***א. מבוא כללי ונוסחת האחריות הנזיקית***

***1. דוגמת מבוא: מלך נ' קורנהויזר***

* שמואל מלך עשה לתומו ג'וגינג בפארק. לפתע התנפלו עליו במשך כעשרים דקות שלושה כלבים שנגסו חלקים מגופו וגרמו לו לנכות צמיתה גבוהה. הוכח, באמצעות עדי ראייה, כי לפחות שניים מבין שלושת הכלבים הללו שייכים לגב' ורדה וד"ר ריצ'רד קורנהויזר, והכלב השלישי היה, ככל הנראה, כלב רחוב. מלך מגיש תביעה נגד הזוג קורנהוייזר משום שנגרם לו נזק.
* הבעייתיות בפס"ד היא **קש"ס עמום**- אנחנו לא יודעים כתוצאה מאיזה כלב נגרם לקורנהוייזר הנזק, מה חלוקת הנזק בין הכלבים? איזה כלב התחיל? איזה כלב הזיק יותר? **השאלה המשפטית שעולה היא האם הזוג קורנהוייזר צריכים לפצות על כל הנזק? או רק על 2\3?**
* בדיון נוסף בעליון נקבע **שהזוג חייבים בכל הנזק.**
* **דעת הרוב-** זה מקרה של מעוולים בנפרד שביצעו נזק אחד שלא ניתן לחלוקה ולכן הם חייבים על כך הנזק יחד ולחוד.
* **דעת מיעוט (בך)-** מן הראוי לחתור להשגת תוצאה, לפיה ישלם המזיק על מעשיו, אך לא ישלם יותר ממה שמתחייב ממעשיו. כך שייעשה צדק עם שני הצדדים. (צדק מתקן)
* **חלוקת הנזק:** במקרה של ביצוע עוולה וגרימת נזק ע"י מספר גורמים יש להבחין בין המעוולים על מנת להבין איך לחלק את הפיצוי לנזק שנגרם:

1. **מזיקים במשותף** –שפעלו יחד לביצוע העוולה והם אחראים על כל הנזק ביחד או לחוד.
2. **מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן להפרדה**- אחראים על כל הנזק יחד או לחוד. (הזוג קורנהוייזר).
3. **מזיקים בנפרד שגרמו נזקים נפרדים** – ביהמ"ש יפצל את חלוקת הנזק. כל אחד יהיה אחראי לתשלום פיצוי על הנזק שגרם.

* ברגע שביהמ"ש רואה שהנזק ניתן לחלוקה בין המזיקים, כל מזיק יפצה על החלק היחסי שלו. ברגע שביהמ"ש מחליט שהנזק לא ניתן לחלוקה, כל מזיק ישלם את מלוא הנזק. המחלוקת בפס"ד קורנהוייזר היה אם הנזק ניתן לחלוקה או לא ניתן לחלוקה.

***2. דוגמת מבוא: פס"ד קרישוב***

* קרישוב חלה בסרטן הלימפומה. יצחק הוא פנסיונר, שעבד משך שנים רבות במוסך של קיבוץ מעין צבי בטיפול ובהחלפה של רפידות של בלמים . עורך-דינו מברר ונוכח לדעת כי בשנים האחרונות התפרסמו כמה וכמה מאמרים בכתבי עת יוקרתיים המצביעים על אחוז תחלואה גבוה בסרטן הלימפומה ובסרטן בכלל מקרב מי שבאו במגע עם אסבסט, שהוא חומר המצוי ברפידות הבלמים. מחקרים אחרים מצביעים על כך שאין קשר הכרחי. לאחר בדיקה שערך, מצא כי משך השנים עבדו בתפקידו של יצחק 14 פועלים במוסך, כולל יצחק עצמו, ומתברר כי 6 מהם, כולל יצחק, חלו בסרטן מסוגים שונים.
* האם הוכחתו של **קשר סיבתי עובדתי** בין חשיפה לחומר מסוכן לבין המחלה בה לקה התובע היא בעיקרה שאלה שבמומחיות מקצועית שההכרעה בה תיעשה בהתבסס על ראיות מדעיות בלבד או שמא ההכרעה יכולה להתבסס על הערכה שיפוטית של מכלול הראיות הנסיבתיות המובאות בפני בית-המשפט אף **בהעדרן של הוכחות מבוססות בעולם הרפואה והמדע**?
* **במשפט האזרחי רמת ההוכחה הנדרשת היא מעל ספק סביר ולכן מספיק שיש קשר נסיבתי של היזק ניתן להכריע כי דבר גרם לדבר אחר ולהטיל חובת פיצויים על הצד המזיק.**

***3. נוסחת האחריות הנזיקית הבסיסית***

* עוולה- במעשה או במחדל
* נזק- גופני, נפשי או רכושי.
* קש"ס- עובדתי: אלמלא. ומשפטי: צפיות **(לסוג הנזק ולא להיקפו- פס"ד ברדה + צפיות לגולגולת דקה – פס"ד רינגר)**

***4. מיקום העוולות***

* פק"נז, פלת"ד, חוק אחריות למוצרים פגומים, חוק איסור לשון הרע, חוק הגנת הפרטיות, חוק הטרדות מיניות.

***5. הסעד המבוקש***

* **פיצוי**- פיצוים ניתן לתת על העבר ההווה והעתיד. (פיצוי עתידי יכול להיכנס למטרה של הרתעה בדיני הנזיקין). ביהמ"ש יכול להחליט שהוא נותן פיצויים עונשיים שהם עד פי 9 מגובה הנזק האמיתי בדר"כ במקרים בהם יש פן פלילי במעשה.
* **צו מניעה**- צו שתמנע מלעשות את מה שאתה כבר עושה ומעוול או לחלופין, מטריד. ניתן לתת צו מניעה על ההווה, משהו שקורה עכשיו או לחלופין צו מניעה יחסי - לפעילות בשעות מסויימות או בתקופת זמן מסוימת. או צו מניעה לעתיד- על נזק עתידי.
* **צו עשה**

***6. מטרות דיני הנזיקין***

* **פיצוי:** הפיצוי כמטרה, ולא רק כאמצעי. יש לפצות אדם שניזוק. ישנה מטרה חברתית לפיצוי הנזק כדי לא להשאיר את הנפגע מאחור. במידה והמזיק לא יוכל לשלם, תשלם המדינה (לדוג' תאונת פגע וברח). יש מקרים בהם המחוקק גובה מס פיצויים אשר צריכה לשלם חברה מזיקה (לדוג' סיגריות) אשר מגיע לקרן הפיצויים של המדינה.
* **צדק מתקן:** השבת המצב לקדמותו. מטרתו לתקן נזק שגמרה העוולה. לרוב ע"י פיצוי. לפי אריסטו ישנם 3 תנאים למימוש הצדק המתקן: המזיק הוא זה שישלם, הניזוק הוא זה שיקבל את הפיצוי, והפיצוי יהיה בגובה הנזק.
* **צדק חלוקתי:** עשיית צדק ביחסים בין קבוצות בחברה. זהו עיקרון חברתי. הרעיון מאחורי הצדק המחלק הוא חלוקת עוגת החלוקה המצרפית מחדש לטובת הצד החלש יותר.
* **הרתעה יעילה:** המטרה היא צמצום התאונות והפחתת עלויות התאונות שכבר קרו.
* פיצוי וצדק מתקן הן **מטרות שמתרכזות בצדדים**. וצדק חלוקתי והרתעה יעילה הן **מטרות אינסטרומנטליות**. כלומר, מטרות ש"מנצלות" את דיני הנזיקין ככלי למימוש מטרות חברתיות.

***7. שיקולים משלימים***

* **כיס עמוק - הנטייה להטיל את האחריות על האדם שביכולתו לשלם.** בדיקה הכוללת למי מהצדדים יש משאבים גדולים יותר (כיס עמוק יותר) בעיקר לנתבע, האם יש לו מאיפה לשלם**. יש נטייה לנסות ולבקש פיצוי עיתי אם אתה עומד מול כיס עמוק**- רק בהנחה שהניזוק חושב שזה טוב ורוצה את זה. פיצויים עיתיים- כדי להבטיח למישהו שיקבל תשלום עיתי לכל ימי חייו, צריך להבטיח שמי שישלם זאת הוא כיס עמוק. ההיגיון אומר שפיצוי עתי לא יוטל על אדם פשוט מכיוון שלא נוכל להבטיח שיעוד בכך, שלא יפשוט רגל למשל.
* **הצפת בתי המשפט**- לא רוצים לגרום לעומס בתי המשפט בתביעות שלא מספיק מוצדקות. תביעות שיש חשש שאם יתקבלו יוגשו בהמוניהם יכולות להידחות. שיקול מנהלי (למשל טענת התביעה בפס"ד גורדון).
* **מדרון חלקלק -** פתיחת פתח לתביעות קטנות. אם נכיר בתביעה הזאת יש סכנה שבהמשך בית המשפט יכיר בתביעות במקרים יותר קלים. לדוג': **פס"ד אמין.**
* **פיזור נזק- יש רצון שהנזק לא ייפול על צד אחד**. כלומר, למצוא את האפשרויות השונות שבהן ניתן לפזר את הנזק. דוגמא קלאסית לכך היא **ביטוח או ביטוח פנימי (כמו העלת מחיר מוצר)**. דוגמא נוספת היא **"אשם תורם"** - המזיק אינו המשתתף היחיד בנזק אלא גם הניזוק.
* **שיקולים כללים של מדיניות משפטית-** השופט יכול להשתמש ברציונליים שונים על מנת לקבל או לדחות תביעה.עולה **בפס"ד גורדון**, בית המשפט לא רוצה שעובדי ציבור יהפכו לאדישים**.**
* **פס"ד גורדון**
* גורדון מכר את מכוניתו לפלוני, והעברת הבעלות נרשמה במשרד הרישוי. לאחר יום ההעברה, וכשהמכונית כבר לא הייתה אצל המשיב, הוא החל מקבל מעיריית ירושלים כתבי-אישום (דו"חות) בגין עבירות קנס, שנעברו על­ ידי בעל המכונית. את שני הדו"חות הראשונים שילם, אם כי העבירות לא נעברו על-ידיו.לאחר מכן הוטלו על המשיב קנס בעקבות דו"ח נוסף וצו מאסר עקב אי-תשלום הקנס ודמי הפיגור. המשיב נעצר ושוחרר רק לאחר ששילם את הקנס. **גורדון תבע על נזק נפשי טהור מסוג של אי-נוחות (הטרדה גרידא).**
* בין שאר טענות ההגנה של הרשות המקומית, היו **שיקולים משלימים של מדיניות משפטית** שלפיו לו יכיר בית המשפט בנזק נפשי טהור במקרים כאלה, יביא הדבר לריפוי ידיהן של הרשויות, וכן **להצפת בתי המשפט** על ידי תביעות רבות מצד כל אזרח שרואה עצמו נפגע מהחלטה של רשות שעשתה לו עוול, ומטעמים אלה יש לדחות את התביעה.
* ברק: בוחן שיקולים של **מדיניות משפטית** כמו החשש שמא תתקבל התביעה וכתוצאה כמך תהסס רשות האכיפה לפעול באופן יעיל ותפעל באדישות וריפיון ידיים. החשש השני כי כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות התובעת ,תוך שנהיה עדים להצפה בתביעות ובתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם (**הצפת ביהמ"ש).** לבסוף הולך לפי **עיקרון השוויון-** המחייב הטלת אחריות ברשלנות על פי אותן אמות מידה כמו על הפרט. הדבר יביא לנקיטת אמות מידה ונהלים, אשר יבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול התביעה.
* תוצאה: הערעור נדחה.
* הדיון במדיניות משפטית מגיע לרוב מתוך **עוולת הרשלנות,** מכיוון שהיא מאפשרת להתחשב בשיקולים חיצוניים.
* החידוש הגדול של פס"ד גורדון**: החשבת הטרדה גרידא כנזק נפשי בר פיצוי.**
* **פס"ד זייצוב נ' כץ**
* בני זוג רצו להביא ילד לעולם. הייתה היסטוריה של מחלות גנטיות במשפחה, ולכן הם חששו מן ההיריון הצפוי. הם ביקשו חוות דעת מרופאה, יועצת גנטית, לגבי הסיכוי שהילד שייוולד יהיה פגום עקב הבעיות הגנטיות. הרופאה הרגיעה אותם שאין מקום לחשש. האישה נכנסה להריון ונולד ילד פגום, בעל נכות 100% ופיגור קשה, בהתאם לאותו פגם גנטי. הסתבר שהייעוץ של הרופאה היה רשלני. **העילה לתביעה הייתה הולדה בעוולה.**
* בפסק הדין זייצוב נקבע כי **אין מניעה להכיר** **בעילת תביעת ההורים - עילת ה"הולדה בעוולה" - במסגרת עוולת הרשלנות ובהתאם לעקרונות נזיקיים רגילים**. המחלוקת בפסק הדין ניטשה סביב עילת התביעה של הילד, כאשר **בדעת רוב הוכרה גם עילת "חיים בעוולה".** מדובר בפסיקה בעייתית מאוד כי הערך המוגן ביותר במשפט הוא קדושת החיים ושלמות הגוף. על כן, איך ניתן להתייחס לילד שנולד כנזק?
* קושי ערכי זה נפתר עם **פס"ד המר נ' עמית**. ניתן לראות שהופעלו פה שיקולי מדיניות משפטית- בחנו את מדיניות המשפט בשאלה המוסרית האתית האם ניתן לתבוע מול קדושת החיים שחשובה ביותר משפטית?
* **פס"ד המר נ' עמית**
* מדובר על ילדה שנולדה ללא כף יד, לאחר שפספסו זאת באולטרסאונד. ביהמ"ש העליון הפך את הלכת זייצוב **וביטל את "חיים בעוולה".** **תוקפה של "הולדה בעוולה" כלפי ההורים נשאר**, והורחב הן מבחינת נזק ממוני (הוצאות עד לסוף תוחלת חייו) והן מבחינת נזק לא ממוני (סבל של ההורים, פגיעה באוטונומיה).
* **"הריון בעוולה"**
* **היריון בעוולה** עוסק במצב בו הילד נולד בריא אבל **ההיריון עצמו לא רצוי**. למשל, מצב שבו אישה מבצעת קשירת חצוצרות - אבל ההליך לא מתבצע כראוי והאישה נכנסת להיריון בכל זאת.
* הנטייה בעולם היא לא לקבל תביעות על היריון בעוולה זאת מכיוון שבעייתי לקרוא לילד בריא נזק. הפתרון הוא שהילד הוא לא הנזק, אלא **הוצאות הטיפול בילד** הינם הנזק שתובעים מהרופא הרשלן.
* בין טענות ההגנה יטען הרופא שהאושר שמביא הילד צריך לרדת מהפיצוי. **הפתרון בעולם תובע על החזקת ותחזוקת הילד, על ההוצאות עליו. לכן נפחית את האושר.** (מזכיר את מה שנעשה בפינץ' על אובדן השתכרות).
* הריון בעוולה הינו תביעת ההורים ולא תביעת הילד (כי הוא בריא).

