בס"ד

**דיני נזיקין/ ד"ר מיטל גלבוע**

**מבוא- חלק ראשון**

**מושגי יסוד בסיסיים:**

דיני נזיקין- מתמקד ביסוד של הנזק וזה מתבטא בשם. באנגלית קוראים לדיני נזיקין tort law, וזה מגיע מהביטוי הלטיני טורטום= wrong. באנגלית יש התמקדות בעוולה.

עוולה- ס' 3 לפקודת הנזיקין מגדיר עוולה כהתנהגות ממוקדת נזק. לפי ס' 7 לפקנ"ז ההתנהגות יכולה להיות גם במחדל.

תרופות- מענה של המשפט לתובעים במשפט. יכול להיות גם צו.

הצדדים בתביעת נזיקין- התובע הוא הניזוק או הקורבן, הנתבע הוא המעוול או המזיק.

דוקטרינה- הכלל המשפטי.

תיאוריה- הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי. לדוגמא יעילות, צדק מתקן, צדק חלוקתי.

**סוגי עוולות:**

* עוולת סל- עוולות ספציפיות שנכנסות תחת עוולה אחת. לדוגמה, עוולת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה.
* עוולות פרטיקולריות- עוולות ספציפיות. לדוגמה, הסגת גבול.

רוב העוולות נמצאות בסעיפים 23-63 לפקודת הנזיקין (פקנ"ז), אך יש גם עוולות שנמצאות מחוץ לפקודה.

הפקודה מחולקת לשני חלקים:

1. עוולות (torts), המספרות לנו מהם היסודות שאנו צריכים כדי שסיטואציה תהיה עוולה נזיקית.
2. הסדרים כלליים לתחום של דיני נזיקין, לדוגמה הגנות- מתי ניתן לצמצם את האחריות, קשר סיבתי וכו'.

**מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין:**

דיני הנזיקין נמצאים בתחום של המשפט הפרטי (לעומת המשפט הציבורי שהמדינה היא צד למשפט ופועלת במסגרת סמכותה השלטונית). במקרים מסוימים כשהמדינה מפעילה את סמכותה כריבון בתביעת נזיקין, זה ייחשב כחלק מהמשפט הציבורי.

**הקשר בין דיני חוזים לדיני נזיקין:** השוני הרעיוני הוא שבחוזים יש רצון והסכמה. בנוסף, יש ביניהם היכרות מוקדמת- הצדדים מכירים לפני שהם מתקשרים בחוזה. מנגד, בנזיקין, אין הכרות מוקדמת והאדם לא בוחר בהתקשרות הזאת.

**הקשר בין דיני קניין לדיני נזיקין:** דיני קניין שייכים לסמכות ושליטה בניגוד לדיני נזיקין. השוני הרעיוני הוא שדיני קניין מתאפיינים ברשימה סגורה ומוגבלת של זכויות- לדוגמה בעלות, שכירות ("עקרון הרשימה הסגורה"). לעומת זאת, בדיני נזיקין עוולת הרשלנות לדוגמא, מאגדת לתוכה התנהגויות רבות ומאפשרת לנו להכיר התנהגויות שנחשבות כעוולות. עוולת הרשלנות יונקת לתוכה מגוון של התנהגויות והרשימה לא סגורה.

**הקשר בין דיני עשיית עושר לדיני נזיקין:** דיני עשיית עושר ולא במשפט זה השבה של דבר שקיבלתי בטעות- קשור לדיני חוזים. דיני עשיית עושר יכולים לחול גם בהקשרים נזיקיים לחלוטין- לדוגמה, במצב שבו אדם תקף אדם אחר וכתוצאה התעשר מזה. במקום לדרוש פיצוי על הנזק, הניזוק יכול לתבוע את הרווח שהמזיק הפיק ממעשיו.

ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע שכדי שתחול חובת ההשבה צריכים להתקיים שלושה יסודות מצטברים:

1. הייתה התעשרות- טובת הנאה.
2. ההתעשרות הייתה שלא כדין.
3. ההתעשרות הייתה על חשבון מישהו- התובע.

סעיף 1(ב) לחוק עשיית עושר קובע שלא משנה אם ההתעשרות הייתה בטעות, ואדם עשה משהו עוולתי ולכן לאדם אחר יש טובת הנאה כתוצאה מהפעולה, עדיין יש חובה להחזיר. התובע לא חייב לתבוע רק אם נגרם לו נזק.

דוגמה: א' הסיג גבול לבית של ב' במכוון. ב' לא נמצא בבית ולא נגרם לו נזק, כלומר הנזק של ב' הוא 0. נניח שמחיר השכירות של בית דומה בשוק הוא 80. בינתיים א' לא גר בבית עצמו, אלא העמיד פנים במרמה שזה הבית שלו והשכיר אותו לג' ב-100. ב' חוזר מחו"ל ומגלה הכל ותובע את א'.

ישנן שלוש אפשרויות תביעה:

1. נזק= 0. בפועל, אף אחד לא יתבע על 0.
2. מחיר השוק של שכירות= 80. באופן תיאורטי ב' היה יכול לקבל 80 לו היה משכיר את הדירה.
3. הרווח של א'= 100. התעשרות שלא כדין.

א' לא רק הסיג גבול אלא גם הרוויח. בדר"כ אנחנו לא יודעים לאמוד את התעשרות האחר ולכן נשתמש במחיר השוק לאומדן הנזק. במקרה שבדוגמה לא נגרם נזק, אך השאלה היא על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן. אם לא נשלול מא' את ה-100 שקיבל, אנחנו מאפשרים לחוטא לצאת נשכר, ומאפשרים התנהגויות של נוול. לכן אם ניקח מא' 80 במקום 100, אנחנו יוצרים תרמית לאנשים שכן הוא עדיין יוצא עם רווח. כדי למנוע התעשרות שלא כדין, נרצה לקחת מא' 100.

**הצעת חוק דיני ממונות**

הייתה הצעה שיאחדו את כל דיני החיובים תחת דין אחד ולא דינים נפרדים של חוזים, נזיקין, עשיית עושר וכו'. הדינים יישארו מובחנים מהותית (סיווג לקטגוריות). הצעה זו באה למנוע חפיפה בין מערכות הדינים.

דוגמה לחפיפה בין הדינים: ס' 18 לחוק המקרקעין וס' 24 לפקנ"ז עוסקים בהסגת גבול. הסעיפים עוסקים באופן ספציפי על תקיפה במקרה שמישהו הסית גבול לנכס, אך כל סעיף מדגיש דבר שונה. ס' 18(א) לחוק המקרקעין קובע שאפשר להשתמש בכוח כדי להוציא את מסיג הגבול מהמקרקעין, וס' 18(ב) קובע שיש רק 30 יום להוציאו. לעומת זאת, לפי ס' 24 לפקנ"ז אין הגבלה של זמן, אלא שקודם צריך לנסות להוציאו בדרכי שלום, ואם מוציאים בכוח יש הגנה.

יש כאן את אותה סיטואציה עובדתית- מישהו פורץ לבית, ויש לבעל הבית הגנה לפי חוקים שונים. העובדה שדברי החקיקה מפוזרים, מראה שלפעמים יש סיטואציות עובדתיות שרלוונטיות לכמה דינים. יש התנגשות ביניהם בגלל שהם מפוזרים ולא הכל בחוק אחד.

לפעמים יש בעיה אנליטית שסעיפים מחוקים שונים סותרים זה את זה. דוגמא נוספת לתחולה מקבילה היא זכאות לתרופה מכמה דינים.

**מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון:** מדינת ישראל שכרה 6 דירות בבניין שבבעלות חברה. המדינה התעכבה בהשבת הנכס לחברה עיכוב של 15 חודשים.

השאלה המשפטית: מה הפיצוי שיש לתת למשכירה? האפשרויות: נזק; פיצוי מוסכם; דמי שימוש בנכס המבוסס על התעשרות שלא כדין.

גולדברג: יתכנו עילות שונות, אך זה לא בהכרח אומר שיש לאפשר יותר מסעד אחד, אחרת הניזוק מתעשר שלא כדין. פיצוי בגובה דמי שימוש ראויים מגן על אינטרס הציפיה החוזי של בעלת הנכס. פיצוי בגובה דמי שכירות ראויים גם מונע התעשרות שלא כדין של המשכירה. באשר לפיצוי המוסכם, המטרה שעומדת מאחוריה היא הערכה של הנזק שנגרם למשכירה בגלל עיכוב במסירת הנכס. לכן, **גם דמי שימוש וגם הפיצויים המוסכמים מגנים על אותו אינטרס.** באשר לנזקים נוספים- אם בעלת הנכס הייתה מוכיחה שהיה לה נזק נוסף בנוסף לאינטרס שלה בקיום החוזה או התעשרות שלא כדין, היא הייתה זכאית לפיצוי נוסף מכיוון שמדובר בראשי נזק שונים. **הפיצוי נועד לשפות על אינטרס כלשהו של הנפגע.** אם הפיצוי על האינטרס כבר התקבל ע"י סעיף אחר מלבד הפרת החוזה לא יתקבל פיצוי נוסף על אותו ראש נזק. פיצוי נוסף יהיה רק אם הוא ישפה על נזק אחר או על אינטרס אחר. לכן, רק במקרה של שני אינטרסים יהיו שני תרופות שונות.

**הבחנה בין זכות in personam לזכות in rem**

זכות in personam (פרסונלית)- זכות כלפי אנשים מסוימים, לדוגמה זכות חוזית.

זכות in rem (כלפי כולי עלמא)- זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי כולם. לדוגמה זכות קניין. זכות in rem חזקה יותר.

דיני הנזיקין הם לרוב דינים פרסונליים. ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לפעמים מתערבבת בדוקטרינה אחת. לדוגמה, ס' 62 לפקנ"ז יוצר מין חגורת הגנה סביב דיני החוזים, שכן זכות חוזית חלה רק ביחס לצד מסוים בחוזה- זכות פרסונלית. הסעיף יוצר חובה חדשה הקובעת שברגע שיש חוזה בין אנשים, אסור לכל העולם להתערב כדי לגרום להפרת החוזה- זכות in rem. ס' 62 יוצר הגנה ומראה שההבחנה בין הזכויות מטושטשת קצת.

**הקשר בין דיני הנזיקין למשפט הפלילי**

שתי העילות יכולות לחול יחד, לדוגמה אדם שתקף אדם אחר ברחוב.

במסגרת המשפט הציבורי- דיני עונשין: המדינה תתבע על עבירת התקיפה.

במסגרת המשפט הפרטי- הניזוק עצמו יוכל לתבוע את המזיק על עוולת התקיפה.

**פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין:** ס' 77 לחוק העונשין הוא סעיף נזיקי לחלוטין, המאפשר לקורבנות עבירה לקבל פיצוי שהוא על דרך אומדנה. לפעמים הניזוקים נמצאים במצב שקשה להתמודד במסגרת הליך אזרחי. לכן סעיף זה נותן תרופה לנפגע אם הם מרגישים שהם לא מסוגלים לתבוע בהליך אזרחי, וכך יכולים לקבל את הפיצוי בזמן הרבה יותר מהיר. בנוסף לכך, הניזוק יכול לתבוע אח"כ בנזיקין. למורשע יש תשלום שהוא צריך לשלם לחברה בגין העבירה, אבל אם יש קורבן לעבירה זו שניזוק, הוא יכול לקבל גם פיצוי בהיותו נפגע, דרך חוק העונשין. ניתן לתת את הפיצוי לא רק לניזוק עצמו אלא גם לניזוקים עקיפים.

**פיצויים עונשיים במסגרת דיני נזיקין:** כאשר עוולה נעשתה בזדון- בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים.

ישנה ביקורת רבה על קונספט זה, שכן כאשר מדובר בפרט מול פרט, לא כ"כ ברור שפרט יכול לבקש שהפיצוי שיתבקש תהיה ענישה מהמדינה.

**היבט ראייתי:** פסק דין פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי. מה ההיגיון מאחורי קביעה זו? נטל ההוכחה במשפט פלילי גבוה מאוד (99%). נטל ההוכחה בהליך אזרחי הוא "more likely than not" – מעל 50%. משכך, אם המדינה הצליחה להוכיח ראיה, ודאי שאפשר לקחת אותה כהוכחה לראיה בהליך אזרחי ששם נטל ההוכחה נמוך יותר. משמעות נוספת היא שהמדינה עשויה להיכשל בעמידה בנטל ההוכחה בהליך פלילי, והקורבן עדיין יוכל לזכות בתביעה בהליך אזרחי נזיקי, אם יעמוד בנטל ההוכה המוטל עליו.

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

קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזיקין שמטילים על המזיק חובת פיצוי, לדוגמא חוק העונשין, חוק המוצרים הפגומים ועוד.

מה הקשר בין ההסדרים הנזיקיים שמחוץ לפקנ"ז לבין ההוראות הכלליות של פקודת הנזיקין? מה קורה כאשר יש הסדר נזיקי חיצוני? האם חלות ההוראות הכלליות שבפקנ"ז בהסדרים החיצוניים?

**ברזני נ' בזק:** בזק פרסמה מידע מוטעה לגבי מחיר של שירות ובפועל גבתה מחיר גבוה מהפרסום. ברזני צרך את השירות מבלי שהיה מודע לפרסומת המטעה, ותבע פיצויים בתובענה ייצוגית בשם הניזוקים כולם. ברזני תובע לפי ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן הקובע שעוסק לא יכול להטעות במעשה או במחדל את הצרכן. ס' 31(א) לחוק קובע דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין.

חשין: משמעות סעיפים אלו היא שהוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה. על ברזני היה להוכיח שהסיבה שהוא צרך את השירות בבזק נבעה מהפרסום המטעה- צריך להוכיח קשר סיבתי. במקרה הספציפי הזה, ברזני לא ידע על הפרסומת של בזק ולכן השתמש בשירות גם בלי הפרסומת. **יש הרבה עוולות מחוץ לפקנ"ז, וכאשר תובעים תביעה נזיקית עדיין צריך להוכיח קש"ס בין ההטעיה לנזק שקרה, גם אם זה מחוץ לפקנ"ז.**

**מבוא- חלק שני**

**הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית**

העוולה הנזיקית מגדירה מתי הופרה זכות ראשונית- מהם התנאים שיש בהם אחריות נזיקית, להבדיל מזכות שניונית (זכות לתרופה). היא מגדירה מתי הופרה חובה כלפי מישהו, לדוגמה מתי התקיימו עילות הרשלנות ולכן נפגעה הזכות הראשונית של האדם.

שלושה יסודות לעילה:

1. אשם
2. נזק
3. זיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק- קשר סיבתי.

**יסוד ראשון: אשם**

ס' 64 לפקנ"ז קובע שאשם מורכב משני רכיבים:

* פן עובדתי- התנהגות שמייחסים להפרת סטנדרט התנהגות במעשה או במחדל.
* פן נפשי- ידיעה בפועל או בכוח (היה צריך לדעת), האם הייתה כוונה? האם הוא מודע לנזק או אדיש לו?

**יסוד שני: נזק**

לפי ס' 2 לפקנ"ז, נזק= אובדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה.

נזק ממוני טהור= נזק כלכלי; נזק ממוני בלתי טהור= נזק נפשי (מחלת נפש). בעבר לא הייתה הכרה לפיצוי בגין נזק נפשי אך היום ביהמ"ש נוטה להכיר בנזק הזה יותר.

דיני הנזיקין הם "מבוססי נזק" (harm based), בניגוד לדיני העונשין שהם "מבוססי סיכון" (risk based).

**יסוד שלישי: קשר סיבתי**

הכלל: אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בשל התנהגות של הנתבע, אזי לא קמה עילה בנזיקין. המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא"- אלמלא התנהגות הנתבע, האם היה נגרם נזק?

הוכחת נזק נדרשת ברשלנות והפרת חובה חקוקה, אך לא נדרשת בעוולת הסגת גבול, תקיפה וכיו"ב.

**עוולת per se (עוולה כשלעצמה)-** עצם ההתנהגות מהווה את העוולה, ואין צורך ביסוד הנזק.

* לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי לנזק.
* לעיתים עוולת per se היא תוצר של קושי ראייתי.
* מרוץ ההתיישנות שונה בין עוולת per se לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק.

בעוולת פר סה, קל יותר לעמוד בדרישה שמוטלת עלי להוכיח את העוולה שנגרמה כלפיי. אם התבצעה עוולת פר סה, צריך להוכיח רק את ההתנהגות ואפשר לתבוע רק החל מהזמן בו הסתיימה ההתנהגות. מרוץ ההתיישנות (ס' 89 לפקנ"ז) מתחיל מתום המעשה. לעומת זאת, עוולה הכרוכה בנזק, מתחילה מהזמן בו הנזק התגבש.

**סוגי האחריות השונים**

1. עוולת כוונה
2. רשלנות
3. אחריות מוגברת או חמורה
4. אחריות מוחלטת
5. חסינות לנתבע

נטל ההוכחה בהליך אזרחי הוא על התובע- "המוציא מחברו עליו הראיה".

**עוולת כוונה-** מה המשמעות מבחינת נטל ההוכחה שחל על התובע/ הניזוק? קיים קושי פנימי בהוכחת עוולה כשהיא עוולת כוונה, כי נדרש להוכיח יסוד נפשי. לכן עוולות כוונה מגנות באופן מצומצם יותר על הניזוק.

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

עוולות שמבטאות אשמה מוסרית- עוולות מסוג זה מטילות אשמה מוסרית, ודבק פגם מוסרי בהתנהגותו של האדם.

**רשלנות-** ס' 35 לפקנ"ז קובע כי התנהגותו של אדם צריכה לגרום נזק לחברו כדי שתיחשב רשלנות. ההתנהגות צריכה להיות בלתי סבירה- "אשמה חברתית". יש רעיון של התנהגות שהיא לא סבירה- האדם הסביר היה פועל אחרת. לא בהכרח מדובר על מוסריות. יש כאן עוולה עם אשמה חברתית ולא מוסרית. התרשלות היא התנהגות לא סבירה, לעומת רשלנות שהיא התרשלות שגרמה לנזק (קש"ס).

מה המשמעות מבחינת נטל ההוכחה שחל על הניזוק? נדרש סטנדרט אובייקטיבי מקובל של האדם הסביר, ולא יסוד סובייקטיבי שהרבה יותר קשה להוכיח.

רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה: נסיבות שבהן נטל ההוכחה עובר אל הנתבע להוכיח שלא התרשל. לדוגמא "חובת הראיה בהתרשלות כשהדבר מעיד על עצמו" (ס' 41 לפקנ"ז). בסיפא של הסעיף כתוב "על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הזנק התרשלות שיחוב עליה"- מטבע הסיטואציה התובע לא יכול לעמוד בנטל ההוכחה.

**אחריות חמורה-** המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי (לדוג' הסגת גבול, ס' 29 לפקנ"ז- א' דחף את ב' למקרקעין של ג'). יש משמעות לאשמו התורם של הניזוק. עצם הפעולה מטילה עלייך אחריות גם אם אין פגם מוסרי.

**אחריות מוחלטת-**המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי. ככלל, אין משמעות גם לאשמו התורם של הניזוק. הדבר היחיד שיש להוכיח הוא קשר סיבתי- ההתנהגות גרמה לנזק.

דוגמאות: חוק הפיצויים לנפגעי תאונת דרכים- לא משנה אם היה אשם תורם או לא, האחריות היא מוחלטת ומלאה על המזיק ולא משנה מה הנסיבות שקרו וגרמו לתאונה מצד המזיק.

חוק האחריות למוצרים פגומים- יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם שיצר, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן.

עם זאת, ישנם מקרים מאוד נדירים שנקבל טענת אשם תורם גם באחריות מוחלטת (ס' 7 לחוק הפיצויים לנפגעי תאונת דרכים וס' 4 לחוק האחריות למוצרים פגומים).

\*אשם תורם- אשם של אדם שאינו המזיק ותרם לנזק.

**חסינות לנתבע-**משטר שמטיב באופן מיטבי עם הנתבע.

דוגמאות: חסינות גיל (ס' 8 לפקנ"ז), חסינות על פעולת שיפוט מזיקה (ס' 9 לפקנ"ז).

**מטרות דיני הנזיקין**

מה ההיגיון שמצדיק הטלת אחריות (מה עומד מאחורי הכלל המשפטי)? ישנם שלושה רעיונות נורמטיביים (תיאוריות):

1. צדק מחלק
2. צדק מתקן
3. השאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות/ הגיון כלכלי של נזיקין).

בעבר הייתה קיימת תפיסה שהכלל המשפטי נמצא בספר החוקים. היום ביהמ"ש פונה לתיאוריות ולשיקולים שמבטאים הלך רוח שהדברים משתנים וצריך ליצור תוכן ומחשבה שיש לו חשיבות, מעבר לכלל המשפטי עצמו.

**מגדל נ' אבו חנא:** נהג פוגע בתינוקת בת חמישה חודשים (תינוקת ערבייה מצפון הארץ).

השאלה המשפטית: כיצד יש לחשב את הפיצוי?

ריבלין: הפיצוי ייקבע לפי אבדן כושר השתכרות עתידי. עד פס"ד אבו חנא, בישראל ובארצות אחרות של המשפט המקובל, הכלל היה חישוב סובייקטיבי (מאפייני הנזק). אחרי פס"ד אבו חנא, בישראל החישוב מבוצע לפי ממוצע השכר במשק. בארצות אחרות, החישוב עדיין נקבע ע"פ אמת מידה סובייקטיבית. כמעט בלתי אפשרי להעריך את חיי האדם. נקבע שעושים זאת דרך חישוב אבדן כושר השתכרות, שהוא אומדן אובייקטיבי. השאלה היא האם מחשבים לפי נתונים ספציפיים של הניזוק (נתונים סוציואקונומיים) או לפי נתונים כלליים של המשק. קביעת פיצוי ע"פ השכר הממוצע מקיים את דרישת הצדק (קידום שוויון), הניתוח הכלכלי (הרתעתי), ורעיון השבת המצב לקדמותו (העומד בבסיס הפיצוי הנזיקי). נפסק כי יש לחשב את הפיצוי ע"פ השכר הממוצע במשק.

**תיאוריות בדיני הנזיקין**

**צדק מחלק- צדק חלוקתי (distributive justice)-** לא מסתכלים על ניזוק ומזיק מסוימים, אלא להקשרים הרחבים שאליהם הם משתייכים. דיני הזניקין הם כלי שרת לטיפול בחוסר הצדק הקיים בחברה. לפי התיאוריה, דיני הנזיקין צריכים להיות כלי לתיקון חוסר הצדק בחברה וצמצום פערים. הצדק המחלק לא עוסק בהגדלת העוגה, אלא בחלוקה יותר שווה של העוגה הקיימת. חלוקה הוגנת יותר והשוואת הפערים בין האוכלוסייה המוחלשת לאוכלוסייה הכללית.

ההצדקה לתיאוריית הצדק החלוקתי הוא שעל שיקולי דת וגזע יזכו שני אנשים שנגרם להם אותו הנזק לפיצוי שונה.

**צדק מתקן (corrective justice)-** אחת מהגישות שמתייחסים אליה חשיבות רבה. הצדק המתקן מסתכל אך ורק על המזיק והניזוק הספציפיים.

