**דיני נזיקין- מלשון נזק.**

**מבוא: חלק 1**

**מושגים בסיסיים**

עווולה- לפי ס' 3 לפקנ"ז. התנהגות ממוקדת נזק, על דרך הפעולה או המחדל (ס' 7).

נזק- פגיעה באינטרס מוגן שלי- מתי נזק נהפך לנזק? הכרה מבחינה תודעתית וחברתית שמדובר בנזק:

* נזק גוף
* נזק רכוש
* נזק ממון- כימות בכסף.
* נזק כלכלי טהור- נזק כספי שנובע מהפסד כלכלי.
* נזק כלכלי לא טהור- נזק פיזי שגורר נזק כלכלי.
* נזק בלתי ממוני טהור- נזק נפשי.
* פגיעה באוטונומיה

**סוגי עוולות**

* עוולת סל- עוולות שמקבצות עוולות ספציפיות תחת עוולה אחת (רשלנות, הפח"ח).
* עוולות פרטיקולריות- ספציפיות, ממוקדות (הסגת גבול, תקיפה).

**פקנ"ז מחולקת ל2**

1. *עוולות (torts)* – מגדירות יסודות כדי שסיטואציות יהיו עוולה נזיקית.
2. הסדרים כלליים בדיני הנזיקין- לדוגמה הגנות בסיטואציות מסוימות, קש"ס, מתי ניתן לצמצם אחריות וכו.

**מיקום גאוגרפי של דיני הנזיקין**

חלק מהמשפט הפרטי, כשהמדינה מפעילה סמכות כריבון בתביעות נזיקין זה ייחשב במשפט הציבורי. בשונה מבעבר כשלמדינה הייתה חסינות טוטאלית, כיום ניתן לתבוע את המדינה בנזיקין.

חוזים מול נזיקין

בחוזים יש רצון הסכמה, ובדר"כ היכרות מוקדמת של הצדדים. ניתן לתבוע על הפרת חוזה.

כחלק מדיני החיובים צד אחד חייב לנו ואנו לא רוצים את החובה הזו, בנזיקין אין היכרות מוקדמת לא בוחרים בהתקשרות. ניתן לתבוע על הפרת סטנדרט כלשהו.

קניין מול נזיקין

בדיני קניין ישנה רשימה סגורה ומוגבלת של זכויות- בעלות, שכירות..

דיני הנזיקין מאגדים בתוכם מגוון התנהגויות שייחשבו לעוולות. במשפט האנגלו-אמריקאי תפסו כי הנזיקין מגנים על הקניין. ראו שלא, דיני הנזיקין רחבים הרבה יותר (רשימה סגורה ולא סופית).

עשיית עושר מול נזיקין

השבה של משהו שקיבלתי בטעות. יכולים לחול גם בהקשרים נזיקיים לחלוטין (התעשרות מתקיפה של אחר). קרובי משפחה של נזיקין כי התפתחו מבסיס של טעויות.

לעיתים יש מזיק שלא גרם לנזק, אבל כן התעשר כתוצאה מעוולה שלי. מה ניתן לעשות במצב זה?

* ס'1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט 3 יסודות מצטברים לחובת השבה:

1. הייתה התעשרות- טובת הנאה
2. ההתעשרות הייתה שלא כדין
3. ההתעשרות הייתה על חשבון של מישהו אחר – התובע.

* ס'1(ב) לא משנה אם ההתעשרות הייתה בטעות, ומהתנהגות עוולתית, עדיין יש להחזיר. לא חייב לתבוע רק אם נגרם נזק.

המשפט הפלילי מול נזיקין

יכולים לחול יחד – אדם שתקף אדם אחר ברחוב.

משפט ציבורי- דיני עונשין, עבירת תקיפה ע"י כת"א.

משפט פרטי- הניזוק יכול לתבוע על עוולת תקיפה בעצמו.

פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין

ס'77 לחוק העונשין- סעיף נזיקי, מאפשר לנפגעים קבלת פיצוי באומדן. העבריין ייענש וישלם לחברה בגין ניזקו, וכן ייתן פיצוי לנפגע דרך חוק העונשין (חל גם על ניזוקים עקיפים).

**הסיבות לסעיף**- לא תמיד יש תקציב להליך נוסף, בתוספת הנטל הנפשי לניהולו. וכן משיקולי עומס של בימ"ש.

**דנ"פ 5625/16 קארין נ' בוקובז  
העובדות:** ילדה חוזרת הביתה ומגלה שאמה נרצחה.   
**שאלה משפטית**: האם כל נפגעי העבירה יכולים לקבל את הסכום שהסכום מתחלק ביניהם?  
**ביהמ"ש**: גם נפגעים עקיפים שלא היו בזירה יכולים לקבל פיצויי. הסכום מוגבל במצטבר ל258 אלף ₪, לכל הנפגעים ויתחלק ביניהם.

**ההיגיון מאחורי המגבלה?**

1. שיקום העבריין- חוב של מיליונים ימנע את שיקומו.
2. פיצוי באומדנה- אין צורך בהוכחת נזק בהליך אזרחי חדש.
3. להימנע מיצירת סוס פרא- לא רוצים להסתפק בקיצורי דרך.
4. פיצוי ראשוני בלבד.

ניתן לתבוע לאחר מכן בהליך אזרחי (גם אחרי קבלת פיצוי). נטל ההוכחה בהליך פלילי הוא 99%, ובאזרחי מעל 50%. ניתן להשתמש במשפט הפלילי כראייה במשפט האזרחי.

פיצוי עונשי במסגר דיני הנזיקין

עוולה המתרחשת בזדון- דיני הנזיקין מאפשרים להטיל פיצוי עונשי. חריג שלא מתרחש הרבה. מטרתו להרתיע, אך יש קושי בהסברתו במסגרת צדק מתקן ומחלק.

הביקורת היא בגלל שמדובר בפרט מול פרט, בעייתי לבקש פיצוי ענישתי מהמדינה לצורך הרתעה (כגון כליאה). תגובה לביקורת- המדינה איפשרה לי לתבוע מלכתחילה, מה זה משנה אם תאציל לידי גם את הסמכות להעניש?

**רע"א 7452/96 מד"י, משרד הביטחון נ' אהרון בע"מ  
העובדות:** המדינה השכירה בניין מהחברה, איחרה בהשבתו. **שאלה משפטית**: האם ניתן לפסוק פיצויים מוסכמים (הפרת חוזה) נוסף לדמי שימוש (עשיית עושר)? **גולדברג**: עילות תביעה שונות מולידה סעדים שונים בהתקיים כי: 1) קבלת סעד אחד אינה סותרת את קבלת האחר. 2) הצטברותם לא מביאה להתעשרות הנושה שלא כדין.   
**הכרעה**: כפל פיצויים- דמי השימוש מקיימים את 2 העילות.

**סוגי זכויות**

זכות in personam (פרסונלית)- זכות כלפי אנשים מסוימים, לדוגמה זכות חוזית.

זכות in rem (כלפי כולי עלמא)- זכויות כלפי כולם. לדוגמה זכות קניין. זכות זו יותר חזקה.

לעיתים יש טשטוש בין הזכויות. ס62 קובע שמרגע כריתת חוזה, נוצרת חובה נוספת כלפי כל העולם, לא להתערב בחוזה ולגרום להם להפר אותו.

הוראות נזיקיות חיצוניות לדיני הנזיקין

יש הסדרים נזיקיים מחוץ לפקנ"ז שמטילים חובת פיצוי (חוק העונשין, המוצרים הפגומים..)

**דנ"א ברזני נ' בזק  
העובדות:** בזק פירסמה פרסומת שהטעתה לגבי מחיר השירות, וברזני השתמש בשירות ללא קשר לפרסומת.   
**חשין**: בעוולות מחוץ לפקנ"ז, עדיין נדרש להוכיח קש"ס בין ההטעיה לבין הנזק שקרה בתביעה נזיקית.

ישנן עוולות מסוימות שדורשות קש"ס בין העוולה לנזק (סיבתיות). לדוגמה ס' 64.

**מבוא: חלק 2**

הדוקטרינה הנזיקית

העוולה מגדירה מתי הופרה זכות ראשונית, חובה כלפי מישהו.

יסודות העילה הנזיקית: אשם, נזק וקש"ס.

**יסוד ראשון: האשם (ס' 64)**

התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט (במעשה או במחדל):

1. אשם במובן המוסרי- מעשה של אדם שנחשב בעיני הציבור כלא בסדר. הרעה בזדון לדוגמה.
2. אשם במובן החברתי- אדם שפעל לא לפי הנורמה בחברה. למשל רשלנות, הרופא הסביר. אין כוונה/זדון.

ס64 קובע שאשם מורכב מפן עובדתי- התנהגות שמייחסים להפרת סטנדרט במעשה/מחדל. בפן נפשי- ידיעה בפועל/כוח היה צריך לדעת? האם התכוון?)

**יסוד שני: נזק (ס'2)**

נזק- אובדן נכס, נוחות, רווחה.

נזק ממוני טהור- נזק כלכלי. נזק בלתי ממוני טהור- נזק נפשי.

דיני הנזיקין מבוססי נזק, תמיד יש נזק. אם לא נצליח להוכיח שיותר סביר שהנזק לא קרה בגלל ההתנהגות לא נוכל להטיל אחריות בנזיקין.

**יסוד שלישי: קש"ס**

עובדתי- האם אלמלא התנהגות הנתבע, האם היה נגרם נזק? **כן**- אין קש"ס, **לא**- יש קש"ס.  
בעוולות פר סה, עצם ההתנהגות מהווה עוולה **ואין צורך בהוכחת נזק.** קל יותר להוכחה.   
בגלל שאין הוכחת נזק, ניתן לתבוע רק מסיום ההתנהגות העוולתית שקרתה ולא מהתהוות הנזק.

משפטי- **מבחן השכל הישר**, מבחן **הסיכון** ומבחן **הצפיות**.

**סוגי אחריות** (כוונה, רשלנות, אחריות מוגברת, מוחלטת וחסינות לנתבע)

"המוציא מחברו עליו הראייה"- נטל ההוכחה על התובע.

עוולת כוונה

יש להוכיח יסוד נפשי של כוונה. קושי בהוכחה לכן מגנה באופן מצומצם יותר על הניזוק. (תרמית (ס' 56), נגישה (ס' 60), גרם הפרת חוזה (ס' 62)). עוולות שמטילות אשמה מוסרית.

רשלנות

אדם שנהג בצורה לא סבירה (מבחינה אובייקטיבית) וגרם לנזק לאחר. התנהגותו מבטאת אשמה חברתית.

