

## פיצוי התא המשפחתי בגין פגיעה בבן משפחה

אסף פוזנר\*

### תקציר

הדין הנזיקי בוחן את היחסים המשפחתיים בהקשרים שונים, ובעיקר דן בסכסוכים בתוך המשפחה, תוך ראיית כל אחד ואחד מבני המשפחה כאדם לעצמו, כפרט. עם זאת, קיימים דינים שונים המלמדים כי למעמד המשפחתי יש חשיבות גם לבחינת בני המשפחה כתובעים. בחקיקה, למשל, בני משפחה עשויים לזכות במעמד בנות הנפגע, בשל היותם תלויים בו. באופן דומה, בני משפחה קרובים יכולים לתבוע את עלבונו של בן משפחה שנפטר בגין פגיעה בפרטיותו או בשמו הטוב. מעמדם של בני משפחה מוכר אף בפסיקה הנזיקית: בן משפחה שנפגע בשל היחסותו לפגיעה בבן משפחה אחר עשוי לזכות במעמד עצמאי כניזוק עקיף או משני, והורים יזכו במעמד עצמאי בשל מות עובר או באירוע של "הולדה בעוולה". ברשימה זו נסקר מעמדם של בני המשפחה כתובעים, תוך הצעה להכיר במשפחה כמעין תאגיד רעיוני, התובע את נזקי המשפחה באמצעות נציגיה. ראיית המשפחה כקולקטיב עשויה לאפשר ניהול שיח נזיקי עקיב, להסביר דינים שונים בתחום הנזיקי, ואף לפתור סתירות שונות הנובעות מהסתכלות על כל פרט במשפחה כמנותק מבני המשפחה האחרים.

---

\* בעל תואר דוקטור PhD מהאוניברסיטה העברית בירושלים; עורך-דין, שותף בכיר במשרד קמחי, פלד, פוזנר, שילה ושות'; מרצה מן החוג על רשלנות רפואית ודיני פיצויים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

## מבוא

- א. יחידת המשפחה כבעלת משמעות בדיני הנזיקין?
  - ב. השפעת אירוע נזיקי על בני המשפחה
  - ג. ההכרה בנפגעים "משפחתיים" כנפגעים מיוחדים
    1. נפגעים עקיפים
    2. תלויים
    3. לשון הרע על נפטר, פגיעה בפרטיותו של נפטר ופגיעה בכבוד המת
    4. תיקי "הולדה בעוולה" ו"הפלה בעוולה"
- במקום סיכום: מבט רחב – הסבר נכון יותר לדין הקיים, ומה העתיד צופן

## מבוא

דיני נזיקין, ככלל, עוסקים במצבים שבהם התנהגותו של אדם אחד גורמת נזקים לאדם אחר, והם באים להכריע מי יישא בנטל הנזק, קרי, אם יישא בו הגורם לנזק או שמא יישאר הנזק במקום שבו קרה, דהיינו, הניזוק הוא שיישא בו.<sup>1</sup>

דיני הנזיקין וההליך המשפטי הנזיקי מתמקדים בעיקר ביחסים שבין המזיק הספציפי לניזוק הספציפי.<sup>2</sup> עם זאת, גישות שונות של דיני הנזיקין מתייחסות באופן שונה לפרטים ולקבוצות. כך, למשל, הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין שמה את הדגש ביעילות ובהרתעה יעילה של מזיקים. גישה זו, מטבעה, מתמקדת במזיקים כקבוצה, וברצון להרתיע כל מזיק ומזיק בתוך הקבוצה מפני התנהגויות לא-יעילות. גישות קהילתניות, לעומת זאת, שמות דגש בחברה ובקבוצות שבה, תוך רצון לקדם אינטרסים של הכלל, גם אם הם באים על-חשבון הפרטים.<sup>3</sup> גישות כאלה מתמקדות בקבוצות של ניזוקים, תוך בדיקת היחסים בין קבוצות שונות של ניזוקים, כגון השוואה בין ניזוקים עשירים לניזוקים עניים,<sup>4</sup> ואף מתייחסות לחלוקה של נטלים בתוך קבוצה משפחתית.<sup>5</sup>

1 ישראל גלעד דיני נזיקין – גבולות האחריות כרך א 31 (2012). לענייננו במאמר זה אין צורך לדון בכל מטרותיהם של דיני הנזיקין, מהגם שממילא קיימת לגביהן ספרות ענפה. ראו, למשל, שם, בעמ' 51 ואילך, וכן אריאל פורת דיני נזיקין כרך א 55 ואילך (2013).

2 השוו גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33.

3 לסקירת גישות קהילתניות ראו שם, בעמ' 171 ואילך.

4 ראו, למשל, צחי קרן-פז "כיצד דיני הפיצויים הופכים את העניים לעניים יותר? (ומדוע בית-המשפט העליון מפרש את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות-דרכים באופן בלתי-עקבי?)" עיוני

מכיוון שדיני הנזיקין דנים בכלל האירועים שנגרם בהם נזק, נודעת להם חשיבות רבה בהקשר של מוסד המשפחה. דיני הנזיקין מלווים כעננה את המשפחה ואת היחסים שבין החברים במשפחה פנימה: בין בתביעות בין ילדים לבין הורים;<sup>6</sup> בין בעילות בין בני-זוג לבין עצמם, לרבות תקיפה ולשון הרע;<sup>7</sup> ובין בעילות המתייחסות לכניסה לתוך מסגרת המשפחה<sup>8</sup> או ליציאה ממנה.<sup>9</sup>

בניגוד לשיח הנזיקי המשפחתי הרגיל (דהיינו, מעשים נזיקיים בתוך המשפחה, תוך התייחסות לכל בן משפחה כאל פרט), במאמר זה נשרטט את מעמדה של

משפט כח 299 (2004). השור Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 Minn. L. Rev. 326 (2006).

5 ראו, למשל, צחי קרן-פז "מבט פמיניסטי וחלוקתי על חובת זהירות של נשים בהריון: אידאולוגיה, סמליות ופרגמטיות" עיונים במשפט, מגדר ופמיניזם 321 (דפנה ברק-ארוז, שלומית יניסקי-רביד, יפעת ביטון ודנה פוגץ' עורכות, 2007).

6 למשל, ע"א 2034/98 אמין נ' אמין, פ"ד נגד (5) 69 (1999). ראו גם ס' 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, המגביל את אחריות ההורים.

7 למשל, תמ"ש (משפחה י-ם) 29170/05 עיובון אלימלך נ' עזבון אפוטה (פורסם בנבו, 20.2.2011) (רצח של בת-זוג); תמ"ש (משפחה ת"א) 51991/04 י' ש' נ' ט' א' א' ש' (פורסם בנבו, 17.2.2016) (חטיפת ילדים); תמ"ש (משפחה י-ם) 10382/06 ג' נ' מ' ג' (פורסם בנבו, 27.10.2010) (תקיפה וכליאת-שווא); תמ"ש (משפחה י-ם) 45282-03-15 מ.ב. נ' ב.א. (פורסם בנבו, 25.7.2017) (לשון הרע נגד בן-זוג). העילות יכולות להיות מגוונות ביותר. ראו, למשל, פסק-דין שבו חויב בעל בפיצוי בשל העובדה שנמנע מלקיים יחסי אישות עם אשתו: תמ"ש (משפחה י-ם) 24760/08 ש.ב. ר' נ' ר.ר. (פורסם בנבו, 25.3.2010).

8 למשל, הפרת הבטחת נישואים: ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח (6) 209, 220–225 (2004). כן ראו תמ"ש (משפחה קר') 7613/02 מ.ח. נ' ג.ח'. (פורסם בנבו, 14.1.2009), שם הושת פיצוי על הבעל והוריו בגין הסתרת מצבו הנפשי של הבעל לפני הנישואים.

9 כך, למשל, ערכאות נמוכות הכירו בעילת תביעה של בן-זוג אחד נגד בן-הזוג האחר בשל עיכוב במתן גט, ואף פסקו פיצויים גבוהים: תמ"ש (משפחה ת"א) 24782/98 נ.ש. נ' ג.י. (פורסם בנבו, 14.12.2008); תמ"ש (משפחה ראשל"צ) 9877/02 פ.ע. נ' פ.י. (פורסם בנבו, 17.8.2011); תמ"ש (משפחה כ"ס) 19480/05 פלונית נ' עזבון פלוני (פורסם בנבו, 30.4.2006); תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ. (פורסם בנבו, 21.12.2004). כן ראו בנימין שמואלי "סרבנות גט – עילה נשית, גברית או עצמאית המאפשרת לפצות גם גברים מסורבי גט? בין צדק חלוקתי, צדק מתקן והגברת כוח המיקוח של המסורבת" עיוני משפט 545 (2016). מן הכיוון הנגדי, בתי-משפט חייבו בעלים מוסלמים בפיצויים בשל גירוש בנות-זוגן בעל-כורח: ע"א 1730/92 מצראווה נ' מצראווה (פורסם בנבו, 29.3.1995).

מן הראוי לציין כי במקרים מסוימים הדין הנזיקי מסתייג מכניסה לתוך המארג המשפחתי, ובשל כך נפסק, למשל, כי בן-זוג לא יכול לתבוע צד שלישי בשל ניאוף עם בן-הזוג האחר: ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פס' 6 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013) ("הדין הנזיקי אינו חרב התלויה מעל מיטת בני הזוג, ועוולת הרשלנות אינה 'הנוסע השלישי' הנחבא בין הסדינים, בבחינת נטע זר אשר עלול לפתע להתעורר מתרדמתו ולרמוס את הפינות האינטימיות-רגשיות ביותר של בן אנוש").

המשפחה כנפגעת וכתובעת באירוע נזיקי. בפרק א נציג את השאלה בדבר מעמדה של המשפחה כתובעת בדיני הנזיקין, ובפרק ב נציג את הפגיעה הכללית במשפחה. לב המאמר מצוי בפרק ג, שבו נציג את התייחסותם של דיני הנזיקין הקיימים למשפחה כתובעת, בין היתר במקרים של ניזוקים עקיפים, תלויים, לשון הרע, הגנה על הפרטיות והזכות המוסרית, וכן "הפלה בעוולה" ו"הולדה בעוולה". בפרק האחרון נציג מתווה ראשוני לפיתוח עתידי של מעמד המשפחה כתובעת.

