר חלקי הדוח, ובהתחשב בשיקול-דעתו של בית-המשפט, הוועדה ממליצה גם לקבוע נוסחה אחידה להערכת התמיכה הכלכלית, מבלי להבדיל בין גילאים שונים, אף שבחינת המשפט המשווה מלמדת כי במדינות רבות ילדים מתבגרים זכאים

67 ראו עמ"ש (משפחה ת"א) 20511-10-10 פלוני נ' אלמוני – קטין (פורסם בנבו, 4.4.2013).

68 דוח ועדת שיפמן, לעיל ה"ש 2.

69 שם, בעמ' 55 ואילך. קביעה זו מתבססת על ס' 27(2) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אושרה ונכנסה לתוקף ב-1991): "להורי הילד או לאחרים האחראים לו האחראיות הראשונית להבטיח, ככל שמאפשרים יכולתם ואמצעיהם הכספיים, את תנאי המחיה הנדרשים להתפתחות הילד."

70 שם, בעמ' 57.

71 שם, בעמ' 59.

72 שם, בעמ' 63.

לתמיכה כלכלית גבוהה יותר מזו הניתנת לילדים צעירים, מתוך הנחה שצורכיהם ועלויות הגידול שלהם גבוהים יותר.⁷³ אף שהמלצות הוועדה טרם יושמו בחקיקה, מרביתם לצטטן בפסיקת בתי-המשפט לענייני משפחה, והרוח של ביטול ההבחנה המגדרית בתשלומי מזונות כבר נושבת במספר לא-קטן מבין פסקי-הדין שבאו לאחר פרסום המלצות הוועדה.⁷⁴

המלצות ועדת שיפמן התייחסו גם למנגנוני עדכון.⁷⁵ על-מנת לאזן בין הצורך ביעילות ובפשטות של הליך ההערכה של שיעור התמיכה הכלכלית לבין הרצון להתאים את גובה התמיכה לנסיבות המשתנות, המליצה הוועדה לא לקבוע מועדי עדכון יזומים, והסתפקה במתן אפשרות לצדדים לטעון לשינוי נסיבות רלוונטי. הוועדה ציינה כי במדינות רבות יש מנגנונים אוטומטיים שמצמידים את שיעור התמיכה המקורי למדדי יוקר המחיה, ומבטיחים בכך את שמירת ערכה הריאלי, בין היתר על-מנת לחסוך את הצורך בביצוע הערכה מחודשת ולמנוע מעקב של ההורה מקבל המזונות אחר הכנסותיו של ההורה האחר. במדינות אחרות העדכון האוטומטי נעשה מדי שנה בהתאם לנתוני ההכנסות המגיעים מרשויות המס. חלופה נוספת היא קביעת עדכון יזום אחת לתקופה מסוימת (לרוב שלוש שנים), כדי לוודא שהתשלום שנקבע בשעתו עודו תואם את הנסיבות העכשוויות. הוועדה סברה כי משיקולי יעילות אין הצדקה ליזום הליכי עדכון, ומוטב להותיר את היוזמה – ואת נטל ההוכחה בדבר שינויים רלוונטיים – בידי הצדדים המעוניינים.⁷⁶ המודל שאציע לקמן מתיישב גם עם המלצות אלה, אם וכאשר יתקבלו בחקיקה.

2. מודל המזונות הרעיוניים-האפקטיביים

משיבססנו את הצורך בשינוי שיעור המזונות מדי תקופה, וכן את העובדה שיש למעשה סכום סטנדרטי ומקובל בפסיקה למזונות הילד, אבקש כעת להתמודד עם מקרים שבהם העילה הרכושית מעורבת בעילות הנמשכות המקובלות. כאמור, שינוי באלה האחרונות בלא שינוי של עילת חלוקת הרכוש גורם עוול.⁷⁷ נכון, אין מדובר בכל תיקי הגירושים, אך יש הסכמי גירושים לא-מעטים שבהם עילות אלה מעורבות עמוקות זו בזו. העיקרון הבסיסי והיסודי צריך להיות שעילת חלוקת הרכוש היא עילה סופית, אשר אינה ניתנת לשינוי ואינה ניתנת להתדיינות חוזרת.

73 שם, בעמ' 64.

74 ראו, למשל, עמ"ש (משפחה ת"א) 1180-05-14 א' א' נ' מ' א' (פורסם בנבו, 26.3.2015).

75 דוח ועדת שיפמן, בעמ' 64.

76 שם, בעמ' 65.

77 ראו, למשל, פרשת אמיר, לעיל ה"ש 21, וכן פרשת רודן, לעיל ה"ש 32.

אולם כאשר נושא חלוקת הרכוש כרוך באופן עמוק בעילות הניתנות לשינוי, אזי אותו עיקרון בסיסי של אי-שינוי בעילת חלוקת הרכוש עומד על יסוד רעוע. כדי להימנע מהתדיינות חוזרת בסוגיות רכושיות, אציע מודל שאותו אכנה "מודל המזונות הרעיוניים" (או "מודל המזונות האפקטיביים"). אסביר.

כאשר בני-הזוג עורכים את ההסדר ביניהם – וכאמור, לרוב מדובר בהסכם שבכפייה, אשר מנוסח על-ידי עורכי-דין ונחתם תחת לחץ או לאחר התשה – יהא עליהם להגדיר בהסכם מהו סכום המזונות הרעיוני שהילד אמור לקבל (מזונות הילד) או מהו סכום המזונות שבן-הזוג האחד אמור לקבל (מזונות בן-הזוג). בהסכם יודגש מפורשות כי זהו הסכום הראוי למזונות, כלומר, הסכום הרעיוני. סכום זה יורכב למעשה משני חלקים: חלק אחד ישולם בפועל ויועבר מדי חודש בחודשו לידי ההורה המשמורן לטובת הילד או לטובת בן-הזוג. החלק האחר ישולם בזמן חתימת ההסכם, באופן חד-פעמי, על-ידי העברה של רכוש להורה המשמורן בעבור הילד או לבן-הזוג הזכאי למזונות. כאשר בית-המשפט יתבקש בעתיד לבחון שינוי במזונות מכוח העילה הנמשכת, או כאשר הוא יתבקש לבחון אם לאפשר לקטין להגיש תביעה עצמאית למזונותיו בטענה כי סכום המזונות אינו תואם את המקובל בפסיקה,⁷⁸ בית-המשפט לא ישווה את שיעור התשלום החדש המתבקש כעת, המשקף את צורכי הילד העכשוויים, עם שיעור התשלום החודשי המשולם בפועל. על בית-המשפט יהיה להשוות את גובה התשלום המתבקש כעת עם גובה התשלום המלא של המזונות הרעיוניים, הכוללים למעשה הן את התשלום החודשי השוטף והן את הרכוש שהועבר בזמנו במסגרת ההסכם. אם בית-המשפט ימצא כי סכום המזונות אכן צריך להשתנות, החישוב צריך להיות על בסיס סכום המזונות הרעיוני, ולא על בסיס הסכום המשולם בפועל. האמור נכון גם ביחס להכרעות משפטיות שבהן בית-המשפט קובע את סכום המזונות, ואשר לאחריהן בן-הזוג החב במזונות מעביר לבן-הזוג האחר פריטי רכוש כדי לכסות את חוב המזונות שנקבע על-ידי בית-המשפט, או שבית-המשפט עצמו קובע קביעות רכושיות כאלה ואחרות כדי לפצות על החסר בתשלום המזונות.

מודל זה יובהר בצורה טובה יותר באמצעות הדוגמה האריתמטית הבאה. נניח שבני-הזוג הגיעו להסכם כי סכום המזונות בעבור שני ילדיהם הוא 4,000 ש"ח בהתאם לעקרונות המקובלים בפסיקה כדלעיל. עליהם לציין סכום זה באופן מפורש בהסכם. זהו סכום המזונות הרעיוני. בשלב הבא הם יצינו בהסכם באיזה

78 ראו, למשל, ע"א 527/72 דוידסון נ' אלן, פ"ד כז(2) 20, 22 (1973); ע"א 591/81 פורטוגז נ' פורטוגז, פ"ד לו(3) 453, 449 (1982); ע"א 289/82 דאובה נ' דאובה, פ"ד לו(4) 625, 628 (1982); ע"א 544/82 חממי נ' חממי, פ"ד לח(3) 605 (1984).

אופן ישולם סכום זה. למשל, הם יצינו כי 2,000 ש"ח יועברו מדי חודש בחודשו, ו-2,000 השקלים הנוספים, האמורים להיות משולמים גם הם מדי חודש בחודשו, ישולמו באופן חד-פעמי על-ידי העברת רכוש מהחייב במזונות להורה המשמורן. תביעה עתידית של הקטין בטענה כי סכום המזונות החודשי המשולם בעבורו אינו עומד בשיעור מזונות-הסף המקובל, או תביעה לשינוי גובה המזונות מכוח שינוי שהתרחש, תתייחס למזונות הרעיוניים (4,000 ש"ח), ולא למזונות המשולמים בפועל מדי חודש בחודשו (2,000 ש"ח). למשל, אם בית-המשפט יחליט כי סכום המזונות הראוי לשני הילדים הספציפיים שלפניו הוא 5,000 ש"ח, עליו להורות לחייב לשלם רק את הפער בין המזונות הרעיוניים (4,000 ש"ח) למזונות החדשים (5,000 ש"ח), כלומר, החייב יוסיף 1,000 ש"ח בלבד. בית-המשפט לא יורה לחייב לשלם את הפער בין תשלום המזונות המשולם בפועל (2,000 ש"ח) לתשלום המזונות החדש (5,000 ש"ח), מכיוון שהוא אמור להתחשב ברכוש שהועבר בעת הליך הגירושים כחלק מהסדרת נושא המזונות.⁷⁹

באמצעות מודל זה בית-המשפט אומנם אינו דן מחדש בחלוקת הרכוש, אולם הוא מכיר בהסכם הקודם בין בני-הזוג ומתחשב בעובדה שחלוקת הרכוש כרוכה במזונות הילד או בעילות הנמשכות הניתנות לשינוי. יודגש, בתביעה להגדלת המזונות מכוח שינוי בנסיבות אפשר לטעון כי בכל מקרה התרחש שינוי ויש לגלמו בתוספת תשלום – מה לנו אם דמי המזונות המקוריים או חלקם גולמו בהעברת רכוש אם לא? אכן. אולם ידוע כי כאשר בית-המשפט מעריך את התביעה לשינוי, הוא בוחן את העניין לאור התשלום החודשי המשולם בפועל, ומבקש לראות אם הוא עומד בסטנדרטיזציה מקובלת, המכסה גם את השינוי שהתרחש. במובנים מסוימים כל תביעה לשינוי היא קביעה חדשה של התשלום הכולל של המזונות, ולא רק בחינה של השינוי לגופו. לפיכך חשוב שבית-המשפט יביט על התמונה הכוללת, ולא יבחן רק את התשלום המשולם בפועל.

79 הצעה זו מחזקת את העמדה שאין לאפשר תביעה להקטנת מזונות אלא במקרים קיצוניים, שכן כאשר חלק מרכיבי המזונות הועבר באופן חד-פעמי, תהיה בעיה לגלם אותו רעיונית ולבקש הקטנה, שכן ייתכן שהרכיב החד-פעמי בוזבז. דבר זה נכון במיוחד מאחר שהילד הוא במוקד. עם זאת, מצאתי החלטה שבה התקבלה תביעה להחזר דמי מדור מהוונים ששולמו מראש לידי האם – ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 59153-12-12 א.ק. נ' ת.ק. (פורסם בנבו, 10.8.2014).

3. יתרונותיו וחסרונותיו של המודל המוצע

המודל המוצע ימנע באופן ראוי וצודק התדיינות חוזרת בנושא חלוקת הרכוש. הוא ישמור על האיזון המקורי שבני-הזוג עיצבו ביניהם בזמן חתימת ההסכם. הוא גם מאפשר לצדדים חופש גדול יותר בניהול המשא-ומתן בהסכם הגירושים, מבלי לחשוש שמא בית-המשפט יתעלם בעתיד מההסדרים שהוסכמו ביניהם. בן-הזוג החייב במזונות הילדים או במזונות בן-הזוג יוכל, אם הוא חסר כספים מזומנים, להמיר את תשלום המזונות או חלקו בפריטי הרכוש שיש בידיו, מבלי לחשוש שמא בית-המשפט לא יראה בכך בעתיד תשלום מזונות. מודל זה עשוי גם למנוע את תניות השיפוי למיניהן, אשר צומחות, בין היתר, כתוצאה מהחשש שמא בית-המשפט יתעלם או לא יחשיב את העברת הרכוש כחלק מתשלום המזונות.⁸⁰

מודל זה עדיף גם בהיבט של שימור ערכם של נכסי המשפחה. אם בית-המשפט יימנע מלהכיר בהעברת פריטי הרכוש כחלק מתשלום המזונות, יכריח הדבר את הצדדים למכור את רכושם המשפחתי או את חלקו כדי לשלם מזונות חודשיים בתשלום שוטף ומזומן. מכירת נכסים במהלך הליך הגירושים אינה רווחית על-פי רוב למשפחה. הערך שניתן לנכסי המשפחה בנסיבות אלה נמוך מערכו הרגיל בין קונה מרצון למוכר מרצון. מודל המזונות הרעיוניים מונע את הצורך במכירת הנכסים ומותיר את הנכס בתוך נכסי המשפחה. מודל זה בוודאי ישמור על ערך הנכסים בצורה טובה יותר מאשר מכירתם במהלך הגירושים. ההכרה בהעברות רכושיות או בתשלומי הון כחלק מתשלום חוב המזונות עשויה להקל על בני-הזוג במהלך עיצובו של הסכם הגירושים. כך, למשל, התחבטות הפסיקה בשאלה אם

80 להמחשת העניין ראו את הדיון בתמ"ש 6935-08-12, לעיל ה"ש 39. בית-המשפט אישר הסכם בין הצדדים שקבע כך: "הצדדים מסכימים כי בכפוף לסידור הגט, הבעל מתחייב לרכוש דירה לשימוש האישה והילדים... בשווי של עד ולא יותר מן הסך של 120,000 ש"ח... הצדדים מסכימים כי הדירה תרשם בלשכת רישום המקרקעין באופן כדלקמן: הזכויות בדירה יירשמו בחלקים שווים בין האישה ובין שלושת הילדים באופן כדלקמן: שהאישה תהיה בעלים של 50% מהזכויות בדירה והיתרה בגובה של 36% תירשם על שם שלושת הילדים בחלקים שווים... רכישת הדירה מהווה תשלום לידי האם, של מלוא מדור הילדים עד למלואת להם 18 שנים או סיום לימודיהם התיכוניים, הכל, לפי המועד המאוחר מבין השניים" (שם, פס' 10). בית-המשפט ממשיך ואומר כי יש להביט בסוגיה זו בראי הלכת ראש חודש (ע"א 2626/90 ראש חודש נ' ראש חודש, פ"ד מו(3) 205 (1992)), שלפיה "תשלום למדור אינו חייב להיעשות בתשלום עיתי. יכול הוא גם לקרום עור וגידים בויתור החייב במזונות על שעור כ-10% מחלקו במדור ובכך לצאת ידי חובתו... ללא צורך בפרעון תשלומים עיתיים" (שם, פס' 105-106). לטעמי, יש להרחיב הסדר זה ולהחילו לא רק על חובת המדור, כי אם על כלל תשלום המזונות, כפי שאירע בעניין אמיר, לעיל ה"ש 21.

להכיר בתשלומי משכנתה כחלק מחובת המדור היא בעייתית בעיניי.⁸¹ בהתאם למודל שהצעתי, אך ברור הוא כי תשלומי המשכנתה של הדירה שבה גרים הילדים באים במקום תשלום דמי השכירות וכחלק מתשלומי המדור, ואין מקום להתחבטות בעניין. במקרים שבהם המשכנתה גבוהה מדמי השכירות הראויים, יש מקום להכיר בכך גם כחלק מדמי המזונות, ולא רק כתחליף לתשלומי המדור. אי-הכרה בתשלומי המשכנתה כחלק מדמי המזונות תוביל לכך שהאם תאלץ לשכור דירה במקום לרוכשה בעזרת משכנתה שתשולם בחלקה על-ידי החייב במזונות ובמדור.

מודל זה נכון וראוי גם בהיבט המיסוי. סכום המזונות הרעיוני בהסכם הגירושין הוא שיזכה את משלם המזונות בזיכוי המס הרלוונטיים, ולא רק התשלום החודשי המשולם בפועל. אם החייב במזונות ויתר על חלקו ברכוש בתמורה לשיעור מזונות נמוך יותר, חייבים להביא זאת בחשבון לצורך חישובי המס כחלק מתשלום המזונות. סכום זה בכללותו, כלומר המזונות הרעיוניים, הוא שאמור להיות מנוכה מהכנסתו או לזכותו בנקודות הזיכוי המתאימות. כך, למשל, פקודת מס הכנסה קובעת כי גרוש או פרוד המשלם בעבור כלכלת ילדיו – כלומר, משלם דמי מזונות ילדים בעבור ילדיו – זכאי לקבל נקודת זיכוי שנתית ממס הכנסה עד שילדיו מגיעים לגיל בגרות.⁸² אם החייב במזונות ויתר על חלק גדול מרכושו עד שהוא ממיר את כל תשלום מזונותיו, אין סיבה שלא נראה בכך תשלום מזונות לכל דבר ועניין ונזכה אותו באותה נקודת זיכוי שנתית במס הכנסה. זוהי תוצאה צודקת יותר מאשר הכרה רק בסכום המשולם באופן שוטף תוך התעלמות מהעסקה האמיתית בין בני-הזוג.⁸³

אפשרות נוספת להתמודדות עם היחסים ההדדיים בין עילת חלוקת הרכוש לעילות הנמשכות היא באמצעות הסכם מפורש בין הצדדים המרשה דיון מחדש

81 ראו לעיל ליד ה"ש 40–43.

82 ס' 40(ב)(2) לפקודת מס הכנסה. באופן דומה, על-פי ס' 40(א) לפקודת מס הכנסה, גרוש אשר התחתן שוב אך משלם עדיין דמי מזונות לבן-זוגו לשעבר (דמי מזונות אישה) זכאי לקבל נקודת זיכוי שנתית ממס הכנסה.

83 עניין המיסוי רלוונטי גם לשיטה האמריקאית. בהתאם לשיטת המיסוי הפדרלית, מזונות בן-הזוג מנוכים מהכנסתו של המשלם, ומקבלם צריך לשלם עליהם מס: I.R.C. §§ 71, 215 (1982). לעומת זאת, מזונות הילדים אינם מנוכים מהכנסת המשלם, ומקבלם אינו חייב בתשלום מס. כאשר בן-הזוג המשלם מרוויח יותר מאשר בן-הזוג המקבל באופן משמעותי – המס לשניהם יהיה מינימלי על-ידי הגדרת הכספים כמזונות בן-הזוג. תקנות המס האמריקאיות בהקשר של יחסי משפחה (ס' 421–425 ל-Deficit Reduction Act of 1984, Pub. L. No. 98-369, 98 Stat. 494, 793–804 (1984)) הגדירו מחדש את הסטנדרט הפדרלי לצורך הקביעה איזה תשלום ייחשב מזונות בן-זוג ואיזה ייחשב מזונות ילדים. אולם באופן גס יש עדיין לצדדים חופש משמעותי בקביעת אופי התשלום.

גם בחלוקת הרכוש במקרה של שינוי בנסיבות. במקרה אחד קבע בית-המשפט כי תשלום ששולם כחלק מחלוקת הרכוש ניתן לשינוי אם כך הוסכם בתניה חוזית בין הצדדים.⁸⁴ סבורני כי עד שתתקבל הצעתי דלעיל, בין על-ידי הפסיקה ובין על-ידי המחוקק, טוב יהיה שהסכמי הגירושים יכילו תניה ובה ישמרו את האפשרות לשנות בעתיד גם את עילת חלוקת הרכוש. כאשר סכום המזונות נמוך מהמקובל עקב המרת חלק מהסכום המקובל בחלק מהרכוש, יש מקום להתנות זאת בכך שגם חלוקת הרכוש תוכל להשתנות בעתיד כל אימת שיתבקש שינוי בגובה המזונות. בתי-המשפט אמורים לאכוף תניה כזו כחלק מההסכם בין הצדדים. יש לציין כי אי-אפשר להתמודד עם המעורבות וההדדיות בין עילת חלוקת הרכוש לעילות הנמשכות באמצעות תניה מפורשת בהסכם הגירושים שמזונות הילד לא יהיו חשופים להתדיינות נוספת ולשינוי. בתי-המשפט אינם אוכפים בדרך-כלל תניה כזו, וכך אכן ראוי, מכיוון שהיא עלולה לפגוע בטובתו של הילד.

ועדת שיפמן לא עסקה בסוגיה שהעליתי כאן, אך לטעמי ניתן למצוא בהמלצותיה תמיכה מסוימת למודל שהצעתי. הוועדה סברה כי אי-אפשר לנתק את עלויות הגידול של הילד מרמת המחיה הממשית של משפחתו. לפיכך כל עוד עומדת לזכות ההורים הכנסה פוטנציאלית – יהיה מקורה אשר יהיה – אין הצדקה להתעלם ממנה, שהרי היא משפיעה באופן ישיר על רמת החיים של הילד. על-כן המליצה הוועדה לראות את עלות מגוריו של הורה בדירה שבבעלותו או בדירת המגורים של בני-הזוג לפי סעיף 40 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, כהכנסה של אותו הורה.⁸⁵ לטעמי, הואיל וברוב המקרים המעבר הרכושי שמאמר זה עוסק בו הוא מחצית הדירה של האב, החייב במזונות ילדיו, יראו את מגורי האם בבית המגורים כהכנסה של אותו הורה, ויפחיתו בכך את המזונות המושגים על האב. יש בכך משהו המתקרב לרעיון שאני ממליץ עליו במאמר זה.

החיסרון במודל נעוץ בכך שהוא מופנה בעיקר לשיקול-דעתו של בית-המשפט. החשש הוא שבית-המשפט, המעוניין ככלל להגדיל את מזונות הילדים, יאמר כי החלטתו היא מעבר לרכוש שהועבר בזמנו. כלומר, קל מאוד לבית-המשפט להתייחס למזונות הרעיוניים כאל רעיון בלבד ולהתעלם מהם, מה שיחזיר אותנו להתנהלות הרגילה שבה בן-הזוג משלם המזונות יירתע מהעברת רכוש ככיסוי למזונות הילדים, ויעדיף לשלם מזונות בפועל, מה שעלול להוביל למכירת נכסים, כאמור. שנית, במודל שהצעתי אין מענה טוב למקרה ההפוך, אם כי השכיח פחות, שבו עם השנים הלכו צורכי הילדים ופחתו, והתברר כי השיעור

84 ראו, למשל, עניין *Marriage of Snow*, לעיל ה"ש 54.

85 שיפמן, בעמ' 60.

שבו הם הוערכו בזמן הסכם הגירושים היה על הצד הגבוה, או שמשכורת האב צנחה. במקרים כאלה האב עשוי לבקש הפחתת מזונות, שהיא הליך מקובל בהחלט, אך אם בזמנו שולמו המזונות באמצעות העברת רכוש, יהיה קשה לקבל סכומים אלה בחזרה, מכיוון שסביר להניח כי הם הוצאו זה כבר ואינם בנמצא. תרחיש זה אפשרי אך נדיר, שכן תביעה להפחתת מזונות נדחית ברוב-רובם של המקרים על-ידי בתי-המשפט. שלישית, הגדרה רעיונית של מזונות יכולה לפתוח פתח לקנוניות מול הרשויות לטובת הערכת מיסוי כזו או אחרת, וצריך לחשוב איך להתגבר על כך. ביקורת מדוקדקת של בית-המשפט בנוגע להסכמים אלה, תוך השוואתם למקובל בשוק, עשויה למנוע קנוניה זו מצד בני-הזוג.

מכל מקום, על-אף חסרונות אלה, מודל זה יוצר איזון ראוי יותר בין כל האינטרסים המתחרים בזירה של מוסד העילה הנמשכת, שינוי הנסיבות, תביעות העצמאית של הקטין, העילה הרכושית וההתדיינות החוזרת בדיני המשפחה. המודל מרשה ומאפשר את ההגבלה של העילות הנמשכות, מותיר את עילת חלוקת הרכוש כעילה סופית שאינה ניתנת לשינוי עתידי, וקובע כי השינוי יעשה רק בהתאם לכללים קבועים כדלעיל מבלי להתעלם מהעברה של רכוש בין בני-הזוג.

סיכום

כלל ידוע בשיטת המשפט הישראלית, ואף בשיטות המשפט ברחבי העולם, הוא כי מזונות הילדים, משמורת הילדים ומזונות האשה הם עילות נמשכות, מושא להתדיינות חוזרת ולשינוי ההכרעה הקודמת, ובלבד שהתרחש שינוי נסיבות מהותי. לעומתן, העילה הרכושית אינה מוכרת כעילה נמשכת, אינה פתוחה להתדיינות נוספת, ולפיכך אינה מושא לשינוי כלל. זהו הדין אף כאשר העילה הרכושית מעורבת עמוקות בעילות הנמשכות, ואף כאשר פריטי רכוש נמסרו כתחליף לתשלום המזונות השוטף או חלק ממנו.

מאמר זה מציג קו טיעון המשמש בסיס למודל חדש, המבקש לאזן בצורה טובה יותר בין האינטרסים המתנגשים בדיני המשפחה בסכסוכים לאחר גירושים. הקו מציג את ההכבדה שיוצרת ההבחנה בין עילות נמשכות לעילות שאינן נמשכות, ואת הבעייתיות בביתורם של הסכמי גירושים לעילות הניתנות לשינוי ולעילות שאינן ניתנות לשינוי.

הצעת המודל החדש מתאפשרת רק לאחר שהמאמר מראה כי השיטה הישראלית מאמצת למעשה קווים מנחים גם בפסיקת המזונות המקורית במסגרת ההכרעה הראשונית. הקביעה הראשונית מבוססת כיום על כללים ברורים ואחידים, ומזכירה במידה רבה את השיטה בארצות-הברית. הכוונה היא כמובן ל"מזונות-הסף" או

ל"מזונות-המינימום", אשר נהפכו לנקודת ארכימדס בפסיקה הישראלית בכל תביעה למזונות ילדים.

המאמר מציע מודל של מזונות רעיוניים למקרה שעילת חלוקת הרכוש כרוכה בעילות הניתנות לשינוי. מודל זה ידרוש מבני-הזוג להגדיר מפורשות בהסכמי הגירוש את סכום המזונות הרעיוניים. עליהם להגדיר גם איזה חלק של המזונות ישולם באופן חודשי, ואיזה חלק ישולם באמצעות העברה חד-פעמית של רכוש מבן-הזוג החייב במזונות למקבלם. בהתאם לכך, תביעה עתידית לשינוי וכן תביעה עצמאית של הקטין למזונותיו יתייחסו לסכום הכולל של המזונות הרעיוניים, ולא רק לסכום המזונות המשולם בפועל. באופן זה יוכל בית-המשפט להתחשב במעורבותה של עילת הרכוש בעילות הניתנות לשינוי מבלי לדון מחדש בסוגיית חלוקת הרכוש.

המאמר מונה את היתרונות שבמודל המוצע, ובכלל זה שימור ערכם של נכסי המשפחה ומניעת מכירתם החפוזה במהלך הליכי הגירוש, חישוב נכון יותר בהיבטי המיסוי ונקודות הזיכוי, מניעת הצורך בתניות שיפוי למיניהן ועוד. המאמר מונה גם חסרונות שיש למודל. מכל מקום, מודל זה מתיישב וצועד בקו אחד עם תיאוריית ה-"clean break", ויש בו כדי לסייע הן לבני-הזוג והן לשיטה המשפטית בקביעת מפת-דרכים ברורה יותר ויציבה יותר ביחס לסכסוכים לאחר גירושם.

על הורטון, בת פרעה והברידי באנץ' – האפשרות להעניק מעמד משפטי להורה חברתי

טלי מרקוס*

“משל ליתומה שהיא מתגדלת אצל
אפוטרופוס והיה אדם טוב ונאמן גדלה
ושמרה כראוי. בקש להשיאה עלה
הלבלר לכתוב הכתובה אמר לה מה
שמך אמרה פלנית. א”ל ומה שם אביך
התחילה שותקת. אמר לה אפוטרופוס
שלה למה את שותקת. אמרה לו מפני
שאיני יודעת לי אב אלא אותך שהמגדל
נקרא אב ולא המוליד.”¹

תקציר

שינויים חברתיים והתפתחויות באפשרויות הטכנולוגיות ליצירת חיים
העצימו בעשורים האחרונים את העיסוק בשאלת הגדרתה של ההורות.
המשפט הישראלי מגדיר הורה, ככלל, בהתבסס על נתונים ביולוגיים.
על-אף נקודת מוצא זו בדבר הורות ביולוגית, המשפט הישראלי כבר
מכיר כיום גם בהורות יציר המשפט שאינה מבוססת על מרכיבים
ביולוגיים. כך המצב ביחס לסוגיה של אימוץ ילדים, וכך גם במקרים
העוסקים בהסתייעות בטכנולוגיות רפואיות לשם הבאת ילדים לעולם

* דוקטור לפילוסופיה מהפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני
להודות למרכז מינרבה לזכויות אדם בפקולטה למשפטים שבאוניברסיטה העברית
בירושלים על הסיוע במימון המחקר. תודתי נתונה גם לברק מדינה, לאורית גן, לחברי
מערכת כתב-העת מאזני משפט, לשופטים האנונימיים ולעורך הלשוני על הערותיהם
המועילות. הכתוב במאמר משקף את עמדתי האישית בלבד.

1 שמות רבה מו, ה.

תוך שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת. מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי במקרים המתאימים יהיה ראוי להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי של הילד, ולהדגים את חשיבותה ומשמעותה של הכרה זו באמצעות יישומה על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. המאמר מציע להקנות מעמד משפטי מלא של הורה במקרים המתאימים.

ההגדרה של המונח "הורה חברתי" המובאת במאמר זה שונה מעט מזו המקובלת בספרות עד כה. לצורכי הטיעון המוצג כאן, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד והוא משמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש בפועל הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. זאת, בין אם בינו לבין הילד קיים קשר ביולוגי ובין אם לאו. הגדרה זו מקנה מכנה משותף נרחב יותר למודלים השונים להגדרת הורות המופיעים בשיטות משפט שונות ובספרות, ומלכדת אותם תחת מסגרת אחת. נקודת-מבט זו מאפשרת לנתח את הצידוקים להכרה במסגרות משפחתיות אלטרנטיביות ואת הצרכים של אותן משפחות מזווית-ראייה שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה.

עיקר הדגש במאמר מושם בבחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על מקרים שונים. זאת, מתוך מחשבה שחשיבותה של הכרה זו תומחש בצורה הטובה ביותר באמצעות הדגשת חוויית החיים של מבוגרים הבוחרים לעצב את חיי המשפחה שלהם כפי שהם רואים לנכון ושל ילדים הנולדים למשפחות אלה.

המאמר מקיים לראשונה דיון מקיף בשאלת מעמדו של ההורה החברתי בישראל, תוך יישום הרעיון של הרחבת הגדרתה של ההורות אל מעבר לביולוגיה ומעבר לאימוץ כך שתקיף דפוסים שונים של משפחות וסוגים שונים של מערכות יחסים הוריות. המאמר מקיף שכן הוא דן בהורות חברתית על כל רבדיה – הן בכזו הנוצרת בעקבות שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת לצורך הבאת ילד לעולם, והן בהורות חברתית הנוצרת כתוצאה מנסיבות חברתיות מגוונות לאחר שהילד בא לעולם.

