**חלק ראשון במבוא- מושגי יסוד**

**(1) מושגי יסוד בסיסיים**

* דיני נזיקין- דיני ממוקדי נזק. באנגלית: Tort Law- דיני עוולה.
* עוולה- עוולה היא דבר מרכזי בפקודת הנזיקין אף על פי שאנו מכנים את דיני הנזיקין כמכווני נזק, אלא שלמעשה דיני הנזיקין מגדירים עוולות, משמע התנהגויות. התנהגויות שיכולות להיות גם במעשה וגם מחדל. לא רק דבר אקטיבי שאדם עושה וניתן לזהות את ההתנהגות שלו, אלא גם במחדל, חוסר התנהגות של אדם- הטלת אחריות על דבר שאדם לא עשה. כלומר, נוכל להאשים אדם בעוולה אף אם הוא לא ביצע התנהגות אקטיבית.   
  *ס'3 לפקודת הנזיקין: עוולה והזכות לתרופה- "הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראת הפקודה- כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה ב ישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה".*
* תרופה- תרופה במשפט הפרטי ונזיקין בפרט, הכוונה לסעדים, למענה של המשפט אשר נותן לתובע. המענה שהמשפט יכול להציע.
* הצדדים בתביעות נזיקין- התובע יהיה הניזוק\ קורבן, והנתבע יהיה המעוול או המזיק.

סוגי עוולות:

* עוולות סל- עוולה שמכילה בתוכה עוולות "קטנות" רבות- דוגמה לעוולת סל היא עוולת ההתרשלות, או עוולת "הפרת חובה חקוקה". עוולת הרשלנות, ביטוי שבדרך כלל משתמשים בו. אשר משתרעות על מגוון רחב של תחומים ונושאים. כשעוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה משמשות בדרך כלל כעוולות-סל שאליהן פונה בדרך כלל תובע המתקשה להוכיח את קיומה של עוולה פרטיקולרית.
* עוולות פרטיקולריות- עוולות ספציפיות. מתייחסות למקרים ספציפיים כגון עוולת התקיפה, עוולת כליאת השווא, עוולת הנגישה וכדומה.

מרבית העוולות מצויות בפקודת הנזיקין- בסעיפים 23-63, אך יש גם עוולות שנמצאות מחוץ לפקודה. יש עוולות שקיימות גם מחוץ לפקודה(נעסוק באלו שנמצאות בתוך הפקודה, בעיקר, אך נדבר על הקשר בין עוולות שבתוך הפקודה לכאלו שנמצאות בחוץ ויחסי הגומלין ביניהן).

דוגמאות: מוצרים פגומים, לשון הרע והגנת הפרטיות, הגנת הצרכן, עוולות מסחריות, מניעת מפגעים, מניעת הטרדה מינית, איסור הפליה ועוד.

הפקודה למעשה מחולקת לשני חלקים:

1. עוולות- מתי גרימת נזק לצד א' נחשבת כעוולה? החלק של העוולות קובע מהם היסודות הנדרשים בכדי שהתנהגות עוולתית תיחשב מבחינה משפטית כעוולה נזיקית.

אם כל יסודות העוולה לא מתקיימים, אין צורך לדון בחלק בפקנ"ז העוסק בהגנה וצמצומה של תחום העוולה. לצורך עבודות וכו', גם אם יסוד מסוים לעוולה לא מתקיים נמשיך לדון בשארית היסודות(לא "נסיים את הסיפור" שם).

1. הסדרים כללים שנוגעים לתחום דיני הנזיקין- נניח שיש הוכחה כי התקיימה עוולה, יש הסדרים שנוגעים להגנות. חלק מהסעיפים עוסקים בהסדרים כללים- הגנות, צמצום אחריות, קשר סיבתי וכו.

שני מושגים חשובים כלליים:

* דוקטרינה- הכלל המשפטי
* תיאוריה- הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי. אף שהתיאוריות יותר כלליות ופחות מעשיות, נראה שדנים בהן גם לאורך פסקי דין ויש להן חשיבות רבה בקורס, במיוחד בתחום הנזיקין.

**(2) מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין**

חשוב להבחין בין המשפט הפרטי לציבורי: דיני הנזיקין הם תחום משפטי שנמצא בגדר המשפט הפרטי. המיקום הגיאוגרפי מוביל להבחנה בין המשפט הפרטי לציבורי:

משפט ציבורי זה משפט שבו המדינה היא צד, במובן המהותי ולא בפורמאלי- היא צד משום שהיא מפעילה רשות שלטונית בהיותה הריבון. אך אם המדינה משחקת בתור שחקן פרטי, התביעה תהיה במשפט הפרטי ולא הציבורי. המדינה יכולה להיות גם צד לתביעה אזרחית, אך היא נמצאת בעיקר כחלק מהמשפט הציבורי.

כשחושבים על המשפט הפרטי ודיני נזיקין בפרט יש לראות את מפת המשפט: יש צורך להכיר את קרובי המשפחה של דיני הנזיקין וקווי הגבול. וזאת בשביל להבין איזה כלי ותרופה נזדקק בכל תביעה.

מפת המשפט:

* משפט פרטי- עשיית עושר, חוזים ונזיקין("קרובי משפחה"- יש קווי דמיון ויחסים שחשוב שנדע.
* משפט ציבורי – משפט מנהלי, פלילי, חוקתי, מיסים וכו'.
* תחומים בהם יש חפיפה

דיני החוזים- נזיקין

השוני הרעיוני בין הדינים הוא השאלה של היכרות מוקדמת- בדיני הנזיקין מדובר על דינים שבין זרים, אנשים שלא מכירים אחד את השני בהיכרות מוקדמת, כאשר הזרות באה לידי ביטוי בקשר שהאדם לא רצה בו, קשר שנכפה על הצדדים. וזאת בניגוד לדיני החוזים- שיש היכרות מוקדמת שמשתקפת בהסכם מחייב. יש קשר הנובע מתוך רצון ובחירה.

דיני הקניין- דיני הנזיקין

השוני הרעיוני בין הדינים- מובנים של שליטה וסמכות של האדם על חפץ מסוים. זהו הרעיון המרכזי של דיני הקניין- מי שפוגע בקניינו של האחר חייב לפצות על הנזק. דיני הנזיקין שהתפתחו מדיני הקניין, לעיתים נתפסים כאילו התפקיד לשמור ולהגן על הקניין, אך בסופו של דבר לרוב, דיני הנזיקין באים לשמור על שלמות הגוף. בנזיקין, בניגוד לקניין אין את הרעיון המרכזי של שליטה וסמכות. דיני קניין- שייכות ורכוש (סמכות ושליטה), דיני נזיקין (שלמות הגוף).

מאפיין נוסף: דיני הקניין מסתיימים ברשימה סגורה ומוגבלת של זכויות. מול דיני הנזיקין שעוולת הסל מאגדת לתוכה הרבה מאוד התנהגויות שמאפשרת להכיר בהתנהגויות כעוולתית. יש התפתחות מתמדת והבשלה של התנהגויות כעוולות. במובן הזה פקודת הרשלנות יונקת לתוכה כל מיני התנהגויות ומאפשרת הכרה ברשימה פתוחה של התנהגויות. עוולות הסל מאפשרות ומבטאות את המצב שאין רשימה סגורה.  
מעניין לציין כי במשפט האנגלו-אמריקאי, דיני הקניין התפתחו מתוך דיני הנזיקין.

דיני עשיית עושר- נזיקין

"קרובי משפחה" הן של חוזים והן של נזיקין. עשיית עושר תחול במקרים נזיקיים במצב בו אדם התעשר כתוצאה מעשיית עוולה. במקום לתבוע על הנזק, ניתן לתבוע את הרווח שנעשה מהעוולה.

קרובי משפחה גם של נזיקין- במובנים מסוימים דיני עשיית העושר קרובים יותר לנזיקין (כאשר אדם הסיג גבול וזכה לרווח בשל כך, הוא ביצע עוולה אך ניתן לתבוע ממנו את הרווחים שגרף ולא פיצוי, כלומר שניתן להחיל גם את דיני עשיית העושר לאותו המקרה וגם את דיני הנזיקין). במקום לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שגרם לתובע, דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע.

3 יסודות לחובת השבה מכוח דיני עשיית עושר

1. התעשרות של הזוכה
2. לא כדין
3. ההתעשרות על חשבון המזכה).

דוגמה: ב' הסיג גבול במכוון לבית כאשר לא נגרם לאדם א' כל נזק בעוד הוא בחו"ל ומשכיר את הדירה שלו ברווח גדול לשווי הדירה.

* שלוש אפשרויות: אפשר לתבוע על התעשרות שלא כדין ועל התועלת שצמחה מהעוולה(לקבל 100, שווי ההשכרה מעל לשווי השוק כלומר ערך הדירה), על הנזק(0- לא נגרם נזק מהעוולה), או על מחיר השוק של השכירות(80- גם כאן, אפשר ללכת על מסלול של נזיקין כי נגרם נזק, או לבחור במסלול של התעשרות שלא כדין). כאשר גודל ההתעשרות לא ברור, ננסה לאמוד אותו לפי שווי השוק(לא תמיד הדברים פשוטים כמו בדוגמה המצורפת).

מניעת עשיית עושר ע"י עוולה, תמנע תמריץ חיובי לעשיית עוולות. על כן, בדוגמא מעין זו, התשובה הנכונה היא לדרוש 100. אם לא תצוין ההתעשרות במדויק, כפי שיקרה בדרך כלל, נאמוד את ההתעשרות לפי מחיר השוק.

דוגמא לחפיפה בין דינים:

ס'18 לחוק המקרקעין וס'24 לפקנ"ז- השגת גבול ושימוש בכוח- ע"מ למנוע השגת גבול, וע"מ להוציאו מהמקרקעין. ההבדל: לפי פקנ"ז תהיה הגנה על תביעה בגין תקיפה, ללא הגבלת זמן, ולפי חוק המקרקעין השימוש בכוח מוגבל לשלושים יום. כך רואים לעיתים מקרה עובדתי זהה שחולש על תחומים משפטיים שונים, כך שנוצרת מעין "התנגשות".

הצעת חוק דיני ממונות

הצעת חוק דיני ממונות (עסקנו בה גם בדיני חוזים)- הצעת חקיקה שמאגדת את כל דיני החיובים יחדיו(חוזים, נזיקין ועשיית עושר).

לא נלמד בקורס, היא בסופו של דבר מטפלת בכל עניין החיובים בצורה מאוחדת- כמשפחה של דיני החיובים. מבחינה רעיונית הגיוני להפריד בין סוגי החיובים, ולכן גם ובמידה אכן כלל החיובים יאוגדו בחוק דיני ממונות, עדיין נפריד ביניהם. אך, עדיין יש חפיפה בין חיובים: לדוגמא הסגת גבול (ס' 18 לחוק המקרקעין) והגנה מיוחדת (סעיף 24 לפקנ"ז)- אנחנו רואות שני חיובים שונים, רלוונטיים להקשר של הסגת גבול. סעיף דומה שעוסק בנושא של שימוש בכוח, תקיפה למקרה שמישהו הסיג גבול לנכס, שניהם עוסקים באותו נושא אך מלמדים שני דברים שונים.

מדינת ישראל נ' האחים אהרון

העובדות: חברה קבלנית שהשכירה כמה דירות למוכר מסוים, בחוזה היה עיגון לפיצויים מוסכמים. מדינת ישראל שכרה שש דירות בבניין שבבעלות החברה. היא התעכבה בהשבת הנכס לחברה עיכוב של 15 חודשים. המקרה הוא בקשת לערעור רשות- לאחר שניצלו כבר את ההזדמנות לערעור, ביקשו פעם שנייה לערעור בעליון.

השאלה המשפטית: יש מספר עילות אפשרויות שמכוחן ניתן לתבוע את התרופה:

1. פיצוי נזק- נזק שנגרם לחברה כתוצאה מהפרת החוזה.
2. פיצוי מוסכם- לפי חוזה השכירות.
3. דמי שימוש בנכס- מבוסס על הרעיון של התעשרות שלא כדין, שימוש בנכס מעבר לתקופה החוזית ללא הסכמה, לא יכול להיות שתקופת השימוש לא תעלה, ולכן השוכר שלא כדין התעשר על המשכיר.

בית המשפט: השופט גולדברג קבע שיש פה פגיעה באינטרס מסוים של התובע, והשאלה היא על איזה אינטרס נרצה להגן? לא ניתן להגן על אינטרס מסוים בכך שנותנים פיצוי יתר. העילות השונות לפיצוי והגנה על אינטרס:

1. אינטרס הציפייה- הגנה על העיכוב, מדובר על הפרה חוזית ולכן האינטרס שהופר הוא אינטרס הציפייה. דמי שימוש ראויים על 15 חודשים של עיכוב, זה הפיצוי הטבעי כדי להגן על אינטרס הקיום שנפגע. המשמעות של הפגיעה באינטרס הקיום, ההנחה היא שבתקופת העיכוב המשכירה יכלה להשכיר למישהו אחר, ולכן יש צורך לפצות למקום שבו המשכירה הייתה ללא הפרת החוזה.
2. התעשרות- האינטרס השני הוא מניעת ההתעשרות שלא כדין של המשכירה
3. פיצוי מוסכם- גם המטרה שעומדת מאחורי הפיצוי המוסכם היא הערכה של הנזק שעלול להיגרם למשכירה כתוצאה מהעיכוב בזמן. גם לפיצויים מוסכמים יש הגנה על אינטרס הציפייה של המשכירה קיום החוזה עצמו בעצם זה אינטרס דומה לדמי השימוש הראויים בנכס. אותו סעד הגן באופן דומה על כל אחד האינטרסים ואנחנו רואים כפילות- משום שהפיצוי המוסכם מגן על אותו אינטרס, יש פה כפל פיצוי.

אילו אפשר היה להוכיח, שהפיצוי המוסכם נועד להגן לא רק על השבת הנכס, אלא על נזק נוסף שהיה יכול להיגרם למשכירה, אז היה ניתן להכיר בסעד נוסף. כלומר, אם המשכירה הייתה מוכיחה שיש נזק אחר בנוסף לאינטרס קיום החוזה, או התעשרות שלא כדין, אם הפיצוי המוסכם היה נועד להגן על אותו הנזק הנוסף, המשכירה הייתה מקבלת את הפיצוי משום שמדובר בראש נזק אחר. הפיצוי המוסכם היה מגן על אינטרס אחר. לא ניתן לתת שתי תרופות בשביל להגן על אינטרס אחד, משום שאם זה יתאפשר זה יצור התעשרות שלא כדין של הנפגעת.

הלכה: על פגיעה באינטרס מסוים, במקרה הזה אינטרס קיום והתעשרות שלא כדין, דמי השימוש הראויים בנכס זה סעד שהגן על האינטרס המסוים הזה שנפגע. רק אם היינו יכולים להגיד שניתן להגן על אינטרס אחר, אז היה ניתן להוסיף סעד נוסף או לפצות על פי הפיצוי הקבוע.

**(3) הבחנה בין זכויות in personam לזכות in rem**

בתוך המשפט הפרטי יש הבחנה בסיסית בדיני החיובים, שזה בעצם חוזים נזיקין ועשיית עושר לדיני קניין. וההבחנה הזו, שראינו על ספקטרום אחד, יש הבחנה נוספת:

* זכויות in ram - זכויות קניין מתאפיינות כזכויות שפונות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי העולם כולו. זכויות קניין.
* זכות in-personam - היא זכות כלפי אדם מסוים, למשל זכות חוזית. והפיצוי יהיה כלפי אדם מסוים.
* הזכות כלפי העולם היא זכות חזקה יותר, וזאת בשל העובדה שהחובה עומדת לכל העולם ולא רק לאדם ספציפי\ יחיד.

ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעיתים מתערבבת בדוקטרינה אחת. לדוגמא: סעיף 62 לפקודת הנזיקין:

"מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון ".

יש חוזה בין שני אנשים, המייצרים חובה פרסונלית, אבל כל העולם לא יכול לגרום לשני הצדדים האלה ביודעין, להפר את החוזה. החידוש סעיף 62 היא יצירת חובה לכל העולם. קמה חבות לכל העולם לא להתערב. הסעיף יוצר מין חגורת הגנה סביב דיני החוזים, וזה דבר שמאפיין זכויות כלפי העולם.   
ההבחנה הזו שיש חוזה שהוא רק בין שני אנשים, מתערערת. משום שהסעיף פונה לכלל העולם ולא רק למערכת החוזית בין הצדדים.

**(4) הקשר בין דיני הנזיקין והמשפט הפלילי**

שתי העילות יכולות לחול יחד: יכול להיות מצב בו מתקיימות שתי עילות- פלילית ונזיקית-אזרחית. לדוגמא פעולת התקיפה: מצד אחד, המדינה יכולה לתבוע פעולת תקיפה. ומצד שני, במסגרת העולם האזרחי, הניזוק יכול לתבוע את המזיק על פעולת התקיפה. אין מניעה שיחולו דיני העונשין וגם שתיווצר מאותה סיטואציה בדיוק, גם עילה נזיקית אזרחית.

אין הרמטיות בין תחומי המשפט אלא שיש מקומות חפיפה וחיבור ביניהם. לדוגמא: מעוגן סעיף מיוחד: יש רעיון נזיקי שניצק לתוך דיני העונשין דרך סעיף 77 לחוק העונשין:

"(א)  הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו."

הסעיף הוא נזיקי לחלוטין, יש דיבור על נזק ופיצוי, דברים שלא רלוונטיים בדרך כלל לדברים בחוק העונשין. הסעיף מאפשר לקורבנות עבירה לקבל פיצוי שהוא על דרך אומדנה. בסיטואציה פלילית מאוד קשה לניזוקים או בני משפחתם, להתמודד עם הליך אזרחי, מבחינה רגשית. במסגרת חוק העונשין נותן תרופה נזיקית לנפגעי עבירה. זה סעיף מעניין. הרעיון של הסעיף הוא לקבל סעד יעיל לנפגעי העבירה.

בפס"ד קרין נ' בוקובוזה נקבע שניתן לתת פיצוי מסוג כזה גם על נפגעים עקיפים מהעבירה (אך הוא יתחלק עם כל נפגעי העבירה ולא יינתן הסכום לכל אחד בנפרד). במקרים מסוימים, ניתן גם להגיש תביעה נזיקית נוספת מעבר למה שנתבע במהלך המשפט הפלילי.

פיצויים עונשיים בדיני נזיקין

בדוגמא הקודמת נראה כי בתוך דיני העונשין ניצק סעיף נזיקי. ועכשיו, יש קונספט בדיוק הפוך: פיצויים עונשיים- כאשר עוולה נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים. בתוך דיני הנזיקין ניתן לשמוע פיצוי עונשי- זה קורה כאשר, אם עוולה נעשית בזדון, בית המשפט יכול לקבוע כי לא רק יפצו על הנזק שקרה אלא גם פיצוי עונשי- שמטרתו להביא להרתעה.

היכולת להקנות פיצויים עונשיים מעוררים הרבה ביקורת: לדוגמא בשל העובדה שבפיצוי העונשי האדם צריך לעמוד בנטל ההוכחה של משפט אזרחי ולא פלילי, זה יוצר מצב בו ניתן בקלות להקנות פיצויים עונשיים בשל נטל הוכחה קטן. ( מתן הסמכות לבקש סעד ענישתי מצד פרט ולא המדינה היא שמעוררת את הביקורת). מנגד, ניתן יהא לטעון שמי שמעניש את המעוול הוא בית המשפט, לא הפרט התובע. הפרט התובע מבקש את הענישה, בהמ"ש יחליט. נראה שגם בית המשפט עצמו נמנע מלאפשר פיצויים עונשיים. על עקרון זה יש ביקורת כבדה.

היבט ראייתי

פסד פלילי יכול לשמש ראיה להליך אזרחי, בין היתר בשל הסיבה שבהליך הפלילי נטל ההוכחה מאוד גבוה בשל התוצאה שבסוף ההליך הפלילי, הענישה. בהליך אזרחי, נטל ההוכחה קטן משמעותית והוא נוטה לצד המשכנע יותר. ולכן זה הגיוני, כאשר המדינה הצליחה להוכיח את הראיות ואת התביעה, ברור שפס"ד מוכח כדי לשמש ראיה בהליך אזרחי. ברור שהאדם עבר את הנטל שהיה צריך להוכיח.

יכול להיות מצב שהוגש כתב אישום, אבל התביעה של שהמדינה לא תוכח. עדיין הניזוק באותה סיטואציה ובאותן נסיבות יכול להגיש תביעה בהליך אזרחי ולזכות. אותו ניזוק עדיין יכול להגיש ולעמוד בנטל ההוכחה של 15% אחוז. זו מערכת היחסים בין המשפט הפלילי לאזרחי.

**היחס בין פקודת הנזיקין לבין הוראות נזיקיות חיצוניות**

קיימים הסדרים נזיקיים גם מחוץ לפקודת הנזיקין, לדוגמא: ס' 77 לחוק העונשין. השאלה שנשאלת היא מה הקשר בין הסדר נזיקי שנמצא מחוץ לפקודת הנזיקין לבין ההוראות הכלליות של פקודת הנזיקין בעצם פקודת הנזיקין מחולקת ל: עוולות עצמן והסדרים כלליים.

נשאלת השאלה מה קורה שיש הסדר נזיקי מחוץ לפקודת נזיקין מה הקשר שלו לאותן הוראות כלליות? האם חלות ההוראות הכלליות האלו על הסדר נזיקי חיצוני?

ברזני נ' בזק

עובדות: בזק פרסמה מידע מוטעה לגבי מחיר של שירות ובפועל גבתה מחיר גבוה מהפרסום, ברזני צרך את השירות מבלי שהיה מודע פרסומת המטעה, ותבע פיצויים בתובענה ייצוגית בשם הניזוקים כולם.

" (א)  לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה"

ברזני תבע מכוח סעיף 2א לחוק הגנת הצרכן, וזאת מפני שבזק הטעתה צרכנים- פרסמה מחיר נמוך מאשר גבתה בפועל ולכן היא עברה על חוק הגנת הצרכן.

השופט חשין קבע: ההלכה: משמעות סעיפים אלה היא שהוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה. גם על העוולה הזו של חוק הגנת הצרכן שאוסרת על הטעיה של צרכנים, בין היתר זה אומר שבשביל להוכיח את העוולה של הטעיה יש צורך להוכיח קשר סיבתי בין ההטעיה לנזק. אומנם, ברזני עצמו לא ידע על הפרסומת של בזק ולכן הוא השתמש בשירות ללא קשר להטעיה.

יש הרבה מאוד עוולות נזיקיות מחוץ לפקודת הנזיקין, ויש צורך להכיר את ההסדרים הכללים של הפקודה. אותם תובעים שתובעים בתביעה נזיקית, הם צריכים לפעול לפי החלק הכללי של פקודת הנזיקין, למרות שהעוולה נמצאת מחוץ לחוק המסדיר את החלק הכללי.

**חלק שני במבוא- העוולה הנזיקית**

לאחר מיקום דיני הנזיקין בתמונת המשפט הכוללת, נעבור לדון בעוולה הנזיקית:

**(1) הדוקטרינה הנזיקית**

העוולה הנזיקית מגדירה מה הם התנאים בהם תוטל העוולה הנזיקית. כל יסודותיה של העוולה שמעוגנים בפקודת הנזיקין, ניתן לדעת כי העוולה התקיימה, ובגינה ניתן לקבל תרופה. לעיתים ניתן לחלק את הרעיון של זכות לתרופה לזכות ראשונית-מתי הופרה זכות ראשונית, לאחר מכן קמה עילה, ואם היא תוכח תקום מזכות שניונית (זכות לתרופה).

ברגע שיש עילה ראשונית- הופרה חובה שיש כלפי מישהו, התקיימו יסודות עוולת הרשלנות, זה מבטא מצב שבו נפגעה הזכות הראשונית של הנפגע. לאחר פגיעה בזכות הראשונית של הנפגע, קמה הזכות השניונית- שזו הזכות לתרופה.

שלושה יסודות מרכזיים כמעט לכל עילה נזיקית, שיש לה חריגים:

1. אשם
2. נזק
3. זיקה עובדתית\ משפטית בין האשם לנזק (קשר סיבתי)

סעיף 64, מקפל בתוכו כל מיני רעיונות מרכזיים של העילה הנזיקית:

**אשם**

התנהגות שמייחסים להפרה לאיזשהו סטנדרט התנהגות, והוא מורכב גם מיסוד עובדתי וגם מפן נפשי.

סעיף 64 לפקודת הנזיקין

"אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:"

* פן עובדתי הוא האם העובדה שמעשה או מחדל של נתבע באיזשהן נסיבות, התקיים. רואים היסודות העובדתיים של העוולה מתקיימים. התנהגות מסוימת\ יסודות הסעיף. התנהגות או שלא התנהגת בצורה שהאדם היה צריך להתנהג בנסיבות מסוימות.
* פן נפשי: למשל, האם הייתה כוונה? ידיעה בכוח (היה צריך לדעת) או בפועל (ידע) או כוונה/פזיזות (כוונה- אדם שרוצה להזיק או אפילו אדיש, פזיזות- אנו רוצים שאדם ייזהר אבל הוא פועל בפזיזות).

אשם- המזיק  
אשם תורם- רלוונטי גם לעניין הניזוק, האם הניזוק תרם באשמו, התנהג בצורה לא סבירה, ובכך גם לו יש אשם בגרימת הנזק. האם לניזוק יש גם אשמה מסוימת ואחריות בנזק?

**נזק**

סעיף 2 לפקודת הנזיקין

"נזק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה;

אלו יסודות בסיסיים ובדרך כלל, הם נמצאים בכל עוולה. הנושא של נזק נפשי לא מופיע, אלא נזק פיזי ומוחשי. דיני נזיקין הכירו שבנזקים מוחשיים, כאשר החריג הוא נזק בלתי-ממוני. הכלל המסורתי היה שנזק בלתי ממוני טהור, נזק נפשי, לא זכאי לפיצוי. הכלל הלך והתגמש, ובית המשפט הרחיב את העילה הנזיקית.

* נזק ממוני טהור- נזק כלכלי טהור, לדוגמא- אובדן הכנסה בלבד. נזק שהוא לא נלווה לנזק פיזי במובן של נזק גוף.נזק בלתי ממוני טהור- נזק נפשי(מחלת נפש)- בעבר לא הייתה הכרה בסוג כזה של נזק, אך כיום בהמ"ש נוטה להכיר בסוג נזק כזה יותר ויותר.
* בעוד דיני העונשין מבוססי סיכון (Risk Based), דיני הנזיקין מבוססי נזק (Harm Based). לכלל זה יש גם יוצאים מן הכלל(נדון בהם בהמשך).

דיני נזיקין הרבה פעמים מזוהים על דינים המבוססים נזק, למרות שיש נסיגה בשנים האחרונות. באופן עקרוני יש הבדל במובן הזה בין דיני נזיקין לעונשין. הנזק חייב להתממש בניגוד לדיני העונשין המטילים עונש גם על עבירות שיש בהן רק סיכון ולא נזק.

**קשר סיבתי**

קשר סיבתי משמעותי ונראה שעל יסוד זה קם ונופל דבר. (כמו ברזני).

אם נזק נגרם לתובע, אבל לא ברור אם הוא נגרם בגלל התנהגות הנתבע לא תקום עילה נזיקית. יש צורך להראות שיש קשר עובדתי וקשר משפטי בין ההתנהגות לבין הנזק. אם אין קשר כזה, לא ניתן להטיל אחריות נזיקית על אדם. המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא"- אלמלא התנהגות הנתבע האם היה נגרם נזק?

במשפט מוטלת אחריות על אדם בשל תוצאות העוולה שלו. עוולות מרכזיות בדיני הנזיקין הם רשלנות, הפרת חובה חקוקה- שתיהן דורשות הוכחה של נזק והוכחה של קשר סיבתי. קשר בין הזנק להתנהגות.

חריגים: הסגת גבול, תקיפה וכו. עוולת הסגת גבול לא נדרשת הוכחת נזק. אם כי כאשר אנו רוצים פיצויים יש להוכיח קש"ס), תקיפה וכיו"ב.

סעיף 89 לפקודת הנזיקין: תחילת התיישנות

89.  לענין תקופת התיישנות בתובענות על עוולות - "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:

(1)  מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;

(2)  מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.

**עוולת per se (עוולה כשלעצמה)**

עצם התנהגות מהווה עוולה והוכחת הנזק לא רלוונטית. יש כל מיני הבדלים בין עוולות שניתן להוכיח נזק לכאלו שלא, בהתאם לקושי. בעוולת פר סה, רק צריך להוכיח שהתקיימה עוולה, עצם ההתנהגות העוולתית בלבד, יש הקלה בדרישות.

אם בוצעה נגדי עוולת פר סה, מתחיל מרוץ ההתיישנות- עד מתי ניתן לתבוע, הוא מתחיל ביום שבו הסתיימה ההתנהגות העוולתית, לדוגמא: ביום שהסתיימה הסגת הגבול. מרוץ ההתיישנות מתחיל ביום שההתנהגות הושלמה. אבל, עוולות שנדרש בהן הוכחת נזק (קשר סיבתי), מרוץ ההתיישנות הוא כזה שמתחיל אחרי השלמת הנזק.

ובקצרה, כאשר מדובר בעוולה שלעצמה, שלא צריך הוכחת נזק, נקרא לה עוולת per se.

**(2) משטרי\ סוגי האחריות השונים**

אפשר לחלק את בסיסי האחריות השונים לכמה סוגים שונים :

1. עוולות כוונה
2. רשלנות
3. אחריות מוגברת (או חמורה)
4. אחריות מוחלטת
5. חסינות לנתבע

**עוולות כוונה**

למעט מצבים יוצאי דופן, נטל הוכחה בכל הליך אזרחי הוא על התובע. התובע צריך להוכיח את הטענה\ התביעה שלו. בעוולות כוונה קיים קושי פנימי להוכיח עוולה, משום שהיא מצריכה הוכחה של יסוד נפשי- יש צורך להוכיח את הכוונות הסובייקטיביות של המעוול.   
עוולות כוונה מחלישות ומצמצמות את נטל ההוכחה על הנפגע. בהקשר זה, לעוולות כוונה יש נפקות בנטל הראיה, דבר דומה לא קורה ברשלנות.

לדוגמא: תרמית (ס' 56), נגישה (ס' 60), שקר מפגיע (סעיף 58), גרם הפרת חוזה (סעיף 62).

דבר מעניין, בהקשר של כוונה ניתן להסתכל על עוולות כוונה כמבטאות אשמה מוסרית. לא תמיד עוולה משליכה ומטילה פגם מוסרי באדם.

**רשלנות**

**רשלנות**

35.  עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

רשלנות מהווה ס' מרכזי בדיני הנזיקין. סעיף זה מקפל לתוכו את כל יסודותיה של עוולת הרשלנות.

יש צורך שאדם יגרום התנהגותו נזק לזולתו. עוולת הרשלנות, התנהגויות שניתן לומר עליהן שהם חוסות תחת משטר הרשלנות, הן מבטאות רעיון של רשלנות, הן מבוססות על הגדרה של אשם- יש רעיון של התנהגות של יסוד נפשי, אלא שכאן מדובר בהתנהגות לא סבירה. האדם הסביר היה פועל אחרת. הרבה פעמים נהוג להסתכל על הרעיון של רשלנות כעוולה בעלת אשמה חברתית, ולא כאשמה מוסרית. איך מבחינה חברתית היינו רוצים שיתנהגו אחרת, אבל לא מבחינה מוסרית. הרעיון של עוולה לא חייב להיות כרעיון של עונשין, שנראה כי מבחינה מוסרית הוא בעייתי. עוולת רשלנות לא עוסקת בהתנהגות שמבחינה מוסרית בעיתית, אלא מבחינת הסטנדרט החברתי.

בנטל ההוכחה, התובע לא נדרש להוכיח אלמנטים סובייקטים של הנפגע, כדוגמת הכוונה, אלא הוא צריך להוכיח סטנדרט אובייקטיבי- מה הוא הסטנדרט החברתי המקובל, מה האדם הסביר היה צריך לעשות, ולא האדם הספציפי.

רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה

משטר ביניים של רשלנות. בדרך כלל התובע הוא זה שצריך להוכיח שההתנהגות שלנתבע כלפיו עולה בגדר התרשלות, שנגרם לו נזק ויש קשר סיבתי בין ההתנהגות לנזק. במקרה של הפיכת נטל ההוכחה, על התובע יהיה להוכיח כמה אלמנטים של ס' מסוים, אבל לאחר מכן הנטל יעבור לנתבע, למזיק, והוא יצטרך להוכיח שלא היה רשלן.

**חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו**

41.  בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה.

לדוגמא: ס' 41- חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו.

בדרך כלל, הסעיפים הללו עוסקים במצבים בהם הנתבע צריך להוכיח שהתנהג באופן סביר. זהו נטל לא פשוט על הנתבע, אבל מצד שני, הסעיפים רלוונטיים למקרים בהם התובע לא יכול להעיד ולענות על נטל ההוכחה. לדוגמא: מטופל מורדם לא יכול להוכיח דבר, אלא רק הנתבע.

קיים משטר רשלנות ומשטר של הפיכת נטל ההוכחה.

**אחריות מוגברת (או חמורה)**

זהו משטר אחריות בו המזיק חייב בנזיקין למרות שלא בהכרח יש בהתנהגות שלו אשמה חברתית או מוסרית. לדוגמא: צד ב' דחף בכוח צד א', וכתוצאה מהדחיפה צד א' נחשב כמסיג גבול. זו הדוגמא הבהירה ביותר מדוע אחריות חמורה לא נלווה אליה בהכרח איזשהו אשם מוסרי או חברתי, כשזהו ההבדל בין אחריות חמורה למוחלטת.

באחריות חמורה יש משמעות לאשמו של הניזוק- יש אחריות שהיא יותר חזקה, אבל יש חשיבות לאשם התורם של הניזוק. וזה לא קיים במשטר של אחריות מוחלטת.

**אחריות מוחלטת**

ההבדל הבולט המשמעותי בין אחריות חמורה למוחלטת זה שבאופן עקרוני, אחריות מוחלטת היא חד צדדית באופן קיצוני, אין התעסקות לא באשם של המזיק או הניזוק. על פניו, גם אם הניזוק אשם, לא תהיה הגנה ותוטל על המזיק אחריות. במקרים כאלו יש צורך להראות על קשר סיבתי, גם אם אין אשם בהתנהגות זו.

לדוגמא:

* חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים: סעיף 2(ג) לחוק: אחריות הנוהג: האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים.  
  במקרה שמישהו נפגע בתאונת דרכים, זה לא משנה אם היה אשם תורם. גם אם היה אשם תורם של הניזוק, לא תהיה הגנה למזיק. בסעיף 7 לחוק, יש חריגים לכלל.
* חוק האחריות למוצרים פגומים סעיף 2(א): אחריות היצרן: יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן - הנפגע), ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן.

לכאורה יש אחריות מוחלטת, אין שאלה האם היצרן אשם או לא. אבל, בתחילת סעיף 4 נראה כי לא תהיה הגנה ליצרן אלא אם הנפגע נהג בהתרשלות חמורה. גם כאן במקרים של אשם תורם של הצרכן נראה כי יש משמעות לאשם תורם, אבל זה רק החריג של הכלל.

יש הסדר ביניים בין אחריות מוחלטת לבין אחריות חמורה. משום שנראה שיש הסתייגויות מסוימות, כן יש משמעות מסוימת לאשם של הניזוק.

התרשלות- התנהגות.

**חסינות לנתבע**

ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע, נעבור למשטר שמטיב באופן מיטבי עם הנתבע. ברגע שיש אחריות יש גם חריגים אחריות- פטור מאחריות שזו בעצם חסינות**.**

דוגמאות:

* חסינות גיל- לא תוטל אחריות לאדם שגילו מתחת לגיל 12.
* חסינות על פעולת שיפוט מזיקה- אם שופט התרשל במילוי תפקידו, אם ניתן פס"ד ונגרם נזק, ניתן לטעון שתוך כדי ביצוע תפקידו, השופט התרשל וכתוצאה מכך נגרם נזק. (ס' 9 לפקנ"ז).

**חלק שלישי במבוא- מטרות דיני הנזיקין**

בית המשפט מנסה להתחקות אחרי הרעיון שמאחורי הדוקטרינה, יש חשיבות להבין מה הרעיון והמטרות שמסתתרות מתחת לפני השטח. פס"ד "אבו חנא" הוא דוגמא יפה להסתכל על כלל המטרות שנדבר עליהן.   
בעבר הייתה קיימת תפיסה שכל התשובות למשפט ימצאו בחוקים. היום התפיסה היא מעט שונה, כשבית המשפט נשאל בשאלה שיש עליה ספק הוא חוזר לתיאוריות שבבסיס.

**מגדל נ' אבו חנא**

עובדות: נהג פוגע בתינוקת בת חמישה חודשים. התינוקת היא ערבייה מבחינת מגזרה והיא מצפון הארץ.

השאלה המשפטית: כיצד יש לחשב את הפיצוי?

נקבע: הפיצוי ייקבע לפי אובדן כושר השתכרות עתידי. עד פס"ד אבו חנא בישראל, וארצות אחרות של המשפט המקובל, הכלל היה חישוב לפי נסיבות חיי הנפגע ושיקולים ספציפיים-סובייקטיביים. מקרים מורכבים דוגמת אלה הביאו את בית המשפט להשתמש בכלי של בחינה של השתכרות עתידית וחישוב גובה אובדן זה. השאלה הייתה האם נחשב את הכושר לפי נתונים סובייקטיביים סוציו אקונומיים של אותו ניזוק (מגזר, מצב כלכלי ומקום מגורים) או לפי אומדן אובייקטיבי-שווה.

אחרי פס"ד אבו חנא, החישוב בישראל מבוצע לפי ממוצע השכר במשק. בארצות אחרות (דוגמת ארה"ב וקנדה), החישוב עדיין ייקבע לפי אמת מידה סובייקטיבית.   
עם זאת, ככל שיש נתונים סובייקטיביים עובדתיים (רמת השכלה, אמירות בנוגע לעבודה בעתיד ושאיפות), נתחשב בהם בקביעת רף השכר והפיצוי.

**שלוש תיאוריות**

**צדק מחלק (צדק חלוקתי)- "חלוקת העוגה"**

הרעיון המרכזי הוא שלא מסתכלים על המזיק או הניזוק הספציפיים אלא לקבוצות להן שייכים המזיק והניזוק. לפי התיאוריה, דיני הנזיקין צריכים להיות כלי לתיקון חוסר הצדק בחברה וצמצום הפערים.צדק חלוקתי רואה בדיני הנזיקין כלי שרת לטיפול בביטול הפערים החברתיים או חוסר צדק הקיים בחברה (כמו למשל, באבו חנא) – שלא יחולק פיצוי שונה לאנשים שונים על נזק זהה. אין להנציח את המעמד הסובייקטיבי של הניזוק. הצדק המחלק לא עוסק בהגדלת העוגה אלא בחלוקה יותר שווה של העוגה הקיימת. יש ניסיון לחלק לפי קריטריונים אובייקטיבים ולא לפי קריטריונים סובייקטיביים.

צדק חלוקתי מתבונן על קבוצות באוכלוסייה וכיצד המקרה הפרטי משפיע על חלקות "העוגה" החברתית. לפיכך, לפי צדק חלוקתי, פיצוי צריך להיקבע באופן שיבטא את הרעיון שילדה השייכת לקבוצה סוציו אקונומית חלשה בחברה תקבל פיצוי זהה לילדה השייכת לקבוצה סוציו אקונומית חזקה. למשל בפסק דין "אבו חנא" לא הסתכלו על כך שמדובר באישה ערבייה אלא על השכר הממוצע במשק.

**צדק חלוקתי** הוא עיקרון המכוון להשגת צדק חברתי על ידי חלוקת זכויות חברתיות, חובות חברתיות, ומשאבים חברתיים; חלוקה זו תיעשה באמצעות המוסדות החברתיים המתאימים. תאוריות של צדק מחלק מגדירות, מדרגות ומצדיקות את מה שהן רואות כעקרונות של חלוקה צודקת. העקרונות מוערכים כהצעות לשיפור איכות החיים, על פי הלגיטימיות שלהן כתכלית פוליטית, או בתועלת שהן מציעות בקביעת מדיניות ממשלתיות או כלכלית.

יישום פסק דין אבו חנא- אובדן כושר השתכרות עתידי עפ"י סטנדרט אובייקטיבי.

**צדק מתקן- מבנה ומהות**

צדק מתקן מתחבר יותר לתיאוריה של **זכויות**. הרעיון הבסיסי הוא שיש להראות שקיימת זכות ע"מ להוכיח שהופרה חובה, וע"מ לקבל תרופה. המטרה היא להשיב את מצבו של הניזוק לקדמותו, או מבחינה רעיונית, לתקן את אי הצדק שנוצר בין המזיק לניזוק.   
מבחינת התפיסה הדומיננטית של הצדק המתקן, הרעיון של צדק מתקן נגזר מתפיסתו של אריסטו, המסתכל על צדק מתקן ממקום מבני ואף כמותי. לכל בני האדם, לכל האזרחים יש מעין שיוויון נורמטיבי, כולם נמצאים בשוויון מבחינת הזכויות והחובות שלהם, וברגע שהמזיק פוגע בניזוק, זה יוצר מצב נורמטיבי בו המזיק נמצא במצב נורמטיבי חיובי והניזוק במצב נורמטיבי שלילי. ולכן, רק אם המזיק הספציפי הוא זה שיפצה את הניזוק הספציפי, רק אז נוכל להחזיר את השיוויון הנורמטיבי לקדמותו ולהחזיר את האיזון. יש רעיון של פלוס ומינוס. שהחשיבות של זה, שכך אנו יכולות להבין את הקשר שנוצר, את מערכת היחסים המיוחדת הנוצרת בין מזיק לניזוק. מפני שברור שמישהו שנמצא בפלוס ואדם שנמצא במינוס עקב אי צדק נורמטיבי ספציפי הנוצר ביניהם על ידי פגיעה בזכויות של אחד מהצדדים. אז ברור שרק המזיק הספציפי שנמצא כרגע בפלוס ייתן פיצוי למי שנמצא במינוס, רק אז נגיע לצדק נורמטיבי. זה הרעיון האנליטי של אריסטו. העובדה שהמזיק נמצא בפלוס היא שמצדיקה שהוא "ישלם" את המחיר. רק המזיק יכול לתקן את אי הצדק שנוצר("השבת המצב לקדמותו") באמצעות התרופה. התרופה תוכל להשיב את המצב לקדמותו לא במובן הפיזי (להחזיר את הרגל) אלא להשיב את הצדק, את המאזן האריסטוטלי.

ארנסט ווינריב מחזיר את זה למשפט הפרטי ורוצה ליצוק רובד נוסף: הרעיונות נובעים מתפיסות של מימוש עצמי ואישיות. הוא יוצק לתוך נוסחת המינוס והפלוס רעיון של מימוש עצמי. שברגע שזכות של אדם נפגעת, הפגיעה היא בכך שנמנע מהאדם מימושו העצמי. וזה הדבר שנרצה לתקן, נרצה להחזיר את המצב לקדמותו בכך שנאפשר לאותה נפגעת, לממש את עצמה כפי שהיא יכלה לעשות זאת לפני הפגיעה. כמובן שכל הדברים הללו הם במובן הנורמטיבי, תיאורטי.

צדק מתקן מדבר על כך שהמזיק פגע בזכות של הניזוק, והיחיד שיכול לתקן את הנזק הוא המזיק והוא יעשה זאת ע"י תרופה, התרופה שתינתן תהיה המענה הטוב ביותר לנזק שהתבצע ובכך להחזיק את המצב לקדמותו (כמו מכסה לסיר).  
צדק מתקן מסתכל אך ורק על המזיק והניזוק. הסתכלות סובייקטיבית על הניזוק- אם מה שיפצה את הניזוק בצורה המיטבית יהיה שיקולים אובייקטיביים- נבחר בזה. אם שיקול סובייקטיבי יטיב עמו- נבחן באמות מידה סובייקטיביות.

כיצד הדברים באים לידי ביטוי באבו חנא? הם מתיישבים עם הרעיון של צדק מתקן בגרסתו של ארנסט וינריב אשר יוצקת משמעות של מימוש עצמי לתוך המבנה של צדק מתקן. בהנחה שאנחנו מסכימים שהנזק שמשמעותו מניעה של מימוש עצמי מילדה משכונה ענייה זהה לנזק שנגרם לילד משכונה עשירה, למשל, אין קושי להבין את פסק הדין של ריבלין לפי צדק מתקן. לפיכך יש לחשב את הפיצוי לפי השתכרות ממוצעת (אמת מידה אובייקטיבית). עם זאת, ניתן להשתמש בזה גם לצד השני- ניתן לטעון שאם ברצוננו לתקן את הנזק שנגרם בפועל, הדרך לעשות זאת היא ללכת על פי אמת מידה סובייקטיבית.

היישום של אבו חנא, המשמעות היא שברגע מה שחושב הוא לאפשר את השבת המצב לקדמותו במובן של מימוש עצמי, כשיש תינוקת בת חמישה חודשים שלא ידוע מה יקרה בגורלה, אנו רוצים להאמין שהמימוש שלה שקול למימוש עצמי לכל תינוקת אחרת. לעומת מצב שלא מדובר באבו חנא, שבאדם מבוגר אנחנו יודעות בדיוק מהו משלח ידיו, ואנו יכולות לעבד ולהבין בעזרת אמות מידה סובייקטיביות מה המימוש העצמי של האדם. ולמה לא, גם במקרה של תינוקת לחשב לפי אמות מידה סובייקטיביות? זאת ביקורת אפשרית על יישום הצדק המתקן בגרסה שהוצגה. הביקורת תגיד שאם נסתכל על הנזק הספציפי שנגרם, נוכל לומר שהצדק המתקן צריך להיות על פי פסיקה סובייקטיבית. זה לא בא בהלימה עם הרעיון המרכזי של צדק מתקן. אשר בא לידי ביטוי בפסק דינה של השופטת ריבלין בעניין אוטונומיה ומימוש עצמי. זו ביקורת אפשרית אך לא כהלכה.

יישום פסק דין אבו חנא- אובדן כושר השתכרות עתידי עפ"י סטנדרט אובייקטיבי. כשהביקורת היא שעל הפיצוי להיקבע על פי אמות מידה סובייקטיביות.

**(לסיכום שני סוגי הצדק (פסק הדין אבו חנא עומד ברקע להדגמת התיאוריות שונות):**

1. שיקולי צדק מחלק – חלוקת העוגה בצורה שוויונית והוגנת.   
   יישום פס"ד אבו חנא – אובדן כושר השתכרות עתידי ע"פ סטנדרט אובייקטיבי.
2. תיאוריית הצדק המתקן (וויינרייב) – מבנה ומהות.  
   לפי אריסטו מטרת הפיצוי היא לתקן נזק ואי צדק נורמטיבי. ע"כ מזיק מחויב בעצמו לפצות את הניזוק עצמו. לפי וויינרייב – הנזק פוגע במימוש העצמי של הניזוק, והפיצוי אמור להשיב את היכולת לממש עצמו בצורה נורמטיבית.  
   יישום פס"ד אבו חנא – אובדן כושר השתכרות עתידי ע"פ סטנדרט אובייקטיבי.   
   ההשתכרות של התינוקת, המימוש העצמי של התינוקת הערביה, שקול לכל מימוש עצמי שתינוקת בת חמישה חודשים יכולה להשיג.

ביקורת אפשרית שעליה דיברנו בכיתה – על הפיצוי להיקבע ע"פ אמות מידה סובייקטיביות.

**השאת רווחה מצרפית\ יעילות**

בעבר היה נהוג לדבר על מיקסום של יעילות במובן הכמותי. התועלתנות, והרעיון היה שהדבר הרצוי, עוד לפני שדיברו במובן הנורמטיבי של מה ראוי, הרעיון היה שכלל משפט מבטא רצון למיקסום יעילות. אך היום פחות מקובל לדבר על מיקסום של תועלת אלא מקובל לדבר על רווחה, מתוך הבנה שתועלת רחבה מכדי שניתן לתרגם, לא תמיד דבר שהוא נכון או שאנו רוצים יותר ממנו, הוא דבר ניתן לעמידה בכסף. זו המחשבה של השאת רווחה מצרפית, יש הבנה ומעבר מרעיון של מקסום תועלת במובן הכלכלי למיקסום תועלת במובן המשמעותי יותר. וההבדל בין צדק למתן לבין יעילות זה בכך שברווחה מצרפית העיקר הוא לא על הניזוק והמזיק הספציפיים, לא להשיב את המצב לקדמותו של הניזוק. אלא שמבחינת הכלכלנים של המשפט מה שחושב זה הגדל העוגה המצרפית, חשוב להגיע לעניין של יעלות, וזה לא משנה מאיפה יגיע הפיצוי לניזוק. אלא מה שמעניין זה שבהתרחקות הסיטואציה ופרספקטיבה גדולה יותר, זה לאיזה כיוון אנחנו הולכות? האם אנחנו מייעלות את העוגה? ובמובן הזה, נזק מתקן וניתוח כלכלי של המשפט הם אחים חורגים. אנשי הצדק המתקן יגידו כי השקולים הכלכליים הם לא רלוונטיים, לא משנה אם משהו יעיל יותר או פחות, וזה ההפך מאנשי ניתוח הכלכלי.

מונחים הנשמעים בהקשרים לתפיסה הכלכלית של נזיקין: יעילות, תועלת, רווחה.

* בשונה מצדק מתקן, ההתמקדות לא רק בניזוק והמזיק המסוימים, אלא ברווחה המצרפית.
* בשונה מצדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה ולא לחלק אותה.

ההבדל הנוסף ביו שיקולים כלכליים לבין התיאוריות האחרות, בין הפרספקטיבה הכלכלית לצד המחלק, כמו לדוגמא התיאוריה של צדק מחלק- בצדק מחלק מה שחשוב שיהיה אפשר לחלק את העוגה באופן שוויוני בכל קבוצות החברה, אלא שבגישת היעילות יש רצון להגדיל את העוגה המצרפית ולא לחלק אותה באופן שווה בין כולם. לנסות כמה שיותר להגדיל את העוגה המצרפית ולא כמה מקבלת כל אוכלוסייה.

במובנים רבים מדובר ברעיונות שהם מאוד שונים ביישומם. עם זאת נראה כי בסופו של דבר בתי משפט אף פעם לא מתמקדים בתיאוריה אחת בלבד, בפסיקה נראה פסיפס של רעיונות ושיקולים, וגם התיאוריה הכלכלית נראה שיקולים שונים. כשבאבו חנה ראינו מגוון שיקולים ולא התמקדות בתיאוריה אחת בלבד.

הבנו שבגישה זו יש רצון להגדיל את העוגה המצרפית, ליצור מצב בו יש יותר תועלת.

**יעילות מול תחומי המשפט הפרטי**

המטרה המרכזית היא להגדיל את העוגה המצרפית, ליצור מצב בו יש יותר תועלת.

* דיני חוזים והשוואת רווחה מצרפית- בדיני חוזים השוואת הרווחה המצרפית היא אינטואיטיבית- משום שבדיני חוזים ראינו שהקשר החוזי מטבעו יוצר מקסום של תועלת. הבסיס של דיני חוזים זה יצירת חלופה בין צדדים כך שהעדפות והאושר של כל צד יגדל (כל צד מקבל את הדבר שרצה). בחוזים אנו נמצאים בעולם משפטי המאפשר לדבר במונחים של פלוס- אם כל אחד יקבל את העדפות שלו, ברור איך נוכל להרחיב ולמקסם את העוגה המצרפית.
* דיני נזיקין והשוואת רווחה מצרפית- בנזיקין זה פחות אינטואיטיבי, משום שהתעסקות במקרים של נזיקין היא בנזק שנוצר. בכל מקרה של נזיקין ההתעסקות הבסיסית היא בנזק. כשהתוצאה הישירה בנזק היא הקטנה וצמצום של העוגה מצרפית וזה בניגוד למטרת העל שהיא להגדיל את העוגה המצרפית, ולכן יש סתירה בין דיני הנזיקין לבין השאיפה ליעילות. בנזיקין אנו נמצאים בעולם של מינוס. הנזק הוא תמידי ולא ניתן לעצור אותו. וכתוצאה מעובדה זו, במטרה להגיע להרחבת העוגה, אנו נרצה בדיני נזיקין שהעלויות של הנזקים יהיו כמה שיותר קטנות: עלויות הנזק עצמו ועלויות שהן העלויות של מניעת הנזק. כי זה סך העלויות שהאדם מוציא מכיסו כשקורה נזק בעולם. אם נצליח למזער את העלויות אנו בעצם יוצרות מצב בו אנחנו פוגעות כמה שפחות בעוגה המצרפית. איך נוכל לעשות זאת? נדבר על שתי אפשרויות: הרתעה ופיזור נזק.

**יעילות והרתעה**

איך נגרום לאנשים לדעת האם לעסוק בפעילות שגורמת נזק לאחרים?(איך נתמרץ אותם "נכון"?)

החצנת סיכון- ישנן פעולות שמגדילות את הסיכון)נהיגה בכביש) אך יעילות ומגדילות את הרווחה המצרפית. מחד, אנו רוצים לאפשר את הפעילות למרות הפונטציאל לנזק. מאידך, אנו רוצים להקטין את הסיכון בפעילויות שכאלו.

יש גם שאלה של עד כמה לעסוק בפעילות(רמת הפעילות), שעליה לא נרחיב היום.

שימו לב- אלא שיקולים של יעילות מלכתחילה(Ex-ante).

השאלה הבסיסית היא כזו ועל כאן מדובר בהרתעה: המטרה שלנו וזאת השאלה היא איך נגרום לאנשים לדעת מראש ומלכתחילה (ex-ante), מלכתחילה, האם אנחנו רוצות לאפשר להם לעסוק בפעילות הגורמת לנזק או לא? ועד כמה אנו נרצה לאפשר להם לעסוק בפעילות הגורמת לנזק?יש לחברה אינטרס שפעולות מסוכנות יקרו בעולם, כי בסהכ הן מגדילות את הרווחה המצרפית ולכן נצטרך לחשוב איך פעולות מסוכנות, מחצינות סיכון כלפי אחרים אך בסה"כ הן תורמות ברמה החברתית. ובעצם אנו נרצה לאפשר את אותן פעולות אך לצמצם את העלויות שהן יעלו.

הדגמה

במקום מסוים שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס, ובשנייה אדם אחר מגדל צאן. מדי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס.

**איך פותרים את הבעיה? על מי נרצה להטיל אחריות למנוע את הנזק שנגרם?**

הפתרונות האפשריים

1. הגישה הנאיבית- הגישה הנאיבית היא התפיסה המקובלת. לפי גישה זו, על בעל הצאן האחריות והוא שיישא בנזק (הצאן שלו פגע בזה של מגדל התירס).
2. המלומד Coase הציע פתרון אחר שנחשב כפורץ דרך. אמנם מבחינה עובדתית הצאן הם אלו שדרכו על התירס ולכן בעל הצאן הוא האשם. אך מצד שני, לולא היה שם תירס הצאן לא היה מזיק לו. כלומר, לפי קוז, גם הצאן וגם התירס יכולים להיחשב כגורמי נזק. לכן, קוז הציע כי מבחינה כלכלית, הסיבתיות היא הדדית, אם התירס לא היה שם הצאן לא היה בא, אך אם הצאן לא היה בא לא היה נגרם נזק לתירס. מי בא קודם? (כמו הדוגמא של הביצה והתרנגולת), הוא מסתכל על הסיבתיות מפרספקטיבה כלכלית. הוא אומר כי אם מסתכלים מפרספקטיבה זו, ונתנתק מכל אינטואיציה אחרת, אז כדי להחליט על מי נרצה להטיל אחריות משפטית כדי לעודד אותו לפעול בצורה מסוימת, בצורה היעילה, צריך לבדוק על מי ראוי להטיל את הנזק. לא משנה מי דרך על התירס בפועל, אלא על מי ראוי ועל מי כדאי להטיל את הנזק מפני שאז נגרום לו לפעול באופן יעיל.

אז מי עדיף? הפתרון

אם נראה שלמי שיותר זול לו למנוע את הנזק, הוא בעל התירס יכול להיות שזול שלבנות גדר ויהיו לו זול להקטין את הנזק. במקרה כזה, נטיל כלל משפטי שנטיל עליו את האחריות לנזק, כי אם הוא ידע שהוא לא יקבל פיצוי אז יהיה לו אינטרס לבנות את הגדר, ומנענו את הנזק יותר בזול. גם מנענו את הנזק וגם עשינו זאת יותר בזול. אנחנו נרצה ליצור מצב וכלל משפטי שיגרום לו לעשות את הדבר הנכון, דבר שיתמרץ אותו לפעול אחרת. נרצה למזער עלויות בכדי למנוע הקטנה של העוגה. אך אם נגלה שלבעל הצאן היה זול יותר למנוע את הנזק, על ידי גידור השטח, נטיל עליו. נצטרך את המידע למי יותר זול להטיל את הנזק, ונעשה את החישוב נכון, משום שאנו מסתכלות בפרספקטיבה כלכלנית טהרנית.

אם נראה שנקטין את ההוצאות של הנזקו מניעתו אם תוטל אחריות על בעל שדה התירס למנוע את הנזק(למשל, דרך הקמת גדר), נרצה להטיל דווקא עליו את האחריות המשפטית(שיקולי רווחה מצרפית- יעלה לו הרבה פחות למנוע את הנזק- יותר יעיל). זאת, כי **אנו רוצים לעודד את** בעל השדה לפעול למניעת הנזק.

בראי שיקולים כלכליים רוצים להניע אנשים לפעול בצורה של הפחתת עלויות, ע"מ שהעוגה המצרפית לא תקטן, וע"כ הפתרון הזול יותר הוא ייחשב כיעיל, ושם תיכנס האחריות הנזיקית- כתמריץ לאחריות למנוע את הנזק.

בראי שיקולים כלכליים אנו רוצות להניע אנשים לפעול בצורה שתביא להפחתת עלויות. אחרי שהבנו מה הכוונה שאנו רוצות להפעיל אנשים באופן מסוים, שלמי שיותר זול למנוע את הנזק, נטיל עליו את האחריות הנזיקית, נעבור ליישום פס"ד אבו חנא.

שיקולי הרתעה ופס"ד חנא

אילו שיקולי הרתעה באים לידי ביטוי בפס"ד של ריבלין באבו חנא? מי ננסה להרתיע? אם אדם יכול לפעול בשתי דרכים, ובאחת מהן לא תוטל אחריות נזיקית, או תוטל אחריות מופחתת – הוא יבחר בה. נוצר מצב בו יש הרתעה רק לגבי מצב אחד, יש צד אחד שנשכר וצד שני שלגביו פחות יש רתיעה להזיק, הרתעה בחסר.

אם חברת הביטוח תדע שפגיעה בילדה מרקע סוציו אקונומי נמוך לא תגרום לנזק כבד כמו שתגרום לפגיעה מילדה מרקע סוציו אקונומי גבוה, לא יצרנו הרתעה או עידוד שלה להשקיע משאבים כדי להקטין את הסיכוי לנזק ואת הנזק שייגרם. לכן, עלול להיווצר מצב בו יינטלו סיכונים על חשבון אוכלוסיות חלשות. נוצר מצב של הרתעת יתר (רקע סוציו אקונומי גבוה) לעומת חסר בהרתעה (רקע סוציו אקונומי גבוה). לאו דווקא מדובר בהחלטה מודעת או שנתקבלה בזדון, אלא כזו שהיא "טבעית".

נוצר מצב לא ראוי בו מצד אחד אנו רוצות להרתיע התנהגות מסוכנת, אך הרצון הזה יוצר הבדלים בהרתעה כלפי קבוצות מסוימות: מחד כלפי אנשים מסוימים אנו יוצרות מצב שהם מורתעים פחות ומאידך אנשים שמורתעים יותר. וזה בעצם מה השופט ריבלין מציין לפסק הדין כשהוא מדבר על הרתעה.

ריבלין מבקש, למעשה, ליצור הרתעה כוללת, ללא התחשבות ברקע הסוציו-אקונומי הספציפי-סובייקטיבי של הנפגעת.

**יעילות ופיזור נזק**

התיאוריה הכללית: העדיפות לפיזור הנזק על פני קבוצה גדולה יעיל בהרבה מהטלתו על אדם אחד(הנזק הכולל זהה, אך הפגיעה בפרט קטנה הרבה יותר).

פיזור נזק הוא באיזשהו מקום שיקול בדיעבד, אנחנו לוקחות בחשבון שכבר קרה נזק, יכול להיות שהצלחנו להרתיע או לא, אבל קרה נזק ואנו רוצים שהנזק יתפזר כמה שיותר. מתוך מחשבה שיש להטיל את הנזק על קבוצה כמה שיותר גדולה, בשל שיקולי יעילות. ההנחה היא שיותר יעיל כי פיזור נזק על קבוצה גדולה של גורמים במקום על אדם אחד. בשביל אדם אחד הנזק הוא גדול מאוד אבל בשביל הרבה אנשים הנזק הוא יותר קטן. זה מה שעומד מאחורי קבוצות ביטוח. חברות הביטוח נחלצות לעניין משום שאם כולם משלמים לחברת הביטוח והיא עושה את השקלול שלה, היא תוכל לבוא מלפני אותו מזיק ולסבול את הנזקים.

אומנם יש דוגמא אחרת לפיזור נזק שהיא אחריות מוחלטת. מצבים שבהם אם מתרחש נזק לא אכפת מי הוא האשם, אנו נטיל על אדם ספציפי את הנזק. דוגמה: מוצרים פגומים- עסקנו בדוגמה זו בשאלת משטרי האחריות (אחריות מוחלטת)- כאשר מוצר התגלה כפגום, הוכחה שהנזק לא נגרם ע"י המוצר מוטלת על החברה, ותשלום הפיצויים שייפסקו, אם ייפסקו, מגולם בעלות המוצר (בהנחה שהחברה תצטרך לשלם על נזקים שייגרמו מהמוצר)- כלומר, הנזק מפוזר כך שהנפגע לא עומד בו לבד, אלא כל צרכני המוצר. אם לא היינו מטילות אחריות מוחלטת על היצרן ברגע שנגרם נזק, הצרכן היה צריך להוכיח, כשיש חובת הוכחת נזק. מה שיוביל לכך שצרכנים לא יצליחו לעמוד בנטל ההוכחה, והנזק ייפול על ידי הצרכן. זו משמעות קשה מאוד בשביל צרכן הנפגע ממוצר. במקום הדבר הזה, יש אחריות מוחלטת על מוצרים פגומים שהמשמעות היא פיזור עלויות הנזק. היצרנים יצטרכו לגלם במחיר המוצרים את העובדה שיצטרכו לזכות את הצרכנים במידה ונגרם נזק.

לוקחים בחשבון **שכבר קרה נזק: אקס-פוסט, והמטרה היא לפזר את הנזק כמה שיותר** – פיזור הנזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד. כך למשל, אם צריך להטיל נזק של מיליון שקל על אדם אחד זה לא סביר, אבל אם נחלק בין מיליון אנשים וכל אחד ישלם שקל – זה יותר הגיוני. זה נניח מה שקורה בחברות ביטוח אם מפסידות בתביעה לבית חולים של מיליוני שקלים.

אחריות מוחלטת – אם מתרחש נזק, גם אם יש אשם או לא – נטיל אחריות נזיקית. לדוג' מוצרים פגומים. מחיר המוצר יגלם את העלות הפוטנציאלית של פיצויים בעקבות נזק בתוך עלות המוצר, ובכך יפזר את עלויות הנזק על פני המון צרכנים. הדבר חשוב מפני שאם לא היינו מפעילים את האחריות המוחלטת ליצרן בנזק לצרכן- הצרכן היה צריך להוכיח בכל פעם נזק מעל 51 אחוז, ואם נכשל הוא גם צריך לשלם על הנזק הזה לאחר מכן.

**כשמסתכלים על נזיקין בפרספקטיבה כלכלית צריך לתפור אותם בצורה אנליטית נכונה שצופה התנהגות של אנשים, מה רוצים שיקרה ואיך נכוון לשם. לתפור משקפיים כלכליות שלא תעמיס על ניזוק או מזיק אחד יותר מדי.**

כמסתכלים על הנזיקין ממבט כלכלי, הנזיקין צריכים להיתפר בצורה אנליטית נכונה הצופה התנהגות של אנשים- צופה מה אנחנו רוצים שיקרה כלומר, אנחנו מנסים **לתכנן** את הכלל המשפטי כך שיכוון התנהגות בצורה שנרצה.

לסיכום:

* יש ניסיון לדחוף את האנשים לעשות את הדבר שנרצה שיעשו, שבמשקפיים כלכליות זה הדבר הנכון והיעיל.
* יש צורך לתפור במשקפיים כלכליות את הכללים המשפטים בצורה שהיא לא תעמיס על ניזוק אחד ומזיק אחד יותר מידי באופן שבו כיוונו נכון את ההתנהגות אך חיסלנו את האדם. כמו במקרה של מוצרים פגומים.
* יש לתפור את הכלל המשפטי בצורה עדינה במשקפיים כלכליות כדי לחשוב על כל השיקולים, לכוון התנהגות בצורה יעילה, להתריע נכון ולתמרץ נכון אנשים לפעול בצורה יעילה וגם ליצור מצב של פיזור נכון של נזק.

סיכום של התיאוריה של דיני הנזיקין: התיאוריות מכווינות, בין היתר, את השופטים בפסיקה. עם זאת, השופטים לאו דווקא מבצעים הפרדה ברורה ויסודית בין התיאוריות. מטרתן של חלק מהתיאוריות להכווין התנהגות.

**עוולת הרשלנות**

**יסודות עוולת הרשלנות**

מהן היסודות שעולים מעוולת הרשלנות מכוח סעיף 35 לפקודת הנזיקין?

**רשלנות**

35.  עשה אדם מעשה **שאדם סביר** ונבון לא היה עושה **באותן נסיבות**, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, **והגורם ברשלנותו נזק** לזולתו **עושה עוולה.**

* התנהגות רשלנית (אשם)- התנהגות לא סבירה, מייחסים איזשהו אשם, היבט התנהגותי .
* קיומה של חובת הזהירות- לא נמצאת בסעיף.
* גרימת נזק- נראה שהנושא של נזק לא רק שהוא מסובך אלא שהוא אחד הדברים המסובכים ביותר במשפט בכלל וכי הקשר הסיבתי הוא דבר מורכב ביותר בידי נזיקין. הנזק למעשה מתחלק לשני יסודות בפני עצמם:
* הוכחת נזק;
* קשר סיבתי בין התנהגות (האשם) לבין הנזק- זה נשמע ברור לקיומה של גרימת נזק, אלא שהרבה פעמים נראה כי קשה להוכיח שההתנהגות גרמה לנזק, בעצם להוכיח את הקשר הסיבתי. וזה משום שהעולם שלנו מורכב מכל מיני גורמים שיכולים לגרום לנזק מסוים, ולא תמיד ידוע איזה גורם הוא זה שהשפיע על הנזק. אולי יש גורם טבעי שגרם לנזק ולא ההתנהגות הרשלנית?

יש אבחנה בין 'רשלנות' (-המשמעות היא שמתקיימים כלל יסודותיה של עוולת הרשלנות, שתוארו לעיל), לבין 'התרשלות' (-היא היסוד הראשון, התנהגות רשלנית).

**יסוד ההתרשלות**

כיצד סעיף 35 מגדיר התנהגות שניתן לתארה כהתרשלות?

**התנהגות רשלנית**

התנהגות רשלנית (אשם) – התרשלות. התנהגות בצורה לא סבירה שנמדדת כאמור במבחן "האדם הסביר" – בחינה אובייקטיבית.

התנהגות במונחים של סבירות, התנהגות לא סבירה. המונח סביר מכניס לנו לתוך הטרמינולוגיה את הרעיון של נקודת מבט וסטנדרט אובייקטיבי (מה האדם הסביר היה עושה?). וכשדיברנו על אשם, שהתנהגות לא סבירה היא אשם, לא מדובר על אשם במובן המוסרי, אלא שאשם מדובר באשמה חברתית. המשמעות היא שהתרשלות היא התנהגות שהחברה מעדיפה שלא תתרחש, בגלל הסיכונים של גרימת הנזנק הכורכים בה. ולכן, החברה החליטה לנהוג בפרקטיקה מסוימת- כלומר במצבים מסוימים אנו ננהג על פי דרך מסוימת, משום שהיא חוסכת כמה שיותר סיכונים. זו אשמה חברתית במובן הזה שאדם הסביר יגיע למסקנה שככה החברה רוצה שיצמצמו סיכונים בעולם, אלו סיכונים שהחברה רואה בהם כלא סבירים.

אומנם, עולות כל מיני שאלות כתוצאה מההבנה כי הסטנדרט הקבוע בעוולת הרשלנות הוא סטנדרט אובייקטיבי, התנהגות שמבחינה אובייקטיבית לא סבירה, מדוע? משום שיש מצבים בהם יש צורך ואף הכרחי להכניס שיקולים סובייקטיביים על פני האובייקטיבים. זה מכניס רעיון שגם האובייקטיבי צריך להיבחן על פי הנסיבות.

לדוגמא: מה קורה אם הסטנדרט הנהוג בבית חולים מסוים גבוה יותר מהנהוג בחברה בכללותה? האם כאשר נבחן את התרשלות הרופאים בו, נבחן אותה ע"פ סטנדרט האדם הסביר או ע"פ הסטנדרט הגבוה יותר שבו הן מורגלות? (השאלה נדונה בפס"ד שטרן). האם מתעלמים משיקולים שאינם בדיוק אובייקטיבים? האם מכניסים שיקולים סובייקטיבים? או שגם האובייקטיבי נבחן ע"פ הנסיבות?

**פס"ד שטרן נ' שיבא**

העובדות: מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי. לא בוצע ניתוח, וישנה טענה להתרשלות. נולד ילד שלעתיד משותק בחלק מגופו. וזאת כתוצאה מכך שהוא נולד בלידה וגאלית רגילה אף על פי שהיה במצב עכוז. בית החולים נמנע מביצוע של לידה קיסרית. והשאלה היא האם הצוות התנהגה בצורה סבירה?

השאלה המשפטית: לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות. עם זאת, הסטנדרט של בית החולים שיבא היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו משלא נקטו ע"פ הסטנדרט הנהוג בבית החולים עצמו? במובן המהותי, השאלה היא האם אנו רוצות לבדוק את התנהגות בצוות הרפואי על פי סטנדרט אובייקטיבי- המקבל, או על פי סטנדרט גבוה יותר?

קביעת בית המשפט: בית המשפט קבע לטובת התובע, ושלמעשה ניתן לומר כי בית החולים התרשל בכך שלא נהג ושהפר בסטנדרט שלו עצמו, הנהוג בפועל בבית החולים. אומנם נראה כי בית המשפט לא מתחשב במאפיינים סובייקטיביים אם הוא מוריד את הסטנדרט אך כן באלו שמעלים אותו. ניתן לראות היגיון בקביעה זו וגם קושי.

נימוק וביקורת

הטעם מאחורי קביעה זו?

* שיקולי יעילות- קל, יחסית, למנוע את הנזק שנגרם(המומחיות הייתה מצויה בידי אנשי הצוות, שהרי ביה"ח החזיק במדיניות מתקדמת יותר).
* הסתמכות- ייתכן שאדם בחר ברופא מסוים כיוון שידע שיש לו התמחות מסוימת. מסתמך עליו. פעולת הרופא בסטנדרט המקובל ולא בהתמחות הספציפית – עומדים בניגוד להסתמכותו של המטופל.

