**פרק א': מבוא כללי ונוסחת האחריות הנזיקית**

יום שני 19 אוקטובר 2020

**השלד הראשוני של נוסחת האחריות הנזיקית**

**ניזוק=תובע**

**מזיק = נתבע**

**אירועון 1:**

**ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר:**

*שמואל מלך עשה לתומו הליכה בפארק, לפתע התנפלו עליו במשך כעשרים דקות שלושה כלבים שנגסו חלקים מגופו וגרמו לו לנכות צמיתה גבוהה. הוכח, באמצעות עדי ראייה, כי לפחות שניים מבין שלושת הכלבים הללו שייכים לגב' ורדה וד"ר ריצ'רד קורנהויזר, והכלב השלישי היה, ככל הנראה, כלב רחוב.*

 **מלך רוצה לתבוע את הזוג קורנהוייזר - האם הייתי מקבלת את התביעה?**

סוגי מעוולים והשפעת על חלוקת הנזק:

1. **מזיקים במשותף** –שפעלו יחד לביצוע העוולה והם אחראים על כל הנזק ביחד או לחוד.
2. **מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן להפרדה**- אחראים על כל הנזק יחד או לחוד. (הזוג קורנהוייזר).
3. **מזיקים בנפרד שגרמו נזקים נפרדים** – ביהמ"ש יפצל את חלוקת הנזק. כל אחד יהיה אחראי לתשלום פיצוי על הנזק שגרם.

ברגע שביהמ"ש רואה שהנזק ניתן לחלוקה בין המזיקים, כל מזיק יפצה על החלק היחסי שלו. ברגע שביהמ"ש מחליט שהנזק לא ניתן לחלוקה, כל מזיק ישלם את מלוא הנזק. המחלוקת בפס"ד קורנהוייזר היה אם הנזק ניתן לחלוקה או לא ניתן לחלוקה.

עולות שתי שאלות מרכזיות מן המקרה:

1. **שאלת האחריות:** האם ישנה אחריות לבני הזוג להשגיח על כלבם?
2. **שאלת הסיבתיות:** אולי הכלב העזוב עשה את רוב הנזק? ולכן אולי ניתק הקשר סיבתי בין הנזק שנגרם למלך לבין התקיפה של הכלבים אשר בבעלותם של הזוג.

בפס"ד קורנהוייזר מופיעות 2 גישות:

1. **השופט בך (מיעוט): גישת ההסתברות**, אם מדובר בשלושה כלבים בעל כוח שווה כל כלב שווה לשליש מהנזק. לכן על קורנהוייזר לשלם 2/3.
2. **לוין (דעת הרוב): גישת הסיבתיות**, אותו נזק היה נגרם גם לולא הכלב העזוב לכן יש להטיל את כל האחריות על קורנהוייזר. למרות שהכלב הנוסף עשה חלק גם בלעדיו היה נגרם הנזק. (במיוחד אם מדובר בכיס עמוק, לא נכתב בפס"ד אך שמואלי טוען שזה שיקול).

**כיווני חשיבה שונים:**

* 1. **רק מעשה או גם מחדל ?** (מחדל - אי ביצוע פעולה שנחוץ לעשותה על מנת למנוע נזק).
		1. האם מחדל מחייב באחריות נזיקית? למשל לא שמרו על הכלב לכן זה מחדל, עוד לא נחקק חוק לגבי כלבים משוחררים ולכן גם כשזה לא הפרה של חוק אפשר להאשים במחדל.
	2. **מי אחראי על הנזקים ויכול להיתבע?**
		1. עוברי אורך שלא מנעו את הנזק - האם אנחנו מצפים מאנשים להסתכן בעצמם?
		2. הבעלים של הכלב?
		3. העירייה - האחריות על הכלב המשוטט? (מהי העלות הכלכלית של החלטה שאחריות היא של העירייה).
		4. אחריות הכלב העזוב?
		5. האם האחראי על הנזק הוא רק מי שעשה באופן ישיר? ס' 12,13,14 לפקודה.
	3. **חלוקת הנזק**
		1. אולי לא ניתן לחלק את האחריות האם התביעה תיפול?
		2. האם יכול להיות שצריך לחלק את האחריות בין כולם?
	4. **קשר סיבתי -**
		1. אולי הכלב העזוב גרם לכל הנזק ולכן אין קשר סיבתי בין הנזק לתקיפה של הכלבים. וגם אם יש קשר סיבתי האם צריך להטיל את כל האחריות.
		2. האם העובדה שהכלבים משוחררים היא זו שגרמה לנזק או הנזק היה נגרם גם ללא הכלבים של קורנהויזר. לדוג' הכלב העזוב היה עלול לתקוף לבד.

האם למלך יש תרומה לנזק "**אשם תורם**" - יש מקרים שגם לך יהיה חלק בנזק של עצמך ולכן הפיצוי יקטן. **לדוגמה**: קיצרתי את הדרך דרך אתר בנייה וניזוקתי, גם לי הייתה אחריות. במידה וביהמ"ש יקבע שיש אשם תורם מצד הניזוק יפחיתו את החלק שתרם לנזק מהפיצויים המגיעים לו.

* 1. **השפעת מקום האירוע -**
		1. אם השגתי גבול עדיין אוכל לתבוע מישהו על שנפגעתי בשטח שלו?
	2. **על אילו נזקים ניתן לקבל פיצויים?**
		1. נזקים גופניים?
		2. נזקים נפשיים?
		3. נזקים ישירים או עקיפים (דוגמא לעקיף - בגלל הנזק לא יכול לעבוד).
	3. **האם יש אפשרות לתבוע אם אין נזק?**
		1. לדוגמה: שני כלבים משוחררים שלא גרמו לנזק אבל ישנה רשלנות שהם נמצאים בחוץ. הם ניתן לתבוע את הבעלים?
		2. מה חשוב, המעשה שהוא לא בסדר (העוולה) או הנזק? - **לא ניתן לתבוע על נזק ללא עוולה אבל האם ניתן לתבוע על עוולה ללא נזק?**
	4. **האם ניתן לתבוע על מניעת עוולה עתידית שעלולה לגרום לנזק**. כלומר מניעת נזק עתידי (לפעמים כן בעזרת צווי מניעה).
	5. **שיקולי ביטוח**
		1. דוגמה - אם הביטוח משלם אז למה שגם המזיק ישלם? עלול להיות פיצוי כפול.
	6. **שיקולי מדיניות -**
		1. זהו מקרה הנתון לשיקול הדעת השיפוטי בשל כך שהכלב השלישי הוא ללא בעלים. מי יישא בנזק שגרם? שאלה זו תיפתר בעזרת מטרות דיני הנזיקין. כלומר, המזיק יישא בשיעור גבוה מהנזק שגרם רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם אחת מהמטרות.
			+ צדק מתקן - אולי לא צריך לשאת באחריות של הכלב העזוב מכוון שהוא צריך להחזיר את המצב לקדמותו רק ייחס לנזק שהוא עשה. **השבת המצב לקדמותו כלפי הניזוק והמזיק.**
			+ **צדק חלוקתי** - אולי כן יהיה צודק שיישאו בנזק של הכלב העזוב, כי הם עשירים.
			+ **הרתעה -** אולי כדי להרתיע בעלי כלבים אחרים.
			+ **פיצוי -** אולי כחברה נהיה מעוניינים בפיצוי מלא לניזוק.
	7. **השפעת מות אחד הצדדים:**
		1. האם קרובי הניזוק שנפטר יקבלו את הפיצויים?
		2. האם הניזוק יקבל כסף מהקרובים של המזיק שנפטר?
	8. **הגנות אפשריות?** ישנן לא מעט סוגי הגנות בהם יכול להשתמש הניתבע.
		+ - בתאונות דרכים יש חוק שקובע שניתן לחייב את חברת הביטוח לשלם את הנזק לפני סיום התביעה ורק במידה ובסוף התביעה לא הוכחה אשמה, חברת הביטוח מחזירה את הכסף. זאת על מנת להקל על התובעים אשר זקוקים לכסף, אבל משפט הוא תהליך ארוך מאוד.

**ההיסטוריה של דיני הנזיקין**

יום שני 23 נובמבר 2020

מהיכן צמחו דיני הנזיקין? **שתי גישות:**

* 1. גישה ראשונה: צמחו מ**דיני חוזים**:
		1. נזק שלא מחוזה - לפני דיני נזיקין לא היה דרך להוכיח נזק אם לא היה חוזה - כל הזמן ניסו להוכיח שהיה חוזה כתוב או משתמע (לדוג' חוזה בגלל נורמות חברתיות) הייתה הבנה שאם אין חוזה לא מקבלים שום פיצוי, אז אנשים ניסו להכניס את המקרה שלהם תחת הכובע של מעין החוזה. עם הזמן הניסיון להכניס הכול תחת ענף החוזים התחיל לפתח ענף נפרד של נזיקין.
		2. **הקשר** שעדיין קיים בי נזיקין לדיני חוזים:
			1. חובת הזהירות בעוולה רשלנית - כאשר ניגשים לחובת הזהירות נבדוק קודם כל אם בין הצדדים יש חוזה ולכן יש חובת זהירות עקב החוזה. רק במידה ואין בודקים את חובת הזהירות ללא חוזה.
				+ **עוולת גרם הפרת חוזה - ס' 62 לפקודת הנזיקין:** *"62(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) לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה."*
				+ מישהו שגרם ביודעין או בלי צידוק מספק לאדם להפר חוזה מחייב כלפי אדם שלישי. האדם השלישי יכול לתבוע פיצויים רק עם נגרם נזק בממון (סייגים - נישואין לא ייחשבו לחוזה לעניין סעיף זה).
			2. **תום לב בדיני נזיקין ולא רק בדיני חוזים -** בחוק החוזים החלק הכללי ס' 39 וס' 61 נקבע שתו"ל קיים כעיקרון כללי.
		3. **הבדלים** בין דיני חוזים לדיני נזיקין:
			1. **דיני נזיקין צופים פני עבר** (מדברים על פיצוי של נזק שהיה בעבר) **וחוזים צופים פני עתיד** (מדברים על תנאים לגבי פעולות עתידיות וסעד האכיפה הוא עתידי).
			2. בנזיקין לא תמיד יש היכרות בין הצדדים (לדוג' תאונת דרכים).
			3. 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.
		4. למה יש צורך בדיני נזיקין? אי אפשר להגיד שחוזים פשוט מכיל את דיני נזיקין? תשובה: צורך בפיצוי עקב נזק כאשר אין חוזה או היכרות מוקדמת בין הצדדים.
	2. גישה שנייה: צמחו **מדיני עונשין:**
		1. אם צמחו מדיני עונשין למה יש צורך בדיני נזיקין?
			1. פיצויים לקורבן ולא רק עונש לעבריין.
		2. שרידים של קשר בין עונשין לנזיקין:
			1. מטרת ההרתעה.
			2. ערבוב בין המשפט הפלילי לנזיקי - לדוג' משפט עברי (למשל במשנה תורה להרמב"ם)
			3. **עבירה שהיא גם עוולה - ס' 88 לחוק העונשין** - חובה לדווח על עוולה נזיקית שהיא עבירה למשטרה לפני המשך הליכים בנושא.
			4. **פיצוי לנפגע עבירה במסגרת ההליך הפלילי - ס' 77 לחוק העונשין** - בתוך גזר הדין שופט יכול לקבוע פיצוי לנפגע עבירה, יכול לחסוך תביעת נזיקין.
				+ אולי מאפשר לנפגע לוותר על התביעה הנזיקית. הפיצוי בדר"כ יותר נמוך אבל יש כאן חיסכון בהליך קשה (לקחת נגדיות ולוקח הרבה זמן).
			5. **ס' 42א (א) לפקודת הראיות -** ממצאים ומסקנות של פסק דין חלוט המרשיעים אדם במשפט פלילי ישמשו בבית משפט אזרחי **כראיה לכאורה**, כלפי המורשע או כל מי שחב חובה נזיקית בעקבות האירוע הנזקי.
				+ ראיה לכאורה היא פחות חזקה מראיה חלוטה (בפועל אין כמעט הבדל).
			6. **ס' 77 לחוק בתי המשפט - תביעה אזרחית נגררת מפלילים** - *"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."*
				+ אפשר לדרוש תביעה תחת אותו מוטב של שופטים, אך הקורבן בלבד יכול להיות התובע והנאשם בלבד יכול להיות הנתבע.
				+ השופטים שהרשיעו אדם בפלילים הם לרוב יהיו ההרכב שישפוט אותו במשפט האזרחי בנוגע לאותו עבירה (חריג מכיוון שבדר"כ יש שופטים לכל תחום).
			7. פיצויים עונשיים -
				+ הגישה המקובלת - פיצוי יותר גדול מהנזק בגלל שהייתה כוונת תחילה.
				+ גישה כלכלית - מזיק המוני\סדרתי - צריך לחייב ביותר.

**בפועל דיני הנזיקין צמחו גם מחוזים וגם מעונשין.**

**סעדים בתביעת נזיקין**

יום שני 26 אוקטובר 2020

**נוסחת האחריות הנזיקית (מורחב)**

**תובע= ניזוק**

1. התביעה צריכה להוכיח שלוש יסודות מצטברים:
	1. **עוולה** - לציין במפורט איזה עוולה הוא עשה ואיזה סעיף זה. הוכחת יסודות העוולה (המעשה האסור בדיני הנזקין הוא עוולה).
	2. **נזק** (ראשי נזק)
	3. **קשר סיבתי** בין השניים.
2. **להודיע איזה סעד היא התובע מעוניין לקבל:**
	1. **פיצוי**
	2. **צו מניעה** (כאשר יש נזק צפוי, דהיינו גם אם עוד לא קרה)**.**
	3. **צו עשה**

**נתבע = מזיק**

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

**הסעדים בתביעת נזיקין:**

* 1. **פיצויים** - הנפוץ ביותר ס' 5 לפקודה.
	2. **צווים** - בדר"כ נחשב סעד יותר חמור.
		1. צו מניעה - אין עוד נזק בדר"כ - לעיתים סעד חזק יותר מפיצוי משום שמדובר בסעד קנייני שמונע מאדם לעשות דברים מסוימים בנכסים שלו.
		2. צו עשה - קיים לרוב נזק ולכן לעיתים כאשר מבקשים צו עשה מבקשים גם פיצוי.
	3. לאחר פס"ד של צו מניעה, הצד שקיבל צו מניעה יכול להציע סכום כסף על מנת שיבטל את צו המניעה.

**אירועון 3:**

1. *לתושבי שכונת "רמת-ברקן" נודע כי בלב השכונה עומד לקום מועדון (דיסקוטק ופאב) גדול. אילו אפשרויות פעולה משפטיות עומדות לרשותם כדי לנסות ולמנוע את הקמת הדיסקוטק?*
	* אפשר לבקש **צו מניעה** - אי אפשר לבקש פיצוי כי עוד אין נזק, בא למנוע נזק עתידי.
	* לעיתים אדם יקבל פיצוי ולא צו מניעה משום שהיה צריך לברר לפני כן אם יבנה באזור מועדון.
2. *רותי גרה בקומה ראשונה בבית משותף. במגרש הריק שליד אותו בניין שפך קבלן פסולת בניין בערמה גדולה ולא פינה אותה כבר מעל לשבוע. רותי מעוניינת לדעת מה האפשרויות החוקיות שלה לפעולה, בהנחה שערמת הפסולת חוסמת לה את הראייה, גורמת לריחות לא נעימים ולמזיקים (כרסמים ותיקנים).*
	* האפשריות העומדות בפני רותי הן:
		1. לבקש **צו עשה** לפינוי הפסולת.
		2. **צו מניעה** על מנת שלא ישים שם עוד פסולת.
		3. **פיצויים** על השבוע של הפסולת ליד הבית.
		4. היא גם יכולה לדרוש **פיצוי להווה ועתיד** - כלומר על כל יום שהזבל לא יפונה לדרוש פיצוי נוסף.
			+ פיצוי לעתיד רלוונטי רק כאשר העוולה נמשכת. לדוג' סרבנות גט - כל עוד הבעל מסרב לתת גט הוא צריך לשלם פיצוי נוסף.

**מיקום העוולות**

פקודת הנזיקין היא החיקוק הנזיקי המרכזי, אולם בחוק קיימות עוולות נוספות בחוקים אחרים כגון: קניין רוחני, איסור לשון הרע, הטרדה מינית, חדירה לפרטיות, אחריות על מוצרים פגומים וכ"ו.

**נוסחת האחריות הנזיקית לא עומדת בחלל ריק**

יום שני 16 נובמבר 2020

**כאשר ניגשים לתביעה נזיקית יש להתחשב בעוד רכיבים מלבד נוסחת האחריות הנזיקית:**

1. **מטרות**
	1. **פיצוי** - האם זה אמצעי או מטרה?
		1. כמטרה, בדר"כ במקרים בהם אין מי שיפצה אותך.
			1. לדוגמה: נפגעי עולות איבה הן דוגמא לפיצוי ולא לצדק מתקן, זוהי מטרה חברתית לפצות. בנוסף גם ביטוח לאומי מראה כיצד פיצוי על עוולה הוא מטרה חברתית. לא משנה אם יש אשמים ישנה מטרה לפצות אנשים על הנזקים שלהם.
		2. אמצעי לצדק מתקן או צדק חלוקתי או להרתעה.
	2. **צדק מתקן**
		1. השבת המצב לקדמותו או פיצויים כספיים אם אי אפשר להשיב את המצב לקדמותו. צדק מתקן מחפש אשמים ומטרתו שהאשם יעשה כפרה כלפי הניזוק.
	3. **צדק חלוקתי**
		1. חלוקה צודקת של משאבים (עוגת הרווחה המצרפית). חזק מול חלש, תחרות על המשאבים.לפי תפיסה זו יש צורך בהבטחת פיצוי מהיר לניזוק תוך כדי פיזור האחריות על החברה. **גישה זו רואה בדיני הנזיקין כמכשיר לצמצום פערים ולהקצאת משאבים מחדש.**
		2. מטרת דיני הנזיקין לפי תפיסה זו:
			1. פיצוי הניזוק ע"י החברה כקולקטיב.
			2. פיזור הנזק כך שלא רק מזיק ספציפי יישא בו אלא החברה (לדוגמא: ביטוח).
		3. צדק זה רואה בצורך להוכיח אשמה ערך נמוך יותר והצידוק לכך הוא פיצוי הניזוק ע"י החברה.
	4. **הרתעה**
		1. הרתעה לקראת המקרה הבא, לא רק מתייחס למזיק ולניזוק.לעיתים יינתן פיצוי גבוה כהרתעה (עלול להתנגש עם צדק מתקן).

**מטרות 1+2 הן מטרות המתרכזות בצדדים ואילו מטרות 3+4 הן מטרות אינסטרומנטליות\מכשירניות.**

**אירועון 2**

**דנ"א 5707/04 מדינת ישראל נ' יצחק קרישוב**

*יצחק חלה בסרטן הלימפומה. יצחק הוא פנסיונר, שעבד משך שנים רבות במוסך של קיבוץ מעין צבי בטיפול ובהחלפה של רפידות של בלמים. עורך-דינו מברר ונוכח לדעת כי בשנים האחרונות התפרסמו כמה וכמה מאמרים בכתבי עת יוקרתיים המצביעים על אחוז תחלואה גבוה בסרטן הלימפומה ובסרטן בכלל מקרב מי שבאו במגע עם אסבסט, שהוא חומר המצוי ברפידות הבלמים. מחקרים אחרים מצביעים על כך שאין קשר הכרחי. לאחר בדיקה שערך, מצא כי משך השנים עבדו בתפקידו של יצחק 14 פועלים במוסך, כולל יצחק עצמו, ומתברר כי 6 מהם, כולל יצחק, חלו בסרטן מסוגים שונים (חלקם כבר אינו בחיים).*

**השופטת נאור (דעת המיעוט):** חוו"ד הדעת שהובאה מטעם התובע לא מוכיחה קשר סיבתי בין האסבסט למחלת הסרטן לפי אמות מידה מדעיות. ולכן לא ניתן לקבוע שיש קשר בין השניים. ולכן גם לא ניתן להוכיח קשר משפטי.

**דעת הרוב:**

**השופטת דורנר:** רף ההוכחה בביהמ"ש לא צריך להיות רף ההוכחה המדעי והתובע הצליח להוכיח קשר מדעי מספק מבחינה משפטית. ניתן במקרה קונקרטי להוכיח קשר סיבתי גם אם לא ניתן להוכיח מבחינה מדעית. כמו כן הוסיפה שלא רואה סיבה להגדיל את גובה הפיצויים שביהמ"ש מחוזי קבע*.*

**ההלכה:**

גם כאשר אין הוכחה מדעית מבוססת כדי להכריע את גורל התביעה, רשאי התובע לנסות להוכיח קשר סיבתי עובדתי, בגלל הפער הקיים בין רמת ההוכחה המדעית הנדרשת בעולם הרפואה והמדע לבין רמת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי.

**עולה השאלה למה השופטת דורנר נתנה פיצוי של כל הנזק ולא רק חלק?**

**יישום המטרות על המקרה:**

* גישה של מטרת פיצוי: רצון לפצות את מלוא הנזק גם אם אין בהכרח אשמה מלאה.
* צדק מתקן: מי האשם בסיפור? אולי לא מגיע לקרישוב כלום כי הקיבוץ לא ידע שזה מסוכן.
* צדק חלוקתי: צדק חלוקתי של חזק (המוסך\הקיבוץ) מול החלש (קרישוב).
* הרתעה: להרתיע אולי מוסכים אחרים שלא ישתמשו באסבסט.

**הבעיה ההסתברותית**: אולי היה צריך לתת החלק היחסי של הסיכוי שאכן האסבסט הוא זה שגרם לסרטן. במוסך חלו 6 מתון 14 לכן החלק היחסי הוא 42% לכן אולי יש לפצות רק לפי האחוזים האלו.

צדק מתקן - ניתן 42%

צדק חלוקתי - ניתן פיצוי מלא כי קרישוב חלש והקיבוץ חזק.

ניתן להגיד ששימוש בהסתברות הוא תחת צדק מתקן.

**מה אפשר ללמוד מקרישוב?**

**תשובה**: מאוד חשוב לדעת מה המטרה שמובילה אותנו - כי היא משפיעה על התוצאה של פסק הדין ואולי אף יכולה לענות לנו על שאלות שלא נראות ברורות במבט ראשון.

1. **שיקולים משלימים** מופעים גם בפס"ד גורדון
	1. **כיס עמוק**
		1. הכוונה היא לאדם או גוף עם הרבה כסף. בדר"כ מדובר על גופים ציבורים וחברות.
			1. בדיקה של כיס עמוק היא גם התחשבות האם האדם שתובעים ממנו פיצויים יכול לשלם. ככל שהאדם הנתבע עם "כיס יותר עמוק" תהיה נטייה לקבל את התביעה (רק לאחר שהתקבלה נוסחת האחריות הנזיקית). יכול להיות שאם אדם מאוד עני ייקבע שהוא לא צריך לתת פיצויים - זה בעייתי אך זהו שיקול אחד מתוך הרבה ויש לו חשיבות.
			2. כיס עמוק מסתכל על המצב הכלכלי של האדם - בודק באופן ספציפי מה המצב הכלכלי. עם זאת, מדובר על המצב הכלכלי של האדם באופן כללי, דהיינו בית חולים על אף שהוא בפשיטת רגל יכול להיחשב כיס עמוק. הכיס העמוק מתייחס לאותם מקרים בהם ההנחה שלמישהו יש כוח כלכלי יותר גדול- בלי קשר לחשבון הבנק שלו.
			3. אם כך מה ההבדל בין כיס עמוק לצדק חלוקתי? - השוני: כיס עמוק מדבר על מצב כלכלי ואילו צדק חלוקתי מסתכל על היבטים נוספים מלבד ההיבט הכלכלי כמו שליטה וכוח. **דוגמה:**
				* בעל המסרב גט הוא בעל השליטה ולכן יכול להיות שלפי מטרת הצדק החלוקתי יהיה מחייב לשלם על אף שמבחינה כלכלית הוא בחובות לעומת אשתו שדורש את הפיצוי.
			4. בדר"כ נסתכל על הנתבע האם יש לו כיס עמוק אך גם נסתכל על התובע ונבדוק את מצבו והאם התובע אולי יכול לסבול את הנזק.
			5. יש שיקולים בהם בכל זאת נטיל על הכיס העמוק את הפיצויים למרות שזו לא אשמתו הישירה. השיקולים:
				* הרתעה - יגרום לגופים הגדולים להיזהר יותר ולכן הגופים ידאגו שאנשים העובדים אצלם ידעו את ההנחיות ובכך למנוע עוולות.
				* תמריץ לדאוג לבטיחות.
	2. **הצפת בתי המשפט**

שיקול אינסטרומנטלי - האם אנחנו רוצים כמדיניות שכל עניין נזיקי יגיע לכדי תביעה? בעיקר משמש הגנה לנתבע. יכול לטעון שאם יקבלו את תביעתו בבית המשפט, בית המשפט יוצף בתביעות דומות לתביעה זו.

* 1. **מדרון חלקלק**

חשש מפתיחת פתח לתביעות קטנות, יגרום להמון אנשים לפנות לתביעה נזיקית במקום לפתור את זה בדרך אחרת, חשש ממשפטיזציה. לא נרצה שכל תביעה תקבל כדי שלא יהיה מצב בו אנשים יחשבו שזו הדרך היעילה ביותר לקבל פיצוי.

**פס"ד אמין נ' אמין** - ילד תובע את ההורים שלו בגין הזנחה פיזית. עולה החשש של מדרון חלקלק- בית המשפט עלול לקבל בהמשך מקרים קלים יותר ואף מגוחכים (כמו ילד שתובע את ההורים שלו משום שהם לא קנו לו אופניים חשמליות וזה גרם לו נזק וכו').

* 1. **פיזור נזק**

רצון שהנזק לא ייפול רק על צד אחד או אדם אחד, לעיתים אף נתפס כמטרה ולא רק כשיקול משלים.

לדוגמה:

* **ביטוח רגיל -** אדם יעשה ביטוח על הנזקים שעלולים לקרות בכך יהיה פיזור נזק.
* **ביטוח על ידי העלאת מחיר המוצר:** מוכרים יעשו ביטוח על מנת לא להיפגע מתביעות ולכן יעלו את מחיר המוצר כדי לממן את הביטוח.
	1. **שיקולים כלליים של מדיניות משפטית**

לפעמים התביעה עוברת את נוסחת האחריות הנזיקית אך יש שיקולים כללים שייגרמו לתביעה להתקבל או לא להתקבל - יוצר קושי וחוסר וודאות.

**פס"ד גורדון: שיקולים האם יש להחיל חובת זהירות על רשות סטטורית:**

שיקולים משלימים:

* הצפת בתי משפט - כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות התובעת ,תוך שנהיה עדים להצפה בתביעות ובתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם.
* מדרון חלקלק - פתיחת פתח לעקוף את סופיות המשפט הפלילי.

שיקולים כללים של מדיניות משפטית:

* הפיכת השלטון להססן - נדחה בטענה שעובדי ציבור חבים חובת זהירות ואינם הססנים וגם לא כל טעות בשיקול דעת היא רשלנות, לכן החשש לא גדול.
* שוויון של הרשויות בפני החוק ומניעת הפליה פסולה.
* הרתעה תגרום להבטחת אמצעי זהירות סבירים מצד הרשויות.

**פס"ד המר נ' עמית** - טענה בעייתית על חיים עם מום - מצב בו יש שיקול דעת כללי לשופט לגבי קבלת התביעה.

* + - * + מאפשר לשופט לקבוע האם יש לקבל את התביעה או לא בעקבות שיקוליי מדיניות משפטית.

**חיים בעוולה והולדה בעוולה**

**פס"ד זייצוב:**

**דעת השופטים**

**דעת הרוב:**

מ' בן פורת - ניתן להכיר בחיים בעוולה, במקרים בהם היה לאדם עדיף אילולא היה נולד וזה במקרים נדירים וחמורים.

 א' ברק - ניתן גם להכיר בחיים בעוולה אך מנימוק שונה - העוולה היא לא גרימת החיים או מניעתם אלא בגרימת חיים פגומים (כלומר לפי גישה זו התביעה יכולה להיות מוכרת גם שהמום לא חמור במיוחד).

**דעת מיעוט:**

השופט א' גולדברג: אי אפשר לטעון לחיים בעוולה גם במקרים נדרים מכוון שהעדפת חוסר חיים על פני חיים היא בלתי אפשרית.

**ההלכה:** הכרה בעילת החיים בעוולה.

**פס"ד המר נ' עמית:**

**סיפור המקרה:** אישה עם מחלות גנטיות ביקשה להביא ילד לעולם לאחר התייעצות גם גנטיקאית נאמר לה שהילד שייוולד יהיה בריא בפועל נולד ילד עם 100% נכות. ולכן יש תביעה על הולדה בעוולה וחיים בעוולה. ע"פ הלכת זייצוב קיים המושג הולדה בעוולה השאלה שעולה היא האם קיים המושג חיים בעוולה?

**השאלה המשפטית:**

1. האם קיימת עילת תביעה?
2. איזו הנמקה מפס"ד זייצוב יש לקבל?
3. כיצד לחשב את הפיצויים?

 **טענות הצדדים:**

 **ההורים:**

יש ללכת לפי גישתו של ברק

שיקולים של צדק מתקן והרתעה

 **הרופאה:**

יש להכיר רק בתביעה על אוטונומיה של גופה של האישה.

הגישה של בן פורת בעייתית מבחינה מוסרית חברתית.

וגישתו של ברק לא מתאימה עם עקרונות היסוד של דיני נזיקין.

 **דיון והכרעה:**

**א ריבלין:**

הקשיים בנוגע להוכחת נזק:

הבעיה בדעת בן פורת - הנזק הוא החיים עצמם ולכן יש צורך שבהכרעה שיפוטית מאוד קשה. להכריע אם לאדם היה עדיף לא לחיות עקב המומים שלו, אלו שאלות שביהמ"ש לא צריך להתעסק בהם.

בעיה בנוגע לזהירות המושגית - לרופא צריך להיות שזהירות כלפי ההורים אך לא בהכרח ניתן להגיד שהוא צריך להיות בזהירות כלפי העובר.

הקשיים בנוגע ליסוד הקשר הסיבתי:

 גישת הנשיא ברק פותרת את בעיית הנזק (רואה בנזק חיים במום ולא אי חיים) אבל נוצרת בעיה בקשר הסיבתי.

הבעיה נובעת מכך שלא בגלל הרופא יש לילד ממומים הילד היה בכל מקרה נולד עם מומים. כלומר לא ניתן להגיד שיש קשר בין הנזק לרופא מכוון שהוא לא זה שגרם לנזק.

הרחבת העילה של הולדה בעוולה (העילה של ההורים):

יש רצון להרחיב עילה זו מכוון שלא מעלה בעיה ביסוד הסיבתי או בנזק ובעזרת הפיצויים מתביעה זו להיטיב עם חייו של הנולד.

הקשר הסיבתי בתביעה של ההורים הוא: האם היו מפסיקים את ההיריון אילו היה מתגלה להם שהילד עם מומים.

השלבים להוכחת הולדה בעוולה:

שלב ראשון: אילו היה לוועדה הרפואית על כל המידע ללא ההתרשלות האם הם היו מאשרים הפסקת הריון?(אובייקטיבי)

שלב שני: רק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית השאלה היא האם ההורים היו פונים לוועדה על מנת להפסיק את ההיריון? (סובייקטיבי) - קשה מאוד להוכחה.

יש בעיקר להסתמך על השלב הראשון ושהוא יהיה חזקה מסוימת לשלב השני. אולי בגלל שיקולי מדיניות משפטית- לא נרצה שחלק לא יקבלו פיצוי משום שלא סביר שיעשו הפלה, לדוג' אישה חרדית אולי לא תקבל פיצוי על הולדה בעוולה מכוון שבמגזר שלה לא עושים הפלות ולכן תופלה לרעה.

 פיצוי:

הפיצוי יהיה בגין הוצאות עודפות של חיים עם המום.

בגין כסף שהילד היה מקבל אילו היה ללא מוגבלות (לדוג' משכורת).

 **ד' ביניש, א' גורניס, מ' נאור, ס ג'ובראן:** מסכימה עם א' ריבלין,

 **ע' ערבל:** יש חשיבות רבה להיזהר בשלב השני משיקולים ציבוריים וגם משיקולי חקר האמת - לבסוף מסכימה עם ריבלין.

 **רובנשטיין:** יש לקבל את דעת חברי שצריך לבטל את עילת חיים בעוולה. אבל צריך לשים את השיקול של להיטיב עם הילד במקום ראשון ודרך זו עוברת דרך תביעת ההורים. לדעתו לא צריכה לחול ההלכה על תיקים שהוגשה שנה מיום פסק הדין.

 **פסק הדין הוחלט לפי השופט א' ריבלין.**

**הלכה: אין דבר כזה חיים בעוולה ומתוך הולדה בעוולה יינתן פיצוי לילד (יש מקרים חריגים בהם יהיה מותר, לדוג' כאשר ההורים מתו).**

ההלכה לא תתקיים בתיקים שכבר החלו משפט.

