**מטרות דיני הנזיקין**

1. צדק מחלק.
2. צדק מתקן.
3. השאת רווחה מצרפית/ יעילות.
4. הרתעה (מניעת הנזק).
5. פיזור הנזק.

(אבו חנא)

**באיזה משטר אחריות מדובר ?**

1. כוונה 🡨 הוכחת כוונה + יסודות העוולה (תקיפה, נגישה, גרם הפרת חוזה, תרמית).
2. אחריות מוחלטת 🡨 המזיק חייב גם אם אין אשם מוסרי/ חברתי. אין משמעות לאשם תורם (למעט סייגים בחוק) (תאונות דרכים, מוצרים פגומים, נזק ע"י כלב בס' 41(א)).
3. אחריות מוגברת/ חמורה 🡨 המזיק חייב גם אם אין אשם מוסרי/ חברתי. יש משמעות לאשם תורם (קושי קונספטואלי) (הסגת גבול, מטרד).
4. חסינות 🡨 ילדים מתחת לגיל 12 פטורים מאחריות נזיקית (ס' 9) ולא מאשם תורם (אייגר). שופטים על פעולות במסגרת תפקיד השפיטה (ס' 8) למנוע היזהרות יתרה.
5. רשלנות 🡨 ס' 35. רשלנות עם היפוך נטל ההוכחה (ס' 38-41).

**משטר רשלנות**

1. **התרשלות**- סטנדרט אובייקטיבי (אדם סביר) + סובייקטיבי (באותן נסיבות)

(ברק בחמד: סובייקטיבציה של המבחן האובייקטיבי).

פולר- פרקטיקה לא מקובלת, אין התרשלות.

שטרן- חריגה מסטנדרט סובייקטיבי גבוה יותר, יש התרשלות.

נוסחת הנד (ועקנין, גרובנר) + מונע הנזק הזול.

הכללת הנזק למזיק בתוחלת הנזק (ולעס).

הפרת חיקוק כאינדיקציה להתרשלות (לרנר).

1. **חובת זהירות**

שכנות (donoghu)

קרוב דיו כדי להיות מושפע (גורדון, נובע מנוסח ס' 36).

1. חובת זהירות מושגית/ צפיות נורמטיבית: האם המזיק צריך היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

שיקולי מדיניות (הרתעה, הצפת בתי המשפט).

5 שיקולים כשהמדינה מעורבת (מ"י נ' לוי).

1. חובת זהירות קונקרטית/ צפיות טכנית: האם המזיק יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

צפיות הניזוק הספציפי (פריצקר, palsgraf).

מודל מוצע- התרשלות, שיקולי מדיניות, נזק וקש"ס (הש' עמית בפלוני, הש' לוי בשתיל).

1. **הוכחת נזק**
2. נזק ממוני טהור- ככלל אין פיצוי על נזק ממוני טהור למעט 3 מקרים

* מצג שווא רשלני (ויינשטיין נ' קדימה- מיומנות מיוחדת, מהלך עסקים רגיל, הגבלת אחריות, כוונת המזיק להסתמכות הניזוק, המזיק יכול היה לצפות שלא תיערך בדיקה נוספת).
* נזק כלכלי ע"י בנקים- על בנקים חלה חובת זהירות רחבה

טפחות נ' צבאח- חובת זהירות מול חובת סודיות, ניגוד אינטרסים.

דיסקונט נ' קוסטמן- ייפוי כוח עו"ד, התרשלות הבנק.

קופת אשראי נ' עוואד- צ'קים גנובים, חובת זהירות כלפי ניזוקים שאינם לקוחות הבנק.

* נזק כלכלי כתוצאה מהפרת חוזה לצד ג' (קורנפלד נ' שמואלוב).

1. נזק בלתי ממוני טהור- פגיעה נפשית. עד גורדון- נתלה על נזק פיזי.

גורדון- נזק נפשי לא נתלה על נזק פיזי.

דעקה- פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי, מבחן אלמלא כפול לבחינת קש"ס לנזק תוצאתי.