התרשלות- היסוד ההתנהגותי שצריך להוכיח (אשם). רשלנות- העוולה כולה.

הפיכת נטל ההוכחה- נטל ההוכחה עובר אל הנתבע להוכיח שלא התרשל. בדר"כ התובע יזכה, אם לתובע אין מספיק ראיות, ככל הנראה גם לנתבע אין אותם.

אחריות חמורה/מוגברת

עצם הפעולה מטילה אחריות, גם בלי אשם מוסרי או חברתי (לדוגמה הסגתי גבול). יש משמעות לאשם התורם של הניזוק והוא עשוי להפחית את הפיצוי.

אחריות מוחלטת

דומה לאחריות חמורה אך אין משמעות לאשם התורם של הניזוק, יש רק להוכיח קש"ס בין ההתנהגות לנזק.

דוגמה: ס2(ג) לחוק הפלת"ד- האחריות מוחלטת בתאונה לא משנה האשם של המזיק.

* בפועל, לא באמת מוחלטת. ס' 7 מגדיר מתי קיים אשם תורם שכן רלוונטי ומתי יש הגנה.

דוגמה: ס' 2א לחוק אחריות למוצרים פגומים- יצרן יפצה לקוח אם המוצר שלו עשה נזק גוף, לא משנה אם היצרן אשם או לא.

* בפועל, לא במאת מוחלט. ס' 4 מגדיר הפחתת פיצויים בהתאם להתרשלות הצרכן בשימוש במוצר.

חסינות לנתבע

משטר שמיטיב עם הנתבע.

חסינות גיל- אי אפשר לתבוע ילד מתחת גיל 12 בנזיקין.

חסינות על פעולת שיפוט- לא נטיל אחריות נזיקית לא ליצור זהירות יתר בפעולות השיפוט.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **כוונה/ ידיעה/ זדון – נטל השכנוע על התובע** | **רשלנות – נטל השכנוע על התובע** | **רשלנות – נטל השכנוע על הנתבע** | **אחריות מוגברת/ חמורה** | **אחריות מוחלטת** | **חסינות** |
| אשם במובן המוסרי  יש אשם תורם בעוולת כוונה (פס"ד אפל) | אשם במובן החברתי | | אחריות ללא קשר לשאלת אשמו של המזיק, יש משמעות לאשם תורם של הניזוק. | משטר נזיקי המקל עם הניזוק – ככלל, אין משמעות לאשם תורם של הניזוק.  (יש חריגים) | משטר נזיקי המקל עם המזיק – פטור מאחריות נזיקית ללא קשר לשאלת אשמו של המזיק. |
| דוגמה: עוולת התקיפה (ס' 23 לפקנ"ז)  נגישה, שקר מפגיע, תרמית, גרם הפרת חוזה. | דוגמה: עוולת הרשלנות | דוגמה: "הדבר מעיד בעד עצמו" (ס' 41 לפקנ"ז)  ס' 38-40, דוק' הנזק הראייתי | דוגמה: הסגת גבול (ס' 29 לפקנ"ז) | דוגמה: תאונות דרכים, מוצרים פגומים  היזק ע"י כלב | דוגמה: שופט, ילד מתחת לגיל 12.  חסינות לעדים |

**מטרות דיני הנזיקין**

הרציונליים מאחורי דיני הנזיקין- צדק מתקן (רציונאל שמוביל את בימ"ש), צדק מחלק, והשאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות כלכלית).

**מגדל נ' אבו חנא**  
**העובדות**: נהג פוגע בתינוקת ערבייה.   
**השאלה המשפטית**: איך לחשב את פיצוייה?  
**ריבלין:** נקבע פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות (אובייקטיבי) לפי השכר הממוצע במשק (מקדם את הצדק, השוויון, הרתעה והשבת המצב לקדמותו). מבחן האלמלא- אלמלא הנזק מה הייתה יכולה להיות השתכרותו של האדם. לפני פס"ד חישבו סובייקטיבית. בעיות: **1)** אדם יכול להחליף עבודה **2)** ירוויח פחות בפועל. בעיות בפס"ד: **1)** מדובר בתינוקת **2)** בכפר שלה רוב הנשים לא עובדות.

1. צדק מחלק

**לא מסתכלים על ניזוק ומזיק ספציפיים** אלא על ההקשר הרחב. מבטא צדק חברתי, וחלוקת העוגה באופן שוויוני ולא הגדלתה. צמצום פערים וצדק חברתי בין הקבוצות אליהן משתייכים המזיק והניזוק. אין תלות בסממנים חיצוניים. אבו חנא היא דוגמה לכך מפני שלא רצו לפסוק פיצויים פחותים כי היא ערבייה.

1. צדק מתקן

מערכת יחסים בין **מזיק וניזוק ספציפיים** והתחקות אחר אי צדק. דגש על פגיעה בזכותו של הניזוק. שלב המבנה- הניזוק במינוס והמזיק בפלוס. שלב המהות- על המזיק לתקן את אי הצדק באמצעות סעד ולהשיב את המצב לקדמותו. צדק מתקן לא משנה היבטים חלוקתיים. באבו חנא נאמר שיבחר הממוצע של המשק, זאת משום שלא ניתן לדעת איך תממש את חייה, ולכן בחירה של פיצוי נמוך תיפגע בזכות זו.

1. השאת רווחה מצרפית

מיקסום התועלת המצרפית ע"י הגדלת העוגה. לא משנה הניזוק והמזיק במובן הרחב או הספציפי, אלא להפוך את העולם ליעיל יותר. בחוזים כל צד בחוזה מקבל את מבוקשו וכך מגדיל את הרווחה הכלכלית. שתי דרכים עיקריות: הרתעה ופיזור נזק.

**הרתעה – שיקולים של יעילות מלכתחילה** (עוד לא קרה נזק, אבל למה כדאי לכם להימנע ממנו)**: 1)** גישה נאיבית- מי שגרם לנזק יפצה. **2)** מונע הנזק הזול **3)** על מי ראוי להטיל את הנזק. באבו חנא לא רצו ליצור מצב שיזהרו על אדם אחד באופן שונה מאדם אחר בגלל "שוויו", אז הוחלט על פיצויי אובייקטיבי.

**פיזור הנזק – שיקולים של יעלות בדיעבד (**קרה הנזק, מה עכשיו עושים?): לפזר את הנזק על קבוצה במקום על אחד. משמע הפיצויים לנזק יתחלקו בין כולם. חוק אחריות מוחלטת על מוצרים פגומים, היצרן אחראי על טיב מוצריו. כשנוצר נזק לפרט הוא לא צריך להוכיח דבר, אבל הפיצוי לנזק מפוזר מראש ומגולם במחיר מוצר יותר יקר. **מקל על היצרן**. באבו חנא, נמנע מצב שבו תינוק עשיר ועני ישלמו מחיר זהה לביטוח, אבל העשיר ירוויח יותר מנזקיו.

**מטרד יחיד ס'44 לפקנ"ז**

הסגת גבול/פלישה לא מוחשית לרכוש האישי שלי. פגיעה ממשית שלא מאפשרת לי להשתמש/להנות במקרקעין שלי באופן סביר בהתחשב במקומם וטבעם. לפי פס"ד סנדלר, יוצר המטרד לא חייב להיות בעל המקרקעין בגורם המטרד, והמוטרד לא חייב להיות בעל המקרקעין (גם שוכר אפשר).

ס'46- אין הגנה לבעל המטרד בתביעה זו, אלא אם כן המטרד היה קיים לפני הגעתו של המוטרד.

מדובר בעוולה מתמשכת – הפרעה מתמשכת שלא פוסקת, הסעד שניתן בדר"כ **צו מניעה** (מקיים שיקולי צדק מתקן- יש להתאים את הסעד לסוג העוולה), ניתן **פיצויים** בהוכחת נזק.

שיקול העוולה על סוג הסעד- שיקולי צדק מתקן: עוולה מתמשכת כמו מטרד, הסעד היחידי שיפצה זה צו מניעה.

**ע"א אתא נ' שוורץ**  
**העובדות:** המפעל עושה רעש לביתו של לשוורץ. ניתן צו מניעה, ערעור של המפעל בגלל פגיעה כלכלית.  
**השאלה המשפטית**: מה הסעד הדרוש?  
**שמגר**: תנאים לפיצויים במקום צו מניעה ס' 74 לפקנ"ז – **1)** פגיעה/נזק קטנים **2)** הניתנים להערכה בכסף **3)** שכסף הוא פיצוי מספק בשבילו, וכן **4)** שצו מניעה יהיה התעמרות בנתבע. **כאן הנזק לא קטן וכסף אינו פיצוי מספק.**

פס"ד מבטא **צדק מתקן**- נפגעה זכות של שוורץ (מרכז הכובד) ויש לתת סעד מתאים. ובמקביל מבטא **שיקול כלכלי**- הרתעה למפעל הבא למנוע את הרעש מלכתחילה ובכך למנוע נזק עתידי.

**בג"ץ שוורץ נ' שר האוצר  
העובדות:** המפעל פונה להפקיע את הקרקע של שוורץ. שוורץ ביקש סכום פיצוי כפול של שווי הנכס.  
**השאלה המשפטית**: האם הסכום שביקש צודק?  
**נקבע**: הסכום הגבוה שביקש העותר גרמו למכירת הבית בשווי השוק בשל שיקולים כלכליים.   
פס"ד מבטא שיקולים כלכליים באופן מרחיק לכת. השיקולים המשניים בערעור, הפכו למרכזיים בבג"ץ כי המדינה הפכה לשחקן מרכזי.

**עוולת הרשלנות ס' 35 לפקנ"ז**

מהווה עוולת סל. יסודות העוולה- התרשלות, קיומה של חובת זהירות (מושגית וקונקרטית), גרימת נזק: הוכחת נזק, וקש"ס בין ההתנהגות לנזק.

**התרשלות**

התנהגות "האדם הסביר" (אובייקטיבי) בנסיבות העניין (סובייקטיבי- פס"ד **חמד** "סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי"). הבחינה במועד אירוע הנזק ולא אחרי.

**פס"ד פולר נ' בית חולים העמק פרקטיקה נוהגת**

**העובדות**: תינוק שנולד עבר החייאה ונשאר משותק מוחין. היה ניטור כל חצי שעה, אבל הספרות אמרה שצריך בתדירות גבוהה יותר.   
**השאלה המשפטית**: האם רופא שהתנהל לפי הפרקטיקה הנהוגה ולא לפי ספרות חדשה יותר, התרשל? **דנציגר**: התנהגות הצוות סבירה, יש להתנהג לפי הפרקטיקה הנהוגה לא לפי ספרות **שאולי** תשפיע על הפרקטיקה. לא יעיל לדרוש מרופאים להתעדכן בכל הספרות הקיימת. מצד שני, אם לא נחייב רופאים להתעדכן ברפואה חדשה, הם לא יעשו זאת.