קורלטיביות:

* זכות וחובה. פגיעה בזכות מול הפרת חובה.
* אי צדק במובן האריסטוטלי, הכמותי- הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס".
* רק המזיק יכול לתקן את אי הצדק שנוצר ("השבת המצב לקדמותו") באמצעות התרופה.
* ארנסט ווינריב מוסיף תוכן נורמטיבי לתוך הרעיון הכמותי של צדק: "לכל אחד החירות לעצב את חייו ומטרותיו באמצעות הגוף, הרכוש, מה שיש לו, והחובה שלא למנוע (להתערב) מאחרים לעצב ולממש את חייהם ומטרותיהם."- נבחן את התרופה לפי הפגיעה בזכות ועוצמתה, ונתאים אותה לניזוק הספציפי.

צדק מתקן במובן של אריסטו- לכולנו יש מישור נורמטיבי של צדק. ברגע שאדם פוגע באדם אחר, הניזוק יהיה במינוס והמזיק יהיה בפלוס, ולכן מתערער השוויון הנורמטיבי. המזיק חייב להיות האדם שנותן את התרופה, כי רק כך יחזור השוויון הנורמטיבי. הצדק המתקן רוצה להחזיר את המצב לקדמותו, והתרופה היא לא האמצעי אלא הדרך.

**השאת רווחה מצרפית/ יעילות**

* מונחים שנשמע בהקשר לתפיסה הכלכלית של נזיקין: יעילות (efficiency); תועלת (utility); רווחה (welfare).
* בשונה מצדק מתקן, ההתמקדות לא רק בניזוק והמזיק המסוימים, אלא ברווחה המצרפית.
* בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה היא להגדיל את העוגה ולא לחלק אותה.

היום ההתמקדות הוא יותר ברווחה ופחות במיקסום תועלת. מבחינת כלכלני המשפט, מה שחשוב הוא הגדלת העוגה המצרפית ולהגיע למצב של יעילות. לא משנה מהיכן מגיע הפיצוי, העיקר שבסוף נהיה במצב יותר יעיל.

פחות משנה איזו קבוצה באוכלוסייה תקבל חלק מהעוגה, העיקר שהעוגה תוגדל. עם זאת, נראה שביהמ"ש לא מתמקד אף פעם בתיאוריה אחת בלבד.

* בחוזים השאת רווחה מצרפית אינטואיטיבית. כל צד מממש ומקבל את העדפה שלו, ובכך הצדדים מגדילים את העוגה המצרפית שלהם, וכך החברה מגדילה את העוגה המצרפית שלה וממקסמים את הרווחה הכלכלית.
* בנזיקין, נדאג להקטנת עלויות (מזעור עלויות הנזק ומזעור עלויות המניעה של הנזק).

איך אפשר להגדיל את העוגה וליצור מצב יעיל בנזיקין? בחוזים אנו נמצאים בעולם משפטי שאפשר לדבר על "פלוס" כי כל אחד מקבל את ההעדפה שלו. בנזיקין נמצאים בעולם של "מינוס", ולכן תמיד מנסים לצמצם את עלויות הנזק ועלויות מניעת הנזק. נוציא משאבים כדי למנוע את הנזק, וגם הנזקים עצמם "נוגסים" מהעוגה המצרפית. נרצה לצמצם את העלויות כי אלו העלויות שנוציא כשיקרה נזק. אם מצליחים לצמצם את העלויות, נוגעים כמה שפחות בעוגה המצרפית.

ישנן שתי דרכים מרכזיות כדי להגיע למטרה זו:

1. הרתעה
2. פיזור נזק

**הרתעה (deterrence)**

איך נגרום לאנשים לדעת האם לעסוק בפעילות שגורמת נזק לאחרים (איך נתמרץ אותם נכון)? כלומר, איך נגרום לאנשים לדעת מלכתחילה האם הם יכולים לעסוק בפעילות שגורמת לנזק? אנחנו רוצים לאפשר פעולות מסוכנות אך לצמצם את העלויות שלה. **יש כאן שיקולים של יעילות מלכתחילה (ex-ante).**

דוגמה: יש שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס ובשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. איך פותרים את הבעיה? על מי נרצה להטיל אחריות למנוע את הנזק שנגרם?

1. גישה נאיבית- בעל הצאן צרך לשאת בנזק שכן הוא המזיק.
2. Coase הציע פתרון אחר. אמנם הצאן דרכו על התירס, אבל אם לא היה שם תירס, הצאן לא היה מזיק. כלומר, לפי קוז גם הצאן וגם התירס הם הגורם לנזק.
3. מפרספקטיבה כלכלית- כדי להחליט על מי להטיל אחריות משפטית בנזיקין במטרה לעודד אותו לפעול בצורה מסוימת, צריך לבדוק על מי ראוי להטיל נזק.

אם נראה שנקטין את ההוצאות של הנזק ומניעתו אם תוטל אחריות על בעל שדה התירס למנוע את הנזק (למשל ע"י הקמת גדר), אז אנחנו נטיל דווקא עליו את האחריות המשפטית. אנחנו רוצים לעודד אותו לפעול למניעת נזק. הדבר הנכון הוא לעשות יותר בזול כי אנחנו רוצים למזער עלויות ולנסות כמה שיותר שהעוגה שלנו לא תקטן.

**שיקולי הרתעה ופס"ד אבו חנא**

רוצים ליצור מצב שאנשים לא יחשבו שתינוקת אחת שווה פחות מתינוקת אחרת. אם רוצים לייצר הרתעה אופטימאלית, בהנחה שאנחנו רוצים להיזהר באופן שווה לכולם, אם ניתן פיצוי שונה לכל אחד, ניצור הרתעה ביתר והרתעה בחסר. כשנהג יודע שאם הוא ייסע במקום מסוים כנראה תוטל עליו אחריות פחותה, הוא יעשה זאת. אם רופאה יודעת שגם אם היא תתרשל במקרה מסוים לא תוטל עליה אחריות, ככל הנראה גם אם היא לא רוצה לעשות זאת, היא תשקיע יותר במטופל הלבן על פני השחור. ברור שרופאים לא באמת חושבים כך, אך מה שקורה זה שככל הנראה הם יתאמצו יותר איפה שהסיכון להטלת אחריות חמורה יותר יהיה גבוה יותר.

זה בעצם מה שהשופט ריבלין אומר בפס"ד אבו-חנא. על זה הוא נתלה כאשר הוא חושב על דברים כלכליים. ריבלין מדבר על הרתעה בחסר כלפי אנשים מסוימים. נרצה ליצור מצב בו מרתיעים בצורה זהה את כולם כלפי כולם. תחת ההנחה הזאת, אם נוצר מצב שאדם נזהר יותר כלפי X מאשר Y, הוא יצר נזק גדול מידי בעולם והחישוב לא היה נכון. צריך להבין שהכלל צריך להיות בנוי בצורה יעילה. המטרה כמי שארכיטקטית של הכלל המשפטי היא שההרתעה מפני התנהגות לא יעילה תהיה באופן זהה כלפי כולם. הכלל צריך להיות בצורה יעילה על מנת שהמזיק ימנע מלהזיק, ולכן לא משנה אם האחריות תהיה זולה או יקרה למזיק.

**פיזור נזק**

פיזור נזק הוא **בדיעבדי (ex-post).** הרבה יותר יעיל לפזר את הנזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד.

דוגמה: מוצרים פגומים. כאשר מוצר התגלה כפגום, ההוכחה שהנזק לא נגרם ע"י המוצר מוטלת על היצרנים, והיצרנים צריכים לגלם במוצר שלהם את המחיר של הפיצוי אם יקרה נזק. כלומר, הנזק מפוזר בכך שהוא מעלה את המחיר של המוצר וכך יותר אנשים משתתפים בנזק. אם לא היינו מטילים אחריות מוחלטת על היצרן במקרה בו היה נגרם נזק לצרכן, היה נוצר מצב שהצרכן היה צריך להוכיח את הנזק. הצרכן לא תמיד היה מצליח להוכיח זאת, וזה עלול להיות טרגי אם מדובר במוצר שגרם נזק רב והצרכן לא יוכל אפילו לקבל פיצויים. לכן, כל הצרכנים משלמים מעט כדי לכסות על פיצוי גדול ששולם בגין נזק שנגרם לאחד הצרכנים. פיזור הנזק מהווה חשיבה בראשיתית וצפיית אירועים עתידיים.

**עוולת הרשלנות**

סעיף 35 לפקנ"ז קובע יסודות לעוולת הרשלנות:

* התנהגות רשלנית (אשם).
* קיומה של חובת זהירות.
* גרימת נזק- מתחלק לשניים: 1) הוכחת נזק. 2) קשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק.

**יסוד ראשון- התרשלות**

כיצד ס' 35 מגדיר התנהגות שניתן לתארה כהתרשלות? התנהגות **"האדם הסביר".**

ישנה בחינה אובייקטיבית- מה האדם הסביר, הרופא הסביר, הנהג הסביר היו עושים.

מצד שני, מה קורה כשהסטנדרט הנהוג בבית חולים מסוים גבוה יותר? האם כאשר נבחן התרשלות של רופאות, נבחן אותה ע"פ סטנדרט האדם הסביר, או ע"פ הסטנדרט הגבוה יותר שבו הן מורגלות?

**שטרן נ' שיבא:** נולד תינוק שלימים הוכח שהוא משותק חלקית, כתוצאה מכך שהיה צריך ניתוח קיסרי, אך לא בוצע ניתוח קיסרי. אימו של התינוק טענה להתרשלות, מכיוון שהם לא פעלו לפי הסטנדרט המקובל שלהם.

השאלה המשפטית: לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות. עם זאת, הסטנדרט של בית חולים "שיבא" היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו כאשר לא נקטו ע"פ הסטנדרט הנהוג בבית החולים?

נקבע: יש להטיל אחריות, ובית החולים התרשל בכך שלא הפעיל את הסטנדרט שלו. כך רואים שביהמ"ש לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים שמורידים את הסטנדרט, אך כן במאפיינים שמעלים אותו.

הביקורת על פס"ד שטרן: עלול להוביל להרתעת יתר- הפסיקה עלולה להוביל לרפואה מתגוננת, ורופאים יחשבו שלא כדאי להיות מעל הסטנדרט.

דרישה נוספת להתרשלות מופיע בביטוי **"באותן נסיבות"** בס' 35.

* ההקשר (קונטקסט) עשוי להשפיע על המסקנה אם ההתנהגות סבירה.
* המועד הקובע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה הוא המועד שבו קרה האירוע- לפי היקף הידע והמצב העובדתי שיש באותו הרגע.

האם הקביעה שהתנהגות המזיק סבירה צריכה להיות מושפעת מהשאלה עד כמה הסטנדרט המצופה מהמזיק יכול להכביד עליו? עד כמה אנחנו רוצים להתחשב במזיק וכמה אנחנו מכבידים עליו?

**בראי תאוריית צדק מתקן**- שיקולים כלכליים לא רלוונטיים לתיאורית הצדק המתקן, מכיוון שהרעיון שעומד מאחורי הצדק המתקן הוא להשיב את המצב של הניזוק לקדמותו. לא משנה אם למזיק היה נטל גדול או קטן יותר.

**בראי תאוריית צדק מחלק**- בצדק מחלק לא מעניין אותנו המזיק והניזוק הספציפיים, אלא כל קבוצה. לכן, גם כאן המזיק יצטרך לשאת בנזק, לא משנה כמה הנטל גדול או קטן.

**בראייה כלכלית**- המטרה היא לקדם את היעילות בחברה ולפחית עלויות. לנרד הנד ניסה לפתור את הקושיה של מתי אנו יודעים אם אדם התנהג בצורה לא סבירה באמצעות הנוסחה שפרסם, כשאחד השיקולים הוא עלות מניעת הנזק.

**נוסחת הנד (Learned Hand formula)**

P (probability)- הסתברות שיגרם נזק

P x L- תוחלת הנזק

L (loss)- שיעור הנזק- הסתכלות הנזק הצפוי

B (burden of precaution)- עלות המניעה (הצבת אמצעי זהירות/ הימנעות מפעילות).

 P x L>B- כאשר תוחלת הנזק גדולה מעלות מניעת הנזק ההתנהגות רשלנית (התרשלות).

 P x L<B- כאשר תוחלת הנזק קטנה מעלות מניעתו אין התרשלות.

הרעיון המרכזי של התיאוריה הכלכלית הוא **יעילות**. כאשר עלות המניעה יותר נמוכה מתוחלת הנזק, ניתן לומר שהדבר היעיל היה להשקיע את עלויות המניעה ולמונע את הנזק. לעומת זאת, אם עלויות המניעה גדולות מתוחלת הנזק, לא יעיל לדרוש מהמזיק להשקיע יותר מתוחלת הנזק כדי למנוע אותו. נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.

דוגמה: במפעל הפולט חומרים בזמן הפעילות עשויה להיות דליפה. דליפה כזו עשויה לגרום לשכן נזק של 100. ההסתברות להתרחשות דליפה היא 30%. עלות התקנת פילטר שימנע את הדליפה היא 20.

אם קרה נזק של 100, האם ניתן לומר שהמפעל התרשל?

תוחלת הנזק היא 30- 100x30%=30. 30>20 ולכן המפעל התרשל.

אם הנזק הצפוי עומד על 50- במקרה כזה תוחלת הנזק היא 15 (30%x50), 20>15 ולכן המפעל לא התרשל.

אתגרים של כימות:

* כיצד מכמתים עלות מניעה? עלויות מניעה לא תמיד עולות כסף (למשל זמן).
* כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (ההסתברות)?

תשובות אפשריות:

* קירוב
* מדובר באי-שוויון ולכן אין צורך לאמוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים.

נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה ולכן לוקחים בחשבון גם את "מונע הנזק הזול".

**פוזנר ו"מונע הנזק הזול"**

יש להטיל את אחריות הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם מדובר בניזוק. מדובר בתנאי מצטבר לנוסחת הנד, ושני התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה.

בדוגמת בעל שדה התירס ובעל הצאן, ניתן לראות את גישת "מונע הנזק הזול", שכן פתרון אפשרי לשאלה מי אחראי על הנזק היה להטיל את האחריות על בעל התירס שכן הוא היה יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר. (בהנחה שעלות המניעה לבעל שדה התירס הוא 6 ועלות המניעה לבעל הצאן הוא 8.)

**קלברזי והירשקופף- "שוקל הנזק הזול ביותר"**

במקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את כל החישובים, עלינו למצוא את הצד שהוא "שוקל הנזק הטוב ביותר"- מי נמצא בעמדה הטובה ביותר כדי לשקול איך להפחית את עלויות התאונה ומניעתה ויכול לפעול על סמך מסקנות אלה. הרעיון הוא שביהמ"ש יצטרך רק לבדוק לאיזה צד היה את המידע לפעול בעצמו או להתריע את הצד השני. מדובר בחיסכון אדיר בעלויות אדמיניסטרציה לביהמ"ש.

אימוץ נוסחת הנד: הריסטייטמנט האמריקאי (restatement), בתי משפט בארה"ב, בתי משפט בישראל. ככלל, בארץ ובעולם הנוסחה אומצה, אך לצד מטרות ושיקולים נוספים.

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:** המערער בן 15, קפץ קפיצת ראש לבריכה באזור המים הרדודים ונחבל קשות. במקום שבו קפץ לא היו שלטים שהקפיצה למים אסורה.

השאלה המשפטית: האם מפעילת הבריכה התרשלה בכך שלא הציבה שלטים שהקפיצה אסורה?

ברק: עלות מניעת הנזק- הצבת שלטים, נמוכה בהרבה מתחולת הנזק ולכן הייתה התרשלות. ברק משתמש בנוסחת הנד כדי להגיע למסקנה שמפעילת הבריכה התרשלה.

**גרובנר נ' עיריית חיפה:** המערערת נפגעה מרוכב אופניים בגן ציבורי. היא תבעה את העירייה בכך שלא הציבה פקחים, למרות שהיו תמרורים האוסרים על רכיבה בגן.

שמגר: נעשה שימוש בנוסחת הנד. שמגר שוקל את העלויות ומגיע למסקנה שעלויות המניעה עולות על תוחלת הנזק- אמצעי השילוט שננקט הוכרע כמספק וסביר, שכן הצבת פקחים עולה הרבה ומדובר בשימוש בכספי ציבור. לא נכון שהציבור יכסה את ההוצאות הכרוכות בנקיטת אמצעים להפיכת הפגיעה לבלתי אפשרית או נדירה.

**חלופות לנוסחת הנד**

מה לגבי מנהגים?

* לדוגמה, רשלנות רפואית (פרקטיקה מקובלת)- כשנעשה שימוש בפרקטיקה מקובלת ונגרם נזק, כנראה שלא נצטרך להשתמש בנוסחת הנד, שכן רוב הסיכויים שהרופאים לא התרשלו.
* לדוגמה, מפעל מזהם (למשל, קביעת גובהה של ארובה למניעת זיהום)- האם המפעל יכול לטעון שהפרקטיקה הנהוגה היא להקים ארובה בגובה 10 מטרים, ולכן הוא אינו חייב להרים את הארובה עוד 2 מטר כדי למנוע הרבה נזק? אם נלך לפי ההיגיון של נוסחת הנד, העלות של ההגבה ב-2 מטרים קטנה לעומת הנזק העצום שיקרה, ולכן נוכל להטיל על המפעל את האחריות לנזקים אם הוא לא יבנה את 2 המטרים של הארובה. אם מקבלים את הטענה שזהו מנהג המקום, לא נוכל להטיל על המפעל אחריות. אם נלך לפי המנהג, לא נוכל לספק את התמריץ היעיל.
* המסקנה היא שהמעמד של מנהג הוא מורכב ואינו בהכרח תחליף אידיאלי לנוסחת הנד.

מה לגבי חוק? למה לא לטעון שבמקום נוסחת הנד, ברגע שהפרת את החוק התרשלת, כלומר התנהגת בצורה לא סבירה?

**לרנר נ' מדינת ישראל:** נהג משאית נסע במהירות ליד חיילים בתקופה שבה היו הרבה התרעות. הנהג עבר את המחסום ולא שמע שהתבקש לעצור, ולכן אחד החיילים הפר את הוראות פתיחה באש ופצע נזקי גוף בנהג.

השאלה המשפטית: האם הייתה התרשלות בכך שהחייל הפר את החוק?

מצא: אין מחלוקת שהייתה אי-ציות להוראות פתיחה באש. אולם, אין חפיפה מלאה בין החוק לרשלנות- יכולה להיות פעולה רשלנית שלא כרוכה בהוראות פתיחה באש, ויכול להיות מצב שלמרות שהייתה הפרה של הוראות פתיחה באש הפעולה לא הייתה רשלנית. צריך להסתכל על ההקשר והנסיבות- בענייננו הנסיבות היו כ"כ קיצוניות. הייתה התנהגות שהיא הייתה טעות, אך הסיטואציה חרגה מהרגיל. בהתחשב בלחץ הזמן ובהקשר לא ניתן לומר שההתנהגות לא הייתה סבירה למרות שהיא הייתה מוטעית. לכן לא היה כאן התרשלות מכיוון שההתנהגות הייתה סבירה בסיטואציה.

ניתן לראות שאי אפשר להעיד אם התנהגות היא רשלנית או לא רק בגלל שאדם הפר חוק או מנהג, בשונה מנוסחת הנד שמביא אותנו לתוצאות הרבה יותר מדויקות.

**נוסחת הנד, הרתעה ביתר והרתעה בחסר**

סטנדרט הזהירות הוא הבנה של אדם כמה עליו להיזהר בעשיית פעולה. ההנחה של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט היא שכאשר מזיק פוטנציאלי פועל בעולם, הוא רואה את תוחלת הנזק לנגד עיניו. תוחלת הנזק מבטאת את סטנדרט הזהירות, וכשביהמ"ש עושה טעות בהערכת סטנדרט הזהירות, הוא יכול ליצור הרתעה ביתר או הרתעה בחסר:

* הרתעה ביתר- כאשר ביהמ"ש מעריך את תוחלת הנזק גבוה מידי. לדוגמה, נניח שרמת הזהירות היעילה בנסיבות מסוימות היא 10 בהתאם לתוחלת הנזק, אבל המזיק חושב שבפועל תיוחס להתנהגות שלו תוחלת של 15. ביהמ"ש מחשב את הנזק לפי תוחלת נזק של 15, ולכן יכול להיות שתוטל על האדם אחריות ברשלנות ומשכך הוא יזהר יותר.
* הרתעה בחסר- כאשר ביהמ"ש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מידי. לדוגמה, תוחלת הנזק היא 10, אך המזיק חושב שסטנדרט הזהירות נמוך יותר ומבטא תוחלת נזק של 5. האם המזיק ימנע נזק בעלות של 6? המזיק לא יחשוב שהוא מתרשל אם הוא לא מנע את הנזק, שכן עלויות המניעה גדולות מתוחלת הנזק. אם ביהמ"ש עושים טעות ולא מחשבים את תוחלת הנזק נכון, האדם יתנהג בצורה לא יעילה ובצורה לא זהירה ולא ינסה למנוע את הנזק.

אם ביהמ"ש עושים טעות שיפוטית, כל התמריצים משובשים- האדם יתנהג בצורה זהירה יותר או זהירה פחות.

**נוסחת הנד ומונע הנזק הזול**

כאשר עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק, יותר נכון לתת לתוחלת הנזק להתקיים, ולא נצפה מאנשים למנוע את הנזק. מנקודת מבט כלכלית לא הגיוני לבקש מאדם למנוע את הנזק אם העלויות גבוהות מתוחלת הנזק, שכן אנחנו רוצים למזער את העלויות ש"נוגסות" לנו מהרווחה המצרפית. לכן, אם אנחנו באמת רוצים למזער את העלויות צריך רכיב נוסף לנוסחת הנד- מונע הנזק הזול. נטיל אחריות על מי שהיה יכול להשקיע את העלות הנמוכה, וזה לאו דווקא יהיה המזיק. אולם, איך מיישבים את שני הרעיונות ביחד?

דוגמה: שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס ובשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם עובר צאן ופוגע ביבול התירס. על מי נרצה להטיל את האחריות למנוע את הנזק שנגרם?

נניח שמתקיימים הנתונים הבאים: למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק (לדוג' להקים גדר), לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק, ותוחלת הזנק היא 10.

לפי נוסחת הנד- זה רשלני לא למנוע את הנזק, שכן עלות המניעה של הנזק נמוכות מתחולתו. גם 6 וגם 8 קטנים מ-10.

מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף- יישום הרעיון של מונע הנזק הזול יכריע שנרצה להטיל אחריות על מגדל התירס, כי ע"פ הנתונים, עלות המניעה שלו נמוכה שכן 6<8.

מה קורה אם הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה ושניהם יכולים למנוע נזק של 10 בעלות של 6?

* תמיד עדיף לנסות למצוא גורם אחד משיקולים של צמצום עלויות שהם שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון".
* שיקולים מסדר שניוני- מפזר הנזק הטוב ביותר (לדוג' המדינה, חברות גדולות). ננסה לקיים רעיון כלכלי נוסף ונטיל את הנזק על מי שיכול להטיל את הנזק על הכי הרבה אנשים.
* שיקולים נוספים- צמצום עלויות אדמיניסטרציה (חסכון בעלויות ההליך עצמו) יובילו להותיר את עלויות הנזק על הצד הנושא בו.

