

אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, שנה א', שנה"ל תשפ"ב, מסלול 01  
המרצה: פרופ' בנימין שמואלי. המתרגלים: עו"ד עדן כהן; נוי פלח; אביעד חלפון

## בוחר מס' 1 בדיני נזיקין: מבוא כללי ויסודות האחריות הנזיקית + פתרון

### הנחיות:

- משך הבוחן – 70 דקות.
- כל חומר עזר אסור בשימוש, למעט מה שמצורף לבוחן.
- יש לענות על השאלות על גבי טופס זה, לנמק (גם כשלא כתוב במפורש לעשות כן), להניח הנחות חלופיות ולהשתמש באסמכתאות במקום שהדבר נדרש.
- יש להקפיד לא לחרוג מהשורות המסומנות לכל תשובה ולא להוסיף שורות ביניים. כל חריגה לא תיבדק.
- מובן שאין חובה לנצל את כל השורות בכל שאלה.
- יודגש כי יש לענות על כל חלק בנפרד.
- הסילבוס לבוחן מצורף בסופו. מובן שלא כל המופיע שם רלוונטי לתשובות.

בהצלחה!

1. עידו חזר מחופשה בחו"ל ממדינה שהוכרזה "אדומה". בשובו, חויב עידו לשהות בבידוד של 10 ימים על מנת לוודא כי לא נדבק בנגיף הקורונה. חרף חובת הבידוד, יצא עידו למסיבה בה שהו כמה עשרות אנשים. למחרת המסיבה התברר כי עידו נדבק בנגיף, וסביר להניח כי נדבק כמה ימים לפני כן, בעת שהותו בחו"ל. רונית, אשר הייתה גם היא במסיבה נמצאה חיובית לנגיף כמה ימים מאוחר יותר, וכמוה גם כמה אנשים נוספים שהשתתפו באותה מסיבה.
- רונית, כששמעה שעידו הגיע למסיבה כשהוא "מפּר בידוד", החליטה לתבוע אותו בגין הנזקים שנגרמו לה – הפסד השתכרות (על ימי הבידוד בהם הייתה) וכן כאב וסבל (מעצם המחלה). עידו טוען כי רונית תתקשה להוכיח מבחינה משפטית כי היא נדבקה דווקא ממנו וכי ישנה אפשרות שנדבקה מאחרים.
- הניחו כי יתרו יסודות התביעה מתקיימים, ורונית מתייעצת עמכם אָךְ בסוגיית הקשר הסיבתי, שאכן נדבקה דווקא מעידו. חוו דעתכם בנדון, תוך הסתמכות על פסקי הדין הרלוונטיים לסוגיה זו, כפי שנלמדו בכיתה ותוך דיון בדעות השופטים והתייחסות למטרות דיני הנזיקין באותן דעות. (22 נק')

הסיכוי להוכיח שרונית אכן נדבקה מעידו הוא בעצם חובת הוכחת קשר סיבתי עובדתי במעל 50%. שאר היסודות נתונים, כאמור.

יש לנתח זאת לפי דעות השופטים בד"נ מלול ובד"נ קרישוב.