**שטרן נ' שיבא** **סטנדרט מקובל בבית החולים**  
**העובדות**: תינוק נולד משותק כי לא ביצעו ניתוח קיסרי לפי הסטנדרט הנהוג בבי"ח.  
**השאלה המשפטית**: האם הרופא התנהג בסבירות כשלא התנהל לפי הסטנדרט הנהוג שלהם?  
**דורנר וברק**: שיבא היה בסטנדרט מעל לשאר בי"ח. התרשל בכך שלא התנהל לפי הסטנדרט שלו. ביקורת: עלול להוביל לרפואה מתגוננת.

האם בהגדרת התנהגות סבירה עלינו להתחשב בכמה הסטנדרט ההתנהגותי יכביד על המזיק?

**צדק מתקן**- לא רלוונטי. נפגעה זכות ויש להשיב את המצב לקדמותו. לא משנה כמה קשה למזיק הוא יפצה את הניזוק ויתקן את מה שגרם.

**צדק מחלק**- לא רלוונטי. לא מדובר בניזוק ומזיק ספציפיים. רוצים להשיג צדק חברתי לא מתחשבים בגודל הנטל על המזיק.

**ראייה כלכלית**- רלוונטי. רוצים לצמצם עלויות ולייעל את החברה (שימוש בנוסחת הנד), לכן חשוב שלא יכביד על המזיק (ועקנין, גרובנר, ועלס).

**נוסחת הנד**- P- הסתברות שייגרם הנזק X L שיעור הנזק= תוחלת הנזק **מול** B עלות מניעת הנזק (בדיקה להאם הייתה התרשלות או לא).

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש נוסחת הנד**

**העובדות**: ילד קפץ לבריכה ונפצע. לא היו שלטים שיזהירו מקפיצה.  
**השאלה המשפטית**: האם הבריכה התרשלה בכך שלא הציבה שילוט?  
**ברק**: שימוש בנוסחת הנד. עלות מניעת הנזק- לשים שלטים, יותר נמוכה מתחולת הנזק. הייתה התרשלות.

**גרובנר נ' עיריית חיפה**

**העובדות**: נפגעה מרוכב אופניים, תובעת שלא היו פקחים.  
**השאלה המשפטית**: עלות המניעה (הצבת פקחים) עולה על תוחלת הנזק- שימוש מיותר בכספי ציבור. הפתרון העכשווי (שילוט) מספיק וסביר.

בגרובנר הוא דואג לעירייה מבחינה כלכלית וטוען שהכיס שלה מוגבל. שיקולים כלכליים הם מעבר למזיק ולניזוק. באתא נ' שוורץ הוא נותן חשיבות לפגיעה בזכות מעבר לשיקולים הכלכליים של המפעל. למה? נסיבות אחרות. מטרד מול התרשלות יש סעדים שונים לגמרי.

**ולעס נ' אגד  
העובדות**: הותקף ע"י בריונים במרכזית.  
**השאלה המשפטית**: האם אגד התרשלה כשלא שמה פקח?  
**ריבלין**: יש להתייחס לתוחלת הנזק של התובע וגם הנתבע, יחד הן צריכות להיות נמוכות מעלות מניעת הנזק. תוחלת הנזק של **ועלס** נמוכה מעלות המניעה, אבל תוחלות הנזק של **אגד וועלס** יחד גבוהות יותר מעלות מניעת הנזק.

**לרנר נ' מדינת ישראל** **הפרת דבר חקיקה יכולה להוות אינדיקציה להתנהגות לא סבירה**

**העובדות:** נהג לא עצר במחסום, חייל ירה בו בניגוד להוראות פתיחה באש ופצע אותו.  
**השאלה המשפטית**: האם הייתה התרשלות בהפרת החוק?  
**מצא**: הפרת הוראת חוק יכולה להוות אינדיקציה להתנהגות לא סבירה. אך בנסיבות העניין התנהלות החיילים הייתה סבירה.

לעיתים חישוב תוחלות הנזק עשוי להתבצע באופן שגוי, מה שישפיע על סטנדרט הזהירות של אנשים.   
הרתעה בחסר (חמור) - אדם רואה תוחלת נמוכה יותר, לא ישקיע במניעת הנזק. יגרור יותר התנהגות רשלנית.  
הרתעה ביתר – אדם רואה תוחלת גבוהה יותר, ישקיע במניעת נזק סתם, לא יעיל.

**ריצ'רד פוזנר ומונע הנזק הזול**- הטלת אחריות מניעה למונע הזול יותר. בעיות- אי וודאות מי הזול יותר ויקר לבדוק.  
**קלברזי והירשקופף שוקל הנזק הזול ביותר** (לא התקבל)- בימ"ש בוחר צד שיהיה אחראי על הבדיקה.

**חובת זהירות**

מעבר להתרשלות למזיק חייבת להיות חובת זהירות כלפי הניזוק.

**Donoghue v. Stevenson (פס"ד דוניו)**

**העובדות:** דוניו במסעדה מגלה חילזון בבקבוק בירה.

**השאלה המשפטית**: האם ליצרן (ולא למסעדה) יש חובת זהירות לדוניו?

**נקבע:** קיימת חובת זהירות כנגדה. יש חובת זהירות כלפי אדם ("השכן שלך") שמספיק קרוב כדי לקחת אותו בחשבון.

**עיריית ירושלים נ' גורדון**

**העובדות**: גורדון מכר את הרכב והמשיך לקבל קנסות. הפסיק לשלם ונעצר.   
**השאלה המשפטית**: האם אפשר לתבוע את העירייה ברשלנות?  
**ברק**: ס' 60 דורש זדון, לא היה לעירייה. לעירייה יש חובת זהירות כלפי גורדון. המבחן ליחסי שכנות הוא **מבחן הצפיות** לפי יקבע אם חלה חובת הזהירות- האם המזיק **יכול** (צפיות טכנית/ קונקרטית) **וצריך** היה (צפיות נורמטיבית/ מושגית) לצפות את הנזק הניזוק. מבחנים מצטברים.

צפיות נורמטיבית/ מושגית

כדי להחליט אם המזיק צריך היה לצפות את הנזק והניזוק בימ"ש משתמש **בשיקולי מדיניות** תלויי מקרה. **1)** לא נרצה להגיע להרתעת יתר אז לא תמיד נטיל אחריות. **2)** אם נאפשר הגשת תביעות ללא הגבלה לבימ"ש יהיה הרבה תביעות סרק שקשה לסנן. חובת הזהירות היא מסננת אותן. **3)** לעיתים נדע שהמזיק לא התרשל, נרצה לדחות את העניין עוד לפני התביעה ולכן נשתמש בחובת הזהירות.

**מדינת ישראל נ' לוי**

**העובדות**: לוי נהרג בתאונה. הנהג הפוגע מבוטח בחברה שפשטה את הרגל. מפקח הביטוח ידע ולא התריע לציבור על קריסתה לפני כן.  
**השאלה המשפטית**: האם יש חובת זהירות של מפקח הביטוח כלפי לוי?  
**שמגר**: שיקולים למתי מתקיימת צפיות נורמטיבית כשהמדינה מעורבת- **1)** האם היא בכובע ציבורי? משמע גורר שימוש בשק"ד חברתי. **2)** מעשה/ מחדל- במחדל ננהג בזהירות יותר. **3)** בנזקי גוף ניטה לקבוע חובת זהירות, בנזק ממוני טהור בימ"ש סלחן יותר. **4)** ההסתמכות על המדינה מוצדקת? **5)** טענת ההתרשלות היא על ביצוע או שק"ד?   
**ברק**: צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים שנובעים מהחלטות מנהליות כלליות שמבוססות על שק"ד. ההחלטה נוקטת בגישה מאוזנת ולא בפטור מוחלט מחובת הזהירות של רשות כלפי פרטים.

צפיות טכנית/קונקרטית

האם המזיק יכול היה לצפות את הנזק והניזוק. נקבע לפי אמת מידה עובדתית (עדויות, ראיות..).

**Palsgraf v. Long Island Railroad Company (פס"ד פלסגרף)**

**העובדות**: שומרי הרכבת עוזרים לאיש עם חבילת זיקוקים לעלות לרכבת. הם מתפוצצים, ואישה שעומדת ליד נפגעת.  
**השאלה המשפטית**: האם שומר הרכבת יכול היה לצפות את סוג הנזק והניזוק?  
**החלטה**: לא חלה כלפיה חובת זהירות, נמצאת מחוץ למתחם הסיכון של שומר הרכבת. לא יכול היה לצפות להשתלשלות הדברים.

* מקיים צדק מתקן ושיקולי יעילות- לא נוצר חוסר איזון בין הצדדים, וכן לא יעיל למנוע נזק של ניתן לצפות.

**פריצקר נ' פרידמן**

**העובדות**: כיוון את הנהג ונדרס בעצמו.  
**שאלה משפטית**: האם הנהג חב בחובת זהירות לנפטר?  
**זילברג**: חב בחובה אבל מילא אותה. המנוח הוזהר אבל המשיך לעמוד במקום.   
**אגרנט**: יכול היה לצפות שכל אדם אחר יידרס, אבל לא המכוון שהנחה אותו.

הצדקה לצפיות הטכנית- תוחלת נזק קטנה, הרתעת יתר, הניזוק מונע הנזק הזול- אם הנזק והניזוק לא צפויים ע"י המזיק, אולי מונע הנזק הוא הניזוק עצמו שיכול למנוע אותו לפני.

**המודל המסורתי** - התרשלות, חובות הזהירות, נזק.  
**המודל המוצע** (התרשלות, גרימת נזק, שיקולי מדיניות)- חובת הזהירות הקונקרטית נבלעת בתוך ההתרשלות, הנורמטיבית בתוך שיקולי המדיניות. **הנדל** בפס"ד וגנר טוען שחובות הזהירות חשובות במצבים מעורבים בהם נצטרך לבחון אותם לעומק. אין אחידות. למבחן- המסורתי.

**נזק**

1. הוכחת נזק
2. קש"ס בין ההתרשלות לנזק

**מבחן האלמלא**- האם היה קורה הנזק לולא העוולה? כן- אין קש"ס. לא- יש קש"ס.  
קש"ס משפטי- **מבחן הצפיות** האם המזיק יכול וצריך היה לצפות את **הנזק,** מבחן **השכל הישר**, ומבחן **הסיכון**.