תנובה- פגיעה באוטונומיה ללא הקשר רפואי.

ניזוקים עקיפים

אלסוחה- ארבעה כללים מצטברים (קירבה משפחתית, קירבה בזמן ובמקום, התרשמות ישירה ונזק נפשי חמור).

שוויקי- נזק פסיכו פיזי, החלת ארבע כללי אלסוחה וקש"ס בין הנזק הנפשי והפיזי.

לבנה לוי- ניזוקים מעין ישירים.

1. חיים בעוולה (לפי זייצוב, עד הלכת המר) והולדה בעוולה.

הלכת המר- אין עילה לחיים בעוולה. עילה להולדה בעוולה- התקיימות שלושת יסודות הרשלנות וקש"ס כפול, חזקה ניתנת לסתירה.

1. מחדל טהור

ולעס- הסתמכות על אגד, מערכת יחסים מיוחדת, הטלת אחריות.

**הוכחת קש"ס**

1. קש"ס עובדתי- מבחן האלמלא.
2. קש"ס משפטי- מבחן הצפיות, מבחן השכל הישר, מבחן הסיכון.

**היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות**

* גורדון- תביעת נגישה ורשלנות.
* ברזני- הוראה ספציפית גוברת על כללית.
* פלוני- אי אפשר לטעון לנישואין במסגרת עוולת גרם הפרת חוזה ולכן אי אפשר גם במסגרת עוולת הרשלנות.

**הטלת אחריות ברשלנות על רשות מנהלית**  (גורדון, שוויקי, יצחק לוי)

**חריגים לכלל המוציא מחברו עליו הראייה**

1. דוקטרינת הנזק הראייתי- כאשר התובע אינו מצליח לעמוד בנטל הראייתי לגבי פרט עובדתי הנדרש ממנו כדי להוכיח תביעתו ברשלנות כתוצאה מהתנהגות הנתבע.
2. פן מהותי- פיצוי על הנזק הראייתי כראש נזק עצמאי. לא התקבל.
3. פן פרוצדוראלי- היפוך הנטל, חזקה להתרשלות/ קש"ס (לבנה לוי).
4. ס' 38-41 לפקנ"ז

* ס' 41- היעדר ידיעת התובע (פלוני), שליטת הנתבע (רז נ' אלישע), התרשלות (צ'צ'יק). היפוך הנטל גם ביחס לקש"ס.
* ס' 38- דבר מסוכן למעט אש או חיה או דבר שעלול לגרום נזק בהימלטו (מים- משק אשכנזי).

נאצר- שימוש לא רגיל בנשק.

עצמון נ' חיפה כימיקליים- נדרש להוכיח שמדובר בחומר מסוכן וקש"ס.

* ס' 39- אש. הבחנה בין מקרקעין (נביל כליל) לבין מיטלטלין (גנור).
* ס' 40- חיית בר או חיית בית מועדת (לכלב יש הסדר נפרד- אחריות מוחלטת במסגרת ס' 41(א)).

**אשם תורם ס' 68**

* מתיישב עם צדק מתקן והרתעה.
* גורם זר מתערב- ס' 64(2).
* יחסים מיוחדים- עובד מעביד (דפרון), ילדים (אייגר- ילד סביר בגילו).
* הבחנה בין אשם תורם לאשם יוצר אחריות נזיקית (קסברי נ' רוזן).
* אשם תורם כשהתנהגות המזיק מכוונת (הסתדרות מדיצינית נ' גלעד, אפל).

ככלל אפשר להטיל אשם תורם בעוולות כוונה, הבחנה בין שלושה מקרים:

* רק נזק- יש אפשרות לאשם תורם.
* נזק והעברת עושר- אפשרות לאשם תורם רק על רכיב הנזק.
* העברת עושר- אין אפשרות לאשם תורם.

**תקיפה ס' 23-24**

* רישא ס' 23- שימוש בכוח, כנגד גופו של אדם (ולא רכושו), במתכוון, שלא בהסכמה.

