קורס דיני נזיקין

מבוא חלק ראשון

א. מושגי יסוד

נזיקין- דיני ממוקדי נזק. Tort law- בשם הישראלי מתמקדים בנזק בעוד שבאמריקאי בעוולה.

עוולה- סעיף 3 לפקודת הנזיקין: עוולה והזכות לתרופה- "הדברים שמנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה- כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת מידי עושה העוולה או האחראי לה". עוולות- התנהגויות.

* סעיף 7 לפקודת הנזיקין, הגדרות (תיקון מס' 10) תשס"ה-2005

… "מעשה"- לרבות מחדל.

**דיני הנזיקין מתמקדים במעשה או מחדל שאדם עשה.**

תרופות- סעדים. המענה שהמשפט יכול להציע לתובע.

* שאלה- למה תרופות חשובות?
* נתמקד בפיצויים למיניהם
* נדבר עם צווים בהקשר למטרדים

הצדדים בתביעות נזיקין-

* התובע- ניזוק או קורבן
* הנתבע- מעוול או מזיק

**סוגי עילות- קיימות שני סוגים של עוולת בדיני בנזיקין:**

* "עוולות סל"- למשל עוולת הרשלנות, או עוולת הפרת חובה חקוקה (גם כן על יסוד ההתרשלות, שהוא חלק מעוולת הרשלנות).
* "עוולות פרטיקולריות"- עוולות ספציפיות. למשל הסגת גבול.
* מרבית העוולות מצויות בפקודת הנזיקין (פקנ"ז) בסעיפים 23-63.
* יש עוולות גם מחוץ לפקודה.

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

הפקודה מחולקת לשני חלקים-

* עוולות- מתי גרימת נזק לפלוני נחשבת עוולה. לא כל פעם שנגרם נזק למישהו זה אומר שמישהו אשם ואפשר להטיל עליו אחריות. החלק הזה מספר לנו מה היסודות שנדרשים כדי שסיפור עובדתי כלשהו ייחשב לעוולה לצורך פקודת הנזיקין.
* הסדרים כלליים בתחום דיני הנזיקין. למשל קש"ס, הגנות, סיבתיות.

שני מושגים חשובים כלליים

* דוקטרינה- הכלל המשפטי
* תיאוריה- הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי

ב. מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט

דיני נזיקין הם תחום שנמצא בגדר המשפט הפרטי, האזרחי.

* **מהו משפט ציבורי?**

משפט שבו המדינה היא צד, אבל לא רק טכנית או ביקוקרטית אלא מהותית, היא הפעילה סמכות שלטונית.

* מתי המדינה היא צד למשפט ציבורי ומתי צד לתביעה בנזיקין?

אם המדינה קנתה נכס למשל ולא שילמה עליו, התביעה תהיה פרטית, כי רכישת נכס זה לא במסגרת הפעלת הסמכות השלטונית שלה.

* בעבר הכלל בדיני הנזיקין ש"The King can do no wrong" אבל עם השנים זה התבטל.

"מפת המשפט"

* משפט פרטי- לצד דיני הקניין, החוזים, ועשיית עושר
* משפט ציבורי- פלילי, מנהלי, חוקתי, מיסים
* תחומים שיש בהם חפיפה- תאגידים, אימוץ...

חשוב לדעת באיזה מהתחומים אנחנו עוסקים כדי לדעת איזו תרופה לתת.

ההבדלים בין דיני נזיקין לבין תחומים אחרים במשפט הפרטי

חוזים - נזיקין

* השוני הרעיוני בין הדינים- חוזים נוגעים לרצון והסכמה
* מתי קמה עילה?
* בחוזים הצדדים אינם זרים זה לזה. יש היכרות מוקדמת (לא בהכרח- אבל בחוזים יש את הצפי)

קניין – נזיקין

* השוני הרעיוני בין קניין לנזיקין- סמכות ושליטה (אין בנזיקין)

האם דיני הנזיקין נועדו להגן על הקניין? לא בהכרח, אבל הרבה פעמים נתפסים ככה. **במשפט האנגלו אמריקאי דיני קניין יצאו מדיני נזיקין. אך כך זה לא כיום אלא דיני נזיקין שומרים על הגוף.**

* "עקרון הרשימה הסגורה" קיים בקניין אך לא בנזיקין- רשימה סגורה ומוגבלת של זכויות, יש זכויות מסוימות בקניין- בעלות, שכירות… ואילו בנזיקין עוולת הרשלנות היא עוולת סל, מאגדת לתוכה הרבה התנהגויות ומאפשרת לנו להכיר בהתנהגויות כעוולתיות בצורה שהיא לא סגורה. דיני הנזיקין יותר רחבים מדיני הקניין, מגנים גם על משהו משל עצמם.

עשיית עושר – נזיקין

* קרובי משפחה של חוזים
* קרובי משפחה גם של נזיקין- עשיית עושר ולא במשפט יכולה לחול גם בעניינים שיראו כנזיקיים לחלוטין- אם קיים למשל מצב בו הסגתי גבול ותקפתי, והתעשרתי כתוצאה מזה. הוא יוכל לתבוע ממני את הרווח שהשגתי מהמעשה העוולתי שלי. במקום לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שגרם לתובע, דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט- **חובת ההשבה**

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן- הזוכה) שבא לו מאדם אחר (להלן- המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה- לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

כדי שתחול חובת השבה למשהו שנלקח ממני-

**שלושה יסודות מצטברים: התעשרות (של "הזוכה") + לא כדין + על חשבון ("המזכה")**.

העובדה שהתעשרתי, העובדה שלא הייתה לי זכות בדין לקבל את טובת ההנאה, ושהתעשרתי ע"ח מישהו (התובע).

תובע יכול לתבוע לא רק על הנזק שלו, יכול להיות שהוא יתבע גם את התועלת של הצד השני.

דוגמא

א' הסיג גבול לבית של ב' במכוון.

ב' לא נמצא בבית ולא נגרם לו נזק, כלומר הנזק של ב' הוא 0. (למשל, כי א' ממילא בחו"ל ולא השתמש בבית).

נניח שמחיר השכירות של בית דומה בשוק הוא 80.

בינתיים א' לא גר בבית בעצמו, אלא העמיד פנים במרמה שזה הבית שלו והשכיר אותו לג' ב-100.

ב' חוזר מחו"ל ומגלה הכל. הוא תובע את א.

שלוש אפשרויות:

נזק = 0, (לא נגרם נזק לבית)

מחיר השוק של שכירות = 80,

הרווח של א = 100.

בדר"כ במצבים שמישהו משיג טובת הנאה מרכוש של מישהו אחר קשה/אין לנו אפשרות להעריך בדיוק כמה הוא התעשר על חשבון האחר, ולכן ננסה לאמוד אותה על בסיס מחיר השוק.

במקרה זה א' לא רק הסיג גבול אלא גם הרוויח מעבר לזה, ואם לא נשלול ממנו את הרווח, התועלת- את ה-100- (אלא רק 80 למשל) אנחנו נותנים לחוטא לצאת נשכר, מעודדים התנהגויות עוולתיות.

כל נזק- נצטרך להוכיח (גם אם זה מנטלי/טראומה וכו'), וגם להוכיח שהמזיק הוא זה שגרם לזה. כלומר תהיה שאלה של צפיות- אם היה אפשר לצפות את הנזק שמנסים לתבוע עליו.

למה כ"כ קשה להוכיח? בדיני עשיית עושר מי שמחזיק ברווח הוא הנתבע, יש פערי מידע, לא פשוט לדעת שמישהו הרוויח 100 ולא 80.

**הצעת חוק דיני ממונות (לא התקבלה עדיין)**

הצעת חוק שמטפלת בכל דיני החיובים בצורה מאוחדת- חוזים, נזיקין, עשיית עושר… אבל גם אם תתקבל ככל הנראה נמשיך להסתכל על הדינים הללו כדינים נפרדים. אבל קיימת לפעמים חפיפה מסוימת.

שתי דוגמאות לחפיפה בין דינים

**דוגמא 1: סעיף 19 לחוק המקרקעין וס' 24 לפקנ"ז:**

שימוש בכוח נגד הסגת גבול (ס' 18 לחוק המקרקעין)

(א) המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

(ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

הגנה מיוחדת (ס' 24 לפקנ"ז)

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

ס' 18 א קובע שאנחנו יכולים לעשות שימוש בכוח כדי למנוע מאדם להיכנס לנכס, אל אם הוא כבר נכנס לנכס ותפס אותו ס'' ב אומר שאנחנו יכולים להשתמש בכוח תוך 30 יום. אבל בפקודת הנזיקין אין תנאי כזה. יש לי הגנה על תקיפה בתנאי שקודם ניסיתי להוציא אותו בדרכי שלום מהמקרקעין. מה זה אומר?

נניח שחזרתי מחו"ל לאחר יותר מ-30 יום, וראיתי מישהו שפלש לביתי. אם אוציא אותו בכוח והפולש יגיש תביעה נזיקית בגין תקיפה,

* האם תעמוד לי הגנה על פי פקודת הנזיקין?
* האם תעמוד לי הגנה לפי חוק המקרקעין? (מותר לי להוציא אותו עד ל30 יום)

העובדה שדברי החקיקה מפוזרים גורמת למצבים בהם בסיטואציות עובדתיות יש התנגשות בין הנזיקין למקרקעין למשל. הרי לא הגיוני שמצד אחד תעמוד הגנה, ומצד שני לא תעמוד הגנה.

פס״ד מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון (חפיפה בין דינים השונים במשפט הפרטי)

העובדות: מדינת ישראל שכרה שש דירות בבניין שבבעלות החברה. היא התעכבה בהחזרת הנכס לחברה עיכוב של 15 חודשים.

השאלה המשפטית: מה הפיצוי שיש לתת למשכירה?

האפשרויות: נזק, פיצוי מוסכם, דמי שימוש בנכס.

נזק הממון שנגרם כתוצאה מהפרת החוזה (פיצוי על הפרת החוזה), פיצוי מוסכם (שיש לו עיגון בחוזה), דמי שימוש בנכס (מניעת התעשרות ע"ח החברה שהשכירה את הדירות).

השופט גולדברג:

* יתכנו עילות שונות, אך אין זה בהכרח אומר שיש לאפשר יותר מסעד אחד, כי אז הניזוק מתעשר לא כדין.
* פיצוי בגובה דמי שימוש ראויים מגן על אינטרס הציפיה החוזי של בעלת הנכס. (על 15 חודשי העיכוב בהם המשכירה יכלה כנראה להשכיר למישהו אחר).
* פיצוי בגובה דמי שכירות ראויים גם מונע את ההתעשרות שלא כדין של המשכירה. (מגן על האינטרס של מניעת התעשרות שלא כדין של המשכירה).
* מה באשר לפיצוי מוסכם? - גם המטרה שעומדת מאחורי הפיצוי המוסכם היא ההערכה של הנזק שעלול להיגרם למשכירה כתוצאה מעיכוב בהחזרת הנכס בזמן. (מגן על אינטרס הציפיה, ושל קיום החוזה).
* מה באשר לנזקים כספיים? אם היה נגרם נזק לדירה, זה ראש נזק אחר לעומת הציפיה והקיום. אחרת לא ניתן שני סעדים שונים שמגנים על אותו אינטרס.

כשחלים דינים שונים אנחנו צריכים להבין על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן. אחרת אם ניתן מספר סעדים על אותו האינטרס אז תהיה התעשרות שלא כדין.

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

* זכות in personam (פרסונלית)- זכות כלפי אנשים מסוימים. למשל, זכות חוזית.
* זכות in rem (כלפי כולי עלמא)- זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי כולם. זכויות קניין.

איזו זכות חזקה יותר? -in rem.

בנזיקין הזכות היא בדר"כ מול אדם אחד, והפיצוי יהיה מאדם אחד שפגע באינטרס שלנו.

ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעתים מתערבבת בדוקטרינה אחת.

ס' 62 לפקודת הנזיקין

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

(ב) …

הסעיף מתחיל בעולם החוזי- יש חוזה והופרה חובה פרסונלית. אבל החידוש הוא יצירה של חובה נוספת- מהרגע שיש בין שני אנשים חוזה נוצרת חובה in rem- לא להתערב בחוזה. סעיף נזיקי שיוצר "חגורת הגנה" לדיני החוזים. אם גרמת להפרה של חוזה בין שני אנשים- ביצעת עוולה נזיקית.

אין בעצם הבחנה הרמטית, יש הרבה פעמים חפיפות.

ד. הקשר בין דיני הנזיקין והמשפט הפלילי

שתי העילות יכולות לחול יחד:

* דוגמא: נניח שא' תקף את ב' ברחוב.

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

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

כמו שאמרנו, אין לגמרי הרמטיות-

**פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין**

ס' 77 לחוק העונשין

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

**פס״ד קרין נ׳ בוחבוזה**

ההלכה: ניתן לתת את הפיצוי לא רק לניזוק עצמו אלא גם לנפגעים עקיפין.

הסכום לפיצויים אשר נקבע בחוק הוא התקרה.

ס' נזיקי לחלוטין- נזק, פיצוי… בדר"כ לא רלוונטי בחוק העונשין. אבל זה מאפשר לקורבנות עבירה לקבל פיצוי על דרך אומדנה. בסיטואציה פלילית קשה בדרך כלל לניזוקים, גם מבחינה רגשית, לנהל בנוסף הליך אזרחי. הסעיף הזה נותן תרופה נזיקית לנפגעי עבירה.

**פיצויים עונשיים בדיני נזיקין**

כאשר עוולה נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים.

כאשר מדברים על משפט בין אדם למדינה זה הגיוני, אך כאשר ומאפשרים שאדם מול אדם יעניש על משעה עונשי זהו בעיתי.

**הבט ראייתי**

* פסק דין פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי. מה ההיגיון מאחורי קביעה זו? סף ההוכחה במשפט פלילי גבוה מאוד (99%). סף ההוכחה בהליך אזרחי "more likely than not"- מעל 51%. ברור שכשעברנו את נטל ההוכחה של 99% אפשר להשתמש בזה בהליך בו נדרשים 51%.
* משמעות נוספת- המדינה עשויה להיכשל בעמידה בנטל ההוכחה בהליך פלילי, והקורבן עדיין יכול לזכות בתביעה בהליך אזרחי נזיקי, אם יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו.

יכול להיות שהניזוק לא יעמוד בנטל הוכחה של 99% אבל של 51% כן.

היחס בין פקודת הנזיקין לבין הוראות נזיקיות חיצוניות

קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזיקין שטילים על המזיק חובת פיצוי.

השאלה: מה הקשר בין ההסדרים הנזיקיים שמחוץ לפקודת הנזיקין לבין ההוראות הכלליות של פקודת הנזיקין?

האם חלות הוראות כלליות (כמו סעיף הגנה, קש"ס) על הסדר נזיקי שנמצא מחוץ לפקודת הנזיקין?

פס״ד ברזני נ' בזק

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

הנזק של ברזני- ההפרש בין המחיר שפורסם לבין זה שהוא שילם בפועל.

* סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן קובע כך:

"לא יעשה עוסק דבר - במעשה או במחדל, בכתב או בעל פע או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה - העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה…".

אפשר לומר שבזק הפרה סעיף זה.

* ס' 31 (א) לחוק הגנת הצרכן קובע:

"דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין".

השופט חשין: (עונה על השאלה של מה המשמעת של ס׳ 31(א)?)

* משמעות סעיפים אלה היא שהוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה.
* על ברזני היה להוכיח את שהסיבה שהוא צרך את השירות בבזק נבעה מהפרסום המטעה.

במקרה זה ברזני לא הוכיח- הוא אפילו לא ידע על הפרסומת, נקשר בחוזה ללא קשר אליה, והיה מוכן לשלם את הכסף והיה מבקש לצרוך את השירות הזה גם ללא המחיר המוזל.

יש הרבה עוולות נזיקיות מחוץ לפקנ"ז, ונצטרך להבין איזה כללים חלים עליהן. למשל כאן הוכחת קש"ס נדרשת גם כשההסדר הוא מחוץ לפקנ"ז.

מבוא- חלק שני

א. היכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית

העוולה הנזיקית מגדירה מתי הופרה זכות ראשונית- יש להבדיל מזכות שניונית (זכות לתרופה).

העוולה הנזיקית מגדירה מה התנאים שבהם יש אחריות נזיקית, ומתי אפשר לקבל תרופה.

* ראשונית- מתי התקיימה עילה/עוולה, מתי הופרה הזכות הראשונית שלך, מתי מישהו התרשל כלפיך.
* שניונית- מתי אפשר לקבל פיצוי, ברגע שיש עילה (התקיימה רשלנות/התקיימו יסודות העוולה).

שלושה יסודות לעילה: (כמעט לכל עוולה נזיקית)

1. אשם
2. נזק
3. וזיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק. (קשר סיבתי)

ס' 64 לפקודת הנזיקין

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

(1)...

סעיף שמקפל בתוכו כל מיני רעיונות כלליים של העילה הנזיקית, ואת האופן הכללי שבו הם מקיימים בדיני נזיקין.

1. אשם- מורכב גם מפן עובדתי וגם מפן נפשי

* פן עובדתי- התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט (במעשה או במחדל).

עצם העובדה שבאיזשהן נסיבות היסודות העובדתיים של אותה עילה מתקיימים. יכול להיות במעשה או במחדל- בהימנעות מפעולה, שלשם כך אנחנו צריכים שתהיה הוראה ברורה שמטילה חובה לעשות מעשה, לפעול באופן מסוים.

* פן נפשי- למשל, האם הייתה כוונה?

ידיעה בפועל או בכוח (ידע או היה עליו לדעת). אם זה כמישהו יודע, בפועל, באופן מכוון הוא רצה לגרום לנזק, או אפילו אם הוא אדיש לאם ייגרם נזק (פזיזות למשל, אי-היזהרות). במילים אחרות- באיזה state of mind היית- אם היית אדיש, אם התכוונת וכו'.

1. נזק

בדר"כ (לא תמיד) יימצא בכל עוולה.

סעיף 2 לפקודת הנזיקין:

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

נזק ממוני טהור- נזק כלכלי טהור, אובדן הכנסה למשל. שלא נלווה לנזק פיזי כלשהו למשל.

נזק בלתי ממוני טהור- נזק נפשי. למשל מחלת נפש, חרדה קשה… לא נלווה נזק פיזי (בגוף) או רכושי.

דיני העונשין הם "**מבוססי סיכון (״risk base״)** ואילו דיני נזיקין "**מבוססי נזק** (״ harm base״)

דיני הנזיקין הם מבוססי נזק בדרך כלל, למרות שיש מעין נסיגה בזמן האחרון גם מהעיקרון הזה. בנזיקין אנחנו צריכים שיהיה נזק, שהוא יתממש כדי שנוכל להטיל אחריות נזיקית. לכלל הזה יש גם יוצאים מן הכלל.

1. קשר סיבתי

הכלל: אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בשל התנהגות של הנתבע, אזי לא קמה עילה בנזיקין

המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא".

אם נזק נגרם לתובע, אבל לא ברור אם הוא נגרם בגלל ההתנהגות של הנתבע, לא תקום עילה בנזיקין. ייתכן שמשהו במקרה קרה ליד משהו אחר ואין קשר בין הדברים. במשפט בכלל (ובנזיקין בפרט) מוטלת על אדם אחריות בשל תוצאות העוולה שלו. העוולות שמקובל לראות אותן כמרכזיות הם רשלנות והפרת חובה חקוקה, שתיהן דורשות הוכחה של נזק ושל קש"ס.

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

כלומר יש חריגים. אבל אם אנחנו רוצים לתבוע פיצויים על הסגת גבול למשל- כן תהיה דרישה להוכחת קש"ס של נזק ממון בעקבות הסגת הגבול.

**עוולת per se (עוולה כשלעצמה)- לא נדרשת להוכיח נזק**

כשעצם ההתנהגות מהווה את העוולה. יסוד הנזק לא רלוונטי. צריך להוכיח כאן רק שהתקיימה ההתנהגות העוולתית, לכן זה קל יותר, מקל על עמידה בדרישה.

* לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי לנזק
* לעתים עוולת per se היא תוצר של קושי ראייתי
* מירוץ ההתיישנות שונה בין עוולות per se לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק:

תחילת ההתיישנות (ס' 89 לפקודת הנזיקין)

לעניין תקופת התיישנות בתובענות על עוולות- "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחר מאלה:

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

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

אם התבצעה נגדנו עוולת פר-סה ואנחנו צריכים בעוולה זו להוכיח רק את התקיימות העוולה, מירוץ ההתיישנות מתחיל רק מיום שהסתיימה ההתנהגות העוולתית, למשל מיום שהסתיימה הסגת הגבול. לעומת זאת בעוולות שכן דורשות הוכחת נזק, כמו רשלנות למשל, מירוץ ההתיישנות מתחיל רק מאז שהנזק התגבש.

שאלת הוכחת הנזק (האם צריך) היא גם זו שתעזור לנו להבדיל הכי טוב בין עוולת per se לעוולה 'רגילה'. למשל הסגת גבול- מספיק שמישהו הסיג גבול כדי שתתגבש עוולה, לא צריך להוכיח נזק נוסף שנגרם מזה.

ב. היכרות עם סוגי האחריות השונים

**בסיסי אחריות שונים בנזיקין** (נקרא גם משטרי אחריות)

1. עוולות כוונה
2. רשלנות (נדבר גם על רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה)
3. אחריות מוגברת (נקרא גם אחריות חמורה)
4. אחריות מוחלטת
5. חסינות לנתבע

עוולות כוונה

* מה המשמעות מבחינת נטל ההוכחה שחל על התובע- הניזוק?

למעט חריגים, בהליך אזרחי נטל ההוכחה הוא על **התובע**, "המוציא מחברו עליו הראייה". יוצא שבעוולות כוונה יש קושי אינהרנטי (פנימי) להוכיח עוולה במובן שנדרשת הוכחה גם של יסוד נפשי. אנחנו צריכים להראות משהו מעולמו הסובייקטיבי של הנתבע, המזיק- להוכיח שהוא התכוון. וזה לא כ"כ פשוט, לכן ניתן לומר שעוולות כוונה מגוננות באופן יותר מצומצם על התובע.

* דוגמאות: תרמית (ס' 56), נגישה (שימוש לרעה בהליכי משפט, נטען בעיקר בהקשר של רשלנות) (ס' 60), שקר מפגיע (ס' 58), גרם הפרת חוזה (ס' 62).
* עוולות המבטאות אשמה מוסרית

לא ברור מאליו בנזיקין. לא תמיד התנהגות עוולתית היא גם דבקות מוסרית.

רשלנות

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

כאן לעומת קודם כן צריך שייגרם נזק מההתנהגות.

* התנהגות בלתי סבירה ("אשמה חברתית")

התנהגויות שניתן לומר לגביהן שהן חוסות תחת משטר הרשלנות/מבטאות רעיון של רשלנות מבוססות על הגדרה של אשם של התנהגות לא סבירה- לפי איך האדם הסביר היה פועל. לא בטוח שנוכל לומר תמיד על מי שהתנהג בצורה סבירה שהוא התנהג בצורה לא מוסרית. לכן נהוג להסתכל על רשלנות כעוולה של אשמה חברתית ולא מוסרית. דוגמא: רופאים שהשתמשו בשיטה אחרת ממה שרוב הרופאים האחרים היו משתמשים. הם התרשלו כי הם לא התנהגו באופן סביר, באופן בו היינו רוצים מחינה חברתית שהם יתנהגו, אבל קשה לומר שהם נהג בצורה לא מוסרית. מדובר יותר על הסטנדרט החברתי ולא בהכרח המוסרי.

* מה המשמעות מבחינת נטל ההוכחה שחל על התובע-הניזוק?

כאן התובע לא נדרש להוכיח יסודות סובייקטיביים של הנתבע כמו הכוונה שלו, אלא יכול להסתפק בסטנדרט אובייקטיבי (סטנדרט חברתי מקובל)

\*התרשלות- התנהגות לא סבירה של אדם

\*רשלנות- עילה/עוולה. שצריך להוכיח את היסודות שלה (נזק וקש"ס)

**רשלנות עם הפיכת נטל הוכחה**

משטר מיוחד, מעין משטר ביניים של רשלנות.

על התובע יהיה להוכיח כמה אלמנטים של סעיף מסוים, למשל שקרה לו נזק, אבל לאחר כן הנטל יעבור אל הנתבע והוא יצטרך להוכיח למשל שלא היה רשלן.

* נסיבות שבהן הנטל עובר אל הנתבע להוכיח שלא התרשל
* לדוגמא, "חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו"-

ס' 41 לפקודת הנזיקין:

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

כשהסעיף הזה (או אחר מתוך ס' 38-41) מתקיים, הנתבע צריך להוכיח שהוא התנהג באופן סביר. נטל לא פשוט, קשה להוכיח דבר כזה. רלוונטי בדר"כ למצבים בהם התובע לא יכול לעמוד בעצמו בנטל הזה- למשל חולה שהיה מורדם ולא יודע מה היה בחדר הניתוח. ברור שהוא לא יכול להוכיח, ואז המזיק- הרופא- יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל.

אחריות חמורה (/מוגברת)

* המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי (לדוגמא הסגת גבול, ס' 29 לפקנ"ז)

יכול להיות שמישהו דחף מישהו למקרקעין של מישהו אחר. לא נעשה שום דבר לא בסדר במובן החברתי או המוסרי, אבל הוא עדיין הסיג גבול. אחריות חמורה יכולה לפתוח פתח לטענה של אשם תורם (כמו בדוגמא), היא תחול לא משנה מה (לא משנה למה הסגת גבול).

* יש משמעות לאשמו של הניזוק

יש אחריות חזקה יותר, אבל כן יש משמעות לאשם תורם.

אחריות מוחלטת

* גם כאן המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי
* ככלל, אין משמעות גם לאשמו של הניזוק

ההבדל העיקרי בין אחריות חמורה למוחלטת- האחריות המוחלטת היא חד צדדית בצורה קיצונית. אין עיסוק לא באשם של המזיק ולא באשם של הניזוק. גם אם הניזוק גם כן אשם, במצבים שיש בהם אחריות מוחלטת לא תהיה לו הגנה ותוטל על המזיק אחריות. התובע צריך רק להראות שיש קש"ס בין ההתנהגות שמקימה את העוולה לבין הנזק.

לדוגמא:

1. חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975 (נזקי גוף)

סעיף 2(ג) לחוק קובע: "האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים." [אך ראו חריגים לכלל בסעיף 7 לחוק].

בעצם הסעיף אומר שבמקרה שמישהו נפגע בתאונת דרכים זה לא משנה אם היה לו אשם תורם. אבל כן יש חריגים, מצבים ספציפיים שבהם בכל זאת לא תחול אחריות על המזיק, כלומר האחריות לא לגמרי מוחלטת, יש ריכוך שלה.

1. חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980

סעיף 2(א) קובע: "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שיצר (להלן- הנפגע), ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן." [אך ראו סעיף 4 לחוק].

"סעיף 4: לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו".

גם כאן לכאורה לא משנה אם היצרן אשם או לא, אם נגרם נזק מהפגם הזה תוטל עליו אחריות נזיקית מכוח החוק. אבל כן יש חריג במקרה שיש אשם תורם חמור מצד הניזוק. יש כאן מעין הסדר ביניים- בין אחריות מוחלטת, טוטאלית, אבסולוטית, לבין אחריות שהיא מוגברת, חמורה. יש הסתייגויות מסוימות.

חסינות לנתבע

חסינות לנתבע- ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע נעבור למשטר שמטיב באופן מיטבי עם הנתבע.

דוגמאות:

* חסינות גיל (ס' 8 לפקנ"ז)

לא תוטל אחריות על מי שעוד לא מלאו לו 12. (ונדבר גם על אם מה קורה אם לילד כזה אשם תורם, כלומר לצורך הגנה).

* חסינות על פעולת שיפוט מזיקה (ס' 9 לפקנ"ז)

אם שופט התרשל במילוי תפקידו, נתן פס"ד ונגרם נזק, ורוצים לטעון שהוא התרשל במילוי תפקידו- תחול חסינות על זה (יש חריגים).

לסיכום:

Table

Description automatically generated

מטרות דיני הנזיקין

בעבר הייתה קיימת תפיסה שכל התשובות במשפט ימצאו בספר החוקים, אז כשלמדו משפטים למדו מה היחס בין סעיפים שונים בחוק. היום השיטה שונה- כשביהמ"ש נשאל שאלה מעניינת שיש לגביה ספק, הוא פונה לתיאוריות רלוונטיות.

* מה ההיגיון שמצדיק הטלת אחריות (מה עומד מאחורי הכלכל המשפטי, מצוי מול רצוי)?
* נדבר על שלושה רעיונות נורמטיביים:
  + צדק מחלק
  + צדק מתקן
  + השאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות/היגיון כלכלי של נזיקין)

פס״ד מגדל נ' אבו חנא

העובדות: נהג פגע בתינוקת בת 5 חודשים, ערביה, מצפון הארץ

השאלה המשפטית: כיצד יש לחשב את הפיצוי?

נקבע: הפיצוי יקבע לפי אובדן כושר השתכרות עתידי. **עד פסק הדין אבו חנא**, ישראל ובארצות אחרות של המשפט המקובל, הכלל: חישוב סובייקטיבי (מאפייני הניזוק).

**אחרי פסק הדין אבו חנא**, בישראל החישוב מבוצע לפי ממוצע השכר במשק. בארצות אחרות (כמו ארה"ב וקנדה), החישוב עדיין נקבע עפ"י אמת מידה סובייקטיבית.

* כשילד נפגע קשה לדעת מה כמה הוא היה משתכר בעתיד. וכך גם באופן כללי כשנפגעת יד, רגל, חיים של אדם, קשה מאוד לשערך את זה. אחת הדרכים שביהמ"ש מתמודד עם השאלה הזאת הוא השאלה של כושר השתכרות. סוג של אומדן אובייקטיבי. השאלה בפס"ד הייתה אם צריך לכלול באומדן הזה את המגזר שלה, מקום המגורים, המצב הסוציו-אקונומי וכו', או עפ"י אומדן אובייקטיבי.
* נקבע שאובייקטיבי- להתייחס לעובדה שהיא בת אדם ושנמנע ממנה לעבוד, לפי הממוצע במשק.
* פס"ד מתקדם מאוד ביחס לעולם. בארה"ב למשל ובמדינות נוספות בעולם עושים את החישוב לפי טבלאות של גזע ומגדר שלוקחים בחשבון.
* הנמכת פיצוי של ילד על רקע של מגדר או גזע עלולה להביא לכך שעם הפיצוי שיתקבל הניזוק לא יוכל להביא את עצמו למימוש עצמי. זה ינציח את מצבו, יימנע ממנו להגיע רחוק.

שלוש תיאוריות

1. צדק חלוקתי (צדק מחלק, **distributive** **justice**)

* כשמדברים על צדק מחלק לא מדברים בדר"כ על מזיק וניזוק ספציפיים, אלא על הקשרים יותר רחבים, כמו למשל הקבוצות שאליהן הם משתייכים.
* שאלות של חלוקת העוגה, להבדיל מהגדלת העוגה

לכמה חלקים תחולק העוגה, ולא מה הגודל שלה. מה שחשוב לצדק המחלק זה איך הקייס הספציפי המדובר ישפיע על חלוקת העוגה, האם בהמשך נוכל לאפשר מצב שהעוגה תתחלק בצורה שוויונית יותר, שלכל אחד יהיה משולש זהה.

* דיני הנזיקין כלי שרת לטיפול בחוסר צדק הקיים בחברה (הדוגמא של **אבו חנא**)

כלי לביטול הפערים החברתיים, או להתמודדות עם עיוותים בחברה.

באבו חנא- כשתאונה יכולה לפגוע בכושר ההשתכרות העתידי של הניזוק, אם הפיצוי ייקבע עפ"י אמות מידה סובייקטיביות, כלומר האם אנשים שונים יקבלו פיצוי שונה על נזק זהה.

2. צדק מתקן (**corrective** **justice**)

אחת מבן שתי הגישות היותר דומיננטיות שביהמ"ש נוקט בהן.

לעומת צדק מחלק, שלא מסתכל על הניזוק והמזיק בכלל, הצדק המתקן מסתכל **רק** על הניזוק והמזיק. לא מעניין אותו מה המעמד הסוציו-אקונומי, לאן הם משתייכים וכו'.

**קורלטיביות(רק אם נפגע זכות אפשר לתת תרופה):**

* זכות וחובה. פגיעה בזכות מול הפרת חובה.

הרעיון הבסיסי של הצדק המתקן הוא שכדי שתוכל לקבל תרופה, כדי שתוכל לומר שהופרה כנגדך איזושהי חובה במשפט, אתה קודם כל צריך להראות שיש לך זכות.

* אי צדק במובן האריסטוטלי, הכמותי- הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס"
* צדק מתקן במובן של אריסטו- בין כולנו יש מישור נורמטיבי מסוים של צדק.. אבל ברגע שמישהו פוגע במישהו אחר, בזכות של מישהו אחר אז הניזוק יהיה במצב של מינוס והמזיק יהיה במצב של פלוס.
* הצדק המתקן רוצה להחזיר את המצב לקדמותו, למצב לפני הפגיעה. התרופה היא לא אמצעי אלא הדרך, אין דרך אחרת מלבדה.
* ווינריב מנסה להתמודד עם הרעיון הזה של פלוס ומינוס. פלוס ומינוס של מה? הוא יוצק לתוך זה את הרעיון שברגע שמישהו מתערב לנו ברכוש, בגוף, בהתחייבויות החוזיות וכו', הוא שם אותנו במינוס. וזה המינוס שצריך לתקן- אם מישהו פוגע בזכות שלנו לשלמות הגוף ודרך כך מונע מאיתנו לממש את עצמנו, התרופה שמאפשרת לנו לחזור למצב הנורמטיבי. התרופה אמנם לא תשיב את היד או הרגל שאבדה למשל, אבל היא יכולה לנסות להשיב את המצב במובן המבני, לנסות להביא את האדם למצב הכי קרוב לזה שהוא היה בו אלמלא הנזק שקרה לו.
* כדי "לאזן" את הפגיעה בזכות, צריך להבין כמובן בדיוק מהי הזכות שנפגעה, כי לפי הפגיעה נצטרך לעצב את התרופה, ואת ההיקף שלה.

3. השאת רווחה מצרפית/יעילות

בעבר היה מקובל לדבר על מקסום של יעילות, תועלתנות. הרעיון היה שהדבר הרצוי הוא שכלל משפטי צריך להיות יעיל. היום פחות מקובל לדבר על מקסום של תועלת, היום מקובל לדבר על רווחה מתוך איזושהי הבנה שתועלת זה דבר יותר רחב ממה שאפשר לתרגם למרעות. יש מעבר ממקסום תועלת במובן הכלכלי למקסום תועלת במובן המשמעותי יותר. דברים טובים לא באמת יכולים להיות מתורגמים.

* מונחים שנשמע בהקשר לתפיסה הכלכלית של נזיקין:

יעילות (efficiency), תועלת (utility), רווחה (welfare)

* בשונה מצדק מתקן, התמקדות לא רק בניזוק והמזיק המסוימים, אלא ברווחה המצרפית. אכפת לנו רק להחזיר את המצב של הניזוק לקדמותו. מה שחשוב זה הגדלת העוגה המצרפית. להגיע למצב של יעילות. את אנשי הצדק המתקן לא מעניין אם משהו יעיל יותר או פחות, לעומת אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט יגידו שלא מעניין אותם אם הניזוק ירגיש טוב יותר או לא אלא אם אפשר להוכיח שהדבר יעיל, הגיוני מבחינת יעילות.
* בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה (המצרפית) ולא לחלק אותה. פחות משנה אם כל קבוצה באוכלוסייה תקבל חתיכה שווה של העוגה או לא.

מדובר בשני רעיונות שונים מאוד, אבל עם זאת נראה שבתי המשפט אף פעם לא מתמקדים בתיאוריה אחת בלבד. הפסיקה מורכבת מפסיפס של רעיונות ושיקולים (כפי שהיה אפשר היה לראות באבו-חנא), וגם בתיאוריה הכלכלית נראה יישום מהותני יותר שלה.

* בחוזים השאת רווחה מצרפית אינטואיטיבית

כשאני נותן למישהו מה שהוא צריך יותר ומקבל מה שאני צריך יותר- הגדלנו את העוגה המצרפית, ולא רק שלנו אלא של החברה כולה. כך חוזים מאפשרים לנו להגדיל את העוגה.

* בנזיקין נדאג להקטנת עלויות (מזעור עלויות הנזק ומזעור עלויות המניעה של הנזק)

בנזיקין קשה יותר להגדיל את העוגה מאחר ואנו נמצאים בעולם של מינוס. אבל אנחנו רוצים להגיע למצב שהעלות שלהם היא הקטנה ביותר (גם עלויות של הנזק וגם עלות המניעה של הנזק).

כיצד? בקורס נתמקד בשתי דרכים מרכזיות למטרה זו:

* הרתעה

נדבר על הרתעה בצורה יותר מובנית, אנליטית, ותואמת את הדין.

* פיזור נזק

יעילות- הרתעה **(deterrence)**

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

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

שימו לב- אלה שיקולים של יעילות מלכתחילה (ex-ante)

כלומר איך נגרום לאנשים מראש לדעת אם הם יכולים לעסוק בפעילות שגורמת לנזק או לא (וכמה)?

יש לנו אינטרס שפעולות מסוכנות יקרו, כי בסך הכול הן מגדילות את הרווחה המצרפית, ולכן אנחנו רוצים לאפשר אותן אבל לצמצם את העלויות שלהן.

דוגמא

שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס. בשנייה אדם מגדל צאן. מדי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס.

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

על מי נרצה להטיל את האחריות למנוע את הנזק לתירס?

**פתרון**

1. גישה נאיבית אומר שבעל הצאן צריך לשאת בנזק.
2. Coase הציע פתרון אחר, גם הפרות וגם התירס הן הגורם לנזק.
3. מסתכל על ההסיבתיות בפרספקטיבה כלכלית. לכן כדי להחליט על מי להטיל אחריות משפטית בנזיקין כדי לעודד אותו לפעול בצורה מסוימת, צריך לבדוק על מי ראוי להטיל את הנזק.

נטיל על מי שיותר זול לו למנוע את הנזק- למשל כמה יעלה לו לבנות את הגדר. אם הוא ידע שהוא לא יקבל פיצוי אם הצאן ידרוך לו על התירס, יהיה לו אינטרס לבנות את הגדר. כך מונע הנזק בזול יותר. אנחנו מתמרצים אותו לפעול למניעת הנזק. אנחנו רוצים לפי התפיסה הזו להניע אנשים לפעול בצורה שתביא להפחתת עלויות.

שיקולי הרתעה ופסק דין אבו חנא

השופט ריבלין הזכיר שיקולי הרתעה.

איך הם באו לידי ביטוי בפסק הדין? אנו רוצים ליצור הרתעה שווה לפגיעה בחיי אדם, בין אם האדם עשיר או עני. במצב הנוכחי הייתה לנו הרתעה ביתר (פגיעה במעמד גבוה- פיצויים גבוהים מאוד) ופגיעה בחסר(פגיעה במעמד נמוך- פיצויים נמוכים). כך, הבאנו להחצנת סיכויים כלפי אוכלוסייה חלשה ונטילת סיכונים על חשבונה. מה נעשה? נשווה את מעמדם של כל הניזוקים, במידה שבה ההרתעה תהא שווה לכולם ולא תביא לתוצאות חברתיות בעייתיות.

אנחנו מבקשים ליצור מצב בו מזיקים לא יחשבו שאנשים מסוימים שווים פחות מאנשים אחרים.

פיזור נזק

שיקול שהוא בדיעבד (ex post), כשכבר קרה נזק.

* פיזור נזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד

אנחנו רוצים שהנזק יתפזר כמה שיותר, להטיל את הנזק על קבוצה כמה שיותר גדולה, כי זה יותר יעיל מלהטיל אותו על אדם אחד. כך עובדות גם חברות הביטוח- כולם משלמים לחברה ולכן היא יכולה לספוג את הנזק של אדם אחד כשהוא קורה.

* דוגמא: מוצרים פגומים

אם נאמר ליצרן שבכל פעם שיגרם נזק לאדם משימוש במוצר הוא צריך לשלם על הנזק שנגרם, הוא ככל הנראה יגלם את העלות הפוטנציאלית של פיצויים כאלה לתוך העלות של מוצר. כך הוא יפזר את עלויות הנזק על פני המוני צרכנים במקום על צרכן אחד. זה חשוב כי אם לא היינו מטילים אחריות מוחלטת על היצרן על נזק של צרכן, הצרכן היה צריך להוכיח (חובת הוכחת נזק) קש"ס של הנזק, ואם הם לא מצליחים לעמוד בנטל ההוכחה הם נושאים בעלות הנזק באופן מלא. זאת יכולה להיות משמעות קשה לצרכן שנפגע. לכן במקום זה מפזרים את הנזק, מאפשרים את הצרכן לא להצטרך להוכיח כל תביעה ותביעה כדי לקבל פיצוי.

אנחנו רואים בעצם שכשמסתכלים על נזקים בצורה כלכלית, הם צריכים להיות מתוכננים בצורה אנליטית, נכונה, שצופה התנהגות של אנשים, מה אנחנו רוצים שיקרה, מנסים לכוון התנהגות של אנשים באמצעות תכנון.

יסודות עוולת הרשלנות

התרשלות

ס' 35 לפקנ"ז:

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

**יסודות העוולה**



התנהגות שאינה סבירה, אשם.

האם דבר א גרם לב'. אולי שני גורמים מביאים לנזק. אולי לא ההתנהגות העוולתית היא זו שגרמה. וכו'... מסובך להוכחה.

(יש גם יסוד של חובת הזהירות).

**\*אין להתבלבל בין התרשלות לרשלנות.**

התרשלות- התנהגות לא סבירה. רשלנות- מתקיימים כל יסודות עוולת הרשלנות.

**כיצד סעיף 35 מגדיר התנהגות שניתן לתארה כהתרשלות?**

**"האדם הסביר"**

* בחינה אובייקטיבית (מה האדם הסביר, הרופאה הסבירה, הנהג הסביר, היו עושים?)

האדם הסביר והנבון או בעל מקצוע סביר. לא מדברים על עבירות כוונה. התנהגות חברתית מוסרית, שהחברה מעדיפה שהיא תתקיים כדי לצמצם כמה שיותר סיכונים. אשמה חברתית לא מוסרית.

* מצד שני, מה קורה אם הסטנדרט הנהוג בבית חולים מסוים גבוה יותר? האם כאשר נבחן את התרשלות הרופאות בו, נבחן אותה עפ"י סטנדרט האדם הסביר, או על פי הסטנדרט הגבוה יותר שבו הן מורגלות? האם מכניסים שיקולים סובייקטיביים לתוך האובייקטיביים. או שניתן לומר שגם אובייקטיבי צריך להיבחן עפ"י הנסיבות.

פס"ד שטרן נ' שיבא

עובדות פסק הדין: מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי. לא בוצע הניתוח, והטענה להתרשלות.

השאלה הייתה האם הרופאים נהגו בצורה סבירה.

שאלה משפטית: לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות. עם זאת, הסטנדרט של בית החולים שיבא היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו משלא נקטו על פי הסטנדרט הנהוג בבית החולים?

האם אנחנו רוצים לבחון את המקרה לפי הסטנדרט הכללי בכל בתי החולים, או לתת דגש והתייחסות גם לסטנדרט גבוה יותר ושיקול סובייקטיבי של הרמה הנהוגה בבית החולים הספציפי?

נקבע: יש להטיל אחריות, בית החולים התרשל (כך, נראה שבית משפט לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו).

