**מבוא**

מושגי יסוד

* **"עוולה"-** התנהגות (מעשה או מחדל) של אדם שלא נהג כפי שהיא צריך לנהוג.

מרבית העוולות מצויות בפקודת הנזיקין בסעיפים 23-63, אך יש גם עוולות מחוץ לפקודה (כגון- מוצרים פגומים, לשון הרע, הכנת הצרכן). בשביל תביעת נזיקין, עוולה היא הכרחית, ניתן לחלק את העוולות לשני סוגים:

1. **עוולות פרטיקולריות** – בד"כ מגדירות צורת התנהגות מסוימת, באות להגן על אינטרס מסוים. בסוג הזה לבימה"ש יש מרחב פרשנות מצומצם. למשל: כליאת שווא, תקיפה, נגישה, מטרדים, הטעיה וכו' .
2. **עוולות מסגרת/סל** – יכולות לכלול כל מני סוגים של התנהגויות, הגנה על מגוון זכויות, מגוון אינטרסים בלתי מוגבל. לשופטים יש יותר מרחב פרשנות בעוולות הללו, תפקידו של בימה"ש הרבה יותר מרכזי מפני שהוא מחליט מה האדם הסביר היה או לא היה עושה. למשל- הפרת חובה חקקה, רשלנות.

מהו היחס בין סוגי העוולות ? ישנן אופציות של מקרים שבהם ישנה חפיפה וניתן לדון בכמה עוולות נדון בכולן!!

* **"תרופות"-** מענה(פיצוי, צו) שניתן לתובע.
* **"התובע"-** ניזוק או קורבן
* **"הנתבע"-** מעוול או מזיק
* **"דוקטרינה"-** הכלל המשפטי
* **"תיאוריה"-** הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי
* **"פקודת הנזקין"-**
* חלק א בפקודת הנזקין- העוולות הנזיקיות. מגדרת את "הסיפור" שבמסגרתו גרימת נזק לב' ע"י א תחשב לעוולה.
* חלק ב' בפקודת הנזקין- הסדרים כללים לתחום דיני הנזקין. למשל- הגנות, סיבתיות.
* **זכויות in personam וזכויות in rem**

זכות in personam (פרסונלית) - זכות כלפיי אנשים מסוימים. למשל זכות חוזית.

זכות in rem (כולי עלמא) - זכויות שתופסות מקום לא רק כלפיי אדם מסוים אלא כלפי כולם. למשל זכויות קניין.

דיני הנזיקין זו זכות פרסונלית!

ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעיתים מתערבבת בדוקטרינה אחת. לדוגמא: 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." – דוג' לכך שאין הבחנה הרמטית בין סוגי הזכויות.

מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזקין במשפט

דיני הנזיקין הם תחום משפטי שנמצא בגדר המשפט הפרטי. אך יכולה להיות אפשרות שנמצא אותם גם במסגרת המשפט הציבורי, אפשרות כזו תהיה כשהמדינה נתבעת בתביעה נזיקית.

* **דיני חוזיםVS דיני נזיקין**

שוני רעיוני- דיני החוזים מושתתים על היכרות מוקדמת ובחירה5

6 בה הצדדים בעלי רצון ומגיעים להסכמה משותפת. לעומת זאת, בדיני נזיקין מדובר על קשר בין "זרים"- הצדדים יכולים להכיר אחד את השני, אך בדרכ לא בחרו בהכרות זו בהקשר לעוולה הנזיקית.

* **דיני קניין VS דיני נזיקין**

שוני רעיוני- בדיני קניין יש סמכות ושליטה לעומת זאת בדיני נזיקין אין שיח כזה.

שוני טכני- דיני הנזיקין רחבים יותר מדיני הקניין. אינם מגנים בהכרח על הקניין. בנוסף בדיני קניין יש רשימה סגורה של דינים (כמו בעלות, שכירות) , לעומת זאת דיני הנזיקין יונקים הרבה התנהגויות שיכולים להיחשב לעוולות (דרך עוולת הסל- רשלנות והפרת חובה חקוקה).

* **עשיית עושר VS דיני נזיקין**
* דיני עשיית עושר הם קרובי משפחה של חוזים ושל נזיקין.
* דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע, ולא רק לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שנגרם לתובע. השבה זו תלויה בשלושה יסודות מצטברים (ס' 1 לחוק עשיית עושר): (1)התעשרות(של הזוכה) (2)לא כדין. (3) על חשבון(המזכה) דוגמא- א' הסיג גבול לבית של ב' במכוון בזמן שב' לא נמצא בבית ומשכיר אותו לג'.
* **הצעת חוק דיני ממונות**

- הצעת חוק דיני ממונות העלתה את האפשרות לכתוב את כל 'דיני החיובים' בצורה מאוחדת (נזיקין, חוזים, עשיית עושר וכ'ו) אך ההצעה לא התקבלה באופן סופי.

-גם אם תתקבל הדינים יישארו מובחנים מהותית.

-קיימת חפיפה מסוימת בין הדינים שיכולה ליצור פרדוקס (ההתנגשות שמתרחשת בעקבות העובדה שיש דינים שמפוזרים ולא מאוגדים) לדוגמא: ס' 18 לחוק המקרקעין ס' 24 לפקנ"ז נוגעים בנושא של הסגת גבול. לפי ס' 18 לחוק המקרקעין- כשמישהו מסיג גבול לנכס שלי, אני רשאית להשתמש בכוח סביר להרחיק אותו מהנכס שלי תוך 30 יום. לעומת פקנ"ז שלא מוגדר התנאי של 30 יום (ניתן ישר להוציאו)- אין סנכרון.

פס"ד האחים אהרון- מדינת ישראל שכרה 6 דירות בבניין שבבעלות החברה והתעכבה בהשבת הנכס לחברה ב15 חודשים. היו שלושה פיצויים אופציונליים להטיל על המדינה- (1)נזק ממוני שנגרם כתוצאה מהפרת החוזה- פיצוי בגובה דמי השכירות (דיני נזיקין). (2) פיצוי מוסכם בין הצדדים (דיני חוזים). (3) דמי שימוש בנכס (דיני עשיית עושר). ביהמ"ש המחוזי אפשר פיצוי מוסכם ודמי שימוש בנכס אך ביהמ"ש העליון לא קיבל את הקביעה הזו, **השופט גולדברג-** אין לאפשר יותר מסעד אחד מאחר שייווצר מצב של התעשרות שלא כדין של הניזוק. במקרה דנן כל הפיצויים מגנים בסופו של דבר על אותו אינטרס- ההפסד של המשכירה בגין האיחור. במידה והיה למשכירה נזק נוסף (כגון פגיעה בנכס עצמו) היא יכלה לקבל פיצוי נוסף מאחר שמדובר בראשי נזק שונים. >> רק במקרה של 2 אינטרסים/ראשי נזק יינתנו 2 תרופות שונות.

* **הקשר בין דיני הנזקין למשפט הפלילי**
* יכולות להתקיים 2 עילות יחדיו – פלילית ונזיקית. לדוגמא- א' תוקף את ב' ברחוב. המדינה יכולה לתבוע את התוקף וגם במשפט האזרחי הניזוק עצמו יכול לתבוע את המזיק, על מנת שיקבל פיצויים.

אולם, אין הרמטיות, ניתן לקבל פיצוי נזיקי גם מכח דיני עונשין (לדוגמא- ס'77 לחוק העונשין) ופיצוי עונשי בגין עוולה נזיקית (לדוגמא- כאשר עוולה נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשים.)

* היבט ראייתי:

סף ההוכחה במשפט הפלילי גבוה מאד (99%) ואילו סף ההוכחה בהליך אזרחי הוא “more likely than not” – מעל 51%. לדבר זה 2 השלכות:

1. פס"ד פלילי יכול לשמש ראיה בהליך אזרחי.
2. 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 הנזקין לבין הוראות נזיקיות אחרות**

קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזקין שמטילים על המזיק חובת פיצוי. נחיל על הסדרים אלו את הוראות פקודת הנזיקין.

פס"ד בזק- בזק פרסמה מידע מוטעה לגביי מחיר של שיחות בינ"ל ובפועל גבתה מחיר גבוה יותר ממה מהפרסום. ברזני, צרך את השירות מבלי שהיה מודע לפרסומת המטעה, ותבע פיצויים בתובענה ייצוגית בשם הניזוקים כולם.

הנזק הוא בין המחיר שבזק פרסמה לבין המחיר שגבתה בפועל וברזני תובע ע"פ ס' 2 לחוק הגנת הצרכן. **חשין-** ניתן לתבוע תביעה נזיקין בגין עוולה המצויה מחוץ לפקודת הנזקין אך יש להחיל עלייהן את הוראות הפקנ"ז. במקרה דנן, על ברזני היה להוכיח שהסיבה שצרך את השירות בבזק נבעה מהפרסום המטעה (קשר סיבתי), אך זה לא הוכח (מאחר שלא ידע על הפרסום).

הכרות כללית עם הדוקטרינה הנזיקית

* **העוולה הנזיקית:** מגדירה מתי הופרה זכות ראשונית. זכות ראשונית- כלל התנהגות המטיל זכות וחובה. זכות שניונית- זכות לתרופה.

**יסודות עוולת הנזיקין\*(מצטברים):** \*ישנם עוולות בנזיקין שלא דורשות אל כל היסודות דנן..

* 1. אשם(ס'64 לפקנז)

להגדרת אשם יש 2 היבטים:

* פן עובדתי – התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט (במעשה או במחדל- הימנעות מחובה לפעול בצורה כלשהי ).
* פן נפשי– למשל, האם הייתה ידיעה בכוח(היה צריך לדעת)- אשם אובייקטיבי. /או בפועל(ידע) על התוצאה של המעשה שלו- אשם סובייקטיבי./כוונה/פזיזות.
  1. נזק (ס'2 לפקנ"ז)
* דיני העונשין הם מבוססי סיכון (risk base) ואילו דיני הנזיקין מבוססי נזק (harm base) – לכלל יש יוצאים מן הכלל.
* ישנם מספר סוגים של נזקים: **"נזק ממוני טהור"** – נזק כלכלי. **"נזק לא ממוני"-** פגיעה גוף**. "נזק בלתי ממוני טהור**" – נזק נפשי. בעבר לא הייתה הכרה בסוג כזה של נזק, אך כיום בהמ"ש נוטה להכיר בסוג נזק כזה יותר ויותר. חשוב לשים לב שתחת ההגדרה של נזק לא מופיע "נזק נפשי". **"נזק ממוני לא טהור"-** נזק כלכלי שנגרם כתוצאה מפגיעה בגוף.
* הוכחת נזק נדרשת ברשלנות ובהפרת חובה חקוקה, ולא נדרשת בעוולות הסגת גבול, תקיפה וכ'ו.
  1. קשר סיבתי- זיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק **.**

אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בגלל ההתנהגות של הנתבע, אז לא תקום עילה בנזיקין.

* **עוולה יוצאת דופן- עוולתper se**

עוולה שבה לא נדרש נזק והוכחת קש"ס. לדוג'- הסגת גבול, עוולת כליאת שווא, תקיפה.

* על מנת להבחין בין העוולות יש לשאול "האם נדרשים להוכיח נזק?"
* לעיתים עוולת per se היא תוצר של קושי ראייתי.
* מרוץ ההתיישנות שונה בין עוולות per se – בה ניתן לתבוע בביהמ"ש רק כשההתנהגות הסתיימה. לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק- ניתן לתבוע רק כאשר הנזק התגבש. (ס' 89 לפקנ"ז)
* **אשם תורם** – הניזוק תרם לנזק שהתרח בדיני נזיקין היא טענת הגנה משפטית של נתבע בעילה נזיקית, שיש באפשרותו להעלותה כנגד התובע במהלך המשפט. נטל הוכחת האשם התורם מוטל על כתפיו של הנתבע.
* **משטרי אחריות**
  1. עוולות כוונה
* עוולת כוונה דורשת יסוד נפשי של כוונה ולכן הן "מגוננות" באופן יותר מצומצם על התובע.
* המשמעות מבחינת נטל ההוכחה היא שהתובע צריך להוכיח מעל 51% שהמזיק התכוון להזיק- מבחן סובייקטיבי.
* עוולות אלה מבטאות אשמה מוסרית (דבר שלא מובן מאליו בדיני נזיקין).
* דוג' – תרמית (ס' 56), נגישה (ס' 60), שקר מפגיע (ס' 58), גרם הפרת חוזה (ס' 62).
  1. עוולת הרשלנות(ס' 35 לפקנז)
* התנהגות בלתי סבירה מבחינה חברתית. קיימת "אשמה חברתית" .
* נטל ההוכחה על התובע-ניזוק: נדרש רק סטנדרט אובייקטיבי ("האדם הסביר") ולא בחינה סובייקטיבית.
* צריך להבחין בין רשלנות להתרשלות (יסוד התנהגותי). על מנת להוכיח רשלנות צריך להוכיח: (1) התרשלות (2) חובת הזהירות (3) נזק וקש"ס בית ההתנהגות לנזק.
* רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה(מצב ביניים של רשלנות)**:**
* נסיבות שבהן הנטל עובר אל הנתבע להוכיח שלא התרשל. התובע צריך להוכיח כמה יסודות אך לאחר מכן הנתבע יצטרך להוכיח שלא התרשל.
* הפיכת הנטל תתרחש כאשר התובע לא יכול לעמוד בנטל ההוכחה (למשל היה מורדם בעת הניתוח והוא תובע את המנתח).
  1. אחריות חמורה/מוגברת
* האחריות קמה ללא צורך בהוכחת אשמה ואפילו אם בידי התובע להוכיח שהנתבע התרשל אין בכך צורך, די בעובדה שנגרם נזק. לדוג: הסגת גבול, כליאת שווא,
* מה שמבדיל בין אחריות חמורה למוחלטת זה שבאחריות חמורה מכירים במספר הגנות המתבססות על התנהגות התובע או שאין אשם מצד הנתבע (אשם תורם).
  1. אחריות מוחלטת
* הטלת אחריות בהיעדר כל אשמה.
* רק במקרים חריגים תתקבל טענת הגנה, אך לא טענת הגנה של אשם תורם (אלא אם כן מצוין באופן ספציפי בסעיף).
* התחום הקלאסי בדין הישראלי שבו יש אחריות מוחלטת הוא חוק הפיצויים של תאונות דרכים, ס'2 אומר – שמי שנוהג על רכב מנועי חייב לפצות מי שנגרם לו נזק גופני, ואין נפקא מינה אם היה אשם. ואין נפקא מינה אם גם היה אשם מצד הניזוק. האחריות מוחלת על בסיס יסודות טכניים, שאין להם קשר לאשם.
* דוגמאות נוספות- מוצרים פגומים, תקיפת כלב.
  1. חסינות לנתבע
* ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע נעבור למשטר שמטיב באופן מיטבי עם הנתבע- לפי משטר זה הנתבע לא אחראי לתוצאות מעשיו. לדוג' - חסינות גיל (ס' 8 לפקנ"ז)> ללא אחריות שילוחית להורים. או חסינות על פעולת שיפוט מזיקה (ס' 9 לפקנ"ז).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| סוג ההעוולה: | סוג האחריות: | דוגמאות: |
| **אחריות מוחלטת** | אחריות ללא אשם | -תאונת דרכים; מוצרים פגומים |
| **אחריות חמורה / מוגברת** | אחריות ללא אשם, אך תיתכן הגנה של אשם תורם. | הסגת גבול |
| **רשלנות – נטל השכנוע על הנתבע**  **רשלנות – נטל השכנוע הוא על התובע** | אחריות עם אשמה חברתית (אובייקטיבית) | "הדבר מעיד בעד עצמו" (ס' 41 לפקנ"ז).  עוולת הרשלנות (מרבית המצבים. יש יוצאי דופן בהקשרים של רשלנות רפואית – נעסוק בכך). |
| **כוונה, ידיעה, זדון – נטל השכנוע הוא על התובע** | אחריות עם אשמה מוסרית (סובייקטיבית) | עוולת התקיפה (ס' 23 לפקנ"ז) |
| **חסינות** |  | דוג'-  ס' 8 לפקנ"ז מקנה חסינות למבצע פעולות שיפוט מפני עוולה שביצע במסגרת עבודתו.  ס' 9 לפקנ"ז מקנה חסינות לילד שלא מלאו לו 12 שנים (לא תהיה אחריות שילוחית להורים – יהיה צריך לתבוע אותם אישית ולהוכיח רשלנות שלהם). |

מטרות דיני הנזיקין – תאוריה

ישנם שלושה רעיונות נורמטיביים להטלת אחריות בנזיקין:

1. צדק מחלק
2. צדק מתקן
3. השאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות/הגיון כלכלי של נזיקין)

\*\*בפסיקה לא מתמקדים בתאוריה אחת בלבד, בדר"כ הפסק-דין מורכב מכמה שיקולים בו זמנית, אולם הצדק המתקן הוא הדומיננטי ביותר.

* **צדק מחלק**
* מתבונן על קבוצות באוכלוסייה וכיצד המקרה הפרטי משפיע על "חלוקת העוגה" החברתית.
* דיני הנזיקין כלי שרת לטיפול בחוסר צדק הקיים בחברה .
* בשיקולי הצדק המחלק נדבר על חלוקת העוגה, להבדיל מהגדלת העוגה.

פס"ד אבו חנא-נהג פגע בתינוקת מהמגזר הערבי, בת 5 חודשים.הפיצוי יקבע לפי אובדן כושר השתכרות עתידי, אך במקרה של תינוק לא ניתן לדעת מה יוליד יום. עד פסק הדין אבו חנא, בישראל, ובארצות אחרות של המשפט המקובל, היו מחשבים את הפיצוי לפי חישוב סובייקטיבי(מאפייני הניזוק). פסק דין זה קבע שבישראל החישוב יבוצע לפי ממוצע השכר במשק- חישוב אובייקטיבי>> שיקולים של צדק מחלק ומתקן**.**

* **צדק מתקן**
* הרעיון הבסיסי של צדק מתקן מורכב מזכות וחובה. אם פגעו לך בזכות או הפרו חובה כלפייך, מגיע לך פיצוי שיביא אותך למצב בו היית.
* אי צדק במובן האריסטוטלי הוא שכולנו באותה נקודה של צדק וכאשר אדם פוגע באדם אחר, הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס". מתוך כך רק המזיק יכול לתקן את אי הצדק שנוצר (השבת המצב לקודמתו) באמצעות התרופה (הפיצוי). במילים אחרות, יש משוואה בו נמצאים המזיק והניזוק בלבד ורק הם יכולים לאזן את המשוואה.
* ווינריב מוסיף תוכן נורמטיבי לתוך הרעיון הכמותי של צדק: "לכל אחד החירות לעצב את חייב ומטרותיו באמצעות הגוף, הרכוש, מה שיש לו, והחובה שלא למנוע (להתערב) מאחרים לעצב ולממש את חייהם ומטרותיהם."- לפי עקרון זה, התרופה (הפיצוי) שהמזיק יביא לניזוק, תביא את הניזוק למצב הכי טוב שניתן.
* למעשה ניתן לקחת את הצדק המתקן לשני כיוונים: **הראשון-** צריך להעניק לניזוק את מה שהוא הפסיד (סובייקטיבי). (זה פחות הכיוון של צדק מתקן, יותר מהווה כביקורת על הצדק המתקן) **השני-** לא יורד לחלוקה כזו, התיקון לא יעשה על ידי השבת הניזוק למצב בו היה לפני הנתונים שלו, אלא לפי נתונים כללים, של כל אדם אחר. (אבו חנא)
* **השאת רווחה מצרפית/יעילות/הגיון כלכלי של נזיקין**
* מונחים שנשמע בהקשר לתפיסה הכלכלית של נזיקין: יעילות, תועלת, רווחה. כיום יש מעבר ממיקסום תועלת במובן הכספי למיקסום תועלת במובן המהותי.
* בשונה מצדק מתקן, התמקדות לא רק בניזוק והמזיק המסוימים אלא בעיקר ברווחה המצרפית.
* בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה ולא לחלק אותה.
* בחוזים השאת רווחה מצרפית (=הגדלת העוגה) היא אינטואיטיבית. לעומת זאת בנזיקין אנו צריכים לדאוג להקטנת עלויות (מזעור עלויות הנזק ומזעור עלויות המניעה של הנזק.) על מנת שהעוגה "תגדל" (למעשה היא לא תגדל אבל נצליח לשמור על הגודל שלה, שתקטן כמה שפחות)- נגדיר התנהגות יעילה. **בקורס נתמקד בשתי דרכים מרכזיות להגשמת מטרה זו:**

1. **הרתעה**

* יצירת רמת זהירות גבוה אצל אנשים על מנת למנוע זנק. המטרה היא מניעת הקטנת העוגה ולכן נשקול על מי ראוי (מבחינה כלכלית) להטיל אחריות בשביל לצמצם נזק- לפי גישה זו נבחן למי יותר זול למנוע את הנזק- למזיק או לניזוק. אם לניזוק יותר קל למנוע את הנזק, נטיל אחריות מופחתת על המזיק.
* יעילות הוא שיקול מלכתחילה (ex-ante).

פס"ד אבו חנא- רוצים ליצור מצב שאנשים לא יחשבו שתינוקת אחת שווה פחות מתינוקת אחרת. כשנהג יודע שאם ייסע במקום מסוים, כנראה תוטל עליו אחריות פחותה, הוא יעשה זאת. **השופט ריבלין** אם אדם ידע שהאחריות הנזיקית המוטלת עליו פחותה בשעה שיפגע בתינוקת מאוכלוסייה מוחלשת, הוא יזהר פחות וכך הנזק יהיה גדול יותר.

1. **פיזור נזק**

* פיזור נזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד. ככל שהנזק מתפזר על יותר אנשים הנטל קטן יותר. (זה הרעיון שעומד מאחורי חברת הביטוח- כולם משלמים לחברת הביטוח ואז כאשר יש תביעה גדולה היא יכולה לספוג את עלות הנזק)
* דוגמא: מוצרים פגומים- האחריות המוחלטת היא על היצרן וכך הוא מתמחר את המוצר מראש יותר גבוה. אם האחריות הייתה על הצרכן יכול להיות לו נזק מאוד כבד (נניח בקנית רכב). תפירה אנליטית.
* פיזור נזק הוא שיקול בדיעבד. כלומר לאחר שהתרחש הנזק.

**רשלנות**

* מדובר בעוולת סל.
* **יסודות עוולת הרשלנות: (1)** התנהגות רשלנית (אשם אובייקטיבי)**. (2)** קיומה של חובת הזהירות**. (3)** גרימת נזק (הוכחת נזק וקש"ס בין התרשלות לנזק).