מבוא

- א. הגדרת הורות ומעמדו של הורה בדין הישראלי
- ב. מיהו הורה חברתי?
- ג. הצדקות למתן מעמד משפטי להורה החברתי
 1. אחריות רחבה לטיפול בילד ולדאגה לו
 2. יתרונות חברתיים-כלכליים
 3. קידום של קביעות, יציבות וודאות
 4. חשיבות סמלית
 5. האינטרס של ההורה החברתי בהגשמה עצמית ובהמשך קיומו הרוחני
 6. טיפול ודאגה כמרכיבים המרכזיים של הורות
- ד. התנגדויות להענקת מעמד של הורה להורה חברתי
 1. מעמדם של ההורים הביולוגיים/המאמצים וזכותם לבלעדיות הורית
 2. איזון בין המדינה לבין ההורים בכל הנוגע בגידול הילדים
 3. הרתעה של הורים ומטפלים פוטנציאליים
 4. סיכום
- ה. המחשת חשיבותה של ההכרה במעמדו המשפטי של ההורה החברתי
 1. החלטה לגדל את הילד לפני שהילד נולד
 - (א) בן-זוג של הורה (ממין שונה) במקרה של תרומת זרע/ביצית או הורים מיועדים במקרה של שימוש באם פונדקאית
 - (ב) בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים בית משותף
 - (ג) הורות משותפת אחרת
 2. הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים
 - (א) בן-זוג של הורה
 - I. אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים
 - II. אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה
 - III. גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה
 - (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה
- ו. מילים מספר על החשיבות של הענקת מעמד הורי מלא
- ז. מילים מספר על הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות

אחרית-דבר

מבוא

בעשורים האחרונים חלו שינויים חברתיים רבים בחברה המערבית בכלל ובחברה הישראלית בפרט. בין היתר חלו תמורות במבנה התא המשפחתי, בתפיסת תפקידה של המשפחה בחברה, בחלוקת התפקידים המגדרית במשפחה, בפירון (מספר הילדים הממוצע) ובאפשרויות הטכנולוגיות ליצירת חיים. כתוצאה מכך גבר העיסוק בשאלה כיצד יש להגדיר מיהו הורה.

המשפט הישראלי מגדיר הורה, ככלל, בהתבסס על נתונים ביולוגיים.² עם זאת, במצבים מסוימים הוא מכיר בהורות משפטית שאינה מבוססת על קשר ביולוגי. ככל שמדובר באימוץ ילדים³ ובמקרים של רבייה מסויעת, הקשר הביולוגי אינו הבסיס להגדרת הורות. כך, לפי המצב המשפטי הקיים כיום בישראל, תורם זרע ותורמת ביצית אינם מוגדרים הורים של ילד שנולד כתוצאה משימוש בתאי הרבייה שלהם, והם אינם נושאים ככלל בחובות או בזכויות כלשהן ביחס לילד, אף שהילד קשור אליהם מבחינה ביולוגית.⁴ חוק הסכמים לנשיאת עוברים מקנה

2 ס' 28 לחוק מידע גנטי, התשס"א-2000. גם מהפסיקה ניתן ללמוד כי ההורות מבוססת על נתונים ביולוגיים: ע"א 664/71 מרחב נ' שרלין, פ"ד כו(1) 701 (1972); ע"א 614/76 פלמונית נ' אלמוני, פ"ד לא(3) 85 (1977); ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(1) 229 (1979); ע"א 5464/93 פלוני נ' אלמוני, קטין, פ"ד מח(3) 857 (1994); בע"מ 9752/08 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק"על 2009(1) 867, פס' יד-יו; בג"ץ 6483/05 קעדאן נ' שר הפנים, תק"על 2010(3) 2051, פס' 11, 14, 16. ראו גם מיכאל קוריןאלדי דיני אישים, משפחה וירושה בין דת למדינה – מגמות חדשות 46 (2004); פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל כרך ב 23, 112 (1989); רות זפרן "המשפחה בעידן הגנטי – הגדרת הורות בנסיבות של הולדה מלאכותית כמקרה מבחן" דין ודברים ב 223, 234 (2005) (להלן: זפרן "המשפחה בעידן הגנטי"); רות זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו 311, 315–316 (2002) (להלן: זפרן "של מי אתה ילד?"); איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר "הורים או זרים: מעמד המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים" משפטים מ 5, 9 (2010); צבי טריגר "רישיון הורות" זכויות הילד והמשפט הישראלי 389, 404 (תמר מורג עורכת, 2010); פנחס שיפמן "על המשפחה החדשה: קווי פתיחה לדיון" עיוני משפט כח 643, 659 (2005).

3 חוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.

4 לעניין תרומת ביצית ראו ס' 42 לחוק תרומת ביציות, התש"ע 2010. לעניין תרומת זרע ראו ס' 24 לחוק מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: חוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07), האוסר גילוי של זהות התורם וזהות האישה שהוזרעה בזרע התורם, וכן ס' 23(א) לחוק המנכ"ל, הקובע כי יש לקבל את הסכמת האישה ובן-זוגה לביצוע ההזרעה וכן לקבל את הצהרת בן-הזוג כי הילד שיוולד ייחשב ילדו הטבעי לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות

ככלל מעמד להורים המיועדים,⁵ וזאת גם במצבים שבהם האם המיועדת אינה קשורה גנטית לילד.⁶ עם זאת, למעט מצבים ספורים אלה, המשפט הישראלי אינו מכיר במעמדו של הורה חברתי, ואינו מסדיר בצורה מקיפה וממצה את מערכת היחסים שנרקמת בין ילד לבין מי שמשמש לו הורה מבחינה חברתית-פסיכולוגית (כאשר בינו לבין הילד אין קשר ביולוגי).

מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי במקרים המתאימים יהיה ראוי להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי של הילד, ולהדגים את חשיבותה ומשמעותה של הכרה זו באמצעות יישומה על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. עיקר הדגש במאמר מושם בבחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך והצידוקים להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על מקרים שונים. זאת, מתוך מחשבה שבאמצעות הדגשת חוויות החיים של מבוגרים הבוחרים לעצב לעצמם את חיי המשפחה שלהם כפי שהם רואים לנכון ושל ילדים הנולדים למשפחות אלה תומחש בצורה הטובה ביותר חשיבותה של הכרה זו.

הדרך שהמאמר דוגל בה להכרה במעמדו של הורה חברתי כהורה משפטי היא באמצעות הרחבת ההגדרה המשפטית של הורה, ולא על-ידי שימוש במוסד האימוץ. החיסרון של הליך האימוץ הוא שמדובר בדרך-כלל בהליך ארוך ומסורבל, שכולל מעורבות רבה של המדינה באמצעות שירותי הרווחה. חוק אימוץ ילדים נוצר על-מנת לתת מענה לתופעה חברתית של ילדים חסרי בית או ילדים הגדלים במסגרת משפחתית המרעה להם עד כדי שיש להוציאם מרשות הוריהם. על-מנת להכריע שיש להוציא ילדים מחזקת הוריהם נדרשת מעורבות רבה של רשויות הרווחה. כן נדרשת מעורבות של רשויות המדינה לפני העברת הילד לאימוץ במשפחה חדשה. המעורבות הרבה של המדינה באמצעות שירותי הרווחה נועדה לוודא שטובתם של הילדים נשמרת במצבים שבהם זכויות ההורים מנוגדות לטובתם של הילדים. לנוכח התפתחותן של טכנולוגיות הפריון והשינויים החברתיים שחלו בעשורים האחרונים, המדינה דורשת כיום להפעיל את חוק אימוץ ילדים גם במקרים שבהם אין מדובר בילדים שיש צורך להוציאם מביתם ולהעבירם למשפחה אחרת, אלא בילדים הגדלים עם אחד מהוריהם המוכר על-ידי

וירוש, ויישא את שם משפחתו. עם זאת, יש לציין כי המצב שונה כאשר מדובר בתרומת זרע מתורם ידוע.

5 חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק הסכמים לנשיאת עוברים). "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

6 ס' 6(ב) לחוק תרומת ביציות.

החוק ועם אדם נוסף שמשמש בפועל הורה לילד ואשר מבקש לקבל הכרה חוקית ככזה. חוק אימוץ ילדים לא נועד מלכתחילה לתת מענה למצבים מעין אלה, ולכן דרישת המדינה להחיל את החוק גם על מצבים מעין אלה מציבה את מבקש ההכרה – אשר מטפל ומגדל את הילד כאילו היה הורה החוקי – בפני הליך המחייב אותו לעמוד במעין בחינה לשם קבלת רישיון להורות.⁷ נוסף על כך שמדובר בהליך ארוך הכרוך במעורבות של המדינה, נלווית להליך זה תחושה שלילית הנובעת מיחסה של החברה להליך האימוץ כהליך חריג היוצר מערכת יחסים שאינה טבעית במהותה בין הורה לילד. זאת, במיוחד על רקע התייחסותו של המשפט הישראלי להורים הביולוגיים של הילד כאל הוריו הטבעיים.⁸

ההגדרה של המונח "הורות חברתית" שמובאת במאמר זה שונה מעט מן המקובל בספרות עד כה. הספרות הקיימת מסתמכת על ההכרה בחשיבותן של מערכות היחסים הקיימות בין הילד לבין המבוגר אשר מטפל בו ומגדל אותו, על-מנת לעגן הגדרה של הורות שאינה נשענת על מרכיבים ביולוגיים, אלא על מבחנים תפקודיים של המבוגר ביחס לילד, כאשר בחינה זו נעשית בדיעבד לאחר

7 לעניין זה ראו מאמרו של טריגר, לעיל ה"ש 2, הדן באפשרות להנהיג רישיון הורות. לטענת טריגר, רישיון הורות כבר מונהג בשיטה המשפטית הישראלית לגבי אנשים מסוימים (אנשים המעוניינים לאמץ ילד, אנשים הנזקקים לפונדקאות, אסירים, הומואים ולסביות). הבחירה להנהיגו במקרים מסוימים, ולא במקרים אחרים, היא בחירה אידיאולוגית. טריגר מבקר את הדרישה לבחון את מסוגלותם ההורית של בני-זוג מאותו מין המגוישים בקשות לאימוץ צולב. טריגר מציין כי אימוץ צולב שונה מהמודל הקלסי של אימוץ שבא לידי ביטוי בחוק אימוץ ילדים, שכן אין מדובר בילדים חסרי בית, אלא בילדים שכבר חיים בתא משפחתי עם בת-הזוג המבקשת לאמצם. הקמת תא משפחתי על-ידי בנות-זוג מאותו מין הינה אנלוגית ללידת ילדים במשפחה הטרוסקסואלית, מאחר ששניהם קורים מבלי לבקש אישור מראש מהמדינה. אף-על-פי-כן, התא המשפחתי ההומוסלסבי זקוק לאישור כדי לזכות בהכרה משפטית פורמלית (אישור אשר טריגר מכנה "רישיון הורות"), ואילו התא המשפחתי ההטרוסקסואלי זוכה בהכרה באופן אוטומטי (שם, בעמ' 417).

8 לעניין זה ראו, למשל, ס' 14 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; ס' 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951; ס' 6(ג)(1)(א) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, הדן בצורך להצהיר על היות אם היילוד האם הטבעית, כאשר מדובר בלידה שאירעה במקום שאינו מוסד. לביקורת על המשגת ההורות הביולוגית כהורות ה"טבעית" ראו בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10, הטוענות כי המשגת ההורות הביולוגית כהורות ה"טבעית" טומנת בחובה הכרעה אידיאולוגית בדבר עדיפותה של הורות זו על חלופות אחרות להגדרת הורות, ומייתרת את הצורך בהסבר מדוע ההורות הביולוגית היא הבסיס להגדרתה המשפטית של ההורות בישראל. לשיטתן, העובדה שמדובר בהכרעה אידיאולוגית ובהבניה חברתית בולטת על רקע העובדה ששיטות משפט שונות אימצו בסיסים שונים להגדרתה של ההורות המשפטית, ורבות מהן סטו מהמבחן הביולוגי כבסיס להגדרת ההורות.

התבססותה של מערכת היחסים.⁹ לעומת זאת, במרכזה של הורות חברתית לפי הטיעון המובא כאן מצויים הדאגה לילד, הטיפול בו ומערכת היחסים הרגשית שנוצרת בין ההורה לבין הילד. יתר על כן, לצורכי הטיעון המופיע במאמר זה, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד, והוא מגדל את הילד, מטפל בו ומשמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. לפי הגדרה זו, לא רק שאין חשיבות לעניין זה אם בין ההורה לבין הילד קיים קשר ביולוגי אם לאו, אלא שניתן להכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, בהסתמך על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי.

ההגדרה שאני מציעה במסגרת מאמר זה מקנה מכנה משותף נרחב יותר למודלים השונים להגדרת הורות המופיעים בשיטות משפט שונות ובספרות האקדמית.¹⁰

9 ראו, למשל: Richard F. Storrow, *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage*, 53 HASTINGS L.J. 597, 640 (2002); Laura T. Kessler, *Community Parenting*, 24 WASH. U. J.L. & POL'Y 47, 63-65 (2007); Nancy D. Polikoff, *This Child Does Have Two Mothers: Redefining Parenthood to Meet the Needs of Children in Lesbian-Mother and Other Nontraditional Families*, 78 GEO. L.J. 459 (1989-1990); Susan F. Appleton, *Parents by the Numbers*, 37 HOFSTRA L. REV. 11, 27-34 (2008-2009) (להלן: Appleton, *Parents by the Numbers*); בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

10 בשיטות משפט שונות ובספרות המחקרית ניתן למצוא מודלים שונים להגדרת הורות, ביניהם כאלה המבוססים על קשר ביולוגי (קשר גנטי או קשר פיזיולוגי), על חזקת משפטיות שונות (דוגמת חזקת הנישואים), על כוונה, על פונקציונליות, על אימוץ, על חוזה ועל השתק. ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה בישראל" משפטים מב 835 (2012) (להלן: מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה") (הורות המבוססת על חוזה); חוק אימוץ ילדים (הורות המבוססת על אימוץ); 387 Michael K.T. v. Tina L.T., 387 S.E.2d 866 (W. Va. 1989) (הורות המבוססת על השתק); AMERICAN LAW INSTITUTE (ALI), PRINCIPLES OF THE LAW OF FAMILY DISSOLUTION: ANALYSIS AND RECOMMENDATIONS § 2.03(1)(b) (2002) (להלן: כללי ALI) (הורות המבוססת על השתק); Susan F. Appleton, *Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era*, 86 B.U. L. REV. 227 (2006) (הורות המבוססת על חזקת משפטיות); להלן: Theresa Glennon, *Somebody's Child*; (Appleton, *Presuming Women Evaluating the Erosion of the Marital Presumption of Paternity*, 102 W. VA. L. REV. 547 (2000) (הורות המבוססת על חזקת משפטיות). לעניין הורות המבוססת על פונקציונליות ראו את ההפניות לעיל בה"ש 9. לעניין הורות המבוססת על כוונה ראו: *In re Marriage of Buzzanca*, 61 Cal. App. 4th 1410 (1998); *Johnson v. Calvert*, 851

מכנה משותף זה מבוסס על הכרה בכך שלב-ליבה של ההורות הוא מערכת היחסים האינטימית שנוצרת בין ההורה לבין הילד בעקבות יחס הטיפול והדאגה היומיומי של ההורה כלפי הילד. ראייה הוליסטית זו, המלכדת את המודלים השונים להגדרת הורות תחת מסגרת אחת, מאפשרת לנתח את הצידוקים להכרה במסגרות משפחתיות אלטרנטיביות ואת הצרכים של אותן משפחות מזווית-ראייה שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה.

ההגדרה המוצעת כאן להורות חברתית אינה זהה להגדרת ההורות התפקודית/ הפונקציונלית המופיעה בספרות.¹¹ בניגוד להגדרת ההורות התפקודית, ההגדרה שמאמר זה מבוסס עליה אינה חלה רק בדיעבד, אלא אף צופה פני עתיד. המודלים הקיימים כיום להגדרת הורות יוצרים פעמים רבות הבחנה בין הורות המוכרת בדיעבד, אשר מבוססת על בחינה בדיעבד של מערכת היחסים שנוצרה בין הילד לבין המבוגר המטפל בו, לבין הורות המוכרת מראש, אשר עשויה להיות מבוססת על קשר ביולוגי, על אימוץ או על חזקות משפטיות שונות. איני ממעטת בחשיבותה של הבחנה זו. עם זאת, לטעמי הבחנה זו חשובה לצרכים אופרטיביים בלבד, ואינה נדרשת מבחינה מהותית להגדרת ההורות.

הורטון, בת פרעה והבריידי באנץ' מייצגים אפיונים שונים של הורות חברתית. המשותף להם הוא הנאמנות והמסירות של ההורה החברתי כלפי הילד, ומערכת היחסים הרגשית שנוצרת ביניהם. הורטון הפיל, גיבור ספרו של ד"ר סוס,¹² פוגש בציפור עצלה שמבקשת ממנו לשבת ולדגור על הביצה שלה בזמן שהיא נוטלת הפסקה קצרה. הציפור נעלמת, והורטון הפיל, בדבקות ובמסירות, יושב על הביצה ולא מש ממנה. הסיפור מתאר את התלאות שעוברות על הורטון בזמן שהוא יושב על הביצה: צוחקים ולועגים לו, יורד עליו גשם ושלג, באים ציידים לירות בו והוא נלקח לקרקס. למרות כל תלאותיו, הורטון נשאר נאמן למשימת הטיפול בביצה. בסוף הסיפור, כאשר הביצה עומדת לבקוע, הציפור, אשר נפשה עד עתה על חוף הים, מנסה לגרש את הורטון בטענה שהביצה אינה שלו. כאשר הביצה בוקעת, יוצא מתוכה יצור שחציו ציפור וחציו פיל. הגוזל נשאר עם הורטון, אשר התמיד והשקיע בו, והציפור נשארת לבדה. בת פרעה מצאה את משה כאשר ירדה לרחוץ ביאור.¹³

P.2d 776 (Cal. 1993); Elisa B. v. Superior Court, 117 P.3d 660 (Cal. 2005);
People v. Sorensen, 68 Cal.2d 280 (Cal. 1968)

11 ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט שלידה.

12 ד"ר סוס הורטון הפיל דוגר על ביצה (אבירמה גולן מתרגמת, 1991); Dr. Seuss, Horton Hatches the Egg (1940).

13 שמות ב.

היא הצילה את חייו של משה, העניקה לו את שמו, וגידלה אותו כבן בבית אביה. בת פרעה עשתה זאת חרף הוראתו המפורשת של אביה להרוג את כל התינוקות הזכרים העברים.¹⁴ לאמיתו של דבר, ייתכן שללא מעשיה לא היה קם לישראל מנהיג כמשה ולא הייתה יציאת מצרים. סדרת הטלוויזיה האמריקאית "הבריידי באנץ'"¹⁵ עסקה במשפחה של "סבב שני": אלמן עם שלושה בנים ואלמנה עם שלוש בנות התאחדו למשפחה אחת. העונה הראשונה עוסקת בהסתגלותם של חברי המשפחה למצב המשפחתי החדש. באחד הפרקים, בעקבות צפייה בסרט "סינדרלה", מחליט הבן הקטן לברוח מהבית. בסיומו של הפרק מסבירה לו האם כי ה-steps (מונח שפירושו הוא גם "חורגים", במובן של ילדים/הורים חורגים, וגם "מדרגות") היחידים אצלם בבית הם אלה המובילים לקומה השנייה, ובכך למעשה מבטלת את ההבחנה בין הילדים השונים ויוצרת משפחה מאוחדת אחת.¹⁶

מאחר שהמוקד הוא מערכת היחסים כשלעצמה, ההגדרה כוללת אף הורים ביולוגיים והורים מאמצים. הדגש אפוא אינו באופיו של הקשר הביולוגי או המשפטי שקיים בין ההורה לבין הילד, אלא בטיב מערכת היחסים ביניהם. לפיכך

14 ההלכה היהודית מהללת את בת פרעה ורואה בה גיבורה אשר פעלה בניגוד למצוות המפורשת של אביה, המרתה את פיו והצילה את משה ממוות ודאי. יש הגורסים כי היא אחת מחסידי אומות העולם. לדברי חז"ל, בתיה שמוזכרת בספר דברי הימים א היא בת פרעה אשר גידלה את משה. ספר מדרש רבה מספר על מקור שמה: "אמר לה הקב"ה לבתיה בת פרעה: משה לא היה בנך וקראתו בנך, אף את לא את בתי ואני קורא אותך בתי, שנאמר 'אלה בני בתיה' – בת י"ה" (ויקרא רבה א, ג, בהתייחס לדברי הימים א, ד 18). מדרש רבה לספר שמות משבח את בת פרעה ואומר: "מכאן אתה למד שכרן של גומלי חסדים, אף על פי שהרבה שמות היו לו למשה, לא נקבע לו שם בכל התורה אלא כמו שקראתו בתיה בת פרעה, ואף הקב"ה לא קראהו בשם אחר" (שמות רבה א, כו). וכך מספר המדרש על יחסה של בת פרעה למשה: "היתה בת פרעה מנשקת ומחבקת ומחבבת אותו כאלו הוא בנה, ולא היתה מוציאתו מפלטרין של מלך" (שמות רבה א, כו). כן ראו גילי זיוון "מבת פרעה אני לומדת את סוד החמלה" מרכז יעקב הרצוג www.merkazherzog.org.il/article/24; תשובה של הרב גלעד שטראוס לשאלה בנוגע לבתיה בת פרעה באתר האינטרנט כיפה – www.kipa.co.il/ask/show/196017-%D7%91%D7%AA%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94%D7%A9%D7%AA-%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%AA-%D7%91%D7%AA-%D7%99%D7%94-%D7%91%D7%AA-%D7%A4%D7%A8%D7%A2%D7%94. כן ראו יוכי ברנדס שבע אימהות (2010), המציעה קריאה אלטרנטיבית לגבי שבע דמויות נשיות חשובות מן התנ"ך, ביניהן בת פרעה.

15 The Brady Bunch, ABC (1969–1974).

16 שם, עונה 1, פרק 10.

גם הורה ביולוגי יכול להיות הורה חברתי של הילד, באותם מקרים שבהם הוא אכן מגדל את הילד, מטפל בו ויוצר עימו מערכת יחסים של הורה-ילד. אולם מאמר זה יתמקד במצבים שבהם ההורות החברתית מנותקת מההורות הביולוגית. המאמר מציג להקנות מעמד משפטי מלא של הורה למי שעומד בהגדרה של הורה חברתי. השוואת מעמדו של הורה חברתי למעמדו של הורה ביולוגי תקנה להורה החברתי את מכלול זכויותיו וחובותיו של ההורה הביולוגי – הן זכויות חיוביות, שעניינן קבלת החלטות בנוגע לילד, והן זכויות שליליות, המקנות הגנה מפני התערבות המדינה בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. בהקשר זה יש לציין כי מרגע שיוכר מעמדו המשפטי של אדם כהורה חברתי, אם בשלב מאוחר יותר יתעורר משבר במערכת היחסים המשפחתית, לא יהיה אפשר לבטל את מעמדו ההורי (אלא במצבים של העדר מסוגלות הורית).¹⁷ במצב זה יהיה צורך לטפל בסכסוך כפי שמטפלים כיום בסכסוך בין כל זוג הורים, תוך חלוקת האחריות והזכויות ההוריות בין ההורים החוקיים השונים. מכאן שהכרה במעמדו המשפטי של הורה חברתי כהורה עשויה לצמצם את זכויותיו של ההורה הביולוגי/המאמץ של הילד, במובן זה שהיא תקנה לאדם נוסף אפשרות לקבל החלטות בנוגע לילד ובכך תפגע בבלעדיות קבלת ההחלטות של ההורה הקיים. עם זאת, אני מבקשת להדגיש כי אין כוונתי לטעון במאמר זה שיש לשלול את הבסיס הביולוגי להגדרת הורות, אלא רק להוסיף עליו. כמו-כן אני טוענת שיש להעניק מעמד להורה החברתי תוך ביטול מעמדו של ההורה הביולוגי.¹⁸ לפיכך בחלק מהמצבים

17 החוק בישראל אינו מאפשר לאדם לוותר באופן עצמאי, ללא אישור של רשויות המדינה, על הזכות להיות הורה ועל המעמד של הורה. אם רצוננו להשוות את מצבו ומעמדו של ההורה החברתי לזה של הורה ביולוגי, אזי על-פי המצב המשפטי הקיים כיום בישראל, מרגע שמוכרת זכותו להורות של הורה חברתי, לא יהיה אפשר לבטל מעמד זה. ביטול הסטטוס של הורה חברתי יהיה אפשרי רק במצבים שבהם החוק הקיים מאפשר ביטול של המעמד ההורי, כגון מצבים של העדר מסוגלות הורית. מסקנה זו נובעת מהרחבת הגדרתה של ה"הורות" אל מעבר לביולוגיה ולאומץ, כך שתחול גם על הורות חברתית. אני סבורה כי יש לשנות את המצב המשפטי הקיים ולאפשר להורה לוותר על מעמדו ההורי כלפי הילד. כל זאת באמצעות הסדרה של הנושא על-ידי המדינה, בכפוף לבחינת טובת הילד, ובפיקוחו ובאישורו של בית-המשפט. עמדתי זו, שלפיה יש לאפשר מבחינה משפטית להורה לוותר על מעמדו ההורי, מתייחסת הן להורה ביולוגי והן להורה חברתי. להרחבה בסוגיה זו ראו טלי מרקוס הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות 209–210 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2015) (להלן: מרקוס הזכות להורות חברתית).

18 למעט במקרים של הזנחה או העדר מסוגלות הורית, הנכנסים לעילות המנויות בחוק אימוץ ילדים לצורך הכרזה על קטין ככר-אימוץ.

תתעורר שאלת האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד. בשאלה זו עסקתי במקום אחר,¹⁹ ולכן לא אקיים דיון בסוגיה זו במסגרת המאמר הנוכחי.

סוגיית ההכרה בהורות חברתית מעוררת את השאלה מהן ההצדקות להקניית מעמד להורה חברתי, ואם אכן יש הצדקות כאלה, מה יהיו אמות-המידה הראויות להכרה באדם כהורה חברתי. במסגרת המאמר אציג תחילה טיעונים התומכים בקביעה עקרונית בדבר הכרה משפטית במעמדו של הורה חברתי. טיעונים אלה מבוססים על מגוון שיקולים שעניינם קידום טובת הילד, אינטרסים של המבוגרים המעורבים בגידולו ואינטרסים חברתיים. ההצדקה המרכזית בהקשר זה מעוגנת בטענה כי מהותה ותמציתה של ההורות הינה מערכת היחסים הרגשית העמוקה בין הילד לבין ההורה, אשר מבוססת על יחס הטיפול והדאגה היומיומי כלפי הילד, ולא על הקשר הביולוגי כשלעצמו. בהמשך אדון בקטגוריות של מקרים שבהם עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות, תוך מיון המקרים בהתבסס על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. החששות בנוגע להרחבתה של הגדרת ההורות גם להורות חברתית וההתנגדויות לביסוס הורות על רכיבים פסיכולוגיים-חברתיים יידונו הן בפרק נפרד שיוקדש לכך והן במסגרת הצגת המקרים הקונקרטיים השונים שבהם הסוגיה מתעוררת.

לנוכח מגוון הסוגים הרחב של מערכות היחסים ההוריות הקיימות, נראה שאי-אפשר ליצור מבחן אחיד שיתאים לכלל המצבים, אלא על המשפט יהיה לקבוע לגבי כל סוג של מערכת יחסים אמות-מידה שונות להכרה בהורות חברתית. כך, למשל, מקרה שבו בנות-זוג לסביות מביאות לעולם ילד בשיתוף עם גבר תוך כוונה לגדל את הילד במשותף מחייב התייחסות שונה מאשר מקרה שבו בן-זוג של הורה ביולוגי נכנס לחייו של ילד בשלב מאוחר יותר של חייו ומפתח עימו מערכת יחסים הורית.

מאמר זה מוסיף ומחדש ביחס לכתיבה הקיימת מאחר שהוא מקיים לראשונה דיון מקיף בשאלת מעמדו של ההורה החברתי בישראל, תוך יישום הרעיון של הרחבת הגדרתה של ההורות אל מעבר לביולוגיה ומעבר לאימוץ כך שתקיף דפוסים שונים של משפחות וסוגים שונים של מערכות יחסים הוריות. המאמר משתמש בהגדרה שונה מעט של המונח "הורות חברתית" מזו המקובלת בספרות, ומאפשר על-כן להתחקות אחר הנחיצות בהכרה במערכות יחסים הוריות במשפחות אלטרנטיביות ואחר הצידוקים להכרה כזו מנקודת-מבט שונה מעט בהשוואה למה שנעשה עד כה.

19 טלי מרקוס "צריך (רק) שניים לטנגו? על האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד" משפטים מד 415 (2014) (להלן: מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים").

מאמרו של איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר על מעמדם המשפטי המצוי והרצוי של בני-זוג של הורים²⁰ מציע דרך להתמודד עם הלקונה במשפט הישראלי בכל הנוגע בהסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הורים. מאמרו מתמקד במערכות יחסים בין ילדים לבני-זוג ממינים שונים בלבד, ואינו דן במכלול מערכות היחסים הנוצרות בין ילדים לבין דמויות הוריות אחרות. לפיכך המודל שהן מציעות אינו עונה בהכרח על הצרכים המתעוררים בהקשר של סוגים אחרים של הורות חברתית. הכותבות סבורות כי יש להקנות לבן-הזוג מעין מעמד-ביניים בין הורה לבין אדם זר. מאמר זה מוסיף על מאמרו של בלכר-פריגת והקר מאחר שהוא עוסק בהורות חברתית באשר היא. נוסף על כך, מאמר זה נבדל ממאמרו של בלכר-פריגת והקר בפתרון שהוא מציע להתמודדות עם הסוגיה. מטרת מאמר זה היא לבסס את הטענה כי יש להרחיב את הגדרת ההורות כך שבמצבים מסוימים יוענק סטטוס של הורה, על כל המשתמע מכך, להורה החברתי.

עבודותיה של רות זפרן עוסקות בניתוח דיני המשפחה באמצעות שיח היחסים,²¹ וחלקן עוסקות בהגדרת הורות.²² מאמר זה מוסיף על הסוגיות הספציפיות שזפרן מעלה בחיבוריה, ומקיף את מכלול המצבים שבהם סוגיית ההורות החברתית עשויה לעלות.

יחזקאל מרגלית עוסק במאמריו במה שהוא מכנה "קביעת הורות משפטית בהסכמה".²³ הוא דן בחשיבותה של קביעת ההורות המשפטית, סוקר את המודלים המקובלים לקביעת הורות משפטית, ומציע מודל נורמטיבי להתמודדות עם הסוגיה – הגדרת הורות בהתבסס על הסכמה מפורשת כגורם המרכזי המכוון הורות. כמו-כן נראה שעיקר עיסוקו של מרגלית הוא במצבים שבהם ההורות מושגת בעקבות שימוש בטכנולוגיות רפואיות. מאמר זה, לעומת זאת, שם דגש

20 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

21 ראו, למשל, רות זפרן זכותו של צאצא להתחקות אחר זהות הוריו הביולוגיים (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004); רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפט, חברה ותרבות: משפטים על אהבה 605 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005) (להלן: זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה").

22 ראו, למשל, רות זפרן "אימהות יש גם שתיים – הגדרת אימהות לילד שנולד לבנות זוג מאותו המין" דין ודברים ג 351 (2007) (להלן: זפרן "אימהות יש גם שתיים"); זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 2.

23 ראו, למשל, יחזקאל מרגלית "על קביעת הורות משפטית בהסכמה כמענה לאתגרי קביעת ההורות המשפטית בעת החדשה" דין ודברים ו 553 (2012); מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 10.