1. **משטרי אחריות**

יום שני 21 דצמבר 2020

לפי מה קובעים מתי יש אחריות נזיקית ומתי לא? הנזק ועוולה הם, לא הדבר היחיד שקובע האם ישנה אחריות נזיקית, אחת הדרכים להחליט אם יש אחריות, היא ע"י משטרי אחריות. אבל גם אם היו את כל אלה האם יש לאדם אחריות נזיקית?

**משטרי אחריות - הכוונה מתי נטיל אחריות נזיקית כלומר אלו מקרים יחשבו עוולה נזיקית ואילו לא.**

**משטרי אחריות:**

* 1. **אשם - רשלנות** (=שם נרדף לאשם או סוג נוסף של אשם) - אולי אשם מגיע מפלילים.
	2. **אשם + אשם תורם (ע"י הניזוק) ס' 68 לפקודה, רשלנות** ( ס' 2 הוא פיתוח של ס' 1)
		1. התפתח ממשטר האחריות של האשם, מתוך הבנה שלעיתים גם הניזוק יכול למנוע את הנזק או חלקו ולכן גם הוא צריך לשאת באחריות הנזיקית. **זה המשטר העיקרי ששולט בכל העולם.**
	3. **אחריות מוחלטת**
		1. הגדרה: אחריות מוחלטת היא מושג משפטי הבא להדגיש את אחריותו של מי שעשה מעשה או מחדל מסוים, ללא כל קשר לעובדה אם התוצאה נבעה מאשם, רשלנות או מהעדר אשם או רשלנות. במקרה של אחריות מוחלטת התובע אינו חייב להוכיח את קיומה של רשלנות או אשם אלא רק את התוצאה עצמה, את הנזק.
		2. **המטרה** - אם אתה יודע שלא משנה מה תעשה אתה תשלם אולי לא תעשה או תהיה יותר זהיר.
		3. **דוגמה** קלאסית לאחריות מוחלטת היא היזק ע"י כלב. החוק אומר שיש שלושה מקרים בלבד בהם תהיה הגנה בכל שאר המקרים תהיה אחריות מוחלטת. דוגמה נוספת לאחריות מוחלטת - מוצר פגום (ניתן להגיד שמדובר האחריות חמורה בגלל שיש סייגים, אומנם כל עוד אין סייג זה אחריות מוחלטת).
		4. דוגמת הרכבת והגיצים - הרכבת מעיפה גיצים לשדות החקלאיים שליד מסילות הרכבת וגורמת לשריפות. החקלאיים תובעים את חברת הרכבת וחברת הרכבת טוענת ממול שאי אפשר למנוע את התאונה (אלא אם כן תפסיק פעולת הרכבת או שהחקלאיים ישתלו רחוק יותר את השדות מהמסילות).
			1. גישה 1: אחריות מוחלטת אתם צריכים לשלם גם אם אתה 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.
			2. גישה 2: לא הגיוני שהם ישלמו זה יגרום לכך שרכבות לא יהיו רווחיות ואז או שיעלה מחיר הרכבת או שלא יהיה רכבות. לכן לא נכון לבקש מהם לשלם.
		5. לעיתים נעשה שימוש במשטר האחריות המוחלטת, על מנת לפצות אנשים במקרים בהם אין אשם או הפיצוי מצד המזיקים לא מספק. **דוגמאות**:
			1. **חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי - 2002 -** 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 על ידי המדינה ולכן, על מנת שלא יישארו נפגעים ובני משפחה ללא פיצוי ראוי, חשובה חקיקה ספציפית של הכנסת במקרה הזה, שתבטיח בכל זאת פיצוי לנפגעים מטעם המדינה. ניתן לראות שהמדינה השתמשה בשיטת האחריות המוחלטת, ופיצתה את הניזוקים ללא תלות במידת האשם של המזיקים
			2. **חוק לפיצוי נפגעי הגזזת-1994:** המדינה לא התרשלה בטיפול, משום שאז הטיפול המקובל במחלה היה באמצעות הקרנות. אך התברר שהטיפול גרם לבעיות רפואיות רבות. המדינה נטלה על עצמה משטר אחריות מוחלטת במקרה זה. "אוצר המדינה יעביר את כל הכספים הדרושים לו כדי לבצע תשלומים על פי חוק זה"
			3. **חוק פיצוי לנפגעי פוליו - 2007:** החוק ייתן פיצוי לנפגעי הפוליו עקב רשלנות המדינה באי-מניעת המחלה – תשתיות רעועות במדינה בזמן התפשטות המחלה. אחריות מוחלטת – המדינה לקחה על עצמה לפצות את הנפגעים במחלה, ללא קשר למידת אשמם של החולים בהידבקות במחלה.
			4. **חוק ביטוח נפגעי חיסון - 1988:** מדינת ישראל נותנת פיצוי למי שנפגע כתוצאה מקבלת החיסון.גם כאן ניתן לראות משטר אחריות מוחלטת שהמדינה בוחרת לקבל על עצמה, ואף מעודדת את הציבור להתחסן על ידי כך. (מכווינה התנהגות).
			5. **ועדת ריבלין:** ועדה ציבורית שהוקמה ב2013, על מנת 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.
		6. **ההבדל בין אשם לאחריות מוחלטת ברמת הפעילות:**
			1. במשטר אחריות מוחלטת למזיק יש תמריץ להפחית את רמת פעילותו, בגלל **שככל שיפעל יותר יעשה יותר תאונות וישלם יותר.**
			2. במשטר של אשם רמת הפעילות לא בהכרח תופחת, משום שהמזיק הפוטנציאלי לא בהכרח משלם והכול תלוי באם יצליחו להוכיח את אשמתו. אולי אפילו יעשה מאמצים לדאוג לכך שגם יהיה נזק הוא לא ייחשב אשם, כמו נקיטת אמצעי זהירות.
			3. דוגמת הרכבת:
				+ מבחינת צדק

מתקן- לא צודק להכיל אחריות מוחלטת כי צדק מתקן גם תלוי באשם.

צדק חלוקתי - אולי זה צודק להטיל אחריות מוחלטת מכוון שהרכבת היא הגוף הגדול מול החקלאי החלש. מצד שני אולי ייפגע בצדק החלוקתי מכוון שתרד רמת הפעילות של הרכבת והרכבת עוזרת לאוכלוסיות ללא רכבים.

* + - * + עלויות: הורדת רמת הפעילות של הרכבת עלולה לגרום לעליית מחירים כי הרכבת תפעל פחות פעמים ואז כל כרטיס יעלה יותר. מצד שני אולי להפך קווים לא רווחיים יעבדו פחות, הרכבות יתמלאו וכך יהיה נזק קטן לחקלאים.
			1. ניתן להגיד באופן כללי ש**אם הפעילות היא חיובית לחברה הורדת הפעילות היא חיסרון.**
	1. **אחריות חמורה**

**אחריות מוחלטת עם מעט אשם -** לדוג' משטרי אחריות מוחלטת עם סעיף הגנות.

* 1. **אחריות מוגברת**
	2. **השוקל הטוב\המונע הטוב.**

**עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות**

יום שני 04 ינואר 2021

**מהי עוולה פרטיקולרית?**

הגדרה: מתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות (לדוג' תקיפה, הטרדה מינית, מוצרים פגומים וכ"ו).

עוולת יכולה להיות גם במעשה וגם במחדל:

1. מעשה: רשלנות רפואית, תאונת דרכים.
2. מחדל: אי כיסוי בור.

**מהי עוולת מסגרת?**

הגדרה: מכילה הרבה סוגי התנהגויות:

* + 1. רשלנות - העוולה הנפוצה ביותר והקשה ביותר להוכחה (מלכת העוולות) 35,36 לפקודת הנזיקין.
		2. הפרת חובה חקוקה - דיני הנזיקין לוקחים מחוקים שאינם נזיקיים חוקים ובמידה וישנה הפרה של החוק זה יכול להיחשב עוולה נזיקית. לדוג' רופא שלא סיפר לחולה על דברים מסוימים לגבי הטיפול שלו, הרופא הפר חובה שיש לו מתוקף חוק רפואי כלשהו ולכן אפשר להגיד שהפר חובה חקוקה. מי שעבר על חובה המוטלת עליו על פי חוק שלא נמצא בתוך דיני הנזיקין.
			1. בפקודת הנזיקין יש חמש עוולות שמחייבות כוונה (יסוד נפשי) - בגלל היסוד הנפשי שיש בהן לרוב אין בשימוש העוולות האלה כי קשה להוכיח את זה. בשאר עוולות הנזיקין רק צריך להוכיח אשם ללא כוונה.
			2. פס"ד גורדון : אפשר לעקוף עוולה פרטיקולרית באמצעות עוולת מסגרת.

**אירועון 4**

**ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון**

*אדם מכר את רכבו. הקונה עבר עבירות חנייה בשטח השיפוט של עיריית ירושלים, ובשל טעות בעירייה והתרשלות משרד הרישוי המוכר קיבל את הדוחות במקום הקונה. המוכר התריע בפני העירייה על כך, אך פקידי העירייה הרגיעו אותו שהכל יהיה בסדר. הוא נעצר עקב דוחות החנייה שלא שולמו, ושוחרר ממעצר רק כשהעניין התברר.*

**דיון והכרעה:**

בפרשת גורדון נפסק כי אפילו לא מתקיים יסוד זה מסוים של עוולת הנגישה (יסוד הכוונה במקרה הנ"ל). עדיין יש מקום לבחון, אם אין מקום לגבש אחריות בנזיקין על-פי עוולות אחרות.

**ההלכה: חוסר יכולת להוכיח עוולה פרטיקולרית לא מונעת או שוללת את הזכות לתבוע בגין עוולת מסגרת.**

(פס"ד הדין מתייחס גם לשיקולים משלימים ולעוגמת נפש).

**נזק וראשי נזק**

יום שני 11 ינואר 2021

כאשר אדם ניזוק והוא הוכיח שהייתה עוולה וקשר סיבתי הוא צריך לפרט את הנזק - הדרך לפרט את הנזק הוא באמצעות ראשי נזק. **כלל:** מכל נזק אפשר להגיע לכל ראשי נזק (חשוב לשים לב שנזק וראש נזק הם דברים שונים).

**נזק**

**נזקים קלאסיים:**

1. רכושי - דוג' לא ממוני - טבעת שנהרסה בעלת ערך סנטימנטלי גורמת לכאב וסבל. ממוני - ערך כספי של הטבעת.
2. גופני -דוג' לא ממוני - כאב וסבל. ממוני - הוצאות רפואיות.
3. נפשי - דוג' לא ממוני - כאב וסבל. ממוני - הוצאות לפסיכולוג.

**פס"ד גורדון**

המקרה: האיש ודוחות החנייה שהובילו למעצרו.

**ברק** - נזק הוא אובדן נחות או רווחה ולכן הנזק הנפשי לא חייב להגיע לכדי נזק פסיכיאטרי. יש חובת זהירות מושגית גם כלפי נזק נפשי בדיוק כמו כלפי נזק רכושי.

**ההלכה: פעם ראשונה שניתן פיצוי על עוגמת נפש ולא רק על נזק נפשי פסיכיאטרי.** החשש שאנשים ירמו את המערכת.

**אירועון 5:**

*שמוליק הוא עובד בחברת היי-טק שנשלח על ידי הבוס לפגישה חשובה עם נציגי חברת היי-טק מיפן לצורך סגירת עסקת ענק. הפגישה מתוכננת בבניין משרדים בתל-אביב בשעה 08:30 .שמוליק, הגר בגבעת שמואל, יוצא מביתו כבר בשעה 07:15 ומגיע למקום בשעה 08:00 . אולם, הוא לא מצליח למצוא חניה. כל החניונים באיזור מלאים, וחניה פנויה באבן שפה "כחול-לבן" הס מלהזכיר. לפתע הוא רואה רכב היוצא מחניה באבן שפה כזו. הוא מאותת ימינה ומתקרב למקום, ומחכה בסבלנות עד לצאתו של הנהג מן החניה. לפתע פתאום מגיחה שרית, עוקפת אותו בפראיות ותופסת לו את מקום החניה. שמוליק מנסה להתווכח עמה אך לשווא. שמוליק מוצא מקום חניה אחר רק כעבור כ- 25 דקות. הוא מגיע לפגישה באיחור של 12 דקות. התברר לו כי היפנים כעסו על האיחור ועזבו בהפגנתיות את המקום. הם לא מוכנים להיפגש עמו שוב או עם נציג אחר מן החברה.*

* 1. אם מדובר בנזק נפשי יכול להיות שלא היה מתקבל בגלל ס' 4 - אדם סביר לא היה תובע על דבר כזה.
	2. שמוליק פספס עסקת ענק (שמונה מיליון דולר) ולכן הוא ירצה לתבוע את שרית שתפסה לו את מקום החניה. האם שרית יכולה לצפות שהיא תגרום לנזק ממוני כול כך גדול בגלל שהיא תפסה לו מקום חנייה? אין נזק אמיתי של שמונה מיליון דולר, מכוון שהייתה פגישה במטרה לחתום על העסקה אבל יכול להיות שהעסקה לא הייתה נסגרת ולכן שמוליק לא היה מקבל את הכסף.
	3. אולי יעשה שימוש בהסתברות?
	4. אין קש"ס קשה להוכיח שתפיסת מקום החנייה היא שגרמה לביטול העסקה.

**ראשי נזק**

**שני סוגים מתחלקים לשניים:**

1. **ממונים -** ראש נזק שניתן לכמת אותו בכסף בצורה פשוטה (מתמטית).
	1. הוצאות רפואיות והוצאות אחרות.
	2. אובדן השתכרות.
2. **לא ממוניים -** נזקים שצריך לכמת אותם בכסף, אך זה לא ברור כיצד.
	1. כאב וסבל
	2. פגיעה באוטונומיה
	3. אובדן הנאות החיים
	4. קיצור תוחלת חיים

על שני הסוגיים של ראשי הנזק מקבלים כסף - נזק לא ממוני יותר קשה לכמת את הסכום המגיע לאדם והכימות נעשה על ידי בית המשפט.

 **ראש נזק ממוני:**

1. ראש נזק ממוני הוא נזק שניתן לכמת בכסף בצורה פשוטה ומתמטית.
2. **סוגי הנזק תחת ראש נזק ממוני:**
	1. **הוצאות**
	2. **אובדן השתכרות**
3. **פירוט:**
	1. **הוצאות רפואיות**
		1. מחלוקות עיקריות - היא עלות הטיפול וטיבו. לדוג' קנייה של כיסא גלגלים יקר לעומת השכר כיסא גלגלים מיד שרה.
		2. **פס"ד עיריית חיפה נ' מוסקוביץ'** -מדבר טיפול במוסד רפואי מול טיפול בבית (הטיפול בבית יקר יותר). כמה חברת הביטוח צריכה לשלם במידה והמשפחה רוצה לטפל בניזוק בבית?
			1. המשפחה יכולה להביא חו"ד של רופא שאומר שעדיף שהניזוק יהיה בבית.
			2. החברת ביטוח יכולה לטען שההפרש בין טיפול בבית ולטיפול במוסד הוא יקר בהרבה (15K במוסד לעומת 30K בבית).
			3. **ביהמ"ש קובע לתת פיצוי ברמה של טיפול במוסד וטוען שזה טיפול ראוי והמשפחה יכולה אם היא רוצה לטפל בבית ולשלם את ההפרש.**
		3. **פס"ד סורוקה נ' הבאבו -** שינוי ההלכה מפס"ד עיריית חיפה נ' מוסקוביץ'. **המשמעות של חו"ד רפואית שעדיף לאדם להיות בבית ולא במוסד תהיה בעלת משקל גדול יותר מבעבר,** לכן אם יוכח שטוב יותר לאדם טיפול בבית יחויב המזיק לשלם על כך. ככל הנראה משינוי בגישה הרפואית והבנה שיש משמעות מאוד גדולה להבדל בין טיפול במוסד לטיפול בבית.
	2. **אובדן השתכרות**
		1. **הערכת השתכרות לעתיד - בעיית הניבוי של שכר עתידי**
			1. אם מדובר באדם שכיר אין בעיה לדעת כמה הוא השתכר. **הכלל** **- שלוש משכורות אחרונות.**
				* יש מקרים יותר בעייתיים לדוגמה אדם לא עובד באופן קבוע בחודשיים האחרונים\אדם שמרוויח לפי עמלות ולכן השכר שלו משתנה (לדוג' עובד בתיירות ולכן העמלו משתנות בהתאם לעונה). עצמאי עם שכר לא קבוע. סטודנט שכרגע לא עובד אבל לומד למקצוע שייתן לו כסף.
			2. **פס"ד חיו נ' ונטורה - מקרה של החלפת עבודות** (שמואלי שינה את קצת את פרטי המקרה לטובת השיעור)**.** אדם עבד בתור ספן והרוויח יחסית הרבה כסף. התחתן עם בחורה שלא רצתה שיעבוד בים ולכן עבר לעבוד בבנק. נפגע ולא יכול היה לעבוד. תובע את חברת הביטוח ומבקש לקבל פיצוי אובדן השתכרות לפי שכר של ימאי מכוון שטוען שתכנן לחזור לעבוד כספן בגלל שהעבודה בבנק הייתה משעממת. המחלוקת שעולה זה האם באמת היה חוזר לים.
				* ביהמ"ש עושה הסתברות של מה הסיכוי שהוא היה חוזר לים וקובע שהיה סיכוי של שליש שהוא היה חוזר לים, לכן מקבל פיצוי של שליש מהפרש משכורת בין ימאי לבנקאי.

יום שני 19 בינואר 2021

* + - 1. **פס"ד מלול:** דוגמת הניתוח הקיסרי: אישה הגיעה לבית-החולים בשבוע 26 להריון (מדובר בלידה מתוכננת של פג). 45 דקות לאחר שהתגלה אצלה דימום מסיבי החליטו הרופאים לנתח אותה בניתוח קיסרי. הניחו כי עצם האיחור בביצוע הניתוח מהווה הפרת חובת הזהירות (=התרשלות), וכי לידת פג במקרה של דימום כשלעצמה אינה התרשלות אלא גורם סיכון מידי שמיים (=לא עוולתי). הפג נולד עם שיתוק מוחין. יש בעיה של קשר סיבתי מכוון שיכול להיות שהסיבה לשיווק המוחין היא העובדה שהפג נולד לפני ולא בגלל האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי.
			2. **שאלה: מה ההבדל בין פס"ד ונטורה לבין מלול ואירועון 5**?(חניה והעסקה עם היפנים)? למה בפס"ד ונטורה משתמשים בהסתברויות ואילו באירועון 5 ככול הנראה אף ביהמ"ש לא היה משתמש בהסתברויות או מקבל את התביעה
			3. **תשובה:** שאלת ה"**כמה**" (חיו נ' ונטורה – ראש נזק של אובדן השתכרות לעתיד) לעומת שאלת ה"**אם בכלל**" (דוגמת החניה, קרישוב– שאלות של שלד הנוסחה, קשר סיבתי).
				* כלומר, ברור שבחיו נ' ונטורה הנפגע יקבל פיצוים כי הייתה הוכחה של נוסחת האחריות הנזיקית. השאלה רק **כמה** פיצוי מגיע לו - כאן קל יותר להשתמש בהסתברויות במשפט מכוון שהקשר בין הנזק למזיק ברור.
				* לעומת זאת בקרישוב ובמלול הדבר לא ברור, שכן ייתכן שהנתבע התרשל אולם לא בטוח שיש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק, ולכן לא בטוח שמתקיים שלד נוסחת האחריות ולכן עולה השאלה "**אם בכלל**". במצב כזה שימוש בהסתברויות הוא אולי הקלה עם התובע, מכוון שלא ברור שמגיע לו בכלל משהו לפי הכללים הראייתיים הרגילים של "הכול או כלום".
			4. **שאלה: למה קרישוב (חלה סרטן בגלל אסבסט) מקבל את כול הפיצוי ולא לפי הסתברויות?** (במלול לא?) הרי במקרה שלו לא כול כך ברור שיש קשר סיבתי בין הנזק להתרשלות.
			5. **תשובה:** קרישוב נותן "קש". כלומר נותן הסבר למדוע מגיע לו פיצוי - הוא מביא עוד אנשים שחלו בסרטן אבל מה שהוא מביא לא מספיק כי מבחינה מדעית אין מספיק מידע באותן שנים כדי לתת הסתברויות, לכן נותנים לו פיצוי מלא. במלול התובעים לא נותנים "קש" אשר ישמש מצה אפשרי לחישוב הסתבריות ולא פותר את בעיית הקשר הסיבתי בין השיתוק לאיחור בניתוח.
				* **כלל -** פיצוי הוא סופי (בהנחה שאין תרמית), לכן גם אם קרה נס רפואי הפיצוי נשאר אצל הניזוק. מתי אין פיצוי סופי? - מקרים בהם הפיצוי הוא בתשלומים עיתים ולכן כאשר יש שינוי אפשר לבקש לשנות את הפיצוי.

יום שני 8 מרץ 2021

* + 1. **השנים האבודות: פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות** (=שנות האי חיים).
			1. **פס"ד שרון גבריאל -** העיזבון תובע על השנים האבודות - ההלכה - לא ניתן פיצוי על אובדן השתכרות לאדם שמת. דעת המיעוט ברק - צריך לתת אובדן השתכרות על השנים האבודות. ההלכה יצרה מצב בו יש מקרים בהם יותר "משתלם" להרוג מאפשר לפצוע - מכוון שאם אין אובדן השתכרות של אדם מת אז אם האדם נשאר בחיים צריך להביא לו פיצוי גדול יותר.
			2. במשך 20 שנה בין שני פסקי הדין גבריאל עד פס"ד אטינגר זו הייתה ההלכה במדינת ישראל.
			3. **פס"ד אטינגר -** ילד שמת כי נפל לבור - **ההלכה** - מגיע לעיזבון פיצוי על השנים האבודות (=שנות האי חיים). לפי השכר הממוצע במשק.
				- פס"ד דין אטינגר יוצר בעיה לחברות הביטוח מכוון שעכשיו והלאה חברות הביטוח יצטרכו לשלם על שנות האי חיים גם כלפי הפרמיות שכבר שולמו בעבר. מה חברות הביטוח יכולות לעשות כדי להילחם בהלכה הזו?

למה חברות הביטוח לא ניסו להעביר חוק עוקף בג"ץ באמצעות הכנסת? - ככל הנראה חוק המנוגד להלכה כזו לא יעבור בכנסת.

להעלות את מחירי הפרמיות מכוון שכעת הפיצוי גדול יותר.

בקשה לדיון נוסף בפס"ד אטינגר - לא הגישו - ההנחה הייתה שהדיון הנוסף יוביל לאותה תוצאה.

* + - * + בפועל חברות לא עשו אף אחד מהדברים הנ"ל. אם כך כיצד חברות הביטוח יכלו להתמודד עם התוספת העצומה לפיצויים? בעזרת חישוב הפיצוי ע"י הלכת פינץ.
			1. **פס"ד פינץ** - פינץ ז"ל יד בן 17 שנפטר - העיזבון של פינץ דורש את הלכת אטינגר כלומר פיצוי בגין השנים האבודות. חברת הביטוח הראל אומרת שהיא מוכנה לתת פיצוי אבל צריך להשוות את המת לחי - כלומר הכנסות וההוצאות. פינץ טוען כיצד נעריך כמה היה אדם מבזבז? בעייתי מאוד מכוון שיש אנשים בזבזנים ויש אנשים חסכנים, הוצאות של הליכים יהיו בלתי אפשריות. ביהמ"ש קובע ששני הצדדים צודקים - כלומר רצוי שהניזוק המת יהיה יותר יקר מהניזוק החי אבל רצוי שההבדל לא יהיה גדול כול כך. הלכת פינץ: ביהמ"ש קובע חזקה : אדם מבזבז שני שליש ממה שהוא מרוויח. חזקה שניתנת לסתירה. הבעיה היא שמי שמרוויחמניקוי ההוצאות היא חברת הביטוח - מצד שני זה בסדר מכוון שפס"ד אטינגר פוגע בחברות הביטוח ובכך פוגע במבוטחים ולכן יש איזון טוב.
				* **ההלכה: שאין אינדקציות אחרות הפיצוי יהיה לפי השכר הממוצע במשק**. **מהפיצוי יירדו 2/3 שהיה הניזוק מוציא אילו היה חי, לפי פס"ד פינץ.**
		1. **אובדן השתכרות: השתכרות בפועל או כושר השתכרות (=פוטנציאל)**
			1. **פס"ד ברששת -** מישהי שלא עבדה ומבקשת פיצוי בגין אובדן השתכרות - ביהמ"ש מחוזי אומר שלמרות שהיה פוטנציאל היא לא ניצלה אותו ולכן לא מגיעה לה פיצוי בכלל. לכן היא מגישה ערעור לעליון.
			2. הדיון בעליון:
				- האם כושר ההשתכרות הוא נכס?

הגישה של השופט שילה (דעת המיעוט): **"גישה מופשטת"** - יש לאדם פוטנציאל למימוש כושר ההשתכרות ולכן מגיע תמיד פיצוי גם אם לא היה ניצול - כלומר כושר ההשתכרות הוא נכס.

הגישה של ברק ולנדוי: **הגישה "המוחשית"** - לא מדובר רק על האם האדם עבד או לא אבל זה קריטריון מהותי. צריכה להיות אינדיקציה האם יש סיכוי שיהיה מימוש של כושר ההשתכרות. ככל שהסיכוי למימוש כושר ההשתכרות קטן הפיצוי מתורגם לפיצוי נמוך יותר.

* + - * + שני דברים חשובים מפסק הדין:

קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו לבין מה שהיה משתכר אלמלא המום.

השתכרות הניזוק עקב טרם התאונה היא אינדיקטור חשוב אך לא היחיד.

* + 1. **חריגים להלכת אטינגר: מקרים בהם קיימות אינדיקציות ליכולת השתכרות עתידית.**
			1. **פס"ד ג'ון כהן -** ילד בן 16 אמריקאי שהגיע לטיול בארץ והוא נפצע קשה. הילד מגיע ממשפחה עשירה - האם יש להתחשב במצב הסוציואקונומי של הילד בחישוב אובדן השתכרות? טענת התובעים - אי אפשר לחשב את אובדן ההשתכרות לפי הממוצע מכוון שהסיכוי של ג'ון להרוויח יותר מהשכר הממוצע במשק הוא גדול מאוד. חזקה לגבי השכר הממוצע במשק היא חזקה הניתנת לסתירה. כלומר המצב הסוציואקונומי יכולה להשפיע על ההחלטה.
				- ביהמ"ש קובע באופן כללי **יש לחשב שכר של קטין שלא ידוע במה יעסוק לפי השכר הממוצע במשק אבל במידה ויש נתון ספציפי נוסף שמראה שישנו סיכוי גבוה לקטין שהיה מרוויח מעל\מתחת לממוצע יש להתחשב בו.**

יום שני 13 מרץ 2020

* + - 1. **פס"ד רים אבו חנא -** עולה השאלה ההפוכה מג'ון כהן - האם יש להתחשב במצב סוציואקונומי נמוך בחישוב ההשתכרות לעתיד? טענת חברת הביטוח היא שהסיכוי שרים הייתה יוצאת לעבוד הוא סיכוי כמעט אפסי (בכפר ממנה היא מגיע נשים כמעט ולא יוצאות לעבוד) ולכן לא מגיע לילדה פיצוי בגין אובדן השתכרות.
				* **השופט ריבלין:** מבחין בין ששני סוגים של קטינים - אלה שקרובים לתקופת הילדות כמו רים אבו חנא, ואלה שקרובים לתקופת הבגרות כמו ג'ון כהן. ילד שרחוק מתקופת הבגרות יש לחשב את אובדן ההשתכרות שלו לפי השכר הממוצע במשק, מתוך הנחה שיש לתת לאדם לכתוב את סיפור חייו ואסור לעשות הבחנות על רקע מצב סוציואקונומי נמוך.
				* **אלו עקרונות ומטרות של דיני הנזיקין משתקיפים בפסיקתו של ריבלין?**

אוטונומיה **וצדק חלוקתי** - צדק חלוקתי זה ההנחה שלמרות שכמעט אין סיכוי שרים אבו חנא הייתה מקבלת שכר לפי הממוצע אנחנו בכל זאת ניתן לה מתוך רצון לקדם את האוכלוסיות המוחלשות ולקוות לשינוי בעתיד.

יש דעה שאומרת שמדובר **בצדק מתקן** בגלל שמדובר בחזרת המצב לקדמותו כי בגיל כזה עומדת בפני אבו חנא האפשרות לבחור את סיפור חייה ולכן הפיצוי לפי השכר הממוצע ממחיש את האפשרות שהייתה לה. צדק מתקן מטרתו להשיב לה את מה שהיא הייתה יכולה להשיג, ואז כיביכול היה צריך להתחשב במצב הכלכלי שלה, אבל לא ניתן לדעת בגלל גילה הקטן אז ניתן כשכר הממוצע. הצדק החלוקתי והצדק המתקן לא בהכרח סותרים אחד את השני.

* 1. לעיתים תהיה הגבלה על פיצוי בגין אובדן השתכרות או כושר השתכרות
		1. חוק האחריות על מוצרים פגומים וחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים - מגביל את גובה הפיצוי לפי שלוש מהשכר הממוצע במשק.

**ראש נזק לא ממוני:** ביהמ"ש צריך לכמת בעצמו את גובה הנזק.

1. **סוגי הנזק תחת ראש נזק לא ממוני:**
	1. **כאב וסבל**
		1. **כאב פיזי** - קשה לכמת את זה מכוון אין דרך ברורה.
		2. **צער נפשי** – טראומה, חוסר יכולת לישון עקב תאונה, סרבנות גט וכ"ו (מקובל לפצות עליו מאז פס"ד גורדון).
			1. דוגמת סרבנות הגט **פס"ד** **כ.ש נ' כ.פ –** בעל מסרב לתת גט לאשתו והיא תובעת אותו תביעה נזיקית – **הוכרע שסירוב גט מהווה עוולה נזיקית.**
				* הנזקים של המסורבת הם צער נפשי וסבל שבעקבותיהם היא קיבלה פיצוי גדול.
				* לפעמים התביעה הנזיקית היא במטרה לפצות את הניזוק ולעיתים הפיצוי הוא מיקוח על מנת להשיג דבר אחר. במקרה של סירוב גט, לעיתים המסורבת מעוניינת בגט ולא בפיצוי ולכן הפיצוי יכול לשמש לה כקלף מיקוח. תוכל לוותר על הפיצו בתמורה לגט. ניתן לומר שאולי הפיצוי הוא גם דרך לבייש את האדם המסרב.
				* בגדול אדם יכול לעשות אם פיצויים שהוא מקבל מה שהוא רוצה – טענות שאומרות שזו לא מטרת דיני הנזיקין לא משנות מכוון שאדם יכול לבחור מה שהוא רוצה.
				* בעייתי מאוד מבחינת בתי הדין הרבניים מכוון שעלול להיווצר מצב של **גט מעושה.**
	2. **קיצור תוחלת חיים**
		1. **הגדרה: פיצוי עבור קיצור תוחלת חייו של ניזוק.**
		2. **שתי אפשריות לקיצור תוחלת חיים:**
			1. אדם נפגע והוא יודע שהוא הולך למות מוקדם יותר – יש לו צער על קיצור תוחלת חייו.
			2. אדם מת מיד בתאונהוכתוצאה מכך קוצרו חייו –בשניות שלפני מותו חווה צער ולכן מגיע לו פיצוי.
		3. **פס"ד אטינגר -** בפס"ד נקבע שראשי הנזק הלא ממוניים העיקרים הן כאב וסבל וקיצור\אובדן תוחלת חיים. הגישה המקובלת 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. במקרה של אטינגר לא העלו את גובה הפיצויים מכוון שהשופטים חשבו שהוא תואם וסביר למקרה.
	3. **אובדן הנאות החיים**
		1. **הגדרה:** אובדן הנאות חיים הוא בפיצוי בגין פגיעה באיכות החיים של הניזוק או בשל ערך החיים עצמם, בגין אבדן תחושות העונג, הסיפוק, החדווה ונחת הרוח הקיימות ברגיל לאדם במהלך חייו (ריבלין).
		2. **האם אובדן הנאות חיים זה נזק לא ממוני נפרד מכאב וסבל?**
			1. **פס"ד פריליך –** אדם בן 25 היה מחוסר הכרה ולבסוף מת, המשפחה תבעה לאובדן הנאות חיים. ביהמ"ש קבע: אובדן הנאות חיים הוא לא ראש נזק עצמאי, הוא חלק מכאב וסבל.
			2. **פס"ד אגבבה –** ילד שטבע בבריכה, היה מחוסר הכרה 10 ימים ולבסוף מת. אוביטר של ריבלין: לדעת ריבלין יש לראות באובדן הנאות חיים ראש נזק עצמאי.
		3. **מה זה משנה אם זה נזק עצמאי או לא?**
			1. **נגד הכרה כראש נזק נפרד -** אין להכיר כראש נזק עצמאי משום שמטרת הפיצוי בדבר הטבת נזקו של הנפגע אינה מתקיימת מקום בו הניזוק חסר הכרה או חסר מודעות ומקום בו אינו יכול ליהנות מהתחליף שהפיצוי מספק. לפי תפיסה זו – לא נגרם נזק וממילא אין מקום להכיר בפיצוי. הבעיה בהכרה כראש נזק נפרד:
				* כמו שנאמר לעיל, לא נגרם נזק לניזוק לכן לא צריך לפצות.
				* פיצוי שהניזוק אינו נהנה ממנו ישירות, אין מדובר אלא בפיצוי עונשי - לא צודק, לכן אין לפצות.
				* ישנם רגעים בחיים שאין להם שיעור – ""priceless, עד כדי כך שלא ניתן לכמת אותם לכלל פיצוי מסוים, לכן לא אפשרי לפצות עליהם.
			2. **בעד הכרה כראש נזק נפרד -** גישה זו סוברת שהאובדן הנגרם לניזוק שנותר מחוסר הכרה אינו מתמצה בנזק ממוני בלבד כגון אבדן השתכרות. ניזוק שנותר מחוסר הכרה מפסיד את החיים עצמם, ולא רק את הרווח שהיה צפוי לו אילו המשיך לעבוד למחייתו. ככול שאכן מכירים בערך החיים עצמם כנזק שנגרם לנפגע – היעדר הכרה בהיבט של אובדן הנאות החיים למעשה מביא לכך שניזוקים רבים סובלים מפיצוי חסר.
				* טיעונים בעד - יוצר הרתעה.
	4. **פיצוי עבור שירותי ליווי -** אובדן הנאות חיים
		1. **פס"ד פלוני נ' מגדל חברה לביטוח -** פיצוי עבור שירותי ליווי: אדם צעיר שנפגע בתאונת דרכים ודורש פיצוי ממוני עבור שירותי ליווי.
			* + השופט ריבלין נתון כעת בבעיה מכוון שיש רצון להשיב את המצב לקדמותו ולכן לתת לניזוק פיצוי עבור שירותי ליווי מכוון שלא מתפקד מבחינה מינית, אך זו בעיה מוסרית לתת לאדם כסף על כך.
				+ ריבלין מוצא לכך פתרון – הוא עושה 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 לשימוש בכספי הפיצויים.