אם בי"ח מנהיג סטנדרט גבוה יותר מהשאר אז נבחן לפי האדם הסביר אבל בבית החולים הזה והסטנדרט הזה.

* הטעם מאחורי קביעה זו? ביקורת אפשרית?
* מבחינה חיובי, אנו רוצים להרתיע, וגם לפי שיקולים כלכליים אם יש דרך קל למנוע את הנזק אז נצפה שינקטו בו. בנוסף אם יש מישהו שנצפה בתחום אז הרבה אנשים הולכים אליו בעקבות כך, ולכן אם מעלים לו את הסטנדרט הוא בעקבות זה שהוא בעצמו קבע את הסטנדרט.
* מבחינה שלילית, קיימת חשש להרתעת יתר, אנשים יפחדו להתמחות כי אז קיימת להם חובה יותר גבוהה ויותר קל להם להתרשל, אז אולי לא כדי להיות מעל הסטנדרט.

**"באותן נסיבות"**

* ההקשר (קונטקסט) עשוי להשפיע על המסקנה אם התנהגות סבירה, הנסיבות ישפיעו על השאלה אם אדם התרשל.
* המועד הקובע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה, כשבודקים אם התנהגות הייתה סבירה או לא, נבדוק עפ"י מה שהמזיק ידע באותו זמן, ולא בדיעבד. בית המשפט ישים את עצמו בנעליו של המזיק באותו מועד של ההתנהגות הרלוונטית (שעליה המזיק נתבע).

שאלה

האם הקביעה שהתנהגות המזיק סבירה צריכה להיות מושפעת מהשאלה עד כמה הסטנדרט ההתנהגותי המצופה מהמזיק יכול להכביד עליו?

עד כמה אנחנו רוצים להתחשב במזיק, הצד שחשף לסיכון שהתממש? עד כמה נתחשב בכמה אנחנו מכבידים עליו? מתי אנחנו רוצים להתחשב ומתי לא?

* צדק מתקן?

מזווית של צדק מתקן, עצם זה שהאדם התרשל הוא הפר את השיווי משקל ולכן לא משנה אם זה יכביד עליו או לא הוא חייב להחזיר את המצב לשוויון.

* צדק מחלק?

מבחינת הצדק המחלק אנחנו לא מסתכלים על המזיק והניזוק הספציפי אלא כלפי כל הקבוצה, ולכן ונחליט בהתאם לנסיבות, חוזקן של הקבוצות והאינטרס החברתי שלנו.

* בראייה כלכלית? (נוסחת הנד עונה על זה)

"נוסחת הנד" (**Learned** **Hand formula)**

מה ה**הסתברות שיגרם הנזק** - (probability) **P**

שיעור הנזק- הסתכלות על **הנזק הצפוי** שנגרם - (loss) **L**

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

בעצם כמה יעלה למזיק למנוע מהנזק (לפעמים להימנע לחלוטין מהפעולה אם אי אפשר למנוע את הנזק).

לא מצפים מאנשים להימנע לגמרי מפעולות מסוכנות כי ההנחה היא שיש בהן יותר תועלת מנזק, אבל אנחנו עושים איזשהו איזון ביניהן, שזה מה שלרנד הנד הגה בנוסחה שלו.

הנוסחה מתארת את הרעיון של הגישה הכלכלית שלפיה דיני הרשלנות מיועדים לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות כאשר העלות של הנקיטה באמצעי זהירות יותר נמוכה מתוחלת הנזק שיכולה לקרות, ושתופחת אם אמצעי המניעה יינקטו.

**P x L** (תוחלת הנזק)

מכפלת ההסתברות וגובה הנזק הצפוי.

**P x L > B** ← התנהגות רשלנית (התרשלות)

**P x L < B** ← אין התרשלות

אם תוחלת הנזק יותר גדולה מעלות המניעה שלו, ברור שהמזיק התרשל, כי אם עלות המניעה יותר נמוכה מתוחלת הנזק, אפשר לומר שהדבר היעיל היה אם המזיק היה משקיע את עלויות המניעה ומונע את הנזק. אם עלות המניעה של הנזק גבוהה מתוחלת הנזק, המזיק לא התרשל, כי זה לא יעיל לדרוש ממנו להשקיע יותר מתוחלת הנזק כדי למנוע את הנזק.

נוסחת הנד- דוגמא

במפעל הפולט חומרים בזמן הפעילות עשויה להיות דליפה.

דליפה כזו עשויה לגרום לנזק של 100 לשכן. ההסתברות להתרחשות דליפה היא 30%. עלות התקנת פילטר שימנע את הדליפה- 20.

לרוע המזל, הסיכון התממש, וקרה נזק של 100.

**האם ניתן לומר שהמפעל התרשל?**

תוחלת הנזק היא 30 (30%\*100)

עלות התקנת הפילטר היא 20

20<30, המפעל התרשל.

אנחנו מסתכלים על הנזק כשהוא כבר התממש, אבל בנקודת מבט של האם היינו רוצים שמישהו ישקיע וימנע את הנזק. פעולות הן מסוכנות תמיד, אנחנו לא רוצים שאנשים תמיד ימנעו את הנזק. לכן בודקים אותו מול תוחלת הנזק.

נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה. האדם הסביר הוא האדם היעיל.

**אתגרים של כימות**

* כיצד מכמתים עלות מניעה? למשל נסיעה איטית יותר.
* כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (הסתברות)? במיוחד כשמסתכלים אחורה כדי להבין מה הייתה ההסתברות לנזק.

אלה דברים שדורשים לכמת ולשערך בצורה שאינה כ"כ פשוטה.

תשובות אפשריות

* קירוב, אפשרות להשתמש במדדים או רעיונות שיקרבו אותנו כמה שיותר. ביהמ"ש מנסה לפתח כלים כאלה.
* אי שוויון (אין צורך לאמוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים PL, B).

כשאנחנו צריכים להשוות בין גדלים, עלות מניעה של נזק מול תוחלת נזק. אם היינו צריכים לדעת מה גדול ממה בערכים מוחלטים, היה לנו הרבה יותר קשה להתמודד. אבל אנחנו לא צריכים לדעת, כי הנוסחה מדברת על אי שווין אנחנו רק צריכים לדעת עם עלות ההפחתה גבוהה או נמוכה מהתוחלת שלו.

* **נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה.** היא בעצם מחזירה אותנו לרעיון הבסיסי, שבדיני הנזיקין אנחנו רוצים למזער עלויות. וגם הנוסחה אומרת בעצם שלא תוטל אחריות אם עלות המניעה של הנזק יותר גדולה מתוחלת הנזק. נוצר מצב שאנחנו לא מונעים נזקים אם לא יעיל למנוע אותם.

**פוזנר ו"מונע הנזק הזול"**

פוזנר לקח את נוסחת הנד ככלי שקובע את אמת המידה של ההתרשלות והוסיף לה מימד נוסף. לא צריך להסתכל רק על המזיק אלא גם על הניזוק. יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק. לא משנה מי המזיק ומי הניזוק, אלא למי היה זול יותר למנוע את הנזק.

מדובר בתנאי מצטבר לנוסחה, שני התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה.

\*בהמשך, קלברזי והירשקופף הציעו את כלל "שוקל הנזק הטוב ביותר".

הציעו שבמקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את כל החישובים ולקבל את כל המידע מי הצד שהיה לו יותר זול למנוע את הנזק, צריך למצוא את הצד שהוא שוקל הנזק הטוב ביותר כלומר נמצא בעמדה הטובה ביותר כדי לשקול איך להפחית את עלויות התאונה והמניעה שלה, וגם הצד שיכול לפעול על סמך המסקנות האלה.

הרעיון מאחורי ההצעה היה שבמקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את החישובים כדי להבין מיהו מונע הנזק הזול, הוא רק יצטרך לבדוק לאיזה צד היה את המידע לפעול בעצמו למניעת הנזק או להתריע בפני הצד השני.

**אימוץ נוסחת הנד**

* הריסטייטמנט האמריקאי (Rrestatement), בתי משפט בארה"ב
* בתי משפט בישראל
* ככלל, בארץ ובעולם, הנוסחה אומצה, אך לצד מטרות ושיקולים נוספים

יש שיקולים אחרים שסדורים בתוך הנוסחה הזאת, וגם היא לא מיושמת באופן כלכלי טהרני. כלומר ברור שיש קושי מסוים ליישם אותה ויש דברים שמיושמים בצורה של שיערוך.

דוגמאות למצבים שבהם בית המשפט עשה שימוש בנוסחה:

**פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש**

נער בן 15 קופץ קפיצת ראש למים רדודים בבריכה והוא נפצע באופן חמור. השאלה הייתה האם בעלי הבריכה ומפעיליה התרשלו כשלא תלו שלטי אזהרה?

המסקנה הייתה שעלות המניעה של הצבת שלטים היא נמוכה יחסית לתוחלת הנזק הצפוי של פגיעת גוף למתרחצים.

עלות המניעה של הצבת שלטים בבריכה נמוכה יחסית לתוחלת הנזק הצפוי של פגיעת גוף למתרחצים. אנחנו רואים כאן שהרעיון של שיקולים כלכליים נמצא גם אם זה לא נראה לנו באופן מובהק וזה "מאחורי הקלעים".

**פס"ד גרובנר נ' עיריית חיפה**

אישה מבוגרת מטיילת בפארק, נפגעת מרוכב אופניים. היא תבעה את עיריית חיפה על שלא הציבה פקחים שיאכפו את איסור הנסיעה באופניים. העירייה טענה טיעון כלכלי-תועלתני. אין לה מספיק פקחים כדי לאכוף פיזית את האיסור, אבל היא הציבה שלטים שקובעים שאין כניסה לרוכבי אופניים.

שמגר לא מפנה לנוסחת הנד אך שוקל את העלויות להצבת הפקחים ומכריע כי הצבת השלטים לעניין זה הייתה סבירה.

מסקנה- נוסחת הנד נשקלת בפסיקה, לעיתים במפורש ולעיתים במשתמע(כשמדברים על יעילות או סבירות, "נורה אדומה" לנוסחת הנד)

**חלופות לנוסחת הנד?**

האם אפשר להתעלם מהנוסחה ולהגיע לרעיון היעילות הכלכלית באמצעים אחרים?

* אולי דרך מנהגים? האם מספיק לומר למשל כשיש פרקטיקה מקובלת למקרה מסוים והליך רפואי בוצע אחרת ולכן זו התרשלות?
  + דוגמא- רשלנות רפואית (פרקטיקה מקובלת).

גם אם רוב של רופאים יאמר שברוב המקרים זה בדיוק מה שהם היו עושים, והתממש נזק. לא תמיד עצם העניין של שנגמרם נזק מראה על התרשלות הרי קיימת גם נזק טבעי בניתוח.

* דוגמא- מפעל מזהם (למשל, קביעת גובהה של ארובה למניעת זיהום).

אם המפעל לא מתקין ארובה בגובה הנדרש אבל אומר שזה המנהג בשאר המפעלים, לא נוכל לומר

שהוא התרשל. אבל אם נלך לפי ההיגיון של נוסחת הנד אז כן נוכל להטיל אחריות.

* + המסקנה- המעמד של מנהג הוא מורכב והוא אינו בהכרח תחליף אידאלי לנוסחת הנד.

נוסחת הנד מאפשרת לנו לרדת לרזולוציה נכונה יותר ולתמרץ בצורה יעילה יותר. נכון שבמצבים

רבים הרעיון שמאחורי הנוסחה והדוגמא של רשלנות רפואית תתלכד. אנחנו לא רוצים רפואה

מתגוננת. אבל הדוגמא של המפעל מראה את הבעייתיות.

* מה לגבי חוק?

למה לא לומר במקום נוסחת הנד שברגע שהפרת את החוק התרשלת?

* + מי שהפר חוק לא בהכרח התרשל. קיימת עוולה ספציפית של הפרת חובה חקוקה, שמדברת על מקרים ספציפיים של הפרת חוק. אבל זה לא אומר שבהכרח מי שהפר חוק רלוונטית לו גם עוולת הרשלנות.

**פס"ד לרנר**

נהג משאית נוסע במהירות גבוהה ועובר חיילים במחסום. הנהג לא שמע שהתבקש לעצור. אחד החיילים הפר את הוראות הפתיחה באש וירה על המשאית, ובכך גרם לנזקי גוף לנהג. החיילים חשבו שהנהג הוא מפגע ולכן ירו. החיילים עברו על הוראות הפתיחה באש (חוק צבאי), ונשאל האם התרשלו?

השופט מצא- אין להשתמש בצורה בלעדית בהוראות חוק כדי לקבוע האם פרט התרשל. ההפרה יכולה לסייע לקבוע האם הפרט התרשל, אך יש לבחון את נסיבות העניין והעובדות הספציפיות. פעולה לפי החוק לא תשלול קביעה שפרט התרשל, והפרת חוק לא תביא בהכרח לקביעה שפרט התרשל.

כלומר- לא ניתן לומר שהפרת חוק מהווה תחליף מדויק לנוסחה של לרנד הנד. זה לא אומר שההתנהגות לא סבירה.

יש התנהגויות שעומדות בסטנדרט או בפרקטיקה אבל עדיין אפשר לומר שהן התרשלות, התנהגות לא סבירה.

אי אפשר לומר שהפרה של מנהג או חוק הם לא רלוונטיים. אבל הפרה של חוק או מנהג לא יכולים להיות שיקול מכריע כדי לקבוע שמישהו התרשל והתנהג בצורה לא סבירה.

נוסחת הנד- הרתעה ביתר והרתעה בחסר

כשמזיק פוטנציאלי פועל בעולם, הוא רואה את תוחלת הנזק לנגד עיניו. יש לו מובן כללי מה הנזק שיכול להיגרם ומה הסיכוי לכך.

**הרתעה ביתר**- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי.

לדוגמא, נניח שרמת הזהירות היעילה בנסיבות מסוימות היא 10 בהתאם לתוחלת הנזק (10), אבל המזיק חושב שבפועל, תיוחס להתנהגות שלו תוחלת נזק של 15.

יוצא שביהמ"ש רואה את התוחלת כ-10, ולכן יוצא שהמזיק במקום שיסע במהירות סבירה לתוחלת נזק של 10 הוא נוסע לאט יותר, כי הוא יודע שאולי ביהמ"ש יעשה טעות ויחשב את תוחלת הנזק לא נכון בכביש הזה. יש סיכוי גבוה יותר שתוטל אחריות ברשלנות ותהיה הרתעת יתר (הנסיעה לאט יותר).

**ההרתעה בחסר**- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי.

לדוגמא, אם תוחלת הנזק היא 10, אבל המזיק חושב שסטנדרט הזהירות נמוך יותר, ומבטא תוחלת נזק של 5. האם ימנע את הנזק בעלות של 6? דוגמא יותר "חמורה"- כי היא תגרום לא רק לחוסר יעילות כמו בנסיעה זהירה יותר, אלא לנסיעה מהירה יותר- ופחות זהירה (ולכן לא יעילה).

אם ביהמ"ש עושה טעות (או המזיק), התמריצים בעצם משובשים.

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

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

נניח שמתקיימים הנתונים הבאים:

•למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק (למשל להקים גדר)

•לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק (למשל, לגדר הצאן או לשכור רועה צאן)

•תוחלת הנזק לשדה התירס- 10.

לפי נוסחת הנד, יש למנוע את הנזק (נכון לגבי שני הצדדים- 10>8>6)

מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף- על מי נרצה להטיל את האחריות?

לפי מונע הנזק הזול: נטיל על בעל השדה את האחריות, כי זול לו יותר למנוע הנזק כך נצמצם את הנגיסה בתועלת החברתית, ברווחה המצרפית. נצמצם עלויות.

* בהמ"ש לא מונע ע"י שיקולים כלכליים בלבד, סביר שנראה שילוב של הגישות הדומיננטיות (למשל, תוסף שאלת האשם התורם).

תיאורטית, מה אם הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה?

* תמיד עדיף לנסות ולמצא גורם אחד משיקולים של צמצום עלויות(מונע הנזק הזול, נוסחת הנד וכו'), שהם שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון", אבל, אם זה בלתי אפשרי:

שיקולים מסדר שניוני- מפזר הנזק הטוב ביותר.

שיקולים נוספים (כמוצא אחרון)- צמצום עלויות אדמיניסטרציה (חסכון בעלויות ההליך עצמו).

סיכום- מתי נשתמש בנוסחת הנד?

* כאשר נגרם נזק(הנוסחה נועדה לסייע להוכיח רשלנות. אם אין נזק, היא לא רלוונטית.
* יש לבחון מי מונע הנזק הזול, אם הדבר נדרש וניתן להוכיחו.
* כאשר ניתן למנוע את הנזק בקלות יחסית.
* כאשר עובדות המקרה מאפשרות שימוש בנוסחה (הסתברות הנזק שייגרם ניתנת להערכה יחסית ברורה, העלות למניעתו ניתנת להערכה וכך גם הנזק שנגרם). הנוסחה לא חייבת להיות מספרית כולה, אלא שהפערים בין תוחלת הנזק לנזק שנגרם ברורים מספיק כדי לאפשר להגיע לניתוח הגיוני וסביר.
* פרקטיקה רפואית- סטייה מהפרקטיקה המקובלת= התרשלות. אין צורך בנוסחת הנד, מפני שהיא עונה על השאלה האם הייתה התרשלות
* לפי ברק בפס"ד חמד, יש להתייחס גם לאינטרסים חברתיים או כאלה של צד שלישי (כל עוד הקייס נותן מידע כזה). זו נוסחה הגיונית, לא כמותית.

קיומה של חובת זהירות

היסוד השני של עוולת הרשלנות.

סעיף 35 לפקנ"ז- רשלנות

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

ס' 36 לפקנ"ז- חובה כלפי כל אדם

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

**על מנת להטיל על מזיק אחריות ברשלנות לא די בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק.** חובת הזהירות היא כמו מין שער אם היא מתקיימת, רק אז נבדוק אם התקיימה התרשלות ורשלנות.

**אחד מפסקי הדין המכוננים לעניין חובת הזהירות Donoghue v Stevenson**

שתי חברות הזמינו בבית קפה מעין שילוב של גלידה עם בירה ג'ינג'ר. אחת החברות מגלה שהיה בבקבוק חילזון מת. היא טענה גם שהיו לה כאבי בטן והיא נזקקה לטיפול רפואי. היא תבעה את אחריות היצרן, והיום ברור לנו מאוד שהייתה אמורה לתבוע את היצרן.

**Lord Atkin**

The rule that you are to love your neighbor becomes in law, you must not injure your neighbor, and the lawyer’s question, who is my neighbor?

The answer seems to be- persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

לורד אטקין שואל מי השכן שלנו במשפט? מי הוא האדם שצריך לקחת בחשבון כשאנחנו בוחרים איך להתנהג? והתשובה היא שה"השכן שלנו" במשפט הוא אדם שקרוב דיו כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, לכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנו בוחרים איך להתנהג.

מיהו השכן שלי? עם מי יש לי יחסי קרבה? זו שאלה מאוד משמעותית.

זכרו, שרק אם יש לי חובת זהירות, ניתן לטעון כלפיי שהפרתי את החובה. רק אז אכנס מבעד ל"דלת" עוולת הרשלנות.

**גם בישראל קיים דיון על שכן מבחינה משפטית:**

פס״ד גורדון נ׳ עיריית ירושלים- דנה על מיהו השכן שלנו מבחינה משפטית

עובדות: גורדון מכר את רכבו לאחר. בהמשך, המשיך גורדון לקבל עליו קנסות, למרות שדיווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים הפסיק לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של דבר אף נעצר.

הרקע המשפטי: סעיף 60 לפקודת הנזיקים:

"נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפך- למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת- נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו,, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך…".

עוולת הנגישה- הליך נפל פלילי- דורשת הוכחה של זדון. לכן, גורדון תובע בעוולת רשלנות.

* למרות שעוולת הנגישה שהיא עוולה פרטיקולרית מתאימה למקרה זה, בית המשפט החליט שניתן להחיל את עוולת הרשלנות. עיריית ירושלים תטען שיש עוולה ספציפית שלא מתקיימת, ולכן הטענה לרשלנות היא כמו "כניסה דרך הדלת האחורית". ביהמ"ש קובע שלא נסגרת הדלת לתביעה כאשר עוולה פרטיקולרית לא מתקיימת, ומאפשר לתבוע על עוולת הרשלנות. אין הסדר שלילי לכן נוכל להשתמש בעוולת הסל- עוולת הרשלנות.
* הסדר שלילי= מעין חגורה סביב הסעיף שמורה במפורש שלא ניתן לפנות לסעיפים אחרים. לענייננו זה לא מתקיים ולכן ניתן לתבוע על רשלנות.
* בית המשפט מקבל את התביעה- כאשר תנאי עוולה פרטיקולרית לא מתקיימים ואין הסדר שלילי בעניין(נאמר במפורש שאי אפשר לתבוע ברשלנות), ניתן לפנות לתביעה דרך עוולת סל.
* השופט ברק דן על האם חלה חובת זהירות של עריית ירושלים למרות שהם רשות. כדי להתמודד עם השאלה הזאת, דן בביטוי יחסי שכנות על ידי מבחן הצפיות שהוא המבחן במשפט הישראלי.

את מבחן הצפיות ניתן לחלק ל-2:

**שני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות**

1. צפיות **טכנית** או חובת זהירות **קונקרטית** (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק) בוחנת האם המזין יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק?
2. צפיות **נורמטיבית** או חובת זהירות **מושגית** (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק) האם הוא היה צריך לצפות את הנזק והניזוק?

אלה שני מבחנים מצטברים

לפעמים יש מקרים למשל בהם היה צריך אבל לא יכול היה.

לעתים קרובות כאשר מתקיימת הצפיות הטכנית מתקיימת גם צפיות נורמטיבית, אך לא תמיד.

צפיות טכנית (או קונקרטית)

**Palsgraf v. Long Island Railroad Company**

עובדות- ממחיש את עניין היכולת למנוע את הנזק ואיך בוחנים את זה.

היה נוסע שניסה לעלות לקרון הרכבת שכבר התחילה לנסוע, ושומרים ניסו לדחוף ולמשוך אותו כדי שיצליח לעלות. תוך כדי זה נפלה לו חבילה מהיד, שהיו בה זיקוקים והם התפוצצו. כתוצאה מהפיצוץ התמוטט מוט על גברת פלסגרף ופגע בה בראש, (למרות שהיא לא הייתה בקרבת מקום). היא נהייתה אילמת ותבעה את חברת הרכבת על רשלנות כדי לקבל פיצוי על נזקיה.

* השופט קרדוזו בדעת רוב קבע שלא צריך להטיל חובה נזיקית על הרכבת באותו עניין, למרות שהתנהגותו של השומר הייתה רשלנית, השאלה היא לא כלפי הנוסע אלא האם אותו שומר יכול היה לצפות את סוג הנזק והניזוק הספציפי שמדובר בו, שזו הגברת פלסגרף. ומאחר והיא הייתה מחוץ לאזור הסיכון התשובה הייתה שלא, הוא לא יכול היה לצפות את השתלשלות האירועים הזו.
* ההיגיון שעומד מאחורי זה הוא שאנחנו כל הזמן יוצרים סיכונים, ולפעמים היא גם מזיקה לאחרים. אבל לא יכולה להיות מוטלת עלינו חובת זהירות על כל דבר שקורה סביבנו, אפילו אם הוא כתוצאה מההתנהגות המסוכנת שלנו.

פס״ד פריצקר נ' פרידמן

העובדות: עזבונו של אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג תובע את הדורש ברשלנות (הימים שלפני הפלת"ד).

נהג משאית נסע ברוורס כשמישהו מכוון אותו, והאדם שכיוון אותו נדרס למוות.

השופט

השופט אגרנט: ככלל, חלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל במקרים דומים, אבל בנסיבות העניין, לא חלה חובת הזהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי.

* כדי לקבוע אם הנהג התרשל היה צריך לקבוע קודם כל האם חלה חובת זהירות כלפי הנדרס.
* לפי זילברג חלה חובת זהירות אבל הנהג עמד בה, כיוון שהוא דיבר עם הנדרס לפני שהוא התחיל לנסוע ברוורס, ולכן אי אפשר לחוב את הנהג ברשלנות.
* אגרנט קבע שאין חובת זהירות כיוון שמדובר בנדרס שהוא לא ניזוק צפוי. הוא כיוון את הדורס ושוחח איתו לאורך כל הנסיעה אחורה, אי אפשר לומר שהנהג יכול היה לצפות את הדריסה הזאת.
* אולי ההתנהגות באופן כללי רשלנית, ושהוא התרשל (גם לפי נוסחת הנד- הוא יכול היה לנסוע לאט יותר או לצרף עוד מישהו שיכוון אותו, אל מול הנזק שהוא מאו גדול, מוות של אדם), אבל במקרה המסוים הזה הוא לא יכול היה לצפות.

הצדק למבחן הצפיות:

* אולי תוחלת הנזק מאוד קטנה? הסיכוי שנזק יתרחש הוא מאוד קטן. התוחלת של הנזק מאוד קטנה, ולכן לא חושבים להשקיע עלויות על מניעה בשביל למנוע נזק שכמעט אין צפי שהוא יקרה.
* כיצד ניתן לצפות ממזיק לנקוט באמצעי מניעה אם הנזק לא צפוי? אם אנחנו לא יכולים לצפות את האירוע או הנזק, מבחינה טכנית אי אפשר לצפות ממנו שננקוט באמצעי מניעה.
* הרתעה ביתר? כאמור, כולנו מסכנים ומסתכנים כמעט בכל רגע נתון אבל אי אפשר לחיות בעולם אם כל סיכון שיתממש תוטל נגדו נזק
* אולי המשמעות היא שהניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר? במצבים רבים שהמזיק לא יכול היה לצפות את הנזק, אולי דווקא הניזוק הוא מונע הנזק הזול ולצפות אותו או למנוע/לצמצם אותו.

חריג למבחן הצפיות הטכני והוא **מבחן הגולגולת הדקה** (לגבי היקף הנזק שניתן היה לצפות).

במצבים שבהם יש ניזוק שהוא פגיע במיוחד, ההנחה היא שהמזיק היה צריך לצפות את עצם העובדה שהוא יכול לפגוע בניזוק שהוא פגיע המיוחד. ולכן הכלל אומרת שרק אם היה אפשר לצפות את הנזק אבל לא היה אפשר לצפות את היקפו את תחול חובת זהירות טכנית.

* ביקורת אפשרית לגבי החריג? מונע הנזק הזול הווא בעצם בנפגע כי הוא זה שיודע שהוא יותר פגיע מבן אדם נורמטיבי. במקרה כזה לא ראוי להטיל על המזיק אחריות להיקף הנזק.
* הרציונליים שמאחורי החריג? אם נלך לפי הצדק החלוקתי אז אפשר להגיד שזהו אוכלוסייה שאנחנו רוצים לשמור עליה ולכן נגן עליה יותר. בנוסף לפעמים אדם שנכנס לתוך ההגדרה של גולגולת דקה לא תמיד יודע ולכן הוא לא יכול להיות מונע הנזק הזול ביותר.

צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית

* הערה כללית- הדמיון שבין "סיבתיות במובן המשפטי" לבין "צפיות נורמטיבית".

כי גם סיבתיות משפטית מדברת במונחים של צפיות. נלמד בהמשך, לשים כרגע בצד.

* הן הצפיות הטכנית והן הנורמטיבית נוגעות לאירוע הנזק כולו. הן לסוג הנזק והן לניזוק.
* ההבדל בין השאלות, האם המזיק יכול היה למנוע את הנזק, לשאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות.

בשיקולי מדיניות אפשר לחשוב על כל מיני שיקולים שבגללם ביהמ"ש יכריע שצריך היה לצפות את הנזק ואת הניזוק המסוים, ובכך ליצור איזושהי מסננת נורמטיבית למתי תוטל חובת זהירות ואז מותר להיכנס ל"דלת" של עוולת הרשלנות, ומתי לא.

דוגמאות לשיקולי מדיניות:

1. שיקולי הרתעה- ככל שנהיה חשופים יותר לאחריות נזיקית, כך ניטה להימנע מפעילויות שבהן יש אלטרנטיבות. נרצה להוריד את הסיכוי להיתבע אחר כך ושלא ייחשב להליך רשלני (אבל הוא יהיה לא יעיל מבחינה חברתית ואנחנו לא רוצים לעודד אותו סתם). אלה המצבים שיקרו אם לא תהיה איזושהי "מסננת".
2. עלויות מנהליות- אם ידעו לנו שיש אישה שהוא מסננת לא נגיש תביעה לבית משפט על כל התנהגות שנירא לנו כמסוכנת.
3. "דחייה על הסף"- מקרים שבהם כן נקט בפעילות מסוכנת, אבל סיכוי קלוש שהוא התרשל, ולכן התביעה תידחה על הסף. נוכל לזהות מקרים כאלה מהנתונים עצמם.

פס"ד מדינת ישראל נ' לוי

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

למה נתבעת המדינה- כי חברת הביטוח התפרקה, והמפקח על הביטוח ידע על קשייה הכלכליים ולא הודיע לציבור על הקריסה שלה או הפסיק את הרישיון שלה בזמן. אם היה עושה זאת, לוי היה כנראה נקשר עם חברת ביטוח אחרת. כרגע המצב הוא לעיזבון שלו אין ממי להיפרע על הנזק שקרה.

השאלה המשפטית: האם יש חובת זהירות של המפקח על הביטוח כלפי לוי?

* אפשר להניח שהמפקח יכול היה לצפות שכתוצאה מפירוק חברת הביטוח יקרה למישהו נזק שלא יהיה לו מאיפה לפרוע.
* השופט שמגר בוחן מתי מתקיימת צפיות נורמטיבית כשהמדינה מעורבת. הוא בעצם שואל מתי יש את אותם יחסי שכנות שדיברנו עליהם בנזיקין, שמהם ניתן להחליט שיש צפיות נורמטיבית.
* צפיות נורמטיבית שהמדינה היא צד:

1. **האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי?** יש הבדל בין התנהלות של המדינה כאילו הוא אדם פרטי לבין התנהלות ציבורית של המדינה, בסמכותה השלטונית.
2. **האם מדובר במעשה או מחדל?** הטלת אחריות על מחדלים תיעשה תמיד ביותר זהירות.
3. **מה סוג הנזק? (נזק ממוני טהור או נזק גוף)** ככל שהסיכון הוא יותר לנזקי גוף, כך ביהמ"ש ייטה לקבוע שחלה חובת זהירות. בנזקים כלכליים טהורים הוא יהיה אולי סלחן יותר.
4. **האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?** האם ניזוק יכול היה להסתמך על פעילות של המדינה? למשל על העובדה שהמפקח של הביטוח יעשה את השיקולים הנכונים בצורה שהם ידעו שהם מבוטחים, אפשר לומר שאפשר להסתמך על זה. ועדיין ביהמ"ש באותו עניין קבע שלא מוטלת חובת זהירות על המדינה.

* אלא לא שיקולים מצטברים, ביהמ"ש צריך לראות, לשקול וללמוד מהעובדות, מה המשמעות שחלקן או כולן (או אפילו רק אחת מהן), אם מתקיימת או לא.
* צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול הדעת

"בעוד שניתן לבקר את הצד הפרוצדורלי של יישום הכללים- אי עיון במידע, התעלמות משיקולים וכדומה- הרי שאת ההחלטה עצמה לא ניתן לבקר לפי אמת מידה נזיקית, שכן אין סטנדרט מולו ניתן להשוות את ההתנהגות". (ניתן לסייג במקרים יוצאי דופן)

"משום שנדרשת הכרעה בדבר ערכן היחסי של פעילויות, של מדיניות אלטרנטיבית ושל רמת הסיכון שעל הציבור לעמוד בו. החלטות מעין אלו אינן מתאימות לבדיקה בקריטריון של רשלנות".

שמגר מוסיף בכמה ציטוטים, שיש קושי כבד לבקר את שיקול דעתה של רשות מנהלית בבחירתה להתנהל, גם אם שיקול הדעת גרם לנזק(אך אפשר לקבוע שחלה אחריות נזיקית במקרים מסוימים!). במצבים של תביעה הנוגעת לשק"ד מנהלי שאינו נזיקי טהור, יש להיזהר בקביעה שחלה אחריות נזיקית.

בסופו של דבר, ההחלטה בעניין לוי נוקטת בגישה מאוזנת ולא בפטור מוחלט מחובת זהירות של רשות כלפי פרטים.

פס״ד רויטמן נ׳ בנק המזרחי המאוחד בע״מ **(דוגמה לצמצום חובת זהירות של עדים למשפט)**

עובדות: עורך דין הורשע בפלילים, תובע את בנק המזרחי ומס' עובדים על עדות שקר שגרמה לו לנזקים.

הוא תובע על רשלנות ועל הפרת חובה חקוקה.

השופט קיסטר: מאחר ועדים לא חייבים חובת זהירות נהיה להם מעין חסינות כי אי אפשר להטיל עליהם חובה נזיקית.

* מה יכול להצדיק את זה? בעיה של הרתעה ביתר עדות. במשפט היא גם ככה לא נעימה, אם נוסיף לזה את העובדה שהם יכולים להיתבע בנזיקין, ברשלנות, ככל הנראה זה יצור סינון אפילו גדול יותר של מי שיסכים להעיד.

נזק

* הוכחת נזק
* קשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק

אינטואיטיבית, ברור לנו מהו הנזק. לא נצטרך להוכיחו במובן הראייתי, אלא להראותו ולהוכיח קש"ס בין התנהגות המזיק לנזק שקרה.

ס' 35 לפקנ"ז

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

**המבחן לבחינת קשר סיבתי עובדתי במשפט**

המבחן הדומיננטי לבחינת קשר סיבתי עובדתי, המבחן הנהוג, הוא מבחן מאוד אינטואיטיבי: **"מבחן האלמלא"**. **האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?**

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

**לא**

**כן**

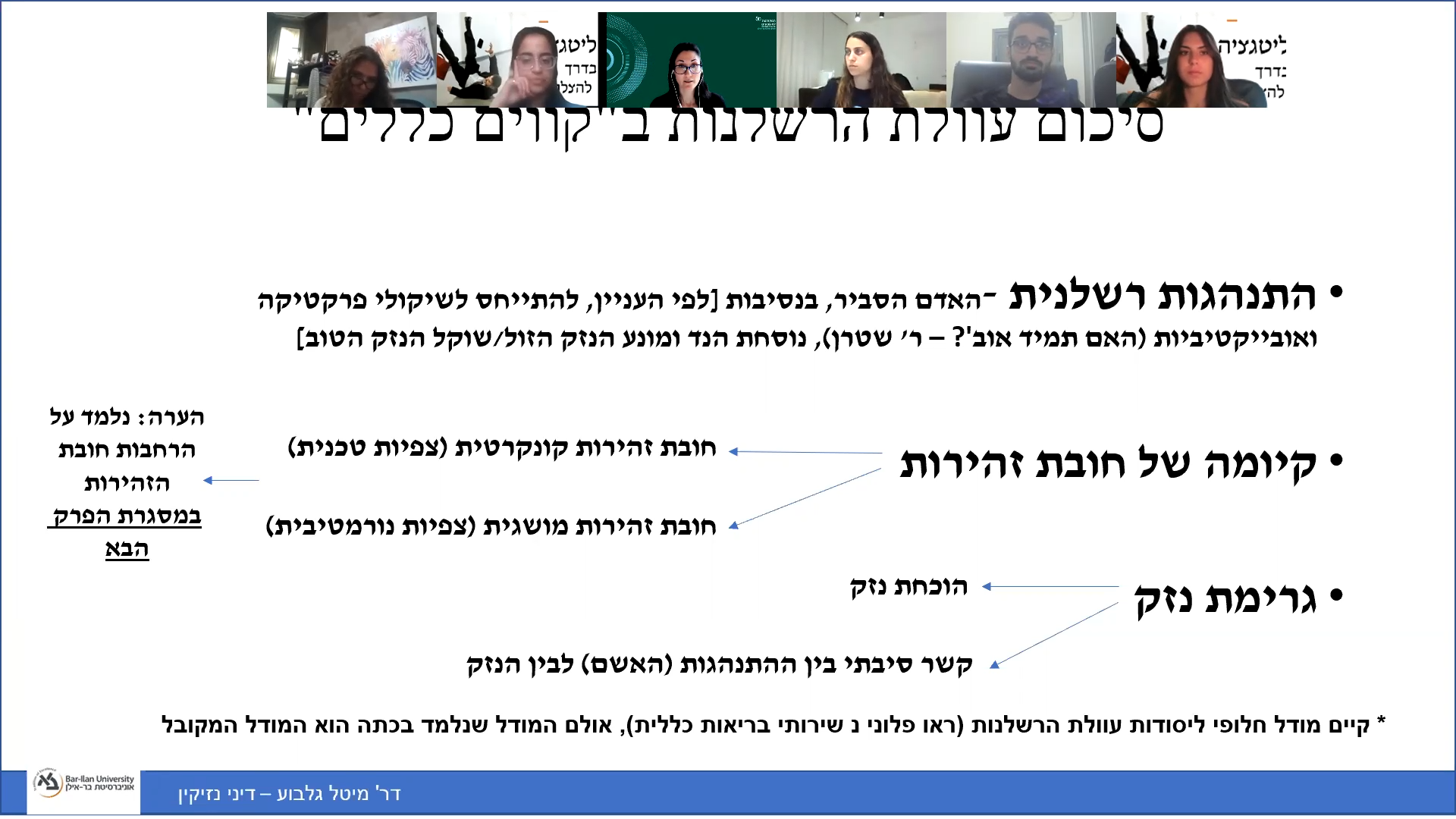
**אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק**

**יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק**

ניתן לקבל 2 תשובות אפשריות:

* אם התשובה היא כן- אין קשר סיבתי.
* אם התשובה היא לא- זה אומר **שההתרשלות היא "הגורם בלעדיו אין"**, היא הגורם למותו של החולה. יש קשר סיבתי בין ההתרשלות של החולה לבין הנזק.

סיכום עוולת הרשלנות ב"קווים כלליים"



לפי הנתונים נצטרך לדעת לאיזה רעיונות להתייחס לגבי כל אחד מהיסודות האלה.

**\* קיים מודל חלופי ליסודות עוולת הרשלנות (ראו פלוני נ' שירותי בריאות כללית), אולם המודל שנלמד בכיתה הוא המודל המקובל.**

* הערה: אפשר לבדוק גם בסדר אחר(קודם חובת זהירות נורמטיבית ואז קונקרטית, למשל).
* כאשר יש פרקטיקה מקובלת- נוכל להחילה על בחינת האדם הסביר ושאלת ההתרשלות. אם אין כזו, נבחן שימוש בנוסחת הנד.

**כמה הערות נוספות מהתרגול לעבודה הראשונה:**

**יסודות עוולת הרשלנות:**

* **נוסחת האיזון שמוזכרת ע"י השופט ברק בעניין חמד (פס' 14, 16 לפסק דינו). מתבסס על נוסחת לרנד הנד. ברק אומר שנוסחת הנד לא מספיקה, צריך להביא בחשבון את האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה.**
* **המזיק צריך לשקול את האמצעים שהוא יכול לנקוט כדי למנוע את הנזק. המזיק צריך להימנע מהסיכון אליו הוא חושף גם את עצמו. מנקודת מבט הציבור: יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון. ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, כן יש לנקוט יותר אמצעים כדי למנעה.**
* **כאשר מדובר בשני נזקים נפרדים התלויים זה בזה(נסיעה במהירות גבוהה לעומת הנזק לעינו של חאטם), ניתן לדון בהשפעה של זה על זה. יכול שתוחלת הנזק "תתקזז" ויש לבחון את יחסי הגומלין. שימוש בנוסחת הנד בכל מקרה בנפרד, ואז הקשה מנזק אחד לאחר כאשר הם משפיעים זה על זה, הוא דרך ניתוח חשובה.**
* **סבירות ההתנהגות היא תמיד פונקציה שתלויה בנסיבות .**
* **פס"ד פולר- התנהגותם של רופאים תיבחן לפי הידוע והמקובל בעת הרלוונטית לטיפול שניתן.**
* **פס"ד שטרן- הוחל סטנדרט זהירות גבוה יותר על ביה"ח שבו סטנדרט הטיפול היה גבוה יותר, למרות שנורמות הטיפול לא חרגו מקריטריון הרופא הסביר ולא היוו סטייה מנורמות רפואיות ומקובלות.**
* **מהי מידת הזהירות שבה חייב ילד לנהוג כלפי עצמו? 3 מבחנים שונים אפשריים [פס"ד אייגר, פסקה 9]-**
  + - 1. **מבחן אובייקטיבי- יש למדוד את רמת הזהירות לפי הליכות האדם הסביר.**
      2. **מבחן סובייקטיבי- יש להתחשב אך ורק באפשרויותיו האישיות של הילד הניזוק.**
      3. **מבחן ביניים- רמת הזהירות הממוצעת של ילד בגילו של הניזוק.**

**#צריך לדון בכל המבחנים. הדיון יהיה חלק מהיישום. אפשר לומר בסוף משפט שההלכה היא מבחן הביניים וכנראה כך זה יהיה. מפורט במצגת.**

* **פס"ד קליפורד פסקה 8- גם בחירה בחלופה מקובלת אינה בהכרח מהווה הגנה מהתרשלות. יש לבחון בהתאם לנסיבות.**
* **איזון אינטרסים: בחירה בחלופת טיפול מהירה אינה מעידה בהכרח על התרשלות. אריאל פורת- יש לאזן בין האינטרסים, ולהתייחס גם לאינטרס החברתי שבהתנהגות ואינטרס של צד שלישי.**
* **שני אינטרסים מתנגשים הם חלק מהאיזון שיש לבצע, וחשוב להתייחס אליהם. הבחינה היא חלק משאלת ההתרשלות.**
* **פס"ד שטרן- סטנדרט הזהירות הגבוה מחייב את בית החולים, גם אם נהוג סטנדרט נמוך יותר בבתי חולים אחרים. משנבחר סטנדרט גבוה, על בית החולים לעמוד בו ולא, יכולה להישמע טענת התרשלות.**

גבולותיה של עוולת הרשלנות

1. נזק ממוני (כלכלי) טהור
   1. נזק כלכלי כתוצאה ממצב שהוא רשלני
   2. נזק כלכלי טהור- חובת זהירות של בנקים
   3. נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה
2. נזק בלתי ממוני טהור

הוכונה היא לנזק על כאב וסבל, נזקים נפשיים. היה נהוג בעבר לפטור מאחריות נזיקית אבל זה הולך ומתרחב והיום ההלכה היא שונה

* 1. ניזוקים ישירים (כולל המקרה המיוחד של פגיעה באוטונומיה)
  2. ניזוקים עקיפים

1. מחדל טהור
2. חיים והולדה בעוולה
3. נזק כלכלי טהור

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

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

* אובדן הכנסה של בעל המפעל מהווה נזק כלכלי טהור. (אם לא קרה שום נזק נוסף למכונה).
* אם נשרף חלק במכונה בנוסף, הנזק הכלכלי כבר לא טהור. (אם קרה בנוסף לאובדן ההכנסה).

במשפט המקובל בכלל היה כלל שלפיו בתביעות רשלנות, אי אפשר היה לתבוע על נזק כלכלי טהור.

**הרציונל לכלל:**

1. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה, נזק שהוא לא פיזי בדר"כ קשה מאוד להוכיח.
2. הצפת בתי המשפט, אם נאפשר לאנשים לתבוע על נזק כלכלי טהור, כל אחד יוכל פתאום לתבוע ותהיה הצפה גדולה מאוד של בתי המשפט.

