**דיני נזיקין**

**פרק א. מבוא כללי ונוסחת האחריות הנזיקית**

1. מלך נ' קורנהויזר: העותר (שמואל מלך) הותקף, שעה שהלך ברחוב, במשך כעשרים דקות, ע"י שלושה כלבים שנגסו חלקים מגופו וגרמו לו לנכות צמיתה גבוהה. לפחות שניים מבין שלושת הכלבים הללו שייכים למשיבים (קורנהויזר) והכלב השלישי היה, ככל הנראה, כלב רחוב. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי המשיבים מחויבים בתשלום כל הנזק. בערעור לביהמ"ש העליון נקבע כי המשיבים הם מזיקים בנפרד שגרמו לנזק הניתן לחלוקה, לכן חויבו בפיצויים עבור 2/3 מהנזק. השאלה המרכזית הנדונה בדיון הנוסף: האם יש לפצות את מלך על **מלוא הנזק** מאת המשיבים, או שמא הוא **ניתן לחלוקה**? כלומר, מי אחראי לנזק שהכלב השלישי גרם?

**לוין, נתניהו (דעת הרב בד"נ):** השאלה תפטר בעזרת מטרות דיני הנזיקין. המזיק יישא בשיעור גבוה מהנזק שגרם רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם אחת מהמטרות. מטרת הפיצויים = השבת המצב לקדמותו. ראוי לבחור בפירוש שייתן לניזוק פיצוי מלא על הנזק שנגרם.

**בך (מיעוט):** המזיק צריך לשלם על מעשיו - לא מעבר לכך. עמדת הרוב הייתה משתנה במידה וזהות בעלי הכלב השלישי הייתה ידועה וזה לא הוגן. חלוקת הנזק מובילה לפתרון הצודק ביותר. לפיכך, יש לדחות את העתירה ולחייב את המשיבים ב2/3 מהנזק בלבד.

\*קיימים שלושה מקרים: **(א) מעוולים במשותף -** תמיד יהיו אחראים על הנזק יחד ולחוד. כלומר, הניזוק יוכל לבחור את מי מהם לתבוע והוא יכול לבחור לתבוע אחד מהם בכל הנזק; **(ב)** **מעוולים בנפרד שביצעו נזק אחד שניתן לחלוקה -** אם הנזק ניתן לחלוקה אז מחלקים אותו בין המעוולים; **(ג) מעוולים בנפרד שביצעו נזק אחד שלא ניתן לחלוקה -** כמו בקורנהויזר. גם כאן יהיו אחראים לכל הנזק יחד ולחוד מכיוון שהנזק לא ניתן לחלוקה.

2. מדינת ישראל נ' קרישוב: קרישוב תבע את החברה בה עבד, בטענה שגרמה לו לסרטן עקב עבודתו עם אסבסט. האם ניתן להוכיח קשר משפטי עובדתי בהעדר ראיות חד-משמעיות? האם ניתן לתת פיצוי **כאילו** ישנה הוכחה עובדתית?

**בייניש (דעת הרב):** למרות שאין מחקר רפואי התומך באופן מובהק בעמדת קרישוב, הוכח קשר סיבתי בין עבודתו הממושכת עם אסבסט לבין מחלת הסרטן. **מאזן ההסתברויות: 6 מתוך 14 עובדים** במפעל חלו בסרטן - יש צורך לבדוק מול שאר האוכלוסייה עם קבוצת בקרה. היחס לא מקרי. בהתחשב בנסיבות המיוחדות למקרה (אין חשש שייתר את הקש"ס העובדתי - ההכרעה בנוגע לקש"ס עובדתי היא בידי ביהמ"ש, שיפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בחוו"ד המומחים שיובאו לפניו), **יש להוכיח משפטית** ולא רפואית. העדר אסכולה רפואית מבוססת אינה מכריעה את גורל התביעה - עדיין ניתן להוכיח קש"ס (הניזוק לא אשם בכך שהמדע לא מתקדם). כמו כן, ההוכחה הנדרשת היא עפ"י **מאזן הסתברויות, מעל 50%** (פחות מרמת הוכחה מדעית). נותנת לו 100% פיצוי, הרתעה שיזהרו. \* **מניעי** **צדק חלוקתי - המעביד הגדול מול העובד הפשוט**, לכן ההכרעה לטובת קרישוב.

**נאור (מיעוט):** לא מסכימה = יש לקבוע קש"ס מדעי רפואי.

\*מבחינה רפואית מדעית לא ידוע אם הסרטן התפתח בגלל האסבסט או לא, למה לא לתת פיצוי לפי הסתברות? אפשרויות לקבלת פיצויים: **אפשרות 1-** סטטיסטיקה של 6/14- 42%, לפסוק ל42% מהפיצויים של הנזק של קרישוב. **אפשרות 2-** לפסוק לפי ההפרש מקבוצת הביקורת: נניח בקבוצת ביקורת היה 20% אל מול ה42%, אז שווה 22% הפרש מתקן.

**3. נוסחת האחריות הנזיקית הבסיסית:**

**תובע = ניזוק**

1. התביעה צריכה להוכיח שלושה יסודות מצטברים:
   1. **עוולה** – שם העוולה + הסעיף בפקודה + הוכחת יסודות העוולה. (תכלס, כאן זה ההפרה)...
   2. **נזק** (ראשי נזק).
   3. **קשר סיבתי** בין השניים.
2. מה הסעד המבוקש:
   1. **פיצוי**
   2. **צו מניעה** (כאשר יש נזק צפוי, גם אם הוא עוד לא קרה)**.**
   3. **צו עשה**

**נתבע = מזיק**

1. להוכיח **שלא התקיימו** היסודות המצטברים.
2. אם הוכח שהתקיימו שלושת התנאים המצטברים על ידי התביעה - אפשר לעשות שימוש **בהגנות**.
3. לתבוע **תביעת נגד**.

**4. מיקום העוולות:** פקודת הנזיקין היא החיקוק הנזיקי המרכזי. עם זאת, **ישנן עוולות גם בחוקים אחרים**: קניין רוחני, עוולות מחשב, הטרדה מינית, הגנת הפרטיות, איסור לשון הרע, אחריות למוצרים פגומים, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, "חוק הסלקטורים" (אפליה) ועוד.

**5. הסעד המבוקש:** אין מניעה לשלב את כל הבאים בתביעה אחת:

**פיצויים:**

עבר - "כסף תחת עין". סוגי נזקים: גופני, רכושי, נפשי. (כמובן שבהרבה מקרים כסף לא באמת יוכל "להשיב את המצב לקדמותו").

עתיד (בעוולה נמשכת) -במידה ומאפשרים לעשות את הפעילות המזיקה אך דורשים פיצוי על זה. נחשב להרתעה יעילה (כמו למסרבי גט).

**צווים:** לעיתים הניזוק לא מעוניין בפיצוי כי זה לא רלוונטי ודורש צו. סוגי הצווים:

צו מניעה - צו למניעת דבר קיים או למניעת דבר עתידי. אם מדובר בצו מניעה לדבר קיים ניתן לבקש פיצויים על העבר, מה שהזיק עד כה. כמו כן, ניתן לדרוש פיצוי נוסף על צו המניעה העתידי - כלומר לדרוש פיצוי על כל יום עד שהנאמר בצו יתרחש. פיצוי עתידי מרתיע ומזרז את מימוש צו המניעה.

צו עשה -חיוב לעשות דבר מה(למשל צו עשה לפינוי פסולת בניין)...

\*(כשמבקשים צו מניעה/ צו עשה – מתחשבים רק במטרות צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה, ללא התחשבות בפיצוי).

**6. מטרות דיני הנזיקין:**

**פיצוי -** פיצוי כספי, נועד כדי לסייע לניזוק ו"לתקן" את הנזק שנגרם לו, לפצות בעבורו. בנוסף, פיצוי יכול לשמש כהרתעה למזיק.

**צדק מתקן -** המטרה היא השבת המצב לקדמותו, כפי שהיה לפני הנזק. (משל החבל של אריסטו: 2 הצדדים אוחזים בקצוות החבל והמזיק מושך את רב החבל לעברו. הצדק המתקן הוא להחזיר את החבל לנקודת האמצע בין הצדדים). המזיק הוא המשלם. \*נראה לי שההבדל בין פיצוי לצדק מתקן זה שצדק מתקן יכול להכיל עוד סעדים חוץ מפיצוי.

**צדק חלוקתי -** בוחנים את הצדדים כסקטורים, כקבוצות בחברה. מי שייך לקבוצה החזקה ומי לחלשה. פוסקים לטובת הצד החלש. השיקולים לא יהיו כתובים, אלא נמצאים מאחורי הקלעים של קבלת ההחלטה. למשל, רשלנות רפואית - שני צדדים: בית חולים (הצד החזק) ומטופל שניזוק (הצד החלש). גם אם בית החולים פושט רגל, הוא נתפס כקבוצה, כגוף מול פרט. (זה לא עניין של כסף). **דוג' נוספת,** סרבן גט נחשב כבעל הכוח. בצדק חלוקתי הוא יחשב לצד החזק - גם אם מצבו הכספי רע ומצבה הכספי של אשתו טוב. (במלך נ' קורנהויזר - יתכן ונקטו בצדק חלוקתי כי הזוג הם פסיכיאטרים מכפר שמריהו, נתפסים כקבוצה חזקה יותר).

**הרתעה -** הרתעת המזיק, שלא יחזור על העוולה שוב. הרתעת המעוולים הפוטנציאלים הבאים (למשל סרבני ). הרתעה מביאה גם לשוויון בחלוקת המשאבים (עוגת הרווחה המצרפית): **מניעה =** הרתעת אדם ע"י פגיעה בכיסו. מניעת תאונות (אירוע נזיקי) תחסוך במשאבים - פחות קצבאות, פיצויים, הוצאות על בתי חולים וכו'. החברה מרוויחה ממניעת אירועים נזיקיים. כשמניעת הנזק עולה פחות מהנזק עצמו, החברה מרוויחה... **יעילות כלכלית =** ישנן פעולות שהן גם מהנות ומיטיבות אך גם מזיקות. למשל, מאפיה עם רעש מזיק, אך השכנים קונים ממנה למרות "הנזק". הנטרד ניזוק ונהנה מהפעולה כאחד. לכן יש לאזן בין המטרות והפעולות המתנגשות האלו ע"י רגולציה - הרתעה יעילה הכוללת יעילות כלכלית תוביל לפתרון מורכב - איזון בין הדברים. למשל, לסגור את המאפיה בעשר. לעיתים בדיני הנזיקין המציאות אפורה, חשוב מאוד לא להישאר בשחור או לבן, ולא לצדד תמיד בצד הניזוק אלא למצוא פתרון מורכב ומאזן בין המטרות השונות והאינטרסים.

* + - מטרות 1-2 (צדק מתקן ופיצוי) מתמקדות בצדדים עצמם. לעומת זאת, מטרות 3-4 (צדק חלוקתי והרתעה) הן מטרות אינסטרומנטליות - כלי חברתי למניעת מקרים עתידיים.
    - **לעיתים המטרות בפיצוי מתנגשות:** יתכן ויקבע פיצוי גבוה על מנת להרתיע את המעוול עצמו ואת המעוולים הפוטנציאלים, אך פיצוי זה יתנגש עם צדק מתקן (מטעם גישה זו ניתן לטעון לפיצוי לא מידתי).

**7. שיקולים משלימים: שיקולים שבדרך כלל לא מופיעים בחקיקה אלא בפסיקה. ביהמ"ש לא פוסק על פיהם אך מציין שיש להתחשב בהם:**

**כיס עמוק – הטלת האחריות על הצד שיש לו האפשרות לשלם. יתכן ויהיה מדובר בגופים ציבוריים (ולא באדם פרטי), חברות ביטוח וכדומה. בודקים האם לנתבע יש מאיפה לשלם, האם יש לו משאבים רבים.** שיקול זה נכנס אל תוך הצדק החלוקתי **- אך יש ביניהם הבדל: צדק חלוקתי מדבר על חזק מול חלש ולא בהכרח על מצב כספי. הכיס העמוק מתייחס להנחה שלאחד מהצדדים יש כוח כלכלי גדול, למרות שיכול להיות מצב שבו גוף גדול הוא לא בהכרח במצב כלכלי טוב והוא אף עשוי להיות לפני פשיטת רגל, בשיקול של כיס עמוק זה לא משנה. כי גוף נחשב כבעל כיס עמוק. ההתחשבות היא ביכולת הכלכלית העקרונית.**

\***כשהצד המפצה הוא כיס עמוק, אפשר לפסוק שייתן פיצויים עיתיים, שכן החשש שיפשוט רגל בזמן זה נמוך, לעומת אדם שאינו נחשב לכיס עמוק (וככל הנראה יחויב בפיצוי חד-פעמי).**

הצפת בתי המשפט - **טענה לפיה ישנו חשש שכל אדם יראה את עצמו נפגע מרשות כלשהיא, יתבע אותה ותהייה הצפה של תביעות בבתי המשפט. ככלל המזיק יטען זאת. זהו שיקול אינסטרומנטלי - שיקול של המשפט ככלי, ללא התחשבות בעשיית צדק. למשל, תביעות בגין נזקי עישון: אדם החולה עקב עישון סיגריות יחליט לתבוע את יבואנית הסיגריות. אפשרות להצפת בתי המשפט (כל מי שחלה בגלל הסיגריות - יתבע). השיקול כאן הוא משמעותי ומכריע עד כדי כך שהוא גובר על נזקים חמורים שמגיעים עד מוות. \*הטענה של ההגנה בגורדון (לא מתקבלת), ואחת הסיבות שבאלסוחה מביאים את הקריטריונים.**

מדרון חלקלק - **ביהמ"ש לא ידעו לשים את הגבול בין "זוטות" למקרים שראוי להתייחס אליהם. פתיחת פרצה לתביעות קטנות. אם יכירו בתביעה זו, יתכן וביהמ"ש יכיר בהמשך בתביעות במקרים קלים יותר. (למשל, תביעות ילדים נגד הוריהם בגין הזנחה).**

פיזור נזק - **רוצים שעול הנזק והפיצוי לא יפלו על גורם אחד, מעדיפים לפזר את הנזק על כמה שיותר גורמים. א' גרם לב' נזק, אם אנחנו לא מפצים, הנזק נשאר על ב'. אבל גם לא טוב שא' יספוג את מלוא הפיצוי לבדו - הוא עשוי לקרוס תחת עול הפיצוי. יש כאלה הרואים בזה אחת מן המטרות של דיני הנזיקין.** **דוגמאות: ביטוח הוא אחד האמצעים השכיחים ביותר לפיזור נזק.**  **מורה שהתרשל במהלך טיול שנתי, בית הספר עשוי להיתבע גם ולא המורה לבדו (תובעים גם את המעביד).**

**\*ביטוח והעלאת מחיר המוצר - חברה שמוכרת מוצר מסוכן (נגיד מסור), מכניסה לתמחור המוצר את השיקול בנוגע לתביעות שצפויות להתרחש. (עושה אותו קצת יותר יקר כדי לשקלל את הסיכון בפנים). העלאה מבוקרת של מחיר המוצר מבטחת את סיכון התביעות. הנזק מתפזר על כל מי שקנה את המוצר.**

**שיקולים כלליים של מדיניות משפטית -** "סוס פרא": שימוש חופשי מדי בדוקטרינה כלשהי. לפעמים, למרות שנוסחת האחריות הנזיקית מתקיימת, ישנם שיקולים שיכולים לגרום לשופטים לבחור בתוצאה בה לא מכירים בנזק. ביהמ"ש יכול להחליט לא לקבל את כל התביעות - משתנה לפי מקום וזמן (למשל תביעות על סיגריות לא מתקבלות למרות שמתקיימת הנוסחה). \*המר נ' עמית - טענה בעייתית על חיים עם מום, מאפשר לשופט שיקול דעת כללי לגבי קבלת התביעה בעקבות שיקוליי מדיניות משפטית.

עיריית ירושלים נ' גורדון: המשיב מכר את מכוניתו לפלוני וערך **העברת בעלות** שנרשמה במשרד הרישוי. עם זאת, נתון זה **לא עודכן** בשירותים הממוכנים של משרד התחבורה. המשיב **קיבל מספר דו"חות והתריע על כך** מספר פעמים למערערת. היועץ המשפטי של המערערת ביקש מהמשיב לפנות אליו בכל פעם שנשלח אליו דו"ח, על מנת שיפעל לביטולו. לבסוף **המשיב קיבל צו-מאסר בגין אי תשלום על הדו"חות** והודיע על כך למערערת. המערערת שלחה הודעה לעיכוב המאסר למשטרה, אך המאסר בוצע בכל זאת. המשיב שוחרר מהמאסר רק לאחר ששילם את הקנס. בתגובה, **המשיב תבע פיצויים** מהמערערת בבית משפט השלום, שם נדחתה התביעה, ובערעור למחוזי התביעה התקבלה. מכאן הערעור.

**השופט ברק:** גם רשות ציבורית צריכה לנהוג בחובת הזהירות שכן עקרון השוויון מחייב זאת. אם התרשלה ויצרה סיכון בלתי סביר, אין לשחררה מאחריות בנזיקין. במקרה דנן: המערערת פועלת בתחום המשפט הציבורי. סמכותה הסטטוטורית לא מעניקה חסינות או שוללת אחריות וחובות. על סמכות זו נבנית חובת הזהירות המושגית. דין הרשלנות "הפקידותית"/ "בירוקרטית" היא כדין רשלנות אחרת (למשל רפואית).

לא ניתן להסיק כי קיימת חובת זהירות מושגית באופן **אוטומטי**, ביהמ"ש שוקל את כלל האינטרסים ולפיהם קובע זאת. שיקולים מיוחדים שעשויים להצדיק את **שלילת** הקיום של חובת הזהירות המושגית:

1. אם הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה עשויה להפוך אותם להססנים, דבר שיפגע בשלטון החוק ואכיפתו.
2. הצפת ביהמ"ש - כל נאשם שיזוכה ינצל את קיום חובת הזהירות ויתבע את , דבר שיוביל להצפת ביהמ"ש ולהוצאות כספיות רבות.
3. יפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי.

יש **לאזן** בין שיקולים אלו לשיקולים אחרים בתביעה. עם זאת - ידם של השיקולים השוללים את קיום חובת הזהירות, אינה על העליונה.

בכל פעם שהנזק שגרם המזיק היה צפוי, חזקה שהייתה לו גם חובת זהירות. זאת בהתבסס על הקביעה המוסכמת כי נזק שאינו צפוי אינו מקים חובת זהירות.

\*מצד אחד, 2 הנימוקים הראשונים רלוונטיים כלפי כל עובדי הציבור ואין להם ביסוס (לא הוכחה פגיעה בשלטון החוק/ הצפת בתי משפט), דבר המעיד על חולשתם. מצד שני, להבחנה בין תובע אזרחי לפלילי יש יתרונות - שוויון, נקיטת רמות מידה ונהלים שיבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה.

**\***אם אני לא מצליח להוכיח עוולה פרטיקולרית, אני יכול בעוולת מסגרת. עוולת נגישה: שבכוונה לא שמו עליו. היה לו קשה להוכיח, אז עוקף אותם בסיבוב ומוכיח שהם התרשלו.

~~אריאל פורת "עוולת הרשלנות ע"פ פסיקתו של ביהמ"ש העליון מנקודת מבט תאורטית.~~

**(פרק י. חיים בעוולה, הולדה בעוולה והריון בעוולה)**

(קשור לשיקולים כלליים של מדיניות משפטית)

86. חיים בעוולה והולדה בעוולה:

המר נ' עמית: **ביהמ"ש העליון** ביטל את עילת ה"חיים בעוולה" והרחיב את עילת **"ההולדה בעוולה".** לא ניתן להכיר יותר בתביעות ילד (הפיכת הלכת זייצוב). נקודת איזון בין אינטרסים ציבוריים לפרטיים = שיקולים ערכיים: "יש להימנע מעמדה הרואה נזק בעצם הולדתו של אדם בעל מוגבלות" (בייניש). בנוסף, העלו את הפיצוי בגין נזק לא ממוני.

ביטול הלכת זיצוב נ' כץ: בני זוג הלכו ליועצת גנטית כי חשבו שהילד שיוולד להם יחלה במחלה גנטית מסוכנת (בשל עבר של מחלות גנטיות במשפחה). היועצת אמרה שהם יכולים להביא את הילד לעולם בלי חשש, **אך הילד נולד עם המחלה**, שפוגעת בהתפתחותו הפיזית והנפשית .בשל כך, מחליטים ההורים להגיש **תביעה** **בשמו -**  **שהיה עדיף לו לא להיוולד** (בשל המחלה). הוא נולד כתוצאה מרשלנות של הרופאה ולכן הוא ניזוק. האם ניתן לתבוע (בגין רשלנות) רופא שהתרשל במתן ייעוץ גנטי להורי קטין - שנולד עם מחלה תורשתית כשיכול היה לא להיוולד כלל? זוהי הפעם הראשונה בה נקבעו ליילוד **פיצויים על עצם הולדתו.**

\*בפס"ד זייצוב הילד נולד עם נכות %100 ופיגור קשה. מכאן שעילת "חיים בעוולה" של הילד אומרת שמפצים את הילד על הסבל שבחייו (טוב מותי מחיי). עצם החיים שלו גוררים סבל ומכאן הפיצוי על עצם הבאתו לעולם. בפס"ד המר נקבע שאין יותר פיצוי כזה אבל שודרגה והורחבה תביעת ההורים

**בפס"ד זה הוזכרו שתי עילות לתביעה:**

**חיים בעוולה -** עילת הקטין: נולד לחיים פגומים, עם מום. ביהמ"ש היה חלוק בנוגע לעוולה זו, שכן ישנו ערך מרכזי, "קדושת החיים": לפיו עדיף להיוולד גם עם מחלה קשה. **ברק** טען כי במקרה זה יש חיים בעוולה, אך הנזק הוא לא על מתן החיים עצמם, אלא על החיים במום - מתן חיים **פגומים**. במסגרת עוולת הרשלנות**.**

**הולדה בעוולה -** עילת התביעה של הורים: **בהולדה בעוולה** ההורים חוששים מהולדת ילד נכה ולכן מתייעצים עם מומחים לגבי הסיכוי להולדת ילד פגוע. עוולה זו נכנסת בתוך עוולת הרשלנות, לכן עילה זו התקבלה. העילה תיתן להורים פיצוי **הוצאות שקשורות למום.**

\*\***המחלוקת** הייתה על שאלת קיומה של **עילת התביעה של הילד**. ביהמ"ש הכיר, בדעת רוב, בעילת ה"חיים בעוולה". עם זאת, נחלקו ביניהם שופטי הרוב בעניין ההנמקה העיונית להכרה בעילת תביעת הילד, וכפועל יוצא מכך – **גם בשאלה כיצד יש לאמוד את שיעור הנזק.**

**\*\*שיקולי מדיניות משפטית בתביעה כזו:** התביעה כעיקרה פשוטה - היועצת התרשלה, יש נזק ויש קשר סיבתי. אך עדיין, בתי המשפט בכל העולם לא מקבלים תביעות כאלה. מדיניות משפטית מאפשרת להתחשב בשיקולים חיצוניים לנוסחת הרשלנות הנזיקית. מבחינה מוסרית - האם נכון לאפשר לאדם לתבוע בעילה כזו? ערך קדושת החיים הוא ערך מוגן וחשוב במשפט.

**אירועון 18:**

87. "הריון בעוולה" - עמוס הרמן: מצב בו ההיריון אינו רצוי. לדוג', אישה שמבצעת הליך קשירת חצוצרות שמבוצע ברשלנות ונכנסת להריון. הרמן מסביר כי **בעייתי להחשיב ילד בריא כנזק.** בשל כך, לרוב לא יקבלו תביעות בנושא זה.יכולים לטעון כי הוצאות הטיפול בילד מהוות נזק. מנגד, הרופא יכול לטעון להגנתו כי הילד מביא אושר לחיים. זוהי תביעה של ההורים מטעם עצמם ולא מטעם הילד. כלומר - התביעה היא על ההוצאות, בהפחתת "האושר".

**גניבת זרע - לא תביעת נזיקין:**

לדוג', מישהי שמצהירה שהיא משתמשת באמצעי מניעה אך לא עושה זאת ונכנסת להריון. האבא לא מעוניין בהריון וירצה לתבוע אותה ע"מ לא לשלם מזונות**.** עם זאת, זוהי חובה עפ"י חוק ולכן לא יוכל לתבוע תביעה נזיקית. תביעות שכאלו יתקבלו במקרים חריגים בלבד. ההלכה קובעת כי כל אדם המקיים יחסים מחויב לקחת בחשבון שיתכן והתוצאה תהיה הריון.

**אלימות כלכלית -** **לא תביעת נזיקין:**

כשאחד מבני הזוג לא מאפשר לשני לקנות ולהשתמש בכרטיסי אשראי, מפקח אחרי הקניות של בן הזוג השני, מחביא כספים משותפים ולפעמים אף פועל באלימות - מדובר באלימות כלכלית. המושג החל לחלחל אל תוך בתי המשפט, אך לא תמיד הם יודעים כיצד להתייחס אליו ולעיתים אף לא מתייחסים כלל.

**דוג' נוספות למקרים בהם אין זו תביעה נזיקית:**

1. כאשר רופא אומר לבני זוג שאחד מהם עקר ואין ביכולתם להיכנס להריון, אך בסוף הם כן מצליחים.
2. הריון בעוולה, ראו למעלה.
3. בכל פרוצדורה רפואית ישנם סיכונים. אם מישהו נפגע בניתוח למרות שהיה סיכוי קלוש לפגיעה, זו לא עילה לתביעה נזיקית שכן הוא נכנס לניתוח בידיעה שעלול לקרות משהו לא צפוי.
   * + - * יש מקומות בעולם, למשל: ארצות הברית, שילדים לא יכולים לתבוע את הוריהם. **בישראל, ילדים יכולים לתבוע את ההורים שלהם בנסיבות מסוימות אם הזכויות שלהם נפגעות פגיעה של ממש.**

**8. היסטוריית דיני הנזיקין:**

**דיני הנזיקין צמחו מדיני החוזים -**

* + 1. לפני פיתוח דיני הנזיקין הוכחת הנזק הייתה דרך חוזה - היו מנסים להוכיח שהיה חוזה כתוב או משתמע (לדוג' חוזה בגלל נורמות חברתיות) הייתה הנחה שאם אין חוזה לא מקבלים שום פיצוי, אז אנשים ניסו להכניס את המקרה שלהם תחת הכובע של 'מעין חוזה'. עם הזמן התפתח ענף הנזיקין.
    2. הקשר שעדיין קיים בין נזיקין לדיני חוזים:

\*חובת הזהירות בעוולת הרשלנות - כאשר ניגשים לחובת הזהירות נבדוק קודם כל אם בין הצדדים יש **חוזה** ולכן יש חובת זהירות עקב החוזה. רק אם אין, בודקים את חובת הזהירות ללא חוזה.

\*גרם הפרת חוזה שלא כדין (ס' 62 לפקנ"ז): (א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק **גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי**, הריהו עושה **עוולה** כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון. (ב) לעניין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

**\***תום לב קיים גם בדיני נזיקין ולא רק בדיני חוזים: חוה"ח הכללי, ס' 39 (קיום החוזה בתום לב), ס' 61(ב) (תחולה - הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, **גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה**).

* + 1. הבדלים בין דיני חוזים לדיני נזיקין:

**\*דיני הנזיקין צופים פני עבר** (מדברים על פיצוי של נזק שהיה בעבר) **ודיני החוזים צופים פני עתיד** (מדברים על תנאים לגבי פעולות עתידיות וסעד האכיפה הוא עתידי).

\*בנזיקין לא תמיד יש **היכרות** בין הצדדים (לדוג' תאונת דרכים).

\*בחוזים אין צורך להוכיח אשם ואילו **בנזיקין צריך להיות אשם** - האחריות היא מוחלטת - אם הפרת אתה צריך לשלם לא משנה מה הסיבה. לעיתים נדירות בנזיקין יש אחריות מוחלטת ללא אשם אבל זה יוצא מן הכלל.

* + 1. **קיים צורך** בפיצוי עקב נזק כאשר אין חוזה או היכרות מוקדמת בין הצדדים.

**דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין -**

**(א)** הצורך בדיני הנזיקין על אף דיני העונשין: פיצויים לקורבן ולא רק עונש לעבריין.

**(ב)** שרידי קשר בין עונשין לנזיקין:

* + - 1. מטרת ההרתעה.
      2. ערבוב בין המשפט הפלילי לנזיקי - לדוג' במשפט עברי (למשל במשנה תורה לרמב"ם).

**(4)** פקנ"ז, ס' 88 (עוולה שהיא גם עבירה) -  היו העובדות שעליהן מתבססת תובענה על עוולה מהוות עבירה פלילית, לא ישמש הדבר מחסום בפני התובענה, **אך אם ראה ביהמ"ש הדן בתובענה בכל שלב של ההליכים שהעובדות מהוות, או עשויות להוות, פשע, יעכב ביהמ"ש את המשך ההליכים עד שייווכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה.** (חובה לדווח למשטרה על עוולה נזיקית שהיא גם עבירה לפני המשך ההליכים בנושא.)

**(5)** חוק העונשין, ס' 77 (פיצוי): (א)  **הורשע אדם, רשאי ביהמ"ש לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה** סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו. (יכול לחסוך תביעת נזיקין - הפיצוי בדר"כ יותר נמוך אבל יש כאן חיסכון בהליך קשה).

**(6)** פקודת הראיות, ס' 42א(א) (תביעה נזיקית בעקבות הרשעה פלילית) - הממצאים והמסקנות של פס"ד חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם**, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה** לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי. (ממצאים ומסקנות של פס"ד חלוט המרשיעים אדם במשפט פלילי ישמשו בבית משפט אזרחי כראיה). \*פס"ד חלוט - פס"ד שלא ניתן לערער עליו, שכל ההליכים לגביו הסתיימו.

**(7)** חוק בתי המשפט, ס' 77 (סמכות אזרחית נגררת לפלילים) - (א) הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה שבה הורשע, **מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש זאת מגיש התביעה**; לענין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום. (השופטים שהרשיעו אדם בפלילים הם לרוב יהיו ההרכב שישפוט אותו במשפט האזרחי בנוגע לאותה העבירה (חריג מכוון שבדר"כ יש שופטים לכל תחום).

פיצויים עונשיים -

הגישה הכלכלית: **אדם עושה נזק של 100 ומשלם 1000. למה?** הפיצוי גדול יותר מהנזק כי הייתה כוונה תחילה.

1. **מעשה מעין פלילי: הרתעה. המעשה שעשה המזיק הוא מעין פלילי ולכן רוצים לגנות אותו. יפגעו לו בכיס יותר ממה שהוא גרם. פיצוי עונשי.**

**ב. רציונל כלכלי: במקרים רבים למזיק "משתלם" להזיק (לדוג' חברה הפולטת גז מסוכן), מכיוון שהפיצוי נמוך. בנוסף, מזיק סדרתי לא תמיד ייתפס וישלם רק אחת ל... לכן, יפסקו כנגד המזיק פיצויים גבוהים. גם כאן מדובר בהרתעה.**

**9. משטרי אחריות:** מתי תוטל אחריות נזיקית? אילו מקרים יחשבו כעוולה נזיקית? לא קובעים אחריות נזיקית ע"פ הנזק בלבד, אלא בוחנים גם את משטרי האחריות. בפועל תלוי סיטואציה.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| *משטרי אחריות* | **מזיק** | **ניזוק** | **הערות** |
| **רשלנות (אשם)** | כדי להטיל אחריות על המזיק, אנחנו דורשים שתהיה התנהגות לא סבירה שלו (התרשלות). אם הוא לא התרשל ומשטר האחריות הוא של רשלנות, אז הוא לא חב בנזיקין. למשל, רשלנות רפואית. | אם הניזוק התרשל, נגביל את אחריות המזיק. מתייחסים לאשם תורם. | \*ייתכן ומגיע מפלילים.  \*נתפש כמשטר מרכזי.  \*הניזוק צריך להוכיח שהמזיק התרשל. |
| **אחריות מוגברת** | כדי להתגונן מחבות, המזיק צריך להוכיח, שלא התרשל. |  | \*היפוך נטל ההוכחה, הראיה. (ס' 38 – 41 לפקנ"ז) |
| **אחריות חמורה (ביניים)** | כדי להטיל אחריות על המזיק, לא נדרשת התרשלות שלו. גם אם הוא לא התרשל הוא עדיין יכול לחוב בנזיקין. | אם הניזוק התרשל, נגביל את אחריות המזיק. מתייחסים לאשם תורם. | \*משטר יותר "הגיוני" ומאוזן.  \*נתפש כמשטר די מרכזי.  \*אחריות מוחלטת עם נגיעות של אשם תורם. |
| **אחריות מוחלטת** | כדי להטיל אחריות על המזיק, לא נדרשת התרשלות שלו. גם אם הוא לא התרשל הוא עדיין יכול לחוב בנזיקין. | גם אם הניזוק התרשל, לא נגביל את אחריות המזיק. | \*המטרה: אם אתה יודע שלא משנה מה תעשה אתה תשלם אולי לא תעשה או תהיה יותר זהיר. הרתעה.  \*משטר נדיר.  **\***דוגמאות: היזק ע"י כלב, מוצר פגום **(עם הגנות אז תכלס חמורה).**  \*קל יותר להוכיח. |
| **השוקל הטוב/ המונע הטוב** | אם המזיק היה יכול למנוע את הנזק בצורה זולה יותר – נטיל את הנזק על המזיק. | אם הניזוק היה יכול למנוע את הנזק בצורה זולה יותר – אין לאף אחד חבות. (בעצם אומר שהוא נושא בנזק). | \*נטיל את החבות על מי שהיה יכול למנוע את הנזק בצורה זולה יותר. |

**דוגמת הרכבת והגיצים:** רכבת מעיפה גיצים לשדות חקלאיים שסמוכים למסילות הרכבת ובכך גורמת לשריפות. החקלאים תובעים את חברת הרכבת. חברת הרכבת טוענת שאי אפשר למנוע את התאונה (אלא אם תופסק פעולת הרכבת או שהחקלאים ישתלו רחוק יותר את השדות מהמסילות).

גישה 1: אחריות מוחלטת - אתם צריכים לשלם גם אם אתם לא אשמים. בגלל הידיעה שהאחריות היא מוחלטת יהיה ניסיון לשנות את המצב ולפתח את הטכנולוגיה. הידיעה שתמיד תפסיד תגרום לך לנסות למנוע בצורה טובה יותר.

גישה 2: לא הגיוני שחברת הרכבת תשלם. יגרום לכך שרכבות לא יהיו רווחיות ואז, או שיעלה מחיר הרכבת או שלא יהיה רכבות. לכן לא נכון לבקש מהם לשלם.

**(פרק ג. משטרי אחריות)**

**50. משטר III אחריות מוחלטת:**

א) חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים **(הפלת"ד).**

ב) חוקי פיצויים לעובדים על נזקי גוף בעבודה.

ג) חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי: "בניגוד למקרים של פיגועי טרור או נזקי מלחמה, המקרה הטראגי של אסון ורסאי אינו יכול להיות כולו מכוסה על ידי גורם ביטוחי כל שהוא, לכל ביטוח יש גבול מסוים, או ע"י המדינה ולכן, ע"מ שלא יישארו נפגעים ובני משפחה ללא פיצוי ראוי, חשובה חקיקה ספציפית של הכנסת במקרה הזה, שתבטיח בכל זאת פיצוי לנפגעים מטעם המדינה." המדינה השתמשה בשיטת האחריות המוחלטת, ופיצתה את הניזוקים ללא תלות במידת האשם של המזיקים.

ד) חוק לפיצוי נפגעי גזזת: גזזת = מחלת עור פטרייתית של השיער והקרקפת, שהייתה שכיחה בישראל. בשנות החמישים הטיפול למחלה היה באמצעות הקרנות רנטגן שאמנם טיפלו במחלה אך גרמו לדלקות קשות בעור ואף לגידולים סרטניים. "חוק הגזזת הוא בעל אופי סוציאלי שיקומי מובהק, בו נטלה המדינה על עצמה לתמוך בנפגעים על אף שלא המדינה הייתה הגורם האחראי לפגיעה, וחרף קיומן לעיתים של עילות פטור על-פי דין." (משרד הבריאות נ' פז).

ה) חוק ביטוח נפגעי חיסון: במשך השנים ניתנו מספר סוגי חיסונים לאזרחי ישראל, לדוגמה חיסון דלקת כבד נגיפי וחיסון דלקת קרום המוח. "הסיוע לנפגעים כתוצאה ממדיניות חיסון המוני לא הוסדר עד כה בחוק. כיום המצב הוא שילדים ומבוגרים שהתחסנו וכתוצאה מכך נגרמו להם בעיות נפשיות או גופניות - נאלצים להביא את עניינם להכרעת בתי המשפט בתביעת נזיקין." מדינת ישראל נותנת פיצוי למי שנפגע כתוצאה מקבלת החיסון = מעודדת את הציבור להתחסן על ידי כך. (מכווינה התנהגות).

ו) חוק פיצוי לנפגעי פוליו: פוליו = שיתוק ילדים. בשנות החמישים הופץ חיסון למחלה. "מטרתו של חוק זה לפצות את נפגעי הפוליו שלקו בישראל במחלת שיתוק ילדים או שקיבלו בישראל טיפול רפואי בשל מחלת שיתוק ילדים ובכך לבטא את מחויבותה של מדינת ישראל כלפיהם."

ז) פיצוי מכוח ועדות ציבוריות: ועדת ריבלין: ועדה ציבורית שהוקמה כדי לבחון את האפשרות להחלת הסדר פיצוי מיוחד על עובדי "הקריה למחקר גרעיני בדימונה" שחלו בסרטן בעת חשיפתם לקרינה מייננת ו/או חומרים מסוכנים אחרים במהלך עבודתם. הושג הסכם פשרה שבמסגרתו תפצה המדינה כ-170 עובדים, גמלאים ובעלי משפחות שחלו בסרטן. "התובעים במסגרת ההסדר עשויים לזכות בפיצוי אף אם ההסתברות שקיים קשר סיבתי בין עבודתם לבין התפרצות המחלה, נמוכה במידה משמעותית מן הנדרש לפי הדין הקיים". ישנה הקלה בלבד בקשר הסיבתי, לא פטור מוחלט מהוכחתו.