אליבא דשופט ריבלין בד"נ מלול, ניתן לומר כי במקרה זה התקיים מבחן ההטיה הנשנית כך שעידו גרם נזק להרבה ניזוקים בכך שהביא להדבקתם בנגיף (מעוול המוני ו/או סדרתי), דהיינו שניתן יהיה להוכיח שגם במקרים האחרים במסיבה ההדבקה אירעה דווקא מעידו וייתכן שניתן להצביע על עוד נדבקים בעוד מקומות שעידו היה בהם כשהיה צריך לשהות בבידוד [ניקוד בנוס: אולי אפשר להקיש מדחיית הגישה הכלכלית לפיצויים עונשיים בארה"ב עקב ניגוד ל-due process – במקרה שלנו כניסת עידו למבחן ההטיה הנשנית היא בתנאי שיש עוד ניזוקים ממנו. אך הדבר לא ברור – כפי שלא ברור שרונית נדבקה ממנו, לא ברור שגם האחרים נדבקו. זו רק הנחה, ואם האחרים לא יתבעו אותו, לא תהיה לו הזדמנות להתגונן מפני אותה הנחה, שהיא בסיס ראשון לכניסה למבחן ההטיה הנשנית]. לפי דעת השופט ריבלין, המטרה המרכזית היא הרתעה, כך שיש מקום לחייב בנזיקין את מי שמפר בידוד ומסכן את הסביבה בהדבקה. (2 נק') לכן, גם אם לא ניתן לשכנע בסיכוי של יותר מ-50% סיכוי שעידו אכן הדביק את רונית, ובמיוחד כאשר אין חוות דעת התומכת בכך, יש אולי מקום להורות על פיצוי מכוח מילוי תנאי מבחן ההטיה הנשנית, וזאת מהטעם שבמקרים כאלה לעולם לא נגיע למצב בו נחייב את המזיק. מקובל לומר שזו דעת הרוב המחייבת היום כתקדים של בית המשפט העליון, אם כי הדבר נמצא במחלוקת. על כל פנים, לפי מבחן זה, אכן, יש מזיק ברור, יש קבוצת ניזוקים שרונית היא חלק ממנה, הסיכון חוזר ומשותף (ניתן לדון אם יסוד זה אכן מתמלא) ויש הטיה עקבית בהחלט כלל מאזן ההסתברויות לכיוון אי קבלת התביעה אם נעמוד על מאזן ההסתברויות לקרות נזק דומה תהיה יותר מ-50% והמקרה הספציפי שבשאלה פשוט איננו מתאים ולכן החריג בהם המצומצם של "הטיה נשנית" לא מתקיים כאן וכל עוד רונית לא תביא חוות דעת רפואית או ראיה אחרת התומכת בעמדתה, התביעה תידחה. (5 נק')

אליבא דשופטת פרוקציה בד"נ מלול, ניתן לומר כי מכיוון שבמקרה זה הקש"ס הוא אפילו עמום יותר מאשר בנסיבות פרשת מלול מהטעם שבמצב הקיים בתקופת הקורונה כלל לא ניתן לזהות את גורם הסיכון באופן וודאי לאור האפשרות שהיה "מדביק" אחר במסיבה ממילא נוסחת האחריות הנזיקית לא מתקיימת. לכן, אין מקום לחייב את עידו. יש לציין כי גם לפי השופטת פרוקציה, במקרים כאלה יש לייחד חקיקה רלוונטית וכי מבחן ההטיה הנשנית ובכלל, פסיקה בהתאם למאזן הסתברויות לא צריכה להיות מלאכתו של בית המשפט אלא של המחוקק. (5 נק')

השופט גרוניס סבור כי המקרה כלל לא מתאים לדיון בסיבתיות עמומה. השופטת בניש סבורה כי יש לפתור את המקרה בדרך של פשרה.

אליבא דשופטת נאור בפס"ד קרישוב לא ניתן לפסוק פיצויים במקרים בהם אין הכרעה מדעית ברורה לגבי הקש"ס, ושאלת פיצויים לפי הסתברות לא הייתה שם כלל על הפרק, אלא "הכול או כלום" והיא בחרה ב"כלום", מכיוון שלא הסתפקה בנתונים הלא מספיקים מבחינה מדעית שהביא התובע. מנגד, בפרשת מלול סברה נאור, ולמרבה הפלא דווקא במקרה שבו הובאו פחות נתונים על ידי התובעים (לא הובא "תבן", כדבריה בערעור), כי כאשר יש עמימות סיבתית ואין די נתונים ניתן לפנות לפיצוי על פי הסתברות. כך בערעור. בדיון הנוסף, בעקבות התייחסות לדעתו של השופט ריבלין, היא הסכימה שיש

מקום להחיל את החריג של הטיה נשנית מכוח מטרת הצדק המתקן, ורק כאשר מדובר בנוזקי גוף ולעניינו, גם בראשי נזק ממוניים העולים מנזק הגוף (כגון אובדן השתכרות) וראשי נזק לא ממוניים (כגון כאב וסבל). בעניינו אכן מדובר בנוזק גוף. לדעתה ניתן להחיל פיצוי בגין הסתברות גם במקרים אחרים שאינם הטיה נשנית לאור מבחני צדק. לכן, גם אם לא התקיים מבחן ההטיה הנשנית על 4 מבחני המצטברים, והמקרה הוא מקרה "פרטי" ולא של מעוול סדרתי או המוני, ייתכן שלפי השופטת נאור ניתן יהיה לקבל את תביעת רונית. (5 נק' למי שהביא את השעה של הש' נאור בשני פסקי הדין)

