[הקדמה 3](file:///E:\\Users\\or8_c\\Desktop\\תוכן%20עניינים.docx" \l "_Toc474414510)

פונקציות דיני הנזיקין [3](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[מטרות דיני הנזיקין 3](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414513)

דיני הנזיקין בישראל [6](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[עוולות מסגרת ועוולות פרקטיקולריות 7](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414514)

[פס"ד גורדון 7](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414515)

פס"ד כרמלי [8](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[סוגי האחריות בנזיקין 10](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414517)

[4 המודלים 10](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414522)

הגנת אי השפיות  [11](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414518)

[תקיפה – ס. 23-25 12](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[הסכמה מדעת 13](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[מטרדים 16](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414519)

הגנה לטובת הציבור ס.48 [21](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[הפרת חובה חקוקה – ס.63 22](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[עוולת הרשלנות – ס.35-36 25](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[יסודות העילה 27](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414521)

[הפרת חובת הזהירות 29](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414523)

[המודל החדש 30](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414524)

[הולדה בעוולה 30](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414524)

[מצג שווא רשלני 31](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414525)

[נזק נפשי 33](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414526)

[אחריות המדינה ברשלנות 34](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414527)

[שיקולי מדיניות 36](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414528)

[השתלשלות הפסיקה 36](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414529)

[רפורמת עובדי הציבור 37](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414530)

[אחריות ברשלנות של מחזיק או בעל מקרקעין 37](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414531)

[אחריות בעלים שאינו מחזיק 38](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414532)

[אחריות על מעשים של אחרים 39](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[השגת גבול - הגנה 39](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[אחריות מוגברת ברשלנות – ס.38-41(א) 40](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[דברים מסוכנים ונמלטים – ס.38 41](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414535)

אש – ס. 39 [42](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414535)

[אחריות לגבי חיה – ס.40 42](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414536)

[הדבר מעיד על עצמו – ס.41 43](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414537)

[מוצרים פגומים 44](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414538)

[פלת"ד 46](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414538)

[שלושת השלבים – פס"ד עוזר 47](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414539)

[הגדרת תאונת דרכים 47](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414539)

שלילת הזכות, ייחוד העילה, זכות החזרה [סעיף 7,8,9 51](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414540)

[קשר סיבתי 52](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414541)

[קש"ס עובדתי 52](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414542)

[קש"ס משפטי 53](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414543)

[קש"ס בשני אירועים עוקבים 54](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414544)

ריחוק הנזק  [55](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414545)

עיקרון הגולגולת הדקה [57](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414546)

[הגנות 57](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414547)

[אשם תורם ס.64 57](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414547)

[אשם תורם של עובדים 58](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414548)

אשם תורם של ילדים [59](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414550)

[חובת הקטנת הנזק 59](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414551)

[ריבוי מעוולים – מעוולים יחד 60](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414553)

[הזכות לדמי השתתפות 61](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414554)

[מבוא כללי לתרופות 62](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414555)

[חריגים למטרת השבת הקדמות 63](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414556)

[פיצויים על נזק רכוש 63](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414558)

[הערכת פיצויים אובייקטיבית או סובייקטיבית 64](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414559)

[פיצויים על נזק גוף 65](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414560)

[פיצויים עתיים או חד פעמים 66](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414561)

[פיצויים מלאים או הוגנים 67](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414562)

[אובדן השתכרות וכושר השתכרות 68](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414563)

[תלויים – ס.78 69](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414567)

[שיטת הידות 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414569)

[השנים האבודות 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414570)

בס"ד

**דיני נזיקין: מבוא לדיני נזיקין והפקודה**

**פונקציות דיני הנזיקין**

1. קביעת נורמות התנהגות: הכללים המשפטים קובעים נורמות על פי הם הציבור נוהג בזהירות ובאחריות.  
   \*ישנה נורמה אחת בחוק הישראלי שאי-עמידה בה אינו מוליד סנקציה והיא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוס – היא כוללת הוראה על הילד לכבד את ההורים.
2. הגנה על אינטרסים לגיטימים של הפרט לדוג' הגנה על הקניין, על שלמות הגוף, בריאות, הגנה על תחושת הביטחון (כוללת גם מצב נפשי כגון איומים) הזכות לחרות, הזכות לשם טוב (חוק לשון הרע נוגע גם לתחום הנזיקין), הזכות לפרטיות.
3. הרתעה: אדם שיודע שיש השלכות למעשיו במידה והם פוגעים באחר יזהר יותר.
4. פיצוי הנפגעים: המטרה היא 'השבת המצב (הכי קרוב) לקדמותו'. כאשר היא מושגת ע"י פיצויים כספיים.  
   דיני הנזיקין אינם יכולים להיות תחליף לדין הפלילי מהסיבה הפשוטה שאין כל האנשים שווים, כך שלא על כולם כסף ייצור הרתעה בנוסף, ישנם מעשים שתשלום כספי אינו מכסה את הנזק, כמו ריגול, רצח ועוד.

**מטרות דיני הנזיקין:**מטרות דיני הנזיקין הן למעשה התאוריות של דיני הנזיקין. כך נוכל מדוד האם דין מסוים מקיים את המטרה או התאוריה של דיני הנזיקין.   
אין הסכמה של כלל השופטים מהן המטרות של דיני הנזיקין ומה התיעדוף שלהן ולכן פעמים רבות נוצרת סתירה בניהן במהלך המשפט.

1. השגת צדק:   
   ישנם שני סוגי צדק עליהם כבר עמד אריסטו וניסח את שניהם:   
   **א**. צדק מתקן   
   **ב.** צדק חלוקתי.   
   **צדק מתקן:** צדק זה מתייחס לאירוע הפרטי. לפני האירוע היה מצב מאוזן אשר מופר במהלך האירוע. ישנו אדם אשר אשם בהפרת האיזון. תחושת הצדק מבקשת מהאשם לשאת באחריות להשבת המצב לקדמותו.הצדק המתקן מגיע מהרגש, מתוך תחושת הצדק, אשר אומרת שאם מישהו עשה משהו למישהו אחר שהוא לא בסדר, הוא צריך לשלם על זה.   
   ישנם שני היבטים לצדק המתקן:

* מבחינת המזיק – המזיק התנהג לא בסדר ועליו לשלם על זה.
* מבחינת הניזוק – הוא אינו אשם בנעשה, ומגיע לו פיצוי על הנזק שנגרם לו.

שני היבטים אלו מתלכדים לפתרון אחד, בו האשם משלם וכך נענש על חוסר האחריות שלו ובד בבד מפצה את הניזוק על נזקו.   
ישנם מצבים בהם רק אחת מהתחושות מתקיימת. לדוג' מצב בו לניזוק היה ביטוח תאונות וחברת הביטוח שילמה לו את הנזק במקרה זה הניזוק אומנם קיבל את הפיצוי אך המזיק אינו נשא באחריות.   
פקודת הנזיקין מתייחסת לשאלה זו בס.86. סעיף זה קובע כי כאשר באים לשום בנזקי העוולה לא מתייחסים לסכום אותו חברות הביטוח משלמת.   
\*ישנו אי דיוק כאשר קוראים לצדק מטרה. צדק יותר מגיע מהבטן. ישנה הבחנה חשובה בפילוספיה של המשפט בין גישות תלולוגיות (תכליתיות) לגישות דאונתולוגיות. על פי הגישה **התלולוגית** המוסריות נמדדת לפי התוצאה של המעשה. על פי הגישות ה**דאונתולגיות** המוסר נובע מציווי מוסרי. (גם דת היא דאונתולגיות במהותם.) הצדק נטה יותר לגישה הדאונטלוגית

1. הרתעה: דיני הנזיקין מחייבים את המזיק לשלם לניזוק כדי להרתיע אותו ואת שכמותו מלהגיע למצבים אלו.   
   הרתעה יעילה - ישנה גרסה כלכלית למטרת ההרתעה שהתפתחה בשנות ה80 ע"י אנשי כלכלה, אשר לקחו את הגישה של ההרתעה ותרגמו אותה למונחים כלכליים. הנחתם היא שהאדם הינו רציונלי ופועל למקסם את הרווח האישי שלו. לפי גרסה זו ישנם מצבים שהמחיר של המניעה שלהם הוא גבוה מידי מהמחיר של מניעת נזק. ההרתעה צריכה להיות יעילה. צריך לחשב את עלות ההרתעה מול התועלת שלה.
2. הענקת תרופה:ישנה מטרה להעניק תרופה לניזוק.   
   מטרה זו אינה יכולה לעמוד על רגליים עצמאיות. מאחר ואי אפשר לפצות אדם שניזוק במקרים בהם אין אשם. על כן תרופה מוענקת כאשר יש אשם שצריך לפצות, או במקרים בהם יש צורך בהרתעה. הענקת תרופה צריכה ללכת עם הרתעה, או פיזור הנזק, או השגת הצדק.
3. פיזור הנזק: **צדק חלוקתי-** צדק חלוקתי אינו עוסק במצב בו שני אנשים חייבים זה לזה. אלא עוסק יותר במקורו. אם ישנם משאבים העומדים לחלוקה צריך לחלק אותם באופן צודק.   
   קריטריון חלוקה צודק אינו בהכרח שוויון, אלא יכול להיות גם לפי הצורך. הקיבוץ היה מבוסס על הרעיון הזה- כל אחד כפי יכולתו וכל אחד לפי צורכו. צדק חלוקתי יכול להגיע גם על מנת לעודד מטרה חיובית מסוימת.

עקרון צדק חלוקתי אינו קשור באופן ישיר לדיני הנזיקין. ניתן לקשר אותו בישירות למשפט ציבורי בתוכו דיני מיסים. אך הוא מוביל אותנו למטרת פיזור הנזק.   
בדיני הנזיקין אין מסתכלים על המערכת בכללותה, אין זה משנה האם המזיק הוא עשיר או אני. נזק הוא נזק ואותו צריך לשלם. למעשה צדק חלוקתי אינו שייך כלל לדיני נזיקין. אך יש כאלו שחושבים שאין זה נכון לא להכניס צדק חלוקתי לדיני הנזיקין ובשנים האחרונות יש מגמה בה צדק חלוקתי נכנס לדיני הנזיקין. פיזור הנזק היא מטרה מודרנית.   
היא רואה בדיני הנזיקין ככלי להטלת נטל הנזק על הנושא היעיל ביותר של נטל זה. גישה זו רואה בדיני נזיקין ככלי להטלת נטל הנזק. מדוע המזיק צריך לשאת בנטל הנזק ולא הניזוק? משום שיעיל יותר שהמזיק יישא בנטל זה. ישנם אנשים שיכולים לשאת בנזק ולא יקרה להם כלום, אך ישנם אנשים שנשיאה בנזק תגרום לתגובת שרשרת של הרבה נזקים. המטרה היא למנוע יצירת נזקים שניוניים אשר יתרחשו אם הנטל ייפול על מי שקשה לו לשאת בו.   
לפי המטרה של פיזור הנזק אנו לעיתים נפעיל אחריות על הנתבעים כאשר אנו יודעים שהם יישאו בנטל בצורה גבוהה יותר.   
לדוגמא בתאונות עבודה, לרוב הניזוקים הם העובדים והנתבעים הם המפעל, התאגיד. והם או בעלי הון גדול או בעלי ביטוח. כאשר הוא יתבע את המעביד שלו הוא יקבל את ההפרש בין הביטוח לאומי לשיטות הערכה של דיני הנזיקין מהמעסיק. באופן כללי אנו רואים שהנטיה היא להחמיר בתאונות עבודה עם המעביד. קלרבזו (שופט בריטי) מעוניין להקטין נזקים ולהגדיל רווחים ולכן הוא מכניס כאן את פיזור הנזק בתוך שיקולים כלכליים. נכנס כאן גם צדק חלוקתי.   
ישנם מצבים בהם המזיק אינו אשם אך ישנו צורך לפצות את הניזק ולכן המזיק ישא בנזק. מבקריה של טענת פיזור הנזק טוענים שיש צורך להשאיר את המשפט פרטי משפט פרטי והוא צריך להיות מבוסס רק על צדק מתקן וכאשר מכניסים כאן צדק חלוקתי מעבירים את המשפט הפרטי למשפט ציבורי.

דיברנו על כך שהענקת תרופה היא בין המטרות המרכזיות של דיני הנזיקין אך היא אינה יכולה לעמוד בפני עצמה. היא תעמוד על מטרת פיזור הנזק ועל הרתעה.   
מדוע בית המשפט מחייב את המזיק לשלם כסף לניזוק? מפני שהנתבע כלומר המזיק יכול לשאת בנזק הזה בצורה טובה יותר. המטרה היא למנוע נזקים שניוניים. אם הנזק ייפול על מישהו שלא יכול לשאת בו הנזק יגדל בהרבה. הנושאים בנטל הנזק במקרה זה יהיו גופים בעלי כיס עמוק, כגון מדינת ישראל ותאגידים גדולים, או כאלו המבוטחים וכך אפשר להטיל את הנזק על חברת הביטוח.

בניגוד למטרת פיזור הנזק שאינו דורש אשם לפי תאוריית הצדק המתקן אנו מחפשים את האשם שסטה מסטנדרט התנהגות ראוי בחברה, גרם לנזק, ועליו לשאת באחריות של מעשיו. וכן, מגיע צדק לניזוק, שנגרם לו נזק על לא עוול בכפו ומגיעה לו תרופה.   
לפעמים ישנן התנגשויות בין השיטות ונצטרך לשים לב איזו גישה השופט בחר ומדוע.

**על ההבדל בין משפט פלילי לדיני נזיקין**   
ישנו הבדל מהותי בין משפט פלילי לדיני נזיקין והוא שמשפט פלילי נכנס תחת משפט ציבורי ודיני הנזיקין תחת משפט פרטי.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משפט פלילי** | **דיני נזיקין** |
| **סיוג** | משפט ציבורי | משפט פרטי |
| **מטרה** | הענשה | פיצוי הנפגע |
| **אינטרס מוגן** | אינטרס ציבורי | אינטרס פרטי של הנפגע |
| **זהות הצדדים** | זכות תביעה למדינה | זכות תביעה לפרט הנפגע |
| **חריגים** | סע' 77 לחוק העונשין | פיצויים לדוגמא |

\*סעיף 77 לחוק העונשין – אומר שאחרי שביהמ"ש הרשיע נאשם בעברה מסויימת, רשם בית המשפט לחייבו בשל כל אחת מהעברות שהורשע בהם סכום לכל הניזוקים כתוצאה מהעבירה שלו. סכום מוגבל של 258,000 שקלים.   
לכאורה זה סותר את העיקרון שמטרת משפט פלילי היא להעניש. אך ביהמ"ש יכול להגיד שבנוסף לעונש, יש כאן ניזוק שמגיע לו פיצויים. המטרה היא לחסוך בתהליכים. אין זה שולל את זכותו של הנפגע להגיש תביעה אזרחית.

לאחרונה היה דיון בפסק דין - רוצח שרצח מישהו והילדים של אותו נרצח טענו כי הם נפגעו נפשית בכך שאיבדו הורה וטענו כי מגיע להם פיצוי. עלתה שאלה אם הפיצוי הוא לנפגע באופן ישיר או גם לבני משפחתו. ואם הסכום המוגבל יכול להינתן בכפילות לכל אחד מבני המשפחה.   
  
\*פיצויים לדוגמא – יש סמכות עקרונית לבית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים בדיני נזיקין.   
מישהו שעשה מעשה מקומם והפיצויים שמגיעים לניזוק אינם יוצרים את ההרתעה הראויה .   
חריג נוסף שלא מופיע בטבלה עוסק בנושא של אחריות המדינה בנזיקין. שמעוררת שאלות מיוחדות ששונות במעט מדיני נזיקין.   
  
**על ההבדל בין דיני חוזים לדיני נזיקין**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **סיווג** | **משפט פרטי** |  |
| **זהות צדדים** | זכות תביעה לפרט הנפגע |  |
| **מקור זכות תביעה: חבות ראשונית** | החובה – מכוח הסכמת הצדדים | החובה – מכוח חוק מפורש |
| **תרופה עיקרית** | אכיפה | פיצויים |

בדיני חוזים הנפגע ניזוק בגלל הפרת חוזה, אך בדיני נזיקין מקור זכות התביעה הוא מכוח חוק מפורש. יש צורך בעילה בחוק – עוולה.   
בדיני חוזים התרופה העיקרית היא אכיפת החוזה.   
בדיני נזיקין התרופה העיקרית היא פיצויים. אך כאשר מדובר על מעשה נזק מתמשך תופעל גם אכיפה. למשל בעוולות המטרדים.   
\*חוק דיני ממונות – עובדים בישראל כבר 20 שנה על קודקס שירכיב ביחד את החקיקה האזרחית שיקרה חוק דיני ממונות. היום כבר מוגשת הצעת חוק דיני ממונות אבל ייקח זמן עד שהיא תעבור את שלבי החקיקה בכנסת.   
אחת ההצעות המעניינות בדיני ממונות היא לאחד את פרק התרופות של דיני החוזים עם פרק התרופות של דיני הנזיקין. פרק זה מגדיר את מי שזכאי לתרופה כנפגע.   
 **היחס בין דיני הקניין לדיני הנזיקין**   
הקניין עוסק בהגדרת הזכויות הקניניות של האדם.   
דיני הקניין שונים מדיני הנזיקין בכך שמתייחסים למצב מתמשך של זכויות קניניות ועוסקים במהות הזכות הקנינית. ואילו דיני נזיקין עוסקים בדר"כ במצבים חד פעמים ועוסקת בעיקר בתרופה ובסיבה שמובילה לתרופה.   
דיני מטרדים הם ענף שבא להגן על הקניין ועל ההנאה מהקניין והם עוסקים גם בעוולה מתמשכת.   
גם בדיני הקנינים יש סעיפים שעוסקים בתרופות. כמו למשל בחוק המקרקעין סעיפים שעוסקים בפלישה.   
  
**דיני הנזיקין בישראל**המקור של דיני הנזיקין בישראל הוא הcommon law המשפט המקובל הבריטי. עד 1917 היה בישראל חוק עותמאני, הבריטים הגיעו לאחר מכן והחילו את המשפט הבריטי בישראל. על פי שיטת הcommon law השופטים הם יוצרים את החוק בהצטברות פסקי הדין שלהם. מכיוון שיש בעיה להכיל שיטה זו במושבה מעבר לים הבריטים נאלצו לחוקק. וכך נוצרה פקודת הנזיקין שהתוכן שלה הוא הcommon law. מאחר והשפה המחייבת בפקודת הנזיקין הייתה אנגלית בשנים הראשונות של המדינה נראה כי השופטים מצוטטים את החוק באנגלית כדי למנוע הבדלים בגרסאות. בפקודת סדרי שלטון ומשפט נאמר כי כל המשפט שהיה בישראל ימשיך להיות קיים עד ישתנה. במסגרת פקודה זו תרגמו את פקודת הנזיקין והיא נקראת כיום "פקודת הנזיקין נוסח חדש".   
חשוב לזכור את העובדה של מקור הפקודה שנגשים לפרש אותה כיוון שהסעיפים שנוסחו הם מושפעים פעמים רבות מהמשפט האנגלי. לכן השופטים אינם מדקדקים עם המילים בניסוח המשפטי מאחר והם יודעים שהבריטים לא דקדקו בכל מילה בכתיבת הפקודה.   
  
**מבנה הפקודה**   
**1**. פרשנות הפקודה   
"בכפוף לפגודת הפרשנות תתפרש פגודה זו לפי עיקרי הפרשנות המשפטים המקובלים באנגליה, וביטויים המשמשים בה – חזקה היא – ככל שהדבר מתיישב עם ההקשר ובאין הוראה אחרת מפורשת שמשמעותם כמשמעות הנודעת למקביליהם במשפט האנגלי ויתפרשו על דרך זו" השופט היה מחויב לפנות למקור הבריטי בשביל לתת פרשנות לפקודה. עד 1972 פניה למשפט האנגלי מכוח הזיקה שיצר ס.1 לפקודה.   
ב1972 הכניסו סעיף בפקודת סדרי שלטון ומשפט: "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו... לפי דיני אנגליה.. לא תהייה עוד הוראה מחייבת" המשמעות שכיום תועדף פרשנות מתאימה והמשפט האנגלי כהשראה.   
**2**. הגדרות הפקודה   
**3**.זכויות וחבויות בפקודה: מגדיר את מי ניתן לתבוע ואיך, ומצבי חסינות משפטית.   
**4**. העוולות: העילות לתביעה בדיני נזיקין נקראות עוולות והן מפורטות ברשימה בחלק זה.   
**5**. אשם וקשר סיבתי: קשר סיבתי אומר שהאדם צריך להוכיח שהנזק נגרם בגלל מעשה העוולה.   
**6.** פרק התרופות   
מבנה הפקודה משקף את הקשר הכרונולוגי והלוגי של תביעת הנזיקין.   
על מנת לתבוע בדיני נזיקין חייב שתהייה אחת מהעוולות המפורטות בפקודת הנזיקין ולאחר מכן יש צורך להוכיח את האשמה ואת התרופה הדרושה לנזק.   
יש צורך לדעת שלא כל הפתרונות נמצאים בדיני הנזיקין ואפשר למצוא אותם גם בענפים אחרים במשפט האזרחי (כמו עשיית עושר שלא כדין).

**עוולות**  
ניתן לחלק את העוולות ל2 קטגוריות:

* עוולות פרטיקולריות – תקיפה, כליאת שווא, נגישה, גרם הפרת חוזה, מטרדים, הטעייה וכו'.   
  עוולות פרטיקולריות מגדירות בדר"כ צורת התנהגות מסוימת ובאות להגן על אינטרס ספציפי. בעוולות אלו לביהמ"ש מרחב פרשנות מצומצם.
* עוולות מסגרת - הפח"ח – הפרת חובה חקוקה ורשלנות. הן מגינות על מכלול וכמות אינטרסים לא מוגבלת.

פס"ד עריית ירושלים נגד גורדון   
גורדון מכר את מכוניתו לאדם כאשר העברת הבעלות לא נעשתה בצורה תקינה. הוא המשיך לקבל דוחות חנייה על המכונית שכבר מכר ופנה לעירייה לזרז את הטיפול ברישום העברת הבעלות של הרכב. בתחילה הוא שילם על דוחות החניה שצבר רוכש המכונית, אך כאשר הכסף נצבר הוא מאס בכך והזהיר את העירייה שאם לא יטפלו בזה, הוא צפוי לעונש מאסר. לבסוף הוא נכנס למאסר לילה אחד. הוא הגיש תביעה על נגישה ורשלנות. (הוא תבע על נזק כספי ועל נזק נפשי.)   
**נגישה** – **ס. 60** – כל מי שפותח בהליכי נפל – הליכים שלא היו צריכים להיות מוגשים - ועושה זאת בזדון כנגד אדם. מטרת המחוקק בחוק זה היא שאנשים לא יעשו שימוש לרעה בהליכי משפט. גורדון תובע גם בגין **רשלנות** (**ס.35)** נגד עיריית ירושלים –העובדה שהתרשלו בזיהוי האדם שעשה את העבירות והסתמכו על מחשב של משרד הרישוי. כלומר, יש רשלנות, היתה להם חובה לא לנהוג כך כיוון שהזהיר אותם – וסבל נזק, אובדן רווחה ותשלום קנס. אז מה עיריית ירושלים אומרת? בעוולת נגישה יש דרישה של זדון ושלא ניתן להגיד זאת עליה. היא סתם התרשלה.   
לגבי רשלנות: עיריית ירושלים מקדמת טענה שעוולות המסגרת צריכות לחול רק איפה שהעוולות הפרטיקולריות לא נחלות, עוולות שבאות להשלים לאקונה, אבל איפה שיש עוולה פרטיקולרית – הן שולטות בתחום שלהם. בתחום שימוש בהליכי משפט – בתחום הזה שולטת עוולת הנגישה ואומרת שיש דרישה של זדון, ואם אין זדון לא ניתן להגיש תביעה. לא יכול להיות שהתובע יעקוף את כוונת המחוקק וילך לעוולת הרשלנות.   
ביהמ"ש, בכל אופן, לא מקבל את טענתם – הש' ברק אומר **שעוולות המסגרת כוללת בתוכן את כל העוולות**, ושאכן יש מקרים מסוימים בהם יהיו עוולות חופפות. העוולות של פקודת הנזיקין הן 'רשתות רשתות' שחלות על כמה סוגים. יכול להיות מצב שבו מקרה מסוים נופל גם לתוך עוולה פרטיקולרית, וגם נופל לתוך עוולת מסגרת. טוב יעשה התובע אם יגיש תביעתו ויסתמך על כמה יותר עוולות שרלוונטיות. הרבה פעמים עוולות פרטיקולריות נותנות יתרון מסוים לתובע, מבחינת מה צריך להוכיח, אם למשל מדברים על תקיפה (שימוש בכוח על גוף אדם) – יותר קל להוכיח את זה משום שזו עוולה המסתמכת על עובדות. לעומת זאת התנהגות האדם סביר הנדרשת להוכחה ברשלנות, עמומה יותר, וקשה לדעת איך ביהמ"ש יפרש את סטנדרט ההתנהגות הראוי. **מה שכן, תובע לעולם לא יקבל יותר מהנזק שלו גם אם הוכיח כמה עוולות.**

לפעמים יש סייגים מסוימים – עוולה מסוימת שלא נותנת פיצוי כזה או אחר, במקרה כזה מומלץ לתבוע על העוולה שתביא את המקסימום. לדוגמא חוק אחריות על מוצרים פגומים – שבו תקרת הפיצוי היא שילוש מהשכר הממוצע במשק. אם מצליחים להוכיח את עוולת הרשלנות בנוסף, ניתן לגבור על הסייג הזה, כי הסייג חל רק על חוק מוצרים פגומים.

כל זה לא יתאפשר אם יש סייג בחוק החוסם פניה לתביעה נוספת בפקודת הנזיקין. המקרה הבולט זה **בס. 8 לפלת"ד** – שאומר שמי החוק מקנה לו עילת תביעה – אין לו אפשרות לתבוע לפי פקודת נזיקין.

ברק נותן 2 טעמים למסקנה זו שמגיע אליה – הוא אומר שהעוולות הן רשתות רשתות ושיכולות לחול על מקרה אחד – איך מגיע למסקנה זו? יש לו 2 סוגי נימוקים: אחד היסטורי ואחד מדיני -

* נימוק היסטורי: עוולת הרשלנות נוצרה מאוחר יותר, היא השתקפות של התפתחות המשפט. השגת גבול היתה הראשונה, ואח"כ התחילו לדמות להשגת גבול לעוולות אחרות. בכל אופן, אומר ברק: עוולת הנגישה היא עתיקה, עוולת הרשלנות יחסית חדשה, ולכן לא יכול להיות שכשחשבו על עוולת נגישה חשבו לשלול את עוולת הרשלנות שהיתה מאוחרת יותר.
* נימוק מדיני: עוולת הרשלנות פותחת פתח להביא את דיני הנזיקין למצבים חדשים, בעיות חדשות, שנוצרות עם הזמן ושיתאימו לעידן המודרני. אנחנו זקוקים לדיני נזיקין שיגנו עלינו.

**היחס בין עוולות המסגרת לעוולות הפרטיקולריות**   
בעוד שעוולות מיוחדות מגדירות צורת התנהגות מסוימת, מגינות על אינטרס ספציפי מסויים, עוולות המסגרת הן מעין איים פתוחים, רשתות. המזיק צריך לשלם לניזוק כי הוא סטה מנורמת התנהגות ועוולות המסגרת מנסות להגיע לנקודות האלו.   
גרם נזק כולל בתוכו שני יסודות:  **נזק** (לא כל העוולות דורשות נזק) ו**קשר סיבתי**.   
סביר שתהייה חפיפה בין עוולות המסגרת לבין העוולות הפרטיקולריות. כך כל תקיפה היא הפרת חובת חקוקה עם רשלנות. עוולות המסגרת מתפשטות ותופסות את הכל.   
אם כן מדוע צריך את העוולות הפרטיקולריות? העוולות הפרטיקולריות יוצרות ודאות ומקלות על השפיטה שכן הן מפנות לעוולה ספציפית.   
פסק דין כרמלי נ מד"י (אשפוז בכפייה )   
לאחר 5 ימים בהם שהתה כרמלי בביה"ח נחשבה שהותה ככליאה שלא כדין.   
האם התביעה הצליחה לאור כליאת שווא? אכן שללו את חירותה של כרמלי, השלילה הייתה מוחלטת ושלא כדין (בחמישה הימים הראשונים זה היה כדין- לאחר מכן היה צורך באישור הפסיכיאטר המחוזי), לא היה שימוש באמצעים פיזיים. שלא כדין – יש צורך באישור של פסיכאטר מטעם משרד הבריאות שיאשר אישפוז בכפיה.   
המדינה טענה להגנתה מטעם סעיף 27ג (נמצא תחת כותרת של הגנות בדבר כליאת שווא, ישנן הגנות כלליות, לעומת זאת סעיף 27 זו הגנה מיוחדת המדברת ספציפית על כליאת שווא)- לפיה, כרמלי הייתה בעלת נטייה אובדנית, סכיזופרנית ולכן ההגנה הזו התקיימה על אף שלא היה בסדר להחזיקה מעבר לתקופה המותרת.   
סעיף 27 (3) (מהווה הגנה כנגד כליאת שווא)- "התובע לא היה שפוי בדעתו, או היה לקוי בשכלו או בגופו, ושלילת חירותו היתה, או נראה שהיתה, נחוצה באופן סביר להגנת התובע עצמו או להגנת אנשים אחרים ובוצעה בתום לב ובלי זדון". מנגד, התביעה טענה שהגנה זו לא חלה על עוולת הפרת חובה חקוקה בהתבסס על פס"ד גורדון לפיו עוולות המסגרת אינן מוגבלות על ידי העוולות הפרטיקולאריות ולכן, אם יש הגנה על עוולה פרטיקולרית אין מניעה לתבוע בגין עוולת מסגרת.   
במקרה זה עוולת התביעה נוגעת לסעיף 26 ואילו ההגנה נובעת מסעיף 27.   
בא כוחה של כרמלי- המשיך לטעון להפרת חובה חקוקה (סעיף 63)- החובה המוטלת הייתה לדווח ולשחרר את כרמלי לאחר התקופה בה לא ניתן אישור.   
השופטת ש.נתניהו **דעת מיעוט**- מקבלת את הטענה מטעם הפרת חובה חקוקה. כל יסודות המסגרת של הפרת חובה חקוקה מתקיימים. שאר השופטים לא הסכימו.   
השופט בך (**דעת רוב)**- טוען שיש חפיפה, ולכן הוא לוקח את ההגנה שיש בעוולת הכליאה ומשליך אותה להפרת חובה חקוקה. הסיבה שגורדון לא מהווה תקדים הוא שהמקרה שונה. פה יש חפיפה מוחלטת בין עוולת כליאת שווא להפרת חובה חקוקה. בגלל שיש חפיפה זהה ניתן לקחת את ההגנה מכליאת שווא לגבי הפרת חובה חקוקה. האם ההבחנה הזאת של השופך בך בין גורדון לבין כרמלי נכונה ורלוונטית? הוא מפחד ממצב שישחררו חולים משום פחד לתביעה בנזיקין (בעוד השופטת נתניהו פחדה שיאשפזו אנשים לא חולים. בסוף גבר הפחד לממסד- הלכו לדעתו של השופט בך. העו"ד של גברת כרמלי מסתמך על תקדים- גורדון. את הטענה הזו קיבלה השופטת נתניהו. לעומת זאת העו"ד מטעם מד"י- כדי שאבחון יהיה אפקטיבי צריך להסתמך על נימוק רלוונטי-האם ההבחנה אליה מתייחס בך- ההבחנה בין גורדון לכרמלי היא חפיפה רלוונטית?   
בגורדון היה מדובר על עוולת הנגישה- הזדון הוא חלק מהעוולה ובמקרה הספציפי לא היה זדון. כאן מדובר על יסוד אשר מופיע בחלק ההגנה. בשני המקרים יש הפרת חובה חקוקה- אבל יש ביניהם הבחנה.   
בך טוען גם את הנימוק המדיניותי- ישוחררו אנשים מסוכנים לעצמם ולחברה עקב פחד מתביעות נזיקיות.   
**הכרעה- דאגו יותר לשמירת הממסד ולא לזכויות החולה.**   
ההבחנה שבך מציע בין פס"ד גורדון לכרמלי קיימת אך לא משכנעת (באחד היסוד הוא ביסוד ההגנה ובשני כחלק מהעילה, עניין הפרת החובה החקוקה)   
בך טוען שהסיבה שגורדון לא מהווה תקדים היא שהמקרה שונה- כאן יש חפיפה בין היסודות היוצרים את כליאת שווא (בשניהם יש כליאה), בשניהם זה נעשה שלא כדין (בכליאת שווא אין נזק לעומת הפרת חובה חקוקה). בך טוען שניתן לקחת את ההגנה בסעיף 27(3) ולהשליך אותה לגבי הפרת חובה חקוקה (סעיף 63). (קודם יש למצוא עילה ורק לאחר מכן לעבור לשלב ההגנות. הוכחת עילת התביעה מוטלת על התובע, לעומת זאת בהגנה- הנתבע צריך להעלות אותה) \*יש צורך להבדיל בין עילת התביעה להגנה. כפי שבכליאת שווא מוצג קודם סעיף 26 המדבר על העילה ולאחריו ס.27 המפרט את ההגנות אותן יוכל להציג הנתבע כנגד התביעה.   
\*בהקשר זה עולה טענה, שההגנה שהמשיבים מעלים כנגד עוולת כליאת השווא אינה מספקת את דחיית התביעה משום שבכתב התביעה ישנה גם הפרת חובה חקוקה שהגנה זו אינה עומדת מולה.   
\*התביעה הסתמכה על פסד עיריית ירושלים נגד גורדון שבו העו"ד בשם המדינה אבחן את האירוע בטענה שהמקרים אינם דומים. בשביל שאבחון יהיה רלוונטי צריך להביא נימוק שיצדיק את האבחנה. הפרקליט מעלה חשש שפס"ד זה ירפה את ידיהם של הפסיכאטרים של המדינה.   
\*בסופו של דבר השופטים נטו להצטרף לחשש של ההגנה.   
**האם פקודת הנזיקין מהווה רשימה סגורה של עוולות?**היום בישראל די ברור כי זו אכן רשימה סגורה ואם רוצים להצליח בתביעה יש צורך למצוא עילה מתוך פקודת הנזיקין. **ס. 3** בפקודת הנזיקין מפרט את המסגרת של הפקודה.   
כאן הוא מפרט שבשביל תביעה בנזיקין לא חייב בהכרח נזק. פגיעה – נגיעה שלא כדין בזכות משפטית (לדוג סעיף 29 שמדבר על השגת גבול)   
יש בו הפניה לכך שפקודת הנזיקין חלה על עוולות שנעשו בישראל.   
הפנייה נוספת היא לאדם שאינו עשה את התביעה אך אחראי לה. (לדוג סעיף 13 אחריות המעביד.)   
  
**הרחבת דיני הנזיקין**חקיקה:  
-תיקונים של פק' הנזיקין ששולבו בה. לדוג' סעיף 41 רבתי.   
- תיקונים של פק' הזניקין שלא שולבו בה. אלא יצרו משהו חיצוני. לדוג': חוק הנזיקין האזרחי -אחריות המדינה, חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחי – הטבת נזקי גוף: א' שנפגע בגופו וב' מרחם עליו ומחליט להיטיב את נזקו ולסייע לו. בזמן זה לאותו מסייע ניתן נזק במאמצים שהשקיע בסיוע לניזוק. (בן זוג שהתפטר מהעבודה, מעביד שממשיך לתת משכורת) חוק זה אומר שאלו שהיטיבו יכולים להצטרף לתביעת הניזוק.   
- חקיקת עוולות חדשות שנמצאות בחוקים אחרים לדוג: חוק עוולות מסחריות למשל גניבת סוד מסחרי. חוק איסור לשה"ר, חוק הגנת הפרטיות, ח' הפלת"ד. מה שמשותף לכל עוולות אלו שהן מפנות לפקודת הנזיקין ומטרתן לומר הרי זו עוולה.   
פסיקה:  
-מילוי עוולות המסגרת בתוכן (רשלנות הפרת חובה חקוקה)   
- הוספת טענת הגנה ( כמו בכרמלי בו השלים את סעיף 27 ג על סעיף 23)   
\*אנשי אקדמיה רבים אומרים שדיני הנזיקין הם הענף שמשקף הכי הרבה את השינויים המתרחשים בחברה, בין התקדמות טכנולוגית, שינויים תרבותיים ושינויים בהשקפות עולם.

**סוגי האחריות המשפטית בדיני הנזיקין**

* אחריות מוחלטת- הטלת אחריות בהעדר כל אשמה וללא טענות ההגנה. הדוגמא הבודדת לזה בישראל היא חוק פיצויי תאונת דרכים. המשתמש ברכב מנועי חייב לפצות את מי שנפגע בגופו על ידי הרכב ואין נפקא מינא אם הייתה או לא הייתה רשלנות או רשלנות תורמת מצדו או מצד הנפגע. בהקשר לחוק זה יש את חובת ביטוח הרכב כך שהמזיק הופך להיות צינור להזרמת כספים מהביטוח לנפגע.
* אחריות חמורה – גם כאן הטלת האחריות היא ללא אשמה, אולם ישנה האפשרות לנתבע לטעון טענות הגנה. לדוג' סעיף 41 בו בסעיף א יש ניסוח המלמד על אחריות מוחלטת אך בסעיף ישנו פירוט של רשימת הגנות. תאוריית ההגינות – מי שיוצר את הנזק הוא זה שצריך לשלם אותו.   
  תאוריית פיזור הנזק – יוצר הנזק הוא בעל יכולת לקחת אחריות או ביטוח על הנזק שיצר.
* אחריות מוגברת – אחריות על בסיס אשמה, תוך סיוע לתובע במתן חזקה ראייתית המעבירה את נטל ההוכחה. בדרך כלל על התובע להביא את הראייה. מקרים בהם הנתבע הוא זה שצריך להוכיח שאינו אשם. לדוגמא סעיף 38 או 39 בפקודת הנזיקין. מכאן השם אחריות מוגברת, כי ישנה הגדלת האחריות באשמה.
* אחריות רגילה – מוטלת על אדם בשל מעשיו או מחדליו שיש בהם אשמה.
* אחריות שילוחית – מוטלת על אדם בשל מעשהו של אדם אחר, בשל זיקה שבניהם. לדוגמא: עובדי מדינה, מועסקים. אחריות זו היא תחת אחריות רגילה. זהו תהליך דו שלבי. קודם כל יש להוכיח שהעובד אשם בנזיקין ולאחר הוכחה זו יש להוכיח שהוא עשה את הנזק במסגרת העבודה אצל פלוני. כתוצאה מכך לא רק הוא חייב אלא גם המעביד שלו. אחת הסיבות לתבוע גם את המעביד היא בשביל לתבוע גוף או אדם בעל כיס עמוק. אין אחריות שילוחית על קבלן עצמאי, ההבדל בין קבלן עצמאי לקבלן נמדד לפי מבחן השליטה והפיקוח.