במערכת היחסים שבין הילד למבוגר המטפל בו, ולא בהסכמות בין המבוגרים כשלעצמן, וחולש על מצבים הנפרשים מעבר לשימוש בטכנולוגיות פריזן. מטבע הדברים עשויה להיות חפיפה מסוימת בין המצבים ש"ההורות ההסכמית" חלה עליהם לבין המצבים המתוארים במאמר זה. זאת, מאחר שגם ההורות ההסכמית עוסקת במצבים שבהם אין קשר ביולוגי בין ההורה ההסכמי לבין הילד. ההבדל בין "ההורות ההסכמית" לבין הטיעון המובא במאמר זה נעוץ קודם-כל בנקודת המוצא לבחינת הסוגיה של הגדרת ההורות. בעוד התיאוריה של "ההורות ההסכמית" שמה את הדגש בהרחבת הגדרת ההורות אל מעבר לביולוגיה כך שתקיף הסכמה מפורשת בין ההורה הביולוגי להורה הנוסף כגורם המרכזי המכוון הורות, מאמר זה שם את הדגש לא במערכת היחסים שבין המבוגרים המגדלים את הילד, אלא במערכת היחסים שבין הילד לבין המבוגר המטפל בו. ההצדקה המוסרית העומדת במאמר זה בבסיס הרחבתה של הגדרת ההורות היא שונה אם כן. נוסף על כך, לנוכח נקודת המוצא השונה להגדרת הורות, המאמר חולש על מצבים רחבים מאלה שניתן לבסס בהם הורות הסכמית.

בפרק א אציג את המצב המשפטי הקיים בישראל בכל הנוגע בהגדרת הורות וכן לגבי מעמדו של הורה בדין הישראלי. פרק ב ידון באופן כללי בשאלה מיהו הורה חברתי. במסגרת פרק ג אדון בהצדקות להענקת מעמד של הורה להורה חברתי. פרק ד יעסוק בהתנגדויות אפשריות להענקת סטטוס של הורה להורה החברתי. פרק ה ימחיש את חשיבות ההכרה במעמדו של הורה חברתי כהורה באמצעות יישום ההכרה על מצבים שונים שבהם שאלת הגדרתה של ההורות עשויה להתעורר. פרק ז זה מחולק לשניים. חלקו הראשון דן במצבים שבהם ההחלטה של ההורה החברתי לגדל את הילד הייתה לפני שהילד נולד. חלק זה ידון במקרים של זוגות הטרוסקסואלים המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בטכנולוגיות רפואיות ושימוש בתרומת זרע, בתרומת ביצית או בשירותיה של אם פונדקאית. כן ידון החלק בבני-זוג מאותו מין המחליטים להקים יחד משפחה וכן במצבים של "הורות משותפת אחרת". חלקו השני של הפרק יעסוק במצבים שבהם ההורות החברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים. חלק זה נחלק אף הוא לשני חלקים: (א) בן-זוג של הורה (אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים, אלמן/ה הנכנס/ת לזוגיות חדשה, גרושים המתחתנים מחדש); (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה (לדוגמה: סב, דוד, קרוב-משפחה אחר, מטפלת, שמרטפית). פרק ו ידון בחשיבות של הענקת מעמד הורי מלא להורה חברתי, ופרק ז ידון בזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות.

א. הגדרת הורות ומעמדו של הורה בדין הישראלי

החוק בישראל מגדיר את ההורים כ"אפוטרופסים הטבעיים" של ילדיהם, ומקנה להם סטטוס משפטי הכולל בחובו בלעדיות בכל הנוגע במעמדם כהורים וכן זכויות וחובות בנוגע לילד.²⁴ החוק קובע כי "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".²⁵ במקביל החוק קובע את חובת הקטין לציית להוריו בכל עניין הנוגע באפוטרופסותם, תוך כיבוד אב ואם.²⁶ נוסף על התפקידים המנויים בסעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, מוקנות להורים זכויות וחובות נוספות הפזורות על-פני ספר החוקים וכן זכויות וחובות מכוח הפסיקה. כך, למשל, המונח "צרכי הקטין" בסעיף 15 האמור פורש על-ידי הפסיקה ככולל את סוגיית הטיפול הרפואי בקטין.²⁷ דוגמאות נוספות הן זכות ההורים לבחור את המסגרת החינוכית שבה יתחנך ילדם;²⁸ זכות ההורים

24 ס' 14–15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה.

25 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

26 ס' 16 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

27 רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' אכר (קטין), פ"ד נא(4) 830, פס' 19 (1997); ע"א 1354/92 היועץ המשפטי נ' פלונית, פ"ד מח(1) 724, 711 (1994); בע"מ 5710/05 פלוני נ' פלונית, פ"ד סא(2) 663, פס' 9 לפסק-דינה של השופטת ארבל (2006). הפסיקה העוסקת בהתערבות בהחלטותיהם של הורים בנוגע לטיפול רפואי בילדיהם מדגישה את זכותם היסודית לאוטונומיה בהחלטות הנוגעות בגידול ילדיהם. זכות זו נהנית מעוצמה ניכרת (עניין אכר, לעיל בהערה זו, בעמ' 859–861 ו-865). היא אינה מוחלטת אומנם, ולבית-המשפט יש סמכות להתערב בהחלטות ההורים כל אימת שטובתו של הילד מחייבת זאת, אולם נקבע כי לנוכח עוצמתה של זכות ההורים נדרשת עילה מיוחדת ויוצאת-דופן על-מנת להצדיק את השימוש בכוח הניתן לרשויות המדינה להתערב בהחלטות ההורים (שם, בעמ' 862). זכותם של ההורים לעניין ההסכמה לטיפול רפואי בקטין מוגבלת בכמה אופנים. ראשית, על-אף הרטוריקה המופיעה בפסקי-הדין בדבר זכותם החזקה של ההורים לאוטונומיה, מעיון בפסיקה העוסקת בתחום מצטיירת תמונה שלפיה מעמדם של ההורים בכל הנוגע בהחלטות ביחס לטיפול הרפואי בילדם מסתכם למעשה במעמד של מעין נציג של הילד, שמחויב לתת ביטוי לטובת הילד בלבד. נוסף על כך קיימת חקיקה המגבילה את זכותם של ההורים בעניינים הנוגעים בבריאות הקטין. להרחבה בעניין זה ראו מרקוס הזכות להורות חברתית, לעיל ה"ש 17, בעמ' 50–52.

28 הכוונה היא לחופש לבחור בין מוסד חינוכי ממלכתי לבין מוסד ממלכתי-דתי או מוסד חינוך מוכר שאינו רשמי, בהתאם לס' 20 לחוק חינוך ממלכתי, התשי"ג-1953, ולתק' 15, 25, 26, 36 ו-44 לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959. כמו-כן קיימת האפשרות להקים בית-ספר פרטי בפיקוח המדינה בהתאם לחוק פיקוח על בתי ספר,

להעניק שם פרטי לילד עם היוולדו²⁹ ולשנות את שמו הפרטי³⁰; והחובה של תשלום מזונות.³¹

החוק בישראל אינו מגדיר מיהו הורה, וממילא אין בישראל הסדר חוקי מקיף בענייני הורות.³² על-פי הפסיקה, הורה הוא מי שנטל חלק בהורותו של ילד.³³ מדובר בהגדרה עובדתית הנשענת על נתונים ביולוגיים.³⁴ נקודת מוצא זו להגדרת הורות דומה למצב במשפט העברי, הקובע את ההורות בהתאם לקרבה הביולוגית.³⁵ אף שקשר ביולוגי מהווה את נקודת המוצא במשפט הישראלי בכל הנוגע בהגדרת הורות, במצבים מסוימים המשפט מכיר אף בהורות חוקית, קרי, בהורות יציר המשפט. הדוגמה הבולטת ביותר היא אימוץ ילדים. המשפט הישראלי מכיר באימוץ פורמלי בהתאם לחוק אימוץ ילדים כדרך של אדם לקבל סטטוס של הורה. נוסף על כך, המשפט הישראלי מכיר בחזקת "רוב בעילות אחר הבעל" שאותה שאב מהמשפט העברי.³⁶ בהתאם לכלל זה, קמה חזקה שלפיה בעלה של אם הילד הוא אביו הביולוגי. מדובר לכאורה בחזקה הניתנת לסתירה, אולם לנוכח החשש מפני תיוג הילד כממזר על-פי הדין העברי במצבים שבהם הבעל מכחיש את אבהותו, נהפכה חזקה זו לחזקה כמעט חלוטה ככל שמדובר באם יהודייה.³⁷ כיום נשללת למעשה מבית-המשפט – בעקבות חקיקת חוק מידע גנטי (תיקון מס' 3),

התשכ"ט-1969. נוסף על כך, ס' 5 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949, קובע חריגים שלפיהם שר החינוך מוסמך לפטור הורים מהחובות המוטלות עליהם בהתאם לאותו חוק. אחד הביטויים הבולטים לזכותם של הורים לחנך את ילדיהם כראות עיניהם הוא הכרת המדינה במוסד "החינוך הביתי". עניין זה מוסדר בחוזר מנכ"ל משרד החינוך תשס"ט/8(א) "חינוך ביתי – נהלים" (1.4.2009), ניתן לצפייה בכתובת cms.education.gov.il/EducationCMS/Applications/Mankal/EtsMedorim/3/3-1/HoraotKeva/K-2009-8a-3-1-37.htm.

29 ס' 4 לחוק השמות, התשט"ז-1956.

30 ס' 13 לחוק השמות.

31 ס' 3 ו-3א לחוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

32 בע"מ 1118/14 פלונית נ' משרד הרווחה והשירותים החברתיים, פס"ד 7 לפסק-דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 1.4.2015).

33 ע"א 86/63 אל-צפדי נ' בנימין, פ"ד יז 1419, 1425 (1963).

34 ראו לעיל ה"ש 2.

35 זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 315; קוריןאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43.

36 בבלי, חולין יא, ע"ב; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 326.

37 ע"א 1354/92, לעיל ה"ש 27; קוריןאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 47-48; זפרן "של מי אתה ילד?", לעיל ה"ש 2, בעמ' 327-328. לביקורת על עמדתו זו של בית-המשפט, שלפיה אין לתת צו לבדיקת אבהות במצבים של חשש לממזרות, ראו שם, בעמ' 330-339, וכן שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 45-51.

התשס"ח-2008³⁸ – האפשרות להורות על ביצוע בדיקה גנטית לקשרי משפחה במצבים שבהם קיים חשש לממזרות לפי דין תורה, למעט במקרים חריגים.³⁹ תיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי אף עיגן למעשה בחוק את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל" גם במצבים שבהם מעורבת אם לא-יהודייה, וקבע כי אם בשלוש מאות הימים שקדמו ללידת הקטין הייתה אמו נשואה לאדם שממצאי הבדיקה עלולים לשלול את אבהותו או לקבוע את אבהותו של אדם זולתו, לא יורה בית-המשפט על עריכת הבדיקה אלא אם כן שוכנע כי יש בעריכתה צורך ממשי הגובר על הפגיעה שעלולה להיגרם כתוצאה מהבדיקה.⁴⁰ בדרך זו נוצרת אבהות משפטית אשר אינה מבוססת בהכרח על הקשר הביולוגי.

לנוכח השינויים הטכנולוגיים שחלו בעשורים האחרונים נדרש החוק לתת מענה להגדרת הורות במצבים שבהם נעשה שימוש בתרומת ביצית ו/או זרע או בשירותיה של אם פונדקאית. בהתאם לנהלים ולהנחיות בעניין תרומת זרע,⁴¹ ובהתאם לנוהג הקיים בפועל,⁴² בן-זוגה של האם מוכר משפטית כאב הילד אף שהילד נולד כתוצאה מתרומת זרע אנונימית, וזאת ללא צורך בהליך משפטי מיוחד.⁴³ חוק הסכמים לנשיאת עוברים קובע כי כאשר נעשה שימוש בשירותיה של אם נושאת, ייתן בית-המשפט לאחר לידת הילד צו הורות שלפיו ההורים המיועדים הם הוריו של הילד ואפוטרופוסיו הבלעדיים, וכי הוא ילדם לכל דבר ועניין.⁴⁴ חוק תרומת

38 ס"ח 736.

39 בתיקון מס' 3 לחוק מידע גנטי הוסף פרק ה' לחוק מידע גנטי, העוסק בעריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה. בהתאם לתיקון לחוק, עריכת בדיקה גנטית לקשרי משפחה תיעשה רק על-פי צו של בית-משפט לענייני משפחה ורק בהתאם להוראות פרק ה' לחוק זה (ס' 28 לחוק מידע גנטי).

40 ס' 28 לחוק מידע גנטי. יש לציין כי הסעיף מתייחס לבדיקת אבהות לא רק בנוגע לקטין, אלא גם בנוגע לחסוי או לפסול-דין.

41 ס' 23(א) לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 4.

42 קוריאנאלי מציין כי לפי הפרקטיקה המקובלת בישראל, בעל שהסכים ללידת אשתו מהזרעה מלאכותית נרשם במרשם האוכלוסין כאבי הילד ככל אב לילד שנולד מנישואים, וזאת מכוח חזקת אבהות הבעל. ראו קוריאנאלי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 75 ו-86.

43 יש לציין כי הצהרת בני-הזוג כי הילד ייחשב ילדו של בן-הזוג לכל דבר ועניין אינה יכולה להוריד או להעלות לעניין זה, שכן על-פי הכללים המשפטיים הקיימים כיום, בני-זוג אינם יכולים ליצור סטטוס של הורות באמצעות הסכם. ראו, למשל, קוריאנאלי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96, וכן פנחס שיפמן "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" משפטים י 63, 85 (התש"ם) (להלן: שיפמן "קביעת אבהות").

44 ס' 11 ו-12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. החוק מדגיש, בס' 12(ב), כי אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים. "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד". בהתאם לס' 11(ב)

ביציות קובע כי ילד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.⁴⁵

בעקבות עתירות לבג"ץ שהוגשו על-ידי בני-זוג חד-מיניים⁴⁶ נדונה שאלת רישום בן-זוגו של האב הביולוגי של ילד שנולד בהליך פונדקאות שנעשה בחוץ-לארץ כאב במרשם האוכלוסין. בהודעה שהגישה לבית-המשפט⁴⁷ הביעה המדינה את עמדתה העקרונית כי כל עוד אין קשר גנטי יש צורך בהליך של אימוץ כדי ליצור קשר של הורות. עם זאת הסכימה המדינה – לעת הזו ועד להשלמת חקיקה בעניין, ובהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה – למתן "צו הורות פסיקתי" בבית-משפט לענייני משפחה בישראל בנוגע לפונדקאות שנעשתה בחוץ-לארץ במקום צו אימוץ, וזאת ביחס לבן-הזוג של ההורה הגנטי (כאשר ההורות הגנטית הוכחה בבדיקת רקמות לפי חוק מידע גנטי).⁴⁸ כך, למעשה, המדינה מאפשרת כיום, גם אם באופן זמני ועד לתיקון החוק, להכיר בבן-הזוג של הורה ביולוגי כהורה ללא צורך בהליך בהתאם לחוק אימוץ ילדים. השלב הבא היה הכרה בהורות של בנות-זוג לסביות במצבים מסוימים באמצעות "צו הורות פסיקתי" במקום צו אימוץ, וזאת אף ללא קבלת תסקיר.⁴⁹

דוגמאות אלה ממחישות שקיימים מצבים שבהם המשפט הישראלי מכיר בקשר הורי שאינו מבוסס על ביולוגיה כקשר הורי משפטי. בפסק-הדין שניתן בבע"ם 1118/14 מנה השופט הנדל ארבעה אדנים חלופיים ומשלימים שהמשפט הישראלי

לחוק, צו הורות יינתן אלא אם כן נוכח בית-המשפט, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר מנוגד לטובת הילד.

45 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות. החוק מסייג עם זאת וקובע, בס' 42(ב), כי אין בחוק כדי לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים או בסמכויותיהם של בתי-הדין הדתיים.

46 בג"ץ 566/11 ממש"מגד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 28.1.2014).

47 הודעת עדכון משלימה מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 אלמוני נ' משרד הפנים (9.5.2013) www.justice.gov.il/Publications/News/Documents/EmdatYoetzpundekaut.doc לסיכום עמדת המדינה ראו index.justice.gov.il/Publications/Articles/PundekautChul.aspx.

48 כל זאת בכפוף לכך שהתנאים למתן "צו ההורות הפסיקתי" יהיו אותם תנאים הצפויים להיות בחקיקה העתידית, שהם התנאים למתן צו הורות לפי המלצתה של ועדת מור"וסף והמלצתו של צוות היישום. תנאים אלה פורטו בהודעת עדכון משלימה נוספת מטעם המשיבים בבג"ץ 566/11 פלוני נ' משרד הפנים ובבג"ץ 6569/11 אלמוני נ' משרד הפנים (12.6.2013) index.justice.gov.il/Publications/Articles/Documents/Horut.pdf.

49 אמ"ץ (משפחה ת"א) 57740-12-13 (משפחה ר"ג) פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם 1.3.2015) (עותק נמצא בידי הכותבת); תמ"ש (משפחה חד') 19291-12-15 פלוניות נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 18.4.2016).

מכיר כיום בהורות על בסיסם: זיקה גנטית, זיקה פיזיולוגית, אימוץ וזיקה לזיקה (הכרה בהורות מתוקף קשר זוגיות עם בעל/ת זיקה גנטית לילד).⁵⁰

ב. מיהו הורה חברתי?

לצורכי הטיעון המופיע במאמר זה, הורה חברתי מוגדר כאדם אשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים רגשית של הורה-ילד, והוא מגדל את הילד, מטפל בו ומשמש הלכה למעשה הורה של הילד מבחינה חברתית-פסיכולוגית, או אדם שקיימת לגביו ציפייה עתידית שהוא ישמש הורה בהתבסס על כוונה ויוזמה שלו. זאת, בין אם בינו לבין הילד קיים קשר ביולוגי ובין אם לאו. לפי הגדרה זו, ניתן להכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, בהתבסס על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי.

הגדרה זו נפרדת מהשימוש שנעשה פעמים רבות בספרות במונח "הורה חברתי". הספרות המחקרית משתמשת לסירוגין במונח "הורה חברתי" ("social parent") ובמונח "הורה פסיכולוגי" ("psychological parent"). המונח "הורה פסיכולוגי" הוטבע לראשונה על-ידי גולדשטיין, פרויד וסולניט בספרם BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD.⁵¹ בספרם זה – שהינו אחד המקורות המרכזיים לתמיכה בתפיסה הרואה בהורות עניין פונקציונלי, ולא עניין פורמלי – מדגישים הכותבים את החשיבות של יחס הטיפול והדאגה היומיומי כלפי הילד ושל האינטראקציה היומיומית בין הילד לבין המבוגר המטפל בו מנקודת-מבטו של הילד. הכותבים מציינים כי ההיקשרות הרגשית של הילד נובעת מהדאגה היומיומית לצרכיו, מטיפוחו ומהבעת החיבה כלפיו, ומדגישים את חשיבותן של היציבות, הקביעות וההמשכיות של הקשר. הטיעון המרכזי של גולדשטיין, פרויד וסולניט הוא שבמצבים של פירוק התא המשפחתי חשוב לשמר את הקשר של הילד עם הדמות המרכזית הראשית המטפלת בו, גם על-חשבון קשריו עם ההורה האחר, אף שגם עימו יש לו קשר פסיכולוגי.⁵² הספרות המשפטית משתמשת במונחים "הורה פסיכולוגי" ו"הורה חברתי", ואשר מתבססת על החשיבות שגולדשטיין, פרויד וסולניט מייחסים לטיפול ולדאגה היומיומיים לילד ולצורך שלו בקביעות

50 בע"מ 1118/14, לעיל ה"ש 32, פס' 7-8 לפסק-דינו של השופט הנדל.

51 JOSEPH GOLDSTEIN, ANNA FREUD & ALBERT J. SOLNIT, BEYOND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD (2nd ed. 1979).

52 שם, בעמ' 38.

ובהמשכיות, נפרדת מהמסקנה שכותבים אלה מקדמים בספרם. הספרות המשפטית, בניגוד לגודלשטיין, פרויד וסולניט, אינה סבורה כי יש חשיבות בטיפוח הקשר של הילד עם הורה אחד על-חשבון הורה אחר, אלא מסתמכת על ההכרה בחשיבותן של מערכות היחסים הקיימות בין הילד לבין המבוגר אשר מטפל בו ומגדל אותו, על-מנת לעגן הגדרה של הורות שאינה נשענת על מרכיבים ביולוגיים, אלא על מבחנים תפקודיים של המבוגר ביחס לילד.⁵³

ההגדרה המובאת כאן להורות חברתית אינה זהה להגדרת ההורות התפקודית/הפונקציונלית המופיעה בספרות, שכן היא אינה חלה רק בדיעבד, אלא אף צופה פני עתיד. המודלים הקיימים כיום להגדרת הורות יוצרים פעמים רבות הבחנה בין הורות המוכרת בדיעבד, אשר מבוססת על בחינה במבט לאחור של מערכת היחסים שנוצרה בפועל בין הילד לבין המבוגר המטפל בו, לבין הורות המוכרת מראש, אשר עשויה להיות מעוגנת בקשר ביולוגי, באימוץ או בחזקות משפטיות שונות. הבחנה זו חשובה אף לטעמי, אך מקומה אינו כמרכיב מהותי בהגדרת ההורות, אלא במסגרת ההיבטים היישומיים ולצרכים מתודולוגיים ואופרטיביים בלבד.

מחקרים רבים מדגישים את החשיבות של הקשר הפסיכולוגי שנוצר בין הילד לבין מי שמשמש בפועל הורהו מבחינה חברתית-פסיכולוגית.⁵⁴ הפסיקה הישראלית הכירה אף היא בחשיבותו של הקשר הפסיכולוגי והרגשי הנוצר בין ילד לבין מי שמטפל בו ודואג לצרכיו באופן יומיומי וקבוע, ואף קבעה כי חשיבותו של קשר זה עשויה לעלות במקרים מסוימים על חשיבותו של "קשר הדם". כך, בפרשה שכונתה לימים פרשת תינוק המריבה,⁵⁵ בחינת הרטוריקה של פסק-הדין מובילה למסקנה כי משפט הטבע קודם, אולם בסופו של יום ניתן התינוק להורים המיועדים לאימוץ לאור סוגיית ההורות הפסיכולוגית.⁵⁶ בפרשה

53 ראו, למשל, בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 19–20; Polikoff, לעיל ה"ש 9, בעמ' Sarah Opichka, *Custody Cases and the Expansion of the Equitable Parent Doctrine: When Should "Acting Like" a Parent Be Enough?*, 19 WIS. WOMEN'S L.J. 319, 319–320 (2004).

54 טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 408; GOLDSTEIN, FREUD & SOLNIT, לעיל ה"ש 51; דנ"א 7015/94 הוועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 67 (1995).

55 בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124 (2005) (להלן: פרשת תינוק המריבה).

56 באותה פרשה חתמה אם על כתב הסכמה למסירת תינוקה לאימוץ. התינוק הועבר בגיל עשרה ימים לרשות ההורים המיועדים לאמץ, ובית-המשפט לענייני משפחה הכריז על הקטין כבר-אימוץ כלפי אביו, לאחר שקבע כי אין אפשרות סבירה לזהותו, למוצאו או לברר את דעתו (בהתאם לס' 13(א)(1) לחוק אימוץ ילדים). לאחר חודשים מספר הגישה האם בקשה לחזור בה

אחרת,⁵⁷ שקדמה לפרשת תינוק המריבה, עסק הדיון הנוסף בשאלת החזרת הילד לרשות אימו לאור חוות-דעת פסיכולוגיות שניתנו לאחר מתן פסק-הדין בערעור שלפיהן ניתוק הילד מהוריו המאמצים עלול לגרום לו נזק בלתי-הפיך. נקבע כי במסגרת בחינת טובת הקטין יש להתחשב אומנם בהנחה שככלל ייטב לילד אצל הוריו הביולוגיים, אך יש גם לתת את הדעת לכך ש"קשר ההורות אינו מבוסס רק על קשר דם. הקשר נבנה גם על-ידי טיפול, גידול וחינוך. החוש הטבעי דוחף את האם לטפל בתינוקה ולהעניק לו אהבה וחום, ואת התינוק להיצמד לאמו. מטבע הדברים, רואה התינוק את הוריו במי שמעניק לו את אלה גם אם הם אינם ההורים הביולוגיים".⁵⁸ גם במקרה זה הכריע בית-המשפט העליון, במסגרת הדיון הנוסף, כי טובתו של הקטין מחייבת את השארתו בידי הוריו המאמצים. פסק-דין אחר שניתן על-ידי בית-המשפט העליון, גם הוא במסגרת דיון נוסף, עסק בשאלה אם להותיר ילד אתיופי אצל ההורים המיועדים לאימוץ, שאיתם הוא כבר שהה קרוב לשנתיים ועימם כבר יצר התקשרות (attachment), או שמא להעבירו לאימוץ לידי דודתו.⁵⁹ בית-המשפט העליון קבע בדעת רוב כי משיקולים של טובת הילד ולנוכח נסיבות חייו הספציפיות יש להותירו אצל ההורים המיועדים לאימוץ בשל הקשר הרגשי העמוק שנוצר בינו לבינם ולנוכח החשש מפני נזק בלתי-הפיך לטווח ארוך שעלול להיגרם לילד עקב ניתוקו מההורים היחידים שהוא מכיר.⁶⁰ זאת, אף שנמצא כי הדודה ראויה לגדלו, ומסוגלת לספק לו הורות מיטיבה מעל הממוצע. המשנה לנשיא, השופטת נאור, אשר כתבה את פסק-הדין של דעת הרוב, אף מציינת כי לשיקול של טובת הילד יש מעמד מכריע בסוגיה זו, אך שיקולים נוספים שיש להתחשב בהם הם רצונם של ההורים הביולוגיים והמשפחה המורחבת וכן האינטרס של המשפחה המועמדת לאמץ. נקבע כי עם מסירת הקטין למשפחה המועמדת לאמצו נוצרת אצלה הציפייה שהקשר עם הקטין לא ייגדע, וככל שמשך שהייתו של הקטין אצל משפחה זו מתארך, וככל שהקשר בינו לבין המשפחה הפסיכולוגית מתהדק, כן יינתן משקל רב יותר לאינטרס של אותה משפחה.⁶¹

מהסכמתה לאימוץ, תוך שהיא חושפת לראשונה את זהות האב. במקביל הגיש האב בקשה לבטל את הכרזת הקטין כבר-אימוץ כלפיו.

57 דנ"א 7015/94, לעיל ה"ש 54.

58 שם, בעמ' 68.

59 דנ"א 6211/13 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 23.12.2013).

60 באותו מקרה החשש מפני נזק היה גדול במיוחד בשל המטען הגנטי שהילד נושא, שכן אמו חולת סכיזופרניה. נוסף על כך, בטרם הועבר הילד להורים המיועדים לאימוץ, הוא שהה כשנה וחודשיים בבית תינוקות.

61 דנ"א 6211/13, לעיל ה"ש 59, פס' 29 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור (2013). כן ראו

כבר בעת העתיקה לא התבססה ההורות על מרכיב ביולוגי בלבד. מסיפורי התנ"ך משתמע כי ייתכן שבתקופת המקרא הייתה אפשרות של שימוש ב"אם תחליפית".⁶² מהתלמוד ניתן ללמוד כי במגבלות מסוימות הייתה לאב אפשרות לקבוע מי הם בניו.⁶³ על כך יש להוסיף את חזקת "רוב בעילות אחר הבעל",⁶⁴ שלפיה בעלה של האם נחשב אביו של הילד, וכן את הליך הייבום,⁶⁵ אשר מטרתו העמדת צאצאים לאח שנפטר, כשהילד שנולד כתוצאה מהייבום נחשב ילדו של הנפטר, ולא ילדו של האח שמזרעו הוא נולד. דוגמאות נוספות הן הכלל שלפיו גיור מפקיע את האבהות,⁶⁶ וכן הכלל שלפיו כאשר האב יהודי והאם אינה יהודייה, אין לאב היהודי כל יחס משפטי אל הילד – המוליד אינו נחשב אביו, והילד אינו נחשב בנו.⁶⁷ דוגמה נוספת להורות שאינה מבוססת על קשר ביולוגי היא הסיפור על נעמי המגדלת את בנם של בעז ורות ואשר נתפסת על-ידי החברה כאמו.⁶⁸

המשפט הישראלי מכיר בהורות חברתית גם בטרם נוצר קשר פסיכולוגי ורגשי בין הילד להורה החברתי, כאשר ההורות החברתית מבוססת על כוונה עתידית לשמש הורה לילד, לדאוג לו, לטפל בו וליצור עימו קשר רגשי ופסיכולוגי. כך כאשר המשפט הישראלי מכיר (גם אם לא באמצעות חקיקה מוסדרת) במעמדו של בן-הזוג של אישה המשתמשת בתרומת זרע כאבי הילד; כך גם כאשר מוענק צו

שם, פס' 25 לדעת המיעוט של השופטת ארבל, וכן את עמדתו של הנשיא ברק בפס' 54 לפסק-דינו בפרשת תינוק המריבה, לעיל ה"ש 55.

62 כך, רחל "ילדה" ליעקב את דן ונפתלי באמצעות שפחתה בלהה, ולאה "ילדה" את גד ואשר באמצעות שפחתה זילפה: בראשית ל 3–6: "ותאמר הנה אמת בלהה בא אליה ותלד על ברכי ואֶבְנָה גם אנכי ממנה; ותתן לו את בלהה שפחתה לאשה ויבא אליה יעקב; ותהר בלהה ותלד ליעקב בן; ותאמר רחל דנני אלהים וגם שמע בקלי ויתן לי בן על כן קראה שמו דן."

63 מרדכי א' ראבילו "על שלטון האב במשפט הרומי ובמשפט העברי" דיני ישראל ה' 85, 129–130 (תשל"ד). במסגרת זו היה אב יכול להכריז מי הם בניו, ואף להפקיע מעמד של בנים באמצעות הכרזה מי אינם בניו. זכות זו של האב לא הייתה מוחלטת, והייתה חד-פעמית (כלומר, לאחר ההכרזה לא היה האב יכול לשנות את המעמד) (שם, בעמ' 129).

64 בבלי, סוטה כז, ע"א; בבלי, חולין יא, ע"ב.

65 דברים כה 5–10.

66 בבלי, יבמות כב, ע"א. לעניין זה ראו גם קורין אלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43.

67 כך נאמר בתלמוד: "אין בנך הבא מן העובדת כוכבים קרוי בנך אלא בנה" (בבלי, יבמות יז, ע"א; בבלי, קידושין סח, ע"ב; בבלי, יבמות כג, ע"א). לעניין זה ראו גם אבנר ח' שאקי "עיון מחודש בטיבה של 'זכות ההורים למשמורת ילדיהם הקטינים' עיוני משפט ט 59, 72 (1983); קורין אלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43. ובלשון הרמב"ם: "והבן מן הכותית אינו בנו" (משנה תורה, איסורי ביאה, פרק יב, הלכה ז).

68 "ותקח נעמי את הילד ותשתיחו בחיקה ותהי לו לאמנת. ותקראנה לו השכנות שם לאמר יִלֵד בן לנעמי ותקראנה שמו עובד הוא אבי ישי אבי דוד" (רות ד 16–17).

הורות לאם המיועדת שאינה בעלת הביצית בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עוברים; וכך כאשר המשפט מכיר בבעלה של האם היולדת כאבי הילד מבלי לבחון את הקשר הגנטי בין הבעל לילד, גם במצבים שבהם מתעורר ספק לגבי הקשר הגנטי.

ג. הצדקות למתן מעמד משפטי להורה החברתי

חלק זה דן בהצדקות להענקת מעמד משפטי של הורה להורה חברתי, ומאגד טיעונים שונים התומכים בחשיבותה של ההורות החברתית. הטענות המובאות כאן מבוססות על השקפות המופיעות בספרות שעוסקת בהיבטים שונים של הורות. השיקולים המצדיקים מתן מעמד משפטי להורה חברתי הינם מגוונים, ותכליתם לקדם את טובת הילד, לשרת את האינטרסים של המבוגרים המעורבים בחייו של הילד וכן לקדם אינטרסים חברתיים כלליים. הכרה משפטית במעמדו של הורה חברתי תאפשר הן להורה והן לילד לממש אינטרסים חיוניים – פסיכולוגיים, חברתיים וכלכליים.