**גבולות עוולת הרשלנות**

בעבר לא היה נהוג להטיל אחריות ברשלנות לגביהם: נזק ממוני טהור (כלכלי), נזק בלתי ממוני (נפשי), מחדל טהור וחיים והולדה בעוולה.

**נושא 1: נזק ממוני טהור**

כלכלי טהור- הפסד כלכלי בלי נזק פיזי.

כלכלי לא טהור- נזק פיזי שגורר הפסד כלכלי.

**למה פעם לא תבעו**? קשה להוכיח נזק לא פיזי, הצפה של בימ"ש, ירחיב את עוולת הרשלנות. התרחב בגלל צדק מתקן והרתעה.

1. מצג שווא רשלני

חוות דעת שגויה של בעל מקצוע שגורמת לנזק ללא כוונה (אם יש כוונה ניתן לתבוע בתרמית לפי ס' 56).

**ויינשטיין נ' קדימה מצג שווא רשלני  
העובדות**: קבלן בנה מיכל מים תקול בהסתמך על חו"ד שגוי של מהנדס ולכן המושב לא רצה לשלם לקבלן.  
**השאלה המשפטית**: האם הקבלן זכאי לפיצוי בגין נזק כלכלי טהור?  
**נקבע**: תנאים מצטברים לנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני- **1)** נתבע בעל מיומנות מיוחדת (הורחב גם לרשות ציבורית בפס"ד אילקו) **2)** יעוץ נעשה במהלך עסקי **3)** הייתה כוונה שהניזוק יסתמך על חוות דעתו תוך **4)** צמצום היקף האחריות. **5)** לבסוף, המזיק יכול לצפות שדעתו תהייה המכריעה.

1. חובת זהירות של בנקים

יש לבנקים חובת זהירות רחבה יותר כי יש להם הרבה מידע שאין לציבור, הלקוחות נותנים בהם אמון והם מפזרי נזק טוב.

**טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח**

**העובדות**: חברת בנייה שהייתה לקוחה של הבנק פשטה את הרגל, במקביל נתן משכנתאות לקוני הדירות.   
**השאלה המשפטית**: האם הבנק הפר את חובת הזהירות והיה חייב ליידעם למרות חובת הסודיות?

**שמגר**: היה עליו לגלות שנמצא בניגוד עניינים, ולרמוז להם לקחת ייעוץ נוסף.

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

**העובדות:** עו"ד חותם בשם לקוח על ערבויות לעצמו. הוא נפטר והבנק לוקח כסף מחשבון הלקוח.   
**שאלה משפטית**: האם על הבנק לבחון את פעולות עו"ד?

**נקבע**: כן, לא לבחון כל פעולה, רק כשעולה החשד (עו"ד שפועל לטובת עצמו).

**קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ. עוואד (לא בסילבוס) אחריות על בנק כלפי צד ג'**

**העובדות**: נגנבו צ'קים ריקים מבנק. לא ביצע פעולות כדי להתריע על גניבתם בשוק.  
**שאלה משפטית**: האם הבנק התרשל

**נקבע**: כן, לא נקט אמצעי זהירות מספיקים למנוע חליפין בצ'קים הגנובים.

1. נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

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

**העובדות**: קבלן בונה דירות. הקונים מוכרים אותה, הקונים השניים גילו נזקים חמורים.  
**השאלה המשפטית**: האם הקבלן חב בחובת זהירות כלפי הקונים השניים?  
**טענה**: הקונים השניים לא יכולים לתבוע הפרת חוזה (אין להם חוזה מול הקבלן). חייבים להוכיח רשלנות.  
**לנדוי**: כן, חב בחובת זהירות כלפי כל הרוכשים העתידיים גם. כשמדובר בקבלן צריך להיזהר, לכן אין הגבלה בהיקף הוא צריך למכור דירה כשירה. ביקורת- לשים גבול.

**נושא 2: נזק בלתי ממוני טהור-** נזק נפשי שלא נובע מנזק פיזי.

1. ניזוקים ישירים (כולל אוטונומיה)

**בעבר,** ניתן לתבוע רק אם מתלווה לנזק פיזי והוכח קשר בין השניים.למה? הצפת בתי המשפט, קושי בהוכחה ובכימות הנזק, והרתעה ביתר.

התרחב בגלל צדק מתקן (לא משיב מצב לקדמותו), הרתעה (אין ענישה אין הרתעה), קושי בקביעת שווי (מדיניות שניתנת לשינוי). בנוסף הביא לשינוי פס"ד גורדון –

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

**העובדות**: גורדון מכר את הרכב והמשיך לקבל קנסות. הפסיק לשלם ונעצר.

**השאלה המשפטית**: האם ניתן לפצות במסגרת עוולת הרשלנות?  
**ברק**: כן, עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה גם על אינטרס של הניזוק בנפש. מכריע פיצוי על עוגמת נפש.

* פגיעה באוטונומיה

**דוקטרינת "הסכמה מדעת**"- חובת גילוי של הצוות הרפואי כלפי מטופל לפני הליך רפואי. השמטת פרט היא הפרה של חובת הגילוי. רופא סביר צריך לגלות מידע רלוונטי למטופליו.

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

**העובדות:** נכנסת לניתוח ברגל, מגלים שצריכה גם בכתף, מסכימים אותה אחרי שטושטשה. בוצע ללא רשלנות, נותרה נכות 35% בכתף.

**שאלה משפטית:** האם מגיעים לה פיצויים? על בסיס מה? (תוצאתי/אוטונומיה)

הסכמה מידעת כוללת 2 נזקים- נזק תוצאתי (גוף) ונזק לאוטונומיה. בחינת קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק התוצאתי. **1)** אם היו מגלים למטופל האם היה מסכים? **2)** האם הנזק היה קורה אילו המטופל היה בוחר אלטרטיבה אחרת?

**נקבע**: תוצאתי- אם היו שואלים אותה כנראה הייתה מסכימה- אין קש"ס, מיעוט – פיצוי הסתברותי (ההסתברות שהייתה מסרבת כפול הנזק).

אוטונומיה- מנעו ממנה בחירה לכן ניתן פיצוי על הנזק לאוטונומיה כנזק עצמאי. מיעוט- אמור להינתן רק במצבים חריגים.

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

**העובדות:** תנובה החדירה סיליקון לחלב ביודעין, לא היה נזק.

**השאלה המשפטית**: האם זכאים לפיצוי בפגיעה באוטונומיה?

**נקבע**: נמנעה החלטתם לבחור אם לקנות את החלב. נפסק פיצוי על בסיס פגיעה באוטונומיה ותחושת הגועל (לא ברור אם גועל הוא בסיס נזק נפרד). לראשונה פיצוי על פגיעה באוטונומיה שלא קשורה לעניין רפואי.

ביקורת- אי ודאות וקושי בכימות הנזק, נוצרה עוולת פרסה לא צריך להוכיח נזק. תשובה- פיתוח כלים להתמודדות, ומדוע עוולת פרסה היא בעיה?

* בהמשך פסיקה הממתנת קביעה בפגיעה באוטונומיה.

1. ניזוקים עקיפים- אדם שצפה בתאונה (לא הניזוק הישיר) וניזוק נפשית מכך.

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן 4 כללים לניזוקים עקיפים**  
**העובדות**: קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים, ולא היו בזירה.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן להכיר בנזקם הנפשי (צד ג')?   
**נקבע**: קושי במבחן הצפיות והקרבה. לכן 4 כללים מצטברים לקביעת ניזוק עקיף: **1)** קרבה משפחתית מדרגה ראשונה **2)** התרשמות חושית ישירה **3)** קרבה בזמן ובמקום (תורם לקש"ס) **4)** נזק נפשי מעל 15%. (תנאים 1-3 גמישים יחסית).

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

**העובדות**: חיילים ירו בטעות בילד שהתקרב לרכב אחרי שאמרו לו לעצור, ההורים תובעים.  
**השאלה המשפטית**: אם מגיע לאב פיצוי על נזקו הנפשי, ועל הנזק הפיזי שנגרם מהנפשי?  
**נקבע**: ניתן להכיר בניזוק עקיף בנזק פסיכו פיזי- נזק פיזי שנגרם מנפשי, אם יש קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי. הקלה על תנאי 3. לא הצליח להוכיח קש"ס- פוצה לפנים משורת הדין.

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

**העובדות**: נתנו להריונית להסתובב בבי"ח 3 וחצי שעות ולא אמרו לה לחזור אחרי שעתיים כפי שצריך. העובר מת.   
**השאלה המשפטית**: האם ההורים זכאים לפיצוי?

קושי ראייתי- לא ידוע מתי העובר מת. ההורים לא עומדים בתנאים כניזוקים עקיפים. ס' 1 לחוק האפוטרופסות- לתינוק אין זכות לתבוע, לכן הם לא יכולים להיות ניזוקים עקיפים.   
**מחוזי:** האם ניזוקה ישירה (פיצויי כאב וסבל ואובדן הנאות החיים), האב כניזוק עקיף לא עומד בתנאי 4.  
**עליון**: מיעוט- שניהם ניזוקים ישירים, הלידה הוא אירוע ששייך לשני ההורים. רוב- המיעוט ייצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים. מכיר בשניהם כעקיפים (ניזוקים מעין ישירים) ומגמיש את תנאי 4 של אלסוחה. (הכלל נועד לסנן מצבים בהם אין צפיות, ניתן לצפות נזק של הורים ממות עובר).

**נושא 3: מחדל טהור**

מחדל טהור- מחדל שנוצר מצד אדם שלישי (לא מנעתי נזק שאדם אחר יצר).

**בעבר,** לא הייתה חובת זהירות בגין מחדל טהור.   
**כיום,** ניתן להטיל אחריות, בזהירות רבה (למה? הערבות יתר בחיי הפרט, הקטנת פעילות מחשש לאחריות אם לא נציל, ואיך ניתן לומר שגרמתי לנזק אם לא גרמתי לנזק?)

**ולעס נ' אגד  
העובדות**: הותקף ע"י בריונים במרכזית.  
**השאלה המשפטית**: האם אגד חבה באחריות ברשלנות בשל מחדלה לנקוט אמצעי זהירות למניעת מעשה של צד ג' כנגד התובע?   
**מחוזי:** אין קש"ס, היו עוברי אורח ועדיין הכו אותו. אין צפיות טכנית- אגד לא הייתה יכולה לצפות את התקרית.  
**עליון:** מתקיימת צפיות טכנית ונורמטיבית, יש קש"ס. נאפשר להטיל אחריות ברשלנות במצב של מחדל טהור.