\*\*יש להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה, על פי כלל מאזן ההסתברויות- מעל 50%.

**התרשלות (אשם)**- סעיף 35 לפקנ"ז

**"האדם הסביר"-** בחינה אובייקטיבית. האדם הממוצע.

**"באותן נסיבות"**

* האלמנט הסובייקטיבי.
* המועד הקובע שבו נקבע אם ההתנהגות הייתה סבירה (הזמן בו נעשתה ההתנהגות)
* ההקשר המשפיע על המסקנה אם ההתנהגות הייתה סבירה.
* נבחן את הנסיבות ברגע שהתרחשה ההתנהגות.

פס"ד שטרן- מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי (לידת עכוז), לא בוצע ניתוח וטענו להתרשלות. לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות. עם זאת, הסטנדרט של בית החולים שבו נולד הילד, היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו משלא נקטו על פי הסטנדרט הנהוג בבית החולים? בית המשפט קבע שכן. בית החולים התרשל כיוון שהפר את הסטנדרט שלו עצמו. **ההלכה:** כאשר הסטנדרט הנהוג גבוה מהממוצע יש לבחון סטיה ממנו ולא סטיה מהפרקטיקה האובייקטיבית.

טיעונים בעד פסק הדין:

1. שיקול יעילות (הרתעה)- אנשים ש"קל" להם יותר למנוע את הנזק, נטיל עליהם אחריות גבוה יותר.
2. הסתמכות- אנשים מסתמכים על הרף הגבוה כאשר משתמשים במוצר/שירות עם רף מסוים. אם בית המשפט לא יחייב לשמור על הרף, נותן השירות/המוצר יכול לתת שירות מופחת ולהטעות את האדם.

טיעון נגד פסק הדין:

1. מקומות יכולים להירתע מלהשתפר ולעלות את הרף שלהם מחשש שיחשפו יותר לתביעה נזיקית.

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

* **צדק מתקן-** לא. שיקולים כלכליים אינם רלוונטיים לתיאוריית הצדק המתקן אלא השבת המצב לקדמותו ואיזון הפער בין הצדדים.
* **צדק מחלק-** לא. גישת הצדק החלוקתי לא עוסקת בפרטים מסוימים אלא במכלול החברה. כאשר נעדיף את שלמותו של הניזוק על חופש הפעולה של המזיק.
* **בראיה הכלכלית**- כן. מטרתה של הראיה הכלכלית היא קידום היעילות בחברה והקטנת הסיכונים תוך שמירה עליה. יישום של נוסחת הנד יחד עם הרחבתה בתיאוריה של מונע הנזק הזול יכול להביא למתן משקל משמעותי לאינטרס המזיק ;נבדוק האם עבור הניזוק העלות הייתה נמוכה יותר, ואם כן אז יכול שנטיל את האחריות דווקא על הניזוק.

על מנת לבחון האם ההתנהגות הינה סבירה נשתמש במספר מבחנים; פרקטיקה, נוסחת לרנד הנד ומנוע הנזק הזול:

* **פרקטיקה מקובלת**- נבדוק האם האדם נהג כפי שהאדם הסביר בנעליו היה נוהג (אובייקטיבי עם אלמנט סובייטקיבי).

\*לא יצופה ממנו להוכיח מהי הפרקטיקה הסבירה. אם ינתן לנו בנתונים שיש פרקטיקה מקובלת נשתמש בה על מנת לבחון האם הנאשם התנהג בצורה סבירה או לא. \*אלא אם כן, נתון שהפרקטיקה המקובלת מאוד יקרה/מסוכנת ואז נדון בנוסחת הנד.

* **נוסחת הנד**- האדם הסביר= האדם היעיל, אדם שלא ישקיע במניעת נזק יותר מעלות הנזק.

[**P** [Probability- ההסתברות להתרחשות הנזק

[**L** [Loss- שיעור הנזק הצפוי

**P**x**L**- תוחלת הנזק – עלותו החברתית של הסיכוי להתממשות הנזק.

[**B** [Burden- עלות מניעת הנזק – התועלת החברתית בהתנהלות כפי שהיא.

**התנהגות רשלנית-** **:(PL > B)**כאשר תוחלת הנזק גדולה מעלות מניעת הנזק, אזי מדובר בנזק בלתי יעיל שיש למנעו וההתנהגות תחשב להתרשלות.

**אין התנהגות רשלנית-**  **:(PL < B)**כאשר תוחלת הנזק קטנה מעלות מניעתו אזי מדובר בנזק יעיל, ואין טעם לקבוע כי המזיק התרשל.

* מסייעת לבחון ולהגדיר התנהגות סבירה מבחינה כלכלית. התנהגות סבירה= התנהגות יעילה.
* לפי הגישה הכלכלית לדיני הנזיקין, שימוש כזה בנוסחה ייצור הרתעה עבור המזיקים הפוטנציאלים, הואיל ויצירת נזקים לא יעילים תהפוך ללא-כדאית עבורם. לעומת זאת, כאשר מדובר בנזק יעיל, אין טעם לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות, שבסופו של דבר יקטינו את הרווחה המצרפית במקום להגדילה.
* אתגרים של כימות- 2 דרכים להתמודד עם זה: קירוב ואי שוויון.
* ככלל, בארץ ובעולם, הנוסחה אומצה אך לצד מטרות ושיקולים נוספים.
* יש קשר בין פרקטיקה לבין נוסחת הנד- בדרכ הפרקטיקה תקבע לפי שיקולים כלכלים של עלות מניעת נזק מול עלות הנזק, ולכן לא תהיה סתירה בין הפרקטיקה המקובלת לנוסחת הנד- אם יש פרקטיקה לא נזדקק לנוסחת הנד. (אלא אם כן ניתן למנוע את הנזק בקלות- המפעל המזהם)
* המטרה- להקטין את הפגיעה ברווחה המצרפית.

ועקנין - ילד עשה קפיצת ראש לבריכה, במים הרדודים ונפגע פגיעת ראש חמורה. השאלה היא האם בעלי הבריכה התרשלו כיוון שלא הציבו שלטי אזהרה. בית המשפט קבעו כי בעלי הבריכה התרשלו כיוון שעלות הצבת השלטים היא נמוכה בהרבה מעלות הנזק X ההסתברות שיתרחש.

גרובנר - אישה מבוגרת טיילה בפארק ונפגעה מרוכב אופניים. היא תובעת את עיריית חיפה שלא הציבו פקחים שימנעו מאופניים להיכנס. עיריית חיפה טוענת כנגד טיעון כלכלי, שעולתם של הצבת פקחים היא גבוה מידי ולכן הם הציבו שלטים בלבד. **השופט שמגר**- לא משתמש בנוסחת הנד, אך משתמש בעקרונות שלה ופוסק שעלות הפקחים אכן מכבידה יותר מידי, לעומת הנזקים הצפויים. ולכן הצבת החוזים מספיקה.

* **פוזנר ו"מונע הזנק הזול"**

נוסחת הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה, פוזנר הוסיף לנוסחת הנד ממד נוסף, **יש להטיל את האחריות הנזיקית על מי שיכול למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר**, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק- כאשר אנחנו רוצים לייצר יעילות, לא נגביל עצמנו למזיק בלבד אלא גם לניזוק- וזאת, כדי להגיע לתוצאה שבמובן החברתי היא היעילה ביותר, לאו דווקא במערכת היחסים בין הפרטים הספציפיים.

* נוסחה זו מוותרת על שיקולי הצדק ומערכת היחסים המוסרית בין הצדדים לטובת הגדלת היעילות.

באיזה שיקולים נתחשב במקרה בו הניזוק והמזיק מונעי נזק זולים במידה זהה- סדר ראשון?

* שיקולים מסדר שניוני- למשל, מפזר הנזק הטוב ביותר (נניח, המדינה עדיפה מהאדם הפרטי)
* שיקולים נוספים- למשל, צמצום עלויות אדמיניסטרציה (חסכון בעלויות ההליך עצמו) יובילנו להותיר את עלויות הנזק על הצד הנושא בו.

זהו תנאי מצטבר לנוסחת הנד. 2 התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה. (צד אחד יכול לטעון לנוסחת הנד והצד המזיק יכול לטעון ל"מונע הנזק הזול")

\*בהמשך, קלברזי והירשקופץ הציעו כלל "**שוקל הנזק הטוב ביותר**"- במקום שבהמ"ש יעסוק בשאלה לאיזה צד זול יותר למנוע את הנזק, הוא יטיל את האחריות על הצד שיכול היה לשקול את הנזק ולפעול כדי ליישם את אמצעי הזהירות, או לחילופין להודיע על כך לצד השני (במידה והצד השני הוא מונע הנזק הזול יותר). המטרה- לייעל את עבודתו של בהמ"ש, לחסוך עלויות אדמיניסטרטיביות. – לא הרחבנו, צריך לדעת רק את זה. שיקולי יעילות מבחינת הרתעה- מלכתחילה.

בפס"ד חמד**-** לפי **ברק** האדם הסביר הוא לא רק האדם הכלכלי אלא הוא גם האדם המוסרי, ולכן לא מספיק להשתמש בנוסחת הנד על מנת לבחון אם התנהגותו מהווה התרשלות, אלא יש להתחשב גם באינטרסים חברתיים- כמו שיקולים של צדק מתקן וצדק מחלק.

**כאשר יש פרקטיקה מקובלת שמבחינה כלכלית היא נראית סבירה אין צורך לבחון את ההתנהגות ע"י נוסחת הנד (סטיה מהפרקטיקה תיחשב להתרשלות) לעומת זאת במקרים דנן, יש להשתמש בנוסחה:**

* **כאשר ניתן למנוע נזק בקלות יחסית.**
* **כאשר עובדות המקרה מאפשרות שימוש בנוסחה-** הסתברות הנזק שייגרם, העלות למניעתו ועלות הנזק- ניתנות להערכה יחסית ברורה. הנוסחה לא חייבת להיות מספרית כולה, אלא שהפערים בין תוחלת הנזק לנזק יהיו ברורים מספיק כדי לאפשר ניתוח סביר והגיוני.
* **כאשר היה מישהו שיכל היה למנוע את הנזק (גם במידה ונהגו לפי הפרקטיקה המקובלת)-** לדוגמא: מפעל מזהם- מפעל נתבע ברשלנות כיוון שגובה הארובה של המפעל נמוך (10 מטר) ויוצר זיהום. האם המפעל יכול לטעון שהוא נוהג לפי הפרקטיקה המקובלת ולכן אינו צריך להגביה את הארובה שלו ולמנוע את נזקי הזיהום?! האם נאפשר למפעל לטעון טענה זו בראיה הכלכלית? האם המפעל יכול לטעון שזהו הסטנדרט המקובל, למרות שעפ"י נוסחת הנד עלות המניעה (הגבהת הארובה) היא פחותה מהנזק שיכול להימנע **(PL > B)**? התשובה שלילית!
* **עבירה על החוק**- כאשר החוק לא מוביל לתוצאה הכלכלית היעילה ביותר, נשתמש בנוסחת הנד ונבחן האם סטיה מהחוק מהווה התרשלות (לא תמיד סטיה מהחוק תהווה התרשלות.

פס"ד לרנר - חיילים ניסו לעצור נהג משאית כיוון שחשבו שמדובר במחבל. כאשר פעלו לעוצרו אחד החיילים עבר על הוראות הפתיחה באש (חוק) וגרם לנזקי גוף לנהג. **השופט מצא**- הפרת חוק אינה בהכרח מהווה התנהגות רשלנית- התנהגות בלתי סבירה. אין חפיפה בין חובת הזהירות הנזיקית להוראות הפתיחה באש. אדם יכול לנהוג לפי החוק ובכל זאת ניתן לקבוע שמדובר בהתנהגות רשלנית וכן להפך.

לפי מצא צריך להסתכל על ההקשר והנסיבות! החוק אינו המדד היחיד להתנהגות הסבירה.

**נוסחת הנד, הרתעה ביתר והרתעה בחסר**

ההנחה של אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, היא כשמזיק פוטנציאלי פועל בעולם הוא למעשה רואה את תוחלת הנזק (את הסיכוי שהנזק יכול להתרחש כפול העלות שלו) לנגד עיניו. תוחלת הנזק מבטאת גם את סטנדרט הזהירות (=הבנה של האדם כמה עליו להיזהר בעשייה של פעולה כלשהי (כלומר, תוחלת הנזק שיכולה להיות לפעולה שלו).

הרתעה ביתר- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק כגבוה יותר מהתוחלת האמיתית, האדם יפעל בזהירות גבוה יותר, על מנת שלא תוטל עליו אחריות רשלנית. כאשר יש התרעת יתר נגיע לתוצאה כלכלית לא יעילה, כיוון שעלות מניעת הנזק (הזהירות שבה יפעל האדם) למעשה גבוה יותר מתוחלת הנזק אך היא תחשב כקטנה יותר.

הרתעה בחסר- כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק כקטנה יותר מהתוחלת האמיתית, האדם יפעל בזהירות נמוכה יותר, כיוון שהוא אינו ייתפס כרשלני. כלומר האדם יתנהג בצורה לא יעילה על סמך הערכה השגויה של בית המשפט.

לסיכום- כאשר בית המשפט או האדם עושה טעות בהערכת תחולת הנזק, התמריצים של האדם משובשים והאדם יתנהג בצורה לא יעילה! או יותר מידי זהירה או פחות מידי זהירה!

**חובת הזהירות**

* על מנת להטיל על מזיק אחריות ברשלנות לא דיי בהוכחה שאותו אדם התרשל. על המזיק גם להיות חייב חובת זהירת כלפי הניזוק- מייחד אתת עוולת הרשלנות.
* אם לא חלה חובת זהירות, לא נמשיך לבחון אם יסודות ההתרשלות. חובת הזהירות היא "שער" לעוולת הרשלנות.
* יש 2 מבחנים שנשתמש בהם על מנת לבחון האם חלה חובת זהירות על המזיק (מבחנים מצטברים):

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

\*\*לעיתים קרובות כאשר מתקיימת הצפיות הטכנית מתקיי

Donoghue v Stevenson**-** 2 חברות שקבעו בבית קפה והזמינו מנה של בירה עם גלידה, לאחר שאחת הבנות שפכה את הבירה על הגלידה היא גילתה בבקבוק חילזון מת (לאחר מכן היא חשה כאבים ועברה טיפול רפואי). האישה תבעה את יצרן הבירה, ולא את המסעדה.  **השופט הלורד הנקין** מעלה את השאלה, מיהו האדם שיש לנו כלפיו "קרבה" שחלה כלפיו "חובת זהירות" והוא השיב לשאלה שהאדם שיש לנו אליו יחסי קירבה במשפט, הוא האדם שהמעשים שלנו משפיעים עלינו.

גורדון נ' עירית ירושלים**-**  גורדון קיבל דוחות רבים מעיירת ירושלים על רכב שכבר לא בבעלותו, למרות שדיווח על המכירה לרשויות כנדרש. בשלב מסוים מפסיק גורדון לשלם את הקנסות (שהמשיך לקבלם) ובסופו של דבר הוא נעצר, גורדון מגיש תביעה נגד עירית ירושלים בגין עוולת הנגישה (סעיף 60 לפקנז)אולם עוולת הנגישה דורשת הוכחה של זדון, לכן גורדון תובע בעוולת הרשלנות. (ביהמ"ש קבע שאפשר לתבוע בגין עוולה כללית גם אם ישנה עוולה פרטיקולרית שמתאימה לנסיבות העניין)ונשאלת השאלההאם חלה חובת זהירות על עירית ירושלים כלפי גורדון? **השופט ברק** דן בביטוי של יחסי "שכנות" ואומר שבמשפט הישראלי הקריטריון ליחסי שכנות הינו "מבחן צפיות".

* **הצפיות הטכנית**

בוחנת האדם המזיק **יכול** היה לצפות את אירוע הנזק, הנזק והניזוק. האם מבחינה עובדתית (טכנית) האדם יכל לצפות את האירוע. (אובייקטיבי + סובייקטיבי- האם בנסיבות העניין האדם יכל לצפות את אירוע הנזק, הנזק והניזוק)

Palsgraf vs Long Island Railroad Compan- אדם התכונן לעלות לרכבת והרכבת באה לצאת מהתחנה, אז אחד השומרים ניסה לדחוף את האדם לרכבת ואחד השומרים ניסה למשוך את האדם מהרכבת. במהלך המשיכה/דחיפה החבילה שהייתה בידי האדם נפלה. בחבילה היו זיקוקים שהתפוצצו וכתוצאה מכך אישה שהייתה בקרבת המקום נפגעה. השופט בפסק הדין קבע שלא ניתן להטיל אחריות על הרכבת כיוון שהשומר שמשך/דחף לא יכל לצפות את הזנק שהתרחש (לעומת זאת אם האדם היה נפצע, אולי היה אפשר לקבוע שמדובר בהתנהגות רשלנית)

פריצקר**-** עזבונו של אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג, תובע את הדורש ברשלנות (הימים שלפני הפלת"ד- רק אדם שהתנהג ברשלנות צריך לפצות את הניזוק. ביימינו כל אדם שניזוק מתאונת דרכים יפוצה. לא רק אם נהגו כלפיו ברשלנות) **זילבר-** חלה חובת זהירות אך המזיק עמד בה, הוא דיבר עם הנפגע כל זמן הרוורס. **השופט ארגנט-** ככלל חלה חובת זהירות של נהגים כלפיי הולכי רגל במקרים דומים, אך בנסיבות העניין, לא חלה חובת זהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי, מאחר שהוא זה שכיוון את הדורס ודיבר איתו עד לרגע שבו נדרס. המזיק לא יכל לצפות (מבחינה עובדתית) את זה שידרוס את האדם שכיוון אותו.

**ההגיון העומד מאחורי מבחן הצפיות הטכנית**

* תוחלת הנזק קטנה מאוד- בדרכ כאשר הנזק לא צפוי זה אומר שהסיכוי שהנזק יתרחש ככ קטן, שאולי לא שווה בכלל להשקיע באמצעי מניעה באדם "רחוק" מאיתנו.
* נקיטת אמצעי זהירות/מניעה- לא ניתן לצפות ממזיק לנקוט באמצעי מניעה אם הנזק לא צפוי.
* הרתעה ביתר- לא ניתן לנהל אורח חיים נורמלי אם כל פעילות שלנו יכולה לגרור תביעה נזיקית בגין רשלנות- כל הזמן מחצינים חיצונים.
* עלויות האדמיניסטרציה (שיהיה פחות תביעות בגין רשלנות)
* לעיתים הניזוק הוא מונע הנזק הזול ביותר- אם המזיק לא יכל לצפות את הנזק יכול להיות שהניזוק דווקא יכול למנוע את הנזק בעלות פחותה.

**מבחן הגולגולת הדקה (חריג למבחן הצפיות טכנית)**

במצבים בהם הניזוק פגיע במיוחד, יש הנחה שהמזיק עדיין צריך היה לצפות את העובדה שיפגע בניזוק שהוא פגיע במיוחד. אם הנזק היה צפוי ורק ההיקף שלו לא היה צפוי, עקב הרגישות המיוחדת של הניזוק, תחול הצפיות הטכנית.

המזיק יכול לצפות את סוג הנזק ולא את תהליך הגרימה או את היקף הנזק (כאשר אלה אינם צפויים תחול חובת זהירות לעומת סוג נזק לא צפוי- לא תחול חובת זהירות.)

ביקורות על המבחן- אם היקף הנזק נדיר מאוד, אולי בעצם מונע הנזק הזול ביותר הוא הניזוק (שמודע לפגיעותו), ועליו יש להטיל אחריות נזיקית? (שוקל הנזק הטוב)

הפתרון לביקורת/רציונליים למבחן –

1. צדק מחלק- ניזוקים הבאים מקבוצה מוחלשת בחברה שאנו מעוניינים להגן עליהם יותר מבחינה חברתית. (לדוגמה אנשים שסובלים ממוגבלות מסוימת או ילדים קטנים).
2. גם הניזוק הרגיש לא תמיד יודע שהוא כזה.

* **צפיות נורמטיבית/חובת זהירות מושגית**
* בוחנת האם המזיק היה **צריך** לצפות את אירוע הנזק והניזוק.
* יש הרבה דמיון בין 'סיבתיות במובן המשפטי' לבין 'צפיות נורמטיבית'.
* הן הצפיות הנורמטיבית והן הצפיות הטכנית נוגעות לאירוע הנזק כולו; הן לסוג הנזק, לאירוע הנזק והן לניזוק, ההבדל בין השאלות היא שמבחן הצפיות הנורמטיבית מכניס לגדרה של חובת הזהירות שיקולי מדיניות:

1. שיקולי הרתעה (הרתעה ביתר)- שאנשים לא יחששו לעשות פעולות שיכולות להיטיב בשל חשש מאחריות נזיקית. לדוג- ניתוח.
2. עלויות מנהליות- הגשת תביעות בלי הגבלה תכביד על בתי המשפט. לכן, ברגע שנדע שע"מ לתבוע ברשלנות קיימת "מסננת" (באמצעות שיקולים נורמטיביים) שלא תאפשר לנו להגיש תביעת רשלנות על כל עניין. כך, נדע שאנשים לא יתבעו על כל דבר ועניין. "דחיה על הסף"- עלויות האדמיניסטרציה- מקרים נדירים, בהם יש הסתברות מאוד גבוה שהמזיק לא התרשל אנו רוצים לדחות את התביעה על הסף על מנת לחסוך את עלויות האדמיניסטרציה.

\*שיקולים לפיהם לא נטיל חובת זהירות על המזיק.