אבל זו ראייה מאוד פשטנית של הדברים, הם לא כ"כ פשוטים. לדעת בתי המשפט הדברים היו מאוד פשטנים, לכן הם הלכו והרחיבו את היכולת והתחילו לאפשר לאנשים להגיש תביעות ברשלנות גם על נזקים כלכליים טהורים.

**טיעונים נגד הכלל, שהביאו לשינוי (מגמת התרחבות) שבו נעסוק בפרק זה:**

1. לא מתיישב עם צדק מתקן, מטרת הכלל הוא להחזיר את המצב לקדמתו לא משנה בסוג הנזק.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה, אנחנו נגרום כך להרתעה בחסר, שלא מעודדת מניעת נזק שאפשרי וצריך למנוע.

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

אם מקרה מסוים נופל בגדר אחד משלושת המקרים האלה, המשמעות היא שתיתנן אפשרות לתבוע על נזק כלכלי טהור, למרות הכלל שהזכרו לעיל (שהולך ומתכרסם).

1. מצג שווא רשלני**, חוות דעת שיכולה לגרום לנזק. בעבר, אם המצג לא היה בזדון, אי אפשר היה לתבוע. כיום, גם אם הדבר לא היה בזדון כי אם נבע מרשלנות, אפשר להטיל אחריות נזיקית.**

**פס״ד וינשטיין נ' קדימה, חיווי דעת רשלני**

עובדות: קבלן בנה מיכל מים. בתכנון המיכל היו פגמים, שנגרמו עקב רשלנות המהנדס. עקב הפגמים, המושב שהזמין את שירותי הקבלן לא הסכים לשלם לקבלן את המחיר המוסכם.

המהנדס היה של המושב, של קדימה, ולא היה ביניהם חוזה או קשר אחר כלשהו. הקבלן הסתמך על חוות הדעת של המהנדס ולא בנה את מיכל המים לפי החוזה, לכן גם לא קיבל את כל הכסף שהיה צריך לקבל מהמושב.

* **נזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא רשלני:** ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל בעבור המיכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מהמושב (אובדן הכנסה).
* הפס"ד הזה זו הפעם הראשונה בה הוטלה אחריות על מצג שווא רשלני.
* השופט אגרנט קובע את התנאים לקבלת תביעה על נזק כלכלי טהור בגלל הסתמכות למרות שאין קשר חוזי בין המהנדס לבין הקבלן.

התנאים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני- פסק דין וינשטיין

* **מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדת**- במקרה של איש מקצוע יותר הגיוני שאנשים יסתמכו על הדברים שלהם. זה יכול אפילו להביא לשיפור המומחיות שלהם, הרי אם בעלי מקצוע ידעו שמה שהם אומרים יכול להטיל עליהם אחריות בנזיקין אם הם מתרשלים, הם יקפידו יותר.

פס״ד אתא נ׳ אילנקו, הרחבת הרעיון גם לרשות ציבורית, כבעלת שליטה על המידע

עובדות: חברה קבלנית בשם אילנקו תבעה את ועדת התכנון העירוני של קריית אתא על מצג שווא רשלני, כי החברה קנתה קרקע מתוך הבנה שהיא יכולה לבנות עליה, אבל הסתבר בדיעבד שוועדת התכנון מסרה לה מידע מוטעה והקרקע הייתה בכלל מיועדת לחקלאות.

* נוצר נזק כלכלי טהור שנוצר מרשלנות הרשות כי החברה נותרה על נכס ששווה פחות, כי לא ניתן לנצל אותו לבנייה.
* ביהמ"ש קבע שחובת הזהירות לעניין מומחיות חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות כלפי אזרחים שפונים אליהם בבקשה לספק להם מידע שנמצא בשליטת של הרשות.
* **המצג נעשה במהלך עסקים הרגיל, לדוג', לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עורך דין. מאחר ו**אנחנו לא רוצים לגרום לאדם לסתום את הפה בכל מה שקשור למקצוע שלו.
* **הגבלת היקף האחריות, לדוג', חובת זהירות של עורך דין המתראיין בטלויזיה כלפי כל הצופים בתוכנית.**

נרצה לצמצם את האחריות במקרים כאלה, גם כי אנחנו רוצים למנוע הרתעת יתר, אבל גם מאחר ואנו רוצים לעודד אנשים ללכת למומחים שיתנו להם חוו"ד שרלוונטית למקרה שלהם, ולא להסתמך על כל מידע שניתן להם דרך כלי התקשורת ברמה כזאת שהם יוכלו אח"כ לתבוע ברשלנות כל מרואיין שנתן מידע בטלוויזיה.

* **הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת**
* **צמצום חבותו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת.**

ניקח לדוגמא מצב בו יועץ השקעות נותן עצה פיננסית לא'. ב' מגיע לא' ושומע על העצה הזאת, ומשקיע את הכסף שלו כמו שיועץ ההשקעות אמר לא' לעשות ומפסיד הרבה כסף. האם לב' יש אפשרות לתבוע ברשלנות את יועץ ההשקעות? כמובן שלא. היועץ נתן את העצה לא' תחת הנתונים שהוא הציג בפניו. אי אפשר להטיל עליו אחריות על כל מאן דהוא ששוחח עם א' והחליט לפעול לפי זה, זה מרחיב את האחריות שלו בנזיקין יתר על המידה. נכנסת כאן גם חובת הזהירות הטכנית- היועץ הפיננסי לא יכול היה לצפות שב' יסתמך על העצה הזאת ויפעל על פיה.

* **נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת, -צמצום חבותו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת.**

**החבות הנזיקין תצומצם למי שהיה צריך לקבל אותה(אם חוות הדעת יועדה לאדם ב', לא נרצה לאפשר תביעה לאדם ג' שלא אליו היא יועדה). ניתן להסביר גם דרך עקרון ההסתמכות והשכנות.**

* **הכלל שהכשיל את התביעה בעניין וינשטיין**
* המהנדס יכול היה לצפות שמי שבסופו של דבר יקבל על עצמו את עבודות בניית המיכל יסתמך על חוו"ד של מהנדס. לא רק שהוא יכול היה לצפות, אלא אפילו בחוזה של חברת הבנייה נאמר שהקבלן מבין שהוא לוקח על עצמו את הבנייה על ההיבטים הטכניים שלה, ושהוא מבין ויודע זאת. לכן היה סביר לצפות שהקבלן יבקש חוו"ד נוספת של מהנדס בעצמו. על זה גם לא התקבלה תביעת הרשלנות לנזק כלכלי טהור.
* בתי המשפט לא תמיד השתמשו בכלל האחרון הזה כפי שהוא. צריך איזשהו מקרה נורא ברור שבאמת היה ראוי ורצוי לקבל חוו"ד שנייה.
* אם כל התנאים מתקבלים ובאמת קיימת רשלנות שעולה מתוך הנסיבות העובדתיות, אפשרות נוספת שביהמ"ש יכול לנקוט בה במצבים כאלה היא כן להטיל אחריות ברשלנות, אבל להטיל אשם תורם על הניזוק
* אם היה נוהג שלא צריך לקבל בתחום הזה חוו"ד נוספת- חובת ההוכחה הייתה על התובע.

1. חובת זהירות של בנקים**- חובת זהירות רחבה יותר על בנקים**

חובת זהירות רחבה יותר על בנקים, בגין נזקים כלכליים שנבעו באי מניעת זיופים או חוות דעת רשלנית (האדם הסביר= "הבנק הסביר").

רציונלים:

1. לבנקים גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג. דהיינו, הבנק בדר"כ שוקל הנזק הטוב ביותר.
2. לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך.
3. הבנקים מפזרי נזק טובים.- הם מפזרי נזק טובים יותר מכל אחד מהלקוחות הפרטיים שלהם בנפרד.

פס״ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח- ניגוד עניינים

עובדות: חברת בנייה מכרה דירות בעיר עמנואל עד שפשטה רגל. החברה הייתה לקוחה של הבנק, אשר יד ע על מצבה הכלכלי הגרוע. לפני שהחברה פשטה רגל, הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו.

הוא לא רק ידע על המצב של החברה, אלא גם תמחר את המשכנתאות לפי הסיכון.

טענת הלווים: הלוואים תבעו את הבנק על נזק ממוני טהור שגם להם בהתרשלותו.

הטענה של הבנק הייתה שגם אם הוא היה נוהג אחרת ולא נון את המשכנתאות ולא מאפשר את הדבר הזה, הוא היה מפר את חוב הסודיות כלפי הלקוחה השנייה שלו (חברת הבנייה). הוא מבקש שיפטרו אותו בעצם מחובת זהירות.

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

לא מעבר לזה, די בכך שהוא היה נותן את האיתות הזה והלקוחות היו הולכים ובודקים, פונים לייעוץ נוסף.

* באופן כללי חוות דעת רשלנית של בנקים ככל הנראה תוטל עליה חובת זהירות ותוטל אחריות ברשלנות. כאן מדובר במצב שהוא פחות ברור מאליו, בגלל שמדובר בסיטואציה של ניגוד עניינים שבה אנחנו רוצים אולי לתת לבנק לטעון את הטענה (של הסודיות וכו'), ולמרות זאת לא קיבלו אותה.

פס״ד בנק דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן (לא בסילבוס) - מרמה וזיופים

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

ייפוי הכוח ניתן לעורך הדין, אבל לצרכים מסוימים, והוא השתמש בו לרעה.

טענת הלקוח: על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור). הוא מבקש לא לקזז מהחשבון שלו את הערבויות. זה יגרום לו נזק כלכלי, והבנק הפר את חובת הזהירות כלפיו.

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

במקרים של זיופים ורמאויות למיניהן יש לבנקים חובת זהירות מוגברת.

* במקרים כאלה חשוב להבין שגם הבנקים הם סוג של ניזוקים, וזה לא כ"כ פשוט. אבל צריך להבין שבבנקים מדובר בסיכונים הרבה יותר ידועים. אלה דברים שכיחים, ופקידים בבנק יודעים שהם צריכים להיזהר, ויודעים שיש מנגנונים שנמנעו למנוע את הדברים האלה.

פס״ד קופת אשראי חסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד (לא בסילבוס) הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג' (שאינו לקוח)

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

הם תבעו את הבנק.

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

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

חלה עליו חובה לפקח ולטפל בכניסה של שטרות פגומים ומזויפים לשוק, והוא הפר את החובה הזאת כלפי החלפנים וכלפי כל מי שנפגע מכך. חלה עליו חובה לפצות את החלפנים.

**3)** נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

פס״ד קורנפלד נ' שמואלוב, האם חלה חובת זהירות שמדובר בנזק כלכלי טהור במצב של הפרת חוזה ברשלנות וצד ג ניזוק

העובדות: סנדלר ויצרן מרצפות החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. הדירה נקנתה על ידי רוכשים. מדובר בדירה שנרכשת פעם שנייה (דירה שנרכשה ממי שרכש את הדירה מהחברה). התגלה נזק חמור בדירה.

נתבעו: הוצאות לתיקון הנזק לדירה (כלכלי טהור).

תיקון יסודות הבית וכו' והבאת הדירה למצב תקין למגורים. הם תובעים את הנזקים הכספיים שהם הוציאו כדי לתקן את הדירה.

הטענה של הקבלנים הייתה שבגלל שמדובר בנזק כלכלי טהור, הם לא צריכים לפצות.

הבעיה: אין לרוכשים השניים חוזה מול הנתבעים.

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

**2**) נזק בלתי ממוני טהור- גרימת צער, עוגמת נפש, סבל ונזקים דומים, כשכל אלה אינם נובעים מנזק פיזי לגוף או לרכוש.

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

**הרציונלים לכלל:**

1. הצפת בתי משפט- אם כל אחד יוכל להגיד שכאב וסבל הוא בר תביעה, בתי המשפט יוצפו. לכאב אין גבול
2. כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה- קושי לאמוד כאב וסבל
3. קשה לקבוע שווי (נזקי גוף אפשר לבטח. לא ברור כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים)

**טיעונים נגד הכלל, שהביאו לשינוי (מגמת התרחבות) שבו נעסוק בפרק זה הטיעונים שבגינם נטיל חובת זהירות, נטיל אחריות בנזיקין על רשלנות]**

1. לא מתיישב עם צדק מתקן- הנזק שהתממש הוא מסוג רגשי ואם לא ניתן פיצוי, זה יפגע בתפיסה של צדק מתקן, אי אפשר להחזיר את האיזון בין הצדדים.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- אם אין חבות נזיקית, אין אינטרס למזיק למנוע את הנזק, הוא לא פועל ביעילות.
3. קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו. מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי

נעסוק בנושא זה תוך כדי הבחנה בין ניזוקים ישירים ועקיפים

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

נניח שיעקב, עובר אורח מקרי, נמצא בסביבה והיה עד לאירוע. האם גם יעקב יכול לתבוע את אברהם על הסבל והנזק הנפשי שנגרם לו מכך שראה את האירוע המזיק של יצחק- יצחק יהיה הניזוק העקיף.



ניזוק ישיר

עד אמצע שנות ה-80, ברוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בלתי ממוניים טהורים (**הלכת נדיר נ' כהנוביץ**)

**ואז הגיע פס"ד גורדון (ברק):**

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

ניזוק ישיר- פגיעה באוטונומיה פגיעה אוטונומיה היא נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד.

פס״ד דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה- קובע את ההלכה היום.

רקע: "**הסכמה מדעת**", משמע, רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי. אחרת הם חשופים לתביעה ברשלנות, או בנסיבות יוצאות דופן, אפילו תקיפה.

הרציונל: על המטופל להיות מודע למידע החיוני להליך הרפואי שהוא הולך לעבור, לסיכונים שבו וגם לאלטרנטיבות שלו, או שלא ניתן יהא להניח שהוא הביע הסכמה מודעת לעבור את התהליך.

עובדות-

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

היא קמה בעצם עם כתף קפואה. נזק גוף.

* דעקה תבעה את בית החולים על הניתוח והנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף בטענה שלא נתנה את הסכמתה מדעת לניתוח הזה.
* "**נזק תוצאתי**"- נבחן הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל לבין הנזק הגופני שקרה (בעניין דעקה, נזק לכתף). יש כאן מבחן אלמלא עם שני שלבים- (ולכן הוא דוקטרינה שמאוד קשה להוכיח)

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

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

**החידוש**: אוטונומיה יכולה להוות ראש נזק נפרד שמאפשר תביעה לפי עוולת הרשלנות ועוולות נוספות.

* ההפרה של חובת הגילוי היא ההתרשלות! כלומר, פגיעה באוטונומיה, גם כאשר ההליך הרפואי עצמו היה תקין, יכולה להוביל לאפשרות לקבל פיצויים. גם אם לא הייתה התרשלות בהליך, אי הגילוי היא ההתרשלות והיא יכולה להיות מרכיב שיחליף כשל בהליך.
* האוטונומיה מבטאת הבנה שהחלטה רפואית משנה את חייו של אדם, ושהוא זכאי לבחור את מסלול חייו, ואף "להיעזב לנפשו".
* סיכום: בנוסף לדוקטרינת ההסכמה מדעת, שדורשת קרות נזק פיזי, וככל שהניזוק הוא ניזוק ישיר: כאשר נגרמה פגיעה באוטונומיה, גם אם הפגיעה לא לוותה בנזקים פיזיים ניתן לתבוע ברשלנות והפגיעה באוטונומיה היא הנזק.

פסק הדין של המיעוט (ביניש):

* בנסיבות המקרה, יש קשר סיבתי, כי אולי דעקה הייתה מעדיפה להתייעץ עם מומחה ולא מסכימה לביופסיה.
* יש לאפשר פיצוי גם על נזק תוצאתי (הנזק הפיזי, בעניין דעקה, לכתף), לפי המכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול (התנאי- כל עוד הסיכוי שהמטופל היה מסרב משמעותי- לפחות 25%) לבין הנזק התוצאתי. דוגמה מספרית: כאשר יש סיכוי של 40% לאי-הסכמה ונזק של 100 היה נגרם- נפסוק פיצוי של 40. פיצוי כזה אפשר לתת גם כאשר הניזוק לא עמד בנטל ההוכחה(כעקרון, היה עליו להוכיח בהסתברות של 51% שלא היה מסכים ושהיה נגרם נזק).
* נזק לאוטונומיה אפשרי, במצבים חריגים של רשלנות (מקומו הטבעי בהקשר של תקיפה)- מראה את הקושי של השופטת בייניש להשלים עם ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עיקרי.

**ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה + מענה לביקורת:**

* יצירת אי וודאות- אפשר לפתח כלים כדי להתמודד עם אי ודאות. זאת לא סיבה לא לקבל שאלות מורכבות אלא להתמודד איתם.
* יצירה של עוולת per se (אין צורך להוכיח נזק)- נכון, אבל יש עוד עוולות כאלה.

עוולות שלגביהן מספיקה ההתנהגות עצמה- אי גילוי המידע למטופל, כדי לומר שיש פגיעה במטופל.

פס"ד וינשטיין נ' ברגמן, יישום הלכת דעקה

עובדות: ניתוח לייזר בעין. נגרם לו נזק לרשתית ולקרנית, אבל לא הוכחה התרשלות מבחינת ההליך הרפואי. בנוסף, הנזק המרכזי נגרם כנראה מפגם גנטי. **לכן לא ניתן פיצוי על הנזק שנגרם לעין**.

הנזק הגדול לא קשור בכלל לניתוח אלא לפגם גנטי, ואת הנזק השני הקטן יותר גם אם הוא קשור לניתוח הוא לא נגרם בכלל רשלנות. הניתוח התנהל בסדר, ופשוט התממש כאן סיכון רגיל של ניתוח.

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

ביהמ"ש מקבל את הטענה שלא הייתה רשלנות ועדיין מוצא שיש לתת פיצוי על הפגיעה באוטונומיה.

נקבע: פיצוי על נזק לאוטונומיה.

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

פס"ד תנובה

עובדות: תביעה ייצוגית הוגשה נגד תנובה. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד ביודעין כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא יודעו.

לא הוכח בעצם שום נזק שיכול לקרות כתוצאה מכך שהסיליקון הוחדר לחלב.

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

* עניין תנובה מראה לנו מקרה שיש בו פגיעה באוטונומיה (הלכת דעקה) שחוצה את גבולות הרשלנות הרפואית ומראה שזה נזק שיכול להתקיים גם בהקשרים לא רפואיים.
* יש פסיקה שמנסה למתן את הקביעה לפגיעה באוטונומיה (בין היתר, לגבי היכולת לקבל פיצויים על כאב וסבל במקביל לפגיעה באוטונומיה). אולם נכון להיום, עמדה זו איננה העמדה המקובלת.

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

יתכן ניזוק ישיר ועקיף בו זמנית (למשל אם אבא וילד נפגעים יחד בתאונה, האבא הוא ניזוק ישיר עבור עצמו, וניזוק עקיף אם הוא חווה נזק נפשי כתוצאה מהפגיעה של הבן שלו). הוא הופך להיות ניזוק עקיף ביחס לזה שהוא צופה בנזק הפיזי שנגרם לבן שלו.

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ההלכה שנכונה עד היום.**

עובדות: שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים.

שתי התביעות נידונות יחד כעניין עקרוני, ביהמ"ש רוצה לנצל את הקרבה העובדתית שיש ביניהן כדי ליצור את ההלכה (שכאמור נכונה עד עצם היום הזה).

בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה. הם נכחו עם הבן/הבת שלהם בבי החולים, אבל היו חלק וצפו באופן ישיר מהתוצאות של התאונה, בסמוך להתקיימה, להתקיים האירוע המזיק.

* ביהמ"ש בוחן אם קיימת אפשרות להטיל במקרה כזה אחריות עפ"י פקודת הנזיקין ברשלנות, לנזק שנגרם לקרוב המשפחה של מי שהיה ניזוק בפועל, ניזוק ישיר.
* המבחנים שנקבעו באלסוחה הם מבחנים שנועדו להתמודד בדיוק עם הצורך באיזון, מצד אחד למנוע מצב של, ומצד שני אנחנו כן רוצים לאפשר לאנשים שנפגעו פגיעה נפשית איזשהו פיצוי לעתים.

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

1. **קירבה משפחתית מדרגה ראשונה** (הורים, ילדים ובני זוג).- אם נחזור לרציונל של הטלת אחריות על אנשים שיכולים לצפות את הנזק שלהם, אז ברור שהוא יכול להניח שני שיפגע הכי הרבה הוא המעגל הראשוני של הנפגע.
2. **התרשמות חושית ישירה מהאירוע המזיק ותוצאותיו**.- אין פיצוי למי שלא נוכח באירוע, או בתוצאות שלו.
3. קרבה בזמן ובמקום**- אין הכרה בנזק נפשי שקרה זמן רב אחרי התאונה(נדרשת הימצאות בזירה/ באמבולנס בעת הפינוי, קרבה בזמן לקרות התאונה).**

* **תנאים 2+3 קרובים זה לזה. ביהמ"ש מכיר בזה שגם מי שלא מצוי בזירת האירוע, אבל עומד על האסון בחושים שלו בהזדמנות הראשונה מקיים את הדרישה הזו. זוהי סוג של הגמשה של התנאים.**
* **יש להדגיש: גם את שארית תנאי עוולת הרשלנות יש להוכיח, כולל קשר סיבתי בין האירוע המזיק לנזק העקיף שנגרם. קשה מאוד להוכיח נזק נפשי שנגרם כתוצאה מהאירע המזיק, כאשר הנזק לא קרה בסמיכות לאירוע המזיק.**
* **הבחנה חשובה: האם הנזק נגרם מההלם והזעזוע המיידים(או כמעט מיידיים) מהנזק הפיזי של הקורבן הראשון? במצב כזה – קל לזהות ולהוכיח קש"ס. מנגד, במצב בו הנזק נגרם לאורך זמן וכתוצאה מההתמודדות עם השלכות הנזק(למשל, נדרש טיפול מורכב בניזוק הישיר) יש קושי בהוכחת קש"ס עובדתי ולכן לא תוכח התביעה** .

1. נזק נפשי משמעותי- הכלל הקשה ביותר להגמשה מבחינת בית המשפט (פסיכוזה, נדרשת הוכחת נכות נפשית בגובה של לפחות 25%) – **על הנזק להשפיע לרעה על חיי היום יום.**

* למרות(ואולי בגלל) המורכבות בהוכחת ארבע התנאים, נוקט בהמ"ש בגמישות יחסית בדרישת ההוכחה של שלוש התנאים הראשונים(ופחות ברביעי, אם כי גם אותו ניתן להגמיש במקרים מסוימים).

פס״ד שוויקי נ' מדינת ישראל

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

הטענה: מגיע לאב פיצוי על נזקו הנפשי, וכן על הנזק הפיזי שנגרם לליבו בעקבות הנזק הנפשי.

בפסק הדין הזה ביהמ"ש דן בקטגוריה חדשה- במצב שבו הניזוק העקיף סובל לא רק מנזק נפשי אלא גם מנזק פיזי שנגרם כתוצאה מהנזק הנפשי.

* נקבע (ריבלין): **א**) באופן עקרוני באפשרות של תביעה של ניזוק עקיף על נזק פיזי-מוחשי, אם מוכח קשר סיבתי בין הנזק הנפשי לפיזי (לא הוכח בשוויקי).

**ב**) במקרה כזה, יש להחיל את כללי אלסוחה בשינויים המחויבים.

ככל שאנחנו מוכנים להכיר באופן עקרוני ובמצב קיצוני בנזק הפיזי שנגרם לניזוק העקיף כתוצאה מהנזק הנפשי שלו, שנגרם כתוצאה מהנזק הפיזי של הניזוק הישיר (וכאן הוא מוכן להכיר) חייבים להקל על הדרישה של זמן ומקום. זאת מפני שבמצב של נזק פיזי שנגרם כתוצאה מנזק נפשי ברור שנזק פיזי כזה יתעורר לאורך תקופה.

**ג**) בעניין שוויקי, לא הוכח קשר סיבתי (תנאי א לעיל) היה מעשן עם רק של מחלות לב במשפחה, וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (לא התקיים הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה).

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

פס״ד לבנה לוי נ' שערי צדק **חריג לכלל הנוקשה של נזק נפשי משמעותי.**

עובדות: מדובר באישה שעברה טיפולי פוריות, כשהגיעה לבית החולים שלחו אותה להסתובב עד שיהיו התפתחויות. היא מסתובבת 3 שעות ומסתבר שנכרך חבל הטבור סביב צוואר העובר והוא נפטר. הרופאים התנהגו ברשלנות כי הם לא הבהירו לה שכדאי שתישאר בשטח בית החולים, וגם לא להסתובב יותר משעתיים.

השאלה: האם ההורים (האם והאב) זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם? (האם הם ניזוקים עקיפים בהתאם לכללי אלסוחה?) על סמך זה שהם מצליחים להראות קשר סיבתי.

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

* אילו התינוק היה נולד בעל מום, הוא היה מפוצה וכך גם ההורים על הוצאות הכרוכות בגידול ילד בעל מום. בגלל שהעובר מת, אם לא נכיר בזכות ההורים לתבוע על נזק נפשי, יצא שבית החולים לא ידרש לפצות כלל. לכן חשובה השאלה אם הם ניזוקים ישירים או עקיפים.

מחוזי: האם הוכרהה כניזוקה ישירה? לאב אין נזק ישר, אבל לאם יש כי העובר היה בבטנה, וזה חוויה אישית שלה, ולכן קיים נזק ישיר.

עליון: עומד על ההבחנה בין ניזוקים ישירים לעקיפים.

* **חיות** (מיעוט)- סבורה שניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין, כשהאישה חווה נזק נפשי גדול יותר.
* **ריבלין** (דעת הרוב)- לא מתקבלת ההצעה של חיות, שכן היא תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים. ניתן להכיר בהורים שניהם כניזוקים עקיפים דרך הגמשת הכלל הרביעי של אלסוחה (הנסיבות המיוחדות מאפשרות זאת: הכלל נועד לסנן מצבים שבהם מזיק לא יכול וצריך היה לצפות את סוג הנזק- נזק שנגרם להורים עקב מותו של העובר ברשלנות ניתן לצפות).

ההלכה: במקרים חריגים ניתן להגמיש את תנאי אלסוחה הרביעי, שדורש נזק נפשי משמעותי, ואף שהוא קשיח למדי, כאשר קבלתו כפשוטו תמנע מתן פיצויים כאשר הדעת לא סובלת תוצאה כזו.

* זוהי הפעם הראשונה שביהמ"ש מגמיש את הכלל הרביעי, אך נדרשות נסיבות מאוד חריגות כדי לעשות זאת.

**3**) חיים בעוולה / הולדה בעוולה

הסוגיה:

* רופאים **התרשלו לגלות מום מולד**, ונולד ילד שיש לו מום.
* מה שמיוחד במקרים האלה הוא שההתנהגות הסבירה של הנתבעים אם הם היו נוקטים בה הילד לא היה נולד אלא הופל. להבדיל ממצב שבו **התרשלות בלידה גורמת למום** בתינוק שנולד.
* "**חיים בעוולה**"- תביעה של הילד עצמו על עצם זה שהוא נולד (מעלה קושי משפטי לצד מוסרי "טוב מותי מחיי")
* "**הולדה בעוולה**"- תביעה של ההורים. הם ילדו ילד שאחרת לא היו יולדים אותו ובוחרים להפיל.

זייצוב נ' כץ (לא בבסילוס)- (ההלכה שונתה) פס״ד ראשון המכיר בנזק של חיים בעוולה

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

השאלה המשפטית: האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו? (טוב מותי מחיי)ץ בהקשר להורים אין שאלה בכלל המחלוקת הוא לגבי הילד וזה מקשה על השופטים מבחינה מצפונית ומשפטית.

* ביקורת על הפס״ד:
* אחת הביקורות הנוקבות על פסק הדין הגיעה מכיוון של אנשים עם מוגבלויות, שהרגישו שההלכה הזאת מתפרשת כאילו חייהם לא ראויים לקיום.
* האם אפשר להעריך במונחים כספיים את הסבל של אדם שטוען שהיה עדיף לו לא להיברא?
* השופט גולדברג בדעת מיעוט: אין להכיר בזכות התביעה של הילד הרי אי אפשר להעדיף חידלון על פני החיים עצמם ולכן צריך לא להכיר בעילה הזאת.
* השופטת בן פורת: הנזק הוא החיים עם המוגבלות. ולכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין חיים עם המוגבלות לבין אי-חיים.
* השופטים ברק ולוין: האינטרס המוגן הוא חיים בלי מום (לקטין אין זכות לאי-חיים). לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות.
* ברק טוען שאפשר לראות כאן היגיון של צדק מתקן- כי הקטין לא מבקש לחזור למצב שלם של אי-חיים, אלא למצב שלם של חיים ללא מום.
* הבעיה: לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי, אלא הרשלנות שלהם היא זו שלא גילתה את המום.
* פס"ד הרוב בזייצוב הוא בעייתי.

פס״ד המר מבטל את זכות התביעה של ילדים בעקבות התחושה הבעייתית שליוותה אותה אחרי פס״ד זייצוב

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

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

1. **קיימת התרשלות, הופרה חובת זהירות, וקרה נזק**- כלומר להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות.

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

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

1. קשר סיבתי נזק

**א)** **יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, וההורים היו מגישים בקשה להפלת העובר הם היו מקבלים אישור.**

**ב)** **יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה**. תנאי קשה מאוד כי הוא מצריך מההורים בעצם לעמוד על דוכן העדים ולומר שהם היו בוחרים שהילד שלהם לא יוולד.

ריבלין מציין בפסק הדין שמצד שני זה עדיף מאשר להכיר ברעיון של העדפה של אי-חיים על פני חיים.

* התנאי השני (ב) עשוי להיות קשה במיוחד לאוכלוסיות מסוימות, שפחות נהוג אצלם הפלות ולכן להורים יהיה קשה להודות על זה שהם באמת היה מפילים את הילד.
* אין להסיק מהרקע של ההורים (למשל, רקע דתי), כי לא היו מבקשים להפיל. כל מקרה לגופו.
* הפתרון לקשיים לעיל: קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) שדי בתנאי הראשון (ס' א לעיל).
* ריבלין מציע כדי לפתור את הקושי בהערה הראשונה שהתנאי השני ישתמע מהראשון. כלומר די בכך שההורים יוכלו להוכיח שאילו היו מבקשים מהוועדה לאישור הפלות להפיל את הילד היא הייתה מאשרת אפשר להסיק שגם התנאי השני מתקיים.
* חזקה הניתנת לסתירה- אפשר להוכיח אחרת, אבל יש חזקה שאם ההורים מצליחים להוכיח את התנאי הראשון של הקש"ס מתקיים גם השני.

**תרופות אפשריות להורים (מצטברים, אבל לא חייב):**

* **הוצאות רפואיות-** הנזק העיקרי שעליו מתקבל פיצוי.
  + **שימו לב, הזיכוי רק על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלות, כיצד ניתן להצדיק זאת?** הקושי- התרשלות הרופאים לא יצרה את המום, אלא הביאה להולדה למרות קיומו. לכן, פיצוי על ההפרש לא תואם את המציאות. הפתרון- לא ניתן להתייחס להיוולדו של ילד כנזק! "ילדים זה שמחה" וכו'. לכן, נכיר ב"תועלת" שבהיוולדו ונשלים את ההפרש בין עלות גידול ילד עם מום לבין עלות גידול ילד בלי מום. ולכן צריך להפחית כביכול מסך ההוצאות של גידול הילד המיוחד את סך ההוצאות של גידול ילד רגיל/את ההנאה מגידול הילד, ונקבל בסה"כ ב"נוסחה" הזאת את סך ההוצאות העודפות שבגידול ילד מיוחד.
  + **נער/ה שמלאו לו/ה 18**- אם ניתן להראות שילד מסוגל לעבוד אחרי גיל 18 צריך באמת לקחת את זה בחשבון ו"לקזז". ואם הוא לא יכול לעבוד, מדובר בראש נזק נוסף והוא עלות הטיפול בו גם לאחר שמלאו לו 18.
  + **יקבעו הנחיות להורים לגבי הפיצוי**- לאחר תביעות שכאלו ההורים יקבלו, לרוב, סכום כסף גבוה מאוד שלא תמיד ידעו איך להתנהל איתו. בית המשפט פותר את הבעיה דרך הדרכתם כיצד לפעול נכון במובן הכלכלי, מאחר והפיצוי גדול כי הוא מכיל בטוחו את הכסף לגידול הילד.
* **פיצוי על כאב וסבל-** מעבר לנזק על אוטונומיה אפשר להכיר שבמקרים כאלה להורים יש תסכול ועצב מתמשך לאורך החיים שלהם ואפשר לתת להם פיצוי בנוסף לנזק שנגרם לאוטונומיה שלהם.
* **פיצוי על נזק לאוטונומיה-** מה שהורים יכולים לטעון במקרים של הולדה בעוולה זה שבעצם הרשלנות של הרופאים מנעה מהם החלטה מודעת ביחס לעניין מאוד משמעותי, האם להמשיך הריון או להפסיק אותו.

מה לגבי "הריון בעוולה?" (הורים שאינם רוצים ילדים- גם לא בריאים- אולם בשל רשלנות הרופאים, האם נכנסת להריון).

אוביטר בפס״ד, קיימת אפשרות לתבוע על הוצאות הגידול העודפות של גידול והימצאות ילד נוסף בבית. למשל רכב גדול יותר וכו. אבל קשה לחשוב על פיצוי נוסף שניתן לתת במקרה כזה.

פס״ד פלוני נ' מלאך **דוגמא למקרה שבו ביהמ"ש דחה טענה של הורים על הולדה בעוולה**

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

ההורים תובעים את הרופא על רשלנות.

הטענות:

1. לא הוצעו לאם בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר, אולי הם היו מחליטים אחרת.
2. הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות שעל האם לבצע.,ייתכן והוא היה חושב אחרת ומשכנע את אשתו.

התביעה נדחתה-

1. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב (שלא הביע עניין בשום שלב).

רופאים צריכים לתפקד בתוך עומס גדול בדר"כ, אז פחות סביר לצפות מהם שיוודאו שגם האם והאם יודעים, ידברו איתם בנפרד או יוודאו שהם עדכנו אחד את השני. נטל כבד מאוד שלא הגיוני להטיל על רופאים. אולי אפשר לחשוב על דרכי הסברה לאוכלוסיות מסוימות שזה לא נהוג שהאב יגיע עם האם לבדיקות

1. לא מתקיים קשר סיבתי (שכן האם סירבה לבדיקת מי שפיר, כי לא רצתה להפיל).

אמנם שלפי ריבלין בעניין המר אנחנו לא צריכים להניח על רקע קהילתי שזוג מסוים לא היה מממש הפלה, אך במקרה הזה האם אמרה במפורש שהיא לא עושה הפלה ולכן אין דרישה של קשר סיבתי וזו גם הסיבה למה לא הציעו לה בדיקות נוספות.

1. ומה לגבי פגיעה באוטונומיה?

נקודה שביהמ"ש לא התייחס אליה. ביהמ"ש בעניין מלאך לא מתייחס לזכות של ההורים לקבלת ההחלטה המשמעותית, כי האישה ידעה על האפשרויות שעמדו בפניה, היא הבינה שיש בדיקות לגילוי מומים שונים, ולכן לא באמת נמנעה ממנה הבחירה. לגבי האב, די נכון שהוא לא ידע על הבדיקות השונות אבל לאור חוסר המעורבות שלו במהלך ההריון כולו והביקורים של

* אבל אם הנסיבות היו שונות, ככל הנראה ביהמ"ש יכול היה לפסוק פיצויים על פגיעה באוטונומיה. המטרה שלהם היא בעצם לאפשר לאנשים לקבל החלטות מושכלות ומודעות לגבי החיים שלהם.

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

לדוגמא למחדל טהור: מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה, כי האדם לא יצר את הנזק.

דוגמא למחדל **שאינו** טהור: אי בלימה של רכב (הנהג יצר את הסיכון שהתממש, הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי הבלימה).

* קיים קושי עקרוני להטיל אחריות בגין מחדל טהור.

זה יוצר חובה מסוג חובת עשה, כשבדר"כ בנזיקין אנחנו מדברים על חובת מסוג אל תעשה. הרעיון הבסיסי ביותר הוא שאנחנו רוצים לאפשר לאנשים לפעול בחירות בעולם עד הרגע שהם מזיקים למישהו אחר. מבחינה מוסרית זה נראה לנו הגיוני, אבל בפועל מסובך יותר.

* בהתאם, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית), לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת רשלנות.

במחדלים יש קושי להכיר בחובת זהירות (מדינת ישראל נ' לוי). אנחנו בעצם אומרים לאנשים שיכול להיות שהם יכלו לצפות שיקרה נזק הצפיות הטכנית מתקיימת, אין ספק. אבל השאלה היא אם אפשר לומר שמתקיימת צפיות נורמטיבית וחובת זהירות שהופרה.

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

**המקרה של "Kitty" Genovese- של האונס באמריקה נלמד בדיני עונשין**

* הבעיה הזאת שנחקרה היא אחת המוטיבציות והאפשרויות להתגבר או ליצור לאנשים תמריצים, כך שידעו שמוטלת עליהם אחריות משפטית וחובה לפעול, גם אם זה רק להזעיק עזרה ולהתקשר למשטרה.

בשיטת המשפט שלנו יש חוק דומה: **חוק לא תעמוד על דך רעך**- התשנ"ח 1998

ס' 1 לחוק קובע:

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

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

* החוק קובע בעצם חובה להציל, להושיע במקרים כאמור. כמובן בגבולות מסוימים. אין ציפיה שאדם יסכן את עצמו או את זולתו.
* מדובר בחוק פלילי ולא אזרחי.
* החוק בעצם מתמודד עם הקושי שדיברנו עליו של להטיל על אנשים חובת עשה. נותן גבולות ותנאים מתי כן יש חובה, כדי שלא תהיה חובה מוגזמת והתערבות מוגזמת בחירות הפרט.

ס' 2 לחוק לא תעמוד על דם רעך:

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

ס' 5 לחוק עשיית עושר**:**

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

אדם שעושה פעולה להצלת חיים/רכוש של אדם אחר- יש לו זכות תביעה להוצאות שהוציא מכיסו כדי לבצע את פעולת ההצלה. למה אנחנו צריכים את ס' 5? יוצר תמריץ לאדם לפעול ולעזור במצבים של סכנה (לא בצורה מוגזמת).

**טיעוני נגד לחקיקה מסוג זה:**

* התערבות מוגזמת בחירות
* הרתעה ביתר

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

* סכנה חמורה ומיידית
* כל עוד זה לא כרוך בסיכון
* מניעת תמריץ שלילי של מצילים (החזר הוצאות)

**ולעס נ' אגד- דוגמא של מחדל טהור**

עובדות: ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה מרכזית, ותבע את אגד על רשלנות במחדל- לא דאגו להציב שומרים בתחנה.

הוא תובע על הפרת חובה חקוקה (היו הוראות ביטחון מסוימות שאגד לא עמדה בהן) ועל רשלנות.

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

* המחוזי: אמנם מתקיימת חובת זהירות נורמטיבית, מושגית, אנחנו רוצים להאמין שאגד כמספקת שירותי ציבור צריכה לספק בטיחות ושירותי ביטחון לאנשים שעומדים בתחנות שלה. אבל מבחינת צפיות טכנית אגד לא יכלה לדעת שנזק מהסוג הזה יכול לקרות, היא לא יכולה לצפות דבר שהוא כ"כ בלתי תלוי בשום התנהגות. זו הטלת חובת זהירות מאוד רחבה.
* העליון: הפך את ההחלטה של המחוזי וקבע שאמנם הסיטואציה כאן היא מסוג מחדל ולכן מאוד קשה לנו לחשוב על רצה ויכול. אבל קיימת צפיות גם בהקשר הטכני. אגד גם הייתה צריכה וגם יכולה לצפות את אירוע התקיפה ולכן היא התרשלה והפרה את חובת הזהירות שהייתה לה בכך שהיא לא הציבה שמירה ובטיחות בתחנה. מפני שקיימים לעתים ובנסיבות מסוימות יחסים מסוימים שבהם מצפים מהצד השלישי למנוע נזקים מסוג מסוים גם אם הוא לא יצר אותם.
* הוטלה אחריות על אגד והוחלט שהיא חייבת ברשלנות כלפי ולעס.
* בסיטואציה של מחדל נבדוק:
* האם זה מקרה שחוק לא תעמוד על דם רעך יכול לתת לו מענה?
* אם לא, ועדיין מדובר במחדל טהור- האם מדובר ביחסים מיוחדים?
* אם כן, אולי נטיל אחריות.
* אם לא, לא תוטל אחריות.

היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות

**רשלנות- עוולת מסגרת**

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

ההבדל בין עוולת מסגרת לעוולות פרטיקולריות הוא שהעוולות הפרטיקולריות שייכות למקרים מאוד ספציפיים, ואילו לעוולת הרשלנות יש תחולה מאוד רחבה.

* מדוע רשלנות היא עוולת מסגרת? בנסיבות רבות יש פוטנציאל לרשלנות (בכולנו הפוטנציאל להיות רשלנים). כולנו יוצרים סיכונים, וכאשר מתממש נזק לעתים קרובות, עשויה לעלות טענה שהסיכון לא היה סביר.
* הרעיון הוא שעוולת הרשלנות חלה במקביל לעוולה פרטיקולרית. את הכלל הזה הסביר חשין:

**בעניין ברזני** השופט חשין טבע את כלל האמצע מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת:

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

* כלומר אם יש סיבה לחשוב על דרך הפרשנות שסעיף מסוים דוחה את האפשרות להטיל אחריות מכוח דוקטרינה כללית יותר, אז הסעיף הספציפי גובר. אבל מצד שני- עצם העובדה שיש הסדר פרטיקולרי, לא אומר כשלעצמו שעוולת הרשלנות לא צריכה לחול.
* אבל אי אפשר להניח קיומו של הסדר שלילי, הדוחק את עוולת הרשלנות, רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית (ראו **עניין גורדון)**.

מה שקורה הוא שבפועל עם השנים כל הרעיונות האלה לאט לאט גורמים לכך שעוולת הרשלנות הולכת וגדלה, ויש הטוענים שהיא בולעת בתוכה את שאר העוולות.

רשלנות ורשות מנהלית

אחריות הרשות המנהלית בנזיקין היא נושא לפרק נפרד, אולם בקווים כלליים יש לדעת, שניתן להטיל אחריות ברשלנות.

הנושא של רשלנות הוא לא נושא שנדחוק הצידה כשמדברים על רשות מנהלית או על המדינה.

* **בעניין גורדון** אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית (קנסות ועיריית ירושלים) .
* **בעניין שוויקי** דובר על התרשלות המדינה (אף שהוחלט לא להטיל אחריות בנסיבות הספציפיות). לא הייתה בעיה עקרונית להטיל אחריות ברשלנות על המדינה.
* מקרה חריג שבית המשפט מצא שעוולה פרטיקולרית גברה על עוולת הרשלנות היא הכלל של ברזני. הוראת חוק ספציפית שגוברת, שרומזת לנו שאין להטיל אחריות ברשלנות בנוסף לעוולה הפרטיקולרית.

פס״ד פלוני נ' פלוני

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

השופט עמית אומר שאמנם עוולת הרשלנות מאפשרת לנו "ללכוד ברשת" כל מיני התנהגויות שלפעמים עוולה פרטיקולרית לא מצליחה לתפוס אבל זהו לא תמיד רצוי. במקרה הספציפי הזה הוא מעלה את ס' 62 לפקנ"ז.

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

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

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

כלומר סעיף 62(ב) שהוא עוולה ספציפית מבקש לחסום תביעות נזיקין עם גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין. אם בית המשפט יאפשר תביעת רשלנות במקרה כזה, הוא יעקר את ההגבלה הזאת מתוכן.