### א. יחידת המשפחה כבעלת משמעות בדיני הנזיקין?

מעבר לליווי היחסים בתוך המשפחה ולהסדרתם, למשפחה יש מעמד משמעותי בדיני הנזיקין כיחידה בפני עצמה. אכן, המשפחה אינה מוכרת כיחידה פורמלית במסגרת דיני הנזיקין. דיני הנזיקין מתייחסים לפרט ולאישיות המשפטית של הניזוק. האישיות המשפטית של הניזוק (בין שהיא טבעית ובין שהיא מלאכותית, כגון חברה בע"מ) תובעת אישיות משפטית אחרת (טבעית או מלאכותית) – זו של המזיק. החובות הנזיקיות הן של אישיות משפטית אחת כלפי אישיות משפטית אחרת וביחס אליה. המשפחה אכן אינה אישיות משפטית פורמלית, ואינה תובעת או נתבעת. על-כן, אם אדם נפגע ברשלנות רפואית, למשל, הוא יהא במרכז, ואילו הסובבים אותו יהיו טפלים. אכן, יכול שהנפגע רוכש שירותים או ציוד מכל מיני גורמים, וחלק מאלה עשויים להיות קרובי-משפחה (ובעיקר ביחס לראש-הנזק של עזרת הזולת, במקרה האופייני – ובמיוחד בתקופה שלפני מתן פסק-הדין – יקבל הניזוק את העזרה מהקרובים לו). אך ייתכן בהחלט שנותני העזרה לא יהיו קרובי-משפחה, אלא שכנים וידידים, והמעמד המשפטי של אלה האחרונים יהיה זהה למעמד המשפטי של הראשונים. ככל שהניזוק יקבל פיצוי בעבור העזרה שהוא נזקק לה, הוא יוכל תמיד להחליט מה הוא עושה עם הכספים שהוא מקבל, ולהשתמש בכספים כראות עיניו – בין תוך הסתייעות בבני משפחתו, בין תוך הסתייעות באחרים, ובין ללא סיוע כלשהו (ושמירת תמורת הסיוע לעצמו). בכל מקרה, הניזוק הוא שעומד במרכז.

חרף זאת יש למשפחה ולנושא המשפחתי מקום של כבוד בדיני הנזיקין, והוא נלמד מדינים שונים, שאת חלקם נזכיר בהמשך המאמר.<sup>10</sup> הדוגמאות מורות כי

10 התופעה שמעמדה של המשפחה נלמד מפרטי הדינים, ואינו מעוגן באופן פורמלי, אינה מיוחדת לדיני הנזיקין. ראו אהרן ליכטנשטיין "המשפחה בהלכה", משפחות בית ישראל – המשפחה בתפיסת היהדות 13 (ספר הכינוס למחשבת היהדות, שנה יח, התשל"ו), המצביע על כך שחרף העובדה שמדובר ב"תופעת יסוד בתפיסת ההלכה", אין למשפחה מעמד פורמלי.

הפגיעה הנחזית כפגיעה פרטית היא במידה רבה פגיעה משפחתית, וכי יש להכיר במשפחה כגוף בעל מעמד.<sup>11</sup> לעניין זה מתייחסת רשימה זו. חשוב להדגיש כבר עתה: הסתכלות על המשפחה כבעלת מעמד נזיקי לא תוביל בהכרח ובכל מקרה לשינוי בפרטי הדינים הספציפיים. עם זאת, כריכת הדינים השונים המכירים באופן משתמע במשפחה תניב הבנה טובה יותר של הבסיס המשותף לאותם דינים, ותאפשר התייחסות עקיבה במקום התנהלות ספורדית ממקרה למקרה. מעבר לכך, המכנה המשותף יוביל לשינוי הדין במקומות מסוימים, וגם יספק הסבר לדינים קיימים אך מוקשים.

## ב. השפעת אירוע נזיקי על בני המשפחה

לפני שניגש לבחינת המישורים שבהם הדין מכיר בפגיעה המשפחתית, כדאי שנתייחס לעובדות שלא תיתכן לגביהן מחלוקת:<sup>12</sup> כאשר בן משפחה נפגע, המשפחה

11 לא נעסוק במאמר זה במעמד המשפחה כמזיקה ובמשמעות של מעמד כזה. כיום, ובהתאם להוראה מפורשת בס' 18 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], אין בן-זוג חב בדרך-כלל בגין עוולה שעשה בן-זוגו. עם זאת, הפסיקה הכירה באפשרות של אחריות של הורה בגין מעשי ילדו אם לא פיקח על הילד באופן סביר. ראו ע"א 290/68 אריאלי נ' צינק, פ"ד כב(2) 645, 651 (1968), והשוו ת"א (מחוזי חי') 1225/90 כהן נ' ניר, פס' 6 (פורסם בנבו, 14.11.1993); ת"א (שלום ים) 5064/03 שמואל נ' שרלין, פס' 41 ואילך (פורסם בנבו, 18.5.2008). כן השוו לאחריות המשפחתית בהצעת חוק גירוש משפחות מפגעים על רקע לאומני, התשע"ז-2016.

12 למען הסר ספק, אין עניינו במשפחה מסוג מסוים. לצורך הדיון כאן אין זה משנה אם מדובר במשפחה שבה ההורים הם גבר ואישה או מאותו מגדר. באופן דומה, אין זה משנה אם מדובר בילדים ביולוגיים או מאומצים, או אף כאלה שמשתייכים באופן פורמלי רק לאחד מבני-הזוג (דהיינו, אחד מבני-הזוג הוא הורה של הילד, ואילו בן-הזוג האחר – אף שגם הוא מגדל את הילד – אינו נחשב הורה של הילד). השוו ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999), שם קבע בית-המשפט העליון כי הגדרת "תלויים" מתייחסת גם לידועים בציבור, וכן עב"ל (ארצי) 731/07 קירשנר – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 6.9.2009), שם נקבע כי ידועה בציבור שבן-זוגה נפטר תיחשב אלמנה לצורך זכאות לקצבת שאירים. כן השוו ע"א (מחוזי נצי) 3245/03 ירושת ש.ר. נ' היועץ המשפטי לממשלה במשרד האפטרופוס הכללי, פ"מ תשס"ג 721 (2004), שם נקבע כי יש להחשיב זוג גברים כידועים בציבור לצורכי ירושה (בהעדר צוואה), וכן בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994), שם נקבע כי המונח "בן-זוג" לצורך זכויות בהסכמי העבודה בחברת אל-על יכלול גם בן-זוג מאותו מגדר. לדיון בהקמת משפחה על-ידי זוג גברים, באמצעות פונדקאות, ראו בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 27.2.2020). מובן שבמתן מעמד למשפחה בדיני הנזיקין יש לקבוע לאיזה סוג משפחה הכוונה, אולם דומה שההכרעה תיפול בהתאם לעקרונות וערכים שמחוץ לדיני

כולה נפגעת. כאשר ילד נפגע, חיי הוריו נהפכים על פניהם.<sup>13</sup> אם הפגיעה קשה, חייהם מתחילים לסבוב סביבו. עניין זה משפיע גם על הילדים-האחים האחרים: לא רק שהן המשפחה אינו מסוגל לשאת אותם (באשר הוא מוקדש לצרכים החיוניים של הילד הפגוע), גם ההתייחסות של ההורים אליהם היא התייחסות חלקית בלבד, שכן הם אינם מסוגלים לחלק את זמנם בין הילד הפגוע לבין שאר הילדים. זאת ועוד, הטיפול עצמו משאיר את רישומו הן בהורים והן בילדים (אשר במקרים רבים שותפים לטיפול בניזוק, ואף חיים בצל ציפייה משפחתית שהם ימשיכו בטיפול לאחר שייתשו כוחות ההורים). כך תיארנו לאחרונה את הדברים חוקרות מתחום החינוך המיוחד:

“הולדתו של ילד ‘אחר’, דהיינו עם צרכים מיוחדים, מכניסה את המערכת המשפחתית כולה למצב של חוסר איזון ויוצרת דינמיקה שונה.

הנזיקין. דיני הנזיקין עצמם אדישים לכך. למשל, אין מניעה פנימית, מבחינת דיני הנזיקין, להכיר במשפחה פוליגמית, אך ייתכן שמכוח עקרונות חיצוניים תיפסל הכרה נזיקית במשפחה מעין זו. ראו משרד המשפטים, הצוות הבין-משרדי להתמודדות עם השלכותיה השליליות של הפוליגמיה דו"ח מסכם (2018) [www.gov.il/BlobFolder/generalpage/polygamy-final-report/he/polygamy-final-report.pdf](http://www.gov.il/BlobFolder/generalpage/polygamy-final-report/he/polygamy-final-report.pdf). כך, למשל, כאשר סירב בית-המשפט העליון להכיר בהוצאות בגין היזקקות הנפגע לשירותי ליווי, אף שההיזקקות נגרמה בשל האירוע הנזיקי, אחד מנימוקיו היה פסלות התופעה. ראו ע"א 11152/04 פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד סא(3) 310, פס' 16–24 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (2006). ראו, לעומת זאת, את החלטתו של בית-הדין הארצי לעבודה לפצות אישה שהועסקה בזנות בגין שכר עבודה שלא קיבלה: ע"ע (ארצי) 480/05 בן עמי – פלונית (פורסם בנבו, 8.7.2008). כן ראו את ההלכה המבוססת שיש לפסוק פיצויים על בסיס אובדן ההשתכרות הנכון גם אם הנפגע הצהיר הצהרות-כזב לשלטונות המס: ע"א 4351/13 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' וינטר, פס' 5 (פורסם בנבו, 11.11.2013).

בהקשר המשפחתי השווה לאחרונה לדחיית עתירה לרישום נישואים שנערכו בחו"ל בשל העובדה שהקשר הזוגי בין בני-הזוג החל כאשר האישה הייתה קטינה והגבר היה נשוי לאמה: בג"ץ 5384/16 פלוני נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.8.2017). שיקולים אלה יכולים להשפיע גם על ההחלטה אם להכיר בחיובים אזרחיים. ראו ע"א 32/81 צונן נ' שטל, פ"ד לז(2) 761 (1983), שבו נדחתה תביעה למזונות בשל העובדה שהנישואים נעשו באופן פרטי, ולא באמצעות הרבנות. כן ראו עב"ל (ארצי) 45818-02-17 פישביין – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 15.6.2018), שם דחה בית-הדין הארצי בקשה של שתי אחיות קשיות, המתגוררות יחד כעשרים וחמש שנים, להכיר בהן כידועות בציבור. עם זאת, ההרכב נחלק בהנמקותיו: בעוד שהרוב דחה את הבקשה לגופה (שם, פס' 38 ואילך לפסק-הדין של השופט גליקסמן), חלק מהשופטים (שם, פסק-הדין של הנשיא (בדימ') פליטמן) דחו את התביעה רק בשל היותה מוקדמת, מבלי לשלול את האפשרות הבסיסית להכיר באחיות כידועות בציבור.

13 חשוב להבהיר: אף שבטקסט נקטתי לשון “ילד”, הדברים נכונים גם כאשר מדובר בילד בוגר, ואף בבן משפחה שאינו ילד כל עיקר, אלא, למשל, הורה שנפגע. בהמשך הרשימה אף נדון בפסיקה המכירה – בסייגים – במעמדם של ילדים בגירים כתלויים במנוח בעת אירוע נזיקי.

