**מבוא חלק 1**

1. מושגי יסוד בסיסיים-

* "דיני נזיקין": דינים שמתמקדים בנזק- "Tort Law" – התמקדות בהתנהגות העוולתית.
* "עוולה" : ס' 3 לפקנ"ז – כל אחד שנעשתה כלפיו עוולה זכאי לתרופה. \ ס' 7 לפקנ"ז- גם במעשה וגם במחדל תוטל אחריות.
* "תרופות" – מענה של המשפט.
* "הצדדים" – **תובע**; ניזוק או קורבן, **נתבע**; מעוול או מזיק.
* סוגי עילות **: 1.** עוולת "סל"; רשלנות\ הח"ח. **2.** עוולת פרטיקולריות\מסגרת – עוולת ספציפיות (הסגת גבול).

מרבית העוולות מצויות בס' 23-63 לפקנ"ז, ויש עוולת מחוץ לפקודה כמו לשון הרע, מוצרים פגומים, הגנת הצרכן וכו'.

**פקנ"ז מתחלקת ל2 :**

1. עוולות – הסיפור שבמסגרתו נגרם הנזק- יסודות שמתקיים לכדי עוולה.
2. הסדרים כללים לתחום דיני הנזיקין [הגנות\ צמצום אחריות\קש"ס].

אם יש נזק לא בהכרח שמישהו אשם.

**דוקטרינה** – כלל משפטי; **תיאוריה** – הרעיון מאוחרי הכלל(יעילות\צדק מתקן\צדק חלוקתי)

1. מיקומם הגאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט

**דינים שעוסקים באנשים שחייבים וזכאים אחד לשני בעל כורחם.**

משפט פרטי, אזרחי. אם המדינה מפעילה את סמכותה כריבון זה יהיה משפט ציבורי. בעבר המדינה נהנתה מחסינות במסגרת דיני הנזיקין עם הזמן אנחנו למדים באיזה מקומות יהיה לה חסינות ובאילו לא.

**משפט פרטי;** חוזים, קניין, נזיקין. **משפט ציבורי;** פלילי, מנהלי, חוקתי ומיסים **חפיפה;** משפחה (אימוץ).

* דיני חוזים-דיני נזיקין:

בחוזים יש הסכמה\היכרות מוקדמת, בנזיקין אין, נכפה על מישהו בעל כורחו.

חוזים סעד מרכזי אכיפה; בנזיקין – פיצויים (ניתן גם צו מניעה\קיום).

* דיני קניין – דיני נזיקין:

קניין – שליטה\בעלות. נזיקין -סבירות\עוולות\נזקים. דיני קניין מתאפשרים ברשימה סגורה של זכויות: בעלות \שכירות\זיקת הנאה. בנזיקין – התנהגויות עוולתיות אין רשימה סגורה.

* דיני עשיית עושר – דיני נזיקין:

עשיית עושר התפתחו מדיני יושר, קרובי משפחה של נזיקין וחוזים. אפשרי לתבוע על רווח של המעוול. ס' 1 לחוק עשיית עושר קובע חובת השבה ב 3 תנאים: התעשרות(טובת הנאה של הזוכה), לא כדין, על חשבון(המזכה-תובע). **דוג' הסגת גבול:** א' מסיג גבול של ב', הוא משכיר אותו לג' ב100.(שכר דירה =80 במשק). לכאורה 3 אופציות, 0 נזק, 80 עבור דמי שימוש, 100 התעשרות לא כדין. במבחן להזכיר 3 אפשרויות.

למעשה לא נגרם נזק, על איזה אינטרס נרצה להגן? אם הנתבע הפיק רווח כתוצאה מהעוולה שלו, נרצה למנוע ממנו את הרווח שהפיק – ככל הנראה התובע יעדיף לתבוע על הרווח של הנתבע (100) ולא על מחיר השוק (80). בכך נרצה למנוע התעשרות שלא כדין.

* בכתב ההגנה הנתבע יכפור בכל הטענות ויגיד שלכל הפחות יישארו אצלו ה-20 כי מחיר השוק הוא 80 ובזכותו המחיר ששולם הוא 100.
* השופטים יחשבו על מה האינטרס המבוקש – הרתעה ,עונש. לדוגמה **הרתעה**- הרתעה מפני ביצוע עוולות כאלה אז גם את ה-20 הנ"ל יעבירו לתובע. לא יאפשרו לנתבע לטעון את הטענה שבזכות המיומנות שלהם נעשה הרווח הזה במטרה להרתיע.
* קשה להוכיח תועלת בדיני עשיית עושר כי היא של הנתבע יש פערי מידע.
* **הצעת חוק דיני ממונות** – משפחה אחת [חוזים, קניין, נזיקין ודיני עשיית עושר] – יישארו מסווגים ומניעה של חפיפות.

**דוגמאות לחפיפה בין דינים**

* 1. מקרקעין לפקנ"ז – הסגת גבול סיפור ה30 יום [ בהסגת גבול אין הוכחת נזק] במקרקעין 30 יום להוציא אותו מהבית שלי, פקנ"ז לבקש בנועם ואז כוח.
  2. **פס"ד מדינת ישראל נ' חברה קבלנית אהרון –** הפיצוי המוסכם ודמי שימוש מגנים על אינטרס הציפייה בעיכוב מסירת הדירה [נבדוק על איזה אינטרס נרצה להגן, ואז ניתן פיצוי. אם יש שני ראשי נזק ניתן לתת פיצוים עבור שניהם]

1. **הבחנה בין זכויות in personam לבין זכויות in rem**

זכות פרסונלית **– כלפי אנשים מסוימים [נזיקין],** זכות כלפי כולי עלמא **– כלפי כולם[זכות חזקה יותר-כולם יודעים שזה הקניין שלי].**

ס'62 **– מתחיל בחובה אישית ואז מתרחב לצד ג' שלא יתערבו בחוזים, לא לגרום ביודעין להפר את החוזה.**

1. **הקשר בין דיני הנזיקין והמשפט הפלילי**
2. **שתי העילות יכולות לחול יחד –** עוולה נזיקית ועבירה פלילית. תקיפה תעורר 2 מערכות- המדינה יכולה לתבוע על עילת תקיפה ובנזיקין הנפגע יוכל לתבוע על עוולת תקיפה.
3. **פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין- ס' 77 לחוק העונשין** מאפשר לקורבנות עבירה לקבל פיצוי על דרך אומדן, במקום לנהל הליך משפטי נוסף. נועד להקל על נפגע העבירה.

**פס"ד קרין נ' בוקובזה:** ניתן לתת פיצוי לא רק לניזוק עצמו אלא גם לנפגעים עקיפים[ילדים שראו את הוריהם נרצחים], 258000 הוא סכום מרבי על נזק אחד.

1. **פיצויים עונשיים בדיני נזיקין-** אם עוולה נעשתה בזדון ניתן להטיל על המזיק פיצויים עונשיים. הקושי המהותי זה שאנחנו נמצאים בסביבה בין אדם לאדם ונותנים כוח לצד להעניש אדם אחר, קושי פרוצדוראלי סף ההוכחה בנזיקין הוא מעל ל 51% לעומת עונשין כמעט 98%.
2. **היבט ראייתי** אם עברנו את נטל ההוכחה ב-עונשין, קל וחומר שעברנו בנזיקין, המדינה יכולה להיכשל בהוכחת רף בפלילים אך עדיין ניתן לתבוע בנזיקין.
3. **היחס בין פקודת הנזיקין להוראות נזיקיות חיצוניות -** קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזיקין שמטילים על המזיק חובת פיצוי.

**פס"ד ברזני נ' בזק:** תביעה לפי ס' 2א ו 31 (א) לחוק הגנת הצרכן, **חשין -** הוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה. לא היה לו קייס בעניין זה. הוא לא הכיר את הפרסומת. נדרש קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הפעולה שלו בצריכת השירות – גם כאשר נמצאים בהוראה שאינה בפקודת הנזיקין.

**מבוא חלק 2**

1. **הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית**

עוולה נזיקית מגדירה מתי הופרה **זכות ראשונית**[אם הופרה החובה כלפי מישהו נפגעה זכותו הראשונית]

**זכות שניונית-** הזכות לקבל תרופה בשל פגיעה בזכות הראשונית.

**3 יסודות לעילה :** 1.אשם 2. נזק 3. קש"ס.

יסוד 1 - אשם

ס'64 לפקנ"ז- הפרת סטנדרט מסוים במעשה או במחדל.

* **פן עובדתי:** התנהגות שיש בה הפרה של סטנדרט[מעשה\מחדל].
* **פן נפשי**: ידיעה בפועל או בכוח – באיזה מצב נפשי הייתי?

יסוד 2- נזק

ס' 2 לפקנ"ז – אבדן חיים נכס, שם טוב וכו'..

הס' לא כולל פן נפשי.

* **נזק ממוני טהור**: נזק שלא נלווה לנזק פיזי[אובדן הכנסה].
* **נזק ממוני בלתי טהור:** כלל שהלך והתגמש עם השנים – פסיכוזה וכו'..

דיני עונשין "מבוססי סיכון"- risk base; דיני נזיקין "מבוססי נזק" harm base.

יסוד 3 - קשר סיבתי

צריך להוכיח זיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק. **"מבחן האלמלא"**

* הוכחת נזק נדרש ברשלנות והפרת חובה חקוקה אך לא נדרשת בהסגת גבול, תקיפה וכו'

נק' חשובה: אם מישהו מסיג את הגבול שלי ואני רוצה פיצויים בגלל הנזק שנגרם- חייב קש"ס! אבל אם אדם נכנס למקרקעין שלי ללא רשות, אין לי צורך להוכיח קשר סיבתי לגבי עוולות שנעשו לי, **עצם ההתנהגות (הסגת גבול) הינה עוולה כשלעצמה.**

עוולת per se – עוולה כשלעצמה.

עצם עשיית הפעולה מהווה עוולה, גם ללא צורך בגרימת נזק.

הדרך להבחין: היא לשאול האם נדרש הוכחת נזק?

בעוולות אלה –

* לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי נזק.
* לעיתים עוולת per se היא תוצר של קושי ראייתי.
* מרוץ ההתיישנות(ס' 89 לפקנ"ז) שונה בין עוולות per se[מרגע שהסתיימה ההתנהגות] לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק[מרגע שהנזק התגבש].

**דוג'**: פלוני מסג גבול מקרקעין שלי , מרוץ ההתיישנות מתחיל מרגע סיום ההתנהגות העוולתית. אך אם בכל זאת קרה נזק כתוצאה מהסגת גבול, באותו רגע נצטרך להוכיח נזק ואז ההתיישנות תתחיל ברגע שהנזק התגבש. **לגבי פיצויים** - נפגעה זכות במקרקעין והתגבשה עילת הסגת גבול רק אם אנו רוצים לתבוע פיצויים אז צריכים להוכיח את הנזק (נזק ממוני) .

1. **הכרות עם סוג האחריות השונים:**
   1. **עוולת כוונה-** בד"כ התובע צריך לעמוד בנטל הראיה, קיים קושי להוכיח בנוסף "כוונה" של הנתבע. הן עוולות שמבטאות אשמה מוסרית[ תרמית (סעיף 56), נגישה – שימוש לרעה בהליכי משפט (סעיף 60), שקר מפגיע (סעיף 58), גרם הפרת חוזה (סעיף 62)]
   2. **רשלנות-** ס'35 לפקנ"ז, התנהגות של אדם תיחשב כרשלנית כאשר היא גורמת נזק לאדם אחר. כל התנהגות שחוסה תחת רשלנות היא התנהגות בלתי סבירה. "אשמה חברתית", דוג': רופא שלא השתמש ב75 % מהחומרים שרופאים סבירים היו כן צריכים להשתמש , אז הלקוח יכול להגיד שהתרשלו כלפיו .יש קשר ישיר בין הנזק לפיצוי. כאן ניתן להסתפק בסטנדרט חברתי – אובייקטיבי לעומת עוולת כוונה נדרשנו כוונה סובייקטיבית. רשלנות זה העילה; התרשלות – התנהגות רשלנית. [ישנה אפשרות לנטל הפיכת הראיה, כלומר הנטל מועבר לכתפי הנתבע, בהמשך מפורט – ס'41].
   3. **אחריות מוגברת\חמורה –** הסגת גבול ס' 29 לפקנ"ז; עצם ביצוע הפעולה שהוגדרה כעוולה מטילה את האחריות על מבצע הפעולה(מזיק)- מספיק הוכחת יס"ע אין צורך ביס"נ. המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי החברתי(אדם שדחף אותי וגרם לי להסיג גבול- דוגמא שמבהירה שאין אשם מוסרי) ניתן להעלות טענת אשם תורם.
   4. **אחריות מוחלטת** גם כאן המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי, הניזוק צריך להוכיח קש"ס. לא ניתן להעלות טענת אשם תורם. דוג' פלת"ד למעט חריגים \ מוצרים פגומים(ניתן להפחית פיצויים אם הנאשם התרשל באופן חמור בשימוש המוצר).

**יש פה בעצם סוג של הסדר ביניים בין אחריות אבסולוטית, לבין אחריות שהיא מוגדרת (חמורה). כלומר, גם בחקיקה של האחריות המוחלטת, יש נגיסה מסוימת במוחלטות.**

* 1. **חסינות לנתבע-** ס'9 לפקנ"ז – חסינות גיל עד גיל 12 לא יישא באחריות נזיקית\ ס' 8 – חסינות על פעולת שיפוט מזיקה(לא ניתן לטעון ששופט התרשל בעת מילוי תפקידו.

**מטרות דיני הנזיקין**

**ביהמ"ש מתחקה אחרי הרעיון שעומד מאחורי הדוקטרינה(כלל משפטי) כי המשפט משתנה!**

כאשר ביהמ"ש בא לפתור שאלה מורכבת שעומדת על שולחנו, הוא צריך לקלוע לכוונת המחוקק כאשר ההנחה היא שכוונת המחוקק היא צדק מתקן, יעילות, צדק מחלק. ההנחה היא שיש שילוב- פאזל הגיוני שמכיל את הרעיונות הללו יחדיו.

* **3 רעיונות נורמטיביים-** צדק מחלק, צדק מתקן, השאת רווחה מצרפית\יעילות**.**

**פס"ד מגדל נ' אבו חנא:** נהג פגע בתינוקת בת 5 חודשים(ערבייה מצפון הארץ) עד פס"ד זה, הכלל היה חישוב סובייקטיבי כלומר אובדן כושר השתכרות לעתיד היה לפי **מאפייני הניזוק**. אחרי פס"ד אבו חנא- החישוב לפי ממוצע שכר **במשק.** ביהמ"ש מנסה להתמודד עם הבעיה המוסרית בהישענות על התיאוריות המשפטיות. (קיים קושי בגזירה על ילד לאור נתונים סוציואקונומיים- עלול להצניח וליצור קיבעון "סטיגמה").

1. **צד מחלק – צדק חלוקתי:**

נרצה לחלק את העוגה הקיימת בצורה שווה יותר, מסתכלים על החברה ולא על המזיק והניזוק המסוימים, דיני הנזיקין הם כלי שרת לטיפול בחוסר צדק הקיים בחברה (פס"ד אבו חנא)← **המשמעות הקשה היא שלמעשה אנשים שונים יקבלו פיצוי שונה על נזק זהה.** יש בכך אמירה שהחיים שלך שווים פחות. השאיפה היא להגיע בתוך דיני ה-נזיקין לרעיון מסוים ←שיקולי שוויון← שיבואו לידי ביטוי בתוך צדק מחלק.

פס"ד אבו חנא – אובדן כושר השתכרות עתידי ע"פ סטנדרט אובייקטיבי.

1. **צדק מתקן:**

אחת הגישות הדומיננטיות, מסתכלים על הניזוק והמזיק הספציפיים. כדי לדרוש תרופה← צריך להראות שהופרה זכות[קורלטיביות]. הניזוק נמצא ב"-" לעומת המזיק ב"+" – אי צדק במובן האריסטוטלי. רק המזיק יכול לתקן את האי צדק שנוצר "השבת המצב לקודמתו" באמצעות תרופה.

**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"*

* **התרופה** למעשה לא תשיב את הנזק (הרגל שאבדה, מאור העיניים..). היא יכולה להשיב את המצב לקדמותו במובן האריסטוטלי – **היא תביא את האדם הכי בקירוב למצב לולא הנזק שקרה לו**.

בכדי לדעת מה התרופה ראויה – נצטרך לדעת מהי הפגיעה בזכות ומה היקפה.

פס"ד אבו חנא- צדק מבני- לא בהכרח מתחבר עם תחושות אינטואיטיביות, צד אחד יגיד ששערוך תרופה צריך להיות ע"פ נתונים סטטיסטיים של המשק וצד שני, לפי נתונים סובייקטיביים[ לבסוף אובדן כושר השתכרות עתידי ע"פ סטנדרט אובייקטיבי].

ביקורת- על הפיצוי להיקבע ע"פ אמות מידה סובייקטיביות.

1. **השאת רווחה מצרפית\שיקולי יעילות\ היגיון כלכלי של נזיקין**

יעילות, תועלת, רווחה.

פחות מדברים על מקסום תועלת אלא על רווחה!

בצדק מתקן התמקדנו בניזוק והמזיק כאן מתמקדים ברווחה המצרפית; בצד מחלק התמקדנו בחילוק העוגה כאן המטרה להגדיל אותה.

לא מעניין אם הניזוק ירגיש טוב יותר אלא אם כן מבחינת יעילות יש בזה היגיון.

בחוזים מגדילים את העוגה ע"י מקסום העדפות הצדדים, בנזיקין זה פחות אינטואיטיבי אנחנו דואגים **להקטנת העלויות!** אם אמזער את העלויות אני אצור מצב שאני כמה שפחות פוגעת בעוגה המצרפית.

**שתי דרכים מרכזיות למטרה זו:**

1. **יעילות\הרתעה :**  דוג' שתי חלקות תירס וגידול צאן. כמה גישות – נאיבית בעל הצאן יישא בנזק, coase מלומד כלכלן -הצאן והתירס אחראים לנזק(הסיבתיות הדדית בהיגיון הכלכלי), ← נבדוק על מי ראוי להטיל **את הנזק.** נטיל את האחריות על מי שיותר זול לו למנוע את הנזק ← ע"מ שהעוגה המצרפית שלנו תקטן. אנחנו צריכים את המידע הזה כדי לעשות חישוב נכון, אנחנו מסתכלים על הדברים בפרספקטיבה כלכלית טהרנית וצרה. נרצה להניע אנשים לפעול באופן שיפחית עלויות.

