**דיני נזיקין**

**שיעור 1 – 15/03/22**

***מבוא – חלק ראשון***

**מושגים**

* דיני נזיקין – עוסק ביסוד הנזק.
* עוולה – ס' 3 לפוקדת הנזיקין – "הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה – על הנפגע או הניזוק ע"י עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי."

**עוולה מתייחסת להתנהגות**. התנהגות לא תמיד תהיה במעשה, אלא היא גם יכולה להיות על דרך המחדל. הרעיון של מחדל – בעצם שום דבר מכלום יכול לגרום למשהו. בעצם עוולה יכולה להיות חוסר בפעולה.

* תרופה – סעד. הן מהוות מענה של המשפט לתובעים במשפט. יכול להיות גם צו.
* נזק – ס' 2 לפקודת הנזיקין. נזק הוא בעצם דבר שניתן לכמת אותו בכסף.

נזק ממון – הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים

נזק הוא פגיעה באינטרס מוגן. לדוגמא:

1. נזק גוף – האינטרס המוגן שנפגע הוא שלמות הגוף.
2. נזק כלכלי – האינטרס הכלכלי, שלהבדיל מהאינטרס לרכוש, מוגן רק לפעמים.
3. פגיעה באוטונומיה
4. נזק נפשי – האינטרס המוגן שנפגע הוא בריאות הנפש

* התובע – הניזוק או הקורבן
* הנתבע – המעוול או המזיק
* דוקטרינה – כלל משפטי
* תאוריה – הרעיון שעומד מאחורי הדוקטרינה

**סוגי עילות**

* עוולת סל – עוולה רחבה, עוולה שלמעשה מקבצת לתוכה הרבה סיפורים עובדתיים. גם עוולות שבעבר היו יחידניות, נראה שהן נמצאות תחת מטרייה גדולה של רשלנות. רשלנות הפכה להיות עילת סל. (הפרת חובה חקוקה נחשבת גם לעבירת סל).
* עוולה פרטיקולרית – עוולה ספציפית. עוולה ממוקדת. למשל גזל, גרם הפרת חוזה ועוד.
* מרבית העוולות מצויות בפקודת הנזיקין (פקנ"ז). ישנן עוולות שנמצאות מחוץ לפקודת הנזיקין.

**פקודת הנזיקין (פקנ"ז)**

**פקודת הנזיקין מחולקת לשני חלקים:**

1. עוולות (TORTS) – סעיפים 23-63 לפקודה (העוולות מספרות איזה "פאזל עובדתי" ייחשב לעוולה נזיקית.
2. הסדרים כללים לתחום דיני הנזיקין. למשל הגנות, סיבתיות.

לאחר סעיפי העוולות ישנם הסדרים כלליים המסבירים ומכוונים אותנו מה לעשות. למשל, מה זה אומר שצריך להוכיח קש"ס, מה זה "הגנה".

**מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט**

נבחין בין הפרטי לציבורי:

דיני הנזיקין הם תחום משפטי שנמצא בגדר המשפט הפרטי. מתי המדינה היא צד למשפט הציבורי ומתו צו לתביעה בנזיקין?

**משפט ציבורי** –כאשר למדינה יש תפקיד, ורק כשהיא פועלת בכובעה כריבון ומפעילה את סמכותה השלטונית, אנו נמצאים במשפט הציבורי.

**משפט פרטי** – כאשר המדינה מתפקדת כגוף הפועל באופן פרטי. לדוגמא: ברגע שהמדינה למשל לא מפנה נכס בזמן אנו יכולים לתבוע אותה במסגרת המשפט הפרטי. כאשר למשל היא לא נותנת רישיון לנשק מכיוון שיש כאן הליך פגום, נפעל במשפט המנהלי ונאמר שהמדינה בכובעה כריבון פעלה לא בסדר.

לסיכום: כאשר המדינה מפעילה את סמכותה השלטונית כריבון – אנו במשפט המנהלי.

בעבר למדינה הייתה חסינות, אך עם הזמן הדברים השתנו וניתן לתבוע את המדינה, ובטח ברשלנות.

**קווי הגבול שבין דיני העונשין לדיני הנזיקין:**

בדיני עונשין המדינה פועלת בכובעה כריבון כאשר היא מאשימה אדם אחר, מגישה כתבי אישום כחלק מאינטראקציה שבין פרטים (די מסובך מכיוון שבעצם המדינה היא צד ג', אך היא מסתכלת מהצד על איזשהו סכסוך).

דוגמא: אדם הולך ברחוב, בא מישהו ומכה אותו וכך נגרם לו נזק. במסגרת המשפט הציבורי ניתן להתלונן במשטרה וכך יוגש כתב אישום. במקרה זה נהיה במסגרת **דיני העונשין** – המדינה תגיש כתב אישום כנגד התוקף. אבל במשפט הפרטי הנפגע יכול לתבוע על עוולת התקיפה, אם יצליח להוכיח את הנזק שלו הוא יקבל פיצוי. ניתן לראות שבאותה סיטואציה עובדתית **דיני העונשין מוחלים, וכן גם דיני הנזיקין.**

* פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין: ס' 77 לחוק העונשין – אדם שניזוק מהעבירה יכול לקבל פיצוי נזיקי. נשאל את השאלה: למה אנו צריכים את הסעיף הזה אם קיימים דיני הנזיקין? התשובה לכך היא שבמשפט הפלילי יש להוכיח מעל לכל ספק סביר.

לשם מה סעיף 77 לחוק העונשין קיים?

1. תובעים דלי אמצעים – אנשים במשפט הפרטי לא תמיד בעלי יכולת להשקיע כספית בעורכי דין ועוד.
2. נטל נפשי הכרוך בניהול תביעה אזרחית אחרי או בנוסף להליך הפלילי – קשה מאוד לשחזר פעם נוספת. הסעיף בחוק העונשין מאפשר לחסוך את הסבל הנוסף ולאפשר להם מן "מעקף". במקום לתבוע בנזיקין ולדבר שוב על הדברים הקשים, האדם מקבל פיצוי שהכל בהליך אחד.
3. שיקולי עומס – הקלה על בתי משפט, חסכון כלכלי בהליכי משפט.

**דנ"פ 5625/16 אסרף קארין נ' אבנר טווק בוקובזה**

**העובדות:** מקרה מאוד קשה בו נערה חוזרת ממסע לפולין, מגיעה הביתה, ורואה מישהו רץ וקולטת את אמא שלה שכובה מתה ונאלצה להסביר זאת לשאר האחים שלה.

**בפסה"ד זה (דיון נוסף, פלילי) נשאלה השאלה** – אותו סכום מוזר ותמוה (258 אלף), האם כל אחד יכול לקבל את הסכום הזה? האם הסכום צריך להתחלק בין הנפגעים?

**ביהמ"ש** קבע שגם אם יש נפגעים עקיפים מבלי שנכחו בזירה עצמה (כגון הילדים של האמא שנרצחה) הם יכולים לקבל את הפיצוי לפי ס' 77 לחוק העונשין. בעצם קיימת מגבלה שהסכום 258 אלף זה הסכום שנפגעי עבירה יכולים לתבוע **במצטבר.** כל נפגע יכול לתבוע ביחד את הסכום המצוין בסעיף 77 לחוק העונשין.

האם יש היגיון להגביל את סכום הפיצוי? אכן. רוצים ליצור מצב שהעבריין ישתקם – אם הוא ידע שמחכה לו חוב של מיליונים אולי זה יגרום לו לוותר על השיקום.

* ס' 77 לא מגביל לתבוע בנזיקין עפ"י הפקודה. כלומר, נפגע עבירה צריך להוכיח אמנם את הנזק ולעבור הליך יקר, אבל האפשרות הזו עומדת בפניו. מבחינה אמפירית ידוע שמעט מאוד נפגעי עבירה עוברים את התהליך הזה. זה נכון שהם יכולים, אך כנראה שכל הסיבות שהצגנו יגרמו לכך שהם מאוד יהססו ויימנעו מלהגיש תביעה אזרחית. לכן למעשה ס' 77 לחוק העונשין הוא סעיף חשוב הנותן ככל הנראה מענה לתופעה שיש פחות תביעות אזרחיות.
* יש לזכור שהריבון תובע במקרה זה – המדינה. אנו נמצאים בעולם הפלילי, אך אנחנו בכלל במשפט הפרטי.

**למה מגבילים את הפיצוי? לפי הפס"ד המוזכר לעיל:**

1. פיצוי על דרך אומדנה, ללא דרישות ההוכחה הקבועות לצורך תביעה בעוולה נזיקית. ישנו הליך מזורז המאפשר לי לקבל פיצוי בלי הדרך הארוכה בדיני החוזים.
2. להימנע מיצירת "סוס פרא" – עשויה להיות עילת סל שבולעת עילות אחרות. **פחד ממדרון חלקלק** – אם נאפשר לכל נפגעי עבירה לתבוע אנו אף פעם לא נשתמש בדיני הנזיקין, וזה לא משהו שאנו רוצים לעשות. אנו כן רוצים הליך הוכחה במשפט האזרחי ויוכיח את היסודות שלה. אנו לא רוצים להסתפק באיזשהו חלון קטן המאפשר לנו קיצור דרך.
3. פיצוי ראשוני בלבד

**פיצויים עונשיים בדיני נזיקין**

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

ישנם מצבים בהם בתי המשפט יאפשרו פיצוי עונשי. דבר חריג שלא מתרחש הרבה פעמים.

למה קיימים פיצויים עונשיים?

* **הפיצוי העונשי נועד להרתיע**. כשמענישים קשה מאוד להצדיק זאת בעולם הצדק המתקן, ואנו נמצאים בעולם של הרתעה.
* **פיצוי רגיל יכול לעסוק גם בהרתעה אבל לא רק**.

למה אנשי הצדק המתקן, פילוסופים של המשפט, שחושבים שפיצוי עונשי שנועד להרתיע מקומו לא במשפט הפרטי? הרי מי אני כאדם פרטי שאקבע להעניש את האדם שפגע בי, כגון הכנסתו לכלא? לכן יש קושי אמיתי וויכוח רב האם אפשר להשתמש בפונקציה הזו של פיצוי עונשי. הדבר נקרא **פונקציה עונשית:** האצלת היכולת לפרט להעניש אדם אחר (לא נפרט יותר מדי כרגע).

נוסף לכל האמור לעיל, ישנו היבט ראייתי לכך שקיימים פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין:

* פס"ד פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי.

מה ההיגיון מאחורי קביעה זו? סף ההוכחה במשפט הפלילי גבוה מאוד (99%). סף ההוכחה בהליך אזרחי הוא לפחות 51%.

* משמעות נוספת – המדינה עשויה להיכשל בעמידה בנטל ההוכחה בהליך פלילי, והקורבן עדיין יכול לזכות בתביעה בהליך אזרחי נזיקי, אם יעמוד בנטל ההוכחה המוטל עליו.

**דיני נזיקין לבין דיני חוזים**

**השוני הרעיוני בין הדינים**

* בחוזים ישנה בחירה ורצון להיקשר עם אדם בחוזה, וזאת לעומת נזיקין. בחוזים הצדדים אינם זרים זה לזה. למעשה, דיני נזיקין מעמידים אותנו במקום בו אנו לא אמורים להיות בו. הנזק התרחש אבל אנו לא רצינו שיקרה, בניגוד לחוזים. בעצם נוצר חוב שאנו לא רוצים בו (ולכן דיני הנזיקין הוא חלק מדיני החיובים)

מתי קמה עילה בדיני חוזים? כאשר יש הפרה. בדיני נזיקין לא מדבירם על הפרות מסוג של הפרת חוזה, וזאת משום שבחוזים ישנה הפרה של דבר שהיה לפני כן והסכמתי עליו. בדיני נזיקין מדברים על הפרת סטנדרטים – מה הצד השני היה צריך לעשות, מה אני הייתי צריך לעשות.

**דיני נזיקין לבין דיני הקניין**

**השוני הרעיוני בין הדינים**

דיני הקניין שייכים לסמכות ושליטה על חפץ מסוים, בניגוד לדיני הנזיקין. השוני הוא שדיני קניין מתאפיינים ברשימה סגורה ומוגבלת של זכויות. בדיני הנזיקין לעומת זאת קיימת עוולת סל המאגדת לתוכה הרבה מאוד התנהגויות ומאפשרת להכיר בהן כעוולתיות.

במשפט האנגלו האמריקאי הייתה תפיסה שדיני הנזיקין נועדו להגן על דיני הקניין. כמו למשל הסגת גבול, גזל. אבל אין זה מדויק כלל ודיני הנזיקין רחבים יותר.

בעצם עיקרון הרשימה הסגורה נמצא בדיני הקניין, ולא בדיני הנזיקין. (רשימה סגורה הכוונה לרשימה מצומצמת ומוגבלת של זכויות, כפי שהוסבר לעיל).

**דיני הנזיקין לבין עשיית עושר:**

דיני עשיית עושר וחוזים ממש "אחים". דיני עשיית עושר התפתחו מתחום שנקרא מעין חוזי. הם התפתחו ממצב של טעויות – אם בטעות העברתי לאדם א' כסף שהייתי צריך להעביר ל-ב', על ב' הוטלה אחריות משפטית.

בנוסף, דיני עשיית עושר הם קרובי משפחה של דיני הנזיקין. הם למעשה התפתחו מהרעיון הבא: נניח שיש מזיק שגרם לנזק מינורי, אבל הוא התעשר כתוצאה מהעוולה שלו. האם נרצה שהמזיק ישמור על ההתעשרות שלו? בעצם במקום לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שגרם לתובע, דיני עשיית עושר מאפשרים **לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע.**

ס' 1 לחוק עשיית עושר: חובת השבה. **ישנם שלושה יסודות מצטברים:**

(1) התעשרות (של "הזוכה")

(2) לא כדין

(3) על חשבון ("המזכה").

דוגמא: מישהו מסיג גבול למקרקעין שלי, ואני נמצאת בחו"ל. אפשר לטעון על פניו שאותו פולש התעשר שלא כדין על חשבוני. במקום שאתבע לנזיקין אתבע לדיני עשיית עושר.

**שיעור 2 – 17/03/22**

**7452/96 מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון**

**העובדות**: מדינת ישראל שכרה שש דירות בבניין שבבעלות החברה. השוכרת התעכבה בהשבת הנכס לחברה בעיכוב של 15 חודשים.

**השאלה המשפטית:** מה הפיצוי שיש לתת למשכירה?

**האפשרויות לפיצוי:** נזק, פיצוי מוסכם, דמי שימוש בנכס.

נמצאים במצב שיש אפשרות לתבוע על הנזק מהפרת החוזה. ניתן לתבוע על עשיית עושר לאור טובת ההנאה שקיבלה המדינה מאי תשלום. בעצם דובר על מצב של עילת תביעה אפשרית גם בעשיית עושר, מפני שהטענה הייתה שאחד הפיצויים שנדון דובר בהקשר של התעשרות שלא כדין.

**גולדברג:** יש לבחון מה הפגיעה באינטרס של התובע, ואיזה פיצוי רלוונטי לכל פגיעה. פיצוי בגובה דמי שימוש ראויים מגן על הציפייה של בעלת הנכס. פיצוי בגובה דמי שכירות ראויים גם מונע את ההתעשרות שלא כדין של השוכרת.

אם נדרוש גם פיצוי מוסכם וגם פיצוי בשל עשיית עושר, הדבר יוביל לכפל סעדים. במקרה זה הפיצוי המוסכם נועד לפצות על היעדר תשלום. מכאן שיש כאן כפל פיצויים.

בעצם אדם צריך לחשוב על קווי הביניים בין העילות – יכול להיות שעילת הפיצוי בדיני הנזיקין תהיה חלשה ולכן נתבע על בסיס דינים אחרים.

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

* זכות פרסונלית (personam) – זכות כלפי אנשים מסוימים.
* זכות כלפי כולי עלמא – זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים, אלא כלפי כולם. זכויות קניין.

**איזו זכות חזקה יותר?** זכות כלפי כולי עלמא – למשל יש קניין שהוא שלי. לאף אחד אין זכות לפגוע בו. כלומר אני לא צריך להיכנס לחוזה עם אדם אחר כדי שלא יפגע בקניין שלי, אלא זו זכות שקיימת לי. כלומר קיימת חובה ליותר אנשים כאשר הזכות כלפי כולי עלמא. כאשר זו זכות פרסונלית החובה קיימת רק על האדם שעומד מולי.

**ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעיתים מתערבבת בדוקטרינה אחת**

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,..."

סעיף זה די מיוחד ומדבר על **גרם הפרת חוזה**. הוא נותן חגורת הגנה סביב החוזה כלפי כולי עלמא – לאף אחד אסור לגרום לשני אנשים להפר את החוזה.

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

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

השאלה: מה טיב הקשר בין ההסדרים הנזקיים שמחוץ לפקודת הנזיקין, לבין ההוראות הכלליות של פקודת הנזיקין?

**דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק**:

**העובדות:** בזק פרסמה מידע מוטעה לגבי מחיר שיחות בחברתה, ובפועל גבתה מחיר גבוה מהפרסום. ברזני צרך את השירות מבלי שהיה מודע לפרסומת המטעה, ותבע פיצויים בתובענה ייצוגית בשם הניזוקים כולם.

הפיצוי שאמור להינתן לו חזרה זה ההפרש בין מה ששילם בפועל, לבין המחיר שפורסם בפרסומת.

**הליך משפטי:** ס' 2א לחוק הגנת הצרכן קובע לא להטעות, ואילו ס' 31א לפקודת הנזיקין קובע שמי שעושה זאת הוא הדין יהיה לפי פקודת הנזיקין.

**חשין:** לא ניתן להעניק פיצוי משום שברזני טוען שנגרם לו נזק. אבל אם אתה רוצה להיות תחת פקודת הנזיקין, אתה צריך להוכיח את שלושת היסודות. כדי להוכיח עוולה יש להוכיח **קש"ס בין העוולה לבין הנזק שנגרם**. בזק התנהגה לא בסדר בזה שהטעתה, אבל האם ההתנהגות הזו היא שהובילה את ברזני לקנות את השירות שלה? לא. כי הוא לא ידע. בעצם מאחר שלא הוכח קש"ס אין הוא יכול לקבל פיצוי לפי פקודת הנזיקין.

***מבוא – חלק 2***

**הכרות כללית של הדוקטרינה הנזיקית**

**קיימים 3 יסודות מרכזיים כמעט לכל עילה בנזיקין (ס' 64 לפקנ"ז):**

1. אשם – המעוול. מי שגרם לעוולה.
2. נזק
3. סיבתיות. זיקה עובדתית ומשפטית בין האשם לנזק (קש"ס)

**אשם**

ישנם שני סוגים של אשם:

1. אשם במובן המוסרי – כשמישהו עושה דבר לא ראוי וברור לכולם שזה לא בסדר. למשל כאשר מישהו מתכוון להרע בזדון.
2. אשם במובן החברתי – למשל רשלנות. רופא שהיה רשלן לא פעל לפי ה"סטנדרט", ה"נורמה" בחברה. בעצם זה חשיפה של מישהו אחר לסיכון לא סביר.

**נזק**

ס' 2 לפקודת הנזיקין: "נזק" – אובדן חיים, אובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה.

נזק הוא דבר הכרחי. תמיד יש נזק, אבל מבחינת נזק מוחשי ישנן עוולות שלא צריך להוכיח שהיה נזק (למשל ניסיון). אשם בדיני נזיקין פשוט מעיד על מרכזיות יסוד הנזק, וזאת מפני שדיני הנזיקין מבוססים על הדין הפלילי. דיני העונשין הם "מבוססי סיכון" (risk base) ואילו דיני נזיקין הם "מבוססי נזק" (harm base).

בעצם זה לא מספיק להוכיח התנהגות עוולתית, אלא חייב להוכיח גם את העוולה עצמה.

**קשר סיבתי**

הכלל: אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם הוא נגרם בשל ההתנהגות של הנתבע, אזי לא קמה עילה בנזיקין.

המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא". בעצם המבחן בוחן **האם אלמלא העוולה עדיין הייתה מתרחשת התוצאה.**

* הוכחת נזק לא נדרשת תמיד. למשל, עוולת הסגת גבול ותקיפה.

מצד אחד יש יסודות מאוד עקרוניים שיש להוכיח בהם נזק, אבל מצד שני יש עוולות שלגביהן לא צריך להוכיח את הנזק.

**עוולת per se (עוולה כשלעצמה)**

* לא נדרשת הוכחת קש"ס לנזק
* לעיתים עוולה זו היא תוצר של קושי ראייתי
* מירוץ ההתיישנות שונה בין עוולות פר סה לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק. בעצם בגלל שאין הוכחת נזק, ההתיישנות מתחילה מההתנהגות העוולתית שקרתה – 7 שנים של התיישנות. ההתיישנות מתחילה מהזמן שהנזק "הבשיל".

**הכרות עם סוגי האחריות השונים (בסיסי אחריות שונים בדיני נזיקין)**

לדיני נזיקין יש סוגים שונים של אחריות:

* עוולות כוונה
* רשלנות (נדבר גם על רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה)
* אחריות מוגברת (או חמורה)
* אחריות מוחלטת
* חסינות לנתבע

**עוולות כוונה**

עוולות כוונה, כגון תרמית, נגיסה (הגשה של הליך משפטי בזדון), גרם הפרת חוזה – בעוולות אלה יש צורך להוכיח כוונה. זה בעייתי. עבור מי? **האם עוולת הכוונה מקשה על הניזוק? אכן.** זאת מפני שנטל ההוכחה כבד יותר.

עוולות כוונה בדרך כלל מתיישבות עם עוולה מוסרית. כאשר אדם עושה דבר שאינו ראוי, מכאן שאכן הייתה כוונה מאחורי המעשה.

**רשלנות**

רשלנות מוגדרת בס' 35 לפקודת הנזיקין.

הסעיף עוסק באדם הסביר והנבון. בנסיבות מסוימות הרשלן עשה מעשה שאדם סביר לא היה צריך לעשות. כלומר הוא התנהג בצורה לא סבירה. בעצם הוא היה צריך לדעת שהמעשה לא צריך להיעשות.

התרשלות – יש הבדל בין רשלנות להתרשלות. ההבדל הוא **שהתרשלות זה היסוד ההתנהגותי** שצריך להוכיח (האשם). **רשלנות זה העוולה כולה** (היסוד ההתנהגותי, הנזק והקש"ס).

* מבחינת נטל ההוכחה – מקל משום שצריך להוכיח זאת אובייקטיבית. צריך להוכיח שמה שנעשה לא היה סביר.

לדוגמא רשלנות רפואית – רופא התנהג בצורה לא סבירה, התרשל.

* ברשלנות העוולה הינה עוולה חברתית, ולא מוסרית.

**רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה**

נסיבות שבהן הנטל עובר אל הנתבע ועליו להוכיח שלא התרשל. לדוגמא, "חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו". אם לתובע אין את הראיות, ככל הנראה גם לנתבע אין אותן ולכן ברגע שעושים זאת, לרוב התובע הוא זה שיזכה בתביעה. (לדוג': ס' 41 לפקודת הנזיקין).

**אחריות מוגברת ואחריות מוחלטת**

אחריות חמורה (מוגברת) – אם אדם התנהג בצורה מסוימת, לא משנה מה הכוונה ומה אדם סביר היה עושה, מוטלת עליו אחריות. דוגמא לכך היא עוולת הסגת הגבול (ס' 29 לפקנ"ז). קיימת הגנה מאוד חזקה בעוולה זו, גם אם לא פגעו בהכרח באינטרסים שלי. ניתן לקבל על הנזק שנגרם פיצוי.

* **תרגיל:** "ניתן לקבל שני סעדים בהליך משפטי אזרחי אחד". באילו תנאי/ם אמירה זו נכונה?
* **תשובה של מיטל:** ניתן לקבל סעד נוסף אם קבלתו לא תוביל לכפל סעדים על פגיעה באינטרס אחד. משמע כל עוד לא נוצרת סתירה מהותית בין הסעדים. למשל, בנסיבות של אי פינוי נכס במועד, ניתן לקבל פיצוי שמגלם הגנה על אינטרס הציפייה של המשכיר, ואם קרה נזק למושכר בנוסף לכך, ניתן לקבל פיצוי גם על נזק זה. לעומת זאת, לא ניתן לתבוע על פגיעה באינטרס הציפייה של המשכיר פעם דרך דיני עשיית עושר ופעם דרך דיני החוזים, גם אם הנסיבות מלמדות על קיומן של עילות תביעה חלופיות (**האחים אהרון**, **גולדברג).** ניתן לציין גם את אמירתו של גולדברג בפס"ד האחים אהרון, כי לא יינתן סעד נוסף באם צירוף הסעדים מביא להתעשרות שלא כדין של התובע.

**שיעור 3 – 22/03/22**

אחריות חמורה – המשך

דוגמא: נניח אדם חוצה את גבול המקרקעין של אדם אחר, ודורך בטעות על פרחים מאוד נדירים וגורם לנזק. מכאן שניתן לתבוע לפי ס' 29 לפקנ"ז. אבל אם אותו אדם רב עם מישהו, ושניהם אשמים בסיפור, ואז לאחר המריבה אותו אדם דרך על הפרחים שלו. מכאן שהוא הסיג גבול, אך האדם השני זה שגרם לכך שהוא יסיג גבול.

* בעצם יש משמעות לכך שהניזוק עצמו הוא גם אשם, יש לו אשם תורם. האשם התורם רלוונטי באשר לפיצוי. הוא עשוי להפחית את סך הפיצוי.

אחריות מוחלטת – המזיק חייב גם אם אין אשם במובן המוסרי או החברתי. ככלל, אין משמעות גם לאשמו של הניזוק.

בשתי האחריויות אין משמעות לאשם של המזיק!!! שאלת האשם אינה רלוונטית. יכול להיות שהדבר נגרם בכוונה או לא, אבל זה לא רלוונטי. הייתה התנהגות לא סבירה, ועל כן אין משמעות לאשם.

דוגמא לאחריות מוחלטת: חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975

**ס' 2(ג) לחוק** – האחריות היא מוחלטת ומלאה ואין משמעות לאשם המזיק או אחרים.

* בפועל אין באמת אחריות מוחלטת. למרות שמדובר באחריות מוחלטת, עדיין יש מקרים בהם קיים אשם תורם והוא רלוונטי. אפשר לקבל הגנה אפילו בהקשר של אחריות מוחלטת. לדוגמא, **ס' 7 לחוק** – "נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה (1) מי שגרם לתאונה במתכוון."

דוגמא נוספת: חוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ם-1980

**ס' 2א** – יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן: הנפגע) ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן."

* חריג לסעיף: **ס' 4 לחוק** – "לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק אולם אם נהג הנפגע **בהתרשלות חמורה,** רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו." בעצם בסעיף זה מתואר שהנפגע נהג ברשלנות חמורה.

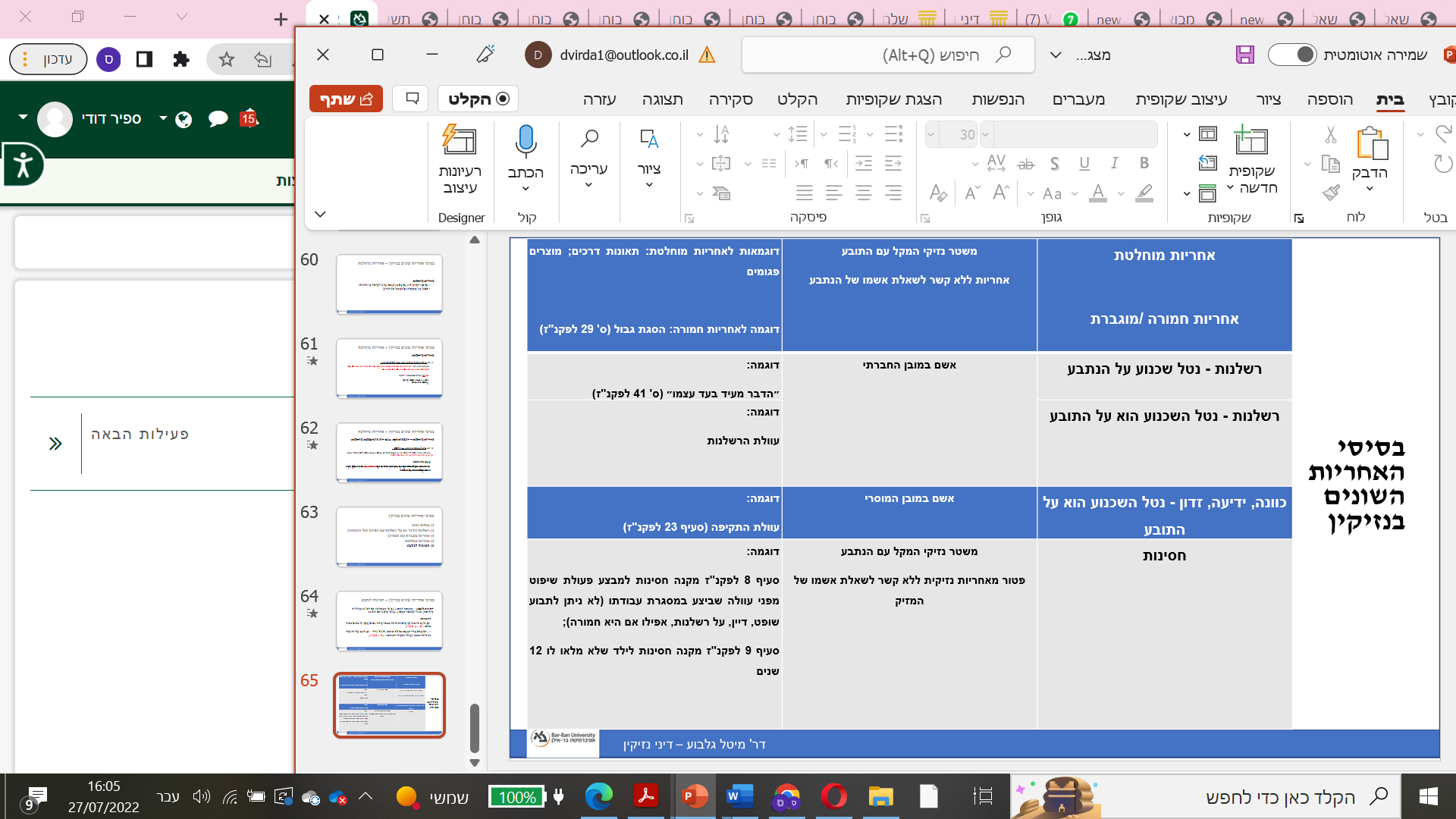
**חסינות לנתבע**

ממשטר המטיב באופן משמעותי עם התובע (אחריות מוחלטת) נעבור למשטר שמטיב באופן מיטבי עם הנתבע.