1. אחריות רחבה לטיפול בילד ולדאגה לו

הכרה במעמדו של הורה חברתי עשויה להוביל לכך שאנשים רבים יותר יהיו אחראים לטיפול בילד, לדאגה לו ולתמיכה רגשית וכלכלית בו. בהתאם לטיעון זה, ההכרה האמורה תקדם הן את טובת הילד והן אינטרסים של החברה בכללותה, המעוניינת שיהיה מי שידאג לילדים על-מנת שהנטל לא ייפול על החברה וכדי שהילדים ייפכו לאזרחים התורמים למדינה. השיתוף בגידול הילדים תומך בלכידות המשפחתית והחברתית ומעניק תחושה של סיפוק אישי לכל הנוטלים חלק בגידולו של הילד ובטיפולו. על כך יש להוסיף שבחברה שבה ילדים רבים נמצאים מתחת לקו העוני,⁶⁹ וקיימות גם משפחות חד-הוריות רבות שנמצאות מתחת לקו העוני,⁷⁰ הכרה ביותר משני הורים לילד אחד עשויה לשפר את מצבם הכלכלי של ילדים.⁷¹

69 על-פי המוסד לביטוח לאומי ממדי העוני והפערים החברתיים – דוח שנתי 2015 (2016), עמד מספר הילדים העניים בשנת 2015 על 764,200, המהווים 30% מהילדים בישראל.

70 בשנת 2015 נמצאו 21.8% מהמשפחות החד-הוריות מתחת לקו העוני. תחולת העוני של ילדים ממשפחות חד-הוריות היא כ-30%. נוסף על כך, בקרב משפחות חד-הוריות חלה עלייה חדה בשיעור המשפחות הנמצאות בעוני מתמשך. שם. על-פי נתוני הלמ"ס, בשנת 2015 היו 117,121 משפחות חד-הוריות עם ילד אחד לפחות עד גיל שבע-עשרה, שהן כעשירית מכל המשפחות בישראל עם ילדים עד גיל שבע-עשרה. הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "משפחות – נתונים נבחרים – 2015" www.cbs.gov.il/www/publications15/meshek_bait/profil_mish.pdf.

71 אין בכוונתי לצאת נגד ההכרה בקיומן של משפחות חד-הוריות. אני סבורה שעל המשפט

2. יתרונות חברתיים-כלכליים

מבחינה חברתית-כלכלית, הקניית מעמד של הורה להורה חברתי תעניק הטבות סוציאליות וכלכליות מגוונות, ביניהן האפשרות להיעדר ממקום העבודה בגין מחלת ילד,⁷² ירושה על-פי דין,⁷³ זכאות למזונות מהעזבון,⁷⁴ הקניית מעמד של "תלוי" לפי סעיף 78 לפקודת הנזיקין, והקניית מעמד של "שאייר" לצורך חוקים שונים.⁷⁵ הכרה במעמדו של הורה חברתי תעמיד גורם נוסף שיהיה אחראי לתמיכה כלכלית בילד, ותקטין את הנטל הכלכלי המוטל על המדינה בכל הקשור לתמיכה בילדים.⁷⁶

3. קידום של קביעות, יציבות וודאות

הכרה משפטית במצב המשפחתי הקיים בפועל ובמערכת היחסים הקיימת בין ילד לבין מי שמשמש בפועל הורה תקדם את טובתם של הילדים ואת האינטרסים של המבוגרים המטפלים בהם. הכרה מעין זו תעניק מימד של קביעות, יציבות וודאות הן לילד והן למי שמשמש בפועל הורה, ותאפשר להורה להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. כך, לדוגמה, מתן מעמד משפטי של הורה יאפשר להורה לאשר

להמשיך להכיר בקיומן של משפחות חד-הוריות ולסייע לנשים המעוניינות בכך ליהפך לאימהות יחידניות. אולם רוב המשפחות החד-הוריות הנמצאות מתחת לקו העוני אינן משפחות של נשים שבחרו להיות אימהות יחידניות, אלא משפחות שבהן האב קיים ומוכר אך אינו מסייע מספיק בגידול הילדים (המחקרים העוסקים בממדי העוני במשפחות חד-הוריות אינם מבחינים בין סוגי המשפחות החד-הוריות; לתמיכה בטענה שרווקות שהינן אימהות מתוך בחירה הן ברובן משכילות ומבוססות, ראו דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" עיוני משפט כח 903, 927 (2005)). במצבים אלה, ללא האפשרות להכיר ביותר משני הורים, לא יהיה אפשר להקנות מעמד של הורה לאדם אחר המעוניין לסייע בגידול הילדים ולתמוך בהם כלכלית ורגשית כהורה ללא ויתור של האב על מעמדו ההורי. לפיכך הכרה בריבוי הורים עשויה לסייע למשפחות אלה. גם הטענה כי מצבם של ילדים הינו הטוב ביותר כאשר יש להם שלוש מערכות יחסים בטוחות אינה מובילה בהכרח לפגיעה בלגיטימיות של משפחות חד-הוריות, כשם שאין בה כדי להוביל לפגיעה בלגיטימיות של משפחות עם שני הורים. הטענה אך מדגישה את היתרון הקיים בהכרה בריבוי הורים.

72 חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993.

73 ס' 10 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

74 ס' 57 לחוק הירושה.

75 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשמ"ה-1995; ס' 5 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.

76 לגישה התומכת בהכרה ביותר משני הורים על-מנת להרחיב את מעגל האחראים מבחינה כלכלית לילד ולהעמיד תמיכה כלכלית נאותה לילדים ראו: Melanie B. Jacobs, *More Parents, More Money: Reflections on the Financial Implications of Multiple* Parentage, 16 CARDZO J.L. & GENDER 217, 224, 226 (2009-2010).

טיפול רפואי בילד, לרשום אותו לבית-הספר ולקבל גישה לבית-הספר, וכן יחייב את הסכמתו במקרה של אימוץ. נוסף על כך תעניק ההכרה זכויות ביקור ולעיתים אף זכויות משמורת במקרה של תום הקשר הזוגי בין ההורים (אם היה קשר כזה) או במקרה של סכסוך בין מי שנחשב הורה משפטי של הילד לבין מי שמשמש בפועל הורה של הילד אך נעדר כיום הכרה משפטית. כמו-כן תעניק ההכרה זכויות משמורת במקרים של אובדן כשירות או מות ההורה המשפטי.

הקניית מעמד של הורה לאדם המשמש בפועל הורה הינה חשובה במיוחד לנוכח ההגנה החוקתית המוענקת להורה בכל הנוגע בקבלת החלטות לגבי הטיפול בילד ואופן גידולו. כל עוד לא נשלל מעמדו של הורה בגין העדר מסוגלות הורית, ההורה נהנה מאוטונומיה הורית בכל הנוגע בטיפול בילד, בחינוכו ובהכרעות שונות ביחס לגידולו. לנוכח הגנה חוקתית זו, ההכרה מהווה תמריץ חיובי לפעול למען הילד, שכן מי שמקבל הכרה כהורה אינו חושש שמא יהיה מי שיטען כי בפעולותיו למען הילד הוא פועל בחוסר סמכות.

4. חשיבות סמלית

להכרה המשפטית בהורה החברתי יש חשיבות סמלית הן בעבורו והן בעבור הילד, ויש לה אף ערך הצהרתי.⁷⁷ ההכרה תהווה אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים ביניהם, ואף תסלול את הדרך להכרה חברתית רחבה יותר. באמצעות מתן סטטוס של הורה, המשפט מכיר במערכת היחסים הקיימת בפועל בין הילד לבין מי שמשמש הורה. המשפט מתאים את עצמו למציאות המשתנה, שבמסגרתה קיימים תאים משפחתיים אלטרנטיביים למודל המשפחתי המסורתי של זוג ממין שונה וילדיו. אולם תפקידו של המשפט אינו מתמצה בכך. המשפט אף מבנה תפיסות חברתיות מקובלות. מתן אישור משפטי לקיומן של מסגרות משפחתיות אלטרנטיביות יעניק בסופו של דבר הכרה חברתית רחבה יותר בהן.⁷⁸ ההתייחסות השונה שהמשפט מעניק לדמויות שונות בחייו של הילד (למשל, הורה לעומת סב או מטפלת) משפיעה על הציפיות ועל החוויות של הדמויות הללו, ולפיכך גם על הרגשות ועל הצרכים של הילדים.⁷⁹ הכללים המשפטיים משפיעים לא רק על העשייה, אלא גם על הרגשות ועל תפיסת העצמי. לפיכך היכולת של דיני המשפחה להביט מעבר להורות זוגית תתרום לעיצוב המציאות.⁸⁰

77 Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 58.

78 הקר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 930, טוענת כי המשפט לבדו אומנם אינו יכול לחולל שינויים חברתיים עמוקים, אך הוא סמל המשפיע על התנהגויות ותפיסות חברתיות.

79 Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

80 שם.

5. האינטרס של ההורה החברתי בהגשמה עצמית ובהמשך קיומו הרוחני

להורים עומדת זכות להגשמה עצמית ולפיתוח האישיות. טענה זו מבוססת על ההנחה בדבר חשיבותן הרבה של מערכות יחסים אינטימיות בין הורים לבין ילדיהם, המעניקות משמעות לחיים. על-פי טענה זו, למערכת היחסים שבין הורים לבין ילדיהם יש ערך מוסרי שונה מזה שיש למערכות יחסים אינטימיות אחרות, והיא תורמת בצורה שונה להתפתחותם של ההורים.⁸¹ תפקידי ההורות מאפשרים להורים לפתח ולהפעיל יכולות שבאמצעותן חייהם משגשגים ונהיים מלאים יותר. מערכת היחסים ההורית מאפשרת להורה ללמוד על עצמו, לפתח את עצמו כאדם ולקבל סיפוק שאי-אפשר לקבלו משום מערכת יחסים אחרת.⁸² חשיבותן הרבה של מערכות יחסים אינטימיות בין הורים לבין ילדיהם הינה בת-תוקף גם בכל הנוגע בהורות חברתית ללא קשר ביולוגי.

טענה נוספת מדגישה את המשמעות שאנשים רואים בהמשכיות קיומם הרוחני והתרבותי באמצעות חינוך הילד. על-פי טיעון זה, אנשים רואים חשיבות רבה בהעברת הערכים החשובים להם לדור הבא. טענה זו מבוססת למעשה על יצר ההישרדות התרבותי או הדתי של קבוצת אנשים מסוימת.

6. טיפול ודאגה כמרכיבים המרכזיים של הורות

מעטים יחלקו על הטענה שהורות אינה אך ורק קשר ביולוגי-גנטי, אלא מערכת יחסים אינטימית מיוחדת ומורכבת. קשר ביולוגי כשלעצמו אינו יכול לבסס מערכת יחסים של הורה-ילד. לעומת זאת, מערכת יחסים של הורה-ילד יכולה להתקיים גם ללא קיומו של מרכיב ביולוגי. יחס הטיפול והדאגה של ההורה לילדו מוביל לקשר הרגשי והאינטימי שהינו מהותה ותמציתה של ההורות. הפניית הזקוק לעבר מאפיינים חברתיים של טיפול ודאגה הינה אף ראוייה מבחינה חברתית ומבחינת מדיניות ציבורית, שכן יש בה כדי להשפיע על התנהגות הפרטים בחברה ולהופכה לחברה שהערכים של טיפול ודאגה הינם ערכים מרכזיים בה.⁸³

81 Harry Brighouse & Adam Swift, *Parents' Rights and the Value of the Family*, 80 ETHICS 80, 89-95 (2006).

82 שם.

83 לכתובה הדוגלת בהדגשת ערכים של דאגה, טיפול ואחריות הדדית ראו, למשל, זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה", לעיל ה"ש 21, בעמ' 634-635; BARBARA KATZ; ROTHMAN, RECREATING MOTHERHOOD – IDEOLOGY AND TECHNOLOGY IN A PATRIARCHAL SOCIETY (1989); Matthew M. Kavanagh, *Rewriting the Legal Family: Beyond Exclusivity to a Care-Based Standard*, 16 YALE J.L. & FEMINISM 83 (2004).

ניתן להכיר בקשר גנטי ולהעריכו גם מבלי להופכו לגורם המכריע. כך אנו נוהגים ביחס לרוב הקשרים הגנטיים שלנו. אנחנו מכירים בקשרים הגנטיים בין אחים או בין דודים לבין אחיינים, ומאפשרים לאנשים לפתח את הקשרים הללו בכל דרך שבה יבחרו, אבל הקשר הגנטי כשלעצמו אינו נושא כל משקל משפטי באותם מקרים.⁸⁴ כך גם ביסוס האימהות על היריון ולידה אינו חייב להיות ביסוס ביולוגי, אלא יכול לנבוע מיחס הטיפול והדאגה כלפי העובר בעת ההיריון והלידה. בני-אדם הינם יצורים חברתיים שמערכות יחסים הינם חלק חשוב ובלתי-נפרד מחייהם. קשר ביולוגי כשלעצמו אין בו כדי להגדיר את זהותו של אדם ללא מערכות יחסים וללא הקשר חברתי. יאיר רונן מציע במאמרו⁸⁵ להכיר בזכות הילד להשתייכות כביטוי לזכותו לזהות. רונן יוצא מנקודת-הנחה שלכל ילד עשויות להיות זיקות רגשיות לעולם שהוא משתייך אליו, כשהדוגמאות הבולטות הן זיקה למשפחה וזיקה לקהילה שהילד גדל בה,⁸⁶ והדגש הוא בזיקות פסיכולוגיות, ולא גיאוגרפיות.⁸⁷ במסגרת הזכות להשתייכות, רונן מציע להטיל על המדינה ועל ההורים את החובה להבטיח את זכותו של הילד להגנה על קשרים משמעותיים בעיניו.⁸⁸ כך, הוא טוען כי נדרשת הגנה על זיקותיו של הילד למשפחה שהוא מגדירה כשלו אף אם הוא לא נולד לתוכה, כלומר, הזכות להשתייכות מגינה על זיקותיו הממשיות של הילד.⁸⁹

* * *

לסיכום, הטיעונים המתוארים לעיל תומכים בקביעה עקרונית שלפיה יש להרחיב את ההגדרה המשפטית של "הורה" כך שתכלול, במצבים המתאימים, הורות חברתית. מקביעה עקרונית כללית זו יש לגזור את המקרים ההולמים להכרה במעמדו של הורה חברתי. החלק הבא יעסוק בהעלאת טיעוני-הנגד להכרה בהורות חברתית ובמענה להם.

84 ROTHMAN, לעיל ה"ש 83, בעמ' 39. אין כוונת הדברים שהמשפט מתעלם לחלוטין מקרבה גנטית (שאינה בין הורה לילד). המשפט מייחס משמעות בהקשרים שונים לקשרים משפחתיים אחרים. כך נעשה, למשל, בס' 4 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, בקביעת ירושה על-פי דין בהתאם לחוק הירושה וכן בחוק הנכים (תגמולים ושיקום), התשי"ט-1959. עם זאת, המשפט אינו מגדיר את הקשרים המשפחתיים הללו, ואינו יוצק לתוכם תוכן.

85 יאיר רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו 935 (2003).

86 שם, בעמ' 936-937.

87 שם, בעמ' 938.

88 שם, בעמ' 941.

89 שם, בעמ' 955.

ד. התנגדויות להקניית מעמד של הורה להורה חברתי

פרק זה ידון בחששות המתעוררים בנוגע להרחבתה של הגדרת ההורות גם להורות חברתית ובהתנגדויות לביסוס הורות על רכיבים פסיכולוגיים-חברתיים. הפרק יעסוק בטיעוני-נגד מרכזיים באופן כללי. עם זאת, לנוכח מגוון מערכות היחסים המתקיימות בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם, כל סוג של מערכת יחסים עשוי לעורר גם חששות וטיעונים שייחודיים לאותה סיטואציה. לפיכך, במסגרת הדיון במצבים השונים שבהם שאלת הגדרתה של ההורות עשויה להתעורר שזור גם דיון בטיעוני-הנגד הרלוונטיים לכל מצב ומצב.

1. מעמדם של ההורים הביולוגיים/המאמצים וזכותם לבלעדיות הורית

השוואת מעמדו של הורה חברתי למעמדו של הורה ביולוגי תקנה להורה החברתי את מכלול זכויותיו וחובותיו של ההורה הביולוגי – הן זכויות חיוביות, שעניינן קבלת החלטות בנוגע לילד, והן זכויות שליליות, המקנות הגנה מפני התערבות המדינה בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. בהקשר זה מתעוררת השאלה אם יש לשמר את הכלל של שני הורים בלבד לכל ילד. כל עוד הכלל של שני הורים בלבד לכל ילד נשמר, הכרה במעמדו של הורה חברתי שאינו הורה ביולוגי תבוא בהכרח על-חשבון אחד ההורים הביולוגיים במקרים שבהם שני ההורים הביולוגיים יודעים ובחיים. לעומת זאת, אם נאפשר במצבים מסוימים להגדיל את מספר ההורים לכל ילד, אזי הקניית מעמד להורה חברתי עשויה לבוא בנוסף על מעמדם של ההורים הביולוגיים. במקרה כזה, הקניית מעמד של הורה להורה חברתי עשויה לצמצם את זכויותיו של ההורה הביולוגי/המאמץ של הילד, במובן זה שהיא תקנה לאדם נוסף אפשרות לקבל החלטות בנוגע לילד ובכך תפגע בבלעדיות קבלת ההחלטות של ההורה הקיים. הגדלת מספר ההורים אינה מקטינה בהכרח את חלקו של כל הורה בזכות, שכן אין מדובר בעניין הניתן לחלוקה ברורה, אבל היא מחייבת שיתוף-פעולה והתחשבות בעמדתם של אנשים רבים יותר.

אני סבורה כי ראוי לאפשר במצבים מסוימים הכרה ביותר משני הורים לילד. במקרים שבהם נוצר קשר רגשי משמעותי הדומה במאפייניו לקשר הורי בין ילד לבין מבוגר שדואג לו ומטפל בו, יש להכיר במעמדו של ההורה החברתי כהורה. זאת, כל עוד ההכרה היא לטובת הילד, ועל-אף הפגיעה הצפויה בהורים הביולוגיים בדמות הכנסת גורם נוסף בעל יכולת לקבל החלטות בנוגע לגידולו של הילד.⁹⁰

90 לדיון מורחב בשאלת האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד ראו מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19.

הסטטוס ההורי כולל בחובו מרכיב של בלעדיות שלפיו רק למי שהוכר כהורה של הילד מוקנות זכויות וחובות כלפי הילד. נוסף על כך, המעמד ההורי כולל את הזכות השלילית המקנה הגנה מפני התערבות של המדינה וצדדים שלישיים בסוגיות הנוגעות בגידול הילד. עקרון הבלעדיות והזכות להגנה מפני התערבות חיצונית נלווים אם כן לסטטוס ההורי. לפיכך השאלה מפני מי ניתנת להורה הגנה תלויה בראש ובראשונה בשאלה מי מוגדר הורה של הילד. (ברי שלהורה אחד של הילד אין זכות לבלעדיות מול הורה אחר של הילד.) התשובה לשאלה מי ייחשב הורה של הילד תלויה בחברה ובתרבות, ועשויה להשתנות עם השתנות העיתים. לפיכך במצבים שבהם קיימים אינטרסים כבדי-משקל להכיר בזכותו להורות של אדם ללא קשר ביולוגי לילד, אותו אדם יקבל מעמד של הורה ביחס לילד, וההורה הביולוגי לא יוכל לטעון לבלעדיות כלפי אותו אדם.

הכרה עקרונית בזכותו להורות של הורה חברתי, תוך הרחבה של הגדרת ההורות כך שתחול מעבר לביולוגיה ולאימוץ, תטרוף את הקלפים מחדש ותוכל במצבים מסוימים להשוואת מעמדו של הורה חברתי לזה של הורה ביולוגי כבר בנקודת ההתחלה. עדיין ייוותרו בוודאי מצבים שבהם שאלת ההכרה בהורות החברתית לא תתעורר בנקודת ההתחלה, אלא רק בשלב מאוחר יותר. במצבים מעין אלה תהיה חשיבות לעמדתו של ההורה הביולוגי/המאמץ, אך גם אז לא תהיה לו זכות וטו. חשוב להדגיש כי ברוב המקרים שבהם מתפתח קשר הורי בין ילד לבין הורה חברתי, לא הייתה מערכת היחסים יכולה לקרום עור וגידים ללא מעורבות זו או אחרת של לפחות אחד מההורים הביולוגיים/המאמצים של הילד. כמו-כן יש לזכור כי לא כל מערכת יחסים בין ילד לבין מבוגר המטפל בו תיכנס להגדרה של מערכת יחסים הורית אשר תעניק הכרה במעמד של הורות. נדרשת מערכת יחסים המדמה מערכת יחסים של הורה-ילד על-מנת לזכות במעמד. נוסף על כך יש להבחין בין מצבים שבהם ההורה הביולוגי התנגד מלכתחילה להכרה במעמדו של ההורה החברתי כהורה לבין מצבים שבהם ההורה הביולוגי/המאמץ תמך בתחילה בהכרה האמורה אך לאחר שנים אחדות, כאשר מערכת היחסים בינו לבין ההורה החברתי התערערה, הוא מבקש לחזור בו מהכרה זו. אם ההורה הביולוגי/המאמץ תמך בתחילה במערכת היחסים, ובין הילד לבין ההורה החברתי כבר נוצרה מערכת יחסים הורית, אין לאפשר לו לחזור בו מתמיכתו זו. לנוכח האמור לעיל, יהיו מצבים שבהם במסגרת בחינת השאלה אם יש להכיר במעמדו של הורה חברתי יהיה מקום לשקול את עמדתו של ההורה הביולוגי/המאמץ, אך הדבר ייעשה בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, ולעולם לא כזכות וטו.

2. איזון בין המדינה לבין ההורים בכל הנוגע בגידול הילדים

התנגדות אפשרית נוספת להכרה בהורות חברתית היא הטיעון שהדבר יוביל לסכסוכים רבים יותר, ולכן יפר את האיזון העדין של חלוקת הסמכויות בין ההורים לבין המדינה בכל הנוגע בגידול הילדים. ריבוי הסכסוכים יחייב בסופו של דבר הכרעה של המדינה במקרים רבים יותר, והדבר יחליש את מעמד ההורים. טיעון זה בדבר החשש מריבוי התדיינויות משפטיות מבוסס על שני ראשים. האחד הוא שהעמימות הכרוכה בקביעת טיב היחסים שבין הילד לבין המבוגר המטפל בו תגרוור התדיינויות משפטיות רבות. אולם על-אף הקושי הכרוך מבחינה מעשית בהכרה בהורות חברתית, אין די בכך למנוע מתן מעמד להורה חברתי במקרים הראויים. הכרה בהורות חברתית במסגרת חקיקה תגביר את המודעות לכך שהורה חברתי הינו הורה לכל דבר ועניין, ולפיכך תעודד את המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד לפנות לבית-המשפט או לרשויות הרלוונטיות על-מנת להסדיר את המעמד ההורי עוד בטרם מתגלע סכסוך בין הצדדים. פנייה לרשויות הרלוונטיות בשלב ההסכמה תפחית את הסיכון לריבוי הליכים ולהימשכותם. חקיקה בעניין זה עשויה להקנות להורה החברתי מעמד של הורה כבר בעת הלידה במצבים מסוימים, ובכך יימנע חוסר הוודאות לפחות בחלק מהמקרים. לגבי מקרים שבהם מערכת היחסים בין הילד להורה נוצרת לאחר שהוא נולד, חקיקה אשר תקבע הגדרת הורות בהתאם לפרמטרים שונים תהיה אומנם מורכבת ועשויה להיות עמומה במצבים מסוימים, אך מושג-שסתום אינם זרים למערכת המשפט, ונראה שהתועלת הטמונה בהרחבת המעמד ההורי עולה על החיסרון של מורכבות ההליך.

לפי ראש הטיעון האחר, מכיוון שהרחבתה של הגדרת ההורות עשויה להוביל להענקת מעמד הורי ליותר משני הורים, יוביל הדבר בהכרח לסכסוכים משפטיים רבים יותר. טענה זו מבוססת על ההנחה שהגדלת מספר המחליטים מעבר לשניים תוביל בהכרח לריבוי התדיינויות משפטיות, אולם אין הדבר בטוח כלל. שאלה זו מחייבת בחינה אמפירית. כל עוד יש הרמוניה ומערכת יחסים יציבה בין הצדדים המעורבים, ההנחה היא שהצדדים יישבו את חילוקי-הדעות ביניהם מבלי להגיע לפתחו של בית-משפט.

היבט אחר של החשש מהפרת האיזון בין ההורים לבין המדינה מבוסס על הטענה כי הכרה בהורות חברתית עלולה להוביל בסופו של דבר להתפוררות המעמד ההורי עד לביטולו המוחלט. ביטול המעמד ההורי יעניק כוח רב למדינה לקבל החלטות בנוגע לילד, ויבטל את ההגנה הניתנת למי שנחשב הורה מפני התערבות של המדינה או צד שלישי באופן שבו הוא בוחר לגדל את ילדיו. נראה

שחשש זה אינו מוצדק. הרחבתה של הגדרת ההורות כך שתחול גם על הורות חברתית תעניק אומנם מעמד זכויות ביחס לילד למי שמבחינה מסורתית לא נחשב להורה של הילד, אך תשמור עדיין על ההפרדה הברורה בין מי שמוגדר הורה, ולפיכך מקבל מעמד ביחס לילד זכויות וחובות בנוגע אליו, לבין מי שעל-אף הרחבת הקטגוריה ההורית אינו נכנס לגדרה ואינו מקבל כל מעמד ביחס לילד.

3. הרתעה של הורים ומטפלים פוטנציאליים

חשש נוסף הוא שמטפלים פוטנציאליים יתרחקו ולא יסייעו בטיפול בילדים מתוך פחד שהם יחויבו בעקבות התנהגותם בחובות הוריות. חשש מקביל הוא שהורים ירחיקו מטפלים פוטנציאליים ולא יסתייעו בהם לגידול הילדים מתוך דאגה שבבוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות.⁹¹ כן עלול להתעורר חשש בקרב אימהות יחידניות ובקרב זוגות של אימהות לסביות שיכפו עליהן הורה נוסף.⁹²

אין להקל ראש בחששות אלה. עם זאת, אני סבורה כי ניתן ליצור מנגנונים להכרה בהורות חברתית אשר יפחיתו חששות אלה, גם אם לא יעלימו אותם כליל. מנגנונים אלה יידונו ביתר פירוט בפרק הבא בהתאם לכל סוג של הורות חברתית. על כך יש להוסיף, כפי שצינתי לעיל, כי הכרה בהורות חברתית במסגרת חקיקה עשויה להגביר את הוודאות במידה מסוימת, ועימה גם את המודעות, ובכך לעודד את המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד ובטיפול בו להסדיר את מערכת היחסים בצורה מסודרת.

יהיו מצבים שבהם יהיה נכון וראוי לכפות מעמד של הורה על אדם שתפקד בפועל כהורה של הילד ואשר בינו לבין הילד נוצרה מערכת יחסים של הורה-ילד. ייתכן שבמצבים רבים נפקותה של כפייה זו תהיה הטלת חובות כלכליות על אותו הורה. עם זאת, יהיו מצבים שבהם כפיית המעמד ההורי תוביל בסופו של יום אף לקשר משמעותי יותר בין אותו הורה לילד, שכן המשפט יבנה ציפייה חברתית שאותו אדם ימשיך לתפקד כהורה, וציפייה זו עשויה להשפיע עליו. נראה שיהיה מקום לשקול באופן פרטני, בכל מקרה ומקרה, את השאלה של כפיית המעמד ההורי, שכן ייתכנו בהחלט מצבים שבהם העלות של כפיית המעמד ההורי תאפיל על תועלתה. כך, למשל, ייתכן שבמצבים מסוימים הטלת חיוב על אדם להיות בקשר עם ילד בניגוד לרצונו עלולה לגרום נזק לילד, אשר ירגיש דחוי.

Melissa Murray, *The Networked Family: Reframing the Legal Understanding* 91 *of Caregiving and Caregivers*, 94 VA. L. REV. 385, 450 (2008).

Nancy E. Dowd, *Multiple Parents/Multiple Fathers*, 9 J.L. & FAM. STUD. 231, 92 (2007).

הכרעה הכופה מעמד הורי על אדם במצבים מסוימים פוגעת באותו אדם, שכן היא אינה מאפשרת לו לממש את בחירתו לא להיות הורה. איני מקילה ראש בקושי זה. עם זאת, בהקשר זה יש לזכור כי גם על הורה ביולוגי החוק כופה לעיתים את המעמד ההורי בניגוד לרצונו. כך קורה, למשל, במצבים שהפסיקה והספרות מכנים "גנבת זרע" או "אבות בעל-כורחם".⁹³ הרתיעה מכפייה דומה של הורות כאשר מדובר בהורות חברתית נובעת, כך יש לשער, מהעובדה שאיננו מורגלים בכך. הרחבת הגדרת ההורות בחוק תוך ביסוסה על מרכיבים חברתיים-פסיכולוגיים עשויה לשנות זאת, שכן היא תשנה את הציפיות החברתיות בעניין זה. הכרה במעמדו של הורה חברתי בצורה מפורשת בחקיקה תגביר את הוודאות בעניין זה ותשריש נורמות התנהגות חדשות מקובלות. אני סבורה כי כפיית הורות חברתית עשויה אף להיות ראויה יותר מבחינה מוסרית מאשר כפיית הורות ביולוגית, שכן פעמים רבות מדובר בהורה חברתי שיצר ציפייה והסתמכות רגשית של הילד בנוגע לנוכחותו בחייו. זאת, לעומת מצבים של כפיית הורות ביולוגית על בסיס הרפתקה של לילה חד-פעמי בין האם הביולוגית לאב הביולוגי. מכל מקום, וכפי שצוין לעיל, יהיה מקום לשקול את כפיית המעמד ההורי בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו.

4. סיכום

אין להקל ראש בחששות המועלים לגבי הרחבת הגדרת ההורות כך שתחול גם על הורות חברתית. עם זאת, אני סבורה כי ניתן להתמודד עם חששות אלה באמצעות הגברת המודעות והסדרת הנושא בחקיקה. אומנם, לגבי חלק מהמצבים תיוותר עמימות מסוימת אשר אי-אפשר להעלימה כליל, אך באיזון בין הפגיעה בוודאות לבין היתרונות הנובעים מהכרה זו – הן לילד, הן להורה החברתי והן לחברה בכללותה (כמפורט בפרק הקודם) – יתרונותיה של ההכרה בהורות חברתית עולים על חסרונותיה.

החלק הבא יעסוק בקטגוריות של מקרים שבהם עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות. קטגוריות אלה מבוססות על סוגים שונים של משפחות הקיימות כיום בחברה. באמצעות בחינת יישומה של הטענה בדבר הצורך להעניק מעמד משפטי להורה חברתי על המקרים השונים, אבקש להמחיש את משמעותה וחשיבותה של הכרה זו.

⁹³ ראו, למשל, פנחס שיפמן "הורה בעל כורחו – מצג-שווא לגבי שימוש באמצעי-מניעה" משפטים יח 459 (1988); ע"א 5942/92 פלוני נ' אלמוני, פ"ד מח(3) 837, 844 (1994); ע"א 5464/93, לעיל ה"ש 2, בעמ' 861; Pinhas Shifman, *Involuntary Parenthood*; 4 INT'L J.L. & FAM. 279 (1990).

ה. המחשת חשיבותה של ההכרה במעמדו המשפטי של ההורה החברתי

חלק זה יעסוק בסיטואציות ספציפיות שבהן עשויה להתעורר שאלת הגדרתה של ההורות. החלק עוסק הן במצבים אשר נדונו בספרות בצורה נרחבת (כגון זוגות ממין שונה המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בתרומת גמטה או זוג לסביות המחליטות להקים משפחה) והן במצבים שבהם הדיון הינו ראשוני יותר (כגון הורות משותפת אחרת). הבחירה לעסוק אף בסיטואציות שכבר נדונו לעומק בספרות המחקרית מעוגנת במחשבה שקיים ערך מוסף בהצגת הקשת הרחבה של מצבים שבהם מתעוררת סוגיית ההורות החברתית, כפי שהיא מוגדרת במאמר זה. הצגת תמונת ההורות החברתית על כל רבדיה – הן כזו הנוצרת בעקבות שימוש בתרומת גמטה או בשירותיה של אם נושאת לצורך הבאת ילד לעולם, והן כזו הנוצרת בנסיבות חברתיות רבגוניות לאחר שהילד כבר בא לעולם – מאפשרת התבוננות על הסוגיה מנקודת-ראות שונה מזו שהייתה נהוגה עד כה, קרי, מנקודת-ראות אשר תדגיש ותמחיש את החשיבות במתן מעמד משפטי של הורה להורה החברתי.

