

אגב הפסיקה

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה *

(ע"א 473/75 רון נ' חוג, פ"ד לא (1) 40)

מבוא

בפסק הדין נשוא הערה זו¹, הפחית בית המשפט העליון את סכום הפיצויים, שנפסק למשיבה בגין נזק כללי, שנגרם לה עקב הפרת הבטחת נישואין על-ידי המערער, מ-20,000 ל"י, שנפסקו בבית המשפט המחוזי, ל-10,000 ל"י בלבד. בפסק הדין העיקרי מבסס השופט שרשבסקי החלטה זו על אי-מוסריותה של המשיבה, ושני השופטים האחרים שישבו בדין—א' עזיוני וי' כהן—הצטרפו להחלטה האופראטיבית להפחית את סכום הפיצויים ללא הנמקה עצמאית. ברשימה זו לא אתיחס לבעיה הכללית של קיום עילת תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין במשפט הישראלי², ואצטמצם בשתי בעיות המתעוררות ישירות בפסק דין זה: אכיפת מוסר באמצעות פסיקת פיצויים וחובת השופטים לנמק את החלטותיהם.

א. פסק הדין

בית המשפט העליון אישר את קביעתו של בית המשפט המחוזי, כי המערער נתן הבטחת נישואין למשיבה והפר אותה ללא הצדקה. הוא אף קבע, כי המערער הוא אבי בתה של המשיבה. לעניין גובה הפיצויים אומר השופט שרשבסקי³:

"לאור העובדות שהוכחו ושלגביהן אפילו אין מחלוקת בין הצדדים, סבורים אנו

* תודתי נתונה לעמיתי פ' להב, ע' פרוש, ד' קרצ'מר וג' שלו על שקראו רשימה זו והעירו הערות מועילות.

1 פ"ד לא (1) 40. הסכסוך בין הצדדים הגיע לבית המשפט העליון גם בהליך קודם: בר"ע 156/73, פ"ד כו (1) 232.

2 בעיה, שללא ספק זכאית לדין עצמאי ממצה. עד לחקיקה החדשה בדיני חווים נקלטה בישראל ההלכה האנגלית של המשפט המקובל, לפיה קיימת עילה חוזית של תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין: ת"א (ת"א) 1279/56 ברגהויז נ' זילבר, פ"מ י 380. בינתיים לא מצאתי מקרה בו נדון חוזה שנקשר לאהר חוק החווים (חלק כללי) תשל"ג-1973, כך שהשאלה אם קיימת עילה כזו לפי חוק זה לא נדונה באופן מפורש. גראה, שחוק החווים אמנם אינו נוקט עמדה המחייבת ביטול העילה. יחד עם זאת, נדמה שלאור המגמה החדישה לבדוק מחדש את עילת התביעה (באנגליה, למשל, היא בוטלה ב-Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act—1970) כדאי להקדיש מחשבה נוספת לעניין.

3 עמ' 47-48. הציטוט המלא והמורחב ניתן כאן כדי שלא יתעוררו ספקות שמא הוצאו הדברים מהקשרם.

אכיפת המוסר, פיצויים כגון הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

שהסכום של 20,000 ל"י שהשופט המלומד פסק למשיבה כפיצוי כללי, מוגזם ביותר. אין לשכוח שהמשיבה, שמעולם לא היתה נשואה, התחילה בגיל 17-18 שנה בקיום יחסי מין... שהיו לה אחר-כך יחסי מין עם העד... ש... היא ידעה שהוא נשוי וחתרה להביא לכך שיגרס את אשתו על מנת שישאנה... שקיבלה מאותו איש נשוי סך 15,000 לירות שישלם לה לשם השתקת הפרשה ומניעת שערוריה... ושגם אחרי קבלת הכסף הטרידה פעמים לא מעטות בצורה מכוערת את משפחתו של העד בקשר לפרשה הזו... התחילה לקיים יחסי מין עם המערער כבר כעבור שבועות אחדים אחרי פגישתם הראשונה מבלי שאו היתה לה הבטחה ממנו לנישואין. לאור כל זה היה השופט המלומד מיטיב לעשות אילו היה נמצע לומר בפסק דינו שלא הובאה אף עדות המצביעה על אי-מוסריותה של התובעת... הדבר עלול ליצור רושם בעיני הציבור כאילו יש מקום לקבוע מטעם בית-המשפט שהתנהגות כנ"ל של אשה יהודיה איננה ראויה אפילו לביקורת בגלל אי-מוסריותה וכאילו כדיעבד מן הנכון לתת הכשר כביכול לשחיתות המדות והתפקרות ביחסים בינו ובינה השוררות לדאבונו בחוגים מסויימים של הציבור. אדרבא, היינו מבינים אילו בית-המשפט היה מוצא לנכון להביע סלידתו החריפה מהתנהגות כזאת ולהוקיעה כבלתי מוסרית ולתת ביטוי, בקביעת הסכום שקבע לה כפיצויים, לעובדה שהמדובר במשיבה, באשה, שלגביה בהחלט אין יסוד לקבוע... כאילו מבחינה מוסרית אין רבב בבגדה, מאידך, אין בכל זה כדי לשלול מהמשיבה לחלוטין את הזכות לפיצויים מהמערער בעד מה שעשה לה. המערער הראה בהתנהגותו שהוא בעל הפקרות איומה, שמרשגים של מוסר רחוקים בכלל ממנו והלאה. הוא התנהג כלפי המשיבה בשפלות ונצל אותה ללא גבול במדה מכוערת. אין ספק שהוא חייב לפצותה על נזקה הכללי בהתחשב בכך שהפרת הבטחה היתה ללא כל הצדקה, בדאי פגעה בה קשות ושכנראה סבלה מזה גם בנפשה לצמיתות. מאידך, יש לשים לב שחויב בפיצוי אין פירושו הטלת עונש על המזיק ויש גם ללכת לפי הכלל הכל לפי המבייש והמתבייש. בהתחשב בכל הנסיבות לכאן ולכאן ובהתחשב גם בירידת ערך המטבע גראה לנו שהסכום הסביר המגיע למשיבה כפיצוי כללי הוא 10,000 ל"י."

השופט עציוני מסייג מהערוותיו של השופט שרשבסקי בקשר לאי-מוסריות בהתנהגותה של המשיבה * :

"אין אני רואה צורך להתייחס, ביחסים שבין הצדדים, לשאלת המוסריות או אי המוסריות שבקיום יחסי מין מחוץ לנישואין, אשר על מהותו לא פעם נחלק הציבור בדעותיו.

די לנו בכך שהוכחו הן אבהותו של המערער והן הפרת הבטחת הנישואין מצדו. במסיבות המקרה מסכים אני לסכומים שהציע חברי הנכבד בתור פיצוי מתאים."

השופט " כהן מצרף משפט אחד להסכמתו לתוצאה שהגיע אליה השופט שרשבסקי * :

4 שם, עמ' 49.

5 שם, שם.

"ברצוני להעיר שקביעת הסכום של 10,000 לירות כפיצוי עבור הפרת הבטחת גישוואים נראית לי כמוצדקת בנסיבות המקרה דנא, הן לפי ההשקפה, שהתנהגות המשיבה ראויה לגינוי חמור מבחינה מוסרית והן לפי גישה סלחנית למתירנות בעניני מין."

למרות שיש הסכמה בין השופטים שישבו בדיון לגבי ההחלטה האופראטיבית, אין ביניהם המימות דעים מלאה בכל הנוגע לשיקולים הצריכים להיות רלוואנטיים לקביעת גובה הפיצויים במקרים כגון אלה.

השופט שרשבסקי מסתמך על ילרסה עקרונית מנחים, שהשפיעו על החלטתו בעניין גובה הפיצויים: אי-מוסריותה הכללית של המשיבה גרמה לכך שיטה להפחית את הסכום שנפסק בבית המשפט המחוזי; אי-מוסריותו של המערער כלפי המשיבה הביאה אותו לכך שלא ישלול לחלוטין את זכות המשיבה לפיצוי; העיקרון, שאין להשתמש בפסיקה פיצויים כדי לענוש את המזיק, מביא אותו שוב לצמצום סכום הפיצויים; בנוסף לכך מציין השופט את העיקרון "הכל לפי המבייש והמתבייש", בלי לפרט איך ההסתמכות עליו משפיעה על פסיקת הפיצויים במקרה שלפנינו.

השופט עצינוי מסתייג מהנמקה זו. הוא אינו מוכן להצטרף לקביעתו של השופט שרשבסקי, כי המשיבה התנהגה באופן בלתי-מוסרי, אולם לא ברור האם הוא דוחה גם את העיקרון המנחה, לפיו אי-מוסריות של הצדדים היא רלוואנטית כשיקול לקביעת גובה הפיצויים. מהערתו של השופט י' כהן לא ברור כלל מה היא דעתו על שאלת המוסריות של התנהגות המשיבה, או על שאלת הרלוואנטיות של התנהגות כזאת לקביעת גובה הפיצויים בדרך-כלל.

עתה ניתן לגסח את הטענות העיקריות: העקרונות המנחים המובאים על-ידי השופט שרשבסקי אינם עקביים, שכן יש סתירה בין העיקרון האומר שאין להשתמש בפיצויים כדי לענוש ובין העיקרון הקובע, שאי-מוסריות היא רלוואנטית לקביעת גובה הפיצויים. מבין שני העקרונות, יש להעדיף את העיקרון הראשון, היכולל שימוש בפסיקה פיצויים ככלי לאכיפת מוסר, הן מבחינת המשפט הקיים והן מבחינת המשפט הרצוי. העיקרון האחרון — "הכל לפי המבייש והמתבייש" — אינו משיג את מטרתו כעיקרון מנחה בשל היותו לא ברור, וספק אם השופט רשאי היה להסתמך עליו, כפי שיפורט להלן. לבסוף, אף אם נאמר, כי צודק השופט שרשבסקי בראותו את אי-המוסריות של הצדדים כשיקול רלוואנטי, יש לבקר את קריטריון הויהוי של "אי-מוסריות" אותו הוא מאמץ. לעומת השופט שרשבסקי אין השופטים עצינוי וי' כהן מביאים כל הנמקה להפחתת הפיצויים פרט לקביעה הכללית, כי הסכום נראה להם הולם בנסיבות העניין. בכך אין הם עומדים בנטל ההנמקה המוטל עליהם, בפרט לאור העיקרון, שביט משפט לערעורים אינו מתערב, בדרך כלל, בקביעת סכום הפיצויים של בית המשפט דלמטה.

