**דיני נזיקין – ד"ר מיטל גלבוע**

תיאום ציפיות – שיתוף פעולה מלא. נוכחות 85% מינימום, השתתפות - "צוות ליטיגציה" 10%, הגשת 2 עבודות 10% (תיחשב הגבוהה מבניהן), מבחן בחומר סגור 80%. שעת קבלה בימי חמישי.

הגשת עבודה 1 05.04.21 – תרגול 12.04.21 ; הגשת עבודה 2 20.05.21 – תרגול 31.05.21

מטרת הקורס – הכרת נושאי הבסיס בדיני נזיקין.

**שיעור 1 08/03/21**

**מבוא חלק ראשון**

**מושגי יסוד:** "דיני נזיקין" – דיני ממוקדי נזק (Tort law). במשפט האנגלי משתמשים בביטוי ששם את הדגש על המילה עוולה.

**עוולה –** ס'3 לפקודת הנזיקין: עוולה והזכות לתרופה: "הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, בכפוף להוראות הפקודה - על הנפגע או הניזוק ע"י עוולה שנעשתה בישראל יהא **זכאי לתרופה** המפורשת בפקודה **מידי עושה העוולה או האחראי לה"**.

ס'7 לפקודת הנזיקין- "מעשה" לרבות מחדל.

דיני הזניקין מדברים על התנהגויות, גם מעשים אקטיביים וגם פסיביים. ישנם מצבים בהם ההתנהגות היא מחדל. זה לא כ"כ ברור מאליו שאנחנו מטילים על אנשים אחריות על מעשים שהם לא עושים.

**תרופה –** תרופה במשפט הפרטי – הכוונה לסעדים, המענה שהמשפט נותן לתובע. פיצויים, צווי מניעה, וכדומה.

הצדדים בתביעת נזיקין התובע – הניזוק או הקורבן ; הנתבע – מעוול או מזיק.

סוגי עוולות:

1. "עוולת סל" – עוולות הנכנסות תחת עוולה כללית יותר כדוגמת עוולת ההתרשלות שהינה מרכיב מעוולת הרשלנות.
2. "עוולה פרטיקולריות" – עוולות ספציפיות לדוגמה – השגת גבול.

* מרבית העוולות מצויות בפקודת הנזיקין (פקנ"ז) בס' 23-63 (הפקודה מחולקת ל2 חלקים- החלק הראשון – עוולות: מתי נזק נחשב עוולה, לא תמיד כשנזק נגרם ניתן להטיל אחריות על הצד השני. בחלק זה מצויים היסודות הנדרשים כדי שהסיפור העובדתי ייחשב לעוולה בפקנ"ז; החלק השני – הסדרים הקשורים לתחום הנזיקין).
* יש עוולות גם מחוץ לפקודה, דוגמאות: מוצרים פגומים, לשון הרע והגנת הפרטיות, הגנת הצרכן, עוולות מסחריות, מניעת מפגעים, מניעת הטרדה מינית, איסור הפליה ועוד.

מושגים כללים

* דוקטרינה – הכלל המשפטי
* תיאוריה – הרעיון שעומר מאחורי הכלל המשפטי

**מיקומים הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט:**

דיני הנזיקין הם תחום משפטי שנמצא בגדר המשפט הפרטי. משפט ציבורי הוא מקרה בו המדינה היא צד, בו הפעילה סמכות שלטונית כריבון. אם המדינה קנתה נכס למשל ולא שילמה עליו, התביעה תהיה פרטית, כי רכישת נכס זה לא במסגרת הסמכות השלטונית שלה. בעבר המדינה נהנתה מ"חסינות" בתחום הנזיקין, אך זה בוטל עם השנים.

**בין דיני נזיקין לבין תחומים אחרים במשפט הפרטי:**

חוזים – נזיקין: השוני – בחוזים ישנה הסכמה הדדית בין שני הצדדים לעומת בנזיקין בהם הצדדים לא בהכרח מכירים אחד את השני (הכרות מוקדמת).

קניין – נזיקין: שליטה / הסתמכות מה שלי ומה שלך, במשפט האנגלו- אמריקאי ההגנה על דיני הקניין התפתחה על בסיס דיני הנזיקין. הייתה תפיסה שדיני הנזיקין אמורים להגן על הקניין. השוני- דיני הקניין מתאפיינים ברשימה סגורה של זכויות (עקרון "הרשימה הסגורה") - בעלות, שכירות ואילו בדיני הנזיקין עוולת הרשלנות היא עוולת סל והיא מאגדת לתוכה הרבה מאוד התנהגויות ומאפשרת לנו להכיר בהרבה התנהגויות כרשלנות.

עשיית עושר – נזיקין: במקום לדורש מהנתבע פיצוי על הנזק שגרם לתובע, דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע. ס'1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט – שלושה יסודות מצטברים: התעשרות (של "הזוכה") + לא כדין + על חשבון ("המזכה"). תובע יכול לתבוע לא רק על הנזק שלו, אלא גם על התועלת של הצד השני. לפעמים קשה לנו לאמוד ולכן נשתמש במחיר השוק. למה קשה להוכיח? בדיני עשיית עושר מי שמחזיק ברווח הוא הנתבע וישנם פערי מידע, לא פשוט לדעת שמישהו הרוויח 100 ולא 80 (80 הוא מחיר השוק לצורך העניין, אך הוא השכיר את הנכס לצד ג' ב100 ולכן הרוויח).

הצעת חוק דיני ממונות: משפחה אחת של "דיני החיובים", מניעת חפיפה בין מערכות דינים (דוגמה לחפיפה: ס'1 לחוק המקרקעין וס'4 לפקנ"ז). מטפלת בכל תחום החיובים בצורה מאוחדת – חוזים, נזיקין ודיני עשיית עושר. ככה"נ ימשיכו ללמד כל נושא בנפרד.

שתי דוגמאות לחפיפה בין דינים:

**דוגמה 1:** סעיף 18 לחוק המקרקעין וס' 24 לפקנ"ז:

**חוק המקרקעין, שימוש בכוח נגד הסגת גבול**

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

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

**פקודת הנזיקין, הגנה מיוחדת**

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

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

* נניח שחזרתי מחו"ל לאחר יותר מ-30 ימים, וראיתי מישהו שפלש לביתי. אם אוציא אותו בכוח והפולש יגיש תביעה נזיקין בגין תקיפה, האם תעמוד לי הגנה על פי פקודת הנזיקין? האם תעמוד לי הגנה לפי חוק המקרקעין?
* לפי חוק המקרקעין יש לי רק 30 יום להוציא את מסיג הגבול מהמקרקעין שלי. לפי פקודת הנזיקין, אני רק צריכה לבקש קודם בדרכי שלום ולאחר מכן להשתמש בכוח במידה סבירה כדי שלא יתבעו אותי על תקיפה.
* יש סיטואציות עובדתיות שרלוונטיות גם בנזיקין וגם במקרקעין, ויש התנגשות מסוימת רעיונית. זה המחיר שאנו בעצם משלמים בכך שיש לנו דינים מפוזרים.
* יש קטגוריות שונות במשפט הפרטי שיש ביניהן קשר. ניתן להשתמש בהן במובן הפרקטי.
* התובע יטען שהוא לא תוקף כי יש לו טענת הגנה. לכן הנתבע צריך לצאת מהמקרקעין. **מנגד**, יגידו שלפי ס' 18 לחוק המקרקעין היית צריך לעשות זאת תוך 30 יום.

**שיעור 2 11/03/21**

דוגמאות לחפיפה בין דינים – זכאות לתרופות מכמה דינים:

**פס"ד מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון** –

מדינת ישראל שכרה שש דירות בבניין בבעלות חברה. היא התעכבה בהשבת הנכס לחברה עיכוב של 15 חודשים. השאלה המשפטית- מה הפיצוי שיש לתת למשכירה? האפשרויות – נזק – הנזק שנגרם לחברה כתוצאה מהעיכוב ומהפרת חוזה השכירות; פיצוי מוסכם – הפיצוי שמעוגן בחוזה; דמי שימוש בנכס – התעשרות שלא כדין.

השופט גולדברג:

* יתכנו עילות שונות, אך אין זה בהכרח אומר שיש לאפשר יותר מסעד אחד, אחרת הניזוק מתעשר שלא כדין.
* פיצוי בגובה דמי שימוש ראויים מגן על אינטרס הציפייה החוזה של בעלת הנכס. יעמיד את המשכירה במצב בו הייתה אילו קוים החוזה (פיצויי קיום).
* פיצוי בגובה דמי שכירות ראויים גם מונע את ההתעשרות שלא כדין של המשכירה. פיצוי בגובה דמי הפיצוי הראויים מגן על התעשרות זו.
* מה באשר לפיצוי המוסכם? גם הפיצוי המוסכם מגנים על אינטרס הציפייה של המשכירה. היות והם מגינים על אותו אינטרס – אינטרס הקיום, וישנה כפילות, אין שום סיבה לתת כפל פיצוי.
* מה באשר לנזקים נוספים? אם בעלת הנכס הייתה מוכיחה שנגרם נזק נוסף, היא הייתה מקבלת פיצוי נוסף כי מדובר בראש נזק אחר.

**הבחנה בין זכויות in personam לבין זכויות in rem**

* זכות in personam (פרסונלית)- זכות כלפי אנשים מסוימים. למשל, זכות חוזית.
* זכות in rem (כלפי כולי עלמא) – זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי כולם. זכויות קניין.
* איזה זכות חזקה יותר? הזכות הכללית יותר, זכויות קניין. זכות פרסונלית היא יותר חלשה. הזכויות בנזיקין נתפסות כזכויות פרסונליות. יש סיטואציות בהן הזכויות מתערבבות בדוקטרינה אחת – לדוגמה ס'62 לפקודת הנזיקין: (א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

זהו סעיף נזיקי אך הוא יוצר "חגורת הגנה" סביב דיני חוזים והוא מאפיין כלפי עולם. אם גרמת להפרה של חוזה בין שני אנשים – ביצעת עוולה נזיקית! לעיתים הדברים לא מופרדים בצורה הרמטית.

**הקשר בין דיני הנזיקין למשפט הפלילי:**

שתי העילות יכולות לחול יחד: דוגמה – נניח שא' תקף את ב' ברחוב. במסגרת המשפט הציבורי – דיני העונשין: המדינה תתבע אותו על עבירת התקיפה ; במסגרת המשפט הפרטי – דיני הנזיקין: הניזוק עצמו יוכל לתבוע את המזיק על עוולת התקיפה.

פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין - ס'77 לחוק העונשין: (א) הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק ע"י העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 ₪ לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו.

מאפשר לקורבנות עבירה (שהם גם ניזוקים בסופו של דבר) לקבל פיצוי על דרך אומדן, במקום לנהל הליך משפטי נוסף. נועד להקל על נפגע העבירה. קשה בד"כ לניזוקים וגם לבני משפחותיהם לנהל בנוסף הליך אזרחי. ההליך הוא יותר גמיש, פחות הוכחות ולא צריך ביסוס של יסודות העוולה (נועד להקל על הנפגעים). בפס"ד דנ"פ 5625/16 קרין נ' בוקובוזה נקבע שניתן לתת את הפיצוי לא רק לניזוק עצמו אלא גם לנפגעים עקיפים, למשל אם ילד/ילדה ראו שאמא שלהם נרצחה/נפגעה לנגד עיניהם – גם הילדים יכולים לתבוע פיצויים מכוח הסעיף הזה. נקבע כי הסכום הזה הוא תקרת הפיצויים שישולמו לניזוק ולנפגעים העקיפים. הסכום הוא הסכום המירבי על נזק אחד – מצב פלילי (דנים בעבירה פלילית-רצח, הריגה, שוד וכו').

פיצויים עונשיים בדיני נזיקין – כאשר עוולה נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים. מה דעתכם?

אלמנט הרתעתי. לא בשימוש תדיר.

משפט ציבורי- אדם ומדינה זה הגיוני לדבר על ענישה. אך כשזה משפט פרטי – אדם מול אדם- זה לא ברור מאליו שנותנים לפרט את הכוח שמשמעותו להעניש אדם אחר (קושי מהותי). בנוסף, יש קושי פרוצדורלי – סך ההוכחה נמוך מאשר בהליך הפלילי. הרעיון עצמו בעייתי. ההצדקות- עצם הזדון הוא חלק מהפגיעה/ביהמ"ש קובע בסוף לגבי הפיצוי העונשי, לא הפרט מעניש אלא השופט.

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

**היבט ראייתי**

* פסק דין פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי.
* מה ההיגיון מאחורי קביעה זו? סף ההוכחה במשפט הפלילי גבוה מאוד (99%). סף ההוכחה בהליך אזרחי "more likely than not"- מעל 51%.
* מכאן שאם המדינה כבר הצליחה להוכיח ברמה של 99% את ההליך הפלילי, אז ברור שעברתי את נטל ההוכחה הנדרש בהליך האזרחי (שבו צריך שהתובע יהיה קצת יותר משכנע מהנתבע-51%).
* משמעות נוספת- המדינה עשויה להיכשל בעמידה בנטל ההוכחה בהליך פלילי, והקורבן עדיין יכול לזכות בתביעה בהליך אזרחי נזיקי, אם יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו.

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

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

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

**פס"ד ברזני נ' בזק:**

העובדות: בזק פרסמה מידע מוטעה לגבי מחיר של שירות ובפועל גבתה מחיר גבוה מהפרסום. ברזני, צרך את השירות מבלי שהיה מודע לפרסומת המטעה, ותבע פיצויים בתובענה ייצוגית בשם הניזוקים כולם. הנזק – ההפרש בין המחיר המפורסם לבין המחיר שברזני שילם בפועל. הוא תובע **לפי ס'2 א לחוק הגנת הצרכן:** "לא יעשה עוסק דבר – המעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה.." **סעיף 31(א) לחוק הגנת הצרכן** קובע: "דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין".

**השופט חשין:**

* משמעות סעיפים אלה היא שהוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה.
* על ברזני היה להוכיח את שהסיבה שהוא צרך את השירות בבזק נבעה מהפרסום המטעה (נדרש קשר סיבתי).
* לכן – לא היה לו קייס בעניין זה. הוא לא הכיר את הפרסומת. נדרש קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הפעולה שלו בצריכת השירות – גם כאשר נמצאים בהוראה שאינה בפקודת הנזיקין.

**שיעור 3 15/03/21**

**מבוא חלק שני**

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

1. הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית
2. הכרות עם סוגי האחריות השונים

**הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית**

* העוולה הנזיקית מגדירה מתי הופרה זכות ראשונית – יש להבדיל מזכות שניונית (זכות לתרופה). ראשונית: מתי התקיימה עילה/עוולה, מתי מישהו התרשל כלפיך. שניונית: מתי אפשר לקבל פיצוי, ברגע שיש עילה.
* שלושה יסודות לעילה: 1.אשם ; 2.נזק; 3.זיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק (קשר סיבתי). אלו יסודות מרכזיים, יש גם חריגים.
* ס'64 לפקודת הנזיקין – **"אשם"** הוא **מעשהו או מחדלו** של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, **או שהם עוולה כשיש בצדם נזק,** או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, **אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק;** אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:...
* **אשם** – פן עובדתי – התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט (במעשה או במחדל). התנהגות מסוימת או שלא התנהגת והיית צריך להתנהג (בהתקיים הוראה המטילה חובת עשייה); פן נפשי- למשל, האם הייתה הכוונה? ידיעה בפועל/ בכוח. ידיעה בכוח מישהו היה צריך לדעת, באופן מכוון רצה לדרום לנזק, להבדיל ממישהו שידע בפועל לגבי התוצאה המזיקה שיכלה להיגרם. האם התכוונת או היית אדיש? באיזה state of mind היית.
* **נזק** – ס'2 לפקודת הנזיקין: "נזק"- אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה. הדבר החריג בנזיקין הוא נזק לא ממוני.

**דיני העונשין הם "risk base" ואילו דיני הנזיקין הם "harm base"**. מבוססי סיכון>> הכוונה היא שגם אם ישהו ביצע התמהגות מסוכנת, ולא נגרם נזק בסופו של דבר, יכול להיות שעדיין יורשע בפלילים. אבל בנזיקין אנחנו צריכים שיהיה נזק, שהוא יתממש כדי שנוכל להטיל אחריות בנזיקין (כמוכן שיש יוצאים מן הכלל).

* **קשר סיבתי** – הכלל: אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בשל התנהגות של הנתבע, אזי לא קמה עילה בנזיקין- המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא". ההנחה היא ש"דברים רעים קורים בעולם". ייתכן שמשהו במקרה קרה ליד משהו אחר ואין קשר בין הדברים.

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

* **עוולת PER SE (עוולה כשלעצמה)** –

1. לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי לנזק. עצם ההתנהגות מהווה את העוולה (מקל על העמידה בדרישת ההוכחה)
2. לעיתים עוולות אלו הן תוצר של קושי ראייתי.
3. מרוץ ההתיישנות שונה בין עוולה per seלבין עוולות הדורשות הוכחת נזק:

תחילת ההתיישנות (ס'89 לפקנ"ז) – לעניין תקופת ההתיישנות בתובענות על עוולות – "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:

1. מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;
2. מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם ע"י מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.

* אם התבצעה נגדנו עוולה פר סה, מירוץ ההתיישנות מתחיל רק מיום שהסתיימה ההתנהגת העוולתית. לעומת זאת, בעוולות שכן דורשות הוכחת נזק, כמו רשלנות, מירוץ ההתיישנות מתחיל רק מאז שהנזק התגבש.
* הדרך להבדיל בין עוולת per se לעוולה "רגילה" היא האם אתה נדרש להוכיח נזק. לדוגמה – בהסגת גבות הבולטת בהקשר הזה, לא צריך להוכיח נזק- מספיק שהסיג גבול ובכך התגבשה עוולה כלפיי.

**הכרות עם סוגי האחריות השונים**

**בסיסי אחריות שונים בנזיקין:**

1. עוולת כוונה – למעט מצבים יוצאי דופן, נטל ההוכחה בהליך אזרחי הוא על התובע "המוציא מחברו עליו הראייה". זה אומר שקיים קושי פנימי להוכיח עוולה שברגע שהיא עוולת כוונה היא דורשת גם הוכחת יסוד נפשי, יש להוכיח שהוא התכוון (סובייקטיבי). מסיבה זו אפשר לומר שעוולות אלו מגוננות באופן מצומצם על התובע. הקשר הכוונה יש לו משמעות גם שמדברים על נטל הראייה. דוגמאות: תרמית (סעיף 56), נגישה – לימים הפכה לרשלנות (סעיף 60), שקר מפגיע (סעיף 58), גרם הפרת חוזה (סעיף 62). בהקשר הכוונה מקובל להסתכל עליהן כעוולות בעלות פן מוסרי.
2. רשלנות (נדבר גם על רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה) – ס'35 לפקודת הנזיקין:

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

**התנהגות בלתי סבירה ("אשמה חברתית").** יש דבר כזה שנקרא יסוד נפשי בעוולות ויש דבר שנקרא משטרי אחריות שונים. מבחינת נטל ההוכחה שחל על התובע – הניזוק, נדרש רק סטנדרט אובייקטיבי מקובל של האדם הסביר ולא יסוד סובייקטיבי, המורכב בהרבה להוכיח. דוגמא: רופאים שהשתמשו בשיטה אחרת ממה שרוב הרופאים האחרים היו משתמשים. הם התרשלו כי הם לא התנהגו באופן סביר, באופן בו היינו רוצים מחינה חברתית שהם יתנהגו, אבל קשה לומר שהם נהג בצורה לא מוסרית. מדובר יותר על הסטנדרט החברתי ולא בהכרח המוסרי.

**משטרי האחריות השונים:** דרישה ליסוד נפשי או סטנדרט חברתי מקובל (ולאו דווקא מוסרי). חשוב להבחין בין התרשלות לרשלנות – כדי לקבוע שאדם פעל ברשלנות, יש להוכיח שנגרם נזק כתוצאה מהפעולה. התרשלות היא התנהגות לא סבירה!

**רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה:** אופציית ביניים- רשלנות שבה עובר נטל ההוכחה לנתבע. על התובע יהיה להוכיח כמה אלמנטים של סעיף מסוים, למשל שקרה לו נזק, ולאחר מכן הנטל עובד לנתבע להוכיח שלא התרשל (למשל, נזק רפואי שנגרם כאשר הניזוק לא היה בהכרה – והוא הרי לא יוכל להוכיח רשלנות שהוא לא היה ער בכלל ולכן נטל ההוכחה עובר למזיק, בעניינו רופא, יצטרך להוכיח שלא התרשל). לדוגמה: "חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו" -ס'41 לפקודת הנזיקין:

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

1. אחריות מוגברת (או חמורה) – ביצוע הפעולה שהביא לפגם/עוולה מטיל את האחריות על המזיק ואין צורך להוכיח אשם – הכוונה באשם היא ליסוד הנפשי. כלומר, ככל שהניזוק מוכיח שהיסוד העובדתי של העוולה התקיים, אין צורך להוכיח גם את קיומו של יסוד נפשי. המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי (לדוגמה הסגת גבול, ס'29 לפקנ"ז). יש משמעות לאשמו של הניזוק (אחריות חזקה יותר). אם מישהו דחף אותך בכוח לשטח של מישהו אחר, הוא ככה"נ ייחשב אשם תורם – טענה כזו אם אפשר להוכיח, תתקבל.
2. אחריות מוחלטת – גם כאן המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי. ככלל, אין משמעות גם לאשמו של הניזוק. **ההבדל המשמעותי** בין אחריות חמורה למוחלטת שבאופן עקרוני אחריות מוחלטת היא חד צדדית באופן קיצוני. על פניו גם אם הניזוק כן אשם, לא תהיה הגנה ותוטל על המזיק אחריות. התובע צריך להראות שיש קש"ס בין ההתנהגות המקימה את העוולה לבין הנזק. דוגמה:
3. חוק הפיצויים לנפגעי תאונת דרכים, תשל"ה – 1975 (נזקי גוף) – ס'2(ג) לחוק קובע: "האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים. [אך ראו חריגים לכלל בס'7 לחוק]".
4. חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם- 1980 – ס'2(א) קובע: "**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" [אך ראו ס'4 לחוק]. **אבללל** "לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם הנפגע נהג בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום פיצויים בהתחשב במידת התרשלותו" ס'4 לחוק האחריות למוצרים פגומים.

למעשה נראה שיש הסדר ביניים והסתייגות משלילה מוחלטת לטענת אשם תורם (בתאונת דרכים – סייג לאחריות מוחלטת ; במוצרים פגומים – אפשרות להפחתה מאחריות ומפיצויים).

1. חסינות לנתבע – ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע נעבור למשטר המטיב באופן מיטבי עם הנתבע. דוגמאות: חסינות גיל (ס'8 לפקנ"ז)- לא תחול אחריות על מי שלא מלאו לו 12. למרות שלא ניתן להטיל אחריות על ילדים ניתן להיעזר בהם לצורך אשם תורם ; חסינות על פעולת שיפוט מזיקה (ס'9 לפקנ"ז). זה משטר שפוטר מאחריות. אם השופט התרשל במילוי תקפידו, נתן פס"ד וגרם לנזק, ורוצים לטעון שהוא התרשל במילוי תפקידו תחול עליו חסינות (יש חריגים).

**שיעור 4 18/03/21**

**מטרות דיני הנזיקין –**

מה ההיגיון שמצדיק הטלת אחריות (מה עמד מאחורי הכלל המשפטי, מצוי מול רצוי)? בעבר הייתה תפיסה שכל התשובות ימצאו בספר החוקים. היום השיט שונה – כשביהמ"ש נשאל שאלה שיש לגביה ספק, הוא פונה לתיאוריות רלוונטיות. נראה איך השיקולים האלו מאפשרים לו לגזור תשובה שמבטאת את הלך הרוח והמחשבה.

נדבר על שלושה רעיונות נורמטיביים:

**צדק מחלק, צדק מתקן, השאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות / הגיון כלכלי של נזיקין).**

פס"ד מגדל נ' אבו חנא – עובדות: המשיבה נפגעה בתאונת דרכים בגיל 5 חודשים.

השאלה המשפטית : כיצד יש לחשב את הפיצוי? הפיצוי ייקבע **לפי אובדן כושר השתכרות עתידי.** עד פס"ד אבו חנא, בישראל ובארה"ב ובארצות אחרות של המשפט המקובל, הכלל – חישוב סובייקטיבי (מאפייני הניזוק).

אנשים שלא עובדים ולא יכולים להוכיח כמה הם הפסידו מחוסר העבודה, היו מנסים לחשב את אובדן כושר ההשתכרות. ההתלבטות בפס"ד זה הייתה האם לחשב את האובדן ע"פ נתונים סטטיסטיים – ע"פ המגזר ומקום המגורים (ככה"נ הייתה מרוויחה פחות מילד יהודי) או ע"פ השכר הממוצע במשק. האם ביהמ"ש צריך לאמוד את אובדן הכושר לפי החישוב הסובייקטיבי או לפי חישוב אובייקטיבי?

הקושי בקביעת השכר של הילד ע"פ הכנסות הוריו הוא שאנו גוזרים את העתיד שלו, ומונעים ממנו את האפשרות להצליח מראש. ישנם הבטים של חוסר שווין, אפליה, הנצחת הפערים הכלכליים בחברה וכו'. חיזוק התודעה שהמגזר הערבי מרוויח פחות.

אחרי פס"ד אבו חנא, בישראל החישוב מבוצע לפי ממוצע השכר במשק. בארצות אחרות (כמו ארה"ב וקנדה), החישוב עדיין נקבע ע"פ אמת מידה סובייקטיבית (זהו פסק דין מאוד מתקדם ביחס למדינות בעולם). הנמכת פיצוי של ילד על קרע מגדר או כזע עלולה להביא לכך שהניזוק לא יוכל להגיע למימוש עצמי (ינציח את מצבו).

**צדק מחלק** – צדק חלוקתי. מסתכלים על החברה ולא על המזיק והניזק המסוימים. דיני הנזיקין כלי שרת לטיפול בחוסר הצדק הקיים בחברה (הדוגמה של אבו חנא). שאלות של חלוקת העוגה, להבדיל מהגדלת העוגה.

דוגמה - כשתאונה גורמת נזק שיכול לפגוע בכושר ההשתכרות העתידי של הניזוק, אם הפיצוי ייקבע לפי אמות מידה סובייקטיבית יש לכך השפעה בעייתית על הפיצוי משום שאם הוא שייך לקבוצה חלשה בחברה יש בכך הנצחת הסטטוס שלו. **המשמעות הקשה היא שלמעשה אנשים שונים יקבלו פיצוי שונה על נזק זהה.** יש בכך אמירה שהחיים שלך שווים פחות, קובעים את עתידה של הילדה בת 5 חודשים על בסיס נתון סובייקטיבי. במקרה הזה יש אי וודאות לגבי נתוני השתכרות של התינוקת, לכן מצאו לנכון להישען על נתונים סוציואקונומיים.

השאיפה היא להגיע בתוך דיני הנזיקין לרעיון מסוים 🡨 שיקולי שוויון 🡨 שיבואו לידי ביטוי בתוך צדק מחלק.

**צדק מתקן** – אחת הגישות הדומיננטיות יותר שמתייחסים אליה. לפי צדק מתקן, מסתכלים על הניזוק והמזיק הספציפיים ולא מעניין לאיזה קבוצה משתייכים. ניתן לשייך לתיאוריה של זכויות. כדי לדרוש תרופה אתה צריך להראות שהופרה לך זכות.

קורלטיביות:

* זכות וחובה. פגיעה בזכות מול הפרת חובה. אתה קודם כל צריך להראות שיש לך זכות.
* אי צדק במובן האריסטוטלי, הכמותי- הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס". לכולנו יש מישור נורמטיבי של צדק, אבל ברגע שמישהו פוגע במישהו אחר, אז הניזוק יהיה במצב של מינוס והמזיק במצב של פלוס. התערער השוויון הנורמטיבי.
* רק המזיק יכול לתקן את אי הצדק שנוצר ("השבת המצב לקדמותו") באמצעות התרופה. רק בדרך הזו נוכל לחזור לשוויון נורמטיבי.
* ווינריב מוסיף תוכן נורמטיבי לתוך הרעיון הכמותי של צדק: "לכל אחד החירות לעצב את חייו ומטרותיו באמצעות הגוף, הרכוש, מה שיש לו, והחובה שלא למנוע (להתערב) מאחרים לעצב ולממש את חייהם ומטרותיהם".

צדק מתקן במובן של **אריסטו**- הכוונה היא שלכולנו יש מישור נורמטיבי של צדק. כולנו קשורים בקשר כללי כזה. ברגע שמישהו פוגע במישהו אחר, בזכות של מישהו אחר (שלמות הגוף למשל) אז הניזוק יהיה במינוס והמזיק בפלוס. יתערער השוויון הנורמטיבי. אריסטו מסביר שהמזיק חייב להיות זה שייתן לו את התרופה, **כי רק בדרך הזאת יהיה אפשר לחזור לשוויון נורמטיבי**.

**ארנסט ווינריב** יוצק לפלוס ולמינוס את העיקרון הבסיסי שלכל אחד יש את החופש לעצב את החיים שלו (המטרות, השאיפות, החלומות) באמצעות הרכוש, הגוף, ההתחייבויות החוזיות שלו. ברגע שמישהו מזיק יש לנו מינוס 🡨 כי מישהו מנע מאיתנו להגשים את עצמנו, לממש את עצמנו באמצעות הרכוש, הגוף. **יש בכך יציקת משמעות מהותית לתוך התיאוריה של אריסטו**.

זה אומר שאם מישהו פוגע בזכות שלנו ובכך מונע מאיתנו לממש את עצמנו, התרופה שמאפשרת לחזור למצב הנורמטיבי היא שהניזוק יצטרך לתקן את העיוות. כדי שהניזוק יוכל לממש את עצמו.

**התרופה** למעשה לא תשיב את הנזק (הרגל שאבדה, מאור העיניים..). היא יכולה להשיב את המצב לקדמותו במובן האריסטוטלי – **היא תביא את האדם הכי בקירוב למצב לולא הנזק שקרה לו**. למשל, הפגיעה בחיים כמובן שאין פיצוי שיכול להחזיר את החיים אבל התרופה תהיה הפיצוי שיביא במידה הכי קרובה להשבת המצב לקדמותו, שיוכלו להמשיך את חייהם ברמה הבסיסית ביותר. התרופה צריכה לבטא בקירוב את הנזק שקרה.

שיקולים חלוקתיים לא רלוונטיים, אלא להביא את התרופה שתביא בקירוב להשבת המצב לקדמותו.

כדי לדעת בדיוק מהי התרופה הראויה במצב מסוים, נצטרך להבין במדויק מהי הפגיעה בזכות. כמו כן נצטרך לשקול גם את היקף הפגיעה בזכות. לפי הפגיעה נעצב את התרופה.

איך **אבו חנא** מסתדר עם הרעיון שנותנים פיצוי על פי מה שבאמת קרה? – יש שיגידו ששערוך התרופה צריך להיות ע"פ נתונים סטטיסטיים של המשק ["יד היא יד, ורגל היא רגל". כלומר כולנו שווים. בכך מגיעים לצדק נורמטיבי] ויש כאלו שיגידו שצריך לעשות לפי נתונים סובייקטיביים [כי מסתכלים על ניזוק ומזיק ספציפיים ובכך נתקרב במידה המקסימלית לפיצוי].

צדק מבני – לא בהכרח מתחבר עם תחושות צדק אינטואיטיביות (לא שואף להגיע לצדק במובן המהותי).

**שיעור 5 05/04/2021**

**נקודות מרכזיות לפני חופשת הפסח:**

* חשיבות התיאוריה, הרעיון שמאחורי הכלל.
* פסק הדין בעניין אבו חנא ברקע להדגמת התיאוריות השונות.
* שיקולי צדק מחלק – "חלוקת העוגה". חושבים על הקבוצה שזה מתייחס אליה. יישום פס"ד אבו חנא – אובד כושר השתכרות עתידי ע"פ סטנדרט **אובייקטיבי.**
* תיאוריית הצדק המתקן – מבנה ומהות. מבנה כמותי. יישום פס"ד אבו חנא; ביקורת אפשרית שעליה דיברנו בכיתה - על הפיצוי להיקבע ע"פ אמות מידה סובייקטיביות.

**המשך החלק התיאורטי** – תיאוריה כלכלית של נזיקין, שיקולי יעילות.

**תיאוריה כלכלית של נזיקין:** השאת רווחה מצרפית/ יעילות. נחשבת לאחת התפיסות הדומיננטיות של צדק מתקן.

* מונחים שנשמע בהקשר לתפיסה הכלכלית של נזיקין: יעילות ((efficiency; תועלת (utility); רווחה (welfare)
* בשונה מצדק מתקן, התמקדות לא רק בניזוק והמזיק המסוימים, אלא ברווחה המצרפית (יעילות). לא משנה לנו מאיפה יגיע הפיצוי לניזק. הצדק המתקן והניתוח הכלכלי של המשפט במובן הזה הם שני אחים חורגים.
* בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה ולא לחלק אותה.
* אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט יטענו שלא מעניין אותם אם הניזוק ירגיש יותר טוב או לא, אלא אם הדבר מועיל מבחינה הגיונית.
* לכלכלנים פחות משנה אם החתיכות יתחלקו שווה בשווה.
* נראה שמדובר ברעיונות שונים, אך עם זאת בתי המשפט אף פעם לא מתמקמים בתיאוריה אחת בלבד. הפסיקה מורכבת מפסיפס של רעיונות ושיקולים (כמו אבו חנא).
* בחוזים השאת רווחה מצרפית אינטואיטיבית (מקסום ההעדפות של שני הצדדים). חוזים מאפשרים לנו להגדיל את העוגה ולדבר במונחים של פלוס.
* בנזיקין נדאג להקטנת עלויות (מזעור עלויות הנזק ומזעור עלויות המניעה של הנזק). בנזיקין אנחנו נמצאים בעולם של מינוס, ואנחנו רוצים למזער את עלויות הנזקים.
* **כיצד?** בקורס נתמקד בשתי דרכים מרכזיות למטרה זו: הרתעה ופיזור נזק.

**יעילות – הרתעה (deterrence)** - איך נגרום לאנשים לדעת האם לעסוק בפעילות שגורמת נזק לאחרים? (איך נתמרץ אותם נכון?) יש גם שאלה על כמה לעסוק בפעילות (רמת הפעילות), שעליה לא נרחיב היום. שימו לב – אלה שיקולים של יעילות מלכתחילה (ex-ante). איך נגרום לאנשים לדעת מראש אם הם יכולים לגרום לנזק. יש לנו אינטרס שפעולות מסוכנות יקרו, הן מגדילות את הרווחה המצרפית. במילים אחרות, אנחנו רוצים לאפשר אותן אבל לצמצם את העלויות שלהן.