**52. משטר V: אחריות חמורה – אחריות מוחלטת עם "נגיעות של אשם או של אשם תורם:**

**א) חוק האחריות למוצרים פגומים** – כתוב שיש אחריות מוחלטת לא משנה אם יש אשם תורם או לא, אבל תכלס יש הגנות. אז זה בעצם אחריות חמורה.

**ב) היזק על ידי כלב** (41א' – ג' לפקנ"ז, סימן ד'1): 41א. בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן – הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים. **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. ג. שמירת דינים...

ג) עופר דרורי "על אופייה של האחריות הנזיקית – האחריות לנזקי כלב" (כולל החקיקה שבמאמר) –

גישתו של פרופ׳ פורת מדגישה את יסוד האשם שבהתנהגותו של הבעלים בעצם החזקת הכלב (הוא זה שנהנה מהכלב), מחד גיסא, ואת יכולתו למנוע את הסיכון הכרוך בהחזקת כלב או לפזר אותו טוב יותר כי הוא זה שמכיר את כלבו ואת הסיכונים הפוטנציאלים, מאידך גיסא.

לדעת דרורי - ישנו קושי מסוים בהצבת אשמו של הבעלים כבסיס העיוני לעוולה של היזק על ידי כלב, המטילה על הבעלים אחריות חמורה שלא על בסים אשם. \*בחינת ההסדר לאור ארבע המטרות הקלאסיות של דיני הנזיקין: ארבע מטרות אפשריות שונות העומדות ביסוד דיני הנזיקין (ויליאמס): פיוס; התרעה; צדק; ופיצוי: **עקרון הפיוס** אינו מאפיין עוד את מטרות דיני הנזיקין, ומכל מקום אין הוא הולם את משטר האחריות החמורה שבסימן ד1 לפקודה. **הרתעה -** האפשרות העומדת בפני כל בעלים של כלב לבטח את אחריותו על־פי סימן ד1 לפקודה מקטינה מאלמנט ההרתעה ומעקרת אותו מתוכן ממשי. דומה, על כן, כי גם שיקול ההרתעה אינו השיקול המרכזי העומד ביסוד עוולת היזק על־ידי כלב. **צדק -** התמקדות במזיק: שלושת הטעמים והצידוקים שהציע פרופ׳ פורת להסדר הקבוע בסימן ד1 לפקודה, עליהם עמדנו לעיל, מתיישבים יפה עם עקרון הגמול המוסרי, באשר הם מתמקדים בעיקרו של דבר בהתנהגותו של המזיק ככזו המחייבת הטלת אחריות נזיקית עליו. כפי שנרמז קודם לכן, עקרון הגמול המוסרי מעורר קושי בכל הקשור למשטר של אחריות חמורה, שבו רכיב ההתנהגות או מידת האשם שדבקה (או לא דבקה) במזיק כלל אינם רלוונטיים. התמקדות בניזוק: לא ברור כלל מה תאמר אותה תפיסה של צדק במצבי גבול, דהיינו ב״מקרים קשים״? כך למשל, האם צודק הוא (מבחינתו של הניזוק) לפטור את הבעלים מאחריות מקום שהניזוק שהתגרה בכלב הוא קטין (או לקוי ומאידך, האם מוצדק הוא בנפשו) שאינו יודע להעריך את תוצאות התנהגותו? או לחייב את הבעלים בפיצוי כלפי ניזוק אשר תקף בברוטליות את אחיו של הבעלים ובעקבות תקיפה זו התנפל עליו כלבו של הבעלים ונשכו? **רעיון הפיצוי** יכול להסביר בצורה טובה יחסית את הטעם העומד מאחורי עוולת היזק על־ידי כלב לא רק משום שהוא עשוי להתיישב עם הטלתה של אחריות חמורה, אלא גם משום שהוא מנתק עצמו משיקול הצדק. אבל, משלוש סיבות עיקריות אין רעיון הפיצוי מוגשם די צורכו בגדר סימן ד1 לפקודה בנוסחו הנוכחי: **ראשית**, מטרת הפיצוי נפגמת במידה רבה מכוח העובדה שסימן ד1 לפקודה אינו מטיל בגדרו חובת ביטוח על בעל הכלב, למצער לגבי סוגים מסוימים של כלבים, הנחשבים כמסוכנים. **שנית**, העובדה כי רק בעליו של הכלב או המחזיק בו דרך קבע עשויים לחוב לפי סימן ד1 ,ואילו כל המחזיק בכלב שלא דרך קבע פטור מאחריות לפי סימן זה, אף היא מצמצמת את ספקטרום המקרים בהם יזכה לפיצוי מי שננשך על־ידי כלב וספג עקב כך נזק כבד; **שלישית**, כבר עמדתי על כך שניסוח ההגנות המנויות בסעיף 41ב לפקודה הוא בעייתי. די להביא שוב את המקרה בו מתגרה בכלב קטין או אדם מוגבל בנפשו, אשר אינו מבין את תוצאות מעשיו, והכלב מתנפל עליו ונושכו. וטוב יעשה המחוקק אם ישכיל לתקן את החוק בנקודה זו (למרות שאפשר להסיק זאת גם בדרך פרשנית). (סיכום חסר).

ד) (שלום י-ם) גוגנהיים נ' גלרטר – היזק ע"י כלב: המשיבה עמדה מחוץ לחצר בית וליטפה כלב שעמד בחצר ונשען בכפותיו על השער. לפתע תקף הכלב את המשיבה וגרם לה פגיעות קשות. נקבע כי לא מתקיימות ההגנות לבעל כלב (סעיף 41 לפקנ"ז), וכי אחריותו נובעת גם מעוולת הרשלנות (גדר גבוהה, שלט...) בנוסף, לא ראו אשם תורם מצידה. על הנתבע לפצות את התובעת. נכותה הרפואית המשוקללת של התובעת מגיעה ל-48.5% לצמיתות. פסקו לה פיצויים בגין נזק ממוני ונזק לא ממוני.

ה) (הערעור) – גלרטר נ' גוגנהיים – היזק ע"י כלב: **הערעור התקבל:**

**השופט צבן:** הייתה מצידה סוג של הסגת גבול. יש מקום ליחס לפעולותיה של המשיבה אשם תורם מסוים, בשיעור של 25%.

**השופטת בן-עמי:** משרכנה המשיבה לעברו של הכלב, מתוך מטרה ללטפו, בזמן בו הכלב מצוי בתוך החצר (אף כי נשען על השער) היה במעשיה משום הסגת גבול כהגדרתה, ומכאן שקמה למערער הגנה זו. בעל הכלב נקט בכל הדרוש כדי למזער למינימום את הסיכון להינזק ע"י כלבו. הכלב לא יכול היה לצאת מן החצר ולהזיק לרבים. המשיבה היא שהתקרבה אל הכלב ויצרה סיכון מודע בכוח או בפועל לאשר אירע בסופו של יום. לפיכך עליה לשאת במחצית האחריות לנזק.

**השופט כרמל:** במקרה הנדון יש במעשי המשיבה משום התגרות אובייקטיבית. **המשיבה עמדה סמוך לחצר שבה שהה הכלב, התקרבה אליו עד כדי מגע, וְנגעה בגופו (בדרך של ליטוף) במשך מספר דקות.** אין מדובר בהגנה מלאה למערער, אלא בהגנה חלקית, וניתן לחלקה בין בעליו של הכלב ולבין הניזוק, לפי מידת אשמם. יש לזקוף לחובת המשיבה אחריות בשיעור 25%, שכן מעשיה הנם ברף הנמוך.

**אירועון 12 –**

**53. משטר VI: אחריות מוגברת – העברת (היפוך) הנטל:**

**א) ס' 41 לפקנ"ז -חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו:**  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.**

**ב) ס' 40 לפקנ"ז - חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה:** 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.**

**ג) נזק ראייתי** (בשונה מפיצוי פוזיטיבי). הנזק שנגרם לי הוא ביכולת שלי להוכיח את התביעה. המקרה הקלאסי הוא שרופאים התרשלו בטיפול ולא ערכו רישומים. שזו רשלנות בפני עצמה. וברשלנות הזו נגרם נזק ראייתי, שכעת לא ניתן להוכיח שהתרשלו בניתוח. כי לא עשו תיעוד של שום דבר. הסעד יכול להיות היפוך נטל הראיה, ואם הם לא הצליחו להוכיח – יצטרכו לשלם על הנזק שקרה בניתוח.

---

**10. מהי עוולה?** יסודות העוולה: דוגמה מעוולת התקיפה (ס' 23 לפקנ"ז):

**11. מעשה ומחדל:** דוגמת רשלנות רפואית או תאונת דרכים אל מול אי כיסוי בור. במה הנתבע פעל לא טוב, לא פעל מספיק או לא פעל כלל היכן שהיה צריך לפעול.

**12. עוולות מסגרת ועוולות פרטיקוליות:**

**עוולת מסגרת -** עוולה עם מבנה כללי. הפרה, נזק וקש"ס:

רשלנות (ס' 35,36 לפקודת הנזיקין) - התנהגות בצורה לא זהירה ולא סבירה, העוולה הנפוצה ביותר.

הפרת חובה חקוקה (ס' 63 לפקנ"ז) - הפרת חובה המוטלת על אדם לפי חוק, וזה נועד לטובת אחר. ההפרה גרמה לאותו אדם נזק מהסוג אליו התכוון החיקוק. האדם הנפגע אינו זכאי לתרופה אם החיקוק לא התכוון לתרופה זו. לדוג', רופא שהסתיר מחולה דברים מסוימים לגבי הטיפול שלו, הפר חובה (מתוקף חוק רפואי כלשהו) ועשוי להיחשב כעוולה נזיקית.

**עוולה פרטיקולרית -** מתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות (לדוג' תקיפה, הטרדה מינית, מוצרים פגומים וכו').

עיריית ירושלים נ' גורדון, פסקאות 7-14: **השופט ברק** מבהיר כי ישנן עוולות חופפות. במידה ויסודות האחת לא מתקיימים - ניתן לפנות לאחת אחרת. גם אם ישנה עוולה פרטיקולרית עדיין יהיה ניתן להחיל את עוולת הרשלנות. **\***אם אני לא מצליח להוכיח עוולה פרטיקולרית, אני יכול בעוולת מסגרת. עוולת נגישה: שבכוונה לא שמו עליו. היה לו קשה להוכיח, אז עוקף אותם בסיבוב ומוכיח שהם התרשלו. נגישה (ס'60 לפקנ"ז) מול רשלנות. כליאת שווא (ס'27 לפקנ"ז) מול הפרת חובה חקוקה.

**13. מהו נזק? הנזקים הקלאסיים:**

1. **נזק פיזי/ גופני** - מוביל גם לנזקים נוספים (למשל פגיעה ביכולת עבודה, הוצאות רפואיות וכו').
2. **נזק רכושי/ ממוני** - פגיעה קניינית. לדוג' פגיעה ברכב.
3. **נזק נפשי** - למשל עוגמת נפש, שהוכרה רק בפס"ד גורדון, לא טריוויאלי).
4. **נזק ראייתי –** (לא מסורתי, התפתח בפסיקה ב20 שנים האחרונות. עוד לא ברור מעמדו. הכוונה לנזק לראיות, דבר שקשה להוכיח).
5. **פגיעה באוטונומיה -** (לא מסורתי, התפתח בפסיקה ב20 השנים האחרונות, עוד לא ברור מעמדו - האם נחשב נזק).

עיריית ירושלים נ' גורדון, פס' 31-36: התובע, טוען כי נגרמו לו נזקים שונים: אובדן זמן וכסף, אובדן ריכוז בעבודה, סבל נפשי, פגיעה בשמו הטוב (אנשים ראו / שמעו על מעצרו). האם הטרדה היא נזק בר פיצוי?

**השופט ברק:** עפ"י הגדרת המושג נזק בס' 2 לפקודת הנזיקין - נזק משמעו פיזי או לא פיזי. בשל כך, הוא כולל בתוכו סבל נפשי ופחד. חשין טען בעבר כי לא ניתן לכמת נזק שכזה ואף הביע חשש כי אנשים יעשו את עצמם כסובלים מנזק נפשי. ברק לא מקבל גישה זו וטוען כי יש להעריך נזק נפשי ולפצות בגינו – כפי שעושים כשמדובר בנזק רכושי. כבוד האדם ושלמות נפשו צריכים לקבל הגנה ראויה. נזק לא רכושי נכנס אל תוך עוולת הרשלנות. הוא יהיה בר פיצוי אם עפ"י מבחן הצפיות ניתן וצריך לצפות אותו בשל ההתרשלות.

\*כמו בדיני החוזים - ס' 13 לחוק התרופות קובע כי ביהמ"ש יקבע פיצויים בגין נזק לא ממוני עפ"י שיקול דעתו. לטענת ברק, גישה זו צריכה להכנס גם אל תחום הרשלנות. **גם אכן ישנו מקום משמעותי בעניין זה לשיקולי מדיניות משפטית.**

\*על פי שיקולי המדיניות המשפטית החובה לצפות מראש נזק לא רכושי הוא למעגל הסיכון הראשוני, שכלפיו כוונה הפעולה המזיקה (במקרה זה - גורדון עצמו, לא השכנים ולא אף אחד אחר)...

**אירועון 4:**

**אירועון 5:**

**14. ראשי נזק ממוניים ולא ממוניים:** הכלל - מכל נזק ניתן להגיע לכל ראשי הנזק.

שני סוגי ראשי נזק עיקריים:

**ראשי נזק ממוניים** - נזקים שניתן לכמתם בכסף, בצורה פשוטה.

* הוצאות: לרוב הוצאות רפואיות (פס"ד סורוקה). על הניזוק להביא קבלות/ תלושי משכורת וכו'.
* אובדן השתכרות: חיו נ' ונטורה, אטינגר, פינץ' נ' הראל, ברששת, אבו חנא, ג'ון כהן.

**ראשי נזק לא ממוניים** - נזקים שבד"כ בעייתי לכמת בכסף:

* כאב וסבל: כאב פיזי, סיוטים, סבל נפשי, צער נפשי, אובדן סיכוי להינשא.
* קיצור/ אובדן תוחלת חיים: פס"ד אטינגר (פס' 81-84).
* אובדן הנאות חיים: פס"ד אגבבה, (פרייליך).
* פגיעה באוטונומיה: פס"ד דעקה.



\*מותר פיצוי על ראש נזק ממוני ולא ממוני כי אלו נזקים שונים. צריך לחשוב תמיד אם משהו יפר את העיקרון של לשים את הנפגע במקום שהוא היה לולא הפגיעה. לכן, אסור למשל לקבל פיצוי על אובדן כושר השתכרות גופני וגם נפשי. כי כבר קיבלתי את הפיצוי על כך באחד מהם. אי אפשר לקבל את אותו פיצוי פעמיים על אותו דבר.

**15. ראש נזק ממוני מסוג אובדן השתכרות:**

**א) הערכת השתכרות לעתיד:** לדוגמא, ילד שנפצע ולא יכול לעבוד. כיצד יעריכו את אובדן השתכרותו העתידי? ילד מקבל אובדן השתכרות מגיל 21, אישה מגיל 20. אם אין מדד/ אינדיקציה - נלך לפי השכר הממוצע במשק.

**ב)** הערכת השתכרות לעתיד **במקרה של החלפת עבודות:**

חיו נ' ונטורה: המערער היה חייל בחיל הים בתפקיד ימי (אך עשה מאמצים לעבור לשירות ביבשה). בזמן שירותו נפצע בתאונות דרכים ובשל כך תובע את המשיבים בגין הנזקים שנגרמו לו - בין היתר 20% נכות, **אשר גורמת לירידת כושר העבודה וההשתכרות.** **בזמן התביעה מצא עבודה כפקיד בנק והנכות אינה פוגעת בכך.** עם זאת, המערער טוען כי היה אמור לעבוד בימאות, והוא עובד בבנק רק בגלל הנכות שנגרמה לו מהתאונה. האם המערער התכוון להגשים ייעוד זה ולהמשיך בעבודתו כימאי? האם יש לפסוק לו פיצויים בעבור אובדן השתכרות עתידי כימאי?

**השופט בך:** הוכח כי 33% שהמערער היה עובד כימאי לולא התאונה, ולכן יש לפסוק לו פיצויים בגין שליש מהפער בין משכורת ימאי למשכורת בנקאי. יש להתייחס לגיל הפרישה ולקבוע פיצויים עד לגיל זה. כמו כן, יש לפסוק פיצוי על ירידה בכושר עבודה, במקרה וירצה לעבוד בעבודה אחרת וסיכויי הקבלה שלו נפגעו בשל התאונה.

חיפה נ' מלול: אישה הגיעה לבית-החולים, ללידה מתוכננת של פג). 45 דקות לאחר שהתגלה אצלה דימום מסיבי החליטו הרופאים לנתח אותה בניתוח קיסרי. הפג נולד עם שיתוק מוחין. ההורים מאשימים את בית החולים במום. בערעור נותנים 20 אחוז פיצוי. בדיון החוזר – בית המשפט אומר שבכלל לא הוכח הדבר, אבל תשאירו את הכסף אצלכם. הדומה בין פסקי הדין שנפסק לפי הסתברות.

**\***ברור שבחיו נ' ונטורה הנפגע יקבל פיצוים, לכן השאלה היא רק **כמה** פיצוי מגיע לו - כאן קל יותר להשתמש בהסתברויות במשפט מכוון שהקשר בין הנזק למזיק ברור. לעומת זאת בקרישוב ובמלול זה לא מובן מאליו, שכן ייתכן שהנתבע התרשל אולם לא בטוח שיש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק (תמיד יש סיכון), ולכן עולה השאלה "**אם בכלל**". במצב כזה שימוש בהסתברויות הוא אולי להקל עם התובע, מכוון שלא ברור שמגיע לו בכלל משהו לפי הכללים הראייתיים הרגילים של "הכול או כלום".

\*למה קרישוב (חלה סרטן בגלל אסבסט) מקבל את כל הפיצוי ולא לפי הסתברויות**?** הרי במקרה שלו לא כל כך ברור שיש קשר סיבתי בין הנזק להתרשלות. = קרישוב נותן הסבר למה מגיע לו פיצוי - הוא מביא עוד אנשים שחלו בסרטן. אבל מה שהוא מביא לא מספיק כי אין מבחינה מדעית מספיק מידע באותן שנים כדי לתת הסתברויות, לכן נותנים לו פיצוי מלא.

**\*כלל:** פיצוי הוא סופי (בהנחה שאין תרמית), ולכן גם אם קרה נס רפואי הפיצוי נשאר אצל הניזוק. אין פיצוי סופי במקרים בהם הפיצוי הוא בתשלומים עיתים ולכן כאשר יש שינוי אפשר לבקש לשנות את הפיצוי.

**ג)** הערכת השתכרות לעתיד **במקרה של ילד שניזוק:** השכר הממוצע במשק, באין אינדיקציה אחרת.

**ד)** נכות תפקודית מול רפואית: בדיני הנזיקין מתייחסים לנכות התפקודית - איך הנכות הרפואית משפיעה על **עבודתו** של אדם. אדם יכול להיות עו"ד מצוין גם אם נכרתה לו האצבע. עם זאת, אם הוא פסנתרן- זה משפיע עליו ב100%. אובדן ההשתכרות יקבע עפ"י נכות תפקודית.

**ה)** פיצוי בגין **אובדן השתכרות** **בשנים האבודות**:

פס"ד אטינגר: מיכאל אטינגר שיחק באתר משחקים, נפל לבור בלתי מגודר ונפטר. משפחתו תובעת פיצויים מהמשיבה **בגין שנות ההשתכרות האבודות של המנוח.** ביהמ"ש המחוזי קבע כי עפ"י *הלכת גבריאל,* נשללת הזכאות לפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות (פס"ד שעסק בשאלה זו- ילדה שנהרגה בתאונת דרכים - ברק בדעת מיעוט: יש להכיר בזכאות לפיצויים). מכאן הערעור. המערערים טוענים כי בשל חו"י כבוד האדם, יש לשנות את הלכת גבריאל שנפסקה לפני חקיקתו.

**השופט ריבלין:** מטרת הפיצויים היא **השבת המצב לקדמותו**, עקרון התומך במתן פיצוי לניזוק חי בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות. שלילת פיצויים בגין הנזק הנ"ל - לא מתיישבת עם מטרת ההרתעה. הלכה זו ניסתה להשוות את מצב הניזוק המת לניזוק החי: לא ייתכן שמצב ניזוק פצוע יהיה טוב יותר משל ניזוק מת - **לא הגיוני שזול יותר להרוג מאשר לפצוע ולכן יש לפצות גם את עזבון המת.** במקרה בו מדובר בילד, הדבר יקבע ע"י סכום גלובלי/ בהסתמך על השכר הממוצע במשק.

**ו)** פיצוי בגין **אובדן השתכרות בשנים האבודות** – חישוב:

פינץ' נ' הראל: חגי פינץ' נהרג בתאונת דרכים כשהיה נער בן 17 .ביהמ"ש המחוזי פסק לו פיצויים ועל פיצויים אלו מוגש הערעור. מהו בסיס השכר שעל פיו יש לרשום את הפיצוי?

**השופט ריבלין:** אם אין לו תלויים, יש לפסוק לו עפ"י שיעור גלובאלי של 30%. אם יש לו תלויים, ייקבע הפיצוי עפ"י שיטת הידות, תוך התבססות על מצב משפחתו הידוע, ולאחר הוספת ידת חיסכון אחת.

כאשר מדובר בשנים האבודות, הצבא אמנם לא יישא בהוצאות המחייה, אולם איש לא יישא בהן, כיוון שהניזוק נפטר ואין עוד "הוצאות מחייה". אילו נפסקו לניזוק פיצוי בגין הפסד כיסוי הוצאות המחייה, היה צריך לנכות מסכום זה את הוצאות המחייה ה"נחסכות" בעקבות המוות, והתוצאה: הסכומים מתקזזים. יש לבטל את הפיצוי עבור שנות השירות הצבאי האבודות.

\*חזקה: אדם מבזבז 2/3 ממה שהרוויח. בכך הלכת אטינגר מצטמצמת ל1/3 פיצויים.

\*שיטת הידות: שיטה לפיה יוצרים משפחה רעיונית למנוח, עפ"י נתוני לשכת הסטטיסטיקה בדבר ממוצע הנפשות למשק בית. הפיצויים ניתנים החל מגיל 21 ועד לגיל הפרישה - 67 (משמע 46 שנים).

\*היוון:הורדת אחוז מסוים מסכום הפיצוי שמקבל ניזוק או עיזבונו בגין אובדן השתכרות. הורדה שנעשית מפני שאדם רגיל לא היה צובר את אותה ריבית על הסכום (הוא היה מקבל אותו בכל חודש ולא בפעם אחת).

**ז) השתכרות בפועל או כושר השתכרות?** (לצורך קביעת שיעור הפיצוי בגין אובדן השתכרות בעתיד):

ברששת נ' האשאש: המערערת נפגעה בתאונת דרכים בין אוטובוס של חברת אגד (עליו נסעה) לבין אוטובוס של חברת דן, ונקבעה לה נכות של 25% לצמיתות. לפני כן, התפרנסה מתמיכות ממשרד הסעד. היא תבעה את נהגי האוטובוסים והחברות בביהמ"ש המחוזי ונפסקו לה פיצויים בגין כאב וסבל, הוצאות רפואיות וחפציה שאבדו בעת התאונה. הטענות לפיצוי על אובדן השתכרות עתידי ולשכר עבור עזרה במשק הביתה לעתיד נדחו - בשל כך שלא היו קיימים לפני. מכאן הערעור. האם ניתן להעניק פיצוי בגין אובדן השתכרות עתידי כשלפני קרות הנזק הניזוק לא השתכר מסיבות שונות? במילים אחרות, האם פוסקים פיצויים עבור הפסד ההשתכרות **עצמה** (מה שאבד ממש), או עבור אובדן **היכולת** להשתכר (היכולת הפוטנציאלית).

כושר השתכרות נחשב ל"נכס" של בעליו, לכן מגיע לו פיצוי בעד פגיעה בו. ערכו נקבע עפ"י ערך התפוקה האפשרית. 2 גישות לבחינת העניין:

**השופט שילה:** הגישה המופשטת - בוחנת את ערך ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להפיק בעתיד לולא התאונה**. מה היה ביכולתו להפיק באופן תיאורטי.** בגינה קובע כי יש לפסוק למערערת פיצויים.

**השופט ברק:** הגישה המוחשית –לפיה, ערך ההשתכרות של הניזוק נקבע עפ"י נתוניו - תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. **אם הניזוק לא עבד לפני כן, אז כושר עבודתו לא נפגע.** מסתכלים על מה שאותו אדם עשה לפני כן.ברק מתנגד לגישה המופשטת מפני שהיא מפצה ניזוק על נזק שלא התרחש ולא יתרחש ולכן אינה תואמת למטרת הפיצויים. מצב הניזוק ישתפר ולא באמת יושב לקדמותו.

במקרה דנן: מהתשתית העובדתית ניתן להניח כי ישנו סיכוי רב יותר שהמערערת תמשיך להתקיים מתמיכת הסעד מאשר שתעבוד. עם זאת, אין בכך שלילה מוחלטת ליציאתה לעבוד. אין צורך בהחזרת התיק לביהמ"ש המחוזי לקביעת שיעור הפיצוי, יש לקבוע לה על פי הנתונים 20,000 ₪ פיצויים. \*100% כושר תיאורטי / **50% סיכוי (השופט ברק)** / 0% מוחשי – ממשי.

"מגדל" נ' אבו חנא: המשיבה נפגעה בתאונת דרכים כשהייתה בת חמישה חודשים ונקבעו לה אחוזי נכות על סך 43.7%. ביהמ"ש המחוזי שיער את נזקיה, בין היתר את אובדן כושר ההשתכרות. עבור ראש נזק זה נפסק לניזוקה סכום גלובלי של כ585,000 ₪ (גם בגין הפסד פנסיה ותנאים סוציאליים) **שחישובו התבסס על השכר הממוצע במשק, השכר הממוצע בכפר בו היא גרה והרקע הסוציו אקונומי שלה.** האם כאשר פוסקים לקטינים שניזוקו פיצויים בגין אובדן כושר השתכרות, יש לעשות זאת עם קשר למגזר/ מגדר/ משפחה אליה הם שייכים? נוגד את הזכות לשוויון?

**השופט ריבלין:** כאשר מדובר **בקטינים שניזוקו לפני שהגיעו לגיל ההתבגרות**, הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יחושב על בסיס ההנחה שלולא התאונה - היו משתכרים עפ"י השכר הממוצע במשק. לעיתים לכישורי הקטין תהיה השפעה על קביעת הפיצוי (לרוב כאשר השכר העתידי ייתפש כגבוה מהממוצע). יש לשנות את בסיס החישוב של אובדן ההשתכרות של התינוקת על בסיס השכר הממוצע במשק - ללא הנתונים הנוספים שנכללו בשיקולים (מעמד/ מגזר וכו').

כאשר ילד יותר קרוב לינקות, סיכוי רב לכך שיתנו שכר גלובלי (כמו במקרה זה). כאשר הילד בוגר יותר, ככה"נ יתייחסו יותר לתנאים סוציו-אקונומיים (כמו בג'ון כהן).

\*כשרוצים לאמוד פיצוי בראש נזק זה, ביהמ"ש צריך לדמות שני מאזני צדק:

1. מאזניים חיצוניים: על כף אחת מונחת "אלמלא" הבוחנת את מצב הניזוק אלמלא התאונה ועל השנייה "עקב" הבוחנת את מצב הניזוק עקב התאונה.
2. מאזניים פנימיים: על כף אחת מונח "ההפסד" שנגרם לניזוק עקב התאונה ועל הכף האחרת "הרווח"/ היתרון שצמח לניזוק עקב התאונה.

\*פיצוי וצדק מתקן: פיצויים כספיים והשבת המצב לקדמותו. צדק חלוקתי: דיני הנזיקין נועדו להגשים את עקרון השוויון בחברה ולצמצם פערים. פיצוי על סמך השכר הממוצע במשק ללא נתונים סטטיסטיים לגבי הניזוק הקטין. הרתעה: אם הפיצוי יתבסס על שיוך מגדרי/ מגזרי יתכן ויהיה נמוך יותר ובכך ההרתעה תופחת.

מדינת ישראל נ' ג'ון כהן: המשיב הגיע עם קבוצת נערים ונערות מארה"ב לטיול מאורגן ברמת הגולן והקבוצה טיילה בשביל שבכניסה אליו נכתב שההליכה בו אסורה. המשיב נפל אל התהום ונפגע באופן חמור (חוסר הכרה, שברים, דימום) ונקבעה לו נכות של 100% (נזק מוחי). מדובר בעוולה שבוצעה בישראל ובפיצוי שניתן בישראל, אך הניזוק הוא זר. האם יש לכך השפעה? אם הסיכוי להרוויח יותר מהשכר הממוצע במשק, יפסקו מעל השכר הממוצע במשק?

**השופט לוין:** נקודת המוצא היא שהערכת הנזק הינה עפ"י המבחנים הקבועים לכך בישראל (כדי ליצור שוויון בין ניזוק זר לישראלי ובין הניזוקים הזרים עצמם). לכן פיצוי בגין כאב וסבל יקבע עפ"י אמות מידה ישראליות. עם זאת, הפיצוי נועד על מנת להשיב את המצב לקדמותו ולכן ההערכה תכלול נתונים שונים שמקורם בחו"ל. גם הוצאות רפואיות שיוצאו בחו"ל יפסקו עפ"י הנהוג שם. יש לחשב את אובדן השתכרותו במקום בו הוא חי - ארה"ב ולהתייחס לכוונת המשיב ללמוד משפטים ולעבוד כעו"ד. עם זאת, נקבע לו אובדן השתכרות של שותף בפירמה של עו"ד והדבר לא הוכח כראוי. לכן, השופט לוין מפחית את הסכום מ75,000 דולר לשנה ל30,000 דולר לשנה.

\*פיצוי בגין כאב וסבל: לא ניתנו ראיות מספקות לקביעת הסכום שנקבע בביהמ"ש קמא. השופט לוין מפחית את הסכום מ250,000 דולר ל60,000 דולר. הפסד הכנסות אב המשיב: האב שהה בישראל כארבעה חודשים לאחר התאונה ובשל כך נפסקו לו 35,000 דולר פיצויים. לא הובאו נתונים מספיקים לקביעת נזק זה - יש לקבוע לו פיצוי של כ10,000 דולר. שווי עבודתה של אם המשיב: שהתה כשנה בארץ עם המשיב ובהמשך גם שהתה עימו בארה"ב במרכז הרפואי. אין עדויות מספקות בנוגע לאובדן הכנסתה ובשל חוסר הוודאות קובע לוין 25,000 דולר פיצויים לעבר ו25,000 דולר לעתיד. החזקת המשיב במוסד - קובע את הפיצויים המתאימים. פיצויים עיתיים: ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצויים עיתיים גם כשלא מדובר בתאונת דרכים.

\*קובעים לפי הממוצע במשק אלא אם יש אינדיקציה ספציפית לכישורי הקטין. ככל שהילד יותר בוגר, נתייחס למצב סוציואקונומי.

~~ח) ניסן נ' הכשרת הישוב: \*פיתוח הלכת אטינגר מעבר לגיל הפנסיה.~~

הגבלה על הפיצויים: (יש הגבלה על הפיצויים) -

ט) חוק האחריות למוצרים פגומים, סעיף 5(א): **פיצויים -** בחישוב הפיצויים לפי חוק זה בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ערב קביעת הפיצויים; היו הפיצויים פטורים ממס הכנסה, יחושבו הפסדי הנפגע לעניין פיצויים אלה לפי הכנסתו לאחר ניכוי מס הכנסה החל עליה בעת קביעתם, ובלבד שההפחתה בשל ניכוי המס כאמור לא תעלה על 25 אחוזים מן ההכנסה שלפיה חושבו פיצויים אלה.

י) חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, סעיף 4(א)1: **תרופה על נזק גוף** - בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק (להלן – הכנסה מרבית); היה שיעור אבדן השתכרותו ואבדן כושר השתכרותו של הנפגע פחות ממאה אחוזים, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים;

**16. ראש נזק ממוני מסוג הוצאות רפואיות: מוסד או בית?**

סורוקה נ' הבאבו: אדם שנפגע קשה, רצו לטפל בו בבית ושם העלות גבוהה יותר. הביטוח דורש לשים אותו במוסד (כי זה יותר זול בשבילו).

**ההכרעה:** מספיק שישנה **חוות דעת** לפיה מועיל יותר לאדם להיות בבית (יחלים וישתפר מהר יותר וכו') על הביטוח לשלם את הסכום הנדרש. יש להתחשב בהעדפותיו של הנפגע ולאפשר לו לקיים חיים עצמאיים במידה ויחפוץ בכך.

\*מטרות דיני נזיקין – **צדק מתקן:** השבת המצב לקדמותו. סיכוי קלוש שיזכה להגיע למוסד טיפולי העונה על צרכיו וייטיב עמו באמת ולכן על הניזוק לשוב לביתו.

\*ההלכה עד פס"ד זה = עיריית חיפה נ' מוסקוביץ: ביהמ"ש קובע לתת פיצוי בסכום של טיפול במוסד - טיפול ראוי. אם המשפחה רוצה היא יכולה לטפל בבית ולשלם את ההפרש.

17. ראש נזק **לא** ממוני מסוג **כאב וסבל, הכולל גם צער נפשי:**

**נזק לא ממוני:** נזק שלא באמת ניתן לכמת. למשל סרבנות גט. צריך לכמת כמה **נזק נפשי** נגרם לאישה מסורבת גט. אולי לאישה חרדית צריך לתת יותר? כי יש לה פחות סיכוי להתחיל חיים חדשים. 3 סוגים:

כאב וסבל: רגשי - צער. גם נפשי וגם פיזי. איך מתמודדים עם תרמיות בנושא? יש כיום בדיקות כאב, מעבדות שינה (למצבים בהם אדם טוען כי אינו יכול לישון)...

קיצור תוחלת חיים: אדם שחי פחות בגלל הנזק שנגרם לו וקיבל חו"ד מרופא המעיד על כך שתוחלת חייו קוצרה בגלל התאונה. זה גם סוג של צער כי האדם יודע שהוא לא יחיה לנצח. יכול למנוע הקמת משפחה וכו'. אולי ניתן להחשיב לחלק מכאב וסבל.

אובדן הנאות חיים: למשל אדם נכווה. מעבר להוצאות, אובדן השתכרות, כאב וסבל, יכול לטעון לאובדן הנאות חיים - לא יכול לצאת יותר לטיולים שהיה יוצא אליהם באופן קבוע/ לא יכול לשחות/ לא יכול להיחשף לשמש (יש להוכיח שאלו דברים שהוא היה עושה באופן קבוע). \*הפסיקה מתלבטת האם זה ראש נזק נפרד או חלק מכאב וסבל. למה ההתלבטות? ככה"נ כשיש פירוט, מבחינה פסיכולוגית האדם מרגיש שהוא מקבל יותר מאשר קבלה כללית. המלחמה של ניזוקים בדר"כ היא הפרדת ראשי הנזק.

א) דוגמת פיצוי בגין סרבנות גט:

תמ"ש (משפחה י-ם) 19270/03 כ.ש. נ' כ.פ: זוג חרדי עם שישה ילדים. האישה הגישה תביעה לגירושין, התהליך נמשך זמן רב והזוג הלך לרבנים רבים על מנת שיישבו את המחלוקת ביניהם, ללא הצלחה. **האישה מסורבת גט במשך 12 שנים**, הגישה תביעה לפיצויים על סך 3 מיליון ₪ כנגד בעלה בגין **הנזקים שנגרמו לה מסרבנותו**: עוגמת נפש, בושה, סבל, בדידות וצער בשנות ההמתנה, אובדן הנאות החיים, פגיעה באוטונומיה ואובדן הסיכוי להינשא ולהביא ילדים לעולם, הנזק הכספי שנגרם לה מהתהליך. כמו כן, האישה טענה לאלימות מצד הבעל.

**השופט מנחם הכהן:** סרבנות גט מהווה עוולת רשלנות. לפי מבחן "האדם הסביר" – אדם סביר היה יכול לצפות שלאישה ייגרם נזק נפשי. הפרת החובה הנ"ל גרמה לאישה נזק רב. **הנזקים:** ס' 1 בפקודת הנזיקין מגדיר נזק גם כאובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב או חיסור מהם. סעיף זה מקנה פיצוי בגין כאב וסבל. בפסיקות הוכרו גם פגיעה באינטרס הניזוק ובאוטונומיה כנזקים בני פיצוי. במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו שכן קיום הנזק עולה מעצם הפרת החובה ע"י המזיק. הנתבע יפצה את התובעת ב425,000 ₪ בגין כאב וסבל . (היה דיון אם מדובר ברשלנות או בהפרת חובה חקוקה). \*פס"ד זה הוא הפעם הראשונה בה הכניסו את דיני הנזיקין אל תוך דיני החוזים.

ב) פיצוי עבור קבלת שירותי ליווי:

פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ: צעיר שנפגע בתאונת דרכים. האם מגיעים לו פיצויים עבור שירותי ליווי (נפגע תפקודו המיני).

**השופט ריבלין:** רצון השופט הוא להשיב המצב לקדמותו, ולכן יש לתת לניזוק פיצוי עבור שירותי ליווי (הרי הוא אינו מתפקד מבחינה מינית), אך כמובן שבעייתי מבחינה מוסרית לתת לאדם כסף על כך (נוגד את עקרונות השיטה המשפטית בישראל ואת תקנת הציבור).הפתרון: משחק עם ראשי הנזק ובמקום להביא לו פיצוי בתוך ראש הנזק הממוני, נותן לו פיצוי בראש הנזק הלא ממוני (בגין אובדן הנאות חיים). בכך ייתן פיצוי על נזק לא ממוני באופן כללי ולא ספציפי ומשאיר את הבחירה בידי הניזוק כיצד להשתמש בכספי הפיצויים. \*לדעת פרופ' שמואלי: בעייתי מכיוון שמדובר בתקדים שפוגע בוודאות ויציבות המשפט. + סכנה שעם השנים יהיה פיחות בפיצוי מכוון שהוא נכנס תחת ראש נזק אחר.