פס"ד אבו חנא – ריבלין, רצה לייצר שיקול הרתעה שאנשים לא יחשבו על אחרים שהם שווים פחות. (לנהוג בשכונה ענייה\עשירה, ניתוח לבהירי עור) אין הרתעה אופטימלית יש הרתעה ביתר או הרתעה בחסר.

**אם אני רוצה ליצור הרתעה אופטימלית כדי למנוע מאנשים לגרום נזקים ← הפיצוי חייב להיות זהה. צריך ליצור סטנדרט זהירות זהה**

1. **פיזור הנזק:** שיקול בדיעבד, קרה נזק ורוצה לפזר אותו כמה שיותר (חברות ביטוח).

**דוג'**  מוצרים פגומים: אחריות מוחלטת על מוצר פגום (היצרן יגלם את מחיר הנפגע במוצר וכך יחולק על הצרכנים).

**יש כאן הכוונת התנהגות ותכנון כלל משפטי; שלא יעמיס את האחריות על אחד.**

* אין כלל או רעיון אחד שבהם השופטים מתמקדים. ביהמ"ש לא מחויב לגישה אחת בלבד. כל שופט יכול לקבל החלטה דרך גישות כאלה ואחרות- רציונליים כלכליים, חלוקתיים, צדק מתקן. הגישה הרווחת כיום בישראל היא הצדק המתקן. בשנים האחרונות הגישה הכלכלית גם הופכת למרכזית מאוד.

**עוולת הרשלנות**

**יסוד 1 – התרשלות**

**יסודות עוולת הרשלנות(ס' 35 לפקנ"ז):**

* **התנהגות רשלנית (אשם)** – היבט התנהגותי, מייחסים אשם ← התרשלות.
* **קיומה של חובת זהירות** – לא מופיע בסעיף הזה (קונקרטית ומושגית).
* **גרימת נזק** –
  1. **הוכחת נזק**.
  2. **קשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק**.
* "**האדם הסביר**"- בחינה אובייקטיבית. – מצמצמים סיכונים לא סבירים. ניתן להכניס שיקולים סובייקטים לתוך הבחינה האובייקטיבית בהתאם לנסיבות.

**פס"ד שטרן נ' שיבא (שיקול סובייקטיבי בתוך האובייקטיבי)**- סטנדרט ביה"ח גבוה, האם התרשלו כי לא נקטו בסטנדרט הנהוג בביה"ח? כן, נטיל אחריות על ביה"ח (בימ"ש התחשב במאפיינים שיעלו את הסטנדרט ולא כאלה שיורידו אותו). כאשר המזיק עצמו הכפיף עצמו לסטנדרט גבוה יותר נבחן אותו לפי רמת התנהגות גבוהה יותר.

**יתרונות**: (1) רוצים להרתיע מתוך יעילות להטיל אחריות על מי שיותר קל לו למנוע את הנזק (2) הסתמכות גבוהה יותר על מומחים, נחמיר את הסטנדרט כי ביה"ח הגדיר את עצמו כמומחה.

**חסרונות:**  רפואה מתגוננת, הרתעה ביתר – ביה"ח יפחדו להתפתח ולהתקדם כי יהיה להם רף גובה יותר לעמוד בו.

* "**באותן נסיבות**" : **ההקשר** (קונטקסט) עשוי להשפיע על המסקנה אם התנהגות סבירה[נהיגה 50 קמ"ש ביום רגיל לעומת יום סוער]. **המועד** הקובע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה[**נבחן את ההתנהגות דרך עיניים אובייקטיביות, על סמך מה שהמזיק ידע באותו זמן שנהג בהתנהגות המזיקה**. האם ידע או היה צריך לדעת שהתנהגותו בלתי סבירה. נבדוק אם הוא התרשל ע"פ המועד שביצע את ההתנהגות המזיקה].
* מבחינת צדק מתקן אין נפקות לשאלה אם למזיק היה נטל גדול או קטן, כל הרעיון זה השבת המצב לקודמתו- שיקולים כלכליים לא רלוונטיים.
* מבחינת צדק חלוקתי, המיקוד הוא על הקבוצה אליה משתייכים הניזוק והמזיק הספציפיים. נטיל על המזיק אחריות ללא קשר אם הנטל היה גדול או לא, בהנחה שנרצה לתת העדפה לבטיחות הניזוקים על פני חופש הפעולה של המזיקים. דוג' יש לנו צורך להגן על בניה נוער מפעולה מסוכנת, אם שיקולי צדק מחלק מובילים אותי, לא יהיה לי אכפת מההכבדה על מניעת הסכנה על המזיקים- כי אני רוצה להגן על קבוצה שיש לה נטייה לחוסר זהירות (למשל בני נוער שעלולים להתנהג בצורה מסוכנת ולקפוץ ראש למים רדודים בבריכה). \*לפעמים גם נעדיף מזיק מקבוצה חלשה כדי להגן עליו.
* האסכולה הכלכלית (מבחני התרשלות):
* נוסחת הנד - מתי יודעים שאדם התנהג בצורה לא סבירה ועד כמה אם בכלל צריך להתחשב בעלות של המזיק ובהכבדה על המזיק למנוע את הנזק? (נוסחת הנד נותנת מענה לשאלה אם התנהגות סבירה צריך להיות מושפעת מהכבדה על המזיק?)
* **P** (probability) - **הסתברות שייגרם הנזק**.
* **L** (loss) -שיעור הנזק- הסתכלות על **הנזק הצפוי**.
* **B**- (Burden of precaution) **עלות המניעה** (הצבת אמצעי זהירות/הימנעות מהפעילות.
* P \* L = תוחלת הנזק.

רוב הפעילות בעולם מחצינות סיכון, אני לא אמנע מלנהוג למרות שהנהיגה מסוכנת אחרת אני לא אחייה אבל נדרש ממני לבצע איזון. הנוסחה מתמרצת אנשים לנקוט אמצעי זהירות כאשר עלות מניעת הנזק נמוכה מתוחלתו.

P x LB אין התרשלות. [תוחלת הנזק נמוכה מעלויות המניעה]

P x L B התנהגות רשלנית (התרשלות). [תוחלת הנזק גבוהה מעלויות המניעה]

**היעילות** = היא הפחתת עלויות. ונוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה [ אדם סביר הוא אדם יעיל]. לפי הפרספקטיבה הכלכלית, לא נמנע נזק אם זה לא יעיל למנוע אותו.

* אתגרים של כימות – איך אעריך סיכוי התממשות נזק? לעיתים לא נוכל לכמת, למשל נסיעה איטית יותר.
* פתרונות: קירוב \ אי שיווין(לא צריך לאמוד במדויק).
* מונע הנזק הזול- פוזנר

לא צריך להסתכל רק על המזיק ויכולת המניעה שלו אלא גם על הניזוק. מי שיכול למנוע בעלות נמוכה עליו נטיל את האחריות. תנאי מצטבר לנוסחת הנד. [נבחנת בראייה אובייקטיבית של האדם הסביר אך היא נבחנת מהצד של המזיק].

* שוקל הנזק הטוב ביותר (קלברזי והירשוף) במקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את החישובים הוא רק צריך לבדוק לאיזה צד היה את המידע לפעול בעצמו. למי הייתה הידיעה כיצד למנוע את הנזק או את האפשרות להתריע לצד השני. **נועד למזער עלויות אדמיניסטרציה שכרוכות בתפעול הכלל "מונע הנזק הזול"**, שהן מאוד מכבידות על ביהמ"ש ויש לכך עניין בפרספקטיבה כלכלית.
* סטנדרט התנהגות מקובל(מבחן להתרשלות ללא קשר להיבט כלכלי) : נשווה את התנהגות האדם לפרקטיקה מקובלת.
* נתמקד בנוסחת הנד+ מונע הנזק הזול.

**נוסחת לרנד הנד**

הנוסחה אומצה לצד מטרות ושיקולים נוספים. כ**אשר יש פרקטיקה מקובלת וכך נהוג, אין צורך לפרט על נוסחת הנד**. אפשר להניח שהיא יעילה, היא יותר זולה, יותר מקובלת ונוהגת בפועל. יש מעין חזקה כזו.

**הפרקטיקה המקובלת= סבירות.**

**פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש:** קפיצת ראש, עלות מניעת הצבת השלטים נמוכה יחסית לתוחלת הנזק הצפוי של פגיעת גוף למתרחצים.

**פס"ד גרובנר נ' עיריית חיפה :** מבוגרת טיול בפארק, שימוש בעקרונות נוסחת הנד ושיקולי יעילות. במקרה זה היה סביר להסתפק בשלטים ולא להציב פקחים שעלותם יכולה להיתפס כמכבידה מדי לעומת הנזקים הצפויים. שיקולי הכבדה זה שיקול שביהמ"ש לוקח בחשבון בגישה הכלכלית.

האם יש חלופה לנוסחת הנד\דרכים אחרות להגיע לאותה יעילות כלכלית?

* מנהגים: לא בהכרח תחליף אידאלי לנוסחת הנד. למשל: **רופאה** קשה להניח שהתרשלה אם זו פרקטיקה מקובלת; **מפעל מזהם** הגבהת ארובה, בפרקטיקה 10 מטר, אם מנהג – לא נטיל אחריות. אך עלות מניעה מול תוחלת נזק כן נטיל אחריות לפי הנד. **אם ננהג לפי המנהג** ולא לפי הרעיון הכלכלי הבסיסי של נוסחת הנד **לא נוכל לספק את התמריץ היעיל החברתי כדי שהמפעל יבנה ארובה גבוהה יותר** [דוגמא שמדגישה את הקושי בקביעה רק באמצעות מנהג].
* חוקים: הפרת חוק לא בהכרח מעידה על התרשלות[הלכה בישראל].

**פס"ד לרנר נ' מדינת ישראל**  : יש הנחה שאם נפר חוק אז התנהגות בלתי סבירה כי החוק מגלם התנהגות יעילה. חייל הפר את חובת הירי. אין חפיפה מלאה בין הפרת חוק להתרשלות (מסתכלים על ההקשר והנסיבות), לאור הנסיבות החמורות הוא לא התרשל.

התנהגות שסוטה מחוק או מנהג לא בהכרח מעידה על התרשלות, אך הם שיקולים שניתן להיעזר בהם למדידת סבירות ההתנהגות.

* הרתעה ביתר: **כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי**, בהרתעת יתר אנשים נרתעים יתר על המידה, ובכך מונעים את הנזק כאשר יותר יעיל לא למנוע אותו(רפואה מתגוננת).
* הרתעה בחסר: **כאשר ביהמ"ש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי,** גורם למזיק לנהוג בצורה זהירה פחות ולכן זה לא יעיל.

דומה לביקורת של הפרספקטיבה הכלכלית **בפס"ד אבו חנא [**ביקשו למנוע שאנשים יפעלו בצורה פחות יעילה ויהיו מורתעים בחסר (יחששו פחות לפגוע בשכונה ענייה לעומת שכונה עשירה, אם הפיצויים היו לפי נתונים סוציו-אקונומיים)].

* אם יש טעות שיפוטית או טעות למזיק בהבנת החוק סטנדרט הזהירות הוא נמוך או גבוה ממה שבפועל – התמריצים של המזיק משובשים. המזיק יכול להתנהג בצורה זהירה יותר או בצורה פחות זהירה לפי עיצוב הטעות (הרתעה ביתר או הרתעה בחסר).
  + **הרתעה יעילה-** כמה שיותר קרוב לתוחלת הנזק שהמזיק מחצין לעולם.

הנד+ מונע הנזק הזול : לפי נוסחת הנד שני האנשים התרשלו כיוון שעלויות המניעה שלהם פחות מתוחלת הנזק (6 ו 8 פחות מ10), אך על מי נטיל אחריות ?

על מגדל התירס כי עלות המניעה שלו נמוכה יותר !

נרצה שהצדדים ידעו שתוטל אחריות על מונע הנזק הזול , מגדל התריס שידע על החוק הזה - יבנה את הגדר וימנע נזק של 10 בעלות של 6.**נרצה עלות מינימאלית כדי למנוע את הנזק.**

**כך נצמצם את הנגיסה בתועלת החברתית, ברווחה המצרפית. נצמצם עלויות.**

נניח שמגדל התירס ומגדל הצאן שניהם יכולים למנוע את תוחלת הנזק 10 ,נרצה לתמרץ את הצדדים בצורה יעילה -

**תמיד ננסה בכל זאת לאתר את מונע הנזק הזול ביותר**. שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון" רוצים לתמרץ את הצדדים בצורה יעילה להקטנת העלויות, להקטנת הנגיסה מהרווחה המצרפית. אך במקרה התיאורטי הזה לא ניתן למצוא את מונע הנזק הזול. אנחנו נגיע לשיקולים כלכליים מסדר שניוני, למשל מפזר הנזק הטוב ביותר. **לדוגמה:** המדינה, חברות ביטוח, יצרנים (דיברנו על אחריות מוחלטת של היצרנים לגבי מוצרים פגומים). זהו רעיון כלכלי נוסף שמביא לתוצאה יעילה, נטיל את הנזק על מי שיכול לפזר את הנזק הכי טוב. אך לענייננו, מגדל התירס ומגדל הצאן הם אנשים פרטיים ולכן הם לא מפזרים נזק כל כך. קשה לקבוע מי מפזר טוב יותר. לכן, נבחן שיקולים נוספים מסדר שלישי. נבחן את צמצום עלויות אדמיניסטרציה, **לדוגמה:** צמצום עלויות ניהול הליך הליטיגציה. נרצה שאם הכלל המשפטי הוא כלל יעיל הוא יאותת לכיוון שהניזוק לא יגיש הליך ליטיגציה כי בכך יוכל למנוע את עלויות הליטיגציה הגבוהות, יחסוך בעלויות אדמיניסטרציה. אחרת יטילו את הנזק על מי שנושא בו.

**פס"ד חמד** : ברק – לא רק כמותית, הנוסחה הגיונית – נתייחס לאינטרסים חברתיים.

**יסוד 2 – חובת זהירות**

**על מנת להטיל על מזיק אחריות ברשלנות לא די בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק.**

**פס"ד Donoghue**  גלידה ובירה ג'ינג'ר (בתוספת חילזון 😊), קמה לתובעת זכות בנסיבות שאין חוזה בין הצדדים. היום זה נראה לנו ברור מאליו, אבל בעבר זה לא היה. **הלורד אתקין- מי השכן שלנו במשפט?** אדם שיכול להיות מושפע מההתנהגות שלנו. **יש לזכור,** שרק אם יש לי חובת זהירות, ניתן לטעון כלפי שהפרתי את החובה. רק אז אפשר להיכנס "מבעד לדלת" עוולת הרשלנות.(תביעה נגד חברת המשקאות)

**פס"ד גורדון נ' עיריית ירושלים** [קריטריון של קרבה במשפט הישראלי] המשיך לשלם על קנסות לרכב לא שלו ונעצר כשהפסיק. העוולה הטבעית במקרה הזה היא עוולת נגישה ס' 60 לפקנ"ז (נדרש זדון), במקרה זה אין זדון, אז תביעה היא לרשלנות. ביהמ"ש החליט שניתן להחיל את עוולת הרשלנות(סל), על אף שיש את עוולת הנגישה שהיא עוולה פרטיקולרית המתאימה לנסיבות של המקרה הזה.

קריטריון יחסי שכנות או קרבה – **מבחן הצפיות**(מבחנים מצטברים) ברק:

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

**צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית(כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק)**- צפיות נורמטיבית בוחנת האם המזיק היה **צריך** לצפות את אירוע הנזק והניזוק.(שיקולי מדיניות)

**צפיות טכנית – יכול**

**פס"ד palsgraf :**  נוסע שעזרו לו לעלות לרכבת הייתה לו חבילת נפצים, התפוצצו וגרמו לאישה ברציף להיות אילמת. **קרדוזו** (רוב) לא מטילים על הרכבת אחריות גם אם השומר התנהג ברשלנות כי השאלה הנידונה הייתה אם השומר יכל לצפות את הניזוק (פסלגרף) והוא לא. היא הייתה מחוץ למתחם הסיכון שהעובד יכול היה לצפות.

**פס"ד פריצקר נ' פרידמן :**  כיום יש הסדר של אחריות מוחלטת בפלת"ד , נהג משאית שדרס את מי שכיוון אותו. **זילברג** הנדרס יד שהנהג נוסע אחורה הנהג עמד בחובת הזהירות שלו. **אגרנט**- לא חלה חובת זהירות כי ניזוק בלתי צפוי אך ככלל נהגים חבים כלפי הולכי הרגל.

**הצדקות למבחן צפיות הטכנית (אם לא נוכל לצפות את הנזק סוגו ואת הניזוק -רעיונות שמסבירים):**

1. אם אני לא יכול לצפות ככל הנראה תוחלת הנזק מאוד קטנה.
2. אם לא ניתן לצפות את האירוע בהיבט הטכני, כנראה שלא ניתן לצפות מאיתנו לנקוט באמצעי מניעה.
3. בכל פעולה יש סיכון -הרתעה ביתר.
4. הצפת בתי משפט – אם כל אחד יתבע כל הזמן לא נהיה במצב יעיל חברתית.
5. אם לא ניתן לצפות את הנזק אולי הניזוק הוא מונע הנזק הזול? – הנדרס יכל למנוע את הנזק שנגרם לו.

* מבחן הצפיות הטכנית נבחן על פי אמת מידה עובדתית! בראי הצדק המתקן נבחן האם הופרה חובה כלפי מישהו – נפגעה לו זכות.
* **חריג למבחן הצפיות הטכנית: מבחן הגולגולת הדקה(היקף הנזק).**
  + ההנחה היא שהמזיק יכול לצפות את העובדה שיכול להיות שהוא יפגע בניזוק שהוא פגיע במיוחד.
* אם הנזק היה צפוי ורק ההיקף שלו לא היה צפוי –תחול חובת זהירות טכנית.
* אם הנזק עצמו לא היה צפוי – לא ניכנס למבחן הגולגולת הדקה.
* **ברגע שיכולת לצפות איזשהו נזק (סוג הנזק והניזוק) ← אתה יכול גם לצפות שהניזוק יהיה רגיש במיוחד.**
* רלוונטי רק להיקף הנזק.

**ביקורת על המבחן:**  הניזוק עצמו הוא מונע הנזק הזול כי הוא יודע שהוא רגיש יותר! אם היקף הנזק הוא נדיר ביותר אפשר לטעון שלא ראוי להטיל אחריות על המזיק כי הניזוק יכל למנוע זאת.

