**מבוא – חלק ראשון**

**\*בחמד – ברק מאמץ את נוסחת לרנד הנד לא רק ליסוד הנזק, אלא ליסוד ההתרשלות. הוא מרחיב את הנוסחה: ובוחן בצורה ערכית את אינטרס הניזוק, המזיק והחברה. יש לבחון גם נסיבות.**

1. **מושגי יסוד בסיסיים:**

"דיני נזיקין" – במשפט הישראלי הדגש הוא על הנזק, במשפט הבינלאומי הדגש על העוולה.  
  
"עוולה" – ס3 לפקנ"ז + ס7 לפקנ"ז. מעשה/מחדל.  
  
ס3-עוולה והזכות לתרופה: הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה – כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה

ס7-הגדרות: בסעיפים 7א עד 7ו –"מעשה" – לרבות מחדל;  
  
"תרופות" – סעדים. פיצויים, צווי מניעה.

**הצדדים:**"ניזוק" או "קורבן" – תובע.  
"מעוול" או "מזיק" – נתבע.

**מושגים חשובים:**"דוקטרינה" – כלל משפטי.  
"תיאוריה" – הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי.

**הפקודה מחולקת ל2 חלקים:**

1. עוולות – יסודות בגינן ניתן להטיל אחריות נזיקית עקב גרימת נזק.
2. הסדרים כלליים בתחום דיני הנזיקין – בהנחה שיש עוולה בלבד. הגנות (צמצום אחריות), סיבתיות.

**סוגי עילות (ס23-63 לפקנ"ז+חוקים ספציפיים):**

1. עוולת סל – לדוג' עוולת הרשלנות, עוולת הפרת החובה החקוקה.
2. עוולות פרטיקולריות – לדוג' הסגת גבול.
3. עוולות מחוץ לפקודה – מוצרים פגומים, לשון הרע והגנת הפרטיות, הגנת הצרכן, מניעת הטרדה מינית ועוד.
4. **מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט**

דיני הנזיקין הם תחום משפטי שנמצא בגדר המשפט **הפרטי**.

מתי המדינה היא צד למשפט ציבורי ומתן צו לתביעה בנזיקין? יש לשאול האם המדינה פעלה במסגרת סמכותה השלטונית?

**מפת המשפט**: משפט פרטי, משפט ציבורי, ותחומים שיש בהם **חפיפה** – רלוונטי לגבי הסעדים הניתנים.

**הקשר בין דיני הנזיקין לבין תחומים אחרים במשפט הפרטי:**

1. **חוזים-נזיקין** – ישנו שוני רעיוני; חוזים נוגעים לרצון והסכמה. בחוזים הצדדים אינם זרים זה לזה – יש היכרות מוקדמת (לא במובנה הקלאסית, אלא רעיונית – שני צדדים הקשורים זה לזה איכשהו) ויש לכך נ"מ.
2. **קניין-נזיקין** – שוני רעיוני: בקניין יש פגיעה בשליטה וסמכות. בנוסף, "עיקרון הרשימה הסגורה" קיים רק בקניין אך לא בנזיקין. בנזיקין העוולות רחבות.
3. **עשיית עושר-נזיקין** – עשי"ע ונזיקין הן **דוקטרינות אחיות**. לעתים במקום לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שגרם לתובע, דיני עשי"ע מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע.

חובת ההשבה דורשת שלושה יסודות מצטברים ע"פ ס1(א) לחוק עשי"ע: **התעשרות, לא כדין, על חשבון.**

לדוג': 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' ב100. ב' חוזר מחו"ל ומגלה הכל. הוא תובע את א'.

שלוש אפשריות:

נזק = 0.

מחיר השוק (שכירות) = 80.

הרווח של א' = 100.

1. **הצעת חוק דיני ממונות** – חוק המאגד את הדינים למשפחה אחת של "דיני החיובים" (נזיקין, חוזים, עשי"ע). בכ"מ הדינים ישארו נפרדים כי הם מובחנים מהותית. אך כאמור, יש חפיפה בין הדינים:

**דוג'(1):**

**ס18 לחוק המקרקעין וס24 לפקנ"ז,** המציגים **החרגה** של ענישה במקרים של הסגת גבול/הגנה מיוחדת. **ההבדל** בין הסעיפים: **ס18 מגביל את השימוש בכוח,** ובס24 אין הגבלה אלא צריך לוודא שניסינו בדרכי שלום.

**שימוש בכוח נגד הסגת גבול (ס18לחוק המקרקעין)**

1. המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.
2. תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

**הגנה מיוחדת (ס24לפקנ"ז):**  
"בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע 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".

שאלה לדוג'(1): נניח שחזרתי מחו"ל לאחר יותר מ30 יום וראיתי מישהו שפלש לביתי. אם אוציא אותו בכוח והפולש יגיש תביעה נזיקין בגין תקיפה- האם תעמוד לי הגנה ע"פ פקנ"ז? והאם לפי חוק המקרקעין?

**דוג'(2):**

**מדינת ישראל נ חברה קבלנית האחים אהרון**

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

השאלה המשפטית: מה הפיצוי שיש לתת למשכירה?

האפשרויות: נזק, פיצוי מוסכם, דמי שימוש בנכס.

הליכים קודמים: המחוזי העניק גם דמי שימוש בנכס וגם פיצוי מוסכם.

בית המשפט דנן: **גולדברג** פוסק שיתכנו עילות שונות, אך אין זה בהכרח אומר שיש לאפשר יותר מסעד אחד, אחרת הניזוק מתעשר שלא כדין.פיצוי בגובה דמי **שימוש** ראויים מגן על **אינטרס הציפייה** החוזי של בעלת הנכס- לולא העיכוב, המשכירה יכלה להשכיר את הנכס.פיצוי בגובה דמי **שכירות** ראויים גם **מונע התעשרות שלא כדין** של המשכירה.גולדברג קובע שגם המטרה העומדת מאחורי **הפיצוי המוסכם** היא הערכה של הנזק הנגרם מהעיכוב. **כלומר יש פה הגנה על אותו אינטרס, ולכן זהו כפל פיצוי.** מיטל מוסיפה- אם היו מוכיחים שהפיצוי המוסכם נועד להגן על נזק אחר, היה ניתן לפסוק פה פיצוי נוסף, כיוון שאז יהיה ראש נזק שונה. **לסיכום: דמי השימוש הראויים מגנים על אינטרס הציפייה הנובע מכל העילות, ואין לפסוק את הפיצוי המוסכם אלא אם יש ראש נזק אחר** (בד"כ בוחרים את הפיצוי המוסכם, אך פה הוא עמד ביחס לא סביר לנזק).

ההלכה:  **ביתכן כמה עילות, נבחן באיזה אינטרס ישנה פגיעה ועל איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן, ונבחן את הסעד הרלוונטי**.

1. **הבחנה בין זכויותin personam (פרסונלית) לזכויות in rem (כולי עלמא):**

* זכות פרסונלית – זכות כלפי אנשים מסוימים. למשל, זכות **חוזית**. לרוב זכות פרסונלית **חזקה** יותר.
* זכות כלפי כולי עלמא – זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי כולם. זכויות **קניין**.
* **ההבחנה** בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעתים **מתערבבת** כמו לדוג', בדוקטרינה **ס62 לפקודת הנזיקין:** חבות נזיקית בחוזה. (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.

1. **הקשר בין דיני הנזיקין למשפט הפלילי**

* שתי העילות יכולות לחול יחד: דוג'- נניח שא' תקף את ב' ברחוב. במסגרת המשפט **הציבורי** – דיני העונשין: המדינה תתבע אותו על עבירת **התקיפה**. במסגרת המשפט **הפרטי** – הניזוק יתבע על עוולת התקיפה **והנזק** שנגרם כתוצאה ממנה.
* פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין – מתן אפשרות לנפגע עבירה לתבוע פיצוי. הפיצוי נכנס בגדר חוק העונשין ולא נזיקין כמו שנשמע. **ס77 לחוק העונשין (א)** הורשע אדם, רשאי ביהמ"ש לחייבו בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק ע"י העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 ש"ח לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו.
* פיצויים עונשיים בדיני נזיקין – כאשר עוולה נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים. נכנס פה אלמנט הרתעתי.
* היבט ראייתי – פס"ד **פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי,** שהרי סף ההוכחה בפלילי גבוה וממילא הוכיחו את מה שנדרש בהליך האזרחי (מעל 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.
* \*הבדל בין המשפט הפלילי לאזרחי: כשקורה משהו לא רוצים להטיל עונש, אלא פיצוי. זו מטרת משפט שונה. זו זירה בה אדם שניזוק רוצה להשיב את המצב לקדמותו, הוא מחליט לתבוע את האדם האחר בעוולה נזיקית. זה שונה מהליך בו המדינה מחליטה אם היא רוצה להטיל כתב אישום.

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

פקודת הנזיקין מחולקת לעוולות (עוולות פריטקולריות ועוולות סל) ולהסדרים כללים (קש"ס, הגנה וכו'). **קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזיקין שמטילים על המזיק חובת פיצוי.** השאלה היא **מה הקשר בין ההסדרים הנזיקיים שמחוץ לפקודת הנזיקין לבין ההוראות הכלליות של פקודת הנזיקין?**

**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 ייצוגית בשם הניזוקים כולם.שווי הנזק הוא ההפרש בין מה שפורסם לבין מה שנגבה בפועל. **ברזני תובע ע"פ ס2א לחוק הגנת הצרכן, האוסר להטעות צרכנים.** אלא **שסעיף 31א' לחוק הגנת הצרכן קובע שהדין של המעשים יהיה כשל עוולה שיש בפקודת הנזיקין.** חשין אומר שהמשמעות של סעיפים אלה היא שהוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה (אך בכל זאת מסייג בשל היעדר קש"ס בין ההטעיה לצריכה של השירות).

ההלכה: **עוולות נזיקיות שמצויות בחוקים שאינם פקנ"ז כפופות לאותם כללים שמצויים בפקנ"ז.**

**קריאה: ס' 38-41 לפקנ"ז, ברזני, ס'35 לנזיקין, פס"ד מגדל נ' אבו חנא.**

**מבוא חלק שני**

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

1. **הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית**

* העוולה הנזיקית **מגדירה מתי תוטל אחריות נזיקית** – מתי הופרה זכות **ראשונית** (יש להבדיל מזכות שניונית- זכות לתרופה).

**גרם נזק באשם**

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

(1) הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

(2) אֲשָמוֹ של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

(3) הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

* שלושה יסודות לעילה **(ס64 לפקודת הנזיקין):**

1. אשם – מורכב גם מפן **עובדתי**- התנהגות שמייחסים לה **הפרה של סטנדרט** (במעשה או במחדל), וגם מפן **נפשי**- למשל, האם הייתה **כוונה** (אקטיביות, פזיזות, אדישות). האם מישהו **היה צריך לדעת** שיגרם נזק (צפיות).
2. נזק – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה **(ס2 לפקודת הנזיקין).** דיני העונשין הם מבוססי סיכון, ואילו דיני נזיקין (לרוב) **מבוססי נזק.** דיני נזיקין הכירו בעיקר בנזקים **מוחשיים** כמו רכוש או גוף. נזק נפשי פחות מוזכר. הכי קרוב לכך זה נוחות.
3. קש"ס – **זיקה עובדתית ומשפטית** בין האשם לנזק.  
   **הכלל:** אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בשל ההתנהגות של הנתבע, אזי לא קמה עילה בנזיקין. המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא **מבחן אלמלא.** בוחנים ע"פ **תוצאות** העוולה. **הוכחת נזק נדרשת ברשלנות והפרת חובה חקוקה.** היא **איננה נדרשת בעוולות הסגת גבול, תקיפה וכיו"ב** (עוולות (per se.

* עוולת per se (עוולה כשלעצמה) ­– עוולה שבה **לא נדרשת הוכחת קש"ס לנזק.** לעתים עוולתper se היא תוצר של קושי ראייתי. **מרוץ ההתיישנות** שונה בין עוולות per se לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק **(ס89 לפקנ"ז).**

1. **הכרות עם סוגי האחריות השונים**
2. עוולות כוונה **–** עוולת כוונה דורשת **הוכחה של יסוד נפשי.** סובייקטיבי.דוג': תרמית (ס56), נגישה (ס60), שקר מפגיע (ס58), גרם הפרת חוזה (ס62). **נטל ההוכחה יהיה לרוב על התובע**; המוציא מחברו.בהקשר של כוונה נהוג להסתכל על העוולות כעוולות המבטאות **אשמה מוסרית.**
3. רשלנות **(ס35 לפקנ"ז) –** היסוד הנפשי הנדרש הוא **התנהגות בלתי סבירה** – "אשמה חברתית". בשונה מעוולת כוונה הדורשת כוונה, שזה סובייקטיבי, פה היסוד הוא **סטנדרט- יסוד אובייקטיבי.** גם פה **נטל ההוכחה הוא על התובע**- 51%.יש להבחין בין **התרשלות** (התנהגות לא סבירה) **לרשלנות.** ע"מ שהתרשלות תעלה לכדי רשלנות נדרש להוכיח **נזק וקש"ס.** יש ביקורת על הצורך להוכיח נזק קונקרטי ע"מ לתבוע בדיני נזיקין, בהקשר של הרתעה. **רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה –** יש נסיבות בהן הנטל עובר אל הנתבע להוכיח שלא התרשל. לדוג': **ס41 לפקנ"ז-** "חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו".
4. אחריות חמורה (מוגברת) – **המזיק חייב גם אם אין אשם** במובן המוסרי או החברתי (לדוג' הסגת גבול(ס29 לפקנ"ז). יש **משמעות לאשמתו של הניזוק – אשם תורם.**
5. אחריות מוחלטת – גם כאן המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי. כאן **אין משמעות גם לאשמו של הניזוק.**  
     
   **לדוג'**:   
   1. ס2ג לחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים – בעת תאונת דרכים, אין נ"מ לאשם התורם של הנפגע אלא אם יש אחד מן **החריגים** המופיעים בס7- בהם יש משמעות לאשם התורם.  
   2. ס2א לחוק האחריות למוצרים פגומים – כנ"ל, כאשר יש מוצר פגום, גם אם הנפגע תרם לנזק- זה לא פוטר את היצרן מנזק, מלבד **חריגים** בס4.
6. חסינות לנתבע – ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע נעבור למשטר שמטיב באופן אופטימלי עם הנתבע. פטור מאחריות. **דוג'**: חסינות גיל (ס8 לפקנ"ז), חסינות על פעולת שיפוט מזיקה (ס9 לפקנ"ז).

**יש להבחין בין אחריות חמורה לאחריות מוחלטת!!!**

טבלה מסכמת סוגי אחריות:

**מטרות דיני הנזיקין**

ביהמ"ש מנסה להתחקות אחר הכללים העומדים מאחורי הדוקטרינות המשפטיות בהתאם לשינויים המשפטיים בשטח (אקדמיה וכו'). ע"כ נתמקד גם בתיאוריה, במטרות. בעבר הייתה קיימת תפיסה שהתשובות המשפטיות נמצאות בין סעיפי החוק. כיום פונים לתחומים נוספים, תיאורטיים, כמו למשל צדק מחלק וצדק מתקן. השיקולים הללו מסייעים להכוונה תוכנית בצורה קוהרנטית בתוך הכלל המשפטי. נבחן מה ההיגיון שמצדיק הטלת אחריות (מה עומד מאחורי הכלל המשפטי, מצוי מול רצוי).

**מגדל נ' אבו חנא**

עובדות: נהג פגע בתינוקת ערביה בת 5 חודשים.

השאלה המשפטית: כיצד יש לחשב את הפיצוי (הוחלט שהפיצוי יקבע לפי **אובדן כושר השתכרות עתידית**, השאלה האם בצורה **סובייקטיבית או אובייקטיבית**).

הליכים קודמים: בישראל ובארצות אחרות של המשפט המקובל **הכלל המקובל עד פסק הדין אבו חנא** **היה: חישוב סובייקטיבי (מאפייני הניזוק).** הפיצוי שנפסק היה בהתאם למגדר והמגזר אליו משתייכת אבו חנא.

פסיקת העליון: החישוב יבוצע לפי **ממוצע השכר במשק** –חישוב **אובייקטיבי**.בארצות אחרות (כמו ארה"ב וקנדה), החישוב עדיין נקבע ע"פ אמת מידה סובייקטיבית. זו **חזקה** **הניתנת לסתירה בהתאם לנתונים שיש על הניזוק**- אם הניזוק הוא קטין אבל בן 17 ויש כיוון מדויק יותר לגבי השכר העתידי שלו (רמת משכל, שאיפות עתידיות וכו')- יהיו **התחשבויות בנתונים סובייקטיביים** (בד"כ ההתחשבות תהיה כאשר זה שיקולים שיפעילו כלפי מעלה).

**ההלכה: חישוב אובדן כושר השתכרות עתידית יבוצע בצורה אובייקטיבית ע"פ השכר הממוצע במשק, ולא ע"פ שיקולים סובייקטיביים השוללים התפתחות עתידית במצב הניזוק. עם זאת יהיו התחשבויות בנתונים סובייקטיבים.**

**שלושה שיקולים נורמטיביים לדוקטרינות המשפטיות – "הפרק התיאורטי" (חשוב)**

1. **צדק חלוקתי (צדק מחלק)** –

שאלות של **חלוקת העוגה בצורה הוגנת ושווה,** להבדיל משאלת גודל העוגה (לכמה חתיכות אחלק את העוגה הנתונה. המטרה היא לא להגדיל את העוגה).צדק חלוקתי רואה בדיני הנזיקין כלי שרת **לטיפול בביטול הפערים החברתיים או חוסר צדק הקיים בחברה** (כמו למשל, באבו חנא) – **שלא יחולק פיצוי שונה לאנשים שונים על נזק זהה**. אין להנציח את המעמד הסובייקטיבי של הניזוק. **לא** **מסתכלים על המזיק והניזוק המסוימים אלא על הקבוצות שהניזוק או המזיק משתייכים אליהן.** ניזוק ממגזר מסוים יקבל את אותו הפיצוי שניזוק אחר מאותו המגזר יקבל על נזק זהה.

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

1. **צדק מתקן-**

אחת מבין שתי הגישות הדומיננטיות לה בית המשפט מייחס חשיבות. צדק מתקן מתחבר יותר לתיאוריה של **זכויות**. הרעיון הבסיסי הוא שיש להראות שקיימת זכות ע"מ להוכיח שהופרה חובה, וע"מ לקבל תרופה. **צדק מתקן מסתכל אך ורק על המזיק והניזוק.** ישנה **הסתכלות סובייקטיבית על הניזוק-** אם מה שיפצה את הניזוק בצורה המיטבית יהיו שיקולים אובייקטיביים- נבחר בזה. אם שיקול סובייקטיבי יטיב עמו- נבחן באמות מידה סובייקטיביות.   
  
הבסיס לצדק מתקן הוא אי צדק במובן **האריסטוטלי**- נקודת המוצא היא שוויון וצדק, וכשיש פגיעה באדם יש פגיעה בשוויון- נוצר מצב בו המזיק ב"פלוס" והניזוק ב"מינוס". **הדרך היחידה להשיב את השוויון הנורמטיבי הוא ע"י נתינת תרופה מצד המזיק** (בהכרח, ולא מצד המדינה למשל, כי אז המזיק ישאר בפלוס). **ווינריב מוסיף תוכן נורמטיבי, מהותי לתוך הרעיון הכמותי של הצדק של אריסטו**- לכל אחד זכות להגשים עצמו באמצעות גופו ורכושו וכו'. ברגע שיש נזק ויש לאדם מינוס, יש מניעה ממנו ע"י אחר לממש עצמו ואת שלמותו. **אם מישהו פוגע בשלמות הגוף שלי, ומונע ממני אגב כך לממש עצמי, התרופה תאפשר לי לשוב למצב הנורמטיבי המגיע לי.**

]הצדק המתקן מורה כי תפקידו העיקרי של הצדק הוא השבת המצב לקדמותו, כאשר נוצר עיוות בחלוקת העושר בין שני צדדים, באשמת אחד מהם].

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

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

מונחים שנשמע בהקשר לתפיסה **הכלכלית** של נזיקין: **יעילות, תועלת, רווחה.** יש מעבר ממיקסום התועלת למיקסום הרווחה, כי ישנם דברים שלא יכולים להיות מתורגמים לכסף. ברווחה המצרפית מה שחשוב זה להגדיל את העוגה המצרפית – להיות יעילים.   
בשונה מצדק מתקן, **ההתמקדות איננה רק בניזוק והמזיק המסוימים, אלא ברווחה המצרפית כולה.** לא חשוב מה יעזור לניזוק הספציפי, אלא האם זה יעיל ככלל. בצדק מתקן השיקולים הכלכליים לא רלוונטיים.   
בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה היא **להגדיל את העוגה המצרפית, ולא לחלק אותה.**  
  
כאמור, בתיאוריה זו המטרה היא להגדיל את הרווחה המצרפית – שתהיה יותר תועלת.

**בחוזים** למשל, השאת הרווחה המצרפית היא **אינטואיטיבית** – צדדים מגיעים להסכם בכך שכל אחד מקבל מה **ששאף** אליו – כל צד יוצא נשכר, כביכול **משיג יותר ממה שהיה לו, וזה נחשב כמגדיל את העוגה המצרפית.**

**בנזיקין** זה פחות אינטואיטיבי, שהרי בנזיקין **נשאף להקטנת עלויות** (מזעור עלויות הנזק ומזעור עלויות המניעה של הנזק) – **עלויות הנזק ועלויות המניעה – נוגסים בעוגה המצרפית.**  
  
**כיצד נגדיל את הרווחה המצרפית?**

בקורס נתמקד בשתי דרכים מרכזיות למטרה זו (הרתעה ופיזור נזק):

1. הרתעה – שיקולים של **יעילות מלכתחילה.**

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.

לדוג' **–** ישנן 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 כדי למנוע את הנזק שנגרם?

פתרון –ישנה הגישה **הנאיבית** – בעל הצאן צריך לשאת בנזק. אך COASE הציע **פתרון אחר.** אומנם הצאן דרכו על התירס, אבל אם לא היה שם תירס, הצאן לא היה מזיק. כלומר, לפי קוז, גם הצאן וגם התירס הם הגורם לנזק. **לכן כדי להחליט על מי להטיל אחריות משפטית בנזיקין ואת מי צריך לעודד לפעול בצורה מסוימת, לא משנה מי בפועל הזיק,** אלא מה יהיה יעיל. צריך לבדוק **על מי ראוי** להטיל את הנזק. אם נראה **שנקטין את ההוצאות** של הנזק ומניעתו כאשר תוטל אחריות על בעל שדה התירס למנוע את הנזק (למשל, דרך הקמת גדר), אזי נטיל דווקא עליו את האחריות המשפטית, כיוון שנרצה **לעודד אותו לפעול למניעת הנזק, כלומר להרתיעו.**

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

**שיקולי הרתעה ופס"ד אבו חנא:** אם אדם יכול לפעול בשתי דרכים, ובאחת מהן לא תוטל אחריות נזיקית, או תוטל אחריות מופחתת – הוא יבחר בה. נוצר מצב בו יש הרתעה רק לגבי מצב אחד, יש צד אחד שנשכר וצד שני שלגביו פחות יש רתיעה להזיק, הרתעה בחסר.

1. פיזור נזק –

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

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

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

**לסיכום פרק התיאוריה של דיני הנזיקין:** דיברנו על ההבדל בין הכלל לתיאוריה. זה מה שעומד מאחורי דיני הנזיקין ומה שמוביל את המחוקק והשופטים. ביהמ"ש לא מחויב לרציונל אחד בלבד, אך צדק מתקן הוא מרכזי.

**יסודות עוולת הרשלנות – התרשלות**

**ס35 לפקנ"ז – רשלנות.** עוולת הרשלנות היא עוולת **מסגרת** מרכזית בדיני 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** לזולתועושה **עוולה**".

**יסודות עוולת הרשלנות  
התנהגות רשלנית (אשם), קיומה של חובת זהירות, גרימת נזק (הוכחת נזק+קש"ס בין ההתנהגות הרשלנית לנזק)**

1. התנהגות רשלנית (אשם) –   
   התרשלות. התנהגות בצורה לא סבירה שנמדדת **במבחן "האדם הסביר" –** בחינה **אובייקטיבית**. מחד, מדובר על התרשלות **חברתית** ולא מוסרית- התנהגות שהחברה מעדיפה שלא תתרחש עקב הסיכונים שהיא כורכת בתוכה.  
   **מצד שני, מה קורה אם הסטנדרט הנהוג בבית חולים מסוים גבוה יותר מההוא הנהוג בחברה בכללותה?** האם כאשר נבחן את התרשלות הרופאים בו, נבחן אותה ע"פ סטנדרט האדם הסביר או ע"פ הסטנדרט הגבוה יותר שבו הן מורגלות? (השאלה נדונה בפס"ד **שטרן**). האם מתעלמים משיקולים שאינם בדיוק אובייקטיבים? האם מכניסים שיקולים סובייקטיבים? או שגם האובייקטיבי נבחן ע"פ הנסיבות?

**פס"ד שטרן נ' שיבא**העובדות: מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי. לא בוצע ניתוח, וישנה טענה להתרשלות.  
השאלה המשפטית: **לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות**. עם זאת, הסטנדרט של בית החולים שיבא היה גבוה יותר. **האם הרופאים התרשלו משלא נקטו ע"פ הסטנדרט הנהוג בבית החולים עצמו?**קביעת בית המשפט: יש להטיל אחריות. בית החולים התרשל. (נראה שבית המשפט לא יתחשב במאפיינים סובייקטיבים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו).  
**הכלל: בהינתן נוהג שאיננו הסטנדרט המקובל – בית המשפט לא יתחשב במאפיינים סובייקטיבים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו.**

הטעם מאחורי קביעה זו? ייתכן שאדם בחר ברופא מסוים כיוון שידע שיש לו התמחות מסוימת. **מסתמך** עליו. פעולת הרופא בסטנדרט המקובל ולא בהתמחות הספציפית – עומדים בניגוד להסתמכותו של המטופל.  
ביקורת יכולה להיות: תופעת "**ההרתעה ביתר**", כמו למשל, רפואה מתגוננת. הסכנה היא שבתי החולים יכולים להירתע מלהתפתח ולהתקדם כיוון שיודעים שתחול עליהם אחריות נזיקית גבוהה יותר. הדבר עלול להעביר מסר שגוי – שלא כדאי להיות מעל הסטנדרט.

**עד כאן יסוד "האדם הסביר", נעבור לדבר על הביטוי "באותן נסיבות":**

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

**שאלה: האם הקביעה שהתנהגות המזיק סבירה צריכה להיות מושפעת מהשאלה עד כמה הסטנדרט ההתנהגותי המצופה מהמזיק יכול להכביד עליו? עד כמה רוצים להתחשב במזיק? מתי כן ומתי לא?**

* **צדק מתקן?** לא מתחשבים במזיק, כי מה שאכפת לנו זה לתקן את הנזק של הניזוק.
* **צדק מחלק?** לפי הרעיון של הצדק המחלק לא מעניין אותנו המזיק והניזוק המסוימים, אלא הקבוצה ממנה הם מגיעים. לפי התפיסה הזו אם אנחנו רוצים לתעדף את הניזוקים לעומת חופש הפעולה של המזיקים – נטיל על המזיק אחריות נזיקית, אלא אם המזיק מגיע ממעמד חלש. לדוג', **בועקנין** נסתכל באופן כללי על גיל העשרה שבד"כ פחות זהירים – וננסה להגן עליהם מעצמם. יהיו שיקולים רלוונטיים לקבוצה הספציפית של הניזוק, ופחות שיקולי הכבדה על המזיק.
* **בראייה כלכלית?** בראיה הכלכלית, השאלה האם יש הכבדה כלכלית על המזיק היא אכן רלוונטית. בראייה הכלכלית ישנה נוסחהשנקראת **נוסחת הנד**, המבררת מתי התנהגות היא איננה סבירה בהתחשב בהכבדה על המזיק. המטרה שלנו היא למזער את הנגישה בעוגה המצרפית, ולכן נעדיף פעולות שימנעו נזק רק אם זה יעיל. בראיה הכלכלית מצטרפת לנוסחת הנד מושג הנקרא "**מונע הנזק הזול".** הרעיון אומר שנטיל את האחריות על הגורם שעבורו העלות נמוכה יותר.

**יסוד ההתרשלות בראייה כלכלית:**

**נוסחת הנד:**

**P – הסתברות שיגרם הנזק.**

**L – שיעור הנזק** – הסתכלות על **הנזק הצפוי.**

**B – עלות המניעה** (הצבת אמצעי זהירות או הימנעות מפעילות).

הנוסחה מתארת את דיני הנזיקין כממריצים את המזיק, כאשר העלות של הנקיטה באמצעי זהירות נמוכה מתוחלת הנזק שעלול לקרות, ותופחת אם יינקטו אמצעי המניעה.

**תוחלת נזק –**

P X L - הסתברות שיגרם נזק כפול הנזק הצפוי.

**PXL>B- התנהגות רשלנית (התרשלות).** אם תוחלת הנזק גדולה יותר מעלות המניעה, המזיק התרשל. כי אם העלות נמוכה יותר, הדבר היעיל (בתפיסה הכלכלית הגישה היא יעילות) היה לצמצם את הנזק.

**PXL<B- אין התרשלות.** אם עלות המניעה של הנזק גדולה מתוחלת הנזק **–** המזיק לא התרשל, כי במקרה כזה זה לא יעיל לדרוש מהמזיק להשקיע יותר על משהו שלא "שווה אתזה".

**לדוג'**: במפעל הפולט חומרים בזמן הפעילות עשויה להיות דליפה. דליפה כזו עשויה לגרום לנזק של 100 לשכן. ההסתברות להתרחשות דליפה היא 30 אחוז. עלות התקנת פילטר שימנע את הדליפה הוא 20 שח. לרוע המזל, הסיכון התממש וקרה נזק של 100. **האם ניתן לומר שהמפעל התרשל?**

תשובה: נבחן את הנזק הצפוי כפול ההסתברות שיתממש – האם עלות המניעה גבוהה או נמוכה מתוחלת הנזק?  
תוחלת הנזק היא 30 (100X30 אחוז), עלות התקנת הפילטר (אמצעי מניעה) היא 20. עלות המניעה נמוכה וע"כ בהיעדר מניעה- ישנה התרשלות.

**אם הנזק הצפוי לשכן של המפעל עומד על 50 במקום על 100**, תוחלת הנזק היא 15 (15X30 אחוז), ואז עלויות המניעה (20) גבוהות יותר, ואין התרשלות.

**אתגרים של כימות: כיצד מכמתים עלות מניעה? כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (הסתברות)?**

**תשובה אפשרית: הנוסחה מדברת בערכים של אי שוויון** (אין צורך לאמוד את הגודל המדויק של כל אחד מהאגפים P,L, B)**.** צריך לדעת אם עלות המניעה היא גבוהה או נמוכה מתוחלת הנזק, וזה מקל על האינטואיציה, ולא צריך ערכים מוחלטים. זה שלא מצופה לערכים מוחלטים, מקנה אפשרות לכך שהעיסוק הוא **בקירוב**. הנוסחה לקוחה מעולם הערכים המוחלטים, זה הגיון לוגי. אך אנחנו מייבאים אותה אל המשפט ואז הזירה איננה מדויקת ועושים רעיון של קרוב, ומתמודדים עם אי שוויון להבדיל מערכים מוחלטים.

**נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה.** בראיה הכלכלית דיני נזיקין רוצים למזער עלויות, וזה מה שנוסחת הנד מממשת. אבל כך נוצר מצב **שלא מונעים נזקים אם לא יעיל למנוע אותם**. על כן מוסיפים תנאי נוסף לרעיון של היעילות:

**פוזנר ו"מונע הנזק הזול":** פוזנר אימץ את נוסחת הנד כאמת מידה להתרשלות, וקבע תנאי **מצטבר** נוסף ע"מ להשיג יעילות במשפט. **יש להטיל את האחריות הנזיקית על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם מדובר בניזוק** (כמו אצל פוז והצאן והתירס). לא רק רוצים שאנשים ימנעו נזק אם יעיל למנוע אותו אם תוחלת הנזק גבוהה מעלות המניעה, אלא רוצים לבדוק מי היה נכון שיפעיל את הנוסחה – המזיק או הניזוק.

צעד מתקדם ומתוחכם יותר מפוזנר הוא **שוקל הנזק הטוב ביותר** (קלברזי, הירשקופף)**–** במקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את כל החישובים ויקבל את כל המידע של מי הצד שהיה לו זול יותר,צריךלמצוא את **הצד שהוא "שוקל הנזק" הטוב ביותר – נמצא בעמדה הטובה ביותר כדי לשקול איך להפחית את עלויות המניעה והמניעה עצמה,** וכו'. הדבר מפחית עלויות שיפוט.

נוסחת הנד בתור יעילות ולא סבירות? מבחינת פרספקטיבה כלכלית, מדובר גם על סבירות. מי האדם הסביר: **נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.** בתי משפט לא מיישמים את הנוסחה בצורה טהרנית, אלא ככזו הכוללת מטרות נוספות. הדבר הסביר הוא למנוע את הנזק רק אם יעיל למנוע אותו. סבירות בראי המטרה הכלכלית.

**אימוץ נוסחת הנד –**הנוסחה אומצה בארה"ב וגם בארץ לא מתעלמים ממנה, היא אחד השיקולים הנוכחים בפסיקה. בארץ ובעולם הנוסחה אומצה אך לצד מטרות ושיקולים נוספים. היא **משערכת** ולא מדע מדויק. היא חשובה ומשמעותית בשאלת ההתרשלות.דוג' למצבים בהם ביהמ"ש עשה שימוש בנוסחה:

**ועקנין ב עיריית בית שמש שימוש בנוסחת הנד**

עובדות: נער בן 15 קופץ קפיצת ראש למים רדודים ונפצע בראשו.

השאלה המשפטית: האם הבריכה התרשלה כי לא הציבה שלטי אזהרה לגבי קפיצה במים רדודים?

**המסקנה: מודדים ע"פ נוסחת הנד. עלות המניעה היא נמוכה מאוד לעומת פגיעת גוף. הרעיון של שיקולים כלכליים תמיד נמצא.**

**גרובנר נ עיריית חיפה**

עובדות: נערים פגעו באישה מבוגרת בגן ציבורי בחיפה כאשר רכבו על אופניים. היא תבעה את העירייה על כך שלא העמידה פקחים על מנת לאכוף את האיסור לרכוב על אופניים שם. העיריה הציגה טיעון כלכלי, המונע מלהציב פקחים, אך ישנם שלטי אזהרה.

פסיקת העליון: **שמגר** – שימוש בנוסחה. לאור העלויות הגבוהות היה סביר שהעיריות יציבו רק שלטים, לעומת הנזק הצפוי, **למרות שהוא נזק גוף**. בעצם, **ביהמ"ש יכול להגיע למסקנות שונות בהתאם להכבדה על המזיק**, וא"א לומר שזה לא שיקול שביהמ"ש לוקח בחשבון. למרות שיש הרבה צדק מתקן וחלוקתי, בתי המשפט מיישמים הרבה את נוסחת הנד.  
**הגישה הכלכלית, ונוסחת הנד, מתחשבות בהכבדה על המזיק, ובמקרים מסוימים ניתן לא להטיל אחריות נזיקית אפילו על נזקי גוף**.

**חלופות לנוסחת הנד** - האם יש שיקולים פשוטים יותר?

1. **מה לגבי מנהגים?** האם מספיק להיתלות במנהגים – פרקטיקה מקובלת? האם נגיע לאותה תוצאה של צמצום עלויות?

דוג'- רשלנות רפואית (פרקטיקה מקובלת) – אם רופאה מבצעת הליך רפואי בראייה פרקטית, ונזק התממש (שהרי כל ניתוח כרוך בסיכון), אין רשלנות מצדה, כי רוב הרופאים היו נוהגים באותה דרך, זו לא התרשלות. אז לא נצטרך את נוסחת הנד.

אבל במקרה אחר לדוג – מפעל מזהם (למשל קביעת גובהה של ארובה למניעת זיהום) – בעל מפעל מזהם יכול להגיד שהפרקטיקה המקובלת אצל רוב המפעלים המזהמים זה גובה מסוים, וע"כ גם הוא עשה. באם מתרחש נזק, האם זה שיקול שעומד? ע"פ המנהגים לא נטיל אחריות. אם הולכים לפי האחריות של נוסחת הנד, והעלות נמוכה מול נזק עצום – נוכל להטיל אחריות באם לא נקט באמצעי המניעה.המסקנה – המעמד של מנהג הוא מורכב והוא אינו בהכרח תחליף אידיאלי לנוסחת הנד. **יש מצבים בהם ע"פ הנוהג אין התרשלות (כיוון שיש הרבה שפועלים באותה הצורה), אך ע"פ נוסחת הנד נקבע שיש התרשלות, כי אכן יעיל יותר למנוע את הנזק.**

1. **מה לגבי חוק?** למה לא אומרים שמי שהפר חוק כבר פעל בצורה לא סבירה ונחשב שהתרשל. כיוון שמי שהפר חוק לא בהכרח התרשל (בנוסף, יש עוולה נפרדת עליה נדבר בנפרד, הפרת חו"ח).

**פסד לרנר נ מדינת ישראל**

העובדות: לרנר נוסע במהירות גבוהה ופוסח על חיילים במחסום כי לא שמע אותם, בתקופה בה היו התראות לפיגועים. חשבוהו למפגע. אחד החיילים פעל בניגוד להוראות הפתיחה לאש וירה עליו ולא על הגלגלים.

השאלה: האם בהכרח הייתה התרשלות מצד החיל המפר? החוק נראה לנו תחליף טבעי לנוסחת הנד – אם יש הפרת חוק סימן שזו התנהגות לא יעילה, כי מניחים שהחוק מגלם גם יעילות.

פסיקת ביהמש: נמצא שמי שהפר את החוק לא בהכרח פעל בחוסר סבירות**. מצא** – אין חפיפה בין הוראות הפתיחה באש לבין האחריות הנזיקית. יכולה להיות הפרה של ההוראות, ויכול להית מצב שלמרות שיש הפרה הפעולה לא תהיה רשלנית. צריך להסתכל על הקשר ונסיבות – והנסיבות העידו על כך שהייתה טעות אומנם, אבל גם הייתה חריגה ממצבים שההוראות נועדו להתמודד איתם. בהתחשב בלחץ הזמן של החיילים ובהתראות וכו' – **ההחלטה לירות הייתה מוטעית אך אי אפשר לומר שהייתה לא סבירה.** לא מתקיימת התנהגות שאפשר לומר שהיא רשלנית.  
  
**ההלכה: א"א להעיד אם התנהגות רשלנית או לא רק אם מנהג או חוק הופרו. יש התנהגויות שעומדות בסטנדרט או פרקטיקה ועדיין יכולות להיחשב רשלניות (כמו בשטרן למשל) ויש מצבים שהתנהגות או סטיה מחוק לא בהכרח מהווים רשלנות, כיוון שהנסיבות מאפשרות זאת ומורות שההתנהגות הייתה סבירה.**   
העובדה שיש הפרה לא אומרת שיש רשלנות בשונה מנוסחת הנד שמביאה יותר לאיזון מדויק יותר.

**נוסחת הנד הרתעה ביתר והרתעה בחסר**

**טעות שיפוט בהערכת סטנדרט הזהירות (תוחלת הנזק = PXL):**

* הרתעה ביתר – כאשר ביהמש מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי.

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

כשמזיק פוטנציאלי פועל בעולם הוא לוקח בחשבון את תוחלת הנזק. רואים לנגד עינינו את תוחלת הנזק שעלולים לגרום לה – את הנזקים כפול ההסתברות שלהם. זה אומר שאם ביהמש עושה טעות לגבי תוחלת הנזק (סטנדרט הזהירות) שרואים לפנינו, משערך לא נכון, מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי ומייחס תוחלת נזק גדולה יותר – תוטל עלי אחריות נזיקית בכ"מ. ולכן, במקום שאסע בזהירות סבירה בהתאם לתוחלת הנזק – אני אסע יותר לאט – כדי שהחישוב של תוחלת הנזק בנוסחת הנד יהיה נמוך יותר.

**מאוד חשוב לנו איך ביהמש בוחן את תוחלת הנזק. מפני שאם הוא יחשוב שחשפתי לסיכון גדול יותר תוטל עלי אחריות ברשלנות ואהיה יותר זהירה.**

הדוגמא ההפוכה היא הרתעה בחסר. בעייתי יותר.

* הרתעה בחסר – כאשר ביהמש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי. לדוג', אם תוחלת נזק היא 10 אבל המזיק חושב שסטנדרט הזהירות נמוך יותר, ומבטא תוחלת נזק של 5, האם ימנע את הנזק בעלות של 6?

**הדבר יגרום להתנהג בצורה זהירה פחות.**

**לשיעור הבא: ס36 לפקודת הנזיקין , פסד גורדון , פסד לוי , פסד רויטמן**

**[דוג' פשוטה לשילוב בין נוסחת הנד לרעיון מונע הנזק הזול]**

דוג'- שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס. בשניה אדם מגדל צאן. מדי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. איך פותרים את הבעיה? על מי נרצה להטיל את האחריות 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 את הצאן או לשכור שירותיו של רועה צאן)  
תוחלת הנזק (לשדה התירס)- 10.

לפי נוסחת הנד, ע"פ נתוני השאלה, אין ספק שזה רשלני לא למנוע את הנזק – עלות המניעה שלו נמוכה מתוחלתו. גם 8 וגם 6 קטנים מ10.

**מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף – על מי נרצה להטיל את האחריות?  
יישום הרעיון של מונע הנזק הזול, יכריע שנרצה להטיל אחריות על מגדל התירס (ולא על בעל הצאן) כי ע"פ הנתונים, עלות המניעה שלו נמוכה יותר 6<8.**

**[סתם שאלה תיאורטית לא משמעותית – מה קורה אם הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה?]**

נניח שמגדל התירס ומגדל הצאן שניהם יכולים למנוע את תוחלת הנזק 10 בעלות 6?

תמיד עדיף לנסות ולמצוא גורם אחד משיקולים של **צמצום עלויות**, שהם שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון", אבל אם זה בלתי אפשרי:

**שיקולים מ"סדר שניוני",** **מפזר הנזק הטוב ביותר**. מפזר הנזק הטוב ביותר – המדינה, חברת ביטוח, יצרנים. במקרה כזה שאלות מסדר שניוני יכריעו. נטיל על מי שיכול לעמוד בו. אך בדוגמא שלנו זה שני אנשים פרטיים – בעל שדה ובעל צאן, בערך באותו מעמד, וקשה לקבוע מי מפזר הנזק הטוב.

במקרה הזה יהיו שיקולים נוספים, כמו למשל, **צמצום עלויות אדמיניסטרציה** (חסכון בעלויות ההליך עצמו יובילונו להותיר את עלויות הנזק על הצד הנושא בו).

ואם עדיין לא נצליח גם כך – הכלל המשפטי יאותת לצד הניזוק לא להגיש הליך ליטיגציה לכתחילה.

2.היסוד השני של עוולת הרשלנות – קיומה של חובת זהירות

ס35. "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".

ע"מ להטיל על מזיק אחריות ברשלנות, לא די בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק.

**חובת זהירות:**

**פס"ד Donoghue v Stevenson** (סטיבנסון)

העובדות: שתי חברות ישבו בבית קפה וקנו בירה ג'ינג'ר, אחת שפכה את הבירה על הגלידה ומגלה שבתוך הבירה היה חילזון מת. היו לה כאבי בטן חזקים לאחר מכן.

פסק הדין הזה **חדשני לגבי אחריות היצרן.** לא היה חוזה בין הצדדים וזה לא היה מובן מאליו לתבוע ככה.

פסיקת ביהמ"ש: הלורד אתקין – **"השכן שלנו" במשפט הוא אדם שקרוב דיו כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, ולכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנחנו בוחרים איך להתנהג.**

**נדרשת קרבה כלשהי ע"מ להטיל חובת זהירות. אדם צריך לקחת בחשבון מי ברמת קרבה שיושפע ממנו בדרך בה יבחר להתנהג.**

מיהו השכן שלי? עם מי יש לי יחסי קרבה? זו שאלה מאוד משמעותית. זכרו, שרק אם יש לי חובת זהירות, ניתן לטעון כלפי שהפרתי את החובה. רק אז אכנס מבעד "לדלת" עוולת הרשלנות.

**התפתחות חובת הזהירות בארץ:**

**גורדון נ עירית ירושלים (נדרש לקריטריון של קרבה במשפט הישראלי)**

עובדות: גורדון מכר את רכבו לאחר והמשיך לקבל עליו קנסות למרות שדיווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים הפסיק לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של עניין נעצר על כך. הוא מגיש תביעה.

הרקע המשפטי: העוולה הטבעית שהיינו מצפים שיגיש בגינה היא ס60 לפקנ"ז- עוולת הנגישה. עוולת הנגישה – הליך נפל פלילי – דורשת הוכחה של זדון שאין במקרה דנן. ולכן גורדון תובע בעוולת רשלנות.

השאלה המשפטית: האם למרות שמדובר ברשות ציבורית מטילים את עוולת הרשלנות.

פסיקת ביהמ"ש: **ברק** קובע שהעובדה שקיימת עוולה פרטיקולרית לא אומרת שלא ניתן להשתמש בעוולה כללית (עוולת הרשלנות). בנוסף, **במשפט הישראלי, הקריטריון ליחסי שכנות או קרבה, הוא מבחן הצפיות. יהיו מקרים בהם מבחן הצפיות יורה שאין מניעה להטיל חובת זהירות על רשות ציבורית,** כמו במקרה דנן.

**שני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות":**

1. צפיות טכנית או חובת זהירות קונקרטית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק) – הצפיות הטכנית בוחנת האם המזיק **יכול** היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.
2. צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק) – הצפיות הנורמטיבית בוחנת האם המזיק היה **צריך** לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

**לעתים קרובות כאשר מתקיימת הצפיות הטכנית מתקיימת גם צפיות נורמטיבית, אך לא תמיד, ונבחן כל אחד בנפרד.**

1. **המבחן הראשון – צפיות טכנית (או קונקרטית)**   
   מה זה אומר יכול היה למנוע את הנזק, ואיך בוחנים את זה?

**פס"ד palsgrave v long island railroad company (פלסגרף)**

עובדות: אדם עלה לקרון הרכבת כשהרכבת התחילה לנסוע, והיו מפקחים שסייעו לו. תוך כדי הדבר הזה, נפלה לאדם הזה חבילה מהיד שהיו בה זיקוקים, והם גרמו לפיצוץ. הפיצוץ גרם להפיל מוט על ראש של אישה (פלסגרף). היא תובעת את הרכבת על רשלנות.

השאלה המשפטית: איננה כלפי הנוסע, אלא האם אותו שומר יכול היה לצפות את סוג הנזק והניזוק הספציפי שמדובר פה – הגברת פלסגרף.

פסיקת ביהמ"ש: ביהמ"ש קובע שלא צריך להטיל חובה נזיקית על הרכבת באותו העניין, למרות שברור שההתנהגות של המפקחים הייתה רשלנית. אותו שומר לא יכול היה לצפות את השתלשלות הדברים באופן הזה. אילו אותו נוסע היה נפצע מהעלייה החפוזה (או למשל היה רוצה לתבוע על הנזק לחפצים) – היה אפשר לצפות. אבל לא כלפי גב' פלסגרף. היא הייתה מחוץ למתחם הסיכון שניתן היה לצפות. וכשמישהו מתנהל בצורה מסוכנת ולא יכול לדעת מי במתחם הסיכון שלו, לא ניתן להטיל חובת זהירות.

**ההלכה: גם כאשר ישנה התנהגות רשלנית, לא ניתן להטיל חובת זהירות כאשר הנזק שהתרחש נמצא מחוץ למתחם הסיכון שניתן לצפות מבחינה טכנית.**

ההיגיון מאחורי זה – כולנו יוצרים סיכונים כל הזמן. נסיעה ברכב – יוצרת סיכון וכו'. אי אפשר להטיל חובת זהירות על כל דבר שקורה סביבנו אפילו אם נובע מההתנהגות המסוכנת שלו.

**פריצקר נ' פרידמן**

עובדות: עזבונו של אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג תובע את הדורס ברשלנות (הימים שלפני הפלת"ד (= אחרי הפלת"ד, במקרי תאונה, חייב להביא פיצוי כלשהו. לפני – אין חובת פיצוי פשוטה כזו)).

פסיקת ביהמ"ש: לפי זילבר חלה חובת זהירות אבל הנהג עמד בה כי דיבר עם הנדרס, והוא היה ער לכך שהוא נוסע אחורה, ולכן לא ניתן לחוב את הנהג ברשלנות. השופט **אגרנט** מציג דעה אחרת: ככלל, חלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל במקרים דומים, אבל בנסיבות העניין, לא חלה חובת הזהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי. הרי הניזוק הוא זה שאמר לנהג לאן לנסוע. (אם שמים את חובת הזהירות בצד, ניתן לומר שיש פה סתם התרשלות).

**ההלכה: גם כאשר ישנה התנהגות רשלנית, אדם לא מחויב בחובת זהירות כאשר הנזק שהתרחש נמצא מחוץ למתחם הסיכון שניתן לצפות, כמו למשל, כאשר יש ניזוק לא צפוי.**

\*\*[בפועל, ביהמש לא ממהר לפסוק שאין חובת זהירות. פס"ד פריצקר יוצא דופן].  
  
**פלסגרף+פריצקר- גם כאשר ישנה התנהגות רשלנית, לא ניתן להטיל חובת זהירות על נזקים או ניזוקים אשר מחוץ למתחם הסיכון שניתן לצפות.**

**כיצד ניתן להצדיק את מבחן הצפיות הטכנית?** הסברים אפשריים:

* אולי תוחלת הנזק מאוד קטנה? לא מצפים לנזק כלל או לכזה משמעותי בפרט?
* כיצד ניתן לצפות ממזיק לנקוט באמצעי מניעה אם הנזק לא צפוי?
* הרתעה ביתר? לא רוצים ליצור מצב של הרתעה ביתר, שהרי כולנו מסכנים ומסתכנים. לא רוצים שאנשים יתגוננו.
* **אולי המשמעות היא שהניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר? אולי אם המזיק לא יכול היה לצפות זה סימן שהניזוק הוא מונע הנזק הטוב ביותר. כך למשל נראה בפריצקר.**

**צפיות מתאימה לצדק מתקן – השאלה היא שאלה של זכויות:** אם לא ניתן לומר שיש זכות למישהו, לא יכולים לגזור לו סעד כאשר הזכות נפגעת (לדוג' **בפריצקר**).

**חריג למבחן הצפיות הטכנית: מבחן הגולגולת הדקה**   
(נכון לגבי היקף הנזק שניתן היה לצפות, ולא לגבי הנזק עצמו).   
המבחן אומר – **במצבים שיש ניזוק פגיע במיוחד, ההנחה היא שהמזיק לא היה צריך לצפות רק את הניזוק הספציפי, אלא גם את זה שהניזוק פגיע במיוחד. מפני שברגע שיכולנו לצפות ניזוק כלשהו (עברנו את המבחן הראשון), ההנחה היא שאם יכולנו לצפות את סוג הנזק והניזוק, אפשר לצפות גם את העובדה שהוא יהיה רגיש במיוחד.**

ביקורת אפשרית לגבי החריג: אם היקף הנזק של אדם הוא נדיר בצורה בלתי רגילה – אולי הוא זה שגם מונע הנזק הטוב ביותר, וצריך להיזהר יותר.

הרציונלים שמאחורי החריג: טיעון חלוקתי אפשרי הוא שגם הניזוק הרגיש לא תמיד יודע שהוא כזה. אנשים לא תמיד מודעים למוגבלויות הייחודיות שלהם, וההשלכות עליהם.

**כשיש לי סיטואציה שמצאתי צפיות טכנית, וגיליתי שיש רגישות מסוימת במקרה הזה – הנזק עליו אצטרך לפצות הוא גדול יותר.**

1. **המבחן השני – צפיות נורמטיבית (חובת זהירות מושגית)**

[הערה כללית – הדמיון שבין "סיבתיות במובן המשפטי" לבין "צפיות נורמטיבית"].  
הן הצפיות הטכנית והן הנורמטיבית נוגעות לאירוע הנזק כולו; הן לסוג הנזק והן לניזוק.

ההבדל בין השאלות, האם המזיק יכול היה למנוע את הנזק, לשאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות. שיקולי המדיניות מהווים מסננת כלשהי לגבי השאלה האם ישנה חובה או לא.

**דוג' לשיקולי מדיניות שמסייעים לא להטיל חובת זהירות על מזיק כלפי ניזוק:**

1. שיקולי הרתעה – לא רוצים ליצור הרתעה ביתר (כמו למשל, רפואה מתגוננת). ככל שיותר חשופים לתביעות משפטיות, כך ניטה להימנע מפעילות מסוימת אם יש אלטרנטיבה בטוחה יותר בשבילנו.
2. עלויות מנהליות – עלויות אדמיניסטרציה. אם ידינו קלה על ההדק, נבחן בכל מקרה האם ניתן להטיל אחריות ברשלנות. יוגשו המון תביעות סרק ויהיה קשה לסנן. ברגע שיודעים שיש מסננת נורמטיבית כזו, אנשים לא יתבעו על כל דבר.
3. "דחייה על הסף" – מקרים של דחיה על הסף נדירים, ומתרחשים כאשר הנסיבות של המקרה מלמדות שההסתברות היא שהמזיק לא התרשל. אדם שפעל בפעילות מסוכנת, אבל ההסתברות לנזק נמוכה.

**פס"ד מדינת ישראל נ לוי**

עובדות: לוי נהרג בתאונה. העזבון תובע. הנהג הפוגע היה מבוטח ע"י חברת ביטוח שהתפרקה. המדינה נתבעת על אובדן כספי הביטוח משום שאילו המפקח על הביטוח היה מפסיק את הרישיון של חברת הביטוח או מתריע לציבור על קריסתה, הנזק היה נמנע (שוב, ימים לפני הפלת"ד).

השאלה המשפטית: האם יש חובת זהירות של המפקח על הביטוח כלפי לוי?  
מבחינת צפיות טכנית – אפשר להניח שהמפקח על הביטוח יכול היה לראות שיגרם נזק למישהו מכך שהחברה מתפרקת והציבור לא מודע לכך. הרי ייתכנו תאונות, וניתן לדעת שאין ממה להיפרע.  
מה לגבי צפיות נורמטיבית?

פסיקת ביהמ"ש: **שמגר** שואל מתי תחול צפיות נורמטיבית כשהמדינה היא צד בעניין. כלומר, **מתי יש יחסי שכנות-קרבה, בין המדינה לבין אזרחיה**. שמגר קובע תנאים מסוימים.

התנאים להתקיימות צפיות נורמטיבית כאשר המדינה מעורבת:

1. **האם המדינה פועלת בכובעה הפרטי או הציבורי?**  
   יש הבדל שנוגע לזה שהמדינה היא בעלת מקרקעין למשל, מעמד שיש גם לאזרח רגיל – ואז התנהגות רשלנית היא בעייתית, לבין התנהלות ציבורית סמכותית. יש שיקולים נוספים שמשפיעים על החברה מעבר למובן המצומצם, כוח שיש רק למדינה.
2. **האם מדובר במעשה או מחדל?**   
   באופן עקרוני, הטלת אחריות על מחדלים תיעשה בצורה זהירה יותר, ועל המדינה בפרט. כאשר עושים מעשה מסוים קל יותר להטיל גבול, אבל קשה לדייק בהימנעות.
3. **מה סוג הנזק? נזק ממוני טהור או נזק גוף?**   
   ככל שהמזיק יוצר סיכון לנזקי גוף, ביהמש יטה לקבוע שמתקיימת חובת זהירות.
4. **האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?**  
   ניזוק יכול היה להסתמך על הפעילות של המדינה (כמו למשל, אנשים מסתמכים על הביטוח)

\*חשוב לציין, לא מדובר בהוראות שהן צ'קליסט – לא תמיד כולם צריכים להתקיים ובאותה מידה, אלא יש שיקולים שונים לגבי כל אחד ובנסיבות משתנות. התנאים הללו לא מצטברים. **ועדיין, ביהמש באותו עניין קבע שלא מוטלת חובת זהירות על המדינה.**

**ההלכה: צמצום (ולא פטור מוחלט) של אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת, ע"מ לאפשר שק"ד רחב. התנאים (הלא מצטברים) להטלת צפיות נורמטיבית על המדינה: כובע פרטי או ציבורי, מידת הסתמכות, מעשה או מחדל, נזק ממוני או נזק גוף.**

[בעניין לוי נקבע שצריך לפטור את המפקח על הביטוח מאחריות נזיקית, לא בגלל שבמצבים הללו לא צריך להטיל אחריות נזיקית על הרשות, אלא כיוון שבמקרה המסוים בלוי רוצים לאפשר לרשות שק"ד רחב, שכל עוד הרשות פועלת בגדרו נעדיף שלא להטיל עליה אחריות נזיקית.

ההחלטה היא על התפר של משפט מנהלי, ולא שיקולים נזיקיים טהורים. אילו היה מטילים אחריות על המפקח של הביטוח, זה היה מתמרץ את המפקח להודיע כאשר יש קשיים כלכליים שעשויים להביא לפירוק. אך האם זה נכון בהכרח? האם יש שיקולים נוספים שהמפקח בוחן שיסייע לא להודיע על כך לציבור?

אם המפקח על הביטוח היה מתריע, החברה הייתה קורסת במיידיות. לא בטוח שזה מה שעדיף שיקרה.. הרי המפקח ניסה למנוע את הקריסה של חברת הביטוח. קריסה של חברת ביטוח היא בעייתית גם לחברה וגם למבוטחים – שהגיוני שיש כאלה שלא יהיו מודעים לכך וכו'.]

**צפיות נורמטיבית – דוג' לצמצום חובת זהירות של עדים במשפט:**

**פס"ד רויטמן**

העובדות: עו"ד שהורשע בפלילים, תובע את בנק המזרחי ומס' עובדים על עדות שקר שגרמה לו לנזקים. תובע על רשלנות.

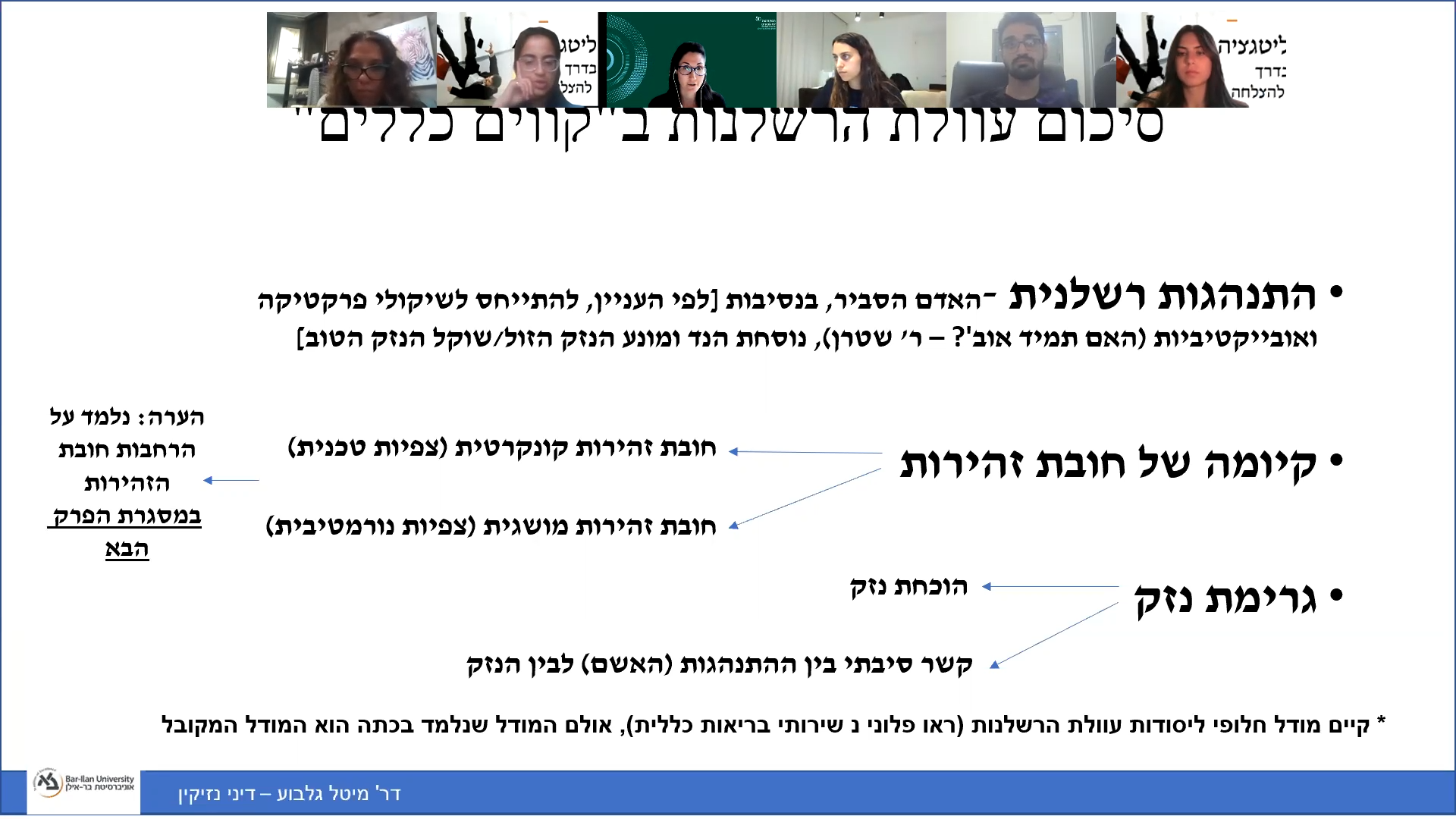
פסיקת ביהמ"ש: השופט **קיסטר** קובע שעדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות. הדבר יוצר מעין חסינות לעדים. למה שנרצה לעשות זאת? ע"מ למנוע מצב של הרתעה ביתר, בה עדים יחששו להעיד. זו **דוג' להגבלת חובת הזהירות מטעמים של שיקולי מדיניות,** שהרי יש חוקים אחרים שיכולים לטפל במצבים של עדות שקר, והשאלה היא האם להכניס את זה גם לקטגוריה של דיני הנזיקין.

**ההלכה: חובת הזהירות של עוולת הרשלנות לא חלה על עדים במשפט (מטעמים של שיקולי מדיניות).**

1. **היסוד השלישי של עוולת הזהירות – נזק.**

נזק בנוי משני חלקים:

1. **הוכחת נזק –**יסוד הגרימה.
2. **קש"ס בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק –**   
   המבחן לבחינת קש"ס עובדתי במשפט (עיסוק נרחב במבחני הסיבתיות ובחריגים יעשה בפרק נפרד):  
   "מבחן האלמלא": האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?  
   דוג': האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא (אילו הרופא היה פועל באופן סביר)? אם כן, אין קש"ס בין ההתרשלות לנזק. אם לא, יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק. אם סתם כך הרופא היה מתרשל, ולא היה נזק, ולא היה קש"ס בין ההתרשלות לנזק- לא היינו מטילים אחריות ברשלנות.



