**צ'ק ליסט משפט ורפואה/ רשלנות כללית**

**עדן חזן**

**שלב א' – זיהוי הצדדים וסוג האחריות של הנתבע**

**סוג התובע או הנתבע** – אדם פרטי/ בית חולים/ עיזבון/ קטין-> הורים/ קופ"ח/ משרד הבריאות

**סוג האחריות של הנתבע:**

1. אישית – הנזק נעשה ע"י הנתבע באופן ישיר.
2. שילוחית – הנתבע אחראי באופן עקיף.

**מי יכול להיתבע:**

1. מזיק
2. שולח
3. מסייע, משדל, שותף, מייעץ – ס' 12 לפקודה מגדיר אחריות
4. מעסיק – מפזר נזק טוב
5. ביטוח – לא יחול אם העוולה נעשתה באופן מכוון.
6. עיזבון

**מי יכול לתבוע?**

1. הניזוק
2. ניזוק נפשי במעגל המשני:

אלסוחה – ארבעת התנאים המצטברים לזכאות לפיצוי:

1. קרבה ראשונית
2. התרשמות ישירה
3. קרבה בזמן ובמקום
4. נזק נפשי משמעותי שמגיע לידי מחלה

לבנה לוי – דרישה מס' 4 מתרככת – גם שהנזק הנפשי לא מגיע לידי מחלה.

שוויקי – התקיימות ארבעת התנאים לא סותרת דרישה של קש"ס בין הנזק לבין המאורע.

1. מיטיב – קרוב משפחה שלוקח את הטיפול על עצמו, יקבל לפי שווי של שכירת מטפל או לפי השכר שהוא מפסיד – הנמוך מביניהם. (מתוקף חוק הטבת נזקי גוף)
2. עיזבון – תובע בנעליו של הניזוק המנוח (ס' 19א לפקנ"ז)
3. תלויים – תביעה עצמאית ונפרדת לחלוטין (ס' 78 ו80 לפקנ"ז)

יחזקאל נ' אליהו – עד סוף השירות הצבאי: עדיין נחשב תקופת תלות בהתאם למציאות הישראלית המשתנה. נקבעת חזקה: להורים יש הקטנה בהוצאות בעקבות הגיוס לצה"ל של 2/3

פלוני נ' המאגר לביטוח חובה – נבחרה גישת ביניים בנודע לבגירים בעלי יכולת השתכרות: ייחשבו תלויים כאשר יש צורך בתלות משפחתי: הילד נזקק לתמיכתו הכלכלית של ההורה שדאג לספק את צרכיו הבסיסיים.

1. לינדורן נ' קרנית – ידוע/ה בציבור יחשבו תלויים לפי ס' 78 לפקודה.

**נזכור מה כוללים התפקידים של הצוות הרפואית לפי מקרה המרדימה שנרדמה.**

**שלב ב' – העילה**

|  |
| --- |
| יכולות להתקיים כמה עילות במקביל  |
| טיפול רפואי לקוי  | היעדר הסכמה מדעת | בחירה בין חלופות  |
| * נסביר למה מקרה זה הוא מקרה של טיפול רפואי לקוי
* נציין שעילה זו מקימה את עוולת הרשלנות (עוולת מסגרת) לפי ס' 35-36 לפקודה
* הפרת חובה חקוקה (עוולת מסגרת) לפי ס' 5 לחוק זכויות החולה
 | * נסביר למה זהו מקרה של היעדר הסכמה מדעת
* העוולות הרלוונטיות: רשלנות, הפרת חובה חקוקה (עוולות מסגרת) לפי ס' 63 לפקודה - מופר ס' 13 לחוק זכויות החולה, עוולת התקיפה
* נציין שלפי פס"ד ועקנין הפרת חובה חקוקה היא אינדיקציה לרשלנות.
* נציין שבמקרים אלו רלוונטית עוולת התקיפה (עוולה פרטיקולרית) לפי ס' 23 לפקודה.
* הסכמה מכללא – רק לפרוצדורות שהן חלק טבעי בהליך של הניתוח (רייבי נ' וייגל) החריג לכך הוא פעולה מצילת חיים
* לרופא יש אינטרס בדבר טובת החולה שלא לספר כל סיכון קטן (ד"ר בר חי)
* נציין את דעת היחיד של ביניש לגבי השימוש בעוולת התקיפה. התנאים החלופיים:
1. לא נמסר כלל מידע על הטיפול הרפואי או על התוצאה הבלתי נמנעת של הטיפול
2. כאשר הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה
3. כאשר הוצג מצג שווא של הסכמה (אין הסכמה)
 | * נסביר למה זהו מקרה של בחירה רשלנית בין חלופות
* העילה הרלוונטית – רשלנות לפי ס' 35-36 לפקודה (עוולת מסגרת)
 |

אם הניזוק מת ויש תביעת תלויים נפרדת (לא כעיזבון) לציין זאת.