יש מקום לציין גם את דעתה של השופטת דורנר בדעת רוב בפס"ד קרישוב לפיה ניתן להסתמך על נסיבות המצביעות על התקיימותו של הקשר הסיבתי העובדתי ולהכריע בתביעה אם הנתונים הקיימים מסבירים את אוזן השופט אף אם אינם מבססים קשר סיבתי מדעי, למשל רפואי. למעשה, יש להניח שדעת רוב זו בכלל לא רואה בנסיבות עניין קרישוב סיבתיות עמומה, אלא סיבתיות של ממש במעל 50%, ולכן ניתן שם פיצוי מלא ולא חלקי על פי הסתברויות (יש לציין שבכיתה הועלתה גם גישה שבמקרים של סיבתיות עמומה – הגברת סיכון ופגיעה בסיכוי – אין מדובר בכלל בהקלה ראייתית ולכן הפיצוי אינו פיצוי חלקי לפי הסתברות, אלא פיצוי מלא המהווה חידוש בדיני הנזיקין, הרואים בזיהוי החלק בר הייחוס לנתבע כנזק או ראש נזק, ואין שינוי בדיני הראיות). יש לציין כי דעה זו של הרוב בקרישוב מקיימת את מטרת הפיצוי, הצדק המתקן והצדק החלוקתי תוך יישום מתאים למקרה שבשאלה, כך שיייתכן שהנתונים שתביא רונית עליה ועל נדבקים נוספים באותה מסיבה יספיקו ויסברו את אוזני השופטים כמו הנתון של קרישוב – 6 חולים מתוך 14 שעבדו במוסך בתקופה הרלוונטית; זאת אלא אם כן שם השופטים אליבא דדעת הרוב בקרישוב היו סוברים כי רונית לא הצליחה לסבר את אוזניהם ולא הביאה ראיות מספיקות, אבל גם אז ייתכן שיש לפנות במקרה כזה לפיצוי חלקי לפי הסתברות – גישה הביניים שהועלתה בכיתה כגישה ראויה לגבי פס"ד קרישוב – ולא לפיצוי המלא שניתן בדעת רוב. (5 נק')

2. **לפניכם ציטוט מתוך פסק דינו של השופט ברק בע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש (פסק דין שילמד בהמשך הקורס באשר לעולות הרשלנות):**

"שיקולי מדיניות משפטית אינם שיקולים שמחוץ למשפט. אלה הם שיקולים בתוך המשפט, אם כי אופיים אינו טכני אלא עקרוני. על-כן אין ליצור ניגוד בין מדיניות משפטית לבין דין. המדיניות המשפטית היא חלק מהדין עצמו, שכן הדין מנוסח באופן שהוא מפקיד בידי בית המשפט את הכוח והחובה לגבש נורמה משפטית על יסוד שיקולים של מדיניות משפטית [...] בעיקר בולט הדבר כאשר המחוקק קובע נורמה של התנהגות (כמו בעוולות הרשלנות) או מושג שסתום (כמו בהפרת חובה חקוקה). במצבים אלה, ההנחיה החקיקתית היא כללית ביותר, והתוכן הממשי והקונקרטי נקבע על-ידי הרשות השופטת, על-פי שיקולים של מדיניות משפטית. שיקולים אלה אינם סוד נסתר. אלה הם האינטרסים הטיפוסיים הנאבקים על הברירה, המשתכללים על-פי תחושת הצדק החברתי של הרשות השופטת. אותם שיקולים עצמם היו נשקלים בוודאי על-ידי המחוקק, אילו הוא היה יוצק תוכן קונקרטי בקביעתו הכללית [...]"

**בהתאם לדבריו של השופט ברק כאן, ולאור החומר הנלמד: (1) הסבירו מהם שיקולי מדיניות משפטית כלליים-ערכיים ושיקולי מדיניות משפטית שהם שיקולים המשלימים למטרות דיני הנזיקין; (2) כיצד הם משפיעים על קבלת תביעה או דחייתה ו-(3) הדגימו זאת בעזרת ארבעה מקרים שלמדתם: שניים לקבלת תביעה ושניים לדחייתה, תוך דיון קצר גם בכל עובדות פסק דין כזה ותוצאתו. אפשר להדגים גם מדעות מיעוט וגם מדיון בפסקי דין שלאחר מכן נהפכו בערעור או בדיון נוסף או שההלכה שבהם נהפכה בהמשך הדרך בקביעת תקדים אחר. אפשר לדון גם בפסקי דין שלא ניתנו לקריאה כשלעצמם אלא הוזכרו בתוך פסקי דין אחרים שניתנו לקריאה.**

