בס"ד **שם: עדן חזן ת"ז:**

**אוניברסיטת בר-אילן – הפקולטה למשפטים, שנה א', שנה"ל תש"ף, מסלול 02**

**המרצה: פרופ' בנימין שמואלי, מתרגלים: מר רועי ישראל; עו"ד עדן כהן**

#### בוחן מס' 2 בדיני נזיקין: מטרות דיני הנזיקין ועוולת הרשלנות

#### הנחיות:

#### משך הבוחן – 70 דקות.

#### כל חומר עזר אסור בשימוש, למעט מה שמצורף לבוחן (סילבוס מורחב וחקיקה). למותר לציין את החובה להקפיד על טוהר הבחינה.

#### יש לענות על השאלות על גבי טופס זה, לנמק (גם כשלא כתוב במפורש לעשות כן), להניח הנחות חלופיות ולהשתמש באסמכתאות במקום שהדבר נדרש.

#### יש להקפיד לא לחרוג מהשורות המסומנות לכל תשובה ולא להוסיף שורות ביניים. כל חריגה לא תיבדק. מובן שאין חובה לנצל את כל השורות בכל שאלה.

#### יודגש כי יש לענות על כל חלק בנפרד.

#### בהצלחה!

**חלק 1 – אירועון (60 נק')**

לאחר תקופת סגר ממושכת בביתם, החליטו בני משפחת רוזן על יציאה ספונטנית לטיול בחיק הטבע. האם, ריקי, הופקדה על הכנת השניצלים וה"שלייקלעך", והאב, פנחס, שאינו מוכן לצעוד למרחקים, בחר בטיול מודרך שהוצע לו על-ידי חברת "קום והתהפך בארץ", במחיר של 250 ₪ למשפחה. היעד אותו בחר פנחס, היה אתר הסטף, הממוקם בהרי ירושלים. לאחר תשלום סמלי (10 ₪) עבור כרטיס כניסה, התחילה המשפחה את המסלול המודרך, יחד עם המדריך הגאון, יהורם, העובד בחברת "קום והתהפך בארץ" כבר מספר שנים. המדריך סיפר כי בשנות ה-80, קיבלה קרן קיימת לישראל (קק"ל) לידיה את זכות ההחזקה באתר והיא אחראית להפעלת האתר ולתחזוקתו. באתר קיימות בין היתר בריכות אגירה עתיקות שאינן מיועדות לרחצה (ואף נתלה שלט האוסר זאת), מערכת מדרגות חקלאיות ותעלות השקיה.

בשלב מסוים, השתרך תור ארוך של מבקרים סביב בריכת מים גדולה, והדרך היחידה לחצות את המקטע הייתה להיצמד לשביל צר לצד הבריכה. איתמר, בן ה-21, שהשתחרר מצה"ל כמה שבועות לפני כן וגר עם הוריו ורצה לעשות מבחן פסיכומטרי (לרשותו בגרות מעט מעל לממוצע) ובעל האופי הילדותי במשפחה – דבר שאותו יהורם המדריך ראה מיד והספיק כבר להעיר לאיתמר כמה פעמים לבל יהרוס את הטיול לבני משפחתו, החליט לוותר על תענוגות התור ולנסות את מזלו בדרך אלטרנטיבית. האלטרנטיבה הייתה טיפוס מפחיד על אחד המצוקים, גבוה מעל פני השטח. יהורם המדריך, שהבחין במתרחש, צעק לעברו לרדת מהמצוק, ואולם איתמר לא שעה להוראתו של המדריך והחליט לקפוץ "קפיצת ראש" לבריכת המים הגדולה. כתוצאה מהקפיצה, נפגע איתמר מסלע גדול השקוע בקרקעית הבריכה ונותר נכה ומשותק בארבע גפיו. לאיתמר נקבעו 100% נכות רפואית ותפקודית והוא לא יוכל לעבוד לפרנסתו. לאחר התאונה, התברר כי במקום לא היה שלט אזהרה המזהיר מפני טיפוס על המצוק וכי השלט האוסר על רחצה בבריכה נבלע בנוף ואיננו תקני. כמו כן, לא היו מכשולי טיפוס על גבי המצוק המונעים את אפשרות הטיפוס. עוד הוברר, כי בעקבות משבר הקורונה, הוצאו רוב הפקחים העובדים בקק"ל לחופשה ללא-תשלום ובאותו יום נכח במסלול פקח אחד בלבד (בימים כתיקונם, נוכחים במסלול 6 פקחים), אשר לא שהה במקום המדויק בו ארע האירוע אלא היה בהמשך המסלול.