**יסוד שני- קיומה של חובת זהירות**

כדי להטיל על מזיק אחריות ברשלנות לא דיי בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק. חובת הזהירות היא "שער"- אם קיימת חובת זהירות אפשר לבדוק את שאר היסודות, זהו יסוד מפתח.

**Donoghue v. Stevenson:** שתי חברות קבעו בבית קפה והזמינו שתיה של בירה וגלידה. אחת החברות מגלה שבתוך הבקבוק היה חילזון מת שגרם לה לא לחוש בטוב. החברה החליטה לתבוע את חברת המשקאות- היצרנית.

הלורד אטקין: "השכן שלנו" הוא אדם שיש לנו אתו יחסי קרבה. יש לנו חובה במשפט כלפי אדם שקרוב דיו כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, ולכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנו בוחרים להתנהג.

מיהו השכן שלי? עם מי יש לי יחסי קרבה? זו שאלה משמעותית. רק אם יש חובת זהירות ניתן לטעון להפרת חובה. רק אז האדם נכנס מבעד "לדלת" של עוולת הרשלנות. יש חובת זהירות כלפי אדם שיכול להיות מושפע מההתנהגות שלי.

**עיריית ירושלים נ' גורדון:** גורדון מכר את רכבו לאחר. גורדון המשיך לקבל עליו קנסות למרות שדיווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים הפסיק לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של דבר אף נעצר.

רקע משפטי: ס' 60 לפקנ"ז קובע שעוולת הנגישה זה כאשר קורה הליך נפל פלילי לא מוצדק וגורם לנזק, אך היא דורשת הוכחה של זדון. במקרה דנן לא ניתן להוכיח לזדון מצד העירייה ולכן גורדון תובע בעוולת הרשלנות.

ברק: "יחסי שכנות"- במשפט הישראלי הקריטריון ליחסי שכנות או קרבה נבחן ע"פ מבחן הצפיות. כאשר ניתן לצפות את הנזק, נוצרת חזקה שיש חובת זהירות.

ישנם שני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות:

1. צפיות טכנית או חובת זהירות קונקרטית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק).
2. צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק).

צפיות טכנית בודקת האם מזיק **יכול** היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק. צפיות נורמטיבית בוחנת האם המזיק היה **צריך** לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

לעיתים קרובות כאשר מתקיימת הצפיות הטכנית (חובת זהירות קונקרטית) מתקיימת גם צפיות נורמטיבית (חובת זהירות מושגית), אך לא תמיד. המבחנים הם מצטברים כדי שתוטל חובת זהירות, ושניהם צריכים להתקיים.

**צפיות טכנית/ חובת זהירות קונקרטית**

**Palsgraf v. Long Island Railroad Company:** אישה עומדת על הרציף, שני אנשים רצים לרכבת ואחד מחזיק בידו חבילה שמסתבר שהיו בתוכה זיקוקים. שומרי הרכבת עוזרים לו לעלות לרכבת והחבילה נופלת לו מהיד, והזיקוקים שהיו בתוכה מתפוצצים. הפיצוץ גרם לאישה להפוך לאילמת ולכן תבעה את הרכבת בתביעה נזיקית.

השאלה המשפטית: ההתנהגות של שומר הרכבת הייתה רשלנית, אך האם אותו שומר יכול היה לצפות את סוג הנזק, וניזוק הספציפי שמדובר בו?

קרדוזו: לא חלה כלפי האישה חובת זהירות, וחובת הזהירות חלה כלפי האדם שנדחף לרכבת. אותו שומר לא היה יכול לצפות להשתלשלות הדברים. האישה הייתה מחוץ למתחם הסיכון שהשומר היה יכול לצפות. ברגע שמישהו נמצא מחוץ למתחם הסיכון, לא ניתן לומר שיש חובת זהירות כלפיו.

ניתן להבין מדוע מצדיקים צפיות טכנית בראייה כלכלית, שכן יש שיקולי יעילות. גם בראי הצדק המתקן ניתן להצדיק צפיות טכנית מכיוון שלא נוצר חוסר איזון בין הצדדים אם לא היה ניתן לצפות את הנזק.

מבחן הצפיות הטכנית נקבע ע"פ אמת מידה עובדתית- ביהמ"ש קובע על בסיס עדויות, ראיות וכו' האם אדם היה יכול לצפות את הנזק.

**פריצקר נ' פרידמן:** עזבונו של אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג תובע את הדורס ברשלנות (הימים שלפני הפלת"ד- פיצויים לנפגעי תאונת דרכים).

אגרנט: ככלל, חלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל במקרים דומים, אבל בנסיבות העניין לא חלה חובת זהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי. אותו נדרס שוחח עם הדורס תוך כדי שהוא מכוון אותו לנסוע אחורה עד שהוא נדרס. אי אפשר לטעון שהדורס היה יכול לדעת שהוא ידרוס את אותו אדם.

כיצד ניתן להצדיק את מבחן הצפיות הטכנית? הסברים אפשריים:

* אולי תוחלת הנזק מאוד קטנה? אם לא ניתן לצפות, אולי הסיכוי להסתברות הנזק קטן מאוד?
* כיצד ניתן לצפות ממזיק לנקוט באמצעי מניעה אם הנזק לא היה צפוי?
* הרתעה ביתר- אי אפשר להתנהל בעולם שמטילים על האדם אחריות על נזק שלא צפוי.
* אולי המשמעות היא שהניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר?

**חריג למבחן הצפיות הטכנית: מבחן גולגולת הדקה**- זהו חריג הקשור לגבי היקף הנזק שניתן היה לצפות. במצבים שבהם יש ניזוק שהוא פגיע מיוחד, יש הנחה שהמזיק היה צריך לצפות את העובדה שיכול להיות שהוא יפגע בניזוק שהוא פגיע במיוחד. אם הנזק לא היה צפוי בכלל, לא ניכנס למבחן גולגולת הדקה. אם הנזק היה צפוי, אך לא היה ניתן לצפות את היקף הנזק, תוטל חובת זהירות טכנית.

מבחן גולגולת הדקה מעלה שאלות- אולי ניתן לטעון שלא ראוי להטיל את מלוא האחריות על המזיק, כי הניזוק יודע שהוא פגיע במיוחד, ובמקרה כזה מונע הנזק הזול הוא דווקא בעל הגולגולת הדקה שמכיר את מצבו הרפואי.

מהם הרציונליים שמאחורי מבחן גולגולת הדקה? טיעון אפשרי בראי צדק חלוקתי הוא שגם הניזוק הפגיע לא תמיד יודע שהוא כזה. אם האדם לא יודע שהוא פגיע יותר, לא ניתן להגיד שהוא מונע הנזק הזול. בראי הצדק החלוקתי אנחנו רוצים להגן על האנשים החלשים יותר בחברה.

**צפיות נורמטיבית/ חובת זהירות מושגית**

* הערה כללית- יש דמיון רב בין "סיבתיות במובן המשפטי" לבין "צפיות נורמטיבית".
* הן הצפיות הטכנית והן הנורמטיבית נוגעות לאירוע הנזק כולו; הן לסוג הנזק והן לניזוק.
* ההבדל בין השאלות האם המזיק יכול היה למנוע את הנזק, לשאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות (מסננת להטלת אחריות ברשלנות).

דוגמאות לשיקולי מדיניות:

1. שיקולי הרתעה- אנחנו לא רוצים להגיע למצב של הרתעה ביתר שתפגע לבסוף בפרט, ולכן לא נטיל אחריות.
2. עלויות מנהליות- אם שיטת המשפט תאפשר להגיש תביעות ללא הגבלה, יוגשו הרבה תביעות סרק ויהיה קשה לסנן אותן בדיעבד. ברגע שיודעים שכדי לתבוע ברשלנות ישנם שיקולי מדיניות, יודעים שיש מסננת שלא תעבור את ביהמ"ש.
3. "דחייה על הסף"- קורה במקרים נדירים כאשר הנסיבות מלמדות שהמזיק לא התרשל. בסיטואציה כזו אנו רוצים לדחות את העניין על הסף מבלי להיכנס לניתוח המשפטי, שכן כבר מהנתונים רואים שאין התרשלות.

**מדינת ישראל נ' לוי:** לוי נהרג בתאונה והעזבון תובע. הנהג הפוגע היה מובטח ע"י חברת ביטוח שהתפרקה. המדינה נתבעת על אובדן כספי הביטוח משום שאילו מפקח הביטוח היה מפסיק את הרישיון של חברת הביטוח או מתריע לציבור על קריסתה, הנזק היה נמנע. מפקח הביטוח ידע על הקשיים הכלכליים של חברת הביטוח ולא הפסיק את הביטוח, ולכן הוא צד במשפט.

השאלה המשפטית: האם יש חובת זהירות של מפקח הביטוח כלפי לוי? קיימת צפיות טכנית, אך מה לגבי צפיות נורמטיבית?

שמגר: מתי מתקיימת צפיות נורמטיבית כאשר המדינה מעורבת?

1. האם המדינה בכובעה הציבורי או הפרטי- כאשר המדינה פועלת כגוף ציבורי היא צריכה להשתמש בשיקול דעת שכן השיקולים האלה משפיעים על כולנו כחברה, ולכן ניתן לקבוע שלא התקיימה צפיות נורמטיבית.
2. האם מדובר במעשה או במחדל- אם מדובר במחדל, הטלת האחריות תיעשה בצורה זהירה יותר.
3. מה סוג הנזק- כשמדובר בנזקי גוף ביהמ"ש יטה לקבוע שמתקיימת הקרבה שנדרשת לחובת זהירות, לעומת נזק ממוני טהור שביהמ"ש יהיה יותר "סלחן" לגבי שאלת חובת הזהירות.
4. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?

בעניין לוי נקבע שצריך לפטור את מפקח על הביטוח מאחריות נזיקית, שכן המקרה הזה נופל בגדר מצבים שבהם אנחנו רוצים לאפשר לרשות שיקול דעת רחב. בסופו של דבר, ההחלטה נוקטת בגישה מאוזנת ולא בפטור מוחלט מחובת זהירות של רשות כלפי פרטים. אילו ביהמ"ש היה קובע אחרת והיו מטילים אחריות, החלטה כזו הייתה מעודדת את מפקח על הביטוח להתריע בפני הציבור שחברת הביטוח נקלעה למשבר כלכלי. אילו מפקח על הביטוח היה עושה זאת, חברת הביטוח הייתה קורסת והיה נגרם נזק גם לחברת הביטוח וגם למבוטחים שלא היו מודעים להתרעה ולא עברו חברת ביטוח לפני הקריסה. היה טעם בהתמהמהות של המפקח, ולא מדובר במצב שלא פעל כלל כדי לעזור לחברת הביטוח, אלא הטענה כנגדו היא שהוא לא התריע את הציבור.

חובת הזהירות המושגית עוסקת בשאלת היקף האחריות, והאם במקרה הספציפי צריך היה לצפות את הנזק.

**צפיות נורמטיבית- דוגמה לצמצום חובת זהירות של עדים במשפט**

**פס"ד רויטמן:** עורך דין הורשע בפלילים, תובע את בנק המזרחי ומספר עובדים על עדות שקר שגרמה לו לנזקים.

קיסטר: עדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות, ולכן אין להטיל עליהם חובה בנזיקין. הקביעה הזו נותנת מעין חסינות לעדים.

כיצד ניתן להצדיק קביעה של חסינות לעדים?

* אולי הסיבה לתת חסינות לעדים היא משום שיש עוולות אחרות שיכולות להיות רלוונטיות כמו עדות שקר. טיעון זה לא רלוונטי שכן ראינו בפס"ד גורדון שאפשר להטיל אחריות ברשלנות במקביל לעוולות פרטיקולריות אחרות.
* טיעון של הרתעה ביתר- אנחנו לא רוצים ליצור מצב של הרתעה ביתר אצל עדים. עדות במשפט היא נטל ואנשים לא תמיד רוצים להיות עדים שכן זהו מצב לא נעים. אם היה ניתן להטיל אחריות ברשלנות על העדים, ייתכן שאנשים לא ירצו להעיד עוד יותר. החלטה זו נובעת משיקולי מדיניות.

**יסוד שלישי- נזק**

היסוד השלישי של נזק מתחלק לשניים: 1) הוכחת נזק. 2) קשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק.

המבחן לבחינת קשר סיבתי עובדתי במשפט: "מבחן האלמלא"- האם היה קורה נזק אלמלא העוולה?

דוגמה: האם חולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא (אילו הרופא היה פועל באופן סביר)?

* כן- אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, ולכן לא ניתן להטיל אחריות ברשלנות.
* לא- יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, שכן ההתרשלות גרמה למותו של החולה ולכן ניתן להטיל אחריות.

בנוסף, יש להוכיח קש"ס משפטי. ניתן לבחון קש"ס משפטי ע"פ מבחן השכל הישר, מבחן הסיכון ומבחן הצפיות. בעוולת הרשלנות, מבחן הצפיות הוא הדומיננטי- האם המזיק יכול וצריך היה לצפות את הנזק. במבחן הצפיות יש היבט אובייקטיבי- האם האדם הסביר היה יכול לצפות, וסובייקטיבי- בנסיבות העניין.

**גבולות עוולת הרשלנות**

ישנם ארבעה נושאים מרכזיים שבעבר לא היה נהוג להטיל אחריות ברשלנות לגביהם:

1. **נזק ממוני (כלכלי) טהור**
2. נזק כלכלי כתוצאה ממצג שווא רשלני
3. נזק כלכלי טהור- חובת זהירות של בנקים
4. נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה.
5. **נזק בלתי ממוני טהור (נזק נפשי)**
6. ניזוקים ישירים (כולל המקרה המיוחד של פגיעה באוטונומיה)
7. ניזוקים עקיפים
8. **חיים והולדה בעוולה**
9. **מחדל טהור**

**נזק כלכלי טהור**

נזק כלכלי טהור: נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף או רכוש).

נזק כלכלי לא טהור: נזק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי.

דוגמה: פועל שמבצע עבודות תשתית בקרבת מפעל. בעבודתו, נוקט בפעולה רשלנית, ופוגע בכבל המחובר למפעל של התובע. כתוצאה מהפגיעה בכבל, מכונה במפעל לא עבדה במשך יממה.

אובדן ההכנסה של בעל המפעל מהווה **נזק כלכלי טהור**. אם נשרף חלק במכונה בנוסף, הנזק הכלכלי כבר **לא טהור**.

הכלל בעבר היה שחובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או רכוש, ולא מפצים על נזק כלכלי טהור.

הרציונליים לכלל:

1. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה- נזק שהוא לא פיזי קשה מאוד להוכחה.
2. הצפת בתי המשפט- אם נאפשר לאנשים לתבוע על נזק כלכלי טהור, כל אחד יתבע ותהיה הצפה בבימ"ש.

טיעונים נגד הכלל, שהביאו לשינוי (מגמת התרחבות):

1. לא מתיישב עם צדק מתקן- אם פוגעים למישהו בזכות, אנחנו מעוניינים להשיב את המצב לקדמותו. אין היגיון לא לפצות רק בגלל שהנזק הוא נזק כלכלי טהור.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- האם אנו מעוניינים לחשוף אנשים לסיכונים רשלניים רק בגלל שהנזק שעשוי להתממש הוא נזק כלכלי טהור? אנו ניצור הרתעה בחסר.

החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור, וניתן להטיל אחריות למרות שמדובר בנזק כלכלי טהור:

1. **מצג שווא רשלני**

הכוונה לחוות דעת שיכולה לגרום לנזק. בעבר היה קשה להטיל אחריות ברשלנות, והיום ההלכה היא שאם בעל מקצוע התרשל ניתן לתבוע אותו ברשלנות.

**ויינשטיין נ' קדימה:** קבלן בנה מיכל מים שבתכנון המיכל היו פגמים, שנגרמו עקב רשלנות המהנדס. הקבלן הסתמך על חוות דעתו של המהנדס. עקב הפגמים, המושב שהזמין את שירותי הקבלן לא הסכים לשלם לקבלן את המחיר שהוסכם.

נזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא רשלני: ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל בעבור המיכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מהמושב (אובדן הכנסה).

**התנאים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני (פס"ד ויינשטיין)- תנאים מצטברים:**

* מי שעשה את המצג שווא היה בעל מיומנות מיוחדת- בדר"כ לא נרצה להגביל את חופש הביטוי של אנשים, אלא אם כן מדובר באיש מקצוע, שכן אנשים מסתמכים על דבריו. הרעיון הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, כבעלת שליטה על המידע (פס"ד אתא נ' אילנקו).
* המצג נעשה במהלך עסקים הרגיל- לא רוצים להרתיע אדם שהוא לא יוכל לייעץ לאחרים שלא במסגרת תפקידו. לדוג', לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עורך דין.
* הגבלת היקף האחריות- נרצה לצמצם את היקף האחריות כדי למנוע הרתעת יתר. לדוג', חובת זהירות של עורך דין המתראיין בטלוויזיה כלפי כל הצופים בתכנית. בנוסף, אותו עו"ד לא יכול לצפות שאדם שהוא לא מכיר יסתמך על חוות דעתו וייגרם לו נזק מכך (צפיות טכנית).
* הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת- צמצום חובתו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת.
* נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת- המזיק היה יכול לצפות שדעתו תהיה המכריעה, ואם הוא יכול לצפות זאת נטיל עליו אחריות נזיקית. הכלל שהכשיל את התביעה בעניין ויינשטיין.

\*ישנם מצבים שבהם נקבל את התביעה ונטיל אחריות ברשלנות, אך נטיל אשם תורם על הניזוק אם הניזוק היה יכול לבקש חוות דעת נוספת ולצמצם את הנזק. לכן יהיה פיצוי אך פיצוי מופחת.

**ב. נזק כלכלי טהור- חובת זהירות של בנקים**

ישנה חובת זהירות רחבה יותר על בנקים בגין נזקים כלכליים שנבעו מאי-מניעת זיופים או חוות דעת רשלנית. האדם הסביר= "הבנק הסביר".

רציונליים:

1. לבנקים גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא כול להשיג; דהיינו, הבנק בדר"כ שוקל הנזק הטוב ביותר.
2. לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, ונוטים לסמוך ולהסתמך.
3. הבנקים מפזרי נזק טובים.

**טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח:** חיווי דעת רשלני של בנק. פסק הדין עוסק בחובת הזהירות של הבנק כלפי לקוחותיו במצב של אינטרסים מתנגשים בין שני לקוחות.

עובדות: חברת בנייה מכרה דירות בעיר עמנואל עד שפשטה רגל. החברה הייתה לקוחה של הבנק, והבנק ידע על מצבה הכלכלי הגרוע. לפני שהחברה פשטה רגל, הבנק הלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו. לבנק יש ניגוד עניינים, שכן הוא עובד עבור החברה ועבור הלקוחות.

טענת הלווים: הלווים תבעו את הבנק על נזק ממוני טהור שנגרם להם בהתרשלותו, שכן הבנק הלווה כסף למשכנתאות לאחר שידע על המצב הגרוע של החברה.

התביעה התקבלה: על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, "לאותת להם" ללכת ליעוץ נוסף.

**בנק דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן:** פסק הדין עוסק בחובת הזהירות של הבנק כלפי לקוח שכספים נמשכו מחשבונו ללא הרשאה ע"י צד ג'.

עובדות: עו"ד, שהיה מיופה כוח, חתם כביכול בשם הלקוח שלו על ערבויות לטובת עצמו. כעבור זמן מה, הבנק ביקש לקזז את החובות של עו"ד עם יתרת הזכות שהיה בחשבון הלקוח על סמך הערבויות.

טענת הלקוח: על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור).

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

בסיטואציות כאלה הבנקים הם גם סוג של ניזוקים. פקידים בבנק יודעים שהם צריכים להיזהר, שכן זהו מצב שכיח, וקיימים מנגנונים כדי להימנע מסיטואציות כאלה. לבנקים חובת זהירות מוגברת כשמדובר במרמה וזיופים.

**קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד:** הטלת אחריות על הבנק כלפי צד ג' (מי שאינו לקוח).

עובדות: צ'קים ריקים נגנבו מהבנק. הגונבים השתמשו בהם כדי להוציא כסף מחלפני כספים. החלפנים שהגיעו לפדות את הצ'קים הבינו כי הם למעשה מזויפים, ואין ממי לפדות.

טענת החלפנים: על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור).

נקבע: הבנק התרשל, שכן לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים הגנובים.

**ג. נזק לצדדים שלישיים מהפרת חוזה**

**קורנפלד נ' שמואלוב:** סנדלר ויצרן מרצפות החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. הדירה נקנתה ע"י רוכשים. מדובר בדירה שנרכשת פעם שנייה (דירה שנרכשה ממי שרכש את הדירה מהחברה). התגלה נזק חמור בדירה. הבעיה היא שלרוכשים השניים אין חוזה מול הנתבעים.

נתבעו: הוצאות לתיקון הנזק בדירה (כלכלי טהור).

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

**נזק בלתי ממוני טהור**

נזק בלתי ממוני טהור: גרימת צער, עוגמת נפש וסבל ונזקים דומים, כשכל אלה אינם נובעים מנזק פיזי לגוף או לרכוש.

הכלל שהיה נהוג בעבר: ניתן לתת פיצוי ביחס לנזק בלתי ממוני טהור, רק אם הוא נלווה לנזקו הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לנזק הבלתי ממוני.

הרציונליים לכלל:

1. הצפת בתי משפט- אם כל אחד יוכל לטעון על כאב וסבל, ביהמ"ש יצופו, שכן אין גבול לסבל.
2. כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה.
3. קשה לקבוע שווי (נזק גוף אפשר לבטח. כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים).

טיעונים נגד הכלל, שהביאו לשינוי (מגמת התרחבות):

1. לא מתיישב עם צדק מתקן- אם נפגעה הזכות של אדם ומדובר בנזק מסוג רגשי, אם לא נאפשר פיצוי אנחנו לא מקיימים את הרעיון של צדק מתקן.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- אנשים יחשפו אחרים לסיכונים מבלי לחשוש. נגרום הרתעה בחסר שכן לכל היותר יגרם סבל וכאב.
3. קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו; מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי.

**ניזוקים ישירים**

עד אמצע שנות ה-80 ברוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים (הלכת נדיר נ' כהנוביץ). ברק בפס"ד גורדון אומר כי עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה על אינטרס הניזוק בגופו ובכספו, וגם על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו. ברק מחדש כי אין צידוק להבחין בין קיום החובה להעדרה על בסיס הבחנות בסוג הנזק.

ניזוק ישיר כולל בתוכו גם פגיעה באוטונומיה. פגיעה באוטונומיה היא נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד.

**דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה:** רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי- "הסכמה מדעת". אחרת הרופאים חשופים לתביעה ברשלנות, או בנסיבות יוצאות דופן אפילו תקיפה. הסכמה אמיתית כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על הליכים חלופיים והאלטרנטיבות, ועל הסיכונים הכרוכים באלה.