דוגמאות:

* **ס' 9א לפקנ"ז** – לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים." – יש חסינות לילד מתחת לגיל 12.
* **ס' 8 לפקנ"ז** – וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובעה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי." – הגנה למי שמבצע פעולת שיפוט, וגרם לנזק. אם אדם אחר היה מתנהג בצורה רשלנית היה מוטל עליו אחריות נזיקית. אבל כשמדובר בשופטים ובשופטות לא מוטלת עליהם אחריות נזיקית. גם אם שופט הגיד פס"ד רשלני, הוא לא ייתבע משום שאז שופט יחשוב כמה וכמה פעמים לפני שמגיש פס"ד ומקבל החלטה. **כלומר אנו לא רוצים שתהיה זהירות יתרה.** בעצם לא יהיה צדק לעולם במצב בו תהיה זהירות יתרה, שמא יתבעו את השופטים. אכן ישנם מנגנונים אחרים לקבל פיצוי – חוק בתי משפט, חוק העונשין, אך בפקודת הנזיקית לא ניתן לתבוע.

**סיכום טבלתי – בסיסי האחריות השונים בנזיקין**



**מטרות (מהות) דיני הנזיקין**

* מדבר על ההגיון, הרציונאל. אלה מצדיקים הטלת אחריות בנזיקין.
* להבדיל מדינים אחרים, את דיני הנזיקין לא ניתן ללמוד ללא בסיס של מושגים, גישות ושיקולים שונים (דוגמאות: התנהגות סבירה, האם להכיר באחריות כלפי ניזוקים עקיפים). צדק מתקן – בד"כ בדיני הנזיקין פותרים סוגיות באמצעות הצדק המתקן (קיימות עוד גישות – צדק מחלק, ניתוח כלכלי וכו').
* מאפשר בחינה ביקורתית של המשפט – הבחנה בין מצוי לרצוי.

נעסוק בשלושה רעיונות נורמטיביים:

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

**שיעור 4 – 24/03/22**

**ע"א 10064/02 מגדל נ. אבו חנא**

**העובדות:** נהג פגע בתינוקת בת 5 חודשים.

**השאלה המשפטית:** כיצד יש לחשב את הפיצוי?

כאשר אדם נפגע הוא יכול כל מיני סוגי פיצוי. **בד"כ, הרכיב העיקרי בקביעת הפיצויים הינו בגין אובדן כושר השתכרות**.

כדי לקבוע את סכום הפיצויים יש לבחון לפי **"מבחן האלמלא"** – מה אותו אדם עשוי היה להרוויח אלמלא ניזוק מהעוולה? אולם, קיימת **בעייתיות** בקביעת פיצויים עבור אובדן כושר השתכרות, שכן המצב עשוי להשתנות. בפועל יכול להיות שהניזוק היה מרוויח יותר/פחות.

פס"ד זה מתאר **בעייתיות כפולה** מכיוון שמדובר בתינוקת שאין מספיק אינדיקציות המעידות על סכום השתכרותה, וכן מדובר בתינוקת מיישוב בו הנשים לרוב לא עובדות, ולכן יש ספק אם בכלל תעבוד בעתיד ותרוויח.

* **עד פסק הדין** – הנטייה הייתה לחשב את הפיצוי בחישוב סובייקטיבי של אובדן כושר השתכרות – מאפייני הניזוק, לאיזה מגדר הוא שייך וכו'. פס"ד זה יוצא דופן מבחינה גלובלית. הוא פורץ דרך.
* **אחרי פסק הדין –** בישראל, החישוב מבוצע לפי ממוצע השכר במשק. בארצות אחרות עדיין נקבע החישוב לפי אמת מידה סובייקטיבית.

**ננתח את פסק הדין לפי שלושת הרעיונות הנורמטיביים:**

**א. צדק מחלק/חלוקתי**

שאלות של חלוקת העוגה, ולא הגדלתה. אנו רוצים להגיע למצב שוויוני כמה שיותר, שחלקי העוגה ישאפו להיות זהים.

צדק מחלק הינו צדק אינסטרומנטלי. יש לו מטרה חברתית. הוא צריך לבטא צדק חברתי, צדק בין אנשים. לאו דווקא בין התובע לנתבע הספציפיים, אלא בין הקבוצות שאליהן משתייכים הניזוק והמזיק. רעיונו הוא שדיני הנזיקין הינם כלי לטיפול בחוסר צדק הקיים בחברה וכלי לצמצום פערים.

כיצד שיקולי הצדק החלוקתי באים לידי ביטוי באבו חנא?

השופט ריבלין אומר שמדובר בתינוקת ששייכת לקבוצה יותר חלשה בחברה.

**ריבלין** אומר שאם ישאיר לגבי התינוקת את הכלל שקובע חישוב לפי מבחן סובייקטיבי, זה מבטא **השלמה עם המצב העגום וקיבועו** – לנצח אותה אוכלוסייה, שבה נכללת התינוקת, תשתכר פחות. ריבלין אומר שכל אשר יקבעו, ביהמ"ש יביע בקביעתו עמדה מסוימת:

* אפשרות אחת היא השלמה עם המצב וקיבועו.
* אפשרות שנייה היא לאפשר לאותם אנשים להגיע למקום זהה של אנשים אחרים בנקודת פתיחה טובה יותר, וזאת מפני שהוא לא יודע בוודאות מה יקרה בעתיד. המצב עשוי להשתנות בעתיד.

הצדק המחלק בא לידי ביטוי בכך שריבלין קובע כי אותה תינוקת **עשויה להיות שונה מן המקום בו גדלה ולפרוץ דרך**.

**ב. צדק מתקן**

צדק מתקן הוא תיאוריה של זכויות. מתבוננים במערכת היחסים בין המזיק לניזוק, ובפגיעה בזכותו של הניזוק. מעבר לכך כל השיקולים האחרים אינם רלוונטיים (כגון שיקולי הנזק לחברה וכו').

צדק מתקן מתחקה אחר "אי צדק". קרה מקרה עוולתי, מישהו נפגע. כעת ישנם שני שלבים ברעיון זה:

שלב א': שלב המבנה

המבנה של אי הצדק שנגרם – הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס".

שלב ב': המהות (התוכן הנורמטיבי) של אי הצדק שנגרם

**ארניס וינריב** ממלא בתוכן את רעיון ה"פלוס" וה"מינוס". כאשר אנו פוגעים למישהו בזכות, משמע **פגענו ביכולתו של האדם לממש את מטרותיו** באמצעות הגוף שלו, הרכוש שלו ועוד. לאור זאת, המטרה היא להשיב את המצב לקדמותו.

לכל אחד ואחת החירות לעצב את חייהם ומטרותיהם באמצעות הגוף, הרכוש, ולצדה החובה שלא למנוע (להתערב) מאחרים לעצב ולממש את חייהם ומטרותיהם.

הדרך היחידה לצמצם את הפער בין ה"מינוס" ל"פלוס" תהא אך ורק על ידי פיצויו של הנתבע את התובע, השבת המצב השוויוני לקדמותו. **פגיעה בזכות גורמת לאי צדק ("מינוס" נורמטיבי) בין המזיק לניזוק, והתרופה המשפטית משיבה את הצדק על כנו.**

כיצד אבו חנא מדגים שיקולי צדק מתקן?

על פי התפיסה האריסטוטלית ניתן לטעון שאבו חנא לא מבטא צדק מתקן.

**ריבלין** אומר כי לפי תפיסת הצדק המתקן הוא לא יכול לקבוע, שכן הוא לא יודע במה היא הייתה עובדת בעתיד ולכן קובע לפי השכר הממוצע במשק. אם יקבע אחרת הוא ישלול ממנה את האפשרות שהייתה לה לעצב את חייה.

בעצם הפגיעה בתינוקת פגעה בזכותה לעצב את חייה ולהגשים את מטרותיה.

**ג. שיקולי יעילות/הגיון כלכלי של דיני נזיקין**

* יעילות – efficiency
* תועלת – utility
* רווחה - welfare

הביטוי מכיר בכך שהתועלת היא יותר מכסף. אנו רוצים למקסם את התועלת המצרפית, לגרום לכך שהעוגה תגדל.

לאנשי הגישה לא חשובה החלוקה השוויונית בחברה, בשונה מהצדק החלוקתי. גם הניזוק והמזיק המסוימים אינם מעניינים אותם, בשונה מהצדק המתקן. **מטרתם היא להפוך את העולם ליעיל יותר**.

**כלים להשאת הרווחה המצרפית:**

1. הרתעה – המשפט נועד להרתיע בצורה יעילה.
2. פיזור נזק – שיקולי נזק.

א. הרתעה – שיקולים של יעילות מלכתחילה (אקס-אנטה)

1. גישה נאיבית – מי שגרם לנזק יהיה חייב בפיצוי.
2. גישת "מונע הנזק הזול" – **קוז (Coase)** הציע פתרון אחר: אין זה חשוב מי גרם לנזק. **כעת אנו רוצים למקסם את הרווחה המצרפית**, להגיע לתוצאה יעילה. נעשה זאת באמצעות הטלת הנזק על "מונע הנזק הזול". אם אנשים ידעו שיש באפשרותם למנוע את הנזק בעלות זולה יותר, הם יעשו זאת. כך אנו נשיא את הרווחה המצרפית – **נטיל אחריות על האדם שיישא את הנזק הזול ביותר**.

דוגמא: קיימות שתי חלקות – אחת של תירס והשנייה של צאן. הצאן הרס את חלקת התירס.

נניח שהנזק לשדה הוא 200. עלות מניעת הנזק לבעל הצאן הינה 100, ולבעל שדה התירס הינה 60. לפי גישתו של קוז, נטיל את אחריות מניעת הנזק על בעל שדה התירס (במצב זה הוא יימנע מראש וייזהר. הוא עשוי לבנות גדר ובכך למנוע מלכתחילה את כניסת הצאן לחלקתו). אם העלות הייתה הפוכה, היינו מטילים את האחריות על בעל הצאן. זאת מפני שאנו מחשבים **מה יעיל יותר ולא מה צודק יותר**.

ב. פיזור נזק – שיקולים של יעילות בדיעבד (אקס-פוסט)

כאשר נגרם נזק, אנו נשאף שיהיה כמה שפחות כבד, כמה שפחות חמור. פיזור הנזק נועד למקסם יעילות לאחר שכבר התרחש הנזק.

* פיזור הנזק יתבצע על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד.

לדוגמא: אחריות מוחלטת על מוצרים פגומים. כאשר נטיל על יצרן אחריות מוחלטת הוא ישלם את המחיר אם ייצר מוצרים פגומים. במצב זה היצרן מייצר מוצר איכותי יותר וכתוצאה מכך הצרכן משלם עבורו יותר, הואיל ועלות הייצור שלו עולה בעקבות שיפור מוצרי הגלם. במצב זה אם ייגרם נזק למישהו, הרווחה המצרפית תקטן משום שעלות הנזק תוטל על אדם יחידני. לכן מראש הוא גובה יותר במעט מכל אדם יחיד, כדי שבמידה ויום אחד מישהו יינזק מהמוצר שלו, יהיה לו לשלם.

פיזור הנזק מתבטא כאשר מחלקים את "הפיצויים" שצריך לשלם בעקבות הנזק – בין קבוצה גדולה של אנשים. לדוגמא, חלוקת מיליון בין מיליון אנשים וכל אחד משלם שקל. דוגמה נוספת, חברת ביטוח, כאשר הרבה אנשים משלמים לחברת הביטוח ובסופו של דבר כשמישהו ניזוק – הביטוח משלם לו מכספי אנשים אחרים שלא ניזוקים.

* קיימת בשיקול זה הכוונת התנהגות ותכנון כלל משפטי – שלא יעמיס את האחריות על אחד.

כיצד **אבו חנא** מדגים שיקולי יעילות/היגיון כלכלי?

* **הרתעה** – **ריבלין** אומר כי בהנחה שאנו רוצים להטיל סטנדרט זהירות, אנו רוצים שאנשים ייזהרו במידה שווה, אנו חייבים לקחת בחשבון כי אדם רציונאלי יעדיף להיות חשוף לסיכון קטן יותר. כדי ליצור הרתעה אופטימלית יש להטיל פיצוי זהה עבור מקרים מסוג זה. צריך לייצר סטנדרט זהירות זהה. (דוגמת הנהגים)
* **פיזור נזק** – ישנה בעיה – סבסוד צולב. כולם משלמים לחברת הביטוח פרמיה זהה. ההנחה שמגיע לתינוקת ענייה פיצוי פחות תגרום לכך שהיא תממן את התינוקת העשירה.

**שיעור 5 – 29/03/22**

**מטרד יחיד**

**ס' 44א לפקנ"ז: "**מטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו, או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפושים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם."

התנאים לקיום מטרד:

1. הפרעה של ממש – הפרעה ממשית
2. לשימוש סביר – ההפרעה מונעת ממני להשתמש באופן סביר בנכס מסוים (סעיפים א' ו-ב' הם הסעיפים המרכזיים)
3. הנאה סבירה
4. פגיעה ממשית
5. בהתחשב עם מקומם וטיבם – תלוי באיזה אזור גר האדם המתלונן. למשל, אם הוא גר באזור תעשייה אין הוא יכול להתלונן על רעש מצד מפעלי התעשייה כמו אדם שגר באזור שאינו תעשייה.

**זהות המטרד וזהות המוטרד**

האם יוצר המטרד חייב להיות בעל הבעלות בגורם המטרד? "כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפושים בידו" – לא חייב להיות בעל הבעלות, הוא יכול להיות אבל לא חייב.

האם המוטרד הוא בהכרח בעל המקרקעין? לא. לפי הסעיף עצמו היה קושי. הרי נאמר "לשימוש סביר במקרקעים של אדם אחר..." על פניו לפי הכלל המשפטי חייב שרק בעלי המקרקעין יגיש את התביעה. אולם, בפועל ביהמ"ש פירש את הסעיף באופן רחב יותר (**בעניין צוצרקסזי נ' סנדלר**), על בסיס שני שיקולים:

1. מתבסס על הדין האנגלי. למשל שוכר יכול לטעון שיש מטרד כלפיו, למרות שהוא לא הבעלים.
2. ס' 46 העוסק בשאלה האם יכולה להיות הגנה למי שמבצע מטרד. אומר במילים אחרות "אני הייתי כאן קודם" – "מי שתפש או רכש את המקרקעין" הגנה מולו לא יכולה לעמוד מול המוטרד. המוטרד מוגדר כמישהו בעל חזקה במקרקעין.

**סוג העוולה וסוג הסעד**

בדרך כלל התנהגות עוולתית מזוהה כנקודה על ציר הזמן. מטרד הינו עוולה מתמשכת. כלומר ציר הזמן הוא מתמשך ולא נקודתי. ההפרעה מתמשכת ולא פוסקת.

כיצד סוג העוולה משפיע על הסעד? בהנחה שאנו רוצים להפסיק הפרעה מתמשכת, למשל רעש בלתי פוסק שמפריע לאדם לתפקד, פיצוי בלבד לא יעזור. מוכרח להתאים את הסעד לעוולה. דומה מאוד לצדק מתקן – סוג העוולה הינו מתמשך, וצדק מתקן אומר שיש להתאים את הסעד לסוג העוולה. מכאן שנראה כי הסעד היחידי שעשוי להינתן ולפצות על העוולה שקרתה הינו **צו מניעה.** עם זאת, ניתן לתבוע **גם** **פיצוי** בהוכחת נזק (סיפא של ס' 44א לפקנ"ז).

**פס"ד אתא נ' שוורץ**

**העובדות**: המשיב, בעל בית, התלונן כי המפעל שברשותה של המערערת מייצר מטרד של רעש.

**השאלה המשפטית**: הוכח באופן עובדתי שיש רעש ממשי שמפריע לשימוש סביר. השאלה נוגעת לסעד – האם צטו המניעה שניתן צודק? הרי צו המניעה לא פוגע רק בבעלת המפעל, אלא מדובר גם בהפסקת עבודת המפעל – איכות המוצרים תפגע, עובדים רבים יהפכו למובטלים ועוד. מדובר במפעל שהוא מוסד הכרחי. **האם הסעד הראוי הוא צו מניעה, או פיצויים?**

**הליך משפטי** **(שמגר)**:

הסעיף המרכזי שנדון בפס"ד ומהווה סלע המחלוקת – ס' 74 לפקנ"ז:

"ביהמ"ש לא יתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים". בסעיף זה הכלל הוא צו המניעה, אך החריג הוא פיצוי. בהתקיים התנאים המפורטים יינתן פיצוי.

**התנאים:**

1. הפגיעה שנגרמה למשיב היא קטנה
2. הפגיעה האמורה ניתנת להערכה
3. הפגיעה האמורה ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום כסף
4. מתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע

**האם השלכות חברתיות/צורך ציבורי רלוונטיים בהקשר לס' 74 לפי שמגר?**

שמגר סבור שיש להתחשב בהשלכות. אולם בפס"ד זה הפגיעה איננה קטנה (תנאי א' לא מתקיים), ופיצוי לא מספיק מבחינה מהותית לפגיעה (תנאי ג' אינו מתקיים).

שמגר בוחן את הסעיף וטוען ששני התנאים לעיל לא מתקיימים. שמגר מודע לבחינה הכלכלית, אולם הוא אומר שהפגיעה בזכות הינה מרכז הכובד בהכרעה בדיני הנזיקין, ועל כן הוא מחליט לדחות את הערעור ולהשאיר את צו המניעה.

**היכן נמקם את החלטת השופט שמגר באתא נ' שוורץ על המנעד הזה?**

פגיעה בזכות בעל מקרקעין השלכות למפעל השלכות חברתיות

שמגר טוען **שהפגיעה בזכות היא מרכז הכובד.**

**איפה השופט שמגר אכן מזכיר את השיקולים הכלכליים?**

הוא מכריע בנוסף על סמך היגיון כלכלי. לדעתו פסק הדין מאפשר לקיים רעיון כלכלי ולתמרץ את המפעל הבא לנקוט מלכתחילה אמצעי זהירות. לנסות למנוע מלכתחילה את הרעש. יש כאן איזשהו אלמנט חברתי, אולם מדובר בשיקול כלכלי (אבל בעיקר משרת את האלמנט החברתי המובע בפס"ד).

שמגר בסופו של דבר מכריע באמצעות הצדק המתקן.

שמגר בסוף פס"ד רומז "רמז לעותרים" בהפנותו לפקודת הקרקעות

ס' 74 יכול היה לאפשר סעד של פיצויים, אך הוא לא כי התנאים לא מתקיימים. שמגר מבין שיש פגיעה חמורה. הוא אומר שאם יש צורך ציבורי במופעל, שהדירה תופקע לפי ס' 3 לפקודת הקרקעות. אם נורא מפריע למדינה, שתרכוש את המקרקעין של שוורץ.

המפעל ער לכך ואכן עושים זאת:

**בג"ץ שוורץ נ' שר האוצר**

המפעל אתא פנה לשר האוצר להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות. פנייתו מתארת את הקושי להביא את המחלוקת לסיומה.

לא הרבה זמן לאחר קביעת פסה"ד, המפעל מבין שיש צורך בהפקעת המקרקעין של שוורץ.

שווי המקרקעין ידוע, ושוורץ ביקש יותר מפי שניים מערכם כדי למעשה להימנע מצו המניעה. הוא ביקש ממפעל אתא לפצותו בסכום גבוה מאוד. למה שהמפעל לא ישלם לשוורץ וכך העניין יסתיים? משום שאם ייתן את הפיצוי הזה, בעל מקרקעים נוסף יבקש פיצוי שכזה **והדבר לא ייפסק.**

אתא פונה לפקודת הקרקעות, **ס' 22:** **(ס' 22א)** המפעל יכול לפנות לשר האוצר בבקשה לרכוש בשמו את המקרקעין. בין היתר, **(ס' 22ב)** אם שר האוצר סבר (בהתקיים תנאים מסוימים) שרכישת הקרקע של אותו אדם ושל שימושו עשויה להיות מועילה לציבור, הוא רשאי לרכוש אותה לצורך ציבורי.

המשמעות: הפקעת בעלות כנגד תשלום שווי. ההפקעה הינה תמורת פיצוי לפי שווי. בעצם צו המניעה "התגלגל" לפיצויים בשווי השוק.

בלב העתירה, התנהגות העותר אשר מתעקש על פיצוי בשיעור של למעלה מכפל עלות הנכס הובילה לדחיית העתירה.

**בעקבות הפרשה:**

* השיקולים שביהמ"ש דחה אותם מקודם וראה בהם משניים לשיקול של הפגיעה בזכות עוברים לקדמת הבמה כשהמדינה הופכת לשחקן מרכזי.
* פס"ד זה של שמגר בהליך הערעור האזרחי מתמקד בשיקולי צדק מתקן, ויחד עם זאת נותן לראושנה מקום מרכזי לניתוח הכלכלי של המשפט. בעצם שמגר דחה בפסק דינו את השיקולים הכלכליים, אבל נתן להם במה מרכזית שלא נתנו להם מקודם.
* למעשה, שוורץ נחשב לגיבור. המפעל כנראה עשה רעש נוראי, אבל אף אחד לא רצה להיות הראשון שיגיש את התביעה. אותו אדם מבוגר החליט שזה בלתי אפשרי והחליט לעשות מעשה. מתאר את מאחורי הקלעים של הסיפור (מצוי במאמר "הסיפור של אתא נ' שוורץ").

**שיעור 6 – 31/03/22**

**רשלנות**

**יסודות עוולת הרשלנות – התרשלות (ס' 35 לפקנ"ז)**

1. קיומה של חובת זהירות

2. התרשלות (התנהגות רשלנית)

3. גרימת נזק (הוכחת נזק + הוכחת קש"ס בין ההתנהגות לבין הנזק

* התרשלות מהווה את היסוד ההתנהגותי לרשלנות, המהווה את העוולה עצמה על כל יסודותיה.

**יסוד התרשלות**

כיצד ס' 35 מגדיר התנהגות שניתן לתאר אותה כרשלנית? מה צריך להוכיח כדי לטעון שאדם התנהג מולי ברשלנות? צריך להוכיח שהוא התנהג בצורה לא סבירה.

מה הכוונה בסביר? הנורמה החברתית, כאשר סטייה ממנה מהווה חוסר סבירות.

* בחינה אובייקטיבית – מה האדם הסביר, הרופאה הסבירה, הנהג הסביר היו עושים? בחינה לפי אמת מידה חברתית.
* בחינה סובייקטיבית – מתחשבים בנסיבות הסובייקטיביות של המקרה (פס"ד חמד, ברק: "סובייקטיבזציה של המבחן האובייקטיבי"). כלומר להקשר יש השפעה על המסקנה אם התנהגות סבירה.

המועד הקובע שבו נקבע אם התנהגות הייתה סבירה הינו לפי מועד האירוע המזיק. אנו לא נוכל להאשים אדם שהתנהגותו הייתה לא סבירה, אם במועד קרות הנזק ההתנהגות הייתה נחשבת לסבירה.

**פולר נ' בית החולים "העמק" – מצופה מרופאים לנהוג לפי הפרקטיקה הנוהגת בתקופת האירוע**

**העובדות:** אם סוכרתית. האם בהריון. במהלך הלידה הלידה מסתבכת והתינוק נולד ללא סימני חיים. מתפרסמים במקביל בעיתונים שישנה פרקטיקה חדשה שניתן להשתמש בה ושהיא יעילה יותר. בביה"ח לא השתמשו בפרקטיקה זו והתינוק הונשם ונותר עם נזק משמעותי.

**שאלה משפטית:** בנסיבות רפואיות כאלה, יש ספרות מקצועית לפיה יש לבצע ניטור תכוף יותר. האם רופא שנוהג על פי הפרקטיקה הנוהגת ולא על פי הספרות הרפואית העדכנית יותר מתנהגת שלא בסבירות?

בפולר נאמר שצריך להוכיח שהטכניקה הזו נקלטה.

**הליך משפטי (דנציגר):** מה **שמצופה מרופאים זה לנהוג לפי הפרקטיקה שנוהגת בתקופת האירוע,** ולא לפי מאמרים שלא בהכרח השיטות המתוארות שם הוכנסו לפרקטיקה. התנהגות הצוות הרפואי הייתה סבירה, לא התרשלו.

**טיעון תומך בהחלטה:** לא בטוח יעיל שרופאים יקראו את כל מה שנחתם. צריך לייעל את הזמן שעשוי להתבזבז על התעדכנות בפרקטיקות חדשות.

**טיעון מתנגד:** בעייתי מבחינת תמריצים – אם לא נחייב רופאים להתעדכן ברפואה המתקדמת, הם לא יעשו זאת.

בסופו של דבר, כשנגיע למקום היעיל, לאמץ את הפרקטיקה המדוברת, עלות יישום הפרקטיקה לא תהיה כל כך גבוהה ויכול להיות שזה ייכנס בצורה טבעית.

**שטרן נ' שיבא – סטייה מסטנדרט גבוה שקיבל על עצמו ביה"ח**

**העובדות:** מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי במקום לידה וגינאלית. לא בוצע ניתוח קיסרי ועל כן טוענים לרשלנות.

**שאלה משפטית:** לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות, אך הסטנדרט של בית החולים שיבא היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו משלא נקטו על פי הסטנדרט הגבוה יותר הנהוג בביה"ח?

**הליך משפטי:** בשיבא הפרקטיקה הנהוגה היא לקיים ניתוח קיסרי במצב שכזה, אולם בכלל בתי החולים נהגו בפרקטיקה שבה במצב לידה שכזה יש לבצע לידה וגינאלית. אנו לא מצפים מהרופאים בשיבא לפעול מעל הסטנדרט. **אולם הם כבר מתנהגים לפי פרקטיקה חדשנית ולכן הם גם ככה אמורים לפעול על פיה, ולא מדובר במעמסה.** הם כבר עברו את ההכשרה ואמורים לדעת מה לעשות במצב שכזה.

**טיעון תומך:**

* לעיתים, יש הליכים שאנשים מתכננים מראש. כלומר עשוי לקרות שבמקרה זה היולדת הסתמכה שביה"ח מתקדם ועל כן בחרה ללדת בשיבא.
* אנו רוצים לעודד פרקטיקה חדשנית. אם נזכה את ביה"ח אנו לא נעודד את הטכנולוגיה, הפרקטיקה החדשה.

**ביקורת:**

* עשויה להיווצר "רפואה מתגוננת". אנו לא רוצים שרופאים יחששו לפני החלטה רפואית שהם מקבלים.

האם עלינו להגדיר מהי "התנהגות סבירה" תוך שאנו חושבים גם על כמה הסטנדרט ההתנהגותי שיקבע עשוי להכביד על המזיק?

* צדק מתקן – בצדק מתקן מספיק שנפגעה זכות וקרה נזק. אנו רוצים, לפי גישה זו, להשיב את המצב לקדמותו. לכן לא חשוב כמה קשה למזיק, הוא צריך להתנהג בצורה סבירה. משלא פעל בצורה סבירה, עליו לפצות את הניזוק, לתקן את אשר גרם.
* צדק מחלק – בצדק מחלק לא מתייחסים למזיק ולניזוק הספציפיים, אלא לקבוצות השונות שאליהן הם משתייכים. אנו רוצים להשיג צדק חברתי וצמצם את הפערים בין הקבוצות, לכן לא חשוב לנו שהנזק עשוי להכביד על המזיק.
* בראייה כלכלית – רלוונטי. זאת מפני שאנו רוצים שההחלטה שלנו תהיה החלטה יעילה, שתהיה יעילה להמשך. אם לא נצמצם בעלויות, גם בעלויות של מניעת נזק, אנו גורמים לכך ש"העוגה" המצרפית תקטן ותפגע. אנו רוצים לצמצם את העלויות ולכן חשוב לנו שהדבר לא יכביד על המזיק.

**ראייה כלכלית – נוסחת הנד**

מתי אדם מתרשל בראייה כלכלית? PL B

B- עלות המניעה של הנזק.

L- הנזק.

P- הסיכוי להתממשות הנזק.

PL- קרוי "תוחלת הנזק". הנזק כפול הסיכוי להתממשות הנזק.

כאשר תוחלת הנזק גבוהה מעלות מניעת הנזק, אנו נרצה למנוע את הנזק שעשוי להיגרם, ולהפך. אנו לא נרצה למנוע את הנזק אם עלות מניעתו גבוהה מתוחלת הנזק. בעצם, נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.

דוגמא א':

במפעל הפולט חומרים בזמן הפעילות עשויה להיות דליפה. דליפה כזו עשויה לגרום לנזק של 100 לשכן. ההסתברות להתרחשות דליפה היא 30%. עלות התקנת הפילטר שימנע את הדליפה היא 20.

לא הותקן פילטר והנזק התממש. האם המפעל התרשל?

הנזק (30) גדול מעלות המניעה (20) ועל כן המפעל התרשל. הוא היה צריך למנוע את הנזק.

דוגמא ב':

דוגמא זהה, כאשר כעת הנזק שנגרם לשכן הינה 50.במקרה זה, תוחלת הנזק היא 15 (50 כפול 30), ועלות המניעה היא 20.במצב זה עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק ולכן המפעל לא התרשל כי פעל בצורה יעילה.

**אימוץ נוסחת הנד**

הריסטמייטמנט האמריקאי, בתי משפט בארה"ב. בתי משפט בישראל. ככלל, הנוסחה אומצה בעולם אך לצד מטרות ושיקולים נוספים.

* פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש
* פס"ד גרובנר נ' עיריית חיפה
* פס"ד ולעס נ' אגד

**פס"ד ועקנין – תוחלת נזק גבוהה מעלות מניעתו**

**העובדות:** נער קופץ קפיצת ראש לבריכה שבה המים היו רדודים. נפצע ונהיה נכה.

**הליך משפטי (ברק):** מבחינה אובייקטיבית, אנו לא מצפים שיהיה מציל בכל מקום. אולם, ברק טוען שעלות הצבת השלט ועלות הפיקוח נמוכה ביחס לתוחלת הנזק. בעצם הם לא פעלו באמצעים סבירים על מנת למנוע את הנזק.

**פס"ד גרובנר נ' עיריית חיפה – תוחלת הנזק נמוכה מעלות מניעתו**

**העובדות:** אישה מבוגרת בת 66 הולכת בפארק ציבורי, ופוגעים בה אופניים. היו שלטי אזהרה אך לא הייתה אכיפה.

**השאלה המשפטית:** האם העירייה התרשלה בכך שלא דאגה לאכיפה?

**הליך משפטי (שמגר):** יש זיקה הכרחית בין אופליה של הסכנה (נזק שיכול להתממש), לבין אופיים של האמצעים הננקטים (עלויות המניעה). שמגר טוען כי יכול להיות שהנזק היה נמנע אילו היה פקחים. אין לדעת. אולם, "כיס" הרשות הציבורית אינו "כיס" בלתי מוגבל. שמגר, לפי נוסחת הנד ושיקולי יעילות, דוחה על הסף את התביעה. הוא בעצם טוען שלא סביר להטיל את אחריות הנזק על העירייה.

ההיגיון ששמגר משתמש בו הוא הוא כלכלי, **בניגוד** **לפס"ד אתא נ' שוורץ**.

איך ניתן ליישב את העמדה של שמגר בפס"ד אתא נ' שוורץ? הרי שם הוא שלל את ההכרעה על דרך הגישה הכלכלית. הוא טען שמרכז הכובד בדיני נזיקין הוא הנזק שנגרם לניזוק. אולם, בפס"ד גרובנר הוא מדבר בשפה כלכלית. הוא בכלל לא מדבר על פגיעה, הוא טוען שלא ניתן להציב גורמים שיאכפו את השלטים משום שזה לא יעיל כלכלית.

מה שחשוב הוא מה שסביר בנסיבות העניין – בפס"ד זה הדבר שחשוב היה לעשות הוא להפעיל שיקולים כלכליים. האם לעירייה יעיל לאכוף זאת.

גרובנר התרחש לפני פס"ד אתא. איך ניתן להסביר את הפער הזה? הציפייה היא האדם הסביר. כשדיברנו על מטרדים, **בפס"ד אתא,** דיברנו על נסיבות אחרות. המחוקק נתן לנו כלי להתמודד עם הסיטואציה. מאחר שהכלים היו מוגבלים מאוד, השופט פסק בהתאם אליהם (ס' 74). **בפס"ד גרובנר** המחוקק מדבר במונחים של סבירות ולכן בעצם רומז לשופט להתערב בהתאם לנסיבות (משום שמדובר במונח רחב) – השופט חייב להפעיל את שיקול דעתו ולהתייחס לשיקולים השונים. סבירות הינה עניין נורמטיבי ולכן המחוקק קורא לשופט לפתח את הכלים החסרים בעצמו.

* הנזק בפני עצמו לא בהכרח ייתן לנו לזכות בתביעה. אם לא הצלחנו להוכיח התרשלות, התביעה אינה יכולה להתקבל, גם אם נגרם נזק עוצמתי.

**שיעור 7 – 05/04/22**

**ולעס נ' אגד – נוסחת הנד מורחבת**

**העובדות:** ולעס הותקף על ידי בריונים כשהוא ממתין לאוטובוס בתחנה המרכזית. הוא תובע את אגד על כך שלא העמידה פקחים בתחנה מרכזית.

**השאלה המשפטית:** האם אגד התרשלה כאשר לא הציבה פקחים בתחנה?

**הליך משפטי (ריבלין):** "הוצאות המניעה של אגד נראות לכאורה קטנות מתוחלת הנזק הצפוי אם מביאים בחשבון את העובדה שאגד נדרשת ממילא, לפי תנאי רישיון העסק, לקיים סידורי שמירה ואבטחה, וכן את העובדה כשהסדרים אלה באים למנוע גם נזק לרכושה היא." – אגד בכל מקרה מוכרחה, בשל תנאי הרישיון שלה, להציב פקח. היא צריכה לשמור על האוטובוסים שלה. אם ניקח ברצינות את הניתוח הכלכלי, יש לחשוב על כלל העלויות, גם על עלויות המזיק, וזאת משום שאנו רוצים שיתנהג בצורה יעילה. אנו רוצים שהמזיק יחשוב גם על תוחלת הנזק שלו.

בעצם ריבלין מאמץ את הניתוח של קוטר ופורת וקובע כי יש להוסיף לניתוח הכלכלי את עלות הסיכון העצמי.

בעצם, נוצרת נוסחה חדשה – פיתוח נוסחת הנד:

* אם **סך תוחלת הנזק של הניזוק והמזיק** גדול ממניעת הנזק, אנו נעדיף שהנזק יימנע.
* אם **סך תוחלת הנזק של הניזוק והמזיק** קטן ממניעת הנזק, אנו נעדיף שהנזק ייגרם.

**האם הפרת דבר חקיקה היא אינדיקציה להתנהגות לא סבירה?**

**לרנר נ' מדינת ישראל – לא די להוכיח התרשלות רק על סמך הפרת הוראות**

**העובדות:** נהג רכב שירה באוויר בעקבות אבן שנזרקה לעברו. חיילים שהיו בסביבה חשדו ברכב מאחר שהדבר התרחש בימי האינתיפאדה הראשונה, ולכן ירו לכיוון הרכב על מנת לעצור אותו. הנהג נפצע בעקבות הירי.

**השאלה המשפטית:** האם החיילים התרשלו בכך שהפרו את הוראות הפתיחה באש?

**הליך משפטי (מצא):** החיילים התנהגו באופן סביר, למרות שהפרו הוראות פתיחה באש. הפרת ההוראות יכולה להוות אינדיקציה להתרשלות, אולם **מטרת ההוראות הינה להגדיר את סטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר**. במקרה זה, למרות שהחיילים הפרו את ההוראה ולא היה ספק על כך, אין זה רלוונטי לעניין הנזיקין. זאת משום שבנזיקין אנו בוחנים האם הפעולה של החיילים בנסיבות העניין הייתה סבירה. ביהמ"ש מחליט כי בנסיבות העניין, החיילים התנהגו בגדר הסבירות.

**נוסחת הנד – הרתעה ביתר והרתעה בחסר**

* סטנדרט הזהירות נקבע בהתאם לתוחלת הנזק (PxL)

סטנדרט הזהירות הינו תוחלת הנזק. אנו רוצים שהסטנדרט של אנשים ייעשה בהתאם לתוחלת הנזק.

טעויות לגבי חישוב הסיכוי להתרחשות הנזק או לגבי חישוב הנזק עשויות לגרום לטעויות בסטנדרט הזהירות. אם קיימת טעות שיפוטית או של המזיקים הפוטנציאלים לגבי תוחלת הנזק, אדם עלול להיזהר בהתאם לטעות.

לדוג', אם אני חושב שהנזק הרבה יותר קטן ממה שהוא באמת, כך גם תוחלת הנזק תהיה קטנה בעיניי. מכאן, שאני לא אשקיע כדי למנוע את הנזק כי מבחינתי הוא הנזק שעשוי להיגרם בעל עלות נמוכה.

דוגמא לטעות של מזיקים פוטנציאלים: דוגמת הנהגים (דומה לפס"ד **אבו חנא**). נניח שאני חברת שליחויות ולשליחים יש שתי דרכים אופציונאליות לעבור דרכן – שכונה ענייה ושכונה עשירה. יש סיכוי שתגרם תאונה. חברת השליחויות תטען שאם תשלח את השליחים דרך שכונה עשירה והם יעשו תאונה ויפגעו באדם, היא תצטרך לפצות יותר. לכן היא תחשוב שעדיף לה לשלוח את השליחים דרך השכונה הענייה, משום שאם ייגרם נזק לאדם בשכונה ענייה, הפיצוי יהיה פחות. **אמנם זו טעות בחישוב תוחלת הנזק של חברת השליחויות!**

תמיד צריך להיזהר באותה מידה, לא משנה מול מי אנו עומדים. בפועל, ישנה בעיה – חוסר יישור קו בין המשפט לבין חישוב תוחלת הנזק שאנשים עושים לעצמם (כדוגמת הנהגים). **בסופו של דבר, אנו כבני אדם יכולים ליישם את סטנדרט הזהירות בצורה שונה.**

* הרתעה בחסר – מקרה חמור מאוד. מקרה שבו אדם לא רואה את תוחלת הנזק האמיתית, אלא רואה אותו נמוך יותר. מכאן שאדם לא ישקיע כדי למנוע את הנזק והנזק שייגרם יהיה חמור ויקר יותר – נוצר מצב שאנשים מתנהגים בצורה רשלנית ולא נתפסים כי הערכת הנזק הייתה שגויה.
* הרתעה ביתר – מקרה בו אדם חושב שתוחלת הנזק גבוהה, אמנם היא לא באמת גבוהה. במצב זה הוא בוחר להשקיע במניעת הנזק והדבר עולה לו יותר – כלומר אותו אדם לא פועל באופן יעיל. (הרתעה בחסר חמורה יותר מהרתעה ביתר).

**אתגרים של כימות**

* כיצד מכמתים עלות מניעה? למשל, אדם שיכול לנסוע לאט יותר. רופאים שיכולים לעשות את ההליך מדויק יותר. לדבר יש עלות, אולם איך ניתן לכמת אותה?
* כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק (הסתברות)?
* איך נשתמש ברעיון של נוסחת הנד לאור האתגרים הללו?

אנו רואים שהעולם פחות וודאי. קשה לכמת את העלות המדויקת.

פתרונות אפשריים:

* קירוב
* אי שוויון – אין צורך לאימוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים PL (תוחלת נזק) B (עלות המניעה).

נוסחת הנד לבדה איננה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה.

**ריצ'רד פוזנר ו"מונע הנזק הזול"**

יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק.

דוגמא:

שתי חלקות סמוכות. באחת מישהו מגדל תירס, ובשני צאן. מדי פעם הצאן עובר מחלקתו לשדה התירס ופוגע ביבול.

נניח שמתקיימים הנתונים הבאים: תוחלת הנזק לשדה התירס הוא 10, למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק, לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק.

**על מי נרצה להטיל את אחריות הנזק?** במקרה זה, נרצה להטיל את אחריות הנזק על מגדל התירס, משום שעלות מניעת הנזק עבורו נמוכה יותר משל בעל הצאן.

בעיות עם מודל "מונע הנזק הזול"

1. אי וודאות – לא תמיד ידוע מי מונע הנזק הזול.
2. עלויות אדמיניסטרציה – עלות גבוהה על בירור מיהו מונע הנזק הזול.

**הפתרון שהוצע בספרות: "שוקל הנזק הטוב ביותר"**

במקום לחפש את מונע הנזק הזול, כל שעל ביהמ"ש לעשות הוא להחליט מיהו הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לערוך בעצמו ניתוח עלות-תועלת ולשקול אם וכיצד למנוע את הנזק, ושיש ביכולתו לפעול בהתאם. לדוג', בנקים. אנו יודעים שלבנקים יש את האפשרות לחשב בעצמם מצבים בעייתיים. יש להם את המידע. די בכך שאנו נגדיר את הבנק כ"שוקל הנזק הטוב ביותר" משום שיש לו מספיק כוח ומידע, ובכך להטיל עליו את האחריות.

* בפועל, רעיון זה לא התקבל בפסיקה!!!
* **תרגיל:** לקראת סוף היום, דני, טבח מקוצעי, החליט לצאת לחצי שעה לתנומה קלה במכוניתו שבחניון המסעדה. היות שאחרוני הסועדים סיימו לסעוד, עובדי המטבח החלו לארגן את שולחנות המסעדה ליום המחרת, והמטבח נותר ללא השגחה.

בצק הקינוחים שנשאר בטעות בתנור הדולק החל להישרף. במזל גדול לא נגרם נזק.

תקנות הבטיחות במקומות ציבוריים קובעות כי אין להשאיר מכשירי חשמל דולקים ללא השגחה.

**מה האמירות הבאות נכון?**

1. דני הפר את תקנות הבטיחות בעבודה וזו אינדיקציה להתרשלותו
2. מדובר על התרשלות, המצריכה הוכחת גרימת נזק, ולא די בהוכחת התנהגות לא סבירה. היות שלא נגרם נזק, דני לא התרשל.
3. דני התרשל אף על פי שלא נגרם נזק.
4. אף תשובה אינה נכונה.

* **תשובה של מיטל:**

1. **נכון.** זאת מפני שהוא אכן הפר את ההוראות. הפרת הוראות החוק מהוות אינדיקציה להתרשלות (**פס"ד לרנר**).
2. **לא נכון.** מדובר על התרשלות משום שדני התנהג בצורה לא סבירה בכך שהפר את הוראות החוק. אולם, התרשלות לא מצריכה הוכחת נזק, אלא עוולת הרשלנות. התרשלות הינה אחד מהרכיבים להוכחת רשלנות, היא מהווה את היסוד ההתנהגותי ולכן אין קשה בינה לבין הוכחת גרימת הנזק.
3. **נכון.** הוא אכן התרשל מאחר שהפר את הוראות החוק, ואין שום קשר לגרימת נזק או לא.
4. **לא נכון** כמובן.

**שיעור 8 – 07/04/22**

**יסודות עוולת הרשלנות: קיומה של חובת זהירות**

**Donoghue v. Stevenson**

**העובדות:** גברת דוניו הלכה עם חברתה לשתות בירה ג'ינג'ר עם גלידה מעל. הן שותות. דניו מסיימת את הבירה, ומגלה לבסוף חילזון בתוך הכוס. היא חוטפת בחילה וכאבי בטן ולכן תובעת את סטיבנסון. סטיבנסון לא היה בעל המסעדה, אלא יצרן הבירה (החילזון היה בתוך הבקבוק).

**הליך משפטי:** קיימת חובת זהירות כנגד גברת דוניו. מדובר בפס"ד פורץ דרך משום שהיינו חושבים שצריך לתבוע את בעל המסעדה משום שביניהם יש קשר, המסעדה היא זו שהגישה את הבירה.

**ס' 35 לפקנ"ז**: "...ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג,..."

**ס' 36** (חובה כלפי כל אדם): החובה האמורה בס' 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם...

**לורד אטקין:** יש את סיפור השומרוני הטוב שעל פיו יש כלל – תאהב את החבר שלך. במשפט, מתרגם המשפט לרעיון "אל תפגע בשכן שלך". אנו על פניו, צריכים לא לפגוע באנשים. אולם, מי זה השכן? **השופט אומר שהשכן במשפט הוא אדם מספיק קרוב כדי שתצטרכו לקחת אותו בחשבון,** מספיק קרוב כדי שיהיה מושפע מההתנהגות שלכם. **רק כלפי אדם כזה תהיה למזיק חובת זהירות.**

**התפתחות חובת הזהירות בארץ**

**פס"ד גורדון נ' עיריית ירושלים**

**העובדות:** גורדון מכר את רכבו לאחר. מקבל על הרכב קנסות, למרות שדיווח על המכירה והודיע על הטעות. הוא הפסיק לשלם את הקנסות ובסופו של עניין נעצר.

**השאלה המשפטית:** האם אפשר לתבוע את העירייה בעוולת הרשלנות?

* **ס' 60 לפקנ"ז**: "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל – למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת – נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך"

ס' 60 דורש זדון. האם העירייה התנהגה בזדון (בכוונה)? יכול להיות שהתרשלה, אולם האם זה נכנס לס' 60? לא ניתן לומר שהיא התנהגה בזדון. אם כך, איך גורדון מקבל סעד?

**הליך משפטי (ברק):** האם אפשר לומר שלעירייה יש חובה, שאותה הפרה? מכאן, שחובת זהירות היא מעין "מסננת". הוא טוען שיש חובת זהירות לעירייה, אשר הופרה. מכאן שהעירייה התרשלה. **הקריטריון ל"יחסי שכנות" או "קרבה" הוא מבחן הצפיות** – לפיו ייקבע אם חלה חובת זהירות.

**ס' 36 לפקנ"ז:** "החובה האמורה בס' 35 מוטלת כלפי **כל אדם** וכלפי כל בעל נכס, כל אימת **שאדם סביר היה צריך באותן נסיבות לראות מראש** שהם עלולים להיפגע במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף" – ניתן לראות שברק מסיק את דבריו ממש לפי ס' 36.

* יכולים להיות מצבים שבהם התקיים יסוד ההתרשלות, אולם רכיב חובת הזהירות מסנן זאת והמעשה לא ייחשב רשלני.

**שני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות**

1. חובת זהירות מושגית/צפיות נורמטיבית – האם המזיק היה צריך לצפות את אירוע הנזק והניזוק (חובת זהירות בין סוג המזיקים לניזוקים, בהתחשב באירוע הנזק). הדבר תלוי ב"מה ראוי להיות", בשיקולי מדיניות, האם ראוי היה שאנשים בנסיבות אלה, בהתחשב בסוג הנזק, צריכים לצפות את הנזק הפוטנציאלי.
2. חובת זהירות קונקרטית/צפיות טכנית – בוחנת האם המזיק יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

**צפיות נורמטיבית/חובת זהירות מושגית**

השאלה האם היה צריך למנוע את הנזק, מכניסה לגדרה של חובת הזהירות **שיקולי מדיניות. לדוג':**

1. שיקולי הרתעה – לא רוצים להגיע למצב של הרתעה ביתר שתפגע בפרט.
2. עלויות מנהליות כתוצאה מהגשת תביעות סרק – אם נאפשר לאנשים להגיש תביעות על כל דבר, למשל שכל הורה יוכל להגיש תביעה כנגד מורה בטיול שנתי שבו הילד שלו ניזוק, אנו פותחים מדרון חלקלק.
3. דחייה על הסף, כשרואים מהנתונים שאין התרשלות (נדיר). מה שנאמר **בפס"ד לוי:**

**פס"ד מדינת ישראל נ' לוי**

**העובדות:** לוי נהרג בתאונה. הנהג שפגע במנוח לא החליף את חברת הביטוח. העיזבון תובע את חברת הביטוח, וזו פשטה רגל. היא תובעת את המפקח משום שלא התריע שחברת הביטוח פשטה רגל וכעת אין להם איך להיפרע, כספי הביטוח אבדו.

**השאלה המשפטית**: האם יש חובת זהירות של המפקח על הביטוח כלפי לוי? האם המפקח יכול היה לצפות את אירוע הנזק הזה? יש חובת זהירות קונקרטית, אך השאלה היא האם יש חובת זהירות מושגית (צפיות נורמטיבית)?

**הליך משפטי (שמגר):** מתי מתקיימת צפיות נורמטיבית? **שיקולים שיש להביאם בחשבון:**

1. האם מדובר במעשה או במחדל? – גם במצבים של מחדל אנו צריכים להיות חשדנים יותר, זהירים יותר. יש להחיל בצורה מצומצמת יותר את חובת הזהירות כשמדברים על מחדל.
2. מה סוג הנזק? (נזק ממוני טהור או נזק גוף) – צריך להיות חשדנים יותר כשמדובר בנזק ממוני טהור, לבין נזק לא ממוני טהור.
3. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?
4. האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי?
5. האם טענת ההתרשלות כלפי המדינה היא על ביצוע או על הפעלת שק"ד?

האם אפשר לטעון שמדובר על התנהגות שהיא "ביצוע" או שק"ד. האם מדובר על מצב שבו הממונה על הביטוח התנהג בצורה שפוזיטיבית ניתן לומר שהיה צריך לעשות משהו, או האם מדובר בשק"ד שהפעיל. במקרה דנן, הוא הפעיל שק"ד והחליט שלא להתריע. האם אפשר לומר שמדובר בסמכות שבשק"ד או שמדובר בפעולה.

שמגר אומר שכאשר אפשר לבקר את הפן הפרוצדורלי (מבחינת מעשה), אז ניתן לדבר במונחים של סטנדרט, של נורמה. ברגע שהממונה היה מתריע שהחברה בקשיים וכולם היו בורחים מהחברה לא היה ניתן להציל אותה. אבל אם לא התריע, קיין הסיכוי הקטן שהיא תתאפס על עצמה.

**אנו רוצים לאפשר שק"ד רחב על ממונה על הביטוח,** ולא נאמר שהדבר הראוי היה להתריע ובכך לחרוץ את גורלה של חברת הביטוח. מאחר שיש שק"ד רחב, גם אם הייתה התרשלות לא הייתה חובת זהירות שהופרה.

**הלכה:** צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות כלליות המבוססות על שיקול דעת. בסופו של דבר, ההחלטה בעניין לוי נוקטת בגישה מאוזנת ולא בפטור מוחלט מחובת זהירות של רשות כלפי פרטים.

* נזק ממוני טהור – נזק כספי.

**חובת זהירות קונקרטית/צפיות טכנית**

האם המזיק הספציפי היה מסוגל, היה יכול, לצפות את האירוע.

**Palsgrave v. long Island Railroad Company**

**העובדות:** הלן פלסגרף נוסעת ברכבת. היא עומדת ברציף. כשהיא עומדת ברציף, בדיוק מתחילה לנסוע רכבת אחרת. בינתיים יש נוסע אשר רוצה לעלות לרכבת, והשומר ברכבת דוחף אותו על מנת לעזור לו לעלות. לנוסע יש חבילה מלאת זיקוקים, החבילה נופלת ומתפוצצת. כתוצאה מהפיצוץ נפל מוט על פלסגרף ובעקבותיו ניזוקה ונהייתה אילמת.

**הליך משפטי (קרדוזו):** פסק דין זה קובע שאין חובת זהירות כלפי פלסגרף. אמנם היא ניזוקה, אך הצפיות הטכנית לא מתקיימת. היא לא מתקיימת כאשר המזיק לא יכול היה לצפות שהתנהגותו תגרום לניזוק את הנזק שקרה; **אם אין צפיות אין חובת זהירות.** אמנם השומרים היו לא בסדר, אך הם הפרו את חובת הזהירות כלפי האדם בעל החבילה ולא כלפי פלסגרף. פלסגרף הייתה מחוץ למתחם הסיכון שעובד הרכבת יכול היה לצפות.

**פריצקר נ' פרידמן**

**העובדות:** המנוח נמחץ על ידי רכב תוך שכיוון את הנהג הדורס. העיזבון תובע אותו ברשלנות.

**הליך משפטי:**

**זילברג:** אומר שהוא חב חובת זהירות כלפי המנוח, אבל הוא מילא אותה. הוא אומר **שהנהג יכול היה לצפות את אירוע הדריסה, אולם הוא מילא את חובתו.** המנוח עצמו הנחה את הנהג לאן לנסוע. הכל היה מתוכנן על ידי הנדרס עצמו. בעצם, זילברג אומר שהמנוח כבר הוזהר, אבל המשיך לעמוד במקום המסוכן.

**אגרנט:** מתייחס לחובת זהירות קונקרטית. הוא אומר שיש חובת זהירות "מושגית". כלומר, אפשר לטעון שבנסיבות כאלה אנו רוצים שנהגים ישימו לב "כלפי כולם". אבל האם הוא יכול היה לצפות את הניזוק המסוים? **הוא לא יכול היה לצפות שהדורס יינזק.** הוא יכול היה לצפות שכל אחד אחר שלא שמע את אזהרתו יינזק. אולם, האדם היחיד שלא היה צריך לצפות שיינזק הוא הנדרס עצמו משום שהוא הנחה אותו, הוא הכווין אותו.

**המודל המסורתי**

1. התנהגות רשלנית (אשם)
2. קיומה של חובת זהירות מושגית
3. קיומה של חובת זהירות קונקרטית
4. גרימת נזק

**"המודל המוצע" (פס"ד פלוני, עמית, פס"ד שתיל, לוי)**

1. התנהגות רשלנית (אשם)
2. גרימת נזק
3. שיקולי מדיניות

חובת הזהירות מכניסה את הספרות המשפטית לסוג יוצא דופן של וויכוח. הדבר מאוד מסורבל, למה חובת הזהירות הינה המבחן הראשון לקיומה של רשלנות? למה לא בוחנים קודם את יסוד ההתרשלות? לבסוף, במקום לקרוא לזה "חובת זהירות מושגית"/"קונקרטית", שינו את השם ל"שיקולי מדיניות". (הוויכוח הוא ויכוח טכני. הוויכוח הוא לגבי כפילויות מיותרות, האם בסופו של דבר בביצוע המבחנים יש איזשהם סיבוכים מיותרים).

**למבחן:** לדעת את המודל המסורתי ולנתח על פיו (לא מעמיקים במודל המוצע, אבל בפועל המודל המוצע הוא מיושם בפרקטיקה).

מה קורה במודל החדש? בעצם חובת הזהירות הקונקרטית "נבלעה" בתוך יסוד ההתרשלות, הרי שאלת ההתרשלות היא "האם יכול היה המזיק לצפות את הנזק". שיקולי מדיניות הם שיקולים המיוחסים לחובת זהירות מושגית (קונקרטית).

**שיעור 9 – 26/04/22**

**ע"א 3521/11 וגנר נ' עבאדי**

**הנדל:** לא מסכים עם השופט עמית, וכן גם עם המודל המסורתי. הוא מציע להתייחס לטבעה של חובת הזהירות לפי המקרה. חשוב לדבר על חובת הזהירות תחילה, לפני בחינת שאלת ההתרשלות. יהיו מצבים מסובכים בהם נצטרך לבחון לעומק אם קיימת חובת זהירות. בנוסף, מציג "מצבים מעורבים" (מצבים בהם לא ידוע אם חלה חובת זהירות או לא) => בסופו של דבר אומר שצריך את חובת הזהירות, לא ניתן לוותר עליה. עמית גם חושב כך, אולם טוען שיש מקרים בהם לא חייב להתחשב בה (דבר מאוד בעייתי כי הרשימה אינה סגורה).

* נכון להיום, אין אחידות.

**יסוד הנזק (ס' 35) – "גרימת נזק"**

* הוכחת נזק
* הוכחת קש"ס בין ההתרשלות לבין הנזק.

המבחן לבחינת קש"ס עובדתי במשפט – "מבחן האלמלא"

**מבחן ה"אלמלא":** האם אלמלא העוולה הנזק היה קורה?

דוגמא: חולה נפטר על שולחן הניתוחים והייתה התרשלות. ידוע שקרה נזק וההתרשלות הוכחה. נשאל האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא. אם כן => אין קש"ס. אם לא => יש קש"ס.

* חשוב: הסיבתיות היא יסוד הכרחי בעוולות רבות נוספות הדורשות הוכחת נזק. בנוסף לסיבתיות עובדתית, נצטרך להוכיח סיבתיות משפטית (נעסוק בה בהמשך). מבחן האלמלא יכול להוביל לתוצאה בה ישנו קשר בין ההתרשלות לבין הנזק, שיכול להיות כמעט אינסופי (לדוג', אם קרה נזק שהדרדר והדרדר). הסיבתיות המשפטית יוצרת גבולות לכך.

סיכום עוולת הרשלנות בקווים כלליים

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**גבולותיה של עוולת הרשלנות – ארבעה נושאים מרכזיים**

* **חשוב מאוד לזהות אותם במבחן!**

**פס"ד לוי**

חברת ביטוח פשטה רגל. הניזוק צריך להיפרע ממנה. בפס"ד זה נאמר שחובת הזהירות לא תחול בדר"כ במצבים של נזק כלכלי טהור, נזק נפשי, מחדלי וכו':

1. **נזק ממוני כלכלי טהור**
2. נזק כלכלי כתוצאה ממצג שווא רשלני
3. חובת זהירות של בנקים
4. נזק כלכלי לצדדים שלישיים בחוזה
5. **נזק בלתי ממוני טהור**
6. ניזוקים ישירים (כולל המקרה של פגיעה באוטונומיה)
7. ניזוקים עקיפים
8. **חיים והולדה בעוולה**
9. **מחדל טהור**

**נושא 1: נזק 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.

בעבר, לגבי נזק שלא ממוני לא היה מוסכם שהוא נכלל בעוולת הרשלנות.

הכלל: חובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או רכוש, ואין מפצים על נזק כלכלי טהור.

**הרציונליים לכלל**

1. מבחינה נורמטיבית, מדובר בנזק נורמטיבי בעל משקל אחר. קשה מאוד להתעלם מנזק מוחשי.
2. גבולות. אנשים פועלים באופן בלתי סביר "יותר מדי" ולכן צריך להגדיר באופן ברור מתן הדבר נכנס לרשלנות מבחינת דיני הנזיקין. אם אנו נגדיר שנזק כלכלי טהור נכנס לעוולת הרשלנות, הדבר ירחיב בצורה יתרה וייצור מדרון חלקלק.
3. שיקול ראייתי של קשיי הוכחה. למשל, קיוסק חדש שנפתח. קורקינט פוגע בקופה וכעת לא ניתן לחייב באשראי. נניח ותובעים על נזק כלכלי – הנזק המדובר הוא אובדן הכנסה. קיימת בעיה אמיתית משום שקשה להוכיח בוודאות כמה בעל הקיוסק יכול היה להפסיד.
4. הצפת בתי משפט. כפי שנאמר לעיל, קורים ביומיום נזקים כלכליים טהורים. אם נאפשר לתבוע נזק כלכלי טהור, תהיה הצפה בבתי המשפט.

**טיעונים נגד הכלל**

1. שיקולי צדק מתקן – נפגעה זכות. הכלל לא מחזיר את מצב הנפגע לקדמותו.
2. שיקולי הרתעה – הכלל גורם לאנשים לחשוב כי אם יגרמו לנזק כלכלי טהור לאדם אחר, הם לא ייענשו על כך. הדבר פוגם בהרתעתם.

**חריגים לנזק כלכלי טהור שבגינם ניתן לתבוע**

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

**מצג שווא רשלני**

למה חשוב לאפשר תביעה בעוולת רשלנות על מצג שווא כאשר ניתן לתבוע בעוולת התרמית?

עוולה זו מצפה להוכיח ידיעה (או לפחות אדישות) וכוונה. אולם, מה קורה כאשר הדבר לא קרה בכוונה? או לא קרה ביודעין?