**רציונליים של המבחן:** גם הניזוק לא ידע תמיד שהוא כזה ולכן הוא לא יהיה מונע הנזק הזול; **צדק חלוקתי**  נרצה להגן על קבוצת אנשים חלשה או פגיעה יותר ולא רק ניזוק מסוים.

* ביהמ"ש לא ממהר לקבוע שאין חובת זהירות ולכן נראה גם **בפס"ד פריצקר** כחריג.
* מבחן הגולגולת הדקה הוא הרחבה של חובת הזהירות מטילים אחריות מוגברת (תיתכן הרתעת יתר).
* תמיד נעלה את העניין שהניזוק יכל להיזהר יותר כי ידע על הרגישות היתרה שלו.

צפיות נורמטיבית – צריך

יש דימיון בין הצפיות הנורמטיבית לבין סיבתיות משפטית! כאן נבדוק האם הוא היה צריך למנוע את הנזק [**שיקולי מדיניות** כמו: הרתעה, עלויות מנהליות ודחייה על הסף].

1. שיקולי הרתעה: לידה טבעית> לידה בניתוח. **ככל שאנחנו יותר חשופים לתביעות משפטיות ולאחריות נזיקית – כך אנחנו ניטה להימנע מפעילות מסוימת**. בטח כאשר יש לנו אלטרנטיבה לנקוט בדרך יותר בטוחה עבורנו ולא בהכרח בטוחה לצד השני. שיקולי הרתעה עלולים להוביל להחלטות לא יעילות.
2. עלויות מנהליות: עלויות אדמיניסטרציה. **אם שיטת המשפט תאפשר להגיש תביעות ללא הגבלה, ייגשו הרבה תביעות סרק ויהיה קשה לסנן בדיעבד.** אך כאשר נדע שכדי לתבוע ברשלנות יש איזושהי מסננת נורמטיבית (שגם שיקולי מדיניות נכנסים לתמונה) נדע שלא כל תיק יעבור לביהמ"ש.
3. דחייה על הסף : מקרים נדירים, כאשר נסיבות המקרה מראות בסבירות מאוד גבוהה שהמזיק לא התרשל.

**פס"ד מדינת ישראל נ' לוי :** לוי נהרג בתאונה , הנה שפגע היה מבוטח בחברת ביטוח שהתפרקה, מפקח על הביטוח לא התריע. לפי צפיות טכנית כן! הוא היה יכול לראות את הנזק אם החברה תתפרק. **שמגר** קבע תנאים שבהם תתקיים צפיות נורמטיבית כאשר המדינה מעורבת.

* אם המדינה פעולת בכובע פרטי, כמו אדם פרטי כן תוטל אחריות אך אם פועלת בכובע ציבורי כריבון לא תוטל אחריות( אך נראה שזה לא באופן גורף, היה דיון על כך בפס"ד לוי).
* מחדלים: נהיה יותר זהירים בהטלת אחריות על מחדל מאשר על מעשה.
* ככל שהמזיק יוצר סיכון גבוה יותר לנזקי גוף, כך ביהמ"ש יטה לקבוע שמתקיימת חובת הזהירות.
* הסתמכות הניזוק: בעניין לוי ביהמ"ש קבע שלא מוטלת חובת זהירות על המדינה, למרות שהיה ניתן להסתמך עליה.

**הוחלט לפטור את המפקח מאחריות נזיקית כי במקרה המסוים הזה הוא נפל בגדר מצבים שרוצים לאפשר לרשות שיקול דעת רחב. אם המפקח היה מודיע יתכן והייתה קורסת מיידית ולחלוטין. (לא יהיה פטור באופן גורף).**

דוגמא לצמצום חובת הזהירות של עדים במשפט:

**פס"ד רויטמן:** עו"ד הורשע בפלילים, תובע על עדות שקר של בנק מזרחי שגרמה לו לנזקים, **קיסטר**  עדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות – מעין חסינות לעדים. **הצדקות לפס"ד** (1) שזו עוולה פרטיקולרית – לא רלוונטי ראינו בגורדון. (2) הרתעת יתר- אנשים יפחדו להעיד "אפקט מצנן".

**יסוד 3 - נזק**

* **הוכחת נזק: ס' 35 לפקנ"ז "גרימת נזק"** . לרוב יהיה נתון מה הנזק שנגרם.
* **קש"ס בין ההתנהגות(אשם) לנזק** [ מבחן האלמלא ]. האם

החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא? כן, אין קש"ס; לא, יש קש"ס.

**גבולות עוולת הרשלנות**

מצבים בהם עוולת הרשלנות לא חלה.

1. **נזק ממוני (כלכלי) טהור:**

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

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

**הכלל**- חובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או רכוש ואין מפצים על נזק כלכלי טהור(בעבר)

**רציונליים לכלל :**

* קושי ראייתי: מאוד קשה להוכיח נזק שהוא לא פיזי
* הצפת בתי משפט

**טיעונים נגד הכלל:**

* לא מתיישב עם צדק מתקן : לא משיבים את המצב לקודמתו
* לא מתיישב עם שיקולי הרתעה: חשיפת אנשים לנזק כלכלי טהור מבלי לקבל פיצוי (?) בעייתי.

הפסיקה התפתחה, וכיום יש אפשרת לתבוע גם על נזק כלכלי טהור. אך מתי לא?

* מצג שווא רשלני –

**פס"ד וינשטיין נ' קדימה** : מיכל מים פגום שנבנה ע"י קבלן עקב רשלנות המהנדס. נגרם נזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא רשלני. ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל בעבור המכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מהמושב (אובדן הכנסה-נזק כלכלי טהור).**בפסק הדין הזה הוכרה לראשונה אחריות ברשלנות על חוות דעת רשלנית.**

**תנאים מצטברים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין במצג שווא רשלני:**

* + 1. מי שעשה את המצג בעל מיומנות מיוחדת: איש מקצוע נסתמך עליו יותר
    2. רשות ציבורית כבעלת שליטה על המידע  **פס"ד אתא נ' אלינקו-** נמסר מידע מוטעה על חלקת קרקע שהיא מיועדת לבנייה אך בפועל מיועדת לחקלאות ביהמ"ש קבע שאחריות ברשלנות חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות שמוסרים מידע לאזרחים.
    3. המצג נעשה במהלך עסקים רגילים: שיחה בדרך אגב עם עו"ד – לא תתקבל טענה על נזק כלכלי טהור. לא רוצים להרתיע אנשים לייעץ לא במסגרת תפקידם. גם אם עו"ד ייעץ למישהו והרוויח העו"ד לא יוכל לתבוע.
    4. הגבלת היקף אחריות: עו"ד שמתראיין בטלוויזיה כלפי הצופים – נרצה לצמצם אחריות ולמנוע הרתעת יתר.
    5. הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת: יועץ פיננסי יכול לתת המלצה גם אם תגרום להפסד לא ניתן לתבוע ברשלנות.
    6. נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק **לא יבדוק בדיקה נוספת :**כלל שהכשיל את התביעה בוינשטיין – ניתן היה לפות שהקבלן יבקש חו"ד נוספת. **אם אפשר היה לצפות [באופן אובייקטיבי] שעל אותו אדם היה לבקש חוות דעת נוספת, לא ניתן לומר שהייתה התרשלות מולו.**
* חובת זהירות של בנקים –

**רציונליים:**

* + - 1. לבנקים יש גישה רחבה למידע – שוקל הנזק הטוב ביותר
      2. ניתן אמון יותר בבנקים ובנקאיים
      3. בנקים מפזרי נזק טובים
* חיווי דעת רשלני של הבנק –

**פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח:**  חובת זהירות של הבנק כלפי לקוחותיו במצב של אינטרסים מתנגשים בין שני לקוחות, מכירת דירות בעיר עמנואל, הבנק ייצג את שני הצדדים וידע על מצבה הפיננסי של החברה. **על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים ולאותת להם ללכת לייעוץ נוסף.**

* מרמה וזיופים –

**פס"ד דיסקונט נ' קוסטמן:** עו"ד חתם על ערבויות לטובת עצמו. הבנק התרשל היה צריך לבחון אם השלוח ביצע את הפעולות באופן תקין "בנק סביר" היה צריך לקחת בחשבון. **לבנקים יש חובת זהירות מוגברת בהקשר הזה**.

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

**פס"ד קופת אשראי וחסכון נ' עוואד:** צ'קים ריקים נגנבו מהבנק. הבנק **התרשל**, שכן לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים גנובים.

* נזקים לצד ג' מהפרת חוזה

**פס"ד קורנפלד נ' שמואלוב :** סנדלר ויצרן מרפות רכשו מניות בחברה שהחזיקה חלקה, קבלני משנה עשו את הבנייה. הם לא פיקחו כראוי. רוכשים קנו את הדירות בפעם שנייה ומתגלה נזק חמור. אחריות הקבלן בנושא הצגת הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים, ואין להגבילה לנזק פיזי.

היה קושי ראייתי בתביעה הזו, כי לא מצאו את החוזה מול הקבלן. עם זאת, חוזה קבלן הוא בד"כ חוזה סטנדרטי וניתן היה להבין מה כתוב בו לפי חוזים אחרים דומים.

1. **נזק בלתי ממוני טהור[ נזק נפשי]**

גרימת צער, עוגמת נפש "כאב וסבל".

בעבר, היו נותנים לנזק נפשי רק אם היה מלווה בפיזי והוכח קשר ישיר בין הפיזי לנפשי .

**רציונליים לכלל:**

1. הצפת בתי משפט
2. קשיי הוכחה
3. קושי בקביעת שווי

**טיעונים נגד הכלל שהביאו לשינוי:**

1. לא מתיישב עם צדק מתקן – לא משיבים את המצב לקודמתו
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- אנשים לא יפחדו להתנהג.
3. קושי בקביעת שווי, עניין של מדיניות שניתן לשינוי.

**ניזוק ישיר**[ פגיעה באוטונומיה + כאב וסבל] **וניזוק עקיף**[ אלסוחה והמקרה של לבנה]

א' שובר את הרגל לב' מעבר לנזק פיזי יש גם נפשי. ב' יכול לתבוע עבור שני הנזקים. כעת ג' עבר וראה את מה שקרה האם יכול לתבוע על כאב וסבל שנגרם לו?

ב' ניזוק ישיר וג' ניזוק עקיף.

ניזוק ישיר

כאב וסבל: עד אמצע שנות ה80 לא היה פיצוי בגין נזק בלתי ממוני טהור [ הלכת נדיר נ' כהנוביץ]

ואז הגיע **פס"ד גורדון** שקבע שיש להטיל אחריות לא רק על פגיעה בגוף אלא גם על כאל וסבל.

פגיעה באוטונומיה : נזק מיוחד, בשנים האחרונות פסיקה בעולם התחילה להפנות לפסיקה בישראל על אוטונומיה.

**פס"ד דעקה נ' ביה"ח כרמלה חיפה :** "הסכמה מדעת", באמצע ניתוח לרגל הייתה צריכה ניתוח בכתף, לא קיבלו את ההסכמה שלה הניתוח לא היה רשלני אך נותרה עם אחוזי נכות.

קש"ס בין הפרת חובת הגילוי של הרופא לבין הנזק הגופני; 2 שלבים למבחן –

1. מה היה קורה אם הרופאים גילו למטופלת את המידע באופן תקין, האם החולה הסביר היה מסכים? כן, אין קש"ס; לא, יתכן קש"ס.
2. אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת האם הנזק היה קורה? כן, אין קש"ס; לא, יש קש"ס.

**ההליך הרפואי לא היה רשלני אלא הרופאים הפרו את חובת הגילוי שלהם לכן יש כאן פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי.**

**בייניש -**  מראה את הקושי בהכרה באוטונומיה כראש נזק עצמאי , היא אומרת אולי דעקה יכלה להתייעץ עם רופא אחר וניתן לאפשר לה פיצוי עבור נזק גופני לפי [סיכוי הסירוב לטיפול \* נזק תוצאתי]

**ביקורת + מענה –**

* אי וודאות: מה גבולות האוטונומיה? ביהמ"ש יתמודד עם זה במקום לברוח.
* עוולת פר סה: אין צורך בהוכחת נזק, למשל הטרדה מינית ניתן לתבוע על פגיעה באוטונומיה.

**פס"ד וינשטיין נ' ברגמן** : ניתוח לייזר בעין, לא הוכחה רשלנות אלא יש פגם גנטי. הרופא לא הזהיר את המטופל במכלול הסיכונים האפשריים לכן ניתן לתבוע בגין פגיעה באוטונומיה. (חיזוק הלכת דעקה) – פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה למרות שאין רשלנות.

**פס"ד תנובה:** סילקון בחלב עמיד, לא הוכח נזק פיזי אך היות ולא ידעו מה מכניסים לגופם נמנע מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש – לכן יש פגיעה באוטונומיה.

* יש פסיקה מפי השופט עמית שהוא מנסה להפחית פיצוי על פגיעה באוטונומיה וכאב וסבל אך כיום ההלכה היא של דעקה.

ניזוק עקיף –

מי שנגרם לו כאב וסבל (נזק נפשי) בגלל נזק פיזי שנגרם למישהו אחר. ייתכן שמישהו יהיה ניזוק ישיר ועקיף בו זמנית.

**פס"ד אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן :**  שתי תביעות של קרובי משפחה שצפו בקרוביהם גוססים אחרי ת"ד. תביעה 1 – הורים שבנם נפגע בתאונה; תביעה 2 – אישה שאמה נפצעה בת"ד ולאחר מס' ימים נפטרה. **קושי**: כל מי שנמצא בקרבת האירוע יטען לפגיעה? קושי ראייתי – פתח לרמאים, הצפת ביהמ"ש.

איך נכיר בנזק של הניזוקים העקיפים?

1. **קרבה משפחתית מדרגה ראשונה:** נטיל אחריות רק אם אנשים יכולים לצפות את הנזק שלהם, אם הוכחה מערכת יחסים חזקה גם אם לא בן ובן זוג אפשר להטיל אחריות. פס"ד מאפשר גמישות
2. **התרשמות חושית ישירה מהאירוע המזיק ותוצאותיו**: ראיתי ושמעתי את התאונה בעצמי.
3. **קרבה בזמן ובמקום:** צריך להראות שבעקבות התאונה נגרם נזק נפשי, נזכור שאנחנו תחת מטרייה של רשלנות, רעיון הקרבה והזמן נותנים אינדיקציה ל-קש"ס. כשיש הלם וזעזוע קל לזהות קש"ס.(לא התקיים בעניין אלסוחה).
4. **נזק נפשי משמעותי -**  הכי קשה לביהמ"ש להתגמש בו.

* **ההבדל בין תנאי 2 ל3 :** התרשמות ישירה רואה בעיניו . קרבה בזמן ובמקום גם מי שלא מצוי באירוע אבל עומד על האסון בחושים שלו מקיים את הדרישה.

**פס"ד שוויקי נ' מדינת ישראל:** (מגמיש כלל 3 כי נזק פיזי כתוצאה מנזק נפשי לא נגרם מההלם הראשוני) הורים תובעים שילדיהם נפגעו מירי מוטעה של צה"ל, **נקבע** שאם **מוכח קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי אפשר לקבל את התביעה** אך בעניין הזה לא הוכח וגם הנזק הנפשי לא היה משמעותי(לא התקיים תנאי 4), לא הייתה התרשלות אך המשטרה הסכימה לפצות. האב טען שחלה במחלת לב כתוצאה מהנזק הנפשי שנגרם לו על בנו, ריבלין אומר שיש אפשרות להכיר בפגיעה כזו : נזק נפשי שנובע מנפשי. מחילים את כללי אלסוחה בשינויים המחייבים. בפס"ד זה זמן וקרבה משחקים תפקיד מרכזי. אם מוכיחים קש"ס נקל בתנאי של קרבה וזמן . לא הצליחו להוכיח קש"ס כי האבא מעשן ויש לו רקע משפחתי במחלות לב.

**גם לרחמים יש גבולות!** אם מאפשרים לאחד אנחנו פותחים דלת בפני רבים!

**פס"ד לבנה נ' שערי צדק(חריג לכלל 4):**  לא אמרו לאישה הרה להסתובב גג שעתיים ולהישאר בקרבת המקום, העובר מת. ישנו מצב אבסורדי אם הילד נולד עם מום היו מקבלים פיצוי, במקרה הזה יש אי וודאות עובדתית יתכן שהעובר מת אחרי חצי שעה ולא ידעו. **במחוזי**  הכירו באם כניזוק ישיר האבא לא חל עליו כלל 4. **בעליון**  - חיות במיעוט להכיר בשניהם כניזוקים ישירים; ריבלין רוב – זה יצור טשטוש בין ישיר לעקיף ניתן להכיר בשניהם כעקיפים דרך הגמשת הכלל הרביעי, **ריבלין קובע שהלכת אלסוחה יכולה להכיל גם מקרי גבול במקרים קשים, וניתן להגמיש במקרים הקשים את הכלל הרביעי הנוגע לנזק נפשי חמור**. פעם ראשונה בה ביהמ"ש מגמיש את כלל 4 בנסיבות מחמירות.

\* ניזוק ישיר יכול לתבוע על גופני ונפשי\*

1. **מחדל טהור**

קשה יותר לביהמ"ש להטיל אחריות בגין מחדלים.

**מחדל טהור –** לא מנע נזק שהתממש מסיכון שהוא לא יצר.(לא קפצתי להציל אדם שטבע)

**מחדל לא טהור –** לא עשיתי משהו אבל אני יצרתי את הסיכון.( אי בלימה של רכב).

יש פגיעה בחירות – כי מטילים חובת "עשה"

**פס"ד קיטי –** אדם תקף אישה במגרש חניה ולאחר מכן רצח אות, אנשים לא עשו כלום- כולם חשבו שאחרים יעזרו (בייסטנדר).

**חוק לא תעמוד על דם רעך – מקרים בהם ישנה חובה להושיע, החוק נועד לתמרץ אנשים לעזור- לא להתריע אותם מכך!**

**ס' 1 –** סכנה מיידית, יכול להגיש עזרה, לא מסכן את עצמו. ( הודעה לרשויות נחשבת כהושטת עזרה).

**ס' 2 וס' 5 לחוק עשיית עושר –** מספקים תמריץ , אפשר לתבוע בכדי לכסות על הוצאות שהיו כרוכות בהצלה. (אומנם אין ציפייה לפיצוי על יום עבודה אבל זה נועד לתמרץ).