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 מדעת לביופסיה בכתף. הביופסיה בוצעה ללא רשלנות, ואף על פי כן נגרם נזק לכתף (35% נכות). דעקה תבעה את ביה"ח על הניתוח והנזק שנגרם לה עקב הניתוח, בטענה שלא נתנה את הסכמתה מדעת לניתוח זה.

אור: לא תוטל אחריות לפצות על הנזק לכתף, שכן לא מתקיים קשר סיבתי (ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו ממנה הסכמה מדעת). **החידוש הוא הכרה בנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמו.**

בייניש (מיעוט): בנסיבות המקרה יש קש"ס, כי אולי דעקה הייתה מעדיפה להתייעץ עם מומחה ולא הייתה מסכימה לביופסיה. יש לאפשר פיצוי על נזק תוצאתי (הנזק הפיזי, בעניין דעקה- הכתף), לפי המכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול לבין הנזק התוצאתי באופן יחסי. לדוג', אם יש סיכוי של 40% שהמטופל היה מסרב לטיפול והנזק הוא 100, אולי נאפשר פיצוי של 40. נזק טהור לאוטונומיה אפשרי במצבים חריגים של רשלנות. בייניש מתקשה "לברוא" נזק של אוטונומיה בנפרד.

כדי לפצות על נזק תוצאתי שנגרם יש לבחון קש"ס בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל, לבין הנזק הגופני שקרה. יש כאן מבחן אלמלא עם שני שלבים:

1. מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין? האם החולה הסביר היה מסכים לטיפול במקרה כזה? אם התשובה היא כן אין קש"ס, אם התשובה היא לא ייתכן שיש קש"ס.
2. אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה? אם התשובה היא כן אין קש"ס, אם התשובה היא לא יש קש"ס.

נטל ההוכחה הוא על המטופל שכן "המוציא מחברו עליו הראיה". אולם נטל ההוכחה קשה מאוד, שכן כיצד ניתן להוכיח שאם המטופל היה יודע את כל המידע הוא עדיין לא היה בוחר בטיפול שהחליטו עבורו? שני השלבים של "מבחן האלמלא" מקשים מאוד על מטופלים לקבל פיצוי עבור נזק שנגרם בעקבות הטיפול.

לא הייתה התרשלות בהליך הרפואי, אלא בחובת הגילוי וקבלת הסכמה מהמטופל. לכן יש כאן הכרה בדרך אחרת לקבל פיצוי- נזק בלתי ממוני טהור שהוא פגיעה באוטונומיה, גם אם לא נגרם נזק פיזי.

ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:

* יצירת אי-וודאות- כיצד ניתן לאמוד פגיעה באוטונומיה?
* יצירות של עוולות per se- ברגע שנוצרה פגיעה צריך לפצות, ונוצרה עוולה חדשה של פגיעה באוטונומיה. מספיק שלא מגלים את המידע הרלוונטי, ואין צורך להוכיח נזק.

מענה לביקורת:

* פיתוח כלים להתמודדות עם אי-וודאות.
* האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו? אנחנו רוצים לאפשר פיצוי גם אם אי אפשר להוכיח את הנזק, למרות שאנחנו נמצאים בזירה של רשלנות. אנחנו מעניקים ערך רב לאוטונומיה ורוצים למנוע פגיעה בערך זה.

**וינשטיין נ' ברגמן:** 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.

נאור: במה הרופא כן התרשל? חובת הגילוי- הרופא לא הזהיר את המטופל את מכלול הסיכונים האפשריים בניתוח או שמדובר בניתוח חדשני.

נקבע: פיצוי על נזק לאוטונומיה (חיזוקה של הלכת דעקה).

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

**פס"ד תנובה:** תביעה ייצוגית הוגשה נגד תנובה. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד ביודעין כדי למנוע הקצפה ושישמר יותר טוב באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא ידעו על הנעשה.

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 שפגיעה באוטונומיה חוצה את גבולות רשלנות רפואית ומתפשטת למערכות עובדתיות שונות.

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

**ניזוקים עקיפים**

ניזוק עקיף הוא מי שנגרם לו כאב וסבל בעקבות נזק פיזי שנגרם לאחר. ייתכן ניזוק ישיר ועקיף בו זמנית. למשל, אם אבא וילד נפגעים ביחד בתאונה האבא הוא הניזוק הישיר עבור עצמו, וניזוק עקיף אם הוא חווה נזק נפשי כתוצאה מהפגיעה של הבן שלו.

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 הנזק הפיזי וגם הנזק הנפשי). נניח שיעקב עובר אורח מקרי, נמצא בסביבה והיה עד לאירוע. האם גם יעקב יכול לתבוע את אברהם על הסבל והנזק הנפשי שנגרם לו מכך שראה את האירוע המזיק של יצחק?

הניזוק הישיר: יצחק

הניזוק העקיף: יעקב (סובל בהכרח מנזק בלתי ממוני טהור).

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן:** שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים. בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה.

השאלה המשפטית: האם קיימת אחריות ע"פ פקודת הנזיקין לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה, אשר אדם קרוב שלו נהרג או נפצע בשל רשלנותו של הפוגע?

נקבע: הקושי הוא שעלול להיווצר מצב של ריבוי תביעות שכן כל אדם יתבע כניזוק עקיף ויהיה עומס על ביהמ"ש. בנוסף, נוצר פתח לרמאיות. לכן ישנם כמה תנאים מצטברים כדי לקבל פיצוי:

1. קירבה משפחתית מדרגה ראשונה (הורים, ילדים ובני זוג). המטרה היא לצמצם את המעגלים הבלתי נגמרים של אנשים היכולים לטעון לניזוק עקיף.
2. הנזק צריך להיות כזה שמי שטוען לנזק נפשי שמע וראה בעצמו את התוצאות של התאונה. התרשמות **חושית ישירה** מהאירוע המזיק ותוצאותיו.
3. קרבה בזמן ובמקום- צריכה להיות קרבה בין הזמן והמקום בו התרחש הנזק, לבין הזמן והמקום בו נגרם הנזק הנפשי לניזוק העקיף. הרעיון נועד לתת לנו קש"ס עובדתי. במקרה שבו נגרם לאדם נזק לאחר זמן לא נוכל להגיד שזה קרה בעקבות התאונה. כאשר הנזק הנפשי נגרם כתוצאה מההתמודדות, קשה לנו לזהות את הקש"ס כדי להכיר בכך שהנזק שנגרם קרה כתוצאה מהאירוע הרשלני.
4. נזק נפשי משמעותי- לפחות 15% נכות. על הנזק להשפיע לרעה על חיי היומיום.

למרות שביהמ"ש קובע תנאים מאוד נוקשים, במשך השנים הפסיקה מרככת את התנאים.

**שוויקי נ' מדינת ישראל:** 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.

נקבע: באופן עקרוני יש הכרה באפשרות של תביעה של ניזוק עקיף על נזק פיזי-מוחשי, אם מוכח קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי (לא הוכח בעניין שוויקי). צריך להוכיח שהנזק הפיזי נגרם כתוצאה מהנזק הנפשי. במקרה והוכח כך, יש להחיל את כללי אלסוחה בשינויים המחייבים. בעניין שוויקי, לא הוכח קש"ס, וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (לא התקיים הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה).

צריך להקל על התנאי של קרבת זמן ומקום אם נגרמה מחלת לב כתוצאה מהנזק הנפשי. הדרישה לא יכולה להיות קשיחה כי ברור שזה יקרה לאורך תקופה. במקרה של שוויקי לא הצליחו להוכיח קש"ס שנגרם לו מחלת לב בעקבות התאונה שכן הוא היה מעשן, היה לו עודף שומן וכו'.

**לבנה נ' שערי צדק:** מדובר ברשלנות רפואית- לא אמרו לאישה הרה שעליה להסתובב בשטח בית החולים לכל היותר שעתיים. האישה מסתובבת 3 שעות, נכרך חבל הטבור סביב העובר והוא מת.

השאלה המשפטית: האם ההורים זכאים לפיצוי על הנזק שנגרם להם? (האם הם ניזוקים עקיפים בהתאם לכללי אלסוחה?) נוצר מצב שמשפטי של אי-ודאות עובדתית. יש פתרון לשאלה אם היינו יודעים הכל, שכן מבחינה עובדתית יש תשובה לשאלה כדי לדעת מתי העובר מת- האם זה קרה בחצי שעה הראשונה ואז הרופאים לא התרשלו?

הבעיה: אם לא ניתן לפצות את ההורים נוצר אבסורד: אילו התינוק היה נולד בעל מום, הוא היה מפוצה וכך גם ההורים על התוצאות הכרוכות בגידול ילד בעל מום. מכיוון שהעובר מת, אם לא נכיר בזכות ההורים לתבוע נזק נפשי, יצא שבית החולים לא יידרש לפצות בכלל.

מחוזי: האם הוכרה כניזוקה ישירה (האב לא מפוצה, כי לא מתקיים לגביו התנאי הרביעי שנקבע באלסוחה).

עליון: חיות (מיעוט): סבורה שניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין.

ריבלין (רוב): לא מקבל את 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. מדובר בנזק שנגרם להורים בעקבות מות העובר. הכלל נועד לסנן מצבים שבהם מזיק לא יכול וצריך היה לצפות את סוג הנזק- נזק שנגרם להורים עקב מות עובר ברשלנות ניתן לצפות. ריבלין מכנה את ההורים כ"ניזוקים מעין ישירים".

בנסיבות מתאימות הלכת אלסוחה יכולה לחול על מקרי גבול, וניתן להגמיש גם את הכלל הרביעי.

**חיים והולדה בעוולה**

הסוגייה: רופאים התרשלו לגלות מום מולד, ונולד ילד שיש לו מום. ההתרשלות היא שהביאה לכך שהילד בעל מום נולד (ולא הופל). להבדיל ממצב שבו התרשלות בלידה גורמת למום בתינוק שנולד.

"חיים בעוולה"- תביעה של הילד עצמו (מעלה קושי משפטי לצד מוסרי- "טוב מותי מחיי"). הילד נולד בעל מום ולא היה אמור להיוולד כך.

"הולדה בעוולה"- תביעה של הורים- ההורים היו בוחרים להפיל אם היו יודעים שהילד יהיה בעל מום.

**זייצוב נ' כץ:** זוג הורים הגיעו לייעוץ גנטי. 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 מוגבלות)? אין מחלוקת שלהורים יש זכות תביעה עצמאית.

גולדברג (דעת מיעוט): אין להכיר בזכות התביעה של הילד.

בן-פורת: הנזק הוא החיים עם המוגבלות והולדת הילד היא הנזק. לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין חיים עם המוגבלות לבין אי-חיים.

ברק ולוין (רוב): 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. אפשר לראות כאן היגיון של צדק מתקן כי הקטין מבקש לחזור לחיים ללא מום. **הבעיה**: הטענה היא שהרשלנות יצרה את המום אך זה לא נכון, הרשלנות הייתה שהרופאים לא גילו את המום.

לפעמים שיקולי מדיניות לא מערבים רק את מטרות דיני הנזיקין מבחינה משפטית, אלא גם לפעמים שיקולים מוסריים ומצפוניים.

ישנן שאלות קשות שהשופטים צריכים להתמודד כאשר הם נתקלים במצב של תביעה על חיים בעוולה- האם חיים עם מום גרועים מאי-חיים? האם כאשר קובעים חיים בעוולה, האם זה באמת נכון? האם בכלל ניתן לכמת את הסבל של אדם שטוען שעדיף שלא היה נברא מנברא?

**הלכת המר:** ביהמ"ש העליון מבטל את זכות התביעה של ילדים ב"חיים בעוולה", ומשאירה רק את זכות התביעה של ההורים בעילה של "הולדה בעוולה". זו ההלכה שקיימת היום בנושא הזה, והתביעה של ההורים רחבה מספיק כדי להגן על הילדים.

השופט ריבלין קובע תנאים להכרה בעילת רשלנות בגין הולדה בעוולה:

1. קיימת התרשלות, הפרת חובת זהירות (צפיות טכנית ונורמטיבית של הרופאים- האם היו יכולים וצריכים לצפות את הפגם) וקרה נזק- יש להוכיח את כל היסודות של עוולת הרשלנות.
2. קשר סיבתי לנזק.
3. יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, אילו ההורים ביקשו להפיל את הילד, הועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה. קשה להוכיח טענה כזאת שכן היא טענה של "מה היה קורה אילו", אך אם ההורים טוענים זאת, יש להניח שהם אכן היו מפילים את העובר.
4. יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה.

הקושי בתנאים אלו:

* התנאי השני (ב.) עשוי להיות קשה במיוחד לאוכלוסיות מסוימות, כי הוא מצריך את ההורים לעמוד על דוכן העדים ולהגיד "היינו מעדיפים שהילד שלנו לא יולד".
* אין להסיק מהרקע של ההורים (למשל דתי) כי לא היו מבקשים להפיל. כל מקרה לגופו.
* הפתרון לקשיים: קיימת חזקה הניתנת לסתירה שדי בתנאי הראשון (ס' א). אם ההורים יוכיחו שאילו היו מבקשים מהועדה והועדה הייתה מאשרת את ההפלה, אין צורך להוכיח את התנאי השני שהם אכן היו מפילים. ברגע שמצליחים להוכיח את התנאי הראשון של הקש"ס מתקיים גם התנאי השני.

תרופות אפשריות להורים:

* הוצאות רפואיות- הזיכוי רק על ההפרש בין עלות גידול הילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלות. אולם, יש קושי מכיוון שאין קש"ס בין המעשה של הרופאים לתוצאה- הרופאים לא גרמו למוגבלות, אלא התרשלותם גרמה להולדה. כיצד ניתן להצדיק את הדרישה מהרופא לשלם על המום למרות שהוא לא גרם לתוצאה? אלא שלקיומו של ילד לא ניתן להתייחס כנזק. ילד לא כרוך רק בהוצאות אלא יש גם המון הנאה ותועלת. הנזק שנגרם זה ההוצאות שנדרשות לגידול ילד עם מוגבלות.
* פיצוי על כאב וסבל- ניתן להכיר בכך שלהורים יש מעין תסכול מתמשך לאורך החיים שלהם. יש להם כאב שמלווה אותם ולא היה מלווה אותם אילו הפילו את הילד.
* פיצוי על נזק לאוטונומיה- הרשלנות של הרופאים מנעה מהם החלטה משמעותית בחייהם- אם להמשיך את ההריון או לא.
* נער שמלאו לו 18- לאחר גיל 18 ההוצאות גדלות ולא קטנות, מכיוון שלרוב, ילד בן 18 יכול לעבוד וההורים כבר לא מממנים אותו, ולכן נקזז את הפיצויים. אם הוא אינו מסוגל לעבוד, מדובר בראש נזק נוסף- צריך לדאוג לו מכיוון שהוא לא מסוגל להסתדר לבד. ככל שהוא אינו מסוגל לעבוד, הפער גדל במיוחד ביחס לילד שאינו בעל מוגבלות. לכן, צריך להתייחס לנסיבות העניין ולשאלה אם בעל המוגבלות מסוגל לעבוד. אם התשובה שלילית, נפצה על ההפרש בין יכולתו של ילד עצמאי לעבוד, וחוסר יכולתו של בעל המוגבלות לעבוד.
* ביהמ"ש יקבע הנחיות להורים לגבי הפיצוי. אחד החששות הגדולים הוא שההורים לא יחשבו נכון את הפיצויים שהם צריכים לקבל, ולא ידעו איך להתנהל נכון עם הכסף שקיבלו. לכן במצבים המיוחדים של הולדה בעוולה, יש קביעה שביהמ"ש צריך לתת הנחיות להורים מה לעשות עם הכסף.
* כל הפיצויים הם על ראש נזק אחר, ולכן ניתן לקבל פיצוי על כל אחד.

מה לגבי "הריון בעוולה"? הורים שאינם רוצים ילדים- גם לא בריאים- אולם בשל רשלנות הרופאים האם נכנסת להריון. הייתה כאן רשלנות שכן היה צריך להיות עיקור ופתאום יש ילד.

**פלוני נ' מלאך:** זוג חרדי, הרופא הציע לאם בדיקת מי שפיר אך היא סרבה; הילד נולד עם תסמונת דאון ומום בלב.

הטענות: הייתה רשלנות רפואית שהביאה ל"הולדה בעוולה". הערעור נשען על שתי טענות מרכזיות:

1. לא הוצעו בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר.
2. הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות שעל האם לבצע. (טענה זו מתיישבת עם פס"ד לבנה, בה האב וגם האם ביקשו פיצויים נפשיים כיוון ששניהם מעורבים וקשורים להריון.)

הנדל: התביעה נדחתה מכמה סיבות:

1. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב שכן הוא לא הביע עניין בשום שלב של ההיריון (בניגוד לפס"ד לבנה). לא רוצים להגדיל יותר את העומס והנטל על הרופאים. אולי היה צריך להתחשב בכך שמדובר באוכלוסייה מיוחדת- לא נוהגת לעשות בדיקת מי שפיר, ושהאב אינו מעורב כמו בציבור אחר, ולהעניק להם במעוד מועד הסברה והדרכה.
2. לא מתקיים קשר סיבתי, שכן האם סירבה לבדיקת מי שפיר כי היא לא רצתה להפיל.
3. לגבי הפגיעה באוטונומיה, האישה ידעה מה עומד בפניה ולא נמנעה ממנה הבחירה. האב באמת לא ידע על הבדיקות השונות לאור חוסר המעורבות שלו במהלך ההיריון והטיפולים. נקבע שהוא לא היה חלק מקבלת ההחלטות ולכן לא נמנעה ממנו אחת כזו. אם הנסיבות היו שונות, ביהמ"ש היה יכול לפסוק פיצויי פגיעה באוטונומיה.

**מחדל טהור**

אדם ייחשב כגורם לנזק במחדל טהור אם הוא לא מנע נזק שהתממש מסיכון שלא הוא יצר אותו. לדוג' מישהו שאינו קופץ למים כדי להציל אדם שטובע בבריכה.

דוגמה למחדל שאינו טהור: אי-בלימה של רכב. הנהג יצר את הסיכון שהתממש, אך הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי-הבלימה. זהו מצב שמישהו לא עשה מעשה, אבל הוא גם יצר את המצב שנגרם נזק.

* קיים קושי עקרוני להטיל אחריות בגין מחדל טהור- יש קושי להטיל חובת עשה על אדם, שכן כך פוגעים בחירותו.
* בהתאם, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית), לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת הרשלנות.

**חוק השומרוני הטוב ובעיית ה- bystander**

המקרה של “Kitty” Genovese: אישה חוזרת לביתה וסמוך לחניה מגיע תוקף. האישה צועקת לעזרה ואנשים שנמצאים בסביבה שומעים אותה צועקת, אך אף אחד אינו מגיע לעזרתה. התוקף בורח מחשש שיתגלה, אולם כשרואה שלא רודפים אחריו חוזר ורוצח את האישה.

המקרה זעזע את כולם, וקידם את חקיקת חוק השומרוני הטוב. החוק אינו מאפשר לתבוע אדם המושיט עזרה, גם אם נגרם נזק. מטרת החוק להתמודד עם חוסר נכונותם של אנשים להושיט עזרה בשל החשש שיתבעו.

בעיית ה- bystander: ככל שיש יותר אנשים באזור, יש סיכוי יותר גדול שהם לא יבואו להושיט עזרה, מכיוון שהם חושבים שאדם אחר ילך לעזור. יהיה ניתן להטיל על אנשים אחריות אם הם ידעו שיש להם אחריות משפטית ולא רק אחריות מוסרית.

**חוק "לא תעמוד על דם רעך":** חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו בסכנה חמורה ומיידית מבלי להסתכן או לסכן את זולתו. חוק "לא תעמוד על דם רעך" מחייב הושטת עזרה כחלק מהמשפט הפלילי, בניגוד לחוק השומרוני שעוסק בהגנה מפני תביעה במשפט האזרחי.

טיעוני נגד לחקיקה מסוג זה:

1. פגיעה מוגזמת בחירות.
2. הרתעה ביתר- מטילים חובה גדולה מאוד לעזור לאדם אחר, וחובת העשייה יכולה להביא לנזקים.

התמודדות עם הטיעונים:

1. רק אם יש סכנה חמורה ומיידית.
2. כל עוד לא כרוך בסיכון.
3. מניעת תמריץ שלילי של מצילים (החזר הוצאות)- אם אדם הוציא כסף כדי להציל אדם אחר, ס' 5 לחוק עשיית עושר אומר שמביאים לו פיצוי על ההוצאות הסבירות שהוציא עבור פעולת ההצלה.

**ולעס נ' אגד:** ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה מרכזית, ותבע את אגד על רשלנות במחדל- לא דאגו להציב שומרים בתחנה. התביעה הייתה גם ברשלנות וגם בהפרת חובה חקוקה.

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

מחוזי: לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית), ואפילו אם היה ניתן, לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי.

עליון: ביהמ"ש העליון הפך את ההחלטה של המחוזי. אמנם מדובר במחדל וקשה יותר לצפות מצבים מסוג זה, אולם בהקשר הזה קיים צפיות גם בהקשר הטכני. אגד **גם הייתה צריכה וגם יכלה לצפות** את אירוע התקיפה ולכן הייתה חובת זהירות, והיא התרשלה בכך שלא הציבה שמירה בתחנה. בנסיבות מסוימות קיימים יחסים מיוחדים בין התובע לנתבע- אנו מצפים מאותו צד ג' שלא יצר את הסיכון לנקוט באמצעי בטיחות מסוגים אחרים. אגד יכולה וצריכה לצפות שזה מצב שיכול לחזור על עצמו, שכן היא מספקת שירותי ציבור, והם עדים באופן תדיר יחסית למעשים כאלו.

**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות**

מה הדין כשתובעים בעוולה מסוימת שנמצאת בפקנ"ז, ובנוסף אפשר לטעון שגם קיימת רשלנות?

"עוולת מסגרת": לעוולת מסגרת תחולה רחבה, להבדיל מ"שייכות" למקרה ספציפי.

עוולות פרטיקולריות שייכות למקרה מאוד ספציפי, בניגוד לעוולת הרשלנות שהיא עוולת מסגרת. רשלנות היא עוולת מסגרת מכיוון שבנסיבות רבות יש פוטנציאל לרשלנות. כולנו יוצרים סיכונים, וכאשר מתממש נזק לעיתים קרובות, עשויה לעלות טענה שהסיכון לא היה סביר. ברור שכל דבר שאנו עושים יוצר סיכון כלשהו, ולכן הגיוני שכאשר אנו יוצרים מצב שהוא עוולתי- למקרה מאוד ספציפי, עדיין ניתן יהיה לומר שמדובר בהתנהגות מסוכנת, וניתן יהיה לבחון אם ההתנהגות הייתה מסוכנת במידה בלתי סבירה. מכיוון שכ"כ קל לחושב באינטואיציה הזאת שההתנהגות לא הייתה סבירה, עוולת הרשלנות תהיה רלוונטית במקביל לעוולה פרטיקולרית.