**גבולות עוולת הרשלנות**

נבחן מצבים רשלניים שבעבר לא היו מטילים בהם אחריות נזיקית, ונראה כיצד כיום הרחיבו את העוולה.

נעסוק בארבעה נושאים מרכזיים:

1. **נזק ממוני (כלכלי) טהור** – נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף או רכוש).   
   לדוג', פועל שמבצע עבודות תשתית בקרבת מפעל. בעבודתו, נוקט בפעולה רשלנית, ופוגע בכבל חשמל המחובר למפעל של התובע. כתוצאה מהפגיעה בכבל, מכונה במפעל לא עבדה במשך יממה. **אובדן הכנסה של בעל המפעל מהווה נזק כלכלי טהור. אם נשרף חלק במכונה בנוסף, הנזק הכלכלי כבר לא טהור.**  
   בעבר הכלל היה שא"א לתבוע על נזק ממוני טהור. עורכי דין היו מחפשים נזקים פיזיים פעוטים כדי לטעון.   
     
   הרציונליים לכלל הישן:  
   - שיקול ראייתי של קשיי הוכחה   
   - הצפת בתי המשפט

טיעונים נגד הכלל שהביאו לשינוי (מגמת התרחבות) שבו נעסוק בפרק זה:  
- לא מתיישב עם צדק מתקן – אם למישהו נפגעה זכות, וקורה לו נזק, אחד הרעיונות הוא להשיב את המצב לקדמותו. האם לא נקיים את הרעיון העומד בבסיס דיני הנזיקין בגלל שסוג הנזק הוא כלכלי גרידא?  
לא מתיישב עם שיקולי הרתעה – נגרום להרתעה בחסר, אפשר להזיק כל עוד לא פגעת במישהו בצורה פיזית.

**החריגים לכלל לפיו אין אחריות על נזק כלכלי טהור (מתי כן ניתן לתבוע על נזק כלכלי טהור):**

1. **נזק כלכלי הנגרם ממצג שווא רשלני** – כאשר מומחה נותן חוו"ד הגורמת לנזק. לדוג' במקרה של עו"ד, רופא וכו'.  
     
   **פס"ד ויינשטיין נ' קדימה** – לראשונה הכירו באחריות נזיקית של רשלנות על מצג שווא רשלני.  
   עובדות: קבלן בנה מיכל מים. בתכנון המיכל היו פגמים שנגרמו עקב רשלנות המהנדס (הקבלן הסתמך על התכנון של המהנדס, ולא היה קשר מעבר בין הקבלן למהנדס) עקב הפגמים, **המושב שהזמין את שירותי הקבלן לא הסכים לשלם לקבלן את המחיר המוסכם. הנזק של הקבלן הוא נזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא רשלני** – ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל מהמושב בעבור המיכל שהתקין לבין מה שקיבל בפועל. אובדן הכנסה.  
   פסיקת ביהמ"ש: השופט **אגרנט** קובע את התנאים לקבלת תביעה על נזק כלכלי טהור עקב הסתמכות, למרות שאין קשר חוזי בין הצדדים (מה שהיה חדשני דאז):
2. מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדת –   
   לא נרצה להגביל את חופש הביטוי של האנשים, אלא אם כן מדובר באדם שבאמת ייתכן שיסתמכו עליו. בנוסף, הדבר יכול להוביל להקפדה רבה יותר של בעלי המקצוע על דבריהם, ורוצים לעודד את זה.  
   הרעיון הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, כבעלת שליטה על המידע (פס"ד **אתא** נ' אילנקו).  
   **פס"ד אתא נ' אילנקו**חברה קבלנית תבעה את ועדת התכנון של קרית אתא על מצג שווא רשלני – החברה קנתה קרקע שמסתבר שהייתה מיועדת לחקלאות, כלומר כעת הקרקע שווה פחות, כי לא ניתנת לניצול לבניה. הנזק הוא נזק כלכלי טהור. נקבע בפס"ד: **חובת הזהירות לעניין מומחיות חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות כלפי אזרחים הפונים לקבל מידע מהם, כבעלי שליטה על המידע.**
3. המצג נעשה במהלך עסקים הרגיל **–**

לדוג', לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עו"ד.

1. הגבלת היקף האחריות –   
   לדוג', חובת זהירות של עו"ד המתראיין בטלוויזיה כלפי כל הצופים בתוכנית.
2. הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת **–**צמצום חבותו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת, ולא להטיל אחריות אם צד ג' השתמש בעצה שניתנה לצד ב'.
3. נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת **–**הכלל שהכשיל את התביעה בעניין ויינשטיין (בכיתה תוזכר אלטרנטיבה לקבל את התביעה בנסיבות אלה ולהכיר באשם תורם): אם אפשר היה לצפות (באופן אובייקטיבי) שהיה על אותו אדם לקבל חוו"ד נוספת, לא ניתן היה לומר שהייתה התרשלות.  
   במקרה הזה של וויינשטיין, המהנדס יכול היה לצפות (וזה נכתב בחוזה) שהקבלן שלקח את העבודה בחן את הדברים הטכניים לפני כן, ואפילו הסתמך על חוות דעת נוספת. [גם בפס"ד עצמו צוין שאילו היה ניתן להוכיח נוהג שלפיו לא צריך להוכיח חוו"ד שנייה, העתירה לא הייתה מתקבלת. אם מצפים מהצד הניזוק לדאוג לחוו"ד נוספת והוא לא עשה אתזה, אלא אם הוכיחו אחרת שבאותן נסיבות בד"כ לא צריך חוו"ד נוספת].  
   בתי משפט לא תמיד הסתמכו על הכלל הזה, רק אם באמת ניתן היה לצפות לחוו"ד נוספת.  
   \*לחילופין, אם כל התנאים מתקבלים וישנה רשלנות מתוך הנסיבות העובדתיות, ביהמ"ש יטיל אחריות נזיקית אבל גם יטיל אשם תורם על הניזוק. פיצוי מופחת.

לסיכום: ישנו חריג לכלל לפיו לא ניתן להטיל אחריות נזיקית על נזק ממוני טהור, והוא, כאשר הנזק הכלכלי נגרם כתוצאה ממצג שווא רשלני.

ההלכה**: התנאים להתקיימות החריג לפיו ניתן להטיל אחריות נזיקית על נזק ממוני טהור, כאשר הנזק הכלכלי נגרם כתוצאה ממצג שווא רשלני הם:  
 1. מיומנות מיוחדת מצד המציג (גם על רשויות ציבוריות, כבעלות שליטה על מידע (אתא))  
 2. המצג היה במהלך העסקים הרגיל  
 3. היקף אחריות מוגבל (לברר מה זה שונה מ4)  
 4. הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת  
 5. המציג צפה שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת.**

1. **נזקים כלכליים – חובת זהירות של בנקים** **– חובת זהירות רחבה יותר על בנקים בגין נזקים כלכליים שנבעו מאי מניעת זיופים או חוו"ד רשלנית (האדם הסביר = הבנק הסביר).**  
   רציונליים:1. לבנק גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג. דהיינו, הבנק בד"כ שוקל הנזק הטוב ביותר.  
   2. לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך.  
   3. הבנקים מפזרי נזק טובים. יכולים לחשב בצורה נכונה יותר את הסיכונים שלהם, ולפזר בין לקוחות שונים.  
     
   א.הטלת חובת זהירות על חיווי דעת רשלני של בנק:  
   **פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח**

נושא פסק הדין: חובת הזהירות של הבנק כלפי לקוחותיו במצב של אינטרסים מתנגשים בין שני לקוחות.עובדות: חברת בנייה מכרה דירות בעיר עמנואל עד שפשטה רגל. החברה הייתה לקוחה של הבנק, אשר ידע על מצבה הכלכלי הגרוע. לפני שהחברה פשטה רגל, הבנק הלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו.  
טענות הלווים: הלווים תבעו את הבנק על נזק ממוני טהור שגרם להם בהתרשלותו.  
טענת הבנק: הפרת חובת סודיות כלפי הלקוחה, חברת הבניה.   
פסיקת ביהמ"ש: התביעה התקבלה. על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, "לאותת להם" ללכת ליעוץ נוסף.  
ההלכה**: יש להטיל חובת זהירות על חוו"ד רשלנית של בנק כלפי לקוחותיו, גם במצב של אינטרסים מתנגשים בין שני לקוחות.**ב.הטלת חובת זהירות על מרמה וזיופים:  
**דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן (לא בסילבוס)**

נושא פסק הדין: חובת הזהירות של הבנק כלפי לקוח שכספים נמשכו מחשבונו ללא הרשאה ע"י צד ג'  
עובדות: עורך דין שהיה מיופה כוח, חתם כביכול בשם הלקוח שלו על ערבויות לטובת עצמו. כעבר זמן מה, הבנק ביקש לקזז את החובות של עורך הדין עם יתרת הזכות שהייתה בחשבון הלקוח על סמך הערבויות.  
טענת הלקוח: על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור).  
פסיקת ביהמ"ש: 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.

ההלכה: **יש להטיל חובת זהירות על בנקים במקרים של מרמה וזיופים – כאשר כספים נמשכו מחשבונו של לקוח ללא הרשאה, ע"י צד ג'.**  
  
ג.הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג' (שאינו לקוח):  
**פס"ד קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד (לא בסילבוס)**נושא הפס"ד: חובת הזהירות של הבנק כלפי מי שאינו לקוח הבנק.  
עובדות: צ'קים ריקים נגנבו מהבנק. הגונבים השתמשו בהם כדי להוציא כסף מחלפני כספים. החלפנים שהגיעו לפדות את הצ'קים הבינו כי הם למעשה מזויפים, ואין ממי לפדות.  
טענת החלפנים: על הבנק לשאת בנזק שנגרם (כלכלי טהור).  
פסיקת ביהמ"ש: התביעה התקבלה. הבנק התרשל, שכן לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוא בהם כדי למנוע את החליפים בצ'קים גנובים.

**לסיכום**: אחד החריגים לכלל לפיו אין פיצוי על נזק ממוני טהור, הוא כאשר המזיק הוא בנק במקרים הבאים:  
א. יש להטיל חובת זהירות על חוו"ד רשלנית של בנק כלפי לקוחותיו, גם במצב של אינטרסים מתנגשים בין לקוחות (טפחות)  
ב. יש להטיל חובת זהירות על בנקים במקרים של מרמה וזיופים – כאשר כספים נמשכו מחשבונו של לקוח ע"י צד ג' ללא הרשאה (דיסקונט)  
ג. יש להטיל חובת זהירות על בנק גם כאשר הניזוק הוא איננו לקוח הבנק, באם אכן הייתה התרשלות (עוואד).

1. **נזקים כלכליים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה –**

**פס"ד קורנפלד נ' שמואלוב**

עובדות: סנדלר ויצרן מרצפות החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. הדירה נקנתה ע"י רוכשים. מדובר בדירה שנרכשת פעם שנייה (דירה שנרכשה ממי שרכש את הדירה מהחברה). אין לקונים השניים חוזה עם הסנדלר ויצרן המרצפות או עם החברה. התגלה נזק חמור בדירה.  
נתבעו: הוצאות לתיקון הנזק לדירה (כלכלי טהור).  
הבעיה: אין לרוכשים השניים חוזה מול הנתבעים.  
פסיקת ביהמ"ש: 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.**

לסיכום כל הסעיף!  
בעבר לא ניתן היה לפצות בגין נזק כלכלי טהור גרידא. שיקולי מדיניות הורו לשנות את הכלל הזה במקרים חריגים, והם:  
1. כאשר הנזק נגרם ממצג שווא רשלני – התנאים לכך מופיעים בפס"ד (ויינשטיין).  
2. כאשר הנזק נגרם ע"י בנק בשלושת המצבים הבאים:  
 א. חוו"ד רשלנית (טפחות)  
 ב. מרמה וזיופים (דיסקונט)  
 ג. כלפי צד ג' (עוואד)   
3. כאשר הנזק נובע מהפרת חוזה הפוגעת בצד שלישי איתו אין חוזה, גם כשהנזק איננו פיזי (קורנפלד)

1. **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.

הרציונליים לכלל הישן:

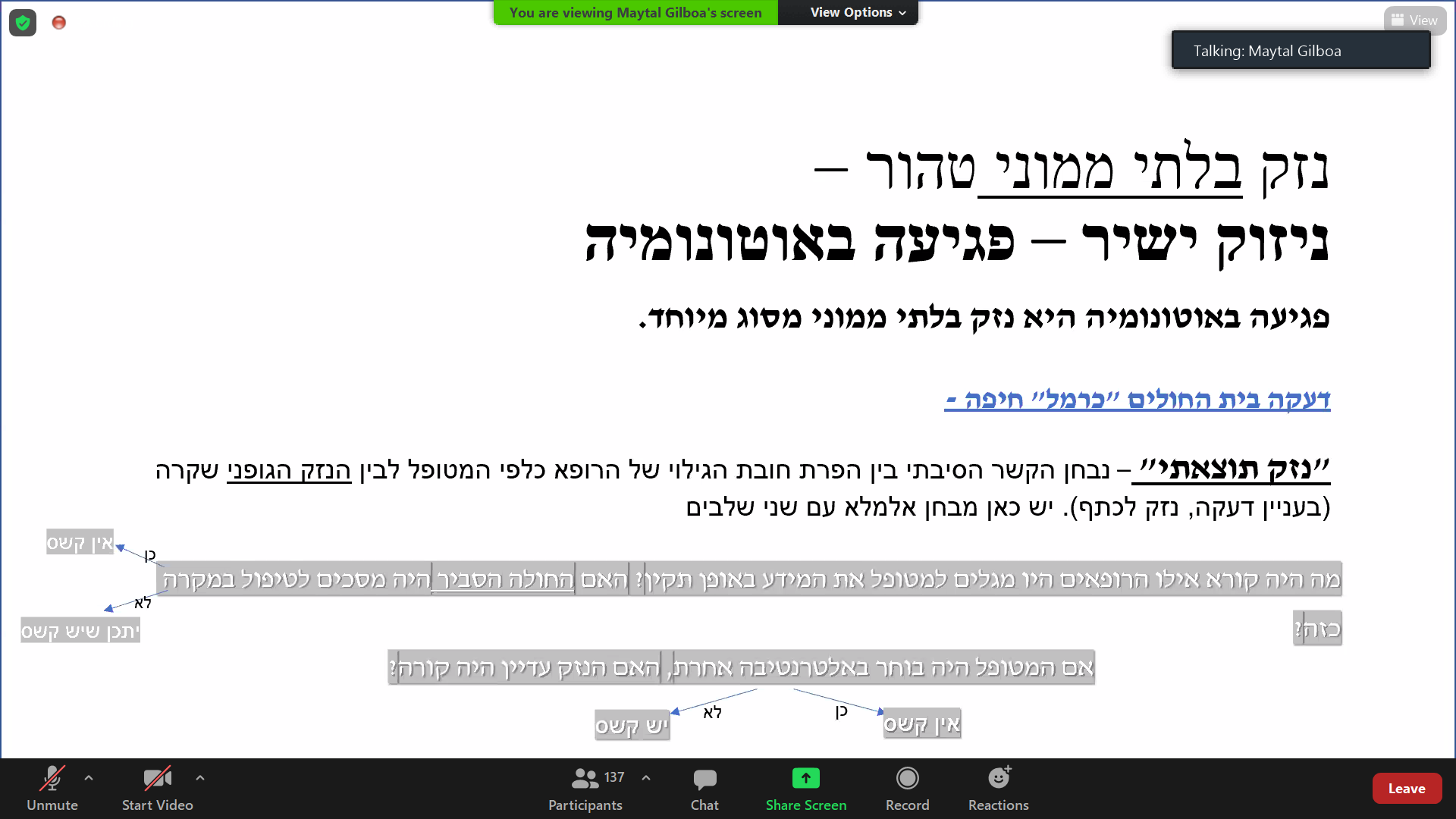
1. הצפת בתי משפט
2. כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה
3. קשה לקבוע שווי (נזקי גוף אפשר לבטח. לא ברור כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהוריים).

טיעונים נגד הכלל **שהביאו לשינוי** (מגמת התרחבות) שבו נעסוק בפרק זה:  
א. לא מתיישב עם צדק מתקן – אם נפגעה למישהו זכות, אם לא נאפשר פיצוי לנזק לא נתקן אותו.  
ב. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה – לא רוצים לאפשר כאב לאחרים.  
ג. קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו; מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי.

הבחנה בין ניזוקים ישירים ועקיפים:  
  
**א. ניזוקים ישירים (כולל המקרה המיוחד של פגיעה באוטונומיה):**  
עד אמצע שנות ה80, ברוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים **(הלכת נדיר נ' כהנוביץ)**.  
ואז הגיע **פס"ד גורדון:**

ברק קבע שעוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובספו, והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו. כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים יותר מכעסו. במסגרת עולת הרשלנות אין צידוק להבחין בין קיום החובה להעדרה, על בסיס הבחנות בסוג הנזק.  
  
ניזוק ישיר – פגיעה באוטונומיה – פגיעה באוטונומיה היא נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד.

**דעקה בית החולים "כרמל" חיפה**  
רקע: "הסכמה מדעת", משמע, רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי. אחרת הם חשופים לתביעה ברשלנות, או בנסיבות יוצאות דופן, אפילו תקיפה.  
הסכמה אמיתית כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על הליכים חלופיים, ועל הסיכונים הכרוכים באלה.  
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**, ואעפ"כ, נגרם נזק לכתף (35% נכות).  
דעקה תבעה את בית החולים על הנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף בטענה שלא נתנה את הסכמתה מדעת לניתוח הזה.



המבחן הסיבתי מקשה קבלת פיצוי. קשה להוכיח מה הניזוק היה בוחר אילו אכן ניתנה לו בחירה. וגם אם אכן הניזוק היה בוחר באופציה האחרת, ולא בזו שהרופא ביצע, עדיין ייתכן שאותו נזק היה קורה.  
**המבחן הראשון – להראות שהייתי בוחר אחרת.  
המבחן השני – להראות שלא היה קורה נזק.**  
וזה מצב מורכב, כי אכן נעשה פה משהו לא בסדר! ביצעו באדם משהו בניגוד לרצונו. אך בפס"ד דעקה מתמודדים עם הקושי הזה.  
נקבע: לא תוטל אחריות לפצות על הנזק לכתף, שכן לא מתקיים קש"ס (ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו את הסכמתה מדעת). גם אם התממשו סיכונים, לא בהכרח שהרופאים התנהגו בצורה לא סבירה. אך ההתרשלות היא בכלל בנוגע לחוסר קבלת הסכמה לגבי ביצוע ההליך במטופלת.  
דעת מיעוט (בייניש): בנסיבות המקרה, יש קש"ס 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 מסריב לטיפול לבין הנזק התוצאתי (התנאי – כל עוד הסיכוי שהמטופל היה מסרב משמעותי). נזק לאוטונומיה אפשרי, במצבים חריגים של רשלנות (מקומו הטבעי בהקשר של תקיפה).  
**החידוש: הכרה בנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי.**  
  
ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:  
- יצירת אי וודאות.  
- יצירה של עוולתper se (אין צורך להוכיח נזק).  
מענה לביקורות:  
- פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי ודאות.  
- האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו? לדעת מיטל לא, ישנים מצבים בהם אנחנו רוצים למנוע התנהגות רשלנית גם אם לא נוצר נזק מאותה התרשלות.

יישום הלכת דעקה:  
**וינשטיין נ' ברגמן**  
עובדות: ניתוח לייזר בעין. נגרם לו נזק לרשתית (לא קשור לניתוח) ולקרנית (לא קשור להתרשלות), אבל לא הוכחה התרשלות מבחינת ההליך הרפואי. בנוסף, הנזק המרכזי נגרם כנראה מפגם גנטי. לא ניתן פיתוי על הנזק שנגרם לעין.  
במה הרופא כן התרשל? חובת הגילוי – לא הזהיר את המטופל ממכלול הסיכונים האפשריים בניתוח, ושמדובר בניתוח חדשני.  
**נקבע: פיצוי על נזק לאוטונומיה (חיזוק הלכת דעקה).**  
[מה שמרחיק לכת בפס"ד הזה, זה שבדעקה היה סיכוי שייתכן והיו בוחרים הליך אלטרנטיבי. בעניין וינשטיין חובת הגילוי שהופרה הייתה כי הוא לא גילה שזה הליך חדשני והיו סיכונים נוספים, אבל לאו דווקא סיכונים שהתממשו בפועל. בדעקה – הסיכון שהתממש זה אותו הסיכון שיכול היה להימנע אילו לכאורה היו בוחרים אחרת].

לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ב1996, המטיל חובת גילוי על רופאים, אפשר לתבוע על הפרת חובת גילוי, והיעדר הסכמה מדעת, גם על בסיס העוולה של הפרת חובה חקוקה, עליה נדבר בהמשך.

נשוב לדבר על פגיעה באוטונומיה והסכמה מדעת בעוולת התקיפה בהקשרים רפואיים ועל גבולותיה מול רשלנות.

פגיעה באוטונומיה היא נושא שהתקבל מעבר להקשרים רפואיים:  
**פס"ד תנובה**עובדות: תביעה ייצוגית הוגשה נגד תנובה. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמידה **ביודעין** כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא יודעו. לא הוכח שהסיליקון לא בריא ועלול לגרום לנזק.  
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, או גם אם לבחור חלב אחר. לכן נגרמה פגיעה באוטונומיה של הלקוחות. **יישום הלכת דעקה 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.  
 **ב. ניזוקים עקיפים**  
  
דוג': אברהם שובר את רגלו של יצחק ברשלנות. מעבר לנזק הפיזי של יצחק, יצחק סובל גם מכאב וסבל בעקבות האירוע. במקרה כזה עומדת בפני יצחק האפשרות לתבוע את אברהם על מלא הנזקים שנגרמו לו (כלומר גם הנזק הפיזי וגם הנזק הנפשי).  
נניח שיעקב, עובר אורח מקרי, נמצא בסביבה והיה עד לאירוע. האם גם יעקב יכול לתבוע את אברהם על הסבל והנזק הנפשי שנגרם לו מכך שראה את האירוע המזיק של יצחק?  
הניזוק הישיר: יצחק  
הניזוק העקיף: יעקב (סובל בהכרח נזק בלתי ממוני טהור)

**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).

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן**

עובדות: שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים. בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה.

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

האם ניתן להטיל אחריות בגין רשלנות על הנזק שנוצר לקרובי הניזוק הישיר מעצם החשיפה אל הנזק. כלומר נזק עקיף

ישנה בעייתיות בהטלת אחריות כזו: כשמדובר בנזק נפשי כמו הלם, זעזוע או דבר חמור יותר, צריך לקחת בחשבון שזה דבר שייתכן שיקרה להמון אנשים שנחשפים לאירוע דרמטי כלשהו. עולים פה שיקולי הצפת פניות לביהמ"ש, ואפילו פתיחת פתח לרמאויות.

פסיקת ביהמ"ש: ביהמ"ש קובע מבחנים שיסייעו בהחלטה האם להטיל אחריות רשלנית על נזק עקיף (שלושת הראשונים התרככו עם הזמן):

1. קרבה משפחתית **מדרגה ראשונה** (הורים, ילדים ובני זוג) – מזיק יכול לצפות נזקים עקיפים לאנשים שהכי קרובים לניזוקים.
2. **התרשמות חושית ישירה** מהאירוע המזיק ותוצאותיו.
3. **קרבה בזמן ובמקום** – סיבתיות. לדעת שהנזק הנפשי נגרם כתוצאה מהתאונה. שזה מאוד קשה, במיוחד בשל העובדה שקשה לזהות נזק נפשי ככלל. והקרבה בזמן ובמקום נותנת אינדיקציה לסיבתיות הזו.  
   ייתכן מצב שכתוצאה מטיפול באדם שעבר תאונה, מישהו יפגע נפשית. זה מתפרס לאורך זמן. מצב כזה הוא איננו בר פיצוי.  
   [המבחן הזה קשור קשר הדוק למבחן השני. ההבדל: בתנאי השני צריך להיות פיזית נוכחים ולצפות ולשמוע בעצמנו בנזק. התנאי השלישי למשל, בלעדי התנאי השני, יכול היה להתמלא אם מישהו נמצא איתך על הקו ומספר מה קורה.]
4. **נזק נפשי משמעותי**. זהו הכלל שהכי קשה להתגמש עליו. פסיכוזה או נוירוזה קשה.

**דוג' לכך שהפסיקה מגמישה את הכלל השלישי באלסוחה:**

**שוויקי נ' מדינת ישראל**

עובדות: תביעה של הורים שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי מוטעה של כוחות צהל.

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

נקבע: השופט **ריבלין** קובע שבאופן עקרוני יש אפשרות להכיר בנזק פיזי-נפשי, ומחיל את כללי אלסוחה בשינויים נדרשים. ככל שנכיר בנסיבות קיצוניות בהן נזק פיזי נגרם מנזק נפשי שנגרם מהיחשפות לניזוק ישיר – חייבים להקל על הדרישה של הקרבה בזמן ובמקום, מפני שברור שזה ייקח זמן. אלא שבעניין הספציפי של שוויקי לא הצליחו להוכיח קש"ס – שאכן מחלת הלב קרתה בעקבות הנזק הנפשי – כיוון שהיו לו רקע רפואי בעייתי ממילא. ומעבר לכך, נקבע שממילא הנזק הנפשי לא היה חמור דיו (הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה).

א) באופן עקרוני באפשרות של תביעה של ניזוק עקיף על נזק פיזי-מוחשי, אם מוכח קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי (לא הוכח בשוויקי).

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

ג) בעניין שוויקי, לא הוכח קש"ס (תנאי א' לעיל), וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (לא התקיים הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה).

**לבנה לוי נ שערי צדק**עובדות**:** רשלנות רפואית –אמרו לאישה הרה שעליה להסתובב בשטח בית החולים (דבר נהוג כשאין פתיחה). העובר מת. הרשלנות היא בכך שלא הזהירו להתרחק מבית החולים או לא לעקוף את השעתיים.

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

[באופן כללי, יש פה אי וודאות עובדתית – ייתכן שהתינוק נפטר בתוך השעתיים הללו וזה לא קשור להוראת הרופאים. לא ניתן לדעת אם יש קש"ס. נעסוק בזה בפרק הסיבתיות.]

הבעיה: לא יודעים אם ההורים הם ניזוקים ישירים או עקיפים. אם לא ניתן לפצות את ההורים נוצר אבסורד: אילו התינוק היה נולד בעל מום, הוא היה מפוצה (היה נחשב ניזוק ישיר) 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 יידרש לפצות כלל.

פסיקת ביהמ"ש: במחוזי האם הוכרה כניזוקה ישירה (האב לא מפוצה, כי לא מתקיים לגביו התנאי הרביעי שנקבע באלסוחה). בעליון:  
**חיות** (**מיעוט**) – סבורה שניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין, כאשר האם בדרגת נזק גבוהה יותר.  
**ריבלין** (**דעת** **הרוב**) – לא מקבל את ההצעה של חיות, שכן היא תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים; אך נקבע שניתן 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 עובר שמת מרשלנות כן ניתן לצפות).

ההלכה: בנסיבות מתאימות, הלכת אלסוחה יכולה לחול על מקרי גבול, וניתן להגמיש גם את הכלל הרביעי, הדורש נזק נפשי משמעותי וחמור.

1. **חיים והולדה בעוולה** –

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

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

"הולדה בעוולה" – תביעה של ההורים.

**זייצוב נ' כץ** (לא בסילבוס) (לא ההלכה).

עובדות:זוג הורים הגיעו לייעוץ גנטי. על אף שהרופא אמר להם שהעובר תקין, נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית.

השאלה המשפטית:האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו (החיים עם המוגבלות)?

פסיקת ביהמ"ש: השופט **גולדברג** (מיעוט) : אין להכיר בזכות התביעה של הילד. א"א להכיר בעדיפות של אי חיים על פני חיים.   
השופטת **בן פורת**: הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן 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 אלא לחיים ללא מום). לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות.   
**הבעיה בדעת הרוב:** לא הרשלנות יצרה את הפגם.

**הלכת המר** –

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

התנאים להכרה בעילת רשלנות בגין הולדה בעוולה (השופט ריבלין) – הוכחת יסודות עוולת הרשלנות:

1. קיימת התרשלות, הופרה חובת זהירות, וקרה נזק.
2. קש"ס נזק.
3. יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, אילו ההורים ביקשו להפיל את הילד, הועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה.
4. יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הודעה.

* התנאי השני עשוי להיות קשה במיוחד לאוכ' מסוימות.
* 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.** לדעת ריבלין התנאי השני משתמע מהתנאי הראשון: די בכך שאילו היו פונים לוועדה היו מקבלים אישור, והם לא חייבים להוכיח שבאמת פנו אליה. אך זו חזקה ניתנת לסתירה, וההגנה יכולה לטעון ולבסס עצמה מכיוון אחר.

**תרופות אפשריות להורים (יכולות להצטבר):**

1. הוצאות רפואיות –   
   -**ריבלין קובע שזה רק במקרה שילד עוד קטין** (מתחת לגיל 18). במידה והילד יכול לעבוד, ההוצאות פוחתות ואפשר לקזז את הפיצוי. אך אם איננו כשיר לעבודה? ההוצאות דווקא גדלות אחרי גיל 18 לילד מיוחד. אז יש חשש שהורים לא ידעו להתנהל עם סכום כזה גדול של כסף, ויש **הנחיה** מביהמ"ש איך להתנהל נכון עם הכסף.  
   -לדעת ריבלין, **הזיכוי יהיה רק על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלויות**. כיצד ניתן להצדיק זאת? איך זה שונה ממה שברק אמר לגבי חיים בעוולה שריבלין שלל עקב הקש"ס, שלא הרופאים יצרו את הנזק, ומה שהם יצרו זה חיים עם מוגבלות לעומת אי-חיים? מה שריבלין בעצם אומר זה שילד הוא איננו רק סך הוצאותיו. בהולדה בעוולה לא מתייחסים לילד עצמו כנזק. יש גם תועלת להורים בגידול ילד וזה חלק מהעוגה המצרפית. הנזק הוא נזק כלכלי של סך ההוצאות של גידול ילד, ובכללן גם ילד עם מוגבלויות, ו"הנוסחה" היא להפחית את הנזק מסך העוגה שכוללת גם יתרונות.
2. פיצוי על כאב וסבל – של הורה שמגדל ילד עם מוגבלויות.
3. פיצוי על נזק לאוטונומיה – הרשלנות של הרופאים מנעה מהם החלטה מודעת בנושא משמעותי.

**שאלות על הלכת המר:** מה לגבי הריון בעוולה? הורים שאינם רוצים ילדים, גם לא בריאים, אולם בשל רשלנות הרופאים האם נכנסת להיריון.

**דוג' למקרה שביהמ"ש דחה תביעה של הולדה בעוולה:**

**פלוני נ' מלאך**

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

הטענות: ראשית, לא הוצעו לאם בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר. שנית, הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות של האם לבצע.

פסיקת ביהמ"ש: התביעה נדחתה. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב (כיוון שלא הביע עניין ומעורבות בשום שלב). בנוסף, לא מתקיים קש"ס (שכן האם סירבה לבדיקת מי שפיר כי לא רצתה להפיל, אז ממילא לא הייתה מפילה גם אם הייתה מבצעת בדיקות אחרות).   
ביהמ"ש לא התייחס לנקודה של פגיעה באוטונומיה – גם אם היא חשבה שהיא לא תפיל, יש פה פגיעה בקבלת ההחלטה הסופית בעצמם כאשר לא חושפים לכל המידע. כנ"ל לגבי העברת המידע אל האב.