כרמי- נדרשת שליטה גם אם אין כוונה (הלכה- רובינשטיין).

* סיפא ס' 23- ניסיון או איום... ע"י שימוש במעשה או תנועה.
* הגנות לתקיפה- ס' 24.

יסודות ס' 24(1)- סבירות ; הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או רכוש ; דרישת הפרופורציה.

אלון נ' חדד- הגנת סבירות לפי ס' 24(1), אמת מידה סובייקטיבית בנוגע לאיום.

ס' 24(8)- תקיפה לטובת התובע כשאין באפשרותו לתת הסכמה.

**תקיפה בהקשר רפואי**

* ס' 13 לחוק זכויות החולה- הסכמה מדעת.
* ס' 15 לחוק זכויות החולה- מקרים בהם ניתן לכפות טיפול רפואי ללא הסכמת המטופל.

קורטאם- ניתן לכפות טיפול רפואי בנסיבות שבהן אדם לא חושב בבהירות.

**חובת גילוי- היקף**

* קדוש- ריכוך מבחן המטופל הסביר, הוספת נדבך סובייקטיבי.
* חובת גילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.
* חובת גילוי גדלה ככל שהניתוח אלקטיבי.
* חובת גילוי להבדיל מנדנוד.
* חובת גילוי על טיפוליים פרטיים/ בחו"ל (סידי).
* אין חובת גילוי על טיפול אלטרנטיבי בגלל דת (פלונית).

**חובת גילוי- פיצוי**

* הש' עמית- פיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל במסגרת פיצוי על כאב וסבל. חריגים:

1. אין נזק תוצאתי ולכן לא ניתן פיצוי (דעקה).
2. הולדה בעוולה (המר).
3. מקרה על גבול התקיפה (מרפאת עין טל).

**עוולת הפרת חובה חקוקה**

1. חובה מכוח חיקוק (ס' 1 לפקודת הפרשנות) אשר הופרה.

הבחנה בין סמכות לחובה (גרובנר).

1. החיקוק שהופר ע"פ פירושו הנכון נועד לטובת התובע/ הסוג עמו נמנה התובע.

הבחנה בין חיקוק לטובת הציבור לבין חיקוק לטובת הפרט (ועקנין).

מטרת החיקוק יכולה להיות כפולה (סולטאן).

1. הנזק הוא מהסוג אליו התכוון החיקוק (אותו ביקש החיקוק למנוע) (בלומנטל).
2. יסוד נגטיבי- החיקוק לא התכוון לשלול תרופה נזיקית (סולטאן וברק-ארז בדבוש מול מזוז בדבוש).
3. קש"ס עובדתי (מבחן האלמלא) ומשפטי (מבחן הסיכון, מבחן השכל הישר, מבחן הצפיות) (ועקנין).

**סיבתיות**

1. סיבתיות משפטית:

נועד לתחום את גבולות האחריות המוטלת על המזיק (berry).

ס' 76- שרשרת סיבתית.

הצפיות נדרשת בקווים כלליים בלבד (שמעון נ' ברדה).

די בכך שסוג הנזק צפוי גם אם היקפו חריג (רינגר, קליפורד).

1. סיבתיות עובדתית: שלושה מקרים בהם המבחן כושל
2. דטרמינציה ביתר (סמנס). בעולם- מבחן הדיות. בארץ- מעוולים יחד ולחוד לפי ס' 11.
3. אובדן סיכויי החלמה.

פאתח- ראש נזק עצמאי.

פרוטס- נוסחה לחישוב הנזק שניתן לייחס לרשלנות.

1. עמימות סיבתית.

דנ"א מלול- פיצוי הסתברותי במקרים של מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף, הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן הסתברויות. חוסר סימטריה.