אם זאת יש כאן סכנה שאם השנים יהיה פיחות בפיצוי מכוון שהוא נכנס תחת ראש נזק אחר.

* 1. **פגיעה באוטונומיה -** שיעור עם עו"ד עדן כהן
		1. אוטונומיה זה החופש של הבן אדם לבחור ולהחליט עצמאית על גורלו ללא כפייה או התערבות חיצונית.אם זאת הזכות לאוטונומיה היא לא לזכות מוחלטת ויש לה הגבלות.
		2. **האוטונומיה במשפט:**
			1. זכות עצמאית
			2. זכות מסגרת שמתוכה נובעות זכויות נוספות - זכות של אדם לא לנכוח במשפט של עצמו, לשנות את שמו וכ"ו..
		3. **פס"ד גורדון -** הוכר נזק של כאב וסבל אך לא היה מדובר על פגיעה באוטונומיה בנפרד.
		4. **פס"ד דעקה -** המערערת נכה הסובלת מבעיה ברגלה השמאלית והיה גם חשש לגידול בכתף שלה. האחרונה הוכנסה לחדר ניתוח על מנת לנתח את רגלה. שהיא על שולחן הניתוחים ועם תרופות מטשטשות החתימו אותו על טופס לניתוח בכתפה מחשש שמצב הכתף גרוע יותר. מהניתוח יצא עם נכות של 35 אחוז והיא תבעה את בית החולים פיצויים בטענה שלא הייתה הסכמה מדעת לניתוח והייתה פגיעה באוטונומיה.המחוזי לא קיבלת את תביעה. לכן יש ערעור לעליון:
			1. בהעדר הסכמה מדעת צריך להוכיח קשר סיבתי - גם הייתה נשאלת במצב דברים רגיל הייתה סבירות גבוה שלא תסכים לניתוח.
			2. ביהמ"ש קבע שמגיע לנתבעת פיצוי על פגיעה באוטונומיה באופן נפרד מהפיצוי על כך שלא הייתה הסכמה מדעת של הנתבעת משום שהעדר ההסכמה מדעת פגע לה האוטונומיה (ביכולת הבחירה). ההפרדה בין הנזקים היא חידוש גדול מכוון שהתובעת לא צריכה להוכיח קשר סיבתי של העדר הסכמה ופגיעה באוטונומיה זה ראש נזק נפרד.
				+ פגיעה באוטונומיה אינה מצריכה קשר סיבתי .
			3. השופט עמית מעביר על פס"ד דעקה ביקורת בפס"ד פלונית נ' מדינת ישראל:
				+ ממליץ שיהיה מדובר בפיצוי שיורי בלבד - רק אם אין שום פיצוי אחר.
				+ זהות במרכיבי הנזק **-** אפשר לדעת מה הם מרכיבי הזנק ולכן לראות שהפיצוי עלול להיות כפול. לדוג' השפלה על חוסר מתן בחירה היא קיימת גם בפגיעה באוטונומיה וגם בהעדר הסכמה מדעת ולכן אין סיבה לפצות פעמים.
				+ מדיניות משפטית רצויה
				+ **הלכה בפלונית: אם ניתנו פיצויים בהעדר הסכמה מדעת אין מקום לקבל פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה.**
			4. **שלושה מודלים לסיווג פגיעה באוטונומיה-**
				+ **ראש נזק -**
				+ **עוולה -** אי אפשר לקבוע עוולות שאותם לא קבע המחוקק.
				+ **נזק -**
	2. **הגבלת פיצויים על נזק ללא ממוני**
		1. ישנם חוקים בהם יש הגבלה לגובה הפיצוי שאפשר לקבל בגין נזק ללא ממוני.
			1. חוק האחריות למוצרים בפגומים.
			2. חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים - מוגבל למאה אלף לירות.
			3. תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.
1. **לסיכום:**
	1. **האם נזק הוא הכרחי לתביעת נזיקין?**
		1. באופן הכי פשוט צריך נזק. נזק עוולה וקשר סיבתי בין העוולה לנזק. אם זאת ישנן עוולות שכתוב שיש צורך להוכיח נזק, אם נזק הוא הכרחי לא היה צורך לציין אותו בכל עוולה. דהיינו לא כל עוולה דורשת הוכחת נזק.
		2. ישנן עוולות שלא דורשות הוכחת נזק למשל: לשון הרע ועוולת התקיפה. **ישנן שתי גישות ביחס לעוולות שאינן דורשות נזק:**
			1. **גישה ראשונה:** **הנזק קיים ופשוט לא צריך להוכיח אותו.**
			2. **גישה שנייה: חזקת נזק, ישנה חזקה שהעוולה גרמה לנזק.** הצד השני (המזיק) יכול לנסות להוכיח שלא היה נזק.
		3. אדם שניגש לתביעה אם יודע שקיים נזק יעדיף אולי לבחור בעוולת הרשלנות מכוון שקל להוכיח נזק. אם לא קל להוכיח נזק הוא יחפש עוולה שקשורה לנזק שלו שלא צריך להוכיח בה נזק.
		4. דוג' אירועון 6 בסילבוס: למיטל חנות מכשירי כתיבה בשכונה והיא מתפרנסת ממנה היטב, בחנות ליד מוכרים פירות ויקרות לאחר זמן מה נמכרה החנות לידה ונפתחה לידה חנות מכשירה כתיבה.
			1. מיטל לא יכולה לתבוע על נזק שנגרם לה בגין פתיחת החנות החדשה מכוון שאין מדובר בעוולה על אף שיש נזק.
		5. **פס"ד פלונית נ' דניאל:** השופט עמית: מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים – כלומר לא ניתן לפסוק פיצוי בגין נזק ולדרוש פיצוי ללא הוכחת נזק יחד. כלומר באופן כללי לא נקבל יותר ממאה אחוז, אך ישנם מקרים חריגים בהם יהיה פיצוי מעל מאה אחוז (פיצוי עונשי, פיצוי מוגבר, חוק ביטוח לאומי). לדעת עמית יש טעם בטענה כי בית משפט קמא פסק לזכותו של אורי פיצוי כפול, כאשר הפיצוי עבור "נזק בלתי ממוני" נפסק גם לפי עוולת הרשלנות (פי עם הוכחת נזק) וגם לפי עוולת לשון הרע (פיצוי ללא הוכחת נזק).
			1. **פיצוי ללא הוכחת נזק עודנו פיצוי בגין נזק, ורק רכיב ההוכחה הוא שמתייתר.**
			2. **מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים:** אפשר לפצות רק על פי אחד מהם.
				* **מסלול א -** פיצוי ללא הוכחת נזק, עד לסכום הקבוע בחוק.
				* **מסלול ב -** פיצוי על פי הוכחת נזק, שעשוי להיות הן בגין נזק ממוני (כללי או מדוייק) והן בגין נזק בלתי ממוני.
2. **שאלת היסוד הנפשי בדיני נזיקין?**
	* 1. **הכלל**: בדיני נזיקין אין צורך בהוכחת יסוד נפשי, אם זאת יש עוולות בהן יש צורך היסוד נפשי (עוולת נגישה, גרם הפרת חוזה, תקיפה וכ"ו).
		2. חלק מן העוולות שיש בהן יסוד נפשי נמצאות מחוץ לפקודת הנזיקין ויכולות להוסיף פן פלילי למזיק.
		3. **למה ללכת לעוולות שיש בהם יסוד נפשי?** כי לעיתים יש בהם יתרון שלא צריך להוכיח נזק. לכן ברוב העוולות שיש צורך להוכיח יסוד נפשי אין שימוש כיום.
			1. **העוולה העיקרית בה יש יסוד נפשי ומשתמשים בה היא תקיפה, ישנן שתי סיבות:**
				+ אין צורך בהוכחת נזק.
				+ יסוד נפשי מרוכך – "התכוון" להתנהגות ולא לתוצאה.

**תובע נתבע והגנות**

1. **נתבע - מי יכול להיתבע?**
	1. **מזיק**
	2. **מייעץ\משדל** (מפתה בלשון הפקודה)\**מסייע\שותף – ס' 12 לפקודה.**

אדם שייעץ\שידל\סייע או היה שותף לעוולה יהיה בעל אחריות נזיקית.

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.

* 1. **מעביד – ס' 13 לפקודה.**
		1. *13."(א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו –*

*(1) אם הרשה או אישרר את המעשה;*

*(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;*

*אולם –*

*(א) מעביד לא יהא חב על מעשה שעשה מי שאיננו מעובדיו, אלא אחד מעובדיו העביר לו תפקידו בלא הרשאתו המפורשת או המשתמעת של המעביד;*

*(ב) מי שהיה אנוס על פי דין להשתמש בשירותו של אדם שאין בחירתו מסורה לו, לא יהיה חב על מעשה שעשה האדם תוך כדי עבודתו זו.*

*(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.*

*(ג) לענין סעיף זה, מעשה – לרבות מחדל."*

* + 1. מדוע זה לא תחת שלוח? מכוון שיש דינים שונים לדיני עבודה (במהלך השיעור נקרא לזה אחריות שילוחית על אף שזה לא מדויק).
		2. הבדל מרכזי בין עובד ומעביד לשולח ושלוח: ניתן לתבוע את המעביד כאשר העובד התרשל כלפי עצמו וגם כלפי צד ג'. חשוב לשים דגש לכך שרק כאשר מדובר במעשה רשלני יהיה פיצוי אך לא כאשר יש מעשה מכוון. בדר"כ המעסיק יעביר את התביעה לביטוח. ישנם ביטוחים על פי המדינה שמעביד חייב לבטח את העובד שלו.
		3. הסיבות שבגללן מעביד אחראי על העובד שלו למרות שהוא לא בהכרח אשם בנזק:
			1. תמריץ\הרתעה - על אף שאין אשמה למעביד לתת לו אחריות כדי שיזהר יותר וינסה לגרום לו להיות יותר אחראי וזהיר. זה ייתן תמריץ למקומות עבודה לשכור אנשים שידאגו לבטיחות וביקורות מתוך ניסיון להפחית את הנזקים הפוטנציאלים.
			2. כיס עמוק - המעביד הוא בדר"כ הכיס העמוק.
			3. למעביד בדר"כ יש ביטוח לפזר את הנזק ובמידה ואין ביטוח מפזר הנזק הזול על ידי העלאת מחירים וכדומה.
			4. תמריץ למעביד לעשות ביטוח כלפי צד ג'.
		4. האם הביטוח לא גורם לכך שהמעביד לא יהיה זהיר? לא. ראשית לביטוח יש גבול ושנית הביטוח עלול לעלות יותר כסף ככול שיהיו למבוטח יותר אירועים ביטוחיים.
		5. עקרונות הצדק - במידה מסוימת חובת המעביד נוגדת את עקרונות הצדק אך יש חשיבות בלתת תמריצים כדי למנוע תאונות ולכן יש מעט איזון כלפי אי הצדק. לטענת טוני הונורה (משפטן בריטי)- אתה מעביד מחזיק עובדים כי אתה צריך אותם ונהנה מהם ולכן אתה צריך לשלם גם על הנזק שהם עושים. אתה בחרת להיות מעביד ולכן אתה אחראי לנזק שהם גורמים.
		6. מה לגבי זהירותו של העובד? העובד יזהר מתוך הנחה שאדם לא ירצה לפגוע בגופו או בגופם של אחרים.
	1. **שלוח – ס' 14 לפקודה.**
		1. *"14. לענין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם".*
		2. אדם ששלח מישהו לעשות משהו בשבילו יהיה חייב **בכל הנזקים** שגרם השלוח בנוסף לחובתו של השלוח לנזקים.
		3. בכל מיני סוגים של אחריות שילוחית אפשר לתבוע רק את השולח. מדוע נרצה לתבוע רק את השולח? כי הוא הכיס העמוק. גם אם תובעים רק את השולח נצטרך להוכיח את אחריותו של השלוח. לדוג' נתבע את משרד החינך ולא את המורה.
		4. לשולח יכולה להיות גם אחריות ישירה ולא רק שילוחית. במקרה כזה התביעה תתבע אותו משני כיוונים אחד של אחריות ישירה ואחד של האחריות שילוחית וכך תחזק את התביעה. אם זאת הנתבע לא ישלם פעמים אלא רק פעם אחת מכוון שאי אפשר לקבל יותר ממאה אחוז פיצוי.
		5. אם הייתה חריגה מהשליחות אי אפשר לתבוע את השולח.
	2. **ביטוח -** כאשר ניזוק מעוניין לתבוע הוא יכול לתבוע את הביטוח של המזיק.
		1. **ביטוחי חובה** - ביטוחים שעל פי חוק המדינה מחייבת לשלם להם.
		2. **ביטוחים נוספים** - ביטוחים שאדם בוחר לקחת על מנת לבטח עצמו ממקרים בהם יהיה נזק.
	3. **עיזבון**
		1. הכלל אדם נתבע והוא מת התביעה נגדו נמשכת והמחליף של הנתבע הוא העיזבון שלו. בדיני הנזקין החובות והזכויות של אדם עוברים לעיזבון שלו.
1. **מי יכול לתבוע?**
	1. **ניזוק**
	2. **ניזוק נפשי במעגל השני:**
		1. **פס"ד אלסוחה** - שני מקרים והובאו לפני בית המשפט:
			1. ביהמ"ש ירושלים - הילד דוד דהאן נפצע בתאונת דרכים על ידי אלסוחה (המזיק) ומת מפצעיו לאחר 24 ימים הוריו של המנוח תובעים את המזיק בגין הנזק הנפשי שנגרם להם בשל מות בנם.
			2. ביהמ"ש נצרת - בית תובעת אדם שפגע באימא עם משאית ופצע אותה לאחר זמן מה האם מתה מפצעה. לטעת הבת חלתה במחלת נפש עקב תאונת אמא.
			3. **ההלכה** (דעת השופט שמגר): ניתן לקבל פיצוי על נזק שנגרם למעגל שני אך יש לכך **ארבעה קריטריונים:**
				* **זהות התובע -** חייב להיות קרוב משפחה של הנפגע, בדר"כ מדובר בקרבה מדרגה ראשונה אלא אם כן היה יחסי קירבה מיוחדים לקרוב משפחה מדרגה רחוקה יותר.
				* **חובת התרשמות מהאירוע**, או התרשמות ישירה או התרשמות מהתוצאות המיידיות של האירוע. לדוג' אדם שגילה על מותו של קרוב שלו המון זמן לאחר קרו האירוע לא הייתה לו התרשמות ישירה או התרשמות מהתוצאות המיידיות.
				* **דרישת קרבה בזמן ובמקום** לאירוע אך ניתן לפירוש זו גם בדרך גמישה והקריבה צריכה להיות סיבתית לכן גם נזק מתהווה יכול להיחשב נזק.
				* **נזק נפשי חמור** - נזק נפשי משמעותי, עד כדי מחלת נפש שגורמת לנכות ניכרת לצמיתות.
			4. **מדוע אין פירוש רחב למעגל הניזוקים?** הכרה בנזק עקיף עלולה לגרום ל:
				* הצפת בתי משפט
				* מדרון חלקלק - לא בהכרח נרצה שבית המשפט יפצה את כל סוגי הניזוקים במעגל השני.
				* זמני התיידנות - הוכחה עלולה להיות קשה ולכן זמני התדיינות יתארכו.
				* הטלת נטל כבר מידי על התנהגות אנושית - חשש מפני הרתעת יתר בשל הרחבת מעגל הנפגעים. על ביטוחים וכו'.
				* חשש מתרמיות
				* נזק נפשי הוא קשה להערכה

**תביעת שיפוי** - היא מקרה בו אדם שהפסיד בתביעה נזיקית יכול לתבוע את האדם שהיה אחראי לנזק במציאות. אדם א' הפסיד בתביעה נזיקית, לאחר מכן אדם א' טוען שאדם ב' הוא זה שהיה אחראי לנזק ולכן הוא תובע מאדם ב' את הכסף שא' חויב מהתביעה הנזיקית (לא תביעה נזיקית, המזיק הוא התובע לאחר התביעה הנזיקית).

**תביעת צד ג'** - תביעה הדומה לתביעת שיפוי אך במקום שתי תביעות נפרדות מדובר בתביעה אחת. הנתבע (המזיק) שולח הודעת צד ג' לאחראי נוסף שתהפוך אותו לנתבע נוסף, הודעה כזו דורשת אישור ביהמ"ש כי היא מחייבת גם את התובע להכניס אדם נוסף לתביעה. אדם הנוסף יהפוך לנתבע נוסף בתוך אותה התביעה. צד ג' צריך לתת תשובה על ההודעה ובמידה והוא נכנס לתביעה יש לו יריבות כלפי שני הצדדים (התובע והנתבע שעירב אותו בתביעה).

* + 1. **פס"ד שווקי** - צורך בקשר סיבתי
			1. כתוצאה מירי מוטעה של לוחמי משמר הגבול נהרג בנם של המערערים, ובן אחר נפצע. המערערים הגישו תביעה לפיצוי בגין נזקים נפשיים ובריאותיים שנגרמו להם כלל ופרט פיצוי על מחלת הלב שנגרמה, לטענתם, בגין הצפייה בירי בילדיהם.
			2. שני חידושים בפסק הדין:
				- **אם נגרם נזק פיזי בעקבות נזק נפשי (הלם) כתוצאה מעוולה הוא ייחשב כנזק המעגל השני.**
				- **ברגע שאדם שם עצמו בתבנית של ניזוק נפשי במעגל השני, הוא חייב להוכיח קשר סיבתי.** להוכיח שהנזק הנפשי הוא כתוצאה מהאירוע הנזיקי ובמידה ויש נזק פיזי, להוכיח שהנזק הפיזי נגרם כתוצאה מהנזק הנפשי, שנגרם מהאירוע הנזיקי.
			3. הלכת אלסוחה לא מייתרת את הקשר הסיבתי בפרט ואת נוסחת האחריות הנזיקית בכלל.
		2. **פס"ד לוי נ' שערי צדק -** ריכוך בהלכת אלסוחה
			1. גברת לוי הרתה באמצעות הפריית מבחנה לאחר טיפולי פוריות רבים. בשבוע הארבעים להריונה הגיעה לוי לבית החולים על מנת ללדת, כאשר הגיעה לבדיקה ראשונה נאמר לה שהיא עוד לא בלידה פעילה ולכן תלך "להסתובב" ולחזור לבדיקה יותר מאוחר. לוי חזרה לאחר שלוש וחצי שעות ובבדיקה שבוצעה לה התגלה שהעובר בבטנה מת עקב חנק על ידי חבל הטבור.
			2. דעת השופטים:
				- **ריבלין (דעת הרוב) -** שלושה מתוך ארבעת הקריטריונים של הלכת אלסוחה מתקיימים כלפי שני ההורים. החידוש בפס"ד הוא ריכוך היסוד הרביעי, שלמרות שהנזק שהוכח לא חמור כמו שנדרש באלסוחה (פסיכוזה או נוירוזה) יש אפשרות פיצוי, במקרים קשיים וחריגים.
				- **השופטת חיות (דעת מיעוט):** לדעתה לנוכח העובדה שההורים מעורבים כמולידים בתהליך ההולדה, יש להכיר בשני ההורים כניזוקים עיקריים הניצבים במעגל הראשון של הסיכון (האמא תקבל יותר מכוון שיש לה גם נזק פיזי).
			3. **הרחבה נוספת של הלכת אלסוחה** (הלכה חדשה): **האחריות על פיצוי ניזוק משני, בגין נזק לא ממוני תחול, במקרים קשים וחריגים למרות אי עמידה בתנאי הרביעי בנוגע לחומרת הפגיעה הנפשית.**
			4. דברים נוספים שנדנו בפס"ד:
				- האם יכול להיות ניזוק משני כאשר אין ניזוק ראשוני? התינוק מת לפני תהליך הלידה.
				- נושא השנים האבודות - האובדן השתכרות של העובר?
				- מטרות דיני הנזיקין - הרתעה, צדק חלוקתי.
	1. **מיטיב**
		1. **חוק להטבת נזקי גוף - ס' 5 לחוק הטבת נזקי גוף כולל סייג לסכום הפיצוי.**
		2. סבירותה של הטבת הנזק*: 5)"אין להיפרע לפי חוק זה אלא הוצאות, שכר שירות ודמי תמיכה סבירים; משכורת או שכר עבודה שמעביד מוסיף לשלם לעובדו בתקופה שהעובד אינו מסוגל לעבודה עקב נזק הגוף, רואים לעניין זה כהוצאה סבירה, אלא שאין להיפרע יותר מן המשכורת או שכר העבודה שהיה העובד מקבל אילו היה מסוגל לעבודה; כן רואים כהוצאה סבירה את הכלכלה הניתנת, והשכר המשתלם, על ידי המדינה לחייל בתקופה שלא היה מסוגל לשירות".*
		3. למטיב יש אפשרות לתבוע את המזיק על אף שלא קשור לאירוע הנזיקי.
		4. לדוג' אדם שסועד אדם אחר ועוזר לו. יכול להיות משפחה ואף חבר.
		5. **מטרה -** ליצור אחווה בין אנשים. לדוג' הורה יישאר בבית לעזור לילד שלו שניזוק.
	2. **עיזבון**
		1. אם הניזוק מת יש אפשרות להמשיך את התביעה ע"י העיזבון אך יש לכך חריגים. לדוג' תביעה בלשון הרע לא ממשיכה באופן אוטומטי ויש לכך הגבלות החוק.
	3. **תלויים**
		1. **הגדרה כללית:** אנשים שתלויים במנוח לפרנסתם או לעזרה וסיוע אחרים.
			1. לעיתים תלויים ועיזבון הם אותם אנשים. אם זאת יש פיצויים שהם רק לתלויים או רק לעיזבון, לדוג' הוצאות קבורה הם רק לעיזבון.
		2. **גיל התלות:**

**פס"ד יחזקאל נ' אליהו:** עקב יחזקאל אב שנהרג בתאונת דרכים (להלן: המנוח) ולו שלושה ילדים. שני בנים (בני 15ו- 10 בעת הפטירה), ובת (בת 19 בעת הפטירה) בצבא. הערכאה הראשונה קבעה, כי תקופת התלות של הבת הינה עד הגיעה לגיל 21. לעומת זאת, תקופת התלות של הבנים הינה עד גיל 18. ביהמ"ש העליון משנה את ההכרעה.

* + - 1. **ברק:** היום הנורמה היא שהורים תומכים בילדיהם במהלך תקופת הצבא ולכן יש להכיר בתלות בתקופה הזו. אף על פי כן, צריך להכיר בך שהצבא מספק חלק מן הצרכים של התלוי ולכן יש **הלכה: יש תמיכה בילדים כתלויים גם בתקופת השירות הצבאי. חזקה עובדתית: התמיכה של הורים בילדיהם בתוקפת השירות הצבאי פוחתת בשני שליש מהתמיכה לפני גיוסם.**
		1. **ידועים בציבור כתלויים:**

**פס"ד לינדורן נ' קרנית:** **פסק דין שענה על השאלה כיצד המשפט מתייחס ל"ידועים בציבור".** המנוח נפטר בתאונת דרכים. הוא והמערערת חיו כבני זוג ללא נישואין (בשל היותם בעלי דתות שונות). המערערת הגישה תביעה נזיקית כתלויה במנוח, לטענתה המנוח והיא חיו כזוג נשוי וניהלו משק בית משותף. תביעתה נדחתה על ידי בית המשפט השלום בטענה שאי הוראה בס' 78 לפוקדת הנזיקין שמתייחסת לתלויים שאינם נשואים. ביהמ"ש המחוזי קבע שידועים בציבור יכולים להיחשב תלויים גם אם אינם נשואים. ולכן המשיבים הגישו רשות ערעור סביב השאלה "האם תלויים בציבור נכנסים בגדר המונח "בן זוגו" כפי שמופיע בס' 78 לפק' הנזיקין".

* + - 1. **השופט ברק:**
				* שתי פרשנות של טקס משפטי: יש להבחין בין משמעותו הלשונית לבין משמעותו המשפטית:

הלשונית – קובעת את מגוון המשמעויות שהטקסט יכול לשאת בשפתו.

המשפטית – המשמעות הלשונית המגשימה את התכלית שהנורמה הגלומה בטקסט נועדה להגשים.

* + - * + כלל : הפרשן יעשה שימוש בשתי סוגי הפרשנויות ואינו רשאי לתת לטקסט מובן משפטי הנופל מעבר למתחם המשמעויות הלשוניות בטקסט.
				+ **ישנה חשיבות לאם ידועה בציבור נכללת בגדר "בן זוג" מכוון שהפקודה לא מעניקה זכות לכל תלוי אלא מצמצמת אותו להיקף תלויים ספציפי שביניהם קיים התלוי בן זוג.**

המובן הלשוני של הדיבור "בן זוגו": "אחד מן שניים שהן זוג" בן זוג הוא אחד מצמד ואין דרישה לשונית שיהיה מדובר בזוג נשוי.

המובן המשפטי של הדיבור "בן זוג": התכלית המונחת ביסוד ההסדר של הפקודה היא להעניק פיצוי בגין אובדן התלות, תוך החזרת המצב לקדמותו. כלומר, העמדת התלויה, במונחים כספיים, באותו מצב שבו הייתה נתונה לולא מעשה הנזיקין שבוצע במנוח. לעניין זה, הקובע הוא היחס העובדתי, של התלות בפועל. כאשר ידועה בציבור תלויה בפועל במנוח – שעמו חיה חיי אישות וניהלה משק בית משותף במסגרתה של משפחה מאוחדת – יש לראות בה כ"בת-זוג" של המנוח לעניין תביעתה כתלויה. מסקנה זו אפשרית מבחינה לשונית, ולכן בהתאם לתכלית הפקודה מתבקשת מבחינה משפטית.

* + - * + **המבחן לזכותו של התלוי הוא בקיומה של תלות בפועל ובסיכויי התלות בעתיד לולא מעשה הנזיקין:**

תלות בפועל - מקום שבו איש נשוי לא תמך באשתו הנשואה ובנסיבות העניין לא היה גם סיכוי שיתמוך בה בעתיד, זו לא תזכה בפיצוי, כתלויה, בין שלאותו אדם נשוי הייתה ידועה בציבור ובין שלאו.

סיכוי תלות עתידי - יחושב לפי מידת הסבירות ולא לפי מאזן הסתברויות.

* + - 1. **השופטת שטרסברג-כהן , השופט אנגלרד השופט טירקל – מסכימים**
			2. **השופט מ' אילן**: מסכים ומוסיף הערות. ראשית, לטענתו ברק לא נותן תשובה מספקת לכל טיעוני הנגד (נמצאים בסיכום של פסק הדין) ושנית, לדעתו יש השלכה מהותית על הסטטוס החברתי של "ידוע בציבור" עקב פסיקה זו. על אף דברים אלו אילן מסכים עם ברק וטוען שהמציאות הכריעה את הכף, בשל תכלית החוק שהיא הטבת הנזק למי שניזוק על ידי מעשה העוולה.
			3. **הלכה: ניתן להכיר ביודעים בציבור כבני זוג לפי פקודת הנזיקין בס' 78 ולכן יכולים להיחשב תלויים.**
		1. **תלויים בגירים בעלי יכולת השתכרות – הגישות השונות:**

**פלוני נ' המאגר לביטוח חובה:** אשתו של המנוח היא היורשת היחידה, וילדיו של המנוח טענו כי הם זכאים לפיצוי כתלויים, משום שהוכיחו שהמנוח תמך בהם תמיכה כספית בפועל, ואלמלא התאונה – התמיכה הייתה נמשכת. האם התלויים בגירים ועצמאיים כלכלית נכנסים כ"תלויים" לפי ס' 78 לפקודת הנזיקין?

* + - 1. **השופע עמית מציג** שלוש פרשנויות שונות:
				* **גישה רחבה:** מגיע לתלוי כל הפסד שנגרם בפועל לילד כתוצאה ממוות ההורה (כולל חופשת סקי)**.**
				* **גישה מצמצמת:** רק תלות אמיתית קיומית (למשל נכות). רק מצבים בהם אדם אינו יכול לפרנס עצמו כלל.
				* **גישת ביניים:** כוללת גם אדם שיכול לפרנס עצמו, אם בפועל סמוך על שולחן הוריו והם מספקים לו את צרכי מחייתו (הילד גר איתם והוריו מפרנסים אותו).
			2. גישתו של עמית היא בין גישת הביניים למצמצמת - **ילד תלוי בהוריו עד גיל 18, בתקופת הצבא תלוי פחות ואחר מכאן לא תלוי כלל. לאחר מכן, יצטרך להוכיח נסיבות מיוחדות כמו חוסר יכולת השתכרות בשל מצב רפואי או נפשי.**
			3. **השופט סולברג:** גישתו היא בן הגישה המרחיבה לגישת הביניים - **לדעתו אין צורך בהוכחה שהילד לא יכול להתפרנס כאדם בוגר. כל עוד הילד תלוי ממשית בהוריו וסמוך על שולחנם, על אף שיכול לעבוד הוא נחשב תלוי.** עם זאת, יש חובה להוכיח תלות ממשית בהוריו שבלעדיה לא היה להם מקור קיום עצמאי. לדעתו לנוכח הקושי לחשב את משך התמיכה יש לתת פיצוי גלובלי. **לדוג'** סטודנט שהוריו הם אלו שמפרנסים אותו.
			4. **השופט דנציגר:** לא מכריע מכוון שמקרה הספציפי הילדים לא הוכיחו תלות.

**עד כאן לבוחן א**

1. **הגנות**
	1. **שני סוגים של הגנות:**
		1. **הגנות כלליות -** לפיהן אם ההגנה מתקיימת התביעה תידחה.
			1. קעקוע יסודות העוולה
			2. חסינות
			3. הסתכנות מרצון
			4. מעשה של מה בכך
			5. ניתוק הקש"ס (חלק מההגנה הראשונה).
		2. **הגנות חלקיות -** הגנה שלא דוחה את התביעה, אך יכולה להפחית את הפיצוי.לדוג' אשם תורם.