**ויינשטיין נ' קדימה – תנאים לתביעה בגין מצג שווא**

**העובדות:** קבלן בנה מיכל מים עבור קדימה. בתכנון המיכל היו פגמים, שנגרמו עקב רשלנות המהנדס של קדימה. עקב הפגמים קדימה שהזמינה את שירותי הקבלן לא הסכימה לשלם לו את המחיר המוסכם.

* בין המהנדס לויינשטיין לא היה חוזה.
* מה הנזק? אובדן הכנסה, נזק כלכלי טהור

בפס"ד זה הוכרה לראשונה אחריות ברשלנות על חוות דעת רשלנית.

**פס"ד זה נותן תנאים מצטברים שביהמ"ש מנסה דרכם להכווין מתי ניתן לתבוע במצב של מצג שווא:**

1. על הנתבע להיות בעל מומחיות. בהקשר של מומחיות, הורחב בהמשך גם לרשות ציבורית, בעניין אתא נ' אילנקו. למשל, אם תכנון ובניה יוצרת מצב שאדם רכש מקרקעין בהסתמך עליהם, אולם אלה כשרים לאדמה חקלאית. במצב זה נגרם נזק כלכלי שהושקע עבור קניית האדמה. מכאן שהסתמכות על רשויות ציבוריות מביאה לכך שניתן לתבוע על מצג שווא משום שהרשות הציבורית היא שוקלת הנזק הטובה ביותר.
2. המצב נעשה במהלך עסקים כרגיל.
3. הגבלת היקף האחריות (דוגמת רואה החשבון. רואה חשבון הציג מאזן, ואנשים הסתמכו עליו, אולם הוא היה רשלני). היקף הנזק עשוי להיות אינסופי. לעיתים יוצרים מצג שווא שהרבה מאוד אנשים יכולים להסתמך עליו.
4. יש להתחשב בכך שהמציג התכוון שהתובע המסוים יסתמך על חוות הדעת. אנו לא רוצים במקרה כזה לאפשר לאנשים נוספים לתבוע בגין הנזק הכלכלי שלהם.
5. המציג יכול היה לצפות שלא תיעשה בדיקה נוספת בעקבות חוות הדעת.

* לענייננו, במקום דחייה על סמך טיעון זה ניתן להחיל הגנה חלקית של אשם תורם. המהנדס נתן חוות דעת שגויה לחלוטין, ואכן כל התנאים התקיימו. ביהמ"ש יכול היה לטעון להתרשלות משני הצדדים וכך לחלוק את היקף הנזק).

באיזשהו מקום, אנו רואים שהתביעה מצמצמת את אפשרויות התביעה. אנו נצמצם זאת מאחר שהתביעה תלויה בנסיבות העניין. אנחנו לא רוצים שכל אחד, שאליו לא התכוון בעל המקצוע להציג את חוות דעתו ושהסתמך עליה, יוכל לתבוע.

**שיעור 10 – 28/04/22**

**נזק כלכלי טהור שנגרם על ידי בנקים**

על בנקים חלה חובת זהירות רחבה יותר בגין נזקים כלכליים. **רציונליים:**

1. לבנקים יש גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיגו – שוקל הנזק הטוב ביותר
2. הלקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק. הם נוטים למסוך ולהסתמך עליהם (במיוחד לנוכח קיומם של יחסי תלות בין הלקוח לבנק).
3. הבנקים הם מפזרי נזק טובים – הם משתמשים בלקוחות ובאמצעות כך הם מפתחים מנגנונים להתמודדות עם תביעות.

**פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח**

**העובדות:** חברת בנייה שמכרה דירה בעיר עמנואל הייתה לקוחה של הבנק, שידע על מצבה הכלכלי הגרוע. הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו. החברה פשטה את הרגל ומכאן הלווים תובעים את הבנק על שלא הזהירם.

**טענת הלווים:** בכך שלא גילה להם הבנק את מצבה של החברה, הבנק הפר את חובת הזהירות כלפיהם וגרם לנזק כלכלי.

**טענת הבנק:** חלה עליו חובת סודיות כלפי החברה הקבלנית. אסור היה לו לגלות על מצבה.

**הליך משפטי (שמגר)**: **על הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים**, "לאותת להם" ללכת ליועץ נוסף, לקחת הלוואה ממישהו אחר. במקרה זה נוצר איזון בין האינטרסים, זוהי התוצאה המאוזנת.

* במידה שהחברה במצב מצוין, הבנק יכול לגלות זאת ללקוח משום שלא נגיע למצב של משפט.

בנקים – מרמה וזיופים

**בנק דיסקונט בע"מ נ. קוסטמן (לא בסילבוס, כן במבחן)**

**העובדות:** עורך דין, מיופה כוח, חותם "בשם הלקוח" על ערבויות לטובת עצמו. עורך הדין נפטר, והבנק רוצה את כספו. על כן הוא לוקח את הכסף מחשבון הלקוח. הבנק ביקש לקזז את החובות של עורך הדין עם יתרת הזכות שהייתה בחשבון הלקוח על סמך הערבויות.

**טענת הלקוח:** הבנק התרשל. הוא לא בדק ובחן את פעולותיו של מיופה הכוח. על הבנק לשאת בנזק שנגרם.

**הליך משפטי:** התביעה התקבלה. לא מצופה מן הבנק לבדוק כל פעולה שמיופה הכוח עושה, אולם מצד שני, כאשר מיופה הכוח פועל לטובת עצמו, על ביהמ"ש לחשוד. הבנק התרשל, היה עליו לבחון את פעולותיו של מיופה הכוח, **מדובר בסיכון ש"בנק סביר" צריך לקחת בחשבון.**

* כשהחשד שעולה גדול יותר, גדל הסיכוי לגלות את התרמית באמצעות חקירה קלה יותר.

בנקים – הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג' (שאינו לקוח)

**קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ. עוואד (לא בסילבוס)**

**העובדות:** צ'קים בנקאיים ריקים נגנבו מהבנק. באופן כללי, על הבנק חלה אחריות רחבה מאוד לשמור ולפקח על שטרות מסוכנים שנכנסו לשוק. במצב זה, הבנק לא ביצע את הפעולות שנדרשו על מנת להתריע על גניבת הצ'קים שנגנבו. חלפנים הסתמכו על הצ'קים הללו והבינו, בעת גביית הכסף, שהם מזויפים. מכאן שאין להם ממי לפדות.

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

**הליך משפטי:** התביעה התקבלה. הבנק התרשל, שכן **לא נקט באמצעי זהירות** שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים הגנובים.

**נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה**

**פס"ד קורנפלד נ' שמואלוב – ניתן לתבוע קבלן ללא הגבלת היקף הפגיעה**

**העובדות:** סנדלר ויצרן מרצפות בעלי חברה שהחזיקה חלקה במטרה להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה, ולא מפקחים בעצמם על ביצוע העבודות. הנזקים שהיו בדירה לא התגלו תחילה. היו פגמים בדירה, הרוכשים השניים הוציאו מכספם לתיקון הפגמים בדירה. התובעים הם הרוכשים השניים, מי שרכשו את הדירה מהרוכשים המקוריים וגילו נזק חמור.

**הנזק שתבעו הרוכשים:** פיצוי עבור ההוצאות על הפגמים.

* מדוע קריטי לתובעים שתוכר האפשרות לתבוע ברשלנות? לרוכשים השניים אין חוזה מול הקבלן. הם לא יכולים לתבוע על הפרת חוזה. מכאן שאם הם לא מצליחים להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות, אין להם ממי לקחת את הפיצוי.

**הליך משפטי (לנדוי):** חלה חובת זהירות לא רק עבור הרוכשים הראשונים והשניים, אלא גם עבור הרוכשים השלישיים והלאה. **כשמדובר בקבלן, אין אנו רוצים להקביל את ההיקף**. אנו רוצים שהוא ייזהר, וברגע שהוא מציע את הדירה, לכאורה הוא מציג אותה ככשירה ומוכנה ל"שימוש". אין הדבר מוגבל ליחסים חוזיים, אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים. בפס"ד זה ביהמ"ש לא קובע גבול (מצד אחד קיים קושי בכך, אולם מצד שני ביהמ"ש אומר שכשיצטרך לשים את הגבול, הוא יושם).

* מה הבעיה בהכרה באפשרות לתבוע ברשלנות (קביעה שקיימת חוב"ז)? הרחבת חוג התובעים להיקף לא ידוע. לכאורה אכן קיימת התרשלות בוטה, אולם אם לא נגביל את ההיקף, לא יהיה לכך סוף. בעצם נוצר מדרון חלקלק.

**נושא 2: נזק בלתי ממוני טהור**

1. ניזוקים ישירים (כולל המקרה של פגיעה באוטונומיה)

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

**הכלל בעבר,** כלל המסמר, אומר שניתן לתת פיצוי על נזק בלתי ממוני טהור, רק אם הוא נלווה לנזקו הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי ממוני. בשביל לתבוע נזקים אלה, צריך "לתלותם" על נזק אחר.

הרציונליים לכלל

* הצפת בתי משפט
* כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה
* קשה לקבוע שווי. נזקי גוף אפשר לבטח, אולם לא ברור כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים.
* הרתעה ביתר. אנו לא רוצים שאנשים יפחדו יותר מדי ויימנעו מלבצע מעשים מהחשש שיתבעו אותם על כך אם תהיה פגיעה לא ממונית.

ביקורת לכלל (שהביאה למגמת התרחבות המאפשרת תביעה בגין נזק בלתי ממוני טהור)

* **לא מתיישב עם עקרון הצדק המתקן** – רעיון הצדק המתקן הינו השבת המצב לקדמותו. הכלל אינו משיב את המצב לקדמותו.
* **לא מתיישב עם שיקולי הרתעה** – אם אנשים ידעו שלא ייענשו על נזק לא ממוני שלו הם גורמים, הם לא יירתעו.
* **קושי בקביעת שווי גם בהקשרים אחרים** (התגברנו על כך – מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי).

עד אמצע שנות ה-80, ברוח המשפט המקובל, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים, ואז הגיע פס"ד גורדון:

**פס"ד עיריית ירושלים נ' גורדון – הכרה בעוגמת נפש כראש נזק**

**העובדות:** גורדון מכר את הרכב, וזה לא הופיע ברישומי העירייה. בסופו של דבר גררו אותו למעצר והוא תבע את עיריית ב"ש על עוגמת נפש.

**הליך משפטי:** לא יכול להיות שסוג הנזק הוא זה שיקבע האם יש לפצות דרך עוולת הרשלנות. לא יכול להיות שברגע שמדובר בעוגמת נפש ובסבל לא נוכל לפצות דרך עוולת הרשלנות.

"עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה גם על האינטרסים של הניזוק בנפשו, ויש להכיר בהם כנזק בר פיצוי העומד ברשות עצמו".

**שיעור 11 – 10/05/22**

**נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד – פגיעה באוטונומיה**

* דוקטרינת "ההסכמה מדעת" – כאשר מטופל מגיע לצוות רפואי, כדי לקבל טיפול רפואי, על הצוות הרפואי מוטלת החובה לגלות (חובת גילוי) למטופל את האלטרנטיבות השונות לטיפול, את הסיכונים הכרוכים בהן, את הסיכויים וכו'. הם חייבים לגלות את ההיבטים השונים הרלוונטיים לטיפול ולאפשר למטופל לבחור. כדי שאנשים יבחרו "מדעת", הם צריכים שיהיה להם מידע בנוגע לעניין. כאשר גורם רפואי משמיט פרט רלוונטי, הוא הפר את חובת הגילוי ובאותו רגע ניתן להחיל את דוקטרינה זו, וניתן לתבוע בגינה. **ההנחה היא שרופא סביר צריך לגלות את המידע הרלוונטי למטופלים שלהם.**

**דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה – הפרת חובת הגילוי (הסכמה מדעת) ופגיעה באוטונומיה – רשלנות רפואית**

**העובדות**: דעקה נכנסת לניתוח ברגל והצוות הרפואי מקבל את הסכמתה לניתות. לאחר שטושטשה, גילו שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה. הרופאים מסכימים אותה תוך כדי שהיא מטושטשת, כלומר היא מסכימה. דעקה עוברת את הניתוח בכתף. בסופו של דבר נגרם נזק קבוע לכתף (נזק של 35%). חשוב לציין, ניתוח הביופסיה עצמו בוצע ללא רשלנות.

**טענת התובעת**: הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת לביופסיה. היא תובעת על הנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף לצורך ביצועו שלא נתנה את הסכמתה מדעת.

**הליך משפטי**: שני סוגי נזקים שמעורבים בפשרה של הסכמה מדעת:

1. נזק תוצאתי – נזק גוף (בעניין דעקה, נזק לכתף) (חשוב לציין, נזק מוחשי בהתייחס להסכמה מדעת ייקרא "נזק תוצאתי". כלומר נגרם כתוצאה מההתנהגות העוולתית, שבבסיסה אי הסכמתה מדעת).
2. נזק לאוטונומיה של התובעת שלא הסכימה להליך הרפואי.

החלטת ביהמ"ש דנה בקשר שבין אי הסכמת התובעת לניתוח, לבין כל אחד מסוגי נזקים אלו:

* נזק תוצאתי – יבחן הקשר הסיבתי בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל, לבין הנזק הגופני באמצעות שני שלבים במבחן האלמלא:

1. "מה היה קורה אילו הרופאים היו מגלים למטופל את המידע באופן תקין? האם היה מסכים? כן -> אין קש"ס. לא -> ייתכן יש קש"ס.
2. אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק עדיין היה קורה? כן -> אין קש"ס. לא-> יש קש"ס.

גם אם היינו אומרים שהנזק היה נגרם, ואין שום נזק תוצאתי, עדיין פגעו בזכותה לבחור:

* נזק בלתי ממוני – פגיעה באוטונומיה.

**אור (רוב):** סביר להניח שכשניגשים למטופל, שסובל תקופה מהכתף, כנראה שאם יגידו לו שיש לקיים ביופסיה בדחיפות הוא יסכים לניתוח. מכאן שלא נגרם נזק תוצאתי משום שהקש"ס לא מתקיים. אולם, גם אם אין נזק תוצאתי, מנעו מדעקה את בחירתה ולכן פגעו באוטונומיה שלה. אור אומר **שניתן לתת פיצוי על הנזק שנגרם לאוטונומיה של המטופלת כנזק עצמאי.** כלומר אור אומר שאנו לא יכולים לאפשר פיצוי לנזק לא תוצאתי, אך כן ניתן להכיר בכך שנשללה ממנה הזכות לבחור.

**בייניש (מיעוט):** חושבת שכן ראוי לפצות את דעקה על הנזק שנגרם לכתף. היא מוסיפה ואומרת שגם אם אין קש"ס, ניתן לייצר פיצוי מיוחד – **"פיצוי הסתברותי**". במצב זה נחשב את הפיצוי לפי **המכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול (ובלבד שהסיכוי משמעותי), לבין הנזק התוצאתי.** בעצם, היא אומרת שכאשר יש סיכוי של 30% שהמטופלת הייתה מסרבת, מגיע לה 30% פיצוי מן הנזק התוצאתי שקרה.

יתרה מזו, בייניש לא אוהבת את הפיצוי על הפגיעה באוטונומיה. **הפיצוי אמור להינתן רק במצבים חריגים** (חשוב להדגיש, מדובר בדעת מיעוט, זו לא ההלכה!!!).

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

**פס"ד תנובה – עשוי להינתן פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה שלא בגדר רשלנות רפואית**

**העובדות:** תביעה ייצוגית של צרכנים. מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד כדי למנוע הקצפה ושישמר טוב יותר באריזה. הלקוחות לא יודעו. אף אחד לא ניזוק, אף אחד לא דיווח שקרה לו משהו בעקבות כך. אולם, אותם אנשים דיווחו על תחושות של גועל בעקבות המידע (מגעיל לשתות חלב עם סיליקון).

**הליך משפטי:** אמנם לא הוכח נזק פיזי, אך היות שהצרכנים לא יודעו, מנעו מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב עם ריכוז הסיליקון. בעצם, נגרמה פגיעה באוטונומיה.

הפיצוי שנפסק ניתן על הפגיעה באוטונומיה ו"תחושת הגועל" של הצרכנים. רעיון תחושת הגועל מוזכר גם בתביעה עצמה, וגם בהתייחסות של ביהמ"ש. אולם, ביהמ"ש לא מציין האם הוא נותן פיצוי גם על תחושת גועל בנפרד, שלא קשורה לכך שנפגעה הזכות לאוטונומיה, או שהיא נבעה מכך. אין בידוד של רכיבי הנזק השונים. ביהמ"ש פשוט טוען שמגיע להם פיצוי על פגיעה באוטונומיה ובתוך הפיצוי נכלל הפיצוי עבור תחושת הגועל.

**החידוש:** ביהמ"ש מכיר בפיצוי לפגיעה באוטונומיה שלא נובעת מעניין רפואי.

ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה

* יצירת אי וודאות ובעיית חישוב וכימות הנזק
* יצירה של עוולת per se (עוולת per se – עוולה שלא צריך להוכיח בה נזק)

מענה לביקורת

* פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי וודאות וחישוב הנזק
* האם יצירת עוולת per se בהכרח בעייתית בהקשרים אלו?

קיימת פסיקה שמנסה למתן את הקביעה לגבי פגיעה באוטונומיה (בין היתר, לגבי היכולת לקבל פיצויים פגיעה באוטונומיה במקביל לפיצויים של עוגמת נחפש, כאב וסבל) – נחזור לזה בפרק העוסק בתקיפה וזכויות החולה.

1. ניזוקים עקיפים

הבחנה בין ניזוקים ישירים לעקיפים, דוגמא:

טל שובר את הרגל של דן כתוצאה מרשלנות. נניח שחוץ מהנזק הגופני, דן סובל מנזק נפשי. בפני דין עומדת האפשרות לתבוע את טל משום שהוא ניזוק ישיר. אמיר היה עד לאירוע. האם גם אמיר יכול לתבוע את טל על הסבל והננזק הנפשי שנגרם לו? אמיר הוא ניזוק עקיף! ניזוק שנגרם לו כאב וסבל בגלל נזק פיזי/נפשי שנגרם לאחר.

* ייתכן שניזוק הוא גם ישיר וגם עקיף – לדוג', אב נוסע עם בנו. מעורבים בתאונת דרכים. האב גם סובל מנזק פיזי כתוצאה מהתאונה, וגם מנזק נפשי שנגרם מתוצאה שראה את בנו ניזוק.

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן – 4 כללים לניזוקים עקיפים**

**העובדות:** שתי משפחות שראו את יקיריהם גוססים. הם צפו בתוצאה הישירה בנזק שנגרם. בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה.

**השאלה המשפטית:** האם ניתן להכיר בנזק נפשי שנגרם לצד ג' כתוצאה ממעשה רשלני, שמי שסבל ממנו זה אדם אחר? כלומר, האם קיימת אחריות על פי הפקנ"ז לנזק נפשי שנגרם לצד ג', שאדם הקרוב לו נהרג או נפצע בשל רשלנותו של הפוגע?

**הליך משפטי:** הקושי שאיתו ביהמ"ש מתמודד בבואו לקבוע כללים לתביעה נזיקית של ניזוק עקיף הואבנוגע לעניין הצפיות. חובת הזהירות מצריכה לחשוב על "הקירבה" שנקבעת על ידי מבחני הצפיות – בין שיקולי מדיניות שביהמ"ש מציין: הצפת בתי משפט, קשיי הוכחה, הרתעה ביתר.

**ביהמ"ש קובע 4 כללים מצטברים:**

1. קירבה משפחתית מדרגה ראשונה. זאת כדי למנוע את המעגלים הבלתי נגרמים של אנשים שיכולים לטעון לניזק עקיף.
2. תהליך הגרימה – התרשמות ישירה (ולא משמועה, למשל). כלומר אדם שראה פיזית את המקרה.
3. קרבה בזמן ובמקום לאירוע המזיק/תוצאותיו המיידיים.
4. נזק נפשי משמעותי – נזק שמונע מאדם תפקוד יום-יומי.

שני הכללים 2 ו-3 נועדו להראות השפעה ישירה של המקרה על האדם. הרי דברים רעים עשויים לקרות, אולם הרעיון הוא כל הזמן לבחון האם קיימת חובת זהירות או לא.

* ביהמ"ש מוכן להגמיש בכללים. כלומר, אם אדם צפה בחדשות בטלוויזיה ונגרם לו נזק עקיף, ביהמ"ש יכול לדון על כך. הכללים הם מאוד נוקשים, אף על פי שביהמ"ש אומר שבמצבים יוצאי דופן הוא מוכן להגמיש את הכללים. בעיקר את תנאים 1-3. את התנאי ה-4 קשה מאוד להגמיש.

**שוויקי נ' מדינת ישראל – נזק פסיכו פיזי**

**העובדות:** תביעה של הורים, שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי של כוחות צה"ל עקב טעות חיילים במארב. החיילים צעקו אליהם, אולם האנשים המשיכו להתקרב לרכב. אחד האנשים שהתקרבו נהרג כתוצאה מהירי. מסתבר בדיעבד שמדובר במשפחה שחששה שיגנבו לה את הרכב.

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

**הליך משפטי:** באופן עקרוני קיימת אפשרות תביעה לניזוק עקיף על נזק פסיכו פיזי (נזק פיזי שנובע כתוצא מנזק נפשי חמור. למשל, מחלות עיכול יכולות להיגרם כתוצאה מנזק נפשי מסוים). **אם מוכח קש"ס בין נזק זה לנזק הנפשי, קיימת אפשרות תביעה על נזק פסיכו פיזי** (בעצם אדם הטוען לנזק פסיכו פיזי טוען לשרשרת נזקים בעקבות הנזק שנגרם). לענייננו, אין הקש"ס מתקיים.

בנוסף, יש להחיל את כללי אלסוחה (ארבעת התנאים המצטברים) בשינויים המחויבים, גם לגבי הנזק הפסיכו פיזי – בשוויקי, הנזק הנפשי לא היה חמור דיו.

* למרות שנקבע שלא הייתה התרשלות לפי העובדות, המדינה מצאה לנכון לפצות, מלפנים משורת הדין.

**לבנה נ' שערי צדק – ניזוקים "מעין ישירים"**

**העובדות**: אישה עוברת טיפולי פוריות במשך שנים. מגיע ללדת בביה"ח. הרופאים אומרים לה שהיא יכולה להסתובב כדי שתהיה לה פתיחה גדולה יותר. האישה עושה כפי שאמרו לה וחוזרת לאחר 3 שעות (כפי שאמרו לה). כשהיא חוזרת, העובר שלה מת. ידוע שהנוהג במצבים אלה, הוא לאפשר לה להסתובב ולומר לה לחזור אחרי שעתיים (ולא אחרי 3). מכאן שהייתה סטייה מהנורמה ולכן התרשלו. העובר מת כתוצאה מההתרשלות.

**השאלה:** הם ההורים זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם?

בעיה ראייתית – לא ידוע אם העובר מת בשעתיים הראשונות, או בשעה השלישית (נעסוק בנושא נטל ההוכחה בהרחבה, לא נדון כעת בשאלה).

הבעיה להכיר בהורים כמי שזכאי לפיצוי – להורים לא נגרם נזק ישיר (הנחה שביהמ"ש המחוזי לא קיבל. הוא ראה בהם כניזוקים ישירים). אם אומרים שהם ניזוקים עקיפים, הנזק אמור להיות מינימום 15%. אולם, במקרה זה אכן נגרם להם כאב וסבל, **אך זה לא עומד בתנאי ה-4 של אלסוחה.**

בנוסף, **ס' 1 לחוק הכשרות והאפוטרופסות קובע** – "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". העובר מת טרם נולד. לכן, לתינוק אין את הזכות לתבוע. מכאן שאם נגדיר את ההורים כניזוקים עקיפים זה יהיה אבסורדי. אנו נמצאים במצב בעייתי שבאופן עקרוני לא מאפשרים להם לקבל פיצוי כניזוקים עקיפים.

**מחוזי:** האם הוכרה **כניזוקה ישירה** ונפסקו לה פיצויים על כאב וסבל ואובדן הנאות חיים משום שהעובר היה ברחמה (האב, כניזוק עקיף, לא מפוצה משום שלא מתקיים לגביו התנאי הרביעי שנקבע באלסוחה.

**עליון: חיות (מיעוט):** מוכנה להכיר גם באב כניזוק ישיר. אירוע של לידה הינו אירוע מכונן גם עבור הערב וגם עבור האב. יכול להיות שהאם כאבה יותר, אולם גם כאבו של האב עצום.

**ריבלין וג'וברן (רוב):** לא מסכימים עם דעתה של חיות. הם חוששים מבלבול שעשוי להיווצר בין ניזוקים עקיפים לישירים. קשה לטעון שמדובר במצב שבו אנו יכולים להכיר בניזוקים ישירים, וזאת בגלל הקש"ס. יחד עם זאת, הגדירו את ההורים **כניזוקים "מעין ישירים" – בנסיבות אלה, ניתן להגמיש את הכלל הרביעי.**

* ביהמ"ש בפס"ד זה יצר שילוב בין ניזוק ישיר לבין ניזוק עקיף.
* ניזוקים מעין ישירים – מצב בו אנו יכולים לאבחן אדם כניזוק "מעין ישיר", נגמיש את הכלל הרביעי ונאפשר להכיר בנזק של כאב וסבל.
* פס"ד שונה **מפס"ד אבו חנא**, שם התינוק היה קיים, ולא מת לפני לידתו.

**נושא 4: מחדל טהור**

מחדל – אי עשייה.

מחדל טהור – מחדל שנוצר מצד אדם שלישי.

אדם ייחשב כגורם נזק במחדל טהור במצב בו לא מנע נזק שהתממש מסיכון **שלא הוא** יצר אותו. לדוג': מישהו שאינו קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה.

דוג' למחדל שאינו טהור: אי בלימה של רכב. מחדל שאינו טהור נגרם מסיכון שאדם יוצר בהתנהגות שלו, ולא עושה דבר בקשר לזה (למשל אם אדם נוהג ברכב תוך כדי שהוא בטלפון. הוא לא בלם – מחדל – וגם נכנס לכך מראש – יצר את הסיכון. הדבר יכול היה להימנע באי עשייה).

בעבר, הכלל היה שאין חובת זהירות בגין מחדל טהור. כיום, ניתן להטיל אחריות על מחדל טהור, אולם עדיין נהיה זהירים יותר בהתייחס לחובת זהירות לגבי מחדלים כבסיס לאחריות בעוולת רשלנות (לעומת מעשה רשלני).

נשאלת השאלה, מדוע נהיה זהירים?

* טיעון סיבתי – איך ניתן לומר שגרמתי לנזק אם לא עשיתי שום פעולה אקטיבית?
* התערבות יתר בחירות הפרט – אנו רוצים לאפשר חופש פעולה. בעייתי לכפות על אדם לעשות מעשה לטובת אדם אחר. מוביל להרתעת יתר.
* הקטנת פעילות מחשש שתוטל אחריות אם לא נציל

**ולעס נ' אגד – במחדל טהור ניתן להטיל אחריות ברשלנות**

**העובדות:** אזרח בתחנה מרכזית הותקף. במקום לא היו שומרים. אגד לא דאגה להציב שם שומרים.

**השאלה המשפטית:** האם תקום אחריות ברשלנות בשל מחדל הנתבע לנקוט אמצעי זהירות למניעת מעשה עברייני שבוצע על ידי צד ג' כנגד התובע?

**המחוזי:** לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטית). אנו רוצים שהיא תציב שמירה, אולם במקרה הספציפי הזה איך אגד יכלה לצפות את התקרית הזו? בנוסף, לא מתקיים קש"ס – היו עוברי אורח והתקיפה אירעה בכל מקרה. כלומר, העבריינים לא חששו מעוברי האורח, לכן איך ניתן לחשוב שהמצב יהיה אחר אם יהיו שם שומרים?

**העליון (ריבלין):** מתקיימת צפיות טכנית ונורמטיבית. לא מדובר במצב נדיר. פשיעה בתחנת אוטובוס יכולה לקרות. לכן אגד הייתה צריכה ויכולה לצפות שהתקיפה תקרה. הניזוק יכול היה להסתמך על היחסים המיוחדים האלה ועל היכולת של אגד לספק שמירה. קיימת ציפייה מחברת תחבורה ציבורית לספק אבטחה, וניתן היה לסמוך על זה. לכן מתקיים גם קש"ס.

**במצב של מחדל טהור, נאפשר להטיל אחריות ברשלנות** (משום שלאגד יש שליטה על המקום, והיא נמנעה מעשייה)

**Kitty**

**העובדות:** קיטי סיימה את עבודתה בפאב. תוקף תקף אותה סמוך לביתה. 38 שכנים שמעו אותה צועקת. אחד השכנים צעק, וכתוצאה מכך ברח העבריין. היא גססה בדרכה לדירה. אף אחד לא עזר לה. התוקף חזר, ושוב, אף אחד לא עזר. מאחר שאף אחד לא עשה דבר, נגרם האירוע.

חוקרים ניסו להבין איך דבר שכזה יכול לקרות. גילו שהדבר קרה בעקבות סינדרום ג'נובה וה-bystander effect.

הbystander effect פוגעת בחובת ההצלה – אנשים מאמינים וסומכים על אנשים אחרים שיצילו את האדם.

כתוצאה מכך, בארה"ב חוקקו **"חוקי השומרוני הטוב"** – חוקים שנועדו לגרום לאנשים להציל. החוקים הללו מאוד זהירים בחובת ההצלה שהם מטילים. בישראל, אימצו את העניין:

**חוק "לא תעמוד על דם רעך"**

**ס' 1: (א)** חובה על אדם להושיט עזרה... בסכנה חמורה ומיידית... מבלי להסתכן או לסכן את זולתו". **(ב)** המודיע לרשויות או מזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה... יראוהו כפי שהושיט עזרה..."

* הכלל המשפטי אומר שיכול להיות שמדובר בפעילות שתסכן אותך. לכן, במצב כזה לא רוצים שייכנס לסיטואציה. בנוסף, מספיק שהאדם יודיע שקיים מקרה מצוקה, ואתה נחשב כאילו עזרת.