**שלב ג' – בחינת העוולות השונות לפי העילה**

**הפרת חובה חקוקה** ס' 5 לחוק זכויות החולה**:**

1. חובה מוטלת מחיקוק
2. נועד להגנתו של התובע
3. הפרה של החובה
4. קש"ס בין ההפרה לנזק
5. הנזק הוא מסוג הנזק שהתכוון החיקוק
* עצם זה שיש סקנציה פלילית מתוקף הפרת חוק לא אומר שאי אפשר לקבל סעד אזרחי מתוקף עוולה של הפרת חובה חקוקה כל עוד מתקיימים יסודות העוולה.

**הפרת חובה חקוקה** ס' 13 לחוק זכויות החולה**:** כך נבדוק האם הייתה הסכמה מדעת. אם הנתבע הפר ס' מתך ס' 13 לפי השלבים לעיל – העוולה מתקיימת.

**עוולת התקיפה –** ס' 23 לפקודה**:**

1. שימוש בכוח – לא חייב להיות כוח מוגבר אך גם לא נגיעה קלה שתביא למעשה של מה בכך
2. במתכוון – כוונה להתנהגות ולא לתוצאה. יסוד נפשי מרוכך.
3. נגד גופו של אדם – ולא כנגד רכוש
4. במישרין או בעקיפין – עפ"י קרצ'מר: במשירין: נגיעה פיזית. עקיפין: מעשה מכוון לגרום לתקיפה
5. שלא בהסכמת אדם – גם אם יש לנו "טופס הסכמה" לניתוח למשל, או משתמע שהייתה הסכמה לטיפול הרפואי. אין הסכמה לטיפול רפואי לקוי.

**נבחן את התקיימות ההגנות של עוולת התקיפה –** ס' 24. תשומת לב מיוחדת ל24(8)

שהלא נ' בן שבת – בהגנה של תקיפה להגנה עצמת: חובת הנסיכה איננה מוחלטת, בייחוד שמדובר בביתו של אותו אדם או מקום בו הוא מנהל את עסקו.

עזבון ארגמן – כדי לקבל טענה של הגנה עצמית, צריך להוכיח שהיה חשש מתקיפה נוספת.

**פגיעה באוטונומיה –** כאשר יש אי הסכמה מוחלט (פס"ד דעקה) הנזק הוא עצם הפגיעה באוטונומיה, לא צריך נזק גופני. התובעת קיבלה פיצויים על עצם העובדה שלא ניתנה לה יכולת הבחירה בטיפול הרפואי.

**עוולת הרשלנות** ס' 35-36 **– לא לשכוח לבחון ביחס לכל אחד מהנתבעים!**

1. **חובת זהירות**
* יחסי שכנות: לפי חוזה, לפי ס' 37, לפי מה ששנוא
* מושגית – ביחס לקבוצה הנושאית מקצועית.
1. צפיות נורמטיבית – האם היה צריך לצפות

**חובת זהירות של הורים כלפי ילדיהם –** כוללת דאגה וצרכים רגשיים כמו חינוך ולא רק חומריים. אולם היא לא כוללת את החובה לאהוב – החוק לא יכול לחייב את זה (חוק הכשרות והאפוטרופסות). (אמין)

1. צפיות טכנית – האם היה יכול לצפות
* קונקרטית – ביחס למקרה הספציפי – נורמטיבית וטכנית

בטכנית: ניתן את כל האינדיקציות לכך שהיה יכול לצפות את הנזק. אם המזיק למשל הזהיר מישהו אחר מהנזק זו אינדיקציה!