**בתשובתכם, התייחסו לשיקולים שנשקלו בכל מקרה וכיצד הכריע בית המשפט בכל אחד מהמקרים (את עובדות המקרים יש לסקור רק בקצרה). (48 נק')**

שיקולי מדיניות הם שיקולים חיצוניים לתביעה, המאפשרים לבית המשפט או לחסום תביעה גם במקום בו התקיימה נוסחת האחריות הנזיקית במלואה או אפילו לקבל תביעות במקרים שלא נכנסים באופן ברור תחת נוסחת האחריות הנזיקית, בהתחשב בשיקולים שונים תוך מתן משקל הולם למטרות דיני הנזיקין. [שיקולי מדיניות משפטית נכנסים לתוך הדין, לרוב, דרך עולות המסגרת של רשלנות והפרת חובה חקוקה]. בפסיקה ניתן לראות מספר מקרים בהם בית המשפט קיבל או דחה תביעות בהסתמך על שיקולי המדיניות המשפטית, וגם מקרים שבהם שימשו שיקולים אלה לפסיקת שיעור פיצוי גבוה יותר. לצד שיקולי מדיניות משפטית כלליים, היוצרים או משקפים ערכים חברתיים, נכנסים שורת שיקולי מדיניות משפטית שהן שיקולים משלימים, רובם מנהליים, אשר מצטרפים לשיקולי המדיניות המשפטית הכלליים ויכולים להפוך תוצאה של תביעה, כני"ל – לכיוון של קבלת תביעה שלא עומדת בנוסחת האחריות או להפך.

**דוגמאות לקבלת תביעה או השפעה על שיעור הפיצויים בתביעה מכוח שיקולי מדיניות משפטית כלליים-ערכיים ו/או שיקולים משלימים (שימו לב שנדרשתם לדון אך בשתי דוגמאות):**

• **פרשת גורדון:** באותו מקרה נשאלה השאלה אם צריך להטיל אחריות ברשלנות על גורמי האכיפה ועל רשויות מקומיות, שם בעקבות מעצרו של אדם שמכר את רכבו ודוחות חניה המשיכו להגיע אליו, והעירייה הרגיעה אותו ש"הכל בסדר". בית המשפט דן בשיקולים שונים הנגזרים מהטלת אחריות כזו – רובם שיקולים משלימים: **ריפוי ידיהם של עובדי ציבור** – החשש כי הטלת אחריות אזרחית תרפה את ידם של עובדי הציבור, תהפוך אותם להססנים ותפגע בשלטון החוק ובאכיפתו; **הצפת בתי המשפט בתביעות** – החשש שכל מי שלא יזכה בשירות טוב או כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות, תוך שנהיה עדים להצפה בתביעות ובתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם; **מדדון חלקלק** – החשש כי ייפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי וכי אם תתקבלנה תביעות שאמורות להתקבל באותו עניין, יהיה פתח להגשת תביעות בזוטות וכל פעם הפתח ייפרץ עוד יותר. עם זאת, ניתן

להצביע על יתרונות בהטלת אחריות בגין התרשלותם של גורמי האכיפה, כגון: הבטחת שוויון בפני החוק; מניעת הפליה פסולה; נקיטת אמות מידה ונהלים אשר יבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים; עידוד עשייה במסגרת המינהל התקין, להבטחת זיהויים של נאשמים ולמניעת טעויות. **בכיתה נדונו חלק מהשיקולים. חלקם מופיע בפסק-הדין.**

● **פרשת זייצוב (שהוזכר בתוך פס"ד המר שניתן לקריאה):** בית המשפט עסק בשאלה אם יילוד שנולד עם מומים גנטיים חמורים בעקבות ייעוץ רפואי רשלני, והוריו של הילד, יכולים לתבוע בגין הייעוץ הרשלני בעילה של "חיים בעוולה". בית המשפט בחן את המדיניות המשפטית הכללית-ערכית בשאלה המוסרית האם לאפשר תביעת היילוד בגין "חיים בעוולה" אל מול עקרון קדושת החיים שהוא עקרון חשוב בחברה ובמשפט, שהרי יש בעיה אתית של "טוב מותי מחיית" בקביעה שטוב היה שלא להיוולד מאשר להיוולד עם מום. לבסוף נפסק להכיר בשתי עילות תביעה נפרדות: עילתם של ההורים – "הולדה בעוולה" ועילתו של היילוד עצמו – "חיים בעוולה". בית המשפט הגיע אפוא למסקנה, כתקדים עולמי, שקדושת החיים (במום) לא חוסמת את עילת היילוד שניזוק כתוצאה מייעוץ רפואי רשלני, כדי לא יתאפשר מצב של "טוב מותי מחיית". בעולם הועדפה הגישה שלא ניתן לתבוע בעילה זו כלל.