ב. הנמקתו של השופט שרשבסקי

1. חוסר עקביות בעקרונות המנחים לקביעת גובה הפיצויים

כאמור, מסתמך השופט שרשבסקי על העיקרון, שאין לענוש את המזיק באמצעות החוב בפיצויים, ועל העיקרון שאי-המוסריות בהתנהגות הצדדים צריכה להשפיע על גובה

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

הפיצויים. שני עקרונות אלה מייצגים שתי גישות שונות לעניין פסיקת הפיצויים, שאינן מתיישבות זו עם זו. העיקרון הראשון הוא פועל יוצא של התפיסה, כי המטרה הבלעדית של פסיקת פיצויים, הן בדיני חוזים והן בדיני נזיקין⁶, היא השבת מצבו של הניזוק לקדמותו – למצב בו היה אלמלא קרתה הפגיעה (העוולה או הפרת החוזה)⁷. לפי עיקרון זה אין לפסוק פיצויים שאינם "משפיים" (Compensatory). תפקיד בית המשפט מתמצה בהערכת הנזק ובפסיקת הפיצוי המתאים עבורו, ואין לו סמכות לפסוק פיצויים מעבר לנזק שנגרם (פיצויים עונשיים או פיצויים לדוגמה), או לפסוק סכום, שאינו משפה על מלוא הנזק שנגרם (פיצויים לבון)⁸. ברור כי העיקרון השני אינו מתיישב עם עיקרון השבת המצב לקדמותו, שכן כל מהותו היא, שבמקרים מסוימים מותר לבית המשפט לסטות מהעיקרון של השבת המצב לקדמותו כדי לבטא גינוי מוסרי⁹.

השופט שרשבסקי מאמץ בעת ובעונה אחת את שני העקרונות הבלתי-מתיישבים האלה. הוא מקבל את העיקרון של השבת המצב לקדמותו כשיקול נגד הטלת פיצוי "עונש" על המזיק, אך אינו מהסס להפחית את סכום הפיצויים שנפסק למשיבה על מנת להביע מורת רוח מהתנהגותה. עקביות היתה מחייבת אי-התערבות בפסיקת בית המשפט דלמטה, אם מפני שאי-המוסריות אינה רלוואנטית בכל מקרה, או מפני

6 לגבי עילת התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין, יכולים שני התחומים להיות רלוואנטיים, שכן יש בה עירוב של אלמנטים חוזיים ונזיקיים. בפסיקה – הן האנגלו-אמריקאית והן הישראלית – נחתכה השאלה אם היתה הפרה המוכה בפיצוי לפי דיני החוזים, בעוד שבחישוב הנזקים הוחלו העקרונות המקובלים בדיני נזיקין. ראה, למשל, H. F. Wright, "Action for Breach of the Marriage Promise" 10 *Va. L. Rev.* (1924) 361 וכן *Mayne & McGregor, On Damages* (London, 12th ed. 1961) ch. 30. קיימת מהדורה 13 של ספר זה מ-1972, אך ההפניות הן למהדורה מ-1962 שכן, לאור ביטול עילת התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין באנגליה (הערה 2 לעיל) אין המהדורה האחרונה מטפח בנושא זה. ראה גם דו"ח הוועדה האנגלית: The Law Commission, No. 26 "Breach of Promise of Marriage" (Am. Jur. 2nd.) vol. 8, §§27-29 (1969); וההחלטה הישראלית, הערה 2 לעיל.

7 לעיקרון זה ראה: *Mayne & McGregor*, הערה 6 לעיל, פסקאות 5-8; טדסקי (עורך) אנגלרד, ברק וחשין, דיני הנזיקין (הוצאת מאגנס, מהד' 2, תשל"ו), §339. 2 לעיל.

8 ראה טדסקי ואח', הערה 7 לעיל, §§344-346. הדיון שם לגבי "פיצויים לבון" אינו מדויק, בטקסט נאמר כי "לעתים נגרמו לניזוק נזקים, אך בשל התנהגותו המבישה, מפחית בית-המשפט מסכום הפיצויים הרגיל, ופוסק לו רק פיצוי בסכום קטן". אולם פסק הדין אליו אנו מופנים דן בהפחתת פיצויים מכוח סעיף מפורש בפקודת הנזיקין עצמה (ראה הערה 20 להלן), שאינו מדבר על הפחתה בגין "התנהגות מבישה", אלא בגין מעין "קינטור" לפעולת הנזק. אגהנו משתמשים ב"פיצויים לבון" לגבי אותם מקרים בהם מפחית בית המשפט פיצויים, או נמנע מלהשתמש בסמכותו לפסוק פיצויים בגין נזק כללי, על מנת לבטא הסתייגות מהתנהגות התובע, ראה *Mayne & McGregor*, הערה 6 לעיל, §204. הערה 19.

9 ניתן היה, אולי, לטעון כי השופט שרשבסקי אינו מקבל את עיקרון השבת המצב לקדמותו. אלא עיקרון אחר, לפיו אין לענוש את המזיק באמצעות פסיקת פיצויים, שאינו בהכרח בלתי מתיישב עם ענישת הניזוק בדרך זו. קשה להאמין כי זהו המצב, בעיקר לאור העובדה שהשופט שרשבסקי עצמו מציין את העיקרון הראשון כעיקרון שחל על הענין: שרשבסקי, דיני משפחה (שקמונה, מהד' 2, תשכ"ז) 19.

שאי-המוסריות של הצדדים כאן "מתקזזת". בשני המקרים דורשת התערבות עקבית הנמקה שונה מזו המובאת על-ידי השופט שרשבסקי.

2. העיקרון "הכל לפי המבייש והמתבייש"

ההסתמכות על עיקרון זה בפסק הדין שלפנינו מעוררת קושי נוסף. על פניו, לא ברור מהי המסקנה, לענייננו, הנובעת מהפעלתו של העיקרון, שכן שמו אינו מעיד עליו, לפחות לגבי אנשים, שאינם מצויים במשפט העברי. ד"ר שרשבסקי מזכיר את הכלל בספרו דיני משפחה, במסגרת הדיון בהלכות השידוכין לפי דיני ישראל¹⁰. אך גם שם אין הוא מפרט את משמעותו. עיון באנציקלופדיה התלמודית מלמד כי זהו עיקרון הערכת הפיזיים במקרים של "בושת", אלא שספק רב אם במשפט העברי תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין נחשבת אמנם לתביעה על "בושת"¹¹.

השופט שרשבסקי אינו דן בשאלה, האם עיקרון זה חל על העניין, או בשאלת היחס בין עיקרון מנחה זה להערכת הפיזיים ובין העקרונות המקובלים בתביעות בחוזים בנויקין. בקטע מוקדם יותר של פסק הדין הוא מציין:

"פטורים אנו ליחד את הדיבור על השאלה אם ענין הפרת הבטחת נישואין הוא ענין של מעמד אישי, ולכן יש ללכת לפי דיני ישראל, או אם יש ללכת לפי החוק הכללי, ואם ובאיוו מידה ועל פי איוו יסודות משפטיים יש הבדלים בין שניהם, שאלה שאף אחד מן הצדדים, לא בפנינו ולא בבית המשפט קמא, לא עורר אותה"¹².

נכון הוא, כי בית המשפט אינו חייב לנקוט עמדה בשאלות, שאינן צריכות לגופה של ההחלטה, אולם השאלה מהו הדין החל על עניין מסוים היא בדרך כלל שאלה, שאי אפשר לפסוק בלי להכריע בה. מקום שיש ספק לגבי זיהויו של הדין החל על העניין, חייב בית המשפט לעשות אחת משתיים: או להכריע איוו דין חל על העניין, או—אם אין רצונו בכך—להראות כי בחירת דין אחד מבין שני הדינים המועמדים לחול על העניין, לא תשנה את התוצאה.

במקרה שלפנינו לא ברור מהו המעמד, שמייחס השופט שרשבסקי עצמו למימרה העברית. פירוש אפשרי אחד הוא, כי זהו רק שם עברי לעיקרון הרחב, המקובל גם בדיני הנויקין הכלליים, לפיו יש לעיזם את הנזק בכל מקרה לפי נסיבותיו המיוחדות. אם כך הוא, לא ברור מה מוסיף עיקרון זה לשיקולים לשומת הנזק במקרה שלפנינו. פירוש אחר הוא, כי השופט מסתמך על הכלל המהותי העברי¹³. שימוש כזה הוא

10 שם, 26.

11 הערך "בושת", אנציקלופדיה תלמודית, כרך שלישי, עמ' מו. תודתי לד"ר ש' שילה, שהיפנה אותי למקור זה. שם, בעמ' מג, נאמר שהכלל הוא, כי גרימת נזק על-ידי בושת מחייבת פגיעה בגוף. במקרה שלפנינו היתה בעילה, אולם אין זה המצב בכל מקרה של הפרת הבטחת נישואין. במקרים כאלה פועלת הבושת רק לביטול האסמכתא, והתביעה היא מכוח הקניין (החווה). ראה שרשבסקי, שם, 23—25.

12 ע"א 473/75, עמ' 47.

13 לפירוש זה ניתן, אולי, למצוא סימוכין בעובדה שד"ר שרשבסקי עצמו מבחין בספרו בין דיני ישראל ובין הדין האזרחי, החל על תביעות בגין הפרת הבטחת נישואין. בדיונו

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

תמות ביותר לאור השורה הארוכה של פסקי דין בהם נקבע, כי תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין אינה עניין של מעמד אישי¹⁴. כך או כך, נראה שהוספת המימרה העברית היא, במקרה הטוב, מיותרת ומטעה – ובמקרה הרע, מוטעת.