ביקורת יכולה להיות: תופעת "ההרתעה ביתר", כמו למשל, רפואה מתגוננת. הסכנה היא שבתי החולים יכולים להירתע מלהתפתח ולהתקדם כיוון שיודעים שתחול עליהם אחריות נזיקית גבוהה יותר. הדבר עלול להעביר מסר שגוי – שלא כדאי להיות מעל הסטנדרט. תופעת הרפואה המתגוננת עלולה להיגרם כתוצאה מהחלה של סטנדרט מחמיר יותר: אנו עלולים להרתיע את הרופאים מבחירה בהליך שיטיב עם המטופל, מתוך חשש להטלת אחריות משפטית עליהם במקרה בו ייגרם נזק. כלומר, אנו עלולים דווקא **למנוע** יעילות והתקדמות רפואית(אולי בתי חולים "יחששו" מהתקדמות רפואית מחשש להטלת אחריות שכזו עליהם).

הכלל: בהינתן נוהג שאיננו הסטנדרט המקובל – בית המשפט לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו. כלומר, בברירת המחדל, נתנהל לפי סטנדרט אובייקטיבי אך במידה וניתן להוכיח שהמזיק פועל בדרך כלל על פי סטנדרט מתקדם יותר "מעל הממוצע", יש להחיל עליו סטנדרט אובייקטיבי בנעלי המזיק.

**הביטוי "באותן הנסיבות"**

הנסיבות מחולקות לשני חלקים:

הקשר- השאלה אם האדם התנהג בצורה סבירה או לא מושפעת מהנסיבות. כלומר, ההקשר (הקונטקסט) שבו נעשתה ההתנהגות, עשוי להשפיע על המסקנה האדם ההתנהגות הייתה סבירה.   
לדוגמא: נהג שנוסע על חמישים, גם אם זו המהירות המותרת, אבל ירד גשם – מתרשל.

**ראשית, ההקשר** עשוי להשפיע על המסקנה אם התנהגות סבירה **–** למשל, נהג שנוסע על חמישים, גם אם זו המהירות המותרת, אבל ירד גשם – מתרשל. **שנית**, ישנומועד הקובע אם התנהגות הייתה סבירה – הרגע הקובע אם התנהגות הייתה סבירה נבדק בדיעבד אומנם, אך **נתמך בנקודת המבט האובייקטיבית של המזיק באותו רגע ההתנהגות המזיקה.** כך מחליטים האם ההתנהגות ע"ס מה שהמזיק ידע בפועל באותו המצב הייתה רשלנית או סבירה.

מועד- הרגע שקובע בבדיקת הסבירות של התנהגות מסוימת, זה רגע ההתנהגות עצמה. המועד הקובע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה הוא מועד קרות האירוע, לא כלאחר מעשה(כלומר, לפי היקף הידיעה והמצב העובדתי שהיה ידוע **באותו רגע** בו קרתה ההתנהגות שנבחנת).  
במילים אחרות: אם אני בודקת האם התנהגות המזיק הייתה סבירה, אז נבדוק את זה דרך עיניים אובייקטיביות על סמך מה שהמזיק ידע באותו הזמן. כלומר, למרות שבחינת ההתנהגות נעשית בדיעבד, לאחר ההתנהגות המזיקה והשלכותיה, הראיה שבה נבחון את ההתנהגות לא תהיה בדיעבד אלא באותו הרגע שבו קרתה ההתנהגות, באותה רמת הידע הנתונה שהייתה למזיק באותה נקודת זמן.

בית במשפט צריך לשים את עצמו בנעליו של המזיק, באותו נוהג של ההתנהגות הרלוונטית המזיקה ולהחליט האם התנהגות זו רשלנית על סמך האם המזיק ידע או יכול היה לדעת, באותו הרגע של ההתנהגות.

**שאלה חשובה: האם הקביעה שהתנהגות המזיק סבירה צריכה להיות משפעת מהשאלה עד כמה הסטנדרט ההתנהגותי המצופה מהמזיק יכול להכביד עליו? האם ההכבדה הצפויה על המזיק אמורה "להפריע" לנו?**

נבחן את השאלה בראי שלוש התיאוריות בהן עסקנו עד עכשיו:

האם הקביעה שהתנהגות המזיק סבירה צריכה להיות מושפעת מהשאלה עד כמה הסטנדרט ההתנהגותי המצופה מהמזיק יכול להכביד עליו? נזכיר, שהמטרה העיקרית של דיני הנזיקין היא השבת הצדק לקדמותו.

**בראי תיאוריית הצדק המתקן**- שיקולים כלכליים אינם רלוונטיים לתיאוריית הצדק המתקן **אלא השבת המצב לקדמותו ואיזון הפער בין הצדדים**. אם נוצר אי צדק שהתממש, בראי תיאוריית הצדק המתקן לא נתעניין בהשפעה שתהיה על המזיק אלא בהשבת האיזון.

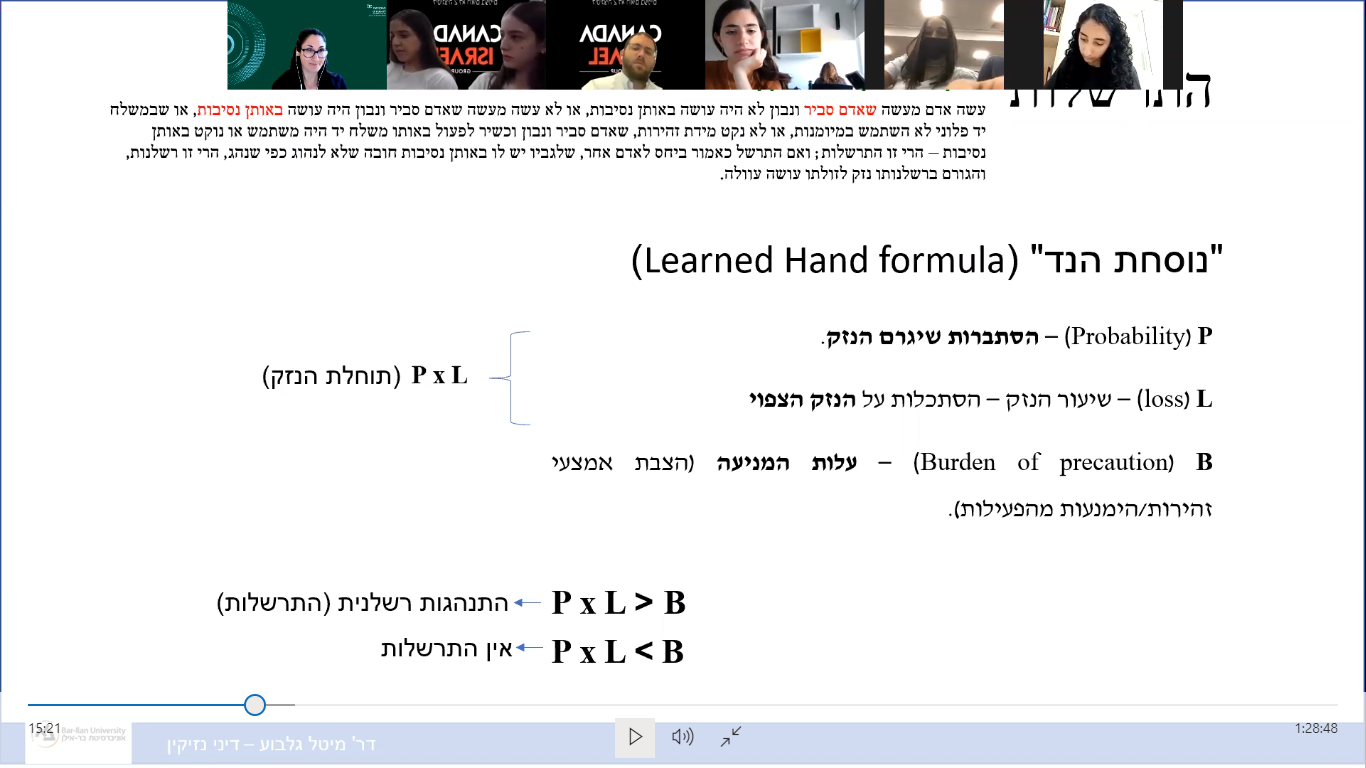
**בראי תיאוריית הצדק המחלק**- נזכיר: גישת הצדק החלוקתי לא עוסקת בפרטים מסוימים אלא במכלול החברה. כאשר נעדיף את שלמותו של הניזוק על חופש הפעולה של המזיק, גם כאן לא נתעניין בהשפעה על המזיק.

**בראייה כלכלית-** הראייה הכלכלית מטרתה קידום היעילות בחברה והקטנת הסיכונים תוך שמירה עליה. יישום של נוסחת הנד יחד עם הרחבתה בתיאוריה של מונע הנזק הזו יכול להביא למתן משקל משמעותי לאינטרס המזיק: נבדוק האם עבור הניזוק העלות הייתה נמוכה יותר, ואם כן אז יכול שנטיל את האחריות דווקא על הניזוק.

בראי הצדק המתקן- הפרת חובה. אם נוצר אי צדק כתוצאה מחשיפה לסיכון לא סביר מצד המזיק שהתממש, נטיל אחריות על המזיק ואין כל קושי בזה. לפי התפיסה המרכזית של צדק מתן אנחנו מדברים הפרת חובה, וחשיפה לסיכון לא סביר לאדם אחר, כשבעקבותיו מגיע הנזק. לפי תפיסה זו, אנו מדברות על פגיעה בזכות, שבאותו הרגע מנביעה תרופה, כשהרצון הוא להחזיר את הנפגע למקום שהיה ככל האפשר, ולכן, שיקולים של ההכבדה לא רלוונטית. לפי צדק מתקן זה לא משנה מהו גודל תפקידו של המזיק מבחינת מניעת הנזק.

בראי הצדק המחלק- צדק חלוקתי יכול להוביל תשובה אחרת, מה שמשנה זה לא המזיק והניזוק הספציפיים, אלא הקבוצה שאליהם משתייכים. הרעיון, ככל שאנו רוצות, מה שמשנה לנו אל מול קבוצת המזיקים לדאוג לקבוצת הניזוקים. כלומר, חשוב לנו יותר מחופש הפעולה של המזיקים, הבטיחות של הניזוקים. נרצה לתת חשיבות לאלמנטים של בטיחות הניזוקים. לפי תפיסה כזו, שאנו רוצות לתעדף את בטיחות הניזוקים על פני חופש הפעולה של המזיקים, אז גם אם ההתנהגות יצרה סיכון מאוד גדול לניזוקים, המזיק יצטרך לקחת אחריות וזה לא משנה אם המזיק היה עליו נטל גדול או קטן למנוע את הנזק, בהנחה של תיעדוף בטיחות הנזיקין. ללא חשיפה לשיקול ההכבדה.

**בראי גישת הראייה הכלכלית-** לאסכולה הכלכלית יש תשובה שונה, הגענו לנוסחת לרנד הנד, שנוסחה זו נותנת את התשובה לשאלה מפרספקטיבה כלכלית. לרנד הנד היה שופט פדראלי, והוא התפרסם ברמה גלובלית בין היתר בניסיון שלו לפתור את הבעיה הזו. מתי אנו יודעות שמישהו התנהג בצורה לא סבירה? והניסיון לפתור את הבעיה הזו של עד כמה צריך להתחשב בעלות של הנזק וכמה זה מכביד על המזיק למנוע את הנזק, לרנד הנד פתר את השאלה באמצעות הנוסחה שנקראת על שמו, נוסחת הנד. נוסחה זו אומצה על הרבה מאוד בתי משפט העולם. מאחורי הפרמטרים עומד היגיון מאוד פשוט:



**נוסחת לרנד הנד**

**P- מהי ההסתברות שיגרם נזק?**

**L- שיעור הנזק, הסתכלות על הנזק הצפוי שנגרם.**

**B- עלות המניעה**, בעצם כמה יעלה למזיק למנוע את הנזק, להציב אמצעי מניעה? לפעמים לא ניתן למנוע את הפעולה על ידי השקעה באמצעי המניעה, אלא שהפתרון לכך הוא להימנע מהפעולה לגמרי. שזו עלות המניעה הקיצונית ביותר של נזק. רוב הפעולות שאנו עושות בעולם, יוצרות סיכונים כלשהם מעצמן. ניתן למנוע ולהקטין את הנזק וסיכויו בכל מיני דרכים, אך הדרך הכי קיצונית לצמצום היא להימנע מהפעולה עצמה. אנחנו לא נרצה מצב כזה, בשל ההבנה שלמרות שהפעולות יוצרות סיכון לסביבה, הן יוצרות בראיה כלכלית יותר תוצרת מאשר נזק, ולכן אין רצון או ציפייה להימנע לחלוטין מפעולה מסוימת. אך נרצה איזשהו איזון.

**נוסחת הנד(Learned Hand formula)**

**P(Possibility)**- הסתברות שיגרם הנזק

**L(Loss)**- שיעור הנזק- הסתכלות על הנזק הצפוי.

**B(Burden of precaution)**- עלות המניעה(הצבת אמצעי זהירות/הימנעות מהפעילות)

**PxL>B**- כאשר ההסתברות שייגרם הנזק ושיעורו עולים על עלות המניעה: נקבע שחלה התרשלות(במקרה כזה, לא יעיל לדרוש מהמזיק להשקיע יותר באמצעי הזהירות כדי למנוע את תוחלת הנזק כאשר היא נמוכה מעלות האמצעים).

**PxL<B**- כאשר עלות המניעה עולה על הסתברות הנזק ושיעורו: נקבע שאין התרשלות.

**הרעיון המרכזי העומד בבסיס התיאוריה: יעילות.**

כאשר העלות בנקיטת אמצעי הזהירות נמוכה יותר מתוחלת הנזק שייגרם, אנו מעודדים את המזיק להפעיל אותם אמצעים דרך הטלת אחריות עליו(כלומר, הרתעה).

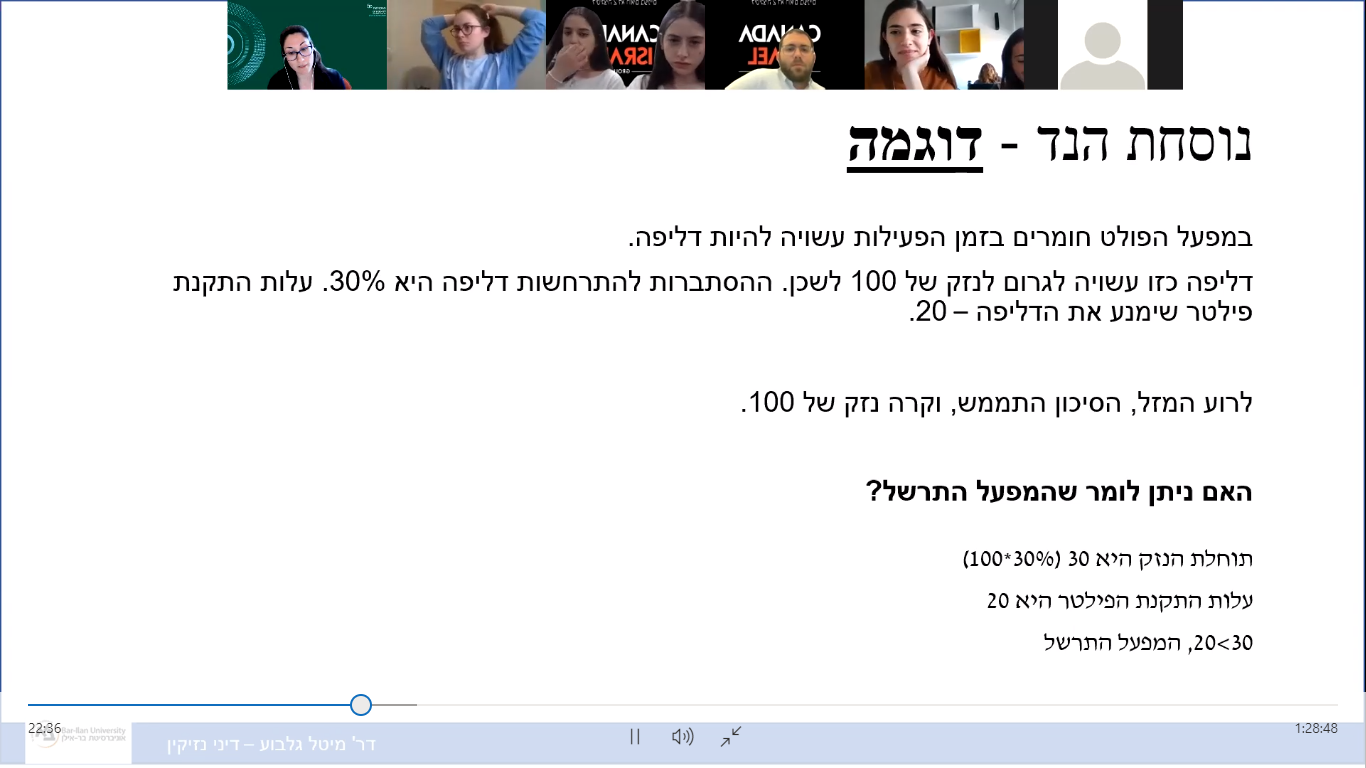
הנוסחה מתארת את הרעיון של הגישה הכלכלי, שלפי דיני הרשלנות רוצים לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות כאשר העלות של הנקיטה באמצעי זהירות יותר נמוכה מתחולת הנזק שיכולה לקרות, ושהיא תופחת אם אמצעי המניעה ינקטו.

**(P) X (L) – תוחלת נזק**, מה משמעות המונח? מייצגת את המכפלה של בין ההסתברות להתרחשות הנזק (P) לבין גובה הנזק הצפוי (L). כשהמשמעות היא: אם תוחלת הנזק יותר גדולה מעלות המניעה שלו, אז ברור שהמזיק התרשל. משום שאם עלות המניעה יותר נמוכה מתוחלת הנזק, ניתן לומר כי הדבר היעיל (שמטרת העל בפרספקטיבה כלכלית היא הקטנת עלויות) היה אם המזיק היה משקיע בעלויות המניעה ומונע את תוחלת הנזק. אם לא עשה זאת, הוא התרשל ויצטרך להפנים את הנזק שגרם, לשלם פיצוי. לעומת זאת, אם עלות המניעה יותר גדולה מתוחלת הנזק, זה אומר שהמזיק לא התרשל. כי במקרה כזה זה לא יעיל לדרוש מהמזיק להשקיע יותר על תוחלת הנזק, על מניעת הנזק מאשר הנזק עצמו.

כל התפיסה הזו מבוססת על שיקולי יעילות. התשובה לשאלה האם אדם התרשל היא האם עלות המניעה קטנה יותר מתוחלת הנזק.

למרות שנוסחת הנד היא עתידית למעשה הנזיקי, כלומר היא לאחר שהמקרה התממש. אף אנו מסתכלות על כך מנקודת מבט של האם היינו רוצות שהאדם ישקיע וימנע את הנזק. הפעולות הן מסוכנות תמיד, אנחנו לא נרצה שהאנשים תמיד ימנעו את הנזק. נרצה לראות מהי תוחלת הנזק בעצם יש צורך לחשב את עלות הנזק מול הסיכוי שהוא יתממש. אנחנו מתנהלות בעולם סביב הסיכונים הללו. לכן, מה שמשנה זו תוחלת הנזק וזה המספר שנצפה שאנשים יראו לנגד עיניהם ויפעלו על פיו.

דוגמא:



נוסחת הנד אומרת שהאדם הסביר הוא האדם היעיל.

**אתגרים של כימות**

בנוסחת נד, אנחנו לוקחות את פרטי המקרה וממירות אותם בערכים כמותיים, כשבעצם אנחנו מכמתות דברים שלא פשוט בכלל לכמת אותם, במספרים או לפי ערכים של כסף. לדוגמא: המזיק נהג במהירות מופרזת, ואנו רוצות לחשוב מה עלות המניעה שלו?, מה העלות של נסיעה יותר איטית?

הקושי נובע משני מרכיבים:

1. כימות הנזק ואמצעי מניעתו בערך מספרי. כיצד מכמתים עלות מניעה? מניעה לא בהכרח תעלה "כסף", אלא לעיתים באמצעים אחרים (זמן, מחשבה וכו'). לא תמיד נוכל להגיע לתשובה פשוטה ואינטואיטיבית.
2. שיערוך הסתברות הנזק. איך נדע מה ההסתברות של נזק, יש קושי לשערך אותו. כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (הסתברות)? כנ"ל, לא לכל נזק שהתממש ניתן "להצמיד" ערך אפשרי, ולכן נצטרך למצוא אמצעים אחרים לחישוב ההסתברות.

יש לזכור, שבבחינת ההתנהגות הרשלנית, אנחנו כל הזמן מסתכלות אחורנית בזמן, ולכן יש קושי לשערך ולכמת את הנזק בראיית האדם הסביר לפי נסיבות המקרה.

איך נפתור את הקושי? - קירוב

הנוסחה מדברת במושגים של אי שיוויון ולא בערכים מוחלטים- אי שוויון(אין צורך לאמוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים PL,B)- המשוואה אינה מחייבת שימוש במספרים או נתונים מדויקים, אלא **בודקת חוסר שוויון בין אגפים**.

כשצריך להשוות בין שני פרמטרים, עלות מניעה של הנזק אל מול תוחלת הנזק, יש צורך לפרק את העלות ולדעת בערכים מוחלטים ואבסולוטיים מה גדול ממה, מה בדיוק היה הנזק, מה בדיוק הייתה עלות המניעה. היה הרבה יותר קשה להתמודד עם אתגר הכימות.

אלא שהנוסחה מדברת במושגים של אי שיוויון, האם עלות המניעה נמוכה מתחולת הנזק? זה מקל על שימוש הנוסחה, וזאת באמצעות אינטואיציה. בנוסף, הברור מאליו היא שהעבודה שלא מצופה מערכים מוחלטים מראה שיש אפשרות להשתמש בכל מיני מדדים ורעיונות שיקרבו אותנו כמה שיותר. כשמדברים על רעיון של סיכונים, של נזקים שנרצה לשערך את הסיכוי שהנזק יתחרש בעולם. נצטרך לפתח כלים בכדי להתמודד עם הקושי הזה.

הנוסחה לקוחה מעולם של ערכים מוחלטים, היגיון מתמטי, אבל בסופו של דבר בייבוא הנוסחה למשפט יש הבנה שלא מדובר בערכים מוחלטים אלא ניסיון של קירוב- אי שיוויון להבדיל מערכים מוחלטים.

**תנאי נוסף לרעיון של הנד: המונח מונע הנזק הזול**

נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה

הנוסחה מחזירה אותנו לרעיון הבסיסי שבגישה התועלתנית- בדיני נזיקין נרצה למזער עלויות. עלויות הנזקים ועלויות מניעתם. היא אומרת לא למנוע את הנזק, לא תוטל אחריות אם עלות המניעה יורת גדולה מתוחלת הנזק. כך ניצור מצב בו לא נפצה על נזקים אם לא יעיל למנוע אותם. לעומת זאת, אם תוחלת הזנק גדולה יותר מעלות המניעה, נרצה שהאדם ישקיע במניעת הנזק. אנחנו רוצות לצמצמם עלויות ולכן נסתכל על שני צדדי המשוואה: תוחלת הזנק ועלות מניעת הנזק, וננסה לצמצם כל פעם כאשר הדבר היעיל הוא לעשות זאת.

**התיאוריה: יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע אותו בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק**- כאשר אנחנו רוצים לייצר יעילות, לא נגביל עצמנו למזיק בלבד אלא גם לניזוק- וזאת, כדי להגיע לתוצאה שבמובן החברתי היא היעילה ביותר, לאו דווקא במערכת היחסים בין הפרטים הספציפיים. תוספת שלי: נראה שנוסחה זו מוותרת על שיקולי הצדק ומערכת היחסים המוסרית בין הצדדים לטובת הגדלת היעילות.

**מדובר בתנאי מצטבר לנוסחה**, שני התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה(לא נבדוק רק את הנוסחה על הצד המזיק, אלא נשקלל גם את הצד של הניזוק).

בהמשך, קלברזי והירשקופף הציעו את **כלל "שוקל הנזק הטוב ביותר"-** לא נרחיב עליו, אבל בבסיסו, במקום שבהמ"ש יעסוק בשאלה לאיזה צד זול יותר למנוע את הנזק, הוא יטיל את האחריות על הצד שיכול היה לשקול את הנזק ולפעול כדי ליישם את אמצעי הזהירות, או לחילופין להודיע על כך לצד השני. המטרה- לייעל את עבודתו של בהמ"ש, לחסוך עלויות אדמיניסטרטיביות.

פוזנר ו"מונע הנזק הזול"

פוזנר שהוא אחד מאבות הניתוח הכלכלי של המשפט, שהיה שופט פדראלי. הוא לקח את נוסחת הנד ואימץ אותה ככלי הקובע את אמת המידה של התרשלות והוסיף לה מממד נוסף. הוא קובע שלא צריך רק להסתכל על המזיק ויכולת המניעה שלו, אלא גם על הניזוק. אפשר להסתכל על שני הצדדים כצדדים שיכולים לגרום לנזק (ראי דוגמת שדה התירס והצאן).

ברעיון מונע הנזק הזול, פוזנר קובע כי זה לא משנה אם זה המזיק או הניזוק אחרי לנזק, אלא מה שמשנה בלמנוע את הנזק בצורה יעילה בבחינת הנוסחה זה למי היה יותר זול למנוע את הנזק ולא מי נמצא בפוזיציה של הניזוק או המזיק. זה תנאי נוסף מעבר לנוסחה- לא רק נרצה שאנשים יפעלו למניעת הנזק באמצעות אמצעי מניעה, אם יעיל למנוע אותו (כשתוחלת הנזק יותר גבוהה מעלות מניעת הנזק), אלא נרצה לבדוק מי היה נכון שיפעיל את הנוסחה הזו- האם זה הניזוק או המזיק.

זה תנאי נוסף שנשמע עליו בהמשך- מונע הנזק הזול. זה תנאי נוסף להשיג תוצאה יעילה במשפט, מעבר לנוסחת הנד ומעבר לשאלה האם עלות מניעת הנזק הייתה נמוכה מתועלת הנזק.

שוקל הנזק הטוב ביותר

הרעיון של מונע הנזק הזול פותח בהמשך, על ידי קלברזי והירשקופף שהציעו כלל נוסף: כלל שוקל הנזק הטוב ביותר. זהו תחכום הנמצא שלב אחד מעל מונע הנזק הזול. הם מציעים כי במקום שבית המשפט יצטרך לעשות את כל החישובים ולקבל את המידע למי היה יותר זול למנוע את הנזק, נצטרך למצוא את הצד השוקל הנזק הטוב ביותר, כלומר הצד שנמצא בעמדה טובה יותר כדי לשקול איך להפחית את עלויות הנזק והנזק עצמו. הרעיון היה שבמקום שבית במקום שבהמ"ש יעסוק בשאלה לאיזה צד זול יותר למנוע את הנזק, הוא יטיל את האחריות על הצד שיכול היה לשקול את הנזק ולפעול כדי ליישם את אמצעי הזהירות, או לחילופין להודיע על כך לצד השני. המטרה- לייעל את עבודתו של בהמ"ש, לחסוך עלויות אדמיניסטרטיביות. זה רעיון הנועד למזער את העלויות הכרוכות בתפעול של כלל מנוע הנזק הטוב ביותר.

אימוץ נוסחת הנד

נוסחת הנד אומצה גם בהריסטייטמנט האמריקאי, גם יושמה בבתי המשפט ברצות הברית וגם בשיטת המשפט הישראלית. הנוסחה מהווה אחד מהשיקולים היותר מדוברים ונוכחים בפסיקת בית המשפט בישראל. זה לא אומר כי השיקול הכלכלי הוא המרכזי, אלא יש שיקולים נוספים שנכנסים בתוך נוסחת הנד והיא לא יושמה באופן הטהרני שלה. יש קושי מסוים ליישם אותה, וברור שתועלת, נזק ועלות מניעה משוערכים ולא יכולים להיות במדדים של מדע מדויק. זה חלק מאוד משמעותי בשאלת ההתרשלות. נראה שתי דוגמאות שנוסחת הנד מובילה את שאלת ההתרשלות:

**פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש**

נער בן חמש עשה קופץ קפיצת ראש למים רדודים, הוא נפצע בראש. מה שחשוב לדעת לצורך הדוגמא, היא האם בעלי הבריכה התרשלו בכך שלא הציבו שלטי אזהרה. והדבר הזה הוא קריטי בכדי להראות לכך שזה הוביל את בית המשפט לקבוע האם התרשלו או לא. המסקנה ההייתה שעלות המניעה של הצבת שלטים היא נמוכה יחסית לתוחלת הנזק הצפוי שהיא פגיעה גוף למתרחצים. אנו רואות שהרעיון של שיקולים כלכליים, שגם אם לא באים ליד ביטוי בצורה שמציבים לנו את הנוסחה. תמיד השיקולים הכללים נמצאים שם, וגם נוסחת הנד למרות שהיא נמצאת מאחורי הקלעים.

**פס"ד גרובנר נ' עיריית חיפה**

אותו הדבר נוכל לראות בפס"ד גרובנר, בעיריית חיפה. אישה מבוגרת שטיילה בפארק ונפגעה מרוכב אופניים. היא תבעה את העירייה ברשלנות בכך שהעירייה וטענה שהיא התרשלה כשלא הציבה פקחים. העירייה נימקה דרך המדיניות בטיעון כלכלי: היא הסבירה שאין מספיק פקחים אך היא הציבה שילוט המסבירים שאין כניסה של אופניים לשטח הפארק. השופט שמגר לא מפנה לנוסחת הנד אלא משתמש בעקרונות שלה. הוא שוקל את שיקולי העלויות, וקובע שההסתפקות בשילוט בלבד הייתה סבירה בשל העלות הגבוהה של הצבת הפקחים, שמכבידה כלכלית על העירייה. בית המשפט לפי ההקשר יכול להגיע למסקנות שונות, והוא מנסה להביא בחשבון את עלות המניעה. השאלה המרכזית שנשאלה, בקשר לשאלת ההכבדה על המזיק, מאוד משנה מפרספקטיבה כלכלית ולא ניתן לקבוע שבית המשפט לא לוקח בחשבון את השיקול הזה.

**חלופות לנוסחת הנד?**

ברגע שאומצה נוסחת הנד, האם ניתן ללכת אחורה ולהשתמש בעקרונות אחרים להגיע לאותה תוצאה?

מה לגבי מנהגים?

* דוגמה- רשלנות רפואית(פרקטיקה מקובלת): אם רופאה ביצעה הליך רפואי שבראיה פרקטית ומקצועית, ניתן להגיד שכך היו נוהגים רוב הרופאים במקרים דומים, ונזק התממש (כל ניתוח מהווה סיכון), האם אפשר לומר כי אם התממש הנזק הרופאה התרשלה? ברוב המקרים נקבע שלא. הרופאים לא אחראים לכלל הנזקים התחרשו כי לא תמיד הם התרשלו. אפשר להניח שבמקרה של פרקטיקה רפואית מקובלת, בהליך שהוא כל כך מובן מאליו- במקרה כזה לא נצטרך את נוסחת הנד.   
  כאשר נעשה שימוש בפרקטיקה מקובלת ונגרם נזק, ככל הנראה לא נצטרך להשתמש בנוסחת הנד(גם אם היא תביא למסקנה שהמזיק התרשל!)- הפרקטיקה המקובלת הייתה ההליך הניתוחי שבוצע, ולכן גם אם נוסחת הנד תביא לתוצאה שהיא התרשלות, הפרקטיקה המקובלת תגבר עליה וייקבע שלא הייתה התרשלות.
* דוגמה- מראה את הקושי והצורך בנוסחת הנד: מפעל מזהם(למשל, קביעת גובהה של ארובה למניעת זיהום)- האם מנהג יותר "רעוע" ופחות מקובל בפסיקה (90% מהמפעלים מקימים ארובה בגובה 10 מטר) יועדף על פני נוסחת הנד ? אם נלך לפי הרעיון של נוסחת הנד, ונראה כי העלות להגבהת היא נמוכה מול עלות הנזק הגדולה, הליכה לפי מנהג מקובל לא יהיה מוצדק והמפעל יחשב כרשלן.  
  התשובה שלילית: קידום היעילות ישתקף בצורה מוצלחת וצודקת יותר(טענה ש"ככה כולם עושים" יכולה להוות הקטנת ראש ולגרום לנזק ואף לשמש תמריץ לחוסר התייעלות ולגרימת נזק נוסף) כאשר נעשה שימוש בנוסחת הנד- זו תוכל להביא לתוצאה יעילה יותר, צודקת יותר והגיונית יותר.

המסקנה- המעמד של מנהג הוא מורכב והוא אינו בהכרח תחליף אידאלי לנוסחת הנד. נוסחת הנד מאפשרת להגיע לרזולוציה נמוכה יותר, ומצליחה להגיע למטרות הגישה הכלכלית בצורה יעילה יותר.

**מה לגבי חוק?**

האם הפרה של חוק יכולה להחליף את נוסחת הנד והרעיון הכלכלי שבבסיס הנוסחה?

* מי שהפר חוק לא בהכרח התרשל (בנוסף, יש עוולה נפרדת עליה נדבר בנפרד, שעוסקת בהטלת אחריות נזיקית בגין הפרת חוק- עוולת "הפרת חובה חקוקה")
* יצחק לרנר נוסע במהירות גבוהה, עובר חיילים שלמעשה בסיטואציה שבה היו המון התרעות על נהג משאית אמור לעשות פיגוע. אחד החיילים הפר את הוראות הפתיחה באש וגרם לנזקי גוף לנהג. לא היה ברור האם התרשלות- היה ברור על אי ציות להוראות פתיחה באש, אך השאלה המעניינת הייתה האם זה בהכרח אומר כי הייתה התרשלות מצד החייל.
* השופט מצא קובע כי אין חפיפה בין הוראות פקודת הנזיקין להוראות הפתיחה באש, ויכולה להיות פה עוולה רשלנית שלא כרוכה בהפעלת הוראות הפתיחה, וגם יכול להיות מצב שלמרות שהייתה הפרה של הוראות פתיחה באש, הפעולה עצמה לא רשלנית. יש צורך להסתכל על ההקשר והנסיבות. לאור התרעות קיצונית על ניסיון פיגוע של נהג משאית, שהחיילים היו צריכים להתמודד איתן. החיילים במקרה הזה, למרות שהתנהגות שחרגה מהוראות, הייתה סיטואציה שחרגה מסיטואציות ומצבים מסוימים שהוראות הפתיחה באש חוקקו בשביל להתמודד איתה. אז בהתחשב בלחץ הזמן, הקשר- התנהגות הנהג והתראות חמורות, ההחלטה לירות הייתה מוטעית אך לא ניתן לקבוע שהיא הייתה לא סבירה. ולכן לא מתקיימת התנהגות רשלנית.   
  מה שניתן לראות כאן, שלא ניתן להעיד על התנהגות רשלנית רק מכוח חוק מופר. הפרת חוק לא יכולה להיות תחליף מדויק לנוסחת הנד.
* אם התנהגות מסוימת הפרה את החוק, קל לקבוע שההתנהגות לא יעילה, כי החוק צריך לגלם ערך של יעילות. ולכן במקרה של הפרת חוק האדם התרשל. אך זה לא כך. בפסד לרנר נקבעה הלכה כי מי שהפר את החוק ניתן להגיד שהאדם התרשל והוא לא התנהג בצורה סבירה. מי שהפר את החוק זה לא אומר כי הוא לקה בעוולת הרשלנות.

למרות שיש התנהגות הסוטה ממנהג או הפרת חוק, לא יכולה מעצמה להסיק מסקנה חד משמעית לגבי שאלת ההתרשלות. וזה בניגוד לנוסחת הנד, היותר מדויקת. אומנם, גם לא ניתן לקבוע כי אי הליכה לפי מנהג או חוק לא מהווה התנהגות רשלנית.

**נוסחת הנד, הרתעה ביתר והרתעה בחסר**

טעות שיפוט בהערכת סטנדרט הזהירות(תוחלת הנזק, PL). כשמזיק פוטנציאלי פועל בעולם הוא למעשה רואה את תחולת הנזק לנגד עיניו. זה אומר שאנו רואים לנגד עינינו את תוחלת הנזק- את הסיכוי שהנזק יתממש מול שיעור הנזק. זה איזשהו מובן כללי למה אנו יכולים לגרום בביצוע התנהגות מסוימת. מה זה אומר לגבי בית המשפט? אם בית המשפט עושה טעות שיפוטית בקשר לסטנדרט הזהירות, באותו הרגע התמריצים ישתבשו- או להתנהג בצורה זהירה יותר או בצורה חסרת זהירות. וזה הרעיון הבסיסי ביותר העומד מאחורי הרתעה יעילה, שכמה שיותר קרוב לתחולת הנזק המוערכת אל מול טעות בהערכת בית המשפט בתוחלת הנזק.

סטנדרט הזהירות- הבנה של האדם כמה עליו להיזהר בעשייה של פעולה כלשהי(כלומר, תוחלת הנזק שיכולה להיות לפעולה שלו).

הרתעה- הערכה של אדם שההשלכות לפעולתו יכולות להביא לנזק, ורמת הנזק שייגרם והתוחלת שלו.

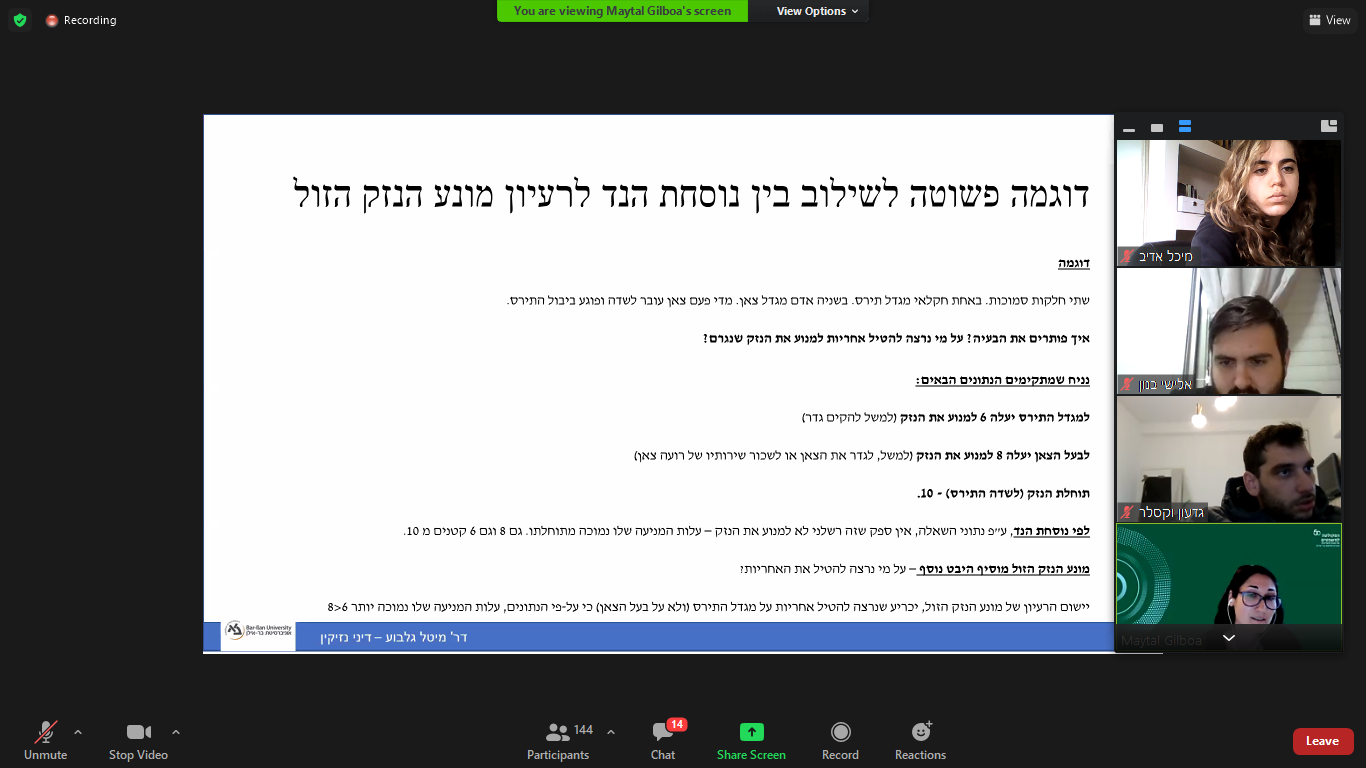
הרתעה ביתר- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי. אם ביהמ"ש עושה טעות לגבי תוחלת הנזק שאנו רואות לפנינו, שתוחלת הנזק מבטאת גם את סטנדרט הזהירות (רואים עד כמה יש להיזהר בעשיית פעולות מסוכנות). אם בית המשפט מייחס להתנהגות המזיק תוחלת נזק יותר גדולה אז האדם שביצע את המעשה, יבין כי עליו להיזהר יותר על אותו נזק. אבל אם מתממש נזק, אז בסופו של דבר בית המשפט רואה את ההסתברות או גודל הנזק יותר גדול- אז במקום שהאדם יתנהג בצורה אמיתית וסבירה, האדם ינהג בזהירות יתר. חשוב מאוד איך בית המשפט מחשב אחורנית, האם הוא מתערך בצורה מדויקת ונכונה את תוחלת הנזק. משום שאם הוא יטעה יש סיכוי גדול יותר להטלת אחריות בגין רשלנות דבר היוביל להתנהגות יותר זהירה של המזיק.

למשל, כאשר רמת הזהירות היעילה בנסיבות מסוימות היא 10 בהתאם לתוחלת הנזק, אבל בהמ"ש קובע כי בפועל תיוחס להתנהגות שלו תוחלת נזק של 15- כלומר, הפרט ידגים זהירות יתר (ועלול לפעול בצורה לא יעילה).

הרתעה בחסר- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי. זו דוגמא בעייתית יותר, משום שהיא תגרום לאדם להתנהג בצורה זהירה פחות ולכן זה לא יעיל.

לדוגמה, אם תוחלת הנזק היא 10, אבל בהמ"ש קובע שסטנדרט הזהירות נמוך יותר וערכו 5. האם המזיק ימנע את הנזק בעלות של 6? התשובה שלילית: אין סיבה שיניח שייקבע שהתרשל מאחר וסטנדרט הזהירות שעליו להפעיל נמוך מתוחלת הנזק האמיתית (לכן, תוחלת הנזק נמוכה מהאמצעים למניעתה ולפי נוסחת הנד, ככל שזו יושמה בצורה לא מדויקת ע"י ביהמ"ש, תביא למסקנה שהוא לא התרשל).

**דוגמא לשילוב בין נוסחת הנד לרעיון מונע הנזק הזול**



**מה קורה אם הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה?**

מה קורה במקרה תיאורטי שיש בו שיווין- אין מונע נזק זול, יש שניים גם הניזוק והמזיק הי עולה להם למנוע את הנזק במידה שווה. הרבה פעמים זה ייפתר לפי אשם תורם ואז יותר קל לפתור את השאלה. אך ברמה התיאורטית הכלכלית, השובה תמיד תהיה- תמיד ננסה לאתר את מונע הנזק הזול. וזה בשל ניסיון לתמרץ את הצדדים לצמצום העלויות, ולכן תמיד ננסה למצוא את מונע הנזק הזול. אך במקרה כזה שלא ניתן למצוא, נסתכל ברמה התיאורטית על שיקולים מסדר שינוני, שהם מפזר הנזק הטוב ביותר- נטיל את הזנק על מי שיכול לפזר את הנזק בצורה הכי טובה. אך שוב, אם בדוגמא שניהם לא מצליחים לפזר את הנזק, במקרה כזה שיקולים מסדר שלישי הם יקבעו את השאלה- צמצום עלויות אדמיניסטרציה שהן עלויות ניהול ההליך.

במידה ולא נוכל לפתור את השאלה על פי שיקולים כלכלים, נטיל על הצד האשם.

יישום הרעיון של מונע הנזק הגדול יכריע שנרצה להטיל אחריות על מגדל התירס (ולא על בעל הצאן) כי עפ"י הנתונים עלות המניעה שלו נמוכה יותר: 6<8 . מה קורה אם הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה?

נניח שמגדל התירס ומגדל הצאן שניהם יכולים למנוע את תוחלת הנזק 10 בעלות 6, בראי התיאוריה הכלכלית מה עלינו לעשות?

* תמיד עדיף לנסות ולמצוא גורם אחד משיקולים של צמצום עלויות, שהם שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון", אבל, אם זה בלתי אפשרי:
* שיקולים מסדר שניוני- מפזר הנזק הטוב ביותר.
* שיקולים נוספים- צמצום עלויות אדמיניסטרציה(חסכון בעלויות ההליך עצמו) יובילנו להותיר את עלויות הנזק על הצד הנושא בו.

כלומר, נקדם יעילות גם בתוך פסק הדין כדי לצמצם עלויות. בפרקטיקה, חשוב להבין שפחות סביר ששופט שמקרה כזה יגיע לידיו ישתמש רק בתיאוריה הכלכלית כדי לנתחו, אלא ישתמש במגוון של שיטות ודוקטרינות כדי להגיע לפתרון, אך המענה לשאלה זו נעשה בראייה כלכלית גרידא.

**היסוד השני לעוולת הרשלנות: חובת זהירות**

כדי להטיל על מזיק אחריות בגין רשלנות, לא מספיק רק להוכיח שאדם התרשל, אלא שהמזיק גם חייב חובת זהירות כלפי הניזוק. ניתן להסתכל על חובת הזהירות כשער, שאם הוא מתקיים ניתן להמשיך ולבחון את היסודות של עוולת הרשלנות. זה יסוד מפתח שנעמוד עליו.

ס'35 לפקנ"ז: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; **ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג**, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה."

ס' 36: החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

בשביל להתחיל לדבר על חובת הזהירות, נפתח בפס"ד במשפט המקובל, מקובל לחשוב עליו כפסד בעל מעמד מכונן של חובת הזהירות.

**Donoghue V Stevenson**

מדובר בשתי חברות שקבעו בבית קפה, והזמינו שילוב של בירה עם גלידה ג'ינג'ר, אך מה שקרה שאחת החברות שפכה את הבירה על הגלידה, היא מגלה שהיה בבקבוק חילזון מת. היא מאוד הזדעזעה, מה שהוביל לטיפול רפואי. הניזוקה תבעה את היצרן. פס"ד זה חדשני מפני שהוא יצר את הרעיון של רשלנות ואחריות. והעלה את שאלת חובת הזהירות של היצרן. עד אז, לא היה מקובל לתבוע את החברה כ"צד" שיש לו חובה אל מול היצרן. פס"ד למעשה העלה את שאלת חובת הזהירות בין צדדים שלא מקושרים בקשר חוזי- חברה וצרכן. שינה את ההלכה המקובלת ואת מה שהיה עד לאותו רגע.

מה שחשוב בפס"ד זה תשובתו של Lord Atkin

בתשובתו, הוא לוקח רעיון השומרני הטוב- והוא שואל מי השכן שלנו במשפט? מי זה האדם שיש לנו יחסי שכנות אליו ויש לנו יחסי קרבה? שאותו אני צריכה לקחת בחשבון בשביל להחליט על התנהגותי. התשובה היא שכשקיים מצב בו אדם יכול להיות מושפע מהתנהגותנו, במצב כזה יש לקחת אותו בחשבון. "השכן שלנו" במשפט הוא אדם שקרוב דיו כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, ולכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנו בוחרים איך להתנהג. מיהו השכן שלי? עם מי יש לי יחסי קרבה? מדובר בשאלה משמעותית מאוד.

התשובה לשאלה מי הוא השכן שלנו, היא שאלה קריטית משום שזוהי השאלה שאיתה פתחנו את הנושא של חובת הזהירות- אותה תשובה משפיעה על מה קורה בהפרת ההתנהגות, אז אני פורצת את השער לעוולת הרשלנות.

הכל התפתח מרעיון השכן- למי אני קרובה, למי ניתן להגיד יחסי קירבה בתחום המשפט. השאלה הזו, היא שאלה שנדונה בגורדון נ' עיריית ירושלים.

**התפתחות חובת הזהירות בארץ**

פס"ד גורדון נ' עיריית ירושלים- נדרש לקריטריון של קרבה במשפט הישראלי

עובדות: גורדון מכר את רכבו לאחר. בהמשך המשיך גורדון לקבל קנסות, למרות שידווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים הוא מתריע לרשויות הפסיק לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של דבר נעצר, בשל חוסר תשלום על הקנסות. בכל שלב, גורדון מתריע על הטעות אך ללא שינוי מצד הרשויות. גורדון מגיש תביעה כנגד עיריית ירושלים, והעוולה הטבעית בהקשר זה, בעוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה.

באופן כללי הליך נפל פלילית היא עוולת הנגישה (ס' 60 לפקודת הנזיקין)- אם הליך פלילי לא מוצדק פוגע וגורם לנזק, יש עוולה מסודרת למקרה כזה. עוולת הנגישה דורשת יסוד של זדון, ואין ספק שלא היה כאן אלמנט של זדון אלא אלמנט של רשלנות. יש סיבה שפס"ד זה מלומד בהקשר של היחס בין עוולת פרטיקולריות (הרלוונטית לנסיבות מהסוג הזה) לעוולת הנגישה. ודוק: עוולת הנגישה- הליך נפל פלילי- דורשת הוכחה של זדון. לכן, גורדון תובע בעוולת רשלנות.

נקבע: בית המשפט קובע הלכות בשני נושאים חשובים:

1. בית המשפט קובע שאין הסדר שלילי- במקרה בו עוולת פרטיקולרית נסגרת, הדבר לא סוגר את הדלת ולא מונע את היכולת לתבוע דרך עוולת מסגרת, שהיא עוולת הרשלנות.
2. נשאלה שאלה האם עיריית ירושלים חבה חובת זהירות כלפי גורדון. פס"ד דן בשאלה האם למרות שמדובר ברשות, נוכל לדבר במונחים של חובת הזהירות. בכדי להתמודד עם הקושי, ברק דן בנושאי שכנות. כלומר "יחסי שכנות": במשפט הישראלי הקריטריון ליחסי שכנות או קרבה הוא מבחן הצפיות. נקבע כי באמצעות מבחן צפיות- מבחן שניתן לחלק אותו לשני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות:

צפיות טכנית או חובת זהירות קונקרטית(כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק)- צפיות טכנית בוחנת האם המזיק צפה או יכול היה לצפות את אירוע הנזק הניזוק.

צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית(כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק)- צפיות נורמטיבית בוחנת האם המזיק היה צריך לצפות את אירוע הנזק והניזוק. כעניין של מה זה צריך להבדיל מיכול?

לעיתים קרובות, כאשר מתקיימת הצפיות הטכנית מתקיימת גם צפיות נורמטיבית, אך לא תמיד(שיקולי מדיניות יכולים להוות חריג לכך)- כלומר, לרוב כאשר יש חובת זהירות קונקרטית גם תהיה חובת זהירות נורמטיבית.

המילה 'יכול' מדבר ומבחין בין רעיון עובדתי- מה ברמה הטכנית והעובדתית האדם יכל לעשות, לבין שאלה נורמטיבית- האם היית צריכה לעשות משהו. כלומר, הרעיון הוא שיכול להיות שברמה העובדתית לא התקיים ואולי לא יכולת להגשים את אותו הרעיון, אך זה לא משפיע על כך שברמה המשפטית היית צריכה לפעול להגשמת אותו הרעיון.

חשוב לציין, שהמבחנים של חובת זהירות הם מבחנים מצטברים- שניהם צריכים להתקיים. יכול להיות שהמבחנים יתלכדו- כשיכולת אז גם היית צריכה, אך זה לא תמיד המצב.

**צפיות טכנית \ קונקרטית**

קודם כל כדי להדגיש ונדגים את הרעיון של צפיות טכנית- כלומר, מה יכולת לעשות? נראה סיפור שמגדר זאת בצורה ברורה:

**P**alsgraf v. Long Isnald Railroad Company

עובדות: רכבת שעומדת לצאת מהתחנה וגבר ממהר להגיע אליה. הוא מחזיק מעטפה בידו, ועוזרים לו להיכנס לרכבת. החבילה שהחזיק נופלת על הרצפה ותוכנה, זיקוקים, מתפוצץ וגרם לאילמות לאישה שהייתה ברציף. היא תבעה את הרכבת תביעה נזיקית ולא קיבלה פיצוי.

השופט שנתן את פסק הדין: השופט קורדוזו: פסק דינו חשוב ומפורסם משום שהוא מסביר מדוע לא מגיע לגב' שנפגעה פיצויים: הוא קובע שלא חלה כלפי הגב' חובת זהירות, אלא כלפי העולה לרכבת. הגב' לא הייתה מצויה במתחם הסיכון שיצר השומר, ומכיוון שהשומר לא ידע ולא יכול היה לדעת על הסיכון שנוצר לה, הצפיות הטכנית שנדרשה כחלק מחובת הזהירות לא התקיימה.

בראי הראייה הכלכלית, קל להבין מדוע אפשר להצדיק צפיות טכנית (שיקולי יעילות). גם בראי הצדק המתקן אפשר להסביר זאת (חובה של אדם כלפי אחרים, לא נוצר חוסר איזון בין הצדדים אם לא היה ניתן לצפות את הנזק).

כלומר, אף על פי שניתן לחשוב שהתנהגותו של שומר הרכבת הייתה רשלנית- דחיפה של נוסע לרכבת מהווה התנהגות לא מקצועית ורשלנית. אך השאלה היא שאלה אחרת- היא לא כלפי אותו נוסע, אלא השאלה הייתה האם אותו שומר יכול היה לצפות את סוג הנזק והניזוק הספציפי שמדובר בו. התשובה הייתה, כי אותו שומר לא יכול היה לצפות את השתלשלות האירועים בסוג הנזק הקונקרטי. נראה כי בראיית התובע, היה ניתן לצפות את הנזק, אלך לא לגבי אותה הגברת שנפגעה. הגברת הייתה מחוץ למתחם הסיכון שהשומר היה יכול לצפות. ברגע שאדם נמצא מחוץ למתחם הסיכון, לא ניתן לומר שחלה חובת זהירות כלפי אותו נפגע. הרעיון הוא שכולנו כל הזמן יוצרים סיכון כלפי אנשים אחרים, אבל לא יכולה להיות מוטלת עלינו אחריות בגין רשלנות אם לא ניתן היה לצפות ברמה הטכנית את הנזק, אפילו אם אכן ההתנהגות הייתה מסוכנת.

פריצקר נ' פרידמן

נדבר על פס"ד ישראלי שמדבר על אותה הנקודה- העוסק בשאלה של צפיות טכנית.

עובדות: מדובר בימים שלפני חוק תאונות דרכים, במקרה של תאונות דרכים ונזקי גוף יש אחריות מוחלטת, לא יתכן שמישהו יפצע ולא יקבל פיצוי, אלא שאותם ימים היה משטר רשלנות- מי שאכן התנהגות ברשלנות הוא היה צריך לשלם פיצוי, אך במקרה ואין רשלנות הנפגע נשאר ללא מענה.

באותו עניין התועים היו העיזבון של הנדרס והדורס היה נהג משאית. הוא נשען לצד שמאל של המשאית בזמן שמישהו כיוון את הנהג, וזאת תוך כדי שהוא נוסע ברוורס. אותו אדם נדרס למוות. יכול להיות שהתנהגות הנהג היא רשלנית אך היה צריך לבחון האם חלה חובת זהירות כלפי הנדרס. בית המשפט בפס"ד של אגרנט דחו את התביעה. לפי זילברג חלה חובת זהירות אבל הנהג עמד בה, מפני שהוא דיבר עם הנדרס לפני שהוא התחיל לנסוע רוורס. הנדרס היה ער לכך שהנהג נסע אחורה, ולכן לא ניתן להטיל אחריות בגין רשלנות. אגרנט הסביר שחלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל, אבל המקרה הספציפי הזה לא חלה חובת זהירות מפני שמדובר בניזוק לא צפוי. הנדרס בעצמו, כיוון את הדורס, שוחח איתו לאורך כל רגע תוך כדי שהוא נוסע אחורה, עד שהוא נדרס. בסיטואציה הזו לא ניתן לומר שהדורס היה יכול לצפות את הדריסה, הוא לא יכל היה לדעת שהוא ידרוס מישהו בצורה כזו. אם שמים את חובת הזהירות בצד, אז אולי, אם מדברים על רשלנות ניתן לומר שיש התנהגות רשלנית- שהוא התרשל. אפשר לומר שבמקרה מסוים כזה הוא לא יכול היה. ולכן נדחתה התביעה.

ודוק: השופט אגרנט: ככלל, חלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל במקרים דומים, אבל בנסיבות העניין, לא חלה חובת הזהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי(הנהג לא יכול היה לדעת שהוא עומד לדרוס את המנוח).

איך נוכל להצדיק את שאלת הצפיות הטכנית?

איך ניתן להצדיק את שאלה הצפיות הגורמת להפלת עוולת הרשלנות?

* אולי תוחלת הנזק מאוד קטנה? לפעמים, ברגע שהאדם לא יכול לצפות את המשמעות, כלומר, אם אין צפיות למשהו שיכול לקרות, זה מעיד על כך שההסתברות לקיומו של הנזק כל כך קטן. וכך, תוחלת הנזק למה שאני רואה כנגד עיני הוא קטן. לא ראוי להשקיע באמצעי מניעה אם מישהו נמצא רחוק ממני והסיכוי לפגוע בו הוא קטן.
* כיצד ניתן לצפות ממזיק לנקוט אמצעי מניעה אם הנזק לא צפוי? אפשרות נוספת היא שאם אנחנו לא יכולות לצפות את האירוע בצורה טכנית, לא ניתן לצפות מהמזיק להשקיע באמצעי מניעה. אם לא ניתן לצפות משהו איך נמנע אותו?
* הרתעה ביתר? לא נרצה ליצור מצב של הרתעה ביתר- אם אנשים ידעו שעל כל פעולה מסוכנת שלהם, דבר שקורה כל הזמן, תמיד יש סיכון,זה יוביל למצב בו לא נוכל לפעול בעולם וזאת משום שכל סיכוי וסיכון יוביל לתביעה לאחריות נזיקית.
* אולי המשמעות היא שהניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר? אולי דווקא הניזוק יכול היה למנוע את הנזק במחיר נמוך יותר? למשל, בפס"ד פריצקר- לו המנוח היה זז רק קצת, לא היה נדרס- עלות המניעה נמוכה בהרבה מאשר זו שהייתה לנהג המשאית.

מבחן הגולגולת הדקה

חריג למבחן הצפיות הטכנית (כלומר, שלא נחייב שהאדם יידע או יצטרך לדעת אלא נטיל עליו אחריות כך או כך): מבחן הגולגולת הדקה (נכון לגבי היקף הנזק ולא קיומו של נזק).

המבחן קובע כי במצבים בהם יש ניזוק הפגיע במיוחד, במצבים כאלו ההנחה היא שהמזיק (הנחה בעייתית בממציאות הטכנית) היה צריך לצפות את הניזוק הספציפי ולצפות את העובדה שהוא יכול לפגוע במזיק פגיע במיוחד. ברגע שהוא יכול לצפות איזשהו ניזוק, עבר המבחן הראשון ואנו מדברות על היקף הנזק. אם יכולת לצפות את סוג הנזק והניזוק יכולת גם לצפות את העובדה שהניזוק הוא רגיש במיוחד.

הביקורת האפשרית כלפי החריג של הגולגולת הדקה- אם הנזק עצמו לא היה צפוי, לא ניכנס למבחן הגולגולת הדקה. המבחן מעלה שאלות מעניינות, ביקורת אפשרית לגבי החריג? אולי **מונע הנזק הזול הוא דווקא בעל הגולגולת הדקה,** שמכיר את מצבו הרפואי בעוד שלא בטוח שהמזיק מכיר מצב זה. כלומר, למה הניזוק לא נזהר כפליים? למה צריך להכיר ברגישות של האנשים? למה צריך לחוב את המזיק בשל שהניזוק הוא יותר רגיש?

הרציונלים שמאחורי החריג:

* טיעון אפשרי בראי תאוריית הצדק החלוקתי- גם הניזוק הרגיש לא תמיד יודע שהוא כזה, קבוצת הניזוקים הרגישים היא זו שנבקש להגן גם על האינטרסים שלה ועל הייחוד של אותה הקבוצה, בין אם הקבוצה מודעת לרגישות שלה או שלא. אינטואיציה הראשונה שהראש הולך אליה- קבוצה שהיא חלשה מבחינה שכלית, מנטלית או חברתית, נרצה להגן עליה יותר.
* אנשים לא תמיד מודעים למחלות ולרגישות שלהם.

בפרקטיקה: ככל שמדובר בצפיות טכנית, ביהמ"ש לא ייטה לקבוע במקרים רבים שלא חלה חובת זהירות טכנית.

**צפיות נורמטיבית\ חובת זהירות מושגית**

הצפיות הנורמטיבית, לא עוסקת בשאלה עובדתית המזיק ידע או היה יכול לדעת, אלא בשאלה האם המזיק היה צריך לדעת. בשאלה כזו אנחנו בהכרח נכנסות עולם של שיקולים לא עובדתיים אלא נורמטיביים.

הערה כללית הולך להיות דימיון רב בין שאלות שנשאל לבין סיבתיות משפטית, משום שכל סיבתיות מדברת במושגים של צפיות- הדמיון שבין "סיבתיות משפטית" לבין "צפיות נורמטיבית"- הן הצפיות הטכנית והן הנורמטיבית נוגעות לאירוע כולו; הן לסוג הנזק והן לסוג הניזוק. ההבדל בין השאלות, האם המזיק יכול היה למנוע את הנזק, לשאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות.

צפיות נורמטיבית כמו צפיות טכנית מתייחסת לאירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק. במצבים של שיקולי מדיניות רלוונטיים ניתן לחשוב על כל מיני שיקולים שבגללם בית המשפט יכריע שהיה צריך לצפות את הנזק והניזוק המסוים וכך ליצור מסננת נורמטיבית המכניסה לעוולת הרשלנות ומתי לא.

למה נרצה לעשות את המגבלה הזו שתהווה מסננת להטלת אחריות ברשלנות? דוגמאות לשיקולי מדיניות:

1. שיקולי הרתעה- כדי לא להגיע למצב בו ניצור הרתעה ביתר. ככל שניחשף לתביעות משפטיות, כך נימנע מפעילות מסוימת. למשל, הטלת אחריות על גרימת נזק רפואי בהליכים ניתוחיים. אנו לא רוצים ליצור הרתעה שתוביל לפגיעה בפרט, ולכן לא נטיל אחריות. השאלה שנשאל: האם אנחנו רוצות להטיל אחריות?
2. עלויות מנהליות- עלויות מנהליות הקשורות להטלת אחריות בקלות. במידה ויהיה כך, ידינו תהיה יותר קלה על ההדק וברגע שיש התנהגות שתראה התנהגות רשלנית, ישר נפנה לערוץ המשפטי בשביל להטיל אחריות בגין רשלנות. זה יצור, המוני תביעות ותביעות סרק. בכדי לתבוע בגין רשלנות יש צורך במסננת שתימנע מכל אדם לתבוע. חוסר של סינון בשאלת הצפיות הנורמטיבית עלול להביא להצפת מערכת המשפט בתביעות סרק שיגררו עלויות כלכליות כבדות. לכן, יצירת "מסננת" שכזו תסייע לבלום את המגמה.
3. "דחייה על הסף"-דחייה על הסף תתרחש כשנסיבות המקרה מלמדות שיש הסתברות מאוד גבוהה שהמזיק לא התרשל. הוא כן נקט בפעילות מסוכנת, אבל כשאנחנו רואות שבסיטואציה מסוימת הסיכוי שהאדם התרשל כל כך קטן, נרצה לדחות את העניין על הסף מבלי להיכנס לניתוח המשפטי. כאשר נסיבות המקרה מעידות שבסבירות גבוהה מאוד המזיק לא התרשל, נדחה את התביעה באיבה בלי לפתוח בדיון על התרשלות. ביהמ"ש נענה לטענות שכאלו במקרים נדירים, אך הדבר קורה.

פס"ד מדינת ישראל נ' לוי

עובדות: לוי נהרג בתאונה. העזבון תובע. הנהג הפוגע היה מבוטח על ידי חברת ביטוח שהתפרקה. המדינה נתבעת על אובדן כספי הביטוח משום שאילו המפקח על הביטוח היה מפסיק את הרישיון של חברת הביטוח או מתריע לציבור על קריסתה, הנזק היה נמנע.

השאלה המשפטית: האם חלה חובת זהירות של מפקח הביטוח כלפי לוי?

האם מתקיימת צפיות טכנית? על זה אין חולקים, ניתן להניח שהמפקח של הביטוח יכל היה לראות את הנזק שיקרה למישהו כתוצאה מכך שחברת הביטוח התפרקה, והוא לא הודיע לכלל הציבור. הוא יכל היה לדעת את זה. ולכן, השאלה בפס"ד היא לא צפיות טכנית אלא נורמטיבית:

השופט שמגר שואל מתי תחול צפיות נורמטיבית כאשר המדינה מעורבת. הוא שואל מתי מתקיימים יחסי שכנות של המדינה כלפי נתיניה בנזיקין, שמהם אפשר להבין שמתקיימת צפיות נורמטיבית. כאשר אנו בוחנים את שאלת השכנות בין הצדדים, יש להתייחס לארבעה גורמים יחדיו, שקיום ארבעתם יביא לבחינה מדוקדקת יותר של יחסי השכנות בין הצדדים(אין קשר לשיקולי מדיניות, בחינה שלהם תגיע אח"כ):

1. האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי? גם המדינה יכולה להיות בעלים של מקרקעין ושל נכסים, והיחס אליה לא שונה מזה שנעניק לפרט. עם זאת, המדינה גם פועלת בכובע שהפרט לא פועל בו- כובע שלטוני (חלוקת משאבים, החלטות ציבוריות וכו'). כאשר המדינה פועלת בכובעה הציבורי, ניטה לקבוע שלא התקיימה צפיות נורמטיבית.
2. האם מדובר במעשה או מחדל? הטלת אחריות על מחדלים תיעשה בצורה זהירה יותר מאשר הטלת אחריות במקרה של מעשה (כאשר מדובר במעשה- אנחנו מונעים דרך פעולה אחת, וכאשר מדובר במחדל- אנחנו דורשים פעולה אקטיבית). כאשר מדובר במחדל, מדובר בשיקול נגד קביעה שהתקיימו יחסי שכנות, כלומר שלא התקיימה צפיות נורמטיבית.

סיכום של ההליך המחשבתי הנדרש(להבנתי, לקחת בערבון מוגבל): התקיימה צפיות טכנית- בודקים צפיות נורמטיבית:

1. נדרשים יחסי שכנות(ארבעה גורמים שעלינו לבדוק)- אם הגורמים התקיימו, נעמיק בבדיקת יחסי השכנות בין הצדדים. אין יחסי שכנות: אין צפיות נורמטיבית.
2. יש יחסי שכנות: נבדוק שיקולי מדיניות בהתאם למדיניות המשפטית הנהוגה(עידוד הסתמכות, הרתעה וכו'). בית המשפט מצא אותם מוצדקים- אין צפיות נורמטיבית. השיקולים אינם מוצדקים: יש צפיות נורמטיבית.
3. מה סוג הנזק? (נזק ממוני או נזק גוף). ככל שהנזק נוטה לנזק גוף, כך בית המשפט יטה לקביעה שחלים יחסי שכנות, וכתוצאה מכך הוא יטה להטלת האחריות בגין רשלנות.
4. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?

חשוב לציין: אלו שיקולים שנשקול יחד: ככל שכולם התקיימו יחדיו, ניטה לבחון יותר לעומק את יחסי השכנות בין הצדדים, כלומר לנטות לכיוון הקביעה שלא התקיימה צפיות נורמטיבית.

סיכום: לפי שמגר, לצורך בחינה של צפיות נורמטיבית עלינו לבדוק האם בין הצדדים היו יחסי שכנות. הוא מונה ארבעה גורמים שקיומם יחדיו יכול להעלות חשש שבין הצדדים לא היו יחסי שכנות(השיקול הראשון נוגע בעיקר לכובע הציבורי-שלטוני של המדינה). אם הם נתקיימו יחד או בלחוד, עולה חשד שאין יחסי שכנות. גם אם הנחנו שיש יחסי שכנות, שיקולי מדיניות יכולים בכל זאת להביא למסקנה שלא הייתה צפיות נורמטיבית, אף אם הייתה צפיות טכנית.

צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת. בסופו של דבר, ההחלטה בעניין לוי נוקטת בגישה מאוזנת ולא בפטור מוחלט מחובת זהירות של רשות כלפי פרטים.

צפיות נורמטיבית- דוגמא לצמצום חובת זהירות של עדים במשפט

פס"ד רויטמן

פסד הנוגע לנושא מאוד ספציפי- צמצום חובת הזהירות של עדים במשפט. אדם שצריך לספק עדות לגבי נתבע כלשהו בהליך משפטי.

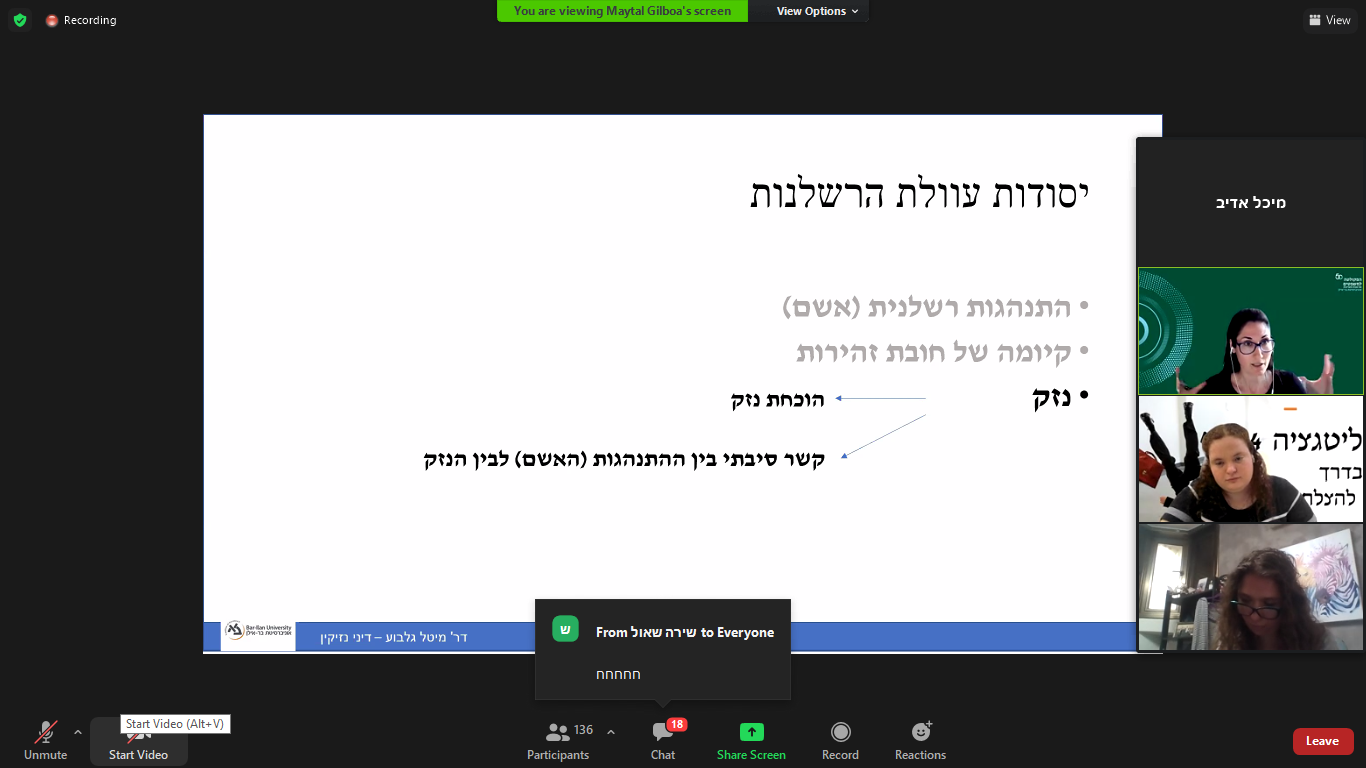
עובדות: באותו עניין דובר על עורך דין שהורשע בפלילים, והוא תובע את בנק מזרחי וחלק מהעובדים בבנק, בטענה שהעידו כנגדו עדות שקר, שגרמה לו לנזקים. התביעה שלו התבססה על עוולת הרשלנות והפרת חובה חקוקה.