1. **מחדל טהור** –

**אדם יחשב כגורם נזק במחדל טהור אם לא מנע נזק שהתממש מסיכון, למרות שלא הוא זה שיצר אותו.**

לדוג': מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה.

דוג' 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**, כיוון שמשמעות הטלת אחריות על מחדל היא יצירת חובת "עשה" בדיני הנזיקין, בזמן שלרוב דיני הנזיקין מטילים חובות "אל תעשה".בהתאם, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית) לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת הרשלנות.   
במשפט המשווה (וגם אצלנו) קיבלו חוקים שונים כמו חוק השומרוני הטוב או לא תעמוד על דם רעך, שמייצגים את הנושא.

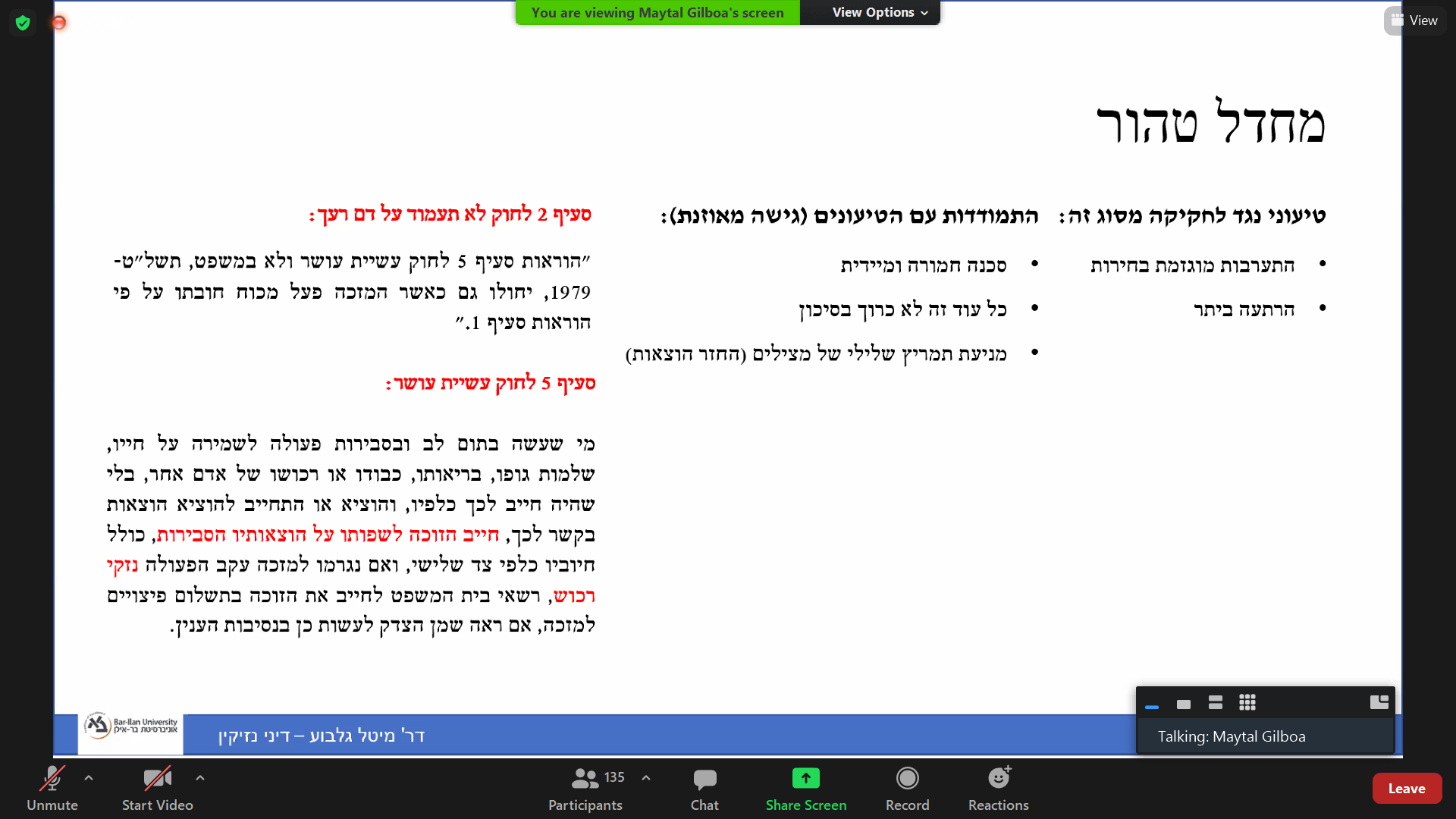
חוק השומרוני הטוב ובעיית הbystander המקרה של KITTY GENOVESE : אישה שעוברת התעללות ואף אחד לא מזעיק עזרה ולבסוף היא נרצחת. בעיית הבייסטנדר מראה שככל שיש יותר אנשים בזירה הסיכוי נמוך יותר לקבלת עזרה, כיוון שכל אחד חושב שהשני עוזר. אם תוטל חובת דיווח, יש תמריץ להזעיק עזרה.

**חוק לא תעמוד על דם רעך – התשנ"ח 1998**

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

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

החוק לא קובע לסכן את חייך, אלא לפחות להזעיק עזרה **ובכך מראה את הגבולות בהטלת אחריות רשלנית על אדם, את ההתערבות בחירות הפרט, וקובע תנאים מיוחדים לכך** – רק בסכנה חמורה ומידית, ללא סיכון ולהודיע לרשויות בלבד ולא להגזים.



ס5 לחוק עשיי"ע מאפשר שיפוי על הוצאות בעת התרחשות פעולת ההצלה. מעבר לעניין שרוצים לעודד אותם, רוצים להראות להם שאין צורך להסס ולחשוב פעמיים (לדוג', לא לחשוש שאפסיד יום עבודה כי ישפו על זה).

**דוג' למחדל טהור:**

**ולעס נ' אגד**

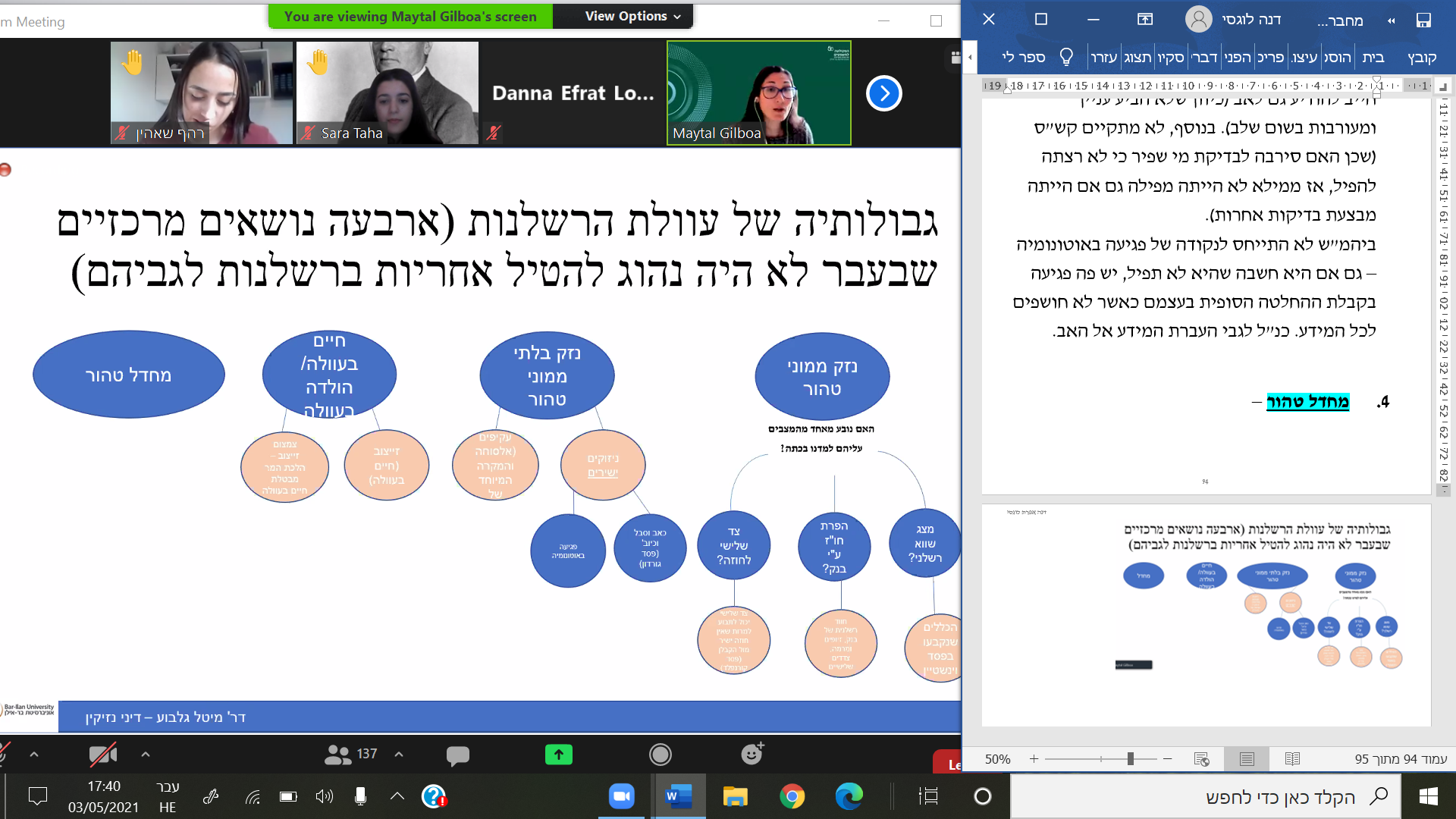
עובדות: ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה מרכזית, ותבע את אגד על רשלנות במחדל – לא דאגו להציב שומרים בתחנה.

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

המחוזי: לדעת ביהמ"ש, מהבחינה הנורמטיבית ראוי להטיל על אגד חובת זהירות. אך לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית), אגד לא יכלה לצפות שנזק כזה יכול לקרות. ואפילו אם היה ניתן – לא מתקיים יסוד הקש"ס.

פסיקת העליון: הופך את קביעת המחוזי. אומנם הסיטואציה היא מחדלית וקשה לחשוב על "רצה ויכול" של הצפיות הקונקרטית, קשה יותר לצפות מצבים כאלה באמת – אך עדיין יש צפיות טכנית. לכן, יש גם צפיות טכנית וגם נורמטיבית, ויש רשלנות מצד אגד. מדוע? מפני שיש **יחסים מיוחדים** בין אגד לאנשים בתחנה, כמספקת שירותי ציבור, והיינו מצפים למניעת נזקים מסוגים שונים ולא שגרתיים. גם אם אגד אינם אלה שיצרו את הסיכון.

לגבי הסיבתיות – המחוזי חשב שממילא לא התקיים קש"ס. אך ייתכן שעצם זה שיש עובד בטחון באיזור זה היה מרתיע את התוקפים ומונע את התקיפה. לזכור מהפס"ד – יש עניין של יחסים מיוחדים בהטלת חובת זהירות במחדל וככלל.



העיגולים של מחדל טהור:

חוק לא תעמוד על דם רעך? אם כן, מעולה.

אם לא, יחסים מיוחדים? כן, לא?.

**רשלנות – עוולת מסגרת**

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

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

רשלנות ורשות מנהלית **–** אחריות הרשות המנהלית בנזיקין היא נושא לפרק נפרד, אולם בקווים כלליים יש לדעת **שניתן להטיל אחריות ברשלנות גם על רשויות מנהליות.** דוג':

1. בעניין **גורדון** נראה שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית.

2.בעניין **שוויקי** דובר על התרשלות המדינה (אף שהוחלט לא להטיל אחריות בנסיבות הספציפיות).

**רשלנות לצד עוולות אחרות**

בעניין **ברזני** השופט חשין טבע כלל מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת: **אם יש סיבה לחשוב על דרך הפרשנות שסעיף מסוים דוחה את האפשרות להטיל אחריות מתוך דוקטרינה כללית יותר, החוק הספציפי גובר.**

מצד שני, בעניין **גורדון** נקבע **שאי אפשר להניח קיומו של הסדר שלילי הדוחק את עוולת הרשלנות רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית**. עצם העובדה שיש דוקטרינה ספציפית השייכת לעובדות ספציפיות, לא אומר שעוולת הרשלנות לא צריכה לחול. אם ניתן להוכיח שעוולה פרטיקולרית דוחה הסדר כללי – אז הכלל תקף, אם אין סתירה אז לא.

דוג' לדחיקת עוולת הרשלנות מפני הסדר פרטיקולרי:

**פלוני נ' פלוני**

התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע. התובע דרש מהנתבע פיצויים בגין נכות נפשית שלקה עקב הבגידה, וביסס את תביעתו על עוולת הרשלנות. ביהמ"ש דחה את הערעור. במוקד פסק הדין ס62 לפקנ"ז (גרם הפרת חוזה), שם נקבע שיחסים של נישואין אינם נחשבים לחוזה לעניין סעיף של הפרת חוזה (אולי במקרים אחרים אכן יוכלו להיחשב). כלומר, **ס62 מבקש לחסום תביעות נזיקין על גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין.** אם ביהמ"ש יאפשר תביעת רשלנות במקרה כזה, הוא יעקר את ההגבלה הזאת מתוכן.   
איך אפשר להבין את החלטת ביהמ"ש? יש שיקולי מדיניות שונים להחלטת המחוקק:  
1. אם נאפשר תביעה ברשלנות, אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת האחורית, אחרי שהמחוקק סגר את הדלת הקדמית.  
2. הימנעות ממשפטיזציה של חיי המשפחה והזוגיות.  
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, ביהמ"ש עשוי להיות מוצף בתביעות.

**הכלל – "המוציא מחברו עליו הראיה"**

**כלל נטל השכנוע/נטל ההוכחה** – מכריע בשאלה מה קורה במקרה של תיקו ראייתי.הכלל הזה נקרא: **"מאזן/עודף הסתברויות"** – על הנושא בנטל השכנוע/הוכחה בהליך אזרחי, ובנזיקין בפרט, לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ50%. לרוב, המקרים הברורים לא יגיעו לביהמ"ש בכלל. אנשים לא ישקיעו עלויות הליכים משפטיים אם אינם חושבים שיש להם סיכוי. כנ"ל לדוג' במקרים מול תאגידים. נדון בשאלההאם לדעתכם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי.

בפרק זה נעסוק בחריגים לכלל שבכותרת: **מתי נטל ההוכחה עובר לנתבע (חזקה לגבי העברת הנטל), להוכיח שהוא לא התרשל** (נמצאים תחת הכותרת של רשלנות דייקא).

**ס38-41 לפקנ"ז הערות כלליות:**אם התובע מראה שהנסיבות "מתלבשות" על היסודות באחד מהסעיפים הללו, אז הנטל עובר לנתבע להראות שהוא לא התרשל ובמקרים מסוימים גם שאין קש"ס עובדתי (לפי העניין).כלומר, הסעיפים יוצרים חזקה ניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (ובמקרים מסוימים, קיים קש"ס); על הנתבע להוכיח שלא כך הוא, אחרת התובע זוכה.

**ס41 לפקנ"ז – חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו**

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

1. היעדר ידיעה של התובע.
2. הנכס נמצא בשליטת הנתבע.
3. הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.
4. יסוד ראשון – היעדר ידיעה בכוח או בפועל

**פלוני נ' פלוני**

**השאלה שנדונה בפסק הדין: מי צריך (ויכול) להיות חסר ידיעה? האם הניזוק עצמו או גם התובע בשמו?**

העובדות: הניזוק היה פועל באתר בניה 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 מימיו. המחוזי חילק את האחריות בין המעביד לבין הפועל עצמו, ב"אשם תורם".

נקבע: יש להוכיח את תנאי אי הידיעה של התובע (היורשים, במקרה של פלוני נ פלוני) ולא של הניזוק, שבמקרה זה הינו המנוח. אבל לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות.

**ההלכה: לא רק הניזוק, אלא גם העיזבון, יכולים לתבוע מכוח ס41. אי הידיעה יכולה לחול גם עליהם. אך גם העיזבון צריכים לעשות ככל יכולתם לברר את העובדות.**

1. יסוד שני – שליטת הנתבע

**רז נ' בי"ח אלישע**

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

הטענה: ביה"ח התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטח שלו.

נקבע: כל היסודות של ס41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של ביה"ח ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל ע"י הקפדה טובה יותר על חיטוי).

1. יסוד שלישי – הנסיבות מראות שסביר יותר להניח כי הנתבע התנהג באופן לא סביר

**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 ס41: "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 ביטוין לא רק במקרה הקונקרטי שבו נפלה ההכרעה. יש לכך השלכה לעתיד, כי בהכרעה כאמור גם טמונה ההכוונה ההתנהגותית לצדדים עתידיים במקרים דומים". כלומר, **ס41 נכנס במקום בו ישנן נסיבות של אי וודאות עובדתית, שיכולה להוביל לטעות שיפוטית. רוצים לשאול על מי ראוי להטיל את העלות של האחריות השיפוטית – על הנתבע או התובע. אם מתקיימים כל התנאים של ס41, נטיל את האחריות על הנתבע.**

הביקורת על התנאי השלישי:האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר ע"פ ס35?הרי אם התובע יכול להוכיח זאת, היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת ס35!

התשובה לביקורת: **יש יתרון לתובע במסגרת ס41 שאינו קיים במסגרת ס35, לעניין הוכחת אי סבירות התנהגותו של הנתבע:** **ראיות סטטיסטיות/ראיות כלליות.** דוג' למבחן סטטיסטי: נניח שבת"א יש 80% קווי דן ו20% קווי אגד. א' נפגע בת"א ואינו יודע בוודאות באיזה אוטובוס מדובר. האפשרויות היחידות הן אגד ודן. את מי הוא תובע? צריך לבדוק מה הכלל שיותר סביר שיקרה, ממנו נלמד למקרה.  
**ראיה כללית מאפשרת להסיק מן המקרה הכללי על מקרה ספציפי, ללא תלות בנסיבות המקרה במדויק**. דוג':

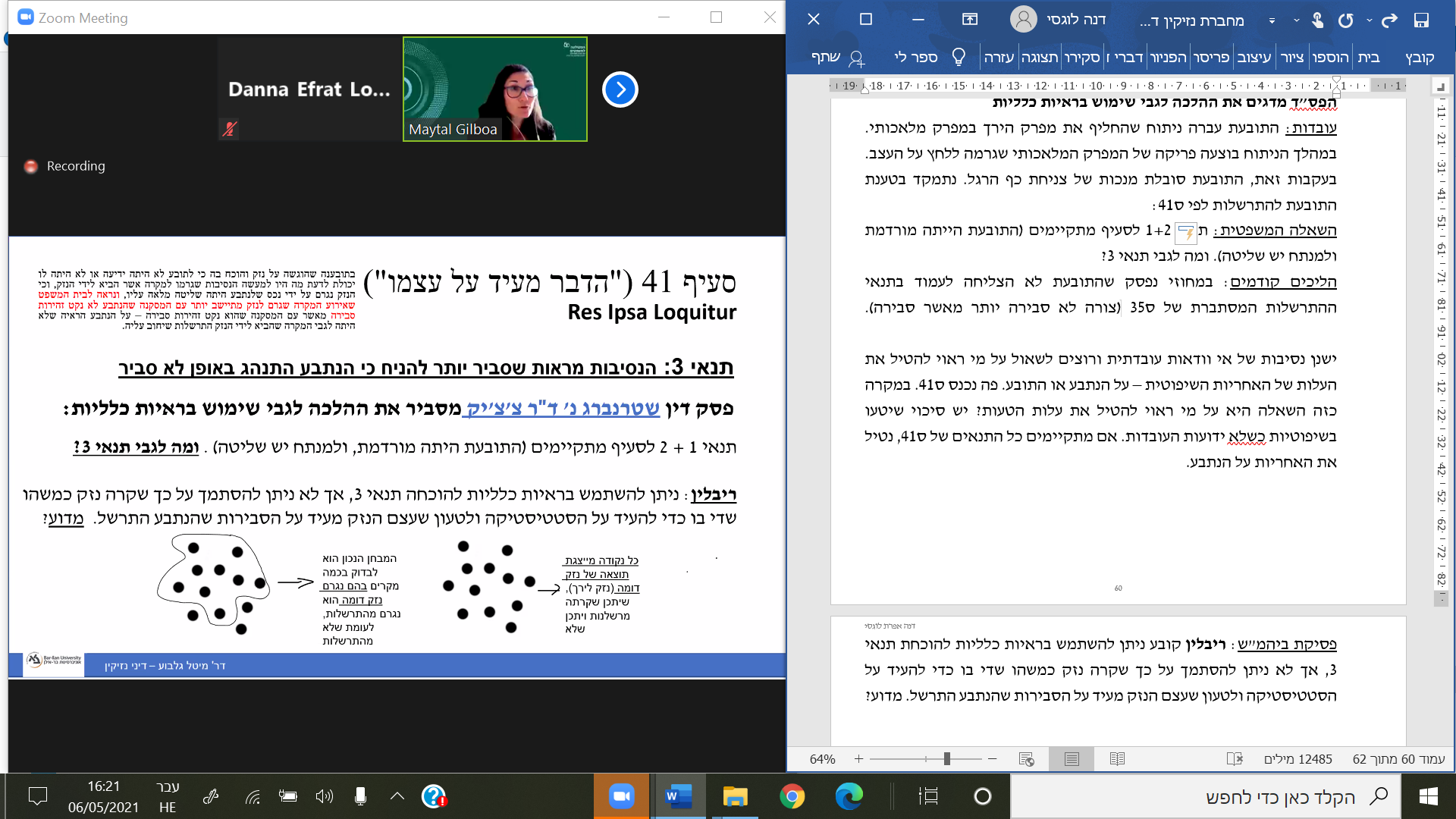
**שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**

**הפס"ד מדגים את ההלכה לגבי שימוש בראיות כלליות**

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 ס41.

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

הליכים קודמים: במחוזי נפסק שהתובעת לא הצליחה לעמוד בתנאי ההתרשלות המסתברת של ס35 (צורה לא סבירה יותר מאשר סבירה).  
פסיקת ביהמ"ש: התובעת אומרת שאם לרוב אין נזקים בניתוחים כאלה, סימן שפה יש התנהגות לא סבירה שגרמה לנזק, ולכן הנזק השלישי מתקיים. **ריבלין** קובע שעקרונית ניתן להשתמש בראיות כלליות להוכחת תנאי 3, אך לא ניתן להסתמך על כך שקרה נזק כמשהו שדי בו כדי להעיד על הסטטיסטיקה ולטעון שעצם הנזק מעיד על הסבירות שהנתבע התרשל. מדוע? לדעת ריבלין, **המבחן הנכון הוא לבדוק בכמה מקרים בהם נגרם נזק דומה הוא נגרם מהתרשלות לעומת שלא מהתרשלות.** אך בנסיבות העניין, ריבלין קיבל את הטענה שהתנאי השלישי של ס41 מתקיים בשל שילוב עובדתי כפול: ראשית, מדובר בנזק נדיר בניתוח כזה כאשר הוא מתבצע כראוי, ולכן מתחזקת התחושה שיש אפשרות לרשלנות, אך עדיין, א"א לקבוע ע"ס התוצאה בלבד, אפילו היא נדירה. ובמקרה כזה, על תנאי נוסף להתקיים (תנאי 2 להלן). שנית, לא היה רישום רפואי, וזה כשלעצמו התרשלות.



**שתי הערות חשובות נוספות לעניין התנאי השלישי:**

**1.** מרגע שהוכח התנאי השלישי של ס41, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת גרימת הנזק – הקש"ס בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו. הדבר נובע מנוסח ס41. נטל השכנוע עובר לנתבע לא רק לגבי יסוד ההתרשלות אלא גם לגבי הקש"ס. ("שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר...").

**2.** הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו (עם זאת, לא בטוח אם יוכלו להיעזר בראיות כלליות לשם כך).

ס'41 מקים שתי חזקות שעל הנתבע להוכיח: לא הייתה התרשלות, ולא נתקיים קשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק. עם זאת, **אם אחד מהשניים לא הוכח, לא נתקיימו כל היסודות המצטברים והתביעה תיפול.**

לחילופין, במקום ס41 ניתן להשתמש בדוקטרינת הנזק הראייתי. נלמד רק את הפן הפרוצדורלי. רלוונטי בעיקר בהקשרים רפואיים שם יש פערי מידע**.**

 **דוקטרינת הנזק הראייתי (צ'צ'יק) + ס35 לפקנ"ז**

**הרציונל:** במקרים של פערי כוחות כבדים בין הצדדים, וכאשר התובע לא יכול להשתמש בראיות שאמורות היו להימצא בידיו אך אינן בשל התנהלות הנתבע, נטל ההוכחה שלא התרשל יעבור לנתבע.

**פס"ד 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 (בין ברשלנות בין בזדון) 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 לס41. היפוך נטל הראייה מביא את התובע למצב דומה לזה של ס41 (הדבר מדבר בעד עצמו).

התוצאה: דוקטרינת הנזק הראייתי ודוקטרינת הדבר מדבר בעד עצמו יביאו לעתים לאותה התוצאה. בנוסף, היחס לשתי הדוקטרינות זהה. גם בדוקטרינת הנזק הראייתי על הנתבע הנטל להוכיח שלא התרשל, או שאין קש"ס בין ההתרשלות לנזק שנגרם לו (אחד מהשניים, כי כמו שאמרנו התנאים מצטברים אז אם אחד "נפל", הלכה כל התביעה). עם זאת, **תנאי הפתיחה להפעלתן שונים**:

1. "הדבר מדבר בעד עצמו" (ס41 לפקנ"ז) – היסודות שלעיל (+הפסיקה המתאימה).

2. "דוקטרינת הנזק הראייתי" (צ'צ'יק) – הדוקטרינה תלויה בהתנהגות הנתבע, ויש לשים לב לעובדות העניין והנסיבות. נדרש רק שיהיה שיבוש ראייתי. **התנאים**: 1. פערי כוחות 2. הסתרת מידע מהתובע (בין בזדון בין ברשלנות).

ההבדל: ניתן להוכיח באופן הסתברותי שלא התרשל.

**דוקטרינת הנזק הראייתי תחול לגבי כל יסוד עובדתי בעוולת הרשלנות שהתובע לא יכול להוכיח בשל חוסר הראייתי שהיה באחריותו של הנתבע.**

* בחובת זהירות נורמטיבית אין קשר להוכחות עובדתיות אלא שיקולי מדיניות, ולכן זה כנראה לא יהיה רלוונטי. בד"כ יש נגיד חזקה בסעיף על מצב מסוכן, וקשה לטעון – לא אין פה חובת זהירות. אז **נוכל להשתמש לרוב בהתרשלות וקש"ס** – הנטל יהפוך לכתפי הנתבע לגבי הוכחת הקש"ס, והנתבע יצטרף להפריך זאת. בהקשר של **צ'צ'יק** התהפך הנטל לכתפי הנתבע גם בקשר להתרשלות וגם לקש"ס. אבל עקרונית, הדוקטרינה יכולה להיות בקשר לכל יס"ע שנמנע מהתובע להוכיח, עקב ההתנהגות של הנתבע, מפני שהוא עצמו גרם לנזק ראייתי ולא מאפשר לתובע להוכיח את הנזק(שבאופן עקרוני, עליו לכתחילה מוטל הנטל).
* אם יכולים להפוך את נטל השכנוע על כתפיו של הנתבע דרך ס41 מה טוב, ואם לא והנסיבות מאפשרות (אם הנתבע גרם לכך שלא יהיה ניתן להוכיח את הראיות) – ניתן לתבוע ע"פ דוקטרינת הנזק הראייתי.
* הדוקטרינה איננה פיצוי אלא מאפשרת הפיכת נטל הוכחה.

**ס38 לפקנ"ז – חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים**

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

* בסעיף הזה, בניגוד לס41, החזקה חלה רק לגבי התרשלות ולא לגבי קש"ס.
* יסודות הסעיף: מה נדרש להוכיח? 1. דבר מסוכן 2. דבר העלול לגרום נזק בהימלטו 3. קשר סיבתי

1. דבר מסוכן-

**עיזבון המנוח אלעבד נאצר נ' מדינת ישראל**

עד הפס"ד שלהלן, נקבע שדבר מסוכן הוא דבר שמטבעו עלול לגרום נזק (נשק). בפסד נאצר נעשה שינוי: **דבר מסוכן הוא דבר שמשתמשים בו שימוש לא רגיל (משחק עם נשק).**

.איך יודעים מהו שימוש רגיל/לא? יש להסתכל על הייעוד של "הדבר המסוכן". לדוג', חייל משתמש בנשק בשדה הקרב לא כמוהו כנשק שחייל משחק בו.

1. דבר העלול לגרום נזק בהימלטו-

**Rylands V Fletcher**

חפירת בור למאגר מים בצורה לא זהירה, ליד פיר ופסולת. עקב כך, בשנה גשומה הייתה הצפה שגרמה למים להגיע לשכנים וגרמה לנזק. באותו זמן הייתה חזקה של אחריות חמורה, שתוטל אחריות גם אם לא נגרם נזק. **מי שמביא אל אדמתו או שומר על אדמתו דבר שיכול להביא נזק בהימלטו (כמו מים)- אז הוא יימצא אחראי.**

הכלל המרוכך בישראל**- ס38** **לפקנ"ז**. הכלל מרוכך שכן הוא קובע רק את היפוך הנטל אל כתפי הנתבע שלא התרשל. כלומר, בפסיקה האנגלית נמצא שהוא אחראי, בפסיקה הישראלית פשוט יש היפוך של נטל הראיה-נטל השכנוע. **אם משהו נמלט וגורם לנזק, זה לא מקים אחריות ישירות, אלא הנתבע יצטרך להוכיח שלא התרשל או לחילופין שלא יכול היה למנוע את הנזק.** כך נקבע בפס"ד מפ"י לגבי מים:

**חברת מפ"י בע"מ נ' משק אשכנזי**

מי השקיה עברו מהמטע של הנתבע למטע של התובע וגרמו לנזק. **קמה חזקת התרשלות הניתנת להפרכה.**

1. קש"ס- ניתן להפוך את הנטל לצורך הוכחת קש"ס רק לגבי ס41. לא ניתן להשתמש בחזקה הזו לגבי ס38-40. כלומר, על הנתבע להוכיח שלא התרשל, והוא לא יכול להוכיח רק שאין קש"ס. הנושא עלה בפס"ד עצמון.

**פסד עצמון**

אוגדו מספר תביעות של חולי סרטן שלטענתם חלו עקב הזיהום בנחל הקישון. התביעות נדחו בגלל היעדר קש"ס. (הם פוצו בכ"ז מהמדינה לפנים משורת הדין).

השופט **עמית** קבע שאפילו אם החומרים אכן מסוכנים מטבעם זה לא מסייע לתובעים. זאת, **משום שס38 עוסק בהעברת הנטל לכתפי הנתבעים לגבי רכיב האשם בלבד (ההתרשלות), ואינו פוטר את התובעים מהוכחת הקש"ס שבין ההתרשלות לבין הנזקים שלהם.**

**נבהיר**: נטל הוכחת הקשר הסיבתי בתביעות בנזיקין קשה להוכחה גם כך, ואפילו יותר במצבים של אי וודאות עובדתית. חשוב מאוד לשים לב להיבט הקשר הסיבתי וההבדלים בין הסעיפים **(38-40: יש לבדוק קשר סיבתי! ס'41- אין להוכיח קשר סיבתי, והנטל יהיה על הנתבע).** האתגר המיוחד שיש לתובע במסגרת ס41- נסיבות שונות. לדעת אם יש משהו מסוכן שחורג משימוש רגיל זה דבר קל לדעת. התנאים של ס41 הם של אי-ידיעה ואין יכולת לדעת. במקרים של רשלנות רפואית למשל, יש מזור יותר בקלות מס41.