3. אי-מוסריות של התובעת כשיקול להפחתת הפיצויים

שיקול זה, המעורר את הבעיה העקרונית החשובה ביותר, ניתן לפרש כשתי דרכים. לפי הפירוש הראשון, אותו כבר דחינו, יש לקחת בחשבון את התנהגותם של הצדדים כחלק מן הסיבות, הקובעות את גודל הנזק, ובהתאמה – את גובה הפיצויים. במינוח המקובל בדיני הנוזקים תהיה התנהגות הצדדים בסיס לקביעת "פיצויים מוגברים" (aggravated) או "מופחתים" (mitigated) ולא להטלת פיצויים עונשיים או פיצויים לבזו¹⁵. פיצויים מוגברים הם פיצויים משפיים, והתנהגות הצדדים היא רק אינדיקאטור אחד, בין אחרים, לקביעת הגוף שנגרם, על מנת שניתן יהיה להשיב, באמצעות החיוב בפיצויים, את המצב לקדמותו. אם היה פירוש זה אפשרי במקרה שלפנינו, לא היה מקום להערות הביקורת שהושמעו לעיל. אולם מטון דבריו של השופט שרשבסקי משתמע, כי אין הוא מביא שיקול זה באופן המתיר עם הפירוש הראשון, הוא מצוין במפורש כי הנזק שנגרם למשיבה היה נזק המור ביותר, ואין הוא מצביע על קשר כלשהו בין אי-המוסריות הנטענת של המשיבה ובין נזק זה. יתרה מזו, ההנחה המקובלת היא, כי הפיצויים בגין נזק כללי במקרים של הפרת הבטחת נישואין ניתנים על הבושה ועל עגמת הנפש ולא על אבדן שם טוב¹⁶. בעוד שבתביעה שעיקרה אבדן שם טוב יכול הנתבע להראות, כי לא היה לתובע מה לאבד, מכיוון שאף לפני "הוצאת הדיבה" לא היה לו שם טוב, ויש לכך השלכה על הגוף שנגרם לתובע, אין זה ברור אם מותר להגיד, שאי-מוסריות התובעת מפחיתה את הבושה ועגמת הנפש, שהיא חשה בנסיבות כאלה¹⁷.

במשפט האזרחי מדבר ד"ר שרשבסקי על ההבחנה בין נזק כללי לנזק מיוחד, ומציין את העיקרון הרחב, שמטרת הפיצויים היא להביא את הגיונוק למצב בו היה נמצא ללא הפרת הבטחת (עמ' 19). אין הוא משתמש במימרה העברית "הכל לפי המבייש והמתבייש" באותו הקשר.

- 14 בנקודה זו יש תמימות דעים כמעט מחלטת. מאז פסק הדין בפרשת ברגהייז נ' זילבר, הערה 2 לעיל, נפסק כך בכל המקרים שהגיעו להחלטות לפי המשפט האזרחי. ראה גם זילברג, המעמד האישי בישראל (אקדמון, תשכ"ה) 14–16, הכציק, כי אף לפי המשפט העברי רואים את התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין כתביעה מעורבת, בחושים ובנוזקים. שרשבסקי עצמו מצוין זאת בספרו, הערה 9 לעיל, 16–17. שרשבסקי מביא את הדינים הנוגעים לדבר במשפט העברי לצורך אותם מקרים, שבהם השאלה מתעוררת בבית דין רבני.
- 15 ליחס בין שני סוגי פיצויים אלה ראה: Stone, "Double Count and Double Talk: The End of Exemplary Damages?" 46 *Aus. L. J.* (1972) 311.
- 16 שרשבסקי, הערה 9 לעיל, 23. ראה גם Mayne & McGregor, הערה 6 לעיל, 6455; הפגיעה בשם הטוב מצוינת רק במקרה אחד משנת 1886.
- 17 באנגליה ראו אמנם ב"חוסר צניעות" נזק אחד הצדדים גורם שנלקח בחשבון כגורם "מפחית" פיצויים, או לעתים אף מצדיק הפרת הבטחת: ראה Mayne & McGregor, הערה 6 לעיל. ניתן ליישב פסיקה זו עם טענתנו כאן בשתי צורות. ראשית, אין חולק, כי בעבר השתמשו בתי המשפט בפסיקת פיצויים לאכיפת מוסר. הנטייה לעיקרון של השבת

לפיכך נראה כי יש להתמודד עם הפירוש השני של השיקול הנזכר: הכלי של פיצויים בגין נזק כללי צריך ליחידה לשופט כלי לביטוי גיוני (או שבח) מוסרי. בניסוח שהתקבל בספרות תהיה משמעותו של שיקול זה, כי מותר להשתמש בפסיקת הפיצויים כאמצעי לאכיפת המוסר.

לפי פירוש זה מעורר פסק דינו של השופט שרשבסקי כמה בעיות ראשית, האם יש בסיס בחוק לשימוש בפסיקת הפיצויים ככלי לאכיפת מוסר; שנית, האם רצוי לעשות שימוש כזה בפסיקת פיצויים; שלישית, איך נוהג את המוסר שיש לאכוף; ורביעית ואחרונה, האם אמנם מוצדק הוא השימוש, שעשה השופט שרשבסקי, בעיקרון זה במקרה הנדון. אפרט בעיות אלה כסדרן.

ג. היש בסיס בחוק לאכיפת מוסר באמצעות פסיקת פיצויים?

אניח כי הדין, החל על תביעות בגין הפרת הבטחת גישואין, הוא הדין האזרחי ולא הדין העברי. גם הנחה זו אינה נותנת לנו הנחיה חד-משמעית לגבי זהו הדין החל, שכן דוקא בנקודה הרלוואנטית יש הבדל בין דיני החוזים ודיני הנזיקין, כפי שיובהר להלן, ובספרות כאמור קיימת מחלוקת בשאלה איות מן השניים צריך לחול על תביעות כאלה זיא.

שאלה ראשונה היא, האם מוגבלים בתי המשפט בארץ לפיצויים משפיים (compen- satory damages) בשני החומים אלה, או שמא מותר להם לפסוק גם פיצויים לדוגמה או פיצויים לבזו. אם הם מוגבלים, נובע מכך, שאין להם סמכות לעשות שימוש בפסיקת הפיצויים כאמצעי לאכיפת מוסר. לעומת זאת, אף אם קיימת סמכות לסטות מהעיקרון של היבט המצב לקדמותו, אין זאת אומרת שיש לבתי המשפט סמכות לאכוף מוסר על-ידי פסיקת פיצויים באופן כללי, שכן ייתכן שמטרת הסמכות לפסוק פיצויים לא משפיים אינה מתיישבת עם אכיפת מוסר, אלא רק עם מתן ביטוי לגיוני התנהגותו של צד בנושא העניין הנדון בפני בית המשפט.

1. המוסמכים בתי המשפט בארץ לפסוק פיצויים לא משפיים?

למעשה, אם כי בעיקרון דומים פיצויים עונשיים לפיצויים לבזו, התרכז הדין בהריגות אלה בעיקרון השבת המצב לקדמותו בדיני הנזיקין ובפיצויים עונשיים. בשורה ארוכה של פסקי דין, ולאחרונה ב-1972*, פסק בית המשפט העליון, כי מטרה בידי הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים בתביעות נזיקין, בניגוד לפסיקה זו סוברים כמה משפטנים,

המצב לקדמותו היא מודרנית, ויש לבדוק לאורה פסיקה ישנה ולשנותה בהתאם. שנית, אם נטען כי חוסר המוסריות אמנם מקטין את הנזק שנגרם, יש לבדוק טענה זו לגופה, מה שלא נעשה בפסקי הדין הנוגעים בדבר, או בפסק הדין שלפנינו.
17 אראה הערה 6 לעיל. בשיטה הישראלית יש כאן בעיה מיוחדת, לאור העובדה שפסק, כי פקדת הנזיקין היא "רשימה סגורה של עוולות", ואין ספק כי הפרת הבטחת גישואין כשל עצמה אינה עוולה אזרחית מזכרת. למרות זאת נפסקו בארץ פיצויים בגין "נזק כללי" בגין הפרת הבטחת גישואין אף לפני חוק התרופות, וראה הערה 22 להלן.
18 ע"א 30/72 פרימן נ' סגל, פ"ד כו (2), 225, 237 (השופט עציוני).

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

כי מנוסח פקודת הנויקין ומההיסטוריה שלה עולה, כי המחוקק המנדטורי התכוון לשלול סמכות זו מבית המשפט.¹⁹

לגבי פיצויים לבזו אין קביעה מפורשת.²⁰ בפסיקה הישראלית לא גזון מקרה, בו הועלתה השאלה, האם מותר להפחית פיצויים על מנת לגנות התנהגות התובע, שלא גרמה לפעולה המזיקה. אולם, ההיגיון העומד מאחרי פיצויים עונשיים דומה לזה, העומד מאחורי פיצויים לבזו, ונראה שבית המשפט העליון סובר, כי הוא רשאי לפסוק גם פיצויים לבזו בתביעות נויקין.²¹

ככל שהדבר נוגע לדיני חוים המצב שונה. לפני חוק החוים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 (להלן – חוק התרופות) לא איפשר המצב המשפטי פסיקת פיצויים בלתי משפיים, כפי שלא איפשר פסיקת פיצויים בגין נזק לא רכושני.²² חוק התרופות אוסר על בית המשפט לפנות למשפט האנגלי. ההוראה, עליה ניתן לבסס סמכות לפסיקת פיצויים לא משפיים, היא הוראת סעיף 13, הדנה בנוק לא רכושני, וזו קובעת:

”גרמה הפרת חוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.”