**כלפי ילד: חובה חמורה יותר** – "הילד יכול לעבור ממצב של בסדר למצב של אוי ואובי תוך שניות" (ד"ר קפלן המרדימה שנרדמה)

* **שיקולים של מדיניות משפטית (?)**
1. **בדיקת ההתרשלות – הפרת החובה עפ"י נוסחת לרנד הנד:** תוחלת הנזק (הסתברות X שיעור הנזק) אל מול עלות הנזק. נקודות:
* נציין את כל אמצעי המניעה **ונבחן את הנוסחה על כולם**. נציין מה ככל הנראה האמצעי מניעה ה**יעיל ביותר.**
* כאשר מדובר בחיי אדם, ובייחוד ילדים קטנים, יש להניח שהמשוואה תנועה לכיוון של הטלת אחריות. כל אינטרס אחר מתגמד במקרה כזה. (מתוך הניתוח של המקרה של הרופאה המרדימה)
* הפרת חובה מתוך כוונה אינה גורעת מהאפשרות שהתקיים יסוד ההתרשלות! (פס"ד אמין)
* ככל שהנטל הכלכלי נמוך או טריוויאלי יותר, כך רואים באמצעי הזהירות כאמצעים המתחייבים מסטנדרט ההתנהגות הסביר, נוכח שיקולי יעילות כלכלית**!** (פס"ד ועקנין)
1. **הוכחת נזק:**
* בעוולות תקיפה ולשון הרע לא צריך להוכיח נזק, יש חזקת נזק. **לכן אם יש לנו שאלה במבחן שמשנה את העובדות כך שהניתוח לבסוף עבר בהצלחה – נאמר שנחזק שימוש בעוולת התקיפה.**
* ניתן להכריע לטובת התובע גם כשאין הוכחה מדעית מוחלטת, אם יש הצטברות של נסיבות המצביעות על הקשר הסיבתי (קרישוב)
* **ראש נזק ממוני:**
1. עלויות ישירות מהאירוע – כל הוצאה שאיננה רפואית.
2. הוצאות רפואיות – אם טיפול בבית הוא הטיפול האופטימלי, המזיק יחוב בגינו (סורוקה)
3. אובדן כושר השתכרות:
* אטינגר – בהיעדר ראיות יקבע לפי השכר הממוצע במשק.
* פינץ' – חזרה שאדם מוציא 2/3 ממה שהוא מרוויח ולכן העיזבון יקבל 1/3
* ונטורה – הערכת הסיכוי של עבודה במקום כלשהו ופיצוי לפי הסיכוי הזה.
* ברששת – הגישה המוחשית, לפי אינדיקציות ינתן פיצוי כל עוד הסיכוי הוא לא אפסי וספקולטיבי.
* ג'ון כהן – בהינתן אינדיקציות חזקות של סביבת הקטין יכול להינתן מעל לשכר הממוצע במשק
* רים אבו חנא – נתונים סוציואקונומיים לא יהוו שיקול בחריגה מהשכר הממוצע במשק.
* אגבבה – אינדיקציות שקשורות ביכולות ומאפיינים האישיים של הניזוק יכולות להחריג מהשכר הממוצע במשק לכיוון מטה.
* נזק יתום שלא ניתן לחלוקה – אם המזיק גרם לחלק כלשהו מהנזק, נעדיף שיישא בכולו מאשר שיפול על הניזוק (מלך)
* **ראש נזק לא ממוני:**
1. כאב וסבל הכולל גם צער נפשי:
* כ.ש כ.פ – נזק לא ממוני לא תמיד יהיה ניתן להוכחה אלא משתמע מהעוולה וביהמ"ש יעריך אותו.
* פלוני נ' מגדל – ראש נזק לא ממוני יכול להיות מה שביהמ"ש יצוק לתוכו ויכול להוות פתרון כאשר לא ניתן לתת פיצוי ממוני משיקולים מוסדיים ומוסריים, למרות שיש דרך להוכיח את ערך הנזק.
1. אובדן הנאות חיים – נכלל בכאב וסבל
* אגבבה – הגישה המקובלת היא הגישה הסובייקטיבית שרואה באובדן הנאות החיים כנזק שצריך להיות הנפגע מודע אליו על מנת לקבל פיצוי בגינו.
1. קיצור תוחלת חיים
* אטינגר – על החשיבות של ראש נזק זה, כביכול ראש נזק ממוני אמור להיות פחות אך ריבלין מדגיש שזהו הנזק הכי יקר ומשמעותי לאבד את החיים וכך על בית המשפט להתייחס אליו.
1. עוגמת נפש – גורדון
2. **קשר סיבתי**
3. עובדתי – מבחן האלמלא
4. משפטי – מבחן הצפיות

שמעון נ' ברדה – הצפיות צריכה להתייחס לאופי הכללי של האירוע. כל עוד האירוע הספציפי תואם אופי כללי זה – הקשר הסיבתי מתקיים

לאון נ' רינגר – הצפיות היא לסוג הנזק ולא היקפו, צפיות כוללת "גולגולת דקה" באותו מתחם של סוג הנזק

פאר נ' קופר – יש לצפות גם נזקים נדירים.