**פס"ד ודרכי הפרשנות שלו**דרך פרשנות פנימית   
-חיפוש התשובה מתוך התבוננות בחיקוק עצמו, ע"פ   
1. הוראות החיקוק   
2. תכליתו החקיקתית   
3. מטרת המחוקק   
דרך פרשנות חיצונית   
- חיפוש הפתרון ע"פ העקרונות הכלליים של פקודת הנזיקין   
1. החלה ישירה של החלקים הכלליים שהפק' הנזיקין גם על העוולות שמחוץ לפקודה   
2. ע"י היקש מהוראות הפקודה במקרים של לאקונה   
\*ניתן לראות פרשנות זו בפס"ד קו צינור נ. נמל אשקלון (פקודת השייט)   
לעיתים באין שום פסיקה קודם ניתן לפנות ולהיעזר במשפט העיברי   
**האם ניתן לגזור עוולות מחוקי היסוד?**בשנות ה90 נחקקו 2 חוקי יסוד חשובים בישראל המגינים על זכויות האדם.   
1. חופש העיסוק   
2. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו.   
על השאלה האם ניתן לדלג על פקודת הנזיקין ולהתייחס רק לחוקי היסוד הועלו מודלים תיאורטיים אפשריים:

* מודל התחולה הישירה: לזכויות אדם יש תחולה ישירה במשפט הפרטי. בדר"כ ניתן לחשוב כי זכויות היסוד באות להגן על האדם מפני השלטון, ומציגי מודל זה טוענים כי הם באות להגן גם על הפרט
* מודל העדר התחולה: אין תולה לזכיות האדם במשפט הפרטי, חוקי היסוד מגנים על האזרח מפני השלטון. אין לפגוע באיזון הקיים כבר במשפט הפרטי. (פס"ד קסטנבאום שטען שניתן להכיל את חוקי היסוד במשפט הפרטי)
* מודל התחולה על הרשות השופטת: הרשות השופטת היא רשות שלטונית ועל כן כאשר בית המשפט דן במשפט בין אדם לחברו הם מחויבים להגן על זכויות האדם.
* מודל התחולה העקיפה: לזכויות האדם יש תחולה אבל רק דרך דוקטרינות קיימות במשפט הפרטי. למשל עוולות המסגרת. (פס"ד קיבוץ קליה- הפרת חוק יסוד האדם וחירותו)

במסגרת העוולות וההגנות הקיימות בדיני הנזיקין יש פרשנות אותה השופטים יכולים ל'שאוב' מתוך חוקי היסוד לתוך המשפט.   
לעיתים ניתן להשתמש בסעיף החובה חקוקה בשביל לעגן את חוקי היסוד בדיני הנזיקין במשפט הפרטי.   
נעמנה נגד קיבוץ קליה 11258/93   
בפס"ד זה דובר על פארק מים בקיבוץ קליה. הגיע משפחה ערבית ולא נתנו לה להיכנס מטעמי גזע. המשפחה הגישה תביעת נזיקין כנגד הקיבוץ וטענו כי הנזק הוא שפגעו בכבודם ויום שלם שהם בזבזו.   
השופט בין היתר רואה בהתנהלות של הקיבוץ הפרת חובה חקוקה של יסוד כבוד אדם וחירותו.   
בפס"ד של יהודה גליק נגד מדינת ישראל, השופט טען כי טענתו שזכותו להתפלל בהר הבית, השופט עמית טוען כי אפשר לבסס את התביעה ישירות על כבוד האדם וחרותו ולקשר להפרת חובה חקוקה.   
המודל האחרון שהוצג הוא המקובל בימים אלה, וכיום נראה את חוקי היסוד מגיעים יותר כפרשנות ופחות באופן ישיר. והפרת חובה חקוקה תתבסס על חוקים ספציפים ולא על חוקי היסוד.   
  
**אחריות בנזיקין של חולה נפש – האם יש הגנת אי שפיות?**   
פס"ד כרמי נגד סבג כרמי, המערער שהיה מעורער בנפשו, דקר בגן משחקים את ביתו התינוקת וילד בן 8 ששהה במקום. התינוקת מתה במקום והילד ניצל בנס אך נשאר עם פגיעות קשות.   
בעוולת התקיפה יש יסוד של שימוש בכוח נגד גופו של אדם במתכוון. ולכן השופט מחלק את הדיון לשני חלקים – האם התקיימו יסודות העוולה? העוולה המוצגת בפסד זה היא עוולת התקיפה, והוא פוסק כי הם מתקיימים. בחלק השני הוא שואל האם יש הגנה? בפקודה אין הגנה של אי שפיות. השופט שואל האם יש כאן הסדר שלילי, מתוך שלא הוזכר אולי יש אפשרות להשתמש.   
השופטים מציגים 3 דעות בהתבסס על פסיקה אנגלית:   
1. השופט דנינג אומר שכלל אין הגנה לחולי הנפשי, והשופטת ארבל מתחברת לגישה זו. לדעתו של דנינג מבחינת הצדק המתקן, המטרה היא המטרה התרופתית. ובנוסף כאשר יש שני חפים מפשע עדיף שהמזיק ישלם. וכן הרתעת האחראים עליו.   
2. השופטת יעל וילנר טוענת כי אין אפשרות לחייב מישהו כאשר אין אשם. היא מכניסה גם צדק חלוקתי ואומרת שחולי הנפש הם מסכנים. דעה זו נדחת לחלוטין.   
3. **הגישה שהתקבלה** ע"י רובנשטיין ונאור היא גישת ביניים. שאומרת שלחולה הנפש יש אחריות מלבד פעולה אוטומטית. (כמו תנועות של חולי אפליפסיה). יש צורך לשים את הגבול בין מצב בו המזיק רצה או לא רצה. בנוסף ישנו קושי להוכיח מה מצבו של חולה הנפש והאם היה מודע או לא. הם מדברים על כך שחולה נפש הרבה פעמים מודע למעשיו ולהשלכותיהם על אף שכונותיהם עמומות.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **השופט** | **האם יש אחריות** | **בסיס תיאורטי** |
| **ש ארבל dennin** | אין הגנה, לחולה נפש יש תמיד אחריות | המטרה התרופתית גוברת על עקרון האשם (צדק מתקן) מבין השניים, עדיף שהמזיק ישלם; הרתעת האחראים |
| **ש וילנר esher** | לחולה נפש יש הגנה כמו שיש במ' פלילי | צדק מתקן דורש אשם; חולי הנפש מסכנים. |
| **ש רובינשטיין ונאור stable** | לחולה נפש יש אחריות מלבד במקרה פעולה אוטומטי, חסרת "רציה" | געשת ביניים; כמו denning אבל מרוכך; פיזור הנזק; קשיי הוכחה |

**הצעת חוק דיני ממונות** ס' 373 "העדר שליטה"   
"לא יישא אדם באחריות בנזיקין בשל מעשה שלא היה בידו לבחור בין עשייתו לבין המנעות ממנוף מחמת העדר שליטה על תנועותיו לעניין אותו מעשה הוראות. סעיף זה לא יחולו כאשר מבצע העוולה הביא את עצמו מרצונו למצב של היעדר שליטה." הצעה זו מתחברת יותר לדעתו של רובינשטיין ונאור.

**העוולות הפרטיקולריות**

**עוולת התקיפה**העוולה מתפצלת ל2 עוולות – תקיפה בפועל וניסיון תקיפה או איום.   
**יסודות העוולה:**

|  |  |
| --- | --- |
| Battery (תקיפה בפועל) | Assault (ניסיון לתקיפה) |
| 1.שימוש בכוח | 1. ניסיון או איום |
| 2. במתכוון – יסוד נפשי | 2. ע"י מעשה או תנועה |
| 3. נגד גופו של אדם | 3. להשתמש בכוח כאמור |
| 4. ע"י הכאה, נגיעה, הזזה, או בכל דרך אחרת (במישרין או בעקיפין) | 4. נגד גופו של אדם |
| 5. שלא בהסכמת האדם (או בהסכמתו שהוגשה בתרמית) – יסוד נפשי | 5. כשהמנסה או המאיים גורם |
|  | 6. שהאדם יניח שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו  (יסוד נפשי של המותקף שסובייקטיבית מאמין שהוא יותקף) |
|  | 7. מטעמים סבירים - יסוד נפשי |

אפשר להבחין בין יסודות פיזיים לנפשיים. יסוד נפשי זה יסוד שמתאר את המצב הנפשי של אדם מסויים – כוונה, הסכמה, רשלנות זה גם יסוד נפשי.

**העוולה הראשונה – תקיפה בפועל:**

היסודות הפיזיים: שימוש בכוח, נגד גופו של אדם, הכאה/נגיעה/הזזה.

היסודות הנפשיים: במתכוון – מדבר על התוקף, והדרישה היא כוונה. שלא בהסכמה – מדבר על המותקף.

**עוולה שנייה – הניסיון:**

יסודות נפשיים: מתייחסים לניזוק. "שהאדם יניח שאכן יש לו אותה שעה, הכוונה והיכולת לבצע את זממו" – האדם חושב שבאותו רגע יש בכוחו של המעוול לבצע את זממו. "מטעמים סבירים". אם לא היה לנו יסוד של טעמים סבירים – היינו מגיעים למסקנה שכל חשש יצדיק תגובה. המחוקק מכוון למבחן בו האדם הסביר מניח שהמעוול יכול לפגוע בו ולא פחד מוגזם סובייקטיבי. זה יסוד נפשי וביהמ"ש ממלא אותו בתוכן.

לגבי המזיק: יש פה תוצאה אבסורדית – כי ישנן 2 עוולות – אחת עוולת התקיפה, אדם בפועל תקף ויש עוולה שניה בה אדם ניסה לתקוף. בעוולת תקיפה יש דרישה לכוונה, ובניסיון לתקיפה לא מוזכר יסוד נפשי. לפי ההיגיון גם כאן צריך יסוד נפשי אך אין זה מצויין בחוק. המילה "כאמור" – מפנה ליסודות הנפשיים המופעים בעוולה הראשונה.

יסודות פיזיים: ניסיון או איום, ע"י מעשה/תנועה, נגד גופו של אדם, כשמנסה או מאיים.

בעווולת התקיפה אין דרישה להוכחת נזק. האינטרס המוגן הוא: שלמות גופו וחייו של האדם**.   
במתכוון** – המושג מתכוון אינו קשור לתוצאות, לנזק, אלא למתכוון למעשה עצמו. התכוונת לנגוע, להשתמש בכוח וכו'. 'רציה' רצון לעשות את המעשה.   
לכן בפסד כרמי נ סבג, חולה הנפש התכוון לפגוע ולחתוך, אין זה משנה מה הייתה הסיבה למעשיו.   
**ס.76** עוסק בפיצויים ואולי הוא יביא את הפיתרון.

**"שלא בהסכמת האדם"**"הסכמה מדעת" = הסכמה מתוך ידיעת המצב לאשורו.   
הכוונה, שהמסכים, יודע את כל הפרטים. במקרה של תקיפה רפואית, זה יתבטא בידיעה של כל הסיכונים ודרכי טיפול אחרות.   
פס"ד בר-חי נ שטיינר: ילדה שהייתה צריכה לעבור ניתוח בשלפוחית השתן, היה אפשר לעשות 2 ניתוחים גדול וקטן. הרופא בחר לעשות את הגדול. כשהאמא שאלה האם יש סיכון בניתוח הגדול נאמר לה שלא, וזה היה לא נכון. בית המשפט קבע שאומנם אי אפשר לקבוע שהחלטתו של הרופא הייתה רשלנית וייתכן כי בנסיבות היא הייתה נכונה אך ההסכמה של האמא לא הייתה מדעת מאחר ולא ידעה את כל הפרטים.   
גבולותיה של דרישת ההסכמה מדעת:   
**העמדה הפטרנליסטית**: בשל מגבלות הידע וההבנה של החולה ברפואה **תספיק** הסכמת החולה אשר תלמד למשל, מעצם הגיעו לטיפול.   
**זכות היסוד של הפרט לאוטונומיה**: יש לגלות את **כל** הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע טיפול. [פס"ד נחמן נ קופ"ח; רייבי נ' וייגל]   
פס"ד נחמן נ' קופת חולים: אדם שגילו אצלו תסמינים מסוימים למחלה, עשו לו בדיקה שיכולות להיות לה השלכות. לא גילו לו על ההשלכות והוא סבל מאותם תסמינים. הוא עשה את הבדיקה הזו שוב לאחר 7 שנים ותוך כדי הבדיקה קיבל דום לב ונפטר. הרופאים הצליחו לשכנע את ביהמ"ש שאכן הסבירו לנחמן את ההשלכות כמו שצריך, התביעה ניסתה להוכיח שלא הסבירו לו מספיק. האם ביהמ"ש קיבל את זה על סמך הטופס? לא. ביהמ"ש קבע שצריך גם להתרשם מהרופאים, במקרה הזה, לפי העדויות צרוף הטופס והסברי הרופאים הביאו למסקנה כי היה הסבר מספיק ביחס לסיכונים שיכולים לעלות מהניתוח. לגבי רופא מתמחה - ביהמ"ש דוחה את הטענה שרופא מתמחה לא יכול לתת הסבר כי גם הוא מוסמך. כאשר מוגשת תביעת נזיקין, אין מספיק לבית החולים להראות את הטופס ממולא כדין עם חתימת החולה, בית החולים צריך להוכיח שהחתימה הושגה בנסיבות הנכונות וכלל את ההסברים הנכונים. פס"ד שמבטא את המחלוקת בין גישות אלה הוא צברי נ ברונר:   
צברי טען שלא הסבירו לו על הבדיקה (ניקור) ולכן זו תקיפה. הרופא טוען שהבדיקה הזו היא שיגרתית, וזה שהחולה ער בזמן הבדיקה מובן מהתנהגותו כי הוא מסכים לבדיקה. השופטת טוענת שדרישת ה'הסכמה מדעת' של מטופל לטיפול זה, משתנה בין מטופל למטופל . כאשר מדובר באדם צלול אין צורך שההסכמה תהייה תמיד בכתב. השופטת חנה אבנו קובעת גם כי מידת ההסכמה שנדרשת נתונה לשיקול לדעתו של הרופא. רייך: גישה זו מקצינה את העמדה הפטרנליסטית ויש בה מן הזלזול בחולה, בשונה מהגישה שדוגלת בזכות היסוד של הפרט לאוטונומיה, על פיה יש לסמוך על החולה שיבצע את החלטותיו.   
נראה בהמשך שמחוקק בחוק זכויות החולה מבהיר מתי צריך הסכמה בכתב ומתי מספיקה הסכמה התנהגותית ומתי כלל אין צורך בהסכמה (כמו במצב חירום רפואי)   
פס"ד קוהרי- מה קורה במצב שהרופאים לא יודעים לספק את כל הפרטים? מדובר באישה שעברה ניתוח להסרת גידול שפיר, היא חתמה על טופס הסכמה מדעת, במהלך הניתוח הרופאים מגלים עוד גידול קטן באזור אחר ומחליטים להוציא גם אותו. לאחר יום, מצבה של האישה מתדרדר והיא מקבלת דום לב. **דעת הרוב**- נחשב הסכמה מדעת- חובת הגילוי של הרופא תלויה במידע הסביר שיכול להגיע אליו, **מיעוט**- לא נחשב הסכמה מדעת כי החולה לא קיבל את כל המידע. **רייך**- לא מסכים עם דעת הרוב.

**הנימוקים בעד דרישת "הסכמה מדעת"**

* הזכות להגדרה עצמית ולאוטונומיה של היחיד
* מגינה על הסטטוס של החולה כאדם, כבן אנוש חושב ובעל שיפוט עצמאי, כדי שלא יהפוך לאובייקט. (מונע ניצול של החולה כחלש, ושומר על הכבוד העצמי שלו.)
* נימוק תועלתני, תלולוגי – הדרישה הזו מונעת ומצמצמת אפשרות לתרמית, כפיה, השפעה בלתי הוגנת, טעות, הזנחה, ורשלנות בתהליך קבלת ההחלטות לגבי טיפול רפואי.
* ברגע שהרופא צריך לפרט ולהסביר מדוע הוא עושה את התהליך הרפואי לא ניתן להסתיר מידע וכך הסיכוי לתרמית יורד.

דרישת ההסכמה מדעת מטרתה לבטל את הגישה הפטרנלסטית. אך לא תמיד בית המשפט תומך בגישה זו. ישנם גורמים שיכולים להטות את החלטת בית המשפט דווקא לכיוון הפטרנליסטי.   
לדוג: אלטורי נ מדינת ישראל (1987)   
הורים הגישו תביעת נזיקין על כך שחיסון שנתנו לילד שלהם הביא לתופעות לוואי שהשאירו בו מומים לכל החיים. ב99% מהמקרים החיסונים מצליחים, ומטרתם היא לשמור על האוכלוסייה ממחלות קשות. ידוע כי אחת למיליון החיסון לא יצליח, אך עדין בחישוב של תועלת מול עלות כל המומחים מסכימים כי עדיין משתלם לערוך את החיסונים האלה. ההורים תבעו בעוולת הרשלנות ובית המשפט דחה את טענה זו כי משרד הבריאות פעל באופן סביר כאשר קבע שכל האוכלוסייה צריכה להתחסן ממחלות שבעבר חיסלו אלפי אנשים.   
טענה נוספת היא בעוולת התקיפה מאחר ולא הסבירו להורים את כל הסיכונים – בית המשפט קבע כי אין צורך בחשיפת כל הסיכונים משום שלהורים אין סמכות לקבוע האם לילד מגיע חיסון או לא. זוהי החלטה של משרד הבריאות לשמור על חיי האוכלוסייה, המטרה כאן היא טובת הילד וההורים לא בהכרח כשירים לקבל החלטה האם לחסן או לא. בנוסף זהו חיסון המוני, ומערכת הבריאות אינה יכולה לתפקד באופן שעל כל תינוק תהייה פרשייה.   
לפני מספר שנים הכנסת חוקקה חוק פיצוי נפגעי חיסונים, בהם המדינה מפצה את נפגעי החיסונים ללא הוכחת אשם.

האם יש דרישה של קשר סיבתי לעניין הסכמה מדעת:   
האם בית החולים יכול לטעון טענת הגנה שאומנם לא הסביר מספיק על הניתוח אך גם אם היה מסביר מספיק, החולה היה מסכים לניתוח? (למשל אם המצב שלו ממש גרוע) הטענה בעצם שאלה זו היא שבמקרים רבים אין קשר בין הטעות שנעשתה לבין הצורך בהסכמת החולה.   
**בעוולת התקיפה** אין צורך להוכיח קשר סיבתי – הניסוח של עוולת התקיפה אינו מזכיר את נושא הנזק, הוא מדבר על הסכמתו של האדם נטו, ועל כן ברגע שלא הוסברו כל הסיכונים, לא מתקיימת "הסכמה מדעת" ומתוך חוסר ההסכמה מתקיימת עוולת התקיפה. ('שלא בהסכמתו')   
לפי **עוולת הרשלנות** זוהי טענה טובה, מאחר ובעוולת רשלנות יש צורך להוכיח שיש 'גרם נזק', כלומר מעשה שגרם לנזק. כך שאם בית החולים יטען שהחולה היה מסכים לניתוח גם בהינתן כל ההסברים והיה מוכן לקחת את הסיכון לטעות שנעשתה, בית החולים יזוכה. אך אם החולה לא היה מסכים לניתוח כאשר היה יודע על סיכון מסוים, אזי בית החולים התרשל.   
בפסק דין דעקא נוצר ראש נזק חדש שנקרא פגיעה באוטונומיה, זהו נזק לא ממוני, וראש נזק זה מתייחס לתחושת האדם אשר מרגיש שעשו ממנו אובייקט. הפגיעה באוטונומיה אינה דורשת הוכחת קשר סיבתי משום שהיא מתייחסת באופן מהותי לחוסר הסכמה מדעת של החולה לטיפול בגופו.   
**האם התובע על תקיפה רפואית צריך להוכיח שאילו קיבל הסברים כנדרש לא היה מסכים?**   
כשהעילה בתקיפה – לא. בפס"ד דעקא – הש' בייניש קובעת שיש לפצות על נזק שנגרם לחולה, אשר טופל שלא בהסכמה, גם אם לא הוכחה זהירות וקש"ס לבין הסכמה מדעת לבין הנזק. והיא מפנה לפס"ד רייבי, בו הש' שמגר, שואל האם אפשר להשיג הסכמה מכללא. שמגר קובע שאי אפשר לקבל הגנה כזו. באותו מקרה של רייבי הרופא צפה מראש שתהיה לו בעיה תוך כדי הניתוח, הוא אמנם קיבל הסכמה אבל שינה את הניתוח לאחר הסכמה. שמגר אומר שיכול להיות שהמטופל היה מסכים אבל מאחר ולא הייתה הסכמה זו תקיפה. שני פסקי הדין הם ההוכחה לתיזה שכשאשר עוולה מבוססת על עוולת התקיפה, לא שואלים מה היה קורה אילו שאלו את החולה. בתביעת רשלנות – זה רלוונטי ויכול לדחות את עילת התביעה.

האם יש צורך להוכיח נזק? בעוולת הרשלנות – כן. בפגיעה באוטונומיה -לא.

**הדיון בדבר מעבר לעוולת הרשלנות (מעוולת התקיפה הרפואית):**   
שימוש במונח "תקיפה" בהקשר לטיפול רפואי שנועד לטובת החולה בעייתי וסטיגמטי.   
בשל כך, מדינות רבות העבירו את עוולת התקיפה הרפואית לעוולת רשלנות.   
השופטת בייניש בפס"ד דעקא: תקיפה תסווג רק בטיפול בעל כורחו של החולה, או שהטיפול היה שונה במהותו מהטיפול לו החולה הסכים, או כשלא נמסר לו בכלל מידע .   
אך בית המשפט העליון לא הלך לפי דעתה של השופטת בייניש ובתביעות רבות הוא ממשיך להשתמש בעוולת התקיפה. פס"ד שטנדלר נ פרופ' שדה מדובר בניתוח שהחולה היה יכול להמשיך לחיות בלעדיו, ואם היה שומע על הסיכונים לא היה בוחר לעשות את הניתוח. במקרה זה היה מדובר בניתוח פרטי ויש חשד שהרופא בעל אינטרס שהחולה יעשה את הניתוח ואם ישמע על הסיכונים יתכן שלא ירצה לעשות את הניתוח.  **בין זכויות החולה לפקודת הנזיקין**מטרתו של חוק זכויות החולה הוא להגן על זכויות האדם הנזקק לטיפול רפואי. פרק ד של חוק זכויות החולה עוסקים בסוגיית ההסכמה מדעת אך אין אזכור בפרק זה לעוולת הנזיקין. וכאן מתפתחים שלושה מודלים:

1. העדר ההשפעה- החוק מסגיר רק לכתחילה את זכויות החולה. הסנקציות הן רק מנהליות ומשמעותיות. כלומר בי"ח שלא יעמוד בדרישות אולי יקבל קנס, איום ממשרד הבריאות וכו', או רופא שלא יעמוד בחוק יעמוד בפני הליך משמעתי, או פלילי.
2. ההשפעה דרך עוולת התקיפה החוק משפיע על דרך הפרשנות של הסכמה מדעת בסעיף 23 לפקודה. מודל זה מסתמך על הפרשנות של בתי המשפט את פקודת הנזיקין ועוולת התקיפה.
3. ההשפעה דרך עוולת הפרת חובה חקוקה ורשלנות – הפרת החוק יכולה לבסס עוולה של הפרת חובה חקוקה ו/או של רשלנות. והיה ורופא מפר את אחד הסעיפים בחוק זכויות החולה יהיה ניתן להסתמך על סעיף 63 בפקודת הנזיקין ולקבוע עוולה. ברשלנות, יהיה ניתן להגיד שהאדם הסביר ישמור את החוק ולכן הפרת חוק יכולה להוות בסיס לעוולת רשלנות בפועל בתי המשפט אימצו במספר פסקי דין את המודל השלישי.   
   לסיכום, כאשר במבחן כאשר עולה שאלה של טיפול רפואי שלא הייתה הסכמה מדעת או לא ברור שהייתה הסמכה מדעת יש צורך לדון בשלוש עוולות: 1. תקיפה 2. הפרת חובה חקוקה. 3. רשלנות

**חוק זכויות החולה**   
13.  (א)  לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

          (ב)  לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

(1)   האבחנה (הדיאגנוזה) והסָכוּת (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2)   תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3)   הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4)   סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5)   עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

          (ג)   המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

          (ד)  על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

מהי הסכמה מדעת - **סעיף 13:**

לפני שנחקק חוק זכויות החולה היה ויכוח מהי מידת הפירוט שצריך להיות בהסכמה מדעת.

* דעה אחת סברה שהמבחן הוא מבחן הרופא הסביר- מה הרופא הסביר היה מפרט לחולה שלו.
* הדעה השניה סברה שהמבחן הוא מבחן החולה הסביר – מה החולה הסביר היה רוצה לשמוע.

ניתן לראות בסעיף 13(ב') לחוק זה שהדעה השניה אומצה: " ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו" בהמשך הסעיף ישנו פירוט של מהו מידע רפואי וזוהי רשימה פתוחה.   
החוק בהמשך, בסעיף 13 (ד) הורה על הקמת ועדות אתיקה בכל בית חולים אשר נותנות פטור במקרים חריגים מסעיפים מסויימים בחוק. חיקוק ועדת האתיקה נותנת הגנה מפני תביעות נזיקין על פי סעיף 6 בפקודת הנזיקין. ועדת האתיקה נותנת מענה למצבי חרום רפואי ישירות מפקודת הנזיקין.   
אופן ההסכמה מדעת – סעיף 14   
אופן מתן הסכמה מדעת - סעיף 14 **.**

14.  (א)  הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.

          (ב)  הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

          (ג)   נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

          (ד)  במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

הסכמה מדעת יכול שתהייה בכתב במעשה ובהתנהגות. אך טיפולים המנויים בתוספת בראשית החוק מחייבים הסכמה בכתב.   
במצבים בהם אין אפשרות להסכמה בכתב (לדוג' שבת) יש צורך לתת את ההסכמה בפני שני עדים ולתעד אותה סמוך ככל הניתן לטיפול. כנ"ל במצב חרום רפואי.

**סעיף ב:** יש תוספת לחוק שבה יש לנו רשימה של טיפולים שבה חייבים מסמך – כמו צינטורים, טיפול הפרייה, כימותרפיה וכו'.

**סעיף ג**: המרצה מציע שזו סיטואציה שמתרחשת בשבת.

טיפול רפואי ללא הסכמה – ס.15

15.  על אף הוראות סעיף 13 –

**(1)  מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:**

(א)   מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;

(ב)   לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;

(ג)    אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.

**(2)  בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות הענין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:**

(א)   נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

(ב)   צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;

(ג)    קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

(3)  בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

מקרים בהם אין אפשרות להסכמה מדעת:   
**בס. 15** ישנו פירוט של מקרה בו אין אפשרות לקבל הסכמה מדעת, גם במצב בו החולה מתנגד ונמצא בסכנת חיים. במקרים חריגים אלו ועדת האתיקה יכולה לתת אישור לביצוע הטיפול הרפואי על פי תנאים המפורטים בחוק.   
**הגנה עצמית תחת עוולת התקיפה**   
"בסבירות" – תוך התחשבות בתנאיי ההפתעה, הלחץ והאימה של המצב, לא בחכמה שבדיעבד – סעיף 24 לפקודת הנזיקין. (שהלא נ שבת, אלון נ חדד)   
שהלא נ שבת: שבת הרים פטיש במסגרת סכסוך עבודה על שלהא, שלהא מסובב את ידו של שבת בשביל לקחת מידו את הפטיש ותוך כך מפיל את שבת. כתוצאה מנפילה זו שבת נפצע ותובע את שלהא.   
שלהא טוען כי המעשה שעשה היה סביר ביחס לאיום הפטיש. ההגנה טענה כי שלהא היה יכול לברוח ולא חייב להכניס שימוש בכוח. בית המשפט המחוזי מקבל את התביעה, ובית המשפט העליון דוחה אותה וטוען כי המעשה שלהא עשה היה סביר.

**מטרדים**

**שתי השאלות המרכזיות בהסדרת סוגיית המטרדים:**   
חלוקת הזכאויות: האם השכן זכאי לחיות ללא הפרעה, או האם המפריע רשאי להפריע.   
אופני הגנת הזכאויות: באיזה אמצעי? פלילי או אזרחי? אזרחי-ציווי או אזרחי-פיצויים?   
ללא אמצעי הגנה אין משמעות לחלוקת הזכאויות.   
שלושה האמצעים העקרוניים להגנת הזכאויות:

* כלל קניני: לא ניתן לקחת את הזכאות מבעליה אלא בהסכמתם.
* כלל אחריותו: פגיעה בזכאות הבעלים גוררת אחריות לשלם פיצויים. בכלל זה נותנים זכות להנאה סבירה מהמקרקעין, וההגנה על הנפגע תהייה באמצעות פיצויים. (פס"ד נוצר)
* כלל של אי עבירות: עפ"י דין, לא ניתן בכלל להעביר את הזכאות. (למשל, אסור למכור איברים.) יש כאן פרטנליזם, מתוך חשש שהאדם לא יעריך את הסיכונים אנחנו מגינים עליו.

ישנם זכויות בנאליות שהחברה מגינה עליהם באמצעות אי עברות. למשל זכויות העובדים. עובד לא יכול לחתום על טופס של ויתור על פיצויים.   
זכאויות +אופני ההגנה – קומבנציות:

|  |  |
| --- | --- |
| **זכאות** | **אופני ההגנה** |
| הנפגע זכאי לאי הטרדה | כלל קנייני – צו מניעה להפסקת המטרד |
| הנפגע זכאי לאי הטרדה | כלל אחריותי -אין עניין בהפסקת פעילות המטרד – פיצויים לנפגע על מלוא נזקיו |
| המטריד זכאי להטריד | כלל קניני – תביעת המוטרד תידחה בלא כלום |
| המטריד זכאי להטריד | כלל אחריותי – המוטרד זכאי להטריד, אך אם התובע ישלם לו סכום כסף הוא צריך לקבל. ביהמ"ש יכניס הסדר זה בפסה"ד או באמצעות פשרה. |

1. הנפגע זכאי לאי הטרדה- מוגן באמצעות כלל קניני. יינתן צו מניעה להפסקת המטרד. אחרי שיינתן צו מניעה והשכן ירצה לוותר על צו המניעה כנגד לסכום שיינתן לו- הוא יכול.
2. הנפגע זכאי לאי הטרדה- כלל אחריותי. אין עניין בהפסקת פעילות המטריד- פיצויים לנפגע על מלוא נזקיו.לא נרצה להוציא צו מניעה כשמדובר בטובת הציבור.
3. המטריד זכאי להטריד- כלל קניני- תביעת המוטרד תידחה בלא כלום (לא פיצויים ולא צו מניעה). למשל- אם דובר על מסגריה והמרפאה- ביהמ"ש יגיד למרפאה כי זהו אזור תעשייה ולכן צריך לקחת בחשבון שבאזור כזה יהיו מסגריות- לכן ברשות המרפאה לעבור למקום אחר. אחרי שהתביעה של המרפאה נדחתה, בעל המסגריה יכול להסכים להפסיק פעילותו כנגד לסכום שיינתן לו ע"י המרפאה.
4. המטריד זכאי להטריד- כלל אחריותי- המטריד זכאי להטריד אבל אם התובע ישלם לו סכום כסף מסוים- הוא יצטרך להפסיק. ביהמ"ש יכול לקבוע המשך פעילותו של המסגריה- אך אם הרופא ישלם סכום מסוים המכסה את הנזק- הוא יכול להורות על הפסקת המטרד והעברת המסגריה.   
    (יכול לקרות תוך כדי פשרה שבאמצעותה הרופא ישלם סכום שביהמ"ש יציע לנתבע ואז יינתן צו מניעה.

סוג נוסף של אופציה משפטית: בפס"ד אתא, המדינה הפקיעה את הבית של שוורץ לאחר שביהמ"ש פסק צו מניעה למפעל. ושילמה לו פיצויים.

**המטרדים:**הסימן כולל בתוכו 4 עוולות שונות:   
1. **מטרד לציבור ס'42**   
מעשה שאינו כדין:

* ד"ר חשין סובר שהכוונה היא ללא הצדק שבדין, כלומר שאין הצדק בחוק לפעילות המטרד. פרשנות זו אומצה בפס"ד סלע נ מדינת ישראל.
* פרופ' קרצ'מר טוען שפרשנות זו מיותרת והוא טוען שמעשה שאינו כדין הוא "מעשה בלתי סביר בנסיבות העניין" בפס"ד מפעלי רכב אשדוד (בהוביטר ביהמ"ש אמר שמעשה שאינו כדין הוא יסוד ערכי שדורש פרשנות.)   
  פרשנויות אלה נבעו מתוך רצון להסביר את מעשה שאינו כדין גם בלי הפרת חובה חקוקה.

מחדל מחובה משפטית – הוא מושג רחב יותר, הוא לא דווקא הפרת חובה חקוקה, אלא חובה שנובעת מתוך הפקודה עצמה, למשל חובת הזהירות.

ציבור:

* לפי מספר המאוימים – כמות גדולה או אנשים בלתי מסויימים.
* מקום יצירת הסכנה – האם הסכנה היא ברשות הרבים?

בפס"ד אבישר אבישר הגישו בבית המשפט השלום בקשה למתן צו מניעה שימנע מחברת החשמל להקים תחנת כוח חדשה בצפון תל אביב. ביהמ"ש פסק: נאמר שהכוונה לכמות גדולה של אנשים או שיכול להיות שאדם אחד נפגע אבל הוא בלתי מסוים.

זכות לתביעה: **ס.43** א. ע"י היועמ"ש לשם מתן ציווי. ב. ע"י אדם שסבל ע"י כך נזק ממון.   
נזק ממון:

* טדקסי: הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים. (סעיף 2 לפקנז)
* אנגלרד: נזק מיוחד לו, בשונה משאר הציבור. איך פרשנות זו מסתדרת עם הגדרת נזק ממון ב**ס.2** בפקודה? לפי ס.2 לחוק הפרשנות: אם מתפרש משהו נוסף מעבר להגדרה בחוק בהקשר הנסיבות מותר. כשיש הגדרה בחוק למושג מסוים – הרי שההגדרה הזו תהיה כזו כל עוד אין הקשר אחר. לכן אנגלרד אומר שיש הקשר אחר בחוק הנזיקין וגם מתבסס על המשפט האנגלי בפירושו.
* פרופ' קרצ'מר: גם נזק גשמי וגם נזק מיוחד לו

מאחר ויש ההגבלות על מי יכול לתבוע, הוחלט להרחיב את סמכות התביעה באמצעות החל"מ (חוק למניעת מפגעים) שם אפשרויות התביעה רחבות יותר.

* בפס"ד אבישרנקבע שאין סיבה לעשות הפרדה בין יחיד לציבור, ניתן לטעון אותם במצטבר.

2. **מטרד ליחיד** **ס.44**   
הזכות להנות הנאה סבירה מהמקרקעין היא האינטרס המוגן באמצעות סעיפי המטרדים. הדגש הוא על האינטרס המוגן של הנפגע ולא על התנהגותו של המזיק. אין זה משנה מה הייתה התנהגותו של המזיק, משנה מה הפגיעה בנפגע.  
מעוול – יכול להיות או ההתנהגות של האדם עצמו, או האופן בו הוא מנהל את העסק שלו.   
האינטרס המוגן – בזכויות מקרקעין יש מספר זכויות:

1. בעלות
2. שכירות
3. זיקת הנאה – יש אנשים שיש זכות מסוימת במקרקעין של אדם אחר. (למשל מישהו שהדרך יציאה מהבית שלו חייבת לעבור מבית סמוך אליו.)
4. משכנתא – זכות לבנק במקרקעין.

לכאורה הזכות המוגנת **בס.44** היא הבעלות, 'שימוש סביר במקרקעין **של** אדם אחר'. אך פרשנות זו אינה מתקבלת על הדעת: השוכר גם נפגע, וייתכן שלבעל המקרקעין כלל לא אכפת. לכן האינטרס המוגן יהיה כל הזכויות היוצאות. **ס. 46** מזכיר גם את האדם שתפס את המקרקעין, או מטרד שמונע מאדם לממש את זיקת ההנאה שלו למקרקעין אולי ניתן לפרש את לשון החוק בדרך אחרת – זכות במקרקעין של אדם אחר. גם לעניין המשכנתא, הבנק יכול לתבוע.   
ישנם ארבעה תנאים מצטברים ב**ס.74** לפקודה כדי לתת פיצוי ולא צו:

1. פגיעה קטנה
2. הנזק צריך להיות ניתן להערכה בכסף
3. ניתן לפיצוי מספיק בתשלום כסף.
4. מתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע

אתא נ שוורץ   
היה מפעל טקסטיל שהפריע לשוורץ. שוורץ תבע את המפעל בעוולה של מטרד ליחיד. הוא הוכיח את המטרד בעזרת מומחה, מהנדס, שהעמיד מכשיר ומדד בדיוק את מפלס הרעש. הוכח שהיה רעש בלתי סביר. ביהמ"ש קובע שאפשר לפסוק למוטרד פיצויים. השאלה היא לא אם יש הפרעה לשימוש הסביר של שוורץ, אלא מה הוא אופן ההגנה – **האם צו או פיצויים?** אתא מציע פיצויים אבל שוורץ לא מוכן אלא רוצה רק צו, אך אתא לא רוצים לסגור את המפעל כי סגירת המפעל אינה ברירת המחדל (ישנה אפשרות של צו)– וסגירתו תפגע בפרנסתם של אנשים.   
השופט שמגר: קובע שדיני הנזיקין נועדו להגן על הניזוק, ואם יש מטרד צריך להסירו,  **יוצא ברטוריקה חמורה נגד הגישה הכלכלית.** שמגר התמתן כעבור כמה שנים והוא עצמו משתמש בשיקולים אלו. פס"ד אתא הוא פסד שדי קשה להצדיק אותו, התוצאה הזו לא מתקבלת על הדעת. בדיני המטרדים הרי מתעסקים באיזון אינטרסים, זו תוצאה קשה. מה הבסיס המשפטי ששמגר מסתמך עליו? **ס.74** לפקנה"ז – הסעיף אומר:

שמגר מציין 4 תנאים מצטברים שכאשר הם מתקיימים ביהמ"ש לא יפסוק צו אלא פיצוי לנפגע:

1. שהפגיעה או הנזק קטנים
2. וניתנים להערכה בכסף
3. לתשלום מספיק בכסף,
4. מתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע

הואיל ובפס"ד אתא אי אפשר להגיד שהנזק קטן, המומחה לרעש אומר שהרעש חריג, היסוד לא מתקיים. ברגע שזה לא נזק קטן, חייבים לתת ציווי! יש נוסחת איזון בין אינטרס של התובע ואינטרס הנתבע – אם מקבלים את דברי שמגר אז הוא מאוד לא מאוזן – כי ברגע שהנזק לא קטן צריך לתת ציווי ויש הטייה מוגזמת לטובת התובע. אם נשווה את נוסחת האיזון הזו לנוסחת איזון שמופיעה בחיקוק יותר מודרני – לחוק מפגעים סביבתיים – שיקולים במתן צו **ס.3:** בבואו לתת צו לפי סעיף 2 ישקול בית המשפט הדן בתובענה את מידת הפגיעה שנגרמה או עלולה להיגרם לתובע או לענין הציבורי, לעומת הפגיעה העלולה להיגרם לגורם המפגע או לענין הציבורי עקב הוצאת הצו. סעיף זה הרבה יותר מאוזן – יש אינטרס לתובע שרוצה שלא יהיה מופגע, או אינטרס ציבורי, ובצד השני יש לשים את אינטרס הנתבע.