הגבלה על הפיצויים:

ג) חוק האחריות למוצרים פגומים, סעיף 5(ב): **פיצויים -** פיצויים לפי חוק זה בשל נזק שאינו נזק **ממון לא יעלו על חמישים אלף שקלים;** שר המשפטים רשאי, בהתייעצות עם שר האוצר ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להגדיל את הסכום האמור; הסכום יהיה צמוד למדד המחירים לצרכן מיום קבלת חוק זה בכנסת או מיום הגדלת הסכום, לפי העניין.

ד) חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, סעיף 4(א)2: **תרופה על נזק גוף** **-** היו הפיצויים האמורים פטורים ממס הכנסה יחושבו הפסדי הנפגע לעניין פיצויים אלה לפי הכנסתו לאחר ניכוי מס הכנסה החל עליה בעת קביעתם, ובלבד שההפחתה בשל ניכוי המס כאמור **לא תעלה על 25 אחוזים** מן ההכנסה שלפיה יחושבו פיצויים אלה.

ה) תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון): אין צורך להכיר את פרטי התקנות אלא רק את העובדה **שיש בהן תקרה על נזק לא ממוני**.

**18. ראש נזק לא ממוני מסוג אובדן הנאות חיים**:

אגבבה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור: ניר (בן 11) טבע בבריכת השחייה אליה הגיע במסגרת קייטנה מטעם הפנימייה בה למד – פנימייה לילדים בעלי צרכים מיוחדים, הוא נמשה מן המים כשהוא מחוסר הכרה, בלא דופק וללא יכולת נשימה. בעקבות פעולות ההחייאה חזר ליבו לפעולה, אולם הוא נותר מחוסר הכרה. 10 ימים לאחר מכן נפטר. הצדדים חלוקים בעיקר בנוגע **לבסיס השכר** שצריך לשמש לצורך חישוב אבדן הנאות החיים שנגרם לניר (ילד עם צרכים מיוחדים).

המערערים סבורים כי יש מקום לבחון מחדש את ההלכה שנקבעה בעניין פרייליך ([ע"א 773/81](http://www.nevo.co.il/links/psika/?link=עא%20773/81&Pvol=לו)), אשר לפיה אין לפסוק פיצויים בעבור כאב וסבל מקום שהכרתו של הניזוק ניטלה ממנו מרגע הפגיעה ועד לרגע המוות.

**השופט ריבלין:** קיים ספק רב אם ניזוק אשר איבד הכרתו חש כאב או סבל, לפחות לא במובן הפשוט והרגיל של המונח. אך ללא ספק נפגעת יכולתו של הניזוק ליטול מהנאות החיים. ה10 ימים האלו מוכרים כאובדן הנאות חיים.

גישות באשר לזכות לפיצוי בגין אובדן הנאות החיים:

1. גישה הרואה באובדן הנאות החיים יסוד **הכלול** בראש הנזק של כאב וסבל. כמו בארה"ב. בישראל טרם התייחסו לאובדן הנאות החיים כראש נזק נפרד.
2. גישה הרואה באובדן הנאות החיים ראש נזק **נפרד ועצמאי**. כמו באנגליה. מה שריבלין מתאר למעלה.

**בפס"ד זה ריבלין רוצה להכיר באובדן הנאות חיים כראש נזק עצמאי אך לא עושה זאת בפועל**. נשאר עם עמדת פס"ד פרייליך - רוצים ללכת לכיוון של ראש נזק לא ממוני מסוג של אובדן הנאות חיים, אך עוד לא הגיעו לשם, זה עדיין תחת כאב וסבל. משאיר את מעמד אובדן הנאות החיים כלא ברור. \*בעייתי: אם זה היה ראש נזק נפרד, יש סיכוי שפסיכולוגית היו נותנים יותר פיצויים.

**19. ראש נזק לא ממוני מסוג קיצור תוחלת חיים**:

פס"ד אטינגר, בחלק הדן בראש הנזק "**קיצור תוחלת חיים"**: מיכאל אטינגר ז"ל שיחק עם חברו באתר משחקים, נפל לבור ארכיאולוגי בלתי מגודר, נחבל בראשו **ונפטר** בהיותו בן 12.

**השופט ריבלין:** קיים לעיתים חשש לפסוק פיצוי בגין ראש נזק כגון "אובדן תוחלת חיים" מפני שזה דבר שקשה מאוד לאמוד ולהעריך, אבל גם הגישה הזו נחלשה עם הזמן. הגישה המקובלת היום היא כי יש לשים דגש וחשיבות יתרה לגבי פיצוי בגין ראש נזק זה של אובדן תוחלת החיים, בייחוד כי מדובר על אובדן שאין כמותו. ההגדלה תתבצע ותבוא לידי ביטוי ע"י העלאת גובה הפיצויים.

\*בעניין הפיצויים בגין ראש נזק של סבל וכאב - נפסק בהתאם להלכת פרייליך, בה נפסק כי אין לפסוק פיצויים בגין ראש נזק זה עבור ניזוק שמרגע הפציעה ועד ליום מותו היה במצב של הכרה.

**20. האם נזק הוא הכרחי לתביעת נזיקין? עוולות ללא הוכחת נזק כגון תקיפה ולשון הרע – חזקת נזק:**

באופן עקרוני נוסחת האחריות הנזיקית דורשת נזק. עם זאת, ישנן עוולות ללא הוכחת נזק. דוג':

א. עוולת התקיפה: ס' 23 בפקודת הנזיקין - ביסודותיה אין נזק.

ב. לשון הרע: לא דורש נזק. (פס"ד פלונית נ' דניאל).

ישנן שתי גישות ביחס לעוולות שאינן דורשות נזק:

* + - 1. פשוט **אין צורך להוכיח** את הנזק. יש עוולה גם בלעדיו.
      2. יש היפוך נטל ההוכחה לגבי הנזק. ישנה חזקה, הניתנת לסתירה, שהעוולה גרמה לנזק**.** הצד השני (המזיק) יכול לנסות להוכיח שלא היה נזק.

\*תובע שיודע שקיים נזק אולי יעדיף לבחור בעוולת הרשלנות מכיוון שקל לו להוכיח נזק. אחרת הוא יחפש עוולה שקשורה לנזק שלו, שלא צריך להוכיח בה נזק.

**אירועון 6:** למיטל חנות מכשירי כתיבה בשכונה והיא מתפרנסת ממנה היטב, בחנות ליד מוכרים פירות ויקרות לאחר זמן מה נמכרה החנות לידה ונפתחה לידה חנות מכשירי כתיבה.מיטל לא יכולה לתבוע על נזק שנגרם לה בגין פתיחת החנות החדשה מכוון שאין מדובר בעוולה על אף שיש נזק.זו לא עוולה, אין פה רשלנות. זוהי תחרות מותרת לפי החוק.

**21. פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא ממוני:**

פלונית נ' דניאל:ארבע נשים מקבוצה ללימודי פילוסופיה הגישו כנגד המשיב תלונות בגין מעשי אונס שארעו שנים רבות קודם לכן. ביהמ"ש המחוזי דחה את תביעותיהן שכן מצא שאלו **תלונות שווא שהוגשו בזדון ונחשבות להוצאת לשון הרע.** בשל כך, התקבלה תביעת הנגד של המשיב כנגד המתלוננות ואלו חויבו בפיצויים על סך 1.3 מיליון ₪. שני הצדדים מערערים.

**השופט עמית (דעת יחיד):** מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים – כלומר, לא ניתן לתת פיצוי בגין נזק לא ממוני ולתת פיצוי נוסף על לשון הרע. בשל הקשיים לאמוד נזק בלתי ממוני, לעיתים אין הבדל בינו לבין פיצוי ללא הוכחת נזק. פיצוי ללא הוכחת נזק - סכומו המקסימלי קבוע בחוק. באופן כללי לא נקבל יותר ממאה אחוז, אך ישנם מקרים חריגים בהם יהיה פיצוי מעל מאה אחוז (פיצוי עונשי, פיצוי מוגבר, חוק ביטוח לאומי).**..**

**\*פגיעה באוטונומיה כראש נזק לא ממוני (שיעור עם עו"ד עדן כהן):**

הזכות לאוטונומיה זוהי זכות יסוד)זכות מסגרת( שיש לכל אדם, זהו רכיב בסיסי בשיטת המשפט שלנו ומעוגנת בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אוטונומיה היא החופש של הבן אדם לבחור ולהחליט עצמאית על גורלו ללא כפייה או התערבות חיצונית.עם זאת הזכות לאוטונומיה היא אינה זכות מוחלטת ויש לה הגבלות.

**האוטונומיה במשפט:** זכות עצמאית**,** זכות מסגרת שמתוכה נובעות זכויות נוספות - זכותו של אדם לא לנכוח במשפט של עצמו, לשנות את שמו וכו'...

פס״ד דעקה: המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. היא אושפזה בבי"ח כרמל לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים **ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף.** זאת, ככה"נ בעקבות החלטת הרופאים בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. **בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. במחוזי תביעתה נדחתה.**

**השופט אור:** המערערת הייתה מסכימה לניתוח ולפיכך אין לפצותה על נזקיה (אין קש"ס לנזק). עם זאת, יש להכיר בראש נזק חדש של פגיעה באוטונומיה, לפצותה רק על פגיעה זו. מדבר על חשיבות האוטונומיה ומהותה. לפי פס"ד אחר, לא לוחצים על אדם לבצע הליך רפואי שהוא לא מעוניין בו – גם לא על ידי תמריצים. ההפרדה בין הנזקים היא חידוש גדול מכיוון שהתובעת **לא** צריכה להוכיח **קשר סיבתי** של העדר הסכמה, ופגיעה באוטונומיה זה ראש נזק נפרד.

\*כנראה שגם אם היו מבקשים הסכמתה, היה קורה אותו דבר. דיני הנזיקין הרגילים אומרים שאין פיצוי. השופטים אומרים – יש ראש נזק חדש: פגיעה באוטונומיה. מקרב רשלנות רפואית לעוולה ללא נזק. איזה פיצוי נפסוק? את הנזק הגופני שנגרם לה. (מעיד על הטריק).

פלונית נ' מדינת ישראל (ביקורת של השופט עמית על פס"ד דעקה):אם ניתנו פיצויים בהיעדר הסכמה מדעת, אין מקום לקבל פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.

\*אם האוטונומיה מוכרת כראש נזק נפרד (עצמאי) לא צריך להוכיח נזק נפרד, ומספיקה עצם הפגיעה באוטונומיה. לדעת חלק מהגישות בעליון כיום (השופט עמית), אי אפשר לתבוע גם על נזק לא ממוני וגם על פגיעה באוטונומיה. זה חופף. ברור שאם יש נזק גופני נניח מרשלנות רפואית וגם הייתה פגיעה באוטונומיה אין חפיפה - אלה שני ראשי נזק שונים.

**23. שאלת היסוד הנפשי בדיני הנזיקין:**

א) עוולות בעלות יסוד נפשי וחסרונותיהן:

בדיני הנזיקין אין צורך בהוכחת יסוד נפשי. עם זאת, בפקודת הנזיקין **ישנן 5 עוולות בעלות יסוד נפשי**, הנקראות עוולות מכוונות(תקיפה, תרמית, נגישה, גרם הפרת חוזה, שקר מפגיע). הן כמעט לא בשימוש (מלבד עוולת התקיפה)**.** מצד אחד (חיסרון), לא משתמשים בהן בגלל היסוד הנפשי - עדיף להשתמש בעוולת מסגרת כמו רשלנות, בה אין צורך להוכיח יסוד נפשי. מצד שני (יתרון), לעיתים לא צריך להוכיח נזק.

**\***חלק מן העוולות שיש בהן יסוד נפשי נמצאות מחוץ לפקודת הנזיקין ויכולות להוסיף פן פלילי למזיק = חוקים אמפיבים (כפולים) בעלי פן נזיקי ופלילי.

ב) דוגמה מעוולת התקיפה (סעיף 23 לפקנ"ז):

**העוולה העיקרית בה יש יסוד נפשי ומשתמשים בה היא תקיפה. שתי סיבות:**

1) אין צורך בהוכחת נזק. 2) יסוד נפשי מרוכך – "התכוון" להתנהגות ולא לתוצאה.

**24. מי יכול להיתבע?**

**א) המזיק.**

**ב) שולח -** (ס' 14 לפקנ"ז): אחריות שילוחית: "שלוחו של אדם כמותו". אך יש לכך גבולות וסייגים. עלינו לבחון האם יש חריגה משליחות (למשל שלחתי מישהו לגבות כסף והוא החליט על דעת עצמו להכות את החייב). דוג' אחרת, **אם השולח שלח לדבר בלתי חוקי**, למרות שלכאורה המזיק הישיר היה אמור לדעת שזה לא חוקי, עדיין **ניתן לתבוע גם את השולח**. לעניין תקיפה ולעניין כליאת שווא אין שליחות (למשל בריון ששלחו אותו לכלוא). סעיפים אלו נמחקו אך זה לא בהכרח אומר שההסדר שהיה שם איננו. כשסעיפים נמחקים המצב עמום וכשלא נקבע הסדר הפוך ישנה בעיה פרשנית. כנראה שהמחוקק רצה שכל מקרה ייבחן לגופו. \*לרב כנראה השולח הוא הכיס העמוק. \*לשולח יכולה להיות גם אחריות ישירה ולא רק שילוחית. במקרה כזה התביעה תתבע אותו משני הכיוונים וכך תחזק את התביעה. אבל, הנתבע לא ישלם פעמים אלא רק פעם אחת מכוון שאי אפשר לקבל יותר ממאה אחוז פיצוי.

**ג) מסייע, משדל, שותף, מייעץ -** (ס' 12 לפקנ"ז): לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, **יהא חב עליהם.**

מסייע: אדם שמקל על המזיק הישיר לבצע את המעשה שלו (למשל, המתין ברכב בזמן הנזק). \*לדעת שמואלי יש להבחין בין סיוע מורלי והומניטרי לבין סיוע **בפועל** (בגינו ניתן להטיל אחריות).

משדל: אדם הדוחף את המבצע לביצוע העבירה. אם גם לולא המשדל המעשה היה נעשה - המשדל יוצא מהתמונה. מבחן האלמלא.

שותף: אדם שיש לו חלק בביצוע - לאו דווקא בביצוע בפועל (תכנון למשל).

מייעץ: בגין ייעוץ רשלני (למשל עו"ד שמייעץ לאדם במעלית כדרך אגב) יתכן ותהא אחריות. מנגד, בייעוץ ללא ידיעה (למשל מייעץ לפרוץ שרשרת אופניים כי חשב שהן של המבקש), יהיה זה לא נכון להטיל אחריות מבחינה מוסרית וחברתית.

**ד) מעסיק –** מדוע? **ביטוח**, כיס עמוק, אחריות מוחלטת. שלושה מצבים אפשריים:

כשהעובד מתרשל כלפי **עצמו**:עפ"י הנוסחה הוא בעצמו גם הניזוק וגם המזיק. ניתן להרחיב את צד א' והמזיק יהיה גם המעביד והביטוח. התביעה עוברת למעביד והמעביד מעביר לביטוח הלאומי.

כשהמעביד **שולח** את עובדו לעשות משהו:ראשית נבחן זאת עפ"י **שליחות**.לעיתים העובד יעשה עוולות ללא קשר למעביד ועדיין תהיה למעביד אחריות על כך. מעביד מחויב לבטח את העובד שלו בביטוח לאומי.\*ישנם דינים שונים לדיני עבודה ושליחות.

ניזוק **צד ג'**:יכול לתבוע ישירות את המעביד או לתבוע את המזיק וזה יעביר למעביד. על הניזוק להוכיח שהעובד התרשל. יתכן והתביעה תעבור בהמשך לביטוח. **דוג':** מורה היוצא לטיול שנתי והוא אחראי על התלמידים, נניח והוא התרשל וילד נפגע. בהנחה שאנו רוצים לתבוע את המורה ואנו מבינים שהוא לא כיס עמוק, נרצה לתבוע את משרד החינוך. יש כאן עקרון של **צדק חלוקתי.** משרד החינוך צריך לקחת בחשבון שהוא הגוף החזק. עניין נוסף הוא **כיס עמוק**, אך זה לא כזה פשוט יכול להיות שזה תמריץ שלילי. עניין נוסף, יש לך כמעביד אחריות שהיא מעבר לאחריות אישית, אתה השולח, **אחריותך כוללת לטוב ולרע =** רנורר, (למעט חריגה מהשליחות), נחשב גם ככיס עמוק, הציפייה היא שהוא יעשה ביטוח. בסלנג הנזיקי קוראים לזה "אחריות שילוחית". (השיקולים הם: **גישה לביטוח, צדק חלוקתי, כיס עמוק, הרתעה כלכלית כלפי מעבידים**). יש **בעיה מבחינת צדק מתקן, אין בהכרח למעביד קשר ישיר לנזק**.  **\***במצב בו העובד ניזוק במהלך העבודה בהפסקה - בודקים עפ"י דיני העבודה האם זה נכלל בעבודה.

**ה) ביטוח** - כאשר ניזוק מעוניין לתבוע הוא יכול לתבוע את **הביטוח של המזיק.** מרבית התביעות הנזיקיות הן מול הביטוח. קיים קשר חוזי בין המזיק הישיר לביטוח: השקעת כסף מסוים – "קניית הסיכון". יש ביטוחים אופציונליים (ביטוח מקיף, ביטוח דירה) ויש ביטוחי חובה (בט"ל/ נזק גוף). ביטוח לא רלוונטי כשמדובר במעשה מכוון.

**ו) עיזבון** - אדם מת לא משתחרר מחובותיו וזכויותיו, העיזבון מקבל את כל הדברים מבחינה נזיקית מהנפטר הן כתובע והן כנתבע. יש מקרים בהם העיזבון לא נכנס באופן אוטומטי ושואלים אם ברצונו להמשיך, כמו לשון הרע.

**25. מי יכול לתבוע?**

**א) הניזוק.**

**ב) ניזוק נפשי במעגל המשני –**

אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל: ילד בן 6 נפגע בתאונת דרכים ונפטר כ24 ימים לאחר מכן. ההורים לא היו בתאונה, אך שהו עמו בביה"ח. מצבם הנפשי התערער והם סובלים ממתח, דיכאונות, נעדרים מעבודתם, זקוקים לעזרה וכו'. הם הגישו תביעה לפיצויים על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם. **התביעה ה2 –** אישה נפצעה בתאונת דרכים, בתה שהתה עמה בביה"ח עד לפטירתה. הבת לקתה כתוצאה מכך במחלת נפש והיא תובעת פיצויים על כך. האם יש אחריות עפ"י פקודת הנזיקין לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה שאדם יקר לו נפצע/ נהרג בגין מעשה רשלני של הנתבע? אם כן, האם הוא בגדר נפגע בתאונת דרכים עפ"י חוק הפיצויים?

**השופט שמגר:** בחינת אמות המידה המשפטיות החולשות על קביעת אחריות בנזיקין שנגרמו לקרוב המשפחה:האם ישנה חובת זהירות למזיק כלפי קרוב המשפחה? באנגליה וארה"ב נקבע כי למזיק בנסיבות מסוימות ישנה חובת זהירות כלפי מי שנפגע בנפשו, כי זוהי תוצאה צפויה של התנהגות הנתבע.יש לכך שני היבטים:

1. עקרוני - חובת הזהירות המושגית: האם הסוג הכללי אליו משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק עשויים להקים חובת זהירות?קיום חובה זו נקבע עפ"י **מבחן הצפיות.** חובת הזהירות כלפי הניזוק והמעגלים המשניים מתקיימת במקביל. זוהי חובה נפרדת ומשנית (יתכן והמשנית תהיה יותר חריגה. למשל בעל שהחלים מהפציעה בתאונה אך אישתו לקתה במחלת נפש).החלת מבחן הצפיות לבדו תוביל לריבוי תביעות ולכן יש להגביל זאת.
2. ספציפי - חובת הזהירות הקונקרטית: הדין בישראל - חוק הפיצויים:בחוק הפיצויים "נפגע" מוגדר כאדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים. **נזק גוף כולל גם ליקוי נפשי או שכלי.** בביהמ"ש המחוזי סברו כי מדובר בפגיעה ישירה מתאונת הדרכים. שמגר קובע כי חוק הפיצויים יכול לכסות אחריות זו, שכן הנזק יכול להגרם גם עקב תאונת הדרכים על פי מבחני הקש"ס.

מציין **ארבעה פרמטרים** שיסננו את הנזקים הנפשיים במעגל המשני שראוי שיכללו בגבולות מעגל האחריות:

1. **זהות התובע:** דרגה ראשונה מלבד חריגים. (ישנם ניסיונות לפתח זאת אל קרובים שאינם מדרגה ראשונה).
2. **התרשמות ישירה מהאירוע:** ככל שהתובע קרוב יותר לאירוע, כך נגרם לו יותר נזק נפשי. לדעת שמגר יש להחיל כאן את מבחן הצפיות בלבד.
3. **מידת הקרבה במקום ובזמן לאירוע:** מבחן הקרבה הסיבתית והוכחה ברורה של נזק נפשי ממשי ומוגדר. לאו דווקא קרבת זמן או מקום.
4. **נזק נפשי:** נזקים פסיכיאטריים, מסוג פסיכוזה או נוירוזה, לא פסיכולוגיים.

לוי נ' שערי צדק (פיתוח של הלכת אלסוחה - הגמשה ברכיב הרביעי): המערערת הרתה בהפריית מבחנה ונרשמה ללידה בבי"ח שערי צדק. בשבוע ה40 פנתה לחדר מיון היולדות וקבעו כי זו לא לידה פעילה ועליה לשוב לביתה. לאחר יומיים חשה שוב בצירים וחזרה, ביקשו ממנה להסתובב בין כותלי ביה"ח. לאחר זמן מה שנבדקה שוב - גילו כי דופק העובר נדם. בביהמ"ש קמא נקבע כי ביה"ח שערי צדק אחראים למותו של העובר ברחמה של אמו. לא הוכחה פגיעה נפשית חמורה להורים.

**השופט ריבלין:** בשל הנסיבות המיוחדות במקרה זה ולאור תכלית הלכת אלסוחה, בשל הנזק הממשי שנגרם להורים - שניהם זכאים לפיצוי בגין הנזקים הלא-ממוניים על אף שאינם עומדים בתנאי הרביעי להלכת אלסוחה (שיעור הפגיעה הנפשית). האם ניצבת על קו הגבול שבין נפגעת משנית לנפגעת עיקרית. וזאת בשל העובדה, שהבדיקה, שלא בוצעה עקב רשלנות, הייתה אמורה להיות בגופה, והעובר מת ברחמה. **בין כה וכה, ביהמ"ש סבור כי האם וגם האב זכאים לפיצוי בגין הנזקים הלא ממונים וזאת למרות שהם אינם עומדים בתנאי הרביעי של הלכת אלסוחה.**

**השופטת חיות (מיעוט):** האמא היא ניזוקה ראשית והאבא הוא חלק משיא התהליך - ההולדה. לכן, לטענתה, גם הוא ניזוק ראשי. יכול להיות שיהיה הבדל בפיצויים כי האמא עברה מבחינה פיזית את כל התהליך. כך, בכלל לא נכנסים להלכת אלסוחה.

\*ביהמ"ש קובע כי האמא נמצאת בקו הגבול, היא בטוח ניזוקה משנית אך לגבי העיקרית אין זה וודאי - לרוב הנטייה לכך שהאם תחשב לניזוקה ראשית. יש לציין כי פיצוי כפול לא מתקבל במקרה זה. במבחן מצופה להעלות את 2 האפשרויות.

שוויקי נ' מדינת ישראל (פיתוח נוסף של הלכת אלסוחה - הסבר **כי הלכה זו אינה מייתרת בדיקת קשר סיבתי**(: כתוצאה מירי מוטעה של לוחמי מג"ב, נהרג בנם של המערערים וילד נוסף נפצע. המערערים הגישו תביעה למחוזי לפיצוי בגין נזקים נפשיים ובריאותיים (התקף לב) שנגרמו להם כתוצאה מהצפייה בירי בילדיהם. התביעה נדחתה כי זהו לא נזק נפשי משני בר פיצוי. \*המערערים לא עומדים בתנאי הרביעי להלכת אלסוחה - לא הוכח נזק נפשי מהותי ורציני.

**השופט ברלינר:** קובע כי יש להכיר בהלכת אלסוחה גם **בנזק פיזי** שנגרם לניזוק העקיף, כתוצאה מההלם במעשה. לכן, התנאי השלישי (קרבה במקום ובזמן) יפורש בגמישות**, ובתנאי הרביעי יינתן פיצוי בגין נזק פיזי במידה וזהו נזק ממשי שמשפיע על יכולת התפקוד היום-יומית.** עוד לפני בחינת ארבעת סייגי אלסוחה **על התובע להוכיח כי הנזק הפיזי שנגרם לו קשור ישירות לאירוע הנזיקין** - כלומר, עליו להוכיח קש"ס עובדתי ומשפטי.

**\*** בפתירת קייס כזה, ראשית יש להוכיח את הנוסחה הנזיקית (עוולה, נזק, קש"ס) – ורק אז את ארבעת התנאים.

**ג) מיטיב:** קרוב של הניזוק המשמש כמסייע הצמוד שלו ומפסיד על כך משכורת. יכול לתבוע את המזיק ויקבל על פי גובה העזרה הסיעודית. אם מרוויח פחות מגובה העזרה הסיעודית - יקבל על פי משכורתו.\*חוק לתיקון דיני הנזיקין (הטבת נזקי גוף).

**ד) עיזבון:** אדם מת לא משתחרר מחובותיו ומזכויותיו- העיזבון מקבל את כל הדברים מבחינה נזיקית מהנפטר, הן כתובע והן כנתבע.לא משנה אם התביעה החלה לפני מותו או אחרי. יש מקרים שבהם העיזבון, כתובע, לא נכנס באופן אוטומטי אלא שואלים אותו אם הוא רוצה להמשיך בתביעה, כמו: לשון הרע.

**ה) תלויים (1) גיל התלות –**

יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ: המנוח נפטר בתאונת דרכים בהיותו בן 45 שנים. הותיר אחריו אישה ושלושה ילדים: 19, 15 ו10. בימ"ש קמא קבע כי גיל התלות של הבנים עד 18 ושל הבת הגדולה עד גיל 21.

**השופט ברק:** מהו שיעור התלות בתקופת השירות הצבאי? תקופת התלות היא אינדיווידואלית, תקבע ע"י ראיות בנושא. במציאות הישראלית, בתקופת השירות הצבאי נמשכת תמיכת המשפחה בילדיה. **שלילת פיצויים בתקופה זו שוללת את מטרת הפיצויים.** עם זאת, בתקופת השירות הצבאי קטנה התמיכה הכספית של ההורים = התלות בזמן הצבא יורדת לשליש.

האם יש להתחשב בירושה כגורם המפחית את הפיצוי?אין להפחית את שווי ההאצה לגבי נכסים בהם היורשים משתמשים בחיי המנוח- דירת מגורים/ מכונית.

**ו) תלויים (2) ידועים בציבור כתלויים –**

לינדורן נ' קרנית: אדם שמת כתוצאה ממעשה עוולה. האם ה"ידועה בציבור" שלו, בבחינת "בן זוג" הזכאי לפיצויים לתלויים עפ"י פקודת הנזיקין?

**השופט ברק:** בהתאם לתכלית הספציפית של ההסדר בפקודה, המטרה היא להעניק פיצוי בגין אובדן התלות תוך החזרת המצב לקדמותו. לכן, אם השניים חיו כמשפחה, יש לראות בה בת זוג של המנוח לעניין התביעה. עם זאת, אם לבת הזוג ילדים שאינם מהמנוח, אין להעניק להם פיצוי על אובדן התלות. בנוסף, ישנה תכלית אובייקטיבית להסדר - שמירה על ערך השוויון - אין הצדקה להבדיל בין בת-זוג נשואה לבין בת-זוג שאינה נשואה. ידוע/ה בציבור היא בגדר "בן זוגו" של המנוח כמשמעותו המשפטית. המבחן לזכותו של התלוי הוא **בקיום תלות בפועל** ובסיכויי התלות בעתיד לולא מעשי הנזיקין.

**ז) תלויים (3) תלויים בגירים בעלי יכולת השתכרות –** הגישות השונות:

פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה: האם ילדים בגירים **שמסוגלים** להתפרנס עצמאית יכולים להיחשב תלויים באדם שנפטר לצורך תביעה מכוח ס' 78 לפקנ"ז (זכותם של תלויים לפיצויים)? במקרה זה מדובר בילדים בני 30 ו38, בעלי משפחות שמתפרנסים עצמאית.

**השופט עמית**: המונח "תלוי" כולל גם ילד **שיכול** לפרנס את עצמו, כל עוד הוריו מספקים לו את כל צרכי מחייתו. המבחן הוא מבחן מעשי של עצמאות מול תלות - גיל הילד, יכולת השתכרות, קיום תא משפחתי עצמאי ועוד. הוא בוחר באופציה זו גם מטעמי מדיניות - יש למנוע מדרון חלקלק. (זוהי אפשרות הביניים, האמצעית, מתוך 3 שהציג). **במקרה זה נקבע כי אין תלות, בשל כך נדחתה התביעה.**

\*תביעת התלויים היא תביעה עצמאית, אך היא מושפעת מתביעת העיזבון. בין התביעות תתכן חפיפה בחלק מראשי הנזק, לרוב בראש נזק של אובדן תמיכה. לכן, למניעת כפל פיצוי - נקבע כי אם התלויים והיורשים אינם זהים, תביעת התלויים תנוכה מזכות העיזבון לאבדן השתכרות בשנים האבודות. לדעת השופט עמית, ראוי כי במקרה בו אין תלות ממשית, ההחלטה על המשך התמיכה תושאר בידי העיזבון (בן-זוג). \*הגדרת המילה ילד בדברי חקיקה אחרים, מעידה כי מדובר בקטינים.

**אירועון 8:**

**\*תביעת שיפוי:** נוהגים לומר ששיפוי זה השתתפות. הניזוק תובע את המזיק. המזיק משלם לניזוק סכום מסוים. לאחר שנגמרת התביעה, המזיק מגיש תביעה נפרדת בה הוא מבקש השתתפות מצד ג'. זו תביעה שעולה מתביעת נזיקין אך היא לא תביעת נזיקין כי אין את נוסחת המזיק וניזוק. זה מזיק ומזיק.

**\*תביעת צד ג':** הנתבע חושב כנ"ל אך מבקש מביהמ"ש כבר בתביעה של התובע נגדו להוסיף את צד ג לתביעה עצמה, ולא מחכה לסוף לראות אם חויב ורק אז להגיש תביעת שיפוי. אם ביהמ"ש מאשר את הודעת צד ג (בד"כ אחרי שמאפשר לו ולתובע להגיב), צד ג מצורף לתביעה כנתבע נוסף נגד רצונו כמובן אבל יכול להיות גם נגד רצונו של התובע, הוא מגיש כתב הגנה (אם יש צורך, התובע מתקן את כתב התביעה שלו) ויש לו יריבות הן עם התובע הן עם הנתבע.

**26. הגנות:**

א) כיצד אפשר להתגונן?

ב) הגנה כללית: קעקוע יסודות העוולה: יש להוכיח באופן מצטבר עוולה, נזק וקש"ס.

ג) הגנות כלליות: חסינויות שונות בפקודת הנזיקין:

* + - * + **לקטין** – ס' 9 לפקודת הנזיקין (שאלת אחריות ההורה לנזקי הילד): לא ניתן לתבוע קטין מתחת לגיל 12. יתכן ותהיה להורים אחריות שילוחית (במידה והילד ביצע עוולה אך לא ניתן לתבוע אותו) ויתכן כי תהיה להם אחריות אישית (התרשלו בחינוכו), אבל קשה להוכיח לכך קש"ס. הרציונל - קטין אינו מסוגל להעריך ולצפות כי יגרום נזק לאחרים ע"י מעשיו.
        + **לשופט** – ס' 8 לפקודת הנזיקין: לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי.

מדינת ישראל נ' אדם: אזרח סודני שהוחזק שלא כדין ותבע את ביה"ד. האם ניתן לחייב את המדינה בנזיקין בשל מעשה/ מחדל של נושא משרה שיפוטית?

**השופט מזוז:** מדובר בחסינות מוחלטת ומלאה (מהותית ודיונית) ואין לעקוף אותה בשום דרך - גם לא דרך תביעת המדינה. לא ניתן לתבוע את השופט או את המדינה. ישנם פתרונות אחרים, כמו ערעור. הרציונל להצדקת החסינות - אי התלות של השופטים, מניעת ערעור המבנה ההיררכי של מע' בתי המשפט, האינטרס הציבורי של סופיות הדיון, חשש מפני חדירת שיקולים זרים למע' השפיטה, שיבוש פעולות מע' השפיטה ויעילות תפקודה.

* + - * + **ללקוי בנפשו** - כרמי נ' סבג: המערער, בת זוגו ובתם התינוקת היו בגן ציבורי. המערער קרא למשיב, בן 8 שיאמר שלום לתינוקת. לאחר מכן, דרש זאת שוב מהמשיב. בפעם השנייה, המערער שלף סכין, דקר את המשיב ואת בתו (של עצמו) התינוקת שמתה מיד. המשיב ניצל בביה"ח. הוגש נגד המערער כתב אישום באשמת רצח וניסיון לרצח. **נקבע כי הוא ביצע את המעשים המיוחסים לו בשל מחלת נפש ממנה הוא סובל.** כתוצאה מכך אושפז במחלקה סגורה בבי"ח לחולי נפש. המשיב הגיש תביעת נזיקין נ' המערער שהתקבלה בבימ"ש השלום. הערעור במחוזי נדחה, זוהי בקשת ערעור. מהי אחריותו בנזיקין של חולה נפש?

**השופט רובינשטיין:** אין הגנת 'העדר שפיות' בפקודת הנזיקין. יש לכך 3 גישות במשפט האנגלי: (1) השופט דנינג - מחלת נפש אינה הגנה. (2) השופט אשר - יש להחיל אמת מידה אחידה של אחריות בפלילים ובנזיקין. (3) סטייבל- גישת ביניים. אין הכרח כי המזיק מבין את המשמעות המוסרית של המעשה, אך יש צורך ביסוד נפשי מינימלי של שליטה (מי שפועל אוטומטית לא נושא באחריות). רובינשטיין ונאור מסכימים עם הגישה השלישית, רק במידה ואין שליטה על תנועות הגוף - יש הגנה בנזיקין. **במקרה זה המערער שלט במעשיו.** ארבל נוטה לאפשרות הראשונה, לטענתה, התכלית הנזיקית מחייבת הטלת אחריות נזיקית על חולה נפש, גם במידה ופעל אוטומטית. **הערעור נדחה.** \*\*נראה כי רובינשטיין ונאור פועלים לפי צדק חלוקתי, רואים זאת כסוגיה חברתית. ארבל פועלת לפי פיצוי וצדק מתקן.

* **מעשה של מה בכך** – ס' 4 לפקודת הנזיקין: פגיעה שולית לא מוגדרת כעוולה.
* **הסתכנות מרצון** – ס' 5 לפקודת הנזיקין: א) טענת הגנה המיועדת למצבים בהם התובע חשף את עצמו מרצונו לסיכון. (ב) טענה זו לא רלוונטית במקרים של אי-מילוי חובה שהייתה מוטלת על הנתבע מטעם החוק. (ג) ילד עד גיל 12 לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך סיכונים. מודע לסכנה, רוצה להסתכן, מודע להשלכות המשפטיות.

**עמוס הרמן מבוא לדיני נזיקין:** אדם יכול לחשוף את עצמו לסיכון במודע ולא במודע. **הסתכנות ברצון** כוללת חשיפה מודעת לסיכון, חשיפה רצונית לסיכון, חשיפה ללא צורך לסיכון וקבלת הסיכון תוך וויתור על הזכות לפיצויים. אלו מהווים הגנה מלאה מול התביעה. ברגע שמתקבלת הטענה של הסתכנות מרצון - התובע יישא בתוצאות הסיכון. רלוונטי מול כל העוולות מלבד עוולת הפרת חובה חקוקה. על הנתבע להוכיח כי התובע היה מודע לסכנה ורצה בה - בחירה חופשית, מודעת ומושכלת המבוססת על ידיעת כלל הנסיבות ואף ידיעת התוצאות המשפטיות של הנזק. כלומר, ויתור לנתבע על חובת הזהירות שלו. ככה"נ הידיעה צריכה להתקיים מספיק זמן לפני התרחשות הנזק, כדי שהתובע יספיק לגבש את רצונו, להיות מודע לכל ועדיין לפעול כך, עוד לפני שהתממש הסיכון. כאשר אין אפשרות לרצון חופשי (מחלת נפש, לחץ חברתי..) - אין הסתכנות רצונית.

**מתי לא תתקבל הגנת ההסתכנות מרצון?**  מכיוון שקבלת טענת הגנה זו שוללת מהתובע את זכותו לפיצויים, בתי המשפט נוטים לפרשה בצורה מצומצמת. ישנה זהירות רבה במיוחד במקרים של תביעות עובדים נגד מעבידיהם (במקרים של לקיחת סיכון תוך כדי העבודה - זו אינה בחירה רצונית אלא רצון לא לאבד פרנסה). כמו כן, גם ילדים מתחת לגיל 12 אינם נחשבים כמסוגלים להבין את המצב ולא ההגנה לא חלה עליהם. במקרים בהם התובע מנסה להציל אדם אחר, חשיפתו לסיכון אינה רצונית. על כן, גם פעולות של מתנדבים ומקצוענים להצלה אינן נכנסות תחת ההגנה. המבחן לכך הינו האם בנסיבות המקרה, המציל פעל כפי שאדם סביר היה פועל. המציל אף זכאי לפיצוי מגורם הנזק.

**מתי כן תתקבל הגנת ההסתכנות מרצון?** תחרויות ספורט למשל (משתתף, לא קהל). במקרים של נזק רכוש (סיכון רכוש במודע). בחוק האחריות למוצרים פגומים ישנה הגנת הסתכנות מרצון (במידע והנפגע מודע לפגם במוצר ולסיכון הכרוך בו - היצרן לא אחראי). מרבית שיקולי המדיניות המשפטית אינם תומכים בהגנה זו, שכן היא אינה יעילה מבחינה כלכלית ואינה מוצדקת מבחינה חברתית. לרוב משתמשים במקומה בהגנת האשם התורם המאפשרת חלוקת נזק בהתאם להתפלגות האשמה.