***8. ההיסטוריה של דיני הנזיקין***

* **גישה 1: נזיקין הגיעו מחוזים**
* השופט בארה"ב, בימי קדם, הגיע על סוס למקום ושמע את התביעות. התביעות היו מכוח חוזים שאנשים עשו אחד עם השני. התחילו להגיע מקרים לשופטים של נזקים שלא הייתה עליהם חובה, כלומר, נזקים לא מכוח חוזה. לכן **קמה "חובה משתמעת/ מכללא"-** מכלל הנסיבות ניתן להבין שיש חובה. לאור ריבוי המקרים והקשיים שנערמו, התפתחה מערכת של המשפט הנזיקי. בגדול עדיין קיים קשר בין דיני החוזים לדיני הנזיקין:

1. **חובת זהירות בעוולת הרשלנות** **– "מה ששנוא":** חובה להיזהר שלא להזיק או להימנע מלהזיק. אנו מבינים שחובה זו הגיעה מדיני החוזים- כמו למשל חובת זהירות בחובה עבודה.
2. **עוולת גרם הפרת חוזה (פק' הנזיקין ס' 62)-** מי שביודעין וללא צידוק גורם לאדם להפר חוזה מחייב בינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל לקבל פיצויים בעד העוולה אלא אם סבל ע"י כך נזק ממון. העוולה דורשת יסוד נפשי. בדר"כ בדיני הנזיקין אין יסוד נפשי.
3. **תו"ל בדיני חוזים (ס' 39, 61ב) –** ס' 61 מאפשר להקיש עקרונות מדיני החוזים החוצה אל תוך דינים אחרים (גם לנזיקין).

* **ההבדל המרכזי הוא שדיני הנזיקין מסתכלים על העבר לעומת דיני החוזים המסתכלים על העתיד.** עוד הבדל הוא שבדיני חוזים אין אשם. בנזיקין ניתן להגיד שיש **סוג של אשם** או הפרה של חובה משתמעת (תיוג של רשלן למשל).
* **גישה 2: נזיקין הגיעו מעונשין**
* במשפט פלילי לא חייב להיות ניזוק כמו למשל בעבירות סמים, במשפט פלילי העבירות יכולות להיות התנהגותיות ולא חייב להיווצר נזק. עבירות שלא גורמות נזק לאדם ספציפי בהכרח, אלא נזקים שגורמים לנזק למדינה ולחברה ככלל. ישראל היא בין המדינות הבודדות בעולם שיש בה חוקים המתייחסים לנפגע העבירה- ועדיין הרוק צר מידי ולא נותן מספיק מקום לנפגע. במהלך השנים, מתוך הבנה שלא ניתן להוציא את הקורבן מהתמונה ולהשאירו ללא פיצוי הולם, התפתחו מנגנונים שונים שבאו להעמיד את נפגע העבירה במצב שבו היה טרם העבירה**. משם צמחו לאט לאט דיני הנזיקין כחלק ממתן סעד גם לנפגע עצמו. ניתן לזהות שרידים לכך בחוק:**

1. **ס' 88 לחוק העונשין** - עוולה שהיא גם עבירה, ממשיך את המגמה שבוחרת להתמקד גם בקורבן העבירה, וקובע כי במקום שבו המעשה מהווה גם עבירה פלילית, זה לא יהווה מחסום בפני נפגע העבירה לפיצויים מכוח דיני הנזיקין. **(למשל נהיגה ללא רישיון).**
2. **ס' 77 לחוק העונשין, פיצוי במסגרת ההליך הפלילי-** ניתן לתת לנפגע העבירה פיצוי על הנזק שנגרם לו. אמנם ההחלטה היא בידי השופט ולא ניתן לדרוש את הפיצוי.
3. **ס' 42 א(א) לפקודת הראיות -** הכלל הוא שביהמ"ש פוסק לפי מה שעניו רואות. ביהמ"ש אזרחי חייב לראות את הראיות ולהכריע לבד. (בגלל זה ערעורים הם על נושא משפטי ולא על העובדות). ס' 42א(א) נותן חריג לכלל- בנסיבות מסוימות ניתן להעתיק את הראיות והממצאים ממשפט פלילי למשפט אזרחי.
4. **ס' 77 לחוק בתי המשפט: סמכות אזרחית נגררת לפלילים**- הסעיף מאפשר לנפגע העבירה להגיש תביעת נזיקין על עבירה פלילית לביהמ"ש פלילי. לכאורה יש כאן יתרון- ביהמ"ש כבר דן בנושא והרשיע, רוב הסיכויים שיינתן פיצוי נזיקי. מנגד החיסרון הוא שביהמ"ש הפלילי לא מומחה בנזיקין.
5. **פיצויים עונשיים-** על מעשה זדוני. יסוד נפשי שמקבל משמעות בתוך דיני הנזיקין.

***9. משטרי אחריות***

* **משטר של רשלנות**- מבוסס על אשם. יש לקחת בחשבון גם אשם תורם. עולה בקנה אחד עם מטרות הצדק המתקן.
* **משטר של אחריות מוחלטת** – מזיק ישלם אם נגרם נזק וגם אם הוא לא אשם. עולה בקנה אחד עם מטרות ההרתעה.
* **השוואה בין רשלנות לאחריות מוחלטת (דוג' הרכבת והגיצים)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **רשלנות** | **אחריות מוחלטת** |
| **אחריות נזיקית** | רק על מי שאשם | על כל מזיק שהוא |
| **אחריות הניזוק** | אם יש אשם תורם | אף פעם |
| **הרתעה** |  | מעודדת יותר הרתעה. יש חשש להרתעת יתר ולפיכך הבאה של המזיק למצב של אדישות- כי הרי לא משנה מה הוא יעשה הוא מחויב לשלם ולכן לא ישקיע הוצאות מניעה. |
| **צדק** | משטר צודק יותר. רק מי שאשם הוא זה שישלם. | יש תחושה של אי-צדק |
| **הפחתה של רמת הפעילות** | לא אמור להפחית את רמת הפעילות. המזיק יכול לחשב ולתכנן את הפעילות כך שלא תזיק או תזיק פחות ולא יישא באחריות אם אינו אשם. | מפחית יותר את רמת הפעילות. ששל שמזיק יפעל פחות הוא יזיק פחות ולפיכך ישלם פחות. **יש מקרים בהם לא נרצה שתרד רמת הפעילות כמו בבתי חולים**. אם הפעילות היא חיובית לחברה הורדת הפעילות היא חיסרון. |
| **מידת ההוכחה\זמן שיפוט\התדיינות** | תהליך ארוך יותר ומידת ההוכחה היא כבדה יותר- צריך להוכיח עוולה, נזק וקש"ס. | תהליך קצר יותר צריך להראות רק נזק וקש"ס. |

* ***משטרי ביינים:***

1. **אחריות חמורה**- אחריות מוחלטת עם אשם תורם. למשל, חוק אחריות למוצרים פגומים.
2. **אחריות מוגברת**- היפוך נטל ההוכחה (לדוג' – **נזק ראייתי- ס' 41 לפקנ"ז).** המשחק בנטל ההוכחה הוא משמעותי. להוכיח ש"לא התרשלת" הוא נטל קשה. כאשר מעבירים את נטל ההוכחה על המזיק הסיכויים קלושים שיצליח להוכיח את חפותו.

***10. מהי עוולה?***

***11. מעשה ומחדל***

* עוולה יכולה להתבצע במעשה או במחדל.
* דוגמת רשלנות רפואית או תאונת דרכים מול אי כיסוי בור. במה הנתבע פעל לא טוב, לא פעל מספיק או לא פעל כלל היכן שהיה צריך לפעול.

***12. עוולות מסגרת ועוולות פרטיקולריות***

* עוולות מסגרת- רשלנות + הפרת חובה חקוקה: **חלות באופן עקרוני על כל סוגי ההתנהגויות.** עוולות המסגרת (ורשלנות בפרט) נתונות לשיקולים משלימים.
* דוג' לעוולה פרטיקולרית- עוולת התקיפה, עוולה הנגישה ועוד.

***13. מהו נזק? גופני רכושי ונפשי***

* **פס"ד גורדון**
* ניתן לתבוע ברשלנות גם על נזק שאינו ממוני (=הטרדה נפשית במקרה דנן).
* כדי למדוד את מרחב הסיכון בחובת הזהירות ביהמ"ש ייעזר בשיקולי מדיניות.
* על אדם סביר מוטלת החובה לצפות את התרחשות הנזק הלא ממוני במסגרת עוולת הרשלנות ובעיקר את הנזק הנגרם במעגל הראשוני.
* **מה נחשב נזק ומי נחשב ניזוק**
* הרבה פעמים התשובות ייגזרו מהמטרה (למשל מטרת הרתעה- נרחיב את הפירוש לנזק וניזוק).
* נזק ראייתי= נזק שלא ניתן להוכיח. (מקרים של רשלנות רפואית)
* פגיעה באוטונומיה= עצם הפגיעה באוטונומיה נחשבת לנזק. (פס"ד דעקה).

***14. ראשי נזק ממוניים וראשי נזק לא ממוניים***

* **סוגי ראשי נזק**
* מכל נזק ניתן להגיע לכל ראש נזק.
* **ראשי נזק ממוניים= פיצויי הוצאות + פיצוי על אובדן השתכרות.** (ניתן לחשב באופן פשוט ע"י קבלות).
* **ראשי נזק לא ממוניים= כאב וסבל (כולל גם צער) + אובדן הנאות החיים + קיצור תוחלת חיים.** (נדרש לכמת אותם בכסף).
* ככל שיש יותר ראשי נזק נפרדים כנראה פסיכולוגית יינתן יותר פיצוי. יש ויכוח בפסיקה על ראשי נזק שונים אם הם עצמאיים.
* **ראש נזק מסוג הוצאות (רפואיות)**
* המחלוקת על סכום הפיצוי בראש נזק זה מתעוררת מכיוון שיש 2 סוגי טיפולים- טיפול ביתי וטיפול בביה"ח.
* בשנות ה-80 שררה ההלכה לפי **פס"ד מוסקוביץ'** שאמרה שיש לפצות בסכום של טיפול רפואי במוסד רפואי.
* **פס"ד סורוקה** שינה את ההלכה וקיום, אם יוכח שהטיפול הביתי עדיף לניזוק, יצטרכו חברות הביטוח לשלם עליו.