קביעתו של השופט שמגר בעיתית, גם מבחינת הדין הרצוי וגם מבחינת הדין המצוי   
**הדין הרצוי** – הטיה מוגזמת לטובת התובע, אין איזון אמתי.   
דיני המטרדים יהוו לעולם התנגשויות אינטרסים, ותפקידו הקלאסי של בית המשפט הוא לעשות איזון בין אינטרסים אלו. בקביעתו של השופט שמגר יש איזון מוטה.   
**הדין המצוי:** פישר נ סופר: **ס' 74** קובע באיזו נסיבות לא יוכל ביהמ"ש לתת צו מניעה, אך הוא אינו מורה באורח חיובי אמתי יש לתת צו כזה. בלטצקי נ לפלר: מתן צו מניעה הוא תמיד עניין לשיקול דעתו של ביהמ"ש ולצורך זה מותר לו להביא בחשבון גורמים שונים, נוסף על מידת הנזק הצפוי, כגון מידת הפגיעה בנתבע אם הצו יינתן." אבנרי נ שפירא: אין בסיס להוציא צו מניעה, (תביעת דיבה). פרשנותו של שמגר נדחתה.   
הסעד של ציווי מקורו מדיני עשיית עושר שלא במשפט, בדינים אלו תמיד יהיה שיקול דעת.

**עסקה מתקנת במטרדים**   
ניתוח לפי Ronald coase   
נניח שניתן צו מניעה נגד מפעל אתא והעלות של הפסקת המטרד היא שני מיליון שח. נניח שהם לא יכולים לפעול בלי להרעיש והעברת המיקום שלו תעלה סכום זה.   
נניח שהנכס של הדירה עלה חצי מליון שח ועקב המטרד הדירה ירדה ל300 אלף שח. אם הוא יצטרך למכור את הבית שלו הוא יפסיד 200 אלף שח.   
יש כאן פוטנציאל לעסקה מתקנת, שמפעל אתא יציע לשוורץ לקנות ממנו את הדירה בסכום מסוים בו יפצה אותו תמורת ויתור שלו על צו המניעה.   
התוצאה של עסקה מתקנת היא שתושג התוצאה היעילה.   
בהיעדר הוצאות עסקה התוצאה היעילה תושג בכל מקרה בלי קשר להכרעה המשפטית.   
הוצאות עסקה זה אותם דברים שימנעו את העסקה המתקנת. למשל עורך דין, משא ומתן, שכנים רבים ולא אחד ויש צורך בהסכמה של קבוצה גדולה. לרוב יש הוצאות עסקה, ואז באה ההנחה השנייה שאומרת שהעסקה המתקנת תושג כל עוד הרווח הפוטנציאלי יותר גדול מהוצאות העסקה.   
גורמי המטרדים עושים החצנת עלויות – התנהלות בה לא אכפת להם מהנזקים שהם גורמים לחברה. הסעדים שבית המשפט נותן גורמים להפנמת עלויות. התנהלות שגורמת לגורמי המטרדים לחשב את הנזקים שהם גורמים לחברה בתוך העלויות שלהם.   
לכן מתן הפיצויים משפיע על התנהלות המפעלים וגורמי המטרדים. כאשר הסעדים יהיו גבוהים מהנדרש, הפעילות תהייה נמוכה יותר, ואם יפסק פחות פיצויים, הפעילות תגבר אך עמה גם הנזק יגבר. לכן יש צורך למצוא את הנקודה האופטימלית שתגרום לפעילות יעילה.   
כאשר יש רצון ל'חסל' מטרד מסויים, למשל זיהום, ביהמש יוכל להשתמש בניתוח זה ולפסוק יותר סעדים בשביל להגדיל את העלויות של המפעל.

**3. הפרעה לאור השמש- ס' 48**

**יסודות העוולה:**

1. מניעה/חסימה או הפרעה לאור השמש – חסימת כמות סבירהשל אור שמש מבעל מקרקעין/מחזיק בהם.
2. הנאה סבירה מאור השמש – אם כמות האור שנותרה היא סבירה ומספקת, תדחה התביעה.
3. בהתחשב עם מקומם וטיבם של המקרקעין
4. נהנו ברציפות מאור השמש במשך לפחות 15 שנה. בנוסף, יש להראות כי הזכות ליהנות מאור השמש לא עוגנה בחוזה/הסכם.

**סעד:** צו מניעה לשם החזרת המצב לקדמותו.

**מניעת תמיכה- ס' 48(א)**

**יסודות העוולה:**

1. תמיכה במקרקעין – האם קיימת תמיכה עובדתית.
2. נעשה דבר – פעולה אקטיבית שקרתה.
3. שמנע או שלל את התמיכה – ניתן להטיל אחריות לא רק על מבצע הפעולה, אלא גם על אדם אחר שביקש לעשות זאת. במקרה בו עשה זאת איש עבודה שהוזמן לעשות זאת, לא צודק להטיל עליו אחריות אלא אם התובע הוכיח כי הייתה צפייה אובייקטיבית לשלילת התמיכה מצד הנתבע. שאה נ' שני

**סעדים:** צו מניעה להפסקת המעשה**,** פיצויים.

4. מטרדים מכוח חקיקה- ס.47

**החוק למניעת מפגעים**חוק זה מתייחס לרעש וריח בלתי סביר.   
הרחבות של חוק זה למטרדים בפקודת הנזיקין:   
גם אדם שאינו בעל זכות מקרקעין סמוכה, יכול לתבוע על מטרד ליחיד.   
החוק מסמיך את השר להתקין תקנות שמגדירות מהו רעש וריח. היה אפילו מקרה של בג"צ מנהלי על שר שלא התקין תקנות במשך 15 שנה ובג"צ חייבו אותו להתקין תקנות.   
(התקנות מעבירות את החזקה לגורם המטרד.)   
החוק בא לחזק את המערכת החקיקתית ולתת כוח לבית המשפט בהגנה כנגד מפגעים.

החוק מאפשר הגנה ב 3 מישורים –

1. **דיני הנזיקין** – הפנייה לתרופות הניתנות בגין מטרד ליחיד.
2. **המשפט הפלילי** – 'מאסר שישה חודשים או קנס'.
3. **המשפט המנהלי** – כל רישיון או עסק מותנים בקיום הוראות החוק. – ע"פ זה אפשר לדרוש מהעירייה להשתיק את המפגע ולחסוך את ביהמ"ש, משום שאם אינו עומד בהוראות החוק הרי כעסק לא חוקי שבאחריות העירייה לסגור אותו!

**מה בין חוק המפגעים לפקודת הנזיקין**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | חוק למניעת מפגעים (כנוביץ') | עוולת מטרד ליחיד |
| הגבלה | החוק מוגבל ל 3 מפגעים בלבד – רעש, ריח וזיהום אוויר. | העוולה רחבה הרבה יותר ויכולה לכלול כל סוגי המטרדים  (כולל אור ומים) |
| הרחבה | 1. **זכות התביעה** לכל אדם המצוי בקרבת מקום או לעוברים ושבים. 2. **על התובע להוכיח** רק רעש, ריח או זיהום אוויר המפריע או עשוי להפריע. 3. **תקנות** הקובעות מתי המפגע בלתי סביר (מדידה מדעית). 4. מפגע שנקבע כבלתי סביר ע"פ התקנות חזקה שהוא עשוי לגרום להפרעה (ס' 10(1)). | 1. **זכות התביעה** נתונה רק לבעל זכות במקרקעין. 2. **על התובע להוכיח** הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין שלו. |

במידה וניתנות תקנות מיוחדות (ע"פ ס' 10(2)) להפרעה כלשהי ע"י השר – כל עוד הם עומדים וממלאים אחרי הוראות השר א"א לתבוע אותם (כלומר, אפילו אם ההפרעה היא מעל למותר באופן כללי). (עדיין אפשר לנסות לשכנע את בית המשפט שההפרעה לא סבירה וכו').

**החוק למניעת מפגעים סביבתיים, תשנ"ב-1992**

חוק זה, המאוחר מחוק כנוביץ, מוסיף עליו את כל תחום איכות הסביבה: זיהום מים, מי ים, זיהום ע"י פסולת, חומרים מסוכנים או קרינה.

החוק מוסיף על החוק הקודם בעיקר בתחום מטרד לציבור: הוא מאפשר לכל אזרח לתבוע בעוולת מפגע סביבתי, גם אם לא סבל נזק ממון מהמפגע (אם כי הוא חייב להודיע קודם לרשות ולגורם המפריע).

חוק זה מטרתו היא להפסיק את המפגע בלבד – ולכן ניתן באמצעותו רק להוציא צו מניעה, אך לא פיצויים (למעט מפגע חוזר, סע' 9)

בנוסף, בחוק זה מקבעים את הצורך באיזון במתן צו מניעה (סע' 3). כאן מגדירים את האיזון בין מידת הפגיעה באזרח אל מול הפגיעה בציבור כתוצאה מצו המניעה.  
כל אזרח שנפגע או עומד להיפגע רשאי לתבוע גם אם לא סבל נזק ממון   
סייג: החוק מעניק רק סעד של צו – ללא פיצויים. (למעט מפגע חוזר ב**ס.9** בחל"מ)   
תובענות קבוצתיות ועמותות מסוימות.

**הגנה לטובת הציבור – ס.48**

**סע' 48ב לפק'** - שימוש לטובת הציבור. ע"פ פרופ' קרצ'מר רק מוסדות ציבוריים מובהקים ייהנו מהגנת סעיף זה (כגון ביה"ח). המבחן לדעתו הוא האם מטרת המבנה היא לטובת הציבור או לעשיית רווח ועל הדרך גם מסייע לציבור. כמו כן, לדעת פרופ' קרצ'מר המילה "רשאי" המופיעה בסע' 74 בפק' משמעותה "חייב" – כאשר נשללת מהאדם ההנאה מהקרקע וגם באפשרותו לקבל צו מניעה, לכל הפחות יש צורך לפצותו.

רייך לא מסכים עם ההבחנה בעניין טובת הציבור משום יש מפעלים פרטיים שחשובים באמת לציבור כמו מפעל תחמושת וביה"ח פרטי. לעניין הפיצויים, גם הוא מסכים עם קרצ'מר.

למרות זאת, לאחרונה ניתן פס"ד לגמן נ' אגודת נאמני מכבי חיפה: המטרד היה רעש מבריכה ציבורית. בית המשפט קבע שמבחינת פיתוח הספורט בישראל יש חשיבות בקיומן של תחרויות שחייה ולכן השימוש בבריכה וברמקול מהווה שימוש ראוי.

**הפרת חובה חקוקה ס.63**

עוולה זאת נותנת אפשרות להגיש תביעה בנזיקין כל זמן שחוק מחוץ לפקודה הופר. בשנים האחרונות, אנו חיים בחברה לגורטורית, המחוקק נכנס לכל פינה. לפעמים יש לחוקים אלו סנקציות פליליות או מנהליות, ועוולה זו מאפשרת גם תביעה אזרחית.   
כמובן שככל שהמחוקק מחוקק יותר חוקים ישנן יותר תביעות.   
עוולה זו היא עוולה מסגרת, משום שהיא חלה על צורות רבות של התנהגות ופונקציות רבות של החוק.   
**יסודות העוולה:**   
חמישה יסודות פוזיטיביים: (יסוד שהתובע צריך להוכיח אותו)   
**1**. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק   
**2**. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק   
**3**. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו   
**4**. ההפרה גרמה לניזוק נזק. ביסוד זה יש שני חלקים: גרם נזק, ונזק כלומר – קשר סיבתי.   
**5**. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק   
ויסוד אחד נגטיבי   
**6**. אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא (לשלול) את התרופה עפ"י פקודת הנזיקין. סעיף זה משפטי ואינו קשור לעובדה כלשהו לכן לא יקרא הגנה.   
מה בין הפרת חובה חקוקה לבין רשלנות?   
עוולה זו דומה לעוולת הרשלנות, בשניהם יש חובה שמופרת וגורמת נזק. (ברשלנות יש חובת זהירות, שמופרת, וגורמת נזק) בעוולת החובה חקוקה, החובה שהופרה היא מחוץ לפקודת הנזיקין.   
בפס"ד ועקנין, השופט ברק עומד על דמיון בין רשלנות להפרת חובה חקוקה

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הפרת חובה חקוקה | רשלנות |
| מקור החובה | חיקוק מ**חוץ** לפקודה | חובת זהירות של אדם סביר ס.36 |
| תפקיד ביהמ"ש | **לפרש** את החובה ואת היקפה עפ"י המדיניות המשפטית | **לקבוע** את החובה ואת דרכי הפרתה, עפ"י המדיניות המשפטית |
| ההשלכות של הפח"ח | יצירת חבות נזיקית בהתקיים שאר יסודות עוולת הפח"ח – גם ב**אין** רשלנות\* | תשמש כראיה להפרת חובת זהירות בהתקיים שאר יסודות עוולת הרשלנות – איך לא הכרחי. |

\*הכוונה ב'אין רשלנות' – היא שיש חוקים בהם ישנה אחריות מוחלטת על עובר החוק (למשל בחוק בטיחות בעבודה ישנה חובה להציב גדר סביב מכונות מסוכנות, או ב2 פנסים ברכב.) ואין צורך להוכיח אשם. לעומת זאת ברשלנות, יש צורך להוכיח אשם.   
ההבדל בין הפח"ח באנגליה לבין הפח"ח בישראל (ביחס ליסוד השישי.)   
יש הבדל בין עוולת הפח"ח בישראל מאשר באנגליה. באנגליה, הcommon law ראו את עילת התביעה באותם חיקוקים עצמם, אך לא שהמקור הוא מפקודת הניזיקין. כלומר הפסיקה קבעה שאם הוראה הופרה ניתן לבסס את העוולה על עצם ההפרה. והתנאי הוא שאותו חיקוק עליו אתה מסתמך התכוון לאפשר לך את התביעה הזו. חוקים רבים ידברו על מטרתם להגן על דבר מסוים, או להעניק תרופה אזרחית. אך אם ביהמ"ש יפרש את החוק באופן אחר לא תתקיים עוולה. כלומר האם המחוקק התכוון לתת תרופה. יסוד 6 שהוזכר מדבר על מקרים בהם המחוקק התכוון למנוע מתן תרופה.   
יתרון להפרת חובה חקוקה, דוגמא לאחריות מוחלטת-

**פס"ד מור מאנגליה:** (לא בסילבוס) אונייה הגיעה לנמל זר וכשיצאה גילתה שאחד המלחים חסר. המלח הגיש תביעת נזיקין. החברה ורב החובל – התגוננו בטענה שלא היה שום דרך לרדת, רב החובל אסר על כך והחובל עשה זאת בכ"ז. אך יש חובה של אחריות מוחלטת על חברת הספנות והטענות של היעדר רשלנות לא יעזור.

במציאות הישראלית בדוקטרינה הזו יש את ס' 37 בפקודת ענייני עבודה. הוא אומר שאם יש מכונה שיש שם חלקים נעים (זזים), סכינים וגלגלי שיניים וכו', הדברים האלו חייבים להיות מוגנים כדי שעובד לא יסכן את עצמו וזו אחריות מוחלטת. אם מופיע פקח של מפעל ומוצא מכונה אחת שאין מגן, יש קנס וכתב אישום נגד בעל המפעל ולא תעזור לו שום טענה. אותו דבר לגבי תביעת נזיקין – עובד שניזוק ממכונה כזו, כאשר מבסס את תביעתו על בסיס הפרת חובה חקוקה, יש אחריות מוחלטת ולא יעזור למעביד שום טענה.

**פס"ד אפל:** ביהמ"ש אומר בדיוק על מקרה כזה, שעובד/תובע התרשל בהתנהגותו, שגם לעניין אשם תורם, בדרך כלל לא נתחשב באשם התורם של העובד. כל עוד מה שעשה העובד לא חורג לגמרי ממסגרת הסיכון הסביר שבגללו הטילו על המעביד חובה מוחלטת, לא נתחשב באשם תורם. לכן יש פה יתרון גדול להסתמך על חוב חקוקה על פני רשלנות.

יתרון נוסף לתביעה על סמך הפרת חובה חקוקה:   
הפרת חובה חקוקה גוברת על ההגנה שנמצאת בסעיף 5 לפקודה (הסתכנות מרצון).

**ס' 5** לפקודה נותן הגנה כללית, חל על כל העוולות: בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכושו למצב זה מרצונו.

למשל מתאגרף שתוך כדי קרב אגרוף חוטף מכה חזקה, הוא לא יכול להגיש תביעה על תקיפה. כל עוד זה משהו במסגרת כללי המשחק זה חלק מהעניין, חשפת את עצמך לסיכון זה.

**5[ב]:** הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי מילוי חובה שהייתה מוטלת על הנתבע מכוח חוק.   
  
היסוד הראשון חובה המוטלת על המזיק מכוח חוק   
פס"ד ועקנין   
בחור בן 15 קפץ לברכה שהגובה שלה היה נמוך, הוא לא שם לב לכך, לא היה שילוט או שהייתה טעות אופטית. והוא דפק את הראש שלו. הוא מגיש תביעת נזיקין על הפח"ח כאשר החוק שהופר הוא: שלא היה רישוי לעסק לברכה. ביהמ"ש המחוזי קבע שהחוק לקבל רישוי לעסק אינו בא לתת תרופה לנזיקין, אלא להסדיר את היחסים בין המפקח לבין מנהל הבריכה. תשובה זו היא לפי גישת הפסיקה האנגלית.   
השופט ברק, בערעור קובע כי לפי הפסיקה הישראלית, בשביל לדחות תביעה בשל הפח"ח השופט צריך לחפש איפה יש פרשנות בחוק שאין לתבוע תרופה בנזיקין בחוק רישוי העסקים. ומאחר ואין סעיף שניתן לפרשו באופן זה יש לקבל את התביעה. רוב החיקוקים לא באו לתת תרופה ואינם מתייחסים לשאלה הזו. כלומר אם תחפש כוונה לתת, כמו בפסיקה האנגלית, ברוב המקרים התביעות ידחו. מאז פס"ד ועקנין נהיו הרבה תביעות בפח"ח.   
ברק מסייג ואומר שיש חובות מסוימות שבכלל לא נהגו להגן על הפרט אלא על הכלל למשל, החובה להצביע בבחירות או איסור בגידה במדינת ישראל.

קשה למצוא דוגמאות ליסוד השישי, למשל, חוק כנוביץ אומר שמי שהפר הוראות חוק זה יחשב מטרד ליחיד לפי סעיף 13, לכן מי שירצה לתבוע לפי סעיף 63, ייתכן כי התביעה שלא תידחה.

גרובנר נ עריית חיפה החובה שהופרה בפס"ד גרובנר נ עריית חיפה: החוק אליו הפנתה גברת גרובנר הוא החוק להקים פארקים ציבוריים שממנו נובעת החובה לשמור על הבטיחות של משתמשי הפארקים. אך נפסק כי היעדר אכיפה של השלט אינו מקיים הפרת חובה אלא אי ביצוע סמכות.   
בפס"ד קונגטיב נ דבוש. נכרת חוזה בלתי חוקי באיטרנט בין חברת קוגנטיב למשתמשים רבים. שני הצדדים הפרו חובה חקוקה, השופט מזוז, קובע כי לא כל סעיף בחוק העונשין יכול להיות בסיס להפרת חובה חקוקה. איסור פלילי נועד להגן על נורמות חברתיות ואינטרסים ציבוריים, ולא יהיה זה נכון, שבכל פעם שהופרה נורמה פלילית תהייה גם תביעה נזיקית.   
זהו הפוך מבפס"ד סולטן נ סולטן. סולטן גירש את אשתו בעל כורחה בלי אישור בית דין. אשתו הגישה תביעת נזיקין ואמרה שגרם לה נזק, כי אם היתה עוברת דרך בית דין היתה מקבלת מזונות. ביהמ"ש קבע שגם בחוק שמחייב לסנקציה פלילית ניתן להגיש גם תביעה נזיקית.

החיקוק נועד לטובת התובע   
פליפס נ בריטניה   
באנגליה, היה פס"ד מנחה שעסק בתאונת דרכים. התובע מעלה את הטענה שהתאונה קרתה בגלל שהנהג לא שמר על חוקי התעבורה ולכן נגרמה התאונה. התביעה הגיעה לביהמ"ש העליון שבתקופה ההיא היה בית הלורדים.   
טענת הרוב שהייתה חוקי התעבורה נועדו להגן על הציבור, מטרתם היא לשמור על תחבורה זורמת ותקינה ולא על האדם הפרטי.   
דעת הלורד אטקין **בדעת מיעוט** קבע שזה לא משנה אם החיקוק נועד לטובת כלל בני האדם או לא כי גם פלוני שבא בתביעה זו הוא חלק מהציבור ואין לגרוע מכך.   
המחוקק המנדטורי, הכניס את דעת המיעוט בהלכה הנהוגה באנגליה, בישראל. "בני האדם בכלל".   
למרות זאת בפס"ד פריצקר נ פרידמן: תק התעבורה מגינות על כלל הציבור ולא על הפרט, לכן א"א לתבוע על הפרתן. וכן השופט זילברג בפס"ד אחמד : "בני אדם בכלל, הם משהו בין אותו פלוני לבין בנ"א מסוג או הגדר" הכוונה בבני אדם בכלל היא לקבוצה מצומצמת יותר.   
בפס"ד ועקנין השופט ברק אימץ את דעתו של לורד אטקין ומרחיב את אפשרויות התביעה של הפח"ח.   
בפס"ד בריגה נ מוסטפה ב1980 נקבע כי אפשר לבסס הפח"ח על תקנות התעבורה, כלומר לא רק על נזקי גוף כפי שנקבע בחוק ב1975, אלא גם על נזקי רכוש.   
ב1975 עבר חוק שנקרא חוק הפיצויים לנפגעי דרכים המתייחס רק לנזקי גוף. חוק זה הוציא את תאונת דרכים מפקודת הנזיקין וחוקק לו חוק נפרד.   
עד שנקבע כי ניתן לתבוע על הפרת חובה חקוקה, היה צריך להוכיח רשלנות, בשביל לקבל פיצויים גם על נזקי רכוש. הפרת חובה חקוקה מטילה אחריות מוחלטת ומקילה על התביעות, יחד עם מתן אפשרות לתבוע הפח"ח בנזק רכוש הוכנס ביטוח חובה לרכב אשר טיפל בריבוי התביעות שנוצרו בעקבות תאונות הדרכים.

חובה ציבורית - חובה פרטית   
לורד אטקין: תקנות התעבורה זו חובה ציבורית. אך גם חובה שהיא ציבורית יכולה להגן על הפרט.   
ברק בועקין: חובה פרטית – שנועדה להגן על האינטרסים של הפרט. חובה ציבורית – חובה שבאה להגן על האינטרס של המדינה, של הממשלה, ושל מרקם החיים הקולקטיבים ואורחות חיי האומה.   
כיום גישתו של אטקין היא המקובלת.   
דוגמאות לחובה ציבורית: חובה להצביע בבחירות, האיסור לבגוד במדינה, החובה להעיד עדות אמת)   
יש לציין שתביעות דו חובתיות הם בסיס טוב לתביעה.   
פס"ד נ בי"ח נצרת   
רופא שיילד אישה, ובגלל שעשה טעויות, הולד יצא עם מומים. ותבעו את הרופא בן היתר בגין הפרת חובה חקוקה. השופט ריבלין קבע שלדעתו לא ניתן לקבל את התביעה על הפרת חובה חקוקה, אבל כן לפי רשלנות.   
אין קשר סיבתי בין זה שאין לרופא רישיון לבין הטעויות שהרופא עשה.   
פס"ד מחוזי רקובר נ ארמון תאטראות   
במסגרת מלחמת השבת בחיפה, הרב רקובר הגיש תביעה בגין הפחח כנגד חוק שעות העבודה והרווחה שאומר שצריך לסגור בתי עסק בשבת. הוא טען שהנזק שנגרם לו הוא פגיעה ברגשות הפרטיים שלו. ביהמ"ש קבע שאכן החיקוק הופר, ולתובעים נגרם נזק. אך לא התקיים היסוד כי החיקוק התקיים להגן על התובע, אלא על העובדים. וכן הנזק שהמחוקק רצה למנוע הוא שאדם לא יעבוד בשבת, ולא פגיעה ברגשות דתיים.

פס"ד לכטר– בנאדם נפצע בעבודתו, ועובד אחר שהושיט לו עזרה, ובעקבות זה נתפס לו הגב, תובע את מקום העבודה על כך שלא היה מישהו מוכשר שיגיש עזרה ראשונה ועל כך שלא היה ציוד לעזרה. ביהמ"ש קובע שזה לא סוג הנזק שאליו התכוון החיקוק והנסיבות שבהן נגרם הנזק. החיקוק שמצווה להחזיק ציוד נועד להגן על העובדים שנמצאים בעבודה. אבל זה לא בא להגן על אלו שמושיטים יד לעזרה.

פס"ד רויטמן–החיקוק הוא שאסור להעיד עדות שקר- החיקוק הזה הופר כאשר הנתבע העיד עדות שקר. אז למה זה לא תביעה טובה? כי זה לא נועד לטובתו אלא לטובת בית המשפט והכלל. השופט חיים כהן מסביר שזה משיקולי מדיניות-  הנימוק הפורמלי: גם ככה קשה להביא עד שלא נוגע בדבר להעיד בבית משפט והרבה גם מפחדים וחוששים מכך, הרבה יעדיפו שלא לבוא כלל. מה עלול לקרות? הוא יאיים על העד שהוא יגיש עליו תביעת נזיקין שהוא שיקר בעדות שלו, אז הרבה אנשים יעדיפו כלל לא להעיד או שיעיד לטובת זה שיתבע אותו. אז בית המשפט אומר שהחובה שלך להעיד אמת היא חובה כלפי בית המשפט ובצורה כזו אנו מאפשרים את ההחלטה מתי להפעיל כתב אישום על עדויות שקר.

**עוולת הרשלנות**

הולדת עוולת הרשלנות:   
עוולה זו נולדה באנגליה רק 1932, ולקח לה זמן עד שתפסה תאוצה.   
פסק דין של בית הלורדים Donoghue v stevenson בו שתי חברות שיצאו לבלות בבית קפה והזמינו בירה. הבירה הגיע בבקבוק עם זכוכית כהה. הם מזגו לכוסות ושתו ממנה. ולאחר מכן גילו חתיכות של חילזון שותות בתוך הבירה. היא הגישה תביעת נזיקין נ יצרן הבירה, ולא נגד בעל הקפה כי הוא לא יכול לדעת מה יש בתוך הבקבוק הכהה. בעבר מוצרים פגומים הוגשו בתביעות בתחום החוזים. אחת מהסיבות שמוצרים פגומים יצאו מתחום החוזים היא שלרוב אין חוזה ישיר בין היצרן לניזוק, יש צד שלישי ולפעמים רביעי בדרך שעושה המוצר מבית היצרן לניזוק. ולכן יש צורך במעבר לתביעות הנזיקין.   
תביעת הנזיקין הראשונה שהייתה באנגליה היא השגת גבול. לתקיפה קראו בהתחלה מעין השגת גבול.   
השופט שעושה את פריצת דרך זו הוא הלורד אטקין. בכדי לנסח את האחריות הנזיקית הזו משתמש בפסוק המוכר "ואהבת לרעך כמוך" באנגלית התרגום הוא תאהב את שכנך. בגלל המקור ההיסטורי הביטוי של השכנות נכנס בפסיקה אף שלא מדובר בשכנות של ממש. לורד אטקין אומר שהמצווה ואהבת לרעך הופכת בחוק לאמרה: אל תזיק לרעך. מיהו רעך – אותו אדם שניתן לצפות באופן סביר כי הוא עלול להינזק כתוצאה מהמעשה.   
אדון סטיבנסון אינו מכיר את הגברת דונגהו אך אין זה מונע את העובדה שיש לו חובה כלפיה. הוא כאדם סביר יכול והיה צריך לצפות שאם לא ישמור על היגיינה בתוך המפעל שלו יהיה אדם שישתה מהבירה שלו וינזק, וכלפי אותו אדם הוא חב חובת זהירות. ואם חדל מלקיים חובת זהירות זו וגרם נזק, אזי הוא חייב בנזיקין כלפי אותו אדם.   
סעיף 35 מגדיר מהי רשלנות – מעשה או חוסר מעשה שאדם סביר היה עושה באותם נסיבות וגרם נזק.   
סעיף 36 מגדיר שחבות הרשלנות היא כלפי כל אדם שצריך היה לחזות או שחזה בנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהתנהגותו.   
**סוגי הרשלנות**ניתן להבחין במושגים של 'רשלנות סתם' ושל 'רשלנות חמורה'. האבחנה מוכרת בחוק העונשין וכן בחוק האחריות למוצרים פגומים אך בפקודת הנזיקין אינה קיימת וכמעט ואינה רלוונטית. ברגע שהרשלנות מתקיימת יש אחריות נזיקית והסעד יהיה בהתאם לנזק ולא בהתאם לחומרת הרשלנות.   
בחוק האחריות למוצרים פגומים אחת מההגנות המעטות היא רשלנות חמורה של הנפגע בעצמו. כאשר הנפגע התרשל בעצמו התרשלות חמורה ותרם לנזק תהייה הפחתה בפיצויים. בתביעות רגילות לפי הפקודה, אם יש אשם תורם של הניזוק מתחשבים בו אך עדין נשאלת השאלה כמה להפחית וסעיף 68 מבקש למדוד כמה חמורה האשמה. אלו הם שני החריגים למדידת חומרת הרשלנות.   
 את הרשלנות בוחנים לפי האדם הסביר. נשאלת השאלה מהו הסטנדרט של האדם הסביר? האדם המסויים שעומד בפני, או סטנדרט כללי שמחייב את כל הציבור. מהות שאלת האדם הסביר היא האם היית צריך לצפות שיקרה כך וכך, זהו עניין אינטלקטואלי, יש חכם שיצפה ויש אדם לא חכם שלא יצפה, אז האם אינטליגנציה היא המדד? האם אתה או את היו יכולים לצפות את הנזק או האם יש איזה ממוצע שמחייב את כולם.   
רשלנות סובייקטיבית – בוחנים את הנתבע לפי תכונותיו הפיזיות, נפשיות, ואינטלקטואליות.   
רשלנות אובייקטיבית – בוחנים את הנתבע לפי אמת מידה חיצונית "האדם הסביר"

* 1. לפי המצוי: סטנדרט אובייקטיבי פוזיטיבי, נשאל את עצמנו מה רוב האנשים היו נוהגים במצב שלנו. אם אדם נהג שלא כאדם הרגיל המצוי הוא יחויב בנזיקין.
  2. לפי הראוי: סטנדרט נורמטיבי אותו יקבע בית המשפט.

פס"ד בש בו אדם השאיר מקרר ישן שלו בגינה. ילד ששיחק מחבואים נכנס לתוך המקרר וננעל מבפנים ונחנק למוות. תבעו אותו בגרימת מוות ברשלנות. עורך הדין של הנתבע העלה אנשים שונים ושאל אותם אם היו צופים שיקרה דבר כזה מהשארת מקרר בגינה.   
בית המשפט קבע שהאדם הסביר הוא לא האדם המצוי אלא האדם הרצוי, ובית המשפט קבע שהאדם הסביר היה צריך לצפות דבר כזה. המבחן שבית המשפט השתמש בו מבחן הוא אובייקטיבי נורמטיבי.   
יתרונות לגישה האובייקטיבית: בית המשפט יכול להורות הלכה של מהו האדם הסביר לעתיד, לחנך את החברה לסטנדרט מסוים ולהרתיע. מבחינה פרקטית צריך שתהייה הלכה קבועה ומדדים שאנשים לא יכולים לעבוד באמצעותם על בית המשפט. יש סכנה באפליה בין אדם לאדם בכך שאם יהיה הבדל בקנסות בין אדם לאדם, העניים או העשירים לא יפחדו לעשות נזקים. יש צורך להתחשב בניזוק שצריך לקבל את הפיצוי המלא המגיע לו בשונה מהדין הפלילי בו אין ניזוק והקנס שמחייבים את האשם מטרתו הרתעה ואם לא תהייה אפליה בין אדם לאדם יווצר מצב של חוסר הרתעה כלפי העשירים למשל.   
יתרונות לגישה הסובייקטיבית: מאפשרת יותר לבדוק כל מקרה לגופו. כמו במקרה המקרר, בו ציפו מבש לצפות משהו שהוא לא יכול היה לצפות.   
לסיכום "אדם שנולד קלמזי הוא כל הזמן עושה תאונות פוגע באחרים ובעצמו, בודאי הפגמים המולדים שלו יסלחו לו עליהם בבתי הדין של מעלה אך את השכנים לא מעניין מה הייתה הסיבה לנזקים שגרם להם. השכנים שלו דורשים ממנו שיעשה מה שצריך כדי שיגיע לסטנדרט שהם קבעו ובתי המשפט לא מוכנים לקחת את המגבלות האישיות של האדם בחשבון."   
המשפט הישראלי מאמץ את המבחן **האובייקטיבי הנורמטיבי** שלפיו בית המשפט הוא הקובע מיהו האדם הסביר ולעיתים יקבע סטנדרט התנהגות יותר גבוה מהסטנדרט הנהוג באותה חברה. ויתרונותיה של גישה זו הם חינוך הציבור והנחלת נורמות חברתיות, פסיקה שנוטה יותר לטובת הניזוק, וכן יישום יותר קל בפסיקה.   
דוגמא נוספת: כמה רופא צריך להיות מודע לחידושים הרפואיים בתחום בו הוא עוסק. האם רק בכתבים בעברית או גם צריך להיות מעודכן בכתבים בחו"ל. בית המשפט קובע מה הסטנדרט, והוא להתעדכן גם בכתבי עת מובילים גם באנגלית.   
בפס"ד גרובנר נ עריית חיפה בית המשפט שוקל מה הסטנדרט הראוי לא רק כלפי עיריית חיפה ספציפית והמצב הכלכלי שלה, אלא כלפי כל העיריות בארץ.   
כן ניתן לראות בסעיף 35 שיש הבדלה בין אדם שהיה כשיר למקצוע מסוים לאדם שאינו היה כשיר. החוק מכוון את בית המשפט לדרוש סטנדרט התנהגות גבוהה יותר מבעלי המקצוע. "וכשיר לפעול באותו משלח יד" עורך דין גם יהיה חשוף לתביעות ברשלנות על כך שלא התעדכן בתחומי חקיקה שבגללם גרם נזק. גם בפס"ד ועקנין השופטים אינם בחונים את הילד הספציפי אלא בוחנים מה הילד הסביר היה עושה.   
פס"ד מיטרני נ אוצר מפעלי ים (גלילי הנייר)   
אוצר מפעלי הים אמרו שהם אינם שכנים של מיטרני. אך ביהמ"ש קבע ששכנות היא שיש קשר בין מיטרני למפעלי הים – שכנות הוא אדם שהיית צריך לצפות שהוא עלול להיפגע מרשלנות. וכמובן שאין הכוונה בשכנות לשכנות גיאוגרפית. כלומר מדובר ביחסי קרבה ולא ביחסים גאוגרפים.

**יסודות העוולה**

1. חובת הזהירות – מתקיימת כאשר אדם סביר היה צריך לצפות שכאשר יעשה או לא יעשה מעשה מסוים אדם מסוים יפגע מכך.
2. הפרתה על ידי התרשלות – מעשה או מחדל שאדם סביר לא היה עושה באותן נסיבות. כלומר להתנהג לא כמו אדם סביר.
3. גרם נזק = נזק + קשר סיבתי בין הרשלנות לנזק.

יסודות 1+2 = רשלנות   
יסודות 1+2+3 = עוולת הרשלנות   
את בעיית ההתרשלות ניתן לטפל דרך הדין הפלילי (קנסות וכו') אך עוולת הרשלנות היא הרלוונטית לפקודת הנזיקין.