* איך אפשר להבין את החלטת בית המשפט?

1. אם נאפשר תביעה ברשלנות, אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת האחורית, אחרי שהמחוקק סר את הדלת הקדמית.
2. הימנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות. יש כאן רצון להימנע ממשפטיזציה של חיי זוגיות.
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, בית המשפט עשוי להיות מוצף בתביעות. אם בנושאים כאלה של ניאוף או הפרת חוזה נישואין ע"י צד שלישי אנחנו נפתח פתח שיצור מדרון חלקלק שלא ברור איפה יגמר.

ההקשר הראיתי

* נטל ההוכחה, חובת ההוכחה- רלוונטי לדיני הנזיקין וגם לתחומים נוספים כמו: דיני חוזים.
* צריך להראות הוכחת טענה במידה של 51%. More likely than not.
* התובע נדרש להוכיח את הטענה שלו ע"פ הכלל: "המוציא מחברו עליו הראיה".
* **הכלל- ״המוציא מחברו עליו הראיה״**
* **כלל נטל השכנוע/נטל ההוכחה**- מכריע מה קורה במקרה של תיקו ראייתי, אם בסוף המשפט המאזניים מאוזנות, מי שיש עליו את נטל ההוכחה הפסיד.
* "**מאזן/עודף הסתברויות**"- על הנושא בנטל השכנוע/הוכחה בהליך אזרחי, לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ-50%.
* **נדון בשאלה:** האם לדעתכם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי? דווקא המקרים הברורים הם מקרים שבכלל לא יגיעו לבית משפט.

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

1. קודם כל שיש מידע לשני הצדדים, שצד יודע שיש לו סיכוי מאוד גבוה/נמוך להפסיד.
2. יש פה גם קשר לזהות של הצדדים, מאזן הכוחות ביניהם. כלומר אם יש שני צדדים שהכוחות שלהם אינם מאוזנים, אולי הם לא ירצו להיכנס בכלל לעימות. לא תמיד דברים יתנהלו בבית משפט גם אם יכולים להתנהל שם, בגלל שיקולים כלכליים ואחרים.

* בפרק זה נעסוק **בחריגים לכלל** המוציא מחברו עליו הראיה: **מתי נטל ההוכחה עובר לנתבע (חזקה לגבי העברת הנטל).** לפני כן, שלושה דגשים חשובים:-
* הכללים להוכחה טכניים מאוד ומנויים בפקנ"ז.
* אנחנו נמצאים עדיין תחת עוולת הרשלנות.
* הנטל מתהפך, במקום שהנטל יהא על התובע להוכיח טענותיו, הוא יעבור לנתבע(למשל, להוכיח שלא התרשל).

**ס' 38-41 לפקנ"ז-** הערות כלליות

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

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

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

על פי סעיף זה אם התובע מוכיח 3 יסודות נטל ההוכחה מועברת לנתבע

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

תנאי 1: היעדר ידיעה בכוח או בפועל התובע לא יודע או לא יכול היה לדעת.

פס״ד פלוני נ' פלוני

השאלה שנדונה בפסק הדין: מי צריך להיות חסר ידיעה? האם הניזוק או התובע?

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

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

נקבע (בעליון, השופט עמית):

1. יש להוכיח את תנאי אי הידיעה של התובע (היורשים, במקרה של פלוני נ' פלוני) ולא של הניזוק, שבמקרה זה הינו המנוח.

* תנאי אי הידיעה צריך להיות מוכח על ידי התובע ולאו דווקא הניזוק(לענייננו, התובע אינו המנוח, והמנוח הלך לעולמו). שאלת אי הידיעה נבחנת בעת מועד התביעה!

1. אבל לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות. הם לא יכולים לומר ש"הדבר מדבר בעד עצמו" ובגלל שהם לא יודעים מה קרה הם צריכים לזכות.

תנאי 2: שליטת הנתבע

פס״ד רז נ' בי"ח אלישע

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

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

נקבע: כל היסודות של סעיף 41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של בית החולים, ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל, הקפדה טובה יותר על חיטוי).

היסוד הראשון ברור שמתקיים- האם והבת לא יכלו לדעת מה גרם להידבקות של הילדה בחיידק הקולי.

לגבי היסוד השני הטענה של בית החולים הייתה שאין לו שליטה על החיידק, הוא אמנם בסביבה שלו אבל אין להם שליטה עליו. אבל הוחלט שהוא כן יכול למנוע את זה, ורק בכוחו למנוע מצבים זיהומים מהסוג הזה.

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

עדיין בעניין רז נ' בי"ח אלישע:

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

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

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

**הביקורת על התנאי השלישי**

האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר? הרי אם התובע יכול להוכיח זאת, היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת ס' 35.

האופן שבו ביהמ"ש פותר את הקושיה הזאת הוא בכך שסעיף זה בראיות כלליות ולא קונקרטיות לגבי העובדות עצמן.

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

דוגמא למבחן סטטיסטי:

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

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

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

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

* נתמקד בטענת התובעת להתרשלות, לפי ס' 41.

מן הסתם, היא לא יודעת מה קרה בניתוח שכן היא הייתה מורדמת, לכן ס' 41 רלוונטי כאן.

* המחוזי דוחה א התביעה כיוון שהתובעת לא הצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס. הוא גם קובע שהיא לא הצליחה להוכיח את דרישת ההתרשלות המסתברת (דרישת התנאי השלישי), כלומר שיותר סביר שהרופא התנהג בצורה לא סבירה מאשר בצורה סבירה.
* העליון הופך את החלטת המחוזי. תנאי 1+2 לסעיף מתקיימים (התובעת הייתה מורדמת, ולמנתח יש שליטה). ומה לגבי תנאי 3?

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

הוא אומר שאמנם יש מחסור בראיות, אבל הוא נובע מזה שעד אחד סירב להעיד, ובעיקר לא היו רשומות רפואיות שיכולות לספר לנו מה בדיוק קרה. והעובדה שחסרות ראיות מהסוג הזה לא צריכה לבוא לחובתה של התובעת אלא לחובתם של התובעים.

* השופט שמגר **בעניין רז** מדבר על השאלה של על מי צריכה לחול העלות של הטעות השיפוטית במקרה בו אין לנו פרטים כאלה וראיות, במצב של אי וודאות ראייתית. מתיישב עם דבריו של ריבלין בצ'צ'יק. הנתבעים הם אלה שהיו אמורים לספק את הרשומות הרפואיות ולא סיפקו, ולכן צריך להביא את זה לחובתם של הנפגעים ולא של התובעת, שלא יכולה להוכיח מה התרחש בניתוח ללא הרישומים האלה.
* בעניין צ'צ'יק לא הייתה בעיה לקבוע שתנאים 1 ו-2 של ס' 41 מתקיימים. ברור שלמנותח אין יכולת לדעת מה קורה בזמן שהוא מורדם, ושלרופא שליטה בחדר הניתוח ובניתוח עצמו. התובעת מנסה לבסס את הטענה שלה באמצעות טענה כללית, שברוב הניתוחים מהסוג הזה לא נגרם נזק. לכן העובדה שנגרם נזק מעידה ממילא על כך שאם נגרם נזק מתקיים התנאי השלישי. ריבלין לא מקבל את הטענה הזאת. אי אפשר למדוד אם יש התרשלות לפי התוצאה בלבד. הרי ניתוח כרוך בסיכון ולכן יכול להיות שגם אם יש התרשלות וגם אם אין התרשלות- יקרה נזק.

A picture containing diagram

Description automatically generated

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

בסופו של דבר ביהמ"ש כן קיבל את הטענה, בגלל צירוף מקרים ספציפי שהיה בפס"ד.

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 היא נדירה, ובמקרה כזה, על תנאי נוסף להתקיים (תנאי 2 להלן).

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

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

* מרגע שהוכיח את התנאי השלישי של סעיף 41, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקשר הסיבתי בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו ולא רק לגבי יסוד ההתרשלות. הדבר נובע מנוסח סעיף 41.
* הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו (עם זאת, לא בטוח אם יוכלו להיעזר בראיות כלליות לשם כך).
* **בקייס**: אם נראה שהנזק נדיר ויש מידע על כך, וגם אין רישום רפואי, אף אם אין ראיות סטטיסטיות שניתן להביא, אפשר לטעון לגישתו של ריבלין ולטעון שהתקבלה טענה כזו גם ללא ראיות סטטיסטיות(שילוב עובדתי כפול).
* **בקייס**: ננסה לבדוק האם אפשר להשתמש בס'35. אם נראה שיש אי וודאות עובדתית, רמז לגשת לסעיף 41! נוכיח לפי הסדר: לא ניתן לדעת מה גרם לנזק, הנכס בשליטת הנתבע, יותר סביר שהוא התרשל מאשר שלא התרשל(נוכיח באמצעות ראיות סטטיסטיות-כלליות ולא קונקרטיות-ספציפיות).

דוקטרינת הנזק הראייתי

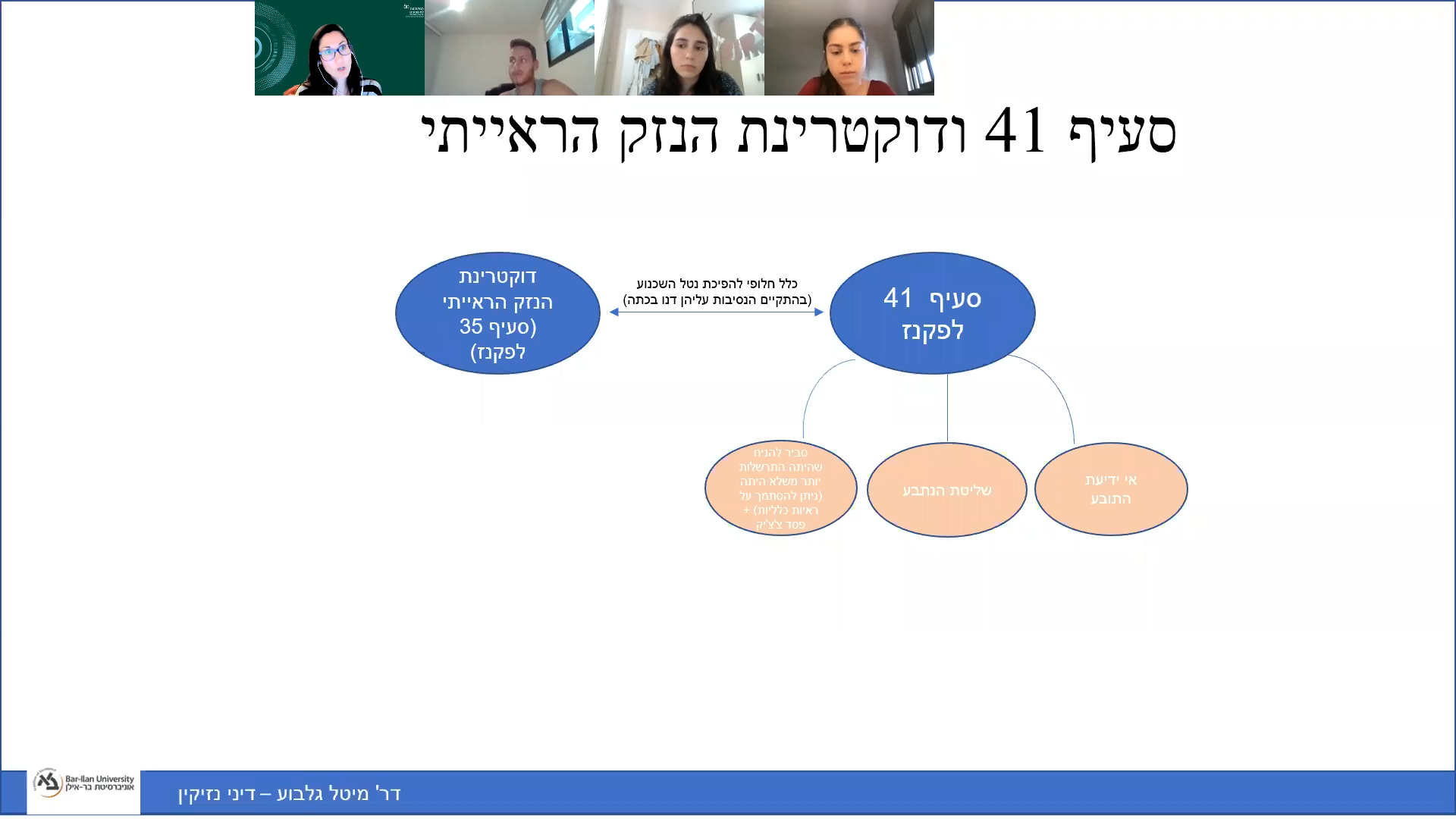
חלופה למצבים מאוד ספציפיים לס' 41, דוקטרינה שהתפתחה מהספרות (אריאל פורת). יש לה שני פנים, אנחנו נלמד את הפן הפרוצדורלי שהוא זה שהתקבל בפסיקה.

**פסק דין שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**

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

* לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, אם הנתבע הסתיר ראיות שיכולות לסייע בידי התובע להוכיח את התביעה שלו, אז יש להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע.
* דוקטרינת הנזק הראייתי היא כלל ראייתי שנקבע לתביעות רשלנות "רגילות" ולא לסעיף 41.
* היפוך נטל הראייה מביא את התובע למצב דומה לזה של סעיף 41 (הדבר מדבר בעד עצמו).
* זו חזקה שמאוד קשה להפריך אותה, כי אם מלכתחילה הנתבע הסתיר את הראיות, בכוונה או לא בכוונה (יכול להיות שברשלנותו הוא גרם לכך שהן לא יהיו) במקרה כזה יהיה מאוד קשה לו להפריך את החזקה הזאת, כי גם אם מפעילים את ס' 41 עם שלושת התנאים וגם אם את דוקטרינת הנזק הראייתי, הרבה פעמים כשהופכים את הנטל נתבעים לא מצליחים להפריך את החזקה, והרבה פעמים זה גם חורץ את ההחלטה והקייס.
* הדוקטרינה תהיה רלוונטית כשיש הסתרה (בכוונה או בהתרשלות) של ראיות/מידע. לא תהיה רלוונטית אם אף אחד מהצדדים לא יודע (כמו בפס"ד פלוני, שנמצא ללא רוח חיים באתר בנייה). לכן זה בדר"כ במצבים רפואיים.

סעיף 41 ודוקטרינת הנזק הראייתי סעיף 35



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

חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים

סעיף 38- סעיף נוסף שקובע חזקת התרשלות, העברת נטל הראיה לכתפיו של הנתבע עם אפשרות שהוא יפריך את החזקה.

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

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

היבטיו של ס' 38:

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

דבר מסוכן

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

פס״ד עיזבון המנוח אלעבד נאצר נ' מדינת ישראל- דבר שמשתמשים בו שימוש לא רגיל.

עובדות: אדם שנפגע מירי של חיילי צה"ל במהלך פיזור הפרת סדר, והעיזבון טען להתרשלות.

השופט ריבלין קובע שנשק אכן יכול להיחשב כדבר מסוכן עפ"י ס' 38, אבל לא תמיד. הדבר תלוי בנסיבות, בסיטואציה.

שימוש באופן רגיל בנשק, כלומר להגנה עצמית, לא יכול לשמש כדבר מסוכן לצורך ס' 38. רק כשהשימוש הוא אינו רגיל, כמו משחק בנשק, ציד בנשק וכו'.

* איך יודעים מהו שימוש רגיל/לא רגיל- יש להסתכל על הייעוד של "הדבר המסוכן".
* החל מפס"ד זה יש לראות לא רק מה טבעו של הדבר, אלא גם האם נעשה בו שימוש לא רגיל. רק אם כן, נוכל להשתמש בס' 38 ולטעון שיש להפוך את נטל הראיה.

דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו

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

עובדות: אדם העסיק קבלנים כדי לבנות מאגר של מים, ותוך כדי עבודה הם מגלים פיר מלא בפסולת מתחת למאגר, אבל הם מתעלמים מזה וממשיכים בבנייה. הייתה שנה מאוד גשומה אחרי תקופה והאדמה שהפרידה בין המים לפיר קרסה. המים שנכנסו לפיר יצאו בקרקע של השכן וגרמו להרבה מאוד נזק.

**ההלכה** שנקבעה באותו עניין הייתה שמי שמביא או שומר על אדמתו משהו שעלול לגרום לנזק בהימלטו (מים), צריך לשמור עליו. מפני שאם זה ימלט ויגרום לנזק למישהו אחר תחול חזקה שאותו אדם הוא זה שגרם לנזק ברשלנותו.

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

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

**פס״ד חברת מפ"י בע"מ נ' משק אשכנזי**

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

קשר סיבתי

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

**פס״ד עצמון**

ערעור בתביעת הצוללנים והדייגים בקישון. בפרשה הזו אוגדו מספר תביעות של אנשים שחלו בסרטן לטענתם עקב הזיהום בנחל קישון.

התביעות האלה נדחו בגלל קש"ס (המדינה החליטה לפצות אותם לפנים משורת הדין).

טענות התובעים היו שאמנם קשה להוכיח קש"ס ושבאמת בגלל הזיהום בנחל נגרם הסרטן שלהם, אבל הנטל בכל מקרה עבר אל המפעלים המזהמים.

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

ס' 41- לא צריך לבדוק קש"ס.

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

**העברת נטל הראיה לכתפיו של הנתבע כאשר מדברים על נזקים שנגרמו ע"י אש.**

**סעיף 39 לפקנ"ז**

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

הסעיף מבחין בין 3 מצבים:

**הנתבע עצמו הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה**- לא נפרט, הכוונה ברורה.

הנתבע הוא מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש

פס״ד נביל כליל כורי נ' יצחק קסש

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

* השופט לנדוי: קובע כי תנאי הסעיף הקובע חזקת התרשלות אינם מתקיימים משום שהאם לא יצאה מן המקרקעין אלא נשארה בתוכו. לפי תנאי הסעיף האש צריכה לצאת ממקרקעין למקרקעין של השכנים. כלומר נטל ההוכחה לא עבר אל הנתבע.
* התובע לא נזקק לס' זה, משום שעל פי העובדות, ניתן להסיק כי הנתבע התרשל. די היה בס' 35 (רשלנות), עקב נהלי העבודה הרשלניים והלא סבירים שהיו במקום. לא היה צריך להפוך את נטל הראיה כי התובע הצליח מבחינת ביהמ"ש לעמוד בנטל להוכיח שהתנהגות הנתבע לא הייתה סבירה ובשאר תנאי הסעיף.

הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה האש

פס״ד גנור נ' מדינת ישראל

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

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

* השופט שמגר הבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, ל"בעל מטלטלין" שמהםה יצאה האש. כאשר מדובר במטלטלין, מספיק שהאש יצאה מהמטלטלין.
* כשמדובר במקרקעין, כדי להפעיל את חזקת ההתרשלות צריך להוכיח שהאש יצאה מהמקרקעין. אבל כשעוסקים במטלטלין, די להוכיח שהאש יצאה מהמטלטלין החוצה. לא צריך שהיא תצא מהמקרקעין שבהם נמצאים המטלטלין למקרקעין אחרים כדי לעמוד בדרישת הסעיף. כלומר כאן- רק להוכיח שהיא יצאה מהטלפון וגרמה לשריפה.
* \* **נזכיר**: אין פה אי וודאות עובדתית או פערי מידע כפי שעולה מסעיף 41. יש מצב יותר פשוט. עדיין **צריך להוכיח קש"ס**. **החזקה היא רק על התרשלות**.

חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה

סעיף 40 לפקנ״ז

בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

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

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

* הסעיף מבחין בין חיית בר לחיית בית (יחול על חיית בית אם היא מועדת בלבד).
* במשפט המקובל באופן עקרוני הייתה אחריות חמורה על נזקים שנגרמו ע"י בע"ח. כלומר אם נגרם נזק כתוצאה מחיה בארצות המשפט המקובל בדר"כ תחול אחריות בנזיקין. לא רשלנות אלא אחריות חמורה.
* בישראל זה יותר מרוכך, ורק מעביר את נטל ההתרשלות כשהנזק נגרם ע"י חיית בר. כשזו חיית בית- השאלה היא אם היא הייתה מועדת, כלומר כזו שהבעלים שלה ידעו שהיא מועדת לעשות את המעשה שגרם לנזק (למשל חיה תוקפנית, או שעשתה מעשה דומה בעבר).
* בגלל מקרי תקיפה רבים של כלבים שונתה פקודת הנזיקין והוכנס בה הסדר מיוחד למקרים כאלה (הוספו ס' 41א-ג). מדובר על יוזמה שנועדה להסדיר את עניין תקיפות הכלבים בחקיקה ולגרום לבעלי הכלבים להיות אחראים לנזק שהכלבים שלהם עלולים לגרום לו.

**נזקים שנגרמו על ידי כלב**

סעיף 41 א-ג לפקנ״ז

**41א.** "בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן-הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים".

**41ב.** הגנות- "בתובענה לפי סימן זה לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם כן הנזק נגרם עקב אחד מאלה-

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

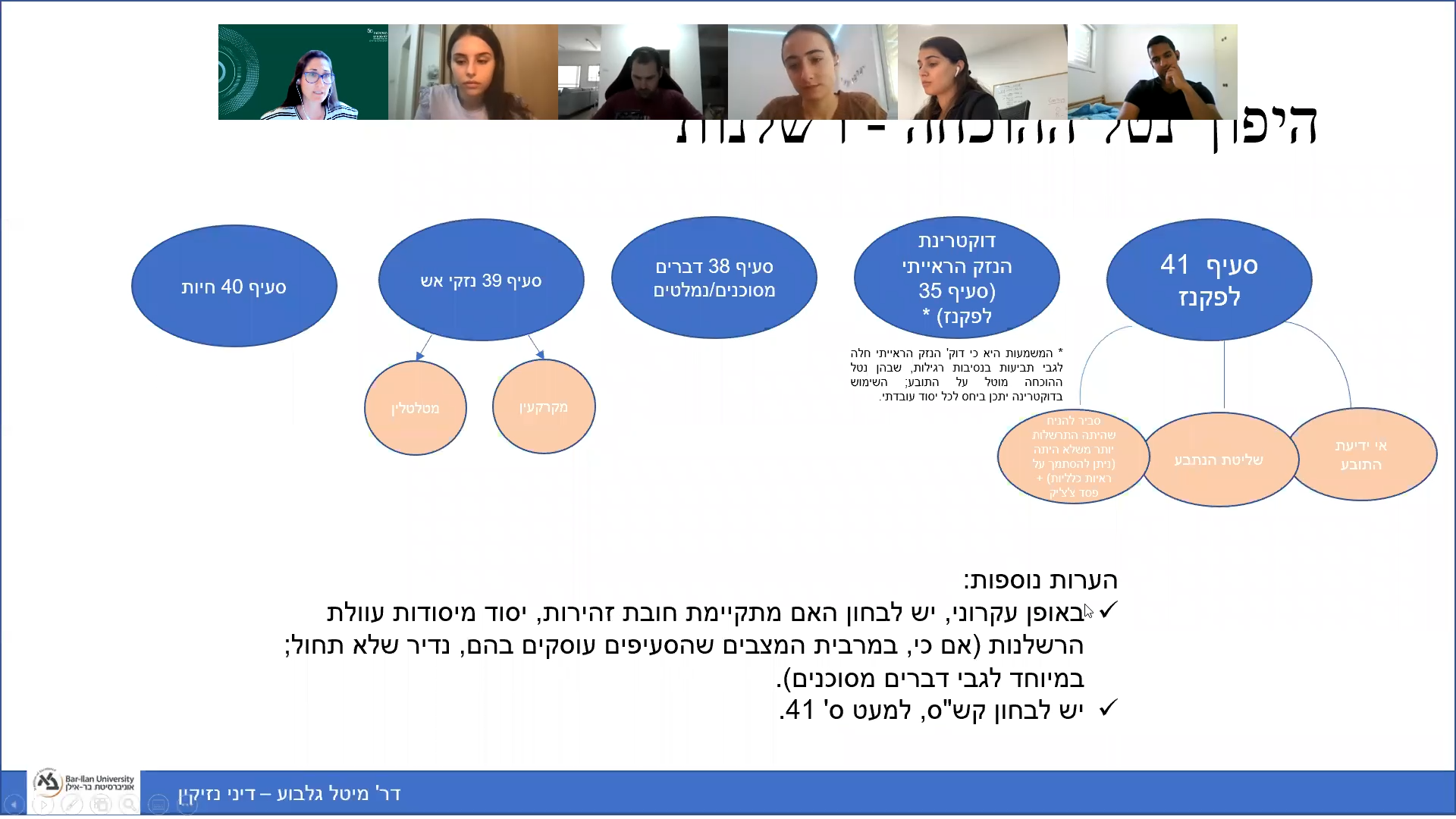
**41ג.** שמירת דינים- "אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר".

**\*ס'41א'-** קובע הסדר של אחריות מוחלטת- אם התנאים העובדתיים התקיימו, על המזיק לפצות ללא קשר לשאלת האשם או אשם תורם.

**\* ס'42ב-** קובע הגנות ספציפיות ומועטות לבעלים במקרה בו כלבו הזיק ולמרות משטר האחריות המוחלטת(כבר ראינו בעבר שאין באמת אחריות מוחלטת ללא סייגים כלשהם) מלבד ס'41ב'(2), ההגנות מתייחסות למצב בו יש אשם חמור ביותר של הניזוק.

**ס'42ג'-** עוסק בשמירת דינים: מתייחס למצב בו תקום הגנה למזיק. *גם אם לא תוטל אחריות נזיקית בשל הגנה, יוכל הנתבע לתבוע דרך עוולות אחרות*: רשלנות, היפר חובה חקוקה וכו'.

היפוך נטל ההוכחה - רשלנות



הערות נוספות:

* באופן עקרוני, יש לבחון האם מתקיימת חובת זהירות, יסוד מיסודות עוולת הרשלנות (אם כי, במרבית המצבים שהסעיפים עוסקים בהם, נדיר שלא תחול, במיוחד לגבי דברים מסוכנים).
* יש לבחון קש"ס, למעט ס' 41.
* דוקטרינת הנזק הראייתי- חלה לגבי כל אחד מיסודות עוולת הרשלנות. אמנם דיברנו עליה כשעסקנו בעניין צ'צ'יק, ובאופן ספציפי יותר- הנסיבות שבהן אפשר להפוך את נטל הראייה לגבי ההתרשלות והקשר הסיבתי על כתפיו של הנתבע.

על כן היא מנגנון חלופי לס' 41 לפקנ"ז, אנחנו יכולים להשתמש בה בתביעת רשלנות רגילה, גם אם הנתבע למשל מסתיר ראיות רק לגבי יסוד אחד, למשל באופן שמפריע להוכיח קש"ס לנזק. די בכך כדי לומר שהופכים את הנטל לכתפיו של הנתבע לגבי הוכחת קש"ס, תוחל חזקה שיש קש"ס והנתבע יצטרך להפריך את החזקה הזאת. באותה מידה אפשר להפוך את נטל הראייה גם רק לגבי ההתרשלות. ספציפית בהקשר של צ'צ'יק התהפך נטל הראייה בקשר לשניהם. אבל דוקטרינת הנזק הראייתי יכולה לחול לגבי **כל יסוד עובדתי** שנמנע מהתובע להוכיח עקב חוסר ראיות שנגרם בגלל הנתבע.

* השימוש בה גם תמיד יהיה תלוי נסיבות- כי הרי לא תמיד הנתבע באמת מסתיר ראיות.
* השימוש בה קורה ברוב המקרים במקרים הרפואיים, בהם לתובע אין את האפשרות לייצר את המסמכים/התיעוד.
* דוגמה לשאלה: האם תצלח תביעתה של הדמות X? נצטרך לבחון- חובת זהירות, יסוד התרשלות, אם תהיה סיטואציה הרלוונטית לסיטואציות שעולות מסעיפי היפוך הנטל – יש להתייחס, נבחן האם יש צורך להוכיח קש"ס. לאחר בחינת כל הסעיפים נדע האם הייתה רשלנות/ מה סיכויי התביעה/ האם תצלח תביעת הרשלנות.

אשם תורם- מדובר בטענת הגנה.

סעיף 68 לפקנ״ז

(א) סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפָּרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק; ..., לא ייפָּרע התובע פיצויים למעלה מן הגבול שנקבע כאמור.

הרעיון הוא שברגע שנקבעה אחריותו בנזיקין של הנתבע, עדיין אם קצת מהנזק סובל התובע עקב אשם שלו- לא תישלל לגמרי התביעה של הניזוק, אלא יופחתו הפיצויים שלו.

במילים אחרות- כאשר בהתנהגותו של התובע יש אשם, יופחת שיעור הפיצויים שמגיע לו בשיעור שבו נמצא אשמו.

**אשם תורם** (סדר הדיון)

* רקע כללי
* הסטנדרט (מתי מישהו ייחשב כמי שתרם באשמתו לנזק)
* הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות
* זיקה עובדתית/משפטית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק
* אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מצבי התאבדות)
* אשם תורם ואחריות חמורה (או מוגברת)

על נק' 2 והלאה- נצטרך לפי העובדות לזהות שזה המקרה, ולדון לפי המקרה המסוים.

רקע והערות כלליות

* **מעבר מהסדר בינארי -** עד אמצע המאה ה-20 ההסדר היה בינארי- כלומר די בכך שלתובע היה אשם תורם, שהוא תרם גם הוא לנזק, באותו רגע לא הייתה תחושה נוחה לתת לו לזכות בתביעה שלו. אחת הגישות שמדוברת בעיקר בספרות אבל היא לא ההלכה- אם אשמו התורם של הניזוק עצמו היא עד 50%, הוא יקבל פיצוי שיופחת עד 50%, כחלקו באשם. אם אשמו התורם גבוה מ-50% נאמר שהוא לא יכול לעמוד בהוכחת תביעתו ולכן היא תידחה. זאת מפני שמבחינת מאזן ההסתברויות תובע צריך להוכיח את טענותיו בלמעלה מ-50%.
* **כיום נתפסת כמקרה פרטי של "מעוולים במשותף"-** אשם תורם נתפס כמקרה מיוחד של דוקטרינה שנעסוק בה כשנעסוק בסיבתיות, ששמה "מעוולים במשותף"/"מעוולים יחד", שקבועה בפקנ"ז. מה שאומר אשם תורם מבחינת ההלכה השלטת הוא שהניזוק והמזיק הם מעוולים יחד, הם נתפסים כמעוולים במשותף ביחס לנזק.התפיסה היום היא שאשם תורם לא מוגבל לעד 50% אלא יכול להיות גם גבוה מכך, בין אם זה ב0.1% ובין אם ב-99.9%, אבל התביעה לא אמורה להיכשל.
* קיימים מצבים בהם האשם תורם כלכך חמור שאפשר לטען גם לניתוק קשר סיבתי למרות שזה לא מה שכתוב בחוק.
* שלבים: ((**א**) התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה

הוא צריך להראות שהתביעה אכן עומדת, שהוא עמד בנטל ההוכחה שלו בהיבט העובדתי.

(**ב**) לאחר מכן הנתבע יכול להעלות טענות הגנה, שאחת מהן היא אשם תורם לתובע.

(**ג**) אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים שלב השקילה / שלב ההשוואה / מבחן מידת האשמה

**פס״ד מלון רמדה שלום נ' אליהו אמסלם**

"על בסיס גישה עקרונית זו תיעשה חלוקת האחריות בין המזיק לבין הניזוק, הנושא באשם תורם, על-פי המבחן של "מידת האשמה". עיקרו של המבחן הוא בהצבת מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק זה מול זה, כדי להשוות ולהעריך, מבחינת האשמה המוסרית, את מידתם ומשקלם של מעשיו ומחדליו של כל צד".

ביהמ"ש בעצם יבחן בעצם "מי אשם יותר" ויחליט כמה אשם תורם לייחס לניזוק עצמו על אשמו.

הצדקות

* **צדק מתקן**- הנתבע לא צריך להשיב לקדמותו נזק שלא הוא גרם לו. אם הפגיעה בזכות ע"י המזיק היא חלשה יותר כי גם הניזוק פגע בזכות שלו עצמו הגיוני לחוב את הנתבע פיצוי פחות.
* **הרתעה**- אנחנו לא רוצים שניזוקים, כאשר הם נקלעים לסיכון שיוצר עבורם המזיק, יהיו פחות זהירים. שלא תיווצר תחושה שאם מעמידים אותנו בסיכון, אנחנו יכולים להתנהג איך שאנחנו רוצים.
* **הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם (וגם בעיית moral hazard)**

סיכון מוסרי- כשאדם יכול להרשות לעצמו אם הוא נקלע לסיכון איך שהוא רוצה, הוא נמצא במצב של הרתעה בחסר שיוצרת את התוצאה השלילית של סיכון מוסרי.

* **הרתעה ביתר של מזיקים-** אנחנו גם לא רוצים לייצר הרתעה ביתר- מטרת האשם התורם היא ליצור איזשהו איזון. מאפשר למזיקים פוטנציאליים להתנהל בעולם בצורה יעילה יותר, ושמרתיעה אותם באופן אופטימלי ולא גם על נזקים שמתממשים כתוצאה מהתנהגות של אנשים אחרים.

הסטנדרט לקביעת אשם תורם

ככלל, התנהגות הניזוק נבחנת על פי סטנדרט "האדם הסביר" בנסיבות העניין: האם הניזוק פעל בצורה לא סבירה בנסיבות המסוימות.

**פס״ד דפרון נ' גולובין (יחסי עובד מעביד)**

עובדות: פועל עובד במפעלי דפרון במשך שבוע. באחת המשמרות מנהל העבודה שם לב שאותו פועל שותה מבקבוק אלכוהול כלשהו, ושולח אותו להתרעננות. בדיעבד מתברר שהוא לא מרגיש טוב ופינה את עצמו לבי"ח, ונפטר. מסתבר שהוא שתה מתנול, חומר רעיל לדילול צבע. על דפרון הוגשה תביעה על הפרת חובה חקוקה (שמירת חומרים מסוכנים) ועל רשלנות. לגבי שתי העילות נקבע שהן אכן התקיימו כלפי אותו פועל. אך דפרון, הנתבעת, העלתה טענה שיש פה אשם תורם לפועל עצמו, שהתנהג בצורה לא סבירה. גם אם החומר בבקבוק לא היה מתנול, לא הגיוני שעובד ישתה חומר אלכוהולי בשעת המשמרת שלו.

* השופט רובינשטיין קבע שאכן יש אשם תורם, אפשר להסתכל על האדם הסביר בנסיבות העניין, במקרה זה העובד הסביר, ולומר שאכן לא הגיוני שהוא ישתה אלכוהול בשעת המשמרת. לכן צריך לקבע אשם תורם. אבל נקבע אשם תורם בגובה מופחת.
* לאחר שנקבע כי יש להטיל אשם תורם, עוברים להשוואת האשם בין המזיק לניזוק, בהתאם לנסיבות (במקרה של דפרון, כולל הקשר של היחסים המיוחדים של עובד ומעביד. מאחר וחובת הזהירות של מעביד היא רחבה יותר, נקבע אשם תורם של 25%.
* רמת הזהירות הנדרשת מאדם (המזיק) כלפי אחרים גבוהה יותר מרמת הזהירות שנדרשת מאדם (הניזוק) כלפי עצמו.

אדם שיוצר נזק כלפי עצמו, בראייה כלכלית זה נקרא סיכון עצמי. לפי האינטואיציה נאמר שזה בסדר, אבל אם אנחנו רוצים גם שסטנדרט הזהירות שלנו ייקבע באופן יעיל, אם מישהו סיכן את עצמו ותוחלת הנזק היא 5 לא משנה אם תוחלת הנזק של 5 נוצרה ע"י המזיק או ע"י הניזוק.

**פס״ד מדינת ישראל נ' אייגר (אשם תורם של קטין)**

עובדות: המשיב 4 גנב אמצעי לחימה במהלך שירותו בצה"ל, בכללם טיל, והטמין בבריכת בטון. המשיב 1 שהיה בן 9 וחצי יחד עם חברו, מצאו את ה"מטמון", שיחקו עם אמצעי הלחימה והטיל התפוצץ. כתוצאה המשיב 1 נפגע קשות ונאלצו לקטוע את רגלו השמאלית מעל הברך.

המדינה הייתה צד בצביעה כי נקבע שהייתה התרשלות שלה בכך שלא היה לה רישום שאפשר לגלות שטיל נגנב, למרות שחבה עליה חובת זהירות.

**השאלה המשפטית**: לפי איזה סטנדרט ייקבע אשם תורם של ילדים? שלוש אפשרויות

* 1. האדם הסביר.
  2. הילד הסביר תוך התחשבות בתכונות הניזוק הספציפי.
  3. **השופט גולדברג**: בוחר בגישת הביניים- נבחן לפי הילד הסביר בגילו של הניזוק. משאיר בצ"ע אפשרות להחיל מבחן סובייקטיבי ולהתייחס לתכונותיו הספציפיות של הניזוק. הוא מותיר את מבחן הביניים על כנו. לדעת מיטל- לילדים יש נטייה טבעית להסתכן, לכן טוב שזה נשאר בצ"ע.
* יש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 20%).

האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?

פס״ד קסברי נ' רוזן

עובדות: מונית מתנגשת ברכב של נהגת שיוצאת ברברס מחנייה, המונית נהגה מעל המהירות המותרת. נקבע שיש לנהג המונית אשם תורם בגובה של 30%.

השאלה: המשמעות של אשם תורם היא פיצוי מופחת לנהג המונית, כלומר לניזוק. אבל באותו ועניין גם למזיקה היה נזק, האם עליו לשלם לנהגת פיצוי בגובה 30% מהנזק שנגרם לה?

נקבע: השופט עמית קובע שישנה הבחנה בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות נזיקית, אבל מצד שני, לא נסגרה הדלת (כל מקרה יבחן לגופו).כלומר כרגע אנחנו לא יודעים באיזה מקרים ונסיבות ביהמ"ש כן צריך לאפשר שאשם תורם יהיה גם אשם יוצר אחריות.

* הצדקה כלכלית: "רכב עני" 100, "רכב עשיר" 1000. העשיר הוא הרשלן אך נקבע אשם תורם בגובה של 20% לעני.

הפיצוי לעני: 80 (80% מתוך 100).

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

* זו דוגמא לנסיבות שבהן הניזוק שאשמתו פחותה ישלם יותר.
* זה שיקול אחד שציין השופט עמית בפסק הדין שמראה לנו מדוע אנחנו לא יכולים ככלל לאפשר שאשם תורם יהיה אשם יוצר אחריות.
* לסיכום- ההלכה לא ברורה באופן חד משמעי, אנחנו יודעים באיזה סוג מקרים לא נאפשר אבל לא בדיוק באיזה נסיבות כן נאפשר.

**בקייס**: ככל שכתוצאה מאשם תורם נגרם נזק למזיק(כמו בפס"ד קסברי) נציע אפשרות להחיל גם מבחן של יצירת אחריות נזיקית בת פיצוי בגובה אחוז האשם התורם שייקבע, אך יש לזכור שזו אינה הלכה!.

זיקה עובדתית בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות

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

אלהווא נ' עיריית ירושלים- **הנתבע לא רק גורם לנזק, אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני (ולתרום לנזק).**

עובדות: אדם בעל לקויות הולך ברחוב ונופל לבור. אין גידור, תאורה. הוא ניזוק בגופו. הוא הופך להיות נכה לגמרי ולא יכול לתפקד יותר.

הטענה של העירייה: הניזוק שגר במקום ידע על הבור שלא תוקן כבר שנים היה עליו למצוא דרך חלופית. לכן הם טוענים שיש לצמצם את האחריות שלהם ולקבוע לניזוק אשם תורם.

אושר פסק הדין המחוזי: בית המשפט לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואפשר להטיל אשם תורם על הניזוק.

הוטל עליו אשם תורם מופחת של 20%.

השופטת ברק ארז אמנם לא הפכה את ההחלטה, אולם הוסיפה נימוקים חשובים.

מה בעיתי בפסק הדין?

* השופטת ברק ארז- אם נטיל אשם תורם, אנו פוגעים במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים.

העירייה לא תרצה לתקן לקויות כשהיא יודעת שמוטל עליה אשם מופחת.

* אי אפשר לומר שככל שעובר הזמן מאז קיומה של הלקות אנשים צריכים לדעת יותר שהיא קיימת ונייחס להם אשם תורם אם לא.
* יש גם בעיה קשה לטעון שאנשים שיש להם לקות צריכים להיזהר יותר אם העירייה לא מתקנת את הליקויים, ולהישאר בבית כביכול.
* טענה שלא נטענה בפס"ד. הסעיף אמנם לא עוסק באשם תורם, אבל הוא מאוד "קולע" למקרה של אלהווא

סעיף 66 לפקודת הנזיקין:

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

* העירייה לא סתם התרשלה, אלא ההתרשלות שלה הביאה את הניזוק למצב שבו אם הוא לא מחפש דרך חלופית הוא בעצם מתרשל. אפשר להשתמש בסעיף הזה כדי לטעון שהנתבע הוא זה שיצר את התנאים להתרשלות של הניזוק, הוביל אליה סיבתית.
* סיפת הסעיף אומרת שכאשר הטענה שהנתבע מעלה היא שגם לניזוק יש אשם תורם והוא לא רוצה לפצות אותו על 100% נזק, כאשר הוא משתמש בס' 66 ביהמ"ש יכול לומר שהוא לא מקבל את הטענה שלו, אבל נכון שהוא יפתור את התובע מאשם תורם אבל הוא לא יכול להטיל פיצוי למעלה מאשם תורם. כלומר אדם לא יכול לקבל פיצוי על יותר ממה שנגרם לו.

אשם תורם כאשר התנהגות המזיק מכוונת- **כמו למשל עוולת התרמית, שדורשת כוונה להוכחתה**

פס"ד אפל

עובדות: פרוייקט של משרד השיכון. כדי לתמרץ תושבים להתפנות מבתיהם, יש הסדר שמאפשר הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. אפל נכנס לשיתוף פעולה עם המדינה (הוא החזיק בדירות הריקות). המדינה אפשרה לתושבים להמחות לאפל את הזכות שלהם להלוואה מסובסדת כדי שהוא יציע להם בתמורה דירה חלופית.

אפל השתמש במנגנון ההלוואות המסובסדות כדי להוציא כספים מהמדינה במרמה. הוא שלשל לכיסו עשרות מיליונים עד שנתפס. הניזוקה כאן היא המדינה, ונטען כי היא בעצמה התרשלה, מפני שלא טיפלה בצורה סבירה בהעברות הכספים.

נקבע במחוזי: התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בסעיף 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצדו של המזיק (שהמוטעה יפעל לפי המידע הכוזב).

עוד נקבע שהמדינה התרשלה שכן משרד השיכון לא טיפל באופן סביר בהעברות הכספים ולכן ירד סכום הפיצוי בחצי.

בעליון נקבע ש**אי אפשר להפחית מהפיצוי בגלל אשמה התורם של המדינה**, למרות שהיא אכן התרשלה.

נקבע: באופן עקרוני, מזיק יכול לטעון טענת הגנה של אשם תורם, אפילו אם ביצע עוולה מכוונת. אך לא בכל מקרה.

* השופט מלצר: הבחנה בין שלושה סוגי מקרים (בעבירות כוונה):

1. **גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק**- מעוולה נגרם נזק ויש עוולת תורם- אין בעיה לייחס אותו ולהפחית מהפיצוי.
2. **גרימת נזק עם תוספת רווח (במנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק)** - ניתן להטיל אשם תורם על הנזק אך לא על הרווח.
3. **מקרים של "העברת עושר**" - הנזק שווה ערך לרווח לתועלת שנגרמה למזיק במובן המטריאלי. במקרה כזה אי אפשר להשתמש באשם תורם. למשל אם הוא לקח 100 והוא יצטרך להחזיק בגלל אשם תורם רק 80- יוצא שהוא הרוויח 20, והרוויח ממעשיו.