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

1. גישה נאיבית – בעל הצאן צריך לשאת בנזק.
2. Coase הציע פתרון אחר. אומנם הצאן דרכו על התירס, אבל אם לא היה שם תירס הצאן לא היה מזיק. כלומר לפי קוז גם הפרות וגם התירס הן הגורם לנזק. מסתכל על הסיבתיות בפרספקטיבה כלכלית:
3. לכן כדי להחליט על מי להטיל אחיות משפטית הנזיקין כדי לעודד אותו לפעול בצורה מסוימת, צריך לבדוק **על מי ראוי להטיל את הנזק.**
4. אם נראה שנקטין את ההוצאות של הנזק ומניעתו אם תוטל אחריות על בעל שדה התירס למנוע את הנזק (למשל, דרך הקמת גדר), אז אנחנו נטיל דווקא עליו את האחריות המשפטית, כי נרצה לעודד אותו לפעול למניעת הנזק. נטיל על מי שיותר זול לו למנוע את הנזק "מונע הנזק הזול ביותר" תמרוץ לפעול מניעת הנזק. הנעת אנשים לפעול בצורה שתביא להפחתת עלויות.

**שיקולי הרתעה ופסק דין אבו חנא:**

אם רוצים ליצור הרתעה אופטימלית, אם אנחנו רוצים שאנשים יזהרו באופן שווה לכולם אבל ניתן פיצוי אחר כשנזק מסוים קורה, אנחנו יוצרים מצב של הרתעה ביתר והרתעה בחסר. כשרופא/נהג וכו' יודע שבמקום מסוים או עם אדם מסוים פחות סיכוי שתוטל עליו אחריות משפטית אם הוא יתרשל, ככל הנראה הם ישקיעו, גם אם לא במודע, יותר במטופל הלבן למשל על פני השחור. נוצר מצב לא רצוי, שבו אנחנו מצד אחד רוצים להרתיע מפני פעילות מסוכנת, אבל מצד שני כלפי אנשים מסוימים יוצרים מצב שהם מורתעים פחות מאחרים. זה מה שהשופט ריבלין מציין כשהוא יוצא משיקולים כלכליים. מצב של הרתעה בחסר. לא מחשבים את הכלכל נכון כביכול.

**פיזור הנזק: שיקול שהוא בדיעבד, שכבר קרה נזק.**

* פיזור הנזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד. יותר יעיל. דוגמה: מיליון ₪ על אדם אחד, מאשר שקל אחד על מליון איש. כך עובדות גם חברות ביטוח- כולם משלמים לחברה והיא יכולה לספוג את הנזק של אדם אחד כשהוא קורה.
* דוגמה: מוצרים פגומים: אם נאמר ליצרן שבכל פעם שיגרם נזק לאדם משימוש במוצר הוא צריך לשלם על הנזק שנגרם, הוא ככל הנראה יגלם את העלות הפוטנציאלית של פיצויים כאלה לתוך העלות של מוצר. כך הוא יפזר את עלויות הנזק על פני המוני צרכנים במקום על צרכן אחד. זה חשוב כי אם לא היינו מטילים אחריות מוחלטת על היצרן על נזק של צרכן, הצרכן היה צריך להוכיח (חובת הוכחת נזק) קש"ס של הנזק, ואם הם לא מצליחים לעמוד בנטל ההוכחה הם נושאים בעלות הנזק באופן מלא. זאת יכולה להיות משמעות קשה לצרכן שנפגע. לכן במקום זה מפזרים את הנזק, מאפשרים את הצרכן לא להצטרך להוכיח כל תביעה ותביעה כדי לקבל פיצוי.

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

**יסודות עוולת הרשלנות:**

**התרשלות**

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

* התנהגות רשלנית (אשם)
* קיומה של חובת זהירות
* גרימת נזק – 1.הוכחת נזק ; 2.קשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק.
* אין להתבלבל בין התרשלות לרשלנות. התרשלות- התנהגות לא סבירה; רשלנות- מתקיימים כל יסודות עוולת הרשלנות.

**כיצד ס'35 מגדיר התנהגות שניתן לתארה כהתרשלות?**

**"האדם הסביר"**

* בחינה אובייקטיבית (מה האדם הסביר, הרופאה הסבירה, הנהג הסביר, היו עושים?)
* מצד שני, מה קורה אם הסטנדרט הנהוג בבית חולים מסוים גבוה יותר? האם כאשר נבחן את התרשלות הרופאות בו, נבחן אותה ע"פ סטנדרט האדם הסביר, או על פי הסטנדרט הגבוה יותר שבו הן מורגלות? (השאלה נדונה **בפס"ד שטרן**). אנו נראה שעולות שאלות כתוצאה מכך שהסטנדרט הוא אובייקטיבי. האם באמת אפשר לומר שאין להתחשב אף פעם בשיקולים סובייקטיביים? במקום הספציפי? או שניתן לומר שגם האובייקטיבי צריך להיבחן ע"פ הנסיבות.

**פס"ד שטרן נ' שיבא** – עובדות: מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי. לא בוצע ניתוח, והטענה להתרשלות. השאלה המשפטית: לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות (סטנדרט אובייקטיבי). עם זאת, הסטנדרט של ביה"ח שיבא היה גבוה יותר. **האם הרופאים התרשלו משלא נקטו ע"פ הסטנדרט הנהוג בבית החולים?** האם אנו צריכים לבחון את המקרה ע"פ הסטנדרט האובייקטיבי בכל בתי החולים או לשים דגש על הסטנדרט הגבוה בבית החולים הספציפי?

נקבע: יש להטיל אחריות, ביה"ח התרשל (**כך נראה שביהמ"ש לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים המורידים את הסטנדרט, אך כן באלו שמעלים אותו**). אם ביה"ח מנהיג סטנדרט גבוה יותר- נבחן לפי האדם הסביר **אבל בבית החולים הזה** והסטנדרט הזה.

הטעם מאחורי קביעה זו? ביקורת אפשרית? למה זה טוב? אם המטרה היא מניעת נזק עד כמה שאפשר, כשהסטנדרט גבוה יותר, הסיכוי שיהיה נזק נמוך יותר (שיקולי הרתעה). כמו כן, אם יש לביה"ח סטנדרט גבוה יותר, בוחרים בו בגלל קיומו של הסטנדרט. מטילים עליו יותר אחריות בגלל שהוא רנה לעצמו את המוניטין הטוב ואנשים הסתמכו עליו כשברו בו. למה שלא נשתמש בפרקטיקה חדשנית יותר שתפחית את הסיכון לנזק פוטנציאלי? מצד שני, ניתן להראות קושי >> "רפואה מתגוננת" (הרתעה ביתר). הסכנה היא שבתי חולים יירתעו מלהתחדש כי אז הם נחשפים ליותר אחריות נזיקית. עלול להעביר מסר שגוי.

**"באותן נסיבות"**

* ההקשר עשוי להשפיע על המסקנה אם ההתנהגת סבירה. הנסיבות ישפיעו על השאלה אם אדם התרשל.
* המועד הקבוע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה. נבדוק על פי מה המזיק ידע באותו זמן ולא בדיעבד. ביהמ"ש ישים עצמו בנעלי המזיק באותו מועד של ההתנהגות הרלוונטית. דוגמה- הפרקטיקה שהייתה מקובלת בעת הניתוח ולא בעת הדיון בביהמ"ש.

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

**שיעור 6 08/04/21**

בשיעור הקודם דיברנו על שיקולי יעילות (פרספקטיבה כלכלית), איך מגיעים ליעילות בהיבט הכלכלי. הרתעה- יעילות מלכתחילה. מבקשים למנוע את עלויות הנזקים בצורה יעילה. שיקולי יעילות בדיעבד- איך מפזרים את עלויות הנזק שנגרם על פני כמה שיותר גורמים, מאשר שיהיה מרוכז ויכביד מאוד על אדם אחד.

דיברנו על סעיף 35 לפקודת הנזיקין – רשלנות. דיברנו על יסוד ההתרשלות. על הרעיון של אדם סביר, רעיון של אובייקטיביות. דיברנו על פס"ד שטרן שם ביהמ"ש קבע שכאשר המזיק עצמו הכפיף עצמו לסטנדרט גבוה יותר נבחן אותו לפי רמת התנהגות גבוהה יותר. נדבר על סבירות ואובייקטיביות אבל בתוך הקשר שהוא גבוה יותר מהסבירות הממוצעת שבדרך כלל נסתכל עליה.

בסוף השיעור סיימנו **בשאלה** הבאה- האם מעניינת אותנו ההכבדה על המזיק? הנטל עליו? [ראה שיעור 5].

# לפי התפיסה של **צדק מתקן**- מדברים על הפרת חובה, פגיעה בזכות. חשיפה לסיכון של אדם אחד ע"י אדם אחר. ברגע שהסיכון התממש לכדי נזק מדברים על תרופה כי הרעיון הוא להשיב את המצב של הניזוק לקדמותו. לפי צדק מתקן זה לא משנה אם על המזיק היה נטל קטן או גדול יותר מבחינת מניעת הנזק. זה לא רלוונטי.

**# צדק מחלק/חלוקתי**-לא אכפת לנו מהמזיק והניזוק הספציפיים. משנה לנו **הקבוצה** שאליה משתייכים המזיק והניזוק הספציפיים. לכן זה תלוי. ניתן לטעון שאל מול חופש הפעולה של המזיק, ניתן העדפה להגנה על בטיחותם של קבוצת הניזוקים. אם המזיק יצר סיכון מאוד גדול לניזוק, המזיק יצטרך לקחת אחריות. זה לא משנה אם על המזיק היה נטל קטן או גדול יותר מבחינת מניעת הנזק. נטיל עליו אחריות, בהנחה שנרצה לתת העדפה לבטיחות הניזוקים על פני חופש הפעולה של המזיקים.

**לדוגמה:** מקרים של נערים ונערות בגילים צעירים שנוטים להסתכן יותר. אנחנו רוצים במקרה הזה, בראי של צדק חלוקתי להסתכל מפרספקטיבה חיצונית- לא רק על הילד המסוים הזה, אלא על הקבוצה שממנה מגיע. חוסר הזהירות שהם נוטים לחיות על פיה הוא שיקול רלוונטי להעדפת קבוצה ספציפית של ניזוקים. יש לנו צורך להגן על בני נוער מפעולה מסוכנת. אם שיקולי צדק מחלק מובילים אותי, לא יהיה לי אכפת מההכבדה על מניעת הסכנה על המזיקים- כי אני רוצה להגן על קבוצה שיש לה נטייה לחוסר זהירות (למשל בני נוער שעלולים להתנהג בצורה מסוכנת ולקפוץ ראש למים רדודים בבריכה).

נקבע את העדפה לפי הסתכלות על קבוצת המזיקים וקבוצת הניזוקים. זה תלוי קבוצה ויכול להיות שגם המזיק יהיה מקבוצה חלשה ונעדיפו.

**#האסכולה הכלכלית**- נדבר הרבה בנושא התרשלות. **נוסחת הנד.**

**"נוסחת הנד" Learned Hand formula**

הנוסחה נותנת לנו את התשובה לשאלה לעיל בפרספקטיבה כלכלית. לרנד הנד היה שופט פדרלי באחת מערכאות הערעור בארה"ב. הוא התפרסם ברמה גלובלית, בין היתר, בזכות הניסיון שלו לפתור את הבעיה הזו- מתי יודעים שאדם התנהג בצורה לא סבירה ועד כמה אם בכלל צריך להתחשב בעלות של המזיק ובהכבדה על המזיק למנוע את הנזק? לרנד הנד פתר את השאלה באמצעות הנוסחה, שנקראת על שמו ואומצה בצורה די גלובלית ע"י הרבה בתי משפט, בארץ ובעולם.

**הפרמטרים של נוסחת הנד:**

**P** (probability) - **הסתברות שייגרם הנזק**.

PxL תוחלת הנזק

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

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

כמה יעלה למזיק למנוע את הפעולה, להציב אמצעי מניעה. לפעמים לא ניתן למנוע בכלל- הדרך היחידה להימנע מפעולה מסוכנת היא להימנע מהפעולה לגמרי – זוהי הדרך הקיצונית ביותר להימנע מנזק.

**רוב הפעולות שאנחנו עושים בעולם מחצינות סיכון כלשהו כלפי הסביבה.** אנחנו יכולים להשקיע משהו במידה מסוימת כדי להימנע מנזק, אבל אפשר גם להימנע לגמרי מהפעילות המסוכנת – שזה משהו שהמשפט לא מצפה ממני. **לדוגמה**: נהיגה היא מסוכנת. אבל להימנע לגמרי מנהיגה היא אמצעי זהירות חריג (קיצוני ביותר). אנחנו מבינים שיש פעולות מסוכנות אבל הן רצויות כי הן יוצרות יותר תועלת מנזק. לא מצפים להימנע לחלוטין מפעולות מסוכנות אבל כן מבקשים איזשהו איזון.

הנוסחה מתארת את הרעיון של הגישה הכלכלית שלפיה דיני הרשלנות מיועדים **לתמרץ** את המזיק לנקוט באמצעי זהירות כאשר העלות של הנקיטה באמצעי זהירות נמוכה יותר מתוחלת הנזק שיכול להיגרם ושהיא תופחת אם אמצעי המניעה יינקטו.

P x L B 🡨 התנהגות רשלנית (התרשלות). [תוחלת הנזק גבוהה מעלויות המניעה]

P x LB 🡨 אין התרשלות. [תוחלת הנזק נמוכה מעלויות המניעה]

**תוחלת נזק=** מייצגת את המכפלה שבין ההסתברות להתרחשות הנזק (P) לבין גובה הנזק הצפוי (L). PxL אם תוחלת הנזק גבוהה יותר מעלות המניעה ברור שהמזיק התרשל, כי **הדבר היעיל היה להפחית עלויות**, אם המזיק היה משקיע את עלויות המניעה ומונע את הנזק. לעומת זאת, אם עלות המניעה יותר גדולה מתוחלת הנזק, המזיק לא התרשל כי במקרה הזה זה לא יעיל לבקש ממנו להשקיע זאת.

**נוסחת הנד – דוגמה:**

במפעל הפולט חומרים בזמן הפעילות עשויה להיות דליפה.

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

לרוע המזל, הסיכון התממש, וקרה נזק של 100. **האם ניתן לומר שהמפעל התרשל?**

**תשובה:** תוחלת הנזק היא 30 (30% כפול 100). ניתן למנוע את הנזק אם אשקיע 20 ברכישה של פילטר שימנע את הדליפה. המפעל התרשל 30 20. תוחלת הנזק גבוהה יותר מעלות מניעת הנזק ולכן המזיק התרשל.

**ומה אם הנזק הצפוי לשכן של המפעל עומד על 50 (במקום 100)?**

**תשובה:** במקרה כזה, תוחלת הנזק היא 15 (30% כפול 50).

20 15, המפעל לא התרשל.

**יקר לנו יותר שהמפעל ימנע את הנזק, מאשר שהנזק יתממש.**

מסתכלים מנקודת מבט כשופטים אחרי שהנזק יתממש. אמרנו שפעולות הן מסוכנות, אנחנו מתנהלים בעולם סביב סיכונים, אבל לא תמיד נרצה שאנשים ימנעו את הנזק. מה שמשנה לנו היא תוחלת הנזק וזה המספר שאנחנו מצפים שאנחנו יראו לנגד עיניהם ויפעלו על פיו. את הנזקים הצפויים בתוך סיטואציות עובדתיות מסוימות ואת הסתברותם להתרחשות.

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

**אתגרים של כימות**

* כיצד מכמתים עלות מניעה?
* כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (הסתברות)?

תשובות אפשריות:

* קירוב
* אי שוויון (אין צורך לאמוד את גודל המדויק של כל אחד מהאגפים PL, B).

הנוסחה הזו מצריכה אותנו לכמת דברים שלא תמיד כ"כ פשוט לכמת. לפעמים זה פשוט, כאשר אמצעי מניעה עולים כסף. אבל לא כל אמצעי מניעה עולה כסף. **לדוגמה:** מזיק הוא נהג שנהג במהירות מופרזת בצורה מסוכנת. איך מכמתים עלות מניעה שהיא נסיעה יותר איטית?

בנוסף, איך נדע מה ההסתברות של נזק? הרי השופטים מסתכלים במבט לאחור. אלה דברים שדורשים מאיתנו לשערך ולכמת בצורה לא פשוטה. צריכים לחשוב מה האדם הסביר היה חושב לגבי צפיות הנזק. נדרשת מלאכת מחשבת שהיא לא כ"כ אינטואיטיבית.

**פתרון** **לאתגרים** – הנוסחה מדברת **במונחים של אי שוויון** ולא במונחים של ערכים מוחלטים, כאשר אנחנו צריכים להשוות בין גדלים של עלות מניעה מול תועלת נזק. אם היינו צריכים להגיע לערכים מוחלטים, מה בדיוק היה הנזק, מה בדיוק הייתה הסתברות לנזק, מה בדיוק הייתה עלות המניעה – היה מאוד קשה להתמודד. הנוסחה מדברת במונחים של אי שוויון ולכן זה מקל עלינו מאוד על השימוש באינטואיציה של הנוסחה.

העובדה שלא מצופה לדבר בערכים מוחלטים, יש פה אפשרות להשתמש במדדים או רעיונות שיקרבו אותנו לפתרון, פחות או יותר, **בקירוב**. מפתחים כלים נכונים כדי להתמודד עם הקושי. אנחנו מביאים את הנוסחה המתמטית אל עולם המשפט, לא מדובר בזירה של ערכים מדויקים, נתמודד עם ערכים בקירוב.

נוסחת הנד אומרת שלא תוטל אחריות אם עלות המניעה של הנזק גבוהה מתוחלת הנזק. מבקשים לצמצם עלויות. **לא מונעים נזקים אם לא יעיל למנוע אותם** – לפי הפרספקטיבה הכלכלית.

**נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה**

**פוזנר ו"מונע הנזק הזול"**

פוזנר, אחד מאבות הניתוח הכלכלי של המשפט, היה גם שופט פדרלי בארה"ב ולימד בשיקגו. הוא לקח את נוסחת הנד ואימץ אותה ככלי שקובע את אמת המידה לקביעת התרשלות והוסיף לה מימד נוסף. לא צריך להסתכל רק על המזיק ועל יכולת המניעה שלו, אלא גם על הניזוק. **הסתכלות גם על הניזוק**.

* **יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק**. (דומה לדוגמה עם התירס מהשיעור הקודם).
* **מדובר** **בתנאי מצטבר לנוסחה**, שני התנאים יחד יובילו לתוצאה היעילה.
* בהמשך, קלברזי והירשקופף הציעו את **כלל "שוקל הנזק הטוב ביותר".**

אנחנו לא רוצים שאנשים רק ימנעו את הנזק אם יעיל למנוע אותו (אם תוחלת הנזק גבוהה מעלויות מניעת הנזק), אלא גם רוצים לבדוק מי היה נכון שיפעיל את הנוסחה הזאת – המזיק או הניזוק.

הכלל של "מונע הנזק הזול" פותח לכלל של "שוקל הנזק הטוב ביותר". לפיו, במקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את כל החישובים ולקבל את המידע לגבי מי הצד שהיה לו יותר זול למנוע את הנזק (המזיק או הניזוק), צריך למצוא את הצד שהוא שוקל הנזק הטוב ביותר, כלומר שנמצא בעמדה הטובה ביותר כדי לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונה ועלויות המניעה של התאונה עצמה. וגם הצד שיכול לפעול על סמך המסקנות האלה. הרעיון מאחורי הכלל הוא, שבמקום שביהמ"ש יצטרך לעשות את החישובים הוא רק צריך לבדוק לאיזה צד היה את המידע לפעול בעצמו. למי הייתה הידיעה כיצד למנוע את הנזק או את האפשרות להתריע לצד השני. **נועד למזער עלויות אדמיניסטרציה שכרוכות בתפעול הכלל "מונע הנזק הזול"**, שהן מאוד מכבידות על ביהמ"ש ויש לכך עניין בפרספקטיבה כלכלית.

**לדוגמה**: החלקות עם התירס והצאן (שלמדנו בשיעור שעבר). על מי נטיל אחריות? התשובה השנייה שלמדנו, זה לא משנה מי אשם (מגדל התירס או בעל הצאן), חשוב למי יותר זול למנוע את הנזק. לפי מונע הנזק הזול- מי שקל לו יותר, זול לו יותר למנוע את הנזק, למשל באמצעות בניית גדר, שכירת שירותיו של רועה או אמצעים אחרים, עליו נטיל אחריות. אם נוכל לשערך את העלויות הללו נוכל להגיע לתוצאה. לצורך העניין, נטיל אחריות על מגדל התירס כי עלויות המניעה שלו 6 לעומת אלה של בעל הצאן שהן 8. מונע הנזק הזול הוא בעל התירס שיכל לבנות גדר. על אף שבעל הצאן יכול היה להיות אשם כי הצאן נכנסה לחלקת התירס. אם בעל התירס ידע שנטיל עליו אחריות הוא יבנה גדר כדי לא לאבד את השדה שלו (בהנחה שזה לא יקר יותר מעלות החלקה עצמה)- זה יכול להכווין התנהגות, לגרום לאנשים לבנות גדרות כדי למנוע נזקים ולהימנע מהטלת אחריות נזיקית עליהם.

**אנחנו נתמקד בנוסחת הנד+ "מונע הנזק הזול". נבחן למי זול יותר למנוע את הנזק ועליו נטיל את האחריות**.

יעילות=סבירות. האדם הסביר בפרספקטיבה כלכלית הוא האדם היעיל.

**אימוץ נוסחת הנד**

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

השיקול הכלכלי הוא לא היחיד, יש שיקולים נוספים שסדורים בנוסחה הזאת. נוסחת הנד לא מיושמת באופן כלכלי טהרני. יש תועלת ויש נזק שנבחנים בצורה של שערוך. זה לא מדע מדויק. עם זאת, הנוסחה הזאת משמעותית וחשובה, כחלק משאלת ההתרשלות.

דוגמאות למצבים שבהם ביהמ"ש עשה שימוש בנוסחה:

פס"ד ועקנין- נער בן 15 קופץ קפיצת ראש למים רדודים בבריכה והוא נפצע באופן חמור. השאלה הייתה האם בעלי הבריכה ומפעיליה התרשלו כשלא תלו שלטי אזהרה? המסקנה הייתה שעלות המניעה של הצבת שלטים היא נמוכה יחסית לתוחלת הנזק הצפוי של פגיעת גוף למתרחצים. השיקולים הכלכליים מבטאים את נוסחת הנד, גם אם לא הוזכרה במפורש. השיקולים הכלכליים תמיד נמצאים.

פס"ד גרובנר (לא קראנו)- אישה מבוגרת מטיילת בפארק, נפגעת מרוכב אופניים. היא תבעה את עיריית חיפה ברשלנות שלא שם מספיק פקחים בשטח הפארק כדי לאכוף את האיסור של רכיבה על אופניים. העירייה טענה טיעון תועלתני, שיקול יעילות מסוג כלכלי. המשטרה הסבירה שאין לה מספיק פקחים, אבל היא הציבה שלטים שקובעים שאין כניסה לרוכבי אופניים. השופט שמגר לא מפנה לנוסחת הנד, אבל הוא משתמש בעקרונות שלה ושוקל שיקולי יעילות. לאור העלויות הגבוהות של הצבת פקחים בשטח הפארק, זה היה סביר מצד העירייה להסתפק בהצבת השלטים במקום להציב פקחים שעלותם יכולה להיתפס כמכבידה מדי לעומת הנזקים הצפויים. ביהמ"ש בוחן האם עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק. **לגבי השאלה שנשאלה בתחילת השיעור- שיקול ההכבדה הוא שיקול שביהמ"ש לוקח בחשבון בגישה הכלכלית.**

בתי המשפט מיישמים את העקרון של נוסחת לרנד הנד, לפעמים בצורה מפורשת.

**חלופות לנוסחת הנד?** - האם יש דברים אחרים שניתן להשתמש בהם כדי להגיע לאותה יעילות כלכלית?

* **מה לגבי מנהגים?** האם מספיק להיתלות במנהגים לגבי פרקטיקה מקובלת וכך אוכל להגיע לתוצאה יעילה?
* **דוגמה**- רשלנות רפואית (פרקטיקה מקובלת).
* **דוגמה**- מפעל מזהם (למשל, קביעת גובהה של ארובה למניעת זיהום).
* **המסקנה**- המעמד של מנהג הוא מורכב והוא **אינו בהכרח תחליף אידיאלי לנוסחת הנד**.

\*\*אם רופאה מבצעת הליך רפואי שבראייה מקצועית, פרקטית ב-90% מהמקרים רופאים היו אומרים שזה מה שהם היו עושים, אבל נזק התממש. כל ניתוח כרוך בסיכון. לא תמיד רופאים יישאו באחריות לנזקים שהתממשו, כי לא תמיד הם התרשלו. כאשר מדובר בפרקטיקה מקובלת – קשה להניח שהם התרשלו. במקרה הזה לא צריך את נוסחת הנד.

\*\*מפעל מזהם- נניח שמפעל נתבע ברשלנות על נזקים שנגרמו לאור זיהום מהמפעל שלו. המפעל יכול לטעון שהוא לא צריך להגביה את הארובה למרות שזה יכול למנוע נזק, כיוון שהפרקטיקה בתחום של מפעלים מזהמים היא שהארובה היא בגובה 10 מטר. האם נאפשר למפעל לטעון טענה כזאת? אם היינו מקבלים את טיעון המנהג, לא היינו יכולים להטיל אחריות. אך אם נבחן את העלות של הגבהה הארובה לעומת הנזק העצום שעלול להיגרם לולא אמצעי הזהירות, נוכל להטיל עליו אחריות נזיקית לפי נוסחת לרנד הנד. **אם ננהג לפי המנהג** ולא לפי הרעיון הכלכלי הבסיסי של נוסחת הנד **לא נוכל לספק את התמריץ היעיל החברתי כדי שהמפעל יבנה ארובה גבוהה יותר**.

יש הרבה פעמים שמנהגים ונוסחת לרנד הנד יביאו לאותה תוצאה. אך הדוגמה של המפעל המזהם מדגישה את הקושי שבקביעה רק באמצעות המנהג. כאשר במקרים הקשים נצטרך לתמרץ את המזיקים הפוטנציאליים לפעול בצורה יעילה חברתית.

* **מה לגבי חוק?**
* **מי שהפר חוק לא בהכרח התרשל** (בנוסף, יש עוולה נפרדת עליה נדבר בנפרד, שעוסקת בהטלת אחריות נזיקית בגין הפרת חוק).
* **השופט מצא בעניין** **לרנר נ' מדינת ישראל**.

השאלה היא האם הפרת חוק היא התנהגות בצורה לא סבירה במובנים של נוסחת הנד?

החוק נראה לנו כמעין מועמד טבעי לתחליף לנוסחת הנד. נורא אינטואיטיבי להניח שהתנהגות העוברת על החוק היא לא סבירה. זאת הנחה לפיה החוק מגלם התנהגות יעילה. במקרה כזה אם מפרים את החוק צריך לומר שהתנהגו בצורה לא סבירה. אנחנו נראה שזה לא בהכרח כך. בישראל ההלכה היא שמי שהפר את החוק זה לא אומר שהוא התנהג באופן לא סביר והתרשל.

בנוסף, יש עוולה ספציפית של **הפרת חובה חקוקה**- מתייחסת למצבים שבהם ניתן לתבוע בנזיקין על הפרת חוק. זה לא בהכרח רלוונטי לעוולת הרשלנות, המדברת על התנהגות לא סבירה.

פס"ד לרנר- נהג משאית, יצחק לרנר, נוסע במהירות גבוהה ועובר חיילים במחסום, בסיטואציה שבה היו הרבה התרעות על נהג משאית שאמור לבצע פיגוע. הנהג עבר את המחסום ולא שמע שהתבקש לעצור. אחד החיילים הפר את הוראות הפתיחה באש וירה על המשאית, ובכך גרם לנזקי גוף לנהג. החיילים חשבו שהנהג הוא מפגע ולכן ירו. החיילים עברו על הוראות הפתיחה באש (חוק צבאי), והשאלה הייתה האם הם התרשלו?

היה ברור שהיה אי-ציות להוראות פתיחה באש- לא הייתה מחלוקת בנושא. הדילמה היא האם בהכרח זה אומר שהייתה התרשלות מצד החייל. **בפס"ד לרנר אנחנו מבינים שאין חפיפה מלאה בין הפרת חוק לבין התרשלות.** צריכים להסתכל על ההקשר והנסיבות. הנסיבות היו כה קיצוניות לאור ההתרעות שהחיילים היו צריכים להתמודד איתן בזמן קצר. אמנם הייתה טעות מצד החיילים, אך הסיטואציה חרגה מהמצבים הטיפוסיים שהוראות נוהל מעצר חשוד נועדו להתמודד איתם. **ההחלטה לירות הייתה מוטעית, אך אי אפשר לומר שהיא הייתה לא סבירה**. במקרה הזה לא מתקיימת התנהגות רשלנית. ההתנהגות סבירה בנסיבות.

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

\*התנהגות שסוטה מהסטנדרט המקובל (המנהג) או החוק לא בהכרח מעידה על התרשלות. העובדה שמישהו קיים או הפר מנהג או חוק לא יכולה בפני עצמה להביא אותנו למסקנה על הסבירות בעוולת הרשלנות, שמישהו התרשל. **נוסחת לרנד הנד מביאה אותנו למסקנות מדויקות יותר שיובילו אותנו לאיזון מדויק יותר**.

כמובן שלא נגיד שהפרת מנהג או חוק לא רלוונטית לגמרי. נוכל להיעזר בכך למדידת סבירות ההתנהגות. אך זה לא שיקול מכריע כדי לקבוע שמישהו התרשל והתנהג בצורה לא סבירה. הפרת חוק או מנהג יכולה להוות אי סבירות, אך נצטרך לבחון את נסיבות המקרה בצורה חשדנית כדי להבין האם הייתה התרשלות.

**נוסחת הנד - התרעה ביתר והרתעה בחסר**

* **טעות שיפוט בהערכת סטנדרט הזהירות** (תוחלת הנזק, PL).
* **הרתעה ביתר**- **כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי**.
* **לדוגמה**, נניח שרמת הזהירות היעילה בנסיבות מסוימות היא 10 בהתאם לתוחלת הנזק, אבל המזיק חושב שבפועל, תיוחס להתנהגות שלו תוחלת נזק של 15.

ההנחה של אנשי התפיסה הכלכלית: **כשמזיק פוטנציאלי פועל בעולם הוא למעשה רואה את תוחלת הנזק לנגד עיניו**. הרעיון הוא שאם נוסחת הנד נכונה ואנחנו רוצים שאנשים ישקיעו במניעה של נזקים או לא ישקיעו בהתאם לתוחלת הנזק, עליהם לראות לנגד עיניהם את תוחלת הנזק. רוצים שהמזיק יידע זאת כדי לשקלל נכון את צעדיו ולדעת האם עליו להשקיע כדי למנוע נזקים. יהיה למזיקים מובן כללי לגבי מה שיכול להיגרם כתוצאה מהתנהגותם המסוכנת.

**תוחלת הנזק מבטאת את סטנדרט הזהירות.**

אם תוחלת הנזק 10, עליי למנוע את הנזק כאשר עלות המניעה נמוכה מ-10. אחרת אם לא אעשה זאת אתרשל. החברה צריכה שאני אדע שתוחלת הנזק שאני מייצרת היא 10.

\*מה זה אומר על ביהמ"ש? אם המזיק יחשוב שביהמ"ש יעשה טעות בשערוך תוחלת הנזק שהוא רואה לפניו ויחשב את תוחלת הנזק 15 כאשר בפועל המזיק ראה 10, לאור בחינה רטרוספקטיבית (בדיעבד) של הנזק, המזיק ירצה להתנהג בצורה זהירה יותר מהרגיל. זאת משום שאם חלילה מתרחש נזק, ביהמ"ש יראה את תוחלת הנזק באופן חמור יותר, יחשוב שהמזיק חשף לנזק גדול יותר – ויש סיכוי שתוטל על המזיק אחריות ברשלנות.

\*יכולים להיות מצבים של טעות שלי / של ביהמ"ש. במקום תוחלת נזק של 10, לאור טעות שפיטה או טעות של איך שאני קוראת את הדברים אני עלולה לחשוב שתוחלת הנזק היא 15. לכן אני אחשוב שתוטל עליי אחריות אם לא אשלם 11 למנוע את הנזק. זוהי טעות. אני לא אמורה להשקיע 11 כדי למנוע נזק שהוא בפועל 10. מה זה אומר? אני אתנהג בצורה זהירה יותר ממה שיעיל שאתנהג. אשקיע יותר אמצעים למניעת הנזק ממה שבפועל מצופה ממני.

\*זה יגרום למזיק להתנהג בצורה זהירה יותר וזה לא יעיל. **לדוגמה:** רפואה מתגוננת - אם רופאים חושבים שתוטל עליהם אחריות גבוהה יותר ממה שבפועל תוטל עליהם, הם ישקיעו יותר באמצעי זהירות. זה עלול לפגוע ברמת הטיפול שיעניקו.

\*בהרתעת יתר אנשים נרתעים יתר על המידה, ובכך מונעים את הנזק כאשר יותר יעיל לא למנוע אותו.

* **הרתעה בחסר- כאשר ביהמ"ש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי.**
* **לדוגמה**, אם תוחלת נזק היא 10, אבל המזיק חושב שסטנדרט הזהירות נמוך יותר, ומבטא תוחלת נזק של 5. האם ימנע את הנזק בעלות של 6?

מצב יותר בעייתי. גורם למזיק לנהוג בצורה זהירה פחות ולכן זה לא יעיל. המזיק מחצין את הסיכונים שמשפיעים על העולם ולא לוקח עליהם אחריות. אנשים יחשבו שלא תוטל עליהם אחריות בגין הסיכונים. דומה לביקורת של הפרספקטיבה הכלכלית **בפס"ד אבו חנא**.

נניח שמזיק יכול להשקיע 6 כדי למנוע נזק של 10. אם המזיק יודע שביהמ"ש עושה חישוב נכון לגבי תוחלת הנזק (10) המזיק ימנע את הנזק ב6, אחרת ייקבע שהתרשל. אבל אם אני המזיק יודע שבנסיבות כאלה ביהמ"ש מחשב באופן שגוי ונמוך ממה שצריך את תוחלת הנזק, מחשב 5 במקום 10, אז המזיק לא ישקיע 6 כדי למנוע את הנזק. המזיק יחשוב שתוחלת הנזק שתחושב תהיה נמוכה מעלות המניעה ולפי נוסחת הנד לא מצופה ממנו למנוע. המזיק יתנהג בצורה מסוכנת ולא יעילה, בכך שלא ימנע את הנזק הצפוי. המזיק עלול לטעות ולא לנהוג בזהירות המצופה ממנו.

* אם יש טעות שיפוטית או טעות למזיק בהבנת החוק 🡨 סטנדרט הזהירות הוא נמוך או גבוה ממה שבפועל – התמריצים של המזיק משובשים. המזיק יכול להתנהג בצורה זהירה יותר או בצורה פחות זהירה לפי עיצוב הטעות (הרתעה ביתר או הרתעה בחסר).

**הרתעה יעילה-** כמה שיותר קרוב לתוחלת הנזק שהמזיק מחצין לעולם.

**שאלות בשעת קבלה-**

**1.איך נכון לתכנן כלל יעיל בביהמ"ש?**

צריך להתחשב בשיקולי הרתעה ביתר והרתעה בחסר. צריך לגרום לכך שאנשים יראו את תוחלת הנזק האמיתית. נרצה להביא להרתעה יעילה ולמנוע את זהירות היתר ואי-זהירות יתר. לא נמנע סיכונים בכל מחיר, אלא כאשר זה משתלם לי.