1. **הוריו של איתמר הגיעו למשרדכם כדי לקבל מכם ייעוץ משפטי ביחס לנסיבות האירוע הטראגי. סקרו את פרשת התביעה ופרשת ההגנה. נא התייחסו גם לסיכויי התביעה. (הגבלה עד 90 שורות). (40 נק')**

התובע - איתמר; הנתבעים – חברת קק"ל; חברת "קום והתהפך בארץ"; המדריך יהורם באחריות שילוחית מכיוון שאם התרשל, עשה זאת במסגרת תפקידו כמדרך בחברת "קום והתהפך בארץ"

העוולה – עוולת הרשלנות, עוולת מסגרת

**שלב א' – חובת זהירות מושגית:** סף הכניסה: 1. חוזה – למשפחה קיים חוזה הן עבור חברת הטיולים (250 ₪) והן עבור קק"ל להם שילמה 10 ₪ לכניסה. 2. ס' 37 לפקודה – האתר בו נפצע איתמר בבעלותה של קק"ל ולכן מכוח ס' זה יש לה אחריות עבור הפגמים שבמקרקעין שלה, במידה והיעדר מכשולי טיפוס על גב המצוק ייחשבו כשלים במקרקעין סף הכניסה קם גם מכוח ס' זה. 3. יחסי שכנות – מה ששנוא עליך אל תעשה לחבריך, מתקיים ביחסים שבין חברת טיולים או בעלים של אתר טיולים לבין מבקרים.

**צפיות טכנית –** ניתן לומר כי המדריך הסביר/ בעל אתר טיולים סביר יכול היה לצפות שנזק גוף יקרה כתוצאה מכל סיכון אפשרי שקיים באותו אתר. **צפיות נורמטיבית –** ניתן לומר כי המדריך הסביר/ בעל אתר הטיולים הסביר צריך היה לצפות שנזק גוף יקרה כתוצאה מכל סיכון אפשרי שקיים באתר, שכן זוהי עבודתם בין היתר לשמור על בטיחות המטיילים.

**שלב ב' – חובת זהירות קונקרטית – צפיות טכנית:** נאמר כי מדריך הטיולים העיר מספר פעמים לאיתמר ולכן יכול היה לצפות שלא תהייה לו סבלנות לחכות בתור והוא ינסה "להתחכם" בצורה שתסכן אותו, גם חברה שפותחת אפשרות למטיילים מכל סוג להיכנס לאתריה יכולה לצפות שיכנס מטייל "מסוכן" כמו איתמר וינסה לטפס על צוק כאשר אין דבר שמונע ממנו את האפשרות הזו. מאותן סיבות ניתן לומר כי שתי החברות היו צריכות לצפות שהנזק הספציפי יקרה (**צפיות נורמטיבית**) מאחר וזוהי עבודתן. כמו כן קק"ל קיימת שנים רבות ומחזיקה באתרים רבים וצריכה לדעת להתמודד עם כל סוגי המקרים.

**שיקולים של מדיניות משפטית:** 1. הצפת בתי המשפט – לא ניתן לומר כי אירוע מסוג זה – נפילה מצוק נגרם פעמים רבות ולכן לא מתעורר החשש להצפת בתי המשפט. 2.אולם כן יכול להתעורר החשש למדרון חלקלק – יוצאים מטיילים רבים לטיולים וחלקם נפצעים בצורה כזו או אחרת והשאלה עד לאיזה נזק נקבל את התביעות 3. רפיון ידיים – למדינה יש אינטרס ברור שהאזרחים והמבקרים בה יטיילו והדבר יכול להביא לרפיון ידיים של חברות הטיולים ואתרי הטיולים להוציא טיולים מסוג אלה מחשש לתביעות.