הבעיות:

1. התערבות מוגזמת בחירות
2. הרתעה ביתר

התמודדות החוק עם הבעיות:

1. סכנה חמורה ומיידית
2. כל עוד לא כרוך בסיכון
3. מניעת תמריץ שלילי של מצילים (החזר הוצאות)

**ס' 2:** החלת ס' 5 לחוק עשיית עושר

**ס' 5 לחוק עשיית עושר:** "...חייב הזוכה לשפותו על הוצאותיו הסבירות... ואם נגרמו למזכה עקב הפעולה נזקי רכוש, רשאי ביהמ"ש לחייב את הזוכה בתשלום פיצויים למזכה..."

**נושא 3: חיים והולדה בעוולה**

הסוגייה: התרשלות בגילוי מום מולד בעקבותיה תינוק נולד עם מום. **הטענה** היא שההתרשלות הביאה לכך שהילד **בעל המום נולד ולא הופל** (כלומר הטענה היא שהרופאים התרשלו בגילוי).

* יש להבדיל מצבים אלה ממצב שבו התרשלות בלידה גורמת למום בתינוק שנולד.

שני סוגים של עילות שבאופן רעיוני יכולות להידון בהקשר זה:

1. חיים בעוולה – עילה של הילד עצמו
2. הולדה בעוולה – עילה של ההורים עקב לידת הילד בעל המום

**זייצוב נ' כץ – חישוב הנזק במצב של חיים בעוולה**

**העובודת:** הורים הגיעו לייעוץ גנטי. הרופא מאשר שהעובר תקין, אולם אפשר היה לעלות על הפגם הגנטי. נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית.

**השאלה המשפטית:** האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו (לתבוע על חיים בעוולה)?

**גולדברג (מיעוט):** אין להכיר בזכות התביעה של הילד. לא יכול להיות שנאפשר לתינוק עילת תביעה חיים כנגד הרופאים על כך שנולד עם מום. כלומר, אין זכות לא להיוולד. בעצם גולדברג אומר שלא מדובר בשאלה משפטית. לא ניתן לטעון שהיה פה נזק, ובטח שלא לכמת אותו.

**בן פורת:** הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן, על הנזק להיות מחושב לפי **ההפרש בין חיים עם המוגבלות לבין אי-חיים.** אנו רוצים לאפשר פיצוי שיקטין עד כמה שאפשר את תוצאות הנחיתות. כלומר, אנו מדברים על מצב שבו אנו מתמודדים עם השאלה האם העובדה שאדם נולד עם מוגבלות, חייו פחות טובים ממותו. בן פורת מבינה שהדבר בעייתי. היא אומרת שאכן יש נזק, אולם קשה מאוד לברר מה הוא "אי חיים". בעצם אין כלל לחישוב.

**ברק ולוין:** לאדם אין זכות לאי-חיים אלא לחיים ללא מום. לכן, הנזק לא בגרימת חיים, אלא בגרימת חיים עם מום, והוא יחושב לפי **ההפרש בין החיים עם המום לחיים ללא המום**. ברק ולוין אומרים שבהתרשלותם, הרופאים גרמו לכך שמישהו ייוולד עם מום, ובכך אנו משווים את החיים של הנולד עם מום, לחיים של תינוק הנולד ללא מום.

הפרשה הסתיימה בכך שיש עילת תביעה לילד על הנזק שנולד, על אף שהיה לו מום, כאשר הפיצוי יחושב לפי ההפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות.

קשיים מרכזיים בקביעה זו:

1. **קושי סיבתי** – לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי. אין כאן גרימה לנזק. הרי הילד היה עם מום מלכתחילה. הם לא אלה שאחראים למום. מול מה אנחנו משווים? מה אנו מפחיתים מהחיים עם מום? קשה מאוד לחשב את הפיצוי.
2. **קושי מוסרי** – קדושת החיים, גם של אנשים בעלי מוגבלויות
3. **קושי קונספטואלי** – לאור כל אלה, הקושי לא רק בכימות אלא בקביעה שקרה נזק
4. **מדרון חלקלק** – אם נכיר בעילת חיים בעוולה כנגד רופאים, האם נכיר בה כנגד הורים?

בעקבות פס"ד זה, מוקמת וועדת "מצא" ומגיעה למסקנות שבחלקן מגיע פיצויים – להפוך את ההלכה. אין לאפשר תביעה לעוברים.

**שיעור 12 – 17/05/22**

ממי הושמעה ביקורת חזקה בעקבות פסק הדין?

**פס"ד המר – ביטול חיים בעוולה, ותנאים להולדה בעוולה**

**הליך משפטי (ריבלין):** ביהמ"ש מבטל את זכות התביעה של ילדים בחיים בעוולה, ומשאיר רק את זכות התביעה של ההורים בעילה של הולדה בעוולה.

**הלכת המר:** התנאים להכרה בעילת רשלנות בגין הולדה בעוולה:

1. קיימת התרשלות, הופרה חובת זהירות וקרה נזק.
2. קש"ס עובדתי:
3. **אמת מידה אובייקטיבית** – יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי בעובר, הועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה. קיימים קריטריונים שאליהם כפופה הועדה.
4. **אמת מידה סובייקטיבית** – יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפיל.

* **הקושי** בתנאי כי על ההורים להוכיח שהיו מממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה הוא שזו הודאה קשה לכל הורה, ובאוכלוסיות מסוימות היא יכולה להתלוות להוקעה חברתית.
* הפתרון שריבלין מציע: חזקה הניתנת לסתירה שדי בתנאי הראשון, שבקשתם של ההורים להפסקת הריון הייתה מתקבלת.

**כיצד סותרים את החזקה שההורים היו מממשים את זכותם להפיל?** האם ניתן להשתמש בנתונים סטטיסטיים המעידים על סיכויי ההפלה של אישה לפי השתייכותה לקבוצת אוכלוסייה? לדוג', חרדים לא מפילים? יש פסיקה שאכן השתמשו בנתונים סטטיסטיים, לכן זה אפשרי, אך מאוד קשה. זה קצת סותר את העניין שדנו בו **בפס"ד אבו חנא**. הדבר יוצר סטיגמות.

**תרופות – המשך פס"ד המר**

* החזר הוצאות – הוצאות על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלויות ("הוצאות עודפות"). כיצד ניתן להצדיק זאת? הרי לא הייתה להורים אופציה שייוולד להם ילד ללא מום. ריבלין מצדיק זאת כך – נולד להורים ילד. לא ניתן לומר שהולדת הילד מהווה נזק. הרי יש הנאה ויתרון מהילד. לא ניתן לטעון שהוא אך ורק נזק. הוא אומר שההנאה מגידול של ילד שוות ערך להוצאות גידולו. הוא מכיר בזה שיש בגידול ילד גם הנאה, גם אם הוא בעל מום. כלומר, יש תועלת בגידול ילד, ולא רק נזק.

מה לגבי נער שמלאו לו 18? האם ההורים יקבלו פיצויים גבוהים יותר או פחותים יותר? ההנחה היא שמעל גיל 18 הילד לא אמור לחיות בבית ההורים, משום שהוא ילד בגיר. כלומר הוא מסב יותר נזק מאשר תועלת.

ריבלין קובע, בהשראת ועדת מצא, שישנו היבט נוסף. מדובר בפיצויים מאוד גבוהים. לאורך שנותיו של הילד, מקטנות ועד סוף חייו, הפיצויים יגיעו לו. בעצם ריבלין קובע הנחיות ספציפיות להורים, כיצד לחלק את הכסף, המלצות והתניות. הדבר יוצא דופן ונקבע בגלל סיטואציה יוצאת דופן בה ההורים יכולים להשתמש לא נכון בפיצויים.

* פיצוי על כאב וסבל – כאב וסבל בגידול ילד עם מום. בד"כ הם לא מהווים פיצויים משמעותיים. מדובר בפיצוי חד פעמי לעומת התביעה המרכזית, אולם אין ספק שבמצבים מיוחדים ביהמ"ש יטה לתת פיצויים משמעותיים יותר.
* פיצוי על נזק לאוטונומיה – ההתרשלות של הרופאים מנעה מההורים את הבחירה אם ללדת את הילד או לא. ככל שמדובר בבחירה שהיא בליבת חייו של האדם, ככל שהיא משמעותית יותר, כך גם הפיצוי יהיה משמעותי.

**מה לגבי "היריון בעוולה"?** (אוביטר)

* היריון בעוולה – מצב שבו האב/האם עברו טיפול שהיה אמור למנוע מהם להיכנס להיריון. ההורים אינם רוצים ילד. בשל רשלנות הרופאים, האם נכנס להיריון (למשל, ניתוח עיקור שלא צלח).

איזה אפשרויות פיצוי קיימות?

1. הוצאות הקשורות להיריון
2. הוצאות גידול עודפות במובן של ילד נוסף לתא המשפחתי (הוצאות מינוריות ביחס לחיים בעוולה. זאת מפני שזה לא זהה לגידול ילד עם מום).
3. פגיעה באוטונומיה

* **במבחן:** אם יש שאלה של רשלנות, יש לבדוק את כל יסודות העוולה! לא רק שיש הולדה בעוולה וכו'.

**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות**

האם כאשר יש עוולה פרטיקולרית שרלוונטיות לעובדות, ניתן להגיש תביעה על רשלנות במקביל?

**רשלנות היא עוולת מסגרת** – עוולה שלה תחולה רחבה, להבדיל מ"שייכות" למקרה ספציפי.

מדוע היא עוולת מסגרת? כולם יוצרים סיכונים כל הזמן. כאשר מתממש נזק לעיתים קרובות עשויה לעלות טענה שהסיכון לא היה סביר.

עצם קיומה של עוולה פרטיקולרית אינו דוחה את האפשרות לתבוע בעוולת הרשלנות (עניין **גורדון**). בגורדון ניתנה תשובה. הייתה שאלה האם עוולת הנגיסה חלה (עוולה של הגשת הליך פלילי במזיד. לא היה שם מזיד). האם ניתן לתבוע דרך עוולת הרשלנות, כאשר לא ניתן להוכיח בעזרת עוולת הנגיסה? ביהמ"ש קובע שאם לא צלחה התביעה באמצעות עוולה פרטיקולרית, ניתן לתבוע ברשלנות.

גם אם חלה עוולה פרטיקולרית, התובע ינסה לתבוע בעוולת הרשלנות.

**דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק – כלל האצבע**

**חשין** טבע את **כלל האצבע,** מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת: כשהחוק אומר שהסעיף עצמו מציין שהעוולה הפרטיקולרית הזו היא התובעת, והוא דוחה מעליה הסדר כללי אחר, לא ניתן לתבוע בנוסף ברשלנות (או שנאמר מפורשות בסעיף, או שהדבר מתפרש ממנו). במקרה כזה אנו נצטרך לבחון אך ורק את העוולה הפרטיקולרית שרלוונטית לעניין המסוים.

**פלוני נ' פלוני**

**העובדות**: התובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע.

**הטענה המשפטית:** הנתבע התרשל בהתנהגותו. בנוסף, נגרמה לתובע נכות נפשית (האם באמת התרשל? האם אנו רוצים להכיר בזה במשפט?)

**הליך משפטי (עמית):** ס' 62א לפקנ"ז – גרם הפרת חוזה. סעיף זה אומר שכל חוזה, אם אדם מסוים גורם להפרתו, ניתן לתבוע בנזיקין. אולם, ס' 62ב מוציא את חיי הנישואים כחלק מחוזה שהסעיף חל עליו. בהמשך לכך, ביהמ"ש קובע שעוולת הרשלנות לא חלה, וזאת משום שאם המחוקק לא מעוניין בתביעות נזיקין מהסוג הזה (כפי שציין בס' 62ב) אנו לא נוכל לתבוע ברשלנות.

**איך ניתן להבין את החלטת ביהמ"ש?** **(1)** ביהמ"ש לא רוצה להיכנס לחיי המשפחה של בני הזוג. **(2)** בעיות בחיי הנישואים הן רבות. הדבר עלול להוביל להצפת בתי המשפט. **(3)** אם המחוקק סגר את הדלת מפני תביעה נזיקית מהדלת הקדמית, לא נכון לאשר אותה מן הדלת האחורית דרך עוולת הרשלנות.

**האם ניתן להטיל אחריות ברשלנות על רשות מנהלית?**

* ראינו כי ניתן להטיל אחריות ברשלנות על רשות מנהלית
* ראו, בין היתר, גורדון ופס"ד לוי. לעניין חובת הזהירות במצבים בהם נרצה לאפשר שיקול דעת רחב במסגרת פעולה שלטונית (לא כצד לחוזה או בעלת מקרקעין)
* אחריות הרשות המנהלית בנזיקין היא נושא לפרק נפרד (בסוף הסילבוס).

**שיעור 13 – 24/05/22**

**הכלל – "המוציא מחברו עליו הראיה"**

* נטל ההוכחה יקבע בהתאם למאזן הסתברויות – בהליך אזרחי, על הנושא בנטל לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ-50%.

נטל הראיה הוא נטל דיוני. אם נטל ההוכחה הוא אצל מישהו, הוא צריך לספר ראיות. אם הוא מספק מספיק ראיות ומצליח דרכן לעמוד בנטל שמוטל עליו, אנו נגיד שעמד בנטל השכנוע. מי שתובע, עליו מוטל נטל השכנוע.

המשמעות היא שאם בסוף המשפט הצדדים שקולים, מי שמנצח הוא הנתבע, שכן התובע לא הצליח להוכיח מעל ל-50%.

* האם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי? אם יש צד אחד שברור שהוא יכול להוכיח את התביעה שלו, ככל הנראה זה לא יגיע למשפט. יש אינטרס לפתור את הסיפור לפני, הרי חבל על הוצאות המשפט. אולם, כל זה נכון כאשר יש לי את המידע הזה. בנוסף, זה גם נכון אם כפות המאזניים מאוזנות מבחינת פערי הכוחות של הצדדים (בנוסף לתביעה החזקה). למשל, תובע שיש לו קייס מאוד חזק, אולם הוא עני, ונתבע עשיר. גם במצב זה עדיף לפתור את התיק בחוץ ולא בכותלי בית המשפט.

**נעסוק בחריגים לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה"**

1. דוקטרינת הנזק הראייתי
2. סעיפים 38-41 לפקנ"ז

*דוקטרינת הנזק הראייתי*

* דוקטרינה המבוססת על פסיקה. כאשר התובע אינו מצליח לעמוד בנטל הראייתי לגבי איזה פרט עובדתי הנדרש ממנו כדי להוכחת תביעתו ברשלנות כתוצאה מהתנהגות הנתבע
* דוקטרינה זו התפתחה על ידי אריאל פורת ואלכס שטיין.
* דוקטרינה זו תחול כאשר התרשל הנתבע בניהול הראיות

אם נתבע היה רשלן בהתנהלותו עם הראיות, כמו לדוג' במצבים רפואים שהרופא שכח לכתוב מה קרה במהלך הפיתוח/במפעל לא מוצאים את הרישומים לגבי דבר מסוים. אם דבר כזה קורה והנתבע גרם לכך שלא יהיו הראיות, במקרה כזה תחול הדוקטרינה.

**לדוקטרינה זו שני פנים:**

1. פן מהותי – הדוקטרינה כראש נזק נפרד. פיצוי על הנזק הראייתי שנגרם. נאמד לפי שווי המידע שנשלל מהתובע: מכפלת הסיכוי שהתביעה הייתה מתקבלת אלמלא הנזק הראייתי (לו המידע היה בידי התובע) והסכום שבו התובע היה זוכה במקרה כזה – **לא התקבל בפסיקה!!**
2. פן פרוצדורלי – היפוך נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע. במצב זה יש חזקה – הנתבע התרשל. חשוב להדגיש שהדוקטרינה רלוונטית לכל ראייה שלא תהיה, גם אם מדובר בחלק קטן מאוד בתביעה (מספיק שהיא משפיעה על החלטת הדין). – **התקבל בפסיקה.**

**לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק – יישום הדוקטרינה**

**העובדות:** ביה"ח אמר ליולדת שתחזור לאחר 3 שעות. כאשר חזרה גילו שהעובר מת. הדרישה בבית חולים הינה לתת ליולדת שעתיים ולא 3 שעות.

**שאלה משפטית:** היו אמורים לבדוק אותה לאחר שעתיים. עברו 3 שעות. כיצד ניתן לדעת מתי הנזק נגרם? האם זה קרה בטווח השעתיים (ואז הם מזוכים)

**הליך משפטי (ריבלין):** מצד אחד בהתנהגותו, ביה"ח התרשל ובכך גרם למות העובר. מצד שני, אנו לא יודעים. יכול להיות שהעובר נפטר אחרי חצי שעה. אולם, אנו לא ידועים בגלל שהתרשלותו של ביה"ח הובילה לאי הידיעה. אילו ביה"ח ביצע את הבדיקה כעבור שעתיים בהתאם לנוהל, היינו יכולים לדעת מתי בדיוק נפטר העובר (האם בטווח השעתיים או בשעה הנוספת שבה לא נוטרה האם). **כתוצאה מהתרשלות ביה"ח לא ניתן לדעת זאת.**

ריבלין בעצם בפס"ד מיישם את דוקטרינת הנזק הראייתי – **היפוך נטל הראייה.**

*סעיפים 38-41 לפקנ"ז*

בהתקיים היסודות של כל אחד מסעיפים אלה, יתהפך הנטל אל כתפי הנתבע. על הנתבע להראות שלא התרשל (נדבר על מקרים בהם יעבור הנטל גם לשם הוכחת קש"ס עובדתי).

**המשמעות:** חזקה הניתנת לסתירה שהנתבע התרשל (ובמקים מסוימים שקיים קש"ס – ס' 41). על הנתבע להוכיח שלא כך הוא, אחרת התובע זוכה.

הסעיפים לכאורה מאוד דומים, אבל ס' 41 יותר חזק שכן הוא מטיל נטל גדול יותר על הנתבע.

**ס' 41 – "הדבר מעיד על עצמו"**

3 תנאים:

1. היעדר ידיעה של התובע – אם אנו נמצאים בסיטואציה שלתובע אין יכולת לדעת מה קרה או לא ידע (לדוג' אם היה מורדם, או מת) זה מתקיים.
2. שליטת הנתבע – הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה עליו
3. הנסיבות מתיישבות עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

**תנאי 1: היעדר ידיעה בכוח או בפועל**

האם מתכוונים לכך שהניזוק לא ידע? או התובע? האם הניזוק עצמו, למשל חולה בשולחן הניתוחים, צריך לא לדעת? שאלה שנשאלה בעניין פלוני

**רע"א 7002/17 פלוני נ' פלוני – היעדר ידיעה של התובע**

**העובדות:** פועל שעבד באתר בנייה. מצא את מותו. לא היה ברור אם הסיבה שמת נגרמה כתוצאה מפיגום שלא הונח כמו שצריך. כלומר לא ידוע אם זה נבע מרשלנות, או שזה נבע בגלל שחיפש מקום ללכת לשירותים והלך למקום אסור (כלומר התנהל בצורה רשלנית בעצמו). לא ידוע מה קרה.

אם אנו אומרים שהניזוק צריך להוכיח אי ידיעה, לא ניתן להפעיל את הסעיף. זה בעייתי כי זה גורם לפרדוקס שהסעיף לא יהיה רלוונטי במרבית המקרים.

**הליך משפטי (עמית):** ביהמ"ש פותר את הבעיה ואומר **שמספיק להוכיח את אי הידיעה של התובע,** ובכך פותר את הדילמה. הוא מחדד ואומר שזה לא אומר שהתובע לא יתאמץ ויחפש ראיות. כלומר, ביהמ"ש צריך להשתכנע שנעשו מאמצים מצד התובע לגלות מה קרה, והדבר לא צלח.

**תנאי 2: שליטת הנתבע**

**רז נ' ביה"ח אלישע**

**העובדות:** תינוקת נולדה ומסתבר שנדבקה בחיידק מסוכן. נגרמה לה נכות. האם תובעת את ביה"ח.

**הטענה:** בית החולים התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן "להסתובב בשטחו". מנגד, ביה"ח אומר שלא ידוע שזה קרה בגלל שהתרשל.

**הליך משפטי (שמגר):** מתקיימים כל התנאים של ס' 41. די בכך שהחיידק המסוכן נמצא בשליטה, באזור הגאוגרפי של ביה"ח. ידוע שעל ביה"ח חלה חזקה לתחזק את האזור. היות שהתינוקת נדבקה בשטח של ביה"ח, אנו יודעים שהייתה בשליטתו של ביה"ח גם לשלוט על החיידק. אנו לא יודעים מה קרה, **אבל זה היה בשליטתו של ביה"ח ולכן התרשל.** מכאן שבפרט, חל התנאי השני של ס' 41.

**תנאי 3: הנתבע התנהג באופן לא סביר**

* התנאי המשמעותי ביותר
* יכול היה למנוע את הנזק, ולא עשה זאת

הביקורת על התנאי השלישי: תנאי זה הוא תנאי בעייתי. אנו צריכים להוכיח שמישהו התרשל. אם היינו יכולים לעשות זאת, היינו עושים זאת במסגרת ס' 35. אולם תנאי זה דורש להוכיח שסביר שהתרשל. בעצם התנאי מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר. לו התובע יכול היה לעמוד בהוכחה זו, ממילא היה תובע בעוולת רשלנות במסגרת ס' 35. ריבלין עונה על ביקורת זו:

**שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק – ניתן להשתמש בראיות כלליות כדי להוכיח את התנאי ה-3**

**העובדות:** נפגע עצב בניתוח להחלפת מפרק ירח. נוצר נזק תמידי. לא ברור אם הנזק התממש כתוצאה מהתרשלות, שכן נזקים קורים בניתוחים (ניתוחים הם מסוכנים!), או אם ההתרשלות גרמה לנזק.

**השאלה המשפטית:** נוגעת לתחולתו של ס' 41. התנאי הראשון מתקיים. היא הייתה מורדמת. התנאי השני גם כן מתקיים. אירוע הנזק נמצא בשליטת ביה"ח. אולם, מה בנוגע לתנאי השלישי?

**טענת התובעת:** אומרת שאין מספיק ראיות – אין רישום וזו אינדיקציה לכך שפעל באופן לא סביר. בנוסף, היא מביאה עדות של רופא הבודק האם נזקים כאלה קורים בניתוחים מסוג זה. נמצא שהסיכוי שייגרם נזק מאוד נמוך. זה כשלעצמו מצביע על כך שהייתה התרשלות. בעצם, התובעת משתמשת ב"לשון כללית". ראיה כללית. היא לא מוכיחה קונקרטית שביה"ח התרשל, אלא אומרת שיש נסיבות כלליות-הסתברותיות שקרה נזק בנסיבות שבד"כ לא קורה. בכך טוענת שקיימה את תנאי 3.

**הליך משפטי (ריבלין):** סבור שאין צורך בראיות קונקרטיות כדי להוכיח את תנאי 3. **ניתן להשתמש בראיות כלליות.** למה הכוונה בראיות כלליות? **הסקה סטטיסטית**. אבל, הסקתה של התובעת לא הייתה נכונה, משום שיכול להיות שאכן קרה הנזק מהסיכון הסביר שיתממש בניתוח זה. היא בעצם אמרה שזה נדיר שייגרם נזק, אבל זה לא מהווה אינדיקציה להתרשלות (כלומר, נדיר, אבל יכול לקרות).

היא הייתה צריכה לטעון שמתוך כל אותן פעמים שנגרם נזק, הוא נגרם בד"כ כתוצאה מהתרשלות. אז למשל, אם 3 פעמים קרה נזק, ופעמיים נגרם בעקבות התרשלות, אזי הייתה מצליחה להוכיח את תנאי 3. ניתן לראות שזו ראיה כללית – הסתכלות על מקרי נזק דומים ובחינה כמה מהם נבעו מהתרשלות.

נדירות התוצאה לבד אינה מספיקה. אומר שזה לזה משמעות אבל לא די בכך. במקרה שזו הטענה העובדתית, **יש צורך שיתקיימו נסיבות מחזקות נוספות:**

1. היעדר רישום רפואי – המנתח הראשון לא ניהל רישום.
2. היה מנתח נוסף בחדר שלא העיד. הראשון לא ניהל את הרישום, והשני הגיע. בעצם, בכל הפרוצדורה הזו היו ראיות, אולם מרשלנות לא הוכחו משום שהרופא השני לא העיד.

ריבלין מוסיף ואומר שניתן היה להגיע לאותה תוצאה עם **דוקטרינת הנזק הראייתי:** התרשלות הנתבע גרמה לכך שהתובעת לא תוכל להוכיח את תביעתה, וכך להפוך את נטל ההוכחה על כתפי הנתבע (היעדר רישום + מנתח 2 לא העיד). היפוך נטל הראייה מביא את התובעת למצב דומה לזה של ס' 41 (הדבר מדבר בעד עצמו).

שתי הערות חשובות נוספות לעניין תנאי 3:

* מרגע שהוכח תנאי 3, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקש"ס בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו. הדבר נובע מנוסח ס' 41 ("שגרם", "זהירות סבירה") – היפוך נטל הראייה נוגע גם לקש"ס עובדתי! כלומר שהתרשל וגם גרם לנזק (ולא רק נטל ההוכחה לעניין ההתרשלות).
* האם הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו תוך שימוש בראיות קונקרטיות או שמא יכולים הם להתבסס גם כן על ראיות כלליות? לדוגמא, בענייננו יכול היה הנתבע למצוא רישום, או שגם הוא יכול היה להביא ראיות כלליות שסותרות. ריבלין מעלה את השאלה הזו, **אבל לא קובע בעניין.**

מכאן שמדובר בחזקה שניתנת לסתירה וייתכן שביהמ"ש יאפשר לנתבע להביא ראיות כלליות.

**שיעור 14 – 26/05/22**

מה זה אומר שהנטל עבר לעניין ההתרשלות והקש"ס? האם הנתבע צריך להוכיח שגם לא התרשל וגם שהקש"ס לא מתקיים? מה הנתבע יכול לעשות כדי לגרום לכך שהתביעה תידחה מעליו? מספיק להוכיח שלא התרשל, או מספיק להוכיח שלא קיים קש"ס. כדי להוכיח רשלנות צריך להוכיח את כל היסודות, **ולכן די בכך שהנתבע מצליח להפריך את החזקה לגבי אחד מהם כדי לשלול את התביעה נגדו.**

* התנאים בס' 41 מצטברים!

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

נמצאים באזור של דברים מסוכנים, או כאלה שנמלטים (גרמו לנזק בהימלטם). לא מדובר על אש שנמלטה, ועל חיה שנמלטה.

היבטיו של ס' 38

* דבר מסוכן
* דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו
* מה לגבי הוכחת קש"ס

**היבט 1: דבר מסוכן**

**עזבון המנוח נאצר נ' מד"י**

**העובדות:** פיזור הפגנה ע"י צה"ל. אחד מהאנשים שהיה בהפגנה נפטר על ידי צה"ל. העיזבון תובע את המדינה על התרשלות החיילים, אשר התרשלו

**טענת משפחת המנוח:** לא צריך להוכיח התרשלות. הנזק נגרם על ידי נשק – דבר מסוכן. ס' 38 אומר שבמצב כזה תתהפך נטל הראיה. חלה חזקה שהתרשל החייל.

**הליך משפטי (ריבלין):** לא מקבל את הטענה. על מנת שנשק יחשב לדבר מסוכן לצורך העברת הנטל בסעיף 38, **על השימוש בו להיות כזה שאינו רגיל**. באופן רגיל, השימוש הרגיל בנשק הוא שימוש מסוכן. **הוא יכול להיות מסוכן לצורך הסעיף כאשר יש שימוש לא רגיל בו.** למשל, אם חייל משחק עם הנשק והוא יורה ופוגע באחר, הנשק הופך למסוכן לצורך ס' 38. אנו לא יכולים להשתמש בעובדה שנשק בפני עצמו הוא מסוכן לדברי ס' 38. אם נאמר זאת, אנו נהיה **בבעיה גדולה** – אנו נמצאים במדינה שבה הרבה נושאים נשק. באותו רגע שייקבע שנשק הוא דבר מסוכן, כל חייל שירה בנשקו יצטרך להוכיח שלא התרשל, בכל נסיבות. **אנו לא רוצים שתיווצר הרתעת יתר**. ריבלין עושה פרשנות תכליתית ומבין שמדובר בשימוש המגביר את הסיכון עצמו מהנשק, סיכון שאינו רגיל וניתן להתייחס אליו ככזה שלצורכו נהפוך את הנטל לכתפי הנתבע, והוא יצטרך להוכיח שלא התרשל.

**היבט 2: הדבר שיכול לגרום לנזק בהימלטו**

**חברת מפ"י נ' משק אשכנזי**

**העובדות:** מי השקיה גרמו לנזק לחלקה שנמצאת ליד. נעשה שימוש בסעיף זה.

**הליך משפטי:** נקבעה חזקה של התרשלות. המים גרמו לנזק למקרקעין השכנים. זו חזקה שניתנת לסתירה.

* לעניין ס' 38 התנאים אינם מצטברים!

**היבט 3: הוכחת קש"ס**

גם אם הוכחו תנאי ס' 38, הם הוכחו לעניין היפוך נטל הראיה אל כתפי הנתבע שלא התרשל בלבד. בס' 38 לא ניתן לעשות היפוך נטל ראיה בהוכחת קש"ס בין ההתנהגות הרשלנית לבין הנזק שנגרם (בניגוד לס' 41), אלא זה נותר בכתפי התובעים.

**עצמון נ' חיפה כימיקלים**

**העובדות:** צוללים ודייגים בקישון שטענו שהם חלו בסרט כתוצאה מהחומרים הכימיקליים. היה להם מאוד קשה לעמוד בנטל ההוכחה.

**הליך משפטי (עמית):** היה ברור שהוזרמו כימיקליים לנחל. אולם, היה קשה להוכיח קש"ס – שהסרטן נגרם כתוצאה מהכימיקליים. הבעייתיות הייתה שנטען שכל החומרים שהוזרמו לקישון הם חומרים שנמצאים במי השתייה שלנו. למעשה, היה קשה להוכיח שמדובר בחומר מסוכן, ובנוסף, עמית אומר **שגם אם היו מצליחים להוכיח זאת, עליהם להוכיח קש"ס.** היה מאוד קשה לאסוף ראיות.