● **פרשת אבו חנא:** כאן יש השפעה על שיעור הפיצויים בתביעה מכוח שיקולי מדיניות משפטית. רים היא תינוקת מכפר בדואי שבו נשים משתכרות מתחת לשכר הממוצע במשק ולמעשה כמעט ולא משתכרות כלל, שנפגעה קשה בתאונה ולא תוכל לעבוד כלל. לאור למשל הלכת אטינגר, הייתה אמורה רים לקבל פיצוי גלובלי לפי השכר הממוצע במשק. חברת הביטוח טענה שיש להפחית מאוד מסכום הפיצוי, הרבה מתחת לשכר הממוצע במשק שזהו המדד לפיצוי בגין אובדן השתכרות בדרך כלל לילד שלא עובד עדיין, משום שאחוז הנשים המשתכרות בכפר של התובעת הוא אפסי. השופט ריבלין דחה טענה זו ופסק לתובעת פיצוי לפי השכר הממוצע במשק. ניכר בפסק הדין שהשופט ריבלין התחשב בשיקולי מדיניות משפטית ערכיים שבראשם אוטונומיה והזכות לכתוב את סיפור החיים גם במציאות של סיכוי אפסי לממשו, וכן צדק חלוקתי – מעין הפליה מתקנת דרך דיני הנזיקין, מה שיכול להיתפס, כנאמר בכיתה, גם כסוג של צדק מתקן. לדידו, לכל אדם מוקנית הזכות לכתוב את סיפור חייו ולאפשר לו סיכוי להתפתח ואין למשפט להבחין בין ניזוקים על רקע מצב סוציאקונומי נמוך.

● **פס"ד אמין:** מקרה שבו ילדים תבעו את אביהם בגין הזנחה רגשית וזכו בתביעה בבית המשפט המחוזי. בערכאת הערעור בביהמ"ש העליון, טען האב כי אמנם התנהגותו לא הייתה כשורה, אך מדובר בהפרת חובה מוסרית, שאין בצידה סנקציה משפטית. עוד טען הוא, כי בהכרה העקרונית באחריותם המשפטית של הורים כלפי ילדים לנזקים נפשיים לא יהיה גבול לתביעות פיצויים (מדרון חלקלק) – וזו דוגמה לשימוש בשיקולים משלימים בהלכה זו. החשש הוא במקרים שלהבא יתקבלו מקרים קלים יותר ואף מגוחכים כמו למשל, ילד שתובע את ההורים שלו משום שהם לא קנו לו אופניים חשמליים וזה גרם לו נזק וכו'. לבסוף, בית המשפט העליון קבע כי ניתן לתבוע בנזיקין על הזנחה רגשית כאשר הנזק חמור. בית המשפט פסק שיש חובה כלפי הילדים מכוח חוק גם במישור הרגשי – החובה של ההורים אינה מוגבלת לצרכים חומריים גרידא, והיא כוללת אף דאגה לחינוכו של הקטין, ללימודיו, להכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ולעבודתו. החובות הן נגטיביות ואם אדם מפר אותן הוא חייב בפיצוי. עם זאת, קיימים גבולות ברורים לפלישת המשפט לתוך מרקם המשפחה. חוק הכשרות המשפטית אינו דורש את הצלחת ההורים בדאגתם לחינוכו של הילד; כל מה שנדרש מהם הוא לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין. מדיניות שיפוטית ראויה, ערכית, מכתיבה את הגישה שעל-פיה רק במקרים קיצוניים יימצאו מעשים או מחדלים של הורים כהתנהגות רשלנית המוליכה עילה בנזיקין נגדם.

**שימו לב-** לפני משורת הדין קיבלנו תשובות של מי שהזכירו את פס"ד קרישוב ונתחו את הדיון בקבלת התביעה על אף העדר הוכחה מדעית לקשר סיבתי בין החשיפה לאסבסט למחלת הסרטן אצל קרישוב. קיבלנו תשובות שאמרו כי שיקולי מדיניות סייעו ב"הגמשת" הדרגה להוכחת קש"ס מדעי, בין היתר, על רקע שיקולי מדיניות והרצון שלא להותיר את הניזוק כשידיו על ראשו מתוך רצון להגשמת הצדק החלוקתי. כמו כן, היה מקום לציין את שיקול הכיס העמוק בפסק הדין.