**הגנות כלליות - כללי**

* 1. **קעקוע יסודות העוולה -** עירעור על אחד מיסודות נוסחת האחריות הנזיקית - עוולה, נזק או קש"ס.ככול שנראה שיש יותר יסודות שלא מקיימים ככה ההגנה תגדל.
		1. **ננסה לערער רק על יסודות הגיוניים.** לא נערער על יסוד שברור שקיים, לדוג' אדם שיש לו נכות לא נערער על הנזק שנגרם לו.
		2. **אפשר גם לערער על יסוד בתוך העוולה עצמה**. לדוגמה תקיפה - לערער על אחד מחמשת יסודות העוולה. לדוג' לא היה נגד גופו של אדם.
	2. **חסינות**
		1. **חסינות לשופט -** חסינות כנגד כל אדם שהוא בעל משרה שיפוטית.
			1. **ס' 8 לפקודה:** *"אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי."*
			2. לדוג' גם דיין בבית דין רבני. יש בתי דין שגם לפעמים מצריפים להרכב השופטים אזרחים וגם להם תהיה חסינות.
			3. **המטרה**: לא נרצה ששופט יפחד לשפוט על פי שיקול דעתו, מחשש לתביעה נזיקית.הדרך היחידה להתמודד עם התרשלות בפסק הדין היא לערער עליו (אין לערעור השפעה על השופט אלא רק על גזר הדין).לא נרצה מצב בו שופט שופט שופט.
			4. **האם מדובר בחסינות מהותית או דיונית?**
				+ **חסינות מהותית -** המעשה של השופט הוא לא עוולה, האחריות עצמה נשללת. **אי אפשר להגיש תביעה כלל** כי לא קיימת עוולה.
				+ **חסינות דיונית -** מדובר בעוולה אבל נשללת האפשרות לתבוע את השופט עצמו. **אפשר להגיש תביעה כאחריות שילוחית (המדינה).**

מצד אחד, אם החסינות מהותית, תהיה הרתעת חסר והשופט יוכל להתרשל.מצד שני, אם לא תהיה מהותית זה יגרום למצב של שופט שופט שופט שאנחנו לא רוצים בו.

* + - 1. **פס"ד מדינת ישראל נ' אדם:**
				* **המקרה:** המשיב, אזרח סודני, הגיש תביעה נזיקית כנגד מדינת ישראל, לטענתו הוחזק שלא כדין במשמורת למשך שנתיים בדל טעות בזיהוי מוצאו, לכן דורש פיצוי כספי בסך מיליון שקל. המדינה הגישה כתב הגנה שבמסגרתו עתרה לדחייה על הסף של התביעה בשל קיומה של חסינות שיפוטית. בית המשפט לא קיבל את העתירה לדחייה על הסף, מכאן הערעור:
				* דעת הרוב: **השופט מזוז - נקבע שחסינות שיפוטית היא חסינות מהותית ולכן אי אפשר לתבוע גם את המדינה.** מדוע יש לראות בחסינות חסינות מהותית:

צורך בשמירה על אובייקטיביות שיפוטית בלי שיקולי פרטיים, בשל חשש של השופט מתביעה נזיקית כנגדו.

צמצום החסינות לחסינות דיונית תאפשר לתבוע את המדינה בגין מעשיו של נושא משרה שיפוטית מה שעלול לפגוע בתכלית של החסינות שהיא מניעת שיקולים זרים.

* + - * + דעת יחיד: **השופטת וילנר -** מסכימה עם השופט מזוז, ומדגישה שאין לקבוע כי החסינות היא מוחלטת ונטולת גבולות ויכול להיות שבעתיד יהיו מקרים שבהם נושא המשרה פעל בזדון ותוך שימוש לרעה בסמכותו ויהיה ניתן אפשר לתבוע את המדינה.
		1. **חסינות לקטין (ס' 9 לפקודה) -**
			1. קטין בפקודת הנזיקין זה ילד שהוא מתחת לגיל 12.
			2. מי שלא מלאו לו 18 לא יכול להיתבע על עוולה הנובעת מחוזה שעשה במישרין או בעקיפין.
		2. **חסינות ללקוי בנפשו: פס"ד כרמי נ' סבג:**
			1. **בפס"ד טקיימות שלוש גישות:**
				- **הגישה הראשונה:** אדם יישא באחריות נזיקית, אף אם, כתוצאה ממחלת נפש, אין הוא יודע את מהות מעשהו או את טיבו המוסרי . ביסוד הגישה עומדת התפיסה הבסיסית כי עקרון הפיצוי, ולא האשמה, הוא שעליו מושתתת האחריות הנזיקית.
				- **הגישה השנייה:** יש להחיל סטנדרט אחיד של אחריות בפלילים ונזיקין.
				- **הגישה השלישית:** גישת ביניים - אין חובה כי המזיק יבין את המשמעות המוסרית של מעשהו, אך יש צורך ביסוד נפשי מינימלי של שליטה. דהיינו, שליטה של האדם על תנועות גופו.
			2. דעת הרוב**: השופט רובינשטיין:** מכיר בגישת הביניים - **הגנה בנזיקין בשל מחלת נפש תינתן רק בשל היעדר שליטה בגוף** - יש בכך איזון בין מתן פיצוי לקורבן לבין כך שלא ייתכן להטיל אחריות על אדם חסר שליטה (אין משמעות אם העידר השליטה הוא במחלת גוף או מחלת נפש).
			3. דעת יחיד**: השופטת ארבל:** השופטת ארבל חושבת שהגישה הראשונה היא הגישה הנכונה, הפיצוי הוא הדבר החשוב ולא האשם וגם בפקודת הנזיקין אין חסינות ללקוי בנפשו. אך, לטענה יש מקרים בהם משיקולי צדק שונים יש לתת לחולה נפש פטור מתשלום פיצויים ולכן מסכימה עם פסק דינו של רובינשטיין.
	1. **הסתכנות מרצון**
		1. **ס' 5. לפקודה***:" (א) בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע* ***ידע והעריך****, או יש* ***להניח שידע והעריך****, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכושו למצב זה* ***מרצונו****.*
			1. **כדי שנתבע יחסה תחת הגנה זו הוא צריך להוכיח***:*
				+ הניזוק **ידע** על הסיכון, כולל **מהות הסיכון ואופיו**.
				+ הניזוק **נחשף מרצון**, הן **פיזי** והן **משפטי** **לסיכון**.
				+ הניזוק רצה לחשוף עצמו לסיכון והשלכותיו המשפטיות בהתבסס על **ידיעת מצב הדברים** שגרם לנזק והזכות להישמר ממנו. **עצם ידיעת הסכנה אינה מעידה שהיה רצון להסתכן.**
			2. מאוד קשה להוכיח הגנה זו, אולי מכוון שהשופטים מעדיפים את השימוש בהגנה של אשם תורם, שלא מבטלת את התביעה לגמרי.
		2. *(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי-מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק. -***הסעיף לא חל על עוולה של הפרת חובה חקוקה.**
		3. *(ג) ילד למטה מגיל שתים עשרה לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק או כמסוגל מרצונו לחשוף עצמו או רכושו למצב זה."*
		4. המקום הכי עדכני - הספר של עמוס הרמן - מסביר מה זה הסתכנות מרצון.
		5. **הסתכנות מרצון עמוס הרמן**:
			1. **מדובר בהגנה מלאה, דהיינו שמתקבלת ההגנה התביעה נדחית.** לא כל הסתכנות נכנסת תחת ההגנה של הסתכנות מרצון. ישנם המון מעשיים אשר כרוכים בלקיחת סיכון כמו נהיגה ברכב, חציית כביש וכד'.
			2. טענת הגנה זו קיימת אל מול עוולת הרשלנות ועוד עולות אחרות, אך אינה קיימת מול הפרת חובה חקוקה. לטענת השופטת פורקצ'יה מכוח תקנת הציבור לא ייתכן שהתובע ייתן הרשאה להפר חובה של הנתבע על פי חוק, אפילו עם הוא מוכן לקחת את הסיכון.
			3. על מנת שתתקבל הגנה זו יש להוכיח שלושה תנאים מצטברים:

הניזוק ידע על מהות הסיכון, כולל הערכת הסיכון ואופיו המסוכן.

הניזוק חשף עצמו מרצונו לסיכון הפיזי והמשפטי.

הניזוק רצה לחשוף עצמו לסיכון ולהשלכותיו המשפטיות בהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק והזכות להישמר ממנו.

* + - * + **עצם ידיעת הסכנה לא מעידה על הרצון להסתכן. הרצון להסתכן והמודעות לסכנה אינם מספיקים.** הבחירה תהיה חופשית רק כאשר הניזוק בעל ידע מלא של כל הנסיבות - משמע שהתובע ידע שאם ייגרם נזק הוא ולא הנתבע יישא בתוצאות של הנזק.חוסר ברצון חופשי יכול להיות עקב היעדר ידיעה, אך גם עקב לחץ חברתי או מחלת נפש(לכן התאבדות אינה נחשבת הסתכנות מרצון אם מקורה במחלת נפש).
				+ **מתי תתקבל הגנת הסתכנו מרצון?** צריך להוכיח ידע סובייקטיבי של התובע על ידיעת הסיכון במלואו ואת רצונות לחשוף עצמו לסכנה הפיזית והמשפטית (במפורש או מכללא). הסתכנות מרצון תתקבל יותר כאשר מדובר בנזק רכושי.
				+ **פעולות שלא יוכרו כהסתכנות מרצון:**

**פעולת הצלה**, החשיפה בהן לסיכון אינה רצונית וכחברה נרצה לעודד שהתנהגות זו היא מעשה טבעי וסביר.

**ילדים מתחת לגיל 12** לא נחשבים כמסוגלים לדעת או להעריך את מצב הדברים כמסוגלים לחשוף עצמם להסתכנות מרצון. לכן כל פעולה שלהם לא תחשב להסתכנות מרצון.

**עובד מעביד,** בית המשפט ינקוט בפרשנות מצמצמת בהסתכנות ביחס עובד מעביד מתוך ההבנה כי לעובד אין בחירה אמיתית, כל אלטרנטיבה משמעה אובדן מקור פרנסתו ולכן חשיפתו לסיכון תחשב לא רצונית.

* + - * + אין הרבה שיקולים של מדיניות משפטית המצדיקים שימוש בהגנה של הסתכנות מרצון ולכן בתי המשפט נוטים לדחות הגנה זו וליישם במקומה את **הגנת האשם התורם**, המאפשרת חלוקת האשם בין הצדדים הצורה צודקת יותר.

שיעור בתאריך 24.05.2021

* 1. **מעשה של מה בכך**
		1. **ס' 4 לפקודה:** *"לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך."*
		2. **למשל:** גניבה של מסטיק מקיוסק, זה עוולה, אבל לא היו הולכים לביהמ״ש על כך – ולכן זה יכול להיות הגנה על תביעה, שלא היו תובעים עליה בדרך כלל.
		3. **מקרה שקרה**: אדם שנעצר בעקבות גניבה של רדיו ברכב, לטענתו מדובר בגניבה קטנה ולכן לא הגיוני שנעצר לשנה שלמה. טענת המדינה, אין מדובר במעשה של מה בכך מכיוון שמדובר במכת מדינה ולכן זה מצדיק את המעצר.
	2. **ניתוק הקשר הסיבתי**
		1. **שייך בפועל להגנה הראשונה, אך שמואלי שם אותו בנפרד כדי שלא נשכח.**
		2. ס' 64 לפקודה: *"* *אָשָם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק בַּאֲשָמוֹ, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה"*.
			1. *הנזק נגרם על ידי מקרה בלתי טבעי, שאדם סביר לא יכול לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה".*
				+ לדוג' צונמי.
			2. *אשָמוֹ של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק.*

גורם מתערב זר - אני עשיתי עוולה, אך הסיבה העיקרית שנגרם נזק היא בגלל אדם אחר.לדוג' זרקתי אבן במטרה לשבור חלון, אבל אדם אחר תפס את אבן וזרק אותה על החלון. על אף שעשיתי עוולה הנזק נגרם על ידי האדם האחר.

גורם מתערב זר יכול להיות גם הניזוק עצמו - אדם נכנס לאתר בנייה ללא רשות ונפגע שם, עצם העובדה שנכנס לשם זו הסיבה המכרעת לנזק.

מה קורה במקרה בו אדם נפגע בראשו עקב תאונה ועוד לא ברור מה מידת הנזק ואז לאחר מכן בשל התרשלות רפואית הנזק בראש הוא גדול*.* האם הרשלנות הרפואית הסיבה המכרעת לנזק? לא לגמרי ברור, נכנס יותר לגדרו של נזק ראייתי.

בקצרה נזק ראייתי: לפעמים אדם נפגע ועדיין אין ידע מספק למה גודל הנזק. ואז קורה נזק נוסף שמפריע לקבוע מה היה הנזק הראשון. יש מקומות בעולם שאומרים שבמצב כזה השני ישלם את כול הנזק כי הוא זה גרם לחוסר היכולת לאמוד את הנזק הראשון. מנגד יש הטוענים שהראשון גם גרם לנזק ולא רק זאת ללא הנזק הראשון לא היה קורה הנזק השני. אריאל פורת ואלכס שטיין והסבירו את הדבר בכך שהמציאו *נזק ראייתי*- המזיק השני גרם בנוסף לנזק השני גם נזק לראיות- בגללו אי אפשר לאמוד ולכן ישלם גם את הנזק של הראשון בתמורה לנזק הראייתי שגרם. הקטגוריה הכי פשוטה של נזק ראייתי זה השמדת ראיות. למשל התיק של בית המשפט נשרף אז אי אפשר לבדוק את הרשלנות. לכן כדי שיהיה להם תמריץ לשמור על התיקים שלהם נאשים אותם ברשלנות על השריפה. עכשיו נטל ההוכחה עליהם להוכיח שלא התרשלו. הבעיה מתעוררת כאשר מי שאיבד את הראייה הוא לא המזיק הראשון למשל שופט איבד את התיק אבל לא גרם לנזק הרפואי. איזה פיצוי נבקש ממנו? לא פשוט, חסינות שופטים וכו'.

* + - 1. *הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם* (פרופ' לא נוגע בזה).
		1. הסעיף מסביר באלו מקרים מתנתק הקשר הסיבתי וכך לומדים שיש חובה לקשר סיבתי (אין ס' פוזיטיבי לקשר סיבתי).
	1. **הגנות חלקית**
		1. **הקטנת הנזק:** חובה על אדם לפעול באופן סביר להקטנת הנזק שנגרם לו עקב עוולה.
			1. **דוגמה רכושית של מים הדולפים לחצר השכן -** הצינור של השכנים התפוצץ והציץ לו את השדה. לא עשיתי כלום כדי למנוע את המים הדולפים, ככל שלא עשיתי זאת ויכולתי יש לי חלק באשמה כי יכולתי להקטין את נזק.
			2. **דוגמה גופנית -** אדם לא הולך לעשות פיזיותרפיה, חברת הביטוח תטען שהיא תשלם לו כאילו כן עשה פיזיותרפיה והנזק הוקל.
			3. **ע"א 021/10 גנזך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ:** אדם עבד כמורה ועשה תאונה והפך לצולע ולטענתו פרש מהעבודה בשל הבושה. פס"ד הדין קבע שהוא לא פעל כאדם סביר ולא היה צריך לפרוש מהעבודה כי היה לו חובה להקטין את הנזק. **במקרה הנ"ל אדם סביר אשר היה נקלע למצבו של הניזוק על אף הקשיים הנפשיים הכרוכים בכך היה נשאר בעבודתו ואין לתת משקל להרגשתו או רצונו הסובייקטיבי של הניזוק.**
				+ **מבחן האדם הסביר - הניזוק חייב לעשות מה שאדם סביר היה עושה להקטנת הנזק במידה והיה נקלע למצבו של הניזוק.**
			4. דיון בכיתה - כיום חברת הביטוח הייתה יכולה לפנות לניזוק לעשות ניתוח למניעת הצליעה ואז אולי למנוע את הנזק שנגרם, אך מאז שיש הכרה שפגיעה באוטונומיה היא ראש נזק עצמאי בקשה זו היא בעייתית ואולי זה לא מאחובתו לבצע ניתוח כזה (דוגמה נוספת, לבקש מדוגמנית שניזוקה בפניה לעשות ניתוח בפנים).
		2. **אשם תורם:**
			+ - **ס' 68 לפקודת הנזיקין.**
	2. **הגנות ספציפיות בעוולות**
		+ 1. דוגמת ס' 25 לפק' הנזיקין הגנות מפני תקיפה.
			2. הגנות בתוך עוולת לשון הרע.

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

1. **מטרות דיני הנזיקין עמוס הרמן:**
	1. יעוד דיני הנזיקין הם: עשיית צדק, יצירת הרתעה, מתן פיצוי, השבת המצב לקדמותו, ייעול, פיזור הנזק ותועלת כלכלית. המטרות משלימות זו את זו ולעיתים חופפות. גם כאשר נראה שיש סתירה, הסתירה היא לכאורה בלבד, מכיוון שהמטרה היא הגנה על האינטרסים החיוניים לאדם והסתירה היא רק בדרכים השונות להשיג מטרה זו.
	2. **צדק מתקן** חותר לעשות צדק עם הנפגע וקובע שעל מי שפעל לא כדין יש חובה לתקן את הנזק.
	3. **צדק חלוקתי** חותר לערכים של שיוויון, חיזוק קבוצות חלשות וצמצום פערים בין עשירים לעניים. חוק הפלת"ד וחוק אחריות למוצרים פגומים הם דוגמאות לצדק חלוקתי במערכת המשפט בישראל.
	4. **יסוד ההתרעה**
		1. מטרתו לגרום לכך שאדם יימנע מהתנהגות עוולתית שעלולה לפגוע באחר. ההרתעה מושגת על ידי:
			1. קביעת נורמות שאינן כדין (עוולות)**.**
			2. הענקת סעדים לאלו שנפגעו מההתנהגות שלא כדין.
		2. ישנם מקרים בהם לתבוע זכות פיצוי על עצם הפגיעה באינטרס אישי גם ללא גרימת נזק, במקרה כזה תפקיד הנזיקין הוא להרתיע מפני פגיעה באינטרסים.
		3. יסוד ההרתעה בשנים האחרונות איבד מיעילותו עקב כך שלעיתים קרובות לא המזיק משלם על הנזק אלא חברת הביטוח. אף על פי כן, ככל שגדלים מקרי הנזק שמקורם בעוולה מסוימת, גובר הסיכוי שהחברה תאסור או תגביל את פעולתם ושחברות הביטוח לא יהיו מכונות לבטח נזק כזה, דבר שיגרום למזיק הפוטנציאלי לנקוט באמצעי זהירות ובכך יסוד ההרתעה יחזור להשפיע עליו. העלאת רמת האחריות לאחריות מוחלטת עלולה להוריד את ההרתעה, זאת מכיוון שלמזיק אין דרך למנוע את הנזק שהוא עושה. מנגד גם דרישה מוגברת עלולה לגרום להרתעה יתר, שתוביל להימנעות מהתנהגותיות מסוימות בשל רצון להתגונן מתביעה ולא בשל רצון למנוע נזק- דבר אשר מוריד את היעילות וספק האם מגביר את הבטיחות.
	5. **שיקולי יעילות,** לעיתים שיקולים כלכליים ישפיעו על התנהגות המזיק הפוטנציאלי. **תאוריית ההרתעה הכלכלית\תאוריית הרתעת השוק-** האחריות על נזק תוטל על הגורם שהיה מסוגל למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר. הדרך היעילה ביותר היא זאת שעלותה היא הנמוכה ביותר לחברה.
	6. **השבת המצב לקדמותו,** השבת המצב לקדמותו היא כאשר הנפגע זכאי לתיקון המצב שפוגע על ידי המזיק. במידה והמזיק לא יכול בפועל להשיב את המצב לקדמותו על המזיק לשלם לניזוק פיצויים שיאפשרו לו לעמוד באותו מקום אילולא הנזק שנגרם. הפיצוי הוא לא על מנת להעניש את המזיק ולא על מנת להראות הזדהות עם הניזוק, מטרתו היא החזרת המצב לקדמותו באופן הקרוב ביותר. **כיום היסוד הדומיננטי של דיני הנזיקין הוא תיקון הנזק והשבת המצב לקדמותו.**
	7. **תאוריות כלכליות של דיני הנזיקין-** גישות כלכליות של דיני הנזיקין מחפשו דרכים למנוע תאונות ובכך להקטין את העלויות לחברה ולהגדיל את הרווחה החברתית המצרפית.
2. **Dobss -**: **DAN B. DOBBS, THE LAW OF TORTS**
	1. מחלק את דיני הנזיקין ל2 עקרונות:
		1. **עיקרון של צדק -** אחריות מוסרית, להטיל את הפיצוי על מי שביצע ולא מישהו אחר, מתוך אחריות מוסרית. הכלל: יש להטיל אחריות רק כאשר זה צודק - **פיצוי כנגזרת לצדק**. יש כאן דגש על הצדדים.
		2. **עיקרון של מדיניות חברתית\ תועלת ציבורית -** עיקרון זה שם את הדגש על תועלת חברתית, יצירת מערכת משפטית שתהיה טובה לחברה כולה. תועלת חברתית יכולה להתחבר עם צדק מתקן במקרים מסוימים, אבל ההבדל ביניהם הוא שהפוקוס הוא לא כלפי צדק לאינדיבידואל, אלא **צדק לחברה** על ידי יצירת מערכת משפטית שתעשה טוב לחברה כולה. מבחינה מה יהיה טוב לחברה מבחינה כלכלית ומבחינה חברתית.
	2. פיצוי הרתעה נכנסים תחת שתי עקרונות אלו**:**
		1. פיצוי נכנס בתוך עיקרון הצדק המתקן.
		2. הרתעה נכנסת בתוך עיקרון מדניות חברתית.
	3. **התנגשות בין הגישות:**
		1. שתי הגישות שהוצגו נתפסות בדר"כ מנוגדות אחת בשנייה, נראה כאילו רק אחת מהן תוכל לנצח או ששתיהן תצטרכנה להתפשר. למרות זאת, לדעת דובס ברוב המקרים הגישות דווקא לא סותרות.
		2. מה קורה כאשר הגישות מתנגשות?
			1. **לדוגמה**: עיר מפנה את כל התושבים שלה לקראת שריפה, בגלל לחץ של זמן היא עושה זאת לפני שהתובע (בעל אחד הבתים) מספיק לפנות את הרהיטים שלו. הוא תובע את העיר בסכום הנזק שנגרם לרהיטים.
				* לפי גישת התועלת החברתית כנראה נגיד שלעיר אין אחריות נזיקית, היא פעלה לטובת הכלל ולטובתו האישית של הניזוק.
				* מנגד, לפי שיקולי צדק ניתן לומר שהעיר צריכה לשלם על הנזק שנגרם לרהיטים כתוצאה מהזירוז.

כלומר**, גישות שונות מביאות אותנו לתוצאות שונות.**

* 1. **גישות מוניסטיות** - בוחרת מטרה אחת ולפיה יש הכרעה.
	2. **גישות מעורבות-פלורליסטיות** - אינן מתרכזות במטרה אחת לניתוח מטרות הנזיקין. חלק מהגישות הפלורליסטיות קראו לנתח את כל המטרות, להעדיף מטרה אחת על רעותה ולתת לה דומיננטיות רבה יותר במסגרת השיקולים והאיזונים. גישות פלורליסטיות אחרות קראו לבחון כל סוגיה נזיקית כשלעצמה, ללא יד מכוונת המעדיפה מטרה אחת מרעותה במקרים של התנגשות. אם אתה מוניסט (הולך על מטרה אחת) אז תבחר כיוון, אם אתה פלורליסט תצטרך לנסות לאזן בין הגישות. הבעיה צצה שמנסים לאזן בין הגישות השונות.
		1. אנגלרד, שופט עליון לשעבר, כתב ספר על צדק מתקן וצדק חלוקתי ושם הוא אוסף גישות שונות של מלומדים במאות שונות. אנגלרד אומר שלצדק יש 2 פנים והם לא סותרים. כלומר, לפי אנגלרד גם שהפנים סותרות הן עדיין שייכות לאותו גוף. אם אתה מוניסט לא צריך להתאים את הפרצופים האלה. אבל אם אתה פלורליסט אתה צריך לאזן ולמצוא את המחנה המשותף של הגישות.
1. **גישות שונות לצדק המתקן:**
	1. **הגישה האריסטוטלית ווינרבית:** הצדק המתקן מסתכל רק על שני הצדדים הספציפיים לעוולה ואין בכלל התחשבות בשיקולים נוספים. גישות שונות לצדק מתקן לפי דובס: צדק מתקן תלוי אשם (הגישה האריסטוטלית)- הגישה היותר קיצונית. **האשמה היא שמקימה את החובה לפצות את הניזוק על הנזק שנגרם לו.** ניתן להגיד שלא יהיה צודק להטיל אחריות על מי שלא ביצע את הנזק או לא את כולו. הציבור אמנם ירצה שנזקים של אינדיבידואלים ישולמו מכספי הציבור אך זה לא פייר להטיל את הפיצוי על מי שלא אחראי לנזק. **לפי אריסטו, יש 3 פרמטרים מצטברים לצדק מתקן המתבסס על אשם:**
		1. **המזיק ישלם:** כעניין של כפרה על מעשיו, לכן אם אין מזיק, או שיש מזיק אבל אי אפשר להגיע אליו (פגע וברח) אין פיצוי.
			1. הבעיה: היום בהמון תביעות לא המזיק הוא זה שמשלם, אלא הביטוח\המדינה (לדוג' חוק נפגעי פעולות איבה).
			2. פתרון:

 **ויינריב**, תאורטיקן בולט של הצדק המתקן אשר רואה בצדק מתקן המבוסס על אדם כמטרה הלגיטימית היחידה בדיני נזיקין (ממשיך דרכו המודרני של גישת אריסטו), נותן פתרון לבעיה- לשיטתו, כשהביטוח משלם זה לא דיני נזיקין, זה אולי דיני חוזים. כל הסדר שאינו תלוי אשם, כגון פיצוי על ידי המדינה, אינו פסול בעיני ויינריב, אך לדעתו אין בו משום הסדר שבדיני הנזיקין.

ישנה גישה נוספת שטוענת כי ישנו צדק מתקן במידה מסוימת בביטוח:

**השתתפות עצמית -** אם המזיק אשם הוא חייב לקחת חלק בהשתתפות עצמית ובכך יישמר הצדק המתקן. במידה המזיק אינו אשם, הוא צריך להגיש תביעה ולהוכיח שלא היה אשם כדי לא לקחת חלק בהשתתפות עצמית.

**עליית מחיר הפרמיה** - במידה ועשית תאונה ואתה הזקת תצטרך לשלם יותר על מחיר הפרמיה העתידית. לא מדויק לגמרי, מכיוון שמדובר בהנחת העדר תביעות לעומת עליית מחיר - לכן נימוק פחות מוצלח, הטבה ולא עונש.

* + 1. **הניזוק יקבל פיצוי**:המזיק חייב לעמוד מול הניזוק הספציפי כדי לכפר ולפצות על הנזק שגרם ולא דרך צד שלישי. הפיצוי צריך לבוא כעניין אישי של סליחה\כפרה על הנזק שנגרם (כפרה מוסרית ולא דתית).
			1. אריסטו מנסה להסביר את גישת הניזוק יקבל פיצוי בעזרת **משל החבל** - שני אנשים בצדי החבל השונים, בהנחה שלשני האנשים אותו חוזק- החבל נשאר מאוזן. אם צד אחד חזק יותר ומושך את החבל לצד שלו, החבל נופל לצד החזק. כדי לתקן את המצב, יש להחזיר את החבל למקומו. ברגע שלא ניתן להחזיר את החבל (למשל נזק נפשי או פיזי), יש להחזיר בסכום שווה ערך לנזק בפיצוי כספי.
			2. בתורה ישנה גם דרך לנסות להסביר מה הוא הפיצוי לניזוק: "עין תחת עין". **הרמב"ם** מסביר מדוע כאשר כתוב "עין תחת עין" בתורה, הכוונה לכסף תחת עין. לדעתו הכפרה האמיתית כנגד הנזק היא עין תחת עין. לכן חשוב שהמזיק יכיר שזו הכפרה שהיה עליו לשלם, על אף שבפועל מכפר בכסף. לדעתו של שמואלי על אף שאריסטו לא מדבר על מוסר דתי הוא יסכים עם גישה זו.
		2. **הפיצוי יהיה בגובה הנזק**: לדעת אריסטו הפיצוי צריך להיות בדיוק בגובה הנזק לא יותר ולא פחות.
			1. כביכול ברור מאליו, אך לא לגמרי מכיוון שבפועל בדיני הנזיקין קיים פיצוי עונשי. אריסטו לא יסכים עם זה מכוון שאין לפצות מעבר לגובה הנזק. אך, ישנן גישות שיגידו שכבר העוולה היא בזדון הפיצוי המוגבר הוא בעצם "מה שמגיע" למזיק.