בתהליך זה כל אחד ואחד מבני המשפחה מתמודד עם ההשלכות שיש  
לחריגות על המערכת המשפחתית. האחאים ה'בריאים' נמצאים בסיכון  
גבוה יותר לפתח קשיים רגשיים וחברתיים.<sup>14</sup>

היטיבה לתאר זאת השופטת חיות בדונה בשאלה מי הם הניזוקים מן העברה  
הזכאים לפיצוי במסגרת הדין הפלילי:

"טלו למשל מקרה שבו בעקבות מעשה אלימות חמור במיוחד או  
בעקבות נהיגה בשכרות, נותר הנפגע הישיר מן העבירה משותק  
בשתיים או גרוע מכך בארבע גפיים. נקל לשער כי במקרה כזה ייגרמו  
נזק וסבל קשים ביותר לבני המשפחה מדרגה ראשונה ולו בשל הנזק  
הלא ממוני ועוגמת הנפש המתמשכים שיהיו מנת חלקם בנסיבות  
כאלה."<sup>15</sup>

### ג. ההכרה בנפגעים "משפחתיים" כנפגעים מיוחדים

עיון בדין הפוזיטיבי מגלה כי אף שהדין אינו עוסק במשפחה כאישיות משפטית  
נפרדת, בעלת זכויות וחובות, הוא מכיר – במסגרת דיני הנזיקין – במעמד  
המיוחד של המשפחה ושל הקשרים המשפחתיים. טענתי היא כי יש מקום לחבר  
את הנקודות השונות לקו רציף, וכי מתוך ההכרה בנפגעים המשפחתיים כבעלי  
מעמד מיוחד יש להסיק גם את מעמדה העצמאי המיוחד של המשפחה עצמה.  
לצורך כך נבדוק כמה סוגיות בדיני הנזיקין שבהן ניתן משקל משמעותי לקיומה  
של המשפחה: סוגיית הנפגעים העקיפים; סוגיית התלויים; הסוגיות של לשון הרע  
על נפטר, פגיעה בפרטיותו של נפטר ופגיעה בכבוד המת; וסוגיות ה"הולדה  
בעוולה" וה"הפלה בעוולה".

#### 1. נפגעים עקיפים

הדין מבחין בין ניזוק ישיר לבין ניזוק עקיף. בעוד ניזוק ישיר שבוצעה כלפיו עוולה  
יכול להגיש תביעה על כל נזק שנגרם לו, אין הדברים כך ביחס לניזוק עקיף,

14 ענבל בכר-כץ ורבקה הלל לביאן "אם למישהו לא מתאים שיש לי אח כזה, לא מגיע לו להיות  
חבר שלי" – קולותיהם של אחאים לילדים עם צרכים מיוחדים "סוגיות עכשוויות בשילוב של  
ילדים ובוגרים עם צרכים מיוחדים בישראל 133, 133 (שונית רייטר, עירית קופרברג ויצחק  
גילת עורכים, 2017).

15 דנ"פ 5625/16 אסרף נ' טווק בוקבזה, פס' 23 לפסק-דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו,  
13.9.2017).

דהיינו, ביחס למי שניזוק כתוצאה מהיחשפותו לפגיעה בניזוק הישיר (למשל, אם שסובלת נזק כתוצאה מהיחשפותה לתאונה הקורית לילדה). ניזוק עקיף אינו זכאי בדרך-כלל לפיצוי כלשהו. על-מנת שניזוק עקיף יהיה זכאי לפיצוי, הוא צריך למלא תנאים שונים, הנוגעים באופן ובמועד שבו הוא נחשף לאירוע הישיר, כמו-גם בגובה הנזק (שכן רק נזק משמעותי יובא בחשבון).<sup>16</sup> אך על תנאים אלה הוסיפה הפסיקה תנאי מצטבר נוסף לגבי זהות התובע מבחינה משפחתית:

"מן ההיגיון לקבוע, בשלב הנוכחי, תנאי, אשר לפיו תותר התביעה אך לקרובי משפחה ממדרגה ראשונה (הורים, ילדים, בני-זוג). ראינו, כי על-פי האינפורמציה הרפואית הידועה, תהליך גרימתו של נזק נפשי ועוצמתו הם במידה רבה תוצאה של מידת יחסי הקירבה, שהתקיימו למעשה, עובר לתאונה, בין הנפגע הישיר בתאונה לבין מי שלקה בנפשו כתוצאה מכך. היינו, יש חשיבות רבה למידת הקירבה והאינטימיות בפועל."<sup>17</sup>

הנה כי כן, נפגע מתוך המעגל המשפחתי יכול שיהיה זכאי לפיצוי גם אם הוא ניזוק עקיף (בכפוף למילוי שאר התנאים); נפגע מחוץ למעגל המשפחתי – לא.<sup>18</sup>

16 פסק-הדין המנחה בעניין זה הוא רע"א 444/87 אלסוחה נ' עיזבון דהאן, פ"ד מד(3) 397 (1990). הלכה זו קובעת כי בדרך-כלל ניזוק עקיף אינו זכאי לתבוע, ומגדירה תנאים שונים להכרה בזכותו של ניזוק עקיף לפיצוי, ביניהם שהנזק ייגרם כתוצאה מהיחשפות ישירה לאירוע המזיק, שהיחשפות לאירוע תהא קרובה בזמן ובמקום, שהפגיעה תהיה משמעותית, וכן התנאי של קרבה משפחתית, שעליו נעמוד בטקסט. מעניין שלמרות קביעת התנאים הקפיד הנשיא שמגר לציין בכל פעם כי אין מדובר בקביעת מסמרות, אולם בפסיקה שלאחר-מכן התקבלו התנאים כמעט ללא הסתייגות. ראו, למשל, רע"א 5803/95 ציון נ' צח, פ"ד נא(2) 267 (1997).

בפסיקה מאוחרת נרשמה נטייה לוותר על חלק מהדרישות כאשר מדובר בבני משפחה קרובים וכאשר אין תובע אפשרי אחר. כך, למשל, ב"הפלה בעוולה" (ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק, פ"ד סב(2) 218 (2007)), שבה לא נולד ילוד חי; במקרה של "הולדה בעוולה" (ע"א 1326/07 המר נ' עמית, פס' 39 לפסק-דין של המשנה לנשיא ריבלין (פורסם בנבו, 28.5.2012)), שבו נפסלה האפשרות שהילוד יגיש תביעה; ובמקרה של פגיעה בנפטר (ע"א 4576/08 בן צבי נ' היס (פורסם בנבו, 7.7.2011)), שם הוכר מעמדם של שאיריו הקרובים של נפטר (להבדיל מיורשיו). בסוגיות אלה נדון בסמוך.

17 פרשת אלסוחה, לעיל ה"ש 16, פס' 20(א) לפסק-דין של הנשיא שמגר (ההדגשות במקור).

18 פסיקה מאוחרת הרחיבה את הקבוצה המשפחתית, אך בכל מקרה עמדה על צורך בקשר משפחתי. ראו, למשל, ת"א (מחוזי ב"ש) 2024/95 אלקתנאני נ' סהר חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 31.8.1998) (בן-דוד); ת"א (שלום כ"ס) 6549/96 מגיס נ' כלל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 27.10.2002) (אחיינית). במקרה אחד הרחיב בית-המשפט המחוזי את המבחן גם ל"זוג נאהבים" שתכננו להינשא: ת"א (מחוזי י-ם) 428/92 אמר נ' הדר חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 28.6.2001).



## 2. תלויים

הדין הנזיקי מכיר בכך שתלויים של אדם שנפטר בשל עוולה (ואשר לא מיצה את זכויותיו קודם למותו) זכאים לפיצוי בשל הפגיעה בהם. סעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובע כי "גרמה עוולה למותו של אדם, והיה אותו אדם, אילולא מת, זכאי אותה שעה לפיצויים לפי פקודה זו בעד חבלת גוף שגרמה לו העוולה – יהיו בן זוגו, הורו וילדיו זכאים לפיצויים מן האדם האחראי לעוולה" (ההדגשה הוספה). גם כאן ההכרה היא רק בקרובי-משפחה, מי שנמנים עם המשפחה הקרובה,<sup>19</sup> ו"תלוי" שאינו קרוב-משפחה לא יהיה זכאי לפיצוי כלשהו.

ההגנה על חברי המשפחה במסגרת דיני התלויים חודדה לאחרונה בעניין פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה,<sup>20</sup> גם אם ללא קביעת הלכה חד-משמעית. במקרה זה דן בית-המשפט העליון בשאלה של פיצוי לתלויים בגירים. בפסק-הדין התעוררה מחלוקת בין השופטים סולברג ועמית<sup>21</sup> בדבר היקף המקרים שבהם ילדים בגירים שיכלו לפרנס את עצמם אך זכו בפועל בתמיכת הניזוק המנוח לפני מותו יקבלו פיצוי כתלויים. השופט עמית היה מוכן אומנם להכיר באופן עקרוני בכך שתלויים בגירים יזכו בפיצוי מהמזיק, אך התנה זאת בכך שמדובר במי שהיה סמוך על שולחן המנוח, תוך הדגשה שהתלות צריכה לנבוע מ"אחדות התא המשפחתי". רק במקרים כאלה, על-פי השופט עמית, יהיה אפשר להכיר בתלות גם כאשר התלוי לומד לתואר ראשון ואולי גם לתואר שני.<sup>22</sup> השופט סולברג, לעומת זאת, בחר להרחיב את קטגוריית הבגירים הזכאים לפיצויים בגין תלותם במנוח. לדעתו, בגירים יכולים להיחשב תלויים גם לאחר עזיבת משק-הבית של ההורים, כגון במקרה של זוג אשר התחתן בגיל צעיר ועודנו תלוי בהורים בצורה ממשית מאוד אף שאינו מתגורר עימם בפועל, וכאשר "התלות נובעת כל כולה מהקשר המשפחתי שבין ההורים לילדיהם".<sup>23</sup> עיון במחלוקת זו מלמד כי יותר

עמדה זו, המחייבת קשר משפחתי, אומצה בעניין אסרף, לעיל ה"ש 15, גם ביחס לפיצוי שנפסק לטובת ניזוקים מן העברה במסגרת גזר-הדין הפלילי. מן הראוי לציין כי הפסיקה לא שללה באופן עקרוני את האפשרות להכיר בהרחבת מעגל התובעים אל מחוץ למשפחה הקרובה. עם זאת, בפועל הרחבה כזו לא התרחשה בצורה משמעותית.

19 בפסק-דין לינדורן, לעיל ה"ש 12, נקבע כי אין צורך בקשר של נישואים, וגם ידועים בציבור נכללים בגדר התלויים.

20 ע"א 8961/16 פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה (פורסם בנבו, 14.6.2017).

21 השופט השלישי, השופט דנציגר, לא הכריע בנושא. שם.

22 שם, פס' 12 לפסק-דינו של השופט עמית.

23 שם, פס' 6 לפסק-דינו של השופט סולברג.