* **מיטל:** הרבה פעמים אנו נמצאים במצב בו קשה לנו למצוא ראיות. מי שמייצג מפעלים או תאגידים גדולים עשוי לספק ראיות טובות יותר

**ס' 39 – חובת הראיה ברשלנות לגבי אש**

* ס' המדבר על נזקים שנגרמו מאש

אם הנתבע הבעיר את האש ונגרם נזק, אז מתהפך נטל הראיה על כתפיו. אם הוא היה בעל או תופס המקרקעין "שמהם יצאה האש", במקרה כזה גם תתהפך הראיה.

ישנו הבדל בין מקרקעין למטלטלין:

1. הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש

**נביל כליל כורי נ' יצחק קטש**

**העובדות:** עובד בבית מלאכה, נגרייה. עובדת בפעולת ריתוך. יש בקבוק תבניתי לידו, הוא מתלקח ונגרמות לו כוויות. הוא תובע ברשלנות את המחזיק של בית המלאכה.

**טענה:** ס' 39. הנזקים נגמרו מאש.

**הליך משפטי (לנדוי):** לא ניתן להפוך את נטל הראיה במקרה זה מפני שהסעיף אומר שהאש צריכה לצאת מהמקרקעין. זה לא אומר שלא הייתה פה רשלנות (הוא הצילח להוכיח לפי ס' 35), אולם לא ניתן להוכיח היפוך נטל ראיה משום שהאש לא יצאה מהמקרקעין.

1. הנתבע בעל מטלטלין שמהם יצאה אש

**גנור נ' מד"י**

**העובדות:** אש מתקלחת מסוללה של טלפון. במקרה זה, משרד התוקשרות היה בעל הסוללה. הסוללה הותקנה על ידו. לכן, מדינת ישראל נתבעת. הטלפון הונח במשרד על מדף. הוא תבע את בעלת הסוללה (המדינה). התובע מבקש להפוך את נטל הראיה ולהטיל חזקה שהיא התרשלה.

**המדינה:** האש לא יצא מהמקרקעין. לפי הסעיף היא צריכה לצאת ממקרקעין.

**הליך משפטי (שמגר):** יש להבחין בין "תופס מקרקעין" מהם יצאה אש, ל"בעל מטלטלין" שמהם יצאה האש. **די בכך שהאש יצאה מהמטלטלין עצמו. לא צריך בנוסף לזה שהאש יצאה מהמקרקעין**. די בכך שהסוללה התקלחה. מספיק שהיא יצאה ממטלטלין.

**ס' 40 – חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה**

* חיית בר, או חיה שאינה חיית בר אבל היא מועדת + הנתבע היה בעל החיה.

למשל, אני בעלת קרקס, ברח לי נמר. אני הבעלים של הקרקס. נוצר היפוך נטל הראיה ובעל החיה צריך להוכיח שלא התרשל.

* אם תובע יוכיח שקרו כמה תקלות עם הכלב, הוא כנראה יעמוד בדרישות הסעיף.

**ס' 41א-ג – נזקים שנגמרו על ידי כלב**

מה שונה סעיף זה מהסעיפים שהיו עד עכשיו? סייפת הסעיף אומרת שזה לא משנה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים. אנו רוצים להרתיע בעלי כלבים. יכול להיות שכלב תקף לא במקרה רגיל (של אשם תורם), אלא בהסדר מיוחד (תתי סעיפים ב + ג):

* ס' 41ב – לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם הנזק קרה עקב: (1) התגרות של הניזוק בכלב, (2) תקיפת הניזוק את הבעלים/בן זוגו/הורו/ילדו, (3) או הסגת גבול של הניזוק במקרקרעין של הבעלים
* ס' 41ג – שמירת דינים. נניח אדם הסיג גבול וכעת הוא לא יכול להיעזר בסעיף 41א ולקבל הגנה מוחלטת. ס' 41ג אומר שניתן לחזור לטענת הרשלנות – הבעלים התרשל/היה צריך לשים שלט וכו'.

***אשם תורם – ס' 68 לפקנ"ז***

אשם תורם יכול לחול גם בעוולות כוונה, ובעוולות נוספות. הוא לא חל רק על רשלנות! הסוג היחידי שבו אשם תורם לא חל הינו אחריות מוחלטת!! במצב זה המחוקק יוצר משטר ספציפי, ואין מקום לאשם תורם.

**רקע והערות כלליות**

מעבר מהסדר בינארי להסדר יחסי. בעבר, ההסדר הבינארי היה כך – אם יש אשם תורם מעל 50%, לא הצלחת להוכיח את התביעה. אם פחות מ-50%, הצלחת בתביעה. היום, ישנו הסדר יחסי. חלוקת אחריות.

* מעוולים במשותף מהווה דוקטרינה סיבתית. מעוולים במשותף, כלומר יותר מאחד תורמים לנזק (המזיקים המשותפים יהיו אחראים יחד ולחוד על הנזק).

אשם תורם מהווה מקרה פרטי של מעוולים במשותף, בו הניזוק והמזיק היו מעוולים במשותף.

**שלבי קביעת אשם תורם:**

1. התובע מסיים לטעון ועמד בנטל ההוכחה לגבי כל אחד מיסודות העוולה
2. הנתבע מעלה טענת אשם תורם, להחלטת ביהמ"ש
3. במידה שיש אשם תורם, תקבע חלוקת אחריות – עוברים להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים.

סעיף 68 מתאר מהו אשם תורם

* מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר
* לא תיכשל תביעת פיצויים
* הפיצויים שייפרעו יופחתו

**נבחין אשם תורם מניתוק קש"ס**

**ס' 64(2):** אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק

נוצרת אבחנה בין ניתוק קש"ס לבין אשם תורם. בעצם מדובר במשהו שהוא מעבר לאשם תורם. אותו "ניזוק" ניתק את הקש"ס משום שהוא התנהג בצורה כ"כ רשלנית. ניתן לומר שהוא "גורם זר מתערב" שגרם לניתוק.

מי שטוען אותה ומצליח, מצליח לדחות את התביעה!

* לא ניתן לדחות תביעה בשל אשם תורם!!!!

**האם ניתן להצדיק שימוש באשם תורם**

1. צדק מתקן – צדק מתקן נועד להשיב את המצב לקדמותו. יש לבחון את הזכות שנפגעה ואת היקף הפגיעה. אם חלק מהיקף הפגיעה מיוחס לניזוק, מכאן שהפגיעה מצומצמת יותר. לכן, אנו צריכים להתאים את הפיצוי להיקף התביעה בפועל. מכאן שאם הנתבע גרם לפגיעה מצומצמת יותר בזכות, נפחית מהסכום שמגיע לו בהתאם
2. הרתעה

* התרעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם – אנו רוצים שאנשים יהיו זהירים. אם אדע שלא משנה כיצד אתנהל אני אפוצה, אני אהיה פזיזה.
* התרעה ביתר של מזיקים – כולם מזיקים פוטנציאליים. אם על סיכון שמתממש הניזוק יוכל לנצל זאת ולהגביר את הסיכון, אנשים יחששו יותר.

**הסטנדרט לקביעת אשם תורם**

הסטנדרט זהה להתרשלות.

הניזוק התנהג בצורה שהיא סטייה מסטנדרט האדם הסביר בנסיבות העניין. אולם, קיימים גם מקרים ספציפיים אליהם התייחסה הפסיקה באופן מיוחד: (1) עובד מעביד, (2) ילדים

1. **יחסי עובד-מעביד**

**דפרון נ' גולובין – אשם תורם של עובד**

**העובדות:** פועל שעבד במפעל שתה בטעות מתנול, כאשר הוא מחפש אלכוהול להשתכר, תוך כדי עבודה ונפטר. המשפחה תובעת את המפעל.

**טענת המשפחה:** התרשלות מצד המפעל, שכן המפעל השאיר בקבוק רעיל בצורה לא שמורה (וחוק לחומרים רעילים מורה לא להשאיר חומר רעיל בצורה לא שמורה).

**מחוזי:** שלל את טענת האשם התורם, נוכח מגמת הפסיקה לדקדק עם המעיד ולהטיל אחריות על העובד אך במקרים נדירים. הוא קובע זאת משום שיש הלכה הנוגעת ליחסים מיוחדים בהם יש פערים – יחסי מעביד ועובד. ביהמ"ש המחוזי מצא לנכון לא לייחס אשם תורם לניזוק.

**עליון:** לעניין ניתוק הקש"ס – התנהגות העובד הייתה צפויה ולכן נותק הקש"ס. **לעניין אשם תורם, יחול מבחן "העובד הסביר בנסיבות העניין", ומאידך, מתחשבים ביחסי עובד-מעביד (יחסים מיוחדים).** בעצם מצד אחד צריך לקחת בחשבון שמדובר ביחסי עובד מעביד ולכן צריך לקחת זאת בחשבון בחלוקת מידת האשם (אם זה לא היה יחסים שכאלה, חלוקת האשם הייתה מתבצעת בצורה שונה). בנוסף, אין ספק שצריך להתייחס להתנהגות המנוח, לאשמו התורם, ולאזן זאת. כלומר, אי אפשר להתעלם מעצם המצב שבו המנוח באמת התנהג בצורה לא אחראית ומאוד לא סבירה.

**דפרון טענו טענה נוספת**: הייתה התנהגות כ"כ חריגה, שבכלל היה צריך לומר שמדובר בהשפעה מכערת על הנזק.

על כך ביהמ"ש אומר שהם כן היו מעוולים, אולם זה נכון שקיים אשם תורם.

למה לא ניתן לומר שההתנהגות ניתקה את הקש"ס? **משום שהמעביד היה יכול לצפות את ההתנהגות החריגה.**

**החלטה:** ביהמ"ש קובע אשם תורם בגובה 25%, המבטא את האיזון האמור.

* בד"כ הסטנדרט יהיה האדם הסביר, אולם ביחסי עובד-מעביד ככל הנראה תהיה נטייה לטובת העובד.
* **תרגיל:** הסיקו לגבי כל אמירה אם היא נכונה או לא. נמקו.
* סיפוריו של דודו על תאונת הדרכים הקשה בה נפצע קשה כתוצאה מרשלנות נהג אוטובוס שהתנגש במכוניתו, גרמו לרונאל, אחיינו בן העשר, לסיוטים קשים בלילות. לאחרונה, רונאל אובחן כחולה במחלה נפשית (נכות כתוצאה משחזור נשנה של הסיפורים בראשו, שהביאו אותו להתקפים פסיכוטיים המקשים עליו לתפקד). רונאל הוא ניזוק עקיף.
* החלטת ביהמ"ש בעניין רז נ' בית החולים אלישע מוצדקת משום שיש שקיימת קרבה מדרגה ראשונה בין האם לבין בתה הניזוקה וסמיכות לזמן ומקום אירוע הנזק.
* לא תוטל אחריות ברשלנות על מחדל טהור.
* **תשובה של מיטל:**
* **לא נכון.** יש לדון בתנאים שנקבעו באלסוחה ולהסביר מדוע. חש לציין שייתכן שרונאל ניזוק ישיר כתוצאה מהתרשלות דודו (ככל שניתן לקבוע שיסודות עוולת הרשלנות חלים בנסיבות). לענייננו, בשלושת התנאים הראשונים הוא לא עומד בהם. עניין הרשלנות עשוי להיטען כך שהדוד התרשל בכך שסיפר לאחיין שלו על התאונה שלו.
* **לא נכון.** החלטת ביהמ"ש להטיל אחריות על ביה"ח הייתה דרך ס' 41. ההחלטה נגעה לנזקי הנכות של התובעת שנדבקה בחיידק שפשה בביה"ח כשנולדה וטופלה בו. לא הייתה זו תביעה של ניזוקה עקיפה על הנזק הנפשי שנגרם לה עקב הנזק שביה"ח גרם ברשלנותו לניזוק ישיר.
* **לא נכון.** ביהמ"ש עשוי להטיל אחריות במצבים אלה, אך בהחלט יעשו כן בזהירות, ובתלות בנסיבות (כפי שנאמר בפס"ד ולעס, מד"י נ' לוי).

**שיעור 15 – 31/05/22**

1. **ילדים**

במקרה של אשם תורם, גם ילדים יכולים להיות אשם תורם. ילדים פטורים מאחריות בנזיקין עד גיל 12, אך לא מאשם תורם. למה?

* אנו נמצאים בזירה שהיא פחות בעייתית. לא מטילים אחריות על הילד, אלא אומרים שהוא פשוט לא יקבל פיצוי. ההשפעה הזו על הילד היא פחות חמורה, הוא לא צריך לשלם בעצמו על הנזק.
* מצד אחד אנו לא רוצים להטיל אחריות על ילדים, ומצד שני אנו כן מפחיתים מהם את היכולת לקבל פיצוי למרות שהם ילדים.
* הרתעה – גם אם מדובר בילד, הוא עשוי להוות אשם תורם.

**מדינת ישראל נ' אייגר – אשם תורם של קטין**

**העובדות:** אייגר שיחק עם חבר על גג הבית שם מצאו טיל. הטיל התפוצץ. אייגר נפצע ולבסוף רגלו נקטעה.

**השאלה המשפטית:** תחת איזה סטנדרט יש בחון אשם תורם של ילד? (1) האדם הסביר, (2) הילד הסביר (באותו הגיל), (3) מבחן סובייקטיבי, המתחשב ברמת האינטליגנציה של הילד

**הליך משפטי (גולדברג):** גולדברג בפס"ד זה מנתח לפי מבחן הילד הסביר. גולדברג אומר שהעניין הוא תלוי נסיבות וכן ניתן לבחון מבחן סובייקטיבי (כאשר הנסיבות מאוד ברורות. למשל, ילד עם מוגבלות שכלית. משאיר זאת בצ"ע). יחד עם זאת, **קובע שיש לבחון לפי הילד הסביר**.

* עצם העובדה שאנו עוסקים בעולמו של ילד, אנו מעט נפחית מאשם תורם. אנחנו כן לוקחים בחשבון שמדובר בילד, אבל עדיין מייחסים לו אשם תורם, וזאת כי קבענו שסטה מהתנהגות סבירה של ילד סביר.

**הקשר בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות**

**קטברי נ' רוזן - האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?**

**העובדות:** נהגת יוצאת ברברס מחניה ומתנגשת במונית שחולפת מאחוריה. המונית נהגה מעל המהירות המותרת, ונקבע לנהג מונית אשם תורם בגובה של 30%.

**השאלה המשפטית:** המשמעות של אדם תורם היא פיצוי מופחת לנהג המונית (הניזוק). באותו מקרה, גם למזיקה נגרם נזק, האם על הנהג לשלם לה פיצוי בגובה של 30% מהנזק שנגרם לה? בעצם היא טוענת שאכן יש לו אשם תורם, אבל היא רוצה להתייחס לאשם התורם כ"יוצר אחריות בנזיקין".

**הליך משפטי (עמית):** ישנה הבחנה בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות נזיקית. **שני אלה בעלי מטרות שונות, ולכן לא ניתן לייחס לאשם תורם באופן אוטומטי גם ככזה שיוצר אחריות**. ניתן לייחס לו יוצר אחריות **בנסיבות מסוימות**. אולם, המחוקק רצה להפריד בין השניים.

**הצדקה כלכלית –** נחשוב שיש רכב עני בשווי 100. רכב עשיר בשווי של 1000. העשיר הרשלן, התנגש בעני וגרם לו לנזק. נקבע שלעני יש אשם תורם בגודל של 20%. מה יהיה הפיצוי לעני? 80. אם נאפשר תביעה נגדית נגד הניזוק העני בגובה האשם התורם, מה יהיה גובה הפיצוי לעשיר? 200 (20% מ-1000). בעצם נוצר מצב שמי שאשם פחות משלם יותר במקרה זה. עמית אומר שאנו חשופים למצבים מהסוג הזה.

עד כמה מדובר בשיקול משמעותי? נוצר מצב די רגיל. אדם גורם נזק לאדם אחר, ולכן צריך לשלם על כך, בין אם מדובר בניזוק עשיר, ובין אם מדובר בניזוק עני. מכאן שלכאורה השיקול לא כ"כ משמעותי. גם מבחינת צדק מתקן, אם נפגעה זכות יש להשיבה.

אולם, עמית מתייחס **לשיקולים חלוקתיים**. עמית אומר שישנו מצב קשה בו יש מזיק משמעותי, והוא משלם פחות.

* עמית אומר שזה תלוי נסיבות ולא מציין מה הנסיבות. לכן הוא לא פתר לנו כלום ואנו עדיין נמצאים במקום בעייתי.

**אשמו של המזיק גורם לאשמו התורם של הניזוק**

**המקרה:** אשמו של הנתבע לא רק גורם לנזק, אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני ויתרום לנזק (בעצם המזיק גם מזיק וגם גרם לכך שהניזוק יהיה בעל אשם תורם).

**אלהווא נ' עיריית ירושלים**

**העובדות:** אדם בעל לקויות הולך ברחוב. אין גידור או תיאורה. הוא גר בשכונה עם תשתיות נוראיות. אין לו איפה לעבור. הוא עובר באיזשהו כביש שדרכו הוא יכול להגיע לביתו, והוא נופל לבור של 4 מטרים. נקבעו לו 100 אחוזי נכות, אולם גם אשם תורם של 20%.

**הטענה של העירייה:** אלהווא התרשל. אמנם היא לא דאגה לתשתיות והתרשלה, אבל הוא היה צריך לעבור דרך דרך חלופית (טענה שהתקבלה ע"י המחוזי, ומכאן נובע הערעור ע"י הניזוק).

**הליך משפטי: עמית:** ביהמ"ש לא התערב בממצאים העובדתיים שנקבעו במחוזי, ואיפשר להטיל אשם תורם בגובה של 20%.

**ברק-ארז:** **מציגה ביקורת.** גם היא איננה משנה ומתערבת בפסק הדין של המחוזי. אולם, מציינת מספר קשיים:

1. פגיעה במוטיבציה של העירייה לתקן את הליקויים (עדיף לה לבסס מציאות בשטח). במקום לתקן את הפגמים היא תעשה הפוך. אם היא תשאיר את הפגם בשטח היא תוכל לטעון את הטענה "היה עליך לדעת שהשכונה מסוכנת" ובכך לנקות במעט מהתרשלותה (ומכאן המוטיבציה נפגעת).
2. בעייתי להשתמש בעובדה שדובר על ניזוק עם מוגבלות כדי לטעון שהיה עליו להיזהר יותר.

* **מיטל מציגה בעיה משפטית:** ס' 66 לפקנ"ז אומר שאם התובע והנתבע גרמו לנזק באשמם, אבל התנהגותו של הנתבע היא זו שהביאה לאשמו של התובע, רשאי ביהמ"ש להגדיל את הפיצויים. כלומר, אם הנתבע בהתנהגותו גרם לזה שהתובע בעצמו התרשל, רשאי ביהמ"ש להעלות את סכום הפיצויים. ניתן היה לטעון את הטענה הזו, אולם היא לא נטענה. אולי זה היה מצמצם ואפילו מאפס את האשם התורם של הניזוק. מיטל אומרת שהפס"ד שערורייתי.

**אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק – אשם תורם בעוולת כוונה**

**פס"ד אפל**

**העובדות:** המדינה נתנה הלוואות/שכר דירה כי רצתה לנקות שטחים. אפל רצה להתקשר באופן ישיר לחברה שלה להציע דירות. למדינה היה נוח, והיא הרשתה להמחות לו את הזכויות היא שנותנת לחברה (שמציע דירות), והוא יתעסק עם אנשי הדירות. אפל נקשר עם המפונים בכל מיני עסקאות, ואמר למדינה שהיא צריכה לתת תוספת להלוואות, ובכך הצליח לנצל פקידים ופקידות, שלא בדקו (התרשלו). אפל ניצל הסדר מול המדינה כדי להוציא כספים במרמה.

**מחוזי:** **(1)** התקיימו יסודות עוולת התרמית הקבוצה בס' 56 לפקנ"ז, הדורשת כוונה מצדו של המזיק (ושהמוטעה יפעל לפי ההיצג והכוזב). **(2)** למדינה אשם תורם בגובה של 50%. משרד השיכון התרשל בטיפולו בהעברות הכספים. המדינה ערערה על סכום הפיצוי.

**עליון (מלצר):** יש להבחין בין שלושה סוגי מקרים:

1. גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק
2. גרימת נזק ותוספת רווח למזיק
3. מקרים של העברת כספים

אומר שעוולת התרמית יכולה לייצר נזקים, אבל היא גם יכולה לייצר רווחים. אדם שמרמה עשוי לגרום לעצמו לרווח. הפיצוי המשמעותי אמור להיות פיצויי השבה ("העברת רווח" לדבריו), שכן הרוויח על חשבון המדינה.

מלצר משתמש בפס"ד תנובה – מצד אחד היא הרוויחה כסף, ומצד שני גרמה נזק לאחרים.

העברת כספים – אחד מפסיד (המעביר), ואחד מרוויח (המקבל). לענייננו, המפסיד הוא המדינה. במצב של העברת רווח, לא השתנה הרווח. השופט מלצר אומר שהוא מוכן שיהיה אשם תורם בעוולת התרמית, **אולם יש להפחית מגובה הפיצוי רק לעניין חסרון הכיס, ולא לעניין הרווח.**

אנו לא נאפשר לאנשים להרוויח חלק מהעברת הכספים, משום שאז יהיה מדובר בתמריץ לא טוב (למשל, אם מישהו לקח 100 ויש אשם תורם של 50%, אז הוא יחזיר לניזוק 50, אולם הוא יזכה ב-50. כלומר, הוא עדיין מרוויח ולכן מלצר קובע שאין אשם תורם בהעברת כספים).

**הנדל:** ניתן לאפשר טענת אשם תורם גם במצבים השלישיים של "העברת עושר" ביחס לראשי הנזק הנוספים. אין לגרוע מפיצויי ההשבה. הנדל למעשה לא טוען שהוא מצטרף לשופט מלצר, הוא אומר דברים זהים. אומר שכן ניתן להטיל אשם תורם בעוולות כוונה, אולם לא במצב זה.

**השורה התחתונה של פס"ד אפל:** ברגע שמישהו התכוון לקחת ממישהו אחר אנו נמצאים בעולם של "העברת כסף", או במילים פשוטות יותר – התעשרות שלא כדין. מלצר אומר שאין אשם תורם במצב של העברת כסף. זאת מפני שאנו לא רוצים שאנשים יבצעו עבירות כאלה בכוונה.

**שיעור 16 – 2/6/22**

בשיעור שעבר דנו בפס"ד אפל שמדבר על עוולת התרמית. מתואר מצב בו מישהו מתכוון לעשות מעשה עוולתי, וכתוצאה מהמעשה הרוויח. ביהמ"ש דן בעוולת התרמית בהקשר הנזיקי שלה, ובמקביל היה ניתן לטפל בעניין דרך חוק החוזים, וכן דרך דיני עשיית עושר (ולא באשם תורם. **מיטל** חושבת שצריך היה לפתור דרך עשיית עושר).

בפס"ד זה נאמר שייתכן שעוולה גורמת רק לנזק. כלומר, נזק במשמעות של פגיעה בעוגה המצרפית.

* התעשרות שלא כדין הינה מצב בו אין "בור" ברווחה החברתית. כלומר, גנבו ממני 100, וחזר אליי 100.

**אשם במקרים של התנהגות מכוונת של הניזוק (התאבדות)**

**האם התאבדות מהווה אשם תורם?**

**פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד – התאבדות עשויה להוות אשם תורם**

**העובדות:** אדם שם קץ לחייו. במקרה זה, בביה"ח לחולי נפש. פס"ד טראגי. הוא קיבל מכתב מהעבודה וחשב שיפטרו אותו. הוא ניסה להתאבד, לא הצליח. ובביה"ח זה קרה. ברגע שאביו לא שם לב, הבן קפץ מהחלון והתאבד.

**טענת הורי המתאבד:** אין מספיק שמירה בביה"ח. ביהמ"ש התרשל בכך שלא שמר על גלעד.

**טענת בית החולים לעניין האשם התורם:** אמנם התרשל, אבל יש להפחית את אחריותו של ביה"ח לאור אשמו התורם של המתאבד.

**הליך משפטי:** **ניתן להפחית אחריות עקב אשמו התורם של מתאבד, אך לא במקרה זה** משום שההתאבדות הייתה צפויה! גלעד הגיע לביה"ח בדיוק מהסיבה שהוא רוצה שישמרו עליו מפני פגיעה בו. מכאן שההתרשלות של ביה"ח נובעת מכך שהם לא עשו זאת. הם לא שמרו עליו מפני המעשה שלשמו התאשפז. זו הייתה חובת הזהירות של ביה"ח כלפיו. לכן ביה"ח לא יכול לטעון לאשם תורם משום שניתן היה לצפות זאת! (ההתרשלות הייתה בעצם התאבדותו של גלעד).

* מה השיקול המרכזי שתומך בהחלטה זו? שלא תיווצר הרתעה בחסר לבתי חולים, ובכך תופחת מאחריותם במצב של התאבדות מטופל.
* **בפס"ד דפרון,** העובד שהחליט לשתות מבקבוק רעל, מה היה קורה אילו היה שותה את המשקה בכוונה? בדפרון אפשר לטעון שאם התכוון לשתות מהבקבוק, לא ניתן היה לצפות זאת. זה מקרה בו **מיטל** אפילו הייתה טוענת לניתוק קש"ס. לעומת זאת, **בפס"ד גלעד,** ניתן היה לצפות את ההתנהגות ואת התוצאה, כאמור לעיל.

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

לדוגמא: הסגת גבול. די בכך שמדובר בגבול של מישהו אחר ודרכתי בו, כדי שתוטל עליי אחריות.

במקרה כזה, אם בעלי חלקה דחף אותי תוך כדי ריב, ובגלל זה דרכתי בחלקה שלו. אמנם אני הסגתי גבול, אבל גם אני וגם הוא תרמנו לכך שאני אדרוך בחלקה שלו.

* **מה הבעיה עם רעיון הטלת האשם התורם על עוולה שהיא אחריות מוגברת?** באחריות מוגברת לא צריך אשם. אולם, אחד השלבים באשם תורם הוא חלוקת אשם. איך ביהמ"ש יכול לחלק את האשם, אם מדובר בעוולה חסרת אשם? מדובר בקושי קונספטואלי, אולם עדיין ביהמ"ש נאלץ, במצבים ספציפיים, להחליט ולהשתמש בכך.

***תקיפה וזכויות החולה – מבנה הלימוד של הפרק***

1. עוולת התקיפה
2. תקיפה בהקשר רפואי

**1. תקיפה – ס' 23 לפקנ"ז**

הס' מפרט מהי תקיפה:

1. שימוש בכוח
2. במתכוון
3. נגד גופו של אדם
4. על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת
5. שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית
6. וכן ניסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח...

החלק הראשון של הסעיף נוגע לתקיפה הכוללת **מגע פיזי** (סעיפים א-ה), והחלק השני נוגע לניסיון/איום למגע פיזי (סעיף ו').

**יסודות העוולה**

* שימוש בכוח
* כנגד גופו של אחר (לא נזק רכוש)
* במתכוון
* שלא בהסכמה

**מגע פיזי**

**פס"ד כרמי – אחריות בנזיקין המוטלת על אדם הלוקה בנפשו בעבירות כוונה (לענייננו, תקיפה)**

**העובדות:** הנתבע, אדם עם לקות נפשית, מבצע תקיפה אלימה כלפי ילד שמסתיימת ברצח (משסף גרון של ילד, וכן גם את של בתו). אנו אכן במשפט הפלילי, אולם ניתנה לו הגנת אי שפיות.

**השאלה המשפטית:** האם ניתן לייחס כוונה, לצורך הסעיף, לאדם לקוי נפשית? וזאת על אף שבפלילי שללו אותה?

קיימות 3 גישות אפשריות –

1. אין כוונה כי הוא לוקה בנפשו. לכן לא ניתן להטיל אחריות בנזיקין.
2. ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת הגפיים (לא נדרשת כוונה אלא ידיעה) – **השופט רובינשטיין.**
3. ניתן להטיל אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לאו – **השופטת ארבל.**

אותו אדם לא התכוון לגרום לנזק. הוא כן התכוון למעשים שלו באותו הרגע, הוא אכן ידע מה הוא עושה, אבל לא ניתן לומר שהוא באמת התכוון שהנזק יתרחש.

* האם קיים שוני אמיתי בין ארבל לרובינשטיין? רובינשטיין אומר שזה לא משנה אם לא הייתה לו כוונה, אלא העיקר שידע שהוא מזיז את הגפיים שלו וידע מה הוא עושה. ארבל אומרת שבכל מקרה תוטל אחריות. האם קיים הבדל?

**הליך משפטי: רובינשטיין: כל עוד אנו לא במצב שאין שליטה על האיברים עצמם, ניתן לייחס אחריות.**

**ארבל:** לא משנה אם יש שליטה או אין. ברגע שקרה נזק, יש להעדיף את הניזוק. **לא משנה אם הייתה כוונה או שליטה.**

**ביקורת על הטלת אחריות על אדם הלקוי בנפשו**

* הטלת אחריות בעייתית. אנו מדברים על קבוצה חלשה ופגיעה ביותר בחברה (גם מבחינה כלכלית). הם לא מסוגלים אפילו להתמודד במשפט עצמו
* המבחן של רובינשטיין, דרך הביניים שלו – לא באמת מדובר בדרך ביניים. אדם לא באמת התכוון להזיז את היד. אין כ"כ הבדל בין מה שאומר רובינשטיין לבין מה שאומרת ארבל (למעט מקרים יוצאי דופן, כמו אפילפסיה או טורט).