**שלב ד' – הגנות**

1. **הגנה כללית – קעקוע יסודות העוולה**
* צפיות משפטית – אי הסכמה מדעת: הסכמה מדעת כוללת רק מה שאפשר לחזות ולא מה שאפילו הרופאים לא חזו (קוהרי)
* לא צריך הסכמה מדעת במקרים הבאים (קורטם):
1. חוסר הכרה
2. ניסיון התאבדות
3. הורים שלא מסכימים לבצע ניתוח מציל חיים לילדיהם ללא סיבה מוצדקת.
4. הסיבה לסירוב נובעת מנסיבות חיצוניות
* אי גילוי: לא ניתן מידע מלא על ההליך (תקיפה רפואית) – חובת הגילוי משתנה ממקרה למקרה (ד"ר בר חי)
1. **הגנות כלליות נוספות:**
* קטין – ס' 9
* שופט – ס' 8; חסינות מהותית לפי מדינת ישראל נ' אדם
* לקוי בנפשו – לפי מבחן השליטה בכרמי נ' סבג
* הסתכנות מרצון – ס' 5. התנאים: 1.הניזוק ידע על מצב הדברים שגרם לנזק. הידיעה כלפי טיב הנזק הצפוי והיקפו – המבחן הוא סובייקטיבי. 2. הניזוק הסכים מרצון חופשי לקבל על עצמו את הסיכון וההפסד הכרוך בנזק. ההפסד כולל הפסד משפטי. חריגים: לא כלפי הפרת חובה חקוקה, לא כלפי ילדים מתחת לגיל 12.
* ניתוק קשר סיבתי (גורם זר מתערב) – ס' 64 לחלופין תביעת שיפוי/ צד ג'/ עיקר הטלת הנזק על צד מסוים. אפשר לבחון ע"י המבחן מפס"ד שמעון נ' ברדה: האם הסיכון שנוצר ע"י התערבותו בפועל של הגורם הזר היא מסוג הסיכונים שמעשהו של המזיק יצרו?
1. **הגנות חלקיות:**
* אשם תורם – ס' 68
* נטל הקטנת הנזק – שימוש באמצעים סבירים. גנזך נ' אריה
1. **הגנות ספציפיות בעוולות** – כמו בעוולת התקיפה, חוק למוצרים פגומים.
2. **הגנת האסכולות** – **הגנה חלקית ולא מוחלטת.** במקרה של בחירה בין חלופות- פס"ד קליפורד:
3. הטיפול מקובל על חלק גדול של עולם הרפואה
4. בחירה ממשית בטיפול ע"י הרופא שידע את האופציות בשעת מעשה ולא בדיעבד
5. הסכמה מדעת של המטופל

סוג של טענת נגד: בירותם של אמצעי זהירות נקבעת עפ"י אמות מידה אובייקטיביות – נורמטיביות, על כן ייתכנו מקרים בהם הפרקטיקה הנוהגת עלולה שלא לענות על סטנדרט ההתנהגות הדרוש. (פס"ד קליפורד)

**שלב ה' – סיכויי התביעה**

1. אנו רואים שיש כיפוף רשלנות לכיוון אחריות חמורה (פאר נ' קופר) ולכן יכול להיות שיקבלו את התביעה בהתאם לגישה זו
2. דוקטרינת הנזק הראייתי והעברת הנטל – אם יש חוסר וודאות
3. להתייחס ל: פיזור נזק, כיס עמוק, צדק חלוקתי, פיצוי, אובדן סיכויי החלמה
4. מה המקום של ההורים כאשר מדובר בקטין? האם התרשלו?

**שלב ו' – הטיות אפשריות**

1. הרופא בחר את החלופה במודע -> הגנת האסכולות
2. הניזוק הסתיר משהו –> אשם תורם חמור
3. הניתוח עבר בהצלחה אבל לא ניתן מידע -> התמקדות בעוולת התקיפה ופגיעה באוטונומיה
4. שינוי במעמד של הניזוק -> אובדן השתכרות, עלות נזק בלרנד הנד
5. ניתוח לפי גישת קלברזי -> לאו דווקא מי צודק שיחוב, מי יותר זול שיחוב + לא יהיה אשם תורם כי קלברזי זו אחריות מוחלטת.