בסעיף זה נעשה כבר שימוש לגבי תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין.²³ סעיף 13 מקנה לבית המשפט שיקול דעת הן לגבי עצם פסיקת הפיצויים בעד נזק, שאינו “נזק ממון”, והן לגבי גובה הסכום שייפסק, ואינו מפרש מה יהיו השיקולים, שינחו את בית המשפט, כאשר יעשה שימוש בשיקול דעת כפול זה. הפסיקה לא פיתחה עד עתה עקרונות מנחים לסיוג שיקול דעת זה, ועל פניו אין בחוק כל הוראה האוסרת לקחת בחשבון את התנהגותם של הצדדים בחישוב גובה הפיצויים. למרות העדר בולט זה של עקרונות מסייגים בחוק, ברור ששיקול הדעת המוקנה לבית המשפט אינו בלתי מוגבל. בית המשפט אינו רשאי לפסוק, למשל, כי הוא רואה את עובדת היות הצד התמים אדם-שיער כעובדה רלוואנטית לחישוב הפיצויים בגין

19 טדסקי ואח', הערה 7 לעיל, §346.

20 ע"א 231/72 להריק נ' ונגלוביץ, פ"ד כא (2) 656, המאוזכר כאסמכתא לסוג זה של פיצויים בספרם של טדסקי ואח', הערה 7 לעיל, דן בסמכות להפחית פיצויים כאשר פעולת המזיק-הנתבע גרמה עליידי פעולה קודמת של הניזוק-התובע, סמכות המעוגנת בסעיף 65 לפקודת הנויקין.

21 ראה, למשל, ע"א 461/64 טמטיט נ' פחימה, פ"ד יט (4) 129. באותו מקרה הוגשה תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין על-ידי הגבר, ובית-המשפט פסק 100 ל"י פיצויים בגין נזק כללי, תוך כדי הבעת הסתייגות מעצם הגשת התביעה מסוג זה על-ידי הגבר, ובכך הפחית את הסכום שנפסק בבית המשפט המחוזי (1000 ל"י).

22 לכאורה, הוסדרו התרופות באופן ממצה בסעיפים 106–111 לספר החוקים העותמאני. לפי סעיפים אלה היה הצד התמים זכאי לפיצויים בגין חסרון כיס במקרה של הפרה לא זדונית, ולפיצויים גם עבור מניעת רווח במקרה של הפרה זדונית. למעשה, נפסקו הפיצויים לפי המשפט האנגלי, אולם גם לפיו הכלל הוא, שבדיני חוים אין פיצוי על נזק לא רכושני: ראה Mayne & McGregor, הערה 6 לעיל, §211. החריג היחיד המצוין שם הוא דוקא התביעה בגין הפרת הבטחת נישואין.

23 ראה המ' 655/76 חאיק נ' ויקפוריה, פ"ד לא (1) 90.

הפרת הבטחת נישואין. הנסיבות, אשר מותר לבית המשפט לקחת בחשבון, הן אותן נסיבות, שהן רלוואנטיות לעניין הנדון או נסיבות, שהמחוקק מתיר לראות אותן כרלוואנטיות.

ההבדל בין דיני החוזים לדיני הנישואין חשוב לעניין שבפנינו, שבו אין אנו עוסקים בפסיקת פיצויים עונשיים (הגדלת סכום הפיצויים כדי לענש את המזיק), אלא בפסיקת פיצויים על בוז (הפחתת סכום הפיצויים כדי להביע מורת רוח מהתנהגותו של הניזוק). בדיני הנישואין ישנה סימטריה מלאה בין השניים. שניהם מהווים סטייה מן העיקרון של השבת המצב לקדמותו, ושניהם משרתים אותה מטרה. למעשה, ניתן לומר, כי במקרה מסוים אף עשה בית המשפט שימוש בסמכותו לפסוק פיצויים לבוז, אם כי לא נקט מפורשות במינוח זה, במקרה של הפרת הבטחת נישואין.²⁴ לגבי סעיף 13 לחוק התרופות לא ברור האם קיימת סימטריה דומה; בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים "בעד" הנוק שנגרם, וניתן לפרש הוראה זו כשוללת סמכות לפסוק פיצויים עונשיים. מצד שני, נראה כי בית המשפט רשאי, לפי הוראת הסעיף, לפסוק סכום פיצויים הנמוך מהסכום, בו היה מעריך את הנוק שנגרם. ייתכן כי הבדל זה הוא מלאכותי בלבד. יש לזכור כי בסוגיה של פסיקת פיצויים לא משפים בגין נזק כללי מעורבים שני קשיים: הראשון, והמרכזי ביותר, הוא הקושי לתרגם למנזחים של כסף נזק, שהוא מטיבו נזק לא רכושי. השני, והוא פחות בעייתי, הוא, האם יש לפסוק רק פיצויים משפים, או להשתמש בפסיקת הפיצויים ככלי להשגת מטרות אחרות פרט להשבת המצב לקדמותו. כל הדיון בשאלה, האם יש לפסוק פיצויים עונשיים או פיצויים על בוז, בנוי על ההנחה, שכלל לא ברור אם היא מבוססת, שיש אפשרות לקבוע באופן אובייקטיבי מהו הנוק שנגרם, ולתרגם אותו למנזחים כספיים. רק אם אנו יודעים מהו הפיצוי המשפט, נוכל לדון בשאלה, האם הפיצוי שנפסק דינו עונשי. לכן צודקים, אולי, אלה האומרים, כי הדיון בשאלת הפיצויים העונשיים הוא כיום דיון אקדמי במידה רבה, לפחות ככל שהדבר נוגע לפיצויים בגין נזק כללי.²⁵

2. היקף הסמכות לקבוע פיצויים לא משפים

המקרה שלפנינו הוא מקרה נוח מאוד מבחינה זו, שכן הוא אינו מחייב אותנו לנקוט עמדה בשאלה הכללית של הסמכות לפסוק פיצויים לא משפים. אף אם נאמר, כי סמכות כזו אמנם קיימת, עדיין לא עולה מכך, שאי-מוסריותם הכללית של הצדדים ביחסים שבינו לבניה הוא שיקול רלוואנטי. זאת, מאחר שגם אלה, הסבורים כי יש סמכות לפסוק פיצויים עונשיים, מחייבים זאת במקרים, שבהם התנהגותו של צד למשפט, בעניין שהוא נשוא המשפט, היא התנהגות, אשר בית המשפט רוצה לגנות.²⁶ פיצויים לדוגמה (עונשיים) נפסקו, למשל, כאשר המזיק גרם לנזק בכוונה ומתוך רצון לפגוע ולהעליב,²⁷ או כאשר התנהגותו לפני המשפט ובמהלכו הציביעה על "כוונה מרושעת" להתנכל לניזוק.²⁸

24 ראה הערה 21 לעיל.

25 ראה ע"א 30/72, הערה 18 לעיל, 240.

26 Mayne & McGregor, הערה 6 לעיל, 207§.

27 ע"א 216/54 שניידר נ' גליק, פ"ד ט 1331, 1335 (השופט גרודי).

28 ע"א 30/72, הערה 18 לעיל, עמ' 246.

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

נראה לי, כי אין ספק, שבית המשפט אינו מוסמך להשתמש בפיצויים עונשיים, או בכל דרך אחרת, על מנת להביע את סלידתו מאופיו של אדם באופן כללי, או מהתנהגותו הבלתי-מוסרית, כל עוד זו אינה קשורה במישרין לתביעה העומדת בפני בית המשפט. אם היה מקום לפסוק כאן פיצויים עונשיים, היה צורך להטילם על המערער דוקא, שכן הוא זה אשר התנהג בשפלות כלפי המשיבה בעניין הגדון כאן, מדברי השופט שרשבסקי. לגבי המשיבה לא נטען כלל, כי היא התנהגה בחוסר מוסריות כלפי המערער, כי ניצלה אותו, התעללה בו, סחטה אותו, או אף קיימה יחסי מין עם אחרים בזמן שהתנהל הרומאן ביניהם.²⁹ אי-המוסריות הנטענת שלה נוגעת לעובדה, שקיימה יחסי מין עם המערער ועם אחרים ללא נישואין, ולא הוצבע על קשר בין עובדה זו ובין התביעה שבפנינו. בוודאי שאי-מוסריות כללית זו, שהמערער עצמו היה לפחות שותף פעיל בחלק ממנה, אינה מצדיקה, שהמזיק במקרה שלפנינו ייהגה מהפחתת הפיצויים בהם הוייב, בעוד שהניזוקה תיענש על-ידי הפחתת סכום הפיצויים שנפסק לה.

ד. האם רצוי לאכוף מוסר באמצעות פסיקת פיצויים? ³⁰

טענות מארבעה סוגים עומדות למכשול בפני הנמקתו של השופט שרשבסקי. ראשית, אל לו לשופט להשתמש במעמדו, על מנת לאכוף את מוסרו האישי. שנית, טענות כבדות-משקל הושמעו נגד אכיפתו של המוסר הנוהג באמצעות המשפט. שלישית, אף אם נאמר, שאכיפת מוסר נהוג היא מוצדקת — אין אכיפה כזו מוצדקת, במקום שאין כלל מוסרי ברור, המקובל על רוב האוכלוסייה, בשאלה הנדונה. ולבסוף, פסיקת פיצויים — כחווים או בנויקין — אינה הכלי המתאים לאכיפת מוסר — נהוג או אישי — אף במקום שאכיפה כזו יכולה להיראות מוצדקת. אדון בטענות אלה כסדרן, אולם לפני-כן יש להקדים כמה מלים כלליות על היחס שבין המחוקק ובין השופט בנקודות אלה.

חלק מן הטענות המובאות כאן מופנות במידה שווה אל המחוקק, היוצר את

29 במהלך הדיון בשאלה האבהות צרין כי בבית המשפט המחוזי נקבע כעובדה, שהמשיבה לא קיימה יחסי מין עם אחרים בתקופת יחסיה עם המערער: ע"א 473/75, הערה 1 לעיל, עמ' 46.