**טיעונים נגד החוק:** התערבות מוגזמת בחירות, הרתעה ביתר (חובת עשיה יכולה להביא לנזקים למי שאנו מצילים.

**התמודדות עם הטיעונים:**  החוק תקף במקרה של סכנה חמורה ומיידית, לא כרוכה בסיכון, מחזירים הוצאות על הצלה. הרשלנות במצב של מחדל טהור מצומצמת למס' תנאים קשיחים :

**פס"ד ולעס נ' אגד:** בריונים תקפו אדם בתחנה מרכזית, אגד נתבעה על כך שלא הציבה שומרים בתחנה.  **מחוזי**  לא ניתן להוכיח צפיות טכנית(יכל).  **עליון**  זה פחות צפוי אבל קיימת צפיות במובן הטכני, הייתה צריכה ויכולה לצפות תקיפה, היא התרשלה כי קיימים יחסים מיוחדים בין הניזוק לאגד.  **חובת זהירות יכולה לקום במקרים של מחדל טהור כאשר קיימים יחסים מיוחדים גם אם הם לא יצרו את הסיכון.**

* במבחן – **כשמדובר במחדל טהור נבדוק את חוק לא תעמוד על דם רעך, ונחשוב על יחסי מיוחדים. אם יש יחסים מיוחדים תוטל אחריות; אם אין לא תוטל אחריות.**

1. **חיים והולדה בעוולה**

**הסוגיה:**

רופא **התרשל לגלות מום מולד**, ונולד ילד שיש לו מום. ההתרשלות היא שהביאה לכך **שהילד בעל המום נולד (ולא הופל).**להבדיל ממצב שבו **ההתרשלות בלידה גורמת למום** בתינוק שנולד.

**"חיים בעוולה"**= תביעה של הילד עצמו (מעלה קושי משפטי לצד מוסרי "טוב מותי מחיי").

**"הולדה בעוולה"**= תביעה של ההורים.

**2 עילות:**

1. הילד אומר שהוא נולד עם מום וטוען שלא היה צריך להיוולד. "חיים בעוולה"
2. ההורים אומרים הולדנו ילד שלא היינו צריכים להוליד. "הולדה בעוולה"

**פס"ד זייצוב נ' כץ (לא ההלכה) :**  הורים מגיעים ליעוץ גנטי ונאמר להם שהעובר תקין, נולד ילד עם מום. **גולדברג**  אין להכיר בזכות התביעה של הילד  **בן פורת** נזק זה חיים עם מוגבלות- נחשב חיים עם לאי חיים. **ברק ולוין**  האינטרס זה חיים ללא מום – נחשב לפי חיים עם מום לבלי מום(צדק מתקן). לראשונה הכירו בחיים בעוולה. להורים קמה זכות תביעה אך לילד ? יש כאן היבט מצפוני האם נעדיף אי חיים על חיים עם מום?

**ביקורות :** (1) אנשים עם מוגבלות הרגישו שחייהם אינם ראויים. (2) קושי בכימות הנזק (3) האם לאדם זכות לא להיוולד?

**פס"ד המר** – מבטלים את הלכת זייצוב – אין זכות תביעה לילד בגין חיים בעוולה, יש זכות תביעה להורים על הולדה בעוולה. (ההלכה כיום).

**תנאים להכרה בעילת הרשלנות בגין הולדה בעוולה :**

1. קיימת התרשלות, הופרה חובת הזהירות וקרה נזק(יסודות הרשלנות).
2. קש"ס נזק (תנאי מרכזי) – **א**. בהינתן פגם גנטי בעובר, אילו ההורים היו מבקשים להפיל הועדה הייתה מאשרת(מיטל- דרישה פטרנליסטית – אין זכות לאישה להפיל בצורה פיראטית) **ב**. ההורים היו ממשים את זכותם בהפלה אחרי אישור וועדה (קושי בגלל רקע דתיים, יכול לשמש גם כקלף נגדם) **ריבלין**  מציע פתרון – די בכך שההורים יכולים להוכיח שאילו היו מבקשים ואישרו להם היו מפילים – הוכחת תנאי ראשון מקים חזקה הניתנת לסתירה לגבי התקיימות התנאי השני.

**תרופות אפשרויות להורים (יכולים להיות מצטברים) :**

* הוצאות רפואיות **– ניתן לקבל זיכוי רק על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעלי מוגבלויות** – ריבלין מסביר שילד הוא לא נזק, יש בזה תועלת השאת רווחה! תועלת הילד ~ הוצאות גידול. אז מסה"כ הוצאות ילד עם מוגבלות פחות סה"כ הוצאות ילד בלי מוגבלות (מקזז את העניין שהילד הוא תועלת).
* נער שמלאו לו 18, אם יכול לעבוד נקזז את הפיצויים, אם לא נצטרך לדאוג לו גם אחרי גיל 18. נתייחס לנסיבות העניין, אם לא יכול לעבוד- פצה בין על ההפרש בין יכולתו של ילד עצמאי לעבוד לחוסר יכולתו של בעל המוגבלות לעבוד.
* הנחיות להורים לגבי הפיצוי – כדי שהורים לא יבזבזו את הכסף באופן שלא יהיה ראוי לגדל בו את הילד. נוכל לתת להורים פיצוי במצטבר על כאב וסבל + על פגיעה באוטונומיה.
* בפס"ד זייצוב מרחיבים את גבולות הרשלנות ובהמר מצמצמים.

**מה לגבי "הריון בעוולה"?**

**הורים שאינם רוצים ילדים, גם לא בריאים, אולם בשל רשלנות רפואית האם נכנסת להריון. (**אוביטר בפסק הדין המר). בסופו של דבר הייתה רשלנות. היה צריך להיות עיקור אבל העיקור כשל. ההורה חשב שהוא לא יכול להביא יותר ילדים, אבל פתאום יש עוד ילד. **אם טענה כזו תיטען, אפשר אולי לתבוע על הוצאות הגידול העודפות של הילד הנוסף**

**פס"ד פלוני נ' מלאך ( לא הכירו בהולדה בעוולה) :** זוג חרדי, הרופא הציע מי שפיר האם מסרבת, הילד נולד עם תסמונת דאון ומום בלב. שתי טענות (1) לא הוצעו להם בדיקות פחות פולשניות אחרות(אמרה בפה מלא שלא מוכנה להפיל) (2) הרופא לא שיתף את האב בבדיקות שעל האם לבצע! ביהמ"ש אומר הוא לא היה מעורב מלכתחילה בניגוד לפס"ד לבנה. נטל גדול מאוד אם כל רופא יצטרך להתקשר לאב לספר לו. התביעה נדחתה – הרופא לא חייב להודיע לאב שלא הביע עניין בשום שלב, לא התקיים קש"ס. לא נפסק כאן פגיעה באוטונומיה שכן לא נמנע מהאם מידע ייתכן ויש התרשלות כלפי האב אך לא הוכח שיש קשר בין אי מסירת מידע לאב לנזק שנגרם. אנחנו נפגע באוטונומיה שלה אם נקבל את הטענה שלה אחרי הנזק כי הרי היא ידעה את המידע לפני! צריך לכבד את האוטונומיה לפני ואחרי לכן לא נקבל את טענתה אחרי כי מכבדים אותה.

**רשלנות כעוולת מסגרת**

כולנו יוצרי סיכונים וכאשר מתממש נזק לעיתים קרובות, עשויה לעלות טענה שהסיכון לא היה סביר.

יתכן שעוולת הרשלנות תהיה גם רלוונטית במקביל לעוולה פרטיקולרית.

מה הכלל שעוולת הרשלנות חלה במקביל לעוולה ספציפית יותר?

**פס"ד בזק\ברזני** – קבע כלל אצבע מתי לא תחול עוולת הרשלנות , הוראת חוק ספציפית תהא על העליונה.

**פס"ד גורדון** – אי אפשר להניח קיומו של הסדר שלילי, הדוחק את כוללת הרשלנות, רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית

אם יש עוולה פרטיקולרית לא אומר שרשלנות נדחית אוטומטית אלא אם דרך הפרשנות שפרטיקולרית תדחה מעליה כללית.

עם השנים, הרשלנות "בלעה לתוכה" עוולות ספציפיות כך שהפכה עוולת מסגרת גדולה יותר מהח"ח.

**רשלנות ורשות מנהלית**

ניתן להטיל אחריות ברשלנות.

בעניין גורדון (קנסות) אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של **התרשלות רשות מנהלית**.

בעניין שוויקי (ירי מוטעה של צה"ל) דובר על התרשלות המדינה (אף שהוחלט לא להטיל אחריות בנסיבות הספציפיות).

פס"ד שבו עוולה פרטיקולרית דחתה את עוולת הרשלנות-

**פס"ד פלוני נ' פלוני:** תביעה על נכות נפשית בגלל בגידה של הנתבעת בתובע, בעניין גורדון נדרשה כוונת זדון בעוולת נגיסה. בעניין פלוני דובר על הפרת חוזה – נישואין אינם נחשבים לחוזה!

**מה ההבדל בין גורדון ששם הלכו לרשלנות שנגיסה לא התקבלה לפס"ד פלוני?**

1. אנחנו לא רוצים לפתוח את הדלת האחורית לעוולת הרשלנות כשהדלת הקדמית נסגרה בפנינו לגרם הפרת חוזה.
2. לא רוצים להיכנס למיטות של אנשים.
3. הצפת בתי משפט

**כלל - "המוציא מחברו עליו הראיה"**

על התובע להראות שכף המאזניים נוטה אליו. אם המאזניים מאוזנות הוא מפסיד.

התובע צריך לשכנע בטענה שלו במידה שגבוהה מ50% זהו כלל **מאזן ההסתברויות.**

עלויות הליך משפטי, צריך לראות את סיכויי הניצחון, אם יש מידע לשני הצדדים שאני הולכת לנצח או לא. קשה לזהות את מאזן הכוחות בין הצדדים, לעיתים נעמוד מול תאגיד גדול ועדיף להתפשר אחרת תהיה סחבת גדולה מאוד. לפעמים דברים לא יקרו בגלל פערי כוחות! החיים חזקים מאיתנו. (מקרים ברורים לא יגיעו לביהמ"ש).

**מתי נטל ההוכחה יהיה על הנתבע?**

* **סעיף 38-41 לפקנ"ז** – התובע מראה שהנסיבות מתלבשות על היסודות בסעיפים אלה ← נטל ההוכחה על הנתבע שלא התרשל ובמקרים מסוימים שאין קש"ס.

נטל השכנוע הוא כלפי כל יסודות העוולה!

* **סעיף 41 "כשהדבר מעיד על עצמו" :**

1. היעדר ידיעה של התובע.

**פס"ד פלוני נ' פלוני :** הניזוק היה פועל באתר בנייה שנפל מגובה אל מותו. לא ברור איך נפל. העיזבון תובע את המעסיק ברשלנות**. המחוזי** חייב באופן חלקי את המעסיק למרות העמימות. **העליון** ס' 41 צריך להוכיח את אי הידיעה של התובע הקונקרטינקבע **לא רק הניזוק אלא גם העיזבון יכול לטעון מכוח סעיף 41 ,בגלל שאי הידיעה יכולה להתפרש כי היא חלה גם עליהם.**

**הם לא ניסו לברר למה נפל**- התביעה נדחתה, צריך לברר גם אם עיזבון תובע.

1. הנכס נמצא בשליטת הנתבע

**פס"ד רז נ' בי"ח אלישע** :תינוקת נדבקה בחיידק אי קולי לאחר לידתה בביה"ח. החיידק נמצא בסביבה שביה"ח שולט עליו. הרשלנות הייתה שאפשרו לחיידק להסתובב בביה"ח. התנאי 1 מתקיים, כי האם והבת לא יכולות לדעת את התנאים ההגייניים של בתי החולים. תנאי 2 – ביה"ח סבר שהוא לא שולט על החיידק אלא על ביה"ח אך לא התקבלה הטענה כי החיידק הוא בשטח ביה"ח שכן בשליטתו! **שמגר -** תנאי 3 מתקיים.

**נראה מקרה אבסורדי שבעצם ס'41 וס' 35 די דומים.**

השליטה לא חייבת להיות בלעדית.

1. הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה- סבירות הסתברותית

**הביקורת על התנאי השלישי:**

האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר?

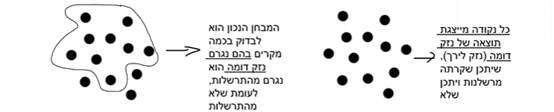
הרי אם התובע יכול להוכיח זאת, היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת סעיף35!

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

הבעיה הזאת היא בהחלט בעיה שבית המשפט צריך היה לפרש את הסעיף בצורה שהיא יוצרת הגיון לגבי התנאי השלישי. סעיף 41 מקל על התובע יותר מאשר 35 שמאפשר להפוך את נטל הראייה ברגע שלתובע אין את הידע שדרוש ממנו כדי לעמוד בתביעה שלו. אז בית המשפט מפרש את תנאי 3 באופן שבו התובע לצורך 41 יכול להשתמש בראיות כלליות או ראיות סטטיסטיות ולא בראיות קונקרטיות לגבי העובדות עצמן[80% דן ו 20% אגד].

**פס"ד שטרנברג נ' צ'צ'יק (שימוש בראיות כלכליות):** ניתוח להחלפת ירך ואז הייתה לה פריקת של המפרק המלאכותי – סובלת מנכות. משתמשת בס' 41 כי הייתה מורדמת. **מחוזי** לא הצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס.  **עליון**  התובעת הייתה מורדמת ולמנתח יש שליטה. תנאי 3? **ריבלין**  מחסור בראיות כי עד סירב להעיד ולא היו רשומות רפואיות. **שמגר-** ברגע שמתקיימים תנאיו של ס' 41 ויש אי וודאות שנוצרת ממחסור עובדות שלא נגרם מהתובע אלא מהנתבע, נעדיף להטיל את האחריות על כתפיו של הנתבע ולא על התובע. במצב של אי וודאות עובדתית נטיל את אחריות עלויות הטעות השיפוטית על הנתבע בהתקיים נסיבות 41.

אי אפשר למדוד התרשלות רק מהתוצאה בלבד, כל ניתוח כרוך בסיכון מסוים כי יכול להיות שאין או יש התרשלות וייקרה נזק. אז אי אפשר להניח שהייתה התרשלות רק בגלל הנזק.



נזכור! שמבחינה סטטיסטית צריך לבחון נזק שנגרם בגלל רשלנות הרופא אל מול נזק שלא נגרם מנזק הרופא ואז סביר יותר להניח שהנזק נגרם מהתרשלות הרופא. אבל זה לא מה שטענה התובעת. אך, התביעה בסוף כן התקבלה לפי סעיף 41 איך זה קרה? התובעת טענה את הטענה שלה לפי הציור מצד ימין***.* בגלל צירוף מקרים ספציפי שחשוב לזכור- למרות הרעיון של ראיות כלליות נצדיק את החלת ס' 41**

**ריבלין** : 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 (תנאי 2 להלן)
2. לא היה רישום רפואי.

* כלומר ששני הדברים האלה מתקיימים שגם מתקבלת תוצאה נדירה וגם אין רישום רפואי נוכל לומר שהתנאי השלישי מתקיים ונוכל להפוך את נטל השכנוע לכתפי הנתבע. גם כאשר הראיות הסטטיסטיות לא מתקיימות כמו שאמורות להתקיים!
* מרגע שהוכח תנאי 3 – החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקש"ס בין התנהגות הנתבע לנזק שקרה לו. הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו.

**בס' 41 אני מוכיחה את תנאי הסעיף המצטברים- ואז לא צריכה להוכיח התרשלות וקש"ס. הנטל מתהפך לכתפי הנתבע. להבדיל מס' 38 שם נוצרת חזקה רק לגבי ההתרשלות ואני עדיין צריכה להוכיח קש"ס.**

* **לחילופין , דוקטרינת הנזק הראייתי ס' 35 (לגבי התרשלות וסיבתיות) –**

**ריבלין בעניין צ'צ'יק** מסביר שניתן להגיע לאותה מסקנה גם דרך דוק' הנזק הראייתי**,** אם הנתבע הסתיר ראיות שיכולות לסייע לתובע להוכיח את תביעתו אז נעביר את נטל ההוכחה לנתבע.

הדוק' התפתחה מהספרות התיאורטית (אריאל פורת) – כאשר התובע לא יכול להוכיח את תביעתו ב- נזיקין בגלל שהנתבע בכוונה או ברשלנות בלבד, מנע מבחינה ראייתית. בעיקר במצבים רפואיים כי יש **פערי מידע**. ישנה חזקה שהנתבע התרשל אלא אם כן יוכיח אחרת.

* **אם משתמשים בסעיף 41- הוא מקים 2 חזקות** ←מעביר את הנטל לגבי ההתרשלות וגם לגבי קשר סיבתי. במקרה כזה **הנתבע יצטרך להפריך לפחות אחת משתי החזקות**. אם הוא יוכיח שלא מתקיים קש"ס אז כל הסעיף נופל. כדי להוכיח רשלנות צריך שכל היסודות יתקיימו.
* **לגבי דוקטרינת הנזק הראייתי(מקלה)-** מה שצריך להוכיח זה שהנתבע הסתיר מידע בכוונה או ברשלנות.
* **סעיף 38 לפקנ"ז – חובת ראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים – רק לגבי התרשלות**
  1. דבר מסוכן (מסוכן+ שימוש רגיל).

**פס"ד נאצר נ' מדינת ישראל: דבר שמשתמשים בו שימוש לא רגיל**  נסתכל על הייעוד של ה"דבר המסוכן". אדם נפגע מירי של צה"ל והעיזבון טוען להתרשלות. **ריבלין** שימוש באופן רגיל בנשק, להגנה עצמית, לא יכול להיחשב כדבר מסוכן. הוא יכול להיחשב כמסוכן כאשר השימוש הוא אינו רגיל. **לגבי דבר מסוכן יש להראות מה טבעו של הדבר (מסוכן או לא) וגם צריך לראות האם נעשה בו שימוש לא רגיל. רק אם הדבר מסוכן מטבעו ונעשה בו שימוש לא רגיל נוכל להפוך את נטל הראייה.**

* 1. דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו

**פס"ד Rylands** אדם העסיק קבלנים לבניית מאגר של מים ותוך כדי עבודה הם מגלים קיר מלא בפסולת, נגרמה הצפה ונזק לשכנים. ההלכה שנקבעה היא שמי שמביא על אדמתו או שומר על אדמתו **משהו שעשוי לגרום לנזק בהימלטו**, כמו **מים** לענייננו, יימצא אחראי אם הוא לא נשמר ונגרם נזק. זה **כלל של אחריות חמורה**. במשפט האנגלי יש חזקה של אחריות חמורה. תוטל אחריות על הנזק ולא רק התרשלות.