**חוק לא תעמוד על דם רעך**

* הטלת חובת הצלה (נגזר מפס"ד קייטי).
* קובע רף סכנה כדי להציל.
* קריאה לרשויות תיחשב לעזרה לפי ס' 1(ב) לחוק לא תעמוד על דם רעך.
* שיפוי הוצאות הצלה למציל (לפי ס' 2(א) לחוק לא תעמוד על דם רעך וס' 5 לחוק עשיית עושר).
* מבלי להסתכן או לסכן.

**מטרד ליחיד ס' 44**

* הפרעה של ממש לשימוש סביר.
* בהתחשב עם מקומם וטיבם.
* יוצר המטרד לא חייב להיות הבעלים של גורם המטרד.
* המוטרד אינו בהכרח בעל המקרקעין (צוצרסקי נ' סנדלר).
* אתא נ' שוורץ- ארבעה תנאים מצטברים למתן פיצוי במקום צו מניעה לפי ס' 74 (פגיעה קטנה, ניתנת להערכה בכסף, ניתנת לפיצוי מספיק בכסף, מתן צו יהווה התעמרות בנתבע).

**דגשים לשאלות מחשבה:**

* מדוע הצורך בס' 77 לחוק העונשין אם אפשר לתבוע בנוסף תביעה נזיקית ? תובעים דלי אמצעים, נטל נפשי בהליך אזרחי נוסף לפלילי, שיקולי עומס על בתי המשפט וחיסכון כלכלי. נפגעי עבירה רבים לא ממשיכים להגשת תביעה אזרחית ולכן זה חשוב.
* מהן הסיבות להגבלת סכום הפיצוי לפי ס' 77 לחוק העונשין ל-258,000 ₪ ? פיצוי על דרך אומדנה ללא דרישת ההוכחות הקבועות לצורך תביעה בעוולה נזיקית, להימנע מיצירת סוס פרא ולייתר את דיני הנזיקין, פיצוי ראשוני בלבד, לאפשר לנאשם להשתקם לאחר ביצוע העבירה.
* מדוע לספק חסינות לשופטים מאחריות נזיקית לפי ס' 8? כדי שיבצעו עבודתם נאמנה ללא זהירות יתרה.
* הצדקות לקביעת התרשלות בשטרן: שיקול כלכלי, פגיעה בהסתמכות. ביקורת: רפואה מתגוננת.
* שמגר באתא נ' שוורץ לעומת שמגר בגרובנר: כשמדובר ברשלנות השאלה נוגעת לסבירות ללא משמעות לגודל הנזק. כשמדובר במטרד הדגש על היקף הפגיעה ועל הניזוק.
* הרתעה בחסר/ הרתעה ביתר נובעות מטעות לגבי אחד מרכיבי תוחלת הנזק שמביאים לטעות בחישוב תוחלת הנזק.
* אתגרי כימות: איך מכמתים עלויות מניעה? איך מעריכים הסתברות להתממשות נזק ? איך משתמשים בנוסחת הנד לאור קשיים אלו ? תשובות אפשריות: הערכת הנזק נכללת בעלות מניעתו, ההערכה היא בקירוב, אומדן הגודל של כל אגף.
* בעיות עם מודל 'מונע הנזק הזול': אי וודאות, עלויות אדמיניסטרציה. פתרון שהוצא בספרות ולא יושם בפסיקה: 'שוקל הנזק הטוב ביותר'.
* שיקולי מדיניות הנכללים בצפיות הנורמטיבית: הרתעה, עלויות מנהליות כתוצאה מהגשת תביעות סרק.
* שיקולים שיש לקחת בחשבון לעניין חובת זהירות כשהמדינה מעורבת (יצחק לוי): מעשה או מחדל; סוג הנזק; האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת; האם המדינה פעלה בכובעה הציבורי או הפרטי; האם טענת ההתרשלות כלפי המדינה היא על ביצוע או על הפעלת שיקול דעת.
* שיקולים בעד המודל המסורתי: אי אפשר לוותר על יסוד חובת הזהירות כי אז לא ניתן לומר שהופרה החובה, במקרים מורכבים יש צורך בבחינה זו (כמו פריצקר), הלכה שחלה על מצבי הליבה אולם לא חלה על מצבים מורכבים כמו במודל המוצע אינה פרקטית.