מדינת ישראל נ' לוי-לוי נהרג בתאונה. העזבון תובע. הנהג הפוגע היה מבוטח על ידי חברת בטוח שהתפרקה. המדינה נתבעת על אובדן כפסי הביטוח משום שאילו המקפח על הביטוח היה מפסיק את הרישיון של חברת הביטוח או מתריע לציבור על קריסתה, הנזק היה נמנע.בית המשפט קובע שמבחינת **צפיות טכנית**- המפקח יכל לראות את הנזק שהתרחש, היה אפשר לדעת שאדם יפגע בתאונת דרכים ולחברת הביטוח לא יהיה איך לשלם את הנזק.מבחינת **צפיות נורמטיבית-**

**נקבעו 4 שיקולים האם מתקיימת צפיות נורמטיבית (חובת זהירות נורמטיבית) כאשר המדינה מעורבות**: (אלו שיקולים לא מצטברים, ולעיתים שיקול אחד יגבור על שיקול אחר (כמו במקרה הנוכחי)):

1. **כאשר המדינה פועלת בכובעה הפרטי ולא הציבורי**- כאשר המדינה פועלת ככל אזרח, נניח כאשר היא בעלת מקרקעין אז מתקיימת צפיות נורמטיבית. לעומת זאת כאשר המדינה פועלת כגוף ציבורי והיא נדרשת להפעלת שיקול דעת, כגון פיקוח, בית המשפט נוטה לא להטיל חובת זהירות מושגית על המדינה. במקרה דנן, השיקולים היו קשורים להתפרקות חברת הביטוח – שיקולים המשפיעים על כלל החברה.
2. **כאשר מדובר במעשה ולא במחדל-** הטלת אחריות על מחדלים תעשה בזהירות יותר, בשונה ממעשה.
3. **כאשר הנזק הוא נזק גוף (ולא נזק ממוני**)- ביהמ"ש יהיה סלחן יותר כלפי נזקי ממון.
4. **כאשר ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת.**

בית המשפט קובע כי לא מוטלת חובת זהירות מושגית על המדינה במקרה דנן. זאת על מנת להעניק לרשות שיקול דעת רחב, וכל עוד הרשות פועלת בגדר השיקול הדעת, לא יוטל עליה אחריות נזיקית. שיקול הדעת של המפקח- היה טעם בהתמהמהות של המפקח כיוון שאם הוא היה מתריע על קריסת חברת הביטוח, ככל הנראה החברה הייתה קורסת באחת. קריסה זו יכולה לגרום לנזקים מאוד קשים לחברת הביטוח. היה כאן העדפה של אלטרנטיבה מזיקה פחות.

\*אלו שיקולים נפרדים ולא מצטברים ולא בהכרח אם כולם מתקיימים לא תחול חובת זהירות אך יש להתחשב בהן.

פסק דין רויטמן- עורך דין הורשע בפלילים, תובע את בנק מזרחי ומס' עובדים על עדות שקר שגרמה לו לנזקים. **השופט קיסטר-** עדים לא חייבים חובת זהירות כלפי מושא העדות- נפסק להלכה!

ההיגיון מאחורי קביעה זו- שיקול מדיניות- מניעת **הרתעה ביתר**. אנו לא רוצים ליצור מצב בו העד יחשוש להעיד.

**נזק**

יסוד הנזק מתחלק לשני יסודות:

* + 1. **הוכחת קשר סיבתי**

במסגרת יסוד זה נבחן 2 בחינות:

1. קשר סיבתי עובדתי; מבחן האלמלא- האם הנזק היה קורה אלמלא האשם היה פועל כפי שפעל?
2. קשר סיבתי משפטי- נבחן ע"י מבחן השכל הישר, הצפיות והסיכון

\*\*בסוף המחברת יש הרחבה בנוגע לקשר הסיבתי, יש להחיל את הכללים גם בנוגע לקשר הסיבתי דנן.

* + 1. **הוכחת נזק**

יש לסווג את סוג הנזק: נזק כלכלי טהור, פגיעה באוטונומיה, נזק כלכלי לא טהור, נזק בלתי ממוני טהור.



**גבולות עוולת הרשלנות- מתי תחול חובת הזהירות הנורמטיבית**

בנושא זה, ניתן לנדון תחת חובת הזהירות הנורמטיבית ולהגיד: "שכיום בית המשפט קבע שהניזוק היה צריך לצפות את סוג הנזק דנן" ולאחר מכן כאשר נדון ביסוד הנזק נסווג את הנזק. וניתן להיכנס את הדיון בהרחבת הגבולות רק ביסוד הנזק.

נדון בארבעה נושאים מרכזיים שבעבר לא היה נהוג להטיל אחריות ברשלנות לגביהם ונבחן את המצב כיום:

1. נזק ממוני (כלכלי) טהור

* נזק כלכלי טהור: נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף או רכוש)
* נזק כלכלי לא טהור: נזק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי.

הכלל - חובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או ברכוש, ואין מפצים על נזק כלכלי טהור. אין מפצים על פגיעה כלכלית בגין רשלנות.

* **הרציונליים לכלל**:

1. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה
2. הצפת בתי המשפט

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

1. לא מתיישב עם צדק מתקן- הרעיון הוא השבת המצב לקדמותו, יש לקיים את הצדק המתקן גם כשמדובר בנזק כלכלי.
2. לא מתיישב עם שיקולי התרעה- הרתעה בחסר. אנשים לא יזהרו מפגיעה ברכוש של אדם אחר.

ישנם 3 יוצאי דופן לכלל:

1. **נזק כלכלי כתוצאה ממצג שווא רשלני**

וינשטין נ' קדימה- קבלן בנה מיכל מים. בתכנון המיכל היו פגמים שנגרמו עקב רשלנות המהנדס (שלא היה לו קשר לקבלן. המהנדס היה קשור למושב). עקב הפגמים, המושב שהזמין את שירותי הקבלן סירב לשלם לקבלן את המחיר המוסכם.

מדובר למעשה בנזק כלכלי טהור כתוצאה מהסתמכות על מצג שווא שלני- ההפרש בין מה שהקבלן היה אמור לקבל בעבור המכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מהמושב (אובדן הכנסה). בית המשפט קבעו תנאים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני:

1. **מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדות**- הרעיון הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, כבעלת שליטה על המידע (פס"ד אתא - הסתבר שוועדת התכנון מסרה מידע מוטעה ונוצר נזק כלכלי טהור שנבע מרשלנות הרשות, נותרה עם נכס ששווה פחות. ביהמ"ש קבע שהחובה חלה גם על נציגים של רשויות מקומיות )
2. **המצג נעשה במהלך עסקים הרגיל** -לדוגמא- לא תתקבל טענה לנזק כלכלי טהור בשל הסתמכות על דברים שנאמרו בדרך אגב בשיחה עם עורך דין.
3. **הגבלת היקף האחריות -** במצב בו בעל המקצוע מעביר את המידע לקבוצה גדולה של אנשים ולא בהתייעצות כחלק מהעסק שלו, לא תוטל אחריות נזיקית בגין רשלנות. לדוגמא- צמצום חובת זהירות של עורך דין המתראיין ברדיו.
4. **הייתה כוונה שהניזוק יסתמוך על חוות הדעת** -צמצום חובתו הנזיקית של נותן חוות הדעת למי שהתכוון לתת לו חוות דעת. דוגמא- אם יועץ כלכלי ייעץ עבור א' וא' ייעץ לב' על בסיס היעוץ של ב', ב' לא יכול לתבוע בנזיקין בגין רשלנות, כיוון שהיועץ הכלכלי לא יכל לצפות שב' יסתמך על חוות דעתו).
5. **נותן המידע יכול היה לצפות שהניזוק לא יבדוק בדיקה נוספת**- הכלל שהכשיל את התביעה במקרה דנן. היה כתוב בחוזה שהקבלן יקח על עצמו את האחריות על הבניה, ובנוסף בינו לבין המהנדס לא היה קשר- מכאן שהיה מתבקש שהקבלן יבקש חוות דעת שניה. \*\*יש אלטרנטיבה שבה כן תתקבל התביעה גם בהיעדר תנאי זה, אך נכיר בטענה של אשם תורם- בסיטואציה זו, יהיה פיצוי בגין רשלנות, אך פיצוי מופחת.
6. **חובת זהירות של בנקים**

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

**רציונליים:**

1. שוקל נזק- לבנקים גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג.
2. אמון- לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך.
3. מפזר נזק- הבנקים מפזרי נזק טובים

טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח – 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 (צבאח) במסגרת חוזי משכנתא (ולמעשה הכסף של ההלוואה עובר לחברת הבניה). צבאח תבעו את הבנק על נזק ממוני טהור שגרם להם בהתרשלותו. בית המשפט קיבלו את התביעה של על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, "לאותת להם" ללכת ליעוץ נוסף.

בנק דיסקונט בע"מ נ' קוטמן- עורך הדין, שהיה מיופה כוח, חתם כביכול בשם הלקוח שלו על ערבויות לטובת עצמו. כעבור זמן מה, הבנק ביקש לקזז את החובות של עורך הדין עם יתרת הזכות שהייתה בחשבון על סמך הערבויות. הלקוח טען כי על הבנק לשאת הנזק שנגרם (כלכלי טהור). בית המשפט מקבל את התביעה וקובע כי הבנק התרשל, היה עליו לבחון האם השלוח ביצע את הפעולות בחשבון הלקוח באופן תקין, מדובר בסיכונים חוזרים ונשנים ש"בנק סביר" צריך לקחת בחשבון.

קופת אשרי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד- צקים ריקים נגנבו מהבנק. הגונבים השתמשו בהם כדי להוציא כסף מחלפני כספים. החלפנים שהגיעו לפדות את הצקים, הבינו כי למעשה הם מזויפים ואין ממי לפדות. החלפנים טענו כי מוטלת חובה על הבנק לשאת בנזק שנגרם, בית המשפט קבע שהבנק התרשל, לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים הגנובים. הסבר אפשרי- (1) מפזר הנזק הטוב יותר- אמנם הבנק לא יכול למנוע את הנזק אך עדיף להפיל עליו את האחריות כי הוא מפזר נזק טוב יותר. (2) שוקל הנזק הטוב ביותר- לעיתים הבנק כן יכול למנוע את הנזק מתוך תפקידו.

\*\*אין הלכה בפסקי דין הנל, אבל אם הקייס דומה לאחד מהפסקי דין יש לציין אותם.

1. **נזק כלכלי שנגרם לצד ג' עקב הפרת חוזה**

שמואלוב- סנדלר ויצרן מרצפות החליטו לרכוש מניות בחברה שהחזיקה חלקה, כדי להקים על החלקה בית ולמכור בו דירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שעושים עבורם את העבודה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. הדירות נקנו על ידי רוכשים ואחד מהרוכשים מכר את דירתו לרוכש שני. הרוכש השני (שלא נקשרו בחוזה עם הקבלנים) מגלים נזק חמור בדירה ומבצעים תיקונים הדרושים בגינו. הרוכשים תבעו בתביעה נזקית בגין רשלנות על הוצאות לתיקון הנזק לדירה. קושי- אין לרוכשים השניים חוזה מול הנתבעים. בית המשפט מקבל את התביעה, אחריות הקבלן בנושא הצגת הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים, ואין להגבילה לנזק פיזי.

1. נזק בלתי ממוני טהור

* נזק בלתי ממנוי טהור: גרימת צער, עוגמת נפש, סבל ונזקים דומים.
* הכלל (שהיה נהוג בעבר)- ניתן ליתן פיצוי ביחס לנזק בלתי ממוני טהור, רק אם נלווה לנזקו הפיזי של התובע והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי ממוני.
* **הרציונליים לכלל:**

1. הצפת בתי המשפט
2. כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה- איך ניתן לאמוד כאב וסבל?
3. קשה לקבוע שווי (נזקי גוף אפשר לבטח. לא ברור כיצר, 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- הרעיון הוא השבת המצב לקדמותו, יש לקיים את הצדק המתקן גם כשמדובר בנזק נפשי.
2. לא מתיישב עם שיקולי התרעה- הרתעה בחסר. אנשים לא יזהרו מפגיעה בנפש של אדם אחר.
3. קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו. מדובר בעניין של מדיניות הניתן לשינוי.

* נעסוק בנושא זה תוך הבחנה בין ניזוקים ישירים לניזוקים עקיפים.

1. **ניזוקים ישירים**

* **כאב וסבל**
* עד אמצא שנות ה- 80, ברוח המשפט המקובל, עולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממונים טהורים. (הלכת נדיר)
* ואז הגיע פס"ד גורדון בו קובע ברק שעוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו.
* **פגיעה באוטונומיה**

פגיעה באוטונומיה היא נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד.

דעקה בית החולים "כרמל" חיפה- דעקה נכנסה לניתוח ברגל והצוות הרפואי מקבל את הסכמתה לניתוח. תוך כדי התארגנות לניתוח, לאחר שכבר קיבלה תרופות מטשטשות, מגלים שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה. דעקה הייתה כבר מאולחשת ולכן הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת**\*\*** לביופסיה. הביופסיה בוצעה ללא רשלנות ואף על פי כן, נגרם לה נזק לכתף (35 אחוז נכות). דעקה תבעה את בית החולים על הניתוח הנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף הטענה שלא נתנה את הסכמתה מדעת לניתוח הזה. בית המשפט קובע שעל מנת להטיל אחריות נזיקית בגין התרשלות על בית החולים יש צורך להוכיח קשר סיבתי בין התוצאה להתרשלות:

נזק תוצאתי- את הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל לבין הנזק הגופני שקרה. יש כאן מבחן אלמלא עם 2 שלבים:

1. מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין? החולה הסביר היה מסכים לטיפול? כן – אין קש"ס לא- יכול להיות שיש קש"ס (נעבור למבחן השני).
2. האם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה? כן- אין קש"ס. לא- יש קש"ס.

**דעת הרוב** קובע שלא תוטל אחריות על הנזק לכתף שכן לא מתקיים קשר סיבתי (ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו את הסכמתה מדעת). אך ברור שיש כאן מצב לא סביר, שדורש פיצוי ולכן בית המשפט קובע שההתרשלות של בית החולים הייתה למעשה הפרת חובת הגילוי והנזק הוא **פגיעה באוטונומיה** של המטופלת>> היכרות בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי. – הלכה!!

**דעת מיעוט (ביניש)-** בנסיבות המקרה יש קשר סיבתי כי אולי דעקה הייתה מעדיפה להתייעץ ולא מסכימה לביופסיה. משכך, יש לאפשר פיצוי גם על נזק תוצאתי (הנזק הפיסי לכתף), לפי המכפלה**\*** בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול לבין הנזק התוצאתי.נזק לאוטונומיה אפשרי במצברים חריגים של רשלנות (מקומו הטבעי בהקשר של תקיפה).

**\*\***"הסכמה מדעת"- זו דוקטרינה לפיה רופאים צריכים לקבל את הסכמת המטופלים שלהם לטיפול רפואי, אחרת הם חשופים לתביעה ברשלנות או בנסיבות יוצאות דופן, אפילו על תקיפה. הסכמה אמיתית כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על הליכים חלופיים, על הסיכונים הכרוכים באלה.

ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:

* יצירת אי וודאות- קשה לאמוד פגיעה באוטונומיה. הגבולות של הנזק לא ברורים.
* יצירה של עוולתper se (אין צורך להוכיח נזק)

מענה לביקורת:

* פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי ודאות.
* האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו?

ברגמן- אדם נכנס לניתוח לייזר בעין. נגרם לו נזק לרשתית ולקרנית, אבל לא הוכחה התרשלות מבחינת ההליך הרפואי. בנוסף, הנזק נגרם כתוצאה מפגם גנטי. לכן לא ניתן פיצוי על הנזק שנגרם לעין. **בית המשפט** קובע שהרופא התרשל בחובת הגילוי- לא הזהיר את המטופל ממכלול הסיכונים האפשריים בניתוח ושמדובר בניתוח חדשני ולכן ינתן פיצוי על נזק לאוטונומיה. (חיזוק להלכת דעקה)

פס"ד תנובה- מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד ביודעין כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות והנהלת תנובה לא יודעו. הוגשה תביעה ייצוגית נגד תנובה. **בית המשפט** קבע כי לא הוכח נזק פיסי, אך היות שהצרכנים לא יודעו שהוכנס חומר כימי כזה לחלב, מנעו מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב עם החומר הזה. ולכן נגרמה פגיעה באוטונומיה של הלקוחות. החידוש: חיזוק הלכת דעקה והתפשטותה לתחומים אחרים מלבד רפואה.

* לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ב1996, המטיל חובת גילוי על רופאים, אפשר לתבוע על הפרת חובת גילוי והעדר הסכמה מדעת גם על בסיס העוולה של חובה חקוקה.(נדבר עליה בהמשך)
* נשוב ונדבר על פגיעה באוטונומיה והסכמה מדעת בעוולת התקיפה בהקשרים רפואיים, ועל גבולותיה מול רשלנות.
* יש פסיקה שמנסה למתן את הקביעה לפגיעה באוטונומיה (בין היתר לקבל פיצויים על כאב וסבל במקביל לפגיעה באוטונומיה). אולם נכון להיום, עמדה זו איינה העמדה המקובלת.

1. **ניזוקים עקיפים**

* מישנגרם לו כאב וסבל 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 בבן שלו.)
* הבעייתיות בהכרה בגין נזק עקיף: (1) מעגל האחריות- אם נכיר בנזק של נפגע באופן עקיף, נצטרך להכיר בהרבה נפגעים. אין סוף לאנשים שיכולים להיפגע בקבות נזק של אדם אחר. (2) הצפת בתי המשפט- בתי המשפט יוצפו בתביעות על נזקים עקיפים. (3) קושי ראייתי- הוכחת נזק נפשי. (4) קשה לצפות נזק עקיף שיכול להתרחש לככ הרבה גורמים.

קרין נ' בוקובזה- ילדה שראתה את אמא נפגעת לנגד עיניה תובעת את המזיק על כאב וסבל. בית המשפט מכיר בפיצוי לניזוקים עקיפים

אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן- 2 תביעות נפרדות של קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים (נידונו 2 התביעות במקביל, כיוון שהשאלה/הסוגיה המשפטית זהה).בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה. **בית המשפט** קבע מספר תנאים לקבל תביעה נזיקין בגין :

1. קירבה משפחתית **מדרגה ראשונה** (הורים ילדים ובני זוג).
2. התרשמות **חושית ישירה** מהאירוע המזיק או/ו תוצאותיו. (הניזוק צריך לראות בעיניו ולשמוע באוזניו)
3. קירבה **בזמן ובמקום**- לא מספיק שיש ההתרשמות ישירה אלא היא צריכה להיות בסמוך לאירוע המזיק.

* תנאי זה גמיש, בית המשפט מכיר גם בקרבה של כמה דקות לאחר הנזק- באמבולנס/ בית החולים.
* הדרישה הזו באה לחזק את עניין הקשר הסיבתי, ככל שהנזק של הקרוב מתרחש הרבה זמן ובמרחק מהנזק מתנתק הקשר הסיבתי.
* במקרים בהם הנזק לקרוב הוא מהלם פתאומי בעקבות הפגיעה בקרוב- מתקיים קשר סיבתי. אך במקרים בהם הנזק שנגרם הוא בעקבות התמודדות של הקרוב לאורך זמן, הקשר הסיבתי כבר לא מתקיים.

1. **נזק נפשי משמעותי**- רק בהתקיים נזק נפשי משמעותי תקבע אחריות נזיקית.

\*\*אלו תנאים מצטברים, אך במשך השנים הפסיקה מרככת את הכללים (בעיקר את שלושת הראשונים, פחות את הרביעי).

שוויקי נ' מדינת ישראל- תביעה של הורים, שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי מוטה של כוחות צה"ל. מגיע לאב פיצוי על נזקו הנפשי וכן על הנזק הפיסי שנגרם לליבו בעקבות הנזק הנפשי. **בית המשפט** קבע כי באופן עקרוני ניתן להכיר בתביעה של ניזוק עקיף על נזק פיסי-מחושי, אם מוכח קשר סיבתי בין הנזק הנפשי לפיסי. אך יש להחיל את כללי אלסוחה בשינויים המחויבים- במקרה קיצוני בו נגרם נזק פיזי בעקבות נזק נפשי עקיף ומצליחים להוכיח אותו, אז נקל על הדרישה של זמן ומקום, כיוון שברור שהנזק הפיזי בהכרח נגרם לאחר זמן של התמודדות ארוכה עם הנזק הנפשי. בעניינו לא הוכח קשר סיבתי- האב היה מעשן ועם אובר משקל שיכלו לגרום לבעיית הלב (קש"ס) וממילא נקבע שהנזק הנפשי לא היה חמור דיו (תנאי ד'). ההלכה: הגמשת הכלל השלישי- ניתן להטיל אחריות נזיקית על נזק פיזי שנגרם בעקבות נזק נפשי- גם אם לא קרה באופן מידי.

לבנה לוי נ' שערי צדק**-** לא אמרו לאשה הרה שעליה להסתובב בתוך שטח בית החולים, ולכל היותר לשעתיים. האישה הסתובבה במשך שלוש שעות והעובר מת. ההורים תבעו גם על הנזק שנגרם לעובר – התביעה נדחתה כי אין זכויות לעוברים. וגם על הנזק הנפשי שנגרם להם בקבות מות העובר שלהם. **בית המשפט** : בדילמה, מצד אחד הנזק הנפשי של ההורים לא היה חמור (התנאי הרביעי), מצד שני איך ניתן להשאיר את ההורים ללא שום פיצוי בגין ההתרשלות שנגרמה כלפיהם. (יותר מזה, אם העובר היה נולד ואז נפטר, הם כן היו מקבלים פיצוי). **חיות(מיעוט)-** סבורה שניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין. **ריבלין (דעת הרוב)-** לא מתקבלת הצעת חיות שכן היא תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים. ניתן להכיר בהורים שניהם כניזוקים עקיפים דרך הגמשת הכלל הרביעי של אלסוחה. הנסיבות המיוחדות מאפשרות זאת. הנסיבות המיוחדות הן צפיות הנזק להורים- הכלל נועד לסנן מצבים שבהם מזיק לא יכול וצריך היה לצפות את הנזק – נזק שנגרם להורים עקב מותו של העובר ברשלנות הוא נזק שניתן לצפותו.

\*\*יש כאן בעיה נוספת של אי וודאות עובדתית, לא יודעים באיזה שעה בדיוק התרחש הנזק, הרופאים אכן התרחשו שלא הזהירו, אך יכול להיות שהתינוק מת בלי קשר.- נגע בנושא זה כאשר נלמד את הקשר הסיבתי.

1. חיים והולדה בעוולה

* בנושא זה יהיה בהתחלה הרחבה של עוולת הרשלנות אך לאחר מכן יהיה צמצום של העוולה.
* **הסוגיה:** רופאים התרשלו לגלות מום מולד ונולד ילד שיש לו מום. ההתרשלות היא שהביאה לכם שהילד בעל הממום נולד (ולא הופל). להבדיל ממצב שבו ההתרשלות בלידה גורמת למום בתינוק שנולד.
* ניתן לפצל את הסוגייה ל2 סוגי נזקים/ניזוקים- **"חיים בעוולה"-** תביעה של הילד עצמו. **"הולדה בעוולה"-** תביעה של ההורים.
* הקשיים העולים בתביעה בגין חיים בעוולה:

1. איך ניתן לאמוד את הפיצוי בגין מוגבלות מול האפשרות שלא יוולד בכלל ? הוא בכל מקרה היה נולד עם מוגבלות, נפצה אותו כאילו לא היה אמור להיוולד עם מוגבלות כלל?- שאלה טכנית.
2. האם חיים עם מוגבלות יותר גרוע מאשר חיים בכלל?- שאלה מוסרית.