***15. ראש נזק ממוני מסוג אובדן השתכרות***

* **הערכת השתכרות לעתיד**
* הבעיות בראש נזק זה: אובדן השתכרות לעתיד.
* מקבלים אובדן השתכרות לילד מגיל **21** ולילדה מגיל **20.**
* תחילה נבדוק אם קיימת **נכות תפקודית** שפוגעת בהשתכרות לעתיד, להבדיל מנכות רפואית.
* **הכלל הוא ללכת לפי השכר הממוצע במשק אלא אם יש אינדיקציות אחרות.**
* **הערכת השתכרות לעתיד במקרה של החלפת עבודות**
* **פס"ד חיו נ' ונטורה:** חייל נפגע בתאונת דרכים. הוא דורש פיצוי על אובדן השתכרות בעת התאונה היה חייל בצה"ל בחיל הים בתפקיד ימי אך עשה מאמצים לעבור לשירות ביבשה. בעת הדיון בתביעה הוא מצא תעסוקה קבועה כפקיד בבנק והוא טוען כי ללא התאונה היה עובד כימאי על ספינה. המחוזי קבע שהסיכוי שהיה חוזר לעבוד כימאי הוא 33% לכן פיצה אותו בסכום של 3\1 מהפרש המשכורות. השופט בך: **ביהמ"ש יכול לפסוק אובדן השתכרות לעתיד על בסיס הסתברות. ביהמ"ש קבע שהניזוק הצליח להוכיח ב33% שהיה עובד כימאי ולכן מגיע לו פיצוי של כ3\1 מהפרש המשכורות בין ימאי לפקיד בנק.**
* **הערכת השתכרות לעתיד במקרה של ילד ניזוק**
* **פס"ד אטינגר:** ילד בן 12 שנפל לבור שיפוצים פתוח בירושלים ומת. העיזבון שלו דורש פיצוי בגין אובדן השתכרות לעתיד. ריבלין קובע שאפשר לחשב אובדן השתכרות לעתיד גם באין אינדיקציה לכמה היה מרוויח- **לפי השכר הממוצע במשק (החל מגיל 21).**
* אובדן השתכרות לעתיד **יינתן גם למי שמת!!** (פס"ד אטינגר).
* **פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות**
* עד פס"ד אטינגר, **הייתה הלכת גבריאל שאמרה שפיצוי בגין אובדן השתכרות ניתן רק לאדם חי ואדם מת לא זכאי לפיצוי בגין ראש נזק זה.**
* ריבלין פס"ד אטינגר שינה את ההלכה. אם נסתכל על אובדן ההשתכרות כיכולת\כושר השתכרות ולא אובדן השתכרות בפועל אז נוכל לזכות בפיצוי גם אדם מת (על בסיס העיקרון שלא הגיוני שיהיה זול יותר להרוג מלפצוע). אחרי הלכת אטינגר הביטוח צריך להיערך מחדש והוא יצטרך לשלם לעיזבון על השתכרות בשנים האבודות.
* ההלכה נכנסה מעכשיו לעכשיו וחברות הביטוח יכולות להיכנס לעול כלכלי. מה הן יכולות לעשות? בקשת דיון נוסף, בקשה מהפקח לשנות את הפרמיה לסכום גבוה יותר, לקדם חקיקה שתאפשר תקופת מעבר. חברת הביטוח לא נקטה אף אחת מן הדרכים המוצעות.
* הפתרון של הביטוח: **היוון= הורדה של אחוז מסוים מסכום הפיצוי (המשתווה לסכום הריבית שהיה משלם הניזוק כל חודש אילולא היה מקבל את הסכום בבת אחת)**.
* **חישוב הפיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות**
* **פס"ד פינץ**'- העיזבון של פינץ' דורש את החלת הילכת אטינגר. הראל חברה לביטוח טוענת שיש לדון בהפחתת ההוצאות שהיה הניזוק מוציא. ביהמ"ש מסכים עם חברת הביטוח וקובע חזקה: **אדם מוציא 2\3 מהמשכורת שלו. דהיינו, הניזוק המת יקבל 3\1 ממה שהרוויח** (ואם זה ילד, יקבל 3\1 מהשכר הממוצע במשק).
* כל צד יכול לנסות **להפריך את החזקה** שנקבעה בהלכת פינץ- ע"י כניסה לעו"ש, או מנגד בטענה שהמנוח היה קמצן.
* יש בעיה עם החזקה שקבע ביהמ"ש- עכשיו חברות הביטוח נהנות מסכומים שהיה המנוח אמור להוציא על עצמו. אפשר לענות על כך ב-2 כיוונים:

1. אם נלך בגישה כלכלית זו לא בעיה- כל עוד מגיעים לנק' אופטימום זה בסדר. הלכת אטינגר גרמה לכך שהפרמיות של כולם יעלו ולכן צריך לאזן אותה וליצור פתרון יעיל כלכלית.
2. לולא הלכת פינץ' היינו נשארים עם אטינגר- לפי אטינגר מי שהיה מפסיד הם רוכשיי הביטוח והפרמיות לכן בעקיפין מי שמרוויח מכך שהכסף נשאר אצל חברות הביטוח הוא הציבור.

* **השתכרות בפועל או כושר השתכרות**
* **פס"ד ברששת-** המקרה הוא התנגשות של שני אוטובוסים. המערערת הייתה על אחד האוטובוסים ונקבעה לה נכות צמיתה. טרם לתאונה היא חיה מכספי משרד הסעד. ביהמ"ש המחוזי קבע שלא מגיע לה פיצויים על אובדן השתכרות כי כלל לא עבדה. בעליות הוצגו 2 גישות:

1. **הגישה של השופט שילה: הגישה "המופשטת"-** גישה זו מסתכלת על כושר ההשתכרות כנכס בעל פוטנציאל. לא חייבים בהכרח שהיא תעבוד ברגע זה אלא יש לבחון אם יש סיכוי שהייתה מממשת את הפוטנציאל שלה להשתכרות. גישה יותר סוציאלית. לפי גישה זו לא יהיה כמעט מצב שאדם לא יקבל פיצוי.
2. **הגישה של ברק ולנדוי: הגישה "המוחשית"-** מסתכלים אם אדם **עבד בפועל** לפני התאונה.אם היא עבדה לפני התאונה יש סיכוי מעשי שתעבוד לאחריה.כלומר, **אם מטעם זה או אחר הניזוק אינו מנצל את יכולתו בהווה ובעתיד, אין כל פגיעה בכושרו, שכן הוא לא מנוצל הלכה למעשה**. ברק דוחה את הגישה המופשטת כיוון שגישה זו מפצה ניזוק על נזק שלא התרחש ולא יתרחש בעתיד – אין גישה זו עולה בקנה אחד עם מטרת הפיצויים וצדק מתקן = החזרת המצב לקדמותו. שהרי פיצויים לאדם שלא עבד ולא היה עובד לולא התאונה, תעמיד אותו לאחר התאונה במצב טוב יותר מאשר המצב בו הוא היה לולא התאונה.

* **ברק קובע כי יש סיכוי, למרות שהוא קטן מאוד, שתחזור לעבוד בפועל ולכן פוסק לה פיצוי מצומצם יחסית.**
* **סיכום ההלכה:** קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו, לביןמה שהיה משתכר אלמלא המום. **השתכרות הניזוק טרם לתאונה היא אינדיקטור חשוב היכול להצביע כיצד היה משתכר בעתיד אלמלא התאונה**. אם ניזוק לא השתכר טרם לתאונה יש לבחון, לפי הגישה המוחשית, עובדתית אם יש סיכוי שאדם יצא לעבוד. **צריך להתחשב בכל סיכוי שהוא! גם פחות מ50%! ולפסוק את הפיצוי בהתאם.**
* **חריגים להלכת אטינגר (שכר ממוצע במשק)**
* **פס"ד ג'ון כהן:** הניזוק הוא תושב ארה"ב כבן 17 שנפגע שעה שהחליק בטיול שאורגן ע"י החברה להגנת הטבע וחברות נוספות בביקורו בארץ. השופט לוין: **יש להחריג את החזקה באשר לפיצוי לפי השכר הממוצע במשק לגבי אנשים שיש אינדיקציה ספציפית לגביהם.** האינדיקציה מופנית פחות לכישורים האישים של ג'ון ויוותר לסביבה שלו- למצב הסוציו-אקונומי שלו ושל משפחתו ולכך שיש לו משפחה שתידחף אותו להגיע להישגים.
* **פס"ד רים אבו חנא**: רים נפגעה בת"ד בהיותה תינוקת בת 5 חודשים, לאור הלכת אטינגר הקיימת פסק המחוזי לרים פיצוי גלובלי לפי השכר הממוצע במשק. חברות הביטוח טוענות שצריך להוכיח מסכום הפיצוי בשל כך שהרים חיב בכפר בה אחוז הנשים המשתכרות הוא אפסי. ריבלין: יש לבחין בין **2 סוגי קטינים**- אלה שקרובים לתקופת הילדות ואלה שקרובים לתקופת הבגרות, כמו ג'ון כהן יכול להיות שאם רים הייתה קרובה יותר לגיל 17 היינו לוקחים בחשבון את המצב הסוציואקונומי שלה, אך מכיוון שלא כך, יש לתת לכל אדם לכתוב את סיפור חייו ואסור לעשות הבחנות על רקע מצב סוציואקונומי נמוך.

***17. ראש נזק לא ממוני- כאב , סבל וצער נפשי***

* **סרבנות גט**
* **דוג' פיצוי בגין סרבנות גט: פס"ד כ.ש. נ' כ.פ** – התקבל פיצוי בגין ראש נזק של כאב וסבל בעוולת הרשלנות. בעוולת הרשלנות ניתן לתבוע גם על מעשיים מכוונים (פס"ד אמין). יש דיון האם אפשר לתבוע גם מכוח הפרת חוקה חקוקה (פס"ד של ביה"ד הרבני ברמה של חיוב).
* **אובדן הנאות החיים- פיצוי על שירותי לווי**
* **פלוני נ' מגדל:** ביהמ"ש המחוזי פסק פיצוי עבור שירותי לווי בנזק הממוני. ריבלין: לא רוצה לתת פיצוי על דבר לא מוסרי בעליל, אבל מכיר בכך שיש נזק ממשי. לכן הוא מכניס את הפיצוי על מתן שירותי לווי **לפיצוי הלא ממוני** בתור אובדן הנאות החיים.

* **הגבלה על פיצוי בחוק אחריות למוצרים פגומים:** פיצוי על נזק לא ממוני לא יעלה על 50 אלף ₪.
* **הגבלה על פיצוי בפלת"ד:** פיצוי על נזק לא ממוני לא יעלה על 100 אלף לירות.
* **תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים**: אין צורך להכיר את פרטי התקנות אלא רק את העובדה שיש בהן תקרה על נזק לא ממוני.

***18. ראש נזק לא ממוני מסוג אובדן הנאות החיים***

* **אבדן הנאות החיים**
* **פס"ד אגבבה:** ילד בעל צרכים מיוחדים טבע בבריכת השחייה אליה הגיע במסגרת הקייטנה, מהבריכה הוא הוצא שהוא מחוסר הכרה ו-10 ימים לאחר מכן הוא נפטר בביה"ח. ריבלין: האם ניתן להכיר בראש נזק של אובדן הנאות החיים כראש נזק עצמאי כשמדובר בניזוק חסר הכרה? **לדעת ריבלין, כן**. אמנם הוא קובע כי הפיצוי שניתן הוא ראוי ולכן לא מתערב בשיעור הפיצוי. *הדבר נשאר בצריך עיון ולכן ממשיכה לחול ההלכה הקודמת שלא מכירה באובדן הנאות החיים כראש נזק עצמאי**אלא כחלק מכאב וסבל*. ההלכה הקודמת, **פס"ד פרייליך**- **אירוע של אובדן הכרה מלא ותמידי, שלאחריו בא המוות, משתייך לנזק של קיצור תוחלת חיים ולא נכנס לראש נזק עצמאי של אובדן הנאות החיים.**

***19. ראש נזק לא ממוני מסוג קיצור תוחלת חיים***

* **קיצור תוחלת חיים**
* **פס"ד אטינגר:** קיצור תוחלת חיים ראוי שיוכר כראש נזק עצמאי.

***20. האם נזק הוא הכרחי לתביעות נזיקין?***

* **עוולות בלי הוכחת נזק**
* **2 גישות:** אחת- הנזק קיים אבל לא צריך להוכיח אותו. שנייה- לא חייב להיות נזק, עצם ההתנהגות המזיקה היא נזק.
* **עוולת התקיפה-** יש חזקה שנגרם נזק לא צריך להוכיח אותו. אם ניזוק יוכיח סביר להניח שייתנו לו יותר.
* **עבירת לשון הרע-** יש בה 2 מסלולים: עם הוכחת נזק ובלי הוכחת נזק. הפיצוי הגבוהה הוא במסלול ההוכחה.

***21. פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא ממוני***

* **פלונית נ' דניאל:** השופט עמית: מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים – פיצוי ללא הוכחת נזק או פיצוי על נזקים לפי הוכחת נזק (ממוני ולא ממוני). **לא ניתן לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני ובמקביל לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק!**
* בדיני נזיקין הגישה היא לא לפסוק לניזוק יותר מ-100% מגובה הנזק.

***23. שאלת היסוד הנפשי בדיני נזיקין***

* יש 5 עוולות בפק' הנזיקין שדורשות יסוד נפשי העוולה היחידה שבשימוש היא עוולת התקיפה.
* מעדיפים לא להשתמש בעוולות שדורשות יסוד נפשי אלא להשתמש בעוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.
* **למה בכל זאת בתקיפה כן? אין הוכחת נזק, היסוד הנפשי בתקיפה הוא מאוד רך- 'התכוון'= להתנהגות ולא לתוצאה.**

***24. מי יכול להיתבע?***

1. **מזיק**
2. **שולח**-אדם ששלח אדם אחר לעשות עוולה. אם הייתה חריגה משליחות לא ניתן לתבוע את השולח. אחריות שילוחית בין עובד למעביר בעוולת התקיפה וכליאת שווא- פעם הס' אמר שאין וזה ירד. האם זו לאקונה או הסדר שלילי?
3. **מסייע\משדל\שותף\מייעץ**.
4. **מעסיק-** למעסיק יש אחריות על העובד אם נפגע במקום העבודה. המעסיק מעביר את התביעה אוט' לביטוח החובה. גם אם עובד התרשל כלפי צד ג' במקום העבודה, יש למעביד אחריות וצד ג' יתבע ישירות את המעביד ולא את העובד. גם במקרה זה המעביד יעביר את התביעה לביטוח הלאומי.
5. **ביטוח-** תביעה מכוח חוזה.
6. **עיזבון-** אם אדם נתבע והוא מת, העיזבון ממשיך את התביעה במקומו.

* **למה למעביד יש אחריות על נזקי העובד?**

1. אין לעובד הסתכנות מרצון.
2. משטר של אחריות מוחלטת- לא לוקחים בחשבון אשם תורם של העובד.
3. יש ביטוח- הסייג: אם העובד עשה משהו בכוונה הביטוח לא יכסה.
4. כיס עמוק
5. הפציעות בעבודה הן חלק מההוצאות העסקיות של המעביד. כדי ליצור חופשיות כלכלית- תבנה בזול אבל קח בחשבון שתשלם על הפציעות.
6. מפזר נזק טוב- העלת מחיר מוצר.
7. ניהול סיכונים- המעסיק נהנה מהעובד. כמו שאתה מפיק פירות מהעובד עלייך גם לדאוג לו כשקורה נזק.