מי שצינו את פס"ד קורנהוייזר- לא קיבלנו את התשובה. בעניין קורנהוייזר הייתה אפשרות לדון רק בכיס העמוק, ולכן לא ניתן להגיד ששיקולי המדיניות המשפטית הכריעו כאן את הכף לטובת קבלת התביעה. כמו כן, בקורנהוייזר השאלה העיקרית הייתה האם ראוי שבני הזוג ישאו בכל הנזק או בחלקו. השיקול של כיס עמוק הכריע לעניין חלוקת הנזק ולא לעניין קבלת/דחיית התביעה לגופה.

**דוגמאות לחסימת תביעה מכוח שיקולי מדיניות משפטית כלליים-ערכיים ו/או שיקולים משלימים (שימו לב שנדרשתם לדון אך בשתי דוגמאות):**

● **פרשת המר:** ילדה שנולדה ללא כף יד לאחר שהדבר לא אותר בבדיקת אולטרסאונד. ביהמ"ש העליון הפך את הלכת זייצוב וביטל את עילת היילוד בגין "חיים בעוולה". לעומת זאת, עילת ההורים בגין "הולדה בעוולה" נשארה והורחבה הן מבחינת הנזק הממוני (הוצאות ההורים עבור ילדם עד לסוף תוחלת חייו) והן מבחינת הנזק הלא ממוני (כאב וסבל של ההורים, פגיעה באוטונומיה). גם בפרשת המר רואים כיצד שיקולי מדיניות משפטית השפיעו על קבלתה של התביעה או דחייתה. למעשה, בפרשה זו הוחלט כי משיקולי מדיניות אתניים ערכיים של "טוב מותי מחיית" לא ניתן לקבל את תביעת הילד, למרות שלכאורה היא עומדת בנוסחת האחריות הנזיקית, אך בד בבד הורחבה תביעת ההורים.

● **תביעה בגין בגידה – פס"ד פלונית:** לפני כמה שנים קבע בית המשפט העליון נחרצות תקדים שלפיו אין לקבל תביעות נזיקין בגין בגידה. בהקשר של בגידה, מתעוררות שאלות שמקשות על קבלת התביעה, בין

היתר, השאלה מהי בגידה ומה נחשב בגידה, והשאלה הבעייתית של "מי התחיל", לצד הרצון לאפשר התנהגות מינית ליברלית והיות התופעה נפוצה (בפסה"ד נימוקים נוספים, חלקם גם של שיקולים משלימים כגון חשש מהצפת בתי המשפט לאור תדירותה של הבגידה כיום). שאלות אלו מעוררות קושי בהכרעה ולכן השופטים מעדיפים משיקולי מדיניות לחסום תביעות מסוג זה, אף אם מוכחת נוסחת האחריות הניזקית, דהיינו שהמעשים נכנסים עקרונית לתוך עוולה (בדרך כלל רשלנות, המתקיימת עקרונית גם במעשה מכוון לפי הלכת אמין), יש נזק ויש קשר סיבתי בין המעשים לנזק.

• **תביעה בגין אי-גילוי נטייה מינית – פס"ד פלוגית:** לאחרונה חסם בית המשפט העליון תביעות נזיקין במשפחה, בגין אי-גילוי נטייה מינית בין בני זוג. תביעות אלו מעוררות שאלות מדיניות קשות וניכר שבית המשפט לא מעוניין להיכנס לתוך מערכת היחסים האישיים ומעדיף להשאיר את העניינים האישיים של בני הזוג מחוץ לכותלי המשפט. בהקשר של אי גילוי, מתעוררת שאלה האם יש בכלל חובה לגלות נטייה מינית והאם יש דרך לדעת מתי אדם הופך מודע לנטייתו המינית שאז אולי קמה עליו החובה לגלות לבן או בת זוגתו, וכן שנטייה כזו יכולה להשתנות עם הזמן. על כן, ניכר שבית המשפט מעדיף לחסום תביעות אלו ולא להיכנס לרובד העמוק של מערכת היחסים של בני הזוג.