**חובת הזהירות**   
בפס"ד יערי נ מד"י (תאונת הרכבת) ולאחר מכן בועקנין, השופט ברק מאמץ מבחן דו שלבי. בה מחלקים את חובת הזהירות לחובת זהירות מושגית וחובת זהירות קונקרטית.   
**חובת זהירות מושגית** - האם באופן כללי ועקרוני קיימת חובת זהירות בין סוג האנשים שהנתבע שייך אליהם לבין סוג האנשים אשר התובע נמנה עמהם, ביחס לסוג הנזק שבו מדובר ואופן התרחשותו. המטרה: לקבוע מדיניות שיפוטית.  
דוגמא: ביום חורף קר נכנס אדם לבית מרקחת, כולו אדום ומזיע ומבקש מהרוקח למכור לו אקמול. הרוקח מוכר לו אקמול בלי לשאול שאלות. האיש לוקח כדור אקמול יוצא החוצה ומתמוטט. עד שטיפול נמרץ מגיע הוא מקבל מום לצמיתות. אותו אדם מגיש תביע נגד הרוקח בטענה שהרוקח היה יכול להבחין בתסמינים של התקף לב ולשאול אותו שאלות גם בעקבות שאלות על תחושותיו הפיזיות. אם ביהמ"ש לא היה משתמש במבחן הדו שלבי הזה היה שואל האם אותו רוקח היה צריך לשים לב שהאדם שנכנס אליו סובל מהתקף לב או לא. ביהמ"ש צריך לעשות המשגה, ולא לשאול על אותו לקוח ספציפית, אלא האם רוקח, הוא בעל חובת זהירות לבחון את לקוחותיו ולשאול אותם שאלות על מצבם הרפואי. אם נטיל על הרוקח חובת זהירות יהיו כאן נזקים כלכליים ותיפגע עבודתם של הרופאים. באמצעות ההמשגה ניתן לראות שהמטרה היא לקבוע מדיניות שיפוטית לפי חובת הזהירות המושגית.   
פס"ד פריצקר אדם נכנס בעובד עם הרכב שלו, כי העובד היה מאחורי הרכב ולא היה צריך להיות שם. היתה התרשלות אבל נפסק שלא הייתה קיימת חובת זהירות ולכן התביעה נדחתה. בפס"ד זה מובא מבחן החזות מראש: האם היה ניתן  
לחזות מראש את הנזק. ביהמ"ש מביא שני מבחנים, מבחן הצפיות ומבחן יחסי השכנות.   
**מבחן הצפיות:**   
צפיות טכנית – האם יכולת לצפות ?   
צפיות נורמטיבית – האם היית צריך לצפות את הנזק?   
דוגמא: הרוקח היה אולי יכול לאבחן את אותו אדם, אך האם יש רצון להטיל עליו את החובה לאבחן כל אדם? האם הוא היה צריך לצפות את הנזק, ולהתנהג בזהירות כלפי לקוח שנכנס.   
בחובת זהירות מושגית המבחן הוא מבחן צפיות נורמטיבית.   
**חובת זהירות קונקרטית**   
לאחר שנבעה מדיניות שיפוטית יש צורך לבחון את המקרה הספציפי. שמטרתו להכריע בסכסוך שלפנינו. המבחן יהיה בעיקר מבחן הצפיות הטכנית. האם היה ביכולתו של הנתבע לצפות נזק מסוים. מבחן הצפיות הנורמטיבי יהיה בשיקולים בהם לא דנו בחובת הזהירות המושגית.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **חובת זהירות מושגית** | **חובת זהירות קונקרטית** |
| **אופן הבחינה** | האם באופן כללי ועקרוני קיימת חובת זהירות בין סוג האנשים שהנתבע שייך אליהם לבין סוג האנשים אשר התובע נמנה עמהם, ביחס לסוג הנזק שבו מדובר ואופן התרחשותו | האם הנתבע הקונקרטי שלנו, חב חובת זהירות כלפי התובע הקונקרטי ביחס לנזק הקונקרטי שאירע והאופן הקונקרטי שבו הוא אירע |
| **המטרה** | לקבוע מדיניות שיפוטית | להכריע בסכסוך שלפנינו |
| **המבחן:** | מבחן הצפיות – בעיקר צפיות נורמטיבית | מבחן הציפיות – צפיות טכנית ונורמטיבית |
| **מקור האבחנה** – פסד יערי נ מדי, ואח"כ בפסד ועקנין נ מ"מ עירית בית שמש | | |

מודל הרשלנות של השופט עמית בפס"ד פלוני: מתי אפשר לותר על שלב חובת הזהירות המושגית? כאשר מדובר על צמד של מזיק וניזוק שידוע מה הדין בחובת הזהירות המושגית כמו למשל ביחסים בין רופא לחולה.   
מעשה מכוון: לכאורה מעשה מכוון נכנס תחת יסודות הסעיף. האדם עשה מעשה שאינו סביר וגרם נזק.   
בספר של טדסקי: למרות שאין משתמע מהכותרת רשלנות, מעשה מכוון נכנס בתוך יסוד העוולה.   
פס"ד אמין נ אמין בפס"ד זה אבא זנח את שני ילדיו. אישתו סבלה ממחלת נפש, היא התאבדה, הוא התחתן מחדש, ואישתו החדשה הסכימה בתנאי שהוא מנתק קשר מהילדים שלה. הילדים התגלגלו במוסדות אומנה והם קבעו את האבא להפרת חובה חקוקה – חוק האפוטרופוס שהורים צריכים לדאוג לילדים שלהם. הם תובעים גם לרשלנות. העורך דין של הנתבע טוען שלא ניתן לתבוע ברשלנות על מעשי ההורים. אך במקרה זה הוא מקרה קיצוני, בנוגע לרשלנות העורך טען שזה היה מעשה מכוון, ונפסק שגם מעשה מכוון נכלל תחת הרשלנות. ביהמ"ש קובע: ההתרשלות במובנה הטכנית יכולה לכלול גם מעשים ומחדלים מכוונים משום שהמבחן לקיום ההתרשלות הוא אי הסבירות של ההתנהגות והצפיות של הנזק.   
מתי נשללת הצפיות הנורמטיבית?   
מדינת ישראל נ לוי: ביהמ"ש קובע שאפשר לחלק את השיקולים שיכולים לשלול חובת צפיות נורמטיבית, (מצב בו אתה יכול לצפות אך השאלה היא אם אתה צריך) שמגר קובע שניתן לחלק את השיקולים לשני סוגים:

* 1. **משיקולי מדיניות או שיקולים החורגים מתחום דיני הנזיקין.**   
     פס"ד מפעלי רכב אשדוד נ ציזיק (רבי החובל) שם ניתן היה לצפות את הנזק, ואף מטרת השביתה היא ליצור נזק. אז השאלה היא האם הם היו צריכים לצפות את הנזק, כלומר האם יש עליהם חובת זהירות. הדיון היה סביב זכות השביתה לבין הנזק שנגרם לצד שלישי. כאשר יתבעו את העובדים תביעה נזיקית תהייה הרתעה כלפי העובדים והם ימנעו מלקיים שביתות וכך זכות השביתה תיפגע. בפס"ד זה נקבע, שהייתה כאן פעולה אקטיבית לגרימת נזק, והמעשים שיכלו לעשות לא היו פוגעים בשביתה. בנוסף לא הייתה הודעה מוקדמת לגבי השביתה. עוד דוגמא: לעורך דין יש חובת חיסיון כלפי הלקוח שלו. מה עושים כשמגיע לקוח במסגרת הליכי גירושין והלקוח מספר תוך כדי כך על דברים שהוא הולך לעשות שיפגעו באישה. האם יש חובה מכוח חובת הזהירות לעו"ד למסור את הפרטים על הכוונות של הבעל לאישה או למשטרה. המטרה של חובת החיסיון היא לאפשר לכל אדם ללכת לסיוע מהעו"ד בלי לחשוש ולפחד, זוהי זכות בסיסית של כל אדם לקבל ייעוץ משפטי.   
     פס"ד קראסוב: פסיכולוגית שהלקוח גילה לה כל מיני דברים, הוא עשה מעשה, והתברר שהפסיכולוגית ידעה על הכוונות ולא גילתה. התביעה בנזיקין נגדה התקבלה.
  2. **שיקולים שמקורם בדיני הנזיקין – היעדר שכנות**   
     הגורמים הרלוונטים:   
     **1**. פעילות יוצרת סיכון -אחזקת מקרקעין או נכס אחר, עיסוק במקצוע וכו'. לדוג: אם נטיל יותר מידי אחריות על נזקים שנגרמים מכדורגל, אולי זה יגרום לאנשים לא לשחק. גרובנר- אחד השיקולים לא להטיל אחריות, זה שתהייה אחריות כלכלית על העירייה וייתכן שזה יגיע על חשבון דברים אחרים או יגרום לה לא לעשות פארקים.  
     **2**. האם מדובר בפעולה אקטיבית או במחדל? מובן שמעשה אקטיבי יותר חמור ויש יותר סיבה להטיל בגינו אחריות מאשר במחדל. למשל, תביעות רשלנות נגד המשטרה, הבעיה אינה כאשר המשטרה עשתה נזק, אלא כאשר מוגשת תביעה נגד המשטרה על אי מניעת נזק. מאחר וזה מחדל יש צורך לחשוב כמה להטיל אחריות, הרי לא היא זו שיצרה את הנזק, אלא היא רק יכלה למנוע או לצמצם אותו.   
     **3**. הנזק נגרם במישרין ע"י הנתבע או ע"י צד ג'. – זה שאדם אינו עשה את הנזק באופן ישיר, יש לבדוק האם זה מספיק חמור או שיש להקל.   
     **4**. האם הנזק הוא פיזי או כלכלי. – במשך שנים רבות, במיוחד במשפט האנגלי, היה מקובל שלא מטילים אחריות בנזיקין בגין נזק כלכלי טהור – גם בתוך הזנק הרכושי יש אבחנה בין נזק רכושי מוחשי (למשל בית נשרף, טוטלוס באוטו) לבין נזק כלכלי טהור (ירידת ערך של משהו – לדוג : ייעוץ משפטי, כלכלי.) בישראל גם רואה חשבון או עו"ד יכולים להתחייב בנזיקין. שמגר יודע זאת, אך הוא אומר שזהו אחד השיקולים שמצטרפים.

**הפרת חובת זהירות**המבחן: האדם הסביר. בדיקה של מה נוהל ההתנהגות באותו מקרה. בית המשפט לא כפוף לגמרי לנוהל ההתנהגות, הוא יכול להחמיר או להקל. אך יש בירור מה מצפים מבעל מקצוע במקרה מסויים.   
נוסחה מפורסמת שניתח שופט אמריקאי, **נוסחת הlearned hand""** יש להטיל חבות בגין רשלנות כל אימת שנטל אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע את הסיכון, הוא פחות ממכפלת הנזק הצפוי בהסתברות התרחשותו"   
L\*P>B  
B- עלויות המניעה, כולל צמצום פעילות מועילה   
P – הסתברות התרחשות הזנק   
L- גובה הנזק, אם הוא התרחש   
כאשר יש נזק מאוד גדול שיקרה למשל – נזק של מיליון שח, שיש סיכוי של 1 למליון שיקרה. עלויות המניעה הם שקל. אך כאשר יש סיכוי של 1 למאה אלף יהיה נזק של 5 שקלים. במקרה כזה אם עלויות המניעה יהיו קטנות מ5 שקלים, תהייה זו רשלנות לא למנוע את הנזק.   
גרובנר נ עיריית חיפה שם יש רשות מקומית שטוענים נגדה שלא פיקחה על איסור רכיבה על אופניים. בועקנין מאשימים את העירייה שלא שמה שלטי אזהרה מקפיצה לבריכה.   
התוצאה בשני פסקי הדין הייתה הפוכה.   
**בועקנין** עלות המניעה מאוד נמוכה, לשים שילוט. כאן הB נמוך. אך הP גבוה. הוכח כי אנשים לא שמים לב לסיכון הזה, עקב אשליה אופטית. והL גבוה – פציעת ראש.   
ב**גרובנר,** עלויות המניעה הם גבוהות, תשלום משכורת לפקחים. ההסתברות שיגרום הנזק, אינה גבוה, אנשים יכולים להיזהר בעצמם. וגובה הנזק אינו חמור.   
תאוריה זו אומרת שלא צריך לגרום נזק בכל מחיר. היה צריך למנוע הרבה פעילויות בשביל זה ( למשל להנמיך את מהירות הנסיעה בכביש). ישנה מעט ביקורת כלפי תאוריה זו, משום שהיא יכולה להנמיך את הערך של חיי אדם.   
בפסד חמד השופטים ברק וריבלין חובים דעתם על הנוסחה. ברק: "נוסחה זו שימושית היא, אך אין בכוחה לתת פתרון כולל לכל בעיות הסבירות בעוולת הרשלנות, האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק ההוגן והמוסרי" ריבלין: "גורמים אלה כולם יכולים לבוא בחשבון בנוסחת הנד, אין כל סתירה בינם לבינה. הנוסחה כך סבור אני, אינה חייבת לצמצם עצמה אך ורק לשיקולי היעילות הכלכלית. אכן, אין זו 'נוסחה' במובנו המקובל, המתמטי, של הביטוי. זוהי מסגרת רעיונית אשר משמשת את בית המשפט ככלי של היגיון. "   
הכלכלנים הולכים צעד נוסף, הם אומרים שנוסחה זו אם לא נקטת את האמצעי שהוא נמוך יותר מהנזק, הם ישלמו את המכפלה של הצד השני. כך אנשים יחשבו יותר ביעילות. בשביל שנוסחה זו תעבוד, הפיצויים צריכים להיות תואמים למכפלת ה B\*L הבעיה בגישה זו היא למשל במקרה של ערך חיי אדם, שאף פעם הפיצויים לא תואמים לערך חיי אדם. נוסחה זו משתייכת ליסוד השני של עוולת הרשלנות, להפרת חובת הזהירות.   
פס"ד סבג השופטת דרונר מביאה נוסחה מקבילה לנוסחת הנד. אמת המידה לקביעת רשלנות מבוססת על שקלול חומרת הנזק וההסתברות להתממשותו, כנגד עלות אמצעי הזהירות, בהתחשב בערך החברתי של הפעילות. לכן ניתן לטעון שעל הנתבע היה לנקוט באמצעי זהירות ומשלא עשה זאת יצר סיכון בלתי סביר.   
\*כאשר אדם נפטר התביעה ממשיכה ומתנהלת מול העזיבון שלו.   
ע"א 3056/99 שטרן נ בי"ח שיבא   
עובדות: לתובע נגרם מום לחיים בשל "שליפה חלקית בעכוז בלידתו. הוא טען שצריך היה לבצע ניתוח קיסרי, כי בבי"ח זה הונהגה פרקטיקה מתקדמת וזהירה יותר.   
בית החולים: בעת האירוע, לפי ספרי היסוד ברפואה והנוהג המקובל ברוב בי"ח מבצעים את הלידה בצורה בה עשו אותה.   
התובע: בבית החולים הספציפי הזה נהגו בפרקטיקה מתקדמת ולכן הם התרשלו.   
טיעונים אפשריים לתובע: אולי היא הלכה לבית חולים זה על סמך הנוהג המתקדם שלה.   
אך במקרה שלא ידעה על הפעילות המתקדמת – אפשר להגיד שזהו הנוהג הסביר המקובל בבית החולים.   
נפסק: משנהגה בבית החולים הפרקטיקה החדשה, היה הרופא יכול וצריך להכיר פרקטיקה זו ולנהוג על פיה.   
אפשר למתוח ביקורת על הפסיקה זו. ישנם השלכות מדיניות, ע"י כך שבי"ח הנהיג נוהג יותר מחמיר מענישים אותו. יכול להיות כאן תמריץ שלישי.   
פאר נ קופר מדובר על אדם שהיה צריך להוציא גולה מהרגל שלו, ומסתבר שהיה לו מחלה נדירה שהובילה לכריתת הרגל. הש' לוין קובע שתפקידו של ביהמ"ש לקבוע מה הוא רופא סביר וכיצד הוא צריך לנהוג, והחליט שבכך החולה מפקיר את בטחונו אצל הרופא **הוא בעצם מכביד את הנטל ואת אמצעי הזהירות שהרופאים צריכים לנקוט.** רייך גם שם הפסיקה בעיתית, היא עלולה לגרום לבזבוז של משאבים רבים – כסף וזמן – כאשר צריך לעשות בדיקה למחלה נדירה לפני כל ניתוח. זה מה שנקרא רפואה מתגוננת. אפשר לנקוט בהחצנת עלויות: להטיל את עלות הבדיקות על החולה, או על האישה היולדת.

**עוולת הרשלנות – המודל החדש**   
(לוי בפס"ד שתיל, רבילין בפס"ד נחום, עמית בפס"ד פלוני)   
במקרים הנמצאים בליבת האחריות הנזיקית שבהם יש כבר חזקת חובה.   
כשהולכים במקרה קלאסי של רשלנות, רופא שלא ביקש רשות של מטופל, ברור שמתקיימת חובת זהירות. אפשר לקפוץ ישר לסדר הבא:   
**1**. התרשלות? נשאל - האם ההתנהגות הייתה ראויה. האם הסיכון היה צפוי, האם הוא היה בלתי סביר.   
**2**. קשר סיבתי עובדתי + משפטי – האם יש זיקה בין הנזק להתרשלות.   
**3**. חובת זהירות? האם ישנם שיקולי מדיניות השוללים את הטלת האחריות.   
רק לאחר הוכחת הרשלנות, תישאל השאלה האם מתקיימת חובת הזהירות, כלומר האם יש שיקולים מיוחדים שמבדילים את המקרה הזה מאחרים. גישה זו אומרת שכאשר יש נזק, ברירת המחדל היא להטיל אחריות, ורק אם יתברר שיש נסיבות מיוחדות לשאול את שאלת חובת הזהירות.   
במקרי הגבול ( ניזוקים עקיפים, נזק נפשי או כלכלי ועוד) ימישכו להשתמש במודל המסורתי

**שיקולי מדיניות השוללים אחריות ברשלנות:**

* הרתעת יתר: לדוג, רפואה מתגוננת, שיבוש פעילות המנהל ועיוות שיקול הדעת הציבורית
* עלויות התדיינות: עומס יתר על ביהמ"ש עומס על הקופה הציבורית, הפיכת פעילות חברות הביטוח ללא כדאית.
* שיקולי צדק – ביחס למזיק: התנגשות בחיובים אחרים מכוח חוק או חוזה ( למשל זכות השביתה בפס" מפעלי רכב)
* מניעת פעילות תורמת לחברה

**הולדה בעוולה/חיים בעוולה**הסוגיה: כאשר הייתה רשלנות בשלב הטרום לידה, שאלמלא היא הלידה הייתה נמנעת.   
בהקשר של סוגיה זו עולות שאלות פילוסופיות רבות.   
ראשית יש להבחין בין חיים בעוולה להולדה בעוולה. חיים בעוולה זה תביעת היילוד; והולדה בעוולה זו תביעת ההורים.   
פס"ד זייצוב (1984) הכיר ברוב דעות בתביעת הילוד למרות הבעיה הלוגית-פילוסופית.   
ישנה בעיה לקבוע נזק, מאחר בנזק משווים בין מצב שהיה אלמלא העוולה לבין המצב שקורה עם העוולה. אך האם יש אפשרות להשוות בין מצב של חיים למצב של אי-חיים? פס"ד זה לא רצה להכריע בשאלת אי-החיים, אך קיבל את התביעה על מנת להביא פיצויים לילד החולה. עדין ישנה בעיה עם הקשר הסיבתי. הרי הרשלנות היא חוסר זיהוי של נכות, הילד חולה לא בגלל הרופא אלא רק נולד בגלל הרשלנות של הרופא.   
גם התביעה של ההורים היא בעיתית, אומנם יש להם קושי נפשי ואורח החיים שלהם אבל מצד שני יש להם שמחה בילד שלהם.   
פס"ד המר הפך את הלכת זייצוב וקבע שאין מקום לתביעת הילוד, אלא רק לתביעת ההורים, בתנאי שיוכחו קש"ס (עפ"י מדיניות הוועדה להפסקת הריון) ואולם, פסה"ד הרחיב את הפיצויים שההורים יהיו זכאים לתבוע. בשנותיו הקטנות – הוצאות עודפות. בשנות הבגרות – כל הוצאות הטיפול בילד/מבוגר הפגוע. הרחבת הפיצויים היא בשביל לפתור את בעיית תביעת החיים בעוולה, וכן הורים מסייעים לילדם הפגוע גם כשעובר את גיל בגרות.   
כדי להוכיח את תביעת ההורים צריך להוכיח קש"ס. יש לבדוק שאלמלא הם התרשלו והיית מקבל מידע על אותו פגם גנטי היית צריך להוכיח שאכן היית בוחר לעשות הפלה, ושהוועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת הפלה. גם במדיה וההורים לא יצליחו להוכיח כי לא היו מפסיקים את ההריון הייתה אפשרות לפסוק פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.   
ישנה שאלה מי אמר שהכסף שקיבל ההורה בגין התביעה יגיע באמת בשביל הילד.

**מצג שווא רשלני** (מתן ייעוץ לקוי)

מבוא ורקע היסטורי:   
בתחילה באנגליה לא הכירו בתביעה לפי מצג שווא. Candler v carner מישהו שרצה לקנות חברה, הסתכל על הדוחות שלה בשביל לראות מה מצבה הכספי. לאחר משא ומתן הוא קונה את הדירה ולאחר מכן מגלה שהמצב של החברה כלל אינו כפי שמופיע בדוחות. הוא הגיש תביעה כנגד משרד רואה החשבון.   
הגורמים המפריעים להטלת האחריות:   
**א**. הנזק נגרם ע"י דיבור או היצג, לא ע"י מעשה. – עלול לגרום לעומס תביעות ולהרתעת יתר וכו'.   
**ב**. הנזק הוא נזק כלכלי טהור. – זה לא שהחברה אינה קיימת או בעלת פגם אלא הערך שלה שונה.   
הבעיה כאן היא שאין פה הפרת חוזה, משום שרואה החשבון הביא את שירותיו לחברה עצמה ולא לרוכש החברה. רואי החשבון של החברה חייבים חובת זהירות כלפי בעלי המניות קיימים, לא עתידיים. מאחר ואין חובה חוזית נשארה רק חובת זהירות שעוד לא הייתה מקובלת   
ב1963 פס"ד heldley byrne v heller &partner מקרה דומה שדובר בו על סוכנות פרסום שפנתה אל חברה כדי שתטפל בעניינים שלה. במקרה הזה הבנק מסר מידע שהמצב של החברה טוב אבל זה לא היה כך והסוכנות הפסידה כסף. הבנק נתבע, ביהמ"ש דחה את התביעה אבל רק בגלל שהבנק כתב מכתב שאין לו אחריות. ביהמ"ש קבע שאפשר להטיל אחריות במקרה הנכון.   
במשפט העברי   
"מראה דינר לשולחני ונמצא רע בין אומן בין הדיוט חייב." (תלמוד בבלי, בבא קמא דף צט)   
האם נזק כלכלי טהור הוא בר פיצוי?

* שיקולי מדיניות נגד: הרחבת מעגל התובעים – כל אדם שמקבל ייעוץ באיזשהו דרך (מאמר, טלוויזיה וכו') יגיש תביעה נגד המייעץ. קשיי הוכחת סיבתיות, נזקים זניחים, הניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר, אין מדובר בנזק חברתי.
* שיקולי מדיניות בעד: נזק ככל נזק, מדוע לחכות לנזק מוחשי? החצנת עלויות תוביל לתת הרתעה. כלומר, כשהיועצים ידעו שחלק מעלויות הייעוץ שלהם זה תביעות בגין רשלנות בייעוץ, תיווצר הרתעה.

הדין בישראל: ס.2 לפקנ"ז מגדיר נזק כאובדן נכס או חיסור ממנו. הכרה מלאה.   
פס"ד ויינשטין: התובע הוא קבלן שהסתמך על תוכניות של המהנדס אשר לו היה חוזה עם המושב. עפ"י החוזה של הקבלן עם המושב הוא יקבל את התשלום כשיתברר שהחברה תקינה. מאחר והבריכה דולפת בגלל פגם בתוכניות של המהנדס הוא אינו אשם. בין ויינשטין למהנדס אין חוזה ועל כן הוא צריך לתבוע בעוולת הרשלנות. ביהמ"ש החליט שעל אף שהדין באנגליה החליט שאין מצג שווא רשלני כאן ניתן להגיש תביעה על מצג שווא רשלני.   
**1**. יש אבחנה בין המקרה באנגליה למקרה כאן. אשר כאן מדובר במקרה שונה, של אדם ספציפי.   
**2**. לפי פקנ"ז יש אפשרות לקבל תביעה על מצג שווא רשלני: לפי ס. 2 וסעיפי הרשלנות.   
  
**התנאים לאחריות בגין מצג שווא רשלני** (פס"ד וינשטיין נ קדימה)

1. מצג שווא שניתן בקשר לעסקה מסוימת ובמהלך העסקים הרגיל – לא במהלך שיחת אקראי.
2. שהנתבע ידע או צריך היה לדעת שהתובע או אנשים מסוגו עתידים להסתמך על המצג- יסוד זה חשוב לקש"ס.
3. שהאנשים המסתמכים יהיו מוגדרים וידועים – מכאן נובע שאדם שכותב בעיתון או בטלוויזיה, ומישהו שהולך ומסתמך על זה אח"כ, יפסק שאין על זה אחריות משום שהמומחה שנותן את חוות הדעת אינו יודע למי הוא חב.
4. שהנזקים הכספיים ניתנים להגדרה מראש. – גם היקף הנזק שעלול לנבוע ניתן להגדרה מראש. מונע מצב בו יש מצג שווא אשר יוביל לחשיפת נזק בלתי סופית, שלא ניתן להעריך אותה יש להעמיד את הגבולות הנ"ל. בשביל להגביל את התביעה ולא להטיל נטל גבוה מידי על המתרשל.
5. שהמצג לא יהיה כפוף לבדיקת ביניים. שכבר אינו קיים היום. מצב בו אדם נתן חוות דעת רשלנית ולאחריו מקבל השירות הלך לעוד חוות דעת. זאת משום שחוות הדעת השנייה יכולה למנוע את הנזק.   
   כיום סעיף זה יהיה קיים רק אם יפגע בסעיף 2 של ההסתמכות. למשל כשאדם מגיע לקבל חוות דעת ומודיע כי הוא הולך לעוד חוות דעת של מומחה גדול יותר. **בפס"ד חמצן נ' אלקטרה** – שם נקבע ששני הרשלנים חייבים (מיכל שהתפוצץ על מישהו.. נוצר ע"י 2 החברות).

**פס"ד מסד נ' לויט** – משקיע רצה לקנות חברה מסוימת ובודק בבנק מה מצב החברה, הבנק אומר שמצבה מצוין, הוא קונה אותה, ומתברר ההפך. אותו קונה תובע על המידע השגוי. התביעה נדחית כיוון שזיכרון הדברים נחתם עם החברה עוד לפני ההתייעצות עם הבנק. לא היה קש"ס והסתמכות.

**אימתי מתקיימת הסתמכות**

* פס"ד גרובנר – אומנם אין על העריה חובה לפקח על השלטים. אך לעיתים כאשר רשות משתמשת בסמכות שלה, האזרח מסתמך על הרשות ואז עלולה להיווצר חובת זהירות של הרשות כלפי האזרח.
* נשאלת שאלה האם מתחייב כי יהיה זה בעל מקצוע: פס"ד עמידר: אדם שרצה לפתוח נגרייה רכש מעמידר קרקע, היא אמרה לו שניתן לבנות שם אך לפי תוכנית התב"א של העריה השטח מיועד למגורים בלבד. עמידר טענה כי היא אין זו דרך ההתמחות שלה. ביהמ"ש קבע שיש כאן רמת הסתמכות גבוהה. ועל כן מתקבלת תביעה על מצג שווא רשלני.
* האם בשביל לתבוע צריך תמיד שתהייה תמורת שכר? העובדה שיש שכר היא מחזקת את ההסתמכות שבין הצדדים אך אינה תנאי מחייב. פס"ד קרית אתא : מפעל שהוקם על מקום שנאמר לו ממחלקת ההנדסה של העירייה שאינו קרקע חקלאית וניתן להקים עליו מפעל. כל המידע שניתן היה נכון מלבד שלא הוזכר שזו קרקע חקלאית. העריה טענה כי לא קיבלה תמורה, משום שזה שירות שהיא נותנת בחינם. ביהמ"ש דוחה את טענה זו משום שאין זה תנאי מחייב, והסתמכו על העריה שהיא המקום היחיד בו ניתן לקבל את המידע הזה.
* מצג לגבי הדין? עו"ד יכול לטעון חזקת ידיעת הדין. (הנחה שהאזרחים יודעים את החוקים) טענה זו נדחת משום שאם האזרח היה יודע את הדין הוא לא היה פונה לאזרח.   
  פס"ד קני בתים בע"מ נ עיריית נתניה: קבלן בנה מעל הגובה המותר בתוכנית, אך לא עשה זאת מיוזמת עצמו. אדריכל העריה אמר לו שלפי התוכנית מותר לו לבנות למטה בגודל רחב, אך מבקש ממנו לצמצם למטה ובתמורה ירחיב לו את הבנייה כלפי מעלה. הועדה האזורית ביטלה את היתר הבנייה. הקבלן היה דחוק. והוא מוציא תביעה נגד העריה שנתנה לו היתר לא נכון. אחת הטענות שטענה העריה היא שהתובע הוא קבלן מנוסה והוא היה צריך לדעת שאסור לבנות בניגוד לחוקי הבניה. השופט דחה את הטענה ואמר שבגלל שדיני תכנון ובניה הם מורכבים הקבלן לא היה צריך במאה אחוז לדעת שאסור לו לבנות. מול חזקת ידיעת הדין עומד חזקת כשרות המעשה המנהלי. בדר"כ כשהרשויות מורות על משהו ניתן לסמוך עליהם.
* הימנעות מגילוי מידע: מבחן האדם הסביר. אם כמומחה או כבעל מידע היית צריך למסור מידע מסויים ולא מסרת אז יש התרשלות.
* מצג שווא רשלני במסגרת מו"מ: אפיס מערכות בעמ נ חברה מקלפרוניה החברה מקליפרוניה לא דיווחה להם שהיא מחליפה את הלוחות מחרסינה לחומר אחר שגרמו לפגם במחשבים של אפיס. ניתן לשאול אולי אין כאן הסתמכות – מה אתה סומך על צד שכנגד אשר אתה יודע שהוא פועל עפ"י האינטרסים שלו (היזהר הקונה) תפיסה זו אינה מקובלת בדיני החוזים הישראלים. תביעות אלו לרוב לא יהיו נזקיות אלא חוזיות ולפי ס.12 בחוה"ז.

היחס לעוולת התרמית: סעיפים 56,57 בפקנ"ז: בעוולה זו נדרשת כוונה, ונזק ממון. היום כשיש מיצג שווא רשלני סעיף זה מיותר.

**אחריות ברשלנות על נזק נפשי**

נזק נפשי הוא נזק הנגרם למצבו הנפשי של אדם, להבדיל מגופו. נזק המשפיע על מצב רוחו, תחושתו, שפיותו, או בריאותו הנפשית.   
הוא יכול לגרום ל:

* נזק ממוני: פגיעה בכושר השתכרות, כושר התפקוד, הוצאות טיפול נפשי וכדומה.
* נזק לא ממוני: בראש נזק "כאב וסבל"

הסיבות לרתיעה מפני הכרה בנזק נפשי:

* הוכחת קשר סיבתי (לעיתים מחלות נפש יושבות כבר ומתפרצות בעקבות טריגר.)
* הרחבת מעגל הניזוקים
* הוכחת הנזק
* חשש ממתחזים
* קשיי הערכת הנזק
* נטל גבוה על המזיק
* צפיות נזק נפשי.

בעבר המשפט היה מגביל הכרה בנזקים נפשיים. אך חלק מהבעיה הייתה היעדר התפתחות של מדעי הפסיכולוגיה. ככל שענף הפסיכיאטריה הפסיכולוגיה התפתח ניתן לצפות, לאבחן ולהעריך את הנזק הנפשי.   
**התפתחות ההכרה בנזק נפשי במשפט הישראלי**פס"ד נדיר נ כהונוביץ: הראשון בדרך ההכרה: מעורב בתאונה שסבל נזק נפשי בלבד, ללא ביטוי פיזי. ביהמ"ש קבע שהוא לא יהיה זכאי לפיצויים. רק נזקים נפשיים פרזיטים מוכרים.   
פס"ד צבי נ שמיר: אם שלקתה בזעזוע נפשי ודיכאון מתמשך, כששמעה שבנה הקטן טבע בבור שופכין נפסק שאינה זכאית לפיצויים.   
פריצת הדרך: פס"ד ציון נ בוסקילה: נפסק שאין לפריד בין פגיעה של נזק נפשי כתוצאה מהטראומה בתאונה לבין הנזק הנפשי שנגרם כתוצאה מצפייה של מות קרוב.   
פס"ד עריית ירושלים נ גורדון גם חרדות ואי נוחות גרידא שנגרמו לניזוק הישיר, אף ללא נזק גופני יכולות לזכות בפיצוי, במידה והן צפויות.   
פס"ד אלסוחה :   
נפסק: גם נזק נפשי של ניזוקים משניים עשוי לזכות בפיצויים.   
**סייגים:** רק קרובי משפחה מדרגה ראשונה, נזק שהוא צפוי בנסיבות העניין, ושמתבטא בנזק נפשי מהותי שאי אפשר להתגבר עליו.   
השוואה בין פס"ד mcloughlin לפס"ד אלסוחה **:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **Mcloughlin** | **אלסוחה** |
| **זהות התובע** | קרובי משפחה ממדרגה ראשונה או יחס קרוב אינטימי | בשלב זה רק קרוביהם ממדרגה ראשונה, (הורים, ילדים בני זוג) בכפוף לקרבה בפועל |
| **קרבה מקום וזמן** | דרושה קרבת מקום וזמן לתאונה ו/או לתוצאותיה | אין דרישה נוקשה, צריך רק קשר סיבתי. |
| **אופן ההתרשמות** | דרושה התרשמות התובע בחושיו הוא, ולא דרך כלי שני. | אין דרישה נוקשה, ניתן גם מכלי שני, כגון טלוויזיה או דוח מילולי כל עוד הנזק צפוי. |
| **אופן הפגיעה הנפשית** | תוצאה מיידית של הלם – shock induced | הן פגיעת הלם מיידית, והן פגיעה מלחץ מתמשך, אם היא צפויה ורצינית |
| **סוג הפגיעה נפשית** | רק מצב נפשי פתלוגי מוכר, בין כזה שמביא לתוצאות פיזיות (התקף לב, הפלה) ובין תוצאות פסיכותלוגיות (נוירוזה, דפרסיה) | תגובות נפשיות מהותיות, להבדיל מתגובות אנושיות שליליות שמי שחש אותן מסוגל להתמודד ולהתגבר עליהן בכוחות עצמו. |

**התפתחות הפסיקה אחרי אלסוחה:**   
עזבון שניידר נ חיפה: ניזוק משני זכאי לפיצוי גם בגין הנזק הממוני שנגרם לו. העובדה שההורים לא היו נוכחים בעת האירוע אינה שוללת תמיד זכאות.   
עזבון שוויקי: ניזוק משני זכאי לפיצוי גם בגין הנזק הפיזי שנגרם לו (התקף לב) אבל שם לא הוכח קש"ס.   
קופ"ח נ עזבון תמי קרן: השופט אנגלרד דוחה תביעה של בנות שסבלו נזק נפשי בגין מות אמם ברשלנות, כי לא הוכחה פגיעה מתמשכת בתפקוד בחיים העתידיים.   
לוי נ שערי צדק: אישה ילדה עובר מת בנוכחות בעלה בגלל רשלנות של הרופאים בנוכחות בעלה. שניהם זכאים לפיצויים. היא כנפגעת ראשי, הוא כמשני. השופט ריבלין, מנמק: אחרת לא יהיו פיצויים בכלל בגין אותו מעשה רשלני.   
ציון נ צח: המערערים טענו שהתנאים הנוקשים באלסוחה חלים רק כשהתובע לא היה נוכח, אך אם התובע ראה את התאונה מול עיניו, אין צורך בנזק מהותי. ביהמ"ש דחה את בקשה זו. הכרה בנזק נפשי בכל מצב היא נזק נפשי מוחשי. ושהגדרות אלו הן מצומצמות בגלל שיקולי מדיניות.  **פגיעה באוטנומיה**למעשה, גם הפגיעה באוטונומיה שהוכרה בפס"ד דעקא נ בי"ח כרמל, היא סוג של נזק נפשי טהור, או ליתר דיוק "נזק לא ממוני טהור"   
הכרה בראש נזק זה היא ייחודית למשפט הישראלי.   
עזבון ברוריה צבי נ ביקור חולים (דעת רוב) גם אם לחולה היה מידע על הסכנה ממקורות אחרים, יש פגיעה באוטונומיה שלו מך שלא הזהירו אותו.   
תנובה נ ראבי: תביעה ייצוגית על הכנסת סיליקון לחלב: הגם שלא הוכיח את הקש"ס בין הנזק הגופני לרשלנות, מגיע פיצוי על פגיעה באוטונומיה. בן צבי נ היס: על לקיחת רקמות מגופת מת ללא רשות, מגיע לקרובים גם פיצוי על עוגמת נפש וגם פגיעה באוטונומיה.

**אחריות המדינה ברשלנות**

היסטוריה:  
בעבר המדינה הייתה חסינה מפני תביעות רשלנות ( The king can do no woeng)   
גם ארה"ב בעבר הייתה חסינה ((The state can do no woeng   
זה מפתיע משום שאחד מעקרונות היסוד של מדינה דמוקרטית, הוא שוויון הוא לפני החוק.   
המלכים העבריים כן היו מוגבלים "מלכי בית דוד דנים ודנים אותם" (מסכת סנהדרין) אף שההלכה היהודית הייתה מודעת שבאומות העולם המלכים לא היו נידונים.   
ב1946 בארה"ב הוכרה אחריות המדינה בנזיקין, ואנגליה אחריה, ב1947.   
ישראל בתחילה הייתה כמו הדין האנגלית המקורי, מאחר וחשבו שהמדינה לא תעמוד בנטל הכספי של דיני הנזיקין. אבל ב1952 נחקק חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) תשי"ב – 1952   
שם נקבע העיקרון הבסיסי: "דין המדינה לעניין האחריות בנזיקין כדין כל גוף מאוגד." בכפוף לכמה סייגים.   
**המדינה יכול לחוב בשני סוגי אחריות:**   
1. אחריות שילוחית:   
אחריות בגין מעשי נזיקין של עובדי המדינה ושלוחיה (ס' 13-14, סעיף 7—7ו)   
האחריות השילוחית היא דו שלבית:   
**א.** צריך להוכיח שהעובד אחראי, שביצע עוולה כל שהיא.   
**ב.** צריך להראות שמתקיימים יסודות סעיף 13: שהוא היה עובד מדינה וביצע את העוולה במסגרת עבודתו.   
2. אחריות אישית:   
מתאפשר בשני מצבים:   
**א.** תורת האורגנים אומרת שתאגיד, או ישות משפטית אחרת יש לו אורגן שפועל בשמו, למשל בחברה בע"מ זהו הדיקטוריון, האורגן של מדינת ישראל יכול להיות מפכ"ל, חברי כנסת, וכו'.   
**ב**. מחדל מחובה שמוטלת על המדינה: חובה חוקית שמוטלת על המדינה והמדינה לא קיימה אותה שתוביל לתביעת הפח"ח. או חוסר זהירות שיוביל לתביעה ברשלנות. ייתרון של שיטה זו הוא שאין צורך לחפש את הפקיד שהיה אשם במחדל או במעשה הרשלני.   
**סייגים:**

* סעיף 42 לפק' הפרשנות: "אין חיקוק בא... להטיל (על המדינה) חובה, אלא אם נאמר בו במפורש" לדוג: המדינה עושה אירוע רועש עד מאוחר בלילה, לא ניתן לתבוע אותה לפי החוק למניעת מפגעים כי לא כתוב בו במפורש שיש למדינה אחריות לא להרעיש.
* סעיף 3 לחוק הנזיקין האזרחיים: "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, בתום לב תוך שימוש מדומה בהרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה."   
  קריאה פשוטה של הסעיף יכולה להגיד, שכל אימת שהמדינה פועלת במסגרת הרשאה חוקית או בתום לב היא לא תהייה אחראית. על אף שיש סיפא לסעיף – אחראית היא על רשלנות שבמעשה. אבל עוולות אחרות יהיה קשה לתבוע. בית המשפט לא פירש ככה את החוק. **א.** רשלנות שבמעשה היא יכולה להיות גם מחדל. **ב.** לא מדובר בעוולת הרשלנות אלא על סטנדרט של האדם הסביר. (פס"ד בני עטרות: רק התנהגות העומדת באמות – המידה של המשפט הציבורי תיחשב כפעולה בתחום הסמכות החוקית. )
* ס5 לחוק הנזיקין האזרחיים: לא ניתן לתבוע על פעולה מלחמתית, זה לא ייחודי רק לישראל.   
  לאחר האינתפדה הוסיפו תיקון לחוק. ואחד הסעיפים קבע, שאם המפקד מכריז על אחד האזורים כאזור עימות, לא ניתן לתבוע בו בנזיקין. הוגש בג"צ על תיקון זה בטענה שהוא פוגע בכבוד האדם וחירותו, מאחר והזכות לתביעה בנזיקין היא מתוף חוק יסוד זה. (עדאלה) כיום ההסדרים מאפשרים בכמה דרכים:   
  לא ידון ביהמ"ש בתובענה אלא אם הנפגע נתן הודעה בכתב על המעשה נושא התובענה והיא תינתן בתוך 60 יום מיום המעשה. אין הכוונה שיש להגיש את התביעה תוך 60 יום, אך יש להגיש הודעה למדינה על כך שנגרם מעשה רשלני, וזה מאפשר לצה"ל לתחקר את העניין.   
  ישנה תקופת התיישנות מוגבלת, במקום 7 שנים, ישנה תקופת התיישנות של שנתיים.   
  ישנם כאלה שלא יכולים לתבוע, פעיל או חבר בארגון טרור, נתין מדינת אוייב, או מישהו שפעל מטעמם. עוד תיקון חשוב להגדרה של פעולה מלחמתית: לרבות כל פעולה או לחימה בטרור, או פעולה למניעתם.   
  חייל שנפצע/נהרג במסגרת שירותו הצבאי, לא יכול לתבוע את המדינה בנזיקין. אך מוסדר בחוק הנכים של צה"ל.

**למה המדינה צריכה לחוב בנזיקין**   
הדיון הוא יותר במקרים של תביעה נגד סמכות שלטונית.   
שיקולי מדיניות בעד:

* הרתעה – אם לא יהיה ניתן לתבוע את המדינה בנזיקין היא תעשה מה שבא לה.
* פיזור נזק – המדינה היא כיס עמוק.
* צדק מתקן – כאשר המדינה היא אשמה והיא גרמה נזק, מן הצדק שהיא תפצה.
* צדק חלוקתי – אם כולם נהנים מהשירות של המדינה, אין זה צודק שפרט יישא בנטל הנזק.
* שיוויון – הכל בפני החוק
* הגינות – המדינה היא זו שנהנת מהפעילות, אז שהיא תשא מנטל.
* סיכון ציבורי, אחידות.

שיקולי מדיניות נגד:

* ריבוי תביעות- עומס על בתי המשפט, פגיעה כלכלית של המדינה
* רתעת יתר - לעיתים אנשים בשירות הממשלתי יעדיפו לא לעשות כלום בשביל לא לחוב.
* שיתוק המערכת השלטונית
* פגיעה בשיקול הדעת – מקבלי ההחלטות יתחשבו באיזו החלטה יתבעו אותה הכי פחות, ולא דווקא בהחלטה הנכונה.
* עלויות גבוהות לקופה הציבורית
* אי התאמה מוסדית - לא תמיד ביהמ"ש הוא המתאים לקבוע האם הפקיד טעה בהחלטתו. טיעון זה בעייתי כי ניתן להגיד זאת על כל תביעה.
* פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות.