- **בישראל זה לא כך**. מדובר על **משטר של אחריות ברשלנות**. יש היפוך נטל השכנוע. בישראל לא תחול ישר אחריות חמורה, הנתבע יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל (נהג בזהירות סבירה) או לחילופין לא יכול היה למנוע את הנזק (נוסחת לרנד הנד).

**פס"ד מפ"י נ' משק אשכנזי:**  מי השקיה זרמו מהחלקה של הנתבע לחלקה של התובע וגרמו לנזקים. בישראל אין אחריות חמורה בנסיבות מהסוג הזה אלא רק היפוך נטל ההוכחה. דרך ס' 38 יותר קל כי זה רק לגבי התרשלות ס'41 גם קש"ס.

* 1. קש"ס -רק בס' 41 **נוכל להפוך את נטל ההוכחה לנתבע**

גם אם החומרים אכן מסוכנים לא מסייע לתובעים כי ס' 38 הוא רק הפיכת נטל להתרשלות ולא לקש"ס.

**פס"ד עצמון:** תביעה של חולי סרטון שחלו מהזיהום בנחל קישון , אין קש"ס- תנאי הכרחי בס' 38 הוא שיוכח שהנזק נגרם ע"י הדבר המסוכן. בס' 41 לא צריך לבדוק קש"ס

ובס' אחרים כן נצטרך. (נטל השכנוע הוא כשיש "תיקו ראייתי").

* **סעיף 39 לפקנ"ז – חובת הראיה ברשלנות לגבי אש (התנאים חלופיים)** :

1. הנתבע עצמו הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה.
2. הנתבע הוא מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש.

**פס"ד נביל כליל כורי נ' יצחק קסש:** אדם עבד בבית מלאכה והתלקח כתוצאה מפחית טרפנין, האש לא יצאה מהמקרקעין נשארה בתוכה. במקרה הזה די בס' 35 הנתבע התרשל לא נהג בצעדים סבירים בניהול העבודה. **נוכל להפוך את נטל ההוכחה רק אם האש יצאה מהמקרקעין למקרקעין אחר, החזקה מתהפכת רק לעניין ההתרשלות.**

1. הנתבע בעל מיטלטלין שמהם יצאה האש.

**פס"ד גנור נ' מדינת ישראל:** אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת. "שמהם יצאה האש" מדובר על מיטלטלין בלבד.

* **כשמדובר במקרקעין** כדי להפעיל את חזקת ההתרשלות צריך להוכיח שהאש יצאה מהמקרקעין. צריך להוכיח שהאש יצאה משטח הנגרייה לשטח אחר.
* **כשמדובר במיטלטלין** צריך להראות שהאש יצאה מהמיטלטלין ולא צריך להראות שהאש גם יצאה מהמקרקעין שבו נמצא המיטלטלין. לא צריך להוכיח שהאש יצאה מהמשרד שבו הסוללה הייתה נמצאת. מספיק להראות שהאש יצאה מסוללת הטלפון.
* אין פה אי וודאות עובדתית או פערי מידע כמו שעולה מסעיף 41. יש מצב יותר פשוט. עדיין **צריך להוכיח קש"ס**. **החזקה היא רק על התרשלות**. אבל הנושא של סיבתיות יהיה פחות מאתגר מאשר ס' 41.
* **ס' 40 לפקנ"ז – חובת ראיה ברשלנות לגבי חיה :**

במשפט המקובל יש אחריות חמורה לגבי נזקים שנגרמו כתוצאה מבע"ח.

בישראל הסדר מרוכך, ויש רק העברת נטל שכנוע כאשר הנזק ע"י חיית בר. אם החייה היא חיית בית עולה השאלה האם היא מועדת או לא התובע צריך לעמוד בנטל להוכיח שחיית הבית הייתה מועדת, כדי לבקש להעביר את נטל ההוכחה לנתבע.

* **סעיף 41א-ג לפקנ"ז – נזקים שנגרמו ע"י כלב :**

הסדר של אחריות מוחלטת על בעל הכלב! **ס'41 א** הוא לא סעיף של הפיכת נטל ההוכחה אלא אחריות מוחלטת אם כלב תוקף! הבעלים אחראים באופן מוחלט על הנזק שנגרם כתוצאה מתקיפת הכלב.

אמרנו באחריות מוחלטת אין להעלות אשם תורם אלא במקרים מיוחדים – **ס'41 ב'**

1. התגרות של הניזוק בכלב;
2. תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו;
3. הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים".

**ס'41ג** אומר - העובדה שלא תחול אחריות מוחלטת על בעל הכלב, לא מונעת מהניזוק לפנות לחיקוקים אחרים ולהגיש תביעה.

****

* צריך לבחון חובת זהירות (מיטל – ככל הנראה תחוב חובת זהירות לגבי דברים מסוכנים ואפילו לגבי אש וחיות) + קש"ס למעט ס' 41.

**אשם תורם**

ס' 68 לפקנ"ז. ברגע שנקבעת אחריות בנזיקין של הנתבע, יכולה לעלות טענת אשם מצג הנתבע- טענת הגנה. בהתנהגות התובע יש אשם 🡨 יופחת שיעור הפיצויים שמגיע לתובע, לניזוק בשיעור שנמצא אשמו.

אם הא. תורם עד 50 אחוז יופחת בשיעור האשם אם מעל 50 אחוז ממילא התביעה תידחה. [ לא הגישה שהתקבלה]**נכון להיום,**  נתייחס לדוק' במעוולים יחד כלומר שהניזוק והמזיק הם מעוולים יחד ביחס לנזק, התפיסה השולטת היום שא. תורם לא מוגבל עד 50% ויכול להיות גם גבוה מכך. א. תורם לא גורם להכשלת התביעה אלא להפחתת הפיצוי. במצבים חריגים כאשר הא. תורם חמור – הנתבע יצטרך להוכיח שצריך לנתק את הקש"ס.

**שלבים:**

1. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה.
2. הנתבע מעלה טענת אשם תורם (טענת הגנה), ובימ"ש קובע אם אכן יש אשם תורם.
3. אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים.

**המבחן של "מידת האשמה".** ביהמ"ש עושה כמו משקולות. משווה ומעריך בין מעשי הרשלנות של הניזוק והמזיק, מבחינת האשמה, ואז הוא יחליט כמה אשם תורם לייחס לניזוק עצמו.

**הצדקות של אשם תורם**

* **צדק מתקן**: נטיל פיצוי מופחת כי הפגיעה היא פחותה.
* **הרתעה** : לא רוצים שכאשר ניזוקים נקלעים לסיכון שיוצר כלפיהם מזיק, אם ידעו שמישהו מתרשל כלפיהם הוא תמיד ישלם, הם יהיו קצת פחות זהירים. **מורל הזארד- סיכון מוסרי -אם מישהו מרשה לעצמו להתנהג איך שהוא רוצה כאשר הוא נקלע לסיכון שאחר יוצר כלפיו, הוא נמצא במצב של הרתעה בחסר**-נוצרת התופעה השלילית של סיכון מוסרי. מפרספקטיבה של המזיק נוצרת הרתעה ביתר – אהסס יותר אם אדע שכל נזק שיתממש אהיה אחראי לו.

**המטרה של א. תורם זה ליצור איזון!**

נבדוק את התנהגות הניזוק לפי האדם הסביר – סבירות ההתנהגות.

**הסתייגות בפס"ד דפרון:** רמת הזהירות הנדרשת מאדם כלפי עצמו נמוכה יותר מאשר רמת הזהירות הנדרשת מאדם כלפי אחרים (כלפי זולתו). מבחינת יעילות כלכלית לא ניתן להצדיק את זה כי כשנגרם נזק לא משנה ע"י מי זה מפחית מהעוגה המצרפית.

עובד במפעל שבמשמרת שתה מבקבוק אלכוהול, לבסוף הלך לביה"ח כי לא הרגיש טוב ונפטר. מסתבר ששתה חומר לדילול צבע. החברה הרה חובה חקוקה + התרשלה. נקבע שיש א. תורם כי שתה אלכוהול במשמרת וזה לא סביר! נקבע בשיעור 25% כי יש יחסים מיוחדים (עובד- מעביד) יש **פערי כוחות** . ביהמ"ש נדרש לעשות איזון.

**פס"ד מדינת ישראל נ' אייגר:** הילד הוזהר מהטיל אך עדיין פתח לראות, הופרה חובה חקוקה, איך לקבוע א. תורם של הילד?

3 אפשרויות לבחינת סבירות הפעולה של ילד במסגרת אשם תורם:

1. סטנדרט האדם הסביר, הממוצע.
2. סטנדרט סובייקטיבי לילד עצמו- ע"פ מידת היכולות שלו, מידת המשכל שלו, ההבנה שלו וכו'.
3. ע"פ מבחן אמצע שבוחן את הילד הממוצע הסביר, **בן גילו של הילד הניזוק** באותו עניין- **זה המבחן המקובל בישראל**.

כאשר נבחנת סבירות מעשי הילד כדי לבחון האם ניתן להטיל עליו אשם תורם, **המבחן יהיה מבחן הילד הממוצע הסביר באותו גיל.**

**גולדברג**  משאיר בצריך עיון בחינה סובייקטיבית אחרת לילדים, מיטל טוענת שזה טוב כי לילדים יש נטייה טבעית להסתכן

* הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות

**פס"ד קסברי נ' רוזן:** מונית מתנגשת ברכב של נהגת שיוצאת ברברס מחניה. נקבע שיש לנהג א. תורם של 30 אחוז, הנתבעת מבקשת שחוץ מזה שהיא תשלם 70% הנהג חב לה תשלום של 30%. **עמית**  באופן עקרוני לא ניתן להפוך אשם תורם לאשם יוצר אחריות, אבל במצבים מסוימים כן נאפשר את זה – זה תלוי נסיבות. **מפסק הדין לא ברור באיזה נסיבות מדובר שכן נאפשר לעשות זאת**. (דוגמא לכך, רכב עני\עשיר)

אשם יוצר אחריות= אדם מתרשל, הוא אשם מבחינה נזיקית ויצטרך לפצות. אשם תורם היא לא טענה שניתן לבקש בגינה פיצויים, אלא זוהי טענת הגנה לאחר שכבר נטען נגד המזיק שהוא התרשל. אשם תורם מבקש הפחתת פיצוי אל מול טענה שיוצרת אחריות.

ביהמ"ש סבור שאם נאפשר לייחס אשם יוצר אחריות למי שהוטל עליו אשם תורם **עלולים ליצור אנומליה בעייתית**.

* זיקה עובדתית בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות

לפעמים התנהגות המזיק עצמה לא רק גורמת לנזק בהתרשלות, אלא גם יוצרת תנאים מסוימים שגורמים לניזוק עצמו להתרשל. ואז נטענת **טענת "הקוזק הנגזל"-** המזיק אומר רגע תפחיתו לי את הפיצוי כי הוא התרשל למרות שהנתבע הוא זה שיצר את התנאים להתרשלות של הניזוק ואף הוביל סיבתית להתרשלות של הניזוק..

**פס"ד אלהווא נ' עיריית ירושלים:** אדם בעל לקויות הולך ברחוב ונופל לבור. **20 א. תורם נקבע לאיש.**  כמה סיבות שהפס" בעייתי : **(1)** נפגע במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים **(2)** שיקול חלוקתי, אם העירייה לא מתקנת את הליקויים בעיה להגיד שאנשים צריכים להיזהר. **(3)** ס' 66 לפקנ"ז - העירייה התרשלה והביאה את הניזוק למצב שהוא בעצמו, אם הוא לא מחפש דרך חלופית, הוא מתרשל. "הרימה לו להנחתה"(דרך להכיר את הס' לא השתמשו בו בפס"ד)- סיפא 66 – **לא יתנו פיצוי הגבוה מ-100% לניזוק גם אם המזיק גרם לו לאשמו התורם**, אם התרשלותו של התובע נגרמה בגלל התנהגות הנתבע(העירייה) במקום 20 ל 10 % וכך נגדיל את הפיצוי .

ס' 65 אם הניזוק הוביל את המזיק להתרשלות(סיבתיות לא אשם).

פסק הדין לא הלך בדרך המלך ולא דובר על ס' 66, אך מיטל רצתה שנכיר את הסעיף ואת האפשרות להשתמש בו

* אשם תורם כאשר התנהגות המזיק מכוונת

האם ניתן לייחס אשם תורם לניזוק במצבים בהם למזיק מוטלת אחריות מכוח עוולה שדורשת כוונה, ולא רק התרשלות?

**פס"ד אפל :** פרויקט משרד שיכון, דירה חלופית או סבסוד הלוואה. **בפועל אפל השתמש במנגנון של הלוואות מסובסדות כדי להוציא כסף מהמדינה במרמה והוא שלשל לכיסו המון כספים (עשרות מיליונים) עד שנתפס**. לא היה ספק שאפל חייב אחריות בנזיקין לפי עוולת התרמית, ס' 56 לפקנ"ז. **עליון** האם ניתן להטיל א. תורם בעוולת כוונה? באופן עקרוני, מזיק יכול לטעון טענת הגנה של אשם תורם, אפילו אם ביצע עוולה מכוונת. אך לא בכל מקרה.

* **השופט מלצר:** **הבחנה בין 3 סוגי מקרים**-

1. **גרימת נזק ללא תוספת רווח** למזיק- אין בעיה להטיל אשם תורם(ס'68), אם יש כזה;
2. **גרימת נזק עם תוספת רווח** (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק)- ניתן להטיל אשם תורם על הנזק אך לא על הרווח (**פס"ד תנובה)**;
3. **מקרים של "העברת עושר"(פס"ד אפל)-** לא ניתן להטיל אשם תורם כי אז "חוטא יצא נשכר". מנגד, **השופט הנדל:** ניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר", אך ביחס לראשי הנזק הנוספים, כך שלא ייגרע מהפיצוי העושר שהועבר (מיטל טוענת שיש הלימה בין השופטים).

* **שורה תחתונה**- באופן עקרוני במצבים של התנהגות מכוונת יכולים להכיר באשם תורם, אבל אם ההתנהגות המכוונת הזאת גרמה לרווח לא נאפשר להפחית פיצוי, אם היא גרמה גם להפסד (בנוסף לרווח) נאפשר להכיר באשם תורם לגבי ההפסד אבל לא על הרווח, אם מדברים על מצבים שבהם ההתנהגות המכוונת המזיקה גרמה אך ורק לנזק, הפסד, אין בעיה להטיל אשם תורם על הניזוק באופן גורף ככל שהנסיבות מאפשרות
* אשם תורם כאשר התנהגות הניזוק מכוונת

התאבדות מהווה אשם תורם?

**פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד:** גלעד אושפז במחלק פסיכיאטרית, התאבד. טענה שה-ביה"ח התרשל. אין א. תורם - **חובת הזהירות נועדה במיוחד למנוע את יכולתו של גלעד לשים קץ לחייו**. כלומר, **ההתרשלות של ביה"ח נובעת בדיוק בגלל הסיבה שגלעד הצליח להתאבד**, בגלל המעשה של גלעד. אם נפטור אותם מהאחריות זה יהיה בניגוד לחובת הזהירות שלהם. נרוקן מתוכן את משמעות המחלקה הפסיכיאטרית. פסק הדין מוצדק.

אפשר לחשוב שאדם שנמצא במשבר גדול/ במצב פסיכוטי - קשה לטעון שיש לו כוונה/ אשמה/ אשמה תורמת/רצון.

**א. תורם באחריות חמורה ואחריות מוחלטת**

במצב של עוולת פר סה- מספיק שיסודותיה יתקיימו בלי אשם – לכן זה מוזר לדבר על א. תורם. אך, בכל זאת, ההסדר מאפשר לתת פיצוי לניזוק לאור שיעור אשמו התורם, בהתאם לקבלת טענת ההגנה הזו.

**במצבים של אחריות מוחלטת**- אחריות מוצרים פגומים, תאונות דרכים, אחריות בהקשר כלבים 🡨 **לא מדברים על אשם תורם, מלבד איים מסוימים שהמחוקק מאפשר להכיר בהגנות.**

**הגנת הקטנת נזק**

**הכלל** : חובה על הניזוק להקטין את הנזק שלו לפני הגשת התביעה.

זה מופיע ב' 14 לחוק החוזים(תרופות), חל גם בנזיקין.

אם יכלת להקטין ולא עשית זאת, נבדוק אם ראוי לפצות אותך.

**הבדל כרונולוגי: הקטנת הנזק –** התנהגות הניזוק אחרי קרות הנזק. **אשם תורם** – התנהגות לפני קרות הנזק.

**מהות הדוק': אשם תורם** – המעוולים יחד. **בהקטנת הנזק** – אם הניזוק יכל להפחית את הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת כולו לגבי הנזק שלא הוקטן.

**"שלבים":**

(א) התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה

(ב) הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק (כטענה נוספת או חלופית לטענת הגנה אחרת כגון אשם תורם);

(ג) בימ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

**דוג' לדרכים להקטנת הנזק:**

1. **טיפול רפואי** (לא לקח תרופה\ לא עבר ניתוח)
2. **מציאת עבודה חלופית** (צייר, אל תתלונן, תמצא עבודה חלופית)
3. **גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי** (תנסה חב' ביטוח לפני המזיק)

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת הקטנת הנזק**

**הגישה המקובלת**- הקטנת הנזק נקבעת על פי אמת מידה אובייקטיבית. **על הניזוק לנקוט להקטנת נזקו, כל אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין.**

הפחתת נזק ע"י טיפול רפואי –

**פס"ד גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח:** מסמור לחיבור עצמות, כאבים מהמסמר ומהתאונה ולא יכל לחזור לעבודה**. מחוזי** צריך להפחית מהנכות כי התעקש לא לעבור ניתוח קל מצד שני נקבע שצריך להוסיף לסכום הפיצויים סכום שיכסה את ההוצאות הרפואיות הסבירות הכרוכות בניתוח להוצאת המסמר מהרגל. **עליון מצדיק את פסיקת המחוזי - לא אפשרי מצד אחד לטעון שלא הקטין נזק ולגרוע מהפיצוי, ומצד שני לא לתת את האמצעים להקטין את הנזק שלו ובאמת לעבור את הניתוח ולהפחית את הנכות שהוא שרוי בה.**

הניזוק צריך להתחשב באינטרס שלו ואינטרס המזיק תוך **איזון** ביניהם. זוהי לא הקרבה, אלא יכולת מינימלית להקטין את הנזק. בקשה סבירה מניזוק סביר להקטין את הנזק. כמו שהיה בהליך גולדפרב- ניתוח קל שהניזוק נמנע מלעשות.