\*\*נטל הראייה הוא נטל דיוני ונטל השכנוע- הוא במקרה של תיקו ראייתי. בסעיפים כתוב נטל הראייה, אבל זה נטל השכנוע.

**ס39 לפקנ"ז – חובת הראיה ברשלנות לגבי אש**

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

**הסעיף מבחין בין שלושה מצבים:**

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

**נביל כליל כורי נ' יצחק קסש**

אדם שעבד בבית מלאכה והתלקח כתוצאה מפחית טרפנטין שהתקלחה על השולחן. לא הוא זה שהבעיר את האש למרות שהיה לבד במקום. השופט לנדוי קובע כי תנאי הסעיף הקובע חזקת התרשלות (ס39) אינם מתקיימים משום שהאש לא יצאה מן המקרקעין אלא נשארה בתוכה. כלומר נטל ההוכחה לא עבר אל הנתבע. התובע לא נזקק לסעיף זה משום שע"פ העובדות, ניתן להסיק כי הנתבע התרשל גם מתוך ס35. **ע"פ ס39 יכולים להעביר את נטל השכנוע אל כתפיו של הנתבע רק אם האש יצאה מהמקרקעין אל מחוצה לה.**

\*הבחינה מתייתרת בכל הנוגע לקשר סיבתי רק בס'41(כי הנטל להוכחתו עובר לנתבע).

1. הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה האש –

**גנור נ מדינת ישראל**

אש התקלחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת וגרמה לנזק במשרדו של התובע. באותו עניין לא היה מספיק ברור לגבי העובדות. התובע לא הצליח להוכיח את הרשלנות כיוצא מס'35, ולכן פנה לסעיף 39. המדינה טענה שהאש לא יצאה מהמקרקעין(היא יצאה מהטלפון ולא "ברחה" מתחומי המקרקעין). שמגר הבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, ל"בעל מטלטלין" שמהם יצאה האש. **כאשר מדובר במטלטלין, מספיק שהאש יצאה מהמטלטלין, ולא צריך להוכיח נזקים אחרים מחוץ לנכס בו קרה הנזק.**

**ס40 לפקנ"ז – חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה**

**40**. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

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

(2) הנתבע היה בעל אחת החיות האמורות או היה ממונה עליה –

על הנתבע הראיה שלא היתה לגביה התרשלות שיחוב עליה.

* ס40(1)+ס40(2) מצטברים!
* במשפט המקובל מטילים אחריות חמורה (שלא תלויה באשם הנתבע) ברשלנות לגבי חיות. בישראל ההסדר מרוכך- חזקת התרשלות הניתנת להפרכה. הסעיף **מבחין בין חיית בר לחיית בית** (יחול על חיית בית אם היא מועדת בלבד, צ"ל שלמרות שהיא מבויתת היא מועדת).
* **בעקבות מקרים רבים של תקיפה ע"י כלבי בית, הוספו סעיפים 41א'-ג'** כדי שהעניין יוסדר בחקיקה וירתיע בעלי כלבים מנזקים שייגרמו על ידם:

**ס41א לפקנ"ז – נזקים שנגרמו ע"י כלבים**

**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 היתה או לא היתה התרשלות מצדו של הבעלים.**

* מדובר על **נזקי גוף**.
* אין צורך להוכיח התרשלות. ס41א איננו סעיף של הפיכת נטל ההוכחה, אלא קובע **אחריות מוחלטת** לתקיפת כלבים. כלומר, אם כלב תוקף, הבעלים אחראי באופן מוחלט שנגרם על הנזק שנגרם כתוצאה מתקיפת הכלב.
* תזכורת: אחריות מוחלטת – כאשר אין צורך להוכיח התרשלות כלל, ולא מתחשבים באשמו התורם של ניזוק, למעט סעיפים ספציפיים שמאפשרים זאת. זאת לעומת האחריות החמורה, בה מתחשבים באשמו התורם של הניזוק ומשווים אותה לאשם של המזיק. ס41א **הוא סעיף המטיל אחריות מוחלטת, וס41ב הוא חריג ספציפי המאפשר התחשבות באשם התורם של הניזוק גם כאשר מוטלת אחריות מוחלטת:**

**ס41ב לפקנ"ז – הגנות**

**41ב**. 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.

* כאמור, ס41ב מקים הגנה לנתבע עליו הוטלה אחריות מוחלטת עקב נזק שהכלב שלו גרם. כאשר מתקיימים אחד מן החריגים הללו, האדם לא נושא בנטל הרשלנות.
* אפילו אם ס41 ב מתקיים, כלומר – אין אחריות מוחלטת – ניתן **לפנות לקבלת סעדים בדרכים חלופיות**:

**ס41ג לפקנ"ז – שמירת דינים**

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

גם אם מתקיימים לנתבע סעיפי ההגנה, ולא מוטלת עליו אחריות מוחלטת שהתרשל (נהג ברשלנות) – **פתוחה בפניו הדרך להגיש תביעת רשלנות רגילה, או לפנות לחיקוקים אחרים** בכלל כדי להגיש תביעה. כלומר, גם אם משהו מ41ב מתקיים לא נוכל להשתמש בסעיף 41א. אבל סעיף 41ג מאפשר לפנות לסעיפים אחרים בפקנ"ז.

* הסיכום לא כולל את ס41א כיוון שזהו סעיף של **אחריות מוחלטת**.
* 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.
* **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.
* **לגבי דברים מסוכנים-** יהיה קשה להפריך ולומר שלא חלה חובת זהירות. זה לא מצוין בפסיקה. זה באינטואיציה של מיטל. אנחנו כסטודנטים בבחינת סיכויי תביעה ברשלנות, נצטרך לדבר גם על חובת הזהירות. לפי מיטל, ככל הנראה שתחול חובת זהירות לגבי דברים מסוכנים (אפילו לגבי אש וחיות).

**לסיכום** **פרק החזקות:** בד"כ יש חובת הוכחה "המוציא מחברו", וצריך להוכיח במאזן הסתברויות של מור לייקלי דן נוט- מעל 51 אחוז שיש התרשלות. הסעיפים הללו מקימים חזקת התרשלות (אחד מיסודות הרשלנות) שניתנת להפרכה אך קשה להפריך אותה בפועל ברגע שקמה.

בכל אחד מהסעיפים 38-41, נידרש לחשוב ולנסות ליישם: האם אפשר להוכיח רשלנות? אם לא, האם אפשר להשתמש בסעיף הספציפי שרלוונטי (למשל, אם מדובר באש). הקייסים יהיו ספציפיים ויכוונו לעילות ספציפיות, הם לא יהיו כלליים.

בכל אופן: כעקרון, סעיפים 38-41 נבנים על עוולת הרשלנות, כך שנצטרך לבחון גם את היסודות שלה.

כלומר, נצטרך לחשוב אם רשלנות רלוונטית ואם את האלמנטים בה הם כאלו שניתן להוכיח. אם לא, נוכל "לבחור" בדרך הקיצור. כעקרון, הסעיפים הנ"ל מקושרים ישירות לרשלנות ונצטרך להוכיח את כל אותם האלמנטים בהתאם לשאלה. עם זאת, מיטל בשאלות במבחן תכוון למצב ספציפי, ולא תבקש שנוכיח את כל היסודות של הכול ביחד. אנחנו נצטרך להתייחס לפן "הבעייתי" שיש שאלה בצורה ישירה, לא לכל "המסביב".

**אשם תורם**

סיימנו לדבר על יסודות עוולת הרשלנות, כולל היפוך נטל ההוכחה. עכשיו תור הנתבע לומר את דברו בנושא. להוכיח הגנות. בין יתר ההגנות, לדעת מיטל זו ההגנה החשובה במיוחד. אשם תורם, זה כאשר התובע טוען נגד הנתבע לגבי אשם כאשר נהג בעצמו בצורה לא סבירה ורשלנית. הנתבע דורש לחלוק או אפילו להעביר לחלוטין את האחריות לתובע.

**אשם תורם**

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

\*כאשר לניזוק יש אשם, יופחת לו מהפיצויים ע"פ רמת אשמו.

\*הסעיף לא חוסם את הזכאות של הניזוק לפיצויים, אבל הוא יוכל לגרום לכך שיופחת סך הפיצויים (לפי הסיפא).

ראשי הפרקים:

* רקע כללי
* הסטנדרט (מתי מישהו יחשב 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).

\*\*באשם תורם אין עיגולים, כי הדברים נפרדים אחד מהשני וכל דוקטרינה עומדת בפני עצמה.

* **רקע והערות כלליות:**
* **מעבר מהסדר בינארי (אם יש אשם תורם, לא תחול אחריות על המזיק) להסדר יחסי (חלוקת אחריות בין המזיק לניזוק בעל האשם התורם) –**  
  הכלל המקובל בעבר היה הסדר בינארי, שלילת הזכות לפיצוי במקרה של אשם תורם. משטר של "הכל או כלום". הרעיון התבסס על רעיון "הידיים הנקיות" – אם אתה דורש פיצוי אתה צריך להוכיח שאתה היית בסדר. זהו הסדר שפחות נהוג כיום. כיום, ההסדר היחסי מאפשר גמישות- במקום משטר של הכל או כלום.  
   יש גישה ספרותית שהיא איננה ההלכה הנהוגה כיום –אם הניזוק תרם לנזק בשיעור של עד 50 אחוז הוא יזכה לפיצוי מופחת עקב האשם התורם שלו. אם האשם גבוה מחמישים אחוז- הוא לא יזכה לפיצוי כלל.   
  הרציונל: למדנו שנטל הראיה (ההוכחה, השכנוע) מוטל על התובע, והוא צריך להוכיח את טענתו מעל חמישים אחוז (לגבי התרשלות, קש"ס ונזק). אם א"א לטעון מעל 50 אחוז שמישהו גרם בהתרשלות שלו לנזק, ממילא לא מגיע לך פיצוי.

**כיום, הגישה היא שאשם תורם נתפס כמקרה פרטי של "מעוולים במשותף" –** כאשר הנזק נגרם ע"י יותר מגורם אחד, וכל אחד מהם יכול לתת תרומה מספיק משמעותית לנזק כדי לייחס לו אחריות לנזק עצמו. **אשם תורם הוא מקרה שבו הניזוק והמזיק נתפסים כמעוולים יחד ביחס לנזק.** לדוג', אדם שנוסע בכביש בצורה פרועה, ואדם אחר שקוע בטלפון כשחוצה את הכביש. אותו נזק יכול להיות מיוחס הן לנהג הן להולך הרגל.

בניגוד לתפיסה שהוצעה לעיל, **האשם יכול להיות מעל 50 אחוז, ולא ניתן להפיל לחלוטין את התביעה עקב רמת אשם גבוהה** (אך ביהמ"ש יכול לקבל מקרים חריגים שמרוב שהאשם התורם משמעותי הוא מנתק קש"ס. לרוב זו טענה לא מתקבלת, כיוון שלשון הסעיף לא מאפשר זאת).

* אז איך ניתן לדעת מתי ואיך לטעון אשם תורם בפרקטיקה? **השלבים לאשם תורם:**

1. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה.
2. הנתבע מעלה טענת הגנה של אשם תורם, ובהמ"ש קובע אם אכן יש אשם תורם.
3. אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים.   
   **"מבחן האשמה"** – השוואה בין רשלנות הניזוק והמזיק; הצבת מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק זה מול זה, כדי להשוות ולהעריך, מבחינת האשמה המוסרית, את מידתם ומשקלם של מעשיו ומחדליו של כל צד **(מלון רמדה).**

* **ההצדקות לאשם התורם:**

1. **צדק מתקן** – צדק מתקן נועד להשיב את מצב התובע לקדמותו, לפני הנזק. לא יכול להיות שהנתבע יהיה צריך להשיב את המצב לקדמותו לגבי נזק שלא הוא גרם לו. הוא צריך לעשות זאת בהתאם לפגיעה שהוא פגע בזכות. הסיכון שנוצר הוא לא רק ע"י הנתבע אלא גם של התובע.  
     
   \*בפרספקטיבה של צדק מתקן – אם הפגיעה בזכות של הניזוק חלשה יותר עקב התנהגות הניזוק (שהוא עצמו פגע בזכות שלו) ברור שהתרופה צריכה להיות נמוכה יותר. התרופה מגיעה מרמת הפגיעה בזכות.
2. **הרתעה** –
3. הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם (וגם בעיית סיכון מוסרי – moral hazard). אם נטיל אחריות על הנתבע גם במצבים שבהם התובע אשם בהתנהגות, התובע לא יירתע מהתנהגות רשלנית כאשר מישהו אחר יצר רשלנות כלפיו.
4. הרתעה ביתר של מזיקים. כולנו מזיקים פוטנציאליים ויוצרים סיכונים לעצמנו ולאחרים. אם על כל סיכון שמתממש מישהו יכול לתבוע אותנו, נהפוך להיות הססניים ולא חופשיים, אלא יעילה – הרתעה הגיונית. האשם התורם יוצר איזון.

\*במובן זה, מטרת האשם התורם היא לאזן בין הרצון להטיל את האחריות על המזיקים שגרמו לנזק לבין הרצון לאזן את הנזק שנגרם בין הצדדים, כאשר גם הניזוק אחראי לו.

* **הסטנדרט לקביעת אשם תורם:**

ככלל, התנהגות הניזוק נבחנת על פי סטנדרט "האדם הסביר" בנסיבות העניין.   
עם זאת, בעניין דפרון, השופט רובינשטיין מציין שרמת הזהירות שנדרשת מאדם כלפי עצמו למשל, נמוכה יותר מרמת הזהירות שחב כלפי אחרים.   
  
נדבר על **מצבים שבהם יש הלכה ספציפית שעשויה להוביל לחריגה מהכלל לפיו התנהגות הניזוק נבחנת ע"פ האדם הסביר בנסיבות העניין.**

לדוג':

1.יחסי עובד מעביד

**דפרון נ' גולובין** **(יחסי עובד-מעביד)**

עובדות- פועל עובד במפעלי הנתבעת במשך שבוע. במשמרת לילה, שמים לב שהעובד שותה מבקבוק אלכוהול. הוא נשלח להתרעננות ובדיעבד מסתבר שהעובד לא הרגיש טוב, התאשפז בבית החולים ונפטר. הוא לא הודיע למנהל על כך שחש לא בטוב אחרי ששתה. התביעה לדפרון הייתה על רשלנות והיפר חובה חקוקה, על כך שהיו חומרים רעילים חשופים לכל יד. המפעל טען לאשם תורם- גם אם היה בבקבוק האלכוהול מתנול, החומר מהמפעל, העובד התרשל בעצמו משום ששתה בשעת משמרת.

השופט רובינשטיין קבע כי אכן, מחד, בהסתכלות לפי מבחן האדם הסביר צריך להיקבע אשם תורם (גם שתיית אלכוהול במשמרת אינה סבירה מבחינת העובד). אך מאידך, האשם התורם יקבע באחוז מופחת, כיוון שככל שמדובר ביחסים של עובד-מעביד, יוחל סטטוס של חובת זהירות רחבה יותר על מעסיקים, שיכול בתורו להפחית את אחוז האשם התורם.

כלומר, לאחר שנקבע כי יש להטיל אשם תורם, עוברים להשוואת האשם בין המזיק לניזוק בהתאם לנסיבות (במקרה של דפרון, כולל ההקשר של היחסים המיוחדים).

\*שיקולי צדק חלוקתי ככל הנראה השפיעו על תוצאת פסק הדין- על המעביד חלות חובות מוספות, וביניהן לדאוג לעובדים שלו.

**ההלכה**: **כאשר טענת האשם התורם עולה במקרה של פערי כוחות (כמו למשל, יחסי עובד-מעביד), תובא בחשבון העובדה של פערי הכוחות והאשם התורם יאוזן בצורה בולטת לרעתו של המזיק.**

**עוד נקבע בפס"ד:** **רמת הזהירות הנדרשת מאדם (המזיק) כלפי אחרים, גבוהה יותר מרמת הזהירות שנדרשת מאדם (הניזוק) כלפי עצמו.**

\*אלה שני חריגים לכלל של האדם הסביר.

2.ילדים

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

**אייגר (אשם תורם של קטין)**

עובדות: חייל גנב ציוד לחימה מצה"ל. אחיו וחברו עלו לגג ומצאו שם ציוד לחימה זה. כאשר ניסו להתעסק איתו, הוא התפוצץ, ורגלו של אחיו נפגעה. בעקבות הפגיעה נאלצו לקטוע את רגלו מעל הברך.

השאלה המשפטית: לפי איזה סטנדרט יש לקבוע אשם תורם – האדם הסביר, הילד הסביר (באותו גיל), מבחן סובייקטיבי המתחשב ברמת האינטליגנציה של הילד).

**אפשרות הביניים נהוגה בישראל (בחינה לפי הילד הסביר הממוצע באותו הגיל), אולם השופט משאיר בצריך עיון את השאלה האם יש לשקול מבחן לפי סטנדרט סובייקטיבי (בחינת היכולות של הילד הספציפי) בנסיבות מסוימות.** כיוון שהילד היה ילד אינטיליגנט שהוזהר ע"י הורה חברו.

\*נקבע שיש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 20%).

* **הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

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

**קסברי נ' רוזן**

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

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

נקבע: **ישנה הבחנה בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות נזיקית. באופן עקרוני לא ניתן להטיל אחריות בגין אשם תורם, אלא במצבים מסוימים בהתאם לנסיבות. כל מקרה ייבחן לגופו.**

מה **הרציונל** לקביעה שהשופט עמית מתאר בפס"ד?

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

הפיצוי לעני: 80 (80% מ100).

אם נאפשר תביעה נגדית נגד הניזוק העני בגוב האשם התורם, מה יהיה גובה הפיצוי לעשיר? 200 (20% מ1000).

הבעיה: נוצר מצב שהעשיר, למרות היותו הרשלן, יוצא נשכר- משלם מעט ומקבל הרבה כיוון שהחפץ שניזוק לו היה יקר יותר.

**זו דוגמה לנסיבות שבהן הניזוק, שאשמתו פחותה, ישלם יותר.**

השיקול הכלכלי הוא לא השיקול היחיד שמניע את המשפט, יש עוד שיקולים אחרים.

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

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

המקרה: המזיק לא רק גורם לנזק, אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני (ולתרום לנזק). לעתים התנהגות המזיק לא רק גורמת לנזק בהתרשלות באשמו, אלא יוצרת נסיבות שגם הניזוק יתנהג בצורה רשלנית ויגרום לנזק.

כלומר, התנהגות המזיק גרמה לניזוק להתרשל!

לדוג':

**אלהווא נ' עיריית ירושלים**

עובדות: אדם בעל לקויות הולך ברחוב ונופל לבור. אין גידור או תאורה. הוא ניזוק בגופו.

הטענה של העירייה: מדובר במפגע בטיחות שהיה ידוע לניזוק. עדיין, בחר לעבור דרכו במקום לחפש דרך חלופית.

אושר פסק דין המחוזי: בית המשפט לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואיפשר להטיל אשם תורם (בגובה 20%) על הניזוק. הפס"ד בעייתי. **השופטת ברק-ארז אמנם לא הפכה את ההחלטה, אולם הוסיפה נימוקים חשובים:** אם נטיל אשם תורם, אנו פוגעים במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים. יתר על כן, אנשים לא אמורים "להתרגל" ללקות ועל הדרכים להיות נגישות **לכל** האוכלוסייה.

**הטלת אשם תורם במקום בו התנהגות המזיק יצרה את הנסיבות שגרמו לניזוק להתנהג ברשלנות, פוגעת במוטיבציה של המזיק לתקן את התנהגותו.**

ישנו סעיף בחוק שאיננו נוגע לאשם תורם אך יכול להתאים:

**ס'66 לפקנ"ז – התנהגות הנתבע.**

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**.

סעיף זה מתייחס למצב בו התנהגות הנתבע הביאה את הניזוק להתנהג בצורה אשמה בעצמו, ונראה שהוא מאוד מתכתב עם פסק הדין בעניין אלהווה.

**ס' 66 יכול לשמש אותנו כדי לטעון שהנתבע יצר את התנאים להתרשלות הניזוק, והוביל, בקש"ס, למצב בו הניזוק התרשל גם הוא.** במצב כזה, טענה לפיה "גם המתרשל היה לא בסדר" בעייתית.

תוצאת הסעיף: הטענה לא נטענה בפס"ד, אך ניתן להשתמש בסעיף הזה שעוסק בסיבתיות – **כאשר אדם א' גורם לאדם ב' להתנהג בצורה אשמה, נשתמש בס66 ע"מ שלא להטיל אחריות על אדם ב'.**

\*הסיפא של הסעיף: גם אם ביהמ"ש לא מקבל את טענת האשם התורם, ונקבע שהתובע (עליו רצו להטיל אשם תורם) התנהג בצורה אשמה עקב התנהגותו של הנתבע, לא נטיל פיצוי גדול יותר על הנתבע עקב אותה התנהגות שגרמה לתובע להתנהג כך. כלומר, הסעיף מתבטא בכך שלא נטיל על התובע אשם תורם בלבד, ולא שנפצה אותו עוד על זה שגרמו לו להתנהג בצורה לא סבירה. א"א שהניזוק יקבל יותר ממאה אחוז על הנזק שלו. אדם לא יכול לקבל יותר משווי הנזק.

* **אשם תורם כאשר התנהגות המזיק מכוונת**

**האם ניתן לייחס אשם תורם לניזוק, במצבים בהם מוטלת אחריות על המזיק מכוח דוקטרינות שדורשות כוונה למשל, מעבר לרשלנות גרידא.**

**אפל** (עוסק בס'56 לפקנ"ז, עוולת התרמית, נדרשת כוונה למשל) (העובדות לא כאלה חשובות וההלכה היא המשמעותית)

עובדות: פרויקט של משרד השיכון. כדי לתמרץ תושבים להתפנות מבתיהם, יש הסדר שמאפשר הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. אפל נכנס לשיתוף פעולה עם המדינה. המדינה איפשרה לתושבים להמחות לאפל את הזכות להלוואה מסובסדת כדי שהוא יציע להם בתמורה דירה חלופית. אפל השתמש במנגנון ההלוואות המסובסדות כדי להוציא כספים מהמדינה במרמה.

נקבע במחוזי: התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בסעיף 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצידו של המזיק (שהמוטעה יפעל לפי המידע הכוזב). עוד נקבע שהמדינה התרשלה בעצמה שכן משרד השיכון לא טיפל באופן סביר בהעברות הכספים. **בית המשפט המחוזי הכיר באשם תורם של חצי (די יוצא דופן), והמדינה ערערה על סכום הפיצוי.**

השאלה המשפטית: **האם ניתן להטיל אשם תורם בעוולות כוונה?**

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

**מלצר** **יוצר הבחנה בין שלושה סוגי מקרים של עבירות כוונה עליהם צריך לתת את הדעת:**

1. גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק – אין בעיה להטיל אשם תורם, אם יש כזה, ולהפחית את הפיצוי.
2. גרימת נזק עם תוספת רווח למזיק (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק) – כאשר לצד ההפסד של הניזוק יש רווח למזיק. ניתן להטיל אשם תורם **על הנזק אך לא על הרווח**. (הרחבה: אם רוצים לשלול את הרווח פשוט נלך לכיוון של דיני עשיית עושר).
3. מקרים של "העברת עושר" (=כאשר הנזק שווה ערך לתועלת של המזיק) – כמו במקרה באפל, אדם לוקח במרמה כסף. לא ניתן להטיל אשם תורם כי אז "חוטא יוצא נשכר". מדוע? אם אדם א לוקח לאדם ב מאה ולאדם ב יש אשם תורם בגין 20, אדם א יחזיר לאדם ב רק עשרים, שזה גם הושג במרמה.

לסיכום של מלצר: **על רכיב של נזק אפשר להכיר באשם תורם, ועל רכיב של רווח לא ניתן להכיר באשם תורם**. השיקולים של מלצר: יעילות וצדק- לא לעודד ביצוע עוולות.

**הנדל:** ניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר", אך ביחס לראשי הנזק הנוספים כך שלא ייגרע מפיצוי העושר שהועבר. גם במקרים של

**לא נראה שיש מחלוקת אמיתית בין השופטים (גם הנדל לא מכיר באשם תורם על רווחים).** בד"כ תביעה היא לא רק להשבת כספים, אלא כוללת גם ראשי נזק נוספים (עוגמת נפש וכו'). לדעת מיטל גם מלצר הכיר בכך שעל נזקים ניתן להטיל אשם תורם, אם הללו אכן נחשבים נזק בפני עצמם.

בשורה התחתונה: **באופן עקרוני, במצבים של התנהגות מכוונת, ניתן להכיר באשם תורם. אם ההתנהגות הזו גרמה רק לנזק, אין שום בעיה להטיל אשם תורם על הניזוק ככל שהנסיבות מאפשרות. אך אם זו גרמה רק לרווח– לא נאפשר להפחית מהפיצוי על הרווח שנגרם למזיק. בהינתן מצב שיש לא רק רווח אלא גם הפסד, נאפשר להכיר באשם תורם על ההפסד ולא על הרווח.**

**כלומר, על רכיב של נזק אפשר להכיר באשם תורם, ועל רכיב של רווח לא ניתן להכיר באשם תורם.**

ניתן להטיל אשם תורם על ניזוקים גם במצבים בהם יש התנהגות מכוונת של המזיק. אך אם העוולה המכוונת גרמה למזיק לרווח בלבד, ביהמ"ש לא יכיר בהפחתת הפיצוי מאשם תורם. אם מדובר ברווח לצד נזק, ניתן יהיה לטעון אשם תורם לגבי הנזק. במצבים בהם יש רק נזק ואין שום רכיב של רווח – זהו מקרה רגיל של אשם תורם ונכיר בכך בהתחשב בנסיבות.

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

**האם התאבדות מהווה אשם תורם?** "הניזוק" רוצה להתאבד, יש התנהגות מכוונת.

**הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד**

עובדות: העזבון של גלעד תובע את בית החולים הדסה על התאבדותו של גלעד שהיה מאושפז במחלקה הפסיכיאטרית של בית החולים, ועל כך שבהתרשלותו לא מנע את הנזק (מותו של גלעד).

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

**הטענה לאשם תורם נדחתה** – בית החולים הפסיכיאטרי נועד למנוע מצבים כאלו. כל חובת הזהירות שלהם נועדה בשביל למנוע את יכולתו של החולה לפגוע בעצמו. אם לא נטיל אחריות ונאפשר אשם תורם, אנחנו פוטרים את בית החולים ממילוי תפקידו.

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

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

מה הבעיה לטעון טענת אשם תורם כשיש משטר של אחריות חמורה? בעוולות פר-סה לא משנה אם יש אשם או לא, נדרש רק התקיימות של יסודות העוולה. ופתאום משונה לטעון טענת אשם תורם במקום בו לא נדרש בכלל אשם. אם על המזיק לא בוחנים את האשמה, אז איך נבדוק את הניזוק?

**ובכל זאת, ההסדר בישראל הוא – הפחתת פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם, גם במקרים של אחריות חמורה, לפי אשמו היחסי של הניזוק.**

**שאלות שעת קבלה-**

1. דוקטרינת הנזק הראייתי- יכול שתיגרם בכוונה בעיה ראייתית או הסתרת ראיות ע"י הנתבע שקשורות רק להתרשלות, או רק לקש"ס. זה כלי תחליפי לס' 41. בד"כ נראה את זה בתביעות רשלנות "רגילות" מכוח ס' 35.
2. אשם תורם- הרעיון של הגנה של אשם תורם אומר שאם ניתן להוכיח אשם תורם שגבוה מ50% זה לא הגיוני- לא נראה תביעות כאלה, כי מאזן ההסתברויות דורש הוכחת התביעה 50% ומעלה. תביעה תיפול אם לא נצליח להוכיח את כל יסודות העוולה מעל 50%.

**טענת הגנה נוספת – הקטנת נזק**

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

הכלל מופיע בכלל **בס14 לחוק החוזים (תרופות)** אך מוחל כעיקרון גם בנזיקין.

**הקטנת נזק מול אשם תורם:**

* יש שיגידו שאלה **דוקטרינות אחיות**. ההבדלים בין הדוקטרינות:
* הבדל כרונולוגי (תלוי בזמנים) – אשם תורם זו טענת הגנה הנוגעת להתנהגות הניזוק **לפני** קרות הנזק. ואילו הקטנת נזק זו טענת הגנה שנוגעת להתנהגות הניזוק **לאחר** קרות הנזק.
* הבדל מהותי – אם הניזוק יכול היה להפחית את כל הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת כולו לגבי הנזק שלא הוקטן (בשונה מאשם תורם שהניזוק והמזיק מעוולים יחד ולחוד על הנזק).  
  במילים של מיטל: באשם תורם, למרות שיש גישות שונות לגבי תחולתו, בפסיקה התקבל הרעיון שמקרי אשם תורם מושפעים מתרומתם היחסית לקרות הנזק. בשונה מכך, כשמדברים על הקטנת נזק, המזיק פטור מלשלם פיצוי לגבי כל נזק שלא הוקטן ע"י הניזוק.
* **לסיכום – השלבים:**   
  (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 היה צריך לעבור ניתוח, ומסיבותיו בחר שלא, ולא להקטין את הנזק הרפואי שקיים לו.
2. מציאת עבודה חלופית – אדם שנפצע ולא יכול לעסוק במקצוע שלו, צריך למצוא עבודה חלופית, לא יכול לטעון אובדן כושר השתכרות על הבטלה.
3. גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי – למשל להיפרע מחברות ביטוח, במקום מהמזיק.

* **הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת הקטנת הנזק**

הגישה המקובלת: הקטנת הנזק נקבעת ע"פ 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 לדוג'?