שיעור בתאריך 31.05.2021

* 1. **גישת הסיכונים ההדדיים של פלטשר:**
		1. תורת הסיכונים ההדדיים והבלתי הדדיים. התורה מסתכלת על שני הצדדים ובוחנת כמה כל אחד מסכן את השני (מאזן האימה). זו גישה הנוטה לאחריות מוחלטת (גישה זו כמעט אינה מתבצעת בפועל בפסיקה).
			1. **סיכונים הדדיים -** כאשר מדובר בסיכון זהה (פחות או יותר) של כל צד כלפי האחר, כל צד יישא בנזק שלו. לדוג' שני רכבים שמתנגשים אחד בשני, כל רכב יישא בסיכונים הרגילים והסבירים שלו. הסיכונים אינם חייבים להיות חופפים מספיק שהם יהיו דומים.
			2. **סיכונים בלתי הדדיים -** אם המעוול סיכן את הניזוק באופן חד צדדי, הוא יישא בנזק. לדוג' מטוס שמתנגש באנשים על הקרקע- המטוס מסכן את האנשים אבל האנשים מהקרקע לא מסכנים את המטוס ולכן מדובר בסיכון חד צדדי והמטוס יישא בנזק. הרעיון שהוא יישא בנזק גם אם זו לא אשמתו. האשם שלך הוא בזה שאתה מסכן יותר (לא לגמרי מדויק להגיד שזה סיכון ולכן יש נטייה לומר שזו בעצם לאחריות מוחלטת). במידה ואתה בעל הסיכון הגבוה אתה תשלם את כל הנזק.
			3. **הסיכונים היו הדדיים אך עקב רשלנות הם הפכו להיות בלתי הדדים:** מי שגרם לרשלנות יישא בנזק. אין פה חלוקה ואשם תורם, יש אדם אחד שנוטל את כל האשמה - מאוד מזכיר את משטר האחריות המוחלטת.
		2. **ביקורת על פלטשר** -
			1. גישתו אינה וודאית והמקרים ביום יום לא כול כך ברורים ולא תמיד קל להבין מי הוא בעל הסיכון הלא הדדי. כאשר קשה לדעת יש יותר התדיינות מכיוון שאי אפשר לדעת מה ביהמ"ש יכריע ולכן פחות יעיל כלכלית. ככל שגישה פחות וודאית יש יותר עלויות לבירור.
		3. **מה עומד מאחורי גישתו של פלטשר?**
			1. **צדק חלוקתי:** גישתו של פלטשר היא תחת צדק מתקן. עם זאת, לדעת שמואלי לעיתים זה מרגיש צדק חלוקתי, יש פה סממנים של חזק מול חלש. הבחינה של מאזן הסיכונים ההדדיים שאינה תלויה לגמרי באשם, משקפת שני צדדים שאחד מהם חזק מהשני והוא זה שיישא בנזק. האשמה תלויה בעל מי יותר צודק לשים את הנזק גם ללא אשמה אמיתית - רק בגלל שהסיכון שלו יותר גדול\חד צדדי.
			2. אף על פי כן, **צדק מתקן** לא מתעסק בשיקולים נוספים ובמה יקרה אח"כ ולכן יש גם סממנים של צדק מתקן. לדוג' אם אדם נפגע ממוצר אז היצרן יצטרך לפצות אותו מכיוון שהסיכון שהיצרן יוצר גדול יותר ואילו הצרכן אינו מסכן אותו (מסתדר גם עם החוק לאחריות על מוצרים פגומים), אך אם היצרן תמיד יפצה לבסוף נשלם יותר מכיוון שזה יעלה את מחירי המוצר.
		4. **יתרונות וחסרונות בגישה:**
			1. מי שיישא בנטל הם רוכשי המוצרים בשל עליית מחירי המוצר.
			2. יתרון: גישה "זולה" מבחינת ההליך המשפטי מפני שהיא היא יחסית פשוטה להבנה ומימוש – יש רק לבחון את מאזן הסיכונים האובייקטיבי (בפרקטיקה לא בטוח שזה כזה ברור).
1. **השלכות הצדק החלוקתי:**
	1. **איפה ממוקם הצדק החלוקתי?**
		1. **צדק חלוקתי במשפט הפרטי: דובס** לא שם את הדגש שלו על צדק חלוקתי. הצדק החלוקתי לא נכלל באופן ברור באחת משתי החטיבות שדובס מגדיר (עיקרון של צדק ועיקרון של תועלת חברתית כלכלית). דיני הנזיקין באופן מסורתי לא תמיד הכניסו צדק חלוקתי. צדק חלוקתי מתקשר יותר למשפט הציבורי שמדבר יותר על זכויות אדם ועל שוויון חברתי. צדק חלוקתי לכאורה לא יכול להיכנס במשפט הפרטי כי הוא מערב גורמים שלא קשורים באופן ישיר לצדדים. צריך לשים לב שאם מחלקים את עוגת הרווחה המצרפית באופן אחר זה יכול להגיע על חשבון מישהו אחר.
		2. דוגמה מרכזית לצדק חלוקתי זה **פס"ד רים אבו חנא**: במקרה של הפסד השתכרות בעתיד. הביטוח רצה לשלם לה פחות מכיוון שהיא מגיעה ממצב סוציואקונומי נמוך והסיכוי שלה להרוויח מעל לממוצע נמוך. נקבע שמכיוון שהיא קטנה אין לקבוע כיצד ייראה העתיד שלה ויש להביא לה השתכרות לפי השכר הממוצע בשוק.
		3. פס"ד נוסף - מקרה של לשון הרע, נקבע שיש סכום פיצוי שהיה ראוי לפצות אך מכיוון שלצד המפצה אין כסף נפסק סכום נמוך יותר.
		4. **פמיניזם כגישה חלוקתית:** גישה פמיניסטית לאובדן השתכרות של בנדר - ישנו פער בשכר בין נשים לגברים על אותה העבודה בדיוק. עם דיני הנזיקין יחזירו את המצב לקדמותו מבלי להסתכל על האפליה, הם מנציחים את המצב הרע. לכן, כאשר יש תאונה אובדן ההשתכרות לדעתה יש לתת לפי ששכר הא-מגדרי הממוצע במשק.
			1. **ביקורת-** פוגע בגברים מכיוון שהם ירוויחו פחות בעת קבלת פיצוי. בנוסף, לא מאפשר שינוי חברתי בשטח, כי גם אם כאשר האישה תפוצה היא תקבל פיצוי גבוה, רוב הנשים לא מגיעות לדיני הנזיקין וממשיכות לקבל פחות. בנוסף, ישנה גם ביקורת מהצד הפמיניסטי, עלול לפגוע בנשים אשר הצליחו לשבור את תקרת הזכוכית ולקבל יותר מהשכר הממוצע במשק, משום שיפוצו לפי שכר נמוך.
			2. בשונה מהרתעה שמטרתה היא הגדלת עוגת הרווחה המצרפית, **צדק חלוקתי לא מנסה להגדיל את העוגה המצרפית אלא מחלק אותה בצורה אחרת.**
2. **מטרת הפיצוי - האם פיצוי הוא מטרה עצמאית?**
	1. **צדק מתקן אל מול מטרת הפיצוי -** יש גישה שלא רואה בפיצוי כמטרה אלא רק כאמצעי בתוך צדק מתקן. לגישה אחרת, פיצוי מטרה חברתית בפני עצמה של דיני הנזיקין.
	2. **מה השוני של פיצוי (לעומת צדק מתקן)?**
		1. **פיצוי הוא מטרה סוציאלית חברתית -** החברה כמטרה סוציאליסטית רואה בצורך לפצות את האדם הנפגע.
		2. **הפיצוי עוסק רק בניזוק הספציפי** ובצורך לפצותו לא בהכרח מאת המזיק הישיר (למשל ביטוח). דוגמה מוצלחת לכך, היא הפלת"ד: אחריות מוחלטת.
		3. **יש לוודא הניזוק יקבל פיצוי גם באם אין מזיק או שלא ניתן למצוא אותו.** לדוג' קרנית (קרן הפיצויים של הפלת"ד) הוקמה על מנת לתת פיצוי גם כאשר אין מזיק או לא יודעים מיהו.לעומת גישתו של אריסטו - שחושב ה"מזיק ישלם" את הפיצוי - צדק מתקן עוסק בניזוק ומזיק והשבת המצב לקדמותו היא כלפי שניהם, דהיינו תיקון הנזק על ידי המזיק רק ביחס לחלק שהזיק.
		4. **אין הכרח הניזוק עצמו יקבל את הפיצוי** - בשונה מאריסטו "הניזוק יקבל פיצוי". זה בסדר אם תהיה איזושהי קרן שמקבלת את הפיצוי בשם הניזוק, למשל חברות סיגריות משלמות כסף לקרן לנפגעי עישון והיא זו שבעצם מקבלת את הכסף מהמזיק לפיצויים.גם לדוג' נפגע שמת היורשים שלו יכולים לקבל את הפיצוי.
		5. **אין בעיה שהניזוק יקבל יותר או פחות מגובה הנזק -** בשונה מאריסטו "הפיצוי יהיה בגובה הנזק".לדוג' הקרן בארה"ב לנפגעי עישון תיתן פיצוי ביחס לכמות הכסף שיש לה בקרן ולכן הניזוק עלול לקבל פחות.
	3. **רעיון של הכרה נזק על ידי נתח שוק ולא על ידי קרן: דוגמה:** DES - מחלה של סרטן צוואר הרחם אצל ילדות בנות 15: ניסו להבין מדוע קוראת המחלה זו - לאחר שעשו מחקר התגלה שהאימהות של אותן ילדות לפני 15 שנה לקחו תרופה מאותו סוג. מה הייתה הבעיה? האימהות באו לתבוע את היצרן, אך בארה"ב היו יותר מ200 חברות שיצרו את אותה התרופה ולא היה ברור איזה תרופה לפי לקחו ולא היה ברור את מי לתבוע וגם אם אפשר לתבוע זה כמות תביעות בלתי אפשרית. פתרון: ביהמ"ש בארה"ב קובע שניתן לתבוע את כל החברות יחד והפיצוי יהיה לפי נתח שוק - בודק מה היה נתח השוק של כל אחת מהחברות לפני 15 שנה והאחריות תהיה יחסית לנתח השוק באותה תקופה. **נתח שוק= האחוז מכלל השוק הרלוונטי אותו משרת המוצר\הפסק** (קרנית עובדת לפי רווח שוק ולא נתח שוק).
	4. **בפלת"ד יש גם מטרת צדק חלוקתי ולא רק פיצוי - לדוג' תקרת גובה הפיצוי.**
3. **הרתעה יעילה:**
	1. **הרתעה קלאסית:** הרתעה הגיעה מהמשפט הפלילי והיא מכוונת לא רק להרתעה אישית אלא להרתעת הכלל, מעוולים פוטנציאלים.
	2. **הרתעה יעילה\אופטימאלית -** היא נגזרת של הגישה הכלכלית במשפט, והיא **מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית.**
		1. **כיצד מגדילים את העוגה?** על ידי ניסיון לתמרץ את שינוי הפעולות שעלולות להוביל לנזק ולכוון התנהגות עתידית.
			1. השגת הרתעה יעילה ובכך לחסוך בהוצאות: דרך אחת, **הקטנת מספר התאונות** ודרך שנייה, **הקטנת ההוצאות של התאונות שכבר קרו** (מתוך הנחה שאי אפשר למנוע 100 אחוז מהתאונות)- לדוג' אורות של ברקסים, מקטנים את ההיקף התאונה ובכך מוזילים אותה. לעומת זאת אין במדינה חובה למוביליי, שמואלי טוען שאולי משום שמוביליי זה מוצר יקר היעילות מול המחיר לא השתלמה. מוביליי יכולה לפנות הביטוח ולהציע לה עסקה- חברת הביטוח תציע ללקוחות לקנות מוביליי בתמורה להנחה בביטוח. לחברת הביטוח זה משתלם מכיוון שזה יוריד את נתח התאונות.
	3. **שתי גישות שונות להרתעה יעילה:** פוזנר וקלברזי מביאים שיטות שונות להרתעה יעילה ויש ביניהם מחלוקת גדולה מאוד, על אף שהמטרה שלהם היא זהה (הרתעה..).
		1. **הגישה של קלברזי -** מבוססת על ההבחנה של מי **מונע הנזק הזול** ביותר, מי שמונע הנזק הזול יישא בכל הנזק לפי האחריות המוחלטת (הרחבה בהמשך).
		2. **הגישה של פוזנר -**
			1. מבוסס על אשם ורשלנות. **פיתח את הנוסחה של השופט לרנד הנד**, לחישוב היעילות הכלכלית כדי להגיע להרתעה יעילה והוסיף לה מימד של אשם תורם. אחת הדרכים להרתעה יעילה הינה לחשב את נקודת האשם - נקודת האדם או הרשלנות היא במקום בו הוצאות המניעה זולת מתחולת הנזק. פוזנר סומך על כך שהמזיק הפוטנציאלי ייעשה חישובים ובכך ידע מה הם אמצעי המניעה שעליו לעשות כדי למנוע תאונות באופן יעיל בהתאם לתוחלת הנזק .
			2. פוזנר הסתמך על נוסחת לרנד הנד, הבודקת את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק. לפי פוזנר, אם מזיק יידע את נקודת האופטימום הוא יידע כיצד לפעול. מידע = וודאות והוודאות תמנע תביעות כי אנשים ידעו מתי מגיע להם פיצויים וכמה.
			3. **הנוסחה**: על המזיק להתחשב **בתחולת הנזק** [=הסתברות לקרות הנזק (P) כפול שיעור הנזק (L)] למול **הוצאות למניעת הנזק** (B). התנהגותו של המזיק אינה סבירה כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו (B<PL).
				* אם ההוצאות למניעת הנזק קטנות מתחולת הנזק ואדם לא הוציא כסף על מנת למנוע הוא ייחשב רשלן ויחויב לשלם הכול לא משנה אם הנזק היה יותר גדול מהממוצע. לעומת-זאת, אם הוצאות המניעה גדולות מתוחלת הנזק, אין האדם מחויב להשקיע את המשאבים ואם ייגרם נזק – לא יחויב בפיצוי בכלל. נקודת האופטימום היא הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר.
			4. **פס"ד חמד:**
				* **המקרה:** הניזוק נפגע בגיל 11 בראשו מכדור גומי בעת שהיה עובר אורח בהתפרעויות במחנה הפליטים בג'נין. היה וויכוח בפסק הדין בין ריבלין לברק לגבי השימוש בנוסחה:

לשיטת **ריבלין** אפשר לעשות שימוש בנוסחה מכיוון שכשאני רוצה לדעת מה הן הוצאות המניעה יש לבדוק מה הן הוצאות מניעה סבירות, הן מבחינה כלכלית והן מבחינת האדם המוסרי והסביר ולכן הנוסחה היא לא רק כלכלית.

לעומת זאת **ברק** טוען שנוסחת לרנד הנד בהוצאות המניעה מכניסה בתוכה רק שיקולים כלכליים ולכן היא שימושית אך היא לא פותרת את כל הבעיות. ויש לאחר שימוש בה להתחשב גם בשיקולים נוספים כי האדם הסביר הוא לא רק היעיל אלא גם המוסרי הצודק וההגון. תוכן הסבירות נקבע על ידי איזון בין אינטרסים וערכים של הניזוק המזיק והחברה.

* + - 1. **גם אם הנוסחה לא נשמעת הוגנת היא יעילה מבחינה כלכלית**. כי גם אם אדם לא ירצה להוציא כסף על מניעה במידה והוא יבין שהוצאה כזו יכולה "להציל" אותו מתשלום פיצויים במקרה של תאונה זה יתמרץ אותו להוציא את הכסף הזה. המטרה של פוזנר היא שאדם יעשה את המבחן הזה לפני ובכך ימנעו תאונות עתידיות.
			2. **מחקר שבדק 40 פסקי דין ובבחן האם הם עשו שימוש בנוסחה**. ברוב פסקי הדין נעשה שימוש במפורש בנוסחה ואילו בחלק האחר נעשה שימוש בתחולת הנזק למול מניעת הנזק אך לא נאמר במפורש כי מדובר בנוסחת לרנד הנד.
		1. **רבי ירמיה והגוזל הניפול: האם נכון להשתמש בנוסחות ושיעורים?**
			1. מסופר על מקרה במשנה של אדם המוצא גוזל. המשנה קובעת חזקה שעם ישנו שובך בתוך חמישים האמה שבהם נמצא הגוזל, הגוזל שייך לביל השובך. אם מעבר לחמישים אמה שייך למוצא. מתוך נקודת הנחה שגוזל שאינו יכול לעוף יכול לצעוד עד חמישים אמה מהשובך שלו, כאשר זה מעבר לחמישים אמה יכול להיות שעף ולכן אין לדעת לאן שייך כי יכול היה לעוף ממרחק רב.
			2. רבי ירמיה מקשה על המשנה ושואל: מה קורה במקרה בו הגוזל רגל אחת בתוך החמישים אמה ורגל אחת בחוץ. בשל שאלה זאת הוא נזרק מחוץ לבית המדרש. שמואלי מסביר כי הוא נזרק מבית המדרש מכיוון ששאלתו מטרתה הייתה לחתור מתחת למידות ושיעורים. רבי ירמיה רצה להראות שאי אפשר להשתמש במידה אחת לכול האפרוחים ויש שיקולים נוספים. לבסוף רבי ירמיה חזר לבית המדרש ולא הוחרם לגמרי (אולי מראה שקיבלו שיש מעט אמת בגישתו).
			3. איך זה משפיע על המשפט היום? שמואלי הציג מספר פסקי דין שמזכירים את המשנה הזו ואת דעתו של רבי ירמיה.

גישה אחת - בפס"ד בנושא שיכורת השופט הגדיל את הכמות שקובעת כי אדם שיכור מתוך גישה הרואה חשיבות למידות ושיעורים אך גם רואה לעיתים חשיבות בהגדלת השיעורים והמידות כדי שלא ייוצרו טעויות.

גישה שנייה - השופטים חשין ורובינשטיין בפס"ד דין העוסק במס רכוש- סוברים כי עדיף גוזל אחד שמוטל בספק על פני שתיעקר הלכת שיעורים מישראל. דהיינו, מידות הן דבר נחוץ כי בלעדיו אין גבול ברור ואם יאפשרו הכנסת שיקולים לתוך מידות ושיעורים אין לה סוף והגבול יימתח ויימתח.

גישה שלישית - השופט ברק עושה הרחבה מאוד גדול לשיקולים משפטיים על פני מידות ושיעורים ויש על כך ביקורת.

* + - 1. **לסיכום**: לדעת שמואלי אולי יש מקום למעט שיקול דעת מלבד המידות והשיעורים.
	1. **אירועון 9:** שימוש בנוסחת לרנד הנד **על ידי הצבת מספרים.**
		1. "בשבט "הקוצר" של תנועת הצופים יוצאים לאירועי חוץ (טיולים, סיורים, יציאה להצגות ולפעולות תרבות שונות) כמעט מדי חודש 10 פעמים בשנה סך הכול. נתונים מהביטוח -של הצופים לשבט זה מעשר השנים האחרונות מצביעים על תאונה אחת בשנה בממוצע, כשבכל פעם שווי הנזק שונה, אך הממוצע הוא 1000".
		2. ראשי השבט מתייעצים אתכם האם עליהם לרכוש תיק עזרה ראשונה, שמחירו 500 ש"ח ויש להחליפו במלואו בכל שנה, שאם לא כן הם עלולים להיחשב לרשלנים אם יהיה צורך בתיק כזה באחת מהפעילויות ותיק כזה לא יהיה בנמצא, או שהם יוכלו להסתפק באפשרות לקרוא לשירותי עזרה ראשונה במידת הצורך.
			1. הוצאות מניעה - לפי אירוע אחד: תיק עזרה ראשונה - 500 מתאים ל-10 אירועי חוץ. הוצאות המניעה 50.
			2. תוחלת נזק - שיעור הממוצע כפול ההסתברות להתממשותו. הממוצע של הנזק הוא פעם אחת בכל עשר טיולים כלומר 10% ושיעור הנזק בממוצע הוא 1000. לכן 1000 כפול 0.1 (10%) = 100.
				+ התוצאה וההסבר: מכיוון שהוצאות המניעה (50) קטנות מתחולת הנזק (100) לפי נוסחת לרנד הנד המזיק אינו רשלן. גם אם ייפצע ילד בטיול אפילו בסכום הגבוה מאלף שקלים המזיק לא יצטרף לשלם מכיוון שלפי הנוסחה הוא אינו רשלן. אם נגרם נזק והמזיק לא דאג למנוע על אף שהמניעה הייתה זולה הוא צריך לשלם הכל, לא משנה מה גודל הנזק.
				+ **לא משנה שאם השקעת חלק מהסכום למניעה, כל עוד לא השקעת את כל הכסף למניעה אתה אחראי על הכול.** לדוג' אם במקרה של הטיול בצופים הם היו משלמים רק 25 שקל (חצי מאמצעי המניעה) על ערכת עזרה ראשונה קטנה יותר הם יהיה חייבים בפיצוי מלא ולא בחצי.
		3. האם תשתנה תשובתך לחלק א אם הנזק הממוצע לתאונה הוא 400?
			1. הוצאות מניעה - כמו שחישבנו מקודם 50 ₪ לאירוע.
			2. תחול הנזק: 0.1 כפול 400= 40
				+ התוצאה וההסבר: מכיוון ש50 גדול מ40 הוצאות מניעה גדולות מתחולת הנזק. כך שבין אם הוצאו ובין אם לא הוצאו המזיק אינו רשלן.
				+ מדוע? כחברה איננו מעודדים הוצאות גדולות עבור נזקים שתחולתם קטנה או שקורים הרבה אבל הם מזעריים או שהנזק גדול והם נדירים ולמעשה אינם מצדיקים השקעה כלכלית למניעה.
	2. **אירועון 10:** הפעלת נוסחת לרנד הנד ללא מספרים מדויקים.
		1. אודי בן ה 1 נפצע ורגלו נשברה כאשר החליק על מדרכת האבנים הסמוכה לכניסה לבריכה - העירונית ביום 1.1 , כאשר רץ בהתלהבות כדי להיכנס לבריכה. אימו לקחה חופש של שלושה ימים מעבודתה כדי לשהות לצדו. אודי סובל כאבים קשים, לא יוכל לבלות עם חבריו במהלך הקיץ אך יחזור לאיתנו עד לסיום החופשה. האם תצלח תביעתו של אודי נגד בעלי הבריכה ומפעיליה?
			1. הוצאות מניעה - יותר מצילים - אמצעי מניעה יעיל אך יקר יותר. שלטים מותאמים (גם לילדים צעירים)- יעיל כי הם בעלות נמוכה אך המניעה שלהם מוגבלת. מנקים בתדירות גבוהה - ימנעו החלקה, עוד פעם כמו במקרה של מציל עלות יחסית גבוה. משטחי גומי למניעת החלקה - יעיל ואולי גם זול, אך גם בעייתי בגלל שהם מתלכלכים וצריך להחליף אותם לא מעט.
			2. תוחלת נזק - שיעור הנזק כפול ההסתברות. יש משמעות גדולה לכל המשתנים שנמצאים באירוע, אפילו תאריכים. לדוג' לפני ל"ג בעומר תחולת הנזק של קבלנים באתרי בנייה גדולה יותר בגלל שילדים עוברים ומחפשים קרשים ולכן אולי בתקופה כזו הם צריכים אמצעי מניעה יקרים יותר. עם זאת, גם המקום משמעותי - לפני ל"ג בעומר באמסטרדם אין תחולת נזק גבוה כי אין הרבה יהודים. כשמגיעים לפני בית משפט לא נרצה להגיד את כל אמצעי המניעה כדי לא לגרום להוצאות המניעה להיראות כול כך גדולות. **נבחר באמצעי היעיל והזול ביותר כטענת תביעה.**
			3. במקרה שלפנינו: שיעור הנזק- יש שיטענו כי הגובה הנזק לילד בדר"כ יהיה גבוה יותר מכיוון שהם קטנים ועדינים. מנגד דווקא תעלה הטענה שילדים הם חזקים בהרבה מאנשים מבוגרים ופיציעות אצלם פחות חמורה. ההסתברות - יחסית גבוה, ילדים מחליקים ונופלים.התובע ינסה לטעון שתחולת הנזק גבוה לעומת הנתבע שינסה להוכיח שתחולת הנזק קטנה.
				+ התוצאות וההסבר: אם התובע יוכל להצביע על הוצאות מניעהנמוכות למול תחולת הנזק גבוהה הוא יזכה לפיצוי.
	3. **התאורמה של קוז:**
		1. **נזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין שתי פעולות אנושיות או יותר.** לדוג' חברת טלפון רוצה לשים אנטנה ואף אחד לא רוצה אנטנה ליד הבית שלו בגלל הקרינה אבל כולם רוצים טלפון.
			1. אין בהכרח מזיק וניזוק. שני הצדדים נפגעים אחד מהשני. אין בהכרח טוב ורע.
			2. צריך לנסות לא להגיע לביהמ"ש. הצדדים צריכים להסדיר את היחסים ביניהם.
		2. **צריך לתת לשחקנים לשחק בשוק חופשי וכך יגיעו להסכם. בדר"כ הסכם של "אחד קונה את השני".**
		3. קוז מדבר על **עולם שבו אין הוצאות עסקה** ולכן הכלל שלו תקף רק בעולם כזה.
			1. דוגמה לעלויות עסקה היא טרמפיסטים, כאשר אדם אחד פונה ואומר שהמפעל עושה לו רעש, לעיתים יצטרפו לתביעה עוד שכנים שהרעש לא באמת הפריע להם.
	4. **הרחבה של גישתו של קלברזי: גישות מונע הנזק הזול והשוקל הטוב של קלברזי**:
		1. קלברזי הוא הוא ממשיך דרכו של קוז בהרבה דרכים, אך הוא זהה אליו.
		2. **קלברזי בספרו מ1970: מונע הנזק הזול.** גישה זו שונה מלרנד ופוזנר מכיוון שהיא מבוססת על אחריות מוחלטת(למרות שמטרתן היא מטרה זהה, (הרתעה) הדרך להגיע היא שונה). ביקורתו של קלברזי על פוזנר - בגלל שניתן לחשב מתי לא תהיה אחראי על התאונה, יהיו תאונות שאנשים לא ינסו למנוע, מכיוון שהם יודעים שהם לא ישלמו על הנזק. ולכן הרתעה יעילה לא תמיד מתקיימת בדרך של פוזנר. בשל כך, מציע קלברזי גישה שונה.
			1. **"מונע הנזק הזול":** האחריות הנזיקית תוטל על הגורם שיכול למנוע את הנזק במינימום עלות, בלי קשר לאשמתו. קלברזי דוגל במשטר של **אחריות מוחלטת** ולכן האחריות יכולה להיות מוטלת דווקא על הניזוק, אם הוא יכול היה למנוע את הנזק במינימום עלות.
				+ קלברזי אינו הולך על גישה של אחריות מוחלטת במובן הרגיל שלה ויוצר גישה של אחריות מוחלטת מעט שונה. שינוי זה נובע מהבנה שאחריות מוחלטת במובן הרגיל תפגע בתמריץ של הניזוק למנוע את הנזק מכיוון שהוא יודע שהוא יפוצה.
				+ במשטר אחריות מוחלטת, ברגע שאדם יודע שהוא תמיד ישלם אין זה אומר שהוא תמיד ישלם על אמצעי המניעה הטובים ביותר, לעיתים יהיו נזיקים שהאחראים יעדיפו לספוג על פני להשתמש באמצעי מניעה. כלומר, ישנו שטח אפור שבו לא יהיו אמצעי מניעה ושוב ההרתעה לא תהיה יעילה. כך גם בגישתו של פוזנר - פוזנר משחרר יתר על המידה ומאפשר גישה בה יהיו המון מקרים של חוסר השקעה באמצעי מניעה בשל היכולת הקלה לחשב (שטח אפור). **אם כך מה הנקודה האופטימאלית שבה "השטח האפור" שבו לא תהיה השקעה על אמצעי מניעה יהיה הקטן ביותר?**
				+ קלברזי טוען שהדרך האופטימלית לדאוג שאכן יעשו אמצעי מניעה למניעת תאונות היא על ידי הטלת האחריות על מונע הנזק הזול. **בוחנים בכל סוג פעילות מי יכול שאת בנזק בצורה הטובה ביותר, המזיק או הניזוק?**

דוג' 1 - תאונת דרכים: נהגים מול הולכי רגל - מי יכול למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר. מי יכול לקבל מידע טוב יותר שיכול למנוע נזיקים? ניתן לומר היום שוודאי שלנהג יש הרבה יותר דרכים למנוע את התאונות, כמו אמצעים טכנולוגיים, ראות טובה יותר, בדיקות של טסט אחת לשנה וכו'. זאת בשונה מהולכי רגל שאין בדיקה אם הם יכולים לצאת לרחוב (גם נגיד אם הראייה שלו גרוע ולכן יכול לעשות תאונה). רעיונית אדם שרץ לכביש לכדור הוא האשם בתאונה אבל הנהג הוא שישלם מכיוון שהוא מונע הנזק הזול. יעודד את הנהג למנוע נזקים.

מבחינה מנהלית יותר קל לגרום לנהג לרכוש אמצעי בטיחות, כמו קורסי נהיגה מונעת, רישיון נהיגה, טסט לרכב וכו'. לעומת זאת, ההנחה היא שיהיה הרבה יותר קשה לבקש מהולכי הרגל לדאוג לאמצעי מניעה, מכיוון שהיא אפשר לשלוט בכך שהולכי רגל אכן יעשו זאת, מתוך הבנה שגם אם לא יעשו זאת אי אפשר למנוע מהם ללכת ברגל.

דוג' 2 - קבוצת היצרנים והצרכנים: מי יכול למנוע טוב יותר את התאונה, קלברזי טוען שהיצרן. לדוג' אקדח, כביכול מנוע הנזק הזול הוא הצרכן מכיוון שהוא צריך לדאוג לרישיון לנשק ולעשות מטווחים (דומה לנהג). לדעת קלברזי אומנם לבעל הנשק יש מידע גדול יותר מהולך הרגל אך עדיין הוא אינו זהה לנהג והיצרן בעל ידע רחב יותר. עם אדם משחק בנשק ונפלט כדור ואדם נפגע, היצרן צריך לחשוב כיצד הוא יכול למנוע את הנזק למרות שאינו אשם. דבר זה יגרום לתמריץ ליצרנים לפתח טכנולוגיה בטוחה יותר. אפשר לראות גם שבפועל המון מוצרים נהיו בטוחים יותר עם השנים, כמו אקדחים, רכבים וכו'. לדעת קלברזי הבעיה של פוזנר היא שבנקודת זמן מסוימת אתה יכול להיות בנקודת הבטיחות העליונה ולא תהיה חייב בפיצוי ולכן לא יהיה לך תמריץ להשתפר. לעומת זאת הגישה של קלברזי אומרת שאין זה משנה אם אתה הכי בטיחותי ותמיד יש לאן להשתפר. דוג' נוספת - מכסחת דשא: דירגו מכסחת דשא כהכי בטוחה אבל הלהב עדיין יכול לפגוע באבן ולגרום לנזק. בגישה של פוזנר האדם יזוכה בבית המשפט (מאפשר ליצרן לא להמשיך לדאוג לאמצעים בטיחותיים עתידיים). לעומת זאת, קלברזי טוען שתמיד נטיל אחריות על היצרן כי הוא מנוע הנזק הזול- במטרה שזה יתמרץ אותו לדאוג לפתח טכנולוגיה יותר טובה למניעת תאונות. קלברזי לא סומך על הצרכן שהוא זהיר. **כלומר, גישתו של קלברזי מעודד פיתוח טכנולוגי למניעת תאונות.**

לא תמיד היצרן יהיה אחראי: **כאשר נעשה שימוש שחורג מהפעולות של המוצר היצרן אינו אחראי**. גישה זו מראה כי קלברזי משתמש במשטר אחריות מוחלטת באופן קצת שונה. קלברזי שואל מה קורה אם אותה מכסחה דשא תעשייתית נוסעת על הכביש ואז הוא משנה את הייעוד, אפילו אם נניח שזה למטרה מאוד חשובה – אדם נפצע קשה ויש להסיע אותו לבית חולים. למרות שהמטרה מאוד טובה, בעל המכסחה הוא זה שישלם. מכיוון שהיצרן יוצר מכסחה שתהיה בטוחה לשימוש על דשא ולא לנסיעה על כביש.

עניינים רפואיים: לכאורה דוגמה מיותרת, מכיוון שברור שהרופאים הם מונעי הנזק הזול. דוגמה זו שוב מראה שאין מדובר שמשטר מוחלט של אחריות מוחלטת. ישנה קשת עצומה של מקרים בהם החולה יהיה מנוע הנזק הטוב. לדוג' לדעת קלברזי - כאשר מדובר בעניינים אלקטיביים (מלשון בחירה): ניתוח פלסטי, הסרת משקפיים, תיקון פזילה וכו' שאין חובה לעשותם ומדובר בבחירה החולה הוא מונע הנזק הזול. מכיוון שלא מדובר בעניין דחוף החולה יכול לעשות את הבדיקה המקיפה ביותר לגבי הניתוחים שהוא מעוניין בהם.

* + - 1. **סיכום**: מבחינת קלברזי אנחנו נמצאים במצב בו אנחנו מחלקים לקטגוריות, אין משמעות לתכונותיו של האדם הספציפי, מה שמעניין זה מי באופן כללי הוא מנוע הנזק הטוב.
		1. **קלברזי והירשוף במאמרם 1972: השוקל הטוב, פיתוח של מונע הנזק הזול:**
			1. ישנם לא מעט הבדלים בין השוקל הטוב למנוע הנזק הזול, נתמקד באחד: החידוש בשוקל הטוב הוא **שגם צד ג' יכול להיות מנוע הנזק הזול**. במקום לבחור מי מהצדדים (המזיק או הניזוק) הוא מנוע הנזק הזול מסתכלים על התמונה הרחבה.
				- לדוג' - אדם הולך ברחוב והמרצפות במדרכה אינן ישרות, אדם לא רואה את המרצפת העקומה, בגלל שדשא מכסה את החלק העקום. הוא נופל בשל כך שובר את הכתף. ההיגיון אומר שהאדם יתבע את העירייה, אבל משפט כזה לא בהכרח יניב פיצוי, אולי בגלל שיקולי מדיניות. לדעת קלברזי יכול להיות שיש מישהו שאינו העירייה שיש לו מידע שיכול היה למנוע את הנזק ולכן הוא מנוע הנזק הזול. כך במקרה הזה ניתן לומר שאולי השכן הוא השוקל הטוב, אם הוא ידע שמרצפת נשברה בעבר ולא דיווח. מכיוון שהשכן היה יכול למנוע את הנזק והוא גם היה מונע הנזק הזול אפשר לחייבו בפיצוי.
				- אולי זה נשמע לא הוגן אבל בסופו של דבר מבחינה הרתעתית זה יימנע את התאונה הבאה ולכן אולי זה דווקא צודק. המטרה של השוקל הטוב - היא להשפיע על אנשים שיהיה להם קצת יותר אכפת. יתרון נוסף הוא שכאשר מוסיפים צד ג' ויש סכנה שהוא ישלם את הפיצוי, יהיה מניע לצד ג' להביא עוד מידע שיכול גם לעזור בתביעה נגד העירייה. כך במקרה של המרצפות השכן יכול למצוא תיעוד שמראה כי טרקטור של העירייה שבר את המרצפת ולאחר תלונה לעירייה הדברים לא תוקנו - אם לא היה לצד ג' פחד שהוא ישלם יכול להיות שלא היה מתאמץ להשיג את המידע.

שיעור 14.06.2021

* 1. **ארבעת הכללים של קלברזי ומלמד:**
		1. ארבעת הכללים של קלברזי ומלמד: קלברזי ומלמד מציגים 4 כללים שמסדירים את האחריות והיחס לפעילויות מתנגשות.
		2. קיימים שני סוגים של הכרעות משפטיות:
			1. הכרעה בין זכויות - בהימ"ש נדרש להכריע איזהו זכויות עליונה (לדוג' חופש העיסוק לעומת הזכות לאוויר נקי).
			2. הכרעה כיצד הזכות תמומש (ענייננו)- האם בדרך קניינית של צו מניעה או עשה או בדרך של פסיקת פיצויים. שני סוגיים של סעדים: סעד קנייני (ראשי) סעד פיצויים (משני).
		3. **קיימים שלושה סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכות:**
			1. **כלל קנייני** (סעד ראשי) - אפשרות של בעל הקניין למנוע מאחרים להשתמש בקניינו ללא הסכמתו או למנוע מלפגוע בקניינו. בית המשפט יכול גם לתת צו מניעה למניע המטרד, אותו הניזוק יכול למכור למזיק בתמורה לפיצוי שיוסכם בין הצדדים.
			2. **כלל האחריות** (סעד משני)- נמוך מההגנה הקניינית, ניתן לפגוע בזכות בכפוף למתן פיצוי לנפגע. אך הפיצוי לא נקבע על ידי הנפגע אלא באופן אובייקטיבי ומראש על ידי המדינה.
			3. **כלל אי העברה** - קיימות זכויות שהחברה לא מאפשרת להעבירן אפילו אם בעל הזכות מוכן למכור אותה ואף אם זה יעיל כלכלית. לדוג' החברה לא מאפשרת לאדם למכור את גופו לעבדות או את אבריו בעודו בחיים.

אחד החידושים של קלברזי ומלמד זה ההפרדה שהם יצרו בין זכויות שניתנות להעברה לבין כאלו שלא ניתנות.