זה צריך להתבטא בפסיקה שלי כשופטת. אני צריכה לתת פסיקה שתגלם את זה. אם אני רוצה למנוע התנהגות כזו – עליי לפסוק בהתאם. אם אני אטיל אחריות מופחתת במצבים מסוימים אני עלולה לגרום לאנשים לפעול בהרתעה בחסר (יראו תוחלת נמוכה מתוחלת הנזק האמיתית).

**לדוגמה**, בפס"ד אבו חנא, ביקשו למנוע שאנשים יפעלו בצורה פחות יעילה ויהיו מורתעים בחסר (יחששו פחות לפגוע בשכונה ענייה לעומת שכונה עשירה, אם הפיצויים היו לפי נתונים סוציו-אקונומיים).

**2.האם עליי להתחשב בפעולה שמחוללת תועלת לחברה (מקסום הרווחה המצרפית)?**

התשובה היא בעיקרון כן, לפי פרספקטיבה כלכלית. לא נחבר את זה לנוסחת לרנד הנד. נלמד את זה עם מטרדים. נחשב את הנזק תוך שקלול התועלת 🡨 כדי להגיע לנזק נטו.

**3.** נוסחת הנד מגלמת אי שוויון. במצבי אמצע ננסה למצוא איך פותרים את זה- **דוקטרינת אשם תורם** ובכך נצמצם את האשמה הנזיקית.

**שיעור 7 12/04/2021**

השאלה שבה נפתח השיעור הקודם הייתה האם מניעת הנזק לניזוק מכבידה על המזיק בכל אחת מהתיאוריות השונות שנלמדו? האם זה משנה לנו שיש עלות שמכבידה לנתבע במניעת הנזק? מבחינת **הצדק המתקן** וודאי שלא. המטרה של התרופה היא לתקן את אי הצדק שנוצר בין המזיק לניזוק מרגע שנפגעה זכותו של הניזוק ע"י המזיק. כמו כן, **צדק מחלק** לא מתמקד בהכבדה כלכלית על המזיק או הניזוק המסוימים אלה על קבוצות אליהם הם משתייכים ואין לומר שמניעת הנזק תכביד על המזיק. לעומת זאת, **בתיאוריה הכלכלית** ההכבדה על המזיק במניעת הנזק היא כן רלוונטית בקביעה האם יש להטיל אחריות בנזיקין על המזיק (נוסחת הנד). כל עוד עלות מניעת הנזק יותר נמוכה מעלות גרימת הנזק, נצפה מהמזיק למנוע אותו. אנו צריכים רכיב נוסף שהוא מונע הנזק הזול – נטיל את האחריות לנזק על הגורם שעבורו Bmin. נטיל אחריות לאו דווקא על המזיק ונבדוק גם מה הניזוק היה יכול לעשות. אם הניזוק היה יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר, נטיל עליו את האחריות בנזיקין.

**מה קורה אם הניזוק והמזיק מונעי הנזק זולים במידה זהה?**

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

* תמיד עדיף לנסות ולמצוא גורם אחד משיקולים של צמצום עלויות, שהם שיקולים כלכליים מ"סדר ראשון", אבל אם זה בלתי אפשרי, ננסה בכל זאת לאתר מי מונע הנזק הזול ביותר. המטרה היא לתמרץ את הצדדים בצורה יעילה להקטין את העלויות ואת הנגיסה מהרווחה המצרפית. אם בכל זאת אי אפשר למצוא:
* שיקולים מסדר שניוני – מפזר הנזק הטוב ביותר. לא נוכל להגיע למסקנה מי יותר נכון מבחינת יעילות אז ננסה לקיים רעיון כלכלי נוסף נטיל את הנזק על מי שיכול לפזר את עלויות הנזק הכי טוב. במקרה שלנו שניהם אנשים פרטיים ואי אפשר לקבוע מי מהם מפזר הנזק הטוב ביותר.
* שיקולים נוספים – צמצום עלויות אדמיניסטרציה (חסכון בעלויות ההליך עצמו) יובילונו להותיר את עלויות הנזק על הצד הנושא בו. עלויות נכבדות, בהקשר הזה ניתן לחשוב על עלויות הליך הליטיגציה.
* שיקולים מסדר שלישי: אם רוצים לתכנן את הכלל המפשטי בצורה יעילה אנחנן נרצה שבמקרה בו אין חנו מונע הנזק הזול ביותר או מפזר הנזק הטוב ביותר, הכלל המשפטי היעיל יאותת לצד שמקרה כזה ניזוק – אל תגיש הליך ליטיגציה. תמנע את העלויות מראש.

שני הצדדים צריכים לדעת מה עלות מניעת הנזק של הצד השני, אך ישנם פערי מידע בין הצדדים. לרוב לא יודעים מה עלות מניעת הנזק, ולכן ישנו קושי לקבוע מיהו מונע הנזק הזול.

**קיומה של חובת זהירות (היסוד השני של עוולת הרשלנות)**

ס'35 לפקודת הנזיקין - רשלנות: "...ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג..."

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

**על מנת להטיל על מזיק אחריות ברשלנות לא דיי בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק.** חובת זהירות היא כמו מעין דלק- אם היא מתקיימת רק אז נבדוק אם התקיימה התרשלות ורשלנות. היא אבן היסוד, מעין שער, שרק אחריו נבחן את כל השאר.

**פס"דDonoghue v Stevenson :** עובדות: שתי חברות ישבו בבית קפה והזמינו גלידה שעלייה צריך למזוג בירה. בעת שהיא מוזגת היא מגלה שיש חילזון מת בתוך המשקה. כמו כן טענה כי היו לה כאבי בטן והיא נזקקה לטיפול רפואי. היא תבעה באותו מקרה את חברת המשקאות (אחריות היצרן) והיום ברור לנו מאוד שהייתה אמורה לתבוע את היצרן. פס"ד זה נחשב מאוד חדשני כי הוא העלה את נושא הטלת אחריות ברשלנות על היצרן. כמה לדונה יש זכות לתבוע את חברת המשקאות בלי שיש חוזה בין הצדדים. מה שמעניין אותו היא ההחלטה של לורד אטקין- "השכן שלנו" במשפט הוא אדם שקרוב דיו כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, ולכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנו בוחרים איך להתנהג.

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

**התפתחות חובת הזהירות בארץ:** השאלה נדונה בפס"ד גורדון.

**פס"ד גורדון נ' עיריית ירושלים: נדרש לקריטריון של קרבה במשפט הישראלי**.

עובדות: גורדון מכר את רכבו לאחר. בהמשך המשיך גורדון לקבל עליו קנסות, למרות שדיווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים הפסיק לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של עניין אף נעצר. בד"כ כשדבר כזה נעשה מדובר על רשלנות ובהפרת חובה חקוקה. באופן עקרוני הליך נפל פלילי זו עוולת הנגישה – ס'60 לפקנ"ז: "נגישה היא פתילתו או המשכתו של הליך נפל- למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת- נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך..."

עוולת הנגישה – הליך נפל פלילי – דורשת הוכחה של זדון. לכן, גורדון תובע בעוולת הרשלנות.

נשאלה השאלה האם חלה חובת זהירות לעיריית ירושלים כלפי גורדון? "יחסי שכנות": במשפט הישראלי הקריטריון ליחסי שכנות או קרבה, הוא מבחן צפיות (השופט ברק). מי הוא זה שיכול להיפגע מההתנהגות שלי. במקרה זה ביהמ"ש החליט להחיל את עוולת הרשלנות למרות שיש עוולה פרקטיקולרית שלא מתקיימת. זה כביכו כניסה מ"דלת" האחורית המקום מהקדמית שנסגרה. ביהמ"ש החליט שבמקרה בו נחסמת הדלת המרכזית (עוולת הנגישה) לא נסגרת הדלת החלופית – עוולת הרשלנות.

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

1. צפיות טכנית או חובת זהירות קונקרטית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק).
2. צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית (כלפי אירוע הנזק, סוגו והניזוק).

צפיות טכנית בוחנת האם המזיק יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

צפיות נורמטיבית בוחנת האם המזיק היה צריך לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

מבחנים מצטברים כדי להטיל חובת זהירות. ישנם מקרים בהם היה צריך אבל לא היה יכול.

ההבדל הגדול בין "יכול" ל"צריך": צריך – לא יכולת לעשות אבל היית חייבת לעשות זאת. יכול – סוג של בחירה או היכולת, משהו טכני שהיה ניתן לעשות. הרבה פעמים ש"יכולת" גם היית "צריכה", אך לא תמיד זה ככה.

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

**Palsgrave v. long island railroad company- פס"ד הממחיש את עניין היכולת למנוע את הנזק ואיך בוחנים את זה.** באותו פסק דין היה נוסע שניסה לעלות לקרון הרכבת כשהיא כבר התחילה לנסוע, אחד השומרים ניסה לדחוף אותו פנימה תוך כדי שהרכבת התחילה בתנועה. בידו של הנוסע הייתה חבילה שנפלה לו מהיד ובה היו זיקוקים, הזיקוקים התפוצצו. עקב הפיצוץ אחד המוטות שהיה לצידה של גב' פלסגרף פגע בה בראש ולימים היא נהייתה אילמת. היא תובעת את חברת הרכבת ברשלנות ורוצה פיצוי על נזקיה. השופט קרדוזו בדעת רוב קבע שאין להטיל חובה נזיקית על הרכבת באותו עניין, אף על פי שכל אחד יכול היה לחשוב שהתנהגות השומר הייתה רשלנית. אותו שומר לא יכול היה לצפות את השתלשלות הדברים בעניין זה, ולא חבה לו חובת זהירות כלפי הגברת. השתלשלות האירועים לא הייתה בטווח הצפיות ובמתחם הסיכוי שהוא יכול היה לצפות.

**פס"ד פריצקר נ' פרידמן** – עוסק בשאלה של צפיות טכנית. עובדות: עזבונו של אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג (הנהג דרס את מי שכיוון אותו למוות) תובע את הדורס ברשלנות (הימים שלפני הפלת"ד = אחריות מוחלטת ומתן מענה כיום). יכול להיות שההתנהגות הזו הייתה רשלנית אבל כדי לקבוע האם חלה חובת זהירות כלפי אותו אדם שנדרס, הייתה צריך לבחון האם יש חובת זהירות כלפיו. השופטים אגרנט וזילברג דחו את התביעה. פריצקר כיוון את הדורס, ודיבר איתו עד אותו רגע שהא נדרס. הנהג לא היה יכול לדעת שהוא יכול לדרוס אותו באותה סיטואציה. אפשר היה אולי לומר שיש התנהגות רשלנית, **אך לא קמה חובת זהירות ולכן הנהג לא התרשל.**

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

כיצד ניתן להצדיק את מבחן הצפית הטכנית? הסברים אפשריים:

* אולי תוחלת הנזק מאוד קטנה? הסיכוי הנזק יתחרש הוא מאוד קטן, לכן ספק אם היה אפשר להפליל אותו.
* כיצד ניתן לצפות ממזיק לנקוט באמצעי מניעה אם הנזק לא צפוי? אם אנחנו לא יכולים לצפות את האירוע או את הנזק, מבחינה טכנית, אי אפשר לצפות מאיתנו שננקוט אמצעי מניעה.
* הרתעה ביתר? כולנו מסכנים ומסתכנים בכל רגע נתון. לא ניתן לחיות בידיעה שכל סיכון שיתממש תוטל אחריות בגינו. אם כולם יוכלו לתבוע כל הזמן על כל דבר, אנחנו נהיה במצב לא יעיל חברתית, וגם מבחינה אינדיבידואלית.
* אולי המשמעות היא שהניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר? במצבים רבים שהמזיק לא יכול היה לצפות את הנזק, אולי דווקא הניזוק הוא מונע הנזק הזול והיה יכול לצפות/למנוע אותו. למשל כאן- הנדרש אולי כיוון את הדורס אליו.

חריג למבחן הצפיות הטכנית: **מבחן הגולגולת הדקה** (לגבי היקף הנזק שניתן היה לצפות). במצבים בהם יש ניזוק פגיע במיוחד, ההנחה היא **שהמזיק היה צריך לצפות אותו**. אם יכולת לצפות את המזיק או הניזוק, היה אפשר גם לצפות אם הוא רגיש במיוחד. אם הנזק עצמו לא היה צפוי לא ניכנס למבחן זה. מעלה שאלות מעניינות, למשל אם ניתן לטעון שהיקף הנזק הוא נדיר בצורה בלתי רגילה, אז הייתי מונעת הנזק הזולה ביותר. אולי לא ניתן להטיל אחריות על מלוא הנזק.

* ביקורת אפשרית לגבי החריג? מונע הנזק הזול הוא דווקא בעל הגולגולת הדקה. אם אני ניזוק ואני יודעה שאני רגיש במיוחד, אולי אני זה שהיה צריך להיזהר. במקרה כזה לא ראוי להטיל על המזיק אחריות להיקף הנזק. לאדם הפגיע קל יותר לדעת מאשר למזיק לו. למה לחייב את פלוני בנזק של 100 אם הנזק הצפוי הוא 90 כשידוע שפלוני רגיש?
* הרציונליים שמאחורי החריג? טיעון חלוקתי אפשרי, גם הניזוק הרגיש לא תמיד יודע שהוא כזה. מובנים של צדק מחלק- בכך שלא חושבים על ניזוק מסוים אלא כל קבוצה של ניזוקים. אם רוצים לגונן על רגישות מסוימת באוכלוסייה זה טיעון שמאפיין צדק מחלק. קבוצה חלשה מבחינה כלכלית/חברתית/שכלית. כמו כן, לפעמים אנשים לא מונע הנזק הזול כי עם לא יודעים שהם בעלי גולגולת דקה ולא היו יכולים להיזהר.

**בפועל נראה שבית המשפט לא ממהר לפסוק שאין חובת זהירות.**

**צפיות נורמטיבית או חובת זהירות מושגית:**

* הערה כללית – הדמיון שבין "סיבתיות במובן המשפטי" לבין "צפיות נורמטיבית".
* הן הצפיות הטכנית והן הנורמטיבית נוגעות לאירוע הנזק כולו; הן לסוג הנזק והן לניזוק.
* ההבדל בין השאלות, אם המזיק יכול היה למנוע את הנזק, לשאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות.
* בשיקולי מדיניות אפשר לחשוב על כל מיני שיקולים שבגללם ביהמ"ש יכריע שצריך היה לצפות את הנזק ואת הניזוק המסוים, ובכך ליצור איזושהי מסננת נורמטיבית למתי תוטל חובת זהירות ואז מותר להיכנס ל"דלת" של עוולת הרשלנות, ומתי לא.

**דוגמאות לשיקולי מדיניות:**

1. **שיקולי הרתעה** – שיקולי הרתעה ביתר. למשל אם נטיל על רופאים אחריות על כל נזק שיתרחש בלידה טבעית שתקרה שוב ושוב, מה שיקרה הוא כנראה שהם ייטו יותר ויותר לפנות לניתוחים קיסריים, גם כשלא צריך אותם, רק כדי לא להסתכן. או למשל מורים שנתבעים על דברים שקורים בטיולים שנתיים בהשגחתם, הם ייטו להמציא תירוצים ולא לצאת לטיולים כאלה. ככל שנהיה חשופים יותר לאחריות נזיקית, כך ניטה להימנע מפעילויות שבהן יש אלטרנטיבות. נרצה להוריד את הסיכוי להיתבע אחר כך ושלא ייחשב להליך רשלני (אבל הוא יהיה לא יעיל מבחינה חברתית ואנחנו לא רוצים לעודד אותו סתם). אלה המצבים שיקרו אם לא תהיה איזושהי "מסננת".
2. **עלויות מנהליות** – ברגע שתהיה התנהגות מסוכנת נבדוק אם אפשר להטיל עליה אחריות ברשלנות. יוגשו המוני תביעות שרובן תביעות סרק, לכן חשוב שתהיה מסננת נורמטיבית.
3. **"דחייה על הסף"** – מקרים נדירים ומתרחשים שנסיבות המקרה מלמדות שיש הסתברות גבוהה שהמזיק לא התרשל. דוחים עוד לפני שמתחילים לדון בתביעה. חבל להשקיע את עלויות הליך הליטיגציה, כבר מהנתונים עצמם ניתן לראות את זה.

**פס"ד מדינת ישראל נ' לוי** – עובדות: לוי נהרג בתאונה. העזבון תובע. הנהג הפוגע היה מבוטח ע"י חברת ביטוח שהתפרקה. המדינה נתבעה על אובדן כספי הביטוח משום שאילו המפקח על הביטוח היה מפסיק את הרישיון של חברת הביטוח או מתריע לציבור על קריסתה, הנזק היה נמנע והוא היה מתקשר עם חברת ביטוח אחרת. השאלה המשפטית: האם יש חובת זהירות של המפקח על הביטוח כלפי לוי? צפיות טכנית מתקיימת, מה לגבי צפיות נורמטיבית???

**מתי מתקיימת צפיות נורמטיבית כאשר המדינה מעורבת (השופט שמגר)? מתי יש אותם יחסי שכנות?**

1. האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי? גם המדינה יכולה לנהוג באיזה מקום כ"אזרח", ובפרקטיקה עצמה נהגה בצורה רשלנית. למשל, לא טיפלה בצורה נאותה במקרקעין שברשותה ונגרם נזק.
2. האם מדובר במעשה או מחדל? הטלת אחריות על מחדלים תיעשה תמיד ביותר זהירות. בפעולות של "אל תעשה" יותר קשה לומר לאדם מתי או איפה לעצור פעילות.
3. מה סוג הנזק? (נזק ממוני טהור או נזק גוף). ככל שהסיכון הוא יותר לנזקי גוף, ביהמ"ש ייטה לקבוע שחלה חובת זהירות.
4. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת? למשל על העובדה שהמפקח של הביטוי יעשה את השיקולים הנכונים בצורה שהם ידעו שהם מבוטחים.

להשלים!!!!

**בעניין זה** נקבע כי יש לפטור את המפקח מאחריות נזיקית מפני שהוא נופל בגדר מצבים בו מאפשרים לרשות שיקול דעת רחב. (צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת). באיזה מקום ההחלטה הזו נובעת משיקולים שהם על קו התפר בין המשפט הנזיקי למנהלי. אילו החלטת בית המשפט הייתה קובעת אחרת, היא הייתה מתמרצת את המפקח בפעם הבאה להודיע שחברת ביטוח נקלעה לקשיים כלכליים ועלולה להגיע לכדי פירוק.

בפס"ד מדובר על מצב שבו המפקח על הביטוח ניסה בכל מעודו למנוע את הסיטואציה ושקל אלטרנטיבות שונות כיצד למנוע את הקריסה של חב' הביטוח ואיך להציל את המצב. זה לא שהוא עמד מנגד ולא עשה דבר. אם במקום לעשות את זה הוא היה מתריע בפני הציבור, ככל הנראה החברה הייתה קורסת בצורה מיידית ומהירה, אנשים היו בוחרים בחברת ביטוח אחרת במהירות, והדבר הזה כשלעצמו יכול היה להוביל לנזקים מאוד קשים, לא רק לחב' הביטוח שגורלה נחרץ באותו רגע אלא גם של המבוטחים שלא היו מודעים להתרעה וכו'. כלומר היה טעם בהתמהמהות של המפקח על הביטוח.

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

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

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

**שיעור 8 19/04/2021**

בשיעור הקודם דיברנו על המבחן השכנות/ הקרבה במשפט. כלפי מי אני צריכה להיזהר שאני פועלת בצורה מסוכנת? רעיון זה תורגם במשפט הישראלי וגם בארצות אחרות למבחן הצפיות. מי אני צריכה לצפות מה יהיה סוג הנזק. שני סוגי צפיות – טכנית ונורמטיבית.

צפיות נורמטיבית – דוגמה לצמצום חובת זהירות של עדים במשפט. עדים שצריכים לתת עדות או לספק מה שהם יודעים לגבי נתבע/תובע בהליך.

**פס"ד רויטמן** – עובדות: עו"ד הורשע בפלילים, תובע את בנק מזרחי ומס' עובדים על עדות שקר שגרמה לו לנזקים. תובע על רשלנות ועל הפרת חובה חקוקה. השופט קיסטר: עדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות. אז למה ניתן חסינות לעדים? שיקולי הרתעת יתר- אנחנו לא רוצים להרתיע את העדים מלהעיד: עדות היא גם ככה תהליך נפשי מייגע שלוקח זמן רב. אנחנו לא רוצים גם להטיל עליהם אחריות בנזיקין בנוסף לבעייתיות הנובעת מעדות, ובנוסף זו חובה. אנחנו לא רוצים גם להרתיע אותם מלחשוש להגיד את האמת במשפט שלהם או להיזהר בלשונם. כלומר, הנימוק הוא משיקולי מדיניות, יצירת מסננת שתגביל את היכולת לתבוע ברשלנות.

**היסוד השלישי – יסוד הנזק**

הוכחת הנזק וקשר סיבתי בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק.

"גרימת נזק" – המבחן לבחינת קשר סיבתי עובדתי במשפט (עיסוק נרחב במבחני הסיבתיות, ובחריגים, יעשה בפרק נפרד).

**"מבחן האלמלא" – האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?**

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

כן: אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. אי אפשר להטיל על הרופא אחריות ברשלנות. לא: יש קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. ההתרשלות היא הגורם המרכזי לנזק.

**סיכום עוולת הרשלנות ב"קווים כללים":**

* **התנהגות רשלנית** – האדם הסביר, בנסיבות (לפי העניין, להתייחס לשיקולי הפרקטיקה ואובייקטיביות) (האם תמיד אוב'? – ר' שטרן), נוסחת הנד ומונע הנזק הזול/ שוקל הנזק הטוב.
* **קיומה של חובת זהירות** חובת זהירות קונקרטית (צפיות טכנית)

חובת זהירות מושגית (צפיות נורמטיבית)

* **גרימת נזק** הוכחת נזק

קשר סיבתי בין ההתנהגות (אשם) לבין הנזק

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

**גבולותיה של עוולת הרשלנות – ארבעה נושאים מרכזיים:** חלק זה דן במצבים בהם עוולת הרשלנות לא חלה בעבר. כיום ישנו כרסום והרחבה של העוולה גם במצבים האלה. נדבר על כל אחד מהם בנפרד:

1. **נזק ממוני (כלכלי) טהור**
2. נזק כלכלי כתוצאה ממצב שווא רשלני.
3. נזק כלכלי טהור – חובת זהירות של בנקים.
4. נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה.
5. **נזק בלתי ממוני טהור (נזק על כאב וסבל, נזקים נפשיים. היה נהוג בעבר לפטור מאחריות נזיקית אבל ההלכה שונה כיום)**
6. ניזוקים ישירים (כולל המקרה המיוחד של פגיעה באוטונומיה)
7. ניזוקים עקיפים
8. **מחדל טהור**
9. **חיים והולדה בעוולה**

**נזק ממוני טהור:**

**הגדרות:**

**נזק כלכלי טהור:** נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף או רכוש) דוגמה: פועל של חברת חשמל מבצע עבודות תשתית בקרבת מפעל, ובפעולה רשלנית, פוגע בכבל חשמל המחובר למפעל של התובע. כתוצאה מהפגיעה בכבל מכונה במפעל לא עבדה במשך יממה. זהו נזק כלכלי טהור (אובדן ההכנסה של בעל המפעל).

**נזק כלכלי לא טהור:** נזק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי. לדוגמה: אם נשרף חלק במכונה בנוסף, הנזק הכלכלי כבר לא טהור. יש נזק מוחשי, פיזי למכונה.

**הכלל (בעבר) - חובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או רכוש, ואין מפצים על נזק כלכלי טהור. (תובעים שרצו לקבל פיצוי על נזק כלכלי טהור חיפשו נזק פיזי כלשהו שפשר היה לטעון בקרה, כדי שהם יוכלו לתבוע בכל זאת).**

**הרציונליים לכלל:**

1. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה- נזק שהוא לא פיזי בד"כ קשה מאוד להוכיח.
2. הצפת בתי משפט

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

1. לא מתיישב עם צדק מתקן - אם למישהו פוגעים בזכות וקורה נזק, אנחנו מעוניינים- וזה גם אחד הרעיונות של צדק מתקן- להשיב את המצב לקדמותו. האם יש היגיון לא להשיב את המצב לקדמותו רק כי הנזק הוא כלכלי טהור? האם אנחנו לא מקיימים את הרעיון הבסיסי של דיני הנזיקין ברגע שאנחנו פוטרים מאחריות רק כי סוג הנזק הוא כזה? זה די בעייתי.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה – האם אננו מעוניינים לחשוף אנשים לסיכונים רשלניים רק כי הנזק שעשוי להתממש הוא נזק כלכלי טהור? אנחנו נגרום לכך להתרעה בחסר.

* הפסיקה מפתחת את התחום ומאפשרת לאנשים להגיש תביעות נזיקין גם על נזק כלכלי טהור. לא פלא שביהמ"ש הלכו בדרך הזו.

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

1. מצג שווא רשלני
2. נזקים כלכליים – חובת זהירות של בנקים
3. נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

**מצג שווא רשלני:** לפעמים ניתנת חוות דעת רשלנית של עו"ד או רואה חשבון וכו'. בעבר היה קשה להטיל אחריות ברשלנות וכיום ההלכה היא שאם בעל מקצוע התרשל, ניתן לתבוע אותו בתביעת נזיקין.

**פס"ד וינשטיין נ' קדימה:**

עובדות: קבלן בנה מיכל מים. בתכנון המיכל היו פגמים, שנגרמו עקב רשלנות המהנדס. עקב הפגמים, המושב שהזמין את שירותי הקבלן לא הסכים לשלם לקבלן את המחיר המוסכם. המהנדס היה של המושב, של קדימה, ולא היה ביניהם חוזה או קשר אחר כלשהו. הקבלן הסתמך על חוות הדעת של המהנדס ולא בנה את מיכל המים לפי החוזה, לכן גם לא קיבל את כל הכסף שהיה צריך לקבל מהמושב.

**נזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא רשלני:** ההפרש בין מה שהיה אמור לקבל בעבור המיכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מהמושב (אובדן הכנסה). הפס"ד הזה זו הפעם הראשונה בה הוטלה אחריות על מצג שווא רשלני.

השופט אגרנט בפס"ד של הרוב קובע את התנאים לקבלת תביעה על נזק כלכלי טהור בגלל הסתמכות למרות שאין קשר חוזי בין המהנדס לבין הקבלן. אז זה לא היה כ"כ מובן מאליו. בעניין הספציפי הזה לא התקבלה התביעה.

**התנאים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצב שווא רשלני (פס"ד וינשטיין):**

* מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדת – יותר הגיוני שאנשים יסתמכו על אנשי מקצוע. אם בעלי מקצוע ידעו שמה שהם אומרים יכול להטיל עליהם אחריות בנזיקין אם הם מתרשלים, הם יקפידו יותר. הרעיון הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, שבעלת שליטה על המידע (פס"ד **אתא נ' אילנקו**- חברה קבלנית בשם אילנקו תבעה את ועדת התכנון העירוני של קריית אתא על מצג שווא רשלני, כי החברה קנתה קרקע מתוך הבנה שהיא יכולה להיות עליה, אבל הסתבר בדיעבד שוועדת התכנון מסרה לה מידע מוטעה והקרקע הייתה בכלל מיועדת לחקלאות. נוצר נזק כלכלי טהור שנוצר מרשלנות הרשות- החברה נותרה על נכס ששווה פחות, כי לא ניתן לנצל אותו לבנייה. ביהמ"ש קבע שחובת הזהירות לעניין מומחיות חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות כלפי אזרחים שפונים אליהם בבקשה לספק להם מידע שנמצא בשליטת של הרשות.
* המצג נעשה במהלך עסקים הרגיל – לדוג': לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עורך דין. לא נרצה להרתיע אנשי מקצוע לדבר על תחומם מחשש להסתמכות. דוגמה נוספת- אם אדם היה מתעשר בעק' הסתמכות על דברי עורך דין, עורך הדין לא יכל לתבוע ממנו שותפות ברווחים.
* הגבלת היקף האחריות – לדוג': חובת זהירות של עו"ד המתראיין בטלוויזיה כלפי כל הצופים בתוכנית. אין להסתמך על כל מידע שניתן דרך כלי התקשורת ברמה כזאת שהן יוכלו לתבוע ברשלנות כל מרואיין שנתן מידע בטלוויזיה.
* הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות הדעת – צמצום חבותו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת. ניקח לדוגמא מצב בו יועץ השקעות נותן עצה פיננסית לא'. ב' מגיע לא' ושומע על העצה הזאת, ומשקיע את הכסף שלו כמו שיועץ ההשקעות אמר לא' לעשות ומפסיד הרבה כסף. האם לב' יש אפשרות לתבוע ברשלנות את יועץ ההשקעות? כמובן שלא. היועץ נתן את העצה לא' תחת הנתונים שהוא הציג בפניו. אי אפשר להטיל עליו אחריות על כל מאן דהוא ששוחח עם א' והחליט לפעול לפי זה, זה מרחיב את האחריות שלו בנזיקין יתר על המידה. **נכנסת כאן גם חובת הזהירות הטכנית-** **היועץ הפיננסי לא יכול היה לצפות שב' יסתמך על העצה הזאת ויפעל על פיה.**
* נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת – הכלל שהכשיל את התביעה בעניין **וינשטיין** (בכיתה תוזכר אלטרנטיבה לקבל את התביעה בנסיבות אלה ולהכיר באשם תורם). אם המזיק היה יכול לצפות את הנזק (באופן אובייקטיבי). דוגמה: יש לנו נותן חו"ד שהוא המזיק ויש לנו ניזוק. האם יש חובת זהירות כלפי הניזוק? כן, אם אותו המזיק היה יכול לדעת שהניזוק יבקש חו"ד נוספת (יש להבין גם על בסיס נסיבות העניין). באופן עקרוני צריך חוות דעת נוספת אלא אם כן ישנו נוהג אחר. אם היה נוהג שלא צריך לקבל בתחום הזה חו"ד נוספת - חובת ההוכחה הייתה על התובע.

**נזק כלכלי טהור שנגרם ע"י בנקים:**

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

**רציונליים:**

1. לבנקים גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג; דהיינו, הבנק שוקל הנזק הטוב ביותר.
2. ללקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך. לקוחות חוזרים. הרבה פעמים לקוחות לא יודעים מה קורה בחשבון שלהם וסומכים על הפקיד.
3. הבנקים מפזרי נזק טובים, לכן הגיוני שהם יודעים לחשב בצורה נכונה יותר את הסיכונים שלהם ולפזר אותם על פני הלקוחות שלהם (עמלות, מנגנונים פיננסיים שונים וכו').

**חיווי דעת רשלני של בנק:**

**פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח:** נושא הפס"ד: חובת הזהירות של הבנק כלפי לקוחותיו במצב של אינטרסים בין שני לקוחות.

עובדות: חברת בנייה מכרה דירות בעיר עמנואל עד שפשטה רגל. החברה הייתה לקוחה של הבנק, אשר ידע על מצבה הכלכלי הגרוע. לפני שהחברה פשטה רגל, הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו. הוא לא רק ידע על המצב של החברה, אלא גם תמחר את המשכנתאות לפי הסיכון.

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

התביעה התקבלה: על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, "לאותת להם" ללכת לייעוץ נוסף. הפרת חובת זהירות מצד הבנק. מרגע שלא גילה להם הוא אפשר ברשלנותו למצב לקרות ולנזק להתממש.

**מרמה וזיופים:**

**פס"ד בנק דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן** (לא בסילבוס): נושא פס"ד: חובת הזהירות של הבנק כלפי לקוח שכספים נמשכו מחשבונו ללא הרשאה ע"י צד ג'.

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

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

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

גם הבנקים במקרים כאלה הם סוג של ניזוקים, אך אלו דברים שכיחים ופקידים יודעים שעליהם להיזהר.

**הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג' (שאינו לקוח):**

**פס"ד קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד** (לא בסילבוס): נושא פס"ד: חובת הזהירות של הבנק כלפי מי שאינו לקוח הבנק.

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

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

פסק הדין: התביעה התקבלה. ונקבע שהבנק התרשל, לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים הגנובים.

**נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה:**

**פס"ד בעניין קורנפלד נ' שמואלוב:**

עובדות: סנדלר ויצרן מרצפות החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. הדירות נקנו ע"י רוכשים. מדובר בדירה שנרכשה פעם שנייה (דירה שנרכשה ממי שרכש את הדירה מהחברה). התגלה נזק חמור בדירה (היו גשמים חזקים והתגלו פגמים רבים בדירה).

נתבעו: הוצאות לתיקון הנזק לדירה (כלכלי טהור).

הבעיה: אין לרוכשים השניים חוזה מול הנתבעים. טענת הקבלנים הייתה שבגלל שמדובר בנזק כלכלי טהור הם לא צריכים לפצות.

התביעה התקבלה: אחריות הקבלן בנושא הצגת הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, **אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים**, ואין להגבילה לנזק פיזי. אף על פי שהיה קושי ראייתי, לא נמצא החוזה המקורי, התביעה התקבלה.

**נזק בלתי ממוני טהור:**

**הגדרה:**

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

**הכלל שהיה נהוג בעבר:** ניתן ליתן פיצוי ביחס לנזק בלתי ממוני טהור, רק אם הוא נלווה לנזקו הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי ממוני. (בעבר אדם שהיה נוכח למקרה מוות ברשלנות ונפגע פגיעה נפשית לא היה יכול לתבוע לפגיעה בתביעה נזיקית). כלומר תביעה כל כאב וסבל כתוצאה ממות של ניזוק אחר לא יכלה להתקבל.

הרציונליים לכלל:

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

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

1. לא מתיישב עם צדק מתקן – אם נפגעה זכות של מישהו ונזק שהתממש הוא רגשי ולא נאפשר פיצויים, אנחנו לא מקיימים את רעיון הצדק המתקן.
2. לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- אנחנו לא רוצים לחשוף אנשים אחרים לסיכונים לא סבירים כשהם חושבים שהדבר היחיד שיכול לקרות כתוצאה מהדבר זה כאב וסבל. מצבים לא יעילים של הרתעה בחסר.
3. קשה לקבוע שווי גם בהקשרי אחרים, והתגברנו; מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי.

**נעסוק בנושא זה תוך הבחנה בין ניזוקים ישירים ועקיפים:**

דוגמה: אברהם שובר את רגלו של יצחק ברשלנות. מעבר לנזק פיזי של יצחק, יצחק סובל גם מכאב וסבל בעקבות האירוע. במקרה כזה, עומדת בפני יצחק האפשרות לתבוע את אברהם על מלוא הנזקים שנגרמו לו (כלומר גם הנזק הנפשי וגם הפיזי).

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

**הניזוק הישיר: יצחק. הניזוק העקיף: יעקב (סובל בהכרח נזק בלתי ממוני טהור). נראה באיזה תנאים יעקב יוכל לטעון שיש לו זכות תביעה ברשלנות כנגד אברהם אף על פי שהוא לא הניזוק הישיר.**

**שיעור 9 26/04/2021**

היום נעסוק בנזק בלתי ממוני טהור. נדבר על הסיבה מדוע בתי המשפט התקשו לתת פיצוי על נזקים נפשיים. הייתה בעיה לאמוד את גובה הנזק. בסופו של דבר הפסיקה הכירה בכך שישנה בעיה לא להכיר בנזק הנפשי, ויש לפתח את היכולת להכרת הנזק הנפשי (הטריגר היה רעיון צדק מתקן ושיקולי הרתעה).