30 השאלה "האם רצוי לאכוף מוסר באמצעות פסיקת פיצויים" היא שאלה מטעה, שכן אי אפשר לענות עליה בצורתה זו, בלי לפרט למה מתכוונים ב"מוסר". הבחנה אחת, החשובה לצרכינו, היא זו בין המוסר הנוהג — המוסר המקובל על רוב האוכלוסייה — ובין המוסר האידיאלי או הביקורתי — שאיננו בהכרח מקובל על רוב האוכלוסייה. הבחנה שנייה, הקשורה לראשונה, היא זו בין המוסר האישי ובין המוסר הנוהג. המוסר האישי של כל פרט כולל את ההשקפות והשיפוטיות המוסריות בהם כאמין אותו פרט. אם יכול הפרט להצביע על מערכת הצדקות למוסר אישי זה, ואם הוא סובר כי הוא ראוי לשמש קנה-מידה להערכה גם עבור אנשים אחרים, תהיה חפיפה בין המוסר האישי של הפרט ובין תפיסתו שלו את המוסר האידיאלי. בדרך כלל, קיימת חפיפה לא מטענה בין המוסר האישי-אידיאלי של הפרט ובין המוסר הנוהג בחברתו. יחד עם זאת, בסיס הצידוק של שני סוגי המוסר האלה שונה לחלוטין, והוא מרכיב חשוב בשאלה אם יש להשתמש במשפט לאכיפתם. אי לכך יש להבחין, כאשר מנסים להעמיד את שאלת אכיפת המוסר, בין שני סוגים אלה של מוסר.

הנורמה, ואל השופט המיישם אותה. הטענה, שחוק מוצע מסוים משמש רק (או בעיקר) לאכיפת המוסר הנהוג, יכולה להיות מועלית כלפי המחוקק במטרה לשכנעו, כי אל לו לקבל את ההצעה ולהפכה לחוק. אולם, משבחר המחוקק לתת תוקף להוראה, שיש בה משום אכיפת מוסר, אין השופט רשאי להתעלם ממנה. יחד עם זאת, ביישומה רשאי השופט לתת לחוק פירוש, המתיישב עם המצב המשפטי הרצוי, כל עוד לא נשלל שיקול הדעת הזה במפורש על-ידי המחוקק. יתרה מזו, לעתים מחייב המחוקק את השופט לעשות שיפוט מוסריים על מנת להפעיל את החוק. כך הוא המצב, למשל, לפי סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, הקובע תוצאות משפטיות לחוזים בלתי-מוסריים, או לפי הוראות, הקובעות תוצאות כאלה לביצוע עבירה "שיש עמה קלון"³¹. במקרים כאלה חייב השופט לקבוע, האם החוזה הוא אמנם בלתי-מוסרי, או האם היה קלון בעבירה שבוצעה. גם במקרים אלה חייב השופט להיות מודע לסכנות, שבקביעה שיפוטית מוסמכת, בעלת תוצאות משפטיות, כי מעשה מסוים לוקה בחוסר מוסריות, ולהפעיל את סמכותו בהתאם.

1. אכיפת מוסר אישי על-ידי השופט

ניתן לתאר עמדה מוסרית, לפיה מותר להשתמש במשפט, בין בשלב החקיקה ובין בשלב היישום, על מנת לקרב את התנהגותם של בני החברה לאידיאל מוסרי כלשהו, בו מחויק השופט, בלי קשר לשאלה אם אידיאל זה מקובל בחברה אם לאו, וכי אידיאל מוסרי זה יכול שיכלול גם נורמות לגבי "מידות טובות", שהעדרן אינו גורם נזק מוחשי לזולת.³²

ככל שהדבר נוגע לפעולתו של השופט, זוהי עמדה מוסרית קיצונית, שלא ברור אם היא מתיישבת עם העקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט, כגון שוויון בפני החוק, ועם תפקידו של השופט במסגרת שיטת המשפט. שכן, השאלה, האם קיימים אידיאלים מוסריים "אובייקטיביים", היא אחת השאלות המאריכות ימים ביותר בתולדות האתיקה. ואף אם נאמר, כי יש אידיאל מוסרי אובייקטיבי אחד, לפחות עקרונית, עדיין ארוכה הדרך להסכמה על קנה-המידה לזיהוי של אידיאל זה, ועל יישומו של קנה-מידה כזה במקרים ספציפיים. לכן שופט, האוכף כלל מוסרי מסוים, שאינו מקובל בחברה בה הוא חי, ללא מצווה מפורשת של המחוקק, אוכף, למעשה, את מוסרו האישי (גם אם הוא עצמו סבור, שמוסר זה מבטא את האידיאל המוסרי האחד והבלתי ניתן לערעור). מדוע ניתן לשופט לעשות זאת?

יש לזכור כי השופט הוא חלק מן השיטה המשפטית, ומוקצה לו תפקיד מוגדר בתוכה. שיטת המשפט מקנה לשופט כוח רב—הכוח להוציא פסקי דין, שכוחה המאורגן של החברה עומד מאחוריהם, וליישב סכסוכים באופן מוסמך וסופי—ומגבילה כוח זה באמצעות הכללים המשפטיים, המחייבים את השופט. השופט אמור להפעיל

31 ראה רות גביוון, "עבירה שיש עמה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א (תשכ"ט) 176. הקשר נוסף בו מתייחס החוק לשיפוט מוסרי הוא, למשל, חוק מבקר המדינה, בו מדובר על התנהגות ציבורית שיש עמה פגיעה בטוהר המידות. וראה בנמצאל, "טוהר המידות בחוק מבקר המדינה" כתבים לזכר א. וינישל (שקמונה, 1977) 133.
32 בעמדה כזו מחויק, למשל, סטפן: Stephen, *Law, Liberty and Fraternity* (Cambridge: U. P. 1967) שפורסם לראשונה ב-1873, כתגובה על מסתו של מיל על החירות.

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

כללים אלה, וכוחו מוקנה לו על מנת שיעשה זאת, ולא על מנת שיפעיל כללים אישיים המקובלים עליו. באכיפת כללים אישיים כאלה אין השופט עדיף, מבחינת החוק, על כל פרט אחר בחברה. הוא רשאי לשכנע, להגיד, להביע דעתו ולנסות להביא לשינוי החוק או הנוהגים המקובלים – אולם כל עוד לא הצליח בכך, אין הוא רשאי לפסוק לפי דעותיו הוא. פסיקה כזו תהווה שימוש לרעה בסמכויות, שהוקנו לשופט על-ידי החוק.³³

מובן שאין זאת אומרת, ששופט חייב להיות אדם שאין לו השקפות מוסריות אישיות. הרישך הוא הנכון. אולם, השופט חייב לדעת להבחין בין שלושה סוגים של נורמות: אלה שאותן נבחר לאכוף, אלה שהיה רוצה לראותן מקובלות ונאכפות, אך הן עדיין רק חלק ממוסרו האישי, ואלה שהוא עצמו הולך לפיהן, אך הוא מכיר בכך, שאין אפשרות וטעם לנסות לאכוף על בני החברה בכללה.

הבחנה זו חשובה במיוחד, מפני שהפיתוי לאכוף מוסר אישי הוא חזק, ולעתים קרובות אינו מודע. כדי לגבור על הפיתוי בהצלחה, חייב השופט לנסות לפרש לעצמו את ההנחות הנורמטיביות, עליהן הוא מסתמך בשיפוטו, ולבדוק, האם יש ביניהן כאלה, שאינן אלא חלק ממוסרו האישי.³⁴

התפיסה, שאל לו לשופט לאכוף את מוסרו האישי באמצעות המשפט, זכתה לתמיכה נרחבת של משפטנים בארץ ובעולם, אולם אין היא אוניברסאלית.³⁵ הטעמים לה רבים ומגוונים. ראשית, כפי שכבר נאמר לעיל, השופט חב נאמנות לשיטת המשפט אותה הוא מפעיל. שיטה זו בחרה ערכים מסוימים כראויים להגנה על-ידי המשפט, ולא כללה ביניהם את כל ערכיו האישיים של השופט. הנאמנות לשיטה מחייבת, שהשופט ישתמש בסמכותו השיפוטית רק לצורך הגנה על, ולקידום של, הערכים, שאומצו על-ידי השיטה שהיקנתה לו את סמכותה. שנית, אכיפת מוסר אישי פוגעת בוודאות החוקים ובהפעלתם השווה. התרתה מגדילה את הסיכון, שההרכב של השופטים היושבים לדין יקבע את התוצאה.³⁶

חשוב להבחין בין טיפוס המצב של אכיפת מוסר המתעורר כאן, ובין השאלה, שהטרידה את גדולי הפילוסופים של המשפט מאז מלחמת העולם השנייה, בדבר חובתו

33 מסיבות דומות נראה, כי כס המשפט אינו המקום המתאים להשמיע ממנו דרשות מוסריות או הטפת מוסר. אמת, שמטרת המשפט היא לכוון התנהגות, והוא עושה זאת על-ידי קביעת סאנקציות במקרה של ביצוע מעשה הנראה למשפט בלתי-רצוי; אולם, תפקידו של השופט הוא להפעיל את הסאנקציות הקבועות בחוק, ולא להוסיף שיפוט מוסרי כחלק בלתי נפרד מקביעת התוצאות המשפטיות.

33א נראה, כי השופט שרשבסקי אכן עושה כאן הפעלה של מוסר אישי – המוסר היהודי-דתי (ראה הערה 40 להלן). לגבי מוסר דתי, הבעיה של הבחנה בין נורמות שמוחר (וחייבים) לאכפן, ובין נורמות אישיות, האסורות באכיפה, קשה במיוחד בגלל הכוללניות של תפיסת העולם הדתית.

34 ראה, למשל, D. Lloyds, *Public Policy, A Comparative Study in English and French Law* (1935); ראה גם דברי השופט ויתקון בע"א 337/62 רייזפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1026. עמדה שונה בוטאה, למשל, על-ידי השופט קיסטר, בע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ (4) 337. בהקשר רחב יותר ראה דברי השופט לנדוי בבג"ץ 58/68 שלים נ' יר הפנים, פ"ד כג (2) 477, 517–522.

35 ראה ח"ה כהן, "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ו) 5, 6.