משהיא נובעת מהשאלה אם צריך להגן על המשפחה כמשפחה, היא נובעת מהסתכלות שונה על המבנה המשפחתי האופייני כיום בישראל.<sup>24</sup> אך גם העמדה המצמצמת יותר של השופט עמית נועדה במידה רבה להגן על המבנה המשפחתי. תביעת תלויים מתאפיינת בכך שהיא באה על-חשבון היורשים, שכן רוב ראשי-הנזק חופפים.<sup>25</sup> שכרו של הנפגע-המנוח מתחלק בין החלק ה"נחסף" עקב מותו (ידת המחיה של המנוח, המופחתת מהשתכרותו), התלויים (המקבלים את סכום התלות שנמנע מהם) והיורשים (אשר זוכים ביתרת השכר).<sup>26</sup> דהיינו, ככל שחלקם של התלויים עולה כן חלקם של היורשים פוחת (ההיגיון הוא שהיורשים באים בנעליו של המנוח, ולכן נאלצים כמוהו, כאשר יש תלויים, להסתפק לצורכיהם האישיים בסכומים נמוכים יותר). היורשים הם בדרך-כלל בני משפחה אחרים, ובראשם בן-הזוג של המנוח (וזאת מעבר לזכותו של בן-הזוג כתלוי). נמצא כי ההחלטה בדבר היקפה של הגדרת התלויים משמשת גם להגדרה ולעיצוב של היחסים בתוך המשפחה. השופט עמית מציין, בתמיכה לעמדתו המצמצמת, ש"מוטב כי האלמנה – כיורשת היחידה של המנוח – תוכל לקבל החלטה עצמאית על המשך תמיכה בילדיה הבוגרים, צמצומה או הפסקתה".<sup>27</sup> נמצא כי הרצון של השופט עמית הוא להגן על ראש המשפחה החדש, ולא לבזר את הסכומים באופן שעלול להביא לידי התפרקות המשפחה.<sup>28</sup> גם כאן ההתייחסות למשפחה היא כאל קבוצה אחת בתחום הנזיקי.

24 ולולא דמסתייג הייתי אומר שיתכן כי מדובר במחלוקת הנובעת מהמבנה המשפחתי האופייני בחברה הסובבת כל אחד מהשופטים.

25 בעבר הייתה חפיפה מלאה, אך כיום החפיפה חלקית בלבד. ראו ע"א 2739/06 עזבון דוביצקי נ' דקאללה, פ"ד סב(3) 864, פס' 7 ואילך (2008), שבו כל ראש-נזק נבדק בנפרד, ונקבע, למשל, כי פיצוי בגין נזקים לא-ממוניים של המנוח (כאב וסבל, קיצור תוחלת החיים ואובדן הנאות חיים) וכן הוצאות לוויה וקבורה יועברו לעיזבון, ואילו פיצוי בגין אובדן שירותי המנוח יועברו לתלויים. מכל מקום, אובדן ההשתכרות של המנוח מתחלק בין התלויים ליורשים. המזיק אינו נושא יותר מאובדן שכר פעם אחת רק משום שלמנוח היו תלויים, אלא נקבע סכום כולל (תוך הפחתת ידת המחיה של המנוח), מתוכו מופחת חלק התלויים (ככל שקיימים כאלה), והיתרה הולכת ליורשים.

26 תוספת זו ליורשים היא תוספת חדשה יחסית במשפט הישראלי, למן פסק-הדין שקבע פיצוי בגין אובדן השתכרות ב"שנים האבודות": ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

27 עניין פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה, לעיל ה"ש 20, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית.

28 דומה לכך תופעת המיטיבים. גם המיטיבים את הנזק מגיעים, ברוב המקרים, מתוך בני המשפחה. ככל שמטיבים תובעים, סכום הפיצוי המגיע לניזוק מופחת בהיקף ההטבה הנפסקת. ראו אהרן ברק "פיצויים" דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 566, 646 (מהדורה שנייה,

סוגיית ההתחשבות בזכויות התלויים אמורה לקבל "שדרוג" משמעותי בקודקס האזרחי המתוכנן.<sup>29</sup> כיום התלויים זוכים במעמד נזיקי רק במקרה שהניזוק הישיר נפטר בטרם זכה בפיצוי. אם הניזוק הישיר מגיש תביעה, הוא יכול לקבל סכומים (שכוללים אובדן שכרו בשנים האבודות) ואז לעשות עם כספי הפיצויים כאוות נפשו, מבלי שמוטלת עליו מגבלה כלשהי. במקרה כזה אין לבני המשפחה מעמד, ואם לאחר זמן ימות הניזוק ולא יישאר דבר בעזבונו, יעמדו בני המשפחה התלויים (כולל נושי המזונות) מול שוקת שבורה.<sup>30</sup> והנה, בסעיף 468 להצעת חוק דיני ממונות מוצע לחדש ולהגן על זכויות התלויים גם כאשר הניזוק עודו בין החיים: "קוצרה תוחלת חייו של נפגע עקב הפרה, זכאי הנפגע, בחייו, לפיצויים בשל נזק הממון שעתיד להיגרם לתלויים בו בשל כך, בתקופת קיצור תוחלת החיים, לפי שיעור תלותם בו באותה תקופה; בית המשפט רשאי לקבוע הוראות לעניין זה ככל שימצא לנכון לצורך הבטחת אינטרס התלויים" (ההדגשה הוספה). במילים אחרות, אם תתקבל הצעה זו, יוכל בית המשפט להגן, כבר במועד מתן פסק-הדין ובאופן ישיר, על האינטרס העתידי של בני המשפחה לאחר שהניזוק ימות.<sup>31</sup>

### 3. לשון הרע על נפטר, פגיעה בפרטיותו של נפטר ופגיעה בכבוד המת

כאשר פרטיותו של אדם נפגעה או הוצאה עליו לשון הרע ולאחר-מכן הוא נפטר, סעיף 25 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, וסעיף 25 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, קובעים מה יעלה בגורל תביעתו. סעיפים אלה מבדילים בין מקרה שבו המנוח הגיש תביעה בטרם נפטר לבין מקרה שבו המנוח טרם הספיק

גד טדסקי עורך, (1976). מכל מקום, אין פוסקים למיטיב פיצוי בגין הטבה עתידית, גם אם היא צפויה (ע"א 331/75 "מבטחים" מוסד לביטוח סוציאלי של העובדים בע"מ נ' פלאצי, פ"ד לב(1) 63 (1977); ת"א (מחוזי חי') 4412-06-11 ליטצבה נ' הראל חברה לביטוח בע"מ, פס' 115 (פורסם בנבו, 1.4.2015)). בכך נשמרת זכותו של הניזוק עצמו להחליט אם בעתיד (לאחר פסק-הדין) הוא יבקש להשתמש בהטבה אם לאו, ואין הוא נאלץ להשתמש במיטיב הספציפי שסייע לו בעבר.

29 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712. מדובר בהצעה פרי עבודה רבת שנים של ועדת מומחים, אשר אמורה להחליף את כל הדין האזרחי. עם זאת, מן הראוי לציין כי בפועל הצעה זו – שעברה קריאה ראשונה בכנסת – מוקפאת. הדיון האחרון להכנת ההצעה לקריאות השנייה והשלישית בוועדת החוקה, חוק ומשפט התקיים במאי 2012, והסתיים בס' 17 בלבד של ההצעה (בהצעה יש 996 סעיפים).

30 חוק הירושה, התשכ"ה-1965, בא להגן על התלויים בס' 56–65, הקובעים מזונות מן העיזבון. עם זאת, סעיפים אלה אינם מגינים במקרה שהמנוח העניק את הסכומים במתנה או בזכויות אחרות.

31 סביר להניח שאם הניזוק יוסיף ויחיה מעבר לתוחלת החיים שחזה בית המשפט, או אם צרכיו המידיים יגדלו, ישמשו הכספים בראש ובראשונה את האינטרס שלו, ולא יישמרו לשנים שיבואו לטובת תלויים תוך הפקרתו.

להגיש תביעה. בשני המקרים המעמד (להמשיך בתביעה או להגישה מלכתחילה) ניתן ל"בן-זוג, ילדו או הורה, ואם לא השאיר בן-זוג, ילדים או הורים – אחיו או אחותו". שאירים אלה, בני המשפחה הקרובים, הם שזכאים להמשיך ליטול לידיהם את ניהול התביעה, ללא קשר לשאלה אם הם יורשים.<sup>32</sup>

סעיפים דומים מצויים ביחס ל"זכות המוסרית" בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007. הזכות המוסרית היא זכותו של יוצר ששמו ייקרא על יצירתו ושלא יוטל בה פגם או ייערך בה סילוף.<sup>33</sup> זכות זו נוספת על הזכות הכלכלית ביצירה, אך בניגוד לזכות הכלכלית, היא אישית ואינה ניתנת להעברה בין החיים.<sup>34</sup> לעומת זאת, במקרה של פגיעה בזכות המוסרית לאחר מות היוצר, מי שרשאי להגיש תביעה הם קרובי-משפחתו של היוצר – "בן זוג, צאצא, הורה או אח".<sup>35</sup>

32 בסעיפים אלה רב הנסתר על הנגלה, אולי מן הטעם שבכך המקרים יש זהות (לפחות חלקית) בין היורשים לבין השאירים. כך, למשל, שאלה היא מי יזכה ליהנות מהפיצויים שייפסקו. ראו את דעתו של אורי שנהר דיני לשון הרע 443 (1997) ביחס לחוק איסור לשון הרע, שעל-פיה אף שהשאירים הם המנהלים את התביעה, מדובר בפגיעה במנוח, ולכן הפיצויים ילכו לעזובו, דהיינו ליורשים, ולא למי שמנהלים את התביעה (דומה שמדובר בניסיון ליישב את ס' 25 עם ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, אשר מחיל במפורש את ס' 19 לפקודת הנזיקין (ס' 14 לפקודת הנזיקין האזרחיים, 1944, המנדטורית), הקובע כי כמות אדם העילות שעמדו לו עוברות לעזובו). שאלה נוספת היא מה קורה כאשר השאירים אינם מגישים תביעה: האם במקרה כזה היורשים-שאינם-שאירים יכולים להגיש תביעה? במילים אחרות, האם חוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות באים להוסיף תובעים על התובעים הרגילים (שכן על-פי הדין הישראלי, כתביעה נזיקית רגילה, שאינה על-פי חוק איסור לשון הרע או חוק הגנת הפרטיות, היורשים באים בנעלי המנוח ויכולים להגיש תביעה) או שמא הם באים במקומם, באופן ששולל את זכות היורשים להגיש תביעה? השורר רע"א 2208/09 יצהר נ' עיזבון אברהם (פורסם בנבו, 26.1.2010), שם הביא בית-המשפט העליון את טענות הצדדים בדבר הפרשנות הראויה, אך בחר, בפס' 25, לא להכריע ביניהן. כן ראו את עמדתו של אלי הלם דיני הגנת הפרטיות 294 (2003), שלפיה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נובע שגם היורשים יכולים להמשיך בתביעה, ועמדה זו, יכולה להיתמך בס' 4 לחוק הגנת הפרטיות, המחיל את כלל הוראותיה של פקודת הנזיקין, ובכלל זה ס' 19 לפקודה, על פגיעה בגין לשון הרע. לבסוף אציין כי לא ברור מהסעיפים בחוק איסור לשון הרע ובחוק הגנת הפרטיות מה המצב במקרה שחלק מהשאירים מתנגדים לניהול התביעה או מבקשים להתפשר ואילו היתר מבקשים להגיש תביעה או להמשיך בה: מי גובר במקרים כאלה? האם יש מדרג (מעבר למדרג הברור בסעיף) המעדיף את בן-הזוג על הילדים ואת הילדים על ההורים, או את המבקשים לנהל תביעה על מי שמתנגדים לניהול התביעה (או להפך)?