**אבני דרך בפסיקה**השפל: ד"נ שחאדה נ חילו, "אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על כל מעשה רשלנות של אחד מפקידיה" מדובר לפני חוק הפלת"ד, אדם נפגע בתאונת דרכים ע"י משאית שלא היה לה ביטוח. העורך דין שלו חקר, וגילה שהפקיד, שהיה אחראי על העברת הבעלות בין בעל המשאית למי שקנה ממנו, ותבע את הפקיד על הפיצויים שמגיעים לו. השופט קבע שקופת המדינה לא תוכל לעמוד בהוצאות של כל מעשה רשלני שעשה פקיד שלה, ושלא ניתן להטיל את האחריות על הפקיד משיקולי הרתעה. הפקיד חב חובה מנהלית כלפי המדינה, אך לא חובת זהירות כלפי הפרט.   
הגאות: עירית י-ם נ גורדון: בפס"ד זה התהפכה ההלכה, השופט ברק קובע שיש למדינה סמכות סטטוטורית שיוצרת פיקוח ושליטה, סמכות זו יוצרת הסתמכות של האזרח ומכוח סמכות זו היא חובת הזהירות כלפי האזרח.   
ר.ג.מ מרט נ מד"י (יהלומן) : המשטרה חויבה בשל אי-מניעת פשע, לא כל מקרה של אי מניעת פשע המשטרה מחוייבת, אך במקרה זה הייתה הסתמכות בין המשטרה לבין ר.ג.מ וברגע שהסכימה לאחריות על האזעקה היא מחויבת.   
פס"ד סוהן:דן האם יש ח"ז מושגית בין שוטר כלפי פרט (ולא כלפי הציבור). ביהמ"ש העליון קובע שיש ח"ז מושגית של המדינה כלפי פרט בנסיבות מסוימות. כאשר האזרח אינו יכול לעשות דבר בשביל להגן על עצמו, ורק המדינה יכולה לעשות זאת כמו במקרה של אכיפת צווי מניעה יציאה מהארץ, בנוסף, המדינה יכולה לצפות, שכאשר תתנהג ברשלנות במקרים אלה יהיה אדם שיפגע.   
התאזנות: מד"י נ לוי: תאונת דרכים בה מכונית בעלת פוליסת ביטוח פגעה באדם והרגה אותו. אותה חברת פוליסה פשטה את הרגל ולא יכלה לשלם פיצויים נגד משפחת לוי. הוגשה תביעה בנזיקין נ המדינה כלפי המפקח על הביטוח. הוא זה שנותן רישיון לחברות לקרוא לעצמם חברות ביטוח. התובע טוען, שהמפקח יכול היה לצפות שהחברה תפשוט את הרגל והיה צריך לבטל את רישיון הביטוח מראש. ביהמ"ש פסק שתפקיד המושל למשול, והמדינה לא תחוב בד"כ בנזיקין בדין החלטות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת. שמגר קובע 3 יסודות שמאפיינים החלטה שכרוכה בשיקול דעת (לא במדובר בביצוע ההחלטה):

* 1. אלמנט דומיננטי של שיקול דעת, קרי, בחירה בין מספר חלופות.
  2. שיקול דעת במובן "החזק" כשאין קטריונים ספציפיים המורים כיצד להחליט
  3. שיקול הדעת מחייב הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים, וכלכליים מתחרים.

**המאבק סביב פס"ד לוי:**שתיל נ מד"י(השופט לוי): חריג שיקול הדעת לא התקבל בפסיקה. לדעתו אין מקום לחריג זה. יש לבחון את סבירות פעולת המינהל כמו בדין המנהלי לפי מבחני מידתיות ועלות-תועלת.   
אלקיאשווילי נ מד"י: תביעה בגין שוטר שלא אזק את הבעל נדחתה: "האיזון המצוי במרחב שיקול הדעת המנהלי המסור למשטרה."   
פס"ד עבד אל רחים (2010) השופט עמית: יש לבחון מחדש את המדיניות המרחיבה את אחריות המדינה.   
יוסף נ מד"י (2011) נדחתה תביעה נגד הפרקליטות על העמדה לדין רשלנית של נאשם שאח"כ זוכה.   
מדינת ישראל נ וייס: פס"ד זה גולל שנים של התנכלויות קשות למשפחת וייס ועשרות תלונות שלא טופלו, אלא פשוט נסגרו. "אכן המשטרה היא גוף ביצועי שמלאכתו רבה ומשאביו מוגבלים. וממילא עליו לקבוע, לעיתים במצבי דחק קשים, סדרי עדיפויות וקדמויות בביצוע משימותיו. בהחלטות אלה נתון למשטרה מתחם רחב של שיקול-דעת, אך מתחם זה אינו בלתי מוגבל. המשטרה אמונה על שמירת ביטחונם הגופני והרכושי של תושבי המדינה. עליה לאכוף את שלטון החוק. המשטרה אינה זכאית לחסינות בגין נזקים שגורמים פעולות או מחדלים רשלניים שלה"  
אומנם יש להישמר מפני הרתעת יתר ועימה מדיניות שתביא להצפת בתי המשפט, אך אין בכך כדי לשלול את חובת הזהירות.

**רפורמה באחריות עובדי ציבור**במסגרת חוק אחריות המדינה רשויות מקומיות לא נכנסות, אבל ברפורמה גם רשויות מקומיות נכנסות.   
עד 2005, לעובדי ציבור לא הייתה חסינות כנגד תביעת רשלנות. העובד היה בין המשיבים בעת שהוגשה נגדו תביעה. אומנם לא היו ממש ננקטים הליכים כלשהם כלפיו כי הרשות היא כיס עמוק והיא נשאה בנטל הנזק והמדינה לא ביקשה מהעובד שיפוי. אך היה ניתן לתבוע רק את העובד למי שרצה להתעמר בעובד מסוים.   
ב2005 הוענקה חסינות על "מעשה שעשה

תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבורי" למעט "מעשה שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו".   
התיקון של החוק יוצר מנגנון כפול:   
 א. מדינה או הרשות כופה את עצמה על הנתבע .   
ב. המדינה כופה את מחיקתו של העובד מהתביעה כבר בשלב מקדמי.   
המדינה מכריעה האם העובד עשה זאת בכוונה או לא, וכאשר היא מכריעה שלו היא מחויבת לבטל את התביעה נגדו ולהתמודד מול התובע. (ס.7ב-7ג**)**בסטיה חמורה מהתנהגות ראויה, הרשות תוכל לתבוע שיפוי מהעבוד (ס.7ו)

**אחריות ברשלנות של מחזיק או בעל מקרקעין**

בעלות וחזקה במקרקעין היא לא רק זכות היא נושאת עמה גם אחריות.   
**סוגי המקרים הנדונים:**

* 1. נזק שנגרם בשל מצבם או תחזוקתם של המקרקעין – "פגיעה פאסיבית"
  2. נזק שנגרם בשל פעילות אקטיבית של בני אדם או בעלי חיים על המקרקעין. – "פגיעה אקטיבית".

**שיקולי מדיניות:**

* צדק מתקן: מתוך מטרת השבת המצב לקדמותו, שהאשם יהא זה שמפצה את הניזוק. (זוהי לא אחריות מוחלטת) אם התרשל בשמירתם באופן הסוטה מנורמת התנהגות ראויה, הוא "אשם" ואילו הניזוק החף ראוי לפיצויים.
* הרתעה: כדי להרתיע מחזיקי מקרקעין לשמור על בטיחות מקרקעיהם. בידם למנוע את הסיכון, הם מונעי הנזק הזול ביותר.
* פיזור הנזק: ייתכן שבעלי מקרקעין הם בעלי ביטוח של נזקי צד ג', כאשר הניזוק אינו מבוטח. (כמובן שהתובע יצטרך להוכיח שיש כאן אשמה כל שהיא)
* הגינות: בעל המקרקעין נהנה מהסיכון, מן הראוי שיישא בעלותו. גם מבחינת הביטוח, יותר הוגן להטיל את חובת הביטוח על יוצר הסיכון.

שיקולים אלו רלוונטים לגבי סיכונים הקשורים למקרקעין עצמם – פגיעות פאסיביות. בפגיעות אקטיביות, לעיתים יוצר הנזק לא היה בעל המקרקעין כך שלא תמיד יש אשם, ויש יכולת של בעל המקרקעין למנוע את הנזק.   
**מדוע מי שמחזיק מקרקעין יחוב ברשלנות (מדוע יש עליו חובת זהירות):**   
כי הוא בעל השליטה והפיקוח על המקרקעין או לפחות יכולת הפיקוח, ולכן יש לו חובת זהירות כאדם סביר יכול מי שעשוי להיפגע מסיכון בלתי סביר המצוי במקרקעין.   
בידו למנוע את הסיכון, הוא מונע הנזק הזול ביותר ולכן כחברה נטיל עליו את החובה למנוע את הנזק או לשאת באחיות אם הוא נכשל בכך ע"י התנהגות בלתי סבירה.   
עוולות אחרות בפקנ"ז שחופפות לאחריות במקרקעין:

* הפרת חובה חקוקה (ס.63) כשיש חובה מפורשת בחוק לנקוט אמצעי זהירות והם לא ננקטו (למשל, חובת גידול ברכת שחיה, תנאי ברישיון העסקה – יש את חוק רישוי עסקים, והרשות שנותנת את העסק היא מתנה תנאים שהם בתוקף להפח"ח, חוקי עזר, הוראות תכנון ובניה) ועקנין **–** הפרו את חובת השילוט. ביחס להפח"ח כאשר מדובר במסיג גבול זו הגנה רק ביחס לעוולת הרשלנות.
* אחריות על כלב שגרם נזק גוף – ס.41(א) (פסד צימרמן) האחריות החמורה על כלב היא לא רק בתוך המקרקעין, אלא גם ברשות הרבים. אבל רלוונטי למקרה זה כאשר אדם נכנס למקרקעין כשנפגע שם. ישנו חריג אחד שהוא הסגת גבול.
* פרק המטרדים: מטרד לציבור ס.42: לדוגמא, עץ שנופל לתוך רחוב ציבורי.

**אחריות בעלים שאינו מחזיק**   
🡨עד 1970 בעלים שהשכירו לאחר - היו פטורים מאחריות.   
🡨תיקון 4 לפקנ"ז: "האחריות.. של בעל מקרקעין או של תופסם" גם אחריות בעלים תיבחן בראי הרשלנות. " (מועלם נ רשות הפיתוח)   
🡨 אבל אם המפגע היה קיים לפני ההשכרה, והבעלים לא נקט אמצעים כדי לתקנו, או שהתיקון בכל מקרה באחריותו (למשל בחוזה הוסכם שהוא אחראי עליה) – הוא יישאר אחראי.   
🡨בלילתי נ אגודה חינוכית: דובר על בית משותף שהיה שייך לאגודה חינוכית, שהשכירה את הבית המשותף לשוכרים שונים. היה שם פרוזדור שהוביל למרפסת, והמרפסת לא הייתה שייכת לאף אחד, וכל דיירי הבית נהנו מהמרפסת. והמרפסת הזו היא זו שנפלה. בעל המקרקעין אמר, אני לא גר שם, השכרתי את הבית. ביהמ"ש קבע, שהוא לא הביא חזקה ספציפית על המרפסת למישהו, כך שהוא עדין אחראי על המרפסת. כלומר כאשר לא הועברה חזקה ייחודים לגורם אחד, האחראי הבעלים. בדירות משותפות במובן של בנינים, הקבלן עוזב את בעלותו על הבניין, והשטח ששייך לכולם, מדרגות מעלית הוא רכוש משותף וכולם נושאים באחריותו.   
🡨ועקנין השופט ברק קובע שבעלים נושא תמיד בחובת זהירות מושגית. חו"ז קונקרטית תיבחן לפי זיקתו לנכס, יכולתו וחובתו לצפות את הנזק ואפשרותו למנועו. אם הבעלים בחוזה שמר לעצמו זכות פיקוח, הוא בעל אחריות גדולה יותר! (ישנם מקרים שהבעלים הסתלקו מהשטח, והשכירו את השטח לתקופה ארוכה, למשל רשות מקרקעי ישראל. )   
🡨ע"א 7436/13 מנורה ורינה דר נ פלוני מתקין מזגנים התחשמל ונהרג בשל העדר הארקה וממסר פחת, החנות הייתה מושכרת בשכירות מוגנת לגב' דר שהשכירה אותה בשכירות משנה אחרי שניהלה בה עצמה עסק שנים רבות. (שכירות מוגנת – אדם שחולק בבעלות יחד עם הבעלים של הנכס)   
נפסק: בעל הנכס פטור, לא היה לו כל קשר או ידיעה על הנעשה בחנות (אחריותו מוגבלת ליציבות המבנה) כאשר הנכס מושכר בשכירות מוגנת, אין לבעל הנכס שליטה על הנכס.   
השוכרת המוגנת, ושוכרת המשנה אחראיות ביחד ולחוד כלפי התובע (50%-50% - יש לציין, שאם אחת השוכרות פושטת רגל, ניתן לחייב את השניה ב100%)   
🡨חובתו של בעל זיקה לנכס מתפרשת גם על סיכונים חבויים שנוצרו על ידי צד ג' – הוא חייב לבדוק.   
🡨האם אפשר להתנות כנגד אחריות בנזיקין זוהי שאלה בדיני חוזים (חוזים אחידים, זדון, אי חוקיות החוזה, התרשלות)  
**אחריות על מעשים של אחרים**­   
ולעס נ אגד – אדם חרדי שהתנכלו לו אנשים בתחנה המרכזית והכו אותו. הוא תבע את אגד על כך שהיו מחזיקים במקרקעין.   
בעקרון מחזיק במקרקעין יכול להימצא אחראי גם על מעשי פשע שנעשים ע"י אחרים במקרקעין שבשליטתו. השופט ריבלין פסק, שיש אחריות מושגית של אגד וצריך להוריד את התיק לבירור העובדות. גם חובת זהירות קונקרטית מתקיימת כי זה מקום המוני שהתרחשו בו קטטות בעבר. אם אגד לא עשו דבר או מספיק כדי לטפל בעבריינות, כמו להוסיף מצלמות אבטחה, עוד עובדים וכו' הם יהיו חבים ברשלנות   
רע"פ 4348/08 אפריים מאיר נ מד"י מקרה טרגי של שריפה במכולת בה נספו 4 אנשים. הוגשה תביעה על רשלנות, גם על השוכר וגם על המשכיר. רשלנות, גם בפלילי נידונה לפי אותם כללים של נזיקין.   
ביה"מש קבע שבעלי נכס תמיד חייבים אחריות כלפי השוהים בנכס. והזהירות הקונקרטית תיבחן לפי המבחנים שציינו למעלה. ככל שבעל הנכס ידע לדעת על סיכונים שהיו בכנס לפני שהשכיר אותו, הוא חייב בו. אין אפשרות לגלגל את האחריות הזו לכתפיו של אדם אחר. אומנם גם השוכר חייב, אך גם המשכיר. אלא אם מדובר בסיכון שיצר המחזיק, ללא ידיעת בעליו, והבעלים לא ידע ולא היה צריך לדעת עליו.   
ישנו פס"ד אחר, עזבון המנוח תמיר ברז נ ביתילי, שם הוטלה אחריות על רשת ביתילי בגלל רצח שבוצע במקרקעין שלהם. הרצח בוצע בפינה חשוכה בגג של אחד המבנים כנגד לקוח של הרשת. ביהמ"ש קבע שהיה עליהם לוודא את הבטיחות של השטחים שלהם.   
\*(כשתובעים תביעה אזרחית על שבוצעה בהליך פלילי בעבר והיה חיוב, יש להביא רק את פס"ד ולהמשיך לבדוק את גובה הנזק וקש"ס.)   
**קיום האחריות תיבחן לפי:**

* האם המחזיק היה מודע לפעילות זו בעבר?
* האם צפה או צריך היה לצפות את הפעילות הזו?
* האם המעשה העברייני שגרתי או חריג שם?
* האם המחזיק הוא בעל שליטה או פיקוח במקום?
* האם סביר שהנפגע יסמוך על המחזיק לשמירת בטחונו? יסוד ההסתמכות, מופיעה גם בפס"ד **גרובנר**.
* שיקולי מדיניות שונים.

**אחריות ברשלנות כלפי מסיג גבול – ס.37**

ס.37 הוא סייג לאחריות על מקרקעין "סתם" - רק בגין פגיעה פאסיבית. הסעיף מדבר על נזק פאסיבי (תיקונו, מצבו). אך בהקשר של שימוש, יש אחריות כלפי מסיג גבול.   
סעיף זה הוא תיקון לפקנ"ז, ועד לתיקון זה הדין היה בעקבות המשפט האנגלי, שיש חלוקה בן 3 קטגוריות של ניזוקים: מוזמן, בר רשות (אורח חברתי), ומסיג גבול – כאשר כלפיו אין חובת אחריות כלל. דין זה בוטל והכניסו את ס.37.   
ס.37(א) סייג לאחריות על שטח צבאי – ההגנה על המדינה רחבה יותר: גם על 'שימושם' קרי, פגיעה אקטיבית.   
**סדר הניתוח:**

* + 1. האם חל הסייג? אם כן – אין אחריות.
    2. אם לא – בדיקת ס.35-36: האם הייתה חובת זהירות? האם הייתה רשלנות?   
       יש אבחנה בנטל ההוכחה מאחר ויש הגנה בסעיף.   
       **א.** נטל ההוכחה על הנתבע (בעל המקרקעין) להוכיח שהתובע (הניזוק) היה משיג גבול.   
       **ב.** אז עובר הנטל לתובע (ניזוק) להוכיח שנכנס בתו"ל ובלי כוונה לעבירה.

**הרציונל של הסגת גבול לאחריות**   
אם אומרים, שבעל המקרקעין לא היה צריך לצפות, מדוע צריך להכניס סעיף מיוחד, וגם הסתכנות מרצון נמצאת בסעיף 38 של אשם תורם.   
 ישנו עיקרון שנקרא לא יהא חוטא נשכר. כלומר, אדם שפורץ לשטח לא מגיעה לו הגנה. מעילה בת עוולה לא תצמח עילה. זהו עיקרון על במשפט הישראלי.   
סיבה נוספת היא שלא ניתן לצפות שאדם ישיג את הגבול.   
גולשמיט נ ארזי. ביהמ"ש קבע: במקרה זה הילד לא היה יכול לדעת על הסכנה כי היה באחריות דודו.   
אבל אין זה משנה סוג מסיג הגבול משום שכאשר ידוע על מסיג הגבול אין לנהוג כלפיו ברשלנות. והנהג ידע על נוכחותם של הדוד והילד והיה עליו לעצור את מכוניתו ולהספיק את השתלשלות הכבל.   
  
**קשיים עם הסעיף**   
🡨מהי "כניסה בתום לב"   
עזבון סמרה נ קיבוץ פרוד "בלי כוונה לגרום נזק" דובר שם על משפחה שנכנסה ליער ששייך לקיבוץ פרוד, שם היה מאגר, והיה שלט שהכניסה לבריכה אסורה. הקיבוץ טען שהם לא נכנסו בתום לב מאחר והיה שלט שאסור להיכנס, שטח פרטי. הקיבוץ טען לפי פרשנות נילי כהן, שלהיכנס בתום לב זה "בלי לדעת שזו השגת גבול"אך בית המשפט קבע שתום לב זה "בלי כוונה לגרום נזק"   
🡨"בלי כוונה לעשות עוולה"   
גם הסגת גבול היא עוולה. בעיזבון סמרה: הכוונה שעוולה שהיא לא הסגת גבול.   
מה אם אדם נכנס לקטוף פרח מוגן? לקטוף פרח מוגן זו עבירה בחוק. מה קורה שאדם שנכנס לשטח זה נפל לבור, בגלל העובדה שנכנס לקטוף פרח מגיע לו להישאר בלי פיצויים. בדוגמא זו אפשר אולי לדרוש קש"ס בין העוולה לבין ההיפגעות – אם הנזק היה קורה גם למבקר חוקי, לא תהייה הגנה. כלומר יש מקום לשים משקל לחומרת העברה, ולגודל הנזק.   
  
**אחריות של צה"ל בהשגת גבול של שטח צבאי**   
החסינות של צהל יותר רחבה, היא נוגעת לשימוש במקרקעין, למשל מטווח, אימונים, שטח אש.   
פס"ד בן שטרית נ מד"י מדבר על נערים שנפגעו באזור שהוכרז כשטח צבאי סגור, ושימש למטווח של מטוסים. השופט דחה את טענת המדינה שזהו שטח צבאי, משום שמהשטח נעדרו המאפיינים של שטח צבאי 'ממשות בשטח' גידור, שלטים וכו.   
פס"ד עזבון עמנה נ מד"י. ילד נכנס לשטח צבאי בלי רשות ונהרג שם. ביהמ"ש זיכה את הילד משום שהוא נכנס בתום לב ולא מתוך מטרה לבצע עוולה שהיא לא עוולת הרשלנות. הצבא ידע שילדים נכנסים לשטח. צהל היה צריך לדעת זאת.

**אחריות מוגברת ברשלנות – ס.38-41**

סעיפים 38-41 נמצאים תחת פרק הרשלנות.   
אחריות מוגברת: אחריות המבוססת על אשם (רשלנות), אך בהתקיים יסודות עובדתיים מסוימים חל היפוך נטל הראייה, המחייב את הנתבע להוכיח העדר רשלנות.   
מדוע המוציא מחברו עליו הראיה? נקודת המוצא היא שכולם חפים, בנוסף התובע הוא זה שרוצה לשנות את המציאות ולכן עליו לעשות מעשה.   
**הנימוקים להיפוך הנטל:** (נוימן נ כהן)

1. גורם ההסתברות: שיסודו בהיגיון וניסיון חיים, הדברים קורים באשמת הנתבע.
2. גורם דיוני: העובדה המחוזקת, מצוי בדר"כ בידיעתו של הנתבע. ישנם מקרים בהם אם יוטל נטל ההוכחה על התובע לא תהייה לו דרך להוכיח. (בעת ניתוח שאדם מורדם, מומחים וכו). ישנה גם סיבה משפטית שמחפשת את הכלי שמביא הכי פחות טעויות.
3. קידום מטרה סוציאלית או כלכלית רצויה: למשל, הרתעה – הנתבע שבדר"כ הוא בשליטה מלאה על מקור הנזק והוא מונע הנזק הזול ביותר. פיזור נזק, צדק מתקן.

התוצאה של הוראות אלו הם שייכים לתחום המשפט המהותי, אך האמצעי להשגתה הוא בדיני הפרוצדורה ע"י העברת נטל ההוכחה לנתבע.   
היפוך הנטל מכוח ס.38-41 הוא רק ביחס ל"יסוד ההתרשלות", לא ביחס לחובת זהירות או הקשר הסיבתי. כלומר היפוך הנטל שייך רק ליסוד של הפרת חובת זהירות – התרשלות.   
פרופ' אנגלרד: כשאין לתובע ידיעות לגבי הקש"ס, יש להרחיב תחולת ס. 38-41 גם ביחס ליסוד הזה.   
כך גם בפס"ד רז נ אלישע: אישה שנולדה בבי"ח אלישע, שהייתה בו מגפת פוליו, הסתבר שהיא נדבקה וזמן קצר אחכ העבירו אותה לבי"ח אחר, שם חיברו אותה לאינפוזיה וכתוצאה ממנה נוצרה לה הנכות. לפי טענת האישה ההתרשלות של בי"ח היא עצם קיום החיידק בבית החולים, וכן שהמשפחה לא ידעה על החיידק. כאן ביהמ"ש מכניס את הדבר מדבר בעד עצמו – המשפחה לא ידעה על החיידק ולא הייתה לה יכולת לדעת זאת, וכן מבחן הסבירות סביר שבי"ח התרשל, וכן הוא שלט על הגורם שהוביל לפגיעה: החיידק נוצר בגלל שבי"ח לא שמר על נקיון בי"ח, ובפרשנות מצמצמת כלי הניתוח לא היו מחוטים.   
במקרה זה יש ספק ביחס לקשר סיבתי: מפסה"ד משתמע, שברגע שהתובע הוכיח את 3 היסודות של ס.41 בי"ח צריך להוכיח גם שלא התרשל, וגם להוכיח שהנזק של התובעת נגרם כתוצאה מדבר אחר (לנתק את הקשר סיבתי).   
 מרגליות נ הדסה. ביהמ"ש צמצם את הקביעה הזו- לא בכל מקרה מועבר הנטל לגבי הנושא של הקש"ס, אלא רק בנסיבות מתאימות כאשרגם המידע הנוגע לשאלת הקש"ס הוא מידע המצוי בידי הנתבע ולא בידי התובע – אם אלו הנסיבות רק אז יועבר הנטל: רומז לצדק הדיוני, מי שיש לו את הגישה למידע עליו צריך להטיל את הנטל כדי שלא ישתלם לו לשתוק.   
**אימתי תהיה נפקות להיפוך הנטל?**   
1. כשהסיבות הפיזיות לתאונה אינן ידועות גם בסוף המשפט   
2. כאשר בפני ביהמ"ש שתי גרסאות סותרות על נסיבות התאונה, ו"כפות המאזניים מעויינות".   
השימוש הוא רק בתום המשפט – אין השפעה על סדרי הדין במהלך המשפט. התובע צריך לטעון בכתב התביעה לאחד מסעיפים 38-41.   
**סעיף 38 – דברים מסוכנים ונמלטים**באנגליה:   
**"**דברים נמלטים": המקור לאחריות חמורה – רשימת ההגנות שנקבעה בפסק הדין היא סגורה. פס"ד rylands v fletcher   
"דברים מסוכנים": אחריות מוגברת, אבל רק במקרים של עזיבה ומסירה.   
בישראל: שני הדברים כלולים בתוך ס.38 וצריך להוכיח בהם רק אחריות מוגברת.   
פס"ד פישמן נ היועמ"ש:   
1. "דבר מסוכן": כללים מצטברים:

* דבר מסוכן מטבעו מפאת תכונותיו המיוחדות
* תכונות המשותפות לו ולדברים זהים אחרים.
* תכונות קבועות ולא משתנות מפאת הנסיבות.
* מקור הסכנה בשימוש רגיל.

2. הסעיף חל רק במקרה של 'עזיבה ומסירה'. (כלומר שהחפץ המסוכן היה עזוב ברשלנות או נמסר לאדם אחר)

לפידות נ' שליסר - מכונית הינה כמובן דבר מסוכן. כיוון שכך, חלה על המעביד (בעל הרכב) חובת זהירות כלפי שליסר (העובד) ברמה גבוהה. במקרה זה חלה העברת הנטל וחברת לפידות הייתה צריכה לשכנע שהיא אכן מילאה את חובת הזהירות(לא התרשלה). קבלת טענה זו יצרה מצב אבסורדי. נוצר כאן יתרון לטובת שלייסר (העברת נטל ההוכחה) רק משום שהוא לא היה הבעלים של הרכב. נניח ואדם, שהוא הבעלים של הרכב, ובעל אותה הבנה מכנית כמו שלייסר (רוב האנשים), פוגע בהולך רגל. אותו הולך רגל לא ייהנה מאותו יתרון ממנו נהנה שלייסר, מכיוון שחסר יסוד המסירה.

**סעיף 39 – אש**   
החלופות הראשונות מובנות, אדם שהבעיר אש, או שהיה אחראי לאש סביר שיהיה חייב ברשלנות.   
החלופה השלישית היא שהאש יצאה מתוך המקרקעין של האדם – גם אם לא אתה הבערת את האש.   
פס"ד כורי נ קסש (השופט לנדוי): רק אם האש יצאה מתוך המקרקעין של הנתבע והזיקה מחוץ למקרקעין.   
נימוקים:   
1. המשפט האנגלי   
2. לשון הסעיף: "המקרקעין או המטלטלים שמהם יצאה האש." כלומר מדובר על המקור.   
ביקורת:   
1. לשונית – במקור האנגלי: the ptoprrty on which fire originated   
2. עניינית: סייג מלאכותי ובלתי סביר.   
**סייג:** הלכת כורי אינה חלה כאשר הנתבע הבעיר את האש בעצמו.   
**פס"ד יער זאב בע"מ:** מדובר על אש שיצאה מאחד לשני, והוכח שם שהאש נוצרה ע"י הצתה.

**דעת המיעוט:** לא שייך להפעיל את סעיף 39, מכיוון שהוא מדבר על מצבים של אי וודאות, וזה לא הסיפור פה כי יודעים שיש הצתה, ולכן התביעה צריכה להידחות.

**דעת הרוב:** עדיין האש יצאה מהשטח של אותו אדם, וצריך האדם להוכיח שנקט אמצעיים לשמירה. עדיין צריך להוכיח שלא הייתה התרשלות למרות שכבר יודעים איך פרצה האש.

**ס. 40 אחריות לגבי חיה**ישנם שני יסודות מצטברים שלכל אחד מהם יש שתי חלופות

* + 1. הנזק נגרם ע"י: א. חיית בר או ב. חיה מועדת
    2. והנתבע הינו: א. בעל החיה או ב. הממונה עליה.

🡨 והנתבע ידע או שחזקה שהיה עליו לדעת שהיא מועדת לעשות את הנזק שנגרם.   
מאיפה לומדים שחזקה שהיה עליו לדעת – דרך ראיות נסיבתיות ולא דרישה נורמטיבית.   
נטל ההוכחה בהתקיים יסודות אלה עובר לנתבע.   
מועדות: מדובר על מצב שהבעלים היה צריך לדעת שהוא עשוי להזיק, היו סימנים לכך, מספיק אפילו מקרה אחד, יכול להיות בגלל סוג החיה. העדה על אופיו של הכלב, למשל ניסיונות שלו להזיק.   
פס"ד וידולקה: אישה זקנה שהיה לה שכנים עם כלב, היא באה לשכנים להחזיר משהו, הכלב קפץ על הזקנה והיא נבהלה ונפלה אחורה ונפצעה. היא הגישה תביעה והשתמשה בס.40. ביהמ"ש קבע שכשכתוב מועד להזיק, זה לא חייב להיות בקטע רע, אלא גם אם הוא יכול להזיק גם ע"י פיזוז הוא נקרא מועד.   
איילה לוי נ פלטין: לא הצליחו להוכיח דבר נגד הכלב, וזו הייתה הפעם הראשונה שהוא נשך. אבל הוכיחו שבאותם ימים הכלב סבל מכאבי אוזניים, והאורחת ליטפה אותו באוזן והביאו מומחה שאומר שכלב שנוגעים לו באוזן כשכואב לו יכול לנשוך. כך שהתביעה התקבלה.   
בסעיף **א41** שמדבר גם על כלב, מדובר רק על נזק גוף וס.40 הוא כללי. האחריות החמורה בסעיף 41 היא רק ביחס לנזקי גוף. גם מבחינת ש"מ: צדק חלוקתי – אדם שנמצא במצב קשה כשניזוק נזק גוף הוא במצב קשה, ובעל הכלב הוא במצב יותר טוב בעיקר בהנחה שיש לו ביטוח והוא מפזר נזק. הרתעה – קדושת החיים.   
 **הדבר מעיד על עצמו res lpsa ioquitur- ס.41**פס"ד נוימן נ כהן:   
השופט לנדוי (**מיעוט)**: רק "חובת ההוכחה", כלומר החובה לתת הסבר לתאונה המזכה אותו מאחריות.   
לשיטתו: res lpsa הוא כלל פרוצודאלי ולא נזיקי. רלוונטי בעיקר לאנגליה כמגן מפני טענת 'אין צורך להשיב על התביעה'. במשפט פלילי נשארה אפשרות כזו.   
כשמגיעים לסוף המשפט, והשופט עדין נשאר מאוזן, לשיטת השופט לנדוי דוחים את התביעה.   
הנשיא אגרנט **ד. רוב**: "נטל השכנוע": על הנתבע להוכיח לפי מבחן "עודף ההסתברויות" שלא הייתה רשלנות מצידו.   
לשיטתו: ras lpsa דין נזיקי: אחריות מוגברת. בסוף המשפט, אם כפות המאזניים מאוזנות, יזכה התובע.   
הסעיף הזה של הדבר מדבר בעד עצמו, אינו מדבר על הוכחה פוזיטיבית של מה קרה לפרטי פרטים. אלא על הוכחה נסיבתית, מאזן ההסתברויות מורה על כך שנראה הגיוני כי הנזק קרה בעקבות רשלנות, אך אין צורך להוכיח התרשלות. כך שאם הנתבע לא הצליח להוכיח שאין התרשלות הוא מפסיד.   
**יסודות בדבר המדבר בעד עצמו**

1. אי ידיעת התובע:   
   הכוונה היא לקרבן הפגיעה, ואי הידיעה מתייחסת לזמן האירוע ולגורם הרלוונטי לקביעה אם הייתה התרשלות. (נוימן ונעים נ משרד החינוך)  
   נעים נ משרד החינוך – מורה שנפל עליה ארון, הנתבעים אומרים אנחנו יודעים הכול, היא לימדה בכיתה והלוח נפל. הכוונה באי ידיעת התובע היא שאיננו יודעים האם הייתה התקנה רשלנית של הלוח ואת זה אין לדעת. נטל ההוכחה עבר למשרד החינוך להוכיח שהוא לא התרשל או לא היה אחראי להתקנה.
2. שליטה על הנכס:   
   שליטה פיזית או משפטית?   
   אנגלרד: "האדם אשר – בהתחשב בכל הנסיבות יש לו את הסיכויים הממשיים ביותר כי רצונו שלו יכריע בנוגע למצבו של חפץ מסוים. "   
   קופת אשראי וחיסכון נ עוואד: (החלפנים והצ'קים שהחתימה עליהם הייתה מזויפת) ישנה שאלה איך טופס של בנק הגיע לידי זייפנים כך שהחלפנים מסתמכים על סעיף 41 – טופס של צ'ק לא חתום הוא שגרם לנזק. הבנק אמר שסעיף זה לא חל פה. ביהמ"ש קבע ש41 לא מתקיים כי צריך שתהייה שליטה על הנזק בזמן קרות הנזק, כשהחלפנים הביאו את הצ'ק ושילמו במזומן.   
   בפס"ד ישרלפילט נ הינגלי ביהמ"ש תיקן שצריך שתהייה שליטה על הנזק בעת ההתרשלות.   
   ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה
3. מבחן ההסתברות: נראה לבית המשפט ש**אירוע המקרה שגרם לנזק** מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה. בפס"ד רז נ בי"ח אלישע – כשהנסיבות מתיישבות יותר עם רשלנות, הנטל יועבר לנתבע. פס"ד מזי נ קוקה קולה: מזי נפגע בהתמוטטות שלט פרסום של המשיבה שנתלה מעל לחנותו. השלט נתלה ע"י קבלן מטעם החברה, בהסכמת המערער, והחברה לא פעלה לבדיקתו או לתחזוקתו מעולם. **הש' י' כהן :** משום שהשלט היה רכוש של המשיבה, ולמערער לא היו כל כלים לדעת את הנסיבות שגרמו לנפילתו, בעוד שלמשיבה הייתה שליטה מלאה בשלט, הרי שרב יותר הסיכוי כי המשיבה לא נקטה זהירות סבירה מאשר שכן נקטה זהירות כזו. בתנאים אלה יחול כלל "הדבר מדבר בעד עצמו" של סעיף 41, ונטל ההוכחה יעבור אל כתפי הנתבעת.

**פסיקה:**

* דרוקמן נ' בית החולים לניאדו- בי"ח איבד את הרשומות הרפואיות של החולה ולכן לא היה יכול לתבוע בלי הוכחות. עליון: לא יכול להיות שביה"ח יאבד את רשומתו וייצא מזה נשכר, ולכן ביהמ"ש מורה על היפוך הנטל לאור זאת שהדבר מעיד על עצמו. (משיקולי מדיניות- לתמרץ את בית החולים לנהל רשומות רפואיות וכדאי שביה"ח לא יצא נשכר וכדי שביה"ח לא יעלים ראיות.)
* פס"ד רז - הייתה בעיה עם 'השליטה' כי זה לא נגרם מחפץ אלא מחיידק. נקבע כי כאשר היסוד השלישי חזק- ניתן להתגבר על שאר היסודות. אדם נכנס בריא לבי"ח-> מן הראוי שבי"ח יסביר.

**חוק האחריות למוצרים פגומים**

**חלופות תביעה על סמך פקודת הנזיקין:**   
🡨תביעה על סמך עוולת הרשלנות.   
🡨תביעה על סמך הפרת חובה חקוקה   
**מדוע מבחינת שיקולי מדיניות על היצרן לשאת באחריות מוצר פגום:**

* מתן פיצוי לניזוק – השבת המצב לקדמותו- השיקול הקלאסי.
* הרתעה – היצרנים ינהגו בזהירות ויקפידו על בדיקת מוצריהם. ישנה גם הרתעה מצד הצרכנים משימוש לא נכון.
* פיזור נזק – בדרך כלל ליצרן יהיה ביטוח, או שהוא בעל כיס עמוק בפני עצמו וכך יהיה ניתן לפצות את הניזוק.
* צדק חלוקתי – כולם נהנים מהמוצר, כך שכשאדם נפצע, נכון שכולם יישאו יחד איתו בנטל.
* צדק מתקן – ראוי שמי שעשה את הנזק יהיה המפצה.
* צדק דיוני – החוק המעביר את נטל ההוכחה על היצרן, כך שקל יותר מבחינה דיונית לצרכן לקבל פיצוי
* צמצום עלויות מנהליות – החוק מצמצם את עלויות המשפט, כאשר בית המשפט לא צריך להביא מומחים משום שנטל ההוכחה על היצרן.