זייצוב נ' כץ - זוג הורים הגיעו לייעוץ גנטי. על אף שהרופא אומר להם שהעובר תקין, נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית. האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו ? (החיים עם מוגבלות) (ברור שלהורים יש זכות תביעה על הנזק שנגרם להם) **השופט גולדברג (דעת מיעוט)-** אין להכיר בזכות התביעה של הילד. אי אפשר לקבוע שחידלון של חיים עדיף מאשר חיים עם מוגבלות. ומעביר את האחריות לקביעה זו למחוקק. **שופטת בן פורת-** הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין חיים עם מוגבלות לבין אי-חיים. **השפטים ברק וליון (דעת הרוב)-** האינטרס המוגן הוא חיים בלי מום (לקטין אין זכות לאי חיים אלא לחיים ללא מום). לכן על הנזק להיות מחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות. **\*\*הבעיה**: לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי. ההלכה: הכרה בעילת ההולדה בעוולה ועילת החיים בעוולה. (תשנה בהמשך)

המר- בית המשפט העליון מבטל את זכות התביעה של ילדים ב"חיים בעוולה" וקובע תנאי להכרה בזכות התביעה של ההורים ל"הולדה בעוולה".

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

1. צריך להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות- קיימת התרשלות, הופרה חובת זהירות וקרה נזק (=הולדה בעוולה) .
2. קשר סיבתי לנזק
3. יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, אילו ההורים ביקשו להפיל את הילד, הועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה.
4. יש לשכנע שההורים היו ממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה.

קשיים בתנאי השני:

* עשוי להיות קשה מאוד להורים להגיד שהם היו בוחרים שהילד שלהם לא ייוולד. (יכול להיות קושי כזה גם בתנאי הראשון)
* הרקע של ההורים (למשל, רקע דתי) יכול לשמש קלף נגד ההורים לכך שהם לא היו עושים הפלה.

פתרונות לקשיים לעיל:

* קיימת חזקה (ניתנת לסתירה) שדי בתנאי הראשון (ס' א לעיל); מספיק שההורים יוכיחו את התנאי הראשון, הם לא צריכים להוכיח גם את התנאי השני. אך, ההגנה יכולה לנסות לטעון שהתנאי השני לא מתקיים ואם טענתם תתקבל, לא תתקבל התביעה של הולדה בעוולה.
* יש לבחון כל מקרה לגופו ולא להתחשב ברקע של ההורים.

**תרופות אפשריות להורים:**

1. הוצאות רפואיות-

* הפיצוי רק על ההפרש בין גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלויות.

הקושי- אין קשר סיבתי. הרופא לא גרם לכך שהילד ייוולד עם מוגבלות, אלא שהילד ייוולד. (הקושי שאעלה ברק בזייצוב)

תירוץ חלקי- ילד לא כרוח רק בהוצאות- הילד הוא לא נזק, יש בו הרבה הנאה ותועלת (לא מבחינה כלכלית). ברגע שלא מגדירים את הילד כנזק אלא כתועלת (הנאה) ומחשיבים את התועלת הזו כעלות גידול של ילד רגיל, נוכל לחשב את עלות גידול ילד עם מוגבלות פחות ההנאה מגידול של ילד (עלות גידול הילד) . זה קצת מיישב את הקושי – ילד שנולד זה לא נזק ולכן הקשר הסיבתי לא צריך להיות בין ההתרשלות לבין היוולדו, אלא הנזק שנוצר הוא נזק כלכלי (ולעיתים נפשי ואוטונמי) ולכן נחשב את עלות גידולו פחות ההנאה מגידול של ילד (כל ילד, רגיל ובעל מוגבלות).

* עבור נער שמלאו לו 18 לא יקטן ואפילו יגדל, כיוון שהילד נשאר מוגבל ולא יכול לעבוד ולהתפרנס כמו כל ילד אחר. הוא נשאר תלוי בהוריו גם לאחר גיל 18 וצרכיו רק הולכים וגדלים. (כלומר המשוואה שהצגנו קודם תקפה גם לבגיר)
* יקבעו הנחיות להורים לגבי הפיצוי- יכוונו אותם איך להתנהל עם הכסף כדי שהכסף לא יבוזבז בצורה שלא תאפשר להם לגדל את הילד כראוי.
* יתר על כן, מאחר שביטלו את הפיצוי בגין "חיים בעוולה", הפיצוי להורים מכיל בתוכו גם את הפיצוי עבור הילד.

1. פיצוי על כאב וסבל- פיצוי על הכאב והעצב בגידול ילד שקשה לגדלו. זהו פיצוי מצטבר לאוטונומיה.
2. פיצוי על נזק לאוטונומיה- פיצוי על כך שנלקחה מהם הבחירה החופשית.

\*\*פיצויים על כאב וסבל, ואוטונומיה הם פיצויים משמעותיים נמוכים מפיצוי בגין הוצאות רפואיות.

**נקודה למחשבה- מה לגבי "הריון בעוולה"?** לדוגמא הורים שאינם רוצים ילדים כלל- אולם בשל רשלנות הרופאים, האם נכנסת להריון. האם ניתן לתבוע תביעה נזיקית בגין רשלנות רפואית? **ריבלי**ן בהמר- ניתן לתבוע על הוצאות בגין ילד נוסף (כמו עלות של רכב נוסף, מזונות לרכב נוסף, חדר נוסף) >נשאר באוביטר!

מלאך- זוג חרדי. הרופא הציע לאם בדיקת מי שפיר, אך היא סירבה; הילד נולד עם תסמונת דאון ומום בלב. ההורים תובעים את הרופא בגין רשלנות של "הולדה בעוולה". טענותיהם:

1. לא הוצעו לאם בדיקות נוספות, כגון בדיקת סקר.
2. הרופא לא שיתף את האב במידע על הבדיקות של האם לבצע- טענה על אי עירוב האב. (טענה זו מתיישבת עם פס"ד לבנה בה גם האב וגם האם ביקשו פיצויים נפשיים כייוון ששניהם היו מעורבים וקשורים להריון)

**בית המשפט-** דוחה את התביעה. 1. הרופא לא היה חייב להודיע גם לאב. מאחר שבניגוד לפס"ד לבנה, הוא לא הביע עניין בשום שלב של ההיריון. ולא רוצים להגדיל יותר את עומס והנטל על הרופאים. 2. לא מתקיים קשר סיבתי- שכן הא סירבה לבדיקת מי שפיר מאחר שאינה מעוניינת להפילו בכל מקרה.

לגבי פגיעה באוטונומיה? ד"ר מיטל- בית המשפט לא מתייחס לנקודה זו בפסק הדין, מאחר שניתנה לאם האופציה לבחור אם לבצע את הבדיקות וההשלכות אם לא תבצע. והאב- העביר את הבחירות וההחלטות בעניין ההיריון לאם ולכן לא הרופאים הם שנטלו ממנו את האוטונומיה.

1. מחדל טהור

* אדם יחשב כגורם נזק במחדל טהור אם לא מנע נזק שהתממש מסיכון **שלא הוא יצר** אותו.
* דוגמא למחדל טהור- מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בברכה.
* דוגמא למחדל שאינו טהור- אי בלימה של רכב (הנהג יצר את הסיכון שהתממש, הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי הבלימה).
* ישנו **קושי** עקרוני בהטלת אחריות בגין מחדל טהור- מאחר שזה יוצר חובת עשה, דבר המהווה התערבות מאוד רחבה ומשמעותית בחירות הפרט. קרוב לוודאי שאדם יצפה את הנזק> צפיות טכנית. אך האם אדם חייב לצפות > קושי בקיום של חובת זהירות נורמטיבית. בשל כך, חובת הזהירות בהיבט הנורמטיבי שלה (צפיות נורמטיבית), לא מכירה בקלות במחדל כבסיס לאחריות בעוולת רשלנות.

יצירת חובת זהירות נורמטיבית:

1. **חוק-**

**חוק לא תעמוד על דם רעך** (בעקבות חוק השורמוני הטוב ומקרה האונס בארה"ב)

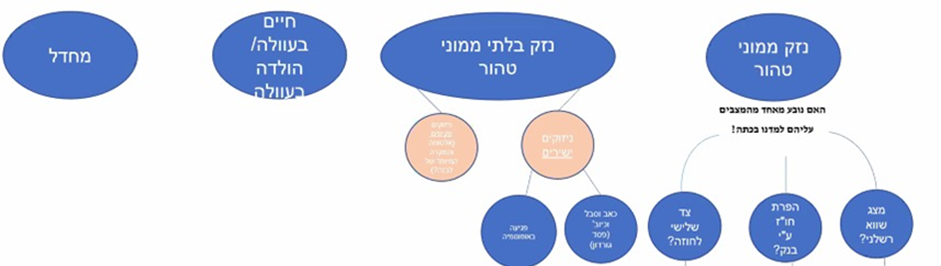
* חוק זה הוא חוק פלילי. אך ניתן לתבוע בגינו גם פיצוי נזיקי בגין הפרת חובה חקוקה/רשלנות.
* בחוק יש דרישה להצלה בעת סכנה חמורה ומידית, אך ללא סיכון עצמי (בשונה מחוק השמרוני הטוב).
* **קושי-** כפי שטענו למעלה יצירת בהוראת עשה היא בעייתית משום שהיא מהווה התערבות מוגזמת בחירות, והרתעה ביתר.

**פתרונות לקושי:**

* סעיף 1 לחוק לא תעמוד על דם רעך, קובע 3 תנאים, מקדימים לתוקף החוק: (1) סכנה חמורה. (2) ללא סיכון עצמי. (3)אירוע פתאומי.
* בנוסף, סעיף 5 לחוק עשיית עושר , קובע שהאדם שנזעק לעזרת חברו זכאי לפיצוי (שיפוי) מחברו, על ההוצאות הסבירות שעשה על מנת לבצע את מעשה ההצלה. (זה גם מהווה עידוד/תמריץ לאדם לבצע את פעולת ההצלה בלי לחשוש לרכושו.)

1. **יחסים מיוחדים**

אגד- ולעס הותקף ע"י בריונים בחנה מרכזית ותבע את אגד על רשלנות במחדל- לא דאגו להציב שומרים בתחנה. (הוא הגיש תביעה גם בגין הפרת חובה חקוקה) **המחוזי-** אמנם היה ניתן להטיל חובת זהירות נורמטיבית, אך לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית)- היא לא יכלה לצפות שבריונים יתקפו ללא סיבה אדם חף מפשע. ואפילו היה ניתן לא מתקיים יסוד הקשר הסיבתי. **העליון-** הפך את קביעת המחוזי וקבע שאמנם קשה לצפות תרחיש מעין זה (חובת זהירות קונקרטית), אך חברת אגד יכלה לצפות את אירוע התקיפה מאחר שלעיתים קיימים יחסים מיוחדים בין אנשים שבהם נצפה מהצד השלישי לנקוט באמצעי בטיחות נוספים ומוטל עליהם חובת זהירות יתרה (חובת זהירות נורמטיבית). בנוסף קבע בית המשפט העליון כי התקיים קשר סיבתי, כיוון שאילו היה אדם בעל חזות של מאבטח, קרוב לוודאי שהתוקפים היו חושבים פעמיים ונמנים מתקיפת האדם. הלכה: יחסים מיוחדים בין אנשים יוצרת חובת זהירות מושגית, שלא קיימת בין אנשים רגילים. יחסים מיוחדים= יכול להיות בין עובד למעביד, בין גוף שנותן שירותים ציבורים למקבל השירותים. (אין מבחן ברור. בקייס, נקבל סיטואציה שברור שמדובר ביחסים מיוחדים).



**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות נוספת**

* **רשלנות- עוולת מסגרת**

עוולת מסגרת- לעוולת מסגרת תחולה רחבה, להבדיל מעוולות "פרטיקולריות" ה"שייכות" למקרה ספציפי.

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

* **רשלנות לצד עוולות אחרות**
* בעניין ברזני (בזק) השופט חשין טבע את כלל האצבע מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת- כאשר יש סיבה לחשוב, על דרך הפרשנות, שהסעיף דוחה תביעה בעוות הרשלנות. כלומר אם ניתן להסיק שהעוולה הספציפית דוחה את ההסדר הכללי, לא ניתן להחיל גם את עוולת הרשלנות.
* אבל אי אפשר להניח שעוולת הרשלנות נדחית רק מעצם העובדה שיש עוולה פרטיקולרית. (ראו עניין גורדון).
* פלוני נ' פלוני**-** באותו עניין התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבעת. התובע דרש מהנתבע פיצויים בכין נכות נפשית שלקה עקב הבגידה וביסס תביעתו על עוולת הרשלנות.במוקד פסק הדין סעיף 62 לפקודת הנזיקין - עוסק בעוולה ספציפית- גרם הפרת חוזה, והמקרה של פלוני לא חל בסעיף זה, מאחר שהסעיף לא עומד בתנאי של סעיף ב' (נישואין אינן מהווים חוזה). **בית המשפט** קובע שלא ניתן לתבוע ברשלנות, כיוון שהסעיף הספציפי סוגר את האופציה הזאת ולא ניתן להכניס את עוולת הרשלנות "בדלת האחרות".

הסיבות לקביעת בית המשפט:

1. אם נאפשר תביעה ברשלנות אנחנו מאפשרים לתבוע בנזיקין בדלת האחורת, אחרי שהמחוקק סגר את הדלת הקדמית.
2. הימנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות. בית המשפט לא מעוניין להתערב עד כדי כך בחיי הפרט.
3. אם יתקבלו תביעות כאלה, בית המשפט עשוי להיות מוצף בתביעות בנזיקין בגין ניאוף.

* **רשלנות ורשות מנהלית**

אחריות הרשות המנהלית בנזקין היא נושא לפרק נפרד, אולם בקווים כללים יש לדעת- שניתן להטיל אחריות ברשלנות על רשות מנהלית. דוגמאות:

בעניין גורדון- אנו רואים שאין מניעה להטיל אחריות ברשלנות במקרה של התרשלות רשות מנהלית.

בעניין שוויקי דובר על התרשלות המדינה (לא הוטל בפועל אחריות בשל סיבות אחרות).

**"המוציא מחברו עליו הראיה"**

* כלל נטל השכנוע/נטל ההוכחה- מכריע מה קורה במקרה של תיקו ראייתי.
* "מאזן/עודף הסתברויות"- על הנושא בנטל השכנוע/ההוכחה בהליך אזרחי, ובנזיקין בפרט, לשכנע בטענותיו במידה הגבוה מ 50%. במקרה בו כפות המאזניים מאוזנות בסוף ההליך המשפטי, הנושא בנטל ההוכחה מפסיד.
* נטל השכנוע מוטל על התובע. על הנתבע להוכיח את כל יסודות העוולה.
* מצב של תיקו ראייתי היא מאוד שכיחה.
* בסיטואציות בהן מובהק לאן כף המאזניים יטה, הצדדים לא יגיעו כלל לבית משפט, מאחר שהצדדים היו מגיעים להסכמה ביניהם, כדי לחסוך עלויות. **אך זה בהתקיים שני תנאים:**

1. שהצדדים שולטים מספיק בחוק.
2. מאזן כוחות בין הצדדים- כאשר הכוחות לא מאוזנים, הצד החלש יחשוב פעמיים בטרם ייכנס להליך משפטי, גם אם ברור שהוא צודק.

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

חריג 1 לכלל; סעיף 41 לפקודת הנזיקין

* הסעיף הופך את נטל ההוכחה לגבי ההתרשלות והקשר הסיבתי על הנתבע- כלומר, מספיק שהתובע יוכיח את יסוד חובת הזהירות (והתנאים הנוספים) כדי להוכיח שהנתבע התרשל, אולם מדובר בחזקה עובדתית הניתנת לסתירה- הנתבע יכול להוכיח שלא התרשל (אם יוכיח שלא התקיים הקשר הסיבתי או התרשלות מצידו).
* הסעיף מונה 3 תנאים (מצטברים) להיפוך הנטל: 1. העדר ידיעה של התובע לגורם הנזק.

2.הנכס נמצא בשליטת הנתבע

3. התרשלות מסתברת; הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

**תנאי 1 ; העדר ידיעה בכח או בפועל**

פלוני נ' פלוני- 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 שטעו שנפל כי הלך למקום לא בטיחותי כדי להטיל את מימיו. **המחוזי**- כאשר לא ידוע מה קורה נחלק את האחריות בין המעביד לעובד(דרך שימוש בעקרון של אשם תורם) . **העליון;** **השופט עמית-** תנאי אי הידיעה צריך להיות מוכח על ידי התובע ולאו דווקא הניזוק (לענייננו, התובע אינו המנוח, והמנוח הלך לעולמו). **כלומר, שאלת אי הידיעה היא מצד התובע ונבחנת בעת מועד התביעה!** אבל, על התובע מוטל הנטל לעשות ככל יוכלתו לברר את העובדת. במקרה דנן, התביעה נדחתה כי התובעים לא ביררו ולא ניסו לברר את העובדות.

הלכה: העדר הידיעה על הנסיבות שגרמו לנזק צריך להיות של התובע, לאו דווקא של הניזוק (אם לא מדובר באותו אחד).

**תנאי 2; שליטת הנתבע**

רז נ' ביה"ח אלישע- תינוקת נדבקה במחלה זיהומית קשה בזמן שהותה בביה"ח לאחר לידתה. תבעו את בית החולים על שהתרשל בכל שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטח שלו. נקבע כי כל היסודות של סעיף 41 מתקיימים והתקבלה התביעה.

(היסוד הראשון- האם והבת לא יכולות לדעת מה הסיבות שגרמו להידבקות של רז. תנאי הניקיון של ביה"ח ידועים לביה"ח ולא למטופלים. ובפרט היסוד השני- החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של בית החולים, ולכן עמדה בידו האפשרות למנוע את הזיהום (למשל- הקפדה טובה יותר של חיטוי))

**תנאי 3; התרשלות מסתברת**

* **אחרי** שמוכיחים את התנאי הראשון והשני ובהתאם לעובדות, בית המשפט בודק אם סביר יותר שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שהוא נקט בה.

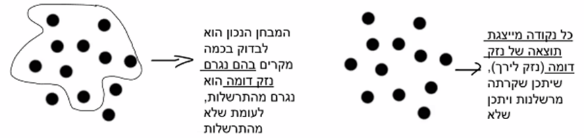
פס"ד רז- השופט שמגר- אין צורך להוכיח התרשלות לפי המקרה הקונקרטי (כמו בסעיף 35) אלא להוכיח התרשלות לפי ראיות סטטיסטיות / ראיות כלליות. דוגמא- קווי דין ואגד.

פס"ד שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**-** התובעת עברה ניתוח ובעקבותיו היא סובלת מנכות של צניחת כף הרגל. האישה תובעת ברשלנות (וגם תקיפה, אבל לא נגע בכך), ונזקקת לסעיף 41, מאחר שלא ידעה מה התרחש בניתוח.

**המחוזי-** דוחה את התביעה. התובעת לא הוכיחה את התרשלות וקשר סיבתי (סעיף 35) ולחלופין לא הצליחה להוכיח את התנאי השלישי; ההתרשלות מסתברת בסעיף 41.

**העליון-** הופך את החלטת המחוזי וקובע אכן לתובעת יש מחסור בראיות- הרופאים לא כתבו בפרוטוקולים על תהליך הניתוח כנדרש, התובעת הייתה מורדמת, ולמנתח היה שליטה מלאה עליה. (תנאי 1 ו2).

בעניין תנאי 3- התובעת מנסה להוכיח שהייתה התרשלות בטענה סטטיסטית – לרוב הניתוח הזה מצליח, ועכשיו הוא נכשל ולכן כנראה שהם התרשלו ולכן הוא נכשל.

**ריבלין-** ניתן להשתמש בראיות כלליות להוכחה תנאי 3, אך לא ניתן להסתמך על כך שקרה נזק כמשהו שדי בו להעיד על הסטטיסטיקה ולטעון שעצם הנזק מעיד על הסבירות שהנתבע התרשל. אנו צריכים לקחת את כל המצבים שבהם נגרם נזק ולבדוק כמה מהם נגרמו בשל רשלנות, ואם יותר מ50 אחוז נגרמו בשל רשלנות, ניתן להוכיח שהייתה רשלנות.

הרציונל- אנו לא יכולים למדוד את ההתרשלות לפי התוצאה בלבד, מאחר שכל ניתוח מלווה בסיכון ויכול להתרחש נזק גם ללא ההתרשלות.

**ריבלין מקבל את הטענה (התנאי השלישי) הסטטיסטית השגויה** מאחר שלטענתו בנסיבותהעניין הטענה של התנאי 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, ומקרה כזה, על תנאי נוסף להתקיים (תנאי 2 להלן).
2. לא היה רישום רפואי.

הלכה: כאשר יש שילוב של 2 העובדות הספציפיות הללו, ניתן לקבוע שהתנאי השלישי של סעיף 41 מתקיים, למרות שלא הוכח, ומעבירים את נטל ההוכחה לנתבע. הרציונל- כאשר חסר מידע (במקרה דנן רישום רפואי) ויכולה להיות טעות שיפוטית, ראוי שעלותה תהיה על המזיק ולא הניזוק..

רז נ' ביה"ח אלישע- **השופט שמגר** מסביר שגם התנאי השלישי מתקיים, מאחר שהנסיבות מתיישבות טוב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה למנוע הדבקה של תינוקות בחיידק הקולי.

**הרציונל לסעיף 41:**

פסד רז- **השופט שמגר**; כאשר התובע לא יודע איך התרחש הנזק ויש למעשה אי וודאות עובדתית שיכולה לגרום לטעות משפטית, יש להכריע על מי אנחנו מטילים את עלותה- על התובע או הנתבע. לדעת שמגר, יש להטיל נטל זה על הנתבע.

חריג 2 לכלל; דוקטרינת הנזק הראייתי

* לפי דוקטרינת הנזק הראייתי, אם הנתבע הסתיר ראיות (בכוונה או בשוגג) שיכולות לסייע בידי התובע להוכיח את התביעה שלו, יש להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע.
* דוקטרינה זו יכולה להפוך את נטל ההוכחה לגביי כל אחד מיסודות העובדתיים שנמנע מהתובע להוכיח עקב הסתרת הראיות ע"י הנתבע, כלומר גם לגבי הקש"ס וגם לגבי ההתרשלות.
* דוקטרינת הנזק הראיתי היא כלל ראייתי שנקבע לתביעת רשלנות "רגילות", ללא קשר לסעיף 41.
* היפוך נטל הראייה מביא את התובע למצב דומה לזה של סעיף 41.
* העיגון לדוקטרינה זו היא בספרות ולא בסעיפי החוק.