33 ס' 46 לחוק.

34 ס' 45 לחוק.

35 ס' 55 לחוק. בניגוד לחוק איסור לשון הרע וחוק הגנת הפרטיות, מעמד האחים אינו משני לזה של הקרובים האחרים. מן הראוי לציין כי בניגוד לחוקים האמורים, המציינים במפורש כי במקרה שהוגשה תביעה על-ידי המנוח לפני מותו, המשך ניהולה ייעשה על-ידי השאירים, מחוק זכות יוצרים לא ברור מה יהא הדין במקרה של הפרה שאירעה לפני מותו של היוצר אך

דומה שהחוט המקשר בין לשון הרע, הגנה על פרטיות והזכות המוסרית הוא אותו קשר בלתינתק לאישיותו של המנוח: לשון הרע מתייחסת אל המנוח, להבדיל מנכסיו;<sup>36</sup> בדומה לכך גם הפגיעה בפרטיות;<sup>37</sup> וכך גם הפגיעה בזכות המוסרית, המשקפת את רוחניותו של היוצר.<sup>38</sup> דומה שהסתכלות זו על מעמד המשפחה ובני המשפחה מוליכה למסקנה שגם ביחס ליצירה הנזיקית החדשנית של "פגיעה באוטונומיה"<sup>39</sup> יש מקום לקבוע – לצורך הקוהרנטיות של הדין, ולו על-דרך ההיקש – כי במות הנפגע תעבור הזכות למשפחתו הקרובה, להבדיל מיוורשו.<sup>40</sup> העדפת השאירים כתובעים במקרה של פגיעה בנפטר מתקשרת עם הדיון בעניין בן צבי.<sup>41</sup> באותו מקרה דובר בנתיחה לאחר המוות שבוצעה ללא הסכמה מודעת של בני המשפחה, ותוך הפרת המעמד שניתן לבני המשפחה הקרובים בחוק האוטונומיה והפתולוגיה, התשי"ג-1953, להתנגד או להסכים לנתיחה. בית-המשפט קבע כי

שהיוצר לא הספיק להשלים את הליכי התביעה בגינה. כמו-כן, גם חוק זה לוקה באי-הסדרת המקרים שבהם קיימת מחלוקת בין השאירים לבין עצמם. ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים כרך ב 876 (מהדורה שנייה, 2008).

36 כאשר מדובר בשקר המתייחס לנכסים, יחול ס' 58 לפקודת הנזיקין, הקובע עוולה של שקר במפגיע.

37 וראיה לדבר היא שאין פגיעה בפרטיות אלא על אישיות טבעית, בשר-ודם. ראו ס' 3 לחוק הגנת הפרטיות.

38 גרינמן, לעיל ה"ש 35, בעמ' 876, מבקר את ההסדר בחוק זכות יוצרים דווקא מהכיוון שאין הוא מגן מספיק על אישיותו הרוחנית של היוצר. לדעתו, בעקבות חקיקה במדינות אירופיות שונות, יש מקום לאפשר ליוצר לקבוע בצוואתו מי יאכופ את זכויותיו המוסריות – למשל, למנות את שותפו ליצירה, את מורו או את ידידו הקרוב, שיש להם הכשרה או הבנה ביצירתו יותר מאשר לקרוב-המשפחה.

39 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג (4) 526 (1999), וראו, למשל, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן, המעגנת את הזכות לאוטונומיה בזכות לפרטיות.

40 לכאורה, בהעדר הוראה מפורשת – דוגמת ס' 25 לחוק הגנת הפרטיות, ס' 25 לחוק איסור לשון הרע וס' 55 לחוק זכות יוצרים – ומאחר שהזכות לאוטונומיה פותחה באופן פסיקתי דרך פקודת הנזיקין, אין מנוס מלקבוע כי יורשו של מי שזכותו לאוטונומיה נפגעה הם שיירשו את עילת התביעה. אך ראו ת"א (מחוזי מר') 11740-03-13 Fundacio Gala – Salvador Dali נ' וי.אס.מרקטינג (ישראל 2005) בע"מ, פס' 153 ואילך (פורסם בנבו, 28.8.2016). בעניין זה דן בית-המשפט בשאלה למי עוברת הזכות לפרסום לאחר מותו של אדם, ולמי עוברת זכות התביעה בגין הפרתה. השופט מקובר מבחין בין זכויות אישיות, דוגמת פגיעה בפרטיות והזכות המוסרית, לבין זכויות רכושיות-קנייניות. הוא מסיק כי הזכות לפרסום היא זכות רכושית-קניינית, ובשל כך היא עוברת ליורשים. שמע מינה שלפחות לדעת בית-המשפט המחוזי שם, אילו סיווג את הזכות כזכות אישית, אזי העדר חקיקה מפורשת, דוגמת הסעיפים הנזכרים, לא היה מונע מסקנה שזכות התביעה עוברת לשאירים דווקא.

41 עניין בן צבי, לעיל ה"ש 16.

אלמנתו ובנותיו של המנוח זכאיות לפיצוי בשל הפגיעה בנפטר. עיון בפסקי-הדין שניתנו בפרשה זו בבית-המשפט המחוזי ובבית-המשפט העליון מגלה כי הפיצוי לא היה ליורשים בכשירותם זו (פיצויים שמשקפים את זכויותיו האישיות של הנפטר, ואשר לגביהם היורשים נכנסים בנעליו ומחלקים אותם ביניהם על-פי חלקם בירושה), אלא דווקא לבני המשפחה מן המעגל הראשון, ובית-המשפט לא דן כלל בחלק המדויק של התובעים בעיזבון ובמעמדם כיוורשים. השופט זילברטל בבית-המשפט המחוזי<sup>42</sup> ציין כי אין מדובר בפיצוי מכוח ירושה, שכן למנוח לא נוצרה זכות כלשהי בעודו בחיים (הפגיעה הייתה בגופו לאחר מותו, בזמן שלא הייתה לו כשירות משפטית, שכן זו מסתיימת בזמן המוות, וממילא הוא לא היה יכול לרכוש זכויות כלשהן) ועל-כן הוא לא הוריש. השופט זילברטל קבע כי העילה של פגיעה בכבוד המת עומדת ל"בני המשפחה, לפחות במעגל הראשון", והותיר ללא הכרעה את השאלה אם בהעדר קרובי-משפחה מן המעגל הראשון קיימת לגורם אחר כלשהו אותה עילת תביעה של פגיעה בכבוד המת. בבית-המשפט העליון לא נדונה שאלה זו ישירות, אולם בפסיקת הפיצויים לבנות המשפחה השונות (ובשיעור ההגדלה של הפיצוי בבית-המשפט העליון) לא הביא בית-המשפט בחשבון את חלקן בעיזבון, וממילא – גם אם ללא דיון מפורש – הוא ראה בפיצוי משום פיצוי החורג מדיני ירושה.

בהקשר זה אציין כי במידה מסוימת זה גם הדין של אפוטרופוס.<sup>43</sup> הדין קובע אומנם שקטין יכול להגיש תביעה נזיקית, אבל מי שמגיש את התביעה בפועל הוא האפוטרופוס, ובמקרה של קטין מדובר ברובם המכריע של המקרים באפוטרופוס הטבעי, דהיינו, בהוריו. גם כאן הדין קובע למעשה מי במשפחה יכול לייצג את האינטרס של הילד בהגשת תביעה ובניהולה.<sup>44</sup>

42 ת"א (מחוזי י-ם) 5340/03 בן צבי נ' היס, פס' 56 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 11.3.2008).  
 43 באופן פורמלי, המצב שבו גורם אחד במשפחה תובע את הזכויות של אדם אחר קיים גם במקרה של תלויים. בהתאם לס' 79 לפקודת הנזיקין, מי שיגישו את התביעה עבור התלויים יהיו נציגי העיזבון, שיגישו את התביעה "לטובת בן זוגו, הורו וילדיו" של המנוח. רק אם לא הוגשה תביעה כזו בתוך שישה חודשים, יוכלו גם תלויים שאינם יורשים להגיש את התביעה באופן עצמאי. אולם בפועל הוראה זו היא כמעט אות מתה – הן משום שבדרך-כלל קיימת זהות (ולו חלקית) בין היורשים לבין התלויים, והן מאחר שהפסיקה קבעה כי אם תקופת ששת החודשים חולפת לפני מתן פסק-דין בתביעתם של התלויים (ובמציאות הנוכחית אין אפשרות מעשית שיינתן פסק-דין קודם לכן), מתרפא בדיעבד הפגם של הגשת התביעה על-ידי התלויים לפני תום ששת החודשים. ראו ע"א 489/79 אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' עזבון צאיג, פ"ד לה(2) 123 (1980).

44 עם זאת, כוח זה אינו בלתי-מוגבל, הן בשל האפשרות של גורמים אחרים לפנות לבית-המשפט ולבקש שזה יורה לאפוטרופוסים כיצד לנהוג, ואף לבקש מינוי של אפוטרופוס חלופי, והן

## 4. תיקי "הולדה בעוולה" ו"הפלה בעוולה"

לקראת סיום נסגור את המעגל על-ידי חזרה אל סוגיית הניזוקים העקיפים שבה התחלנו את הדיון. בעניין לוי נדונה שאלת ה"הפלה בעוולה", דהיינו, מצב שבו בשל עוולה העובר נולד מת.<sup>45</sup> כל ההרכב הסכים כי מן הראוי לאפשר הגשת תביעה גם בהעדר יילוד בעל אישיות משפטית, שכן הכשירות המשפטית לרכוש זכויות, וממילא להעבירן בירושה לאחר-מכן, צומחת רק עם גמר הלידה (שאם לא כן ייווצר מצב שבו נעשתה עוולה אך אין תובע). דעת הרוב (של השופטים ריבלין וגוברמן) סברה כי מדובר בניזוק עקיף מסוג "מיוחד", וכי ניתן לוותר על התנאים הרגילים (למשל, שיעור הנכות הנפשית) על-מנת לגבש את מעמדם (ודי בצער הטבעי המתלווה לאובדן פרי-בטן), ואילו השופטת חיות הייתה בדעה שמדובר בניזוקים ישירים לכל דבר ועניין.<sup>46</sup> מן הראוי לציין כי הלכה זו נבחנה לאחר נתינתה במקרה שבו היילוד נולד חי: במקרה כזה, כך גרסה הפסיקה בהלכת שוויקי,<sup>47</sup> מעמד ההורים אינו קיים (ואולי "נעלם" עקב המאורע המאוחר של לידת יילוד חי), והיילוד הוא שיהא התובע. אם לאחר לידתו של היילוד, ולו זמן קצרצר לאחריו, הוא ימות, אזי ההורים יקבלו את הסכומים, אך זאת מכוח מעמדם כיוורשים.<sup>48</sup> כך או אחרת, הכל (הפיצוי) נשאר במשפחה.