* + 1. **ביחס לזכויות עבירות, קלברזי ומלמד מנסחים 4 כללים: (הדגמה דרך** **במקרה שבו יש מי שנוקט פעילות מזהמת ויש מי שניזוק מפעילות זו)**
			1. **כלל קנייני לטובת הניזוק** - **הניזוק מבקש ומקבל צו המורה למזיק להפסיק את ההיזק.** אין מספיק תועלת חברתית בפעילות המזיקה, היא לא מגדילה מספיק את הרווחה המצרפית, ולכן עליה לסגת. מדובר על 'נוק אאוט' לצד אחד. יכול להיות שהמזיק ינסה לעשות מו"מ עם הניזוק כדי למנוע את צו המניעה הצפוי לו.
				- לדוג' צו המורה על הפסקת הפעילות המזהמת.
			2. **כלל האחריות לטובת הניזוק** - **הניזוק אינו יכול לדרוש את הפסקת ההיזק, אבל הוא זכאי לפיצוי בגינו**. פעילות הניזוק נחשבת פעילות חשובה והמזיק לה צריך לשאת באחריות, אך פעילותו של המזיק היא גם פעילות חשובה ולכן נרצה שהוא ימשיך לעשותה, תוך כדי הנשיאה במחיר. גם פה אפשר לנהל מו"מ עם הניזוק.
				- לדוג' אי אפשר להפסיק את זיהום הנחל אבל הניזוק יקבל פיצוי בשל הזיהום.
			3. **כלל קנייני לטובת המזיק** - **המזיק ראשי להמשיך בפעילות שכן נקבע כאין זו פעילות מזיקה** ואז הניזוק ראשי לקנות את הזכות במו"מ. החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר. ניצחון ב'נוק אאוט' למזיק.
				- לדוג' נקבע כי זיהום הנחל הוא לא עוולה ולכן המזיק לא חייב להפסיק את פעולותיו, אולם הניזוק רשאי לנהל מו"מ לקניית הזכויות אם ירצה בכך.
			4. **כלל האחריות לטובת המזיק** - **הניזוק ראשי למנוע את ההיזק, אך עליו לפצות את המזיק**. כל עוד המזיק אינו מקבל פיצוי הוא רשאי להמשיך. 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.
				- לדוג' הניזוק רשאי למנוע את הזיהום או לבקש למנוע את הפעילות המזהמת, אך עליו לפצות את המזהם - כול עוד המזהם לא מקבל פיצוי הוא רשאי להמשיך.
				- הכלל הרביעי הוא חידוש של מלמד וקלברזי והוא יחסית נדיר.
		2. **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.**
	1. **הרחבה על המאמר הדור הבא,** מסורבות גט.
		1. לגישתו של שמואלי - בסרבנות גט כל המטרות הולכות לכיוון לתת פיצוי. גם הרתעה יעילה, גם צדק חלוקתי, גם צדק מתקן וגם מטרת פיצוי. סרבנות גט אינה סיכון הדדי בין גבר לאישה, אישה שמסרבת אינה מטילה על גבר את אותם מגבלות שסירוב גט של דבר יוצר על אישה (אישה לא יכולה להתחתן, במידה ותלד ילדים הם יהיו ממזרים ופסולי חיתון ועוד..).
			1. כיצד צדק מתקן? הכי פשוט, הסרבן יוצר נזק נפשי, צער, ולכן על המזיק, הסרבן, לפצותה.
				+ ביקורת: סכומי הפיצוי שמסורבות גט מקבלות הם מאוד גדולים ביחס לעובדה שמדובר בנזק נפשי לא רפואי וביחס לפסקי דין שאינן סירוב גט שמדברים על נזק נפשי לא רפואי. כלומר, זה לא צדק מתקן כי הפיצוי מוגבר. למה היא מקבלת יותר? כדי שהכסף יהיה קלף מיקוח לסרבנות הגט ("תקנה את הזכות שלה" - גישתו של קוז), וויתור על הפיצוי בתמורה לסרבנות הגט.
				+ תשובתו של שמואלי: האישה לא מקבלת יותר ממה שהיא צריכה. שתי סיבות: ראשית, סיבה טכנית - המצב הוא לא שנותנים יותר בסרבנות גט, אלא שנותנים פחות בדר"כ. האישה המסורבת היא זו שמקבלת את הסכום ההגיוני ובתביעות על נזק נפשי שאינן סרבנות גט, הסכום אינו הגיוני ונמוך בהרבה מהפיצוי שמגיע על הנזק. שנית, סיבה מהותית - האישה המסורבת היא בעלת שתי זכויות. גם סעד קנייני על הגט. וגם סעד של פיצוי על הצער בסרבנות הגט. הפיצוי הגבוה משקף את גם את הסעד הקנייני (הגט) שהיא אינה יכולה לקבל. יתר על כן, עם היא תעשה עסקה של וויתור על הפיצוי תמורה לגט זה אפילו פחות מצדק מתקן, בגלל שהיא קיבלה רק גט ולא פיצוי גם על הצער.
	2. **"מי רוצה לקנות את הגט שלי"** על זכויות עבירות לעומת לא עבירות:
		1. הנימוקים הקלסיים בגינם לא ניתן להעביר זכויות הוא מכיוון שזה פוגע בחירות ובאוטונומיה של המוכר. לדוג' מכירת אדם לעבדות, מכירת שירותי מין, או אברים של אדם חי. בשל כך, **ניתן לומר כי גט הינו זכות עבירה דווקא מכיוון ששכירות הגט מאפשרת את קידום החירות והאוטונומיה של האישה על ידי קניית הגט בכספי הפיצויים**.

אין לקבל טענה שאומרת שמדובר בכפיית הבעל, מכיוון שהוא אינו מחויב להסכים לעסקה שכזו והבחירה לעשות עסקה כזו היא מתוך החלטה שלו האם כדאי לו להמשיך לעגנה ולשלם או שלא כדאי לו.

* + 1. **אם מדובר בזכות סחירה, על איזה זכות מדובר זכות הבעל להיות נשוי (ועל כן זכותו לסרב) או זכותה של האישה להתגרש**? תשובה לשאלה זו תלויה בחלוקה בין דרגת פסקי הדין הרבניים (צווה, חיוב, כפייה - למתן גט).
			1. חיוב או כפייה על ידי פסק דין רבני: לבעל אין זכות קניינית לסרב אלא חובה לגרש את האישה ולאישה זכות קניינית להתגרש (ברוח כלל מספר 1- כלל קנייני לטובת הניזוק).
				- לכאורה נראה כי מדובר בכלל מספר 1 של קלברזי אך בפועל זה לא נכון מכיוון שבית הדין אינו יכול להכריח את הבעל באמת לתת את הגט ולכן האישה לא מקבלת את הזכות הקניינית שלה. גם לא מדובר בכלל מספר 2 מכיוון שכלל שתיים קובע שהמזיק יכול להמשיך להזיק ורק יצטרך לתת פיצוי לניזוק - במקרה של סירוב גט אין זה המצב הבעל חייב לתת גט (אך לא עושה זאת בפועל) והפיצויים שהוא נותן הם לא בתמורה לכך שיכול להמשיך לסרב.
				- שמואלי מציע להגיד שמדובר בכלל 1 עם כוכבית שבעצם מאפשר לאישה בעזרת כלל אחד לדרוש פיצויים בבית המשפט כי בית הדין לא יכול להעניק לה את הזכות הקניינית. אולם, ניתן לומר שאולי זה יישום מלא ללא כוכבית כי לבסוף, בעזרת שכירות הגט האישה משיגה את הזכות הקניינית שלה.
			2. כאשר (עדיין) אין פס"ד רבני לחובי להתגרש: לבעל זכות קניינית לסרב כפופה לתשלום פיצויים (ברוח ככל מספר 2- כלל האחריות לטובת הניזוק).
				- מקרים בהם בית המשפט מכיר שמדובר בסירוב גט כעוולה, אך בית הדין הרבני נתן פסק דין רך של "המלצה" או "מצווה" להתגרש - ניתן לומר שפסיקת פיצויים תואמת את כלל מספר 2.
				- האם גם כאשר אין פס"ד של בית דין רבני שאומר שיש להתגרש אפשר לדרוש פיצויים לפי כלל 2? התובעת תצטרך להוכיח כי הסתיימו הנישואין דה פקטו ולשכנע את בית המשפט לענייני משפחה שבעלה מסרב לשחררה ואז החשיבות של כלל מספר 2 תהיה עוד יותר משמעותית מכיוון שאין פסק דין רבני.
				- כלל 2 במקרים של תביעה אזרחית לסירוב גט יכול להיות חידוש גדול כי הוא יבסס גישה שקובעת שניתן לתת פיצוי בגין התנהגות שנחשבת "לגיטימית" בעיני בית הדין (סירוב גט לאחר מצווה או המצלה או ללא פסק דין), אף אינה רצויה.
1. **מקרה מבחן 1: דוגמת המפעל\הקרינה** (לבחינה פלורליסטית של מטרות דיני הנזיקין):
	1. **אירועון 11:** מאיר הינו הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. קרינה זו מהווה התנהגות עוולתית. מסתבר כי עקב החשיפה לקרינה, גדל מספרם של חולי הסרטן בסביבה הסמוכה למפעל (המונה אלף בני אדם), ממאה למאה עשרים וחמישה (בממוצע שנתי, עליה ב20%). יעקב הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות תוצאה של הקרינה.
		1. הבעיה: **קש"ס**, יעקב חולה בסרטן, אבל כיצד נוכיח שהסיכון נגרם בעקבות המפעל. אומנם המפעל הוא הדבר היחיד שהשתנה ולכן ברור שהעלייה התחלואה היא בגלל המפעל, אבל אין זה אומר שבטוח יעקב חלה בעקבות המפעל. עליו לנסות להוכיח מעל חמישים אחוז שהוא לא היה חולה אלמלא המפעל (להוכיח שהוא חלק מה20% שחלו בעקבות המפעל). אם אדם היה חולה ממילא אין קשר סיבתי בין הנזק לעוולה. הסיכוי שיעקב לא היה חולה אלמלא הוא 80% ולכן יעקב לא יצליח להוכיח מעל 50% ואין קש"ס.
		2. **האפשריות השונות**:
			1. אפשרות ראשונה: לא לתת פיצוי - הגישה המסורתית של דיני הנזיקין שאומרת שאין לפצות אף תובע בגלל קושי בהוכחת קש"ס. **החלופה הגרועה ביותר לניזוק.**
			2. אפשרות שניה: לתת פיצוי לכולם - גישה שבאה 'לעגל פינות' כדי להגשים את מטרות דיני הנזיקין. ועל כן ניתן נזק לכל התובעים. דהיינו, כל אותם 125 אנשים. בעייתי, יוצר פיצוי יתר והרתעת יתר (מפרט בטבלה).
			3. אפשרות שלישית: **פתרון ביניים**. גישה של אנשי הגישה הכלכלית שהכי חשובה להם ההרתעה האופטימלית. הגישה אומרת שאם גרמת כל שנה לעלייה ב20% תחלואה אז תצטרך לשלם רק ל-25 אנשים שהם 20%. אם יש 125 תובעים צריך לפצות אותם בסכום הנזקים של 25 אנשים - פיצוי לפי ההסתברות שיעקב נפגע. גישת הביניים היא לא הוגנת לגמרי, מכיוון שהיא לא מפצה באופן מלא את הנפגעים, אבל היא הרע במיעוטו.
				* ברעיון לפי חלופה זו - יעקב לא חייב לבוא עם כל החולים לבית המשפט ויכול לבוא לבד ולתבוע לפי מאזן הסתברויות.
				* ניתן לומר שבחלופה שלוש אין מדובר בהקלה בדיני הראיות, חלופה זו בעצם אומרת שאתה מוכיח מעל 50% את את החשיפה לנזק שלך - הוכחת מעל 50% שהמפעל גרם ל20% מהנזק שלך. לא מדובר בשינו בדיני ראיות, אלא שינוי בדיני הנזיקין הכרה בנזק שנקרא: חשיפה לנזק.
			4. **מטרות דיני הנזיקין ביחס לאפשריות השונות - טבלה:**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **הסבר הגישה** | **הפיצוי הכולל מאת המעוול** | **כמה יקבל כל תובע ממוצע?** | **גוש תיקון-פיצוי** | **הגוש האינסטרומנטלי** |
|  |  |  |  | **פיצוי** | **צדק מתקן** | **צדק חלוקתי** | **הרתעה** |
| **1** | הגישה המסורתית של דיני הנזיקין שאומרת שאין לפצות אף תובע בגלל קושי בהוכחת קש"ס.**החלופה הגרועה ביותר לניזוק.** | **X.0**(סכום הפיצוי הוא X) | **0** | לא מתקיימת.כי הניזוק לא מקבל פיצוי. | לא מתקיים (תלוי) אם יעקב חולה בעקבות המפעל לא מתקיים צדק מתקן. מנגד אולי ניתן לומר שאם יעקב לא חלה בגלל המפעל או להצליח להוכיח קש"ס הצדק מתקן קיים. | לא מתקיים. השליטה החלוקתית היא אצל בעל המפעל: בעל המפעל הוא ספק חזק אל מול תושבים חלשים. ואינו מפצה. | לא מתקיים.המפעל ימשיך לזהם. יש כאן הרתעת חסר. אין תמריץ לתקן את הנזקים. |
| **2** | גישה שבאה 'לעגל פינות' כדי להגשים את מטרות דיני הנזיקין. ועל כן ניתן נזק לכל התובעים. דהיינו, כל אותם 125 אנשים. | **X.125**כל תובע מקבל פיצוי לפי הנזק שלו | **X- פיצוי מלא על נזקיו** | מתקיים חלקית. יש כאן מטרת פיצוי כלפי מי שמגיע להם באמת (25 שבאמת חלו בגלל מאיר) ועוד 100 אנשים שמשלימים להם למרות שהוא לא אמור לשלם להם. | מתקיים חלקית.רק לאותם 25 שלהם הזיק. המזיק משלם גם לאותם 100 שלהם לא הזיק כלל. | באופן עקרוני מתקיים הצדק החלוקתי אך **פיזור הנזק מוגזם.** למעשה מחולק כאן הרבה מעבר למה שנגרם. אנחנו נוגסים יותר מדי בחלק של העוגה של החזקים לטובת החלשים. | לא מתקיים.**יש הרתעת יתר בולטת.**המזיק משלם פי 5 מהנזק שגרם. היווצרות של תמריץ שלילי, מה שעלול בסוף לפגוע בעוגת הרווחה המצרפית. |
| **3** | פתרון ביניים.גישה של אנשי הגישה הכלכלית שהכי חשובה להם ההרתעה האופטימלית. הגישה אומרת ש**אם גרמת כל שנה לעלייה ב20% תחלואה אז תצטרך לשלם רק ל-25 אנשים שהם 20%.** | **X.25** | **X\5= (125\X25)****דהיינו, כל אחד ייקבל חמישית מהנזק שלו.**אם באולם עומדים 125 צריך לפצות אותם בסכום של הנזקים של 25 אנשים. | פיצוי חסר לחלק ופיצוי מיותר לחלק אחר. יש קבוצה שלא הייתה אמורה לקבל כלום (ה-100) ומקבלת בכל זאת. ויש קבוצה שמקבלת רק חמישית למרות שמגיעה לה פיצוי מלא (ה-25). | מתקיים באופן חלקי. המעוול מתקן את העוול באופן חלקי כלפי אותם 25 אנשים שעיוול להם. ומתקן את מצבם של ה-100 הנותרים באופן חלקי אם כי הוא לא צריך לעשות זאת מכיוון שלא עיוול להם. | מתקיים.אם כי יש עיוות מסוים, שכן לא לכל המפוצים באמת מגיע פיצוי.הערה של שמואלי- לפי הצדק החלוקתי, שעצם הכוח הוא פליטת הקרינה של המזיק ולכן זה רלוונטי גם כלפי אנשים שלא חולים (כי גם הם נחשפו לקרינה). השליטה של בעל המפעל מתבטאת גם אם אף אחד לא היה חולה לכן אולי יש כאן הגשמה מלאה של צדק חלוקתי. | מתקיימת **הרתעה אופטימלית.**המעוול משלם בדיור כגובה הנזק שגרם. |

1. **מקרה מבחן 2: ע"א 55/06 אתא חברה לטקסטיל בע"מ נ' שוורץ:** המפעל המרעיש או זכותו של הקשיש
	1. העוולה בדיני הנזיקין - מטרד (גרימת נזק לאחר על ידי הטרדתו).
	2. **המקרה**: מפעל "אתא" בקרית אתא, היה מפעל לייצור בגדים. במפעל היו אלפי פועלים. המפעל ייצא גם לחו"ל- כלומר, המדינה נהנתה ממנה פעמיים: המדינה מקבלת מיסים וקשרים מהייצוא והמפעל מספק עבודה לעובדים רבים ולכן עוזר לבעיית האבטלה. למדינה יש אינטרס שאתא תעבוד, תפעל ותייצר. שוורץ מתגורר ליד המפעל. הוא פנסיונר. המפעל מפריע לו- הוא יוצר רעשים. המפעל היה באותו מקום לפני שוורץ אבל הוא היה שקט. בשלב מסוים המפעל נכנס להפסדים, וברגע שהם נכנסו להפסדים הם הגבירו את הייצור ועברו לעבוד 24 שעות ביממה. הם היו צריכים לקרר את המכונות ולכן התקינו מתקני אוורור שעושים הרבה רעש.
		1. הנזקים לשוורץ: חוסר שקט עד כדי תגובות עצביות (מדובר בנזק פסיכיאטרי), ירידה (נוספת) של ערך הדירה. שוורץ מעוניין בהספקת הרעש ולא בפיצוי.
	3. **גישות אפשריות בהתאם למטרות**:
		1. **גישה 1: צדק מתקן**: המפעל צריך לעשות כל דבר על מנת לפתור את הרעש ולפצות את הניזוק. אין התחשבות בגורמים נוספים מלבד המזיק והניזוק
			1. **תוצאה**:עלול להוביל עוד אנשים רבים לתבוע במידה ויראו שהתביעה של שוורץ הצליחה.
			2. **מה המחיר לרבים** (מלבד הניזוק)?
				* אבטלה - ייפגע באנשים המובטלים ובמשפחותיהם, הפסד כלכלי וחברתי למדינה.
				* המדינה תפסיד אם לא יהיה ייצוא, פחות מיסים.
				* בעלי מפעלים ויזמים אחרים לא יפתחו מפעלים אם הם יראו את מה שקרה למפעל של אתא
			3. את הצדק המתקן המחיר לרבים לא מעניין.
		2. **גישה 2: יעילות כלכלית חברתית:**
			1. **בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה – המשך פעולת המפעל או סגירת?**. התוצאה המועדפת היא המשך הרעשה. הסיבות הם כאמור- המשך ייצוא, אבטלה, אי הרתעת יזמים.
			2. התוצאה היא בעייתית לניזוק: עדיין יש מטרד וערך הדירה יורד.
	4. **דילמה - מה יש להעדיף? צדק מתקן או יעילות כלכלית?**
		1. **הצדק המתקן מתנגש התנגשות חזיתית עם ההרתעה היעילה. האם צדק חלוקתי יהיה 'שובר שוויון'?**
		2. **גישה 3 - (צדק חלוקתי?) גישת ביניים:** המפעל ישלם לשוורץ פיצוי על הרעש, שוורץ יוכל למגן את הדירה בעזרת כספי הפיצוי או לחלופין להשתמש בכסף למעבר דירה.ככה ישנה התחשבות גם בשוורץ וגם שהשפעה החברתית שעלולה לקרות בעקבות הפיצוי שנותן המפעל.
			1. **בעיות:**
				* פגיעה בקניין של שוורץ - הוא לא מעוניין למגן או לעבור דירה.
				* אם יש דירות רבות באזור שהרעש מפריע להם מיגון או מעביר דירה אינם כדאיים כלכלית.
				* אם הפעל הוא זה שכפיצוי ימגן לשוורץ את הבית, שוב נוצר הבעיה של הרבה דיירים שירצו דבר זהה, ולא תהיה לך יעילות כלכלית.
	5. **התאורמה של קוז - בראי הסיפור:**
		1. לשיטתו מדובר בפעולות נוגדות ולא בהכרח "מזיק" ו"ניזוק", "רע" ו"טוב". **שונה ממבט של צדק מתקן.**
			1. אין ספק שאתא מזיקה לשוורץ (רעש), אולם גם שוורץ מזיק לאתא (קניינית ומונע ממנה חופש עיסוק).
			2. **איזו פעולה תגבר לפי גישה זו?** אותה פעולה שהמשכה יגדיל את הרווחה המצרפית יותר בהשוואה לאחרת, או שהמשכה ביחס לפעולה הנוגדת, תקטין פחות את הרווחה המצרפית.
		2. **ניתוח המקרה על פי קוז:**
			1. הרווחה המצרפית תקטן הרבה יותר במידה והמפעל יחויב להפחית את הרעש, מכיוון שזה יגרום לו לצמצם את שעות הפעילות ולכן הוא ייסגר. הפגיעה תהיה במגוון מישורים:
				* פגיעה במפעל עצמו, בבעל המפעל.
				* פגיעה ביזמים ומשקיעים פוטנציאליים. "הבא אל המטרד".
				* פגיעה במדינה – הכנסות ממיסים ופגיעה במדינה עול כלכלי וחברתי של פיטורי עובדים ואבטלה בקרית אתא
				* פגיעה בפועלים עצמם ומשפחותיהם.
			2. המצב היה אולי שונה אם היו מאות או אלפי שכנים נפגעים. חלק מהשיקולים הללו אינסטרומנטאליים, חורגים מהיחסים בין שני הצדדים, ולכן לא יכולים להישקל במסגרת צדק מתקן.
		3. **החלטות אפשריות בהתאם למקרה** (בהינתן התאורמה של קוז והאפשרות למשא ומתן אחרי פסק-הדין(=PJB):
			1. **המפעל מקבל צו להפחתת המטרד שמשמעו סגירה:**
				* עולה בקנה אחד עם צדק מתקן - מתייחס רק למזיק ולניזוק.
				* כאן ייתכן עסקת PJB :

אפשרות למפעל לאחר קבלת הצו לנסות לקנות את זכותו של שוורץ וכך להמשיך לפעול. מפעל יצטרך לשלם לשוורץ מן הסתם הרבה, כי ידו של שוורץ על העליונה בהכרה פסיקתית, אולם אם יצטרך לשלם לו פחות מאשר עלות סגירת המפעל או העברתו ועלות מצרפית של אבטלה וכו', זה יהיה כדאי.

אולי גם המדינה תסבסד את התשלום לשוורץ במקרה כזה, כי הדבר כדאי ושווה גם לה.

**בכל מקרה, עולה הסיכוי שתתרקם עסקה שלאחר פסק הדין.**

אם צפויים המוני שכנים כמו שוורץ, אולי לא תתרקם עסקה כי לא יהיה לדבר סוף: המפעל ישלם המון, אי כדאיות. אבל גם במקרה כזה אולי תיסגר עסקה שקטה עם שוורץ והוא ייעלם מהמקום בלי לספר לאחרים, וזה דבר שאפשר לעשות כשהעסקה פרטית ולא מוחלטת בהחלטה שיפוטית.

* + - 1. **המפעל מקבל אור ירוק להמשך הפעילות, שכן ביהמ"ש סבור שיש יותר יעילות (=הרווחה המצרפית גדולה יותר) בהמשך פעילותו מאשר בסגירתו:**
				* נוגד צדק מתקן: המחיר הכואב הוא אי התחשבות במבחן התוצאה בזכותו של שוורץ. מתאים לגישה של יעילות כלכלית.
				* כאן ייתכן אולי מו"מ לאחר פסיקה הפוך (PJB הפוך) - שוורץ ישלם למפעל כדי שיפסיק להזיק או יעבור משם. פחות סביר שאדם פרטי ישלם מיליונים למפעל בשביל שיעבור או יפחית רעש. עם זאת, כאשר מדובר במטרד בין שכנים יכול להיות יהיה תשלום להפסקת הרעש.

לדוג: למשל: שכן מגיש בקשה לצו מניעה נגד מורה המלמד בביתו זמרה. ביהמ"ש: דחיית העתירה – לפחות בשעות מסוימות המורה יכול לעשות כן ולהתפרנס ודוחה את העתירה. אם לשכן זה מאוד חשוב הוא ינסה לקנות - "לשחד" - את המורה לעבור משם, מתוך ציפייה ותקווה שלא במהרה ייכנס במקומו מורה אחר לזמרה. אולי הוא יקנה את דירתו במחיר מפתה במיוחד, ואז ימכור אותה, והוא יוכל לשלוט למי למכור.

* + - * + **יש לשים לב**: הגישה הכלכלית מאפשרת לבית המשפט לקבוע בהחלטה שיפוטית - לא רק לתת ליד המקרה בעסקה פרטית לאחר פסק הדין - לקבוע שהמטרד לא יזוז אבל שהניזוק חייב לשלם למזיק אם הוא רוצה שהמטרד יפסיק, כתנאי. יש גם דברים כאלה, אם כי הם נדירים. **שייך לדיון בכלל 4 , הנדיר, של קלברזי ומלמד.**
			1. **המפעל מקבל אור ירוק להמשיך להזיק, כי הפעילות הנוגדת שלו מגדילה את הרווחה המצרפית יותר מהפסקת הפעילות שלו, אבל המשך הפעילות תלוי וכפוף לחובת פיצוי מסוימת (חד פעמית או חודשית) לניזוק.**
				* גם אם הניזוק לא ביקש זאת, אלא ביקש צו, בית המשפט יכול בעיקרון להחליט כך.

כך גם בסרבנות הגט, התובעת מקבלת סעד משני של פיצויים כשלמעשה מבקשת סעד ראשי של גט, אולם היא עושה כן מחוסר ברירה ומחוסר יכולת להשיג את הגט בבית הדין הרבני, והיא פונה לבית משפט אזרחי שיכול ממילא רק להעניק לה את הסעד המשני. במקרים רבים היא תנסה, בעסקה PJB , לקנות את הסעד הראשי דרך המרתו בסעד המשני.

* + - * + במצב כזה, כאמור, המפעל ימשיך להזיק אולם ישלם סכום שיקבע בית המשפט לקורבן, נניח בתשלומים חודשיים עד הפסקת ההיזק, ואם לא ייפסק, ימשיכו התשלומים כל הזמן.
				+ גם כאן תתכן עסקה לאחר PJB -

 המפעל יכול להגיע למסקנה שלשלם עכשיו סכום גדול, למשל בתשלומים חודשיים שסך הכול יצטברו לסכומים גדולים, זה לא כדאי לו, כי זה יוצא יותר מאשר הוא מרוויח מהמוצר שהוא מייצר. לכן הוא ינסה להציע לניזוק סכום גדול אך חד פעמי כדי שיפנה את הבית שלו והמפעל ישתלט על הבית (וכך יוודא שלא יהיו אחרים שם שידרשו דרישות בהמשך).

אם המפעל יוכל להגיע לסכום שעדיין שווה לו להוציא כדי לפנות את הניזוק, ולניזוק זה יהיה כדאי במקום לקבל תשלומים חודשיים. למשל - תשלום חד פעמי גדול, עזרה בהעברת הציוד של הדירה ועוד צ'ופרים למיניהם. תיחתם עסקה ואם אין דיירים אחרים באזור שעלולים "להתעורר", נפתרה הבעיה מבחינת המפעל.

ייתכן גם שפתרון של הצעת מיגון יקר לשוורץ תסייע.

* 1. **סוף** **הסיפור**:
		1. בית המשפט המחוזי: נותן צו מניעה לפיו נאסר על החברה המערערת להפעיל את מערכת הקירור ואת מערכת האיוורור של בית-החרושת שלה, עד להפחתת מפלס הרעש - בית המחוזי נקט בגישה של צדק מתקן.
		2. בית המשפט העליון: משאיר את צו המניעה על כנו, אם שינויים קטנים. למרות שהמפעל אומר שאם יישאר צו המניעה המפעל ייסגר תוך שנתיים (חוו"ד של כלכלן).
			1. שמואלי טוען ששמגר אולי ניסה לתת חבל הצלה למפעל והמרומז אמר להם ללכת למסלול חלופי.
				+ עו"ד של המפעל הלכו לשר האוצר (מסלול חלופי) וביקשו ממנו ולהפקיע את הקרקע של שוורץ. שר האוצר הסכים להפקיע את הדירה של שוורץ בפחות כסף ממה שהמפעל תכנן לשלם לו. שוורץ הגיש עתירה מנהלית לבג"ץ נגד המדינה בטענה שאין סיבה אמיתית להפקעה - בית המשפט משאיר את ההפקעה על קנה.
				+ שמואלי אומר שאולי ניתן לומר כי לאחר כל ההתחרשות קוז צחוק, כי לכתחילה הוא חושב שעדיף לא להגיע לבית המשפט ופתור את הסכסוך בין הצדדים וכך תתקבל התוצאה הטובה ביותר. בפועל זה לא מה שעשו ושוורץ יצא קרח מכאן ומכאן.
	2. **פס"ד חמד נ' מדינת ישראל**
		1. המקרה: הניזוק נפגע בגיל 11 בראשו מכדור גומי בעת שהיה עובר אורח בהתפרעויות במחנה הפליטים בג'נין. בית-המשפט המחוזי קבע כי שוטרי מג"ב פעלו על-פי הנהלים ונקטו אמצעי זהירות סבירים בנסיבות העניין, ולפיכך נדחתה תביעת הנזיקין. מכאן הערעור.
		2. **ברק (דעת הרוב):** כדי לבחון את הסבירות יש לעשות שימוש במבחן האיזון בין האינטרסים והערכים, לדעתו נוסחת לרנד הנד לא מספיקה לבדה.
			1. האינטרסים נבחנים משלוש נקודות מבט שונות:

נקודת מבטו של הניזוק - יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובשלמות גופו ונפשו. יש להתחשב בהסתברות התממשותו של נזק זה. ככל שהנזק לניזוק והסיכוי להתממשותו הוא גדולים יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.

נקודת מבטו של המזיק - יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק

נקודת המבט של הציבור - יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק, מזה ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון, מזה. ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, כן יש לנקוט יותר אמצעים כדי למנועה.

* + - 1. יישום: במקרה דנן האינטרס הציבורי הוא מניעת התפרעויות, זריקת אבנים וחסימת כבישים. אך, מכיוון שלא נשקפה לשוטרים סכנה ולא היה אינטרס ציבורי מיידי הירי היה לא סביר ולכן זו התרשלות.
		1. **השופטת דורנר (דעת יחיד):** לדעתה יש למדוד את הסבירות לפי סטנדרט המומחה הסביר, דהיינו מעלה את הרף הסבירות של השוטרים מתוך הנחה שהם אומרים להיות יותר שקולים בסיטואציה כזו.
		2. **השופט ריבלין (דעת יחיד):** מוסיף 2 הערות:
			1. **אומנם לא ניתן להנמיך סטנדרט בגלל מאפיינים האישיים של המעוול אך ניתן להעלות את הסטנדרט בשל מאפיינים האישיים.**
			2. לדעתו אפשר להגיע לאותה תוצאה כמו ברק בעזרת נוסחת לרנד הנד - לדעתו שיקולי מדיניות נכנסים לתוך עלות מניעת הנזק בנוסחה.

**משטרי אחריות:** לא נלמד בשיעור:

1. **אחריות חמורה**
	1. אחריות חמורה היא אחריות מוחלטת עם נגיעות של אשם תורם. כלומר הגנות למזיק לדוג:
		1. **חוק האחריות למוצרים פגומים:**

**האחריות:** ס' 2(א): "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן - הנפגע), ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן."

**ההגנות:**

4. (א)  בתובענה לפי חוק זה לא תהא ליצרן הגנה אלא באחת מאלה:

* + 1. הפגם שגרם לנזק נוצר אחרי שהמוצר יצא משליטתו; הוכיח היצרן שהמוצר המסוים עבר בדיקות בטיחות סבירות לפני שיצא משליטתו, חזקה שהנזק נגרם לנפגע על ידי פגם שנוצר לאחר מכן;
		2. לפי רמת ההתפתחות המדעית והטכנולוגית שהייתה בעת שהמוצר יצא משליטתו, לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה;
		3. המוצר יצא משליטת היצרן שלא מרצונו, והוא נקט באמצעים סבירים למניעת יציאתו משליטתו, ולהזהרת הציבור הנוגע בדבר מפני הסיכון הכרוך במוצר;
		4. הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו, וחשף עצמו מרצון לסיכון זה.

 (ב)  לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.

 (ג) היה הנפגע למטה מגיל 12 – לא תחול ההגנה האמורה בסעיף קטן (א)(4); לא יפחית בית משפט פיצויים לפי סעיף קטן (ב).

* + 1. **היזק על ידי כלב:**

סימן ד'1: היזק על-ידי כלב

**האחריות:**

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

**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.

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

* + 1. **המאמר "על אופיה של האחריות הנזיקית - האחריות לנזקי כלב" עופר דרור:** הוספתי מה שהיה נראה לי חשוב.
			1. לפני חיקוק ס' 41 בפקודה הדרך להתמודד עם היזק על ידי כלב היה בעזרת עוולת הרשלנות או עוולת הפרת חובה חקוקה. לכן, לרוב היזק על ידי כלב היה נופל למשטר של אשם (האדם הסיבר בעוולת הרשלנות). אלא אם המקרה היה נופל לס' 40 (הדבר המעיד בעד עצמו) בו נטל ההוכחה היה עובר על הנתבע להוכיח שלא התרשל במעשיו.
			2. **ארבעה סוגיים עיקרים של משטרי אחריות:**

**אחריות מבוססת אשם:** מצב בו המזיק ידע בפועל או בכוח (נורמיטבי) שהתנהגותו תגרום לנזק. המזיק ידע או היה מצופה ממנו לדעת על כך שהמעשה שלו יגרום לנזק.