**עקרונות חוק האחריות:   
ס' 2** לחוק מוצרים פגומים: "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן."   
**יסודות העוולה:**

1. **יצרן:** בשלב הראשון עלינו לבדוק האם יש יצרן לפי ההגדרות בסעיף 1 לחוק המוצרים הפגומים.   
   את הספק יתבעו רק אם לא ימצאו את היצרן לפי המפורט בחוק.   
   כשמדובר ביצרן, ההתייחסות תהייה הן ליצרן המוצר והן ליצרן הרכיב כפי שניתן לראות .   
   בפס"ד פינציה נ עמר עמר פותח בקבוקים במסיבה אצל אחותו ואחד הבקבוקים בהמשך מתפוצץ בידו ופוצע אותה. עמר תובע שני גורמים – חברת פנציה, יצרנית הבקבוק, ואת המבשלה שממלאת את הבקבוק בבירה.
2. **נזק גוף:**  ניתן לתבוע רק אדם שנפגע ותוצאה מכך נוצר נזק גוף. זאת משום החשיבות של נזק הגוף. נזק הגוף נופל על החברה במקרים רבים, גם לא לגרום להרתעת יתר בקרב היצרנים.
3. **מוצר:** בחוק מפורטת רשימה של דברים שאינם נכללים בהגדרת מוצר.
4. **פגם:** סעיף 3(א) מפרט סוגי פגמים:   
   פגם בייצור: סטייה מסוכנת מדגם המוצר.   
    פגם בתכנון או פגם בדגם: דגם המכיל סיכון למשתמש.   
    פגם בשיווק: אזהרות או הוראות שימוש לא מתאימות.   
   פס"ד מנדיל נ' שיש אשדוד בע"מ (אדם בעל מפעל שיש, הוא משתמש בחומרים מסוימים שמייצרת שיש אשדוד בע"מ, שבהם אין הוראות שימוש בעברית- אלא באיטלקית. אחרי שהוא משתמש בחומרים הוא מגלה שיש שם חומרים שהוא אלרגי אליהם ולא ידע, נפגע בידיו, לא יכול היה לעבוד במפעל יותר. מנסה לתבוע את חברת שיש אשדוד, נקבע כי היו הוראות שימוש לא תקינות, לא תקין שלא היו הוראות שימוש בעברית והאדם פוצה.  
   רודובסקי נ' יחיאל- אישה שמשתמשת בצמר פלדה, חותכת איתו ונפגעת (נקבעים לה אחוזי נכות), מנסה לתבוע את יצרנית צמר הפלדה. נקבע כי לא היו הוראות שימוש ולכן היא זכאית לפיצוי.
5. **קשר סיבתי:**   
   המבחנים הרלוונטים לחוק המוצרים הפגומים.   
   קשר סיבתי עובדתי: מבחן האלמלא – האם הנזק היה מתרחש גם אלמלא פעילותו של המזיק   
   קשר סיבתי משפטי: מבחן הסיכון – האם התוצאה מזיקה היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיק. מבחן השכל הישר – האם כל התכונות המציינות את העוולה תרמו בפועל להתהוות התוצאה המזיקה

נטל ההוכחה: במצב הרגיל נטל ההוכחה הוא על התובע. אך **ס' 3 (ב)** לחוק המוצרים הפגומים אומר שאם נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהיה פגם במוצר מאשר עם המסקנה שהוא היה תקין. וכך מעביר את נטל ההוכחה ליצרן.   
**ההגנות:**  
במוצרים פגומים סוג האחריות הוא אחריות חמורה, לא בודקים את האשם של היצרן אבל ישנם הגנות המפורטות בחוק.   
**ס' 4(א)(1)** פגם מאוחר במוצר: כאשר היצרן מוכיח שהנזק נגרם לאחר שהמוצר יצא משליטתו.   
**ס' 4(א)(2)** הגנת מצב המידע: לפי רמת המידע הטכנולוגית והמדעית באותה תקופה היצרן לא היה יכול לדעת שישנו סיכון במוצר.   
**ס' 4(א)(3)** מוצר גנוב: המוצר יצא משליטתו של היצרן לא מרצונו, אך היצרן צריך להראות שנקט באמצעים סבירים למניעת יצאת המוצר משלטתו ולהזהרת הציבור הנוגע בדבר מפני הסיכון הכרוך במוצר.   
**ס' 4(א)(4)** הסתכנות מרצון: הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו וחשף עצמו מרצון לסיכון זה. **ס' 4(ב)** הפחתת פיצויים בשל אשם תורם: אם הנפגע נהג בהתרשלות חמורה ראשי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.   
**ס' 6** התיישנות :   
"(א) תקופת ההתיישנות של תביעה לפי חוק זה תהא שלוש שנים.   
(ב) לא תוגש תובענה לפי חוק זה אלא תוך עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן."   
תקופת ההתיישנות חולפת כאשר מסתיימת התקופה הראשונה מבין שתי הבאות:   
1. 3 שנים מיום גילוי הנזק.   
2. 10 שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן.   
יש לשים לב כי כאשר התקופה חלפה – ניתן לתבוע בעילה אחרת

**מגבלות על סכום הפיצויים:**   
**סעיף 5 (א)** באבדן כושר השתכרות – עד שילוש הסכר הממוצע במשק (לכן אנשים עשירים ינססו לתבוע דרך עוולות אחרות.   
**סעיף 5 (ב)** בנזק שאינו נזק ממון: עד לסכום הקבוע בסעיף.   
חוק זה אינו בא לגרוע מזכויות לפי פקנז או לפי כל דין אחר (סעיף 10) כלומר אפשר לתבוע לפי עוולות אחרות במקביל לעוולה זו.   
לפי **סעיף 8** אם ישנו נושא שלא מטופל בחוק למוצרים פגומים, פונים לפקודת הנזיקין.

**פלת"ד**

**רקע:**בעיות בקשר לאחריות על יסוד עוולת הרשלנות –   
1. לא כל נפגעי ת"ד זכו בפיצויים מלאים:

* 1. העדר הוכחת רשלנות
  2. הייתה רשלנות תורמת
  3. הפוגע לא ידוע ("פגע וברח")
  4. לפוגע אין אמצעים לתשלום פיצויים.

2. בתי המשפט נפקקו בתביעות.   
3. נפגעים נאצלו להמתין שנים רבות לפיצויים.   
**מטרות ההסדר החדש -**1. הבטחת פיצויים לכל נפגעי ת"ד.  
2. פישוט וזירוז הליכים  
3. פיזור הנזק על יוצרי הסיכון.

**שלושת עמודי ההסדר**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| אחריות מוחלטת+  חובה לביטוח אחריות | קרן סטאטוטורית  לפיצוי נפגעים | ביטוח תאונה אישי |
| מכח ס' 2 לחוק הפלת"ד: "המשתמש ברכב מנועי חייב לפצות את הנפגע על נזק הגוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב" - החוק מטיל חבות לפיצוי של נפגע בתאונת דרכים.  האחריות מוחלטת ואין נפ"מ לאשם או אשם תורם +  מכח ס' 2 לפק' ביטוח רכב מנועי: חובת ביטוח חובה כנגד נזקי גוף על כל בעל רכב. (3(א)(1))  האחריות מוחלטת ואין נ"מ לאשם או אשם תורם. | **"קרנית":** קרן שהוקמה מכח חלק ג' לפלת"ד.  **מכח ס' 12 לפלת"ד:** תפקיד הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים ע"פ החוק ואין לו אפשרות לתבוע [ע"פ אחת הסיבות המנויות בחוק] | תאונות אישיות אינן מבוטחות בחוק, אלא מכוח הפוליסה (חוזה).  **מכח ס'2 לפק' הביטוח:** חובת ביטוח כולל חובת ביטוח אישי- **סעיף 3(א)(2)**. המבוטח זכאי לפיצויים כמו כל נפגע ע"פ החוק. |

פס"ד אליהו : לא היה ידוע אם מחפר הוא רכב מנועי. בגלל האי וודאות בעלי המחפרים היו מבטחים אותם. זו עבירה פלילית אם אין ביטוח ואם יש תאונה אין כיסוי. למפרע התברר שמחפר הוא לא רכב מנועי לפי פס"ד אטליס, שמדבר על כשירות נורמטיבית- הואיל ולא יכול לנסוע על הכביש הוא לא נחשב כרכב מנועי. וחברת הביטוח שביטחה לקחה את הכסף עבור הפוליסה, וטוענת שזו לא ת"ד כי הרי בפוליסה כתוב – ת"ד כהגדרתה בפלת"ד, וזה לא רכב מנועי, ולכן טענו שהתביעה תידחה. ובכל זאת ביהמ"ש מחייב את חברת הביטוח לפצות את הנפגעים – "יחסים חוזיים" – מכיוון שחברת הביטוח הסכימה לקבל תשלום עבור הביטוח מראה שהיא הסכימה לבטח, וראתה את המחפרון כרכב מנועי.

אבל איך אפשר לומר שחברת הביטוח צריכה לשלם לנהג- הרי הביטוח חל על הבעלים ולא על הנהג עצמו? אז אם לפי עילה חוזית – החוק לא מחייב זאת! אז לפי מה יש חובה? לפי חוזה לטובת צד ג'. כאשר החברה ביטחה את המחפרון- אמנם עשתה ביטוח עם המעביד, אבל היא הייתה מחויבת לשלם עבור מי שניזוק מהמחפרון. ביהמ"ש הלך עם תחושת הצדק כי זה לא הוגן שחברת ביטוח תיקח כסף ואז כשקרתה תאונה היא תתנער מאחריות. חברת הביטוח טענה שזה היה חוזה על תנאי ולכן הם לא צריכים לשלם אבל ביהמ"ש אמר שאם זה היה באמת חוזה על תנאי, הם היו צריכים לשלם פרמיה חלקית – תשלום ביטוח חלקי.

**האם המאורע הוא "תאונת דרכים" – שלבי הניתוח (פס"ד עוזר נ אררט)**מי שעונה להגדרת ת"ד לפי החוק, אינו יכול לתבוע בנזיקין, משום שהמחוקק רצה ליצור מערכת אחידה בה מתנהלות תביעות תאונות הדרכים. (מלבד מקרה בו התאונה נגרמה במעשה מכוון)

1. האם המאורע נופל בהגדרה הבסיסית?   
   יש להיעזר בהגדרות "שימוש" "ורכב מנועי"
2. האם המאורע נופל בגדר אחת החזקות החלוטות המרבות.  
   בשני השלבים הנ"ל: נטל ההוכחה ש"תאונת דרכים" על התובע!
3. חזקה ממעטת   
   **תוצאה של פגיעה מכוונת:** שלילת מעשה הנעשה במתכוון נגד גופו/רכושו של אדם של אותו אדם. **יסוד ראשון-** מעשה מכוון. **יסוד שני-** "לאותו אדם".

* השופט אור- החזקה אינה דורשת התקיימותה של תוצאה מסוימת, היינו שקורבנו המיועד של המעשה המכוון אכן נפגע בפועל. כלומר- אפילו אם נפגע אדם שלא התכוונו לפגוע בו- החזקה מתקיימת.
* השופטת שטרסברג- חובה על אותו אדם.

בחזקה הממעטת ישנם סייגים:   
**פעולת איבה**: מופיע בהגדרת נפגע (ראה הגדרת נזק גוף). רעיון הוא שפעולות האיבה מכוסים ע"י הסדר אחר – חוק התמלוגים לנפגעי פעולות איבה, והואיל ולא מדובר בסיכון תעבורתי, אלא פעולת איבה ולכן לא רוצים להטיל נטל זה על נהגים.  
**פטור המדינה**: שירות צבאי או משטרתי שנפצע בתאונת דרכים, המדינה פטורה מתביעה בפקנ"ז ובפלת"ד מאחר שישנו הסדר דרך חוק תמלוגים לנכים.  
**המדינה** היא מבטחת עצמית, עקב איתנותה הפיננסית, לכן פטורה מביטוח.

**הגדרת תאונת דרכים:**

1. **מאורע:** יסוד של פתאומיות, להוציא נזק שנגרם משימוש מתמשך – פס"ד שמואליאן נ' אסמד בע"מ. – מפעיל של טרקטור שלאחר שנים נפגעה לו השמיעה, תבע על נזק גוף בעקבות תאונת דרכים – ביהמ"ש דחה את התביעה בהסתמך על הגדרת "מאורע" - אירוע פתאומי ולא מתמשך ולכן זה לא עונה על ההגדרה של תאונת דרכים.
2. **נזק גוף:** הגבלת החוק לנזקי גוף, המוגדרים בס' 1. כולל התקן המחובר לאדם.כוללים נזק נפשי, ומשנגרם - זכאות לפיצוי גם להפסדי ממון.
3. **עקב – קש"ס:** קש"ס **בין** המאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף **לבין** השימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה.שני סוגי קש"ס :

* קשר עובדתי-מבחן האלמלא
* קשר משפטי-מבחן תחום הסיכון והשכל הישר

שואלים האם הנזק שאירע נופל לתחום הסיכון שיוצר שימוש ברכב מנועי למטרות חבורה.

דוגמא: אדם נוסע ברחוב וחוטף כדור כי מישהו ניסה להרוג מישהו אחר אז האם נגרם לו הנזק בגלל שהשתמש ברכב מנועי? מתקיים קש"ס עובדתי, לולי היה נוהג שם לא היה נפגע. אבל האם זה במתחם הסיכון שיוצר שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה? לא, כי קבלת כדור מקליע לא נכלל.

1. **שימוש:** נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול-דרך או תיקון-דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו, לרבות הידרדרות או התהפכות של הרכב או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב או מטענו תוך כדי נסיעה וכן הינתקות או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה, שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד.  
    הגדרה חדשה: כולל טיפול דרך:  
    **לא** כולל טיפול של גורם מקצועי (=מוסכניק) **לא כולל פריקה וטעינה.** בד"כ אומר המרצה. למה?

פס"ד מד"י נ' אלראהב: אדם קפץ לאחור ונדרס. הנזק נגרם היה עקב השימוש שלו ברכב. הרכב התחמם, הנהג היה בחוץ טיפל ברכבו ואז התרחשה התאונה. ביהמ"ש קבע שחברת הביטוח שלו תהיה זו שתשלם ולא של הנהג שפגע בו.

1. **רכב מנועי:**מחד – דווקא "כלי תחבורה יבשתיים"מאידך, "מכונה ניידת הכשירה לנוע".פירושים של ההגדרות בסעיף:  
   🡨 נע = מונע

🡨כוח מכאני =כוח מוטורי, לכן לא אופניים  
🡨 תחבורה יבשתית = אימוץ מבחן הסיכון התעבורתי.  
🡨 מכונה ניידת הכשירה לנוע על פני הכביש = בפס"ד אטליס, ההכרה היא של כשירות נורמטיבית ולא פיזית. אנו בוחנים לפי תק' 39א' לתקנת התעבורה.

1. **למטרות תחבורה**

**לפני תיקון מס' 8:** בפס"ד טהאהתביעה היתה לפי פלת"ד כי לא רצתה לתבוע את אבא שלה בפקנ"ז. ההגנה טענה: אין סיכון תעבורתי במה שקרה, לא לקבל את זה. ביהמ"ש קבע: מאמצים את המבחן הייעודי: בודקים את ייעוד הרכב וכל עוד המדובר ברכב מנועי, תאונה שקוראת כתוצאה מהשימוש תוכר כת"ד. **אחרי תיקון מס' 8:** רצו חלק מהמחוקקים לאמץ בחוק את מבחן "הסיכון התעבורתי", אלא שרשימת ה"ריבויים", שהוספה ע"י ח"כים בוועדות, מסכלת כמעט כוונה זו:"עקב ניצול הכוח המכני...""עקב התפוצצות...""עקב פגיעה ברכב..."

החזקות מכניסות את המבחן הייעודי בדלת האחורית (הכי מסכלת: "עקב ניצול כוח מכני"). **פס"ד עוזר מגדיר מטרות תחבורה:**

* נסיעה
* אדם שנכנס ויצא לרכב במטרה לעשות בו שימוש.

פס"ד חמאדה: במקרה בו קיים חוזה ביטוח על רכב שאינו נחשב לעניין הגדרת תאונת דרכים, אנו מחייבים את חב' הביטוח מתוקף היחסים החוזיים ביניהם (חוזה לטובת צד שלישי) ולא מתוקף חוק הפלת"ד.

פס"ד יונאי: חקלאי למשל שנפגע תוך כדי נסיעה בטרקטור, או נהג מונית שנפגע תוך כדי הנסיעה- זה כן ייחשב תאונת דרכים. "שלא במסגרת עבודתו", הכוונה הייתה להחריג אנשים שתפקידם לתקן טיפולי דרך.   
"לרבות הדרדרות של הרכב.. וכן הינתקות מן הרכב.."- בעניין הזה עלתה מחלוקת איך לפרש- האם חקלאי שמתקן את כף הטרקטור, ותוך כדי תיקון נופל עליו הכף ונגרם לו הנזק. בית משפט אומר ביונאי- הואיל והמטרה התחבורתית כוללת גם הובלה, והכף נועדה להוביל דברים ממקום למקום, הואיל ולצורך ההובלה צריך להתקין/לתקן את הכף, אז גם זה למטרות תחבורה.

**תאונה בה מעורבים מספר כלי רכב (ס' 3)**

3.(א) בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחריות לנזקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו.

(ב) נפגע אדם מחוץ לכלי הרכב בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, יהיו הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד; בינם לבין עצמם ישאו בנטל החיוב בחלקים שווים. לענין חלוקת החבות בין הנוהגים לפי סעיף קטן זה, רואים כלי רכב כמעורב בתאונת דרכים אם בעת התאונה היה **מגע** בינו לבין כלי רכב אחר או בינו לבין הנפגע.

בהתנגשות בין שני כלי רכב עם נוסעים יחד עם הולך רגל:

* **נהג א':** זכאות ע"פ הפוליסה מחב' הביטוח של א'.
* **נוסע א':** זכאות ע"פ החוק מאת נהג א' + חב' הביטוח של א'.
* **נהג ב':** זכאות ע"פ הפוליסה מחב' הביטוח של ב'.
* **נוסע ב':** זכאות ע"פ החוק מאת נהג ב' + חב' הביטוח של ב'.

**הולך רגל:** זכאות ע"פ חוק 3(ב) מאת נהג א'+ מבטח א' + נהג ב' + מבטח ב' – כולם ביחד ולחוד

* לפי סוף הסעיף, חייב להיות מצב של **נגיעה** בין כלי הרכב.
* החיוב שלפיו יהיה שיווין בחלוקת הנזק נובע מכך שאין לנו כל עניין באשמת האדם, אין כפיפות לשיקולים חיצוניים (כמו שחלים בנזיקין כאשר הנזק בלתי ניתן להפרדה).
* **צו של שר התחבורה-** ישנה חובת תשלום גבוהה יותר על מי שמבטח רכב כבד. אחת משלמת 50% לנפגע, המבטח של המשאית צריך לשלם 50% ממה ששילם למבטח הרכב , לבסוף יוצא מה שיוצא הוא שמבטח הרכב משלם 25% ומבטח המשאית 75%.

אותו דבר רק נעשה בתאונה של אופנוע ורכב – 75% לרכב ו25% לאופנוע.

**נפגע** – הנפגע הוא הזכאי עפ"י החוק ואם לא נפגעת אין זכות ולכן ההגדרה חשובה.

* אדם שנחשב לנפגע איבה (צבאות או ארגונים עוינים) מגיעים לו תגמולים עפ"י החוק לנפגעי פעולות איבה ולא מגיע לו פיצויים בגין חוק הפלת"ד גם אם זו הייתה ת"ד.
* אדם שאינו תושב ישראל לא זכאי לפיצויים ע"פ חוק תגמולי פעולות איבה ולכן הוא זכאי לתבוע עפ"י חוק הפלת"ד – פס"ד **עדנאן סלח נ' מגדל.**
* חייל שנפגע בזמן שירותו הצבאי – לא זכאי לפיצויים עפ"י החוק ועפ"י פק' הנזיקין כי ישנם תגמולים למי שנפגע בעת שירותו הצבאי.
* אותו הדין לגבי שוטרים – **פס"ד מ"י נ' עזרא**. ישנו חוק המשטרה, נכים נוספים.

האמור לעיל מסתמך על ס' 22 לחוק הפלת"ד.

**הריבויים והמיעוטים:**

1. **בהגדרת תאונת דרכים:**
   1. **(ריבוי) עקב התפוצצות:** שמירת הלכת **פס"ד לסרי נ' ציון** (שהיה לפני תיקון 8), קבוצה של משפחות שיצאה לטיול בסיני וחנו באזור נואבו החנו את המכוניות במעגל כדי לעשות חניון לילה ופרסו מעל המכוניות רשת הסוואה ואז נעמדו להכין את ארוחת הערב עם גזיות והרשת התקלחה מהגזייה והאש התפרסה במהירות והמכוניות החלו לבעור גם ואז גם הדלק והרבה אנשים נפצו ונכוו והוגשה תביעה בטענה של ת"ד.   
      פה שוב לכאורה זה לא נופל בסיכון התחבורתי אבל הואיל וביהמ"ש דחה את הסיכון התחבורתי ואימץ את המבחן הייעודי- חלק מתפקיד המכוניות זה שאתה מטייל איתם ואז יכול לקרות שריפה. אמרו שבגלל שהדלק תרם לדליקה זה סיכון שכרוך במכוניות. לכן הכירו בזה כ"ד.

אחרי התיקון רצו הח"כים להשאיר גם העניין הזה בחוק לכן הוסיפו, "רכיב או חומר חיוני": גלגל, שמן, דלק וכו'. שהיוו אחד הגורמים.

* 1. **(ריבוי) עקב פגיעה ברכב**: מתחייב איזשהו היגיון, רק כאשר החניה יוצרת סיכון תחבורתי. בגלל שישנה המילה "**עקב**" בסעיף, אז אנחנו משתמשים בקש"ס משפטי-תחום הסיכון שיוצרת חניה במקום אסור וקש"ס עובדתי. למשל: חניה באדום-לבן, אופניים שהתנגשו במכונית החונה במקום אסור.
  2. **(ריבוי) עקב ניצול הכוח המכני:** שמירת הלכת טהא. הסיפא מיותרת.
* כאשר אנו באים להפעיל חזקה מרבה, צריך להפנות, ולהגיד שמתקיימים: מאורע, נזק-גוף, רכב מנועי. רק אז, נלך לחזקות עצמם.
  1. **(מיעוט) שלילת מעשה מכוון:** ביטול הלכת שולמן נ' ציון.

פרופ' אנגלרד בספרו: יש כאן שלילת אחריות "לאותו אדם" – יש לפרש בצמצום. הפסיקה לא תומכת בדעתו.

הסיפא – מוציא אירוע הקשור בסיכון תחבורתי.

פס"ד לזר: דיבר על אדם שהתאבד ע"י רכבת. העיזבון ניסה לטעון שהמתכוון לפגוע והנפגע צריכים להיות שני אנשים שונים. בית השפט קבע שזה נוגד את כוונת הציבור שאדם שהתאבד יקבל פיצויים.

1. **בהגדרת "שימוש ברכב מנועי"**: מיעוטים, בתוך הסעיף:
   1. **תיקון וטיפול מקצועי.**
   2. **טעינה ופריקה.**

* היחס בין המיעוטים בתוך שימוש ברכב מנועי, לחזקה המרובה: פרופ' אנגלרד: **הריבוי גובר**, כך גם עפ"י פס"ד עוזר.
* **חזקה ממעטת חלה גם על מתאבד.** כי הוא התכוון לפגוע בעצמו. (**פס"ד עיזבון לזר**) הפסיקה הייתה עקב שיקולי מדיניות: לא ראוי להטיל את סיכון ההתאבדות על הביטוח.

**המבחן התעבורתי והמבחן הייעודי**

* **המבחן הייעודי** –עד תיקון מס' 8. בודקים את ייעוד הרכב וכל עוד המדובר ברכב מנועי, תאונה שקוראת כתוצאה מהשימוש תוכר כת"ד ואז צריך לבדוק מהו הייעוד של כל רכב ורכב. יוצר הרחבה של חוק הפלת"ד.
* **המבחן התעבורתי** – מצמצם את תחולת החוק. למרות שמכוניות יכולות לשמש לכל מיני ייעודים יש לבדוק האם בעת התאונה התקיים השימוש התחבורתי. אין להכיר בייעודים האחרים.

**הסיבות לשימוש במבחן התעבורתי:**

הסיכון התחבורתי מייחד את התחום, יש תאונות רבות שקורות מדי יום, אולם יש סיכון מיוחד במכוניות ולכן יש לתחום זה טיפול מיוחד ומטילים את הסיכון על יוצר הסיכון ורק יצירת הסיכון התחבורתי משותף לכל המשתמשים ולכן לא מוצדק להטיל עליהם סיכון שלא קשור אליהם.

**למרות שהמבחן התחבורתי הוכנס בהגדרה הכללית הן של רכב מנועי והן בהגדרת ת"ד המבחן הייעודי הוכנס ע"י הריבויים.**

כרגע אין דוקטרינה ברורה ויש לבדוק כלמקרה לגופו.

בהגדרה הכללית אין ספק כי הסיכון התחבורתי חל, כלומר - אם המקרה לא נופל בריבויים יש את מבחן הסיכון התחבורתי. אם כן מה מבחן זה כולל בתוכו? האם דווקא הנסיעה ברכב? או שמא המדובר בדברים אחרים?

פס"ד עוזר: השופט ברק אמר כי אכן השימוש התחבורתי העיקרי הוא נסיעה אך מלבד זאת קיים גם שימוש לוואי אשר נלווה לשימוש העיקרי של נסיעה ברכב. ולכן כניסה ויציאה מרכב נכללים.

**טעינה ופריקה** הוחרגו במפורש מהגדרת ת"ד למרות שזהו השימוש לוואי ברכב.

הסיבה: ישנו סיכון בפני עצמו בטעינה ופריקה וזה דומה יותר לסיכון של תאונות עבודה.

ובכל מקרה, הן יכולות להיחשב כתאונ"ד כאשר הטעינה והפריקה נעשות תוך כדי שימוש במנוף המשאית בשל הריבוי של שימוש בכלי מיכני של הרכב.

פס"ד פדידה מסייג ואומר כי על הכניסה להיות לצורך נסיעה. פרשנות מהגדרת ת"ד בחוק שכן כתוב של השימוש להיות למטרות תחבורה ולכן אם הכניסה או היציאה לא נעשות למטרות תחבורה אין המדובר בת"ד.

פס"ד אליהו חברה לביטוח נ' ז'ק: ביהמ"ש קבע שאם המנוע הוצא לצמיתות מכלי הרכב אז ייעודו של כלי הרכב השתנה ולכן לא תהיה תאונ"ד לפי אף אחד מהמבחנים. (לדוג' אוטובוס שמנועו הוצא והוא הפך למזנון).

**שלילת הזכות (ס' 7)**

1. **מי שגרם לתאונה במתכוון**  - היום משמעות מוגבלת, לאור הסיפא של הגדרת ת"ד. כמעט ולא ייכנס לתוקף כי ברגע שגרמת לת"ד זה לא נכנס להגדרה אולם יש מקרים בהם גרמת תאונה במתכוון אך לא התכוון לפגוע באדם או רכושו.
2. **גנב של רכב נוסע ביודעין.**
3. **נהג ללא רישיון** – למעט עקב אי-תשלום.

* **חריגה מכללי הרישיון** (נהג חדש, מעל מספר האנשים המותר וכדו'): פס"ד רימה סאביאשווילי נ' מנורה: המקרה של נהג ללא רישיון – ביהמ"ש קבע כי זה לא נהיגה ללא רישיון אלא נהג עם רישיון רק בניגוד לתנאי הרישיון ולכן הס' לא חל.

פס"ד קרנית נ' מגדל: ביהמ"ש עושה הבחנה בין רישיון לסוג הרכב לבין הגבלות שנוגעות לאופן הנהיגה. אם למשל יש רישיון לרכב רגיל אבל נהג במכונית אחרת שבשביל לנהוג בה צריך רישיון בדרגה גבוהה יותר אז זו נהיגה ללא רישיון ולעומת זאת ס' זה לא יחול על סוג הרכב. ולכן נהג שהסיע יותר ילדים יקבל פיצויים.

גם במצב בו יש רישיון לנהג רגיל לרכב ואולם רוב הזמן נוהג נהג חדש, אם תהיה תאונה יש פיצויים כי לא נהג ללא ביטוח.

נהג ללא רישיון ומת, התלויים יכולים לתבוע את קרנית לפי ס' 7ב ויש לה חבות ראשונית. זאת מאחר שלא רצו להעניש את התלויים גם אם האדם שנהרג חטא.

1. **הרכב שימש לו לביצוע פשע.**
2. **נהג ללא ביטוח**
3. **בעל הרכב התיר נהיגה ללא ביטוח.**

**זכות חזרה (ס' 9):** אחרי שחברת ביטוח שילמה פיצויים, אתה לא יכול לתבוע אחר לבקשת פיצוי. אלא אם:

1. מי שאינו זכאי לפיצויים כאמור בסעיף 7;
2. מי שאין לו ביטוח לפי פקודת הביטוח או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה, למעט מי שהיה לו ביטוח שנתי שתקפו פג תוך 30 יום לפני התאונה
3. בעל הרכב או המחזיק בו כאמור בסעיף 7א.

**ייחוד העילה (ס' 8)**

הס' פורש בהרחבה, השלילה של זכות התביעה היא לכול סוגי התביעות: פקנ"ז, כל המיוחדים (אחריות למוצרים פגומים וכו'), אפילו לפי השופט ריבלין: גם מדיני חוזים. אם התאונה נעשתה במתכוון אפשר לתבוע את המזיק.

אדם נפצע בת"ד, הובהל לבית החולים ורופא שטיפל בו התרשל וכתוצאה מכך מצבו הוחמר, לא ניתן לתבוע את הרופא - גם על שגיאות הרופא חברת הביטוח תשלם.

פס"ד חוסיין נ' ד"ר טורם: ביהמ"ש קבע כי אי אפשר לתבוע את הרופא מפני שלנתבע עומדת אותה זכות תביעה מכוח חוק הפלת"ד כיון שיש קש"ס ביו השניים.לנפגע יש זכות תביעה על כל מה שקרה לו ולכן לא יכול לתבוע את ביה"ח.גם חברת הביטוח לא תוכל לתבוע את הרופא על רשלנות.

**קשר סיבתי**

שרשרת הסיבתיות מכילה גורמים טבעיים וגורמים אנושיים.   
במשפט אנו מחפשים את הגורמים האנושיים, וגם בניהם את הגורמים האנושיים הכרוכים בעוולה.   
**ס.64** לפקודה: "אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק" – תורת שוויון הגורמים, בכפוף לחריגים. אין צורך שהגורם עליו אתה רוצה להטיל אחריות יהיה היחיד, גם אם הוא אחד מיני רבים די בכך.   
בפקודת הנזיקין, סוגית הקשר הסיבתי מתעוררת בשני הקשרים:   
**א.** לקביעת עצם האחריות של הנתבע לנזק: **ס.64.** במקרים שהקשר הסיבתי מהווה אחד מיסודות העוולה (רשלנות, הפרת חובה חקוקה) "גרם נזק באשם". העוולה -> קשר סיבתי -> האירוע הנזיקי.   
**ב**. לקביעת היקף האחריות של המעוול כלפי הניזוק: **ס.76**. אחריות בגין העוולה -> קשר סיבתי + "ריחוק הנזק" -> גובה הסעד.   
לעניין קשר סיבתי משפטי יש הבדל בין שני הקשרים אלו. בעניין היקף הפיצויים הקשר סיבתי משפטי ייבחן לפי ריחוק הנזק.   
**סוגי הקשר הסיבתי:**   
קשר סיבתי עובדתי:   
1. "מבחן ההכרחיות" – גורם בלעדיו אין.   
2. "מבחן הדיות" - די בו להביא לתוצאה זו. לעיתים, מבחן ההכרחיות מביא לתוצאה לא הגיונית ואז נשתמש במבחן הדיות. מבחן זה יתקיים בשני מקרים:

* **סיבתיות מצטברת**: שני אנשים גרמו יחד לנזק ופעולתו של כל אחד מהם יכלה לגרום לנזק. לדוגמא מקרה, בו שני אנשים יצאו לציד וירו בטעות בבן אדם, אך לא ברור מי הרג אותו. הצייד הראשון שנתבע אומר, אין כאן קשר סיבתי, כי אלמלא אני הייתי יורה הוא היה מת, כי השני ירה. והצייד השני יטען להפך. זוהי תוצאה אבסורדית. כאן נשתמש במבחן הדיות – האם די היה בירי של הצייד להביא לתוצאה.
* **סיבתיות חלופית**: שני רשלנים שגרמו נזק ומספיק ברשלנות של אחד מהם בשביל לגרום לנזק. דוגמא : כפר נידח בו יש רופא אחד, הרופא שם לב שהמכונית שלו עושה בעיות, הוא לוקח את המכונית למוסך ומבקש לתקן את המכונית כדי שיוכל לתת מענה לתושבי הכפר. לילה אחד, הוא מקבל קריאה מאחת המשפחות. האוטו לא מניע והוא לא מגיע למשפחה, והאישה מתה. העזבון של האישה מגישה תביעה בנזיקין נגד המוסך שהתרשל בבדיקת הרכב. העורך דין של המוסכניק מברר ומגלה, שבתוך הכפר עומד נהר, ובדיוק בלילה הזה הגשר קרס. העורך דין, טוען שגם אלמלא המוסכניק התרשל, האישה הייתה מתה. במקרה שהעיזבון יפנה את התביעה למהנדס של הגשר הוא יטען את הטענה ההפוכה. במקרה זה, שני מבחני הדיות נכנס לפעולה כאשר אין קשר בין 2 המאורעות. אין קשר בין העובדה שאדם א' התרשל לבין שאדם ב' התרשל. אם הם היו מודעים אחד לשני או פעלו בשותפות, זה יהיה **ס.12** המדבר על אחריות שילוחית.

**שיקולי מדיניות – למה לדרוש קשר סיבתי?**

* צדק מתקן: אין זה צודק שהמזיק ישלם לניזוק יותר מהנזק שגרם לו.
* שיקולי הרתעה קלאסיים
* שיקולים כלכליים (הרתעה יעילה) צריך להפנים על המזיק דווקא את הנזקים שהוא גרם ולא את אלה שהוא לא גרם, אחרת תהייה הרתעת יתר.
* שיקולי מדיניות באחריות מוחלטת: אם אין קש"ס בין הנזק שנגרם לבין תחום הסיכון, הרי שהטלת אחריות לא תשרת את המטרה המיוחדת שבגללה הוחלט להטיל אחריות מוחלטת. (למשל חוק הפלת"ד- הוא בא לעשות הסדר במקרים של תאונות דרכים, ועל כן יש צורך בקשר סיבתי בין כך שהשימוש ברכב היה למטרות תחבורה לבין התוצאה.)

**הסיבתיות העמומה:**

באיזו רמת ודאות צריך להוכיח קש"ס?

מאזן ההסתברויות – מסתבר יותר שהיה קש"ס מאשר שלא היה.   
 עאיק (קטינה) נ רוזמרין הילדה שתתה סודה קאוסטי, ההורים שלה ראו שקרה לה משהו, הביאו אותה לרופא, והרופא אמר שנראה לו שהילדה בסדר. ההורים החזירו את הילדה הביתה, המצב שלה התדרדר במהירות, הביאו אותה לבית החולים. בית החולים עשה לה שטיפת קיבה. היא ניצלה אך נשארה עם פגיעות קשות לכל החיים. ההורים תבעו את הרופא בנימוק של רשלנות והוכח שיש רשלנות. בא כוח הרופא טען שנכון שהרופא התרשל, אך גם אילו היה שולח אותה לבית חולים גם ככה הנזק היה נגרם. מבחן האלמלא אינו פשוט במקרים רבים, הוא כרוך בשאלה היפותטית. בית המשפט פסק שאת מבחן האלמלא יש להוכיח לפי מאזן ההסתברויות. אם השופט ישתכנע שאילו הילדה הייתה מגיעה ישר לבית החולים היא הייתה ניצלת אז התביעה הייתה מתקבלת. ואם הרופא היה מוכיח שהנזק היה נגרם בכל מקרה, (יותר מ50%) התביעה הייתה נידחת. לפי פס"ד עאיק, המבחן הוא הכל או כלום.   
באקדמיה החלו לעלות ספקות ביחס להכל או כלום. והציעו לפסוק לפי סיכוי. הם אמרו שמבחן הכל או כלום לא עולה יחד עם שיקולי המדיניות שהוזכרו. בנוסף יש מצבים בהם באופן סיסטמי בתחום מסוים אי אפשר להוכיח מעבר ל50%, במקרים אלו, למשל ברשלנות רפואית, כל רופא ידע שהוא חסין מפני תביעות משום שבמאזן ההסתברויות הוא יהיה תמיד פחות מ50%.   
**הסתברות הסיכוי:** לגבי אירועים היפותטיים שבעתיד אפשר לפסוק פיצויים לפי ההסתברות הסיכוי. כלומר, לפי גובה האחוזים שבהסתברות, של מעורבות המתרשל בנזק.   
בפס"ד דעקא בית המשפט החל לגלות נכונות לאמץ שיטה זו. בפס"ד זה אישה נכנסה לניתוח ללא ששאלו אותה ונגרמו לה נזקים כתוצאה מהניתוח. עלתה טענה שישנה הסתברות גבוהה שהאישה הייתה מסכימה לניתוח. אחת השופטות הציעה להביא לה מעט אחוזים על הסיכויים שלא הייתה מסכימה לניתוח.   
בי"ח כרמל נ מלול מלול נולדה בחודש שביעי, כאשר לאימה שלה היה דימום. היה עיכוב בהכנסה של האימא לניתוח קיסרי והילדה נולדה בנכות של 100%. הועלו 3 גורמים לנזק זה. עצם הלידה המוקדמת, הדימום במהלך הלידה, והעיכוב. שני הגורמים הראשונים הם גורמים טבעיים והגורם השלישי הוא גורם אנושי עוולתי. מבחינת הסיכויים בית המשפט העריך שהרשלנות גרמה לנזק ב20%. בית המשפט פוסק פיצויים של 20% מהנזק הכולל.   
בפס"ד זה אומצה שיטת הסתברות הסיכוי. בית המשפט קובע ששיטה זו תשתמש במקרים בהם הכל או כלום יוביל לחוסר צדק. כשישנם מספר גורמים אפשריים לקרות הנזק ורק אחד מהם הוא גורם עוולתי, ניתן לפסוק פיצויים לפי ההסתברות הסטטיסטית שאותו גורם עוולתי גרם לנזק, גם אם הסתברו זו היא פחותה מ50%.   
הלכה זו נהפכה בדיון נוסף. (5 נ 4)   
ככל אין להכיר באחריות יחסית לפי ההסתברות הסטטיסטית.   
ביניש, ריבלין ולוי: יש להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטיה נשנית מבחינה סטטיסטית. הטיה נשנית - כאשר יש ריבוי גורמים הגורם העוולתי לרוב לא יעלה על 50% יוצא שאותו גורם שפועל בתחום גם אם יתרשל אף פעם לא יכול להיות מחויב ואין שום הרתעה. אם האדם יראה כי היה סיכוי החלמה ובגלל הרשלנות של הרופאים הוא איבד את סוכי ההחלמה לפי אותו עיבוד – על אותו סיכוי שיופחת לו הוא יקבל פיצוי.   
גרוניס, ג'וברן**:** לא הכריעו בעניין זה.   
נאור (מיעוט):במקרים מתאימים יש לפסוק פיצויים לפי הסתברות הסיבתיות, גם בפחות מ50% אבל רק לטובת הניזוק, ורק בנזקי גוף.   
**אובדן סיכויי החלמה**   
בפיצוי על אובדן סיכויי החלמה, נשארה שיטת סיכוי הסתברות הסיכוי במלואה. קופ"ח נ פאתח: על פגיעה באובדן סיכויי החלמה מגיע פיצוי, גם אם הוא פחות מ50% לפי גודל הסיכוי.   
הנוסחה: b-a/b a- שיעור הסיכון לפני ההתרשלות, b- שיעור הסיכון לאחר ההתרשלות.

**קשר סיבתי משפטי:** (סימון נ מנשה) מדניות משפטית של תיחום אחריות נזיקית.   
קש"ס משפטי הוא סוג של מסנן, לא כל הסיבות העובדתיות יש להטיל עליהם פיצויים.   
1. **מבחן הצפיות הסבירה**: נראה קש"ס משפטי כל אימת שהאדם הסביר צריך היה לצפות שמעשהו יגרום לנזק מאותו סוג שאירע בפועל.   
2. **מבחן תחום הסיכון:** כל אימת שהתוצאה המזיקה הייתה בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של הנתבע, כלומר שהתוצאה שייכת לסוג הסכנות שמסתברות ממנה ושבגללן יש לראותה כרשלנית.   
3. **מבחן השכל הישר**: האם התכונות המציינות את התנהגות הנתבע כרשלנית תרמו בפועל להתהוות התוצאה המזיקה? אם כן – יש קש"ס רלוונטי, ובלבד שלא התערב גורם זר שהיה כה בלתי צפוי עד שיש להסיק שהוא שולל הגיונית את קיום הקש"ס. הכוונה כאן היא האם המעשה עצמו של הנתבע היא זו שהובילה לנזק (למשל, האם ההתקנה של מתקין הדודים היא זו שגרמה לדוד ליפול.)   
  
שאלה: מה הקשר בין סעיף 64 לבין מבחנים אלו? שאלה טובה. (מבחנים אלו לא מגיעים באופן ישיר מהחוק.