**כיצד ניתן להצדיק את תוצאת פסק הדין?**

* **ארבל** אומרת שניתן להעניק פתרונות לקושי הכלכלי. גם אם לא תוטל אחריות נזיקית על המזיק, ניתן להקים **קרנות פיצויים** שישלמו עבורם את הפיצויים. השאלה מהיכן נביא את הכספים הינה שאלה פרוצדורלית, וקוראת למחוקק לפתור את הקושי (על ידי הקמת קרנות).
* ארבל אומרת שצריך לזכור שבליבת דיני הנזיקין עומד הרעיון של **צדק מתקן**. יש מזיק וניזוק. המטרה היא להשיב את המצב לקדמותו.
* חיזוק הפיקוח על ידי קרובים (גילוי ערנות ומניעה מראש)

**ניסיון/איום למגע פיזי**

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

**שני היבטים ייחודיים לסיפא של ס' 23:**

1. מה סוג הנזק העיקרי שיתבע במקרים כאלה? נזקים נפשיים. ממצבים כאלו החלו לדבר על נזקים נפשיים.
2. ניסיון כמקור להטלת אחריות במשפט

**תקיפה, הגנות – ס' 24 לפקנ"ז**

* לקרוא את כל סעיף 24!

הסעיף אומר מתי ניתן להפעיל כוח נגד מישהו אחר, ולא תוטל עליי אחריות בגין תקיפה.

**ס' 24(1):** אם אדם פעל בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתי מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר.

* ההגנה הראשונה של עוולת התקיפה מדברת בלשון של התרשלות. זאת בגלל הסבירות והיחס. בהתרשלות אנו שוקלים את עלויות מניעת הנזק אל מול עלויות קרות הנזק עצמו.

**יסודות ההגנה הקבועה בס' 24(1)**

* עשה את המעשה בסבירות
* הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, חירות או רכוש
* דרישת הפרופורציה – דומה לדרישת הסבירות. מה סביר ומה לא.

**פס"ד אלון נ' חדד – מבחן סובייקטיבי באשר לדרישת הסבירות**

**העובדות:** חייל שהתארח אצל הוריו. הוא שומע רעש. יש לו נשק. הוא יורד למטה ורואה פורץ. ברגע שהפורצים רואים אותו הם בורחים. החייל עולה אל הגלל ובמקביל מדווח למשטרה על הפריצה. עם הנשק הוא מסתכל שהפורץ בורח לכיוון השכנים. החייל חושש שיתבצע אירוע אצל השכנים. החייל צועק ומזהיר את הפורץ. הפורץ מסתובב אחורנית ומאיים שיזרוק עליו חפץ. כתוצאה מכך הוא יורה לא על מנת להרוג (בכתף או ברגל).

**השאלה:** האם דרישת הסבירות בס' ההגנה מאפשרת לפטור מתקיפה את החייל?

* בניגוד לעוולת הרשלנות, בס' ההגנה המחוקק לא אומר את המילה "בנסיבות העניין". אנו צריכים לשאול האם זה היה סביר.

**הליך משפטי (ארבל):** מחזירה אותנו לרעיון של רשלנות. היא אומרת שסבירות המעשה נבחנת בתוך ההקשר, מן הנסיבות עצמן. כאשר אדם נדרש לקבל החלטה במהירות הבזק, והוא חושב שהולכים לפגוע בו, הוא צריך לפעול. היא אומרת שבנסיבות העניין הגיוני שאותו חייל יאמין שתישקף לא סכנה. אנו לא מסתכלים על האדם הסביר, אלא שואלים האם בנסיבות אלה ניתן היה לומר שאותו אדם במקרה קונקרטי פעל באופן סביר. **בעצם ביהמ"ש מפעיל אמת מידה סובייקטיבית, מבחן סובייקטיבי.**

* מדוע זה דווקא סובייקטיבי? משום שאנו רוצים להחליט האם באמת בנסיבות העניין הקונקרטי התבצעה תקיפה, והאם המותקף אכן חש כך ופעל באופן סביר.

**ס' 24(2):** מאפשר הגנה במקרה של מסיג גבול, בלבד שהתוקף ביקש ממסיג הגבול לצאת ממנו בדרכי נועם תחילה.

**ס' 24(5):** כאשר אדם מנסה למנוע מאדם אחר לא שפוי בדעתו להזיק לעצמו או לאחרים. במקרה כזה תחול הגנה.

**ס' 24(8):** אדם בתו"ל עשה מעשה אל עבר אחר, מבלי שקיבל את הסכמתו, והניח שעושה מעשה זה לטובתו (למשל, אדם רואה אחר שרוע על הרצפה ומנסה לעזור לו לקום על ידי הפעלת כוח כלפיו). במקרה הזה יש תקיפה על פניו, אולם ס' 24(8) אומר שבמקרה כזה כן כדאי שאנשים יתערבו, ותעמוד להם הגנה, שכן הם עשויים להציל אחרים.

* הסעיף מתכתב עם מקרים רפואיים מעניינים.
* מה אם יש מטופל והוא לא רוצה בטיפול הרפואי? הוא לא מסכים? הוא אומר זאת, ואנו יודעים שהטיפול הוא לטובתו? האם קמה לו הגנה מכוח ס' 24(8)?

**פס"ד קורטאם – מתי ניתן לכפות טיפול רפואי על מטופל?**

**העובדות:** שוטרים רדפו אחרי הנאשם שהיה בידיו שקית סמים. הנאשם בלע שקית סמים במרדף כדי להסתיר ראיות. הוא נתפס והובא לביה"ח. מסקירה בביה"ח התברר שהשקית מסכנת את חייו וחייב להוציא אותה בניתוח, אך הנאשם סירב לניתוח. הרופאים בכל זאת הרדימו אותו וביצעו את הניתוח להוצאת השקית.

**הטענה:** ההקשר הנזיקי עקיף. הנאשם טען שלא ניתן להשתמש בשקית כראיה נגדו, וזאת משום שהושגה שלא כדין, באמצעות תקיפה. כך עלתה טענת התקיפה האזרחית.

**הליך משפטי (בך):** אדם שמוכן לסכן את חייו רק כדי להימנע מהעמדה לדין, לא חושב באופן בהיר. בנסיבות אלה, מותר היה לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול.

ביקרות על ההחלטה: פגיעה באוטונומיה. זו החלטתו של האדם וברגע שעושים אחרת ממנה אנו פוגעים באוטונומיה שלו. ההצדקה לפגיעה הזו, לפטרונות הזו, מתבטאת ומשקפת שיקולי מדיניות. **יש צורך באיזון – מתי אפשר להתערב בהחלטת המטופל ולכפות עליו טיפול רפואי?**

1. כאשר אדם בהכרה וצלול בדעתו מסרב לטיפול רפואי מחשש לפגיעה באיכות חייו, או לסימפטומים של הטיפול, **אסור לכפות עליו.**
2. **ניתן לכפות טיפול רפואי על אדם שלא בהכרה**. כמה סוגים:
3. לא חושב בצורה בהירה
4. מחשבה משובשת – למשל בפס"ד קורטאם מחשבתו של הנאשם הייתה משובשת.
5. פיזית לא בהכרה
6. התקף פסיכוטי

* כאשר אדם מסכן את חייו כי הוא לא רוצה להיתפס, **הדבר שקול למתאבד.**

**ההלכה של בך:** ניתן לכפות טיפול רפואי על אדם שלא חושב בצורה בהירה ונשקפת סכנה לחייו.

***חוק זכויות החולה***

* לאחר פס"ד קורטאם, חוקק חוק זכויות החולה. למעשה, סעיף 15 רלוונטי לנסיבות של קורטאם היום. חשוב לציין, הסעיף לא מהווה הגנה לתקיפה, אלא ישנו קשר למה היה קורה במצבו של קורטאם.

**ס' 15(1):** עוסק במצבים בהם אדם מתנגד לטיפול והוא לא בהכרה. מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בס' 13, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו אלה:

1. מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;
2. לא ידוע למטפל כי המטופל או האפוטרופוס מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;
3. אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופוס אם המטופל הוא קטין או פסול דין.

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

1. **נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת** – זו דרישה שרלוונטית לגבי כל טיפול רפואי. תמיד גורם מטפל נדרש לגלות את **כל המידע הרלוונטי למטופל**: הסיכונים, הסיכויים, האלטרנטיבות השונות וכו'.
2. צפוי שהטיפול הרפואי **ישפר במידה ניכרת** את מצבו הרפואי של המטופל.
3. קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי **ייתן המטופל את הסכמתו למפרע**. קצת בעייתי משום שאדם יכול לטעון שלא היה מסכים. אולם, הועדה צריכה רק "להרגיש". לכן לא תתייחס ספציפית למטופל, אלא תקבע **מבחינה עובדתית אובייקטיבית.**

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

* אנו נזהר בשימוש בסעיף זה, ונשתדל לא לפגוע באוטונומיה של המטופל ולכבד את הרצון החופשי שלו. מחפשים את האיזון ונזהרים לא לחצות את הקו ולא לכבד את רצונו של המטופל ואת האוטונומיה שלו

כל המנגנונים בס' 15 נועדו לאפשר איזשהו מנגנון מאזן. יש הבדל בין שלושה מצבים שונים:

1. מצבים שהאדם לא נמצא בהכרה פיזית בכלל (סעיף קטן 1).
2. מצבים שהאדם לא בהכרה מבחינה נפשית- רצון חופשי (סעיף קטן 3) – 3 רופאים יכולים לאשר את המצב הרפואי.
3. מצבים שאדם בהכרה מסרב לטיפול רפואי (סעיף קטן 2) – וועדת האתיקה.

***תקיפה בהקשרים רפואיים וזכויות החולה***

**חובת גילוי וחובת זהירות**

נתמקד בשני היבטים חשובים של תביעה ברשלנות עקב אי קבלת הסכמתו מדעת של המטופל:

* היקף חובת הגילוי
* המחלוקת על הפיצוי בגין הפרת חובת הגילוי

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

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

בעבר, אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה (ס' 23 לפקנ"ז מצריך אי הסכמה). לביהמ"ש היה קשה להתמודד עם מצבים של חוסר גילוי מידע רלוונטי בהקשר של תקיפה. ס' 23 דורש שימוש בכוח ללא הסכמה ויוצא לכאורה מצב שכל טיפול רפואי ללא הסכמה הוא מצב של תקיפה. הרעיון היה שאם לאדם אין מידע על הטיפול שלו, הוא ממילא לא יכול להסכים לטיפול הרפואי. לביהמ"ש היה מוזר לחשוב על אי גילוי כתקיפה.  
כיום, קיימת הבחנה באי הסכמה מדעת **לשני מצבים**:

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

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

**שיעור 17 – 09/06/22**

**היקף חובת הגילוי**

**טבעה של חובת הגילוי והיקפה – שיקולים רלוונטיים**

גבולות חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים

**פס"ד קדוש:** מה הסטנדרט ההתנהגותי שהרופאים מצופים לעמוד בו בגילוי מידע למטופלים?

לפני פס"ד קדוש הדבר היה נקבע לפי **המטופל הסביר**: מה שרופאים צריכים לשקול זה מה המטופל הסביר צריך היה לדעת. איזה מידע המטופל הסביר היה מצפה שיגלו לו כדי שיקבל החלטה בדבר הטיפול הרפואי.

לאחר פס"ד קדוש: מדברים **גם על מטופל ספציפי וגם על מטופל סביר.**

**עמית:** "מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפס כחשוב בעיניי האדם הסביר במצבו של המטופל, על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע". עמית היה במיעוט. הוא אומר שרק מידע שהרופא חושב שהוא רלוונטי צריך להיאמר (מבחן הרופא הסביר).

**ריבלין ורובינשטיין:** יש חשיבות לשמירה על המגמה המרחיבה את חובת הגילוי, שעליה להיקבע בראיית המטופל הסביר, בנסיבות המיוחדות.

**ריבלין** לא מסכים עם עמית. הוא אומר שיש חשיבות על **שמירת המגמה שמרחיבה את חובת הגילוי.** מדוע יש חשיבות למגמה זו? למה ריבלין נזהר ואומר שלא ניתן להכניס למשוואה את הרופא הסביר?

1. מונע הנזק הזול – לרופאים יש את המידע. המטופל סומך על הרופא שהוא יודע, הוא סומך עליו שגם יטפל בו וגם ייתן לו את המידע בדבר הטיפול.
2. פגיעה באוטונומיה – בפועל, אנו רוצים להגן על האוטונומיה של המטופלים להחליט עבור עצמם.

**הלכות:**

* בפס"ד קדוש רוכך המבחן לסטנדרט המטופל הסביר, ונוסף נדבך סובייקטיבי.
* באופן עקרוני, **חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר!** למה? כשאדם נמצא לפני טיפול רציני, מצפים שחובת הגילוי תתקיים. אנו רוצים שלמטופל תהיה את האפשרות להחליט בדבר הטיפול המסוכן.
* **חובת הגילוי גדולה יותר במצב של ניתוח אלקטיבי וקטנה ככל שהוא דחוף**. למה? זאת משום שבמצב דחוף ההחלטה שמתקבלת היא קריטית. יש זמן מאוד קצר לקבלת ההחלטה. כאשר אדם מובהל לביה"ח, אין זמן לחלוק עימו את הסיכונים והאלטרנטיבות השונות, כי אז הנזק עשוי להחמיר. מכאן שמדובר בפונקציה של זמן ופונקציה של בהילות.
* **חובת הגילוי, להבדיל מנדנוד למטופל.** על הרופא לא מוטלת החובה לשכנע (**פס"ד חליפה** – נטען שהרופא היה צריך ל"נדנד" לו לבצע את הניתוח, שכן מדובר בניתוח כ"כ חשוב). למה? אם נגיד לרופאים שהם צריכים לשכנע את המטופלים שלהם, כביכול נוצר פרדוקס – אנו רוצים לאפשר את זכות הבחירה והאוטונומיה של המטופל. בנוסף, אם הסיכון יתממש, ככל הנראה הרופא יהיה המזיק. אם הרופא משכנע את המטופל לבצע את הטיפול, הוא חושף את עצמו לתביעה.
* **חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות –** **פס"ד סידי** (יפורט בהמשך).
* **אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל –** מידע הקשור בדת המטופל. נדבר על ההסתייגות **בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית** (יפורט בהמשך).

**פס"ד סידי – חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות**

**העובדות:** אישה שעברה כמה הפלות. היא עשתה בדיקות היריון, שגרתיות. כאלה שנמצאות בקופה. היא יולדת ילד עם מחלות נשימה ובלי יד.

**הטענה:** מדובר בהולדה בעוולה. הטענה מתחברת לחובת הגילוי באופן זה שהיא טוענת – למה הרופא לא יידע אותי שקיימת סקירה מלאה (בדיקה פרטית) שבה יכולתי לדעת בדבר בריאותו של התינוק?

**הליך משפטי:** מקבל את הטענה. גם במקרים מהסוג הזה, מקרים שבהם יש בדיקות או הליכים במגזר הפרטי, לעיתים אפילו בחו"ל, **הרופא צריך לגלות למטופל על עצם היותו של דבר שעשוי להועיל למטופל.** לענייננו, הרופא היה צריך ליידע את המטופלת שקיימת בדיקה פרטית ולהמליץ עליה.

**פס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית – אין חובת גילוי מיוחדת בדבר פרטים הקשורים לדת המטופל**

**העובדות:** זוג מוסלמי מגיע למרפאה. חולף הזמן, האישה בהיריון ועוברת את כל הבדיקות הרלוונטיות, כולל דיקור מי שפיר. מתגלה שהילד סובל מפיגור. הבדיקה מבוצעת אחרי שבוע 20 (כפי שצריך). לפי הדת המוסלמית, ניתן להפיל ילד רק מתוך 120 יום מיום ההתעברות.

**טענת הזוג:** הרופא היה צריך לגלות את המידע משום שהזוג דתי. הרופא היה צריך להציע לנו בדיקה שתאפשר לנו לקבל החלטה לפני 120 יום, משום שאחרי 120 יום אין לנו אפשרות להפיל. טוענים כי מאחר שידע שהם מוסלמים, הוא היה צריך לגלות שקיימת חלופה (אמנם מאוד לא שגרתית ויקרה יותר) שמאפשרת לגלות לגבי הפגם בילד.

**הליך משפטי:** לא מקבל את טענת הזוג. מכמה סיבות:

1. לזוג יש את המידע הזה. הזוג יודע שהוא דתי מאוד, ולכן היה צריך לגלות לרופא את המידע החשוב הזה. אנו רוצים לעודד את המטופלים לנהוג בצורה אחראית.
2. ביהמ"ש נזהר מלהטיל על הרופאים את החובה להיכנס לעולמם הדתי והפרטי של המטופלים. ביהמ"ש מצפה שמטופלים יגלו את המידע הזה.
3. עשוי לעודד סטריאוטיפים

**המחלוקת על הפיצוי בגין הפרת חובת הגילוי**

**בפס"ד קדוש,** **לעמית** ישנן אמירות שונות **מריבלין וגולדשטיין**. הנושא החשוב הוא פגיעה באוטונומיה. עמית לא מחבב את רעיון הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. הוא החל לומר זאת בקדוש ושם היה במיעוט, ולאט לאט התחיל לבסס זאת. דעתו על הפגיעה באוטונומיה הינה שהיא "סוס פרא".

**הפרת חובת הגילוי (הסכמה מדעת) ופגיעה באוטונומיה**

למדנו בנושא נזק בלתי-ממוני טהור שעל הפרת חובת הגילוי, ייתכן פיצוי בשני שיעורים **(ראו נושא הפרת חובת הגילוי, הסכמה מדעת ופגיעה באוטונומיה – ניתוח פס"ד דעקה, עמ' 23):**

1. קבלת פיצוי על נזק תוצאתי – פיצוי על הנזק שקרה, שניתן לשייך אותו להפרת חובת הגילוי (לדוג', **פס"ד דעקה**. הכניסו את הניזוקה לטיפול בזמן שהייתה מטושטשת. ניתן לומר שבנסיבות אחרות היה אפשר לומר שהנזק שנגרם נוצר מהפרת חובת הגילוי).
2. קבלת פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה – **אור** בעניין **דעקה**, אומר שגם אם אין נזק תוצאתי, ברגע שגזלו מהמטופלת את האפשרות לבחור נוצר **ראש נזק חדש,** עצמאי, בלי שום קשר להוכחת קש"ס ולנזק תוצאתי.

* **נזק נפשי בד"כ בטל ב-60 לעומת פיצוי עבור נזק תוצאתי!**

**פלונית נ' מדינת ישראל**

**עמית:** אין לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה, משום שהיא נכנסת בפיצויים של כאב וסבל. מכאן שאם מישהו מקבל פיצויים על כאב וסבל שנגרמו כתוצאה מהנזק התוצאתי, לא צריך לתת פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה.

**השופט עמית מחריג 3 מצבים בהם יש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה בנפרד מפיצוי על כאב וסבל:**

1. אין נזק תוצאתי משום שלא התקיים קש"ס (דוגמת **פס"ד דעקה**) – עמית באמירה זו כביכול במילים אחרות מזכיר שפיצוי עבור פגיעה באוטונומיה היא קיימת, ולא יותר מזה.
2. במצבים של הולדה בעוולה **(פס"ד המר)** – אומר שמדובר במקרה מיוחד. בהולדה בעוולה מגיע פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה.
3. במצבים הדומים לנסיבות **מרפאת עין טל** (מפורט להלן), כאשר מדובר במקרה על גבול התקיפה.

**מרפאת עין טל**

**העובדות:** כמעט תקיפה. מטופלת מגיעה לעשות ניתוח בעיניים. תוך כדי שמטפלים בעין הראשונה שלה, היא מחליטה שהיא לא רוצה לעשות את הטיפול בעין השנייה. הרופאים ממשיכים בטיפול למרות שהיא מסרבת.

**הליך משפטי:** **עמית, ברק-ארז ומלצר** אומרים שזה ברור שיש לתת פיצוי עבור פגיעה באוטונומיה, וזאת מאחר שמדובר במקרה מאוד חמור של פגיעה בזכות זו.

שופטים המחזיקים בעמדה שונה מעמית: השופט **הנדל** בעניין **פלוני נ' מרכז רפואי העמק,** וכן **ברק-ארז** **ומלצר** בעניין **מרפאת עין טל.**

**שורה תחתונה:** קיימת מחלוקת בין השופטים ואין עדיין החלטה ברורה.

* **במבחן:** כשרואים מקרה בו יש פגיעה באוטונומיה רושמים זאת (חייב להראות למיטל שזיהינו פגיעה באוטונומיה!). אין למיטל בעיה אם מאמצים את העמדה של עמית או לא. בכל מקרה, כאשר נראה ומזהים שיש פגיעה באוטונומיה, חייב לציין זאת!
* **הערה**: כאב וסבל הינם מושגים מאוד עמומים וקביעת הפיצויים מאוד תלויה בשופט ובדעותיו.

***הפרת חובה חקוקה – ס' 63 לפקנ"ז***

**חמשת יסודות העוולה**

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

**יסוד 1: הפרתה של חובה**

**פס"ד גרובנר – הבחנה בין סמכות לחובה**

**העובדות:** תביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה הקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לרכוב על אופניים בפארק.

**טענת הנפגעת:** פקודת העיריות קובעת שהעירייה הפרה חובה לפי פקודה זו, משום שלא אכפה את התמרור שיכלה לאכוף. בגלל שנתון שהעירייה יכולה לאכוף את השלטים שלה בשטח הפארקים הציבוריים שלה, היא הפרה חובה חקוקה הקבועה בפקודת העיריות.

**השאלה המשפטית:** האם אפשר להבין הוראה חוקית כחובה? או שאפשר להבין זאת כסמכות שבשיקול הדעת של רשות?

**הליך משפטי:** הטענה היא שמדובר בסמכות שבשיקול דעת הרשות. לא מדובר בחובה המוטלת עליה. אם היה כתוב בהוראה שהעירייה חייבת לאכוף זאת והיה ניתן להבין שמדובר בחובה ולא בסמכות שבשיקול דעת, אז היה ניתן לומר שהיא הפרה חובה חקוקה. בעצם, ביהמ"ש עמד על ההבחנה בין סמכות לפקח על גנים ברחבי העיר לבין חובה. **היות שמצא כי לא קיימת חובה, שכן מדובר בעניין שבסמכות והפעלת שק"ד ולא בחובה, אזי שהיסוד הראשון לא התקיים.**

**פס"ד אמין**

**העובדות:** 3 ילדים שאימם התאבדה. הם הוזנחו על ידי אביהם. האב פגש אישה, שניהם החליטו להתחיל חיים חדשים והחליטו "לעזוב" את הילדים. הילדים תובעים את האב על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה.

**טענת האב:** בהתנהגותו הפר חובה מוסרית, אך לא משפטית. הרי, לא חלה עליו החובה להיות "אב השנה". הפרת חובה חקוקה לא מדברת על חובה מוסרית, ולכן לא ניתן להטיל עליו אחריות נזיקית.

**טענת הילדים:** לאב קיימת חובה משפטית לדאוג להם, והפר אותה.

* הילדים תובעים בנזיקין, ולא נכנסים לדיני משפחה.

**שאלה משפטית:** האם האב הפר חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? לשם כך עלינו לדעת מה החובה.

**הליך משפטי (אנגלרד):** ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות אומר: "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". אנגלרד מפרש את מושג ה"חינוך" בצורה רחבה ואומר שחינוך זה לא רק לשלוח ילד לביה"ס, אלא **טמון בו גם עיצוב חיי הילד, כישורי החיים שמוענקים לו וכו'.** כתוצאה מכך טענת האב לא מתקבלת.

אולם, כיצד נדע אם התנהגותו של הורה הפרה את החובה? מה הסטנדרט שהורה מחויב לעמוד בו?

**אנגלרד** אומר שהתשובה טמונה בחוק – ס' 17 לחוק קובע שההורים חייבים לנהוג לטובת הקטין, כדרך שהורים מסורים נוהגים. אנו לא מצפים מהורה לומר "אני לא חשוב בחייו". **ההורה צריך להשתדל לפעול לטובת הקטין, ולא לטובת האינטרסים שלו עצמו.**

בנוסף, לפי ס' 22 לחוק (ס' הגנה להורה): "הורים לא יישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידם, אלא אם פעלו שלא בתו"ל או לא נתכוונו לטובת הקטין". כלומר, הורה מסור זה הורה שפועל מתוך כוונה לקדם את טובת ילדיו, ולאו דווקא מתבקשת הצלחה.

* פס"ד זה מראה עד כמה עוולה זו הינה עוולה חזקה (למעט אם נשללת הזכות לתרופה נזיקית). היא מכניסה את העולם הנזיקי כמעט לכל מקום! אפילו ביחסים שבין הורים לילדים.

**יסוד 2: החיקוק שהופר נועד להגן על התובע**

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

**ועקנין:** הבחנה בין חיקוק שקובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, לבין חיקוקים הבאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים. לדוג', איסור פלילי על בגידה במדינה. מטרתו להגן על אינטרס המדינה.

**פס"ד סולטאן – חיקוק יכול שיהיה בעל אינטרס כפול (על מי נועד להגן ס' 181 לחוק העונשין)**

**העובדות:** זוג מוסלמי. האיש מגרש את אשתו בעל כורחה בזמן שלא היה בידו פס"ד ואישור של בית הדין המחייב התרת הנישואין. מדובר בעבירה פלילית מכוח סעיף 181 לחוק העונשין, הקובע שבשביל להתיר נישואין צריך פס"ד סופי של בית המשפט ובית הדין המוסמך.

**טענת האישה:** הפרת החובה גרמה לה לנזק.

**שאלה:** על מי נועד להגן הסעיף? כמה אפשרויות: (א) נועד להגן על אינטרס החברה כקולקטיב, לקידום שוויון במערכת המשפט, (ב) נועד להגן על קבוצת אנשים בחברה, שהתובעת נמנית אליה

**השופט נתניהו:** לעיתים, **מטרת החיקוק היא כפולה,** להגן על האינטרס של הפרט ולהגן על האינטרס של הציבור. דבר החקיקה רוצה להגן הן על אנשים בקבוצה, והן להגן על אינטרס ציבורי. מכאן שיכול להיות חיקוק שעומד מאחוריו רעיון שמטרתו להגן על אינטרס ציבורי, ובו זמנית אותו חיקוק יכול להגן גם על חברה מסוימת מתוך אינטרס חברתי. יש מצבים מעורבים.

**שיעור 18 – 14/06/22**

**יסוד 3: הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק למנוע**

* יסוד שיחזור על עצמו בקש"סים

**פס"ד בלומנטל**

**העובדות:** נטען כי שונה יעוד של מבנה, מפנסיון לבית חולים לחולי נפש, למרות שהוראה בתוכנית המתאר אוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באזור. תוכנית המתאר קובעת שניתן להקים בית חולים במקום, אולם לא לאנשים שהם חולי נפש. המקום פעל שנים.

* תוכנית מתאר היא כמו תקנה!!!

**מה הנזקים שדיירי השכונה תובעים פיצוי בגינם?** טוענים לנזק ממוני בגין ירידת ערך הבתים. בנוסף, טוענים לחוסר נוחות.

**השאלה המשפטית:** האם הנזק הכלכלי/אי הנוחות הם נזק מהסוג שאותו התכוון החיקוק למנוע? האם ניתן לתבוע בעוולת הפרת חובה חקוקה על נזקים אלו, והאם זה הנזק שנועדה תוכנית המתאר למנוע?

**הליך משפטי (גולדברג):** אי נוחות לא נראית כמו נזק שניתן לתבוע בגינו. הוא אומר שמדובר בבית הבראה ולא בבית חולים. בנוסף, התוכנית לא נועדה למנוע את אי הנוחות של השכנים.

ביהמ"ש השלום מצא שלא מדובר בבי"ח לחולי נפש, אלא על בית החלמה. אלה אנשים תשושי נפש שהגיעו "לנוח". העליון סבר שהוא מאמץ את העובדות שקבע השלום. הייתה סברה שלא הופרה חובה, משום שאם לא מדובר בבי"ח לחולי נפש, ממילא לא הופרה תוכנית המתאר.

**ההחלטה המשמעותית של פסק הדין היא:**

* לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש, אלא בבית הבראה (כלומר, החובה אומרת לא להקים בי"ח לחולי נפש, ולא אוסרת להקים בית הבראה).
* לעניין ירידת ערך הדירות, מעבר לכך שהיא לא הוכחה (אני גר ליד חולי נפש ולכן ירדו ערך הדירות. צריך להביא שמאים וכו'. כלומר, צריך להוכיח זאת), אי הנוחות לא רלוונטית. השופט מתאר בפס"ד את התופעה שאנשים מרחיקים מעצמם חולי נפש כי הם "מפריעים" להם. כלומר, רוצים בטובתם, אך שלא יהיו בקרבתם (תופעה מוסרית שיש למגר).
* נניח שהיה ניתן לטעון שהופרה חובה, ושמדובר בבית חולים לחולי נפש, **אי נוחות כשלעצמה אינה מהווה נזק שתוכנית המתאר נועדה למנוע**, אלא התוכנית ניעדה למנוע מטרד. אם הם היו מוכיחים שהשוהים בבית החולים היו מפריעים להם ויוצרים מטרד (ומוכיחים זאת), אז היה מדובר בהפרת חובה חקוקה.

מה גם שמלכתחילה, לא הוכח שיש מטרד משום שכלל לא מדובר בבי"ח אלא בבית הבראה.

**בך:** טוען שגם אי נחת מבחינתו היא דבר מאוד קשה, שלא עולה לכדי מטרד, אבל **די משמעותי כדי לאפשר תביעה במקרה כזה** אילו הופרה החובה.

**יסוד 5: "יסוד נגטיבי"**

השסתום של העוולה. נניח שכל היסודות מתקיימים, הגענו למן תנאי שסתום שאומר שצריך שאותו חיקוק לא ידחה מעליו את הפיצו הנזיקי, ולוודא שהמחוקק לא התכוון שלא להחיל את דיני הנזיקין במקרה זה.

**פס"ד סולטאן – ענישה פלילית כשלעצמה לא מצביעה על כוונה לשלול תרופה אזרחית**

**העובדות:** זוג מוסלמי, האיש גירש את אשתו (פורט לעיל).

**הליך משפטי:** אין סתירה בין הענישה לבין שלילת הסעד האזרחי. הכל תלוי במשמעותו של החיקוק, וזו שאלה של פרשנות, שצריכה להיות מודרכת על ידי שיקולי מדיניות. קיומה של סנקציית הענישה היא שיקול אחד, אבל זה לא אומר שלא ניתן להטיל פיצוי נזיקי בהנחה שכל היסודות חלים.