השופט קיסטר- קובע כי עדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות, ולכן לא ניתן להטיל עליהם אחריות בנזיקין. הקביעה הזו יוצרת מעין חסינות לעדים. כשנשאלת השאלה איך ניתן להצדיק חסינות לעדים?

אולי הסיבה לזה שניתן חסינות לעדים, בהקשר לרשלנות, נובעת מזה שיש גם עוולות אחרות שיכולות להיות רלוונטיות וגם עילות אחרות (עדות שקר וכו). יש דרכים אחרות לטפל בבעיה. אך הטיעון הזה לא רלוונטי משום שראינו בפס"ד גורדון, ובקשר של עוולות פרטיקולריות לעוולת רשלנות, שאפשר להטיל באותו הזמן גם עוולת רשלנות וגם עוולות פרטיקולריות שונות.

אומנם, נראה טיעון אחר- "הרתעה ביתר" שלא נרצה ליצור במקרה של עדים. עדות משפט גם ככה נתפסת כמהווה נטל, כלכלי ונפשי, כתוצאה מחוסר נעימות. במציאות עצמה, אנשים לא ששים להיות במעמד של מתן עדות. ולכן, אם עדים ידעו שהם חשופים לתביעה נזיקית ברשלנות, זה ישפיע לרעה על נכונותם להעיד במשפט. ההלכה הזו יוצרת חסינות המגנה על העדים. זו דוגמא, של חובת זהירות נורמטיבית המושפעת משיקולי מדיניות. וכן, זו דוגמא מעניינת גם בכך ששיקולי מדיניות יוצרים מעין 'מסננת' המצמצמת את היכולת לתבוע מכוח עוולת הרשלנות.

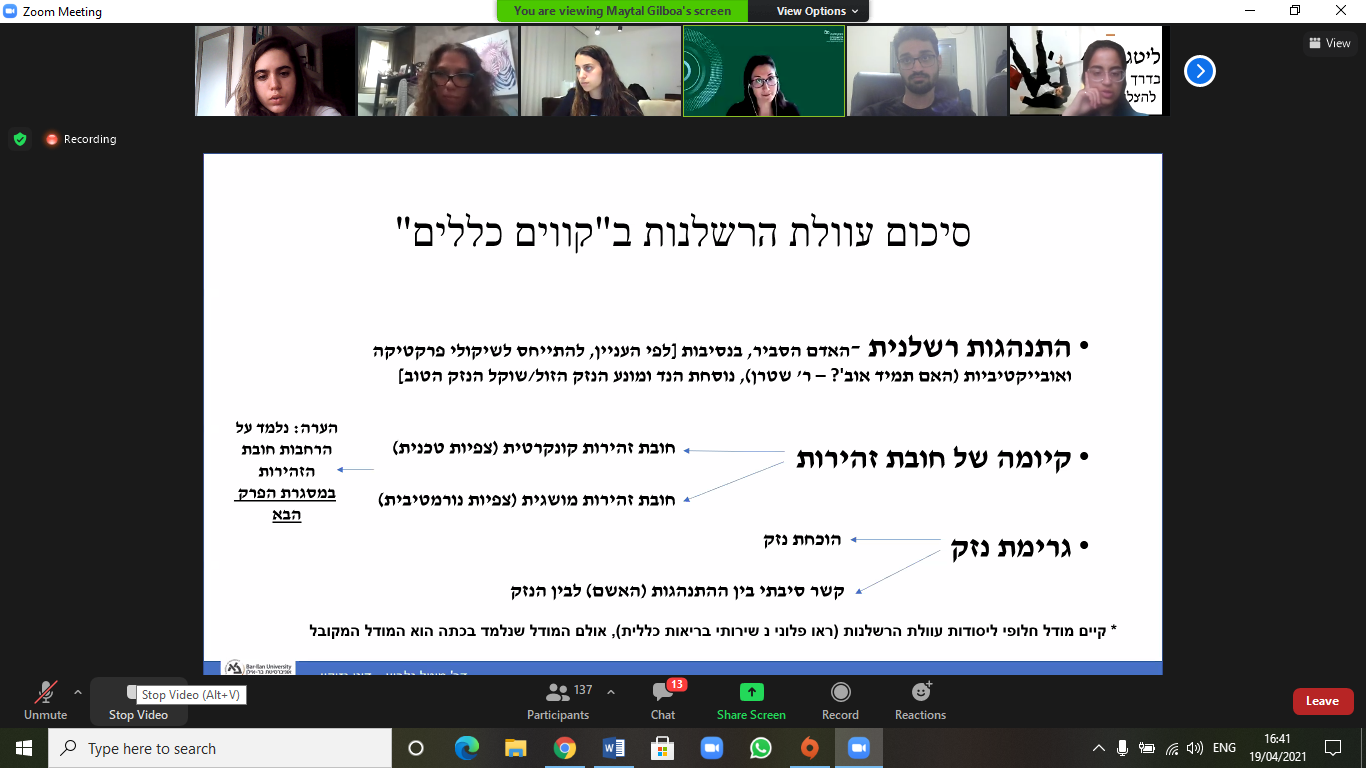
**נזק- הוכחת נזק וקשר סיבתי**



היסוד השלישי הוא יסוד הנזק. ונדבר עליו בקצרה. הקשר הסיבתי הוא יסוד המתחבא ביסוד של גרימת נזק. המבחן הדומיננטי במשפט לבחינת קשר סיבתי עובדתי, המבחן הנהוג לבדיקת קשר סיבתי במשפט בכלל ובנזיקין בפרט הוא מבחן האלמלא: האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?

לדוגמא- נניח שיש מטופל על שולחן הניתוחים, והרופא בחר בפרקטיקה לא מקובל המראה על בעייתיות בהתנהגות הרופא.

* האם הרופא התרשל? כן- נלמדו בהתנהגות רשלנית.
* קרה נזק? קרה, החולה נפטר. אומנם זה לא מספיק, יכולה להיות התנהגות רשלנית אבל תנאי הכרחי הוא קשר סבתי בין ההתרשלות לנזק.
* קשר סיבתי- האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא? (אילו הרופא היה פועל באופן סביר?. יש שתי אפשרויות:
* כן- הרופא התרשל, ההתרשלות היא הגורם שהוביל לנזק.
* לא- אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.



**גבולותיה של עוולת הרשלנות**

הנושא עוסק בכל מיני מצבים שבעבר עוולת הרשלנות לא חלה. אך היום, נראה כרסום בגבולות , ובכך שינויים שהובילו לתחולת העוולה על המצבים האלו היום. נדבר על מצבים שבעבר לא היה נהוג להטיל אחריות נזיקית עליהם, אך כיום, התרחשו שינויים בפסיקה שהובילו להרחבת גבולות עוולת הרשלנות. ארבעת ההיבטים שנעסוק בהם:

ארבעה נושאים מרכזיים בגבולותיה של עוולת הרשלנות:

1. נזק ממוני (כלכלי) טהור- דיברנו פס"ד מדינת ישראל נ' לוי, שם השופט שמגר דיבר על כך שבהקשרים האלו, בית המשפט יטה לא להטיל אחריות להבדיל מנזקי גוף. אך בהמשך נראה כי ההלכה הזו הולכת ונעלמת.
2. נזק ממוני בלתי טהור- נזק על כאב וסבל, גם במקרה כזה היה נהוג לפטור במידה רבה באחריות נזיקית, אך היום זה משתנה ועוולת הרשלנות תופסת במידה מסוימת במצבים אלו.
3. מחדל טהור- היה נהוג לפטור מאחריות נזיקית.
4. חיים והולדה בעוולה- כבר לא מדברים על עוולת חיים, שמבחינת מוסר מקשה על השיח והדיון בנושא זה.

**(1) נזק כלכלי טהור**

נזק כלכלי טהור מוגדר כנזק שלא מתלווה אליו נזק פיזי (=גוף או רכוש).

לדוגמא: השבתת מכונה במפעל שגרמה לאובדן הכנסה אך ללא נזק ופגיעה במכונה עצמה. במידה והמכונה הייתה נפגעת זה היה נחשב לנזק כלכלי לא טהור. כלומר ניתן להגדיר נזק כלכלי לא טהור מוגדר כנזק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי.

בעבר, במשפט המקובל היה כלל שלפיו בתביעות רשלנות להבדיל מתביעות אחרות, כמו עוולת הפרת חוזה ששם ניתן לדבר על נזק כלכלי טהור, שלא ניתן לתבוע ברשלנות בגין נזק כלכלי טהור. מה שיצר מצב, שבתביעות בגין רשלנות, התובעים חיפשו כל הזמן איזשהו נזק פיזי, הכי קטן שיש, שיתלווה לנזק הכלכלי הטהור. מה שהפך את ההליך המשפטי למסובך מאוד.

הרציונליים לכלל:

1. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה- נזק לא פיזי מאוד קשה להוכחה.
2. הצפת בתי המשפט- אם נאפשר לאנשים לתבוע על נזק כלכלי טהור, כל אחד יוכל לתבוע וזה יוביל להצפת בתי המשפט. זו ראיה פשטנית של הדברים.
3. נראה כי גם הנטייה לחשוב שאין להטיל אחריות נזיקית על נזק כלכלי טהור, נובעת מהתפיסה שלאף אדם אין את הזכות להיות עשיר. זאת אינטואיציה שישבה בעבר לאנשים.

טיעונים נגד הכלל, שהביאו לשינויו(מגמת התרחבות) שבהם נעסוק בפרק זה:

בתי המשפט הלכו והרחיבו את היכולת לאפשר לאנשים להגיש תביעות ברשלנות גם על נזקים כלכלים טהורים. לא בכדי, בתי המשפט נתלים על טיעונים של:

1. צדק מתקן- אי אפשר להחזיר את האיזון אם לא ניתן לתבוע על הנזק שנגרם. לא תספיק העמדה לפיה לא ניתן לתבוע על נזק בגלל שהוא כלכלי.

אם למישהו פוגעים בזכות וקורה נזק, אחד מהרעיונות של הצדק המתקן הוא להשיב את המצב לקדמותו. ולפיכך, האם יש היגיון לא להשיב את המצב לקדמותו רק משום שמדובר בנזק כלכלי טהור? אם לא נקיים את הרעיון הבסיסי של צדק מתקן בדיני נזיקין בכך שאנו פוטרות מאחריות רק בשל סוג הנזק, זה מאוד בעייתי.

1. שיקולי הרתעה- בשל חוסר ההגנה על נזקים כלכליים טהורים עלולה להיווצר הרתעה בחסר, שלא תעודד אנשים לפעול בצורה סבירה ולהימנע מגרימת נזק. האם אנו באמת מעוניינות לחשוף אנשים לשיקולים רשלניים רק מפני שהנזק שעשוי להתממש הוא נזק כלכלי טהור. זה יגרום להתרעה בחסר.

ולכן לא פלא, שכל ההתפתחות הזו שקורית על ידי פסיקה, הפסיקה הולכת ומפתחת את התחום ומאפשרת לאנשים להגיש תביעות נזיקיות על נזק כלכלי טהור.

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור**

נדבר על שלושה מצבים מרכזיים שהם החריגים לכלל שאין אחריות על נזק כלכלי טהור. אם מקרה מסוים נופל בגדר לאחד משלושת המקרים האלו, המשמעות היא תינתן אפשרות לתבוע על נזק כלכלי טהור למרות הכלל, שכאמור הולך ומתכרסם.

1. **מצג שווא רשלני**

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור**

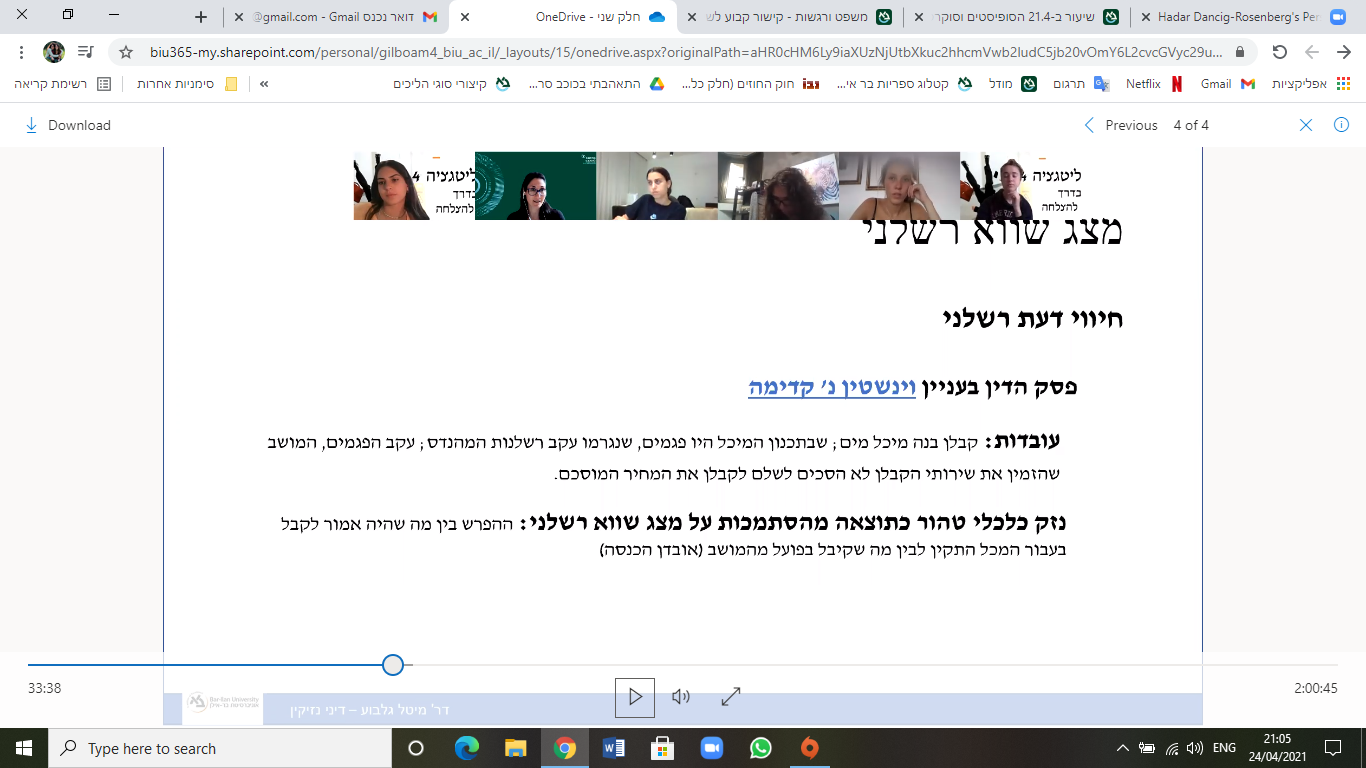
1. **מצג שווא רשלני**
2. נזקים כלכליים- חובת זהירות של בנקים
3. נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

ההגדרה לחריג זה, היא חיווי דעת שיכול לגרום לנזק. לפעמים אדם מומחה יכול לספק חוות דעת שתגרום לנזק. בעבר במצב כזה, של חוות דעת רשלנית, היה ניתן לתבוע דרך עוולת התרמית. הבעייתיות היא שעוולת התרמית דורשת יסוד נוסף שהוא קיומו של זדון- אך בהרבה מן המקרים חוות הדעת היא רשלנית לחלוטין, ללא איזושהי כוונת זדון מאחוריה. כלומר נותן חוות הדעת לקה בהתנהגות רשלנית ללא רצון לגרום לנזק מלכתחילה.

בהקשרים האלו, בעבר היה רשה להטיל אחריות ברשלנות אך כיום, ההלכה היא שאם בעל המקצוע התרשל ניתן לתבוע דרך עוולת הרשלנות בנזיקין. התנאים לתביעה כזו גובשו בפס"ד וינשטין נ' קדימה.

וינשטין נ' קדימה

בפס"ד זה הוכרה לראשונה היכולת להטיל אחריות נזיקית על חוות דעת רשלנית.



עובדות: הקבלן בנה מכיל מים. בתכנון עצמו היו פגמים, כשפגמים נגרמו משום שהקבלן הסתמך על חוות דעת של מהנס. אומנם, לא היה איזשהו חוזה בין המהנדס לקבלן, והמהנדס היה של המשוב. הקבלן הסתמך על חוות הדעת של אותו מהנס ובנה מיכל מים לא לפי החוזה, לא בצורה תקינה. היו בו פגמים ולכן הוא לא קיבל את כל הכסף שהיה צריך לקבל מהמושב. הנזק הכלכלי הטהור הוא ההפרש למה שהיה אמור לקבל מקדימה למה שהוא קיבל בפועל. יש פה נזק כלכלי טהור- אובדן הכנסה.

בית המשפט: השופט אגרנט קבע בפס"ד את התנאים לקבלת תביעה בגין נזק כלכלי טהור בגלל הסתמכות, למרות שלא היה קשר חוזי בין הקבלן למהנדס. אגרנט קבע שבשל שאחד מהתנאים לא הוגשמו במקרה הקונקרטי לא התקבלה התביעה.

אלו התנאים כאשר אנו טוענים במצג שווא רשלני בהקשר של נזק כלכלי טהור: למרות שכאמור התנאי האחרון לא הוגשם במקרה ולכן לא התקבלה התביעה.

1. מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדת- בדרך כלל לא נרצה להגביל חופש ביטוי של אנשים, והם ימנעו לתת חוות דעת, אלא אם כן מדובר באיש מקצוע. בעניין של איש מקצוע יש הבנה כי הצד השני יותר יסתמך עקב העובדה שמדובר באיש מקצוע. זה נובע מהשאיפה הבסיסית, שלפיה אם אנשים ידעו שמה שהם אומרים יטיל עליהם אחריות בנזיקין, הם יזהרו יותר.

הרעיון הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, כבעלת שליטה על המידע:

פס"ד אתא נ' אילנקו

חברה קבלנית בשם 'אילנקו' תבעה ועדת התכנון המקומית של קריית אתא בגין מצג שווא. זה נובע מכך שהחברה קנתה קרקע מתוך הבנה שהקרקע בעלת זכויות בנייה, כלומר החברה יכולה לבנות על הקרקע. אך בסופו של דבר, מסתבר בדיעבד, כי הוועדה נתנה מידע מוטעה והקרקע מיועדת לחקלאות. המשמעות של חוות הדעת הרשלנית היא שכתוצאה ממנה נגרם נזק כלכלי טהור- החברה נשארה עם נכס שלא ניתן לתרגם אותו לשווי כלכלי ולכן הקרקע שווה פחות.   
במקרה דנן, בית משפט קבע שחובת הזהירות לעניין מומחיות חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות כלפי אזרחים, הפונים לרשות המקומיות בכדי לקבל מידע המוחזק בידיים פרטיות. כלומר התנאי למומחיות מורחב גם לרשות ציבורית ולא רק ביחסים של פרטים. השורה התחתונה: הכלל תופס גם לרשויות ולא כלפי פרטים בלבד.

1. המצג נעשה בהלך עסקים הרגיל- תוך קיום פגישה "רשמית".לדוגמה, לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עורך דין.למה שנימנע מהטלת אחריות נזיקית במקרים האלו?באופן כללי לא נרצה להביא להרתעת יתר, כשברמה הכי בסיסיתלא הגיוני להטיל אחריות ברשלנות כמומחים ומי שנתן חוות דעת בהערת אגב, פגישה מקרית שהיא לא תוך כדי פגישה רשמית.
2. הגבלת היקף אחריות- לדוגמה, חובת זהירות של עורך דין המתראיין בטלוויזיה כלפי כל הצופים בתוכנית. נרצה לצמצם את היקף האחריות מפני שיש רצון להימנע מהרתעת יתר, שתגרום לאנשים להימנע מלתת דעה אישית הבאה כחוות דעת. ובנוסף לכך נרצה לעודד אנשים לפנות לחוות דעת מקצועית שתיבחן על פי המקרה הקונקרטי והספציפי ולא לפי חוות דעת כללית. לא נרצה לעודד אנשים להסתמך על כל מידע המוקנה באמצעי התקשורת במידה כזו שתאפשר לתבוע על אחריות רשלנית. ולכן, צמצום והגבלת היקף האחריות תעודד מצד אחד אנשים לפנות לחוות דעת מקצועית, ומהצד השני תמנע התרעה ביתר.
3. הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת- צמצום חבותו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת ולא ל"כולי עלמא". למשל, אם כתבתי מסמך שיועד ליוסי. שמואל, שאין לו קשר אליי או ליוסי, תובע אותי בנזיקין)- אפשר להסביר גם דרך עקרון ההסתמכות והשכנות. להטיל אחריות על כל מי שנדרש על א' זה יגרום להרחבת האחריות הנזיקית לאין שיעור. חובת זהירות טכנית- גם ברמה האינטואיטיבית זה חל בהקשרים אלו, כשמומחה מספק חוות דעת לצד ב' הוא לא יכול לצפות שצד ג' יסתמך על העצה שלו ויפעל על פיה.
4. נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת- זהו הכלל שהכשיל את התביעה בעניין וינשטין.

הכלל שהכשיל את התביעה בעניין ויינשטיין(בכיתה תוזכר אלטרנטיבה לקבל את התביעה בנסיבות אלה ולהכיר באשם תורם)- בתי המשפט לא הכירו תמיד בתנאי כזה, וגם כשהכירו בתנאי זה נטו להטיל אשם תורם על הניזוק שלא ביקש חוות דעת נוספת. כלומר, אפילו אם לא היה צריך לצפות שתתבקש חוות דעת נוספת, בתי המשפט יכולים להכיר בחבות נזיקית אבל להטיל אחריות חלקית בדמות אשם תורם על הניזוק.

כלומר, עקרונית צריך לצפות שתתבקש חוות דעת שנייה(מחמירים עם הניזוק), אלא אם בנסיבות המקרה לא התבקשה כזו. עם זאת, אף אם היה ניתן לצפות שתינתן חוות דעת שנייה וכזו לא הייתה, בהמ"ש ככל הנראה יטיל חבות נזיקית בכל זאת, אך יסייג אותה באשם תורם.

צריך להיות מצב שהמזיק נותן חוות הדעת לא יכול היה לצפות שהניזוק לא ירצה חוות דעת נוספת. כלומר שהמזיק יכול היה לצפות שדעתו תהיה המכריעה. אם הוא יכול היה לצפות, יש אחריות נזיקית. אם הוא היה יכול לצפות שתתבקש חוות דעת שנייה, אין אחריות נזיקית. בעניין וינשטין, נאמר בחוזה כי הקבלן מבין שהוא לוקח על עצמו את הבנייה, ולכן הגיוני היה שקבלן יסתמך על חוות דעת נוספת או היכולת לסתור את העובדה שהמהנדס בעצמו היה יכול לצפות בהקשר הזה, שהקבלן יבקש חוות דעת נוספת.   
בתי המשפט לא תמיד השתמשו בכלל כפי שהוא, צריך מקרה מאוד ברור שהיה ראוי ורצוי להשיג חוות דעת שנייה. אפשרות נוספת היא שאם כל הכללים מתקבלים ובאמת הייתה רשלנות שעולה מתוך הנסיבות העובדתיות, בית המשפט יכול להטיל אחריות ברשלנות אבל להטיל איזשהו אשם תורם על הניזוק. להגיד שגם הניזוק יכל לבקש חוות דעת נוספת, הוא יכל לצמצם את הנזק ולכן הוא שותף לנזק.

**\***כאשר להיקף הנזק שייגרם אין "מעצור" או סף נזק מקסימלי, לא תוטל אחריות בנזיקין. כלומר, שככל שהנזק שנגרם לא נגרם מפעולה פיזית, יוגדר היקף חובת הזהירות לעניין הנזק שייגרם, או שלא תקום כלל אחריות בנזיקין- נעסוק בזה בהרחבה בסיבתיות משפטית.

ככל הנראה, כל התנאים האלו מצטברים אבל עולה האפשרות שכאשר אחדים מהם לא מתקיימים תוטל אחריות אך חלקית כאשר חלק מהאשם יופנה כלפי הניזוק(עקרון של אשם תורם).

**(2) נזקים כלכליים חובת זהירות של בנקים**

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור**

1. מצג שווא רשלני
2. **נזקים כלכליים- חובת זהירות של בנקים**
3. נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

באופן עקרוני, במצבים רבים תוטל חובת זהירות, בעיקר כלפי קהל הלקוחות של הבנקים אבל גם כלפי צד ג'. חובת זהירות רחבה יותר על בנקים, בגין נזקים כלכליים שנבעו מאי מניעת זיופים או חוות דעת רשלנית (האדם הסביר- "הבנק הסביר"). חובת זהירות של בנקים נחשבת כחובת זהירות מורחבת, שהולכת וגדלה.

איך ניתן להצדיק את מגמת ההתרחבות של חובת הזהירות שחלה על הבנקים?

1. לבנקים יש גישה רחבה יותר למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג. הלקוחות של הבנקים הם לקוחות חוזרים וסיטואציות חוזרות. דהיינו, הבנק בד"כ שוקל הנזק הטוב ביותר. כלומר, פערי ידע מסייעים לקבלת החלטות יעילה יותר עבור הבנקים, הם יכולים לחשב בצורה נכונה יותר את הסיכונים של הבנקים ולפזר על קהל הלקוחות שלהם בצורה יעילה יותר.
2. לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך- אנשים לא יודעים מה קורה בחשבונם והם סומכים על עבודת הפקיד.
3. הבנקים מפזרי נזק טובים.

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור**

1. מצג שווא רשלני
2. **נזקים כלכליים- חובת זהירות של בנקים**

* **חיווי דעת רשלני של בנק**
* **מרמה וזיופים של בנקים**
* **הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג'**

כל הרציונליים האלו הובילו להרחבת חובת הזהירות המוטלת על הנזקים.

**חיווי דעת רשלני של בנק**

פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח

עוסק בנזק כלכלי טהור על ידי בנק, בסיטואציה של אינטרסים מתנגשים של הבנק. באותו עניין, הבנק סיפק שירות לשני לקוחות: חברת בנייה שמכרה דירות, ומנגד לקוחות שנטלו משכנתא לקניית הדירה.

חברת הבנייה מכרה דירות בעמנואל עד שפשטה רגל. החברה הייתה לקוחה של הבנק, אשר ידעה על מצבה הכלכלי הגרוע של החברה. לפני שהחברה פשטה רגל, הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו. ועדיין הבנק הלווה כספים ומשכנתאות ותמחר אותן לפי הסיכון, באותו הזמן מעביר את הכספים לחשבון של הלקוחה השנייה שהיא חברת הבנייה. הטענה של התובעים היא שהבנק סיפק ממשכנתאות למרות שידע על המצב הפיננסי הגרוע של בחרת הבנייה. וטענת הבנק, הייתה שאם היה נוהג אחר הוא היה מפר חובת סודיות כלפי הלקוחה השנייה, שהיא החברת הבנייה. הבנק נמצא במצב של ניגוד עניינים, שבמצב כזה הוא דרש לביטולה של חובת הזהירות. אומנם, התביעה התקבלה.

ונקבע שלמרות ניגוד האינטרסים, על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, "לאותת להם" ללכת לייעוץ נוסף. הלווים היו הולכים ומבררים ומבקשים חוות דעת, אך מרגע שהוא לא גילה על ניגוד העניינים וסיפק את המשכנתאות כמו במצב רגיל, הוא למעשה אפשר ברשלנותו במובן הזה לנזק להתממש מבלי להתריע לגבי העובדה שהם נמצאים במצב של ניגוד עניינים. כשלבנק עצמו היה אינטרס הוא למעשה הציב את עצמו, שלא התריע לתובעים, במצב בו הפר את חובת הזהירות כלפי התובעים.

באופן כללי חוות דעת רשלנית של בנקים תוטל חובת זהירות ואחריות לרשלנות. זה מקרה מעניין שפחות ברור מאליו משום שמדובר בסיטואציה של ניגוד עניינים. שאולי נרצה לאפשר לבנק לטעון את הטענה הזו. אך נקבע שלא, גם חיווי דעת רשלני שנראה כי כשמדובר באדם פרטי הוא לגיטימי, אז בהקשר של בנקים לא נאפשר את המצב הזה.

**מרמה וזיופים של הבנקים- אחריות מוגברת של הבנקים**

הקשר נוסף שבו מוטלת חובת זהירות הוא מרמה וזיופים. התביעות מהסוג הזה מתעוררות למשל כשאנשים מגלים על משיכת כסף מהחשבון ומגלים שנעשה זיוף או רמאות שאפשרה את המשיכה של הכסף.

פס"ד בנק דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן

מצב בו עורך דין מטעמו של לקוח כביכול, פועל על סמך ייפוי כוח, שניתן לו למטרות מאוד ספציפיות. כשאותו עורך דין השתמש בייפוי הכוח תוך הפרת חובת האמון כלפי הלקוח. זה נעשה מתוך הרצון להחתים את הלקוח שלו על כל מיני ערבויות לטובתו. כעבור זמן מה, מסתבר שיש חובות לאותו עורך דין, הבנק רוצה לקזז את החובות עם יתרת הזכות של הלקוח על סמך ערבויות, שהוא כביכול היה מדוע להן.

הלקוח טען שאין לקזז והבנק הפר את חובת הזהירות כלפיו. על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור).

נקבע: התביעה התקבלה: הבנק התרשל, היה עליו לבחון האם השלוח ביצע את הפעולות בחשבון הלקוח באופן תקין, מדובר בסיכונים חוזרים ונשנים ש"בנק סביר" היה צריך לקחת בחשבון.

בנסיבות העניין, הבנק היה צריך לבחון האם שלוח ביצע את הפעולות בחשבון הזק באופן תקין. על פניו זה נראה ברור, אבל צריך להבין שבסיטואציות כאלו גם הבנקים הם סוג של ניזוקים. פעולות של זיוף ומרמה קשות לאיתור, אך לבנקים זה מדובר בסיכונים יותר שכיחים ומקובלים. ולכן, יש לבנקים מנגנונים שיכולים למנוע את הקיום של אותם סיכונים. זיופים ורמאיות למיניהן לבנקים יש חובת זהירות מוגברת.

**הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג'(שאינו לקוח)**

הקשר נוסף שבו מוטלת חובת זהירות על הבנק הוא לא כלפי הלקוח שלו, אלא כלפי צדדים שלישיים.

פס"ד קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד (לא בסילבוס)

עובדות: באותו ענין נגנבו צ'קים בנקאיים ריקים מהבנק, בזמן שמוטלת על הבנק החובה לטפל ביצירה של שטרות גנובים. במהלך האירועים, הבנק לא שם לב להיעלמות של אותם צ'קים. כשבסופו של דבר הם הגיעו לחלפנים של כספים. שאותם חלפנים ניסו לפדות את הצ'קים, הם גילו שהצ'קים מזויפים. כתוצאה מכך, החלפנים תבעו את הבנק.

נקבע: הבנק התרשל, שכן לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים גנובים. מכיוון שחלה על הבנק חובה לפקח ולטפל בשטרות פגומים המסכנים את השוק, הבנק הפר את החובה כלפי החלפנים וכלפי מי שנפגע כתוצאה מחוסר הזהירות שהבנק לקה בבדיקה ופיקוח על הצ'קים. הבנק התרשל כלפי החלפנים וחלה עליו החובה לפצות אותם על הנזק הכלכלי שנגרם.

**(3) נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה**

מצבים בהם קיימים צדדים שלישיים להפרת חוזה. האם תחול חובת זהירות למרות שמדובר בנזק כלכלי טהור, במצב בו אדם מפר חוזה ברשלנות אך הצד השלישי ניזוק מהפרת החוזה?

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור**

1. מצג שווא רשלני
2. נזקים כלכליים- חובת זהירות של בנקים
3. **נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה**

פס"ד קרונפלד נ' שמואלוב

עובדות- מצב עניינים מסובך למדי: באותו עניין הנתבעים הם סנדלר ויצרן מרצפות. הם החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, אך הם לא מפקחים על ביצוע העבודות, ולכן לא היה פיקוח ראוי במה שנעשה בדירה. הדירה נבנתה בצורה פגומה ולא ראויה. בהמשך הזמן, הדירה נקנתה על ידי רוכשים שניים מהקבלן, כשהבעיה הייתה שאין לרוכשים חוזה עם הקבלן אלא חוזה עם מי שרכש מהקבלן את הדירה. מדובר בדירה שנרכשת פעם שנייה (דירה שנרכשה ממי שרכש את הדירה מהחברה- בטאבו הדירה עוד הייתה שייכת לחברה). התגלה נזק חמור בדירה וכי יסודות הבית סדוקים ופגומים. ששוב, לא מדובר ברוכשים המקוריים שהיו בחוזה הראשוני, אלא ברוכשים שלישיים.

נתבעו: התובעים דורשים הוצאות לתיקון הנזק לדירה (נזק כלכלי טהור).

הבעיה: אין לרוכשים השניים חוזה מול הנתבעים.

הטענה של הקבלנים הייתה כי מדובר בנזק כלכלי טהור ולכן אין חובת אחריות נזיקית כלפי התובעים.

התביעה התקבלה: באופן עקרוני במצבים כאלו, אחריות הקבלן בנושא הצגת הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת גם כלפי צדדים שלישיים, ואין להגבילה לנזק פיזי.

**(2) נזק בלתי ממוני טהור**

נזק בלתי ממוני טהור הוא פגיעה במובן של גרימת צער, עוגמת נפש וסבל ונזקים דומים, כשכל אלה- כאב וסבל, אינם נובעים מנזק פיזי לגוף או לרכוש.   
בעבר היה נהוג הכלל לפיו ניתן לתת פיצוי ביחס לנזק בלתי ממוני טהור רק אם הוא נלווה לנזקו הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי-ממוני. זה אומר שבעבר, מה שהשתנה במידה מסוימת, שבתביעה על כאב וסבל כתוצאה ממוות של ניזוק אחר, התובע לא יכל לתבוע על כאב וסבל שנגרם לו כתוצאה מנזק פיזי הנגרם לאדם אחר.

הרציונליים לכלל, למה הכלל היה כי לא מכירים בנזק בלתי ממוני טהור:

1. הצפת בתי משפט- רבים יכולים לטעון שנגרם להם נזק בלתי ממוני טהור.
2. כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה- קשה מאוד להוכיח כאב וסבל.
3. קשה לקבוע שווי- נזקי גוף אפשר לאמוד בערכים של שווי. לא ברור כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים.

טיעונים נגד הכלל שהביאו לשינויו (מגמת ההתרחבות) בהם נעסוק בפרק זה:

1. לא מתיישב עם צדק מתקן- אי אפשר להשיב את האיזון ואת המצב לקדמותו אם לא נחייב בנזקים בלתי ממוניים טהורים. בכל זאת, נגרם אי-צדק והמאזן "נדפק", לא נוכל להשיבו בלי חבות בנזיקין.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- הרתעה בחסר: אם אין חבות בנזיקין, למזיק אין אינטרס למנוע את הנזק.
3. קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים- קיים הקושי לאמוד אובדן חיים, אך אנו עושות זאת, ולכן ניתן ויש צורך לפתח מנגנונים מסוימים המאפשרים להכיר בנזק בלתי כלכלי טהור. כלומר אי ההכרה בסוג הזה של הנזק, נובע מעניין של מדיניות שניתן לשינוי.

נראה קילוף של הכלל הזה שנקבע כי אין להטיל חובה נזיקית על נזק בלתי כלכלי טהור. בתי המשפט התחילו לייצר איים של מצבים שבהם נוכל להכיר ברשלנות. כשנעסוק בנושא זה, נבחין בין ניזוקים ישירים לניזוקים עקיפים (חשוב להדגיש: מדובר בנזק בלתי ממוני טהור)

דוגמה: אברהם שובר את רגלו של יצחק ברשלנות. מעבר לנזק הפיזי של יצחק, יצחק סובל גם מכאב וסבל בעקבות האירוע. במקרה כזה, עומדת בפני יצחק האפשרות לתבוע את אברהם על מלוא הנזקים שנגרמו לו (כלומר גם נזק פיזי וגם נפשי)- יצחק הוא הניזוק הישיר.

נניח שיעקב, עובר אורח מקרי, נמצא בסביבה והיה עד לאירוע. האם עם יעקב יכול לתבוע את אברהם על הסבל והנזק הנפשי שנגרם לו מכך שראה את האירוע המזיק של יצחק? יעקוב הוא הניזוק העקיף (הוא סובל בהכרח מנזק בלתי ממוני טהור).

**ניזוק ישיר**

עד אמצע שנות ה80, ברוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים (הלכת נדיר נ' כהנוביץ).

1. **כאב וסבל וכיוצא בזאת (פס"ד גורדון)**

ואז הגיע פס"ד גורדון מפי ברק:

"עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו. אין לראות בנזק הלא-רכושי כדבר "פאראזיטי", הנסבל רק אם הוא טפל לנזק רכושי. יש להכיר בו כנזק בר-פיצוי, העומד ברשות עצמו. כבודו של אדם, שמו הטוב, נוחותו ושלמות נפשו חשובים לחיי חברה תקינים וצריכים לקבל הגנה ראויה כמו כל אינטרס רכושי. כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים יותר מכעסו. במסגרת עוולת הרשלנות איני רואה כל צידוק להבחין בין קיום החובה להעדרה, על בסיס הבחנות בסוג הנזק".

עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה על כלל האינטרסים של הניזוק- אם זה אינטרס נפשי ואם זה גופני. האמירה הזו מבטאת צורת מחשבה משפטית חדשנית, שעד לנקודה זו היה קשה לתפוס אותה.

1. **ניזוק ישיר- פגיעה באוטונומיה**

למה מתעסקים באוטונומיה? מפני שאוטונומיה היא סוג של נזק מאוד מיוחד, הפגיעה באטונומיה מהווה נזק שהוא בלתי ממוני טהור. שגם בנושא של פגיעה באוטונומיה רק בשנים אחרונות, פסיקה בבתי משפט אחרים מתחילים להפנות להלכה הזו. בית המשפט הישראלי נחשב לבית משפט מאוד מתקדם בנושא הזה.

רקע- הסכמה מדעת

"תורת ההסכמה מדעת", משמע, רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי. אחרת הם חשופים לתביעה ברשלנות , או בנסיבות יוצאות דופן, אפילו תקיפה. הסכמה אמיתית כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על הליכים חלופיים ועל הסיכונים הכרוכים באלה.

מדובר על סיטואציות של הסמכה מדעת. בהליך רופאי, המטופל מתבקש לחתום על מסמך המעיד על ידיעתו לגבי סיכונים והאלטרנטיבות לפרוצדורה הרפואית. הסכמה מדעת נובעת מדוקטרינה הקובעת כי ראוי שמטופל ידע את כל המידע הרלוונטי לא רק על ההליך הרפואי שלו, אלא גם על האלטרנטיבות הרפואיות לאותו הליך, וכלל הסיכונים הידועים. המחשבה היא שהמטופל לא יכול להסכים להליך רפואי ללא ידיעה על כלל המידע הרפואי הקונקרטי.

פס"ד דעקה בית חולים "כרמל" חיפה

עובדות: דעקה נכנסה לניתוח ברגל והצוות הרפואי מקבל את הסכמתה לניתוח. תוך כדי התארגנות לניתוח, לאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, מגלים שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה. דעקה הייתה כבר מאולחשת ולכן הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת לביופסיה בכתף. הביופסיה בוצעה ללא רשלנות, ואף על פי כן נגרם נזק לכתף (35% נכות).

בית המשפט: הרופא הסביר צריך לגלות למטופליו את האלטרנטיבות הרלוונטיות בצורה שהם מסוגלים להסכים להליך הרפואי. ואם יש בגילוי פגם, אנחנו נמצאות במקום שיכול להעלות טענה רשלנית. הדבר הראשון שעולה בדרך כלל במקרים כאלה הוא בכלל היבט תוצאתי, הרבה תביעות מהסוג הזה הן מהסוג שפשוט נופל לרשלנות רפואית.

בעצם הופרה זכותה של המטופלת להסכים לטיפול, אבל מה שקרה בראש ובראשונה הוא הנזק התוצאתי, שגם נאמד בדרך כלל ביותר כסף. זאת לעומת נזק לאוטונומיה, שכאמור קשה מאוד לאמוד אותו. כשהפגיעה באוטונומיה היא רק אחרי התביעה על נזק גוף/תוצאה, כלומר בנוסף ולא במקום.

אבל הדוקטרינה של הסכמה מדעת היא דוקטרינה מאוד קשה להוכחה ולהתמודדות. למה? כי מבחן האלמלא בהקשרים של הסכמה מדעת מה שמטופלת צריכה להוכיח (הרי נטל ההוכחה הוא עליו) מה היה קורה אם הרופאים היו מגלים לה את כל המידע לפני כן, האם היא הייתה מסכימה לטיפול או לא? זו הוכחה מאוד היפותטית, ונטל מאוד קשה שמוטל על המטופלת. לכן הרבה פעמים במקרים כאלה מטופלים יוצאים ללא פיצוי.

"**נזק תוצאתי**"- נבחן הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל לבין הנזק הגופני שקרה (בעניין דעקה, נזק לכתף). יש כאן מבחן אלמלא עם שני שלבים:

1. מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופלת את המידע באופן תקין? האם החולה הסביר היה מסכים לטיפול במקרה כזה? כן- אין קש"ס. לא- ייתכן שיש קש"ס.
2. אם המטופלת הייתה בוחרת באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה? כן- אין קש"ס, לא- יש קש"ס.

יכול להיות שגם אם החולה היה בוחר באלטרנטיבה אחרת הנזק היה קורה. שני המבחנים/השלבים האלה מקשים מאוד על מטופלים לקבל פיצוי על הנזק התוצאתי שלהם. המבחן הראשון הוא האם היית בוחר אחרת אם היה לך המידע הרלוונטי, והמבחן השני הוא אם היית בוחר אחרת לא היה קורה הנזק.

פס"ד דעקה מתמודד עם הקושי הזה, שמרגיש לנו שלתת לחולה לצאת מזה ללא פיצוי זה לא בסדר. מה שמפריע לנו כאן הוא שהמטופלת לא יכלה בעצם לתת את ההסכמה שלה. משהו נפגע, אבל הוא לא היה נזק גופני- לא הייתה רשלנות בהליך הרפואי, הנזק לא נגרם בגלל הרופאים. הרשלנות היא בגלל שהופרה חובת הגילוי של הרופאים כלפי המטופלת. הליך רפואי כולל בתוכו סיכונים, אחריות רשלנית היא לא מוגברת ומוחלטת. אנשים נחשפים לסיכונים ולפעמים הם מתממשים, וזה עדיין לא אומר מישהו אשם או התנהג בצורה לא סבירה. ההתרשלות הייתה כאן רק בכך שרופא סביר היה בודק הסכמה מדעת של המטופלת. אנחנו לא מדברים עצם על הנזק הפיזי, וגם לא הוכח שהמטופלת הייתה בוחרת באלטרנטיבה אחרת שאולי הייתה מונעת את הנזק. אין קש"ס בין הנזק להתרשלות וגם בין אי הגילוי לבין ההתרשלות.

נקבע: לא תוטל אחריות לפצות על הנזק לכתף, שכן לא מתקיים קשר סיבתי (ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו את ההסכמה מדעת).

**החידוש**: הכרה בנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי.

זה נשמע מאוד תיאורטי אל מול הנזקים הרגילים שאנחנו מכירים. אבל זה לא תיאורטי, זה נזק מסוג אחר. לא ממוני טהור, אלא נזק מסוג אחר. זה מתקשר לנו להבנה שלאנשים יש רצון לשלוט בסיפור החיים שלהם. יש הבנה שכאדם יש משמעות להיות שותף להחלטות על הליכים רפואיים למשל, שיכולות ממש לשנות ולהפוך חיים.

לפסיקה קשה מאוד היום להתמודד עם הרעיון של אומדן נזק של אוטונומיה. בדרך כלל הפיצוי הוא לא פיצוי גבוה. צריכים עדיין לפתח כלים בנושא.

מה שיוצא מפס"ד דעקה זה שמהיום גם אם לא קרה נזק תוצאתי אפשר לתבוע על נזק לאוטונומיה, גם אם לא נגרם נזק פיזי. באופן כללי בנזיקין אנחנו נמצאים בסוגיה מאוד בינארית ובכלל במשפט הפרטי. צריך להוכיח שיותר סביר מאשר לא שמישהו התרשל. במשפט האזרחי נטל הראייה הוא 50%. לפעמים התחושה הזאת שזה הכל או כלום מרגישה לנו לא בסדר. מה אם זה 40% שהייתי מסכים לאלטרנטיבה אחרת, לא מגיע לי פיצוי? הרי היה נמנע גם נזק הגוף וגם הפגיעה באוטונומיה אם הייתה מבוצעת האלטרנטיבה. על זה מדובר בפסק הדין של המיעוט, למרות שזו לא הלכה שהתקבלה. ביניש מראה לנו כמה הרעיון הזה של להכיר בפגיעה באוטונומיה היה דבר קשה.

פסק הדין של המיעוט (ביניש):

* בנסיבות המקרה, יש קשר סיבתי, כי אולי דעקה הייתה מעדיפה להתייעץ עם מומחה ולא מסכימה לביופסיה.
* יש לאפשר פיצוי גם על נזק תוצאתי (הנזק הפיזי, בעניין דעקה, לכתף), לפי המכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול\* לבין הנזק התוצאתי.
* נזק לאוטונומיה אפשרי, במצבים חריגים של רשלנות (מקומו הטבעי בהקשר של תקיפה).

\* (התנאי- כל עוד הסיכוי שהמטופל היה מסרב משמעותי). כלומר סיכויים משמעותיים להוכחה שהיה מסרב לטיפול (25, 30, 40…).

היא בעצם אומרת שאולי כדאי לדבר על אוטונומיה במקרים היותר חמורים, להשאיר את זה למקרים של תקיפה למשל. במקום זה להתמקד בנזק הגופני. היא מציעה שאולי צריך לאפשר פיצוי על נזק תוצאתי גם במקרים כאלה, לפי הסיכוי שהמטופל כן היה מסרב לטיפול. כלומר אם אפשר לייחס לדברים שלו סיכוי משמעותי מאוד שהוא היה מסרב לטיפול, אולי צריך לאפשר לו לקבל את הפיצוי באופן יחסי לנזק שקרה לפי הסיכוי שהוא באמת היה מסרב לטיפול.

דוגמא במספרים למה שביניש אומרת בעצם: נניח שיש סיכוי של 40% / 0.4, ונניח שהנזק הוא 100. במקרה כזה צריך לכאורה לאפשר פיצוי של 40 על נזק של 100.

למה שקשה במקרה הזה ונעדיף לברוא נזק של פגיעה באוטונומיה במקום להתמקד במצבים האלה בנזק התוצאתי שקרה? הדעה של ביניש לא התקבלה אבל כן צריך לדעת אותה. ההלכה היא שכן יש עילה בנפרד מהפגיעה הגופנית, לתבוע על נזק נפרד ועצמאי של פגיעה באוטונומיה.

**ביקורת על הלכת דעקה**

**ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:**

* יצירת אי וודאות
* יצירה של עוולת per se (אין צורך להוכיח נזק)- עוולות שלגביהן מספיקה ההתנהגות עצמה- אי גילוי המידע למטופל, כדי לומר שיש פגיעה במטופל.

**מענה לביקורת:**

* פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי וודאות- נכון, קשה לצייר את הגבולות של הדבר הזה ולאמוד פגיעה באוטונומיה, אבל גם דברים אחרים היה קשה לנו לאמוד בעבר (כמו ערך של חיים/יד/רגל וכו') ואפשר לפתח כלים לכך, בשביל זה יש מומחים ובתי משפט. אפשר להתמודד עם שאלות מורכבות כאלה, הקושי הזה הוא לא סיבה לזנוח אותן.
* האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו?- נוצרה עוולת per se בעצם שקשורה לפגיעה באוטונומיה, די בכך שלא גילו למטופל את המידע הרלוונטי כדי לומר שיש התרשלות, שיש עוולה. ולא צריך להוכיח נזק, מספיק שלא גילו את המידע. ספציפית בפגיעה באוטונומיה נוצר מקרה מיוחד למרות שהוא תחת הרשלנות, בזירה שלה. אבל יש עוד עוולות כאלה, למשל הטרדה מינית. באופן כללי כשאנחנו מדברים על הקשרים מהסוג הזה של נזקים נפשיים בסיטואציות שאנחנו רוצים בעצם למנוע אותם, כמו גילוי נאות ע"י רופאים למשל, אנחנו רוצים לאפשר פיצוי גם אם אי אפשר להוכיח בדיוק את הנזקים ולצייר את הגבולות של 'זה הנזק שקרה' ואת הקשר הסיבתי.

**וינשטיין נ' ברגמן**

מקרה שבו אנחנו רואות את הלכת דעקה, איך היא בעצם מתקבלת והופכת להיות חלק מהמשפט הישראלי.

עובדות: ניתוח לייזר בעין. נגרם לו נזק לרשתית ולקרנית, אבל לא הוכחה התרשלות מבחינת ההליך הרפואי. בנוסף, הנזק המרכזי נגרם כנראה מפגם גנטי. **לכן לא ניתן פיצוי על הנזק שנגרם לעין**.  
הנזק הגדול לא קשור בכלל לניתוח אלא לפגם גנטי, ואת הנזק השני הקטן יותר גם אם הוא קשור לניתוח הוא לא נגרם בכלל רשלנות. הניתוח התנהל בסדר, ופשוט התממש כאן סיכון רגיל של ניתוח.

במה הרופא כן התרשל? חובת הגילוי: לא הזהיר את המטופל ממכלול הסיכונים האפשריים בניתוח או שמדובר בניתוח חדשני. ביהמ"ש מקבל את הטענה שלא הייתה רשלנות ועדיין מוצא שיש לתת פיצוי על הפגיעה באוטונומיה.

נקבע: פיצוי על נזק לאוטונומיה (חיזוקה של **הלכת דעקה**). יש שטוענים שחלק מהסיכונים של ההליך החדשני בכלל לא קשורים לסיכונים שהתממשו בפועל ולכן הלכו צעד רחוק בפס"ד הזה עם קבלת הפגיעה באוטונומיה. אבל אם נצא מנקודת הנחה שהרופא לא נתן את כל המידע למטופל שהשפיע על ההחלטה שלו אם ללכת לניתוח או לא, ומדובר כאן בניתוח אלקטיבי (לא שהוא דחוף או אין בחירה אחרת מלבד לעשות אותו) ביהמ"ש מחליט להכיר בפגיעה באוטונומיה, למרות שהנזק התוצאתי היה בכלל לא קשור להליך הרפואי. הרופא לא עמד בחובת הגילוי. חיזוק של הלכת דעקה.

**לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ב-1996**, המטיל חובת גילוי על רופאים, אפשר לתבוע על הפרת חובת גילוי, והיעדר הסכמה מדעת, גם על בסיס העוולה של **הפרת חובה חקוקה**, שעליה נדבר בהמשך.

**פס"ד תנובה**

הנושא של פגיעה באוטונומיה הוא נושא שהתקבל מעל ומעבר להקשרים רפואיים.

עובדות: תביעה ייצוגית הוגשה נגד תנובה. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד ביודעין כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא יודעו. לא הוכח בעצם שום נזק שיכול לקרות כתוצאה מכך שהסיליקון הוחדר לחלב.

נקבע: לא הוכח נזק פיזי, אך היות שהצרכנים לא ידעו שהוכנס חומר כימי כזה לחלב, מנעו מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב עם החומר הזה. לכן נגרמה פגיעה באוטונומיה של הלקוחות.

עניין תנובה מראה לנו מקרה שיש בו פגיעה באוטונומיה (הלכת דעקה) שחוצה את גבולות הרשלנות הרפואית ומראה שזה נזק שיכול להתקיים גם בהקשרים לא רפואיים.

יש פסיקה שמנסה למתן את הקביעה לפגיעה באוטונומיה (בין היתר, לגבי היכולת לקבל פיצויים על כאב וסבל במקביל לפגיעה באוטונומיה). אולם נכון להיום, עמדה זו איננה העמדה המקובלת.

ניזוק עקיף

"ניזוק עקיף"- מי שנגרם לו כאב וסבל (נפשי) בגלל נזק פיזי שנגרם לאחר.

יתכן ניזוק ישיר ועקיף בו זמנית (למשל אם אבא וילד נפגעים יחד בתאונה, האבא הוא ניזוק ישיר עבור עצמו, וניזוק עקיף אם הוא חווה נזק נפשי כתוצאה מהפגיעה של הבן שלו).

הוא הופך להיות ניזוק עקיף ביחס לזה שהוא צופה בנזק הפיזי שנגרם לבן שלו.

אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן

הלכה שנכונה עד היום.

עובדות: שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים. שתי התביעות נידונות יחד כעניין עקרוני, ביהמ"ש רוצה לנצל את הקרבה העובדתית שיש ביניהן כדי ליצור את ההלכה (שכאמור נכונה עד עצם היום הזה). בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה. הם נכחו עם הבן/הבת שלהם בבית החולים, אבל היו חלק וצפו באופן ישיר מהתוצאות של התאונה, בסמוך להתקיימה, להתקיים האירוע המזיק.

ביהמ"ש בוחן אם קיימת אפשרות להטיל במקרה כזה אחריות עפ"י פקודת הנזיקין ברשלנות, לנזק שנגרם לקרוב המשפחה של מי שהיה ניזוק בפועל, ניזוק ישיר. אין ספק שמי שנפגע בפועל מהתאונה נפגע כתוצאה מרשלנות, אבל הם טוענים בסיטואציה הזאת שגם הנזקים העקיפים קרו להם בעקבותיה. יש כאן קושי של איך והאם אפשר להתייחס לאותם קרובי משפחה.

למה יש קושי להכיר בפגיעה כזאת?

כשמדובר בקושי נפשי כמו הלם או זעזוע או אף נזקים חמורים יותר, הדבר יכול להיגרם להרבה מאוד אנשים בתאונה. אין לזה סוף- תהיה הצפה ועומס בבתי המשפט. עניין נוסף הוא איך אנחנו יודעות שלא עובדים עלינו? זה נזק שקוף, איך אנחנו יכולות לזהות אותו? ואלה לא בעיות תיאורטיות אלא בעיות שעולות על הפרק ומדברים עליהן.

המבחנים שנקבעו באלסוחה הם מבחנים שנועדו להתמודד בדיוק עם הצורך באיזון, מצד אחד למנוע מצב של הצפה (וגם בור ללא תחתית מבחינה ביטחונית, עד כמה חברת הביטוח תצטרך לשפות אנשים שנפגעים אם כל אחד שיכול להיגרם לו נזק מתאונה יוכל לתבוע?), ומצד שני אנחנו כן רוצות לאפשר לאנשים שנפגעו פגיעה נפשית איזשהו פיצוי לעתים. ה"לעתים" הזה הוא בדיוק מה שנקבע באלסוחה.

שאלה משפטית: האם קיימת אחריות על פי פקודת הנזיקין לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה, אשר אדם קרוב שלו נהרג או נפצע בשל רשלנותו של הפוגע?

1. קירבה משפחתית **מדרגה ראשונה** (הורים, ילדים ובני זוג)- הכלל הראשון הוא למי? הזהות. הפוגע יכול להניח שמי שיפגע בצורה המשמעותית ביותר הוא האנשים שבקרבה הראשונית. חוזר לרציונל שאנחנו רוצות להטיל אחריות על אנשים שיכולים לצפות את הנזק שלהם. וניתן לומר שזה הגיוני שמזיק יוכל לצפות שהאנשים הקרובים ביותר או בעלי עוצמת מערכת יחסים מאוד חזקה יפגעו מנזק לנפגע. אנחנו רוצות לצמצם את המעגל, לא רק בשביל בתי המשפט אלא כדי שגם למזיק יהיה איזשהו גבול, תיחום למעגל הנזקים שהוא יכול להיות אחראי כלפיהם.
2. התרשמות **חושית ישירה** מהאירוע המזיק ותוצאותיו- לא מספיק ששמעתי שנגרמה תאונה אלא הנזק צריך להיות כזה שאו ששמעתי וראיתי את התאונה בעצמי, או את התוצאות שלה. יש קשר ניכר בין התנאי השני לתנאי השלישי.
3. **קרבה בזמן ובמקום**- זה כלל שביהמ"ש כבר באלסוחה מגמיש אותו והוא לא נשמר בצורתו המקורית. ביהמ"ש מכיר בזה שגם מי שלא מצוי בזירת האירוע עצמו בעת ההתרחשות עצמה עומד על האסון בחושים שלו בהזדמנות הראשונה, למשל באמבולנס או בבית החולים אליו פונה הנפגע, מקיים את הדרישה הזאת. אנחנו רואות שביהמ"ש מכיר בחשיבות של הגמשת העניין כבר מההתחלה. עוד היבט- אנחנו תחת המטריה של רשלנות, ועדיין כל יסודות עוולת הרשלנות צריכים להתקיים, כולל קש"ס. אנחנו צריכות לדעת איכשהו שהנזק הנפשי נגרם כתוצאה מהאירוע המזיק, והדרישה הזאת כל הזמן מרחפת מעלינו. קשה מאוד להוכיח את זה, כמו שקשה לנו בכלל לזהות נזק נפשי או לאמוד אותו. קשה מאוד לדעת עובדתית על נזק שנגרם לניזוק עקיף כתוצאה מנזק לניזוק הישיר ומהאירוע המזיק. לכן התנאי הזה מטרתו לתת לנו אינדיקציה לקיומו של קש"ס. ופה חשובה ההבחנה בין נזק שנגרם כתוצאה מהאירוע הראשון ואז באמת אפשר לקשר את הנזק הנפשי שקרה לאותו פגוע נפש שנפגע מהנזק שקרה ליקירו (שאז ברור לנו הקשר הזה), לבין מצב שבו יש קשר נפשי שמתרחש לאורך זמן, כתוצאה מהתמודדות עם העובדה שנגרם נזק פיזי לקרוב משפחה. סביר שאדם שסועד קרוב שלו לאחר תאונה לאורך זמן, לאחר תקופה ארוכה מעצם ההתמודדות עם החיים הקשים שנוצרו וכו'- יגרם לו נזק נפשי. אבל במקרה כזה כבר אי אפשר כבר להוכיח שהמקור של הנזק הנפשי הוא באמת כתוצאה מהאירוע המזיק ומהנזק שנגרם ליקירו- יכול להיות שזה גם המבנה האישיותי של אותו אדם, או דברים אחרים שהעמיסו על אותו אדם יחס עם הפגיעה ביקירו… בעצם במצבים כאלה שבהם הנזק הנפשי נולד כתוצאה מהתמודדות לאורך זמן הרבה- יותר קשה לנו לזהות שפה הקשר הסיבתי מתהדק מספיק כדי להכיר בכך שהוא נגרם לניזוק העקיף כתוצאה מהנזק לניזוק הישיר. במקרה של התמודדות לאורך זמן אנחנו נקבע שלא מתקיים היסוד/התנאי השלישי.
4. **נזק נפשי משמעותי**- העיקרון/הכלל הכי קשה מבחינת יכולת ביהמ"ש להתגמש. בדר"כ מדובר על פסיכוזה או לפחות נוירוזה קשה מבחינה הגדרתית. מדובר על מינימום מסוים שנקבע של 20% נכות. נועד לנסות לאתר את המצבים שבהם ביהמ"ש מצמצם את המעגלים הבלתי נגמרים של אנשים שיכולים להיפגע נפשית מסיטואציות כאלה. מדובר על נזק ממשי, מוחשי, כזה שישפיע על התפקוד היומיומי.

אנחנו נראה שלמרות שביהמ"ש קובע כללים מאוד נוקשים במשך השנים הפסיקה מעט מרככת אותם (בעיקר את ה-3 הראשונים).

אנחנו מנסות כל הזמן להבין את השיקולים של ביהמ"ש בסיטואציות מורכבות של החיים, אנחנו עדיין נמצאות תחת ס' 35 לפקנ"ז, רשלנות. אבל בעצם ביהמ"ש תווה כללים ייחודיים לסיטואציות קשות שהוא נתקל בהן כפונקציה של מורכבות החיים.

אנחנו מגיעות למצב שבו ביהמ"ש נדרש להתמודד עם זה וקובע הלכה שמגמישה את התנאי השלישי, אבל במקרה הזה על אף שביהמ"ש הגמיש אותו הניזוק לא הצליח לעמוד בשאר התנאים שנקבעו באלסוחה.

שוויקי נ' מדינת ישראל

עובדות: תביעה של הורים, שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי מוטעה של כוחות צה"ל.

הטענה: מגיע לאב פיצוי על נזקו הנפשי, וכן על הנזק הפיזי שנגרם לליבו בעקבות הנזק הנפשי. הוא טען שבעקבות מות הבן שלו הוא ניזוק נפשית וכתוצאה מהנזק הנפשי גם ניזוק פיזית.

בפסק הדין הזה ביהמ"ש דן בקטגוריה חדשה- במצב שבו הניזוק העקיף סובל לא רק מנזק נפשי אלא גם מנזק פיזי שנגרם כתוצאה מהנזק הנפשי. מחלת לב שנגרמה כתוצאה משברון הלב. השאלה קודם הייתה על אם באופן עקרוני מוכנים בכלל להכיר בסיטואציה כזאת.

נקבע (ריבלין):

1. באופן עקרוני ניתן להכיר באפשרות של תביעה של ניזוק עקיף על נזק פיזי-מוחשי, אם מוכח קשר סיבתי בין הנזק הנפשי לפיזי (לא הוכח בשוויקי).
2. במקרה כזה, יש להחיל את כללי אלסוחה בשינויים המחויבים. (ופה הנושא של קרה בזמן ובמקום משחקת תפקיד מרכזי).

ככל שאנחנו מוכנות להכיר באופן עקרוני ובמצב קיצוני בנזק הפיזי שנגרם לניזוק העקיף כתוצאה מהנזק הנפשי שלו, שנגרם כתוצאה מהנזק הפיזי של הניזוק הישיר (וכאן הוא מוכן להכיר) חייבים להקל על הדרישה של זמן ומקום. זאת מפני שבמצב של נזק פיזי שנגרם כתוצאה מנזק נפשי ברור שנזק פיזי כזה יתעורר לאורך תקופה. הנזק הנפשי אולי נגרם מהלם או זעזוע ראשוני, אבל אם באמת נגרמה מחלת לב ומישהו מצליח להוכיח דבר כזה, אין ספק שכאן הדרישה של קרבה בזמן ובמקום לא יכולה להיות קשיחה. זה ייגרם כתוצאה מההתמודדות לאורך תקופה עם הנזק הנפשי שנגרם.

1. בעניין שוויקי, לא הוכח קשר סיבתי (תנאי א לעיל), וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (לא התקיים הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה).

לא הצליחו להוכיח שמחלת הלב נגרמה מהנזק הנפשי שקרה. בנוסף, האב היה מעשן, עם אחוזי שומן גבוהים בדם, ועם היסטוריה של מחלות לב במשפחה. לכן זה לא עומד במבחן האלמלא- הנזק הפיזי ככל הנראה יכול היה להיגרם גם ללא קשר לנזק הנפשי שנגרם לאותו אב.

דבר נוסף מלבד קש"ס שלא מתקיים הוא הנזק הנפשי החמור- ביהמ"ש מוכן להכיר בכך שיש נזק נפשי אבל הוא לא מספיק חמור ומשמעותי כפי שנקבע באלסוחה.

ביהמ"ש בשוויקי מוכן להכיר באופן עקרוני בנזק פיזי כאמור, אבל חייבים להוכיח קש"ס בינו לבין הנזק הנפשי.

לבנה לוי נ' שערי צדק

פס"ד שמהווה חריג לכלל הנוקשה של נזק נפשי משמעותי.

עובדות: רשלנות רפואית- לא אמרו לאישה הרה שעליה להסתובב בשטח בית החולים לכל היותר שעתיים, העובר מת.  
מדובר באישה שעברה טיפולי פוריות. כשהגיעה לבית החולים שלחו אותה להסתובב עד שיהיו התפתחויות. היא מסתובבת 3 שעות ומסתבר שנכרך חבל הטבור סביב צוואר העובר והוא נפטר. הרופאים התנהגו ברשלנות כי הם לא הבהירו לה שכדאי שתישאר בשטח בית החולים, וגם לא להסתובב יותר משעתיים.  
ההורים עדיין צריכים להוכיח שהרשלנות היא שגרמה למוות. יש כאן בעיה שמכנים אותה אי-ודאות עובדתית, שמשפיעה על השאלה הסיבתית, האם יש או אין קש"ס. זו בעיה מבחינה עקרונית.  
ההורים הגישו תביעה בגין אובדן תוחלת החיים של העובר, אבל היא נדחתה, כי לעוברים אין זכויות משפטיות. בנוסף הם תבעו על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם.

השאלה: האם ההורים (האם והאב) זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם? (האם הם ניזוקים עקיפים בהתאם לכללי אלסוחה?)

הבעיה: אם לא ניתן לפצות את ההורים, נוצר אבסורד:

* אילו התינוק היה נולד בעל מום, הוא היה מפוצה וכך גם ההורים על הוצאות הכרוכות בגידול ילד בעל מום.
* מכיוון שהעובר מת, אם לא נכיר בזכות ההורים לתבוע על נזק נפשי, יצא שבית החולים לא ידרש לפצות כלל.

לכן חשובה השאלה אם הם ניזוקים ישירים או עקיפים. ביהמ"ש נתקל בסיטואציה שהדעת לא כ"כ סובלת את התוצאה הזאת, והוא צריך לפתור את זה.

מחוזי: האם הוכרה כניזוקה ישירה (האב לא מפוצה, כי לא מתקיים לגביו התנאי הרביעי שנקבע באלסוחה).  
לאב ולאם לא נגרם נזק כפי שנדרש, שלא מאפשר תפקוד יומיומי וכו'. אבל החליטו להכיר באם כניזוקה ישירה כי העובר היה בבטנה, וזו הייתה חוויה אישית שלה, לכן הנזק הנפשי שלה הוא ישיר. הבעיה היא שהאב לא מקבל פיצוי.

עליון: עומד על ההבחנה בין ניזוקים ישירים לעקיפים. זה מקרה באמת יוצא דופן, הנסיבות מביאות אותנו למקרה שבו לא ברור אם הניזוק הוא ישיר או עקיף.

* **חיות** (מיעוט)- סבורה שניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין. מצד אחד יש טשטוש מסוים בהכרה של האם כניזוקה ישירה ומצד שני נרצה להשאיר לה את פיצוי. לכן חיות מכירה בשניהם כניזוקים ישירים, כשהאישה חווה נזק נפשי גדול יותר. לידה היא אירוע מכונן בחיי שני ההורים.
* **ריבלין** (דעת הרוב)- לא מתקבלת ההצעה של חיות, שכן היא תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים.   
  ניתן להכיר בהורים שניהם כניזוקים עקיפים דרך הגמשת הכלל הרביעי של אלסוחה (הנסיבות המיוחדות מאפשרות זאת: הכלל נועד לסנן מצבים שבהם מזיק לא יכול וצריך היה לצפות את סוג הנזק- נזק שנגרם להורים עקב מותו של העובר ברשלנות ניתן לצפות).

ביהמ"ש מנסה להתמודד עם הקושיה הקשה שנוצרה באותו עניין מבלי לפרוץ את השער הזה ולהכיר עדיין בהבחנה שיש ניזוק ישיר ויש ניזוק עקיף. העובר הוא הניזוק הישיר בסיטואציה וההורים הם ניזוקים עקיפים. ביהמ"ש מוכן להכיר גם באב וגם באם כניזוקים עקיפים. ריבלין קובע בפסק הדין שהלכת אלסוחה מוכנה לקבל גם מקרי גבול. הוא מוכן לאפשר במקרים קשים כמו זה הגמשה גם של הכלל הרביעי שנוגע לנזק נפשי משמעותי וחמור.

למעשה, הגמשת התנאי הרביעי באלסוחה, שהוא תנאי נוקשה מאוד, לראשונה מוכרת בפס"ד לבנה. הנסיבות הן מאוד יוצאות דופן, כלומר הסיכוי שהכלל יתגמש במקרים אחרים הוא מאוד נמוך (אם כי קיים). ריבלין מתמודד עם הקושי הזה שמגמיש את הכלל הרביעי, ומסביר לנו שבמקרה של לבנה לוי מדובר בנזק שנגרם להורים ממות העובר שלהם ברשלנות. זה נזק שמבחינת חובת הזהירות המזיק צריך ויכול לצפות, הגיוני לצפות והרופאים גם יכולים לצפות לנזק מסוג כזה להורים שמאבדים את העובר שלהם כתוצאה מרשלנות. ולכן אין לנו כאן אפילו בעיה של צפיות טכנית ונורמטיבית. לכן יש כאן נסיבות יוצאות דופן, הוא קורא להם ניזוקים "מעין-ישירים".

1. חיים בעוולה / הולדה בעוולה

הסוגיה: רופאים **התרשלו לגלות מום מולד**, ונולד ילד שיש לו מום. מה שמיוחד במקרים האלה הוא שההתנהגות הסבירה של הנתבעים אם הם היו נוקטים בה הייתה מונעת כליל את הלידה של הילד. הרופאים בעצם לא זיהו פגם בעובר שהיו צריכים לזהות ולהפיל אותו. ההתרשלות היא שהביאה לכך **שהילד בעל המום נולד (ולא הופל)**.

להבדיל ממצב שבו **התרשלות בלידה גורמת למום** בתינוק שנולד.

(שעליהם בדר"כ דיברנו, שבמקום שיוולד ילד בלי מום הוא נולד עם מום).

* **"חיים בעוולה**"- תביעה של הילד עצמו (מעלה קושי משפטי לצד מוסרי "טוב מותי מחיי") הילד עצמו אומר שהוא ניזוק כי נולד עם מום. הוא לא היה צריך להיוולד.
* **"הולדה בעוולה**"- תביעה של ההורים. הם ילדו ילד שאחרת לא היו יולדים אותו ובוחרים להפיל.

זייצוב נ' כץ (לא בסילבוס)

פס"ד שהוא **לא** ההלכה כיום, היא שונתה. הוא פסק הדין בו לראשונה ביהמ"ש מכיר בנזק של חיים בעוולה. הוא חשוב כי הוא מעלה את כובד הסוגיה ואת כל הקשיים שהיא מעוררת.

עובדות: זוג הורים הגיעו לייעוץ גנטי (שלב של לפני ההריון). על אף שהרופא אמר להם שהעובר תקין, נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית.