של השופט לציית לחוק שהוא בלתי-מוסרי בעליל. בדרך-כלל מתעוררת הבעיה השנייה בהקשר בו היסוד המוסרי של כל המערכת המשפטית נהיה שנוי במחלוקת, או, לפחות, כאשר האלמנט הבלתי-מוסרי הוא מרכזי דיו, כדי לאצול על משמעות הציות לחוק בתוך אותה מערכת במקרה שלפנינו, קשה לתקוף את הלגיטימיות של שיטת המשפט הישראלית בכללה, מפני שהיא אינה נותנת ביטוי לגיוני מתירנות ביחסי מין. מדובר אפוא במצב, שבו ברוב העניינים המוסר האישי של השופט והמוסר המקובל באוכלוסיה אינם מתנגשים, מצב שהוא טבעי, שכן השופט מפנים במידה רבה את הנורמות של החברה שבה הוא חי. על רקע זה, כאשר מתעוררת שאלה של אכיפת מוסר בנקודה, שאינה בבסיס השיטה, חשוב שהשופט יבחין בין מוסר האישי ובין הנורמות המקובלות, ויימנע מהפעלת הראשון.

2. אכיפת מוסר נוהג על-ידי השופט

השאלה של "מי שמד", המתעוררת כאשר שופט אוכף את מוסרו האישי, אינה מתעוררת במקום שהמוסר הנאכף הוא המוסר הנוהג — המוסר המקובל בחברה. הבעיה של אכיפת המוסר הנוהג על-ידי המשפט זכתה לאחרונה לדיון ממצה, שהתמקד סביב יצירת נורמות אוכפות מוסר ולא על יישומן של נורמות קיימות באופן האוכף מוסר³⁶. אולם, אם נקבל את הטענה הכללית נגד אכיפת מוסר נוהג על-ידי המשפט, יצא מכך, שאל לו לשופט לאכוף מוסר נוהג ללא מצווה מפורשת של המחוקק. במקרה שלפנינו ודאי אין מצוות מחוקק, המחייבת את השופט להתחשב באי-מוסריות בפסיקת גובה הפיצויים.

הניסוח המודרני של העמדה המתנגדת לאכיפת מוסר נוהג על-ידי המשפט ניתן על-ידי פרופ' הארט בשורת מאמרים והרצאות³⁷. הארט מאמץ באופן מסיגי את עמדתו של מיל בעל החירות, לפיה אין הצדקה להתערבות החברה בהתנהגות הפרט, אלא אם כן התנהגות זו גורמת נזק. לדעת הארט (ומיל), הגבלות חירות הן רע הדורש הצדקה, ועצם העובדה, שהתנהגות מסוימת נחשבת בלתי-מוסרית, אינה הצדקה מספקת להגבלת חירות באופן יישר (על-ידי איסור ההתנהגות האמורה), או באופן עקיף (על-ידי, למשל, קיצוץ בפיצויים בגינה).

לא תמיד קל להפעיל את קני-המידה המוצעים על-ידי הארט ומיל, שכן במקרים רבים חלוקות הדעות בשאלה, האם התנהגות מסוימת גורמת "נזק". חשוב להדגיש כי הארט אינו אומר, שלעולם אין לאכוף את המוסר הנוהג במקרים רבים מבטא המוסר הנוהג את סלידת החברה ורתיעתה מהתנהגויות הגורמות לנזק אליבא דכולי עלמא (כגון רצח). אולם, לגבי טיפוס המקרים של יחסי מין בין שני בוגרים בהסכמה, אין ספק כי הארט ומיל היו גורסים, שהנזק שייגרם מהגבלתם — הישירה או העקיפה — עולה הרבה מונים על הנזק שיימנע, אולי על-ידי הגבלה כזו, וכי לכן אין הצדקה להתערבות משפטית (או חברתית-מאורגנת) בהם. הארט ומיל לא היו מוצאים הצדקה לגיוני משפטי של קיום יחסי מין מחוץ לנישואין.

36 לסקירת דיון זה ראה: ר' גביוון, "אכיפת המוסר ומעמדו של עקרון החירות" עין כו (תשל"ח), טרם פורסם.

37 Hart, *Law, Liberty and Morality* (Staford U.P., 1963)

3. זיהוי המוסר שיש לאכפו

אולם הבה נניח, כי אין אנו מקבלים את עמדתם של הארט ומיל, וכי אנו מעדיפים בנקודה זו את עמדתו של דבלין³⁸, לפיה מותר לחברה להשתמש במערכת המשפטית, על מנת להגן על תמימות הדעים שלה בענייני מוסר. עמדה זו אינה חשופה לטענות, שהועלו נגד אכיפת מוסר אישי על-ידי שופט. השופט כאן מנסה להתחקות אחר אותם ערכים מוסריים, אשר עליהם מושתתת שיטת המשפט שהסמיכה אותו. בחברה דמוקרטית עומד לשופט במקרה כזה הצידוק של קבלת כנדט, לפחות באופן מובלע, לפעול בהתאם לקוד המוסרי, המקובל על רוב בני החברה, כאשר זה אינו עומד בניגוד להוראות החוק הכתוב.

גם לגבי זיהוי של המוסר הנוהג התעוררו קשיים רציניים³⁹, בנוסף לטענות הכבדות, שהושמעו על-ידי מיל והארט, כנגד אכיפתו האוטומטית. בטיפוס המקרה שלפנינו אין צורך להיכנס לשאלות קשות אלה. מספיק לציין כי חסידי העמדה, שמותר להשתמש במשפט כדי לאכוף את המוסר הנוהג, מניחים, עובדתית, כי ניתן אמנם למצוא קבוצת כללים, שאפשר לתארה כמוסר הנוהג של אותה חברה. למעשה, לא ברור אם הנחה עובדתית זו היא מבוססת במציאות של מדינת ישראל המודרנית, ככל שהדבר נוגע למוסר מיני. לעומת חלק מן האוכלוסיה, הדבק בדיני ישראל, או בהשקפות שמרניות בתחום המוסר המיני, ידנו חלק אחר של האוכלוסיה, שאינו פחות גדול, שזנח כללים אלה ואימץ לו כללי מוסר אחרים משלו. כמילא אין פה שאלה של אכיפת המוסר המקובל של הרוב על מיעוט מהפכני, אלא שאלת אכיפת המוסר, המקובל על חלק מסוים של האוכלוסיה, על חלק גדול אחר של אותה אוכלוסיה. אם נחזור לצידוק האכיפה של הלורד דבלין, לא ברור, האם שיטת המשפט הישראלית צריכה להיות בעלת מחויבות לשמירה על החברה, המאופיינת בשמירת כללי המוסר היהודי-דתי, או מוסר שמרני אחר בענייני מין, או שמא יש לה מחויבות דוקא לחברה פלוראליסטית, שבה ייתכן קיום בצוותא של עמדות מוסריות שונות בנקודות אלה. אם אין אפשרות לזהות כלל מוסרי נהוג, חוזרת ליושנה הבעיה של אכיפת מוסר אישי על-ידי השופט, שכן המוסר הנאכף אינו מקובל על החברה.

טעות מקובלת היא לומר, כי המחזיקים בעמדה, שאין לאכוף מוסר של קבוצה מסוימת על החברה בכללה בתנאים של פלוראליזם של השקפות מוסריות, מנסים לנתק את הקשר בין המשפט ובין המוסר בצורה מלאכותית. למעשה אין הדבר כך. כל משפטן רגיש יכיר בעובדה, שניתוק מוחלט של המשפט מן ההשקפות המוסריות של אלה הכפופים לו, לא יצלה. ניתוק כזה יצמצם מאוד את המוטיבאציה של אנשים לראות בחוק דבר צודק, שמן הראוי לציית לו לא רק מהטעם של חשש מפני סאנקציה, מוטיבאציה, שהיא חיונית לשיטת משפט יציבה. הטענה אינה כי המשפט והמוסר צריכים להיות מנותקים, אלא כי המערכת המשפטית חייבת, כגבולות בהן אכיפת מוסר נהוג מוצדקת, להצטמצם לאותם ערכים מוסריים, שעליהם יש הסכמה בין בני החברה. ניתן לטעון כי חבל, שהחברה הישראלית המודרנית היא חברה פלוראליסטית, וכי

38 ראה בקובץ: Devlin, *The Enforcement of Morals* (Oxford U. P., London, 1965).

39 השווה למשל, את דעותיהם השונות של השופטים בע"א 337/62 ובע"א 4/66 הערה 34 לעיל. ראה גם רובינשטיין, אכיפת מוסר בחברה מתיירנית (שוקן, תשל"ה) 129-135.

חברה הטרוגנית פחות מבחינת ערכיה המוסריים היא בעלת חוסן רב יותר. זוהי טענה סוציולוגית הראויה לבדיקה, אולם אין בה כדי ליטות את העובדה, שהחברה הישראלית המודרנית אינה חברה הומוגנית כזאת. אם אין אנו רוצים לאפי'ר לשופט לאכוף את המוסר, בו הוא מחזיק, על אוכלוסיה, שחלק ניכר ממנה אינו שותף להערכותיו המוסריות, יש להבהיר כי המוסר, שאותו מותר לאכוף באמצעות המשפט – אף לפי העמדה המתירה אכיפת מוסר נוהג – הוא אותו מוסר, מינימאליסטי ככל שיהיה, המקובל על רובה. נדמה לי, כי בפועל המצב בתחום זה אינו כה מדאיג כפי שנטען לעתים. יש תמימות דעים רבה מאוד בענייני מוסר בין כל הפלגים בציבור הישראלי, חילוניים ושומרי מצוות כאחד. הכל מקבילים. כי אין זה מוסרי להונות, לעזוק, לפגוע שלא לצורך, להשפיל ולבנות את הוולת הפלוראליזם של החברה הישראלית אינו אומר, כי זוהי חברה מנוערת מערכים מוסריים מכל וכל. אבל נכון הוא כי דוקא בתחום היחסים הבין-אישיים, ובעיקר בהיבט המיני שלהם, ישנם חילוקי דעות רציניים, ולכן דוקא בתחום זה חובה על היסופטים להיזהר משנה זהירות שלא לאכוף, אולי אף בלא-ידועין, את המוסר האישי שלהם על האוכלוסיה בכללה. לכן מוצדקת הסתייגותו של היסופט עציוני מהנמקתו של השופט שריבסקי בפסק דין זה, בעיקר לאור העובדה, שהשופט שריבסקי עצמו ער לעובדה, שחלק גדול מן האוכלוסיה אינו נוהג בהתאם לאמות-המידה שבהן הוא מחזיק.⁴⁰