כלומר, עצם העובדה שיש עבירה שקבועה בחוק העונשין לא אומר שאנו לא יכולים להשתמש בס' 63. מכאן **שענישה פלילית לא מצביעה בהכרח על כוונה לשלול תרופה אזרחית** (כלומר עצם העובדה שמדובר במשפט ציבורי וכו', לא ניתן לומר שלא חלים דיני הנזיקין).

המושג אומר שאם יש חיקוק, עונשי או אחר, שניתן לקרוא מהחיקוק שהמחוקק לא רצה לאפשר תרופה נזיקית, לא ניתן לתבוע בהפרת חובה חקוקה.

**פס"ד דבוש**

**העובדות:** עבירה לפי חוק העונשין, הימורים.

**הליך משפטי (מזוז):**

* **מיטל** טוענת שמזוז עשה טעות משפטית. פס"ד הלך לכיוונים לא נכונים שסטו מהפרת חובה חקוקה.

מזוז אומר שסולטאן זה החריג לכלל, והכלל הוא **שדי בכך שס' נמצא בחוק העונשין כדי לסתור באופן עקרוני סעד אזרחי מכוח דין אזרחי.**

**ברק-ארז:** אומרת שמדובר בטעות משפטית, ולא מתיישב עם ההלכה העדכנית. ההלכה הנכונה היא החריג שהגדיר מזוז. כלומר, **ההלכה היא פס"ד סולטאן.**

**דנציגר:** לא מכריע בנושא. הוא אומר שהפרת חובה חקוקה לא רלוונטית לפס"ד.

כיום, ההלכה היא סולטאן, אבל זה נכון שבגלל שקיים וויכוח נוצרת תחושה של עמימות.

* **במבחן:** המצב הוא שההלכה היא לפי פסק דינה של **ברק-ארז** **בדבוש**, או **נתניהו** **בסולטאן**. צריך כן לדעת שכובד המשקל הוא לטובת הרעיון שגם עבירה פלילית יכולה להיות בסיס להפרת חיקוק עפ"י ס' 63 לפקנ"ז (לדעת למבחן למה יש עמימות).

**יסוד 4: קש"ס עובדתי ומשפטי**

**קשר סיבתי עובדתי**

נבחן באמצעות מבחן ה"אלמלא": **האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה על ידי הנתבע?**

* אם התשובה חיובית – אין קש"ס, משום שהנזק לא הושפע מהתנהגותו של הנתבע.
* אם התשובה שלילית – הנתבע גרם לנזק בהתנהגותו העוולתית (הפרת החובה) ולכן הוא הסיבה לנזקו של התובע.

מה זה קשר סיבתי? מה זה מבטא? שינוי פני המציאות. זה נכון לא רק במשפטים, אלא זו הגדרה בסיסית לקשר סיבתי בעולם. אם אנו נמצאים בתמונת מצב אחרת, שונו פני המציאות. לענייננו, השינוי מתבטא בנזק.

**קשר סיבתי משפטי**

הייתה ביקורת על הקש"ס המשפטי: זה נורא מבלבל, משום שאנו לא נמצאים בעולם סיבתי. סיבתיות נוצרה מתוך הקשר עובדתי – כיצד העולם השתנה. אז מדוע מכניסים קש"ס משפטי?

כאן לא מדובר בסיבתיות, אלא **בשיקולים, מבחנים, משפטיים** שמטרתם לצמצם את האחריות של האדם למעשיו, משום שאחרת אדם ייתבע (ויפסיד בתביעה) ללא הגבלה על כל מני מעשים.

בעצם הקש"ס המשפטי הוא דרכו של המשפט להתמודד עם המצב הנוכחי ולהציב גבול לאחריות הנתבע למעשיו.

* **קש"ס משפטי** – תפקידו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שגרם.

**פס"ד ועקנין – 3 מבחנים לקש"ס משפטי**

1. **מבחן השכל הישר (מבחן הנטייה הסיבתי) –** מבחן שאומר שמניסיון החיים של האדם, היה יכול לדעת שנוצר/ייווצר הנזק (**בפס"ד קרישוב** הכריעו על בסיס מבחן השכל הישר, אבל הוא חריג. בד"כ מוסיפים את השאר).

במבחן זה שואלים האם בהתאם לנטייה הסתברותית ובהתחשב בנסיבות העניין, מה הגיוני שיקרה בד"כ לפי נסיבות החיים ומהפרט אל הכלל, והאם הנזק שקרה מתכתב עם ניסיון החיים.

1. **מבחן הצפיות –** צפיות לגבי הנזק. הנזק כבר קרה. אנו לא נמצאים בעולם של רשלנות שבו שואלים "איזה נזק היה צריך הנתבע לצפות", אלא שואלים כרגע "בדיעבד, לאחר שקרה הנזק, האם הנתבע צריך היה לצפות את הנזק הספציפי שקרה בפועל?" (מבלבל, יורחב בהמשך).
2. **מבחן הסיכון** – סיכון שאליו התכוון המחוקק. הסיכונים שהמחוקק רצה למנוע (מופיע במפורש בס' 63). מבחן זה זהה ליסוד ה-3!!! זה אותו מבחן (הבחנה שאינה נחוצה להבנה: מבחן הסיכון רלוונטי לסיבתיות משפטית ככלל, והיסוד ה-3 להפרת חובה ספציפית).

דוג' – ישנה תקנה שאומרת שחייב להיות מציל בכל בריכה, כדי למנוע טביעה. למחרת הופר החיקוק ולא היה מציל, ואחד המתרחצים ניזוק בגלל שנתקע לו נעץ ברגל וגרם לנזק. אולם, האם זה הסיכון שהחובה נועדה למנוע? לא. במקרה זה התממש נזק, אולם זה לא הסיכון שהחיקוק נועד למנוע.

**Berry v. The Borough of Sugar Notch – הדגמת הקשר בין קש"ס עובדתי למשפטי**

**העובדות:** נהג שנוסע במהירות גבוהה, מעל המהירות המותרת בצורה משמעותית הוא מגיע לנקודה מסוימת ונופל על הרכב עץ, שגורם לנזק רכוש. חברת הביטוח תובעת אותו על נזק רכוש מאחר שנסע מעל המהירות המותרת ונגרם נזק.

**הליך משפטי:** האם יש **קש"ס עובדתי** בין הנסיעה במהירות המופרזת, לבין הנזק שקרה לרכב מהעץ שנפל עליו? **כן.** משום שאם אותו נהג לא היה מגיע לנקודה המסוימת הזו שבה נפל העץ, בזמן המסוים שבו העץ נפל, לא היה קורה הנזק. לכן מבחינה עובדתית נכון לומר שאלמלא נסע במהירות גבוהה זו, לא היה נגרם הנזק.

האם יש **קש"ס משפטי** בין הנסיעה במהירות המופרזת, לבין הנזק שקרה לרכב מהעץ שנפל? **לא!** התקינו מהירות מקסימלית כדי להימנע מתאונות, החלקות, ולא מעצים שנופלים! אנו רוצים הרתעה יעילה. האם זה נכון לחשוב שאם ייפול על אנשים עץ, ונטיל על כך אחריות, זה ירתיע אנשים לנהוג במהירות מופרזת? האם הוא יכול לצפות שייפול עליו עץ? לא! זה לא מה שהחיקוק נועד למנוע!

***סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית***

קשרים סיבתיים צריך לבדוק בכל אחת מהעוולות שבה צריך להוכיח את יסוד הנזק! היא לא תקפה רק לרשלנות ולהפרת חובה חקוקה, אלא לכל עוולה שבה נגרם נזק!

דוגמא, האם חולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא?

קש"ס עובדתי – מבחן האלמלא (תשובה חיובית -> אין קש"ס. תשובה שלילית -> יש קש"ס).

קש"ס משפטי – הגבלת האחריות. שיקולים מדינתיים.

הוכחת קשר סיבתי צריכה לעמוד במאזן ההסתברויות – מעל ל-50%.

* מה היה קורה "אילו" – מדובר בהיפותזה – אנו לא באמת יכולים לדעת מה היה קורה אלמלא. לכן, העובדה שאנו נמצאים בעולם שבו אנו צריכים להוכיח מעל 50%, ניתן להתמודד עם כך שמדובר בהיפותזה. בעצם אנו פועלים על סמך הניסיון שלנו בעולם. לא נוכל לדעת בוודאות אף פעם.

**סיבתיות עובדתית**

3 בעיות – 3 מצבים בהם מבחן ה"אלמלא" כושל/מביא לתוצאה בעייתית

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

*בעיה 1: דטרמינציה ביתר*

**פס"ד סאמס**

**העובדות:** שלושה ציידים יצאו יחד. 2 מתוכם נהגו בצורה רשלנית. "בטעות", כשירו הם ירו בחבריהם. אחד הציידים ירה לאדם בראש, והשני בלב. כל אחת מהיריות הייתה ודאי כדי לגרום למותו של החבר.

**מה יכול לטעון הצייד הראשון?** אלמלא אני הרגתי את המנוח, הוא היה מת בכל מקרה על ידי היורה האחר. **כך גם הצייד השני יכול לטעון.**

ניתן לראות שבמצב זה מבחן האלמלא אכן פועל, אולם זו לא תוצאה אפשרית!

אובר דטרמינציה זה מצב שבו מבחן האלמלא כושל. אנו נמצאים במצב שמבחינה טרמינולוגית אנו נכשלים ולא ניתן להחליט אם יש קשר בין סיבה לתוצאה. אולם, למשפט יש מטרה. מהסיבה הזו המשפט מצא פתרון: מבחן הדיות:

**מבחן הדיות (פותח על ידי מאקי)** – מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה ("די בה") כדי לגרום לנזק. במשפט, התנהגות האנשים חשובה לנו. עצם העובדה שכל אחד מהציידים שירה, ניתן לומר שההתנהגות שלו משמעותית ו"די בה" כדי לגרום לתוצאה להתממש, ניתן להכתיר אותה כ"סיבה" לקרות הנזק.

המבחן אומץ כמעט בכל מקום, לא רק בספרות. אולם, הוא **טרם אומץ בפסיקה הישראלית**. במקרה זה, בארץ נשתמש **בס' 11 לפקנ"ז** – "מעוולים יחד". אולם, זה פתרון לא מדויק. מתייחסים לשני היורים, לשני הציידים כמעוולים יחד. זה לא מדויק משום שהם לא חבים ביחד על אותו מעשה. יש איזשהו שימוש בסעיף שאינו מתאים כדי להתמודד עם המצב הבעייתי.

* **במבחן:** הפתרון למקרה יכול להיות מבחן הדיות. בישראל – ס' 11 לפקנ"ז. יש שתי דרכים לפתור קייס דומה לדוגמת הציידים.

**שיעור 19 – 16/06/22**

*בעיה 2: אובדן סיכויי החלמה*

אובדן סיכויי החלמה הוא מקרה פרטי של נושא העמימות הסיבתית, אך הפסיקה נוהגת בחלק זה באופן שונה, ולכן נייחס לו התייחסות נפרדת.

* יש לזהות מתי כל בעיה רלוונטית, וכיצד לפתור כל אחת בנפרד. יש קווי דמיון בין הבעיות. בניגוד לשאר, אובדן סיכויי ההחלמה הוא מקרה פרטי. לכן קיים פתרון נפרד.

**פס"ד פאתח – ניתן לתת פיצוי על אובדן סיכויי החלמה**

**העובדות:** דיאגנוזה שהניתוח באוזנו של המטופל לא צלח וצריך תיקון הגיעה מאוחר מדי. אובדן סיכויי ההחלמה בגובה 30%. כלומר, אם הם היו עולים בזמן על הבעיה, אז היה סיכוי של 30% שניתן לטפל בבעיה, אולם לא עלו עליה בזמן ולכן לא היה ניתוח מתקן בזמן.

**השאלה המשפטית:** האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, כשהנזק היה קורה בכל מקרה, ותרומת ההתרשלות לנזק נמוכה מ-50%? למעשה, יש סיכוי מסוים להחלמה אולם הוא נגזל כתוצאה מהתרשלות.

**מה הבעיה אם לא יטילו אחריות?** אם אני יודע שגם אם אתרשל, לא יטילו עליי אחריות בנזיקין, אני אהיה פחות זהיר. זה יוצר תמריצים לא להתרשל. לכן גם אם נגזלים סיכויי החלמה מעטים, גם בגינם יינתן פיצוי.

**הליך משפטי (לוין):** לראשונה, נקבע **שאפשר לתת פיצוי על אובדן סיכויי החלמה.** יש לשים לב, הדבר הזה מבחין בין מצב שבו נגרם נזק לעצב, לבין התביעה המאוד ספציפית של אדם שטוען שגזלו ממנו את הסיכוי להחלים. דרך ההבנה הזו שסיכויי ההחלמה שנגזלו, ה30%, הם 100% נזק (שבעניין זה, הנזק הוא אובדן סיכויי החלמה. כלומר, 100% מה-30%). מכאן שנוצר ראש נזק חדש – אובדן סיכויי החלמה.

* חשוב להבין שחייב להיות מדובר **בנזק ממשי!** לא ניתן לתבוע על 2% נזק. זה מאוד תלוי במקרה עצמו. בד"כ 20% זה המינימלי.

**פס"ד פרוטס נ' צ'ירגייב – נוסחה לחישוב הנזק שניתן לייחס להתרשלות**

**העובדות:** אישה שהיה לה סרטן שד. במצב כבר לא טוב. היא הגיעה לרופאה כשהיה 70% סיכוי שהיא לא תשרוד (לפני ההתרשלות). הדיאגנוזה הגיעה באיחור. לאחר שגילו באיחור את הסרטן, היו לה 95% למות (לאחר ההתרשלות).

**השאלה המשפטית:** איך מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה?

**הליך משפטי (ריבלין):** **מציג נוסחה** – אובדן סיכויי ההחלמה הם ה-100%.

ריבלין אומר שצריך להפחית מהסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות (במקרה זה 95%) את הסיכוי ללא ההתרשלות (70%). את ההפרש מחלקים בסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות.

מתוך 95%, כמה אפשר לייחס לגורמים טבעיים? 70%. כמה אפשר לייחס להתרשלות? את ההפרש (25%). מה שנשאר זה לחלק את ההתרשלות (25%) בסיכוי לנזק לאחר התרשלות.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

* **במבחן:** צריך לומר שיש להוכיח את זה ולהציג את הנוסחה ולהציב בה נתונים.

*בעיה 3: עמימות סיבתית*

עמימות סיבתית – לא ברור האם קיים קש"ס בין העוולה לנזק.

* נתמקד במצבים של עמימות סיבתית במצבים של נתבע ותובע יחידים.
* קיימים מצבים נוספים: ריבוי תובעים/נתבעים/עמימות לגבי שיוך הנזק לגורם עוולתי/לא עוולתי (לא נעסוק בקורס).

האם קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קש"ס במידה הנמוכה מ-50%? ואם כן, באילו תנאים? פס"ד שביהמ"ש מנסה להתמודד עם השאלה:

**פס"ד מלול**

**העובדות:** תינוקת שנולדה עם פיגור שכלי. היו שתי סיבות שיכלו לגרום לנזק הזה. התינוקת נולדה פגה לאחר היפרדות שילייה. היפרדות השיליה לא קרתה בגלל הרופאים. היה צריך ניתוח קיסרי – מצב שאליו היו צריכים להיות מוכנים הרופאים משום שהלידה הייתה בסיכון. אולם, היה עיכוב. יחד עם זאת, היה ברור בכל מקרה שתיוולד פגה. בפועל, מה שקשור להתרשלות זה העיכוב בניתוח הקיסרי. במקרה הזה, הנזק היה שהייתה דלקת שגרמה לפיגור שכלי ויש שני גורמים אפשריים לגרימת הנזק: **(1)** פגות (היפרדות שילייה ולידה מוקדמת. הנזק יכול להיגרם. אפילו, רוב הסיכויים שבענייננו זה היה המצב), **(2)** התרשלות הרופאים. התרשלותם תרמה במידה מסוימת להתרחשות הנזק. אולם, הסיכוי שהנזק נגרם כתוצאה מההתרשלות הוא נמוך ולא עולה בידי הניזוקה להוכיח קש"ס במידה העולה על 50%.

**שאלה משפטית:** האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק?

**העליון (נאור):** נאור אומרת שכאשר **יש קושי מובנה להוכיח קש"ס עובדתי בין העוולה לנזק, ויש אפשרות שהיא ממשית לגבי קיומו, תוטל אחריות הסתברותית** על דרך אומדנה/שימוש בראיות סטטיסטיות. כלומר, מבחינה מדעית קשה להוכיח זאת ולכן ניתן להטיל אחריות הסתברותית. במקרה זה, נאור ייחסה 20% להתרשלות הרופאים.

* ההבדל **מפס"ד פרוטס:** **במלול** לא דיברו כלל על אובדן סיכויי החלמה. דיברו על **הנזק שנגרם**! כשמדברים על נזק שנגרם, צריך לרוב להוכיח מעל למאזן הסתברויות, בניגוד לסיכויי החלמה!
* **מה הקושי בהכרעתה של נאור?** אנו רוצים לחייב אנשים באחריות נזיקית על כך שהם גרמו לנזק בפועל, ולא על הסיכוי שהם גרמו. זה לא עומד עם המטרה של דיני הנזיקין, צדק מתקן! בנוסף, אנו רוצים להטיל על אנשים אחריות בצורה מאוד מדויקת, כך ששיעור הפיצוי שיחויבו בו יהיה זהה לנזק שגרמו.

**בדיון הנוסף :** הדעות היו חלוקות, אך ננסה לחלץ הלכה תוך התמקדות בשתי העמדות המשמעותיות של ריבלין ונאור:

**ריבלין:** אומר שלושה דברים:

* ריבלין **אומר שבמקרה הליבה – מזיק יחיד וניזוק יחיד – אי אפשר להשתמש באחריות הסתברותית** משום שזה מאוד בעייתי – או שמישהו גרם לנזק בעוולה שלו, או שלא. אם לא ניתן להוכיח את הגרימה, אך כן ניתן להוכיח סיכוי של "כמעט יכול היה להיגרם" זה יוצר מצב בעייתי ומורחב.

החריג: אובדן סיכויי החלמה. ריבלין מכיר בכך שבמקרה של אובדן סיכויי החלמה ניתן לתת פיצוי הסתברותי. פסק הדין מראה **שיש הבחנה מאוד ברורה בין העמימות להוכחת נזק, לבין הדוק' לאובדן סיכויי החלמה**.

* **ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים במצטבר:**

1. קיים מזיק
2. קבוצה של ניזוקים – יכול להיות שיש הצדקה שיותר קל לנו להבין אותה מאשר כשיש רק ניזוק ומזיק אחד.
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים
4. הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות – אם לא אתייחס לתביעה (כי ההתרשלות היא רק 20% למשל), ואני אדחה אותה פעם אחר פעם, נוצר טעויות משפטיות ב-20%. נוצרת בעיה חמורה של הרתעה בחסר.

דוגמא: גורם שמפיץ זיהום סביבתי ומחצין סיכון שקטן מ-50% באופן שיטתי. למשל, עשוי לגרום לסרטן לדיירים השכנים. הדיירים השכנים חלו. לא ניתן לדעת אם זה נגרם בעקבות הזיהום, או בעקבות גורמים אחרים שאינם קשורים למפעל. אם לא נטיל אחריות על המפעל, נאפשר לו להמשיך להתרשל משום שאף פעם לא תוטל עליו אחריות. בעצם עשוי להיווצר מקרה בו נשחרר מישהו מאחריות, על אף שבאופן קונסיסטנטי חושף את הסביבה לסיכון.

בעצם, זה עדיין לא מתיישב בדיוק עם צדק מתקן. יכול להיות שהמפעל לא גרם לו אישית לנזק. אבל ריבלין אומר שבמקרה כזה המצב כ"כ חמור, שזה משהו שניתן ל"בליעה". יש בעיה רצינית של הרתעה בחסר. בנוסף, צדק מתקן לא יכול להיות "עיוור". עדיף לתת להרבה אנשים שנפגעים באופן קונסיסטנטי פיצוי (במקרה זה, 20%), מאשר להשאיר את המצב כך.

* **הטיה שיטתית מצדיקה פיצוי יחסי גם אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%** (קיימת סימטריה בין מזיקים לניזוקים). במקרה של עוולות חוזרות ונשנות שיכולות לחמוק מהרדאר משום שהן קטנות מ-50%, הוא לא רוצה שמישהו שהתרשל 75% ישלם עבור הנזק שנגרם 100%. הוא אומר שצריכה להיות סימטריה במקרה הספציפי של הטיה נשנית. אם הסיכון הוא 75%, **אז צריך להטיל אחריות בגובה של 75% משום שאחרת אנו מפצים ביתר.**

**מה ניתן לומר על זה?** יש פעילות רצויה – אנו רוצים שהפעילות הזו תימשך. בהנחה שהפעילות רצויה, האם אנו רוצים, במצב של המון ניזוקים כתוצאה מפעילות המפעל, שישלמו ב-100%? לכאורה כן, כדי להרתיע.

בנוסף, כשלמעשה אין בעיה דומה, וניתן לעמוד בנטל ההוכחה, לכאורה אין סיבה להגמיש את דרישת הסיבתיות הקיימת.

יתרה מזו, אנו נמצאים במצב שבו ניתן להצליח להוכיח מעל מאזן הסתברויות, לא יחזירו את המצב לקדמותו אלא רק ב-75%.

**נאור:**  נאור לא חוזרת בה.

* גישתו של ריבלין מצומצמת מדי ונכונה למצבים של ריבוי ניזוקים. לגבי מצבים אלה נוטה להסכים, אולם אין זה מקרה הליבה (עמימות לגבי הוכחת קש"ס). היא מוכנה לקבל את ההבחנה שלו בין שני המקרים, אבל טוענת שהוא לא התייחס למקרה עצמו. אנו נמצאים בעולם שבו יש את מקרה הליבה, והתובע לא יכול להוכיח שהנזק נגרם מעל 50%.
* נאור עומדת בדעתה על כך שכאשר יש נזק מובנה (שגם מבחינה מדעית אי אפשר לפצח ולהוכיח אותו מעל 50% כנדרש) ואפשרות ממשית, **כן צריך לאפשר אחריות הסתברותית.**
* לא מסכימה עם ריבלין לגבי הכלל של הסימטריה. כלומר, גם במצבים בהם גורם מעוול במצבים חוזרים ונשנים חושף הרבה ניזוקים לסיכון, נמצא במצב שבו ניתן להוכיח במידה של מעל 50%, **יש להטיל אחריות מלאה כדי להבטיח את מטרות הצדק המתקן והרתעה** (שכן אם לא, תיווצר הרתעה בחסר).

**איזו הלכה ניתן לחלץ מהפס"ד?**

* כיום **לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים**. כלומר, טענתה של נאור בנושא זה נופלת.
* ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית **(4 תנאים של ריבלין).**
* **"כלל של אי סימטריה"** – אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר ל"טובת הניזוק". כלומר, כאשר ניתן להוכיח שהתנהגות עוולתית זו, מידת ההתרשלות גרמה לסיכון של מעל 50%, אז נטיל אחריות של 100%. לעומת זאת, אם מידת ההתרשלות נמוכה מ-50%, כן נאפשר פיצוי באופן יחסי.

**סיבתיות משפטית**

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

בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים שנגזרים משיקולי מדיניות, זאת להבדיל מסיבתיות במובנה העובדתי-מדעי.

* איך אנו מתמודדים עם שאלת היקף הנזק? האם אנו רוצים בכלל לתחום את הנזק? כאן נכנסת הסיבתיות המשפטית.

**פס"ד berry:** נועד להבהיר שסיבתיות עובדתית לבדה עשויה להוביל לתוצאות אבסורדיות. הוא אכן גרם לנזק, אולם לא אשם מבחינה משפטית.

**שלושה מבחנים לסיבתיות משפטית**

1. מבחן השכל הישר (או הנטייה הסיבתית)
2. מבחן הסיכון (דיברנו עליו במיוחד בעניין הפרת חובה חקוקה)
3. מבחן הצפיות – לב הדיון בפרק זה.

* **במבחן:** לגבי השכל הישר, צריך לדעת מה שנאמר **בועקנין** וכך לפתור. לא צריך לדעת יותר. הוא לא עומד בפני עצמו משום שהוא מבוסס על מה שקורה בפועל בעולם, על ניסיון חיים. מבחן זה לא מבחן משפטי אלא הוא מבוסס על ניסיון האדם. לכן יש קושי. זה מבחן עקרוני ולכן מיושם מעט באופן עצמאי ורציני יותר (כפי שהתבצע **בפס"ד קרישוב).**
* מבחן הסיכון הוא מבחן שעם השנים יהפוך למבחן המרכזי. למה? כי מבחן הסיכון יכול להכיל בתוכו את שאר המבחנים. באופן כללי המבחן אומר שהנזק שהתממש לא יכול להיות כל נזק, אלא צריך להיות התממשותו של הסיכון שהמחוקק רצה למנוע.

דוגמאות:

1. הפרת חובה חקוקה – הנזק יכול להתממש, אולם לא מהסיכון העוולתי.
2. רשלנות – המחוקק רוצה למנוע סיכונים לא סבירים! המבחן המשפטי אומר שיש להוכיח שהסיכון התממש כתוצאה מההתרשלות. לדוג', אם רופא התרשל ממש, אולם הנזק שנגרם לא מסוג הנזק שהמחוקק רצה למנוע, כלומר זה נזק סביר, אזי לא תוטל אחריות.

**מבחן הצפיות**

נושאים שנדון בהם:

1. ההבדל בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
2. באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק
3. היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית"

*נושא 1: ההבדל בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית*

בחובת זהירות, דיברנו על צפיות נורמטיבית. היא מופיעה גם בחובת הזהירות וגם בסיבתיות משפטית. כיצד נבחין ביניהם?

**ההבדל:** כשדיברנו על חובת זהירות, דיברנו על כך **שאם הנתבע יכול היה לצפות את הניזוק**. כשמדברים על צפיות במסגרת המבחן הסיבתי-משפטי ההתמקדות הינה על סוג הנזק – **האם סוג הנזק היה צפוי.** כמו שהמיקוד בחובת זהירות הוא על הניזוק, המיקוד בסיבתיות משפטית הוא הנזק.

*נושא 2: באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק*

**פס"ד שמעון נ' ברדה – די בכך שהנתבע יצפה את הנזק ב"קווים כלליים" בלבד**

**העובדות:** נערים פרצו למועדון גדנ"ע שהחלון בו מקולקל, ושיחקו בנשק. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי.

**טענת הגנה:** ניתוק קשר סיבתי, גורם זר מתערב.

**השאלה המשפטית:** האם נותק הקש"ס בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער לאור התנהגות הנערים שהייתה כה בלתי צפויה (עד כדי היותה גורם מתערב שמנתק את הקש"ס)?

**הליך משפטי:** פסק הדין קבע שכדי לדעת אם נזק מסוים ניתן לצפייה, לא צריך לבקש מהתובע שיוכיח בדיוק את הליך הגרימה של הנזק. התובעים צריכים להוכיח שהנתבע (שבאמת היה מנהל הגדנ"ע וסגר את החלון, "תרבות הסמוך") היה צריך לצפות שילדים/נערים יכולים לפרוץ ולשחק בנשק. ואם כך, הנזק שעשוי להתרחש הוא נזק גוף. כלומר, **נדרשת צפיות ב"קווים כלליים" בלבד** – די בכך שניתן לצפות שאם יגנבו נשקים על ידי ילדים הם עשויים לגרום לנזק גוף. אין צורך לצפות כל פרט בדרך גרימת הנזק.

* צפיות נדרשת בקווים כלליים. צריך לצפות את סוג הנזק שקרה.

*נושא 3: היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתיות"*

**ס' 76** לפקודת הנזיקין קובע שנזק שבאופן טבעי ובמישרין ניתן לומר שנגרם על ידי עוולת הנתבע.

**פס"ד רינגר נ' ליאון – היקף הנזק החריג**

**העובדות:** נהג אוטובוס רשלני, ואופנוע רשלני. פגיעה רשלנית שלהם בעובר אורח. לעובר אורח נגרם פגיעה בעמוד השדרה שהוביל לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני. מבחינה עובדתית הצליח להוכיח את הסיבתיות. השאלה נוגעת לסיבתיות המשפטית.

**שאלה משפטית:** האם אדם שהתרשל אחראי לגבי נזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה?

**הליך משפטי (ברנזון):** על המזיק לצפות את סוג הנזק. זה נכון לא רק לגבי הנזקים שאפשר לטעון שניתן לקשור אותם להתנהגות העוולתית, **אלא זה נכון גם לשאלת היקף הנזק.** במקרה שלנו מתואר סוג של נזק פיזי שנגרם כתוצאה מתאונה. לכן לא ניתן לטעון שמדובר בנזק לא צפוי. הרי, **הצפייה היא נזק פיזי.** הסרטן הינו נזק פיזי ולכן התרשל.

**זילברג (מיעוט):** מדובר בנזק כ"כ חריג שזה לא הגיוני להטיל חבות בגינו. למרות, שאין חולקים על כך שמבחינה עובדתית הקש"ס מתקיים.

**רביד נ' קליפורד – יישום הלכת רינגר**

**העובדות:** הייתה ילדה שהלכה לרופא שיניים. הוא השתמש במזרק לא שואב, במקום מזרק שואב. נניח שהוא התרשל לצורך העניין כשהשתמש במזרק לא שואב במקום במזרק שואב. חומר ההרדמה מהמזרק חדר למוח, וזה דבר שעשוי לקרות. אלא, הנזק שאי פעם תועד במקרים כאלו זה סחרחורת קלה. בפועל, הילדה נכנסה לתרדמת.

**שאלה משפטית:** נשאלה השאלה, האם ניתן להטיל אחריות על הנזק שקרה?

**הליך משפטי:** ניתן להטיל אחריות והצפיות מתקיימת, משום שמדובר **בנזק מהסוג שיכול לקרות כתוצאה מהזרקת חומר ההרדמה, נזק פיזי.**

* נכתבו המון ביקורות על פסק הדין, משום שיש כאן קושי.

בהצלחה רבה רבה! 100 במבחן בע"ה, סומכת עליכם 😊