השאלה המשפטית: האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו? (החיים עם המוגבלות). אין מחלוקת שלהורים במקרה הזה יש זכות עצמאית. כל השופטים מציינים שהשאלה לגבי "טוב מותי מחיי" מקשה עליהם גם משפטית אך גם מצפונית. הם צריכים בעצם להחליט אם זה נכון.

אחת הביקורות הנוקבות על פסק הדין הגיעה מכיוון של אנשים עם מוגבלויות, שהרגישו שההלכה הזאת מתפרשת כאילו חייהם לא ראויים לקיום. זו שאלה קשה, האם חיים עם מום באמת יותר גרועים מחיים בכלל? האם אפשר להעיד על מעשה רשלנות שאותו מעשה עצמו הוא גם גרם לבן אדם להיוולד? הוא תובע על זה שהוא נולד, אבל הוא בעצם קיבל חיים. זה לא כ"כ ברור, אלה שאלות קשות- האם לאדם יש זכות לא להיוולד?

גם כימות הנזק הוא קושי שמתעורר במקרה הזה והשופטים מתווכחים עליו. האם אפשר להעריך במונחים כספיים את הסבל של אדם שטוען שהיה עדיף לו לא להיברא מאשר כן?

* השופט גולדברג בדעת מיעוט: אין להכיר בזכות התביעה של הילד. אי אפשר להעדיף חידלון על פני החיים עצמם. לכן לדעתו ביהמ"ש בכלל צריך להימנע מלהכיר בעילה הזאת.
* השופטת בן פורת: הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין חיים עם המוגבלות לבין אי-חיים. מוכנה להכיר בתביעה של חיים בעוולה. היא סברה שהולדת הילד היא הנזק שנגרם לו. אבל אם היא צודקת ומכירים בתביעה שלו, המשמעות של דבריה היא שהנזק צריך להיות מחושב בהתאם- הפער בין החיים עצמם לאי-חיים.
* השופטים ברק ולוין: האינטרס המוגן הוא חיים בלי מום (לקטין אין זכות לאי-חיים אלא לחיים ללא מום). לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות.  
  ברק טוען שאפשר לראות כאן היגיון של צדק מתקן- כי הקטין לא מבקש לחזור למצב שלם של אי-חיים, אלא למצב שלם של חיים ללא מום.

הבעיה: לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי.  
אנחנו כאילו טוענים שהמום הוא אחריות רשלנות הרופאים, וזה לא נכון, הרשלנות שלהם היא זו שלא גילתה את המום. לכן פס"ד הרוב בזייצוב הוא בעייתי.

הקושי הכל כך גדול בעניין הנידון הוא שאנחנו נמצאות בשאלות שהן לא משפטיות באופן טהור. התחושה לגבי פס"ד היא תחושה בעייתית שלוותה את בית המשפט.

הלכת המר

בית המשפט העליון מבטל את זכות התביעה של ילדים ב"חיים בעוולה" ומשאירה רק את זכות התביעה של ההורים בעילה של "**הולדה בעוולה**."

יש בפסק הדין איזושהי חזרה על הדיונים שהיו בעניין זייצוב, והחלטה שלפי מכלול השיקולים וההיבטים המוסריים שעולים מהסוגיה הזאת, מוטב לביהמ"ש שלא לאפשר לילד לתבוע בגין נזק כזה. זו ההלכה שקיימת היום בנושא הזה- הורים יכולים לתבוע על הולדה בעוולה אבל ילדים לא יכולים לתבוע על חיים בעוולה. נדבר על התרופות שהורים יכולים לתבוע מכוח עוולת הרשלנות בהקשרים של הולדה בעוולה, ואנחנו נראה שבסה"כ התביעה שלהם היא רחבה מספיק כדי להגן גם על הילדים מפני שהם מקבלים פיצוי גם על הוצאות רפואיות וכו'.

התנאים להכרה בעילת רשלנות בגין הולדה בעוולה (השופט ריבלין):

1. קיימת **התרשלות, הופרה חובת זהירות, וקרה נזק**- כלומר להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות. התרשלות- תלוי בעובדות, למשל רופא שהיה אמור לזהות פגם גנטי, או משהו שהיה סביר שצריך להתגלות בייעוץ גנטי ולא גילו. הופרה חובת זהירות- כל עניין רשלני מקפל בתוכו הנחה עובדתית, צפיות טכנית ונורמטיבית- האם הרופאים במקרה הזה צריכים ויכולים לעלות על הבעיה, על הנזק שיכול לקרות. ושקרה נזק- עצם העובדה שהוא התרחש. הילד עם הפגם הגנטי נולד.

\* לא צריך להתייחס יותר לחיים בעוולה אלא אם מדובר בשאלה תיאורטית, חשוב רק לזהות שמדובר בנזק של הולדה בעוולה.

התנאי המרכזי שמדובר בפסק הדין: סיבתיות. נדרשת בהרבה מאוד עוולות והיא נושא מאוד מרכזי.

1. **קשר סיבתי נזק**
2. יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, אילו ההורים ביקשו להפיל את הילד, הוועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה. יש כאן דרישה מעט פטרנליסטית, ואולי אפילו בעייתית. יש תחושה כאילו האישה לא יכולה להפיל בצורה אחרת, פיראטית ולא חוקית או בחו"ל למשל. אבל אפשר לתאר (למרות שזה קשה עד בלתי אפשרי להוכיח) שאם הורים היו מעלים טענה שאם הועדה לא הייתה מאשרת הם היו טסים לחו"ל להפיל את העובר, היא כנראה הייתה מתקבלת.
3. יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה. תנאי קשה מאוד כי הוא מצריך מההורים בעצם לעמוד על דוכן העדים ולומר שהם היו בוחרים שהילד שלהם לא יוולד אם הוועדה הייתה מאשרת (גם בשלב הראשון של הקש"ס יש קושי). דרישה מאוד קשה עבור הורים, לא רק ברמה המשפטית והראייתית. אבל ריבלין מציין בפסק הדין שמצד שני זה עדיף מאשר להכיר ברעיון של העדפה של אי-חיים על פני חיים. זה ה"מחיר" שמשלמים כדי להפוך את פס"ד זייצוב וכדי לא לומר שיש דבר כזה של חיים בעוולה.

* התנאי השני (ב) עשוי להיות קשה במיוחד לאוכלוסיות מסוימות- קהילות בהן פחות נהוג לדבר על הפלות, לבצע אותן. ובמקרים האלה להורים יהיה קשה גם להודות בפני עצמם שהם היו מבצעים את זה, והם גם יכולים לשלם מחיר חברתי, קהילתי אם הם יאמרו זאת בפה מלא.
* אין להסיק מהרקע של ההורים (למשל, רקע דתי), כי לא היו מבקשים להפיל. כל מקרה לגופו. כלומר לא יכול להיות שבגלל שזוג דתי מגיע לביהמ"ש באופן אוטומטי ביהמ"ש יסיק שהזוג הזה לא היה הולך ומבקש את אישורה של הוועדה להפלה. בודקים לפי הזוג הקונקרטי, אם הוא היה מבקש או לא.

הפתרון לקשיים לעיל (ס' ג+ד): קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) שדי בתנאי הראשון (ס' א לעיל). ריבלין מציע כדי לפתור את הקושי בהערה הראשונה שהתנאי השני ישתמע מהראשון. כלומר די בכך שההורים יוכלו להוכיח שאילו היו מבקשים מהוועדה לאישור הפלות להפיל את הילד היא הייתה מאשרת, די בכך כדי להסיק שגם התנאי השני מתקיים, הם לא צריכים להוכיח שהם היו מממשים את הזכות שלהם להפלה לאחר האישור. חזקה הניתנת לסתירה- אפשר להוכיח אחרת, אבל יש חזקה שאם ההורים מצליחים להוכיח את התנאי הראשון של הקש"ס מתקיים גם השני. בכך ריבלין מצליח למוסס את הקושי המשמעותי מאוד כאמור של הורים להתמודד עם דרישת הסיבתיות.

תרופות אפשריות להורים:

1. הוצאות רפואיות- הנזק העיקרי שעליו מתקבל פיצוי.

לשים לב, הזיכוי רק על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלות, כיצד ניתן להצדיק זאת?

זה כאילו חוזרים באיזשהו מקום לתוצאה של פס"ד זייצוב, זו הרי הדרך שברק הציע כדי לחשב את הנזק על חיים בעוולה. יוצר מצב שאומרים לרופא שהוא צריך לשלם על הנזק שהוא גרם, והנזק הוא המום- אבל הוא לא גרם את המום. אבל אמנם באופן עקרוני אם מכירים בהולדה בעוולה, על פניו כל ההוצאות שכרוכות בגידול של ילד שלא היה נולד אלמלא ההתרשלות של הרופאים וכולן צריכות להיות מוכרות. אבל במקרה של המר ריבלין מתייחס באופן ספציפי לשאלה איך אנחנו יכולות לאפשר את הדבר הזה ולחשב את ההוצאות לא על בסיס סך כל החיים של הילד, הוצאות הגידול שלו, אלא רק על ההפרש. איך מצדיקים את החישוב לפי ההפרש? מה שריבלין אומר הוא שאנחנו צריכות להבין שילד כרוך לא רק בהוצאות. אנחנו לא מתייחסות לילד כנזק, ולכן אנחנו יכולות להתרחק מהסיטואציה ולהכיר בזה שבלגדל ילד יש גם הרבה הנאה ותועלת, השאת רווחה. יש גם דברים טובים לצד הרעים. וכשלא מסתכלים על הילד כנזק, אלא על הנזק ככלכלי, אנחנו מכירות פתאום בתועלת וההנאה שכרוכה בגידול של ילד ויש להורים ממנו. ואם אנחנו מכירות גם בהנאה של ההורים מגידול הילד, "מקזזים" את זה מסך ההוצאות של הגידול שלו. ריבלין אומר שאפשר בקירוב לומר שהתועלת מגידול ילד היא פחות או יותר (אם חייבים לשער) שוות ערך להוצאות של גידול ילד. זה "משתלם" לנו לגדל ילדים. אבל מפני שיש כאן ילד מיוחד, צריך להפחית כביכול מסך ההוצאות של גידול הילד המיוחד את סך ההוצאות של גידול ילד רגיל/את ההנאה מגידול הילד, ונקבל בסה"כ ב"נוסחה" הזאת את סך ההוצאות העודפות שבגידול ילד מיוחד.

1. נער/ה שמלאו לו/ה 18

אם ניתן להראות שילד מסוגל לעבוד אחרי גיל 18 צריך באמת לקחת את זה בחשבון ו"לקזז". אבל בדר"כ אחרי גיל 18 ילד מיוחד לא יכול לעבוד, ואנחנו נמצאות במצב שאם הוא היה ילד רגיל הוא כן יכול היה לעבוד, ההנחה היא שהוא יכול היה בגיל הזה כבר להיות עצמאי. הוצאות של הורים לא מוכרות בדר"כ מעל גיל 18, אבל בגלל שכאן הילד הוא מיוחד ולא יכול להיות עצמאי, ההוצאות בעצם גדלות ולא קטנות- הנוסחה של סה"כ גידול ילד מיוחד פחות גידול ילד עצמאי, "רגיל" כבר לא מתקיימת, כי ילד רגיל כבר לא כרוך בהוצאות כשהוא בגיר. ההוצאות אחרי גיל 18 גדלות במקרים מיוחדים כאלה (של הולדה בעוולה).

1. יקבעו הנחיות להורים לגבי הפיצוי

אחד מהחששות המרכזיים של ביהמ"ש במצבים כאלה הוא שלא יחשבו נכון איך להתנהל עם הפיצויים הגדולים שהם יקבלו בסיטואציות כאלה. יש כאן הוצאות מאוד גדולות שכרוכות בגידול של ילד מיוחד ולטווח מאוד ארוך. לכן יש במקרים המיוחדים הללו קביעה שביהמ"ש צריך לתת הנחיות להורים מה הם יעשו עם הכסף, איך הם יתנהלו איתו. זה מאוד יוצא דופן, בדר"כ בית משפט לא מתעסק עם דברים מהסוג הזה. אבל כדי שלא יהיה אפילו פגם בשיקול הדעת ויתבזבז הכסף בצורה שלא תאפשר להם לגדל את הילד הוא מתערב. הפיצוי הוא מאוד גדול גם בגלל ביטול העוולה של חיים בעוולה- הוא כולל בתוכו את הפיצוי גם לילד למרות שההורים הם התובעים.

1. פיצוי על כאב וסבל

כאן ריבלין קובע שמעבר לנזק על אוטונומיה אפשר להכיר שבמקרים כאלה להורים יש תסכול ועצב מתמשך לאורך החיים שלהם ואפשר לתת להם פיצוי בנוסף לנזק שנגרם לאוטונומיה שלהם. זה ראש נזק שונה, מקור הנזק הוא אחר, זה שלאורך חייהם הם בעצם סובלים, יש להם כאב אמיתי ותסכול ועצב שמלווה אותם, ולא היה מלווה אותם אילו היו מפילים את הילד.

1. פיצוי על נזק לאוטונומיה

מה שהורים יכולים לטעון במקרים של הולדה בעוולה זה שבעצם הרשלנות של הרופאים מנעה מהם החלטה מודעת ביחס לעניין מאוד משמעותי, האם להמשיך הריון או להפסיק אותו. פיצוי על פגיעה באוטונומיה הוא הרבה יותר מצומצם מפיצוי על הוצאות רפואיות, אבל זה ראש נזק נפרד שהם יכולים לתבוע עליו, בדר"כ עומד על מאות אלפים בודדים (100-150- אלף).

הפיצויים האלה יכולים להיות מצטברים, כלומר כולם במצטבר, אך לא חייבים.

בעצם בזייצוב הייתה הרחבה של גבולות עוולת הרשלנות בכך שהתאפשרה תביעה על חיים בעוולה, והמר מצמצם לנו את הגבול חזרה, אי אפשר כבר לתבוע על זה ברשלנות, רק ההורים.

מה לגבי "הריון בעוולה?"

מדבר על מקרה בו ההורים אינם רוצים ילדים (בלי קשר לבריאותם, כלומר גם לא בריאים), אולם בשל רשלנות הרופאים, האם נכנסת להריון. כלומר נולד ילד בריא והם לא רצו אותו, לא תכננו. ההורה כבר לא רצה להביא ילדים ו"סגר את הבסטה" ופתאום יש עוד ילד. אמנם יש הנאה ממנו אבל הייתה פה רשלנות. האם ניתן לתבוע על זה?

הייתה התייחסות לנושא רק באוביטר, אין הלכה בנושא, אבל מה שנראה הוא שאם תעלה טענה כזאת אפשר אולי לתבוע על הוצאות הגידול העודפות של גידול והימצאות ילד נוסף בבית. למשל רכב גדול יותר וכו. אבל קשה לחשוב על פיצוי נוסף שניתן לתת במקרה כזה, בעיקר אחרי ההדגשה בפס"ד המר של עניין ההנאה והתועלת מגידול ילדים.

פלוני נ' מלאך

דוגמא למקרה שבו ביהמ"ש דחה טענה של הורים על הולדה בעוולה:

העובדות: זוג חרדי. הרופא הציע לאם בדיקת מי שפיר אך היא סירבה. הילד נולד עם תסמונת דאון ומום בלב. ההורים תובעים את הרופא על רשלנות.

הטענות:

לא הוצעו לאם בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר. בדיקת סקר- בדיקת דם, פחות פולשנית אבל גם פחות בטוחה/ודאית. הם בעצם טוענים שאם היו נותנים להם בדיקות נוספות, אולי הם היו מחליטים אחרת.

הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות שעל האם לבצע- ייתכן והוא היה חושב אחרת ומשכנע את אשתו והם היו מבצעים את ההפלה.

התביעה נדחתה:

1. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב (שלא הביע עניין בשום שלב)- האב אמנם חלק מההיריון והלידה וכו', אבל במקרה המסוים הזה אנחנו לא צריכות לחשוב שהאב היה חלק פעיל בסיפור הזה מפני שהוא לא היה, הוא לא הגיע עם האם אף פעם, והציפיה שהרופא יתקשר לאב ולאם ו'ירדוף' אחריהם בנפרד מטילה על הרופאים נטל גדול מאוד. רופאים צריכים לתפקד בתוך עומס גדול בדרך כלל, אז פחות סביר לצפות מהם שיוודאו שגם האם והאם יודעים, ידברו איתם בנפרד או יוודאו שהם עדכנו אחד את השני. נטל כבד מאוד שלא הגיוני להטיל על רופאים. זו דעת ביהמ"ש, אבל אפשר גם לחשוב על דרך עקרונית להתמודד עם הקושי הזה- נכון שברמה האובייקטיבית בעייתי לקבל טיעון כזה שהאב לא היה חלק פעיל בתהליך, לא הביע בעצמו מעורבות בו, לכן היה צריך לעדכן אותו, אולי הוא היה משכנע אותה והם היו מבצעים הפלה. הוא כן חלק מהסיפור הזה. אבל לצד זה צריך לזכור שמדובר בכל זאת באוכלוסייה עם מאפיינים שונים וייחודיים. אולי צריך לחשוב על מנגנונים של הסברה וחינוך למשל, שיאפשרו גם לאוכלוסיות כאלה להבין את הציפיות של המערכת מהן ובכך למנוע הרבה נזקים מלכתחילה. מגיע להם לדעת ולהבין שהאבות צריכים להיות מעורבים, זה יכול להביא למניעה של הנסיבות שההורים כאן הגיעו אליהן. במקרה הזה אפשר היה לחשוב שהאב היה עם ילדים אחרים בבית כי היה צריך לשמור עליהם למשל. אלה שיקולים שצריך לקחת בחשבון ולחשוב עליהם.
2. לא מתקיים קשר סיבתי (שכן האם סירבה לבדיקת מי שפיר, כי לא רצתה להפיל). הבדיקות שלא הוצעו לאישה לא הוצעו על רקע זה שהיא באה ככל הנראה בפה מלא (כך הוכח בפני ביהמ"ש) שהיא לא מעוניינת לעשות בדיקת מי שפיר כי היא לא תפיל את התינוק. אז אמנם לפי ריבלין בעניין המר אנחנו לא צריכות להניח על רקע של קהילה דתית שזוג מסוים לא היה מממש הפלה, אבל במקרה הקונקרטי אנחנו יודעות בוודאות מהתגובה של האישה עצמה שהיא לא הייתה מפילה. לכן לא מתקיימת כאן הדרישה של קשר סיבתי, האישה עצמה אמרה שהסיבה לאי ביצוע הבדיקה הוא שהיא בכל מקרה לא תפיל את התינוק.
3. ומה לגבי פגיעה באוטונומיה? נקודה שביהמ"ש לא התייחס אליה. דיברנו על התועלת החיובית שיש לאנשים מעצם קבלת החלטות חשובות לגבי החיים שלהם עצמם, חלק בכתיבת סיפור החיים שלהם. ביהמ"ש בעניין מלאך לא מתייחס לזכות של ההורים לקבלת ההחלטה המשמעותית, שנפגעה בכך שנמנע מהם המידע על הבדיקות השונות. לא נתנו לה את האפשרות להתלבט, להחליט. למה הוא לא מתייחס לזה? כנראה מסיבה שנכונה למקרה זה ספציפית (במקרים אחרים לחלוטין אפשר לדבר על זה)- כי האישה ידעה על האפשרויות שעמדו בפניה, היא הבינה שיש בדיקות לגילוי מומים שונים, ולכן לא באמת נמנעה ממנה הבחירה. לגבי האב, די נכון שהוא לא ידע על הבדיקות השונות אבל לאור חוסר המעורבות שלו במהלך ההיריון כולו והביקורים של האישה אצל הרופא נקבע שהיא הייתה קטנה מכדי לקבוע שהוא היה חלק מקבלת ההחלטות, והאישה קבעה בנושאי ההיריון השונים. לכן לא נמנעה ממנו שום החלטה.  
   אבל אם הנסיבות היו שונות, ככל הנראה ביהמ"ש יכול היה לפסוק פיצויים על פגיעה באוטונומיה. המטרה שלהם היא בעצם לאפשר לאנשים לקבל החלטות מושכלות ומודעות לגבי החיים שלהם.
4. מחדל טהור

**אדם יחשב כגורם נזק במחדל טהור אם לא מנע נזק שהתממש מסיכון שלא הוא יצר אותו.**

לדוגמא: מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה. אותו אדם לא יצר את הנזק, הוא צד שלישי לחלוטין כאן. ייתכן שהילד נפל או שמישהו דחף אותו, התממש סיכון, אבל האדם שצופה מן הצד לא קשור, הוא לא יצר אותו. הוא יכול להחליט אם הוא רוצה לעזור או לא.

דוגמא למחדל **שאינו** טהור: אי בלימה של רכב (הנהג יצר את הסיכון שהתממש, הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי הבלימה). הוא גם זה שיצר את הסיכון, שגם התממש. מקרה שיותר קל לנו להתמודד איתו.

גם במדינת ישראל נ' לוי ביהמ"ש אמר שקשה לנו מאוד להטיל אחריות על נזק שהוא מחדל טהור. ולמה? הרי נראה לנו הגיוני להטיל אחריות על מי שאנחנו מצפים שיעשה משהו והוא לא עושה אותו.

במצבים של מחדלי טהורים הרבה יותר קשה לבוא ולומר שמישהו אחראי ברשלנות וצריך להטיל עליו אחריות ברשלנות. למרות הקושי הזה, היום נהוג היום להטיל אחריות גם על מחדלים טהורים, באופן מצומצם. גם שיטות משפט שונות אחרות כמו המשפט האירופאי והמשפט המקובל מאוד זהירות כשהן מטילות אחריות כזו.

קיים קושי עקרוני להטיל אחריות בגין מחדל טהור. זה יוצר חובה מסוג חובת עשה, כשבדר"כ בנזיקין אנחנו מדברים על חובת מסוג אל תעשה. הרעיון הבסיסי ביותר הוא שאנחנו רוצים לאפשר לאנשים לפעול בחירות בעולם עד הרגע שהם מזיקים למישהו אחר. מנסים לקבוע לאנשים אחריות מתי לא לעשות. ולבוא ולומר להם שכאן הם צריכים לעשות- זו התערבות מאוד גדולה בחירות של בני אדם. קשה גם להטיל חובת עשה במקרים כמו טביעה למשל, אדם יכול לפחד ממים או לא לדעת לשחות ולכן אי אפשר לצפות ממנו לקפוץ להציל מישהו שטובע. מבחינה מוסרית זה נראה לנו הגיוני, אבל בפועל מסובך יותר.

בהתאם, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית), לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת רשלנות. במחדלים יש קושי להכיר בחובת זהירות (מדינת ישראל נ' לוי). אנחנו בעצם אומרים לאנשים שיכול להיות שהם יכלו לצפות שיקרה נזק כשהם רואים את הילד בבריכה מפרפר במים, אבל האם הם **צריכים** לצפות שזה יקרה? זאת כבר החלטה משפטית שמתבססת על שיקולי מדיניות, עד כמה אנחנו רוצים להטיל על אנשים אחריות כדי שהם באמת יקפצו למים במצב כזה. הצפיות הטכנית מתקיימת, אין ספק. אבל השאלה היא אם אפשר לומר שמתקיימת צפיות נורמטיבית וחובת זהירות שהופרה.

חוק השומרוני הטוב ובעיית ה- bystander

דוגמא לשיקול אחד שבגינו חוקים שמבוססים על חוק השומרוני הטוב, שהם חוקים שיוצרים חובת הצלה, יכולים אולי מעט למוסס.

**המקרה של "Kitty" Genovese**

בעיית ה-bystander היא בעיה מתחום הפסיכולוגיה, שמבוססת ושהתחילה להיחקר בעקבות מקרה משנות ה-60 של אישה שחוזרת לביתה ובסמוך לבית מגיע תוקף ומתעלל בה, והיא צועקת לעזרה במשך זמן רב. עוברי אורח ושכנים שומעים אותה צועקת ואף אחד לא מגיע לעזרתה. לאחר זמן מסוים התוקף בורח, ואז חוזר ורוצח את האישה. המקרה הזה פיתח את ההבנה של בעיית הבייסטנדר, שאומר שככל שיש יותר אנשים בזירה יש סיכוי יותר נמוך דווקא שאדם יקבל עזרה. זה לא נובע מרוע-לב של אנשים, אלא פשוט כל אחד מהם חושב שמישהו אחר יעזור, מניח שמישהו אחר קרא למשטרה או ראה את המתרחש, יצא לעזור. הבעיה הזאת שנחקרה היא אחת המוטיבציות והאפשרויות להתגבר או ליצור לאנשים תמריצים, כך שידעו שמוטלת עליהם אחריות משפטית וחובה לפעול, גם אם זה רק להזעיק עזרה ולהתקשר למשטרה. הרעיון הוא למוסס תופעות מהסוג הזה. לא בטוח שזה יפתר כך לחלוטין, כי אם זו תופעה פסיכולוגית ואינטואיציה אנושית שלנו החוק לא פותר את הבעיה לגמרי, אבל לפחות יוצר איזון כדי להכניס לאנשים לראש שמצפים מהם לעזור ולפעול.

בשיטת המשפט שלנו יש חוק דומה:

חוק לא תעמוד על דם רעך- התשנ"ח 1998

1. (א) חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל-ידו להושיט את העזרה, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.

(ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לענין חוק זה; בסעיף זה, "רשויות" - משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות.

החוק קובע בעצם חובה להציל, להושיע במקרים כאמור. כמובן בגבולות מסוימים. זה בסדר להזעיק מכבי אש ולא לכבות בעצמך את השריפה למשל, מספיק גם רק להזעיק עזרה. אין ציפיה שאדם יסכן את עצמו או את זולתו. אפשר לראות את זה גם במובן כלכלי- אנחנו לא מצפים מאנשים לשלם מחיר גדול כ"כ של חייהם עצמם או זולתם כדי לעזור לאחר. נבין ששם יש גבול מסוים.

\* מדובר בחוק פלילי ולא אזרחי.

החוק בעצם מתמודד עם הקושי שדיברנו עליו של להטיל על אנשים חובת עשה. נותן גבולות ותנאים מתי כן יש חובה, כדי שלא תהיה חובה מוגזמת והתערבות מוגזמת בחירות הפרט.

2. (א) הוראות סעיף 5 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, יחולו גם כאשר המזכה פעל מכוח חובתו על פי הוראות סעיף 1.

ס' 5 לחוק עשיית עושר: אדם שעושה פעולה להצלת חיים/רכוש של אדם אחר- יש לו זכות תביעה להוצאות שהוציא מכיסו כדי לבצע את פעולת ההצלה. למה אנחנו צריכות את ס' 5? יותר תמריץ לאדם לפעול ולעזור במצבים של סכנה (לא בצורה מוגזמת). אנחנו גם לא רוצים למנוע מאנשים לפעול בגלל שיקולים חיצוניים, כמו ארנק/טלפון שיש עליהם בקפיצה לבריכה, אנחנו לא רוצים שאדם יתחיל לחפש מי יכול לשמור עליו והאם הוא סומך עליו לשם כך. אפשרות הפיצוי באה למנוע עיכוב והתמהמהות שלא לצורך של אנשים כשהם מעורבים בפעולת הצלה, ואפילו אולי מחשבה אם בכלל לעזור בגלל שיקולים כמו יום עבודה שמתפספס וכו'.

.5 (א) מי שעשה בתום לב ובסבירות פעולה לשמירה על חייו, שלמות גופו, בריאותו, כבודו או רכושו של אדם אחר, בלי שהיה חייב לכך כלפיו, והוציא או התחייב להוציא הוצאות בקשר לכך, חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות, כולל חיוביו כלפי צד שלישי, ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי בית המשפט לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן בנסיבות הענין.

מראה לנו איך המחוקק מנסה להתמודד עם כל מיני פנים שונות של הרתעה ומריצים שונים שיכולים להיות.

**טיעוני נגד לחקיקה מסוג זה:**

1. התערבות מוגזמת בחירות
2. הרתעה ביתר

**התמודדות עם הטיעונים (גישה מאוזנת):**

1. סכנה חמורה ומיידית
2. כל עוד זה לא כרוך בסיכון
3. מניעת תמריץ שלילי של מצילים (החזר הוצאות)

ולעס נ' אגד

פס"ד שמראה איך יש את הקושי של מחדל טהור דרך נסיבות שביהמ"ש היה צריך להתמודד איתן.

עובדות: ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה מרכזית, ותבע את אגד על רשלנות במחדל- לא דאגו להציב שומרים בתחנה. אגד לא דאגה להציב אבטחה ראויה למרות שיש בעולם תופעות של בריונות. הוא תובע על הפרת חובה חקוקה (היו הוראות ביטחון מסוימות שאגד לא עמדה בהן) ועל רשלנות.

השאלה המשפטית: האם תקום אחריות ברשלנות בשל מחדלו של הנתבע לנקוט אמצעי זהירות למניעת מעשה עברייני שבוצע ע"י צד שלישי כנגד התובע?

המחוזי: לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית), ואפילו אם היה ניתן, לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי. אמנם מתקיימת חובת זהירות נורמטיבית, מושגית, אנחנו רוצים להאמין שאגד כמספקת שירותי ציבור צריכה לספק בטיחות ושירותי ביטחון לאנשים שעומדים בתחנות שלה וכו'. אבל מבחינת צפיות טכנית אגד לא יכלה לדעת שנזק מהסוג הזה יכול לקרות, שאנשים תמימים יכולים לעמוד בתחנה ולחכות, ומישהו ללא שום התגרות מצד הניזוק יתחיל לתקוף אותו. אנחנו חושבים שאגד צריכה למנוע אירועים מסוג תקיפה, אבל היא לא יכולה לצפות דבר שהוא כ"כ בלתי תלוי בשום התנהגות. זו הטלת חובת זהירות מאוד רחבה.

העליון הפך את ההחלטה של המחוזי וקבע שאמנם הסיטואציה כאן היא מסוג מחדל ולכן מאוד קשה לנו לחשוב על רצה ויכול, האם היינו רוצים שאגד תצפה מצבים מהסוג הזה והאם היא יכלה לצפות אותם. אבל בכל זאת בהקשר של אגד קיימת צפיות גם בהקשר הטכני. אגד גם הייתה צריכה וגם יכולה לצפות את אירוע התקיפה ולכן היא התרשלה והפרה את חובת הזהירות שהייתה לה בכך שהיא לא הציבה שמירה ובטיחות בתחנה. מפני שקיימים לעתים ובנסיבות מסוימות יחסים מסוימים בין הניזוק לבין אגד, אבל במקרים אחרים גם בין אורחים של מלון או עובד ומעביד- **יחסים מיוחדים** שבהם אנחנו מצפים מהצד השלישי, שלא יצר בעצמו את הסיכון, לנקוט באמצעי בטיחות ולמנוע נזקים מסוג מסוים למרות שלא הוא עצמו יצר את הסיכונים האלה. אלה מצבים שגם יכולים לחזור על עצמם ולכן אגד יכלה לצפות אותם. חברה כמו אגד עדה באופן תדיר למקרים כאלה (לעומת אדם רגיל).

המחוזי קבע שגם אם הייתה קיימת חובת זהירות לא היה קש"ס לדעתו כי עוברי אורח היו במקום לא גרמו לתוקפים לחשוב פעמיים והם המשיכו במעשה התקיפה. העליון הפך את ההחלטה גם בעניין הזה. לא בטוח שאנשים שנמצאים בסביבה מאיימים כמו אדם במדים, עם נשק, שהוא איש ביטחון, ויכול להיות שאם היה אדם כזה הוא היה מרתיע את התוקפים, מה שלא קרה לאור העובדה שהיו שם עוברי אורח, שלא הרתיעו את התוקפים ולא מנעו את מקרה התקיפה.

הוטלה אחריות על אגד והוחלט שהיא חייבת ברשלנות כלפי ולעס.

**בסיטואציה של מחדל נבדוק:**

1. **האם זה מקרה שחוק לא תעמוד על דם רעך יכול לתת לו מענה?**
2. **אם לא, ועדיין מדובר במחדל טהור- האם מדובר ביחסים מיוחדים?**
3. **אם כן, אולי נטיל אחריות.**
4. **אם לא, לא תוטל אחריות.**

היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות

קשה לדבר על גבולות עוולת הרשלנות בלי להתעסק באופן נקודתי עם נושא שכבר עלה בכמה פסקי דין- מה הדין כשתובעים בעוולות מסוימות כמו נגישה, השגת גבול וכו', עוולות אחרות שנמצאות בפקנ"ז, ואפשר בנוסף לטעון שקיימת רשלנות? ציינו שעוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת/עוולת סל.

רשלנות- עוולת מסגרת

"עוולת מסגרת": לעוולת מסגרת תחולה רחבה, להבדיל מ"שייכות" למקרה ספציפי. יש לה יסודות, תנאים, שאם הם מתקיימים תקום עוולה, וכך גם עוולות אחרות פרטיקולריות. ההבדל בין עוולת מסגרת לעוולות פרטיקולריות הוא שהעוולות הפרטיקולריות שייכות למקרים מאוד ספציפיים, ואילו לעוולת הרשלנות יש תחולה מאוד רחבה. למה?-

מדוע רשלנות היא עוולת מסגרת? בנסיבות רבות יש פוטנציאל לרשלנות (בכולנו הפוטנציאל להיות רשלנים). כולנו יוצרים סיכונים, וכאשר מתממש נזק לעתים קרובות, עשויה לעלות טענה שהסיכון לא היה סביר.

כל האנשים מתנהגים לעתים בצורה מסוכנת, ולכן הגיוני שגם כשזו תהיה התנהגות שניתן לשייך לעוולה מסוימת, עדיין ניתן יהיה להגיד שמדובר בהתנהגות מסוכנת ולבחון אם היא מסוכנת ברמה בלתי סבירה. בגלל שהרבה פעמים קל לחשוב אינטואיטיבית שהתנהגות הייתה גם לא סבירה, הרבה פעמים אפשר לומר שעוולת הרשלנות תהיה רלוונטית במקביל לעוולה פרטיקולרית.

עוולת מסגרת נוספת שיש לנו היא הפרת חובה חקוקה, שנדבר עליה לחוד.

הרעיון הוא שעוולת הרשלנות חלה במקביל לעוולה פרטיקולרית. את הכלל הזה הסביר חשין: **בעניין ברזני** השופט חשין טבע את כלל האמצע מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת:

"מקום שהוראת חוק ספציפית פלונית תאמר לדחוק בתחומיה את ההגדרה הכללית או את הדוקטרינה - ודחייה זו נלמד עליה על דרך ה"פרשנות", במובנו הרחב של מושג הפרשנות, לרבות מעיקרי-יסוד של השיטה: היגיון, צדק, מושכלות ראשונים, דוקטרינות חברתיות וכו' - ידה של הוראת-החוק הספציפית תהא על העליונה, ואילו הדוקטרינה וההגדרה הכללית תיסוגנה בפניה".

כלומר אם יש סיבה לחשוב על דרך הפרשנות שסעיף מסוים דוחה את האפשרות להטיל אחריות מכוח דוקטרינה כללית יותר, כמו למשל הרשלנות, אז הסעיף הספציפי גובר. אבל מצד שני- עצם העובדה שיש הסדר פרטיקולרי, כלומר שיש עוולה ששייכת למקרים מאוד ספציפיים, לא אומר כשלעצמו שעוולת הרשלנות לא צריכה לחול. רק אם ניתן על דרך הפרשנות להסיק שהעוולה הספציפית דוחה מעליה איזשהו הסדר כללי נאמר שהעוולה הספציפית תחול. אבל אם הדבר היחיד שאנחנו יודעים ושניתן להראות הוא שיש עוולה ספציפית שאפשר להראות שהמקרה נכנס אליה, רק בגלל שהיא חלה- לא אומר שעוולת הרשלנות לא תחול.

אבל אי אפשר להניח קיומו של הסדר שלילי, הדוחק את עוולת הרשלנות, רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית (ראו **עניין גורדון**).  
מה שקורה הוא שבפועל עם השנים כל הרעיונות האלה לאט לאט גורמים לכך שעוולת הרשלנות הולכת וגדלה, ויש הטוענים שהיא בולעת בתוכה את שאר העוולות. באיזשהו מקום נוצרים לנו בעצם דיני נזיקין שהופכים להיות בעיקרם רשלנות. היא הפכה להיות מעין מטריה, שמתקיימת ברוב המצבים שעוסקים בהם.

רשלנות ורשות מנהלית

אחריות הרשות המנהלית בנזיקין היא נושא לפרק נפרד, אולם בקווים כלליים יש לדעת, שניתן להטיל אחריות ברשלנות. הנושא של רשלנות הוא לא נושא שנדחוק הצידה כשמדברים על רשות מנהלית או על המדינה.

**בעניין גורדון** אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית. פס"ד בו הוטלה אחריות ברשלנות על עיריית ירושלים שקנסה אותו ועצרה אותו.

**בעניין שוויקי** דובר על התרשלות המדינה (אף שהוחלט לא להטיל אחריות בנסיבות הספציפיות). לא הייתה בעיה עקרונית להטיל אחריות ברשלנות על המדינה.

**פלוני נ' פלוני**

נדגים מקרה שבו ביהמ"ש מצא כי עוולה פרטיקולרית דחתה את עוולת הרשלנות: אחד המקרים החריגים שדיברנו עליהם, בהם מתקיים הכלל של ברזני. הוראת חוק ספציפית שגוברת, שרומזת לנו שאין להטיל אחריות ברשלנות בנוסף לעוולה הפרטיקולרית.

עובדות: באותו עניין, התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע. התובע דרש מהנתבע פיצויים בגין נכות נפשית שבה לקה עקב הבגידה, וביסס את תביעתו על עוולת הרשלנות.

השופט עמית אומר שאמנם נכון שעוולת הרשלנות מאפשרת לנו "ללכוד ברשת" כל מיני התנהגויות שלפעמים עוולה פרטיקולרית לא מצליחה לתפוס. למשל בפס"ד גורדון הבעיה בלהטיל אחריות על עיריית ירושלים באמצעות עוולת הנגישה הייתה שהעוולה דרשה כוונת זדון. הרשלנות איפשרה להטיל אחריות בנזיקין. היא עזרה שם להתגבר על זה ולהטיל אחריות בנזיקין כשעוולה אחרת שנראית לנו רלוונטית לא יכולה להתקיים ואנחנו רוצים להטיל אחריות בנזיקין. השופט עמית בפס"ד פלוני מציין שזה לא תמיד רצוי. במקרה הספציפי הזה הוא מעלה את ס' 62 לפקנ"ז.

במוקד פסק הדין סעיף 62 לפקודת הנזיקין ( גרם הפרת חוזה):

(א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

(ב) לעניין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

יש כאן עוולה ספציפית של גרם הפרת חוזה, והיא עוסקת בתביעות נגד מעוול שהוא צד שלישי שגורם להפרת חוזה בין בני זוג. המקרה של פלוני אכן עוסק בחוזה בין שני אנשים שהופר כביכול. אלא שהסעיף הזה מציב מחסום בפני התובע וקובע במפורש שהסעיף לא יחול על חוזה נישואין.  
כלומר סעיף 62(ב) מבקש לחסום תביעות נזיקין עם גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין. אם בית המשפט יאפשר תביעת רשלנות במקרה כזה, הוא יעקר את ההגבלה הזאת מתוכן.

איך אפשר להבין את החלטת בית המשפט?

1. אם נאפשר תביעה ברשלנות, אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת האחורית, אחרי שהמחוקק סגר את הדלת הקדמית. המחוקק בעצם קבע בסעיף זה שהוא לא רוצה "לפתוח דלת" למקרים כאלה דרך דיני הנזיקין. אם נפתח את הדלת באמצעות עוולת הרשלנות זה יהיה ללכת נגד עוולה פרטיקולרית שקוראת לנו לא לעשות את זה. אנחנו לא רוצים לפתוח דרך עוולת הרשלנות את הדרך האחורית כשהדלת הקדמית נסגרה בפנינו. הדברים מבחינת פרשנות הם די ברורים.
2. הימנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות. ביהמ"ש לא מעוניין להיכנס ל"חדר המיטות" של אנשים. יש כאן רצון להימנע ממשפטיזציה של חיי זוגיות.
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, בית המשפט עשוי להיות מוצף בתביעות. אם בנושאים כאלה של ניאוף או הפרת חוזה נישואין ע"י צד שלישי כל אחד יוכל להגיש תביעה נזיקית, כשאלה דברים שקורים די הרבה, אנחנו נפתח פתח שיצור מדרון חלקלק שלא ברור איפה יהיה הגבול שלו.

היפוך נטל הראיה: ס' 35, 38-41 לפקנ"ז

הכלל- "**המוציא מחברו עליו הראיה**"

נושא שנלמד אמנם בנזיקין אבל הוא רלוונטי גם לתחומים אחרים במשפט הפרטי, למשל בחוזים. תובע נדרש להוכיח את הטענות שלו בצורה שהיא יותר נכונה מאשר לא. More likely than not. כלל שנהוג בעולם, לא ספציפית לישראל.

* **כלל נטל השכנוע/נטל ההוכחה**- מכריע מה קורה במקרה של תיקו ראייתי. אם בסוף ההליך המשפטי כפות המאזניים מאוזנות, מי שמפסיד הוא מי שנטל ההוכחה עליו, כי על התובע הנטל להוכיח את הטענות שלו. זה הרעיון של נטל ההוכחה.
* **מאזן/עודף הסתברויות**"- על הנושא בנטל השכנוע/הוכחה בהליך אזרחי, ובנזיקין בפרט, לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ-50%. תובע צריך לשכנע לפחות ב-51%. נשמע קצת מוזר, איך כפות מאזניים יכולות להיות ממש מאוזנות בסוף המשפט, הרי בסוף מישהו תמיד יותר צודק ממישהו אחר. אבל בפועל זאת סיטואציה מאוד שכיחה. זה עניין שמאוד קשה להוכיח אותו.
* **נדון בשאלה:** האם לדעתכם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי?

דווקא המקרים הברורים הם מקרים שבכלל לא יגיעו לבית משפט. כשברור שלתובע אין סיכוי או שלתובע אין סיכוי בכלל, זה כנראה לא יגיע לביהמ"ש. גם בגלל הוצאות משפט מיותרות, וגם מעצם העובדה שאם צד יודע שהוא הולך להפסיד, למה מלכתחילה ללכת למשפט.

אבל יש שני תנאים מרכזיים שצריכים להתקיים כדי שהכלל הזה יהיה אבסולוטי:

1. קודם כל שיש מידע לשני הצדדים, שצד יודע שיש לו סיכוי מאוד גבוה/נמוך להפסיד.
2. יש פה גם קשר לזהות של הצדדים, מאזן הכוחות ביניהם. אם מדובר בתאגיד עשיר וחזק, יתכן וגם אם הצד מולו יודע שיש לו סיכוי גבוה לנצח הוא עדיין יעדיף להתפשר מולם מחוץ לביהמ"ש ולסגור את הדברים בחוץ, אחרת יכולה להיות סחבת מאוד גדולה. כלומר אם יש שני צדדים שהכוחות שלהם אינם מאוזנים, אולי הם לא ירצו להיכנס בכלל לעימות. לא תמיד דברים יתנהלו בבית משפט גם אם יכולים להתנהל שם, ולא יתנהלו ברמה האינטואיטיבית, בגלל שיקולים אחרים, כלכליים ואחרים.

בפרק זה נעסוק בחריגים לכלל שבכותרת: מתי נטל ההוכחה עובר לנתבע (חזקה לבי העברת הנטל). כלומר מתי הנתבע יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל (במקום שהתובע יוכיח שהנתבע כן התרשל כלפיו).

הסעיפים העוסקים בהיפוך נטל הראיה:

* + - 1. סעיף 41
      2. סעיף 35- דוקטרינת הנזק הראייתי
      3. סעיף 38- דברים מסוכנים\ נמלטים
      4. סעיף 39- נזקי אש
      5. סעיף 40- חיות

ס' 38-41 לפקנ"ז

הערות כלליות

נטל השכנוע מוטל על התובע לא רק לגבי ההתרשלות, אלא גם על כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות. כך גם לגבי כל עוולה אחרת. לגבי כל אחד מהיסודות חל על התובע להוכיח אותו. אבל ס' 38-41 מעבירים את הנטל של יסוד ההתרשלות ולפעמים של קש"ס אל הנתבע.

* אם התובע מראה שהנסיבות "מתלבשות" על היסודות באחד מסעיפים הללו, אז הנטל עובר לנתבע להראות שהוא לא התרשל ובמקרים מסוימים גם שאין קש"ס עובדתי (לפי העניין).
* כלומר, הסעיפים יוצרים חזקה ניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (ובמקרים מסוימים, קיים קשר סיבתי). על הנתבע להוכיח שלא כך הוא, אחרת התובע זוכה.

ס' 41 ("הדבר מעיד על עצמו"), **Res lpsa Loquitur**



ס' 41 לפקודת הנזיקין:

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה".

1. היעדר ידיעה של התובע
2. הנכס נמצא בשליטת הנתבע
3. הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה

(1) תנאי 1: היעדר ידיעה בכוח או בפועל

התובע לא יודע או לא יכול היה לדעת.

**פלוני נ' פלוני**

השאלה שנדונה בפסק הדין: מי צריך להיות חסר ידיעה? האם הניזוק או התובע? או באיזו עת נמדדת הידיעה, אם בעת הפרשה עצמה שנדונה בביהמ"ש או הניזוק כשהוא היה באירוע המזיק עצמו.

העובדות: הניזוק היה פועל באתר בנייה שנפל מגובה אל מותו. לא היה ברור באילו נסיבות הפועל נפל. היו מי שטענו שהוא נפל בשל פיגום לא תקני, והיו כאלה שטענו שנפל כי הלך למקום לא בטיחותי כדי להטיל את מימיו.

המחוזי החליט שלמרות העמימות לגבי מה שקרה הוא חילק את האשם בין התובע לנתבע (ייחס לנתבע אשם תורם ולמעביד ייחס אחריות חלקית). כך הוא התמודד עם הקושי, העמימות.

נקבע (בעליון, השופט עמית):

1. יש להוכיח את תנאי אי הידיעה של התובע (היורשים, במקרה של פלוני נ' פלוני) ולא של הניזוק, שבמקרה זה הינו המנוח. התובע הקונקרטי. אי אפשר לשאול את המנוח מה קרה שם. אנחנו רואים עד כמה קריטית ההחלטה הזאת בפס"ד פלוני כי נראה שהרבה פעמים לא הניזוקים עצמם מגיעים לביהמ"ש אלא העיזבון. לצורך ב' 41 למרות שלא מדובר בניזוק עצמו אלא באי הידיעה של התובע העיזבון, ס' 41 עדיין יכול לחול באופן עקרוני.
2. אבל לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות. הם צריכים לנסות לברר כמה שאפשר מה קרה, לפנות למומחים וכד'. הם צריכים לבדוק, הם לא יכולים לומר ש"הדבר מדבר בעד עצמו" ובגלל שהם לא יודעים מה קרה הם צריכים לזכות.

תנאי 2: שליטת הנתבע

**רז נ' בי"ח אלישע**

העובדות: תינוקת נדבקה במחלה זיהומית קשה (חיידק אי קולי) בזמן שהותה בביה"ח לאחר לידתה.

הטענה: בית החולים התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטח שלו.

נקבע: כל היסודות של סעיף 41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של בית החולים, ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל, הקפדה טובה יותר על חיטוי). היסוד הראשון ברור שמתקיים- האם והבת לא יכלו לדעת מה גרם להידבקות של הילדה בחיידק הקולי, כי תנאי הניקיון של בית החולים ידועים לו ולא למטופלים. רק הוא יכול להפריך את החזקה הזאת, ולהוכיח שהסניטריה/היגיינה כן הייתה סבירה. לגבי היסוד השני הטענה של בית החולים הייתה שאין לו שליטה על החיידק, הוא אמנם בסביבה שלו אבל אין להם שליטה עליו. אבל הוחלט שהוא כן יכול למנוע את זה, ורק בכוחו למנוע מצבים זיהומים מהסוג הזה.

תנאי 3: הנסיבות מראות שסביר יותר להניח כי הנתבע התנהג באופן לא סביר

**עדיין בעניין רז נ' בי"ח אלישע:**

השופט שמגר מסביר שהתנאי מתקיים: הנסיבות מתיישבות טוב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה למנוע הדבקה של תינוקות בחיידק הקולי.

ההסבר של שמגר לקביעתו כי יש להפוך את הנטל לכתפי הנתבע לפי ס' 41:

"בעת גיבושו של כלל בדבר הטלת נטלים, ראוי לבחור באותה חלופה, אשר בטווח הארוך תוליך למספר רב ככל האפשר של תוצאות נכונות, או במינוח אחר- לכמות קטנה יותר של טעויות… תוצאותיה של הכרעה על יסוד עובדות בלתי שלמות מוצאות ביטויין לא רק במקרה הקונקרטי שבו נפלה ההכרעה. יש לכך השלכה לעתיד, כי בהכרעה כאמור גם טמונה ההכוונה ההתנהגותית לצדדים עתידיים במקרים דומים".

הביקורת על התנאי השלישי

האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר? הרי אם התובע יכול להוכיח זאת, היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת ס' 35. זה יוצא מוזר כאן התובע צריך כדי להפוך את נטל הראיה להוכיח שנתבע התנהג בצורה שהיא לא סבירה יותר מאשר סבירה, כי גם בס' 35 דיברנו על סבירות ואמרנו ששם התובע צריך להוכיח שהנתבע התנהג בצורה לא סבירה. באיזשהו מקום, אם התובע יכול לעשות את זה, למה שהוא לא יתבע ברשלנות בכלל, למה הוא צריך את ס' 41 כדי להפוך את נטל הראיה?

הניסוח של התנאי הזה מעורר קושי מסוים, שדורש פרשנות הגיונית של ביהמ"ש. האופן שבו ביהמ"ש פותר את הקושיה הזאת של איך ס' 41 מקל על התובע יותר מאשר ס' 35, כלומר מאפשר לתובע להפוך את נטל הראיה כשאין לו את הידע לגבי העובדות, הוא לפרש אותו כך שהתובע יכול לצורך ס' 41 בראיות כלליות ולא קונקרטיות לגבי העובדות עצמן.

**יש יתרון לתובע במסגרת ס' 41 שאינו קיים במסגרת ס' 35 לעניין הוכחת אי סבירות התנהגותו של הנתבע (ראיות סטטיסטיות/ראיות כלליות):**

דוגמא למבחן סטטיסטי:

נניח שבת"א יש 80% קווי דן, ו-20% קווי אגד. א' נפגע בת"א, ואינו יודע בוודאות באיזה אוטובוס מדובר. האפשרויות היחידות הן אגד ודן. את מי הוא תובע?

אם אנחנו אומרים שא' צריך לעמוד בנטל הראיה לפי ס' 35 (עוולת הרשלנות הרגילה) הוא צריך להוכיח בעצם בצורה של מעל 51%, יותר מסתברת מאשר לא, מי האוטובוס הספציפי שפגע בו. ואם א' לא יכול לדעת את זה ולא יכול להוכיח, הוא בעצם לא יעמוד בנטל השכנוע, ההוכחה שהוטל עליו. לעומת זאת המבחן הכללי/סטטיסטי אומר שדי לנו לדעת מבחינה סטטיסטית מה הגיוני שקרה. ראיה כללית מאפשרת לנו להסיק מה קרה במקרה הספציפי מהסטטיסטיקה הכללית, שלא תלויה בעובדות המסוימות של המקרה. למשל במקרה הזה אמרנו שיש יותר סיכוי שמי שפגע הוא אוטובוס של דן ולא אגד.

**פס"ד שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק** **מדגים את ההלכה לגבי שימוש בראיות כלליות:**

זו גם ההלכה שהתקבלה היום, מדברים בס' 41 על סבירות הסתברותית. זה הרעיון של ראיות כלליות לצורך התנאי השלישי.

עובדות: התובעת עברה ניתוח שהחליף את מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח בוצעה פריקה של המפרק המלאכותי שגרמה ללחץ על העצב. בעקבות זאת, התובעת סובלת מנכות של צניחת כף הרגל.

נתמקד בטענת התובעת להתרשלות, לפי ס' 41. מן הסתם, היא לא יודעת מה קרה בניתוח שכן היא הייתה מורדמת, לכן ס' 41 רלוונטי כאן.

המחוזי דוחה את התביעה כיוון שהתובעת לא הצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס. הוא גם קובע שהיא לא הצליחה להוכיח את דרישת ההתרשלות המסתברת (דרישת התנאי השלישי), כלומר שיותר סביר שהרופא התנהג בצורה לא סבירה מאשר בצורה סבירה. העליון הופך את החלטת המחוזי.

תנאי 1+2 לסעיף מתקיימים (התובעת הייתה מורדמת, ולמנתח יש שליטה). ומה לגבי תנאי 3?

ריבלין: ניתן להשתמש בראיות כלליות להוכחת תנאי 3, אך לא ניתן להסתמך על כל שקרה נזק כמשהו שדי בו כדי להעיד על הסטטיסטיקה ולטעון שעצם הנזק מעיד על הסבירות שהנתבע התרשל. מדוע?  
הוא אומר שאמנם יש מחסור בראיות, אבל הוא נובע מזה שעד אחד סירב להעיד, ובעיקר לא היו רשומות רפואיות שיכולות לספר לנו מה בדיוק קרה. אין מסמכים רפואיים על מהלך הניתוח. והעובדה שחסרות ראיות מהסוג הזה לא צריכה לבוא לחובתה של התובעת אלא לחובתם של התובעים.

השופט שמגר **בעניין רז** מדבר על השאלה של על מי צריכה לחול העלות של הטעות השיפוטית במקרה בו אין לנו פרטים כאלה וראיות, במצב של אי וודאות ראייתית? האם נכון יותר להטיל את האחריות על הנתבע או התובע? שמגר מסביר שברגע שמתקיימים תנאיו של ס' 41 ויש אי ודאות שנוצרת בגלל מחסור בעובדות, שנגרם בגלל הנתבע, אנחנו נעדיף להטיל את העלויות של הטעות המשפטית שעשויה לקרות פה על כתפיו של הנתבע ולא של התובע.

מתיישב עם דבריו של ריבלין בצ'צ'יק. הנתבעים הם אלה שהיו אמורים לספק את הרשומות הרפואיות ולא סיפקו, ולכן צריך להביא את זה לחובתם של הנפגעים ולא של התובעת, שלא יכולה להוכיח מה התרחש בניתוח ללא הרישומים האלה.

בעניין צ'צ'יק לא הייתה בעיה לקבוע שתנאים 1 ו-2 של ס' 41 מתקיימים. ברור שלמנותחת אין יכולת לדעת מה קורה בזמן שהיא מורדמת, ושלרופא שליטה בחדר הניתוח ובניתוח עצמו. התובעת מנסה לבסס את הטענה שלה באמצעות טענה כללית, שברוב הניתוחים מהסוג הזה לא נגרם נזק. לכן העובדה שנגרם נזק מעידה ממילא על כך שאם נגרם נזק מתקיים התנאי השלישי. זה אומר שסביר יותר להניח שהנתבע התנהג בצורה לא סבירה מאשר שהתנהג בצורה סבירה. ריבלין לא מקבל את הטענה הזאת. אי אפשר למדוד אם יש התרשלות לפי התוצאה בלבד. אמנם בדר"כ ניתוחים מצליחים ולא נגרם בהם נזק, אבל ניתוח כרוך בסיכון ולכן יכול להיות שגם אם יש התרשלות וגם אם אין התרשלות- יקרה נזק.

בציור: מצד ימין- כל עיגול מסמן נזק שנגרם כתוצאה מניתוח, בין אם הייתה בו התרשלות ובין אם לאו.



משמאל- הדרך הנכונה מבחינה סטטיסטית לבדוק האם יותר סביר שהרשלנות של הרופא גרמה לנזק מאשר שהנזק נגרם מהניתוח פשוט כסיכון שהתממש. כדי לבדוק האם הנזק קרה בגלל רשלנות צריך לבחון מצבים שבהם נזקים כאלה קרו מחמת הרשלנות לעומת נזקים כאלה שקרו ללא רשלנות. אם למשל ב-80% מהמקרים נזקים כאלה נגרמים עקב רשלנות של הרופא, אפשר להסיק שיותר מתיישב מאשר לא שהנזק הספציפי נגרם בגלל שהרופא התרשל. כלומר מבחינה סטטיסטית עלינו להשוות תמיד מצבים בהם הנזק נגרם בעקבות רשלנות לעומת מצבים בהם הוא נגרם באופן כללי.

בסופו של דבר ביהמ"ש כן קיבל את הטענה, בגלל צירוף מקרים ספציפי שהיה בפס"ד. לזכור כצירוף מקרים ספציפי שבו טענה לפי ס' 41 תתקבל בכל זאת.

ריבלין: בנסיבות העניין ריבלין קיבל את הטענה שהתנאי השלישי של ס' 41 מתקיים **בשל שילוב עובדתי כפול**:

מדובר בנזק נדיר בניתוח כזה כאשר הוא מתבצע כראוי, ולכן מתחזקת התחושה שיש אפשרות לרשלנות, אך עדיין, אי אפשר לקבוע על סמך התוצאה בלבד, אפילו היא נדירה, ובמקרה כזה, על תנאי נוסף להתקיים (תנאי 2 להלן).

באמת נראה שבנסיבות הספציפיות האלה פריקת ירך היא תוצאה מאוד נדירה, שלפי העדויות שכן היו היה ניתן למנוע אותה עם הליך ניתוחי שלא קרה. לא מדובר במשהו שאפשר להתחיל להשוות למצבים אחרים שקרו, מדובר בתוצאה יוצא דופן שלא אמורה לקרות במצבים דומים. אבל גם עם זה יש קושי- ולכן חייים את התנאי השני:

2. לא היה רישום רפואי.

כשיש גם תוצאה נדירה וגם אין רישום בחדר הניתוח, במקרה המסוים הזה בו שני הדברים האלה מתקיימים נוכל עדיין להגיד שהתנאי השלישי של ס' 41 מתקיים, ובעצם להפוך את נטל השכנוע לכתפיו של הנתבע.

**שתי הערות חשובות נוספות לעניין תנאי 3:**

* מרגע שהוכיח את התנאי השלישי של סעיף 41, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו. הדבר נובע מנוסח סעיף 41. הקושי הראייתי שס' 41 מתייחס אליו לא נוגע רק להתרשלות של הנתבע, אלא גם לעצם ההוכחה שהתובע לא יכול לעמוד בה אם אין לו את הידיעה לגבי מה בדיוק קרה והוא לא יכול לדעת, ואם בידי הנתבע הייתה שליטה על הנכס שבו התבצע הנזק. כל הקומבינציה שאנחנו רואים בתוך הסעיף הזה לא נוגעת רק לעצם יסוד ההתרשלות אלא גם לגרימת הנזק, לעובדה שתובע צריך להוכיח בכל תביעה של רשלנות בדר"כ לא רק התרשלות ונזק אלא גם קש"ס ביניהם. כמובן שתובע שאין לו את הידיעה ושהנכס לא נמצא בשליטתו, לא יכול להוכיח גם קשר סיבתי. לכן ס' 41 באופן ייחודי הופך א נטל השכנוע על כתפיו של הנתבע גם לגבי יסוד הוכחת קש"ס.
* הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו (עם זאת, לא בטוח אם יוכלו להיעזר בראיות כלליות לשם כך). העברת נטל ההוכחה לא אומרת שעכשיו בטוח תוטל אחריות על הנתבע. כל מה שזה אומר זה שיש חזקה שהנתבע התרשל והוא יכול להציג ראיות קונקרטיות בפני ביהמ"ש כדי להוכיח שהוא לא התרשל. בעניין זה ריבלין בעניין צ'צ'יק השאיר בצ"ע את השאלה האם במקרים האלה נתבעים יכולים כמו תובעים להסתמך על ראיות כלליות/סטטיסטיות שהם לא התרשלו, או שהם יכולים אך ורק לסתור בראיות קונקרטיות את החזקה שהם התרשלו. למשל אם הנתבעת היא רופאה ויש לה את היכולת למצוא את הרישומים הרפואיים או שיש עד שיעזרו להוכיח שהיא לא התרשלה, אלה ראיות קונקרטיות שיכולות לסייע לה לסתור, להפריך את החזקה.

לחילופין, **דוקטרינת הנזק הראייתי-** חלופה למצבים מאוד ספציפיים לס' 41, דוקטרינה שהתפתחה מהספרות (אריאל פורת). יש לה שני פנים, אנחנו נלמד את הפן הפרוצדורלי שהוא זה שהתקבל בפסיקה.

פסק דין שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק

השופט ריבלין מסביר שהיה אפשר להגיע לאותה מסקנה של היפוך נטל ההוכחה גם על בסיס רעיון אחר שקוראים לו דוקטרינת הנזק הראייתי.

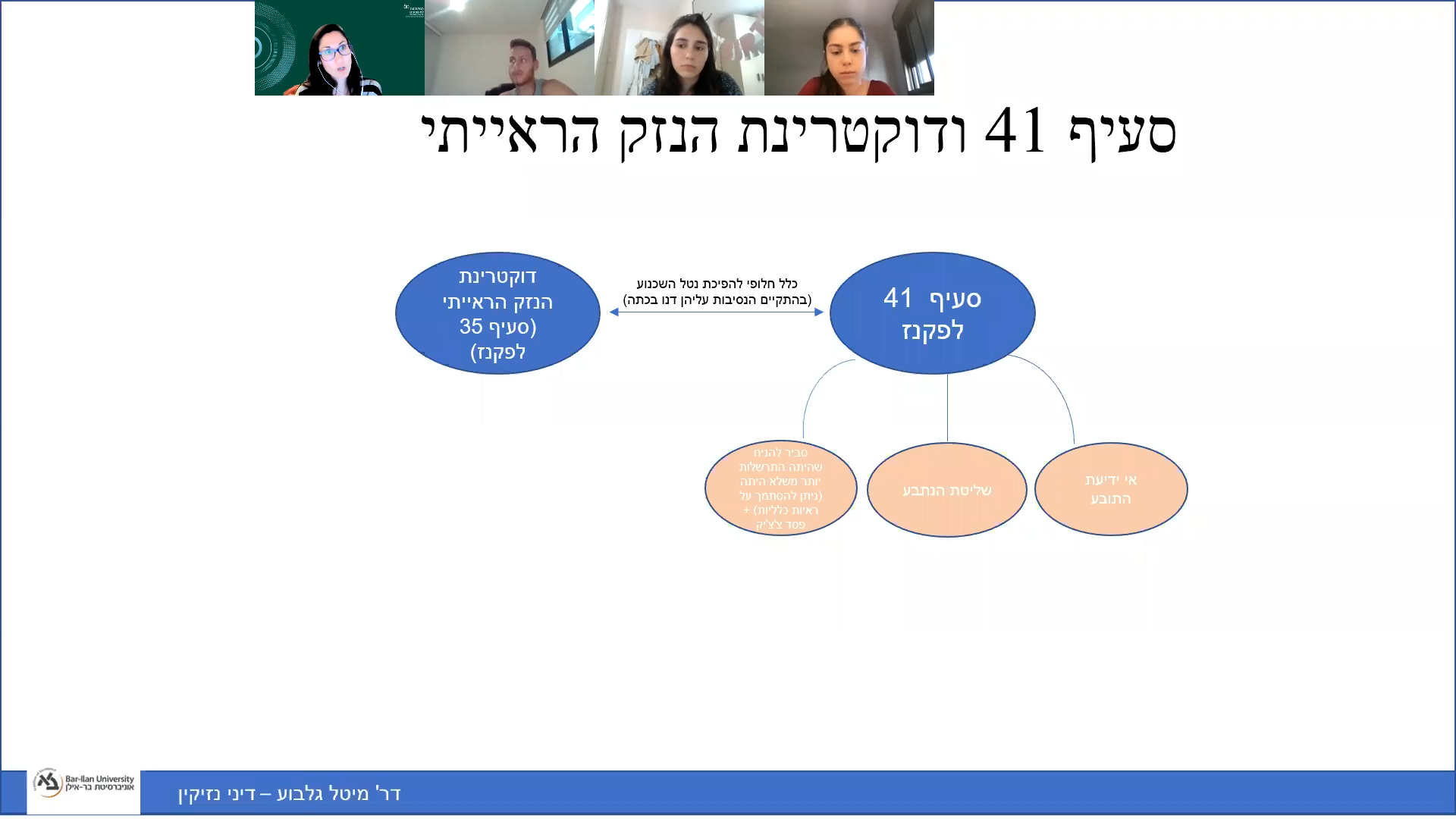
* לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, אם הנתבע הסתיר ראיות שיכולות לסייע בידי התובע להוכיח את התביעה שלו, אז יש להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע.
* דוקטרינת הנזק הראייתי היא כלל ראייתי שנקבע לתביעות רשלנות "רגילות" ולא לסעיף 41.
* היפוך נטל הראייה מביא את התובע למצב דומה לזה של סעיף 41 (הדבר מדבר בעד עצמו).

הדוקטרינה חלה כשהתובע לא יכול להוכיח את תביעתו בנזיקין בגלל שהנתבע, בכוונה או ברשלנות, מנע ממנו בהתנהגותו לעשות את זה מבחינה ראייתית. מצבים כאלה מאפיינים בעיקר הקשרים רפואיים, אם כי לא רק. זאת מפני שבמצבים האלה יש פערי מידע עצומים בין התובע לנתבע, ולא יתכן שבי"ח או רופאים יוכלו לטעון שתביעתו של התובע, שהיה מורדם או שאין ביכולתו להגיע למידע הזה, לא צריכה להתקבל מפני שלא סיפקו לו את המסמכים הרלוונטיים שיכולים לאפשר לו להוכיח את תביעתו. לא יכול להיות שנתבע התנהג בצורה רשלנית (קל וחומר אם מכוונת) ויגרום נזק ראייתי לתובע, ולאחר מכן יקדם בכך את מניעת התובע להוכיח את תביעתו. במצבים האלה דוקטרינת הנזק הראייתי תחול. כשיפנו אליה ביהמ"ש יבחן האם אכן התנהגות הנתבעים באותו עניין מצריכה הזדקקות לדוקטרינה. מה שהיא תעשה זה במובן הפרוצדורלי תהפוך את נטל השכנוע/הראייה לכתפי הנתבע, כפי שעשה בעניין צ'צ'יק (שעסק בעניין רפואי) גם ס' 41. לכן ברגע שאפשר לומר שהתנאים התקיימו כדי להפוך את נטל הראייה מכוח דוקטרינת הנזק הראייתי, השופט ריבלין ציין שלמעשה היה אפשר להגיע לאותה חזקה שהנתבע התרשל באמצעות הדוקטרינה הזאת כמו באמצעות ס' 41.

זו חזקה שמאוד קשה להפריך אותה, כי אם מלכתחילה הנתבע הסתיר את הראיות, בכוונה או לא בכוונה (יכול להיות שברשלנותו הוא גרם לכך שהן לא יהיו) במקרה כזה יהיה מאוד קשה לו להפריך את החזקה הזאת, כי גם אם מפעילים את ס' 41 עם שלושת התנאים וגם אם את דוקטרינת הנזק הראייתי, הרבה פעמים כשהופכים את הנטל נתבעים לא מצליחים להפריך את החזקה, והרבה פעמים זה גם חורץ את ההחלטה והקייס.

הדוקטרינה תהיה רלוונטית כשיש הסתרה (בכוונה או בהתרשלות) של ראיות/מידע. לא תהיה רלוונטית אם אף אחד מהצדדים לא יודע (כמו בפס"ד פלוני, שנמצא ללא רוח חיים באתר בנייה). לכן זה בדר"כ במצבים רפואיים.

**סעיף 41 ודוקטרינת הנזק הראייתי**



צריך לשים לב אם הדוקטרינה רלוונטית לשימוש לפי התנהגות הנתבע בסיטואציה. רק אז נדע אם יש לנו כלי חלופי נוח להשתמש בו.

סעיף 38 לפקנ"ז- דברים מסוכנים\ נמלטים

סעיף נוסף שקובע חזקת התרשלות, כלומר העברת נטל הראיה לכתפיו של הנתבע עם אפשרות שהוא יפריך את החזקה.

**חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים**

בניגוד לס' 41 החזקה חלה רק על התרשלות ולא על קש"ס.

38. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי דבר מסוכן, למעט אש או חיה, או על ידי שנמלט דבר העלול לגרום נזק בהימלטו, וכי הנתבע היה בעלו של הדבר או ממונה עליו או תופש הנכס שמתוכו נמלט הדבר – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי הדבר המסוכן או הנמלט התרשלות שיחוב עליה.

היבטיו של ס' 38:

1. מהו דבר מסוכן?
2. דבר העלול לגרום לנזק בהמלטו
3. יש להוכיח קשר סיבתי

(1) דבר מסוכן

על פניו כל דבר יכול להיות מסוכן. הפסיקה במשך השנים פירשה שדבר מסוכן הוא דבר שמסוכן מטבעו, למשל נשק. לכן הסתכלו פשוט על אם מעורב בעניין ובנזק נשק והלכו לס' 38 כדי לבדוק אם אפשר להפוך את נטל הראיה לכתפי הנתבע, עד פס"ד נאצר.

**עיזבון המנוח אלעבד נאצר נ' מדינת ישראל- דבר שמשתמשים בו שימוש לא רגיל**

בפס"ד נאצר מדובר על אדם שנפגע מירי של חיילי צה"ל במהלך פיזור הפס"ד, והעיזבון טען להתרשלות. ריבלין קובע שנשק אכן יכול להיחשב כדבר מסוכן עפ"י ס' 38, אבל לא תמיד. הדבר תלוי בנסיבות, בסיטואציה. שימוש באופן רגיל בנשק, כלומר להגנה עצמית, לא יכול לשמש כדבר מסוכן לצורך ס' 38. רק כשהשימוש הוא אינו רגיל, כמו משחק בנשק, ציד בנשק וכו'. התנהגות שלא עומדת בכללי המשמעת וכללים אחרים רלוונטיים בסיטואציה מסוימת. אבל שימוש בנשק בפני עצמו לא יכול להיחשב באופן אוטומטי למסוכן לצורך הסעיף כשמישהו ניזוק ממנו.

איך יודעים מהו שימוש רגיל/לא רגיל- יש להסתכל על הייעוד של "הדבר המסוכן".

החל מפס"ד זה יש לראות לא רק מה טבעו של הדבר, אלא גם האם נעשה בו שימוש לא רגיל. רק אם כן, נוכל להשתמש בס' 38 ולטעון שיש להפוך את נטל הראיה.

לדוגמא: חייל משתמש בנשק בשדה הקרב לא כמוהו כנשק שחייל משחק בו.

(2) דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו

**Rylands v Fletcher** והכלל האנגלי של אחריות חמורה.

בפס"ד הזה אדם העסיק קבלנים כדי לבנות מאגר של מים, ותוך כדי עבודה הם מגלים פיר מלא בפסולת מתחת למאגר, אבל הם מתעלמים מזה וממשיכים בבנייה. הייתה שנה מאוד גשומה אחרי תקופה והאדמה שהפרידה בין המים לפיר קרסה. המים שנכנסו לפיר יצאו בקרקע של השכן וגרמו להרבה מאוד נזק. **ההלכה** שנקבעה באותו עניין הייתה שמי שמביא או שומר על אדמתו משהו שעלול לגרום לנזק בהימלטו (מים), צריך לשמור עליו. מפני שאם זה ימלט ויגרום לנזק למישהו אחר תחול חזקה שאותו אדם הוא זה שגרם לנזק ברשלנותו.