**שלב ג' – בדיקת ההתרשלות דרך נוסחת לרנד הנד** – מצד אחד: תוחלת הנזק (ההסתברות לגרימת הנזק כפול שיעור הנזק). ההסתברות לגרימת הנזק – אין בידינו נתונים אך ניתן לומר כי ההסתברות שיקרה נזק גוף בטיול היא יחסית גדולה, אמנם לאו דווקא נזק כזה עצום שיגרום ל100 % נכות, שכן רוב המטיילים מקשיבים למדריכים וגם לא מעוניינים לסכן עצמם ברמה כזו. שיעור הנזק – מדובר בנזק עצום שהביא למאה אחוז נכות, זהו נזק יקר מאוד. מהצד השני: עלות מניעת הנזק – בפני ביהמ"ש ננסה להזכיר את האמצעים היעילים והזולים ביותר: מכשולי טיפוס נראים כמו האמצעי היעיל ביותר בהתאם למחיר שלו, אנו לא יודעים את המחיר המדוייק אך הוא ככל הנראה פחות מהפיצוי הצפוי לחברת קק"ל. בנוסף יש עוד אמצעים שקק"ל הייתה יכולה לנקוט בהם כמו השלט, והפקחים. הפקחים הם אולי יעילים יותר – היו יכולים למנוע ממש פיזית מאיתמר לעלות לצוק אך בוודאי יקרים יותר מהמכשולים. חברת הטיולים - המדריך יכול היה לפקח בעצמו על איתמר קצת יותר או להדגיש זאת בפני המשפחה – זהו אמצעי שלא עולה כסף כלל.

**כלומר** – ניתן לומר כי הצד של מניעת הנזק קטן לעומת תוחלת הנזק ולכן תהייה כאן התרשלות (אציין להלן של מי מהנתבעים)

**שלב ד' – הנזקים שנגרמו: נזקים ממוניים:** 1. הוצאות רפואיות – לא מצויין אך בוודאי שהיו למשפחה הוצאות רפואיות לאור הפציעה הקשה. 2. הוצאות שאינן רפואיות – כל הוצאה אחרת שנדרשה בעקבות הפציעה כמו ניידות 3. אובדן כושר השתכרות – איתמר מצד אחד ילד "שעושה בעיות" ומצד שני יש אינדיקציות לגביו כי היה עשוי להצליח – רצה לעשות פסיכומטרי ויש לו ממוצע בגרויות גבוה. לכן ביהמ"ש יצטרך עפ"י הגישה המוחשית (ברששת) לאסוף אינדיקציות ולהעריך את הסיכוי שהיה משתכר בשכר יותר גבוה מהשכר הממוצע במשק (חיו נ' ונטורה)

**שלב ה' – קשר סיבתי עובדתי ומשפטי:** 1. קש"ס עובדתי – ניתן לטעון כי אילו נקטה חברה הטיולים וקק"ל והמדריך באמצעים שצוינו לא היה נגרם הנזק (אלמלא הפוך) 2. קש"ס משפטי – מבחן הצפיות – שתי החברות ומדריך הטיולים יכלו היו לצפות נזק מסוג נזק גוף, שכן הצפיות היא לסוג הנזק ולא היקפו (שמעון נ' ברדה)

**שלב ו' – הגנות:** קעקוע יסודות העוולה: שתי החברות יכולות לטעון **שהצפיות המשפטית** לא התקיימה – כל אחת תגיד שהחברה השנייה הייתה יכולה לצפות את הנזק והיא לא יכלה, בעניין הזה שתיהן גם יכולות לטעון **לגרום זר מתערב** (ניתוק קשר סיבתי) לפי ס' 64(2) לפקודה ולטעון לחברה השנייה. החברות יכולות לטעון **להסתכנות מרצון לפי ס' 5 לפקודה**, אמנם קשה להוכיח פקודה זו ולכן יעדיפו להשתמש ככל הנראה בהגנה של **אשם תורם לפי ס' 68(א)** לפקודה (המאמר של הרמן), שכן איתמר נהג בחוסר זהירות למרות היותו בוגר בן 21 ועליו לחלוק את הנטל בפיצויים.

**שלב ז' – סיכויי התביעה:**

לטעמי התביעה כלפי קק"ל היא יותר חזקה, מכיוון שיכלה לנקוט ביותר אמצעים למניעת הנזק, לחלופין יכול להיות שביהמ"ש יבחר להטיל עליה נטל גדול יותר בפיצוי.