* שיקולים בעד המודל המוצע: חובת הזהירות הקונקרטית/ צפיות טכנית נכנסת תחת השאלה שאנו בוחנים בשלב יסוד ההתרשלות. חובת הזהירות המושגית/ צפיות נורמטיבית נכנסת תחת שיקולי מדיניות. יש כפילות מיותרת במודל המסורתי.
* נזק ממוני טהור: הכלל הוא חובת זהירות מוגבלת לפגיעה בגוף או ברכוש למעט שלושה מקרים. רציונליים לכלל- קשיי הוכחה, הצפת בתי המשפט, הערך המוגן עליו אנו רוצים להגן הוא גוף ורכוש. טיעונים נגד הכלל- לא מתיישב עם צדק מתקן ועם שיקולי הרתעה.
* הצדקות לתנאים המצטברים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני (ויינשטיין): למנוע הסתמכות לא מוצדקת בשיחות אגביות וכלליות, לעודד לקבל ייעוץ מקצועי כמו שצריך, למנוע הרתעה ביתר מלחוות דעה, יכולת צפיות המזיק שיסתמכו על חוות הדעת.
* על בנקים חלה חובת זהירות רחבה יותר בגין נזקים כלכליים. רציונליים: גישה רחבה למידע, שוקל הנזק הטוב, מונע הנזק הזול, שחקנים חוזרים, אמון, יחסי תלות, מפזרי נזק טובים.
* ניזוק עקיף: הכלל בעבר איפשר לקבל פיצוי על נזק נפשי רק אם הוא נתלה על נזק פיזי. רציונליים- קשיי הוכחה, קושי לאמוד ולקבוע את השווי, חשש מהצפת בתי המשפט, להימנע ממצב של הרתעה ביתר. טיעונים נגד הכלל שהביא למגמת ההתרחבות המאפשרת תביעה בגין נזק בלתי ממוני טהור- לא מתיישב עם צדק מתקן, הרתעה בחסר, אפשר למצוא מנגנון לכמת.
* פס"ד תנובה: ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה- סוס פרא, קושי לכמת ולהעריך את גודל הפגיעה ובהתאם את הפיצוי, הרחבת המעגל הנזיקי, יצירת עוולת per se. מענה לביקורת- דיני עשיית עושר, קביעת סטנדרטים לחישוב הנזק והפיצוי, האם יצירת עוולת per se בעייתית בהקשרים אלו ?, עידוד גילוי.
* הסיבות לצורך בהוכחת כללי אלסוחה: הגבלת הרחבת הקירבה הקבועה במבחני הצפיות, הצפת בתי המשפט, קשיי הוכחה, הרתעה ביתר.
* הסיבות לזהירות בהטלת אחריות על מחדל טהור: טיעון סיבתי, התערבות יתר בחירות הפרט, הקטנת פעילות מחשש שתוטל אחריות אם לא נציל.
* חוק לא תעמוד על דם רעך מאזן את הקשיים הללו בהצבת רף של סכנה חמורה ומיידית, כל עוד ההצלחה לא כרוכה בהסתכנות וסיכון הזולת, הודעה לרשויות תיחשב עזרה, שיפוי הוצאות הצלה.
* קשיים מרכזיים בהכרה בעילת חיים בעוולה: קושי סיבתי, קושי מוסרי (קדושת החיים), קושי קונספטואלי (קרה נזק?), מדרון חלקלק.
* קושי משותף להמר ולאבו חנא בסתירת החזקה בנתונים המתבססים על השתייכות לאוכלוסייה מסוימת. כן אפשר להוכיח נתונים קונקרטיים.
* הצדקות להחלטת ביהמ"ש בעניין פלוני (גרם הפרת חוזה לא מאפשר לתבוע על קשרי נישואין): הימנעות ממשפוט חיי המשפחה והזוגיות, חשש מהצפת בתי המשפט.