* **עכשיו נבחן את הדוגמאות שנתנו ע"פ הפסיקה, וננסה להבין מהדוגמאות מהו הסטנדרט, מה זה אומר הניזוק הסביר?**

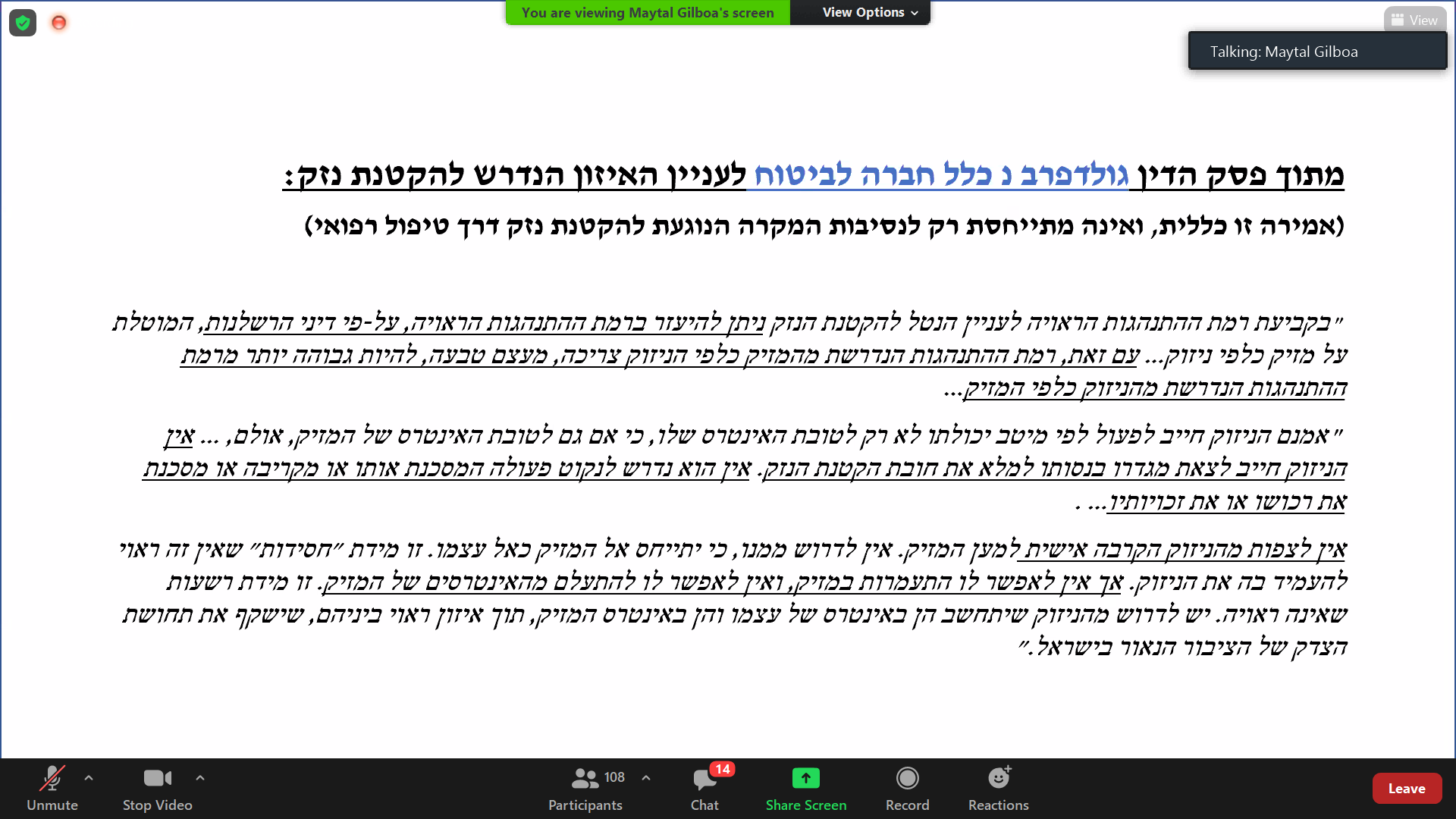
1. הפחתת נזק ע"י טיפול רפואי

**גולדפרב נ כלל חברה לביטוח**

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

נקבע: ההחלטה של הניזוק לא להפחית את הנזק אינה סבירה. יש להפחית משיעור הנכות שנקבע לתובע, משום שלא עמד בחובתו להקטין את נזקו, ובמקביל, יש להגדיל את הפיצוי כך שיכלול את כיסוי ההוצאות הרפואיות לעריכת הניתוח להוצאת המסמר.

**יש להפחית פיצוי של ניזוק שלא פועל להקטין את נזקו בקבלת טיפול רפואי שישפר מצבו. אך מאידך, יש להגדיל פיצוי בגין הוצאות הטיפול הרפואי.**



הסטנדרט: **הניזוק פועל גם לטובת האינטרס של המזיק (שאם לא, ייתפס ממש כרשע), אך רמת הסטנדרט שנחיל נמוכה יותר בהתאם לעובדה שהתרשלות מתייחסת למצב בו אדם גרם נזק לאחר, הוא שיצר את המצב בו נגרם הנזק**. המזיק הוא אב החטא, לכן הסטנדרט אותו הוא חב לניזוק גבוה יותר מזה שהניזוק חב לו בשאלת הקטנת הנזק. **הניזוק לא צריך לסכן או להקריב עצמו כדי להפחית את הנזק לאחר שכבר נגרם.** האדם הסביר = הניזוק הסביר.

אף אחד לא מצפה מהניזוק להעדיף את האינטרסים של המזיק, אלא כאשר יש מקום – יצופה מהניזוק להקטין את הנזקו.

* **הפחתת נזק ושיקולי דת/היבטים תרבותיים**

**פלונית נ עירית כפר קאסם**

עובדות: 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. התובעת ובעלה טענו שבמגזר שלהם יש סטיגמה קשה על טיפולים פסיכיאטריים, ולכן נמנעו מכך. לכן, טוענים, שלא סביר לצפות מהם להקטין את הנזק.

הטענה: יש להפחית מהפיצוי שלה את שיעור הנזק שיכלה להקטין.

פסיקת ביהמ"ש: **רובינשטיין** סבר **שיש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים הדתיים של התובעים לעניין החשש מסטיגמה בחברה הערבית, אך לא במידה שתסייע לשלול את חובת הקטנת הנזק**. לכן, במשך 18 החודשים הראשונים היה ניתן לקבל מצב בו לא התאשפזה. לאחר מכן, סירוב להתאשפז כבר אינו סביר.   
**ברק-ארז** מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין, **מבלי להזדקק לסוגיית ההתחשבות במאפיינים הדתיים של התובעים.** ככלל, סביר להמתין עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות, במידה ויש פתרונות אחרים.

**א"א לומר באופן מוחלט האם ביהמ"ש יתחשב במאפיינים תרבותיים או לא במקרי הקטנת נזק. רובינשטיין קובע שיש להתחשב בצורה מסוימת, ולבדוק האם היו דרכים אחרות, וברק-ארז התעלמה מן השאלה.**

**בקייס:** בהתאם לנסיבות השאלה, אפשר יהיה לצטט את גישת רובינשטיין בפס"ד פלונית ככל שמדובר בבן מיעוטים שלא הקטין נזקו בשל אמונה דתית, תרבותית או סטיגמה בחברה הספציפית שלו.

**כליאת שווא, תקיפה וזכויות החולה**

**מבנה הלימוד של הפרק**

1. כליאת שווא
2. תקיפה
3. תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה (נבחן מתי חולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה ומתי לתבוע בעוולת רשלנות).
4. נדון בדוקטרינת ההסכמה מדעת, אותה הכרנו בפרק על גבולות עוולת הרשלנות, ונבחן מה ההלכות לגבי היקף חובת הגילוי של גורמים רפואיים.
5. נשוב לדיון בפגיעה באוטונומיה, ואתה הכרנו בפרק של גבולות עוולת הרשלנות, ונבחן מה ההלכה העדכנית לגבי על רק הדיון המקיף בחובת הגילוי.
6. **כליאת שווא**

* זוהי עוולת **אחריות מוגברת**. כלומר, **לא משנה האם ההתנהגות הייתה סבירה או לא, ולא נדרש להוכיח קש"ס.**
* המבנה של הסעיפים הנוגעים לכליאת שווא: סעיף יסודות העוולה ולאחריו סעיף המפרט הגנות.

**ס26 לפקנ"ז – כליאת שווא**

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

יסודות העוולה:

1. **שלילת חירותו של אדם**
2. **שלילה מוחלטת**
3. **שלא כדין** – מבלי סמכות, (גם במקרים של ניצול סמכות- שוטר שעושה זאת ללא סיבה אמיתית)
4. **למשך זמן כלשהו** – לא ברור מה פרק הזמן המינימלי שנדרש לצורך הסעיף. לא לזמן קצר מאוד. נידון בפסיקה.

\*אם אדם רוצה לטעון שנגרם לו נזק ממוני משמעותי, כמובן שהוא צריך להוכיח אותו יחד עם קש"ס. היתרון שבכליאת השווא הוא שלילת החופש, נזק נפשי מסוג מסוים.

\*בדרך כלל, הסיבה שהעוולות קיימות הוא תביעה על מה שקרה ספציפית, לאו דווקא נזק ממוני (למשל, נכלאתי לשווא).

\*המורכבות העיקרית היא כאשר אדם מתחזה לבעל סמכות ומבצע כליאה של אדם.

בנוסף, נדון בשאלות: **האם צריך להוכיח כוונה בנוסף ליסודות אלה? האם עוולת הרשלנות אינה כוללת גם מצבים של כליאת שווא?**

**לא עולה דרישת כוונה מהסעיף**, ויתכן אפילו שאדם ינעל בטעות באיזה שירותים ויטען לכליאת שווא. כלומר זה יכול להיעשות ברשלנות. עילת הרשלנות רחבה מספיק בשביל לתבוע פה גם וגם. **אז מה עדיף?**

עוולת כליאת שווא היא עוולה של אחריות מוגברת, לא נדרש להוכיח נזק, או קש"ס לנזק. ברשלנות לעומת זאת, זה נדרש. אז אומנם רשלנות היא אם כל העוולות, אך נדרש להוכיח גם חובת זהירות, נזק וקש"ס. זו עבודה נוספת.

**הפיצוי הוא נומינלי, כלומר, לא משמעותי. וע"כ, אם ניתן לתבוע דרך רשלנות, עדיף.**

**ס27 לפקודת הנזיקין – הגנות לכליאת שווא:**

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

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

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

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

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

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

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

1. **עוולת התקיפה**

**תקיפה**

23.  (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 מהמשפט המקובל, כיוון שמחד עוסקת בפגיעה בפיזית (שימוש בכוח), ומאידך, מוגדרת גם ע"י איום בשימוש בכוח. **גם הניסיון והאיום, וגם השימוש בכוח הפיזי נכללים בתוך עוולת התקיפה הישראלית.**

1. **יסודות העוולה ("חציה הראשון" – שימוש בכוח):**שימוש בכוח, כנגד גופו של אחר, במתכוון, ללא הסכמה.
2. שימוש בכוח – שימוש בכוח יכול להיות לא ישיר. אפשר גם באמצעות אור, גז וכו'.
3. כנגד גופו של אחר – לא נזק רכושי.
4. במתכוון – יס"נ של כוונה. בנוסף, בעוולת התקיפה נדרש לא להוכיח רק כוונה, אלא גם אי הסכמה. התובע צריך להוכיח שלא הסכים. לרוב זה פשוט, אפחד לא מסכים לבוקס בפנים. אבל יש מקרים שלא קל להוכיח (המילה שלה נגד המילה שלו וכו').  
    **פס"ד כרמי** **(דרישת הכוונה)**  
   כרמי סבל ממחלת נפש ודקר ילד בן שמונה שהצליח לברוח, ואת התינוקת שלו שנפטרה מהפציעות. הוא זוכה בתביעה הפלילית לאור מחלת הנפש שלו.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית לפי עוולת התקיפה על אדם שפועל בצורה מסוימת תחת מצב של מחלת נפש? האם אפשר לייחס לאדם הלוקה בנפשו כוונה? (אם לא, אין את היסוד לתקיפה).  
פסיקת ביהמ"ש: **רובינשטיין מציג שלוש גישות שונות דרכן ניתן לפרש את דרישת הכוונה:**1. גישה שמתיישבת עם המשפט הפלילי- לא נוכל לייחס אחריות למי שחולה בנפשו. בהיעדר כוונה יהיה פטור מאחריות. לא פועל מתוך רצון חופשי. אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית.  
2.**נדרשת שליטה מינימלית (רק בתנועות הגוף). ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטת בהזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה), בין אם הדבר נובע מלקות נפשית בין אם פיזית. כלומר, התפיסה היא איננה היעדר שפיות, זה לא מספיק כשלעצמו, אלא חוסר יכולת פיזית לפעול אחרת.**  
3. הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו. הגישה של ארבל.  
  
\*בתזכיר חוק דיני ממונות, נדרשת מודעות בלבד לעצם השימוש בכוח כלפי אדם אחר, ולא כוונה. כלומר, שהמחוקק מתכוון לשנות את הדרישה בעוולת התקיפה מכוונה למודעות חלקית(אדם לא חייב להיות מודע לכך שהוא גורם נזק).

**השופט רובינשטיין בחר באפשרות הביניים, ניתן לחייב את המזיק בגלל שהייתה לו שליטה על הגפיים שלו, גם אם לא פעל מתוך כוונה ורצון חופשי, די ברצייה. זה משל לידיעה.** מה שצריך לדעת: יש דרישה לכוונה, ותשוש נפש יחוב בנזיקין אם הייתה לו שליטה בגפיו.

**השופטת ארבל:** גם כשאדם לא שלט במעשיו, יש להטיל חבות נזיקית- נעדיף את האינטרסים של הנתקף על התוקף גם אם שני הצדדים תמימים, וזה לא משנה אם הייתה לו שליטה או לא .

**דיון בשיקולים של בית המשפט –** **משמעות פסק הדין לגבי תשושי נפש**: כמה היבטים שאפשר לראות בהכרעת השופטים בפס"ד כרמי:

* **היבט חלוקתי**- צד חלש שצריך להגן עליו, הפיצוי ייפול על המשפחה החלשה, לעיתים, של המזיק.
* **היבט הרתעתי**- על המשפחות חובה לשמור על בני המשפחה פגועי הנפש שלהן, ולדאוג שלא יגרמו נזקים.
* **היבט קהילתי**- אולי לא יקבלו את פגועי הנפש בחברה אם לא תוטל עליהם חבות נזיקית כשייגרמו נזקים על ידם. הדבר עלול לפגוע מאוד במעמדם החברתי ובכך להפוך אותם למוקצים.
* **איך נתמודד עם הקושי**- שיקולי מדיניות במסגרתם בכל הנוגע למדיניות המשפטית, נאזן בצורה ראויה בין המזיק לניזוק במקרה הספציפי. פסיקתם של השופטים בכל הנוגע למחלת הנפש בפסק הדין בעניין כרמי אכן מנסה לבצע איזון כזה ולהביא בחשבון את שני הצדדים ולראייה, נבחרה גישת הביניים.

1. שלא בהסכמה
2. **יסודות העוולה – עוולת הניסיון** (חציה השני – "נסיון או איום.. להשתמש בכוח")
3. ניסיון או איום .. תוך שימוש במעשה או תנועה. איום שיש בו **פיזיות**.  
   התנועה או המעשה מבטאים שיש פה איום מוחשי.
4. התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע **הכוונה והיכולת** לבצע את האיום.   
   **סובייקטיבי**. צריך להוכיח שבאמת היה חשש לתקיפה, וזה לא פשוט להוכיחה.

בנוסף, נדון בכיתה על **היבטים ייחודיים** לסיפא ס23 (סוג הנזק: ניזוק):

* דוקטרינת ניסיון – נדרשת בד"כ במשפט הפלילי.
* נזקים – ייתכנו נזקים נפשיים עקב האיום.

לסיכום: יש לנו שתי דרכים להוכיח תקיפה: תנאי החצי הראשון(שימוש בכוח) *או* תנאי החצי השני(ניסיון או איום לשימוש בכוח). **נתמקד בחלק הראשון של העוולה, העוסק בתקיפה הפיזית.**

**תקיפה, הגנות – ס24 לפקנ"ז**

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

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

(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; >>> גם מדבר על סבירות, והוא יותר ספציפי: בנוגע למקרקעין. שימוש בכוח במקרי הסגת גבול במקרקעין.

(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; >>> כנל לגבי 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 לשוטרים 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; >>> הגנה על חולה בנושא של אי שפיות.

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

(7) הסעיף בוטל. הוא היה סעיף שאיפשר הגנה לאפוטרופוס לתקוף. מאז עולם הערכים השתנה.

(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. >>> הגנה על רופאים: בזמן חירום אין זמן לקבל את הסכמת המטופל. אך **מה לגבי סירוב מטופל? (פס"ד קורטאם)**

**נתמקד בס24(1) – הגנה על תקיפה:**

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

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

**יסודות ההגנה הקבועה בס24(1):**

1. עשה את המעשה בסבירות – האם התקיפה הייתה סבירה בהתאם לנסיבות. למשל נשאלת השאלה, האם "הבא להכותך השכם להכותו"?
2. הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש – כאשר אדם תוקף את ביתו של אדם אחר והמתגונן גורם לו נזק, המתגונן יכול לטעון שהוא ביקש להגן על רכושו. עוולת התקיפה לכאורה לא מתייחסת לרכוש, אך **ההגנה מתייחסת גם להגנה על רכוש**. יש כאן מקבילה נזיקית להגנה עצמית.
3. דרישת ה"פרופורציה". יחס סביר בין הנזק שחשבת שהולך להיגרם לך, לבין הנזק שיצרת. לא תיתכן הגנה שלא פרופורציונלית לסכנה שהייתה. דרישת הפרופורציה מוסיפה לדרישת הסבירות שהנזק שייגרם מהפעולה לא יהיה גבוה מזה שהיה נגרם אם אדם לא היה פועל.

ישנה **סבירות כפולה**: **ישנה אינדיקציה נוספת למהו דבר שאיננו סביר. גם אם התקיפה הייתה סבירה, ובאמת אדם חשב שיש עליו איום** (בהתאם לנסיבות הקונקרטיות) – האם התוצאה מההתנהגות הייתה סבירה? פרופורציונלית? ישנה הפרדה בין ההתנהגות, לבין תוצאת ההתנהגות (או איך שניתן לצפות שהתוצאה תהיה).

\*ההבדל בין הסבירות לפרופורציה- הבחנה בין ההתנהגות בנסיבות העניין(סבירות)לתוצאה שהיא גרמה לה (פרופורציה).

\*א' - הבחירה להגן באמצעות "תקיפה". ג' - הפרופורציה בין הנזק שהיה נגרם לנזק שגרמת.

\*היבט אחד: המעשה לא סביר. היבט אחר: יחס סביר בין הנזק שנמנע לנזק שנוצר.  
  
\*אפשר להגן גם רק על הרכוש, אם לא נחשפת סכנה לגוף/חיים (זה תיקון שנכנס לחוק, לא היה ככה במקור) אבל אז מתעוררת שאלה מבחינת הפרופורציה- אולי זה לא שקול פגיעה בנפש מול פגיעה ברכוש

**אלון נ חדד – שאלת הסבירות (ס24(1))**

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

הפורץ תובע את החייל על תקיפה.

השאלה המשפטית: מה קורה כאשר יודעים שבאופן אובייקטיבי אין איום אמיתי (הפורץ לא החזיק נשק והחייל טעה), אך אותו חייל חשב שהולכים לירות בו? **האם הסבירות היא אובייקטיבית או סובייקטיבית?**

**ארבל**: נכון שבדיעבד נראה שהפורץ לא סיכן את החייל, אך במקום בו אדם חש שנשקף איום מיידי לחייו יש לבחון את שאלת הסבירות בהתאם לנסיבות העניין וההקשר (כלומר, מתייחסת לכך שהחייל חש שהוא במצב של הגנה עצמית וסכנה מיידית לחייו, ולאור הנסיבות הוא מקבל פטור מחבות נזיקית).

נקבע: **תחושת סכנה שנבחנת במונחים של סבירות היא לרוב אובייקטיבית, אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהןף כלומר, סובייקטיבי.**

במילים שלי: במצב בו אדם מרגיש איום לחייו באופן מידי, הסבירות (האובייקטיבית) נבחנת ע"פ הנסיבות (הסובייקטיביות).

**תקיפה בהקשר של סירוב לטיפול רפואי:**

**ס24(8) לפקנ"ז:**

(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. **>>> הגנה על רופאים בזמן חירום. אך מה לגבי סירוב מטופל? (פס"ד קורטאם)**.

בזמן חירום אין זמן לקבל את הסכמת המטופל. למשל, אדם נמצא מחוסר הכרה ולא ניתן לקבל את הסכמתו. רופא ירצה לטפל, אך יחשוב פעמיים – אומנם יש מצב חירום, אבל יש אפשרות שאתבע בנזיקין. אז הרופא יהסס**. רוצים למנוע מצב של הרתעה ביתר, ומשיקולי מדיניות ניתן הגנה.** אבל, מה קורה כאשר אדם לא מחוסר הכרה, אך מתנגד במפורש לקבלת טיפול רפואי?

**פס"ד קורטאם (טיפול רפואי בניגוד לרצון המטופל)**

עובדות: מדובר על מקרה פלילי. נאשם בלע שקית סמים במרדף כדי להסתיר ראיות. מסקירה בבי"ח התברר שהשקית מסכנת את חייו, אך הנאשם סירב לניתוח. הם מרדימים אותו ומנתחים בכ"ז כדי להוציא את השקית.

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

האם ניתן לומר שהרופאים "תקפו" את הניזוק? יש צורך למצוא איזונים (בין הזכות לאוטונומיה).

נקבע: **אדם שמוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין לא חושב באופן בהיר. בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול.**

כלומר, מתייחסים למצב שהאדם לא פועל באמת בצלילות באותו הרגע כאפשרות טיפול רפואי מבלי להיחשב תוקפים, כיוון שאין פגיעה ממשית באוטונומיה של החולה אם הוא לא פועל מתוך בחירה אמיתית.

**כיום, ס15 לחוק זכויות החולה קובע את התנאים לטיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה:**

15.  על אף הוראות סעיף 13 –

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

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

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

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

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

(א)   נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

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

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

(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. >>> הסעיף מאפשר לתת טיפול רפואי שלא מדעת, כאשר אין אפשרות מעשית לקבל הסכמה (מצב נפשי או גופני לקויים).

נתמקד **בס15(2) לפקנ"ז:**

(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:** >>> ע"פ הניסוח אלה תנאים מצטברים.

יסודות הסעיף:

1. הרופא צריך להציג את כל המידע הרלוונטי- אלטרנטיבות: יתרונות וחסרונות.
2. מטרת הטיפול צריכה להיות כזו שתהא משופרת מזו הראשונית.
3. יש יסוד סביר להניח שהמטופל ייתן את הסכמתו למפרע לאותו טיפול.

**לסיכום: יש לנו גם ס"ק 8 וגם את פס"ד קורטהאם בשביל לתת גב לרופאים. ומעבר, גם ס15(2).**

**3.תקיפה בהקשרים רפואיים**

**בעבר**, אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה (ס23 לפקנ"ז) מצריך אי הסכמה – אי קבלת הסכמה, כלל גם אי גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול או חלופות הטיפול או סכנות.

**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 בס13):

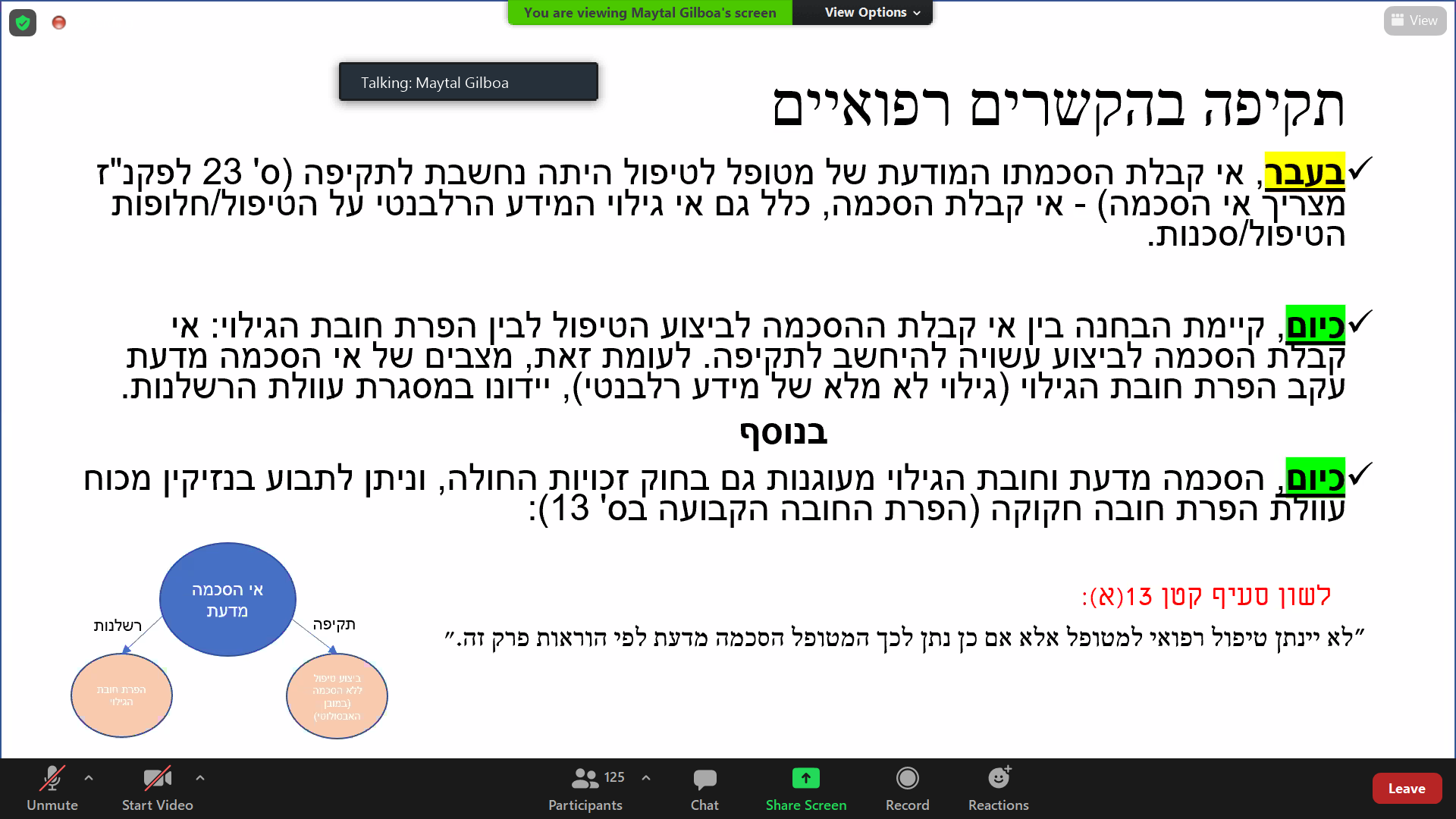
לשון **ס'"ק 13(א) לפקנ"ז:**

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

**אפשר לחלק את אי ההסכמה מדעת לשני מצבים עיקריים:**

1. תקיפה – ביצוע טיפול ללא הסכמה (במובן האבסולוטי).
2. רשלנות – אי גילוי מידע. (אפשר גם דרך הפרת חובה חקוקה, כי ישנה חובה בחוק זכויות החולה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל.

**עד עכשיו היינו בתקיפה, יש אפשרות גם להפח"ח, אך בכ"ז עכשיו נתמקד בהיבט הרשלני.**



**מה המשמעות של מעבר מתקיפה לרשלנות במצבים של אי הסכמה מדעת כתוצאה מאי עמידה בחובת הגילוי (רלוונטי גם לעוולת הפח"ח)?**

1. הדרישה לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות כולל הוכחת קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הגופני שנגרם. יש פה מבחן סיבתיות כפול (**דעקה**):

די קשה להוכיח את הסיבתיות הכפולה הזו, בעיקר כי לרוב באמת רוב האנשים היו בוחרים אלטרנטיבה כזו (דעקה).  
   


1. זכרו שבשביל פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח קש"ס, שכן היא נגרמת מעצם הפרת חובת הגילוי (**דעקה**)

\*הפיצוי הגופני ככל שיהיה, הוא יהיה המשמעותי. פיצוי אוטונומי הוא לא משמעותי. אין פיצוי גדול באמת..

מה היקף חובת הגילוי?

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

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן **בפס"ד קדוש).**
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף).
* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל **(פס"ד חליפה).**
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות **(פס"ד סידי).**
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל (אך נדבר על ההסתייגות לכך **בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית).**
* **חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך המבחן בפס"ד קדוש).**  
  הסטנדרט שחל בד"כ ברשלנות מדבר במונחים של סבירות. בהקשר של חובת גילוי לרופאים, האם הסטנדרט ייבחן ע"פ הרופא הסביר או ע"פ המטופל הסביר? ביהמ"ש העביר את המטוטלת בפס"ד **קדוש** מהרופא הסביר לכיוון המאפיינים המטופל הסביר, **מה המטופל הסביר היה מצפה לדעת בנסיבות המסוימות**. (כלומר, אם האדם לא משכיל, אם סקרן, אם לא יודע עברית וכו'). השופט עמית חלק על הקביעה הזו, הוא חושב שצריך להיות על הציר של מטופל-רופא, אבל יותר לכיוון הרופא הסביר.
* **חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.**ככל שסיכויי ההצלחה של הטיפול נמוכים יותר, ככל שיש יותר כאב וסבל בהליך וכו', נדרש לגלות יותר מידע למטופל.
* **חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף).**טיפול אלקטיבי הוא טיפול בחירתי (ניתוח פלסטי). לא חייבים בניתוחים הללו. במקרה כזה, חובת הגילוי רחבה יותר, **כיוון שיש יותר סיכוי שלא נבחר בהליך אם נדע שהוא מסוכן**. אם זה טיפול דחוף ונצרך, ביהמ"ש יהיה סלחן יותר לגילוי של פחות עובדות.
* **חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל (פס"ד חליפה).  
  פס"ד חליפה**  
  עובדות: תביעה של הולדה בעוולה. תינוקת נולדה עם פגיעה בעמוד השדרה שהפך אותה לנכה. הרופאים הציעו אולטרה סאונד להורים, אבל לא נדנדו ולא הסבירו לה שוב ושוב את החשיבות. הטענה הייתה שהתנהגות הרופאים הביאו את ההורים לא להבין את הבעיה החמורה, ולא לעשות הפלה, ולכן נולדה להם ילדה נכה. הולדה בעוולה. המיוחד באותו העניין: הרופאים הציעו להורים לבצע את הבדיקות, הם פשוט לא שיגעו על זה.  
  נקבע: על הרופאים מוטלת חובת גילוי, אבל לא נדרש מהם ללחוץ על המטופלים לקבל החלטה מסוימת.  
    
  **מה שיקולי המדיניות שיכולים להטות את הכף לכאן או לכאן?**בעד:

1. פטרנליזם- אנשים הם רציונליים ויכולים לקבל החלטות בעצמם, אי אפשר להיות פטרנליסטיים ולכפות עליהם. זה הופך לא רק לגילוי מידע, זה כבר ניג'וס. אנחנו יודעים יותר בשביל מה נכון לך. זה יכול להוות לחץ פסיכולוגי.
2. שיקולי עלויות- יש פה שיקולי מערכת- עלויות גבוהות להשקיע כך בכל מקרה.
3. הרתעה ביתר- עד כמה הרופאים צריכים לחשוש כאשר הם מציעים טיפול? האם הם צריכים להצדיק את עצמם בכל טיפול? זה לוקח זמן ומשאבים.
4. פגיעה באוטונומיה- המטרה של חובת הגילוי היא הרצון לאפשר למטופל הסכמה מושכלת מדעת, הבנויה על כל הידע שצריך כדי להחליט נכון. אם דוחפים אותו לקבל את ההחלטה "הנכונה" אנחנו פוגעים באוטונומיה מהצד השני של המטבע (פעם אחת אמרנו: רופאים שלא גילו מידע פגעו באוטונומיה לבחור בצורה מושכלת, והפעם אנחנו טוענים: רופאים שלחצו על מטופלים לבחור בטיפול מסוים).

מנגד:

1. האדם הפשוט- יש אנשים שלא מבינים את המשמעות של המידע וצריך ללחוץ עליהם.
2. לחשוב על עוד סיבות

* **חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות (פס"ד סידי).**  
  **פס"ד סידי**

עובדות: אם שסבלה מהפלות בעבר ילדה ילד עם קשיי נשימה וללא יד. היא הגישה תביעה בגין הולדה בעוולה**:** הרופא לא סיפר על אלטרנטיבות רפואיות כדי לגלות מומים בעובר.בתביעה מדברים ספציפית על סריקה אל-קולית, שכנראה הייתה מגלה את המום. הרופא אמר שהבדיקה לא נמצאת בסל הרפואי-הציבורי, ושלא היה צריך לגלות אלטרנטיבות פרטיות יקרות.השמיים הם הגבול, אין מעצור מתי הרופא צריך להפסיק לגלות אם כך.  
נקבע: **ריבלין:** גם במערכת הרפואה הציבורית, חלה חובת גילוי על הרופא לגלות אלטרנטיבות פרטיות, גם אם הללו לא נגישות.  
**חיות:** במצבים שיש ציפייה לילד, רופאים **יכולים לצפות שההורים רוצים לקבל את כל המידע הרלוונטי לגבי העובר שלהם**, גם אם זה רק דרך הרפואה הפרטית.שיקולים: יש פה שיקולים כלכליים של המטופל, וצריך לתת לו לבחור אם כן או לא.ההורים רוצים לדעת את כל המידע על הילד שלהם. הם רוצים לדאוג לחיים טובים בשבילם גם. **מנגד**, יש פה תמריץ בעייתי לרופאים ציבוריים, משום שהרבה פעמים הם מספקים טיפולים פרטיים, ויש להם אינטרס כלכלי בכך. יש פה פוטנציאל לניגוד אינטרסים.