**ניזוק ישיר:**

עד אמצע שנות ה-80 הרוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים (הלכת נדיר נ' כהנוביץ). ואז הגיע פס"ד גורדון: "עוולת הרשלנות צריכה להגן **באופן שווה** הן על אינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו.... כוסו וכיסו של אדם אינן חשובים יותר מכעסו. במסגרת עוולת הרשלנות איני רואה כל צידוק להבחין בין קיום בחובה להעדרה על בסיס הבחנות בסוג הנזק" (פסק דינו של השופט ברק).

**הרצאת אורח, ד"ר דורפמן:**

מתמחה בעיקר במשפט ובריאות ומשפט ומוגבלות. המחקר שלו מתבסס על דוקטורט שהוא כתב והוא מתרכז בנושא תופעת הפאניקה הציבורית שאנשים מתחזים לאנשים עם מוגבלויות כדי לקבל משהו. בנזיקין יש חשש של ביהמ"ש שאנשים יזייפו נזק נפשי, שלא רואים אותו כדי לקבל איזה יתרון. בעלי מוגבלויות מקבלים יחס שאולי גם אחרים היו רוצים לקבל (לעקוף בתורים, חנית נכים, קצבת נכות). בהקשר של נזיקין, קבלת פיצוי על נזק נפשי.

המקרה של איציק סעידיאן – הפחד של אנשים מזיוף מצב נפשי כדי לזכות ביתרון. בנזיקין יש קושי להבחין מי האדם עם מוגבלות ומי בלי מוגבלות ומזייף.

דבי היא אישה בעלת מוגבלות נוירולוגית בעק' סרטן במוח. לאחר הסרת הגידול, סבלה מאובדן זיכרון לטווח קצר. היא הגישה מועמדות לקבלת תו חניה, היא יכולה לשכוח איפה הרכב שלה, ולכן ביקשה להחנות בחניית נכים. הזכאות הפורמלית שלה לקבל את תו הנכה לא עזרה, בכל פעם שניסתה להחנות היא הוטרדה ע"י העוברים והשבים. הגיע להקשרים אלימים והיא נמנעה מלהשתמש בתו הנכה שלה. זה קורה בגלל שיש חוסר במקומות חנייה, ובגלל שהמוגבלות שלה הייתה "שקופה", האנשים לא ראו אותה כראויה לתו חניית נכים.

האם המחסור במקומות חניה השפיע על האופן שבו אנשים חושדים שמישהו אחר מרמה על מנת לקבל יתרון בלתי הוגן? אם מגרש החניה מלא יש יותר חשד, ואם מגרש החניה ריק יש פחות חשד.

איך התפיסה כמי שראוי לקבל זכות בנזיקין משפיעה על האופן בו נראה לתת את מקום החניה? הראויות גבוהה יותר כאשר המוגבלות היא נראית, והראויות היא נמוכה כאשר המוגבלות היא בלתי נראית.

איך המשפט מבנה לנו את החשד לגבי אנשים עם מוגבלויות?

בוצע מחקר והאנשים חשדו יותר באדם שאין לו מוגבלות נראית לעין. אין הבדל ברמת החשד כאשר מקום החניה הוא ריק או מלא.

כולנו רגילים לחשוב על מוגבלות כמישהו על כיסא גלגלים. גם ההגדרה בחוק, גם נושא הקצבאות, המוגבלות לא תמיד מתבטאת באותו אופן בו אנו רגילים לחשוב עליה. לכן יש להגדיר שוב את המוגבלות. הפחד של ביהמ"ש מאנשים מזויפים, מוביל למצב בו אנשים שזכאיים לקבל פיצוי בשל נכות, לא מקבלים. זה מה שהוביל למערכת שהיא חשדנית, נוטה לא להכיר בנזקים נפשיים הרבה פעמים.

**ניזוק ישיר – פגיעה באוטונומיה**

פגיעה באוטונומיה היא נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד. הוא נזק שהוא בלתי ממוני טהור. ביהמ"ש בישראל הוא פרוגרסיבי (מאוד מתקדם) בנושאים מסוימים וגם בנושא האוטונומיה, והרבה פעמים בעולם מפנים לפסיקה ישראלית. הם כאלה מהסיבה שיש לנו שופטים מאוד מגוונים.

**פס"ד דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה** – פסק הדין שקובע את ההלכה. רקע: "הסכמה מדעת", משמע, רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי. אחרת הם חשופים לתביעה ברשלנות, או בנסיבות יוצאות דופן, אפילו תקיפה. הסכמה אמיתית כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על הליכים חלופיים, על הסיכונים הכרוכים באלה. מטופל ראוי שידע את כל המידע הרלוונטי.

עובדות:

* דעקה נכנסה לניתוח ברגל והצוות הרפואי מקבל את הסכמתה לניתוח. תוך כדי התארגנות לניתוח, לאחר שקיבלה תקופות מטשטשות, מגלים שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה.
* דעקה הייתה כבר מאולחשת ולכן הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת לביופסיה בכתף.
* הביופסיה בוצעה ללא רשלנות, ואף על פי כן, נגרם נזק לכתף (35% נכות).
* דעקה תבעה את בית החולים על הניתוח הנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף בטענה שלא נתנה את הסכמתה מדעת לניתוח הזה.
* הופרה זכותו של המטופל להסכים לטיפול, ומה שקרה בראש ובראשונה הוא הנזק התוצאתי שנאמד ביותר כסף.

**"נזק תוצאתי"** – נבחן הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל לבין הנזק הגופני שקרה (בעניין דעקה, נזק לכתף). יש כאן מבחן אלמלא אם שני שלבים:

**מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין?** האם החולה הסביר היה מסכים לטיפול במקרה כזה? (כן – אין קש"ס ; לא – ייתכן שיש קש"ס). היית בוחר אחרת אם היה לך את המידע הרלוונטי.

**אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה?** (כן – אין קש"ס ; לא – יש קש"ס). במקרה והייתי בוחר אחרת, היה נמנע הנזק?

בפס"ד זה בפעם הראשונה ביהמ"ש העליון התחיל לשרטט את הקווים. יש בעיה עם הנזק הפיזי וקשה להוכיח אבל עדיין משהו לא בסדר. לא הייתה רשלנות בהליך הרפואי, אך הרשלנות היא בגלל שהופרה חובת הגילוי של הרופאים כלפי המטופלת.

**נקבע:** לא תוטל אחריות לפצות על הנזק לכתף, שכן לא מתקיים קשר סיבתי (ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו את הסכמתה מדעת). במקרה כזה שלא ניתן להוכיח קשר סיבתי של מעל 50%, נטל הראייה, התביעה נופלת.

**החידוש: הכרה בנזק של פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי. יש לך עילה לתבוע על נזק עצמאי בלי קשר לפגיעה הגופנית שקרתה או לא. מתקשר להבנה שיש לאנשים רצון לשלוט בסיפור חייהם.**

**היום ניתן לתבוע על נזק לאוטונומיה גם אם לא קרה נזק תוצאתי.**

**פס"ד של המיעוט (בינייש):**

* בנסיבות המקרה יש קשר סיבתי, כי אולי דעקה הייתה מעדיפה להתייעץ עם מומחה ולא מסכימה לביופסיה; יש לאפשר פיצוי גם על נזק תוצאתי (הנזק הפיסי, בענייננו הכתף), לפי המכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול \* לבין הנזק התוצאתי.
* נזק לאוטונומיה אפשרי, במצבים חריגים של רשלנות (מקומו הטבעי בהקשר של תקיפה).
* נניח שיש סיכוי של 40% ונניח שהנזק הוא 100. למה שלא נאפשר במקרה כזה פיצוי של 40?

**ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:**

* יצירת אי וודאות
* יצירה של עוולת per se (אין צורך להוכיח נזק) מספיקה ההתנהגות עצמה- אי הגילוי למטופל, כדי לומר שיש פגיעה.

**מענה לביקורת:**

* פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי ודאות. קשה מאוד לצייר את הגבולות ולאמוד פגיעה באוטונומיה, אך יש לנו אפשרות לפתח כלים ולהשתמש במומחים וניתן להתמודד. זוהי לא סיבה לזנוח שאלות מורכבות אלא סיבה להתמודד איתן.
* האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו? בפגיעה באוטונומיה נוצר מקרה מיוחד ולא צריך להוכיח קשר סיבתי. מאפשרים פיצוי למרות שאי אפשר להוכיח.

דוגמה לעוד עוולות כאלה: הטרדה מינית- ניתן לתבוע גם אם לא ידוע מה הנזק המדויק. אנו רוצים לאפשר פיצוי גם אם אי אפשר להוכיח את הנזק.

פס"ד וינשטיין נ' ברגמן - מקרה שבו אנחנו רואים את הלכת דעקה, איך היא בעצם מתקבלת והופכת להיות חלק מהמשפט הישראלי.

עובדות: ניתוח לייזר בעין. נגרם לו נזק לרשתית ולקרנית, אבל לא הוכחה התרשלות מבחינת ההליך הרפואי. בנוסף, הנזק המרכזי נגרם כנראה מפגם גנטי. **לכן לא ניתן פיצוי על הנזק שנגרם לעין**. הנזק השני הקטן יותר גם אם הוא קשור לניתוח הוא לא נגרם בכלל רשלנות. הניתוח התנהל בסדר, ופשוט התממש כאן סיכון רגיל של ניתוח.

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

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

נקבע: פיצוי על נזק לאוטונומיה (חיזוקה של **הלכת דעקה**)

יש שטוענים שחלק מהסיכונים של ההליך החדשני בכלל לא שקורים לסיכונים שהתממשו בפועל ולכן הלכו צעד רחוק בפס"ד הזה עם קבלת הפגיעה באוטונומיה. אבל אם נצא מנקודת הנחה שהרופא לא נתן את כל המידע למטופל שהשפיע על ההחלטה שלו אם ללכת לניתוח או לא, ומדובר כאן בניתוח אלקטיבי (לא שהוא דחוף או אין בחירה אחרת מלבד לעשות אותו) ביהמ"ש מחליט כאן לתת את ההכרה בפגיעה באוטונומיה, למרות שהנזק התוצאתי היה בכלל לא קשור להליך הרפואי. הרופא לא עמד בחובת הגילוי. חיזוק של הלכת דעקה.

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

פס"ד תנובה-עובדות: תביעה ייצוגית הוגשה נגד תנובה. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד ביודעין כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא יודעו.לא הוכח בעצם שום נזק שיכול לקרות כתוצאה מכך שהסיליקון הוחדר לחלב.

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

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

**שיעור 10 29/04/2021**

**נזק בלתי ממוני טהור – ניזוק עקיף**

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

יתכן ניזוק ישיר ועקיף בו זמנית (למשל אם אבא וילד נפגעים יחד בתאונה, האבא הוא ניזוק ישיר עבור עצמו, וניזוק עקיף אם הוא חווה נזק נפשי כתוצאה מהפגיעה של הבן שלו).

הוא הופך להיות ניזוק עקיף ביחס לזה שהוא צופה בנזק הפיזי שנגרם לבן שלו.

**פס"ד אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן** - עובדות: שתי תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים שנפגעו בתאונת דרכים. בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה. שתי התביעות נידונות יחד כעניין עקרוני, ביהמ"ש רוצה לנצל את הקרבה העובדתית שיש ביניהן כדי ליצור את ההלכה (שכאמור נכונה עד עצם היום הזה).

ביהמ"ש בוחן אם קיימת אפשרות להטיל במקרה כזה אחריות עפ"י פקודת הנזיקין ברשלנות, לנזק שנגרם לקרוב המשפחה של מי שהיה ניזוק בפועל, ניזוק ישיר. אין ספק שמי שנפגע בפועל מהתאונה נפגע כתוצאה מרשלנות, אבל הם טוענים בסיטואציה הזאת שגם הנזקים העקיפים קרו להם בעקבותה. יש כאן קושי של איך והאם אפשר להתייחס לאותם קרובי משפחה.

**למה יש קושי להכיר בפגיעה כזאת?**

כשמדובר בקושי נפשי כמו הלם או זעזוע או אף נזקים חמורים יותר, הדבר יכול להיגרם להרבה מאוד אנשים בתאונה. אין לזה סוף- תהיה הצפה ועומס בבתי המשפט. עניין נוסף הוא איך אנחנו יודעים שלא עובדים עלינו? זה נזק שקוף, איך אנחנו יכולים לזהות אותו? ואלה לא בעיות תיאורטיות אלא בעיות שעולות על הפרק ומדברים עליהן.

המבחנים שנקבעו באלסוחה הם מבחנים שנועדו להתמודד בדיוק עם הצורך באיזון, מצד אחד למנוע מצב של הצפה (וגם בור ללא תחתית מבחינה ביטוחית, עד כמה חברת הביטוח תצטרך לשפות אנשים שנפגעים אם כל אחד שיכול להיגרם לו נזק מתאונה יוכל לתבוע?), ומצד שני אנחנו כן רוצים לאפשר לאנשים שנפגעו פגיעה נפשית איזשהו פיצוי לעתים. ה"לעתים" הזה הוא בדיוק מה שנקבע באלסוחה.

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

נקבע – תנאים לפיצויים:

1. **קירבה משפחתית ממדרגה ראשונה (הורים ילדים ובני וזוג) -** הכלל הראשון הוא למי? הזהות. הפוגע יכול להניח שמי שיפגע בצורה המשמעותית ביותר הוא האנשים שבקרבה הראשונית. חוזר לרציונל שאנחנו רוצים להטיל אחריות על אנשים שיכולים לצפות את הנזק שלהם. וניתן לומר שזה הגיוני שמזיק יוכל לצפות שהאנשים הקרובים ביותר או בעלי עוצמת מערכת יחסים מאוד חזקה יפגעו מנזק לנפגע. אנחנו רוצים לצמצם את המעגל, לא רק בשביל בתי המשפט אלא כדי שגם למזיק יהיה איזשהו גבול, תיחום למעגל הנזקים שהוא יכול להיות אחראי כלפיהם.
2. **ההתרשמות חושית ישירה מהאירוע המזיק ותוצאותיו** - לא מספיק ששמעתי שנגרמה תאונה אלא הנזק צריך להיות כזה שאו ששמעתי וראיתי את התאונה בעצמי, או את התוצאות שלה. יש קשר ניכר בין התנאי השני לתנאי השלישי.
3. **מידת הקרבה בזמן ובמקום -** זה כלל שביהמ"ש כבר באלסוחה מגמיש אותו והוא לא נשמר בצורתו המקורית. ביהמ"ש מכיר בזה שגם מי שלא מצוי בזירת האירוע עצמו בעת ההתרחשות עצמה עומד על האסון בחושים שלו בהזדמנות הראשונה, למשל באמבולנס או בבית החולים אליו פונה הנפגע, מקיים את הדרישה הזאת. אנחנו רואים שביהמ"ש מכיר בחשיבות של הגמשת העניין כבר מההתחלה. עוד היבט- אנחנו תחת המטריה של רשלנות, ועדיין כל יסודות עוולת הרשלנות צריכים להתקיים, כולל קש"ס. אנחנו צריכים לדעת איכשהו שהנזק הנפשי נגרם כתוצאה מהאירוע המזיק, והדרישה הזאת כל הזמן מרחפת מעלינו. קשה מאוד להוכיח את זה, כמו שקשה לנו בכלל לזהות נזק נפשי או לאמוד אותו. קשה מאוד לדעת עובדתית על נזק שנגרם לניזוק עקיף כתוצאה מנזק לניזוק הישיר ומהאירוע המזיק. לכן התנאי הזה מטרתו לתת לנו אינדיקציה לקיומו של קש"ס. ופה חשובה ההבחנה בין נזק שנגרם כתוצאה מהאירוע הראשון ואז באמת אפשר לקשר את הנזק הנפשי שקרה לאותו פגוע נפש שנפגע מהנזק שקרה ליקירו (שאז ברור לנו הקשר הזה), לבין מצב שבו יש קשר נפשי שמתרחש לאורך זמן, כתוצאה מהתמודדות עם העובדה שנגרם נזק פיזי לקרוב משפחה. סביר שאדם שסועד קרוב שלו לאחר תאונה לאורך זמן, לאחר תקופה ארוכה מעצם ההתמודדות עם החיים הקשים שנוצרו וכו'- יגרם לו נזק נפשי. אבל במקרה כזה כבר אי אפשר כבר להוכיח שהמקור של הנזק הנפשי הוא באמת כתוצאה מהאירוע המזיק ומהנזק שנגרם ליקירו- יכול להיות שזה גם המבנה האישיותי של אותו אדם, או דברים אחרים שהעמיסו על אותו אדם יחס עם הפגיעה ביקירו… בעצם במצבים כאלה שבהם הנזק הנפשי נולד כתוצאה מהתמודדות לאורך זמן הרבה- יותר קשה לנו לזהות שפה הקשר הסיבתי מתהדק מספיק כדי להכיר בכך שהוא נגרם לניזוק העקיף כתוצאה מהנזק לניזוק הישיר. במקרה של התמודדות לאורך זמן אנחנו נקבע שלא מתקיים היסוד/התנאי השלישי.
4. **נזק נפשי משמעותי -** העיקרון/הכלל הכי קשה מבחינת יכולת ביהמ"ש להתגמש. בד"כ מדובר על פסיכוזה או לפחות נוירוזה קשה מבחינה הגדרתית. מדובר על מינימום מסוים שנקבע של 20% נכות. נועד לנסות לאתר את המצבים שבהם ביהמ"ש מצמצם את המעגלים הבלתי נגמרים של אנשים שיכולים להיפגע נפשית מסיטואציות כאלה.

מדובר על נזק ממשי, מוחשי, כזה שישפיע על התפקוד היומיומי.

אנחנו נראה שלמרות שביהמ"ש קובע כללים מאוד נוקשים במשך השנים הפסיקה מעט מרככת אותם (בעיקר את ה-3 הראשונים).

אנחנו מנסים כל הזמן להבין את השיקולים של ביהמ"ש בסיטואציות מורכבות של החיים, אנחנו עדיין נמצאים תחת ס' 35 לפקנ"ז, רשלנות. אבל בעצם ביהמ"ש תווה כללים ייחודיים לסיטואציות קשות שהוא נתקל בהן כפונקציה של מורכבות החיים.

אנחנו מגיעים למצב שבו ביהמ"ש נדרש להתמודד עם זה וקובע הלכה שמגמישה את התנאי השלישי, אבל במקרה הזה על אף שביהמ"ש הגמיש אותו הניזוק לא הצליח לעמוד בשאר התנאים שנקבעו באלסוחה.

פסק הדין מאפשר פיצויים רק ברגע שיוכיחו שיש קרבה מאוד חזקה גם אם זו לא דרגה ראשונה.

**פס"ד שוויקי נ' מדינת ישראל** – עובדות: תביעה של הורים, שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי מוטעה של כוחות צה"ל.

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

בפסק הדין הזה ביהמ"ש דן בקטגוריה חדשה- במצב שבו הניזוק העקיף סובל לא רק מנזק נפשי אלא גם מנזק פיזי שנגרם כתוצאה מהנזק הנפשי. מחלת לב שנגרמה כתוצאה משברון הלב. השאלה הייתה קודם על אם באופן עקרוני מוכנים בכלל להכיר בסיטואציה כזאת.

נקבע (ריבלין):

1. באופן עקרוני באפשרות של תביעה של ניזוק עקיף על נזק פיזי- מוחשי, אם מוכח קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי (לא הוכח בשוויקי).
2. במקרה כזה, יש להחיל את כללי אלסוחה בשינויים המחויבים. ככל שאנחנו מכירים בנזק הפיזי הנגרם לניזוק העקעף כתוצאה מהנזק הנפשי שלו, חייבים להקל בדרישה של זמן ומקום.
3. בעניין שוויקי, לא הוכח קש"ס (תנאי א לעיל) וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (לא התקיים הכלל הרביעי שנקבע באלסוחה). לא הצליחו להוכיח שמחלת הלב נגרמה מהנזק הנפשי שקרה. בנוסף, האב היה מעשן, עם אחוזי שומן גבוהים בדם, ועם היסטוריה של מחלות לב במשפחה. לכן זה לא עומד במבחן האלמלא- הנזק הפיזי ככל הנראה יכול היה להיגרם גם ללא קשר לנזק הנפשי שנגרם לאותו אב.

דבר נוסף מלבד קש"ס שלא מתקיים הוא הנזק הנפשי החמור- ביהמ"ש מוכן להכיר בכך שיש נזק נפשי אבל הוא לא מספיק חמור ומשמעותי כפי שנקבע באלסוחה.

**לבנה לוי נ' שערי צדק** – פסק דין שמהווה חריג לכלל הרביעי. עובדות: רשלנות רפואית – לא אמרו לאשה הרה שעברה טיפולי פוריות, שעליה להסתובב בשטח ביה"ח לכל היותר שעתיים, חבל התבור התלפף סביב צוואר העובר והוא מת. הם תבעו בגין אובדן תוחלת החיים של העובר, אבל היא נדחתה כי לעובר אין זכויות משפטיות. בנוסף הם תבעו על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם.

השאלה: האם ההורים זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם? האם הם ניזוקים עקיפים בהתאם לכללי אלסוחה?

אם התינוק היה נולד, והוא היה נולד בעל מום כתוצאה מהרשלנות הוא היה זכאי לפיצויים. בגלל שהעובר נולד מת, היה קושי להכיר בזכות ההורים לפיצויים.

מחוזי: האם הוכרה כניזוקה ישירה כי העובר היה בבטנה וזו הייתה חוויה אישית שלה (האב לא מפוצה, כי לא מתקיים לגביו התנאי הרביעי נקבע באלסוחה).

עליון: עומד על ההבחנה בין ניזוקים ישירים לעקיפים. זה מקרה יוצא דופן, לא ברור אם הניזוק ישיר או עקיף. **חיות (מיעוט)** – סבורה שניתן להכיר בשני ההורים שניזוקים ישירים בנסיבות העניין. לטענתה האם חווה מצב נפשי קשה יותר. לידה הייתה אירוע מכונן בחיי שני ההורים. **ריבלין (דעת הרוב)** – לא מתקבלת ההצעה של חיות, שכן היא תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים; ניתן להכיר בהורים שניהם כניזוקים עקיפים דרך הגשמת הכלל הרביעי של אלסוחה, מקרה גבול (הנסיבות המיוחדות מאפשרות זאת: הכלל נועד לסנן מצבים שבהם מזיק לא יכול וצריך היה לצפות את סוג הנזק – נזק שנגרם להורים עקב מותו עובר ברשלנות ניתן לצפות). הוא מגמיש את הכלל הרביעי שנוגע לנזק נפשי חמור. "מדובר בנזק נפשי "קל" שאינו מוצא ביטוי באחוזי נכות נפשית, אך בנסיבות העניין זהו נזק ממשי, שיש להכיר בו בתביעת ניזוקים עקיפים..... זהו נזק שאינו מהותי לפי גישת אלסוחה, אך אין בכך לא לינתן פיצויים במקרה זה בנסיבות העניין" (השופט ריבלין). יש נזק להורים כתוצאה ממות העובר, והרופאים יכולים לצפות לנזק מהסוג הזה – הורים שיאבדו את העובר שלהם כתוצאה מרשלנות, אין במקרה זה בעיה של צפיות. הוא מכנה אותם כניזוקים "מעין ישירים". **בפעם הראשונה הגמישו את הכלל הרביעי מפס"ד אלסוחה**.

**חיים בעוולה/הולדה בעוולה –**

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

**"חיים בעוולה" –** תביעה של הילד עצמו (מעלה קושי משפטי לצד מוסרי "טוב מותי מחיי"). אני הניזוק ואני רוצה לתבוע. הוא לא היה צריך להיוולד.

**"הולדה בעוולה" –** תביעה של ההורים.

**זייצוב נ' כץ (לא בסילבוס)** – **לא ההלכה היום**. עובדות: זוג הורים הגיעו לייעוץ גנטי. על אף שהרופא אמר להם שהעובר תקין, נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית. השאלה המשפטית: האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו. (החיים עם המוגבלות).

אחת הביקורות הנוקבות על פסק הדין הגיעה מכיוון של אנשים עם מוגבלויות, שהרגישו שההלכה הזאת מתפרשת כאילו חייהם לא ראויים לקיום. **זו שאלה קשה, האם חיים עם מום באמת יותר גרועים מחיים בכלל?** האם אפשר להעיד על מעשה רשלנות שאותו מעשה עצמו הוא גם גרם לבן אדם להיוולד? הוא תובע על זה שהוא נולד, אבל הוא בעצם קיבל חיים. זה לא כ"כ ברור, אלה שאלות קשות- האם לאדם יש זכות לא להיוולד?

גם כימות הנזק הוא קושי שמתעורר במקרה הזה והשופטים מתווכחים עליו. האם אפשר להעריך במונחים כספיים את הסבל של אדם שטוען שהיה עדיף לו לא להיברא מאשר כן?

השופט גולדברג בדעת מיעוט: אין להכיר בזכות התביעה של הילד. שהמחוקק יתמודד. אי אפשר להעדיף חידלון על פני החיים עצמם. לכן ביהמ"ש צריך להימנע מלהכיר בעילה זו.

השופטת בן פורת: הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין חיים עם המוגבלות לבין אי-חיים. מוכנה להכיר בתביעה של חיים בעוולה. היא סברה שהולדת הילד היא הנזק שנגרם לו. אבל אם היא צודקת ומכירים בתביעה שלו, המשמעות של דבריה היא שהנזק צריך להיות מחושב בהתאם - הפער בין החיים עצמם לאי-חיים.

השופטים ברק ולוין: האינטרס המוגן הוא חיים בלי מום (לקטין אין זכות לאי – חיים אלא לחיים ללא מום). לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא המוגבלות. הבעיה: לא הרשלנות היא שיצרה את הפגם הגנטי. אנחנו כאילו טוענים שהמום הוא אחריות רשלנות הרופאים, וזה לא נכון. הרשלנות שלהם היא זו שלא גילתה את המום. לכן פס"ד של הרוב בעייתי.

**שיעור 11 03/05/2021**

**הלכת המר:** בית המשפט העליון מבטל את זכות התביעה של ילדים ב"חיים בעוולה" ומשאיר רק את זכות התביעה של ההורים בעילה של "הולדה בעוולה". נראה שבסה"כ התביעה שלהם רחבה מספיק כדי להגן גם על הילדים מפני שהם מקבלים פיצוי על הוצאות רפואיות וכו'.

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

1. קיימת התרשלות, הופרה חובת זהירות, וקרה נזק. יש להוכיח את כל יסודות עוולת הרשלנות. התרשלות- תךוי בעובדות, למשל רופא שהיה צריך לזהות פגם גנטי ולא זיהה. הפרת חובת זהירות- צפיות נורמטיבית וטכנית- האם הרופאים במקרה זה צריכים ויכולים לעלות על הבעיה שהנזק יכול להתממש. ושקרה נזק- העובדה שהוא התרחש- הילד עם הפגם הגנטי נולד.
2. קשר סיבתי נזק
3. יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, אילו ההורים ביקשו להפיל את הילד, הועדה לאישור הפלות הייתה מאפשרת את ההפלה.
4. יש לשכנע שההורים היו ממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה.

* התנאי השני עשוי להיות קשה במיוחד לאוכלוסיות מסוימות (תנאי קשה מאוד, הוא מצריך מההורים לעלות על שולחן העדים ולומר שהיו בוחרים שהילד שלהם לא יוולד). ריבלין מציין שמצד שני זה עדיף מאשר להכיר ברעיון של העדפה של אי חיים על פני חיים.
* אין להסיק מהרקע של ההורים (למשל, רקע דתי), כי לא היו מבקשים להפיל. כל מקרה לגופו.
* הפתרון לקשיים לעיל: קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) שדי בתנאי הראשון (ס' א. לעיל). ריבלין מציע שהתנאי השני ישתמע מהתנאי הראשון. די בכך שהורים יוכלו להוכיח שאילו היו מבקשים מהועדה לאישור הפלות להפיל את הילד והיא הייתה מאפשרת, די בכך כי התנאי התקיים. בכך ריבלין ממוסס את הקושי המשמעותי להתמודד עם דרישת הסיבתיות.

**תרופות אפשריות להורים בהולדה בעוולה:**

1. הוצאות רפואיות
2. **שימו לב, הזיכוי רק על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלויות, כיצד ניתן להצדיק זאת?** במקרה שהילד קטין ניתן לקבל הפרש זה. בחישוב זה ישנו קושי. באיזה מקום חוזרים לתוצאה של פס"ד זייצוב. ברק הכיר בחיים בעוולה והציע לחשב את אותו הנזק לפי הפרש בין ילד ללא מוגבלות לילד שחי עם מוגבלות. **הפיצוי הוא על המום אבל הרופא לא גרם למום.** באופן עקרוני אם מכירים בהולדה בעוולה, על פניו כל ההוצאות הכרוכות בגידול ילד שמוגבלותו לא זוהתה ע"י הרופאים, צריכות להיות מפוצות. ריבלין התמודד עם הבעיה, מתייחס באופן ספציפי לשאלה איך אנחנו יכולים לאפשר את הדבר הזה ולחשב את ההוצאות לא על בסיס סך כל החיים של הילד, הוצאות הגידול שלו, אלא רק על ההפרש. איך מצדיקים את החישוב לפי ההפרש? מה שריבלין אומר הוא שאנחנו צריכים להבין שילד כרוך לא רק בהוצאות. אנחנו לא מתייחסים לילד כנזק, ולכן אנחנו יכולים להתרחק מהסיטואציה ולהכיר בזה שבלגדל ילד יש גם הרבה הנאה ותועלת, השאת רווחה. יש גם דברים טובים לצד הרעים. וכשלא מסתכלים על הילד כנזק, אלא על הנזק ככלכלי, **אנחנו מכירים פתאום בתועלת וההנאה שכרוכה בגידול של ילד ויש להורים ממנו.** ואם אנחנו מכירים גם בהנאה של ההורים מגידול הילד, "מקזזים" את זה מסך ההוצאות של הגידול שלו. ריבלין אומר שאפשר בקירוב לומר שהתועלת מגידול ילד היא פחות או יותר (אם חייבים לשער) שוות ערך להוצאות של גידול ילד. זה "משתלם" לנו לגדל ילדים. אבל בגלל שיש כאן ילד מיוחד, צריך להפחית כביכול מסך ההוצאות של גידול הילד המיוחד את סך ההוצאות של גידול ילד רגיל/את ההנאה מגידול הילד, ונקבל בסה"כ ב"נוסחה" הזאת את סך ההוצאות העודפות שבגידול ילד מיוחד.
3. **נער/ה שמלאו לו/ה 18** – במקרה והילד לא יכול לעבוד, נמצאים במצב שאם הוא היה ילד רגיל, ההורים לא היו אמורים להוציא עליו את ההוצאות האלו. במקרה של ילד מיוחד, ההוצאות גדלות ולא קטנות. הנוסחה של סה"כ גידול ילד מיוחד פחות גידול ילד עצמאי כבר לא מתקיימת כי ילד רגיל כבר לא כרוך בהוצאות כשהוא בגיר.
4. **יקבעו הנחיות להורים לגבי הפיצוי** – ביהמ"ש צריך לתת הנחיות להורים מה לעשות עם כספי הפיצוי. ישנו קושי וקיימת אפשרות שביהמ"ש ייתן הנחיות כיצד להתנהל עם הכסף וכיצד לגדל ילד עם מוגבלות, תוך הקצאת התקציב למשאבים השונים (חשש מבזבוז הפיצוי על הוצאות שונות). הפיצוי הוא מאוד גדול בגלל ביטול עוולת חיים בעוולה- הוא כולל בתוכו את הפיצוי גם לילד למרות שההורים הם התובעים.
5. **פיצוי על כאב וסבל** – ריבלין קובע שמעבר לנזק על אוטונומיה ניתן להכיר בכך שלהורים במקרה זה יש תסכול ועצב מתמשך לכל חייהם. ניתן לתת להם פיצוי נוסף לנזק לאוטונומיה. זהו ראש נזק אחר. אילו הפילו את הילד (עד כמה שקשה לומר את זה) הם לא היו חווים את הכאב.
6. **פיצוי על נזק לאוטונומיה** – רשלנות הרופאים מנעה מהם החלטה מודעת בעניין מהותי, להמשיך או להפסיק את ההיריון. פיצוי על נזק לא ממוני טהור. פיצוי על פגיעה באוטונומיה הוא הרבה יותר מצומצם מפיצוי על הוצאות רפואיות, עומד בד"כ על 100-150 אלף.

מה קורה במצב בו לא היה רצון לילדים נוספים, אך נולד ילד לא רצוני – **"הריון בעוולה"?** הורים שאינם רוצים ילדים, גם לא בריאים, אולם בשל רשלנות הרופאים, האם נכנסת להיריון.

בסופו של דבר הייתה רשלנות, הייתה כוונה לבצע עיקור ופתאום יש ילד. הייתה התייחסות בנושא רק באוביטר, אך נראה כי במקרה כזה ניתן לתבוע על **הוצאות הגידול העודפות** של הילד הנוסף. למשל - צריך רכב יותר גדול, בית יותר גדול. קשה לחשוב על פיצוי נוסף שניתן לתת במצב תיאורטי כזה. קשה לחשוב על פיצוי במקרה זה בעיקר לאחר ההדגשה בפס"ד המר של עניין ההנאה והתועלת מגידול ילדים.