בעניין ברזני השופט חשין טבע את כלל האצבע מתי **לא תחול** עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת. חשין קובע שאם יש סיבה לחשוב על דרך הפרשנות שסעיף מסוים דוחה את האפשרות להטיל אחריות מכוח דוקטרינה כללית יותר, **הסעיף הספציפי גובר**. אולם, מצד שני, עצם העובדה שיש הסדר פרטיקולרי- יש לנו דוקטרינה ספציפית השייכת לעובדות ספציפיות, לא אומר שלעצמו עוולת הרשלנות לא צריכה לעמוד.

עם השנים גורמים לכך שעוולת הרשלנות הולכת וגדלה, ויש הטוענים שהיא "בולעת" עוולות פרטיקולריות.

ניתן להטיל אחריות ברשלנות על רשות מנהלית. לדוגמה, בעניין גורדון אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית. בעניין שוויקי דובר על התרשלות המדינה (אף שהוחלט לא להטיל אחריות בנסיבות הספציפיות).

ישנם מצבים חריגים שביהמ"ש ימצא עוולה פרטיקולרית וידחה את עוולת הרשלנות.

**פלוני נ' פלוני:** התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע. התובע דרש מהנתבע פיצויים בגין נכות נפשית שלקה עקב הבגידה, וביסס את תביעתו על עוולת הרשלנות.

עמית: עוולת הרשלנות מאפשרת לנו "ללכוד ברשת" כל מיני התנהגויות, שעוולה ספציפית לא תמיד מצליחה, ומצב זה לא תמיד רצוי. ס' 62(ב) לפקנ"ז העוסק בגרם הפרת חוזה, קובע שלא ניתן לטעון טענה זו כלפי אדם שהוא גרם לידי הפרת הסכם נישואין. לעניין סעיף זה, הנישואין לא נחשבים כחוזה. מכאן רואים שיש עוולה ספציפית- גרם הפרת חוזה, והיא עוסקת בתביעות נגד מעוול שהוא צד שלישי, ומפר את החוזה. ס' 62(ב) מבקש לחסום תביעות נזיקין על גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין. אם ביהמ"ש יאפשר תביעת רשלנות במקרה כזה, הוא יעקר את ההגבלה הזאת מתוכן.

איך אפשר להבין את החלטת ביהמ"ש? מדוע כאן ביהמ"ש לא מאפשר להחיל את עוולת הרשלנות?

ישנם כמה שיקולי מדיניות להחלטת ביהמ"ש:

1. אם נאפשר תביעה ברשלנות, אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת אחורית, אחרי שהמחוקק סגר את הדלת הקדמית.
2. הימנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות.
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, ביהמ"ש עשוי להיות מוצף בתביעות.

**נטל ההוכחה ברשלנות**

**"המוציא מחברו עליו הראיה"**

* כלל נטל השכנוע/ נטל ההוכחה- מכריע מה קורה במקרה של תיקו ראייתי. אם בתום ההליך המשפטי כפות המאזניים מאוזנות, מי שמפסיד הוא מי שנטל ההוכחה עליו. לרוב נטל ההוכחה מוטל על התובע.
* "מאזן/ עודף ההסתברויות"- על הנושא בנטל השכנוע/ הוכחה בהליך אזרחי, ובנזיקין בפרט, לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ-50%. סביר יותר להניח שהנזק נגרם מההתרשלות מאשר לא.

איך כפות מאזניים יכולות להיות מאוזנות בסוף משפט? לרוב, המקרים שיגיעו לביהמ"ש הם מקרים שכפות המאזניים יהיו קרובות מאוד להיות מאוזנות בסוף ההליך המשפטי. דווקא המקרים הברורים הם מקרים שלא יגיעו לביהמ"ש מכיוון שאם אדם יודע שהוא הולך להפסיד, אין טעם שילך לביהמ"ש. בנוסף, יש קשר לזהות של הצדדים- אם כפות המאזניים מאוזנות והגיוני שבאופן עקרוני אני אלך לביהמ"ש, אבל אני עומדת מול תאגיד עשיר וחזק, ייתכן שאני אעדיף להתפשר מחוץ לביהמ"ש. יש שיקולים כלכליים שיכולים לעצור אדם מללכת לביהמ"ש.

**מתי נטל ההוכחה עובר לנתבע? (חזקה לגבי העברת הנטל)**

* אם התובע מראה שהנסיבות "מתלבשות" על היסודות באחד מהסעיפים 38-41, אז הנטל עובר לנתבע שהוא לא התרשל ובמקרים מסוימים גם שאין קש"ס עובדתי (לפי העניין).
* כלומר, הסעיפים יוצרים חזקה הניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (ובמקרים מסוימים, קיים קש"ס); על הנתבע להוכיח שלא כך הוא, אחרת התובע זוכה.

**"הדבר מעיד בפני עצמו"**

ס' 41 לפקנ"ז קובע כי התובע צריך להוכיח שלושה יסודות כדי שהוא יוכל לטעון "הדבר מעיד בפני עצמו"- נטל ההוכחה צריך לעבור לנתבע:

1. לתובע לא הייתה ידיעה או יכולת לדעת מה היו הנסיבות שגרמו לנזק.
2. הנכס נמצא בשליטת הנתבע.
3. הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

**תנאי ראשון: היעדר ידיעה בכוח או בפועל של התובע**

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

השאלה המשפטית: מי צריך להיות חסר ידיעה, האם הניזוק או התובע?

נקבע: השופט עמית קובע שני תנאים:

1. יש להוכיח את תנאי אי-הידיעה של התובעים (היורשים, במקרה של פלוני נ' פלוני) ולא של הניזוק, שבמקרה הזה הינו המנוח. גם העיזבון יכולים לתבוע.
2. עם זאת, לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות, למשל לפנות למומחים.

**תנאי שני: שליטת הנתבע**

**רז נ' בי"ח אלישע:** 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 ס' 41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של בית החולים, ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל, הקפדה טובה יותר של חיטוי).

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

**רז נ' בי"ח אלישע:** תינוקת נדבקה במחלה זיהומית בזמן שהותה בביה"ח לאחד לידתה.

שמגר: הנסיבות מתיישבות טוב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה למנוע את הדבקה של תינוקות בחיידק קולי. שמגר מסביר שצריך להעביר את נטל ההוכחה לנתבע ואומר שיש השלכה על העתיד- בתווך הארוך זה יוביל לכמות קטנה יותר של טעויות. יש הכוונה התנהגותית לצדדים עתידיים שנמצאים במקרים דומים.

הביקורת על התנאי השלישי: התנאי הזה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר. אך אם התובע יכול להוכיח זאת, הוא היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת ס' 35, שגם הוא קובע כי התובע צריך להראות שהנתבע לא התנהג בזהירות סבירה! מדוע צריך את ס' 41 כדי להפוך את נטל הראיה?

אלא שיש יתרון לתובע במסגרת ס' 41 שאינו קיים במסגרת ס' 35 לעניין הוכחת אי-סבירות התנהגותו של הנתבע: לפעמים לתובע אין ידיעות כדי לתבוע ולכן הוא יכול להשתמש בראיות סטטיסטיות/ ראיות כלליות.

דוגמה 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?

לפי עוולת הרשלנות הרגילה, א' צריך להוכיח מי האוטובוס הספציפי שפגע בו. אם הוא לא יכול להראות זאת, הוא לא יוכל לעמוד בנטל ההוכחה. אולם אם בוחנים לפי ראייה כללית, אפשר להסיק על המקרה הספציפי מן הסטטיסטיקה הכללית.

**שטרנברג נ' ד"ר צ'ציק:** 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, ותובעת להתרשלות לפי ס' 41 מכיוון שהיא לא יודעת מה קרה שכן שהיא הייתה מורדמת.

מחוזי: דוחה את התביעה מכיוון שהתובעת לא מצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס. בנוסף, הוא קובע שהיא לא מצליחה להוכיח את דרישת ההתרשלות המסתברת- התנאי השלישי בס' 41.

עליון: השופט ריבלין אומר שניתן להשתמש בראיות כלליות להוכחת תנאי 3, אך לא ניתן להסתמך על כך שקרה נזק כמשהו שדי בו כדי להעיד על הסטטיסטיקה ולטעון שעצם הנזק מעיד על הסבירות שהנתבע התרשל. מדוע?

התובעת מנסה לבסס את התביעה שלה באמצעות טענה כללית. היא טוענת שברוב הניתוחים מהסוג הזה לא נגרם נזק, ולכן אם נגרם נזק זה מוכיח שהתקיים התנאי השלישי- לא נקטו זהירות סבירה. ריבלין אומר שאי אפשר למדוד אם יש התרשלות לפי התוצאה בלבד. כל ניתוח כרוך בסיכון מסוים, ולכן גם אם אין התרשלות עדיין יכול להיות נזק. המבחן הנכון הוא לבדוק בכמה מקרים בהם נגרם נזק דומה, הוא נגרם מהתרשלות לעומת שלא מהתרשלות. אם ברוב המקרים כשקורה נזק דומה לירך הוא קורה מהתרשלות הרופא, אפשר להסיק שהנזק שנגרם לתובעת נגרם מהתרשלות הרופא.

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

1. 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 אם היא נדירה, ובמקרה כזה על תנאי נוסף להתקיים.
2. לא היה רישום רפואי, אין מסמכים שמספרים על מהלך הניתוח.

שמגר בעניין רז קובע שברגע שמתקיימים תנאיו של ס' 41 ובנסיבות יש אי-ודאות עובדתית שנוצרת מחוסר במסמכים שלא באשמת התובע, נעדיף להטיל את העלות על הנתבע.

ישנם מצבים ספציפיים בהם נטל השכנוע מתהפך ויש חזקה שהנתבע התרשל, והוא יצטרך לנסות להפריך את החזקה ולהוכיח שהוא לא התרשל.

היסוד השלישי בס' 41 קובע כי הנסיבות מראות שסביר יותר להניח שהנתבע התרשל ונהג באופן לא סביר. תובע שאין לו ידיעה והנכס לא נמצא בשליטתו לא יכול להוכיח קש"ס. לכן הסעיף הופך את נטל השכנוע לכתפיו של הנתבע, גם לגבי יסוד ההתרשלות וגם לגבי הוכחת הקש"ס. כאשר מעבירים את נטל ההוכחה, הכוונה היא שיש חזקה שהנתבע התרשל, והוא צריך להביא ראיות קונקרטיות כדי להוכיח שהוא לא התרשל.

הערות חשובות לגבי התנאי השלישי בס' 41:

1. מרגע שהתובע הוכיח את התנאי השלישי, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקש"ס בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו. דבר זה נובע מנוסח ס' 41.
2. הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו (עם זאת, לא בטוח אם יוכלו להיעזר בראיות כלליות לשם כך).

בעניין צ'ציק, ריבלין אומר שהתובעת לא הצליחה לעמוד בתנאי השלישי- סבירות הסתברותית. אולם, באותו מקרה הוא קיבל את העובדה שהתנאי השלישי התקיים, בגלל שיש שילוב בין נזק נדיר לבין העובדה שלא היה רישום רפואי. השופט ריבלין מסביר שאפשר להגיע לאותה מסקנה של היפוך נטל ההוכחה גם על בסיס רעיון אחר- **דוקטרינת הנזק הראייתי** (רלוונטי בעיקר במקרים של רשלנות רפואית). זה קורה בעיקר במצבים של פערי כוחות בין הצדדים, כאשר הנתבע מנע מהתובע להשתמש בראיות מסוימות, ולכן לתובע אין את הראיות כדי להוכיח את התרשלות הנתבע. הנתבע יוכל להוכיח שהוא לא התרשל, אך חזקה שהוא כן.

* לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, אם הנתבע הסתיר ראיות (בין ברשלנות ובין בכוונה) שיכולות לסייע בידי התובע את התביעה שלו, יש להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע והוא יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל.
* דוקטרינת הנזק הראייתי היא כלל ראייתי שנקבע לתביעות רשלנות "רגילות", ולא לס' 41.
* היפוך נטל הראייה מביא את התובע למצב דומה של ס' 41.

סעיף 41 מקים 2 חזקות:

1. הנתבע התרשל.
2. יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

במקרה כזה, הנתבע יצטרך להפריך אחד מן השניים- די בכך שהוא יוכיח שלא היה קש"ס, ולא נוכל לטעון שהתרשל.

**חובת הראייה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים**

ס' 38 לפקנ"ז קובע מהו חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים. ישנם שלושה דברים מרכזיים בסעיף:

1. דבר מסוכן.
2. דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו.
3. הוכחת קש"ס.

**דבר מסוכן**

על פניו, כל דבר יכול להיות מסוכן. אך הפסיקה פירשה במהלך השנים שדבר מסוכן זה דבר מסוכן מטבעו.

**עיזבון המנוח אלעבד נאצר נ' מדינת ישראל:** אדם נפגע מירי של צה"ל והעיזבון תובעים בהתרשלות.

ריבלין: נשק נחשב כדבר מסוכן, אך רק כאשר השימוש בו הוא שימוש **לא רגיל**. שימוש בנשק לא יכול להוות אוטומטית כדבר מסוכן, ולא ניתן לטעון שהוא התרשל ועליו להפריך את החזקה. כדי לדעת אם השימוש רגיל או לא, צריך להסתכל על הייעוד של הדבר המסוכן. חייל שמשתמש בנשק בשדה הקרב, לא כמוהו כנשק שחייל משחק בו.

**דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו**

**Rylands v. Fletcher:** אדם העסיק קבלנים לבנות מאגר מים, ותוך כדי עבודה הם מגלים פיר מלא בפסולת אך הם מתעלמים ממנו. הייתה שנה גשומה ולכן המים היו מרובים, והם נכנסו לקרקע של השכן וגרמו להרבה נזק.

ההלכה: מי ששומר על אדמתו דבר שיכול להימלט ולגרום לנזק (מים), צריך לשמור עליו, ואם לא הוא יהיה אחראי על הנזק. יש כאן אחריות חמורה- על הנתבע אחריות גם על הנזק, ולא רק על ההתרשלות.

במשפט הישראלי הכלל יותר מרוכך- לא חלה אחריות חמורה ישר, אלא נטל ההוכחה יתהפך והנתבע יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל.

**חברת מפ"י נ' משק אשכנזי:** מי השקיה זרמו מחלקה של הנתבע לחלקה של התובע וגרמו לנזקים. נקבעה חזקה של התרשלות- מהרגע שהמים הגיעו לחלקה של השכן, הנטל מתהפך לחובתו ויש חזקה של התרשלות לרעת הנתבע.

**קשר סיבתי**

בסעיפים 38-40 חובה להוכיח שיש קש"ס ורק אז נטל ההוכחה יהיה על הנתבע. רק לגבי ס' 41 ניתן להפוך את הנטל לצורך הוכחת קש"ס- הנתבע צריך להפריך את העובדה או שאין קש"ס או שלא התרשל.

ברגע שנטל ההוכחה מתהפך בס' 38-40, הנתבע צריך להוכיח גם שהוא לא התרשל אך התובעים עדיין צריכים להוכיח שיש קש"ס. רק לגבי ס' 41, ניתן להפוך את הנטל לצורך הוכחת הקש"ס, והנתבע יוכיח או שלא התרשל או שאין קש"ס.

**עצמון נ' חיפה כימקלים:** ערעור בתביעת צוללנים בקישון שחלו בסרטן. התובעים טענו שחלו בסרטן בעקבות הזיהום, אך קשה להוכיח את הקש"ס.

הטענה: הנטל להוכחת קש"ס עבר אל המזהמים שהזרימו את החומרים המסוכנים לנחל.

עמית: אפילו 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 הנתבעים מהוכחת הקש"ס בין ההתרשלות לבין הנזקים שלהם. תנאי הכרחי לתחולת ס' 38 זה שהוכח שהנזק נגרם ע"י הדבר המסוכן.

**חובת הראייה ברשלנות לגבי אש**

ישנם שלושה היבטים מרכזיים בס' 39 לפקנ"ז:

1. הנתבע עצמו הבעיר את האש או שהיה אחראי להבערתה.
2. הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש.
3. הנתבע בעל מיטלטלין שמהם יצאה האש.

**הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש**

**נביל כליל כורי נ' יצחק קשס:** אדם עבד בבית מלאכה והתלקח כתוצאה מפחית טרפנטין שעמדה על השולחן.

לנדוי: תנאי ס' 39 הקובעים חזקת התרשלות אינם קיימים כאן, משום שהאש לא יצאה מן המקרקעין אלא נשארה בתוכם, ולכן הנטל אינו יכול להתהפך. לפי תנאי הסעיף, **האש צריכה לצאת מהמקרקעין למקרקעין אחר**. אולם, התובע לא נזקק לסעיף זה משום שע"פ עובדות המקרה ניתן להסיק שהנתבע התרשל- שיטות ונהלי העבודה הרשלניים שהיו במקום הביאו את ביהמ"ש להחליט שלא צריך להפוך את נטל ההוכחה, כי התובע הצליח לעמוד בנטל ולהוכיח שהנתבע התרשל, שכן התנהגותו לא הייתה סבירה.

**הנתבע בעל מיטלטלין שמהם יצא האש**

**גנור נ' מדינת ישראל:** אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת וגרמה לנזק במשרדו של התובע.

טענת המדינה: האש לא יצאה מהמקרקעין ולכן לא ניתן להפעיל את חזקת ההתרשלות.

שמגר: מבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, ל"בעל מיטלטלין" שמהם יצאה האש. **כאשר מדובר במיטלטלין, מספיק שהאש יצאה מהמיטלטלין**, בניגוד למקרקעין שצריך להוכיח שהאש יצאה מהמקרקעין. במיטלטלין מספיק שהוכחנו שהאש יצאה מהמיטלטלין ולא מהמקרקעין שהמיטלטלין נמצאים בו כדי להעביר את נטל השכנוע. בענייננו, מספיק להוכיח שהאש יצאה מהטלפון וגרמה לנזק.

**חובת הראייה ברשלנות לגבי חיה**

ס' 40 לפקנ"ז מבחין בין חיית-בר לחיית-בית. במשפט המקובל יש אחריות חמורה לגבי נזק שנגרם מבע"ח. אם נגרם נזק כתוצאה מחיה, תחול אחריות בנזיקין ולא צריך להוכיח התרשלות. בישראל ההסדר יותר מרוכך ויש חזקה של התרשלות ולא של אחריות חמורה, ומעבירים את נטל ההוכחה לנתבע כאשר הנזק נגרם ע"י חיית-בר. אם מדובר בחיית-בית, השאלה היא האם החיה הייתה מועדת- הבעלים יודעים שהיא מועדת לעשות נזק והתובע צריך להוכיח שהיא מועדת. רק אם התובע עומד בנטל הזה, תחול חזקת התרשלות ונטל הוכחה יעבור לנתבע שהוא לא התרשל.

בעקבות מקרים רבים של תקיפה ע"י כלבים, פקודת הנזיקין שונתה ונוספו סעיפים 41א-ג כדי שהעניין יוסדר בחקיקה וכך לגרום לבעלי כלבים להיות אחראיים לנזק שנגרם ע"י הכלב.

ס' 41א עוסק בנזקי גוף שנגרם ע"י כלב, ומטיל אחריות על בעל הכלב. הסיפא של הס' קובע שאין נפקא מינה אם הייתה התרשלות או לא- יש כאן אחריות מוחלטת. מהרגע שכלב תוקף אדם אחר תחול אחריות מוחלטת. סעיף זה הוא לא סעיף של הפיכת נטל הראיה, אלא סעיף מיוחד הקובע אחריות מוחלטת. באחריות מוחלטת לא מתחשבים באשמו התורם של הניזוק (לעומת אחריות חמורה).

ס' 41ב קובע הגנות שמתייחסות למצבים מאוד ספציפיים, בהם יש אשם תורם חמור ולכן אי אפשר להשתמש בס' 41א. במצב של התגרות של הניזוק בכלב, תקיפת הניזוק את הבעלים או הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים , תהיה הגנה לבעלים של הכלב ולא ניתן לייחס לו אחריות מוחלטת בגלל שיש אשם תורם חמור מצידו של הניזוק.

ס' 41ג הוא סעיף שמירת דינים, הקובע שהעובדה שלא תחול אחריות מוחלטת על בעל הכלב, אינה מונעת מהניזוק להגיש תביעה נגד בעל הכלב לערוצים הרגילים שיש לו בפקנ"ז או בחוקים אחרים.

הערות נוספות:

* באופן עקרוני, יש לבחון האם מתקיימת חובת זהירות, יסוד מיסודות עוולת הרשלנות (אם כי במרבית המצבים שבהם הסעיפים עוסקים בהם, נדיר שלא תחול; במיוחד לגבי דברים מסוכנים).
* יש לבחון קש"ס, למעט בס' 41. נטל השכנוע מתהפך לכתפיו של הנתבע גם בקשר של התרשלות וגם קש"ס.
* דוקטרינת הנזק הראייתי חלה לגבי כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות. דוקטרינה זו היא מנגנון חלופי. המשמעות היא שדוקטרינת הנזק הראייתי חלה לגבי תביעות רגילות שבהן נטל ההוכחה מוטל על התובע. השימוש ייתכן ביחס **לכל יסוד עובדתי** שנמנע מהתובע להוכיח עקב התנהגותו של הנתבע, ומשכך אין לתובע את הראיות ולכן הנטל עובר לנתבע.

**אשם תורם**

ס' 68 לפקנ"ז קובע שיש אשם תורם- טענת הגנה שהנתבע טוען כנגד התובע, שהוא התנהג באופן רשלני בעצמו ולכן צריך לחלוק את האחריות. הסיפא של הסעיף לא חוסם את הזכאות של הניזוק לפיצויים, אך הוא כן יכול לגרום לכך שיופחת סך הפיצויים בשיעור שבו נמצא אשמו של התובע.

**רקע והערות כלליות**

עד אמצע המאה ה-20 היה הסדר בינארי- די בכך שלתובע יש אשם תורם והוא לא יוכל לנצח בתביעה. הסדר זה מבוסס על הרעיון שצריך להגיע ב"ידיים נקיות", ולכן מי שיש לו אשם תורם תביעתו תדחה. לאחר אמצע המאה ה-20 היה מעבר להסדר יחסי- חלוקת האחריות בין המזיק לניזוק בעל האשם תורם. אם יוחס לניזוק אשם תורם עד 50% יופחת הפיצוי בהתאם. אך אם האשם תורם גבוה מ-50% התביעה תדחה, מכיוון שהתובע לא יוכל לעמוד בנטל ההוכחה, שכן התובע צריך להוכיח את טענותיו בלמעלה מ-50%. ההסדר היחסי הוא גישה נוספת אך לא ההלכה כיום.

כיום האשם תורם נתפס כמקרה פרטי של "מעוולים במשותף" שקבועה בפקנ"ז. ע"פ הדוקטרינה, יכול להיות מצב שנזק נגרם ע"י יותר מגורם אחד וכל אחד תרם תרומה מספיק משמעותית כדי לייחס לו אחריות לנזק. אשם תורם הוא מקרה שבו הניזוק והמזיק הם "מעוולים במשותף" ביחס לנזק. לדוגמה, אדם נוסע בכביש במהירות מופרזת, ופוגע באדם אחר שחוצה את הכביש כשהוא שקוע בפלאפון. במקרה הזה ניתן לייחס את הנזק גם לנהג וגם להולך רגל, וביהמ"ש יכול להחליט כמה אשם יש לייחס להולך רגל. התפיסה כיום היא שאשם תורם לא מוגבל ל-50% ויכול להיות גבוה מכך. כעיקרון אשם תורם לא אמור לגרום לכך שהתביעה תיכשל, אלא רק להפחתת הפיצוי. בפועל, יכול להיות מקרה שבו האשם תורם זועק וכ"כ ברור, שהנתבע יטען שצריך לנתק את הקש"ס ושצריך לדחות את התביעה. תביעה כזו עשויה להתקבל במצבים נדירים.