המזיק יצר סיכון כלפי הניזוק. הניזוק נמצא בנעליים שנכפו עליו. במובן הזה **מתייחסים לניזוק ע"פ סטנדרט נמוך יותר.** הם **נקלעי סיכון שהתממש כנגדם**, המזיק שם את הניזוק בנעליים הבעייתיות הללו לכן הסטנדרט צריך להיקבע בהתאם.

אני לא מצפה מהניזוק להקריב את עצמו אבל מינ' תקטין נזק אם אתה יכול.

הפחתת נזק ושיקולי דת\היבט תרבותי –

**פס"ד פלונית נ' עיריית כפר קאסם:** התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא מגודר. סירבה להתאפשר במחלקה פסיכיאטרית. בחוף הזמן ראו שהטיפול עזר לה ואמרו שצריך להפחית לה מהפיצוי כי היא לא הלכה להתאשפז. היות והיא משתייכת למגזר שיש בו סטיגמה חזקה "הכתמת השם". **רובינשטיין** יש להתחשב במאפיינים אל לא בכדי לשלול את חובת הקטנת הנזק  **ברק ארז** מסכימה עם רובינשטיין - סביר להמתין עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. **הציפייה היא שלאחר פרק זמן מסוים שנתנו לה להימנע מהטיפול ולנסות אמצעים אחרים, המשך ההימנעות לא סבירה עוד**. פרק הזמן הזה 18 חודשים. **ברק ארז מנמקת** לשלילה מהירה של חירות- תקופה סבירה לנסות לצמצם את הנזק (לא מתעמתת עם שאלת הרקע**)** לעומת רובינשטיין שהוא מתחשב במאפיינים.

* **כת עדי יהוה** (شهود يهوه) – לא מקבלים מנות דם, עלול לגרום למוות – הפסיקה האמריקאית לא אחידה בנושא אמונה דתית.
* **אין clear cut בנושא.**

**כליאת שווא**

אחריות מוגברת- לא משנה האם מישהו התנהג בצורה סבירה או לא. \*יש היבטים של אשם תורם והגנות נוספות שיכולות להיות רלוונטיות.

**ס'26 לפקנ"ז - יסודות העוולה**

* "שלילת חירותו של אדם".

נעילת סטודנט בכיתה-כליאת שווא. מישהו שהתחזה למשל שוטר וכלא אותי- אטען לכליאת שווא.

* "שלילה מוחלטת".
* "שלא כדין".

אי אפשר לעכב אף אחד ללא סמכות שלא כדין

* "למשך זמן כלשהו".

אין זמן מסוים קבוע, הכוונה לא לזמן קצר מאוד.

* **לא צריך להוכיח נזק ולא צריך להוכיח קש"ס**

נעילה של רקדנית בהיכל התרבות בטעות, תיחשב לרשלנות. מה עדיף לתבוע? רשלנות או כליאת שווא?

**היתרון** בכליאת שווא שאפשר לתבוע על עצם העובדה שכלאו אותך. גם אם לא נגרם נזק. **מקבלים פיצוי נומינאלי**. [פיצוי ללא הוכחת נזק, כמו שנותנים בהטרדה מינית ועוולות אחרות]. -**תובעים על עצם העוולה, על התקיימות היסודות**(יותר קלה להוכחה לא צריך נזק ו-קש"ס לעומת רשלנות[התרשלות, ח"ז, נזק ו-קש"ס).

\*ניתן לתבוע לכליאת שווא **ולחילופין** רשלנות.

**ס'27 – תנאים להגנת נתבע.**

* סעיף 1- כמישהו מבצע את הכליאה ממקום של צו עיכוב/ צו מאסר הוא פטור.
* סעיף 3- אם הכולא ביצע את מעשה הכליאה כדי להגן על התובע עצמו כי התובע לא שפוי בדעתו/ לקוי בשכלו או בגופו והיה עלול לגרום לסיכון לעצמו או לאחרים. אז יש פטור.
* סעיף 5- חיילים כל עוד פעלו כדין.
* סעיף 6- פטור להורה ולמורה מכליאת שווא, **לשלילה ארעית בלבד**. פס"ד אמין יש **שיקולים מיוחדים בין יחסי משפט ליחסי הורה ילד**. גם הורה יכול לנעול את ילדו בחדר וגם מורה יכול לרתק תלמיד **למען ייטב דרכו**. בעוולת התקיפה היה סעיף דומה וכבר אין.

**עוולת התקיפה**

תקיפה באופן כללי\ תקיפה בהקשר רפואי.

**ס'23 לפקנ"ז**

במשפט המקובל: פגיעה פיזית מוגדרת battery, ניסיון או איום להשתמש בכוח מוגדר assault.

במשפט הישראלי: תחת כותרת אחת של תקיפה רואים את שני הסוגים- ניסיון ואיום, וגם שימוש בכוח פיזי.

**יסודות העוולה ("חציה הראשון"- שימוש בכוח)- פגיעה פיזית:**

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

**פס"ד כרמי:** דקר ילד בן 8 שברח ותינוקת מתה ,היה פטור בפלילים לאור אי השפיות. האם ניתן לייחס לו כוונה בעוולת תקיפה? (בחוק דיני ממונות "ביודעין" ולא בכוונה)

1. אין כוונה ולכן ניתן לפטור מאחריות נזיקית כמו בפלילי.
2. ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה) **🡨 השופט רובינשטיין.**

3.הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו **🡨 השופטת ארבל**

**השופט רובינשטיין בחר באפשרות הביניים (2)**, ניתן לחייב את המזיק למרות מחלת הנפש בגלל שהייתה לו שליטה פיזית על הגפיים שלו. **גם אם לא פעל מתוך כוונה ורצון חופשי, די ברצייה, הוא היה מודע לכך. שליטה בגפיים היא משל לידיעה**.

מה שצריך לדעת: היום יש דרישה של כוונה + מה קורה לגבי אדם שחולה בנפשו.

\*כאשר מדובר בחולה נפש (תשוש נפש)- שנמצא במצב פסיכוטי ומבחינה פלילית יכול להיות פטור, בזירה הנזיקית לא יהיה פטור.

\***השופטת ארבל** אומרת שזה לא משנה אם הייתה שליטה. צריך להעדיף את התכלית של פיצוי. צריך להעדיף את האינטרסים של הנתקף ולא של התוקף. לא משנה אם הייתה שליטה על הגפיים והאם ידע. ברגע שיש נזק צריך לאפשר פיצוי לניזוק.

משמעות הפס"ד ואיך נתמודד עם הקושי?

* **היבט חלוקתי** אוכלוסייה חלשה, ייתכן ולא יוכלו לשאת בנטל הכללי של הפיצוי לניזוק. **ארבל** הציעה שאפשר להקים קרן שתשלם את הפיצויים מהסוג הזה ("קריצה" למחוקק שיבין 😊)
* **היבט הרתעתי -**  ננסה למנוע את המצבים האלה מראש.
* **היבט קהילתי –** אנשים לא ירצו להשתלב עם אוכלוסייה כזו וזו לא המטרה.

ארבל אומרת שיש להעדיף בין שני הצדדים התמימים, את הניזוק, **השבת המצב לקדמותו- צדק מתקן**, אין מקום להפחית את הפיצוי רק כי לא נעים, או רק כי קשה. לא די בכך כדי להפחית פיצוי.

* שלא בהסכמה 🡨 הכוח המניע של עוולת התקיפה (יש מצבים קשים להוכחה).

**יסודות העוולה (חצי השני- "ניסיון או איום.. להשתמש בכוח")**

* ניסיון או איום.. תוך שימוש במעשה או תנועה. – עניין סובייקטיבי, כשיש מעשה מראה שהאיום מהותי.
* התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום.- גורם שהאדם שמולו יתבצע האיום יניח שיש כוונה ויכולת לבצע את זממו.

ס' 24 לפקנ"ז – הגנות לתקיפה

**יסודות ההגנה הקבועה בס' 24(1)-**

* עשה את המעשה בסבירות- "הקם להכותך השכם להכותו".

**פס"ד אלון נ' חדד** (רלוונטי גם לס' 24(2)- הסגת גבול במקרקעין): חייל שהתארח בבית הוריו, הזהיר "עצור או שאני יורה" וירה בו כי חשב שיש לו נשק. מבחינה אובייקטיבית לא נשקפה סכנה לחייו ומבחינה סובייקטיבית בעיניו כן. איך נתייחס לזה?

**ארבל** צריך לבחון את שאלת הסבירות בתוך ההקשר. הנתבע האמין בצורה כנה שהוא נמצא בסיטואציה של הגנה עצמית, ולכן יש לתת לו הגנה מפני תקיפה, לאור הנסיבות המסוימות שבהן היה שרוי

**נקבע** תחושת סכנה אמנם נבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית), אבל הסבירות [המוכרת לנו בד"כ בבחינה אובייקטיבית] נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן. **יש סובייקטיביות במונח שאנחנו רגילים לדבר עליו במונחים אובייקטיבים**. מתחשבים בתחושת האיום שאותו חייל היה נמצא באותו רגע. מכניסים אלמנט סובייקטיבי לסבירות הנדרשת.

**אם האדם חשש לחייו – פעל בסבירות כי רצה למנוע אובדן חיים.**

* הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש. 🡨 כאשר תקפתי תוך ניסיון להגן על רכוש. "חוק דרומי"- הגנה שנועדה להרחיב את היכולת של בנאדם להתגונן מפני מי שנכנס לו הביתה.
* "דרישת הפרופורציה".- יחס סביר בין הנזק שאתה חשבת שהולך להיגרם לך וניסית למנוע, לבין הנזק שאתה יצרת, החצנת את הפעולה שלך על האדם השני.
  + \*המחוקק מפריד בין ההתנהגות הסבירה לבין הדרישה שתוצאת ההתנהגות (הנחזית) תהיה סבירה. נשקול **האם יש פרופורציה בין הנזקים שאני גרמתי לבין מה שיכול היה להיגרם**. השוואה בין התוצאות שגרמתי לתוצאה שממנה התגוננתי.
  + אלה **תנאים מצטברים**.

**סעיף קטן 2-** דרישת סבירות יותר ספציפית, מצב שבו אדם מסיג גבול למקרקעין. מתי ניתן להשתמש בכוח כדי להוציא מהמקרקעין- מתי זה סביר?

**סעיף קטן 3**- אותו הדבר עבור מיטלטלין.

**סעיף קטן 4-** הגנה לשוטרים, אנשים שפועלים מכוח צו.

**סעיף קטן 5-** סעיף הגנה שמגן על מי שכולא במקרה של תקיפה על מי שתוקף מתוך רצון להגן על אדם שנמצא במצב של אי שפיות -עליו או על מי שבסביבתו. רצה להגן על חיי מי שנמצא במצב של אי שפיות. (דומה לכליאת שווא).

**סעיף קטן 6-** דומה ל-,4 הגנה על חיילים ככל שפעלו לפי דין.

**סעיף קטן 7 נמחק**, בוטל- **הסעיף הזה במקור היה סעיף שאפשר הגנה להורה/אפוטרופוס/מורה**. עולם הערכים מאוד השתנה. בעבר זה היה נתפס כדבר סביר שהורה מכה או מורה מכה. הדברים האלה כבר לא משמשים הגנה מפני תקיפה. \*זה כן מופיע כהגנה של כליאת שווא- לפרק זמן מסוים סביר. \*נראה שהפסיקה אומרת ששימוש באלימות של מורה כלפי תלמידיו נוגד את השקפת העולם הישראלית. לעומת ריתוק תלמיד [כליאת שווא ארעית].

**סעיף קטן 8**- נועד להגן על רופאים וגורמים רפואיים. **במצב חירום-ההנחה היא שאין זמן לקבל הסכמה של מטופל**. ס' 23 אומר שימוש בכוח בכוונה ללא הסכמה=תקיפה. סעיף 8 נועד להתמודד עם המצב הזה.

אם לא היה הסעיף הזה רופאים היו מפחדים לבצע ניתוחים כשאנשים מחוסרי הכרה מהחשש שיתבעו אותם.

מה קורה כשאדם לא מחוסר הכרה ומסרב לטיפול?

**פס"ד קורטאם :** שוטרים כמרדף אחרי נאשם שבלע שקית סמית, מסרב לעשות ניתוח. הוא טוען שלא ניתן להשתמש בשקית כראייה נגדו כי היא הושגה בתקיפה שלא כדין.

**בך** : אדם שמעדיף לסכן את חייו על פני העמדה בפלילים לא חושב בבהירות, אפשר להכריח במקרה כזה טיפול רפואי.

האם יש היגיון בקביעה הזו? פטרונות? יש צורך באיזון ולדעת מתי!

**אדם צלול במחשבתו ומסרב** ←אסור לכפות-תקיפה. **אדם לא צלול (פסיכוזה, לא בהכרה) מסרב** ← מותר לכפות ולא ייחשב תקיפה.

הוא ההלכה לגבי ההגנה בסיטואציות של תקיפה. גם **חוק זכויות החולה** אומר מה לעשות לרופאים. **רופאים יודעים מה לעשות מ-2 מקורות: פסיקה וחוק.**

**ס' 15 לחוק זכויות החולה**

**סעיפים קטנים 1 ו-3** לא מתמקדים בסיטואציות כאשר אדם בהכרה.

**סעיף קטן 1:** דומה להגנה על תקיפה, אין אפשרות לקבל הסכמה או הסכמת אפוט'.

**סעיף קטן 2**- פס"ד קורטאם היום (המקרה הבא). גם אם אדם מתנגד לטיפול רפואי, הגורם המטפל רשאי לתת לו טיפול רפואי אבל הוא **צריך שוועדת האתיקה תקבל החלטה** **והשיקולים שיובילו אותה לקבלת החלטה לתת טיפול רפואי כפוי הם שלושה במצטבר** ("ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה"):

1. כאשר נמסר כל המידע הנדרש למטופל 🡨 **זו דרישה שקיימת לגורמים רפואיים לגבי כל טיפול רפואי**. תמיד גורמים רפואיים נדרשים לגלות את כל המידע הרלוונטי על הטיפול, החלופות לטיפול, הסיכונים והסיכויים של הטיפול והאלטרנטיבות הטיפוליות השונות.
2. צפוי שהטיפול ישפר את המצב. אנחנו נמצאים במצב שדרוש טיפול רפואי ולכן נרצה שהטיפול הרפואי ישפר את המצב הרפואי.
3. קיים יסוד סביר, סיכוי, להניח שאחרי הטיפול הרפואי המטופל ייתן את הסכמתו למפרע.

* יכול לטעון ש"טוב מותי מבית כלא". הוועדה נדרשת לראות אם יש יסוד סביר להניח שהמטופל בדיעבד ישמח שהצילו את חייו.
* אם בן אדם נמצא בהכרה, צלול, ומסרב לטיפול נלך לוועדה לפי סעיף 2.

**סעיף קטן 3:**  מטופל שלא בהכרה כי סירב לאכול ולכן מאכילים בכפייה. מדובר במצב חירום, סיטואציה שבה לא ניתן לקבל הסכמה – הסעיף מאפשר במצבים מסוימים (שאינם נכנסים לגדר סעיף קטן 1) **באישור של 3 רופאים בכל זאת לבצע טיפול רפואי**. נזהרים לחצות את הקו ולא לכבד את האוטונומיה של המטופל כשהוא מביע רצון. מבקשים **לאזן** בסיטואציות האלה-הסעיפים האלה **נועדו להגן על אוטונומיה של המטופל** אך גם מכווני התנהגות של הרופאים, **נועדו להגיד לרופאים איך להתנהג בסיטואציות כאלה**.**אם האדם נמצא במצב שלא ניתן לייחס לו הכרה נפשית, לא צלול בדעתו, לא מסרב ממקום של הבנה ותודעה מלאה 🡨 נבקש אישור של 3 רופאים כדי לבצע טיפול רפואי.**

**סעיף קטן 8:** לא אומר דבר לגבי סירוב.

**תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה**

**בעבר**, אי הסכמת המטופל\אי גילוי מידע הייתה נחשבת לתקיפה.

**כיום,** אי הסכמה(ביצוע ללא הסכמה במובן האבסולוטי > תקיפה. אי גילוי(הפרת חובת גילוי)> רשלנות← מעוגנות בחוק זכויות החולה כך שניתן לטעון להח"ח.

* **13(א).** "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסמכה מדעת לפי הוראות פרק זה".

תקיפה – שימוש בכוח ללא הסכמה.

אי גילוי מלא – בעבר זה נידון תחת תקיפה(אין מידע מלא- אין הסכמה).

**2 מצבים עיקריים של אי הסכמה מדעת של המטופל לטיפול:**

1. אי הסכמה- מבצעים טיפול למרות שלא מקבלים הסכמה בכלל, בצורה בהירה.
2. לא גילו מידע מלא בתנאים סבירים- נכנס תחת רשלנות ובנוסף ניתן לתבוע דרך הפרת חובה חקוקה באותם הקשרים, כי בחוק זכויות החולה קבועה חובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, שזה כולל גם גילוי מידע לגבי הסיכונים, החלופות, לרבות מה יקרה אם לא יקבל את הטיפול ויסרב לטיפול.

**אי גילוי מידע מלא בין רופא ומטופל 🡨 נתבע על רשלנות ולחילופין נתבע מכוח הפרת חובה חקוקה מכוח סעיף 13 לחוק זכויות החולה.**

הדרישה לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין **הנזק הגופני** שנגרם:

* מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין? **האם היה מסכים לטיפול במקרה כזה? כן**- אין קש"ס**;** **לא**- ייתכן שיש קש"ס.
* ואם המטופל אכן היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, **האם הנזק עדיין היה קורה? כן-** אין קש"ס**; לא-** יש קש"ס.
* **פגיעה באוטונומיה -**  אין צורך קש"ס, עצם הפרת חובת הגילוי.

אי הסכמה מדעת – דיברנו בהקשר של **דעקה** , שני מבחני סיבתיות **סיבתיות ההחלטה, סיבתיות התוצאה** (לעיל).

**גבולות חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים:**

**אם נדרוש שרופא יגיד כל סיכון, כל תחליף והכל יש כאן הכבדה לכן יש רשימה של תנאים לחובת גילוי:**

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר **(בפס"ד קדוש**).

**ריבלין** – בין רופא סביר למטופל סביר← **מה המטופל הסביר(וסוגו) היה מצפה לדעת בנסיבות המסוימות** (+). יש כרסום באובייקטיביות, כי חושבים על האלמנטים המסוימים של המטופל.

**עמית -** צריך להסתכל על המטופל אך במשקפיים של הרופא הסביר, ולא להסתכל במשקפיים של המטופל הסביר.

חובת הזהירות תיבחן ע"פ סטנדרט המטופל הסביר, תוך היזקקות למאפיינים ספציפיים שקשורים במטופל. נקודת המבט של המטופל הסביר.