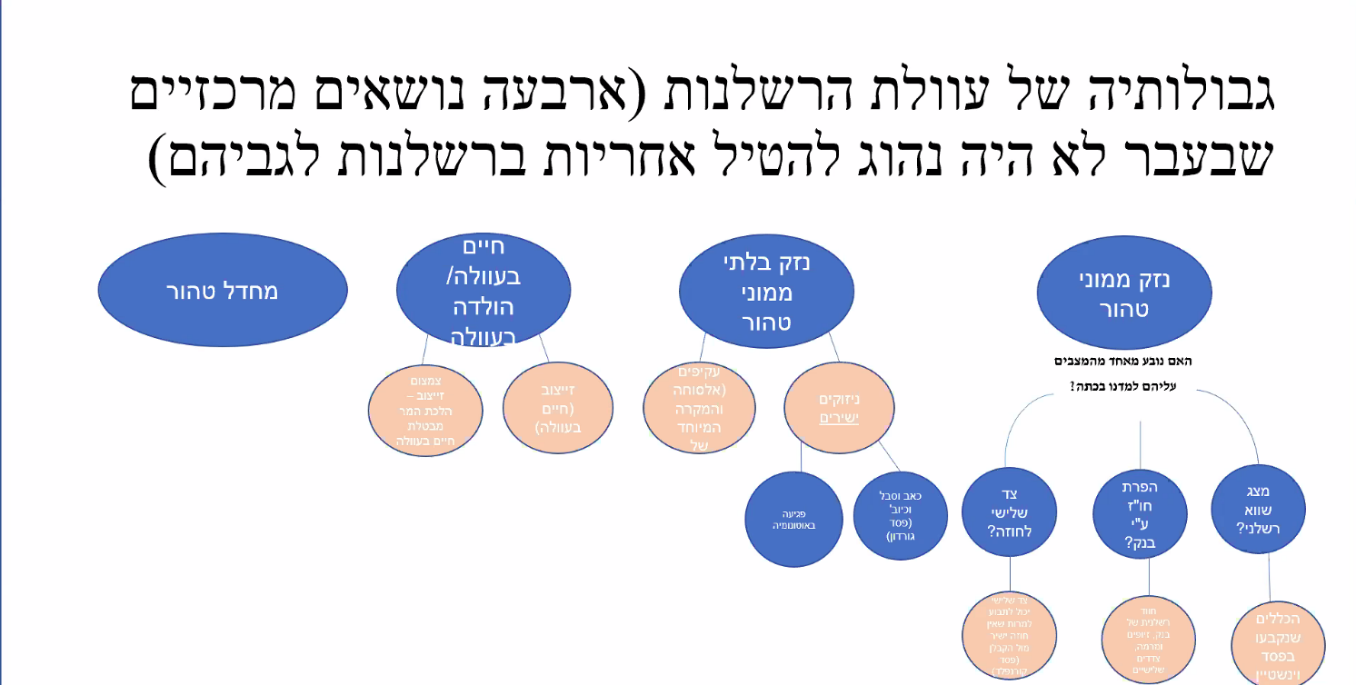
**פלוני נ' מלאך** – העובדות: זוג חרדי; הרופא הציע לאם בדיקת מי שפיר אך היא סירבה; הילד נולד עם תסמונת דאון ומום בלב.

הטענות:

1. לא הוצאו לאם בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר (בדיקת דם, פחות פולשנית אך לא בטוחה)
2. הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות שעל האם לבצע. ייתכן והוא היה חושב אחרת ומשכנע את אשתו והם היו מבצעים הפלה.

התביעה נדחתה:

1. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב (שלא הביע עניין בשום שלב). האב לא הגיע איתה לשום בדיקה. הציפייה שהרופא צריך היה להודיע לאב וכביכול "לרדוף" אחריו מטילה עליו נטל בלתי סביר שלא ניתן לבצע בפועל. מיטל טוענת כי ניתן לחשוב על התמודדות באופן עקרוני, ברמה האובייקטיבית האב לא נטל חלק בתהליך, אבל לצד זה יש לזכור שמדובר באוכלוסייה עם מאפיינים שונים וייחודים. אולי יש לחשוב על הסברה וחינוך נכונים בנושא, ואולי טענה זו לא תישאל מלכתחילה.
2. לא מתקיים קשר סיבתי (שכן האם סירבה לבדיקת מי שפיר, כי לא רצתה להפיל). טענה זו נדחתה בצדק ככל הנראה. הבדיקות האחרות לא הוצעו לאישה מפני שהיא לא מעוניינת בלי שום קשר להפיל את התינוק. הסיבתיות אינה מתקיימת. אמנם לפי ריבלין בהמר לא צריכים להניח על רקע קבילה דתית שזוג מסוים לא היה מבצע הפלה, אך במקרה זה יודעים מתגובת האישה שהיא לא הייתה מפילה.
3. ומה לגבי פגיעה באוטונומיה? בית המשפט לא מתייחס לפגיעה באוטונומיה בעניין זה. האישה ידעה את האפשרות העומדת בפניה ולכן לא באמת נמנעה ממנה הבחירה.



**מחדל טהור:**

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

לדוגמה: מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה. אותו אדם לא יצר את הסיכון והוא צד שלישי לחלוטין. הוא יכול להחליט אם הוא רוצה לעזור או לא. הרבה יותר קשה לומר שמישהו אחראי ברשלנות. היום נהוג להטיל אחריות גם על מחדלים טהורים באופן מצומצם, ושיטות משפט שונות, גם אירופאיות וגם המשפט המקובל נזהרות מאוד כאשר הן מטילות אחריות על מחדלים טהורים. **יוצרים חובה מסוג חובת "עשה".** בד"כ בנזיקין מדברים על חובות "אל תעשה". יש התערבות גדולה מאוד **בחירות של בני האדם.** קשה גם להטיל חובה במקרים כמו טביעה למשל, אדם יוכל לפחד מהמים או לא לדעת לשחות ולכן אי אפשר לצפות ממנו לקפוץ ולהציל מישהו שטובע.

דוגמה למחדל שאינו טהור: אי בלימה של רכב (הנהג יצר את הסיכון שהתממש, הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי הבלימה). מישהו לא עשה משהו והוא זה שיצר את הסיכון שיתממש הנזק. מצבים שהרבה יותר קל להתמודד איתם.

* קיים קושי עקרוני להטיל אחריות בגין מחדל טהור.
* בהתאם, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית = צריכים לצפות את הנזק), לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת הרשלנות. בעניין מדינת ישראל נ' לוי נאמר כי במחדל קשה יותר להכיר בחובת הזהירות. עד כמה אנחנו רוצים להטיל על אנשים אחריות?

ארצות מסוימות במשפט המקובלות מטילות חובת "עשה" מתוך חוק השומרוני הטוב.

**חוקים המבוססים על חוק "השומרוני הטוב" ובעיית ה- bystander**

המקרה של "kitty" genivese אישה מותקפת וזועקת לעזרה, ואף אחד מהשכנים לא מגיע לעזרתה. עוברי אורח ושכנים שומעים את צעקורתיה ואף אחד לא מגיע לעזרתה. לאחר זמן מה הוא בורח, ולאחר מכן חוזר ורוצח את האישה. ככל שיש יותר אנשים בזירה יש סיכוי נמוך יותר שבן אדם יקבל עזרה, כל אחד מהם חושב שמישהו אחר יעזור. בעיה זו נחקרה והיא אחת המוטיבציות להתגבר, וליצור לאנשים תמריצים לסייע וציפייה לסייע, וגם מבחינה משפטית ישנו קושי ולא רק מבחינה מוסרית.

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

סעיף 1 לחוק קובע:

1. **חובה על אדם להושיט עזרה** לאדם הנמצא לנגד עיניו, עקב אירוע פתאומי, **בסכנה חמורה ומיידית** לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל – ידו להושיט את העזרה, **מבלי להסתכן או לסכן את זולתו.**
2. **המודיע לרשויות** או המזעיק אדם היכול להושיט את העזרה הנדרשת, יראוהו כמי שהושיט עזרה לעניין חוק זה; בסעיף זה, "רשויות" – משטרת ישראל, מגן דוד אדום ושירות הכבאות.

אפשר לתבוע בנזיקין דרך החוק הזה (דרך הפרת חובה חקוקה, ס'63 לפקנ"ז), אך בבסיסו הוא חוק פלילי.

לא מצופה מאנשים לסכן את עצמם. יש צורך לאזן ולהבין שיש איזה קושי והתערבות יתרה בחירות הפרט.

טיעוני נגד לחקיקה מסוג זה:

* התערבות מוגזמת בחירות הפרט
* הרתעת יתר

התמודדות עם הטיעונים (גישה מאוזנת):

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

**סעיף 5 לחוק עשיית עושר**: ".....חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות..... נזקי רכוש....."

אדם שעושה פעולה להצלת חיים/רכוש של אדם אחר- יש לו זכות תביעה להוצאות שהוציא מכיסו כדי לבצע את פעולת ההצלה. למה אנחנו צריכים את ס' 5? יותר תמריץ לאדם לפעול ולעזור במצבים של סכנה (לא בצורה מוגזמת). אנחנו גם לא רוצים למנוע מאנשים לפעול בגלל שיקולים חיצוניים, כמו ארנק/טלפון שיש עליהם בקפיצה לבריכה, אנחנו לא רוצים שאדם יתחיל לחפש מי יכול לשמור עליו והאם הוא סומך עליו לשם כך. **אפשרות הפיצוי באה למנוע עיכוב והתמהמהות שלא לצורך של אנשים כשהם מעורבים בפעולת הצלה, ואפילו אולי מחשבה אם בכלל לעזור בגלל שיקולים כמו יום עבודה שמתפספס וכו'.**

**מקרה של מחדל טהור:**

**פס"ד ולעס נ' אגד** – עובדות: ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה מרכזית, ותבע את אגד על רשלנות במחדל – לא דאגו להציב שומרים בתחנה. תובע גם על הפרת חובה חקוקה (הוראות ביטחון שאגד לא עמדה בהן).

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

המחוזי: לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית), ואפילו אם היה ניתן, לא מתקיים יסוד הקש"ס.

העליון: אמנם הסיטואציה מסוג מחדל, אך בכל זאת בהקשר של אגד קיימת צפיות בהקשר זה. **אגד היה צריכה ויכלה לצפות את אירוע התקיפה** ולכן הייתה חובת זהירות לגביה, והתרשלה בכך שלא הציבה שמירה בתחנה. לעיתים קיימים **יחסים מיוחדים** בין הניזוק לבין אגד, בהם אנו מצפים מהצד השלישי שלא יצר את הסיכון, לנקוט באמצעי בטיחות או למנוע את הנזק למרות שלא הוא עצמו יצר את הסיכון האמור. מצבים אלו יכולים לחזור על עצמם. חברה כמו אגד, ועובדיה עדים באופן תדיר יחסית למקרים מצערים אלו (יכלה לצפות). הוכרע שהיא חייבת ברשלנות כלפי ולעס (החלטה הפוכה משל המחוזי).

בסיטואציה של מחדל נבדוק:

* האם זה מקרה שחוק לא תעמוד על דם רעך יכול לתת מענה?
* אם לא, ועדיין מדובר במחדל טהור – האם מדובר ביחסים מיוחדים?
* אם כן, נטיל אחריות; אם לא, לא נטיל אחריות.

**רשלנות – עוולת מסגרת:**

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

מדוע רשלנות היא עוולת מסגרת? בנסיבות רבות יש פוטנציאל לרשלנות (בכולנו הפוטנציאל להיות רשלנים). כולנו יוצאים

**שיעור 12 06/05/2021**

שבוע שעבר סיימנו את פרק עוולת הרשלנות.

**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות:**

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת >> לעוולת מסגרת תחולה רחבה, להבדיל מ"שייכות" למקרה ספציפי.

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

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

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

אבל אי אפשר להניח קיומו של הסדר שלילי, הדוחק את עוולת הרשלנות, רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית (ראו עניין לונדון).

עוולת הרשלנות הולכת וגדלה ו"בולעת" עוולות פרטיקולריות. הפכה להיות מעין מטריה שמתקיימת ברוב המצבים שעוסקים בהם >> גורם לביקורת.

**רשלנות ורשות מנהלית:**

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

דוגמאות:

**בעניין גורדון** אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית. (פס"ד בו בוטלה אחריות ברשלנות על עיריית ירושלים שקנסה אותו ועצרה אותו)

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

נדגים מקרה בו ביהמ"ש מצא כי עוולה פרטיקולרית דחתה את עוולת הרשלנות:

**פלוני נ' פלוני:**

עובדות – באותו עניין, התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע. התובע דרש מהנתבע פיצויים בגין נכות נפשית שלקה עקב הבגידה, וביסס את תביעתו על עוולת הרשלנות.

**במוקד פסק הדין סעיף 62 לפקנ"ז (גרם הפרת חוזה):**

1. מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין בינו לבין אדם שלישי, הרירו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.
2. לעניין סעיף זה, **היחסים הנוצרים ע"י נישואין לא ייחשבו כחוזה**, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

כלומר סעיף 62(ב) מבקש לחסום תביעת נזיקין עם גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין. אם בית המשפט יאפשר תביעת רשלנות במקרה זה, הוא יעקר את ההגבלה הזו מתוכן.

**איך אפשר להבין את החלטה של ביהמ"ש?**

1. אם נאפשר תביעה ברשלנות, אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת האחורית, אחרי שהמחוקק סגר את הדלת הקדמית.
2. הימנעות ממשפט של חיי המשפחה והזוגיות. ביהמ"ש לא מעוניין להיכנס "לחדר המיטות" של אנשים.
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, ביהמ"ש עשוי להיות מוצף בתביעות. פתח למדרון חלקלק שלא ברור איפה יהי הגבול שלו.

**הכלל – "המוציא מחברו עליו הראיה"**

* כלל נטל השכנוע/נטל ההוכחה – מכריע מה קורה במקרה של תיקו ראייתי
* "מאזן/עודף ההסתברויות" – על הנושא בנטל השכנוע/הוכחה בהליך אזרחי, ובנזיקין בפרט, לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ50%.
* נדון בשאלה: האם לדעתכם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי?

על התובע הנטל להראות שכפות המאזניים נוטות לטובתו. אם כפות המאזניים מאוזנות, הוא למעשה מפסיד.

איזון מאזניים >> זוהי תופעה יחסית שכיחה. נראה כי במקרים המורכבים, הרבה פעמים ההכרעה תהיה מאוזנת. דווקא המקרים הברורים לא יגיעו לבית המשפט – הוצאות משפט, ידיעה מראש להפסד.

קשר לזהות הצדדים, מאזן הכוחות ביניהם > אם כפות המאזניים מאוזנות, באופן עקרוני אלך לביהמ"ש שיכריע, אך אם אני עומדת מול תאגיד ענק, לרוב אעדיף לא להגיע לביהמ"ש מתוך אינטואיציות כלכליות. אם יש שני צדדים שהכוחות שלהם אינם מאוזנים, אולי הם לא ירצו להיכנס לעימות. לא תמיד דברים יתנהלו בבית המשפט גם אם יכולים להתנהל שם.

**בפרק זה נעסוק בחריגים לכלל שבכותרת: מתי נטל ההוכחה עובר לנתבע (חזקה לגבי העברת הנטל)**

**סעיף 38-41 לפקנ"ז – הערות כלליות:**

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

סעיף 41 לפקנ"ז ("הדבר מעיד על עצמו"):

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

ישנם שלושה יסודות מצטברים המעבירים את נטל הראייה לנתבע:

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

**תנאי 1: העדר ידיעה בכוח או בפועל**

**פס"ד פלוני נ' פלוני** – השאלה הנדונה בפס"ד: מי צריך להיות חסר ידיעה? האם הניזוק או התובע?

העובדות: הניזוק היה פועל באתר בנייה שנפל מגובה אל מותו. לא היה ברור באילו נסיבות הפועל נפל. היו מי שטענו שהוא נפל בשל פיגום לא תקני, והיו כאלה שטענו שנפל כי הלך למקום לא בטיחותי כדי להטיל את מימיו. השאלה לגבי אי הידיעה נבחנת במועד המשפט. המחוזי החליט שלמרות העמימות לגבי מה שקרה הוא חילק את האשם בין התובע לנתבע (ייחס לנתבע אשם תורם ולמעביד ייחס אחריות חלקית).

**נקבע (השופט עמית):**

1. יש להוכיח את תנאי אי ידעה של התובע (היורשים, במקרה של פלוני נ' פלוני) ולא של הניזוק, שבמקרה זה הינו המנוח. לצורך סעיף 41 באופן עקרוני יכול לחול.
2. אבל לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות (לפנות למומחים למשל). לא ניתן לומר ש"הדבר מדבר בעד עצמו" ובגלל שהם לא יודעים מה קרה הם צריכים לזכות.
3. התביעה נדחתה מפני התובעים לא ניסו לברר את אותה הטענה.

גם העיזבון יכולים לתבוע מכוח סעיף 41.

**תנאי 2: שליטת הנתבע**

**פס"ד רז נ' ביה"ח אלישע:** העובדות: תינוקת נדבקה במחלה זיהומית קשה (חיידק אי קולי) בזמן שהותה בביה"ח לאחר לידתה.

הטענה: בית החולים התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטח שלו. לא נטען כי הטיפול בילדה היה רשלני.

נקבע: כל היסודות של סעיף 41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של ביה"ח, ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל, הקפדה טובה יותר על חיטוי). התנאי הראשון ודאי מתקיים- האם והבת לא ידעו מה גרם להידבקות הילדה.

הטענה של בית החולים הייתה שהחיידק הוא לא בשליטת ביה"ח, אומנם בסביבתו אבל אין לו שליטה עליו. וטענה זו לא יכולה לעמוד לה, החיידק נמצא בסביבה והסביבה היא בשליטתו. בכוחו ובטח לא בכוחם של המטופלים למנוע מצבים מסוג זה.

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

**עדיין בעניין רז נ' ביה"ח אלישע:**

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

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

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

**הביקורת על התנאי השלישי:** האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר? הרי אם התובע יכול להוכיח זאת, היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת סעיף 35.

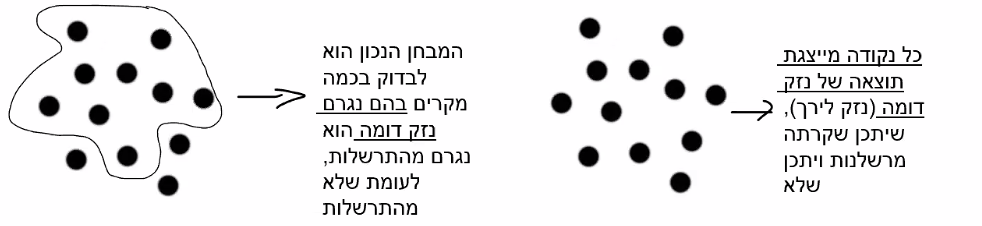
**יש יתרון לתובע במסגרת ס'41 שאינו קיים במסגרת ס'35 לעניין הוכחת אי סבירות התנהגותו של הנתבע (ראיות סטטיסטיות/ראיות כלליות):**

דוגמה למבחן סטטיסטי – נניח שבת"א יש 80% קווי דן ו20% קווי אגד. א' נפגע בת"א, ואינו יודע בוודאות באיזה אוטובוס מדובר. האפשרויות היחידות הן אגד ודן. את מי הוא תובע? ראיה כללית מאפשרת לנו להסיק על המקרה הספציפי. במקרה זה יש סיכוי שלמי שפגע זה אוטובוס של דן ולא של אגד.

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

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

**נתמקד בטענת התובעת להתרשלות, לפי סעיף 41:** משתמשת בסעיף זה מפני שלא ידעה מה קרה בניתוח, הייתה מורדמת. המחוזי דוחה את התביעה וקובע כי לא הצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס. כמו כן לא הצליחה לעמוד בדרישת ההתרשלות המצטברת, לא עמדה בתנאי 3 בסעיף 41. תנאי 1+2 לסעיף מתקיימים (הייתה מורדמת, ולמנתח יש שליטה).

**העליון הופך את ההחלטה:** ריבלין: ניתן להשתמש בראיות כלליות להוכחת תנאי 3, אך לא ניתן להסתמך על כך שקרה נזק כמשהו שדי בו כדי להעיד על הסטטיסטיקה ולטעון שעצם הנזק מעיד על הסבירות שהנתבע התרשל. מדוע? אין מסמכים רפואיים שמסבירים על מהלך הניתוח. דבר זה צריך לבוא לחובתם של הנתבעים. אין לתובעת יכולת להוכיח מה התנהל בניתוח ללא מסמכים רפואיים.

השופט שמגר **בעניין רז** מדבר על השאלה של על מי צריכה לחול העלות של הטעות השיפוטית במקרה בו אין לנו פרטים כאלה וראיות, במצב של אי וודאות ראייתית? האם נכון יותר להטיל את האחריות על הנתבע או התובע? שמגר מסביר שברגע שמתקיימים תנאיו של ס' 41 ויש אי ודאות שנוצרת בגלל מחסור בעובדות, שנגרם בגלל הנתבע, אנחנו נעדיף להטיל את העלויות של הטעות המשפטית שעשויה לקרות פה על כתפיו של הנתבע ולא של התובע.

מתיישב עם דבריו של ריבלין בצ'צ'יק. הנתבעים הם אלה שהיו אמורים לספק את הרשומות הרפואיות ולא סיפקו, ולכן צריך להביא את זה לחובתם של הנפגעים ולא של התובעת, שלא יכולה להוכיח מה התרחש בניתוח ללא הרישומים האלה.

בעניין צ'צ'יק לא הייתה בעיה לקבוע שתנאים 1 ו-2 של ס' 41 מתקיימים. ברור שלמנותח אין יכולת לדעת מה קורה בזמן שהוא מורדם, ושלרופא שליטה בחדר הניתוח ובניתוח עצמו. התובעת מנסה לבסס את הטענה שלה באמצעות טענה כללית, שברוב הניתוחים מהסוג הזה לא נגרם נזק. לכן העובדה שנגרם נזק מעידה ממילא על כך שאם נגרם נזק מתקיים התנאי השלישי. זה אומר שסביר יותר להניח שהנתבע התנהג בצורה לא סבירה מאשר שהתנהג בצורה סבירה. ריבלין לא מקבל את הטענה הזאת. אי אפשר למדוד אם יש התרשלות לפי התוצאה בלבד. אמנם בדר"כ ניתוחים מצליחים ולא נגרם בהם נזק, אבל ניתוח כרוך בסיכון ולכן יכול להיות שגם אם יש התרשלות וגם אם אין התרשלות- יקרה נזק.

בציור: מצד ימין- כל עיגול מסמן נזק שנגרם כתוצאה מניתוח, בין אם הייתה בו התרשלות ובין אם לאו.

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

בסופו של דבר ביהמ"ש כן קיבל את הטענה, בגלל צירוף מקרים ספציפי שהיה בפס"ד. לזכור כצירוף מקרים ספציפי שבו טענה לפי ס' 41 תתקבל בכל זאת.

ברוב הניתוחים הדומים לא נגרם נזק, והעובדה שנגרם נזק מוכיחה את תנאי 3, הנתבע לא נקט זהירות סבירה. ריבלין לא קיבל את הטענה הזו. אפשר להניח שגם אם יש התרשלות וגם אם לאו, יכול להיגרם נזק.

ריבלין: הסיבות העניין ריבלין קיבל את הטענה שהתנאי השלישי של ס'41 מתקיים **בשל שילוב עובדתי כפול:**

1. מדובר בנזק נדיר בניתוח כזה כאשר הוא מתבצע כראוי, ולכן מתחזקת התחושה שיש אפשרות לרשלנות, אך עדיין, אי אפשר לקבוע על סמך התוצאה בלבד, אפילו היא נדירה, ובמקרה כזה, על תנאי נוסף להתקיים (תנאי 2 להלן). באמת נראה שבנסיבות הספציפיות האלה פריקת ירך היא תוצאה מאוד נדירה, שלפי העדויות שכן היו היה ניתן למנוע אותה עם הליך ניתוחי שלא קרה. לא מדובר במשהו שאפשר להתחיל להשוות למצבים אחרים שקרו, מדובר בתוצאה יוצא דופן שלא אמורה לקרות במצבים דומים.
2. לא היה רישום רפואי. באמת נראה שבנסיבות הספציפיות האלה פריקת ירך היא תוצאה מאוד נדירה, שלפי העדויות שכן היו היה ניתן למנוע אותה עם הליך ניתוחי שלא קרה. לא מדובר במשהו שאפשר להתחיל להשוות למצבים אחרים שקרו, מדובר בתוצאה יוצא דופן שלא אמורה לקרות במצבים דומים

**שיעור 13- 13/05/2021**

מרגע שהוכח תנאי 3 בסעיף 41 "הדבר מעיד על עצמו":

1. חזקה היא **שהתובע עמד גם בהוכחת הקש"ס** לגבי הנזק שקרה לו. הדבר נובע מנוסח סעיף 41.
2. חזקה היא **שהנתבע התרשל** וחזקה היא **שיש קש"ס** בין ההתנהגות לבין הנזק שנגרם, אולם הוא **יכול לסתור** את הטענה אם יפרך לפחות אחת מ2 החזקות ע"י הבאת ראיות קונקרטיות לכך. נשאר בצ"ע אם אפשר ראיות כלליות.

**ס' 41 הוא ייחודי והופך את נטל הראייה גם לגבי יסוד ההתרשלות וגם לגבי הקש"ס בין ההתרשלות לנזק** זאת משום שתובע שאין לו את הידיעה ושהנכס לא נמצא בשליטתו, לא יכול לעמוד בהוכחת הדרישה של קש"ס.

**לחילופין, דוקטרינת הנזק הראייתי**

חלופה לסעיף 41, דוקטרינת "**הנזק הראייתי"** התפתחה מהספרות (אריאל פורת).נדבר על הפן הפרוצדורלי שהתקבל בפסיקה.

**פס"ד** **שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**

ריבלין: באמצעות דוקטרינה זו ניתן היה להפוך את נטל ההוכחה כמו מכוח ס'41. כלל ראייתי שנקבע לתביעות רשלנות "רגילות" מכוח ס' 35 לפקנ"ז.

חלה כאשר התובע לא יכול להוכיח את תביעתו בנזיקין, בגלל שהנתבע בכוונה או ברשלנות בלבד, בהתנהגותו, **מנע ממנו לעשות זאת מבחינה ראייתית.** אם הנתבע הסתיר ראיות שיכולות לסייע בידי התובע להוכיח את התביעה שלו- הדוקטרינה תחול. גם כאן הנתבע יכול לסתור את החזקה ולהוכיח כי לא התרשל.

מאפיין בעיקר מצבים רפואיים, כי יש **פערי מידע עצומים** בין התובע לנתבע. לא ייתכן שתובע שהיה מורדם או שלא הייתה לו היכולת להגיע למידע הרפואי הרלוונטי כדי להוכיח את טענתו, תביעתו לא תתקבל, כי לא קיבל את המסמכים הרלוונטיים.

**פס"ד פלוני-** במקרה שהנתבע לא הסתיר ראיות, אלא **שני הצדדים נמצאים באי ידיעה**, יש לפנות לס' 41 כדי להפוך את נטל הראייה.

אם קשה להוכיח רשלנות לפי ס'35, ניגש לס' 41 לבדוק אם מתקיימים התנאים. **דוקטרינת הנזק הראייתי מקלה עם תובעים לעומת ס' 41,** **אבל היא לא תמיד רלוונטית**. זהו **כלל חלופי.**

**כלל חלופי** **להפיכת נטל השכנוע** (בהתקיים הנסיבות עליהן דנו בכיתה)

**ס'38 לפקנ"ז- חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים**

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

מרגע שהוכח נזק שנגרם ע"י דבר מסוכן חלה **חזקת התרשלות של הנתבע** שהופכת את נטל הראייה, ועל הנתבע להוכיח שלא התרשל. לא חל בנוגע לקש"ס ולכן יש להוכיח. קל יותר לתובע להגיע לפיצוי.

**1.**מהו דבר מסוכן? על פניו כל דבר יכול להיות מסוכן אך במשך שנים הפסיקה פירשה ש"דבר מסוכן" הוא מסוכן מעצם טבעו. למשל:. נזק כתוצאה מנשק, הפך את נטל הראייה והחיל את חזקת ההתרשלות על כתפי הנתבע

**נאצר נ' מדינת ישראל-** נוסף מבחן להלכה. ריבלין קבע שאמנם נשק יכול להיחשב כדבר מסוכן, אבל לא תמיד. הדבר תלוי בנסיבות ובסיטואציה. נקבע שדבר מסוכן הוא גם "**דבר שמשתמשים בו שימוש לא רגיל**". שימוש באופן רגיל בנשק להגנה עצמית, לא יחשב כדבר מסוכן, לעומת משחק בנשק.

איך יודעים מהו שימוש אינו רגיל? יש להסתכל על הייעוד של ה"דבר המסוכן", התנהגות שלא עומדת בכללי המשמעת הרלוונטיים.

**ההלכה**: רק אם הדבר מסוכן מטבעו ונעשה בו שימוש לא רגיל נוכל להפוך את נטל הראייה.

**2.**דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו

**Rylands V Fletcher** - אדם לא דאג שמאגר המים שבנה יעשה בצורה זהירה, התעלם מפיר של פסולת שהיה מתחת למאגר. לאחר עונה גשומה, האדמה שהפרידה בין הפיר למאגר המים קרסה.

במשפט האנגלי יש **חזקה של אחראיות חמורה** על מי שמביא על אדמתו או שומר על אדמתו דבר **שעשוי לגרום לנזק בהימלטו**, כמו מים לענייננו, יימצא **אחראי** אם הוא לא נשמר ונגרם נזק.

בישראל זה לא כך. במצב זה (משהו שנמלט ממקרקעין וגורם לנזק במקרקעין של השכן) תחול חזקה **של אחריות ברשלנות**.

יש היפוך נטל השכנוע והנתבע יצטרך להוכיח שהוא לא התרשל (נהג בזהירות סבירה) או לחילופין לא יכל למנוע את הנזק (נוסחת לרנד הנד).

**מפ"י נ' משק אשכנזי** - מים שעברו מהמטע של הנתבע למטע של התובע וגרמו לנזק. מהרגע שהמים הגיעו למקרקעין של השכן הנטל התהפך- נקבעה **חזקה של התרשלות** לרעת הנתבע, שאותה הוא יכול להפריך.

הכלל המרוכך בישראל- ס' 38 קובע רק את היפוך הנטל אל כתפי הנתבע שלא התרשל.

**3.**קשר סיבתי- לא ניתן להפוך את נטל הראייה לגבי קש"ס לגבי ס' 38-40, אלא לגבי התרשלות בלבד.

**פס"ד עצמון**- הנושא עלה וקיבל התייחסות

עובדות: אוגדו מס' תביעות של אנשים שחלו בסרטן בעקבות זיהום בנחל הקישון. התביעות נדחו בגלל **היעדר** קש"ס. אבל המדינה החליטה לפצות לפנים משורת הדין, לאור ייחודיות המקרה והרגישות שבו.

טענת התובעים: אמנם קשה להוכיח קש"ס, אבל הנטל להוכיח עבר למפעלים המזהמים שהזרימו את החומרים המסוכנים לנחל.

השופט עמית: ס' 38 עוסק בהעברת הנטל כלפי הנתבעים לגבי רכיב האשם בלבד (ההתרשלות). הוא **אינו פוטר** מהוכחת קש"ס שבין ההתרשלות לנזקים.

לשים ♥ - **בס' 41 לא צריך לבדוק קש"ס**, כי נטל השכנוע עובר לנתבע, ובס' 38-40 הניזוק כן יצטרך להוכיח קש"ס.

**סעיף 39 לפקנ"ז- חובת הראיה ברשלנות לגבי אש**

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

מרגע שהתנאים מתקיימים, חלה חזקת ההתרשלות = **העברת נטל השכנוע לנתבע כאשר מדובר על נזקי אש**.

לא תנאים מצטברים, אלא **תנאים חלופיים**, ישנם שלושה מצבים:

1. הנתבע עצמו הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה. ברור. לא נתמקד.
2. הנתבע הוא מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש.
3. הנתבע בעל מיטלטלין שמהם יצאה האש.

**הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש**

**פס"ד עליל כורי -** אדם שעבד בנגריה ובגדיו התלקחו כתוצאה מפחית טרפנטין שעמדה על השולחן ונשפכה עליו.

לנדוי: קובע כי נטל ההוכחה לא עבר אל הנתבע משום שהאש לא יצאה מן המקרקעין אלא נשארה בתוכם.

**ההלכה**: החזקה מתהפכת רק לעניין ההתרשלות, רק אם האש יצאה מהמקרקעין של הנתבע למקרקעין של השכנים.

* התובע לא נזקק לסעיף הזה. על פי העובדות ניתן להסיק כי הנתבע התרשל ודי היה להוכיח דרך סעיף 35. לא היה צריך להפוך את נטל הראיה כי התובע הצליח להוכיח שהתנהגות הנתבע לא הייתה סבירה.

**הנתבע בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש-** כאשר מדובר במיטלטלין, מספיק שהאש יצאה מהם.

**פס"ד גנור**- אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת. התובע הניח את הסוללה בארון שבמשרדו. כשהוא חזר, ראה את הנזק שנגרם למשרד שלו. תבע את המדינה כי הסוללה הותקנה ע"י חברת התקשורת.

לפי ס' 35, לא היה ברור אם המדינה התרשלה בטיפולה בסוללת המכשיר או לא.

טענת התובע: ס' 39 כי יש נזקי אש שנגרמו ע"י מיטלטלין.

המדינה: ס' 39 לא צריך לחול בהתאם להלכה שנקבעה **בעניין כורי**, כי האש לא יצאה מהמקרקעין.

שמגר: דוחה את טענת המדינה.

נקבעה אבחנה בין תופס מקרקעין לבין בעל מיטלטלין-

* **כשמדובר במקרקעין** כדי להפעיל את חזקת ההתרשלות צריך להוכיח שהאש יצאה מהמקרקעין לשטח אחר.
* **כשמדובר במיטלטלין** צריך להראות שהאש יצאה מהמיטלטלין. הסוללה היא מקור יצירת האש.

יש צורך להוכיח קש"ס. אין עניין של אי וודאות עובדתית או פערי מידע, כמו שעולה מס'41.

**סעיף 40 לפקנ"ז- חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה**

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

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

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

**הסעיף מבחין בין חיית בר לחיית בית (יחול על חיית בית אם היא מועדת בלבד).**

במשפט המקובל באופן עקרוני תוטל אחריות חמורה על נזקים שנגרמו כתוצאה מבע"ח.

בישראל ההסדר יותר מרוכך, מעביר את נטל ההוכחה: 1. אם הנזק נגרם ע"י חית בר. 2. נזק נגרם ע"י חיית בר שידוע שהיא מועדת לגרום לנזק. במקרה 2- על התובע להוכיח שחיית הבית הייתה מועדת להפיכת נטל ההוכחה לנתבע.

סעיף 38 מחריג במיוחד את אש וחיה, יש להם סעיפים ספציפיים ופסיקות שהן הלכות בנושא. דיני נזיקין עוסקים בסיטואציות מהחיים. כל דבר יכול להיות מסוכן ולכן הפסיקה פענחה את זה. ככל שהמחוקק ינקוט בשפה כוללנית מדי, כך ביהמ"ש יידרש לפרש יותר, להסתכל יותר על דקויות. מרגע שיש קטגוריזציה- נראה סיטואציות ייחודיות שניתקל בהן. כמו התייחסות מיוחדת למורכבות של נזקים כתוצאה מאש או חיה.