שלבים בתביעה:

1. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה.
2. הנתבע יכול להעלות טענת הגנה, במקרה שלנו טענת אשם תורם, וביהמ"ש קובע אם אכן יש אשם תורם.
3. אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים. המבחן של "מידת האשמה" בודק מי אשם יותר לפי העובדות. אחרי שביהמ"ש משווה בין רשלנות הניזוק והמזיק, הוא יחליט כמה אשם תורם לייחס.

**הצדקה בראי צדק מתקן**- הגיוני שהנתבע לא יצטרך להשיב לקדמותו נזק שהוא לא גרם. התרופה צריכה לבוא בהלימה לפגיעה בזכות כדי להשיב את המצב לקדמותו. אם הפגיעה חלשה יותר מכיוון שהניזוק עצמו גם פגע, ברור שהנתבע צריך לתת פיצוי נמוך יותר בגלל שהתרופה נגזרת מהפגיעה. הנזק מופחת ולכן צריך לפצות פחות.

**הצדקה בראי הרתעה**- ניתן לראות את ההרתעה משתי פרספקטיבות:

* מפרספקטיבה של הניזוק- לא רוצים שכאשר ניזוקים נקלעים לסיכון הם ידעו שהמזיק תמיד יצטרך לתת פיצוי ולכן יתנהגו בפחות זהירות. יש כאן את בעיית moral hazard, ואנחנו לא רוצים ליצור הרתעה בחסר.
* מפרספקטיבה של המזיק- לא רוצים ליצור הרתעה ביתר. כולנו מזיקים פוטנציאליים, ואם על כל סיכון שמתממש, הניזוק יוכל לנצל זאת ולהגביר את הסיכון ובעצם נהיה אחראיים לכל נזק, נהיה יותר חששנים ביומיום.

המטרה של אשם תורם היא ליצור איזשהו איזון. אנחנו רוצים להרתיע באופן אופטימלי.

**הסטנדרטים לקביעת אשם תורם**

ככלל, התנהגות הניזוק נבחנת ע"פ סטנדרט **"האדם הסביר"** בנסיבות העניין.

**דפרון נ' גולובין:** פועל עובד במפעלי דפרון. באחת המשמרות מנהל העבודה שם לב שאותו עובד שותה מבקבוק אלכוהול ולכן שולח אותו להתרעננות. בדיעבד מתברר שהוא לא הרגיש טוב והוא נפטר בבי"ח מכיוון שהוא שתה חומר רעיל. התביעה שהוגשה הייתה על רשלנות והפרת חובה חקוקה, והתביעה התקבלה. דפרון טען לאשם תורם, שכן הפועל התנהג בצורה שהיא לא סבירה- לא הגיוני שעובד ישתה חומר אלכוהולי בשעת המשמרת שלו.

רובינשטיין: נקבע כי מחד, יש אשם תורם לפי מבחן "העובד הסביר בנסיבות" ומאידך, מתחשבים ביחסי עובד-מעביד. לאחר שנקבע שיש להטיל אשם תורם, עוברים להשוואת האשם בין המזיק לניזוק, בהתאם לנסיבות (במקרה של דפרון, כולל ההקשר של היחסים המיוחדים). יש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 25%), המבטא את התנהגות הניזוק, ובהתחשב ביחסים המיוחדים של עובד-מעביד. רמת הזהירות הנדרשת מאדם כלפי אחרים גבוהה יותר מרמת הזהירות שנדרשת מאדם כלפי עצמו.

ישנם שיקולים נוספים שביהמ"ש מייחס ליחסי עובד-מעביד, שבו חובת הזהירות של מעבידים היא הרבה יותר רחבה. למרות שניתן לומר שהעובד התנהג בצורה לא סבירה, כשמדובר ביחסים אלו, נרחיב את חובת הזהירות של המעביד. האיזון הזה נובע משיקולים חלוקתיים. הרעיון הוא שביהמ"ש לוקח בחשבון את פערי הכוחות בין המעביד לעובד.

במקרה של ילדים, הם פטורים מאחריות בנזיקין עד גיל 12, אך לא מאשם תורם.

**מדינת ישראל נ' אייגר:** המשיב 4 גנב טיל במהלך שירותו בצה"ל והטמין אותו בבריכת בטון. המשיב 1 שהיה בן 9 וחצי מצא את הטיל ושיחק אתו, והטיל התפוצץ. כתוצאה המשיב 1 נפגע קשות ונאלצו לקטוע את רגלו. המדינה היא צד לתביעה מכיוון שלא היה פיקוח ורישום שאפשרו לגלות שטיל נגנב. השאלה היא שאלת האשם תורם של הילד.

גולדברג: השאלה בפס"ד הייתה לפי איזה סטנדרט יש לקבוע אשם תורם? ישנן שלוש אפשרויות:

1. מבחן אובייקטיבי- יש למדוד את רמת הזהירות לפי האדם הסביר.
2. מבחן סובייקטיבי- יש להתחשב רק באפשרויותיו האישיות של הילד הניזוק ע"פ יכולתו, מידת הבנתו וכו'.
3. מבחן ביניים- רמת הזהירות הממוצעת של ילד בגילו של הניזוק.

אפשרות הביניים נהוגה בישראל, אולם גולדברג משאיר בצריך עיון אם יש לשקול לפי הסטנדרט הסובייקטיבי. זאת מכיוון שהילד היה ילד מאוד אינטליגנט והוזהר ע"י אביו והבין שמדובר במצב מסוכן. יש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 20%).

**הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?

**קסברי נ' רוזן:** מונית מתנגשת ברכב של נהגת שיוצאת ברברס מחניה שהתנהגה ברשלנות, המונית נהגה מעל המהירות המותרת. נקבע שיש לנהג המונית אשם תורם בגובה של 30%.

השאלה המשפטית: המשמעות של אשם תורם היא פיצוי מופחת לנהג מונית, כלומר לניזוק. אבל באותו עניין גם למזיקה היה נזק, האם על הנהג מונית לשלם לנהגת פיצוי בגובה 30% מהנזק שנגרם לה, שכן נקבע 30% אשם תורם?

נקבע: ישנה הבחנה בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות נזיקית, ובאופן עקרוני לא ניתן להטיל אחריות בגין אשם תורם. אבל מצד שני, לא נסגרה הדלת וכל מקרה יבחן לגופו.

ישנה הצדקה כלכלית מדוע הגיוני שאשם תורם לא יהיה אשם יוצר אחריות.

דוגמה: לאדם יש "רכב עני" שעלותו 100, ולאחר "רכב עשיר" שעלות 1,000; העשיר הוא הרשלן אך נקבע אשם תורם בגובה 20% לעני. הפיצוי לעני יהיה 80, אך אם נאפשר תביעה נגדית נגד הניזוק העני בגובה האשם תורם, הוא יצטרך לתת פיצוי לעשיר בגובה של 200. נוצר מצב שבנסיבות שבהן הניזוק שאשמתו פחותה הוא ישלם יותר.

**זיקה עובדתית בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

האם בקביעת מידת האשם התורם של הניזוק יש להתחשב באשם יוצר האחריות של המזיק?

לפעמים התנהגות הנתבע לא רק גורמת לנזק, אלא גם גורמת לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני (ולתרום לנזק). המזיק ינסה לטעון שיש לייחס לניזוק אשם תורם.

**אלהווא נ' עיריית ירושלים:** אדם בעל לקויות הולך ברחוב ונופל לבור. אין גידור, תיאורה או שלטים. הוא ניזוק בגופו.

טענת העירייה: מדובר במפגע בטיחות שהיה ידוע לניזוק. הוא עדיין בחר לעבור שם במקום לחפש דרך חלופית ולכן התרשל, ומשכך יש לצמצם את האחריות ולקבוע אשם תורם.

ברק-ארז: ביהמ"ש לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואפשר להטיל אשם תורם על הניזוק.

הפס"ד בעייתי, שכן אם נטיל אשם תורם, אנו פוגעים במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים. בנוסף, כל הדרכים אמורות להיות נגישות לכולם. אם אדם מוגבל, זה לא אמור למנוע ממנו ללכת בדרך מסוימת. כמו כן, ס' 66 לפקנ"ז קובע שאם התנהגותו של הנתבע מביאה לידי התרשלות התובע, ניתן להגדיל את הפיצויים שהנתבע חייב לשלם, אך לא יותר מהנזק שנגרם. העירייה התרשלה מכיוון שההתרשלות שלה הביאה את הניזוק למצב שהוא צריך לחפש דרכים חלופות, ואם הוא לא מחפש דרכים חלופות הוא מתרשל.

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

**אפל נ' מדינת ישראל:** פרויקט של משרד השיכון; כדי לתמרץ תושבים להתפנות מבתיהם, יש הסדר שמאפשר הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. אפל נכנס לשיתוף פעולה עם המדינה; המדינה אפשרה לתושבים להמחות לאפל את הזכות להלוואה מסובסדת כדי שהוא יציע להם בתמורה דירה חלופית. אפל התשמש במנגנון ההלוואות המסובסדות כדי להוציא כספים מהמדינה במרמה.

מחוזי: התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בס' 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצדו של המזיק (שהמוטעה יפעל לפי המידע הכוזב). עוד נקבע שהמדינה התרשלה שכן משרד השיכון לא טיפל באופן סביר בהעברת הכספים. ביהמ"ש המחוזי הכיר באשם תורם, והמדינה ערערה על סכום הפיצוי.

עליון: הדיון נסוב על השאלה האם ניתן להטיל אשם תורם בעוולות כוונה. נקבע שבאופן עקרוני, מזיק יכול לטעון טענת הגנה של אשם תורם, אפילו אם ביצע עוולה מכוונת אך לא בכל מקרה. השופט מלצר מבחין בין שלושה סוגי מקרים:

1. גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק (למשל תאונת דרכים)- אין בעיה להטיל אשם תורם אם יש כזה.
2. גרימת נזק עם תוספת רווח (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק- לדגו' יצרן חלב ששיווק חלב פגום, והפגם בחלב גרם לנזק ללקוחות ועל הדרך היצרן הגדיל את רווחו)- ניתן להטיל אשם תורם על הנזק אך לא על הרווח.
3. מקרים של "העברת עושר"- העברה של עושר מאדם אחד לאדם אחר, והקשר בין הנזק לרווח מובהק- לא ניתן להטיל אשם תורם כי אז "חוטא יצא נשכר".

השופט הנדל על פניו לא מסכים עם מלצר, ואומר שניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר", אך ביחס לראשי הנזק הנוספים, כך שלא יגרע מהפיצוי העושר שהועבר. בדר"כ התביעה היא לא רק להשבת כספים, אלא מכניסה גם ראשי נזק אחרים כמו עוגמת נפש, ואפשר להכיר באשם תורם למרכיבי נזק האלו. גם מלצר מכיר באשם תורם כשיש נזק, ולכן לא נראה שיש מחלוקת בין הנדל למלצר.

השורה התחתונה של הפס"ד היא שבאופן עקרוני במצבים של התנהגות מכוונת, ניתן להכיר באשם תורם. עם זאת, אם ההתנהגות גרמה לרווח, לא נאפשר להפחית מהפיצוי מהרווח שנגרם למזיק. אם ההתנהגות גרמה גם לרווח וגם להפסד, נכיר באשם תורם רק לגבי ההפסד. ברור שאם ההתנהגות גרמה רק לנזק, ניתן להכיר באשם תורם.

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

האשם התורם לא נובע מרשלנות הניזוק, אלא מפעולה מכוונת שלו. האם מצבים כאלו מהווים אשם תורם?

**הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד:** העזבון של גלעד תובע את בי"ח הדסה על התאבדותו של גלעד שהיה מאושפז במחלקה הפסיכיאטרית של ביה"ח. הטענה הייתה שביה"ח התרשל בכך שלא מנעו ממנו להתאבד.

טענת ביה"ח: יש להפחית את אחריותו של ביה"ח לאור אשמו התורם של המתאבד.

נקבע: הטענה לאשם תורם נדחתה. כשמדובר על מטופל במחלקה פסיכיאטרית, הוא נמצא שם כדי שישמרו על חייו. אם מקבלים טענה של אשם תורם, מרוקנים מתוכן את המטרה של התאשפזות במחלקה פסיכיאטרית. תפקידם היה למנוע מגלעד ליטול את חייו, וקבלת טענת אשם תורם גורמת לנו לפטור את ביה"ח ממילוי תפקידו.

**אשם תורם ואחריות חמורה**

השאלה העקרונית היא כיצד יש אשם תורם בעוולה מהסוג שבכלל לא דורש אשם? בעוולות פר סה, מבחינת הצורך כל מה שנדרש להוכיח זה נזק, ולא מעניין אותנו אם יש אשם או אין.

ההסדר בישראל הוא הפחתת פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם, ויש התעלמות מהקושי- מכירים באשמו של הניזוק כשלא נדרש אשם של המזיק. רק באחריות חמורה/ מוגברת יש אשם תורם, לעומת אחריות מוחלטת שרק אם המחוקק קבע שיש אשם תורם ניתן להכיר בזה.

**הגנת הקטנת הנזק**

חובה על הניזוק להקטין את נזקו לפני הגשת התביעה. הכוונה היא שאם אדם טוען שמגיע לו פיצוי על נזק, אך הוא היה יכול להקטין את ניזקו והחליט שלא, צריך לבדוק האם הוא ראוי לקבל פיצוי לנזק שהוא בחר לא להקטין. הכלל מופיע בס' 14 לחוק החוזים (תרופות), אך מוחל כעקרון כללי גם בנזיקין.

יש דמיון מסוים בין דוקטרינת האשם התורם לדוקטרינת הקטנת הנזק, אך ישנם גם הבדלים:

* הבדל כרונולוגי- אם ההתרשלות של הניזוק היא **לפני** קרות הנזק, מדובר באשם תורם. אם ההתרשלות של הניזוק לגבי הנזק היא **לאחר** הנזק, מדובר בהקטנת הנזק.
* מהות הדוקטרינה- באשם תורם, הרעיון הוא שהניזוק והמזיק מחלקים ביניהם את הנזק בגלל אשמם לפי תרומתם היחסי. לעומת זאת, בהקטנת הנזק המזיק פטור לחלוטין לשלם פיצוי לגבי כל הנזק שלא הוקטן ע"י הניזוק. אין כאן יחסיות אלא מספרים מוחלטים.
* שלבים- 1) התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה. 2) הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק (כטענה נוספת או חלופית לטענת הגנה אחרת כגון אשם תורם). 3) ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

דוגמאות לדרכים להקטנת נזק:

1. טיפול רפואי- נניח שאדם היה צריך לעבור ניתוח כדי להקטין את הנזק אך הוא בחר שלא.
2. מציאת עבודה חלופית- אדם שנפצע ולא יכול לעבוד בעבודתו הקודמת, לא יכול לטעון לקבלת פיצויים על אבדן כושר שכרות עתידית מבלי לקחת בחשבון שצריך להקטין את הנזק ולנסות למצוא עבודה חלופית.
3. גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי- נניח שקרה מעשה התרשלות ויש אפשרות להיפרע מחברת ביטוח. לא ייתכן שלא יעשו זאת ויבקשו מהמזיק לשלם את הפיצוי. רק אם הניסיון לגבות מהגורם הטבעי כשל, ניתן לפנות למזיק.

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת הקטנת הנזק**

הגישה המקובלת: הקטנת הנזק נקבעת ע"פ אמת מידה אובייקטיבית. על הניזוק לנקוט להקטנת נזקו, בכל אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין.

האם ניתן להתחשב במאפייניו הייחודיים של הניזוק במקרים מסוימים? ואם כן, מתי?

**גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח:** 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 לו מהמסמר ברגל. התובע התעקש לא לעבור ניתוח להוצאת המסמר מהירך למרות שמדובר בניתוח קל, בהרדמה מקומית עם סיכויי הצלחה גבוהים מאוד.

נקבע: ההחלטה של הניזוק לא להפחית את הנזק אינה סבירה. יש להפחית משיעור הנכות שנקבע לתובע, משום שלא עמד בחובתו להקטין את נזקו. במקביל, יש להגדיל את הפיצוי בכך שיכלול את כיסוי ההוצאות הרפואיות לעריכת הניתוח להוצאת המסמר. אי אפשר להוריד מהפיצוי בטענה שהוא לא הקטין את נזקו, אך מצד שני לא לתת לו את האמצעים להקטין את נזקו. צריך לתת לו לבצע את הניתוח להוצאת המסמר, מה שהיה עליו לעשות מלכתחילה כדי להקטין את הנזק.

רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק. הניזוק לא 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, אך אין לאפשר לו להתעלם מהאינטרסים של המזיק.

**הפחתת נזק ושיקולי דת/ היבטים תרבותיים**

כיצד הפסיקה מתייחסת לגבי הקטנת הנזק משיקולים שקשורים לתרבות, דת, השתייכות לקהילה וכו'?

**פלונית נ' עיריית כפר קאסם:** 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. העירייה טוענת שהיא הייתה צריכה להתאשפז בטיפול פסיכיאטרי ולהקטין את הנזק.

הטענה: יש להפחית מהפיצוי את שיעור הנזק שהיא יכלה להקטין. אם היא הייתה מתאשפזת הנזק היה מצטמצם.

טענת התובעת: במגזר שלה יש סטיגמה שלילית מאוד חזקה למי שמתאשפז בטיפול פסיכיאטרי, וזה יכול ליצור נזקים לה וגם למשפחה עצמה, ולכן לא היה סביר שתתאשפז מיד.

רובינשטיין: יש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים הדתיים של התובעים לעניין החשש מהסטיגמה בחברה הערבית, אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק. הוא מדגיש שהסירוב לטיפול היה סביר בתקופה שבה התובעת ניסתה באופן סביר להקטין את הנזק שלה באמצעים אחרים. לאחר שהיא ראתה שההימנעות מטיפול פסיכיאטרי רק גורעת ממצבה, זה מפסיק להיות סביר וחלה עליה חובת הקטנת הנזק.

ברק-ארז: מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין, מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות המאפיינים הדתיים של התובעים. ככלל, סביר להמתין עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. אשפוז פסיכיאטרי ללא קשר לשיקולים דתיים הוא **דבר ששולל חירות**, ולכן סביר שגם בלי שיוך קהילתי, האדם קודם כל ימצא לנכון להקטין את הנזק הנפשי שלו ע"י אמצעים אחרים.

**כליאת שווא, תקיפה וזכויות החולה**

**כליאת שווא**

כליאת שווא היא שלילת חירותו המוחלטת של האדם שלא כדין, למשך זמן ע"י אמצעים פיזיים או ע"י הופעה כבעל סמכות. כליאת שווא היא עוולה של אחריות מוגברת- לא צריך להוכיח האם ההתנהגות הייתה סבירה, ולא צריך להוכיח קש"ס לנזק.

ס' 26 לפקנ"ז קובע את יסודות העוולה:

* שלילת חירותו של אדם- לא מדובר רק על בית כלא, אלא יכול להיות כל כליאת שווא. לדוגמה, מורה שנועלת את הדלת ואינה מאפשרת לתלמיד לצאת ו"כולאת אותו". דוגמה נוספת היא אם אדם מופיע כבעל סמכות ואסר עלי מללכת למקום כלשהו. גם אם הוא לא נועל את הדלת, הוא שולל ממני את החירות, מכיוון שהוא הציג מצג שהוא לא נכון והסתמכתי על מצג זה.
* שלילה מוחלטת- אם יש במקום שתי יציאות, ורק אחת חסומה, אין כאן שלילה מוחלטת אלא רק הגבלה, ולכן זה לא מהווה כליאה. סגירת דלת גם לא מהווה שלילה מוחלטת, אלא רק נעילה. כאשר סוגר הדלת הוא אדם שמופיע כבעל סמכות גם סגירה בלבד תיחשב כנעילה.
* שלא כדין- נדרש דין מיוחד מחוץ לפקנ"ז שמעניק לכולא סמכות לכלוא בנסיבות.
* למשך זמן כלשהו- לא ברור מה פרק הזמן המינימלי, אך נראה שהכוונה לא לזמן קצר מאוד.

הסעיף אינו דורש כוונה, ועל פניו אם מישהו ננעל בטעות נראה כי הוא יוכל לטעון לכליאת שווא. עוולת הרשלנות מספיק רחבה כדי שנוכל לתבוע גם לפי העוולה הזו בכליאת שווא, אך נעדיף כליאת שווא מכיוון שלא צריך להוכיח נזק.

ס' 27 לפקנ"ז קובע הגנות לכליאת שווא- אם המעשה נעשה תוך ביצוע צו; אם הכולא ביצע את מעשה הכליאה כדי להגן על התובע עצמו; התובע לא היה שפוי בדעתו והכליאה נועדה להגן עליו או על אחרים ונעשתה בתו"ל; הנתבע היו הוריו או האפוטרופוס או המורה של התובע.

**תקיפה**

ס' 23 לפקנ"ז עוסק בעוולת התקיפה. היא שונה במשפט הישראלי מהמשפט המקובל, כי מצד אחד, היא כוללת פגיעה פיזית- שימוש בכוח, ומצד שני היא עוולה שמוגדרת באמצעות איום.

יסודות העוולה ("חציה הראשון- שימוש בכוח"):

* שימוש בכוח
* כנגד גופו של אחר (לא נזק רכוש)
* במתכוון
* שלא בהסכמה

התובע צריך להוכיח גם כוונה וגם אי-הסכמה. לעיתים, הוכחת אי-הסכמה קלה יחסית, אך יש מצבים שבהם מאוד קשה להוכיח אי הסכמה­- "מילה שלו כנגד מילה שלה".

**כרמי נ' סבג:** כרמי סובל מבעיות נפשיות, ודקר ילד בן 8 שהצליח לברוח, ותינוקת שנפטרה. בתביעה הפלילית זיכו אותו לאור העובדה שהוא חולה במחלת נפש. השאלה היא האם בנזיקין אפשר לייחס לאדם חולה נפש את יסוד הכוונה? אם לא, אנחנו לא נוכל לתבוע אדם חולה נפש שכן אי אפשר לייחס לו את יסוד הכוונה.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית לפי עוולת התקיפה על אדם שפועל בצורה מסוימת תחת מצב של מחלת נפש?

נקבע: ישנן שלוש גישות:

1. אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית. זה מתיישב עם המשפט הפלילי- לא ניתן לייחס אחריות וכוונה לאדם שהוא חולה נפש.
2. ניתן להחיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהוזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה). התפיסה היא תפיסה של היעדר שליטה, אולם אם ידעת, גם אם לא התכוונת לגרום לנזק, ניתן להטיל אחריות (רובינשטיין, הגישה שהתקבלה).
3. הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אן לאו. גם במקרה של מחלת נפש אנחנו צריכים להעדיף את האינטרסים של הנתקף (ארבל).