**הכלל המרוכך בישראל**- סעיף 38 (שכן הוא קובע רק את היפוך הנטל אל כתפי הנתבע שלא התרשל).

במשפט האנגלי זה כלל של אחריות חמורה, כלומר יש לא רק חזקה אלא תוטל אחריות על הנזק הזה. בישראל זה לא כך, לא חלה אחריות חמורה אלא רשלנות והיפוך נטל ההוכחה, הנתבע יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל.

כך נקבע לגבי מים בעניין **חברת מפ"י בע"מ נ' משק אשכנזי** (מים שעברו מהמטע של הנתבע למטע של התובע וגרמו לנזק).

דומה מאוד לפס"ד האמריקאי, וגם כאן מדובר במי השקיה שזרמו מהחלקה של הנתבע לחלקה של התובע וגרמו לנזקים. נקבעה חזקה של התרשלות, שמרגע שהמים הגיעו לחלקת המקרקעין של השכן הנטל מתהפך לחובתו, כלומר יש חזקת התרשלות לרעת הנתבע שאותה הוא יכול להפריך. מה שזה מראה לנו הוא שבמשפט הישראלי אין לנו אחריות חמורה במקרה הזה, אלא היפוך נטל ההוכחה, שהנתבע דווקא במקרים האלה יכול אולי לעמוד בהם בקלות יותר מאשר בהקשרים הרפואיים.

(3) קשר סיבתי

ניתן להפוך את הנטל לצורך הוכחת קשר סיבתי רק לגבי **סעיף 41**. לא ניתן להשתמש בחזקה הזו לגבי סעיפים 38-40.

בס' 41 הנתבע צריך להפריך או את העובדה שאין קש"ס, כלומר שיותר סביר להניח שהנתבע צודק בטענה שלו, או שהוא לא התרשל. זה נובע מהאופי הייחודי של ס' 41. בס' 38 הנטל מתהפך רק לגבי נטל ההוכחה ולא לגבי קש"ס.

פס"ד עצמון

הנושא עלה בפסק דין עצמון.

ערעור בתביעת הצוללנים והדייגים בקישון. בפרשה הזו אוגדו מספר תביעות של אנשים שחלו בסרטן לטענתם עקב הזיהום בנחל קישון. התביעות האלה נדחו בגלל קש"ס (המדינה החליטה לפצות אותם לפנים משורת הדין). טענות התובעים היו שאמנם קשה להוכיח קש"ס ושבאמת בגלל הזיהום בנחל נגרם הסרטן שלהם, אבל הנטל בכל מקרה עבר אל המפעלים המזהמים.

צריך להיות זהירים וערניים להבדלים בין הסעיפים האלה.

ס' 41- לא צריך לבדוק קש"ס.

כל שאר הסעיפים (חוץ מספציפיים שנדבר עליהם בהמשך)- צריך לבדוק קש"ס.

השופט עמית קבע, שאפילו אם החומרים אכן מסוכנים מטבעם זה לא מסייע לתובעים. זאת, משום שס' 38 עוסק בהעברת הנטל לכתפי הנתבעים לגבי רכיב האשם בלבד (ההתרשלות), ואינו פוטר את התובעים מהוכחת הקשר הסיבתי שבין ההתרשלות לבין הנזקים שלהם.

מראה שתנאי הכרחי לתחולת ס' 38 זה שהוכח שהנזק אכן נגרם ע"י הדבר המסוכן. כאן הם לא הצליחו להוכיח זאת.

סעיף 39 לפקנ"ז- נזקי אש

לאחר שס' 38 החריג מקרים של אש וחיות, הסעיף הזה עוסק במקרים של חזקת התרשלות, כלומר העברת נטל הראיה לכתפיו של הנתבע כאשר מדברים על נזקים שנגרמו ע"י אש.

39. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי אש או עקב אש, וכי הנתבע הבעיר את האש או היה אחראי להבער האש, או שהוא תופש המקרקעין או בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי מקורה של האש או התפשטותה, התרשלות שיחוב עליה.

הסעיף מבחין בין 3 מצבים:

1. הנתבע עצמו הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה.

לא נפרט, הכוונה ברורה.

1. הנתבע הוא מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש.
2. הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה האש.

**2**) הנתבע הוא מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש

**נביל כליל כורי נ' יצחק קסש**

אדם שעבד בבית מלאכה והתלקח כתוצאה מפחית טרפנטין שעמדה על השולחן. הוא היה לבד בנגריה כשזה קרה, והוא לא זה שהצית את האש. נגרמות לו כוויות.

השופט לנדוי קובע כי תנאי הסעיף הקובע חזקת התרשלות אינם מתקיימים משום שהאש לא יצאה מן המקרקעין. כלומר נטל ההוכחה לא עבר אל הנתבע, מאחר והאש לא יצאה מהמקרקעין אלא נשארה בתוכו. לפי תנאי הסעיף האש צריכה לצאת ממקרקעין למקרקעין של השכנים. זה מה שאנחנו צריכות בעיקר לזכור מפסק הדין והסעיף הזה.

התובע לא נזקק לס' זה, משום שעל פי העובדות, ניתן להסיק כי הנתבע התרשל. די היה בס' 35 (רשלנות), עקב נהלי העבודה הרשלניים והלא סבירים שהיו במקום. לא היה צריך להפוך את נטל הראיה כי התובע הצליח מבחינת ביהמ"ש לעמוד בנטל להוכיח שהתנהגות הנתבע לא הייתה סבירה ובשאר תנאי הסעיף.

**3**) הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה האש

**גנור נ' מדינת ישראל**

אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת וגרמה לנזק במשרדו של התובע.

זה לא היה טלפון פרטי של התובע אלא בבעלות משרד התקשורת. כלומר הוא לא יכול היה לפעול לתיקונו או טיפולו. בגלל שהסוללה הייתה של משרד התקשורת הוגשה תביעה נגד המדינה. באותו עניין לא היו עובדות מספיק ברורות כדי לדעת האם המדינה רשלנית או לא. הוא פנה להיעזר בס' 39 כי יש כאן נזק שנגרם ע"י מטלטלין שמהם יצאה אש. המדינה טענה שס' 39 לא צריך לחול בהתאם להלכת כורי, האש לא יצאה מהמקרקעין. העליון דחה את טענת המדינה.

השופט שמגר הבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, ל"בעל מטלטלין" שמהם יצאה האש. כאשר מדובר במטלטלין, מספיק שהאש יצאה מהמטלטלין.

כשמדובר במקרקעין, כדי להפעיל את חזקת ההתרשלות צריך להוכיח שהאש יצאה מהמקרקעין. אבל כשעוסקים במטלטלין, די להוכיח שהאש יצאה מהמטלטלין החוצה. לא צריך שהיא תצא מהמקרקעין שבהם נמצאים המטלטלין למקרקעין אחרים כדי לעמוד בדרישת הסעיף. כלומר כאן- רק להוכיח שהיא יצאה מהטלפון וגרמה לשריפה.

סעיף 40 לפקנ"ז- חיות

40. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

(1) הנזק נגרם על ידי חיית-בר, או על ידי חיה שאינה חיית-בר אלא שהנתבע ידע, או חזקה עליו שידע, כי היא מועדת לעשות את המעשה שגרם את הנזק;

(2) הנתבע היה בעל אחת החיות האמורות או היה ממונה עליה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגביה התרשלות שיחוב עליה.

חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה

הסעיף מבחין בין חיית בר לחיית בית (יחול על חיית בית אם היא מועדת בלבד).

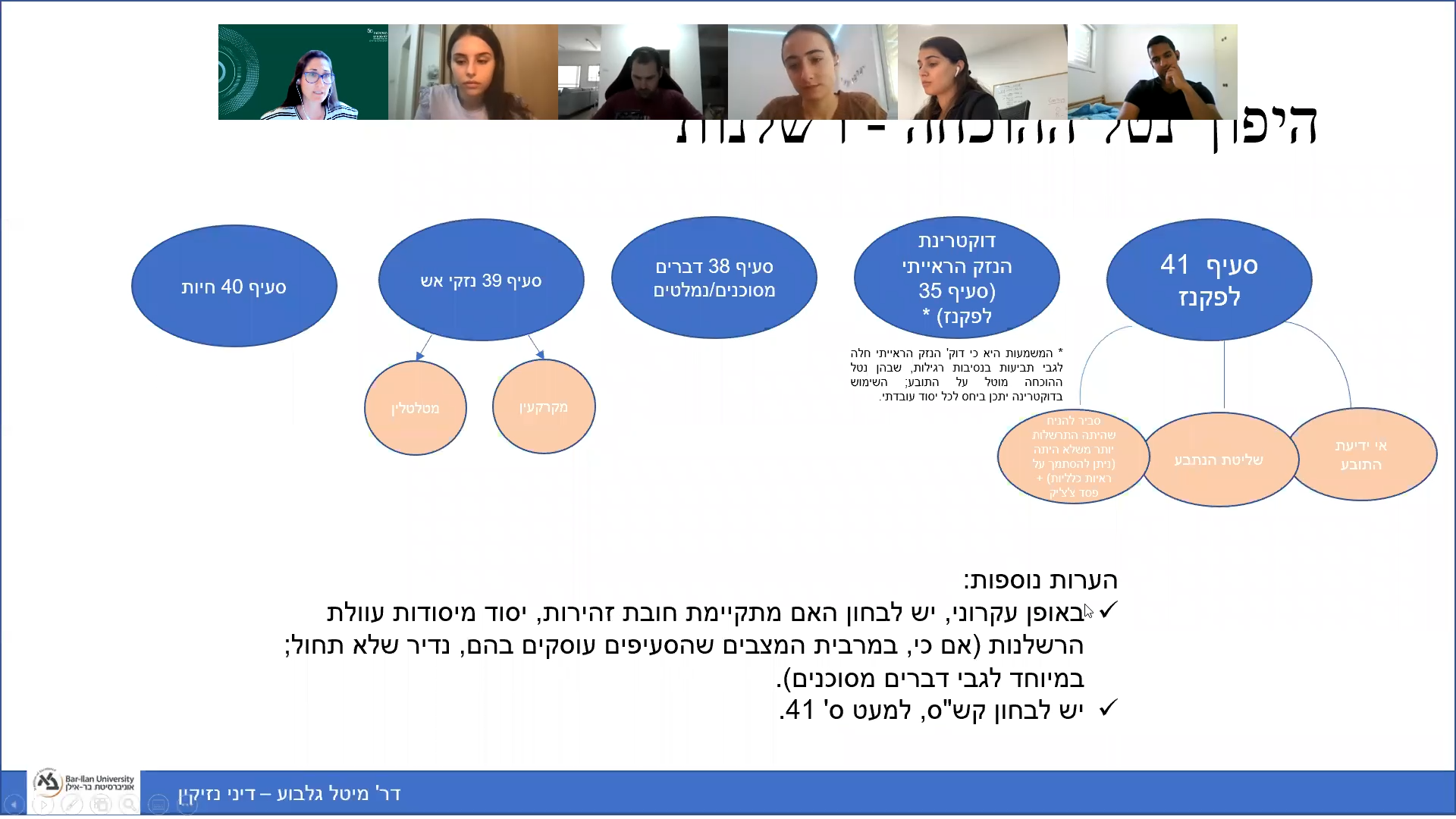
במשפט המקובל באופן עקרוני הייתה אחריות חמורה על נזקים שנגרמו ע"י בע"ח. כלומר אם נגרם נזק כתוצאה מחיה בארצות המשפט המקובל בדר"כ תחול אחריות בנזיקין. לא רשלנות אלא אחריות חמורה. בישראל זה יותר מרוכך, ורק מעביר את נטל ההתרשלות כשהנזק נגרם ע"י חיית בר. כשזו חיית בית- השאלה היא אם היא הייתה מועדת, כלומר כזו שהבעלים שלה ידעו שהיא מועדת לעשות את המעשה שגרם לנזק (למשל חיה תוקפנית, או שעשתה מעשה דומה בעבר).

בגלל מקרי תקיפה רבים של כלבים שונתה פקודת הנזיקין והוכנס בה הסדר מיוחד למקרים כאלה (הוספו ס' 41א-ג). מדובר על יוזמה שנועדה להסדיר את עניין תקיפות הכלבים בחקיקה ולגרום לבעלי הכלבים להיות אחראים לנזק שהכלבים שלהם עלולים לגרום לו.

הערה חשובה לדוקטרינת הנזק הראייתי

הדוקטרינה חלה לגבי כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות. זה נכון שדיברנו על דוקטרינת הנטל הראייתי בפס"ד צ'ציק ובאופן ספציפי יותר, בנסיבות שבהן ניתן להפוך את נטל הראיה לגבי ההתרשלות והקשר הסיבתי על כתפיו של הנתבע. באותו עניין כך היה והשופט ריבלין ציין שבאופן חלופי לאותו לעניין, ניתן היה להגיע לתוצאה דומה ולהפוך את נטל הראיה על כתפיו של הנתבע גם באמצעות דוקטרינת הנזק הראייתי. מהסיבה שהתנהגות הרופא באותו עניין הייתה כזו המונעת מהתובעת להוכיח את תביעתה, התובעת לא יכולה להוכיח את תביעתה כאשר אין רישום רפואי כלפי ההליך שעברה, אין לה את היכולת מפני שקרה קרה נזק ראייתי בשל התנהגות הנתבע עצמו. ולכן ניתן להפוך את נטל הראיה לגבי הוכחת היסודות שנתבע בהתנהגותו\ בהתרשלותו גרם לנזק ראייתי לתובעת כדי לעמוד על תביעתה. ולכן ניתן להפוך באמצעות דוקטרינת הזנק הראייתי את נטל השכנוע לכתפיו של הנתבע. בכך עובדת דוקטרינת הנזק הראייתי והיא מהווה מנגנון חלופי לס' 41, כלומר בדוקטרינת הזנק הראייתי ניתן להשתמש בה כמובן מסיבה זו, נוכל להשתמש בתביעת רשלנות רגילה גם אם התנהגות הנתבע מסתיר את הראיה באופן שמקשה להוכיח את יסוד הקשר הסיבתי, די בכך כדי להפוך את נטל הראייה על כתפי הנתבע להוכחת הקשר הסיבתי., עכשיו תחול חזקה שמתקיים קשר סיבתי והנתבע יצטרך להפריך את החזקה הזו. באותה מידה ניתן להפוך את נטל הראייה רק ליסוד ההתרשלות, עוולתית ספציפית הקשר של 41, פס"ד צ'צי'ק, התהפך נטל השכנוע לכתפיו של הנתבע בקשר גם להתרשלות וגם לקשר הסיבתי. לחשוב להבין שדוקטרינת הנזק הראייתי יכולה לחול בקשר לכל יסוד עוולת הרשלנות עקב התנהגות הנתבע, משום שהוא עצמו גרם לנזק ראייתי המונעת מהתובע להוכיח את תביעתו.

אם אנחנו יכולת להפוך את נטל השכנוע לכתפי הנתבע, זה טוב, היות וזה מהווה אמצעי חלופי לשימוש בדוקטרינת הזנק הראייתי.



**טענות הגנה- האשם התורם והקטנת הנזק**

**(1) דוקטרינת האשם התורם**

אשם תורם הרעיון הוא שמדובר בטענת ההגנה, ברגע שנקבעה והוכחה עוולת ההתרשלות, זאת אומרת שבאותו הרגע שנקבעה האחריות הנזיקית של הנתבע, עדיין מקצתו, כאשר לא תיחשב תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, כלומר לא תישלל לחלוטין תביעתו של הניזוק אלא שהפיצויים שיפרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט יקבע. הכוונה היא שכאשר התנהגותו של התובע יש בה אשם, מה שיקרה זה שיופחת שיעור הפיצויים שמגיע לתובע בשיעור שבו נמצא אשמו.

**אשם תורם**

68)א)

סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפָּרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק; אולם האמור בזה אין כוחו יפה להכשיל הגנה הנובעת מחוזה, ואם חל על התביעה חוזה או דין המגבילים את החבות, לא ייפָּרע התובע פיצויים למעלה מן הגבול שנקבע כאמור.

(ב(

הופחתו הפיצויים לפי סעיף קטן (א), יקבע בית המשפט וירשום את סך כל הפיצויים שהתובע היה יכול להיפָּרע אילולא אשמו.

(ג)

הוראות הסעיפים 11 ו-83 יחולו כל אימת שנמצאו שנים או יותר חבים לפי סעיף קטן (א) על נזק שנגרם לאדם, או שהיו חבים אילו נתבעו לדין.

**רקע כללי וההלכה הקיימת**

ישנם הסדרים שונים לגבי אשם תרם שנקבעו ונהגו לאורך השנים, עד אמצע למאה 20 ההסדר של אשם תורם היה הסדר בינארי- די בכך שניתן לומר שלתבוע יש אשם תורם (שהוא בהתנהגותו תרם וגרם גם הוא בנזק) באותו הרגע, תחושה הייתה שלא נוכל לתת לו מענה, לא נוכל לתת לו לזכות בתביעתו כי כאשר אתה ניגש לבית המשפט תגיע בידיים נקיות, אם אתה בעצמך אשם אל תפנה לזכות בתביעה בכלל. לכן במשך שנים הרעיון היה שאם למישהו היה אשם תורם, תביעתו תידחה.

אומנם, הגישה הזו השתנתה והתעורר הסדר יחסי, שנדון בספרות אך לא ההלכה הקיימת, חלוקת אחריות בין המזיק ולניזוק בעל האשם התורם, המייחסת לאשם תורם את ההיבט הבא: אם אשמו התורם של הניזוק עצמו הוא עד 50% אז יופחת הפיצוי שמגיע לו עד 50%. כחלקו באשם. אבל אם אשמו התורם גבוה מ50% אז בעצם אפשר לומר שהתובע לא יכול לעמוד בהוכחת תביעתו ולכן תדיחה תביעתו ממילא. וזאת מפני שלפי מאזן ההסתברויות, תובע צריך להוכיח את טענותיו מלמעלה ל50% ולכן ממילא אם אשמו התורם של הניזוק עצמו, גבוה מ50% על פניו תביעתו צריכה להיכשל. הגישה הזו היא לא הגישה שהתקבלה, לא ההלכה עצמה.

זאת עוד גישה שקיימת, שנכון להיום צריך להבין את התפיסה של האשם התורם, אשם תורם נתפס כמקרה מיוחד של דוקטרינה שנעסוק בה שנעסוק בסיבתיות, ששמה מעוולים במשותף, הקבועה בפקודת הנזיקין. על פי הדוקטרינה הזו יכול להיות שנזק אחד גרם על ידי יותר מאדם וגורם אחד. נזק אחד יכול להיגרם על ידי הרבה מאוד אנשים וכל אחד מהם יכול להביא תרומה מסוימת לנזק שמספיק משמעותית כדי לייחס לו אחריות לנזק עצמו. למעשה אשם תורם, נתפס כמקרה פרטי של רעיון הזה של מעוולים יחד. אם כך מה זה אומר מבחינת ההלכה הנוהגת? אשם תורם זה מקרה בו הניזוק והמזיק מעוולים יחד נתפסים כמעוולים במשותף ביחס לנזק.

התפיסה הנוהגת כיום וזו ההלכה השלטת, לפיה אשם תורם הוא מקרה בו הניזוק והמזיק הם מעוולים יחד, נתפסים כמעוולים במשותף ביחס לנזק. לדוגמא: מצב שבו אדם נוסע בכביש במהירות מופרזת, ואדם אחר חוצה את הכביש כשהוא מסמס. מקרה כזה על פניו נוכל לומר שהנזק יוכל להיות מיוחס גם לנהג הפרוע, ולאותו הולך רגל שהיה עסוק בטלפון. במקרה כזה יכול להיות, שבית המשפט יחליט שאשמו התורם של הניזוק, ניתן לייחס למשל 50% וכו. שיעור אשמו התורם, יקבע על סמך שיקולי מדיניות ועל סמך ההבנה שזה לא מדע מדויק, אלא נתון לשיקול דעתו של בית המשפט.

התפיסה השלטת היום, היא שאשם תורם לא מוגבל עד ל50% אלא יכול להיות גם גבוה מכך. לפי סעיף 68, כעיקרון אשם תורם לא אמור לגרום לכך שתביעתו של התובע תיכשל, כלומר יכול לגרום רק להפחתת הפיצוי. על פניו לפי הסעיף, זה אומר שהפיצוי יכול להיות מופחת בנסיבות שהניזוק עצמו התרשל, בנסיבות כאלו שניתן לייחס אשם תורם, הפיצוי יכול להיות מופחת מ0.1-99.9% התביעה לא אמורה להיכשל. בפועל זה נכון, אך כשבתי המשפט, לעיתים מאוד רחוקות, מרגישים שבמקרה הנידון, בו האשם התורם כל כך זועק ברור, שהנתבע יטען שצריך לנתק את הקשר הסיבתי מבחינה סיבתית. מרוב שהאשם התורם הוא חמור, ניתן לטעון שהוא כל כך חמור עד לניתוק הקשר הסיבתי וכי על בית המשפט לדחות את התביעה. טענה כזו אמורה להתקבל במקרים נדירים וזאת בניגוד ללשון הסעיף, משום שלפי לשון הסעיף תביעה לא אמורה להיכשל כתוצאה מאשם תורם. אך יש מצבים שהם חריגים, עד לטענה שהאשם התורם משמעותי עד שלא מדברים על אשם תורם בלבד אלא קשר של ניתוק הקשר הסיבתי. ושוב באופן עקרוני האשם התורם לא אמור לאפשר דחייה וכישלון של תביעת הניזוק אלא הפחתת הפיצוי בהתאם לאשמו התורם.

השלבים הדיוניים בהתייחסות לאשם תורם:

1. התובע צריך לסיים לטעון את טענותיו והתבע צריך לראות אם אכן התביעה עומדת- הוא הצליח להוכיח את טענותיו ולעמוד בנטל ההוכחה העובדתי. למשל ברשלנות, התובע עמד בהוכחה והוכיח את כל יסודות העוולה
2. לאחר מכן הנתבע יכול לעלות אחת מטענת ההגנה (נדבר על שתיים), מסוג אשם תורם. טענת ההגנה החשובה והמשמעותית ביותר בדיני נזיקין היא האשם התורם- יש אשם תורם לניזוק עצמו. אם בית המשפט מקבל את הטענה הזאת וקובע שאכן יש אשם תורם אז בית המשפט יצרך לעבור לשלב הבא.
3. אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם של התובע ושל הנתבע. מבחן מידת האשמה- בית המשפט ישקול במאזניים של מי "משקולת" האשמה יותר כבדה, לפי העובדות שעומדות בפניו. אחרי שבית המשפט ישווה בין מעשה הרשלנות- אחריות הניזוק והמזיק מבחינת האשמה, אז הוא יחליט עד כמה ליחס לניזוק עצמו אשם תורם. המבחן של מידת האשמה (פס"ד מלון רימדה).

אלו השלבים שנצטרך להתייחס אליהם בשאלת אשם תורם.

**הצדקות לדוקטרינת האשם התורם**

איך נוכל לדבר על אשם התורם בראי:

צדק מתקן- הגיוני שהנתבע לא יצטרך לשלם ולהשיב לקדמותו נזק שלמעשה לא מיוחס לו ולא הוא גרם לו. זו אינטואיציה שאפשר להצדיק באמצעות תפיסת הצדק המתקן. אם הפגיעה בזכות על ידי המזיק היא חלשה יותר, מפני שגם הניזוק פגע בזכות שלו עצמו, (כשדיברנו שבתפיסת הצדק המתקן ההשבה והפיצוי צריך לבוא בהלימה לפגיעה בזכות, כדי לתקן ולהשיב את המצב לקדמותו), אם זה המצב אז ברור שהמזיק יצטרך להחזיר פחות על הפגיעה. אם גם הניזוק עצמו פגע בזכותו, בהתנהגות שלו אם זה המצב אז ברור שהנתבע צריך לתת פיצוי נמוך יותר. התרופה צריכה להיגזר מהפגיעה בזכות, ודוק: התרופה צריכה להיות בהלימה לפגיעה בזכות כדי להשיב את המצב לקדמותו. אם הפגיעה היא חלקית ויש אשם תורם גם לניזוק אז הגיוני שבראי הצדק המתקן נטיל על הנתבע פיצוי מופחת, הוא צריך לשלם פחות כי הפגיעה פחותה, בעקבות שהניזוק עצמו למעשה תרם בהתנהגותו הרשלנית לפגיעה.

שיקולי הרתעה- אמרנו שני דברים לגבי הרתעה.

* מצד אחד, הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם " moral hazard "- למה אשם תורם מיישב עם שיקולי הרתעה? משום שלא נרצה שהניזוקים כאשר הם נתקלים בסיכון שיוצר כלפיהם המזיק: אם היינו יודעים שבכל מקרה, בו המזיק התרשל כלפי הניזוק, הוא היה זוכה בוודאות בפיצוי לא משנה מה התנהגות הניזוק, זה היה יוצר מצב בו הניזוקים היו מתנהגים בצורה פזיזה וחסרת זהירות. אם נדע שכאשר מישהו יוצר כלפינו סיכון, ואנחנו נקלעים לתוך מטווח הסכנה, ונוכל להתנהג בצורה חופשית לתועלותינו, נתנהג בצורה לא זהירה. אם הייתי יודעת שיפצו אותי בכל מקרה אז ההתנהגות שלי הייתה פחות זהירה, משום שרמת הזהירות שלי לא באה כפרמטר. לזה קוראים בספרות " moral hazard", סיכון מוסרי- כשאדם יכול להרשות לעצמו אם הוא נקלע סיכון, להתנהג באיזו צורה שהוא רוצה, הוא נמצא במצב של הרתעה בחסר שיוצרת את התופעה השלילית הזו של moral hazard , לא נרצה תופעות מהסוג הזה במשפט ונרצה למזער אותן. זה דבר שלא יעיל שיקרה, בראיה של הרתעה.
* מצד שני, לא נרצה ליצר הרתעה ביתר של מזיקים- לא רוצים שמזיקים פוטנציאליים (כל אדם) יחיו בחשש שהם עלולים לשאת באחריות מלאה על אשמה (חלקית אמנם) של אדם אחר.

אם אני אדע כמזיקה, שאני באופן מזיקה פוטנציאלית (שכולנו במידה רבה כזאת), אדע שבכל סיכון שמתממש אפילו אם הוא לא סביר, גם אם האדם השני, הניזוק שכלפיו החצנו סיכון יכול, נגעי הסיכון יכולים להמשיך ולהגביר את הסיכונים האלו וכל נזק שמתממש אנחנו נהיה אחראים לו כמזיקים פוטנציאלים, זה יצור התנהגות חששנית מצד המזיקים. ודוק: לא נרצה ליצר הרתעה ביתר של מזיקים. אם היינו יודעים שעל כל סיכון שמתממש, נקלעי הסיכון יכולים להמשיך ולהגביר את הסיכון הזה, ועל נזק שיתרחש ואנחנו נהיה אחראים עליו, זה יגרום להסננות יתר והימנעות.

ולכן אשם תורם, מטרתו במובן הזה, ליצור איזשהו איזון ולחלק את האשמה/אחריות בין המזיק והניזוק. זה נכון שאנחנו יכולים להחצין סיכונים לא סבירים, אך גם אם אנחנו טעינו והתרשלו והחצנו סיכון שהוא לא סביר, אין זה אומר שהניזוק יכול למעשה לרחוץ בכפיון כפיו ולקבל פיצוי למרות שהניזוק עצמו הגביר את הנזק. אין זה אומר הניזוק יכול להתנהג בכל דרך שירצה, ולהגברת הסיכון והנזק, בלא הטלת אחריות. נרצה לאפשר למזיקים פוטנציאלים להתנהג בעולם בצורה שהיא יעילה יותר, בצורה שמרתיעה אותם באופן אופטימלי ולא גם נזקים שמתרחשים כתוצאה מהתנהגות של אנשים אחרים, אפילו אם הם הניזוקים עצמם. זו התמונה המלאה של שיקולי הרתעה.

**הסטנדרט לקביעת האשם התורם (מתי מישהו יחשב כי שתרם באשמתו לנזק)**

מה הסטנדרט שדרכו נבחנת ההתנהגות של הניזוק, מתי נאמר כי הניזוק אשם? אנחנו מתייחסים להתנהגות הניזוק, כאשם תורם, אנחנו בוחנים את אותה ההתנהגות על פי הסטנדרט של האדם הסביר. אנחנו בודקות האם ניתן לקבוע שהנאשם התרשל? האם הניזוק פעל בצורה לא סבירה בנסיבות העניין. אנחנו מסתכלות על סבירות הפעולה שלו.

יחד עם זאת, בעניין דפרון, השופט רובינשטיין מציין שבאופן כללי, זה נכון שאשם תורם נבחן על פי סטנדרט האדם הסביר, אך רמת הזהירות הנדרשת מאדם כלפי עצמו יותר נמוכה מרמת הזהירות שנדרשת מאדם כלפי אחרים. נדון על האמירה הזו תחת שיקולי מדיניות.

האם משיקולי רווחה מצרפית, שיקולי יעילות עדיין נוכל לחשוב על אמירת השופט רובינשטיין כאמירה הגיונית? קיים סיכוי שהתפתחות הפסיקה תוביל לשינוי ההלכה- גם כשאדם יוצר נזק כלפי עצמו בראיה כלכלית, שקוראים לזה סיכון עצמי, באינטואיציה האישית נראה את זה כדבר שהוא הגיוני- כי בסופו של דבר, גופו של האדם בשליטתו בניגוד לאנשים אחרים, ולכן אם הוא רוצה לסכן את עצמו נראה את זה כרמת זהירות יותר נמוכה.   
לעומת, זאת אם נסתכל על האמירה הזו ונרצה שסטנדרט הזהירות יקבע באופן שהוא יעיל- אז אם מישהו סיכן את עצמו והנזק עולה לחברה, זה לא משנה האם הנזק נוצר על ידי המזיק או הניזוק. ברמה האינטואיטיבית שנחשוב על שיקולי מוסר, אנחנו יכולות להבין את האמירה של השופט רובינשטיין אך אנחנו מתקשות להבין אותה מפרספקטיבה כלכלית. בנקודה זו אנחנו יכולות לראות איך פרספקטיבות שונות במשפט יוצרות הסתכלות שונה על רעיונות במצבים שונים.

המטרה של ציון פס"ד היא מפני הקביעה שבאופן עקרוני, הסטנדרט הוא האדם הסביר. אבל כבר עכשיו אנחנו רואות הסתייגות- למרות שאנחנו מצפות מהאדם להתנהג בצורה שבא האדם הסביר מתנהג, עדיין יש ציפייה מאדם שהוא יתנהג בצורה יותר זהירה כשהוא מסכן אחרים יותר מאשר עצמו. זאת כרב הסתייגות ראשונה שנקבעה בפס"ד דפרון. נראה גם הסתייגות נוספת הקשורה למערכת יחסים ייחודית בין יחסי עובד למעביד.

אשם תורם של עובד- דפרון נ' גולבין

רקע עובדתי: איזשהו שכיר שעובד במפעלי דפרון במשך שבוע. באחת המשמרות, במהלך משמרת לילה המנהל שם לב שהעובד שותה מאיזשהו בקבוק אלכוהול. בעקבות זאת, המנהל שולח את הפועל להתרעננות. אך בדיעבד מתברר שהוא לא הרגיש טוב, פינה את עצמו לבית החולים ובהמשך הלילה נפטר. מסתבר שהוא שתה "אתנול" חומר רעיל, ועל המפעל "דפרון" התביעה שהוגשה הייתה רשלנות והפרת חובה חקוקה- חובה איך לשמור חומרים מסוכנים. לגבי שתי העילות אכן נקבע שהייתה התרשלות.

מה שמעניין לעניינו, זו הטענה שהועלתה על ידי הנתבע, דפרון. שקובע כי היה אשם תורם מצד העובד, משום שבהתנהגותו, לא סביר (שגם אם המשקה לא הכיל חומר רעיל) ולא הגיוני שעובד ישתה חומר אלכוהולי במהלך המשמרת, ולכן יש להתחשב שהתנהגותו של הניזוק ולקבוע כי היה אשם תורם מצידו.

פס"ד מפי השופט רובינשטיין, למעשה קבע שאכן יש אשם תורם, ניתן להסתכל על האדם הסביר בנסיבות העניין, העובד הסביר, לא הגיוני שהוא ישתה אלכוהול בשעת המשמרת שלו. ולכן הצדק עם דפרון וצריך להיקבע אשם תורם. אך האשם התורם נקבע בשיעור מופחת של 25% כשהסיבה לכך היא שישנם שיקולים נוספים שבית המשפט מייחס ליחסי עובד ומעביד, סטטוס מיוחד שבו בעצם לפי הסטטוס הזה חובת הזהירות של מעבידים היא הרבה יותר רחבה. ולכן למרות שניתן לקבל את טענת דפרון שהעובד התנהג בצורה לא סבירה, כאשר מדובר ביחסי עובד ומעביד, אנחנו ניטה להרחיב את חובת הזהירות של העובד ובעצם נייחס אשם תורם מופחת יותר לעובד אפילו אם ההתנהלות היא לא סבירה.  
 האיזון הזה נובע משיקולים חלוקתיים, והרעיון הוא שבית המשפט כן לוקח בחשבון כאשר הוא מייחס אשם תורם גם לפערי הכוחות בין מעביד לעובד. על המעביד חלות חובות מוגברות: למשל להדגיש ולציין מה החומר שנמצא בבקבוק ואף לשמור את החומר בסתר. האחריות המוגברת שחלה על המעביד מהעובד שלו, למעשה מאפשרת לצמצם במעט את אשם התורם. יש לזכור שמדובר באיזון. מאוד קשה לקבוע דרך מדויקת לייחוס אשם תורם, אין מדע מדויק לקביעת השיעור, אך בית המשפט נדרש לעשות את ההשוואה הזו.

השורה התחתונה היא שכאשר מדובר ביחסי עובד ומעביד בתי המשפט נוטים לקחת בחשבון את העבודה שמדובר ביחסי עובד ומעביד ולכן האשם התורם יאוזן בצורה יותר בולטת במצבים מהסוג הזה. הסטנדרט הוא כן האדם הסביר אך רובינשטיין מאזן פעמיים את הקביעה בפס"ד דפרון"

1. כאשר אדם לא זהיר כלפי עצמו אנחנו נקבל את זה יותר באופן אחר כאשר אדם לא מסכן את סביבתו.
2. יחסי עובד מעביד, ככל בפסיקה במצבים כאלה, האשם התורם נסתכל בצורה חשדנית יותר ונאזן את זה בצורה שלוקחת בחשבון את חוסר האיזון בין עובדים לעבידים.

אשם תורם של קטין- מדינת ישראל נ' אייגר

רקע עובדתי: בפסד האשם גנב נשק מהצבא, וחלק מזה היה בעצם טיל. הוא אחסן והחביא אותו בבריכת בטון שהייתה על גג של הבניין שלו ושל השכן. והשכן שהיה ילד בן 9 וחצי עלה לשחק על הגג והוא וחברו התעסקו עם הנשק, מה שהוביל להפעלתו ולפיצוצו. הפיצוץ הוביל לפגיעה ברגלו של הילד ובהמשך לכריתתה. נקבע אשם תורם מצידו של הילד למרות שהיה קטין ואין לו אחריות.

פרט עובדתי, המדינה מהווה צד במקרה משום שהייתה התרשלות מצד המדינה מאחר ולא היה פיקוח ורישום שאפשרו לגלות שהנשק נגנב.

השאלה המעניינת הייתה שאלת האשם תורם כלפי ילד, משום שקיים משטר של חסינות נזיקית כלפי ילד מתחת לגיל 12. אלא שלמרות שיש להם חסינות עדיין ניתן לייחס להם אשם תורם. כלומר, לילדים יש חסינות מתביעה נזיקית, אך באותו הזמן אם הם עצמם התובעים, ניתן לייחס להם אשם תורם. בעניין אייגר היה דיון מעניין כלפי הסתייגות נוספת של סטנדרט האדם הסביר, בבחינת אשם תורם של ילדים. אמרנו שהסטנדרט בהתרשלותה או האדם הסביר, בחינת מעשיו של הניזוק היא תחת האשם הסביר, אך אנחנו רואות גם פה וגם בעניין דפרון כי יש הסתייגויות לגבי הניזוק הסביר.

הכלל הוא כזה, יש שלוש אפשרויות בבחינת סבירות הפעולה של ילד באשם תורם:

1. על פי הסטנדרט של אדם סביר, האדם הממוצע
2. סטנדרט סובייקטיבי לילד עצמו- על פי מידת היכולות, המשכל, ההבנה. כלומר מבחן סובייקטיבי המתחשב ברמת האינטליגנציה של הילד.
3. מבחן אמצע- הבוחן את הילד הממוצע הסביר בין גילו של הילד הניזוק לאותו עניין, שזה למעשה המבחן המקובל בישראל.

במקרה כאשר נבחנת סבירות מעשיו של ילד, בכדי לקבוע את סבירות מעשיו ולקבוע את האשם תורם (האם ניתן להטיל עליו אשם תורם), המבחן יהיה מבחן האמצע.

אך מה שמעניין בעניין אייגר היא הערת אגב שהושארה ב"צריך עיון" של השופט גולדברג, האם בכל זאת יש לשקול מבחן סובייקטיבי ולא רק לפי גיל הילד. מדוע? משום שבאותו עניין הייתה תחושה שמדובר בילד מאוד אינטליגנט שהוזהר על ידי ההורים של החבר, הוא הבין שזה מסוכן ובאמת ניסה לברוח כשהוא הרגיש שחצה את הגבול ופתח את הטיל, ונכנס לאותה צרה, הוא ניסה לברוח אך הטיל התפוצץ ואיבד את רגלו. אך באותו עניין הנסיבות העובדתיות הובילו את השופט גולדברג, נקבע ב"צריך עיון", שמקרים מסוימים ראוי וצריך לחשוב על סטנדרט שהוא סטנדרט אחר, שונה וסובייקטיבי שייקח בחשבון האשם התורם את היכולות הספציפיות של ילד.

לדעת גלבוע, טוב שזה הושאר ב"צריך עיון", משום שבהסתכלות על צדק מחלק, יש לילדים נטייה טבעית להסתכן, ולא בטוח שיש קשר וקורלציה בין רמת משכל לנטייה לקחת סיכונים מוגברים בגילאים מסוימים, ולכן טוב שאותה הערה של השופט גולדברג הושארה ב"צריך עיון", וילד סביר ויבחן על פי ילד סביר ולא יבחן על פי מאפיינים ספציפיים של מבחן סובייקטיבי. יכול להיות שאנשים בוגרים ומשפטנים נוכל לייחס משקל אובייקטיבי, אבל זה לא אומר שיש היבטים נוספים והנטייה השכלית של ילד לא אומר דבר על נטייתו לקחת סיכונים, וכי יש שיקולים נוספים שצריך לקחת בחשבון. בסופו של דבר, ההלכה היא הטלת אשם תורם לפי מבחן האמצע, לא סטנדרט של אדם סביר ולא סטנדרט של הילד המסוים עם היכולות המסוימות, אלא לפי הילד הסביר הממוצע.

**הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

**האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?**

חשוב לציין, סעיף 68 מדבר אך ורק על הפחתת פיצוי ולא על אשם יוצר אחריות.

אשם תורם הוא טענת ההגנה שאנחנו עסוקות בקורס, אשם יוצר אחריות זה אשם שדיברנו עליו עד עכשיו, כמו בעוולת הרשלנות- כאשר מישהו מתרשל, האשם שלו יוצר אחריות נזיקית במובן הזה שהוא יידרש לפצות את הניזוק. מנגד, אשם תורם זו טענת הגנה, זו לא טענה היוצרת את האחריות הנזיקית והדרישה לפצות אלא טענה שבאה ואומרת כי רק אחרי שנטענה טענה כנגד המזיק (המעמידה את האחריות הנזיקית), המזיק יכול לטעון את אשם תורם כטענת הגנה (שתפחית את מידת אחריותו ובכך את הפיצוי הנדרש). וזאת לעומת, האשם היוצר, המהווה עילה לתביעה. כלומר יש פה טענת הגנה (אשם תורם) אל מול טענת רשלנות היוצרת אחריות לפצות (אשם יוצר). הטענה (שגם נידונה בפס"ד קסברי) היא האם אפשר לקחת את טענת האשם התורם כטענה היוצרת אחריות נזיקית. שהיא נוגעת בקשר שבין אשם תורם לאשם יוצר אחריות.

**הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

* זיקה עובדתית/משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מצבי התאבדות)
* אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)

טענה זו עלתה בערכאות דיוניות בעבר, ולבית המשפט העליון הייתה הזדמנות, שלא הצליח לעמוד בה, לעשות סדר ולקבוע מה קורה במצבים כאלו? האם באופן עקרוני ובאילו תנאים במת אפשר לטעון שאשם תורם יכול להיות אשם הציור אחריות, באופן כזה שיגרום לפיצוי המזיק בשיעורו אשמו התורם של הניזוק. נראה את זה בדוגמא שהגיעה לעליון:

קסברי נ' רוזן

עובדות: איזושהי גברת נוסעת אחורנית בצורה רשלנית, ופוגעת במונית הנוסעת בכביש מאחוריה. אלא שמסתבר שגם נהג המונית נסע בצור המאפשרת לייחס למעשה רשלנות, ולכן היה מקובל על כל הצדדים שאפשר לייחס לו אשם תורם.

השאלה המעניינת שעלתה באותו עניין הייתה, האם החבות שנקבעה כאשם תורם גם יוצרת לנהג הנונית את החבות לפצות את הנהגת שנסעה ברברס ונקבעה רשלנותה. נקבע שהנהגת היא הייתה הרשלנית, לנהג מונית נקבע אשם תורם בגובה 30%, זה אומר שהנהגת צריכה לפצות את נהג המונית פחות האשם התורם. אך הנהגת אומרת כי נהג המונית התרשל בעצמו ב30%, שהרי יש לו אשם תורם, אז הוא צריך לשלם 30% מהנזק שנגרם לה במכונית.

אם למישהו יש אשם תורם ניתן לטעון כלפיו שהמזיק יכול לתבוע אותו בתביעה נזיקית והוא ישלם למזיק בגובה האשם התורם שיש לו כלפיו. זו הכוונה בשאלה האם דרך אשם תורם ניתן לייחס אשם יוצר אחראי, היא טוענת את הטענה שהאשם התורם שלו יוכל לשמש אותה כאשם יוצר אחריות. הוא שיש לו אשם תורם צריך לפצות אותה.

נקבע: השופט עמית לא עשה סדר בבעיה. הוא קבע שנכון שאשם תורם הוא מקרה פרטי של אשם אבל צריך להבחין בין אשם תורם לאשם רגיל, ובאופן עקרוני לא נאפשר להטיל אחריות בגין אשם תורם ולהפוך אותו לאשם יוצר אחריות. רק במצבים מסוימים, נאפשר זאת, זה תלוי נסיבות וכך למעשה נקבע בעניין קסברי. כלומר, כרגע אנחנו לא יודעות באילו נסיבות בדיוק נאפשר אשם יוצר, אך אנחנו יודעות למה ומתי לא נאפשר. ודוק: הרעיון שבדרך כלל לא נאפשר שאשם תורם יהפוך לאשם יוצר אחריות. אך בפס"ד לא ברור באילו נסיבות בית המשפט צריך לאשר שאשם תורם יהיה אשם יוצר אחריות.

כרגע אנו לא יודעים באיזה נסיבות נאפשר בדיוק אך ניתן דוגמא לרעיון בו לא נאפשר .

אחת ההצדקות לקביעה שאשם תורם לא יבסס את הכולת לטעון לאשם יוצר אחריות, שהועלתה גם בפס"ד: למה ככל אשם תור לא יהיה אשם יוצר אחריות, למה זה דבר לא נכון.

הצדקה כלכלית: לדוגמא:

"רכב עני" 100, "רכב עשיר" 1000. העשיר הוא הרשלן אך נקבעת רשלנות תורמת, אשם תורם בגובה של 20% לעני.

הפיצוי לעני: 80 (80% מתוך 100).

אם נאפשר תביעה נגדית נגד הניזוק העני בגובה האשם התורם, מה יהיה גובה הפיצוי לעשיר? 200 (20% מתוך 1000).

יוצא שהפיצוי לעני יעמוד על 80 מפני שיש לו אשם תורם של 20% ולכן העשיר בדוגמא שלנו יצטרך לפצות אותו על אובדן הרכב שלו רק ב80%, וישלם לו 80. אבל, אם אנחנו נאפשר שאשם תורם יהיה אשם יוצר אחריות בנסיבות כאלו, אנחנו נגיע למצב בו העני מפצה את העשיר ב200, כשהעשיר מפצה את העני ב80. כלומר, למרות הרשלנות מצד העשיר, העני יצטרך לשלם יותר מהעשיר בשל עלות שונה של רכבים, וזאת בניגוד למידת האשמה הפחותה משמעותית מהעני. אנחנו רואות נסיבות מעוותות שבהן הניזוק ישלם יותר, למרות מידת האשמה. צריך להבין שהאשם התורם היא טענת הגנה במהותה, וכדי להפוך אותה לכזו היוצרת אחריות צריך מספר שיקולים, שביניהם שיקולי מוסר ואשמה.

זה שיקול אחד שציין השופט עמית בפס"ד הדין. יש שיקולים נוספים, אך זה שיקול שמראה ומכניס הביטים כלכליים וגם הביטים חלוקתיים. ומראה לנו למה אנחנו לא יכולות ככלל לאפשר אשם תורם יהיה אשם יוצר אחריות.

ראינו את הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות. ההלכה לא ברורה לחלוטין, באופן עקרוני לא נאפשר שאשם תורם יהפוך לאשם יוצר אחריות, אך בית הנשפט משאיר פתח וכך משאיר את הבעיה פתוחה, משום שאנחנו לא יודעות מה יהיו המקרים שבית המשפט אכן יקבע בהם שאשם תורם יהפוך לאשם יוצר אחריות.

**זיקה עובדתית\ משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם**

האם כשאנחנו קובעות את מידת האשם התורם של הניזוק נצטרך להתחשב באשם של המזיק? לפעמים הנתבע הוא לא רק גורם לנזק בהתנהגות שלו, אלא הוא גם יוצר את המצב שגורם ומניע את הניזוק להתרשל, ואז תקום שאלת האשם התורם (למרות שהגורם להתרשלות הניזוק באשם התורם הוא המזיק). לפעמים ההתנהגות מזיק עצמה לא רק גורמת לנזק בהתרשלות אלא גם יוצרת תנאים מאוד מסוימים הגורמים לניזוק עצמו להתרשל, מה שמשפיע על מידת האשם התורם.

אלהווא נ' עיריית ירושלים

* הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות

**זיקה עובדתית/משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם**

* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מצבי התאבדות)
* אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)

עובדות: מדובר באדם שהיו לו לקויות רפואיות, הוא הולך ברחוב ליד ביתו ונופל לבור עמוק, מה שגורם לו לנכות קיצונית שלא מאפשרת לתפקוד בכלל. חשוב לציין, במקום הנפילה לא הייתה תאורה או שלטי אזהרה וכמובן שלא היה גידור. הבור היה פוץ לחלוטין וכאמור נגרם נזק נוראי.

טענת העירייה: מדובר במפגע בטיחות שהיה ידוע לניזוק, מאחר והוא גר בקרבת המקום. למרות הידיעה על הבור והסכנה, הניזוק עדיין בחר לעבור דרך הבור במקום לחפש דרך חלופית. הניזוק התרשל בכך שלא מצא דרך חלופית, ובעצם הסתכן. לכן צריך לצמצם את האחריות העירייה ולקבוע אשם תורם.

מהנתונים העובדתיים של בית המשפט המחוזי, יצא שבית המשפט המחוזי קיבל את טענת העירייה, וייחס אשם תורם מופחת לאותו אדם. השופטת ברק ארז הצטרפה לפס"ד של הרוב, והוסיפה נימוקים חשובים. האשם התורם שיוחס לנפגע נשאר על קנו, והשופטת ברק ארז מצאה לנכון והציגה למה כדאי להיזהר בייחוס אשם תורם בזהירות יתרה במקרים כאלו.

מדוע פס"ד בעייתי?

השופטת ברק ארז: היו שני טיעונים מרכזיים בפס"ד של ברק ארז וגם נוסיף טיעון חלופי שלא אוזכר בפס"ד אך הוא מספיק חזק בכדי לאפשר את הדחייה של הטענה של אשם תורם במקרה הזה.

ההיבט הראשון הוא שכאשר נקבל טענה של אשם תורם בנסיבות מהסוג הזה, איזו מוטיבציה תהיה לעירייה או לכל מזיק אחר שחלה ומוטלת עליו החובה לתקן לקויות בדרכים? ברגע שנטיל אשם תורם, העירייה יודעת שיוטל עליה אשם מופחת אם קורה נזק. אנחנו יוצרות פה בעיה של תמריצים לא נכונים לעירייה ואנחנו פוגעות בתמריצים שלה לתקן את הלקויות, דבר שהיא חייבת בו כלפי התושבים בתחומה. לא יכול להיות שנאמר ונטען שככל שעובר יותר זמן מקיומה של לקות כך אנשים מסביבה, צריכים לדעת שהלקות קיימת ואם הם לא יודעים נייחס להם אשם תורם.

בהיבט של צדק חלוקתי- יש פה בעיה קשה במקרה של לקות ונכות, לטעון שאנשים בעלי הצרכים המיוחדים הללו צריכים להיזהר יותר, אם העירייה לא מתקנת את הליקויים של עצמה. יש הבחנה והנחה מאוד בעייתית היוצרת מסר כי הדרכים המרכזיות פתוחות לאנשים שלא סובלים מלקות כלשהי, יש פה מין מוטיבציה להשאיר את בעלי הלקות בבית.

טענה נוספת שלא נטענה היא סעיף 66 לפקודת הנזיקין:

ס' 66 לפקודת הנזיקין

הסעיף לא עוסק באשם תורם אך עוסק במצב שבו נדון בפס"ד. אם נסתכל על לשון הסעיף, אנחנו מדברות על סעיף שלא מתייחס לאשם תורם אלא סעיף שכותרתו התנהגות הנתבע שמספר סיפור שמאוד קולע לסיפור של "אלהווא". הוא אומר דבר כזה: העירייה התרשלה אך בהתרשלות שלה היא לא רק גרמה לנזק, אלא היא הביאה את הניזוק למצב שאם הניזוק בעצמו לא מחפש דרך חלופית, הוא מתרשל. בהתרשלות העירייה היא הביאה את הניזוק למצב בו הוא צריך לחפש דרכים חלופיות "היא הרימה לו להנחתה", היא יצרה את כל התנאים בהם, אם הנאשם לא מתנהג מעל ומעבר, למרות שהוא לקוי בעצמו ובעל צרכים מיוחדים, הוא יחשב כאדם שהתרשל. במובן הזה, העירייה יותר אשמה ואחראית. סעיף 66 שם את הדגש לא על האשם התורם אלא התנהגות הנתבע.

**התנהגות הנתבע**

66.מקום שגם התובע גם הנתבע גרמו לנזק באשמם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא הוראות סעיף 64, ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו.

כאשר התנהגות הנתבע יוצרת את כך התנאים, לא רק יוצרת את הנזק אלא גם מובילה את הניזוק להתרשל בעצמו, אנחנו יכולות להשתמש בס' 66 ולטעון שלמעשה העירייה (במקרה הזה) או הנתבע הוא זה שיצר והוביל סיבתית להתרשלות הניזוק. זו לא טענה שהועלתה בפס"ד. בהערת אגב, יש סעיף המראה תמונת ראי בס' 65- שגם הניזוק יכול לגרום באותה מידה לנתבע ולהוביל אותו להתרשל כלפיו.

סעיף 66 הוא סעיף מיוחד בכך שהוא עוסק בסיבתיות ולא באשם.

ודוק: כאשר התנהגות הנתבע יוצרת את כל התנאים (ולא רק את הנזק עצמו) ומביאה את הניזוק להתרשל אנחנו יכולות להשתמש בסעיף 66 ולטעון שהנתבע הוא שיצר את התנאים להתרשלות של הניזוק אף באופן סיבתי. סעיף 66 הוא תמונת ראי של סעיף האשם התורם-סעיף 68 . בסיפא ,הסעיף לא מאפשר לתובע לתבוע פיצוי יותר גדול מימה שהיה מקבל לולא האשם התורם-כלומר לא יכול לקבל יותר מ100% מהנזק שלו.

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכונת של המזיק**

אם עד עכשיו דיברנו על מצבים בהם המזיק היה רשלן, עכשיו אנחנו נדבר על מצבים שבהם התנהגות המזיק הייתה מכוונת. למשל, עוולת התרמית- עוולת תרמית דורשת כוונה, יש פה כוונה שהצד המוטעה יפעל על פי מידע כוזב. ולכן אנחנו נמצאים במצב מיוחד בו מתעוררת השאלה האם אפשר לייחס לאשם תורם כאשר הניזוק התרשל, במצבים שבהם המזיק למעשה, שעל המזיק מוטלת אחריות מכוח עוולה שדורשת כוונה?

* הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות
* זיקה עובדתית/משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק**

* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מצבי התאבדות)
* אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)

פס"ד אפל

עובדות: באותו עניין היה פרויקט של משרד השיכון, של פינוי תושבים מבתיהם. כדי לתמרץ תושבים להתפנות מבתיהם, יש הסדר שמאפשר דירה חלופית או הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. כאן אפל נכנס לתמונה, אפל נכנס לשיתוף פעולה עם המדינה (הוא החזיק בדירות הריקות). המדינה אפשרה לתושבים להמחות לאפל את הזכות שלהם להלוואה מסובסדת כדי שהוא יציע להם בתמורה דירה חלופית.  
בפועל, אפל השתמש במנגנון ההלוואות המסובסדות כדי להוציא כספים מהמדינה במרמה. הוא שלשל לכיסו עשרות מיליונים עד שנתפס. הניזוקה כאן היא המדינה, ונטען כי היא בעצמה התרשלה, מפני שלא טיפלה בצורה סבירה בהעברות הכספים.

נקבע במחוזי: התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בסעיף 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצידו של המזיק (שהמוטעה יפעל לפי המידע הכוזב). מה שמעניין מבחינתו זו הטענה שהמדינה התרשלה בעצמה, הניזוקה שממנה נגנבו הכספים התרשלה מכיוון שהיא לא טיפלה בצורה סבירה את העברות הכספים. אם הפקידים היו פועלם בצורה סבירה, הם יכלו לגלות בקלות יחסית על התרמית ופעולותיו של אפל. הטענה הזו התקבלה במחוזי ובאמת נקבע אשם תורם בשיעור גבוה (50%). פס"ד של המחוזי התהפך בעליון ונקבע שלא ניתן להטיל ולהפחית מהפיצוי של המדינה, בגלל אשמה התורם של המדינה. אין זה קובע שהמדינה לא התרשלה או לא קיים אשם תורם, אלא שנקבע שלא ניתן להפחית מהפיצוי בהקשר הזה.

באופן עקרוני ניתן להטיל אשם תורם בעוולת כוונה, אך במקרה הזה לא ניתן להפחית מגובה הפיצוי בשל העובדות המסוימות של פס"ד. ההלכה היא שנוכל לטעון אשם תורם גם בעוולת כוונה, אך לא במקרה הספציפי הזה.

השופט מלצר: יש דיון מאוד מעניין בין השופט מלצר להנדל. על אך שנדמה שיש מחלוקת בין השופטים ניתן למצוא הסכמה רחבה בבסיס הטיעונים של השניים. השופט מלצר מבחין בין שלושה סוגים שונים של עוולת כוונה עליה שעליהם נצטרך לתת את הדעת:

1. מצבים מהסוג הראשון- מצבים בהם כתוצאה מאיזושהי עוולה קרה נזק- אם כתוצאה מאיזושהי עוולה קרה נזק, בין אם עוולת כוונה, רשלנות וכו, אם קרה נזק אז במקרה כזה אם יש אשם תורם אין שום בעיה להשתמש בס' 68 ולהפחית מגובה הפיצוי המגיע לניזוק.
2. מצבים מהסוג השני- מצבים שנגרם נזק, אך הנזק שנגרם כתוצאה מההתנהגות, עוולת המזיק, נגרם לו גם תוספת רווח (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק) , הוא שלשל לכיסו גם רווח. למשל, עניין תנובה- בה עם החדרת הסיליקון לחלב ניתן לדבר על נזק שנגרם באותו עניין אלא גם על הכסף שתנובה כלכלה לכיסה וחסכה עלויות בכך שהיא אפשרה להאריך את תפוקת החלב. זו דוגמא אחת למקרה בו גם נגרם נזק וגם רווח כתוצאה מפעולה עוולתית של מזיק. במצבים כאלו, שבהם לצד ההפסד והנזק של הניזוק נגרם רווח למזיק. השופט מלצר קובע כי נוכל להטיל אשם תורם אך רק על הרכיב של הנזק ללא הרווח. אם יש גם רווח וגם נזק מהנזק נוכל להפחית פיצוי בשל אשם תורם אך לא על רווח.
3. מצבים מהסוג השלישי- מצבים של העברת עושר, מצב שבו הנזק שווה ערך לעושר- כמו במקרה הנדון, במצב שבו אדם לוקח במרמה או בגזל, הנזק שווה ערך לתועלת ולרווח של המזיק, במובן המטריאלי, במקרה כזה לא נוכל להשתמש באשם תורם. מפני שאם מישהו במרמה מוציא כסף מאחר, אם נכיר בכך שיש אשם תורם אנחנו יוצרות מצב בו חוטא יוצא נשכר. במרכיב של רווח לא נרצה או נאפשר אשם תורם. אנחנו יוצאות מדיני הנזיקין לדיני עשיית עושר ומאפשרים התעשרות שלא כדין על חשבונם של אחרים, לכן קובע השופט מלצר במצבים שבהם המזיק משלשל לכיסו רווח, מרכיב הרכבי לעולם לא נאפשר הפחית מגובה הפיצוי בגלל אשם תורם..

כלומר בשורה התחתונה, על רכיב של נזק אפשר להכיר בהפחתת פיצוי בשל אשם תורם ועל רכיב של רווח לא.

השופט הנדל: השופט הנדל על פניו לא מסכים עם מלצר אך גלבוע קובעת שיש דימיון בין פס"ד ואין הבדל גדול. הנדל קבע שגם במצבים של העברת עושר מלאה בין אדם לאדם, באופן עקרוני ניתן להכיר בתחולה של אשם תורם. אך כשהוא מפרט את עמדתו הוא מסביר שהסיבה לכך היא שבדרך כלל התביעה היא לא רק להחזרת כספים אלא התביעה מכניסה תחת הכנפיים שלה, ראשי נזק אחרים, ולכן ניתן להטיל אשם תורם רק על ראשי הנזק האחרים. בעצם השופט הנדל מסכים לחלוטין בינו לבין השופט מלצר במובן הזה ששניהם הכירו שעל נזקים ניתן להכיר באשם תורם וברווחים לא.

השורה התחתונה של פס"ד: באופן עקרוני במצבים של התנהגות מכוונות נוכל להכיר באשם תורם, אך אם ההתנהגות המכוונות הזו גרמה לרווח לא נוכל להטיל אשם תורם ולהפחית מהפיצוי של הרווח, אך במידה וההתנהגות המכוונות הזו גרמה לא רק לרווח אלא הפסד\ נזק נוכל להטיל אשם תורם על הניזוק.

ודוק: ניתן להטיל אשם תורם על ניזוקים גם במצבים בהם קיימת התנהגות מכוונת של המזיק, לדוג' עוולת התרמית, אך יש להבין:

1. אם ההתנהגות המכוונת גרמה לרווח בלבד, בית המשפט לא יכיר באפשרות הנתבע כלפי הניזוק לאשם תורם.
2. אך אם מדובר ברווח לצד נזק, אם לצד ההתנהגות העוולתית לא קרה רק רווח אלא גם נזק, בית המשפט יכיר בטענת האשם התורם.
3. במקרים שיש רק נזק ואין רווח, אין שום בעיה משום שהם המקרים הנזיקיים הרגילים, ומכאן, שאין שום בעיה להכיר באשם תורם.

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת (מצבי התאבדות)**

מה קורה שהאשם התורם לא נובע מרשלנות אלא מפעילות מכוונת שלו. ניגע במצבים של התאבדות, במצבים כאלו יש פעולה מכוונת של הניזוק, (ככל שאפשר לקרוא לזה כוונה) ומתעוררת השאלה האם אפשר לייחס שפעולה זו אשם תורם?.

פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד

* הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות
* זיקה עובדתית/משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מצבי התאבדות)**

* אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)

עובדות: העיזבון של גלעד תובע את בית החולים הדסה על התאבדותו של גלעד, בזמן שהיה מאושפז במחלקה פסיכיאטרית של בית החולים.   
הטענה היא שבית החולים התרשל, הוא היה צריך למנוע את הנזק הזה, את ההתאבדות של גלעד.

טענת בית החולים: הטענה היא שבעצם לא ניתן לטעון להתרשלות מלאה מצד המזיק, כשהניזוק עצמו הוא זה שנטל את חייו. כשהניזוק הוא מי שגרם באשמו הוא שגרם למותו בגלל מעשיו והתנהגותו. כתוצאה מכך שהוא גרם לנזק, ניתן לייחס לו אשם. ולכן בית החולים רוצה לטעון לאשם תורם של המתאבד.

הטענה לאשם תורם מצידו של גלעד נדחתה.

חשוב לציין, כי לא בכל מקרה טענת האשם בהתאבדות תידחה, אך כשמדובר במטופל במחלקה פסיכיאטרית, שההימצאות במחלקה נועדה במטרה ובשביל להגן על חייו. לפיכך, כל חובת הזהירות של בית החולים זה לשמור על חייו. בקבלת הטענה, היינו מרוקנות מתוכן את המטרה והתכלית של התאשפזות בביה"ח הפסיכיאטרי, מתוך רצון למנוע מגלעד את היכולת לשים קץ לחייו.

במובן הזה, ההתרשלות של בית החולים נעשתה בדיוק מהמקום בו גלעד הצליח. בדיוק מכיוון שגלעד הצליח להתאבד, בדיוק מהמקום הזה אנחנו יכולים לקבוע בית החולים התרשל. בקבלת טענת אשם התורם אנחנו מבטלות את חובת הזהירות הנתונה על בית החולים.

**אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)**

השאלה היא בקשר לאשם תורם ותחולתו, היכולת לטעון אשם תורם גם במצבי של אחריות חמורה או מוגברות.

היכולת לטעון אשם תורם במצבים כאלה. למשל תקיפה, הסגת גבול וכו, בעוולת per se- שמשמעותה היא כי מספיק שיסודותיה מתקיימים, גם ללא שאלה של אשם- כלומר, מי האשם בגרימת הנזק. מה יכולה להיות הבעייתיות בהעלאת טענה כלפי התובע שהוא לא צריך לפצות אותו באופן מלא כי התובע באשמו גם כן גרם לנזק?

השאלה העקרונית: כיצד יוטל אשם תורם תחת עוולה המטילה על המזיק אחריות ללא אשם?

יש פה משהו חד צדדי במובן הזה שאלו עוולות שבמהותן לא נשאלת או דנה בשאלת האשם- האם יש אשם או אין אשם. זה עניין חד צדדי- או שהוא קיים או שלא, האם יסודות העוולה מתקיימים, או שהם לא, אף אחד מהיסודות לא מצריכים אשם. לדוגמא- בעוולת הסגת הגבול, השאלה היא האם שמת את הרגל שלך אצל השכנים- משמע השגת גבול, ולא האם באשמתך שמת את הרגל אצל השכנים. ולכן, מאוד מוזר לדבר על אשם תורם, או בכלל על אשם בעוולה מהסוג שבו לא נדרש אשם. על פניו, אם המזיק עצמו לא אשם, והניזוק הוא אשם אז אולי רק הניזוק אשם? יש פה צד שלא נדרשת אשמתו. ולכן פתאום אנחנו נכנסות בדלת אחורית שהאשם כן רלוונטי, זה מצב מוזר ותמוה ולא ברור אם המזיק לא אשם, כי העוולה לא דורשת אשמה, מוזר יהיה לומר גם שהניזוק אשם.

ההסדר בישראל - הפחתת פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם.

ובכל זאת, ההסדר בישראל הוא כזה שמאפשר פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם, יש התעלמות, (שלפעמים זה בצדק משום יש פה היגיון לאשר אשם תורם), אך מבחינה קונספטואלית, מבחינת הרעיון עצמו כשאנחנו מסתכלות מתחת לפני השטח נוכל לראות שיש קושי, מפני שמצד אחד אנחנו לא דורשים אשם מהמזיק אך מצד שני נכיר באשמו של הניזוק במקרה של אשם תורם.  
השורה התחתונה היא שעל אף הקושי הזה, שאכן במשפט הישראלי אנחנו כן נכיר במצבים של אחריות חמורה ומוגברת על פי אשמו היחסי של הניזוק. בית המשפט כן יצטרך להחליט ולהכריע מה יהיה סך הפיצוי שהנתבע צריך לשלם, למרות שהוא עצמו לא אשם.

כאמור במצבים של אחריות מוחלטת, כמו הדוגמאות שלמדו עליהם: אחריות מוצרים פגומים, תאומות דרכים, אחריות בהקשר של כלבים. שם אנחנו לא מדברות על דוקטרינת האשם התורם, אלא יש איים מסוימים שהמחוקק נותן שבמקרה ספציפי הוא יכיר בהגנה, אבל אך ורק במקרה הספציפי. במקרים של אחריות מוחלטת לא נדבר על אשם תורם, אלא רק באחריות מוגברת/חמורה. באחריות מוחלטת המחוקק קובע "עוגנים" מסוימים שרק בהם יהיה אפשר לקבל טענות הגנה. כלומר יש הגנה באחריות מוחלטת רק כאשר המחוקק קבע.

**(2) דוקטרינת הקטנת הנזק**

נטל הקטנת הנזק משמעותו היא שניזוק צריך להקטין את נזקו לפני שהוא מגיש את התביעה.

אם מישהו טוען שמגיע לו לקבל פיצוי על הנזק שלו, והוא יכול היה להקטין את הנזק שלו עד הרגע שהגיש את כתב התביעה שלו אבל החליט שלא, אנחנו צריכות לבדוק אם ראוי לפצות אותו בעד הנזק שהוא עצמו בחר לא להפחית.

**הקטנת נזק**

14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.

הנושא של הקטנת נזק מעוגן בכלל בחוק החוזים ולא בפקודת הנזיקין. הכלל מופיע בכלל בס' 14 לחוק החוזים (תרופות), אך זה נטל שהתקבל במשפט הפרטי ובפרט בדיני הזניקין, כחלק מהדין. זו בעצם דוקטרינה שהיום מקובל להשית אותה גם על ניזוקים בדיני נזיקין, ואנחנו נראה שמאוד אינטואיטיבי והגיוני שכך נעשה.

הקטנת נזק מול אשם תורם

מעבר לכך שהיא הגנה חשובה. בקריאת פסיקה יש אמירות שאומרות שהקטנת נזק היא מעין אחותו התאומה של אשם תורם ויש דמיון מסוים בין דוקטרינות. אך מה שמעניין זה ההבדלים בין הדוקטרינות שיעזרו להבדיל- מתי יש אשם תורם ומתי יש הקטנת נזק:

* בשונה מאשם תורם, הקטנת נזק זו טענת הגנה שנוגעת להתנהגות הניזוק אחרי קרות הנזק. הבדל כרונולוגי- הקשור בזמנים. אם ההתרשלות של הניזוק היא לפני קרות הנזק, זה אשם תורם (שהרי בהתנהגותו הוביל לנזק, ולכן, לא יכול להיות שהניזוק תרם באשמו לנזק לאחר שהוא כבר התרחש). אז אם הניזוק גרם לנזק באשמו, לפני קרות הנזק אז במקרה כזה אנחנו מדברות על אשם תורם. לעומת זאת, אם ההתרשלות של הניזוק לגבי הנזק היא בכך שהוא לא הקטין אותו לאחר מכן (נדבר בהמשך כי יש מצבים בהם נצפה מאנשים סבירים להקטין את הנזק ונצפה ממנו לעשות זאת), אז רק לאחר קרות הנזק, שהרי ניזוק לא יכול להקטין את הנזק לפני שהוא קרה. אנו נמצאים במקום בו אפשר לטעון שהניזוק לא הקטין את הנזק.
* אם הניזוק יכול היה להפחית את כל הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת כולו לגבי הנזק שלא הוקטן (בשונה מאשם תורם שם הניזוק והמזיק מעוולים יחד ולחוד על הנזק).הבדל שקשור במהות הדוקטרינה. במקרה של אשם תורם, בפסיקה התקבל הרעיון שבמקרה של אשם תורם, הניזוק והמזיק הם למעשה מחלקים ביניהם ושותפים יחד ולחוד לגבי הנזק שקרה בגלל אשמם, לפי תרומתם היחסית לקרות הנזק. בשונה מכך, כשאנחנו מדברות על הקטנת הנזק, המזיק למעשה פטור לחלוטין מלשלם פיצוי לגבי כל הנזק שלא הוקטן ע"י הניזוק (לא אומר שיהיה פטור בכלל מפיצוי). לא במקום שבו הניזוק תרם להתרחשות הנזק, אלא במקום שהנזק היה צריך להיות מוקטן, ולא היה שותף לנזק. יש מספרים מוחלטים לעומת יחסיות.

**שלבים הוכחת טענת הגנת הקטנת הנזק**

השלבים דומים וזהים לשלבי הוכחת דוקטרינת האשם התורם:

1. הוכחת התביעה- התובע צריך לעמוד בנטל הוכחת התביעה לפי העילה שעליה הוא נסמך. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה.
2. טענת הגנה- לאחר קביעת קיומה של עילה נזיקית- יש צורך להתייחס לשאלת טענת ההגנה. הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק (כטענה נוספת או חלופית לטענת הגנה אחרת כגון אשם תורם). טענה האם ניתן לפטור או להפחית את הפיצויים שניתנו בגין העוולה.
3. הכרעת ביהמ"ש- ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

**דוגמאות לדרכים להקטנת נזק**

1. טיפול רפואי**-** מישהו שיכול היה לקחת טיפול תרופתי/לעבור ניתוח למשל אבל בחר שלא לעבור אותו- כנראה שהוא יכול היה להקטין את הנזק הרפואי שלו ובחר שלא למרות שיכול היה (למרות שיש פה קושי- נדבר בהמשך).
2. מציאת עבודה חלופית- נניח שמישהו איבד אצבע והוא אמן, כשההשלכה היא שהוא לא יכול להמשיך בעיסוקו, נמנע ממנו כושר ההשתכרות העתידי שלו כצייר. במקרה כזה כנראה שלא נאמר שהוא איבד את הכנסותיו העתידיות אלא אולי יכול היה לבחור עיסוק אחר ולא פשוט לשבת בבית ולא לעשות כלום, ולטעון לאובדן כושר השתכרות עתידי. הוא לא ניסה להקטין את הנזק, לראות איך הוא ממשיך בחייו.
3. גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי- אם קרה מעשה התרשלות ויש אפשרות למשל להיפרע מחברת ביטוח- לא תצפה מהמזיק לשלם לך על כך כשיש אפשרות חוקית להיפרע מגוף שאחראי לכך במיוחד. צריך לנסות לגבות את זה מהגורם "הטבעי" לפני שדורשים פיצוי מלא כזה מהמזיק.