**אחריות מוחלטת:** אחריות שאין מבוססת על אשם בכלל - אין במשטר הגנות. משטר זה קובע כי מרגע שהוכח הנזק קיימת אחריות למזיק בלי להתייחס לפרטי המקרה.

**אחריות מוגברת (משטר ביניים):** אחריות מבוסס אשם, אך נטל ההוכחה בה הוא הפוך, על הנתבע להוכיח כי לא התרשל במעשיו. הדוגמה הבולטת ביותר לכך היא ס' 40 לפקודת הנזיקין.ניתן לומר שבגלל הפיכת נטל הראייה האשם מצטמצם.

**אחריות חמורה:** אחריות עם מעט אשם. משטר של אחריות כמעט מוחלטת מלבד ההגנות. **לדוג' היזק על ידי כלב.**

* + - 1. **הצדקות אפשריות להטלת אחריות שלא על בסיס אשם:** מטרת הפיצוי, שיקולי מדיניות - מלך נ' קורנהוייזר.
			2. **אפשריות התביעה במקרים של היזק על ידי כלב:**
				* תביעה לפי עוולת הרשלנות וס' 40 - השיקולים של בית המשפט: סוגו של הכלב והתנהגות בעל הכלב בכל מקרה ומקרה; ס' 40 (רק במידה ומתקיים) - שלושת היסודות.
				* תביעה לפי הפרת חובה חקוקה
				* תביעה בעוולת היזק על ידי כלב סימן ד'1.
			3. **עוולת היזק על ידי כלב אחריות חמורה שלא על בסיס אשם:**
				* העוולה של היזק על ידי כלב מוגבלת ל**נזקי גוף בלבד** - ההצדקה לכך היא העובדה שהעוולה המשיתה על הנתבע משטר אחריות של האחריות חמורה. נזקי גוף זוכים למשטר חמור יותר בשל היותם בעלי ערך גבוה יותר של שלמות הגוף על פני הערך של קניין. יתר על כן, השתת משטר אחריות חמורה על נזקי רכוש עלולה להיות הרתעה יתר וליקר ייתר על המידה את החזקת הכלב.
				* בנוגע לנזקי רכוש המחוקק קבע שדי בעוולת הרשלנות בצירוף האחריות המוגברת שבס' 40.
				* **זהות התובעים הפוטנציאלים:** "חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע"

לא לגמרי ברור מלשון החוק מי הוא החייב.

האם הוא אדם שמשגיח על הכלב או שבשל הניסוח השונה מס' 40 שמציין גם בעלים וגם ממונה, פוסל זאת?

האם מדובר שני מזיקים שונים? הראשון הוא בעל הכלב והשני הוא המחזיק בו דרך קבע?

* + - * + **ההגנות העומדות לנתבע על פי ס' 41 ב לפקודה**

פרופ' פורת - לשיטתו ההגנות האחרות לפקודת הנזיקין אינן מתקיימות במקביל להגנות של היזק על ידי כלב וזאת בשל נוסח החוק. בנוסף, לשיטתו, הגנות אלו הן מלאות ולכן ברגע שאחת מתקיימת יש פטור מלא לבעל הכלב (בשונה מדעתה של השופטת כרמל בפס"ד גגוניהם).

תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו: הרעיון שיש מאחורי הוראה זו היא ההנחה שכלב שקרוב לבעליו עשוי לתקוף אדם הפוגע בו, אם זאת היקף התחלואה תמוהה ופורמאלי מידי.

* + 1. **פס"ד גוגנהיים:**
			1. **המקרה:** המשיבה עמדה מחוץ לחצר בית וליטפה כלב שעמד בחצר ונשען בכפותיו על השער. לפתע תקף הכלב את המשיבה וגרם לה פגיעות קשות. בימ"ש קמא קבע כי לא מתקיימות ההגנות לבעל כלב, וכי על המערערים לפצות את המשיבה בגין מלוא נזקה. מכאן הערעור:
			2. **בית המשפט השלום:** סעיף 41ב' לפקודה קובע מספר "הגנות". הנתבעים לא הוכיחו קיומה של אף לא אחת מההגנות שפורטו לעיל.
				- השלום לא קיבל את הטענה כי התובעת נגעה בשער הבית הדבר מהווה השגת גבול, לשיטתו של השופט השגת גבול היא כניסה או חדירה של ממש למקרקעין ולא מגע קצר בשער הבית או גדר הבית. לתובעת ולהוריה לא הייתה כוונה כלשהי להיכנס לתוך החצר באופן בלתי חוקי או ללא רשות.
				- גם טענה לעניין אשם תורם נדחתה על-ידי בית משפט קמא, משצויין כי בהעדר גדר בגובה מספיק ונוכח העובדה שהכלב לא הראה סימני תוקפנות, המשיבה לא יכלה לצפות שהכלב יתקוף. עוד נקבע, כי גם מבחינה מוסרית אין להטיל אחריות על מי שניגש בתום לב ללטף כלב.
			3. **האם הגנות של היזק על ידי כלב הן הגנות מלאות?**
			4. **בית משפט העליון:**
				- **השופט צבן:**

ליטוף כלב השומר בחצר מהווה אינו מהווה התגרות, הן אובייקטיבית והן סובייקטיבית, שכן ליטוף חיה אינו מהווה התגרות ואין חולק כי המשיבה לא התכוונה להתגרות בכלב.

באשר להסגת גבול: ליטוף כלב שומר בחצר, הנשען על הגדר והשער וראשו מעבר לגובה הגדר אינו מהווה הסגת גבול ככזו. אולם, גם אם אין מדובר בהסגת גבול רגילה, מדובר בכלב השומר על בית וחצר, ואדם סביר יכול לצפות כי כלב כזה, שלמעשה אינו מכירו, אפשר שיגיב בצורה תוקפנית.

אחריות מוחלטת או חמורה? הוראות היזק על ידי כלב אינן מטילות אחריות מוחלטת אלא אחריות חמורה, שהרי קיימות הגנות מסוימות.בשל כך ישנם שני אפשריות להחלת אשם תורם:

האחד, מתוך ההגנות עצמן. הוכחת אחת מן ההגנות תאפשר אשם תורם.

השני, הוראת סעיף 41ג' שכותרתה "שמירת דינים"- "אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר". סעיף 68 לפקודת הנזיקין מורה על אפשרות קיום של אשם תורם מצידו של הניזוק.

לפיכך יש מקום ליחס לפעולותיה של המשיבה אשם תורם מסוים, ואני מציע להעמידה בשיעור של 25%.

* + - * + **השופטת בן עמי (דעת מיעוט):** לנתבע קיימת הגנה של הסגת גבול, אולם השגת הגבול הייתה מצומצמת (במרחב האווירי של החצר) ולכן מוצדק לראותה כהגנה חלקית ולא מלאה. יש למזיק הגנה של 50%.
				+ **השופט כרמל:** התנהגותה של המשיבה (ליטוף) מהווה התגרות אובייקטיבית בכלב. לדעתו אין לראות בהגנות של ס' 41ב' הגנות מלאות. לכן משום שההתגרות הייתה ברף הנמוך יש לזקוף לה אשם תורם של 25% (כמו השופט צבן).
				+ **לאור האמור וברוב דעות השופטים צבן וכרמל, מכלל סכומי הפיצויים שנפסקו בבית משפט שלום יש להפחית 25%, וכך גם מסכום שכר הטרחה שנפסק.**
				+ **ההלכה: הגנות מכוח ס' 41ב' אינן הגנות מלאות.**
	1. **אחריות מוגברת**
		1. **רשלנות על ידי חיה:**

40. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

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

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

* + - 1. שלוש יסודות:
				* בעלות על החיה המזיקה.
				* האם היא חיה מועדת.
				* צריך היה\ידע שהחיה מועדת.
		1. **הדבר מדבר בעד עצמו:** היפוך נטל ההוכחה על הנתבע.

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

* + 1. שלוש יסודות:
			1. התובע לא ידע/ היה יכול לדעת את הנסיבות שהובילו לאירוע בו ניזוק.
			2. הנזק נגרם ע"י נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו.
			3. אירוע המקרה מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע התרשל מאשר עם המסקנה שנקט בזהירות סבירה.

שיעור בתאריך 21.06.2021

**רשלנות**

1. כללי:
	1. ההבדל בין רשלנות להתרשלות. רשלנות זה כל היסודות ואילו התרשלות זה אחד היסודות בתוך רשלנות.
	2. רשלנות והפרת חובה חקוקה שתיהן עוולת מסגרת, אולם בהפרת חובת חקוקה אין שיקולי מדינות האם לקבל את התביעה במידה והתקיימו כל היסודות. (שיקולי מדיניות משפטית היא מקרה בו למרות שכל הנוסחה מתקיימת אבל משיקולי מדיניות לא מקבלים אותה).
	3. **הסעיפים 22, 35-37**:
		1. ס' 22 - אין המחאה בנזיקין אלא מכוח דין.
		2. ס' 35 - הגדרה - אדם שעשה מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותו המקרה וגרם לנזק, זו רשלנות.
		3. ס' 36 - חובה כלפי כל אדם - והידיעה היא של האדם הסביר.
		4. ס' 37 - אחריות בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול - 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.
	4. **פס"ד אמין נ' אמין**: רשלנות גם במעשה מכוון, הזנחה רגשית כלפי ילד, רשלנות ואהבת הרע:
		1. המקרה: המשיבים הם ילדיו של המערער מאשתו הראשונה, שהתאבדה סמוך ללידת הבן הצעיר. לאחר מותה שהו הילדים במוסדות רווחה ובמשפחות אומנות והידרדרו במורד הסמים והעבריינות. המערער נישא בשנית, ולפי הסכם שעשה עם אשתו השנייה, ניתק כל קשר עם המשיבים ואף סירב להניח להם לבקרו. בשל כך, תבעו המשיבים את המערער.
		2. **השופט אנגלרד:**
			1. מבחינת **הפרת חובה חקוקה**- חוק הכשרות והאפוטרופסות, לפיו הורה צריך לדאוג לצרכיו של ילדיו גם הנפשיים. אולם, אין המחוקק הטיל חובה לאהוב. אלא רק לדאוג כמו שהורה מסור היה דואג לילדיו. לכן, הפר האב את חובתו.
			2. מבחינת **רשלנות -** רשלנות יכולה להתקיים גם מעשה\במחדל מכוון, משום שהמבחן להתרשלות הוא אי ספירות והצפיות של הנזק ושיקולי מדיניות. וודאי שהיה אפשר וסביר לצפות נזק זה ולדעת אנגלרד אין שיקולי מדיניות שמצדיקים שלילית האחריות מהאב (בשל חומרת מעשיו). לכן, אב הפר את חובת הזהירות וחייב בפיצוי.
			3. כי תחום תחולתה של עוולת הרשלנות במקרה של האחריות הספציפית הזו תואם את הדרישה של חוק הכשרות. עם זאת, לא תמיד הרף שהחוק קובע הוא הרף הנדרש בעוולת הרשלנות.
		3. **השופט אור:** מסכים עם אנגלרד ומדגיש כי צריך להיזהר בתחימת הגבולות של היחסים והחובות של הורה וילדיו, אך במקרה דנן בשל חומרת המעשים אין בכלל צורך להיכנס לתחימת גבולות אלא, כי ברור שהאב התרשל באופן חמור ביותר.
2. **ארבעת יסודות עוולת הרשלנות:**
	1. חובת זהירות.
	2. הפרת החובה.
	3. נזק.
	4. קש"ס בין הפרת החובה לנזק.
3. מודלים שונים לבחינת יסודות עוול הרשלנות: עמוס הרמן "ישן מפני חדש תוציאו"
	1. **הגישה המסורתית של השופט ברק**: קביעה מהי חובת הזהירות, לאחר מכן האם הייתה הפרה של חובה זו ולבסוף, קביעה עם יש קשר בין הפרת החובה לנזק (הרחבה בהמשך). הצפיות היא מקור חובת הזהירות ושיקולי מדיניות יכולים לשלול חובה זו.
	2. **הגישה המסורתית של שמגר:** לדעת שמגר כדי להטיל אחריות בעוולת הרשלנות יש שלוש דרישות:

צפיות

יחסי קרבה או שכנות - האם לאור מערכת היחסים בין הצדדים הנתבע היה יכול וצריך לדעת שחוסר הזהירות יגרום נזק?

מסקנה שיפוטית לפיה הוגן להטיל אחריות - שיקולי מדיניות.

* 1. **תקופת המעבר -** תקופה בה נעשה איחוד בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית - יש פסקי דין בהם זה היה במכוון ויש כאלו שלא. נבע לעיתים קרובות מכך שהיה ברור שקיימת חובת זהירות.
	2. **הגישה החדשה של השופט עמית:** השופט עמית משנה את סדר ניתוח יסודות העוולה וקביעת האחריות:

ראשית, יש לבדוק אם התקיימה התרשלות - יוצא מתוך נקודת הנחה שישנה חובה כללית ולכן ניתן לבחון התרשלות

שנית, יש לבדוק האם יש נזק הנובע מהתרשלות זו (קש"ס).

לבסוף, ישנה שאלה, האם במקרה הספציפי יש שיקולי מדיניות שישללו חובה זו.

* + - * + אולם, במקרים מחוץ לדיני הנזיקין יש לבדוק קודם את יסוד החובה, מכיוון שהוא לא ברור וקשה לקבוע קיומה של התרשלות בלעדיו.
	1. **גישת ביניים השופט הנדל:** ניתוח חובת הזהירות לפי קבוצות שונות:

קבוצות מוכרת - בהן ברור כי קיימת חובת זהירות לכן יש ניתן לעבור למבחן הקונקרטי (לדוג' רופא וחולה).

קבוצות חדשות - בהם יש לבחון האם ישנה חובת זהירות מאפס.

קבוצות גבוליות - בהן לא ברור אם הוכרע השאלה, או מדובר במקרים שהם לא בליבת דיני הנזיקין - תעשה בחינה יותר מופשטת (קבוצה זו יוצרת בלגן כי מעט מיותרת חלק ממנה יכול להיכנס לקבוצה הראשונה וחלק לקבוצה השנייה).

* 1. **הגישה המשולבת:**
		+ - * במצבים מחוץ לליבת דיני הנזיקין:

יש לבחון קודם את חובת הזהירות והאם אין שיקולים השוללים אותה.

לאחר שנקבע כי קיימת חובה תבחן התנהגות הנפגע הקונקרטי והאם הייתה ראויה.

יבחנו את הקש"ס בין ההתנהגות הקונקרטית לנזק.

* + - * + במצבים בליבת דיני הנזיקין:

תבחן ישר ההתרשלות (כי יש חובת זהירות ברקע)

ואז שיקולים שוללי אחריות.

**בתי המשפט משתמשים בכל הגישות ללא מחויבות לגישה מסוימת.**

1. ניתוח עוולת הרשלנות" מודל ברק + נוסחת לרנד הנד (אלא אם כן, ביקשו אחר במבחן, זו הברירת מחדל)
	1. **החובה:**
		1. **חובת הזהירות המושגית:** בודקת אם הסוג הכללי שאליו משתייכים המזיק, הניזוק והפעולה שגרמה לנזק עשויים להקים חובת זהירות. אם אין חובה מושגית לא נבדקת החובה הקונקרטית.
			1. סף הכניסה (חלופיים):
				* **חוזה** - האם מתקיימת חובה זהירות מתוקף חוזה בין הצדדים? לדוג' רופא וחולה.
				* **ס' 37 לפקנ"ז, אחריות בגין כניסה מקרקעי**ן. מצב המקרקעין ותחזוקתם. חובת הזהירות היא כלפי אדם שנכנס ברשות למקרקעין או ללא רשות אך בתו"ל.
				* **יחסי שכנות, דהיינו החובה להימנע מלהזיק**. כמעט כל מצב נכנס לכאן.
			2. המבחנים (מצטברים): נבדוק את הצפיות באופן כללי לגבי הקבוצות הכלליות של המזיק והניזוק.
				* **צפיות טכנית** - מה אדם סביר יכול היה לצפות (כאפשרות פיסית) או צפה הלכה למעשה.
				* **צפיות נורמטיבית** - האם בין אדם סביר היה צריך לצפות. יכנסו כאן שיקולי מדיניות שמנסים לאזן בין האינטרס של חופש הפעולה לבין האינטרס של הגנה על גוף ורכוש.
		2. **חובת הזהירות הקונקרטית:** בודקת אם בין המזיק לניזוק הספציפיים אשר קיימת ביניהם חובת זהירות מושגית, קיימת גם חובת זהירות לעניין הפעילות הספציפית שהתרחשה בפועל.
			1. מבחנים (מצטברים):
				* צפיות טכנית - האם אדם סביר יכול היה לצפות בנסיבותיו המיוחדות של המקרה את התרחשות הנזק.
				* צפיות נורמטיבית - האם אדם סביר כעניין של מדיניות היה צריך לצפות את הנזק.
			2. לפעמים כדי להיות מניפולטיביים. לדוג באירועון הבריכה: אני יודעת כבר שהוא לא היה בסדר כי הוא לא שם מצילים ולא שם משטחי גומי, לכן כאשר אני אגיד צפיות טכנית אני אגיד שהוא יכול לצפות שאם אין שלטים ואין מספיק מצילים או משטחי גומי הוא היה צריך לדעת שייגרם נזק. כלומר אני אשתול את מה שאני רוצה שיהיה בפרה כבר בחובת הזהירות הקונקרטית.
	2. **הפרת החובה:** המבחנים (חלופיים\תלוי גישה)**­ -** חשוב להתייחס לשני הצדדים (תביעה והגנה).
		* 1. נוסחת לרנד הנד - בבוחן יש ללכת לפי לרנד הנד אלא אם כן ביקשו ממנו אחרת בבוחן.
				+ הנוסחה: תחולת הנזק (שיעור הנזק כפול הסתברות התרחשותו) ביחס לעלות מניעת הנזק. כאשר אמצעי המניעה זולים יותר מהנזק ולא היה שימשו בהם ישנה התרשלות. מדובר בהכול או כלום, אם האמצעיים יותר זולים ועשית שימוש רק בחצי מהאמצעיים הזולים אז אתה רשלן לגבי הכול ולא רק לגבי חצי.
			2. מבחן האיזון בין האינטרסים - גישה יותר בעייתית בגלל שיש חוסר וודאות (זוהי הגישה של ברק).
	3. **נזק** (וראשי נזק)
	4. **קש"ס:** (מצטברים)
		1. קשר סיבתי עובדתי
			1. אלמלא - בדר"כ הפסיקה מתייחס לזה. המבחן אומר, אלמלא העוולה (במעשה או מחדל) היה קורה הנזק. לדוג' אם הוא היה שם שלט לבריכה האם הילד היה קופץ למים הרדודים.
			2. צפיות
			3. הסיבה בלעדיה אין
		2. קשר סיבתי משפטי**,** בפקודה לא כתוב בשום מקום שיש חובה לקשר סיבתי משפטי אך מכלל לאו אתה לומד הן.
			1. **נמדד על פי הצפיות -**
				* **פס"ד בן שמעון נ' ברדה:** **מספיקה צפיות לסוג הנזק ולאו דווקא להיקפו.**
				* לדוג' אם אתה מרביץ למישהו אתה יודע שתגרום לנזק גוף. לא משנה אם צפית מה יהיה הקיף נזק הגוף העיקר שידעת שיהיה נזק גוף.
				* **לאון נ' ברדה:** שמואלי אומר שאולי זה קצת קשור יותר לקש"ס עובדתי בגלל ריחוק הנזק. אולם, גם שם אומרים שצריך לדעת את סוג הנזק ולא היקפו.
			2. מבחנים נוספי שניתן למדוד על פיהם את הקש"ס המשפטי, לא צריך להכיר בעוולת הרשלנות (לא להתבלבל עם הפלת"ד שם יש להכיר):
				* תחום הסיכון.
				* השכל הישר.
2. אירועון 13
	1. דונו באירוע הבא, באפשרויות המעורבים השונים להגיש תביעות בגין רשלנות, בהגנות ובסיכויי התביעות:
		1. באתר הבנייה של חברת "אל תבנה על זה" (להלן: "החברה") עבדו 30 פועלים במרץ על בניית בניין רב קומות בהתאם לתוכניות. יעקב המהנדס שוטט בין המשרד לאתר, ופנחס, מנהל העבודה, השגיח על הנעשה. פנחס קרא ליעקב. "נראה לי שחלק מהפיגומים רעועים". "מה פתאום רעועים? הם נראים - תקינים לגמרי", השיב לו יעקב בפליאה. "תעשה לי טובה", ענה לו פנחס, "תבדוק את העניין". "בסדר", משך יעקב בכתפיו, וחזר אל המשרד. "אגב", קרא הוא לפנחס, "אתה יודע שראיתי שחלק מהבנאים לא חובשים קסדה"? – "זו הבעיה שלהם", ענה לו פנחס, "הם יודעים היטב את הכללים". יונתן ודוד, שני פועלים, עבדו על פיגום בקומה השנייה של הבית הנבנה. יונתן ודוד לא היו חברים טובים, וזאת בלשון המעטה, ובעבר היו מספר תקריות בין השניים, ופנחס, מנהל העבודה, "כיבה" בדרך כלל את ה"שריפות". לפתע החלו השניים לריב. הם התווכחו בצעקות רמות, ומהר מאוד גלש הסכסוך לפסים אלימים. דוד הרים את ידו ושלח אגרוף לפניו של 11 יונתן. יונתן, שהיה המום מהאגרוף, נפל, אך התעשת, קם ושלח בעיטה עזה לבטנו של דוד. כך התקוטטו השניים עוד מספר שניות, ולפתע ניתק הפיגום, והחל צולל לעבר הקרקע. מאוחר יותר התברר כי הפיגום שעליו עבדו יונתן ודוד היה אמור להכיל, מבחינת משקלו, פועל אחד לכל היותר. דוד נפצע באורח קל ויונתן נפגע בראשו באורח בינוני. הרופא במיון התפלא לשמוע שיונתן לא חבש קסדה. עקב עודף סמי הרדמה שנתן ליונתן ד"ר מור, הרופא המרדים, בשעת ניתוח בראשו בבית החולים, הדרדר מצבו מאוד. יונתן יישאר נכה קשה ומרותק למיטתו כל ימי חייו, ויזדקק באורח קבע לעזרה.
	2. תרשים שמואלי
		1. התביעה של דוד ויונתן אחד נגד השני - יש להתייחס לכך שורה ולא יותר מכך. מדוע? בגלל הכיס העמוק, בגלל האחריות של עובד כלפי העובדים שלו. יש אנשים אחרים שהרבה יותר הגיוני לתבוע אותם. יש ליקויים בבנייה שגרמו לנפילה מהפיגום, אולי יורידו להם אשם תורם בגלל שאין קסדות וכי הם רבו, אולם, גם בתביעה אחד נגד השני היו מורידים להם אשם תורם. בנוסף, הרבה יותר קל להוכיח את חובת הזהירות של המעביד והמהנדס. חשוב לכתוב גם שלא יתבעו אחד את השני בגלל הכיס העמוק.
			1. תשובה: דוד ויונתן יתבעו אחד את השני או בעוולת רשלנות או בעוולת תקיפה, ככול הנראה לא יעשו זאת מכיוון שהם אינם כיס עמוק.
		2. אחריות רפואית: נגד הרופא המרדים - חלוקת נזק ונזק ראייתי.
		3. התביעה המרכזית: התביעה נגד החברה (נגד הקבלן והעובדים שלו פנחס ויעקב - אחריות אישית.
			1. **החובה**:
				* חובת הזהירות המושגית - מחוזה עבודה, יחסי שכנות - עליו להימנע מלהזיק. ס' 37 - חייב לשמור על שטח העבודה בטוח. ניתן לומר שיש צפיות טכנית, בנוסף גם מבחינה נורמטיבית נרצה להכיל צפיות זו.
				* חובת הזהירות הקונקרטית - לכתוב פה את סוג הנזק ואת הנסיבות הספציפיות. גם כאן מתקיימת צפיות נורמטיבית וציפיות פיזית.

מבחינת הקבלן לא צריך לבדוק שאכן הוא היה צריך לבדוק בעצמו, אלא מספיק להגיד שהוא היה צריך לשים עובדים. זאת לעומת פנחס ויעקב היו צריכים בעצמם לבדוק את הדברים בעצמם.

* + - 1. **הפרת החובה**: המעביד (החברה) לא סיפקו אמצעי בטיחות ראויים ולכן הפרו את החובה.
			2. **נזקים** - צריך לציין אלו נזקים קיימים, נזקים וראשי נזקים.
			3. **קשר סיבתי**
				* עובדתי - אם היה דואג לסביבת עבודה בטוחה יש להניח בסבירות גבוה שהנזקים לא היו קורים. או יכול להיות שהם היו נופלים מפיגום אבל הנזק היה פחות חמור.
				* משפטי - האם הייתה צפיות לסוג הנזק? ניתן לומר שבעקבות המצב באתר הבנייה, יכול היה לצפות את הנזק שייגרם לעובדים וגם אם לא את היקפו בוודאי את סוג הנזק (נזק גוף).
			4. הגנות לקבלן:
				* אשם תורם - וודאי שהעובדים בעלי אדם תורם כי לא היו עם קסדות וכי הם רבו בין שמיים לאץ ויצרו נזק גדול. אולם, ככול הנראה האשם התורם יהיה נמוך מכיוון שהקבלן הוא כיס עמוק. יתר על כן, שופט יכול גם לומר שגלל הרשלנות החמורה לא לתת אשם תורם בכלל על אף שיש.
				* הסתכנות מרצון - די קלוש.
		1. נגד פנחס ויעקב - בקצרה את הנוסחה של ברק מכיוון שזו לא התביעה המרכזית.
			1. החובה:
				- מושגית - יחסי שכנות ככול הנראה, הוא אמר לשמור על שלומם ובריאותם כמנהל עבודה\מהנדס. בנוסף, גם מכוח החוזה ככל הנראה, כי יש לך חוזה עם הקבלן שקובע ככל הנראה במפורש או מכללא שיש לך חובה לשמר על חייהם של האנשים באתר. צפיות טכנית ונורמטיבית אפשר להפנות לתשובה שרשמתי לפני אין צורך לחזור על זה.
				- הקונקרטית - במקרה.
			2. הפרת החובה, יש גם הפרה טכנית, היה צריך לדעת ויותר מזה במקרה הקונקרטי ידע בפועל. צפיות נורמטיבית, אחראים על הבטיחות לכן ברור שנרצה שייצפו את הנזק ונטיל עליהם אחריות.
			3. קש"ס
				- עובדתי - אם היו דואגים לפיגומים אז לא היו נופלים. מבחינת מנהל העובדה אם היה דואג לקסדה אולי היה נופל אבל וודאי הנזק היה קטן יותר.
				- משפטי - צפיות - צפוי שיהיה נזק גוף ואילו נזק חמור אם עובד יהיה על פיגום רעוע או ללא קסדה בתוך אתר בנייה.
		2. יש מעט הבדל בין פנחס ליעקב:
			1. למנהל העבודה - צריך לשים לב לכך שאולי לא כדי לשים שני פועלים מסוכסכים. ולהעיר לפועלים שהם צריכים לשים קסדה. מנהל העובדה, שלח עובדים לפיגומים על אף שהם רעועים - מבחינת מנהל העובדה הוא לא יכול להיות ראש קטן ובגלל שידע ואמר למהנדס זה לא פותר אותו מלדאוג לאמצעי מניעה נוספים כמו לומר לעובדים לרדת בזהירות ברגע שראה כי התחילו לריב או בגלל שראה הפיגומים רעועים (מאוד ברור שהפר את חובת הזהירות הקונקרטית). במקרה של לרנד הנד זה לא משנה שעשה מעט אמצעי מניעה זולים, כל עוד לא עשה את כל אמצעי המניעה הסבירים ביחס לתחולת הנזק אדם, אם עשיתי חצי אתה תהיה אחראי בהכול.
			2. למהנדס - מנהל העבודה התריע כנגד הפיגומים הרעועים והוא לא עשה כלום. יש פה הרבה מעבר לצפיות טכנית, הוא גם ידע בפועל שיש סכנה. גם כאן מאוד ברור שהפר את חובת הזהירות הקונקרטית בנסיבות העניין.
	1. **קיטאן נ' ויס:** מאבטח שמשתמש בנשק שלו והורג אדם אחר. קיטאן טענו לריחוק הנזק.
1. **אולם השמחות: אירועון 14**
	1. הכול היה מוכן לערב המיוחל של שירי ונועם, ערב של אמצע אוגוסט במישור החוף. המלצרים ב"גני טרופיקל" מירקו את הצלחות, יואב התקליטן כבר התקין את הציוד על הבמה ודוד הצלם בדק את כל המצלמות. הוריהם של שירי ונועם בדקו עם משה, בעל האולם, אם הכל בסדר. חששם הגדול של שירי ונועם היה כי מוזמנים רבים לא יגיעו עקב המצב הביטחוני, וזאת למרות שדאגו לציין כמעט בפני כל מוזמן כי יהיו שלושה מאבטחים בגן האירועים. המוזמנים דווקא הגיעו בהמוניהם, אך חוסר המזל הגיע מכיוון לא צפוי. ב20:30 , כחצי שעה לאחר התחלת האירוע, ועוד בטרם החופה, החלו האורחים להזיע, ולא -מהתרגשות. הוריהם של שירי ונועם תפסו כל מלצר מזדמן וביקשו ממנו להגביר את המזגן במקום. המלצרים הבטיח לעשות כן, אך החום המעיק לא פינה מקומו לאוויר הצונן של המזגן. לפתע גם נכבו האורות. לאחר כחצי דקה בעלטה מוחלטת, נדלקו מספר זעום של נורות בלבד. משה מיהר להתקשר לחברת החשמל ולהודיע על התקלה. התברר כי בעלטה החליקה דודה יהודית על המדרגות, שברה את רגלה ופונתה לבית החולים. חן, העובדת עם אמה של הכלה, שהייתה בסוף החודש התשיעי להריונה, נכנסה לחדרו של משה ומחתה נמרצות על החום הרב באולם. "אם יקרה לי משהו, אתה לא תצא מזה כל כך מהר"! נופפה לעבר משה באצבעה. לאחר כחצי שעה חשה חן בצירים והיא הובהלה לבית- החולים. לאחר כשש שעות נולדה לה תינוקת חמודה ובריאה במשקל 3 ק"ג. ½. כאשר ניגשו שירי ונועם לחופה הם שמעו את ירון, חבר שלהם, אומר לבת זוגתו: "בואי נסתלק מכאן מייד לאחר החופה. אני לא יכול לסבול חום כזה." לאחר החופה נראו אנשים ישובים בכיסאותיהם ומנפנפים בכל הבא ליד. יואב הפציר באורחים פעם אחר פעם לבוא ולרקוד, אך לשווא. רחבת הריקודים נותרה כמעט מיותמת. לבסוף התייאש יואב ושם מוסיקה שקטה. רק לאחר השעה 22:30 חזר האור ועמו המזגן והריקודים. שולחנות רבים נותרו מיותמים עקב עזיבתם של רבים מהאורחים את האולם בשלבים מוקדמים של האירוע, אך קומץ חברים של בני הזוג הגיע לרחבת הריקודים כדי "להציל את הערב". כעבור כשעה, בסוף האירוע, היו שירי ונועם מותשים, מיוזעים אך בעיקר כועסים. הם נכנסו עם הוריהם לחדרו של משה. "הרי הבטחת לנו שהכל בסדר, ושלא יהיו פאשלות. בררנו אתך אלף פעם לפני האירוע אם הכל מסודר ומוכן", צעקה אמו של נועם. "הרסת לנו את החתונה. לעולם לא נסלח לך", אמרה אמה של שירי. "מה אתם רוצים ממני", ענה משה, "תבואו בטענות לחברת החשמל. אני אשם שהייתה הפסקת חשמל?" "המון אורחים ברחו בגללך", צעק נועם. "מה, אין לך גנרטור? ולא יכולת להביא לפחות מאווררים?" הוסיפה שירי. "חבר'ה", אמר משה כשהוא מגרד בפדחתו, "דברים כאלה קורים, מה לעשות. היה קצת אור בכל זאת. לא ייתכן שאקנה מאווררים בגלל הפסקת חשמל שקורית פעם ב..., וחוץ מזה, אל תקחו את זה כל כך קשה. העיקר שנהיה בריאים. למה אתם - לא משבחים את האוכל הנפלא שהיה ואת האירגון הטיפ טופ של האירוע"? "בואו נלך", - -אמר אביו של נועם, "החוצפן הזה עוד ישמע מאתנו". משפחות החתן והכלה, דודה יהודית וחן פונים אלייך לקבלת ייעוץ משפטי.
		1. דונו באספקטים השונים של הרשלנות העולים מן האירועון, ובאפשרות הפונים להגיש תביעה בגין רשלנות נגד המעורבים בפרשה. יש לציין בכל פעם במפורש מי תובע את מי ומהם סיכויי ההצלחה של כל תביעה.
		2. האם תשתנה תשובתכם לחלק א' אם שירי ונועם השיגו, לאחר האירוע, מסמך המוכיח כי אירוע דומה אירע ב"גני טרופיקל" לפני כשנה בחתונתם של בני הזוג חלפון?
		3. האם תשתנה תשובתכם לחלק א' אם היה מדובר בהפסקת חשמל יזומה עקב החלפת קווי מתח גבוה, והאולם קיבל הודעה חמישה ימים מראש )ולא הודיע על כך למשפחות(?
		4. האם דודה יהודית יכולה להמחות את תביעתה לשירי ונועם?
	2. התביעה מרכזית היא לא כנגד חברת חשמל - בגלל שיקולי מדיניות, מדרון חלקלק, הצפת בתי משפט. הפעולה "המזיקה" של חברת חשמל היא מועילה לחברה לכן ככל הנראה התביעה לא תתקבל. שמואלי אמר שהוא היה מסיים את זה בשלוש שורות. הוא היה אומר שיש כאן שיקולי מדניות משפטית (פס"ד גורדון) ולכן נפחד שיהיו המון תביעות כנגד חברת חשמל ולכן לא נרצה לקבל תביעה כנגדה.
	3. התביעה מרכזית שירי ונועם כנגד משה (בעל האולם):
		1. ככל שמשה ייתבע הוא יבקש תביעת שיפוי או הודעת צד ג' לחברת חשמל.
		2. שמואלי אומר שהיה מתחיל בתביעה זו ומשם יוצא לתביעה של שאר המוזמנים כנגד בעל האולם, למרות שברור שהחובת הזהירות של משה קטנה יותר כלפיהם.
		3. **החובה:**
			1. המושגית -
				* מכוח חוזה וודאי שיש חובה
				* יחסי שכנות - מבחינה טכנית - זה אירוע של פעם בחיים לאדם וברור שיש חובה לדאוג שלא יהיה פשלות כי פשלה כזו וודאי תגרום להם עוגמת נפש. מבחינה נורמטיבית - נרצה שלבעל האולם יהיה אחריות לדאוג שהאירועים בעולם שלו יתנהלו כסידרם.
			2. הקונקרטית - צפיות טכני - מזגן באוגוסט (שלומם באופן קונקרטי). לדאוג לגנרטור חלקי לפחות.
	4. דודה יהודית ששברה את הרגל- נפנה למה שכתבו בנוגע לתביעה של שירה נשנה את חובת הזהירות הקונקרטית והנזק.
	5. חן - נפנה ליהודית מבחינת החובה (זהה כי שתיהן אורחות), ככל הנראה אין נזק.
	6. הצלם- מה נשאר מה האירוע תמונות ווידאו. אפשר לתבוע אותו את הצלם כי הוא לא סיפק תמונות.