* **ניתוק קשר סיבתי** – ס' 64 לפקודת הנזיקין: לא יראו אדם כאשם אם הנזק נגרם על ידי **מקרה טבעי בלתי רגיל** שלא ניתן לחזות/ למנוע את תוצאותיו, **אם אשמו של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק**/ ילד מתחת לגיל 12 שניזוק והוזמן לנכס/ לאירוע ע"י הגורם לנזק.

ד) הגנה חלקית.

ה. הגנה חלקית, דוגמה 1 : אשם תורם, סעיף 68 לפקודת הנזיקין: במקרה בו אדם ניזוק חלק באשמתו וחלק באשמת אחר- יופחתו הפיצויים בהתאם לאחריותו.

ו) הגנה חלקית, דוגמה 2 : הקטנת נזק – דוגמה רכושית של מים הדולפים לחצר השכן ודוגמה גופנית – גנזך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ: המערער נפגע ברגלו בתאונת דרכים. כתוצאה מכך היא קוצרה והוא צולע. לפני כן עבד כמורה בשני בתי"ס וחזר למשרות אלו לאחר התאונה. שנה לאחר מכן פרש ממשרה אחת, ושנה נוספת לאחר מכן פרש מהשנייה (כ3 שנים לפני מועד פרישתו). **לטענתו הנכות גרמה לו תחושת השפלה מול תלמידיו. הוא תובע מהמשיבים פיצויים בשל פרישה מוקדמת לפנסיה.** נדחה במחוזי. מכאן הערעור.

**השופט אור:** על פי ההלכה חובת הניזוק להקטין את נזקו. הוא מחויב לעשות את מה שמצופה מאדם סביר ע"מ להקטין את הנזק, לא לצאת מגדרו. בכך, עליו למנוע נזק של הפסד כושר השתכרות - בין אם כולו ובין אם חלקו. אם עזב את עבודתו בשל טעמים בלתי סבירים - לא יפוצה בגין אובדן השתכרות. הסבירות נקבעת ע"פ מבחן האדם הסביר - האם הוא היה ממשיך לעבוד לפרנסתו? **במקרה זה, אין טעמים סבירים ואין הקטנת נזק מצד הניזוק.** הערעור נדחה.

ז) הגנות ספציפיות בעוולות: דוגמת ס' 24 לפק' הנזיקין – הגנות מפני תקיפה.

**פרק ב. מטרות דיני הנזיקין: פיצוי, צדק מתקן, צדק חלוקתי והרתעה יעילה**

**פיצוי -** פיצוי כספי, נועד כדי לסייע לניזוק ו"לתקן" את הנזק שנגרם לו, לפצות בעבורו. בנוסף, פיצוי יכול לשמש כהרתעה למזיק. \*(יש הרבה שמגיע להם פיצוי גם בלי שנעשתה כלפיהם עוולה).

**36. האם פיצוי היא מטרה עצמאית?** אועקרון חשוב ששאר המטרות מנסות להגשים - **אמצעי**.

במה שונה **מטרת הפיצוי** מהצדק המתקן?

* מטרה חברתית סוציאלית.
* מטרת הפיצוי מתרכזת אך ורק בניזוק וברצון לפצותו.
* יש לוודא שהניזוק יקבל פיצוי גם באם אין מזיק או שלא ניתן למצוא אותו.
* אין הכרח שהניזוק עצמו יקבל את הפיצוי.
* אין בעיה שהניזוק יקבל יותר מגובה הנזק.

**צדק מתקן -** המטרה היא השבת המצב לקדמותו, כפי שהיה לפני העוולה. לתקן את העוולה. המזיק הוא המשלם. \*נראה לי שההבדל בין פיצוי לצדק מתקן זה שצדק מתקן יכול להכיל עוד סעדים חוץ מפיצוי.

**37. גישות שונות לצדק המתקן:**

**הגישה האריסטוטלית**: משל החבל: 2 הצדדים אוחזים בקצוות החבל והמזיק מושך את רב החבל לעברו. הצדק המתקן הוא להחזיר את החבל לנקודת האמצע בין הצדדים. הבעיה: כאשר שניהם בעלי אותו חוזק יש מאזן. כשאין...

גישת אריסטו נתפסת כיום כטהורה מידי שאינה מתיישבת עם המציאות כיום (ביטוח, זיהום אוויר וכו'). לפי אריסטו אשמה זה שם הסיפור. 3 פרמטרים מצטברים:

1. **המזיק ישלם.** כדי שירגיש את הנזק שנגרם על בשרו. הבעיה: לפי גישת אריסטו, במצב בו אין מזיק - אין את מי לתבוע. מטרת הפיצוי תנסה לבדוק מי כן יכול לפצות. הצדק המתקן המסתכל על שני הצדדים בלבד, יתפשר על עיזבון ואולי מסייע, אך מטרת הפיצוי, המתמקדת בניזוק בלבד, תתפשר על גורמים נוספים (למשל קרן תשלום).
2. **הניזוק יקבל.** הבעיה: אם הניזוק מת? העיזבון או משפחתו יקבלו את הפיצוי.
3. **הפיצוי יהיה בגובה הנזק.** הבעיה: יש בנזיקין פיצויים עונשיים.

**ארנסט ויינריב** (**מסתמך על הגישה האריסטוטלית)**: נזיקין זה פיצוי מהמעוול. המבטח אינו מעוול. לכן פיצוי מהביטוח זה לא נזיקין. אלא חוזים. מדגיש שדיני הנזיקין דנים במערכת דו קוטבית בלבד (הסדרת היחסים בין המזיק והניזוק).

**פלטשר**: תורת הסיכונים הבלתי הדדיים:

תופס את הצדק המתקן כנגזרת של בחינת הסיכונים שכל צד עלול לגרום לרעהו. קשור למשטר אחריות מוחלטת. 3 אופציות:

* אם **הסיכונים הדדיים** או שווים בגודלם באופן יחסי (2 מטוסים העלולים להתנגש זה בזה) כל צד יישא בנזק שלו. **לא** מסתכלים מי האשם. זו לא מסתדרת עם עיקרון האשם בגישת אריסטו.
* אם **הסיכונים אינם הדדיים** – למשל, המעוול סיכן את התובע באופן חד צדדי (טייס מסכן אנשים על הקרקע - אין סיכון הפוך) ונגרם לתובע נזק - תוטל עליו האחריות. האשם **לא** נקודה מרכזית. עצם פוטנציאל הסיכון הוא האשם. במצב כזה, תמיד זה שנושא בנזק החד צדדי יישא בנזק. **גם אם מדובר בכוח עליון, הוא עדיין ישא בנזק.** למשל משאית ואופנוע נוסעים בכביש. ברוב המקרים, המשאית מסכנת יותר את האופנוע. זה שמסכן יותר ישלם.
* **הסיכונים היו הדדיים ועקב רשלנות הנתבע הם הפכו ללא הדדיים** למשל שני רכבים זהים נוהגים בכביש, ברגע האחרון אחד מכלי הרכב עובר באדום/ אחד מהנהגים שיכור. במצב שכזה ישנו מימד של אשם. במצב שכזה, האדם שעיוול יישא בנזק.

\*לדעת שמואלי: מאחורי גישת פלטשר עומד הצדק החלוקתי. פלטשר קורא לזה צדק מתקן – כי לא מעניין אותו מה יקרה אח"כ.

הבעיה בגישה: מי שיישא בפועל בנטל הם רוכשי המוצרים בגלל גלגול עלויות ועליית מחיר מוצר.

היתרון בגישה: גישה "זולה" מבחינת עלויות ההליך המשפטי מפני שהיא יחסית פשוטה להבנה ומימוש – יש לבחון את מאזן הסיכונים האובייקטיבי בלבד.

**ריצ'רד אפשטיין:** (גישת האחריות החמורה) - גישה זו לא תלויה באשם, אלא בסיבתיות חזקה בלשון בני אדם - א' אחראי כי גרם עוולה לב' ולא סיבתיות משפטית התלויה באשם (מבחן האדם הסביר).

**צדק חלוקתי -** בוחנים את הצדדים כסקטורים, כקבוצות בחברה. מי שייך לקבוצה החזקה ומי לחלשה. פוסקים לטובת הצד החלש. השיקולים לא יהיו כתובים, אלא נמצאים מאחורי הקלעים של קבלת ההחלטה. למשל, רשלנות רפואית - שני צדדים: בית חולים (הצד החזק) ומטופל שניזוק (הצד החלש). גם אם בית החולים פושט רגל, הוא נתפס כקבוצה, כגוף מול פרט. (זה לא קשור לכסף). **עוד דוג',** סרבן גט נחשב כבעל הכוח. בצדק חלוקתי הוא יחשב לצד החזק - גם אם מצבו הכספי רע ומצבה הכספי של אשתו טוב. (בקורנהויזר: יתכן ונקטו בצדק חלוקתי כי הזוג הם פסיכיאטרים מכפר שמריהו, נתפסים כקבוצה חזקה יותר).

**38. השלכות הצדק החלוקתי: (א)** פס"ד אבו-חנא: הערכת השתכרות לעתיד של ילדה בדואית שגרה בסביבה סוציו-אקונומית נמוכה. ביהמ"ש נותן לה את השכר הממוצע במשק, על אף שלפי סביבתה היא ככה"נ הייתה מרוויחה פחות. יש לקחת בחשבון - כשמחלקים את העוגה בצורה שונה, זה יבוא על חשבון מגזר אחר. כולנו נשלם יותר בביטוח.

**39. השלכות הצדק החלוקתי: (ב)** גישה פמיניסטית לאבדן השתכרות: לפי לסלי בנדר (המאמר), יש הבדלים של עשרות אחוזים בהשתכרות בפועל של גברים ונשים. מה קורה במצב של אובדן כושר השתכרות של גבר ואישה? בנדר רוצה שדיני הנזיקין יפעלו לתיקון המצב - אם גבר מרוויח 10,000 ואישה 8,000, יעשו ממוצע כללי א-מגדרי 9,000 = וזה המחיר שיקבל כל אחד מהם. הרווחה המצרפית לא גדלה, אך החלוקה יותר שוויונית. ביקורת על הצעה זו: עלויות. כדי להוציא זאת לפועל יש לחשב כל הזמן שכר ממוצע. כלומר יש להקצות לכך עובדים. בנוסף, הצדק החלוקתי סותר את הצדק המתקן. מסתכל באופן כללי ולא פרטני.

**הרתעה -** הרתעת המזיק, שלא יחזור על העוולה שוב. הרתעת המעוולים הפוטנציאלים הבאים (למשל סרבני גט). הרתעה מביאה גם לשוויון בחלוקת המשאבים (עוגת הרווחה המצרפית): **מניעה =** הרתעת אדם ע"י פגיעה בכיסו. מניעת תאונות (אירוע נזיקי) תחסוך במשאבים - פחות קצבאות, פיצויים, הוצאות על בתי חולים וכו'. החברה מרוויחה ממניעת אירועים נזיקיים. כשמניעת הנזק עולה פחות מהנזק עצמו, החברה מרוויחה... **יעילות כלכלית =** ישנן פעולות שהן גם מהנות ומיטיבות אך גם מזיקות. למשל, מאפיה עם רעש מזיק, אך השכנים קונים ממנה למרות "הנזק". הנטרד ניזוק ונהנה מהפעולה כאחד. לכן יש לאזן בין המטרות והפעולות המתנגשות האלו ע"י רגולציה - הרתעה יעילה הכוללת יעילות כלכלית תוביל לפתרון מורכב - איזון בין הדברים. למשל, לסגור את המאפיה בעשר. לעיתים בדיני הנזיקין המציאות אפורה, חשוב מאוד לא להישאר בשחור או לבן, ולא לצדד תמיד בצד הניזוק אלא למצוא פתרון מורכב ומאזן בין המטרות השונות והאינטרסים.

**הרתעה יעילה:** הקטנת מספר התאונות והוצאותיהן של התאונות שכבר יקרו.

הרתעה יעילה/ הרתעה אופטימלית - לא הרתעת יתר ולא הרתעת חסר – מדויקת. לכאורה ניתן לקשר זאת לאריסטו (הניזוק מקבל, המזיק משלם, סכום הפיצוי בדיוק לפי סכום הנזק), אך זהו לא המצב. 3 האבות המייסדים של המשפט והכלכלה מסבירים זאת כל אחד בדרכו.

שאיפת ההרתעה היעילה - הגדלת העוגה המצרפית. אם הצדק החלוקתי מנסה לחלק את העוגה אחרת, הרתעה יעילה מנסה לעשות "קסם" - נגדיל את העוגה ויהיה יותר לאנשים. איך עושים זאת? ב2 דרכים: להביא יותר כסף (לא רלוונטי) או להקטין את ההוצאות. אם מצליחים להקטין את ההוצאות - נשאר יותר. **תמריצים והכוונת התנהגות.**

איך מקטינים את ההוצאות לפי הגישה הכלכלית למשפט יש 2 אפשרויות:

1. **הקטנת מספר התאונות** - אם לא תקרה תאונה, נחסוך הרבה משאבים. משתמשים בדיון המשפטי בתאונה שקרתה, למניעת התאונה הבאה. זהו המכשיר למניעת מצב דומה.
2. **הקטנת הוצאות התאונות** - גם בתאונות שיקרו, המטרה היא שההוצאות יהיו נמוכות יותר. למשל, ע"י רגולציה: חיוב כל המכוניות בארץ לשים פנס גדול בחלון האחורי של הרכב, פנס ברקס נוסף. כל פעם שהאדם לוחץ על הברקס גם המנורה נדלקת. לנהג מאחורה יהיה יותר סיכוי לתפוס בזמן שהרכב שלפניו מאט. גם אם יתנגש בו הנזק יפחת - כי הוא יקלוט בזמן.

חלק מהטענות נגד גישה זו - אדישה, קרה. ניתן לומר שזה יותר מוסרי למנוע את התאונה מאשר לטפל בה בדיעבד.

**גישות שונות להרתעה יעילה:**

קוז: כלכלן.

1. ההדדיות = הניזוקים גם "גורמים" לנזק – אז לא ברור שצריך התערבות מדינה להגן עליהם. את התוצאה שייתן בית המשפט ניתן להשיג במו"מ קודם לכן.

2. משא ומתן = אם המו"מ זול, הצדדים יפתרו לבד, ולא צריך התערבות. **רק אם המו"מ הוא ללא עלויות /זול. אם הוא כן יקר, צריך התערבות מדינה.**

במילים אחרות, קוז דן בpost judgment bargaining - מו"מ לאחר פס"ד = בהרבה מקרים ה"מסחרה" נעשית לאחר מתן פסק הדין. ההליך המשפטי מקטין את הרווחה המצרפית ויש לנסות למנוע אותו. צריך לתת לשחקנים לשחק ב"שוק חופשי" וכך הם יגיעו להסכם. בד"כ הסכם של "אחד קונה את השני". **אבל,** הכלל של קוז תקף רק במצב בו אין עלויות עסקה.

קלברזי: כלכלן ומשפטן.

יש לחתור להשגת שתי מטרות משנה של דיני הנזיקין - **פיזור נזק** (ע"י רכישת פרמיית ביטוח/ פיזור עצמי) **והפחתת העלויות המנהליות** הכרוכות בהפעלת דיני הנזיקין (למשל משטר של אחריות מוגברת מקצר הליך משפטי לעומת משטר של רשלנות).

**מונע הנזק הזול** (ספר 1970) - גישה של הרתעה יעילה שאיננה מבוססת אשם. **קבוצת המזיקים/ הניזוקים שיכולה למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר** - **תישא באחריות**. בוחניםבידי מי יש יותר מידע על הסיטואציה. אחריות מוחלטת על המזיקים. האחריות המוחלטת תוטל על הניזוקים במקרים של יצרנים וצרכנים (כשהניזוק/ הצרכן השתמש במוצר שימוש חורג שלא עולה בקנה אחד עם השימוש לו נועד המוצר), בניתוחים אלקטיביים (=מבחירה, לא דחופים). **לטענת קלברזי, האחריות המוחלטת תגרום למזיק להיזהר ולמנוע נזקים מההתחלה.** נגד פוזנר ולרנד הנד המבוססים על רשלנות ואשם - אם הרתעה יעילה מטרתה מניעת תאונות - היא לא מתקיימת לפי הגישה של פוזנר, כיוון שלפי פוזנר יהיו מקרים שאנשים יזיקו וכביכול יהיה להם "רישיון" לכך. הוא מוניסט ולא מעניינות אותו מטרות אינסטרומנטליות - מזכיר צדק חלוקתי.

**מבחן השוקל הטוב (קלברזי והירשוף -** תוספת מ'72) - מי שנמצא בעמדה טובה יותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן ויכול לפעול על סמך תוצאת שקילתו - עליו תוטל האחריות. יכול להיות גם צד ג'. במקרה של צד ג' - המטרה היא לא להוציא ממנו כסף, אלא מידע. מונע הנזק הזול ביותר הוא "השוקל הטוב ביותר". כלומר, זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות השקילה.

**תגובה לתאורמה של קוז (4 הכללים)** – בית המשפט מחליט איזה כלל זה הולך להיות. קלברזי אומר שהגיוני שאם עלויות העסקה נמוכות ניתן כלל קניין. ואם הן גבוהות ניתן כלל אחריות/ ניתן זכאות בכלל קנייני למי שאינו מונע הנזק הזול. כך יתומרץ מונע הנזק הזול למנוע את הנזק. כאשר לא ברור מהו הפתרון היעיל - בוחרים בכללי האחריות 2/4.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| מדובר רק על עברות עבירות = (לא דברים שגם אם הבעלים רוצה, אסור למכור. כמו איברים, תינוקות, זנות...). אפילו אם זה יעיל כלכלית | **זכות לניזוק** (למשל זכות לשקט). | **זכות למזיק** (למשל זכות להרעיש). |
| **קניין =** בעל הזכות הוא המלך. מחליט אם למכור. ומחליט את המחיר. סעד עיקרי. אין אפשרות ליטול את הזכאות מבעליה ללא הסכמתו, וצו יכול להגן על זכאות זו.  אם המו"מ זול = כלל קניין. | כלל 1 - הזכות של הניזוק שיהיה שקט. המזיק יכול להציע מחיר והניזוק לא חייב להסכים. צריך את אישורו.  למעשה מכריעים כי הפעילות אינה בעלת תועלת מספקת עבור החברה. המזהם/ המזיק הוא מונע הנזק הזול. חשוב קניינית מי היה שם קודם. | כלל 3 - הזכות של המזיק להרעיש, לא חייב כלום לאף אחד.  ישנן פעילויות שהמדינה והמשפט חושבת שלמרות שהן מזיקות - המזיק חסין, כי הן יעילות מבחינה חברתית וכלכלית. יתכן ומדובר בנזק שלא ראוי למנוע מבחינת עלויות מניעה גבוהות מתוחלת הנזק/ הקורבן הוא מונע הנזק הזול. לפי כלל זה - המזיק יכול להמשיך להזיק, כמעט כראות עיניו. החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר. |
| **אחריות =** מכירה כפויה. ביהמ"ש מחליט את המחיר.  סעד משני, כאשר לא ניתן לספק סעד עיקרי. אפשר ליטול את הזכאות מבעליה אף ללא הסכמתו, אך יש לפצותו.  אם המו"מ יקר = כלל אחריות. | כלל 2 - הזכות של הניזוק אבל בית המשפט יכול להחליט על המחיר של הפיצוי. לא שואלים את הניזוק. אם למשל הוא עקשן או הנזק יעיל.  פיצוי. מכירים בפעילות כמזיקה, אך בגלל שאין זכות קניינית ניתן לאפשר פיצויים ולא צו. פעילות המזיק גם היא חשובה ורוצים שהוא ימשיך לעשות אותה, תוך נשיאה במחיר הנזק שהוא גורם. עדיף למזיק בכך שהוא לא צריך להפסיק את עבודתו - אך אם מדובר בפיצויים גבוהים יתכן ויצטרך לסגור. | כלל 4 - הזכות של המזיק להרעיש, אבל הוא חייב למכור ובית המשפט יחליט על המחיר.  החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולו הניזוק ירצה שהמזיק יפסיק בפעילותו – עליו לשלם לו עבור כך. לו הניזוק בוחר 'לקנות' את הפסקת פעולתו של המזיק – המזיק חייב להפסיק לפי דין. |

\*הכללים של קלברזי ומלמד נותנים לצדדים מידע וודאות. הם מסדירים את מאזן הכוחות לפני ההגעה לביהמ"ש. הצדדים יהיו מודעים לזכויותיהם וככה יכולים לנהל מו"מ מראש.

**נוסחת לרנד הנד:** בחינת היחס בין תוחלת הנזק לעלות מניעתו לפני שאירע הנזק. כאשר תוחלת הנזק גדולה מעלות מניעת הנזק, אזי מדובר בנזק בלתי יעיל שיש למנעו וההתנהגות תחשב להתרשלות. לעומת זאת, כאשר תוחלת הנזק קטנה מעלות מניעתו, אזי מדובר בנזק יעיל, ואין טעם לקבוע כי המזיק התרשל. לפי הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין, שימוש כזה בנוסחה ייצור הרתעה עבור המזיקים הפוטנציאלים, הואיל ויצירת נזקים לא יעילים תהפוך ללא-כדאית עבורם. לעומת זאת, כאשר מדובר בנזק יעיל, אין טעם לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות, שבסופו של דבר יקטינו את הרווחה המצרפית במקום להגדילה.

פוזנר: כלכלן ומשפטן.

**לרנד הנד (הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק) + אשם תורם.**

**אי זהירות (רשלנות) = חוסר יעילות = חבות.**

אם מזיק ידע את נקודת האופטימום הוא ידע כיצד לפעול. מידע = וודאות. הוודאות תמנע את התביעות – אנשים ידעו מתי מגיעים להם וכו'. נקודת האופטימום = הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות המניעה הוא הנמוך ביותר. השקעתי 20 אבל מנעתי 100 זו הגדלת העוגה המצרפית.

פוזנר הוסיף נוסחה דומה המותאמת לניזוק - מה היה על הניזוק לעשות כדי להימנע מהנזק שנגרם לו? \*\* אם יש בבוחן - ללכת לפי הנוסחה ולדבר על כך שאשם תורם יפחית מהפיצויים.

**\*\*מטרת העל של קלברזי ופוזנר - הקטנת מספר התאונות והקטנת הוצאות המניעה. רק הדרך שלהם שונה.**

**חמד נ' מדינת ישראל (נוסחת לרנד הנד):** המערער נפגע בגיל 11 בראשו מכדור גומי, בעת שהיה עובר אורח בהתפרעויות במחנה הפליטים בג'נין. במחוזי נקבע כי שוטרי מגב פעלו כראוי, על פי הנהלים ונקטו אמצעי זהירות סבירים בנסיבות העניין, ולפיכך נדחתה תביעת הנזיקין. המערערים טוענים כי יש להכיר באחריות המדינה למקרה זה, עפ"י דיני הנזיקין**. השוטר ירה ישירות לעבר המתפרעים, ללא ירי אזהרה באוויר של כדורי גומי. השימוש באמצעי של ירי כדורי הגומי בנסיבות אלה עולה כדי התרשלות.** \*\*שני השופטים מסכימים שלנוסחה יש ערך, אבל:

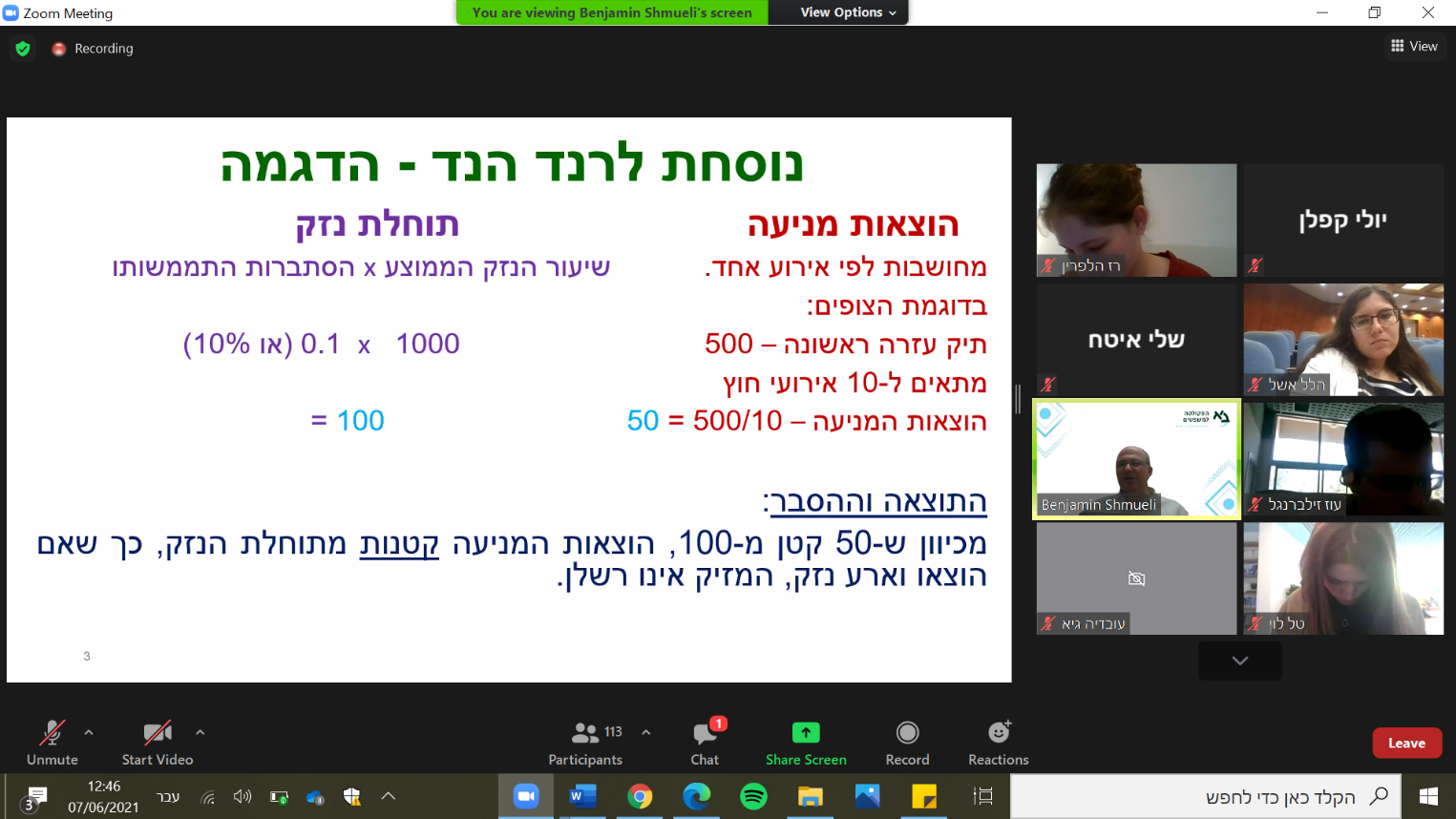
**השופט ברק:** נוסחת לרנד הנד אינה נותנת פתרון לבעיית הסבירות בעוולת הרשלנות. כלומר אינה מייצגת ערכים כמו הוגנות, צדק ומוסר, אשר נכללים בתפישת החברה. אדם הגון ישקיע גם יותר מתוחלת הנזק כדי למנוע אותו. לפעמים רוצה לחייב אדם לשלם יותר כדי למנוע פחות. דגש על צדק מתקן. נוסחת לרנד הנד אינה חזות הכל והעדיף מבחן של איזון אינטרסים הכולל גם צדק, הוגנות ומוסריות. לטענתו - הנוסחה כלכלית בבסיסה.

**השופט ריבלין:** נוסחת לרנד הנד יכולה לשמש כפתרון תמידי - היא מסגרת רעיונית שביהמ"ש יוצק אליה את התוכן וההיגיון. האיזונים המוסריים נעשים כבר בתוך הנוסחה. גם צדק, הוגנות ומוסריות יכולים לבוא בתוך הנוסחה. צדק מתקן הולך עם ההרתעה היעילה, מלבד החריג בו הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק (במקרה בו ההסתברות להתרחשות הנזק נמוכה במיוחד). במקרה זה - לפי נוסחת לרנד הנד לא תוטל אחריות ולפי שיקולי הצדק המתקן כן.

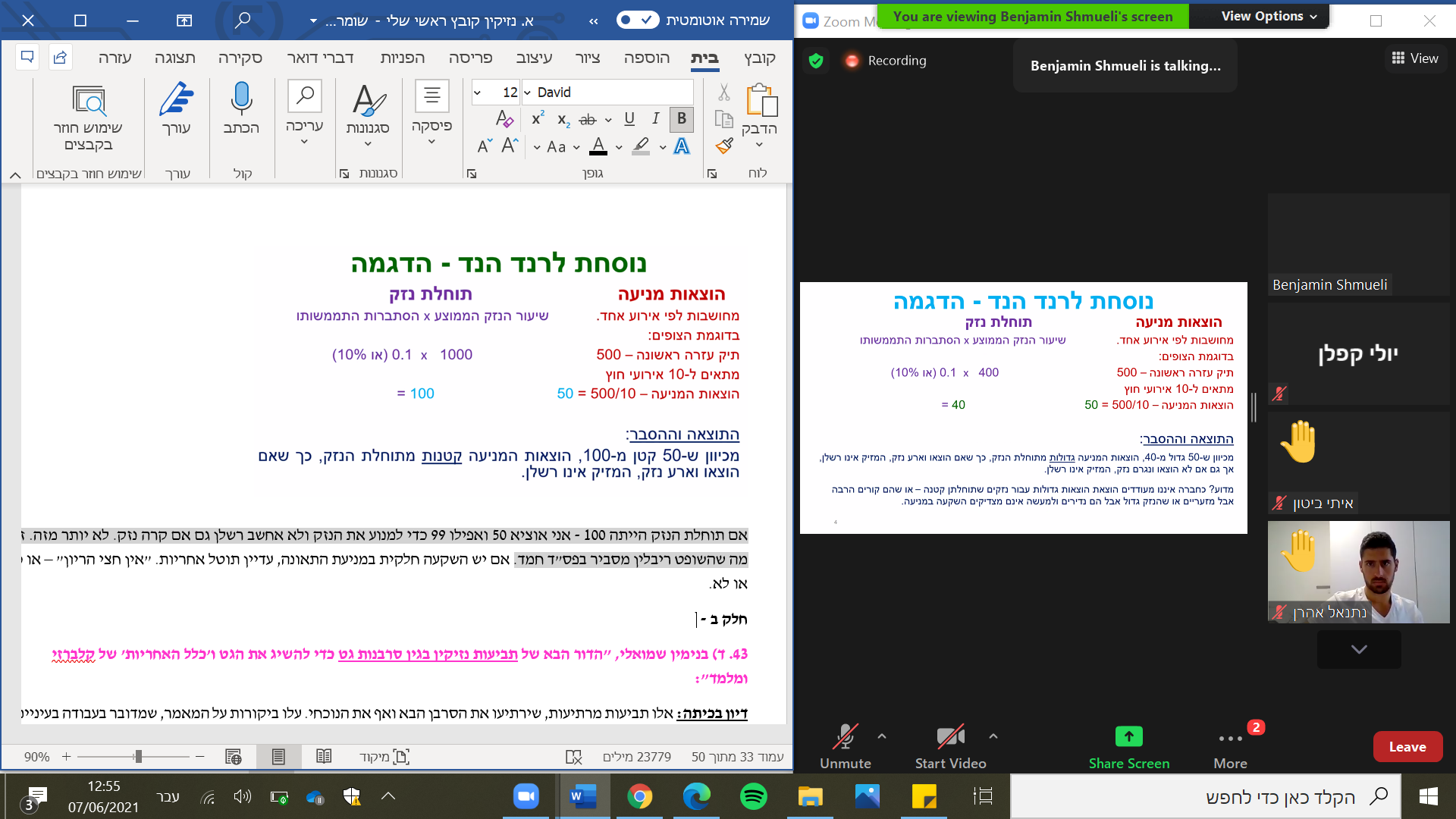
\*עקרונות ההרתעה היעילה הוצגו דרך **נוסחת לרנד הנד (בחינת הוצאות מניעת נזק מול תוחלת נזק),** גישה של יעילות כלכלית, המבינה כי החברה לא תמנע תאונות בכל מחיר. הצדק המתקן מתמקד בשני הצדדים בלבד ובצורך לתיקון הנזק.

\*\*נראה כי ברק וריבלין חלוקים בנוגע לנוסחה (האם היא כוללת גם עלויות ערכיות או רק כלכליות?) אך הם אינם חלוקים בשאלה האם בחינת הרשלנות צריכה לכלול גם ערכים חברתיים. השניים מסכימים כי בחינת ההרתעה היעילה בלבד, במבט כלכלי - אינה הוגנת ויש להכניס שיקולים ערכיים.

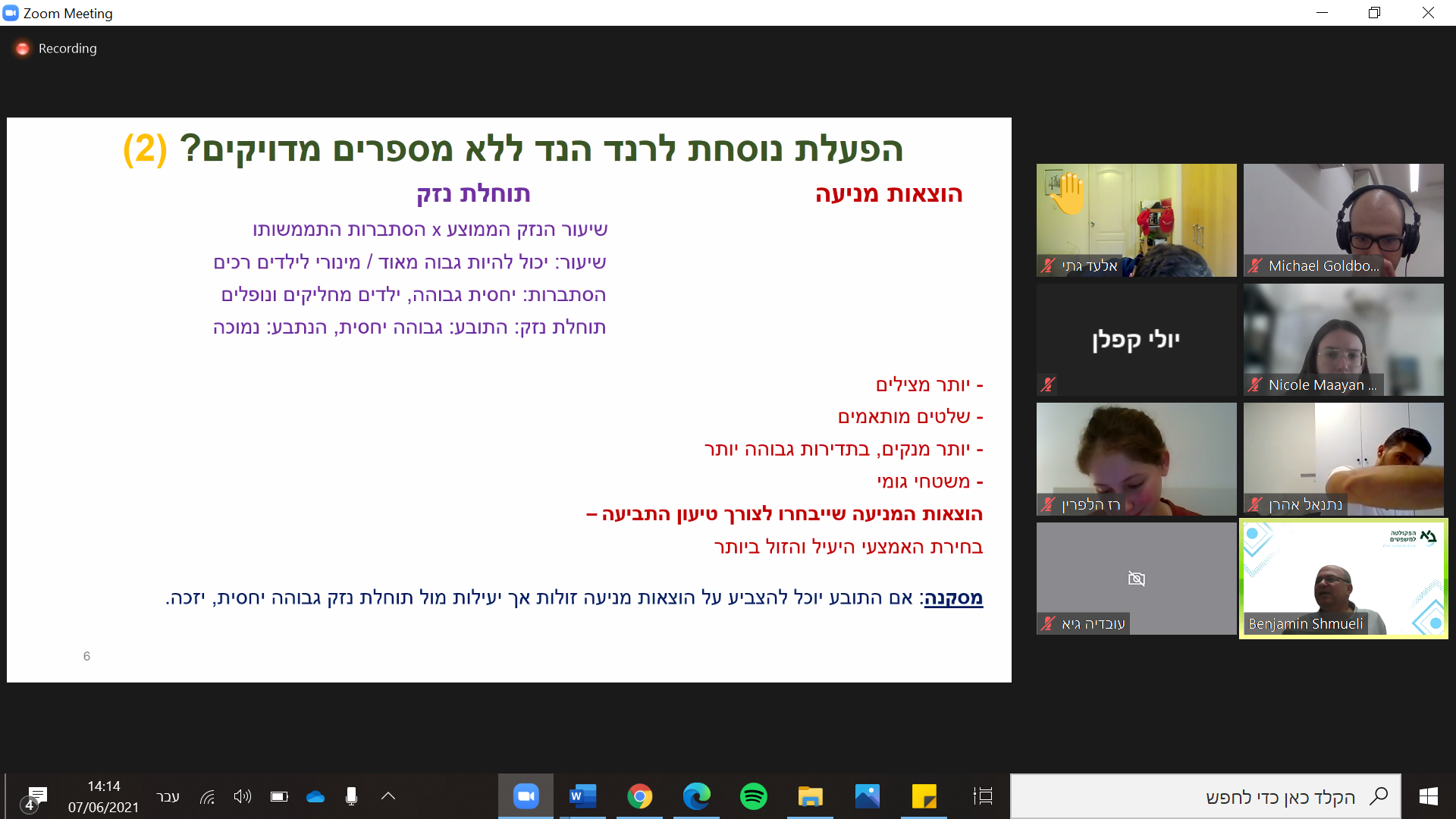
לרנד הנד עם הצבת ערכים מספריים בנוסחה:



אם תוחלת הנזק הייתה 100 - אני אוציא 50 ואפילו 99 כדי למנוע את הנזק ולא אחשב רשלן גם אם קרה נזק. לא יותר מזה. זה מה שהשופט ריבלין מסביר בפס"ד חמד. גם אם יש השקעה חלקית במניעת התאונה, עדיין תוטל אחריות. "אין חצי הריון" – או כן או לא.



לרנד הנד בלי הצבת ערכים מספריים בנוסחה:



**האם נכון להשתמש בנוסחאות ובמספרים במשפט? ר' ירמיה והגוזל הניפול -** אדם מצא אפרוח, לפי הגמרא אם יש שובך 20 מטרים משם, חזקה שהוא נפל משם ועליו להשיבו (כי אפרוח צעיר לא יצליח להתקדם יותר מ20 מ'). אם אין, הוא של המוצא. ר' ירמיה מנסה לברר על חריגים (מה יהיה הדין אם ימצאו גוזל כשרגלו האחת "בתוך התחום" והשנייה מחוץ? שובך שרחוק מעט יותר מ20 מ')? **לשיטתו, מן הראוי לבדוק לגוף המקרה בכל עניין ועניין ולא לקבוע שיעורים אחידים.** בתגובה זורקים אותו מבית המדרש. נראה כי הוא מותח ביקורת על שיטת החזקות והמספרים, מפני שלדעתו זו לא הדרך הנכונה להשגת צדק.

\*בעולם אידיאלי נוכל להסתדר ללא מידות קבועות, קשיחות, וחד משמעיות. אך כל עוד לא הגענו לחזון אחרית הימים אין מנוס מכך. גם אם ישנם מספר מקרים גבוליים שאולי היינו מעוניינים לא להחיל עליהם את המידה, אין לנו שיקול דעת בכך, ואין ברירה אלא להשתמש במידה שנקבעה בחוק. \*השופט זילברג: ר' ירמיה רצה לבטל את האבחנה החיצונית, הפורמאלית, בין חמישים אמה יותר מחמישים אמה, ולהחליפה בקנה מידה יותר אבסטרקטי, יותר גמיש, כמו "קרוב – רחוק'"; קרי, גמישות ולא דיוק פורמלי. (לא מחייב לבוחן ולמבחן אבל נותן את התמונה המלאה).