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת הקטנת הנזק**

הקטנת הנזק שנתפסת כדוקטרינת אחות לאשם תורם. הסיבה לכך שהקטנת נזק נקבעת על פי אמת מידה אובייקטיבית, המשמעות היא שהניזוק נתפס ככזה שצריך להקטין את נזקו באמצעות אותם אמצעים שאדם סביר בנסיבות העניין היה נוקט בהן.   
וכך זה גם ביסוד ההתרשלות, השאלה הנורמטיבית של סבירות, האדם הסביר- מה היה מצופה מהניזוק הסביר לעשות בנסיבות העניין לאחר קרות הנזק. האם ניתן לטעון שניזוק סביר היה צריך בנסיבות העניין להקטין את נזקו ולא עשה זאת.

השאלה העקרונית: אנחנו נתמקד בשאלה, האם כשבית המשפט מתייחס לשאלה האם הניזוק התנהג באופן לא סביר בכך שהוא לא הקטין את נזקו, האם בית המשפט למרות הסטנדרט האובייקטיבי, האם הוא עדיין צריך להתחשב גם במאפיינים הייחודיים של הניזוק במקרים מסוימים? ואם כן, מתי לדוגמא?

**הפחתת נזק על ידי טיפול רפואי**

היא גם דוגמא כללית להפחתת נזק, ודרכה נוכל לבחון את שאלת הסטנדרט- מה זה אומר הניזוק הסביר? אנחנו יודעות מה המשמעות של האדם הסביר בעוולת הרשלנות, אחר כך באשם התורם, שראינו שיש מצבים ספציפיים החורגים מהאדם הסברי יחסי מעביד ועובד, קטינים), ועכשיו נגיע לניזוק הסביר בהקשר של הפחתת נזק.

גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח

העובדות: הניזוק נותח ברגלו עקב תאונת דרכים. בוצע מסמור שתפקידו לסייע לאיחוי העצמות מחדש. הניזוק מתקשה לשוב לעבודה, ונקבעת לו נכות מסוימת, בין היתר, כי יש לו כאבים וקשיים שנגרמים גם מהמסמר ברגל. הנכות שלו בעצם נבעה גם מהתאונה אבל גם מהכאבים שיש לו בגלל המסמר.  
התובע התעקש לא לעבור ניתוח להוצאת המסמר מהירך למרות שמדובר בניתוח קל, בהרדמה מקומית עם סיכויי הצלחה גבוהים מאוד.

נקבע: בית המשפט קבע שיש להפחית משיעור הנכות של הניזוק בשל התעקשותו לא לעבור את הניתוח הקל להוצאת המסמר. בית המשפט הסתמך בהכרעתו גם על העובדה שמדובר בניתוח קל, לא מסכן חיים עם סיכויי הצלחה גבוהים. בית המשפט קבע שיש להפחית מהנכות שנקבעה לניזוק בגין המסמר שנמצא ברגל, כלומר לא סך כל הנזק אלא הנזק שהניזוק עצמו לא מונע כאשר הוא לא רוצה לעבור את הניתוח בהוצאת המסמר, כדי להפחית את הנזק הספציפי הזה. צריך להוסיף ולומר, שצריך להוסיף לסכום הפיצויים, סכום שיכסה את ההוצאות הרפואיות הסבירות שכרוכות בניתוח להוצאת המסמר מהרגל. וזאת משום, שבמקרה כזה לא נוכל מצד אחד להוריד מהנכות והפיצוי, משום שלא הקטין את הנזק, והצד השני לא להכיר בכך שאם הוא היה מקטין את הזנק היה זכאי להוצאות מלכתחילה, שהיו כרוכות בהוצאת המסמר. אז לא ייתכן שכאשר נוריד מגובה הפיצוי והכרה בכך שחלק מהנכות היא נכות שנגרמת מהצב של הניזוק עצמו, שלא מוכן להקטין את הנזק. אך לא ניתן לו, גם בדיעבד את האפשרות לעשות את הניתוח ולהקטין את הנזק שלו, בדיוק כמו שהיינו מאפשרות לו מלכתחילה. אלו שני צדדיו של המטבע מבחינת הפיצוי.

בית המשפט העליון צידד וקבע שהצדק היה עם פס"ד של בית המשפט המחוזי ומהשיקולים שציינו.

מתוך פסק הדין גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח לעניין האיזון הנדרש להקטנת נזק:

(אמירה זו כללית, ואינה מתייחסת רק לנסיבות המקרה הנוגעת להקטנת נזק דרך טיפול רפואי)

"בקביעת רמת ההתנהגות הראויה לעניין הנטל להקטנת הנזק ניתן להיעזר ברמת ההתנהגות הראויה, על-פי דיני הרשלנות (הכוונה היא להתרשלות), המוטלת על מזיק כלפי הניזוק… עם זאת, רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה, מעצם טבעה, להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק…"

ביהמ"ש מוסיף ומפרט מדוע:

"אמנם הניזוק חייב לפעול לפי מיטב יכולתו לא רק לטובת האינטרס שלו, כי אם גם לטובת האינטרס של המזיק, אולם, … אין הניזוק חייב לצאת מגדרו בנסותו למלא את חובת הקטנת הנזק. אין הוא נדרש לנקוט פעולה המסכנת אותו או מקריבה או מסכנת את רכושו או את זכויותיו…

אין לצפות מהניזוק הקרבה אישית למען המזיק. אין לדרוש ממנו, כי יתייחס אל המזיק כאל עצמו. זו מידת "חסידות" שאין זה להעמיד בה את הניזוק. אך אין לו התעמרות במזיק, ואין לאפשר לו להתעלם מהאינטרסים של המזיק. זו מידת רשעות שאינה ראויה. יש לדרוש מהניזוק שיתחשב הן באינטרס של עצמו והן באינטרס המזיק, תוך איזון ראוי ביניהם, שישקף את תחושת הצדק של הציבור הנאור בישראל."

כלומר אם אתה יכול להפחית את הנזק שלך באמת ובקלות ולא עשית את זה והלכת לתבוע מהמזיק את מלוא הסכום- זה ממש נתפס כמידה של רשעות, כמשהו מאוד בעייתי. אבל המזיק ההוא מי שיצר את הנזק בזה שחשף מישהו אחר לסיכון. הוא זה שיצר את כל הסיטואציה העובדתית הזאת, הקשה עבור הניזוק. אז עכשיו הניזוק לא מצופה בדיוק לאותו סטנדרט כמו בהתרשלות, אנחנו לא מדברים על הניזוק הסביר כאדם הסביר כפי שדיברנו על המזיק. המזיק הוא מי שמלכתחילה חשף את הניזוק לסיכון, והוא האב של החטא הקדמון שיצר את הזנק. עכשיו שהאלה מה הניזוק הסביר היה עושה, צריכה להיכתב מהפרספקטיבה של הניזוק, לא מה האדם הסביר היה עושה אלא מה הניזוק הסביר בנסיבות היה עושה.

לא יכול להיות שמישהו ידרוש מהניזוק דרישות רבות להקטנת הנזק, כשאומרים "הקרבה" זו לא באמת הקרבה, מדובר ביכולת מינימלית להקטין את הנזק במובן הזה שזו בקשה סבירה מניזוק סביר להקטין את הנזק, כמו הניתוח הפשוט עם אחוזי ההצלחה הגבוהים שבגולדפרב.   
יש פה איזון, מצד אחד אין דרישה להקרבה עצמית של הניזוק כלפי המזיק והעמדתו במקומו של המזיק, אך מצד שני, אין להתעלם מהאינטרסים של המזיק. כשאנחנו מסתכלות על הדברים, ברור לנו שאנחנו לא מצפות מאנשים להקריב את עצמם כדי להתחשב באינטרסים של אחרים, לא ביומיום וודאי שלא כאשר המזיק חשף את הניזוק לסיכון שהתממש ושם אותו בנעליים שמצריכות ממנו להקטין את הנזק. צריך לזכור בעצם היכן התחיל כל הסיפור- מסיכון שיצר המזיק כלפי הניזוק, והניזוק נמצא בנעליים שנכפו עליו. לכן ברור שמתייחסים אליו על פי סטנדרט שהוא נמוך יותר, בהתאם.

**הפחתת נזק ושיקולי דת\ היבטים תרבותיים**

מקרה ספציפי בו נראה איך מתייחסת הספיקה ומה ההלכה לגבי הקטנה של נזק משיקולים הקשורים לדת, תרבות, השתייכות לקהילה.

פלונית נ' עיריית כפר קאסם

העובדות: התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא מגודר. נגרמו לה נזקי גוף ונזקים נפשיים. התובעת סירבה להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית להקטנת נזקה הנפשי, חרף המלצותיהם של הגורמים הרפואיים בנושא. היא סבלה מפוסט-טראומה והתפתחה אצלה בעיה נפשית חמורה.

הטענה: עיריית כפר קאסם טענה, שמאחר והגברת סירבה לאשפוז פסיכיאטרי במשך שנים, לא הקטנת את הנזק, ולכן יש להפחית מהפיצוי שלה את שיעור הנזק שיכלה להקטין. נאמר גם שלאחר 5 וחצי שנים, כשאותה אישה כן התחילה בסוף טיפולים פסיכיאטריים, הנזקים הנפשיים שלה הצטמצמו משמעותית, והיו אף רופאים שטענו שיתכן ויכול להיות שהם היו נעלמים לחלוטין אילו הייתה מתחילה את הטיפול הנפשי מוקדם יותר. ולכן, הטענה הייתה שבהתעקשות ובסירוב לגשת לטיפול פסיכיאטרי, היא לא הקטינה את הנזק באופן שהיה יכול לצמצם משמעותית את הנזק. ועכשיו העירייה צריכה לפצות על נסק שהניזוקה בחרה לא להקטין.

הטענה המעניינת שנטענה על ידי הניזוקה, היא לגבי הרקע התרבותי הייחודי שלה וההשתייכות הקהילתית שלה. הניזוקה שייכת למגזר בו סטיגמה חזקה מאוד למי שמתאשפז אשפוז פסיכיאטרי. אגב, זה נכון לא רק למגזר הערבי, אלא גם למגזר החרדי-אורתודוקסי, שם גם לאדם הסובל המקשים נפשיים וגם כזה שהתאשפז יכול להיווצר נזקים מאוד גדולים (סטיגמה חברתית, תיוג, סיכויי שידוך, נידוי וכדומה). כלומר אותה אישה טענה שהיא לא יכלה להתאשפז, מאחר וזה היה גורם לה נזק גדול מאוד במישור החברתי, ולכן זה לא סביר לצפות ממנה, על הרקע התרבותי והדתי, להקטין את הנזק על ידי אשפוז פסיכיאטרי.

נקבע בפסד דינו של השופט רובינשטיין: רובינשטיין הסכים לקבל את טענת הניזוקה באופן חלקי, את טענת ההתחשבות בהיבטים דתיים\ תרבותיים של התובעים לעניין החשש מהסטיגמה בחברה הערבית. אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק, אלא כדי להתחשב בשיקול הזה בהכרעת הדין.   
רובינשטיין מוכן להכיר שהסטיגמה בהקהילה מבטאת שיקול שאפשר להתחשב בו, אבל הוא גם מדגיש שהסירוב לטיפול הפסיכיאטרי היה סביר לתקופה שבה התובעת ניסתה באופן סביר להפחית מהנזק שלה באמצעות אמצעים שהם לא אשפוז או טיפול פסיכיאטרי, אלא באמצעים אחרים. לאחר פרק זמן שבו התובעת ראתה שההימנעות מטיפול פסיכיאטרי במהלך תקופה ארוכה, גורעת ממצבה ולא מאפשרת לה להחלים, זו הנקודה בה זה מפסיק להיות סביר ומתחילה לחול עליה חובת ונטל הקטנת הנזק. הציפייה היא שאחרי שפרק זמן מסוים ניתן לתובעת להימנע מהטיפול הפסיכיאטרי ולנסות אמצעים אחרים, כן אפשר לומר שלא סביר שהתובעת משמיכה להימנע, והשופט רובינשטיין מצא שפרק הזמן באותו עניין עומד על 18 חודשים- שנה וחצי.

השופטת ברק ארז: למעשה לא רצתה לנוע למחוזות הללו להתדיין ולהתמודד דרך פס"ד הזה, כבמה להכריע ולקבוע מסמרות בעניין הנידון- האם צריך להתחשב ברקע דתי, תרבותי, קהילתי? כדי להחליט על הפחתה ויכולת לשקול את השיקולים הללו בנטל הפחתת הנזק שחלה על הניזוק. ברק ארז מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין, מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות המאפיינים הדתיים של התובעים.  
ברק ארז קבעה כי למעשה, ככלל, אשפוז פסיכיאטרי ללא קשר לשיוך תרבותי וקבוצתי, זה דבר שמבחינה מהותית ופרוצדוראלית ששולל חופש וחירות של האדם. סביר להמתין עם אשפוז פסיכיאטרי שבמהותו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. אדם לא יטה להיכנס במהירות לאשפוז פסיכיאטרי, ובעצם מעוניין לשול את אוטונומיה של עצמו. ולכן זה סביר, בלי קשר לשיוך קהילתי שקודם כל אדם ימצא לנכון להמתין ולנסות בהקטנת הזנק הנפשי שלו גם באמצעים אחרים.   
במובן הזה, ברק ארז הצטרפה לפס"ד של רובינשטיין אך עשתה את זה דרך הנמקה אחרת. היא לא רצתה להתמודד דרך פסק הדין הזה כדי לקבוע החלטות כלשהן לגבי הנושא של התחשבות בשיקולים כמו רקע דתי/קהילתי להחלטה האם להפחית את נטל הקטנת הנזק. במקום זה היא אומרת שאשפוז פסיכיאטרי כשלעצמו זה דבר שמבחינה מהותית הוא שולל חופש, שולל חירות. אדם לא רץ כל כך מהר לשלול את החופש של עצמו. לכן סביר בלי קשר לשיוך דתי/תרבותי סביר שאדם יחכה תקופה וינסה להקטין את הנזקים הנפשיים שלו גם באמצעים אחרים אם הוא רואה לנכון לעשות זאת.

השאלה הזו לגבי התחשבות במאפיינים דתיים עלתה לא מעט מעבר לים, בארה"ב למשל, בעיקר במקרים של פגיעה בניזוקים שמשתייכים לכת של "עדי יהוה". בכת הזאת לא מוכנים לקבל מנות דם, והמשמעות היא שפגיעה בניזוק כזה, גם אם היא יחסית קלה- יכולה לגרום לו למוות. במובן הזה, אם מישהו למשל יכול להפחית את נזקו ממיליון ל-100 אבל הוא לא עשה את זה, האם אפשר לומר שהנתבע צריך לשלם רק 100 ולא מיליון בכל שלא לקח את מנת הדם והקטין את הנזק, כלומר הנזק לא קטן ממיליון ל-100?

הפסיקה האמריקאית לא אחידה בנושא הזה, יש גישות שונות לגבי אמונה דתית בהקטנת נזק. אפשר אולי למצוא עידוד מסוים לקושי הזה בפס"ד דינו של רובינשטיין בעניין פלונית, למרות שהמשקל המסוים שהוא נתן להשתייכות הדתית הוא מאוד מינורי יחסית, מפני שהוא הכיר בו עד גבול מסוים. ואנחנו רואות את האיזון שברק-ארז עושה באיזשהו מקום נמנעת מללכת לכיוון הזה ולקבוע מסמרות בשאלה הזו. אנחנו רואות התקדמות בגישה, אך אי אפשר לומר באופן מוחלט היום אם ביהמ"ש בהכרח יתחשב בשיקולי דת ומגזר לשאלת הקטנת הנזק. שני הקולות הדומיננטיים של רובינשטיין וברק ארז הובילו לאותה תוצאה ממש.

**עוולות: כליאת שווא, תקיפה וזכויות החולה**

**מבנה הלימוד**

1. עוולת כליאת השווא- ס' 26 (והגנות בס' 27).
2. עוולת התקיפה- ס' 23 (והגנות בס' 24).
3. תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה- נבחן מתי חולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה ומתי לתבוע בעוולת רשלנות
4. נדון בדוק' ההסכמה מדעת, אותה הכרנו בפרק של גבולות עוולת הרשלנות, ונבחן מה ההלכות לגבי *היקף חובת הגילוי* של גורמים רפואיים
5. נשוב לדיון בפגיעה באוטונומיה, אותה הכרנו בפרק של גבולות עוולת הרשלנות, ונבחן מה ההלכה העדכנית לגביה על רקע הדיון המקיף בחובת הגילוי.

זו תהיה החלוקה שבה נתחיל לעסוק בעוולות הללו.

1. **כליאת שווא**

כליאת שווא היא עוולה של אחריות מוגברת. זה לא משנה האם מישהו התנהג בצורה סבירה או לא סבירה בעוולה של אחריות מוגברת, כמו כליאת שווא, ואף לא נדרשת גם הוכחה של קשר סיבתי, לא מוזכר נזק או קשר סיבתי בין ההפרת החובה לבין הנזק. זו נקודה מאוד חשובה, שלא צריך להוכחת נזק בכדי קבלת פיצוי בגין העוולה, ניתן לתבוע על עצם העובדה של שלילת החופש ללא קשר לשאלת הנזק.

**כליאת שוא**

26.  כליאת שוא היא שלילת חירותו של אדם, שלילה מוחלטת ושלא כדין, למשך זמן כלשהו, באמצעים פיסיים או על ידי הופעה כבעל סמכות.

**יסודות העוולה**

1. "שלילת חירותו של אדם"- שלילת החירות והכליאה לא באה לידי ביטוי רק במקרים של כליאה בבית כלא (המקרים האלו של בית כלא לא מדברים על כליאת שווא, אלא אם כן מדובר בכליאה שהיא לא חוקית). אלא שהכליאה יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל כליאה של מישהו בחדר מסוים. המקרים היותר בעייתיים אלו המקרים שמופיעים בסיפא הסעיף "הופעה כבעל סמכות" מדובר גם על מקרים של בעל סמכות- למשל שוטר שסוגר את הדלת ואומר לא לצאת מהכיתה, גם אם הדלת עצמה לא נעולה וקיימת אפשרות לצאת מהחדר. הכליאה משתקפת בכך שאותו גורם התחזה בפני הניזוק, והוא גרם להאמין שהוא בעל סמכות ולמעשה שלל את החירות כשהוא מציג מצג שווא. אם הניזוק הסתמך על המצג הזה הוא יוכל לטעון לכליאת שווא.
2. "שלילה מוחלטת"- שלילה מוחלטת יכולה להשתקף מעצם העובדה שנועלים אותך מאחורי דלת- זו שלילה מוחלטת. שלילת חירות מוחלטת, למשל יש הבדל בין נעילה לבין רק סגירה שלה )אבל זה כל עוד לא מדובר בבעל סמכות כאמור
3. "שלא כדין"- חריגה מסמכות, אם אין צו מעצר חוקי הכוונה היא שזה לא כדין. אי אפשר לעצור מישהו ללא אישור/צו. לא ניתן לעצור אדם אם פעולת הכליאה ניתנת שלא כדין.
4. "למשך זמן כלשהו"- יסוד בעייתי, במובן הזה שהמחוקק לא קובע לבית המשפט מה לעשות במקרים ובהקשר הזה, לא נאמר או ברור מה הוא פרק הזמן המינימלי. אין יותר מידי דיונים בפסיקה, אך כלל הנראה לא מדובר על פרק זמן מאוד קצר. היסוד נאשר פתוח בידי המחוקק כדי לאפשר לשופט להגיע למסקנות לפי כל עניין ומקרה.

בנוסף נדון בשאלה - האם צריך להוכיח כוונה בנוסף ליסודות אלה? הסעיף לא דורש כוונה. גם אם מישהו, יכול להיות שינעל גם בטעות. כליאת שווא יכולה להיעשות גם ברשלנות, לא רק בכוונה.

היום כעיקרון עוולת הרשלנות רחבה מספיק כדי בעצם להכניס לתוכה כליאת שווא ברשלנות. אך מה בכל זאת ההבדל? התחלנו בכך שעוולת כליאת השווא היא עוולה באחריות מוגברת שהמשמעות המשפטית שלה היא שאין צריך להוכיח קשר סיבתי ואשם. הרשלנות כן צריך להוכיח את היסודות הללו ולכן, אפשר להגיש תביעה בעילת הרשלנות בהקשרים הללו, אבל יש קושי יותר גדול בעמידה בעוולת הרשלנות.

**ההגנות לעוולת כליאת שווא**

בדומה לעוולת התקיפה, גם בעוולת כליאת שווא, אחרי הסעיף שמפרט את יסודות העוולה מתקיים סעיף שמפרט את הגנות העוולה. סעיף 27 לפקודת הנזיקין מפרט את ההגנות לכליאת שווא:

*"27. בתובענה שהוגשה על כליאת שוא תהא הגנה לנתבע אם –*

*(1)  עשה את מעשהו תוך כדי ביצוע, או סיוע כדין לבצע, צו מעצר או חיפוש, צו מסירה לדין, צו מאסר או צו עיכוב שניתנו על ידי בית משפט או רשות אחרת המוסמכת לכך, ובלבד שהמעשה שמתלוננים עליו הותר באותם צווים אף אם היה פגם בהם או בנתינתם;*

*(2)  התובע היה נתון במשמורת כדין לפי הוראות חיקוק;*

*(3)  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;*

*(4)  המעשה שהתובע מתלונן עליו היה מעשה, שהאדם שעשהו היה צפוי לעונש לפי הוראות חיקוק אילולא עשהו;*

*(5)  הנתבע והתובע היו שניהם חיילים בצבא-הגנה לישראל והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי אותו דין;*

*(6)  הנתבע הוא הורו או אפוטרופסו או מורהו של התובע, או שהיחס שלו אל התובע דומה לשל הורו או אפוטרופסו או מורהו, והוא שלל מהתובע את חירותו שלילה ארעית בלבד לזמן שהיה נחוץ באופן סביר למען ייטיב דרכו."*

פטור מכליאה להורה וגם למורה, לתקופה ארעית בזמן. יש כל מיני הקשרים מעניים במשפט ליחסי הורה ילד. לפי הגנה זו, כמו שהורה יכול להעניש את הילד השארתו בחדר, כך גם המורה יכול לרתק את התלמיד למען יטב דרכו. יש כאלו שיסברו שלאחר שינוי התפיסה לגבי התנהלות מורים והורים לילד, ניתן היה לבטל את הסעיף. בדומה להגנה זהה שהייתה בהקשר של תקיפה- הגנה אשר בוטלה.

1. **תקיפה**

עוולת התקיפה תתחלק :תקיפה באופן כללי, ואחר כך נראה איך בהקשרים רפואיים תקיפה הפכה להיות במהלך השנים, עוולה משמעותית ואיך עוולת הרשלנות הלכה ונגסה בעוולת התקיפה, שהיום הם מטופלים בעיקר תחת עוולת הרשלנות.  
יש להפריד בין מתי התנהגות של צוות רפואי יכולה להיחשב לתקיפה ומתי לרשלנות, נוכל לצייר את קו הגבול בין תקיפה לרשלנות בהקשרים הללו.

**תקיפה**

(23א.) תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו.

(ב) "שימוש בכוח", לענין סעיף זה – לרבות שימוש בחום, באור, בחשמל, בגאז, בריח או בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק.

**תקיפה- סעיף 23 לפקודת הנזיקין**

חשוב לציין לגבי חלק ב' של סעיף עוולת התקיפה הנוגע לשימוש בכוח, כי שימוש בכוח יכול להיות גם שימוש גם באור, בחום וכו', כלומר כל שימוש ישיר גם אם הוא לא ממש נוגע בגוף שלנו.

ניתן לראות שסעיף עוולת התקיפה הוא רחב מאוד, ונוכל להבין למה תקיפה זו דוקטרינה ועוולה משמעותית. עוולת התקיפה שונה במשפט הישראלי מאשר מהמשפט המקובל כי היא כוללת למעשה מצד אחד עוולה העוסקת פגיעה פיזית שימוש בכוח, ומצד שני עוולה שמוגדרת באמצעות איום על מי שהוא אחר בשימוש בכוח.

הראשונה, שימוש בפגיעה פיזית מוגדרת במשפט המקובל כ- battery והשנייה, שימוש באיום או ניסיון להשתמש בכוח מוגדרת כ- assault . למעשה, במשפט הישראלי נראה את שני הסוגים הללו תחת כותרת אחת של תקיפה, גם הניסיון והאיום וגם השימוש בכוח פיזי.

**יסודות העוולה (חציה הראשון- שימוש בכוח)**

נדבר על יסודות העוולה שנוגעת לפגיעה פיזית:

1. שימוש בכוח
2. כנגד גופו של אחר (לא רכוש)
3. במתכוון- נראה עד כמה הנושא הנפשי תמיד הוצא מדיני הרשלנות עד שנכנס פנימה. יש כל כך הרבה פסיקה משמעותית הקשורה לנזקים נפשיים.
4. שלא בהסכמה- יש היגידו שזה הכוח המניע של עוולת התקיפה. התובע בעוולה של תקיפה צריך להוכיח לא רק כוונה אלא גם אי הסכמה, שהוא עצמו לא הסכים. התובע עצמו צריך להוכיח שלא הסכים, הרבה פעמים זה פשוט, אך יש מצבים אחרים בהם מאוד קשה להוכיח אי הסכמה- המילה שלה כנגד שלו וכו. זה נטל לא פשוט כדי להוכיח.
5. תקיפה.

**דרישת הכוונה**

פסק דין כרמי

עובדות: כרמי סבל ממחלת נפש ודקר ילד בן 8 שהצליח לברוח, וגם את התינוקת שלו, שנפטרה מפצעיה. לאור מחלת הנפש של כרמי הוא הוכנס לאשפוז במוסד סגור, ומצאו שבהקשר הפלילי הוא לא עונה לדרישות הכוונה הפלילית ופטרו אותו מנשיאת אחריות, כלומר מבחינת דין הפלילי הוא לא עומד באחריות הפלילית.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית לפי עוולת התקיפה על אדם שפועל בצורה מסוימת תחת מצב של מחלת נפש? כי אם לא ניתן לייחס לו כוונה, לא מתקיים אחד היסודות המרכזיים של עוולת התקיפה. אותו ילד לא יכול לתבוע את נזקיו יסוד הכוונה הוא יסוד משמעותי, שהוא אחד מיסודות עוולת התקיפה. אם נקבל את הגישה כמו במפשט הפלילי, אדם שחולה בנפשו לא יכול לשאת אחריות, לא נוכל לאפשר תביעה נזיקית בנסיבות כאלה. האם באמת אפשר לומר שכרמי פעל תחת מצב נפשי והאם אפשר לומר שהוא פעל במתכוון?

מה קביעת בית המשפט? האם מי שפעל תחת מחלה נפשית, האם אפשר לומר שהוא התכוון תחת דיני הנזיקין?

שלוש גישות שונות (לפירוש דרישת הכוונה לעניין מחלת נפש, בסעיף 23):

1. אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית - למעשה גישה שמתיישבת עם המשפט הפלילי, כאשר יש אדם שחולה בנפשו לא ניתן לייחס לו כוונה, כמו שהוא יהיה פטור מאחריות פלילית כך יהיה פטור מאחריות נזיקית. מפני שלא ניתן לייחס כוונה לאדם שלא פועל מתוך רצון חופשי.
2. ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהוזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה( - ניתן להטיל אחריות אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת הגפיים. התפיסה היא תפיסה של היעדר שליטה. רק אם למישהו לא הייתה שליטה בגפיים שלו, בין אם חוסר השליטה נובעת מבעיה נפשית או פיזית, רק אז נוכל לזכות ולפטור אותו מאחריות פלילית. מספיק שלאדם יש ידיעה על הזזת הגפיים, בין אם התכוון או לא, יש לך יכולת לשלוט בגפיים שלך וידעת מה אתה עושה, למרות שלא התכוונת לפעולה המזיקה, די בכך כדי לחוב אותך כתוקף בנזיקין ולקיים את דרישת הכוונה המופיעה בסעיף 23.
3. הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו- הטלת אחריות בנזיקין על תוקף בין אם יש לו שליטה בגפיו ובין אם לאו. השופטת ארבל דוגלת בה, יש להטיל אחריות על הנאש בין אם הוא שולט בגפיו או לא.

נקבע- השופט רובינשטיין בחר באפשרות הביניים ולהטיל אחריות נזיקית על הנתבע, למרות מחלת הנפש, מפני שכאמור הייתה לו שליטה פיזית על גפיו, די בכך שאומנם הוא לא פעל מתוך רצון חופשי אלא מתוך רצייה, הוא היה מודע לפעולותיו ושלט על גופו.

מנגד, לדעת ארבל- לא מקבלת את מבחן השליטה של רובינשטיין, שהיא גישת ביניים. גם במקרה של מחלת נפש, נצטרך להעדיף את התכלית של הפיצוי, האינטרסים של הניזוק ולא של התוקף. ואין משמעות משפטית לשאלה האם לתוקף הייתה שליטה על גפיו או לא, ידע או לא ידע, ברגע שהייתה תקיפה ויש נזק, צריך להעדיף את האינטרסים של הניזוק ולאפשר פיצוי.

יש לציין, ב"תזכיר דיני ממונות", הצעת חוק שלא ברור מתי תיכנס לתוקף, נדרשת רק מודעות של אדם לגבי עצם השימוש בכוח כלפי אדם אחר. תקיפה בשימוש ביודעין, ולא "בכוונה". אנחנו רואות שהמחוקק מתכוון לשנות את דעתו מבחינת דרישת הכוונה בהקשרים של תקיפה. השינוי שמתוכנן בהקשר לתקיפה בא בהלימה עם עמדתו של רובינשטיין בפסק הדין.

דיון בשיקולי בית המשפט: לפסק הדין יש משמעות לא פשוטה לתשושי נפש:

* שיקולים חלוקתיים- תשושי הנפש נמצאים בתחתית הסולם גם מבחינת שילובם בחברה וגם במצבם הכלכלי. מדובר באוכלוסייה מאוד חלשה, בעיקר הגישה שמציעה השופטת ארבל אנחנו מטילים נטל כלכלי שהאוכלוסייה לא יכולה לעמוד בו.
* שיקולים הרתעתיים- יש ניסיון למנוע את המצבים האלו מראש, ואלי נעודד אנשים ובני משפחה אפילו, לנסות ולאתר בעצמם את מצבי הרוח הקשים, של אנשים המכירים את תשושי הנפש היטב.
* היבטים קהילתיים- אם לא תוטל על אנשים כאלה בשום אופן אחריות נזיקית, אנשים אחרים יפחדו לפתוח את דלתם בקלות ולקבל את תשושי הנפש בחברה בכלל. פסק הדין יוצר איזשהו איזון במובן הזה. אם אנחנו רוצות לעודד השתלבות שלהם אנחנו צריכים אולי לשקול גם היבטים כאלה.

**יסודות העוולה (חציה השני- ניסיון או איום להשתמש בכוח)**

1. ניסיון או איום תוך שימוש במעשה או תנועה- הכוונה היא רק לאיום שהוא מלווה בתנועה. לאיום יש אקספרסיביות פיזית, מעשה או תנועה שנלווים לאיום הזה. כשאיום הוא אקספרסיבי יש פה תחושה שהאיום הוא אמיתי, מוחשי.
2. התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע כוונה והיכולת לבצע את האיום- זה עניין סובייקטיבי, האדם שמולו יטען כי הוא הניח שכתוצאה מהאקספרסיביות של האיום, יש את הכוונה והיכולת שהתוקף יבצע את זממו.

האדם צריך להוכיח שבאמת חשב שהאדם השני יתקוף, זו דרישה לא קלה להוכיח. במובן הזה, בהוראת המחוקק ושהוא מציין שמדובר באיום אקספרסיבי עוזר לתובע את הכוונה והיכולת כפי שציין הסעיף.

הדגש הגדול הוא על עוולה הדורשת מגע פיזי, אך יש לדעת שקיים גם ניסיון ואיום לשימוש בכוח. עוולת התקיפה נוגעת רק למגע או איום לפגיעה גופנית בשימוש בכוח. וזה הרעיון של חלקה השני של עוולת התקיפה.

בנוסף ישנם היבטים ייחודיים לסיפא סעיף 23( סוג הנזק, ניסיון(. -

* עוולות מסוג ניסיון בדרך כלל נראה במשפט הפלילי ולא בנזיקין, יש לנו כאן איזושהי "חיה מוזרה"
* בדרך כלל הנזקים שיתממשו יהיו נפשיים ולא פיזיים

**הגנות בתקיפה**

גם לעוולת התקיפה שגם כאמור עוולת כוונה, בנויה בצורה כזו: יסודות העוולה ואז הגנות לעוולה. נתמקד בעיקר בעוולה הראשונה.

*24**. " בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם –*

*(1)  עשה את המעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר;*

*(2)  השתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע את התובע מהיכנס שלא כדין למקרקעין, או כדי להרחיקו מהם אחרי שנכנס אליהם, או שהה בהם, שלא כדין, והכל כשהנתבע היה תופשם או פעל מכוחו של תופשם; ואולם אם נכנס התובע, או ניסה להיכנס, למקרקעין שלא בכוח, תנאי להגנה הוא שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא להיכנס לשם, או לצאת משם אחרי שנכנס, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום;*

בדומה לסעיף 24(1) , גם תת- סעיף זה, מדבר על דרישת הסבירות וגנה רק שבמקום יותר ספציפי, מדבר כשאדם מסיג גבול למקרקעין. הסגת גבול במקרקעין ומתי סביר שימוש בכוח כדי להוציא אדם מהמקרקעין שלו.

*(3)  השתמש* ***במידה סבירה*** *של כוח כדי להגן על החזקתו במיטלטלין שהוא זכאי להחזיק בהם, או כדי להשיבם מידי התובע שלקח אותם ממנו, או עיכב אותם בידו, שלא כדין; ואולם אם לקח התובע, או ניסה לקחת, את המיטלטלין שלא בכוח, תנאי הוא להגנה שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא לקחת אותם, או להחזירם לו לאחר שלקחם, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום;*

למעשה אותו דבר אבל עבור מיטלטלין

*(4)  עשה את מעשהו תוך כדי ביצוע, או סיוע כדין לבצע, צו מעצר או חיפוש, צו מסירה לדין, צו מאסר או צו עיכוב שניתנו על ידי בית משפט או רשות אחרת המוסמכת לכך, ובלבד שהמעשה שמתלוננים עליו הותר באותם צווים אף אם היה פגם בהם או בנתינתם;*

הגנה למשל לשוטרים- אנשים הפועלים מכוח צו.

*(5)  התובע לא היה שפוי בדעתו או היה לקוי בשכלו או בגופו, והכוח שהשתמש בו הנתבע היה, או נראה שהיה,* ***במידת הנחיצות הסבירה*** *להגנת התובע עצמו או להגנת אנשים אחרים, והשימוש בו היה בתום לב ובלי זדון;*

כמו בכליאת שווא- סעיף שנועד לאפשר להגן על מי שתוקף מתוך רצון להגן עליו או על מי שנמצא בסביבתו כשהוא נמצא במצב של אי-שפיות.

*(6)  הנתבע והתובע היו שניהם חיילים בצבא-הגנה לישראל, והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי אותו דין;*

דומה לס' 4 הגנה על חיילים ככל שפעלו עפ"י דין.

*(7) נמחקה*

סעיף שבוטל, במקור זה היה סעיף שאפשר הגנה להורה/אפוטרופוס/מורה על תקיפה. זה מראה איך עולם המושגים והערכים שלנו השתנה. בעבר זה היה נחשב כדבר סביר, אך לאחר שינוי בתפיסה, אותן תקיפות לא יכולים כבר לשמש הגנה היום, זה כבר לא נסבל מבחינה חברתית. למשל בכליאת שווא זה עדין סביר ותקין )למשל לשלוח ילד לחדר שלו( ושם עדיין קיימת ההגנה הזו.

*(8)  עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה."*

**(1) יסודות ההגנה הקבועה בס' 24(1)**

עד עכשיו דיברנו על כוונה, אך בהגנות העוולה עצמה, מתעוררים וקיימים מונחים של סבירות, המזכירים את עוולת הרשלנות.

1. עשה את המעשה בסבירות – האם האדם פעל באופן עקרוני כפעולה סבירה. האם הדבר שעשה האדם היה סביר בנסיבות העניין. מתמקד בהיבט התנהגותי, מדובר על המעשה עצמו.

. " בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם –

(1)  עשה את המעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר;

1. כדי להגן מפגיעה בחיים, חירות, גוף או רכוש- לאורך עוולת התקיפה הדגשנו כי מעשה התקיפה נוגע לפגיעה בגוף בלבד ולא ברכוש. אך ההגנה לעוולת התקיפה היא אם אתה תוקף כשניסית להימנע ולהגן על עצמך מפגיעה על אחד מאלה (לא רק בגוף אלא בחירות וברכוש, לא בהגנה פיזית), יש לך הגנה מפני עוולת התקיפה. ההגנה נועדה להרחיב את היכולת של האדם להתגונן ממי שמנסה לפגוע באחד מהערכים הללו.
2. דרישת הפרופורציה- צריך להיות יחס מסוים, יחס סביר בין הנזק שחשבת שהולך להיגרם לך לבין הנזק שיצרת. הנזק שנמנע לנזק שקרה כתוצאה מההתגוננות. מתמקד בהיבט תוצאתי. יחס סביר בין הנזק שחשבת שהולך להיגרם לך לבין בנזק שיצרת על האדם השני. לא יכול להיות נזק גדול שנגרם על סכנה שהיא מינורית. מתמקד בתוצאה. הוא מוסיף לדרישה הסבירות בתחילת הסעיף- אבל יותר ספציפי. המחוקק יוצר איזושהי אינדיקציה נוספת לומר דבר שאיננו סביר. אחד מתמקד בהיבט התנהגותי והשני יותר בתוצאתי. אבל אכן אפשר לומר ששני היסודות האלה דומים ויכולים להיכנס עקרונית תחת כותרת אחת.

ה"כפילות" והוספה של שני מבחנים המדברים בלשון סבירות נובעת מכך שהמחוקק ייצר אינדיקציה נוספת לקבוע ולהכרעה האם הדבר לא סביר. כלומר, גם אם בנסיבות העניין תקיפת ההגנה נעשתה בסבירות, אלא שדרישת הפרופורציה לא הוגשמה, ניתן לומר שפעלת בחוסר סבירות.

יש פה הגנה שמדברת בלשון סבירות. יש לשים לב שבעוולה המקורית, בתקיפה, מדובר בפגיע בגוף בלבד אך ההגנה עצמה מדברת על כך שאם אתה תוקף בשביל להגן על עצמך לא רק בהגנה פיזית אלא גם על רכוש, יש פה מקבילה נזיקית לעונשין- גם בהגנה על רכוש יש הגנה נזיקית.

פס"ד אלון נ' חדד- דן בשאלת הסבירות של הגנה 24(1):

בדיוק עוסק בסיטואציה בה נשאלה שאלת הסבירות בהגנה של סעיף 24(1):

עובדות: חייל שהתארח בבית הוריו. התקשר למשטרה למשמע פורץ, אך בינתיים עלה על גג הבית עם רובה שהיה ברשותו בעקבות שירותו הצבאי. הפורץ ניסה לברוח. החייל רצה למנוע את בריחתו לכיוון השכנים וצעק לעברו לעצור. הפורץ הרים את ידו באוויר עם חפץ כלשהו, והחייל חושב שיש בידו נשק, ולכן ירה לעבר הפורץ, ירי שלא על מנת להרוג ופצע אותו.

הפורץ תובע את החייל על תקיפה. בפועל לפורץ לא היה נשק, הוא רק חשב שהיה לו, ואם היינו מסתכלות מהצד על הסיטואציה כנראה שהיינו חושבות שלא נשקפת לחייל שום סכנה. השאלה היא האם אנחנו צריכות להסתכל על סבירות מבחינה אובייקטיבית או בצורה סובייקטיבית, כלומר להתחשב בכך שהוא היה בטוח שנשקפת סכנה לחייו. האם נכיר בכך שכשאדם נמצא בתחושתו, תפיסתו וראייתו שהוא במצב מסכן חיים, בנסיבות הספציפיות, האם נכיר בדרישת הסבירות לצורך ס' 24(1)?

ארבל: השופטת ארבל מתייחסת לכך בפס"ד וקובעת כי נכון שאנחנו יודעות בדיעבד שהפורץ לא סיכן את החייל ולא היה חמוש, אבל היא מציינת שכשיש מצב בו אדם מרגיש שיש סכנה מיידית לחייו צריך לבחון את שאלת הסבירות בתוך ולפי ההקשר. נכון שהפורץ ברח ולא היה בידיו נשק, אך הנתבע האמין שהוא נמצא במצב של הגנה עצמית ולכן נמצא מקום וצריך לתת לו הגנה על התקיפה. לאור הנסיבות המסוימות בהן היה שרוי, הפעולה נחשבת כסבירה.   
הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן. יש כאן אלמנט סובייקטיבי בתוך הסבירות- שאנחנו רגילות לדבר עליה כמונח אובייקטיבי. במובן מסוים יש פה חריגה מסוימת מדוקטרינת הרשלנות.

נקבע: תחושת הסכנה שנבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית) אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן. post-Ex מול ante-ex -בדיעבד/מלכתחילה- יש הבדל בין מה להסתכל על המקרה והעובדות אחרי, כשאנחנו כבר יודעות אותן, לבין דברים שאנחנו יכולות לצפות מאדם לצפות לפני מעשה. בדיעבד אנחנו יודעות. מכניסים אלמנט של סובייקטיביות לתוך אלמנט הסבירות, שהיא סובייקטיבית.

(**2) הגנת התקיפה מכוח סעיף 24(8)**

(8)  עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה."

סעיף קטן 8, נועד להגן על רופאים, גורמים רפואיים. במצב חירום ההנחה היא שאין זמן לקבל הסכמה של מטופל, ולשון סעיף 23, כשיש שימוש כוח ללא הסכמה ובכוונה- אנחנו נמצאות במצב של תקיפה. ההגנה (ס' 8) רלוונטית ומנסה להתמודד עם מצבים כאלו- מצבים בהם אדם נמצא בחוסר הכרה ולא יכול להסכים לטיפול הדחוף שנדרש לעשות בו.

הרציונל: במקרה כזה, שהמטופל חסר הכרה ולא יכול לתת הסכמה מדעת, אם נאפשר לאותו אדם לתבוע, בדיעבד, לאחר מכן על תקיפה, אנחנו ניצור הרתעה אצל רופאים: יהיה מתח בין הרצון לטפל ולהציל את חיי המטופל לבין החשש מתביעה והאחריות הנזיקית שתוטל עליהם. זה יוביל לכך שהרופאים יחשבו פעמיים לפני שהם יטפלו ויתנו טיפול דחוף למטופלים. זה דוגמא שליקולי מדיניות והאופן שבית המשפט יצטרך להתנהל סביב הסיטואציה הזו.

ומה לגבי סירוב מטופל?

כלומר כשאדם לא נמצא בחוסר הכרה אבל מתנגד בצורה מפורשת לטיפול הרפואי, לא רוצה לקבל אותו.אך מה קורה כשאדם לא מחוסר הכרה אך הוא מתנגד בצורה מפורשת לטיפול הרפואי, הוא לא רוצה לקבל אותו. נראה סיטואציה בו הסיטואציה הזאת מתרחשת.

פס"ד קורטאם

באותו עניין עוולת התקיפה נדונה בעקיפין, מפני שמדובר בעניין פלילי ולא אזרחי. כבר נבין איך התקיפה האזרחית בנזיקין נדונה בהליך פלילי.

עובדות: מדובר על מקרה פלילי. נאשם בלע שקית סמים במרדף עם שוטרים, במטרה להסתיר ראיות. השוטרים בעצם תפסו אותו והביאו אותו לביה"ח . מסקירה בבית החולים התברר שהשקית מסכנת את חייו של הנאשם, וחייבים לבצע הליך רפואי במטרה להציל את חייו. אך הנאשם סירב לניתוח, אותו אדם מהסס למרות שהוא יודע על הסכנה לחייו. בסופו של דבר הוא הורדם על ידי הצוות הרפואי ומוציאים ממנו את השקית.

הטענה: הטענה לתקיפה הגיעה במישור עקיף להליך הפילי, משום שאותו נאשם טען שלא ניתן להשתמש בראייה (שקית הסמים) מאחר שהיא הושגה דרך תקיפה "פרי העץ המורעל". אין יכולת להשתמש בראיה כנגד הנאשם כאשר הדרך להשיג אותה הייתה כדרך לא כדין. מהסיבה הזאת, טענת התקיפה האזרחית עלתה בפס"ד הדין הפלילי. הנסיבות ממדגישות את הקושי בצורה יעילה, ולכן ההתמקדות תהיה בהקשר האזרחי.

נקבע: השופט בך קבע כי אדם שמוכן לסכן את חייו רק כדי להימנע מהעמדה לדין, כאשר חייו עומדים על בלימה- סכנה ממשית לחייו, למעשה לא חושב באופן בהיר (כמו אדם שרוצה להתאבד). בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול הרפואי.   
הבעיה והביקורת על קביעתו של השופט בך היא הפטרוניזם שנשקפת מקביעתו- כמובן שיש כאן איזושהי פטרונות, אנחנו במצב מסוים לא מקבלים את החלטתו של האדם. אבל ההצדקה לפטרונות הזאת, מתבטאת ומשתקפת בשיקולי מדיניות- יש צורך באיזון של מתי: מתי אנחנו יכולות למעשה למרות שמובע רצונו וסירובו הברור של המטופל, בכל זאת לאפשר לרופאים לבצע את הטיפול הרפואי. אדם שנמצא בהכרה מלאה, בצלילות, ומסרב לטיפול כי הוא חושש לפגיעה באיכות חייו כתוצאה מהטיפול, או סימפטומים שלו אחר כך- אסור לרופאים לבצע טיפול רפואי (שכן הם ייחשבו כתוקפים, ולא יקבלו הגנה מהעוולה). אך יש להבדיל מאדם שניתן לומר שהוא לא נמצא בהכרה מלאה- לא חושב בצורה בהירה, בהיגיון, נמצא בחוסר הכרה פיזית או במצב נפשי כזה שאנחנו לא יכולות לייחס לו בחירה חופשית (או למשל בהתקף פסיכוזה, או בית המשפט בעניין הנדון, מפרש גם את המחשבה של הנאשם כמשובשת, כאדם ששקול למתאבד, שלא חושב בצורה בהירה). למשל בעניין קורטאם- המחשבה שלו משובשת באותו רגע, הוא לא רוצה להיתפס, ולכן אנחנו נמצאות בסיטואציה בה ניתן לאפשר לרופאים לבצע את הטיפול הרפואי מבלי שיחשבו כתוקפים.

ההלכה של השופט בך- מותר לכפות טיפול רפואי על מי שלא חושב בצורה בהירה ונשקפת ממש סכנה לחייו.

**טיפול רפואי ללא הסכמה**

15.  על אף הוראות סעיף 13 –

**(תיקון מס' 9) תשע"ו-2016**

(1)  מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת הראשונה, 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.

**(תיקון מס' 9) תשע"ו-2016**

(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 הראשונה יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

**חוק זכויות החולה**

נדון במציאות שאחרי פס"ד קורטאם, לאחר חקיקת חוק זכויות החולה.

כיום, סעיף 15 לחוק זכויות החולה קובע את התנאים לטיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה. זה למעשה הסעיף הרלוונטי לנסיבות של קורטאם היום, קורטאם הבא. חשוב לומר שסעיף 15 לא מהווה הגנה לתקיפה, אלא פה יש התחברות למה היה קורה במצבו של קורטאם.

סעיף 15(2): מצוין לנו שגם אם אדם מתנגד לטיפול רפואי, הגורם המטפל רשאי לתת לו טיפול רפואי אבל הוא צריך שוועדת האתיקה תקבל החלטה, והגורמים והשיקולים שיובילו את ועדת האתיקה לקבל החלטה לטובת טיפול רפואי שהוא כפוי, כשמישהו מסרב לקבל אותו, השיקולים הם שלושה במצטבר: (ניתן לזהות את המצבר- או בקיום של ו' החיבור או אמירה מפורשת "נתקיימו כל אלה")

1. כאשר נמסר כל המידע למטופל- זו דרישה שקיימת לגורמים רפואיים לגבי כל הליך רפואי, כלומר כל טיפול רפואי. גם בלי קשר לסירוב או הסכמה של המטופל. גורמים רפואיים נדרשים תמיד לגלות את כל המידע הרלוונטי על הטיפול, החלופות לטיפול, הסיכונים השונים והסיכויים של האלטרנטיבות השונות. צריך להראות לוועדה שהוסבר למטופל כל המידע הרלוונטי.
2. הטיפול ישפר את המצב- יש מצב הדרוש בו טיפול רפואי, ומטרת הטיפול היא לשפר את המצב הרפואי.
3. סבירות- התנאי הטריקי, קיים יסוד סביר להניח שאחרי הטיפול הרפואי המטופל ייתן את הסכמתו למפרע כאשר המטופל, לאחר המצב, יש יסוד סביר להניח שמהטופל במצב בדיעבד, היה מסכים. זה איזשהו הימור ולכן לשון הסעיף היא יסוד סביר בלבד, ולא וודאות או כדומה.

סעיף 15(3)- סעיף קטן 3, יש סיטואציות נוספות שבהן אנחנו לא נמצאות במצב של סעיף קטן 1 ו3, שבהם אנחנו חושבות שלא ניתן לקבל את ההסכמה של המטופל בגלל מצב רפואי בעייתי (למשל מטופל שלא בהכרה כי הוא סירב לאכול), מדובר במצב חירום ואז אנחנו נמצאות בסיטואציות הראשונות דיברנו עליהן, כלומר בסיטואציות בהן אנחנו מייחסות כי אי אפשר לקבל הסכמה מאדם, הוא לא יכול להביע את הסכמתו, ואז יש את סעיפים קטנים 1 ו3. כשסעיף קטן שלוש מאפשר לרופאים במצבים מאוד קיצוניים, שסעיף קטן 1 לא מספיק (סעיף שאומר שלא ניתן לקבל הסכמה). סעיף קטן 3 מאפשר לנו בהסכמה של 3 רופאים, בכל זאת לבצע טיפול רפואי, גם כאן המחוקק רק שמדובר רק מתייחס למצבים ובמקרים שאי אפשר לקבל הסכמה מדעת, שלאו דווקא מצב גופני אלא גם נפשי (כשאדם לא חשוב בצורה בהירה). בסופו של דבר אנחנו מאוד נזהרות מלחצות את הקו ולא לכבד את רצונו של המטופל והאוטונומיה שלו, כשהוא מביע רצון. כשאנחנו חשובות שהמטופל לא מביע את רצונו החופשי מאיזשהו מקום- במצבים קשים ודחופים (פיזית ונפשית). יש ניסיון לאזן בין האינטרסים, במצבים קשים ודחופים כנראה שנהיה על קו התפר בין ס"ק 2 ל-3. כל המנגנונים בסעיף 15 נועדו לאפשר איזשהו מנגנון מאזן.

יש הבדל בין מצבים שונים:

1. מצבים שהאדם לא נמצא בהכרה פיזית בכלל (סעיף קטן 1).
2. מצבים שהאדם לא בהכרה מבחינה נפשית- רצון חופשי (סעיף קטן 3)- 3 רופאים יכולים לאשר את המצב הרפואי.
3. מצבים שאדם בהכרה מסרב לטיפול רפואי (סעיף קטן 2)- וועדת האתיקה.

מצבים בהם האדם תחת סכנת חיים מיידית, ונרצה למנוע מצב בו חיי האדם ניצלו בעקבות הסיכון הרפואי, ולאחר מכן הצוות הרפואי יהיה תחת אחריות נזיקית בשל תקיפה.

**(ג) תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה**

לאחר שסיימנו את הנושא של תקיפה, ויש נקודה שמקשרת אותנו לנושא הזה- דיברנו כבר על נזק לאוטונומיה במצבים שונים שבהם ניתן לתבוע ברשלנות על נזק נפשי, נתחבר לשם דרך תקיפה. עכשיו ניכנס לתוך האווירה הרפואית, מצבים ויחסי בין רופא ולמטופל בהקשר של תקיפה.

ס' 23 דורש שימוש בכוח ללא הסכמה ובכוונה, ויוצא לכאורה כל מצב של טיפול רפואי ללא הסכמה הוא מצב של תקיפה. כך היה נהוג לחשוב בעבר. הכוונה היא לא רק למצבים הקלים שדיברנו עליהם קודם, שאנחנו יודעים לטפל בהם עכשיו כשיש לנו גם את הסעיף של ההגנה (סעיף קטן 8) גם ס' 15 לחוק זכויות החולה.. אבל מה למשל עם מצבים של אי גילוי מידע מלא, בהם רופא לא מגלה את כל המידע הרלוונטית לחולה על הטיפול הרפואי או האלטרנטיבות שלו? גם מצבים אלה בעבר נדונו תחת תקיפה. הרעיון היה שאם לאדם אין מידע מלא על הטיפול שלו, הוא ממילא לא יכול להסכים לטיפול הרפואי. המשמעות של חוסר מידע היא שלא הסכמת, ואם לא הסכמת- תקפו אותך. זה היה נשמע מאוד מוזר ולא נכון לבתי המשפט לחשוב על אי גילוי כתקיפה.

בעבר, כל הנושא של טיפול שאין קבלה של הסכמה מודעת של מטופל לטיפול, הייתה נחשבת לתקיפה (ס' 23 לפקנ"ז מצריך אי הסכמה)- אי קבלת הסכמה, כלל גם אי גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול/חלופות הטיפול/סכנות. צריך לזכור שבתקיפה אנחנו מדברות על מצבים שאופן מכוון יש שימוש בכוח בלי הסכמה על פניו כל מצב שבו המטופל לא מסכים באופן מלא לטיפול הרפואי, הם מצבים של תקיפה. כך היה נהוג לחשוב. זה אומר שאין פה רק כוונה למצבים הקלים שדיברנו עליהם מקודם (סעיף הגנה וחוק זכויות החולה), אלו מצבים הידועים בבעייתיות שלהם.   
אבל מה קורה במצבי הגבול, כמו מצב של אי גילוי מידע מלא? מצבים שבהם רופא לא מגלה את כל המידע הרלוונטי למטופל בטיפול הרפואי. בעבר, גם המצבים האלו נכנסו ונכללו תחת עוולת התקיפה, גם מצבים ללא גילוי מלא נדונו תחת תקיפה. מפני שהרעיון היה שאם אין מידע מלא על הטיפול שלו, הוא ממילא לא יכול להסכים לטיפול הרפואי. אם המטופל לא קיבל את כל המידע, משמעותה היא שהוא לא הסכים, מה שמשליך על האחריות הנזיקית מכוח עוולת התקיפה. זה יצר מציאות, בה ניתן היה לתבוע את הרופאים על תקיפה, במידה ולא סיפקו מידע מלא על הטיפול. זה היה נשמע לבתי המשפט כהנחה לא נכונה מה שעורר להם קושי רב. לא נכון להחשיב רופא שלא סיפק מידע מלא הרלוונטי לטיפול, ככזה שתקף את המטופל.

סיכום נוסף: בהסכמה מדעת נעשה סוג של פיצול, שבעצם אומר דבר כזה: במצבים של אי הסכמה של חולה לטיפול בו, ניתן לחלק את זה לשניים: במקרה שבו הצוות הרפואי לא מבקש את הסכמת המטופל להליך הרפואי, ומבצע אותו למרות אי ההסכמה- במקרה כזה נטיל אחריות נזיקית מכוח עוולת התקיפה. חשוב לציין שאלו מקרים יוצאי דופן, שכמעט ולא מתקיימים במציאות. בניגוד לעוולת התקיפה המציאות הרווחת ברוב המצבים היא שאי הסכמת המטופל לא נובעת מחוסר הסכמתו להליך אלא שהצוות הרפואי לא פעלו וביקשו את המטופל להליך באופן ראוי. הצוות הרפואי הפר את חובת הגילוי, ולכן אותו מטופל יטען כי לא הסכים מדעת לטיפול הרפואי. היום מתייחסים למקרים כאלו דרך עוולת הרשלנות או דרך הפרת חובה חקוקה, המעוגנת בחוק זכויותיה חולה.

אנחנו נתמודד עם הדברים דרך עוולת הרשלנות. ברוב המצבים נתייחס אליהם כמו ברשלנות- שבפועל הרופא התנהג בצורה לא סבירה, כי בנסיבות האלו הרופא הסביר היה צריך לגלות מידע מסוים, בעוד שהרופא לא עשה זאת. ולכן אנחנו נימצא בזרוע של רשלנות ולא של תקיפה.

עם הזמן, עוולת התקיפה צומצמה ובמקרים של אי גילוי מלא כבר לא נכנסו אליה, ובמקומה הורחבה עוולת הרשלנות שבלעה לתוכה את הסוגיה הנדונה. כיום, קיימת הבחנה וניתן לחלק את הרעיון של אי הסכמה מדעת, אי הסכמה של המטופל לטיפול לשני מצבים עיקריים:

1. אי הסכמה מוחלטת\ אי קבלת ההסכמה לביצוע הטיפול: אי קבלת הסכמה לביצוע עשויה להיחשב לתקיפה. אי הסכמה, מבצעים בטופל טיפול רפואי למרות שלא הסכים בצורה צלולה ובהירה, לא קיבלו את ההסכמה שלו לטיפול בכלל.
2. הפרת חובת הגילוי: מצבים של אי הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי (גילוי לא מלא של מידע רלוונטי), יידונו במסגרת עוולת הרשלנות. מצב שבו הצוות הרפואי לא גילה מידע מלא באמצעים שהם סבירים, לא גילו על החלופות לטיפול וכו, ניתן לתבוע דרך רשלנות או הפרת חובה חקוקה, באותם הקשרים. משום שבחוק בזכויות החולה החובה שממנה נגזר סעיף 15 לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל. רופא שלא יעשה זאת, ולא יעמוד בחובת הגילוי יחשב כרשלן. כל אי גילוי מידע מלא נכנס תחת עוולת הרשלנות.

בנוסף כיום, הסכמה מדעת וחובת הגילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה, וניתן לתבוע בנזיקין מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה (הפרת החובה הקבועה בס' 13): (יש בחוק זכויות החולה גם חובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, כולל גילוי מידע לגבי כל הסיכונים, החלופות, מה קורה גם במקרה של אי ביצוע וכו'(.

**הסכמה מדעת לטיפול רפואי**

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

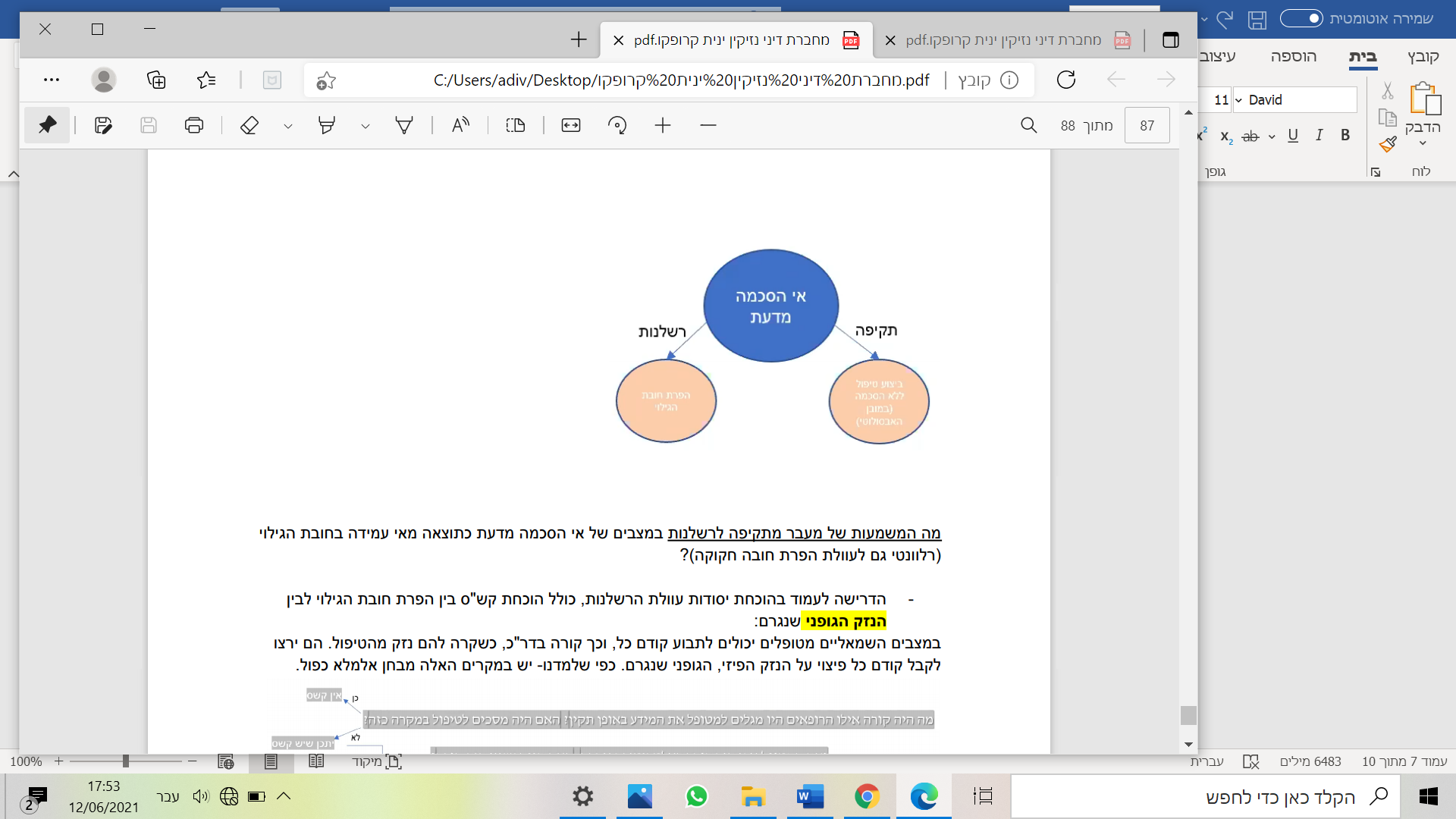
**מעבר מתקיפה לרשלנות**

מה המשמעות של מעבר מתקיפה לרשלנות במצבים של אי הסכמה מדעת כתוצאה מאי עמידה בחובת הגילוי )רלוונטי גם לעוולת הפרת חובה חקוקה)?

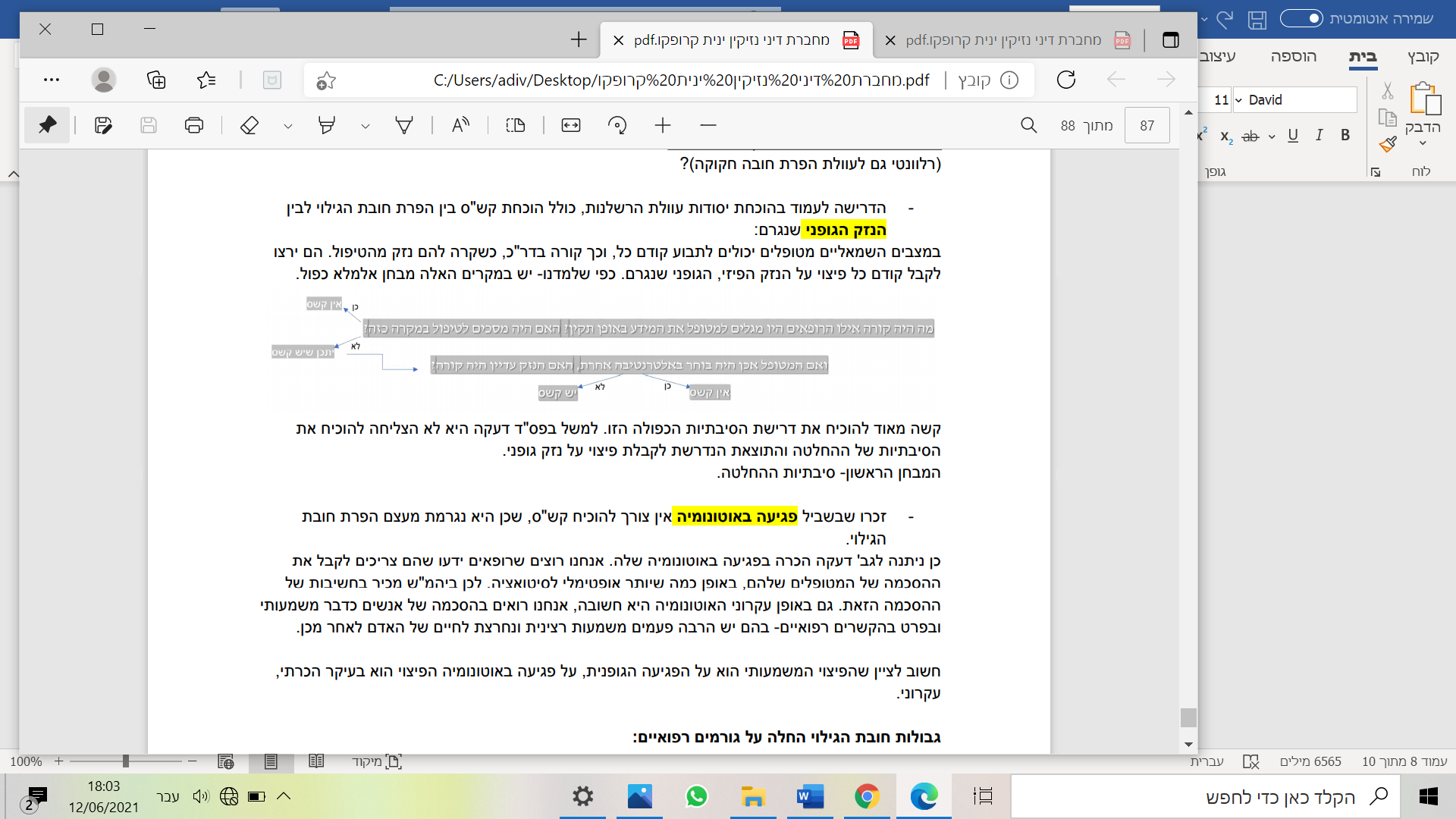
**הסכמה מדעת לטיפול רפואי**

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

1. במצבים הללו מטופלים יכולים לתבוע קודם כל כאשר קרה להם נזק מהטיפול. כאשר אדם עבר טיפול רפואי, הצוות הרפואי לא קיבל את ההסכמה המלאה מאחר והצוות לא גילה את כלל המידע הרלוונטי להליך (למשל: סיכוניו) ובעקבות זאת, נגרם נזק. במצב כזה, המטופל ירצה בראש ובראשונה לקבל פיצוי על הנזק הפיזי שנגרם. בשביל קבלת הפיצוי הניזוק יצטרך ויידרש לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הגופני שנגרם, כלומר הניזוק יצטרך לעמוד במבחן האלמלא הכפול כפי שלמדנו:



קודם כל המטופל יצטרך להוכיח שאם הא ידע על הסיכונים הוא לא היה עובר את הטיפול (סיבתיות ההחלטה). ולאחר מכן, יש צורך להראות כי אם ההליך לא היה מתבצע, הנזק היה נמנע (סיבתיות התוצאה)- במקרה כזה הקשר הסיבתי הכפול מתקיים (גם חוסר ביצוע ההליך וגם נזק נמנע). יש צורך לעמדו פעמים בסיבתיות- פעם אחת בקשר להחלטה לעבור את ההליך, והסיבתיות השנייה היא בקשר לגרימת התוצאה.



קשה מאוד לניזוק להוכיח את דרישת הסיבתיות הכפולה הזו. זה נטל שלא קל לעמוד בו. וכל זה כדי לעמדו בפיצוי הנזק הגופני. למשל בפס"ד דעקה היא לא הצליחה להוכיח את הסיבתיות של ההחלטה והתוצאה הנדרשת לקבלת פיצוי על נזק גופני.

1. במצבים של פגיעה באוטונומיה- פגיעה באוטונומיה תתקבל כאשר הרופא לא קיבל הסכמה מדעת מצד המטופל, עקב כך שהרופא לא עמד בחובת הגילוי חשוב לזכור שבשביל פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח קשר סיבתי, שכן היא נגרמת מעצם הפרת חובת הגילוי. בפס"ד דעקה, כן ניתנה לגב' דעקה הכרה בפגיעה באוטונומיה שלה. אנחנו רוצים שרופאים ידעו שהם צריכים לקבל את ההסכמה של המטופלים שלהם, באופן כמה שיותר אופטימלי לסיטואציה. לכן ביהמ"ש מכיר בחשיבות של ההסכמה הזאת. גם באופן עקרוני האוטונומיה היא חשובה, אנחנו רואים בהסכמה של אנשים כדבר משמעותי ובפרט בהקשרים רפואיים- בהם יש הרבה פעמים משמעות רצינית ונחרצת לחיים של האדם לאחר מכן.

חשוב לציין שהפיצוי המשמעותי הוא על הפגיעה הגופנית, על פגיעה באוטונומיה הפיצוי הוא בעיקר הכרתי, עקרוני.

**גבולות והיקף חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים**

אחרי שהבנו כשאנחנו נמצאות בזרוע של רשלנות ולא תקיפה, נשאר עדיין לענות על השאלה מהו היקף חובת הגילוי של המידע הרלוונטי המוטלת על הצוות הרפואי? איך ניתן לקבוע מהו המידע הרלוונטי שרופא צריך לגלות למטופל בהתאם להליך הרפואי? מה היקף המידע? האם רופא\ה צריכים לגלות כל מידע רפואי שיש? הרי צריך לזכור לכל הליך רפואי היפותטי יש סיכון קטן ומעזרי ככל שלא יהיה, חלופות אלטרנטיביות היפותטיות לטיפול (יקרות וגם כאלו לא אפקטיביות וכו). התשובה העקרונית לכך היא שלילית, יש גבול מסוים של המידע הרלוונטי שהצוות הרפואי צריך להציג בפני המטופל, אך מתעוררת השאלה מהו אותו המידע הרלוונטי?

גבולות חובת הגילוי על גורמים רפואיים:

1. חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(

הסטנדרט שחל בדרך כלל ברשלנות (בה אנחנו שוב נמצאות) הוא האם המזיק פעל באופן סביר או לא, מונחים של סבירות הם במונחים אובייקטיביים. בהקשר של גילוי מידע מלא של רופאים נדון העניין הזה הרבה מאוד- איזה סטנדרט אנחנו צריכות לבדוק כדי לדעת האם המידע שהרופא גילה הוא המידע המלא שהיה צריך להתקבל במקרה הספציפי הזה או לא. האם זה הסטנדרט של הרופא הסביר? (כי בדרך כלל מסתכלים על הנתבע הסביר- מי שנמצא בנעליו של הנתבע), אבל פה אנחנו נמצאות בהקשר רפואי של גילוי מידע. בפס"ד קדוש ריבלין קורא ומכנה את זה כ"מטוטלת"- שנעה בין הרופא הסביר לבין המטופל הסביר (לעומת רשלנות בה מסתכלים על הנתבע בלבד). כשמדובר בחובת הגילוי בית המשפט בישראל העביר את המטוטלת מהנתבע\ הרופא הסביר לכיוון המטופל הסביר- מה המטופל הסביר היה מצפה לדעת בנסיבות המסוימות?. זה הסטנדרט לפיו ייקבע האם המידע שהרופא נתן למטופל הוא סביר או לא סביר בנסיבות העניין.