משום שפתרון של פשרה בתיק נזיקי שהוגש בשם קטין מחייב שביית המשפט יקבע כי הפשרה היא לטובת הקטין.

45 עניין לוי, לעיל ה"ש 16.

46 ההבדל המעשי בין דעת הרוב לדעת המיעוט התבטא בשיעור הנזקים, שהם ממילא נזקים לא-ממוניים ונתונים לשיקול-דעתו של בית-המשפט: השופטת חיות, שסברה כי מדובר בניזוקים ישירים, פסקה סכומים בשיעור גבוה יותר.

שאלה מעניינת תתעורר (אם כי לנוכח גובה הסכומים ספק אם בית-המשפט ייטה לפסוק בה) במקרה של "הפלה בעוולה" בתאונת-דרכים, דהיינו, במקרה שבו עקב תאונה כזו אישה מפילה את פרי-בטנה. במקרה של תאונת-דרכים הפיצוי בגין נזק שאינו נזק ממון נגזר מאחוזי הנכות ומימי האשפוז (תוך הפחתה כתוצאה מגיל העולה על גיל שלוששים). ככל שאין אחוזי נכות (ואם יהיו להורים אחוזי נכות משמעותיים, ממילא הם יהיו זכאים לפיצוי, ולו כניזוקים עקיפים), בית-המשפט מוסמך לפסוק פיצוי של לא יותר מ-10% מהסכום המרבי, דהיינו, פחות מ-20,000 ש"ח. האם יפסקו לכל הורה סכום זה? לשני ההורים יחד?

47 ע"א 9466/05 שוויקי נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(3) 806 (2008).

48 ולנוכח העובדה שהיילוד לא היה יכול לכתוב צוואה. ראו ס' 26 לחוק הירושה. ייתכנו כמובן נפקויות מסוימות, כגון האפשרות של יורש להסתלק מירושה (אם לשני ההורים יש מעמד עצמאי – למשל, בעילת ההפלה בעוולה – אזי אם אחד מהם יחליט לא להגיש תביעה, המשמעות תהיה שהמזיק הרוויח; לעומת זאת, אם מדובר במקרה שבו ההורים תובעים מכוח מעמדם כיוורשים, אזי אם אחד מהם מסתלק מחלקו בירושה, מי שנהנה הוא היורש – ההורה – האחר, ולא המזיק, ורואים את היורש המסתלק כאילו לא ירש מלכתחילה). כמו-כן, כאשר

פסיקה מאוחרת יותר עסקה בנושא ה"הולדה בעוולה". בפרשת המר החליט בית-המשפט כי היילוד אינו יכול לתבוע בעילת "חיים בעוולה", דהיינו, יילוד אשר נולד עם מוגבלות אינו יכול לטעון לפיצויים בשל העובדה שאלמלא רשלנותו של הרופא הוא לא היה נולד כלל, בין משום שאמו לא הייתה נכנסת להיריון ובין משום שהיא הייתה מפסיקה את ההיריון. להורים, לעומת זאת, הוא התיר לתבוע בגין "הולדה בעוולה" (דהיינו, בשל הנזקים שנגרמו להם כתוצאה מהלידה של יילוד עם מוגבלות), תוך שהוא מעבה את העילה ומעביר אליה ראשי-נזק שהיו קודם נחלתו של היילוד, כגון אובדן ההשתכרות של היילוד בשנים שהוא חי, ההוצאות הרפואיות של היילוד ועזרת הזולת שהוא נזקק לה.<sup>49</sup> גם ראשי-נזק אחרים (כגון כאב וסבל של היילוד) הומרו בראשי-נזק מקבילים (כאב וסבל של ההורים, פגיעה באוטונומיה של ההורים).<sup>50</sup> בית-המשפט קבע כי בתביעה בגין "הולדה בעוולה" יהיו ההורים במעמד של תובעים ישירים,<sup>51</sup> ולא ניזוקים עקיפים בלבד (פסק-הדין ניתן על-ידי המשנה לנשיא ריבלין, אשר בסוגיית ה"הפלה בעוולה" סבר, כמפורט לעיל, כי ההורים הם ניזוקים עקיפים בלבד).

התובעים יורשים, הם יצרכו לפעול לקבלת צו ירושה, והליך זה כרוך בעלויות, אם כי דומה שדין עלויות אלה לחול על המזיק. להבדל בין פטירת ילד לאחר הלידה, ולו רגע קצר לאחריה, לבין פטירת העובר לפני הלידה אמורה לכאורה להיות השלכה ניכרת על גובה הפיצויים, שכן במקרה של מות ילד שנולד חי הפיצוי אמור לכאורה לכלול גם פיצוי בגין אובדן שכר בשנים האבודות ובגין קיצור תוחלת החיים. אולם סוגיה זו עשויה להיות בעייתית להכרעה. ראו ע"א (מחוזי ב"ש) 16586-05-13 עזבון פלוני נ' המרכז הרפואי סורוקה (פורסם בנבו, 22.10.2014). אכן, ספק אם רגע קצרצר יכול להצדיק – מבחינת מדיניות – את הפרש המשמעותי בפיצוי.

49 עניין המר, לעיל ה"ש 16.

50 שם. בפועל מדובר פחות או יותר באותם סכומים. ראו ע"א 2600/09 מכבי שירותי בריאות נ' נ' ס' (פורסם בנבו, 10.11.2013); אסף פוזנר "מזייצוב עד המר: חלק א' – האם יותר הוא תמיד יותר? היבטים מעשיים של חילוקי הדעות העקרוניים בסוגיית ההולדה בעוולה" ספר שלמה לוי 463 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

51 האם ההורים יכולים לפעול בכספים כאוות נפשם, תוך התעלמות מהיילוד? לדעתי, לא. ראו אסף פוזנר עוולות טרום לידתיות – הילד הרצוי והילד הבלתי רצוי 147 ואילך (2019) (להלן: פוזנר עוולות טרום לידתיות), שם פירטתי כי ההורים יהיו נאמנים על הפיצוי שנועד לטפל ביילוד, והיילוד עצמו ייחשב נהנה. רעיון זה כבר התקבל בחלקו על-ידי בית-המשפט המחוזי בירושלים בעקבות מאמר מוקדם שבו העליתי רעיון זה: אסף פוזנר "על הדילמה שבין תוצאה להנמקה וריבוע המעגל: על תביעתו הישירה-הנגזרת של היילוד בגין הולדה בעוולה" ספר שטרסברג-כהן 495 (אהרן ברק, יצחק זמיר, אבנר כהן, מורן סבוראי ואלעד עפארי עורכים, 2017); ת"א (מחוזי י-ם) 31657-04-13 פלוני נ' לאומית שירותי בריאות (פורסם בנבו, 24.2.2016). באופן דומה החליטו ערכאות מבררות כי חרף העובדה שמדובר לכאורה בזכויות של ההורים, עליהם להביא כל פשרה לאישורו של בית-המשפט, שיידרש לאשר כי הפשרה אכן לטובת הקטין. לדיון מפורט ראו בספרי הנזכר.



ראויה לציון ההנמקה להכרעה זו, הנשענת על שתי נקודות מרכזיות. ראשית, ההורים מחויבים בתשלום מזונות, וגם עזבונם מחויב בתשלום מזונות:

"לאחר הגיעו של הילד לגיל הבגרות, יש לפסוק להוריו פיצויים בגין תמיכתם בילדם, בשל שבניגוד למקרה הרגיל, תלותו בהם נמשכת עקב נכותו גם בתקופה זו ולמעשה למשך כל תוחלת חייו. אין מניעה כי פסיקת הפיצויים בגין נזקים אלה תתחשב באורך התלות המעשית של הילד בהוריו, מקום בו עקב נכותו ממשיך הילד להיות תלוי בהוריו גם בבגרותו, ובמיוחד כך משחובתם העקרונית של ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם הבגירים התלויים בהם אינה מוטלת בספק, והיא אף קיבלה ביטוי חוקי בסעיפים 4–5 לחוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959. אין חולק כי אלמלא ההתרשלות, לא היו ההורים נאלצים לשאת בהוצאות התמיכה בילדם לאחר בגרותו."<sup>52</sup>

ובהמשך:

"...ניתן למצוא מענה משפטי מספק גם לחשש שמא ילכו ההורים לבית עולמם מבלי שדאגו לסידורים מתאימים לשם קיום צרכיו של ילדם הנכה, וזאת במסגרת סעיפים 56–57 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, שעניינם הזכות למזונות מן העיזבון."<sup>53</sup>

והרי לנו זליגה של חובת המזונות, שהיא חובה מתחום דיני המשפחה, אל תוך דיני הנזיקין, כשדיני המשפחה – חובת המזונות – משמשים בסיס להכרה בזכותם של חייבי המזונות להגיש את התביעה הנזיקית.

שנית, בית-המשפט בונה למעשה נרטיב של "כאב וסבל משפחתיים":

"במקרי ההולדה בעוולה מתמשך הנזק הנפשי לאורך תקופת חייהם של ההורים – התובעים. אין זה נזק חד-פעמי. אין זה נזק המשתרע על-פני תקופה קצרה. ההורים נדרשים עד כלות לטפל בילד. הם חשופים לסבלותיו והם אמונים על רווחתו. הם מלווים את מכאוביו ייסוריו יומם ולילה ואלה – הופכים לייסוריהם ולסבלותיהם שלהם. הם מכוונים את אורח חייהם לדרך שתאפשר להם לקיים את אחריותם כלפי הילד. חייהם משתנים – לעתים מן הקצה אל הקצה. פעילויות שנראו פעם טבעיות וקלות להגשמה הופכות קשות מנשוא.

52 עניין המר, לעיל ה"ש 16, פס' 60 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין (ההדגשות במקור).

53 שם, פס' 75 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

הצורך לדאוג לעתידו של הילד, ככלות כוחם, מדיר שינה מעיניהם ומחסיר פרוטה מכיסם. זהו נזק מתמשך. הוא שונה ונפרד מן הפגיעה באוטונומיה שהיא פגיעה חד-פעמית המתרחשת ברגע בו נשללה מהם הבחירה. הנזק הנפשי המתמשך והקשה מחייב, לפיכך, פיצוי גבוה ומשמעותי.<sup>54</sup>

ואף שבית-המשפט אומר דברים אלה בהקשר של אירוע של "הולדה בעוולה", הדברים הללו, על שני צדדיהם (חובת תשלום המזונות והסבל הנובע מהטיפול בנפגע), נכונים לכל פגיעה של קטין.