הפרק מחולק לשני חלקים המאגדים סיטואציות חברתיות שונות שבהן הילד יוצר קשר הורי עם דמות שאין לו קשר ביולוגי אליה. החלק הראשון יעסוק במצבים שבהם ההחלטה של הדמות המטפלת הלא-ביולוגית לגדל את הילד הייתה לפני שהילד נולד. חלק זה ידון במקרים של זוגות הטרוסקסואלים המחליטים להביא ילד לעולם תוך הסתייעות בטכנולוגיות רפואיות ושימוש בתרומת זרע, בתרומת ביצית או בשירותיה של אם פונדקאית. כן ידון החלק בבני-זוג מאותו מין המחליטים להקים משפחה יחד ובמצבים של "הורות משותפת אחרת". המונח "הורות משותפת אחרת" מתייחס למצבים שבהם גבר ואישה שאין ביניהם קשר זוגי וקשר מיני מעוניינים להביא לעולם ילד על-מנת לגדלו במשותף.⁹⁴ החלק השני של הפרק יעסוק במצבים שבהם ההורות החברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים. חלק זה נחלק אף הוא לשני חלקים: (א) בן-זוג של הורה (אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים, אלמן/ה הנכנסת לזוגיות חדשה, גרושים המתחתנים מחדש); (ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה (לדוגמה: סב, דוד, קרוב-משפחה אחר, מטפלת, שמרטפית).

94 בישראל קיימים כמה ארגונים שתומכים ועוזרים לאלה המעוניינים ליצור הורות משותפת אחרת. ראו, למשל, המרכז להורות אחרת – www.alp.org.il/; אתר בייבי לי (אתר היכרויות לצורך הבאת ילדים לעולם) – www.babyli.co.il/; אתר גו בייבי (אתר היכרויות לצורך מציאת שותף להורות) – www.gobaby.co.il/.

1. החלטה לגדל את הילד לפני שהילד נולד

החלטה של אדם להביא לעולם ילד ולגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי שונה מסיטואציה שבה אדם נהפך – אף אם מבחירה ותוך מודעות – להורה מגדל⁹⁵ של הילד לאחר שזה כבר נולד. לפיכך סברתי שיהיה נכון להפריד בין המצבים השונים במסגרת הדיון בפרק זה, אף אם בסופו של דבר אמות-המידה לבחינת הורות עשויות להיות דומות. כאשר אדם מחליט להביא ילד לעולם על-מנת לגדלו, הוא שותף מלא להיוולדותו של הילד ולעצם קיומו, אף אם אין בינו לבין הילד קשר ביולוגי. פעמים רבות ההורה הביולוגי לא היה מביא ילד לעולם ללא ההחלטה המשותפת והידיעה שיהיה לו שותף לטיפול בילד ולדאגה לו (כלומר, ההחלטה והשותפות של ההורה החברתי הינן תנאי-בלעדי-אין לעצם הבאת הילד לעולם). נוסף על כך, במקרה מעין זה הילד גָּדַל בבית ההורה החברתי ויוצר עימו התקשרות (attachment) כבר מעת הלידה.

אני סבורה כי באופן עקרוני יש להכיר במעמדו של הורה חברתי במצבים שבהם הוא היה שותף להליך ההחלטה וההוצאה לפועל של הבאת הילד לעולם כדי לגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי. בסיטואציות המפורטות בחלק זה החל ההורה הביולוגי בהליך משותף עם ההורה החברתי להבאת ילד לעולם לצורך גידולו יחדיו. לפיכך הכרה במעמדו של ההורה החברתי עולה בקנה אחד עם רצונותיהם המשותפים המקוריים של הצדדים. נוסף על כך, במצבים מעין אלה הילד נולד בדרך-כלל וגדל מלכתחילה עם ההורה החברתי כהורה לכל דבר ועניין, ולפיכך הכרה במעמדו של ההורה החברתי אף עולה בקנה אחד עם רווחתו של הילד. הכרה במעמדו של ההורה החברתי משמרת את מערכת היחסים שנוצרה בינו לבין הילד, ותומכת בעקרונות של המשכיות, אחריות, דאגה והדדיות. בכך הכרה זו עולה בקנה אחד עם אינטרסים חברתיים חשובים של שמירת הקשר הרגשי והאינטימי שנוצר בין הילד לבין מי שמטפל בו ומגדלו כהורה, הפקדת האחריות לטיפול בילד ולדאגה לו בידי מבוגרים המעוניינים בכך וכן קידום הערכים המשפחתיים, אף אם אין מדובר בדפוס המשפחה המסורתית. במצבים שבהם צדדים השתנתה בינתיים והם מסתייגים מהסכמתם המקורית, ייתכן שיהיה מקום לתת לכך משקל בעת בחינת המקרה הספציפי.

95 המונח "הורה מגדל" לקוח מספרן של נעמה צבר בן-יהושע וגליה צבר שני בתים וילד – סיפורן של משפחות משולבות בישראל (2012), ומוגדר שם כמי שחי תחת קורת-גג אחת עם בן-זוגו ועם ילדיו של בן-זוגו שאינם ילדיו הביולוגיים.

(א) בן-זוג של הורה (ממין שונה) במקרה של תרומת זרע/ביצית או הורים מיועדים במקרה של שימוש באם פונדקאית⁹⁶

המשפט הישראלי מכיר כבר כיום במעמדו של בן-זוג של הורה כאשר מדובר בתרומת זרע/ביצית וכן במעמדה של האישה כאם כאשר מדובר בשימוש בשירותיה של אם נושאת (בין שמדובר בביצית של האם המיועדת ובין שמדובר בתרומת ביצית). במקרה של הזרעה מלאכותית מזרע של תורם, ההנחיות המנהליות קובעות כי יש לקבל את הסכמת האישה ובן-זוגה לביצוע ההזרעה וכן לקבל את הצהרת בן-הזוג כי הילד שייוולד ייחשב ילדו הטבעי של בן-הזוג לכל דבר ועניין, לרבות לעניין מזונות וירושה, וישא את שם משפחתו.⁹⁷ חוק תרומת ביציות קובע כי ילד שנולד כתוצאה מתרומת ביצית יהיה ילדה של הנתרמת לכל דבר ועניין.⁹⁸ חוק הסכמים לנשיאת עוברים קובע כי כאשר נעשה שימוש בשירותיה של אם נושאת, ייתן בית-המשפט לאחר לידת הילד צו הורות שלפיו ההורים המיועדים הם הוריו של הילד ואפטרופוסיו הבלעדיים, וכי הוא ילדם לכל דבר ועניין.⁹⁹ צו ההורות יינתן אלא אם כן נוכח בית-משפט, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר מנוגד לטובת הילד.¹⁰⁰

הכרת המשפט הישראלי במעמדו של בן-הזוג כהורה אינה חפה מקשיים. כך, הכרת המשפט הישראלי במעמדו של בן-הזוג של אישה אשר קיבלה תרומת זרע מבוסס על הנחיות מנהליות ועל הסכמת הצדדים. ביקורת רבה הובעה בספרות ובפסיקה הישראלית על הסדרת עניין זה מהותי כהורות בהנחיות פנימיות ובתקנות מנהליות.¹⁰¹ נוסף על כך, בהתאם למצב המשפטי הקיים, בן-זוג אינם

96 לכתובה העוסקת בעניין זה ראו, למשל, מאיר שמגר "סוגיות בנושאי הפריה ולידה" הפרקליט לט 21 (1989); שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43; זפרן "המשפחה בעידן הגנטי", לעיל ה"ש 2; שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 101–135; מרדכי הלפרין "הגדרת הורות והזכות לאיתור השורשים הביולוגיים" דילמות באתיקה רפואית 161 (רפאל כהן-אלמגור עורך, 2002); מרגלית "לקראת קביעת הורות משפטית בהסכמה", לעיל ה"ש 10; קורנאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 73–118.

97 ס' 23 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07, לעיל ה"ש 4.

98 ס' 42(א) לחוק תרומת ביציות.

99 ס' 11 ו-12 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים. החוק מדגיש, בס' 12(ב), כי אין הוא בא לפגוע בדיני איסור והיתר לענייני נישואים וגירושים. "הורים מיועדים" מוגדרים על-ידי החוק, בס' 1, כ"איש ואשה שהם בני זוג, המתקשרים עם אם נושאת לשם הולדת ילד".

100 ס' 11(ב) לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

101 שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 85; ע"א 449/79 סלמה נ' סלמה, פ"ד לד(2) 779, 784 (1980); שיפמן דיני המשפחה בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 128–129; יוסי גרין

יכולים ליצור סטטוס של הורות באמצעות הסכם, ולפיכך הצהרת בני-הזוג כי הילד ייחשב ילדו של בן-הזוג לכל דבר ועניין אינה יכולה להוריד או להעלות לעניין זה.¹⁰² מכל מקום, גם ללא הנחיות אלה בן-הזוג יכול להירשם כאבי הילד בהתאם למצב המשפטי הקיים בישראל. אם בני-הזוג נשואים, אזי קמה חזקת אבהות הבעל, ובעלה של האם היולדת נרשם אוטומטית כאבי הילד.¹⁰³ אם בני-הזוג אינם נשואים, באפשרותם להצהיר במשותף על אבהות בן-הזוג, והדבר יירשם במרשם האוכלוסין.¹⁰⁴ עם זאת, אם מדובר בבני-זוג שאינם נשואים ובשלב מסוים מתעוררת מחלוקת בסוגיית האבהות (בדרך-כלל בעקבות פרידה), אזי במצב המשפטי הקיים כיום יהיה קל יותר לבית-המשפט להוציא צו לבדיקה גנטית.¹⁰⁵ מאחר שההורות במשפט הישראלי מבוססת על קשר ביולוגי, אם יתברר שבן-הזוג אינו האב הביולוגי, מעמדו כאב יישלל.

הפריה חוץ גופית בראי ההסכמה 52–53 (1995); שמגר, לעיל ה"ש 96, בעמ' 36–37; ה"פ (מחוזי י"ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 26.7.2006); ה"פ (מחוזי י"ם) 3419/04 פלונית נ' שר הבריאות, פ"מ תשסד(1) 625 (2005). חלק מהתקנות אף בוטלו על-ידי בית-המשפט העליון בהסכמת משרד הבריאות, ובאחד המקרים אף עלה הצורך להסדיר את הנושאים בחקיקה ראשית: בג"ץ 998/96 ירוס-חקק נ' שר הבריאות, תק"ע על 1997(1) 939; בג"ץ 5087/94 זכרו נ' שר הבריאות, תק"ע על 1995(2) 1073. לאחרונה פורסם תזכיר חוק שמטרתו להסדיר את סוגיית השימוש בתרומות זרע באופן מקיף בחקיקה: תזכיר חוק בנקי הזרע, התשע"ז-2016. ס' 32(ב) לתזכיר החוק מנתק את הקשר ההורי בין היילוד לבין תורם הזרע. ס' 32(ג) לתזכיר קובע כי אם נתרמת הזרע הייתה נשואה, הזכויות והחובות הקיימות בין הורים ושאר קרוביהם יהיו קיימות בין בעלה של נתרמת הזרע לבין הילד שייוולד.

102 ראו, למשל, קורנאלדי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 96; שיפמן "קביעת אבהות", לעיל ה"ש 43, בעמ' 85.

103 ראו ס' 7 לנוהל משרד הפנים – מנהל האוכלוסין 2.2.0001 "נוהל רישום לידה בארץ" [https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth_registry_in_israel_procedure/](https://www.gov.il/BlobFolder/policy/birth_registry_in_israel_procedure/he/2.2.0001.pdf) (24.3.2011), שלפיו בפרטי האב יירשמו אך ורק פרטיו האישיים של האיש שאם היילוד נשואה לו על-פי הרישום בתעודת-הזהות. אף אם האם או שני בני-הזוג טוענים כי בעלה של האישה אינו אבי היילוד, ימולאו בפרטי האב בהודעת הלידה פרטי בעלה. זאת, מאחר שבהתאם לס' 22 לחוק מרשם האוכלוסין, במקרה של יולדת נשואה אי-אפשר לרשום כאב אדם שאינו בעלה (אלא על-פי פסק-דין). כן ראו פרק 11 לחוק מידע גנטי, המאפשר עריכת בדיקה גנטית לבחינת קשרי משפחה רק בהתאם לצו של בית-משפט ורק במצבים חריגים.

104 יש לציין כי הדבר נכון לגבי כל רישום של אב לילד של אישה שאינה נשואה, ואין צורך להוכיח קיומה של מערכת יחסים זוגית בין האישה שילדה לבין האב הנטען. ראו ס' 21 לחוק מרשם האוכלוסין, שלפיו שם אביו של ילד שנולד לאישה פנויה יירשם על-פי הודעה משותפת של האם והאב או על-פי פסק-דין.

105 ראו הוראות ס' 28 לחוק מידע גנטי לעומת הוראות ס' 28 ו-28א לאותו חוק.

אני סבורה שבמצבים שבהם בני-זוג ממין שונה מעוניינים להקים יחדיו משפחה, להביא לעולם ילד ולגדלו במשותף אבל בשל סיבות רפואיות הם נאלצים להשתמש בתרומה של גמטה, יש לתת לשני בני-הזוג מעמד של הורה כפי שהיה נעשה אילו הילד שנולד היה קשור לשניהם ביולוגית. לפיכך יש צורך לשנות את הגדרת ההורות שבחוק כך שתשקף הכרה במעמדו של ההורה החברתי במצבים אלה כהורה באופן אוטומטי בעת הלידה. הכרה זו צריכה לעמוד בתוקפה אף אם אחד הצדדים חזר בו מהחלטתו במהלך ההיריון. זאת, בדומה לזוג המחליט להביא ילדים לעולם בדרך הטבע. ההחלטה להביא ילד לעולם אינה החלטה שניתן לקבלה כלאחר-יד, אלא יש לקבלה בכובד-ראש ולעמוד מאחוריה. יתר על כן, ייתכנו בהחלט מצבים שבהם בן-הזוג בעל הקשר הביולוגי לילד לא היה מביא ילד לעולם אלמלא הידיעה שיש לו שותף למסע. עם זאת, אני סבורה כי במצבים מסוימים יש מקום לאפשר לאדם לוותר על מעמדו ההורי (אף אם מדובר בהורה בעל זיקה ביולוגית לילד),¹⁰⁶ ועל-כן יש לבחון בכל מקרה אם הנסיבות מצדיקות מתן אפשרות לאדם שהתחרט במהלך ההיריון לוותר על מעמדו ההורי.

(ב) בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים בית משותף¹⁰⁷

בני-זוג מאותו מין המחליטים להקים יחדיו משפחה ולהביא ילד לעולם כדי לגדלו במשותף נאלצים להשתמש בתרומות של תאי רבייה, ולעיתים גם בשירותיה של אם נושאת.¹⁰⁸ במקרה מעין זה, בדומה לבני-זוג ממין שונה הנאלצים מסיבות רפואיות להשתמש בתרומות של גמטה, רק אחד מבני-הזוג יהיה קשור ביולוגית לילד. כמובן, שוב בדומה למקרה של בני-זוג ממין שונה המשתמשים בתרומת גמטה, מדובר בבני-זוג המתכננים להקים יחדיו משפחה ולגדל את הילד במשותף כילד של שני בני-הזוג. זאת ועוד, גם כאן פעמים רבות ההחלטה להביא ילד לעולם לא הייתה מתקבלת על-ידי ההורה הביולוגי ללא מערכת היחסים עם בן/בת-הזוג והידיעה שהילד יגדל ויטופל על-ידי שני בני-הזוג יחדיו.

106 ראו לעיל ה"ש 17.

107 לכתובה העוסקת בסוגיה זו ראו, למשל, זפרן "אימהות יש גם שתיים", לעיל ה"ש 22; Nancy D. Polikoff, לעיל ה"ש 9; Polikoff, לעיל ה"ש 10; Appleton, *Presuming Women* Polikoff, *A Mother Should Not Have to Adopt Her Own Child: Parentage Laws for Children of Lesbian Couples in the Twenty-First Century*, 5 STAN. J. C.R. & C.L. 201 (2009).

108 בישראל אין באפשרותם של בני-זוג חד-מיניים להשתמש בשירותיה של אם נושאת, שכן חוק הסכמים לנשיאת עוברים מגדיר "הורים מיועדים" כאיש ואישה שהם בני-זוג.

לנוכח הסימטריה הברורה בין סיטואציה זו של בני-זוג חד-מיניים המחליטים להקים יחדיו משפחה לבין בני-זוג ממין שונה הנאלצים להשתמש בתרומת ביצית או זרע, אני סבורה שאין מקום להבחנה בין המקרים. הנטייה המינית המוצהרת של בני-הזוג מאתו מין¹⁰⁹ אינה יכולה לעמוד כהבחנה בין שני המקרים. חברה סובלנית שמקדמת ערכים של שוויון ופולורליזם, ואשר מעוניינת לאפשר לפרטים בחברה לממש את זכותם להורות ולמשפחה, צריכה לבטל את ההבחנה בין המצבים הללו.

המדינה כבר מכירה בזכותם של זוגות חד-מיניים למשפחה ולהורות בכך שהיא מאפשרת הכרה בבני-זוג חד-מיניים כידועים בציבור לצרכים סוציאליים שונים,¹¹⁰ לצורכי ירושה¹¹¹ ואף לצורכי אימוץ.¹¹² המדינה מאפשרת לבני-זוג מאתו מין

109 אני משתמשת במונח "נטייה מינית מוצהרת" כדי להדגיש את ההבדל בין שני סוגי בני-הזוג, שכן אין זה ברור שבני-זוג ממין שונה המחליטים להקים משפחה הינם בהכרח הטרוסקסואלים. כך, למשל, ייתכן שבני-זוג אלה הם ביסקסואלים, וייתכן שהם הומוסקסואלים שאינם רוצים לצאת מהארון או שיצאו מהארון אך החליטו בכל-זאת להקים משפחה שנחשבת מקובלת יותר מבחינה חברתית.

110 ראו, לדוגמה, בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994). כן ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 47720/06 בעניין: מ.ש.א. (פורסם בנבו, 20.12.2006) וכן תמ"ש (משפחה ת"א) 6960/03 בעניין: ק' צ. (פורסם בנבו, 21.11.2004), שאישרו הסכמים זוגיים בין בני-זוג מאתו מין.

111 ע"א 3245/03 (מחוזי נצ') ירושת ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפוטרופוס הכללי, פ"מ תשסג(2) 721 (2004).

112 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64 (2005). פרשה זו פרצה את הדרך בעבור בנות-זוג לסביות המעוניינות לאמץ זו את ילדיה הביולוגיים של זוגתה. בעקבות פסק-דין זה ניתנו צווי אימוץ צולבים רבים ברחבי הארץ. מנתונים שנמסרו לי מהשירות למען הילד עולה כי בשנת 2007 ניתנו 97 צווי אימוץ על-ידי בן-זוג של הורה מאתו מין, בשנת 2009 ניתנו 72 צווי אימוץ מסוג זה, בשנת 2010 ניתנו 88 צווי אימוץ כאלה, ובשנת 2011 ניתנו 93 צווי אימוץ כאלה. בשנת 2008 ניתנו 87 צווי אימוץ על-ידי בן-זוג של הורה, אך נתון זה כולל הן זוגות חד-מיניים והן זוגות ממין שונה. מכתב בדוא"ל מעדנה סיני, רכזת אימוץ, השירות למען הילד, אל הכותבת (29.8.2012). בעקבות הפרשה האמורה ניתנו גם פסקי-דין שהכירו באפשרותם של גברים הומוסקסואלים לאמץ זה את ילדיו הביולוגיים של זה. ראו, למשל, אמ"ץ (משפחה ת"א) 58/07 שביט שדיב נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.3.2008). בשנת 2008 קיים היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, דיון בנושא אימוץ ילדים על-ידי זוגות בני אותו מין, ובסיכומו קבע כי ניתן לאפשר לבן-זוג בן אותו מין לאמץ את ילדו – הביולוגי או המאומץ – של בן-זוגו, וכי אין מניעה חוקית לאשר לבני-זוג מאתו מין, או לאחד מהם, לאמץ ילד זר, שאינו ילדו של אחד מבני-הזוג, בנסיבות שבהן מוכנים לשקול בקשה לאימוץ על-ידי אדם יחיד ובכפוף לשיקולים של טובת המאומץ. ראו www.lgbtlaw.tau.ac.il/sites/default/files/field/law/file/%D7

לאמץ זה את ילדיו של זה, ובכך מכירה בזכותו להורות של בן-הזוג החד-מיני של ההורה הביולוגי כאשר הם מגדלים את הילדים במשותף במסגרת משפחתית, וכן בזכותם של בני-זוג מאותו מין לחיי משפחה.¹¹³ עם זאת, המדינה ממשיכה לדרוש מבני-הזוג החד-מיניים לעבור הליך של אימוץ לצורך הכרה במעמדם ההורי. זאת, בניגוד למצבם של בני-זוג ממין שונה המשתמשים בתרומת תאי רבייה, אשר מוכרים כהורים באופן אוטומטי בעת הלידה.¹¹⁴ לאחר ריכוך מסוים שחל בשנתיים האחרונות בעמדת המדינה, שאפשרה במקרים מסוימים לבן-זוגו מאותו מין של הורה בעל זיקה גנטית לילד לקבל "צו הורות פסיקתי" על-מנת להירשם כהורה של הילד,¹¹⁵ חלה לאחרונה נסיגה במגמה זו. נסיגה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בהעדר התייחסות לבנות-זוג לסביות בתזכיר חוק בנקי הזרע שפורסם לאחרונה¹¹⁶ ובהתנגדותה של המדינה להחלה רטרואקטיבית של צווי ההורות החל ביום הלידה. לאחרונה הוגשו שתי עתירות לבג"ץ: האחת בדרישה שלאחר קבלת צו הורות או צו אימוץ ינפיק משרד הפנים תעודת לידה הנושאת את שמות שתי האימהות;¹¹⁷ והאחרת בעניין רישום שתי אימהות במרשם האוכלוסין על בסיס הצהרה, בדומה לזוגות הטרוסקסואליים, וללא צורך בצו הורות.¹¹⁸ כן ניתן פסק-דין

%94%D7%A0%D7%97%D7%99%D7%99%D7%AA%20%D7%99%D7%95
%D7%A2%D7%9E%D7%A9%20%D7%90%D7%99%D7%9E%D7%95%D7%A5
.%202008.pdf

113 יש לציין כי בית-המשפט בפרשת ירוס-חקק, לעיל ה"ש 112, הדגיש כי החלטתו באותו עניין נוגעת בטובת הילד, ואינה מהווה הכרה במשפחות הומוסקסואליות (ס' 22–30 לפסק-דינו של הנשיא ברק). על עמדה זו של בית-המשפט נשמעה ביקורת. ראו, למשל, טריגר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 393–394.

114 לביקורת על הדרישה לבחון את מסוגלותם ההורית של בני-זוג מאותו מין המגישים בקשות לאימוץ צולב ראו את מאמרו של טריגר, לעיל ה"ש 2, הדן באפשרות להנהיג רשיון הורות. 115 ראו פרשת ממט-מגד, לעיל ה"ש 46, וכן לעיל ה"ש 48 והטקסט שלידה. יש לציין כי עמדת הרוב בפסק-הדין רואה את העתירה כעוסקת אך ורק בשאלת הרישום במרשם האוכלוסין, ולא בשאלת המעמד ההורי במקרים מעין אלה (ראו, למשל, שם, פס' 27 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת ארבל ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות). כן הדגישו חלק מהשופטים כי על-מנת להסיר כל ספק בנוגע למעמד יש לנקוט הליך פורמלי של קביעת הורות משפטית (שם, פס' 35 ו-43–44 לפסק-דינה של המשנה לנשיא נאור ופס' 2 לפסק-דינה של השופטת חיות). השלב הבא היה הכרה בהורות של בנות-זוג לסביות במצבים מסוימים באמצעות "צו הורות פסיקתי" במקום צו אימוץ (ראו, למשל, אמ"ץ 57740-12-13, לעיל ה"ש 49; תמ"ש 19291-12-15, לעיל ה"ש 49).

116 ראו לעיל ה"ש 101.

117 בג"ץ 7978/16 סיראי נ' שר הפנים.

118 בג"ץ 4635/16 צור-וייסלברג נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים.

חדשני בבית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב, הקובע החלה רטרואקטיבית ליום הלידה של צווי הורות פסיקטיים.¹¹⁹

בני-זוג ממין שונה הנשואים זה לזה מוכרים שניהם כהורים מכוח הנישואים. בני-זוג ממין שונה שהינם ידועים בציבור יכולים להצהיר על הורותם המשותפת בעת הלידה, ואף במשך כשנה לאחר הלידה, ובעקבות זאת הם יירשמו אוטומטית כהורים של הילד בלא צורך בהוכחה נוספת או בהליך שבוחן את מסוגלותם ההורית.¹²⁰ מאחר שבני-זוג מאותו מין אינם יכולים לעת עתה להינשא במדינת-ישראל, יש לשנות את הגדרת ההורות בחוק כך שיתאפשר להם להצהיר על היותם ידועים בציבור ועל היותם ההורים של ילד שקשור לאחד מהם ביולוגית. בדומה לסיטואציה של בני-זוג ממין שונה הנאלצים להיעזר בתרומת גמטה או בשירותיה של אם פונדקאית, גם בני-זוג חד-מיניים אינם יכולים לחזור בהם במהלך ההיריון מהחלטתם המשותפת להביא ילד לעולם ולשמש הוריו.

(ג) הורות משותפת אחרת

המונח "הורות משותפת אחרת" מתייחס למצבים שבהם גבר ואישה שאין ביניהם קשר זוגי וקשר מיני מעוניינים להביא לעולם ילד על-מנת לגדלו במשותף. המוסד של הורות משותפת אחרת נותן מענה לנשים יחידניות ולבנות-זוג לסביות המעוניינות להביא לעולם ילד ללא מערכת יחסים זוגית עם אבי הילד אך אינן מעוניינות להשתמש בתרומת זרע אנונימית, שכן הן מעוניינות שלילד יהיה אב

119 תמ"ש (משפחה ת"א) 41067-04-16 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית (פורסם בנבו, 1.12.2016). במסגרת החלטה זו נקבע (שם, פס' 6 להחלטה): "צו ההורות הפסיקטי מצהיר כי בן הזוג של ההורה הביולוגי, אשר מגדל את הקטין עמו מיום לידתו, הוא הורה לכל דבר ועניין. לא מדובר בצו המכונן מצב חדש שנוצר, אלא הוא משקף עובדה קיימת, לפיה בן זוגו של ההורה הביולוגי משמש כהורה נוסף. אין כל מניעה כי הצהרה זו לא תחול רטרואקטיבית ותשקף את המצב לאשורו, דהיינו שמיום הלידה, בן הזוג שאינו הורה ביולוגי, משמש כהורה נוסף לכל דבר ועניין."

120 ראו נוהל משרד הפנים – מנהל האוכלוסין 2.2.0007 "נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין" (1.4.2012) https://www.gov.il/BlobFolder/policy/adding_parent_to_minor_israeli_register_2014/he/2.2.0007_0.pdf. ס' 4 לנוהל זה קובע כי אחד התנאים לרישום הוא שהבקשה תוגש תוך שנה ממועד לידת הקטין. ס' 9 לאותו נוהל מאפשר לחרוג מתנאי זה ולרשום אבהות גם במקרים שבהם הבקשה הוגשה עד שלוש שנים ממועד לידת הקטין, אם לאם ולאב הנטען כבר רשום במרשם האוכלוסין לפחות ילד אחד משותף שנולד קודם לילד מושא הבקשה והוגשו ראיות מספקות לקיומו של תא משפחתי משותף לפני הוריית הקטין. יש לציין כי במקרים מסוימים ייתכן שתידרש הוכחה נוספת לצורך רישום האבהות (לפקיד הרישום יש סמכות לדרוש ראיות נוספות), אולם נראה שהחשש הוא מניצול לרעה של ההליך לצורך קבלת מעמד בישראל (ראו לעניין זה ס' 33 ו-82 לנוהל).

ידוע ופעיל. מוסד זה נותן מענה גם לגברים יחידניים ולבני-זוג הומוסקסואלים המעוניינים להביא לעולם ילד ללא מערכת יחסים זוגית עם אישה. מצבם של גברים המעוניינים להביא לעולם ילד ללא זוגיות עם אישה טוב פחות ממצבן של נשים באותה סיטואציה,¹²¹ שכן לנוכח ההבדל הפיזיולוגי בין נשים לגברים, גברים נדרשים לאישה לא רק לצורך תרומת ביצית, אלא אף לצורך נשיאת ההיריון והלידה. חוק הסכמים לנשיאת עוברים אינו מאפשר לגבר יחידני או לזוג גברים הומוסקסואלים להשתמש בשירותיה של אם פונדקאית בישראל, שכן הוא מגביל את האפשרות להשתמש בשירותיה של אם נושאת לאיש ואישה שהם בני-זוג.¹²² מכאן שאדם יחיד (אישה או איש) אינו יכול להיזקק לשירותיה של אם נושאת, וכך גם בני-זוג מאותו מין. הפתרון של גברים רווקים או זוג הומוסקסואלים הוא להשתמש בשירותי פונדקאות בחוץ-לארץ¹²³ (הליך יקר וארוך) או להתקשר בהסכם להורות משותפת.

הורות משותפת אחרת יוצרת סיטואציה שבה הילד גָּדֵל מלכתחילה בשני בתים שונים, בדומה למצב אצל ילדים להורים גרושים. הוריו הביולוגיים והחוקיים של הילד מתגוררים במשקי-בית נפרדים, ולכל אחד מהם עשוי להיות בן-זוג משלו, שמסייע לו בגידול הילד. בן-הזוג של ההורה הביולוגי עשוי להיות בתמונה מלכתחילה כשותף מלא לרצון ולהליך של הבאת הילד לעולם, או מישו שהצטרף בשלב כלשהו של חיי הילד למסגרת התא המשפחתית. כאשר בן-הזוג של ההורה הינו שותף מלכתחילה להליך הבאת הילד לעולם, ראוי שאמות-המידה שישמשו על-מנת לקבוע מעמד של הורה חברתי יהיו אותן אמות-מידה המשמשות לבחינת השאלה כאשר מדובר בבן-זוג של הורה ביולוגי הנעזר בתרומת זרע/ביצית או בשירותיה של אם נושאת או כאשר מדובר בבני-זוג מאותו מין המתכננים מראש להביא ילד משותף לעולם. לעומת זאת, כאשר מדובר בבן-זוג של הורה שהצטרף מאוחר יותר לתא המשפחתי, ראוי שאמות-המידה יהיו דומות לאלה שבהן אדון בחלק הבא, העוסק בהורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים.

אף שאני מציעה להחיל אמות-מידה דומות על בני-זוגם של מי שפעלו במסגרת הורות משותפת אחרת ועל בן-זוג של מי שקיבל תרומת זרע/ביצית או

121 אמירה זו מתייחסת למקרים שבהם אין לנשים בעיה לשאת היריון ברחמן. אם לנשים המעוניינות להביא ילד לעולם ללא מערכת יחסים זוגית עם גבר יש בעיה רפואית שאינה מאפשרת להן לשאת היריון, אזי מצבן דומה לזה של הגברים.

122 הגדרת "הורים מיועדים" בס' 1 לחוק הסכמים לנשיאת עוברים.

123 על כך שגברים ישראלים עושים שימוש בפונדקאות בחוץ-לארץ ראו, למשל, עמ"ש (משפחה י"ם) 14816-04-10 פלוני נ' מדינת ישראל, תק"מ 2010 (2) 7996; משרד הבריאות המלצות הוועדה הציבורית לבחינת הסדרה חקיקתית של נושא הפיריון וההולדה בישראל 66 (2012).