בהקשר של חובת הפרת הגילוי נקבע מתי צריך להטיל אחריות לא לגבי סטנדרטים של הרופא הסביר, משום שאותם סטנדרטים הם לא מתאימים למקרים שבהם המטופל משתתף, יש רצון להגן על המטופל בהחלטה שהיא משמעותית לחייו, חשוב לו לדעת את המידע המסוים. ולכן לא נרצה להסתכל מבעד לעיניים של הרופא, אלא נסתכל מבעד למטופל. אין פה את הסטנדרט של הרופא הסביר אלא על המטופל הסביר.

בנוסף, ריבלין אומר שנסתכל לא רק על המטופל סביר אלא גם על סוג המטופל הסביר. למשל אם המטופל הוא אדם שלא דובר עברית טוב- נצפה שהוא יקבל את המידע בשפה המובנת לו. לדוגמא: אם מדובר במטופל סקרן, שמאוד חשובה לו השליטה ושואל הרבה שאלות של מצבו/על הטיפול- נצפה שהרופא יענה לו על כל השאלות. יש כל מיני סוגי אנשים שצריך להתאים אליהם את הסטנדרט. ריבלין קובע שיחסי רופא\ מטפל- מטופל אלו יחסים מאוד רגישים, ומטופל לפעמים נמצא בסיטואציות מאוד קשות המשנות חיים. ולכן אנחנו מסתכלות מפרספקטיבה יותר רגישה, של המטופל הסביר ולא מזו של הרופא הסביר. אנחנו צריכות לקבל את החלטה מה המידע הרלוונטי כדי לעמדו בדרישת חבות הגילוי המידע הסביר, אנחנו צריכות להסתכל מפרספקטיבה של החולה, של המטופל הסביר ובסוגו. בית המשפט מכיר בסטנדרט הנכנס לנעלי המטופל, לסוגו של המטופל ולא רק היבט אובייקטיבי גרידא. ננסה אולי לא לתפור לכל נעלי מטופל או מטופלת קונקרטית, אך כן לנסות לקלוע לסוג המטופל הסביר, במובן הזה שכן לנסות ולוודא שאותם מטופלים שעומדים בפני הצוות המטפל יבינו את דבריהם. ולכן יכול להיות שבמקרה הסובייקטיבי, למרות שהרופא הסביר בצורה סבירה, נקבע כי הפר את חובת הגילוי, משום שהסוג של המטופל הסביר לא הצליח להבין את דברי הרופא. ההשתדלות של הרופא\ה להסביר למטופל, תבוא לידי ביטוי בהכרעה האם הרופא\ה עמדו בחובת הגילוי. יש פה כרסום באובייקטיביות כי אין להסתכל רק במטופל הסביר אלא גם באלמנטים המסוימים.

**חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(**

* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(
* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל )פס"ד חליפה(
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות )פס"ד סידי(
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

השופט עמית שהיה בדעת המיעוט- חלק וסבר שצריך להחזיר את המטוטלת חזרה לרופא הסביר. כרגע זו לא ההלכה, ההלכה היא מתבססת על ההבנה שביחסים של מטופל ומטפל, צריך להסתכל בפרספקטיבה של המטופל, שהמידע התקבל באופן שהמטופל הסביר יכול להבין אותו.

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(

**חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר**

* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(
* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל )פס"ד חליפה(
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות )פס"ד סידי(
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

1. חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר

הכל הבא לעניין היקף חובת הגילוי- חובת הגילוי גדלה ככל שהסיכון יותר גדול, ככל שסיכויי ההצלחה של הטיפול נמוכים יותר, או הכאב והסבל שכרוך בו גדולים יותר, כך חובת הגילוי תהיה גדולה יותר. ככל שהטיפול מסוכן יותר נצפה מרופא לגלות יותר, ככל שהטיפול פחות מסוכן נבין שיש שיקולי עלות תועלת של מערכת וכאשר הטיפול הוא טיפול שגרתי ויומיומי נסתפק באקט של חתימה על הטפסים ואקט יותר פשוט, כל מיני דרכים הקצרות את התהליך. לא נצפה הסברה מלאה ומופרטת לכל טיפול שהוא יחסית שגרתי, שולי וחסר משמעות.

1. חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(

ניתוחים אלקטיביים מול ניתוחים דחופים. טיפול אלקטיבי מול טיפול הכרחי. טיפול אלקטיבי הוא הליך וטיפול שהוא בבחירה, למשל ניתוח פלסטי, ניתוח להסרת משקפיים וכו. הליכים שלא חובה לעשותם. ברור שבהקשרים כאלה נצפה ליותר מידע, אדם רוצה לדעת לאן ולמה הוא נכנס. במקרים כאלה חובת הגילוי רחבה יותר, כי יש יותר סיכוי שפשוט נחליט לא לעבור את ההליך הרפואי המסוכן. לעומת זאת אם הליך רפואי הוא דחוף יותר ונדרש כאן ועכשיו, לקבל החלטה מיידית, עדיין חלה כמובן חובת גילוי אבל ביהמ"ש יתחשב בסבלנות בדחיפותו והממשיות שלו, הוא יהיה סלחן יותר לחובת הגילוי (למשל אי גילוי של חלק מהחלופות). בטיפול אלקטיבי למטופל יש זמן לעשות את השיקולים שלו, ללכת הביתה ולחשוב על זה וכו', לעומת בטיפול דחוף, מול הליך דחוף שבו יש מתח בין הצורך המיידי לבין קבלת הסכמה מדעת, במקרה כזה עדיין מצופה לתת איזשהו מידע אבל, לשאלת הדחיפות יש משמעות מסוימת בקביעת קו הגבול והיקף חובת הגילוי.

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר

**חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(**

* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל )פס"ד חליפה(
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות )פס"ד סידי(
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

1. חובת הגילוי ולא לנדנד למטופל (פס"ד חליפה)

האם מספיק שהרופאים יגלו את מידע? או שאולי הצוות הרפואי צריך לעודד את המטופל לבחור באפשרות שהוא חושב לנכון? ממש לשכנע את המטופל לבחור בדרך הזו. לנדנד, לשכנע, לדחוף ממש את הדרך הנכונה רפואית, זו השאלה שנשאלה פס"ד חליפה. ההלכה והתשובה היא שהצוות הרפואי מצופה לגלות את המידע אך לא לנדנד למטופלים לבחור בדרך ובאלטרנטיבה הרפואית שלראייתם היא הדרך הנכונה.

פס"ד חליפה

עובדות: תינוקת שנולדה עם פגם חמור בעמוד השדרה, שהפך אותה לנכה ב100%.

טענה: באותו עניין נטען שהרשלנות של הרופאים באה בכך שהם הציעו בדיקת אולטרסאונד להורים העתידיים אך לא נדנדו והסבירו להם למה זה חשוב. הטענה הייתה שהתנהגות הרופאים הובילה את ההורים לא לעשות הפלה או לדעת את הבעיה של התינוקת, ולכן היא נולדה נכה.

מה שמיוחד באותו העניין זה שהרופאים כן הציעו למטופלים לעבור את הבדיקות תוך כדי ההיריון, אומנם בסופו של דבר הם לא ביצעו את הבדיקות המוצעות. אך מה שגם נכון שהצוות הרפואי לא "נדנד" למטופלים אתו עניין.

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(

**חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל )פס"ד חליפה(**

* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות )פס"ד סידי(
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

נקבע: מה שנקבע בפס"ד זה שעל הרופאים מוטלת החובה לספק את המידע הרפואי אך לא מוטלת עליהם חובה ללחוץ על המטופלים שלהם לקבל החלטה מסוימת, זה גבול שלא נרצה לחצות אותו. רופאים כעיקרון נקבע שלא צריכים לנדנד למטופלים.

שיקולי מדיניות שהובילו להחלטה:

* פטרנליזם- מצד אחד אם נגדיל את חובת הגילוי- אנחנו הופכות את המטופל ומתייחסים אליו כמו ילד, זה אדם שיכול לקבל החלטות בעצמו באופן רציונאלי. יש פה עניין מאוד פטרנליסטי אם אנחנו נטיל על הרופאים חובת גילוי מאוד נרחבת שלא רק מטילה לגלות מיד אלא גם לפעול באופן אקטיבי של נדנוד ושכנוע, אנחנו הופכות את המטופל לילד- לתלוי, אנחנו מבטלות את הדעה של המטופל. תהיה תפיסה שהרופא\ה יודע\ת מה טוב בשבילך.
* עלויות- עד מתי נצפה המרופא לעשות מעל ומעבר? יש פה גם עלויות הכרוכות בנטל הרחב ושיקולי מערכת. לא נוכל לצפות מהצוות הרפואי, שמשרת לא רק מטופל אחד אלא מה מטופלים בו זמנית, לפעול בצורה אקטיבית ולנדנד למטופל.
* רפואה מתגוננת- אנחנו יכולות ליצור מצב ברפואה מתגוננת, עד כמה הרופא צריך לחשוש בהצעת טיפול, עד כמה נגרום להם לפחד ולהצטרך להצדיק את עצמם עד כדי כך שמטופל אחר לא יספיק לקבל את הטיפול שלהם . אנחנו בעצם תופסות להם הרבה מאוד זמן ומשאבים בהרחבת ובהגברת הנטלים שחלים עליהם. כשחושבים על מערכת שלמה יש לזה משמעויות ועלויות נוספות.
* פגיעה באוטונומיה- יש רגע שבו אנחנו יכולות לשאול שאם כל המטרה של חובת הגילוי וכיבודה, זה כדי להביא הסכמה מדעת של המטופל הסכמה שהיא מושכלת ובנויה על כך שיש לו את כל המידע הרלוונטי כדי לקבל את ההחלטה שהכי טובה למטופל. אם נדחוף אותו לקבל את ההחלטה הנכונה, האם יש פה פגיעה באוטונומיה? האם אנחנו לא מגיעות לאותה נקודה של פגיעה באוטונומיה מהצד השני? יש פה הסתכלות על שני הצדים של הסכמה מדעת- מצד אחד יש הפרה של חובת הגילוי ולכן לא יכולה להינתן הסכמה מדעת, מהצד השני, אם יש נדוד ושכנוע של המטופל, הוא לא יוכל לבחור את הבחירה המושכלת בשבילו, יש לחץ לא בריא וסביר על המטופל מצד הצוות הרפואי.

ה.חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות (פס"ד סידי)

כוללת גם באלטרנטיבות פרטיות. עד כמה, אנחנו נצפה חובת גילוי בטיפולים שהם מחוץ למסגרת הציבורית ונמצאים במסגרת הרפואה הפרטית.

פס"ד סידי

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש(
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף(
* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל )פס"ד חליפה(

**חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות )פס"ד סידי(**

* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

עובדות: באותו עניין דובר באם שהיו לה הריונות קלושים בעבר, בתביעה המדוברת לאחר שהיריון צלח, נולד לה ילד, אך הילד נולד עם קשיי נשימה וללא יד. היא הגישה תביעה בגין הולדה בעוולה, והתביעה הייתה על כך שהרופא לא סיפר על בדיקות רפואיות נוספות שיכלה לעשות בכדי לגלות את הפגמים בעובר.

העניין היה שבאותה פרשה, הטענה הייתה של הרופא: שסריקה על קולית לא נמצאת בסל הבדיקות שקופת החולים מעניקה. זאת אל בדקה הניתנת על ידי רפואה ציבורית. ולכן התעוררה השאלה האם צריך לגלות גם בדיקות שקשורות לרפואה הפרטית, שהמטופלת לא יכולה לקבל אותן במסגרת הרפואה הציבורית. האם בעצם חובת הגילוי היא כזו שרופא צריך לציין גם טיפולים פרטיים, יקרים? שהרי תמיד יהיו טיפולים והליכים אלטרנטיביים ברפואה הפרטית שמחירם יכול לעלות במחיר שלא מושג לרוב האוכלוסייה.

השאלה שנידונה: האם על רופא\ה מוטלת החובה גם לגלות טיפולים שלא נמצאים בסל הטיפולים הציבורי?

בשורה התחתונה: התשובה היא חיובית, על הרופא\ה מוטלת חובת הגילוי גם על טיפולים פרטיים. בהקשר הזה השופט ריבלין קבע שגם במערכת הרפואה הציבורית על הרופא חלה חובה לספר ולגלות על האלטרנטיבות שקיימות ברפואה הפרטית, הוא אפילו ציין שמעבר לים. השופטת חיות ציינה שבעיקר בהקשר של הורים, ילודה, שבמצבים הללו של הורים שמצפים לילד, יש לטעון שבמקרים הללו יש את הצפיות (שדיברנו על חובת הזהירות), הרופאים יכולים לצפות לכך שההורים רוצים לקבל את כל המידע הרלוונטי לעובר שלהם, זו ציפייה מאוד בסיסית להורים. וגם אם השירותים האלו קיימים רק במסגרת הרפואה הפרטית ולא הציבורית.

שיקולי מדיניות: להשלים דקה 40+

שיקולים כלכליים של המטופל-

ניגוד עניינים- אנחנו יוצרות איזשהו מצב בו המערכת הרפואה הציבורית במקום שהוא בעייתי. משום שהרבה מאוד פעמים הם מספקים טיפולים פרטיים, ולכן ההחלטה הזאת של בית המשפט נותנת תמריץ לספר למטופלים שלהם על טיפולים שהם מספקים, משום שיש להם אינטרס כלכלי בכך. אז זה נכון שיש פוטנציאל לניגוד אינטרסים.

1. ככל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל (וההסתייגות בפס"ד פלונית)

עוסקת בשאלה של שיקולי דת ובאופן שבו הם מתערבבים בהכרעת בית המשפט.

פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית

שאלה משפטית: האם חבות הגילוי שחלה על רופאים כוללת גם חובה לתפור את המידע למטופל בהתאם להשתייכותו הדתית. כבר נציין כי התשובה היא מורכבת.

עובדות: הורים מוסלמים שמסתבר בבדיקת מי שפיר שהילד לוקה בתסמונת דאון. מסתבר גם, בהחלטה האם לבצע הפלה של העובר, מבחינה דתית הם לא יכולים לבצע אחת כזו מפני שעל פי הדת המוסלמית הפלה ניתן לעשות עד השבוע ה20. בדיקת מי השפיר היא לא בדיקה שהתאימה למקרה שלהם, כזוג הורים מוסלמים, בכדי לבדוק האם העובר לוקה בתסמונת. קיימות אלטרנטיביות רפואיות לבדיקת מי השפיר, שאפשר היה לעשות לפני שבוע 20. ברגע שהבדיקה שהתבצעה לא תאמה לדת המטופלים, לא היה להם מה לעשות עם המידע של הבדיקה. הבדיקה היא לא בדיקה שהתאימה למקרה שלהם בעקבות דתם.

הטענה: הטענה של המטופלת הייתה שהרופא ידע כי היא מוסלמית, היה עליו להמליץ על בדיקה שונה שניתן לעבור אותה בשלב מוקדם של ההיריון.

נקבע: השופטת וילנר קבעה שחובת הגילוי לא כוללת מסירה של מידע דתי, כלומר מידע שקשור לדת הוא באחריות המטופל\ת ולא באחריות הרופא המטפל. וזו השורה התחתונה של פס"ד. יחד עם זאת, השופטת קבעה שיש מצבים שבהם רופא מטפל יהיה מחויב לגלות מידע רלוונטי כזה, אך זה יכול לקרות רק אם מיוזמת המטופל\ת ובאופן מפורש ביקשו להתאים את המידע לדת. אם הבקשה להתאים את המידע לדתם, הגיעה מיוזמתו של המטופל, אז תקום חובת הגילוי המותאמת לרופא המטפל. אומנם, אם חובת הגילוי המותאמת לדת המטופל\ת גם אם הרופא\ה המטפל\ת יודע\ת, החובה לא חלה על הרופא\ה מיוזמתם הם לא אלו שציריכם לעלות ולתפור את המידע לנעליו של הפציינט. כאמור לא חלה חובת גילוי כזאת, אלא אם הפציינט עצמו ביקש בצורה מפורשת וביוזמתם את המידע המותאם.

השופטת וילנר נקטה בדרך אמצע, שהגיוני שאם מטופל יבוא ויאמר שיפעל לפי מנהגי הדת, הוא יוכל לדרוש את המידע הרלוונטי אליו כאדם מאמין.

שיקולי מדיניות:

כרופא הסביר, לא ניתן לצפות ממנו להתחקות אחרי המנהגים הדתיים של מטופליו. לא נוכל לצפות מהרופאים לתפור חליפה לכל מידותיו של כל מטופל. אולי אי אפשר לצפות מרופאים לחשוף בפני מטופלים מידע שהוא לא רפואי, בוודאי שלא בלי גבול ברור. מפני שהרופא הוא לא איש דת, ולא אף אחד אחר מלבד רופא. חובה כזו המרחיבה את חובת הגילוי לכזו המותאם לפי צרכי הדת של המטופלים, מהווה נטל גדול מאוד. ומבון הזה השופטת וילנר הלכה למקום של קו אמצע, לא ללכת למקום רחוק מידי מבחינת הנטל על הרופאים.

פגיעה בפרטיות- אולי מטופלים ירגישו לא בנוח. יש מטופלים שמפרידים בין הדת לרפואה, כשאין את הרצון שהרופא יעורר את הצורך הזה לפנות אל איש דת ולהתייעץ בסוגיה הרפואית. כי אז, אולי המטופלת תהיה במצב שהיא מרגישה צורך שקודם לא הרגישה. בספרות יש כתיבה על כך בפרדוקס הבחירה- פרדוקס הבחירה שלכל בחירה יש עלויות מאוד משמעותיות, ולפעמים כמה שאנחנו חושבות על בחירה כדבר חיובי, אנחנו לא חושבות על העלויות של האדם עצמו, למטופל עצמו בעצם הצורך שלו לבחור.

**צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי**

היום בהקשר של פגיעה באוטונומיה, יש נסיגה די משמעותית בהקשר של הכרת בראש נזק עצמאי שעומד בפני עצמו של אוטונומיה.

פלונית נ' מדינת ישראל

נקבע: השופט עמית בפס"ד, עשה מהלך שהתחיל אותו בעניין קדוש, שם העמדה שלו לא התקבלה ונדחתה על דעת הרוב. השופט עמית, לאורך זמן, מרגיש שהפגיעה באוטונומיה היא "כסוס פרא" ולכן הוא אומר שבמצבים של הפרת חובת גילוי, ברגע שנפסק נזק פיזי, שנגרם כתוצאה מהפרת חובת הגילוי, ברגע שהמטופל מצליח לקבל פיצוי על הנזק הפיזי, הכאב והסבל שכתוצאה מהפרת חובת הגילוי, אין שום סיבה להכיר בנוסף לכך בראש נזק של פגיעה אוטונומיה.  
השופט עמית אומר שבמצבים כאלה, בכל מקרה פיצוי על כאב וסבל, חלק מכך זה הכאב על הפגיעה באוטונומיה. ולכן אין צורך להפריד בין כאב ובל לבין אוטונומיה. יש לומר כי במקרה של הפרת גילוי שבעקבותיה הצליח המטופל להוכיח שיש לו נזק פיזי מהפרת חובת הגילוי, במצב כזה לא צריך להתקבל גם פיצוי על נזק בפגיעה באוטונומיה. זאת בניגוד לפס"ד קדוש שם היה במיעוט, כאן גישתו התקבלה. ולכן היום, על פניו זו אמורה להיות השורה התחתונה, אך רק על פניו.

כאשר הופרה חובת הגילוי, אומר השופט עמית בפס"ד פלונית, מספיק שהתובע יקבל פיצוי על הנזק הפיזי שנגרם לו ועל הכאב והסבל, ללא הכרה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

חריגים לקביעה של השופט עמית:

1. היעדר יכולת הוכחה של קשר סיבתי בין ההפרה לנזק הפיזי- במצבים כמו פס"ד דעקה, שבהם התובע לא מצליחים להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חבות הגילוי לבין הנזק הפיזי שהתרחש, במצבים האלו, השופט עמית מכיר באפשרות לפצות בפגיעה באוטונומיה. זו חריג להלכתו, במקרים שבהם המטופלת לא הצליחה להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חבות הגילוי כלפיה לבין הנזק הפיזי שנגרם, מוכן להכיר בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.
2. הולדה בעוולה (המר)- מקרה שני של הכרה בפיצוי בגלל אוטונומיה הוא הולדה בעוולה. מבחינת עמית, הפיצוי בגין אוטונומיה נשאר על קנו. זה בסדר לפצות במצבים כאלו על פגיעה באוטונומיה, גם לאחר עניין פלונית.
3. מצבים הדומים לעוולת התקיפה בהקשרים רפואיים- במצבים הדומים לנסיבות מרפאת עין טל- באותו עניין של מרפאת עין טל, שנגע לטיפול שיפור ראיה של אותה מטופלת, היא ביקשה לאחר הטיפול, שהייתה לה תחושה שמשהו לא בסדר, היא ביקשה לעצור את הטיפול, והוא לא שהה על בקשתה וזאת למרות בקשתה לעצור את הטיפול. זה מקרה, כך גם אומר השופט עמית, שדומה ומתקרב למקרה של תקיפה מאשר כיוון של הפרת חובת גילוי. במצב כזה, עמית לא התקשה לפסוק נזק על פגיעה באוטונומיה. במצבים הדומים לעוולת התקיפה בהקשרים רפואיים, כמו מרפאת עין טל, שם עמית היה בהרכב, וקבע שאין בעיה לפסוק פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.

למרות שפס"ד פלונית הוא פס"ד האחרון שמתייחס לשאלה הנדונה, והיא כעיקרון ההלכה, לא נאמרה המילה האחרונה מפני שגם במרפאת עין טל שם השופט עמית היה בהרכב. באותו עניין השופטת ברק ארז והשופט מלצר, הביעו הסתייגות באופן חד משמעי, בניגוד לפלונית, שם ההרכב הסכים ללא הוספת הערות. כאן יש שופטים שמביעים הסתייגות מהגישה של השופט עמית, מסתייגים מהרעיון של צמצום פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה.

במבחן: עלינו לדעת שהשופט עמית מסתייג ויש קולות אחרים בבית המשפט המסתייגים בלתת פיצוי על אוטונומיה כראש נזק נפרד מכאב וסבל. מעבר לזה, בתשובה במבחן, אם יש קייס בפגיעה באוטונומיה, יש להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד (כלומר בנוס לכאב וסבל ולנזק גופני אם יש) ו"להתעלם" מעמדתו של עמית והלכת פלונית.

**עוולת הפרת חובה חקוקה**

מי שמפר את החובה המוטלת עליו מכל חיקוק למעט פקודת הנזיקין, החיקוק נועד לטובתו של הניזוק הוא הפר את החובה החקוקה. יש יסוד שמתחבר אלינו או יותר הפרה שמתחבאת בסעיף ב. נדבר על חמישה יסודות של עוולת חובה חקוקה. היסודות הם מצטברים, אם אחד מהם לא חל אז העוולה לא תוכל לחול.

**הפרת חובה חקוקה**

(63א.) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת **עליו על פי כל חיקוק** – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד **לטובתו או להגנתו של אדם אחר**, **וההפרה גרמה לאותו אדם נזק** מסוגו או מטבעו של **הנזק שאליו נתכוון החיקוק**; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

בדומה לעוולת הרשלנות, גם עוולת חובה חקוקה היא עוולת מסגרת- עוולה רחבה שניתן להכיל במקרים רבים ומסוימים בהתאם לתנאיה ולסוג החוק שהופר. היא אינה קשורה למצב ספציפי.  
עוולת מסגרת היא עוולה שהגדרתה העובדתית מאוד רחבה, אין תצריף עובדתי מדויק וברור. עוולת מסגרת נותנת מסגרת עובדתית מאוד רחבה, הרבה מאוד תצרפים עובדתיים יכולים להכניס לתוכה והיא תחול בכל מיני מקרים ונסיבות עובדתיות. היא יכולה לחול בפני עצמה, בנוסף לעוולה אחרת כמו רשלנות.

יסודות העוולה

1. קיומה של חובה אשר הופרה
2. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים\ קבוצה מהסוג עמם נמנה התובע)
3. הנזק הוא מהסוג שאילו התכוון החיקוק (אותו חיקוק רצה למנוע)
4. קשר סיבתי עבודתי ומשפטי
5. יסוד נגטיבי: החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי

**(1) הפרתה של חובה**

קיומה והפרתה של חובה- בשביל לומר שחובה הופרה, קודם כל צריך להכיר בקיומה של ולראות האם אכן החובה קיימת.

**פס"ד גרובנר**

דיברנו בו ברשלנות בשאלת האחריות של עירייה בהצבת פקחים בשטח גן עירוני.

עובדות: תביעה על הפרת חובה חקוקה הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק.  
אישה בת 66 נפגעה מפגיעת מאופניים שרכבו בשטח הגן. היא תבעה את העירייה, בכך שהעירייה לא הציבה פקחים לעצור את פעילות האופניים במקום.

טענה: הניזוקה טענה שהעירייה לא וידאה את אי כניסת האופניים לשטח הפארק ,למרות שהוצבו תמרורים בשטח הגן. נדבר על הטענה הזו ברשלנות ועכשיו נדבר עליה בעניין הפרת חובה חקוקה. התובעת התמקדה בפקודת העיריות, שלטענתה, לפי הפקודה על העירייה הוטלה החובה לפקח על קיום האיסור והתמרור שהוצב בשטח הגן.

נקבע: בית המשפט הבחין בין סמכות לחובה, לעניין הפרת חובה חקוקה. ביהמ"ש בחן את פקודת העיריות וגילה שהפקודה מבחינה בין סמכויותיה של העירייה לבין החובות שחלות עליה. כלומר, בין פעולות שהן בגדר חובה שחלה על העירייה לבצע, לבין כאלו שהעירייה מוסמכת לבצע לפי שיקול דעתה. בית המשפט קבע למעשה, שלעניין פקודת העיריות, מטרת החיקוק הייתה לאפשר לעירייה להחיל את סמכותה צד שיקולים שהעירייה יכולה לשקול, האם היא רוצה להציב פקחים בשטח הגן ולאכוף את החובה. אך מאחר ולא מוטלת על העירייה חובה, אז ממילא לא ניתן לטעון שהופרה חובה. ולמעשה, התביעה לעניין הפרת חובה חקוקה נפלה על היסוד הראשון בהקשר הזה. היסוד הראשון לא התקיים ולכן לא הוטלה עליה חובה והיא לא הופרה.

**פס"ד אמין**

העובדות: עוסק בהזנחה הורית מאוד קשה, ילדים שהתייתמו מאם, הם נזנחים אחר כך פיזית ורגשית על ידי אביהם. הם מתגלגלים בין משפחות אומנות, פנימיות, בין מסגרת למסגרת. האב אחר כך מתחתן שוב, מביא ילדים עם בת זווג החדשה ומתנתק מילדיו לחלוטין. הוא מדיר אותם מחייו. מדובר בנסיבות מאוד קיצוניות בחומרתן. הטראומה שהילדים חוו מלווה אותם לכל חייהם, הנזקים הנפשיים שלהם עוברים מדור לדור, וכך גם דור ההמשך סובל הזנחה קשה. מוגשת תביעה, נתמקד בהפרת חובה חקוקה.

השאלה המשפטית: האם האב הפר חובה שחלק עליו מכוח חיקוק? האם על הורה חלה חובה חוקית לאהוב את ילדיו או שמא מדובר בחובה מוסרית בלבד?.

טענת האב: האב בא וטוען בפני בית המשפט, לא חלה עליו חובה לאהוב את ילדיו, אולי זאת לחובה מסורית אך לא ניתן לקבוע שהחובה לאהוב יכולה להיאכף ולהיקבע כחובה חוקית המקנה השלכות משפטיות. האם ניתן לומר שחלה על הורה חובה חוקית לאהוב את ילדיו? האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? האב טוען שחלה עליו חובה מוסרית אך לא חוקית.

נקבע: החובה החקוקה הנידונה קבועה בסעיף 15 לחוק הכשרות ומשפטית והאפוטרופוסיות: קיימת חובה לדאוג לצרכי הילד ולחינוכו. השופט אנגלרד מתמקד במושג חינוך- ובוחר לפרש גם את המושג חינוך בצורה רחבה, הכוללת בתוך המושג של החינוך, גם השפעות אישיות וחברתיות, עיצוב אישיותו של הקטין. בהערת אגב, בפס"ד אמין גם החובה לחינוך במובן הצר לא התקיימה. הניסיון הוא להראות שבכל מובן המילה האב הפר את החובה המוטלת עליו מכוח חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

15. "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות **חינוכו**, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

תוך יציאה מנקודת הנחה, שחלה חובה על האב לדאוג לצרכי הילדים וחינוכם, אך מעוררת השאלה, עד כמה יש לדאוג לצרכים ולחינוך? מה הרמה בה הדורש החיקוק? גם בהפרת חובה חקוקה ניתן לדבר, בדומה לרשלנות, על סטנדרט, אך בהפרת חובה חקוקה הסטנדרט יקבע בהתאם ולפי כל חיקוק. החיקוק עמנו קובע מה הסטנדרט לפיו אנחנו צריכות לבחון האם מישהו הפר את החובה.

17. "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך **שהורים מסורים** היו נוהגים בנסיבות העניין"

הסטנדרט שעליו אנחנו מדברות, קבוע בסעיף 17 לחוק: בסעיף 15 מוטלת החובה של ההורה לדאוג לצרכי הילד אך סעיף 17 קובע מהו סטנדרט ההתנהגות שחל בביצוע אותן החובות. המחוקק קובע איך ההורה צריך להתנהג בכדי לעמוד בחובה שקבועה בס' 15. על מנת לעמוד בחובה שמוטלת על ההורים, החובות הללו כדי לעמוד תחת סטנדרט, ההורה לא צריך להיות מושלם או סביר, הוא צריך לפעול כהורה מסור. הסטנדרט הוא ההורה המסור, וברור שכל הורה צריך לעשות כמיטב יכולתו, כהורה מסור. אין פה קווים ברורים שניתן לציין, המחוקק לא מצפה להורה המושלם, הוא לא מדבר במונחים של סבירות אלא במונחים של מסירות. הסעיף קובע מידת השתדלות, יש צורך להשתדל לדאוג, מידת ההשתדלות צריכה להיות של הורה מסור. ההורה הסביר הוא ההורה המסור. התחושה שהיא מבחינה חברתית הסטנדרט שחל על הורה, זה להשתדל לדאוג ולחשוב על צרכי וטובת הילד.

בית המשפט מאוד נזהר בקביעה והכרעה בסוגיות מוסריות, גם בפס"ד עולות סוגיות מוסריות, על קו התפר של בין המשפחה למוסר המצריכות מבית המשפט להיזקק לדיני הזניקין.

סעיף 22- הגנה משפטית: בנוסף, צריך לדעת שקיימת הגנה לאפוטרופוסית להורה. זו הגנה שקבועה להורים שנועדה לצמצם את החובה שחלה על הורים כלפי הילדים שלהם. לפי סעיף 22, להורה קיימת הגנה, כל עוד הוא פועל מתוך כוונה לקדם את טובת הילד, ולא מתוך האינטרס האישי הטהור של הורה, ושל האב הנדון. הורה מסור זה הורה שפועל מתוך כוונה לקדם את טובת ילדיו, ולאו דווקא מתבקשת הצלחה, זה גם מתכתב יפה עם ס' 17. קיימת להורה הגנה נוספת בכך שהוא פעל והתכוון לטובת הקטין. הסעיף נודע לצמצם את תחולת האחריות החלה על הורה מכוח חוק האפוטרופסות.

22. "הורים לא יישאו באחריות לנזק שגמרו לקטיו תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין"

שתי הגנות להורים:

* פעלו במסירות (ס' 15)
* פעלו בתו"ל והתכוונו לטובת הקטין (ס'22)

**(2) החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע**

החיקוק צריך להיות כזה הנועד לטובתו ולהגנתו של התובע, או שאפשר לומר לקבוצת האנשים שהניזוק נמנה איתם. צריך לוודא שהחיקוק נועד להגן על הניזוק עצמו. חיקוק שטוענים לגביו, שאפשר לתבוע בגינו על הפרת חובה חקוקה, צריך לוודא שעל הניזוק או קבוצת בני האדם שהניזוק נמנה אותם, זו התאמה שראינו אותה בסעיף קטן ב', וזה אחד היסודות שצריך לעמוד עליהם בשביל לבדוק ששאר היסודות מתקיימים.  
ההבחנה המרכזית שצרך להיזקק לה בהקשרים כאלו, היא בדיקה האם החיקוק נועד לטובת אינטרס הפרט? או לטובת אינטרס ציבורי?

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש**

בעניין ועקנין, בית המשפט עסק בשאלה הזו- של הבחנה בין חיקוק לטובת הפרט אל מול טובת הכלל:

ההבחנה היא בין חיקוק שקובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, מול חיקוקים הבאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים. חיקוק שנועד במוצהר למדינה הוא חיקוק שנועד לטובת המדינה ככלל ולא ניתן לטעון לטובת היחיד.

חוק לטובת הכלל הוא חיקוק שנועד למדינה, לממשלה, למקרם החיים וקולקטיבי וכו. הדוגמאות שצוינו לחיקוקים מהסוג הזה, דוגמאות לאינטרסים שנועדו להגן על הציבור: האיסור הפלילי על בגידה (97א לחוק העונשין)- המטרה היא להגן על בטחון המדינה; החובה להצביע בבחירות- המטרה היא להגן על קיומן של שיטת המשטר הדמוקרטית.

**(3) הנזק הוא מהסוג שאותו התכוון החיקוק למנוע**

הנזק שנגרם הוא מהסוג אליו התכוון החיקוק למנוע.

**פסק דין בלומנטל**

עובדות: נטען כי שונה ייעוד של מבנה מפנסיון לבית חולים לחולי נפש על אף הוראה בתוכנית המתאר שאוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באזור. באותו עניין התעוררה טענה על ידי תשובי שכונה, שהקום בשטח השכונה בניגוד להוראות תוכנית המתאר, בית חולים לתשושי נפש. היו הרבה טענות עובדתיות, אך הטענה המרכזית הייתה שצריך לעשות את היעוד של אותו מבנה. הטענה בית השכונה בשכונה ללא היתר ושינוי ייעוד.

הטענות: באותו עניין נטען שהוקם בית חולים לחולי נפש, למעשה במקום בו עד אותו רגע נוהל איזשהו פנסיון, והטענה הייתה שהבעלים של אותו מבנה הפכו אותו לבית חולים לתשושי נפש בלי קבלת היתר נדרש. הם לא יכלו לקבל אותו כי בתוכנית המתאר של אותו אזור, בו נמצאת השכונה, נאמר במפורש שלא ניתן להקים בית חולים. ולכן הטענה הייתה, שבעצם בית החולים נבנה בניגוד להוראות תוכנית המתאר. יש לשים לב, החיקוק לא חייב להיות בצורה של חוק מרכזי אלא גם כהוראות שונות שמותקנות מכוח תקנות, גם הפרה של הוראות מסוג כזה מהווה חובה הניתנת לתביעה בעוולת הפרת חובה חקוקה.

חיקוק לא חייב להיות חיקוק ראשי (כמו חוק האפוטרופסות) אלא גם להיות חיקוק משנה- למשל, תקנות, הוראות, צווים וכו'. גם הפרה של חיקוקים מסוג זה יכולה להצמיח זכות תביעה (כפי שהיה בפס"ד בלומנטל- התביעה הייתה על הפרת הוראת חוק, היא תוכנית מתאר).

הטענה הייתה שאומנם בית החולים פעול ללא הותר, הוא הוקם בניגוד לתוכנית המתאר של המקום וגרם לנזקים הבאים לידי ביטוי בירידת שווי ערך הדירות בשכונה- נזק כלכלי. נוסף לכך, התושבים טענו לנזק מסוג של אי נוחות- לא נוח לגור ליד בית חולים לתשושי נפש. משכונה רגועה ושקטה, השכונה הפכה לכזו המכילה תשושי נפש שיכולים להפריע לשקט ולרוגע של השכונה. ירידת מחירי דירות, נזקים נפשיים כתוצאה מהמגורים לצד תשושי נפש- אלו שני הנזקים המרכזיים שהועלו בפס"ד.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על הפרת חובה חקוקה?

נקבע: מבחינה עובדתית, היה דיון גדול בערכאות הקודמות האם אנחנו מדברות על בית חולים לחולי נפש. הטענה הייתה שאולי מדובר באנשים בעלי חוויות נפשיות קשות אך מגיעים למקום במטרה לנוח ולהירגע ולהחלים, ולא בצורה של טיפול ממש. ולכן, בית השלום קבע שלא מדובר בבית חולים ואין צורך לבקש אישור כי מדובר בבית הבראה. ומלכתחילה אין פה הפרה, כי אין מבנה או שינוי ייעוד בניגוד להוראה של תוכנית המתאר. ולכן אין הפרה של חובה. אין הפרת חובה במובן הזה שאין משנה או שינוי ייעוד בניגוד להוראה של תוכנית המתאר, ולכן אין הפרה של חובה.

בית המשפט המחוזי הפך את ההחלטה על בסיס העובדות וקבע שכן מדבור בבית החולים, אך למעשה אנחנו רואות שהייתה איזשהו קושי לתת ולשים עליו את החותם שאכן מדובר בהפרה של הפרה חקוקה.

השופט גולדברג אומר שלאחר בחינה של פס"ד בערכאות הקודמות, הוא הגיע למסקנה שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש ולכן לא הופרה חובה חקוקה, ותוכנית המתאר לא הופרה. מדובר בבית הבראה, אין שינוי יעוד וכתוצאה מכך לא הייתה הפרה. אבל, השופט גולדברג קובע שבנוסף, כאשר הוא מסתכל על ההוראה הקבועה בתוכנית המתאר, ובודק את תכלית ההוראה וקובע שתכלית ההוראה נועדה כדי למנוע מטרד כדי למנוע מצב של התנהגות חריגה, זה הנזק שתוכנית המתאר מנסה ורצתה למנוע שבאה לידי ביטוי בהקמת בית חולים לתשושי נפש בשכונת מגורים. אכן, הרעיון הוא שבשכונת מגורים, לפחו כך תוכנית המתאר קבעה, רצתה למנוע טרדה אמיתית לתושבים באזורים.   
המשמעות המשפטית קביעתו של גולדברג בנוגע לתכלית תוכנית המתאר, היא שכדי שהדיירים יוכלו להצליח בתביעה שלהם, על פי סעיף 63– הפרת חובה חקוקה, הם היו צריכים לעלות בידם ולהראות שהחולים או אנשים התשושים הנמצאים במוסד, גורמים בפועל למטרד- על ידי רעש, היטפלות לעוברי אורח. אך התחושה של אי נוחות בלבד לא יכולה להביא לקבלת התביעה. תחושה של אי נוחות בשל אנשים השונים ממך ומדיירי השכונה, לא די בה, לפי פרשנותו של גולדברג אפילו אם הייתה הפרת חובה חקוקה. התנהגות כזו לא מתיישבת עם מטרות תכליתה של תוכנית המתאר.

השופט בך שהצטרף לפסק דינו של גולדברג מטעמים ראייתיים, הוא הזכיר לשופט גולדברג על כך שלמעשה לא מדובר על בית חולים לחולי נפש, ולכן לא הופרה החובה. אבל, לדעתו של השופט בך שהשופט גולדברג "הלך רחוק מידי" ולדעתו זה לא הגיוני שדיירי השכונה שיצליחו בתביעה, לפי סעיף 63 (הפרת חובה חקוקה), אם אכן הייתה מוטלת החובה כלומר הוראות תוכנית המתאר אכן היו מופרות. אם אכן היה מדובר בבית חולים של חולי נפש שהקום בניגוד להוראות תוכנית המתאר. במקרה כזה לא יכול להיות שרק אם עולה בידיהם של תושבי השכונה להוכיח שהמטופלים באמת גורמים למטרד, לא יכול להיות שרק אז יוכלו לתבוע על פי סעיף 63. לדעתו של בך, די בפוטנציאל להפרות כאלו. ובנוסף, הוא חושב שגם הדברים חלים גם על ירידת ערך הדירות.

יש פה איזושהי פרשנות של דבר חקיקה, שכאשר המקרה עצמו עומד בפני בית המשפט, השופטים נעים בחוסר נוחות וכל אחד מגיעים למסקנה אחרת, אך נדרשת לפרשנות של מה תכלית החיקוק. פס"ד בסופו של דבר נקבע כדעת גולדברג ולכן זו ההלכה.

**(4) קשר סיבתי עובדתי ומשפטי**

**קשר סיבתי עובדתי**

נדגיש: יש להוכיח את המבחן בראי מאזן ההסתברויות(51% או יותר להוכחת המבחן).

קשר סיבתי עובדתי נבחן באמצעות מבחן האלמלא: האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה ע"י הנתבע?.

אם התשובה לכך שלילית, הנתבע חולל שינוי במציאות בהתנהגותו העוולתית והוא הסיבה לנזקו של הנתבע.

אם התשובה לכך חיובית, אין קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לבין נזקו של התובע והתנאי בדבר קש"ס עובדתי לא הוכח.

קש"ס משפטי- לאחר שנקבע קש"ס עובדתי עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו.

קשר סיבתי עובדתי נבחן באמצעות מבחן האלמלא. ובמשפט: האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה על ידי הנתבע? במקרה הזה, הפרת חובה חקוקה. אנחנו מדברות על החובה הספציפית והחיקוק המסוים שהוא מחוץ לפקודת הנזיקין, האם הנזק היה נגרם, אם החובה לא הייתה מופרת.

אם התשובה שלילית, אם הנזק לא היה נגרם אמא החובה הופרה, אז אפשר לומר שההתנהגות העוולתית של המזיק חוללה את השינוי במציאות, מפני שאנחנו יודעות שהנזק לא היה נגרם אלמלא ההתנהגות העוולתית של הנתבע.

אם התשובה חיובית, שניתן לומר, שיותר סביר להניח שהנזק היה נגרם בכל מקרה, אז נוכל לומר שלא מתקיים קשר סיבתי, משום שאם הנזק היה נגרם בכל מקרה אז לא ניתן לייחס אותו להתנהגות העוולתית של המזיק.

זה המבחן הדומיננטי ברחבי העולם כולו, לקביעת הסיבתיות העובדתית.

**קשר סיבתי משפטי**

לאחר שנקבע קשר סיבתי-עובדתי עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו.

1. מבחן השכל הישר

יש מי שקורא לו מבחן הנטייה ההסתברותית או הנטייה הסיבתית. הוא בעצם נקבע כפונקציה של הניסיון היומיומי, מין אינטואיציה. בדרך כלל לא ישתמשו במבחן הזה, בטח לא באופן דומיננטי. (בפס"ד קרישוב, בית המשפט העליון עשה בו שימוש, בצורה שהיא מראה ונותנת דוגמא למה מקרים קשים יכולים לגרום לתוצאות לא טובות מבחינה משפטית). מבחן השכל הישר בדרך כלל יופעל בנוסף למבחנים אחרים, צפיות וסיכון, ולא בפני עצמו, משום שהוא מופעל על האינטואיציה יומיומית. המבחן שואל: מה הגיוני שהיה קורה, איך אנחנו יודעים כנסיינים יומיומיים של מה שאנחנו לומדים על העולם, איך נסיק מסקנה אינדוקטיבית על מה שקרה במקרה המסוים.  
האם בהתאם לנטייה הסתברותית ובהתחשב בנסיבות העניין, מה הגיוני שיקרה בד"כ לפי נסיבות החיים ומהפרט אל הכלל, והאם הנזק שקרה מתכתב עם ניסיון החיים?

1. מבחן הסיכון

הוא המבחן הדומיננטי להפרת חובה חקוקה. משום שהוא מבחן שמוזכר בצורה מפורשת בסעיף עצמו. הסעיף מדבר על הסיכונים שהמחוקק ביקש למנוע למעשה. הנזק שהתממש מהסיכון שאותו המחוקק ביקש למנוע. למרות שבפועל, המבחנים נדרשים תמיד, אך לעניין הפרת חובה חקוקה זה נכון שהדגש הוא על פניו מבחן הסיכון עקב לשון החוק, אך ההלכה היא לראות ששלושת המבחנים מתקיימים.

מבחן הסיכון מבוסס על הרעיון שנרצה לראות מהו הסיכון שאותו המחוקק ביקש למנוע, וברגע שנקבע מבחן הסיכון צריך לראות אם הנזק הוא באמת מהסוג שאליו התכוון המחוקק למנוע בחיקוק (זה מתחבר ליסוד השלישי- הנזק שהמחוקק ניסה למנוע). נרצה לראות שאנחנו נמצאות בתוך מבחן הסיכון. איזה מהסיכונים המחוקק ביקש למנוע ומתאים בתוך המתחם ואיזה לא. יש פה מלאכה פרשנית כדי לקבוע מהם הסיכונים.

יש פה זהות מסוימת בין היסוד השלישי למבחן הסיכון, ואכן בעניין ועקנין ברק לא ניתח את מבחן הסיכון, כי הוא עשה זאת מקודם בדיון על השאלה האם הנזק שהתממש הוא מסוג הנזקים שאותם המחוקק ביקש למנוע. הזהות נובעת מכך שמבחן הסיכון, הסיכונים שאותם המחוקק ביקש למנוע, והאופן שבו הם מתממשים הם הנזקים. מאחר ויש קשר ישיר בין נזק לבין סיכון- שהנזק הוא בעצם, והוא נגרם כתוצאה מסיכון שהתממש. הדיון הוא דיון חזרתי.

**במבחן**: אפשר להסתפק בניתוח היסוד השלישי בדבר סוג הנזק שאליו התכוון החיקוק, וכשנעסוק במבחן הסיכון נוכל להפנות ישירות ליסוד השלישי- נכתוב, למשל: "ראה לעיל ניתוח היסוד השלישי בעוולת הפרת החובה החקוקה"

1. מבחן הצפיות

לגבי אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק, זה מה שתובע נדרש להראות. הנתבע היה יכול וצריך לצפות את אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק. מבחן הצפיות זה מבחן רלוונטי במיוחד בהפרת חובה חקוקה.

לסיכום:

* ייתכן שבפסקי דין מסוימים ישים בית המשפט יותר דגש על מבחן הצפיות או הסיכון, אך מבחן השכל הישר לא יאוזכר כעיקרי בערך אף פעם (מלבד חריג אחד, שאולי נזכיר בהמשך: פס"ד קלישוב).
* ברמת העקרון, שלושת המבחנים צריכים להוביל אותנו לאותה התוצאה ונדיר מאוד שהדבר יהיה אחרת.
* מבחן הקשר הסיבתי המשפטי הוא מבחן נורמטיבי- השאלה היא האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק? מטרתו- לצמצם את היקף המקרים בהם תוטל אחריות, ולמנוע תוצאות אבסורדיות כפי שנראה להלן.

לדוגמא: Berry V. The Borough of Sugar Notch

פס"ד ישן מהמאה ה-19. באותו עניין אדם נסע במהירות מופרזת, ובנקודה מסוימת נפל עליו עץ.

השאלה: האם יש קשר סיבתי עובדתי בין הנזק שנגרם לרכב לבין המהירות המופרזת?

התשובה היא: כן- אלמלא היה נוסע הנאשם במהירות שנסע, העץ לא היה נופל עליו. אם האדם היה נוסע במהירות אחרת, הוא לא היה מגיע לאותה נקודת זמן ומקום בזמן נפילת העץ, בגלל שהוא נסע במהירות הוא נסע, הוא הגיע לנקודה במקום שהעץ בדיוק נפל על רכבו. ולכן , זה נכון לומר, שלולא הוא היה נוסע במהירות שהוא נסע הנזק לא היה קורה.

המסקנה: ההבנה שנתקיים קשר סיבתי עובדתי מביאה אותנו למסקנה שדרישה בלעדית של קשר סיבתי עובדתי בלבד עלולה להביא לתוצאות אבסורדיות וכאלו שאינן רצויות- לכן, יש צורך גם במבחן נוסף ש"יסנן" לנו. בדיוק במקרים האבסורדים ובמקרים שמרגיש לא נכון להטיל אחריות נזיקית, הסיבתיות המשפטית נועדה לצמצם את האחריות הנזיקית שלנזקים שנגרמו בעוולה, כי לא יתכן שאדם שגרם נזק בעוולה יהיה **בכל מקרה**, בכל פנים אחראי על נזק שגרם. נועדה לתחום את האחריות של האדם לנזק שהוא עצמו גרם.

אנחנו צריכות לעלות עוד שלב, בהטלת הקשר סיבתי, בשאלה האם מבחינת הקשר הסיבתי המשפטי המקרה עומד בבחינה?

מבחן השכל הישר: לפי מבחן השכל הישר נראה כי אין קשר סיבתי, היות וזה קרה במקרה לחלוטין. במקרה, אותו נהג נסע במהירות כזו ולא אחרת שהובילה אותו לעבור בדיוק באותה נקודת הזמן של נפילת העץ. נסיבות החיים מובילות להבנה שההתנהגות לא עומדת בבחינה- מדובר בתוצאה אבסורדית, וייתכן שגם לו היה נוסע במהירות נמוכה או גבוהה יותר הנזק היה קורה.

מבחן הצפיות: כאשר נהג נוסע במהירות מופרזת, האם אנחנו חשובות שזה הנזק הוא יכול לצפות? כמובן שלא היה ניתן לצפות את אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק עצמו, זה לא יתכן. המזיק לא יכול היה לצפות את נפילת העץ, הרס הרכב והעובדה שהניזוק ייפגע.

מבחן הסיכון: המחוקק לא התכוון לסוג הנזק שקרה בפועל כאשר קבע שאסורה נסיעה מעל המהירות המותרת- אולי הוא התכוון לתאונות דרכים, דריסה וכו'. לכן, גם מבחן הסיכון לא מתקיים והנזק שקרה לא נופל למתחם שקבע המחוקק.

**(5) החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי**

היסוד האחרון, שמחייב לבחון האם החיקוק המסוים לא נועד למנוע ולא מונע את הפיצוי הנזיקי. האם החיקוק המסוים שממנו אנחנו טוענות בהפרת חובה חקוקה במפורש או במשתמע הסדר שלילי, הפוסל פיצוי נזיקי- שכל התרופות הרלוונטיות בתוך החיקוק עצמו.

משמעות היסוד – לא ניתן לתבוע סעד נזיקי מכוח עוולת הפרה חובה חקוקה אם החיקוק מונע סעד נזיקי.

**פס"ד סולטאן**

עובדות: איש מסולמי גירש את אשתו בעל כרוחה בזמן שלא היה בידו פס"ד ואישור של בית הדין המחייב התרת הנישואין. מדובר על עבירה פלילית מכוח סעיף 181 לחוק העונשין, הקובע שבשביל להתיר נישואין צריך פס"ד סופי של בית המשפט ובית הדין המוסמך. האישה טענה כי נגרם לה בושה, סבל, נפגע מעמדה בקהילה וכמובן נזק כלכלי- שילום מזונות שנמנע ממנה.

שאלה משפטית: השאלה שנשאלה היא האם ניתן להטיל אחריות נזיקית על הפרת החובה החקוקה הקבוע בהוראה כזו.

נקבע: מה שנקבע באופן עקרוני זה שענישה פלילית, העובדה שיש חיקוק שקבועה בו ענישה פלילית, לא ניתן להסיק מכך לבד בפני עצמו על הכוונה לשלול את התרופה הנזיקית. ענישה פלילית לא מוציאה מתוכה את האפשרות לתבוע תרופה נזיקית. ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תרופה נזיקית.

הלכה: ענישה פלילית לא מצביעה בצורה גורפת על כוונה לשלול את התרופה האזרחית, זו שאלה של פרשנות והיא תלויה בסעיף העונשי המדובר, וחיקוק יכול להיוועד להגנה על הפרט והציבור כולו גם יחד, אין הם סותרים בהכרח זה את זה ונבדוק זאת לפי תכלית החקיקה.

בנוסף, נטענה טענה ההקשר של היסוד השלישי- לפיה שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק עליו נועד להגן ס'181 לחוק העונשין:  
מטרת החיקוק כפולה: הסעיף בחוק העונשין נועד להגן על אינטרס חברתי –לקדם את מעמד ציבור הנשים ולמנוע את הפלייתן, וגם להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אישה שעשויה להיפגע מהאפליה שאותה ביקש המחוקק לתקן (אין סתירה בין המטרות הללו).   
בהקשר הזה המשפט קבע שהאינטרסים שהמחוקק ביקש להגן עליהם בחיקוק הספציפי, זה הגנה על אינטרס חברתי רחב- אינטרסים של קבוצות רחובות. יש פה אינטרס מאוד רחב שהמחוקק ביקש להגן עליו- למנוע אפילו של נשים בחברה לשמור על מעמדן של הנשים באופן כללי. אך קובע בית המשפט שיכולה להיות גם תכלית כפולה- גם חברתי וגם אינטרס פרטני של כל אישה שעושיה להיפגע מהאפילה שהמחוקק ביקש למנוע, וגם בהקשר הזה, הנזק שנגרם מאינטרס הפרטי שנפגע ניתן לראות אותו כנזק מהסוג שאליו התכוון המחוקק. זה שיש חיקוק בעל מטרה רחבה יותר לא אומר בהכרח שהוא לא יכול לחול על נזק פרטני יותר.

**פס"ד דבוש**

הלכה מאוחרת יותר ועדכנית מהלכת סולטאן. עולה תחושה של ערפול לגבי השאלה שדנו בה שבהקשר של היסוד הנגטיבי, בדיון של הטלת אחריות נזיקית מכוח חיקוק פלילי.

* תחושת הערפול נובעת מכך שהשופט מזוז הביע את דעתו, תוך ביסוסה על פסיקה ישנה יותר, קבע שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להוות מקור נורמטיבי להפרת חובה חקוקה.
* אומנם, השופטת ברק ארז לא מסכימה לקביעה הזו, אומרת וחולקת על דעתו במפורש.
* השופט דנציגר- לא נקט עמדה מפורשת, ולכן בפועל הדברים אינם ברורים.

מדובר בפס"ד מיושן ואם תעלה סוגייה דומה, יש לפעול לפי השופטת ברק-ארז. בינתיים, עובדים לפי פס"ד סולטאן. אם יש לנו מקום, אפשר גם לציין שהנושא עלה שוב בפס"ד דבוש אך לא נקבעה הלכה ברורה לעניין זה.

**קשר סיבתי- עובדתי ומשפטי**

סיבתיות רלוונטית כמעט לכל עוולה ומקרה בדיני הנזיקין: בשביל לטעון שקרה נזק יש צורך לדבר ולהוכיח את יסוד הגרימה, אין יכולת לדבר רק על נזקים בלי יש לדון בשאלה האם ניתן ליחס את הנזק לנתבע. עצם העובדה שקיים נזק, לא ניתן להסיק ולהעיד על אשמה ומכאן, יכולת לייחס אחריות נזיקית. כדי שתהיה תרופה נזיקית צריך לקבוע בנזיקין שמישהו עשה דבר לא בסדר, שניתן לייחס לו עוולה במובן הנזיקי שלה ולכן יש צורך גם להבדיל בין גרימה לאשמה- הקשר הסיבתי בודק האם ניתן לייחס לנתבע עוולה, במובן של אשמה ולא רק של גרימה. בדיני נזיקין האחריות על גרימת הנזק היא לא רק החצנת הסיכון, אלא יש צורך גם להראות שלא רק מישהו היה אשם בזה שהיה לא בסדר וגרם לנזק, אלא שיש גם צורך להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתנהגות לנזק.   
נוכח קיומם של מגוון רחב של מצבים, לדוגמא: יכול להיות מצב בו נגרם נזק ואף אחד לא עשה שום דבר רע במובן הנזיקי, אך נגרם נזק. מצד שני, ניתן גם לראות מקרה בו אדם התנהג בצורה העולה לאחריות נזיקית אך לא נגרם נזק- פה לא נמצא בשדה הנזיקי (אלא אם זה בתקיפה). ויכול להיות המצב הבעייתי, בו אדם מחצין סיכון בצורה בלתי סבירה, נמצא במקום עוולתי, הוא עשה מעשה לא תקין, יש נזק ועכשיו נצטרך לייצר את הקשר הסיבתי, כי אחרת, ברוב העוולות שי דרישה להוכחת סיבתיות, התובע לא יוכל לקבל פיצוי. הקשר הזה הוא אתגר גדול, ועל האתגרים נדבר בהמשך.

הסיבתיות במשפט ובדיני הנזיקין למעשה מחולקת לשני בהיבטים:

1. סיבתיות עובדתית- הסיבתיות העובדתית נבחנת באמצעות מבחן האלמלא. במבנה הבסיסי של המבחן נשאלת שאלת האלמלא- לדוגמא האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופאה? אם הרואה הייתה פועלת בצורה סבירה הנזק היה קורה בכל מקרה, כלומר אם הנזק היה קורה בכל מקרה, לא ניתן לייחס התרשלות לרופאה. אך אם הנזק לא היה קורה אלמלא התרשלות הרופאה, ניתן לייחס אחריות נזיקית להתנהגות הרופאה.

יש לזכור שלגבי כל יסודות העוולה, יסודות העוולה צריכים להיות מוכחים בהסתברות של יותר סביר מאשר לא, כלומר הסתברות שלך 51% לפחות, מאזן הסתברויות. כתוצאה מכך, מההבנה שהכול הוא השערה והיפותזה, בשביל לעמוד במאזן ההסתברויות צריך להגיע למצב שיותר סביר להניח מאשר לא, וזאת בשל ההבנה שהדברים הם לא מוחלטים.

הביקורת המרכזית על מבחן האלמלא זה שמדובר בסוג של היפותזה. במבחן האלמלא, הדורש להבין מה קורה אלמלא ההתנהגות של המזיק, ככלל, לא ניתן לדעת בצורה מוחלטת ואמיתית מה היה קורה אילו, ולכן זה מבחן האלמלא מהווה סוג של היפותזה.

המשמעותיות של נטל הוכחה- היא שמעל 50% יש פיצוי, ומתחת אין, כלומר, מדובר בהחלטה שהיא בינארית. כלומר אם עמדת בנטל ההוכחה והוכחת את יסודות העוולה, אם ניתן להוכיח את הדברים הללו הניזוק יקבל פיצוי מלא.

1. סיבתיות משפטית- הסיבתיות המשפטית נבחנת באמצעות שלושה מבחנים: מבחן השכל הישר, מבחן הסיכון, מבחן הצפיות. סיבתיות משפטית מהווה עוד מסננת שלפיה, נקבע באיזה מקרים שצולחים את הסיבתיות העובדתית לא נטיל אחריות נזיקית? ההכרעה נקבעת לפי שיקולי מדיניות ולא על פי נתונים עובדתיים.
2. **סיבתיות עובדתית**

נעסוק בשלושה היבטים של סיבתיות עובדתית: שלושה חריגים שבהם מבחן האלמלא לא מספיק, לא נוכל לפתור את הבעיה במבחן האלמלא. הנושא הזה מאתגר את כל מה שלמדנו על מבחן האלמלא- מבחן האלמלא שבודק סיבתיות עובדתית חל על כל המצבים אך לא על מצבים שלא חל, שעליהם אנחנו עכשיו דנות.

* כבר מעכשיו נדגיש, שבין עמימות סיבתית ואובדן סיכויי החלמה יש ביניהם קשר.

**דטרמינציה ביתר**

קביעה ביתר של סיבתיות- להחליט אם יש קשר סיבתי, אז דטרמינציה ביתר זה מצב בו יש קביעה ביתר של קשר סיבתי, מאחר ו: מצד אחד יש החלת מבחן האלמלא, שעל פניו מתקיים אך בעצם נופל מפני שלא מביא לתוצאה מספקת. הבעיה נוצרת שהמבחן חל פעמיים, אנחנו קובעות שהוא חל ביתר עד כדי כך שהוא כושל, מפני שהוא לא יכול לחול פעמיים. אם הוא חל פעמיים במקביל וכל אחד מהגורמים יכול לטעון שאם הוא לא היה מתנהג כך שהנזק היה קורה, מתוך בריחה מאחריות, מבחן האלמלא נכשל.

דוגמא: שני ציידים (ברישיון לצורך העניין), הולכים לצוד בשטח שמותר לצוד בו, ושניהם יורים באופן רשלני- מכוונים לא נכון, מכוונים לכיוון אסור וכו. אפשר להראות שניהם פעלו באופן רשלני, שניהם יורים ואחד פוגע בראשו של אדם בטעות, והשני פוגע בלב של אדם בטעות., אותו אדם. האדם נורה פעמיים על ידי שני ציידים- פעם בראש ופעם בלב. נוכל לקבוע ששתי היריות בנפרד יכלו להרוג אותו. האדם מת, ועכשיו נחשוב על סיטואציה ששניהם עומדים לדין. ושניהם טוענים:

**הבעיה: אובר דטרמינציה, דטרמינציה ביתר (החלת מבחן האלמלא פעמיים.**

**הפתרון: מבחן הדיות**

* הצייד הראשון אמר שאם ניקח את מבחן האלמלא- האם הצייד בהתרשלות שלו גרם למוות של אותו אדם. הרי אם הוא לא היה יורה ברשלנותו באדם, הוא היה מת בכל מקרה, מפני שהוא היה מת בידי השני.
* הירה השני טוען אותו הדבר בדיוק- שהוא בהתרשלותו לא גרם למותו של האדם- כי הרי לפי מבחן האלמלא, אם הצייד השני לא היה יורה באותו אדם הוא היה מת בכל מקרה, כתוצאה מהירי של הצייד הראשון.

נראה כי אומנם שני הציידים צלחו את מבחן האלמלא, אך המבחן נכשל בתכליתו. למצב הזה קוראים דטרמינציה ביתר, בדיני נזיקין הבעיה הזו נדונה המון בספרות וניסו למצוא לה הרבה פתרונות, הבאים מכיוונים פילוסופים. זה מקרה בו המשפט לא מספק פתרון מתאים, ויש צורך לפתח מבחן חדש שיאפשר להתמודד עם הסוגיה הזו. אגב יש לציין שהמקרה מבוסס על פס"ד שעלתה שאלה של שני יורים, בשינוי נסיבות.

אז בדטרמינציה ביתר, כל אחד מהגורמים המעורבים יטען כי אין קשר סיבתי, כי אלמלא הגורם הקונקרטי שמעורב, התוצאה הייתה נגרמת בכל מקרה מההתרשלות של השני. והשני יכול לטעון בדיוק אותו הדבר- אלמלא ההתנהגות של הגורם השני, התוצאה הייתה נגרמת בכל מקרה מהתרשלות של הגורם הראשון. ולכן, לא ניתן להגיד שמבחן האלמלא מתקיים.

**דטרמינציה ביתר-** כאשר כל אחד מהגורמים יכול לטעון שאלמלא נזקו שלו, הייתה נגרמת התוצאה מפני שהשני יכול היה לגרום לתוצאה לבדו. האפשרות: מבחן הדיות- די בכך שכל אחד מהגורמים היה יכול לגרום לתוצאה כדי להוכיח תנאי זה. מבחן הדיות לא נתקבל בפסיקה הישראלית כרגע, ובמקום זאת פותרים את הבעיה דרך דוקטרינת מעוולים במשותף(אף שאין לה בסיס הגיוני!).

איך נפתור את זה?

מבחן הדיות

הפילוסופיה נחלצה לעזרתו של המשפט, והמשפטן ריצ'רד ראייט יצר מבחן חדש. המבחן שלו לקוח מתחום הפילוסופיה ועוסק בדבר הבא: מבחינה פילוסופית, כלל לכל דבר, כדי לומר שדבר גרם למשהו יש סדרת תנאים וכללים שצריכה להתקיים. (לדוגמא, הדלקת גפרור שגרם לפיצוץ, הדבר לא נובע רק מהדלקת הגפרור אלא התנאים החיצוניים, למשל אחוזי החמצן בחדר וכו). במשפט מעניין ההתנהגות העוולתית של הנפגע, ולכן לפי מבחן הדיות: אם ניתן לומר שבסדרת תנאים מסוימת שהתרחשה, סדרה שהתנאים בה מספיקים, האם זה מספיק בפני עצמו כדי לגרום נזק, במקרה כזה ניתן לומר שזו סיבה. ואם יש כמה סדרות מספיקות של תנאים שיכולים להתקיים, ניתן לומר שכל אחד בנפרד הוא סיבה.   
כלומר, לגבי מבחן הדיות נשאלת השאלה, האם ההתנהגות בהנחה שמתקיימים תנאים נוספים היא מספיקה כדי לגרום לנזק? די בכך כדי לומר שיש פה סיבה, ולכן אם כל אחד מהציידים שדיברנו עליהם, ניתן לומר באופן נפרד לגביהם, שההתנהגות שלהם בקונסטלציה שנוצרה ובהקשר שנוצר, אם אפשר לומר שזו סדרה מספיקה בשביל לגרום לנזק, אז אפשר לומר לגבי כל אחד שהוא היה סיבה לנזק, לכל אחד יש סט מספיק של תנאים בשביל ליצור ולגרום את הנזק, מכאן שנתייחס אליהם כאל סיבה מה שמאפשר להטיל על כל אחד מהם את האחריות לנזק שקרה. בפועל זה לא אומר שהפיצוי יהיה כפול אלא שהפיצוי יתחלק ביניהם. הרעיון הסיבתי הוא שניתן להטיל אחריות על שניהם.

מבחן הדיות התקבל במשפט האמריקאי והם פותרים על ידי מבחן הדיות. בישראל המבחן רק מזוכר בפסיקה, השופטת נתניהו מזכירה בפס"ד עמיר, ציינה שאפשר לקלוט ולאמץ את המבחן. אך, המבחן עדיין לא אומץ לגמרי במשפט הישראלי. בפועל, היום בישראל לא פותרים על ידי מבחן הדיות ובאופן אידאלי, בישראל פותרים את הסיטואציה הזו על ידי דוקטרינת מעוולים בצוותא, אך זה יוצר קושי כי לא מדובר בשני אנשים שפועלים יחד כדי לגרום לנזק אלא מדובר בשני אנשים שונים שפועלים בנפרד לנזק. הבעיה במבחן הישראלי שלא אימץ כרגע את מבחן הדיות, זה שהמבחן בו הוא בחר, מעוולים ביחד, הוא לא מדויק. הדבר הנכון מבחינה עובדתית הוא מבחן הדיות- די בכך שיש סדרה מתאימה של תנאים בכדי לפתור ולהחליט שיש סיבה.

**אובדן סיכויי החלמה**

אובדן סיכוי החלה נתפס כחלק מהנושא עמימות הסיבתית אך הפסיקה נוהגת בחלק זה באופן שונה, ולכן נייחס לו התייחסות נפרדת.

**הבעיה: לא ניתן לעמוד בדרישת הוכחת קשר סיבתי מעל ל150% בין ההתנהגות הרשלנית, העוולה, בין הנזק.**

**הפיתרון: אובדן סיכויי החלמה**

פסד פאתח:

העובדות: באותו עניין מטופל עבר ניתוח באוזן. הניתוח עצמו לא היה רשלני, אך בעקבות הניתוח נגרמה פגיעה בעצב הפנים. יש לזכור שכל ניתוח וכל דבר שאנחנו עושים, מחצין סיכון ויכול לקרות נזק, אך זה לא אומר שהייתה התנהגות רשלנית. כדי להגיד שההתנהגות רשלנית יש להוכיח אלמנט נוסף, או עוולה כלשהי בפקודת הזניקין, או יסוד נוסף- כלומר להוכיח את עוולת הרשלנות. עצם העובדה שמישהו התנהג בצורה מסוימת, כמו, ביצע ניתוח ונגרם נזק, לא אומר שאנחנו בעולם הנזיקי.

אך מה הייתה הבעיה? לא הייתה רשלנות בהתנהגות הרופא ובזמן הניתוח, אך הייתה רשלנות בדיאגנוזה, היה ברור שנגרם נזק אך הרופאים לא עלו על זה, לא עלו על כך שנגרם נזק כתוצאה מהניתוח. לקח זמן לעלות על הנזק שנגרם, לקח זמן שאבחנו את הבעיה ולקח עוד כמה ימים לניתוח לתיקון הבעיה. בשל ההתמהמהות והשהייה הרשלנית בזמן שבין היו צריכים לגלות את הנזק לבין הזמן שהיו צריכים לתקן את הנזק, נגרם נזק תמידי.

**אובדן סיכויי החלמה**- כאשר הנזק שנגרם הוא פגם ביכולת להחלים מהנזק שנגרם, אף אם אותו הנזק לא נבע מהתרשלות. נוצרה בעיה: כאשר סיכויי ההחלמה נמוכים מ50% כביכול לא ניתן להוכיחם כאשר הם "צמודים" לנזק שנגרם. הפתרון: נגדירם כראש נזק עצמאי, ואז כל עוד אפשר יהיה להוכיח במאזן ההסתברויות את אובדן סיכויי ההחלמה שנגרם כתוצאה מהמזיק ניתן יהיה לפצות עליהם.

הסוגיה המשפטית שנידונה: לפני הניתוח היה ניתן להוכיח שלתובע היה סיכוי החלמה בשיעור של 30%, אך הסיכויים אבדו בגלל הזמן הרב שבין הנזק לתיקון, גילוי הנזק היה רשלני. אומנם, לפי מאזן הסתברויות- נקבע שכדי להוכיח קשר סיבתי בין הנזק להתרשלות, צריך לעמוד במאזן ההסתברויות- להוכיח מעל ל50% בין העוולה לבין הנזק שנגרם. אך במקרה הנדון מדבור על 30%.

יש פה סיטואציה ייחודית שבית המשפט באותה עניין, החליט להתמודד איתה עם דרך מיוחדת. השופט לוין התמודד בדיוק בבעיה הזו שנוצרה שעל הוכחת הקשר הסיבתי חל הצורך להוכיח על פי מאזן ההסתברויות, מעל 50%. הוכחת קשר סיבתי המשמעות היא הוכחה של 150%,שהנזק נגרם בגלל ההתרשלות. אך פה, אנחנו מדברות על סיכוי החלמה של 30% בלבד. על פניו, התביעה צריכה להידחות, כי ההסתברות שהרופא גרם לנזק עומדת על 30%.

**השאלה המשפטית**: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה הקטנים מ50%?

**נקבע**: לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי(במילים אחרות, נקבעה הבחנה בין הנזק שנגרם לעצב, לבין הנזק שהוא אובדן סיכויי החלמה)- כלומר, נפתחת האפשרות להוכיח במאזן ההסתברויות את הנזק שנגרם- למעשה, התובע יצטרך להוכיח ב51% את הנזק שהוא אובדן סיכויי ההחלמה, ואז יזכה לפיצוי שהוא אובדן סיכויים של 30% להחלמה.

בשורה התחתונה: פוצלה ההכרה בין הפגיעה בסיכויי ההחלמה לבין הנזק העצבי, ובכך התאפשרה הכרה בסיכויי ההחלמה גם כאשר הסיכוי היה נמוך מ50 אחוזים.

ההלכה: ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי וגם כאשר האובדן נמוך מ51 אחוזים- את אובדן הסיכויים יש להוכיח במאזן ההסתברויות, את אובדן הסיכויים רואים כראש נזק בפני עצמו ועליו מפצים.

כאשר נקבע שמדובר בראש נזק עצמאי- התביעה היא על נטילת האפשרות מהתובע להחלים מהנזק התמידי שנגרם לו.