גם אם סובייקטיבית המטופל לא הבין השתדלות הרופא תילקח בחשבון בהכרעת ביהמ"ש.

בעוולת רשלנות- המטפל הסביר; חובת גילוי- המטופל הסביר.

* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.- סיכויי הצלחה נמוכים יותר > יותר כאב וסבל > יותר חובת גילוי.
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף).

ניתוח אף(פלסטי) נצפה למידע רחב יותר כי יש יותר סיכוי שהמטופל לא יעבור את הניתוח אם הוא מסוכן יותר לעומת ניתוח דחוף נהיה יותר סלחניים.

* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל (**פס"ד חליפה**).

תינוקת, 100% נכות ע"ש. הציעו אולטרסאונד ואלטרנטיבה, אבל לא נדנדו. (הולדה בעוולה)

לא צריך לנדנד למטופל לבחור באלטרנטיבה רפואית שהם חושבים שהיא נכונה, עליהם לספק מידע.

הצדקות ביהמ"ש:

**אם נטיל חובת גילוי שכוללת ממש נדנוד יש כאן משהו פטרוני, שהמטופל לא יודע מה טוב בשבילו ולכן הרופא צריך לנג'ס לו**.

**עלויות, שיקולי מערכת** – עד כמה נצפה שרופא ייעשה מעל ומעבר?

**רפואה מתגוננת**.

**פגיעה באוטונומיה** – כל המטרה לקבל הסכמה מדעת שבנויה על כל הידע שיש ברשותו.

* **צריך למצוא איזון**!!! BALANCE
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות (**פס"ד סידי**).

אחרי כמה הריונות כושלים, נולד ילד עם קשיי נשימה וללא יד, "הולדה בעוולה". בדיקת סריקה על קולית, לא נמצאת בסל הבדיקות של קופ"ח אך על הרופא חובה לגלות גם טיפולים פרטיים!

**ריבלין –** גם פרטיים וגם מעבר לים.  **חיות –** כשמדובר בנושא של הורים וילודה, הורים מצפים שיקבלו את כל המידע הרלוונטי לגבי העובר שלהם.

**מצד אחד** ניתן את כל המידע למשפחה והם יחליטו **מצד שני, ניגוד אינטרסים** מטיפול ציבורי ילכו לטיפול פרטי,  **תמריץ בעייתי לרופאים ציבוריים**  רופא יכול לעבוד גם וגם וימשוך אליו. **שיקולי צדק** המטופלים יבחרו איזה סכום יוציאו על הטיפולים.

* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל (ההסתייגות **פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית**).

הורים מוסלמים, מי-שפיר, תסמונת דאון, ע"פ הדת מותר הפלה עד שבוע 20. הבדיקה לא התאימה למצב למרות שהמידע התגלה בה. **וילנר**  גילוי מידע דתי באחריות המטופל. הרופא יהיה מחויב לגלות מידע למטופל אם המטופל ביוזמתו ביקש מפורשות להתאים את המידע לדת שלהם.

**מיטל**  וילנר נקט בדרך אמצע- א"א לצפות מרופאים לחשוף מידע שהוא לא רפואי ובטח בלי גבול.

**יש גם עניין של פגיעה בפרטיות, לא ירגישו בנוחות אם הרופא ייתן להם מידע המותאם לדתם.**

**צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי** –

הנושא של פגיעה באוטונומיה הולך בכיוון נסיגה.

**פלונית נ' מדינת ישראל** **עמית** מביע את עמדתו (שהייתה מיעוט בעניין קדוש) וקובע כי אין לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה, במצבים של הפרת חובת גילוי, אם התקבל פיצוי על הנזק הפיזי שנגרם ועל כאב וסבל. פיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל.

**עמית מכיר ב3 מצבים לפיצוי בגין באוטונומיה** –

* 1. בעניין דעקה, שבו היה נזק גופני אך לא התקיים קשר סיבתי.
  2. במצבים של הולדה בעוולה (המר).
  3. במצבים הדומים לנסיבות מרפאת עין טל(הרופא המשיך לטפל בעין השנייה גם כשהיא ביקשה שלא-שיוך יותר לתקיפה מאשר חובת גילוי- השופטים מצמצים את הפיצוי לאוטונומיה בעניין זה לעומת עמית).
* במבחן נתייחס כראש נזק נפרד אך נכיר בדעתו המצמצמת של עמית בפלונית.

**הפרת חובה חקוקה**

**ס'63 לפקנ"ז – עוולת מסגרת, תצריף עובדתי רחב.**

**חמשת יסודות העוולה(מצטברים)**

1. קיומה של חובה, אשר הופרה.

**פס"ד גרובנר:** אישה בפארק .הח"ח -פיקוח על קיום האיסור לנסוע באופניים. **יש הבחנה בין סמכות לחובה!**  כוונת החיקוק הייתה שהעירייה תפעיל את סמכותה, העירייה לא הפרה. התביעה נפלה בשאלת החבות.

**פס"ד אמין:** הזנחה הורית, הילדים תובעים את אביהם. נסיבות קיצוניות. האבא מדיר אותם. ס' 15

**האבא:** "אין לי חובה לאהוב", מוסרית כן משפטית לא. **מדרון חלקלק אם תביעה כזו תתקבל.**

**אנגלרד- מפרש** חינוך,(ס'17)- השפעת אישיות, חברתיות, עיצוב האישיות של הקטין(רחב) וגם במובן הצר לא התקיימו התנאים. **הסטנדרט זה "ההורה המסור"** -תשתדל לדאוג.

**ס' 22 הגנה להורים** – מתוך כוונה לקדם את הילד, ובתו"ל.

\*ס' 15, 17, 22 חשובים בחוק האפוטרופסות!!!!!

1. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים "מהסוג" עמם נמנה התובע).

**פס"ד ועקנין:** קפץ לבריכה. חוק שנועד להגן על אינטרס הפרט או הציבור? החוק הגן על אינטרס כפול.

1. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק (אותו החיקוק רצה למנוע).

**פס"ד בלומנטל:** מפנסיון לביה"ח של חנ"ש למרות הוראה שאוסרת כך. טענה לירידת ערך הדירות + אי נוחות לגור ליד חנ"ש. **שלום** אין הפרה **מחוזי** יש הפרה. **העליון** זה לא בי"ח לא הופרה חובה חקוקה, זה בית הבראה. תכלית החיקוק למנוע מטרד, אם התושבים הראו שהדיירים אכן מטרידים אותם ולא רק אי נוחות, היו מצליחים בתביעה ס' 63. **בך סבור שגולדברג הלך רחוק מידי.** לדעתו **די לפוטנציאל להפרעות כאלה. והדברים גם חלים לגבי ערך הדירות. יש פה פרשנות של דבר חקיקה**.

**נקבע (השופט גולדברג):**

* לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה.
* גם אם היה ניתן לטעון שהופרה החובה, וכי מדובר בבית חולים לחולי נפש, הנזק שלו טוענים השכנים (אי הנעימות עליה מלינים השכנים) אינו תואם לסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק.

**פס"ד סולטאן:** נטען שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק עליו נועד להגן סעיף 181 לחוק העונשין. **נקבע-** **מטרת החיקוק כפולה:** הסעיף בחוק העונשין נועד להגן על אינטרס חברתי לקדם את מעמד ציבור הנשים ולמנוע את אפלייתן, וגם להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אישה שעשויה להיפגע מהאפליה שאותה ביקש המחוקק לתקן (אין סתירה בין המטרות הללו).**למרות שיש חיקוק שיש לו מטרה רחבה יותר, זה לא אומר שלא יכול לחול על נזקים פרטניים יותר.**

1. קש"ס עובדתי ומשפטי.

קש"ס עובדתי – "האם הנזק היה קורה אלמלא הורה החובה ע"י הנתבע? **מבחן האלמלא -הדומיננטי**

**לא**, הנתבע חולל שינוי בהתנהגותו העוולתית והוא הסיבה לנזק.

**כן**, אין קש"ס.

קש"ס משפטי –

נתייחס לכל המבחנים! נזכור שהסיכון הוא הדומיננטי ולציין זאת! (פס"ד ועקנין)

* מבחן השכל הישר (כפונקציה של הניסיון היומיומי; "נטייה סיבתית").

**פס"ד קרישוב:** עשו במבחן שימוש, הסקת מסקנה אינדוקטיבית על המקרה המסוים.

* מבחן הצפיות (לגבי אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק).

נטל ההוכחה על התובע שמתקיים קש"ס ולגבי צפיות, האם הנתבע היה צריך לצפות את אירוע הנזק , סוגו ואת הניזוק. (היבט נורמטיבי, שיקולי מדיניות).

* מבחן הסיכון (מופיע במפורש בסעיף 63).

מתחם סיכון – נבדוק אם הנזק מהסוג שהמחוקק ביקש למנוע נופל במתחם. הסיכונים אותם ביקש המחוקק למנוע באופן שבו הם מתממשים הם הנזקים. היות שיש קשר ישיר בין נזק לסיכון [נזק הוא סיכון שהתממש]. הדיון הוא דיון חזרתי. יסוד 3 ומבחן הסיכון דומים. ניתן לכתוב ראה לעיל+ הסבר קצר.

**פס"ד BERRY** שימוש במבחנים והבחנה בין עובדתי למשפטי. אדם נסע במהירות מופרזת מעל המותר, ובנקודה מסוימת נפל עליו עץ וגרם לו נזק רכוש לרכב. **עובדתי –** אלמלא נסע במהירות שבה נסע הנזק לא היה קורה, הוא לא היה מגיע בזמן שהעץ היה נופל.- זה נתפס כעניין מדעי **הסיבתיות המשפטית נועדה לצמצם את גבולות האחריות לנזקים שגרמו להם בעוולה**.

קש"ס משפטי?

* + מבחן השכל הישר: אין קשר בין הדברים. במקרה לגמרי אותו נהג נסע במהירות כזו ולא אחרת ובמקרה נפל העץ. אם היה נוסע יותר מהר העץ היה נופל מאחוריו, ואז אין קשר לעוולה הזו.
  + מבחן הצפיות: האם **אדם צריך לצפות** לנזק כזה כאשר הוא נוסע במהירות מופרזת? לא. הוא לא צריך לצפות את אירוע הנזק, סוג הנזק.
  + מבחן הסיכון: זוהי לא כוונת המחוקק כאשר הוא הגביל את המהירות. זה לא נזק מהסוג הנמנה בחיקוק.

אין קש"ס משפטי ויש קש"ס עובדתי. בארץ יש הגנה מוחלטת לפלת"ד – קרנית. בשונה מארה"ב.

1. "יסוד נגטיבי": החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי -לא ניתן לתבוע סעד נזיקי מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה, אם החיקוק מונע סעד נזיקי

**פס"ד סולטאן-** ענישה פלילית מונעת סעד נזיקי? ס'181 לעונשין. מוסלמי גירש את אשתו בעל כורחה. לאישה נגרמו כאב וסבל, בושה ,לא יכלה להתחתן שנית, מעמדה נפגע ונמנע ממנה שיעור המזונות.

**ענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול את התרופה האזרחית, זו שאלה של פרשנות, ובתלות בסעיף העונשי המדובר**.

**פס"ד דבוש : מזוז** הביע את דעתו שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להוות מקור נורמטיבי להפרת חובה חקוקה (כנגד דעתה החולקת של **ברק ארז**).

בשאלה האם אפשר להטיל אחריות מכוח חיקוק עונשי 🡨 נפנה לפס"ד **סולטאן**. בנוסף, ניתן לומר שאמנם הנושא עלה שוב **בדבוש** אבל זה מעורפל. זה לא חובה. ההלכה מבחינתנו היא סולטאן.

**סיבתיות**

**מבחן הסיבתיות העובדתית** (מבחן האלמלא) נועד למצוא את הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה- נודע כמבחן עובדתי טהור.

**מבחני הסיבתיות המשפטית** נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו.

סיבתיות עובדתית -יכול

**"מבחן האלמלא"- האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?**

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

**לא**

**כן**

**יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק**

**אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק**

חשוב: - מאזן הסתברויות מעל 50%.

מה היה קורה במצב אחר, שאלה היפותטית- אי אפשר לדעת באופן מדויק ומושלם. יש על זה ביקורת.

**נטל ההוכחה**- בינארית. מעל 50% פיצויי מלא, מתחת ל 50% אין פיצוי.

**שלושה היבטים\חריגים לסיבתיות עובדתית:**

* 1. **דטרמינציה ביתר** – שני ציידים. "אלמלא אני הרגתי את המנוח הוא היה מת בכל מקרה ע"י אדם אחר". במצב הזה **מבחן האלמלא נכשל.** לנזק היה שני גורמים.
* **מבחן הדיות**\NESS – **"די בכך שיש סדרה מספיקה של תנאים כדי להכניס סיבה לתוצאה".** אם אפשר לומר באופן נפרד לגבי כל צייד שבהתנהגות שלהם בהקשר שנוצר, שזו סדרה מספיקה בשביל לגרום לנזק, אז אפשר לומר לגבי כל אחד מהם שהוא סט מספיק של תנאים כדי לגרום לתוצאה. לכן נוכל להטיל על כל אחד מהם אחריות לנזק שקרה. הפיצוי יתחלק ביניהם. **התקבל במשפט האמריקאי.** בישראל, - נתניהו בפרשת עמיר, ציינה אם אפשר להשתמש במבחן הזה.

**הבעיה**: דטרמינציה ביתר, לדוגמה מקרה הציידים. **הפתרון**- מבחן הדיות. בישראל-לא אימצו את מבחן הדיות, אלא אימצו את **דוקטרינת מעוולים ביחד ולחוד.**

* 1. **אובדן סיכויי החלמה** – (כעיקרון הוא חלק מעמימות סיבתית, אך הפסיקה מתייחסת אליו בנפרד וכך נעשה).

**פס"ד פאתח**: ניתוח באוזן שלא צלח והביא לפגיעה בעצב הפנים. הניתוח לא היה רשלני אבל הייתה רשלנות בדיאגנוזה**(לקח זמן לעלות על הנזק**). היו לו סיכויי החלמה של 30% אבל צריך לזכור שחייבים מעל 50% להוכחה. **לוין** התמודד עם הבעיה- אובדן סיכויי החלמה כראש נזק בפני עצמו. התביעה היא לא על 30% נזק אלא על 100% של 30% אחוז סיכויי החלמה. נשאל: האם היה סיכוי להחלים? אם לקחו את הסיכוי והוא היה פחות מ-50%? אפשר לתבוע על זה [התממש הנזק= אובדן סיכויי החלמה]. אם הצלחנו לתבוע בגין ראש נזק זה לא נתבע על נזק פיזי.

**פס"ד פרוטס נ' צ'ירגייב**: לא גילו סרטן שד והגביר את הסיכוי למות החולה. לפני ההתרשלות(אי גילוי ממצאים) -סיכוי של 70% מוות, בגלל ההתרשלות סיכוי של 95% מוות. איך נחשב אובדן סיכויי החלמה?

**ריבלין**. אחרי-לפני\אחרי =אובדן סיכויי ההחלמה , נזק 26%.

D

**הנזק** שנתבע פה ע"י העיזבון של האישה **הוא לא המוות של האישה [לא אובדן החיים], אלא על אובדן הסיכוי של ההחלמה** שנגרם לאישה במצב הנתון שבו היא הייתה.

ההיגיון מאחורי הנוסחה- מתוך סה"כ הסיכוי להחלים אפשר לייחס לרופאה רק 25 [95-70] אחוז לנזק שנגרם= אי היכולת להחלים. 25% מתוך 95%.

* **צריך להתייחס לנזק של אובדן סיכויי החלמה כנזק בפני עצמו. להוכיח חובת זהירות+ נזק+ קש"ס**.
  1. עמימות סיבתית – לא ברור אם קיים קש"ס כי יש גורמים אחרים שיכולים גם לגרום לנזק. האם נוכל להכיר בזה שיש קש"ס שהוא נמוך מ50% ואז לתת פיצוי חלקי?
* **סיבות לעמימות סיבתית:**
  + - **ריבוי נתבעים:** נגרם נזק ע"י הרבה גורמים וקשה לדעת מי הגורם שאכן גרם לנזק (מפעלים מזהמים)**.**
    - **ריבוי תובעים:** מפעל מזהם אחד והמון חולי סרטן (מי אכן חלה מהזיהום ומי מנטייה גנטית?)
    - **גודל הנזק לא ידוע:** יודעים שנגרם נזק א לא ידוע גודלו (חשיפה לאסבסט).

**פס"ד מלול**: (ניזוק ומזיק יחידים, המזיק התרשל יש נזק, אך לא מצליחים להוכיח מעל 50% בקש"ס) **שני גורמים** פגות , התרשלות הרופאים(עיכוב בניתוח קיסרי). יש להוכיח שהתרשלות הרופאים גרמה למעל 50% למחלת PDL שהובילה לשיתוק מוחין ופיגור שכלי. אך, רוב הראיות הציגו שזה נבע מהפגות.

**פס"ד חשוב**.

* **ריבלין** אומר שאנחנו לא יכולים לסטות מכלל מאזן ההסתברויות. יש פה מדרון חלקלק שאנחנו לא יודעים מה סופו. יש סיבות לכלל מאזן ההסתברויות: דיברנו על טעויות משפטיות, כלל מאזן ההסתברויות יוצר מצב שבו הטעות המשפטית היא משהו שמתפזר באופן שוויוני על הנתבע ועל התובע. **השיקול** **שבו מתמקד ריבלין** כאשר הוא מדבר על חשיבות הכלל (פיזור שוויוני של טעויות משפטיות). לא מה שלמדנו עד היום- צדק מתקן, הרתעה, צדק חלוקתי. הוא מדבר על **רציונל של היגיון כלכלי, מתמטי**- הטעויות מתחלקות במידה שווה. **יש לזה גם משמעות של צדק כשהטעויות מתחלקות בצורה שוויונית**.

**הדיון על קש"ס מראה עד כמה הוא משמעותי.** ריבלין ונאור רוצים לתת פיצוי אבל ריבלין מצמצם את זה.

**מצב 1- במקרים של מזיק יחיד וניזוק יחיד**- (המקרה בפסק הדין) אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג: מצבים של אובדן סיכויי החלמה, שעליהם דיברנו לעיל (הלכת פתאח).

**מצב 2- קבוצת ניזוקים ומזיק אחד**(מצטברים)↓

* מזיק.
* קבוצת ניזוקים(בעיה; אם כולם יטענו נפרוץ את הסכר).
* סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים(אם חד"פ לא יקבל פיצוי).
* הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות.