פסק דין רז**-** השופט ריבלין מסביר שהיה אפשר להגיע לאותה מסקנה – של היפוך נטל ההוכחה גם על בסיס רעיון אחר (מלבד סעיף 41)- דוקטרינת הנזק הראייתי.הוא מבסס קביעה זו, על כך שהרופאים לא ביצעו את המוטל עלייהם ולא ערכו רישום ולכן יצרו נזק ראייתי.

בקייס- נתייחס גם לסעיף 41 וגם לדוקטרינת הקשר הראייתי.

חריג 3 לכלל; סעיף 38 לפקודת הנזיקין

* גם סעיף זה הופך את נטל הראיה על הנתבע, אולם במקרה דנן ההיפוך נוגע רק להתרשלות, על התובע להוכיח את הקש"ס ואת חובת הזהירות.
* ישנם שני תנאים להפיכת הנטל (חלופים): (1) דבר מסוכן (למעט אש או חיה) גרם נזק והדבר היה בשליטת הנתבע.

(2) דבר העלול לגרום נזק בהימלטו והוא בשליטת הנתבע.

**תנאי 1; דבר מסוכן**

בעבר הפסיקה הגדירה דבר מסוכן כדבר מסוכן מעצם טבעו (אקדח, סכין וכדומה).

נאצר -אדם נפגע מירי של חיילי צהל וטוען להתרשלות. **השופט ריבלין-** קובע שאכן נשק יכול להוות דבר מסוכן (מאחר והוא מסוכן מעצם טבעו, אך זה תלוי בנסיבות. כאשר נעשה שימוש רגיל בדבר מסוכן לא ניתן להגדירו 'כדבר מסוכן' לפי סעיף 38. במקרה דנן נעשה שימוש רגיל ומתבקש- של הגנה עצמית ולכן אין להגדיר את הנשק כדבר מסוכן.הלכה: דבר מסוכן= דבר מסוכן מעצם טבעו, ובתנאי שמשתמשים בו בשימוש לא רגיל.

**תנאי 2; דבר העלול לגרום נזק בהמלטו**

**Rylands Fletcher-** אדם חופר מאגר מים בצורה לא זהירה (התעלם מפיר של פסולת שהיה מתחת למאגר) לאחר כמה שנים היה הצפה ונגרם נזק לשכנים. **בית המשפט קובע** שאם אדם מביא לאדמתו משהו שיכול להימלט ולפגוע בזולת מטילים עליו אחריות חמורה (לא רשלנות) בנזיקין.במשפט הישראלי- התקבל הכלל בצורה מרוככת, ולא נקבע שמדובר באחריות חמורה אלא בהיפוך נטל הראיה בגין רשלנות. כלומר הנתבע צריך להוכיח שהוא לא התרשל/ או שלא יכל למנוע את הנזק.

מפ"י בע"מ נ' משק אשכנזי- מי השקיה זרמו מחלקת הנתבע לתובע וגרמה נזקים בשטחו של התובע. **בית המשפט-** הופך את נטל הראיה לפי סעיף 38- מוטל על הנאשם להוכיח כי לא התרשל .

**קשר סיבתי**

ניתן להפוך את הנטל לצורך הוכחת קשר רק לגבי סעיף 41! לא ניתן להשתמש בחזקה הזו לגבי סעיפים 38-40!

כלומר, הנטל להוכחת הקשר הסיבתי מוטל על התובע.

פסק דין עצמון- בפסקדין אוגדו מספר תביעות של אנשים שנזקו (חלו בסרטן) בגין זיהום בנחל הקישון. האנשים טענו שנטל ההוכחה עבר לנתבעים שגרמו לנזק בנחל (נורא קשה להוכיח את הקשר הסיבתי בין השחייה בנחל למחלתם) **השופט עמית-** לא מקבל את הטענה, סעיף 38 פוטר את התובעים מהוכחת רשלנות אך לא פותר אותם מהוכחת הקשר הסיבתי.הלכה: תנאי מקדמי לשימוש בסעיף 38, הוא הוכחת קשר סיבתי.

חריג 4 לכלל; סעיף 39 לפקודת הנזיקין

* סעיף 38 החריג את האש או החיה כדבר מסוכן, סעיף 39 עוסק בחזקת התרשלות בהקשר של נזקי אש.
* סעיף זה הופך את נטל ההוכחה, וקובע שעל הנתבע להוכיח שלא התרשל. (לא הופך את הקשר הסיבתי כמו בסעיף 41)
* הסעיף מבחין בין שלושה מצבים וקובע שאם אחד מהם נתקיים נטל הראיה מתהפך:

1. הנתבע עצמו הבעיר את האש או היה אחראי להבערתה
2. הנתבע הוא מחזיק במקרקעי שמהם יצאה האש
3. הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה האש

**חלופה 2- הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש**

נביל כליל - אדם שעבד בבית מלאכה והתלקח כתוצאה מפחית טרפנטין שעמדה על השולחן. (לא האדם הבעיר את האש) הוא תובע את בעל המקרקעין וטוען שיש להעביר את נטל הראיה לנתבע. **השופט לנדוי** קובע כי תנאי הסעיף הקובע חזקת התרשלות אינם מתקיימים משום שהאש לא יצאה מהמקרקעין אלא נשארה בתוכה. נטל ההוכחה לא עבר אל הנתבע.\*\*התובע לא נזקק לס' זה משום שעל פי העובדות, ניתן להסיק כי הנתבע התרשל (מאחר שנהלי העבודה שהפעיל במקום הם שגרמו לנזק). הלכה: האש חייבת לצאת מהמקרקעין על מנת שנטל הראיה יתהפך.

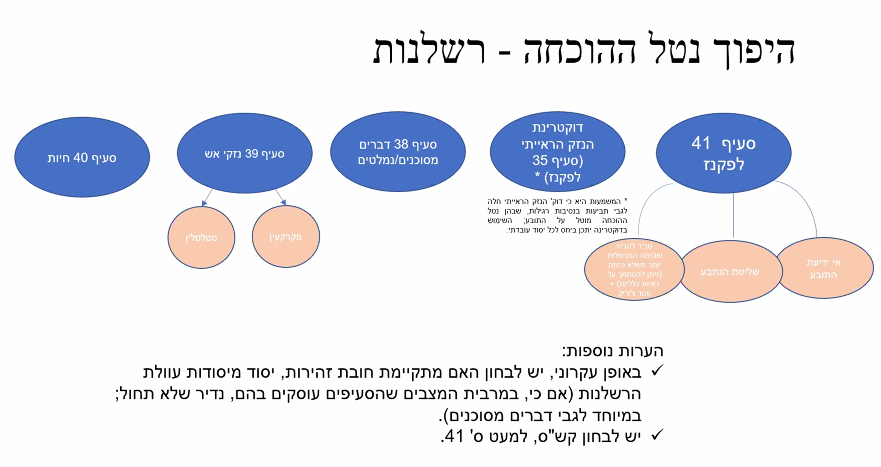
**חלופה 3- הנתבע מחזיק במטלטלין שמהם יצאה האש**

גנור - אשהתלקחה מסוללת טלפון (שבבעלות משרד התקשורת) וגרמה לנזק במשרדו של התובע. העובדות לא היו מספיק ברורות האם משרד התקשורת התרשל. התובע טוען שיש להעביר את נטל הראיה למשרד התקשורת.

**השופט שמגר** הבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש ל"בעל מיטלטלין" שמהם יצאה האש. כאשר מדובר במטלטלין מספיק שהאש יצאה מהמטלטלין לא צריך להראות שהאש יצאה מהמקרקעין שבה נמצא המטלטלין למקרקעין אחר.

חריג לכלל 5;סעיף 40 לפקודת הנזיקין

* סעיף 38 החריג את האש או החיה כדבר מסוכן, סעיף 40 עוסק בחזקת התרשלות בהקשר של נזקי חיה.
* סעיף זה הופך את נטל ההוכחה, וקובע שעל הנתבע להוכיח שלא התרשל. (לא הופך את הנטל בעניין הקשר הסיבתי כמו בסעיף 41).
* הסעיף קובע 2 תנאים מצטברים שבגינם נטל ההוכחה עובר לנתבע: (1)שהנזק נגרם ע"י חיית בר או ע"י חיית בית שהיא חיה מועדת.(2)שהנתבע היה בעל אחת מהחיות האמורות או הממונה עליהם.
* הסעיף מבחין בין חיית בר לחיית בית- אם מדובר בחיית בית התובע צריך להוכיח שהיא מועדת לעשות נזק (למשל תוקפנית).
* במשפט המקובל באופן עקרוני יש אחריות חמורה לגבי נזקים הנגרמים מבעלי חיים. אך בישראל החוק מרוככך ונקבע שיש אחריות רשלנית בלבד ובנוסף נטל הראיה עובר לנתבע.

**סיכום להיפוך נטל הראיה**

**אחריות מוחלטת**

סעיף 41 א-ג לפקודת הנזיקין

* בעקבות תקיפות רבות של כלבים חוקק סעיף זה, המטיל אחריות נזיקין בגין תקיפה של כלב.
* האחריות לפי **סעיף 41א** אינה אחריות של התרשלות אלא אחריות מוחלטת (לא משנה אם הייתה התרשלות או לא, מספיק שנגרם נזק). כלומר סעיף זה אינו סעיף של הפיכת נטל ההוכחה, אלא של אחריות מוחלטת.
* **סעיף 41ב-** קובע הגנות לנאשם, שבהם לא תוטל אחריות נזיקית מוחלטת על הנאשם. (א ניתן לטעון לאשם תורם מאחר שמדובר באחריות מוחלטת)ץ
* **סעיף 41ג-** קובע שאמנם לא תחול אחריות מוחלטת על הנאשם במקרה שחלה אחת מההגנות, אך הניזוק יכול להגיש תביעה באמצעות סעפים אחרים, כגון בגין רשלנות.

**הגנות**

**אשם תורם-** (ס' 68)

* טענה זו היא טענת הגנה בה הנאשם טוען כנגד התובע שהוא אשם.
* כאשר בהתנהגות התובע יש אשם מסוים ("לא נהג כמו שאדם סביר היה נוהג"), אחוז הפיצויים שיינתן לו יופחת בהתאם לאחוז האשמה שלו.
* לפי הסיפא , סעיף זה אינו חוסם את הזכות של הניזוק לפיצויים, אלא הנאשם יכול לגרום לכך שיופחת סך הפיצויים. משמע עדיין תוטל אחריות נזיקית כלשהי על המזיק.

**רקע כללי לאשם תורם**

* לאורך השנים היה מעבר מהסדר בינארי להסדר יחסי.
* הסדר בינארי- דיי בכך שאם יש לתובע אשם תורם בהתנהגותו- שהוא בהתנהגותו תרם לנזק, כדי למנוע ממנו פיצוי בכלל. למעשה אשמתו של התנבע גורמת לדחיית התביעה כולה. הסדר זה היה נהוג עד המאה ה120 וכיום נהוג במדינות מעטות, הוא מבוסס על עיקרון "הידיים הנקיות" – להוכיח שפעלת באופן נקי.
* הסדר יחסי-חלוקת אחריות בין המזיק לניזוק בעל האשם תורם; אם הניזוק תורם לנזק עד שיעור של 50% הוא זוכה לפיצוי מופחת באופן יחסיי לאשמתו. אולם אם אשמו התורם גבוה מ 50% הוא לא זוכה לפיצוי מפניי שניתן להגיד שהתובע לא הצליח לעמוד בהוכחת תביעתו ותבעיתו נדחית, מאחר שע"פ מאזן ההסתברויות התובע צריך להוכיח את טענותיו מעל 50% נכון מימלא אם אשמתו התורם גבוה מ50% תביעתו נכשלת.- זו לא הגישה כיום!
* **כיום** אשם תורם נתפס כמקרה מיוחד של דוקטרינת **"מעוולים במשותף".** לפי דוקטרינה זו יכול להיות שנזק אחד נגרם ע"י יותר מגורם אחד ולכל גורם יש אחריות שניתן לייחס לו אחריות לנזק. מבחינת ההלכה הנוהגת כיום, אשם תורם הוא מקרה שבו הניזוק והמזיק נתפסים כמעוולים ביחד לנזק. לדוג' מצב שבו אדם נוסע בכביש במהירות מופרזת ואדם אחר חוצה את הכביש תוך כדי שהוא בטלפון. על פניו הנזק של הולך הרגל יכול להיות מיוחס לנהג הפרוע ולהולך הרגל שהיה עם הראש בטלפון במקביל, ויכול להיות שביהמ"ש יכריע שיש לניזוק אשם תורם.
* האחוזים של כמה אשם תורם נקבע ע"פ כל מקרה לגופו. התפיסה השולטת היא שאשם תורם לא מוגבל עד 50%, אלא יותר מכך.
* אשם התורם לא אמור לגרום לכך שהתביעה תיכשל אלא רק להביא לפיצוי מופחת לתובע בנסיבות שהוא בעצמו התרשל, אולם במקרים נדירים ביהמ"ש יכול להכריע ע"פ בקשת הנתבע שצריך לנתק את הקש"ס מרוב שהאשם התורם חמור ולכן התביעה תידחה.

**שלביי הוכחת אשם תורם**

**(א)** התובע צריך לסיים לטעון את טענותיו ולעמוד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה.

**(ב)** הנתבע מעלה טענה הגנה מסוג אשם תורם (יש טענת הגנת נוספת כעת נתעסק רק באשם תורם) וביהמ"ש קובע אם אכן יש אשם תורם.

**(ג)** אם יש אשם תורם, עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים ("מבחן מידת האשמה") אחרי שביהמ"ש השווה בין רשלנות הניזוק והמזיק מבחינת האשמה אז הוא יחליט כמה אשם תורם לייחס לניזוק עצמו.

**הצדקות לאשם תורם**

* **צדק מתקן** - נועד להשיב את מצבו של התובע לקדמותו בעקבות הפגיעה בזכות שלו. אם הנתבע פגע בזכות באופן מסוים (לא לחלוטין), אז לא יכול להיות שהנתבע יצטרך להשיב את המצב לקדמותו לנזק שלא גרם לו. הוא יצטרך להשיב את המצב לקדמותו בהתאם לנזק שגרם לו.
* **הרתעה** -
  + הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם (וגם בעיית moral hazard) - אם נטיל אחריות על הנתבע גם על מצבים שבהם התובע עצמו אחראי לחלק מהנזק, זה יגרום להתנהגות לא זהירה של הנפגעים, כי הם ידעו שלא משנה מה יקרה - אם מישהו פוגע בהם הוא יפצה אותם על מלוא הנזק.
  + הרתעה ביתר של מזיקים – כולם בנ"א פוטנציאליים ומייצרים סיכון ולכן זה גורם לרובנו להיות חששנים כלפי הסביבה. האשם התורם יוצר איזון. זה מאפשר למזיקים פוטנציאליים להסתובב בעולם בצורה יעילה יותר. אולי יפחדו שכל מעשה שלהם יהווה אשם מלא כלפי ניזוק לא אחראי, כי לניזוק גם כך אין אחריות. או שיפחדו להתקרב לאנשים שהתנהגותם רשלנית. או שהמזיק הפוטנציאלי עלול להשקיע יתר על המידה באמצעי מניעה משום שקיים הסיכוי שלא יצטרך לפצות

**הסטנדרט לקביעת אשם תורם**

ככלל, התנהגות הניזוק נבחנת ע"פ סטנדרט "האדם הסביר בנסיבות העניין"; נדבר על מצבים שבהם יש הלכה ספציפית שעשויה להוביל לחריגה מן הכלל.

חריג לכלל; סטנדרט ההתנהגות ביחסיי עובד מעביד

דפרון - פועל עובד במשל שבוע במפעל דפרון , במהלך משמרת לילה מנהל המשמרת שם לב שהפועל הנל שותה אלכוהול, בתגובה הוא שולח אותו להתרעננות. בדיעבד מתברר שהפועל מאוד לא הרגיש טוב ופינה את עצמו לבי"ח באיחור ונפטר. מסתבר שהוא שתה מתנול (חומר רעיל) ולא אלכוהול, אך לא דיווח למפעל שהרגיש לא טוב לאחר ששתה. המפעל נתבע על רשלנות ועל הפרת חובה חקוקה שלא כתבו על הבקבוקים מה הם מכילים ואזהרה לעובדים שמדובר בחומר מסוכן. נקבע שאכן הופרה חובה חקוקה והייתה רשלנות. הטענה שהועלתה ע"י דפרון היא שהעובד נושא באשם תורם מאחר שהוא התנהג בצורה לא סבירה- כאשר צרך אלכוהול (לפחות חשב שמדובר באלכוהול) בזמן משמרת. **רובינשטיין** - קבע שאכן יש אשם תורם וצריך לבחון את העובד הסביר בנסיבות העניין, לא הגיוני שהעובד הסביר ישתה אלכוהול במהלך משמרת. האשם התורם נקבע בשיעור מופחת של 25% כי ישנם שיקולים נוספים וביהמ"ש מייחס ליחסי עובד ומעביד סטטוס מיוחד לפיו חובת הזהירות של מעבידים רחבה יותר, לכן למרות שלמעשה ניתן לקבל את הטענה שהעובד פעל בצורה לא סבירה, אנו נטה לייחס לו אשם תורם מופחת מאחר שמדובר ביחסיים שבין עובד למעביד. כלומר, מחד גיסא יש אשם תורם לפי מבחן "העובד הסביר בנסיבות" ומאידך, מתחשבים ביחסי עובד- מעביד. הלכה: סטנדרט ההתנהגות של האדם היא "האדם הסביר" **אולם:** (1) רמת הזהירות הנדרשת מהמזיק כלפי אחרים גבוהה יותר מרמת הזהירות שנדרשת מהניזוק כלפי עצמו. (2) נקח בחשבון את יחסיי עובד מעביד כאשר מחשבים רמת האשמה של הנאשם.

חריג לכלל; קביעת סטנדרט אובייקטיבי עם מימד סובייקטיבי

אייגר- נגנבו אמצעי לחימה ובכללם טיל ונטמנו בבריכת בטון. 2 ילדים מצאו את "המטמון" ושיחקו איתו והטיל התפוצץ וכתוצאה מכך הילד נפגע קשות ונאלצו לקטוע לו את הרגל. מדובר על התרשלות של מדינת ישראל, מכיוון שלא היה פיקוח ורישום שטיל נגנב. שאלה מעניינת שעלתה לפי איזה סטנדרט יש לקבוע אשם תורם מצד הילד\*; 1. האדם הסביר. 2. אפשרות ביניים- הילד הסביר (באותו גיל). 3. מבחן סובייקטיבי לילד המתחשב ברמת האינטליגנטית. **השופט גולדברג** מאמץ את מבחן הביניים. אולם, משאיר בצ"ע האם יש לשקול מבחן לפי סטנדרט סובייקטיבי. . \*ילדים עד גיל 12 פטורים מאחריות בנזיקין אך לא מאשם תורם. הלכה: סטנדרט הזהירות הנדרש מהניזוק הוא האדם הסביר בנעלי הניזוק. לדוגמא, הרופא הסביר, הילד הסביר, המוגבל שכלית הסביר וכו'. כל אירוע והדמות הרלוונטית אליה.

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

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

רוזן- נהגת שיוצאת ברוורס מחניה מתנגשת במונית שנסעה על הכביש. המונית נהגה מעל המהירות המותרת. נקבע שיש לנהג המונית אשם תורם בגובה של 30%. השאלה שעלתה בפסק הדין היא ביחס לנזק שנגרם לנהגת, המשמעות של אשם תורם היא פיצוי מופחת לנהג המונית, כלומר לניזוק. אבל באותו עניין גם למזיקה היה נזק, האם עליו לשלם לנהגת פיצוי בגובה 30% מהנזק שנגרם לה? **השופט עמית** מסכים שאשם תורם זהו מקרה פרטי של אשם אך קובע שבאופן עקרוני יש הבחנה בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות נזיקית. אולם, לא נסגרה הדלת (כל מקרה יבחן לגופו).

הצדקה כלכלית לקביעתו של השופט עמית:

מדוע הגיוני שאשם תורם לא יהיה אשם יוצר אחריות? לדוג' יש "רכב של עני" בעלות 100 ו"רכב של עשיר" בעלות 1000. העשיר הוא זה התרשל ונקבעת אשם תורם בגובה 20% לעני. מה יהיה הפיצוי לעני? לכאורה הפיצוי יעמוד על 80 מפני שיש לו אשם תורם של 20% והעשיר יצטרך לפצות אותו באובדן הרכב בעלות של 80% מתוך ה100. אם זה יקרה, נגיע למצב שהעני מפצה את העשיר ב200 (20% מתוך 1000) והעשיר את העני בפחות. זה מראה לנו מדוע ככלל האשם תורם אינו יכול להיות אשם תורם אחריות. צריך להסתכל על ההקשר, דיני הנזיקין לא יכול לתפקד אך ורק בראי של שיקולי אחריות כלכליים טהורים. **דיני הנזיקין לא פועלים בצורה כלכלית טהורה וקרה.** ביהמ"ש סבור שאם נתנהל עם אשם תורם כאילו הוא אשם יוצר אחריות זה **יוצר בעייתיות גדולה מבחינת שיקולי מוסר.** אשם תורם היא טענת הגנה וכדי להפוך אותה לטענת שיוצרת אחריות צריך הצדקה מעבר לשיקולים כלכליים.

* אשם תורם- טענת הגנה.
* אשם יוצר אחריות– למשל בעוולת הרשלנות. כאשר מישהו מתרשל האשם שלו הוא שייצר אחריות נזיקית במובן שיצטרך לפצות את הניזוק.

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

האם בקביעת מידת האשם התורם של הניזוק, יש להתחשב באשם יוצר האחריות של המזיק? המקרה – לפעמים הנתבע לא רק גורם לנזק, אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני (ולתרום לנזק).

אלהווא נ' עירית ירושלים- אדם בעל לקויות (אפילפסיה ולקות ראיה) הולך ברחוב ונופל לבור. אין גידור ותאורה. הוא ניזוק בגופו והופך לנכה. העיריה טוענת שיש אשם תורם לניזוק, מדובר במפגע בטיחות שהיה ידוע לניזוק ועדיין בחר לעבור דרכו במקום לחפש דרך חלופית. **פס"ד המחוזי** - קיבל את טענת העירייה והטילו אשם תורם של 20% על הניזוק. **פס"ד בעליון-** ביהמ"ש לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואפשר להטיל אשם תורם על הניזוק. **השופטת ברק ארז** אמנם מצטרפת לדעת הרוב אולם ציינה את הקושי בהחלטה- אם נטיל אשם תורם, אנו פוגעים במוטיבציה של המזיק לתקן את הליקויים. במקרה דנן, למה שהעירייה תתקן את הליקויים ברגע שמוטל על הניזוק אשם מופחת? יוצרים בעיה של תמריצים לא נכונים, דבר שהיא חייבת בו כלפי התושבים בתחומה. לא סביר שנטען שככל שעובר זמן מלקות אז אנשים "צריכים לדעת יותר טוב" ולהיזהר ולחפש דרכים חלופיות.