* **ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל (אך נדבר על ההסתייגות לכך בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית).**  
  **פלונית נ שירותי בריאות כללית**  
  האם חובת הגילוי הכללית שחלה על רופאים, כוללת גם חובה בהתאם להשתייכות הדתית של המטופל?עובדות: הורים מוסלמים שעברו בדיקת מי שפיר, גילו לילדם תסמונת דאון. זה מאוחר מדי מבחינתם לעבור הפל, מפני שהפלה אפשר לעשות עד השבוע ה20 בדת המוסלמית. כלומר, בדיקת מי שפיר לא התאימה בשביל לגלות את התסמונת בזמן. לטענתם היו אלטרנטיבות שהיו צריכים להציע להם לפני כן, כדי שאם יתגלה פגם יוכלו להפיל ע"פ דתם. לטענת המטופלת, על הרופא שידע שהיא מוסלמית, היה להמליץ על אלטרנטיבה מוקדמת יותר.  
  נקבע: וילנר קבעה שחובת הגילוי לא כוללת מסירה של מידע דתי. מידע הגלום באמונה דתית הוא באחריות המטופל ולא באחריות הרופא המטפל.וילנר בכ"ז קבעה שיש מצבים בהם רופא מטפל יהיה מחויב לגלות מידע רלוונטי כזה, וזה יקרה אך רק אם המטופל מיוזמתו ביקש זאת. **לא קיימת חובת גילוי כזו אלא אם המטופל מיוזמתם ביקשו את התאמת המידע לדת שלהם.**

חובת הגילוי לא כוללת מסירה של מידע התלוי בפן דתי, אלא הנ"ל באחריות המטופל וצריך להגיע מיוזמתו. כאשר יש דרישה כזו מצד המטופל, אכן חלה חובת גילוי על התאמת המידע הרפואי למטופל הדתי. [ההלכה-אין חובה על הרופא להתאים את המידע הרפואי לדת המטופל, אלא אם כן המטופל ביקש מפורשת הרופא יתאים את המידע לדתו ואז יש חובה על הרופא]

וילנר נקטה בדרך **אמצע**: לאדם יש את החירות לפעול כרצונו, והרופא לא צריך לפרפר את עצמו בשביל זה. רופא הוא לא איש דת, הוא רופא. יש פה שיקול גם של פגיעה בפרטיות. ייתכן שאנשים דתיים לא רוצים לקחת בחשבון את הפן הדתי, אלא פשוט לקבל את המידע בפשטות. בחירה היא לא רק דבר חיובי, יש הרבה השלכות בעצם הצורך לבחור, ולא צריך לכפות על אדם לבחור.  
הבעייתיות היא לא בעצם הנגישות למידע, אפשר שאוטומטית המחשב יתן טיפולים רלוונטים בהתאם לדת. אבל מעדיפים שזה יגיע מהמטופל.

**פגיעה באוטונומיה כראש נזק, האומנם?**יש נסיגה משמעותית של הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק בפני עצמו.

**פלונית נ מדינת ישראל**   
(צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי)  
עובדות: לעיל.  
נקבע: השופט עמית מביע את עמדתו (שהייתה מיעוט בעניין קדוש), וקובע כי אין לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי, אם התקבל פיצוי על הנזק הפיזי שנגרם ועל כאב וסבל. פיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל, כאשר יש נזק פיזי. **ברגע שיש הפרת חובת גילוי, שבעקבותיה נגרם נזק פיזי כתוצאה מהפרת אותה חובה (הקש"ס הכפול), לא יתקבל גם פיצוי על פגיעה באוטונומיה.**

**מתי גם השופט עמית מסכים שיש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה?**

1. כשיש נזק גופני אך לא מתקיים קש"ס. כמו בעניין דעקה. מעין פרס ניחומים.
2. במצבים של הולדה בעוולה (המר)
3. במצבים הדומים לתקיפה, כלומר לנסיבות מרפאת עין טל:

**פס"ד מרפאת עין טל**טיפול לשיפור בעיות ראייה. המטופלת הרגישה שמשהו לא בסדר, וביקשה לעצור את הטיפול. הרופא לא עצר. בכך זה משתייך יותר למקום של תקיפה. אך עדיין אפשר לתבוע גם על פגיעה באוטונומיה.

**אבל, לא בטוח שהתקבלה המילה האחרונה.**

העמדה שהובעה ע"י עמית **בפלונית** אמנם התקבלה ע"י השופטות וילנר וברון באותו עניין, אך נראה שיש שופטים שלא מסכימים (ברק-ארז ומלצר הביעו הסתייגות מפורשת מגישה מצמצמת זו בעניין **מרפאת עין טל**)

**שורה תחתונה, פגיעה באוטונומיה: במבחן עליכם להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד (כלומר, בנוסף לכאב ולסבל, ולנזק הגופני אם יש), אך להכיר את גישתו המצמצמת של עמית בעניין מרפאת עין טל.**

**שיקולי מדיניות אפשריים:** עלויות, רפואה מתגוננת, אוטונומיה

**הפרת חובה חקוקה**

**הפרת חובה חקוקה**

63 (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.

**עוולת הפח"ח היא עוולת מסגרת:** המסגרת העובדתית שלה מאוד רחבה, והרבה תצריפים עובדתיים יכולים לחול בתוכה. היא תחול בכל מיני הזדמנויות סיבתיות-עובדתיות. העוולה יכולה לחול בפני עצמה, או בנוסף לעוולה אחרת.

**חמשת יסודות העוולה:**

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

**פס"ד גרובנר**

העובדות: תביעה על הפח"ח הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק.

חשוב לענייננו: ביהמ"ש עומד על ההבחנה בין סמכות לקיים גנים ולפקח עליהם לבין חובה. היות שמוצא כי לא קיימת חובה, שכן מדובר בעניין שבסמכות והפעלת שק"ד (יכולים לבחור שלא, גם משיקולי תקציב), אזי גם ממילא לא הופרה חובה כזו.

**פס"ד אמין**

העובדות: הזנחה הורית, הובילה לתביעה של ילדים את אביהם, על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה.

השאלה המשפטית: האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? האם ניתן להטיל על האב את החובה המוסרית, לדאוג לילדיו, כחובה משפטית?

פסיקת ביהמ"ש:  
**ס15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות** **קובע:** "אפוטרופוסות 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".

**אנגלרד מתמקד במושג "חינוך":**

* מפרש "חינוך" באופן רחב-גם לצרכים חומריים, וגם מעבר.
* כיצד נדע אם הורה הפר את החובה? מהו הסטנדרט?הסטנדרט שהורה מחויב לעמוד בו קבוע **בס17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות:** "באפוטרופוסות לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין". **הסטנדרט הוא לא של הורה סביר, אלא של הורה מסור**.

מצד שני, קיימת הגנה לאפוטרופוס הורה **בס22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוסות:** "הורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופוסתם, אלא אם פעלו שלא בתום לא או לא נתכוונו לטובת הקטין".

\*\***לסיכום המהלך במקרים של הפח"ח בין הורים לילדים:**

1. **ס15 מקים חובה** על הורה לדאוג לחובת הקטין בצורה רחבה, הן לצרכים החומריים, הן לצרכים מהותיים יותר כמו לימודים, חינוך וכו'. זוהי עדיין לא חובה לאהוב את הילד (אמין).
2. **ס17 קובע סטנדרט:** לפעול בדרך שהורה מסור היה פועל (ולא הורה סביר). קביעת המסירות היא שאלה נורמטיבית שביהמ"ש יכריע בה.
3. **ס22 קובע טענת הגנה נוספת:** לפעול בתו"ל לטובת הקטין.
4. **החיקוק שהופר נועד להגן על הניזוק או על קבוצת בני אדם שהניזוק נמנה איתה**

**יש להבחין בין חיקוק לטובת אינטרס הפרט לבין חיקוק לטובת אינטרס הכלל (אינטרס הציבור):**

השאלה הזאת קיבלה תשובה **בפס"ד ועקנין**, שם הובחן בין חיקוק שקובע נורמות התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, מול חיקוקים הבאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים.

דוגמאות לאחרונים: האיסור הפלילי על בגידה, המטרה להגן על אינטרס המדינה; והחובה להצביע בבחירות, המטרה להגן על קיומן של משטר דמוקרטית.

1. **הנזק הוא מהסוג שאותו התכוון החיקוק למנוע**

**פס"ד בלומנטל**

העובדות: נטען כי השתנה ייעוד של מבנה, מפנסיון לבית חולים לחולי נפש, על אף הוראה בתוכנית המתאר שאוסרת על הקמת בי"ח לחולי נפש באזור.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על הפח"ח?

נקבע: השופט **גולדברג** פוסק שלא הופרה חובה חקוקה, משום שלא מדובר בבי"ח לחולי נפש אלא בבית הבראה. כלומר, כלל אין חובה (היסוד הראשון לא מתקיים). **אך**, גם אם ניתן היה לטעון שהופרה החובה, וכי מדובר בבי"ח לחולי נפש, הטענות של התובעים היו כאלה כמו: לא נוח להם לגור בקרבת חולי נפש, וחשש מירידת מחירי הדירות. **הנזק שלו טוענים השכנים ("אי הנעימות") אינו תואם לסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק.**

לדעת גולדברג, תוכנית המתאר מנסה למנוע מצב של מטרד אמיתי לתושבים. כלומר, כדי שהדיירים יוכלו להצליח בתביעה ע"פ ס63, הם היו צריכים להראות שהשכנים גורמים למטרד בפועל (=מטרד: דבר הגורם לאדם להשתמש באופן סביר בנכס שלו (אובייקטיבי). רעש, התנפלות על עוברי אורח וכו').

**בך** אומנם הצטרף לפס"ד של גולדברג שאין חובה. אך חלק עליו בפרטי הפרטים: סבר שגולדברג הלך רחוק. **אם אכן היה מוקם בי"ח לחולי נפש, לא יכול להיות שרק מטרד יהווה עילה לתביעה, אלא די גם בפוטנציאל למטרד. בנוסף, הוא נותן את הדעת גם על ירידת מחירי דירות, שהגיוני שיהיו לגיטימיים לטעון להם.**

1. **קש"ס עובדתי ומשפטי**
2. **קש"ס עובדתי נבחן באמצעות מבחן האלמלא-** האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה ע"י הנתבע?

* אם התשובה לכך שלילית, הנתבע חולל שינוי במציאות בהתנהגותו העוולתית והוא הסיבה לנזקו של הנתבע.
* אם התשובה לכך חיובית, אין קש"ס בין התנהגות הנתבע לבין נזקו של הנתבע.

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

**פס"ד ועקנין קובע שלושה מבחנים לבחון קש"ס משפטי:**

1. מבחן השכל הישר (כפונקציה של הניסיון היומיומי; "הנטייה הסיבתית")- פונקציה של הניסיון היומיומי. מין אינטואיציה. מה הגיוני שהיה קורה. זה מבחן שבד"כ לא יעמוד בפני עצמו.
2. מבחן הצפיות (לגבי אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק)- הדגש בסיבתיות משפטית זה על המבחן הנורמטיבי: האם האדם צריך היה לצפות. נבחן משיקולי מדיניות.
3. מבחן הסיכון- זהו המבחן הדומיננטי, העולה גם מנוסח הסעיף עצמו במפורש ס63. מה הסיכון אותו המחוקק ביקש למנוע. יש זהות מסוימת בין המבחן הזה ליסוד הקודם שדיברנו עליו- האם הנזק שהתממש הוא מסוג הנזקים שאותם ביקש המחוקק למנוע. אופן התממשות הסיכונים שאותם ביקש המחוקק למנוע, הם הנזקים. נזק נגרם כתוצאה מסיכון שהתממש. זהו דיון חזרתי: מבחן הסיכון הוא מבחן משפטי ככלל, ולכן נבחן במסגרת מבחני הקש"ס, על אף שמופיע ביסוד לפני כן.

**לרוב המבחנים יובילו לאותה תוצאה.**

**פס"דberry**

אדם נוסע במהירות מופרזת ונופל עליו עץ שמרסק לו את הרכב. האם יש קש"ס עובדתי, בין הנהיגה במהירות המופרזת לבין הנזק שנגרם לרכב?

כן, אלמלא הנהג נסע במהירות בה נסע, לא היה מגיע לאותה נקודה באותו הזמן שנפל העץ. אך זה עדיין לא אומר שצריך להטיל עליו אחריות. לכן מגיעה הסיבתיות המשפטית. האדם לא היה יכול ולא היה צריך לצפות.

1. **היסוד הנגטיבי: החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי**

**פס"ד סולטאן**

מוסלמי שגירש את אשתו, ללא שטר מבית הדין שיתיר את הנישואין. זוהי עבירה פלילית. בשביל להתיר נישואין נדרש שטר מב"ד מוסמך.

הסעיף נשוא המחלוקת: ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תרופה נזיקית.

הנזק: סבל, פגיעה חברתית, וכלכלי.

נקבע: ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תרופה האזרחית. זו שאלה של פרשנות, ותלויה בסעיף העונשי המדובר.

בנוסף, נטען שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק עליו נועד להגן חוק העונשין.

נקבע: נקבע בהקשר הזה **שמטרת החיקוק כפולה:** הסעיף בחוק העונשין נועד להגן על אינטרס חברתי רחב 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). הקביעה הזו רלוונטית יותר ליסוד השלישי.

**פס"ד דבוש**

בפס"ד עולה 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 להפח"ח (כנגד דעתה החולקת השופטת ברק-ארז באותו מקרה).

**סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית**

מיטל אוהבת לוודא עם הילד שלה שטוען שמשהו נשבר באשמת מישהו: זה קרה באשמתו או קרה בגללו? בדיני הנזיקין מדברים לא רק על החצנת הסיכון, על עוולה, ועל נזק. אלא נדרש שתהיה סיבתיות בין אותה עוולה לנזק. וזה לא כזה פשוט תמיד.

* **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:**



**נעסוק בשלושה היבטים של סיבתיות עובדתית, החריגים למבחן האלמלא:**

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

**כאשר ישנם ריבוי גורמים, שגם כל גורם לבדו יכול היה לגרום לאותו הנזק בדיוק.** ישנו יתר קש"ס- הקש"ס חל פעמיים במקביל.

דוג': שני ציידים יורים בו"ז בחיה. הצייד הראשון טוען: אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכ"מ ע"י היורה האחר. הצייד השני טוען: אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכ"מ ע"י היורה האחר

לאיזו תוצאה מוביל מבחן האלמלא במקרה זה? אין פתרון ע"פ מבחן האלמלא.

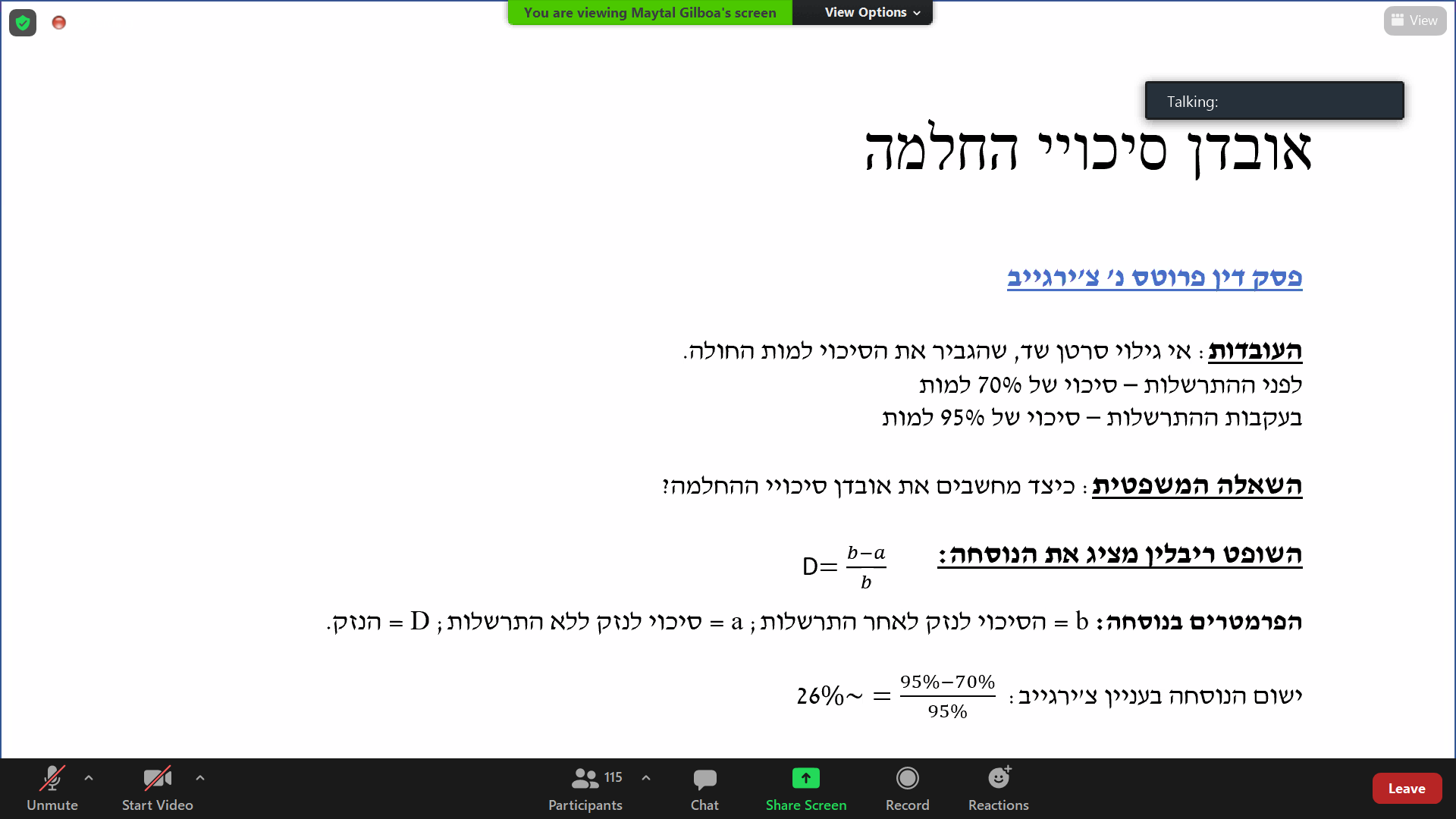
**הפתרון: מבחן הדיות.** מבחן הדיות מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה אם ההתנהגות מספיקה לבדה ("די בה") כדי לגרום את הנזק. זהו הפתרון האמריקאי. בישראל זה לא אומץ פורמלית.

**הפתרון הישראלי: דוקטרינת מעוולים יחד ולחוד-** שני המעוולים יצרו את העוולה יחד, ונושאים בכל האחריות לחוד.זהו מבחן מעושה. לדעת מיטל זה לא נותן פתרון מדויק כי הם לא פעלו יחד, הם פעלו לחוד! לדעתה פתרון המדויק הוא מבחן הדיות, שטרם אומץ כאמור.

1. **אובדן סיכויי החלמה**

**פס"ד פאתח**העובדות: ניתוח באוזן שלא צלח, והביא לפגיעה בעצב הפנים (אין טענה לגבי הניתוח שלא צלח, אלה דברים שקורים, לא כל דבר נכנס לדיני הנזיקין).  
נטען: אילו היו מגלים את הנזק שנגרם במועד סביר, הנזק לא היה מחריף. יש רק 30 אחוז סיכויי הוכחה של הקש"ס הזה שאם היו מגלים מוקדם יותר אז הנזק לא היה מחריף.  
השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, הקטנים מ50 אחוז? (שכידוע, נדרש מאזן הסתברויות בנזיקין).  
נקבע: הנזק הוא לא הנזק הפיזי שנגרם לאוזן ולעצב שלה (ששם יש 30 אחוז סיכויי החלמה), אלא חוסר היכולת להחלים (שזה 100 אחוז נזק) שנגרם מעצם הטיפול המאוחר.   
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).   
\*אם אחרי ניתוח היו לי 60 סיכויי החלמה, והרופא התרשל בנתינת הטיפול בצורה שדרדרה את המצב שלי, ועכשיו יש לי 20 אחוז סיכויי החלמה, אתבע על הנזק של אובדן 40 אחוז סיכויי ההחלמה. זהו פיצוי יחסי על נזק יחסי שנחשב כנזק שלם.

**פס"ד צ'ירגייב**חישוב אובדן סיכויי החלמההעובדות: אי גילוי סרטן שד, שהגביר את הסיכוי למות החולה.לפני ההתרשלות- סיכוי של 70 אחוז למות.בעקבות ההתרשלות- סיכוי של 95 אחוז למות.לטענת הרופא, החולה בכ"מ הייתה מתה. אבל, הנזק הוא לא המוות. קבענו את פאתח- אפשר לתבוע על אובדן סיכויי החלמה.השאלה המשפטית: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה?פסיקת ביהמ"ש: השופט ריבלין מציג את הנוסחה לחישוב אובדן סיכויי ההחלמה:



1. **עמימות סיבתית  
     
   הצגת הקושי:**

* יש להבחין בין מצבים של עמימות סיבתית לבין מצבים של אובדן סיכויי החלמה.
* השאלה של עמימות סיבתית עוסקת **במצבים שבהם לא ברור האם קיים קש"ס בין העוולה לנזק עצמו, הנזק הפיזי** (לעומת אובדן סיכויי החלמה, שלא מתייחסים לנזק עצמו, עוקפים אותו ומדברים על סיכויי החלמה). והיא בוחנת האם בכ"ז קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קש"ס במידה הנמוכה מ50 אחוז; ואם כן, באילו תנאים? כלומר, יש גרימת נזק, אך אין סיבתיות מספקת ע"פ דיני הנזיקין: פחות מחמישים אחוז. יש קשיי הוכחה מכל מיני סיבות שהן. רוצים להכיר במצבים שיש קשר בין עוולה לנזק, גם אם הקשר לא כזה שעולה במאזן ההסתברות.
* בשיעור נתמקד במצבים של עמימות סיבתית במצבים של **נתבע ותובע יחידים** (לידיעה, קיימים מצבים נוספים של ריבוי תובעים/ נתבעים/ עמימות לגבי גודל הנזק; נזכיר חלק מאלה, אך לא נתמקד בהם).
* עוולה, נזק, האם יש קש"ס? אם כן, מה עושים שהוא בפחות מ50 אחוז?

**פס"ד מלול**   
הטלת אחריות יחסית לפי הסתברות הגרימה (בין מזיק וניזוק יחידים).  
העובדות: שני גורמים אפשריים לנזק שנגרם לתינוקת: 1) פגות 2) התרשלות הרופאים (עיכוב הניתוח הקיסרי); מן העובדות עולה שהגורם הראשון הוא המשמעותי, וע"כ לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קש"ס במידה העולה על 50 אחוז.  
השאלה המשפטית: האם בכ"ז ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?  
פסיקת ביהמ"ש: הדעות בפס"ד חלוקות, אך שתיהן סוברות שניתן לחרוג מהכלל בנסיבות מסוימות. נזכיר את שתי העמדות המשמעותיות:

**ריבלין** (רוב): לא ניתן לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במקרים של מזיק וניזוק יחידים (החשיבות של הכלל משמעותית מדי). **ניתן לחרוג במקרים של הטיה נשנית** (קבוצת ניזוקים שיכולים להצביע על נזק עקב התרשלות אך לא ברמת הסתברות מספקת, שעצם הקבוצה מלמדת על הסתברות לקש"ס). בנוסף, ניתן לאפשר פיצוי יחסי גם **ביחס למזיק**: כאשר ההסתברות של הקש"ס מלמדת על מעל 50 אחוז קש"ס אך לא על 100 אחוז, הוא לא יפצה במאה אחוז, אלא ביחס להסתברות המסוימת.

**נאור:** מרחיבה את ריבלין **גם לניזוקים יחידים**: במצבים שיש **אי יכולת מובנית** להוכיח קש"ס (סיבות אובייקטיביות: מגבלות המדע וכו'), אפשר לקבוע פיצוי יחסי דרך תמיכה בראיות ספציפיות. האומדנא תהא ע"פ הסתברות הגרימה. מאידך, **אין לאפשר פיצוי יחסי למזיק**.

**ריבלין**:

* עקרונית, א"א לסטות מכלל מאזן ההסתברויות, זהו מדרון חלקלק שלא יודעים את סופו. הוא מדגיש את החשיבות העיקרית של המאזן ככלל: פיזור הנזקים של טעויות משפטיות. ובכ"ז, מאפשר לסטות בנסיבות מסוימות מאוד שיצמצמו את הפתח לסטייה.
* במקרים של **מזיק וניזוק יחידים** (כמו בפס"ד), אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. **חריג** לכך יהיה במצבים של אובדן סיכויי החלמה, שעליהם דיברנו לעיל (הלכת פתאח).
* לעומת זאת, **במקרים של קבוצת ניזוקים ומזיק אחד (הטיה נשנית/עקבית/שיטתית)** ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים כדלהלן (במצטבר):

**1)** מזיק (גורם מחצין סיכון)

**2)** קבוצת ניזוקים

**3)** סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים

**4)** הטיה נשנית בהחלת כלל עודף ההסתברויות.

* **הרציונל**: הטיה נשנית היא קבוצת ניזוקים שכל אחד לבדו יכול להצביע על התרשלות (על המזיק כגורם יוצר סיכון) ועל נזק, אך לא על קש"ס של 50 אחוז ומעלה). לדעת ריבלין, עצם החבירה יחדיו מעלה את הסיכוי שאכן יש קש"ס.
* **מאידך**, **בראייתו של ריבלין, הטיה שיטתית מצדיקה פיצוי יחסי גם אם הוכח קש"ס במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100%.**
* לדעת ריבלין, ההטיה השיטתית תגן גם על המזיקים: במצבים של ריבוי ניזוקים, שיש מזיק שתמיד מחצין סיכון, אפשר להתחשב גם במזיק (כלומר, אם ניתן להוכיח קשס אפילו מעל 50 אחוז, אך לא ברמה של 100 אחוז, לא נטיל עליו אחריות ברמה של 100 אחוז אלא בהתאם לנזק שגרם) כדי למנוע מצב של הרתעה ביתר.

**נאור:**

* לעמדתה, גישתו של ריבלין מצומצמת מדי. היא נכונה למצבים של ריבוי ניזוקים, אולם אין זה מקרה הליבה שבו מדובר (עמימות לגבי הוכחת קיומו של קש"ס). היא נוטה להסכים, אולם לשיטתה, אין זה כלל המקרה הנדון בעניין מלול.
* **יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצאי דופן שבהם העמימות הסיבתית היא מובנת**- **נובעת ממגבלות המדע ואי מתן פיצוי יחסי תסכל את מטרות הצדק המתקן ותאפשר הרתעה בחסר על יוצרי סיכון.**
* על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי.
* אין לאפשר פיצוי יחסי ביחס למזיק- אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ50 אחוז וקטנה מ100 אחוז. מיטל מסכימה עם זה- בסוף, הוא מעוול. זו הרתעה בחסר.

**איזו הלכה בכ"ז ניתן לחלץ מפסק הדין?**

* נכון להיום, **לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים** (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית).
* ככל הנראה, **יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית** (ראו **ארבעת התנאים** של ריבלין): 1) מזיק 2) קבוצת ניזוקים 3) סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים 4) הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות
* **"כלל אי הסימטריה"-** בכ"מ אם יינתן פיצוי יחסי הוא יתאפשר לטובת הניזוק, כלומר כאשר הוא מאפשר פיצוי על הוכחת קש"ס הנמוכה מ50 אחוז. ולא ביחס למזיק- לא ניתן פיצוי יחסי אם הוכח קשס במידה הגבוהה מ50 אחוז וקטנה מ100 אחוז (ראו פסד הלל יפה לעניין אובדן סיכויי החלמה)
* **חשוב**! כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קש"ס בשל אשמו של המזיק, יש פתרון: **דוקטרינת הנזק הראייתי**. הפיכת נטל הראיה (שכנראה תוביל לפיצוי כי קשה להוכיח שאין נזק אם אין הוכחות).

**סיבתיות משפטית**

יש לזכור: מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו **להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו מבחינה עובדתית.** בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים שפותחו לאורך השנים, ונגזרים בצורה **נורמטיבית משיקולי מדיניות** (זאת, להבדיל מסיבתיות במובנה המדעי).

**שלושה מבחנים:**

1. **מבחן השכל הישר** (או הנטייה הסיבתית, ניסיון החיים מלמד ש..)
2. **מבחן הסיכון** (דיברנו עליו במיוחד בעניין הפח"ח)- האם הנזק שהתממש קרה כתוצאה ממימוש הסיכון העוולתי המסוים.
3. **מבחן הצפיות** – יהיה לב הדיון בפרק זה.

**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 (ברדה, דוג' אחרת: פלוני)
* היקף הנזיק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק.
* אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק קש"ס.

**מבחן הצפיות**

זהו מבחן של צפיות נורמטיבית. **הצפיות הנורמטיבית מופיעה גם בחובת הזהירות, וגם בסיבתיות המשפטית. האם יש כפילות?** ישנה מחלוקת מלומדים, ובקייס אפשר לבחור איך ליישם ולא ללכת ע"פ שתי הגישות:

1. **מבחן הצפיות בחובת הזהירות ומבחן הצפיות הסיבתית זהים-** יש להוכיח התרשלות, נזק, סיבתיות עובדתית, ואז לבחון את הצפיות הנורמטיבית.
2. **מבחן הזהירות עוסק בזהות הניזוק ומבחן הסיבתיות עוסק בסוג הנזק-** במשפט האנגלו-אמריקאי מקובל להבחין בין מבחן הצפיות של חובת הזהירות (שם בוחנים את הצפיות לגבי זהות הניזוק, האם הניזוק המסוים היה צפוי), לבין מבחן הצפיות הסיבתית (בחינת השאלה האם סוג הנזק היה צפוי). לדעת מיטל זו הגישה שעולה יותר עם לשון החוק.

נתמקד בשאלה האם סוג הנזק היה צפוי.

**ס64 לפקנ"ז – גרם נזק באשם**

64.  "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)  הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

**מתי א"א להטיל אחריות נזיקית, ואין אשם?**

1. כשהמזיק לא היה צריך לצפות (נורמטיבית).
2. כאשר אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק.

* **מתי נזק אינוי צפוי?**

**פס"ד שמעון נ ברדה**   
באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק  
העובדות: נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל ושיחקו בנשק בתוכו. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי. התביעה מוסבת כלפי ברדה, מנהל המועדון, שידע שהחלון פרוץ ונמנע מלתקן.  
השאלה: **האם** **התנהגות הנערים הייתה כל בלתי צפויה שהיא בגדר גורם מתערב שמנתק את הקש"ס בין רשלנותו של ברדה לנזק שנגרם?**  
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).  
המזיק צריך לצפות את סוג הנזק בקווים כלליים ומופשטים, ולא את דרך הנזק המסוימת.

* **היקף הנזק, שרשרת סיבתית וריחוק הנזק**

**ס76 לפקנ"ז – פיצויים**

**76**. פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם -

(1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע;

(2) סבל התובע נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו.