בית המשפט למעשה, בפעם הראשונה, מפתח את הרעיון של אובדן סיכוי ההחלמה כדי להתמודד עם הבעיה של הוכחת הקשר הסיבתי של 150% מההתנהגות הרשלנית לנזק. הפתרון לבעיה הוא הכרה באובדן סיכוי החלמה כראש נזק בפני עצמו- אנחנו נסתכל על ה30% אחוז של אובדן סיכוי החלמה של הניזוק כראש נזק בפני עצמו, כלומר הנזק זה לא הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בעצב, אלא הנזק הוא אובדן סיכויי החלמה. הנזק הוא לא הנזק הפיזי- הנזק הוא לא הנזק לעצב, לאוזן וכו. ראש הנזק שניתן לראות אותו פיזית זה לא הנזק שתובעים בו, אנחנו תובעות מאה אחוז נזק של אובדן סיכויי החלמה, יכלו להיות לי 30% של סיכוי החלמה אך הם נגנזו. המטופל לא תובע על הנזק הפיזי אלא הוא תובע על זה שנלקח הסיכוי של החולה להחלים במספר האחוזים, וזה המאה האחוז נזק שלאובדן סיכויי ההחלמה, וזאת בגלל התרשלות הרופאה.

יש להבחין בין הנזק הפיזי מוטל הנזק שנתבע פה- "גניבת" סיכוי ההחלמה שהיה לחולה בהתנהגותו הרשלנית של הרופא. התרשלות הרופאים לא גרמה לנזק עצמו, אלא לאובדן סיכויי ההחלמה. התביעה היא לא בערכים מוחלטים, כי היא לא יכולה להיות, הנזק לא מוחלט, המטופל לא נגרם לו כתוצאה מהתנהגות של הרופא נזק פיזי, היות והתביעה הייתה נופלת, בשל האחוזים הנמוכים ואי העמידה במאזן ההסתברויות. במקום זה, לא נתבע על הנזק עצמו, אלא נתבע על סיכוי ההחלמה.

פיצוי יחסי על נזק שהוא יחסי, מפני שהפכנו את הנזק היחסי כראש נזק בפני עצמו, אובדן סיכויי החלמה. אנחנו מכירות בנזק שהוא לא שלם, במקום בנזק הפיזי עצמו. כלומר אנחנו תובעות על אובדן סיכוי החלמה של הנזק הפיזי השלם. אנחנו תובעות על אובדן הטיפול המתקן של הנזק ולא על הנזק הפיזי עצמו.

חישוב סיכוי החלמה- נדון בפס"ד פרוטס נ' צ'ירגייב

השאלה המשפטית של איך נחשב אובדן סיכויי החלמה נדון בפסד צ'ירגייב.

עובדות: אי גילוי סרטן שד, שהגביר את הסיכוי למות החולה. אישה הגיעה לבדיקה עם סרטן שלא ידעה עליו, בשל התרשלות הרופאה ירדו משמעותית סיכוייה לחיות עד שהתגלה הסרטן: הרופאה התרשלה בגילוי וניתוח הממצאים, ועד שהיא הגיעה למסקנה ולתוצאה, סיכויי המוות של האישה עלו משמעותית.

* לפני ההתרשלות- סיכוי של 70% למות.
* אחרי ההתרשלות- סיכוי של 95% למות.

הטענה: טענת הרופאה הייתה שלמרות התרשלותה, מבחן האלמלא לא מתקיים, שהרי המטופל הייתה נפטרת בכל מקרה, בלי קשר להתרשלותה. מבחן האלמלא לא מתקיים- גם לפני ההתרשלות היו סיכויים של 70% שהמטופלת תמות. הוכחנו מעל 51%? נותק הקשר הסיבתי העובדתי. הרי ש70 שהיא הייתה נפטרת בכל מקרה, והרי שאם הנזק לא גבוה מ150% התביעה נופלת, אך לאחר פס"ד פאתח את דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה.

השאלה המשפטית: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה?

ריבלין: השופט ריבלין באותו עניין מפנה לפס"ד פאתח וקובע שהלכה תקפה גם כאן, ואף עומד על הדרך של חישוב פיצוי בנתונים הללו. התביעה והנזק שנתבע פה הוא לא המוות ואובדן החיים של האישה, הנזק הוא אובדן הסיכוי של ההחלמה שנגרם לאישה במצב הנתון שבו היא הייתה. הנזק הוא לא העובדה שהאישה לא החלימה ונפטרה, אלא הנזק הוא על אובדן סיכויי ההחלמה שהרופאה בהתרשלותה לקחה- סיכוי החלמה בגלל הגילוי המאוחר והרשלני. **הנזק אינו המוות אלא אובדן סיכויי החלמה שהרופאה נטלה בהתרשלותה מהמנוחה** (שכבר נפטרה).

בניגוד, לאינטואיציה הראשונית, אחוזי ההחלמה שאבדו לא עולים על שיעור של 25% אלא יש נוסחה מדויקת לחישוב של הנזק.

השופט ריבלין מציג את הנוסחה: D=(b-a):b

הפרמטרים בנוסחה:

* D= הנזק שנגרם, אובדן סיכויי ההחלמה ולא החיים של האישה.
* B= הסיכוי לנזק אחרי ההתרשלות (במקרה שלנו 95%).
* A= הסיכוי לנזק ומות האישה ללא ההתרשלות (במקרה שלנו 70%).

= הסיכוי לנזק לאחר התרשלות; A= הסיכוי לנזק ללא התרשלות; D= הנזק.

יישום הנוסחה בעניין צ'ירגייב: הנזק= (סיכוי לנזק אחרי ההתרשלות- הסיכוי לנזק ללא התרשלות): הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות.

התוצאה: 26% הסיכוי להחלמה ניטל מהמנוחה, ועליו יש לפצות.

ההיגיון: חישוב הנזק שנגרם בשל התרשלות הרופאה מתוך סך הנזק שעלול היה להיגרם במקרה. כלומר, מסך כל הנזק, רק 25% ניתן לייחס לנזק הגדול שאנחנו מדברות עליו- אי היכולת להחלים. ההפרש מהנזק שנגרם למצב הקודם, הוא הנזק שניתן לייחס.

**עמימות סיבתית**

גם פה, מדובר במצב שהוא בעייתי מבחינת היכולת להוכיח את הסיבתיות העובדתית במאזן ההסתברויות.

יש להבחין בין מצבים של עמימות סיבתית לבין מצבים של אובדן סיכויי החלמה- עמימות סיבתית עוסקת במצב בו גם אם נניח שאובדן סיכויי החלמה הוא ראש נזק נפרד, אנחנו לא מצליחים להוכיח קש"ס במאזן הסתברויות בין ההתרשלות לאובדן סיכויי ההחלמה?

השאלה של עמימות סיבתית עוסקת במצבם שבהם לא ברור האם קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק. העמימות הסיבתית בוחנת אם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קשר סיבתי במידה הנמוכה מ50%; אם כן, באילו תנאים?

בשיעור, נתמקד במצבים של עמימות סיבתית במצבים של נתבע ותובע יחידים(לידיעה, קיימים מצבים נוספים של ריבוי תובעים/נתבעים/עמימות לגבי גודל הנזק; נזכיר חלק מאלה, אך לא נתמקד בהם).

מצבים של עמימות סיבתית, למרות שבפסיקה נידונים ביחד, במצבים אלו הניגוד למצבים של אובדן סיכוי החלמה, מתעסקים בשאלה הבאה: במצב בו אנחנו מפעילות את המבחן האלמלא, במצב שבו המזיק התרשל ונרצה להוכיח קשר סיבתי בין הנזק במובנו השלם (נזק עצמו, חיים, רגל....) לבין העוולה. אך במצבים של עמימות סיבתית, אנחנו לא יכולות להוכיח את זה. מפני שיש גורמים אחרים שיכולים לגרום לנזק בצורה יותר דומיננטית, גורמים נוספים שהם לא עוולתיים וכו. בעצם קשה להוכיח קשר סיבתי כי אנחנו לא במצב שניתן להוכיח למעל 150%. יכול להיות שיש קשר כזה, אך הוא חלש מידי. לא נעמוד בנטל להוכיח שהתנהגות גרמה לנזק במאזן ההסתברויות.

והשאלה המעניינת שפס"ד מלול היא האם יש לדחות את התביעה? או שנוכל לקבוע שלמרות שלא ניתן לעמוד במאזן ההסתברויות, להכיר בקשר סיבתי שאומנם חלש אך מספיק משמעותי שניתן להבין שהייתה במקרה גרימה? למה לא ניתן להכיר במצבים הללו בכל זאת להכיר בפיצוי חלקי? אנחנו נרצה לייצר קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לנזק שנגרם, גם אם הם לא מצליחים לעמדו במידה הנדרשת.

לעיתים לא ניתן להוכיח את הקשר סיבתי בגלל גורמים מתרשלים רבים, נסיבות טבעיות, תובעים רבים שתובעים על אותה עילה ולא ברור למי מהם נגרם הנזק בשל ההתרשלות, נתבעים רבים, ידוע שנגרם הנזק אך לא ברור גודלו ועל מה נדרש לפצות. כלומר, במצבים שצוינו לעיל, במצב של עמימות סיבתית לא נוכל לייצר את הקשר הזה בין התובע לנתבע ולמי שגרם את הנזק. אפשרות נוספת היא שאנחנו יודעות שנגרם נזק, אך אנחנו לא יודעות מה שיעורו וגודלו. יכול להיות שניתן לייצר קשר סיבתי יש היגיון שנגרם נזק כתוצאה מחשיפה לחמור מסוים למשל, אך לא נדע מה גודל הנזק, לא נדע איך לייצר את הקשר בין העוולה לגודל הנזק

נדבר על ליבת הדוקטרינה, עליה מדבר פס"ד מלול, והקושי בעצם השאלה האם ניתן לתאר ולומר שיש את הקשר הסיבתי. אנחנו לא נדבר על השאלה מה קורה באי ידיעת גודל הנזק, או לייצר את הקשר הסיבתי בהרבה תובעים\ נתבעים. אנחנו אל נדבר על השאלות הללו אנחנו נדבר על שאלת הליבה: מה קורה כשיש מקרה של ניזוק ומזיק יחיד, המזיק התרשל, יש נזק אבל מטעמים שונים לא נוכל לייצר את הדרישה ולעמוד בדרישה ולהוכיח קשר סיבתי מעל ל150%. ה מצב הליבה שבו נעסוק. ניזוק מזיק ובדיקת הקשר הסיבתי מעל 50%? האם בכל זאת אפשר לפצות חלקית על שיעור הנזק שכן הצלחנו להוכיח(למשל, על ה30% שהצלחתי להוכיח במאזן ההסתברויות).

פס"ד מלול

עובדות: פגה שנולדה בבית חולים בניתוח קיסרי ונתגלה אצלה שיתוק מוחין ופיגור שכלי (מחלה של החומר הלבן במוח- PVL). שני גורמים אפשריים סיבתיים שגרמו לנזק פגות (גורם שאינו עוולתי ועלול היה להחצין את הסיכון ולהביא לנזק);  
גורם אפשרי אחד, הוא גורם שהוא לא עוולתי, הוא קורה בפגות, פגות יכולה להיות גורם פוטנציאלי לנזקים קשים. אך מהצד השני, הגורם האפשרי השני הוא התרשלות הרופאים (שהתעכבו בניתוח קיסרי יתר על המידה).

לא עלה ספק מפס"ד שהנזק הקשה נבע מין הגורם הראשון הלא עוולתי, מהפגות עצמה. הנזק נגרם בגלל המחלה של החומר הלב במוח. ובעצם הפיגור השכלי נגרמו מהמחלה הזו. רוב הראיות הצביעו שככל הנראה, הגורם הוביל, ולא הצליחו להוכיח שהסיבה הדומיננטית לנזק היא ההתרשלות. הנטייה לאור המצב העובדתי שהנזק נגרם בגלל הפגות ולא בגלל התעכבות הרופאים. מן העובדות עולה שהגורם הראשון הוא המשמעותי, ועל כן לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קשר סיבתי במידה העולה על 50%.

נזכיר כי: עמימות סיבתית- לרוב יתחילו מהתרשלות שבסופה נגרם נזק, ויש צורך להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. אנו מצויים בזירה של אי וודאות עובדתית. עמימות סיבתית "בולעת" לתוכה את דוק' אובדן סיכויי החלמה (מפני שהיא עוסקת במצבים כלליים בהם אי אפשר להוכיח כלל במאזן ההסתברויות, לא רק במצב ספציפי של אובדן סיכויי החלמה), אך לצורך הבנת הנושא התייחסנו אליה בנפרד.

השאלה המשפטית: האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים, שהתרשל, לפצות את הניזוקה (למרות שבית החולים התרשל לא ניתן יהיה לקבל פיצוי עקב אי עמידה במאזן ההסתברויות), האם ניתן לקבוע פיצוי חלקי, שיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?

השאלה של עמימות סיבתית עולה בעניין מלול. באותם מקרים של עמימות סיבתית, הניזוק טוען שקרה נזק כתוצאה מהתרשלות המזיק, והניזוק כן רוצה פיצוי על הנזק שקרה לו, להבדיל מאובדן סיכוי החלמה. פה יש רצון מצד הניזוק לפיצוי על הנזק שנגרם לו. אך ראינו בעניין מלול, שהקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שקרה בפועל, ככל הנראה נמוך מ50%. בעצם לא ניתן להוכיח שהתרשלות הרופאים בניתוח הקיסרי עומדת במאזן ההסתברויות. התובעים הצליחו להוכיח שנגרם נזק בשיעור של בעשרים אחוז. כלומר אין ספק, האם הייתה תרומה מצד הרופאים לנזק. הקושי כאן שככל הנראה הפגות היא זו שהובילה למחלה, ולא התרשלות הרופאים, ההתרשלות תרמה להתפתחות הנזק, אך לא בכדי שתעמוד במאזן ההסתברויות. במלול יש שאלה מאוד מעניינת, יש ניסיון לאתגר את דרישת מאזן ההסתברויות ונשאלת השאלה האם בכל זאת, למרות כלל מאזן ההסתברויות שצריך להוכיח את כל יסודות העוולה במעל 50%, בהגעה לסיבתיות וכדי למנוע חוסר פיצוי מוחלט, האם המשמעות היא שאותם ניזוקים לא יכולים לקבל פיצוי בכלל או שנאפשר קבלת פיצוי יחסי התואם לשיעור ההסתברות שההתרשלות היא זו שגרמה לנזק, גם אם היא לא עמודת במאזן ההסתברויות.

ודוק: השאלה המשפטית: האם למרות כלל מאזן ההסתברויות בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק? השאלה- האם ניתן להטיל אחריות לפי הסתברות הגרימה? כלומר- האם נאפשר להם לקבל פיצויים על סמך אחוז הסיכוי שההתרשלות גרמה לנזק?

למעשה, מלול נחשב לפס"ד מפוצל, כל אחד מהשופטים לקח את פס"ד שלו לכיוון שונה. מאחר והדעות בפסק הדין חלוקות; נזכיר את שתי העמדות המשמעותיות: השופט ריבלין מול נאור.

ערכאות קודמות: בפס"ד של העליון לפני הדיון הנוסף, שמתקיים רק כאשר יש שאלה שבמחלוקת ועוסקת בהלכה חדשה. בפס"ד לפני הדיון הנוסף, השופטת נאור בפסק דינו ל הרוב, קבעה שבמצבים שבהם יש אי יכולת מובנית להוכיח קשר סיבתי, כלומר כזו הנובעת ממגבלות המדע ממגבלות היכולת האנושית לדעת ולהוכיח קשר סיבתי, כאשר זו הסיבה שהניזוק לא יכול להוכיח את דרישת הקשר הסיבתי. בתנאים ובמצבים כאלה, ניתן לקבוע פיצוי יחסי דרך או תמיכה בראיות סטטיסטיות (אומדן) גם אם הניזוק לא עומד בדרישה הקשיחה של מאזן ההסתברויות. זה מה שקבעה נאור בפס"ד שלפני הדיון הנוסף. היא קובעת הלכה משמעותית ואף שנויה במחלוקת, עד כדי כך שהיה צורך בדיון נוסף.

פסק דינו של ריבלין:

פס"ד נועד להכריע בשאלה עקרונית, שאלת גרימת הקשר הסיבתי, העובדה שקשה להוכיח את שאלת הסיבתיות בין הניזוק והמזיק היחידים. למרות שהשאלה העקרונית שעלתה במלול עוסקת במקרי הליבה, ריבלין הולך לכיוון שונה.

ריבלין למעשה קובע כי לא ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברויות, יש פה פריצה ומדרון חלקלק שלא נדע מה סופו.

ריבלין מציין כי יש סיבות לכלל מאזן ההסתברויות, שהסיבה המרכזית היא בשל טעות משפטית. אנחנו יוצאות מנקודת הנחה שבית המשפט עושה טעויות, אף אחד לא חולק על זה. טעות משפטית זה כאשר היה צריך להכריע לטובת הניזוק והכריעו לטובת המזיק וכך להיפך. כלל מאזן ההסתברויות יוצר "קו" הגורם למצב שבו הטעויות המשפטיות קורות באופן שוויוני לשני הצדדים, העבודה שבמאזן ההסתברויות אנחנו על קו החמישים האחוז, יוצר מצב שמבחינה הסתברותית הטעויות מתחלקות באופן שווה, יש פריסה ופיזור של הטעויות באופן שווה על שני הצדדים. זה אחד הטיעונים שעולים מפס"ד של ריבלין, בניגוד לנאור מדברת יותר על מונחים של צדק והרתעה. השיקול שבו מתמקד ריבלין כשהוא מדבר בחשיבות מאזן ההסתברויות, הרעיון של מאזן ההסתברויות וקו החמישים האחוז שהוא מצייר, גורם לכך שאם יש טעות משפטית, אם קורה, אז הסיכון שזה יקרה, גם אם יש טעויות הן מתפזרות במספרים גדולים יוצא שגם הניזוקים והמזיקים בעצם נפגעים במידה שווה.   
ריבלין מתקשה לסטות מהכלל הזה, כלל שמהווה כאבן יסוד במשפט האזרחי. דרישת הקשר הסיבתי מאתגרת את הרצון והצורך הפנימי של הפיצוי. האם נחרוג מדרישת הסיבתיות? איפה קו הגבול? נרצה לאפשר בכל מקרה שהייתה התנהגות רשלנית, ולא ניתן לעמוד על קשר סיבתי בדרישת מאזן ההסתברויות כי אולי הצלחנו להוכיח במידה מסוימת בלבד שההתרשלות גורמת לנזק. האם לא נפתח פתח רחב שהוא יוצא דופן?   
כשריבלין מתמקד בשיקול הזה, הוא אומר שמבחן האלמלא הוא מבחן משמעותי כל כך שלא נוכל לסטות ממנו. אך יש לעשות חשיבה באיזה מקרים נדירים ניתן לסטות מהכלל, ואכן גם נאור וגם ריבלין, שניהם מוכנים להכיר בכך שניתן לחשוב על הסיבתיות במובן ההסתברותי שלה, אך ריבלין מצמצם את הפתח הזה מאוד.

הטיה שיטתית: ריבלין קובע כי ניתן לאפשר אחריות יחסית על פי ההסתברות שההתרשלות גרמה לנזק. אבל זה רק במצבים שבהם יש הטיה משנית. הכוונה היא שכאשר יש קבוצה של ניזוקים ולא ניזוק אחד, ולמעשה יש סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים הללו, הטיה עקבית שיש בהחלת כלל עודף ההסתברויות, רק אז ניתן להכיר בפיצוי לפי הסתברות הגרימה.

* לדוגמא: יש גורם שמפיץ זיהום סביבתי, וסביבו יש שכנים רבים הגרים בשכונה. ניתן לתאר ולהוכיח שיש התרשלות, המבחן הוא מפעל מזהם והוא חרג ממידות הסבירות. ועכשיו נוכל גם לדעת שבאותה שכונה יש ניזוקים, אך נוכל להוכיח שרק לחלק מהן יש נזק, קיבלו את הסרטן כתוצאה מהסרטן, ואחרים אולי לא (אולי חלו מסרטן כתוצאה מסיבה אחרת). באופן עקרוני נוכל לשער שאם נעשה את ההסתברות, יש סיכוי ש 20% ממי שחולה בסרטן חולה בעקבות הסטייה מהסטנדרט של המפעל. אנחנו נוכל להניח שכתוצאה מהעוולה, בעשרים אחוז, שלמי יש סרטן הוא חלה בעקבות העוולה.

במקרה כזה, אומר ריבלין שאם לא נכיר באחריות הסתברותיות, אנחנו יוצרות מקרה חמור במיוחד של הרתעה בחסר: מבחינת ההיגיון, אם נחליף את המפעל המזהם ברופא רשלן, רופא שבאופן תדיר ועקבי מתנהל באופן רשלני וכל פעם חושף את המטופלים שלו לנזק. אדם שמבחינה פרקטית כל הזמן מתרשל, אך לא ניתן לתבוע אותו, משום שהוא חושף לסיכון נמוך מתחת למאזן ההסתברויות, לא ניתן לחוב אותו באחריות נזיקית כי הוא למעשה חושף לסיכון באופן שקשה להוכיח את הנזק והקשר הסיבתי באופן הנדרש. ולכן, במקרה כזה, הרופא יכול להמשיך לחשוף את המטופלים לסיכון של התממשות הנזק, אך הסיכון נמוך מה שמוביל לכך שכמעט ואף פעם לא במידה הנדרשת כדי שנוכל להטיל אחריות בפועל.   
בצורה כזו אנחנו יוצרות סיטואציה בעייתית מאוד של הרתעה בחסר- למה שאותו מפעל או רופא ישנה את התנהגותו? למה שאם הוא חושף אנשים לנזק במידה פחותה, לסיכוי של התממשות הנזק במידה פחותה, למה שישנה את דרכו? אנחנו יוצרות מצב של התנהגויות לא יעילות ואף רעילות, התנהגויות שמצליחות לתפוס אותן בשל מאזן הסתברויות.

ולכן, במקרים של הטיה שיטתית: תנאים מצטברים:

1. מזיק
2. קבוצת ניזוקים
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים- אותה התנהגות שמחצינה את אותו סוג הסיכון.
4. הטיה עקבית בהחלת כלל עודף הסתברויות- לא ניתן לתפוס את ההתנהגות ברשת בגלל מאזן ההסתברויות.

ריבלין מוכן להכיר וקובע שרק במקרים כאלו, של הטיה שיטתית, קיימת הצדקה לסטות מכלל מאזן ההסתברויות, ובמקרים כאלו ניתן להטיל אחריות באופן יחסי לפי הסתברות הגרימה.

ההבדל הוא בין תובע אחד להרבה תובעים, ברמה הכללית: (הסיבה למה ריבלין מתנגד להחיל פיצוי יחסי על תביעה של ניזוק יחיד), מתי פס"ד של ריבלין יחול, הוא יחול כאשר יש יותר מניזוק אחד, אנחנו מדברות על קבוצה של ניזוקים, תביעות המוניות. לא מדובר על מצב בודד, מפני שאלו מצבים שלפי ריבלין מצדיקים לסטות מהכלל של מאזן ההסתברויות. אם כל אחד ואחת יכלו לטעון שמישהו יתרשל וגרם לנזק, ולנסות להוכיח את הקשר הסיבתי, אך לא עלה בידו: אם נוכל לתבוע ברגע שמישהו יתרשל ונוכל לעמוד במידה מסוימת בסיבתיות, נוכל לפרוץ, לדעת ריבלין, את הסכר ונגרום למדרון חלקלק. אם נאפשר לכל אחת ואחת לתבוע, אנחנו פורצות את הסכר של דיני הזיקין, כל אחת תוכל לתבוע בדיני הנזיקין כי תמיד יש סיכוי לדבר שיתממש.

ריבלין אומר דבר נוסף: כמו שהטיה שיטתית, בעצם התנאים המצטברים שלא מתקיימים בקבוצה של ריבוי ניזוקים ופועלת לטובתם של ניזוקים במצבים כאלה, במובן הזה שניזוק לא מצליח לעמוד במאזן ההסתברויות ומצליח להוכיח בהסתברות מסוימת שהעוולה גרמה לו, מתקיימת במקרה של ריבוי ניזוקים ופועלת לטובתם של ריבוי ניזוקים כך היא צריכה לפעול גם לטובת המזיקים. כלומר, אם באופן שיטתי, מזיקים יצליחו להיתפס ברשת של מאזן ההסתברויות, מישהו מחצין סיכון והנזק מתממש באופן שיטתי, אך הנזק שנגרם והסיכוי שהעוולה גורמת לנזק, ההסתברות היא רק 70% ולא 100% לדעתו של ריבלין, יש לשקול לאפשר לאותו מזיק שכל פעם נופל ברשת, לשקול לתת לו פיצוי חלקי בגובה של 70%. במובנים רבים, במובן הזה, כמו שזה צריך לפעול לטובת ניזוקים שיטתיים כך גם למזיקים שבאופן שיטתי מזיקים, ואפשר להוכיח את הקשר הסיבתי ברמה שהיא גבוהה אך נמוכה מ100%, כמו שהתחשבנו בניזוקים וקבלת פיצוי חלקי יש להתחשב גם במזיקים ולאפשר פיצוי חלקי ולא מלא.   
חשוב לציין שהנקודה הזו לא התקבלה. אך צריך לדעת, שריבלין טען באופן עקרוני שאפשר להתחשב במזיקים כפי שאפשר להתחשב בניזוקים, כאשר אנחנו מדברות המצבים של הטיה שיטתית- ריבוי צדדים. לא מצב בו יש ניזוק יחיד, אלא קבוצה של ניזוקים.   
יש לזכור, כי ריבלין מתייחס לקבוצת מצבים מאוד מצומצמת, ברמה כזו שיכולה גם לא להתממש, הסיכוי שהדבר באמת יתקיים זו פרשה של עשרות שנים. כלומר, הוא הוביל לצמצום הסטייה מהכלל.

ההלכה של ריבלין:

* במקרים של מזיק יחיד וניזוק יחיד- המקרה בפס"ד, אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג: מצבים של אובדן סיכוי החלמה, שעליהם דיברנו לעיל (הלכת פאתח).
* במקרים של קבוצת ניזוקים ומזיק אחד- ניתן אפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים כדלהלן: בראייתו של ריבלין, הטיה שיטתית מצדיקה פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100%.
* מזיק
* קבוצת ניזוקים
* סיכון חזור ומשותף לכל הניזוקים
* הטיה עקבית בהחלת כלל עודף הסתברויות.

פסק דינה של השופטת נאור:

לדעת נאור גישתו של ריבלין מצומצמת מידי. נאור מסכימה לכך שיכול להיות שמקרים של ריבוי ניזוקים הם מצבים שנכון לתת בהם פיצוי יחסי על פי ההסתברות של גרימת הנזק, אך זה לא העניין הנידון. זאת לא השאלה המשפטית. השאלה שנשאלה היא שאלה העוסקת בליבה של דיני הנזיקין בשאלה של גרימה בין ניזוק למזיק. נאור מסכימה כי השאלה נידונה היא מאוד קשה, אך תפקידו של בית המשפט והדרישה הבסיסית היא הכרעה בסכסוכים. ולכן כשהשאלה הזו עומדת על השולחן, לא ניתן לחרוג ממנה. יש צורך לענות על שאלת הליבה: מה קרוה כשיש התרשלות בין מזיק לניזוק, אך התובע לא מצליח לעמדו במאזן ההסתברויות במידה הנדרשת, לדוגמא במידה של 20 אחוז, מה קורה אז?  
נאור קובעת שבמקרים כאלו, שהם יוצאי דופן, בעיניה, אם נתייחס למקרי הליבה שהם חריגים מאוד, לא נערער את היציבות של דיני הנזיקין. וזאת מפני שלטענתה מדובר במצבים מאוד חריגים. הטיעון של מדרון חלקלק לא רלוונטי, מאחר והמקרים האלו באמת כמעט ולא מתעוררים. נאור מציינת שהסכר שנפרץ אף פעם לא קרה, כמו שציפו שיקרה.

נאור קובעת כי קיימת אפשרות של פיצוי לפי הסתברות הגרימה, מכמה שיקולי מדיניות משפטית:

* הרתעה בחסר- אם נחמוק מההתמודדות עם השאלה הזו ולא נאפשר להטיל אחריות באופן יחסי במצבים האלו, נגרום להתרעה בחסר גם במצבים בודדים- גם רופאים שלמעשה לא מתרשלים באופן תדיר ונשנה, לא מדובר דווקא במצב כזה, אף מדובר במצב שכן רופא מתרשל. בכל זאת, במקרים האלו נרצה להרתיע, וזה נכון גם למקרים שהם לא הטיה שיטתית. נרצה לאפשר מצב בו שאנשים ידועים שהם מתרשלים חושפים ויוצרים סיכון לנזק גם במידה שהיא משמעותית אך לא דומיננטית- כלומר הסיכון לנזק הוא לא מעל 50%, אך יש סיכוי משמעותי שהם חושפים אליו, גם אז נרצה להטיל אחריות באופן יחסי כי אחרת, נגיע למצב של הרתעה בחסר. פיצוי יחסי המשמעות שלו זה פיצוי לפי שיעור ההסתברות של סיכוי הגרימה. נרצה גם אם אין מצבים שעליהם ריבלין מדבר, נרצה להכיר בתוצאה של פיצוי יחסי. ודוק: גם במצב של ניזוק בודד, יש להכיר בפיצוי יחסי לפי מידת ההסתברות.
* צריך להוכיח גרימה משמעותית (לא 1% ולא 2% וכן הלאה)- נאור לא חוששת ממדרון חלקלק, כי גם הוכחה של 20% זה שיעור גבוה של אחוזים, דבר שלא פשוט להוכחה. מדובר במצבים של אי ודאות עובדתית, אנחנו לא יודעות בצורה מוחלטת ולכן לקבוע שיעור ומספר כזה גבוה, הוא קשה להוכחה. גם מבחינה ראייתית ועובדתית יש משימה לא פשוטה שצריך לשכנע ולעמוד בה. ולכן מבחינתה של נאור, הדבר מהווה מחסום המונע את אותו מדרון חלקלק שעליו מדבר ריבלין, אין פה ערעור של יסודות הבסיס ויציבות דיני הנזיקין.
* צדק מתקן- אנחנו גם מייצרות מצב של צדק מתקן- בכל זאת הייתה התרשלות ונגרם נזק אומנם במידה פחותה, אך לא נרצה לקבוע מצב של הכל או כלום. דווקא מהצד של הניזוק, הצד התם שאין בו שום פגם בהתנהגותו יצטרך לספוג את הנזק שנגרם לו. וזאת למרות קיומן של הוכחות וראיות ברשלנותו של המזיק.

למעשה אם נכיר באחריות יחסית במקרים כאלו, כמו המקרה של מלול, אז נוכל גם להגשים את הרעיון של צדק מתקן וגם למנוע מקרים בעיתיים של הרתעה בחסר, וזאת במקרים של ניזוק ומזיק יחיד.

נאור סבורה שהרעיון של ריבלין להטיל אחריות יחסית גם לטובתם של מזיקים, להקל עם המזיק בטענה שאנחנו מקילים עם הניזוקים, נאור לא מקבלת את הטענה של ריבלין. משום שבסופו של דבר הצד שהתרשל הוא המזיק, הוא הצד הרשלן והמעוול ולכן מדוע שנסבור, למעט במשקפיים טהורות, שזה הגיוני להקל על המתרשל לעומת הצד התם, ולהטיל פיצוי יחסי. גם אם אי פעם נקבל את הרעיון של פיצוי יחסי בהטיה שיטתית, לא ניתן להטיל אחריות יחסית על מזיקים לטובתם. ברגע שניזוק עומד ברף ההוכחה ומוכיח שהתרשלות גרמה לנזק שלו ברמה שעולה על 50%, לפי נאור יש להטיל על המזיק את מלוא האחריות.

איזו הלכה ניתן לחלץ מפס"ד?

* נכון להיום, לא ניתן לתת פיצוי של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית).
* ככל הנראה יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית (ראי את ארבעת התנאים של ריבלין: 1. מזיק 2. קבוצת ניזוקים 3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים 4. הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות).
* כלל האי סימטריה- ככל שאנחנו מוכנות לקבל גם במצבים של הטיה שיטתית, פיצוי יחסי לטובת הזניקין, לא נקבל את האפשרות של פיצוי יחסי לטובת המזיקים. לא במקרה של מזיק יחיד ולא במקרה של קבוצה של מזיקים.

חשוב לזכור ולא להתבלבל: בהקשר של דוקטרינת הנזק הראייתי, אנחנו נשתמש במקרים שהניזוק מקשה להוכיח קשר סיבתי בשל אשמו של המזיק, ולא בשל עמימות סיבתית. דוקטרינת הנזק הראייתי משמשת ככלי המקל והמאפשר להפוך את נטל השכנוע מכתפי התובע לנתבע, כאשר באשמו של המזיק, התובע לא יכול לעמוד בדרישת הקשר סיבתי (דרישת מאזן ההסתברויות), הוא לא יכול כי הנתבע הסתיר, התרשל וכו.   
יש להפריד בין מצבים שבו פס"ד של נאור, זה הרעיון של סיבתיות עמומה במובן המובנה שלה- יש קושי מובנה להוכיח סיבתיות שנגרם בגלל העולם, ולא בגלל הנתבע, מדעית לא ניתן להוכיח קשר סיבתי יש להפריד בין מצבים שבו לא ניתן להוכיח בשל מגבלות המדע לבין קושי להוכיח בשל אשמו של המזיק, שמזיק הסתיר או התרשל בכתיבת העובדות. במקרה הזה, לא נדבר בסיבתיות עמומה במובן של מלול, אנחנו נדבר במונחים אחרים של היפוך נטל הראיה.

1. **סיבתיות משפטית (Proximate Cause)**

מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו.

בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים שפותחו לאורך השנים ונגזרים משיקולי מדיניות. משיקולי מדיניות, ולהבדיל מסיבתיות עובדתית, האם אנו רוצות להטיל אחריות על נזק שהתממש אף שהוכחה סיבתיות עובדתית? לעיתים, סיבות לבר-עובדתיות או מדעיות ימנעו את מתן הפיצויים. למשפט יש מטרות שאינן עובדתיות בלבד, ואת הקשר הסיבתי אנו בוחנים בעולם המשפטי וביחס למטרות משפטיות. סיבתיות משפטית לא עוסקת בשאלות העובדתיות, אלא עוסקת שבשיקולי מדיניות. האם נרצה תמיד להטיל את מלוא הנזק התממש? האם לא נרצה להטיל בכלל אחריות?

על זה נדבר בסיבתיות המשפטית, מהם השיקולים ובאילו מצבים שבהם נאמר למרות שצלח את הסיבתיות העובדתית, לא נרצה להטיל אחריות בנזיקין. אנחנו לא נמצאות בעולם מדעי טהור, אלא בעולם משפטי שלו יש מטרות נורמטיביות.

לדוגמא: Berry V. The Borough of Sugar Notch (ראי דיון בסיבתיות משפטית בהפרת חובה חקוקה)

כל הזמן נראה שבית המשפט מחפש ורוצה לקיים מטרות ושיקולים עמוקים, אנחנו לא נמצאות בזירה מדעית טהורה אלא בלב שיקולי המדיניות.

**מבחני הסיבתיות המשפטית**

לסיבתיות משפטית יש שלושה מבחנים: (ראי בהרחבה, בפרק הפרת חובה חקוקה)

1. מבחן השכל הישר- Common sense, (או הנטייה הסיבתית)- "ניסיון החיים מלמד ש..".
2. מבחן הסיכון- אדם שחושף לסיכון עוולתי אנשים אחרים, יוצרים מתחם ביחס לסוג הנזק שהתממש ביחס לסיכון אליו נחשף, ולפי הסיכונים שעמדו לעיני המחוקק בודקים אם התנהגותו נופלת לאותו המתחם. יש צרוך לבדוק האם הנזק שהתממש נובע מסיכון עוולתי. אם ניצור באופן מדומה מתחם שמכיל את הסיכונים שהמחוקק ראה לנגד עיניו, סיכונים שרצה למנוע ממימושם, יש לבדוק האם הנזק שאכן קרה נופל לאותו מתחם. דובר במיוחד ביחס לעוולת ההפרה החקוקה.
3. מבחן הצפיות- יהיה לב הדיון כעת.

**מבחן הצפיות**

ארבעה נושאים מרכזיים שנדון בהם:

* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)
* היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתיות וריחוק הנזק
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי

**בין חובת הזהירות לסיבתיות המשפטית**

צפיות נדונה בשאלת חובת זהירות בעוולת הרשלנות. כדי לדעת האם המקרה הקונקרטי עבר את הסף לעוולת הרשלנות, והאם ניתן לדבר במונחים של צפיות- האם הניזוק ואירוע הנזק היו צפויים ברמה הטכנית, האם אפשר לומר שהמזיק יכל לצפות, וגם האם הוא היה צריך מבחינה נורמטיבית לצפות את אירוע הנזק והניזוק עצמו.

**בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית**

* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)
* היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתיות וריחוק הנזק
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי

נשאלת השאלה מה עושים בשאלת סיבתיות משפטית, האם צריך ליישם את מבחן הצפיות? האם נצטרך לעשות את הניתוח הזה פעמיים? בשאלת השאלה האם הנזק היה צפוי?

כבר נציין כי המסקנה היא שבמבחן הצפיות שחל בסיבתיות המשפטית (ולא בחובת הזהירות) נתמקד בשאלה- האם סוג הנזק היה צפוי.

מקובל לדבר בכפילות, בהחלט יש מי שסבור, שאכן מדובר בכפילות בשני הנושאים. ולא בכדי, יש שופטים שטענו שהדבר הנכון לעשות זה קודם כל לדבר על התרשלות הנתבע (מודל רשלנות אחר- אין צפייה לזכור אותו, היות ולא התקבל בפסיקה). לדעת אותם שופטים אנחנו מסתכלים על זה בצורה לא נכונה, כלומר אולי הכפילות באה ללמד אותנו, שלמעשה מה שצריך לעשות זה:

1. הוכחת התרשלות
2. הנזק
3. הקשר הסיבתי
4. הסיבתיות המשפטית והיא צריכה להיכנס למבחן הצפיות.

אם לא נפעל בצורה ובסדר הזה, אכן תהיה כפילות מיותרת. זו טענה שנטענה ויש מלומדים שסוברים כך שיש כפילות והיא קיימת.

מנגד, מלומדים אחרים מציעים: במשפט האנגלו-האמריקאי מקובל להבחין בין מבחן הצפיות כשהוא מיושם במבחן של חובת הזהירות לסיבתיות המשפטית:

* בחובת הזהירות, צפיית הניזוק עצמו- בחובת הזהירות מקובל לומר כי נבחן את הצפיות לגבי זהות הניזוק: כלומר, צריך לבדוק האם המזיק צפה את הניזוק? האם הוא יכל לצפות שהתנהגותו הרשלנית תפגע ותוביל לנזק לניזוק הקונקרטי, האם ה"מערכת היחסים" שהייתה ביניהם העמידה את חובת הזהירות. יש צורך לבדוק האם הניזוק היה צפוי, האם המזיק היה צריך לצפות את הניזוק המסוים.
* חובת זהירות- צפיית הניזוק המסוים
* סיבתיות משפטית- צפיית סוג הנזק
* בסיבתיות משפטית, סוג הנזק- כשאנחנו בוחנות את הסיבתיות המשפטית, ניישם את מבחן הצפיות על ידי זה שנבחן האם המזיק היה צריך לצפות הנזק המסוים, ובכך אם נאמץ את הראיה והנוהג במבחן האנגלו- האמריקאי, למרות שבפסיקה יש תחושה של כפילות, (המתיישב עם נוסח החקיקה).

בקייס: אפשר לפעול לפי אחת משתי הגישות- אף אחת מהן לא מוטעית. שתי האפשרויות סבירות, יש קושי אמיתי בשאלת הצפיות ואין הכרעה ברורה בפסיקה.

**מתי נזק אינו צפוי?** **באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל?**

סעיף 64- הגנות למבחן הצפיות

**גרם נזק באשם**

64. אָשָם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק בַּאֲשָמוֹ, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

(1)  הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

(2)  אֲשָמוֹ של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

ס'64- עוסק בשאלה מתי יהא אדם אשם במובן הנורמטיבי, ומציג הגנות לאדם. שתי טענות הגנה עיקריות: נזק בלתי רגיל שאדם סביר לא יכול היה לצפות ולא ניתן היה למנוע תוצאותיו גם בזהירות סבירה. אדם אחר אחראי לנזק.

יכול להיות שלא ניתן לצפות נזק כי:

1. לא ניתן היה לצפות- אי אפשר לדרוש ולצפות שהנתבע צריך לצפות- האם צריך לצפות את הנזק.
2. אשמו של האחר- האשם של הניזוק כל כך חמור שניתק הקשר הסיבתי.

איך ניישם? באיזו מידה נוכל לומר שהנתבע היה צריך לצפות או לא לצפות את הנזק?

פס"ד שמעון נ' ברדה

העובדות: נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל ונסגר בצורה רשלנית ובאמצעים מאולתרים. מצאו נשק, שיחקו בו ואחד מהנערים ירה בראשו של אחר, שנפגע קשה.

אותו חבר נפצע קשה, ותובע בין היתר את האחראי על המקום, ברדה, שידע שהחלון פרוץ ובמקום לתקן מצא איזשהו פתרון "סמוך" ובעקבות זאת נגנבו הנשקים, שבסופו של דבר נגרמה התוצאה והנזק.

* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית

**באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)**

* היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתיות וריחוק הנזק
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי

השאלה: האם נותק הקשר הסיבתי בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער משום שהתנהגות הנערים הייתה כה בלתי צפויה שהיא בגדר **גורם מתערב שמנתק את הקשר הסיבתי**?

נקבע: ערכאה ראשונה: הערכאה הראשונה קבעה שהנערים אחראים בנזיקין כלפי הניזוק ולא עומדת להם ההגנה של הסתכנות מרצון (הגנה שלא נדבר עליה). נקבעה אחריות לנערים על החבר שלהם. אך לגבי ברדה נקבע בערכאה הראשונה שהוא אומנם התרשל כלפי הנערים וכלפי הניזוק, אבל נקבע שהוא לא אחראי בנזיקין, מפני שההתנהגות הבלתי אחראית של הנערים, הייתה כל כך מכרעת וכל כך לא צפויה למעשה, שניתן לטעון שנותק הקשר הסיבתי בין ההתרשלות, ההתנהגות הרשלנית של ברדה (ברדה ידע שהנשקים יכולים להיגנב והוא לא מנע אותו). באגב, כמובן שיש סיבתיות עובדתית- לולא ההתרשלות ותיקון החלון הנשק היה נמנע. אך מבחינת שיקולי מדיניות, סיבתיות משפטית לא ניתן לקבוע שברדה היה צריך לצפות את הנזק הספציפי שהתרחש. חשוב לומר שהקשר הסיבתי מתנתק רק ברמת הרעיונית ולא העובדתית.

עליון: פס"ד בבית המשפט העליון קבע שלא יכולה לעמוד לברדה ההטענה שהתנהגות הטענה הייתה עד כדי כך לא צפויה שהיא שקולה לגורם זר ומתערב שממנתק את הקשר הסיבתי, לאיזשהו אשם כל כך חמור לגורם אחר שמנתק את הקשר הסיבתי. לא ניתן לקבל את הטענה שנקבעה בשלום- שברדה לא היה יכול לצפות את הנזק שיכל להתממש, כל כך לא צפי שנערים ישחקו במשחק לא אחראי.

ההלכה היא כי מספיק שנקבע שמזיק יכול לצפות את הנזק בקווים כלליים (הוא יכול היה להבין שהנשק עלול להיגנב אם הוא משאיר את הפרצה, הוא יכל להבין שנערים יכולים לפרוץ ולשחק בנשק) אך לא יכול לצפות את הדרך המסוימת לפרטי פרטים שבה נגרם הנזק. הכלל הוא שמספיק די בכך שמזיק יכול לצפות בקווים כללים שיגרם נזק ומסוג הנזק שנגרם, די בכך, רמת ההפשטה הגבוהה הזו, כדי לקבוע שמזיק יכול היה לצפות את הנזק, לא צריך לחזות את הקווים הספציפיים.

המזיק צריך לצפות בקווים כלליים את הנזק ברמת הפשטה גבוה בלבד כדי לטעון שמבחן הצפיות מתקיים.

**היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתית וריחוק הנזק**

**פיצויים**

76.  פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם –

(1)  סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע;

הרגע למדנו כי נקבע שמספיק לצפות את הנזק בקווים כלליים, אך עד איפה? מתי מתחיל קו הגבול?

1. ריחוק הנזק

ס' 76: רק נזק שיכול לבוא במהלך הטבעי של הדברים או שבא במישרין מההתנהגות העוולתית של הנתבע, רק אז נוכל לומר שהנזק מספיק צפוי שנאפשר בגינו הטלת אחריות נזיקית.

המחוקק משאיר כללים, אך כשמדובר במקרה עצמו ומגיעות העבודות מאוד קשה להחליט האם נזק התפתח במישרין או לא? באורח טבעי או לא?

לא תמיד קל לומר אם נזק התפתח במישרין מעוולת הנתבע או לא, או האם הגיע באורח טבעי במהלך הדברים.

רינגר נ' ליאון (היקף הנזק החריג)

עובדות: פגיעה רשלנית של נהגים בעובר אורח; פגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני.  
נהג אוטובוס נהג בצורה רשלנית, פגע בנהג אופנוע שגם הוא נסע ברשלנות, וכתוצאה מהפגיעה הרשלנית של שני גורמים: נהג האוטובוס והאופנוע, האופנוע קפץ על הכביש ופגע בעבור אורח. אותו אדם נפגע בחלק התחתון של הגב. הניזוק תובע בנזיקין אך לא על הפגיעה בגב אלא על הנזק שקרה עקב המכה בגב. מסתבר שהפגיעה בגב גרמה להתפתחות של גידול סרטני, מקרה נדיר, אך למרות נדירות המקרה הוא הצליח להוכיח מבחינה עובדתית שיש קשר סיבתי עובדתית כלומר לא היה ספק, או לכל הפחות עמד בנטל מאזן ההסתברויות, שהגידול הסרטני נוצר עקב הפגיעה בגב. יש קשר סיבתי בין התפתחות הגידול הסרטני לפגיעה בגב.

השאלה המשפטית: קשר סיבתי הוכח (הגידול התפתח כתוצאה מהתאונה). בנוגע לקשר סיבתי משפטי- האם אדם שהתרשל אחראי לגבי נזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה?

* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)

**היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתיות וריחוק הנזק**

* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי

נקבע: זילברג (מיעוט)- זילברג קבע שלא צריך להטיל אחריות פלילית על הנזק. הוא טען שצריך לשים גבול- אנחנו לא תמיד יכולות להתחשב (גולגולת דקה) ברגישות הניזוק. אנחנו לא יכולים לעשות את זה, משום שאז נחוב בנזיקין לכל נזק שקורה. אנחנו לא יכולות לקבוע שהמזיק יחוב בנזק לכל נזק שניתן לצפות, אם נעשה את זה נחיה בעולם שאנשים יחויבו בנזיקין לכל דבר שהתממש כתוצאה מההתנהגות שלהם. צריך לשים גבול, ואכן המקרה הנדון מבטא את קו הגבול. יש פה נזק מאוד חריג ויוצא דופן, והאם באמת ניתן לטעון שהמזיק הרשלן יכול לצפות נזק כל כך חריג?

זילברג בעצם מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שהצפיות שלהם חריגה כל כך- אנו עלולים לחוב בנזיקין לגבי כמעט כל סוג של נזק שקרה.

השופט ברנזון (רוב)- על המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו גם אם התוצאה הוחמרה במידה שאפשר לומר שאולי מבחינה עובדתית, יכול היה לצפות וצריך היה לצפות. די בכך שסוג הנזק היה צפוי, נזק גופני כתוצאה מההתנהגות הרשלנית על הכביש (המזיקים ידעו ויכלו וצריכים לצפות שיגרם נזק גופני), נכון שהנזק עצמו חריג ויוצא דופן אבל סוג הנזק והעובדה שיגרם נזק גופני הוא היה ידוע ולכן גם אם אפשר לומר שההיקף שלו חריג עדיין נטיל אחריות נזיקית וניתן הגנה לניזוק. במידה בלתי צפויה בשל מצב מיוחד של הניזוק וזאת, אם סוג הנזק שנגרם היה צפוי מראש. כלומר- גם אם המזיק לא יכול היה לצפות את הנזק, הוא היה צריך לצפות את הנזק.

**סיכום**: רק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא סוג והליך הגרימה (פס"ד ברדה) וגם ההיקף של הנזק (פס"ד רינגר). מספיק שניתן לצפות שיכול להגירם סוג נזק, הליך הגרימה המדויק של הנזק והיקפו של הנזק חסרי השפעה, ונטיל אחריות נזיקית.

כל עוד צפה המזיק את סוג הנזק, הוא עמד בבחינת הקשר סיבתי העובדתי(יכול היה).

איפה הבעייתיות? למשל:

פס"ד קליפורד

עובדות: רופא שיניים שהזריק חומר הרדמה בעזרת מזרק לא שואב במקום מזרק שואב. חומר ההרדמה הביא לנזק חמור לתובעת והכניס אותה לקומה. עד כה, הנזק החמור ביותר שנגרם ממזרק לא שואב היה סחרחורת. הנזק שגרם קליפורד היה יוצא דופן בהיקפו וחומרתו.

אחת השאלות שנדונו בבית המשפט, בהנחה שהרופא התרשל, האם נטיל נזק בשל נזק שלא יכול היה לצפות? השופטים משיבים בחיוב ומסתמכים על הלכת רינגר- מאחר ונזק הגוף היה צפוי אז נטיל אחריות גם אם היקף הנזק לא היה צפוי. גם אם את היקף הנזק הרופא לא יכול היה לצפות, כל עוד צפה את סוג הנזק הוא עמד בבחינה.

1. שרשרת סיבתית- (נזק נוסף שנגרם כתוצאה מהנזק הראשון)

היבט נוסף שקשור לעד כמה ואת מתי נצפה מהמזיק והוא יוכל להיתפס כאחראי על הנזק שהוא גרם לו במעשיו העוולתיים. הפסיקה שנדון בה תעסוק במצבים שבית המשפט אומר מתי המזיק היה צריך לצפות אך במקרים הללו מבחן הצפיות, כך יקבע לא התקיים.

בן ציון נ' מגורי בת- ים

עוסק בעד כמה המזיק צריך להיות אחראי על נזק שגרם לו, בהקשר של שרשרת סיבתית וריחוק הנזק. עד מתי נזק שמזיק גרם לו שהוביל לעוד נזק, עד מתי הוא אהיה אחראי לגביו ( כמובן בהנחה שזה נזק עוולתי).

עובדות: עיריית בת ים השאירה אבן על המדרכה, כשעורך דין נפל ונפצע בידו בעקבות הנפילה. היד נשברה והעורף הדין לטענתו לא חזק לעצמו מבחינת התפקוד ביד ותבע את העירייה. בעוד התובענה עומדת (בחלוף שש שנים) קרה אירוע ביתו של התובע. מה שקרה זה כשהוא שם לב שהארובה בביתו פולטת אש, הוא חשש שהאש תתפוס את הענף ותיגרם פציעה. אותו עורף דין עולה על סולם ומסית את הענף, אך הכאב מפציעתו אחז בו בפלטה, גרם לאיבוד שיווי משקל ונפצע פציעה נוספת. אז הכאב העז שתקף אותו מהפציעה הראשונה גרם לו ליפול מהסולם ולהיפגע בברך. עורך הדין תיקן את הפגיעה והוסיף את הפציעה בברך לתביעה.

שאלה משפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית גם על הנזק הנוסף, האם ניתן להטיל אחריות על נזקים שנובעים משרשרת סיבתית?

נקבע: בית המשפט לא חוזר בו מהקביעה שמה שמשנה זה סוג הנזק כדי להטיל אחריות. וגם פה יש נזק גוף שנגרם לכאורה כתוצאה מאותו כאב שליווה את עורך הדין במהלך תקופה עקב הפציעה הראשונה. אך בית המשפט קובע שבשביל להחליט האם הנזק לברך שקרה בעקבות הכאב מהפציעה הראשונה, האם הוא גם צריך להיות צפוי מבחינת המזיק שהתרשל. צריך לבחון שני דברים:

1. משך הזמן מהפציעה הראשונה לשנייה- כדי לראות האם יש קשר בין הדברים.
2. האם הפציעה השנייה הייתה תוך כדי תקופת ההחלמה של הפצע הראשון- במקרה שחלפה תקופת ההחלמה המשמעותית מצופה מניזוק להתחיל להיות יותר זהיר (הכוונה היא שאחרי תקופת ההחלמה הניזוק מכיר את הפציעה ומגבלותיה ולכן עליו להיות יותר זהיר). תקופת ההחלמה היא משמעותית במובן הזה שאם אנחנו לא יודעים להמשיך את חיינו בעקבות הפציעה הראשונה והמרכזית, ההנחה היא שנמשיך להיפצע עקב הפציעה הראשונה.

בית המשפט מנסה לקבוע כללים שבאמצעותם אנחנו יכולות להבין מתי פציעה משנית יכולה לנבוע מפציעה ראשונית במובן שגם מבחינה משפטית ולא רק על פי מבחן האלמלא (שיכול להיות שהתקיים, כי הרי לולא הפציעה הראשונה, לניזוק לא היה כואב מה שהיה מונע את הפציעה המשנית). יכול להיות שעל פניו אין שום סיבה עקרונית לשלול את הרעיון שעקב פציעה ראשונה שהביאה כאב חד וחזק יכול להיות שתביא לפציעה שנייה. יכול להיות שמבחן האלמלא חל, אך מבחינה משפטית, אומר בית המשפט שבשביל לקבל את הדבר הזה, צריך לבדוק האם משך הזמן הוא לא מוגזם וזמן ההחלמה- מה משך תקופת ההחלמה.



ההבדל בין ריגנר לבן-ציון:

אם בפס"ד רינגר ראינו את ריחוק הנזק, עד מתי ואיפה (בזמן ושרשרת סיבתית) יוכל מזיק להיתפס כמי שצריך היה לצפות את נזק הקצה. מה יהיה נזק הקצה שנוכל להכיר בו. אם בעניין רינגר, ראינו את היקף וחריגות הנזק, בעניין בן ציון אנחנו מדברות על נזק שנובע כביכול מנזק אחר. זה לא אותו נזק, אנחנו לא מדברות על היקף הנזק הראשוני אלא נזק משני שנגרם מהראשון, נראה את קיומו של אירוע מקשר בין הנזקים ולגביו בית המשפט קבע את התנאים להכרה בנזק.

* חשוב לציין כי מבחן הצפיות הוא של המזיק ולא של הניזוק. כלומר, בעצם צריך להסתכל על המזיק, ולשאול מה המזיק היה צריך לצפות שיכול לקרות כתוצאה מהסיכון הלא סביר שיצרת כלפי מישהו אחר. הגיוני, שנאמר כי אתה המזיק ברגע שהתרשלת ויצרת סיכון שגרם לנזק, נצטרך להחליט החלטה עקרונית האם הוא היה צריך לצפות את הנזק, מבחינה משפטית ושיקולי מדיניות. בתקופת ההחלמה יש הסתכלות מצד אחד על הניזוק והתחשבות בו, כשהמזיק יצר את הסיכון הלא סביר והתממש הנזק, יש שגבול עד כמה שנוכל לנתק את הקשר הסיבתי רק מפני שזה לא הנזק הראשוני. אך מהצד של הניזוק, יש צפייה והסתכלות על תקופת ההחלמה שמצמצמת את הנטל על המזיק.
* נזק נפשי- אם הנזק היה נפשי האם התנאים האלו חלים? התשובה חיובית, דיברנו על נזקים נפשיים שהם ניזוקים עקיפים לישירים אז קל וחומר שנוכל לדבר על זנק נפשי של ניזוק ראשי. נזק נפשי כשהוא מלווה לנזק פיזי ניתן לתבוע, והיום ההלכה שניתן אפילו לתבוע אותו בנפרד.

**אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי**

* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)
* היקף הנזק שיש לצפותו, שרשרת סיבתיות וריחוק הנזק

**אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק הקשר הסיבתי**

נדון במקרה שבו הוחלט על בסיס סעיף 64 (שגם נדון בפס"ד ברדה) כניתוק של קשר סיבתי.

כאן חשוב להראות דוגמא של ניתוק קשר סיבתי: דוגמא שבית המשפט החליט שבכל זאת מבחן הצפיות לא מתקיים מפני שנותק הקשר סיבתי, מפני שלא היה ניתן לצפות את התנהגות הקצה שעמדה בין ההתרשלות של גורם אחד לבין הנזק שקרה בפועל.

כיתן נ' וויס

העובדות: שומר שעובד אצל הנתבעת רצח את עורך הדין שלו תוך שימוש שבנשק שקיבל מהנתבעת.

בתביעת הנזיקין שהוגשה באמצעות משפחת הנרצח, שהוגשה נגד כיתן, נטען שהחברה התרשלה בשני פנים:

1. בכך שחברה העמידה לרשות העובד נשק בזמן שהוא במצב נפשי מעורער.
2. התרשלה בכך שהחברה לא הבטיחה ונקטה באמצעי הזהירות הנדרשים כדי להבטיח שהנשק לא יצא ממתחם ותחום המפעל.

השאלה: הייתה התרשלות בכך שהנתבעת נתנה לעובד לצאת עם הנזק, אך האם ניתן להטיל אחריות על הנתבעת?

נקבע: לגבי הטענה הראשונה, היא נדחתה. משום שנקבע כי כיתן לא יכלה לדעת ולא היה באמצעותה לדעת לגבי המצב הנפשי המעורער או שהעובד מכור לאלכוהול, יש דברים שעובדים לא מראים ומגלים. לא היה ניתן לעלות על העובדה הזו ולכן לא ניתן לצפות מהחברה שתגלה דבר כזה בהקשר של העובד הספציפי הזה.

אך לגבי העובדה שכיתן התרשלה בכך שלא נקטה באמצעי זהירות כדי למנוע את היציאה של הנשק- נקבע שהיא כן התרשלה. ולמרות ההתרשלות וקיום הנזק, ואכן גם קיומו של מבחן האלמלא (מפני שהנשק אכן שימש לרצח), אך נקבע שדין התביעה להידחות. בית המשפט הגיע למסקנה שהמעבידה, כיתן לא יכלה לצפות שהשומר ישתמש בנשק כדי לרצוח, ולכן נותק הקשר הסיבתי. שלמעשה אדם אחר היה הסיבה המכרעת לנזק, הוחלט להשתמש בסעיף הזה ולקבל את ההגנה (לעומת ברדה שם לא התקבלה הטענה). בעניין הנדון, בית המשפט קובע כי יש התנהגות שלא ניתן לצפות מהמתרשלת, התנהגות שניתקה את הקשר הסיבתי והצפיות- לא היה ניתן לצפות את הנזק באופן שבו הוא התממש.

מה ההבדל בין פסקי הדין- ברדה מול כיתן?

* אין ספק שבשני המצבים הללו ניתן לקבוע שלא מדובר בצדדים תמימים, מדובר בשני צדדים שעשו מעשים מכוונים אך בעניין ברדה אמנם הנערים התכוונו לפרוץ ולשחק בנשקים אך לא הייתה כוונה לפגוע פיזית אחד בשני. אך בעניין כיתן הייתה לא רק כוונה לעשות מעשה, אלא כוונה לפגוע, כוונה לרצוח. זה דבר מרכזי שאפשר לומר לגבי כיתן ובהבדל בין המצבים.
* ההיגיון של מבחן האלמלא חל בצורה הרבה יותר חזק בעניין כיתן מאשר בעניין ברדה במובן הבא: כאשר אדם מתכנן לעשות מעשה מכוון יותר הגיוני שגם אם הוא לא היה משתמש בנשק שהוציא מהמעבידה שלו, ככל הנראה הוא יכל להגיע לאותה תוצאה, לרצוח באמצעות מכשיר אחר. אם אדם תכנן רצח במחשבה תחילה כדי לרצוח אדם אחר, יכול להיות שגם אלמלא היה לוקח את הנשק מכיתן הוא היה מצליח לבצע את הרצח. זה לא מבחן האלמלא אלא ההיגיון. בניגוד לכיתן שיותר ברור כי גם אם לא היה רוצח באמצעות הנשק, הוא היה מגיע לתוצאה הזו. לעומת, הנערים בברדה שלולא היה פורצים וגונבים את הנשק, קשה לראות איזושהי אלטרנטיבה ומסלול אחר בו היה קורה הנזק, הסיכוי שהיה להם נשק הוא אפסי. ולכן מדובר בהגיון של המבחן ולא בקיומו.
* יש להחיל את מבחן הצפיות בהתאם לנסיבות.

העובדה שאדם התכוון ורוצה להוציא מטרה מסוימת, הרבה יותר קל להתמודד ולהבחין בין המצבים ופתאום נוצר קו גבול מאוד ברור. יותר קל להבחין במצבים ונוצר גבול ברור בין כיתן לברדה, הכל מתכנס לרעיון של כוונה. ועם זה נצא בתור המסקנה המבחינה בין שני המקרים. אנחנו רואות מקרה בו אפשר לטעון שיש גורם מתערב שהוא כן סיבה מכרעת לנזק, בהקשר הזה, הפעולה המתערבת של המזיק הישיר היא הפעולה המנתקת את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות של כיתן לפעולת הרצח. הדבר היחידי שהוא ההבדל בין המקרים זה הכוונה.

בהקשר של כיתן מבחן האלמלא מתקיים וכאשר אדם מתכוון לבצע את הנזק עצמו, זו הכוונה שלו, ואפשר לומר שמבחן האלמלא מתקיים ביתר שאת- כי מצד אחד הוא מתקיים אך מהצד השני ניתן לטעון, וזה מבחן האלמלא ברמה ההגיונית, שבגלל שהכוונה הייתה לייצר את הנזק, אולי במקרה הזה ניתן לטעון שכאשר הכוונה היא לגרום לנזק עצמו, ההיגיון של מבחן האלמלא יכול להוביל לתשובה הפוכה. אם אנחנו יכולות להיות בטוחות שהמזיק הוא המזיק המרכזי (אותו שומר שרצח), שהכוונה היא להזיק ולגרום לנזק (לרצוח), יכול היה לעשות את זה בכל מקרה, גם עם ההתרשלות של כיתן.

**דוקטרינת מעוולים ביחד**

אשם תורם הוא מקרה מיוחד של מעוולים יחד. במעוולים יחד, נדבר על המצב שבו אנחנו לא יודעות מי גרם לנזק יותר גדול. כשדיברנו על סיבתיות עובדתית, דיברנו על מצבים מצומצמים של ניזוק ומזיק יחיד מצבי הליבה שצריך להוכיח קשר סיבתי. שם השארנו בצד כל מיני מצבים, אנחנו נתייחס למצב אחד, שזו בעצם דוקטרינת המעוולים יחד. כמו שראינו עכשיו, לאו דווקא מצב של אשם תורם אלא שני מעוולים, שניים, סיטואציה של מספר גורמים מעוולים.

**מעוולים יחד**

11. היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

ס'83: סבל אדם נזק עקב עוולה – אין פסק הדין שניתן נגד מעוול החב על אותו נזק חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר שאילו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד.

ס'84: כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר

מעוולים ביחד עוסקים במצבים שלהם התנאים הבאים:

1. מספר גורמים שכולם מעוולים
2. ואותם גורמים מובילים לנזק אחד.

למצבים האלו מכוון סעיף 11 לפקודת הנזיקין: לפיו שני אנשים או יותר המבצעים מעשה עוולתי (שניהם עשו את מעשה עוולתי, ולא כשאחד מהם לא התנהג בצורה עוולתית). מקרה מאוד ספציפי של מעוולים, התובע הוכיח שכל הגורמים התרשלו וגרמו לו לנזק משותף. ההסדר, של סעיף 83-84 במקרה כזה ההסדר הוא שהניזוק יכול להחליט את מי הוא תובע. כלומר במקרים של מעוולים במשותף, לניזוק באופן עקרוני זכות לקבל את הפיצוי ביחד ולחוד לכל אחד מהמעוולים, וזה הסדר שמאוד מקל על הניזוקים.   
לפי ס' 84 למעשה יש גם הסדר של שיפוי בין המעוולים עצמם- מעוול אחד לא צריך לשלם על כולם בפועל, אך הניזוק לא תפקידו לחלק ולדאוג לתשלום של כל חד לחוד יש הסדר שמקל עליו.  
לדוגמא: יכול להיות שהוא תובע מישהו אחד על הנזק, אך למשל המעוול שהוא תובע אין לו את הכסף לשלם, בכך המזיק הראשון יכול לתבוע את המזיק השני ולדרוש חזרה את השיפוי על הפיצוי המלא שהוא נתן לניזוק.

במעוולים ביחד ניתן להגיד שני נזקים או סגנונות של נזקים שונים:

1. נזק שניתן לחלוקה- לצורך העניין, נזק ששני גורמים עוולתיים גרמו לנזק, אך ניתן לתבוע את החלק של כל אחד בנזק. אם נוכל לעשות את הדבר הזה, במקרה כזה הניזוק ידע בדיוק איזה נזק יתבע מכל מזיק. כלומר, הוא יתבע ספציפית מכל מזיק את חלקו בנזק. במקרה בו הנזק ניתן לחלוקה, אז למעשה ההסדרים המקלים על הניזוק שמאפשרים לו לתבוע יחד או לחוד את המזיקים, לא רלוונטיים מאחר והוא יכול לתבוע לחוד את המזיקים, והוא צריך להוכיח לגבי שניהם את הנזק. וזה בהנחה שהוא יכול לעשות את זה.
2. נזק שבלתי ניתן לחלוקה- המקרים היותר בעייתיים, הם נזקים שאינם ניתנים לחלוקה. הם הנזקים שמתכתבים עם הקטע שראינו. זה המוקד, הנזקים הללו הם נזקים שרלוונטיים להסדר הקבוע, ואמורים לסייע לניזוק להתמודד בסיטואציה מאוד בעייתית- בו מתעוררת השאלה שמי אחראי ליותר נזק ולאיזה חלק.

**נזק גוף שאינו ניתן לחלוקה**

מלך נ' קורנהייזר (מקרה של נזק גוף)

אחד מפסקי הדין החשובים של מעוולים יחד, שזכה גם לדיון נוסף.

עובדות: אדם הולך לתומו, תוקפים אותו שלושה כלבים; נגרם לו נזק משמעותי, גם גופני וגם נפשי. שניים מהכלבים שייכים לזוג קורנהייזר והשלישי כלב רחוב (לא ידוע למי היה שייך).

השאלה המשפטית: איך אפשר לחלק את הנזק שנגרם? האם הנתבעים צריכים להיות אחראים על הנזק שגרמו כלביהם? האם בכלל אפשר להפריד אותו? האם ניתן ולמר שהנזק שקרה בעקבות שלושה כלבים, ניתן לחלק לשניים? האם הנזק ניתן לחלוקה אפילו אם זה באופן מלאכותי? כך שבבני הזוג ישלמו רק "על הנזק שהם גרמו" שזה שני שליש.

בדיון הראשון של בית המשפט העליון השופטת בית פורת קבעה שכן, היא קבעה שלמעשה כאשר מדובר בשלושה כלבים מתוכם ששניים ברחו והשלישי ברח, יש פה חלוקה שניתן לשרטט אותה באופן עקרוני ולכן ניתן לחוב את המזיקים על שני שליש מהנזק כי זה הנזק שהם גרמו לו. ולכן צריך בעצם לאפשר להם לשלם את הפיצוי אך ורק על באופן יחסי על סך הנזק.

בדיון הנוסף בבית המשפט העליון העמדה של בן פורת לא התקבלה.

בן פורת בדיון ראשון בעליון- אפשר אחריות על סמך רעיון של מעוולים יחד, וחייב את הזוג בפיצוי של 2/3 בלבד.

דיון נוסף- לוין: בתנאי אי-וודאות, השאלה מי יישא ב"חלק היתום" של הנזק היא שאלה של מדיניות משפטית. עדיף לקבוע פיצוי לטובת הניזוק התם מאשר לטובתם של המזיקים המעוולים.

מעין עמימות סיבתית- לא ברור איזה מהכלבים גרם לאיזה היקף מהנזק הסופי שנגרם לניזוק.

השופט לוין שנתן את דעת הרוב לא קיבל את דעתה של בן פורת. וההלכה היא לפי פסד של לוין שלא קיבל את ההבחנה והעמדה שאפשר וצריך להבחין בין חלקי הנזק השונים בהקשר הזה. נכון להיום כאשר אנחנו נמצאות בהקשר של נזק גוף שלא ניתן לייצר בו ובאופן מלאכותי להבחין את הנזק הכולל, אנחנו נתייחס לזה כנזק לא ניתן לחלוקה, ונחוב את המזיק על מאה אחוז מהנזק.

גינוסר נ' דחאברה (מקרה של נזקי רכוש)

פס"ד נוסף ודומה לקורנהייזר, אך בית המשפט הגיע לתוצאה הפוכה.

עובדות- נגרם נזק ליבול של התובע על ידי עדרים שפלשו לשדות במשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים. הבעיה דומה לבעיה בקורנהייזר- לא ברור לאיזה נזק כל עדר גרם.

**נקבע**- הנתבע אחראי לפי היחס בין הסיכון שהוא יצר כלפי התובע לבין הסיכון שהעדרים האחרים צרו כלפי התובע. אם אין מידע נוסף, יש לחוב יחד ולחוד באופן שווה בין כולם הנתבע אחראי לשלם פיצוי על שליש מן הנזק.

**ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר**- התייחסו לנזק כניתן לחלוקה; מדובר בנזק רכוש ולא נזק גוף; בעניין קורנהיזר, ניתן לטעון כי "השלם עולה על סך חלקיו": כלומר תקיפה של כל כלב בנפרד לא זהה לאירוע תקיפה של מס' כלבים יחד מבחינת החומרה. זה נזק מסוג אחר, שלא ניתן להבחינו ולחלק לפי חלקו של כל כלב בנפרד, בשונה מעניין גינוסר.

בהקשר הזה בעניין גינוסר נקבע כי הנתבע אחראי רק לשליש מהנזק, לפי מספר הימים בו העדר שהה בשטח התובע. אם היו נתונים מפורטים יותר בית המשפט היה קבע חלוקה יותר מדויקת. בעניין גינוסר בית המשפט מתייחס לנזק כניתן לחלוקה, אחרת הוא לא היה מחייב על שליש מסך כל הנזק.

ההבדל בין גינוסר לקורנהייזר- יש פה אמות מידה שכן ניתן לשרטט, אולי לא במידה מדויקת. ולכן בית המשפט לא דייק מעבר לאינטואיציה הבסיסית ביותר שמדובר בשליש. אך זה נכון שיש נתונים המאפשרים לצייר בצורה מדויקת יותר ולצייר הבחנה בין העדרים השונים, הנתבעים השונים באופן מסוים. הדבר לא היה נכון לגבי פס"ד קורנהייזר כי פה יש סיטואציה מאוד מיוחדת ושונה. יש פה למעשה נזק שניתן לטעון שהשלם עולה על סך חלקיו- כששלושה כלבים תוקפים אדם, מסובך לצייר את החלקים, ברגע שמדובר בתקיפה והכלבים גורם לזנק קשה, נוצר נזק אחד. לא ניתן לעשות הבחנה שהיא מלאכותית כמו בעניין גינוסר. השלם עולה על סך חלקיו מעצם העבודה שמדובר בנזק מיוחד

ניתן לטעון שכשמדובר בנזקי רכוש, בית המשפט ירגיש בנוח להשתמש ברעיון של נזק שניתן בחלוקה מאשר במקרה של נזק גוף, שם דברין יהיו מבוססים יותר. ואנחנו גם רואות מדוע, באופן ציורי בשני פס"ד. שני פס"ד מדגימים מדוע.