* כלומר על רכיב של נזק אפשר להכיר בהפחתת פיצוי ועל רכיב של רווח לא.
* השופט הנדל: ניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר", אך ביחס לראשי הנזק הנוספים, כך שלא יגרע מהפיצוי העושר שהועבר.
* הוא מסביר שהסיבה לכך היא שהתביעה היא בדר"כ לא תביעה להשבת כספים. הרבה פעמים היא מכניסה גם ראשי נזק נוספים כמו עוגמת נפש, נזק לא ממוני… ואפשר לחשוב על אשם תורם ביחס לראשי נזק כאלה.
* לא נראה שיש מחלוקת אמיתית בין השופט הנדל למלצר- שניהם בעצם הכירו שאפשר להכיר באשם תורם לגבי נזק אך לא על רווח.

שורה תחתונה:

ניתן להטיל אשם תורם על ניזוקים גם במצבים שבהם קיימת התנהגות מכוונת של המזיק.

אבל כאן נעשה את האבחנה:

* אם העוולה המכוונת גרמה למזיק רווח בלבד, ביהמ"ש לא יכיר בהפחתת הפיצוי.
* אם מדובר ברווח לצד נזק- לגבי רכיב הנזק יהיה אפשר לטעון אשם תורם ולהפחית את הפיצוי.
* במצבים בהם יש רק נזק ואין שום רכיב של רווח למזיק- אין שום בעיה להטיל אשם תורם ולהפחית את הפיצוי.

אשם תורם כאשר התנהגות הניזוק מכוונת

מה קורה כשהאשם התורם לא נובע מרשלנות של הניזוק אלא פעילות מכוונת שלו? **האם התאבדות מהווה אשם תורם?**

פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד

עובדות: העיזבון של גלעד תובע את בית חולים הדסה על התאבדותו של גלעד שהיה מאושפז במחלקה הפסיכיאטרית של בית החולים.

הטענה היא שבית החולים התרשל, הוא היה צריך למנוע את הנזק הזה, את ההתאבדות של גלעד.

טענת בית החולים: יש להפחית את אחריותו של בית החולים לאור אשמו התורם של המתאבד.

* **הטענה לאשם תורם** **נדחתה**.
* אמנם לא בטוח שבכל מקרי ההתאבדות הטענה לאשם תורם תידחה. אכן כאן מדובר במצב שבו מדובר על מטופל שמתאשפז במחלקה פסיכיאטרית על מנת שבסופו של דבר יגנו על חייו, ואם היינו מקבלים טענה של אשם תורם במקרה כזה- היינו מרוקנים מתוכן את כל המשמעות של התאשפזות במחלקה פסיכיאטרית. במצבים מסוימים כאלה חובת הזהירות של בית החולים נועדה כדי למנוע את אשמו של גלעד. ההתרשלות של בית החולים כאן נובעת בדיוק מהמעשה שגלעד עשה, בדיוק מהעובדה שהוא הצליח להתאבד.

אשם תורם ואחריות חמורה (/מוגברת)

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

הרי התובע לא צריך להוכיח אשם. יש כאן משהו חד צדדי- במובן הזה שיש כאן עוולות שלא מעניין אותנו בכלל אם יש או אין אשם. מאוד מוזר לדבר על אשם תורם, או בכלל על אשם בעוולה מהסוג בו לא נדרש אשם. אם המזיק לא אשם, כי העוולה לא דורשת אשמה, מוזר יהיה לומר גם שהניזוק אשם.

* ההסדר בישראל - הפחתת פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם

שורה תחתונה- על אף הקושי הזה במשפט הישראלי כן מכירים באחריות חמורה או מוגברת באשמו היחסי של הניזוק. ביהמ"ש יצטרך בכל זאת להכריע פה מה סף הפיצוי שהניזוק יחוב בו.

* במצבים של אחריות **מוחלטת** שם אנחנו כבר לא מדברים על אשם תורם, רק ב**מוגברת/חמורה**. באחריות מוחלטת המחוקק קובע "עוגנים" מסוימים שרק בהם יהיה אפשר לקבל טענות הגנה.

הגנה נוספת- הקטנת נזק (חובה על הניזוק להקטין את נזקו לפני הגשת התביעה.)

הכלל מופיע בכלל בס' 14 לחוק החוזים (תרופות), אך מוחל כעיקרון כללי גם בנזיקין.

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

* יש שאומרים שהקטנת הנזק היא "אחותו התאומה" של האשם התורם, ויש בניהם דמיון. אך יש גם שוני ועל זה נדון.
* **הקטנת נזק מול אשם תורם:**
* **בשונה מאשם תורם, הקטנת נזק זו טענת הגנה שנוגעת להתנהגות הניזוק אחרי קרות הנזק**. הבדל כרונולוגי- הקשור בזמנים. אם ההתרשלות של הניזוק היא לפני קרות הנזק, זה אשם תורם. אבל אם ההתרשלות של הניזוק לגבי הנזק היא בכך שהוא לא הקטין אותו לאחר מכן נטען שהניזוק לא הקטין את הנזק, שהרי אם הוא עוד לא קרה אי אפשר להקטין אותו.
* אם הניזוק יכול היה להפחית את כל הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת כולו לגבי הנזק שלא הוקטן (בשונה מאשם תורם שם הניזוק והמזיק מעוולים יחד ולחוד על הנזק). אשם תורם- יש חלוקה בין שני הצדדים אך לא הופחת לגמרי.
* ״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) ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

דוגמאות לדרכים להקטנת נזק

1. **טיפול רפואי**- מישהו שיכול היה לקחת טיפול תרופתי/לעבור ניתוח למשל אבל בחר שלא לעבור אותו- כנראה שהוא יכול היה להקטין את הנזק הרפואי שלו ובחר שלא למרות שיכול היה (למרות שיש פה קושי- נדבר בהמשך).
2. **מציאת עבודה חלופית-** אם בעקבות עוולה אתה לא יכול לעבוד במקצוע שאתה רוצה, אי אפשר לשבת בבית ולטעון לעובדן כושר עתידי אלא אתה צריך לחפש איך להמשיך בחיים.
3. **גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי-** אם קרה מעשה התרשלות ויש אפשרות למשל להיפרע מחברת ביטוח- לא תצפה מהמזיק לשלם לך על כך כשיש אפשרות חוקית להיפרע מגוף שאחראי לכך במיוחד.

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

השאלה שנדון בה**-** האם ניתן להתחשב במאפייניו הייחודיים של הניזוק במקרים מסוימים? ואם כן, מתי לדוגמא?

הפחתת נזק על ידי טיפול רפואי (וגם דוגמא כללית להקטנת נזק)

**פס״ד גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח**

העובדות: הניזוק נותח ברגלו עקב תאונת דרכים. בוצע מיסמור שתפקידו לסייע לאיחוי העצמות מחדש. הניזוק מתקשה לשוב לעבודה, ונקבעת לו נכות מסוימת, בין היתר, כי יש לו כאבים וקשיים שנגרמים גם מהמסמר ברגל.

הנכות שלו בעצם נבעה גם מהתאונה אבל גם מהכאבים שיש לו בגלל המסמר.

* התובע התעקש לא לעבור ניתוח להוצאת המסמר מהירך למרות שמדובר בניתוח קל, בהרדמה מקומית עם סיכויי הצלחה גבוהים מאוד.

נקבע:ההחלטה של הניזוק לא להפחית את הנזק אינה סבירה.

* יש להפחית משיעור הנכות שנקבע לתובע, משטם שלא עמד בחובתו להקטין את נזקו, ובמקביל יש להגדיל את הפיצוי כך שיכלול את כיסוי ההוצאות הרפואיות לעריכת הניתוח להוצאת המסמר.
* העליון אישר את פס"ד המחוזי בעניין זה.
* **מהי רמת הנטל הנדרשת מהניזוק להקטין את נזקו?**
* **הבסיס לבחינה**- סטנדרט האדם הסביר בנסיבות העניין(בדומה להתרשלות).
* **התאמה לנסיבות-** הניזוק פועל גם לטובת אינטרס המזיק(במידה ולא יעשה זאת, הוא נתפש כ"רשע"), אך רמת הסטנדרט שנחיל עליו נמוכה יותר משום שהתרשלות מתייחסת למצב בו **במעשהו של אדם יש אשם**- הוא גרם נזק לאחר, יצר את הסיטואציה בה נגרם הנזק(למעט חריגים). ה**מזיק הוא אב החטא, לכן הסטנדרט שהוא חב לניזוק גבוה יותר מזה שהניזוק חב לו** ככל שהדבר נוגע לדוקטרינת הקטנת הנזק. בנוסף, ***הניזוק לא צריך לסכן או להקריב עצמו לטובת הפחתת הנזק שכבר נגרם(כי "יש גבול").***
* ***לסיכום: האדם הסביר# הניזוק הסביר!.***

הפחתת נזק ושיקולי דת/היבטים תרבותיים

פס״ד פלונית נ' עיריית כפר קאסם

העובדות:התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא מגודר. נגרמו לה נזקי גוף ונזקים נפשיים. התובעת סירבה להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית להקטנת נזקה הנפשי, חרף המלצותיהם של הגורמים הרפואיים בנושא.

היא סבלה מפוסט-טראומה והתפתחה אצלה בעייה נפשית חמורה.

* הטענה: יש להפחית מהפיצוי שלה את שיעור הנזק שיכלה להקטין. נאמר גם שלאחר 5 וחצי שנים, כשאותה אישה כן התחילה בסוף טיפולים פסיכיאטריים, הנזקים הנפשיים שלה הצטמצמו משמעותית, והיו אף רופאים שטענו שיתכן והם היו נעלמים לחלוטין אילו הייתה מתחילה את הטיפול הנפשי מוקדם יותר.
* הטענה המעניינת שהעלתה האישה היא מה לגבי הרקע התרבותי הייחודי שלה וההשתייכות הקהילתית שלה למגזר שבו יש סטימה מאוד חזקה למי שמתאשפז אשפוז פסיכיאטרי וזה היה גורם לה נזק מאוד גדול.

השופט רובינשטיין: יש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים הדתיים של התובעים לעניין החשש מסטיגמה בחברה הערבית, אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק. אבל הוא גם מדגיש שהסירוב לטיפול היה סביר לתקופה שבה התובעת ניסתה באופן סביר להפחית מהנזק שלה באמצעות אמצעים שהם לא ממש אשפוז או טיפול פסיכיאטרי אלא באמצעים אחרים. לאחר פרק זמן שבו היא ראתה שההימנעות מטיפול גורעת ממצבה לאורך זמן, זה מפסיק להיות סביר ומתחילה כן לחול עליה נטל הקטנת הנזק.

השופטת ברק ארז:מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות המאפיינים הדתיים של התובעים. ככלל, סביר להמתים עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. לכן סביר בלי קשר לשיוך דתי/תרבותי סביר שאדם יחכה תקופה וינסה להקטין את הנזקים הנפשיים שלו גם באמצעים אחרים אם הוא רואה לנכון לעשות זאת. במובן זה היא מצטרפת לרובינשטיין אבל מהנמקה אחרת.

**ההלכה**: ניתן להתחשב בשיוך דתי(בעיקר)-תרבותי- מגזרי ספציפי אם הוא הוביל לאי-הקטנה של נזק, אך עד גבול מסוים ואין הכרה נרחבת בשיוך זה כך שהוא ימנע לחלוטין טענה לאי עמידה בנטל הקטנת הנזק. **ההכרעה מתי סביר היה להקטין את הנזק ומתי לא נורמטיבית ותיקבע בידי השופטים לפי נסיבות העניין.**

**נדגיש**: ככלל, קשה לנתק שיקולים דתיים משיקולים תרבותיים-מגזריים ולכן הם יבואו, לרוב, יחד. דוגמה למצב בו לא ברור אם ההלכה תחול הוא שיוך לאסכולה בריאותית כלשהי(למשל, טבעונות או צמחונות).

התחשבות בשיוכים דתיים במשפט המשווה: מעלה שאלה מעניינת בעיקר ביחס לעדי יהווה, שמסרבים לקבל מנות דם. משמעות הסירוב היא שנזק יחסית קל לכל אדם יכול להחמיר מאוד כאשר לא ניתן לתת מנות דם. האם כאשר הסירוב מותנה בשיקולים דתיים-מגזריים ניתן לטעון לאי-הקטנת הנזק? הפסיקה האמריקאית אינה אחידה בנושא. נראה שהפסיקה במשפט המשווה השפיעה על התוצאה אליה הגיע השופט רובינשטיין עצמו.

בקייס: ניתן יהא לצטט את גישת רובינשטיין בפס"ד פלונית ככל שאדם שייך למגזר או תרבות מסוימת ויכול היה להקטין נזקו. אפשר יהיה לטעון שבשל השיוך המגזרי והסטיגמה שתנבע מהמעשה הנדרש לא היה עליו להקטין נזקו.

כליאת שווא- עוולה של אחריות מוגברת (לא צריכים להוכיח בה קש"ס).

לא משנה לנו אם מישהו התנהג בצורה סבירה או לא סבירה כשמדובר באחריות מוגברת.

סעיף 26 לפקודת הנזיקין

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

**יסודות העוולה**

* **"שלילת חירותו של אדם"-** לא מדובר רק על כליאה בבית כלא, אלא למשל כליאה של מישהו בכיתה, בחדר. מדובר גם על מקרים של בעל סמכות- הוא גרם להאמין שהוא בעל סמכות ושלל את החירות כשהוא מציג מצג שווא. הננעל יוכל לטעון לכליאת שווא.
* **"שלילה מוחלטת"-** עצם העובדה שנועלים אותך מאחורי דלת- זו שלילה מוחלטת(אבל זה כל עוד לא מדובר בבעל סמכות כאמור).
* **"שלא כדין"-** חריגה מסמכות, אם אין צו מעצר חוקי זה לא כדין. אי אפשר לעצור מישהו ללא אישור/צו.
* **"למשך זמן כלשהו"-** יסוד "מוזר"- פתוח לשיקול דעת השופטים לפי המקרה, לא ברור מהו פרק הזמן המינימלי, אבל לא נראה שמדובר בזמן קצר מאוד.

בנוסף-

* נדון בשאלה - האם צריך להוכיח כוונה בנוסף ליסודות אלה?

הסעיף לא דורש כוונה, יכול להיות שמישהו ינעל גם בטעות. כליאת שווא יכולה להיות גם ברלשנות, לא רק בכוונה.

* נדון בשאלה - האם עוולת הרשלנות אינה כוללת גם מצבים של כליאת שווא?

עוולת הרשלנות רחבה מספיק כך שאם מישהו נכלא ברשלנות- אפשר לתבוע אותו ברשלנות. אבל בעוולת כליאת שווא יותר קל להוכיח את היסודות- אין יסודות של נזק וקש"ס, לכן יותר קל לתבוע לפיה מאשר רשלנות (אם כי אפשר לתבוע גם דרך רשלנות).

סעיף 27 לפקודת הנזיקין- מפרט את ההגנות לכליאת שווא.

בתובענה שהוגשה על כליאת שוא תהא הגנה לנתבע אם –

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

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

(3) התובע לא היה שפוי בדעתו או היה לקוי בשכלו או בגופו, ושלילת חירותו היתה, או נראה שהיתה, נחוצה באופן סביר להגנת התובע עצמו או להגנת אנשים אחרים ובוצעה בתום לב ובלי זדון;

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

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

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

תקיפה

סעיף 23 לפקודת הנזיקין

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

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

* עוולת התקיפה שונה במשפט הישראלי מאשר במשפט המקובל כי מצד אחד היא כוללת עוולה שעוסקת בפגיעה פיזית- שימוש בכוח, ומצד שני עוולה שמוגדרת באמצעות איום על מישהו אחר בשימוש בכוח. הראשונה מוגדרת במשפט המקובל battery, והשנייה assault.

יסודות העוולה ("חצייה הראשון"- שימוש בכוח)- יסודות מצטברים

* **שימוש בכוח-** כל שימוש ישיר גם אם הוא לא ממש נוגע בגוף שלנו יכול להתחשב כשימוש בכוח
* **כנגד גופו של אחר**- לא נזק רכוש
* **במתכוון**- דרישה ליסוד נפשי, ראה הרחבה למטה.
* **שלא בהסכמה**- יש הטוענים, שכאן טמונה ההצדקה בחלק זה של עוולת התקיפה.
* התובע צריך להוכיח לא רק כוונה אלא גם אי הסכמה, שהוא עצמו לא הסכים.

פס"ד כרמי (עוסק בדרישת הכוונה)

עובדות: כרמי סבל ממחלת נפש ודקר ילד בן 8 שהצליח לברוח, וגם את התינוקת שלו, שנפטרה מפצעיה. לאור מחלת הנפש של כרמי הוא הוכנס לאשפוז במוסד סגור, ופטרו אותו מאחריות פלילית, הוא לא עמד בדרישות הכוונה הפלילית.

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

כי אם לא ניתן לייחס לו כוונה, לא מתקיים אחד היסודות המרכזיים של עוולת התקיפה. אותו ילד לא יכול לתבוע את נזקיו.

* שלוש גישות (לפירוש הכוונה בס' 23 לעניין מחלות נפש):

1. **אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית-** כמו שהוא פטור בעונשין ככה גם בנזיקין, כי אי אפשר לייחס לו כוונה.
2. **רובינשטיין: ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהוזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה)-** גם אם לא התכוונת לפעולה המזיקה, די בכך כדי לאפשר לחוב אותך כתוקף בנזיקין ולמלא את דרישת הכוונה שבס' 23.
3. **הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו-** ארבל לא מקבלת את מבחן השליטה של רובינשטיין, שהיא גישה ביניים. היא אומרת שגם במקרה של תשושי נפש יש להעדיף את התכלית של פיצוי, את האינטרסים של הניזוק.

**ההלכה**: נדרשת כוונה, אך **בפועל** תשוש נפש(או אדם בעל מחלה פיזית, זה לא משנה) יחויב בנזיקין כל עוד שלט בתנועות הגפיים שלו.

דיון בשיקולים של בית המשפט

במקרה שלפנינו היה ניתן להתייחס לכמה היבטים בהם הפסיקה תשפיע במישור החברתי/כלכלי/מדיניות ובהם נרצה להתחשב:

**היבט חלוקתי**- צד חלש שצריך להגן עליו. הפיצוי עלול ליפול על המשפחה החלשה, לעיתים, של המזיק.

**היבט הרתעתי**- אנחנו רוצים לעודד משפחות של פגועי נפש לשמור עליהם כדי שלא יגרמו לנזקים כלכליים. לכן, דרך הטלת חבות נזיקית אפשר יהיה ליצור הרתעה שכזו.

**היבט קהילתי**- אם לא תוטל על פגועי נפש חבות נזיקית לנזקים שגרמו, ייתכן שהחברה לא תקבל אותם אליה, תירתע מהם ותוקיע אותם.

**ההתמודדות עם השיקולים**- בכל הנוגע לשיקולי מדיניות, נרצה לאזן בין המזיק לניזוק במקרה הספציפי כמו גם ביחסים בין המזיק לניזוק במקרים עתידיים. פסק הדין בעניין כרמי מנסה לאזן בין הצדדים לסכסוך, ולראייה נבחרה גישת הביניים.

**הערה**: ככל שמדובר באדם שאינו חולה במחלה פיזית או נפשית, כלומר אדם מן היישוב, עלינו להוכיח שהוא התכוון ממש לתקוף- מחלת הנפש והמחלה הפיזית הם מקרי קצה, כאלו שיש עבורם דין ספציפי. עבור שאר האנשים, הדין ברור מאוד.

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

* **ניסיון או איום… תווך שימוש במעשה או תנועה**

איום שיש לו איזושהי אקספרסיביות. התנועה/המעשה הופכים את האיום ליותר, מוחשי.

* **התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום**

עניין סובייקטיבי, לא אדם סביר אלא האדם הספציפי צריך להאמין כך.

בנוסף נדון על היבטים ייחודיים לסיפא סעיף 23 (סוג הנזק, ניסיון).

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

תקיפה- הגנות

ס' 24 לפקודת הנזיקין

בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם –

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

**יסודות ההגנה הקבועה בס' 24(1) היסודות מצטברים**

* **עשה את המעשה בסבירות**- האם הדבר שעשה האדם היה סביר בנסיבות העניין. מדובר על המעשה עצמו.
* **הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש**- אם אתה תוקף כשניסית להימנע ולהגן על עצמך מפגיעה על אחד מאלה, יש לך הגנה מפני עוולת התקיפה.
* **"דרישת הפרופורציה"-** יחס סביר בין הנזק שחשבת שהולך להיגרם לך לבין בנזק שיצרת על האדם השני. הוא מוסיף לדרישה הסבירות בתחילת הסעיף- אבל יותר ספציפי. המחוקק יוצר איזושהי אינדיקציה נוספת לומר דבר שאיננו סביר. אחד מתמקד בהיבט התנהגותי והשני יותר בתוצאתי.
* נבהיר: בדרישת הפרופורציה, **ההתייחסות היא לפעולת המותקף בלבד**- בוחנים האם הנזק שיגרום מעשה המתגונן, בהשוואה לנזק שהוא ימנע.

פס"ד אלון נ' חדד- דן בשאלת הסבירות:

עובדות: חייל שהתארח בבית הוריו ושומע רעשים התקשר למשטרה למשמע פורץ, אך בינתיים עלה על גג הבית עם רובה שהיה ברשותו בעקבות שירותו הצבאי. הפורץ ניסה לברוח. החייל רצה למנוע את בריחתו לכיוון השכנים וצעק לעברו לעצור.

הפורץ הרים את ידו באוויר עם חפץ כלשהו, והחייל חושב שיש בידו נשק, ולכן ירה לעבר הפורץ, ירי שלא על מנת להרוג ופצע אותו.

הפורץ תובע אותו על תקיפה. בפועל לפורץ לא היה נשק, הוא רק חשב שהיה לו, ואם היינו מסתכלים מהצד על הסיטואציה כנראה שהיינו חושבים שלא נשקפת לחייל שום סכנה. השאלה היא האם אנחנו צריכים להסתכל על סבירות מבחינה אובייקטיבית או בצורה סובייקטיבית, כלומר להתחשב בזה שהוא היה בטוח שנשקפת סכנה לחייו.

* ארבל- נכון שאנחנו יודעים בדיעבד שהפורץ לא סיכן את החייל ולא היה חמוש, אבל כשיש מצב בו אדם מרגיש שיש סכנה מיידית לחייו צריך לבחון את שאלת הסבירות לפי ההקשר.
* נקבע: תחושת הסכנה שנבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית) אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן.
* Ex-post מול Ex-ante- יש הבדל בין מה להסתכל על המקרה והעובדות אחרי, כשאנחנו כבר יודעים אותן, לבין דברים שאנחנו יכולים לצפות מאדם לצפות לפני מעשה. בדיעבד אנחנו יודעים.

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

* מדבר על דרישת הסבירות גם כאן, רק שהוא יותר ספציפי- על מצב שבו אדם מסיג גבול למקרקעין וצריך להפעיל כוח כדי למנוע את זה/להוציא אותו מהמקרקעין.

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

* למעשה אותו דבר אבל עבור מיטלטלין.

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

* הגנה למשל לשוטרים- אנשים הפועלים מכוח צו.

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

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

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

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

(7) (נמחקה)

- הסעיף הזה במקור היה סעיף שאפשר הגנה להורה/אפוטרופוס/מורה על תקיפה. מראה איך עולם הערכים שלנו השתנה. דברים שהיו סבירים פעם, לא יכולים כבר לשמש הגנה היום, זה כבר לא נסבל מבחינה חברתית.

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

* נועד להגן על גורמים רפואיים, ההגנה רלוונטית למצבים בהם אדם נמצא בחוסר הכרה ולא יכול להסכים לטיפול הדחוף שנדרש לעשות בו. אם נאפשר לו לתבוע לאחר מכן על תקיפה, אנחנו ניצור הרתעה אצל רופאים, הם יחשבו פעמיים לפני שהם יטפלו.
* **ומה לגבי סירוב מטופל?** כלומר כשאדם לא נמצא בחוסר הכרה אבל מתנגד בצורה מפורשת לטיפול הרפואי

פס"ד קורטאם באותו עניין עוולת התקיפה נדונה בעקיפין, מפני שמדובר בעניין פלילי ולא אזרחי.

עובדות: נאשם בלע שקית סמים במרדף (משוטרים) כדי להסתיר ראיות. השוטרים בעצם תפסו אותו והביאו אותו לביה"ח מסקירה בבית החולים התברר שהשקית מסכנת את חייו, אך הנאשם סירב לניתוח. בסופו של דבר הוא מורדם ומוציאים ממנו את השקית.

הטענה: ההקשר הנזיקי הוא עקיף. הנאשם טען שלא ניתן להשתמש בראייה (שקית הסמים) שהושגה דרך תקיפה.

"פרי העץ המורעל". הראייה הושגה לא כדין לטענתו. לכן עלתה השאלה הנזיקית.

נקבע: השופט בך- כשאדם מוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין הוא אינו חושב בבהירות. בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול. יש כאן דרישה פטרנליסטית(אנחנו לא מקבלים החלטה של אדם על גופו וכופים עליו דבר שאינו מעוניין בו).

* **הבסיס לקביעה זו:** **שיקולי מדיניות**- צורך באיזון, מתי אנחנו יכולים למרות סירובו הברור של המטופל בכל זאת לאפשר לרופאים לבצע את הטיפול. אדם שנמצא בהכרה מלאה ומסרב לטיפול כי הוא חושש לפגיעה באיכות חייו כתוצאה מהטיפול, או סימפטומים שלו אחר כך- אסור לרופאים לבצע טיפול רפואי (הם ייחשבו כתוקפים, לא יקבלו הגנה). אדם שניתן לומר שהוא לא נמצא בהכרה מלאה- לא חושב בצורה בהירה, בהיגיון, נמצא בחוסר הכרה פיזי או במצב נפשי כזה שלא יכולים לייחס לו בחירה חופשית.
* **כיום, יש סעיף בחוק שקובע את התנאים לטיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה. (**הסעיף הרלוונטי ל"קורטאם" הבא.)

**סעיף 15 לחוק זכויות החולה**

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

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

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

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

* בסעיף 2 מצויין לנו שגם אם אדם מתנגד לטיפול, הגורם הרפואי רשאי לתת לו טיפול רפואי אבל הוא צריך שועדת האתיקה תקבל החלטה, והשיקולים שיובילו אותה הם שלושת השיקולים **המצטברים**.

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

(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

* זו דרישה שקיימת על גורמים רפואיים לגבי כל דבר, גם בלי קשר לסירוב של מטופל. הם תמיד חייבים לתת את כל המידע הרלוונטי על הטיפול, על הסיכונים שבו, על החלופות לטיפול ויתרונותיהן.

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

* השיפור הזה ישפר את המצב שלשמו הוא נדרש.

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

* אפשר לסבור שכשהמטופל יהיה לאחר הצלת חייו הוא יאמר שטוב שנעשה כך. סעיף די טריקי שאפשר להתווכח בו די הרבה.

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

* סעיף 3 מאפשר לנו בהסכמה של 3 רופאים בכל זאת לבצע טיפול רפואי כשסעיף 1 לא מספיק, אבל מדובר רק במקרים שאי אפשר לקבל הסכמה מדעת. בסופו של דבר מחפשים איזון, נזהרים מאוד שלא לחצות את הקו ולא לכבד את רצונו של המטופל והאוטונומיה שלו. במצבים קשים ודחופים כנראה שנהיה על קו התפר בין סעיף 2 ל-3.

תקיפה בהקשרים רפואיים

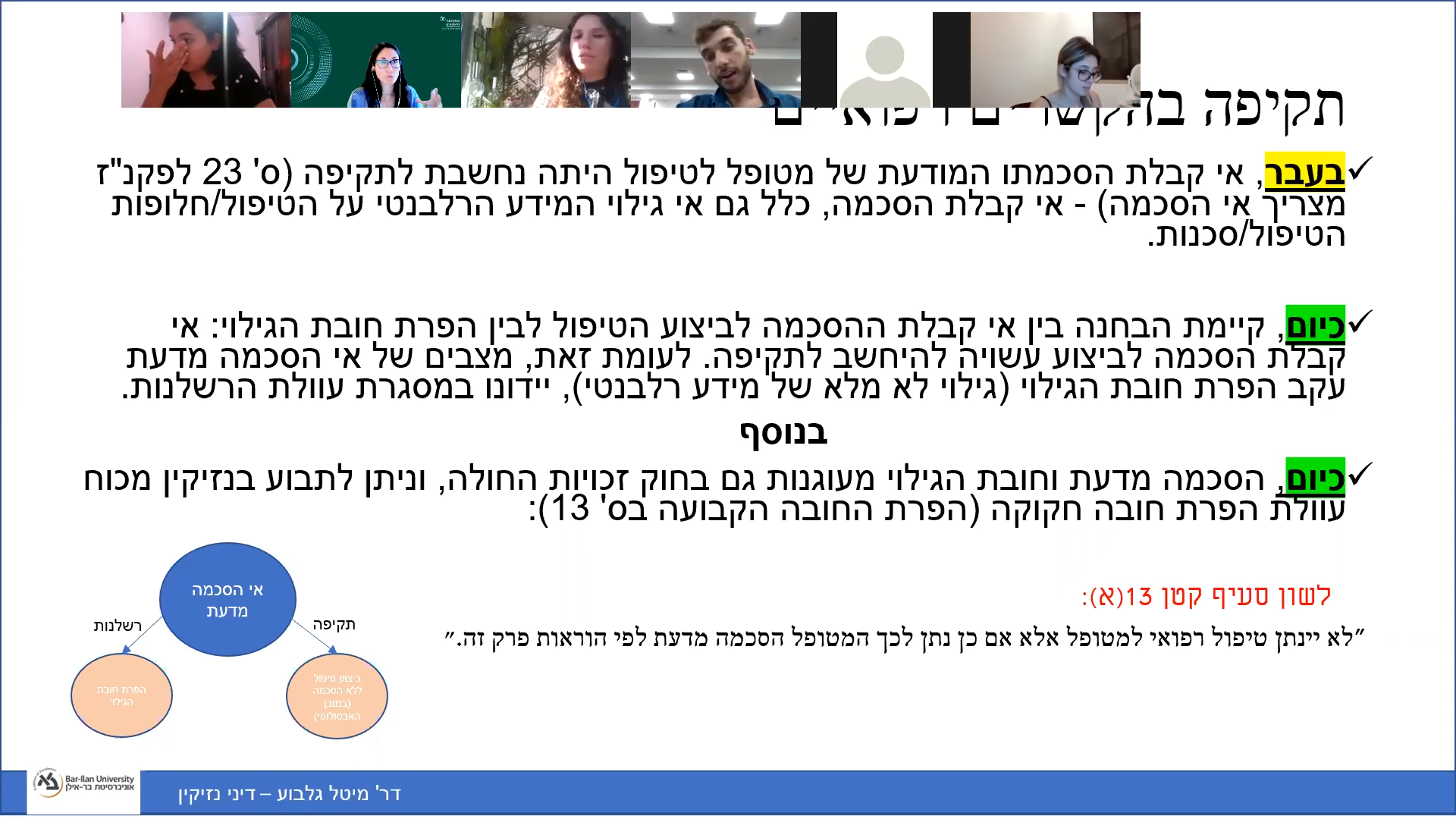
**בעבר**, אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה (ס' 23 לפקנ"ז מצריך אי הסכמה)- אי קבלת הסכמה, כלל גם אי גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול/חלופות הטיפול/סכנות. ס' 23 לפקנ״ז דורש שימוש בכוח ללא הסכמה ובכוונה, ויוצא לכאורה כל מצב של טיפול רפואי ללא הסכמה הוא מצב של תקיפה. כך היה נהוג לחשוב בעבר. הכוונה היא לגם מצבים של אי גילוי מידע מלא, בהם רופא לא מגלה את כל המידע הרלוונטית לחולה על הטיפול הרפואי או האלטרנטיבות שלו. המשמעות של חוסר מידע היא שלא הסכמת, ואם לא הסכמת- תקפו אותך.

**כיום**, קיימת הבחנה בין אי קבלת ההסכמה לביצוע הטיפול לבין הפרת חובת הגילוי: אי קבלת הסכמה לביצוע עשויה להיחשב לתקיפה. לעומת זאת, מצבים של אי הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי (גילוי לא מלא של מידע רלוונטי), יידונו במסגרת עוולת הרשלנות.

**בנוסף כיום**, הסכמה מדעת וחובת הגילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה, וניתן לתבוע בנזיקין מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה (הפרת החובה הקבועה בס' 13)(יש בחוק זכויות החולה גם חובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל, כולל גילוי מידע לגבי כל הסיכונים, החלופות, מה קורה גם במקרה של אי ביצוע וכו').

לשון סעיף קטן 13(א) לחוק זכיות החולה

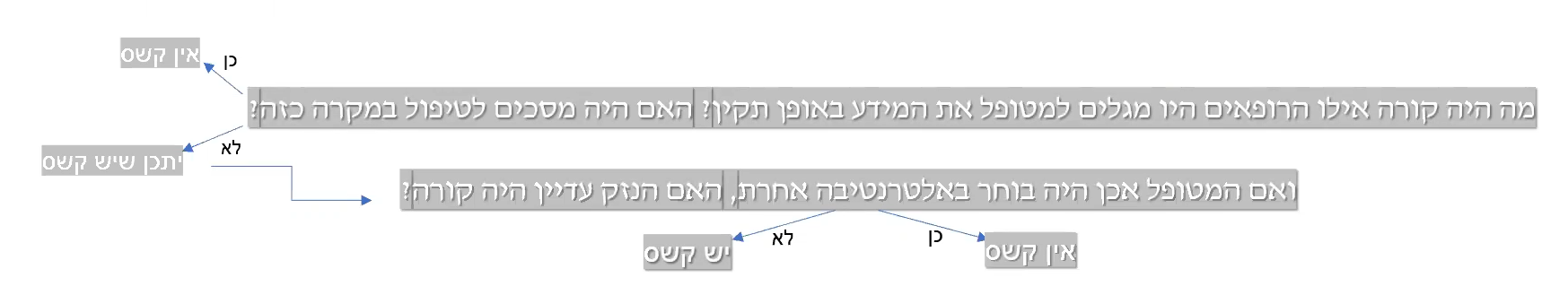
"לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה."



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

* הדרישה לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין **הנזק הגופני** שנגרם:

במצבים השמאליים מטופלים יכולים לתבוע קודם על כך כשקרה להם נזק מהטיפול וקבל עליו פיצוי. כפי שלמדנו- יש במקרים האלה מבחן אלמלא כפול.



* קשה מאוד להוכיח את דרישת הסיבתיות הכפולה הזו. למשל בפס"ד דעקה היא לא הצליחה להוכיח את הסיבתיות של ההחלטה והתוצאת הנדרשת לקבלת פיצוי על נזק גופני.
* זכרו שבשביל פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח קשר סיבתי, שכן היא נגרמת מעצם הפרת חובת הגילוי.

**המבחן הראשון- סיבתיות הנוגעת להחלטה**( כלומר, האם במצב בו המטופל היה יודע על הסיכונים כפי שראוי היה הוא היה מסכים להליך בכל זאת).

אם עמדנו במבחן הראשון, עוברים לשני- בהנחה שהמטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק היה נגרם?

כן- אין קש"ס.

לא- יש קש"ס.

**המבחן השני-המבחן סיבתיות תוצאתי**( האם הנזק היה נגרם אם היו בוחרים בהליך אחר? לא- התקיים המבחן).

תוך הסתמכות על פס"ד דעקה, שעסקנו בו בעבר, יכולים להיות לנו שני ראשי נזק:

**נזק פיזי(הכתף הקפואה)-** מוכח דרך מבחן האלמלא הכפול.

**נזק לאוטונומיה**- נדרשת הוכחה שהופרה חובת הגילוי.

חשוב לציין שהפיצוי המשמעותי הוא על הפגיעה הגופנית, על פגיעה באוטונומיה הפיצוי הוא בעיקר הכרתי, עקרוני.

מה היקפה של חובת הגילוי? שהרי, אין לנו ספק שחובת הגילוי תלוית נסיבות העניין, אך האם נוכל למצוא קריטריונים יותר ברורים?

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

1. **חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר-** בכל הנוגע לחובת הגילוי, קיים וויכוח בשאלת הסטנדרט. האם עלינו לבחון לפי סטנדרט המתמקד במטופל הסביר או שמא ברופא הסביר? הפסיקה האמריקאית אינה ברורה, ועוסקת במצב של "מטוטלת"- כזו שנעה בין בחינה לפי הרופא הסביר לבחינה לפי המטופל הסביר. עם זאת, הפסיקה האמריקאית נטתה לכיוון בחינה של המטופל הסביר.

**הסטנדרט בישראל- פס"ד קדוש נ' ביקור חולים**

השופטים ריבלין ורובינשטיין- *על הבחינה בדבר חובת הגילוי להתמקד במטופל הסביר ובו בלבד, אך גם להתייחס לנסיבות העניין כאשר הדבר רלוונטי*(מטופל שאינו דובר עברית וזקוק להנגשת מידע, מטופל סקרן ששואל שאלות רבות ולכן יש חובה שייענו וכו')- המטוטלת נמצאת איפשהו באמצע בין המטופל הסביר למטופל הספציפי לפי הנסיבות.

השופט עמית- מתנגד לכלל: על "המטוטלת" לנוע לכיוון המטפל הסביר, כלומר שהסטנדרט לחובת הגילוי ייבחן יותר לפי המטפל הסביר(כלומר, הוא נמצא באמצע בין המטופל הסביר למטפל הסביר, אך נוטה למטפל הסביר).

1. חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר- ככל שסיכויי ההצלחה של הטיפול נמוכים יותר, או הכאב והסבל שכרוך בו גדולים יותר… כך חובת הגילוי תהיה גדולה יותר.
2. טיפול אלקטיבי(מבחירה- למשל ניתוח פלסטי): אם הטיפול נובע מבחירה היקף חובת הגילוי גבוה יותר( מפני שאם לא נתגלה מידע רלוונטי ומהותי להליך הוא יכול להשליך בצורה ברורה על החלטת המטופל לוותר עליו (כי ההליך לא "חובה" ואפשר לבחור גם לא לעבור אותו. אם למטופל יש ברירה, עליו לפעול מתוך ידיעה של מספר פרטים מהותיים גבוה יותר). **מנגד**, ככל שהטיפול דחוף יותר והוא אינו בחירה אלא חובה חובת הגילוי תצטמצם בהתאם לנסיבות( מפני שקיימת הנחה שיש סיכוי נמוך למדי שהמטופל יוותר על הליך ניתוחי דחוף למצב שמסכן את חייו, למשל). נדגיש שיש כאן "מרחב תמרון" גבוה יחסית בכל הנוגע לדחיפות הטיפול: טיפול דחוף במיוחד ומציל חיים יקים חובת גילוי מאוד מצומצמת, בעוד שטיפול דחוף קצת פחות(שמונע כאב וסבל, למשל) יקים חובת גילוי רחבה יותר.

* בקייס: לא נדרשת הכרעה בשאלה מה היקף חובת הגילוי, מפני שזו שאלה נורמטיבית עליה "עונה" בהמ"ש, לא אנחנו. לכל היותר נדון באותם שיקולים רלוונטיים לנסיבות העניין ולשאלה, נציין אותם ונשליך על ההשפעה שתהא להם על היקף חובת הגילוי.
* בנוסף, התנאים שהוזכרו, מלבד הבחינה הכללית לפי המטופל הסביר וגישתו של רובינשטיין, שהזכרנו לעיל) ויוזכרו בהמשך **אינם מצטברים** אלא תלויי נסיבות: נתייחס אליהם ככל שנסיבות העניין והעובדות לפנינו מחייבות דיון בהם לצורך השפעת היקף חובת הגילוי
* נזכיר: ככל שלא התקבלה הסכמתו האבסולוטית של המטופל להליך הרפואי- עוולת התקיפה.
* הופרה חובת הגילוי- רשלנות.
* בשל אבחנה זו, רוב המקרים ייכנסו תחת מאטריית הרשלנות.

1. חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל- הרופא נדרש לגלות את המידע הרפואי הנוגע להליך, אך אינו נדרש ללחוץ או לדרוש מהמטופל לעבור את ההליך.

פס"ד חליפה

עובדות: תינוקת שנולדה עם פגם חמור בעמוד השדרה שהפך אותה לנכה ב-100%. הרופאים הציעו בדיקת אולטרסאונד לאם ואפילו אלטרנטיבה, אבל לא נדנדו לה לעשות אותו או הסבירו שוב ושוב למה זה חשוב לעשות את זה. ההתנהגות של הרופאים הובילה את ההורים לא לעשות הפלה ולא לדעת על הבעיה שהייתה לתינוקת, ולכן היא נולדה נכה (כך נטען). המיוחד באותו עניין הוא שהרופאים כן הציעו להורים לעבור את הבדיקות, אבל גם לא נדנדו להורים באותו עניין.

שאלה משפטית: האם קיימת לרופא רק חובת גילוי או שגם חלה עליהם חובה לנדנד?

נקבע שעל רופאים מוטלת החובה לספק את המידע הרפואי, אבל לא מוטלת עליהם חובה ללחוץ על המטופלים שלהם לקבל החלטה מסוימת. זה גבול שאנחנו כבר לא רוצים לחצות אותו. (הנזק בפסק הדין היה בעצם הולדה בעוולה).

* דוגמא לשאלת מחשבה במבחן יכולה להיות הדיון שהיה כאן בכיתה- על דעתנו האם רופא צריך או לא צריך לנדנד לחולה, מבחינת שיקולי מדיניות.

מצד אחד אנחנו הופכים את המטופל כביכול לילד- מתייחסים אליו כאילו הוא לא יכול לקחת החלטות בעצמו. אם אנחנו מטילים על הרופאים חובת גילוי מאוד נרחבת שכוללת לא רק גילוי של מידע אלא ממש מעשה אקטיבי של "ניג'וס" ושכנוע, אנחנו בעצם הופכים את המטופל לילד, לאינפנטיל, אומרים לו 'אתה לא יכול לדעת לבד מה טוב לך'. ממעיטים מהשיקולים האחרים שלו ואומרים שהרופא הוא זה שיודע מה טוב לו. זה פן שיכול להצדיק את החלטת ביהמ"ש.

שיקול נוסף הוא עלויות- עד מתי אנחנו מצפים מהרופא לעשות מעל ומעבר? יש גם עלויות שכרוכות בזה, זמן והשקעה וכו', שיקולי מערכת. בנוסף במצב כזה אנחנו יכולים ליצור רפואה מתגוננת- עד כמה רופאים יצטרכו לחשוש כשהם מציעים טיפול? כמה אנחנו גורמים להם לפחד ולהצטרך להסביר ולהצדיק את עצמם? חולים אחרים עלולים לא לקבל את הטיפול שלהם, אנחנו תופסים לרופאים הרבה מאוד מקום וזמן בהרחבה הזאת. כשמסתכלים על זה כמערכת יש לזה הרבה משמעויות גם כאלה, עלויות.

פן נוסף הוא פגיעה באוטונומיה- אם כל המטרה של חובת הגילוי וכיבודה היא שאנחנו רוצים לאפשר למטופל לקבל הסכמה מדעת, כלומר הסכמה מושכלת ובנויה על זה שיש לו את כל המידע לקבל את ההחלטה שטובה לו, אז אם אנחנו דוחפים אותו לקבל את ההחלטה הנכונה- אנחנו לא בעצם סוטים מזה ומגיעים לפגיעה באוטונומיה מהכיוון השני? נשאלת גם השאלה עד כמה הרופאים יצטרכו לנדנד, איפה הגבול, מתי גם להפסיק.

1. חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות

פס"ד סידי

עובדות: האם שהיו לה כבר כמה הריונות כושלים בעבר והיא עברה הפלות, ובתביעה הזו נולד לה ילד אבל הוא נולד עם קשיי נשימה וללא יד. היא הגישה תביעה בגין הולדה בעוולה, על כך שהרופא לא סיפר לאם על בדיקות רפואיות נוספות שהיא יכלה לעשות כדי לגלות את הפגמים בעובר.)

הטענת הרופא: מדובר בסריקה על קולית (שהייתה מגלה את הפגם בעובר) אשר לא נמצא בסל התרופות הציבורי ושקופת החולים נותנת.

השאלה המשפטית: האם קיים רופאים חובת גילוי גם על בדיקות גם באופן פרטי, ברפואה פרטית, טיפולים פרטיים ויקרים אולי?

נקבע שכן.

השופט ריבלין קבע שגם במערכת הרפואה הציבורית הרופא חייב לגלות למטופל את האלטרנטיבות הפרטיות, ואפילו לפעמים כאלה שמעבר לים.

השופטת חיות שהצטרפה אליו אמרה שבעיקר מצבים הללו של הורים המצפים לילד, הרופאים ג יכולים בהחלט לצפות לכך שההורים רוצים לקבל את כל המידע הרלוונטי לגבי העובר שלהם, כמה שאפשר.

* יכולה להיות שאלה גם כאן לגבי קו הגבול, למשל האם מצופה מרופא לגלות מידע כמו על רפואה משלימה. לדעתה של מיטל ככל הנראה נאמר שלא. במקרה זה היה מדובר בטיפול שהוא יותר שגור וידוע. שיקול לעניין זה יכול להיות שצריך להשאיר את שיקול הדעת למטופל, בסוף זה הוא שמוציא כסף. בנוסף, יש כאן תמריץ פסול לרופאים פרטיים אם ביהמ"ש נותן להם לנדנד ולשכנע לשירותיהם הפרטיים, לטובת אינטרס כלכלי.
* שיקולים נגד ההכרה
* **מדרון חלקלק**- חלק מהעובדים בשירות הציבורי גם עובדים באופן פרטי. עלול להיווצר מצב בו חלופות הטיפול המוצעות מיטיבות עם האינטרס הכלכלי של הרופא אך אינן מיטיבות עם אינטרס החולה. ניגוד אינטרסים כזה גם עלול לפגוע ביחסי האמון בין הצדדים, ויש חשש שבמצב בו האינטרס הכלכלי אינו תואם לאינטרס המטופל, הרופא יבחר באינטרס הכלכלי ויביא לפגיעה בחולה.
* **שיקולים כלכליים של המטופל-** טיפולים כאלו אינם בידם המשגת של חלק מהמטופלים מפני שהם אינם מסובסדים, ובכך הם אינם רלוונטיים למטופל או שעלולים לגרום לו לפגיעה כלכלית אם יבחר בהם(טיעון חלש למדי).

1. ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל

פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית- האם חובת הגילוי שחלה על רופאים כוללת גם חובה של מסירה דתי

עובדות: הורים מוסלמים שעשו בדיקת מי שפיר והסתבר שלעובר יש תסמונת דאון. מסתבר שגם שכשהם רוצים לעשות הפלה הם כבר לא היו יכולים, כי לפי הדת המוסלמית מותר לעשות את ההפלה עד שבוע 20. כלומר הבדיקה הספציפית הזאת לא התאימה למקרה שלהם כדי לגלות שלעובר יש תסמונת דאון. היא לא תאמה לדת של המטופלים, לא הייתה רלוונטית להם כבר, ולכן לא היה להם כבר מה לעשות עם המידע הזה למרות שהוא כן גולה להם.

טענת של המטופלת : על הרופא שידע שהיא מוסלמית היה להמליץ על בדיקה שונה שאפשר לעבור אותה בשלב מוקדם יותר של ההריון.

* השופטת וילנר קבעה שחובת הגילוי לא כוללת מסירת מידע דתי.
* אך יש מצבים שבהם רופא מטפל יהיה מחויב לגלות מידע רלוונטי כזה, אבל רק אם המטופל/ת מיוזמתם ובאופן מפורש ביקשו להתאים את המידע לדת שלהם.
* במקרה הזה המקום גם היה מנוסה בטיפול במוסלמים ולכן המידע גם היה נגיש, הוא פחות לא התבקש מהם להתאים את המידע לכך.
* ניתן לומר שההחלטה אליה הגיעה השופטת מהווה את נקודת איזון הטובה ביותר בין כל השיקולים הקיימים.

פלונית נ' מדינת ישראל- צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרה חובת גילוי

השופט עמית מביע את עמדתו (שהייתה מיעוט ב**עניין קדוש**), וקובע כי אין לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה, במצבים של הפרה חובת גילוי, אם התקבל פיצוי על הנזק הפיזי שנגרם ועל כאב וסבל. פיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל.

* כלומר מעתה, כשיש הפרת חובת גילוי שבעקבותיה הצליח המטופל להוכיח שיש לו נזק גופני, פיזי שנגרם לו כתוצאה מההפרה הזו, לא צריך להתקבל גם פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה. כאן, לעומת פס"ד קדוש- עמדתו התקבלה. לכן היום זו אמורה להיות השורה התחתונה (על פניו).

מתי השופט עמית מסכים שיש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה

1. בעניין **דעקה**, שבו היה נזק גופני אך לא התקיים קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הפיזי שנגרם להם, ניתן להם "פרס ניחומים" ונאפשר לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה.
2. במצבים של הולדה בעוולה כמו **בפס"ד המר**. מה שהשופט עמית אמר שם נשאר על כנו, גם במצבים כאלה אפשר לפצות על פגיעה באוטונומיה מבחינתו.
3. במצבים הדומים לנסיבות **מרפאת עין טל**

פסד עין טל

עובדות: נגע לטיפול עיניים, לשיפור ראייה של מטופלת. היא ביקשה אחרי הטיפול בעין הראשונה, כשהרגישה שמשהו לא בסדר- לעצור את הטיפול. הרופא לא עצר למרות שהיא חזרה על בקשתה. זה מקרה שאפשר לשייך אותו יותר לכיוון של תקיפה מאשר לכיוון של הפרת חובת גילוי. במקרה כזה גם השופט עמית עצמו לא התקשה לפסוק נזק על פגיעה באוטונומיה.

אבל לא בטוח שהתקבלה המילה האחרונה-

העמדה שהובעה ע"י עמית ב**פלונית** אמנם התקבלה ע"י השופטת וילנר וברון באותו עניין, אך נראה שישנם שופטים שלא מסכימים (השופטת ברק ארז והשופט מלצר הביעו הסתייגות מפורשת מגישה מצמצמת זו בעניין **מרפאת עין טל**)

לעומת פס"ד פלונית בו הם פשוט לא התווכחו, באותו עניין (מרפאת טל) הם הביעו הסתייגות די חד משמעית מהגישה של השופט עמית, ומסתייגים מהרעיון של האפשרות לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה.

במבחן: כל עוד מדובר בקייס, אין צורך להזכיר את גישתו של עמית אלא לנתח לפי הגישה שנדונה בדעת הרוב בפס"ד דעקה, מבחניה וכו'. אם מדובר בשאלה ספציפית, יש להזכיר את גישתו של השופט עמית.

**שורה תחתונה, פגיעה באוטונומיה**: במבחן עליכם להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד (כלומר בנוסף לכאב וסבל, ולנזק הגופני, אם יש), אך להכיר את גישתו המצמצמת של עמית בעניין פלונית.

צריך להכיר שיש שופטים שמסתייגים מגישתו של עמית ומנושא מתן הפיצוי על פגיעה באוטונומיה בנפרד מכאב וסבל.

אם מיטל שואלת על פלונית כמובן שצריך להכיר מה קורה שם, ואם לא שואלים ספציפית- אפשר לומר בקצרה משהו כמו "לעמדה נגדית ראה דבריו של עמית בפלונית".

הפרת חובה חקוקה

**סעיף 63 לפקנ״ז**

(א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

(ב) לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

**חמשת יסודות העוולה** יסודות מצטברים

1. קיומה של חובה, אשר הופרה
2. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים "מהסוג" עמם נמנע התובע)
3. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק (אותו החיקוק רצה למנוע)
4. קש"ס עובדתי ומשפטי
5. "יסוד נורמטיבי": החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי

* בדומה לעוולת הרשלנות, גם עוולת החובה החקוקה היא עוולת מסגרת- עוולה שההגדרה העובדתית שלה היא מאוד רחבה. זאת לעומת עוולה פרטיקולרית שיש לה רקע עובדתי צר, או מה זה כשנוגעים שמישהו ללא הסכמה שלו. הרבה מאוד תצריפים עובדתיים יכולים להיכנס אל עוולת המסגרת והיא תחול בכל מיני הזדמנויות סיבתיות, עובדתיות. העוולה הזו יכולה לחול בפני עצמה ויכולה לחול גם בנוסף לעוולה אחרת (למשל רשלנות).

1. הפרתה של חובה

פסק דין גרובנר

העובדות:תביעה על הפרת חובה חקוקה הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק.

דובר על מקרה של אישה בת 66 נפגעה מהאופניים בפארק עירוני שהיה חביב על רוכבי האופניים, והיא תבעה את העירייה, שלא מפקחת למרות שהוצבו תמרורים בשטח הגן. הטענה הייתה שהעירייה ביצעה עוולה נזיקית.

התובעת התמקדה לעניין הפרת חובה חקוקה בפקודת העיריות. לטענתה הייתה על העירייה חובה לפקח על קיום האיסור שבתמרור שהוצב בשטח הגן.

חשוב לענייננו: בית המשפט עומד על ההבחנה בין **סמכות** לקיים גנים ולפקח עליהם לבין **חובה**. היות שמוצא כי לא קיימת חובה שכן מדובר בעניין שבסמכות והפעלת שק"ד, אזי גם ממילא לא הופרה חובה כזו.

הפקודה מבחינה בין חובות העירייה לבין הסמכויות שלה- בין הפעולות שהן בגדר חובה שחלות על העירייה, לבין כאלה שהיא מוסמכת לבצע לשיקול דעתה. לעניין פקוד העיריות כוונת החיקוק הייתה אך ורק לאפשר לעירייה להפעיל את סמכותה, לצד שיקולים אחרים- כמו כספיים למשל, האם היא רוצה להציב פקחים בשטח הגן ולאכוף את התמרורים והאיסור. הטענה כאן בדבר הפרת חובה חקוקה נפלה כבר מהיסוד הראשון (ולא הוטלה אחריות על העירייה גם לא לפי עוולת הרשלנות- דיברנו על הפס"ד תחת רשלנות גם).

פסק דין אמין

העובדות:הזנחה הורית, הובילה לתביעה של ילדים את אביהם, על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה.

ילדים שהתייתמו מאם ונזנחו פיזית ורגשית ע"י אביהם, התגלגלו ממסגרת למסגרת, האב התחתן שוב והביא ילדים עם בת זוגו החדשה, ומתנתק מהילדים שלו לחלוטין ואף לא מאפשר להם דריסת רגל בביתו החדש, מדיר אותם מחייו. נסיבות קיצוניות בחומרתן. הטראומה והנזקים הרגשיים והנפשיים שלהם מלווים אותם כל החיים שלהם ועוברים איתם מדור לדור, גם דור ההמשך חווה הזנחה קשה. התביעה עוסקת בין היתר בהפרת חובה חקוקה.

השאלה המשפטית:האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק לאהוב את הילדים שלו?

* חוק האפוטרופסות הוא לבר-נזיקי, נמצא מחוץ לפקנ"ז, והפרת חובה חקוקה נמצאת בתוך פקודת הנזיקין.
* השאלה היא אם אנחנו יכולים לתבוע בנזיקין על חיקוק שנמצא מחוץ לפקנ"ז, שהוא באופיו לא נזיקי.
* הטענה של האב היא שאולי יש חובה מוסרית, אבל לא יכול להיות שחלה עליו חובה לאהוב אותם. הסעיף (ס' 15 לחוק האפוטרופסות) מדבר בעיקר על צרכים פיזיים וחומריים.

סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע:

"אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו."

* השופט אנגלרד מתמקד במושג "חינוך" –
* מפרש "חינוך" באופן רחב

כוללת בתוך המושג חינוך גם השפעות אישיותיות וחברתיות, עיצוב האישיות של הקטין. בפס"ד אמין לא התקיימה החובה לדאוג גם במובן הצר, אבל הניסיון כאן הוא להראות שבכל מובן המילה האב הפר את החובה המוטלת עליו.

* כיצד נדע אם הורה הפר את החובה? הסטנדרט שהורה מחויב לעמוד בו קבוע בסעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:

בס' 17 לחוק.  
"באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין."

על מנת לעמוד בחובה שמוטלת על ההורים מכוח ס' 15 לחוק הכשרות הורה לא צריך להיות הורה מושלם ואף לא הורה סביר, אלא הורה מסור. זה הסטנדרט. אמנם אין קווים ברורים של מיהו ההורה המסור. אבל החוק קובע חובת השתדלות - אתה לא צריך להיות הורה מושלם אבל להשתדל ככל יכולתך.

מצד שני, קיימת הגנה לאפוטרופוס הורה בסעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:

"הורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; ..."

* זו הגנה שקבועה להורים ונועדה לצמצם את החובה שחלה עליהם. להורה קיימת הגנה כל עוד הוא פועל מכוונה לקדם את טובת הילד, ולא מתוך האינטרס האישי הטהור שלו.
* מההגנה אפשר להבין שמצפים שכל הורה יעשה את הכי טוב שלו. הוא לא חייב להשיג משהו אבל לפעול כמיטב יכולתו. למעשה לפי ההגנה הזאת הורה יכול לטעון להגנתו שהוא התכוון לפעול לטובת הקטין שלו.

1. החיקוק שהופר נועד להגן על הניזוק או על קבוצת בני אדם שהניזוק נמנע איתה

**יש להבחין בין חיקוק לטובת אינטרס הפרט לבין חיקוק לטובת אינטרס הכלל (אינטרס הציבור).**

* השאלה הזאת קיבלה תשובה ב**פסק דין ועקנין**: שם הובחן בין חיקוק שקובע נורמות ורמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, מול חיקוקים הבאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים.
* אנחנו צריכים להבחין בין האם מדובר בחיקוק לטובת הכלל או הפרט.
* דוגמאות לאחרונים: האיסור הפלילי על בגידה – המטרה להגן על אינטרס המדינה; והחובה להצביע בבחירות – המטרה להגן על קיומן של שיטת משטר דמוקרטית. אינטרס מדיני

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

פסק דין בלומנטל

העובדות:נטען כי שונה יעוד של מבנה, מפנסיון לבית חולים לחולי נפש על אף הוראה בתכנית המתאר שאוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באיזור.

נטען: שהוקם בית חולים לחולי נפש במקום שבו עד אותו רגע היה בית הבראה, מבלי שהבעלים קיבל את ההיתר הנדרש. הם לא יכלו לקבל את ההיתר הנדרש כי בתוכנית המתאר שבאותו איזור שבו נמצאת השכונה נאמר במפורש שאי אפשר להקים בי"ח לחולי נפש.

הטענה: בית החולים נבנה בניגוד לתוכניתה המתאר. חיקוק- לא חייב להיות במובן של חוק מרכזי, גם הוראות, תקנות וכו' יכולות להוות חיקוק והפרתן יכולה להתאים לצורך תביעה על הפרת חובה חקוקה. זה חיקוק של העירייה ואפשר לתבוע גם מכוחו, וזה מה שקרה כאן. הם טוענים לנזקים כגון ירידת מחירי הדירות- נזק כלכלי, ונזק של אי נוחות- לגור ליד אנשים שהם תשושי נפש.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על הפרת חובה חקוקה?

* נקבע (השופט גולדברג):
  + לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה היה דיון עובדתי בערכאות הקודמות האם בכלל מדובר בבי"ח לחולי נפש. הטענה הייתה שמדובר באנשים שעברו חוויות נפשיות קשות אבל מגיעים למקום הזה כדי להשתקם ולהחלים. לכן ביהמ"ש מגיע למסקנה שבכלל לא היו אמורים לבקש היתר וייעוד של אותו מבנה, כי מדובר בבית הבראה בלבד.
* המחוזי הפך את ההחלטה הזאת וקבע שכן, אבל היה קושי לשים חותם שבכלל הייתה כאן באמת הפרת חובה חקוקה.
* בביהמ"ש העליון השופט גולדברג אומר שאכן לא מדובר בבי"ח לחולי נפש ולא הופרה החובה החקוקה.
* גם אם ניתן היה 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
* גולדברג קובע בנוסף כשהוא מסתכל על ההוראה ובודק את התכלית שלה שהיא נועדה למנוע מטרד. כדי שהדיירים בשכונה יוכלו להצליח בתביעה שלהם עפ"י ס' 63 הם היו צריכים להעלות בידם או להראות שהחולים או האנשים התשושים שנמצאים בבית ההבראה גורמים להם באמת ובפועל למטרד- למשל ע"י רעש, התנכלות לעוברי אורח וכו'.

אבל לא די באי נוחות בלבד אפילו אם הייתה הפרת חובה חקוקה (ולא הייתה), זה לא מתיישב עם תכלית תוכנית המתאר.

* לדעתו של השופט בך השופט גולדברג הלך רחוק מדי, ולא הגיוני שדיירי השכונה יוכלו להצליח בתביעה לפי ס' 63 (הפרת ח"ח) אם אכן הייתה מוטלת החובה והוראות תוכנית המתאר היו מופרות והיה אכן מדובר בבי"ח לחולי נפש - לא יכול להיות שרק אם יעלה בידם של הדיירים להוכיח שהחולים המאושפזים באמת גורמים למטרד הם יוכלו לתבוע לפיו. די בפוטנציאל להפרעות האלה. והוא חושב שהדברים חלים גם לגבי ירידת ערך הדירות.
* נקבע בסוף פסק דין לפי החלטתו של השופט גולדברג, אבל צריך להכיר את דעתו החולקת של השופט בך.

1. קש"ס עובדתי ומשפטי

**קשר סיבתי עובדתי** נבחן באמצעות מבחן האלמלא:

המבחן שואל: האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה על ידי הנתבע?

* אם התשובה לכך שלילית, הנתבע חולל שינוי במציאות בהתנהגותו העוולתית והוא הסיבה לנזקו של הנתבע
* אם התשובה לכך חיובית, אין קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לבין נזקו של הנתבע

כי הנזק היה נגרם בכל מקרה, אז אי אפשר לייחס אותו להתנהגות העוולתית של הנתבע.

**קשר סיבתי משפטי**: לאחר שנקבע קשר סיבתי עובדתי, עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו.

בקייס: נתייחס לשלוש המבחנים להלן. לרוב, הם יביאו לאותה התוצאה, ולעיתים יושם דגש על מבחן מסוים(הצפיות או הסיכון, בערך אף פעם לא למבחן השכל הישר), **אך ניישם את כולם!.**

פסק דין ועקנין מגדיר את שלושת המבחנים

* מבחן השכל הישר -המבחן מכונה גם "מבחן הנטייה ההסתברותית" או "מבחן הנטייה הסיבתית": נבדוק האם בהתאם **לנטייה ההסתברותית,** בהתחשב **בנסיבות העניין ולפי נסיון החיים**, מהפרט אל הכללי(מבחן אינדוקטיבי), האם הנזק שהתרחש מתכתב עם כל אותם גורמים? המבחן הדומיננטי פחות בפסיקה, ולמעט מקרה חריג אחד הבחינה לא תיעשה לפיו בלבד(פס"ד קלישוב- עוד לא הגענו).
* מבחן הצפיות (לגבי אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק)

התובע נדרש להראות אם הנתבע יכול היה לצפות את הנזק. הדגש הוא על האם הוא היה צריך לצפות ולא יכול. סיבתיות משפטית היא בעיקר שיקולי מדיניות (נדבר בהמשך לעומק בנושא הסיבתיות).

* מבחן הסיכון (מופיע במפורש בסעיף 63)

המבחן הדומיננטי לעניין הפרת ח"ח, כי הוא מבחן שנכתב בצורה מפורשת אפילו בסעיף עצמו. הסעיף מדבר איתנו על סיכונים שהמחוקק ביקש למנוע למעשה. אנחנו צריכים מה הסיכון שאותו המחוקק ביקש למנוע, ולאחר שנקבע מתחם סיכון אנחנו צריכים לראות האם הנזק נכנס לתוכו, ואם הוא מהסוג שאותו המחוקק למנוע בחיקוק.

* בקייס/מבחן: ניתן להסתפק בניתוח יסודי של התנאי השלישי(לאיזה נזק התכוון החיקוק), וכשנגיע לדיון במבחן הסיכון נפנה ליסוד השלישי( ניסוח לדוגמה: "ראה לעיל ניתוח היסוד השלישי בתנאי עוולת הפרת חובה חקוקה").
* יש כאן זהות מסוימת בין המבחן הזה לבין היסוד הקודם שלמדנו עליו. בעניין ועקנין ברק אומר שהוא לא מרגיש צורך לנצח את היסוד הזה, כי הוא עשה זאת קודם בשאלה האם הנזק שהתממש הוא מסוג הנזקים שאותם המחוקק ביקש למנוע. למה יש זהות מסוימת?
* היא נובעת מכך שהסיכונים שאותם המחוקק ביקש למנוע - אם הם מתממשים, האופן בו הם מתממשים הם הנזקים. היות שיש קשר ישיר בין נזק לבין סיכון (נזק נגרם מסיכון שהתממש) - אנחנו רואים מן הסתם שהדיון הוא דיון חזרתי.
* אנחנו צריכים לדעת את ההפרדה בין המבחן לבין היסוד, אבל גם שיש זהות ביניהם ולכן הדיון דומה. אם יש נזק שהתממש שנובע מסיכון שלגביו המחוקק התכוון- אנחנו במקום בו נגיד שגם מבחן הסיכון התממש וגם איתו ביחד היסוד השלישי. אפשר במבחן להסתפק מבחינת הניתוח בניתוח של היסוד השלישי ולציין שמבחן הסיכון מתקיים/לא מתקיים ולהפנות ליסוד הקודם כדי לא לחזור על עצמנו.

**Berry v. The Borough of Sugar Notch-** דיגמה לאיך משתמשים במבחנים האלה

עובדות: אדם נסע במהירות מופרזת מעל המותר, ובנקודה מסוימת נפל על הרכב עץ וגרם לנזק רכוש. האם יש קש"ס (קודם כל עובדתי) בין הנהיגה במהירות המופרזת לבין הנזק שנגרם לרכב של אותו אדם?

התשובה היא כן- יש קש"ס עובדתי, אם הוא היה נוסע במהירות אחרת הוא היה מגיע למקום אחר בעת נפילת העץ. לכן אין ספק שמבחינה עובדתית יש קשר בין מהירות הנסיעה לעובדה שהעץ נפל בדיוק באותו רגע על הרכב.

קש"ס משפטי-

מבחן השכל הישר- אין קשר בין השניים. במקרה לגמרי אותו נהג נסע במהירות כזו ולא אחרת ובדיוק נפל העץ. יתכן והוא היה נוסע במהירות אף גבוהה יותר והעץ היה נופל מאחוריו. לפי מבחן זה והניסיון היומיומי שלנו, אנחנו לא יכולים לקבל תוצאה כזאת, זה נשמע לנו אבסורדי.

מבחן הצפיות- האם אנחנו חושבים שכשאדם נוסע במהירות מופרזת זה נזק שהוא יכול היה לצפות? כמובן שלא- לא את סוג הנזק, לא את אירוע הנזק.

מבחן הסיכון- זה לא סיכון שראה המחוקק לנגד עיניו כשהוא התקין חוק שאומר מה המהירות המותרת. הוא לא ראה את הסיכון שיפול עץ על נהגים כשהם עוברים את המהירות המותרת.

לכן לא מתקיימת כאן סיבתיות משפטית, למרות שעובדתית כן.

1. "היסוד הנגטיבי"

משמעות יסוד זה – לא ניתן לתבוע סעד נזיקי מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה, אם החיקוק מונע סעד נזיקי. אם הוא לא מבקש מאיתנו במרומז או במפורש שהוא הסדר שלילי, שכל התרופות שהוא רוצה לתת נמצא בו והוא לא רוצה לאפשר תרופה נזיקית מעבר לזה.

פסק דין סולטאן

עובדות: איש מוסלמי גירש את אשתו בעל כורחה, ולא היה בידו באותה עת פסק הדין הבשארי המוסמך שיחייב את התרת הנישואין. מדובר בעצם בעבירה פלילית מכוח ס' 181 חוק העונשין, שקובע שכדי להתיר נישואין צריך צו סופי של בית הדין המוסמך היהודי/המוסלמי/הנוצרי, ומי שלא עושה כך- יש עליו מאסר של 5 שנים.

הסעיף נשוא המחלוקת - ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תרופה נזיקית.

כלומר השאלה הייתה האם ניתן להטיל אחריות נזיקית על הפרת ח"ח שקבועה בסעיף הזה. הנזקים שהאישה טענה להם באותו פס"ד הם בושה וסבל, היא לא יכלה להתחתן בשנית, נפגע המעמד שלה בקהילה, ונזק כלכלי- מזונות שנמנעו ממנה.

חוק העונשין תשל"ז-1977, סעיף 181

התיר איש את קשר הנישואין על כרחה של האשה, באין בשעת התרת הקשר פסק דין סופי של בית המשפט או של בית הדין המוסמך המחייב את האשה להתרה זו, דינו - מאסר חמש שנים.

נקבע - ענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול את התרופה האזרחית, זו שאלה של פרשנות, ובתלות בסעיף העונשי המדובר. העובדה שיש חיקוק פלילי בפני עצמה לא מעידה על כוונה לשלול תרופה נזיקית. היא לא מוציאה מתוכה את הזכות לתבוע עפ"י ס' 63.

בנוסף, נטען שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק עליו נועד להגן סעיף 181 לחוק העונשין.

**(נוגע ליסוד השלישי)**

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).

* + איך יודעים לגבי זה (אם הכוונה כפולה)? נצטרך לדעת על בסיס הדברים שנלמדו בכיתה בלבד. יכולה להיות שאלה דומה- למשל איש שגירש אותה מהבית, ונדע שיש סעיף כזה (וגם נקבל אותו, או שנזהה אף אם זה ספציפית סעיף 181 שמדובר בפס"ד סולטאן).
  + בדר"כ אם החיקוק לא מציין במפורש שהוא מתכוון לשלול את תחולת דיני הנזיקין, יהיה קשה לטעון שלא ניתן לתבוע על הפרת ח"ח.

פסק דין דבוש -יוצר תחושה של ערפול בשאלה, האם ניתן להטיל אחריות נזיקית מכוח חיקוק פלילי.

* השופט מזוז הביע את דעתו שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להוות מקור נורמטיבי להפרת חובה חקוקה (כנגד דעתה החולקת של השופטת ברק ארז).
* השופט דנציגר לא ציין מה דעתו, ולכן הדברים נשארו קצת במעורפל אחרי פס"ד דבוש.
* לדעת מיטל זה פס"ד די מיושן של השופט מזוז, ולכן אם השאלה תעלה שוב הנטייה תהיה להחליט בהתאם לפסק הדין של השופטת ברק-ארז באותו עניין, שחלקה עליו.
* בקייס: אם יש מקום בתשובה, אפשר לציין את הערפול והסיוג של מזוז לאפשרות ההחלה של חבות נזיקית דרך חוק פלילי.
* עם זאת, נמשיך לנתח לפי הלכת סולטן.
  + אם לא אז רק לפי סולטן

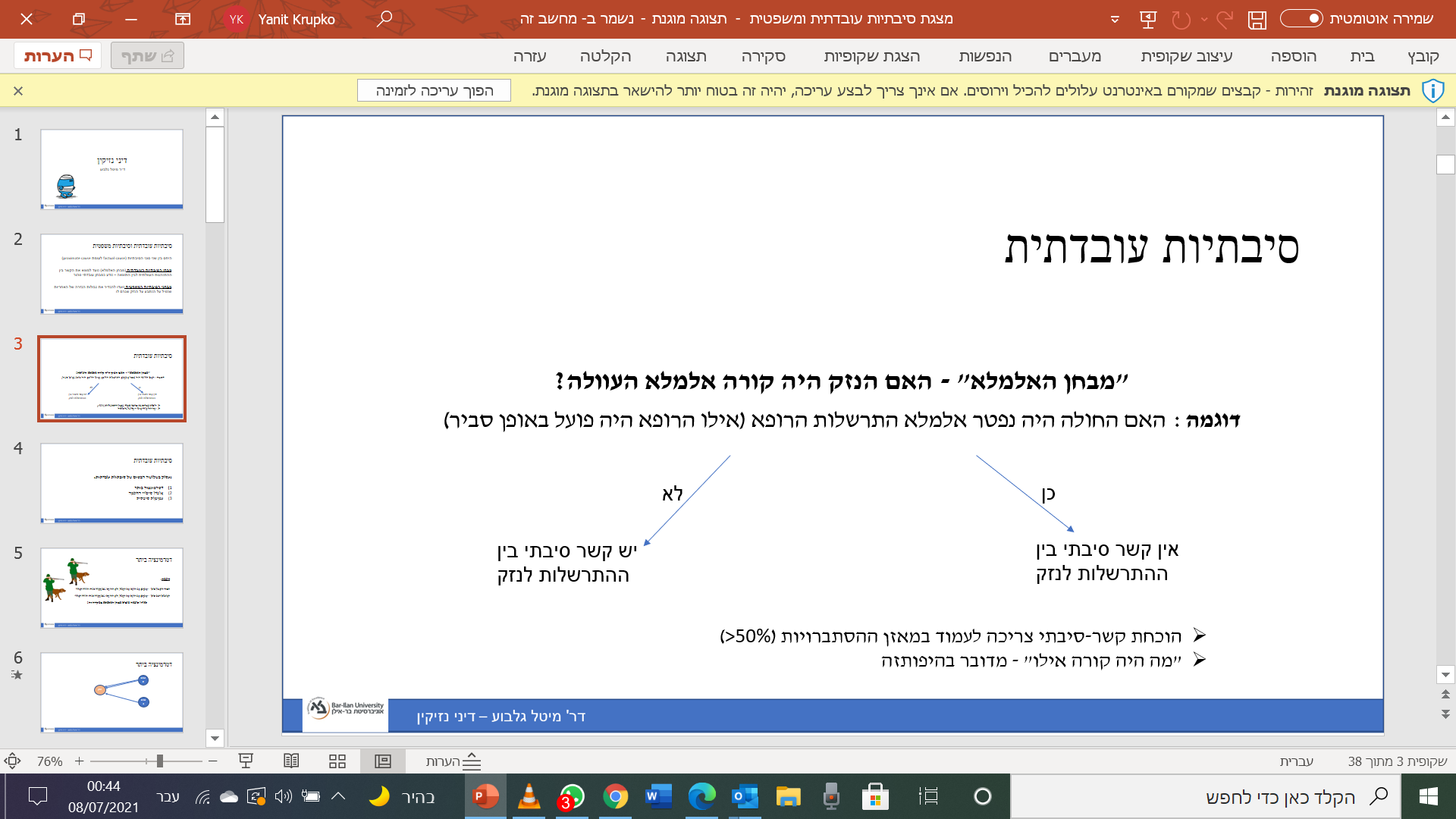
סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית

* אי אפשר לדבר על נזקים בלי השאלה אם אפשר לייחס את הנזק לנתבע. יכול להיות שקרה נזק ואף אחד לא אשם. יש הבדל בין קרה "בגללו" לבין "באשמתו", יש מקרים בהם אף אחד לא אשם.
* בדיני נזיקין האחריות על גרימת הנזק היא לא רק על החצנת סיכון, אבל אנחנו צריכים להראות לא רק שמישהו היה אשם במובן שהוא התנהג לא בסדר ונגרם נזק - אלא גם שיש קש"ס בין זה שהוא היה לא בסדר לבין זה שהוא באמת אשם.
* כלומר יכולים להיות כמה מצבים-
* קרה נזק ואף אחד לא עשה משהו רע, שום דבר במובן הנזיקי.
* מישהו התנהג ממש לא בסדר ובצורה לא סבירה אבל לא קרה שום דבר.
* המצב הבעייתי- מצב בו מישהו החטיא סיכון בצורה לא סבירה, נמצא במקום העוולתי, הוא עשה מעשה שהוא לא בסדר, יש נזק, יש ניזוק- ואנחנו צריכים לייצר את הקשר בין השניים. אחרת התובע לא יוכל לקבל פיצוי (ברוב העוולות שדורשות קש"ס).

היחס בין שני סוגי הסיבתיות (factual cause לעומת proximate cause)

* **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



* הוכחת קשר-סיבתי צריכה לעמוד במאזן ההסתברויות (50%<)
* "מה היה קורה אילו" - מדובר בהיפותזה- כדי לדעת מה היה קורה אלמלא מדברים בהיפותזה. אנחנו לא באמת יודעים מה היה קורה. זו היפותזה- אנחנו לא יכולים לדעת באופן מוחלט ומושלם, יש דברים שאנחנו מוגבלים מלעשות אותם. לכן הנטל הוא רק מאזן ההסתברויות, מעל 50%, ועדיין הרבה פעמים קשה מאוד להוכיח זאת.
* יש כאן איזושהי החלטה בינארית- אם עמדת בנטל ההוכחת והוכחת את יסודות העוולה, אתה מקבל פיצוי מלא- 100% פיצוי, למרות שהוכחת רק מעל 50%.

**היבטים חריגים - שבהם מבחן האלמלא לא מספיק לנו. לא פותר לנו את הבעיה.**

1. דטרמינציה ביתר

דוגמה:

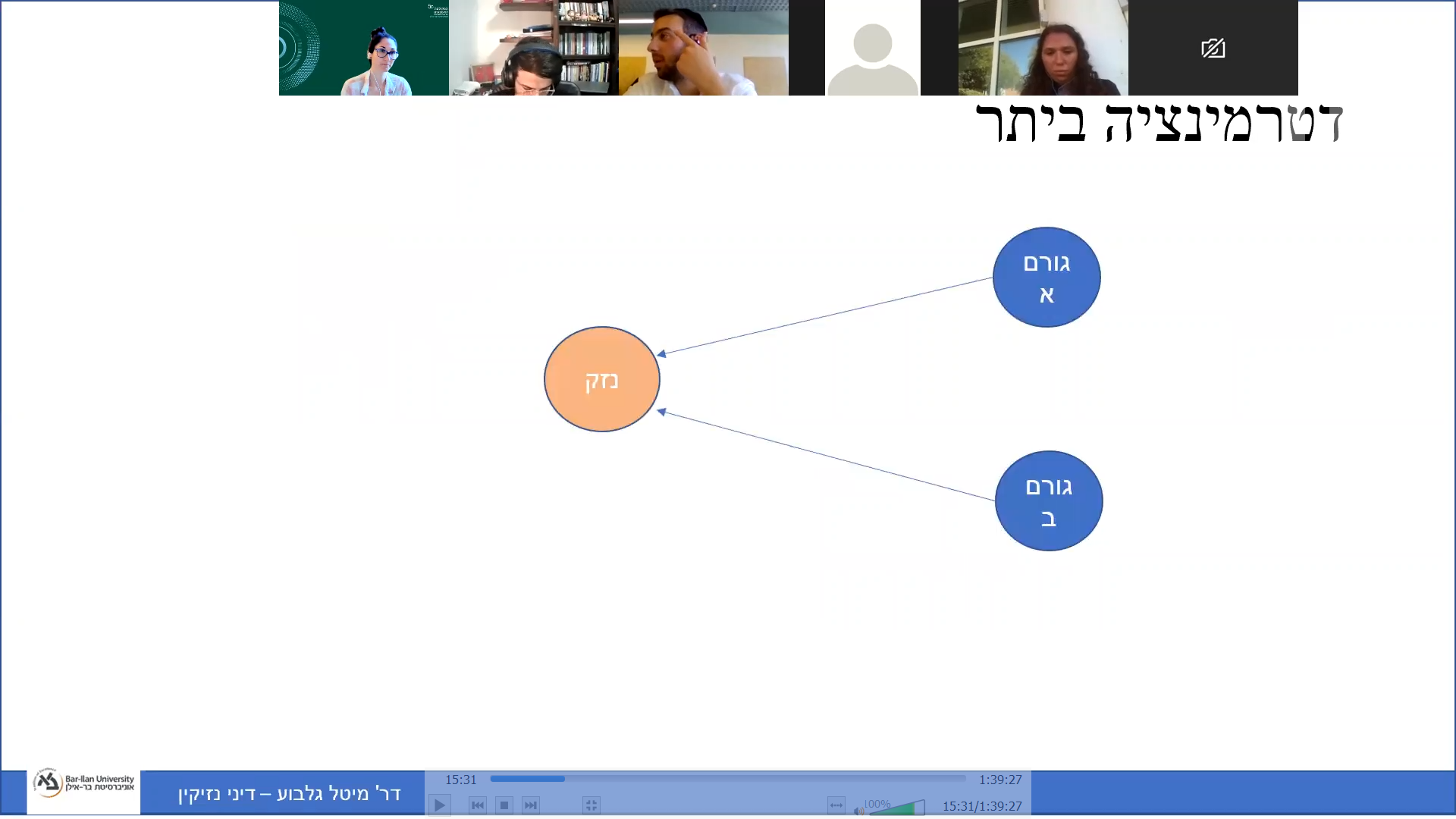
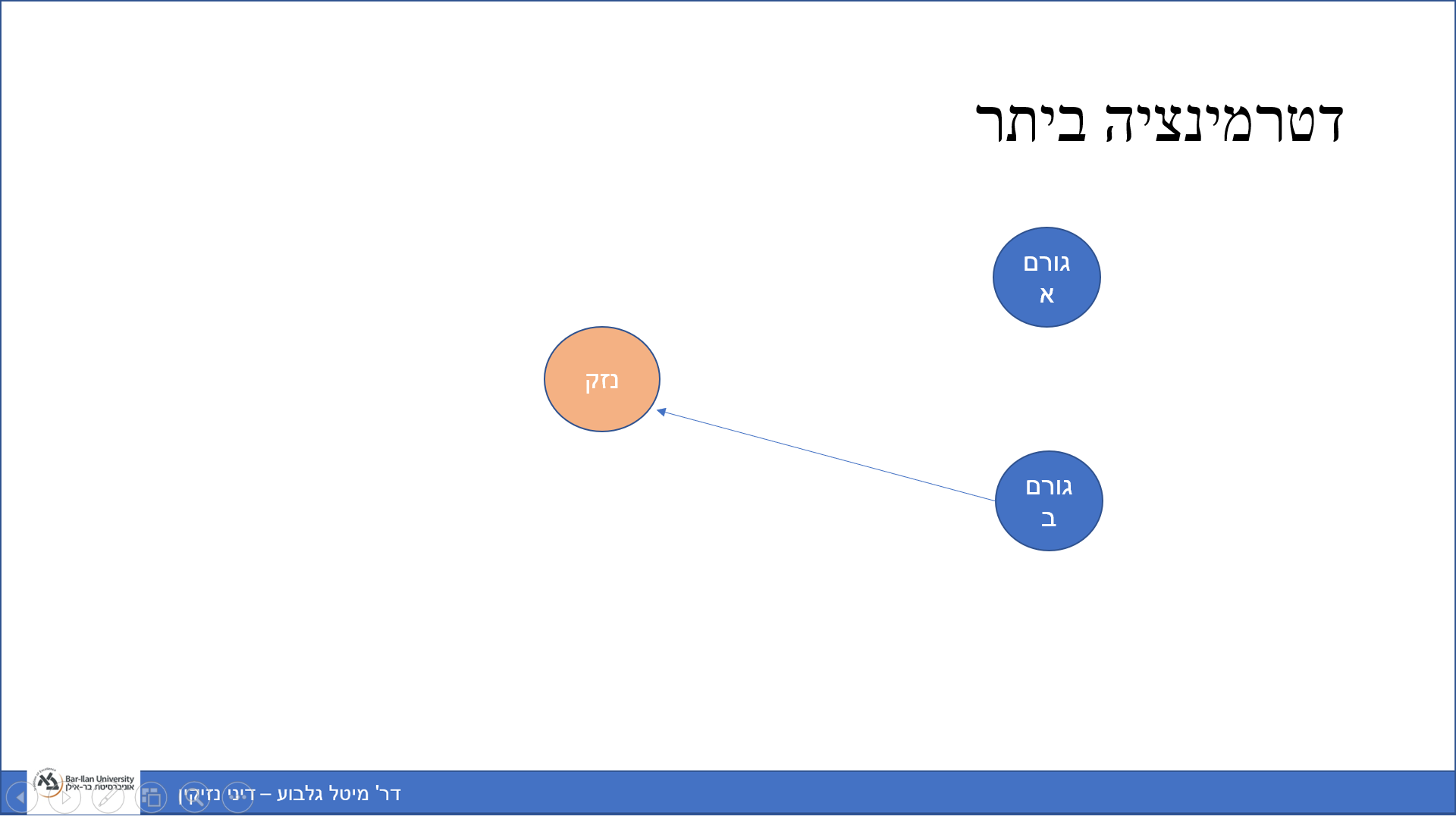
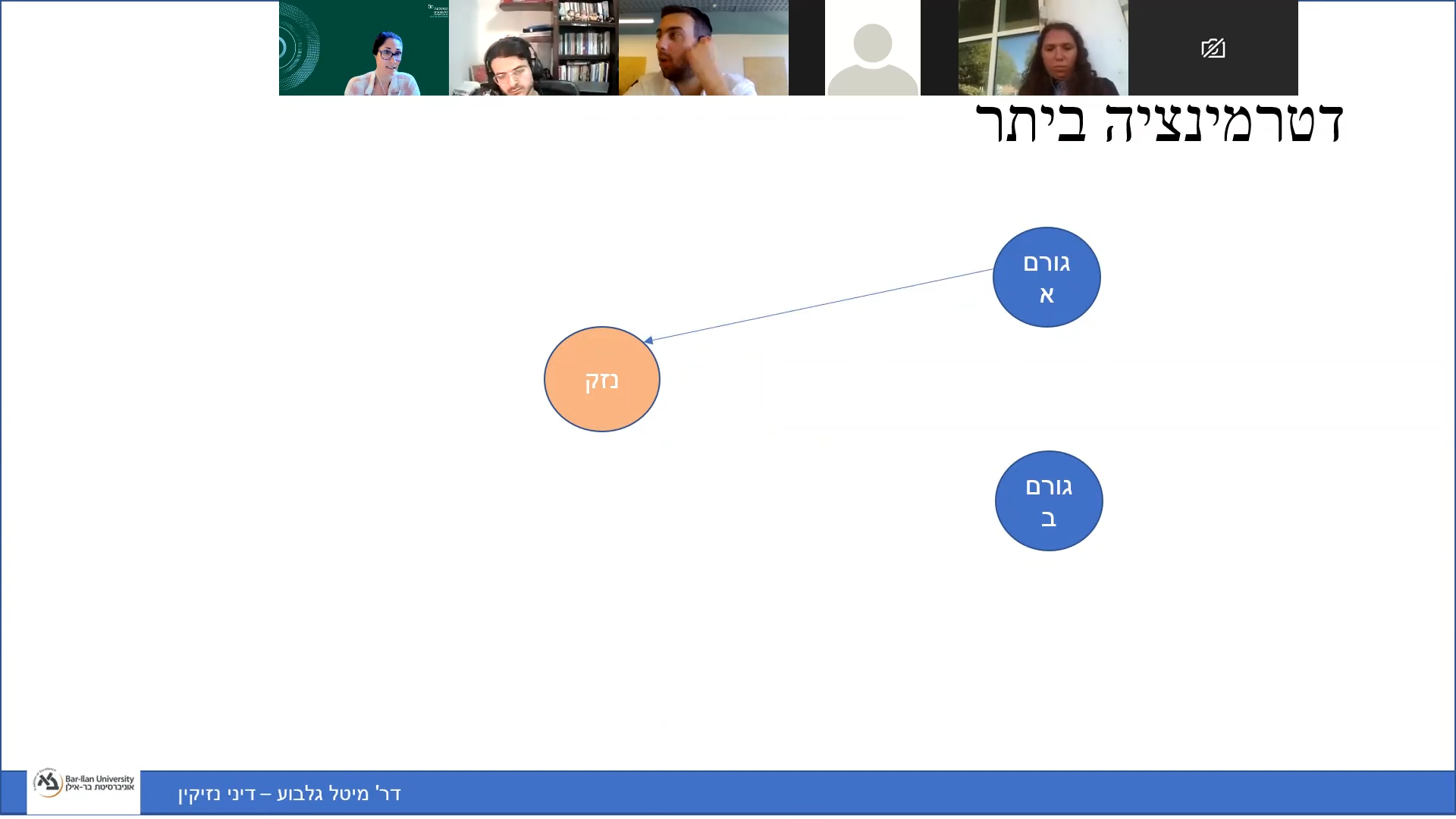
שני ציידים יורים באופן רשלני, הראשון בוגע בראש של האדם, השני בלב של אותו האדם.