השתמש בשירותיה של אם פונדקאית, קיים הבדל משמעותי בין המצבים. כאשר מדובר בבן-זוג של מי שקיבל תרומת זרע/ביצית או השתמש בשירותיה של אם פונדקאית, וכן כאשר מדובר בבן-זוג מאותו מין, קיים הורה ביולוגי אחד בלבד (למעט במצבים שבהם מדובר בתורם ידוע), ולפיכך הכרה במעמדו של בן-הזוג כהורה משתלבת עם העדפתו של המשפט לקיומם של שני הורים לילד.¹²⁴ לעומת זאת, כאשר מדובר בבני-זוג במסגרת של הורות משותפת אחרת, הכרה במעמדם של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים עשויה להוביל למצב שבו לילד יהיו יותר משני הורים חוקיים.

כיום השימוש במנגנון של הורות משותפת אחרת נעשה בדרך-כלל על-ידי זוגות חד-מיניים או על-ידי גבר או אישה רווקים שמעוניינים להביא לעולם ילד ללא זוגיות. עם זאת, מבחינה תיאורטית ניתן להעלות על הדעת גם אפשרות שבני-זוג ממין שונה עם בעיה רפואית שאינה מאפשרת להם להוליד ילד בכוחות עצמם יבקשו להביא ילד לעולם בשיתוף עם אדם שאינו חלק ממערכת היחסים הזוגית, וזאת על-מנת שההורה הגנטי של הילד או האם שנשאה את הילד יהיו חלק מעולמו של הילד (זאת, להבדיל משימוש בתרומה אנונימית או בשירותיה של אם נושאת, על כל המשתמע מכך).

רבים יסתייגו מהרעיון של הבאת ילדים לעולם במסגרת של הורות משותפת אחרת מתוך מחשבה על טובתו של הילד. ילד שנולד לתוך מסגרת של הורות משותפת אחרת גָּדַל מעת היוולדו במסגרת של שני בתים המחקה במובן מסוים מסגרת חיים של ילד שהוריו גרושים. עם זאת, קיים הבדל בין המצבים. ראשית, ילד שנולד לתוך מסגרת חיים של הורות משותפת גָּדַל כך מיום היוולדו, ואלה החיים שהוא מכיר. במובן זה מצבו טוב יותר מילד שהחל לגדול בבית אחד עם שני הורים ובשלב מסוים עבר משבר של פרידה וגירושים. שנית, כאשר מדובר בילד שהוריו פרודים או גרושים, נותר פעמים רבות מתח בין ההורים, אשר גם אם אינו גלוי נמצא שם באופן סמוי, והילד יכול להרגיש קונפליקט נאמנויות. לעומת זאת, ילד שנולד לתוך מסגרת של הורות משותפת אחרת גָּדַל ללא משקעים רגשיים בין ההורים. מובן שעשויות תמיד להתגלע מחלוקות בין ההורים גם במצב של הורות משותפת אחרת, אך העדר המשקעים הרגשיים מעמיד חילוקי-דעות אלה באור אחר. היתרונות שילד שגָּדַל במסגרת של הורות משותפת אחרת יכול להפיק הם היחשפות מגיל צעיר לתפיסות-עולם שונות והטמעה של מידות

124 ס' 3 לחוק שיווי זכויות האשה. על העדפת המשפט לקיומם של שני הורים לילד ניתן ללמוד גם מס' 3 לחוק אימוץ ילדים, הקובע כי ככלל אין אימוץ אלא על-ידי איש ואשתו. חריגים לכלל מופיעים בסעיף זה ובס' 25 לחוק.

הכוללות גמישות, ניידות, פתיחות, סתגלנות והעדר שיפוטיות. מסגרת זו מאפשרת גם הענקת תשומת-לב רבה יותר לילד מכפי שמוענקת בדרך-כלל לילד הגדל עם שני הורים בבית אחד, שכן הזמן החופשי שיש להורה ללא הילד מאפשר לו את ההפסקה שהוא נזקק לה פעמים רבות הן מבחינה מקצועית והן מבחינה רגשית, כך שכאשר הוא נמצא עם הילד, הוא יכול להיות לגמרי איתו.

בין שרואים את המסגרת של הורות משותפת אחרת ככזו שמקדמת את טובתם של הילדים ובין שרואים בה מסגרת שאינה עולה בקנה אחד עם טובת הילד, בסופו של יום השאלה אינה אם לאפשר או לאסור הבאת ילדים לעולם בדרך זו, אלא הניסיון הוא להתמודד עם חוויית החיים של הורים שבחרו במסגרת חיים זו ושל הילדים שנולדו אליה, ולתת מענה לצורך מסוים. השאלה היא אם במקרים של הורות משותפת אחרת יש להכיר במעמדו של ההורה החברתי, כלומר, במעמדם כהורים של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים. אין ספק שמקרה זה מורכב יותר משני המקרים שתוארו בשני הסעיפים הקודמים. ראשית, מדובר במקרה שבו הילד גדל מראש במסגרת של שני בתיים. שנית, הכרה במעמדם של בני-הזוג של ההורים הביולוגיים תוביל להכרה ביותר משני הורים לאותו ילד. שלישית, במצבים של משבר במערכת היחסים המוביל לפרידה, לילד עשויים להיות אף יותר משני בתיים. אני סבורה שאין לפסול את האפשרות להכיר במצבים המתאימים ביותר משני הורים לילד אחד.¹²⁵ במצב שבו בני-הזוג של ההורים הביולוגיים שותפים מלאים להליך הבאתו של הילד לעולם, מבחינה עקרונית יש להעניק להם מעמד של הורים, שכן מדובר במצבים שבהם כל הצדדים הסכימו מראש על הבאת הילד לעולם ועל גידולו יחדיו. הענקת המעמד תכיר בחוויית החיים של כל בני המשפחה שבחרו במסגרת זו להבאת ילדים לעולם. ההכרה תעניק הן לילד והן למי שמשמש בפועל הורה שלו מימד של קביעות, יציבות וודאות, ותאפשר להורה החברתי להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד. נוסף על כך, הכרה זו תשמר את מערכת היחסים שתיווצר בין הילד לבין הדמויות המטפלות בו ומגדלות אותו, ותעודד המשכיות של קשרים אינטימיים רגשיים מסוג זה. לבסוף, הכרה משפטית בחוויית החיים של ילדים שנולדו לתוך מסגרות משפחתיות אלה עשויה לסייע בהפחתת התיוגים החברתיים השליליים ובקבלה חברתית של צורות משפחתיות שונות.

המנגנון להכרה במעמדו של ההורה החברתי במצבים מעין אלה עשוי להיות פנייה לבית-המשפט עוד לפני שהילד נולד או מייד עם היוולדו בבקשה למתן צו

125 לעניין האפשרות להכיר ביותר משני הורים לילד אחד ראו מאמרי: מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19.

הורות, בהיקש מההליך הנדרש לצורך רישום הורות בהתאם לחוק הסכמים לנשיאת עופרים.¹²⁶ במעמד זה יוכל בית-המשפט לבחון את שאלת ההכרה במעמדו של ההורה החברתי בהתאם לנסיבות המקרה הקונקרטי המובא לפניו. ייתכן שיהיו מצבים שבהם יהיה מקום לא להעניק מעמד כהורה. כך, למשל, אם נחתם הסכם להורות משותפת שבמסגרתו הצדדים מסכימים כי יוקנה מעמד של הורה לבן-זוג של ההורה הביולוגי, אך תוך כדי ההיריון (ואולי אף לפניו) בני-הזוג נפרדים, ייתכן שיהיה מקום לא להעניק מעמד של הורה לאותו בן-זוג. מכיוון שאותו אדם לא יהיה חלק ממשק-הבית של ההורה הביולוגי שבו יגדל הילד, ומכיוון שטרם נוצרה בינו לבין הילד מערכת יחסים של הורה וילד, נראה שטובתו של הילד מחייבת במקרה זה שהוא לא יגדל בשלושה בתים שונים.

2. הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים

מצב שבו הורות חברתית מתפתחת לאחר שהילד כבר קיים הינו שונה ממצב שבו ההורה החברתי נטל חלק בהחלטה להביא את הילד לעולם על-מנת לגדלו במשותף עם ההורה הביולוגי. אין כל ספק שבשני המקרים עשויה להתפתח מערכת יחסים אינטימית של הורה-ילד עם קשר רגשי עמוק בין ההורה החברתי לבין הילד. כמו-כן, עצם העובדה שאדם היה שותף להחלטה להביא ילד לעולם אין בה כשלעצמה כדי ללמד כי ההורות שלו תהיה מיטיבה או אפילו טובה יותר מזו של הורה חברתי שנכנס לחייו של הילד בשלב מאוחר יותר. עם זאת, הסיטואציה של הורות חברתית המתפתחת לאחר שהילד כבר קיים מזמנת בדרך-כלל שאלות רבות יותר בכל הנוגע בפגיעה אפשרית במעמדם ובבלעדיותם ההורית של ההורים החוקיים.¹²⁷ עצם העובדה שהורה חוקי הכניס לחייו אדם נוסף (כבן-זוג או כאדם המסייע בטיפול ובגידול של הילד) אינה מלמדת על רצונו והסכמתו לפגיעה בזכותו לבלעדיות הורית. הפגיעה בבלעדיות ההורית נכונה מקל וחומר כאשר מדובר בהורה ביולוגי אשר חיצוני למערכת היחסים הזוגית, כלומר, בהורה ביולוגי שאינו בן-הזוג של ההורה המגדל. אומנם ייתכנו בהחלט מצבים שבהם על-אף התנגדותו של ההורה החוקי יוכר מעמדו של ההורה החברתי כהורה, וזאת על רקע מערכת היחסים שהתפתחה בינו לבין הילד. עם זאת, נראה שהליך הבדיקה במצבים אלה צריך להיעשות בזהירות המתבקשת ובמשורה.

126 ס' 11 לחוק הסכמים לנשיאת עופרים קובע כי בית-המשפט ייתן צו הורות אלא אם כן נוכח, לאחר קבלת תסקיר עובד סוציאלי, כי הדבר נוגד את טובת הילד.

127 בחרתי להשתמש כאן במונח "הורים חוקיים", ולא "הורים ביולוגיים", שכן הסיטואציה יכולה לחול גם כאשר מדובר בהורה מאמץ או בהורה חברתי אחר שכבר הוכר כהורה של הילד.

החשש הוא מפגיעה קשה בזכותם להורות של ההורים החוקיים עד כדי ביטול המעמד ההורי כליל. חששות נוספים הם שהורים יסתייגו מהיעזרות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד, שמא בבוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות, וכן שגורמים חיצוניים יימנעו מלהיקשר לילד ומלסייע בטיפולו, פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא ייחלו לה.

קיים מגוון רחב של מערכות יחסים הנרקמות ומתקיימות בין ילד לבין הורה חברתי כאשר מדובר בהורות חברתית הנוצרת לאחר שהילד כבר קיים. למעשה, אין שני מקרים הדומים זה לזה.¹²⁸ כל מקרה הינו ייחודי, שכן המשתנים העשויים להשפיע על טיבה ואופייה של מערכת יחסים זו הינם רבים. כך, למשל, מערכת היחסים מושפעת ממשך הזמן שהיא קיימת, מגילו של הילד בתחילת הקשר, מהאינטנסיביות של הקשר (כלומר, אם מדובר בקשר של כמה שעות ביום או בקשר של מגורים משותפים) וכדומה. כמו-כן ניתן להבחין בין מקרים שונים על-פי מספר ההורים החוקיים שיש לילד ועל-פי השאלה מי מההורים החוקיים הכניס את ההורה החברתי לתמונה. כך, למשל, מקרה של אם יחידנית הנישאת לבן/בת-זוג אינו דומה למקרה של הורים גרושים שאחד מהם נישא מחדש מבלי שהורה הביולוגי האחר הייתה השפעה כלשהי על ההחלטה להכניס גורם נוסף לחיי הילד. אי-לכך, השאלה אם יש להקנות להורה החברתי מעמד של הורה צריכה להיבחן בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו, ואינה ניתנת להכרעה אחידה באופן אפריורי. ייתכן שניתן לקבוע תנאים מסוימים שבהתקיימם יקבל ההורה החברתי מעמד של הורה. כללים כאלה יספקו ודאות מסוימת ביחס למצב המשפטי במקרים מסוימים, אך יהיה עדיין צורך בבדיקה פרטנית, ובכל מקרה נראה לי שכללים כאלה יוכלו להקיף רק חלק זעום מהמקרים שבהם תתעורר הסוגיה של הורות חברתית.

(א) בן-זוג של הורה

במונח "בן-זוג של הורה" אני כוללת הן בני-זוג נשואים והן בני-זוג ידועים בציבור, הן בני-זוג מאותו מין¹²⁹ והן בני-זוג ממין שונה. משפחות אלה כוללות אם יחידנית

128 על מגוון מערכות היחסים הנרקמות בין ילד לבין הורה חברתי ניתן ללמוד, בין היתר, ממחקרן של צבר בן-יהושע וצבר, העוסק במה שהן מכנות "משפחות משולבות" – נשים וגברים, עם או בלי ילדים משלהם, אשר נכנסו לקשר משפחתי עם בן-זוג שיש לו ילדים מקשר קודם. צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95. יש לציין כי המחקר עוסק רק בהורים חברתיים שהינם בני-זוג של ההורים הביולוגיים וכן במשפחות שבהם בני-הזוג הינם ממין שונה.

129 חלק זה עוסק בבני-זוג מאותו מין רק ככל שמערכת היחסים בין בני-הזוג נוצרה לאחר שהילד כבר בא לעולם. כאשר מדובר בזוג חד-מיני אשר תכנן ויזם במשותף הבאת ילד לעולם לצורך גידולו יחדיו, המקרה נכנס לקטגוריית המצבים שנדונה לעיל בתת-פרק ה1.

אשר נכנסת למערכת יחסים (לסבית או הטרוסקסואלית) לאחר שהילד נולד וכן אלמן/ה ופרודים/גרושים הנכנסים למערכת יחסים חדשה. נראה שלצורך הכרה במעמד של הורה כאשר מדובר בבן-זוג של הורה יש להרכיב מבחן שיושג על אמות-מידה או פרמטרים שונים. המבחן עשוי לדרוש קיומן של אמות-מידה מצטברות או לבדוק את טיבה ואופייה של מערכת היחסים תוך שקילת קיומם או העדרם של הפרמטרים השונים.

במצב המשפטי הקיים כיום בישראל, לבני-זוג של הורים אין ככלל מעמד משפטי כלפי הילד. החוק הישראלי מטיל כיום חובות שונות על מי שמשמש הורה חורג לילד (למשל, חובת מזונות בהתאם לסעיף 3 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959). עם זאת, החוק אינו מסדיר בצורה מקיפה וממצה את מערכת היחסים שבין ילד לבין בן-הזוג של הורה, ואינו מעגן אותה.¹³⁰

מערכת היחסים הזוגית שבין ההורה לבין בן-זוג אינה צריכה לשמש כשלעצמה אמת-מידה לבחינת הסוגיה של מערכת היחסים שבין בן-הזוג לבין הילד, ואין בה כשלעצמה כדי להקנות לבן-הזוג מעמד של הורה. אין ספק שקיומה של מערכת יחסים מעין זו, אופייה וטיבה משפיעים בהכרח על מערכת היחסים שבין בן-הזוג לבין הילד. כך, למשל, אם מערכת היחסים הזוגית כוללת מגורים משותפים ואולי אף ילדים משותפים, אזי הסיכוי שתתפתח מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין בן-הזוג לבין הילד גדול יותר. אולם מערכת יחסים הורית צריכה להיבחן בפני עצמה, ולא להישען כבעבר על מערכת היחסים הזוגית של ההורה ובן-זוגו.

בספרות המשפטית ניתן למצוא הצעות שונות להתמודדות עם ההכרעה בשאלה מי צריך להיחשב הורה של הילד. קתרין ברטלט (Katharine Bartlett)¹³¹ מציעה להעניק זכויות הוריות במצבים מסוימים העונים על הקריטריונים המצטברים הבאים: (1) הילד היה במשמורתו של אותו אדם במשך חצי שנה לפחות; (2) עקרון ההדדיות – האדם צריך להראות כי המניע שלו בתביעה למעמד של הורה הוא דאגה אמיתית וכנה לילד, וכי הילד תופס אותו כהורה שלו; (3) מערכת היחסים בין אותו אדם לילד החלה בתמיכה ובהסכמה של ההורה החוקי או בצו של בית-משפט.¹³²

130 לעניין זה ראו את מאמרו החשוב של בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, העוסק בבני-זוג של הורים ממין שונה, וממפה לראשונה את מכלול החקיקה והפסיקה בישראל בנוגע למעמדו של בן-הזוג של הורה.

Katharine T. Bartlett, *Rethinking Parenthood as an Exclusive Status: The Need for Legal Alternatives When the Premise of the Nuclear Family Has Failed*, 70 VA. L. REV. 879 (1984).

132 שם, בעמ' 946–948.

ברטלט מתמקדת בשבירת רעיון הבלעדיות ההורית, ואינה נותנת מענה לשאלה איזה מעמד יוקנה לאותו אדם אשר משמש הורה פסיכולוגי של הילד ועונה על אמות-המידה שהיא מציעה. כמו-כן, ברטלט מגבילה את הצעתה להענקת זכויות הוריות למצבים שבהם התא המשפחתי הגרעיני אינו מתקיים, כלומר, הילד אינו חי במסגרת משפחתית עם שני הוריו הביולוגיים.

איילת בלכר-פריגת ודפנה הקר, במאמרו העוסק בשאלת הסדרת ההכרה ביחסים הנרקמים בין ילדים לבין בני-זוג של הוריהם,¹³³ מציעות להתמודד עם הלקונה במשפט הישראלי בשאלה זו באמצעות מודל תיאורטי בעל שני צירים: הציר האחד מתמקד בטיבה של מערכת היחסים שנוצרה בין הילד לבין בן-הזוג של הורה – ככל שמערכת היחסים הזו משמעותית יותר לשני הצדדים כן יש להכיר מבחינה משפטית בקיומה; הציר האחר מתמקד במידת הפגיעה שתגרום ההכרה המשפטית במערכת יחסים זו למעמדו של אחד ההורים הביולוגיים – ככל שהפגיעה חמורה יותר, יש להחמיר, לדעת הכותבות, את הדרישות בציר של מערכת היחסים שבין הילד לבין בן-הזוג של הורה. הכותבות סבורות כי יהיו מקרים שבהם יהיה ראוי להכיר בקשר הרגשי או הכלכלי שנוצר בין ילד לבין בן-הזוג של הורה. במאמרו הן מציעות פרמטרים מנחים להכרה משפטית במערכת היחסים שנוצרה בין השניים,¹³⁴ הכוללים מגורים משותפים; גיל הילד במועד ההיכרות עם בן-הזוג של ההורה (ההנחה היא שככל שהילד צעיר יותר בעת ההיכרות, הקשר שנרקם משמעותי יותר); משך הקשר בין הילד לבין בן-הזוג של הורה; תדירות הקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן (ההנחה היא שככל שהקשר בין הילד לבין ההורה הלא-משמורן הדוק יותר כן הקשר שנרקם עם בן-הזוג של ההורה משמעותי פחות);¹³⁵ מידת התמיכה הכלכלית של בן-הזוג של ההורה בילד; מילוי תפקידים הוריים; ורצונם של הגורמים המעורבים (על-פי

133 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2.

134 שם, בעמ' 28.

135 אני סבורה כי הנחה זו אינה נכונה בהכרח. מחקרים מראים שילדים יכולים ליצור היקשרות משמעותית עם יותר משתי דמויות, ולכן העובדה שהקשר עם שני ההורים הביולוגיים הוא חזק אינה מלמדת בהכרח שקשר עם אדם נוסף אשר מטפל בהם באופן אינטנסיבי וקבוע לא יהיה קשר חזק. ראו, למשל, קרול גיליגן "מהיכן אנו באים ו/או לאן אנו הולכים ו/או? הרהורים על חייהן של נשים" המשפט טז 13, 20–21 (2011); Marinus H. van IJzendoorn, Abraham; Sagi & Mirjam W.E. Lambermon, *The Multiple Caretaker Paradox: Data from Holland and Israel*, in BEYOND THE PARENT: THE ROLE OF OTHER ADULTS IN CHILDREN'S LIVES 5 (New Directions for Child Development No. 57, Robert C. Pianta ed., 1992); SARAH BLAFFER HRDY, *MOTHERS AND OTHERS: THE EVOLUTIONARY ORIGINS OF MUTUAL UNDERSTANDING* 130, 132 (2009).

מדרג החשיבות הבא: רצון הילד, רצון ההורים הביולוגיים ולבסוף רצון בן-הזוג של ההורה). יש לזכור כי מאמרו של בלכר-פריגת והקר מתמקד בסוגיית ההכרה במעמדו של בן-זוג של הורה של ילד במסגרת מערכות יחסים בין בני-זוג ממיינים שונים בלבד, ואינו דן במכלול מערכות היחסים הנוצרות בין ילדים לבין דמויות הוריות אחרות. לפיכך המודל שהן מציעות אינו עונה בהכרח על הצרכים המתעוררים בהקשר של סוגים אחרים של הורות חברתית. נוסף על כך, הכותבות אינן סבורות כי יש להקנות לבן-הזוג של ההורה מעמד מלא של הורה, על כל המשתמע מכך, אלא מעין מעמד-ביניים בין הורה לבין אדם זר.

הכללים של ה-American Law Institute העוסקים בפירוק המשפחה (להלן: כללי ALI)¹³⁶ מציעים להכיר, לצד הקטגוריה של "הורים חוקיים", גם ב"הורים מכוח השתק" ("parents by estoppel") וב"הורים למעשה" ("de facto parents"),¹³⁷ ובכך יוצרים שלוש קטגוריות של הורים. בהתאם לכללים המוצעים, לאדם שיוכר כ"הורה מכוח השתק" יוקנו כל הזכויות המוקנות להורה חוקי, והוא יהיה במעמד עדיף על מי שיוכר כ"הורה למעשה".¹³⁸ "הורה למעשה" יקבל גם הוא מעמד ביחס לילד, אך מעמדו יהא נחות מזה של ההורים החוקיים ושל "הורה מכוח השתק". יש לזכור, עם זאת, שכללים אלה עוסקים במצבים של פירוק המשפחה,¹³⁹ כלומר, הכללים מכירים בדיעבד בלבד במעמד של הורים מכוח השתק ובמעמד של הורים למעשה, ואינם נותנים מענה לצורך להכיר בזמן-אמת במערכת היחסים המתקיימת בפועל בין הורה חברתי לילד כאשר המשפחה אינה בתהליך של פירוק התא המשפחתי.¹⁴⁰ נוסף על כך, הכללים לא נועדו לתת מענה לשאלה מי צריך להיחשב הורה חוקי של ילד,¹⁴¹ אלא רק לספק כללים בהתאם לטובת הילד לצורך קביעת המשמורת והאחריות לקבלת החלטות במקרה של פירוק היחידה המשפחתית.

136 כללי ALI, לעיל ה"ש 10.

137 שם, ס' 2.03(1).

138 שם, הערה (b) לס' 2.03, ס' 2.18, הערות (a) ו-(b) לס' 2.18, ס' 2.09(2), ס' 2.09(4), ס' 2.08(1)(a) וס' 2.08(II)(g).

139 ראו, למשל, שם, ס' 2.01, הדן בהיקפו של פרק 2 וקובע כי הפרק נועד לקבוע כללים לחלוקת משמורת כאשר הורי הילד אינם חיים יחדיו. כן ראו שם, הערה a לס' 2.01, שלפיה הכללים מכוונים בראש ובראשונה למצבים שבהם הסכסוך נוגע בפירוק הנישואים. עם זאת, מחלוקות בין הורים שמעולם לא היו נשואים מציבות אותן סוגיות, ולפיכך אף הן מכוסות על-ידי הכללים המופיעים בפרק.

140 שם, הערה b לס' 2.01, שלפיה הפרק אינו עוסק במחלוקות בין הורים הגרים במסגרת משפחתית שלמה.

141 שם, הערה (b) לס' 2.04 והערה (d) לס' 3.03.

בשנת 2008 נערך מחקר במטרה לבחון אמפירית את השפעתם של כללים אלה על המחקקים ועל בתי-המשפט בשימונה השנים שחלפו מאז אומצו.¹⁴² מסקנת המחקר הייתה כי לכללים אלה לא הייתה השפעה על המחקקים ועל בתי-המשפט.¹⁴³ ממחקרן של נעמה צבר בן-יהושע וגליה צבר העוסק ב"משפחות משולבות" בישראל¹⁴⁴ עולה כי אחת הסוגיות המרכזיות שהתעוררו במסגרת הראיונות עם ילדים שגדלו במשפחות משולבות היא השאלה של הגדרת בני המשפחה.¹⁴⁵ צבר מסכמת את הסוגיה הזו באופן הבא: "הילדים מחזיקים בידיהם עוצמה שמשמעה היכולת להעניק ולשלול את התואר... העיסוק בשאלה מי הוא 'אבא' ואת מי מכנים כך עלתה כמעט בכל הראיונות, תוך יצירת הבחנות והגדרות שאינן הגדרות חוקיות אלא מעשיות. מי שזכה לכינוי 'אבא' היה זה שמילא את החובות והתפקידים של אבא. לעתים נשלל התואר ממי שלא מילא את התפקיד, או לפחות נאלץ לחלוק אותו עם ההורה המגדל."¹⁴⁶ שפה כעניין תיאורי מלמדת על המציאות, אך שפה עשויה אף לייצר מציאות.¹⁴⁷ הדרך שבה ילד מכנה את הדמות המגדלת אותו עשויה אומנם להעיד באופן תיאורי

Michael R. Clisham & Robin Fretwell Wilson, *American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote?*, 42 FAM. L.Q. 573 (2008)

143 שם. המאמר מציין כי מדינה אחת בלבד (West Virginia) אימצה בחקיקה היבט מסוים של הכללים. נוסף על כך מצוין כי 100 פסקי-דין בלבד אזכרו את הכללים מאז החל הפרויקט בשנת 1990, וכי יחס הדחייה/קבלה של כללי ALI באותם פסקי-דין היה 1.5 ל-1. מתוך 100 פסקי-דין אלה, 52 פסקי-דין עסקו בפרק 2 של הכללים, המטפל בנושאים הרלוונטיים למאמר זה (משמורת ילדים וחלוקת האחריות לגבי קבלת החלטות הנוגעות בילדים). ברבע מאותם פסקי-דין הנוגעים בפרק 2 התייחסו השופטים לכללים בשלילה, בקרוב ל-60% מהם ההתייחסות הייתה ניטרלית, ורק ב-10% מהמקרים אימץ בית-המשפט חלקים מהכללים המופיעים בפרק 2 (שם, בעמ' 601–602).

144 צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95. הכותבות מגדירות "משפחות משולבות" כנשים וגברים, עם או בלי ילדים משלהם, אשר נכנסו לקשר משפחתי עם בן-זוג שיש לו ילדים מקשר קודם.

145 שם, בעמ' 276–280.

146 שם, בעמ' 277 ו-279.

147 לעניין זה ראו את מאמריו של יונתן יובל שבמסגרתם הוא טוען כי לשפה יש לא רק כוח תיאורי, אלא גם כוח לייצר מציאות: Jonathan Yovel, *In the Beginning Was the Word: Paradigms of Language and Normativity in Law, Philosophy, and Theology*, 5 MOUNTBATTEN J. LEGAL STUD. 5 (2001); Jonathan Yovel, *What Is Contract Law "About"? Speech Act Theory and a Critique of "Skeletal Promises"*, 94 NW. U. L. REV. 937 (2000).

על טיבו של הקשר, אך באותה מידה היא עשויה לייצר מציאות ככל שהדבר נעשה בתחילת הקשר. כך, ילד המכנה את הדמות המגדלת אותו (בין מיוזמתו ובין כי כך לימדו אותו) בשם הגנרי להורות – "אימא" או "אבא" – עשוי לייצר מציאות. למילים יש משמעות וכוח, ולפיכך קריאה לדמות בשם המלמד על פונקציה הורית יוצרת תחושה של השתייכות ושל קשר הורי בין הילד לבין הדמות המגדלת אותו. זאת, הן מן ההיבט של מערכת היחסים הפנימית שבין הילד לבין הדמות המגדלת אותו והן מן ההיבט של מערכת היחסים החיצונית של הילד והדמות המגדלת כלפי שאר העולם. תחושה זו עשויה לייצר מחויבות אצל הדמות המגדלת – הן מאחר שהיא נתפסת על-ידי העולם החיצוני למערכת היחסים כהורה של הילד, והן משום שהיא תהיה מעוניינת, בהקשר של מערכת היחסים עצמה, למלא בתוכן את התואר שהילד מעניק לה ולעמוד בדרישות ובציפיות שתואר מעין זה מעמיד.

I. אם יחידנית שנכנסת לזוגיות לאחר שהילד כבר קיים

קיימת תופעה חברתית של נשים אשר אינן מעוניינות בזוגיות או אינן מוצאות זוגיות ומחליטות להביא ילד לעולם מתרומת זרע אנונימית. אישה (הטרנסקסואלית או לסבית) אשר הביאה ילד לעולם מתרומת זרע אנונימית הינה אם יחידנית, שכן היא ההורה היחיד המוכר לילד. אם בשלב כלשהו לאחר לידת הילד האם מוצאת זוגיות, בן-הזוג או בת-הזוג של האם עשויים לגדל את ילדה הביולוגי של האם יחד עימה. במצב מעין זה מתעוררת השאלה אם יש להכיר בבן/בת-הזוג של האם כהורה של הילד, ואם כן – באיזה אופן.

הסיטואציה של אם יחידנית הינה מיוחדת שכן במקרה זה החוק מכיר רק בהורה אחד לאותו ילד. במקרה מעין זה אין אם כן הורה נוסף (למעט האם היחידנית) שיש להתחשב בעמדתו בנוגע לשאלה אם להכיר בבן/בת-הזוג של האם כהורה, ואשר ההכרה תפגע במידה מסוימת בזכותו להורות.¹⁴⁸

מאחר שהמשפט מכיר במקרה זה בהורה אחד בלבד לילד, אם האם ובן/בת-הזוג מסכימים, יאפשר החוק הישראלי לבן/בת-הזוג לאמץ את הילד, כל עוד הדבר עולה בקנה אחד עם טובתו. אולם הליך האימוץ הינו הליך מסורבל וארוך, המחייב מעורבות של רשויות הרווחה, ולכן אני סבורה כי הוא אינו ההליך המועדף במצבים מעין אלה. מסיבה זו אינניקטת הליך של אימוץ אינו צריך ליצור הסדר שלילי המלמד על אי-רצונם של הצדדים בהכרה בהורה החברתי כהורה.

148 הפגיעה בזכות להורות באה לידי ביטוי בהקטנת עוגת הזכויות ההוריות, שכן מצטרף הורה נוסף שיש להתחשב בעמדתו.

בגלל העדפת המשפט לקיומם של שני הורים לילד, החשש המתעורר במצב מעין זה הוא מפני כפיית הורה נוסף על האם היחידנית בניגוד לרצונה, תוך שימוש בעקרון טובת הילד.¹⁴⁹ תמונת-הראי של חשש זה היא חששם של בן-הזוג או בת-הזוג של האם היחידנית מלהתקרב לילד ומליצור עימו מערכת יחסים אינטימית של הורה-ילד פן ייכפה עליהם מעמד הורי, על כל המשתמע מכך, בניגוד לרצונם. לנוכח חששות אלה יש צורך לאזן בין הגורמים השונים המעורבים בגידול הילד, תוך התחשבות ברצונותיהם וברווחת הילד. בין היתר יש מקום לקבוע פרמטרים מנחים שבהתאם להם יהיה אפשר להכריע אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג. הסכם מפורש בין האם לבין בן/בת-הזוג עשוי לסייע בהקשר זה, שכן הסכם מעין זה עשוי להעיד על כוונותיהם של הצדדים ועל עמדותיהם. עם זאת, הסכם מפורש אינו סוף-פסוק, ולעיתים יהיה מקום לפעול בניגוד לו. מדובר בסוגיה שעניינה מערכות יחסים אינטימיות, ואלה, מטבען, עשויות להתפתח ולהשתנות עם הזמן. כמו-כן, בנושא זה מעורבים לא רק הצדדים להסכם המקורי, אלא גם הילד, אשר בטובתו וברווחתו יש להתחשב, ולעיתים אף גורמים נוספים. לפיכך במצבים מסוימים יהיה מקום להעניק מעמד של הורה גם אם ההסכם ההתחלתי בין ההורה לבן-זוגו שלל מערכת יחסים הורית בין הילד לבין בן-הזוג. כך ייתכן שיש לנהוג, למשל, במצב שבו לאורך הזמן התפתחה מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין בן-הזוג המגדל לבין הילד. הפרמטרים שראוי לבחון הם כאלה המעידים על אופייה וטיבה של מערכת היחסים בין הילד לבין הדמות אשר מטפלת בו ומגדלת אותו, כגון מגורים משותפים, משך קיומה של מערכת היחסים, גיל הילד בעת התחלת מערכת היחסים, כיצד הילד מתייחס לאותה דמות ורואה אותה, ואילו תפקידים הוריים מילאה דמות זו כלפי הילד.