ניתוח זה מאפשר לנו גם להכוות את עמדתו של השופט שריבסקי לעניין השיקולים הרלוואנטיים לקביעת סכום הפיצויים עם עמדת הפסיקה הישראלית, שעסקה בזיהוי המוסר בענייני אישות בדונה בשאלה של אי-אכיפת חוזים המנוגדים למוסר.⁴¹ בעוד שלגבי קביעת הפיצויים בית המשפט אינו חייב כלל להיזקק לשאלה הסבוכה של איתור המוסר אותו יש לאכוף, שכן אין עליו מצוות המחוקק לאכוף מוסר באותו תחום, טונה המצב לגבי השאלה השנייה. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) "השל"ג-1973 מחייב את בית המשפט לראות חוזים בלתי מוסריים כבטלים, והפסיקה קבעה כי אי-מוסריות לעניין זה כוללת גם אי-מוסריות ביחסי אישות. בהפעילו סעיף זה יצטרך, אם כן, בית המשפט להקפיד שלא לחרוג מאותם ערכים מוסריים, המוסכמים על הכל.⁴²

4. אכיפת מוסר באמצעות פסיקת פיצויים

ולבסוף, אף אם נאמר כי מותר ורצוי לאכוף באמצעות המשפט נורמות מוסריות לגבי יחסי אישות מחוץ לנישואין, האם הדרך הנאותה היא דרך של הפחתת סכום הפיצויים בתביעה על הפרת הבטחת נישואין כאשר הצדדים קיימו יחסים כאלה?⁴³

40 ראה הקטע המצוטט לעיל, בעמ' 47 לפסק הדין. נראה כי השופט הסתמך כאן על המוסר היהודי-דתי (הוא מדגיש את היות המשיבה "אשה יהודיה"), אולם לתוצאה דומה היה מגיע לו הפעיל מערכת מוסר חילונית, שאינה רואה בעין יפה קיום יחסי מין מחוץ לנישואין.

41 ראה הערה 39 לעיל.

42 אין זה המקום לדין ביקורתי מקיף בפסיקה הישראלית בנושא זה. אך נראה כי עמדתם של השופט זילברג בע"א 331/62 ושל השופט קיסטר בע"א 4/66 (הערה 34 לעיל) אינה עומדת בדרישות אלה.

43 זאת כלי להתייחס לשאלה, אם מתן תוצאות משפטיות ליחסים כאלה מתיישב עם מדיניות

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

לורד דבלין, המצדד העקבי באכיפת מוסר נוהג על-ידי המשפט, הוא גם אחד הדברים הראשיים נגד אכיפה כזו באמצעות פסיקת פיצויים – הן כשופט⁴⁴ והן כמשפטן⁴⁵. לדעתו, הסמכות לפסוק פיצויים לא משפיע בגזיקין אינה מבוססת מבחינה עקרונית, ואינה מביאה לתוצאות חיוביות. דעתו בנוקדה זו הפכה להלכה המקובלת באנגליה⁴⁶. ציינו כבר כי לגבי דיני החוים זוהי ההשקפה המקובלת באנגליה מאז ומתמיד. בכפוף לאקאדמיות של הדיון בהבחנה בין פיצויים עונשיים ובין פיצויים מוגברים (או פיצויים לבזו ופיצויים מופחתים) מבוססת עמדתו של דבלין על התפיסה, שדיני הגזיקין עוסקים בחלוקת נזקים ולא בהטלת איש מוסרי. בדיני הגזיקין אין כל מנגנון, המבטיח שגובה הפיצוי יעמוד בהתאמה כלשהי לחומרת התנהגות, ויש מקרים רבים בהם האחראי כלל אינו נושא בנטל הפיצוי (אחריות שילוחית או אחריות מבטח). זאת ועוד, במשפט הפרטי לא קיימות אותן ערובות, המובטחות לנאשם במשפט פלילי, ואין זה צודק להטיל על המזיק (או הגזוק) עונש בלי לאפשר לו להסתמך על ערובות אלה.

ציינתי כבר כי בית המשפט בישראל בדק טענות אלה ולא נטה לקבלן. מכל מקום, התפיסה, שהמטרה הבלעדית של דיני הגזיקין היא שיפוי, המתבטאת בעיקרון של השבת המצב לקדמותו, נחשבת בעיני אחדים לבעלת תמיכה אוניברסאלית ולמובנת מאליה⁴⁷.

ה. היישום במקרה הקונקרטי

ולבסוף, אף אם נאמר כי מותר היה לשופט שרשבסקי להשתמש בפסיקת הפיצויים ככלי לאכיפת מוסר, וכי מותר היה לו להסתמך על השקפותיו המוסריות שלו בהקשר זה, נראה כי התוצאה אליה הגיע עשויה לעורר בעיות מהסוג אותה היא באה למנוע: בעיות של אי-התאמה בין המוסר ובין המשפט.

עמדתי כבר לעיל על אי-הסימטריה שבאי-המוסריות, שנקבעה על-ידי השופט שרשבסקי, במקרה שלפנינו⁴⁸. המערער חטא כלפי המשיבה, בעוד שחטאת של

המחוקק, כפי שבוטאה בחקיקה לגבי הידועה בציבור. ראה רובינשטיין, הערה 39 לעיל, 140–137.

44 לורד דבלין נתן את פסק הדין העקרוני בפרשת *Rookes v. Barnard* [1964] A.C. 1129, בה נפסק, כי פסיקת פיצויים עונשיים היא אנומאליה של דיני הגזיקין, וכי סמכות בית המשפט באנגליה לפסוק פיצויים כאלה מוגבלת ל-3 טיפוסים מקרים ספציפיים. הלכה זו אושרה ב-*Cassel v. Broom* 1 All. E.R. [1972] 801.

45 Devlin, "Morals and the Quasi Criminal Law and the Law of Torts" *The Enforcement of Morals*, הערה 38 לעיל, 26, 40–37. המאמר הוא הרצאה שניתנה ב-1961 לפני ההחלטה ב-*Rookes v. Barnard* (הערה 44 לעיל).

46 גם לגבי הפחתת פיצויים נקבע באנגליה, כי אין להתחשב בהתנהגות הצדדים: *Lane v. Holloway* [1967] 3 All. E.R. 129.

47 ראה, למשל, רוח הדברים בפתח מאמרו של McGregor, "Compensation versus Punishment in Damages Awards" 28 *M.L.R.* (1965) 629.

48 ראה עמ' 291 לעיל.

האתרוגה הצטמצם בכך, שקיימה יחסי מין מחוץ לנישואין עם מספר גברים מגיל צעיר למדי. מדינת ישראל הרטה על דגלה את סיסמת השוויון בין המינים, סיסמה ההופכת להיות מקובלת יותר ויותר בחברה המודרנית. אם נקבל את ההנחה, כי בני שני המינים אמנם שווים זה לזה – כפי שאני מקבלת – אין אנו יכולים להמשיך ולהחזיק בעמדה, לפיה אין זה מוסרי מצד האישה לקיים יחסי מין מחוץ לנישואין, אך קיום יחסים כאלה אינו פוגע במוסריותו של הגבר המעורב בהם. אחת משתיים: או שעל בני שני המינים מוטלת החובה להימנע מיחסי מין מחוץ לנישואין, או שבשני המקרים אין עצם קיום יחסים כאלה בלתי-מוסרי, ומה יהופך אותם, אולי, לבלתי מוסריים, הוא הנזק, שנגרם לצדדים ולאחרים מקיום יחסים אלה. מכאן, שבתביעה על הפרת הבטחת נישואין, כשהצדדים קיימו יחסי מין לפני הגשת התביעה, אנו חייבים לנקוט באחת משתי גישות אפשריות, ששתיהן מביאות לאותה תוצאה: אם נאמר כי שני הצדדים חטאו, תתקזז אי-המוסריות של שניהם ולא תשפיע על גובה הפיצויים, ואם נאמר כי אין בעצם קיום יחסי המין משום חטא, שוב אין לקחת בחשבון בקביעת גובה הפיצויים. כך או כך, בוודאי אין מקום להטיל את מלוא המחיר של קיום יחסי המין על האישה בלבד.

אמרתי כבר לעיל, כי חשוב לזכור על התאמה בין ציווי המשפט ובין התחשבות המוסריות של רוב בני החברה, על מנת לתמוך את המוטיבאציה של בני החברה לציית לחוק. שימוש בגובה הפיצויים, כפי שנעשה עליידי הכופט כרשבסקי, לגבי צדדים, שקרוב לוודאי ששניהם אינם שותפים לדעותיו, אינו יכול לתרום לחיזוק התאמה זו. "אכיפת המוסר" במקרה שלפנינו אינה מביאה אף לתוצאות הטובות המובאות כהצדקה לה, אלא להיפוכן הגמור.⁴⁹

ג. ההתערבות בהחלטת הערכאה הראשונה וחובת ההנמקה

ההנמקה הפחיטיבית של שני השופטים האחרים שיטבו בדין מסתכמת בכך, שהם קובעים כי הסכום של 10,000 ל"י נראה להם מתאים "בנסיבות הענין". שני פגמים ב"הנמקה" זו. ראשית, אף ביושביו כבית משפט בערכאה ראשונה, רצוי כי בית המשפט ינמק את סכום הפיצויים אותו הוא פוסק ויפרט את השיקולים שהביאוהו להחלטתו, מעבר לקביעה הכללית והסתמית, כי הסכום מתאים בנסיבות הענין. שנית, בפסיקה הישראלית התגבש כבר – ובצדק – הכלל, כי בית משפט לערעורים אינו מתערב בהחלטתו של בית המשפט בערכאה ראשונה לעניין גובה הפיצויים אלא בנסיבות מיוחדות.⁵⁰ משמע, כאשר הוא מתערב, שומה על בית המשפט לפרט ולהסביר איזה נסיבות מיוחדות קיימות במקרה הנדון, המצדיקות התערבות. השופט כרשבסקי אכן עושה זאת במפורש, אולם לא זה המצב לגבי שני השופטים האחרים.