ד"ר מיטל- ס' 66 לפקנ"ז שכותרתו היא "התנהגות הנתבע" ועוסק בסיבתיות ולא באשם תורם. הס' קולע לפס"ד הנ"ל.

במקרה דנן, העירייה לא רק התרשלה, אלא הביאה את הניזוק למצב שאם הוא לא מוצא דרך חלופית הוא מתרשל. ניתן להשתמש בסעיף על מנת להוכיח שהניזוק לא התרשל, אם המזיק יצר את התנאים לכך שהניזוק התרשל.

הסיפא של הס' - אם התרשלותו של התובע נגרמה בעקבות התנהגותו של הנתבע, בית המשפט יכול להגדיל את הפיצוי אבל לא יותר מהפיצוי המקורי. כלומר, אם בשל האשם התורם הפיצוי ירד ל80% אז אפשר להעניק פיצוי של 20% בלבד בשל התנהגות הנתבע שהביאה לאשם התורם.

66. מקום שגם התובע גם הנתבע גרמו לנזק באשמם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע היה חייב לשלם, אילולא הוראות סעיף 64, ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו.

**אשם תורם כאשר התנהגות המזיק מכוונת**

עד כה דיברנו על מקרים של אשם תורם בהם התנהגות המזיק הייתה רשלנית (הנזק נגרם ברשלנות), כעת נדבר על מקרים בהם התנהגות המזיק הייתה מכוונת, מה קורה במצב כזה?

פס"ד אפל- היה פרויקט של משרד השיכון לפינוי של תושבים מערים שונות בארץ, כדי לתמרץ תושבים להתפנות מבתיהם, הוצע להם הסדר שמאפשר הלוואה מסובסדת לרכישת דירה חלופית. אפל מחזיק בחברה שבבעלותה דירות ריקות והוא 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. **במחוזי**- נקבע שהתקיימו יסודות עוולת התרמית הקבועה בס' 56 לפקנ"ז (עוולה זו דורשת כוונה מצדו של המזיק). עוד נקבע שהמדינה התרשלה שכן משרד השיכון לא טיפל באופן סביר בהעברות הכספים (אם הפקידים היו בודקים כמו שצריך, היו יכולים למנוע בקלות את התרמית), ביהמ"ש המחוזי הכיר באשם תורם בשיעור גבוהה, והמדינה ערערה על סכום הפיצוי.

**בעליון-** הדיון בעליון נסוב על השאלה - האם ניתן להטיל אשם תורם בעוולת הכוונה? נקבע כי באופן עקרוני, מזיק יכול לטעון טענת הגנה של אשם תורם, אפילו אם ביצע עוולה מכוונת. אך לא בכל מקרה**.** במקרה הספציפי הנל, לא נטיל אחריות של אשם תורם על הניזוק. **השופט מלצר** - הבחנה בין שלושה סוגי מקרים שונים בעבירות כוונה שעליהם צריך לתת את הדעת:

1. גרימת נזק לניזוק ללא תוספת רווח למזיק – אין בעיה להטיל אשם תורם, אם יש כזה.
2. גרימת נזק לניזוק עם תוספת רווח למזיק (בנוסף על הנזק או באופן שאינו זהה לנזק)- ניתן להטיל אשם תורם על הנזק אך לא על הרווח. למשל בעניין תנובה- תנובה החדירו סיליקון לחלב, יש נזק ויש תוספת רווח למזיק- תנובה חסכה עלויות בכך שהיא אישרה להאריך את התפוקה של החלב ואפשרה לעצמה להפחית בתוצאות כשהתנהגה בצורה עוולתית.
3. מקרים של "העברת עושר" – מצבים בהם הנזק לניזוק שווה ערך לרווח של המזיק, לא ניתן להטיל אשם תורם כי אז "חוטא יצא נשכר". למשל פס"ד אפל. אם מישהו מוציא במרמה ממישהו אחר 100 ₪ ואם נכיר בכך שיש אשם תורם של 20% ויצטרך להחזיר 80 מתוך ה100 "חוטא יוצא נשכר" כי הוא צריך להחזיר פחות מהסכום שלקח.

כלומר, **השופט מלצר** קובע שעל רכיב של נזק ניתן להכיר באשם תורם אך על רכיב של רווח לא נכיר באשם תורם.

**השופט הנדל** על פניו לא מסכים עם השופט מלצר ואומר שניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים של "העברת אושר". אך לטענת **ד"ר מיטל** יש משותף בין פסק דינו לפסק דינו של השופט מלצר ואין הבדל גדול. השופט הנדל טוען שגם במצבים של העברת עושר מלאה מאדם לאדם, ניתן להכיר בתחולה של אשם תורם. אך כשהוא מפרט את עמדתו הוא מסביר שהסיבה לכך היא שהתביעה היא לא רק נועדה להשיב כספים, אלא מכניסה "תחת כנפיה" ראשי נזק נוספים – נזק לא ממוני, עוגמת נפש וכ'ו. לכן ניתן לחשוב על אשם תורם במונחי נזק כאלו. גם השופט מלצר מכיר בכך שעל נזקים ניתן להכיר באשם תורם ועל רווחים לא, ולכן יש הלימה בין דבריהם.

**לסיכום,** באופן עקרוני במצבים של התנהגות מכוונת ניתן להכיר באשם תורם, **אבל** אם ההתנהגות המכוונת גרמה לרווח לא נאפשר להפחית מהפיצוי על הרווח שנגרם למזיק. אם ההתנהגות המכוונת גרמה לא רק לרווח אלא גם לנזק, אז נאפשר אשם תורם לגבי תביעת הפיצויים על הנזק אבל לא על הרווח. אם ההתנהגות המכוונת המזיקה גרמה אך ורק לנזק אז אין שום בעיה להטיל אשם תורם באופן גורף ככל שהנסיבות מאפשרות.

**אשם תורם כאשר התנהגות הניזוק מכוונת**- **האם התאבדות מהווה אשם תורם?**

גלעד- העזבון של גלעד תובע את בי"ח הדסה על התאבדותו של גלעד שהיה מאושפז במחלקה הפסיכיאטרית של בי"ח. בית החולים טוען לאשם תורם מצידו של גלעד. **בית המשפט** דוחה את הטענה לאשם תורם. במקרה הזה, אחריותם של ביה"ח נובעת בדיוק מזה שהוא התאבד. בדיוק מהמקום הזה ניתן לומר שביהח התרשל, ואם ננכיר בטענה זו, נמשוך את השטיח מתחת רגליו של ביהח- חובתו לשמור על שלום מטופליו. הלכה: לא נטיל אחריות של אשם תורם על ניזוק שנזקו היא התאבדות.

**אשם תורם ואחריות חמורה/מוגברת**

**קושי-** עוולת אחריות חמורה היא עוולת Per Se– עוולה ללא אשם. איך ייתכן שהנתבע יכול להעלות טענת הגנה שלפיה הנאשם טוען שאין הוא צריך לפצות כיוון שהניזוק בעצמו גרם לנזק? איך אפשר לדבר על אשם כאשר בעוולה עצמה אין שאלה של אשמה? אם לא בודקים את האשמה של המזיק ורק של הניזוק זה יוצר מצב שבו רק לניזוק יש אשמה.

**ההסדר בישראל-** מתעלם מהקושי ויש אפשרות להפחתת פיצוי לניזוק לפי שיעור אשמו התורם באחריות חמורה.

\*\*במצבים של אחריות מוחלטת אין אפשרות לטעון הגנת אשם תורם.

**הקטנת נזק (הגנה לתובע)**

הקטנת נזק= חובה על הניזוק להקטין את נזקו לפני הגשת התביעה.

כלל זה מופיע בסעיף 14 לחוק החוזים (תרופות) אך מוחל כעקרון כללי גם בנזיקין.

**הקטנת נזק מול אשם תורם**

* בשונה מאשם תורם הקטנת נזק זו טענת הגנה שנוגעת להתנהגות **אחרי** קרות הנזק.
* אם הניזוק יכול היה להפחית את כל הנזק ולא עשה זאת, הפיצוי יופחת לגבי הנזק שלא הוקטן בלבד (ולא לגבי כל הנזק שנגרם), בשונה מאשם תורם שם הניזוק והמזיק מעוולים יחד ולחוד על הנזק ולכן הפיצוי כולו יחולק ביניהם.
* שלבים: (א) התובע סיים לטעון את טענותיו ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה. (ב)הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק (כטענה נוספת או חלופית להגנה אחרת, כגון אשם תורם). (ג) ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

**דוגמאות לדרכים להקטנת נזק:**

1. **טיפול תרופתי**- הניזוק נפצע אך לא הקטין את נזקו ע"י נטילת תרופה שיכלה לעזור לו
2. **מציאת עבודה חלופית**- צייר נפגע בידו וטוען שכעת לא יכול לעבוד בשום עבודה ולכן הנזק שלו זה אובדן כושר השתכרות עתידי, הוא צריך לחפש עבודה אחרת.
3. **גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי**- חברת ביטוח.

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהגנת הקטנת הזנק**

**הגישה המקובלת-** הקטנת נזק נקבעת עפ"י מידה אובייקטיבית- על הניזוק לנקוט להקטנת נזקו באמצעות אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין.

כלל חברה לביטוח**-** הניזוק נותח ברגלו עקב תאונת דרכים: בוצע מסמור שתפקידו לסייע לאיחוי העצמות מחדש. הניזוק מתקשה לשוב לעבודה ונקבעת לו נכות מסוימת, בין היתר 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>> כלומר הנזק של התובע הוא הנכות והמסמור, שנגרם עקב התאונה. **בית המשפט**- ההחלטה של הניזוק לא להפחית את הנזק אינה סבירה , לכן **יש להפחית את הפיצוי** בגין הזנק של התאונה מאחר שהתובע לא עמד בחובתו להקטין את נזקו, ובמקביל **יש להגדיל את הפיצוי** ככל שיכלול את כיסוי הוצאות הרפואיות לעריכת הניתוח להוצאת המסמר.

נימוק להחלטה- "אין לצפות מהניזוק הקרבה אישית למען המזיק, אין לדרוש ממנו כי יתייחס אל המזיק כאל עצמו- זו מידת חסידות שאין ראוי להעמיד בה את הניזוק. אך אין לאפשר לו להתעלם מהאינטרסים של המזיק- זו מידת רשעות שאינה ראויה. יש לדרוש מהניזוק שיתחשב הן באינטרס של עצמו והן באינטרס המזיק, תוך איזון ראוי ביניהן, שישקף את תחושת הצדק של הציבור הנאור בישראל."

הלכה: (1) אם יש עלות להקטנת הנזק יש לחייב את המזיק בעלות זו. (2) הקטנת הנזק צריכה להיות באופן סביר בצורה שתתחשב גם באינטרסים של המזיק. אולם!! רמת הסטנדרט שנחיל על הניזוק נמוכה יותר מאשר שנטיל על המזיק בהתאם לעובדה שהתרשלות מתייחסת למצב בו אדם גרם נזק לאחר, הוא שיצר את המצב בו נגרם הנזק. המזיק הוא אב החטא, לכן הסטנדרט אותו הוא חב לניזוק גבוה יותר מזה שהניזוק חב לו בשאלת הקטנת הנזק. הניזוק לא צריך לסכן או להקריב עצמו כדי להפחית את הנזק לאחר שכבר נגרם.

כפר קאסם-התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא גודר. נגרמו לה נזקי גוף ונזקים נפשיים. התובעת סירבה להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית להקטנת נזקה הנפשי, חרף המלצותיהם של הגורמים הרפואיים בנושא.

נטען שיש להפחית מהפיצוי שלה את שיעור הנזק שיכלה להקטין (לאחר שנים היא התחילה בטיפולים נפשיים שאכן עזרו לה, לטענת הרופאים אם הייתה מתחילה את הטיפול באופן ישיר, יכול להיות שהיא הייתה מבריאה לגמריי) הניזוק טען כי במגזר הערבי אישפוז פסיכיאטרי נתפס כדבר בעייתי שעלול להכתים את שם המשפחה כולה. לטענת התובעת אם הייתה מתאשפזת היה נגרם נזק רב למשפחתה ולכן לא סביר לדרוש ממנה להקטין את הנזק. **השופט רובינשטיין-** יש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים הדתיים של התובעים לעניין החשש מהסטיגמה החברתית (בחברה הערבית), אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק. לכן, במשך 18 החודשים הראשונים (זמן סביר) היה ניתן לקבל מצב בו לא התאשפזה. לאחר מכן, סירוב להתאשפז כבר אינו סביר. **השופטת ברק ארז**- מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות במאפיינים הדתיים של התובעים. ככלל סביר להמתין עם אשפוז (להבדיל מטיפול) פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות. אשפוז פסיכיאטרי שולל את האוטונומיה של האדם ולכן הניזוק יכול לנסות להקטין את הנזק שלו בדרכים אחרות- שיפגעו פחות בחירותו. הלכה: ניתן להתחשב במאפיינים הדתיים של הניזוק בעניין נטל הקטנת הנזק.

ד"ר מיטל- ניתן להשליך הלכה זו גם על מאפיינים תרבותיים ולהתחשב במאפיינים תרבותיים בעניין נטל הקטנת הנזק.

פסיקה בארה"ב **-** יש כת בארה"ב שמסרבת לקחת מנות דם , דבר שיוצר מצב שכאשר אדם מהכת נפגע הוא מסרב לקחת מנת דם ובכך נפגע פגיעה קשה יותר (עד מוות). דבר זה יוצר קושי ויש מחלוקת בפסיקה האמריקאית עד כמה יש להתחשב במאפיינים הדתיים בנטל הקטנת הנזק.

**עוולות בנזיקין**

**עוולת כליאת שווא**

* עוולת הכליאה היא עוולת אחריות מוגברת/ חמורה ועוולת per se.
* המבנה של הסעיפים הנוגעים לכליאת שווא הם סעיפים 26 ו27- סעיף 26 מגדיר את העוולה וסעיף 27 מעניק הגנות לנתבע.
* לא נדרשת כוונה, ניתן לטעון לעוולת הכליאה גם אם נעשתה ברשלנות. אם הכליאה נעשית ברשלנות ניתן לתבוע גם בעוולת הרשלנות. אולם עדיף לתבוע בעוולת כליאת שווא מאחר שזו עוולה per se ולכן אין צורך להוכיח נזק וקשר סיבתי ומאחר שמדובר בעוולת אחריות מוגברת אין צורך להוכיח התרשלות.
* **יסודות העוולה- ס'26**:

1. "שלילת חירותו של האדם"
2. "שלילה מוחלטת"
3. "שלא כדין"
4. "למשך זמן כלשהו"- אין זמן מוגדר, אבל לא זמן מאוד קצר.
5. באמצעים פיזיים או על ידי הופעה כבעל סמכות

\*\*יש להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה, על פי כלל מאזן ההסתברויות- מעל 50%.

* **הגנות העוולה- ס'27:**

**ס'1-** כשמישהו מבצע את הכליאה בהינתן צו עיכוב/צו מאסר הוא פטור.

**ס'3**- אם הכולא ביצע את מעשה הכליאה כדי להגן על התובע עצמו או על זולתו כי התובע לא שפוי בדעתו/לקוי בשכלו או בגופו- הוא פטור.

**ס'5-** חיילים כל עוד פעלו כדין.

**ס'6-** פטור להורה ומורה מכליאת שווא, לשלילה זמנית בלבד. בפס"ד אמין יש שיקולים משפטים מיוחדים ליחסים בין הורה לילד. גם הורה יכול לנעול את ילדו בחדר וגם מורה יכול לרתק תלמיד למען ייטב דרכו. (בעוולת התקיפה היה סעיף דומה, אך בוטל).

**עוולת התקיפה- ס'23**

* עוולת התקיפה במשפט הישראלי, בשונה מהמשפט המקובל, מכניסה תחתיה גם איום וגם שימוש בכח תחת הגדרת התקיפה. (במשפט המקובל העוולה מחולקת לשתי עוולות שונות)
* סעיף 24 מעניק הגנות לנתבע.
* עוולת per se ועוולת כוונה.

**יסודות העולה (של שימוש בכח)**

1. שימוש בכח- לא בהכרח מגע ישיר. גם אור, חשמל, גז, ריח או כל אמצעי אחר.
2. כנגד גופו של אחר- רק כנגד גוף, לא רכוש.
3. במתכוון
4. שלא בהסכמה או בהסכמה שהושגה בתרמית

\*\*יש להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה, על פי כלל מאזן ההסתברויות- מעל 50%.

פסק דין כרמי**-** כרמי סובל ממחלת נפש. יום אחד הוא הכריז שבכוונתו לרצוח את בתו ואת עצמו . הוא יוצא עם בתו ואשתו לגינה, שם הוא רואה ילד, הוא דוקר אותו ואת בתו, היא נפטרה במקום אך הילד הצליח לברוח. בתביעה הפלילית כרמי זוכה מאחר שלא היה כשיר למעשיו= לא התקיימה דרישת הכוונה לפי המשפט הפלילי. הילד תובע את כרמי בנזיקין.

השאלה המשפטית: האם ניתן להטיל אחריות נזיקית לפי עוולת התקיפה על אדם שפועל בצורה מסויימת תחת מצב של מחלת נפש? האם ניתן להגיד שאדם שחולה בנפשו התכוון למעשיו? **השופט רובינשטיין-** ישנם שלוש גישות לעניין הכוונה הדרושה בעוולת התקיפה, כאשר מדובר בחולה נפש.: (1) אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית (זהה לדרישה בדין הפלילי). (2)ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת הגפיים (בתנועות הגוף). לפי גישה זו אין צורך בכוונה אלא בידיעה (לשימוש בכח). (3) הטלת אחריות מלאה, בין אם יש שליטה ובין אם לאו. רובינשטיין מאמץ אץ הגישה השניה- הביניים. ומטיל אחריות בנזיקין על כרמי. (בעתיד ישנו את הקודקס המרכזי בנזיקין- החוק יקבע שאין צורך בכוונה אלא בידיעה בלבד. כלומר בעתיד יהיה הלימה בין גישתו של רובינשטיין ללשון החוק) **השופטת ארבל (מיעוט)-** מצטרפת לפסק דינו של רובינשטיין **אך** היא מאמצת את הגישה השלישית. לטענתה ניתן להטיל אחריות גם אם לא הייתה שליטה, מאחר שצריך להעדיף את האינטרסים של הניזוק ולא המזיק. הלכה: כאשר מדובר בחולה נפש, מספיק שהאדם יהיה מודע למעשיו, אין צורך בכוונה.

* הקושי בהטלת אחריות על חולה נפש; צדק חלוקתי-נפגעי הנפש הם אוכלוסייה מוחלשת גם ככה; הטלת אחריות בנזיקין על חולה הנפש יגביל אותו ויגרום לו לחשש רב להיות חלק מהחברה. יתר על כן, לעיתים רבות נפגעי הנפש אינם בעלי יכולת כלכלית והטלת נטל שכזה אינו הוגן. (ארבל מציעה שאולי יש צורך בהקמת קרנות לנפגעי הנפש- לא תפקיד ביהמ"ש)
* הרציונל בהטלת אחריות על חולה נפש;

**שיקולי הרתעה**- אולי הטלת אחריות בנזיקין מהווה הגנה על נפגע הנפש, אולי הוא או משפחתו יאשפזו אותו וימנעו גרימת נזק על ידיו.

**צדק מתקן-** מה עם הניזוק? הוא לא זכאי לפיצוי?

**שיקול קהילתי-** אם לא יהיה פיצוי נזקי מפני פגיעה ע"י חולה נפש, אולי זה יגרום לרתיעה ולחשש של הקהילה מפני קרבה וקשר עם חולה הנפש.

**יסודות העוולה (של ניסיון או איום.. להשתמש בכח)**

1. ניסיון או איום.. תוך שימוש במעשה או תנועה – התנועה/המעשה מדגישה את הכוונה
2. שימוש בכח- הניסיון או האיום צריכים להיות לשימוש בכח (לא מספיק איום לפגיעה ברכוש)
3. "גורם שהאדם ייניח"- יסוד סובייקטיבי, התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום
4. כנגד גופו של אדם (לא נזק רכוש)

\*\*יש להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה, על פי כלל מאזן ההסתברויות- מעל 50%.

**הגנות (לעוולת התקיפה) – סעיף 24**

**יסודות ההגנה הקבועה בסעיף 24(1):**

* **עשה את המעשה בסבירות-** האם האדם נהג בצורה סבירה (אובייקטיבי) בנסיבות העניין (סובייקטיבי).
* **הגנה-** על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש (של התוקף או זולתו)- אם מעשה התקיפה נעשה על מנת להגן על חייו, גופו, חירותו או רכושו (לעומת יסוד העוולה, שנדרש שהתקיפה תהיה על גוף ולא על רכוש).
* **דרישת הפרופורציה**- צריך להיות פרופורציה בין הנזק שניסה למנוע לנזק שגרם. לא מספיק שהפעולה צריכה להיות סבירה בנסיבות העניין היא גם צריכה להיות סבירה באופן יחסי לנזק שניסה למנוע.

\*דרישת הסבירות והפרופורציה הן דרישות דומות, אולם נתן להגיד שדרישת הסבירות מתייחסת לפן ההתנהגותי ("עשה את המעשה בסבירות") ודרישת הפרופורציה מתייחסת לפן התוצאתי ("היחס בין הנזק..")

אלון נ' חדד- חייל שהתארח בבית הוריו התקשר למשטרה למשמע פורץ, ובמקביל עלה על גג הבית עם רובה שהיה ברשותו. הוא רואה שהפורץ מנסה לברוח לביתם של השכנים, אז הוא צועק לעברו מתוך מטרה למנוע את בריחתו. הפורץ הרים ידו באוויר עם חפץ כלשהו והחייל חושב שיש בידו נשק לכן יורה לעברו- ירי שלא על מנת להרוג. הירי פוצע את הפורץ והפורץ תובע את החייל על תקיפה, בתגובה החייל טוען לטענת ההגנה בסעיף 24(1). **השופטת ארבל-** אמנם בדיעבד מסתבר שהפורץ לא היה חמוש, אך תוך כדי המקרה החייל האמין שהוא נמצא בסיטואציה של הגנה עצמית ולכן יש להעניק לו הגנה מפני תקיפה. הלכה: תחושת הסכנה אמנם נבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית) אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן. (אלמנט סובייקטיבי- בהקשר לתחושות המתגונן)- שאלת הסבירות נבחנת לאור תחושות/נקודת מבט הנאשם.