***25. מי יכול לתבוע ?***

1. **הניזוק**
2. **ניזוק נפשי במעגל המשני-** הלכת אלסוחה: ההורים, במשך 24 יום, צפו בבנם הגוסס לאחר שנפגע בת"ד. השופט שמגר קובע 4 כללים להכרה בניזוק נפשי במעגל המשני:
3. **זהות התובע-** דרגה ראשונה. ייתכנו מקרים חריגים.
4. **התרשמות ישירה מן האירוע**- אם היה עד ראיה\שמיעה לאירוע מתקיים. יכול גם להתרשם מהאירוע דרך כלי שני (טלפון למשל).
5. **קרבה בזמן ובמקום-** ככל שיש קרבה גדולה יותר למקום הנטייה תהיה להכיר בניזוק נפשי במעגל המשני.
6. **נזק נפשי\פסיכולוגי חמור-** המגיע לכדי מחלה נפשית.

* למה שמגר מרגיש צורך לצמצם את הניזוקים הנפשיים במעגל המשני שזכאים לפיצוי?

1. **חשש מריחוק במעגל-** עול כבד על הביטוח, שיקולים משלימים- הצפת ביהמ"ש, מדרון חלקלק, שיקולים כלכליים. הביטוח יתייקר ורק עשירים יוכלו לקנות ביטוח- שיקול של צדק חברתי.
2. **פחד מתרמיות**
3. **נזק נפשי-** קשה להעריך אותו. כתוצאה מכך יכולות להיות הרבה תרמיות.

* **חירור הלכת אלסוחה:**

פס"ד שוויקי: בנם מת כתוצאה מירי מוטעה של לוחמי משמר הגבול. ביהמ"ש קמא דחה את התביעה בגין נזק נפשי מפני שלא הוכח כלל 4 בהלכת אלסוחה (נזק נפשי חמור) ודחה את הטענה לנזק גופני (מחלת לב של האב) כיוון שלא הוכח קש"ס בין התפרצות המחלה למות הבן. ביהמ"ש העליון קובע:

1. אם נגרם **נזק פיזי בעקבות נזק נפשי (הלם\טראומה)-** הוא ייחשב לנזק לכל דבר במעגל המשני.
2. הלכת אלסוחה לא מייתרת **בחינת קש"ס** בין הנזק הנגרם במעגל השני לבין העוולה.

**הלכת אלסוחה הינה שלב שני בבחינה! ראשית, יש להוכיח את נוסחת האחריות הנזיקית- עוולה**🡨 **קש"ס**🡨 **נזק.**

פס"ד לוי נ' שערי צדק: עקב רשלנות ביה"ח ילדה המערערת עובר מת. האם הוכרה כניזוקה עיקרית ולכן קבלה פיצוי בגין נזק נפשי (לא ממוני), אך האב לא קיבל כיוון שהיה ניזוק משני ואינו עמד בכלל מס' 4 (נזק נפשי חמור) בהלכה אלסוחה. הם גם תבעו פיצוי בגין השנים האבודות לעובר. **ריבלין:**

1. **השנים האבודות-** עולה שאלת מדיניות משפטית מיהו אדם? כיוון שהעובר נולד מת לא קמה לו כשרות משפטית לשאת בזכויות וחובות לכן לא ניתן לפסוק לו פיצוי בגין השנים האבודות.
2. **הרחבת הלכת אלסוחה –כלל** **4**: ריבלין מרחיב את הלכת אלסוחה ומכיר גם בהורים שאיבדו עובר כניזוקים במעגל השני, אף שלא עמדו בתנאי הרביעי של הלכת אלסוחה.

**חיות** - ברטוריקה מעדיפה להכיר בהם **כניזוקים במעגל הראשי.** אף אינה שוללת אפשרות להכיר בהם כניזוקים ראשיים גם אם התינוק היה נותר בחיים.

**ג'ובראן** - הולך בדרך של ריבלין ומעביר ביקורת על ההרחבה של חיות - הן מהבחינה המשפטית הראויה, והן לאור אי הבהירות וההשלכות העתידיות להרחבת מעגל הניזוקים הראשונים.

1. **מיטיב**-אדם שלקח חופש מהעבודה כדי לסעוד ולהיטיב עם הניזוק. החוק מבין ומכיר בכך יש צורך לקבל מעורבות חברתית שכזו. לכן המדינה מאפשרת להרחיב את מעגל התובעים. כדי למנוע הצפה של מיטיבים, החוק מצמצם וקובע שתי הגבלות :
   1. סכום הפיצוי הוא מוגבל ומגיע רק **עד 10,000 ₪.** סכום של עזרה מקצועית כמו בהוצאות רפואיות.
   2. אם המשכורת של המיטיב גבוהה יותר מסכום של עזרה מקצועית - הוא **יקבל את הסכום הנמוך מבין השניים.**
2. **עיזבון.**
3. **תלויים**-רק כאשר אדם מת. מי שהיה תלוי בו יכול לתבוע פיצוי בגין סכום התלות.

* **תלויים 1**- **גיל התלות.** פס"ד יחזקאל: אב מת בעקבות ת"ד, יש לו 3 ילדים- שניים מתחת לגיל 18 ואחת בצבא. ביהמ"ש קמא קובע כי הבנים יהיו תלויים באב עד גיל 18, ואילו הבת עד גיל 21. הבנים מלינים על כך- טוענים שהיה תומך בהם גם בזמן הצבא. **ברק-** הכלל הוא שגיל התלות של ילדים הוא עד גיל 18. ברק קבע בפסק הדין שגיל התלות נמשך גם לתקופת הצבא - בהתאם להשתנות המציאות הישראלית, אולם פוחת בשני שליש במהלך הצבא. אפשר לחשוב האם ניתן להעריך תלות גם לתקופת התואר אבל זה כבר דורש הוכחות ובחינה פרטנית של המקרה.

**הלכה- גיל התלות לבנות עד גיל 21, לבנים עד גיל 18- במהלך תקופת הצבא סכום התלות יורד ל3\1 מהסכום המקורי.**

* **תלויים 2**- **ידועים בציבור.** פס"ד לינדורן: פס"ד הראשון בו הכירו בידועים בציבור כתלויים. השאלה המשפטית היא האם תלויים בציבור נכנסים בגדר המונח 'בן זוגו' כפי שמופיע בס' 78 לפק' הנזיקין. **ברק:** אומר שכן. זה מתחייבת מהמשמעות הלשונית וכן מהמשמעות המשפטית של הסעיף.ברק נותן מס' אלמנטים שיעידו שהמערערת אכן הייתה תלויה במנוח: **ניהלו משק בית משותף, קיימו יחסי אישות, הקימו משפחה מאוחדת** (הייתה להם בת). לפי ברק, **הפיצוי על תלות בפועל אבל גם על תלות בכוח (פוטנציאל). השאלה אם קיים סיכוי לתלות בעתיד תבחן לפי מבחן הסבירות ולא לפי מאזן הסתברויות. לא צריך בהכרח להוכיח מעל 50% יש להראות סיכוי סביר.** בבחינת הסיכוי לתלות בעתיד יש להתחשב בקיומה של זכות חוקית לתמיכה ממקור משפטי שמחוץ לפקודה(למשל חוק האפוטרופסות או צוואה).
* **תלויים 3- בגירים בעלי יכולת השתכרות**. פס"ד פלוני נ' המאגר הישראלי: המנוח נהרג בתאונת דרכים והותיר אחריו אישה (היורשת בצוואה) ושני ילדים מבוגרים ואמידים שהיו מקבלים תמיכה כספית מאביהם על סך 5000 ₪ לחודש. הילדים דורשם להכיר בהם כתלויים על אף שעברו את הגיל ולכן דורשים את סכום התמיכה החודשית עד גיל תוחלת החיים שהיה צפוי המנוח להרוויח. השופט עמית: **פרמטרים בסיסיים להגשת תביעה כתלוי:** 
  1. על התובע להראות שהוא עונה על הדרישה של תלוי לפי ס' 78 לפקודה.
  2. להוכיח את הנזק כתוצאה ממותו של המנוח - הפסד ממון בעבר או לעתיד .

**שלוש אפשריות לבדיקת הזכאות להיחשב כתלוי:**

* + - * 1. **גישה רחבה -** כל הפסד שנגרם בפועל לילד כתוצאה ממות ההורה (כולל חופשת סקי למשל).
        2. **גישה מצמצמת -** רק תלות אמתית קיומית (למשל נכות) - אדם שלא יכול לפרנס את עצמו כלל.
        3. **גישת ביניים –** כוללת גם אדם שיכול לפרנס את עצמו, אם הוא **בפועל** סמוך על שולחן הוריו והם מספקים לו את כל צרכי מחייתו. (הוא צריך לגור איתם והם מפרנסים אותו).

השופט עמיתבוחר *בגישת הביניים הנוטה למצומצמת*. (מתאים לפרשנות המילולית, תואם לפרשנות התכליתית (להגן על אנשים בעלי תלות ממשית) **ולשיקולי מדיניות-** מניעת תוצאות בלתי רצויות אם ייקבע כי כל ילד זכאי להיחשב "תלוי", וזכאי לפיצוי בגין כל הפסד של תמיכה מהורי- מדרון חלקלק; התאמה למישור היחסים בין התלויים לעיזבון (לשיטתו, במקרה שבו אין "תלות" ממשית, אלא רק נוהג של סיוע כלכלי, מן הראוי להשאיר את ההחלטה על המשך התמיכה בידי העיזבון- במקרה דנן, היורשת היחידה היא אשתו של המנוח ואל לנו לעקוף את רצון המנוח). **עמית פוסק שילד מבוגר שיבקש להכיר בו כתלוי, יידרש להראות נסיבות מיוחדות, כגון חוסר יכולת השתכרות בגלל מצב רפואי או נפשי.** במקרה דנן, התלויים לא הוכיחו כי הם סמוכים על שולחן אביהם.

השופט סולברג **-** *גישת ביניים נוטה למורחבת*. גם ילדים בגירים יחשבו תלויים גם אם יכולים להתקיים ולפרנס את עצמם ואינם גרים בבית ההורים, אך יוכיחו כי פרנסתם- כולה או עיקרה- מסופקת ע"י ההורים.

השופט דנציגר **-** מסכים לדחות את העתירה ולגישת הביניים, אך מסרב להכריע בין דעות השופטים.

***26. הגנות***

* **הגנות כלליות**
* **טשטוש נוסחת האחריות הנזיקית או קעקוע יסודות העוולה.**
* **חסינויות:**

1. **שופט-** ס' 8 לפק' הנזיקין מקנה לשופט חסינות מפני תביעות.

פס"ד מדינת ישראל נ' אדם: ניתנים נימוקים למתן חסינות לשופטים: לא רוצים ששופט ישפוט שופט; עצמאות הרשות השופטת; סופיות הדיון; שיבוש מערכת המשפט ויעילות תפקודה; חשש מפני חדירת שיקולים זרים למערכת השפיטה. נבחנת השאלה אם החסינות המצוינת בס' 8 היא דיונית או מהותית?

* **דיונית= אי אפשר לתבוע את השופט אבל החבות קיימת, דהיינו, אפשר לתבוע את המדינה.**
* **מהותית = אי אפשר לתבוע בכלל. אין אחריות.**

**השופט מזוז**- החסינות היא מהותית. אי אפשר לתבוע את המדינה. **השופטת מילר**- יהיה אפשר לתבוע את המדינה במקרים של שימוש במעמד בזדון (נשאר בצריך עיון).

1. **קטין**- ס' 9 לפק' הנזיקין קובע שילד מתחת לגיל 12 לא יישא באחריות נזיקית. השאלה האם מדובר בחסינות דיונית או מהותית. **לפי מודל החסינות המהותית**- כאשר בעל החסינות עשה את העוולה - אין באמת עוולה ואז אין אפשרות לפנות לכתובת אחרת כדי לקבל פיצויים. **אם החסינות היא דיונית**- אין הדבר אומר שעצם החסינות פירושה שלא התקיימה עוולה, אלא פשוט אי אפשר לתבוע את בעל החסינות, אך אפשר לפנות לכתובת אחרת (בי"ס, הורים וכדומה) בחוק עצמו אין פירוט וזה נתון לפרשנות השופטים.
2. **לקוי בנפשו**- בפק' הנזיקין לא מוזכרת חסינות ללקוי בנפשו אך היא הוכרה בפסיקה באופן חלקי. פס"ד כרמי נ' סבג: השופט רובינשטיין סורק את הפסיקה האנגלית ומציג שלוש גישות:
3. לקות נפשית זו לא הגנה בנזיקין.
4. אין לעניין זה שוני בין נזיקין לפלילים ולכן קיימת גם בנזיקין ההגנה של לוי בנפשו.
5. גישת ביניים: ההגנה בנזיקין תכול רק אם לליקוי בנפשו לא היה יסוד מינ' של שליטה.

**השופט רובינשטיין דוגל בגישת הביניים שמקנה הגנה רק למי שנשללה ממנו זכות הבחירה עקב העדר שליטה על תנועות גופו.**

נאור: מסכימה עם רובינשטיין על גישת הביניים אבל מגיעה לכך דרך שקילת מטרות של פיצוי והרתעה (אל מול צדק חלוקתי שהיא מציינת בהתחלה).

ארבל: דוגלת בגישה הראשונה שאומרת שלקות נפשית היא לא הגנה בנזיקין. מכירה בכך שיכולים להיות מקרים שמשיקולי צדק נוכל להוריד מגובה הפיצוי.