**\*\*\***קשה להכריע אם נזק קרה במישרין או באורח טבעי.

* **היקף הנזק:**

**פס"ד רינגר נ לאון (היקף הנזק חריג)**

העובדות: פגיעה רשלנית של שני נהגים בעובר אורח על אופני; פגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני.  
השאלה: האם אדם שהתרשל אחראי לנזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באיזור החבלה?  
נקבע:   
**ברנזון**- על המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו גם אם התוצאה הוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק, וזאת אם סוג הנזק שנגרם היה צפוי מראש. אומנם לא יכול היה לצפות, אך צריך היה לצפות, כיוון שדי בכך שסוג הנזק היה צפוי (נזק גופני), ולא אופן גרימתו המדויקת.  
**זילברג** (מיעוט)- מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שצפייתם חריגה כלכך. לדעת זילברג א"א להתחשב במקרי הגולגולת הדקה, כי כל נזק יחויב בנזיקין אם כך.

\*\*ניתן ליישב את תוצאות הפסד עם פס"ד **רביד נ קליפורד**: חומר הרדמה שהוזרק ברשלנות, נכנס למקום אחר וגרם לנזק מוחי. לרוב הנזק כתוצאה מהמעשה הרשלני הזה הוא סחרחורת. זוהי תוצאה חריגה. בהנחה שהרופא בקליפורד התרשל, האם צריך להטיל אחריות בגין נזק כ"כ לא צפוי? דעת הרוב הסכימה שכן. יש לצפות את סוג הנזק ולא את היקפו. >> חיזוק להלכת ברדה-רינגר.

**לסיכום**: **יש לצפות רק את סוג הנזק. לא את הליך גרימתו המדויק (ברדה), ולא את היקפו (רינגר)**

* **נעבור לדבר על ריחוק הנזק:**

**פס"ד בן ציון נ' מגורי בת-ים**(נזק נוסף שנגרם כתוצאה מהנזק הראשון)

עובדות: נפצע בשל רשלנות העיריה (מפגע על המדרכה). עוד באמצע הליכי התביעה, כעבור 6 שנים, נפצע שוב משום שמעד עקב הכאב שנותר מפציעתו הראשונה, ונגרמת לו פציעה שניה (נזק נוסף).

השאלה: האם ניתן להטיל אחריות גם על הנזק הנוסף? מבחינה עובדתית כביכול, אלמלא הפציעה הראשונה, לא היה סובל ומגיע למצב של הנזק השני. מה מבחינה משפטית?

נקבע: יש לבחון אם הנזק השני קרה תוך כדי תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה (מצופה מניזוק לדעת כבר ממה להיזהר בהתאם לנזק שהנוצר), וכן יש להתחשב במבחן הזמן (כדי לוודא שאכן יש קשר בין הדברים).

**\*\*הדבר נראה רלוונטי גם אם הנזק הנוסף יהא בדמות נזק נפשי, בהתקיים התנאים.**



**לסיכום, מוצגים פה שני מובנים של הריחוק מהנזק:**

* מבחינת **היקף הנזק**, כמו ברינגר.
* ומבחינת **ריחוק ממשי**, כמו בבן-ציון.
* **אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק קש"ס**

**ס64 לפקנ"ז – גרם נזק באשם**

64.  "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....

(**2)  אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;**

(3)  הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה....

**פס"ד כיתן נ' וייס**

העובדות: שומר שעובד אצל הנתבעת רצח את העו"ד שלו תוך שימוש בנשק שקיבל מהנתבעת.

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

נקבע: התנהגותו של המעוול הייתה בלתי צפויה במידה שמנתקת את הקש"ס בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובע.

* **פס"ד כיתן מול פס"ד ברדה:**
* בפס"ד ברדה טענת האשם התורם כמנתק קש"ס לא התקבלה. כלומר, למרות התרשלות הנערים והאשם התורם, נקבע שסוג הנזק בכללו היה צפוי גם אם לא לפרטי הפרטים.
* לעומת זאת, בפס"ד כיתן נקבע שלמרות התרשלות השומר ואשמו התורם, סוג הנזק כלל לא היה צפוי באופן שהתממש, ולכן הקש"ס מתנתק.
* **הכיצד? למה השוני? נחשוב על הבדלים בין המקרים:**
* בשני המצבים, הצדדים לא היו תמימים. שני הצדדים פה עשו מעשים מכוונים: בעניין ברדה הנערים התכוונו לפרוץ ולשחק בנשקים, אממה, לא התכוונו בכלל לפגוע אחד בשני פיזית, וזה מצב שהתאפשר רק עקב התרשלות הנתבע. בעניין כיתן לא הייתה רק כוונה לגנוב בצורה לא חוקית, שאם כך זה היה הופך לצפוי, אלא הייתה כוונה ממשית לרצוח לכתחילה. ואת זה המפעל לא יכול היה לצפות.
* **המסקנות ע"ס הבדלים:**
* יש להחיל את מבחן הצפיות בהתאם לנסיבות.
* **אם יש לאשם התורם כוונה להזיק, סביר להניח שינותק הקש"ס, כיוון שהדבר קשה יותר לצפייה (כיתן) –** בהקשר זה, יש להבחין בין כוונה לגרום לנזק (כיתן) לבין כוונה שקשורה למעשה לא אחראי אך לא לגרימת נזק (ברדה)
* **לעתים, "ההגיון של מבחן האלמלא" של הקש"ס העובדתי, יסייע בידינו גם עם מבחן הצפיות של הקש"ס המשפטי-** אם אדם תכנן לבצע במחשבה תחילה, גם אלמלא האמצעי שניתן לו עקב התרשלות הוא היה עושה זאת. כך למשל ניתן לומר בכיתן. לעומת זאת בעניין ברדה, קשה יותר לומר שאלמלא הנערים היו גונבים את הנשק, היה נגרם נזק.

**מה קורה במצב בו לא ברור מי מהצדדים גרם לנזק, ובאיזה היקף? דוקטרינת המעוולים במשותף!**

**דוקטרינת המעוולים במשותף**

**ס'11 לפקנ"ז:** היה **כל אחד משני בני-אדם או יותר** חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, **והמעשה הוא עוולה**, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

**ס'83 לפקנ"ז:** סבל אדם נזק עקב עוולה – אין פסק הדין שניתן נגד מעוול החב על אותו נזק, חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר, שאילו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד.

**ס'84 לפקנ"ז:** 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.

* ע"פ הדוקטרינה, בהינתן נזק לניזוק שנגרם מריבוי מזיקים, כל אחד מהמזיקים יכול לשאת באחריות יחד ולחוד, על כל הנזק שנעשה במשותף (ס11).
* כלומר, יש פה **הסדר מקל לניזוק לבחור האם לתבוע כל מזיק לגבי חלקו היחסי בנזק, או אם לתבוע מזיק אחד לגבי סך הנזק השלם (ס83).**
* מקרה כזה, המזיק היחיד שנתבע יוכל לתבוע את שאר המזיקים כדי להיפרע את מה ששילם. (ס84)

**אנו עוסקים בסיטואציה של:**

* 1. **מספר גורמים**
  2. **עוולתיים**- כל הגורמים עשו עוולה זה לא מצב שיש מספר גורמים שחלק עשו עוולה, וחלק ללא עוולה, תרמו לנזק בצורה כלשהי אחרת.
  3. **לנזק אחד**

**אפשר לדבר על שני סגנונות של נזקים שונים במקרה של מעוולים שגרמו לנזק אחד:**

1. **נזק שניתן לחלוקה**- "המקרה הקל". כאן פשוט שכל מעוול יחוב על החלק שגרם לו, וניתן להשתמש בהסדר המקל לפיו אפשר לתבוע אדם אחד.
2. **נזק שבלתי ניתן לחלוקה-** לא ברור מי גרם לאיזה חלק בנזק, וצריך להוכיח לגבי שניהם שביצעו את הנזק. נתמקד בזה.

**המקרים היותר בעייתיים הם נזקים שהם בלתי ניתנים לחלוקה:**

**פס"ד מלך נ' קורנהיזר**

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?

נזקק את הבעיה (סוג של עמימות סיבתית): יתכן שהכלבים של הזוג גרמו לכל הנזק, ויתכן שגרמו לחלק ממנו – לא ניתן לדעת.

פס"ד הראשון בעליון- איפשר אחריות ע"ס רעיון של מעוולים יחד, וחייב את הזוג בפיצוי של 2/3 בלבד. פן פורת חילקה את הנזק לשלוש, ובעלי הכלב ישלמו שני שליש.

פסק הדין בדיון הנוסף- בתנאי אי-וודאות, השאלה מי יישא ב"חלק היתום" של הנזק היא שאלה של מדיניות משפטית. עדיף לקבוע פיצוי לטובת הניזוק התם מאשר לטובתם של המזיקים המעוולים.

**ישנה הלכה נוספת, שאומנם נפסקה לפני קורנהיזר מבחינה כרונולוגית, אך לא בטוח האם אכן התבטלה לחלוטין בעקבות הפסיקה החדשה:**

**פס"ד גינוסר נ' דחאברה**   
(מקרה של נזקי רכוש)

עובדות: נגרם נזק ליבול של התובע (הקיבוץ) ע"י עדרים שפלשו לשדות במשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים.

הבעיה דומה לבעיה 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.  **🡨 כלומר, יש פה הכרה בנזק שאינו ניתן לחלוקה.**

* **ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר:**
  + - בגינוסר התייחסו לנזק שאינו ניתן לחלוקה, 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.

**שיעור אחרון**

**מיקום דיני הנזיקין על "מפת המשפט"**

* + - * הכרנו מושגי יסוד.
      * דיברנו על היחסים בין נזיקין לדיני אחרים.

דיני נזיקין יוצרים חיוב של אדם כלפי אחר, והם יוצרים את החיוב הזה בעל כורחם של שני הצדדים (שלא כמו בדיני חוזים). זה מה שמייחד את הדינים הללו. התחלנו את הקורס בהבחנות בשביל לראות מה משותף בין דיני נזיקין לדינים אחרים.

**תיאוריה של דיני נזיקין**

הרעיונות המרכזיים שמביעים מה המטרות של דיני נזיקין. גם אנשי הניתוח הכלכלי וגם אנשי הצדק המתקן- סוברים שאלה הרעיונות של החקיקה. וביהמ"ש מנסה לחשוב לפי התיאוריות השונות מה היה הרציונל של המחוקק.

האדם הכלכלי יאמר- החוק צריך להיות יעיל. והאדם של הצדק המתקן- צריך לראות איך זה מיטיב עם הניזוק. ואז עורך הדין צריך לטעון לפי הדברים הללו. יש שעטנז. החוק מכיל רעיון מכל אחד מהרעיונות הללו- של צדק מתקן, מחלק ויעילות.

* + - * צדק מתקן- המהות של דיני הנזיקין. ראינו את הרעיון של פיצוי בעיקר. זה הסעד המרכזי. המהות של **הפיצוי** זה השבת מצב התובע לקדמותו. להשיב ממצב של חוסר איזון נורמטיבי.
      * צדק מחלק- לפעמים השיקולים שמובילים את ביהמ"ש קשורים ברמת **שוויון קטגוריאלית**: יש קבוצות שונות באוכ' ויכול להיות שפסיקה מסוימת תגרום אי-שוויון ברמה אוכלוסייתית, ואז לא להתחשב בכך יצור אי-צדק. למשל, ראינו זאת בפס"ד אבו-חנא, שם נקבע שא"א להכריע לגבי תינוק באותו אופן של אדם זהה ששם נפעל לפי הממוצע בנשק.
      * תיאוריה כלכלית של נזיקין- הרעיון המרכזי הוא הרעיון של **הרתעה**. דיברנו גם על **פיזור נזקים**, שנרצה לפזר את הנזק על פני הרבה אנשים דרך מנגנונים כמו מנגנוני ביטוח. דיברנו גם מעט על **עלויות אדמינסטרציה**- ניהול משפטי זה דבר כבד ויקר. התמקדנו בעיקר בהרתעה (כמו למשל בהתרשלות, בחובת הזהירות).

**משטרים שונים של נזיקין – לפי אשמו של המזיק**

במשטרים השונים מתמקדים בשאלת אשמו של המזיק. זו דרך טובה להבין ולזכור עוולות שונות:

* + - * **עוולות כוונה (אשמה מוסרית)-** כשמישהו התכוון לגרום לנזק, אפשר לטעון על אשמה מוסרית. יש מקומות שצריך להוכיח כוונה וזה מאוד קשה להוכיח. כמו למשל פס"ד גורדון (עוולת הנגישה), שם נדרש להוכיח זדון. ואז ראינו איך רשלנות מהווה עוולת סל שתופסת כמו עוולות פרטיקולריות כמו הנגישה.ראינו את זה גם בעוולת התקיפה, וגם שם קשה להוכיח כוונה.
      * **אחריות מוחלטת (אין התבייטות על שאלת האשם). תחול אחריות בנזיקין עם קרות הנזק; ראינו שאין באמת אחריות מוחלטת אבסולוטית.** במקומות כאלה אין משמעות לכוונה, לא צריך התנהגות סבירה או לא סבירה לא של המזיק ולא של הניזוק. ברגע שהתקיימו יסודות העוולה, המזיק חייב בנזיקין ויצטרך לשלם פיצוי. הגישה היא התממשות הנזק. כמו למשל בחוק תאונות דרכים. ומוצרים פגומים. והחזקה על בעלי כלבים- גם היא אחריות מוחלטת.קרה נזק ואתה משלם. לא צריך לפעול באופן לא סביר ולא צריך שהאשם יתרום.
      * **אחריות מוגברת/חמורה- זהה לאחריות מוחלטת מבחינת המאפיינים, למעט שאלת האשם התורם של הניזוק.** מבחינת ההיגיון, זהו מצב נוסף שלא משנה האשם של המזיק. ההבדל בין אחריות מוגברת/חמורה לבין אחריות מוחלטת זה הנושא של אשם תורם. בהסגת גבול למשל, לא משנה היס"נ, הוא פשוט מואשם. לעומת זאת, פה נוכל לדבר באשם תורם: לא שמת שלט בכניסה לשטח שלך. דוג' נוספת, היא כליאת שווא- יכול להיות שהתכוונת או לא. אבל עכשיו אפשר לדבר גם במונחי אשם תורם ולהפחית במידת האחריות.
      * **משטר הרשלנות.** הרעיון של רשלנות במונחים של "אשם המזיק", עוסק לא במידת אשם מוסרית אלא חברתית. אנחנו חושבים כחברה מה התנהגות נחשבת כסבירה. פרקטיקה מקובלת. מה החברה חושבת שסביר לעשות במצבים מעין אלה.
      * **הזכרנו חסינויות בפרק המבוא (למשל, לילדים מתחת לגיל 12).** לגבי אשם תורם אלה דברים שלא מתקיימים (אייגר), אבל לגבי אחריות נזיקית זה מתקיים, יש חסינויות.
      * **מה לגבי הפרת חובה חקוקה? – סיווגה לפי משטרי אחריות היא שאלה מעניינית (בארה"ב נחשבת למעין רשלנות).** גם זו עוולת סל. היא שואב את הסטנדרט ההתנהגותי שלה מכל חיקוק וחיקוק. אין פה אדם סביר, ואין פה כוונה, אך כל חיקוק שמאפשר לנו להפעיל את העוולה הזו דרך הפקנ"ז. למשל חוק הכשרות והאפוטרופוסות. אם אדם עמד בחובות המוטלות עליו- החוק מסתכל עליו בעיניים של ההורה "המסור". ושם אנחנו בוחנים מה הסטנדרט שהחיקוק מצפה לו, ואנחנו רוצים לראות האם החובה הופרה בהתאם למה שהחיקוק המסוים קובע. הפח"ח היא יצור מוזר.במשפט האמריקאי הפח"ח זה יצור ביניים בין רשלנות לאחריות מוגברת. זו שאלה תיאורטית יותר מדוקטרינרית. אבל צריך להבין את העיקרון של הפח"ח- שואב את חייה מכל חיקוק בנפרד. אין צורך לסווג אותה לפי משטר אחריות.

**נתמקד ברשלנות – כדי להדגים איך נושאים שונים מהסילבוס "מתחברים"**

נתמקד ברשלנות מכמה סיבות. היא עוולה מורכבת, ויש בה המון יסודות ותתי יסודות. קל לחבר אל הרשלנות תתי נושאים שלמדנו בנפרד למרות שהם יכולים להופיע בעוולות אחרות. אבל בגלל הנפח שלה, נבחן את היסודות לאור עוולה אחת. ונראה מהי הרשלנות אחת ולתמיד.

תמיד כשאנחנו יוצאים מהבית, אנחנו מחצינים סיכון. נזיקין אלה דינים יומיומיים. ולכן זו עוולה חשובה. הצורך שלנו לצייר קו ולהבין מתי הסיכון הוא לא סביר- זו עוולת הרשלנות. כי ברגע שהתממש נזק כתוצאה מסיכון לא סביר- הלכנו רחוק מדי. ולכן היא עוולת סל וכ"כ משמעותית.

כאשר נזק התממש כתוצאה מסיכון לא סביר, יש התרשלות ונראה אילו יסודות עוד יתקיימו. לכן לרוב נוכל לטעון גם לרשלנות.

* + - * עקרון שצריך לזכור לפני שמדברים על יסודות העוולה –
      * **על התובע (הניזוק) להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה (כל עוולה, כולל רשלנות) ע"פ כלל מאזן ההסתברויות.** מעל 51 אחוז. ובכ"ז הקדשנו פרק לחריגים לכלל של מאזן ההסתברויות (נטל ההוכחה).
      * **למרות זאת, הקדשנו פרק לכללים שבהם נטל השכנוע יתהפך אל כתפי המזיק. בהקשר זה דיברנו על ס38-41 לפקנ"ז. בנוסף, הזכרנו את דוקטרינת הנזק הראייתי.** הכרנו את הדוקטרינה באופן פרוצדורלי: כאשר יש נזק ראייתי עקב התנהגות המזיק (בכוונה או בהתרשלות), נוכל לטעון לדוקטרינה הזו. זה מעביר את נטל השכנוע לכתפי הנתבע, שמאוד יתקשה לעמוד או להפריך אותו (אם אין ראיות, איך תוכיח שלא התרשלת ושאין קש"ס).
      * **נגיע בסיבתיות גם על מצבים שאפשר לחרוג באופן יחסי.** דוקטרינת הנזק הראייתי תהיה רלוונטית גם שם.

**יסודות עוולת הרשלנות**

* 1. התרשלות
  2. חובת זהירות
  3. הוכחת נזק
  4. הוכחת קש"ס

-נדבר על נזק וקש"ס עכשיו בפן של רשלנות, אבל צריך להוכיח את זה בכל עוולה שהיא (מלבד אחריות מוחלטת).

* + 1. **התרשלות-** התנהגות רשלנית; נבחן לפי האדם הסביר.
       - פרקטיקות- מהי פרקטיקה סבירה. התרשלות היא החצנת סיכון כלפי אדם אחר, בצורה לא סבירה לפי הפרקטיקה המקובלת. צריך לראות סטייה מהסטנדרט.
       - נוסחת לרנד הנד- ההיגיון של הנוסחה: האדם הסביר הוא כזה שלא ישקיע במניעת נזק אם עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק הצפוי. **כלומר אם PXL<B אין התרשלות.** למנוע נגישה מהעוגה המצרפית.
       - אנחנו לא רואים איזה סיכון אנחנו עלולים ליצור, אלא מה ההסתברות שהוא יקרה. והאדם הסביר הוא לא זה שישקיע יותר מתוחלת הנזק שיכול לגרום, כי אז אנחנו נפחית כלכלית. רעיון הסבירות לפי הנוסחא: אנשים פועלים בצורה רציונלית. התנהגות לא סבירה היא כזו שעלות המניעה נמוכה מעלות הנזק.
       - **יש קשר בין פרקטיקה סבירה ללרנד הנד.** אנחנו בוחנים במובנים של עלויות, אז גם פרקטיקה מקובלת אפשר לומר שהיא יעילה.לרוב כשיש פרקטיקה סבירה והיא הנהוגה, אפשר להניח שהיא מקיימת כבר את הנוסחא (כנראה שכבר יותר זולה, יותר מקובלת ויותר קל לבצע דברים שגרתיים וכו'). חזקה שהעלות היא לא עלות גדולה למנוע את הנזק**. יש פה אותו היגיון.** זה לא באמת כזה פשוט להוכיח פרקטיקה סבירה, צ"ל מהי הפרקטיקה הסבירה (להביא מומחים וכו')(לרוב יגיע בקייס).
       - **בפס"ד גרובנר** (האישה בפארק והאופניים) למשל ביהמש התייחס לעלות של הצבת משגיחים אל מול פשוט לתלות שלטים שהיא בעלות יותר סבירה.
       - מונע הנזק הזול משכלל את הרעיון – מי שתוטל עליו אחריות הוא הצד שעלויות מניעת הנזק שלו קטנות יותר (B(min)**).**
       - נכון שמזיק שיכול היה למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר היה צריך, אבל גם אם הניזוק יכול היה בעלות נמוכה יותר, לא נרצה להטיל את הנזק על המזיק. הדבר היעיל הוא שמי שיותר זול לו למנוע את הנזק הוא זה שימנע.
       - **שוקל הנזק הטוב ביותר** פותר בעיות: אם הניזוק לא יודע שהוא מונע הנזק הזול? אז אנחנו נחליט שהצד שיש לו את הידע (מי מהם) והיכולת (באמת לממש זאת)- הוא זה שצריך היה למנוע את הנזק.
    2. **חובת זהירות**

זהו היסוד השני ויש לגביו המון מחלוקת. מה שחשוב זה הכלל הקיים.

* צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית)- עובדתית. לא מה הניזוק המסוים צפה אלא אם הוא יכול היה.
* צפיות נורמטיבית (חובת זהירות מושגית)- לא האם מישהו יכול היה בנסיבות הללו לצפות את הניזוק המסוים הזה, אלא שאלה של שיקולי מדיניות. שאלה שנועדה להצר את המצבים הרחבים של עוולת הרשלנות ע"ס שיקולי מדיניות (הרתעה, אדמינסטרציה, העלות כ"כ עצומה והנזק כ"כ קטן ונדחה על הסף לפני העיסוק בבירור)

**גבולות עוולת הרשלנות** (מתי לא נמהר להטיל את החו"ז):

* בהמשך לרעיון של חובת זהירות כמסננת לעוולת הרשלנות, דיברנו על **הרחבת עוולת הרשלנות** דרך הכרה במצבים של:
* מחדל טהור (כאשר התממש סיכון שאחר יצר, ואדם אחר פשוט לא מנע מזה לקרות),
* נזקים כלכליים טהורים (ראו שלוש דוגמאות מרכזיות במחברת בחינה),
* נזקים נפשיים (כאן הכרנו את הרעיון של ניזוקים עקיפים (אלסוחה) ונזק לאוטונומיה (הרחבנו לתקיפה))
* והולדה בעוולה (ראינו את חיים בעוולה ולמה זה כזה בעייתי לתבוע במקומות כאלה. היום אפשר לתבוע מצד ההורים ולא מצד הילד בהולדה בעוולה).
* בפסד לוי אמרו שלא בטוח נטיל חובת זהירות על מצבים של מחדלים או נזקים נפשיים שלא נלווים לנזק פיזי. אבל לאט לאט ביהמ"ש הרחיבו את היריעה והחלו לתבוע על נזקים מעין אלה המתוארים לעיל.
  + 1. **הוכחת נזק-** יסוד הנזק איננו מפותח מספיק (לרוב יש נזק וזה ברור, למישהו אין רגל מתאונה, אבל בעובי הקורה יש עוד הרבה על מה לחשוב). ע"כ במבחן לא נצטרך לדבר מעבר על נזקים עליהם דיברנו (לזהות נזק נפשי, נזק פיזי, נזק לאוטונומיה וכו').
    2. **הוכחת קש"ס**

קש"ס בין ההתנהגות העוולתית לנזק.

* סיבתיות עובדתית- "מבחן האלמלא".
* לרוב מבחן האלמלא מספיק בסיבתיות העובדתית.
* סיבתיות משפטית- דרך מבחן השכל הישר, הסיכון והצפיות.
* נועדה לתחם את הגבולות של האחריות לגבי הנזק שנוצר מבחינה עובדתית.

**סיבתיות עובדתית-**

עסקנו בבעיות מרכזיות:

1. **דטרמינציה ביתר-** אלמלא אני עשיתי את הנזק הוא היה קורה בכ"מ.
2. **אובדן סיכויי החלמה.**
3. **עמימות סיבתית- באופן כללי ביהמש לא מאפשר לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות. אך במקרים של ניזוק ומזיק יחידים, ו"מעוולים יחד"** (זכרו: אשם-תורם הוא מקרה פרטי של מעוולים יחד), אפשר. כשהוא לא ניתן לחלוקה (כמו מלך) ביהמ"ש ילך לטובתו של הניזוק. במצבים שכל המעוולים יחד נמצאים (מוצאים את בעלי הכלב הנוסף)- אפשר לתבוע שיפוי **מהמזיק הנוסף שכבר שילם.**
4. **הזכרנו שדוקטרינת הנזק הראייתי נועדה להתמודד עם עמימות גם לגבי הוכחת קש"ס עובדתי, כאשר העמימות נגרמה כתוצאה מאשמו של המזיק.** דוקטרינת הנזק נועדה לסייע כאשר יש קושי להוכיח או את ההתרשלות או את הסיבתיות מהטעם שהמזיק בהתנהגותו גרם לכך שלא ניתן יהיה להוכיח זאת.

**דוקטרינת הנזק הראייתי: גם לגבי התרשלות וגם לגבי סיבתיות.**

**סיבתיות משפטית**

שלושה מבחנים:

1. מבחן השכל הישר- ביהמש לא מתמקד בו, זה מבחן אינטואיטיבי. עובד על בסיס הנטייה הסיבתית, הניסיון היומיומי.
2. מבחן הסיכון- האם הנזק שהתממש קרה כתוצאה מהסיכון שאותו ביקש המחוקק למנוע? אם התממש נזק מסוג אחר, לא התקיימה הצפיות. לא ניתן היה לצפות למרות שהקש"ס העובדתי התקיים
3. מבחן הצפיות- כפילות יחד עם חו"ז. מבחן הצפיות הנורמטיבית.
4. אפשרות ראשונה: אם התייחסתם למבחן הצפיות (צפיות הניזוק וצפיות הנזק) כאשר נדרשת ליסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), אזי, כאשר אתם מנתחים סיבתיות משפטית, תתמקדו במבחן הסיכון, ותפנו למבחן הצפיות בניתוח שלכם לגבי חובת הזהירות.
5. אפשרות שניה: להתייחס למבחן הצפיות בחלק של יסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), תוך התמקדות בצפיות הניזוק; וכאשר אתם מגיעים לסיבתיות משפטית, להתייחס למבחן הסיכון, וגם למבחן הצפיות לגבי סוג הנזק.

\*\* הכפילות קשורה לצפיות נורמטיבית בלבד (להבדיל מצפיות טכנית). כלומר לשיקולי מדיניות, ולשאלה מתי יש לבחנם – האם בגדר יסוד חובת הזהירות או בגדר הסיבתיות המשפטית.

**הגנות**

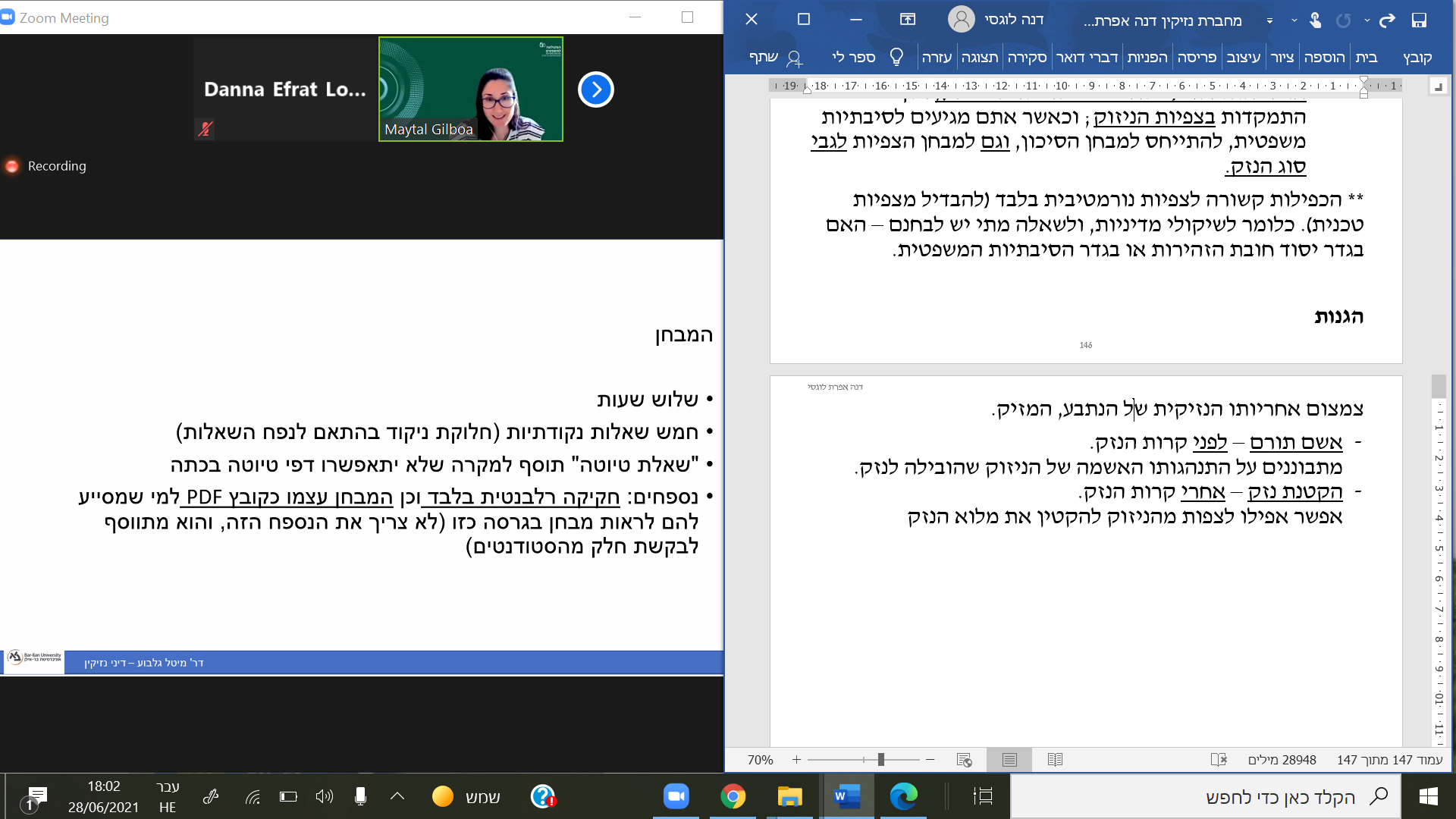
צמצום אחריותו הנזיקית של הנתבע, המזיק.

* + - * אשם תורם – לפני קרות הנזק.

מתבוננים על התנהגותו האשמה של הניזוק שהובילה לנזק.

* + - * הקטנת נזק – אחרי קרות הנזק.

אפשר אפילו לצפות מהניזוק להקטין את מלוא הנזק.



טיפים:

* + - * נפח גדול של חומר סגור (באופן הזה) – לכתוב את הסיכום בכתב יד, כי זה נכנס יותר לראש.
      * לספר למישהו את החומר!
      * לקרוא את המחברת לפחות פעמיים.
      * לכתוב ראשי פרקים לכל פרק שכתבנו אחרי שקראנו. איך אנחנו זוכרים את הפרק. אינדיקציות קטנות. ככה בפעם השניה שנקרא יהיה לנו ראשי פרקים שנוכל לשנן אותם והם יזכירו לנו הכל.