* שטרנברג נ' צ'צ'יק: שימוש בראיות כלליות במקרה הספציפי הצריך נסיבות מחזקות נוספות שכולן יחד די בהן להוכיח התרשלות. האם הנתבע יכול להוכיח שלא התרשל בשימוש בראיות כלליות? לא נקבעה הלכה.
* הצדקות לאשם תורם: צדק מתקן, שיקולי הרתעה (בחסר של ניזוקים וביתר של מזיקים).
* הצדקה להטלת 25% אשם תורם על הניזוק בדפרון: איזון בין התרשלותו לבין הנטייה להחמיר עם המעסיק ביחסי עובד-מעביד.
* איפה נרצה לבחון סטנדרט אשם תורם של ילד לפי מבחן סובייקטיבי? כשמדובר בילד עם מוגבלות שכלית שרמת האינטליגנציה שלו לא תואמת לרמה הסבירה של ילד בגילו ונרצה להקל עליו.
* ההצדקה הכלכלית של עמית להכרעתו בקסברי נ' רוזן מתיישבת עם שיקולי צדק חלוקתי וסותרת שיקולי צדק מתקן.
* הצדקה להכרעה באפל: בעוולות כוונה מערך התמריצים הוא שונה ולא נרצה להביא למצב שהחוטא יוצא נשכר, בנוסף זה מתיישב עם לשון הס' של אשם תורם, הפחתה במידה שביהמ"ש יראה 'לנכון ולצודק'.
* קושי קונספטואלי בהטלת אשם תורם במשטר אחריות מוגברת/ חמורה שבה המזיק חייב גם ללא אשם מוסרי או חברתי.
* ביקורת על ההכרעה בכרמי נ' סבג: אין באמת כוונה, הטלת אחריות בעייתית מבחינת צדק חלוקתי ושיקולים כלכליים. הצדקות להכרעה: היבט קהילתי, חיזוק הפיקוח והמניעה, צדק מתקן, מציאת פתרונות לקושי הכלכלי כמו הקמת קרנות.
* ייחודיות סיפא ס' 23: מהמקרים הראשונים שדובר על נזק נפשי, הכרה בניסיון או באיום.
* שיקולים בגבולות חובת הגילוי על גורמים רפואיים: הרופא הוא מונע הנזק הזול ברוב המקרים, המידע מצוי אצלו, הגנה על אוטונומיית המטופל.
* הצדקות להכרעה בפלוני נ' כללית שלא מטילה חובת גילוי נוכח דת המטופל: נטל כבד על הרופא, המטופל הוא מונע הנזק הזול, עידוד המטופל לנהוג בצורה אחראית, הכרת אלטרנטיבה ע"ב סממנים חיצוניים עלולה לפגוע בפרטיות ואף לגלות גזענות.
* הש' עמית בפלוני: פיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל תחת הפיצוי על כאב וסבל להוציא 3 מקרים.
* הצדקות לפיצוי לפי הסתברות במקרי אובדן סיכויי החלמה (פאתח): למנוע הרתעה בחסר לרופאים.
* הקשיים בהטלת פיצוי הסתברותי (הכרעת נאור בפס"ד מלול): הרתעה בחסר לרופאים שלא ייזהרו מספיק כי ידעו שישלמו רק מעט אם הנזק יתממש, הרתעה ביתר לרופאים כי יידעו שבכל נזק תוטל עליהם אחריות מסוימת, פגיעה ברעיון של צדק מתקן- אנשים ישלמו גם אם לא הם גרמו לנזק.
* הצדקה לפיצוי לפי הסתברות בארבעת התנאים שמציג ריבלין בדנ"א מלול: הרתעה חמורה בחסר, תמריצים לא יעילים לגבי החצנת סיכון. אולם, זה עדיין לא מתיישב עם צדק מתקן.
* מדוע ריבלין מציע כלל סימטריה בנוגע לפיצוי הסתברותי בדנ"א מלול ? כדי לא לפצות ביתר במקרה של הסתברות מעל 50%. הש' נאור חולקת על זה.