**תקיפה בהקשרים רפואיים**

* **אי הסכמת המטופל**
* אי הסכמת המטופל לטיפול רפואי עלול להיחשב תקיפה.

**הגנות:**

* סעיף 24(8) נועד להגן על רופאים שמבצעים טיפול רפואי במטופל, כאשר למטופל אין אפשרות להסכים לטיפול בשל המצב בו הוא שרוי (נניח, מורדם ומונשם).

הצדקה לסעיף; מניעת הרתעת יתר- אם מטופל יכול לתבוע את הרופא שלהם בגין הטיפול הדחוף שהגיש להם, הרופא יימנע מהגשת הטיפול

* סעיף 15 לחוק הזכויות החולה מעניק הגנה לרופא גם בשעה שהמטופל מסרב לטיפול.

פס"ד קורטאם-מדובר על מקרה פלילי. נאשם בלע שקית סמים במרדף כדי להסתיר ראיות. מסקירה בבית החולים התברר שהשקית מסכנת את חייו, אך הנאשם סירב לניתוח (בשביל להסתיר את הראיות.), בכל זאת הרופאים מבצעים את הניתוח ומוציאים ממנו את השקית.הקשר הנזיקי הוא עקיף. הנאשם טען שלא ניתן להשתמש בראייה (שקית הסמים) שהושגה דרך תקיפה. **השופט בך-** אדם שמוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין לא חושב באופן בהיר, לכן בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול.הלכה: אדם שנמצא בהכרה ומסרב לטיפול בגין חשש מפגיעה באיכות חייו, אסור בשום אופן לבצע בו טיפול רפואי. אולם אדם שלא נמצא בהכרה (חוסר הכרה יכול להוות יסוד נפשי פגום), ניתן לבצע בו ביטול רפואי מבלי לשאת באחריות נזיקית.

ביקורת: פגיעה באוטונומיה של האדם .

הצדקה:שמירה על חייו של המטופל.

הלכת קורטאם עוגנה ב סעיף 15 בחוק זכויות החולה .

סעיף 15(1) מאפשר לרופא להעניק טיפול רפואי גם כאשר המטופל לא יכול להביע את הסכמתו/חוסר הסכמתו בשל מצב גופני או נפשי.

סעיף 15(2) קובע שלושה תנאים מצטברים להענקת היתר של ועדת האתיקה לבצע טיפול רפואי בניגוד לרצונו:

1. נמסר למטופל כל המידע אודות הטיפול
2. צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל.
3. קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע.

\*הסעיף השלישי הוא טריקי, מאחר שהמטופל יכול לטעון שלא היה יסוד סביר להניח שהיה נותן היתר לקיום הטיפול.

סעיף 15(3) מאפשר, בהסכמה של שלושה רפואיים, להעניק טיפול רפואי להעניק לאדם שנמצא במצב חירום ולא יכול להסכים לטיפול.

* **חובת גילוי כלפיי המטופל**
* **בעבר-** אי קבלת הסכמה (אחד מיסודות התקיפה) כלל אי גילוי המידע הרלוונטי על הטיפול/חלופות, כלומר אם המטופל לא קיבל את המידע המלא על הטיפול הוא יכול לתבוע את הרופא על תקיפה**. כיום-** קיימת הבחנה בין אי קבלת ההסכמה לביצוע הטיפול לבין הפרת חובת הגילוי; אי קבלת הסכמה לביצוע- עשויה להיחשב לתקיפה. לעומת זאת, מצבים של אי הסכמה מדעת עקב הפרת חובת הגילוי (גילוי לא מלא של המידע הרלוונטי)- יידונו במסגרת עוולת הרשלנות.
* בנוסף, הסכמה מדעת וחובת הגילוי מעוגנות גם בחוק זכויות החולה וניתן לתבוע בנזיקין מכוח**- עוולת הפרת חובה חקוקה**.

סיכום: כאשר לא שואלים את המטופל- נתייחס לדברים כרשלנות , ונגיד שחובת הגילוי הופרה בכך שלא כל המידע הרלוונטי ניתן למטופל. נטפל בזה לא תחת תקיפה, מאחר שבפועל מה שקרה זה הרופא/ה התנהגו בצורה לא סבירה, כיוון שהיו צריכים לגלות את המידע הרלוונטי ולא עשו זאת. לכן, אנחנו נמצאים ברשלנות ולא בתקיפה.

**המשמעות של מעבר מתקיפה לרשלנות במצבים של אי הסכמה מדעת כתוצאה מאי עמידה בחובת הגילוי?** (כבר דיברנו על זה בפרק הרשלנות)

* בשביל לתבוע על **נזק גופני-** הדרישה לעמוד בהוכחת יסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק הגופני שנגרם, דרישה זו כוללת 2 שאלות/ מבחנים (דרישת סיבתיות כפולה)

1. מבחן סיבתיות ההחלטה- האם הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין הוא היה מסכים לקבלת הטיפול?
2. מבחן סיבתיות התוצאה- אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת היה נמנע הנזק?

* בשביל לתבוע על **פגיעה באוטונומיה** אין צורך להוכיח קשר סיבתי שכן היא נגרמת מעצם הפרת חובת הגילוי. (פס"ד דעאקה)

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

1. **חובת גילוי מותאמת למטופל הסביר**

פס"ד קדוש- איזה סטנדרט אנו רוצים לבדוק כדי לדעת, האם המידע שהרופא גילה למטופל הוא המידע המלא או לא? האם הסטנדרט הוא לפי הרופא הסביר או לפי המטופל הסביר? **רובינשטיין-** כאשר מדובר על חובת הגילוי, ביהמ״ש העביר את הבחינה מהרופא הסביר לכיוון המטופל הסביר. מה המטופל הסביר היה מצפה לדעת בנסיבות המקרה? נקבע את הסטנדרט האם התקיימה חובת גילוי המידע מצד הרופא כנדרש, לפי המטופל הסביר. **השופט ריבלין-** לא רק שנבחן את המטופל הסביר, אלא נבחן את סוג המטופל (בחינה סובייקטיבית יותר) למשל: מטופל שאינו יודע את השפה, מוטלת על הרופא הסביר חובה להבהיר את המידע הרלוונטי. רובינשטיין מצטרף לדעתו. **השופט עמית (דעת מיעוט)-** חלק על החלטה זו. לטענתו צריך להחזיר את המטוטלת לרופא הסביר, יש לבחון האם הרופא הסביר היה מעביר את המידע כפי שהועבר. ההלכה: סטנדרט חובת הגילוי נבחן לפי המטופל הסביר (ולא הרופא הסביר) (=מבחן אובייקטיבי) ובנוסף נתחשב בסוג המטופל (=מבחן סובייקטיבי).

**הרציונל**- אנו רוצים להעניק הגנה על החירות והאוטונומיה של המטופל לכן נסתכל מבעד עיניו.

1. **חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר**
2. **חובת הגילוי גדלה יותר במצב של טיפול אלקטיבי (וקטנה ככל שהוא דחוף)**

*טיפול אלקטיבי*- טיפול שלא נצרך מבחינה רפואית. כגון- לייזר, סיליקון וכדומה.

**הרציונל**- חובת הגילוי רחבה יותר כי יש יותר סיכוי שהמטופל לא יעבור את הטיפול אם הוא מסוכן יותר. לעומת זאת, הליך רפואי דחוף יותר ביהמ"ש יתייחס בסלחנות יותר בגלל הצורך והממשיות של הניתוח. דרשו שיתקיים על אף שלא גילו את כל הסיכונים. זאת כי הניתוח הוא דחוף.

1. **חובת גילוי ולא "לנדנד" למטופל**

פס"ד חליפה- תינוקת נולדה עם פגם חמור בעמוד השידרה שיכל להימנע ע"י בדיקה מקדימה. ההורים טענו נגד הרופאים שרק הציעו להם לבצע בדיקת אולטרסאונד ולא שייכנעו ונדנדו להם לבצע את הבדיקה. (=הולדה בעוולה) נקבע שלא מוטלת על הרופא ללחוץ ו"לנדנד" למטופל לקבל טיפול מסוים.

שיקולי מדיניות- בעד ונגד החלטת בית המשפט:

**בעד;**

* **אינפנטיליות/פטרנליזם**- המטופל לא ילד, הוא יכול לקבל החלטות בעצמו, לא צריך להטיל על המטפל אחריות כה מקיפה על המטופל.
* **עלויות-** ההשקעה והעקשנות של הרופא כרוכה בעלות כספית (זמן= כסף)
* **רפואה מתגוננת-** עד כמה אנו רוצים שהרופא יחשוש? כמה נטל נטיל על הרופא? אם הרופא יצטרך להשקיע ככ הרבה מאמצים במטופל אחד, הוא לא יספיק לטפל בשאר מטופליו. (זמן= חוסר יכולת)
* **פגיעה באוטונומיה-** נדנוד למטופל פוגעת למעשה בבחירה האישית והנכונה בשבילו.

**נגד;**

* המטפל הוא זה שיש לו את המידע ומחובתו לשכנע את המטופל לקחת את הטיפול הטוב ביותר לדעתו המקצועית.

1. **חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות**

פס"ד סידי- אם שהיו לה מספר לידות כושלות בעבר. במקרה הנוכחי היא ילדה תינוק עם פגמים. האישה טענה שהרופא לא העניק לה את כל המידע הרלוונטי, מאחר שלא הציע לה בדיקה מיוחדת- בדיקה על קולית. הרופא טען שמדובר בבדיקה מיוחדת שלא נמצאת בסל הרפואי הרגיל לכן לא מוטלת עליו החובה לגלות אודות טיפולים אלו. **בית המשפט** קובע שמוטל על הרופא החובה לגלות מידע אודות כל הטיפולים האפשריים, גם טיפולים פרטיים שלא נמצאים בסל הטיפולים הציבוריים.

שיקולי מדיניות- בעד ונגד החלטת בית המשפט:

**בעד;**

* **ידע/עלויות-** הידע אודות האלטרנטיבות ידועות למטפל ולא דורשות ממנו דבר.
* **אוטונומיה**- יש להעניק למטופל את האפשרות להחליט בעצמו ולעשות את השיקולים הכלכליים הנכונים לו.

**נגד;**

* **ידע-** לא תמיד המטפל יודע את כל האלטרנטיבות, לא ייתכן לחייב אותו לגלות את כל האלטרנטיבות הפרטיות.
* **ניגוד אינטרסים**- יש תמריץ בעייתי לרופאים ציבורים שמספקים גם טיפוליים פרטיים כאשר הם "משווקים" את הטיפול הפרטי והיקר שהם מעניקים.
* **עלויות-** הענקת מידע בלי גבול לוקח זמן מהרופא ולכן דרישה זו מלווה בעלות כספית (זמן= כסף).

ד"ר מיטל- חושבת שבית המשפט פסק נכון ושיקולי הבעד גוברים על הנגד.

1. **ככלל אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל**

פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית- הורים מוסלמים, שעשו בדיקת מי שפיר וגילו שיש לילדם תסמונת דאון, אך בדיקת מי השפיר אינה רלוונטית להם מאחר שהבדיקה נעשית בשלב מאוחר של ההיריון, בשלב שלפי דתם כבר אינם יכולים לבצע הפלה. הטענה של האם על הרופא היה מוטל להציע בדיקות אחרות שמותאמות לדתם ואמונתם. **בית המשפט** קבע על הרופא לא מוטל להעניק מידע בהתאם לדת המטופל. אולם, אם המטופל מבקש במפורש מהרופא להתאים את המידע לדתם/אמונתם הרופא מחויב לעשות כן.>>דרך בייניים. (התביעה נדחתה)

שיקולי מדיניות- בעד ונגד החלטת בית המשפט:

**בעד;**

* נטל גדול- לא הגיוני לצפות מהרופא לדעת (הוא לא איש דת, אלא רופא) ולהתאים את המידע לכל מטופל ומטופל.
* פגיעה בפרטיות/פרדוקס הבחירה- המטופלים יכולים להרגיש שנכנסים להם לחיים האישים יותר מידי ומנתבים אותם לבחור את הבחירה המתיישבת עם דתם, במקרים שלאו דווקא הם רוצים להתחשב בשיקול הדת.

**נגד;**

* ניתן לקבוע שהרופא צריך להתאים את טיפולו למנהגים ידועים שהרופא הסביר יכול לדעת מהניסיון שלו על מנהגים מצויים של מטופליו.

1. **צמצום הפיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי**

פלונית נ' מדינת ישראל- **השופט עמית** מביע עמדתו (שהייתה מיעוט בעניין קדוש) וקובע כי לא ניתן לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי , במידה והתקבל פיצוי על הנזק הפיסי שנגרם ועל כאב וסבל. במקרים של הפרת חובת גילוי הפיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל.

**הרציונל-** משתמשים בתביעה של פגיעה באוטונומיה כ"סוס פרא".

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

1. בפס"ד דעקה – כאשר לא ניתן להטיל אחריות בגין הנזק הפיזי.
2. מצבים של הולדה בעוולה (פס"ד המר)
3. מצבים הדומים לנסיבות שהיו בפס"ד מרפאת עין טל- באותו עניין מדובר על טיפול עיניים, המטופלת ביקשה לעצור את הטיפול כיוון שהרגישה שמשהו לא כשורה, הרופא בכל זאת המשיך בטיפול ולכן ניתן לטעון לפגיעה באוטונומיה, מדובר במעין תקיפה.

ד"ר מיטל- לא בטוח שהתקבלה המילה האחרונה- העמדה שהובעה על ידי עמית בפלונית אמנם התקבלה ע"י השופטות וילנר וברון באותו עניין אך נראה שישנם שופטים שלא מסכימים (השופטת ברק ארז והשופט מלצר בפס"ד מרפאת עין טל, הביעו הסתייגות מפורשת מגישה מצמצמת זו).

שורה תחתונה- פגיעה באוטונומיה- במבחן עלייכם להתייחס לפגיעה באוטונומיה כראש נזק נפרד (כלומר בנוסף לכאב וסבל ולנזק הגופני, אם יש) אך להכיר את גישתו המצמצת של עמית בעניין פלונית, בנוגע לפגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי.

**הפרת חובה חקוקה**

(ס' 63)

* עוולת הפרת חובה חקוקה זו עוולת מסגרת- כלומר עוולה שההגדרה העובדתית שלה מאוד רחבה, שהרבה מאוד תצרפים עובדתיים יכולים לחול בתוכה. (לעומת עוולה פרטיקולרית)
* היא יכולה לחול בפני עצמה וגם במקביל לעוולות נוספות.
* בארץ עוולה זו אינה מסווגת באופן ברור למשטר אחריות מסוים, בארה"ב היא נכנסת למשטר הרשלנות
* **יסודות העוולה**:

1. קיומה של חובה
2. החובה הופרה
3. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים מ"הסוג" בהם נמנה התובע)
4. הנזק הוא מהסוג אליו נתכוון החיקוק
5. קש"ס עובדתי ומשפטי
6. יסוד נגטיבי; החיקוק לא מונע את הפיצוי הנזיקי.

\*\*יש להוכיח את התקיימות כל יסוד מיסודות העוולה, על פי כלל מאזן ההסתברויות- מעל 50%.

1. קיומה של חובה

פסק דין גורבנר-התביעה על הפרת חובה חקוקה הקובעה בפקודת העיריות, לטענת התבועת על העיריה מוטל לפקח על קיום האיסור לנסוע על אופניים בפארק (שמוצג בתמרור). **בית המשפט-** עומד על ההבחנה בין סמכות לקיים גנים ולפקח עליהם לבין חובה. במקרה דנן מדובר עניין שבסמכות והפעלת שק"ד ולא על חובה חוקית, משכך לא התקיים יסוד הפרת חובה חקוקה.

פסק דין אמין-הזנחה הורית קשה במיוחד, הובילה לתביעה של ילדים את אביהם בגין נזקים נפשיים. לטענתם האב הפר את חובתו כאפוטרופוס הורה, לפי סעיף 15 לחוק האפוטרופסות- "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו."לטענת האב לא חלה עליו חובה משפטית לאהוב את ילדיו ולכן אינו הפר חובה מכח חיקוק.  **השופט אנגלרד** מתמקד במושג חינוך ומפרשו באופן רחב- חינוך כולל בתוכו השפעות חינוכיות ונפשיות. **מה הסטנדרט שהורה מחוייב לעמוד בו?** ההורה לא צריך להיות הורה סביר או מושלם הוא צריך להיות הורה מסור.מנגד **קיימת הגנה לאופוטרוס הורה** בסעיף 22 לחוק- המצמצם את החובה של ההורים וקובע שניתן להטיל אחריות בנזיקין רק כאשר ההורים לא פעלו בתום לב או לא רצו בטובת הקטין. במילים אחרות, כל עוד ההורה פועל במטרה לקדם את טובת הילד הם לא יישאו באחריות נזיקית.

הלכה: (1) ניתן לייבא חובה מכל דין. (2) על ההורה מוטל החובה להיות הורה מסור (ולא סביר) ואם פעל בתום לב לא ישא באחריות נזיקית.

1. החובה הופרה
2. החיקוק שהופר נועד להגן על הניזוק או על קבוצת בני אדם שהניזוק נמנה איתה

פס"ד ועקנין-ילד קפץ ראש בבריכה ונפגע פגיעה גופנית. הוא תובע את הבריכה בגין הפרת חובה חקוקה כאשר לא הציבו שלטים ברחבת הבריכה כפי שנקבע בחוק. **בית המשפט-** מבחין בין חיקוק שקובע נורמות ורמת התנהגות, אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט מול חיקוקים הבאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיבים.

לדוגמא- האיסור הפלילי על בגידה- מטרתו להגן על אינטרס המדינה. החובה להצביע בבחירות- מטרו להגן על קיום של שיטת משטר דמוקרטית. הלכה: יש להבחין בין חיקוק לטובת אינטרס הפרט לבין חיקוק לטובת אינטרס הכלל (אינטרס הציבור), חיקוק שנועד לטובת אינטרס הכלל/ציבורי אינו מהווה "חיקוק שנועד להגנת הניזוק".

1. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק (אותו החיקוק רצה למנוע)

פס"ד בלומנטל- תושבי שכונה תבעו בנזיקין על הפרת חובה חקוקה בגין הקמת בית חולים לחולי נפש. נטען כי שונה יעוד של מבנה, מפנסיון לבית החולים לחולי נפש , על אף הוראה בתכנית המתאר**\*\*** שאוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באזור. התושבים טוענים לנזק כלכלי (ירידת מחירי הדירות), נזק נפשי (אי נוחות לחיות בקרבת חולי נפש). **השלום-** קובע שלא הופרה חובה חקוקה מאחר שלא מדבור בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה. **המחוזי-** הופך את החלטת השלום וקבוע שהופרה חובה חקוקה. **העליון-** השופט גולדברג- לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בית הבראה. 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 שאליו נתכוון החיקוק, החיקוק נועד למנוע הטרדה של הדיירים באזור. התובעים לא הוכיחו שחולי הנפש גרמו למטרד לסביבה. (מטרד= היטפלות לעוברי אורח, רעש או אי נעימות בלתי סבירה המונעת מהם להשתמש באופן סביר במגורים שלהם. מדד אובייקטיבי.) השופט בך (דעת מיעוט)- מסכים עם השופט גולדברג כי לא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה בלבד ולכן לא הופרה חובה חקוקה. **אולם**, לדעתו לא הגיוני לדרוש מהדיירים להוכיח מטרד על מנת להוכיח הפרת חובה חקוקה, לטענתו די בפוטנציאל למטרד. יתר על כן הוא סבור שהנזק הכלכלי (ירידת ערך הדירות) נמנה כאחד הנזקים עליהם מגן החיקוק.

**\*\***גם הוראות/ תקנות יכולות להוות חובה חקוקה.

פס"ד סולטאן- גבר גירש את אשתו מהבית אך לא גירש אותה מבחינה משפטית (לא הלכו לבית משפט וחילקו את הרכוש והזכויות ההוריות). האישה תובעת בגין נזק נפשי וחברתי (אי יכולתה להתחתן) ונזק כלכלי (מזונות). הגבר טוען שמטרת החיקוק לא נועדה להגנה על האינטרסים הפרטיים של האישה אלא להגנה על אינטרס ציבורי- מניעת הפליה של נשים בחברה. **בית המשפט-** מטרת החיקוק כפולה: סעיף 181 נועד להגן על אינטרס רחב- מניעת הפליה של נשים בחברה, אולם בנוסף לכך הוא נועד להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אישה שעשויה להיפגע מהאפליה שאותה ביקש המחוקק לתקן (אין סתירה בין המטרות הללו) הלכה: יכול להיות שמטרת החיקוק תהיה כפולה, הגנה על אינטרס כללי וגם הגנה על אינטרס פרטי.

1. קש"ס עובדתי ומשפטי

**קשר סיבתי עובדתי**

קשר סיבתי עובדתי נבחן באמצעות מבחן האלמלא; האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה על ידי הנתבע?

**קשר סיבתי משפטי**

לאחר שנקבע קשר סיבתי עובדתי עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם לו.

פסק דין ועקנין**-** ילד קפץ ראש בבריכה ונפגע פגיעה גופנית. הוא תובע את הבריכה בגין הפרת חובה חקוקה כאשר לא הציבו שלטים ברחבת הבריכה כפי שנקבע בחוק. **בית המשפט-**  דן בשאלה האם חל קשר סיבתי בין אי הצבת השלטים לפגיעה של התובע.ישנם שלושה מבחנים שצריך להתייחס אליהם על מנת לבחן האם מתקיים קשר סיבתי, מאוד נדיר שמסקנות המבחנים תסתור אחת את השניה.

* **מבחן השכל הישר** - האם בדרכ בניסיון החיים היומיומי, היה הגיוני שיתרחש הנזק שהתרחש בעקבות התנהגותו של פלוני. סוג של אינטואיציה, מה הגיוני. >> מבחן פחות מקובל ולא יופעל מפני עצמו, אלא בשילוב של מבחן הצפיות/הסיכון.
* **מבחן הצפיות**- האם הנתבע היה צריך (היבט נורמטיבי- שיקולי מדיניות) לצפות את אירוע הנזק, את סוגו ואת הניזוק?
* **מבחן הסיכון-** מה הסיכון אותו המחוקק ניסה למנוע, והאם הנזק נמצא במתחם הסיכון דנן. (דומה ליסוד הקודם- הנזק אליו נתכוון החיקוק. בקייס- ניתן לכתוב ראה לעיל.) >>המבחן הדומיננטי, מאחר שהוא מוזכר בסעיף עצמו.