במקרים שיש את התנאים הנ"ל נטיל פיצוי יחסי לפי הסתברות הגרימה כי אם לא ניצור הרתעה בחסר(הרופא ימשיך להתרשל כי לא יוכח קש"ס מעל 50%)

**אולי לשאלת מחשבה:** אם יש קבוצה של ניזוקים שלא מצליחים להוכיח את הקש"ס בלבד [הוכיחו את ההתרשלות והנזק] הם יוכלו לתבוע על הנזק היחסי שנגרם להם גם אם הם לא מצליחים לעמוד במאזן ההסתברויות. -הם צריכים ראיות הסתברותיות, מצליחים לעמוד בנטל ההוכחה הנדרש [דיני ראיות]. **מאפשרים את החריג הזה, למרות ערעור אמות הסיפים של דיני הנזיקין**. לכן צריכים לעשות את **בזהירות**. הם יקבלו פיצוי במידה של 20%. נמצאים פה בעמימות סיבתית, יש סיכוי שאנשים לא ניזוקו בכלל והם יקבלו פיצוי לאור ההסתברות של הנזק. יש פה אי וודאות. (עולות שאלות בתיאוריה).

* **השופטת נאור** בפס"ד של הרוב [לפני הדיון הנוסף]קבעה שבמצבים שבהם יש אי יכולת מובנית להוכיח קש"ס, כלומר כזאת שנובעת ממגבלות המדע / ממגבלות היכולת האנושית, אפשר כן לקבוע פיצוי יחסי דרך תמיכה בראיות סטטיסטיות [דרך אומדנה] גם אם לא עומדים בדרישה הקשיחה של 50%(לא נגרום למדרון חלקלק ופריצה בסכר).

על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי(. מבחינה ראייתית, עובדתית, זוהי משימה לא פשוטה שצריך לעמוד בה ולשכנע ברמה של 20%. עדיין צריך לעמוד בדרישה בכל מה שכרוך בהוכחה. לכן נאור לא חוששת מטענת המדרון החלקלק. יהיו מצבים יוצאי דופן שבהם נכיר באחריות יחסית. **נמנעים מהרתעה בחסר ומקיימים את המצב של צדק מתקן**- בכל זאת יש התרשלות ונגרם נזק ו-קש"ס במידה של פחות מ-50% 🡨 לא נרצה שהצד התם יצטרך לספוג את הנזק למרות שיש בידינו ראיות לקשר בין ההתרשלות לנזק.) .

לא נאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס בין 50<X<100← שהרעיון של ריבלין להטיל אחריות יחסית גם לטובת מזיקים, כמו שאנחנו מקלים עם הניזוק, **לא מתקבלת**. היא לא מקבלת את הטענה של ריבלין. **יש רוב לטענה שלה**. **זה לא הגיוני להקל עם הצד המתרשל, המעוול, לעומת הצד התם**. **גם מיטל מסכימה איתה**. לא נוכל להטיל אחריות יחסית על מזיקים לטובתם. (נשאר בצ"ע)

**איזו הלכה, בכל זאת, ניתן לחלץ מפסק הדין?**

* **נכון להיום, לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים**. (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית).
* **ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית** (ארבעת התנאים של ריבלין): 1)מזיק, 2)קבוצת ניזוקים, 3)סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים, 4)הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות.
* **"כלל אי הסימטריה"-** בכל מקרה, אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר "לטובת הניזוק", כלומר כאשר הוא מאפשר פיצוי על הוכחת קשר סיבתי הנמוכה מ-50%; לא יינתן פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100% (פס"ד הילל יפה לעניין אובדן סיכויי החלמה).
* **חשוב**- להזכירכם, לא להתבלבל! כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קשר סיבתי בשל אשמו של המזיק, יש פתרון 🡨 דוקטרינת הנזק הראייתי! אבל צריך להבדיל בין הסתדרה של המזיק לבין עמימות מהעולם.

סיבתיות משפטית -צריך

מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו.

**פס"ד Berry.** אדם התרשל בנהיגה מופרזת ונפל עליו עץ. אבל אין באמת קשר כי העץ היה נופל בכל מקרה ללא קשר אמיתי למהירותו של הנהג. **בבחינת הקש"ס** **לא נמצאים בעולם פיזיקה טהור**, אלא **השאלה המשפטית נבחנת בעולם משפטי. רוצים לקיים מטרות נורמטיביות- לאפשר הרתעה אופטימלית, רוצים לאפשר צדק מתקן, צדק חלוקתי.** זו לא זירה עובדתית טהורה, אלא זירה משפטית.

**3 מבחנים:**

* מבחן השכל הישר, common sense (או הנטייה הסיבתית)

ניסיון החיים מלמד ש...

* מבחן הסיכון (דיברנו עליו במיוחד בעניין הפרת חובה חקוקה).

האם בעיגול הסיכונים הפוטנציאליים שהמחוקק ראה לנגד עיניו יש את הנזק הספציפי הזה שקרה.

* מבחן הצפיות.
* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית. **האם סוג הנזק היה צפוי.**

ס'64 לפקנ"ז

**דיברנו על צפיות כשדיברנו על הפרת חובת זהירות בענייני רשלנות**- מבחינה טכנית [האם המזיק יכול היה לצפות], וגם מבחינה נורמטיבית [האם הניזוק צריך היה לצפות את זה].

נשאלת השאלה מה עושים כאשר נמצאים בשאלה של סיבתיות משפטית. האם צריך ליישם את מבחן הצפיות?

מחלוקת מלומדים: **אריאל פורת** – יש כפילות.

**במשפט האנגלו אמריקאי** מקובל להבחין בין מבחן הצפיות שמיושם **בחובת זהירות**- שם מקובל לומר שבוחנים את הצפיות לגבי **זהות הניזוק**. עניין פריצקר, עניין פלסגרף, מה שמשנה לגבי חובת הזהירות- האם הניזוק היה צפוי. **האם היה צריך לצפות את הניזוק המסוים. וכאשר מדברים על סיבתיות משפטית ניישם את מבחן הצפיות ע"י המבחן שהאם המזיק היה צריך לצפות את סוג הנזק.**

**2 אפשרויות -**

1. כאשר בוחנים את חובת הזהירות מתמקדים בהאם היה **צריך** לצפות את הניזוק המסוים + יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק. וכאשר מדברים על מבחן הצפיות בסיבתיות משפטית מתמקדים רק בשאלה האם המזיק היה **צריך לצפות את סוג הנזק.**

2. לומר ראה ערך הדיון במבחן הצפיות כשעסקנו במבחן הצפיות הנורמטיבי בחובת זהירות.

* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק, ומה הכלל? – **מתי נזק אינו צפוי?**

**פס"ד שמעון נ' ברדה:** נערים פרצו למועדון גדנ"ע שהחלון בו מקולקל, ושיחקו בנשק. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי**.**

**ערכאה 1-** ברדה התרשל אבל נקבע שההתנהגות הנערים כה לא צפויה עד כדי שמתנתק הקש"ס-יש סיבתיות עובדתית כמובן- אלמלא ההתרשלות, הנזק היה נמנע. אך מבחינת שיקולי מדיניות, סיבתיות משפטית, הוא לא צריך היה לצפות את הנזק שהתממש. הקש"ס מתנתק ברמה הרעיונית. הנערים אחראים בנזיקין כלפי הניזוק.

**עליון-** ברק לא מקבל את הטענה**. ההלכה- די שמזיק יכול לצפות בקווים כלליים שיגרם נזק מסוג הנזק שנגרם, די בכך**. רמת ההפשטה לא צריכה להיות ברזולוציה יותר נמוכה, **די ברמת הפשטה כזו כדי לקבוע שמזיק יכול היה לצפות את הנזק**.

* היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק.**- עד כמה יש לצפות?**

ס' 76 לפקנ"ז. - רק נזק שיכול לבוא באורח טבעי במהלך הטבעי של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע.

המחוקק נותן כלים אבל בתכלס יש קושי לזהות.

**פס"ד רינגר נ' ליאון(היקף הנזק החריג):** פגיעה רשלנית של נהגים בעובר אורח; פגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני. **הצליחו להוכיח מדעית שיש קשר סיבתי עובדתי**.

**זילברג מיעוט!** - יש פה נזק חריג ויוצא דופן וקשה לטעון שהמזיק הרשלן צריך היה לצפות נזק כה חריג. **(לא תמיד נצטרך להתחשב בגולגולת דקה).**

**הרוב וברנזון** : **די בכך שסוג הנזק היה צפוי, נזק גופני, כתוצאה מההתנהגות הרשלנית על הכביש**. גם אם אפשר לומר שהיקף הנזק חריג, עדיין נאמר שצריך להטיל אחריות, צריך לתת הגנה לניזוק.

**לסיכום- פס"ד ברדה ופס"ד רינגר-** רק סוג הנזק צריך להיות צפוי **ולא הליך הגרימה** (לא צריך לצפות לפרטי פרטים) [ברדה]; רק סוג הנזק צריך להיות צפוי **ולא ההיקף שלו** [רינגר].

**פס"ד משה נ' קליפורד:** רופא שיניים, מזרק לא שואב במקום שואב, נגרם נזק חריג של תרדמת. **חיזקה את הלכת רינגר-** סוג הנזק (נזק גוף) היה צפוי ולכן נטיל אחריות גם אם היקף הנזק לא היה צפוי.

**פס"ד בן ציון נ' מגורי בת ים**(נזק נוסף כתוצאה מנזק ראשון) עד מתי אהיה אחראית על נזק שגרמתי?: עו"ד נפל מפגע מדרכה ומהכאבים אחרי 6 שנים נפצע שוב(בעוד התובענה עומדת).

1. **משך הזמן מהפציעה הראשונה עד הפציעה שנייה** כדי לראות אם יש קשר בין הדברים.
2. **משנה אם הפציעה השנייה היא בזמן תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה**. כי אם זה עבר מצופה מניזוק להיות יותר זהיר, הוא כבר יודע מתי כואב לו ומתי לא. זה משנה לו. הניזוק מצופה ללמוד את סגנון החיים החדש שלו לאחר הפציעה. לסגל סגנון חיים בהתאם.

**ביהמ"ש יוצר כללים שבאמצעותם אפשר להבין מתי פציעה משנית תנבע מפציעה ראשונית מבחינה משפטית**

**פס"ד רינגר:** עד מתי = ריחוק הנזק, מבחינת שרשרת סיבתית, עד מתי ייתפס מזיק כמי **שצריך** היה לצפות את הנזק. מה יהיה נזק הקצה שנהיה מוכנים להכיר בו. השאלה היא: היקף הנזק, חריגות הנזק.

**פס"ד בן ציון:** **נזק שנובע מנזק אחר**. יש אירוע מקשר בין הנזקים ולגביו ביהמ"ש קבע תנאים כמו שאמרנו לעיל.

* נוכל לדבר גם על נזק נפשי(ישיר ועקיף), בטח כאשר הוא נלווה לנזק פיזי, אבל אפשר גם לבד וגם לניזוקים עקיפים
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק קשר סיבתי. – לא היה ניתן לצפות את התנהגות הקצה.

ס'64 לפקנ"ז-

**פס"ד כיתן נ' וויס:** שומר רצח עו"ד בגלל נשק שנתנה לו כיתן, טענה שהיא התרשלה כי הוא לא היה במצב נפשי טוב ומכור לאלכוהול+ לא נקטה אמצעי זהירות סבירים שהנשק יישאר במתחם המפעל. טענה 1 לא התקבלה. טענה 2- **למרות ההתרשלות ולמרות שיש נזק (רצח), לא מוטלת אחריות**. **ביהמ"ש קובע שכיתן לא צריכה לצפות שהעובד ישתמש בנשק כדי לרצוח**.(התנהגות בלתי צפויה שניתקה את הקש"ס בין ההתרשלות לנזק של התובע).

**פס"ד כיתן מול פס"ד ברדה- מה ההבדל?**

* יש להחיל את מבחן הצפיות לפני הנסיבות.
* אם יש **כוונה להזיק**, סביר להניח שינותק הקשר הסיבתי (קשה יותר לצפייה) (כיתן).

בהקשר זה, יש להבחין בין כוונה לגרום לנזק (כיתן-רצח) לבין כוונה שקשורה למעשה לא אחראי אך לא לגרימת נזק (שמעון נ' ברדה).

* לעיתים, **"ההיגיון של מבחן האלמלא"** יסייע בידינו גם עם מבחן הצפיות← **חל בצורה יותר חזקה בעניין כיתן מאשר עניין ברדה**. כאשר אדם מתכוון לעשות מעשה מכוון, יותר הגיוני שהתוצאה הרעה הייתה קורית גם באמצעות אמצעי אחר. גם אלמלא היה לוקח את הנשק הוא היה מצליח לגרום לרצח**. בפס"ד כיתן** יש גורם מתערב שהוא כן סיבה מכרעת לניתוק הקש"ס. הפעולה המתערבת של המזיק הישיר, מי שרצח את עורך הדין שלו, היא הפעולה שמנתקת בין ההתרשלות של כיתן לבין הנזק = הפעולה של הרצח.
* בהקשר של כיתן- מצד אחד, מבחן האלמלא מתקיים [סיבתיות עובדתית- לולא היה נשק ביד הירייה לא הייתה קורית]. אבל אפשר לטעון שבגלל שהכוונה היא לייצר את הנזק, כאשר הכוונה היא לגרום לנזק עצמו ההיגיון של מבחן האלמלא יכול להוביל לתשובה הפוכה [מבחן הסיבתיות המשפטית].**הדבר העיקרי שמבחין בין כיתן וברדה- עניין הכוונה**. רק בעניין כיתן הייתה כוונה לגרום לנזק עצמו. [ההיגיון של מבחן האלמלא זה לא המבחן עצמו].

**מעוולים ביחד**

שניים מתחבקים, משקפיים נשברו לאחד מהם. – מי גרם יותר לנזק?

**ס' 11←** **מספר גורמים, כולם מעוולים והם גורמים לנזק אחד** מקרה ספציפי שכל הגורמים שהוא תובע התרשלו וגרמו לו לנזק .

**ס'83 (א)← - הניזוק יכול להחליט את מי הוא תובע**, תובע מישהו אחד על הנזק, ואם מסתבר שאין לו כסף הוא יתבע גם את המעוול השני ויקבל ממנו את כל הפיצוי. לניזוק יש זכות לקבל את הפיצוי ביחד ולחוד מכל אחד מהמעוולים - הסדר מקל על ניזוקים.

**ס' 84 (א)← הסדר של שיפוי בין המעוולים עצמם,** לא מעוול אחד אמור לשלם עבור כולם, אלא בפועל הוא ישלם ואחר יצטרך לרדוף אחריהם שישלמו ויתחלקו ביניהם, ולא הניזוק**.**

**אנו עוסקים בסיטואציה של: 1)** מספר גורמים **2)** עוולתיים **3)** לנזק אחד.

מעוולים שגרמו לנזק אחד –

* נזק שניתן לחלוקה("המקרה הקל", כל מעוול יחוב על החלק שלו): שהניזוק יודע על איזה נזק לתבוע כל מעוול. יהיה עליו לתבוע באופן ספציפי כל מזיק. לא הגיוני שהמזיק שפצע את הניזוק ברגל יהיה חייב בפיצוי על הנזק ביד. **הוא יצטרך לתבוע לחוד את מזיק א' ומזיק ב' ולהוכיח את הראיות.** (לא רלוונטי ההסדר המקל
* נזק שבלתי ניתן לחלוקה: מקרי בעייתי יתר למשל נזקי גוף שקשה לחלק אותם.

**מלך נ' קורנהיזר(סוג של עמימות סיבתית):** אדם הולך לתומו, ותוקפים אותו 3 כלבים; נגרם לו נזק גופני ונפשי. שניים מהכלבים שייכים לזוג קורנהיזר והשלישי כלב רחוב (לא ידוע). איך נטיל את האחריות?

**דיון 1 – בן פורת** כאשר 2 כלבים תקפו ואחד ברח אפשר לצייר את החלוקה באופן עקרוני. אפשר לחוב את המעוולים ל2/3 מהנזק, זה ה-100% שהם גרמו לו. **יש לאפשר להם לשלם את הפיצוי רק באופן יחסי לנזק שהכלבים שלהם גרמו.**

**דיון 2-** **לוין** לא קיבל את העמדה שאפשר להטיל2\3 צריך לאבחן בין חלקי הנזק השונים בהקשר הזה.

**הלכה:** נכון להיום, כאשר נמצאים בהקשר של נזק גוף שלא ניתן לחלק אותו (לא ניתן לצבוע בצבעים שונים חלקים מהנזק), לא ניתן לשרטט גבולות וחלקים, נתייחס לזה כאל נזק שלא ניתן לחלוקה ונחוב את המזיק ב-100% מהנזק.

**פסק דין גינוסר נ' דחאברה** (**מקרה של נזקי רכוש):** נגרם נזק ליבול של התובע על ידי עדרים שפלשו לשדות במשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים. 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.**ביהמ"ש התייחס לנזק כאל נזק שניתן לחלוקה**. [אחרת הוא לא היה מחייב רק על 1/3 מהנזק]. **מקרה שביהמ"ש הגיע לתוצאה הפוכה, אבל הוא היה לפני פס"ד קורנהיזר**. לדעת מיטל אפשר להסתכל עליו אולי כהלכה נפרדת.

**מה ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר?**

פס"ד קורנהיזר- לא יכולים לטעון שאפשר לחלק את הנזק. יש סיטואציה אחרת.

**סינרגיה**- יש נזק שאולי אפשר לטעון שהשלם עולה על סך חלקיו, כאשר 3 כלבים תוקפים אדם- אי אפשר לצייר את החלוקה, מדובר בתקיפה קשה ולכן בסופו של דבר נוצר נזק אחד. אי אפשר ליצור הבחנה מלאכותית, כמו שעשו בעניין גינוסר.

אולי אפשר לטעון שהשלם עולה על סך חלקיו, בכך **שנוצר נזק מסוג מיוחד לאור העובדה שיש ריבוי כלבים**. כמובן ניתן לחשוב על ההשפעה במובן הנפשי- אפשר לדמיין נזק שהשלם עולה על סך חלקיו. לא יכולים לייצר אבחנה מלאכותית שיכולנו ליצור אותה בעניין גינוסר.**אולי אפשר לטעון שבעניין של נזקי רכוש ביהמ"ש הרגיש בנוח יותר להשתמש בנזק שניתן לחלוקה, לעומת נזק גוף.**