II. אלמן/ה הנכנס/ת לזוגיות חדשה

סיטואציה של אלמן/ה עם ילדים הנכנס/ת לזוגיות חדשה נמצאת בתווך בין מקרה של אם יחידנית הנכנסת לזוגיות חדשה לבין מקרה של גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה. המצב של אלמן/ה דומה למצבה של אם יחידנית במובן זה שלילדים יש רק הורה חי אחד המוכר על-ידי החוק. מכאן שלכאורה אין הורה נוסף שזכויותיו עלולות להיפגע. עם זאת, מאחר שלילדים היה הורה נוסף שנפטר, ייתכן שיש להתחשב בכך ולכבד אותו ואת משפחתו בכל הנוגע בשמירת הקשר

149 יש לציין כי עקרון טובת הילד הוא מושג-שסתום שניתן לעשות בו שימוש על-מנת להצדיק טענות שונות, ובכלל זה טענות הסותרות זו את זו. ראו לעניין זה, למשל, Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 63–64.

בין הילד לבין משפחתו המורחבת של הנפטר ובשמירת מעמדו הפורמלי של הנפטר אף לאחר מותו, באמצעות שמירה על שם המשפחה של הילד כמשקף את שם משפחתו של הנפטר ורישומו של הנפטר כהורה של הילד ברישומים הרשמיים של המדינה. במובן זה המקרה דומה לדוגמה של הורים גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה.

III. גרושים/פרודים הנכנסים לזוגיות חדשה

"...תהליכי ההיווצרות, ההשתנות וההגדרה של הכללים, הגבולות והתחושות במשפחה המשולבת אינם פוסקים בנקודת זמן מסוימת ואף אינם מתקבעים, אלא משתנים כל העת. לזמן, למרחב ולנסיבות יש השפעה מתמדת."¹⁵⁰

משפחות "סבב שני", שבמסגרתן הורים גרושים/פרודים יוצרים מסגרות משפחתיות חדשות, הן אחת הקטגוריות הבעייתיות ביותר בהקשר של מתן הכרה במעמד ההורי של בן-הזוג. במצבים מעין אלה כבר יש לילד שני הורים מוכרים, ולפיכך הקניית מעמד של הורה לאדם נוסף לא רק מגדילה את מספר ההורים מעבר לשניים (המספר המועדף על-ידי המשפט), אלא אף נוגסת במעמדו של ההורה הביולוגי החיצוני לזוגיות החדשה ובבלעדיות ההורית שלו. זאת, מבלי שאותו הורה היה שותף לבחירת המבוגר הנוסף שנוטל חלק משמעותי ביותר בחייו של ילדו.

מחקרן של צבר בן-יהושע וצבר הינו מחקר איכותני שכלל ראיונות הן עם הורים במשפחות משולבות והן עם ילדים שגדלו במשפחות כאלה ובינתיים בגרו. מחקרן מלמד כי קיים מגוון רחב ביותר של מערכות יחסים שנקמות בין ילדים לבין ההורים המגדלים אותם. נראה שאופייה וטיבה של מערכת היחסים משתנים בהתאם לנסיבות השונות שאופפות את קיומה. המשפחות המשולבות המתוארות במחקר שונות זו מזו בכמה אופנים: בשאלה אם ההורה המגדל הצטרף למשפחה עם ילדים משלו, בשאלה אם ההורה המגדל וההורה החוקי הביאו לעולם ילדים משותפים, בגילאי הילדים בעת הצטרפותו של ההורה המגדל למשפחה, ובמידה שבה ההורה הביולוגי שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה הזו מעורב בחיי הילדים.

אף שאני סבורה כי ככלל אין לשלול את האפשרות שיוכרו יותר משני הורים חוקיים לילד, סיטואציה זו של משפחות משולבות – למרות היותה שכיחה מאוד

150 צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 364.

לנוכח השיעור הגבוה של גירושים¹⁵¹ – הינה מיוחדת במינה. הסיטואציה מיוחדת מאחר שבניגוד למקרים אחרים שבהם ייתכן שיהיה מקום להכיר באדם נוסף כהורה של ילד מעבר לשני הוריו, במקרה זה אחד ההורים החוקיים לא היה שותף כלל לבחירת המבוגר הנוסף שנכנס לחיי הילד, ואין לו שליטה במערכת היחסים המתפתחת בין הילד לבין הדמות ההורית הנוספת. בניגוד להורה החוקי אשר בחר בדמות ההורית הנוספת כשותפתו לחיים ובחר להכניסה לתוך המסגרת המשפחתית שלו, ההורה החוקי האחר, שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה, לא היה מעורב במהלך, והדמות ההורית הנוספת נכפית עליו למעשה. הזכות להורות כוללת, בין היתר, את זכותו של ההורה לקבוע עם מי יתרוצע הילד. במובן זה נפגעת זכותו להורות של ההורה שאינו חלק מהמסגרת המשפחתית החדשה. לפיכך אני סבורה כי אי-אפשר לקבוע אפריורית כי להורה חברתי במקרים מעין אלה יינתן מעמד הורי. על-מנת להעניק מעמד של הורה במקרה נתון, יש לבחון את המקרה בזהירות.

במסגרת בחינת השאלה אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג של הורה פרוד/גרוש, יש לבדוק את התקיימותם של פרמטרים שונים שיאפשרו להסיק על טיבה של מערכת היחסים בין הילד לבין ההורה החברתי. חשוב לזכור כי לב העניין הוא מערכת היחסים שבין הילד לבין ההורה החברתי. לפיכך הדגש הוא באופייה של מערכת יחסים זו ובשאלה אם מדובר בפועל במערכת יחסים רגשית אינטימית של הורה-ילד. תפקידם של הפרמטרים הוא אך להוות אמצעי-עזר על-מנת להגיע לחקר האמת בנוגע לטיבה של מערכת היחסים. עם זאת, אם קיימות הוכחות עצמאיות לקיומה של מערכת יחסים מעין זו (למשל, הצהרה משותפת של ההורה החברתי ושל הילד – כאשר מדובר בילד בוגר יחסית – או תסקיר חד-משמעי של עובדי שירותי הרווחה), אזי הם יגברו על הפרמטרים.

ההנחה היא שברגע שקיימת מערכת יחסים אינטימית הורית בין הילד לבין ההורה החברתי, מתקיימות ההצדקות להכרה במעמדו ההורי של ההורה החברתי.

151 לעניין העלייה בהיקף הגירושים בישראל לאורך השנים והגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש ראו נורית דוברין "גירושין בישראל – היקף הגירושין וגורמים המשפיעים על הסיכויים להתגרש" (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, אגף המדען הראשי) (2005). www.cbs.gov.il/www/publications/tec13.pdf. בשנת 2014 התגרשו 14,430 זוגות בישראל. שיעור הגירושים בשנת 2014 עמד על 1.8 לגבי האוכלוסייה הכללית ועל 1.9 לגבי האוכלוסייה היהודית (שיעור הגירושים מבוטא כמספר הזוגות שהתגרשו בשנה מסוימת ל-1,000 נפש). לעניין זה ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, לוח 3.1 (22.9.2016) www.cbs.gov.il/shnaton67/st03_01.pdf. לעניין העלייה בשיעור הגירושים ובשיעור הנישואים השניים ראו גם מתת אדר-בונים משפחות בראייה סוציולוגית ואנתרופולוגית 170, 172 (2007).

השאלה עשויה להתעורר לא רק כאשר יש מחלוקת או שבר במערכת המשפחתית. פעמים רבות רצוי וראוי להעלות את השאלה במצבים שבהם קיים שלום-בית. קיימים יתרונות רבים להענקת מעמד של הורה להורה החברתי גם לא במצבים של משבר ופירוד. הכרה במעמדו של ההורה החברתי תשרת בראש ובראשונה את טובתו של הילד, אם הוא רואה בהורה החברתי הורה לכל דבר ועניין. ההכרה תייצר ודאות ויציבות, ובכך תתרום למעשה לטובתם של כלל חברי המשפחה המשולבת, שכן המשפחה תוכר כמשפחה אחת מאוחדת, והדבר יחזק את הרגשת ההשתייכות של כל חברי המשפחה המשולבת. ההכרה במעמדו כהורה תשרת אף את טובתו של ההורה החברתי, שכן היא תהווה הכרה בחוויית החיים שלו ושל בני משפחתו, תשמר את הקשר הרגשי שנוצר בינו לבין הילד שהוא מגדל, ותסייע לו בהגשמתו העצמית. ההכרה תשרת אף את טובתו של ההורה החוקי שהוא בן-הזוג של ההורה החברתי, שכן הוא בחר בהורה החברתי כבן-זוג לחיים והכניס אותו לביתו על-מנת שיהיה חלק ממשפחתו, על כל המשתמע מכך. מערכת יחסים אינטימית ומשמעותית בין הילד לבין ההורה החברתי צריכה להיות אם כן אינטרס גם של ההורה החוקי שהוא בן-זוגו. כאשר להורה החוקי האחר, באופן תיאורטי אני סבורה כי אלא אם כן קיימים חילוקי-דעות מהותיים הנוגעים בעניינים היורדים לשורש אמונתם של אנשים (כגון דת או חינוך), הכרה מעין זו תשרת במובן מסוים אף את טובתו של ההורה החוקי שאינו בן-זוגו של ההורה החברתי. טובתו של הילד וידיעה כי הילד מתגורר בסביבה אוהבת ותומכת ויוצר מערכות יחסים משפחתיות עם האנשים שמסביבו אמורה לשרת גם את טובתו של ההורה החוקי החיצוני למערכת היחסים. לבסוף, הכרה זו תשרת אף את האינטרס הציבורי בעידוד הטיפול בילדים והדאגה להם, בהפקדת האחריות לטיפול בילדים בידי גורמים רבים יותר לרווחת החברה כולה, ובקידום ערכים של דאגה, משפחתיות ושמירה על מערכות יחסים קיימות. להלן רשימה לא-סגורה של פרמטרים שראוי לבחון לצורך הכרעה בשאלה אם יש להעניק מעמד של הורה לבן-הזוג של הורה פרוד/גרוש:

- א. שאלת המגורים המשותפים¹⁵² – ההנחה היא שמערכת יחסים הינה קרובה ואינטימית יותר כאשר קיימים מגורים משותפים.
- ב. גיל הילד בעת כניסתו של ההורה החברתי לחייו – ההנחה היא שככל שגילו של הילד צעיר יותר, קיים סיכוי גדול יותר שיתפתח קשר משמעותי בינו לבין ההורה החברתי.¹⁵³

¹⁵² בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28.

¹⁵³ צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 362–363; בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, פס" 24 (1997).

ג. מילוי תפקידים הוריים על-ידי ההורה החברתי, כגון¹⁵⁴ מעורבות בענייני בית-הספר, סיוע בשיעורי-בית, ליווי הילד לטיפול רפואי, בילוי עם הילד בשעות הפנאי, דאגה למשמעת, דאגה להיגיינה של הילד, סיפוק צרכיו התזונתיים, ניהול שגרת שעות השינה והקימה של הילד וכדומה.

ד. משך התקופה שבה קיימת מערכת יחסים.¹⁵⁵

ה. כיצד הילד מתייחס להורה החברתי – האם הוא מכנה את ההורה החברתי "אבא"/"אימא"? כיצד הוא מציג אותו לפני אחרים?¹⁵⁶ האם הוא מתייחס אליו כאל הורה שלו? האם הוא פונה אליו בעת משבר או בעת שמחה? האם הוא סומך עליו ונכון לבקש ממנו עזרה?

ו. רצונותיהם של כל הגורמים המעורבים – את רצונותיהם של הגורמים המעורבים יש לבחון כמכלול. המשפט אינו צריך לצאת מנקודת-הנחה שלפיה קיימת יריבות בין רצונותיהם של כל הגורמים המעורבים.

יש לציין כי על הבדיקה להיעשות ביחס לכל ילד בנפרד. אי-אפשר לערוך בדיקה המתייחסת באופן כללי למשפחה מסוימת שיש בה כמה ילדים. כך, למשל, ייתכן שילדים שונים במשפחה יגיבו בצורה אחרת כלפי ההורה החברתי שהצטרף למשפחתם, אם בשל גילם ואם בשל אופיים, וכתוצאה מכך טיבה של מערכת היחסים שתתפתח בין כל אחד מהם לבין ההורה החברתי יהיה שונה. אומנם, יש לשאוף לכך שמערכת היחסים המשפחתית תהיה בעלת אופי הרמוני, במובן זה שמעמדם של כל הילדים ביחס להורה החברתי יוסדר באופן אחיד, ועל-כן יש להביא שיקול זה בחשבון בעת בחינת השאלה אם יש להכיר במעמדו ההורי של ההורה החברתי. עם זאת, ייתכנו מצבים שבהם טיבן השונה של מערכות היחסים בין הילדים לבין ההורה החברתי לא יאפשר הכרה במעמד ביחס לאחד הילדים אך יאפשר הכרה במעמד ביחס לילד אחר.

גם אם הפרמטרים להכרה במעמדו של ההורה החברתי מתמלאים באופן עקרוני, יש מקום לבחון באופן פרטני את השאלה אם אין נימוקים נוספים המונעים הכרה זו. העניין יתעורר בדרך-כלל במצבים של משבר וקרע במערכת היחסים המשפחתית

154 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(5) ו-2.03(5)(a).

155 בלכר-פריגת והקר, לעיל ה"ש 2, בעמ' 28; ע"א 7155/96, לעיל ה"ש 153, פס' 24.

156 בהקשר זה יש לציין כי ממחקרן של צבר בן-יהושע וצבר עולה כי יהיו מצבים שבהם ילדים יציגו את ההורה החברתי שלהם בצורה שונה לפני אנשים שונים. כך, למשל, ייתכן שעל-מנת לא להיכנס לתיאורים מסובכים יעדיפו ילדים להציג את בן-הזוג של ההורה כהורה, גם במצבים שבהם הם אינם רואים אותו ככזה. ראו צבר בן-יהושע וצבר, לעיל ה"ש 95, בעמ' 276–280.

בין ההורה החוקי לבין בן-זוגו ההורה החברתי או כאשר ההורה החוקי החיצוני למערכת היחסים מתנגד למתן המעמד להורה החברתי. ייתכנו אף מצבים שבהם יהיו שיקולים המתבססים על אינטרסים של החברה אשר יעמדו נגד הענקת מעמד של הורה להורה החברתי. במסגרת הבדיקה יהיה צורך לבחון מהם הטעמים להתנגדותו של הגורם המתנגד – אם מדובר בטיעונים כנים, אמיתיים ומבוססים או שמא בהתנגדות שמבוססת על גחמה או שנועדה רק להתנקם בבן-הזוג הקודם או לסחוט ממנו זכויות ממוניות. הזכות להורות, ככל זכות-יסוד אחרת, הינה זכות יחסית. אילכך זכותם של ההורים החוקיים להורות, הכוללת את הבלעדיות ההורית, אינה מוחלטת. ייתכנו בהחלט מצבים שבהם על-אף התנגדות ההורים החוקיים יהיה מקום לתת מעמד של הורה להורה החברתי. יש לבחון איזה נזק ייגרם למי מההורים החוקיים המתנגד להכרה במעמדו של ההורה החברתי, וכיצד ישפיע נזק זה על טובתו של הילד. נוסף על כך יש לבחון במידת האפשר את רצונו של הילד וכן את רווחתו במובן הרחב. במסגרת בחינה זו ראוי להביא בחשבון גם ערכים חברתיים שראוי לקדם, ביניהם ערך הדאגה לזולת, חשיבותן של מערכות יחסים והרצון לשמר אותן ולעודד את יצירתן, תוך שימת דגש בציבותה ובהמשכותה של מערכת היחסים ובשאיפה לשימור הקשר המשפחתי.

ההסדר המוצע כאן נבדל בכמה מישורים מההצעות המופיעות בספרות ובמשפט המשווה שסקרתי. ראשית, המאמר תומך בהענקת מעמד מלא של הורה להורה החברתי במצבים המתאימים. זאת, להבדיל ממעמד-ביניים הממצב אותו בתווך בין הורה לבין אדם זר לילד מבחינה משפטית. שנית, המאמר מייחס חשיבות להענקת הסטטוס ההורי כערך אקספרסיבי בעל משקל ומשמעות כשלעצמו. מכאן שאין די לטעמי בהענקת מלוא הזכויות והחובות ההוריות ללא הענקת הסטטוס ההורי (כפי שנעשה, למשל, בכללי ALI). שלישית, מאמר זה מצדד באפשרות להכיר במעמדו של הורה חברתי כהורה גם כאשר המשפחה מאוחדת, ואף מעודד זאת. כלומר, ההכרה בהורות החברתית והענקת הסטטוס של הורה אינן צריכות להיוותר למצבים של מחלוקת או שבר בתא המשפחתי. נוסף על כך, המאמר מדגיש את החשיבות שבבחינת סוגיית ההורות החברתית ביחס לכל ילד בפני עצמו כאשר קיימים כמה ילדים באותה משפחה.

(ב) הורה חברתי שאינו בן-זוג של הורה

חלק זה עוסק במצבים שבהם קיימת דמות טיפולית-מגדלת שאינה בן/בת-זוג של ההורה. דמות זו עשויה להיות קרוב/ת-משפחה (למשל: סב/ה, דוד/ה, אח/ות), מטפלת בתשלום (החל באופר שמתגוררת עם הילד באותו בית ומטפלת בו בכל שעות היממה, המשך במטפלת שמגיעה לבית בכל יום לשעות מספר, וכלה

בשמרטפית שמגיעה לשמור על הילד מדי פעם), מורה, רב, שכן, חבר של המשפחה וכדומה. השאלה המתעוררת בהקשר זה היא אם יש בכלל מקום להעניק מעמד הורי לדמות מעין זו, אשר אינה בזוגיות עם ההורה של הילד.

באופן אינטואיטיבי קיימת רתיעה מסוימת מהכרה בדמויות הוריות שאינן בני-זוג של ההורה, במיוחד ככל שמדובר בדמויות שאינן מהמשפחה הקרובה. החשש הוא מפני היווצרותו של מדרון חלקלק ומפני חוסר הוודאות שייווצר מכך שכל דמות שיוצרת מערכת יחסים עם הילד עשויה מבחינה פוטנציאלית לטעון למעמד בנוגע אליו. הדבר עלול לפגוע באופן קשה במעמדם של ההורים החוקיים ובבלעדיותם ההורית. חשש זה עלול להוביל הן לכך שהורים יסתייגו מהסתייעות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד והן לכך שגורמים חיצוניים יימנעו מלהתקרב לילד ולסייע בטיפולו פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא התכוונו לה ולא רצו אותה. על-אף חששות אלה, אני סבורה כי אין להגביל את האפשרות להקנות מעמד של הורה להורה חברתי אך ורק למצבים שבהם הדמות ההורית הינה בן/בת-זוג של ההורה החוקי. על המעמד ההורי להיגזר אך ורק ממערכת היחסים שבין הדמות המטפלת-המגדלת לבין הילד. אף שמערכת היחסים הזוגית בין הורה הילד לבין-זוגו משפיעה ללא ספק על מערכת היחסים בין בן-הזוג לבין הילד, אין בעצם העדרה של מערכת יחסים זוגית כדי ללמד על העדרה של מערכת יחסים הורית בין הדמות המטפלת לבין הילד. כך גם להפך – קיומה של מערכת יחסים זוגית אינו יכול ללמד כשלעצמו על מערכת יחסים הורית.

אילו מצבים ייחשבו ככאלה שבהם האינטרס של ההורה החברתי חזק דיו להעניק לו מעמד של הורה?

יש מלומדים הסבורים כי יש לערוך הבחנה בין מצבים שבהם מדובר בטיפול בשכר לבין מקרים שבהם אין מדובר בטיפול בשכר.¹⁵⁷ כך, למשל, הגדרת "הורה למעשה" בכללי ALI מכילה, בין היתר, רכיב שלפיו הדמות ההורית מילאה באופן סדיר חלק משמעותי מתפקידי הטיפול בילד בשל סיבות שאינן מבוססות בעיקרן על פיצוי כלכלי.¹⁵⁸ ההסבר להבחנה זו, כמובא בכללי ALI, הוא שהחוק מעניק להורים אחריות לילדיהם בהתבסס, בין היתר, על ההנחה שהם מונעים

157 ראו, למשל, Kavanagh, לעיל ה"ש 83, בעמ' 128. עם זאת, בהערת-שוליים מציין הכותב כי הוא לא יחריג בהכרח את כל המטפלים בתשלום. כך, למשל, הוא לא יחריג בהכרח מטפלים שהייתה להם מערכת יחסים עם הילד לפני מערכת היחסים בתשלום ו/או אחריה. זאת, במיוחד במצבים שבהם קרוב-משפחה פועל כמטפל בתשלום. אולם נטל ההוכחה יהיה על המטפל בתשלום להראות שהתשלום לא היה המוטיבציה העיקרית למערכת היחסים.

158 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c).

מאהבה ומנאמנות, ולכן יפעלו ככל הנראה בהתאם לטובת הילד. לעומת זאת, מוטיווציה מעין זו אינה ניתנת להנחה ככל שמדובר במבוגרים המספקים פונקציות טיפוליות בעיקר מסיבות כלכליות.¹⁵⁹ חשש נוסף שקיים הוא מפני קומודיפיקציה של מערכת היחסים ההורית ושל ילדים. הורות נתפסת כדבר אלטרואיסטי, ולפיכך קיים חשש מעירוב של מרכיבים כלכליים אשר יגרמו לזילות של מערכת היחסים ההורית ולמסחור של ילדים בניגוד לערך כבוד האדם.¹⁶⁰ החשש מקומודיפיקציה של מערכת היחסים אינו ייחודי להקשר ההורי, אלא רלוונטי אף למקרים אחרים של טיפול/דאגה (care) בתשלום.¹⁶¹ טיפול בזולת ודאגה לו הינם במובן מסוים שריד של חיי החברה הטרומ-פוליטיים, ולפיכך קיים חשש מקומודיפיקציה שלהם.¹⁶² החשש הוא שכסף ישנה את מהותה של הדאגה ואת טיבה של מערכת היחסים בין המטפל לבין המטופל, כך שהמטפלים יבצעו את הטיפול בעבור הכסף, ולא מתוך אהבה, וישימו את השאיפות הכלכליות שלהם מעל צורכיהם של המטופלים.¹⁶³ על-פי טיעון זה, הכרה במעמדם כהורים של מי שביססו את הקשר עם הילד תוך כדי טיפול בשכר גורמת לזילות של מערכת היחסים ההורית ולפגיעה בטובת הילדים, שכן המניע לטיפול בילד הינו כלכלי, ולא רגשי.

אני סבורה כי הבחנה זו, המבוססת על הרכיב הכספי, הינה בעייתית בכמה מישורים. ראשית, אין ספק שמערכות יחסים אינטימיות משמעותיות עשויות להתפתח בין ילד לבין הדמות המטפלת בו גם כאשר אותה דמות מקבלת שכר בעבור הטיפול. פתחום של טיפול, המקצועי והאישי מתמזגים או מתערבבים זה בזה פעמים רבות, שכן איש-מקצוע טוב נותן יחס אישי מאוד. אומנם המטפל עשוי לערוך הבחנה בין היחס האישי שהוא נותן תוך כדי טיפול לבין הקשר הרגשי שהוא עצמו יוצר, אך נראה שילדים לא יוכלו ליצור הבחנה כזו. לגבי הילד

159 שם, ס' 2.03(1)(c), הערה (ii). יש לציין כי בהסבר נאמר שדרישה זו אינה פוסלת מטפלים אשר ייתכן שזכאים לסיוע כלכלי אך שמילוי תפקידם אינו מונע בעיקרו מהרצון בקבלת סיוע זה. כך, למשל, קרובי-משפחה שלוקחים ילדים תחת חסותם ומטפלים בהם בעיקר בגלל הקרבה המשפחתית עשויים לקבל הכרה כ"הורים למעשה" גם אם כתוצאה מכך שלקחו את הילד תחת חסותם הם זכאים לסיוע כלכלי מהמדינה.

Pamela Laufer-Ukeles, *Money, Caregiving, and Kinship: Should Paid Caregivers Be Allowed to Obtain De Facto Parental Status?*, 74 Mo. L. Rev. 25, 27 (2009).

161 ראו לעניין זה: Deborah Stone, *For Love Nor Money – The Commodification of Care*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 271 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005).

162 שם, בעמ' 274.

163 שם, בעמ' 274–275.

אין הבדל בין מטפלים בשכר לבין מטפלים לא בשכר מבחינת הקשר הרגשי שהוא יוצר עימם. על-כן הבחנה זו אינה עולה בקנה אחד עם הדגש שיש לשים במערכת היחסים האינטימית שנוצרת בין הילד לבין הדמות המטפלת בו, שהינה לב העניין. שנית, הבחנה מעין זו פוגעת דווקא באוכלוסיות המוחלשות, אשר אין באפשרותן לרכוש טיפול בשכר ולפיכך הן נעזרות בקרובי-משפחה, בחברים של המשפחה או בשכנים לצורך הטיפול בילדים. הבחנה זו, השוללת אפשרות להקנות מעמד הורי כאשר מדובר בטיפול בשכר אך מאפשרת הקניית מעמד כזה כאשר אין מדובר בטיפול בשכר, הופכת את האוכלוסיות המוחלשות לחשופות יותר לפגיעה במעמד ההורי של ההורים החוקיים מאשר אוכלוסיות אחרות. שלישית, הבחנה זו בעייתית גם במובן זה שייתכנו מצבים שבהם קרובת-משפחה (סבה, דודה וכדומה) תטפל בילד אך תעשה זאת בתשלום. במקרים מעין אלה ההורים מעוניינים שדמות שקרובה לילד מבחינה משפחתית תטפל בו, אך אותה דמות משפחתית זקוקה לשכר על-מנת לצאת משוק העבודה לצורך כך. במצבים אלה מתעוררת השאלה אם מדובר בקשר שנוצר בין ילד לבין קרובת-משפחה שלו (אשר מתראה עימו גם מחוץ לשעות העבודה) או בין ילד לבין מטפלת בתשלום. נראה שההבחנה אינה ברורה דייה. גם במקרה זה הפגיעה היא באוכלוסייה החלשה, שכן סביר להניח שקרובי-משפחה אשר יקבלו תשלום בעבור הטיפול יהיו כאלה ממשפחות עניות יותר.¹⁶⁴ כך, מעמדם של סבים או דודים אשר מקבלים תשלום בעבור הטיפול בילד יהיה נחות ממעמדם של סבים או דודים אשר אינם מקבלים תשלום בעבור הטיפול, במובן זה שהם לא יוכלו לקבל מעמד של הורה. רביעית, הבחנה בין טיפול בתשלום לבין טיפול שאינו כזה פוגעת אף בנסיגות הפמיניסטיים לגרוע להכרה בעבודת הטיפול בילדים של אימהות כשווה לעבודה בשכר.¹⁶⁵ ככל שקיימת בעיה לערב הורות וגורמים כלכליים, הטיעון שלפיו צריך להכיר בעבודת האימהות כשווה לעבודה בשכר עלולה אף היא להיות בעייתית. לבסוף, מובן שברגע שמטפל בתשלום יקבל הכרה בזכותו להורות לגבי הילד, הוא לא יוכל להמשיך לקבל תשלום בעבור הטיפול, וייתכן אף שהוא יהיה חייב במזונותיו של הילד. אדם המעוניין להמשיך את הקשר עם הילד ולטפל בו ללא

164 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 77 ו-81.

165 ראו, למשל: Katharine Silbaugh, *Turning Labor into Love: Housework and the Law*, 91 Nw. U. L. Rev. 1 (1996); Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, 9 YALE J.L. & FEMINISM 81 (1997); Palma Joy Strand, *Do We Value Our Cars More Than Our Kids? The Conundrum of Care for Children*, 19 DUKE J. GENDER L. & POL'Y 1 (2011).

תשלום, ואף ליטול חלק כלכלי בגידולו, ברי שאינו מונע ממניעים כלכליים, אף אם תחילתו של הקשר הייתה טיפול בעבור שכר.

החשש מקומודיפיקציה נראה אף הוא מופרז. ויליאמס וזליזר טוענות במאמרו כי חלק גדול מהכתיבה העוסקת בקומודיפיקציה מבוססת על ראיית-עולם המחלקת את המרחב לשני מעגלים מנוגדים ונפרדים: מעגל אחד של חישובים קרים ושוק כלכלי ומעגל אחר של רגש חברתי ומערכות יחסים הדדיות.¹⁶⁶ המעגלים הנפרדים הללו מתנהלים בהתאם לעקרונות שונים.¹⁶⁷ כאשר מעגלים נפרדים באים במגע, הם מזהמים זה את זה, והעירוב שלהם משחית את שניהם. לפי עמדה זו, הבחנה חדה קיימת וצריכה להמשיך להתקיים בין מערכות יחסים חברתיות אינטימיות לבין עסקאות כלכליות. כל מגע בין שני התחומים, בהתאם לגישה זו, יהווה זיהום מוסרי.¹⁶⁸ ויליאמס וזליזר טוענות כי בפועל המציאות שונה מהתיאורים הללו – כל סביבה חברתית מכילה עירוב של קשרים, ואנשים נוטלים חלק במערכות יחסים חברתיות המשלבות הן את המימד האינטימי והן את המימד הכלכלי.¹⁶⁹ לכן הן מציעות גישה שתכיר בכך שבעסקות שוק רבות קיימים רכיבים חברתיים ורגשיים, ושבעסקאות אינטימיות רבות קיים מימד כלכלי.¹⁷⁰ כפתרון הן מציעות מודל שהן מכנות "המודל של קשרים מאובחנים" (differentiated ties model), המאפשר להכיר בקיומם של קשרים חברתיים מורכבים.¹⁷¹ לטענתן, השאלה שצריך לשאול היא לא אם קומודיפיקציה היא טובה או לא, אלא איך צריך להבנות מערכות יחסים חברתיות שמערבות הן רכיבים כלכליים והן רכיבים אישיים.¹⁷² העברת כספים יכולה להתקיים במקביל לביטויים של חיבה ואהבה.¹⁷³ ניסיון עם שווקים העוסקים בטיפול מלמד שגם כאשר אנשים מקבלים סכום זעום בעבור

Joan C. Williams & Vivian A. Zelizer, *To Commodify or Not to Commodify – 166 That Is Not the Question*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS* IN LAW AND CULTURE 362, 364 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005)

167 תיאוריה שהן מכנות "תיאוריית המעגלים הנפרדים" (separate spheres theory) – ראו שם, בעמ' 364.

168 תיאוריה שהן מכנות "תיאוריית העולמות העוינים" (hostile worlds theory) – ראו שם, 169 שם, בעמ' 366.

170 שם, בעמ' 368.

171 שם, בעמ' 369.

172 שם, בעמ' 376.