שמואלי, "מי רוצה לקנות את הגט שלי? היבטים משפטיים וכלכליים של סחירות (commodification) הזכות להתגרש":

כאשר הבעל סרבן גט, תביעות הנזיקין נגדו מהוות "שובר שוויון" – אם הפיצויים הנפסקים גבוהים דיים, יש לבעל תמריץ לחתום על עסקת חליפין שבמסגרתה תוותר האישה על הפיצויים שבהם זכתה זה עתה, והוא ייתן לה את הגט ויוותר על דרישותיו הכספיות, כולן או רובן.

מאמר זה עניינו השאלה אם בכלל ניתן לסחור בגט ולסֵחר בו, או שמא מדובר בזכות אישית- משפחתית שלא ראוי להעביר אותה תהליך של קומודיפיקציה (סחירות)? לא מדובר כאן בסחר באהבה או רגשות אלא בחיזוק כוח מיקוח בתוך משחק קיים, **שכבר ממוסחר ע"י ביה"ד הרבני**, באופן חד צדדי.מדובר כאן בתא מפורק בפועל, שבו ממילא אין יחסים אינטימיים, והשאלה היא רק אם הצד החפץ בפירוקו הרשמי של התא יצליח במלאכתו - לא נראה שערך הגט ייפגע עקב כך. ניתן גם לראות בני זוג גרושים שנושאים ונותנים בנושאים עדינים כמו הסדרי ראיה ומזונות. בנוסף, כאן, האישה קונה - ולא מוכרת– את האוטונומיה והחופש שלה. כל עוד זוהי המציאות, אסור למנוע את אותה עסקה, בוודאי לא בעיניים אזרחיות.זוהי חובה חברתית, חלוקתית ואף כלכלית לאפשר זאת. בנוסף, האוטונומיה מעודדת לאפשר את הסחירות ואף מחייבת זאת. הדבר מסייע לאישה לזכות באוטונומיה, שהיא זכות שנשללה ממנה, וכן מגדיל את הרווחה המצרפית ומפחית דיכוי וניצול. (לא פוגע באוטונומיית הבעל, שיש לו חלופות. אם כבר פשוט עושה אותם שווים). הסחירות בגט לא תשפיע לרעה על צדדים שלישיים, אלא להפך, תוציא לחופשי גם את הילדים. \*תיקון העוול שגורמת סרבנות הגט הוא התיקון האמיתי ואם פיצויים בתביעה אזרחית יכולים לשמש להשגת מטרה זו, הדבר עולה בקנה אחד עם צדק מתקן שכן יש בתביעה משום הסרת עוולות והשבץ המצב לקדמותו. \*אין כאן כל הכרח כלפי הבעל להגיע לעסקה אלא רק כדאיות, ובוודאי שאין הכרח שהבעל עצמו יזום עסקה ולכן במצב זה אין מדובר בכפייה.

**למסקנה שהגט סחיר יש חשיבות רבה:** שחרור מסורבת הגט מכבלי עגינותה על ידי השוואת כוח המיקוח שלה, תוך שלילת סטנדרט כפול שהגט לכאורה אינו סחיר במסגרת האזרחית, בעוד אותו גט נסחר כדבר של יום ביומו באופן מסורתי בבית הדין הרבני, חלק מסחיטה כספית של הבעל כלפי אשתו. קיים צורך בסחירות כזו, מאותם טעמים שבבסיס הנימוקים, וביניהם צדק חלוקתי ומתקן, אוטונומיה, יעילות כלכלית ומניעת החצנות שליליות.

מהו הכלל (כלל קנייני או כלל אחריות, בהתאם להבחנתם המפורסמת של קלברזי ומלמד) שבעזרתו ניתן להגן על הזכות?**האם זו זכותו הקניינית של הבעל להיות נשוי ולסרב לתת גט, או שמא מדובר בזכותה הדתית-הקניינית של האישה להתגרש כאשר הבעל מסרב לעשות כן**. הפתרון יחולק לשני סוגים של מקרים.

**כשיש פסק דין רבני לחיוב או כפייה להתגרש:** בוטלה לבעל הזכות הקניינית לסרב, ונוצרה חובה לגרש. ולאישה זכות קניינית להתגרש. ברוח כלל 1 של קלברזי ומלמד: **כלל 1 עם כוכבית-** תביעה אזרחית עקב סרבנות גט מייצרת מצב בו מדובר בשתי ערכאות נפרדות ובשתי מערכות דינים נפרדות הנדרשות לניהול העניין. במקרה של פס"ד לחיוב בגט, מה שהיה אמור להיות מופעל הוא אותו כלל 1 (קנייני) אך הדבר אינו תמיד מתאפשר בפועל. בעלת הזכות אינה צריכה להפסיד מכך ועל המשפט הפרטי להשתמש במעין חלופה לכלל 1 ולאפשר פיצויים דרך הדין האזרחי במקום בו לא ניתן ליישם את הצו. מדובר בשימוש מיוחד בכלל 1 שתוצאתו פיצויים ולא צו, כסעד של נחמה. **יישום מלא של כלל 1 -** היישום אמנם מתבצע בכמה שלבים אך אין בכך כדי להחסיר מאום מעצם יישומו המלא של כלל 1. המשפט הפרטי אינו יכול להשיג במישרין את מטרתו של כלל 1 קרי לאפשר סעד קנייני. הוא גם אינו יכול, או אינו מעוניין, להתעמת עם הדין האישי ועם מערכת בתי הדין הרבניים. משכך, בית המשפט האזרחי מקנה לאישה "נשק" שעשוי להאדיר את כוח המיקוח שלה (הפיצוי הוא למעשה כלל 2 או כלל 1 עם כוכבית). אם הרקע לסרבנות היה אכן כספי והבעל ניסה לסחוט כספים מאשתו, כעת אחרי שתפוצה במסגרת ההליך הנזיקי ואם שיעור הפיצוי יהיה גבוה דיו, כוח המיקוח יושווה או כמעט יושווה. בכך עשו דיני הנזיקין את שלהם. בשלב זה יחזרו הצדדים לבית הדין הרבני, והבעל יסכים ולו בחלק מהמקרים, לתת לאשתו גט תמורת ויתור על הפיצויים שבהם זכתה זה עתה ,שכן אין לו תועלת כספית מהמשך הסרבנות (בעצם זה כלל 4). כך יוגשם כלל 1 במלואו בבי"ד. אילולא היה זה מצב של מאבק סמכויות ואלמלא החשש מגט מעושה שלא כדין, ניתן היה להצביע על מהלך הרמוני בו בי"ד הנזיקי מסייע להגשמת החלטה (צו) שניתנה במסגרת הדין האישי. **נמצא אפוא שכלל 1 מוגשם במלואו בארבעה שלבים: צו בבי"ד הרבני - תביעה בביהמ"ש וקבלת פיצוי - עסקת המרת הגט בפיצויים - מתן הגט בבי"ד.**

**כאשר (עדיין) אין פסק דין רבני לחיוב להתגרש:** לבעל זכות קניינית לסרב הכפופה לתשלום פיצויים, ברוח כלל 2 של קלברזי ומלמד: מקרים אחרים של סרבנות הגט הם אלה **שבהם מזהה הדין האזרחי סרבנות להתגרש כעוולה**, אף שהבעל עדיין לא חויב להתגרש בבית הדין הרבני**,** אלא ניתן נגדו פסק דין רבני "רך "יותר ברמה של "מצווה" או "המלצה" להתגרש. **במקרים אלו ניתן להשתמש בכלל 2 (אחריות לטובת הניזוק)** המקנה פיצויים בדין האזרחי בגין נזק שגורמת החזקה (לגיטימית גם אם לא רצויה חברתית) בזכות הקניינית להיות נשוי.

גם כאן, לאמיתו של דבר האישה מעוניינת בסעד של הגט ולא בפיצויים שהם סעד משני שנועד במקורו לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם מאי-היכולת לקבל את הזכות הקניינית. ואולם, היא תובעת את הסעד המשני ששייך לה מכוח כלל האחריות המוחל לטובתה ומנסה לחזור לשולחן המשא ומתן שהחל בבית הדין הרבני להשלמת העסקה של קניית הגט (הסעד הראשי) כשהפעם מעמדה שווה או קרוב יותר לזה של הבעל ובכך להגשים עד תום את מטרתו של כלל 2. אם אכן **האישה משתמשת בכלל האחריות כדי לקנות את הזכות הקניינית והעסקה יעילה ומקובלת על שני הצדדים, הרי שהפתרון מוצלח ויינתן גט.** זהו מו"מ פרטי ועצמאי בין הצדדים לקניית הזכות כנגזרת של כלל 2 למעשה כ .PJBאין כאן אפשרות לאלץ את הבעל למכור את זכותו ואין מדובר בהחלטה שיפוטית המורה לו להפסיק את פעילותו המזיקה אם הניזוק משלם לו. אם כן, מדובר בסופו של דבר ביישום של כלל 2 ואולם גם אם המהלך לא יצלח או שהאישה מראש אינה מעוניינת לקנות את הזכות הקניינית של הבעל, דהיינו להמיר את הגט בפיצויים אלא רוצה בפיצויים עצמם, הרציונל של כלל 2 מתקיים כאן במלואו.

בעולם בו סחירות אסורה בבי"ד הרבני או בעולם שבו יש פתרון הלכתי אחד מוסכם ויציב נגד הסרבנות לא יהיה צורך בקניה כזו ולכן בדיקת הלגיטימיות בשלב השני תהיה מיותרת. ואולם כל עוד זאת המציאות אסור למנוע את אותה עסקה, בוודאי לא בעיניים אזרחיות. הסחירות בגט אינה מטרה בפני עצמה ואין מטרת מאמר זה לחפש לה הצדקות בכל מחיר. מוטב כמובן שלא תהיה סחיטה כלכלית בבית הדין הרבני עבור מתן הגט וסחירות בגט לא תיערך שם יום ביומו. או אז ניתן יהיה "לחסוך" את הסחירות שלאחר פסק הדין האזרחי לפיצויים. ואולם, כל עוד המציאות היא של סחיטה וסחירות בשלב הראשון, יש להצדיק בפה מלא את הסחירות בשלב השני כדי לתקן את ההשחתה והבעיה החלוקתית הקשה שיוצר השלב הראשון. סחירות כזו כפי שנטען, גוברת גם על מכשולים שונים אחרים שהועלו בספרות.

**התנגשויות בין המטרות –**

**בנימין שמואלי, "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד":**

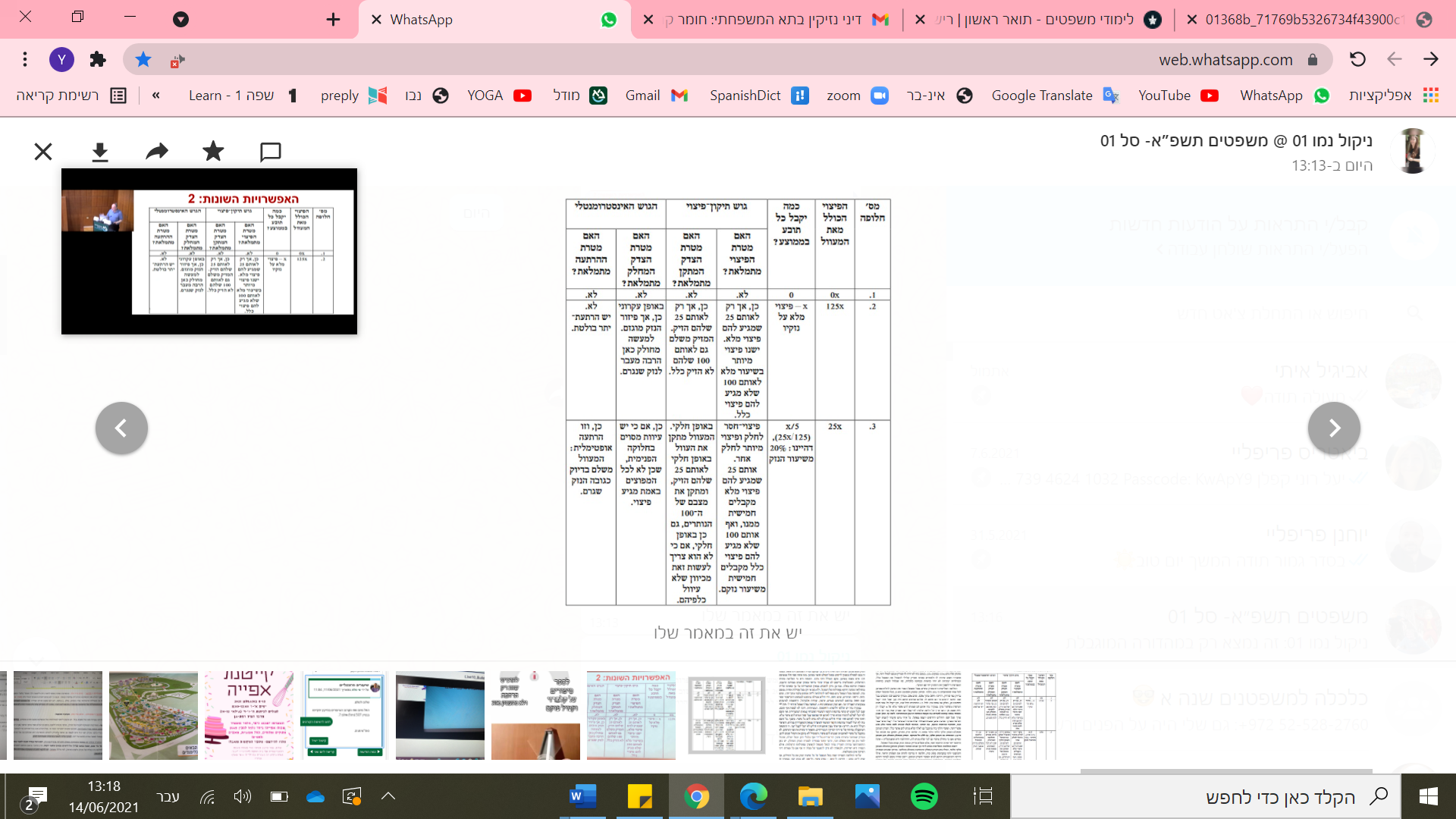
אלו תביעות מרתיעות, שירתיעו את הסרבן הבא ואף את הנוכחי. **ביקורת** - הרי בתביעות בגין נזק נפשי הניזוקים לא זוכים לפיצויים גבוהים, על אף שאין תקרת הגבלה לפיצויים בגין עוולת הרשלנות. מנגד, בסרבנות גט עליה תובעים גם דרך עוולת הרשלנות, יש הפרזה בפיצויים. **לכן הביקורת היא מבחינת צדק מתקן ומטרת הפיצוי, לטענתם מטרות אלו לא מתקיימות כאן. התשובה: השופטים נותנים הרבה כסף למסורבות גט על מנת להשוות את כוח המיקוח של האישה לכוח המיקוח של הבעל.** **זה מתיישב עם צדק חלוקתי - חיזוק הנשים.** ניתן לטעון כי הפיצויים הנמוכים הם אלו שלא משקפים פיצוי וצדק מתקן - הדבר דורש פיצוי גבוה יותר. תשובה נוספת היא שיש כאן צדק מתקן ופיצוי, האישה "קונה" עם הפיצויים משהו שהיא צריכה - גט. **מבחינת כללים, האישה מוותרת על הסעד המשני, כלל האחריות, כדי לקבל את הכלל הקנייני - גט.**

**בנימין שמואלי, "קליעה למטרה":** קיימות שתי גישות מוניסטיות לניתוח התאוריה של דיני הנזיקין:

1. **צדק מתקן** - פועל יוצא של גישה מוסרית-דאונטולוגית.
2. **גישת ההרתעה היעילה** - פועל יוצא של גישה תוצאתנית, המנתחת בראייה כלכלית מול תועלת חברתית.

מרבית הגישות הן פלורליסטיות, מערבבות את הגישות המוניסטיות השונות - רואות מה חסר בכל אחת לבדה ומנסות ליצור איזון. בישראל אין גישה מנחה. את המתח בין הגישות המוניסטיות ניתן לראות **בפס"ד חמד – ברק מול ריבלין.** פס"ד זה מוביל לשאלה המרכזית - האם דיני הנזיקין אימצו את אחת מהגישות המוניסטיות או שמא ניתן לראות גישה פלורליסטית? אין כיום הסכמה על שאלה בסיסית זו.

מקרה מבחן 1: דוגמת המפעל – **אירועון 11:** *מאיר הוא הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. פליטת קרינה זו מהווה התנהגות עוולתית. מסתבר כי עקב החשיפה לקרינה, גדל מספרם של חולי הסרטן בסביבה הסמוכה למפעל (המונה מאה אלף בני-אדם) ממאה למאה עשרים וחמישה (בממוצע שנתי). יעקב, הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות תוצאה של הקרינה.*

\*כמובן שהמפעל יגיד שזה לא בהכרח הם. אולי זה מסיגריות או אלכוהול שהוא צורך, או גנטיקה בעייתית... אפשר להגיע עם כל גורמי הסיכון שלו להסרת ספק סביר. אז איך אפשר לתבוע סיבתית את המפעל? לפי השופטת דורנר בפס"ד קרישוב: מבחינה הסתברותית זה הגיוני שזה מהמפעל. (עליה של 25 אחוז). אבל בשונה מקרישוב, מדובר במלא אנשים. אם כולם יבואו לתבוע, איך נדע לחלק מבין כל האנשים שיבואו, מי אלו שהיו חולים ממילא לולא המפעל? אין דרך להגיד על מי חל הקש"ס ועל מי לא. אפילו לא בקירוב.

(מתוך המאמר של שמואלי 'קליעה למטרה') – דוגמא טובה למטרות מתנגשות:

**אפשרות 1 - יעקב לא יקבל דבר כי הוא לא הצליח להוכיח:**

**אפשרות 2 - כל מי שבא ומוכיח נזק, נותנים פיצוי.** (אבל בעייתי, למשל, לפי זה המעוול צריך לשלם ל125 איש בעוד שהוא גרם נזק רק ל25):

**אפשרות 3 – פתרון ביניים מאוזן. כל מי שיבקש פיצוי יקבל חמישית מנזקו המוכח:**

(\*איקס זה הנזק הממוצע שנקבע לאדם.)

מקרה מבחן 2: אתא נ' שוורץ - מטרד ליחיד, הרתעה כלכלית, התנגשות בין מטרות:

(ישראל, 1976) מפעל "אתא", היה בקריית אתא, מפעל טקסטיל לייצור בגדים עם אלפי פועלים, בפריפריה. המפעל מייצא לחו"ל אז המדינה מרוויחה מהייצוא ומהתעסוקה לתושבי האזור = למדינה יש אינטרס בכך שהמפעל יעבוד. אדון שוורץ הוא פנסיונר המתגורר ליד המפעל, המפעל מפריע לו בשל הרעשים. משנה לנו קניינית מי היה שם לפני? המפעל היה לפני, אך לא הרעיש. לאחר מכן, המפעל נכנס להפסדים והוגבר הייצור. הותקנו מתקני אוורור כדי שיוכלו לעבוד 24 שעות ביממה, וכך המפעל החל להרעיש. **המפעל החל להרעיש רק לאחר ששוורץ התיישב שם. לכן מבחינה קניינית הוא היה שם קודם.**

הנזקים שנגרמו לשוורץ: **1)** חוסר שקט, עד כדי תגובות עצביות - מביא הוכחות נוירולוגיות. **2)** ירידת ערך הדירה.

**גישה 1 - צדק מתקן:** גישת אריסטו. נזק ליחיד, יש לתקנו, בכל מחיר כמעט. גם אם אמצעי המניעה עולים על תוחלת הנזק. אי התחשבות בגורמים אחרים מעבר למזיק, לניזוק ולנזק. התוצאה - אם שוורץ יתבע ויזכה, גם אחרים יתבעו. שוורץ יכול לתבוע פיצוי/ צו. (ספציפית למקרה זה, שוורץ רצה שקט, לא כסף. הוא רצה צו). אם המפעל ייסגר המדינה תפסיד אם לא יהיה ייצוא ואבטלה. כמו כן, תיווצר הרתעה ליזמים (בעלי מפעלים). כמובן שמבחינת הצדק המתקן כשלעצמו זה לא מעניין.

**גישה 2 - יעילות כלכלית-חברתית**: בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה - המשך פעולת המפעל או סגירתו. התוצאה המועדפת היא המשך הרעש. הסיבות לכך הן המשך ייצוא, מניעת אבטלה, אי הרתעת היזמים. יש לכך תוצאות בעייתיות: נזק ליחיד וירידת ערך הדירה.

**ישנה התנגשות חזיתית בין צדק מתקן להרתעה יעילה. האם אפשר לפעול לפי צדק חלוקתי כ"שובר שוויון"? מי החלש כאן?** לא ברור בהכרח ששוורץ הוא החלש. כשבודקים סקטורים של חזקים וחלשים - בודקים עוד אנשים רלוונטיים. במקרה זה, ניתן להתייחס לפועלים שיפוטרו כחלשים.

גישות ביניים:

1. המפעל ישלם לשוורץ פיצוי. כלל 2 של קלברזי. שוורץ יוכל למגן את הדירה בפיצוי, או להשתמש בכסף למעבר דירה. בעיות:

* פגיעה בקניינו של שוורץ - הוא לא רוצה למגן או לעבור.
* אם יש דיירים רבים כאלה, מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי.

1. המפעל ימגן את ביתו של שוורץ: לפי התאורמה של קוז - פעולות נוגדות ולא בהכרח מזיק וניזוק, רע וטוב. אין ספק שאתא מזיקה לשוורץ, אולם גם שוורץ מזיק לאתא קניינית ומונע ממנה חופש עיסוק. תשובת קוז - הפעולה שתגבר זו אותה פעולה שהמשכה יגדיל את הרווחה המצרפית יותר בהשוואה לאחרת, או שהמשכה על חשבון הפעילות האחרת, הנוגדת, תקטין פחות את הרווחה המצרפית. במקרה זה, הרווחה המצרפית תגדל מהמשך פעילות המפעל.

Post Judgment Bargaining = כלומר שאחרי פסק הדין הצדדים יכולים לשאת ולתת ביניהם ולהחליט על מכירת או קניית הזכויות. למשל, השכן קיבל צו מניעה לסגירת המפעל. אז המפעל ישלם סכום גבוה לשכן, השכן יסכים שהמפעל ימשיך לפעול, והשכן יקבל כסף.

**סוף הסיפור:** שוורץ התלונן במפעל, הציעו לו פיצוי נמוך. הגיש תביעה למחוזי לצו. השופט הגיע לשטח, קבע כי המפעל מחויב להקטין את הרעש בצורה מסוימת. המפעל אמר כי ההחלטה תסגור את המפעל. בערעור לעליון, שמגר התחבט בין הצדק המתקן לבין הגישה הכלכלית. **שמגר קובע כי הצדק המתקן גובר,** זו המטרה המרכזית של דיני הנזיקין ויש לפעול לפיה. עוה"ד של אתא פנו למסלול חלופי - פנו לשר האוצר ודרשו שישתמש בסמכות הפקעתו - הפקעת שטחים למטרות הציבור. **שר האוצר הפקיע את ביתו של שוורץ, ופיצה אותו בסכום מגוחך, נמוך מהפיצוי שהוצע לו ע"י המפעל. שוורץ הפסיד בבג"ץ נגד שר האוצר.**

מקרה מבחן 3[: **בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט"**](https://lemida.biu.ac.il/pluginfile.php/1660279/course/section/849984/83.%20%20%20%D7%91%D7%A0%D7%99%D7%9E%D7%99%D7%9F%20%D7%A9%D7%9E%D7%95%D7%90%D7%9C%D7%99%20%D7%A4%D7%99%D7%A6%D7%95%D7%99%20%D7%A0%D7%96%D7%99%D7%A7%D7%99%20%D7%9C%D7%9E%D7%A1%D7%95%D7%A8%D7%91%D7%95%D7%AA%20%D7%92%D7%98%20%D7%94%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98%20%D7%99%D7%91%20285%20%282007%29..pdf)- פיצוי נזיקי בגין נזק נפשי למסורבות גט:

**שמואלי** חולק על קפלן ופרי וסובר שהתביעה אינה צריכה להיות מסויגת באמצעות מחסומים ותנאים. יש לקבל את התביעה במלואה באופן עקרוני ולא להצר את צעדי התובעת. הגישה אינה נובעת ממניע פמיניסטי. סוגי הפיצוי למסורבות גט צריכה להיבחן אך ורק דרך מטרות דיני הנזיקין (ולא דיני המשפחה). בחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות, ומתיישב גם עם המטרה של יישוב סכסוכים שבבסיס הקמתו של ביהמ"ש לענייני משפחה, ביהמ"ש שאצלו מתבררת התביעה.

אם מוצו כל דרכי הפשרה והגישור האפשריות והתובעת אינה שועה לאזהרות בדבר אפשרות הגט המעושה, יש לדון בתביעה הנזיקית לגופה. אם קיים חשש שבית הדין הרבני יורה לאישה למשוך את תביעת הנזיקין כתנאי לסידור הגט, הרי שאין בכך חשש אלא דווקא פתרון הבעיה: שכן בית הדין עצמו אחראי לביצוע אותה ״עסקה״ והוא שיסדר את הגט, לכן אין כל חשש שלאחר מכן יקבע שהגט מעושה כתוצאה מאותה ״עסקה״. נמצאנו פותרים את דילמת היסוד באשר לנשים המעוניינות בגט. (חלקים מהסיכום של יהודה). מציע גם הפקעת קידושין רטרואקטיבית וכו'...

גם ככה שיטת התביעה הנזיקית היא לא כדי שהאישה תקבל באמת את הכסף אלא לייצר קלף מיקוח שהבעל יוותר וייתן גט. לדעתו, פיצוי מזונות מוגבר (קפלן ופרי), הוא פיצוי קטן מאוד שלא יגרום לבעל לזוז ממקומו. הבעל ישלם, אבל אז ימשיך לסחוט את האישה. שמואלי מגיע לאותה תוצאה כמו יפעת ביטון, אבל מצדיק את דיני הנזיקין כיוון שהם ממלאים מטרות טהורות (פיצוי, הרתעה, צדק מתקן וצדק חלוקתי), ולא מכיוון שהם מזרזים את הגט. הוא מציע, שכיוון שהאישה תקבל את הפיצוי באמת בתור פיצוי, אח"כ אם היא תרצה היא תחליט בעצמה אם היא מעוניינת "לקנות" את הגט מבעלה המסרב. **זו גישה קוזיאנית, שהאישה משלמת לבעלה כדי שייתן לה גט.** לבעיית "הגט המעושה" ישנם פתרונות אחרים, מן המשפט העברי ועוד.

דובס: יתכן ותהיה סתירה בין המטרות אך ברוב המקרים הגישות לא סותרות.

**דובס מחלק את דיני הנזיקין ל2 עקרונות:** עקרונות של צדק ועקרונות של מדיניות (משפטית ובכלל). המטרות של פיצוי והרתעה נכנסות לשני עקרונות אלו.

* צדק: פיצוי וצדק מתקן. דיני הנזיקין נשענים על אחריות מוסרית. לפי דובס, מטילים אחריות כאשר זה נכון, ראוי ומוצדק. הסתכלות על הפרט. צדק מתקן למשל, מתעלם מהמדיניות החברתית, הוא מסתכל על הצדדים בלבד. **מתעסק בעבר.**
* מדיניות: הרתעה וצדק חלוקתי. מדיניות חברתית או תועלת ציבורית. מה שטוב לכולם ולא לאדם ספציפי אחד. שוקלים האם לאנשים יגרם נזק במידה ותוטל אחריות או לא- למשל הטלת אחריות על בעל מפעל, המפעל הוקם באזור מוכה אבטלה בשל מענק מהממשלה. הוא סוגר את המפעל בשל האחריות ורבים יוותרו מובטלים. בכך, הטלת האחריות תסתור את הצדק המתקן. **מתעסק בעתיד.**

**ישנם שני תרחישים אפשריים כשמדברים על המתח בין המטרות:**

1. המטרות מתנגשות אחת עם השנייה אבל עדיין מביאות לאותן תוצאות.
2. המטרות מתנגשות אחת עם השנייה ומביאות לתוצאות שונות - לכן יש לפשר ביניהן או שאחת הגישות תנצח. במידה ואתה מוניסט, עלייך לבחור בגישה אחת וללכת על פיה. כפלורליסט, יש לחשוב מתוך שתי מטרות העל האלו ולשלב ביניהן. לפי דובס, הצדק החלוקתי לא נכנס בשני גושים אלו באופן ברור.

דובס מראה את **המתח בין צדק חלוקתי לצדק מתקן** ע"י דוגמה-האם שתי המטרות יכולות לעמוד יחד? עיר מתמודדת עם שריפה משתוללת, ורוצה לעצור את השריפה ע"י הריסת שורה של בתים. הזמן מהווה גורם קריטי והעיר מתעקשת לעשות זאת, למרות שאחד מבעלי הבתים לא הספיק לפנות את רהיטיו. בעל הבית תובע את העיריה.

ניתן להסתכל על התביעה ב2 דרכים:

1. צדק מתקן - העיריה גרמה נזק לתובע ולכן עליה לפצות אותו. התעסקות נטו בפרטים מבלי להתחשב בטובת הכלל.
2. שיקולים חברתיים - העיריה עבדה לטובת הכלל ולכן אין לחייבה בנזיקין.

**מאפייני הצדק המתקן לפי דובס:**

* המטרה היא לתקן את העוול בין הפרטים הספציפיים.
* אין הסתכלות על טובת הכלל.
* אין שאיפה לחלק מחדש את המשאבים בחברה.
* התמקדות בתיקון הפגיעה.
* גם אם החברה תפסיד הרבה מהטלת אחריות- זה לא מעניין אלא רק הצדדים הקונקרטיים.
* כיס עמוק ופיזור נזק לא רלוונטיים בצד המתקן.
* צדק מתקן מבוסס על אשם - מי שלא אשם לא צריך לשלם.

האם צדק מתקן מסתדר עם משטר של אחריות מוחלטת? לפי דובס כן, כל עוד שני הצדדים מודעים לחוק - אחריות הולכת יד ביד עם צדק מתקן. לכן, סטנדרטים קהילתיים מצדיקים משטר של אחריות מוחלטת. רואים זאת גם בתאוריה של פלטשר.

**מאפייני מטרת הפיצוי לפי דובס:**

* הפיצוי רצוי גם מבחינה חברתית - הניזוק הלא מפוצה יהווה אח"כ נטל על החברה.
* הפיצוי יעשה במקרים בהם הנזק נעשה בטעות.
* הבעייתיות בפיצוי היא שלעיתים הוא לא מצליח להשלים את כל הנזק, או ניזוקים חיים מכספי הציבור/ פונים לסמים ואלכוהול אם הם לא מצליחים להשתקם מהפיצוי שניתן להם. אז נוצרת פגיעה בחברה ובכלכלה ולא רק באדם מסוים.

אם פיצוי זו מטרה חשובה בדיני הנזיקין, מדוע שופטים לא תמיד נותנים פיצוי במקרה שנגרם נזק?

1. יש חקיקה ספציפית שאימצה בחלקה את הרעיון של מטרת הפיצוי, למשל כמו מעבידים שחייבים בפיצוי לעובד כשנגרם לו נזק - ללא התחשבות באשם.
2. אחריות מוחלטת תחסל הרתעה, מכיוון שאדם ידע שהוא תמיד ישלם בלי קשר לאשמה.
3. ההליך הנזיקי יקר - אם נאמץ אחריות מוחלטת שלא תלויה באשם, יהיו אמצעים יעילים וזולים לקבל פיצוי מאשר דיני הנזיקין. למשל, ביטוח.

**גישת פיזור הנזק לפי דובס:** הטלת אחריות על גורמים שהם מפזרי נזק טובים, כאלו שיוכלו לספק פיצוי ובמקביל לא לעמוד לבדם בנטל התשלום. לדוגמא, יצרנים וחברות גדולות (העלאת מחיר מוצר כדי לפזר את הנזק בין כל הקונים).

**הרתעה לפי דובס:** הרתעה מפני התנהגויות שגורמות לנזק- באופן אישי וכללי. בצדק מתקן כל התנהגות תחשב להתנהגות שיש להרתיע ממנה, גם אם היא מניבה תוצרים יעילים כלכלית. בגישה החברתית - נעדיף לסלוח למזיקים שהזיקו ע"י הכישורים שלהם שהביאו תועלת לחברה (כמו רופאים).

**ו. עוולת הרשלנות**

אין המחאה בנזיקין – 22. הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין.

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

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

אחריות בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול – 37. האחריות לפי סעיפים 35 ו-36 של בעל מקרקעין או של תופשם, בשל מצבם של המקרקעין, תחזוקתם או תיקונם, לא תחול כלפי מי שנכנס למקרקעין כמסיג גבול, אלא אם הוכיח התובע שנכנס בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה.

**62. יחסי שכנות וחובת זהירות: משפט דתי מול כללי, שכנות פיזית ורעיונית.**

פס"ד Donoghue v. Stevenson - 2 חברות מגיעות לבר, האחת קונה בקבוק בירה והשנייה לא. זו שקנתה בקבוק מציעה לחברתה לשתות. החברה שותה מהבקבוק ולאחר שהיא שותה היא מרגישה משהו מוזר ומתברר שיש בבירה חילזון. מה הבעיה המשפטית במקרה זה? נפגעה זאת שלא קנתה את הבירה. האם ניתן להפעיל את דיני הנזיקין ה"טהורים" כשאין יחסים חוזיים? מבשלת השכר טענה כי אין חובה כלפי הנפגעת, שכן אין יחסי שכנות. זו בעיה יומיומית - במסיבה, אולם שמחות, מסעדה, נזק גוף משימוש במוצר שאול.

בית הלורדים חיפש בסיס משפטי ליחסי שכנות, כשאין בסיס חוזי. הם מנסים למצוא את הבסיס לאחריות נזיקית לא חוזית בתנ"ך. הם הלכו ל"ואהבת לרעך כמוך". כיצד הדבר מתקשר לדיני הנזיקין? בנצרות הכלל נקרא Golden Rule. בית הלורדים קובע כי למבשלת השיער יש חובה שלא להזיק לצרכנים, לא רק לקונים, מכוח מצוות אהבת הרע. כמו שיש חובת זהירות כלפי מסיג גבול (אם לא התכוון לעבור עבירה). **זה בעייתי מכמה בחינות:**

1. האם יש חובה לאהוב את האחר גם אם איני מכיר אותו?
2. האם יש חובת אהבה גם בהיבט המסחרי?
3. האם אין כאן ערבוב של משפט ומוסר?

בית הלורדים קובע כי האחריות הנזיקית חלה גם כשאין חוזה וגם כשאין מדובר בתחזוקת מקרקעין ומצבם. המשפט החילוני-המודרני אינו דורש אהבת הרע. הדרישה היא להימנעות מהזקת הרע = "מה ששנוא עליך". מה כלול באותה דרישה?

יחסי שכנות כבסיס לאחריות נזיקית במשפט הישראלי:

1. **יחסים חוזיים** - רלוונטיים למשל ביחסי חולה ורופא, אך לא במקרי תאונות דרכים. יש אירועים נזיקיים רבים שבהם אין הכרות מוקדמת, גם לא מסחרית בין הצדדים ואין חוזה.
2. **אחריות מחזיק מקרקעין למצבם של המקרקעין ותחזוקתם** (ס' 37 לפקודה), כלפי מי שנכנס ברשות/ לא ברשות אך בתו"ל וללא כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה. גם זוהי קשת מקרים נקודתית.
3. **"ואהבת לרעך כמוך"?**

* פס"ד קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר משנת 98', האם אהבת הרע היא כלל משפטי הרלוונטי גם ליחסי מסחר? השופט חשין מספר את סיפור "ואהבת לרעך כמוך": שניים שהלכו לאיבוד והמים הספיקו רק לאחד. עמדת בן פטורא - ששניהם ישתו על מנת שאחד לא יראה במות חברו. רבי עקיבא טען כי "חייך קודמים לחיי חברך" על מנת שלפחות אחד ינצל. הסבר אפשרי לרבי עקיבא "ואהבת לרעך כמוך" היא סיוג הכלל החשוב והמשך המשפט – "כמוך, אבל לא יותר ממך". חשין מציע כי "ואהבת לרעך כמוך" יותר ארצי מהנראה לעין, רלוונטי גם למעשים - יכול להיות גם משפטי ולא רק במישור המוסרי.
* שמאי, הלל הזקן והנכרי שרצה להתגייר כשהוא עומד על רגל אחת - משמע רוצה לדעת שורה תחתונה. שמאי לא הסכים. הלל אמר לו "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברייך ואידך זיל גמור", הלל הזקן נותן לו שורה תחתונה רק את היסוד, הבסיס הראשון של הפירמידה. (מעל מה ששנוא עליך נמצא ואהבת לרעך כמוך ומעל חסד). חשין מתנגד לכך שבית הלורדים קפץ ישר למדרגה השנייה (אהבת הרע ואהבת החסד לא נכנסות למישור המשפטי חילוני) - היה עליו לבסס דברי שכנות שלא לפי חוזה לפי הלל הזקן. לכן, רק המדרגה האחרונה של "מה ששנוא" = איסור בדין המודרני להזיק לשכן (לא רק הפיזי). חשין מכריע בניגוד לבית הלורדים.

1. פס"ד אמין נ' אמין - בעניינים של חובות של אדם כנגד ילדיו - מה שרלוונטי זה "מה ששנוא" ולא אהבת הרע. לכן, המשפט אכן לא יכול לחייב אדם לאהוב את ילדיו, אך הוא יכול לחייב אותו בפעולות מסוימות הנובעות מ"מה ששנוא". אי קיום חובות כגון הזנחה, נטישה, הרעבה = אחריות נזיקית. חידוש נוסף, לאדם יש חובות מסוימות גם כלפי ילדים שאינם בהחזקתו. חלק מהחובות עוברות לרשויות או למשפחה החדשה (המאמצת, האומנה) אך ישנם חיובים שלא ניתן להשתחרר מהם ויש להם ביטוי באחריות הנזיקית.
2. **בחזרה לחילזון בבירה: סיכום** - האחריות הנזיקית חלה גם כשאין חוזה וגם כשאין מדובר בתחזוקת מקרקעין. המשפט הכללי-החילוני-המודרני אינו דורש אהבת הרע. הדרישה היא להימנעות מהזקת הרע – "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך".