1. **כיצד תשתנה תשובתכם, אם בכלל, אם נתון לכם שהמשטר הנזיקי החל על המקרה הוא משטר השוקל הטוב/המונע הזול? (הגבלה עד 15 שורות). (12 נק').**

מחד, התשובה לא תשתנה מכיוון שחברת קק"ל, היא החברה שיש בידיה את כל **המידע** ובנוסף יש בידיה אמצעים רבים כדי למנוע את הנזק בצורה **זולה.** החזקה במידע ויכולת למנוע את הנזק בצורה זולה, הם המאפיינים של השוקל הטוב ומתקיימים בחברת קק"ל. מאידך, יכול להיות שהמשפחה של איתמר ואיתמר עצמו הם השוקל הטוב במקרה זה, שכן הם מכירים את האופי של איתמר ואיתמר אדם בוגר שיודע שמסוכן לקפוץ מצוק, לכן היבט זה יכול לבוא לידי ביטוי באשם התורם.

1. **משפחתו של איתמר רוצה לעתור לבית-המשפט בדרישה להתקין מכשולי טיפוס על המצוק, למען לא יסוכנו מבקרים אחרים בעתיד. מהי הדרך לעשות כן, האם דרך זו סותרת את תביעתם לפיצוי כפי שתיארתם בחלק א ומהו הכלל הרלוונטי לפי מתווה הכללים שהציגו קלברזי ומלמד? (הגבלה עד 6 שורות). (8 נק').**

התובעים יכולים לטעון גם לצו עשה בו תבוא לידי ביטוי הדרישה להתקין מכשולי טיפוס על המצוק וגם לפיצויים, הצו הוא לעתיד והפיצויים הם לעבר. הכלל הרלוונטי הוא כלל 1 לפיו הניזוק מקבל את הזכות הקניינית, מדובר כאן בזכות לבטיחות בטיולים שבאה לידי ביטוי בהתקנת מכשולי טיפוס, ה"מטרד" כאן למעשה הוא הסביבה הלא בטוחה שקק"ל מייצרת..

**חלק 2 – שאלה פתוחה (20 נק') (הגבלה עד 15 שורות).**

**באחד מפסקי דינו, קבע בית המשפט העליון באופן תקדימי כי בניגוד לדין הפלילי, אי-שפיות אינה מהווה הגנה בתביעת נזיקין. האם הטלת אחריות נזיקית על חולה נפש, עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין?**

פסק הדין המדובר הינו כרמי נ' סבג. נבחן את המטרות:

1. פיצוי – בהנחה שמדובר בפיצוי כמטרה סוציאלית – לפצות את הניזוק כחלק מעקרון השבת המצב לקדמותו והסרת עול על החברה. פסק הדין מקיים מטרה זו חלקית מכיוון שהוא מבטיח פיצוי כל עוד יסתבר שהייתה שליטה ללקוי בנפשו.
2. צדק מתקן – פסק הדין מקיים מטרה זו חלקית, מכיוון שהניזוק עשוי שלא לקבל פיצוי אם לא תהייה שליטה ללקוי בנפשו ובכך לא יתקיים הצדק המתקן לפיו הניזוק צריך לקבל את הפיצוי בכל מקרה.
3. צדק חלוקתי – ההסתכלות כאן על קבוצות איננה ברורה, כשהשופטת נאור אומרת שצריך להתחשב באוכלוסיית חולי הנפש במידת מה וזאת דרך ההכרה בפטור שלהם מפיצויים כשאין שליטה זהו ביטוי חלוקתי ולכן נראה שפסק הדין כן מקיים את המטרה חלקית. כמו כן כשארבל טוענת כי לאור שיקולי צדק מסוימים לא יפסקו פיצויים זוהי אמירה חלוקתית.
4. הרתעה יעילה – נאור מציינת בפסק הדין כי ההכרה תרתיע את המשפחות של הלקויים בנפשם לשמור עליהם ולמנוע מהם לגרום לנזקים, בכך יופחתו מספר התאונות ומטרת ההרתעה היעילה תתקיים. נראה כי להוכיח את רכיב אי שליטה זו הוכחה קשה ולכן המטרה בסך הכול תתקיים.