• **פרשת מלול (דיון נוסף) –** מקרה של ילדה הסובלת מפיגור שכלי בעקבות עיכוב של 45 דקות בנייתוח הקיסרי בלידתה. ביהמ"ש המחוזי, ובעקבותיו גם ביהמ"ש העליון, פסקו כי העיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי – פרק זמן של 45 דקות לערך – היה רשלני. ואולם, לא היה ברור אם מחלתה של הילודה נגרמה בשל רשלנות זו, או בשל עצם הפגות והמחלות הנלוות לה ובעניין זה שרר מצב של "סיבתיות עמומה". הבעיה בסיבתיות עמומה היא שאם מקבלים את התביעה כל הזמן יוצרים הטעיה עקבית נגד המזיק, ואם דוחים את התביעה כל הזמן יוצרים הטעיה עקבית נגד הניזוק. **שיקולי מדיניות שונים עולים בדעות השופטים – אצל חלקם שיקולים ערכיים ואצל חלקם שיקולים משלימים כגון מדרון חלקלק. השופטת ביניש** חוששת ממדרון חלקלק בהיעדר קווים תוחמים להכרה בדוקטרינה של הסיבתיות העמומה ולכן מתנגדת הן לדעת השופט ריבלין (מבחן ההטיה הנשנית המבוסס על הרתעה) והן לדעת השופטת נאור (צדק מתקן). היא מסכימה למבחן ההטיה הנשנית שמציג השופט ריבלין, אך רק באשר לקבוצה שעליה מדבר השופט ריבלין, ולא ברור מבחינתה שאין להכיר בדוקטרינה גם במקרים אחרים. היא מציעה פניה לשתי חלופות (עידוד פשרה, שהינה מעשית כאשר ההסתברות לקיומו של הקשר הסיבתי היא משמעותית, אף אם אינה עומדת בהכרח במבחן "מאזן ההסתברויות", או הפיכת נטלי השכנוע, במקרים חריגים), תוך אי הכרה, נכון לעתה, לפני דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה, במציאת פתרון כולל לבעיית הוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים הנקוטים בידינו, פתרון שלאחר אותו דיון ציבורי ובחינת חקיקה, ימלא את העיקר בעיניה, שהוא "... שבסופה של דרך לא נטיל על הציבור כולו את הנטל של הפיצוי במסלול דיני הנזיקין. יתכן שהפתרון הצודק טמון בחלוקה אחרת ביטוחית, כלכלית או חברתית". לכן היא למעשה מקבלת את הבקשה לדיון נוסף ומציעה עקרונית שלא לקבל את הדוקטרינה כלל, נכון לעתה. **השופטת פרוקצ'יה** מסכימה ונחרצת יותר מהנשיאה ביניש עם הרצון שלא להחיל את הדוקטרינה כלל, ותומכת יתדותיה בנימוקים נוספים, כגון חשש מעליית מחירי ביטוח. **השופט גרוניס** סבור אף הוא כי אילו דעת המיעוט, המאמצת את ההלכה בערעור כפי שהיא, הייתה מתקבלת, היה בכך משום מהפכה בלתי מוצדקת בדיני הנזיקין ובדיני הראיות ומשום שימוש מופרז בשיקול-הדעת השיפוטי. הוא סבור כי כלל אין כאן סיבתיות עמומה, ומוסיף כי ההכאה בדוקטרינה עלולה להביא לידי מדרון חלקלק, בעיקר לתחומים אחרים של המשפט, ולהכרעות שרירותיות גם בהם, שיגרמו לפסקי-דין רבים להיפסק למעשה כפשרה למרות שאינם אמורים להיות כאלה.

### 3. מושגים

**לפניכם שלושה מושגים. בחרו שני מושגים מתוך השלושה והסבירו אותם בקצרה. יש להוסיף דוגמה או לאזכר פסיקה וחקיקה במידה והדבר רלוונטי לתשובה. אם עניתם על כל שלושת המושגים, רק השניים הראשונים ייבדקו. (10 נק' לכל מושג; סה"כ: 20 נק')**

#### (א) פיזור נזק

אחד מהשיקולים המשלימים בדיני הנזיקין, ויש הרואים בו ממש מטרה. יש רצון שהנזק לא ייפול על צד אחד – הניזוק, שלא יפוצה, אך גם לא רק על כתפי המזיק, שעלול להתמוטט – ולכן יש למצוא את האפשרויות השונות שבהן ניתן לפזר את הנזק. פעמים רבות המזיק שעיוול לא מסוגל לשלם את הפיצויים, ואז עולה חשש שהניזוק לא יוכל לקבל את הפיצויים. יש שאיפה חברתית לפיה נרצה לפזר את הנזק כדי לדאוג שהניזוק יפוצה ולא ייפול כנטל על כתפי החברה (ולמשל חייה על כספי ביטוח לאומי). דוגמה קלאסית לכך היא ביטוח או ביטוח פנימי (כמו העלאת מחיר מוצר) תוך פיזור הנזק העתידי על כלל המשתתפים בפעולה. [דוגמה נוספת היא "אשם תורם" בו המזיק אינו המשתתף היחיד בנזק אלא גם הניזוק עצמו].