לפסק הדין יש משמעות לא פשוטה לגבי תשושי נפש. הקושי הוא שתהיה להם אחריות נזיקית גם אם אין להם כוונה לבצע את העבירה, וזה עלול להרתיע אותם מלצאת החוצה. הקושי משפיע בכמה היבטים שונים:

* היבט חלוקתי- הם אוכלוסייה חלשה גם מבחינת שילוב בחברה וגם מבחינה כלכלית.
* היבט הרתעתי- ייתכן שהדבר יחזק את הצורך לשמור על תשושי נפש בבית או במקום מוגן ולמזער את הנזקים שהם יכולים לעשות.
* היבט קהילתי- אם אנשים ידעו שכאשר הם מותקפים ע"י תשושי נפש הם לא יקבלו פיצוי, אולי לא יקבלו תשושי נפש בחברה.

כדי להתמודד עם הקושי, ביהמ"ש יצטרך לקחת בחשבון שיקולי מדיניות, ובכל מקרה קונקרטי לאזן בצורה הראויה בין המזיק לניזוק.

יסודות העוולה (חציה השני- "ניסיון או איום...להשתמש בכוח):

* ניסיון או איום...תוך שימוש במעשה או תנועה.
* התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום.

הסעיף קשה מאוד שכן האדם צריך להוכיח שהאדם השני חשב לתקוף אותו, וזהו עניין סובייקטיבי. המחוקק עוזר לתובע כדי להוכיח שהייתה כוונה ויכולת ע"י דרישת איום פיזי ומוחשי. עוולת התקיפה נוגעת בעיקר לנזקים נפשיים שנגרמו כתוצאה מהאיום.

יסודות ההגנה הקבועות בס' 24(1):

* עשה את המעשה בסבירות- האם בהתאם לנסיבות, פעולותיו של האדם היו סבירות? יש דגש על ההתנהגות.
* הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש- ההגנה תחול אם האדם תוקף כאשר ניסה למנוע פגיעה לא רק פיזית, אלא גם על רכוש וחירות.
* "דרישת הפרופורציה"- צריך להיות יחס סביר בין הנזק שניסו למנוע לבין הנזק שנוצר. יש דגש על התוצאה.

**אלון נ' חדד:** חייל התארח בבית הוריו, התקשר למשטרה למשמע פורץ, אך בינתיים עלה על גג הבית עם רובה שהיה ברשותו בעקבות שירותו הצבאי. הפורץ ניסה לברוח, והחייל רצה למנוע את בריחתו לכיוון השכנים וצעק לעברו לעצור. הפורץ הרים את ידיו באוויר עם חפץ כלשהו, והחייל חשב שיש בידו נשק ולכן ירה לעבר הפורץ ירי שלא על מנת להרוג ופצע אותו. הפורץ תובע על תקיפה.

השאלה המשפטית: האם נבחן את הסבירות מבחינה אובייקטיבית, או שמא ניתן להקל ולבדוק מבחינה סובייקטיבית?

נקבע: נכון שבדיעבד הוא לא התכוון לפגוע, אך החייל חש שיש איום לפגיעה מיידית ומוחשית בו, והוא נמצא במצב של הגנה עצמית. לאור הנסיבות שהוא נמצא בו פעולותיו נחשבות סבירות. תחושת סכנה שנבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית), אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן- הכנסת אלמנט סובייקטיבי.

הגנות נוספות לעוולת התקיפה: ס' 24(2) קובע דרישת סבירות במקרה ספציפי של הסגת גבול למקרקעין; ס' 24(4) עוסק בהגנה לשוטרים; ס' 24(5) מגן על מקרה של תקיפה מתוך רצון להגן על אדם שנמצא באי-שפיות; ס' 24(6) מגן על חיילים אם פעלו כדין; ס' 24(8) נועד להגן על רופאים מפני תביעות נזיקיות. במצב חירום ההנחה היא שאין זמן לקבל הסכמה של מטופל. אדם נמצא במצב מחוסר הכרה ולא יכול להסכים לטיפול שנדרש. במקרה כזה, אם נאפשר לאותו אדם לתבוע בעוולת התקיפה, אנחנו ניצור הרתעה אצל הרופאים מחשש שיתבעו אותו על כך שלא קיבל את הסכמת המטופל, והם עלולים לא לטפל בחולה וייתכן והוא ימות.

מה קורה אם אדם עם הכרה, אך הוא מסרב לטיפול?

**קורטאם נ' מדינת ישראל:** מדובר במקרה פלילי ולכן עוולת התקיפה נידונה בעקיפין. נאשם בלע שקית של סמים במרדף כדי להסתיר ראיות. מסקירה בביה"ח התברר שהשקית מסכנת את חייו, אך הנאשם סירב לניתוח.

הטענה: הנאשם טען שלא ניתן להשתמש בראייה (שקית סמים) שהושגה דרך תקיפה.

נקבע: אדם שמוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין לא חושב באופן בהיר. בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול. יש כאן שיקולי מדיניות וצורך באיזון שכן מצד אחד צריך לשמור על ערך החיים, ומצד שני צריך לשמור על האוטונומיה של המטופל. אדם שנמצא בהכרה ומסרב לטיפול מכיוון שהוא חושש מפגיעה באיכות חייו בעקבות הטיפול- אסור לרופא לטפל בו. אולם אם אדם לא נמצא בהכרה מלאה בכך שלא ניתן לייחס לו רצון חופשי, ניתן לבצע את הטיפול הרפואי מבלי להיחשב כתוקף.

כיום, ס' 15 לחוק זכויות החולה קובע את התנאים לטיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה. ס' 15(2) קובע שגם אם האדם מסרב לטיפול הרפואי, הרופא רשאי לתת את הטיפול, אך וועדת האתיקה צריכה לקחת בחשבון שלושה שיקולים במצטבר כדי שיוכלו לכפות את הטיפול:

1. נמסר למטופל את כל המידע הנדרש כדי לקבל הסכמה מדעת.
2. צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל.
3. קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסכמתו למפרע. וועדת האתיקה צריכה לשקול מבחינה עובדתית, וזוהי שאלה היפותטית.

ס' 15(3) קובע שבנסיבות של מצב חירום ניתן לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמת המטופל, גם אם הוא אינו יכול לתת את הסכמתו מדעת בעקבות מצבו הגופני או הנפשי. ההבדל בין ס' 15(3) לס' 15(2) הוא שבס' 15(2) המטופל צלול במובן הנפשי או הגופני, אך הוא עדיין מסרב לטיפול, לעומת ס' 15(3) שבו המטופל אינו צלול במובן הנפשי או הגופני.

**תקיפה בהקשרים רפואיים**

בעבר, אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה (ס' 23 לפקנ"ז מצריך אי-הסכמה). אי-קבלת הסכמה כללה גם אי-גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול/ חלופות/ סכנות. אי-גילוי מידע מלא נחשב גם כאי-הסכמה, שכן הרעיון היה שאם אין לאדם את כל המידע הוא לא יכול להסכים, ואם הוא לא יכול להסכים אז יש תקיפה.

כיום, קיימת הבחנה בין אי-קבלת ההסכמה לביצוע הטיפול לבין הפרת חובת הגילוי: אי-קבלת הסכמה לביצוע עשויה להיחשב כתקיפה. לעומת זאת, מצבים של אי-הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי (גילוי לא מלא של מידע רלוונטי), יידונו במסגרת של עוולת הרשלנות. בנוסף, הסכמה מדעת וחובת הגילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה, וניתן לתבוע בנזיקין מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה הקבועה בס' 13 הקובע שיינתן טיפול רפואי רק אם המטופל נתן הסכמה מדעת.

אי-הסכמה מדעת מתחלקת לשניים:

* תקיפה- ביצוע טיפול ללא הסכמה (במובן האבסולוטי).
* רשלנות- הפרת חובת הגילוי. הרופא לא התנהג בצורה סבירה שכן הוא היה צריך לגלות את המידע הרלוונטי.

מה המשמעות של מעבר מתקיפה לרשלנות במצבים של אי-הסכמה מדעת כתוצאה מאי-עמידה בחובת הגילוי?

* הדרישה לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין **הנזק הגופני** שנגרם. יש לבחון את הסיבתיות ע"י "מבחן האלמלא" בשני שלבים:
1. סיבתיות ההחלטה- מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין? האם הוא היה מסכים לטיפול במקרה כזה? אם התשובה היא כן- אין קש"ס, אם התשובה היא לא- ייתכן ויש קש"ס.
2. סיבתיות התוצאה- אם המטופל אכן היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה? אם התשובה היא כן- אין קש"ס, אם התשובה היא לא- יש קש"ס.
* בשביל פגיעה באוטונומיה, אין צורך להוכיח קש"ס, שכן היא נגרמת מעצם חובת הגילוי (פס"ד דעקה).

גבולות חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים:

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (פס"ד קדוש).
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (טיפול מבחירה כמו ניתוח פלסטי), 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.

כאשר מישהו התרשל אנחנו מדברים במונחים של סבירות. בהקשר של גילוי מידע מלא, יש ספקטרום שנע בין הרופא הסביר למטופל הסביר. כשמדובר על חובת הגילוי, ביהמ"ש מעביר את "המטוטלת" מהרופא הסביר (הנתבע), לכיוון המטופל הסביר- מה המטופל הסביר היה מצפה לדעת בנסיבות העניין. הסטנדרטים של הרופא הסביר פחות מתאימים למקרים שבהם אנחנו רוצים להגן על היכולת של המטופל להשתתף בתהליך מאוד חשוב בחייו. ריבלין ורובינשטיין בפס"ד קדוש אומרים שלא רק שנסתכל על המטופל הסביר, אלא על **סוג המטופל הסביר** (לדוג' מטופל שעברית לא שגורה בפיו ולכן לא מבין). השופט עמית חלק עליהם, וחושב שצריך להחזיר את "המטוטלת" לכיוון הרופא הסביר.

**חליפה נ' מדינת ישראל:** תינוקת נולדה עם פגם חמור בעמוד שדרה, ונקבעה לה נכות של 100%. הרופאים הציעו בדיקה של אולטרסאונד, אך הם לא הסבירו למה זה חשוב ולא ניסו לעודד אותה לעשות זאת. לכן הטענה הייתה שהתנהגות הרופאים הייתה רשלנית והובילה את ההורים לא לעשות הפלה.

השאלה המשפטית: האם מספיק שהרופאים יגלו את המידע, או שמא הם צריכים לעודד את המטופל ולנדנד אותו לבחור בטיפול מסוים?

נקבע: על רופאים מוטלת החובה לספק את המידע הרפואי, אך לא מוטלת עליהם חובה ללחוץ על המטופלים לקבל החלטה מסוימת.

שיקולי מדיניות שמובילים להחלטת ביהמ"ש:

* פטרנליזם- התייחסות למטופל כילד, וכאדם שאינו מסוגל לקבל החלטות בעצמו. ברגע שאנחנו מטילים על רופאים חובת גילוי מאוד רחבה- מעשה אקטיבי של שכנוע, אנחנו הופכים את המטופל לילד.
* עלויות- עד מתי אנחנו מצפים מהרופא לעשות מעל ומעבר? לוקח זמן ויש עלויות שכרוכות בזה.
* רפואה מתגוננת- עד כמה אנחנו רוצים שרופאים יחששו כאשר הם מציעים טיפול? ייתכן ותהיה פגיעה גם באיכות הטיפול באנשים אחרים.
* פגיעה באוטונומיה- אם המטרה של חובת הגילוי היא קבלת הסכמה מושכלת, אם נדחוף את המטופל לקבל את ההחלטה "הנכונה", ייתכן ואנחנו פוגעים לו באוטונומיה מהצד השני שכן יוצרים לחץ לא הולם.

**פס"ד סידי:** מדובר באם שהיו לה כמה ניסיונות כושלים של הריונות. נולד לה ילד, אך הילד נולד עם קשיי נשימה וללא יד. סידי הגישה תביעה בגין הולדה בעוולה, והתביעה הייתה על כך שהרופא לא סיפר לאם על בדיקות רפואיות נוספות- סריקה על-קולית, שהיא הייתה יכולה לעשות כדי לגלות את הפגמים בעובר.

טענת הרופא: סריקה על-קולית אינה נמצאת בסל הבדיקות שקופת החולים נותנת.

השאלה המשפטית: האם צריך לגלות גם אלטרנטיבות הקשורות לרפואה הפרטית?

נקבע: ריבלין קבע שגם במערכת הרפואה הציבורית, על רופא חלה החובה לגלות גם טיפולים במערכת הרפואה הפרטית. חיות ציינה בעיקר בהקשר של ילודה, שבמצבים הללו רופאים יכולים לצפות לכך שההורים רוצים לקבל את כל המידע הרלוונטי לגבי העובר עד כמה שאפשר.

שיקולים בעד החלטת ביהמ"ש:

* עלויות- הידע אודות האלטרנטיבות ידועות לרופא ולא דורשות ממנו דבר.
* אוטונומיה­- יש לתת למטופל את האפשרות להחליט בעצמו ולעשות את השיקולים הכלכליים. המטופל אינו ניזוק מגילוי אלטרנטיבות מהרפואה הפרטית.

שיקולים נגד החלטת ביהמ"ש:

* רפואה מתגוננת- לא תמיד הרופאים יודעים את כל האלטרנטיבות, ולא הגיוני לחייב אותם לגלות את הכל.
* ניגוד אינטרסים- ישנו "מדרון חלקלק", שכן ישנם רופאים שעובדים גם ברפואה הציבורית וגם בפרטית. ייתכן ויהיה להם תמריץ לספר על השירותים הפרטיים שלהם מכיוון שיש להם אינטרס כלכלי.
* עלויות- הענקת מידע בלי גבול לוקחת זמן מהרופא, ולכן דרישה זו כרוכה גם בעלות כספית.

**פלונית נ' שירותי בריאות כללית:** הורים מוסלמים עברו בדיקת מי שפיר וגילו שלעובר יש תסמונת דאון. הם חושבים לעשות הפלה, אך הם לא יכולים מכיוון שלפי הדת המוסלמית מותר לעשות רק עד שבוע 20. בדיקת המי שפיר לא התאימה לדתם, שכן יש בדיקות אלטרנטיביות שאפשר לעשות לפני שבוע 20.

הטענה: על הרופא המטפל שידע שהיא מוסלמית להמליץ על בדיקה שהיא הייתה יכולה לעבור בשלב יותר מוקדם.

השאלה המשפטית: האם חובת הגילוי שחלה על הרופאים, כוללת גם את החובה לתפור את הטיפול הרפואי להשתייכות הדתית שלו?

נקבע: חובת הגילוי לא כוללת מסירה של מידע דתי. מידע שקשור לאמונה דתית תלוי במטופל ולא ברופא, והחובה היא על המטופל לבדוק אלטרנטיבות המתאימות לדתו. עם זאת, יש מצבים שבהם רופא מטפל יהיה מחויב לגלות מידע כזה, אך זה רק כאשר **המטופל מיוזמתו ביקש להתאים את המידע לדת**.

האם אנחנו מצפים מרופאים "לתפור חליפה" לכל מטופל בהתאם לדתו? האם רופא צריך להתחשב במידע שבסיסו אינו רפואי (דתו של המטופל)? נטל כזה מרגיש לנו מוגזם מידי ולכן יש צורך באיזון כפי שהשופטת וילנר עשתה. בנוסף, אולי יש כאן פגיעה בפרטיות והמטופל ירגיש לא בנוח כאשר ישאלו אותו שאלות על דתו.

**פלונית נ' מדינת ישראל:** השופט עמית מביע את עמדתו (שהייתה מיעוט בעניין קדוש), וקובע שאם המטופל הצליח לקבל פיצוי על הנזק הפיזי ועל כאב וסבל שנגרם כתוצאה מהפרת הגילוי, אין שום סיבה להכיר בנוסף בראש נזק של פגיעה באוטונומיה ולקבל על כך פיצוי. פיצוי על הפגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל. השופט עמית מצמצם את הפיצוי על פגיעה באוטונומיה.

מתי השופט עמית מסכים שיש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה?

1. מצבים שבהם המטופל לא הצליח להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק שנגרם. כמו שהיה בעניין דעקה- היה נזק גופני אך לא התקיים קש"ס.
2. מצבים של הולדה בעוולה (פס"ד המר).
3. מצבים הדומים לתקיפה. מצבים הדומים לנסיבות פס"ד מרפאת עין טל. אותו עניין נגע בטיפול עיניים והמטופלת ביקשה אחרי הטיפול בעין הראשונה לעצור את הטיפול והרופא לא הקשיב. מקרה כזה יותר מיוחס לתקיפה מאשר הפרת חובת גילוי.

לא בטוח שהתקבלה המילה האחרונה- העמדה שהובעה ע"י עמית בפס"ד פלונית אמנם התקבלה ע"י השופטות וילנר וברון באותו עניין ,אך נראה שישנם שופטים שלא מסכימים ומסתייגים מגישתו של עמית. (במבחן יש להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד, אך להכיר את גישתו המצמצמת של עמית בעניין פלונית.)

**הפרת חובה חקוקה**

ס' 63 לפקנ"ז קובע שכאשר אדם מפר חובה שאינה מנויה בפקנ"ז, עוולת הפרת חובה חקוקה יכולה לעמוד לו. ישנם חמישה יסודות מצטברים של עוולת הפרת חובה חקוקה:

1. קיומה של חובה, אשר הופרה.
2. החיקוק שהופר ע"פ פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים "מהסוג" עמם נמנה התובע).
3. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק (אותו החיקוק רצה למנוע).
4. ההפרה גרמה לנזק- קש"ס עובדתי ומשפטי.
5. "יסוד נגטיבי": החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי.

הפח"ח היא עוולת מסגרת (עוולת סל)- הגדרתה העובדתית מאוד רחבה בניגוד לעוולה פרטיקולרית.

**יסוד ראשון- קיומה של חובה**

**פס"ד גרובנר:** תביעה של הפח"ח הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק.

ביהמ"ש: עומד על ההבחנה בין **סמכות** לקיים גנים ולפקח עליהם לבין **חובה**. כוונת החיקוק הייתה לאפשר לעירייה להפעיל את סמכותה ולהפעיל שיקול דעת, ולא קיימת חובה. היות שאין חובה ממילא החובה לא הופרה.

**אמין נ' אמין:** הזנחה הורית, הובילה לתביעה של הילדים את אביהם על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה.

השאלה המשפטית: האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? האב טוען שאין חובה חוקית לאהוב את ילדיו. ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (חכמו"א) קובע שהורים חייבים לדאוג לצרכי הקטין, אך החובה היא אולי מוסרית ולא משפטית, ולכן לא הפח"ח.

אנגלרד: מתמקד במושג "חינוך" ומפרש אותו באופן רחב, וכולל בתוכו השפעות אישיותיות וחברתיות. עד כמה החיקוק דורש מההורים לחינוך ילדיהם? ס' 17 לחכמו"א קובע שהסטנדרט שהורה מחויב לעמוד בו הוא כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות. בענייננו, האב הפר את חובתו שכן הוא לא פעל כפי שהורה מסור היה מתנהג. עם זאת, קיימת הגנה בס' 22 לחכמו"א שהורים לא יישאו בנזק שנגרם אם הוא נעשה בתו"ל או שהתכוונו לטובת הקטין.

**יסוד שני- החיקוק נועד לטובתו של הניזוק**

יש להבחין בין חיקוק שנועד לטובת הפרט לבין חיקוק שנועד לטובת הכלל (אינטרס הציבור). רק כשהחיקוק נועד להגן על אינטרס של הפרט ניתן לטעון להפח"ח.

בפס"ד ועקנין הובחן 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.

דוגמאות להגנה על אינטרס הציבור: האיסור הפלילי על בגידה במדינה- המטרה להגן על אינטרס המדינה; החובה להצביע בבחירות- המטרה להגן על קיומן של שיטת משטר דמוקרטית.

**יסוד שלישי- הנזק שנגרם הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק למנוע**

**בלומנטל בי"ח בע"מ נ' תיכון:** נטען כי שונה ייעוד של מבנה מפנסיון לבי"ח לחולי נפש, על אף הוראה בתכנית המתאר שאוסרת על הקמת בי"ח לחולי נפש באזור. נטען שהבעלים של המבנה לא קיבלו את ההיתר הנדרש, ולכן נגרם לשכנים נזק כלכלי- ירידה במחירי הדירות, ונזק נפשי- אי נעימות כתוצאה מהמגורים לצד תשושי נפש.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על הפח"ח?

גולדברג: לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבי"ח לחולי נפש אלא בבית הבראה. גם אם ניתן היה לטעון שהופרה החובה, ושמדובר בבי"ח לחולי נפש, הנזק שהשכנים טוענים לגביו (אי-הנעימות עליה הם מלינים) אינו תואם לסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק- מטרד והפרעה לחיי התושבים. תחושת אי-נוחות אינה מספיקה כדי להוכיח מטרד. לגבי הטענה של ירידת ערך הדירות, תכלית ההוראה לא כוללת מטרה להגן על ערכי הדירות.

\*השופט בך הצטרף לפס"ד של גולדברג מטעמים ראייתיים ואמר שלא מדובר בבי"ח לתשושי נפשי ולכן לא הופרה החובה. עם זאת, בך טוען שגולדברג הלך רחוק מידי. לדעתו לא הגיוני שהתושבים יצליחו בתביעה לפי ס' 63, אם אכן הייתה מופרת החובה רק אם יוכיחו שנגרם מטרד. די בפוטנציאל להפרעות אלו כדי להוכיח את היסוד השלישי.

**יסוד רביעי- קש"ס עובדתי ומשפטי**

יש להוכיח את המבחן בראי מאזן ההסתברות (51% או יותר).

**קש"ס 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 קש"ס בין התנהגות הנתבע לבין נזקו של התובע והתנאי בדבר קש"ס לא הוכח.

**קש"ס משפטי**- לאחר שנקבע קש"ס עובדתי, יש לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו.

פס"ד ועקנין קובע שלושה מבחנים לבדיקת קש"ס משפטי:

1. מבחן השכל הישר- מכונה גם "נטייה הסיבתית". המבחן נקבע כפונקציה של הניסיון היומיומי. המבחן שואל מה הגיוני הסתברותית שיקרה, והאם הנזק שקרה מתכתב עם ניסיון החיים. המבחן לעולם לא יחול לבד.
2. מבחן הצפיות- התובע צריך להוכיח שהנתבע היה צריך לצפות את אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק.
3. מבחן הסיכון- המבחן הדומיננטי מכיוון שהוא מופיע במפורש בס' 63. צריך להראות מה הסיכון שהמחוקק ביקש למנוע, וכשיש מתחם סיכון צריך לבדוק האם הנזק נכנס למתחם זה (מתכתב עם היסוד השלישי).

מבחן הקש"ס המשפטי הוא מבחן נורמטיבי- השאלה היא האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק. מטרת מבחן הקש"ס המשפטי היא לצמצם את היקף המקרים בהם תוטל אחריות במקרים של תוצאה אבסורדית.