**שיעור 14 20/05/21 (השיעור עם האזעקות)**

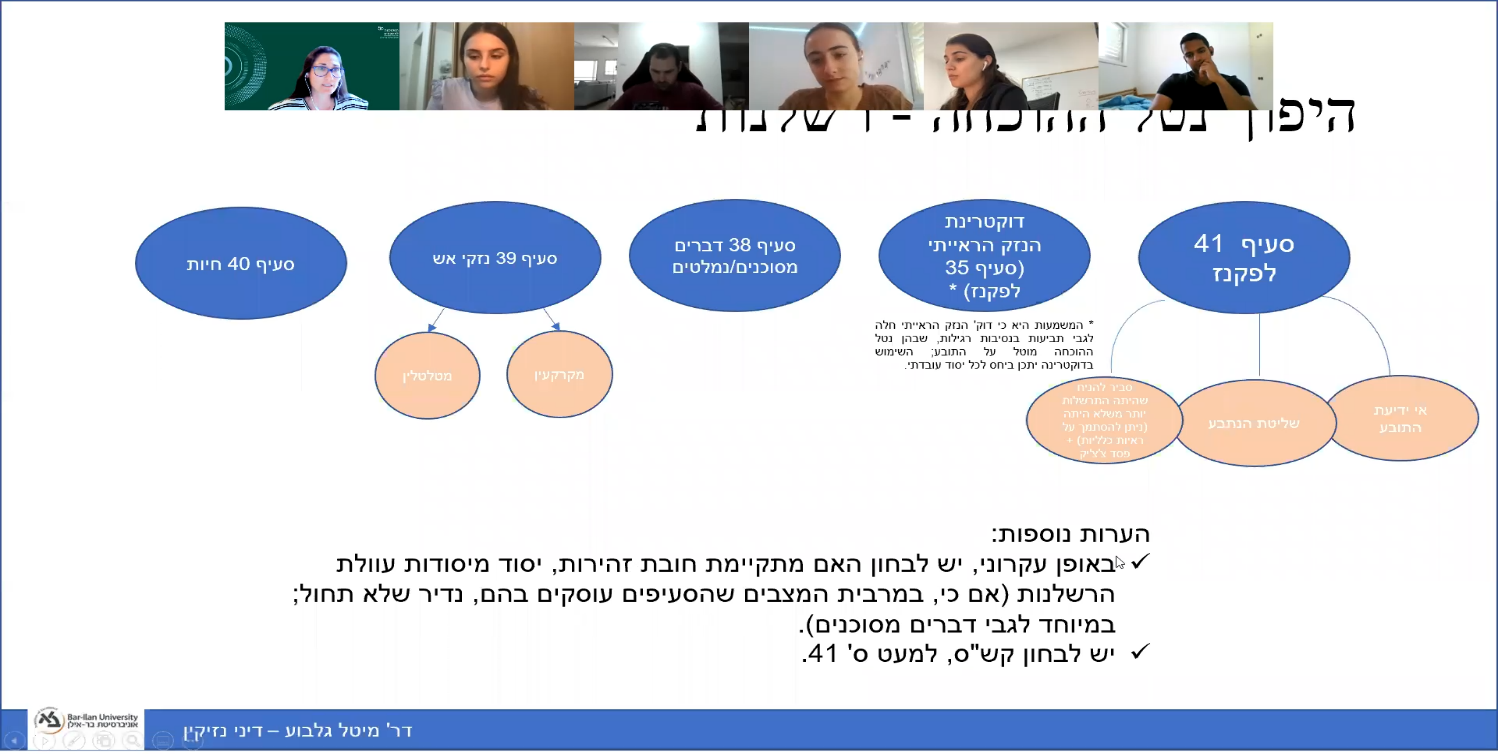
סעיף 40 לפקנ"ז: חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה - המשך

מה שצריך לדעת זה שבמשפט המקובל הייתה מגמה לאחריות חמורה לגבי נזקים שנגרמו מבעלי חיים ולא היה צריך להוכיח רשלנות בכלל. בישראל יש הסדר מרוכך, והוא קובע חזקת התרשלות שאותה הנתבע יכול להפריך.

סעיף 41 א-ג לפקנ"ז: נזקים שנגרמו על ידי כלב

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

זה לא משנה אם הייתה התרשלות או לא, יש כאן הסדר מיוחד בשונה מיתר ההסדרים שדיברנו עליהם בנושא נטל ההוכחה. מרגע שכלב תוקף חלה אחריות מוחלטת על בעליו. בשונה מאחריות חמורה שמתחשבים באשמו התורם של הניזוק, באחריות מוחלטת לא משנה אשמו התורם של הניזוק, אם כי בכל הסעיפים של אחריות מוחלטת עדיין יש מצבים ספציפיים בהם ניתן להתחשב באשמו התורם של הניזוק. למשל, ההגנות הנקבעו בסעיף 41ב מתייחסות למצבים בהן ישנו אשם חמור למעט מקרים בהם הכלב תוקף את בני המשפחה. למשל ליטוף לא יענה להגנות הסעיף.

סעיף 41ג אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר. סעיף זה אומר שאפילו אם מתקיימים סעיפי ההגנה, עדיין פתוחה הדרך בפני הניזוק להגיש תביעת רשלנות רגילה (ס'35 לפקנ"ז).

* באופן עקרוני יש לבחון האם מתקיימת חובת זהירות, יסוד מיסודות עוולת הרשלנות (אם כי, במרבית המצבים שהסעיפים עוסקים בהם, נדיר שלא תחול; במיוחד לגבי דברים מסוכנים).
* יש לבחון קש"ס, למעט ס'41.

**אשם תורם:**

**סעיף 68 (א)**: "סבל אדם נזק, **מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר,** לא תכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שביהמ"ש ימצא לנכון ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק;... לא ייפרע התובע פיצויים למעלה מן הגבול שנקבע כאמור".

**רקע כללי:**

* מעבר מהסדר בינארי (אם יש אשם תורם, לא תחול אחריות על המזיק) להסדר יחסי- חלוקת אחריות בין המזיק לניזוק בעל האשם התורם)
* מקרה פרטי של "מעוולים במשותף"
* הצדקות – צדק מתקן והרתעה (>>>הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם; הרתעה ביתר של מזיקים)
* שני שלבים:

1. קובעים אם יש אשם תורם (האם התרשל וכתוצאה מכך נגרם נזק)
2. עוברים לפן הטכני, שבו משווים את מידת האשם בין הצדדים (במהלך השיעור נדגים קביעות שונות, ונתמקד בפן המהותי).

* **הוספה בשיעור חזרה: שלבים:**

1. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה (לפי מאזן ההסתברויות התובע צריך להוכיח את טענותיו מעל ל50%);
2. הנתבע מעלה טענת אשם תורם, וביהמ"ש קובע אם אכן יש אשם תורם;
3. אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם לבין הצדדים.

"על בסיס גישה עקרונית זו תיעשה חלוקת האחריות בין המזיק לבין הניזוק הנושא באשם תורם, **על פי מבחן של "מידת האשמה".** עיקרו של המבחן הוא **בהצבת מעשי הרשלנות של המזיק והניזוק זה מול זה כדי להוות ולהעריך,** מבחינת האשמה המוסרית את מידתם ומשלקם של מעשיו ומחדליו של כל צד" (מלון רמדה שלום נ' אליהו אמסלם)

**הקשר בין צדק מתקן לאשם תורם:** בעיקרון דיברנו על כך שצדק מתקן נועד להשיב את מצבו של התובע לקדמותו בעקבות הפגיעה בזכותו. אם הנתבע פגע בזכותו באופן מסוים, אך גם התובע עצמו גרם לנזק, לא יכול להיות שהנתבע ישיב את המצב לקדמותו על נזק שהוא לא גרם לו. **הנתבע יהיה אחראי רק על הנזק שהתממש מהסיכון שהוא יצר כלפיו.**

**הקשר בין אשם תורם להרתעה:** על התובעים לוודא שהם נהגו כשורה. לגבי הניזוקים ולא המזיקים. אם אנחנו נטיל אחריות על הנבע גם על מצבים בהם התובע עצמו אשם, לא יירתע מהתנהגות רשלנית בפני עצמו כאשר הוא נקלע לסיכון שמישהו אחר יצר כלפיו.

**שיעור 15 24/05/2021**

האשם התורם נתפס כמקרה מיוחד של דוקטרינה שנעסוק בה כשנעסוק בסיבתיות ששמה **מעוולים במשותף** הקבועה בפקודת הנזיקין. על פי דוקטרינה זו יכול להיות שנזק אחד נגרם ע"י יותר מגורם אחד. אשם תורם נתפס כנושא פרטי של הרעיון של מעוולים יחד.

מבחינת ההלכה הנוהגת היום, אשם תורם הוא מקרה בו הניזוק והמזיק מעוולים יחד. לדוגמה: מצב בו אדם נוסע בכביש במהירות מופרזת ואדם אחר חוצה את הכביש שהוא מסמס. במקרה כזה הנזק יכול להיות מיוחס לנהג הפרוע ולאותו הולך הרגל. יכול להיות שביהמ"ש יחליט שאשמו התורם של הניזוק הוא 50% ואולי אפילו 60%. השיקולים הם **שיקולי מדיניות** וזה לא מדע מדויק. קשה לחשוב על איזה מספר מוחלט. אשם תורם לא מוגבל לעד 50%. **כעיקרון האשם התורם לא אמור לגרום לכך שהתביעה של התובע תיכשל אלא רק להפחתת הפיצוי.** יכולים לקרות מקרים שהאשם התורם חמור כשהנתבע יכול לטעון לניתוק הקשר הסיבתי. היא עשויה להתקבל במצבים נדירים, אך לפי לשון הסעיף היא לא אמורה להתקבל (התביעה לא אמורה להיכשל לפי אשם תורם).

שיקולי צדק מתקן: אם הפגיעה בזכות חלשה יותר מפני שכן הניזוק פגע בזכות שלו עצמו, אז המזיק צריך לתת פיצוי נמוך יותר. בראי צדק המתקן, נטיל עליו פיצוי מופחת.

שיקולי הרתעה: הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם (וגם בעיית moral hazard) >> להשלים

אנו לא רוצים לייצר הרתעה ביתר של מזיקים. מטרתו של האשם התורם הוא יצירת איזון. גם אם התרשל המזיק ולקח סיכון שהוא לא סביר, ניקח בחשבון את פעולת הניזוק. יש לבדוק האם אשם תורם לנזק הנגרם לו.

**הסטנדרט לקביעת אשם תורם:**

ככלל, התנהגות הניזוק נבחנת על פי סטנדרט "האדם הסביר" בנסיבות העניין; נדבר על מצבים שבהם יש הלכה ספציפית שעשויה להוביל לחריגה מהכלל.

**דוגמה: פס"ד דפרון נ' גולובין (יחסי עובד מעביד):**

**עובדות:** פועל במפעל עבד במשך שבוע. באחת ממשמרות הלילה מנהל העבודה שם לב כי הוא שותה אלכוהול מבקבוק והוא שלח אותו להתרעננות. בדיעבד התברר כי הוא לא הרגיש טוב, ופינה עצמו לבית החולים ונפטר. הוא שתה מתנול ונגד המפעל הוגשה תביעה בטענת הרשלנות. נטען כי יש מקום לשמור על חומרים מסוכנים. נקבע כי אכן הייתה רשלנות והופרה הפרת חובה חקוקה. הועלתה טענה ע"י דפרון של אשם תורם. לא הגיוני שעובד ישתה משק אלכוהולי בזמן המשמרת. פסק הדין מפי השופט רובינשטיין קבע כי אכן יש אשם תורם. הסיבה שנקבע אשם תורם בשיעור של 25% הוא שביהמ"ש מייחס לייחסי עובד מעביד סטטוס מיוחד שחובת הזהירות של מעבידים היא הרבה יותר רחבה. למרות שאפשר לקבל את הטענה של דפרון שהעובד התנהג בצורה לא סבירה, כמדובר ביחסים מיוחדים ניטה **להרחיב את חובת הזהירות של המעביד**. מאוד קשה לומר שיש איזה דרך מדויקת ליחס את האשם התורם.

* נקבע כי מחד, יש אשם תורם לפי מבחן "העובד הסביר בנסיבות" ומאידך, מתחשבים ביחסי עובד- מעביד. העובד התנהג בצורה לא סבירה, ולכן יקבע אשם תורם, אל בגובה מופחת תוך התחשבות ביחסי עובד מעביד.
* לאחר שנקבע כי יש להטיל אשם תורם, עוברים להשוואת האשם בין המזיק לניזוק, בהתאם לנסיבות (במקרה של דפרון, כולל ההקשר של היחסים המיוחדים).
* יש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 25%), המבטא גם את התנהגות הניזוק, ובהתחשב ביחסים המיוחדים (עובד- מעביד)
* רמת הזהירות הנדרשת מאדם (המזיק) כלפי אחרים גבוהה יותר מרמת הזהירות שנדרשת מאדם (הניזוק) כלפי עצמו.

במקרה של ילדים, פטורים מאחריות בנזיקין עד גיל 12, אך לא מאשם תורם.

**דוגמה: פס"ד מדינת ישראל נ' אייגר (אשם תורם של קטין):**

* שאלה מעניינת שעלתה לפי איזה סטנדרט יש לקבע אשם תורם? (האדם הסביר/ הילד הסביר באותו גיל/ מבחן סובייקטיבי המתחשב ברמת האינטליגנציה של הילד)
* אפשרות הביניים בנהוגה בישראל – הילד הממוצע הסביר, אולם השופט גולדברג משאיר בצריך עיון, אם יש לשקול מבחן לפי סטנדרט סובייקטיבי. באותו עניין הייתה תחושה שהילד היה מאוד אינטליגנט, הוזהר ע"י אביו של החבר, והבין שהדבר מסוכן וניסה לברוח שהרגיש שהוא חצה את הגבול, והדבר הביא את השופט גולדברג לחשוב שאולי יש לקחת בחשבון את היכולות הספציפיות של אותו הילד. לדעת מיטל טוב שהדבר הושאר בצריך עיון. לילדים יש נטייה טבעית להסתכן. ילד סביר צריך להיבחן כילד סביר ולא ע"י מאפיינים ספציפיים.
* יש להותיר את הכרעת המחוזי בעניין (אשם תורם בגובה 20%).

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

**פס"ד קסברי נ' רוזן (נמצא בסילבוס)**

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

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

נקבע: נקבע כי ישנה הבחנה בין אדם תורם לבין אדם יוצר אחריות נזיקית, אבל מצד שני, לא נסגרה הדלת (כל מקרה יבחן לגופו). השופט עמית לא באמת עשה סדר בבעיה. אמר כי באופן עקרוני לא יאפשרו להטיל אחריות בגין אשם תורם אך זה תלוי בנסיבות. כלומר כרגע אנחנו לא יודעים באיזה מקרים ובאילו נסיבות ביהמ"ש כן צריך לאפשר אשם תורם שיהיה גם אשם יוצר אחריות.

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

הפיצוי לעני: 80 (80% מתוך 100). הפיצוי לעני יעמוד על 80, אבל אם נאפשר שאשם תורם יהיה אשם פוטר אחריות נגיע למצב שהעני מפצה את העשיר ב200. נסיבות בהן הניזוק ישלם יותר.

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

לסיכום: ההלכה לא ברורה באופן חד משמעי, אנחנו יודעים באיזה מקרים לא נאפשר אבל לא בדיוק באיזה נסיבות כן נאפשר.

**זיקה עובדתית בין אשם יוצר אחריות ואשם תורם:**

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

המקרה: הנתבע לא רק גורם לנזק, אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני (ולתרום לנזק). לפעמים התנהגות המזיק לא רק גורמת לנזק בהתרשלות אלא גם יוצרת את התנאים והמצב שמביאים את הניזוק להתרשל.

**פס"ד אלהווא נ' עיריית ירושלים:**

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

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

אושר פסק הדין המחוזי: בית המשפט לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואפשר להטיל אשם תורם על הניזוק בגובה 20%.

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

**מדוע פסק הדין בעייתי?**

* השופטת ברק ארז- אם נטיל אשם תורם, אנו פוגעים במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים. אי אפשר לומר שככל שעובר המזן מקיום הלקות אנשים צריכים לדעת יותר שהיא קיימת ונייחס להם אשם תורם.
* **סעיף 66 לפקנ"ז:** "מקום שגם התובע גם הנתבע גרמו לנזק באשמם, אלא **שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע,** רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא הוראת סעיף 64, **ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו".**

ס' 66 - לאחר בחינת האשם התורם: אם התרשלותו של התובע נגרמה בעקבות התנהגותו של הנתבע, בית המשפט יכול להגדיל את הפיצוי אבל לא יותר מהפיצוי המקורי.

בענייננו טענה זו לא נטענה. אפשר להשתמש בסעיף כדי לטעון שהנתבע הוא זה שיצר את התנאים להתרשלות הניזוק – הוביל אליה סיבתית.

יכול להוביל ל"דחייה" חלקית ולא מלאה. למשל אשם תורם של 20% יהפוך לאשם תורם של 10% לאחר ס' 66.

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק:**

**פס"ד אפל**

עובדות: פרויקט של משרד השיכון; כדי למרץ תושבים להתפנות מבתיהם, יש הסדר שמאפשר הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. אפל נכנס לשיתוף פעולה עם המדינה; המדינה אפשרה לתושבים להמחות לאפל את הזכות להלוואה מסובסדת כדי שהוא יציע להם בתמורה דירה חלופית.

אפל השתמש במנגנון ההלוואות המסובסדות כדי להוציא כספים מהמדינה במרמה. אך נטען כי המדינה התרשלה מפני שהיא לא טיפלה בצורה סבירה בהעברת הכספים.

נקבע במחוזי: התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בסעיף 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצדו של המזיק (שהמוטעה יפעל לפי המידע הכוזב). עוד נקבע שהמדינה התרשלה שכן משרד השיכון לא טיפל באופן סביר בהעברות הכספים. **ביהמ"ש המחוזי הכיר באשם תורם, והמדינה ערערה על סכום הפיצוי**. הניזוקה, המדינה, ממנה נגזלו הכספים התרשלה.למדינה נקבע אשם תורם בגובה 50%.

בעליון נקבע כי אי אפשר להפחית מהפיצוי בגלל אשמה התורם של המדינה, ונסביר את הסיבה. הדיון בעליון נסוב על השאלה, האם ניתן להטיל אשם תורם בעוולות כוונה:

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

השופט מלצר: הבחנה בין שלושה סוגי מקרים:

1. גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק – אין בעיה להטיל אשם תורם, אם יש כזה;
2. גרימת נזק עם תוספת רווח (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק) - ניתן להטיל אשם תורם על הנזק אך לא על הרווח;

למשל עניין תנובה – נגרם נזק בגלל הסיליקון שהיא החדירה לחלב, אך היא גם הרוויחה בכך שחסכה בעלויות והפחיתה בהוצאות בעת שהתנהגה בצורה עוולתית. במצבים כאלה, בהם צד הנזק/ההפסד הנגרם לניזוק יש גם רווח למזיק – אפשר להטיל אותו רק על הנזק.

1. מקרים של "העברת עושר" – לא ניתן להטיל אשם תורם כי אז "חוטא יצא נשכר". כמו המקרה בעניין אפל. הנזק שווה ערך לרווח לתועלת שנגרמה למזיק במובן המטריאלי. מישהו גוזל, לוקח במרמה, כסף ממישהו אחר. במקרה כזה אי אפשר להשתמש באשם תורם. למשל אם הוא לקח 100 והוא יצטרך להחזיק בגלל אשם תורם רק 80- יוצא שהוא הרוויח 20, והרוויח ממעשיו.

השופט הנדל: ניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר", אך ביחס לראשי הנזק הנוספים, כך שלא ייגרע מהפיצוי העושר שהועבר. הוא מסביר שהסיבה לכל היא שתביעה בד"כ לא תביעה להשבת כספים. הרבה פעמים נכנסים ראשי נזק כמו עוגמת נפש, נזק לא ממוני ואפשר לחשוב על אשם תורם ביחס לראשי נזק אלו.

לא נראה שיש מחלוקת אמיתית בין השופט הנדל למלצר. השורה התחתונה היא שבמצבים של התנהגות מכוונת יכולים להכיר באשם תורם, אבל אם ההתנהגות גרמה לרווח לא נאפשר להכיר ברווח. אם גרמה גם להפסד, נאפשר להכיר באשם תורם לגבי רכיב ההפסד. אם מדובר במצבים בהם ההתנהגות גרמה לא רק לנזק, אין בעיה להטיל אשם תורם על הניזוק באופן גורף.

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (מקרי התאבדות):**

האם התאבדות מהווה אשם תורם?

**פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד**

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

טענת בית החולים: יש להפחית את אחריותו של בית החולים לאור אשמו התורם של המתאבד. **הטענה לאשם תורם נדחתה.**

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

**שיעור 16 27/05/2021**

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

מצבים של תקיפה/הסגת גבול. עוולות per se מספיק שיסודותיה מתקיימים גם ללא אשם. מה יכולה להיות הבעייתיות בהעלאת טענה כלפי התובע שהוא לא צריך לפצות אותו באופן מלא כי התובע באשמו כן גרם לנזק?

השאלה העקרונית: כיצד יוטל אשם תורם תחת עוולה המטילה על המזיק אחריות ללא אשם? אם המזיק לא אשם כי העוולה לא דורשת אשמה, מוזר יהיה לומר שהניזוק אשם.

ההסדר בישראל – הפחתת פיצוי לנזק לפי שיעור אשמו התורם.

* במצבים של אחריות **מוחלטת** (אחריות מוצרים פגומים, תאונות דרכים, אחריות בהקשר של כלבים)- שם אנחנו כבר לא מדברים על אשם תורם. רק ב**מוגברת/חמורה**. באחריות מוחלטת המחוקק קובע "עוגנים" מסוימים שרק בהם יהיה אפשר לקבל טענות הגנה. כלומר יש הגנה באחריות מוחלטת רק כאשר המחוקק קבע.

**הקטנת הנזק:** חובה על הניזוק להקטין את נזקו לפני הגשת התביעה. אם הנתבע יכל להקטין את הנזק שלו, אך החליט שלא להקטין אותו, צריכים לבדוק האם ראוי לפצות אותו בעד הנזק שהוא בעצמו לא הקטין.

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

**הקטנת הנזק מול אשם תורם:**

* בשונה מאשם תורם, הקטנת הנזק זו טענת הגנה הנוגעת להתנהגות הניזוק אחרי קרות הנזק. הבדל כרונולוגי: אשם תורם – התרשלות לפני הנזק; נטל הקטנת הנזק- לא הקטין את הנזק אחרי שהתרחש.
* אם הניזוק יכול היה להפחית את כל הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת כולו לגבי הנזק שלא הוקטן (בשונה מאשם תורם שם הניזוק והמזיק מעוולים יחד ולחוד על הנזק)
* "שלבים":

1. התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה;
2. הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק (כטענה נוספת או חלופית לטענת הגנה אחרת כגון אשם תורם);
3. ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק

* ניתן לטעון או אשם תורם או נטל הקטנת הנזק, או גם וגם.

**דוגמאות לדרכים להקטנת נזק:**

1. טיפול רפואי. יכל לעבור טיפול רפואי אך בחר שלא לעבור אותו.
2. מציאת עבודה חלופית
3. גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי. מקרים בהם חלק מהפיצוי יכול להיפרע מחברת ביטוח- לא תצפה מהמזיק לשלם לך על כל הנזק כשיש אפשרות חוקית להיפרע מגוף שאחראי לכך. צריך לנסות לגבות מהגורם ה"טבעי" לפני שדורשים פיצוי מלא מהמזיק.

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת בקטנת הנזק:**

הגישה המקובלת – הקטנת נזק נקבעת ע"פ אמת מידה אובייקטיבית. על הנזק לנקוט להקטנת נזקו, כל אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין.

השאלה שנדון בה – האם ניתן להתחשב במאפייניו הייחודים של הניזוק במקרים מסוימים? ואם כן, מתי לדוגמה?

נתמקד בשאלה האם ביהמ"ש צריך להתחשב במאפיינים ייחודיים של הניזוק או במאפייני הניזוק הסביר וכך להגיע לקביעה.

**פס"ד גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח:**

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

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

"בקביעת רמת ההתנהגות הראויה לעניין הנטל להקטנת הנזק ניתן להיעזר ברמת ההתנהגות הראויה, ע"פ דיני הרשלנות... עם זאת, רמת ההתנהגות הנדרשת מהמזיק כלפי הניזוק צריכה, מעצם טיבה, להיות גבוהה יותר מרמת ההתנהגות הנדרשת מהניזוק כלפי המזיק..."

"אין הניזוק חייב לצאת מגדרו בנסותו למלא את חובת הקטנת הנזק. אין הוא נדרש לנקוט פעולה המסכנת אותו או מקריבה או מסכנת את רכושו או את זכויותיו..."

"אין לצפות מהניזוק הקרבה אישית למען המזיק.......אך אין לאפשר לו התעמרות במזיק, ואין לאפשר לו להתעלם מהאינטרסים של המזיק".

כשאומרים "הקרבה" זו לא באמת הקרבה, מדובר ביכולת מינימלית להקטין את הנזק במובן הזה שזו בקשה סבירה להקטין את הנזק, כמו הניתוח הפשוט עם אחוזי ההצלחה הגבוהים שבגולדפרב. צריך לזכור היכן התחיל כל הסיפור- מסיכון שיצר המזיק כלפי הניזוק, והניזוק נמצא בנעליים שנכפו עליו. לכן ברור שמתייחסים אליו עפ"י סטנדרט שהוא נמוך יותר, בהתאם.

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

**פלונית נ' עיריית כפר קאסם:**

העובדות: התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא מגודר. נגרמו לה נזקי גוף ונזקים נפשיים. התובעת סירבה להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית להקטנת נזקה הנפשי, חרף המלצותיהם של הגורמים הרפואיים בנושא. אחרי 5 וחצי שנים התחילה אשפוז ואכן הנזק הופחת.

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

האישה ובעלה טענו כי יש סטיגמה חזקה במגזר שלהם למי שמתאשפז אשפוז פסיכיאטרי. לכן על רקע העדתי לא סביר לצפות להקטין את הנזק.

השופט רובינשטיין: יש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים דתיים של התובעים לעניין החשש מסטיגמה בחברה הערבית, אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק. לאחר פרק זמן שהיא ראתה שהימנעות מטיפול גורעת ממצבה לאורך זמן, זה מספיק סביר וכן מתחיל לחול עליה נטל הקטנת הנזק. הוא קבע שפרק הזמן הזה הוא 18 חודשים.

השופטת ברק ארז: מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין, מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות המאפיינים הדתיים של התובעים. ככלל (בלי קשר למאפיינים דתיים/תרבותיים), סביר להמתין עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. מצטרפת לרובינשטיין אך בהנמקה אחרת.

בפסיקה האמריקאית יש גישות שונות להקלה בהקטנת הנזק תוך התחשבות במאפיינים הדתיים (כת עדי יהוה, נמנעים מלקבל מנות דם). לא ניתן לומר בהכרח האם ביהמ"ש התחשב במאפיינים אלו או לא.

**שיעור 17 31/05/2021**

כליאת שווא, תקיפה וזכויות החולה – מבנה הלימוד של הפרק:

1. כליאת שווא
2. תקיפה
3. תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה (נבחן מתי חולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה ומתי לתבוע בעוולת רשלנות)
4. נדון בדוק' הסכמה מדעת, אותה הכרנו בפרק על גבולות עוולת הרשלנות, ונבחן מה ההלכות לגבי היקף חובת הגילוי של גורמים רפואיים.
5. נשוב לדיון לפגיעה באוטונומיה, אותה הכרנו בפרק של (להשלים)

**כליאת שווא:**

* עוולת אחריות מוגברת (לא צריך להוכיח קשר סיבתי).
* המבנה של הסעיפים הנוגעים לכליאת שווא: סעיף יסודות העוולה ולאחריו סעיף המפרט הגנות.

סעיף 26 לפקנ"ז: "כליאת שווא היא שלילת חירותו של אדם, שלילה מוחלטת ושלא כדין, למשך זמן כלשהו, באמצעים פיזיים או על ידי הופעה כבעל סמכות"

**יסודות העוולה:**

* "שלילת חירותו של אדם" – מקרים של בעל סמכות- למשל שוטר שסוגר את הדלת ואומר לא לצאת מהכיתה. גרם להאמין שהוא בעל סמכות ושלל את החירות כשהוא מציג מצג שווא.
* "שלילה מוחלטת" (יש הבדל בין נעילה לסגירה)
* "שלא כדין" – חריגה מסמכות.
* "למשך זמן כלשהו" – המחוקק לא אומר לשופטים מה לעשות בהקשר זה. לא ברור מה פרק הזמן המינימלי. נראה שהכוונה לא לזמן קצר מאוד. פתוח לשק"ד השופטים בהתאם למקרה.

בנוסף - נדון בשאלות האם צריך הוכיח כוונה נוספת ליסודות אלה? והאם עוולת הרשלנות אינה כוללת גם מצבים של כליאת שווא?

**לעוולה זו יש סעיף הגנות (סעיף 27 לפקנ"ז).**

**עוולת התקיפה:**

סעיף 23 לפקנ"ז: (א) "תקיפה היא **שימוש בכוח** מכל סוג שהוא, **ובמתכוון**, **נגד גופו** של אדם **על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת**, בין במישרין ובין בעקיפין, **שלא בהסכמת** האדם או **בהסכמתו שהושגה בתרמית**, **וכן ניסיון או איום ע"י מעשה או ע"י תנועה, להשתמש בכוח**, כאמור נגד גופו של אדם המנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה השעה כוונה והיכולת לבצע זממו"

עוולת התקיפה שונה במשפט הישראלי מאשר במשפט המקובל כי מצד אחד היא כוללת עוולה שעוסקת בפגיעה פיזית- שימוש בכוח, ומצד שני עוולה שמוגדרת באמצעות איום על מישהו אחר בשימוש בכוח. הראשונה מוגדרת במשפט המקובל battery, והשנייה assault. במשפט הישראלי אנחנו רואים בסעיף 23 את שני הוגים הללו תחת כותרת של תקיפה, גם הניסיון לאיום וגם השימוש בכוח פיזי.

**יסודות העוולה ("חציה הראשון" – שימוש בכוח):**

* שימוש בכוח (יכול להיות גם לא ישיר)
* כנגד גופו של אחר (לא נזק רכוש)
* במתכוון
* שלא בהסכמה - הכוח המניע של עוולת התקיפה.

הרבה פעמים קל להוכיח את חוסר ההסכמה אך ישנם מצבים בהם מאוד קשה להוכיח את אי ההסכמה.

**פס"ד כרמי (עוסק בדרישת הכוונה):**

עובדות: כרמי סבל ממחלת נפש, דקר ילד בן 8 שהצליח לברוח (אך סבל מפגיעה קשה) ואת בתו התינוקת שמתה מפצעיה. לאור מחלת הנפש ממנה סובל הוא לא עונה לדרישות האחריות הפלילית ולכן הוכנס לאשפוז במוסד סגור.

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

שלוש גישות:

1. אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית. גישה המתיישבת עם הדין הפלילי- אי אפשר לייחס כוונה לאדם הלוקה בנפשו.
2. ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת הגפיים (אין צורך בכוונה אלא בידיעה) >> השופט רובינשטיין. תפיסת היעדר שליטה. אבל אם ידעת שאתה עושה ויכולת לשלוט בגפיים שלך, גם אם לא התכוונת לפעולה המזיקה, די בכך כדי לאפשר לחוב אותך כתוקף בנזיקין.
3. הטלת אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו >> השופטת ארבל. גם במקרה של תשושי נפש יש להעדיף את תכלית הפיצוי, אינטרס הניזוק.

**דיון בשיקולים של בית המשפט**

* משמעות פסק הדין לגבי תשושי נפש – אוכלוסייה חלשה, והפיצוי שיוטל יהיה נטל שלא בטוח יוכל לעמוד בו.
* איך נתמודד עם הקושי? אם לא נטיל אחריות על אנשים כאלה, אנשים אחרים יפחדו לפתוח דלתם ולקבל אותם לחברה. אם אנו רוצים לעודד השתלבות שלהם אנחנו צריכים לשקול גם את ההיבטים האלו.

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

* ניסיון או איום... תוך שימוש במעשה או תנועה
* התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום – עניין סובייקטיבי.

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

**יסודות ההגנה הקבועה בס'24(1):**

* עשה את המעשה בסבירות – האם הדבר שעשה המזיק סביר בנסיבות העניין?
* הגנה על פגיעה בגוף, חירות או רכוש
* "דרישת הפרופורציה" – יחס סביר בין הנזק שחשבת שהולך להיגרם לבין הנזק שנגרם בפועל>> מתמקד בתוצאה.

**פס"ד אלון נ' חדד- דן בשאלת הסבירות:**

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

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

ארבל- נכון שאנחנו יודעים בדיעבד שהפורץ לא סיכן את החייל ולא היה חמוש, אבל כשיש מצב בו אדם מרגיש שיש סכנה מיידית לחייו צריך לבחון את שאלת הסבירות לפי ההקשר. הנתבע האמין שהוא נמצא במצב של הגנה עצמית ולכן צריך לתת לו הגנה על התקיפה. **הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן.** יש כאן אלמנט סובייקטיבי בתוך הסבירות- שאנחנו רגילים לדבר עליה כמונח אובייקטיבי.

נקבע: תחושת השכנה שנבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית) אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן.

Ex-post מול ex-ante- בדיעבד/מלכתחילה- יש הבדל בין מה להסתכל על המקרה והעובדות אחרי, כשאנחנו כבר יודעים אותן, לבין דברים שאנחנו יכולים לצפות מאדם לצפות לפני מעשה. בדיעבד אנחנו יודעים

**שיעור 18 03/06/21**

המשך הגנות לעוולת התקיפה

ס'24(2)- הגנה לאדם המשתמש בכוח כדי להוציא אחר מהמקרקעין שלו (השיג גבול). ס'24(3) מדבר על מטלטלין.

ס'24(4)- הגנה למי שפועל מכוח צו כל עוד שהמעשה שמתלוננים עליו, הותר באותם צווים אף אם היה פגם בהם או בנתינתם.

ס'24(5)- הגנה למי שתוקף מתוך רצון להגן על אדם לא שפוי, או על מי שנמצא בסביבתו.

ס'24(6)- דומה ל4, הגנה על חיילים, ככל שהם פעלו עפ"י דין כאשר נטענת טענת תקיפה נגדם.

ס'24(7)- בוטל, במקור אפשר הגנה להורה/אפוטרופוס/מורה בגין תקיפה. בעבר, נתפס כסביר שהורה או מורה מכה. עדיין מופיע בכליאת שווא. בתקיפה- הפגיעה נתפסת כחמורה יותר למשל לשלוח ילד לחדר שלו ושם עדיין קיימת הגנה כזו.

ס'24(8)- **נועד להגן על גורמים רפואיים.** 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.

לפי לשון ס'23, כאשר יש שימוש בכוח מתוך כוונה, זו תקיפה. חולה מחוסר הכרה, לא יכול להסכים לטיפול הדחוף שנדרש לעשות לו. אם נאפשר לחולה לתבוע בגין תקיפה- ניצור הרתעה אצל רופאים, הם יחשבו פעמיים לפני שיצילו את חייו בניתוח או טיפול רפואי אחר, שלא יתבעו בנזיקין.

מה קורה כאשר אדם **בהכרה מלאה**, אבל מתנגד לקבל את הטיפול הרפואי?

**פס"ד קרוטאום**- עוולת התקיפה נדונה בעקיפין, המקרה היה בהקשר הפלילי.

עובדות: שוטרים רדפו אחר הנאשם, שהיה בידיו שקית סמים, במהלך המרדף הוא בלע אותה כדי להסתיר ראיות. נתפס והובא לביה"ח, והתגלה בסקירה שהשקית מסכנת את חייו וחייב להוציא אותה בניתוח. הוא סירב. הרופאים בכל זאת הרדימו אותו והוציאו ממנו את השקית.

טענת הנאשם: לא ניתן להשתמש בשקית הסמים כראייה נגדו, כיוון שהיא הושגה שלא כדין- כתקיפה. כך עלתה טענת התקיפה האזרחית.