#### (ב) כיס עמוק

שיקול משלים שיש המשייכים אותו לצדק חלוקתי, שלפיו הנטייה תהיה להטיל את האחריות הניזקית על הגורם שביכולתו לשאת בנזק, זאת באמצעות בדיקה תיאורטית כוללת למי מהנתבעים או מהאחראים שילוחית יש משאבים גדולים יותר (כיס עמוק יותר). לא מבצעים בחינה פרקטית אלא מניחים אפוא שאם הנתבע גוף גדול וחזק

יש לו גם את היכולת לשאת בנזק. דוגמאות לגופים שנחשבים כיס עמוק: בתי חולים, בנקים, חברות ביטוח, רשויות מקומיות וציבוריות, המדינה.

#### (ג) אשם תורם

אחת ההגנות הכלליות עומדות לנתבע בנויקין (סעיף 68 לפק' הנזיקין). (3 נק') משמעותה של ההגנה היא שהנתבע אכן מודה בעובדות שהביאו לקרות הנזק אולם הוא טוען כי להתנהגות של התובע יש תרומה לנזק שלו עצמו. מידת האשם התורם של הנתבע יכולה להיות אחריות יחסית, קרי באופן מסוים מתוך הנזק הכולל (נניח, 20% מתוך כלל הנזק) (7 נק') [יכולה להיות גם אחריות מוחלטת, קרי, אשמו של התובע היה כל-כך גדול כך שהתביעה לא תצלח, לאור הגנה מלאה של הנתבע].

#### 4. שאלות נכון / לא נכון

לפניכם שלוש שאלות. בחרו שתיים מהן. אם תענו על כל שלוש השאלות, רק השתיים הראשונות תיבדקנה. אם מחקתם ותיקנתם, דאגו שהבחירה הסופית תהיה ברורה!  
(5 נק' לכל שאלה, סה"כ: 10 נק')

נכון / לא נכון

א. נפגע עבירה לא רשאי לקבל כלל פיצוי במסגרת ההליך הפלילי על הנזק שנגרם לו בנסיבות העבירה, אך הוא רשאי, במקביל להליך הפלילי או לאחריו, להגיש תביעה אזרחית נפרדת לפיצוי בנויקין.  
הסבר: לא נכון, לפי סעיף 77 לחוק העונשין ניתן לקבל פיצוי גם במסגרת ההליך הפלילי כאשר ההחלטה היא בידי השופט.

נכון / לא נכון

ב. במקרה בו אישה נשואה קיימה מערכת יחסים מחוץ לנישואין, בן הזוג הנבגד יוכל לתבוע את אשתו, אך לא את המאהב, החסין מפני תביעה מכוח סעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין.  
הסבר: לא נכון. אמנם ס' 62(ב) לפקודת הנזיקין חוסם תביעה נגד צד שלישי שביצע גרם הפרת חוזה, שכן נישואין אינם חוזה לפי סעיף זה. אולם הפסיקה כבר קבעה שאין להכיר כלל בעילת תביעה בנויקין של ניאוף ובגידה כלל, גם לא בעוולות אחרות.

נכון / לא נכון

ג. בניגוד לצו מניעה, צו עשה לא יכול להגיע במקביל לדרישה לפיצויים.  
הסבר: לא נכון. צו מניעה הוא סעד קנייני חזק אשר מטרתו היא מניעה פרספקטיבית של הנזק ולכן דרישה לפיצויים לא יכולה להתקיים, כי הנזק טרם התרחש. לעומתו, צו עשה מורה לנתבע להסיר את העוולה ובהחלט ניתן לפסוק פיצוי בגין אי קיום הצו, ובמקביל לצו, גם לקבל פיצויים בגין הנזק שנגרם לעבר. בכיתה הובאה דוגמה לעניין זה לערימה של זבל או פסולת בניין, שניתן לבקש צו עשה ללקיחתה / הסרתה וגם פיצוי על הנזק שנגרם עד להסרה בפועל.