הצייד הראשון טוען – "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה על ידי היורה האחר"

האופנוען השני טוען – "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מתי בכל מקרה על ידי היורה האחר"

לאיזו תוצאה מוביל מבחן האלמלא במקרה זה?

למקרה הזה קוראים דטרמינציה ביתר. אצל שניהם בעצם מבחן האלמלא לא מתקיים. זו סוגיה שנדונה המון בספרות. זה מקרה לדוגמא שבו מבחן האלמלא נופל.



כל אחד מהם יכול לטעון שגם בלעדיו יש קשר בין השני לבין הנזק.

"מבחן הדיות" (NESS (Necessary Element of a Sufficient Set

מבחן שלקוח מתחום הפילוסופיה, הגה ריצ'רד רייט .

הוא מדבר על כך שבפילוסופית כדי להגיד שמשהו גרם למשהו יש סדרת תנאים שצריכה להתקיים.

אבל במשפט מה שמעניין אותנו הוא התנהגות- ההתנהגות העוולתית של הנתבע. לכן:

מבחן הדיות מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה ("די בה") כדי לגרום את הנזק.

* אם אפשר לומר שבסדרת תנאים מסוימת שהתרחשה - התנאים בסדרה מספיקים בפני עצמם כדי לגרום לנזק - אפשר יהיה לומר שזאת סיבה.
* ואם יש לנו כמה סדרות מספיקות של תנאים שיכולות להתקיים - אפשר לומר שכל אחת מהן בנפרד היא סיבה.
* כלומר אנחנו צריכים לשאול אם השאלה האם ההתנהגות היא מספיקה כדי לגרום לנזק, ואם כן - די בכך כדי לומר שיש כאן סיבה.
* לכן לגבי הציידים שדיברנו עליהם- אם ניתן לומר על כל אחד בנפרד שההתנהגות שלו בהקשר שנוצר (היא סדרה מספיקה כדי לגרום לנזק. לכן אנחנו יכולים להטיל על כל אחד מהם אחריות על הנזק שקרה.
* בפועל זה לא אומר שהניזוק יקבל יותר פיצוי ממה שקרה, אלא הפיצוי יתחלק ביניהם. אבל מבחינת סיבתיות חשוב להבין שאפשר יהיה להטיל אחריות על שניהם.
* העניין הזה התקבל במשפט האמריקאי, בישראל כרגע זה רק מוזכר בפסיקה
* **פסד עמיר**

השופטת נתניהו מציינת שאולי יהיה אפשר לאמץ את המבחן הזה גם במשפט הישראלי, אבל הוא עדיין לא נקלט.

* הוא מופיע גם בתזכיר חוק דיני ממונות אז ייתכן שהוא יכנס.
* כיום בישראל לא פותרים מצב כזה (כמו הציידים למשל) במצב אידיאלי, פותרים אותה באמצעות דוקטרינה שנקראת "מעוולים יחד". זו לא דרך אידיאלית לפתור את הקושי כי לא מדובר על שני אנשים שביצעו יחד או פעלו ביחד כדי לגרום נזק אחד, אלא מדובר על שני גורמים שונים שכל אחד מהם בנפרד גרם לנזק, יכול היה לגרום לו גם בעצמו, לחלוטין לבד.
* לכן הדרך הטובה יותר לפתור את המקרה הזה הוא מבחן הדיות.
* מבחן הדיות בעצם פוטר את מבחן האלמלא.

דרך לזכור:

הבעיה- אובר דטרמינציה- הציידים

הפתרון- מבחן הדיות

הבעיה מבחינת המשפט הישראלי- לא אימצה את מבחן הדטרמינציה ביתר ולכן הוא לא מדויק.

* בקייס: בהתאם לנסיבות העניין ואם קיבלנו סיפור דומה כמו הציידים, נוכל להזכיר את דוקטרינת המעוולים יחד כפתרון בו משתמש המשפט הישראלי, אך ננתח בפועל לפי מבחן הדיות הרציונלי יותר לנסיבות העניין.

1. אובדן סיכויי החלמה

**\***הערה – אובדן סיכויי החלמה נתפס כחלק מנושא העמימות הסיבתית, אך הפסיקה נוהגת בחלק זה באופן שונה, ולכן נייחס לו התייחסות נפרדת.

פסק דין פאתח

העובדות: מטופל עובר ניתוח באוזן שלא צלך, הניתוח לא היה רשלני אבל בעקבותיו נגרם נזק לעצב בצד הימני בפנים שלו. אבל הייתה רשלנות בדיאגנוזה- היה ברור שנגרם נזק אבל הרופאים לא עלו על זה שנגרם נזק מהניתוח, לקח זמן לעלות על הנזק שנגרם ולבחון את הבעיה, ולקח עוד כמה ימים עד שביצעו את הניתוח לתיקון הבעיה. בגלל ההתמהמהות הזאת והזמן שלקח נגרם נזק.

נטען: אילו היו מגלים את הנזק שנגרם במועד סביר, הנזק לא היה מחריף.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, הקטנים מ 50%?

לפני הניתוח היה אפשר להוכיח שלתובע היו סיכוי החלמה בשיעור של 30%. הסיכויים האלה אבדו- בגלל הזמן הרב שלקח להבחין בבעיה ולתקן אותה, טיפול רשלני. לפי מאזן ההסתברויות כפי שלמדו עד היום, נקבע שכדי להוכיח קש"ס בין נזק לבין ההתרשלות שגרמה לו צריכים להוכיח מעל 50% קשר בין העוולה (כאן ההתרשלות) לבין הנזק שנגרם. אבל כן אנחנו יודעים שמדובר ב30% בלבד.

נקבע: לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק (במילים אחרות, נקבעה הבחנה ההבדל בין הנזק שנגרם לעצב, לבין הנזק שהוא אובדן סיכויי ההחלמה)

הסיטואציה היא מאוד ייחודית וביהמ"ש החליט להתמודד איתה בצורה מיוחדת. השופט לוין התמודד עם הבעיה הזאת שנוצרת בגלל שעל הוכחת הקשר הסיבתי חל הצורך להוכיח לפי מאזן ההסתברויות. הוא מפתח את עניין אובדן סיכויי החלמה כדי להתמודד עם הבעיה הזאת.

הבעיה- קש"ס צריך להוכיח מעל 50% וזה בלתי אפשרי בנסיבות

הפתרון- הכרה באובדן סיכויי החלמה כראש נזק בפני עצמו

* אם הוכחנו קש"ס בין הנזק שנגרם לפנים שלו- אי אפשר לקבל בנפרד נזק גם על אובדן סיכויי ההחלמה. כי כבר התקבל 100% פיצוי. במקרה כזה גם אין סיבה להסתפק רק ב30% פיצוי.

פסק דין פרוטס נ' צ'ירגייב

העובדות: אישה עושה ממוגרפיה בעקבות חשש לסרטן שד, ובעת הזאת יש לה כבר סיכוי של 70% למות מסרטן. הרופאה התרשלה בגילוי הממצאים, ועד שהדברים יתגלו היא הגיעה למצב של 95% סיכוי למות. כלומר הסיכויים ירדו משמעותית בעקבות התרשלות הרופאה. הרופאה טענה שאמנם היא התרשלה, אבל החולה הייתה נפטרת כל מקרה. עקרונית, אם הנזק היה קורה בכל מקרה אין קש"ס והתביעה נופלת. אבל יש לנו את דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה.

* לפני ההתרשלות – סיכוי של 70% למות
* בעקבות ההתרשלות – סיכוי של 95% למות

השאלה המשפטית: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה?

השופט ריבלין מציג את הנוסחה:

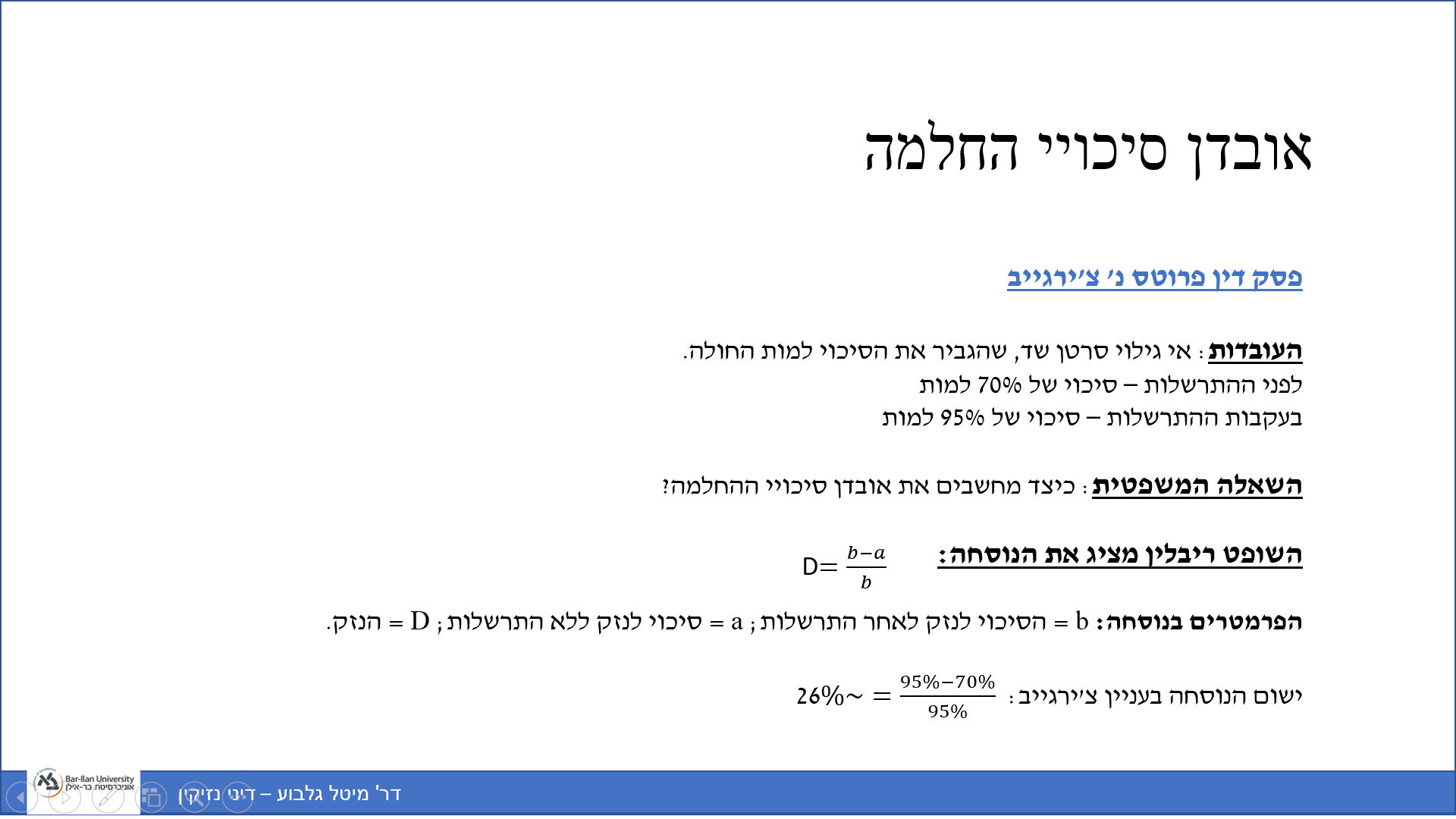
ריבלין מפנה לעניין פאתח וקובע שההלכה הזאת חלה בנושא הזה, ומציג את הדרך בה יש לחשב את הפיצוי במקרים האלה. הנזק כאן הוא לא המוות של האישה, אובדן החיים אלא אובדן הסיכוי של ההחלמה שנגרם לה במצב הנתון שבו היא הייתה. בגלל הגילוי המאוחר סיכויי המוות מהמחלה עלו.

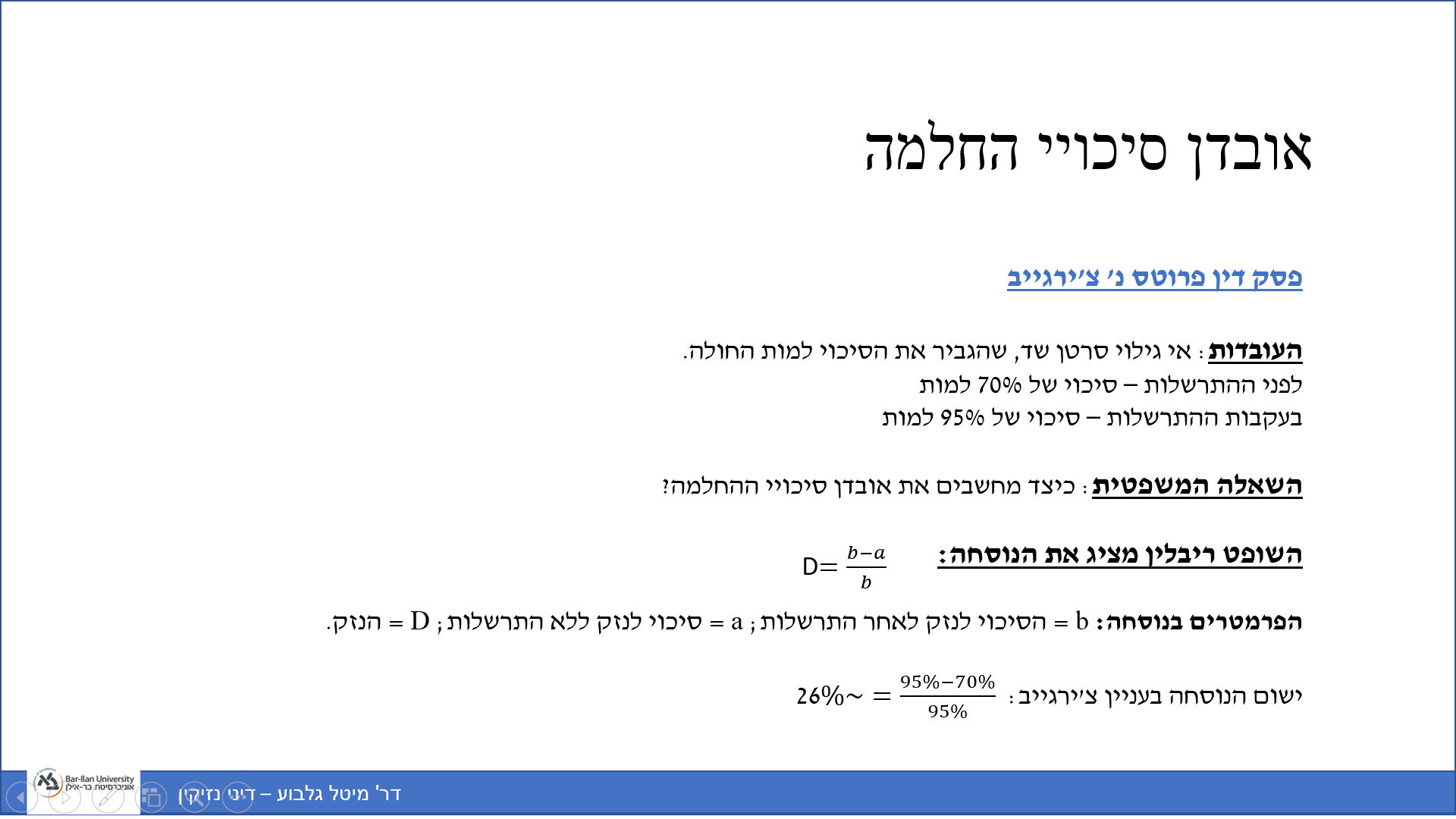
הפרמטרים בנוסחה:

b = הסיכוי לנזק לאחר התרשלות

a = סיכוי לנזק ללא התרשלות

D = הנזק. (damage)

* יישום הנוסחה בעניין צ'ירגייב:



* מתוך הקבוצה של האנשים של הסיכוי של 95% למות, שאליהם משתייכת עכשיו הניזוקה- 70% אפשר לומר שנגרמו בכל מקרה ואי אפשר לייחס אותם לרופאה. אבל 25% מתוך ה-95% האלה אפשר לייחס להתרשלות של הרופאה. לכן הפיצוי צריך לעמוד על אותם 25 לחלק ל-95.
  + לא מצופה מאיתנו לחשב- זה יהיה מספרים פשוטים, וגם אם לא- אפשר לעצור בנוסחה בלי לפתור אותה.

1. עמימות סיבתית- **הצגת הקושי**

גם כאן קשה לנו להוכיח את מאזן ההסתברויות, more likely than not.

* יש להבחין בין מצבים של עמימות סיבתית מצבים של אובדן סיכויי החלמה
* השאלה של עמימות סיבתית עוסקת במצבים שבהם לא ברור האם קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק. והיא בוחנת האם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קשר סיבתי במידה הנמוכה מ 50%; ואם כן, באילו תנאים?
  + מצבים של עמימות סיבתית הם מצבים בהם אנחנו עדיין נמצאים במצב הראשון- בו בדר"כ מפעילים את מבחן האלמלא. אבל לא מצליחים להוכיח כי אנחנו לא נמצאים במצב שאנחנו יכולים להוכיח אותו במעל 50%.
* נתמקד בעמימות סיבתית ככל שהיא קשורה לנתבע ותובע יחידים, אך קיימים מצבים רבים נוספים בהם הדוקטרינה רלוונטית.
* **הבעיה במצב הקיים**: מצב דיכוטומי- אם הנזק לא הוכח ב51%, אין פיצוי ואם כן, יש פיצוי מלא. לא תמיד ניתן להוכיח את הקש"ס בין ההתרשלות לנזק במאזן ההסתברויות- למשל, במקרים של נסיבות טבעיות, כמה גורמים מתרשלים, גודלו של הנזק לא ברור וקשה להוכיחו, וכו'.
* **הבהרה**: דוק' העמימות הסיבתית "בולעת" את דוק' אובדן סיכוי החלמה מפני שהיא עוסקת במצבים כלליים בהם אי אפשר להוכיח כלל במאזן ההסתברויות, ולא במצב ספציפי, אך התייחסנו אליה בנפרד כדי להקל על ההבנה.

פסק דין מלול

העובדות: שני גורמים אפשריים לנזק שנגרם לתינוקת: 1) פגות; 2) התרשלות הרופאים (עיכוב הניתוח הקיסרי); מן העובדות עולה שהגורם הראשון הוא המשמעותי, ועל כן לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קשר סיבתי במידה העולה על 50%.

יש שני גורמים- אחד מהם הוא טבעי ולא עוולתי, קורה שאדם נולד פג. בנוסף לא היה ספק שהייתה גם התרשלות- שהייתה בביצוע הניתוח הקיסרי.

השאלה הייתה בעצם מה גרם למחלה של החומר הלבן של המוח- ולא הצליחו להוכיח שהסיבה הדומיננטית לכך הייתה ההתרשלות של הרופאים. הנטייה העובדתית דווקא הייתה להאמין שזה נגרם בגלל הפגות ולא בגלל עיכוב הניתוח הקיסרי.

השאלה המשפטית: האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?

האם ניתן לתת פיצוי חלקי, יחסי, שתואם להסתברות שההתרשלות היא זו שגרמה לנזק.

* הדעות בפסק הדין חלוקות; נזכיר את שתי העמדות המשמעותיות:

השופט ריבלין עומד על החשיבות שבכלל מאזן ההסתברויות במשפט הפרטי- במיוחד בהקשר של טעיות משפטיות. המבחן מחלק את הסיכון לטעות משפטית בצורה שוויונית בין התובע לנתבע ע"י הצבת המאזן בשיעור של 50%- לכן, יש קושי מהותי לסטות ממבחן האלמלא(כאשר מאזן ההסתברויות מגדיר את "התשובה" לשאלה מה מידת ההוכחה הדרושה).

**מנגד**, יש מצבים בהם נגרם נזק שניתן להוכיח במאזן ההסתברויות(אף אם לא ניתן להוכיח את כל הנזק לפי דרישה זו). האם לא נוכל לפצות עליו? ריבלין משיב **בחיוב**, אך מצמצם מאוד את מספר המקרים בהם עושים זאת: ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי רק במצבים של **הטייה נשנית.**

הדגמה: מפעל מזהם ממוקם ליד בתי מגורים. 100 תושבים לוקים בסרטן כאשר ניתן להוכיח שהמפעל התרשל. הסתברותית, ניתן להוכיח ש20% מהחולים בסרטן לקו בו בשל הזיהום.

ריבלין: במידה ולא תוכר אחריות הסתברותית של המפעל לחולי שגרם, נוצר מצב של הרתעה בחסר, מפני שמזיק שמתרשל בצורה עקבית לא יכול להיתבע על נזק עקב סיכון יציב שיצר בסבירות של פחות מ50%- זאת, מפני שהתובעים לא יוכלו להוכיח תביעתם אף אם לחלקם נגרם נזק עקב הסיכון. במצב כזה, המזיק לא מורתע מלהמשיך במעשיו ולגרום נזקים נוספים, בעוד שהוא חשף ניזוקים לסיכון שהתממש בהתרשלותו.

הפתרון- ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי בהתקיים ארבעה תנאים **מצטברים**:

* + - 1. מזיק.
      2. קבוצת ניזוקים- בדוגמה שלנו, התושבים שגרים סמוך למפעל.
      3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים- במקרה שלנו, זיהום שיצר המפעל ולא חדל מליצור.
      4. הטייה נשנית בהחלת עודף ההסתברויות- בדוגמה שלנו: סיכוי של 20% שהזיהום גרם לחולי- המפעל מתחמק מאחריות.

בהתקיים תנאים אלו יוכלו הניזוקים לזכות לפיצוי הסתברותי ביחס לנזק שהוכיחו(30%, 40% וכו').

עם זאת, המבחן של ריבלין לא יתאפשר במקרה של תובע יחיד נגד ניזוק יחיד! במצב כזה, אנו פוגעים בצורה קשה בכלל ההסתברויות, לכל נזק שקרה היה סיכוי כלשהו וכל אחד יוכל לתבוע- **"מדרון חלקלק".**

ריבלין, למעשה, מאזן בין חשיבותו של מאזן ההסתברויות לבין מקרים נדירים בהם ניתן לסטות ממנו.

בנוסף, קובע ריבלין שכלל ההטיה הנשנית יעבוד לטובת הניזוקים ולא רק המזיקים- כאשר יוכלו כמה מזיקים להראות שההסתברות לנזק שנגרם לניזוק עולה על 51% אך אינה 100% הם יפצו אותו בשיעור שנקבע- כלומר, 70% מהנזק, למשל). ריבלין בוחר **בגישה סימטרית-** כזו שלעיתים תטיב עם המזיק ולעיתים עם הניזוק .

עם זאת, גישתו של ריבלין קשיחה ומצומצמת למדי, כך שאף אם תתקבל פרשנותו המיטיבה עם מזיקים השפעתה על הפסיקה תהא נמוכה למדי.

צריך רק לדעת שריבלין טען שאפשר להתחשב במזיקים כמו שאפשר להתחשב בניזוקים כשמדובר בהטייה שיטתית.

צריך להבין גם שמדובר בקבוצת מקרים מאוד ספציפיים- אם האמירה של ריבלין הייתה אי פעם מתממשת זה היה מאוד נדיר ויוצא דופן, מצבים שקורים באופן מאוד נדיר.

השופטת נאור

* **גישתו של ריבלין מצומצמת מדי**- ניתן לקבל גישתו של ריבלין הנוגע לריבוי ניזוקים, אך לא מדובר בסוגיית הליבה של המקרה(שעסקה בניזוק ומזיק יחידים ובעמימות לגבי הוכחת קיומו של קש"ס במקרה של עמימות)- מכל מקום, יש להשאיר גישה זו בצ"ע.
* **יש לאפשר פיצוי הסתברותי במקרים יוצאי דופן בהם העמימות הסיבתית מובנת(נובעת ממגבלות המדע/פיזיקה) ואי-מתן פיצוי יחסי תסכל את מטרות הצדק המתקן ותביא להרתעה בחסר על יוצרי סיכו**ן- גם הרחבה מסוימת של גישתו של ריבלין לא תזעזע את אמות הסיפים של המשפט הפרטי ותפגע אנושות בכלל מאזן ההסתברויות. בנוסף, "המדרון החלקלק" הוא טענה שעולה ובפועל לא מתרחשת.
* **אין חובה שיהיה מדובר בתביעה של קבוצת מזיקים או ניזוקים, ניתן ליישם דוקטרינה של פיצוי הסתברותי גם כאשר מדובר בניזוק יחיד.**
* על אף העמימות, על התובע עדיין חובה להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי(גם אם לא 51% אך הסיכון אליו חשף המזיק את הניזוק והביא לנזק היה משמעותי- לא יכול להיות 1% או 2%)- גורם זה יכול לנטרל, במידה רבה, את החשש ממדרון חלקלק. דרישה זו אינה זניחה ואינה פשוטה להוכחה.
* אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ50% וקטנה מ100%- נאור למעשה שוללת את גישתו של ריבלין המטיבה גם עם המזיקים: לעניין קביעה זו היא בדעת רוב ואכן, לא אומצה הפסיקה הגישה המקלה של ריבלין.

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)- אי אפשר מפס"ד מלול להסיק את הטענה הזאת.
* **ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית** (ראו ארבעת התנאים של ריבלין): 1) מזיק, 2) קבוצת ניזוקים, 3) סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים 4) הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות.
  + כלומר הרעיון שצויין ע"י ריבלין- אותו לא פסלה נאור אלא רק אמרה שזה לא המקרה. סביר להניח שבמצבים של הטיה שיפוטית כן יינתן פיצוי יחסי.
* **"כלל אי הסימטריה"** – בכל מקרה, אם יינתן פיצוי יחסי, הוא מתאפשר "לטובת הניזוק", כלומר כאשר הוא מאפשר פיצוי על הוכחת קשר סיבתי הנמוכה מ 50%; לא יינתן פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ 50% וקטנה מ 100% (ר' גם **פס"ד הילל יפה** לעניין אובדן סיכויי החלמה)
  + ככל שאנחנו מוכנים לקבל גם במצבים של הטיה שיטתית פיצוי יחסי לטובתם של ניזוקים, אנחנו לא נקבל את האפשרות לפיצוי יחסי לטובתם של מזיקים. לא במצבים של הטייה שיפוטית ולא במצבים של ניזוק ומזיק יחיד. יש כרגע אי סימטריה לגבי האפשרות של פיצוי יחסי. זה כלל שניתן לומר שהוא מעוגן היטב כי נקבע גם בפס"ד הלל יפה.
* **חשוב** – להזכירכם, לא להתבלבל! כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קשר סיבתי בשל אשמו של המזיק, יש פתרון > דוקטרינת הנזק הראייתי!

דיברנו בעבר על דוקטרינת הנזק הראייתי- כלי שמאפשר לנו להפוך את נטל הראייה מכתפי התובע אל כתפי הנתבע כאשר באשמו של הנתבע/המזיק התובע לא יכול לעמוד במאזן ההסתברויות, להוכיח את התביעה שלו, את העובדות. צריך להפריד בין זה לבין מצב שבו יש קושי מובנה להוכיח סיבתיות- שנגרם לא בגלל הנתבע אלא בגלל העולם, נתונים פיזיקליים, מדעית אי אפשר לעשות את זה. במקרה של דוקטרינת הנזק הראייתי לא נדבר על סיבתיות עמומה במובן של פס"ד מלול, אלא נדבר במונחים של היפוך נטל הראייה, שככל הנראה תוביל גם לפיצוי כי קשה מאוד גם לנתבע כשאין ראיות להוכיח שהוא לא גרם לנזק, כמו שזה קשה לתובע ללא הראיות האלה.

**סיבתיות משפטית (Proximat Cause)**

יש לזכור:

* + מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו
  + בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים שפותחו לאורך השנים, ונגזרים משיקולי מדיניות (זאת, להבדיל מסיבתיות במובנה המדעי)
  + יש הרבה טענות למה בכלל משתמשים במונח סיבתיות משפטית אם זה לא באמת 'סיבה'. למעשה סיבתיות משפטית לא עוסקת בשאלות העובדתיות המדעיות, בכשלים של איך אנחנו מוכיחים סיבתיות. היא עוסקת בשורה התחתונה בשיקולי מדיניות.
  + מה השיקולים או המצבים בהם נאמר שאולי הוכחה סיבתיות עובדתית, אבל יש סיבות אחרות שהן לבר-עובדתיות, לבר-מדעיות, שבגינן לא נרצה להטיל אחריות בנזיקין.

**Berry v. The Borough of Sugar Notch**

דיברנו בהפרת חובה חקוקה. אדם שנוסע באופן רשלני במהירות גבוהה מאוד ומגיע למקום מסוים בנקודת זמן מסוימת בהן בדיוק נפל על הרכב עץ- אין ספק שיש קשר עובדתי בין ההתנהגות העוולתית שהיא הנהיגה במהירות המופרזת המסוימת וההגעה למקום המסוים לבין זה שהנזק קרה, כי העץ היה נופל או לפני או אחרי שהרכב היה עובר בנקודה הזו אם הוא היה נוהג במהירות אחרת. מבחינה פיזיקלית אין ספק שיש קש"ס. אבל אנחנו כמובן נמצאים בזירה אחרת- זירת המשפט ולא זירת הפיזיקה, ולא בעולם מדעי טהור. לעולם המשפטי יש מטרות נורמטיביות ולא עובדתיות. הקשר הסיבתי נבחן בסביבה משפטית. ביהמ"ש אומר שאנחנו רוצים בעצם לקיים מטרות, לאפשר צדק מתקן, לעתים שיקולים חלוקתיים… יש מטרות, זו לא זירה עובדתית טהורה.

* שלושה מבחנים
* מבחן השכל הישר, common sense (או הנטייה הסיבתית)- ניסיון החיים מלמד ש...
* מבחן הסיכון (דיברנו עליו במיוחד בעניין הפרת חובה חקוקה)

אדם שחושף לסיכון עוולתי אנשים אחרים- אנחנו לא יכולים לומר שהוא אחראי על כל נזק שהתממש. אנחנו צריכים לבדוק האם הנזק שהתממש אכן התממש כתוצאה מסיכון עוולתי. בעצם נשאל 'האם זאת הייתה כוונת המחוקק'.

* מבחן הצפיות – **יהיה לב הדיון בפרק זה**

סיבתיות משפטית- מבחן הצפיות

נושאים שנדון בהם (יכולים להופיע כתלות בנסיבות בשאלה המערבת סיבתיות משפטית) -

* בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
* באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק, ומה הכלל? (שמעון נ' ברדה)
* היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק קשר סיבתי

**בין חובת הזהירות לסיבתיות המשפטית**- צפיות נורמטיבית מופיעה כחלק מחובת הזהירות ברשלנות אך גם כחלק מבחינת הקשר הסיבתי המשפטי. האם מדובר באותו המבחן?

* + מה שמציעים מלומדים אחרים- במשפט האנגלו-אמריקני מקובל להבחין בין מבחן הצפיות שמיושם כשמדברים על **חובת זהירות**, שם בוחנים את הצפיות לגבי זהות הניזוק. האם צריך היה לצפות את הניזוק המסוים. כשמדברים על **סיבתיות משפטית**- ניישם את מבחן הצפיות ע"י כך שנבחן האם המזיק היה צריך לצפות את ה**נזק** המסוים.

שתי אפשרויות לבחינה:

1. מבחן הצפיות הנורמטיבית שבחובת הזהירות- שואל האם המזיק היה צריך לצפות את **זהות הניזוק**. מבחן הקש"ס המשפטי שואל אם המזיק היה צריך לצפות את **הנזק המסוים** שנגרם בפועל.
2. מדובר באותו הדבר- "ראה דיון בצפיות נורמטיבית כחלק מבחינת חובת הזהירות".

בקייס: שתי הגישות מקובלות, אין הכרעה בפסיקה ונפנה לאיזו שנבחר.

**נתמקד בשאלה – האם סוג הנזק היה צפוי**

סעיף 64 לפקודת הנזיקין

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

(1) הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

(2) אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

(3) ...

לא יראו מישהו כמי שגרם לנזק אלא אם כן אי אפשר לצפות אותו מראש (1), ואם אשם של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק (2). יכול להיות שאי אפשר לצפות נזק, כי מישהו אחר אשם בו ומכריע כ"כ שנותק הקש"ס ואי אפשר היה לצפות אותו אבל אנחנו בסיבתיות נורמטיבית- האם צריך לצפות את הנזק ולא האם יכול היה.

איך מיישמים את זה? באיזו מידה אפשר לומר שאדם היה צריך או לא היה צריך לצפות משהו?

פסק דין שמעון נ ברדה (באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק?)

העובדות: נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל, ושיחקו בנשק. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי

המועדון נמצא במבנה ששייך למועצה המקומית. מי שאחראי על המקום- ברדה, ידע שיש בעיה עם הסוגר בחלון, אבל סוגר אותו בכל זאת עם חוט/מקל. הוא מודע לכך שאפשר לפרוץ את המקום יחסית בקלות, למרות שיש נשקים במקום. הוא משאיר את זה בצורה כזאת. הנערים שפרצו נכנסו מבעד לחלון ושיחקו עם הנשקים, ואחד מהם נפצע קשה בראש. הוא תובע בין היתר בנזיקין את האחראי על המקום, שידע שהחלון פרוץ ובמקום לתקן אותו מצא פתרון זמני ומסוכן.

הערכאה הראשונה קובעת שהנערים חייבים בנזיקין כלפי הניזוק, ולא עומדת להם הגנה של הסתכנות מרצון (לא דיברנו עליה אבל היא כבר די אות מתה במשפט הישראלי). נקבעה אחריות לנערים שירו על החבר שלהם. אבל לגבי ברדה נקבה שהוא התרשל כלפי הנערים וכלפי הניזוק, אבל לא אחראי בנזיקין- מפני שההתנהגות הבלתי אחריות של הנערים הייתה כ"כ מכרעת ולא צפויה שאפשר לטעון שנותק הקש"ס בין ההתרשלות של ברדה (ידע שדבר כזה יכול להתרחש אבל לא מנע את זה). אמנם יש סיבתיות עובדתית- אם הוא היה מתקן את הפגם בחלון הנזק היה נמנע, אלמלא הוא התרשל הנזק היה נמנע. אבל מבחינת שיקולי מדיניות/סיבתיות משפטית- אי אפשר לומר שהוא יכול היה לצפות את הנזק שהתממש (לפי הערכאה הראשונה).

השאלה:האם נותק הקשר הסיבתי בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער **משום שהתנהגות הנערים הייתה כה בלתי צפויה שהיא בגדר גורם מתערב שמנתק את הקשר הסיבתי**?

נקבע:אין צורך לצפות כל פרט ב"התערבות" הגורם (משחק הנערים הבלתי אחראי); נדרשת צפיות ב"קווים כלליים" בלבד

(די בכך שניתן לצפות שאם הנערים נכנסים למבנה וגונבים נשקים, הם עשויים לשחק משחק אסור בנשק)

* פסק הדין של ביהמ"ש העליון (ברק) קבע שלא יכולה לעמוד הטענה שהתנהגות הנערים הייתה כ"כ לא צפויה שהיא שקולה לגורם זר מתערב שמנתק את הקש"ס, לאשם כ"כ חמור של גורם אחר שאפשר לומר שמבחינה סיבתית הוא מנתק את הקש"ס ולומר שברדה בעצם לא יכול היה לצפות את הנזק שהתממש.
* ההלכה- מספיק שנקבע שמזיק יכול לצפות נזק בקווים כלליים- במקרה הזה יכול להבין שהנשק יכול להיגנב אם הוא משאיר את הפרצה, יכול להבין שנערים יכולים לפרוץ ולהוציא ולשחק עם הנשקים. אבל אם הוא לא יכול לצפות את הדרך המסוימת לפרטי פרטים שבה יגרם הנזק- זה לא רלוונטי.

היקף הנזק, שרשרת וריחוק נזק

עד כמה? כלומר אמרנו שמספיק לצפות נזק בקווים כלליים, אבל עד איפה?

סעיף 76

פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם -

(1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע; …

* הסעיף מקשה עלינו עם השאלה הזאת, כי פשוטם של דברים הוא אומר שרק נזק שיכול לבוא באופן טבעי במהלך הרגיל של הדברים ואפשר לומר שהוא הגיע במישרין מעוולת הנתבע, אפשר לומר שהוא נזק מספיק צפוי שאנחנו רוצים להטיל בגינו אחריות על נזק. המחוקק בעצם נותן לנו כאן איזשהם כללים, אבל אנחנו נראה שכשמגיע המקרה עצמו קשה מאוד להחליט האם נזק התפתח במישרין או לא במישרין, הגיע באורח טבעי או לא באורח טבעי.

פס"ד רינגר נ' ליאון (היקף נזק החריג)

העובדות:נהג אוטובוס נהג בצורה רשלנית, פגע בנהג אופנוע רשלני, וכתוצאה מהפגיעה הרשלנית שנעשתה בעקבות הרשלנות של שניהם- האופנוע "קפץ" על הכביש ופגע בעובר אורח. הוא קיבל מכה בחלק התחתון של הגב שלו. הוא תובע בנזיקין על נזק שקרה לו עקב המכה בגב- שגרמה להתפתחות של גידול. מקרה מאוד נדיר אבל לא היה כאן מקרה של עמימות עובדתית, הוא הצליח להוכיח מדעית-עובדתית שיש קש"ס שהגידול התפתח כתוצאה מהפגיעה בגב. מבחינה עובדתית ללא ספק יותר סביר מאשר לא שהגידול התפתח כתוצאה מהתרשלות הנהגים.

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

נקבע:

השופט ברנזון –קבע שעל המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו גם אם התוצאה הוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק וזאת אם סוג הנזק שנגרם היה צפוי מראש.

פסק הדין של הרוב קבע שהמזיק צריך לשאת באחריות גם אם הוא לא יכול היה לצפות אבל צריך היה. כי די בכך שסוג הנזק נזק גופני היה צפוי, המזיקים ידעו שיכול לקרות נזק גופני כלשהו כתוצאה מהנהיגה שלהם בכביש. הם יכלו והיו צריכים לצפות את זה מבחינה נורמטיבית. אמנם נזק הגוף כאן הוא חריג ומאוד יוצא דופן, אבל סוג הנזק הוא ידוע ולכן גם אם אפשר לומר שההיקף שלו חריג- עדיין נאמר שנטיל אחריות ושלא צריך לתת הגנה למזיק במקרים מהסוג הזה.

דעת המיעוט (השופט זילברג) - מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שצפויותם חריגה כל כך.

זילבר טען במיעוט שלא צריך להטיל אחריות על הנזק, צריך לשים גבול. אנחנו לא יכולים תמיד להתחשב בגולגולת הדקה. צריך להתחשב ברגישות הניזוק, אבל לא תמיד אנחנו יכולים לעשות את זה, כי אם נעשה את זה אנחנו למעשה נחוב נזיקית כמעט כל נזק שקורה. אנחנו לא יכולים לומר שהמזיק יכול לצפות כל נזק שקורה כתוצאה מההתנהגות המזיקה שלו.

שורה תחתונה של ברדה+רינגר:

* רק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא הליך הגרימה (ברדה)
* רק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא ההיקף שלו (רינגר)

זה יוצא בעייתי מאוד.

* **ניתן ליישב את תוצאת פסק הדין עם פסק הדין בעניין רביד נ' קליפורד**

בעניין קליפורד דובר על רופא שיניים שהזריק חומר הרדמה כשהשתמש במזרק לא שואב במקום במזרק שואב. חומר ההרדמה זרם למוח וגרם לנזק חמור- הביא את החולה למצב מאוד יוצא דופן של תרדמת. בדר"כ הנזק הכי חמור שתועד עקב שימוש במזרק לא שואב הוא אולי סחרחורת. לא היה ספק כי הנזק בעניין קליפורד היה מאוד יוצא דופן בהיקף שלו. אחת השאלות שנדונו (בהנחה שהרופא התרשל) היא האם צריך להטיל אחריות בגין נזק כ"כ לא צפוי?

דעת הרוב משיבה בחיוב- חיזקה את הלכת רינגר וחזרה עליה: סוג הנזק- נזק גוף- היה צפוי, ולכן יש להטיל אחריות גם אם היקף הנזק לא היה צפוי. פסק הדין הזה, שאולי ניתן לראות אותו כבעייתי, מחזק את ההלכה.

* דוגמא נוספת שבה עוסק ס' 76, שבו התמקדנו כשדיברנו על צפיות הנזק מבחינת השאלה של עד כמה מזיק יכול להיות אחראי לנזק שגרם לו בעוולה. דיברנו על ההיקף, ועכשיו נדבר על היבט נוסף.
* נדבר על פסיקה שתעסוק במצבים בהם ביהמ"ש אומר לנו מתי הנתבע/המזיק היה צריך לצפות, אבל בהם עצמם מבחן הצפיות לא מתקיים.

פס"ד בן-ציון נ מגורי בת-ים (נזק נוסף שנגרם כתוצאה מהנזק הראשון)

שרשרת סיבתית/ריחוק נזק במובן היותר מילולי של הדבר- עד מתי נזק שגרמתי לו שגרם לעוד נזק- אני יכול להיות אחראי לגביו (כשביצעתי אותו בעוולה).

העובדות:העירייה השאירה אבן על המדרכה ועו"ד מעד בגללה ונפצע בעקבות זאת בידו, ולטענתו לא חזר לעצמו מאז הפציעה. הוא תבע את העיריה על הנזק, ובעוד התובענה עומדת- קרה אירוע בביתו של הניזוק. הוא שם לב שהארובה בביתו פולטת להבות אש והיה ליד זה ענף, והוא חשש שהעץ יתפס בלהבות ותיגרם שריפה. הוא עלה על סולם וניסה להסית את הענף כדי למנוע שריפה, הכאב מהפציעה שלו שאחז בו לפתע גרם לכך שהוא יאבד את שיווי המשקל שלו ויפול מהסולם. עקב כך הוא נפצע פציעה נוספת בברך. הוא מבקש לתקן את כתב התביעה ולהוסיף את הנזק לברך בנוסף לנזק המקורי שנגרם לו מהנפילה הראשונה.