**חלק 3 – פלת"ד (20 נק') (הגבלה עד 22 שורות)**

(מבוסס על מקרה אמיתי)

**בשבועות האחרונים, פתח הספארי ברמת-גן את שעריו לקהל המבקרים הרחב. משפחת זוסמן, שהמתינה בציפייה לפתיחתו של האתר, החליטה להשכים קום ביום שלמחרת ולהצטרף לסיור "ספארי על הבוקר". לאחר שעברו את שער הכניסה באמצעות המכונית המשפחתית, המשיכה המשפחה בנסיעה איטית בשטח האפריקאי. את פניהם של משפחת זוסמן קיבלו היענים, והאב, עמיחי, דאג להזכיר למשפחה להשאיר את חלונות הרכב סגורים.**

**בעודם מחכים במסלול הנסיעה ותקועים בפקק, הבחין האב עמיחי כי שכח לתדלק את הרכב המשפחתי ביציאתם מהבית, והחליט לדומם את מנוע הרכב. באותה עת, עדר זברות, שעבר בדהרה בשביל הנסיעה, עלה על רכב המשפחה, רמס אותו, ניפץ את השמשה האחורית והצידית, מעך את הגג ואת החלק האחורי של הרכב.**

**במהלך פגיעת הרכב אגב דהרת העדר, נגרמו למשפחת זוסמן נזקי גוף וחלק מבני המשפחה פונו לבית החולים כשהם סובלים מפגיעות גב. המשפחה מספרת שעברה טראומה קשה מאוד, וכי מאז התאונה החלו בני המשפחה לסבול ממצב נפשי ירוד, סיוטים בלילות ומראות חוזרים ונשנים של עדר זברות השועט לעברן.**

**משפחת זוסמן מבקשת למצות את זכויותיה המשפטיות בעקבות המקרה. דונו ונתחו בקצרה.**

נבחן האם המקרה נכנס להגדרה הבסיסית שבס' 1 לפלת"ד:

1.מאורע – מדובר באירוע פתאומי, הרכיב מתקיים

2.נזק גוף – נגרמו פגיעות גב, הפגיעות שנגרמו לרכב לא יקימו פיצוי מכוח הפלת"ד, הפגיעה הנפשית תיחשב נזק גוף אם תגיע לידי צורך בטיפול פסיכולוגי או פסיכיאטרי, הדבר לא מצויין אך מתיאור הנזק נראה שכן.

3.קש"ס בין השימוש ברכב לבין הנזק – הנזק נגרם מהזברות ולכן יכול להיות שהרכב משמש כאן כזירה לאירוע בלבד (רותם נ' מזאווי) עם זאת, ניתן לטעון כי הנזק נגרם בעקבות הדימום מנוע וכך עשוי להיחשב כחלק משימוש ברכב או שימוש לוואי. את הקשר הסיבתי נבחן לפי מבחן הסיכון התעבורתי – הנסיעה עצמה לא מייצרת סיכון של תקיפה של זברות ולכן הקש"ס מתערער.

4. שימוש ברכב – המשפחה דוממה את המנוע אך הנזק לא נגרם לה כתוצאה משימוש טבעי של הרכב אלא כתוצאה מעדר הזברות, יכול להיות שנגרם נזק חמור יותר בעקבות דימום המנוע

5. השימוש היה ברכב מנועי

6. למטרות תחבורה – השימוש ברכב כן היה למטרה לנסוע אבל הנסיעה הייתה למטרת טיול מה שיכול לערער על רכיב זה.

חזקות מרובות – לא מתקיימות אף אחת מהחזקות המרובות – התלקחות של רכב, פגיעה ברכב החונה באיסור, ניצול הכוח המכני של הרכב.

החזקה הממעטת – הנזק לא נגרם במתכוון שכן נגרם ע"י זברות ולא ניתן להצביע על כוונתן, משכך אין סיבה לבחון את הסייג לחזקה.

לסיכום – בגין התערערות התקיימותם של רכיבים 3, 4 ו6, עלול ביהמ"ש לראות ברכב "רכב כזירה" לכל היותר, ובנזק הגופני ככזה שלא נגרם כתוצאה מהשימוש ברכב, לכן סיכויי התביעה לטעמי לא גבוהים.