חשוב לציין: כאשר בני משפחה אחרים (שאינם ההורים) ביקשו להגיש תביעה בשל "הולדה בעוולה", וטענו למעמד לאור חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959, לנוכח העובדה שגם הם ברשימת חייבי המזונות,<sup>55</sup> דחה אותם בית-המשפט המחוזי בשל העובדה שבית-המשפט העליון לא קבע כך בהלכת המר.<sup>56</sup> בכך, ללא ספק, צדק בית-המשפט המחוזי: עניין זה לא עלה כלל בפסק-הדין של בית-המשפט העליון בעניין המר, כשם שגם סוגיות אחרות – המצויות בתהליכי התפתחות – לא נדונו באותו פסק-דין. בפסק-דין מאוחר יותר קבע בית-המשפט העליון, באופן סתמי וללא הנמקה של ממש, כי "לאחים אין כל עילת תביעה כנגד המשיבה בגין הולדתה בעוולה של המערערת, והטענה לפיה הם חבים במזונותיה (עניין הטעון בירור נוסף לנוכח הוראת סעיף 5 לחוק המזונות) אינה מקימה להם עילת תביעה כאמור".<sup>57</sup> הדברים בסיפא אינם ברורים, שכן גם

54 שם, פס' 70 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ריבלין.

55 תביעה זו הוגשה כדי להתחמק מעולה של ההתיישנות שבני המשפחה סברו כי חלה על תביעת ההורים. מחשבה זו נבעה מכך שתביעת ההורים (תביעת ה"הולדה בעוולה") מתיישנת כנראה לאחר שבע שנים. לעומת זאת, אם מדובר בתובעים שהם קטינים (כגון אחאי היילוד), מרוץ ההתיישנות מתחיל רק כאשר הם מגיעים לגיל שמונה-עשרה, ועל-כן תביעתם אינה מתיישנת לפני הגיעם לגיל עשרים וחמש. בפועל, ובהתאם לפסיקה מאוחרת יותר (רע"א 4288/15 מכבי שירותי בריאות נ' פלוני (פורסם בנבו, 28.8.2016)), נקבעה תקופת-ביניים שבה היילוד יכול עדיין להגיש תביעה בגין "חיים בעוולה", ועל-כן לא הייתה התיישנות במקרה הספציפי, ולא היה צורך בהעברת השאלה בכור ההיתוך של ערעור בבית-המשפט העליון. לבעיית ההתיישנות שנוצרה בעקבות פסק-דין המר ראו, באופן כללי, אסף פוזנר "מזייצוב עד המר: חלק ב' – בין חיים בעוולה להולדה בעוולה: היבטים מעשיים של הוראות המעבר שבפסק דין המר" ספר שלמה לוי 489 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

56 ת"א (מחוזי ת"א) 47368-08-15 שרותי בריאות כללית נ' פלונית (פורסם בנבו, 22.5.2016).

57 ע"א 7336/18 פלוני נ' קופת חולים מאוחדת, פס' 11 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 19.9.2019) (ההדגשות במקור). לצורך הגילוי הנאות: הח"מ ייצג את המערערים באותו עניין.

ההורים אינם חייבים במזונות באופן אוטומטי על-פי חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), אלא יש לברר את מעמדם באופן פרטני. הדברים ברישא הם לא יותר מאשר הנחת המבוקש.<sup>58</sup>

עם זאת, ככל שמתייחסים להנמקה של בית-המשפט העליון בפרשת המר, זו מנביעה מעמד לכל חייב מזונות (ולו חייב מזונות פוטנציאלי), ובוודאי לזוה שמשותף בגידולו של היילוד במסגרת התא המשפחתי. יפים לעניין זה דבריו של המלומד האנגלי טוד:

“It is possible that a duty might be owed to other persons. Suppose... a single mother dies giving birth to a disabled child, and the child is looked after by a grandparent. In this case there would be a good argument in favour of giving the grandparent, or other person in fact taking care of the child, a right of action.”<sup>59</sup>

אין מדובר בהעברה של פירות התביעה ליורשי האם, אלא בזכות עצמאית של מגדלי היילוד.<sup>60</sup>

58 אין זה המקום במסגרת מאמר זה להרחיב את הדיבור על קביעה זו, אולם מקורה אינו ברור: האם הרופא המתחיל לא היה צריך לצפות שליילוד יהיו אחים? הרי במקרים רבים כבר יש לבני-הזוג ילדים נוספים (דבר שעולה במפורש במהלך הטיפול הרפואי), ומכל מקום, כאשר מדובר בטיפול בהיריון, קיימת ציפייה שייוולדו ילדים נוספים בעתיד. האם הרופא אינו צריך לצפות שאם ייוולד ילד עם מוגבלות, האחים צפויים לשלם את המחיר על-ידי תשלום מזונות? עניין זה הרי עולה במפורש בשל חוק לתיקון דיני משפחה (מזונות), והאחים אינם שונים לעניין זה מההורים. אכן, בעניין אחד האחים שונים מהאם. האם היא האדם היחיד שיכול להניע הגשת בקשה לקבלת היתר להפסקת היריון, ובעקבות קבלתו להחליט להפסיק את ההיריון. אך אם זו הסיבה (האפשרית) לקביעה שאין לאחים עילת תביעה, אזי לא היה מקום להכיר גם בעילתו הישירה של האב. אולם בפרשת המר הכירו הן באם והן באב כבעלי עילה ישירה. חשוב לציין: במקרים רבים קרבתם של האחים ליילוד גדולה מזו של האב (למשל, במקרה של תרומת זרע או במקרה שמדובר באם יחידנית שיש לה כמה ילדים). רק במקרים חריגים ייתכן שלאב יש מעמד מהותי יותר. כך יהא, למשל, במקרה של ייעוץ גנטי לפני ההיריון, כאשר האב טוען כי אילו קיבל מידע מלא, הוא היה נמנע מקיום יחסי מין או משתמש באמצעי מניעה. במקרה כזה, מטבע הדברים, האב עדיף על האחים. אולם לא אלה היו המקרים שנדונו בפרשת המר, ואף לא בפסק-הדין האחרון.

59 Stephen Todd, *Actions Arising from Birth*, in *Principles of Medical Law* 236, 283 (4th ed., Judith Laing & Jean McHale eds., 2017).

60 מובן שמעמדו, ביחס ליילוד, של בן המשפחה המגיש את התביעה מחייב פיתוח. בעניין זה ראו פוזנר עוולות טרום לידתיות, לעיל ה"ש 51. בספר זה פיתחתי בהרחבה את מעמד ההורים (שהם התובעים המפורשים על-פי פסק-דין המר). דנתי שם בחובותיהם ביחס ליילוד, במעמד

אכן, כאשר בית-המשפט העליון התלבט בשאלה איך פרשת המר משפיעה על התיישנות תביעות של יילודים שנולדו למשטר ה"חיים בעוולה" ואשר עתה לכאורה קוצרה תקופת ההתיישנות, לא בכדי הוא קבע כי לא היה בפרשת המר כדי לפגוע ב"יחידה המשפחתית", תוך זניחת הנרטיב של גורם כזה או אחר ביחידה המשפחתית.<sup>61</sup>

### במקום סיכום: מבט רחב – הסבר נכון יותר לדין הקיים,

#### ומה העתיד צופן

ציורף הנקודות הנזכרות בפרק הקודם מלמד כי הפסיקה הנזיקית כבר מכירה כיום במעמד המשפחה: השתייכות למשפחה מזכה במקרים שונים את בני המשפחה בפיצוי – לעיתים נוסף על הפיצוי הרגיל לנפגע הישיר-הקלסי (נפגעים עקיפים), ולעיתים על-חשבונם (לפחות באופן חלקי) של מי שנכנסים בנעלי הנפגע (תלויים). השתייכות למשפחה אף מאפשרת לתבוע את עלבונה (או את עלבונם של חברים אחרים בה) כאשר מדובר בפגיעה באישיות של אחד מחבריה. בכל המקרים האלה הקיום המשפחתי משליך על זהות התובעים, כאשר המשפחה עצמה עומדת ברקע.<sup>62</sup> עמדתי היא שיש מקום להעביר את הדיון בנוק המשפחתי לקדמת הבימה.

הכספים ביחס לנושי ההורים, במעמדו של היילוד ביחס למזיק עצמו, ואף בשאלת האשם תורם של ההורים כמשפיע על סכום הפיצוי. כן דנתי בשאלות כגון עד מתי יחזיקו ההורים בסכומים בנאמנות. פירוט התשובות לשאלות אלה חורג ממאמר זה.

61 ראו, למשל, את התייחסותו של השופט הנדל בפס' 1 לפסק-דינו בעניין מכבי שירותי בריאות נ' פלוני, לעיל ה"ש 55, ל"תביעת היחידה" המשפחתית, הכוללת את ההורים והקטינים גם יחד, ובהמשך, בפס' 14 לפסק-דינו, את התייחסותו לקביעת כלל "כדי שהיחידה המשפחתית כולה לא תקופח". לניסוח דומה ראו בבקשה לדיון נוסף, שנדחתה – דנ"א 7107/16 שירותי בריאות כללית נ' פלוני, פס' 2 (פורסם בנבו, 11.1.2017): "בשל השפעת הלכת המר על התיישנות תביעות היחידה המשפחתית..."

62 השוו' להרמת מסך 'מדומה' בע"א 417/79 מרכוס נ' המר, פ"ד לז(2) 337 (1983), ובבג"ץ 823/90 סיעת בתיים 1 נ' מבקר המדינה, פ"ד מד(2) 692 (1990). ודוק: בעניין מרכוס נ' המר נדונה הפרה של דייר מוגן ש"נטש" את הנכס בכך שהעביר את הדיירות לחברה בבעלותו. אילו דובר בהרמת מסך "אמיתית", היה על בית-המשפט לקבוע כי כלל לא בוצעה הפרה (שכן במקרה כזה המשמעות הייתה שהדייר העביר את הנכס... לעצמו). אולם בית-המשפט העליון קבע כי הדייר הפר את חובותיו, אך ששליטתו בחברה אוצלת על טיב ההפרה. גם כאן, הזכות תוענקה לכל בן משפחה בנפרד, אך מעמדו במשפחה יאצול על חובותיו ועל זכויותיו. לאפשרות של "הרמת מסך הפוכה" – ייחוס זכויות של חברה לבעלי מניות – ראו ע"א 9147/16 כהן, בנאמנות עבור רוכשי קבוצת הרכישה בנווה יעקב נ' קרויזר (פורסם בנבו, 24.7.2018). בעניינינו מהלך כזה יאפשר ייחוס זכויות של המשפחה לאחד מבני המשפחה.

דבר זה ישפר את ההנמקה לדין הקיים, וישביח את הדיון תוך הפיכתו לדיון קוהרנטי.