**“Kitty” Genovese**  
**העובדות**: אישה נתקפת ונרצחת סמוך לביתה. למרות שצרחה וכולם שמעו, אף אחד מהשכנים לא עוזר לה.  
קידם את חקיקת חוק "השומרוני הטוב" בארה"ב- מונע תביעה נגד אדם המושיט עזרה וגורם לנזק, מעודד מתן עזרה (חלק מהמשפט האזרחי).

חוק "לא תעמוד על דם רעך" (בישראל)

מחייב הושטת עזרה כחלק מהמשפט הפלילי- הודעה במקרה מצוקה נחשבת עזרה.   
**הבעיות**- התערבות מוגזמת בחירות, הרתעה ביתר. **מענה לבעיות**- עזרה רק בסכנה חמורה ומיידית, כל עוד לא כרוך בסיכון, החזר הוצאות על העזרה.

**נושא 4: חיים והולדה בעוולה**

התרשלות בגילוי מום מולד שהובילה ללידת התינוק במקום הפלתו.

חיים בעוולה- הילד תובע (טוב מותי מחיי)  
הולדה בעוולה- ההורים תובעים (היו מעדיפים להפיל).

**זייצוב נ' כץ** **חיים בעוולה**  
**העובדות:** ילד נולד עם מום למרות שהרופא אמר שתקין, והיה אפשר לזהות את המום.  
**השאלה המשפטית**: האם להורים יש זכות לתבוע הולדה בעוולה? כן. האם הילד לחיים בעוולה?  
**נקבע**: מיעוט- אין זכות לא להיוולד, לא ניתן לטעון ולכמת את הנזק (גולדברג). החיים עם מוגבלות זה הנזק, לחשב לפי הפרש החיים עם מוגבלות לבין אי חיים (בן פורת).  
רוב- יש זכות לחיים ללא מום. הנזק יחושב כהפרש בין חיים עם מוגבלות לחיים בלי. קשיים: **1)** סיבתי- הרשלנות לא יצרה את המום, אין גרימת נזק, קושי לחשב פיצוי. **2)** מוסרי- קדושת החיים. **3) קונספטואלי-** קושי בקביעת נזק וכימותו. **4)** מדרון חלקלק- הכרה בזכות לתביעה כנגד הורים.

**ביקורת על פס"ד**

**פס"ד המר התנאים להכרה בעילת רשלנות בגין הולדה בעוולה**

**החלטה:** ביטול זכות תביעה לחיים בעוולה, וקובע תנאים לתביעה של הורים להולדה בעוולה: **1)** התרשלות, הפרת חובת זהירות ונזק. **2)** קש"ס עובדתי: אובייקטיבי- הועדה הייתה מאשר הפלה. סובייקטיבי- ההורים היו רוצים להפיל.

כדי להוכיח צריך רק את התנאי הראשון וניתן לסתור בעזרת התנאי השני.

תרופות להורים: **הוצאות רפואיות**- הפרש גידול הילד עם מוגבלות לבין גידול ילד ללא מוגבלות. **כאב וסבל**- פיצוי חד פעמי. **נזק לאוטונומיה**- על בסיס מניעת הבחירה של ההורים. נער מעל 18- יש לבחון את יכולתו לעבוד ולפצות לפי ההפרש בין יכולת ילד עצמאי, וחוסר יכולתו לעבוד בשל המוגבלות.

**הריון בעוולה** (אוביטר)

הורים לא רוצים ילד ונכנסו להריון בגלל רשלנות. פיצוי- הוצאות הריון, הוצאות גידול עודפות על עוד ילד, פגיעה באוטונומיה.

**במבחן**- אם יש שאלת רשלנות לבחון את כל יסודות העוולה!

**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות**

אם לא צלחה העוולה פרטיקולר ית ניתן לתבוע ברשלנות(פס"ד גורדון), אלא אם נאמר במפורש בסעיף או התפרש ממנו שלא ניתן לתבוע בנוסף לרשלנות – **דנ"א 5712/01 ברזני נ' בזק החלטה:** במקרה כזה אנו נצטרך לבחון אך ורק את העוולה הפרטיקולרית.

**פלוני נ' פלוני**

**העובדות:** אשתו של התובע קיימה רומן עם חברו. תובע לנזק נפשי.  
**השאלה המשפטית**: האם הנתבע התרשל? האם ניתן לתבוע על בסיס רשלנות?  
**עמית**: ס' 62- ניתן לתבוע אדם שגורם להפרת חוזה בנזיקין. הסעיף מחריג חיי נישואים כחלק מחוזה. תביעה ברשלנות תיעקר את ההגבלה מתוכן. (מדוע? נמנע מלהיכנס לחיי המשפחה, הצפת בימ"ש, הוצא בבירור מהאופציות).

**נטל ההוכחה ברשלנות**

כלל- "המוציא מחברו עליו הראייה". במקרה של תיקו ראייתי, המפסיד הוא מי שעליו נטל הראייה.

על הנושא בנטל לשכנע במידה גבוה מ50% שסביר להניח שהנזק נגרם מהתרשלות מאשר שלא.

המקרים שיגיעו לבימ"ש - אלה שכפות המאזניים יחסית מאוזנות. המקרים הברורים ימעטו להגיע לבימ"ש מפני שהאדם יודע שהוא הולך להפסיד. שיקולים להגעה לבימ"ש- יחסי כוחות (מול תאגיד גדול) שיקולים כלכליים ועוד.

מתי נטל ההוכחה יעבור לנתבע?

1. דוקטרינת הנזק הראייתי
2. סעיפים 38-41 – חזקה ניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (וגם קש"ס בס' 41), על הנתבע להוכיח שלא, אחרת התובע זוכה.

**דוקטרינת הנזק הראייתי (פורת ושטיין)**

הדוקטרינה תחול כשהתובע לא מצליח לעמוד בנטל הראייה לגבי פרט עובדתי כלשהו, כתוצאה מההתנהגות של הנתבע. משמע שכשהנתבע (המזיק) התרשל בניהול הראיות (שכח לרשום את התנהלות הניתוח).

2 פנים לדוקטרינה

**פן מהותי-** פיצוי על הנזק שנגרם כראש נזק נפרד. הנתבע ישלם לתובע על שווי המידע שהוא שלל מהתובע. להכפיל את הסיכוי אם היה לי את המידע והייתי מנצח, כפול הסכום שאקבל אם אזכה. (הסיכוי שאם הייתה לי ראייה מסוימת הייתי זוכה בעזרתה הוא 40%, אם הייתי זוכה באמת 1000 נניח. 40%X1000=400). **לא התקבל בפסיקה!**

**פן פרוצדורלי**- היפוך נטל ההוכחה אל הנתבע. השופט קובע חזקה שהנתבע התרשל, ויש לו אפשרות לסתור אותה, להוכיח שלא התרשל ובכך לנצח. התובע צריך להוכיח שהנתבע מנע ממנו את הראייה. **התקבל בפסיקה.**

**ע"א 754/05 לבנה לוי נ' שערי צדק  
העובדות**: נתנו להריונית להסתובב בבי"ח 3 וחצי שעות ולא אמרו לה לחזור אחרי שעתיים כפי שצריך. העובר מת.   
**השאלה המשפטית:** אם היו בודקים אותה אחרי שעתיים היו מגלים את המצוקה של העובר? בהנחה זו, האם היה ניתן להציל אותו?  
**ריבלין:** מצד אחד, בי"ח התרשל וגרם למוות של העובר. מצד שני, לא ניתן לדעת. התרשלות בי"ח בכך שלא בדקו אותה אחרי שעתיים, הובילה לאי ידיעה. **הופך את נטל ההוכחה.**

**סעיף 41**

אם מתקיים הסעיף, הנטל יעבור אל הנתבע כדי להוכיח שלא התרשל.

3 יסודות להוכחה כדי לטעון "שהדבר מעיד בפני עצמו"

1. לתובע אין אפשרות לדעת איך או ממה נגרם הנזק.
2. הנזק נגרם בנכס שלנתבע הייתה שליטה עליו.
3. הנסיבות מראות שהמסקנה היא שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

**תנאי ראשון: היעדר ידיעה של התובע**

**רע"א 7002/17 פלוני נ' פלוני**

**העובדות**: עובד נפל מפיגום ומת לא ברור למה.  
**השאלה המשפטית**: מי צריך להיות חסר ידיעה? הניזוק או התובע? (כאמור הניזוק נפטר והעיזבון שלו תובע).  
**עמית**: 1) מספיק להוכיח ידיעה של התובע (במקרה הזה היורשים). 2) על התובע להתאמץ ולחפש ראיות של מה שקרה. לשכנע את בימ"ש שהתאמצתי מספיק לברר את חוסר הידיעה ושזה לא צלח לי.

**תנאי שני: שליטת הנתבע**

**רז נ' ביה"ח אלישע**

**העובדות**: תינוקת נולדה ונדבקה בחיידק מסוכן בבי"ח, נגרמה לה נכות.   
**שמגר:**  החיידק היה בשטח בי"ח, משמע נכס שלנתבע יש שליטה עליו. התרשלות- בי"ח צריך לדאוג לסטריליזציה מסוימת.

**תנאי 3: הנתבע התנהג באופן לא סביר**

**רז נ' בי"ח אלישע**  
**העובדות**: כמו למעלה.  
**שמגר:** הנסיבות מראות שבי"ח לא נקט זהירות סבירה למנוע את ההדבקה של התינוקת. לכן הוא מעביר את נטל ההוכחה לנתבעת. הדבר יוביל לכמות יותר קטנה של טעויות.

ביקורת על התנאי השלישי- אם הייתי יכולה להוכיח שהוא התנהג לא סביר הייתי תובעת לפי ס' 35. למה צריך את 41? לפעמים אני לא יכולה להוכיח שהנתבע לא התנהג בצורה סבירה. בשימוש בס' 41 אני יכולה להשתמש בראיות כלליות/ סטטיסטיות להוכיח את זה.

**שטרנברג נ' ד"ר צ'ציק**

**העובדות**: עברה ניתוח להחליף מפרק ירך. בוצעה פריקה של המפרק והיא נותרה עם נכות. תובעת לפי 41- לא יודעת מה קרה כי הייתה מורדמת.  
**השאלה המשפטית**: תנאים 1-2 מתקיימים. מה עם 3?  
**טענתה**: **1)** אין מספיק ראיות- אין רישום של הניתוח, מוכיח אינדיקציה שהרופא פעל באופן לא סביר. **2)** עדויות של רופאים שונים שטוענים שהסיכוי לנזק בניתוח מסוג זה נמוך מאוד. אפשר לראות שהיא טוענת טענות מאוד כלליות, לא נותנת הוכחה קונקרטית שבי"ח התרשל, אלא מביאה נסיבות כלליות והסתברותיות שהנזק לא קורה בדר"כ (**הערה שלי**- זה מה שמיוחד בסעיף 41, לא מדובר בהוכחה ספציפית או בבי"ח סביר, אלא בטענות מאוד כלליות שיכולות להצביע על התרשלות בלי קשר לרופא הסביר או הספציפי).