1. **מעשה של מה בכך-** ס' 4 לפק' הנזיקין מוציא מכדי תביעה "מעשה של מה בכך", כלומר, מעשה שאדם סביר לא היה מתלונן עליו, אין הוא בר פיצוי. למשל: גניבת בזוקה. תובע סביר לא היה תובע על דבר כזה. מקרה אחר - הסתכלות על הזמן בו נעשתה העוולה - נניח שההגנה יכולה להיות שהמעשה הוא בגדר מכת מדינה.
2. **הסתכנות מרצון**- ס' 5 לפק' הנזיקין. עמוס הרמן- הסתכנות מרצון:
   * הסתכנות מרצון מהווה **הגנה מלאה** מול תביעה. היא תקפה מול כל העוולות **למעט הפרת חובה חקוקה.**
   * כדי שהנתבע יחסה תחת ההגנה הוא צריך להוכיח שהתובע אכן היה **מודע לסכנה ורצה אותה**. החשיפה לסיכון כוללת בתוכה **גם חשיפה לתוצאות הנזק שעלול להיגרם ולתוצאות המשפטיות של הנזק**.
   * חשוב שהידיעה תבוא מתוך **רצון חופשי**.
   * **ביהמ"ש נוטה לפרש את ההגנה בצורה מצומצמת**: לא ביחסים של עובד מעביד, לא כלפי ילדים מתחת לגיל 12, לא כלפי פעולת הצלה.
   * **מתי כן?** בדר"כ כל מיני פעילויות ספורט אתגרי או אקסטרים. גם במקרים האלה- אם מדובר על התנהגות בלתי חוקית שהתובע לא הסכים מרצון חופשי לקבל על עצמו, לא תחול ההגנה.
   * **ההגנה יותר אפקטיבית שמדובר בנזקי רכוש** (למשל בחוק מוצרים פגומים או בקניית סיגריות).
   * ביהמ"ש מעדיף לא להשתמש בהגנת ההסתכנות מרצון, אלא בהגנת האשם התורם שהיא הגנה חלקית.
3. **ניתוק הקש"ס-** ס' 64 לפק' הנזיקין. הסעיף מונה שלוש חלופות שבהתקיים אחת מהן, ניתן לטעון שהקשר הסיבתי נותק. לא נחשב קעקוע יסודות התביעה, כי אומרים שכן היה קש"ס - אלא שהוא התנתק. החלופות:
4. הנזק נגרם על ידי **מקרה טבעי בלתי רגיל,** שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;
5. **אשמו של אדם אחר** הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;
6. הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס,שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

* **הגנות חלקיות**
* **אשם תורם**- ס' 68 לפק' הנזיקין
* **הקטנת נזק-** פס"ד גנזך:המערער נפגע ברגלו בת"ד ורגלו קוצרה. הוא עבד כמורה בשני ביה"ס, לאחר התאונה חזרה לעבוד לתקופה. הוא פרש 3 שנים לפני הגעתו לגיל פרישה. הוא טוען שהפציעה גרמה לו בין היתר לסבל נפשי והשפלה בשל צליעתו והוא תובע פיצוי בגין פרישה מוקדמת.השופט אור: **מתי נגיד שניזוק עשה מספיק על מנת להקטין את נזקו? הניזוק חייב לעשות מה שאדם סביר היה עושה להקטנת הנזק. הבחינה היא מבחן של האדם הסביר.** בפרישתו מהעבודה לא פעל המערער להקטנת הנזק ולכן אינו זכאי לפיצוי.

הרציונאלים מאחורי הקטנת הנזק: אנחנו לא רוצים שאנשים ישבו בבית, רוצים שהם יחזרו לעבוד; לא רוצים להפיל הכל על הביטוח- הוא לא יפצה בכל מחיר.

***מטרות דיני הנזיקין: פיצוי, צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה יעילה***

***32.* DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS**

* לפי דובס דיני הנזיקין מחולקים ל-2 עקרונות:

1. **עקרונות של צדק-** מטילים אחריות רק כשהדבר נכון\צודק. המזיק הספציפי יישא באחריות ולא אף אחד אחר. עקרונות של צדק מתרכזים ב-2 הצדדים. **(פיצוי וצדק מתקן)**
2. **עקרונות של תועלת ציבורית\מדיניות חברתית**- יש ליצור מערכת משפט שתהיה טובה לחברה כולה ולא רק לאינדווידואל. מדיניות חברתית בוחנת מה טוב לחברה כולה ולא מסתכלת רק על שני הצדדים. **אלו מטרות אינסטרומנטליות- הרתעה יעילה וצדק חלוקתי.**

* כביכול אלא גישות מנוגדות שאמורות להתנגש אבל ברוב המקרים הן דווקא יכולות להתגשם יחדיו.
* דובס נותן דוג' להתנגשות בין 2 הגישות- דוגמת השריפה בעיר. מסקנה- **גישות שונות מביאות לתוצאות שונות.**
* **גישה מוניסטית**= הולכת רק על המטרה אחת. **גישה פלורליסטית**= שואפת להגשים כמה מטרות במקביל ולאזן ביניהן.

***35. מטרות המתרכזות בצדדים מול מטרות אינסטרומנטליות***

* **מטרות אינסטרומנטאליות**: מטרות מכשירניות, שמשתמשות בדיני הנזיקין כמכשיר להשיג מטרות אחרות. הרתעה יעילה +צדק חלוקתי.
* **מטרות המתרכזות בצדדים:** צדק מתקן + פיצוי.

***36. האם פיצוי היא מטרה עצמאית?***

* יש הרואים בפיצוי **כמטרה עצמאית** ויש הרואים בפיצוי רק **אמצעי בתוך צדק מתקן**.
* שמואלי דוגל בגישה שפיצוי הוא מטרה בפני עצמה וניתן לראות זאת גם בהשוואה בין צדק מתקן לפיצוי:
* בפיצוי אין הכרח שהניזוק הוא זה שיקבל את הפיצוי. אפשר שהפיצוי יגיע לקרנות כלשהן\עיזבון וכו'.
* בפיצוי, בניגוד לצדק מתקן, אין בעיה לפסוק פיצוי עונשי- מעל גובה הנזק עצמו.
* מטרת הפיצוי רוצה לפצות ניזוקים מתוך אידיאל חברתי-סוציאלי ולא דווקא מפני שהוא זה שניזוק. ניזוקים הם נטל על החברה, ולכן אנו כחברה צריכים לדאוג להם.
* בניגוד לצדק המתקן, מטרת הפיצוי מתרכזת רק בניזוק ולא אכפת לה שהמזיק הוא לא זה שישלם. אין את אלמנט האשמה כמו בצדק מתקן.

***37. גישות שונות של צדק מתקן***

* הצדק המתקן מסתכל על 2 הצדדים הספציפיים של העוולה- המזיק והניזוק.
* לפי דובס, צדק מתקן יכול לחיות **במשטר של אחריות מוחלטת** כל עוד כולם מודעים לחוק (דוג' מכסחת הדשא), ניתן לראות יישום נוסף לכך בגישתו של פלטשר-תורת הסיכונים.
* **צדק מתקן תלוי אשם- הגישה האריסטוטלית\ווינרבית:**
* גישת צדק מתקן שהיא תלוית אשם: אשמת המזיק היא שמקימה את חובתו לפצות את הניזוק.
* לפי אריסטו, יש 3 פרמטרים מצטברים לצדק מתקן לפי גישת האשם:

1. **המזיק הוא זה שישלם-** יש כאן עניין של אחריות אישית ומוסרית. המזיק משלם **כעניין של כפרה על מעשיו**. לפי גישה זו, אם אין מזיק – או שהוא קיים ואי אפשר להגיע אליו- אין מי שייתן פיצוי. **ווינרב,** ממשיך דרכו המודרני של אריסטו בגישה זו, טוען שכל הסדר בו הביטוח משלם ולא המזיק עצמו- מדובר בדיני חוזים ולא בדיני נזיקין. יש גישה שטוענת שגם תשלום דרך ביטוח הוא צדק מתקן. איך? דרך השתתפות עצמית והעלת מחיר הפרמיה לאחר תאונה.
2. **הניזוק יקבל את הפיצוי**- כיוון שלפי אריסטו הפיצוי צריך לבוא כעניין אישי של כפרה, הוא חייב להינתן לניזוק עצמו ולא דרך צד ג'. לפי ווינרב, אם הניזוק מת אפשר להעביר פיצוי לעיזבון או למשפחה שלו- התפשרות של הצדק המתקן המודרני.
3. **הפיצוי יהיה בדיוק בגובה הנזק-** הבעיה שלעיתים בפשרה הניזוק מקבל פחות. כמו כן, אריסטו לא עיוור לזה שלא תמיד אפשר להחזיר בדיוק את שנלקח (פגיעה גופנית) לפי גישתו של אריסטו - אין מקום לפיצויים עונשיים**.** יש גישות שרואות בפיצויים עונשים כמגשימים צדק מתקן כיוון שמבחינה מוסרית מגיע למזיק לשלם יותר (כי עיוול בזדון למשל).

* אריסטו מביא את **משל החבל:** שני אנשים מחזיקים בחבל במיקום מסוים - והחלק שמשתלשל אצלו מסמל את הדברים שיש לו טובין זכויות וכו'. **ברגע שהאחד מושך לשני בחבל בצורה עוולתית, הוא חיסר את השני וגרם לו נזק.**
* **הגישה של פלטשר- תורת הסיכונים**
* התורה של פלטשר מסתכלת על שני הצדדים כשתי קבוצות ובוחנת כמה כל אחד מהם מסכן את השני. זו גישה ש**נוטה לאחריות מוחלטת.**
* הגישה של פלטשר **צופה פני עבר**- היא לא מסתכלת מי אשם יותר בזמן התאונה עצמה אלא בוחנת כמה הצדדים מסכנים אחד את השני לפני קרות התאונה.
* לפי פלטשר ישנן 3 אופציות:

1. **סיכונים הדדיים-** שני הצדדים יוצרים סיכונים שווים, במקרה כזה כל אחד יישא בנזק של עצמו.
2. **סיכונים לא הדדיים-** מלכתחילה מאזן הסיכונים הוא לא שווה (דובס נותן דוג' של מטוס והולך רגל), מי שסיכן יותר הוא זה שיפצה ויישא באחריות גם אם לא באשמתו נגרם הנזק (למשל תנאי מזג אוויר גרועים).
3. **הסיכונים היו הדדיים, אך עקב רשלנות הנתבע נהפכו להיות בלתי הדדיים**- פה יש מימד קטן של אשם מפני שאחד הצדדים שינה את מאזן הסיכונים. למשל- שתי מכוניות באותם תנאים, רק שמכונית אחת עושה פעולה מאוד חריגה - נניח נוסעת באדום. סיכון הדדי שהפך בן רגע עם הפעולה החריגה לסיכון לא הדדי. כמו בכלל 2- מי שישלם הוא מי שסיכן יותר את השני.

* מה באמת עומד מאחורי הגישה של פלטשר? **צדק חלוקתי**. היתרון בגישה של פלטשר שהיא קלה להבנה ולכן חוסכת זמן לביהמ"ש. מצד שני, היא תמיד מטילה אחריות על הצד 'החזק' שכביכול מסכן יותר וזה יכול לפגוע בציבור (דוג' של המשאיות של תנובה).
* **בשאלת מחשבה-** אם נתונות הגנות יש לשים לב אולי הם משנות את מאזן הסיכונים ואז לפי התורה של פלטשר הניזוק יישא באחריות ולא המזיק.

***38-39. השלכות הצדק החלוקתי***

* בצדק חלוקתי אנחנו מחלקים מחדש את עוגת הרווחה המצרפים כדי להטיב עם מגזרים חלשים. אנחנו מסתכלים על הצדדים לתביעה כקבוצות בחברה ומשתמשים בדיני הנזיקין כדי להקטין את הפער בניהם. יש לשים לב שזה תמיד יבוא על חשבון מגזר אחר.
* **פס"ד רים אבו-חנא**: הערכת השתכרות לעתיד של ילד הגדל בסביבה סוציו אקונומית נמוכה. בפס"ד מוצגת גישה ברורה של צדק חלוקתי- לכל אדם הזכות לכתוב את סיפור חייו. מתן פיצוי על רקע מצב סוציואקונומי נמוך אמנם מפיג את העמימות לגבי ההשתכרות בעתיד אך מקבע את המציאות העגומה ומחזק את הפער בין שכבות האוכלוסייה השונות. ביהמ"ש מתנגד לתפיסה של "פעם עני, תמיד עני".
* **פמניזם:** לסלי בנדר מדברת על היבט של פמניזם באובדן השתכרות: יש הבדלים במשכורות בין גברים לנשים. כתוצאה מכך, אם גבר עובד נפצע הוא מקבל פיצוי בגין אובדן השתכרות גבוהה יותר מאישה שנפצעה. התוצאה לא שוויונית. היא נותנת פתרון: צריך לעשות חישוב ממוצע כללי\א-מגדרי, של המשכורת באותו מקצוע וזה הסכום שיקבל כל אדם כתוצאה מאובדן השתכרות- גם גבר וגם אישה. ההצעה לא שוויונית כלפי גברים והיא יכולה גם להיות לא שוויונית כלפי נשים שהצליחו לפרוץ את הסטיגמה ומשתכרות כמו גברים ואף יותר. לפי בנדר זה צדק חלוקתי ויש לו מחיר.

***40. הרתעה יעילה: הקטנת מס' התאונות והוצאותיהן של תאונות שכבר קרו***

* **הגישה הקלאסית=** גישת ההרתעה הקלאסית הגיעה מדיני עונשין ומטרתה הרתעת היחיד והרתעת הרבים מביצוע עוולות.
* **הרתעה יעילה= נגזרת של הגישה הכלכלית במשפט. היא מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית** ע"י 2 דברים:

1. צמצום תאונות.
2. הפחתת עלויות התאונות שכבר קרו.