נקבע: אדם שמוכן לסכן את חייו, רק כדי להימנע מהעמדה לדין כאשר חייו בסכנה, לא חושב באופן בהיר. ולכן מותר לכפות עליו את הטיפול הרפואי.

ביקורת: לא מקבלים את ההחלטה של האדם, פגיעה באוטונומיה. עולה השאלה- מתי אפשר להתערב בהחלטת המטופל ולכפות עליו טיפול רפואי?

**הלכה:**

1. כאשר אדם בהכרה, וצלול בדעתו, מסרב לטיפול רפואי מחשש לפגיעה באיכות חייו, או לסימפטומים של הטיפול, אסור לכפות עליו.
2. ניתן לכפות טיפול רפואי על אדם שלא בהכרה. כמה סוגים: לא חושב בצורה בהירה / מחשבה משובשת / פיזית לא בהכרה / התקף פסיכוטי. כאשר אדם מסכן את חייו כי הוא לא רוצה להיתפס, **הדבר שקול למתאבד**.

**הגנה נוספת לגורמים רפואיים**

חוק זכויות החולה

**טיפול רפואי ללא הסכמה**

**ס' 15(1)** עוסק במצבים שאדם מתנגד לטיפול **והוא לא בהכרה.**

מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בס'13, 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.

**ס' 15(2)** עוסק במצבים בהם נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול (ובנסיבות העניין צריך את הטיפול בהקדם) כאשר הוא בהכרה. הגורם המטפל **רשאי לכפות את הטיפול** רק לאחר קבלת אישור מועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה (תנאים מצטברים):

(א)   **נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת**- זו דרישה שרלוונטית לגבי כל טיפול רפואי. תמיד גורם מטפל נדרש לגלות את כל המידע הרלוונטי למטופל- הסיכונים, הסיכויים, האלטרנטיבות השונות וכו'.

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

(ג)   קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי **ייתן המטופל את הסכמתו** למפרע. בעיה, אדם יכול לטעון שלא היה מסכים, אבל הועדה צריכה רק "להרגיש". לכן לא תתייחס ספציפית למטופל, אלא תקבע מבחינה עובדתית אובייקטיבית.

**ס' 15(3)** בנסיבות של **מצב חירום רפואי** רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, בהסכמת שלושה רופאים, אם בשל נסיבות החירום, **לרבות מצבו הגופני או הנפשי** (לא יכול לחשוב בצורה בהירה) של **המטופל**, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת. אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת, ואז לא צריך הסכמה של 3 רופאים.

\*הערה- אנו נזהר לא לפגוע באוטונומיה של המטופל ולכבד את הרצון החופשי שלו.

מחפשים את האיזון ונזהרים לא לחצות את הקו ולא לכבד את רצונו של המטופל ואת האוטונומיה שלו.

**תקיפה בהקשרים רפואיים וזכויות החולה**

מתי חולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה, ומתי לתבוע בעוולת רשלנות?

1. נדון בדוקטרינת **ההסכמה מדעת** (ראו: גבולות עוולת הרשלנות), ונבחן מהן ההלכות לגבי היקף חובת הגילוי של גרומים רפואיים.
2. נדון **בפגיעה באוטונומיה** (ראו: גבולות עוולת הרשלנות), ונבחן מהי ההלכה העדכנית, על רקע הדיון בחובת הגילוי.

בעבר, כל הנושא של אי הסכמה מדעת של מטופל, כולל **אי גילוי המידע הרלוונטי** נדון תחת תקיפה (ס'23 לפקנ"ז). לביהמ"ש היה קשה להתמודד עם מצבים של חוסר גילוי מידע רלוונטי בהקשר של תקיפה. ס'23 דורש שימוש בכוח ללא הסכמה ויוצא לכאורה מצב שכל טיפול רפואי ללא הסכמה הוא מצב של תקיפה. הרעיון היה שאם לאדם אין מידע מלא על הטיפול שלו, הוא ממילא לא יכול להסכים לטיפול הרפואי. נשמע מוזר לבית המשפט לחשוב על אי גילוי כתקיפה.

כיום, קיימת הבחנה **באי הסכמה מדעת** לשני מצבים:

1. עוולת התקיפה- תעסוק במצבים של **אי קבלת הסכמה** לביצוע הטיפול.
2. עוולת הרשלנות- תעסוק מצבים של **הפרת חובת הגילוי** (לא גילו את כל המידע הרלוונטי).

בנוסף, הסכמה מדעת וחובת הגילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה, וניתן לתבוע בנזיקין מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה (החובה הקבועה בס'13(א) בחוק זכויות החולה- מטופל צריך לקבל מידע מלא).

מה המשמעות של מעבר מתקיפה -> לרשלנות, במצבים של **אי הסכמה מדעת** כתוצאה מהפרת חובת הגילוי?

כאשר קרה נזק מהטיפול ולמטופל לא נמסר כל המידע הרלוונטי, בכך לא התקבלה הסכמה מדעת מלאה. במצב זה, החולה רוצה לקבל פיצוי על 2 נזקים:

**נזק הפיזי-** איך מוכיחים? מבחן האלמלא הכפול-

1. **סיבתיות ההחלטה**- אם למטופל היה נמסר כל המידע הרלוונטי, האם היה מסכים לקבל את הטיפול שקיבל? אם כן- אין קש"ס; אם לא—
2. **סיבתיות התוצאה**- האם הנזק עדיין היה קורה בבחירה של דרך טיפול אחרת? אם כן- אין קש"ס; אם לא- יש קש"ס.

**נזק בלתי ממוני טהור**- בשביל פגיעה באוטונומיה אין צורך להוכיח קש"ס, שכן היא נגרמת מעצם הפרת חובת הגילוי. **פס"ד דעקה**. מכיר בחשיבות, גם מטעמי הרתעה, וגם מתוך התפיסה שאוטונומיה של הפרט, בהקשרים רפואיים, בעלת משמעות נחרצת על החיים של האדם לאחר מכן. כל החלטה שלו משנה את החיים מקצה לקצה.

**גבולות חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים**

**חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר**- הסטנדרט לגילוי המידע יקבע לפי הפרספקטיבה של החולה הסביר. איזה מידע **המטופל** הסביר היה צריך לדעת בשביל להסכים לטיפול. המבחן רוכך **בפס"ד קדוש**, וכעת נבחן בהתחשב באלמנטים סובייקטיביים, נסיבות מיוחדות (כגון שפה זרה). בפס"ד זה, עמית רוצה להעביר את הפרספקטיבה לזו של הרופא הסביר.

**חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר**-ככל שסיכויי הצלחה יותר נמוכים, יותר מסובך, כרוך ביותר כאב או סבל – היקף חובת הגילוי גדל.

**חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי = לבחירה (וקטנה ככל שהוא דחוף).** במצב של ניתוחים פלסטיים או אסטטיים (למשל הסרת משקפיים), חובת הגילוי **רחבה יותר כי הוא לא הכרחי,** נוכל להימנע מלבחור בו אם נדע את כל המידע הרלוונטי. לעומת זאת, כאשר הטיפול היה דחוף והיה צורך ממשי עובדתית, ביהמ"ש יהיה יותר סלחן לכך שחלק מהסיכונים לא הועברו כנדרש.

**שיעור 19 07/06/21**

**תקיפה בהקשרים רפואיים:**

* **בעבר** אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה (ס'23 לפקנ"ז מצריך אי הסכמה) – אי קבלת הסכמה, כלל גם אי גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול/חלופות הטיפול/סכנות).
* **כיום**, קיימת הבחנה בין אי קבלת ההסכמה לביצוע הטיפול לבין הפרת חובת הגילוי: אי קבלת הסכמה לביצוע עשויה להיחשב לתקיפה. לעומת זאת, מצבים של אי הסכמה מדעת עקב הפרת חובת גילוי (גילוי לא מלא של מידע רלוונטי), יידונו במסגרת עוולת הרשלנות. **בנוסף**
* **כיום**, הסכמה מדעת וחובת גילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה, וניתן לתבוע בנזיקין מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה (הפרה החובה הקבועה בס'13 >> "לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה".

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

* חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר (נדבר על ריכוך מבחן **בפס"ד קדוש**). היום אנו מדברים על סוג החולה הסביר. החולה הסקרן שצמא למידע, החולה שלא דובר את השפה ואנו ננסה להשוות אותו לסוג המטופל הסביר.
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר. אנו מצפים מהרופא לגלות יותר. ככל שהטיפול הוא שגרתי אנו נסתפק בחתימה על טפסים או משהו שהוא פשוט יותר. לא נצפה לשיחה רצינית וירידה לפרטים.
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף). ניתוח אלקטיבי הוא ניתוח שניתן לבחור, ניתוח פלסטי או ניתוח להסרת משקפיים. הניתוח הוא לא דחוף ויש זמן למטופל לברר את הפרטים הרלוונטיים.
* חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל (**פס"ד חליפה**). נשאלה השאלה בעניין חליפה האם מספיק שרופאים יגלו את המידע או שאולי צריכים גם לעודד את המטופל לבחור ולדחוף אותו למה שהם חושבים שהטיפול "הראוי". לנסות לשכנע אותו. נקבע כי רופאים לא מצופים לנדנד למטופלים שלהם אלא לגלות את המידע.
* חובת הגילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות (**פס"ד סידי**). דיון למטה.
* ככלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל (אך נדבר על ההסתייגת לכך **בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית**). האופן שבו שיקולי הדת מתערבבים יחד עם דיני הנזיקין.

**פס"ד חליפה** תינוקת שנולדה עם פגם בעמוד השדרה והפכה לנכה ב100%. נטען כי רשלנות הרופאים הייתה כי הם לא "נדנדו" להורים לבצע את הבדיקות. נטען כי התנהגות הרופאים הובילה את ההורים לא לעשות הפלה ולכן נולדה נכה. הרופאים כן הציעו להורים לעבור את הבדיקות אבל לא "נדנדו" והאם לא ביצעה אותם. נקבע כי רופא לא צריך לנדנד ומוטלת עליו החובה לגלות את המידע הרפואי הרלוונטי.

דוגמה לשאלת מחשבה במבחן יכולה להיות הדיון שהיה כאן בכיתה:

האם הרופא היה צריך לנדנד לחולה מבחינת שיקולי מדיניות?

מצד אחד אנחנו הופכים את המטופל **כביכול לכמו ילד-** מתייחסים אליו כאילו הוא לא יכול לקחת החלטות בעצמו. אם אנחנו מטילים על הרופאים חובת גילוי מאוד נרחבת שכוללת לא רק גילוי של מידע אלא ממש מעשה אקטיבי של "ניג'וס" ושכנוע, אנחנו בעצם הופכים את המטופל לילד, לאינפנטיל, אומרים לו 'אתה לא יכול לדעת לבד מה טוב לך'. ממעיטים מהשיקולים האחרים שלו ואומרים שהרופא הוא זה שיודע מה טוב לו. זה פן שיכול להצדיק את החלטת ביהמ"ש. שיקול נוסף הוא **עלויות-** עד מתי אנחנו מצפים מהרופא לעשות מעל ומעבר? יש גם עלויות שכרוכות בזה, זמן והשקעה וכו', שיקולי מערכת. בנוסף במצב כזה אנחנו יכולים ליצור **רפואה מתגוננת-** עד כמה רופאים יצטרכו לחשוש כשהם מציעים טיפול? כמה אנחנו גורמים להם לפחד ולהצטרך להסביר ולהצדיק את עצמם? חולים אחרים עלולים לא לקבל את הטיפול שלהם, אנחנו תופסים לרופאים הרבה מאוד מקום וזמן בהרחבה הזאת. כשמסתכלים על זה כמערכת יש לזה הרבה משמעויות גם כאלה, עלויות. פן נוסף הוא **פגיעה באוטונומיה-** אם כל המטרה של חובת הגילוי וכיבודה היא שאנחנו רוצים לאפשר למטופל לקבל הסכמה מדעת, כלומר הסכמה מושכלת ובנויה על זה שיש לו את כל המידע לקבל את ההחלטה שטובה לו, אז אם אנחנו דוחפים אותו לקבל את ההחלטה הנכונה- אנחנו לא בעצם סוטים מזה ומגיעים לפגיעה באוטונומיה מהכיוון השני? נשאלת גם השאלה עד כמה הרופאים יצטרכו לנדנד, איפה הגבול, מתי גם להפסיק.

**פס"ד סידי** עוסק באם שהיו לה הריונות כושלים בעבר ובתביעה המדוברת נולד לה ילד עם קשיי נשימה וללא יד. היא הגישה תביעה בגין הולדה בעוולה, שהרופא לא סיפר לאם על בדיקות רפואיות נוספות שהיא יכלה לעשות כדי לגלות את הפגמים בעובר. סריקה על קולית הייתה מגלה את הפגם בעובר. טענת הרופא הייתה שסריקה על קולית לא נמצאת הסל התרופות ולא ניתנת ע"י הרפואה הציבורית. נשאלה השאלה האם על הרופא לגלות גם בדיקות פרטיות? נקבע כי על הרופא לגלות על הטיפולים הפרטיים. בהקשר זה השופט ריבלין קבע שגם במערכת הרפואה הציבורית על רופא חלה חובה לגלות למטופל את האלטרנטיבות הקיימות גם ברפואה הפרטית, לפעמים גם מעבר לים. השופטת חיות ציינה כי במצבים הללו, של הורים שמצפים לילד, על הרופא לגלות את כל המידע הרלוונטי עד כמה שאפשר.

**פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית** נשאלה השאלה האם חובת הגילוי צריכה להיות בהתאם להשתייכות הדתית של המטופל. התשובה מורכבת. עובדות: הורים מוסלמים שעשו בדיקת מי שפיר והסתבר שהילד היה בעל תסמונת דאון, וכשהם חושבים לעשות הפלה הם לא יכולים מפני שע"פ הדת המוסלמית ניתן לעשות הפלה עד שבוע 20. הבדיקה שעשו לא תאמה את דת המטופלים ולכן המידע לא הועיל להם ולא התאים למקרה. טענת המטופלת הייתה שעל הרופא המטפל שידע שהיא מוסלמית היה להמליץ על בדיקה אחרת שניתן לבצע בשלב מוקדם של ההיריון. **השופטת וילנר קבעה כי מידע שקשור להשתייכות דתית שייכת למטופל ולא חלה חובת גילוי על הרופא.** עם זאת, השופטת קבעה שישנם מצבים בהם הרופא המטפל יהיה מחויב לגלות מידע רלוונטי כזה, רק אם המטופל מיוזמתו ובאופן מפורש ביקש להתאים את המידע לדת שלו. גם אם הרופא המטפל יודע את הדת ולא הייתה דרישה מצד המטופל, לא חלה עליו החובה.

**תקיפה בהקשרים רפואיים:**

**פלונית נ מדינת ישראל** – צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי:

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

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

1. בעניין דעקה, שבו היה נזק גופני אך לא התקיים קש"ס. מצבים בהם התובע לא מצליח להוכיח קש"ס בים הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הנגרם לו, ניתן פרס ניחומים ונאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה.
2. במצבים של הולדה בעוולה (המר)
3. במצבים הדומים לנסיבות מרפאת עין טל – טיפול עיניים. היא ביקשה אחרי הטיפול כשהרגישה משהו לא בסדר לעצור את הטיפול. הרופא לא עצר כשהיא חזרה על בקשתה. מקרה זה מאפשר לשייך אותו יותר לכיוון של תקיפה מאשר לכיוון של הפרת חובת גילוי.

אבל לא בטוח שהתקבלה המילה האחרונה: העמדה שהובעה ע"י עמית בפלונית אמנם התקבלה ע"י השופטות וילנר וברון באותו עניין, אך נראה שישנם שופטים שלא מסכימים (השופטת ברק ארז והשופט מלצר הביעו הסתייגות מפורשת מגישה מצמצמת זו בעניין מרפאת עין טל)

**שורה תחתונה**, פגיעה באוטונומיה: במבחן עליכם להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד (כלומר בנוסף לכאב וסבל, ולנזק הגופני, אן יש), אך להכיר את גישתו המצמצמת של עמית בעניין פלונית.

אם מיטל שואלת על פלונית יש להכיר מה קורה שם, אם לא נשאלת שאלה ספציפית ניתן להפנות פשוט לעמדה הנגדית של עמית בפלונית.

**שיעור 20 14/06/2021**

**הפרת חובה חקוקה, סעיף 63 לפקנ"ז**

**חמשת יסודות העוולה:**

1. קיומה של חובה, אשר הופרה
2. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים "מהסוג" עמם נמנה התובע)
3. הנזק הוא מהסוג אליו התכוון הליקוק (אותו החיקוק רצה למנוע)
4. קש"ס עובדתי ומשפטי
5. "יסוד נגטיבי": החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי.

**היסוד הראשון – הפרת חובה:**

**פסד דין גרובנר:**

העובדות: תביעה על הפרת חובה חקוקה הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק. אישה בת 66 שנפגעה מאופניים בפארק עירוני והיא תובעת את העירייה שלא מפקחת למרות שהוצבו תמרורים בשטח הגן.

חשוב לענייננו: ביהמ"ש עומד על ההבחנה בין סמכות לקיים גנים ולפקח עליהם לבין חובה. היות שמוצא כי לא קיימת חובה שכן מדובר בעניין שבסמכות והפעלת שק"ד, אזי גם ממילא לא הופרה חובה זו. לעניין פקודת העיריות כוונת החיקוק הייתה אך ורק לאפשר לעירייה ולהפעיל את סמכותה לצד שיקולים אחרים – כמו כספיים למשל. הטענה בדבר הפרת חובה חקוקה נפלה כבר מהיסוד הראשון.

**פס"ד אמין:**

העובדות: הזנחה הורית, הובילה לתביעה של ילדים את אביהם, על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה. האב מתחתן בשנית, ומנתק קשר עם ילדיו מהנישואים הראשונים. הנסיבות מאוד קיצוניות בחומרתן. הנזקים הנפשיים מלווים אותם כל חייהם.

השאלה המשפטית: האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? הבא טוען שלא חלה עליו חובה לאהוב את הילדים שלו. האם חלה על הורה חובה חוקית לאהוב את ילדיו? האם יש להטיל על ההורים חובות מוסריות כלפי הורים? בא כוחו של האב טען כי החלת המקרה תביא ל"מדרון חלקלק", דבר שיביא לתביעות נזיקין רבות.

סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות קובע: "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לו הרשות להחזיק בקטין לקבוע את מקום מגוריו והסמכות לייצגו"

**השופט אנגלרד** מתמקד במושג "חינוך":

* מפרש "חינוך" באופן רחב. חינוך כולל גם את ההשפעות האישיות והחברתיות, עיצוב האישיות של הקטין.
* כיצד נדע אם הורה הפר את החובה? הסטנדרט שהורה מחויב לעמוד בו קבוע בסעיף 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "... חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין בדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין".

**מצד שני**, קיימת הגנה לאפוטרופוס הורה בסעיף 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "הורים לא יישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידם, אלא אם פעלו שלא בתו"ל או לא נתכוונו לטובת הקטין..."

**יסוד שני – החיקוק שהופר נועד לטובתו של התובע:**

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

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

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

**היסוד השלישי – הנזק הוא מהסוג אליו התכוון החיקוק ואותו רצה למנוע**

**פסק דין בלומנטל:**

העובדות: נטען כי שונה יעוד של מבנה, מפנסיון לבית חולים לחולי נפש על אף הוראה בתוכנית המתאר האוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באזור. נטען שהוקם בית חולים לחולי נפש, במקום בו עד אותו הרגע נוהל פסיון. הטענה הייתה שבעלי המבנה **הפכו אותו לבית חולים לחולי נפש בלי לקבל את ההיתר הנדרש**. הם לא יכלו לקבל אותו מפני שבתוכנית המתאר נאמר במפורש שאי אפשר להקים בית חולים לחולי נפש. הטענה הייתה שבית החולים נבנה בניגוד להוראות תוכנית המתאר. החיקוק לא חייב להיות חיקוק במובן של חוק מרכזי ויכול להיות גם הוראה מכוח תקנות. הוראת חוק אך לא חיקוק מרכזי של המחוקק. גם על הוראות אלו נוכל לתבוע בעוולת הפרת חובה חקוקה. השכנים טענו כי ירדו מחירי הדירות שלהם (נזק כלכלי). כמו"כ טענו לחוסר נוחות לחיות בקרבת חולי נפש.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על הפרת חובה חקוקה?

נקבע (השופט גולדברג):

* לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה. אין שינוי יעוד בניגוד להוראות המתאר. המקום שהוקם הוא מקום לאנשים שעברו חוויות נפשיות קשות אבל דרושים לשיקום והחלמה.
* גם אם ניתן היה לטעון שהופרה החובה, וכי מדובר בבית חולים לחולי נפש, הנזק שלו טוענים השכנים (אי הנעימות עליה מלינים השכנים) אינו תואם לסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק. כדי שתביעה הייתה מצליחה הדיירים היו צריכים להוכיח שהחולים שנמצאים בבית ההבראה גורמים להם מטרד בפועל ע"י רעש, התנכלות לעוברי אורח וכו'.

**קשר סיבתי עובדתי ומשפטי:**

**קשר סיבתי עובדתי נבחן באמצעות מבחן האלמלא (המבחן הדומיננטי):**

המבחן שואל: האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה ע"י הנתבע?

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

**קשר סיבתי משפטי:** לאחר שנקבע קש"ס עובדתי, עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו

**פס"ד ועקנין מונה שלושה מבחנים:**

1. מבחן השכל הישר (כפונקציה של הניסיון היומיומי; "נטייה הסתברותית"). בד"כ מופעל בנוסף למבחנים האחרים. אינטואיציה.
2. מבחן הצפיות (לגבי אירוע הנזק, סוג הנזק והניזוק). מבחן נורמטיבי > האם היה צריך ולא יכול. שיקולי מדיניות.
3. מבחן הסיכון, **המבחן המוביל** (מופיע במפורש בסעיף 63) >> מזכיר מאוד את מבחן האם הנזק הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק.

**פס"ד Berry v. the borough of sugar notch:**

אדם נסע במהירות מופרזת ובשלב מסוים נפל עליו עץ וגרם לנזק ברכוש לרכב. **האם יש קשר סיבתי עובדתי בין הנהיגה במהירות המופרזת לבין הנזק הנגרם לרכב?** אם היה נוסע במהירות אחרת (אפילו מהירה יותר) הוא לא היה מגיע לנקודה באותו זמן ומקום בו נפל העץ. אם הוא היה נוסע לאט יותר, הוא היה מגיע למקום והעץ כבר היה נפול. לדבר יש קושי...אנו לא מוכנים לקבל את התוצאה והיא נראית לנו לא הגיונית. מבחינה עובדתית ברור שיש קשר סיבתי.

**ניתוח>>**

מבחן השכל הישר: ברור שאין קשר בין השניים. במקרה לגמרי הנהג נסע באותה מהירות ונפל העץ.

מבחן הצפיות: האם נהג יכול לצפות נפילת עץ כאשר הוא נוסע במהירות מופרזת? לא ייתכן לצפות את סוג הנזק.

מבחן האלמלא: האם הנזק היה קורה אלמלא הנהג היה מגיע במהירות הזו? התשובה היא לא. אולי היה קורה נזק אחר. מבחן האלמלא מתקיים.

מבחן הסיכון: זה לא סיכון שראה המחוקק לנגד עיניו שהוא התקין חוק הקובע את המהירות המותרת. הוא לא ראה את הסיכון שייפול עץ על נהגים כשהם עוברים את המהירות המותרת.

סיבתיות משפטי לא מתקיימת!

"היסוד הנגטיבי":

משמעות יסוד זה>> לא ניתן לתבוע סעד נזיקי מכוח עוולת הפרה חובה חקוקה, אם החיקוק מונע סעד נזיקי.

**פסק דין סולטאן:**

האיש גירש את אשתו ללא פסק הדין של בית הדים השרעי. לאישה נגרם סבל ובושה. היא לא יכולה להתחתן בשני. נפגע מעמדה בקהילה. כמו כן נגרם לה נזק כלכלי עקב שיעור המזנות שנשלל ממנה.

הסעיף נשוא המחלוקת – ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תקופה נזיקית. השאלה הייתה האם ניתן להטיל אחריות נזיקית על הפרת חובה חקוקה שקבועה בסעיף הזה. הנזקים שהאישה טענה להם באותו פס"ד הוא בושה וסבל, היא לא יכלה להתחתן השנית, נפגע המעמד שלה בקהילה ונזק כלכלי- מזונות שנשללו ממנה.

סעיף 181 לחוק העונשין: "התיר איש את קשר הנישואים על כרחה של האישה, באין בשעת התרת הקשר פס"ד סופי של ביהמ"ש או של בית הדין המוסמך המחייב את האישה להתיר זו, דינו – מאסר חמש שנים".

נקבע – ענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול את התרופה האזרחית, זו שאלה של פרשנות, ובתלות בסעיף העונשי המדובר.

בנוסף, נטען שהנזק של התובעת אינו מסוג הנזק עליו נועד להגן סעיף 181 לחוק העונשין.

נקבע- מטרת החיקוק כפולה: הסעיף בחוק העונשין נועד להגן על אינטרס חברתי לקדם את מעמד ציבור הנשים ולמנוע את אפלייתן, וגם להבטיח את האינטרס בפרטי של כל אישה שעשויה להיפגע מאפליה שאותה ביקש המחוקק לתקן (אין סתירה בין המטרות הללו). הנזק הנגרם כאשר האינטרס הפרטי נפגע, נראה גם אותו כסוג הנזק אותו ביקש החיקוק למנוע.

**פסק דין דבוש (פס"ד מיושן):**

יותר תחושה של ערפול בשאלה, האם ניתן להטיל אחריות נזיקית מכוח חיקוק פלילי. השופט מזוז הביע את דעתו שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להוות מקור נורמטיבי להפרת חובה חקוקה (כנגד דעתה החולקת של השופטת ברק ארז).

השופט דנציגר לא ציין מה דעתו ולכן הדברים נשארו במעורפל אחרי פס"ד דבוש. בפס"ד די מיושן ולכן גם אם תעלה שוב השאלה הנטייה תהיה להחליט בהתאם לפס"ד של השופטת ברק ארז.

במבחן – הניתוח הוא ע"פ סולטאן. אפשר לציין שהנושא מעורפל אבל לא חייבים.

**שיעור 21 17/06/2021**

**סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית**

ישנם מקרים בהם אין אשם. בדיני נזיקין האחריות על גרימת הנזר היא לא רק החצנת סיכון. יכול להיות שמישהו מחטיא סיכון באופן לא סביר או מתרשל וגם גורם לנזק, אבל יש להראות שיש קש"ס בין זה שהוא היה לא בסדר לבין זה שהוא באמת אשם.

היחס בין שני סוגי הסיבתיות (factual cause לעומת proximate cause).

**מבחן הסיבתיות העובדתית (מבחן האלמלא):** נועד למצוא את הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה- נודע כמבחן עובדתי טהור.

**מבחני הסיבתיות המשפטית:** נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו. מבחן הסיכון, מבחן השכל הישר ומבחן הצפיות.

יכול להיות מצב שמישהו לקח סיכון לא סביר אך לא נגרם נזק, ויכול להיות מצב בו מישהו לקח סיכון סביר ונגרם נזק. לא מתקיים הקש"ס.

המצב הבעייתי בו אנו נמצאים הוא שמישהו עשה מעשה שהוא לא בסדר, יש נזק וכעת יש לייצר את הקשר בין השניים, לעיתים זהו אתגר גדול. הסיבתיות בדיני הנזיקין מחולקת לסיבתיות משפטית ועובדתית.

**סיבתיות עובדתית:**

"מבחן האלמלא" – האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?

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

כן>> אין קש"ס בין ההתרשלות לנזק ; לא>> יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

* הוכחת קשר סיבתי צריכה לעמוד במאזן ההסתברויות מעל 50%. יותר סביר מאשר לא. עדיין נראה כי אנו נמצאים במקום מסובך ומאוד מאתגר. ישנה החלטה בינארית. אם עמדת בנטל ההוכחה והוכחת את יסודות העוולה אתה זכאי לפיצוי מלא (100% פיצוי).
* "מה היה קורה אילו" – מדובר בהיפותזה. אנחנו לא יודעים באמת מה היה קורה, יש דברים שאנחנו מוגבלים מלעשותם. לכן הנטל הוא רק מאזן ההסתברויות מעל 50%, ועדיין הרבה פעמים קשה להוכיח את זה.

**נעסוק בשלושה היבטים של סיבתיות עובדתית:**

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

* בין היבטים 2,3 יש קשר משמעותי. מלמדים באופן נפרד כדי לעשות סדר.
* אלו היבטים חריגים בהם מבחן האלמלא לא מספיק לנו ולא פותר את הבעיה.

**דטרמינציה ביתר:**

להחליט אם יש קשר סיבתי. מצב בו אנו קובעים ביתר שיש קשר סיבתי. על פניו מבחן האלמלא מתקיים אך הוא בעצם נופל, הוא חל פעמיים. אנו קובעים ביתר שהוא חל עד כדי כך שהוא נופל.

**דוגמה:** האדם נורה פעמיים ע"י שני יורים אחרים. פעם בראש ופעם בלב.

הצייד הראשון טוען- "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה ע"י היורה האחר"

הצייד השני טוען- "אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה ע"י היורה האחר"

לאיזה תוצאה מוביל מבחן האלמלא במקרה זה? הבעיה הזו נדונה המון בספרות וניסו למצוא לה פתרונות. שניהם יכולים לטעון את אותו הדבר. אי אפשר להגיד שמבחן האלמלא מתקיים.

**"מבחן הדיות":** פתרון את בעיית מבחן האלמלא (אובר דטרמינציה). מבחן הדיות מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה ("די בה") כדי לגרום את הנזק. יש לשאול את השאלה האם ההתנהגות (בהנחה שמתקיימים תנאים נוספים), מספיקה כדי לגרום לנזק. די בכך כדי לומר שיש פה סיבה. אם כל אחד מהציידים יקיים את מבחן הדיות, אפשר לומר לגבי כל אחד מהם שהוא היה הסיבה. **נוכל להטיל על שניהם אחריות לנזק שקרה.** הפועל הנפגע לא יקבל פיצוי יתר, אך הסיבתיות תתחלק בין שניהם.

בישראל הדבר רק מוזכר בפסיקה. השופטת נתניהו בפרשת עמיר ציינה שאולי הגיעה השעה לאמץ את המבחן גם במשפט הישראלי אך עדיין לא אומץ. בישראל פותרים אותה ע"י דוקטרינה של מעוולים יחד/לחוד. זוהי דרך לא אידיאלית כי לא מדובר בשני אנשים שביצעו יחד את הנזק אלא מדובר בשני גורמים שונים שכל אחד מהם בנפרד גרם לנזק והיה יכול לגרום לו גם בעצמו ולכן מבחן הדיות פותר את המקרה.

**אובדן סיכויי החלמה:**

נתפס כחלק מנושא העמימות הסיבתית אך הפסיקה נוהגת לחלק את זה באופן שונה ולכן נייחס לו התייחסות נפרדת.

**פס"ד פאתח:**

העובדות: ניתוח באוזן שלא צלח (לא היה רשלני, אך כל ניתוח יכול להחצין סיכון ויכול לקרות נזק, זה לא אומר שהוא רשלני) והביא לפגיעה בעצב הפנים. הייתה התרשלות בדיאגנוזה אחרי הניתוח, לקח זמן לעלות על הנזק ולבחון את הבעיה, ניסו לתקן את הנזק אך זה לקח זמן מסוים, ובזמן הזה הנזק החריף.

נטען: אילו היו מגלים את הנזק במועד סביר, הנזק לא היה מחריף.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, הקטנים מ50%? לפני הניתוח נקבע כי יש לו 30% אובדן סיכויי החלמה. הסיכויים האלו אבדו בגלל שלקח זמן רב להבחין בבעיה ולתקן אותה, טיפול רשלני. ההסתברות שהרופא גרם לנזק היא 30%.

נקבע: לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק (במילים אחרות, נקבעה הבחנה להבדל בין הנזק שנגרם לעצב, לבין הנזק שהוא אובדן סיכויי החלמה). השופט לוין התמודד עם הבעיה הנוצרת בגלל שעל הוכחת הקשר הסיבתי חל הצורך להוכיח ע"פ מאזן ההסתברויות מעל 50%.

הבעיה> עלינו להוכיח קשר סיבתי מעל 50% בעוד שבמקרה דנן אחריות הרופא לנזק היא 30%. הפתרון> הנזק הוא לא הנזק הפיזי, אלא תבעו 100% נזק על אובדן סיכויי ההחלמה. נלקח הסיכוי להחלים ב30% וזה מהוה 100% מהנזק. כלומר, נפתחת האפשרות להוכיח במאזן ההסתברויות את הנזק שנגרם- למעשה, התובע יצטרך להוכיח ב51% את הנזק שהוא אובדן סיכויי ההחלמה, ואז יזכה לפיצוי שהוא אובדן סיכויים של 30% להחלמה. נקלח ממנו 30% סיכויים להחלים.

**פיצוי יחסי על נזק מפני הנזק עצמו הוא נזק יחסי. איך מחשבים?**

**פס"ד פרוטס נ' צ'ירגייב:** מסתבר במועד הפניה שלה לבדיקה שהיה לה סיכוי של 70% למות מסרטן. הרופאה התרשלה בגילוי הממצאים. עד שהסרטן התגלה היה לה סיכוי למות של 95%. מצבה התדרדר. הרופאה טוענת באופן טבעי כי יכול להיות התרשלה אבל החולה הייתה נפטרת בכל מקרה, 70% שגם ככה הייתה נפטרת. אחרי פס"ד פאטח יש לנו את דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה. השופט ריבלין מפנה לעניין פאטח וקובע כי ההלכה חלה על המקרה דנן. הנזק הנתבע ע"י עיזבון האישה הוא לא המוות, אלא הוא אובדן סיכויי ההחלמה במצב הנתון שהיא הייתה. סיכויי המוות מהמחלה עלו משמעותית. ראה נוסחת חישוב לעיל. ההיגיון העומד מאחורי הנוסחה הוא שמתוך הסיכוי למות, אליה משתייכת הניזוקה, 70% אפשר לומר שהיה נגרם בכל מקרה. אך 25% ניתן לייחס להתרשלות הרופאה. הפיצוי על אובדן סיכויי החלמה צריך לעמוד על 25/95 = בערך 26.

**עמימות סיבתית:**

**הצגת הקושי:**

* יש להבחין בין מצבים של עמימות סיבתית לבין מצבים של אובדן סיכויי החלמה.
* השאלה של עמימות סיבתית עוסקת במצבים שבהם לא ברור האם קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק. והיא בוחנת האם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קשר סיבתי במידה הנמוכה מ50%; ואם כן, באילו תנאים?
* בשיעור נתמקד במצבים של עמימות סיבתית במצבים של נתבע ותובע יחידים (לידיעה, קיימים מצבים נוספים של ריבוי תובעים/נתבעים/עמימות לגבי גודל הנזק; נזכיר חלק מאלה, אך לא נתמקד בהם).
* למשל בתביעות המוניות – הרבה מפעלים מזהמים או הרבה יצרני תרופות ולא ברור למי לייחס את הנזק.
* יכול להיות גם הרבה תובעים – נגרם נזק ע"י רשלן אחד, וישנם הרבה חולים בסרטן מסוגים שונים, לא ניתן לדעת למי נגרם הנזק בגלל הזיהום ולמי נגרם הנזק בגלל גורמים טבעיים (גנטיים).