**מחוזי**: דחייה. לא מצליחה להוכיח התרשלות וקש"ס או את ס' 41.

**עליון** (**ריבלין)**: ניתן להסתמך על ראיות כלליות, אבל עצם זה שקרה נזק לא מעיד על שום סטטיסטיקה ועל זה שהייתה התרשלות. למה? התובעת מביאה טענה כללית שברוב הניתוחים לא קורה הנזק, אבל זה לא מספיק כדי להוכיח את כלל 3- שהם לא נקטו זהירות סבירה. כל ניתוח כרוך בסיכון מסוים. גם בלי התרשלות יכול להיגרם נזק.

טוען שיש לבדוק מתוך כל הניתוחים שנגמרו בנזק- כמה מהם נגרמו בגלל התרשלות הרופא.

קיבל את טענת התנאי השלישי (הופך את נטל הראייה) בשל תוספת הנסיבות המחזקות:

1. הנזק שקורה בניתוח נדיר מאוד
2. לא היה רישום רפואי והמנתח השני לא העיד.

\*\* ריבלין אומר שאפשר היה להגיע לאותה תוצאה עם דוקטרינת הנזק הראייתי- יש פה חוסר בראיות שנגרם בגלל התנהלות של בי"ח. אפשר היה להפוך את נטל הראייה וכך להגיע לאותו המצב של ס' 41.

**2 הערות חשובותתת!**

* היפוך נטל הראייה לא רק מוכיח את **התרשלות** הנתבע אלא גם את **הקש"ס** בין התרשלות הנתבע לנזק שנגרם. כלומר התרשל וגם גרם לנזק.
* הנתבע יכול לסתור את החזקה עם ראיות כלליות גם? **לא קובע בעניין.**

**אם הנטל לעניין ההתרשלות וגם הקש"ס עבר אל הנתבע מה זה אומר?** כדי להוכיח רשלנות מספיק להוכיח שלא מתקיימים אחד היסודות המצטברים. לכן מספיק שהתובע יפריך אחד מהם והתביעה נגדו תידחה.

**אז ממה שהבנתי השוני בין 2 הדברים- הדוק' וס' 41:**

1. המחסור הראייתי נגרם בגלל דברים שונים. בדוק' זה באשמת המזיק, ובס' 41 אי ידיעה בגלל כל מיני דברים, יכול להיות גם בגלל התנהלות המזיק.
2. בדוק' החזקה הניתנת לסתירה היא רק ביחס להתרשלות בניגוד לס' 41 ששם החזקה היא גם בנוגע לקש"ס וגם בנוגע להתרשלות.
3. להוכיח את ס' 41 אני יכולה עם ראיות כלליות, בדוק' פחות.

**סעיף 38 – 1)** דבר מסוכן (מטבעו) או **2)** שיכול לגרום לנזק בהימלטו **3)** והוכחת קש"ס. **(לא מצטברים!)**

**פס"ד נאצר נ' מדינת ישראל דבר מסוכן**

**העובדות:** אדם נהרג מירי צה"ל בהפגנה.  
**הטענה:** לא צריך להוכיח התרשלות, נשק זה דבר מסוכן לפי 38. **ריבלין**: נשק נחשב מסוכן רק בשימוש לא רגיל (משחק בנשק). רוצה למנוע הרתעת יתר.

**פס"ד מפ"י נ' משק אשכנזי גורם נזק בהימלטו**

**העובדות**: מים זרמו מחלקה של אחד לאחרת וגרמו לנזק.  
**השאלה המשפטית**: האם אפשר להשתמש ב38?  
**נקבע**: מים גרמו לנזק, התרשלות.

הוכחת קש"ס- גם אם הוכחו תנאיו של 38, הנטל יעבור לנתבע רק לאחר הוכחת קש"ס (בניגוד לס' 41).

**עצמון נ' חיפה כימקלים** **קש"ס**  
**העובדות**: צוללנים חלו בסרטן.   
**השאלה המשפטית:** החומרים הם דבר מסוכן, האם אפשר להפוך את נטל הראייה? **עמית**: חייב להוכיח קש"ס להפיכת נטל ההתרשלות.

**סעיף 39** –אדם הבעיר אש או מחזיק במקרקעין/ בעל מטלטלין שמהם יצאה האש ונגרם נזק.

**פס"ד כורי נ' קשס מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש**

**העובדות**: עובד התלקח מפחית טרפנטין במפעל.  **השאלה המשפטית**: האם ניתן להפוך את נטל הראיה לפי ס' 39?  
**לנדוי**: האש צריכה לצאת ממקרקעין למקרקעין אחר. אין צורך ב39, המפעל התרשל בכל מקרה.

**פס"ד גנור נ' מד"י  
העובדות:** סוללת טלפון התלקחה והמשרד ניזוק.  
**השאלה המשפטית:** האם 39? האש לא יצאה ממקרקעין.  
**שמגר**: מספיק שהאש יצאה מהמטלטלין וגרמה לנזק בניגוד למקרקעין, ניתן להפוך את הנטל.

**ס' 40** – הנתבע בעליו של חיית בר או חיה שצפויה להזיק (על התובע להוכיח שהנתבע ידע שהיא מועדת). נטל ההוכחה יעבור אם מדובר בחיית בר, או חיית בית שהתובע מוכיח שהנתבע ידע שמועדת להזיק.

**ס' 41א** –מטיל אחריות מוחלטת על בעליו של הכלב שגרם לנזק, ללא התחשבות באשם תורם של הניזוק.

**ס' 41ב** – אלא אם הניזוק התגרה בכלב, תקף את הבעלים/קרבה ראשונה, הסיג גבול.

**ס' 41ג** – שמירת דינים. הניזוק יכול לתבוע גם בסעיפים אחרים אם לא ניתן בסעיף זה.

**תמיד**- להוכיח חובת זהירות וקש"ס (למעט 41).

**אשם תורם- ס' 68 לפקנ"ז**

טענת הגנה של הנתבע, שהתובע התנהג ברשלנות בעצמו וצריך לחלוק אחריות. יכול לגרום להפחתת פיצויי התובע בשיעור אשמו לא לדחייה של התביעה. לא מנתק קש"ס. נדון בשלב האשמה.

**בעבר**, אשם תורם עד 50%- הפיצוי יופחת בהתאם. מעל 50%- התביעה נידחת.  
**כיום**, אשם תורם מקרה פרטי של מעוולים במשותף. אחראים יחד ולחוד לנזק.

הצדקות לאשם תורם: צדק מתקן- להתאים את הפיצוי להיקף הפגיעה בפועל. הרתעה- שהתובעים יהיו זהירים והמזיקים לא יחששו מדי.

כדי להוכיח אשם תורם יש להוכיח סטייה מסטנדרט האדם הסביר בנסיבות העניין של הניזוק בדומה להתרשלות (למעט יחסי עובד-מעביד וילדים). ילדים פטורים מאחריות בנזיקין אך לא מאשם תורם (הרתעה, הפחתת פיצוי כשצריך).

**פס"ד דפרון אשם תורם של עובד  
העובדות:** עובד שותה חומר רעיל, תביעה לרשלנות המפעל.  
**טענה**: אשם תורם של העובד.  
**מחוזי**: אין אשם תורם, יש מגמה לדקדק עם המעסיק ולא עם העובד.  
**רובינשטיין**: יש אשם תורם בגלל ההתנהגות החריגה, אבל מופחת. בדר"כ ייבחן לפי האדם הסביר, במקרה זה בגלל יחסים מיוחדים של עובד מעביד יוטה לטובת העובד.

**פס"ד אייגר אשם תורם של ילד  
העובדות:** אייגר שיחק עם טיל, התפוצץ ורגלו נקטעה.  
**השאלה המשפטית**: באיזה סטנדרט יש לבחון אשם תורם של ילד? (1) האדם הסביר, (2) הילד הסביר (באותו הגיל), (3) סובייקטיבי- האינטליגנציה של הילד.  
**גולדברג**: לפי הילד הסביר (אפשר סובייקטיבי אם יוצא דופן- מוגבלות שכלית).

**פס"ד קטברי נ' רוזן אשם תורם יוצר אחריות נזיקית?  
העובדות:** נהגת יצאה מחניה והתנגשה במונית שנסעה מעל המהירות המותרת (נקבע 30% אשם תורם).   
**השאלה המשפטית**: האם האשם התורם של המונית יוצר אחריות נזיקית ועילה לפיצוי?  
**עמית**: לא ניתן לייחס לאשם תורם אחריות נזיקית כי יש לו מטרה שונה מאשם נזיקי. רק בנסיבות מיוחדות בגלל צדק מחלק- האשם פחות עלול לפצות יותר.

**פס"ד אלהווא נ' עיריית ירושלים אשם של המזיק גורם לאשם תורם לניזוק  
העובדות:** אדם נכה עובר בדרך לקויה, נופל לבור ונותר נכה 100%.  
**טענת העירייה**: אלהווא התרשל, אמנם לא דאגה לתשתיות אבל הוא יכול היה ללכת בדרך אחרת.   
**עמית**: אשם תורם 20%. ביקורת (ברק-ארז)- 1) פגיעה במוטיבציה של העירייה לתקן דרכים. 2) בעיה להגיד לאדם עם מוגבלות תיזהר יותר. מיטל טוענת שלפי ס' 66 אפשר לטעון שאשמת העירייה יצרה את אשמו התורם של אלהווא, ובכך לצמצם את אשמו של התובע ואולי אף לבטלו.

**פס"ד אפל אשם תורם בעוולת כוונה  
העובדות**: אפל ניצל הסדר עם המדינה כדי להוציא כספים במרמה. אם היו בודקים היה קל לזהות זאת.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן לייחס אשם תורם בעוולת כוונה?  
**מחוזי**: כן, ייחסה תרמית לאפל ואשם תורם למדינה.   
**מלצר**: ניתן לטעון אשם תורם בעוולת כוונה ב3 מקרים: 1) נזק בלי רווח למזיק- אפשר אשם תורם. 2) נזק עם תוספת רווח- אשם תורם על הנזק ולא על הרווח. 3) העברת עושר- אין אשם תורם.   
**הנדל**: אותו דבר, אפשר בהעברת עושר אשם תורם אבל על ראשי נזק אחרים, עוגמת נפש.. כדי לא לגרוע מפיצוי העושר שהועבר. **יש אשם תורם בעוולת כוונה לגבי הפסדים ולא לגבי רווחים**.

**פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד התאבדת עשויה להוות אשם תורם  
העובדות**: אדם התאבד בבי"ח לחולי נפש.  
**שאלה משפטית**: האם התאבדות מהווה אשם תורם?  
**נקבע**: ניתן להפחית אחריות בשל אשם תורם של התובע, אך לא כאן כי ההתאבדות הייתה צפויה.

בישראל בעוולות אחריות מוגברת מפחיתים פיצוי לניזוק לפי שיעור אשם תורם בלי שנדרש אשם של המזיק.

**תקיפה וזכויות החולה- ס' 23 לפקנ"ז**

שימוש בכוח כנגד גופו של אחר במתכוון ללא הסכמתו, **וגם** ניסיון או איום למגע פיזי.

**פס"ד כרמי נ' סבג ייחוס כוונה לאדם לוקה בנפשו  
העובדות:** כרמי לקוי בנפשו דוקר ילד בן 8, מזוכה בפלילים בגלל הבעיות הנפשיות.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן לייחס בנזיקין לאדם לקוי בנפשו את יסוד הכוונה?  
**נקבע**: 3 גישות: **1)** לא ניתן כמו בפלילי **2) רוב**- אם הייתה שליטה על הגפיים (ידיעה ולא כוונה) **3)** מיעוט- כן, צריך להעדיף את האינטרס של הנתקף. ייחוס הכוונה היא למעשים ולא לתוצאה (בנזק)- ידיעה. **ביקורת**- תשושי נפש יפחדו לצאת מהבית.   
חלוקתי**-** הם אוכלוסייה חלשה. הרתעתי- שמירה עליהם בבית שלא יעשו נזק. קהילתי- לא יקבלו תשושי נפש בחברה אם ידעו שלא יקבלו פיצוי על תקיפתם.

**תשובה לביקורת**- פתרונות לקושי כלכלי הקמת קרנות פיצויים. צדק מתקן- יש מזיק וניזוק ויש להשיב את המצב לקדמותו. חיזוק הפיקוח על ידי קרובים.

ניסיון/איום למגע פיזי – תוך שימוש במעשה או תנועה.   
התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע יש כוונה ויכולת לבצע את האיום ולהזיק לו. סוג הנזק שיתבע הוא נפשי בדר"כ.

**ס' 24- הגנות לתקיפה**מתי מותר להפעיל כוח נגד אחר וזה לא יחשב כתקיפה.

**ס' 24(1)** – עשה את המעשה בסבירות להגן על עצמו וסובביו מפגיעה בגוף/חירות/רכוש, והיחס בין הנזק שנמנע לזה שנוצר, סביר.

**פס"ד אלון נ' חדד דרישת הסבירות מבחן סובייקטיבי  
העובדות:** חייל רואה פורץ שנכנס לביתם, ומזעיק משטרה. הפורץ רואה שיש לו נשק והוא נמלט לשכנים, קורא לו לעצור, הפורץ מאיים לזרוק עליו חפץ והוא יורה בו לא על מנת להרוג.  
**השאלה המשפטית**: האם הסבירות תיבחן אובייקטיבית או סובייקטיבית?  
**נקבע**: מבחן סובייקטיבי, בנסיבות העניין החייל האמין שנשקפת לו סכנה.

**ס' 24(2)** – הגנה במקרה של מסיג גבול שהוזהר בדרכי נועם תחילה.

**ס' 24(4)** – הגנה לשוטרים.

**ס' 24(5) –** מניעה מאדם לא שפוי לפגיעה עצמית.

**ס' 24(8)** – לכאורה יש תקיפה, אבל מוצדקת כדי להציל אחרים. נועד להגן על רופאים מפני תביעות.

* במצב חירום בו אין זמן להסכמת מטופל ויש להצילו, לא נאפשר תביעה בעוולת התקיפה, מחשש להרתעת יתר של רופאים.

**פס"ד קורטם  
העובדות:** נאשם בלע שקית סמים להסתיר ראיות שסיכנה את חייו. סירב לניתוח ובוצע בניגוד לרצונו.   
**השאלה המשפטית**: האם ניתן להשתמש בשקית שהושגה לכאורה בתקיפה?  
**באך:** אדם שמסכן את חייו להימנע מדין לא חושב באופן בהיר (שקול למתאבד), מותר היה בנסיבות לכפות את הטיפול. **ביקורת**: פגיעה באוטונומיה של המטופל. מתי ניתן לכפות הליך רפואי? **1)** אסור לכפות- אדם בהכרה וצלול שמסרב. **2)** ניתן לכפות- לא חושב באופן בהיר, מחשבה משובשת, התקף פסיכוטי, לא בהכרה.

לאחר פס"ד חוקק **"חוק זכויות החולה**"- לא מהווה הגנה לתקיפה אלא מנגנון מאזן בין ערכים. ניתן לכפות טיפול:

**ס' 15(1) –** אדם מתנגד לטיפול ולא בהכרה פיזית. ניתן לתת טיפול **אם** - מצבו לא מאפשר הסכמה מדעת, לא ידוע שהמטופל/האפוטרופוס שלו מתנגד לטיפול, לא ניתן לקבל אישור מבא כוחו מטעמו.

**ס' 15(2) –** אדם בסכנה חמורה בהכרה פיזית מתנגד לטיפול. ניתן לטפל- **באישור ועדת האתיקה.** אם - נמסר למטופל כל המידע לקבל הסכמה מדעת, הטיפול ישפר את מצבו במידה ניכרת, כנראה שאחרי הטיפול יסכים לו (אובייקטיבית).

**ס' 15(3) –** אדם לא בהכרה נפשית ואי אפשר לקבל הסכמה מדעת. ניתן לתת טיפול בהסכמת 3 רופאים. **אם מצב חמור** לא חייב 3 רופאים- נמעיט בשימוש לשמירה על האוטונומיה.

**תקיפה וזכויות החולה- תקיפה בהקשרים רפואיים**

נתמקד בהיקף חובת הגילוי והפיצוי בגין הפרתה.

**בעבר,** אי קבלת הסכמה מדעת הייתה נחשבת תקיפה. כלל גם: אי גילוי מידע רלוונטי>לא יכול להסכים>תקיפה.

**כיום**, יש הבדל בין אי קבלת הסכמה להפרת חובת הגילוי.

* ביצוע טיפול ללא קבלת הסכמה עשוי להיחשב **כתקיפה**.
* אי הסכמה עקב הפרת חובת גילוי ידונו בעוולת **הרשלנות** (או בהפח"ח -מעוגנות גם בס' 13 לחוק זכויות החולה).

**פס"ד קדוש היקף חובת הגילוי  
השאלה המשפטית**: מה הסטנדרט שרופאים אמורים לעמוד בו בגילוי מידע למטופלים?  
לפני פס"ד- המטופל הסביר, מה המטופל הסביר צריך לדעת.   
אחרי פס"ד- מטופל **ספציפי** **וסביר**.   
**נקבע:** חשוב לשמור על התרחבות היקף חובת הגילוי (מונע הנזק הזול- הידע אצל הרופא, פגיעה באוטונומיה)

חובת הגילוי גדלה ככל שההליך מסוכן יותר והניתוח פחות דחוף. שכנוע של הרופא יכול להגדיל את סיכויו להיתבע ברשלנות (פס"ד חליפה). חובת הגילוי כוללת חלופות פרטיות(פס"ד סידי).

**פס"ד סידי חובת גילוי לחלופות רפואיות  
העובדות:** הריונית עשתה בדיקות ציבוריות, נולד ילד עם מום. טענה לאי חובת גילוי לגבי אופציה לבדיקות פרטיות.   
**השאלה המשפטית**: האם ישנה חובת גילוי על חלופות רפואיות (פרטיות)?  
**נקבע**: כן, יש לגלות חלופות רלוונטיות בשוק הפרטי ומעבר לים גם אם ידה אינה משגת.

**פלונית נ' שירותי בריאות  
העובדות**: זוג עושה מי שפיר ללא התרשלות ומגלה שלעובר פיגור. הזוג מוסלמי לכן אסור להפיל בשלב זה.   
**השאלה המשפטית**: האם רופא היה צריך להכיר למטופלים אלטרנטיבה אחרת בגלל הדת שלהם? **נקבע**:לא. 1) לרופאים אין חובה להיכנס לעולם הדתי של המטופל. 2) רק אם המטופל ביקש מיוזמתו להתאים את המידע לדת הרופא מחויב לגלות. פס"ד שטרן- בימ"ש לא קיבל טענה לסטנדרט גבוה יותר של בי"ח. הסטנדרט- מטפלים בהרבה אנשים דתיים.

פס"ד פלונית- מחלוקת פיצוי בגין הפרת חובת גילוי- **עמית** טוען שבמידה והמטופל הצליח לקבל פיצוי על הנזק הפיזי ועל כאב וסבל, אין סיבה לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה (נכלל בכו"ס לדעתו). סוס פרא.

**חריגים**: אין נזק תוצאתי כי אין קש"ס (פס"ד דעקה). הולדה בעוולה (פס"ד המר). מצבים בגבול התקיפה (פס"ד מרפאת עין טל).

תוצאתי- אם היו שואלים אותה כנראה הייתה מסכימה- אין קש"ס, מיעוט – פיצוי הסתברותי (ההסתברות שהייתה מסרבת כפול הנזק).

**פס"ד מרפאת עין טל  
העובדות**: מטופלת עשתה ניתוח בעין אחת ונותחה בעינה השנייה על אף סירובה.   
**נקבע**: פיצוי על פגיעה באוטונומיה.

**הפרת חובה חקוקה – ס' 63 לפקנ"ז**

הפרה של חובה שלא בפקנ"ז. יסודות מצטברים: **1)** קיומה של חובה שהופרה. **2)** החיקוק נועד להגן על התובע (או אנשים מסוגו). **3)** הנזק הוא מהסוג שהחיקוק התכוון למנוע. **4)** נזק וקש"ס עובדתי ומשפטי. **5)** החיקוק לא נועד למנוע פיצוי נזיקי.

**פס"ד גרובנר הבחנה בין סמכות לחובה (1. קיומה של חובה)  
העובדות**: אישה נפגעת מאופניים בגינה שיש בה שלטים שאומרים שאסור לנסוע בשטח הפארק.  
**טענתה:** לפי פקודת העיריות העירייה יכולה לאכוף את השילוט- הפרת חובה חקוקה. **שאלה משפטית**: האם הוראה חוקית היא חובה או סמכות בשק"ד?  
**נקבע**: סמכות בשק"ד הרשות, לא חובה שמוטלת עליה.