Berry v. borough of sugar Notch**-** אדם נסע במהירות מופרזת, מעל המותר, ובשלב מסוים נפל עליו עץ. הוא תובע את חברת הביטוח ואלה טוענים שנסיעתו המופרזת היא שגרמה לנזק. **בית המשפט** בוחן האם מתקיים הקשר הסיבתי; **קשר סיבתי עובדתי**- כן, אלמלא הנהג לא היה נוסע במהירות שנסע העץ היה נופל לפני/אחרי שהיה עובר אותו.

**קשר סיבתי משפטי-** מבחן הצפיות- הנהג לא היה צריך לצפות שבעקבות נהיגה מופרזת יפול עליו עץ.

מבחן הסיכון- כאשר המחוקק קבע את המהירות המותרת הוא לא ניסה למנוע פגיעה מעץ אלא תאונות וכדומה.

מבחן השכל הישר- אין קשר בין נפילת עץ למהירות מופרזת. אם הנהג היה נוסע במהירות רבה יותר הוא היה עובר לפני נפילת העץ.

1. יסוד נגטיבי

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

פסק דין סולטאן-נדונה השאלההאם חוק הקובע ענישה פלילית יכול להוות חובה חקוקה  **בית המשפט-** ענישה פלילית לא מצביעה בפני עצמה על כוונה לשלול תרופה נזיקית, זו שאלה של פרשנות ותלוי בסעיף העונשי המדובר. הלכה: ניתן להטיל אחריות נזיקית מכח חיקוק פלילי.

פסק דין דבוש

**השופט מזוז**- טוען שבאופן עקרוני המשפט הפלילי לא יכול להוות מקור נורמטיבי להפרת חובה חקוקה (כנגד דעתה החולקת של **השופטת ברק ארז).**

**סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית**

* יש להוכיח קשר סיבתי בכל עוולה בה נדרש להוכיח נזק- רשלנות, הפרת חובה חקוקה וכדומה.
* ישנם שני מבחנים להוכחת הקשר הסיבי:

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

**מבחני הסיבתיות המשפטית**- נועדו להגדיר את גובלות הגזרה של האחריות שטיל על הנתבע על הנזק שנגרם לו.

**סיבתיות עובדתית**

* להוכחת קשר סיבתי נעזר במבחן האלמלא- האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה?
* הוכחת קשר סיבתי צריכה לעמוד במאזן הסתברויות (יותר מ50 %)- יותר סביר מאשר לא.

**הרציונל**- השאלה היא: "מה היה קורה אילו"- מדובר בהיפותזה (לכן הגיוני שיש להשתמש במאזן ההסתברויות בלבד.

* **ישנם שלושה חריגים למבחן האלמלא/ היבטים של סיבתיות עובדתית:**

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

דטרמינציה ביתר

**הבעיה-** כאשר מספר אנשים גרמו לאותו נזק, מבחן האלמלא לא יעיל, מאחר שככל אחד יכול לטעון שאלמלא הוא היה יורה עדיין היה מתרחש הנזק.

**הפתרון-** בעייתיות זו נדונה הרבה בספרות ותרו אחר מבחן טוב יותר. נמצא מבחן הדיות:

**מבחן הדיות-** מבחן הדיות מאפשר להכיר בהתנהגות העוולתית כסיבה, כאשר ההתנהגות מספיקה ("די בה") כדי לגרום לנזק. כלומר, מבחן זה ישמש אותנו כאשר מספר אנשים גרמו לאותו נזק ויפתור את הבעייתיות שיוצר מבחן האלמלא.

בפועל, הפיצוי יתחלק בין כולם ולא יהיה כפל פיצוי לניזוק.

**הפסיקה הישראלית** לא מכירה במבחן זה ובישראל משתמשים בדוקטרינת "מעולים ביחד". דוקטרינה זו לא פותרת את הבעיה מאחר שלא בהכרח המזיקים פעלו יחד, הם יכולים לפעול בנפרד ולגרום לאותו נזק.

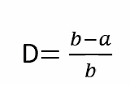
בקייס- נשתמש במבחן הדיות וגם נשתמש בדוקטרינת "מעולים ביחד" וניישם אותה.

אובדן סיכויי החלמה

* **הבעיה-** מה קורה במצב בו סיכויי ההחלמה של מטופל הם פחות מ50% (נניח 30%) מראש אך בגלל ההתרשלות של הרופא אין לו סיכויי החלמה בכלל? הרי במצב כזה לא ניתן להגיד שאלמלא ההתרשלות המטופל היה בריא בהסתברות של מעל מ50% אלא בהסתברות של 30% בלבד. **הפתרון**- נתייחס לאובדן סיכויי ההחלמה כראש נזק נפרד.

פסק דין פאתח- ניתוח באוזן שלא צלח (לא היה רשלנות) והביא לפגיעה בעצב הפנים. נטען שאילו היו מגלים את הנזק שנגרם במועד סביר הנזק לא היה מחריף- הרופאים התרשלו כאשר לא ביצעו את המעקב והאבחנה כראוי. כלומר לפני ההתרשלות היה סיכויי החלמה של 30% וכעת סיכויי החלמה ירדו לגמרי 0%. בית המשפט מכיר לראשונה באפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק . כלומר הנזק הוא לא הנזק לאוזן או לעצב הפנים אלא הנזק עצמו הוא אובדן סיכויי ההחלמה. במילים אחרות 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.

פרוטס נ' צירגייב- אי גילוי סרטן שד שהגביר את הסיכוי למות החולה. לפני ההתרשלות- היה למטופלת סיכוי של 70% ללמות. בעקבות ההתרשלות- יש למטופלת סיכוי של 95% למות. טענת הרופאה, יש הסתברות של מעל 50 אחוז שהנזק היה קורה בכל מקרה. **בית המשפט** קובע שאובדן סיכויי ההחלמה הן ראש נזק נפרד (פס"ד פאתח)- כלומר צריך להוכיח ב51% שהוא איבד חלק מהסיכוי שלו להחלמה. השופט ריבלין מציג את הנוסחה לחישוב סיכויי ההחלמה שאבדו:



D- הנזק שנגרם=סיכויי ההחלמה שאבדו בעקבות ההתרשלות.

b- הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות.

a-הסיכוי לנזק ללא (לפני) ההתרשלות.

\*משוואה זו מסייעת לאמוד את הנזק, כדי להתאים פיצוי מתאים. גודל הפיצוי יינתן לפי גודל סיכויי ההחלמה שאבדו.

עמימות סיבתית

* יש להבחין בין מצבים של עמימות סיבתית לבין מצבים של אובדן סיכויי החלמה. אובדן סיכויי החלמה נתפס כחלק מנושא העמימות הסיבתית, אנו נתייחס אליו בנפרד.
* עמימות סיבתית היא מצבים שבהם לא ברור האם קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק. והיא בוחנת האם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית (במידה שניתן להוכיח), האם ניתן להוכיח קשר סיבתי במידה הנמוכה מ50%, ואם כן, באילו תנאים?
* **שימו לב-** יש להבדיל בין קושי מובנה לבין קושי בנוצר בשל אשמת המזיק. כאשר הניזוק מתקשה להוכיח קשר סיבתי בשל אשמו של המזיק, יש פתרון> דוקטרינת הנזק הראייתי (המאפשרת הפיכת נטל הראיה).

בית חולים "כרמל" חיפה נגד מלול- המשיבה נולדה עם שיתוק מוחין ופיגור שכלי ב-100%. נקבע שעיכוב בביצוע הניתוח הקיסרי היה רשלני בהתחשב במכלול הנסיבות. נותר סימן שאלה לזיקה הסיבתית שבין ההתרשלות לבין הנזק. ישנם שני גורמים אפשריים: 1) פגות. 2) עיכוב הניתוח הקיסרי- התרשלות הרופא.

רוב הראיות הצביעו באופן די חד משמעי שהגורם הראשון הוא המשמעותי ולכן לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קשר סיבתי במידה העולה על 50%. השאלה המשפטית: האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק? **בבית המשפט** יש מחלוקת בין השופטים, שתי העמדות המרכזיות הן של ריבלין ונאור. השופט ריבלין-

* **במקרים של מזיק יחיד וניזוק יחיד** (המקרה בפסק הדין)- לא ניתן לסטות מכלל מאזן ההסתברויות (מאחר שהכלל מפזר את הטעויות המשפטיות באופן שוויוני). כלומר אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג- מצב של אובדן סיכויי החלמה, שעליהם דיברנו לעיל (הלכת פאתח).
* **במקרים של קבוצות ניזוקים ומזיק אחד**- ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים (המצטברים) כדלהלן: (1)מזיק. (2) קבוצת ניזוקים. (3)סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים. (4)הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות (באופן עקבי הניזוקים לא מצליחים להוכיח ביותר מ50% את הקשר הסיבתי בין הנזק שלהם להתנהגות המזיק) דוגמאות- מפעל שמפיץ זיהום סביבתי וסביבו מתגוררים הרבה אנשים. המפעל פועל בהתרשלות ועקב כך חלק מהשכנים ניזוקים וחולים בסרטן, אולם כל אחד מצליח להוכיח רק ב20% שמחלתו היא תוצאה של התרשלות המפעל, ניתן לקבוע שהמפעל התרשל.

הרציונל; הרתעה בחסר**-** אין לרופא / למפעל סיבה לשנות התנהגות. אם כל פעם הוא חושף אנשים לנזק במידה פחותה, אנחנו יוצרים מצב של התנהגויות לא יעילות שאנחנו לא מצליחים לתפוס ברשת בגלל מאזן ההסתברויות.

* בהתקיים התנאים לעיל מוצדק להעניק פיצוי יחסי גם אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ 100% (כלומר לפי כלל מאזן ההסתברויות הוכח הנזק ויש לפצות באופן מלא אך לפי ריבלין כאשר מתקיימים התנאים דנן, יהיה פיצוי יחסי בהתאם להסתברות שהצליחו להוכיח את הנזק)>>גישה זו לא התקבלה.

הרציונל- התחשבות במזיק.

**\*\*\*הבעייתיות בפיצוי יחסי לניזוקים רבים- הרתעה ביתר והרתעה בחסר.**

השופטת נאור-

* לעמדתה גישתה של ריבלין מצומצמת מדי. לטענתה יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצאי דופן שבהם העמימות הסיבתית היא מובנת- נובעת ממגבלות המדע. אולם, על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע היה גורם משמעותי (לא 1% או 2%).

**הרציונל-** אי מתן פיצוי יחסי תסכל את מטרות הצדק המתקן ותאפשר הרתע בחסר על יוצרי סיכון.

* אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100%.

**הרציונל-** אין להתחשב במזיק על פני הניזוק.

ההלכה:

* נכון להיום לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית). כלומר **ההכרעה** בפסק דין דנן- האישה לא זכאית לפיצוי יחסי. (עמדת ריבלין)
* ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית בהתקיים ארבעת התנאים של ריבלין: (1) מזיק. (2) קבוצת ניזוקים. (3)סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים. (4)הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות. (עמדת ריבלין)
* "**כלל אי הסימטריה"** - אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי במידה הגבוה מ50% וקטנה מ100% גם במקרים בהם הייתה הטיה שיטתית. כלל זה מעוגן בפס"ד הילל יפה . (עמדת נאור)

**סיבתיות משפטית**

* מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו. כלומר לא מדובר בסיבות עובדתיות אלא במבחנים משפטיים שפותחו לאורך השנים ונגזרים משיקולי מדיניות.
* ישנם שלושה מבחנים (מצטברים) לבחינת שאלת הסיבתיות המשפטית:

1. **מבחן השכל הישר-** האם בדרכ בניסיון החיים היומיומי, היה הגיוני שיתרחש הנזק שהתרחש בעקבות התנהגותו של פלוני. סוג של אינטואיציה, מה הגיוני. >> מבחן פחות מקובל ולא יופעל מפני עצמו, אלא בשילוב של מבחן הצפיות/הסיכון.
2. **מבחן הצפיות**- האם הנתבע היה **צריך** (היבט נורמטיבי- שיקולי מדיניות) לצפות את אירוע הנזק, את סוגו ואת הניזוק?
3. **מבחן הסיכון-** מה הסיכון אותו המחוקק ניסה למנוע, והאם הנזק נמצא במתחם הסיכון דנן. (דומה ליסוד השלישי בהפרת חובה- הנזק אליו נתכוון החיקוק. בקייס- ניתן לכתוב ראה לעיל.) >>המבחן הדומיננטי, מאחר שהוא מוזכר בסעיף עצמו.

**מבחן הצפיות**

* **בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית:**

הצפיות הנורמטיבית מופיעה גם בחובת הזהירות וגם בסיבתיות משפטית, וכך נוצר מצב שכאשר מוכיחים רשלנות נוצרת כפילות- האם יש ליישם את מבחן הצפיות פעמיים?

אריאל פורת- **כן.** מדובר בכפילות.

מלומדים (המשפט האנגלו אמריקאי)- **לא** מדובר בכפילות, יש הבדל ביניהם: מבחן הצפיות בחובת זהירות- נבדוק האם המזיק היה צריך לצפות את ***הניזוק המסוים***. מבחן הצפיות של הקשר הסיבתי המשפטי- נבדוק האם המזיק היה צריך לצפות את ***הנזק המסוים***.

**בקייס-** ניתן ליישם לפי אריאל פורת- בחובת הזהירות לבדוק האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק והניזוק המסוים ובמבחן הסיבתיות לכתוב "ראה לעיל". וניתן ליישם לפי המשפט האנגלו אמריקאי- לחלק את הבדיקה.

* **באיזה מידה על הנתבע לצפות את הנזק?**

פס"ד ברדה - נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל (ברדה התרשל כאשר לא אטם את החלון) ושיחקו בנשק. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי. **המחוזי-** מוטלת אחריות בנזיקין על הנערים ולא עומדת להם הגנה של הסתכנות מרצון. ברדה התרשל כלפי הנערים אך הוא לא אחראי בנזיקין מאחר שהתנהגות הנערים הייתה כה בלתי צפויה ולכן נותק הקשר הסיבתי. (לא היה ספק לגבי הצפיות העובדתית) **העליון; ברק-** לא עומדת לברדה הגנה (בשל הגורם מתערב שמנתק את הקשר הסיבתי) מאחריות בנזיקין. 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. הלכה: במבחן הצפיות רק סוג הנזק צריך להיות צפוי ולא הליך הגרימה שלו.

* **היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית" וריחוק הנזק**
* **היקף הנזק**

פס"ד רינגר - פגיעה רשלנית של נהגים בעובר אורח. עובר האורח נפגע בעמוד השדרה וכתוצאה מכך צמח לו גידול סרטני (תוצאה נדירה של פגיעה בעמוד השדרה). **ברנזון (רוב)-** יש להטיל אחריות על הנהגים. על המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו גם אם התוצאה הוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק, בתנאי שסוג הנזק (גופני/ רכוש) היה צפוי מראש. **השופט זילברג (מיעוט)-** אין להטיל אחריות על הנהגים. מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שצפיותם חריגה ככ. הלכה: במבחן הצפיות לא משנה היקף הנזק אלא סוג הנזק.

פס"ד קליפורד- רופא הזריק לחולה חומר לא נכון, בדרכ הנזק שנגרם בעקבות בלבול שכזה, היה מועט (סחרחורת) ובמקרה דנן נגרם נזק קשה לחולה. **בית המשפט** קבע שכן. במבחן הצפיות נבחן את סוג הנזק ולא את היקפו. **חיזוק הלכת רינגר.**

* **ריחוק הנזק**

פס"ד בן ציון נ' מגורי בת ים – בן ציון נפצע בשל רשלנות העיריה (מפגע על המדרכה). כעבור 6 שנים נפצע שוב משום שמעד עקב הכאב שנותר מפציעתו הראשונה ונגרמה לו פגיעה שניה. (הפגיעה השנייה הייתה במהלך ההליך המשפטי והוא תיקן את כתב התביעה והוסיף את הנזק השני) **בית המשפט** קבע שמבחינת הקשר הסיבתי העובדתי אכן יש קשר בין הפציעות. מבחינת הקשר הסיבתי המשפטי- לא חוזר מההלכה שאם מדובר באותו סוג נזק ניתן להטיל אחריות מבחינת הקשר הסיבתי. אולם כאשר הנזק השני נגרם כתוצאה מהנזק המקורי יש לבחון שני דברים: 1) יש לבחון אם הנזק השני קרה תוך כדי תקופת ההחלמה מהפציעה הראשונה (אם זה קורה בתקופת ההחלמה הקשר הסיבתי מתקיים) . 2) יש להתחשב במבחן הזמן (אם הנזק התרחש קרוב לזמן שהתרחש הנזק הראשון הקשר הסיבתי מתקיים) . מאחר שתקופת ההחלמה של הניזוק נגמרה ועבר הרבה זמן מאז הנזק הראשון התביעה בגין הנזק השני לא התקבלה! >סעיף 76 מתיישב עם פרשנות זו.

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

לפי סעיף 64 אם הנזק נגרם מאשמו מכרעת של אחר, מתנתק הקשר הסיבתי.

פס"ד כיתן נ' וויס**-** שומר שעובד אצל הנתבעת (חברת כיתן) רצח את עורך הדין שלו תוך שימוש בנשק שקיבל מהנתבעת (חברת האבטחה). נטען נגד חברת האבטחה שהיא התרשלה מ2 סיבות: 1) נתנה נשק לאלכוהוליסט . 2)לא נקטה באמצעי הזהירות כדי למנוע את היציאה של הנשק. **בית המשפט** לא קיבלו את טענת ההתרשלות הראשונה והיה דיון לגבי הטענה השניה, לבסוף הוכרע שבשל ניתוק קשר הסיבתי המשפטי אין לקבל אותה- התנהגותו של המעוול הייתה בלתי צפויה במידה שמנתקת את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שמנגרם לתובע.

**ההבדל בין פסק דין ברדה לפסק דין כיתן:**

* כוונה: בברדה הנערים לא התכוונו לפגוע באף אחד במכוון. לעומת זאת, המזיק בכיתן היה בעל כוונה לרצוח.>> כאשר המזיק בעל כוונה סביר להניח שהקשר הסיבתי ינותק.
* מבחן האלמלא:מבחן האלמלא חל בצורה הרבה יותר חזקה במקרה של ברדה מאשר בכיתן- הנאשם בכיתן היה בעל כוונה לרצוח ולכן גם לולא החברה היה משיג נשק כדי לממש את רצונו ולרצוח. אולם בברדה אלמלא החלון היה תקול, לא היה מתרחש הנזק שהתרחש.>> מבחן האלמלא עוזר לנו להכריע האם מבחן הצפיות מתקיים.

**דוקטרינת המעוולים יחד**

אנו נמצאים בסיטואציה בה יש: 1) מספר גורמים. (2)שגרמו לנזק. (3)נזק אחד.

**יש 3 מקרים שניתן לחשוב עלייהם במקרה של מעולים ביחד:**

* נזק שניתן לחלוקה "המקרה הקל" – כל מעוול יחוב על החלק שגרם לו- נתבע כל אחד בנפרד.
* מספר גורמים שגרמו לנזק אחד, אבל לא יודעים איזה חלק כל אחד גרם- הנזק יחולק בין כל אחד מהגורמים באופן שווה. לניזוק יש אפשרות לתבוע מזיק אחד והוא יתבע שיפוי משאר הניזוקים.
* כמה גורמים גרמו לנזק אחד, אבל חלק מהגורמים אינם ידועים

פס"ד מלך נ' קורנהיזר- אדם הולך ברחוב ותקופים אותו שלושה כלבים- שניים מהם שייכים לזוג קורנהיזר ואחד כלב משוטט. נגרם לאדם נזק גופני ונפשי. **ערכאה ראשונה-** הזוג צריכים לשלם באופן יחסיי למספר הכלבים שלהם, כלומר 2/3 מהנזק. **ערכאה שניה**- לא ניתן לדעת לאיזה נזק הכלבים של בני הזוג גרמו- ייתכן שגרמו לכל הנזק וייתכן שלא גרמו לו כלל. ובתנאי אי ודאות, השאלה מי ישא ב"חלק היתום" של הנזק היא שאלה של מדיניות משפטית. עדיף לקבוע פיצוי לטובת הניזוק מאשר לטובתם על המזיקים.

\*\*במידה ויתגלה מי הגורם האחר, הנתבע יוכל לתבוע אותו שישלם לו את החלק שלו בנזק (לפי חלקו- במקרה שלנו, שליש מהנזק).

פס"ד גינוסר נ' דחאברה- נגרם נזק ליבול של התובע על ידי עדרים שפלשו לשדותיו במשך שלושה ימים. העדר של הנתבע פלש לשדה רק באחד מבין שלושת הימים. העדרים האחרים שפלשו אינם ידועים. הבעיה- לא יודעים מה החלק של הנזק לו גרם העדר של דאמרה. **בית המשפט-** הנתבע אחראי לפי היחס בין הסיכון שהוא ייצר כלפי התובע לבין הסיכון שהעדרים האחרים ייצרו כלפי התובע- כלומר הוא מחוייב ב1/3 מהנזק.

**ההבדל בין גינוסר לקורנהיזר-**

* בגינוסר הנזק כניתן לחלוקה- נזק רכוש ולא נזק גוף.
* בעניין קורנהיזר ניתן לטעון שהשלם עולה על סך חלקיו"- תקיפה של כלב בנפרד לא זהה לאירוע תקיפה של מס' כלבים יחד מבחינת החומרה. זה נזק מסוג אחר שלא ניתן להבחינו וחלק לפי חלקו של כל כלב בנפרד, בשונה מגינוסר.

**מבנה המבחן**

* **אורך-** שלוש שעות (לדעת מיטל ניתן לסיים אותו גם בשעתיים בלבד).
* **מבנה-** חמש שאלות נקודתיות (חלוקת הניקוד בהתאם לנפח השאלות).
* "שאלת טיוטה" תוסף למקרה שלא יתאפשרו דפי טיוטה בכיתה.
* נספחים: חקיקה- רלוונטית בלבד והמבחן עצמו כקובץ PDF .
* הבחינה בחומר סגור.
* למבחן הדוגמא עליכם להצטייד בנספח שיכיל את- פקודת הנזיקין, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.
* תהיה מגבלת מילים, חריגה לא תיבדק!

קש"ס כפול גם בהסכמה מדעת/אי גילוי וגם בהולדה בעוולה.