השאלה המעניינת **בפס"ד מלול** עוסק בה האם צריך בהכרח לשלוח הביתה את התובע. ישנו קשר סיבתי מספיק משמעותי כדי להבין שיש גרימה. גם אם היא פחות מ50%. למה לא ניתן לפצות פיצוי חלקי על הנזק. אנו לא נמצאים במצב של אובדן סיכויי החלמה. השורה התחתונה היא שאנו לא מצליחים לעשות זאת. ישנם גורמים חזקים יותר.

האם בכל זאת ניתן לתת פיצוי חלקי? או שאנו צריכים לדחות את התביעה על הסף?

ישנם כל מיני הקשרים בהם ניתן לדון בשאלה הזו.

אפשרות נוספת היא שיודעים שנגרם נזק אך אנחנו לא יודעים מה הגודל שלו. ניתן ליצר קשר סיבתי לפי ההיגיון. פס"ד מלול עוסק בעצם השאלה האם ניתן לומר שיש את הקשר הסיבתי.

ניזוק ומזיק יחיד. המזיק התרשל. יש נזק אבל מטעמים שונים אנחנו לא עומדים בדרישה ומוכיחים שיש קשר סיבתי מעל 50%. זהו מצב הליבה בו אנו נעסוק.

האם ניתן לפצות את הניזוק על אחוז הנזק (פחות מ50%) שכן הצלחנו להוכיח.

**פסק דין מלול:**

העובדות: שני גורמים אפשריים לנזק שנגרם לתינוקת: 1. פגות; 2. התרשלות הרופאים (עיכוב הניתוח הקיסרי); מן העובדות עולה שהגורם הראשון הוא המשמעותי למחלה של החומר הלבן של המוח (גרמה לשיתוק ופיגור שכלי), ועל כן עולה בידי הניזוקה להוכיח קשר סיבתי במידה העולה על 50%.

השאלה המשפטית: האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על ביה"ח לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?

העובדה שקשה להוכיח את הגרימה בין מזיק לניזוק יחידים הביאה לדיון הנוסף.

השאלה – האם ניתן להטיל אחריות לפי הסתברות הגרימה? הדעות בפס"ד חלוקות, נזכיר את שתי העמדות המשמעותיות:

**השופט ריבלין:**

* במקרים של מזיק יחיד וניזוק יחיד – המקרה בפס"ד, אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג: מצבים של אובדן סיכויי החלמה, שעליהם דיברנו לעיל **(הלכת פתאח)**.לא ניתן לסטות ממאזן ההסתברויות. אם נסטה יפתח פתח למדרון חלקלק.
* המקרים של קבוצת ניזוקים ומזיק אחד – ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים כדלהלן (במצטבר):

1. מזיק
2. קבוצת ניזוקים
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים
4. הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות (המקרים "חומקים" מהרשת)

**דוגמאות:** **גורם שמפיץ זיהום סביבתי** ומחצין סיכוי גדול מ50% באופן שיטתי. מפעל מסביבו שכנים רבים. יש התרשלות. ניתן לדעת כי באותה שכונה יש ניזוקים וניתן להוכיח כי חלק מהם חלו בסרטן כתוצאה מהמפעל. באופן עקרוני אנו יכולים לשער שיש סיכוי של 20% של מי שחולה בסרטן, חולה במחלה כתוצאה מהעוולה. במקרה כזה אם לא נכיר באחריות הסתברותית יוצרים מצב חמור של הרתעה בחסר;

**גורם רפואי** שמחצין סיכון גדול מ50% באופן שיטתי. הרופא נוהג ברשלנות. אבל אי אפשר לתבוע אותו כי הוא חושף אנשים לסיכון של 20-30 אחוז. קשה להוכיח את הנזק ואת הקשר הסיבתי בין הנזק לבין להתרשלות. אנו יוצרים מצב של התנהגויות לא יעילות ומזיקות בכלל מאזן הסתברויות.

לכן ריבלין אומר כי כאשר כל התנאים שהוזכרו לעיל מצטברים, ניתן להפעיל אחריות באופן יחסי לפי הסתברות הגרימה.

פונה לכיוון שונה משל נאור. ביהמ"ש לא יכול לסטות מכלל מאזן ההסתברויות, יש מדרון חלקלק שלא יודעים מה סופו. ישנן סיבות לכלל מאזן ההסתברויות וברור שביהמ"ש עושה טעויות משפטיות (=כאשר היה צריך להכריע לטובת הניזוק והכריעו לטובת המזיק ולהפך). כלל מאזן ההסתברויות יוצר מצב של 50%-50% שבו הטעויות המשפטיות מתרחשות באופן שוויוני. בסופו של דבר, אם ביהמ"ש טועה, הוא טועה באופן שווה.

* בראייתו של ריבלין, הטיה שיטתית מצדיקה פיצוי יחסי גם אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100%.

**שיעור 22 21/06/2021**

עמימות סיבתית – המשך:

פס"ד מלול הוא פסק דין מפוצל. לכל אחד מהשופטים יש דעה אחרת. ישנם שני קולות מרכזיים. **להשלים את מה שהשופטת נאור אמרה.**

ריבלין מוסיף ואומר כי אם באופן שיטתי מזיקים כל הזמן יצליחו להיתפס ברשת של מאזן ההסתברויות וגורם לנזק, אבל הנזק הנגרם והסימוי שהעוולה גורמת לנזק, הוא רק 70% ולא 100% יש לשקול לתת למזיק פיצוי חלקי. זה צריך לפעול לטובת מזיקים שיטתיים כמו שזה פועל למען ניזוקים שיטתיים. זה לא התקבל בפסק הדין. יש לדעת שריבלין טען שבאופן עקרוני אפשר להתחשב במזיקים כפי שאפשר להתחשב בניזוקים כאשר אנו מדברים על מצבים של הטיה שיטתית כשאנו מדברים על ריבוי נזקים. **אם תמיד הוא התרשל ותמיד יוכח שנגרם נזק, אבל ההסתברות של הגרימה הוא תמיד פחות ב100% לא הוגן שאותו מזיק ישלם 100% מהנזק שגרם.** מיטל טוענת כי מה שריבלין מתייחס אליו זוהי קבוצת מצבים מאוד מצומצמת. לכן במובן זה, כמה שזה נראה בעייתי, הדבר אינו מתקיים בפועל.

**השופטת נאור:**

* לעמדתה, גישתו של ריבלין מצומצמת מידי- נכונה למצבים של ריבוי ניזוקים, אולם אין זה מקרה הליבה שבו מדובר (עמימות לגבי הוכחת קיומו של קש"ס). היא נוטה להסכים, אולם לשיטתה, אין זה כלל המקרה הנדון בעניין מלול. לכן משאירה בצ"ע.
* יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצאי דופן שבהם העמימות הסיבתית היא מובנת- נובעת ממגבלות המידע- ואין מתן פיצוי יחסי תסכל את מטרות הצדק המתקן ותאפשר הרתעה בחסר של יוצרי סיכון. גם אם אין מצבין של ריבוי ניזוקים (המצבים שריבלין מדבר עליהם) אנחנו עדיין רוצים להכיר בתוצאה של פיצוי יחסי.
* על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי. גם כאן עולה המדרון החלקלק – פחות סביר שזה יקרה.
* אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100%. נאור סבורה שהרעיון של ריבלין להתחשב במזיקים לא נכון.
* אם נחמוק מהתמודדות עם השאלה ולא נאפשר להטיל אחריות באופן יחסי, נגרום להרתעה בחסר גם במצבים בודדים. גם רופאים שלא מתרשלים בצורה חוזרת ונשנה, נרצה להרתיע אותם. גם אם הם חושפים אנשים בצורה **משמעותית** לנזק אך לא במידה דומיננטית, נרצה להטיל אחריות באופן יחסי. אחרת ניצור מצב בעייתי של הרתעה בחסר. נאור לא חוששת ממדרון חלקלק. גם נזק של 20% קשה להוכיח.
* לדעת נואר יש להטיל אחריות מלאה על המזיקים. מיטל חושבת שיש היגיון בדבריה.

**איזו הלכה, בכל זאת, ניתן לחץ מפסק הדין (השופטת נאור)?**

* נכון להיום, לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית).
* ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של היה שיטתית (ראו ארבעת התנאים של ריבלין): 1. מזיק 2. קבוצת ניזוקים 3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים 4. הטיה עקבית במחלת כלל עודף ההסתברויות.
* **"כלל אי הסימטריה"** – בכל מקרה, אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר ל"טובת הניזוק", כלומר כאשר הוא מאפשר פיצוי על הוכחת קש"ס הנמוכה מ50%; לא יינתן פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100% (ר' גם פס"ד הילל יפה לעניין אובדן סיכויי החלמה).
* חשוב- להזכירכם, לא להתבלבל! כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קשר סיבתי **בשל אשמו של המזיק** יש פתרון > דוקטרינת הנזק הראייתי! דוקטרינה זו מאפשרת להפוך את נטל השכנוע כאשר באשמו של המזיק התובע לא יכול לעמוד בדרישת הקשר הסיבתי ומאזן ההסתברויות כי הנתבע הסתיר בכוונה את העובדות/התרשל ולא קיים רישום רפואי.

**סיבתיות משפטית:**

יש לזכור: מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו.

בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים שפותחו לאורך השנים, ונגזרים משיקולי מדיניות (זאת, להבדיל מסיבתיות במובנה המדעי).

**מבחן הצפיות:**

הצפיות הנורמטיבית – מופיעה גם בחובת זהירות וגם בסיבתיות המשפטית. האם כפילות?

נתמקד בשאלה – האם **סוג** הנזק היה צפוי:

סעיף 64 לפקנ"ז: "אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק, אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

1. הנזק נגרם ע"י מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;
2. אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;
3. ...

יש מי שסבור (כמו אריאל פורת) כי מדובר בכפילות. יש שופטים שטענו שהדבר הנכון לעשות הוא לדבר קודם על התרשלות הנתבע, להוכיח את הנזק להוכיח קשר סבתי עובדתי ואז קש"ס משפטי ושם צריך להיכנס מבחן הצפיות. לא התקבל בפסיקה.

**מה מציעים מלומדים אחרים?** במשפט האנגלו אמריקאי מקובל להבחין ביניהם. שבוחנים את חובת זהירות בוחנים את הצפיות לגבי זהות הניזוק. האם היה צריך לצפות את הניזוק המסוים. כשמדברים על סיבתיות משפטית ניישם את מבחן הצפיות נבדוק האם המזיק היה צריך לצפות את סוג הנזק המסוים.

דרכי פתרון:

1. ליישם את הפרשנות לעיל. כאשר בוחנים את חובת הזהירות ובוחנים את מבחן הצפיות מדברים על זהות הניזוק. ובסיבתיות משפטית נתמקד בשאלת סוג הנזק. האם המזיק היה צריך לצפות את סוג הנזק. **במבחן אפשר ללכת כך.**
2. ניתן להפנות למבחן הצפיות כאשר מדברים על מבחן הצפיות הנורמטיבית במבחן מידת הזהירות.

**פסק דין שמעון נ' ברדה (באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק?)**

העובדות: נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל, ושיחקו בנשק. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי. ברדה – האחראי על המקום, מודע לכל שאפשר לפרוץ את המקום יחסית בקלות.

השאלה: האם נותק הקש"ס בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער משום שהתנהגות הנערים הייתה כה בלתי צפויה שהיא בגדר גורם זר מתערב שמנתק את הקש"ס?

נקבע: אין צורך לצפות כל פרט ב"התערבות" הגורם (משחק הנערים הבלתי אחראי); נדרשת צפיות ב"קווים כלליים" בלבד (די בכך שניתן לצפות שאם הנערים נכנסים למבנה וגונבים נשקים, הם עשויים לשחק משחק אסור בנשק).

הערכאה הראשונה קבעה כי לנערים יש אחריות כלפי הניזוק. לגבי ברדה נקבע שהוא התרשל כלפי הנערים וכלפי הניזוק באופן ספציפי אך נקבע כי הוא לא אחראי בנזיקין מפני שההתנהגות הבלתי אחראית של הנערים הייתה כל כך מכרעת וכ"כ לא צפויה שאפשר לטעון לניתוק הקש"ס בין הרשלנות של ברדה שלא תיקן את החלון אף שידע שיכולים להיגנב נשקים, לבין הנזק הנגרם לנער.

מבחינת שיקולי מדיניות (סיבתיות משפטית) לא ניתן לומר שהוא יכל לצפות את הנזק שהתממש. ספק שאלמלא היו נגנבים הנשקים הנזק לא היה קורה.

**בבית המשפט העליון פסק הדין של השופט ברק** לא יכולה לעמוד לברדה הטענה כי התנהגות הילדים מהווה גורם זר מתערב ולא מקבל את הטענה. זו השורה התחתונה. ההלכה אומרת שמספיק שנתבע יכול לצפות נזק בקווים כלליים ולהבין שהנזק יכול להיגנב, אבל הוא לא יכול לצפות את הדרך המסוימת לפרטי פרטים, השופט ברק טוען שזה לא רלוונטי. עליו לצפות בקווים כללים שיגרם נזק מהסוג של הנזק שנגרם ודי בכך כדי לקבוע שמזיק יכול היה לצפות את הנזק. לא צריך לחזות את הפרטים המדויקים ואיך זה בדיוק קרה (זו ההלכה).

**היקף הנזק, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק:**

סעיף 76 לפקנ"ז: "פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא אם-

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

ישנם מקרים בהם קשה להחליט האם הנזק התפתח במישרין או לא במישרין, הגיע באורח טבעי או לא.

**פסק דין רינגר נ' ליאון (היקף הנזק החריג)**

העובדות: פגיעה רשלנית של נהגים בעובר אורח (שניהם היו רשלנים); פגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני. נהג האוטובוס נהג בצורה רשלנית ופוגע באופנוע רשלני. מבחינה עובדתית הצליחו להוכיח שיותר סביר שהגידול התפתח שתוצאה מהתרשלות הנהגים.

השאלה: האם אדם שהתרשל אחראי לנזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה?

נקבע:

השופט ברנזון (דעת רוב): השופט קבע שעל המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלא גם אם התוצאה הוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק וזאת **אם סוג הנזק** שנגרם היה צפוי מראש. המזיק היה צריך היה לצפות. למה? די בכך שסוג הנזק היה צפוי – נזק גופני, כתוצאה מההתנהגות הרשלנית על הכביש. נזק הגוף הוא חריג אך סוג הנזק והעובדה שייגרם נזק גופני היה ידוע. גם אם אפשר לומר שהיקפו חריג, עדיין נאמר שצריך להטיל אחריות ויש לתת הגנה לניזוק.

דעת המיעוט (השופט זילברג): מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שצפיותם חריגה כ"כ. לא ניתן תמיד להתחשב ולדבר על הגולגולת הדקה. אם נעשה את זה נחוב מזיקים כמעט לגבי כל נזק שקורה.

**סיכומון:** משני פסקי הדין לעיל, ניתן לומר שרק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא הליך הגרימה (ברדה), או רק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא ההיקף שלו (רינגר). ההלכה בעייתית.

**ניתן ליישב את תוצאות פסקי הדין עם פס"ד קליפורד** רופא שיניים הזריק חומר הרדמה והשתמש במזרק לא שאוב. חומר ההרדמה זרם למוח וגרם לניזוקה מצב של תרדמת. הנזק הכי חמור שתואר כתוצאה משימוש של מזרק לא שואב הוא סחרחורת. הנזק בעניין זה היה יוצא דופן בהיקף שלו. אחת השאלות הייתה, בהנחה שהרופא התרשל, האם צריך להטיל אחריות בגין נזק כ"כ לא צפוי? דעת הרוב השיבה בחיוב וחיזקה את הלכת רינגר. סוג הנזק- נזק גוף היה צפוי!!!!

בנושא זה יש המון ספרות.

**שיעור 23 24/06/2021**

המשך היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק:

**ריחוק הנזק: סעיף 76 לפקנ"ז:**

עד מתי ועד כמה המזיק יכול להיות אחראי על הנזק הנגרם בעוולה.

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

**העובדות**: נפצע (יש לציין שהיה עו"ד) בשל רשלנות העיריה (מפגע על המדרכה); כעבור 6 שנים נפצע שוב משום שמעד עקב הכאב (הניזוק ראה שהארובה בביתו פולטת להבות אש בסמוך לענף, הוא עלה על סולם וניסה להסית את הענף כדי למנע שריפה ונפל מהסולם) שנותר מפציעתו הראשונה ונגרמת לו פציעה שנייה (נזק נוסף). אותו עו"ד מבקש לתקן את כתב התביעה ולהוסיף את הנזק לברך לנזק המקורי שקרה עקב הנפילה הראשונה.

**השאלה**: האם ניתן להטיל אחריות גם על הנזק הנוסף?

**נקבע**: יש לבחון את הנזק השני קרה תוך כדי תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה, וכן יש להתחשב במבחן הזמן. ביהמ"ש לא חוזר בו מהקביעה שמה שמשנה זה סוג הנזק כדי להטיל אחריות. יש פה נזק גוף שנגרם מאותו כאב שליווה את הניזוק עקב הפציעה הראשונה. ביהמ"ש אומר כי כדי להחליט אם הנזק לברך צריך להיות צפוי מבחינת המזיק שהתרשל יש לבחון **שני דברים**: **משך הזמן**- בין הפציעה הראשונה לפציעה השנייה. דבר שני, **האם הפציעה השנייה הייתה תוך תקופה ההחלמה מהפציעה הראשונה**? אם אנו לא יודעים להמשיך את חיינו יותר הגיוני שאנו ניפצע שוב עקב הפגיעה הראשונה. הוא כבר יודע מתי כואב לו ולכן מצופה ממנו להיות זהיר יותר. יכול להיות שמבחן האלמלא חל. אך יש לבדוק את שני התנאים הנוספים (תנאים נוספים).

**אשמו של אחר הוא סיבה מכרעת וניתוק קשר סיבתי:**

**סעיף 64 לפקנ"ז**

**ניתוק הקש"ס: פס"ד כיתן נ' וויס:**

**העובדות:** שומר שעובד אצל הנתבעת רצח את עו"ד שלו תוך שימוש שבנשק שקיבל מהנתבעת. נטען שכיתן התרשלה בכך שהעמידה לרשות העובד נשר כשהוא במצב נפשי לא טוב, והסתבר שגם היה מכור לאלכוהול. וגם מפני שלא נקטה אמצעי זהירות הנדרשים כדי להבטיח שהנשק לא ייצא מתחום המפעל.

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

**נקבע:** התנהגותו של המעוול הייתה בלתי צפויה במדיה המנתקת את הקש"ס בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לתובע. למרות ההתרשלות ולמרות שיש נזק, נקבע כי דין התביעה להידחות. השתמשו בפס'64 אדם אחר היה הסיבה המכרעת לנזק.

**פס"ד כיתן מול פס"ד ברדה:**

* יש להחיל את מבחן הצפיות לפי הנסיבות
* אם יש כוונה להזיק, סביר להניח שינותק הקש"ס (קשה יותר לצפייה) (כיתן) בהקשר זה, יש להבחין בין כוונה לגרום נזק (כיתן) לבין כוונה שקשורה למעשה לא אחראי אך לא לגרימת נזק (שמעון נ' ברדה)
* לעיתים, "ההיגיון של מבחן האלמלא" יסייע בידינו גם עם מבחן הצפיות (נדגים בכיתה באמצעות כיתן).
* ההיגיון של מבחן האלמלא חל בצורה הרבה יותר חזקה בעניין כיתן מאשר בעניין ברדה, במובן הבא- כאשר אדם מתכנן לעשות מעשה מכוון, יותר הגיוני שגם אם הוא לא היה גונב או משתמש בנשק שהוא הצליח להוציא מהמעבידה שלו, הוא ככל הנראה יכול היה לרצוח גם באמצעות מכשיר אחר (סכין וכו'). אם האדם תכנן רצח במחשבה תחילה יכול מאוד להיות שגם אלמלא היה לוקח את הנשק הזה מכיתן הוא היה מצליח לבצע את הרצח. זה לא בדיוק מבחן האלמלא אבל זה ההיגיון שלו. לעומת זאת בעניין ברדה קשה יותר לומר שאלמלא הנערים היו גונבים את הנשק, ככל הנראה היה נגרם אותו נזק. אנחנו ממש יכולים לראות מצב בו הם היו אולי משחקים משחק מסוכן אחר, או לא משחקים בכלל, אבל הסיכוי שאלמלא הגניבה הם היו מגיעים למצב בו הם יורים לחבר שלהם בראש הוא כמעט אפסי. גם כאן- זה לא בדיוק מבחן האלמלא אבל לפי ההיגיון שלו. כשאדם מתכוון לבצע את הנזק עצמו, לא על המשחק עצמו או על מהלך הדברים אלא מציב כוונה לנזק עצמו- קל לנו הרבה יותר להבחין בין הדברים. **קו הגבול בין פסקי הדין מתכנס בסוף לעניין הכוונה.** הפעולה המתערבת של המזיק הישיר- של מי שרצח- היא הפעולה שמנתקת את ההתרשלות של כיתן מהרצח.

הפעולה המתערבת של המזיק הישיר של מי שרצח את עו"ד היא הפעולה המנתקת את הקש"ס בין התרשלות כיתן לפעולת הרצח.

**דוקטרינת המעוולים יחד:**

**מצב בו אנו לא יודעים מי גרם לנזק היותר גדול ולאיזה חלק מהנזק.**

סעיף 11 לפקודת הנזיקין: "היה כל אחד משני בני אדם או יותר חבים לפי הוראת פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד".

סעיף 83 (סעיף קטן א): "סבל אדם נזק עקב עוולה- אין פס"ד שניתם נגד מעוול החב על אותו נזק חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר שאליו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד".

סעיף 84 (סעיף קטן א): "כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר..."

אנו עוסקים בסיטואציה של: 1) מספר גורמים; 2) עוולתיים; 3) לנזק אחד.

לניזוק באופן עקרוני יש זכות לקבל את הפיצוי ביחד ולחוד מכל אחד מהמעוולים. זה הסדר שמקל על הניזוק. מעוול אחד כמובן לא צריך לשלם עבור כולם בפועל, אבל לא הניזוק הוא זה שצריך לחלק ולתבוע כל אחד לחוד.

**מעוולים שגרמו לנזק אחד:**

* נזק שניתן לחלוקה – "המקרה הקל" שבו כל מעוול יחוב על החלק שגרם לו. יכול להיות ששני המעוולים גרמו לאותו נזק. אם מדברים בלשון ציורית אנו יכולים לתבוע את חלקי הנזק. ליחס כל אחד מחלקי הנזק לאחד המעוולים. במקרה כזה הניזוק יודע בדיוק לאיזה מעוול ליחס איזה נזק והוא יתבע כל מעוול בנפרד. נוכל להפריד את הנזקים. במקרה בו נוכל להפריד בין חלקי הנזק ההסדרים המקלים על הניזוק המאפשרים לו לתבוע יחד ולחוד לא רלוונטיים. הוא יכול לתבוע בנפרד את מזיק א ואת מזיק ב בהנחה שיש בידיו את הראיות הרלוונטיות.
* נזק בלתי ניתן לחלוקה –

**פס"ד מלך נ' קורנהיזר (מקרה של נזק גוף – לא ניתן לחלוקה):**

עובדות: אדם הולך לתומו, ותוקפים אותו שלושה כלבים. נגרם לו נזק גופני ונפשי. שניים מהכלבים שייכים לזוג קורנהיזר והשלישי כלב רחוב (לא ידוע)

השאלה המשפטית: כיצד יש להטיל על הזוג אחריות מלאה?

נזקק את הבעיה (סוג של עמימות סיבתית):

נטען כי יש לייחס להם רק 2/3 מהנזק הנגרם לו. בדיון הראשון בעליון השופטת בן פורת קבעה שניתן לחלק את הנזק. יש חלוקה שניתן לשרטט אותה באופן עקרוני ולכן ניתן לחוב את המזיקים על 2/3 מהנזק. יש לאפשר להם לשלם את הפיצוי אך ורק על החלק היחסי. יתכן שהכלבים של הזוג גרמו לכל הנזק, וייתכן שגרמו לחלק ממנו- לא ניתן לדעת. השופט לוין לא קיבל את עמדת בן פורת. הוא קבע שלא ניתן להבחין בין חלקי הנזק השונים

פס"ד הראשון בעליון – אפשר אחריות על סמך רעיון של מעוולים יחד, וחייב את הזוג בפיצוי של 2/3 בלבד.

פס"ד של הדיון הנוסף – התנאי אי ודאות, השאלה מי יישא ב"חלק היתום" של הנזק הא שאלת של מדיניות משפטית. עדיף לקבוע פיצוי לטובת הניזוק התם מאשר לטובתם של המזיקים המעוולים. . נכון **להיום, כאשר ישנו נזק גוף שלא ניתן באופן מלאכותי לחשוב על חלוקת הנזק, ונתייחס אליו כנזק שלא ניתן לחלוקה, נחוב על המזיק 100% מהנזק.**

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

העובדות: נגרם נזק ליבול של התובע ע"י עדרים שפלשו לשדות במשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים פלשו בשני הימים האחרים ולא ניתן היה לזהות אותם.

הבעיה דומה לבעיה בקורנהיזר – לא ברור לאיזה נזר כל עדר גרם.

נקבע- הנתבע אחראי לפי היחס בין הסיכון שהוא יצר כלפי התובע לבין הסיכון שהעדרים האחרים יצרו כלפי התובע. אם אין מידע נוסף, יש לחוב יחד ולחוד באופן שווה בין כולם, והנתבע אחראי לשלם פיצוי על שליש מהנזק (נזק הניתן לחלוקה).

ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר- התייחסו לנזק כניתן לחלוקה; נזק רכוש ולא נזק גוף; בעניין מלך, ניתן לטעון כי "השלם עולה על סך חלקיו"; כלומר תקיפה של כל כלב בנפרד לא זהה לאירוע תקיפה של מס' כלבים יחד מבחינת החומרה. זה נזק מסוג אחר, שלא ניתן להבחינו ולחלק לפי חלקו של על כלב בנפרד, בשונה מעניין גינוסר.

**שיעור חזרה 28/06/2021**

היכולת לחבר את כל נקודות הקורס יחד.

מתכונת השיעור:

1. סיכום קורס -מעין "התבוננות מלמעלה"
2. "לקראת המבחן"- נדבר על המבחן ו"טיפים" איך מתמודדים עם מבחנים בנפח גדול בחומר סגור.
3. מבחן לדוגמה – יוצג לפתרונכם (פתרון יעלה לקראת המבחן).

**מיקום דיני הנזיקין על "מפת המשפט":**

* הכרנו מושגי יסוד.
* דיברנו על היחסים בין נזיקין לדינים אחרים.
* בנזיקין שני הצדדים לא ביקשו ל"להתקשר" בחוזה, אלא נוצר חיוב של אדם אחד כלפי אדם אחר בעל כורחם של שני הצדדים. במובן הזה הם חלק מדיני החיובים אך בצורה לא רצונית.

**תיאוריה של דיני נזיקין:**

* צדק מתקן **- הסעד המרכזי בדיני נזיקין הוא פיצוי.** הרעיון הוא השבת המצב לקדמותו. אנו נמצאים במצב של חוסר איזון נורמטיבי ומשמעות הפיצוי היא להשיב את האיזון הנורמטיבי לקדמותו.
* צדק מחלק – שיקולים שמובילים את ביהמ"ש קשורים להבנה של שיווין. לא כל אדם לחוד אלא לפי קבוצות. אם לא ניקח בחשבון אנו עלולים לגרום למצב של אי צדק. (פס"ד אבו חנא, איך אנו אומדים פיצוי על אובדן חיים או פגיעה קשה, אנו מדברים במושגים של אובדן כושר השתכרות. במקרה הייתה תינוקת ולא ניתן לומר מה יהיה היכולות שלה. האם במקרה זה נוכל לקחת החשבון את הרקע המשפחתי/מקום המגורים וכו'? ביהמ"ש (השופט ריבלין) התמודד עם הסוגייה ותבע את הרעיון שאנו לא יכולים להכריע לגבי תינוק בנושא אובדן כושר השתכרות. עלינו ללכת לפי השכר הממוצע במשק. פס"ד הפך להיות שאיפה בהרבה ארצות ויש דחיפה לכיוון תיקון הפסיקה במדינות עולם הנחשבים לליברליות.
* תיאוריה כלכלית של נזיקין – פיזור הנזק על פני הרבה אנשים. עלויות אדמיניסטרציה. ניהול הליך משפטי הוא דבר מאוד ארוך ויקר. שיקולי הרתעה.
* טענתם הבסיסית היא שבתי המשפט צריכים לשאוף למה שלפי התיאוריה היה כוונת המחוקק. כל אחד מתיאוריות הניתוח תטען כי גישתה היא מה שהמחוקק רצה להשיג. יש לקלוע לכוונת המחוקק שההנחה היא כוונת המחוקק היא צד מתקן/יעילות/צדק מחלק.

ההנחה היא שיש פאזל של רעיונות של צדק מתקן, רעיונות של צדק מחלק ורעיונות של יעילות והחקיקה צריכה להביא אותנו למצב יעיל ולשלב בין כלל הרעיונות. השופטים לוקחים אותו בחשבון כאשר עומדת סוגיה מורכבת בפניהם.

**משטרים שונים של נזיקין- לפי אשמו של המזיק:**

* עוולות כוונה (אשמה מוסרית). כשמישהו מתכוון לגרום לנזק אפשר לדבר על אשמה במובנה המוסרי. (קשה היה להוכיח כוונה בעוולת נגישה ועוולת התקיפה)
* אחריות מוחלטת (אין רלוונטיות להוכחת שאלת האשם). תחול אחריות בנזיקין עם קרות הנזק; ראינו שאין באמת אחריות מוחלטת אבסולוטית. ברגע שקרה נזק, המזיק פשוט חייב בנזיקין ויצטרך לשלם פיצוי. הדרישה היא התממשות הנזק.
* אחריות מוגברת – זהה לאחריות מוחלטת מבחינת המאפיינים, למעט שאלת האשם התורם של הניזוק.
* משטר הרשלנות. מידת אשם חברתית. מה ההתנהגות הנחשבת לסבירה, ומה החברה חושבת שסביר לעשות בסיטואציה מסוימת.
* הזכרו חסינויות בפרק המבוא (למשל, ילדים מתחת לגיל 12)
* מה לגבי הפרת חובה חקוקה? סיווגה לפי משטרים היא שאלה מעניינת (בארה"ב נחשבת למעין רשלנות. בין רשלנות לאחריות מוגברת, שאלה תיאורטית יותר מאשר דוקטרינה). כדי לבחון האם הורה עומד בחובות החלות עליו, חוק האפוטרופסות מסתכל על סטנדרט ההורה המסור. יש לבחון לפי מה שהחיקוק המסוים קובע.

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

עקרן שצריך לזכור לפני שמדברים על יסודות העוולה: על התובע (הניזוק) להוכיח כי התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה (כל עוולה, כולל רשלנות) **ע"פ כלל מאזן ההסתברויות.**

למרות זאת, הקדשנו פרק לכללים שבהם נטל השכנוע יתהפך על כתפי המזיק. בהקשר זה דיברנו על סעיפים 38-41 לפקנ"ז. בנוסף, הזכרנו את דוקטרינת הנזק הראייתי. בסעיפים עצמם כתוב נטל הראייה ניתן לציין גם כנטל השכנוע.

כל אחד מהיסודות התובע צריך להוכיח במידה שהיא עולה על 50% או מאזן ההסתברויות.

1. **התרשלות:** התנהגות רשלנית; נבחן לפי "האדם הסביר"

פרקטיקות: מהי פרקטיקה סבירה. אם למעשה אנו יודעים שהפרקטיקה הסבירה היא לתת תרופה מסוג איקס אך הרופא המסוים לא נתן תרופה בכלל/נתן תרופה אחרת, נשאל אם הדבר סביר, והאם רוב הרופאים היו מתנהגים בצורה דומה. סטנדרט חברתי. האם הקבוצה הרלוונטית הייתה נוהגת באותה צורה.

נוסחת לרנד הנד: ההיגיון של הנוסחה- האדם הסביר הוא כזה שלא ישקיע במניעת נזק אם עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק הצפוי. האדם הסביר או הרציונלי.

מונע הנזק הזול: משכלל את הרעיון- מי שתוטל עליו האחריות הוא הצד שעלויות מניעת הנזק שלו קטנות יותר.

1. **חובת זהירות:**

* צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית)
* צפיות נורמטיבית (חובת זהירות מושגית)
* בהמשך לרעיון של חובת זהירות כמסננת לעוולת הרשלנות, דברו על הרחבת עוולת הרשלנות דרך הכרה במצבים של מחדל טהור, נזקים כלכליים טהורים (ראו שלוש דוגמאות מרכזיות במחברת בחינה), נזקים נפשיים (כאם הכרנו את הרעיון של ניזוקים עקיפים ונזק לאוטונומיה), והולדה בעוולה.

השאלה היא שאלה של שיקולי מדיניות. להצר את עוולת הרשלנות.

1. **הוכחת נזק:** לא שמנו דגש ולא נצטרך לדון מעבר לנזקים שדיברנו בקורס. הבדלים בין נזק נפשי לפיזי. נזק לאוטונומיה, נזק ממוני טהור.
2. **הוכחת קשר סיבתי:** סיבתיות עובדתית – מבחן האלמלא

**בעיות:**

* דטרמינציה ביתר
* אובדן סיכויי החלמה
* עמימות סיבתית – ניזוק ומזיק יחידים, ו"מעוולים יחד" (זכרו: אשם תרם הוא מקרה פרטי של מעוולים יחד)
* דוקטרינת הנזק הראייתי נועדה להתמודד עם עמימות גם לגבי הוכחת קש"ס עובדתי, כאשר העמימות נגרמה כתוצאה מאשמו של המזיק.

סיבתיות משפטית – דרך מבחן השכל הישר, הסיכון והצפיות.

**מבחן הצפיות –**

אפשרות ראשונה: אם התייחסתם למבחן הצפיות (צפיות הניזוק וצפיות הנזק) כאשר נדרשתם ליסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), אזי, כאשר אתם מנתחים סיבתיות משפטית, תתמקדו במבחן הסיכון, ותפנו למבחן הצפיות הניתוח שלכם לגבי חובת הזהירות.

אפשרות שנייה: להתייחס למבחן הצפיות בחלק של יסוד חובת הזהירות (בבוחנכם צפיות נורמטיבית), תוך התמקדות בצפיות הניזוק, וכאשר אתם מגיעים לסיבתיות משפטית, להתייחס למבחן הסיכון וגם למבחן הצפיות לגבי סוג הנזק.

**הגנות:**

אשם תורם- לפני קרות הנזק

הקטנת הנזק- אחרי קרות הנזק

צמצום אחריותו הנזיקית של הנתבע = המזיק.

**טיפים ללמידה למבחן ולפתרון:**

ממליצה לכתוב לפני כל פרק ראשי פרקים. לסכם בכתב יד. לספר את החומר לאח/חבר.