דבר מסוכן – ס.38 רק במקרי עזיבה ומסירה (מסירת אקדח לתיקן) במצבים כאלה בעל האקדח יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל, יש היפוך הנטל. בוחנים מקרים כאלה באמצעות תחום הסיכון. (פס"ד אוחנה נ אברהם.)

בן שמעון נ ברדה שני נערים פרצו למועדון גדנ"א וגנבו נשק. הם השתמשו בנשק למשחק ופגעו בילד. הרשלנות: הייתה פרצה בחדר בו היה הנשק שהייתה חסומה באופן רשלני. מנהל המועדון לא ביקר בו תקופה ארוכה ולא יכול היה לגלות על הפרצה. גם בפס"ד סימון נ מנשה עלתה שאלת הקשר הסיבתי – הרשלנות הראשונה, נהג שעושה רוורס, ואחר כך משאית שהייתה לה אפשרות למנוע את התאונה אך לא עשתה זאת. אגרנט קובע שמעשה רשלנות א' אינו שולל מעשה רשלנות ב, ושאפשר לצפות שגם אדם אחר יתרשל. (כמובן שמעשה מכוון מנתק את הקשר הסיבתי.) הוא אומר שאם זו הייתה רשלנות חמורה, ייתכן שכן היה ניתוק של הקשר הסיבתי. האמירה האחרונה הובילה לעורך הדין של ברדה להגיד שהמעשה המכוון של הנערים הוביל לניתוק הקשר הסיבתי.   
השופט קובע שלא צריך לצפות את המקרה לפרטי פרטים, אלה לתאר מה יכול לקרוא בכללי, ניתן לצפות שנערים יגנבו כלי נשק וישחקו בהם.

כיתן נ וייס: שומר לילה במפעל הרג את העורך דין שלו בנשק, הוא הרג את העורך דין בגלל שכעס עליו שלא הכניס לא מספיק נשק בתביעה בעקבות מות בנו בתאונת דרכים. התביעה הוגשה נגד המפעל שנתן נשק לשומר, שהיו סימנים שהוא אינו במצב נפשי להחזיק נשק. יש כאן רשלנות של כיתן – רצח. ורשלנות של המפעל. השאלה היא האם יש קשר סיבתי בין המפעל לבין הרצח. ביהמ"ש קבע כי קש"ס עובדתי מתקיים, אלמלא היה לוייס נשק הוא לא היה הורג את כיתן. אך קש"ס משפטי לא מתקיים כאן כי לא ניתן היה לצפות את הרצח. על אף זאת ביהמ"ש אומר במפורש שייתכנו מקרים של מעשה מכוון שלא ינתקו קשר סיבתי. (למשל מעשה מכוון של שומר שהופקד להגן על מפעל, ונכנסו גנבים והוא התרשל בשמירה ולא תפס אותם.)   
נוצר מצב של חוסר ודאות – מדינת ישראל נ אביטן : אביטן היה רוצח, אבל לפני שהיה רוצח, הוא היה חייל וישב בכלא צבאי. כאשר ישב בכלא הוא ברח, ולקח זחל"מ, יצא מהש"ג ונסע הביתה. הוא הסתובב עם הרכב הקרבי בעיר. הוא התהפך ונפגע. הוגשה תביעת נזיקין נ מדינת ישראל שהש"ג לא מנע את הגנבה – יש הנחייה שרכב לא יוצא מבסיס בלי שעובר בדיקה. נשאלת שאלת צפיות, האם אפשר להכריז את מדינת ישראל כאחראית על כל הנזקים שעשה לאחר שברח. בית המשפט קובע שלא. כדי לסטות מהכלל לפיו מנתק את פעולתו הרצונית המודעת של אדם אחר בין קשר סיבתי לנזק שנגרם, לא די שהנתבע היה צופה מצב זה, אלא יש צורך באפשרות הסתברותית ממשית שהמקרה יקרה. בית המשפט קובע, שבזמן שאביטן ברח, בקטע הזה סביר לצפות שהוא יעשה נזק. אבל בקטע שהוא כבר הגיע הביתה נותק הקשר הסיבתי.   
פס"ד מרכז חמצן- השופט לנדוי אמר שרשלנות חמורה לא מנתקת קש"ס משפטי. כלומר רשלנות שמגיעה אחרי רשלנות אחרת לא מנתקת את הקש"ס, שניהם אחראים.

**קשר סיבתי בשני אירועי נזק עוקבים**   
הבעיה: הנזק הראשון "נבלע" בתוך הנזק השני (overtaking caus)   
סוגיה זו נמצאת בסעיף 76.   
לדוגמא:  
אירוע א: נכות ברגל, הפסד השתכרות 30%. אירוע ב', קטיעת הרגל. הפסד השתכרות 50%. מזיק ב, חייב בגין 20%, מי ישלם עבור ה30% מאירוע ב' עד גיל הפרישה. ?

הבעיה מתעוררת שלא ניתן פסק דין חלוט לפני התאונה השנייה, ובית המשפט צריך לקבוע כמה נכות נגרמה מכל מקרה, או מה קורה שאדם מת, ישלמו לו הפסד השתכרות עד גיל 69.   
אם אירוע ב' הוא אירוע טבעי – מזיק א' פטור מהפסד השתכרות בתקופת הביניים. (גבאי נ תעל)   
מוות הוא גם אירוע בולע.   
אם אירוע ב נגרן ע"י מזיק ב' (בלבד). קיימות 3 אפשרויות:

* + 1. **מזיק א חייב.** Baker v Willoughby אדם שהייתה לו תאונת עבודה, נפצע ברגל, לאחר מכן נכנס לו שודד הביתה שירה ברגל. על אף שהיריה ברגל עשתה נזק חמור יותר, מזיק א' חייב לשלם את כל הכסף. הייתה ביקורת על הפסיקה בפס"ד זה, שמאחר ומהשודד לא היה ניתן להוציא כסף היה עניין לשים את האחריות על המעביד שהוא כיס עמוק.
    2. **מזיק ב חייב** בשל "הפסד זכות הפיצויים ממזיק א. פסד חננשויל. בית המשפט קובע שאין הגיון בלהבדיל בין אירוע טבעי לאירוע אנושי. ולכן באופן עקרוני, המזיק א, משלם רק על הנזק שהוא גרם. אבל, במענה למי ישלם את תקופת ההשתכרות בתקופת הביניים – הזמן בין גיל הפרישה לאירוע ב'. את הפסד ההשתכרות ישלם מזיק ב, לפי הדוגמא: 20% על הנזק שעשה, ו30% על זה ששלל ממנו זכות תביעה.
    3. שני המזיקים חייבים יחד ולחוד משום סיבתיות מצטברת . (פרופ' רייך)

יש הנחה מוסוות שהזכות הכלכלית של התביעה שווה לסכום הכסף שאדם יקבל.

**דוקרטינת הנזק הראייתי**פס"ד נגר המזיק יישא בנזק כאשר מעשה העוולה גרם לנזק ליכולתו של הניזוק להוכיח קשר סיבתי עובדתי בין הנזק לבין המעשה עוולה כלשהו- הבחורה מתה ולכן אין אפשרות למצוא ראיות ולכן החברה תשלם את מלוא הסכום והרופא לא ישלם דבר.

**ריחוק הנזק**על איזה מהנזקים שעשה המזיק צריך לשלם פיצויים?   
רק על נזקים שיש קשר סיבתי עובדתי בינם לבין העוולה שביצע. אך מעבר לקשר סיבתי עובדתי יש צורך בקשר סיבתי משפטי, שבסוגייה זו יקרא ריחוק הנזק.   
במשפט האנגלי נקבעו שני מבחנים להקש"ס:   
**מבחן הישירות:** in re polemis בזמן שפרקו את האוניה מהמטען שהיא סחבה, נפלה קורה מהסיפון אל בטן האוניה. בעקבות הנפילה האוניה עלתה באש. כאשר הקורה נפלה נוצר ניצוץ, הניצוץ הצית אדי דלק שהיו בבטן האוניה. השאלה הייתה האם מי שפרק את האוניה נושא את האחריות על השריפה. הנתבע אומר שהייתה רשלנות, אך שהיה סביר שהיא תגרום לשבר, לחור באוניה, לנזק לאדם אחד, אך שקורה שנופלת תגרום לאוניה שלמה שנשרפת זה לא צפוי. בית המשפט קבע משנקבע שהייתה רשלנות, הנתבע אחראי על כל נזק שנגרם במישרין מן המעשה שלו. לרבות נזק בלתי צפוי.   
לעומת זאת בפס"ד שהתקבל 40 שנה אח"כ, נהפכה הלכת פולמיס.   
**מבחן הצפיות:** the wagon mound מהאונייה נפלט נפט, והנפט החל לדלוק, דבר שהוא נדיר מאוד. הנפט דלף כתוצאה מרשלנות.   
 המזיק הרשלן יחויב על כל נזק שהינו צפוי באופן סביר כתוצאה מרשלנותו, בין אם הוא ישיר או לא.   
השאלה עליה דנו במשפט הישראלי היא על איזה ממבחנים אלו הסתמך המחוקק בסעיף 76:   
בדיני החוזים: בדיני החוזים ישנו פס"ד המדבר על כך שהנפגע זכאי לקבל פיצויים מהפרת חוזה על נזק "שאפשר באופן הוגן וסביר לראותו, כנזק הנובע טבעית, כלומר, על פי מהלכם הרגיל של העניינים, מתוך הפרת החוזה עצמו"

**ס' 76 (1):**   
"אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי ובמהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע".

השופטים התווכחו איזה משני המבחנים הללו אומץ- הצפיות או הישירות?   
השאלה עלתה בפס"ד מלכה נ משרד המשפטים השופטים זילברג וברנזון: **מבחן הצפיות**. הנימוק: הנוסח דומה להלכת handly.  
פרופ' אנגלרד- מותח ביקורת על דעת זילברג והנמקתו: "הרי כתוב במישרין", לדעתו יש כאן **'מבחן גמיש'**. לרשלנות מתאים מבחן הצפיות. לזדון- מתאים ישירות. (כך גם דעת השופט זוסמן).  
השופט חיים כהן (פס"ד לאון נ רינגר)- מפרש את הסעיף מתוך לשונו "תוצאות טבעיות וישירות"- בעצם צריך להבחין- תלוי מה הגורם שהתערב- המילים "באורח טבעי" מתייחס לתוצאה טבעית- התפתחות טבעית ללא התערבות אנושית. במהלך הדברים הרגיל- פעולות בני אדם ותגובות מכאניות.   
אם זה משהו טבעי צריך לשאול אם זה בא באורח טבעי ואם כן- צריך לשלם גם על זה.   
אם זה מהתערבות אנושית- צריך לשאול אם זה מהלכם הטבעי של הדברים- צריך לשלם גם על זה, ובתנאי שזה בא במישרין- לא מאד מרוחק ממעשה המזיק.   
שם מדובר על מצב בו הניזוק קיבל פגיעה בגב ואז התפתח אצלו סוג נדיר של סרטן שהיה רדום בגפו. זה מאד נדיר ולא ניתן לומר שמזיק יכול לצפות זאת. חיים כהן אומר אילו התובע לא רק איבד את כושר השתכרותו וגם פושט את הרגל וכך בנותיו לא יקבלו שידוכים – אז יקבל פיצויים רק על כושר ההשתכרות שלו, כי השאר אמנם יש קש"ס אבל זה לא דברים שבאים במהלכם הרגיל של הדברים. יש פה גם גורמים נוספים שנכנסו פנימה שמנתקים את הקש"ס שלא הופכים את זה לישיר. לגופו של עניין- לניזוק – אין מחלוקת בין שופטים שהגיע לו לקבל את הפיצוי גם על הסרטן שהתפתח בגופו וזה בגלל עקרון אחר שאינו מוטל במחלוקת בישראל ובאנגליה- והוא **עקרון הגולגולת הדקה:** המזיק חייב לשאת בכל התוצאות הגופניות הנובעות ממצבו הגופני המיוחד של הניזוק, ולא ישמע בכך יכול היה לצפות חולשה גופנית כזו אצל הניזוק.

אם כך מה הבעיה? איך ניתן ליישב עיקרון זה עם עקרון הצפיות? השופט זילברג אמר שהמבחן שאומץ בס' 76 (1) הוא **מבחן הצפיות** אז איך אפשר לומר שזה היה צפוי שלאדם יש סוג סרטן מאד נדיר שהמזיק היה צריך לצפות זאת?

1. דעת השופטים זילברג, ברנזון וויתקין אשר טוענים שלכל אדם יש חולשה מסוימת, חולשות באופן כללי זה דבר צפוי ולכן אין סתירה גם לפי עקרון הגולגולת הדקה. המזיק חייב לצפות שיש בעולם אנשים רבים הסובלים מחולשות מיוחדות. די בראיה כללית של העניין.
2. זה לא משכנע ולכן השופט זילברג מתפתה לומר- עיקרון הגולגולת הדקה יחול ברוב במקרים, אבל גם לו יש גבול, כאשר יש גולגולות דקיקה- זה כבר על זה הוא לא יהיה חייב. העמדה של זילברג לא התקבלה כי זה היה מכניס אותנו לסיפור מורכב- איפה בדיוק יהיה הגבול. **דעת כל יתר השופטים**: אין מקום לחלק.
3. השופט חיים כהן –מבחין בין היקף הנזק לסוג הנזק ואומר לגבי היקף הנזק ס' 76 כלל לא דורש צפיות, הוא אימץ מבחן גמיש. אז לגבי היקף הנזק- מספיק שזה בא במישרין. אם אנחנו יודעים למשל שעל ידי מכת המכונית בוודאי היה נגרם נזק גופני כלשהו, אתה לא טוען שלא היית גורם לו נזק אלא שלא סרטן, אז חיים כהן אומר- שזה כבר נוגע להיקף הנזק. ואומר שבהיקף הנזק אין צורך במבחן הצפיות (רק טבעיות וישירות), ומבחן הצפיות והא רק לגבי סוג הנזק. (ס' 64).

**הסוגיה הזו עלתה שוב בפס"ד מאוחר יותר**- קליפורד- אשר הגיע לדיון נוסף. הסיפור היה שהייתה תוכנית שהביאו רופאי שיניים מתנדבים מחו"ל בהתנדבות לתת טיפולי שיניים בחינם לאזורי עוני. קליפורד היה אחד מהרופאים. במהלך טיפול במטופל הוא נתן לו הרדמה והחולה לא התעורר מההרדמה. היה הסיפור שלם שהמחט נכנסה והמטופל נכנס לקומה ומת. תביעת הנזיקין הפכה להמון כסף, ועלתה שאלה של גודל הנזק. בית המשפט קבע שיש רשלנות שהיתה אמורה לגרום לאי נוחות לכמה דק', ואילו מה שקרה בפועל, שהמטופל לא התעורר בכלל ונכנס לחוסר הכרה- זה בלתי צפוי ולכן זה מחדד את השאלה האם צריך לצפות. בית המשפט דבק בעקרון גולגולת הדקה ואומר שצפיות אנחנו צריכים רק לסוג הנזק, וברגע שיש צפיות יצאנו ידי חובת מבחן הצפיות והרופא שהתרשל חייב לפצות על כל הנזק העצום שנגרם למטופל. זה לא שלא לוקחים כלל את הצפיות לקרות התאונה אבל זה יבוא בחשבון בחישוב שכאשר פוסקים פיצויים על נזקי גוף על התחשיב הוא ספקולטיבי. אם יודעים שהאדם הוא חולה לא נתעלם מהאפשרות אצלו שהיה מת יותר צעיר ולכן משכללים את זה מראש, את הסיכויים הללו.

עד פה לעניין נזק גוף-עקרון הגולגולת הדקה חל רק בעניין נזק גוף, השאלה מה עושים במקרים של נזקי רכוש- האם כולם יחשבו אחד ולא יהיה צורך בצפיות? או שהגישה הזו נכונה רק לנזקי רכוש?   
לפי פס"ד פולמיס- קרש שנפל וגרם לבעירת האנייה. באותו פסק דין דחה בית המשפט את מבחן הצפיות- מכאן אנו לומדים שהוא לא מתקיים רק בדיני נזק רכוש.   
פס"ד מזרחי נ' מקורות- מדובר על נזק שנגרם ליבול של שדה כתוצאה מעבודות קידוח של חברת מקורות גרמו להרבה אבק לעלות לאוויר וליפו על יבול הכרם ולנזק ליבול הענבים. הנזק שנגרם היה הרבה יותר רציני ממה שחשבו. ביהמ"ש- ברגע שהייתה צריך לצפות נזק לענבים- אין צורך בצפיות להיקף הנזק. הנזק רכוש- זה נזק לענבים וזה גם ההבחנה בין זה לפולמיס. בזה שמתקיים נזק לענבים בזה מתקיים עניין הצפיות ולכן כל נזק שיצא מהענבים- יחול על זה.

פס"ד אנגלי- דובר על קבלנים שהועסקו על ידי ראשות מקומית, לבצע עבודות ליד ביתה של גברת לן, והם גרמו נזק לקירות הבית כתוצאה מכך היתה צריכה לעבור לבית אחר. באותו זמן נכנסו פולשים לבית ובגלל שלא היה אף אחד גרמו נזק חמור והורידו חלק מהקירות וכו' וכו'.   
היא הגישה תביעה נגד העיריה עבור כל הנזקים- האם מבחן הצפיות/ ישירות מתקיים?   
השופט ויטקין- אי אפשר לצפות זאת בעת ביצוע העבודות. הכל בסוף באינסטינקט של השופט.

**בשיקולי מדיניות**- צריך להסתכל על הסיפור במכלול- נזק ברשלנות לעומת נזק בכוונה. מכלול שלם של שיקולים שפועלים.

**הגנות**

**אשם תורם**בשלב זה הנחת היסוד היא שמתקיימת רשלנות.

**ס. 64** – **בהגדרת "אשם":**   
"מעשהו או מחדלו של אדם... או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו."   
אשם תורם: התרשלות שהזיקה לעצמו.   
את האשם התורם בוחנים לפי התרשלות, ולא לפי רשלנות. התרשלות זה השלב האמצעי בהוכחת רשלנות שנמדד ע"י מבחן האדם הסביר. במכוון באשם תורם לא מוזכרת חובת הזהירות, משום שברור שלאדם יש אחריות כלפי עצמו. השופט ברק מגדיר זאת כנטל כלפי עצמו.   
את האשם תורם בוחנים לפי ההתרשלות – ולא אשם מכוח עוולה אחרת.

יש לציין, כי העובדה שהנתבע הפר חובה חקוקה, תורמת להוכחת ההתרשלות ואת עוולה זו במקרה של אשם תורם יש לבחון דרך ההתרשלות ע"י מבחן האדם הסביר – שלא יעבור על החוק.   
כמובן שיש צורך בקשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק שהוא גרם. רשלנות מאוחרת אינה מנתקת קשר סיבתי, משום שהמתרשל צריך לצפות שגם אדם אחר התרשל, אך מעשה מכוון כן מנתק את הקשר הסיבתי.

**ס.68** – **תוצאות אשם תורם:**   
"הפיצויים שיפרעו **יופחתו** בשיעור שביהמ"ש ימצא לנכון ולצודק, תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק."   
התביעה אינה נדחת כאשר יש אשם תורם, אשם תורם אינו הגנה מוחלטת, בעקבות -. the law reform act, 1945 בעבר באנגליה, אם הנתבע הוכיח שיש אשם תורם התביעה נדחתה, אך הפרלמנט התאגד וקבע שהתביעה לא תיכשל כאשר יש אשם תורם, אלא תגרום להפחתת הפיצויים, כאשר על כפות המאזניים מצד אחד יעמוד האשם של המזיק, ומצד שני האשם של הניזוק ולפי גודל האשמה של כל אחד מהם יחולקו הפיצויים.

המבחן הוא לפי "מידת האשמה" היחסית, ולפי "הצודק והנכון"   
לעיתים אפשר להגיע למצב, בו ביהמ"ש יחשוב שהאשם התורם של הניזוק הוא גדול עד כדי כך שהוא יפסוק 100% הפחתת הפיצויים. כמו למשל בפס"ד החלפנים – קופת אשראי נ עוואד   
על הצ'ק הראשון בעקבות עצם העבודה, שאיך אדם נותן סכום כסף לאדם שאינו יודע מיהו ואין לא איך להשיג אותו, נפסק 50% פיצויים.   
על הצ'ק השני נפסק 100% שכן בנוסף היה גם חוסר התאמה בין המילים למספרים.   
השופט לוין בפס"ד קופת אשראי נ עוואד מציג שני מבחנים:   
**1**. מבחן האדם הסביר   
**2**. מבחן "מידת האשמה המוסרית"   
לדעת רייך הניסוח מטעה, והכוונה היא:   
 **המבחן הראשון** **-** האדם הסביר מיוחס לשאלת עצם קביעת האשם התורם לפי ס.64.   
**המבחן השני -** "מידת האשמה המוסרית" מתייחס לשאלת הפיצויים, כמה להפחית.

**הטעמים להתחשבות באשם תורם:**

* צדק מתקן – הניזוק גם אשם.
* התרעה – פחות רלוונטית לנזקי גוף, אבל רלוונטית לנזקי רכוש.
* מונע הנזק הזול ביותר – האשם התורם הינו מונע הנזק הזול ביותר.
* פיזור הנזק - יש להתחשב בנסיבות מיהו מפזר הנזק הטוב ביותר.
* הגישה הכלכלית: כדי להביא להתנהגות אופטימלית ע"י הפנמת העלויות של אי – זהירות עצמית.
* המטרה התרופתית: תומכת באי התחשבות באשם תורם, כי אחרת נפגעים יישארו ללא פיצוי מלא.

המבחן בסעיף 68 "האשמה המוסרית" מתייחסת לכאורה רק לצדק מתקן, אך אין לחשוב מלשון הסעיף שהוא התייחס רק למבחן האשמה. "יפחית בית המשפט למה שראה לנכון ולצודק" נכון וצודק כולל בתוכו את כל השיקולים הרלוונטים לדיני הנזיקין.   
**אוכלוסיות לגביהן יש גישה מקלה:**   
**אשם תורם של עובדים**   
אשם תורם -> התרשלות -> האדם ההסביר -> מדיניות שיפוטית   
כמה זהירות נדרשת מאדם? כמה מעובד?   
המגמה בפסיקה היא להמעיט בייחוס אשם תורם לעובד ולהטיל את האחריות על העובד   
פס"ד רשות נמלים נ עזרא: מדובר על מנופאי שנפל מהמנוף. "לא הרי חובתו של מעביד כלפי עובדו, כהרי חובתו או יותר נכון הנטל של העובד כלפי עצמו." השופט ברק: המעביד יוצר את הסיכון, ובידיו הידע והאמצעים למנוע את הנזק, ואילו העובד מקבל את מקום עבודתו כנתון ועושה מה שאומרים לו.   
עד כאן טענותיו של ברק הגיוניות, אך ישנם פסקי דין בהם ניתן להפריח אותן:   
🡨 פס"ד בן שושן נ כריכית בן שושן: כריכית היא אירגון של כריכת ספרים. בן שושן הוא אחד מהבעלים של החברה וגם המנכ"ל. הוא עצמו לא נזהר ונפגע בתאונת עבודה. הוא מגיש תביעת נזיקין נגד המעביד שלו שהיא האגודה השיתופית כריכית בן שושן, בשביל לקבל פיצויים מהביטוח. הניזוק במקרה זה הינו גם "אורגן" של האגודה השיתופית וגם מנהל העבודה בה. הביטוח הוא ביטוח אחריות, כדי שחברת הביטוח תהייה מחויבת לשלם צריך שביהמ"ש יקבע שהאגודה אחראית (באחריות שילוחית). הרשלנות: אי הנהגת סדרי עבודה בטיחותיים. מאחר והנתבע הוא גם העובד, האשם של החברה הוא גם האשם של העובד כך שניתן לצפות שיתקבל אשם תורם מלא (100% הפחתת פיצויים). נפסק אשם תורם של 1/3, ו2/3 על החברה. זאת מטעמי צדק חלוקתי שישנו כיס עמוק של חברת הביטוח. וכן מטעמי הגינות, מי שיצר את הסיכון צריך לשאת בנטל.   
בפס"ד זה קביעתו של ברק אינה מתאימה, שכן הניזוק לא היה עובד זוטר כלל.   
🡨פס"ד מלון רמדה שלום נ אמסלם: השף הראשי החליק על כתם שמן במטבח. המחוזי: אין לייחס אשם תורם למרות שהוא היה האחראי. העליון: מסתפק ב1/3. גם לתוצאה זו ניתן להגיע רק מנימוקים של פיזור הנזק וצדק חלוקתי.   
פס"ד מחמור נ אטדגי: עובדת ביום הראשון לעבודה נפצעה ממכונת לחם שלפי פקודת לבטיחות בעבודה, מכונות מסוכנות צריכות להיות מוגנות. בהפרת חובה חקוקה יתחשבו באשם תורם רק אם העובד יצר את הסיכון בעצמו ופעל מחוץ לתחום הסיכון שיצר המעביד ע"י הפרת חובה חקוקה.   
פס"ד זה מציג טכניקה נוספת להגיע לאותה תוצאה, בהפרת חובה חקוקה, הטוענת שכאשר העובד עשה את המוטל עליו, האחריות תהייה על העובד. בהפח"ח נבדק מהו הסיכון אותו רצה המחוקק למנוע, כך שכאשר העובד מפר את החוק ובעקבותיו נגרם נזק כל האחריות תהייה עליו. יש כאן גם שיקולי הרתעה, למנוע מהמעביד לעצום עיניים. גם כאשר המעשה המכוון צפוי ניתן לתבוע לאשם תורם, משום שהחוק טוען שהמעשה המכוון הוא כן צפוי במקרה זה.

**אשם תורם של ילדים**   
גן החיות התנכ"י נ חרי ילדה רואה ילדים בהשגחת מבוגר שמאכילים דובים. הילדה רוצה להצטרף הדוב נושך את הילדה ביד ונשארת לה צלקת ובעיות בתפקוד היד. היא תובעת את גן החיות וגן החיות טוען לאשם תורם לגבי הילדה שנכנסה, ולגבי האמא שלא השגיחה על הילד שלה.   
ביהמ"ש : בנוגע לאשם תורם של ילד: תיבחן לפי רמת הסבירות של ילד בגילו עם יכולות שכליות כשלו – ילדים אחרים היו יכולים לנהוג כמותה משום שהיה פיתוי.   
בנוגע להתרשלות ההורה: אי אפשר להפחית התרשלות של ילד מאחר וההורה התנהג לא כמו שצריך. הילדה אינה אשמה באחריות של אמא שלה. לכל האפשר, גן החיות יכול לצרף לתביעה את התרשלות האם כצד שלישי שגרם לנזק.   
ע"א 2061/90 מרצלי נ מדינת ישראל אין סולם מההסעה שהילדות ירדו בביטחה ואחת הילדות האצבע של הטבעת גורמת לניתוק האצבע מהיד של הילדה. הילדה תובעת את משרד החינוך שהמורות לא השגיחו ולא הזהירו את הילדות שאסור לרדת מאותו פתח.   
משרד החינוך טוען שיש אשם תורם שהילדה קפצה מאותו פתח. ביהמ"ש קבע שהאחריות היא במאה אחוז על המורות והן קבעו באופן מוחלט לנזק.   
פרופסור רייך – יש אשם תורם מצד הילדה (הייתה בכיתה ט, מספיק אחראית) אבל בגלל שמשרד החינוך הוא כיס עמוק לא נקבע אשם תורם.

**חובת הקטנת הנזק**זוהי סוג של טענת הגנה, הנתבע טוען שהנזק הוא גדול מידי והניזוק יכול היה להקטין את הנזק.   
חובה זו שונה מאשם תורם. מבחינה מהותית, אשם תורם מגיע לפני קרות הנזק, וחובת הקטנת הנזק מגיע לאחר התאונה עצמה. יש כאן נגזרת לתוצאות, באשם תורם מפחיתים את הפיצויים באחוזים. אך אם נקבע בביהמ"ש שהניזוק לא פעל בשביל להקטין את הנזק בית המשפט יפחית בפיצויים את ההפרש של אי הקטנת הנזק.   
אשם המזיק -> אירוע נזיקי -> אשם הניזוק -> הגדלת היקף הנזק ע"י מחדל.   
מקור החובה: דיני החוזים ס.14 לחוק החוזים (תרופות).   
בדיני הנזיקין – המשפט המקובל ובעקבותיו הפסיקה הישראלית.   
הדין: המזיק פטור מלפצות על אותו נזק שניתן היה למנוע.   
פרופ' אנגלרד: אין להזקק בישראל לחובת הקטנת הנזק! את הבעיות ניתן לפתור באמצעות סעיפים 64,74 או סעיף 68.  
פרופ' מור: ניתן לעשות היקש לסעיף 14 לחוק החוזים (תרופות)   
השופט ברק: (אוביטר בפס"ד ורטהיימר נ הררי) ניתן להחיל סעיפי חוק החוזים (תרופות) גם על חיובים שאינם נובעים מחוזה ע"י היקש לסעיף.   
פרופ' רייך: הכלל נקלט בפסיקה הישראלית ואין מקום להיקש באין לאקונה.   
**השאלה הקשה היא כפייה.**   
בפס"ד לוי נ' מזרחי השופט וייס קובע שאין להטיל על האדם חובת הקטנת נזק שכרוכה בביצוע ניתוח. השופטת נתניהו לא שוללת זאת ומציבה את המבחן האובייקטיבי הנ"ל של האדם הסביר וכן מבחן סובייקטיבי ששואל מה היה עושה אדם אחר במצבו. למשל במקרה שאדם שנפגע מניתוח ובעקבות כך אינו מעוניין לעבור ניתוח שיתקן את הפגיעה, לא יקטינו לו פיצויים בשל אי הקטנת נזק שחששו במקרה הקונקרטי מתקבל.

בפס"ד גולדפרב נ' כלל החברה לביטוח אדם סרב לעשות ניתוח שצפוי היה להיטיב איתו ובכך להקטין את הנזק.

ברק מציב כמה קריטריונים להיקף החובה:

* מה אחוזי ההצלחה של הטיפול?
* מהם אחוזי הסיכון שלו?
* מה מידת הכאב והסבל הכרוכים בטיפול הרפואי?

בפס"ד גנזך נ' אריה חברה לביטוח דובר על אדם שנפצע ולא רצה לחזור מחופשת המחלה אלא לצאת לפרישה מוקדמת. בית המשפט קבע שפיצוייו יקוזזו.

הפעלת עיקרון הקטנת הנזק מביאה להתלבטות כשבא הניזוק ולא עובר טיפולים רפואיים שהמזיק טוען שהיה צריך לעבור. למשל – המליצו לו לעבור ניתוח מסוים שישפר את מצבו והוא לא עושה את זה. אז הנתבע, המזיק, אומר שלא הקטין את הנזק כי לא עשה את הניתוח. מנגד התובע יכול להגיד שהוא מפחד מניתוחים.

מצד אחד יש חובת הקטנת נזק ולא רוצים להכביד על המזיק, מצד שני זה להפעיל לחץ כלכלי על הניזוק, זו פגיעה באוטונומיה. בסוגיית התקיפה למשל גם אמרנו שלא יכולים להכריח אדם לעבור ניתוח אלא בהסכמה מדעת. קיים גם החשש שפחד מפני ניתוחים הוא טקטיקה משפטית כדי לדרוש פיצויים גבוהים.

איך מאזנים בין שני השיקולים האלה? מה ראינו בפסיקה?

פס"ד לוי נ' מזרחי / פס"ד גולדפארב:ההתחשבות היא יותר בניזוק מאשר המזיק, כי המטרה היא להשיב את הניזוק לקדמותו. ברגע שמפחיתים חלק מהפיצויים אז לא ממלאים ייעוד זה. מצד שני אי אפשר ללכת עם זה רחוק מדי ולכן יש תועלת בלגרום לניזוק להקטין את ניזקו. זה תלוי בכל מיני שיקולים – מה מידת הסיכון של הניתוח? מה מידת הסיכויים לשפר את מצבו? אם יש סיכון לא מבוטל בניגוד אז אפשר להבין לליבו ולא לחייב אותו.

**ריבוי מעוולים – מעוולים יחד**

שני מזיקים או יותר גרמו נזק לאותו ניזוק.   
ישנם שלושה מקרים של סוגים:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **מזיקים במשותף** | **מזיקים הגורמים לנזק אחד** | **מזיקים הגורמים נזקים נפרדים** |
| **המקרה** | המזיקים ביצעו עוולה אחת שגרמה נזק אחד. | המזיקים ביצעו שני מעשי נזיקין נפרדים שגרמו נזק אחד בלתי ניתן לחלוקה | המזיקים ביצעו שני מעשי נזיקין נפרדים שגרמו נזקים שונים הניתנים לחלוקה. |
| **דוגמאות** | 1. החבים בגין מעשי הזולת 2. החבים חובה אחת כלפי הניזוק. 3. עשו עוולה אחת ביחד | שתי אוניות שמתנגשות וגורמות נזק לנוסעים או לאנייה שלישית מרכז חמצן נ אלקטרה | הכלב של שמעון נשך ביד והכלב של ראובן נשך ברגל |
| **הדין** | חבים יחד ולחוד | חבים יחד ולחוד | כל אחד חב על הנזק שלו |
| **מקור הדין** | סעיף 11 לפקודה, ס.12 המתייחס לאחריות של משתתף ומשדל. | י"א: סעיף 11 וי"א: סעיף 64 ו84(א) | פשוט |

במלך נ קורנהייזר נקבע כי נטל ההוכחה כי הנזק ניתן להפרדה הוא על המפר.

עודד יצחק נ לוטם – תאונת עבודה בה העובד נפגע ותבע את המעסיק ואת מנהל העבודה. ביהמ"ש קבע שמנהל העבודה והמעביד חבים נגד העובד ביחד ולחוד

**אחריות אינבידואלית או אחריות קיבוצית- ס.12**האם בדיני הנזיקין בישראל כפופים לאחריות אינבדואלית או שמתקיימת גם אחריות קיבוצית?

השאלה התעוררה בפס"ד שנקרא summers v tice שלושה ציידים שיצאו לצוד כשאחד הולך בראש, ההולך בראש חוטף כדור בגב ולא יודעים לזהות מי משני האחרים פגע בו.   
נושא זה עלה בפס"ד פינס נ בן עמירה (השופט ויתקון באוביטר) גישת האחריות האנידבדואלית:   
אם התובע לא יוכיח אחריות של נתבע ספציפי – התביעה תידחה!

ואולם, אם שני הציידים פעלו בצוותא, הם חייבים ביחד ולחוד.

בפסיקה האנגלו - אמריקאית: יש לחייב את שניהם, או לפחות להעביר את נטל ההוכחה אליהם.   
פרופסור אריאל פורת: יש לאמץ בישראל גישת האחריות הקיבוצית (ראה הערת השופט נתניהו בפס"ד עמיר)  
פס"ד סינדלר: סינדלר עסק בתרופה שנשים היו לוקחות בזמן הריון והיא הייתה עוזרת להן נגד בחילות. הבעיה שהתברר שהתינוקות היו נולדים עם מומים. אחרי הרבה שנים הוגשה תביעה ע"י התינוק. התינוק שנהייה אישה בוגרת, הוכיחה שיש קש"ס בין המום לבין הגלולה שאמא שלה לקחה. אך לא היה לה אמצעי להוכיח איזה תרופה בדיוק אמא שלה לקחה – של איזה חברה . בית המשפט יצר דוקטרינה הנקראת אחריות לפי נתח שוק: בתקופה הרלוונטית, לחברה א' היה נתח שוק של 30% לחברה ב' של 50% וכו'. וחילק בין החברות את הפיצויים לפי נתח השוק שהיה להן.

בהחלט יש להבחין בין שני מקרים:   
1. בחברות התרופות לא בטוח שכולם היו אשמים, הציידים שניהם היו אשמים, כך שהבעיה היא קשר הסיבתי, והרעיון של אחריות קיבוצית פותר את הבעיה   
2. אך כאשר יש מצב שברור שאחד היה אשם ואחד לא היה אשם כלל, מבחינת הצדק המתקן יש כאן בעיה.

שאלה: שני מזיקים גרמו לניזוק נזק אחד בלתי ניתן להפרדה, האחד, אחריותו חמורה, 80% ואילו השני אחריותו פחותה, 20% ולא ידוע מי הוא מי. האם יחול העיקרון האינדיבידואליסטי?   
ביחסים בין הניזוק למזיקים, הם חייבים יחד ולחוד, האחוזים מתחלקים בינם לבין עצמם.   
**ס.84** העוסק בשיפוי בין מעוולים, יש לבית המשפט מקום להכניס שיקול דעת בחלוקת החבות בינהם.   
פינס נ בן עמירה: אם יש ספק מי אשם באיזה חומרה, יש לחלק את ההשתתפות 50% 50 %   
יש כאן סטייה מסוימת מעיקרון האינדוודואלי אבל רק ביחסים בין הניזוקים. והטעם לכך הוא שאחרת יכול הניזוק לעשות קנוניה עם אחד המזיקים.

שאלה: ביש גדא חוטף סנוקרת מבריוני ואח"כ נדרס ע"י רוכב אופנים. מהו הדין?

אדרי נ עזיזאן: אין צורך בבו– זמניות כדי שיחובו יחד ולחוד. הקובע הוא האם באופן מעשי ביהמ"ש מסוגל להפריד בין הנזקים בצורה המניחה את הדעת.

[מלך נ' קורנהוייזר](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/973517/course/section/441142/%D7%9E%D7%9C%D7%9A.doc): אדם שהלך ברחוב נפגע בנכות של 80% ע"י שלושה כלבים. ששניים מהם ידועים בעליהם והשלישי לא ידוע.   
השאלה היא האם הנתבעים צריכים לשלם לקשיש את 100% פיצויים.   
דעת רוב: מאחר ואין את הבעלים של הכלב השלישי, והנזק אינו ניתן להפרדה עליהם לשלם 100%.   
השופטים מניחים גם את השיקולים על השולחן, מטרות דיני הנזיקין:   
פיזור נזק – בעלי ביטוח, צדק חלוקתי, השבת המצב לקדמותו, התרעה וכו, שיקולים אלו מטים את הכף לטובת הקשיש.   
השופט בך **בדעת מיעוט**: הכלבים לא פעלו יחד כי אינם יכולים לתאם תקיפה ולכן ניתן לחלק באחוזים את הפיצויים בין הנתבעים לאדם הלא ידוע והקשיש יקבל רק 2 שליש פיצויים.

**הזכות לדמי השתתפות**מקור הזכות: **ס. 84(א)**   
גובה השיפוי: **ס. 84 (ב)** "ע"פ הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו."   
מטרת השיפוי: כמטרות דיני הנזיקין + מניעת קנוניה בין הניזוק לאחד המזיקים.   
פרוצדורה:

בתאוריה קיימות 3 אפשרויות פרוצדוראליות לעשות הליך כזה:

1. שני הליכים: הליך ראשון: הניזוק מגיש תביעת נזיקין 🡨 מזיק א. הליך שני: מזיק א 🡨 מזיק ב'.   
   כלשון הסעיף: "כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק,"   
   המעוול צריך להוכיח 2 תנאים מצטברים:   
    **א**. שהוא עצמו אכן חב. הטעם לכך הוא שהצד השני לא היה במשפט הקודם ועל כן לא יכול היה להביע את ההגנה שלו. "מעשה בית דין" ביטוי המבטא את היותו של פסק דין חלוט, ולאחר התקופה בה ניתן לערער לא ניתן לעורר שוב את הדיון, אלא בנסיבות חריגות בלבד.   
    **ב**. שהמעוול השני חב גם כן.
2. הליך אחד: הניזוק מגיש תביעת נזיקין 🡨 מזיק א' וצירוף מזיק ב' ע"י הודעת צד ג'.   
   הודעת צד ג': בעת קבלת התביעה, צד ב' מודיע, כי אם יוכח שהוא חייב הוא יבקש פיצוי מצד ג'. בעצם מצרף אותו למשפט. צד ג' ינהל שתי חזיתות במשפט: אחת שמזיק א' לא חייב כלפי הניזוק. והשנייה שהלקוח שלא לא עשה דבר.
3. הניזוק תובע את מזיק א ומזיק ב ביחד, במצב כזה המזיקים מבקשים מבית המשפט לפסוק בכמה אחוזים כל אחד מהם חייב ולמעשה יקיימו בניהם הליך שיפוי.