השאלה:האם ניתן להטיל אחריות גם על הנזק הנוסף

נקבע:יש לבחון אם הנזק השני קרה תוך כדי תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה, וכן יש להתחשב במבחן הזמן

ביהמ"ש לא חוזר בו מהקביעה שמה שמשנה זה סוג הנזק כדי להטיל אחריות, וכאן יש נזק גוף שנגרם לכאורה מאותו כאב של הניזוק במהלך תקופה עקב הפציעה הראשונה. אבל ביהמ"ש כן אומר שכדי להחליט אם הנזק לברך צריך להיות צפוי גם כן מבחינת המזיק שהתרשל, צריך לבחון הוא שני דברים-

1. משך הזמן מהפציעה הראשונה לפציעה השנייה
2. משנה גם אם הפציעה השנייה הייתה תו"כ תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה. במקרה בו חלפה תקופת ההחלמה הראשונית המשמעותית כבר מצופה מניזוק להתחיל להיות זהיר יותר, הוא יודע כבר מתי כואב לו ומתי לו והיכן הוא צריך להיזהר. אם אנחנו לא יודעים עדיין איך להמשיך את חיינו אחרי הפציעה הראשונית זה יותר הגיוני שאנחנו עשויים להיפצע שוב.

ביהמ"ש יוצר כללים שבאמצעותם אנחנו יכולים להבין מתי פציעה משנית יכולה לנבוע מפציעה ראשונית גם מבחינה משפטית (ולא רק לפי מבחן האלמלא).

ההבדלים בין פסקי הדין רינגר ובן ציון:

Graphical user interface

Description automatically generated

בפס"ד רינגר כשדיברנו על "עד מתי" יתפס מזיק כמי שצריך היה לצפות את הנזק (מה יהיה נזק הקצה שאנחנו מוכנים להכיר בו). השאלה הייתה היקף הנזק, חריגות הנזק.

בפס"ד בן ציון מדברים פשוט על נזק שנובע מנזק אחר, לא מדברים על היקף של נזק אלא נזק נוסף, אחר.

ניתוק קשר סיבתי

סעיף 64 לפקודת הנזיקין

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

(1)...

(2)אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

(3)...

הזכרנו את הסעיף כשדיברנו על פס"ד ברדה. דוגמא של ניתוק קש"ס- דוגמא שבה ביהמ"ש החליט שבכל זאת מבחן הצפות לא מתקיים מפני שנותק קש"ס, מפני שאי אפשר היה לצפות את התנהגות הקצה שעמדה בין ההתרשלות של גורם אחד (או עוולה אחרת) לבין הנזק שקרה בפועל:

פס"ד כיתן נ' וויס

העובדות: שומר שעובד אצל הנתבעת רצח את העורך דין שלו תוך שימוש שבנשק שקיבל מהנתבעת

הוא עבד כמאבטח בכיתן ורצח באמצעות הנשק שהעמידה לרשותו כיתן את עורך הדין שלו. בתביעת הנזיקין שהוגשה ע"י העיזבון של הנרצח נגד המעבידה (כיתן) נטען שהיא התרשלה גם בכך שהעמידה לרשות העובד נזק כשהוא היה במצב נפשי לא טוב והסתבר שגם היה מכור לאלכוהול, וגם מפני שלא נקטה באמצעי הזהירות הנדרשים כדי להבטיח שהנשק לא יצא מתחום המפעל.

הטענה הראשונה לא התקבלה, מפני שנקבע שכיתן לא יכלה לדעת לגבי המצב הנפשי המעורער או שהעובד מכור לאלכוהול, יש דברים שעובדים לא מגלים בראיונות עבודה, לא סביר לדרוש או לצפות ממנה שתגלה דבר כזה. אבל לגבי העובדה שכיתן התרשלה בכך שהיא לא נקטה באמצעי זהירות כדי למנוע יציאה של הנשק היא כן התרשלה.

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

נקבע: התנהגותו של המעוול הייתה בלתי צפויה במידה שמנתקת את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובע

למרות ההתרשלות של כיתן ולמרות שיש נזק ומישהו נרצח, נקבע שדין התביעה להידחות. ביהמ"ש הגיע למסקנה שהמעבידה לא יכלה לצפות שהשומר ישתמש בנשק כדי לרצוח ולכן נותק הקשר הסיבתי. השתמשו בס' 64- אדם אחר היה הסיבה המכרעת לנזק.

זאת לעומת ברדה, שם הייתה החלטה הפוכה- שאמנם הנערים שהשתוללו עם הנשק וכו' אבל הנתבע שהיה אחראי על המועדון לא היה צריך לצפות את הנזק לפרטי פרטים. כאן ההחלטה היא אחרת- ביהמ"ש אומר שיש כאן התנהגות שאי אפשר לצפות מהמתרשלת וזה מנתק את הקש"ס, אי אפשר היה לצפות את הנזק באופן שבו שהוא התממש.

**פס"ד כיתן מול פס"ד בררה**

אין ספק שבשני המקרים אי אפשר לומר שמדובר בצדדים תמימים. מדובר בשני צדדים שעשו מעשים מכוונים. אבל בעניין ברדה, אמנם הנערים התכוונו לפרוץ ולשחק בנשקים, אבל אין ספק שאף אחד מהם לא התכוון לפגוע פיזית באף אחד. הם היו רשלנים במידה לא נצפית ולכן ניסו לטעון לניתוק קש"ס. אבל בעניין כיתן הייתה כוונה לא רק לעשות מעשה כמו לקחת את הנשק בצורה לא חוקית או משהו כזה, אלא הייתה ממש כוונה לפגוע, לרצוח. זה הבדל מרכזי בין המצבים.

* יש להחיל את מבחן הצפיות לפי הנסיבות
* אם יש כוונה להזיק, סביר להניח שינותק הקשר הסיבתי (קשה יותר לצפייה) (כיתן)
* בהקשר זה, יש להבחין בין כוונה לגרום לנזק (כיתן) לבין כוונה שקשורה למעשה לא אחראי אך לא לגרימת נזק (שמעון נ' ברדה)
* לעיתים, "ההגיון של מבחן האלמלא" יסייע בידינו גם עם מבחן הצפיות (נדגים בכיתה באמצעות כיתן)

ההיגיון של מבחן האלמלא חל בצורה הרבה יותר חזקה בעניין כיתן מאשר בעניין ברדה, במובן הבא- כאשר אדם מתכנן לעשות מעשה מכוון, יותר הגיוני שגם אם הוא לא היה גונב או משתמש בנשק שהוא הצליח להוציא מהמעבידה שלו, הוא ככל הנראה יכול היה לרצוח גם באמצעות מכשיר אחר (סכין וכו'). אם האדם תכנן רצח במחשבה תחילה יכול מאוד להיות שגם אלמלא היה לוקח את הנשק הזה מכיתן הוא היה מצליח לבצע את הרצח. זה לא בדיוק מבחן האלמלא אבל זה ההיגיון שלו. לעומת זאת בעניין ברדה קשה יותר לומר שאלמלא הנערים היו גונבים את הנשק, ככל הנראה היה נגרם אותו נזק. אנחנו ממש יכולים לראות מצב בו הם היו אולי משחקים משחק מסוכן אחר, או לא משחקים בכלל, אבל הסיכוי שאלמלא הגניבה הם היו מגיעים למצב בו הם יורים לחבר שלהם בראש הוא כמעט אפסי. גם כאן- זה לא בדיוק מבחן האלמלא אבל לפי ההיגיון שלו. כשאדם מתכוון לבצע את הנזק עצמו, לא על המשחק עצמו או על מהלך הדברים אלא מציב כוונה לנזק עצמו- קל לנו הרבה יותר להבחין בין הדברים. קו הגבול בין פסקי הדין מתכנס בסוף לעניין הכוונה. הפעולה המתערבת של המזיק הישיר- של מי שרצח- היא הפעולה שמנתקת את ההתרשלות של כיתן מהרצח.

* בקייס: נבחן מה הייתה כוונת המזיק(לבצע מעשה בלתי אחראי- פס"ד ברדה או לפגוע בכוונה תחילה- פס"ד כיתן), ובכך נוכל להבחין בשאלה מתי נותק הקשר הסיבתי.

מעוולים ביחד

נדבר בין היתר על מצב בו אנחנו פשוט לא יודעים מי גרם לנזק היותר גדול, ואיך אנחנו מתמודדים כשאנחנו לא יודעים מי גרם לאיזה חלק מהנזק. נדבר במצבים מאוד ספציפיים בהקשר הזה.

סעיף 11 לפקודת הנזיקין

היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

סעיף 83 (סעיף קטן א)

סבל אדם נזק עקב עוולה – אין פסק הדין שניתן נגד מעוול החב על אותו נזק חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר שאילו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד.

סעיף 84 (סעיף קטן א)

כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר, ...

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

מספר גורמים (שניים או יותר אנשים), שכולם מעוולים, והם גורמים כולם לנזק אחד.

מצבים מאוד ספציפיים שאליהם מכוון ס' 11 לפקנ"ז. אנחנו מדברים על מצב בו מישהו הצליח להוכיח שכולם- כל הגורמים שהוא תובע- התרשלו וגרמו לו לנזק. במצבים האלה ההסבר (ס' 83 ו-84) ההסדר הוא שהניזוק יכול להחליט את מי הוא תובע. יכול להיות שהוא יתבע מישהו אחד על הנזק אבל אין לו את הכסף- הוא יכול לתבוע גם את המעוול השני ולקבל את כל הכסף ממנו, ואז המעוול השני יצטרך לרדוף בעצמו אחרי המעוול הראשון בעצם ולבקש ממנו שיפוי על הפיצוי המלא שהוא נתן לניזוק. כלומר במצב של מעוולים במשותף לניזוק באופן עקרוני יש זכות לקבל את הפיצוי ביחד ולחוד מכל אחד מהמעוולים. זה הסדר שמאוד מקל על הניזוק. מעוול אחד כמובן לא צריך לשלם עבור כולם בפועל, אבל לא הניזוק הוא זה שצריך לחלק ולתבוע כל אחד לחוד.

מעוולים שגרמו לנזק אחד

לגבי מעוולים ביחד אפשר לדבר בעצם על שני נזקים או סגנונות של נזקים שונים:

* נזק שניתן לחלוקה – "המקרה הקל" שבו כל מעוול יחוב על החלק שגרם לו

יכול להיות ששני המעוולים גרמו לנזק, אבל אנחנו יכולים לתבוע את חלקי הנזק- להחליט שחלק מסוים בוצע ע"י מעוול א' וחלק אחר בוצע ע"י מעוול ב'. אם ניתן לעשות זאת- אין בעיה, יודעים בדיוק איזה מעוול לתבוע על כל נזק. במקרה כזה התובע יצטרך לתבוע באופן ספציפי כל מזיק, כי אפשר ממש להפריד, אנחנו יודעים מי גרם לאיזה נשק, אז אין שום סיבה שההסדר המקל שקבוע בסעיפים יחול על המקרה הזה. הוא יוכיח באופן ספציפי על כל מזיק.

* נזק שבלתי ניתן לחלוקה

המקרים היותר בעייתיים שנתמקד בהם. אלה נזקים שרלוונטיים להסדר שקבוע בסעיפים ואמורים לסייע לניזוק להתמודד עם סיטואציה מאוד בעייתית, כשלא ברור מי גרם לחלק גדול יותר או מי גרם לאיזה חלק בכלל. למשל נזקי גוף- אי אפשר לחלק אותם.

נזק גוף שאינו ניתן לחלוקה

פסק דין מלך נ קורנהיזר (מקרה של נזק גוף)

עובדות: אדם הולך לתומו, ותוקפים אותו שלושה כלבים; נגרם לו נזק גופני ונפשי. שניים מהכלבים שייכים לזוג קורנהיזר והשלישי כלב רחוב (לא ידוע).

השאלה המשפטית: כיצד יש להטיל על הזוג אחריות מלאה?

האם ניתן לומר שהנזק ניתן לחלוקה, אף אם באופן מלאכותי? כלומר האם אפשר לומר שהנזק שנגרם ע"י הזוג בעקבות שני הכלבים שלהם הוא רק ⅔ מהנזק.

נזקק את הבעיה (סוג של עמימות סיבתית)

ייתכן שהכלבים של הזוג גרמו לכל הנזק, ויתכן שגרמו לחלק ממנו – לא ניתן לדעת.

* פסק הדין הראשון בעליון – איפשר אחריות על סמך רעיון של מעוולים יחד, וחייב את הזוג בפיצוי של 2/3 בלבד בגלל שהיו שלוש כלבים.
* פסק הדין של הדיון הנוסף – עמדה זו לא התקבלה. השופט לוין לא קיבל את העמדה שאפשר וצריך להבחין בין חלקי הנזק השונים במקרה הזה.
* נכון להיום, כשאנחנו נמצאים בהקשר של נזק גוף שלא ניתן באופן מלאכותי לחשוב על סיטואציה בה אפשר לחלק אותו, אנחנו מתייחסים אליו כנזק שלא ניתן לחלוקה ונחוב את המזיק ב-100% מהנזק. גם בני הזוג במקרה הזה בסוף היו צריכים לשאת ולפצות על 100% מהנזק.

פסקדין גינוסר נ דחאברה (מקרה של נזקי רכוש)

פסק דין נוסף שבו ביהמ"ש העליון (אם כי **לפני** פס"ד קורנהיזר) הגיע לתוצאה אחרת.

העובדות - נגרם נזק ליבול של התובע (קיבוץ גינוסר) על ידי עדרים שפלשו לשדות במשך שלושה ימים.

העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים.

כל פעם פולש עדר אחר והורס את היבול של הקיבוץ. אי אפשר לזהות את שאר העדרים, רק את העדר של הנתבע שפלש יום אחד מתוך השלושה.

הבעיה דומה לבעיה בקורנהיזר - 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.

נקבע שהנתבע אחראי רק לשליש מהנזק, חלק ממנו, לפני מספר הימים שהעדר שהה בשדה של התובע. לכן הוא היה צריך לשלם רק שליש. אם היו נתונים מדויקים כמובן שביהמ"ש היה מחלק את זה אף יותר במדויק. כלומר ביהמ"ש בעניין גינוסר מתייחס לנזק כנזק שניתן לחלוקה.

* **ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר** – התייחסו לנזק כניתן לחלוקה; נזק רכוש ולא נזק גוף; בעניין מלך, ניתן לטעון כי "השלם עולה על סך חלקיו": כלומר תקיפה של כל כלב בנפרד לא זהה לאירוע תקיפה של מס' כלבים יחד מבחינת החומרה. זה נזק מסוג אחר, שלא ניתן להבחינו ולחלק לפי חלקו של כל כלב בנפרד, בשונה מעניין גינוסר.
* לעומת פס"ד גינוסר יש כאן אמות מידה שיותר קל לחלק. אמנם לא בצורה מדויקת, ולכן גם לא נעשה כאן דיוק מעבר לאינטואיציה הבסיסית ביותר שמדובר בשליש. אבל יש כאן נתונים שמאפשרים לנו לצייר במידה מדויקת יותר ולהבחין יותר בין העדרים השונים ובין הנתבעים השונים באופן מסוים.
* מעבר לזה אולי אפשר לטעון שבמקרה של נזקי רכוש ביהמ"ש אולי ירגיש בנוח יותר להשתמש ברעיון של נזק שניתן לחלוקה מאשר במקרה של נזק גוף, שם הדברים יהיו מבוססים יותר. אנחנו רואים לפי פסקי הדין האלה גם מדוע.

**סיכום הקורס**

מיקום דיני הנזיקין על "מפת המשפט"

דיני נזיקין עוסקים במצבים בהם אנשים הם זכאים וחייבים אחד כנגד השני בעל כורחם. בחוזים אנשים בוחרים להיות חייבים כלפי מישהו אחר, ובנזיקין זה מצב מיוחד. מישהו אפילו לא בכוונה פוגע במישהו אחר- באותו רגע פתאום מתממש משהו מיוחד ויש מישהו שהוא זכאי ומישהו שהוא חייב. דיני הנזיקין הם חלק מדיני החיובים - הם יוצרים חיוב. זה מיוחד כי הם יוצרים את החיוב הזה של האדם בעל כורחו, בצורה לא רצונית.

* הכרנו מושגי יסוד
* דיברנו על היחסים בין נזיקין לדינים אחרים

למשל ההבדל עם עונשין והדין הפלילי, וההבחנה בין משפט ציבורי בו המדינה תובעת לבין מצב של דיני חיובים בין אדם לחברו, האדם עצמו הוא שמחליט אם לתבוע או לא ואם הנזק מספיק גדול בשביל זה מבחינתו.

תיאוריה של דיני הנזיקין

זה המטרות והמהות של דיני הנזיקין. מה שחשוב לדעת כאן ולהבין שבעיקר אצל אנשי הצדק המתקן וגם אצל אנשי הניתוח הכלכלי הטענה הבסיסית היא שזה בעצם הרעיון של החקיקה. לדעתם המטרה של בתי המשפט היא לשאוף למה שלפי התיאוריה והרעיון של דיני נזיקין היה בעצם כוונת המחוקק. אצל המנתח הכלכלי נקודת המוצא היא שבסופו של דבר החוק שאף להיות יעיל. כך גם מבחינת הצדק המתקן יש לומר שהתפקיד של דיני הנזיקין ומה שהמחוקק חשב כאן הוא שצריך פה להשיב את המצב לקדמותו. ביהמ"ש כשהוא מנתח מקרים ספציפיים הוא עושה זאת בניסיון לקלוע לכוונת המחוקק, כשההנחה היא שכוונת המחוקק היא יעילות/צדק מתקן/צדק מחלק, וכשהדברים נעשים הם נעשים במעין פאזל- שמכיל רעיונות מתוך כל אחד מהם. גם הנחה של ניתוח כלכלי, שאנשים הם רציונליים ובסה"כ רוצים לפעול בצורה שיעילה גם להם, וגם הנחה שהחקיקה צריכה להביא אותנו למצב יעיל- שהוא למשל כדי לקדם הרתעה שהיא יעילה, לא הרתה בכל מחיר כמו הרתעה ביתר אבל כן הרתעה יעילה שנחוצה.

* צדק מתקן
* ראינו והתמקדנו ברעיון של פיצוי בקורס. הסעד המרכזי בדיני נזיקין. המטרה של הפיצוי הוא השבת מצבו של התובע לקדמותו. מהות הפיצוי היא להשיב את אי הצדק שנוצר בין הצדדים וחוסר האיזון הנורמטיבי לקדמותו.
* צדק מחלק

ראינו שלפעמים שיקולים שמובילים את ביהמ"ש קשורים להבנה של שוויון ברמה הקטגוריאלית, כלומר לא כל אדם לחוד אלא הבנה שיש קבוצות שונות באוכלוסיה ויכול מאוד להיות שהשפעה של פסק דין מסוים תגרום למצב של אי שוויון ברמה הקטגוריאלית. ואם אנחנו לא ניקח אותם בחשבון- אנחנו פשוט עשויים לגרום לאי צדק. למשל פס"ד או חנא- שאלה קשה ומקרה קצה, בו שאלנו איך אנחנו יכולים לאמוד פיצוי על פגיעה קשה או איבוד חיים כשאי אפשר לומר עדיין כלום על תינוק או כל דבר על כושר השתכרות וכד'. האם אנחנו יכולים לקחת בחשבון את הרקע המשפחתי, איפה התינוק מתגורר, וכו'? לעומת אדם מבוגר שאצלו ניתן לראות כושר השתכרות, אופק מקצועי… ראינו איך ביהמ"ש מתמודד עם הסוגיה הזאת בעניין אבו חנא (ריבלין). אי אפשר להכריע לגבי תינוק באופן זהה לאופן שבו נכריע פיצוי של אובדן חוסר השתכרות לאדם מבוגר. אנחנו צריכים ללכת לפי הממוצע במשק. זה פס"ד שלימים הפך להיות אבן שואבת גם בארצות מעבר לים והפך להיות שאיפה בהרבה מאוד ארצות.

* תיאוריה כלכלית של נזיקין

ניתוח כלכלי- דיברנו במיוחד על רעיון ההרתעה שהוא המרכזי. יש רעיונות נוספים כמו פיזור נזקים שהזכרנו- אנחנו מעדיפים שנזק יפוזר על כמה שיותר ולא למשל נזק של מיליון על אדם אחד, זה נטל קשה מנשוא. אם אפשר באמצעות בנקים או חברות ביטוח למשל לפזר את הנזק בין הרבה גורמים/מנגנונים- אנחנו יכולים להגיע למצב שנחשב יותר יעיל. הזכרנו מעט גם עלויות אדמיניסטרציה- דבר מאוד כבר במציאות, ניהול הליך משפטי הוא יקר מאוד וארוך. שיקולי הרתעה הם השיקולים המרכזיים שבהם התמקדנו ואותם אנחנו צריכים לדעת.

משטרים שונים של נזיקין - לפי אשמו של המזיק

אמרנו שאנחנו מחלקים את משטרי האחריות השונים בהתמקדות על השאלה של מה אשמו של המזיק, איך אפשר לאבחן ולאפיין אותה.

* עוולות כוונה (אשמה מוסרית)

הדבר בראשון שבאופן אינטואיטיבי עולה. כשמישהו מתכוון לגרום לנזק אפשר באמת לדבר על אשמה במובנה המוסרי. כשמישהו לא מתכוון אלא רק מתנהג בצורה לא סבירה - לא מדובר בכוונה. יש עוולות שבהן התובע צריך ממש להוכיח כוונה של המזיק, זה אחד היסודות בעוולה. למשל פס"ד גורדון- עוולת הנגישה. ראינו שהייתה שם בעיה להוכיח זדון, כוונה. ראינו גם איך רשלנות "מזדחלת" ומתחילה להחליף לנו עוולות אחרות, להיות מעין סל שיכול לתפוס כל מיני עוולות כמו עוולת הנגישה שלא מצליחות להחזיק מעמד כ"כ. ראינו את זה גם בעוולת התקיפה - שאחד מיסודותיה הוא כוונה גם כן, וזה יסוד שקשה לתובע לעמוד בהוכחה שלו.

* אחריות מוחלטת (אין התבייתות על שאלת האשם). תחול אחריות בנזיקין עם קרות הנזק. ראינו שאין באמת אחריות מוחלטת אבסולוטית.

אין רלוונטיות לשאלה של הוכחת אשם, הסעיף לא מציין אם צריך לפעול באופן סביר או לא סביר. לא המזיק ולא הניזוק. ברגע שהתקיימו יסודות העוולה - המזיק פשוט חייב בנזיקין ויצטרך לשלם פיצוי. כמובן שהדרישה היא התממשות הנזק. בהקשר הזה דיברנו על דוגמאות כמו תאונות דרכים - בחוק הפיצויים לתאונות דרכים האחריות היא מוחלטת ומלאה, ולא משנה אם הייתה או לא הייתה אשמה ואין משמעות גם לאשם תורם של אחרים. דוגמאות נוספות - אחריות יתרה, וס' 41א לפקנ"ז - במקרים של חיות שבהם מתהפך הנטל, בהקשר של כלבים אנחנו נמצאים במצב של אחריות מוחלטת ("חייב בעליו של הכלב דרך קבע לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצד הבעלים). למרות כל זה - גם בעוולות של אחריות מוחלטת, המחוקק השאיר לנו "איים" קטנים, בדר"כ מדובר ברשלנות רבתי. הנושא של אשם תורם פחות רלוונטי באחריות מוחלטת, אין סטנדרטים או התנהגות לא סבירה וכו'. אשם תורם רלוונטי רק במקרים נדירים אותם קבע המחוקק במיוחד.

* אחריות מוגברת - זהה לאחריות מוחלטת מבחינת המאפיינים, למעט שאלת האשם התורם של הניזוק.

אחריות מוגברת/חמורה. מבחינת ההיגיון יש כאן שוב מצב בו לא משנה אם יש או אין אשם מבחינת המזיק. ההבדל בין אחריות מוגברת/חמורה לבין מוחלטת הוא נושא האשם התורם. הסגת גבול - ברגע שהוא הסיג את הגבול הוא ביצע עוולה, זה לא משנה אם הוא עשה את זה מתוך ידיעה או בטעות וכו'. אבל כאן כן נוכל לדבר במונחים של אשם תורם - למשל לא גידרת את המקרקעין שלך, לא שמת שלט, דחפת אותי לתוכו… שאלת האשם התורם רלוונטית באחריות מוגברת. דוגמא נוספת - כליאת שווא - כל עוד ביצעת את העוולה, לא משנה אם התכוונת או לא, וגם כאן ניתן לדבר על אשם תורם.

* משטר הרשלנות.

הרעיון של רשלנות כשחושבים עליו במונחים של אשמו של המזיק עוסק לא במידת אשם מוסרית של המזיק, אלא חברתית. אנחנו חושבים כחברה מה ההתנהגות שנחשבת כסבירה, פרקטיקה מקובלת.

* הזכרנו חסינויות בפרק המבוא (למשל, לילדים מתחת לגיל 12).

לגבי אשם תורם למשל הדברים האלה לא מקיימים (פס"ד אייגר), אבל לגבי אחריות בנזיקין כן.

* מה לגבי הפרת חובה חוקה? - סיווגה לפי משטרים היא שאלה מעניינת (בארה"ב נחשבת למעין רשנות, negligence per se).

גם זו עוולת סל, רחבה ושואבת את הנורמה מחיקוקים שונים. למשל חוק האפוטרופסות. כדי לבחון האם ההורה עמד בחובות שחלות עליו צריך לראות מה הסטנדט, למשל בחוק הזה- הסטנדרט הוא ההורה המסור. אנחנו צריכים להחליט אם מישהו אכן הפר את החובה המסוימת שחלה עליו לפי חיקוק, לפי מה שהחיקוק המסוים קובע. לכן עוולת הפרת חובה חקוקה היא מעין "יצור מוזר", ביניים בין רשלנות לאחריות מוגברת (לא קריטי לדעת למבחן ואפשר להסתכל עליה איך שנוח לנו, אין תשובה חד משמעית. אבל חשוב להבין את העיקרון ושהיא שואבת את החיים שלה מכל חיקוק בנפרד).

נתמקד ברשלנות - כדי להדגים איך נושאים שונים מהסילבוס "מתחברים"

עוולת הרשלנות - הסיבה שהיא עוולת סל ושהיא כ"כ חשובה ותופסת נפח משמעותי מאוד בקורס ובדיני הנזיקין בכלל, היא שבסופו של דבר כולנו מתחילים להחצין סיכון מהרגע שאנחנו קמים בבוקר ויוצאים החוצה, הם דיני היומיום, הם יכולים להיקשר לכל אחד מאיתנו. הצורך שלנו לצייר איזשהו קו של מתי הסיכון הזה שהחצנו לא סביר זה למעשה עוולת הרשלנות. ברגע שהתממש נזק כתוצאה מהתרשלות שאפשר לומר עליו שהוא לא סביר, הלכנו רחוק מדי והחצנו סיכון לא סביר - אנחנו יכולים לדבר על עוולת הרשלנות. זה כמובן לא אומר שעוולת הרשלנות היא העוולה היחידה שתהיה רלוונטית בעוולת הנזיקין, אבל מצבים נדירים הם אלה שהיא לא רלוונטית להם בכלל (אפילו אם כעוולה חלופית).

עקרון שצריך לזכור לפני שמדברים על יסודות העוולה -

על התובע (הניזוק) להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה (כל עוולה, כולל רשלנות) על פי כלל מאזן ההסתברויות.

התובע צריך להוכיח כל יסוד במעל 50%.

למרות זאת, הקדשנו פרק לכללים שבהם נטל השכנוע יתהפך אל כתפי המזיק. בהקשר זה דיברנו על סעיפים 38-41 לפקודת הנזיקין. בנוסף, הזכרנו את דוקטרינת הנזק הראייתי.

מצבים מיוחדים בהם למרות שהתובע בדר"כ צריך לעמוד במאזן ההסתברויות לגבי כל יסוד, במצבים האלה הנטל יתהפך. בסעיפים עצמם כתוב נטל הראייה, כי זה נטל דיוני. מבחינתנו זה אותו דבר מבחינת הדרישה, אפשר להשתמש בכל הביטויים האלה (נטל הראייה/נטל השכנוע…). דוקטרינת הנזק הראייתי- הכרנו את הפן הפרוצדורלי שלה כפי שהתקבל בפסיקה. מדברת על מקרים בהם התובע מתקשה להוכיח את אחד מיסודות העוולה בגלל שהמזיק התנהג בצורה מסוימת (בכוונה או בהתרשלות). אז נהפוך את נטל הראייה לכתפיו של הנתבע, שככה"נ גם יתקשה מאוד לעמוד בו ולהפריך אותו.

**יסודות עוולת הרשלנות**

1. התרשלות
2. חובת זהירות
3. הוכחת נזק
4. הוכחת קשר סיבתי

**התרשלות** - התנהגות רשלנות; נבחן לפי "האדם הסביר"

התנהגות שאנחנו יכולים לומר עליה שהיא רשלנית. החצנת סיכון לא סביר, יצירת סיכון לא סביר כלפי מישהו אחר. למשל אם רופאה שניתחה מישהו בצורה סבירה וקרה נזק - לא מתקיימת התרשלות! יסוד התנהגותי, מונחים של סבירות.

אפשר בעצם לחלק את השאלות שדיברנו עליהן ל-2:

* פרקטיקות- מהי פרקטיקה סבירה

אם אנחנו יודעים שכשיש מחלה X הפרקטיקה הסבירה היא לתת תרופה מסוג Y, אבל רופא מסוים החליט לתת תרופה אחרת או לא נתן תרופה בכלל, אנחנו יכולים להתחיל לשאול שאלה של האם זה היה סביר, האם רוב הרופאים היו מתנהגים בצורה דומה. מדובר על סטנדרט חברתי, אמת מידה חברתית - כלומר אם הקבוצה הרלוונטית מתנהגת בצורה מסוימת בדר"כ ופתאום אנחנו רואים שמישהו סטה מהסטנדרט, מיד יקפוץ לנו לראש שכנראה שהוא התנהג בצורה לא סבירה.

* נוסחת לנרד הנד- ההיגיון של הנוסחה; האדם הסביר הוא כזה שלא ישקיע במניעת נזק אם עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק הצפוי

מבטאת את ההבנה שכשאנחנו מדברים על האדם הסביר אנחנו מדברים על האדם היעיל, או האדם הרציונלי. אנחנו רואים מולנו את הסיכוי שנזק יתממש כפול הנזק הצפוי עצמו שכלול להתממש, ואנחנו מצפים מהאדם הרציונלי שלא ישקיע במניעת הנזק יותר מאשר תוחלת הנזק, כי מה שיקרה אז הוא שנהיה בזבזנים. אם תוחלת הנזק היא 100, לא יכול להיות שנבקש מאדם להשקיע 150 כדי למנוע נזק של 100. תהיה עלות חברתית מאוד גבוהה, אנשים כל הזמן יחשבו איך למנוע נזקים. הרעיון של הנוסחה הוא שסיכון לא סביר הוא רק ככל שהוא יכולן היה למנוע את הנזק בעלות שהיא נמוכה יותר מתוחלת הנזק. אם היה עולה 90 למנוע נזק של 100 ולא עשיתי זאת- אפשר יהיה לומר שהתרשלתי, פעלתי בצורה לא סבירה.

**כלומר אם B>PxL אין התרשלות**

למעשה יש כמובן קשר בין פרקטיקה סבירה לבין לנרד הנד- לא מדובר בשני "יצורים" שונים. אנחנו יכולים להבין שלפעמים גם פרקטיקה מקובלת שכבר מתנהלת- קשה לומר שהיא יעילה. אנחנו יכולים לומר גם שהיא ככה"נ הייתה מקיימת את נוסחת הנד. אז זה לא שיש שתי פרקטיקות/שתי אפשרויות שונות לחלוטין שאפשר לדבר באמצעותן על האדם הסביר, אבל בהקשרים מסוימים שבהם אפשר לומר שיש פרקטיקה סבירה אנחנו לא צריכים בדר"כ גם להסביר את נוסחת הנד. כי אם הפרקטיקה היא מקובלת וכך נהוג- ניתן להניח שהיא מקיימת גם את הנוסחה. מפני שזול יותר לנהל אותה, לומדים אותה יותר בקלות וכו'... הדברים האלה מקיימים בתוכם את הרעיון של האדם הסביר גם בראי הנוסחה של לרנד הנד - העלות היא כנראה כבר לא כ"כ גדולה למנוע את הנזק ברגע שהיא מקובלת. זאת מעין חזקה. זה אותו היגיון אבל ברגע שזו פרקטיקה מקובלת אנחנו יכולים להניח שמתקיימת סבירות, מתקיים עניין האדם הסביר.

מונע הנזק הזול משכלל את הרעיון - מי שתוטל עליו אחריות הוא הצד שעלויות מניעת הנזק שלו קטנות יותר ((B(min).

נכון שאם מישהו התרשל במובן שהוא יכול היה למנוע את הנזק בעלות נמוכה מתוחלת הנזק הוא התרשל, אבל אם הניזוק יכול היה למנוע את אותו נזק יותר בזול אפילו ולא עשה את זה - אפשר לומר מבחינה תיאורטית שאנחנו לא רוצים להטיל אחריות על המזיק במקרה הזה. כי אם יש לנו נזק של 100 ולמזיק היה עולה 90 למנוע אותו, אבל הניזוק יכול היה למנוע אותו בעלות של 80 - הדבר היעיל היה שהניזוק ימנע אותו. רעיון חשוב במובן התיאורטי.

דיברנו גם על שוקל הנזק הטוב ביותר, שפותר לנו בעיות אינפורמטיביות. למשל מה אם הניזוק לא יודע שהוא מונע הנזק הזול. מדבר על הצד שיש לו את הידע והיכולת לממש את הידע כך שהנזק ימנע.

* במבחן- אם לא מבקשים להצדיק עם שיקולים של צדק מתקן/מחלק וכו', לא צריך לדבר על זה. אם מבקשים אז כן.

חובת זהירות

יש הרבה מחלוקות בספרות וכו' שדיברנו עליהן, אבל למבחן צריך לדעת את ההלכות הנוהגות.

שני מבחנים עיקריים:

* צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית)

הרעיון הוא שבסופו של דבר אנחנו צריכים לשאול האם בנסיבות העניין המזיק **יכול** היה לצפות את הניזוק, אירוע הנזק, הנזק עצמו. מדובר כמובן בהיפותזה, השערה לפי העובדות והנסיבות. כמובן שאנחנו לא באמת יכולים לדעת בוודאות.

* צפיות נורמטיבית (חובת זהירות מושגית)

הצפיות הנורמטיבית לא נוגעת לשאלה עובדתית בנסיבות מסוימות, אלא לשיקולי מדיניות. שאלה שנועדה להצר את השערים המאוד רחבים של עוולת הרשלנות על בסיס שיקולי מדיניות (שדיברנו עליהם- כמו למשל שיקולי הרתעה, שיקולים אדמיניסטרטיביים והצפת בתי המשפט).

גבולות עוולת הרשלנות

בהמשך לרעיון של חובת זהירות שמסננת לעוולת הרשלנות, דיברנו על **הרחבת עוולת הרשלנות** דרך הכרה במצבים של מחדל טהור, נזקים כלכליים טהורים (ראו שלוש דוגמאות מרכזיות במחברת), נזקים נפשיים (כאן הכרנו את הרעיון של ניזוקים עקיפים ונזק לאוטונומיה), והולדה בעוולה.

ראינו כשדיברנו על הנושא של צפיות נורמטיבית (צריך לצפות) שבגלל שחובת הזהירות היא יסוד שיש בו הרבה מן הנורמטיביות (אנחנו רוצים לראות איזה תביעות אנחנו רוצים לאפשר ואיזה לא). אנחנו לא רוצים לאפשר שער עצום של תביעות רשלנות, כי בסה"כ סיכונים לא סבירים זה דבר שקורה ברמה יומיומית. אנחנו צריכים לחשוב בהיבטים קצת שונים משיקולים עובדתיים. ראינו למשל בפס"ד לוי שיקולים כמו למשל מה ההתרחשות העובדתית, האירוע. במצבים של מחדלים טהורים, מצבים בהם האדם לא יצר בעצמו את הסיכון שהתממש אלא התממש לידו סיכון של מישהו אחר, הוא צריך להחליט אם לקפוץ למים ולהציל או לא. בפס"ד לוי נאמר שבמצבים של מחדלים טהורים או נזקים נפשיים וכו' לא בטוח שנאפשר שתהיה חובת זהירות. זאת הייתה המגמה גם בעבר- פחות לאפשר לתבוע על מחדלים טהורים, ונזקים נפשיים רק אם הם נלווים לנזק פיזי שאפשר "לתלות" אותם עליו. אבל לאט לאט בתי המשפט מרחיבים את היריעה הזאת ומאפשרים בתנאים מסוימים לתבוע במצבים כאלה. בפס"ד גורדון לא רק שאפשרו לתבוע על נזק נפשי של כאב וסבל, אלא גם יש את אלסוחה- בו ביהמ"ש מאפשר לתבוע ברשלנות על נזקים נפשיים גם לניזוקים עקיפים (בתנאים מסוימים).

דיברנו גם על עוולה מאוד מיוחדת, הולדה בעוולה- חיים בעוולה והולדה בעוולה- ביהמ"ש צמצם היום את גבולות עוולת הרשלנות בנסיבות האלה והוא מאפשר היום להורים לתבוע על הולדה בעוולה, אבל לא לילדים לתבוע על חיים בעוולה.

דיברנו גם על היכולת לתבוע על נזק לאוטונומיה- הרחבנו את זה גם כשדיברנו על זכויות החולה, תקיפה. בפס"ד דעקה אי אפשר היה לקבל פיצוי על הנזק הפיזיולוגי שנגרם ונשארנו רק על היכולת לקבל פיצוי על הנזק לאוטונומיה. ובסוף הנושא עולה שוב בהרחבה יותר בחלק של זכויות החולה.

הוכחת הנזק

יסוד שדי מדלגים עליו. הוא עדיין לא מפותח מספיק. בדר"כ זה די ברור ואין כל כך התעסקות בזה (אם מישהו נפצע בתאונה ואין לו רגל- אז אין לו רגל. חד משמעי). אבל למשל לגבי נזקים נפשיים אפשר לראות שיש הרבה מה לחקור, לחשוב ולפתח על היסוד הזה.

אבל לא נצופה במבחן לדבר על נזקים שלא דיברנו עליהם. למשל לזהות שמדובר בנזק נפשי לעומת גופני, אם יש נזק לאוטונומיה או לא, אם זה נזק כלכלי טהור, או כאב וסבל… למרות שאנחנו לא מקדישים לזה התייחסות עמוקה ונפרדת, עדיין חשוב לדעת לזהות את הנזקים שמפוזרים לנו במחברת.

קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית לנזק

סיבתיות עובדתית - "מבחן האלמלא"

סיבתיות משפטית - דרך מבחן השכל הישר, הסיכון והצפיות

התייחסנו כאן לגבולות וציירנו גבולות, בעיקר עם שלושת המבחנים המרכזיים.

צריך להוכיח קש"ס בכל עוולה שצריך להוכיח בה נזק (רשלנות, הפרת חובה חקוקה…).

עסקנו בבעיות מרכזיות

1. דטרמינציה ביתר

כשמבחן האלמלא יוצא חיובי פעמיים וכל אחד מהמעוולים יכול לטעון שאלמלא גרם לנזק הוא היה נגרם בכל מקרה. דיברנו על פתרון הדיות.

1. אובדן סיכויי החלמה
2. עמימות סיבתית - ניזוק ומזיק יחידים, ו"מעוולים יחד" (זכרו: אשם תורם הוא מקרה פרטי של מעוולים יחד)

מצבים בהם תובע/ניזוק צריך להוכיח קש"ס ולא יכול לעשות את זה במידה הנדרשת (מאזן ההסתברויות). באופן עקרוני ביהמ"ש לא מאפשר לסטות מהכלל של מאזן ההסתברויות. עסקנו במקרה פרטי של מעוולים יחד שבהם ביהמ"ש צריך להחליט אם הנזק ניתן לחלוקה או לא. כשלא ניתן לחלק את הנזק- ביהמ"ש ילך בדר"כ לטובתו של הניזוק.

1. הזכרנו שדוקטרינת הנזק הראייתי נועדה להתמודד עם עמימות גם לגבי הוכחת קשר סיבתי עובדתי, כאשר העמימות נגרמה מאשמו של המזיק

הזכרנו את הדוקטרינה גם בהקשר של היפוך נטל הראייה, אבל בהקשר הזה דיברנו בעיקר על הנושא של הוכחת התרשלות. נכון שלגבי ס' 41 הדברים מדברים בעד עצמם והדוקטרינה רלוונטית גם לגבי הוכחת הסיבתיות, אבל דוקטרינת הנזק הראייתי נועדה לסייע לניזוק כאשר יש קושי להוכיח או את ההתרשלות או את הסיבתיות מהטעם שהמזיק חיבל בכוונה/בטעות בראיות וגרם לכך שהניזוק לא יוכל להוכיח. חשוב להבין שדוקטרינת הנזק הראייתי היא בעצם כלי עבודה לגבי כל אחד מיסודות העוולה שנדרש להוכיח אותו באמצעים עובדתיים, ראייתיים.

**סיבתיות משפטית**

1. מבחן השכל הישר- ציינו שביהמ"ש לא מתמקד במבחן הזה, הוא אינטואיטיבי ועובד על בסיס הנטייה הסיבתית, הניסיון מלמד אותנו ש… לא נשתמש רק בו.
2. מבחן הסיכון- הרעיון הוא שאנחנו בוחנים האם הנזק שהתממש- התממש כתוצאה מהסיכון שהמחוקק ביקש למנוע. אם זה סיכון שמסוג אחר שהתממש, מהסוג שהמחוקק לא ביקש למנוע- מבחן הסיכון לא מתקיים.
3. מבחן הצפיות- אם אנחנו חושבים שנזק מסוים הוא מאוד לא שגרתי שהתממש, נוכל לטעון שנזק כזה הוא נזק שלא ניתן לצפיות, הוא הגיע 'משום מקום'.

הכפילות של מבחן הצפיות

\* הכפילות קשורה לצפיות נורמטיבית בלבד (להבדיל מצפיות טכנית). כלומר לשיקולי מדיניות, ולשאלה מתי יש לבחנם- האם בגדר יסוד חובת הזהירות או בגדר הסיבתיות המשפטית.

הסיבתיות המשפטית היא זאת שנועדה לתחום את האחריות של המזיק לנזק שהוא גרם לו.

**אפשרות ראשונה**: אם התייחסתם למבחן הצפיות (צפיות הניזוק וצפיות הנזק) כאשר נדרשתם ליסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), אזי, כאשר אתם מנתחים סיבתיות משפטית, תתמקדו במבחן הסיכון, ותפנו למבחן הצפיות בניתוח שלכם לגבי חובת הזהירות.

**אפשרות שנייה**: להתייחס למבחן הצפיות בחלק של יסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), תוך התמקדות בצפיות הנזק. וכאשר אתם מגיעים לסיבתיות משפטית, להתייחס למבחן הסיכון וגם למבחן הצפיות לגבי סוג הנזק.

ייתכן גם שבכלל לא תהיה רלוונטית חובת זהירות- ואז כמובן נעסוק בהכל רק בסיבתיות.

הגנות

אחרי שהוכחנו למשל את כל יסודות הרשלנות, כנגד אפשר להעלות טענת הגנה.

אשם תורם - לפני קרות הנזק

הניזוק התרשל בעצמו בעצם. הוא היה צריך להיזהר, הוא התנהג בצורה לא סבירה מלכתחילה.

הקטנת נזק - אחרי קרות הנזק

המזיק יטען כלפי הניזוק שאמנם קרה נזק אבל הוא יכול היה לצמצם אותו. יכול להיות שיהיה אפשר לטעון שהוא יכול היה לצמצם את מלוא הנזק.

צמצום אחריותו הנזיקית של הנתבע, המזיק.