**Berry v. The Borough of Sugar Notch:** אדם נסע במהירות מופרזת, ובנקודה מסוימת נפל על הרכב עץ.

השאלה המשפטית: האם יש קש"ס עובדתי בין הנהיגה במהירות מופרזת לבין הנזק שנגרם? האם יש קש"ס משפטי?

נקבע: יש קש"ס עובדתי מכיוון שאילו היה נוסע במהירות אחרת, העץ לא היה נופל עליו כי הוא היה נמצא בנקודה אחרת. לפי מבחני קש"ס משפטי לא נוכל לקבל את התוצאה שיש קש"ס:

מבחן השכל הישר- במקרה לגמרי הנהג נסע במהירות ובדיוק נפל העץ. זו תוצאה אבסורדית מבחינת הניסיון היומיומי.

מבחן הצפיות- נהג לא יכול וצריך לצפות לנזק כזה כאשר הוא נהג במהירות מופרזת.

מבחן הסיכון- המחוקק לא התכוון לסוג הנזק שקרה- נפילת העץ, כאשר קבע שאסור לנהוג במהירות מופרזת.

**יסוד חמישי- החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי**

לא ניתן לתבוע סעד נזיקי מכוח עוולת הפח"ח אם החיקוק מונע סעד נזיקי.

**סולטאן נ' סולטאן:** איש גירש את אשתו שלא בהסכמתה, בניגוד לס' 181 לחוק העונשין שמחייב אישור של בימ"ש מוסמך. האישה טענה לנזקים נפשיים, כאב וסבל, ונזק כלכלי המתבטא בביטול תשלום המזונות.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית על הפרת חיקוק עונשי?

נקבע: ענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול את התרופה האזרחית. זו שאלה של פרשנות ובתלות בסעיף העונשי המדובר. נטען בנוסף ע"י הנתבע שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק שעליו ס' 181 נועד להגן. ביהמ"ש קבע שמטרת החיקוק כפולה- הסעיף נועד להגן על אינטרס חברתי לקדם את מעמד ציבור הנשים ולמנוע את אפלייתן, וגם להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אישה העשויה להיפגע מהאפליה שאותה ביקש המחוקק לתקן (אין סתירה בין המטרות).

פס"ד דבוש יוצר תחושה של ערפול בשאלה האם ניתן להטיל אחריות נזיקית מכוח חוק פלילי. השופט מזוז טען שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להיות מקור נורמטיבי להפח"ח. השופטת ברק-ארז חולקת עליו, והשופט דנציגר לא נקט עמדה מפורשת ולכן הדברים לא ברורים. בפועל, מנתחים לפי פס"ד סולטאן- ניתן להטיל אחריות מכוח חוק פלילי.

**סיבתיות**

מעבר לדרישה שיש להראות שמישהו אשם ושיש נזק, יש להוכיח קש"ס. נושא הסיבתיות רחב מאוד ומתחלק לסיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית. מבחן הסיבתיות העובדתית (factual cause), נועד למצוא את הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה- נחשב למבחן העובדתי הטהור. מבחן הסיבתיות המשפטית (proximate cause) נועד להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע בשל הנזק שגרם לו.

צריך ליצור את הקשר בין הנזק לניזוק כדי שהניזוק יוכל לקבל את הפיצוי.

**סיבתיות עובדתית**

מבחן האלמלא- האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?

דוגמה: האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא (אילו הרופא היה פועל באופן סביר)?

כן- אין קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

לא- יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

* הוכחת הקש"ס צריכה לעמוד במאזן ההסתברות- מעל 50%. המשמעות היא החלטה בינארית "או הכל או כלום"- אם הצליחו לעמוד בנטל, הניזוק יקבל פיצוי מלא, ואם לא, הניזוק לא יקבל פיצוי כלל.
* "מה היה קורה אילו"- מדובר בהיפותזה. ברוב המקרים לא יודעים באופן מושלם באמת מה היה קורה אילו.

שלושה היבטים של סיבתיות עובדתית:

1. דטרמינציה ביתר
2. אובדן סיכויי החלמה
3. עמימות סיבתית

**דטרמינציה ביתר**

דוגמה: שני ציידים הולכים לצוד, אחד פוגע בראש של האדם והשני בליבו ולכן הוא מת. שתי היריות יכלו כל אחת בנפרד להרוג את האדם. הצייד הראשון טוען "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה ע"י היורה האחר". השני טוען "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה ע"י היורה האחר".

במקרה הזה, מבחן האלמלא מוביל לתוצאה שכל אחד טוען שאין לו קש"ס לנזק, שכן לא מתקיים מבחן האלמלא. במצב הזה לא נוכל להוכיח את הנזק, למרות שברור שהנזק קרה!

פתרון- מבחן הדיות: מבחן הדיות מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה ("די בה") לגרום את הנזק. אם ההתנהגות של כל אחד מספיקה כדי לגרום לנזק, ניתן להגיד שיש סיבתיות. ניתן לומר לגבי כל אחד מהציידים באופן נפרד שהתנהגותם גרמה לנזק, ולכן כל אחד נחשב כאחראי לנזק.

בישראל מבחן הדיות נזכר בפסיקה של השופטת נתניהו בפס"ד עמיר, אך לא נקלט באופן רשמי. במשפט הישראלי הפתרון לבעיה היא בעזרת דוקטרינת "מעוולים יחד".

**אובדן סיכויי החלמה**

**פס"ד פאתח:** ניתוח באוזן שלא צלח והביא לפגיעה בעצב הפנים. לקח זמן עד שגילו מה הנזק, ולכן הנזק הוחמר והפך לבלתי הפיך. נטען שאילו היו מגלים את הנזק שנגרם במועד סביר, הנזק לא היה מחריף. לפני הניתוח היה לתובע 30% סיכויי החלמה, ואילו עד שגילו את הנזק אין סיכויי החלמה בכלל.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה הקטנים מ-50%? לפי כלל מאזן ההסתברות, יש להוכיח את הקש"ס בסיכוי הגבוה מ-50%. עם זאת, הסיכוי שהרופא גרם לנזק הוא רק 30%, ולא ניתן לעמוד בנטל ההוכחה.

נקבע: לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק (נקבעה הבחנה בין הנזק שנגרם לעצב, לבין הנזק שהוא אובדן סיכויי החלמה). מסתכלים על ה-30% כראש נזק בפני עצמו- הנזק הוא לא הנזק שנגרם לאוזן, אלא הנזק הוא אובדן סיכויי ההחלמה ועל זה ניתן לתבוע. תובעים על 100% נזק של אובדן סיכויי החלמה.

ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי גם כאשר האובדן נמוך מ-50%, ואת אובדן הסיכויים יש להוכיח ע"פ מאזן ההסתברות. התביעה היא על נטילת האפשרות מהתובע להחלים מהנזק שנגרם לו.

**פרוטס נ' צ'ירגייב:** אישה הגיעה לבדיקה עם סרטן שלא ידעה עליו. הרופאה התרשלה בגילוי הממצאים- אי גילוי סרטן השד, שהגביר את הסיכוי של החולה למות. לפני ההתרשלות סיכוייה של החולה למות היו 70%. בעקבות ההתרשלות סיכוייה של החולה למות היו 95%.

טענת הרופאה: החולה עדיין הייתה נפטרת, כי הסיכוי שהיא תמות לפני ההתרשלות היה 70%, ונטל ההוכחה הוא 50%.

השאלה המשפטית: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה?

ריבלין: הנזק אינו הסיכוי למוות, אלא אובדן סיכויי ההחלמה. ריבלין מציג נוסחה לחישוב אובדן סיכויי ההחלמה:

D= $\frac{b-a}{b}$

הפרמטרים בנוסחה: הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות=b; סיכוי לנזק ללא התרשלות=a; נזק=D

ההיגיון הוא חישוב הנזק שנגרם בשל התרשלות הרופאה מתוך סך הנזק שהיה עלול להיגרם, והפיצוי יהיה בהתאם.

התוצאה: אובדן סיכויי ההחלמה הם 26%, ועליו יש לפצות.

**עמימות סיבתית**

עמימות סיבתית "בולעת" לתוכה את דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה. עמימות סיבתית עוסקת במצבים שבהם לא ברור האם קיים קש"ס בין העוולה לנזק, והיא נובעת ממוגבלות המידע האנושי. העמימות הסיבתית בוחנת האם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קש"ס במידה הנמוכה מ-50%, ואם כן, באילו תנאים? לפעמים יש גורמים המקשים על הוכחת קש"ס מעל 50%, ולא מצליחים לעמוד בנטל.

מה קורה במקרה של ניזוק ומזיק יחיד, המזיק התרשל, יש נזק, אך לא מסוגלים לעמדו בדרישת נטל ההוכחה של 51%?

**פס"ד מלול:** המשיבה נולדה עם שיתוק מוחין ופיגור שכלי ב-100%. ישנם שני גורמים אפשריים שגרמו לנזק של הפיגור:

1. עצם הפגות והמחלות הנלוות.

2. התרשלות הרופאים- עיכוב ניתוח קיסרי. בעקבות היפרדות השליה היה דימום מעבר לזמן הסביר ולכן הניתוח נדרש.

מהעובדות עולה שהגורם הראשון הוא המשמעותי, ועל כן לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קש"ס במידה העולה על 50%.

השאלה המשפטית: נראה כי הפגות היא זו שגרמה להתפתחות הפיגור, ולא התרשלות הרופאים שרק הוסיפה. האם בכל זאת ניתן להטיל על ביה"ח אחריות לפצות את הניזוקה בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?

ריבלין: במקרים של מזיק וניזוק יחיד- אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג: מצב של אובדן סיכויי החלמה.

במקרים של קבוצת ניזוקים ומזיק יחיד- ניתן לפצות בפיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים המצטברים:

1. מזיק
2. קבוצת ניזוקים
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים.
4. הטיה עקבית בהחלת עודף ההסתברויות.

בנוסף, הטיה שיטתית מצדיקה פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוה מ-50% וקטנה מ-100% (מקלה עם המזיק).

נאור: גישתו של ריבלין מצומצמת מידי- נכונה למצבים של ריבוי ניזוקים, אולם אין זה מקרה הליבה שבו מדובר בפס"ד (עמימות לגבי הוכחת קיומו של קש"ס). לשיטתה, יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצאי דופן שבהם העמימות הסיבתית היא מובנית- נובעת ממגבלות המדע- ואי מתן פיצוי יחסי, תסכל את מטרות הצדק המתקן ותאפשר הרתעה בחסר על יוצרי סיכון. על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי. בנוסף, אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוה מ-50% וקטנה מ-100%. לא ניתן להקל עם המזיקים, בין היתר בגלל שהם הצד שהתרשל.

ריבלין אומר שלא ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברות שכן יש מדרון חלקלק. הכלל יוצר מצב שבו הטעויות המשפטיות קורות באופן שוויוני מבחינה הסתברותית. ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי רק במצב של הטיה נשנית.

דוגמה: מפעל מזהם שסביבו יש תושבים. ניתן להוכיח התרשלות, ניזוקים וניתן לשער באופן עקרוני שיש סיכוי של 20% שהתושבים חולים בסרטן כתוצאה מהזיהום. אם לא נכיר במאזן ההסתברות יהיה מקרה חמור של הרתעה בחסר- המזיק יתרשל באופן עקבי, שכן הוא יודע שהניזוקים לא יכולים לתבוע אותו כי קשה להוכיח את הנזק במעל 50%. המתרשל לא ינסה לצמצם את הנזק. לכן, רק במקרים שמתקיימים התנאים, ניתן להטיל אחריות באופן יחסי.

* נכון להיום, לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים.
* ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית (ארבעת התנאים של ריבלין).
* "כלל אי סימטריה"- בכל מקרה, אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר לטובת הניזוק (במקרה והוכחת הקש"ס נמוכה מ-50%). לא יינתן פיצוי אם הוכח קש"ס במידה הגבוה מ-50% וקטנה מ-100% (פס"ד הלל יפה).
* כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קש"ס בשל **אשמו של המזיק**, יש פתרון 🡨 דוקטרינת הנזק הראייתי. צריך להפריד בין מצב של עמימות סיבתית מובנית למצב שבו הנתבע הסתיר ראיות.

**סיבתיות משפטית**

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** (להבדיל מסיבתיות במובנה המדעי).

נניח שניתן להוכיח קש"ס עובדתי, האם בהכרח רוצים להטיל אחריות? ביהמ"ש ישקול מטרות כמו צדק מתקן, הטבה, הרתעה ועוד. ישנם שלושה מבחנים לסיבתיות המשפטית:

1. מבחן השכל הישר, common sense (הנטייה הסיבתית)
2. מבחן הסיכון
3. מבחן הצפיות

מבחן הצפיות הנורמטיבית שואל האם סוג הנזק היה צפוי? ייתכן ומדובר בכפילות, שכן גם בחובת הזהירות בודקים האם הנתבע היה צריך לצפות את הנזק. במשפט האנגלו-אמריקאי מקובל לבחון בחובת הזהירות האם המזיק היה צריך לצפות את **הניזוק** **המסוים**- יש התמקדות בזהות הניזוק. בסיבתיות משפטית, ניישם את מבחן הצפיות בשאלה האם המזיק היה צריך לצפות את **הנזק המסוים**.

ס' 64 קובע שאדם לא יהיה אשם לנזק אם לא ניתן לצפותו או שאשמו של אדם אחר הייתה הסיבה המכרעת לנזק.

מתי נזק אינו צפוי?

**שמעון נ' ברדה:** נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל, ובעל המקום היה מודע לכך שניתן לפרוץ למקום בקלות. הם שיחקו בנשק שהיה שם, ואחד מהם נפצע קשה בראשו.

השאלה המשפטית: האם נותק הקש"ס בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער משום שהתנהגות הנערים הייתה כה בלתי צפויה שהיא בגדר גורם מתערב שמנתק את הקש"ס?

נקבע: אין צורך לצפות כל פרט ב"התערבות" הגורם (משחק הנערים הבלתי אחראי), אלא נדרשת צפיות ב"קווים כללים" בלבד- די בכך שניתן לצפות שאם הנערים נכנסים למבנה וגונבים נשקים, הם עשויים לשחק בו במשחק אסור.

מספיק שהמזיק יכול לצפות בקווים כלליים בלבד את הנזק, כדי לקבוע שהוא היה יכול לצפות. לא צריך לחזות את הפרטים המדויקים והדרך המסוימת בה תגרם הנזק.

מהו היקף הנזק שיש לצפות? עד איפה צריך לצפותו?

ס' 76 לפקנ"ז קובע שיינתנו פיצויים רק אם הנזק בא באורח טבעי במהלך הדברים ובא במישרין מעוולת הנתבע.

**רינגר נ' ליאון:** פגיעה של נהגים בעובר אורח. הפגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני.

השאלה המשפטית: האם אדם שהתרשל אחראי לגבי נזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה?

ברנזון (רוב): על המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו, גם אם התוצאה הוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק וזאת אם סוג הנזק שנגרם היה צפוי מראש. גם אם הוא לא היה **יכול** לצפות, הוא היה **צריך**- די בכך שסוג הנזק היה צפוי (נזק גופני כתוצאה מהתנהגות רשלנית על הכביש). גם אם נזק הגוף שנגרם הוא נזק חריג, בגלל שצפיית הנזק הגופני הייתה ידועה, יש לתת הגנה לניזוק.

זילברג (מיעוט): מבקר את הרעיון שיש להטיל חובות גם במצבים שצפיותם חריגה כל כך. לא תמיד אפשר להתחשב ברגישות הניזוק אחרת נחייב מזיקים בכל מצב. הנזק במקרה הזה מאוד חריג.

רק סוג הנזק צריך להיות צפוי, ולא הליך הגרימה והיקף הנזק.

ניתן ליישב את פס"ד רינגר עם פס"ד רביד נ' קליפורד- מדובר על רופא שיניים שהזריק חומר הרדמה, כשהוא השתמש במזרק בלתי שואב במקום במזרק שואב. חומר ההרדמה גרם לנזק מאוד חמור והביא את הניזוקה למצב של תרדמת. הנזק היה מאוד יוצא דופן בהיקפו. בהנחה שהוא התרשל, האם צריך להטיל אחריות? דעת הרוב חיזקה את הלכת רינגר בטענה שסוג הנזק היה צפוי ולכן יש להטיל אחריות גם אם היקף הנזק לא צפוי.

**בן-ציון נ' מגורי בת-ים:** נפצע בשל רשלנות העיריה (מפגע על המדרכה). כעבור 6 שנים נפצע שוב משום שהכאב שנותר מפציעתו הראשונה גרמה לו לאבד שיווי משקל, ונגרמה לו פציעה שנייה (נזק נוסף).

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות גם על הנזק הנוסף שנגרם כתוצאה מהנזק הראשון?

נקבע: יש לבחון אם הנזק השני קרה תוך כדי תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה, מכיוון שאם תקופת ההחלמה חלפה מצופה מהניזוק להיות יותר זהיר. בנוסף יש להתחשב במבחן הזמן.

אפשר לקבל פיצוי מהנזק הנוסף, בתנאי שהוא התרחש בתוך תקופת ההחלמה ומרחק הזמן לא מוגזם.

ישנם מקרים שבהם הוחלט על בסיס ס' 64 שיש ניתוק קש"ס, ומבחן הצפיות לא מתקיים.

**כיתן נ' וויס:** שומר שעבד אצל הנתבעת רצח את העורך דין שלו תוך שימוש בנשק שקיבל מהנתבעת. השומר היה במצב נפשי לא טוב והיה מכור לאלכוהול.

השאלה המשפטית: הייתה התרשלות בכך שהנתבעת נתנה לעובד לצאת עם הנשק, אך האם ניתן להטיל אחריות על הנתבעת?

נקבע: התנהגותו של המעוול הייתה בלי צפויה במידה שמנתקת את הקש"ס בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובע. במקרה כזה אשמו של אדם אחר הייתה הסיבה המכרעת לנזק והנתבעת לא הייתה יכולה לצפות את הנזק.

ניתן להשוות בין פס"ד כיתן לפס"ד ברדה לגבי ניתוק הקש"ס:

* יש להחיל את מבחן הצפיות לפי הנסיבות.
* אם יש כוונה להזיק, סביר להניח שינותק הקש"ס מכיוון שהוא יותר קשה לצפייה, כמו שהיה בפס"ד כיתן. יש להבחין בין כוונה לגרום נזק (כיתן) לבין כוונה שקשורה למעשה לא אחראי אך לא לגרימת נזק (ברדה).
* לעיתים, "ההיגיון של מבחן האלמלא" יסייע גם עם מבחן הצפיות- כשאדם מתכנן לעשות מעשה מכוון, הגיוני שגם אם היו מצליחים להוציא את הנשק מכיתן, ככל הנראה הוא היה מנסה לעשות את המעשה עם מכשיר אחר. אלמלא היה מצליח לקחת את הנשק, השומר עדיין היה מבצע את הרצח. בעניין ברדה, יותר קשה לומר שאלמלא הנערים היו גונבים את הנשק בכל מקרה היה נגרם אותו הנזק.

**דוקטרינת מעוולים יחד**

ישנם מצבים בהם לא יודעים מי גרם לאיזה חלק מהנזק, ויש שניים או יותר מעוולים שגורמים לנזק אחד.

ס' 11 לפקנ"ז קובע שאם יש שני בני אדם או יותר שעושים מעשה עוולתי, הם יהיו חייבים על אותו מעשה ואפשר לתבוע את שניהם.

הניזוק יכול להחליט את מי הוא תובע- יכול להיות שהוא יתבע מעוול אחד מכיוון שלשני אין כסף לשלם על הפיצוי, והמעוול ששילם יצטרך לרדוף אחרי המעוול השני כדי לבקש ממנו שיפוי. לניזוק יש זכות לקבל את הפיצוי ביחד ולחוד מכל אחד מהמעוולים. הניזוק הוא לא האחד שצריך לחלק בין המעוולים יחד את הפיצוי ולכן זה הסדר שמקל עליו.

בדוקטרינת מעוולים יחד אנחנו עוסקים בסיטואציה של:

1. מספר גורמים
2. עוולתיים
3. לנזק אחד

ניתן לדבר על שני סגנונות של נזקים:

1. נזק שניתן לחלוקה- שני המעוולים גרמו לנזק, וניתן לקבוע כיצד לייחס את הנזק שכל צד גרם לו. זהו "המקרה הקל" שבו כל מעוול יחויב על החלק שגרם לו. במקרה כזה הניזוק יודע בדיוק איזה מעוול לתבוע לכל נזק, ולכן הוא יצטרך לתבוע באופן ספציפי כל מזיק, שכן ניתן להפריד את הנזק ואין סיבה להחיל את ההסדר המקל.
2. נזק שבלתי ניתן לחלוקה- המקרים היותר בעייתיים. נזקים שרלוונטיים להסדר הקבוע בס' 83-84 לפקנ"ז, והם מסייעים לניזוק.

**מלך נ' קורנהיזר:** אדם הולך לתומו ותוקפים אותו שלושה כלבים. נגרם לו נזק גופני ונפשי. שניים מהכלבים שייכים לזוג קורנהיזר והשלישי כלב רחוב.

השאלה המשפטית: כיצד יש להטיל על הזוג אחריות מלאה? יש סוג של עמימות סיבתית- ייתכן שהכלבים של הזוג גרמו לכל הנזק, וייתכן שגרמו לחלק ממנו- לא ניתן לדעת.

דיון ראשון בעליון: אפשר לייחס אחריות על סמך רעיון של מעוולים יחד, וחייבו את הזוג בפיצוי של 2/3 בלבד.

דיון נוסף: 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.

ההלכה היא, שכשיש נזק גוף ולא ניתן באופן מלאכותי לחלק את הנזק, מתייחסים לזה כנזק שלא ניתן לחלוקה ונחייב את המזיק על 100% מהנזק.

**גינוסר נ' דחאברה:** נגרם נזק ליבול של התובע ע"י עדרים שפלשו לשדות למשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים.

השאלה המשפטית: לא ברור לאיזה נזק כל עדר גרם.

נקבע: הנתבע אחראי לפי היחס בין הסיכון שהוא יצר כלפי התובע לבין הסיכון שהעדרים האחרים יצרו כלפי התובע. אם אין מידע נוסף, יש לחוב יחד ולחוד באופן שווה בין כולם, והנתבע אחראי לשלם פיצוי על שליש מהנזק, שכן העדר שלו היה בשדה רק ביום אחד מבין שלושה.

ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר הוא שבגינוסר יש נתונים שמאפשרים לצייר את הנזק בצורה מדויקת יותר בין העדרים השונים- יש אמת מידה שמאפשרת לחלק את הנזק. בקורנהיזר לא ניתן לטעון כך, שכן כששלושה כלבים תוקפים אדם, קשה להבחין מה החלק של כל כלב בנפרד. בנוסף, נוצר נזק מיוחד- ריבוי הכלבים יוצר נזק מוגבר כשהנזק שלם יותר מאשר חלוקת הנזק. כמו כן, ניתן לטעון שבמקרה של נזק רכוש ביהמ"ש מרגיש יותר בנוח להשתמש ב"נזק שניתן לחלק" מאשר להשתמש בו בנזק גוף.