* **הרתעה יעילה היא הרתעה אופטימלית** שאינה הרתעת חסר (מטילה פחות אחריות משיעור הנזק), ואינה הרתעת יתר (מטילה יותר מדי אחריות ובכך גורמת להפסקת פעילויות שיכולות לתרום לחברה).
* בנזיקין צמחו גישות שונות כדי להגיע להרתעה יעילה.

***41. המאמר של אריאל פורת- דרכים שונות להגיע להרתעה אופטימלית (חלקי ביותר)***

* **הפחתת עלויות תאונה ע"י חקיקה**- למשל החובה לשים חגורת בטיחות או הגבלת מהירות הנסיעה ל80 קמ"ש. הבעיה: לא מותאמת פר אדם (יש גם אנשים שיזיקו ב80 קמ"ש).
* **הרתעת שוק**- כל אדם יישא באחריות על הנזקים שלו. בצורה כזו מזיקים יעשו הכל כדי לנוע נזקים כי ידעו שהאחריות מוטלת עליהם. הם ישתמשו באמצעי מניעה זולים שיעזרו לו להגיע לנק' האופטימום. **התנאי- העדר החצנות**. החצנה הוא מצב שבו מי שנושא בנזק הוא צד שלישי. למשל ביטוח.
* **מידע-** כדי שנשיאה במלוא עלויות התאונות ועלויות מניעתן תספק למזיק תמריצי התנהגות יעילים, צריך שיהיה לו מידע על נזקי פעילותו, על עלויות אמצעי הזהירות וכן על השפעתם של אמצעים אלו על הנזקים. **הביטוח מספק את המידע.** הוא גם יכול לעודד הרתעה באמצעות דמי השתתפות והעלת הפרמיה לנהגים מזיקים.

***42-43. גישות שונות להרתעה יעילה***

* את מהפכת הגישה הכלכלית בנזיקין הובילו קלברזי ופוזנר- 2 שופטים אמריקאים בכירים. ***קלברזי הולך יותר לגישה של אחריות מוחלטת ופוזנר הולך יותר לכיוון משטר של אשם (נוסחת לרנד הנד).***
* **הגישה של פוזנר ונוסחת לרנד הנד**
* הרצון הוא לחשב את נק' האשם. הנקודה בה אדם ייחשב רשלן.
* נק' האשם מחושבת ע"י **נוסחת לרנד הנד** שבנויה מערכים מספריים. לפי פוזנר, אם מזיק ידע מראש לחשב את נק' האשם הוא ידע לחשב כיצד לא להגיע אליה וכמה עליו להשקיע. הוא סומך על המזיק הפוטנציאלי שידע לעשות את החישוב.
* נוסחה מספרית **יוצאת וודאות**. היא תמנע הגעה לביהמ"ש כי אנשים ידעו כמה צריך להשקיע כדי למנוע נזקים ולא להיחשב רשלן וידעו בדיוק מתי מגיע להם פיצוי ומי לו.
* האם נכון להשתמש בנוסחות ומספרים במשפט? **הסיפור על ר' ירמיה והאפרוח הניפול.** **הנמשל-** מאוד מסוכן להשתמש בחזקות במשפט כי תמיד יש מקרי גבול וצריך לקחת בחשבון את כל האלמנטים.
* נוסחת לרנד הנד- בוחנת את **הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק (נזק ממוצע X הסתברות התממשותו).** **אם הוצאות המניעה נמוכות תחולת הנזק אז המזיק חייב להשקיע את ההוצאות האלו. במידה ולא יעשה זאת- הוא רשלן!!**
* **הניזוק לא חלק מנוסחת לרנד הנד**. מסתכלים רק על המזיק ומה הוא היה צריך לעשות כדי למנוע א הנזק. פוזנר הוסיף לנוסחה רק מקרים של אשם תורם- הוא הוסיף נוסחת דומה של הוצאות מניעה מול תוחלת נזק גם של הניזוק. בסוף הוא מחלק בין הנוסחות ומחשב א האשם התורם.
* **אין הנחות לפי נוסחת לרנד הנד.** זה לא משנה גם אם השקעת 20 מתוך 50 עלויות המניעה שהיית צריך להשקיע. אתה תשלם את כל הפיצוי גם אם השקעת חלק מעלויות המניעה. אם נסכים לתת הנחות זה ייצור תימרוץ שלילי אצל מזיקים פוטנציאליים.
* **אפשר להשתמש בנוסחה גם בלי נתונים מספריים**. ניתן להעריך או לנסות לכמת גם שאין נתונים מתמטיים.
* **התאורמה של קוז**
* נזק הוא אינטראקציה בין 2 פעילויות מתנגשות. אין מזיק וניזוק כל צד מזיק ופוגע ברעהו.
* בתפיסה של קוז 2 עקרונות מרכזיים:

1. אין תובע ונתבע- שני הצדדים נפגעים אחד מהשני.
2. צריך לנסות לא להגיע לביהמ"ש. הצדדים צריכים להסדיר את היחסים בניהם בלי להגיע לביהמ"ש.

* לפי קוז **צריך לבחון איזה מהפעילויות המתנגשות מועילה יותר ומגדילה יותר את עוגת הרווחה המצרפית.**
* אם נדע איזה פעילות מגדילה יותר את עוגת הרווחה המצרפית נדע להעריך זכותו של מי היא על העליונה לפני שמגיעים להליך המשפטי ואז יהיה ניתן לעשות מו"מ ולהגיע להסכם.
* **הכלל של קוז תקף רק בעולם שאין בו עליות עסקה.** עלויות עסקה מונעות עסקאות יעילות ואז נדרש לכלל משפטי.
* **4 הכללים של קלברזי ומלמד וגישת מונע הנזק הזול והשוקל הטוב**
* **מונע הנזק הזול:**
* לפי קלברזי, הרתעה יעילה על בסיס אשם גורמת עדיין ליותר מדי תאונות. (תג מחיר לרשלנות, ירתיע מזיקים מלהשקיע יותר כי הם ידעו בדיוק כמה צריך להשקיע. עדיין יהיו הרבה תאונות).
* קלברזי הולך על גישה של **אחריות מוחלטת**- אחריות מוחלטת גורמת לזיק לתכנן ולשקול את צעדיו מראש. אחריות מוחלטת גם דואגת שתמיד יהיה מי שישלם.
* קלברזי לוקח את האחריות המוחלטת כבסיס ויוצר ממנה משטר חדש: **מונע הנזק הזול= צריך להסתכל על 2 הצדדים כעל 2 קבוצות של מזיקים וניזוקים ולחשוב מי הם יכול להיות מונע הנזק הזול. מונע הנזק הזול הוא מי שיש בידיו את הכלים למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר, והוא זה שצריך לשאת באחריות לנזק.**
* לפי קלברזי אין אשם תורם! משטר של אחריות מוחלטת! מי שיימצא כמונע הנזק הזול הוא זה שתוטל עליו האחריות.
* תאונות דרכים: נהגים מול הולכי רגל. בודקים למי יש יותר ידע. המידע הופך צד אחד לשוקל הטוב יותר מהצד השני. לנהגים יש ביטוח והביטוח מספק מידע. קלברזי אומר שקל יותר להיות בבקרה על קבוצת הנהגים- יש להם ביטוח שמספק להם מידע, יש אפשרות לעשות רגולציה ע"י חקיקה , פרוצדורת הרישיון, התיאוריה ועוד.
* ביטוח והרתעה**:** מצד אחד יש חשש שירפה את ידם של נהגים מלמנוע תאונות. מצד שני מספק תמריצים למי שכן מונע נזקים: הפחתת עלות פרמיה, השתתפות עצמית, הביטוח מספק מידע נחוץ לנהגים.
* יצרנים וצרכנים: לפי קלברזי היצרנים הם מונע הנזק הזול. למה? יש להם את הכלים ליצור מוצרים בטוחים יותר. יש מקרים בהם נטיל את האחריות דווקא על הצרכנים- *אם הצרכן ישתמש במוצר לא למטרה לשמה הוא נועד.*
* רשלנות רפואית: הרופאים הם בעלי הידע בעלי השליטה ולכן הם מונע הנזק הזול. גם כאן יש סוג אחד של מקרה בו המטופל יישא בנזק-בניתוחים אלקטיביים (ניתוחים לא דחופים)- אם מטופל רוצה לעשות ניתוח לא דחוף המידע נמצא אצלו בדיוק כפי שהוא נמצא אצל הרופא. יש לו זמן לברר איך למה מתי ואיך הכי כדאי לעשות את הניתוח.
* **חשוב לזכור!!! השוקל הטוב\מונע הנזק הזול יכול להיות גם הניזוק עצמו!!**
* **השוקל הטוב:** פיתוח של מונע הנזק הזול
* קלברזי והירשוף הוסיפו ב72 את השוקל הטוב.
* החידוש- השוקל הטוב יוצא מהמעגל של המזיק והניזוק בלבד והוא יכול לכלול גם צדדי ג'.
* אם בידי צד ג' היה את המידע הרלוונטי למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר והוא לא פעל כך- נטיל עליו את האחריות.
* **אנחנו רואים שבפועל ניתן להשתמש ב'שוקל הטוב' במשטר של רשלנות**. את הגישה של פוזנר (נוסחת לרנד הנד) ניתן להפעיל רק בין הצדדים – המזיק והניזוק. דרך השוקל הטוב אפשר להטיל אחריות גם על צד ג' ולהגדיר אותו כרשלן.
* **4 הכללים של קלברזי ומלמד:**
* קוז דיבר על פעילויות מתנגשות. קלברזי ומלמד לוקחים את התאורמה שלו צעד קדימה ומגדירים 4 כללים שמסדירים את האחריות והיחס לאותן פעילויות מתנגשות.
* לפי קלברזי ומלמד יש סעדים בשני מישורים:

1. סעד ראשי- סעד קנייני
2. סעד משני- פיצוי.

* החידוש הראשון של קלברזי ומלמד הוא שהם **מבחינים בין זכויות עבירות (כלל קנייני וכלל אחריות), לבין זכויות לא עבירות.**
* בזכויות אי-עבירות דיני הנזיקין נכנסים רק אחרי שעוברים על הזכות ואז אפשר לתבוע בדיני הנזיקין.
* בזכויות עבירות יש 4 כללים:

1. **כלל קנייני לטובת הניזוק-** כאשר החברה תכריע שזכותו של הניזוק היא על העליונה ופעילותו של המזיק לא מגדילה מספיק את עוגת הרווחה המצרפית לכן עליה לסגת. בכלל זה יוציא ביהמ"ש צו מניעה\צו עשה להפסקת הפעילות המזיקה. ניתן לעשות מו"מ לפני פס"ד להגעה לכלל 2. **מבחינה קניינית חשוב לנו לדעת מי היה שם קודם. זה עוזר להכריע זכותו של מי על העליונה.**
2. **כלל אחריות לטובת הניזוק-** פעילות המזיק היא חשובה לכן כחברה נרצה להמשיך לאפשר אותה אבל המזיק יצטרך לשלם פיצוי לניזוק. המזיק צריך לחשוב אם משתלם לו לשלם לניזוק. והוא יכול לעשות מו"מ עם הניזוק או להפסיק את הפעילות (כלל 1).
3. **כלל קנייני לטובת המזיק-** המזיק לא חייב להפסיק את הפעילות וגם לא לשלם פיצוי לניזוק כי פעילותו היא חיונית לחברה ומגדילה את עוגת הרווחה המצרפית. הניזוק יכול לנסות לעשות מו"מ עם המזיק ולעבור לכלל 4.
4. **כלל אחריות לטובת המזיק-** החידוש השני הגדול שלהם! המזיק לא חייב להפסיק את פעילותו כי היא תורמת לחברה אבל אם הניזוק יכול לשלם לו פיצוי על הפסקת הפעילות ואז הוא יהיה חייב להפסיק.

* 4 הכללים האלו נועדו כדי לתת מידע לצדדים וודאות. הוודאות מתמרצת את הצדדים להסדיר בניהם את היחסים לנהל מו"מ לפני ההגעה לביהמ"ש.

***47 . פס"ד חמד נ' מדינת ישראל***

* בפס"ד היה שימוש בנוסחת לרנד הנד כדי לבדוק האם המדינה התרשלה.
* **לפי ברק:** יש צורך לבחון שיקולים של עקרונות צדק, הוגנות ומוסריות מחוץ לנוסחה. ברק תופס את ההרתעה היעילה ככזו שלא כוללת גם שיקולים חברתיים ושיקולים של צדק, אלא היא כלכלית בבסיסה**.**
* **לפי ריבלין:** הנוסחה כבר כוללת בתורה שיקולי צדק!הרתעה יעילה וצדק מתקן הולכים יד ביד, למעט חריג אחד בו הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק, במקרים של הסתברות נמוכה להתרחשות הנזק, ואז למרות שקיימים שיקולים של צדק מתקן לא תוטל אחריות נזיקית.
* **נראה שבכל מקרה גם ברק וגם ריבלין דוגלים בגישה פלורליסטית.**

***28. מקרה מבחן 3: תביעות נזיקין בנושא סרבנות גט***

* **מסורבות גט מקבלות פיצוי מוגבל בגין נזק נפשי.** הרבה ממה שנהוג לתת.
* למה? כדי לאזן את כוח המיקוח של האישה להשגת הגט.
* מטרות דיני הנזיקין במקרה הזה:

1. **צדק חלוקתי-** מתקיים.
2. **הרתעה**- מתקיימת. אולי הרתעת יתר.
3. **צדק מתקן-** לכאורה לא מתקיים. יש פיצוי מוגבר מגובה הנזק. שמואלי אומר שאפשר להגיד שכן מתקיים:
4. אם נגיד שהמטרה היא הגט ולא הפיצוי.
5. אם נגיד שסרבנות גט היא חמורה בהרבה ולכן יש הצדקה לפיצוי גבוה או לחלופין ההנחה הבסיסית של פיצוי נמוך בגין נזק נפשי היא לא נכונה.
6. **פיצוי-** לא מתקיים. האישה ממריה את הפיצוי לגט ולכן היא לא באמת מקבלת פיצוי.

***עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות***

* **פס"ד גורדון – נגישה מול רשלנות**
* השאלה המשפטית: האם ניתן "לעקוף" את דרישות עוולת הנגישה דרך עוולת מסגרת שהיא רשלנות?
* **ברק-** עומד על ההיסטוריה החקיקתית של דיני הנזיקין (הגיעו מהמשפט האנגלי המקובל), לא ניסו לעשות סנכרון עם העוולות החדשות ונוצרו עוולות "פרטיקולריות" ועוולות "מסגרת" שאותה מערכת מצבים יכולה לחיות בשתיהן. לפי ברק, **עוולות המסגרת נועדו להתאים את האינטרסים המוגנים למציאות החיים המשתנה.**
* **תוצאה**- ניתן לתבוע ברשלנות אם היסוד הנפשי (או יסוד אחר) לא מתקיימים בעוולת הנגישה.
* **פס"ד כרמלי- הפרת חובה חקוקה מול כליאת שווא**
* **רקע**- המערערת, חולת נפש שאושפזה בניגוד לחוק במשך 12 יום תובעת את המשיבים. המשיבים, לפי חוק לטיפול בחוקי נפש היו צריכים לשלוח באותו יום שהגיעה למוסד, הודעה לשר הבריאות ולקבל אישור אשפוז תוך חמישה ימים. בפועל, ההודעה נשלחה לאחר 9 ימים ואישור אשפוז התקבל תוך 19 ימים. אין חולקין על כך שהמשיבים פעלו בניגוד לחוק אך נמצא שהם חוסים תחת הגנה של תום לב.
* ***השופטת ש' נתניהו- מיעוט:*** אפשר לתבוע בגין הפרת חובה חקוקה גם אם יש הגנה שמחסה את עוולת כליאת שווא.
* ***השופט בך- רוב***: כיוון ש'כליאת שווא' מתלבשת כמו כפפה ליד על המקרה הספציפי הזה, וכוונת המחוקק הייתה להעניק הגנה במצב הדברים הנוכחי, **אין לעקוף את כוונתו על ידי קבלת התביעה בגין הפרת חובה חקוקה.**
* **השוואה בין פס"ד גורדון לכרמלי:**
* לכאורה פסקי הדין נראים סותרים.
* **ההסבר של שמואלי-** פס"ד כרמלי הוא מקרה מאוד מסויים שמתיישב בדיוק על 'כליאת שווא' ולכן השופטים לא רצו לעקוף את ההגנה המוקנית מכוח כליאת השוא. אם עוולה תיפול באופן שווה גם על עוולת מסגרת וגם על עוולה פרטיקולרית יהיה ניתן לעקוף בסיבוב את העוולה הפרטיקולרית.

***הפרת חובה חקוקה***

* **פס"ד ועקנין:**
* רקע- נער בן 15 שקפץ לבריכה במים רדודים והוא נפגע קשה – שיתוק חלקי של 4 הגפיים ושברים בחוליות הצוואר.
* יסודות הפרת חובה חקוקה:

1. **חובה** מכוח חיקוק
2. החיקוק **נועד לטובת הניזוק**
3. **הפרת החובה**
4. נגרם **נזק**
5. הנזק הוא **מסוג** הנזק אליו התכוון החיקוק.

* יסודות עוולת הרשלנות:

1. חובת זהירות מושגית – צפיות טכנית + נורמטיבית (חלוקה לקבוצות מזיק\ניזוק)
2. חובת זהירות קונקרטית – צפיות טכנית + נורמטיבית (עובדות המקרה הספציפי)
3. הפרת החובה – בחינת ההתרשלות + נוסחת לרנד הנד.
4. נזק

|  |  |
| --- | --- |
| **הפרת חובה חקוקה מול רשלנות** | |
| ***דמיון*** | ***שוני*** |
| יסודות – חובה, הפרה ונזק. | המבחנים הם שונים- ברשלנות סטנדרט התנהגות נקבע ע"י מבחן הצפיות, ובהפרת חובה חקוקה – לפי החיקוק הספציפי. |
| סטנדרט התנהגות – הסטנדרט הנקבע בחוק יכול לשמש **אינדיקציה** לרמת התנהגות הנדרשת ע"י האדם הסביר ברשלנות. | רמת התנהגות נדרשת- ברשלנות: אדם סביר, בהפרת חובה חקוקה: נקבעת ע"י החוק עצמו. |
| עוולות מסגרת | מאפייני הנזקים- בהפרת חובה חקוקה: הנזק צריך להיות מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק. ברשלנות: כל סוגי הנזקים הקשורים בקש"ס להתרשלות. |
| כפופים לשיקולי מדיניות משפטית- מבחינת היקף האחריות |  |

1. קש"ס

* **תוצאה-** גם למחזיק בקרקע וגם למפעילי הבריכה חובת זהירות כלפי הניזוק. שניהם התרשלו וחייבים לו בפיצוי. לניזוק נפסק אשם תורם בגובה 33% מהנזק.
* בפס"ד ועקנין רואים **שיקולי יעילות כלכלית** (נוסחת לרנד הנד).
* **הפרת חובה חקוקה פלילית**
* דיני העונשין מאפשרים לתבוע בנזיקין **רק כאשר אין לצד החקיקה הפלילית סנקציה.**
* **פס"ד סולטאן נ' סולטאן**= נקבע שאם יש סנקציה אזרחית בנושא לא ניתן לתבוע בנזיקין (כמו למשל עבירת לשון רע), אך **אם אין סנקציה אזרחית לצד החקיקה ניתן לתבוע בנזיקין. צריך לוודא שלחוק יש באמת תכלית כפולה (אמפיבית).**
* דיני העונשין מסדירים סדר חברתי, אבל מה קורה אם אדם תוך ביצוע העבירה הפלילית גם הזיק לאדם אחר? אפשר לתבוע ברשלנות.
* **סיכום: על הפרת חובה פלילית- אפשר לתבוע בנזיקין אם לצד אין העבירה סנקציה אזרחית ויש תכלית כפולה. או שאפשר לתבוע בעוולת הרשלנות.**
* **"פיצוי נזיקי למסורבות גט"\ בנימין שמואלי**
* סרבנות גט אפשר לתבוע מכוח עוולת הרשלנות או מכוח הפרת חובה חקוקה
* הפרת חובה חקוקה פליית (ס' 287 לחוק העונשין): בא לידי ביטוי במקרים שביה"ד נותן פס"ד ברמה של חיוב או מצווה.
* לפי שמואלי צריך ואפשר לתבוע לפי הפרת חובה חקוקה פלילית והוא בוחן 2 אלמנטים נדרשים:

1. **החיקוק צריך לבוא לטובתו\הגנתו של התובע**- לדעת שמואלי, במקרה של סרבנות גט ניתן להסיק שיש תכלית כפולה- רוצים גם להגן על האינטרס הציבורי של שמירה על סופיות הדין וכיבודו ובמקביל גם שמירה על הפרט ובמקרה שלו שמירה על האישה הנפגעת.
2. **יש לבחון אם החיקוק לא התכוון** **"להוציא תרופה זו"-** יש לבחון האם המחוקק התכוון להוציא מכלל הפרת חובה חקוקה את תביעות מסורבות הגט בנזיקין. לדעת שמואלי, קשה להגיד שכן מפני שהחיקוק הוא כללי ויש הניח שמנסחיו לא התכוונו שלא להחילו דווקא על עניין של הפרת חיוב מצד ביה"ד הרבני.

***רשלנות***

* יסודות הרשלנות- ראה בתרשים
* ***מה יכול להקים חובת זהירות מושגית?***

1. חוזה
2. החזקה בקרקע ס' 37 לפקנ"ז
3. 'מה ששנוא עליך'- פס"ד Donoghue עם החילזון. הבעיה המשפטית- הניזוקה לא קנתה את הבירה.
4. יחסי שכנות פיזים

* **פס"ד אמין:** השופט אנגלרד:התביעה מתבססת על הזנחה רגשית כלפי ילד. רשלנות קיימת גם **המעשה מכוון**. ניתן לתבוע בהזנחה רגשית כאשר **הנזק חמור.** חובה מכל 'מה ששונא עליך' – **להורה אין חובה לאהוב יש לו החובה להשתדל לא להזיק!**
* **פס"ד גורדון**- רשלנות של רשות מקומית + יסודות עוולת הרשלנות**:** הטרדה גרידא היא נזק בר פיצוי בעוולת הרשלנות. לאור שיקולי מדיניות נקבע שהצפיות לנזק נפשי של הטרדה גרידא צריכה לחול **רק לגבי ניזוקים במעגל הסיכון הראשוני!**
* **היקף הצפיות:** פס"ד שמעון נ' ברדה- **סוג הנזק ולא היקפו.**
* **גולגולת דקה:** פס"ד לאון נ' רינגר- **יש לצפות גם רגישויות מיוחדות אם הן נופלות בגדר סוג הנזק אותו יש לצפות.**
* **מודלים שונים לבחינת יסודות עוולת הרשלנות**
* הוויכוח הוא על בחינת המקרים שהם **בליבת דיני הנזיקין**.
* **ליבת דיני הנזיקין= נזק גוף+ רכוש.**
* נזק נפשי לא נכנס לליבת דיני הנזיקין. ראשי נזק לא ממוניים לא נכנסים לליבת דיני הנזיקין (כמו סרבנות גט).
* **המודל של ברק:** המודל הרגיל של עוולת הרשלנות.
* **המודל של עמית:**

1. יש לשנות את סדר בחינתם של הדברים-התרשלות, נזק ואז בדיקת החובה.
2. את החובה המושגית והקונקרטית יש לאחד ואין לבחון אותה במבחן הצפיות **אלא לפי שיקולי מדיניות משפטית.**

* **החריג של עמית**: אם זה מצבים שלא נכללים בליבת דיני הנזיקין **אז כן נבחן קודם קיומה של חובה.**
* **המודל של הנדל:** מכריע את חובת הזהירות בהבחנה ל-3 סוגי מקרים:

1. **הקבוצה המוכרת**- ליבת דיני הנזיקין. נבחן חובת זהירות קונקרטית בלבד – כפופה לשיקולי מדיניות.
2. **הקבוצה החדשה –** עניינים שמצריכים הכרעה, אלה שלא בליבת דיני הנזיקין.נבחן חובת זהירות כללית ומושגית ושם נבחן שיקולי צדק ומדיניות .
3. **הקבוצה הגבולית-** בחינת החובה תעשה ברמה פרטנית ומופשטת.

הרמן טוען שהנדל מנסה להקל אבל הוא מסרבל.

* **הגישה של הרמן: הצעה משולבת-** עניינים שבליבת דיני הנזיקין: יוצאים מנק' הנחה שיש חובת זהירות מושגית 🡨 עוברים לבחינת ההתרשלות 🡨 יש לבחון אם יש לשלול אחריות משיקולי מדיניות.

עניינים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין- לפי המודל של ברק בלי הפרדה של מושגית וקונקרטית.

***חוק אחריות למוצרים פגומים***

* **אחריות חמורה-** אחריות מוחלטת עם הגנות ספיצפיות
* נזקים בגין **נזק גוף בלבד**.
* טרם החוק- תבעו מכוח רשלנות\ הפרת חובה חוזית- היה המון בעיות.
* 1980 חוק אחריות למוצרים פגומים המעניק פיצוי כמעט אוטומטי לניזוק, אך ישנן כמה הגנות.
* **מטרות החוק:**

1. **צדק מתקן-** פלטשר, תורת הסיכונים הבלתי הדדיים
2. **צדק חלוקתי**
3. **פיצוי**
4. **הרתעה ליצרנים**
5. **פיזור נזק וכיס עמוק**
6. **הפחתת עלויות שיפוט-** מהיר ויעיל

* **יתרונות לחוק:** לא תלוי אשם, יש דרישה להוכחת נזק גוף+ מוצר פגום
* **חסרונות לחוק:** המחוקק קבע תקרה לפיצויים והחוק לא חל על נזקי רכוש
* יסודות העוולה:

1. **פגם:** יכול להיות **פגם בייצור,** **פגם בתכנון או פגם בהעדר הוראות מתאימות לטיפול ושימוש במוצר**.

איך מוכיחים פגם? המבחנים של פרופ' גלעד:

* **פגם בייצור- מבחן הסטייה המהותית:** סטייה מהותית מהאב טיפוס.
* **פגם בתכנון- מבחן סבירות הסיכון:** בחינת רמת הסיכון הסבירה שנדרשת להיות במוצרים דומים. [פס"ד שפס]

1. **חובת ההוכחה:** אם מסתבר יותר שקיים פגם במוצר מאשר שלא קיים, אז חזקה שקיים פגם במוצר, אלא אם היצרן יוכיח אחרת (חזק שאינה חלוטה). **ס' 41 לפקנ"ז (פסד ישראליפט).**
2. **הגנות שעומדות ליצרן:**

* היצרן לא יישא באחריות לנזק אם יוכיח **שהפגם נעשה אחרי שיצא מתחת ידו** [פס"ד פינציה- בירות]
* **הגנת מצב המידע**- מדובר על **פגם בתכנון** ובעת שנעשה הפגם לא היה ליצרן מידע ע"מ ליצור בטיחות.
* אם המוצר יצא משליטת היצרן אך הוא עשה ככל שביכולתו ע"מ להזהיר את הצרכנים.
* הסתכנות מרצון של הניזוק.
* ס' 4 (ב)- יש לביהמ"ש שק"ד בהפחתת הפיצויים במקרה בו יש **התרשלות חמורה** מצד הצרכן וחריגה מהנורמה לה המוצר מיועד. (בניגוד לאשם תורם שם ביהמ"ש חייב להפחית פיצוי)

\*\* קטין- אם הנפגע היה מתחת לגיל 12 אין ליצרן הגנת הסתכנות מרצון ואין הפחתה בפיצוי.