Katharine Silbaugh, *Commodification and Women's Household Labor*, in *RETHINKING COMMODIFICATION – CASES AND READINGS IN LAW AND CULTURE* 297, 301 (Martha M. Ertman & Joan C. Williams eds., 2005)

טיפול בזרים גמורים במסגרת עבודות תובעניות הן מבחינה פיזית והן מבחינה רגשית, האהבה מזדחלת פנימה. מחקרים בכל תחומי הטיפול מראים כי אנשים שמטפלים בזרים מתאהבים בהם בדרך-כלל ומתחילים לראות בהם משפחה.¹⁷⁴ מטפלים מסרבים לתת לכסף להשפיע על מערכת היחסים שלהם עם האנשים שהם מטפלים בהם, ואפילו מנסים להכחיש שכסף הינו חלק ממערכת היחסים. הם רוצים להעמיד פנים שהכסף אינו קיים שם כלל.¹⁷⁵ מטפלים בתשלום מקריבים פעמים רבות את האינטרס הכלכלי שלהם למען האנשים שהם מטפלים בהם. כך קורה שמטפלים רבים קונים מזון או מצרכים חשובים אחרים למטופלים העניים שלהם, ומבקרים אותם ועוזרים להם גם מחוץ לשעות העבודה על-חשבון זמנם הפנוי וללא תשלום.¹⁷⁶ כמו-כן, מתן שווי כלכלי לפעולת הטיפול אינו גורם בהכרח לזילות של התפקיד הטיפולי. ניתן לכמת מחיר של דבר כלשהו ובאותו זמן גם לדעת שהדבר הזה הוא יקר-ערך (priceless).¹⁷⁷ תשלום בעבור טיפול אינו הופך את הטיפול ללא-לגיטימי, אלא מקנה לו ערך.¹⁷⁸ יש לציין שכבר כיום יש מצבים שבהם כסף והורות מעורבים – למשל, קביעת גובה המזונות בהתבסס על פעילויות טיפוליות, תשלום קצבת ילדים בהתבסס על מספר הילדים בבית, תשלום לבנק הזרע בעבור תרומת זרע, תשלום בעבור שירותיה של אם פונדקאית ותשלום בעבור ההליך הכרוך באימוץ ילד מחוץ-לארץ.

ניתן להשתמש ברכיב הכספי כאחת האינדיקציות לטיבה של מערכת היחסים. העובדה שהטיפול נעשה בשכר מלמדת על כוונותיהם והצהרותיהם הראשוניות של הצדדים – של ההורים החוקיים ושל הדמות המטפלת. נראה כי הכוונה הראשונית של טיפול בשכר היא טיפול כעבודה, ולא כמערכת יחסים אישית, וכי בדרך-כלל מדובר בעבודה שאינה מיועדת להתפרש על כל חיי הילד, ואף לא על חלק משמעותי מהם. בדומה למצבים אחרים, מתעוררת בהקשר זה השאלה אם הסכמה בין ההורה החוקי לבין הדמות המטפלת די בה לבסס או לשלול מעמד של הורה. שאלה זו מתעוררת הן לגבי מצבים שבהם ההסכמה בין ההורה החוקי לדמות הטוענת למעמד נמשכת ומתקיימת והן לגבי מצבים שבהם התגלע סכסוך בין הצדדים. שאלה זו רלוונטית כמובן גם לגבי דמות מגדלת/מטפלת שאינה מקבלת תשלום בעבור הטיפול – כגון חברים של ההורים, שכנים או קרובי-

174 Stone, לעיל ה"ש 161, בעמ' 275.

175 שם, בעמ' 276.

176 שם, בעמ' 277.

177 Silbaugh, לעיל ה"ש 173, בעמ' 298.

178 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 94.

משפחה – אם כי סביר להניח שבמקרים מעין אלה לא יהיה הסכם ברור בין הצדדים בעניין.

אחד הפרמטרים שמועלים בהקשר של הענקת מעמד של הורה לדמות מטפלת הוא השאלה אם מערכת היחסים בין הדמות המטפלת לילד החלה בתמיכתו ובהסכמתו של ההורה החוקי.¹⁷⁹ כללי ALI מסבירים דרישה זו לתמיכה ולהסכמה ראשוניות בכך שמעמד של "הורה למעשה" אינו יכול לצמוח במקרה, בסוד או כתוצאה מהתנהגות לא-הולמת.¹⁸⁰ נאמר כי ההסכמה יכולה אומנם להשתמע מהנסיבות, אך נדרשת פעולה מצד ההורים החוקיים המלמדת על נכונות וציפייה לחלוק את האחריות ההורית, ואין די בהאצלת סמכויות של שמרטפות על-מנת לבסס הסכמה כזו. כך, למשל, שמירת הסמכות להכריע בעניינים שקשורים לדאגה לילד ולטיפול בו בידי ההורה החוקי בלבד מלמדת על העדר הסכמה ליצירת מעמד של "הורה למעשה".¹⁸¹ הדרישה האמורה המופיעה בכללי ALI הינה מחמירה מדי, לטעמי. מצד אחד, הכללים מציינים כי ההסכמה יכולה להיות משתמעת, אך מצד אחר, אין הם מסתפקים בהסכמה לטיפול בילד, אף אם לאורך זמן ובצורה אינטנסיבית, אלא דורשים שתהיה גם חלוקה בנוגע לסמכות להכריע בעניינים הקשורים לדאגה לילד ולטיפול בו. ככל שהחשש הוא ממצבים שבהם אדם יפעל מאחורי גבם של ההורים החוקיים של הילד על-מנת ליצור מערכת יחסים עם הילד בצורה ערמומית או לא-נאותה, ניתן להימנע ממצבים אלה על-ידי קביעה שלמעשה לא הייתה כאן הסכמה. ככל שהחשש הוא שללא תנאי מחמיר כזה יהיו אנשים רבים מדי שיתאימו להגדרה ויהיו זכאים לדרוש זכויות, ניתן לדרוש תנאים מחמירים אחרים בנוגע למערכת היחסים עצמה שנוצרת בין הילד לבין הדמות המטפלת בו, כגון דרישה למגורים משותפים, דרישת משך זמן מינימלי לקיומה של מערכת היחסים וכדומה. אני סבורה כי די בעובדה שהורה הכניס אדם לביתו על-מנת שיטפל בילד ואפשר לו ליצור מערכת יחסים רגשית עם הילד, אף אם לא הייתה כוונה ראשונית ליצירת מערכת יחסים של הורה-ילד, אלא זו התפתחה מעצמה.¹⁸²

במצבים שבהם קיימת הסכמה של ההורים החוקיים ושל הדמות המטפלת-המגדלת הנוספת בנוגע להכרה בדמות המטפלת-המגדלת כהורה נוסף, יש לבחון

179 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' (iii)(b)(1)2.03, (ii)(c)(1)2.03 ו-(iv)(c)(1)2.03, Bartlett, לעיל ה"ש 131.

180 כללי ALI, לעיל ה"ש 10, הערה (iii) לס' (c)(1)2.03.

181 שם.

182 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 106.

את טיבה ואופייה של מערכת היחסים. אם כל הדמויות המעורבות מעוניינות בהכרה במעמדה של הדמות המטפלת כהורה נוסף, אם הבקשה נובעת מדאגה ומאהבה כנה לילד, ואם מערכת היחסים שבין הילד לבין אותה דמות אכן מגיעה כדי מערכת יחסים רגשית הקיימת בין הורה לבין ילד, אזי נראה שיהיה מקום להכיר במעמד של ההורה החברתי. במקרה זה הכרה במעמדו של ההורה החברתי תשרת את טובת כל הצדדים המעורבים, שכן היא תשקף את אוטונומיית הרצון שלהם בנוגע למשפחה שהם בוחרים לעצמם, תעודד את המשך הטיפול בילד והדאגה לו על-ידי כל הגורמים המעורבים, ותעניק מימד של המשכיות, יציבות וודאות לקשר שנוצר בין הילד לבין הדמות המגדלת הנוספת. הכרה במעמדו של ההורה החברתי במקרה זה אף תעלה בקנה אחד עם האינטרסים של החברה בכללותה. זאת, מאחר שקיים אינטרס חברתי לדאוג להמשכיותם של קשרים רגשיים עמוקים שנוצרים בין ילדים לבין מי שמגדל אותם, לשמור על יציבותן והמשכיותן של מערכות יחסים מעין אלה, להפקיד את הטיפול בילדים והדאגה להם בידי כמה גורמים המעוניינים בכך ומסוגלים לעשות זאת, ולאפשר לאנשים להגשים את עצמם באמצעות יצירת משפחות שמתאימות לתנאי החיים שלהם.

סביר להניח שרוב המקרים שיגיעו לבית-המשפט יהיו מקרים שבהם לא תהיה הסכמה בין ההורים החוקיים לבין הדמות המגדלת הנוספת לגבי מעמדה.¹⁸³ השאלה היא כיצד יש להתמודד עם מצבים אלה, ובאלו מקרים יהיה ראוי להכיר בדמות המגדלת הנוספת כבעלת מעמד של הורה ביחס לילד. כפי שציינתי, אני סבורה כי אין לפסול מראש ובאופן גורף את האפשרות שדמות מגדלת מסוג זה תקבל מעמד של הורה במצבים המתאימים. עם זאת, קיימים חששות רציניים בהקשר זה.

החשש המרכזי הוא מפני היווצרותו של מדרון חלקלק ומפני חוסר הוודאות שייווצר מכך שכל דמות שתקום מערכת יחסים עם הילד עשויה מבחינה פוטנציאלית לטעון למעמד בנוגע אליו. הדבר עלול לפגוע בצורה קשה במעמדם של ההורים החוקיים ובבלעדיותם ההורית. חשש זה עלול להוביל הן להסתייגות של הורים מהסתייעות בגורמים חיצוניים לצורך הטיפול בילד, שמא בבוא היום ידרשו הללו זכויות הוריות, והן להימנעות של גורמים חיצוניים מלהתקרב לילד ולסייע בטיפולו, פן יוטל עליהם בעתיד לשאת באחריות שהם לא התכוונו לה ולא רצו אותה. חששות אלה עלולים להוביל בסופו של יום לקריסתה של מערכת הטיפול בילדים ולמהלך שיאלץ נשים לצאת משוק העבודה על-מנת להישאר עם

183 אני סבורה כי נכון וראוי להסדיר מערכות יחסים מעין אלה כאשר קיימת הסכמה לגביהן. עם זאת, נראה כי טבע האדם הוא לא להגיע לבתי-משפט לצורך הכרעה עד אשר מתעורר סכסוך.

ילדיהן בבית. לחלופין הדבר עלול להוביל להתפוררות המעמד ההורי עד לביטולו המוחלט. חשש נוסף שמועלה הוא מפני שימוש לרעה באפשרות להכיר במעמד הורי של מטפלים מעין אלה. השימוש לרעה עשוי להתבטא בבקשה של מטפלים לקבל הכרה כהורים רק על-מנת לזכות בהטבות הנלוות למעמד ההורי או לצורך סחיטת ההורים החוקיים.

אף שאין להקל ראש בחששות אלה, נראה שחלק מהם מופרזים, ומכל מקום ניתן להתמודד עימם באמצעות קביעת פרמטרים מפורטים ומצטברים שישרטטו את היקף האפשרות להעניק מעמד הורי במקרים מעין אלה. פרמטרים אלה יביאו בחשבון את החששות הללו כבסיס לצמצום המקרים שבהם יוכר מעמד של הורה, וזאת בשל שיקולי מדיניות ועל בסיס אינטרסים חברתיים.

הענקת מעמד הורי במקרים המתאימים למטפל שמשמש הורה חברתי לא תוביל להתפוררות המעמד ההורי, שכן תישמר עדיין ההפרדה הברורה בין מי שמוגדר הורה, ולפיכך מקבל מעמד ביחס לילד וזכויות וחובות בנוגע אליו, לבין מי שעל-אף הרחבת הקטגוריה ההורית אינו נכנס לגדרה ואינו מקבל כל מעמד ביחס לילד. בהתאם לאמות-המידה שייקבעו, לא כל אדם שיש לו קשר כלשהו עם הילד או שמנהל עימו מערכת יחסים יוכל לקבל מעמד של הורה. רק אדם שמערכת היחסים שלו עם הילד מדמה מערכת יחסים הורית יזכה במעמד של הורה. הדעת נותנת כי מטבע הדברים, כאשר לילד יש שני הורים מתפקדים, רוב-רובם של המטפלים לא ייכנסו להגדרות של הורה חברתי. נוסף על כך, סביר להניח שלא יהיו מקרים רבים שבהם יבקשו מטפלים הכרה כהורה ביחס לילד. יש לזכור שהכרה מעין זו נושאת עימה לא רק זכויות, אלא בעיקר חובות ואחריות כבדה ועצומה. יש להניח כי רק אנשים שיש להם מערכת יחסים עמוקה ורצינית עם הילד, הוזהר במהותה למערכת יחסים הורית, ירצו ליטול על עצמם אחריות מעין זו. כך, למשל, סביר להניח שמטפלות אשר עוסקות בכך לצורך פרנסתן לא ידרשו זכויות ביקור לאחר סיום העסקתן. נוסף על כך, אף שיש מקרים שבהם כמה ילדים במשפחה נולדים ברצף, ברוב-רובם של המקרים העסקתה של המטפלת מוגבלת בזמן ואינה נמשכת זמן רב מספיק ליצירת מערכת יחסים מעין-הורית.

הפרמטרים לבחינת מערכת היחסים שבין הילד לבין הדמות המטפלת בו יהיו אותם פרמטרים שהובאו בהקשר של משפחות משולבות: מגורים משותפים, גיל הילד בתחילת הקשר עם הדמות המטפלת, משכה של מערכת היחסים בין הילד לבין הדמות המטפלת, מילוי תפקידים הוריים, אופן התייחסותו של הילד לדמות המטפלת ורצונותיהם של כל הגורמים המעורבים. בהקשר זה התלבטתי בשאלה אם צריך להקשיח את הפרמטרים לבחינת מערכת היחסים ככל שמדובר בדמות מטפלת שאינה בן-זוג של הורה חוקי. מצד אחד, מאחר שהדגש צריך להיות

במערכת היחסים שבין ההורה החברתי לבין הילד, שאלת מעמדו של ההורה החברתי ביחס להורה החוקי אינה רלוונטית למעשה לצורך הכרעה זו. מצד אחד, קיימים החששות המתוארים לעיל, ובראשם החרדה שכל אדם מזדמן יוכל לקבל מעמד של הורה ביחס לילד, על הפגיעה במעמד ההורי הנגרמת כתוצאה מכך. נראה שהתחושה היא שכאשר מדובר בבן-זוג של הורה חוקי, ההורה החוקי בחר בו כמשפחה ובחר להכניס אותו לביתו ולמשפחתו. זאת, לעומת מקרה של גורם שהינו זר לכאורה. אולם למעשה אין מדובר בגורם זר באמת. צד שלישי מעין זה הוא פעמים רבות קרוב-משפחה – כגון סבה או דודה – אשר אין ספק שהוא חלק מהמשפחה ואשר פעמים רבות יוצר עם הילד מערכת יחסים עמוקה יותר מאשר הורה חברתי שהינו בן-זוג של הורה. כך גם ביחס לחבר קרוב של המשפחה. מטפלת בתשלום היא לכאורה אדם זר לילד. עם זאת, ברגע שההורים החוקיים מכניסים את המטפלת לביתם ומותירים את הילד תחת השגחתה, היא כבר אינה אדם זר. היא יוצרת מערכת יחסים קרובה ואינטימית עם הילד, ולעיתים היא מקיימת מערכת יחסים קרובה גם עם ההורים.

יש הסבורים כי ראוי לאפשר למטפלים בתשלום לקבל מעמד של "הורה למעשה" בנסיבות המתאימות. כך, למשל, לאופר-יוקלס (Laufer-Ukeles) מציעה במאמרה לבחון את הצטברות התנאים הבאים:¹⁸⁴ (א) קיום מצב של משבר, אשר לאופר-יוקלס מגדירה אותו כאירוע – כגון פירוק של התא המשפחתי, צו של בית המשפט, מוות או הוצאת ילד מהבית – שמפר את פרטיותה של המשפחה עוד לפני שהצד השלישי פונה להכרה בו; (ב) טובת הילד – נדרשת חקירה מעמיקה יותר מן המקובל, אשר תבחן את איכות הטיפול, את החדירה לפרטיות המשפחה ואת החשש מפני ניצול לרעה של ההליך (בעניין זה הכותבת סבורה כי יש לתת העדפה לעמדת ההורה החוקי, על בסיס החזקה שהורים טבעיים פועלים לטובת ילדיהם, אך יש לבחון אם ניתן לסתור חזקה זו); (ג) איכות הטיפול – בחינת הקשר בין הילד למטפל ועמדת הילד, ככל שניתן לבררה; (ד) משך הקשר; (ה) מגורים משותפים; (ו) ראיות ברורות לרצונו וליכולתו של המטפל לטפל ללא תשלום. הקשחת הפרמטרים יכולה לכלול דרישה למגורים משותפים לאורך תקופה מינימלית מסוימת,¹⁸⁵ ונוסף על כך או לחלופין דרישה לקיום מערכת יחסים

184 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 94–97.

185 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c), הקובע דרישה של מגורים משותפים עם הילד במשך שנתיים לפחות כחלק מהפרמטרים להגדרת "הורה למעשה". ראו גם Bartlett, ה"ש 131, בעמ' 946, המציעה כי אחת מאמות-המידה להענקת זכויות הוריות תהיה משמורת פיזית על הילד במשך חצי שנה לפחות.

לאורך תקופה מינימלית מסוימת. כן ניתן לקבוע דרישה שלפיה על ההורה החברתי למלא אחוז מסוים (נניח 50%) מהתפקידים ההוריים ביחס לילד¹⁸⁶ או דרישה שלפיה עליו למלא לא רק תפקידים הוריים טיפוליים, אלא גם תפקידים הוריים "ניהוליים", כלומר, תפקידים שעניינם קבלת החלטות בנוגע לילד. יש לציין כי שאלת המגורים משותפים היא שאלה סבוכה בימינו, שכן ניתן בהחלט לשאול מה ייחשב מגורים משותפים כאשר ההורים גרושים והילד מחלק את זמנו ביניהם. אם מגורים משותפים מוגדרים כמגורים לאורך כל השבוע, ומדובר בדרישה קשיחה לקבלת מעמד הורי, אזי הורים חוקיים רבים לא יעמדו בעצמם בתנאי זה.

נראה שהמצבים שבהם סיטואציה מעין זו תתעורר הם חריגים וזניחים, ולפיכך הפחד המשותק מפני מדרון חלקלק שיוביל להכרה נרחבת בדמויות הוריות לילד אינו מוצדק. מנקודת-מבטו של הילד יש חשיבות בשמירה על מערכות היחסים שנוצרות בינו לבין הדמויות המטפלות בו. היקשרות למבוגרים אוהבים הינה חיונית להתפתחותם התקינה של ילדים, והם זקוקים לקשרים הללו. קיימים ילדים רבים שקשריהם האינטימיים והמקיפים ביותר הם עם מטפל שהוא צד שלישי.¹⁸⁷ לפיכך, במקרים המתאימים שבהם התפתחה בין הילד לבין מבוגר המטפל בו מערכת יחסים רגשית אינטימית הדומה במאפייניה למערכת יחסים שבין הורה לילד, יש להכיר במעמדו של אותו מבוגר כהורה. לכן אני סבורה כי יש לבחון את מערכת היחסים שבין הילד לבין הדמות המטפלת בו בהתבסס על אותם פרמטרים שייבחנו ככל שמדובר בבן-זוג של הורה (ללא הקשחתם). מכל מקום, יהיה צורך לבחון בכל מקרה קונקרטי את הענקת המעמד של הורה לאור טובת הילד ובשים לב לפגיעה במעמדם של הורי הילד בנסיבות אותו מקרה.

ו. מילים מספר על החשיבות של הענקת מעמד הורי מלא

חלק נכבד ממקור כוחו של הסטטוס ההורי נובע מהאגד הנרחב של זכויות וחובות הנלוות אליו ומייחודו, ולכן אין זה ראוי לפרקו למרכיביו. פירוק הסטטוס ההורי לרכיביו עלול לחתור תחת קיומה של ההורות כמוסד משפטי ותחת המימד הסמלי וההצהרתי הנלווה למעמד זה. לפיכך אני סבורה כי במקרים המתאימים יש להעניק

186 ראו, למשל, כללי ALI, לעיל ה"ש 10, ס' 2.03(1)(c), הקובע דרישה של ביצוע רוב הפעולות הטיפוליות בילד או ביצוע חלק מהפעולות הטיפוליות בילד שאינו נופל מהחלק שביצע ההורה שעימו הילד מתגורר מרבית הזמן. זאת, כחלק מהפרמטרים להגדרת "הורה למעשה".

187 Laufer-Ukeles, לעיל ה"ש 160, בעמ' 74.

מעמד מלא של הורה לכל מי שיוגדר הורה של הילד – מעמד שיכלול את כל אגד הזכויות והחובות שמהווה הורות משפטית.

הענקה של סטטוס משפחתי מקנה את הזכויות והחובות המשפטיות הנלוות לאותו סטטוס, ובה־בעת מכבדת את הערך האקספרסיבי המשתמע מהכותרת.¹⁸⁸ לנוכח החשיבות העצומה של מערכות יחסים משפחתיות בחיים האישיים והקולקטיביים, גישה לסטטוס משפחתי משמעותית מאוד לאנשים.¹⁸⁹ הכרה בסטטוס אף מהווה אישור חברתי ומוסדי לקשר הקיים, וכן סוללת את הדרך להכרה חברתית רחבה יותר בו.¹⁹⁰ באמצעות מתן סטטוס של הורה, המשפט מכיר במערכת היחסים הקיימת בפועל בין הילד לבין מי שמשמש הורה. מתן מעמד משפטי מלא להורה החברתי יאפשר לו להשתתף בצורה מלאה בחייו של הילד, ו־יְקַנָּה לו הגנה חוקתית בכל הנוגע בקבלת החלטות ביחס לטיפול בילד ולאופן גידולו. מתן מעמד משפטי מלא להורה החברתי אף יְקַנָּה לו יתרונות חברתיים־כלכליים שונים הנובעים ממעמדו של אדם כהורה, ובכך יאפשר לו למלא את תפקידו על הצד הטוב ביותר וכן יעניק לילד הטבות מגוונות. כמו־כן, הכרה משפטית מלאה בדמות המטפלת כהורה תעניק הן לילד והן לדמות המטפלת בו מימד של קביעות, יציבות וודאות.

מאמר זה מתמקד בצורך להעניק מעמד הורי מלא להורה החברתי במצבים מסוימים. עם זאת, המאמר אינו שולל את האפשרות לקיומם של הסדר־ביניים שיתירו הכרה מסוימת בקשר שנוצר בין ילד לבין מבוגר המטפל בו אך שאינו עונה אחר אמות־המידה שייקבעו להגדרת הורות חברתית. המאמר אינו פוסל הותרת גמישות מסוימת אשר תאפשר למגוון רחב יותר של מערכות יחסים הנרקמות בין ילדים לבין המבוגרים המטפלים בהם לבוא לידי ביטוי תוך פגיעה מינימלית בעקרון הבלעדיות ההורית. באפשרות זו עסקתי במקום אחר.¹⁹¹

Katharine K. Baker, *Marriage and Parenthood as Status and Rights: The Growing, Problematic and Possibly Constitutional Trend to Disaggregate Family Status from Family Rights*, 71 OHIO ST. L.J. 127, 130 (2010).

189 שם, בעמ' 132.

190 לפי הקר, לעיל ה"ש 71, בעמ' 930, המשפט לבדו אומנם אינו יכול לחולל שינויים חברתיים עמוקים, אך הוא סמל המשפיע על התנהגויות ותפיסות חברתיות.

191 מרקוס "על האפשרות להכיר ביותר משני הורים", לעיל ה"ש 19, בעמ' 467–471.

ז. מילים מספר על הזכות להורות חברתית כחלק מהזכות להורות

מפאת קוצר היריעה המאמר אינו מפתח את הסוגיה החוקתית שהזכות להורות חברתית מעוררת.¹⁹² עם זאת, אי־אפשר לא להזכיר את הנושא כלל, ולכן אייחד לו מילים מספר.

הורות היא סטטוס המקנה מעמד משפטי כלפי כולי עלמא. מעמד זה מוגן בזכות חוקתית. הזכות החוקתית להורות מקנה הגנה מפני התערבות של המדינה ושל צדדים שלישיים במערכת היחסים שבין ההורה לבין הילד ובדרך שבה ההורים בוחרים לגדל את ילדיהם. אני סבורה כי על המשפט להכיר בזכות של הורה חברתי להיות הורה כזכות־יסוד חוקתית שהינה חלק מהזכות להורות, אף אם אין הוא ההורה הביולוגי.

אחת הסיבות להכרה בזכות כזכות משפטית היא הרצון להעניק לה הגנה אפקטיבית יותר באמצעות הגבלת כוחם של החברה, המדינה והפרטים האחרים לפגוע באינטרסים העומדים בבסיסה.¹⁹³ כל עוד זכות היא מוסרית בלבד, החובה המוטלת על מוסדות החברה/המדינה לסייע במימושה או להגן עליה חלשה יותר בהשוואה למצב שבו הזכות מוכרת כזכות משפטית־חוקתית. השאלה אילו אינטרסים צריכים להיחשב זכויות משפטיות מוכרעת באמצעות ניתוח של דחיפות הצרכים, זיקתם לכבוד האדם והצורך להעניק להם את ההגנות המיוחדות הנלוות לזכות.¹⁹⁴ השאלה אם יש להכיר בזכות מסוימת כזכות־יסוד שונה מהשאלה מהו היקף התפרשותה של הזכות הראויה להגנה וכן מהשאלה בדבר היקף ההגנה עליה.¹⁹⁵ על שתי השאלות האחרונות יש לענות על־פי ערכיה של כל חברה וחברה, באמצעות איזון בין הזכויות השונות והאינטרסים השונים.

192 לעניין זה ראו מרקוס הזכות להורות חברתית, לעיל ה"ש 17.

193 רות גביון "על היחסים בין זכויות אזרחיות־פוליטיות ובין זכויות חברתיות־כלכליות" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 25, 65 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

194 שם, בעמ' 46.

195 לחשיבות ההבחנה בין השאלה אם קיימת זכות חוקתית לבין השאלה מהו היקף ההגנה על הזכות ראו ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה' – בעקבות ספרו של אהרן ברק 'מידתיות במשפט' – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" (2010) "משפט ועסקים" טו 281 (2012); אהרון ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א 253, 264 (1993); אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 373–374 (1994); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פס' 3 לפסק־דינה של הנשיאה ביניש, פס' 6 לפסק־דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 24.3.2009).

הזכות להורות מורכבת מזכויות הניצבות על ספקטרום רחב – חלקן זכות כיום בהכרה על-ידי המשפט, וחלקן עדיין אינן מוכרות. שינויים חברתיים וחידושים טכנולוגיים עשויים להשפיע על תפיסת הזכות להורות בחברה, וכתוצאה מכך גם במשפט, ובכך לשנות את מעמדן של הזכויות השונות. בגרעינה הזכות להורות הינה זכותו של היחיד להתרפות טבעית. זכות זו הינה חלק בלתי-נפרד מאנושיותו של האדם, אשר מתבטאת בכמיהה עזה ובשאיפה להביא ילדים לעולם. כמיהה זו משותפת לכל אדם באשר הוא, בכל מקום בעולם ולאורך כל תקופת קיומו של המין האנושי. היא מיוחסת ליצר ההישרדות של האדם, הן כפרט והן כחברה אנושית בכללותה, אשר ללא ההולדה לא תוכל להמשיך להתקיים. יש המייחסים כמיהה זו לרצונו של האדם בהמשכיות או להתמודדותו של האדם עם היותו בן-תמותה, ויש הרואים בהבאת ילדים לעולם הגשמה עצמית. ערגה זו הוכרה זה כבר כבעלת עוצמה וחשיבות זהה גם ביחס לרצון לגדל ילדים שאינם קשורים ביולוגית להורה.¹⁹⁶

יש לפרש את חוק-היסוד כחל אף על זכותו של הורה חברתי להיות הורה, וזאת כחלק מהזכות להורות. הכרה בזכות להורות חברתית רצוי שתקבל אף עיגון באמצעות חקיקה ראשית אשר תביא לידי ביטוי את הערכים השונים ותקבע כללים שבהתקיימם תתמלא הזכות תוכן. כללים אלה, אשר יעסקו בהגדרת ההורות, יכירו בזכותו של אדם להורות חברתית, ויעניקו לו מעמד בהתקיים התנאים המופיעים בחוק. אף אם המחקק לא יעגן זכויות אלה בחקיקה ראשית, על בית-המשפט להכיר בזכות להורות חברתית – במצבים שפורטו במסגרת העבודה – כזכות הנגזרת מהזכות להורות, וזאת בין מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובין מכוח היותה זכות מוסרית העומדת בפני עצמה. הכרה בזכות חוקתית הינה חשובה הן כמעניקה הגנה רחבה מפני התערבות של המדינה וצדדים שלישיים במימושה והן לנוכח ההיבט הסמלי-ההצהרתי שלה, המגלם את הערכים החשובים בחברה ומשקף תפיסה המשווה את מעמדו של ההורה הביולוגי למעמדו של ההורה החברתי.

196 ראו את דבריה של הנשיאה ביניש בעניין משפחה חדשה, שם, פס' 3: "על-פני הדברים, יש מקום לטענה כי הכמיהה לילד היא צורך עמוק ושורשי הטבוע באדם, וכי צורך קיומי זה שווה בעוצמתו בין כאשר מדובר בהולדה טבעית, ובין כאשר בני-הזוג אינם יכולים להביא ילדים לעולם בדרך הטבעית ורוצים לממש את כמיהתם לילד באמצעות מנגנון האימוץ."

אחרית דבר

הכרה במעמדו המשפטי של הורה חברתי עולה בקנה אחד עם טובתו של הילד, ומשרתת הן אינטרסים של המבוגרים המעורבים בגידולו של הילד והן אינטרסים של החברה. לנוכח מגוון הסוגים הרחב של מערכות היחסים ההוריות הקיימות, אי-אפשר ליצור מבחן אחיד שיתאים לכלל המצבים, אלא על המשפט לקבוע אמות-מידה שונות להכרה בהורות חברתית בהתאם לסוגים השונים של מערכות היחסים הקיימות. בחינת הסוגיה בהתאם לפרמטרים שייקבעו הינה מורכבת אומנם, ועשויה אף להיות עמומה במצבים מסוימים, אך מושגי-שסתום אינם זרים למערכת המשפט, ונראה שהתועלת שבהרחבת המעמד ההורי עולה על החיסרון שבמורכבות ההליך. נוסף על כך, יהיו מצבים שבהם יהיה מקום להגדיל את מספר ההורים באופן אוטומטי בחקיקה, כך שההורים הנוספים יוכרו ברגע לידתו של הילד. בכך יימנע חוסר הוודאות לפחות בחלק מהמצבים.

לב-ליבו של העניין הוא מערכת היחסים שבין הילד לבין ההורה החברתי. הכרה במעמדו של ההורה החברתי כהורה משמרת את מערכת היחסים שנוצרה בינו לבין הילד, ותומכת בעקרונות של המשכיות, אחריות, דאגה והדדיות. בכך הכרה זו עולה בקנה אחד עם אינטרסים חברתיים חשובים של שמירת הקשר הרגשי והאינטימי שנוצר בין הילד לבין מי שמטפל בו ומגדלו כהורה, הפקדת האחריות לטיפול בילד ולדאגה לו בידי מבוגרים המעוניינים בכך וכן קידום הערכים המשפחתיים, אף אם אין מדובר בדפוס המשפחה המסורתית. כאשר דיני המשפחה מעניקים יחס שונה לגורמים שונים המטפלים בילד, ההתייחסות השונה משפיעה בתורה על הציפיות והחוויות של הדמויות הללו, ולפיכך גם על הרגשות והצרכים של הילדים שבהם הם מטפלים.¹⁹⁷ לפיכך ראוי לעצב מחדש את המציאות כפי שהיא נחווית. הקניית המעמד תעניק הכרה משפטית בחוויית החיים של הילדים שגדלים במסגרת משפחתית זו ושל ההורים החברתיים.

197 Appleton, *Parents by the Numbers*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 65.

תקצירים באנגלית