מבט רחב על הדוגמאות שהבאתי מנביע מעמד למשפחה בדיני נזיקין. בני משפחה נפגעים האחד כתוצאה מאירועים שנגרמים לאחר, ותובעים זה את צרכיו של זה, והכל מתוך הסתכלות משפחתית כללית, תוך זניחת ההסתכלות הנזיקית-האישית הרגילה. הפסיקה אינה מהססת להעביר פיצויים שנועדו ליילוד אל הוריו (בעילת ה"הולדה בעוולה") או להפקיע את מעמדו מזמן ההיריון ברגע שיילוד נולד חי ולהעביר את הפיצוי ליילוד. הפיצוי הנזיקי ממלא למעשה שני תפקידים שונים: האחד הוא קביעת הפיצוי ביחס למזיק, שבמסגרתה נבדקים במקרים שונים נזקים משפחתיים; והאחר הוא חלוקה פנימית מאוזנת של הפיצוי בין הגורמים המשפחתיים, תוך קביעה אילו גורמים יוכלו להחליט מה לעשות בכספים המשפחתיים (ובחינת היחסים תלויים – יורשים) ואילו מגבלות יחולו עליהם במסגרת החלטות אלה.

ניתן להסתכל על המשפחה כעל מעין "תאגיד רעיוני".<sup>63</sup> תאגיד זה, המשפחה, זכאי לפיצוי.<sup>64</sup> יש צורך בקביעת זהותו של מי שינהל את התביעה בשם המשפחה (בדומה למנהלים בתאגיד המגשים תביעה בשם התאגיד, וגם אם הם מתחלפים, התביעה ממשיכה להתנהל בשם התאגיד על-ידי מנהלים חדשים). לעיתים הגורם שיגיש את התביעה המשפחתית יהא האפוטרופוס הטבעי, לעיתים הורה (בתביעת "הולדה בעוולה") ולעיתים שאר-בשר אחר שיתבע את עלבונה של המשפחה.<sup>65</sup>

63 ואולי לא רק רעיוני. השוו ע"א 98/80 נציגות הבית המשותף רחוב רבי עקיבא 77 לוד נ' קדמת לוד בע"מ, פ"ד לו(2) 21 (1981). באותו עניין נדונה השאלה אם נציגות בית משותף היא בעלת כשרות משפטית. מן הדינים השונים המתייחסים לנציגות הבית המשותף, והגם שאין קביעה מפורשת בדיון, הסיק בית-המשפט העליון כי הוענקה לנציגות הבית המשותף כשרות משפטית מוגבלת.

בהקשר אחר ראו "מודל הקהילה המשפחתית" שהוצע לצורך בחינת החלוקה של הרכוש המשפחתי: שחר ליפשיץ השיתוף הזוגי 63–79, 183–191 (2016). באופן דומה ראו בכר-כץ והלל לביאן, לעיל ה"ש 14, והספרות המובאת שם. בין היתר מוסבר שם כי "תפיסת המשפחה כסביבה אקולוגית מושתתת על עצם היות המשפחה יחידה דינמית" (שם, בעמ' 134).

64 מן הראוי לציין כי בין התיאוריות המודרניות הנוגעות במטרותיהם של דיני הנזיקין קיימות, כמבואר לעיל, גם גישות קהילתניות. גישות אלה כופרות בגישות הליברליות והליברטניות, השמות את הניזוק במרכז, וגורסות כי יש לבדוק את טובת החברה. ראו, למשל, גלעד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 171 ואילך. ההצעה במאמר זה, אינה ממין גישות אלה; היא אינה בוחנת את הניזוק מול החברה בכללותה, אלא מתייחסת למשפחה כאל ניזוק. כשם שהתייחסות לתאגיד כאל נפגע אינה משקפת גישה קהילתנית, כך גם עמדתי כאן.

65 לאחרונה פורסם מאמר פורץ-דרך על-ידי שלושה משפטנים ישראלים: Ehud Guttel, Alon

רק בשלב מאוחר יותר, ובאופן נפרד, יקבעו את "זכאי-הקצה", דהיינו, לטובת מי יוקצו פירות התביעה: לעיתים יהא זה מנהל התביעה עצמו, לעיתים כמה גורמים (כגון יורשים ותלויים) ולעיתים אדם שונה ממנהל התביעה (כגון יורשים). בהחלטה אחרונה זו ייתכן אף שייקבע כי גורם אחד במשפחה ינהל את פירות התביעה לטובת גורם אחר (כגון הורים הזוכים בפיצוי בגין "הולדה בעוולה" ומחויבים לנהל את הכספים לטובתו של היילוד; יורשים המנהלים תביעת תלויים אך מחויבים להעביר לתלויים את פירות התביעה; ואולי גם שאירים שמנהלים תביעה בגין לשון הרע, פגיעה בפרטיות או פגיעה בזכות המוסרית, ואשר יחויבו להעביר את פירות נצחונם לעיזבון).

הסתכלות כזו על הדין הנזיקי אף פותרת קשיים שונים:<sup>66</sup> כדוגמה אזכיר שכאשר יילוד אינו נולד חי, זכות הפיצוי היא להוריו, כניזוקים, וככל שהוא נולד חי, הוריו מאבדים את מעמדם. "הפקעת" זכויות זו, מכוח אירוע מאוחר של לידת ילד חי, מעלה תמיהות, שכן אם הדין סבור שיש להתחשב בקשיי ההורים, על-שום מה תיעלם התחשבות זו ברגע שנולד יילוד חי? ככל שמגיע להורים פיצוי, האם העובדה שגורם נוסף נפגע (היילוד שנולד חי) נוטלת מהם את זכות הפיצוי? לעומת זאת, לפי גישתי, אם מדובר ממילא בכספים משפחתיים (או של "התאגיד המשפחתי") ורק הנציגים משתנים, אזי הקושיה באה על פתרונה: בדומה למצב שבו מנהל בתאגיד מתחלף אך הזכות נותרת של התאגיד (ואין מתייחסים למנהל הקודם כאילו "איבד" את זכויותיו, שכן מעולם לא היו לו – במעמדו האישי – זכויות כלשהן), גם כאן מנהלי התביעה מטעם המשפחה מתחלפים אך הזכות נותרת "משפחתית". כך, באופן דומה, גם לגבי זכות התביעה של הורים מכוח "הולדה בעוולה": כאשר ההורים נפטרים, אין מקום להעביר את הכספים ליורשיהם תוך הפקרת היילוד לאנחות; אין מסתכלים על הכספים ככספים אישיים של ההורים, העוברים ככאלה ליורשים, אלא ככספי המשפחה כולה, אשר נתבעו

Harel & Shay Lavie, *Torts for Non-Victims: The Case for Third-Party Litigation*, 2018 U. Ill. L. Rev. 1049. במאמר זה המחברים מצביעים על הקשיים הנוצרים בשל הגבלת זכות התביעה לנפגע עצמו, ומציעים, במקרים מסוימים, לאפשר לצדדים שלישיים, שלא נפגעו, להגיש תביעה. דומני שראוי לנקוט עמדה מתונה יותר: הרחבת זכות התביעה במקרים מסוימים לבני משפחה אחרים אכן עשויה לפתור חלק מהקשיים שמנו המחברים, אך איני סבור שיש להתיר הגשת תביעה על-ידי זרים לחלוטין. לקשיים הנובעים מפריצת המסגרות ראו, למשל, סע"ש (אזורי ת"א) 35122-08-17 פלוני – פלונית (פורסם בנבו, 6.11.2017). כן ראו ע"א 7775/01 גבעון נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (פורסם בנבו, 25.11.2002), אשר השתלשלותו מפורטת בבג"ץ 7430/05 גבעון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.6.2007).

66 לדיון נרחב בעניין זה ראו פוזנר עוולות טרם לידתיות, לעיל ה"ש 51.

על-ידי ההורים אך מיועדים בראש ובראשונה לטיפול ביילוד. מעבר לכך, ההתייחסות לפגיעה כאל פגיעה משפחתית אף פותרת את הבעייתיות של הענקת זכות התביעה בפרשת המר להורים: ניהול התיק מופקד בידי ההורים, אולם את פירותיו הם יחזיקו לטובת היילוד (וממילא אף לא מתעוררת השאלה ההפוכה, שעל-פיה אם פסק-הדין בעניין המר מתחשב במצוקות האישיות של ההורים בגידול היילוד, אזי על-שום מה אין מתחשבים במצוקות אישיות אלה בעוולה רגילה שבה נפגעים ילד או ילדה חיים).

אף אם ברוב המקרים לא תביא הסתכלות על "התאגיד המשפחתי" לידי שינוי התוצאה הספציפית, הכרה במעמד של המשפחה כגוף בדין הנזיקי, תוך חיבור כל הנקודות והדוגמאות לכלל תמונה הומוגנית אחת, תהווה מצע רעיוני לדיון כולל, תאפשר פיתוח הרמוני יותר של הדין, תמנע את הצורך בפיתוח כל עילה ועילה בנפרד (תוך יצירת סתירות פנימיות בין העילות השונות ללא הסבר אמיתי לשינוי בדין ותוך מתן פתרונות אד-הוק למצבים קשים), תאפשר הכרה הן בתפקידים השונים של הגורמים במשפחה והן ביחסיהם הגומליניים בתוך המשפחה, ואף תוביל לקביעה כי תביעת הפגיעה באוטונומיה עוברת לשאירים דווקא, ולא ליורשים. הסתכלות על "התאגיד המשפחתי" כבעל הזכויות האמיתיות (וכעומד ברקע של בני המשפחה, מגישי התביעה) תוכל להוביל אף לבחירה מושכלת של בן המשפחה הזכאי להגיש תביעה, כך שלא כל בן משפחה אקראי יוכל לעשות זאת (אפילו אם הוא הורה של יילוד שנולד באירוע של "הולדה בעוולה"<sup>67</sup>).

דברים אלה הם בגדר מצע ראשוני לדיון. מעמדה המדויק של המשפחה, הגדרתה המדויקת (תוך תחימת המשפחה הלגיטימית הראויה להכרה ובני המשפחה שבתוכה) ואפיון תפקידיה טעונים דיון נוסף והתפתחות עקב בצד אגודל.

67 בספרי עוולות טרום לידתיות, לעיל ה"ש 51, בעמ' 160 ואילך, התייחסתי באריכות למקרים שבהם ההורה יהא מנוע מהגשת תביעה מטעמים שונים, כגון קושי סובייקטיבי של ההורים להגיש תביעה ולהצהיר – לפני היילוד – שהם היו מבצעים הפסקת היריון; קושי חברתי-דתי שיניא אותם מלהגיש תביעה ולהצהיר שהם היו מבצעים הפסקת היריון או שמדובר בהיריון מזרע של תורם או מיחסים מחוץ לנישואים; קושי להצהיר על מומים גנטיים, אשר יפגעו בילדים אחרים; ואף חשש של ההורים מפני פסק-דין שיציין כי הם אשמים (בין באשם תורם ובין כמעוולים במשותף). קיימים גם מקרים שבהם ההורים מסרו את היילוד לאימוץ, ואינם עוד בעלי עניין בהגשת תביעה, ואף אינם נושאים במזונותיו. במקרים אלה בחינת המשפחה כעומדת ברקע התביעה וכבעלת הזכויות תאפשר בחירת בן משפחה מתאים יותר להגשת התביעה (למשל, מבין חייבי המזונות הפוטנציאליים), בדומה להחלפת תובע ייצוגי. כמובן, תנאי לכל אלה הוא ההכרה במשפחה, חלף ייחוס הזכויות להורה הספציפי.