**\*תקופת התשיינות:** ישנה תקופת התיישנות של 3 שנים לתביעה וכן לא תוגש תביעה אם עברו 10 שנים מרגע יצא הממוצר מתוקף אחריותיו של היצרן.

* **פס"ד שפס:** כיסא נוח שבו האצבע נתקעה במסילה. נבחנת שאלת הפגם בתכנון האם המוצר יצר סיכון סביר ביחס למוצרים דומים מסוגו? נקבע שלא. אכן היה פגם בתכנון. נקבע גם התרשלות מצד שפס.
* **פס"ד פניציה:** המקרה גם הבירה שהתפוצצה ביד. נבחנת השאלה ביחס להגנה של פגם המוצר לאחר שהמוצר יצא משליטת החברה. נקבע שלא הוכח שהפגם נוצר לאחר שיצא משליטת החברה. כדי להוכיח שפגם נוצר לאחר שיצא מששליטת החברה יש להוכיח **שהמוצר הספציפי בו נפל הפגם** נבדק טרם שיצא משליטת החברה. בדיקה מדגמית לא משכנעת לכך.
* **פס"ד ישראליפט:** המנוח נפל לפיר המעלית לאחר שדלת המעלית הייתה סגורה אך לא נעולה והמעלית עצמה הייתה בקומה מעל. \***\*ס' 41 פלקנ"ז- "דבר המעיד בעד עצמו"** – יסוד השליטה, לתובע אין יכולת לדעת את הנסיבות שהביאו לאירוע בו הוא ניזוק, הקביעה שהנתבע התרשל מסברת יותר מהקביעה שאינו התרשל.

***עוולת התקיפה***

* **עוולה פרטיקולרית** המגינה על אינטרס שלמות הגוף.
* יסודות עוולת התקיפה:

1. **"שימוש בכוח מכל סוג שהוא**"- יכול להיות גם ע"י נגיעה קלה ולא רק שימוש בכוח חריף.
2. **"במתכוון"-** הכוונה שאדם התכוון להתנהגות ולא לתוצאה.
3. **"כנגד גופו של אדם ע"י הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת**"- רק נגד גוף ולא נגד רכוש.
4. **"במישרין או בעקיפין"**
5. **"שלא בהסכמת האדם\הסכמה בתרמית**"- אין חשיבות לשאלה מה חשב התוקף. יסוד ההסכמה הוא יסוד סובייקטיבי של הנתקף. \*הפקנ"ז קובע שלילד מתחת לגיל 12 אין יסוד הסכמה. לבגירים-קטינים יש סייגים (כמו בהסכמה רפואית- רק מעל גיל 18).

* **עוולת התקיפה לא דורשת נזק.**
* **יש הגבלה על הפיצוי.**
* הגנות ספציפיות לעוולת התקיפה:

1. **הגנה עצמית-** כפוף לדרישת הסבירות- הפעל כוח המגן צריכה להיות סבירה ביחס לכוח התקיפה. (פס"ד שהלא), בהגנה עצמית ניתן להעלות אשם תורם (דומה לכניסה למצב בהתנהגות פסולה).
2. **תקיפה של מישהו שנכנס לשטח מקרקעין-** המתגונן צריך להיות המחזיק במקרקעין. ויש דרישה בחוק לנסות ולהגיע קודם לפתרון בדרכי שלום.
3. **הגנה על מטלטלין שלמתגונן יש עליהם בעלות**. גם כאן יש דרישה קודם לנסות ולפתור את העניין בדרכי שלום.
4. **הגנה על פעולה מטעם רשות מוסמכת**- המתגונן צריך לפעול מכוח צו מסויים. (כוחות ביטחון\צו ביהמ"ש\משטרה).
5. כאשר **התובע לא שפוי** והמתגונן תקף על מנת להגן על עצמו\אחרים.
6. **הגנה על חיילים** הפועלים מכוח דין.
7. **תקיפה בתום לב שהיה יסוד סביר להניח שהיא לטובת התובע ולא היה ניתן לקבל את הסכמתו מפני שמדובר בשעת חירום-** כמו למשל צונאמי, פינוי דחוף וכו'.

* **תביעה לפי "ניסיון תקיפה" – ס' 23(א) סיפא:**

1. **נסיון או איום-** איום על תקיפה או ניסיון שעוד לא יצא אל הפועל.
2. **ע"י מעשה \ תנועה**
3. **שימוש בכוח נגד גופו של אדם**- גופו ולא רכושו.
4. **ידיעת המאוים על האיום או על ניסיון התקיפה-** בחינה זו תעשה ע"י בחינת "האדם הסביר" (האם האדם הסביר היה חש מאוים בנסיבות המקרה?) זה לא רלוונטי אם המאיים רצה להוציא את איומו לפועל או לא- משנה מה המאוים חשב\הרגיש.
5. **"שאכן הייתה לו אותה השעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו**"- באותה שעה של האיום צריכה להיות היכולת לתקוף והכוונה לבצע את האיום.

* **פס"ד עזבון ארגמן-** מקרה שבו דובר על מעשה תקיפה בין ילדים בטיול שנתי. הטענה הייתה שמעשה התקיפה נעשה כהגנה עצמית כיוון שהמנוח צבע את בגדיו של התוקף כחלק ממעשה קונדס. **ביהמ"ש קבע הגנה עצמית היא רק לצורך הדיפת תקיפה ולא כפעולת גמול.**
* **פס"ד שהלא**- מקרה שבו נדונה תקיפה של עובד כלפי מעסיק במסגרת העבודה אחרי פולמוס בניהם. הקבלן טוען להגנה עצמית. ביהמ"ש קמא לא קיבל את הטענה מפני שכדי להגן על עצמו היה צריך להשתמש באמצעי סביר או לחלופין לסגת מהמקום. ערכאת הערעור קבעה- בחינת האדם הסביר היא בנעלי המתגונן ולא מדובר באדם סביר שיש בידו הזמן לשקול את צעדיו ואינו נתון תחת איום. **עומדת למערער ההגנה העצמית**. **חובת הנסיגה – חובת הנסיגה היא לא מוחלטת בבית או במקום העבודה אין חובה לסגת.**

***משפט ורפואה***

* 3 החיקוקים הרלוונטים למשפט ורפואה**: רשלנות, תקיפה הפרת חובה חקוקה.**
* חוק זכויות החולה רלוונטי למקרים שאירעו אחרי שנת 96 - **רלוונטי להפרת חובה חקוקה**.
* **הגנת אשם תורם להפרת חובה חקוקה:** הרופא יטען שבכך שהמטופל לא הלך להתייעץ עם רופאים נוספים ולשמוע חוו"ד שניה יש משום אשם תורם, ואילו הניזוק יטען שהוא לא ידע שהיה צריך לעשות זאת, ושרק אם המזיק היה אומר לו את זה- הוא היה יודע שבכלל יש בזה צורך.
* **ברשלנות רפואית אי אפשר להקים חובה לרופא מכוח החזקה במקרקעין- לפי ס' 37 לפקנ"ז**.
* יש הבדל בין התרשלות לבין תקלה- לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות. ביהמ"ש ייקבע לפי חוות דעת רופאים אם היה מדובר בהתרשלות או תקלה. צריך להעלות את השאלה אם מדובר בתקלה או התרשלות (פאר נ' קופר).
* העברת נטל ההוכחה במקרים של נזק ראייתי ברשלנות רפואית: **ס' 41 לפקנ"ז- נזק ראייתי והעברת נטל ההוכחה**. (פס"ד קוהרי + פאר נ' קופר)
* מקרים של רשלנות רפואית:

1. **הסכמה מדעת-** רופא צריך לקבל הסכמה מדעת של המטופל שלו, ככל שזו אפשרות. (אם מדובר במצב חירום או במצב בו המטופל לא נמצא בהכרה וכו'- הסכמה מדעת לא נדרשת, כי הצלת חייו חשובה יותר. ככל שמדובר במצבים כאלה, לא נכון להעלות את המקרה של הסכמה מדעת).

* יכול לכלול את כל העוולות. גם עוולת התקיפה רלוונטית כאן, אם כל יסודותיה מתקיימים, בדגש על כך שהטיפול/תקיפה נעשתה **ללא הסכמתו של המטופל.**
* **בייניש בדעת יחיד בפס"ד דעקה**- העדר הסכמה תיחשב תקיפה והעדר הסכמה מדעת תוכל להיתבע ברשלנות. מכיוון שמדובר בדעת יחיד זו לא הלכה זה מעין "יצור כלאיים". בייניש לא רוצה שרופאים ייתבעו על עוולת התקיפה. לפי בייניש יש 3 מקרים של היעדר הסכמה:

1. עוולת התקיפה תוכר רק כאשר לחולה **לא נמסר כלל מידע** על סוג הטיפול הצפוי לו.
2. כאשר **לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת** של אותו טיפול. (אם התוצאה רק תתכן שתקרה אבל לא בוודאות- כבר מדובר ב"העדר הסכמה מדעת").
3. כאשר **הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי** מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.

* מה שהתקבע בפסיקה בשנים האחרונות הוא שהסטנדרט של **חוק זכויות החולה** משפיע גם על תקיפה וגם על רשלנות (כמובן גם על הפרת חובת חקוקה). **מה שמופיע בחוק זכויות החולה לגבי הסכמה מדעת (ס' 13) – נותן לנו אינדיקציה להעדר הסכמה גם בתקיפה וגם ברשלנות.**

1. **בחירה בין חלופות-** התביעה היא רק ברשלנות! יש לבחור באופציה הכי יעילה ומתאימה לטפל במצבו של המטופל, כאשר פורסים בפניו את כל האפשרויות. הרופא יכול לתת המלצה לפי דעתו, אך עליו לספר למטופל על כל האפשרויות. **אם לחולה לא הוצעו כל החלופות האפשריות לטיפול במצבו- הוא לא יכול היה להסכים מדעת**, כי כדי להסכים מדעת- הוא היה צריך לדעת על כל החלופות + הסיכונים שעומדים בפניו.

* מהי חובתו של **הרופא הסביר?**- אם יש חוו"ד אחרות של רופאים שממליצים על טיפול א', והרופא הציג בפני המטופל רק את טיפול ב', כשהוא מתעלם מיתר חוות הדעת בעניין- הוא רשלן.
* **לפעמים הבחירה לא תהיה בין סוגי הטיפולים המתאימים, אלא בין המטופלים המתאימים**- במצב בו הגעתם של כמה חולים יחד למיון וכולם צריכים טיפול דחוף- הרופא צריך להחליט במי מהם לטפל קודם. ואם הוא בחר בחירה לא נכונה- לטפל במטופל א' כאשר ב' היה זקוק לסיוע מיידי- הוא רשלן.
* **הגנה: הגנת האסכולות:** (פס"ד קליפורד): טענת הרופא תהיה שיש אסכולה משמעותית בעולם הרפואה שדוגלת בזה. יש 3 תנאים מצטברים:

1. האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה.
2. צריכה להיות בחירה ממשית בין אסכולות בזמן מעשה ולא לאחר מעשה– על הרופא להסביר למה הוא נשאר תקוע על האסכולה הישנה בעוד שהוא ידע את הפלוסים והמינוסים של כל אסכולה. לפני מעשה ולא לאחר מעשה.
3. צריך להביא את החלופות בפני החולה להכרעתו.זו דרישה קשה-יש חולים שאי אפשר להביא את האסכולות להכרעתם כמו למשל אם מישהו גוסס או שאין זמן והניתוח חייב להתבצע באופן מיידי. בתקיפה יש את ההגנה בס' 24(8) למקרים כאלו (פעולה בתו"ל שהם לטובת התובע). הרופא יכול להמליץ אבל ההחלטה צריכה להיות של החולה.

* צריך לשים לב **שהגנת האסכולות היא *לא הגנה מוחלטת!*** זה לא אומר שהתביעה תידחה בטוח כי רשלנות כפופה לשיקולי מדיניות משפטית.

1. **טיפול רפואי לקוי:** הסטנדרט של טיפול רפואי נאות הוא לפי מה שכתוב בס' 5 לחוק זכויות החולה, בעיקרון.

* צריך להזכיר את ס' 5 אבל לא להתבסס עליו יותר מדי בלי להצביע על ההפרה\ההתרשלות עצמה. בהפרת חובה חקוקה צריך להתבסס על עוד סעיפים אם מדברים על הפרת חובה חקוקה.
* אם **נקבע סטנדרט גבוה מהרגיל ע"י גוף או איגוד מסוים- חייבים לעמוד בו,** ואם לא עמדו בו אך כן עמדו בסטנדרט הרגיל- זה לא מהווה הגנה בבימ"ש- למשל בביה"ח פרטי.
* **בפס"ד פאר נ' קופר** היה אדם שעבר ניתוח ברגל וסבל מכאבים. נגרמה לו היצרות עורקים נדירה כתוצאה מהניתוח ברגל - כלומר, אין צפיות בחובת הזהירות הקונקרטית, כך שאם היה מדובר ברשלנות התביעה הייתה נדחית. אולם, ביהמ"ש החליט שלמרות זאת על ביה"ח היה לצפות את הסיבוך. **ביהמ"ש כופף את סטנדרט הצפיות ולקח אותו לכיוון של אחריות מוחלטת.**
* **בייניש בדעקה מכופפת את התקיפה לכיוון של רשלנות!**
* **פס"ד דעקה- פגיעה באוטונומיה כנזק.**