**63.** אמין נ' אמין - רשלנות גם במעשה מכוון, הזנחה רגשית כלפי ילד, רשלנות ואהבת הרע:

המשיבים הם ילדי המערער מאשתו הראשונה, שהתאבדה בסמוך ללידת הבן הצעיר. לאחר מותה, שהו הילדים במוסדות רווחה ובמשפחות אומנות והדרדרו במורד הסמים והעבריינות. המערער נישא בשנית, ולפי הסכם שעשה עם אשתו השנייה ניתק עם ילדיו קשר. המשיבים (הילדים) תבעו אותו במחוזי, ש**קבע שבהתנהגותו המתנכרת הפר המערער חובות חקוקות ואת חובת הזהירות. נפסקו להם פיצויים**. מכאן הערעור. האם ילדים זכאים לפיצויים מאביהם שגרם להם נזקים נפשיים חמורים כתוצאה מהזנחתו? לטענת האב, הפגם המוסרי בעניין אינו מקים עילת תביעה בנזיקין.

**השופט אנגלרד**:

הפרת חובה חקוקה: האב הפר את החובה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית, לפיו על ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם - גם הנפשיים. המחוקק לא התכוון להטיל חובה משפטית לאהוב, אלא לנהוג לטובת הקטין ולפעול כהורים מסורים רגילים. יש לבחון את האחריות בנזיקין של אב כלפי ילדים בשל הפרת החקוקה הנ"ל בכל מקרה לגופו.

רשלנות: האב הפר את חובת הזהירות כלפי ילדיו לפי ס' 35 לפקודת הנזיקין. כתוצאה מכך נגרם נזק, ובכך מתקיימים יסודות עוולת הרשלנות. רשלנות כוללת גם מעשה/ מחדל מכוון, שכן המבחן לקיום התרשלות הוא אי-הסבירות של ההתנהגות והצפיות של הנזק. מדובר בצפיות נורמטיבית - אדם סביר היה צריך ויכול לצפות את הנזק. השופט אנגלרד לא רואה שיקולי מדיניות משפטית השוללים את האחריות במקרה זה. **הערעור נדחה.**

**67. היקף צפיות הנזק ביסוד הקש"ס המשפטי - בן-שמעון נ' ברדה:** כ2 נערים בני 15 נכנסו למועדון גדנ"ע נעול בבית שאן, דרך חלון שאחד מסורגיו היה חסר. הם הוציאו את דלת הכניסה לחדר הנשק וגנבו רובים וכדורים. מס' ימים לאחר מכן, הזמינו את המערער לשחק "משחק מלחמה", בו ירו על מחסה של חגורת בטון שמאחוריה הסתתר המערער. במהלך המשחק, פגע כדור בראשו של המערער שפצע אותו באופן קשה. עד כה - הפריצה טרם התגלתה. המערער תבע את אחראי המועדון (ברדה), המדינה והנערים. במחוזי נקבע כי אחראי המועדון התרשל, אך הקשר הסיבתי נותק בין ההתרשלות לנזק שנגרם למערער (בשל המשחק). בשל כך, נדחתה התביעה נגדו ונגד המדינה. מכאן הערעור. האם ברדה התרשל כלפי המערער? האם נותק הקש"ס בין התרשלותו של ברדה לנזקי המערער?

**השופט ברק:** לפי מבחן הצפיות בבחינת רשלנות, יש לבחון האם אדם סביר **היה צריך** לצפות שהתרשלותו תוביל לנזק שנגרם? הכוונה אינה לנזק הספציפי ומידת חומרתו אלא לסוג הנזק (למשל גופני). סוג הנזק באופן כללי ולא היקף הנזק.

**64. יסודות עוולת הרשלנות: הפרת חובה חקוקה והיחס בינה לבין רשלנות:**

ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש: המערער, בהיותו בן 15, שהה בבריכת שחיה בבעלות המשיבה. הוא קפץ קפיצת ראש לבריכה באזור המים הרדודים. ראשו נחבל בקרקעית הבריכה והוא נפצע קשה. **המערער ידע שקפץ למים הרדודים, אך לא היה ער לסכנה שבסוג הקפיצה אותה ביצע, שכן במקום לא היו שלטים שאסרו קפיצה למים הרדודים.** התביעה למחוזי שהתבססה על הפרת חובת זהירות בנזיקין ועל הפרת חובה חקוקה נדחתה. מכאן הערעור.

**השופט ברק**: בוחן את יסודות עוולת הרשלנות ואת יסודות הפרת חובה חקוקה:

**עוולת הרשלנות:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **היסודות:** | **כיצד נבחן אותם?** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **שלב ראשון-** **האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק?**  **א. חובת הזהירות המושגית -** היבט עקרוני. האם ביחס לסיכון מסוים ישנה חובת זהירות?  בוחנת האם **ככלל** בין סוג המזיקים, אליו משתייך המזיק, לבין סוג הניזוקים, אליו משתייך הניזוק**, קיימים יחסים המצדיקים קיומה של חובת זהירות.** יש לבחון את המקרה בהתייחסות לצדדים **כקבוצות** בחברה.  **חוזה**, אחריות בגין מצב **המקרקעין** ותחזוקתם (ס'37), יחסי **שכנות** – החובה להימנע מלהזיק.  **ב. חובת הזהירות הקונקרטית -** היבט ספציפי. האם בנסיבות האירוע קיימת אחריות ביחס לניזוק פלוני? | **מבחן הצפיות** - האם אדם סביר **צריך** היה לצפות את התרחשות הנזק (חובת הזהירות המושגית)? האם אדם סביר **יכול** היה לצפות את התרחשות הנזק בנסיבות המקרה הספציפי (חובת הזהירות הקונקרטית)? | יש הגורסים כי יש מקום להטיל אחריות על הרשות הציבורית, במקום בו היא אינה מוטלת על הפרט. במקרה זה, המשיבה 1 היא בעלת הנכס, ואילו המשיבה 2 היא מפעילת הנכס לשנה. האם בעלות בנכס מטילה חובת זהירות מושגית? בתיקון 4 לפקודת הנזיקין, אחריות המחזיק בנכס הושוותה לאחריות הבעל - על שניהם חלה חובה שלא להתרשל. בעלות בנכס והחזקה בנכס מטילות חובת זהירות מושגית. **מכאן ששתי המשיבות חייבות חובת זהירות מושגית כלפי המערער.**  לאור הסיכון הכרוך בקפיצת ראש במים רדודים, על המפעיל לנקוט באמצעי זהירות סבירים למניעת סיכון זה - במקרה זה, מדובר באמצעי זהירות פשוטים. מפעילי הבריכה היו יכולים לצפות את הסכנה מקפיצת ראש במים הרדודים. המשיבה 1, בעלת הבריכה, העבירה את הפעלת הבריכה לאחר. האם המשיבה 1 הייתה רשאית להניח שהמפעיל ינקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים למניעת הסיכון הבלתי סביר? בנסיבות המקרה הנ"ל אין היא הייתה רשאית להניח זאת (תקופת הפעלה קצרה והבטחה למשיבה שלא יערכו שינויים בבריכה). [במידה והתשובה הייתה חיובית, המשיבה 1 הייתה יוצאת ידי חובתה]. לכן, **שתי המשיבות חבות חובת זהירות קונקרטית כלפי המערער.** |
| **שלב שני-** **האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו?** התרשל? | האם המזיק לא נקט באמצעי זהירות סבירים? סבירות האמצעים נקבעת עפ"י אמות מידה אובייקטיביות - **על המזיק לנהוג כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין.** בוחנים מהי רמת הזהירות שיש לנקוט בנסיבות העניין?  **1. נוסחת לרנד הנד.**  2. מבחן איזון האינטרסים. (ברק מול ריבלין בחמד). האם התשובה הייתה משתנה לפי ברק? | במקרה זה, האמצעים הסבירים הם הצבת שלטים שיאסרו על קפיצה למים הרדודים. במקרה זה, לא היו שלטים ולא היה פיקוח. לכן הופרה חובת הזהירות. |
| **שלב שלישי-** נזק (ראשי נזק). |  |  |
| **שלב רביעי –** קש"ס. | **עובדתי:** אלמלא.  **משפטי:** 1. צפיות. (ובתוך נורמטיבית – ריחוק הנזק).  2. תחום הסיכון.  3. השכל הישר.  פס"ד ברדה – צפיות לסוג הנזק ולא להיקפו.  פס"ד לאון – הצורך לצפות גולגולת דקה. | מתקיים. **המשיבות אחראיות ברשלנות.** |

הערות נוספות - רשלנות:

* **ביהמ"ש לוקח בחשבון שיקולים משפטיים גם בבחינת צפיית נזק** - לעיתים תישלל חובת זהירות מושגית אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה. ביהמ"ש מתחשב בסוג הנזק, דרכי התרחשותו, השפעת פסיקתו בנושא, מעמסה כספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים/ ניזוקים בעקבות פסיקתו ועוד. כך נקבעים היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית. (\*גורדון).
* ישנם סיכונים שהם חלק מחיינו, אלו סיכונים סבירים. למשל- נפילה/ התחלקות. הדין אינו מטיל חובת זהירות קונקרטית בגין סיכונים סבירים.

**עוולת הפרת חובה חקוקה:**

|  |  |
| --- | --- |
| **יסודות** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **1) חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק.** | תקנה 50(6) לתקנות רישוי עסקים הקובעת כי יש להציב שלטים עם הוראות למתרחצים, ביניהן - הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק. החובה להצבת השלטים מוטלת על בעל עסק הבריכה ועל מי שמנהל את הבריכה. לכן, **החובה מוטלת על שתי המשיבות.** |
| **2) החיקוק נועד לטובת הניזוק -** חיקוק בא לטובתו/ להגנתו של היחיד, אם הוא קובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. | התקנה באה להבטיח את האינטרס של המתרחץ המצוי במים, שלא יקפצו עליו והן לשמור על האינטרס של הקופץ- שלא יפצע בקפיצתו. לכן, **מדובר בתקנה שנועדה לטובתו של התובע-הניזוק.** |
| **3) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו.** | **מתקיים**. לא הוצבו שלטים. |
| **4) ההפרה גרמה לניזוק נזק -**  קש"ס עובדתי - מבחן האלמלא.  קש"ס משפטי – לפי השופט ברק, בעוולת הפרת חובה חקוקה מתאים מבחן הסיכון: מהו הסיכון אותו ביקש המחוקק למנוע? | אם היה מוצב שלט, המערער לא היה קופץ במים הרדודים והוא לא היה ניזוק. בכך **מתקיים קש"ס עובדתי.**  החקיקה באה למנוע קפיצה למים רדודים. ברק מבהיר כי אין לראות בהתנהגות הניזוק כסיבה מכרעת לנזק המנתקת את הקש"ס. לכן, **גם קש"ס משפטי מתקיים.** הקש"ס מתקיים גם על פי מבחן הצפיות - מוטלת על המשיבים החובה לצפות כי מתרחץ בבריכה עלול לקפוץ למים הרדודים. |
| **5) הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק** | **מתקיים.** |

**הפרת חובה חקוקה אל מול רשלנות:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הפרת חובה חקוקה** | **רשלנות** |
| **מידת האחריות** | יתכן ותהיה אחריות מוחלטת. | האחריות לעולם אינה מוחלטת. |
| **לפי מה נקבעת?** | נקבעת עפ"י הוראות ספציפיות של כל חיקוק וחיקוק. לא לפי קריטריון אחד - מספר הקריטריונים הוא כמספר החיקוקים. | נקבעת על פי מבחן הצפיות, משמע על פי עיקרון אחד. המבחן מופעל על נסיבות עובדתיות שונות. |
| **רמת ההתנהגות הנדרשת** | רמת ההתנהגות הנדרשת נקבעת לפי החוק עצמו - יכולה להיות חמורה/ זהה/ נמוכה מזו של האדם הסביר. | רמת ההתנהגות הנדרשת היא של האדם הסביר. |
| **נזק** | נדרש נזק אשר יהיה מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק היוצר את החובה, והוא הוסב על יסוד אותם קשרים סיבתיים הנדרשים ע"י החיקוק הספציפי. | נדרש נזק הקשור בקש"ס להפרת החובה, נזק היכול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים. |
| **מהו הדמיון בין השתיים?**   * העוולות היחידות בפקודת הנזיקין שיסודותיהן - חובה, הפרה ונזק. * סטנדרט ההתנהגות עשוי לשמש אינדיקציה לרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי האדם הסביר. * מדובר בשתי עוולות מסגרת. * בשתי העוולות תוכן האחריות והיקפה נקבע עפ"י עקרונות של מדיניות משפטית. בשתי העוולות על ביהמ"ש לגלות זהירות והתאפקות ולאפשר צמיחה והתפתחות. | | |

במקרה זה לא מתקיימת הגנת הסתכנות מרצון. הניזוק לא חשף עצמו לסיכון ולא הראה הסכמה לכך. יש לייחס לניזוק אשם תורם, נער בגיל המערער צריך לחוש בסכנה הטמונה בקפיצת ראש למים רדודים. אך עיקר האשם רובץ על המזיקים - לכן יש לייחס למערער אשם תורם בשיעור של 33%. **שתי המשיבות חייבות למערער יחד ולחוד.**

**68. עקרון הגולגולת הדקה -** לאון נ' רינגר: הניזוק נפגע בגבו במהלך תאונת דרכים בשל רשלנות הנהגים, ובעקבותיה צמח בגבו גידול בשם כורדומה, גידול סרטני נדיר. **על פי ההלכה הנהגים חבים חובת זהירות כלפי הניזוק רק אם יכלו לצפות מראש את הנזק שיגרם לניזוק בשל נהיגתם הרשלנית.** הם יוכלו לטעון כי הם פטורים מחובת הזהירות רק במצב בו הנזק נגרם על ידי מאורע טבעי יוצא מגדר הרגיל (מצב חריג מאוד). בנוגע לפס"ד זה הדעות היו חלוקות - המיעוט סבר כי הנהגים לא יכלו לצפות נזק נדיר שכזה, ואילו הרוב טען כי הנהגים יכלו לצפות את הפגיעה של נזק לגוף האדם, לכן כל נזק שנגרם לניזוק בגופו הוא באחריות הנהגים. האם הכורדומה = גולגולת דקה של ניזוק - היא בגדר נזק שהיה ניתן לצפות אותו?

**ההכרעה:** אדם סביר צריך לצפות מראש את עצם הפגיעה. לא את מימדי הנזק - אלא רק את סוגו. לכן, בין אם מדובר בשבר ברגל ובין אם מדובר במחלה נדירה, שניהם בגדר הפגיעה הצפויה. בני אדם שונים בבריאותם וברגישותם, לכן הנהגים צריכים לצפות כל פגיעה באדם, בכל חומרה. כאשר התוצאה הצפויה הכללית היא פגיעה בחיי אדם/ נזק גוף, יהיה המזיק אחראי גם עבור נזק לאדם פגיע במיוחד. ז"א שגולגולת דקה נכנסת למבחן הצפיות.

**69. מודלים שונים לבחינת יסודות עוולת הרשלנות:** (א) עמוס הרמן "ישן מפני חדש תוציאו: על הגישה החדשה לעוולת הרשלנות של ביהמ"ש העליון":

**\*מבחן איזון האינטרסים - פס"ד חמד:** תוכן הסבירות/ ההתרשלות נקבע עפ"י איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה. מנק' מבטו של הניזוק יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו, בשלמות גופו ונפשו ובהסתברות התממשות הנזק. מנק' מבטו של המזיק יש לבחון את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק. מנק' מבטו של הציבור, יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון. ככל שהפעילות נעדרת חשיבות חברתית, יש לנקוט יותר אמצעים למנועה. סבירות ההתנהגות היא התוצאה של ההתנגשות בין שלושת אלו. כיצד נעשה האיזון? כאשר השיקולים מוליכים לאותו כיוון - אם הנזק לניזוק הוא רב, הסתברות התרחשותו גבוהה, האמצעים הנדרשים למניעת הנזק הם פעוטים ואין עניין לציבור - ההתנהגות שגרמה לנזק היא בלתי סבירה.

**ס' 41 - הופך את הנטל ברשלנות, "הדבר מדבר בעד עצמו":** לפיו, כאשר יותר הגיוני שהייתה התרשלות מאשר לא, נטל ההוכחה מתהפך. למשל ברשלנות רפואית של יונתן באירועון אתר הבניה.

**מהות עוולת הרשלנות:** הרשלנות אינה מוגבלת לסוג התנהגות מסוים ואינה מבדילה בין מעשה/ מחדל או בין נזקים שונים, לכן בסיס התביעה ברשלנות מאוד מגוון. חובת הזהירות תוחמת את גבולות האחריות ברשלנות. בחינת קיום חובת הזהירות צריכה לאזן בין מידת הנטל המגביל שיוטל על החברה אם תוכר חבות בתחום פעילות מסוים, ומנגד את מידת ההגנה שהחברה זקוקה לה. התנהגות הנתבע נקבעת עפ"י קריטריונים אובייקטיבים (סטיה מרמת התנהגות הנתפסת בחברה כראויה). ההתנהגות הראויה היא פונקציה של שיקולי מדיניות ואיזון בין ערכים.

**אילו שיקולי מדיניות ישללו חובת זהירות?** הסתברות למימוש הסיכון, גובה הנזק הצפוי, עלות האמצעים למניעת הנזק וזמינותם, השפעת הפסיקה על העתיד, מעמסה כספית, באינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון ועוד. *בשנים האחרונות* שיקולי המדיניות שמים דגש בעיקר בהיבטים כלכליים - הצפת בתי המשפט והרתעת יתר.

**מע' יחסים בהן גיבשה הפסיקה חובת זהירות מושגית:** נהג כלפי הולך רגל, מורה כלפי תלמיד, רופא כלפי חולה, יצרן כלפי צרכן, מעביד כלפי עובד ותופס מקרקעין כלפי המצוי בהם.

**גישות שונות לעוולת הרשלנות:**

**הגישה המסורתית של ברק**: מקור חובת הזהירות הוא הצפיות. אדם חב חובת זהירות לזולתו אם הוא היה צריך ויכול לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום לו נזק. מכאן יוצאות חובת הזהירות המושגית והקונקרטית. לפי ברק, במקום בו ניתן לצפות נזק כעניין טכני - יש גם חובת זהירות מושגית, אלא אם יש שיקולי מדיניות השוללים אותה. ברק פועל למעשה לפי היסודות המופיעים מעלה.

**הגישה המסורתית של שמגר**: בשנות ה90 חל שינוי ביחס לתפישת ברק (חובת זהירות מושגית וקונקרטית). שמגר בפרשת לוי קבע כי כדי להטיל אחריות על הנתבע ברשלנות, יש לקיים 3 דרישות: צפיות, יחסי קרבה או שכנות (האם לאור מע' היחסים בין הצדדים הנתבע היה יכול וצריך לצפות שחוסר זהירותו יגרום לתובע נזק?) ולבסוף מסקנה שיפוטית לפיה הוגן, צודק וסביר להטיל אחריות - שיקולי מדיניות המרחיבים/ מצמצמים את חובת הזהירות. **גישה זו דומה לגישה האנגלית ובוחנת את טיב היחסים בין הצדדים.** ככל שהנזק היה צפוי יותר טכנית, כך יש להניח שהיה צריך לצפות אותו נורמטיבית - ואז הטלת האחריות תהיה צודקת, הוגנת וסבירה.

**תקופת המעבר**: הוחלט לאחד את חובת הזהירות המושגית והקונקרטית ולבחון עפ"י חובה- הפרה- נזק הנובע מההפרה. יש לציין כי יש מקרים בהם ברק עצמו אינו מבחין בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית. חובת הזהירות המושגית נשללת במקרים בודדים בלבד, כך מתעמעמת ההבחנה בין חובות הזהירות.

**הגישה החדשה של השופט עמית**: שינוי סדר בחינת יסודות העוולה: התרשלות->נזק הנובע ממנה-> שאלת קיום החובה, כאמצעי הערכה חברתי להטלת אחריות/ שלילתה. כמו כן, איחוד חובת זהירות מושגית וקונקרטית לחובה אחת שעיקרה בחינת שיקולי מדיניות, שלא מבוססים על צפיות. משמע, לאחר שקובעים שמדובר בנזק שנגרם כתוצאה מהתנהגות לא ראויה, השיקולים ישמשו לשלילת האחריות. המבחן להתנהגות לא ראויה הוא התנהגות שיוצרת סיכון צפוי ולא סביר (סיכון שהסכנה הטמונה בו מחייבת נקיטת אמצעים למניעתו). במקרים אשר בליבת דיני הנזיקין, יש "חזקת חובה" משמע קיימת חובת זהירות מושגית וניתן לפנות ישר לבדיקת התנהגות המזיק הקונקרטית (אם היא לא ראויה, בוחנים שיקולי מדיניות שוללי אחריות). מנגד, בעניינים מחוץ לליבת דיני הנזיקין (נזק נפשי/ כלכלי לניזוק עקיף) - יש לבחון קודם את יסוד החובה.

**גישת ביניים** - **תפישת השופט הנדל:** ניתוח לפי קבוצות התייחסות - קבוצה מוכרת (בה חובת הזהירות מוכרת, לכן יעברו ישר לבחינת החובה הקונקרטית), קבוצה חדשה (בה יבחנו את חובת הזהירות באופן כללי) וקבוצה גבולית (בה יבחנו את חובת הזהירות ברמה פרטנית מופשטת). אם יש קש"ס בין החובה שהופרה לנזק - תוטל אחריות. גישה מסורבלת היוצרת חוסר וודאות.

**הגישה של הרמן במאמרו** - **גישה משולבת:** במצבים מחוץ לליבת דיני הנזיקין, יש לבחון קודם את חובת הזהירות, ורק לאחר שנקבע כי היא קיימת ואין שיקולי מדיניות השוללים אחריות תבחן התנהגות הנפגע. לאחר מכן, יבחנו את הקש"ס בין ההתנהגות הקונקרטית לנזק. במצבים בליבת דיני הנזיקין, תבחן ישר ההתרשלות (כי יש חובת זהירות ברקע) ואז שיקולים שוללי אחריות.

**בביהמ"ש משתמשים כיום הן בגישה המסורתית הן בחדשה ללא מחויבות.**

**אירועון 13, 14, 15:**

**ח. משפט ורפואה**

**משפט ורפואה = 3 עוולות אפשריות: רשלנות, תקיפה, הפרת עוולה חקוקה.**

**התובעים**: כולל עיזבון ותלויים.

**הנתבעים**: רופאים, בתי חולים (אחריות אישית ושילוחית), כיסים עמוקים, ביטוח, רופא פרטי או בית חולים, מקרי גבול...

רלוונטי לכל 3 העילות:

**\*\*\*אי הסכמה** = לא להסכים.

**העדר הסכמה מדעת** – לא לתת לאדם את כל המידע והוא מסכים על סמך מידע חלקי. או שלא מספרים הכל או שלא מספרים הכל באופן מדויק.

**\*\*\*הגנת האסכולות:** לרופאהיו חלופות כיצד לפעול? יגיד שיש אסכולה.

1. האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה. (אין דרישה לרוב.(

2. להסביר באופן מושכל מדוע בחר באסכולה מסוימת. להוכיח שמכיר את היתרונות והחסרונות של כל אסכולה...

3. להביא את החלופות לפני החולה להכרעתו, ניתן עם המלצה.

\*רופא שלא הולך להשתלמויות, (המדע מתפתח), יכול להיות בבעיה בהגנה זו.

\*לא הגנה מוחלטת, ולא הפרמטר היחיד בו יתחשב ביהמ"ש - יש מדיניות משפטית ועוד שיקולים...

פס"ד קליפורד: קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת, אינה חורצת את גורל שאלת ההתרשלות. די בצפיית סוג הנזק ולא בהיקפו. הסיכון במזרק הלא שואב היה ידוע, המזרק השואב היה זמין ולא יותר יקר, סוג הנזק היה צפוי. לא התקבלה הגנת האסכולות.

**\*\*\*מגמת הפסיקה** – כיפוף תקיפה לכיוון אשם (למשל דעת השופטת בייניש בפס"ד דעקה) ורשלנות לכיוון של אחריות חמורה. (למשל פס"ד פאר נ' קופר ).

**\*\*\*פגיעה באוטונומיה** (פס"ד דעקה), אך לא אם ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני על העדר הסכמה מדעת, לגישת השופט עמית.

**רשלנות**

**\*טיפול רפואי לקוי נובע בד"כ מרשלנות.**

1. בדיקת יסודות הרשלנות כמו בתביעת רשלנות רגילה.

2. לא תמיד זה בהכרח התרשלות. צריך חוות דעת רפואית.

פס"ד פאר: לא להתפאר בניתוח קודם זהה שעבד אצל אותו אדם. יש לבחון ולערוך בדיקות נדרשות, גם אם הן אינן חלק מהדרישות השגרתיות.

פס"ד קוהרי: היפוך נטל הראיה כשיותר הגיוני שהייתה רשלנות (ס'41). בוחנים את הרשלנות בזמן המעשה לפי מבחן הרופא הסביר. (במקרה זה גילו במהלך הניתוח את הגידול הנוסף ולא יכלו להזהיר את המנותחת).

**הפרת חובה חקוקה**

חוק זכויות החולה ס'5 (טיפול רפואי נאות), ס'13 הסכמה מדעת.

**עוולת התקיפה**

לנתח רגיל ולשים לב להגנה בסעיף 24(8): שזה לטובת הניזוק ולא היה לו איך להשיג הסכמה.

פס"ד רייבי: הרופא ידע לפני הניתוח על משהו חשוב ולא אמר על כך למערער. בזמן הניתוח המנתח פעל על דעת עצמו. נגרם נזק. יש תקיפה: הסכמה יכולה להיות מכללא לאור נסיבות המקרה. (אם התגלו דברים בלתי צפויים אז אפשר לסטות מהתכנית המקורית.) יש לגלות את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו לביצוע הטיפול. טופס הסכמה נועד למקרים בהם יש צורך לא צפוי. וזה כן היה צפוי.

פס"ד קורטאס: חפץ בגוף של אדם. מותר לרופא לנתח בניגוד לרצון המנותח כאשר הוא משוכנע שזה להצלת חייו? כאשר הפציינט לא בהכרה/מסוגל להחליט עצמאית ואין אדם אחר שיכול לתת את הסכמתו = שיקולים רפואיים ומחובתם המקצועית והמוסרית של הרופאים לבצע זאת.

פס"ד בר חי: שאלו מפורשות האם יש סיכונים בניתוח? ענו בשלילה. כמו כן, התגלה כי בניתוחים קודמים קרתה אותה תקלה. הסכמה שניתנת מחוסר ידיעה אינה הסכמה. כשרופא נשאל על תוצאות טיפול עליו להשיב ולהסביר את כלל הסיכויים והסיכונים.

פס"ד דעקה: סמוך לניתוח הרופאים החליטו שיש ממצא בכתף המנותחת שמחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. המנותחת על שולחן הניתוחים, על תרופות מטשטשות, הוחתמה על טופס הסכמה לביופסיה בכתף. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה.ביניש: קשה להכיר בניתוח כתקיפה. **אי הסכמה בתור תקיפה (אשם)** יוכר בשלושה מצבים. כאשר:

1) לחולה **כלל לא נמסר מידע על סוג הטיפול** הצפוי לו.

2) לא נמסר לו על **התוצאה הבלתי נמנעת** של הטיפול (אם התוצאה רק תתכן שתקרה אבל לא בוודאות – כבר מדובר ב"היעדר הסכמה מדעת" ולא בהיעדר הסכמה).

3) **הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי** מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.

\*\*\*כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב.

מנגד, במקרים של **העדר "הסכמה מדעת"** לטיפול רפואי - בוחנים את עוולת הרשלנות. מגמה זו מסתמנת גם בפסיקה בארץ לאחרונה. את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי, יש להשאיר למקרים קיצוניים המתוארים מעלה.

\*\*כמו כן, ביניש קובעת כי אי מתן מידע על טיפול רפואי מהווה פגיעה באוטונומיה וניתן לתבוע פיצויים בגין פגיעה זו.

\*\*למעשה מכופפת את התקיפה מסוג של אחריות מוחלטת לכיוון אשם. מנגד, פאר נגד קופר מכופף את הרשלנות לאחריות חמורה/ מוחלטת.

סעיפים 23-24, 35, 36, 63 לפקנ"ז:

**23. תקיפה** - 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.

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

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

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

(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;

(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;

(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;

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

(7)נמחקה.

(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.

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

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

**63. הפרת חובה חקוקה** – 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.

**רשלנות רפואית:** לכאורה, אין צורך בשיעור כזה. נראה כי שלושת החיקוקים הרלוונטיים למשפט ורפואה נלמדו כבר: **רשלנות, תקיפה והפרת חובה חקוקה.** לכאורה אין כאן שום דבר מיוחד או חדש. מבחינת רשלנות, בחובה המושגית יש כאן חוזה ואת החובה לא להזיק כסף כניסה. לא כל טיפול או ניתוח שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות - לא כל טעות/ תקלה היא התרשלות. רייבי נ' וייגל, קוהרי ופאר נ' קופר, מראים כי הרשלנות כפופה לאחריות מוחלטת.

**הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה:** רלוונטי רק למקרים שאירעו אחרי 96'. רלוונטי רק להפרת חובה חקוקה. אם לא נתון משהו אחר רלוונטי נפנה לחוק זכויות החולה. **יש להכיר את החוק.**

\*פס"ד דעקה הוא מ-99 אך לא מוזכר בו החוק. החוק לא היה רלוונטי בסוף ה90', תחילת ה2000'. איך אוכפים את החוק הזה? אין בצידו סנקציה. הרבה פעמים חשבו שהוא רק נותן קווים כללים. לאחר מכן התקדמו והבינו שהוא כן ניתן לאכיפה.

ס' 5 לחוק זכויות החולה: החובה של הצוות הרפואי להעניק טיפול רפואי נאות לחולה: "מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש". לא פשוט לתבוע בסעיף זה הפרת חובה חקוקה.

לכאורה, הסעיף כבר כולל הכל. בפועל בתי המשפט לא אוהבים את הסעיף הזה והם רואים בו סעיף סל. לא מסתפקים בסעיף זה בכתב תביעה אלא מוסיפים אליו עוד טיעונים. יש להזכיר אותו אך לא להסתפק בו, אין מקרה שהוא פותר את הכל.

**דגשים לתביעה ברשלנות:**

1. בדיקת **יסודות הרשלנות** כמו בתביעת רשלנות רגילה.
2. לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות. ביהמ"ש יקבע לפי **חוות דעת רופאים** אם זו הייתה התרשלות או תקלה:

**"כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות חמורה: פאר נ' קופר –** המערער הוא חבר קופ"ח כללית, הייתה בליטה לא אסתטית בשוקו הימנית ורופאי הקופה ייעצו לו לנתח אותה, דבר שהיה כרוך בניסור העצם. המערער לא פחד מהניתוח, שכן ערך ניתוח שכזה ברגלו השנייה שעבר בשלום. לאחר הניתוח, שמו גבס על רגלו, התפתח נמק, והרגל נקטעה מתחת לברך. **בדיעבד הסתבר כי סבל ממום מלידה שלא היה ניתן לגלותו באמצע' הבדיקה השגרתית המתבצעת לפני הניתוח.** תביעתו למחוזי נדחתה, מכאן הערעור.

**השופט לוין**: סדרי מנהל תקינים מחייבים ניהול תרשומת מפורטת ומדויקת של הטיפול בחולה. **במקרה זה, מאזן ההסתברויות מצביע יותר על קיום התרשלות מאשר על היעדרה.** גם אם ניתוח זהה באותו אדם עבר בהצלחה, יש לבחון ולערוך בדיקות נדרשות, גם אם אינן חלק מהבדיקות השגרתיות. \*אמנם במקרים שאין צפיות ניתן לומר שקשה לתת פיצוי, אך ביהמ"ש אומר שגם אם זה היה נדיר היה צריך לצפות את זה. **הערעור מתקבל.**

1. יש לשים לב **לשיקולי מדיניות משפטית** וכן לצדק חלוקתי, מטרת הפיצוי, כיס עמוק, פיזור נזק וכו'.

* **ס' 41 לפקנ"ז:** נזק ראייתי **והעברת נטל ההוכחה** מופיעים הרבה במשפט ורפואה (פס"ד פאר + פס"ד קוהרי):

**קוהרי נ' מדינת ישראל - (טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה):** למערערת היה חשד שלקתה במחלת עור מסוימת. נבדקה ונקבע שהיא סובלת מהמחלה, אך לא נמצאה ראיה לכך שהיא סובלת מהצורה החמורה יותר של מחלה זו. באחת הבדיקות נתגלה גידול שפיר בכבד והרופאים החליטו להסיר את הגידול **והמערערת חתמה על טופס הסכמה לכך.** **במהלך הניתוח התגלה** כי יש גידול נוסף וקטן יותר, והחליטו לבצע התערבות כירורגית מוגבלת. המערערת התאוששה מהניתוח, וכ24 שעות לאחר מכן חלה התדרדרות במצבה, בוצעה בה החייאה אך בשל אי אספקת דם וחמצן למוח בזמן דום לב - נגרם למוחה נזק בלתי הפיך והיא נכנסה לקומה. מאז היא מאושפזת בביה"ח. **המערערים טוענים כי הדבר נגרם כתוצאה מההתערבות** הכירורגית המוגבלת שערכו הרופאים. בימ"ש קמא קבע כי המשיבה הוכיחה שההחלטה שהתקבלה הייתה מחויבת מהמציאות ודחה את התביעה.

**השופט לוין:** במקרה זה נטל ההוכחה עובר למשיבה, לפי ס' 41 לפקנ"ז. נראה כי הרופאים עמדו בחובה המוטלת עליהם ופעלו בדרך שנראתה המתאימה ביותר באותו הרגע. **לא כל טעות מהווה רשלנות.**

**השופט בייסקי:** על ביהמ"ש לבחון רשלנות במעשה/ מחדל של רופא תוך טיפולו המקצועי לא לאחר המעשה, אלא של הרופא הסביר בשעת המעשה, בנסיבות המקרה.במקרה זה, ההחלטה להרחקת הגידול התקבלה לאחר אשפוזים חוזרים ובחינת כל האפשרויות, תוך עריכת בדיקות מקיפות. יתר על כן, במקרה זה לא מתקיימת עוולת התקיפה- טופס הסכמת החולה צריך להיות מפורט ולכלול את הסיכונים הטמונים בניתוח לעומת הסיכונים מהימנעות ממנו, כדי שהחלטת החולה תהא תוך שיקול עצמי ובחירה חופשית. במקרה זה, הרופאים גילו במהלך הניתוח את הגידול הנוסף, לכן לא יכלו להזהיר את החולה קודם לכן. **הערעור נדחה.**

**עוולת התקיפה:** בעניינים של אי הסכמה או העדר הסכמה מדעת ובשים לב להגנה בסעיף 24(8).

**אי הסכמה** - לא להסכים. לא רוצה.

**העדר הסכמה מדעת** – לא לתת לאדם את כל המידע והוא מסכים על סמך מידע חלקי. או שלא מספרים הכל או שלא מספרים הכל באופן מדויק.

ההגנה בס'24(8): " עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני הנסיבות 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".

לכאורה ההגנה אינה רלוונטית לעוולה אחרת - מדובר על הגנה של תקיפה בלבד. אך אולי ניתן להזכיר אותה כאינדיקציה גם במקום אחר (לדוג': רשלנות).

**תקיפה רפואית במקרים של חוסר הסכמה מדעת:** ההתמקדות בתקיפה היא לא ברכיב "במתכוון" של היסוד הנפשי, כי ככה"נ הרופא לא התכוון.

**רייבי נ' וייגל - (טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה):** המערער סבל מפגם מולד בגב התחתון. לאחר שניתוח גב שבוצע בו לא הביא מזור לכאביו, הוחלט לבצע בו ניתוח של איחוי חוליות - שהיה אמור להיעשות כבר בניתוח הראשון. **במהלך הניתוח, החליט המשיב, המנתח** בשני הניתוחים, להסיר צלקת עבה שחשב כי היא הגורמת לכאבי המערער. בהחלטה זו פגע במעטפת חוט השידרה. **לאחר הניתוח, החל המערער להתלונן על תופעות של אי- שליטה בסוגרים ופגיעה בכוח הגברא.** תביעותיו במחוזי נדחו, מכאן הערעור.

**השופט שמגר:** בוצע במערער מעשה תקיפה לפי ס' 23(א) לפקנ"ז:

ביצוע ניתוח שלא בהסכמת חולה = עוולת התקיפה. ההסכמה יכולה להיות מפורשת, אך אין לכך הכרח - ניתן ללמוד על הסכמת החולה לטיפול גם מכללא, לאור מכלול נסיבות המקרה. במקרה זה, המערער הסכים במפורש רק לאיחוי החוליות, ולא נתן הסכמה מפורשת להסרת הצלקת. **הרופא ידע קודם לביצוע הניתוח על קיום הצלקת ועל הקשר בינה לבין הכאבים שהמערער סבל מהם. אף על פי כן, במהלך השיחה לפני הניתוח - לא אמר דבר על כך למערער.**

טרם נקבעה הלכה בנושא, אך הסכמה מכללא לביצוע טיפול רפואי תעשה בהתחשב בשיקולים הבאים: טיבו המשתנה של מדע הרפואה, הערכים המתנגשים כולל זכות החולה לשליטה על גופו, הרצון המשותף לרופא ולחולה בהצלחת הטיפול, האינטרס במניעת מוות או נזק גופני חמור לחולה, ההקשר הטיפולי הכולל במסגרתו בוצע הטיפול, טיב הטיפול שבמחלוקת מבחינת הסיכויים והסיכונים הטמונים בו ומבחינת הפגיעה אשר ביצועו עשוי להסב לחולה, טיב הטיפולים להם ניתנה הסכמה מפורשת, קיומה של אפשרות מעשית לקבלת הסכמה מפורשת לטיפול ועוד.