מיהו הזכאי להשתתפות: **ס.84(א)** "כל מעוול החב על הנזק"   
פרופ' אנגלרד: אין צורך בפס"ד. המדובר הוא על חבות מהותית שביהמ"ש שדן בתביעת השיפוי יכול לקבוע אותה. חסינות דיונית לא מהווה מחסום.   
מיהו החייב בהשתתפות: ס.84(א) "כל מעוול אחר החב או שאילו נתבע היה חב על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר"  
קופת חולים נ כינרת:   
תביעת נזקי גוף שהוגשה אחרי שנים רבות, ממש סוף לפני תקופת ההתיישנות, הגישו תביעה נ קיבוץ כנרת, על טענה לרשלנות רפואית שנגרמה עקב חוסר שמירה על הייגיינה. קבוצת כינרת טענה בטענת ההגנה שלה שלא היא האחראית, אלא קופת חולים שנתנה את השירותים הרפואיים בקיבוץ. התובעת הגישה בקשה לתיקון כתב תביעה, לצרף את קופת החולים. הבקשה הזו נדחתה, מאחר ונקבע כי יש התיישנות.   
קבוצת כנרת, בעקבות כך, שלחה הודעת צד ג' לקופת החולים. קופת החולים טוענת שניסו לתבוע אותה כבר וטענת ההתיישנות נדחתה. ביהמ"ש קבע כי לא היה ניתן לצרף אותה כנתבעת, אך הודעת צד ג' כן ניתן לשלוח לה.   
שני נימוקים:   
א. תקופת התיישנות מתחילה לרוץ מעת שנולדת עילת התביעה. במקרה של התובעת נגד הקיבוץ התביעה נולדה ברגע שהיא ניזוקה. אבל עילת התביעה נגד צד ג' נולדת לאחר שהיא מחוייבת.   
ב. סעיף 84, קובע כי ניתן להגיש תביעת שיפוי גם נגד מעוול שאילו היה נתבע היה חב. כך שעל אף שבפועל לא ניתן לתבוע אותה, מאחר והיפותטית אם הייתה נתבעת הייתה חבה ניתן להוציא נגדה צד ג'.   
הכוונה לחבות במישור הסובסטנטיבי, המהותי; חבות במשפט היפותטי בו נופלות כל המחיצות הדיוניות.

**מבוא כללי לתרופות בדיני נזיקין**

פקודת הנזיקין מציעה 4 סוגי תרופות:

* + 1. פיצויים – נזקי התובע מפוצים בסכום כסף הנקבע ע"י ביהמ"ש. זוהי התרופה העיקרית והנפוצה ביותר בדיני הנזיקין.
    2. צווים – ביהמ"ש מוציא צו מוציא צו עשה או צו מניעה המחייב את המזיק להימנע מלהזיק לתובע או לסלק מפגע המזיק לתובע. ס.74 לפק.
    3. השבה בעין – החזרת נכס מיטלטלין לידי הזכאי להחזיק בו. מתקיים רק בשתי עוולות: גזל, ועיכוב נכס שלא כדין. ס.51**,** ס.55לפקודה. (זהו סוג של צו אבל מסוים.)
    4. עזרה עצמית – ("עשיית דין עצמי") סעד שאדם מושיט לעצמו בהיתר של החוק בלי צורך בערכאות. הדין מעניק הגנה למקרים כאלו, למשל ס.24(2) **ו**ס.3 לפקודה, וכן **ס.18** לחוק המקרקעין.   
       המטרה של כל התרופות האלו היא להשיב את המצב לקדמותו לולא נעשתה העוולה.

**פיצויים:**"להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו אלמלא העוולה עד כמה שהדבר ניתן"   
מטרה זו חשובה בעיקר במקרי נזקי גוף, בהם לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו.   
למטרה זו אין מקור בפקודה אך זוהי הנקודה המנחה בחישוב הפיצויים. הפקודה האנגלית השתמשה במילה compensation.   
חריגים למטרת ההשבה לקדמות:

1. **פיצויים נומינאליים**: פיצויים בסכום קטן שהניזוק זכאי להם גם כשלא הוכיח נזק בעוולות שאין בהן דרישת נזק. (פיצויים אלו מגיעים למקרה שאדם רוצה פס"ד הצהרתי, או השופט רוצה להביא לו שכר טרחת עורך דין. כאשר הוא מביא פיצויים גם על סכום נמוך הוא יכול להניב מפסק הדין פיצויים אחרים שהתובע מצפה להם.
2. **פיצויים ללא הוכחת נזק**: עפ"י ההסמכה בחוק, בד"כ עד לתקרה מסוימת. **ס.13** לחוק עוולות מסחריות, **ס.56** לח' זכויות יוצרים (עד 100,000), חוק לשון הרע, וחוק הגנת הפרטיות (עד 50,000). חריג זה מתקיים בנזקים שהם עמומים ולא ניתן להוכיח אותם, וכן להרתיע את הציבור.
3. **פיצויים לבוז:** פיצויים בסכום הנמוך מהדרוש להשבת המצב לקדמותו. סיבת הפחתת הפיצויים: התנהגותו המבישה של התובע.
4. **פיצויים לדוגמה**: ("פיצויים עונשיים") פיצויים הגבוהים מהדרוש להשבת המצב. מטרת הרתעת (הענשת) המזיק ומזיקים פוטנציאלים אחרים.   
   שיעורם משתנה בהתאם למטרה:   
   עונשי – בהתאם לחומרה המוסרית של מעשה המעוול, פונקציה אקספרסיבית.   
   הרתעתי – בהתאם לדרוש לצורך הרתעה. (לדוג', האם יש קשיי תפיסה והוכחה?)   
   פס"ד אטינגר: יש סמכות לפסוק פיצויים עונשיים במקרים חריגים. במקרה זה של רשלנות, צדק ביהמ"ש המחוזי שאין לפסוק, כך גם פס"ד מרציאנו.   
   נראה שבית המשפט מונע משיקולי ענישה ולא הרתעה.   
   (**ס.183(ג)** לחוק הפטנטים (כפל), **ס.2(ג)** לחוק מניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם. **ס.28(א)** לחוק חוזה הביטוח – ריבית עונשית. )
5. **פיצוים מוגברים**: פיצויים הנפסקים כשיש נזק שאינו נזק ממוני (כאב הסבל, פגיעה באוטונומיה, עוגמת נפש) והלוקחים בחשבון את התנהגותו הנלוזה של המזיק. בגלל ההגבלות הקיימות בפסיקה לפסיקת פיצויים עונשיים, יש שופטים שחשבו שפיצויים עונשים אין מקומם בפקודת הנזיקין, אך אומרים שכאשר באים לחשב את הפיצויים על הנזק הלא ממוני, ההתנהגות של המזיק כן משנה. (למשל אדם שנתן סטירה לאחר, ואדם שהזיז את היד ופגע בלחי של אדם אחר.)

🡨ביקורת על הפיצויים העונשיים (קנט מן): במתן פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין, אין את ההגנות שנמצאות בחוק הפלילי.

**פיצויים על נזק רכוש:**מטרה: השבת המצב לקדמותו, קרי: פיצוי על הנכס שניזוק ועל הפסד ההנאה ממנו.   
אמצעי: (שלוש חלופות)   
**א.** ירידת הערך: תשלום הפרש בין ערך הרכוש לפני הנזק וערך הרכוש אחריו.   
**ב.** הוצאות התיקון.   
**ג.** אספקת נכס חלופי: מתאים במיוחד כשהנכס אבד לגמרי.

הבחירה בין החלופות היא לפי שיקול דעת בית המשפט, מה ישיב את המצב לקדמותו בצורה הכי מדויקת. למשל, כאשר רכב עובר טוטלוס, התיקון שלו עולה יותר מלקנות רכב חדש.

בעיה: שבח בעקבות תיקון – לחובת מי?   
סיפור זה התעורר בשני פסקי דין:   
פס"ד מדינה נגד כהן:   
**עובדות:** עסקו בבית שנהרס בחלקו, מישהו החליט על דעת עצמו להרוס חלק ממבנה של מישהו ולאחר התיקון היו צריכים בית לגור איפשהו אומר המזיק- עכשיו הבית שווה הרבה יותר- בנו אותו עם קירות חדשים, צינורות מים חדשים וכו'.   
השופט בך: קובע ש'נטל' השבח בעקבות פיצוי תלוי בנסיבות: אם אין אפשרות לקנות חלקים ישנים (כמו בד"כ במכונית ובבית) אז לא שייך לנקות מהמחיר. ולכן מגיע לניזוק לקבל את מלוא הוצאות התיקון. ואם יש אפשרות- הוא צריך שהתיקון של הנזק יעשה באופן סביר.   
אם ניתן היה באופן סביר לתקן בלי לגרום לשבח – המזיק פטור. אם לא ניתן – המזיק חייב.   
מופיע גם בפס"ד עירית ת"א נ' לטרוהייז-דובר על עיירה שעשתה טעות והרסה בית שלא הייתה אמורה להרוס והוגשה תביעה בגין פיצוי, ולכן צריך לבנות אותו מחדש וזה מגיע לסכום גבוה מאד, ובעליון אמרו שהוכח שזה לא היה בית שגרו בו , היה בית נטוש, והבעלים רוב הסיכויים שתוכנית הבעלים הייתה ממילא להרוס את הבית. ולכן זה שונה מפס"ד מדינה, שמר כהן גר בבית ויש לו משפחה. לכן אצלו מגיע הבית ומלוא הפיצויים, לעומת פה בית המשפט העדיף את שיטת החישוב- מה היה שווה הבית הזה- שיטת אספקת נכס חלופי- כמה שווה הבית לפני ההריסה למרות שאף אחד לא יספק את הנכס הזה.

**הערכת פיצויים אובייקטיבית או סובייקטיבית**

פס"ד קפטה נ' לסקובסקי- מידה סובייקטיביות! עצים שנכרתו שונים בשווי שלהם עבור חקלאי במטע בהשוואה לאדם רגיל בגינתו לנוי וצל.   
 משהודה בא-כוח המערערים כי המערערים עקרו את שלושת עצי הפרי של המשיבים שלא כדין, נסב הדיון על שיעור הנזק בלבד.

בית-המשפט העליון פסק:

1. את הנזק בעוולה של הסגת-גבול במקרקעין יש למדוד לפי קנה-מידתו הסובייקטיבי של הניזק, לאמור, נזקו של הניזק הוא ההפרש בין ערכם של המקרקעין בשבילו לפני העוולה לבין ערכם בשבילו לאחריה.
2. "נזק הממון" שנגרם במקרה הנדון אינו תלוי בהפסדי רווחים בעתיד, אלא בהפסדי השקעות שבעבר.
3. בעניין שלפנינו, ההפרש בין ערך העצים לפני עקירתם לבין ערכם לאחר עקירתם הינו ערכם של העצים החיים והמניבים בשביל מגדליהם, כולל ערכם כמקור נוחות ורווחה גופנית.

הרתעה יעילה- פיצוי בגובה הנזק, יתר הרתעה- פיצוי גבוה ממה שאמור להיות.

 **לאיזה מועד תיעשה הערכת הנזק?**   
ביצוע העוולה -> הגשת התביעה -> מתן פסה"ד -> ביצוע התשלום.

בעבר: לפי מועד ביצוע העוולה. העיקרון הנומיליסטי.   
כתוצאה מהאינפלציה שדהרה במדינת ישראל, ירד ערך הפיצויים ומטרת ההשבה לקדמות נתקלה בבעיה. נוצר תמריץ למזיקים שלא לשלם ולא להתפשר.   
רפורמה שיפוטית:   
ע"א ירדניה נ. אחים עופר   
"הלכת ירדניה" – משפט מקורי כחול-לבן, הערכה לפי יום מתן פסק הדין.   
הרפורמה נעשתה לנזקי רכוש. במקרה ירדניה היא הייתה חברת לביטוח (שבהמשך פשטה את הרגל) לאור פגיעה באונייה. לאחר מכן הרחיבו את ההלכה גם לנזקי מקרקעין ונזקי גוף, אך נאמר שזה לא מוחלט.

בנוגע לנזקי מקרקעין- בפס"ד ספיר נ' אחוזת אייל- במועד בו הדירה הייתה אמורה להימסר המחירים היו גבוהים ולאחר מכן הייתה ירידת ערך דירות, התובע טען שהוא רצה לקנות את הדירה כדי למוכרה (ביזנס) ולא כדי לגור בה, לכן הוא תבע ליום ביצוע העוולה.

בנוגע לנזקי גוף- פס"ד הורביץ נ' רשות הנמלים

רפורמה חקיקתית:   
חוק פסיקת ריבית והצמדה (תיקון מס' 3): ביהמ"ש מוסמך לפסוק ריבית והצמדה מיום היווצרות העילה ועד יום הפירעון.

**פיצויים בגין נזקי גוף**

יציר הפסיקה, לא מופיע בחקיקה.

הפיצויים מוערכים לפי ראשי נזק קבועים. והסכומים הנפסקים תחת כל ראש נזק מצטרפים יחד לסכום הכולל של הפיצויים.

ראשי נזק אלו מתחלקים לשתי קבוצות:

**1. נזק ממון:** הגדרת נזק ממון בס.2נזק הניתן לשומא בכסף, ניתן למסור עליו פרטים.

* הוצאות – הוצאות רפואיות, נסיעה, עזרה וסיעוד, הרחבת דיור, רכישת מכונית וכו'
* אובדן השתכרות או אובדן כושר השתכרות.

תלויים ס.78 – מי שהיה תלוי במפרנס שנהרג בעקבות העוולה. 'גרמה עוולה למותו של אדם, והיה אותו אדם אלמלא מת זכאי לפיצויים בעקבות עוולה זו. יהיו בן זוגו, הורו וילדו זכאים לפיצויים מן האדם האחראי על העוולה'.

* פיצויים שהיה מקבל הניזוק אלמלא נהרג.
* הפסד תמיכה (על מפרנס שנהרג.)

במקרים אלו יהיו מספר תובעים, העיזבון על הפיצויים שהיו מגיעים לניזוק, והתלויים שלו על הפסד תמיכה.  
פס"ד לינדקור – גם ידועים בציבור דינם כבן זוג ולכן זכאים לפיצויים בגין הפסד תמיכה.

**2. נזק לא ממוני:** כאב הסבל, פגיעה באוטונומיה, וכו', מובא ע"י עדים בבית המשפט וכאשר ישנם מסמכים מצרפים אותם לתביעה.

* כאב וסבל, לרבות אובדון "הנאות החיים" עצם הכאב הפיזי בזמן התאונה ולאחריה.
* פגיעה באוטונומיה דעקא על עצם התחושה, הפגיעה, העלבון, הפיכת האדם לאובייקט.
* פגיעה בשם טוב
* קיצור תוחלת החיים – ראש נזק שמתעורר ב2 אפשרויות: 1. אדם נהרג בתאונה. ואז מלבד תביעת התלויים, העזבון יתבע על 'השנים האבודות'. 2. מצב בו הניזוק עדיין חי. אך המומחים אומרים שהוא צפוי למות טרם זמנו בגלל העוולה שנעשתה לו.   
  הבעיה המתעוררת היא שמפצים את האדם על שלקחו לו את החיים, אך הוא איננו, ולא יהנה מהכסף, את הכסף מקבלים היורשים שלו. באטינגר – הכירו בשנים האבודות כראש נזק.
* פגיעה בסיכוי להינשא

נפקויות להבחנה זו:   
א. מסירת פרטים. **ס.76(ב)**  
ב. התקרה שבחוק פיצויים לנפגעי ת"ד – יש בתקנות הפלת"ד (נזק לא ממנוי) קביעה תקרה של סכום מסוים (שקבע ע"י שר המשפטים) כמה אפשר לקבל על נזק לא ממנוי מכל סוג שהוא. (עמ' 247 בספר חקיקה אזרחית- תקנות שחלות רק על חוק הפלתד.) למרות שפומלית התקנות חלות רק על פלתד, ישנם שופטים שבאופן לא רישמי משתמשים בתקנות אלו בתביעות לפי פקודת הנזיקין.

ישנה חשיבות שיהיו שיטות חישוב אחידות:  
- לא ייתכן שגובה הפיצויים ישתנו בין שופט לשופט.   
- העובדה שיש ודאות ודרכים לחשב את הפיצויים מאפשרת לעורכי הדין להתפשר.

**הבחנה בין נזק מיוחד לנזק כללי:**נזק מיוחד: נזק שהתגבש עד יום מתן פסה"ד. (לדוגמא: אובדן השתכרות בעבר, הוצאות רפואיות וכו) אין צורך בספקופלציות, הנתונים קיימים וברורים.   
נזק כללי: כולל שני מצבים: 1. נזק עתידי שטרם התגבש. (אובדן השתכרות בעתיד, הפסדים עתידיים). 2. נזק לא ממוני. (כאשר אין הבחנה בין כאב הסבל לפני מתן הפס"ד לבין אחריו.

**האם צריך לתת פיצוי לפי ראשי נזק או פיצוי גלובאלי**פס"ד נעים נ ברדה – עוסק בכל השאלות שעוסקות   
תאונה בין נעים לברדה. הנפגע היה ילד שנפגע נזק רציני – 100% נכות.  
השופט ברק טוען שצריך להיכנס לפירוט של ראשי הנזק, על מנת שהנזק יראה ויהיה ניתן לבקר את הפיצויים. כאשר הנזק גלובאלי קשה לדעת מה השיקולים שהניעו את השופט.   
ברק קובע שחובה להפריד בין נזק כללי לנזק מיוחד, בנזק מיוחד חייבים להפריד, וגם בנזק כללי יש להפריד בין נזק ממוני לנזק לא ממוני, ולפרט מה השיקולים שהביאו לפסיקת פיצויים לפי כל ראש נזק.   
המנהג הוא לבסס את הפיצויים על חישוב מפורט ככל האפשרי. אבל אפשר לעיתים לעשות חישוב גלובלי. לעיתים כל ניסיון לעשות חישוב מפורט יראה שרירותי.   
מאז שיש ביטוח בריאות ממלכתי הנושא של הוצאות רפואיות מכוסה ע"י ביטוח ממלכתי עלתה השאלה האם יש לפסוק פיצויים שנכללים בביטוח.   
פס"ד בן זאב – הוצאות רפואיות הכלולות בסל הבריאות, הניזוק אינו זכאי לקבל פיצויים עליהם מהמזיק, אך עדיין ביהמ"ש פוסק סכום מסויים על הסיכוי שהוא יצטרך להוצאות שאינן כלולות בסל הבריאות. (זאת מטעם סופיות הדיון)

**פיצויים עיתיים או פיצויים חד-פעמיים**

* **עיתיים:** סכום קבוע מדי תקופה (חודש/שנה וכו')
* **חד-פעמיים:** כל הסכום במענק אחד

|  |  |
| --- | --- |
| פיצוי חד פעמי  יתרונות: | פיצויים עיתיים  יתרונות: |
| סופיות הדיון:  הקלה על העומס בבתי המשפט | דיוק בהערכת פיצויים:  הניזוק מקבל בדיוק מה שמגיע לו |
| מועיל לשיקום הניזוק |  |
| ביטחון כספי לניזוק | אין חשש שהניזוק יבזבז את כספו |

המצב בעולם:

המשפט המקובל: העדפה לשיטת הפיצוי החד – פעמי. ביהמ"ש אינו מוסמך לפסוק פיצויים עיתיים ללא הסכמת הצדדים.   
המשפט הקונטיננטלי (כגון גרמניה ואיטליה): פיצויים עיתיים הניתנים לשינוי בעתיד, אם בחובה ואם עפ"י שיקול דעת.   
סקדינבי: פיצוי בסכום החד פעמי הניתן לשינוי עם שינוי הנסיבות (אין סופיות לדיון)  
**המצב בישראל:** **ס. 6**  לחוק הפלת"ד מכניס לראשונה סמכות לפסיקת פיצויים עיתיים צמודי מדד. הפיצויים הם על הפסד השתכרות עתידי או על הוצאות עתידיות. לוקחים בחשבון מצב בו יתכן ומצב הנפגע יחמיר והסכום יצטרך לעלות, או שהנפגע ימות ואופי הפיצויים ישתנה להפסד תמיכה. האפשרות לחזור לבית המשפט נתונה לנפגע בלבד.  
ישנו סעיף גם שנותן מקום לעקוף את סופיות הדיון, למשל במקרה שאדם נפטר בפתאומיות בעקבות התאונה, או שהנזק התדרדר מאוד.   
**תקנות לעניין פיצויים עיתיים**: עמ' 248 בחקיקה אזרחית.

**התקנות:** בגין אבדן כושר השתכרות והוצאות מתמשכות בגין אחד מאלו:

* + הפסד השתכרות עתידית בשווי 40% או יותר.
  + הפיצויים ישמשו לנפגע מקור עיקרי למחייתו.
  + הפיצויים ניתנים לתלויים בנפגע שנפטר.

**פיצויים עתיים עפ"י פקודת הנזיקין:**  
אין הסמכה כללית בפקודה.   
ס.48 ב' (פרק המטרדים): ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצויים אם בתשלום חד פעמי ואם בתשלומים חוזרים.   
פרופ' ברק: "אין נוהגים בדיני הנזיקין להטיל על המזיק לשלם סכומים עתיים."  
השופט ברק: "לביהמ"ש סמכות טבועה לפסוק פיצויים עתיים אם ימצא לנכון" (נעים נ ברדה) בתנאים הבאים:  
**א**. כשהמזיק הוא מד"י או מוסד איתן אחר.   
**ב**. כשנגרם נזק גופני חמור שהערכתו תלויה בגורם עתידי מסופק וקריטי, במקרה כזה יש לקבוע במדויק את העילות לשינוי הפיצויים העיתיים בעתיד.   
  
עיזבון סעידי נ פור פסקו פיצויים עיתיים לתלויים הקטינים של אישה שנהרגה בת"ד בגין אובדן שירותי אם, על אף שלא כלול בתקנות הפלת"ד. מכוח סמכות כללית.   
עריית חיפה נ. מוסקוביץ: פסקו פיצויים עיתיים נגד העיריה והמדינה במצב בו הערכת תוחלת החיים קשה ביותר, והנפגעת זקוקה להכנסה קבועה לצרכיה.

אבישג אברהם נ בי"ח מעיני הישועה: גוף פרטי חייב להוכיח את חוסנו. ערבות של מוסד פיננסי לא מספיקה. צריך לשעבד נכס או להקים קרן שממנה ישתלמו הפיצויים.

**פיצויים 'מלאים' או פיצויים 'הוגנים'?**  
 כסף אף פעם לא יכול להשיב את המצב לקדמותו, ויש צורך להכיר במגבלות הכסף.  
פסקי דין אנגליים למשל, Lim poh choo v. Camden: בנזקי גוף הניזוק אינו זכאי לפיצויים מלאים אלא לפיצויים הוגנים, לפחות לעניין הנזקים הלא ממוניים.   
(נעים נ ברדה):  
ילד שנפגע מאד קשה, 100% נכות והשופטים אומרים שיש אפשרות להחזיר את מצבו לקדמותו. ישנו ויכוח אודות היקף הטיפול שכן גם הטיפול הכי טוב לא ישיב את המצב לקדמותו בנזקי גוף.

הבדלי העלות היו קיצוניים, הילד היה בן 9 ואם מקבלים תוחלת חיים מלאה זה המון שנים. להחזיק בבית היה הרבה יותר יקר מאשר במוסד כי היה צריך לשנות את הבית ולהעסיק מטפל אישי וכו'. מצד שני מדובר בילד שצריך לגדול בבית וזה אפילו אכזרי לשים אותו במוסד. לכן באותו מקרה גם המדינה שהייתה הנתבעת הסכימה שהפיצויים יינתנו על בסיס ההנחה שהילד יוחזק בבית עד גיל 18 אבל אחרי גיל 18 צריך לצאת מנקודת הנחה שיהיה במוסד. מבססת טענה זו על הקביעה כי נכי צה"ל מטופלים גם במוסד. נקבע כי אין להפלות בין נכה לנכה ולכן לא צריך פיצויים מלאים, מספיק הוגנים.

השופט שמגר: פיצויים הוגנים! מי שניזוק גופנית באופן קשה, צריך לספק לו את מה שדרוש כדי לקיימו באופן הוגן והולם – לאו דווקא הטוב ביותר האפשרי. וזאת כפי שמקובל בחברה, למשל לנכי צה"ל.   
השופט ברק: תומך בפיצויים מלאים**!** מגיע לניזוק הטיפול הטוב ביותר במסגרת הסבירות. (לפי היחס שבין גודל ההוצאה לבין התועלת המופקת ממנה). ברק למעשה אומר שהפיצוי ההוגן ביותר הוא המלא (מאחד בין הקריטריונים). לדעתו, עניין שיקום נכי צה"ל מקורו בחוק אחר ותקנות שונות ואין להקיש מהם לענייננו.  
ברק מכניס שיקול של עלות ותועלת. נניח שדורשים שהייה בבית וזה עולה המון כסף, מה התועלת? אם השיפור קטן ושולי זה לא הגיוני להטיל על המזיק לשלם עוד אם התועלת קטנה. אך אם הניזוק מראה כי יש הבדל עצום בהשבת מצב הניזוק לקדמותו אולי זה כן יהיה מוצדק.

**השופט אלון:** עמדת ביניים:

* + **פיצויים מלאים** ביחס לטיפולים שיש עימם סיכוי לרפא ולשפר את תפקוד הנפגע.
  + **פיצויים הוגנים** ביחס לתנאי האחזקה והמגורים השוטפים.

על פי הפסיקה לאחר פס"ד נעים, נראה שדעתו של ברק התקבלה ומשתדלים להביא לנפגע כמה שיותר פיצויים:

פס"ד סורוקה:אדם נפגע, לא היו לו הורים והכניסו אותו למוסד גריאטרי למרות שהיה צעיר.   
ביהמ"ש סבר כי זה לא ראוי, אלא מגיע לו פיצויים מלאים הדורשים להחזיקו בבית גם אם זה עולה הרבה יותר.

לא אמרו כי טיפול בבית ישפר את מצב הרפואי אלא המדובר בנוחות אולם זהו מקרה קיצוני של סביבת חיים ולכן הולכים לפיצויים מלאים גם אם זה עולה הרבה יותר למזיק.

רייך: לדעתו, העמדה של השופט אלון היא זו שהתקבלה בפסיקה.

גם ברק, שמדבר על פיצויים מלאים כן מבחין בין עלות – תועלת. הוא אומר שצריך לבחון את העלות הנוספת במונחים של עלות תועלת, אם יש סיכוי שהתוספת תסייע להשתפרות מצב הניזוק.

**נקודה חשובה:** ההלכה שנתקבלה היא שחוץ ממקרים חריגים, נשארים עם השיטה של מאזן ההסתברות, הוכחה מעל 50% של קש"ס מקבלים 100%. אך אם מיישמים את מאזן ההסתברות במקרה של פיצויים עיתיים אין זה נכון. עוסקים כאן בחישוב פיצויים לעתיד. זו מלאכה מאוד ספקולטיבית, ולכן השאלה היא לא בעצם האחריות, בקשר הסיבתי. אלא בשאלה של הערכת הנזקים.   
  
פסד חיון נ ונטורה – דיבר על אדם שהיה עובר לתאונה פקיד בבנק, אחוזי הנכות שלו הורידו לו את ההשכרות. הוא תובע ואומר שהוא בעל הכשרה להיות קצין ים, ואומר שהיו לו תוכניות לחזור להיות קצין ים, ומבקש לחשב את ההשכרות שלו לפי 12,000 שח. ביהמ"ש מקבל את הטענה לא ב100%. הוא מחשב את הסיכוי שהוא היה חוזר לים.

**אובדן השכרות וכושר השתכרות:**

הנוסחה הכללית:  
**תוחלת חיי העבודה X אחוז הנכות התפקודית X השכרות לפני התאונה או פוטנציאל ההשכרות = אובדן ההשכרות העתידית.**   
תוחלת חיי העבודה:  
גיל התחלת עבודה: 18 שנה (שנער נ. חסן) למעט חריגים.   
נעים נ ברדה: לנערים יהודים מגיל 18 עד 21 70% מהשכר הממוצע במשק. אחר כך – מלוא השכר.  
גיל סיום עבודה: בדר"כ 67 שנה, גם נשים. למעט חריגים.

אחוז הנכות התפקודית: מבטא את אחוז מוגבלותו התפקודית, כלומר הפסד השתכרותו, אך תלוי בסוג העבודה.

השכרות לפני התאונה: יש להתחשב בפוטנציאל ההעלאה וההתקדמות  
**אובד השכרות:** גם אם בפועל אין ירידה בהשתכרות אחרי התאונה יש לפסוק סכום בגין הסיכוי שיפלט מעבודתו

**אובדן כושר השתכרות:**מה עושים עם בן אדם שיש לו כושר השתכרות אך הוא לא הולך לממש אותו.

ברששת נ האאשש  
הש' שילה הגישה ה"מופשטת" – לפי היכולת העקרונית, לא הממשית. לדעתו כושר התשכרות זה כמו נכס.  
הש' ברק **בדעת רוב:**

* הגישה הממשית, בטלן שלא מנצל את כושרו אינו זכאי לפיצוי עליו.
* כאשר מחשבים פיצויים לאדם 'בטלן', יש לחשב גם את הסיכוי שבסופו של דבר הוא כן יצא לעבוד, או שיגמר לו כסף הירושה וכדו'

האם לילדים ערבים או חרדים יש לפסוק פחות פיצויים?   
מגדל נ רים אבו חנא: פעוטה בת 5 חודשים מן הכפר הערבי ריינה נפצעה בת"ד ונקבעו לה כ44% נכות. חב' מגדל טענה שאין לחשב את הפסד ההשתכרות לפי השכר הממוצע במשק, אלא לפי השכר הממוצע של נשות הכפר, שרובן אינן יוצאות לעבוד. זהו היישום של עקרון ההשבה לקדמות לפי הקריטריון הסובייקטיבי – הניזוק הספציפי שלפנינו.

בית המשפט המחוזי: פסק פיצויים גלובליים "תוך שאני מביא בחשבון את השכר הממוצע במשק, את השכר הממוצע בכפר ריינה, ואת הרקע הסוציואקונומי של התובעת"

בית המשפט העליון: אין לסטות מהערכת ההשכרות לפי השכר הממוצע במשק, משיקולי מדיניות. "אל לו למשפט לקבוע מראש נקודות מוצא שונות לקטינים שונים בישראל, אך משום השתייכותם לקבוצות אוכלוסיה שונות" כדי לסטות מכך צריך ראיות ממשיות על כישוריו והתעניינות של הנער הספציפי המתייחסות לקטין עצמו בגיל מאוחר יותר.

פס"ד ג'ון כהן: נער מארה"ב שנפגע בנכות לצמיתות בשל רשלנות מדריך בטיול. ביהמ"ש קבע:

* בית המשפט פסק לו פיצויים על מוסד לנכים בארה"ב, למרות ההפרש הגבוה במחיר לעומת הארץ – משיקולי נוחות ברורים לנפגע.
* הוכח שהנפגע היה מוכשר מאד וכי כוונתו היתה ללמוד משפטים ולהיות עו"ד כמו אביו. בית המשפט קיבל את התביעה ופסק לו פיצויים לפי השכר הממוצע של עו"ד בארה"ב (הרבה יותר מהשכר הממוצע שם).
* החברה להגנת הטבע טענה שיש להתחשב בה כיוון שהיא חברה חינוכית ופסק דין כזה יגרום לה לפשוט רגל. בית המשפט דחה זאת ואמר שההתחשבות צריכה להיות בשלב ההוצאה לפועל ולא בשלב פסיקת הדין.

בית המשפט קבע שבניזוק ספציפי כן יש מקום להתחשב ברקע שלו, אבל אין מקום להתחשב ברקע שהוא על בסיס רקע מגזרי או עדתי. לבית המשפט יש גם תפקיד ציבורי, ואינו יכול לתת פס"ד שמתיישב על רעיון שסותר את מטרת השוויון.   
הש' ריבלין: אין לקבוע מראש נקודות מוצא שונות לאוכלוסיות שונות בישראל. כדי לשנות נקודת מוצא, יש צורך בראיות ממשיות על כישוריו והתעניינות של הנער הספציפי, ביחס לגיל מאוחר יותר. (הופך את החלטת בית המשפט)- ככל הנראה, בד"כ ישתמשו בזה כדי להעלות את סכום הפיצויים ולא להפחיתו.

**תביעת התלויים: הפסד תמיכה  
ס.78:** "גרם עוולה למותו של אדם וכו" רק במוות! כל עוד הוא חי, הפסד התמיכה יתבטא בהפסד ההשכרות שלו. רק בתנאי ש''היה זכאי אותה שעה.**''**

כאשר אדם נפטר אחרי פסיקת הפסד השתכרות, אין אפשרות לחזור ולתבוע הפסד תמיכה.

**התיישנות**: אדם נפגע ויש חשש שימות. מחכים עם התביעה כדי לזכות בהפסד תמיכה במקרה וימות. יש צורך לשים לב לתקופת ההתיישנות

**הזכאים:**

* בן זוגו (לינדקורן: לרבות ידוע בציבור)
* הורו
* ילדו: אבל רק אם הייתה תלות כלכלית ובשיעור התמיכה.
* הפסיקה: גם ילד מאומץ, גם סבים ונכדים שהיו תלויים.

תביעה זו מבוססת על הפסד התמיכה, ואין היא שוללת תביעה נפרדת על נזק נפשי בהתאם לפס"ד אלסוחה.

**"אובדן שירותי אם"** תלויים זכאים גם לפיצויים בגין "אבדן שירותי אם" כשעקרת בית נהרגה, המוערכים בהתאם לעלות השירותים החלופיים: עוזרת בית, מטפלת, מורה פרטית וכו'.

פס"ד סהר חברה לביטוח נ' אלחדד- בני זוג נפגעו בת"ד ותבעו בין היתר הוצאות בגין טיפולים רפואיים בעתיד. ביהמ"ש קבע שלבני הזוג יש זכות לטיפולים חינם מתוקף חברות בקופ"ח. לכן, אין לפסוק פיצויים בגין טיפולים עתידיים אלו ולהטיב עם הניזוק מעל ל-100%. לו הקופ"ח הייתה דורשת השבת הטבה אז או שהמזיק היה משלם ישירות לקופ"ח או שהיה משלם לניזוק שהיה מחזיר לקופ"ח.

**חישוב הפסד תמיכה - שיטת הידות**

ע"פ פס"ד רותם נ' נוף:

* **הנחת עבודה:** השתכרות המפרנס שנהרג מתחלקת באופן שווה בין כל הנפשות בבית + משק הבית עצמו. כל אחד מאלה=ידה.

דוגמה: מפרנס הרוויח 20,000 ₪ לחודש. יש לו אשה ושני ילדים.   
ידה ═ 20,000/5 ═ 4,000 ₪.

1. הפסד תמיכה: 4X 4,000 ═ 16,000 ₪. (עד הגיע ילד 1 ל-21)   
   אחר כך: ידה שווה יותר 20,000/4 ═ 5,000 ₪.
2. הפסד תמיכה: 3 X 5,000 ═ 15,000 ₪. (עד הגיע ילד 2 ל-21.)  
   אחר כך: ידה שווה יותר: 20,000/3 ═ 6,666 ₪.
3. הפסד תמיכה: 2 X 6,666 ═ 13,333 ₪ (עד גיל 67 של המפרנס)

יש לחבר את כל הסכומים ולבצע **היוון.**

**השופט אילון:** אין מקום להתחשב בסיכויי האישה להינשא.

אם האישה גם מתכרת, מוסיפים את השתכרותה לסל המשפחתי.

דוגמא: הבעל הרוויח 20,00 ₪ לחודש. האישה מרוויחה 10,000 ₪  
ידה: 30,000/5 = 6,000

הפסד התמיכה: 20,000-6,000 = 14,000

**היוון**

מצב בו רוצים לשלם לאדם היום מה שאמור לקבל בעתיד. בטעות יכולנו לחשבו כי יש לחבר את כל הסכומים העתידיים ולתת לאדם אך זה לא כך כיוון שכסף מצמיח תשואה ולכן עושים היוון – **מחשבים מה הערך הנוכחי של הסכום העתידי (כולל ריביות).**

צריך לבדוק איזה סכום אם ניקח אותו היום יהיה שווה לסכום בעוד מס' שנים כאשר האדם ייצא לפנסיה. לא שווה לסכום כל חודש כפול מס' השנים אלא **הרבה יותר קטן**.

פס"ד חיימיס נ' איילון: **נקבע כי הריבית קבועה ושווה ל-3% וכך נקבע גם בקודקס החדש.**

**סוגית השנים האבודות**

עוסק בראש נזק של אובדן השכרות.

האם בנוסף הפיצוי על קיצור תוחלת החיים – נזק לא ממוני, מגיע נזק גם על נזק ממוני - הפסד השתכרות?

שיקולים נגד

* אדם חי צורך כסף ואילו מת לא. ויותר מכך, הכסף הולך לעיזבון ולא לאדם עצמו.
* אם יש תלויים צריך להיזהר שלא יהיה כפל – גם משכורת לו וגם פיצויים לתלויים.
* נימוק מדיניותי – האדם איננו, ואם הכסף הולך לעיזבון זה לא באמת מחזיר את המצב לקדמותו.

שיקולים בעד

* אדם לא צורך את כל כספו, במיוחד אם משכורתו גבוהה. יתכן ותכנן חסוך ולהוריש למשל וילדים אלה לא יקבלו ירושה כי האב מת.
* שיקול ההרתעה חזק מאד – משלמים מעט על קיפוח חיים.

**הלכת עיזבון שרון גבריאל (1982):** אין לעיזבון זכות לפיצוי על אבדן השתכרות בשנים האבודות. כתוצאה מכך נוצר מצב אבסורדי:חב' הביטוח טוענת שלנפגע יש קיצור תוחלת חיים כדי לשלם פחות, ואילו האדם צריך להוכיח שהוא עומד וחי! יתרה מזאת, יוצא שהיורשים/תלויים מפסידים תמיד – הרי אי אפשר לפסוק הפסד תמיכה כי הנפגע לא מת, ואבדן השתכרות מוגבל בזמן (עד לתום קיצור תוחלת החיים).  
יוצא מכך: אין אפשרות להבחין בין הניזוק החי לניזוק המת.

**הבעיה:** התלויים נשארים בלי כלום, לפי ס.76, אם הניזוק היה זכאי לפיצויים באותה עת. לאחר שניזוק תובע אינו זכאי לעוד פיצויים ולתלויים אין דרך לתבוע בשם העזבון על השנים האבודות שנים אחר כך.

**הלכת אטינגר (2004):** יש לעיזבון זכות פיצויים על אבדן השתכרות בשנים האבודות, גם לניזוק החי וגם לניזוק המת**.** מההשתכרות הצפויה יש לנכות את מה שהיה צורך לעצמו ולהשאיר את מה שהיה חוסך.

**פס"ד פינץ:** לרווק יש לחשב אבדן השתכרות בשנים האבודות כ30% מההשתכרות. אחרת: לפי שיטת הידות.