**פס"ד אמין נ' אמין  
העובדות:** ילדים הוזנחו ע"י אביהם. טענו להפח"ח חובה הורית.  
**השאלה המשפטית**: האם הפר חובה מכוח חיקוק? ס' 15 לחוק האפטרופוסות- חובה לדאוג לצרכיו של ילד.   
**נקבע**: פירוש "חינוך" באופן רחב. לפי ס' 17 לחכמו"א הסטנדרט של ההורים הוא כהורים מסורים, לפעול לטובת הקטין. ס' 22 לחוק- הורים לא יישאו בנזק אם פעלו בתו"ל. האב הפר חובה חקוקה.

**פס"ד ועקנין 2. חיקוק לטובתו של הניזוק  
נקבע:** יש הבדל בין חיקוק שנועד להגן על האינטרסים של הפרט לחיקוק שנועד להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים.

**פס"ד סולטן חיקוק בעל אינטרס כפול  
העובדות**:מוסלמי מגרש את אשתו בעל כורחה, בניגוד לס' 181 לחוק העונשין.  
**שאלה משפטית**: על מי נועד להגן הסעיף? החברה כקולקטיב או קבוצת הנשים בחברה שהתובעת נמנית?  
**נתניהו**: מטרת החיקוק היא כפולה, שמירה על אינטרס הפרט וגם הציבור.

**פס"ד בלומנטל 3. הנזק מהסוג שהחיקוק התכוון למנוע  
העובדות**:שינו מבנה מפנסיון לבי"ח לחולי נפש למרות שתוכנית המתאר אסרה. נזק כלכלי- ירידה במחיק הדירות ונזק נפשי- עוגמת נפש.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן לתבוע הפח"ח?  
נקבע: לא, מפני שמדובר בבית הבראה לא בבי"ח לחולי נפש. גם אם כן- הנזק שנוצר לשכנים (אי נעימות ושווי הדירות) אינו תואם לנזק שהחיקוק התכוון למנוע (מטרד והפרעה).

**פס"ד סולטן 5.ענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול תרופה אזרחית**היסוד הנגטיבי אומר שאם יש חיקוק, עונשי או אחר, שניתן להבין ממנו שהמחוקק לא רצה לאפשר תרופה נזיקית, לא ניתן לתבוע בהפח"ח. אך נקבע שענישה פלילית לא מצביעה על כוונה לשלול תרופה אזרחית, ויש לבחון כל מקרה לגופו על ידי פרשנות.

**פס"ד דבוש – מזוז**, שטועה לפי דעתה של מיטל, אומר שדי בס' בחוק העונשין על מנת לסתור סעד נזיקי. יצר עמימות משפטית. **ברק-ארז** אומר שמזוז טעה משפטית וההלכה היא סולטאן. **ההלכה האמיתית (וגם למבחן)- פס"ד של נתניהו בסולטאן! (לדעת מדוע יש עמימות).**

קש"ס עובדתי ומשפטי

**מבחן האלמלא**- האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה ע"י הנתבע?   
קש"ס משפטי- תפקידו להציב גבול לאחריות.

פס"ד ועקנין קובע 3 מבחנים לקש"ס משפטי: מבחן **השכל הישר**- האם הנזק שקרה מתכתב עם ניסיון החיים. מבחן **הצפיות**- האם הנתבע היה יכול צריך לצפות את הנזק שקרה? מבחן **הסיכון** (הדומיננטי בפסיקה)- האם המדובר בסיכון שהמחוקק רצה למנוע?

**פס"ד בארי 4. קשר בין קש"ס משפטי לעובדתי  
העובדות:** נסע במהירות מופרזת ונפל על רכבו עץ.  
**השאלה המשפטית**: האם יש קש"ס עובדתי ומשפטי?  
**נקבע**: עובדתי- **כן**. אם לא היה נוסע במהירות הזאת לא היה מגיע לנקודה בה נפל העץ. משפטי- **לא**. מהירות מקסימלית נועדה למנוע תאונות ולא עצים שנופלים.

**סיבתיות עובדתית ומשפטית**

קש"ס נועד להוכיח רק בעוולות שדורשות הוכחת יסוד הנזק. 3 בעיות במבחן האלמלא: **1)** דטרמינציה ביתר. **2)** אובדן סיכויי החלמה. **3)** עמימות סיבתית.

**פס"ד סאמס דטרמינציה ביתר  
העובדות**: 2 ציידים ירו בטעות בצייד שלישי שמת.  **שאלה משפטית:** האם יש קש"ס עובדתי?  
**נקבע**: לכאורה כן, כל אחד יכול לטעון שאלמלא הוא ירה, הצייד השלישי היה מת מהירייה של הצייד השני. הנזק לא היה נגרם אלמלא כל אחת מהיריות. לכן פותח **מבחן הדיות (מאקי)**- האם התנהגות הנתבע מספיקה לבדה לגרום לתוצאה? **לא אומץ בישראל!**   
בישראל משתמשים בס' 11 לפקנ"ז שמגדיר את הנתבעים כמעוולים במשותף- לא מדויק. **במבחן אפשר את להשתמש בשניהם.**

**פס"ד פתאח פיצוי אובדן סיכויי החלמה  
העובדות:** ניתוח באוזן לא צלח ופגע בעצב בפנים. עד שגילו את הנזק 30% סיכויי החלמה הנזק הפכו ל0%.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה (הקטנים מ50%)?  
**לוין**: אובדן סיכויי ההחלמה הם ראש נזק בפני עצמו, תובעים על 100% של אובדן סיכויים בגובה 30%. ניתן לתבוע בד"רכ מעל ל20% כשמדובר בנזק ממשי.

**פס"ד פרוסט נ' צ'ירגייב אחריות הסתברותית  
העובדות**: רופאה התרשלה בגילוי סרטן לאישה. סיכוי למות עלה 70% ל95%.   
**השאלה המשפטית**: כיצד מחשבים אובדן סיכויי החלמה?  
**ריבלין**: ***הפרמטרים בנוסחה: b****- הסיכוי לנזק לאחר התרשלות.* ***a****- סיכוי לנזק ללא התרשלות.* ***d****- הנזק שניתן לייחס להתרשלות.*

***עמימות סיבתית* –** *לא ברור אם מתקיים קש"ס בין העוולה לנזק. (יש להוכיח שנגרם נזק לפי מאזן הסתברויות בניגוד לסיכויי החלמה!)*

***פס"ד מלול עמימות סיבתית  
העובדות****: נולדה עם שיתוק מוחין מ2 סיבות אפשרויות:* ***1)*** *פגות והיפרדות מוקדמת של השלייה.* ***2)*** *התרשלות הרופאים- עיכוב ניתוח קיסרי. עולה שהראשון משמעותי יותר ולכם אין קש"ס. אחריות הרופאים לנזק נמוכה מ50%.****השאלה המשפטית****: האם ניתן להטיל אחריות בשיעור יחסי?****עליון(נאור)****: כשיש קושי להוכיח קש"ס עובדתי בין העוולה לנזק (קושי מבני, מדעי..) ניתן להטיל אחריות הסתברותית. ייחוס של 20% להתרשלות הרופאים.* ***ביקורת****- לא עומד במטרות הצדק המתקן.****דיון נוסף (ריבלין)****: ניתן לתת פיצוי הסתברותי רק באובדן סיכויי החלמה. לא ניתן להטיל אחריות כי כמעט נגרם נזק, או שנגרם או שלא. רוצים להטיל פיצויים באופן מדויק לנזק שגרמו. תנאים לאפשר פיצוי הסתברותי:* ***1)*** *יש מזיק,* ***2)*** *קבוצה של ניזוקים* ***3)*** *סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים* ***4)*** *הטיה עקבית- ההתרשלות רק ב-20%, לא נתייחס לתביעה ונדחה אותה פעם אחר פעם, ניצור טעויות משפטיות ב-20% (הרתעה בחסר- נפתור מאחריות). גם אם האחריות בגובה 75%, יש להטיל אחריות בגובה זה.****נאור****: לא מסכימה. אם הצלחתי להוכיח מעל 50%, יש להטיל אחריות מלאה.****הלכה****:* ***1)*** *פיצוי הסתברותי לפי 4 תנאים של* ***ריבלין****.* ***2)*** *כלל אי סימטריה- מעל 50%, נטיל אחריות מלאה (100%), מתחת ל50%, פיצוי יחסי.* ***3)*** *ניתן להשתמש* ***בדוק' הנזק הראייתי*** *אם הניזוק מתקשה להוכיח קש"ס בשל אשמו של המזיק.*

**סיבתיות משפטית-** נגזרים משיקולי מדיניות. בוחנים את כל המבחנים, אך מבחן הסיכון המרכזי- מכיל בתוכו את שאר המבחנים.

ההבדל בין חובת זהירות מושגית למבחן הצפיות הנורמטיבית:

**חובת הזהירות** – האם **הניזוק** היה צפוי.

**צפיות במסגרת קש"ס משפטי** – האם **סוג הנזק** היה צפוי .

**פס"ד שמעון ברדה באיזה מידה על הנתבע לצפות את הנזק?  
העובדות**: ילדים בגדנ"ע פרצו למועדון (ידוע שקל לפרוץ) שיחקו בנשק ואחד נפצע.  
**השאלה המשפטית**: האם התנהגות הילדים הייתה חריגה שמנתקת קש"ס?  
**נקבע**: לא צריך לצפות לכל פרט, הצפיות נדרשת בקווים כלליים בלבד. מספיק שניתן לצפות שכניסת הילדים למבנה תוביל לנזק.   
ס' 64 – מישהו אשם בצורה נראית לעין מנתק את הקש"ס.

**פס"ד רינגר היקף הנזק החריג  
העובדות**: אדם נפצע בתאונת דרכים נגרמה לו פגיעה נדירה- צמיחת גידול סרטני.   
**השאלה המשפטית**: האם הנהג אחראי לנזק הנדיר?  
**נקבע**: רוב- גם אם סוג הנזק חריג, ניתן לצפות שיהיה נזק גופני ולכן תהייה הגנה לניזוק. מיעוט- הנזק חריג מדי, יגרור חיוב מזיקים בכל מצב.

**פס"ד קליפורד יישום הלכת רינגר   
העובדות**: ילדה הלכה לרופא שיניים שהתרשל. הנזק היה תרדמת במקום סחרחורות כידוע.  
**השאלה המשפטית**: האם ניתן להטיל אחריות על הרופא?  
**נקבע**: כן. צפוי שיכול להיגרם נזק פיזי, גם אם הוא נדיר. מתיישב עם הלכת רינגר, יש הרבה ביקורת.