רשאי רופא מנתח, אשר גילה במהלך ניתוח מתוכנן דברים בלתי צפויים המצדיקים הרחבה של תוכנית הפעולה/ סטייה ממנה לסטות באופן המתחייב מהפעלת שק"ד רפואי סביר. זה מותנה בכך שהחולה לא היה מסוגל לתת את הסכמתו לניתוח. במקרה זה לא כך הדבר - הרופא ידע קודם לניתוח על סיכון הצלקת והצורך בהסרתה, והיה יכול לקבל את הסכמת החולה מדעת.

יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו לביצוע הטיפול. האינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול מועמדים במרכז. נראה כי בין הניתוח שתוכנן להתבצע לבין ניתוח הסרת הצלקת שבוצע בפועל, יש הבדל של ממש, המתבטא הן בשונות בסיכונים הכרוכים והן בסיכויי ההצלחה. בניתוח להסרת הצלקת היה סיכון ממשי לפגיעה באלמנטים עצביים ואילו בניתוח לאיחוי חוליות ישנם סיכונים כלליים הנלווים לכל התערבות כירורגית בעמוד השדרה. כמו כן, לניתוח הסרת הצלקת סיכויי הצלחה נמוכים.

המערער חתם על טופס הסכמה, בו הצהיר בין היתר כי הוא מסכים לכל ניתוח/ טיפול רפואי אחר או נוסף שהרופא ימצא לנחוץ לבצעו תוך כדי הניתוח. עם זאת, לדעת שמגר זה נועד לכסות מקרים בהם התעורר צורך לא צפוי לבצע פעולות רפואיות נוספות בגוף החולה. הרי, במידה ויש צורך קודם בטיפול כירורגי נוסף וצפוי- המטופל יחתום על טופס הסכמה נפרד לטיפול הנוסף. בנוסף, יש לפרש את הטופס באופן המתיישב עם עקרון היסוד בדבר זכות החולה על גופו. הפרוצדורה של הסרת הצלקת אינה פרוצדורה חיונית שמטרתה הצלת חיים/ מניעת פגיעה חמורה בגוף- לכן לא ניתן לומר שבחתימת המערער על הטופס, הוא נתן את הסכמתו לפרוצדורה זו.

**קורטאם נ' מדינת ישראל -(טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה):** המערער הורשע במחוזי בהחזקת סמים שלא כדין. במהלך מרדף משטרתי, בלע המערער סמים והוחלט לנתחו בצו שיפוטי שכן הם היוו סכנה חמורה לחייו. שתי חבילות הסמים סולקו מקיבתו, אך הוגשו כראיה במשפטו ושימשו בסיס להרשעתו. האם חפץ המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמת המנותח **ובניגוד לרצונו אך במטרה להציל את חייו,** עשוי להיות ראיה קבילה במשפט, בהעדר הסכמה של אותו אדם?

**השופט בך:** מתי מותר לרופא לבצע ניתוח לאדם בניגוד לרצונו כאשר הרופא משוכנע שהדבר חיוני להצלחת חייו? הניתוח בוצע רק לשם הצלת חיי המנותח. לטענתו בישראל חל העקרון שזכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו, בדומה למשפט האנגלי והאמריקני. עם זאת יש לכך חריגים - כאשר הפציינט לא בהכרה/ לא מסוגל להחליט עצמאית ואין אדם אחר שיכול לתת את ההסכמה/ כאשר המטופל ניסה להתאבד או במקרה של קטין שניתן להצילו בניתוח אך ההורים מסרבים ללא הסבר סביר.

\*\*כמו כן, מוסיף חריג: כאשר הרופא שם לב כי לחולה אין נימוק סביר לסירובו להינתח ונראה כי זה נובע ממניעים חיצוניים- הוא יתייחס אליו כאל המנסה להתאבד, והוא רשאי לנקוט צעד הנחוץ להצלת חייו.

\*\* לדעתו יש להבחין בין ניתוחים העלולים להשפיע בצורה משמעותית על אורח חייו ואיכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, לגביהם יש להשאיר את ההכרעה בידי החולה, לבין ניתוחים שאינם נושאים בחובם סיכונים לגבי מצבו הפיזי של החולה בעתיד, ויש לתת (לדעת בך) את הסמכות להחלטה לרופא. זוהי עמדה כללית, אין לקבוע מסמרות בעניין זה.

**השופט בייסקי**: מסכים. הניתוח בוצע משיקולים רפואיים ומחובתם המקצועית והמוסרית של הרופאים, אך לא מקבל את עמדת בך לגבי העקרון - הוא נוגד את ערך קדושת החיים במסורת ישראל. אין צורך לקבוע זאת במסגרת הדיון הנ"ל.

**ד"ר בר חי נ' שטיינר - חובת הגילוי והסכמה מדעת לטיפול רפואי:** העותרים חויבו בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם למשיבה 3, כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן, שבוצע ע"י העותר 2 בבי"ח ממשלתי. **אם המשיבה שאלה האם יש סיכונים בניתוח שהוחלט והעותר ענה בשלילה. כמו כן, התגלה כי בניתוחים קודמים קרתה אותה תקלה.**

**השופט לנדוי:** כאשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדר"כ לתת הסבר על הסיכונים והסיכויים העיקריים. במקרה זה, היה על העותרים להעמיד את אם הילדה בפני הברירה האם לעשות ניתוח קטן שיש בו סיכון, או ניתוח גדול שאין בו כמעט סיכון כזה. חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהות המעשה. הסכמה שניתנת מחוסר ידיעה אינה הסכמה. כשרופא נשאל על תוצאות טיפול עליו להשיב ולהסביר את כלל הסיכויים והסיכונים.

**המקרים הקלאסיים של משפט ורפואה (העילות לתביעה):**

**1. טיפול רפואי לקוי** – נתבע בדר"כ ברשלנות. המשמעות – הרופא טיפל בחולה בצורה לקויה. עוולת מסגרת, אם הטיפול רשלני נפנה לבדוק רשלנות.

**2. היעדר הסכמה/ העדר "הסכמה מדעת"** – טענת החולה על כך שהרופא בלל לא קיבל ממנו הסכמה על הטיפול הזה (פס"ד דעקה) – רלוונטי לכל שלושת העוולות.

ס' 13 לחוק זכויות החולה מדבר על קבלת הסכמה מדעת ומשליך כאינדיקציה על רכיב זה בעוולת האחרות (פס"ד ועקנין – הפרת חובה חקוקה כאינדיקציה לרשלנות).

ס' 13 (א) "לא ינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה".

(ב) "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע: לעניין זה " מידע רפואי", לרבות-

1. האבחנה והסכות של מצבו הרפואי של המטופל.

2. תיאור המהות, תהליך, המטרה התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע.

3. הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות.... "

4. סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי.

5. עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן )ב(, רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

**דעת הנשיאה ביניש מתי ניתן לתבוע רופאים בתקיפה רפואית:** **דעקה נ' ביה"ח כרמל –** המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. המערערת אושפזה בבי"ח כרמל לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים **ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות**, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. זאת, ככה"נ בעקבות החלטת הרופאים בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. **בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%.** במחוזי תביעתה נדחתה. רשלנות או תקיפה? האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת ומושכלת של החולה, וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, יכלל בגדר עוולת התקיפה?

**הנשיאה ביניש:** רק העדר הסכמה (ממש) יוכל להיחשב לתקיפה ואילו היעדר הסכמה מדעת יוכל להיתבע ברשלנות. בישראל נקבע כי בנסיבות מסוימות הטיפול מהווה עוולה של תקיפה, לכן, יש לפצות על נזק שנגרם לחולה אשר טופל ללא מתן הסכמה נאותה לטיפול, גם אם לא הוכחה הפרת חובת זהירות או קיום קש"ס בין הימנעות ממסירת הפרטים לבין הנזק שנגרם. יש לציין כי התייחסות לטיפול כאל תקיפה מעורר הסתייגות - הרי הטיפול נועד לטובת החולה ואינו מהווה התנהגות אנטי-חברתית. בשל כך, **במדינות רבות** אשר תורת הנזיקין בהן קרובה לשיטתנו, **צמצמו את עוולת התקיפה, ויכירו בה ברפואה רק כאשר:**

1) לחולה כלל לא נמסר מידע על סוג הטיפול הצפוי לו.

2) לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של הטיפול (אם התוצאה רק תתכן שתקרה אבל לא בוודאות – כבר מדובר ב"היעדר הסכמה מדעת" ולא בהיעדר הסכמה).

3) הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.

\*\*\*כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב.

מנגד, במקרים של העדר "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי - בוחנים את עוולת הרשלנות. מגמה זו מסתמנת גם בפסיקה בארץ לאחרונה. את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי, יש להשאיר למקרים קיצוניים המתוארים מעלה.

\*\*כמו כן, ביניש קובעת כי אי מתן מידע על טיפול רפואי מהווה פגיעה באוטונומיה וניתן לתבוע פיצויים בגין פגיעה זו.

\*\*למעשה מכופפת את התקיפה מסוג של אחריות מוחלטת לכיוון אשם. מנגד, פאר נגד קופר מכופף את הרשלנות לאחריות חמורה/ מוחלטת.

**3.** **בחירה בין חלופות** – הרופא התרשל כיוון שהוא בחר בחלופה הלא נכונה. לא הטיפול עצמו רשלני, אלא בחירתו בין החלופות הרפואיות. נתבע ברשלנות.

**הגנות האסכולות:** הגנה מפני בחירה רשלנית בין חלופות - טוענים שהוא בחר בצורה רשלנית, הרופא מבהיר כי יש אסכולה משמעותית בעולם הרפואה התומכת בבחירתו. כך לא ניתן לטעון שהרופא בחר חלופה רשלנית ונותר רק לבחון האם הטיפול עצמו רשלני. מתי רופא יטען שהבחירה היא לא רשלנית? **3 תנאים מצטברים:**

1. האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה. (אין דרישה לרוב.(

2. בחירה ממשית בין אסכולות, ומניעת חוכמה לאחר מעשה. הדוקטור לא יכול להראות שיש שתי אסכולות והוא עדיין עם הישנה כי הבין שיש בה תועלת - עליו להראות שהכיר באסכולות השונות, ולהסביר באופן מושכל מדוע בחר באסכולה מסוימת. להוכיח שמכיר את היתרונות והחסרונות של כל אסכולה...

3. להביא את החלופות לפני החולה להכרעתו, ניתן עם המלצה. זה קשה, מפני שיש חולים שלא ניתן להביא את זה להכרעתם (אלא לאפוטרופסים).

\*רופא שלא הולך להשתלמויות, (המדע מתפתח), יכול להיות בבעיה בהגנה זו.

\*בפס"ד נאמר שזו לא הגנה מוחלטת, ולא הפרמטר היחיד בו יתחשב ביהמ"ש. כי יש מדיניות משפטית ושיקולים נוספים.

**משה נ' קליפורד - אסכולת הרופאים, מבחן הרופא הסביר:** העותרת סבלה מנזק גוף שנגרם לה בהיותה בת 5, כתוצאה מזריקת הרדמה מקומית שהזריק לה המשיב, רופא שיניים, כהכנה לטיפול שיניים. הנזק נגרם עקב הזרקת חומר ההרדמה לתוך עורק וזרימתו לכיוון המוח. זהו אירוע מוכר המתרחש ב10%/-15% ממקרי ההזרקה. התופעות הן השפעות גופניות שונות- במקרה זה מגבלות בגפיים והפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות. הפגיעות ניתנות למניעה ע"י שימוש במזרקים המאפשרים שאיבה מוקדמת (מזרקים שואבים), אך המשיב השתמש במזרק שאינו מאפשר שאיבה מוקדמת. בתקופה בה הדבר אירע, היה מקובל השימוש בשני סוגי המזרקים. במחוזי ובעליון התביעה נדחתה - מכאן הדיון הנוסף. העותרת טוענת כי המשיב התרשל. האם התרשל הרופא בטיפול שקיבלה העותרת? אם כן, האם מתקיים קש"ס משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לה? אם כן, מהו היקף האחריות של הרופא?

**השופט אור**: הרופא לא חרג מהנורמה באותה עת, שכן השימוש במזרק לא שואב היה רווח. עם זאת, קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת, אינה יכולה לחרוץ כשלעצמה את גורל שאלת ההתרשלות. זהו פרמטר חשוב, אך לא הפרמטר היחיד שביהמ"ש יתחשב בו. **במקרה זה הנסיבות מצביעות על כך שהרופא התרשל בהשתמשותו במזרקים לא שואבים**. השיקולים המעידים:הסיכון הידוע מראש מהשימוש בו, כבר היה ידוע שעדיף השימוש במזרקים שואבים, הוראה מפורשת של הוראות היצרן, הזמינות והעלות הנמוכה של המשאבים השואבים.

**קש"ס משפטי בין ההתרשלות לנזק:** גם אם הנזק הראשוני שנגרם לרביד, המערערת, היה הנזק החמור והקבוע - די בכך שהרופא צפה או שהיה עליו לצפות את סוג הנזק. משמע, את תהליך הגרימה הספציפי של היצרות כלי הדם, על תוצאותיו האפשריות, ע"מ לייחס לו אחריות לגרימתו. במקרה זה, הנזק הראשוני היה נזק קל, תופעות הלוואי המוכרות, ואז הגיע הנזק החמור. לכן, הרופא אחראי לנזק הראשוני ברשלנות.

**האם הרופא אחראי לנזק החמור?** **היקף האחריות:** יש כאן דיון בשאלת ריחוק הנזק. במקרה זה נכנס עקרון הגולגולת הדקה - אדם צריך לצפות מראש את עצם הפגיעה ולא את התוצאה מפגיעתו, את ממדי הנזק האפשריים. די בצפיית סוג הנזק. אם מיישמים את כלל זה על המקרה - הרופא אחראי לנזק. הרי על הרופא לצפות את התרחשותו של נזק גוף כתוצאה משימוש במזרק לא שואב. הנזק המאוחר שנגרם לרביד הוא נזק גוף. הטלת האחריות על הרופא בנוגע לנזק החמור מוצדקת גם מפני שמדובר בנזק ידוע וצפוי. על כן, **הרופא אחראי לנזקיה של רביד.**

**הנשיאה בייניש (מיעוט):** כעת השופטים אור, ברק, טירקל ושטרסברג כהן מצטרפים לדעתה. במקרה זה, הטיפול הרפואי שניתן לעותרת לא עומד בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר, על אף ההוכחות שהובאו לעניין הפרקטיקה המקובלת באותה עת.

לא התקבלה הגנת האסכולות. הסיכון בשימוש במזרק הלא שואב היה ידוע, המזרק השואב היה זמין ולא יותר יקר, סוג הנזק היה צפוי.

**דגשים נוספים**

מי הם **התובעים** (כולל עיזבון ותלויים) ומיהם **הנתבעים** (לא רק רופאים ובתי חולים, כולל אחריות אישית ושילוחית, כיסים עמוקים, ביטוח וכו').

**\***בהרבה מקרים מדברים על **רופא פרטי** שמשכיר חדר ניתוח או חדר רופא בתוך ביה"ח ואז **אין** **אחריות שילוחית** על ביה"ח. אך יש מקרים **שמגיע מטופל ומשלם גם לביה"ח וגם למנתח ואלו מקרים בעייתיים** יותר (ניתן לראות בסרט שמשלמים למרדים).

בחינת הקש"ס - לעיתים, למרות קיום עקרוני של העילה, יש אינדיקציה שאין קש"ס.

מגמת הפסיקה – כיפוף תקיפה לכיוון אשם (למשל דעת השופטת בייניש בפס"ד דעקה ) ורשלנות לכיוון של אחריות חמורה. (למשל פס"ד פאר נ' קופר ).



* יש להביא בחשבון גולגולת דקה וריחוק נזק.
* חלוקת נזקים/ אחריות – ס' 11 + 84 לפקנ"ז.
* פגיעה באוטונומיה – גם ללא הרשלנות בטיפול עצמו או עילה אחרת (פס"ד דעקה), אך לא אם ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני על העדר הסכמה מדעת, לגישת השופט עמית.
* העברת נטל ההוכחה – ס' 41 נזק ראייתי. וכן אמירות בפסיקה שלעתים סימני השאלה מספיקים למעבר של מאזן ההסתברויות גם ללא העברת נטל.

**אירועון 16:**

**אירועון 17**

**106. מקרה מבחן: סרטון תחקיר אילנה דיין "הרופאה המרדימה"** – ילדה בת 3 וחצי מתה בניתוח שאמור להיות פשוט. הרופאה המרדימה נרדמת בדקות הראשונות ולא מספיקה להוריד את המינון של ההרדמה. היא ותיקה ונחשבת באופן כללי מקצועית ומומחית בתחום. רופאים מרדימים תמיד חוששים מזה - במיוחד בניתוחי ילדים. האם זו אשמת המערכת שהיא הייתה במצוקה ועייפה? מתריעים גם שאסונות כאלו עלולים לקרות: זה דבר ידוע ויש כאלו שמודים שזה קורה להמון מרדימים. יש כאלו שמכחישים ואומרים שדווקא התנאים של המרדימים נוחים יותר. אבל הרופאה המרדימה עבדה בתנאים לא תנאים באותו שבוע. בנוסף, כפתור הווליום שאמור להתריע במקרה של סכנה לחולה היה מוחלש למינימום. לטענת הרופאה המרדימה כי הרופא המנתח אוהב לשמוע מוזיקה בזמן הניתוח. מחלוקת עובדתית אם הוא ביקש ממנה את זה או לא. המנתח אחראי לזירתו הפרטית (העיניים במקרה זה). בניגוד למה שנדמה לציבור, המרדים הוא האחראי לשלום המנותח באופן כללי. בחרו בניתוח פרטי, אצל המנתח הכי טוב בתל אביב. האחות פתאום מסתובבת למוניטור וקולטת שהמצב בעייתי. הרופאה המרדימה מתעוררת, ומטפלת בחיבורים ולא בילדה - "פעלתי מתוך קבעון מחשבתי". מאבדת ברגעים אלו דקות קריטיות. מזעיקים מרדימים בכירים. מנסים לעשות לה עיסוי לב ולתת טיפול, אבל סימני הנזק המוחי כבר ברורים מאד, ובהמשך יובילו למותה. הוקמה ועדת בדיקה פנימית – אבל ממצאים קריטיים של האירוע לא מופיעים בדו"ח של בית החולים: למשל, למה זה קרה, לא מצוינת ההירדמות, מתן מינון היתר... אילנה דיין טוענת שנח להרבה גורמים להפוך את הרופאה המרדימה ל"שעיר לעזאזל." מאז פסק דין כלשהו בתי החולים מפחדים לשמור ממצאים. האם מאשימה את כל הגורמים במוות. ביה"ח אסותא: מתכסתחים על שעות העבודה של הרופאים וכו'. בין היתר, הגישו תביעת נזיקין נגדם. לא קשור לקייס אבל כדי לא למות מדיכאון – תרמו את איבריה שהצילו אחרים, ונולדה להם בת כעבור שנה.

\*רשלנות - אחריות של ביה"ח ושל הרופאה, מנתח, אחות. הפרת חובה חקוקה- חוק זכויות החולה- 5 ,17 (חובת רישום).

\*האם פזילה נחשבת ניתוח אלקטיבי? לכאן ולכאן... רלוונטי ל'מונע הנזק הזול' של קלברזי.

\*כל מיני דברים לגבי אחריות מוחלטת.

**פרק ט. פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ("פלת"ד") – לימוד עצמי**

אחריות מוחלטת של הנהג כלפי היושבים ברכב והולכי הרגל.

1. אם הנהג עצמו נפגע בתאונה, הוא יתבע את המבטח האישי שלו.
2. נוסע שהיה עמו ברכב ונפגע, יתבע את הנהג, את מתיר השימוש ברכב וכן את מבטח האחריות האישית.
3. אם היו מעורבים בתאונה מס' כלי רכב, לפי ס' 3(א) לחוק הפלת"ד- כל נהג אחראי לנזקים של נוסעיו.
4. נפגע מחוץ לרכב הנפגע ע"י כלי רכב, יתבע את נהג הרכב ואת מבטח האחריות של הנהג. בהעדר ביטוח - יתבע הנפגע את קרנית, אך זו תוכל לחזור אל המשתמש חסר הביטוח/ אל מתיר השימוש ברכב, אם אלו נגועים באשם בנוגע להעדר ביטוח.
5. אם היו מעורבים בתאונה מס' כלי רכב (למשל רכב א פגע ברכב ב' שפגע בהולך רגל) מכוח ס' 3(ב) לחוק, כל הנהגים חייבים כלפי מי שנפגע מחוץ לרכב ביחד ולחוד. בינם לבין עצמם הם מתחלקים בחבות שווה בשווה. במקרה זה רואים כלי רכב כמעורב בתאונה אם בעת התאונה היה מגע בינו לבין כלי רכב אחר/ בינו לבין הנפגע.
6. כשנהג/ נוסע יוצאים מכלי הרכב בו היו מצויים ונפגעים בתאונה, האם הם נחשבים כמי שעשו שימוש ברכבם (ואז החבות על מבטח השימוש ברכבם) או כמי שנפגעו מחוץ לרכב (ואז התביעה היא כנגד הפוגע)? בפס"ד אלראהב נקבע כי המצאות נהג מחוץ לרכב על מנת לבדוק תקלה שארעה בו - נחשבת לפגיעה עקב שימוש. בפרשת אררט נקבע דבר זהה לגבי נוסעת, שיצאה מהרכב בעת שתיקנו פנצ'ר ברכב, על אף שלא לקחה חלק בתיקון ולא נהגה ברכב. אם לא מתקיים קש"ס משפטי בין השימוש שעשה האדם ברכב לבין התאונה- דינו כדין הולך רגל והוא זכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד. הנהגים המעורבים- יש צורך במגע בין הרכב לרכב אחר/ לנפגע וקש"ס משפטי בין מעורבותם לבין התאונה.

מדינת ישראל נ' אלראהב: חייל נהג ברכב בכביש בין-עירוני, רכבו התחמם והוא עצר בשוליים. הוא יצא מהרכב, פתח את מכסה המנוע ואת פקק הרדיאטור. מים יצאו מהרדיאטור, החייל קפץ אחורה לעבר הכביש, ונפגע ממשאית בה נהג המשיב. בשעת התאונה לא היה מגע בין החייל לבין מכוניתו ובין המשאית הפוגעת למכוניתו. ביהמ"ש המחוזי מחק את התביעה מפני שקבע שהחייל נחשב לנוהג ברכב בעת התאונה ולא כ"הולך רגל". מכאן הערעור.

**הנשיא שמגר**: שימוש ברכב כולל עצירת רכב בשוליים לבדיקת תקלה. נהג היורד לשוליים לבדוק תקלה ברכב, חושף עצמו לסכנות האורבות בדרך, בין היתר פגיעה מרכב חולף. הפגיעה בחייל נעשתה עקב השימוש ברכבו, ולכן מדובר בתאונה מעורבת (נקבע שהוא נחשב לנהג. לא להולך רגל). לנוהג שנפגע בתאונה מעורבת אין עילה מכוח החוק, זולת המבטח שלו. הערעור נדחה.

קרנית

**קרן לנפגעי תאונות דרכים** שהוקמה על-פי סעיף 12 לחוק. **גוף סטטוטורי, הממומנת ע"י חברות הביטוח (% קבוע מהפרמיה שהפרט משלם לחברת הביטוח).** הקרן מפצה נפגעים באותם מקרים בהם אדם זכאי עקרונית לפיצוי לפי החוק, אך אין חברת ביטוח שתפצה אותו, למשל בשל הנסיבות הבאות:

א. כשהאדם האחר לא עשה ביטוח והנפגע יכול אמנם לתבוע אותו אך ההנחה שאין לו כסף, כי הוא לא מבוטח. אז ניתן לתבוע את קרנית. קרנית יכולה לחזור בתביעת שיפוי אל הנהג או אל המתיר לנהוג ללא ביטוח. **במקרה כזה ה"סיבוך" לתבוע את הנוהג שכנראה אין לו די כסף יהיה של קרנית ולא של הנפגע.**

ב. תאונת פגע וברח, כאשר לא ברור את מי תובעים.

ג. כאשר חברת הביטוח פשטה רגל /התפרקה.

ד. כשהנפגע מת ולא היה זכאי לפיצויים בהתאם לסעיף 7 .לכן גם עזבונו לא זכאי (יש חריג לסעיף 7(5), בסעיף 7(א). במקרה כזה התלויים, אם ישנם, יוכלו לתבוע את קרנית, בהתאם לסעיף 7ב.

ייחוד עילה

סעיף 8 לחוק:(מי שיש לו עילת תביעה לפי חוק הפלת"ד, לא יכול ללכת עכשיו לפקנ"ז, אלא אם נפגע בתאונה שנעשתה בכוונה על ידי אדם אחר).

חוסיין נ' טורם: התובע נפצע בתאונת דרכים, מאוחר יותר רגלו נקטעה. הוא הגיש תביעה עפ"י חוק הפלת"ד נגד המערער, שנהג ברכב שפגע בו ונגד חסנה כמבטחת. חסנה והמערער שלחו למשיבים הודעה לצד שלישי, בה נטען כי אירעה רשלנות בביה"ח רמב"ם, דבר אשר הפחית את הסיכויים לרפא את פגיעת התובע ונגרמה קטיעת רגלו. לכן טענו כי הם זכאים לקבל מהמשיבים שיפוי/ פיצוי/ דמי השתתפות. **המשיבים הגישו בקשה למחיקת ההודעה, בטענה כי לפי הפלת"ד אין לתובע עילה לתבוע השתתפות צד שלישי.** בימ"ש קמא קיבל את עמדתם. האם הוראת ייחוד העילה שוללת את עצם קיומה של עילת תביעה עפ"י פקודת הנזיקין או שמא היא רק מחסום דיוני? מה דינו של מאורע פלת"ד אשר הנזק בו נבלע בנזק מאוחר שאינו פלת"ד:

**השופט אור:** ס' 4(א) לחוק הפלת"ד מחיל את ס' 76 של פקודת הנזיקין על החוק.

**סעיף 76(2) לפקנ"ז: פיצויים -** 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.

מכאן ש**עפ"י חוק הפלת"ד לנפגע לא קמה עילה לתביעה מפקודת הנזיקין כנגד האחראים לטיפול הרשלני.** כמו כן, לא קמה עילה לשיפוי/ השתתפות כלפי מי אשר אשם מצידו גרם או תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע. משמע - ייחוד העילה היא מחסום דיוני ומהותי.

פיצויים על פי חוק הפלת"ד

**תקרות פיצויים בנזק ממוני ובנזק לא ממוני:** סעיפים 4(א); **תרופה על נזק גוף**.

**תשלומים תכופים:** סימן ב' לחוק; פיצויים שמגיעים מיד לאחר התאונה. להוצאות הדחופות של התאונה. יקוזז אחר כך מהפיצוי הסופי.

**תשלומים עיתיים:** סעיף 6 לחוק; פיצויים שמגיעים בפעימות קבועות. כמו קצבה.

ההגדרה הבסיסית : "מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה".

**1. מאורע –** אותה תקרית שלפי הפסיקה חייבת להיות טראומטית, חד פעמית ובלתי צפויה: לפיכך, כל מיני נזקים אשר נגרמים כתוצאה מתהליך מתמשך שנובע מהשימוש ברכב אינם נכללים בגדר תאונת דרכים. (למשל, נהג טרקטור שיוכיח כי הפגיעה בגבו היא כתוצאה מעבודה מתמשכת על הטרקטור, לא נכנס לפלת"ד). בנוסף, אין הכרח שהמאורע יתבטא במגע פיזי בין הנפגע לבין כלי הרכב המעורב בתאונה. כך תוכר תאונת דרכים בה רכב הנוסע בשביל עפר מעיף אבן הפוגעת בהולך רגל.

רחימי נ' חריזי: אושר רחימי ז"ל עלתה לרכב ההסעות בדרכה ליומה השני בכיתה א' אך נשכחה ברכב עד לסוף היום ונפטרה. הוריה ועיזבונה הגישו תביעה בשתי עילות חלופיות - פקודת הנזיקין וחוק הפלת"ד. המחוזי קבע כי הנסיבות הללו נכנסות תחת "תאונת דרכים" ודחה את התביעות כנגד כל הנתבעים מלבד הנהג, בעלת האוטובוס וחברת הביטוח שלהם. מכאן הערעור. **השופט ריבלין:** החל מהרגע בו הנהג דומם את המנוע הנסיעה הסתיימה. משמע, האירוע לא נכנס תחת הגדרת תאונת דרכים. הערעור מתקבל.

**2. נזק גוף לאדם -** אדם נחשב מגמר לידתו ועד מותו. לכן אם אישה בהריון נפגעה בתאונת דרכים והעובר מת הרי שאין לעובר זכות תביעה. נזק גוף = מוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני, נפשי או שכלי, לרבות פגיעה בהתקן הדרוש לתפקוד אחד מאיברי הגוף שהיה מחובר לגוף הנפגע בעת אירוע תאונת הדרכים. כלומר, גם פגיעה במשקפי ראייה, שיניים תותבות, קוצב לב וכו' נחשב כנזק גוף.

**3. עקב –** קשר סיבתי עובדתי (מבחן האלמלא) + קשר סיבתי משפטי (שלושה מבחנים עיקריים) (פס"ד עוזר):

א. מבחן הזירה **-** בית המשפט עושה אבחנה בין מצבים בהם הרכב שימש זירה בלבד ואז זה לא נכנס לפלת"ד לבין מצבים שהשימוש ברכב הגביר את הסיכון לפגיעה ואז מדובר בתאונת דרכים. הרעיון הבסיסי במבחן הזירה הוא שאם בין הפגיעה לשימוש ברכב לא היה כל קשר אזי הרכב שימש זירה בלבד ואין קש"ס משפטי.\*מבחן האלמנט הזר – מקום בו מעורב באירוע אלמנט זר שהשכיחות למעורבתו נמוכה ונדירה אין מדובר בפלת"ד.

רותם חברה לביטוח בע"מ נ' מזוואי: חייל החזיק נשק ברכב נוסע, נגע בהדק (לא עקב טלטולי המכונית), ונפלט כדור שפגע בטעות במשיב. דיון נוסף - **השופט אור:** "מבחן הזירה" - בוחן עפ"י מבחן השכל הישר האם השימוש ברכב תרם באופן רלוונטי וממשי לקרות הנזק? אם התשובה חיובית ישנו קש"ס משפטי בין השימוש ברכב לנזק שנגרם.במקרה זה התשובה שלילית והערעור נדחה. **השופטת שטרסברג כהן (מיעוט):** נעשה שימוש ברכב לייעודו הרגיל בזמן המאורע, והמאורע אירע תוך סיכון אופייני בשימוש בדרך - הובלת נוסעים על חפציהם. לכן מדובר בתאונת דרכים.

אג"ד בע"מ נ' ינטל: המשיב היה נהג אגד בזמן האירוע **ונגרם לו נזק גוף כתוצאה מחבלה שספג כשביצע סריקה ביטחונית בתוך האוטובוס טרם תחילת נסיעה.** הוא הגיש תביעה לבימ"ש השלום בטענה כי מדובר בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד אך תביעתו נדחתה. בביהמ"ש המחוזי התקבל ערעורו ונקבע כי מדובר ב"תאונת דרכים". מכאן הבקשה לרשות ערעור הנדונה כערעור.

**השופט ריבלין:** מזכיר את הלכת דרואשה - טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/ להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכה המיידית. סריקה ביטחונית לא נכללת בהגדרה זו, היא נועדה להתמודד עם הסיכון הביטחוני - זהו לא סיכון תעבורתי. הערעור מתקבל.

ב. מבחן הסיכון - האם הסיכון שהתממש בפועל, ממנו נפגע הניזוק, נמצא בתחום הסיכון של השימוש ברכב המנועי. הרעיון הוא שלשימוש ברכב מנועי יש תחום טבעי של סיכונים ואם הסיכון שהתממש נופל בתחום הסיכון הזה אזי נגיד שמתקיים קש"ס משפטי ונפצה.

עזבון קואסמה נ' רג'בי: **השופט ברק:** העובדה ששינו את המבחן ממבחן ייעודי לתעבורתי אינה משנה את מבחן הסיכון כמבחן הראוי. אם קודם דיברנו על סיכונים שיש ברכב למטרותיו הייעודיות אזי עכשיו נדבר על סיכונים שיש למטרותיו התעבורתיות. במקרה זה אין קש"ס משפטי והערעור נדחה.

לסרי נ' ציון חברה לביטוח: המערערים שהו בנופש בנביעות, מתחת ליריעה שנמתחה מעל מכוניותיהם שהועמדו ב"ח" והדופן הרביעית נסגרה ע"י סירה. המנוח החליף בלון גז, אירעה דליפת גז ופרצה דליקה שאחזה ברכבים ובדלק בהן. כתוצאה מהדליקה נפטרו חברי המשפחה. כלי הרכב של שני המפרנסים המנוחים מבוטחים אצל המשיבה והם תבעו אותה בסדר דין מקוצר לתשלום תכוף, עפ"י חוק הפלת"ד. ביהמ"ש המחוזי קבע כי לא הייתה כאן תאונת דרכים, מפני שהשתמשו במכוניות כדפנות לסככה וזהו לא שימוש תעבורתי. לכן, נמחקה התביעה על הסף. מכאן הערעור. \*פס"ד מלפני תיקון 8, בו פעלו על פי מבחן הייעוד.

**השופט ברק** **(בדעת רוב):** כל פעולה ברכב הקשורה לייעודו הרגיל והטבעי של הרכב נכנסת תחת שימוש. בכך, פגיעה בשל שריפת דלק היא פגיעה הנובעת מ"שימוש ברכב מנועי" - שכן, סיכון התלקחות הדלק הוא סיכון שכל מכונית נושאת עמה. הערעור התקבל.

**גולדברג ולוין (בדעת מיעוט):** גולדברג טען כי עפ"י מבחן השכל הישר, אין מדובר בשימוש ברכב ולוין טען כי בעת השריפה נעשה שימוש במכונית כקיר ולא כרכב, לכן מקרה זה לא נכנס תחת החוק.

ג. מבחן השכל הישר ***-*** מבחן אינטואיטיבי.

עזבון קואסמה נ' רג'בי:היה מערבל בטון שלמשאבה שלו היה מחובר צינור. המנוח הרים את הצינור, נפגע מקווי מתח גבוה והתחשמל למוות. השופט ברק בהפעילו את מבחן הסיכון תוך שימוש במבחן השכל הישר קבע כי סיכון ההתחשמלות איננו סיכון שנמצא בגדר הסיכון תוך כדי שימוש בכוח המכני של רכב מנועי. במקרה זה אין קש"ס משפטי והערעור נדחה.

**4. שימוש ברכב -** "נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול דרך או תיקון דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו, **לרבות**הידרדרות או התהפכות של הרכב או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב או מטענו תוך כדי נסיעה וכן הינתקות או נפילה כאמור מרכב חונה או עומד, שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו **ולמעט**טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד".

הגדרה זו מחלוקת לשלושה חלקים:

בחלק הראשון: מופיעים מס' שימושים שנכללים כשימוש ברכב מנועי (נסיעה, כניסה וירידה, דחיפה וכו')...

בחלק השני, **לרבות**: מופיעות סיטואציות נקלע אליהן שיכללו בהגדרה ושאינן שימושים אקטיביים ברכב. (הידרדרות הרכב, נפילה של חלק מרכב וכו') החריג "לא תוך כדי טיפול על ידי אדם במסגרת עבודתו" = רוצים להחריג מהגדרת תאונת דרכים את כל התאונות הקורות במוסכים תוך כדי טיפול ברכב שכן אלו בגדר תאונות עבודה ואין צורך להחיל עליהם את ההסדר המיוחד של ת.ד.

בחלק השלישי, **למעט**: פריקה וטעינה כשהרכב עומד. המחוקק רצה לצמצם את ההגדרה ולכן הוציא טעינה ופריקה של רכב עומד. ההנמקה הייתה שבד"כ פריקה וטעינה זה במסגרת עבודה ואז כבר יכול הנתבע להיפרע מביטוח לאומי וממקום עבודתו. אך יש עם הנמקה זו קשיים רבים שכן הרבה מצבים בתאונות דרכים יכולים להיכלל בגדר תאונת עבודה. הפסיקה החמירה והגדירה במסגרת "טעינה ופריקה" גם פעולות לוואי לטעינה ופריקה.

דראושה נ' אררט חב' לביטוח בע"מ: המערער ועובדו עסקו בחפירה בעזרת טרקטור שבבעלות המערער. בחלקו הקדמי וכחלק אינטגרלי ממנו מצויה "כף", ובחלקו האחורי וכחלק אינטגרלי ממנו מצויה "זרוע". תוך כדי משיכת ה"סל" לתוך הכף הקדמית החליק המערער, כנראה משמן או מגריז שהיו על הכף הקדמית, נפל לתוך הכף הקדמית ונפגע בגבו. כל אותה עת פעל מנוע הטרקטור. המערער תבע את המשיבה, מבטחת השימוש בטרקטור.

**השופט ברק:** טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/ להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית. טיפול ברכב רב תכליתי הנוגע לייעוד המשני **לא** מקיים את הדרישה "למטרות תחבורה". כמו כן, לחזקה החלוטה התאונה לא נגרמה עקב "ניצול הכוח המכני של הרכב" (טעינה ידנית). הערעור נדחה.

חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' סולימאן מוחמד: ברכבו של המשיב אירעה תקלה בעת נסיעה והוא עצר בצד הדרך. נוסע שהיה עמו ואדם נוסף עמדו ליד הרכב. בזמן זה, פגע במשיב רכב שעבר במקום. האם בעת הפגיעה הנפגע היה במעמד של נוהג ברכבו (החבות מוטלת על מבטחו שלו) או במעמד של נפגע מחוץ לכלי רכב (החבות מוטלת על מבטחו של הנהג הפוגע)?

**ביהמ"ש:** יש לראות בו כמי שהשתמש ברכבו בשעת התאונה ולכן מבטחו מחויב לפצותו. די בכך שנקבע שהייתה זיקה בין היות התובע מחוץ לרכב לבין מעורבותו בטיפול הפולקסווגן - בין אם דרך התבוננות ובין אם דרך ביצוע. תיקון רכב זה נכנס תחת הגדרת טיפול דרך - תיקון שנעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית ומבצע התיקון אינו אדם במסגרת עבודתו המקצועית. **הערעור נדחה.**

דוגמאות נוספות:

רכב מתחמם, הנהג הולך לבדוק אם יש מספיק מים במנוע והמים הרותחים קופצים לפניו = שימוש ברכב. לעומת זאת, אם ניקית את הרכב ונפלת = לא שימוש.