49 השווה ח"ה כהן, הערה 35 לעיל, 9 מקום בו נמנים 3 מקרים בהם אין על השופט חובת נאמנות לחוק. נראה כי חול פה הכלל השלישי, לפיו חייב השופט, בתוקף תפקידו השיפוטי, לסטות בידעין מהנוראת חוק, "אם היא סותרת את התודעה המוסרית עד כדי כך, שקיימה יביא לידי זלזול בחוק ובמשפט יותר מאשר אי-קיומה", בשינויים המחויבים עקב כך שכאן לא היתה אף מצוות המחוקק מפורשת.

50 ראה טרסקי ואח', הערה 7 לעיל, 4078.

אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

הימנעות זו מהנמקת ההתערבות המורה במיוחד לגבי השופט עציוני, המסתייג מפורשות מנימוקיו של השופט שרשבסקי להתערבותו.

1. פירוט דרך חישוב הפיצויים עבור נזק כללי

באנגליה היה קיים נוהג לפסוק פיצויים לגבי נזק לא רכושי כ-*jump sum*, ללא פירוט. נוהג זה התבסס, בין השאר, על חלוקת התפקידים בין השופט ובין חבר המושבעים, כאשר התפקיד של פסיקת פיצויים היה נתון בידי האחרון, שלא היה חייב בהנמקה. עניינית הוצדק נוהג זה, בגלל האופי המיוחד של פסיקת הפיצויים עבור נזק לא רכושי. באנגליה כמו מבקרים אחדים על נוהג זה, שלא לפרט את "אבות הנוזיקין", שבגינם פוסקים פיצויים, ולא לפרש את השיקולים או את מערכת ההנחות עליהם מבוססת פסיקת הפיצויים⁵¹. בישראל הסתמנה תחילה מגמה לסטות מן המשפט האנגלי בנקודה זו ולדרוש פירוט, אולם הושמעו גם דעות, כי אין מנוס משיבה אל קביעת הסכום הכולל ללא פירוט, בשל הקשיים האימאננטיים של תרגום נזק לא רכושי למונחים של כסף, ובשל האופי הספקולאטיבי ההכרחי של ההנחות העובדתיות, עליהן מבוסס חישוב הפיצויים⁵².

נראה כי כיום המחלוקת בשאלה זו אינה עקרונית, אלא מעשית. אין מחלוקת על כך כי יש לעשות ניסיון, אם הדבר אפשרי, לפרט את "גסיבות הענין" בהקשר של קביעת פיצויים ולנסח עקרונות, שינחו את בית המשפט בבואו לפסוק פיצויים. המחלוקת נסובה סביב השאלה, האם אמנם קביעת עקרונות כאלה אפשרית, האם ההנחה הניתנת באמצעותם היא משמעותית. הפירוט והפירוש של עקרונות מנחים כאלה חשוב על מנת להקל על בדיקת החישוב, להבטיח כי לא יהיה כפל פיצוי או העדר פיצוי על ראש נזק מסוים, ולוודא אם מתקיימים, בתחום הרגיש של פסיקת פיצויים, העקרונות של שוויון בפני החוק ושל הצורך להתאים בין חומרת הנזק ובין גובה הפיצוי. פירוט השיקולים המנחים חשוב גם לשם חשיפת העקרונות המנחים, עליהם מסתמך בית המשפט, חשיפה שהיא הכרחית לביסוס ביקורת, במקום שיש מחלוקת לגבי הרלוואנטיות של שיקול מנחה זה או אחר לקביעת הפיצויים.

הסיבה האחרונה לדרישת הפירוט וההנמקה שונה מקודמותיה בכך, שאין היא קשורה לקריטי האמיתי מאוד, הכרוך בתרגום נזקים לא רכושיים למונחים של כסף. מכיוון שוהי הסיבה הרלוואנטית למקרה שבו אנו עוסקים כאן, אין המחלוקת לגבי השאלה, האם ניתן לתת הנחיות משמעותיות לגבי פסיקת פיצויים עבור נזק לא רכושי, מקהה את הביקורת, ואין צורך לנקוט בה עמדה. הביקורת, שהופנתה כלפי השופט שרשבסקי בפיסקה האחרונה, אינה קשורה כלל לקושי האמור בתרגום נזקים למונחים כספיים. אף אם נאמר, כי אין כל אפשרות "אובייקטיבית" לפסוק האם 20,000 ל"י, או 10,000 ל"י (או כל סכום אחר), הוא פיצוי נאות לנוקה של המשיבה, עדיין ניתן לטעון, כפי שנעשה ברשימה זו, כי שיקול אי-המוסריות לא היה צריך להיות מובא בחשבון. הרלוואנטיות של שיקול אי-המוסריות היא שאלה חשובה, ופסק הדין במקרה

51 טדסקי ואח', הערה 7 לעיל, 3588, הערה 47.

52 שם, שם, הערות 39-45.

שלפנינו מדגים יפה את חשיבות ההגמקה. השופט שרשבסקי פירש את נימוקיו להתערבות בהערכת הנוק של בית המשפט דלמטה, ובכך חיפף את עצמו לביקורת עניינית. לו היה נמנע מעשות כן היה חושף את עצמו רק לביקורת – השונה – על העדר ההגמקה, המפורטת בפסקה זו.⁵³

2. התערבות בפסיקת הפיצויים על-ידי ערכאה ראשונה

במשפט האנגלי נקבע העיקרון, שנקלט במשפט הישראלי, כי בית משפט לערעורים יתערב בגובה הפיצויים, שנקבע על-ידי הערכאה הראשונה, רק בשני טיפוסים מקרים: כאשר נתברר כי השופט דלמטה פעל על סמך עיקרון משפטי מוטעה; או כאשר הערכת הנוק מוטעית לחלוטין.⁵⁴ בכך יש משום אנאלוגיה מסוימת, ומסיבות דומות, לכלל כי בית המשפט לערעורים לא יתערב, בדרך-כלל, בקביעות העובדתיות של בית המשפט בערכאה ראשונה, אשר שמע את העדויות והתרשם באופן בלתי-אמצעי מן הצדדים ומנסיבות העניין. ואכזבם, בכל המקרים בהם התערב בית המשפט העליון בקביעת הפיצויים של בית המשפט דלמטה, מפרט בית המשפט את השיקולים שהביאו אותו לכך.⁵⁵

מדברי השופט שרשבסקי ברור, כי הוא סבר, שבית המשפט המחוזי פעל על סמך עיקרון משפטי מוטעה (וגם על סמך קביעה מעורבת של חוק ושל עובדה שהיתה מוטעית), כאשר קבע, שלא הוכח כי המשיבה התנהגה באופן לא-מוסרי, וכאשר לא הביא אי-מוסריות זו בהשבוך בקביעת גובה הפיצויים. לגבי השופט עציוני נראה כי הוא מסתייג מכך, שהיתה פה פעולה על סמך עיקרון משפטי מוטעה, אך גם הוא וגם השופט י' כהן אינם מפרטים את הנסיבות המביאות אותם להצטרף להחלטתו האופרטיבית של השופט שרשבסקי.

*

יש להדגיש כאן, כי ייתכן שניתן להצדיק את התוצאה אליה הגיע בית המשפט העליון במקרה זה. ייתכן כי הסכום שנפסק כאן היה גבוה מדי בהשוואה לסכומים שנפסקו על אותה עילה במקרים דומים.⁵⁶ ייתכן כי לאור העובדה שנדחה הערעור

53 לדיון כללי בשאלת ההגמקה ראה רשימתי "בית המשפט חובת ההגמקה" **מסעפים ב** (תש"ל) 89.

54 טדסקי ואח', הערה 7 לעיל, 407§, הערה 3. באנגליה נסקר כלל זה מחדש לאחרונה בפרשת *Taylor v. O'Connor* [1970] 1 All E.R. 365 והשווה בעיקר פסק דינו של הלורד מוריס, הבודק את פסק הדין דלמטה לפי שתי שאלות: 1. האם היתה טעות בעיקרון משפטי? 2. האם היתה טעות ממשית בהערכת הנוק? (372–369). ראה גם *Mayne & McGregor*, הערה 6 לעיל, 657§, ליד הערות 74–75.

55 ראה, למשל, ע"א 51/65 מרקטיירי ואח' נ' רחון והמזכ"ר לבימוח לאומי, פ"ד יט (2) 184, 194, בו מנמק בית המשפט התערבות בסכום שנפסק עבור כאב וסבל בהשוואה למקרים דומים, ובהדגשת חומרת הנוק; ע"א 630/58 ברוך נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג (1) 707, 714, בו מסביר בית המשפט העלאת הסכום שנפסק עבור כאב וסבל מ-1000 ל"י ל-5000 ל"י עקב הוכחת התקפי אסטמה, שיחזרו ויישנו.

56 בהמ' 655/76, הערה 23 לעיל, נפסקו 5000 ל"י עבור נזק כללי על הפרת הבטחת נישואין.

אכיפת המוסר, מיצויים בגין הפרת הבטחת נישואין וחובת ההנמקה

בשאלת האבהות סברו השופטים, כי הנטל הכספי של החזקת הבת הוא מספיק, וכי אין צורך להטיל על המערער בנוסף לכך חיוב כה גדול בפיצויים לאשה. ייתכן גם כי בהפחתת הפיצויים במקרה שלפנינו יש משום שיפוט מובלע בשאלה, האם רצוי בכלל שתהיה קיימת בארץ עילת תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין, שניתן יהיה לזכות בה בפיצויים עבור עגמת נפש וברשה. כל אלה הם שיקולים כבדים, וייתכן שהם תומכים במידה מספקת בהפחתת הפיצויים. אולם אין כל רמז בפסק הדין לכך ששיקולים אלה (או שיקולים אחרים) הובאו בחשבון. האין המשיבה זכאית לדעת מדוע הצטרפו שני השופטים האחרים להחלטה לקצץ בפיצויים שנפסקו לה?

ד"ר רות גביוון*

* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.