**משפט ורפואה**

**ניתוח אירוע של משפט ורפואה**

1. **הנתבעים והתובעים:** יש לבחון תחילה מי הם התובעים (כולל עיזבון ולתלויים) ומיהם הנתבעים (לא רק רופאים ובתי חולים, כולל אחריות אישית ושילוחית, כיסית עמוקים, ביטוח וכ"ו).
	1. לא רק רופאים ובתי חולים, יכול להיות גם אחות, סניטר, אנשי מנהלה.
	2. בית חולים הם כיס עמוק ברור.
	3. בית חולים פרטי: יותר בעייתי כי אין אחריות שילוחית כלפי הרופא מכיוון שהוא משכיר חדר בבית החולים. אולם, קיימת אחריות כלפי האחיות והסניטרים שהם כן באחריות בית החולים. בעיה בבלון חמצן או בהתנהלות של אחות האחריות של בית החולים, אולם עם יש בעיה בניתוח היא של הרופא ולא של בית החולים.
2. **העוולה הרלוונטית:** יש לבדוק מה העוולה שמתאימה לאירוע - **שלושה עוולות אפשריות:** רשלנות תקיפה והפרת חובה חקוקה.
	1. **הפרת חובה חקוקה**
		1. חוק זכויות החולה, רלוונטי רק לאירועים שקרו לאחר 1996 - חשוב להכיר את כולו.מדובר חוק ללא סנקציה, היום רואים כאפשר לתבוע מכוח הזה הפרת חובה חקוקה.
		2. ס' 5 לחוק זכויות החולה מדבר על החובה של הצוות הרפואי להעניק טיפול רפואי נאות: "**מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי אנוש".** הסעיף נראה ככזה שכולל כבר הכול בנוגע לרמת הטיפול, אך בפועל בתי המשפט לא אוהבים סעיף זה והם רואים בו סעיף סל. דהיינו אי אפשר להסתפק רק בס' הזה בכתב תביעה.
		3. **סעיפים חשובים זכויות החולה (לדעתי):**

13. (א) לא יינתן 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; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסָכוּת (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, 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.

14. (א) הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.

 (ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

 (ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

 (ד) במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

מיום 1.8.2016

**תיקון מס' 9**

[ס"ח תשע"ו מס' 2544](http://www.nevo.co.il/law_word/law14/law-2544.pdf) מיום 6.4.2016 עמ' 695 ([ה"ח 593](http://www.nevo.co.il/Law_word/law16/knesset-593.pdf))

 (ב) הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

 (ג) נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

 (ד) במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

15. על אף הוראות סעיף 13 –

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

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

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

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

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

 (א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

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

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

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

תוספת ראשונה (סעיפים 14, 15)מיום 1.8.2016

**תיקון מס' 9**

[ס"ח תשע"ו מס' 2544](http://www.nevo.co.il/law_word/law14/law-2544.pdf) מיום 6.4.2016 עמ' 696 ([ה"ח 593](http://www.nevo.co.il/Law_word/law16/knesset-593.pdf))

תוספת ראשונה

1. ניתוחים, למעט כירורגיה זעירה.

2. צינתורים של כלי דם.

3. דיאליזה.

4. טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה).

5. טיפולי הפריה חוץ-גופית.

6. כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.

* 1. **רשלנות (רפואית):**
		1. **בדיקת היסודות כמו בתביעת רשלנות "רגילה"** (החובה, הפרת החובה, הנזק , קש"ס..).
		2. **לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות**. ביהמ"ש יקבע לי חוות דעת רופאים אם היה מדובר בהתרשלות או תקלה (פס"ד פאר נ' קופר). לעיתים יש תקלה שאינה התרשלות שמובילה לתוצאה לא טובה.
			1. **פס"ד פאר נ' קופר:**
				+ **המקרה:** מערער עבר ניתוח להסרת בליטה בלתי אסתטית בשוקו הימנית. לאחר הניתוח הושמה רגלו בגבס, התפתח נמק בשל מום נולד נדיר מאוד שלא היה ידוע לרפואים והרגל נקטעה מתחת לברך. בדיעבד הסתבר, כי סבל מום מלידה, שלא ניתן היה לגלותו באמצעות הבדיקה השגרתית המתבצעת לפני הניתוח. תביעתו בבית המשפט המחוזי נגד המשיבים נדחתה. מכאן הערעור. המחוזי**:** קבע שהרופא לא פעל בהתרשלות והתייחס להלכה שקובעת שיש הבדל בין התרשלות לטעות בשיקול דעת, ואין עומדת לחובתו של רופא תקלה בלתי צפויה שקרתה במהלך הטיפול הרפואי. מכאן הערעור:
				+ **השופט לוין:** התופעה היא אמנם נדירה, אך פלוני היה רשאי לצפות, שבית החולים יביא בחשבון גם אפשרות של מקרה נדיר. הבסיס לקביעת החובה יכול שיהא חוזי ויכול שיהיה בנזיקין; במקרה הראשון מהווה היעדר הבדיקה הפרת חובה חוזית שמכללא; במקרה השני - קיימת התרשלות מצד בית החולים.
				+ **כלומר, זה היה נדיר אבל בכל זאת היה צריך לצפות את זה.** יכול להיות שזה נבע משיקולי מדיניות ומטרת הפיצוי.
		3. יש לשים לב **לשיקולי מדיניות משפטית** וכן **לצדק חלוקתי, מטרת פיצוי, כיס עמוק, פיזור הנזק** וכ"ו.
			+ - היה לא צפוי ונדיר אבל בכל זאת היה צריך לצפות את זה, אולי משיקולי מדיניות או מטרת פיצוי.
		4. ס' 41 לפקנ"ז: **נזק ראייתי** והעברת נטל ההוכחה (פס"ד קוהרי + פאר נ' קופר).

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

* + - 1. כלל "הדבר מעיד על עצמו" הוא כלל עזר ראייתי בדיני הנזיקין, המעביר את נטל הראיה אל הנתבע במקרים בהם קיימת עמימות עובדתית בנוגע לנסיבות שהביאו לידי קרות הנזק (ויקפדיה).
	1. **עוולת התקיפה:** ס' 23.
		1. לשים לב שתקיפה היא בשני מקרים:
			1. בעניינים של אי הסכמה - לא הסכים לפרוצדורה עליו.
			2. וגם בעניינים של העדר הסכמה מדעת - הסכמה ללא כול הנתונים, הסכים ללא כל המידע הנחוץ או על סמך מידע מוטעה.
		2. **הגנה על פי ס' 24(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". (הדגשות שלי).
			+ - במקרה של עוולת התקיפה הגנה זו מתאימה בדיוק לאותם המקרים בהם מגיע אדם ללא הכרה לבית חולים ואין ממי לקבל את הסכמה.
		3. **האם אני יכולה להשתמש בהגנה זו ברשלנות או הפרת חובה חקוקה?** כביכול לא, מכיוון שאלו הגנות ספציפיות של עוולת התקיפה. אולי זה אפשרי כאינדיקציה, כלומר ישפיע על הסבירות של המעשה.
1. **המקרים הקלסיים של משפט ורפואה**
	1. **טיפול רפואי לקוי**:
		1. **התביעה בדר"כ תהיה רשלנות**. המשמעות היא שהרופא טיפל בחולה בצורה לקויה.
			1. במעשה ומחדל:
				* לא גילה גידול שהיה צריך לגלות, לא נתן לטיפול שהיה חיוני וכד'.
				* טיפל בצורה לקויה, חתך עצב שלא היה צריך לחתוך וכד'.
	2. **היעקר הסכמה\העדר הסכמה מדעת**
		1. **רלוונטי ל3 העוולות.**
		2. הטענה של התובע תהיה שהרופא בכלל לא קיבל ממנו הסכמה או הסכמה מדעת לביצוע הטיפול.
			1. לדוג': ס' 13 לחוק זכויות החולה, מדבר על קבלת הסכמה מדעת משליך כאינדיקציה על רכיב זה בעוולות האחרות (פס"ד הפרת חובה חקוקה כאינדיקציה לרשלנות).
				* לא מדובר במתן כל המידע, אלא במידע הרלוונטי והסביר.
			2. על פי הפסיקה נקבע כי כאשר יש היעדר הסכמה מדעת (כלומר הייתה הסכמה לא מושכלת), ניתן לתבוע על פי עוולת התקיפה ולכן יש לפצות את החולה אשר טופל ללא הסכמה מדעת גם אם לא הוכחה הפרת חובה הזהירות (רשלנות) וגם אם לא הוכח קש"ס בין ההימנעות ממסירת הפרטים כדין לנזק (עוולת התקיפה לא דורשת זאת).
			3. **פס"ד דעקה**:
				* **המקרה:** המערערת נכה הסובלת מבעיה ברגלה השמאלית והיה גם חשש לגידול בכתף שלה. האחרונה הוכנסה לחדר ניתוח על מנת לנתח את רגלה. שהיא על שולחן הניתוחים ועם תרופות מטשטשות החתימו אותו על טופס לניתוח בכתפה מחשש שמצב הכתף גרוע יותר. מהניתוח יצא עם נכות של 35 אחוז והיא תבעה את בית החולים פיצויים בטענה שלא הייתה הסכמה מדעת לניתוח.
				* **ביניש, דעת יחיד,** (שמואלי אמר שחשוב תמיד לציין אותה): קבעה שיש לבחון את המקרה רק לפי עוולת הרשלנות ולא התקיפה. **לדעתה היעדר הסכמה מהווה תקיפה, לעומת זאת היעדר הסכמה מדעת לא ייחשב תקיפה אלא במקרים קיצוניים מאוד**. מכיוון שעוולת התקיפה מביאה איתה רושם שלילי חברתי, יש חוסר נוחות לקבוע כי היא מתקיימת במקרה של טיפול רפואי שכל מטרתו הוא לסייע לזולת. לדעתה יש שלושה מקרים קיצוניים בהם היעדר הסכמה ייחשב תקיפה:

המקרה הקלאסי: לחולה לא נמסר כלל מידע על סוג הטיפול הצפוי לו.

לא נמסר תוצאתו הבלתי נמנעת של אותו הטיפול (אם התוצאה רק תתכן שתקרב אבל לא בוודאות- כבר מדובר ב"היעדר הסכמה מדעת" ולא העידר הסכמה).

הטיפול בו היה שונה **באופן מהות**י מהטיפול שהסכים לו (פס"ד רייבי, פס"ד דעקה).

* 1. **בחירה בין חלופות**
		1. **עצם הבחירה היא רשלנית, הרופא התרשל כי בחר בחלופה הלא נכונה. נתבע רק ברשלנות.**
			1. אפשרי בתוספת לעוולות אחרות, כלומר יכול להיות בחירה רשלנית בין חלופת וחוסר הסכמה.
			2. **פס"ד קליפורד:**
				+ **המקרה**: דיון נוסף בתביעת ילדה שנגרמו לה נזקים נוירולוגיים חמורים כתוצאה מהזרקת חומר אלחוש על יד מזרק מסוג מסיים ללסתה התחתונה ע"י רופא שיניים. ההורים תבעו את הרופא בגין התרשלות רפואית. אחת הטענות שהועלתה היא שהיה צריך לעשות שימוש במזרק מסוג אחר אשר היה מונע את הנזק שנגרם. מנגד טען הרופא להגנת אסכולות. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה, בין היתר, מן הטעם שלדעתו לא הוכח קשר סיבתי עובדתי בין הזרקת חומר ההרדמה לבין הנזק שנגרם לרביד. בית משפט העליון, דחה את ממצא זה וקבע כי יש קשר סיבתי בין הנזק להזרקת החומר המרדים, אולם נקבע כי לא הייתה התרשלות בהזרקה, לא סוג הנזק ולא הליך התרחשותו היו צפויים (ביניש הייתה במיעוט). מכאן הדיון הנוסף:
				+ **השופט אור:**

 בתקופה הרלוונטית לתביעה היה ידוע הסיכון הכרוך בהזרקת חומר האלחוש וניתן היה למונעו בפשטות באמצעות שימוש במזרקים שונים, שהיו זמינים ולא יותר יקרים, ולפיכך גם אם הפרקטיקה המקובלת הייתה להשתמש במזרקים רגילים רופא זהיר היה צריך להשתמש במזרקים המיוחדים והימנעותו מכך מהווה רשלנות.

* + - * + **הגנת אסכולות** - הגנה שאומרת שיש אסכולה משמעותי בעולם הרפואה שדוגלת דווקא בחלופה הנבחרה. הגנה זו צריכה לעמוד **בשלוש תנאים מצטברים:**

האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולה הרפואה (לדעת השופט אור 10-15%).

צריך להוכיח כי הבחירה בין האסכולות הייתה ממשית. **בזמן ולא לאחר מעשה.** על הרופא להוכיח כי הוא דוגל באסכולה השינה בעוד ידע על היתרונות והחסרונות שלה. כלומר היה מודע לקיומה של האסכולה השנייה ובאופן מושכל לא בחר בה.

צריך להביא את החלופות בפני החולה כל עוד זה אפשרי.

* + - * + הגנת האסכולות היא לא בהכרח הגנה מלאה, קיומה של אסכולה רפואית מקובלת אינה יכולה לחרוץ את שאלת ההתרשלות והיא מהווה רק פרמטר (פרמטר חשוב), בקביעת הרשלנות.
1. **קש"ס**
	1. בחינת הקש"ס: לעיתים, למרות קיום עקרוני של העילה, יש אינדיקציה שאין קש"ס.
		1. **מגמת הפסיקה:**
			1. תקיפה: כיפוף תקיפה לכיוון אשם (דעת יחיד, ביניש, פס"ד דעקה).
			2. רשלנות: הפסיקה מכוונת לעיתים רשלנות לכיוון אחריות חמורה, כמו בפס"ד פאר שם נקבע שעל אף שהנזק היה נדיר היה צריך לצפות אותו (לא צפוי אבל צפוי).
		2. יש לקחת בחשבון את הגולגולת הדקה וריחוק הנזק.
		3. חלוקת נזקים\ אחריות. ס' 11+ 84 לפקנ"ז.
		4. **פגיעה באוטונומיה:** גם ללא התרשלות או עילה אחרת עדיין ניתן לתבוע על עצם הפגיעה באוטונומיה. אך לגישת השופט עמית בפס"ד דעקה, אי אפשר לתבוע גם על פגיעה באוטונומיה וגם על העידר הסכמה מדעת- הגישה המקובלת.
		5. ס' 41 רלוונטי גם כאן.
2. **פסקי דין נוספים במשפט ורפואה:**
	1. **ע"א 323/89 קוהרי נ מדינת ישראל:**
		1. **המקרה**: מערערת אושפזה ע"מ לוודא חשד שלקתה במחלת עור מסוימת. נקבע כי היא חולה במחלת העור הזו בדרגה לא חמורה. 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, והאחרונה הפכה ל"צמח". המערערים טוענים כי הדבר נגרם כתוצאה מההתערבות הכירורגית המוגבלת שערכו הרופאים. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה כנגד המדינה בטענה שלא הייתה רשלנות או שיקול דעת מוטה בהחלטה הרפואית בעת הניתוח, בנוסף ס' 41 העביר את נטל ההוכחה אל הנתבעת. מכאן הערעור.
		2. **דעת הרוב:**
			1. **השופט לוין:**
			2. ארבע שאלות מרכזיות בבסיס המחלוקת בין בעלי הדין:

**שאלת הצורך בניתוח -** האם היה צורך לנתח את המערערת? מסכים עם בית משפט קמא כי ההחלטה על התערבות ניתוחית להרחקת הגידול הייתה ההגיונית ביותר, ואינה לוקה בחוסר מקצועיות או בחוסר מיומנות.

**שאלת שיטת הניתוח -** האם שיטת הניתוח שהחליטו עליה הרופאים במהלך הניתוח הייתה נאותה או שגויה ורשלנית? מסכים עם בית משפט קמא וטוען שלא הייתה התרשלות, היו שתי שיטות אפשריות, והרופאים בחרו בשיטה אחת מבין השניים תוך שיקול דעת ובכובד ראש מתוך הכרה שתי השיטות אפשריות והחלטה מושכלת מה היא השיטה המתאימה ביותר למערערת.

**שאלת המודעות למחלותיה של המערערת -** האם ההידרדרות במצבה של המערערת הוא תולדה של הסיכונים הטמונים במחלת העור ממנה סבלה והסיכונים הטמונים בה? והאם בשל היותה חולה במחלת העור הזו הרופאים היו צריכים לקחת בחשבון שיוכל להיות שהיא חולה בדרגה היותר חמורה של המחלה? הרופאים היו מודעים למחלת העור של המערערת. כ10% מהלוקים במחלה לוקים גם במחלת הקשה יותר, הבדיקות שנעשו למערערת לא גילו כי היא לוקה במחלה זאת. בנוסף, לא היה ידוע באותו שעה כי קיומה של המחלה הקשה יותר עלול לגרום לסיכון גדול יותר בביצוע קשירה מאשר בביצוע כריתה ולכן התנהגות הרופאים לא הייתה רשלנית.

**שאלת ההסכמה לניתוח -** האם הסכמת המערערת לביצוע הניתוח נתקבלה כדין, דהיינו, לאחר שהובהר לחולה בצורה ברורה מה טיבו של הניתוח ומה הסיכונים הכרוכים בו. הרופאים עמדו בחובתם למסירת המידע, בנוסף לא מסרו מידע בקשר לחשש הספציפי בגלל שהתרחשות כזו כלל לא הייתה צפויה בנסיבות העניין.

* + - * + **יש לדחות את הערעור.**
		1. **השופט בייסקי :**
			1. מסכים עם השופט לוין ומוסיף עוד נימוקים למדוע אין להתערב בהחלטת בית משפט קמא:
				- המבחן ברשלנות רפואית הוא: **מבחן של הרופא הממוצע בשעת המעשה ולא של חכמים לאחר המעשה.** רופא יכול לטעות ולא כל טעות מהווה רשלנות. **אמת-המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה**. ההחלטות צריכות להיות מבוססות על הידע העדכני והתאם לנורמות המקובלות. במקרה דנן, לא הייתה טעות אלא בבחירת אחת האופציות האפשריות שהרפואה תופסת כסבירות בנסיבות העניין.
				- לדעתו הרופאים לא ידעו או היו צריכים לדעת על מחלת העור הקשה יותר, הבדיקות שעשו לא הראו שקיימת המחלה וביצוע בדיקה יותר מקיפה היה מוסכן ממש כמו לבצע ניתוח משכך בחרו בניתוח כי הסיכוי שקיימת המחלה קטן מאוד.
				- גם בחירת שיטת הניתוח הייתה נכונה. זאת בהתחשב בדעות המומחים שטענו כי היה מקום לבצע שיטה זו. גם אם שגו בשיקול הדעת לגבי בחירת האופציות לא בטוח שהיה מדובר ברשלנות, במיוחד כאשר הבחירה נבעה משיקולים של סיכונים אחרים שחששו מהם הרופאים.
				- עוולת התקיפה: מסכים עם השופט לוין וחושב שטופס ההסכמה היה מספק ולכן לא הייתה חוסר הסכמה מדעת. לדעתו טיבו של הניתוח לא צריך להיות מפורט עד כדי כך מכיוון שממילא חולה הדיוט לא יבין את המשמעות של הדקויות ומספיק העברת הסיכונים האפשריים ומתוך הבנה כי לעיתים שיטת הניתוח יכולה להיקבע רק במהלכו.
		2. **הערעור התקבל לפי פס"ד של השופט לוין.**
	1. **ע"א 3108/91 רייבי נ וייגל:**
		1. **המקרה**: 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 של שני הניתוחים), להסיר צלקת עבה שחשב כי היא הגורמת לכאבי המערער. בשל ביצוע הליך זה נפגעה מעטפת חוט השידרה. לאחר הניתוח, החל המערער להתלונן על תופעות של אי-שליטה בסודרים ופגיעה בכוח הגברא. תביעותיו במחוזי נדחו (כנגד המנתח, הית החולים וקופת החולים), מכאן הערעור:
		2. **שמגר**: לא ברור מהם המקרים בהם תוסק כי התקיימה הסכמה מכללא והכל תלוי בנסיבות המקרה.
			1. שיקולים עיקרים לבינה של הסכמה מכללא: (לא רשימה ממצה)
				+ טיבו המשתנה של מדע הרפואה.
				+ זכות החולה לשליטה על גופו והרצון המשותף לרופא ולחולה בהצלחת הטיפול (ובכלל זה הצורך ביצירת מסגרת נאותה להפעלת שיקול הדעת הרפואי)
				+ האינטרס במניעת מוות או נזק גופני חמור לחולה.
				+ יש לתת משקל גדול לנתונים הספציפיים של האירוע הנדון, ובהם:

ההקשר הטיפולי הכולל שבמסגרתו בוצע הטיפול.

טיב הטיפול שבמחלוקת מבחינת הסיכויים והסיכונים הטמונים בו.

טיב הטיפולים אשר לביצועם ניתנה הסכמה מפורשת.

קיומה של אפשרות מעשית לקבלת הסכמה מפורשת לטיפול.

* + - 1. ההסכמה של המטופל -
				* באשר לטענה כי המנתח קיבל הסכמה מכללא בשל כך שהפרוצדורה לא הייתה צפויה - ביהמ"ש קמא הסתמך על הכלל האמריקאי לפיו רשאי רופא מנתח, אשר גילה במהלך ניתוח מתוכנן דברים בלתי צפויים המצדיקים הרחבה של תכנית הפעולה המקורית או סטייה ממנה, לסטות באופן המתחייב מהפעלת שיקול דעת רפואי סביר. כלל זה מותנה בכך שלא הייתה אפשרות לבקש את הסכמתו של החולה לפני כן, אולם במקרה דנן, הייתה אפשרות שכן, המנתח ידע על קיומה של הצלקת והפרוצדורה הייתה הליך צפויה וידוע מראש. יתר על כן, גם אם הפרוצדורה הייתה התפתחות בלתי צפויה לא בטוחה שהיה מקום להחיל את הכלל האמריקאי, משום שהסרת הצלקת לא נדרשה להצלת חיים או מניעת סכנה חמורה (משאיר בצריך עיון).
				* העובדה שפעל על פי פרקטיקה מקובלת אינה פותרת את המנתח מהדרישה לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו להסכים לביצוע הטיפול.
				* אין לאמץ את הגישה שקובעת כי לא יכול מי שתובע על יסוד דוקטרינת הסכמה מדעת לזכות בפיצוי, אלא אם כן הוכיח, כי לא היה מסכים. שתי נסיבות:

סיבה מעשית - לא אומץ בפסיקה הכלל הדורש קשר סיבתי, בין הליקוי במידע שנמסר ובין קיום ההסכמה.

סיבה עקרונית - יש בגישה האמורה כדי להוביל למצב בו הרופא יחליט עבור החולה אילו טיפולים יבוצעו בו, מבלי ליידע את החולה, למרות שאין כל מניעה למסור לחולה מידע. מצב כזה אינו רצוי, בהיעדר נסיבות מיוחדות.

* + - * + באשר לטענה כי אין הבדל בין הסיכון של הפרצדורה שהסכים עליה המערער לבין הסרת הצלקת לכן אפשר לראות בהסכמתו לפרצדורה הראשונה ההסכמה מדעת גם לשנייה - מן העדויות שנשמעו בבית המשפט קמא עולה, כי בין שני הניתוחים הנ"ל קיים הבדל של ממש, המתבטא הן בשונות בסיכונים הכרוכים בניתוחים והן בסיכויים להצלחתם ולכן אין לקבל טענה זו.
			1. טופס ההסכמה - בטופס זה הסכים המערער לביצוע ניתוח של "חיבור חוליות מותניות", וכן הצהיר, כי הוא מסכים "לכל ניתוח, או טיפול רפואי אחר, או נוסף, שהרופא ימצא לנחוץ לבצעו תוך כדי הניתוח" - הסמקנה שלא הייתה הסכמה לא משתנה עקב חתימה על טופס זה:
				* נראה כי הוראה זו שבטופס ההסכמה נועדה לכסות מקרים, שאינם צפויים מראש ואם ידוע על הליך נוסף מראש יש לכתוב אותו מפורשות.
				* יש לפרש מסמך זה באופן המתיישב עם עקרון היסוד בדבר זכות החולה על גופו תוך הצורך לאפשר מקום לשיקול דעת רפואי. מכיוון שהצלקת היא לא פרוצדורה מצילת חיין ודורשת סיכונים משמעותיים יותר לא ניתן לומר שטופס זה איפשר הסכמה להסרתה.
		1. **לא היה ד"ר וייגל רשאי לבצע פרוצדורה זו, משלא התקבלה הסכמה הן בפורש והן מכללא, ועל-כן בוצע במערער מעשה תקיפה, במובן סעיף 23(א) לפקודת הנזיקין.**
	1. המקרה: המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בהחזקת סמים שלא כדין, עיקר הערעור היה סביב השאלה, אם חפץ, המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמתו של המנותח ובניגוד לרצונו אך במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראיה קבילה במשפט, בהעדר הסכמה של אותו אדם. בנסיבות העניין, משניעור חשד, כי בעת מרדף משטרתי בלע המערער סמים, וכי אלה מהווים סכנה חמורה לחייו אם לא יסולקו, נותח האיש בעקבות צו שיפוטי שהורה לעשות כן. שתי חבילות הסמים סולקו מקיבתו, אך הוגשו כראיה במשפטו ושימשו בסיס להרשעתו.
		1. **בך:** יש לדחות את טענות המערער
			1. אין פגיעה בפרטיו כי הניתוח בוצע אך ורק לשם הצלת חייו של המנותח, והרופאים לא התכוונו לבצע "פעולת בילוש" ולא נתנו כלל את דעתם על הערך הראייתי של החומר, שהוצא מגופו של המערער.
			2. באילו מקרים, אם בכלל, מותר לרופא לבצע ניתוח על אדם בניגוד לרצונו, כאשר הרופא משוכנע, כי הדבר חיוני להצלת חייו של אותו אדם, באופן כללי לדעתו חל בישראל העיקרון כמו בארה"ב שאדם לא ינותח ללא הסכמתו למעט חריגים:

אדם הרוצה להתאבד או לא בעל שיקול דעת סביר (עירפול חושים) באותו זמן להסכים.

כאשר המטופל איינו בהכרה או איינו מסוגל בשל סיבה אחרת ללקבוע עמדה בנושע לניתוח ואין בנמצא אדם מטעמו שיכול להסכים.

כאשר חייו של ילד קטין ניתנים להצלה אך ורק באמצעות ניתוח, וההורים מסרבים להסכים לכך, ללא כל נימוק סביר.

כאשר מדובר במוות בטוח - יש לחלק את המצב לשני מקרים: במקרים בהם הניתוח עלול להשפיע בצורה חמורה על אורח חיו ואיכות חייו בהיבט הפיזי יש להשאיר את ההכרעה בידי המטופל (כל עוד הוא מסוגל להעריך את המצב והחבירה לא נובעת מחששות שאינם קשורים למצב הבריאותי כמו להיות מואשם בעירה פלילית). ואילו במקרים בהם הניתוח כשלעצמו אינו טומן בחובו השלכות לגבי המצב הפזי של החולה בעתיד יש מקום להשאיר את שיקול הדעת לרופא גם ללא הסכמת הפציינט.

 כאשר נוכח הרופא, כי בנסיבות העניין אין בידי החולה נימוק סביר כלשהו לסירובו להינתח הקשור במצבו הבריאותי הנוכחי או המצופה, ונראה כי סירובו נובע ממניעים חיצוניים, יוכל להתייחס אל המטופל כפי שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו.

* + - 1. **בשל כך יש לדחות את הערעור.**
		1. **בייסקי**: מסכים עם בך אך טוען שגישתו מצומצמת מידי ולא תואמת את ערכי מדינת ישראל. לא מסכים כי באופן כללי אדם לא ינותח ללא הסכמתו בישראל. העיקרון של קדושת החיים והצלתם כערך עליון מצדיק שלא להיצמד לאותם הכללים הדוגלים כמעט בנוקשות, למעט חריגים מסוימים, באיסור התערבות בגופו של אדם שלא בהסכמתו, בלי להתחשב בתוצאות. על-כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבת אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו. מכל שכן מדובר הדבר כאשר עצם ההתערבות לא מהווה סיכונים מיוחדים מעבר למקובל ואין חשש לנכות מהותית, כפי שמבקרה של המערער.
		2. **הערעור נדחה.**
	1. **ד"נ 25/66 ד"ר בר-חי נ' שטיינר**
		1. **המקרה:**  בית-המשפט המחוזי חייב את העותרים בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם לבתם הקטינה של המשיבים , כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן, שבוצע על-ידי העותר השני בבית-חולים ממשלתי, במחלקה שבהנהלתו של העותר הראשון.
			1. העובדות שנקבעו בערכאה הראשונה: לשאלת אמה של הילדה, אם יש סכנה במתוח שעליו הוחלט, ענה העותר הראשון בשלילה.

בניתוחים שבוצעו קודם לכן, קרתה מספר פעמים אותה תקרה שקרתה גם לאחר מכן לילדה הנ"ל.

בית-המשפט המחוזי קבע כי חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהותו של המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזו, לא מחשבת הסכמה.

* + - 1. ביהמ"ש העליון דחה את ערעורם של העותרים בקבעו, כי **כאשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדרך כלל לתת הסבר על הסיכונים והסיכויים העיקריים**, ובנסיבות העניין הנדון, היה על העותרים להעמיד את אמה של הילדה בפי הבחירה, אם לעשות ניתוח קטן, שיש בו סיכון שיגרתי ממש של ניקוב דופן שלפוחית השתן, או ניתוח גדול, שאין בו כמעט סיכון כזה. בדברים אלה רואה בא-כוח העותרים קביעת הלכה חשובה וחדשה, אותה הוא מבקש להעמיד לדיון נוסף.
	1. **לנדוי**: דוחה את הבקשה לדיון נוסף. לדעת בא כוח העותרים יש מספר כללים שראוי שיעמדו לדיון נוסף. לדעת לנדוי אף אחד מן הכללים, שנוסחו על-ידי בא-כח העותרים, אינו ראוי לעמוד לדיון נוסף, באין להם מצע מספיק בעובדות המקרה הספציפי, שבא הפעם בפני בתי-משפט.

**עברנו את חוזים נעבור גם את זה 😊**

**חזק חזק ונתחזק**