באמצע הדרך נתקע החלון ונהג לוקח מברג לתקן ונפצע – לא ת.ד. שכן לא נעשה לצורך הקטנת הסיכון התעבורתי.

התנגשות בין שימושים: אירוע המקיים גם את הריבוי וגם את ההמעטה מגלם בתוכו למעשה שתי פעולות. ואם אחת הוכרה במפורש על ידי החוק כשימוש ברכב אזי אין להדירה מהחוק רק משום שהפעולה השנייה איננה בגדר שימוש.

**5. רכב מנועי** -"רכב הנע בכוח מכני על פני הקרקע ועיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית, **לרבות**רכבת, טרקטור, מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מיכני בכביש ורכב נגרר או נתמך על ידי רכב מנוע,  **ולמעט**כסא גלגלים, עגלת נכים ומדרגות נעות".

הגדרה זו מחלוקת לשלושה חלקים: הגדרה בסיסית, חזקה מרבה ("לרבות"), חזקה ממעטת ("למעט).

ההגדרה הבסיסית - רכב = כלי שיש לו גלגלים ומסוגל לנוע ממקום למקום. כוח מכני = היכולת לנוע באמצעות מנוע (להבדיל מכוח פיזי באופניים, עגלה עם סוס וכו'). אין חובה שאכן בשעת התאונה הוא ינוע באמצעות כוח מכני, אלא, רק שתהיה לו היכולת לנוע כך. \*עצם העובדה שזמנית הוצא ממנו המנוע לא מוציא את המקרה מהגדרת רכב מנועי. על פני הקרקע =  
אין חובה שהרכב ינוע צמוד לקרקע, אפשר שחלק מהמסלול יהיה על עמודים שקבועים בקרקע. זו הסיבה שגם רכבלים עשויים להיחשב כנעים על פני הקרקע. עיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית = אם לכלי אחד יש שני ייעודים אז הבדיקה היא כפולה - ראשית, נבדוק האם אחד הייעודים הוא תעבורתי. שנית, יש לבדוק האם הייעוד התעבורתי הוא עיקר ייעודו של הכלי. דוגמאות מהפסיקה: מכבש/בולדוזר/עגורן/קומבאי/מנוף – כל הרכבים הללו מטרתם לעסוק בתעשייה, והובלת אדם/סחורה היא משנית. כלי שעשוע (מתקני לונה פארק) – עיקר ייעודם הוא שעשוע והסעת נוסעים הינה משנית.כלי טייס / שייט – אמנם הם משתמשים בנתיבי המראה יבשתיים אך עיקר ייעודם הוא אחר. מה כן נכלל? משאית מנוף – ברור שהיא משמשת לשינוע והרמת מטענים אבל גם להובלת אדם/מטען ולכן נקבע כי עיקר ייעודה הוא שימוש לתעבורה יבשתית. מערבל בטון – הובלת בטון וערבוב בטון – הפסיקה קבעה כי עיקר ייעודו הוא הובלה.

לרבות - מונה ארבעה כלים: רכבת, טרקטור, מכונה ניידת, נגרר או נתמך ע"י רכב מנועי. רכבת: אין שום סיבה שהרכבת לא תכנס בהגדרה הבסיסית. האחרים מסתבכים: נגרר או נתמך ע"י רכב מנועי – השוני בנגרר: אין לו מנוע, ואין הכרח שייעודו יהיה תעבורתי. לדוגמא: כל המכונות החקלאיות שמחברים אותם לטרקטור כמו למשל מכונה לחיתוך וקציצת קש. ביהמ"ש העליון קובע כי זה בגדר נגרר ולכן נכנס בחזקה המרבה, למרות שאין לה כל ייעוד תחבורתי. מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני על הכביש – אם נשווה בין ההגדרה הזו להגדרה הבסיסית של רכב הרי שכאן חסר "ועיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית". – כלומר, ממכונה ניידת לא דורשים שעיקר ייעודה יהיה שימוש בתחבורה יבשתית אך יש דרישה אחרת וזה **"כשרות לנוע על הכביש**". כלומר אם רכב לא עונה על ההגדרה הבסיסית משום שיש לו שני ייעודים ויעודו העיקרי אינו תחבורתי הרי שיש לבחון האם נכלל תחת ההגדרה המרבה. כאן צריך להוכיח שיש לו יכולת לנוע על הכביש. בתי המשפט פירשו כשרות לנוע על הכביש הן מבחינה פיזית (עגורן לא יכול כי הוא נע על פסים למרחק קצר, כלים אחרים בשל מהירות הנמוכה משלושים קמ"ש) + כשרות מבחינה נורמטיבית – יש להם אישור ממשרד הרישוי. טרקטור –לטרקטור יש שני שימושים: תעבורתי והובלת מטענים חקלאיים. אילו לא היה כתוב לנו במפורש היינו צריכים לבדוק האם הוא נכלל במסגרת ההגדרה הבסיסית (עיקר ייעוד) או במסגרת מכונה ניידת (כבד או איטי וכד'). הגדרה זו פוטרת אותנו מבדיקה כזו.

אטליס נ' ישראלי: המשיבה 3 ביצעה פעולות סלילה וזיפות באיזור שנסגר לתנועה ולכניסת זרים. לשם ביצוע הסלילה הופעל באתר **מכבש אספלט.** בעת עבודת הסלילה, תוך כדי הנסיעה לאחור, פגע המכבש במנוח, ליאונד אטליס שעבד לצד המכבש והרגו. האם מכבש הוא רכב מנועי לפי חוק הפלת"ד?

**השופט אור**: הגדרת רכב מנועי מחולקת ל3: ההגדרה הבסיסית, הוספת כלי רכב שספק הם נכללים בהגדרה ה1 (מצבי ריבוי), בין היתר - "מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מיכני בכביש" ומצבי מיעוט - הוצאת כלים במפורש. במקרה זה, עולה שאלת הכשירות של המכבש לפי מצב הריבוי. הכשירות הנדרשת היא נורמטיבית, משמע תוצאה של רישוי, ולא של אפשרות פיזית. מבחן נורמטיבי כללי - האם ככלל מותר להסיעה בדרך (בין אם נדרש רישיון ובין אם לא)? כלומר, האם מדובר בהיתר חריג? מבחן המהירות המקסימלית - מכונה שאינה עולה על 40 קמ"ש פטורה מרישיון רכב ובכך אינה כשירה נורמטיבית. **הערעור נדחה.**

שפורן נ' תורג'מן: **השופטת פרוקצ'יה:** קורקינט מכני אינו נחשב לרכב מנועי שכן אינו מקיים את דרישת הייעוד "לשמש לתחבורה יבשתית". הוא נועד לשמש כצעצוע לילדים ולבני נוער. לכן, נוסע בקורקינט מכני שנפגע מרכב מנועי בתאונת דרכים, זכאי לפיצוי כהולך רגל, מנהג הרכב הפוגע. פגיעה עצמית בתאונה של משתמש בקורקינט/ פגיעה באחר - לא תחת הפלת"ד.

עזבון המנוח אסולין ז"ל נ' דרויש: האם יש לראות באופניים חשמליים כ"רכב מנועי" לפי הגדרתו בחוק הפלת"ד? (איחדו שני מקרים: ערעור ראשון רוכב אופניים נפגע מרכב, שני – הולכת רגל נפגעה מרוכב אופניים.

**השופט עמית (דעת רב):** אופניים חשמליים אינם נחשבים לרכב מנועי כהגדרתו בחוק. לפיכך, בעת תאונת דרכים בין רכב מנועי לאופניים חשמליים, דינו של רוכב האופניים החשמליים יהיה כדין הולך רגל, והוא יהיה זכאי לפיצויים לפי החוק ממבטח הרכב. בנוסף, הולך רגל שייפגע מאופניים חשמליים, לא יזכה לפיצוי מכוח החוק ועלול למצוא עצמו מפוצה באופן חלקי על נזקיו או להיוותר ללא פיצוי אם לא יימצא מזיק ממנו יוכל להיפרע.

**השופט מינץ:** מסכים עם השופט עמית, אך מנימוקים שונים. לפי פרשנות החוק לאופניים חשמליים יש מנוע עזר חשמלי ולכן לא מונעים אך ורק מכוחם החשמלי.

**השופטת ברק ארז (מיעוט):** סבורה כי אופניים חשמליים הם אכן "רכב מנועי". מעוניינת להכיל הליך חקיקה מתאים כדי להסדיר חריגים לתחולתם של חוק הפיצויים ופקידת הביטוח ב1.1.22.

למעט **–**

1. מדרגות נעות – כי אין מעבר גאוגרפי ממקום למקום. (כך פוסלים גם מעלית).

2. כסא גלגלים ועגלת נכים – מיעטו אותם בגלל שהם כלים הנעים באיטיות ולא רצו להכניס אותם להגדרה ולחייבם ברישיון, ביטוחים ואגרות.

**6. למטרות תחבורה** - אין הגדרה בחוק מהי "מטרת תחבורה", אולם, הפסיקה הגדירה זאת כ"הובלת נוסעים ומטען ממקום למקום". נקודת המוצא היא הרצון לפצות אנשים שנפגעו כתוצאה משימוש למטרות תחבורה. חלק גדול מהרכבים אכן נועדו למטרות תחבורה ואיתם לא תהיה בעיה. אבל מה יהיה עם כלי הרכב אשר לא משמשים לתחבורה: כגון עגורן.  
או כלי רכב "מעורבים" – דוגמת מערבל בטון?

מבחן הייעוד- מטרות התחבורה ייבחנו לפי מבחן הייעוד. כל עוד השימוש בכלי הרכב נעשה במסגרת הייעוד הטבעי והתרחשה תאונה אזי לעניין מתקיים יסוד מטרות התחבורה**. על מבחן זה היו ביקורות רבות ובית המשפט אט אט עבר ממבחן הייעוד למבחן התעבורתי.**

עוזר נ' אררט חברה לביטוח בע"מ: עובד מסייע בטעינתצינור מתכת על משאית עומדת, אשר מוטען באמצעות **מנוף שהוא חלק בלתי נפרד מהמשאית.** בעת הרמת המטען ע"י המנוף (שהונע ע"י הכוח המכאני של המשאית), **העובד נפגע מהמטען המורם ונגרם לו נזק גוף.** האם נזק זה נגרם לעובד "בתאונת דרכים" באופן בו הוא זכאי לפיצויים עפ"י חוק הפלת"ד?

**השופט ברק**: את החזקה המרבה "ניצול הכוח המכני של הרכב" יש לפרש באופן בו היא מכוונת למקרים בהם הרכב הוא "רב תכליתי", אשר מיועד לא רק לנסיעה - אלא גם לפעולות נוספות שלא נכנסות בגדר ההגדרה הבסיסית. במקרה זה הטעינה נעשתה ע"י מנוף שמהווה חלק בלתי נפרד מהמשאית ומופעל ע"י מנוע המשאית - הערעור מתקבל. כיום, לאחר תיקון 8, אנו פועלים לפי המבחן התעבורתי שבא לידי ביטוי בהגדרה הבסיסית ובוחן האם השימוש נועד למטרות תחבורה.

פדידה נ' סהר חברה ישראלית לביטוח: המבקש נכנס למשאיתו בעת שחנתה, כדי לקחת ממנה מצית סיגריות. כשירד מתא הנהג, מעד ונפל. **השופט אור:** אמנם עליה/ ירידה לרכב היא אחד משימושי הלוואי התעבורתיים, אך כדי שתחשב לשימוש ברכב למטרות תחבורה, עליה להיות קשורה בעשיית שימוש ברכב למטרות תעבורתיות. **הערעור נדחה.**

שפורן נ' תורג'מן: **השופטת פרוקצ'יה:** קורקינט מכני אינו נחשב לרכב מנועי שכן אינו מקיים את דרישת הייעוד "לשמש לתחבורה יבשתית". הוא נועד לשמש כצעצוע לילדים ולבני נוער. לכן, נוסע בקורקינט מכני שנפגע מרכב מנועי בתאונת דרכים, זכאי לפיצוי מנהג הרכב הפוגע עפ"י ס' 2(א) לחוק הפלת"ד. פגיעה עצמית בתאונה של משתמש בקורקינט/ פגיעה באחר - לא תהיה תחת חוק הפלת"ד.

החזקות המרבות

גם אם האירוע **לא** נכנס להגדרה הבסיסית של תאונת דרכים, חוק הפלת"ד מונה עוד שלוש חזקות חלוטות, אשר עדיין יכניסו את האירוע לחוק הפלת"ד (אלא אם החזקה הממעטת מתקיימת), החזקות נמצאות בס' 1 לחוק**:**

1. מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של רכב שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, או אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץ לרכב. (פרשת לסרי - רכבים בח', דליפת גז מהבלון גז ושריפה).
2. מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום אסור. **אין הכוונה לחניה במקום שיועד לנכים, כאשר החונה אינו נכה,** אלא לחנייה שיש בה סיכון תחבורתי.
3. מאורע שנגרם **עקב ניצול הכוח המכני של הרכב** - ובלבד שבעת השימוש (כאמור) **לא שינה הרכב את ייעודו המקורי**. למשל, אם לטרקטור הורידו את גלגליו, הוא לא מקיים את ייעודו התחבורתי וזה שינוי של ייעוד מקורי.כאן משתמשים במבחן הייעוד.

עזבון קואסמה נ' רג'בי:היה מערבל בטון שלמשאבה שלו היה מחובר צינור. המנוח הרים את הצינור, נפגע מקווי מתח גבוה והתחשמל למוות. השופט ברק בהפעילו את מבחן הסיכון תוך שימוש במבחן השכל הישר קבע כי סיכון ההתחשמלות איננו סיכון שנמצא בגדר הסיכון תוך כדי שימוש בכוח המכני של רכב מנועי. במקרה זה אין קש"ס משפטי והערעור נדחה.

כהן נ' הפניקס: בקדמת רכב מסוג ג'יפ הותקנה כננת, שנועדה לחילוץ עצמי של הרכב. המערער 1, קטין, ואחרים ניסו – במסגרת משחק – להפעיל את הכננת ולגרור את הרכב בעת שחנה בחצר הבית. כתוצאה מכך המערער 1 נפגע קשות בידו. בערעור למחוזי נקבע כי לא התקיימה ההגדרה הבסיסית לתאונה: הרכיב "למטרות תחבורה" והחזקה החלוטה "ניצול הכוח המכני של הרכב" אינה חלה כאן כי לא מדובר ברכב דו-תכליתי. מכאן הערעור.

**השופט ברק:** מטרת השימוש בכננת היא לגרירה, משחק ילדים אינו גורע מכך. נחיצות הגרירה לא רלוונטית להגדרה.נחשב פלת"ד.

החזקה הממעטת = החוק קובע חזקה אחת אשר ממעטת ומוציאה את המאורע מגדר חוק הפלת"ד.

"לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון **כדי** לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם על ידי המעשה עצמו ולא על ידי השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי" (ס' 1 לחוק, הסיפא.)

לקיום החזקה נדרשים שני תנאים מצטברים:

1. המאורע אירע כתוצאה ממעשה מכוון. החזקה הממעטת אינה דורשת התקיימות תוצאה מסוימת (פגיעה בפועל), די בכוונת מחולל התאונה לגרום לנזק.
2. המעשה נעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו/ לרכושו של "אותו אדם".

\*\* לחזקה מתלווה **תנאי מסייג:** אם המעשה נעשהע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב מנועי זה כן פלת"ד. **נטל ההוכחה על הנתבע.**

עזבון המנוח לזר נ' רשות הנמלים והרכבות: המנוח, שעיזבונו הוא המערער, נשכב על פסי הרכבת במטרה להתאבד ונדרס למוות ע"י הרכבת.הערעור: האם האירוע נכנס לגדר החזקה הממעטת בהגדרת תאונת דרכים בס' 1 לחוק?

**השופט אור**: נפגע שגרם לתאונה במתכוון, אינו זכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד. התאבדות על פסי רכבת אינה מהווה תאונת דרכים על פי חוק, לכן תלויי המנוח אינם זכאים לפיצוי מכוח חוק הפלת"ד.

כלל חברה לביטוח בע"מ נ' כהן נח: המשיבה טענה כי שוד הדרכים שעברה מהווה "תאונת דרכים". המשיבה עצרה את רכבה, מבלי לדומם את המנוע, ליד בית חברתה כדי שזו תרד מהרכב. השתיים הותקפו ע"י שלושה צעירים חמושים באולרים, אלו השליכו אותן מהרכב, חטפו את הרכב ונמלטו.

**השופט ג'בראן**: לא נגרם כאן נזק גוף כתוצאה משימוש הרכב, כלי הרכב שימש כזירה להתרחשות המאורע המזיק. חלה כאן החזקה הממעטת, המוציאה מגדר החוק סיכונים של שימוש ברכב, שאינם נובעים באופן טיפוסי בשימוש ברכב למטרות תחבורה. הנזק נגרם כתוצאה ממעשה מכוון של תקיפת הגנבים.

**דינו של צד ג' שנפגע כתוצאה ממעשה מכוון:** לפי השופט אור, החזקה חלה על כל ה"שחקנים הפוטנציאלים" בתאונה מכוונת, ביניהם צד ג'. עם זאת, השופטת שטרסברג-כהן טענה כי יש להשאיר זאת בצ"ע.

סוגיות שונות בפלת"ד

משוללי זכאות בפלת"ד:

**7. הגבלת זכאותם של נפגעים -** נפגעים אלה אינם זכאים לפי חוק זה:

(1)  מי שגרם לתאונה במתכוון; לפי ספרו של ריבלין, מעשים מכוונים שאינם שוללים זכאות לפיצויים כוללים את הכוונה לבצע מעשה בהקשר לשימוש ברכב, תוך מודעות לסיכון שבו, אך בלא כוונה לגרום לתאונה - למשל, הרצון להימלט מרכב נוסע בשל חשש מסכנה. כמו כן, כוללים מעשה מודע שבא מתוך רצון לבצע פעולת הצעה, מעשה מכוון שבוצע ע"י מי שלא ניתן לייחס לו אחריות למעשיו/ הבנה של טיב משהו ואף מי שעשה מעשה מכוון לנזק רכוש, אך מדובר בנזק משני.

(2)  מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות), תשכ"ד-1964, וכן מי שהיה מצוי ברכב ביודעו שהנוהגים בו כאמור;

(3)  **מי שנהג ברכב כשאין לו רישיון לנהוג בו,** למעט רישיון שפקע מחמת אי תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו'1 לחוק ההוצאה לפועל.

קרנית נ' מגדל: ס' 7(3) יחול רק על הפרת תנאי או הגבלה בדרגת הרישיון שעניינה סוג הרכב שהנהג נוהג בו (מאפיינים פיזיים) - תנאים אלו יכולים לנבוע מתקנות התעבורה או מהגדרת הרכב בתקנה 1 לתקנות (למשל משקל) ולא על תנאים סטטוטוריים/ אינדיבידואלים.

פס"ד ספיאשווילי, נהג חדש הנוהג ללא מלווה זכאי לפיצויים על פי חוק הפלת"ד**.**

(4)  מי שהרכב שימש לו, או סייע בידו, לביצוע פשע; לפי ספרו של ריבלין, השלילה אינה מוגבלת רק לנוהג ברכב, אלא גם כלפי השותף לפשע שהרכב שימש לביצועו או שהרכב סייע לביצועו. נדרשת מודעות הנפגע לעובדה שהרכב שימש/ סייע לביצוע פשע על מנת שתישלל הזכאות לפיצויים. הכוונה כאן היא לביצוע פשע מעבר לשימוש ברכב עצמו - מי שנהג ברכב בדרכו לבצע שוד בבנק/ בעת הימלטותו לאחר ביצוע השוד, תשלל זכאותו לפיצויים אם יפגע בתאונת דרכים. אם שודד מנסה לתפוס מונית ונפגע - לא תשלל זכאותו, כי המונית לא שימשה לשוד.

(5)  מי שנהג ברכב ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח, או כשהביטוח שהיה לו לא כיסה את שימושו ברכב;

(6)  בעל הרכב או המחזיק בו, שהתיר לאחר לנהוג ברכב כשאין לו ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה ושנפגע בתאונת דרכים שאירעה באותה נהיגה, בין בהיותו ברכב ובין מחוצה לו.

קרנית נ' פרח: פרח ביקש מחברו תפאל לנהוג ברכב החברה שלו כי הוא עייף. תפאל נהג ועשה תאונה בה נפגע פרח. הסתבר כי לתפאל אין רשיון נהיגה ולכן סירבה חברת הביטוח לפצות את פרח. גם החברה סירבה לפצות בהתאם לסעיף 7(6) לחוק הפלת"ד – אין היא חייבת בפיצויים. המחוזי קבע כי קרנית צריכה לפצות את פרח שכן לא ידע ולא היה סביר שידע שלתפאל אין רישיון. מכאן הערעור. **השופט חשין:** פרח לא נהג כאדם סביר ויש להחיל את הוראת סעיף 7(6) לחוק לפיו הוא אינו זכאי לפיצויים. הערעור נדחה.

7א. זכאותו של נוהג בהיתר לתבוע פיצויים: על אף האמור בסעיף 7(5), מי שנפגע כשנהג ברכב בהיתר מאת בעליו או את המחזיק בו, ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח, או כשהביטוח אינו מכסה את שימושו ברכב, **והוא לא ידע על כך ובנסיבות העניין גם לא היה סביר שיידע,** יהא זכאי לתבוע פיצויים מן הקרן כפי שזכאי לכך נפגע לפי סעיף 12(ב).

דינם של תלויים: (סעיף 7ב' לחוק): **זכאותם של תלויים לתבוע -**

7ב.  תלויים בנפגע יהיו זכאים לתבוע פיצויים לפי חוק זה גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך לפי סעיף 7, ואם היו תלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את החבות הנדונה, יהיו זכאים לתבוע כאמור מן הקרן.

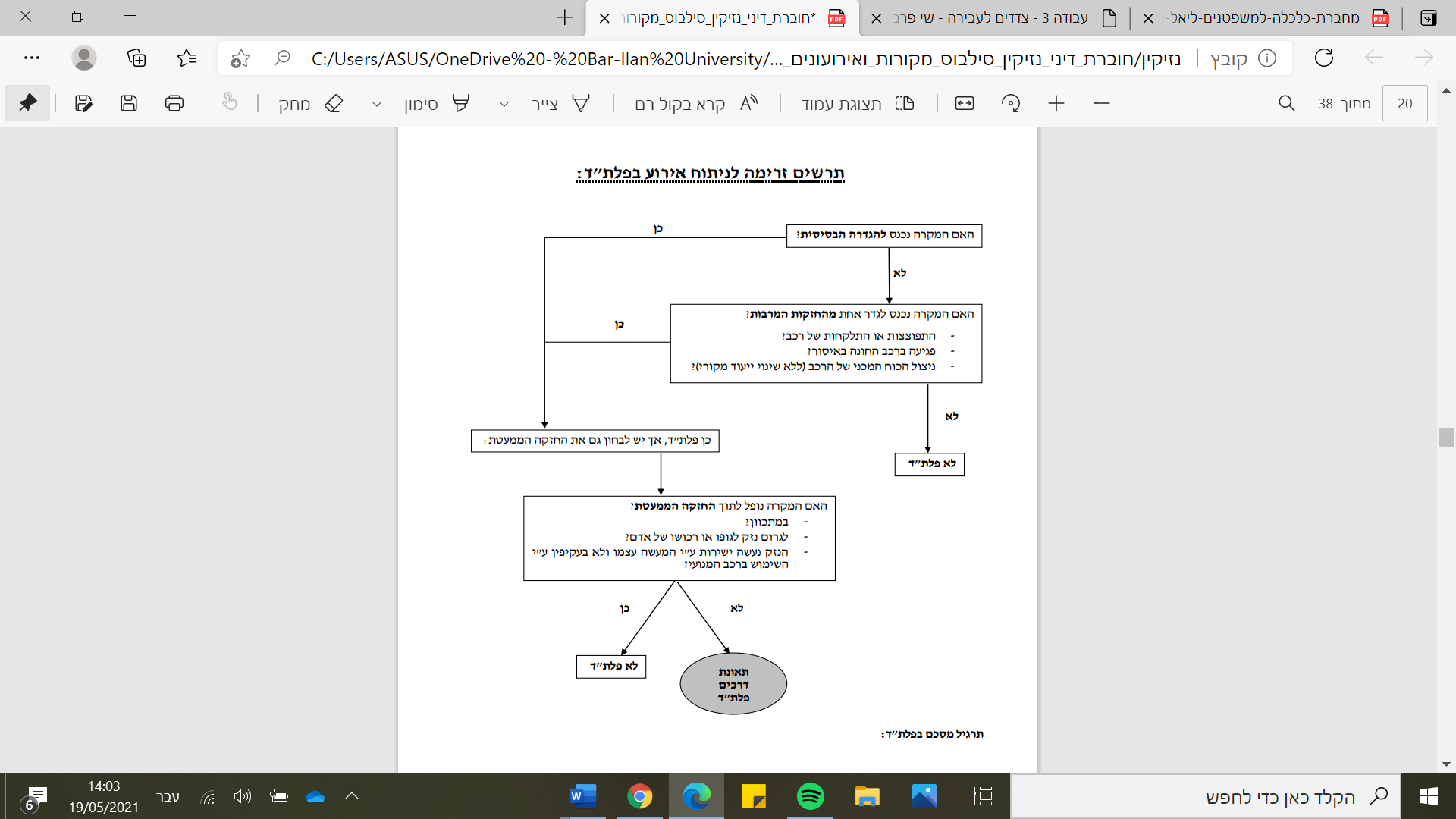
(בפס"ד עזבון המנוח לזר, נקבע כי התאבדות על פסי רכבת נכנסת בגדר החזקה הממעטת ולכן החוק אינו חל עליה. בשל כך, התלויים אינם זכאיים לפיצויים מכוח חוק הפלת"ד.)

זכות החזרה (שיפוי/ השתתפות): (ס' 9 לחוק):

(א) מי ששילם פיצויים המגיעים לפי חוק זה, לא תהיה לו זכות חזרה על אדם אחר החייב בפיצויים לפי חוק זה, זולת הזכות לחזור על אחד מאלה:

1. מי שאינו זכאי לפיצויים לפי ס' 7.
2. מי שאין לו ביטוח לפי פקודת הביטוח, או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה, למעט מי שהיה לו ביטוח שנתי שתקפו פג תוך 30 יום לפני התאונה.
3. בעל הרכב או המחזיק בו כאמור בסעיף 7א.

(ב) חבותו של מי שחוזרים עליו לפי סעיף קטן (א) תהיה לפי פקודת הנזיקין.       (ג)   אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בזכות החזרה של מעורבים בתאונה לפי סעיף 3(ב) בינם לבין עצמם.



**תרגיל מסכם בפלת"ד:**

**פרק טז. תקיפה וכליאת שווא**

עוולת התקיפה היא עוולה פרטיקולרית, מגנה על אינטרס ספציפי - שלמות הגוף. פס"ד גורדון קבע כי אין מניעה מבחינה משפטית שאירוע מסוים יחסה תחת מס' עוולות, לכן ניתן לעבור מעוולה פרטיקולרית לעוולת מסגרת, כאשר יסודות העוולות חופפים. עוולת התקיפה משקפת משטר של **אחריות חמורה** כי אין צורך בהוכחת נזק. מקל על ההוכחה.

116. סעיפים 23-24, 26-27 לפקנ"ז.

**יסודות התקיפה:**

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.

1) שימוש בכוח - מכל סוג שהוא, לרבות שימוש בחום, באור, בחשמל, בגאז, בריח או בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק. לאו דווקא משהו פיזי. יכול להיות גם נגיעה מסוימת אם היא הייתה ללא הסכמה. אין צורך במידת כעס.

**\*ניסיון או איום:** יסוד חלופי ל'שימוש בכח':

תובעים על ההתנהגות ולא על התוצאה, לכן גם הניסיון לבצע התנהגות מקים חבות. האיום משפיע על המאוים.

**\* מעשה או תנועה:** אמירה שנעשתה בהקשר מסוים או בנסיבות מסוימות. נסיבה יכולה להיות גם זהות האדם שאומר אותה. (לדוג', סימן של שחיטה).

**\* כוח נגד גופו של אדם:**

**\* המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו:**

* + - 1. כלומר ידיעת המאיים על האיום. לדוג' איום על אדם ישן לא יחשב איום כי האדם לא ידע.
      2. המאוים האמין שיש למאיים יכולת וכוונה לבצע את האיום.
      3. טעמים סבירים **–** האם אדם המאוים באותן נסיבות סביר שיחשוב שהאיום יתקיים.
      4. אותה שעה -כלומר באותו הרגע של האירוע ולא לאחר מכן.

2) במתכוון- צריך להוכיח שהתוקף **התכוון** להשתמש בכוח. לא לתוצאה. חריג בנזיקין: כי במרבית העוולות אין דרישה ליסוד נפשי. חריג נוסף: עוולת התקיפה אינה דורשת נזק (גם בחוק איסור לשון הרע אין דרישת נזק). דרישת הכוונה באה להוציא מקרים רשלניים, שלא כל שימוש בכוח יחשב לעוולת התקיפה. זו הסיבה שנמנעים לקבל את עוולת התקיפה במקרים של רשלנות רפואית.

3) נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת. לא כנגד רכוש.

4) במישרין או עקיפין: במישרין = נגיעה פיזית, בעקיפין = כל מעשה המכוון לגרום למגע פיזי של חומר/ חפץ עם גופו של האדם (לשים חפץ בדרכו של אדם בכוונה שיתקל בו/ לדחוף משהו שייפול על מישהו ברחוב).

5) שלא בהסכמת האדם, או בהסכמתו שהושגה בתרמית. \*ילד מתחת לגיל 12 לא יכול להסכים לתקיפה מכוון שעל פי חוק כתוב שהוא לא כשיר לקבל החלטות (ס' 12 לפקודת הנזיקין).

**הגנות ספציפיות לעוולת התקיפה (ס' 24):**

**1. הגנה עצמית:** ארבעת יסודות (לפי פס"ד שלהא):

א) התגוננות מפני שימוש בכוח על ידי התובע - מספיק איום בשימוש בכוח.

ב) השימוש בכוח של הניזוק היה לא כדין.

ג) הנתבע לא חרג במעשהו ממידת הנחיצות הסבירה למטרת ההגנה.

ד) יחס סביר בין הנזק שנגרם לתובע לנזק שהיה עלול להיגרם לנתבע (ולא הנזק שקרה בפועל).

* + - * + יבחן בקנה מידה של אדם הנתון באותו הלחץ.
        + פס"ד שלהא - אין חובה לסגת מהמקום כאשר שימוש בכוח הוא מצומצם וסביר.
  1. **הגנה על מקרקעין:** 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;
  2. **הגנה על מיטלטלין:** 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;
  3. **ביצוע צו:** 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;
  4. **לקוי בשכל או בנפש:** 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;
  5. **משמעת צבאית:** הנתבע והתובע היו שניהם חיילים בצבא-הגנה לישראל, והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי אותו דין;
  6. **תום לב:** 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 בדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה.

117. שהלא נ' בן-שבת – (תקיפה רגילה): המערער הוא קבלן בניה, שעבד בתחנת הכוח של חברת החשמל. המשיב עבד אצלו כפועל. ביום האירוע, הקבלן הגיע בחצי שעה איחור לאתר הבניה וראה כי המשיב ופועל נוסף עדיין לא התחילו לעבוד. הקבלן גער בפועל הנוסף ובתגובה המשיב אמר לחברו הפועל שלא יקשיב לקבלן. ישנן גרסאות סותרות על המשך האירוע, השופט בבימ"ש קמא שיער כי הקבלן התרגז, ניגש למשיב, והשניים החלו לקלל זה את זה. ככה"נ המשיב הניף את הפטיש שבידו, הקבלן סובב את ידו עד שהוציא את הפטיש והמשיב נפל במהלך ההאבקות. הקבלן טען להגנת ההתגוננות, אך טענה זו נדחתה והוא הואשם בתקיפת המשיב, תוך אשם תורם מצד המשיב.

**השופט ברנזון -** במקרה זה חוסה על הקבלן ההגנה העצמית, ~~ויסודות התקיפה שלא כדין, סכנה מיידית ומוחשית, דרישת הנחיצות ודרישת הסבירות מתקיימים.~~ יש לבחון את סבירות המעשה לפי קנה מידה של אדם בלחץ, שעליו להחליט באותו רגע. **כמו כן, אין חובת נסיגה מוחלטת** - אדם לא חייב לברוח כדי לא להתגונן בחזרה. בבית/ בעבודה- אדם רשאי להגן על עצמו. הערעור מתקבל.

118. אלון נ' חדד: המשיב ירה לעבר המערער. גרסת המשיב - שהה בבית הוריו ושמע רעשים בקומה התחתונה. כשירד ראה דמות מתעסקת עם החלון, הוא נטל רובה M16 (משירותו הצבאי) ומכשיר טלפון. עלה לגג ומשם ראה 2 גברים ליד החלון. כמו כן, התקשר למשטרה לדווח על פורצים. המשטרה לא הגיעה, המשיב התקשר לבדוק מדוע וראה כי הגברים החלו לרוץ, אחד מהם לכיוון השכנים. המשיב צעק לו "עצור או שאני יורה", ראה שהרים את ידיו ויש לו חפץ, חש מאוים וירה בו. למערער נגרם נזק גופני. המשיב טען כי ירה בו לפני הגעת המשטרה, אך המשטרה שמעה את היריות לאחר שהגיעו למקום. גרסת המערער - בילה עם חברו בנתניה והשניים התכוונו ללכת לנערת ליווי, אותה פגש המערער לפני כן. הם הלכו לביתה בשביל הנמצא בשטח פתוח ולפתע נורו לעברם יריות.

למערער נקבעו 61 % נכות. הוא הגיש כנגד המשיב והמדינה תביעה נזיקית בטענה לעוולת התקיפה ואחריות ישירה או לחלופין שילוחית של המדינה לנזקי המערער, שכן הרובה שייך לה. מנגד, המשיב הגיש תביעה כי המערער גרם במעשיו להתפתחות האירוע ולכן הוא אחראי לנזקים שנגרמו למשיב, כולל נזקים נפשיים.

**השופטת ארבל -** עפ"י פקודת הנזיקין, כשמושא ההגנה הוא רכושי, על בעל המקרקעין לפעול בסבירות ולהפעיל כוח רק בהעדר אמצעי אחר. כאן המערער פעל בסבירות (פנה קודם למשטרה) ובחר באמצעי מידתי. חובת ההימלטות אינה מוחלטת, במיוחד כשאדם נמצא במקום שיותר משויך אליו.

119. ארגמן נ' חפצדי – (תקיפה מול מעשה גמול): במהלך טיול שנתי של כיתות ח', צבע המשיב את בגדיו של המנוח, אייל ארגמן ז"ל. המנוח הבין כי המשיב עשה זאת, לכן קילל אותו ודחף אותו. המשיב לא הגיב למעשה, עד שילדים שהיו בסמוך קינטרו אותו וקראו לו "פראייר" על שלא הגיב. בעקבות זאת, המשיב נתן למנוח מכת אגרוף באיזור הבטן והחזה, וכתוצאה ממנה המשיב נפל ארצה ואיבד את הכרתו. הילדים לא התייחסו לכך מספר דקות, לאחר מכן קראו להורה מלווה שתפקידה הוא אחות. היא לא נקטה בפעולות החייאה והסיוע שהגישה לא עזר. חובש מהחברה להגנת הטבע שהגיע למקום, ביצע פעולות החייאה אך ללא הועיל. המערערים הם הוריו של אייל ועזבונו, תבעו את נזקיהם מהמשיבים (חפצדי, ביה"ס ומשרד החינוך) ותביעתם נדחתה. מכאן הערעור.

**השופט אור -** במקרה זה לא מתקבלת טענת ההגנה העצמית, שכן המשיב הגיב על תקיפה קודמת ולא פעל מתוך חשש לתקיפה נוספת. זו כבר פעולת תגמול.

**אירועון 21:** התובע = הפורץ. הנתבע = הגנב.

היסודות:

* + - 1. **שימוש בכוח** - שימוש בגז מדמיע.
      2. **במתכוון** - הייתה כוונה לאור התכנון המקדים שניתן לראות מנתוני האירוע וגם מהדברים שנאמרו לאחר האירוע.
      3. **נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת** - ריססו את פניו.
      4. **במישרין או בעקיפין –** באירועים מתואר שהשניים השתמשו בגז פלפל ולכן זו תקיפה עקיפה.
      5. **שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית –** ניתן להבין באופן ברור שהפורץ הופתע ולא הסכים לריסוס ולאחר מכן אף ביקש סליחה כדי שלא יעשו זאת שוב.

הגנות:

* + - 1. **הגנה עצמית** – אין.
      2. **הגנה על מיטלטלין** – לא מתקיימת מכוון שהוא לא לוקח בכוח והם לא ביקשו שלא ייקח.

**(8)** תוספת לארועון – הגנב צועק לשניים "חכו חכו אני אראה לכם מה זה". \*תביעת נגד מצד רפי ורשף.

**\*ניתוח אירוע:**

1. **זהות הצדדים לתביעה, כלל הנתבעים והתובעים הפוטנציאלים:** גופים גדולים, רשויות מקומיות, בתי חולים, כיס עמוק וכו'. צריך לציין ליד כל נתבע את סוג האחריות - אחריות אישית או שילוחית (מעסיק, קרה בתחומו וכו'). מוסדר בס' 13,14 לפקודה. יש להגדיר אחריות אישית ואז אחריות שילוחית.
2. **נציין באיזה עוולה מדובר**: אפשר לתבוע ביותר מעילה אחת - נזיקית, חוזים. החריג - חוק הפלת"ד, לפיו אם נזק גוף נכנס לתאונת דרכים, ניתן לתבוע אך ורק דרכו.
3. **הגנות**: ספציפיות וכלליות. תלוי בעוולות.
4. **סיכויי התביעה**: כאן נעלה ספקות, מחד ומאידך. נציין פסיקה רלוונטית ומסקנה מסוימת. 2-3 שורות בסוף ניתוח האירועון.