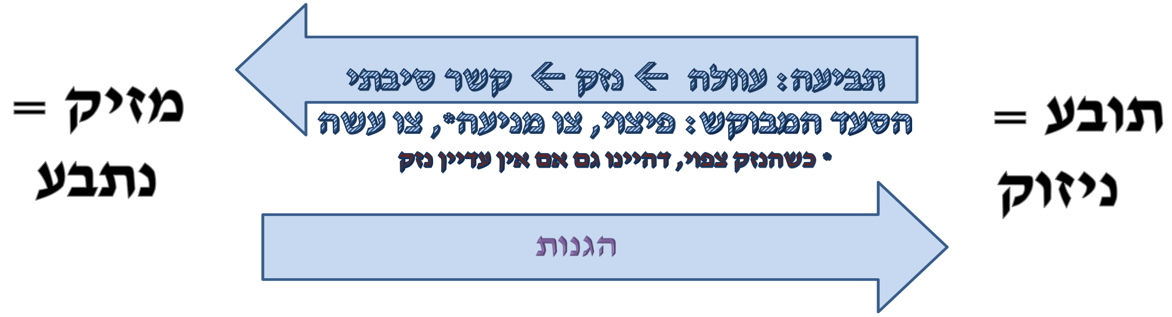
**דיני נזיקין – פרופ׳ בינימין שמואלי:**

**מטרות דיני הנזיקין**

**מטרות דיני הנזיקין**

**דוגמת מבוא : מלך נ׳ קורנהויזר**

העותר (שמואל מלך) הותקף בפארק בסביון ע"י 3 כלבים למשך 20 דק'. כתוצאה מכך, נקבעו לו כ80% נכות לצמיתות. הוכח באמצעות עדי ראיה כי 2 מהכלבים התוקפים שייכים למשיבים- הזוג קורנהויזר. הכלב השלישי היה כלב רחוב. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי המשיבים מחויבים בתשלום כל הנזק. בערעור לביהמ"ש העליון נקבע כי המשיבים הם מזיקים בנפרד שגרמו לנזק הניתן לחלוקה, לכן חויבו בפיצויים עבור 2/3 מהנזק. זהו הדיון הנוסף. (כל ההליך הנ"ל הוא במשך 7 שנים). השאלה המרכזית הנדונה- **האם הנזק שנגרם לשמואל מלך הינו נזק הניתן לחלוקה או שאינו ניתן לחלוקה**? כלומר- מי אחראי לנזק שהכלב השלישי גרם?

ד"נ בעליון:

**דעת הרוב (לוין + נתניהו מסכימה לאחר שהייתה מיעוט בערעור)-** הכלב השלישי עזוב ולכן או שהניזוק ישא בשליש הנזק שנגרם או שהמשיבים. כאשר ישנו מצב שניתן ל2 פירושים שונים (מבחינת חלוקת הפיצויים)- ראוי לבחור בפירוש שייתן לניזוק פיצוי מלא על הנזק שנגרם לו ולא בפירוש שיוציא אותו במפח נפש וחוסר אונים.

* מעוולים בנפרד: יוצר כאן הבחנה בין מעוולים בנפרד שגרמו לנזק שניתן לחלוקה אשר שם קיים הבדל לעומת זאת, אם **מעוולים בנפרד גרמו לנזק שהוא בלתי ניתן לחלוקה הם חבים בנזק כולו ביחד ולחוד** כמו מעוולים במשותף.
* נזק שאינו ניתן לחלוקה: אין לדעת למה כל כלב גרם ומה הייתה מידת הזעם של כל אחד מהכלבים ואף יתכן ואותה התוצאה הייתה נגרמת גם מתקיפה של שני הכלבים של הזוג. לוין מדגיש כי הפציעות שנגרמו למלך אינן ניתנות לחלוקה- לא ניתן לחלק שברים/ בשר שנטרף וכדו'. בשל כך, **מסכים עם השופטת נתניהו באמרה כי הנזק לא ניתן לחלוקה**. נטל ההוכחה על כך שזהו נזק הניתן לחלוקה (בין הכלבים) מוטל על המעוולים.
* שיקולי מדיניות משפטית: יש לדון בשאלה מי יישא בנזק שנגרם ע״י הכלב השלישי? שאלה זו תיפתר בעזרת מטרות דיני הנזיקין. כלומר, המזיק יישא בשיעור גבוה מהנזק שגרם רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם אחת מהמטרות. המטרה הראשונה היא "השבת המצב לקדמותו" ולפיכך- הניזוק אינו צריך לשאת בנזק של הכלב השלישי.
* **דעת המיעוט (בך)-**המזיק צריך לשלם על מעשיו ולא מעבר לכך, לא יתכן שמידת האחריות של המשיבים תקבע על פי איתור בעל הכלב השלישי.מהעדויות ניתן להסיק ששלושת הכלבים התוקפים הם בעלי כוח שווה פחות או יותר. דבר המחזק את זה שניתן לחלק את הנזק. חלוקת הנזק מובילה לפתרון הצודק ביותר לפיכך יש לדחות את העתירה ולחייב את המשיבים ב2/3 מהנזק בלבד. בך מעלה את השאלה מה היה קורה לו כלב אחד היה שייך לזוג אל מול תשעה כלבים אחרים שתוקפים שזהותם לא ידועה.

**מטרות דיני הנזיקין + שיקולים משלימים:**

כיס עמוק - מצד אחד ניזוק שניזוק קשות בגופו, ומנגד בני זוג אמידים שהכלבים היו שייכים להם.

צדק חלוקתי – יתכן ונקטו בצד חלוקתי כי הזוג היו רופאים מכפר שמריהו הנתפס כקבוצה חזקה.

**מושגים:**

1. **דיני הנזיקין כוללים גם מעשה וגם מחדל**- הסיפור הוא מחדלי משום שהזוג לא שמר על הכלבים. עולה השאלה האם מחדל מתקיים רק בעקבות חוק שהופר? שמואלי אומר שבמקרה זה היה אפשר להסתמך גם על ההיגיון כדי לטעון שלזוג הייתה חובה לשמור על הכלבים בתנאים מסוימים.

**אחריות מוחלטת-** אחריות לא תלוית אשם.לעיתים האחריות רובצת על אדם גם אם הוא לא מודע לטיב המעשה וגם אם אינו אשם.למשל- במקרה של קורנהויזר יש אחריות מוחלטת על הזוג בשל מעשי כלביהם גם אם אין לכך חוק כתוב. מכוח חוק אכן מוטלת עליהם אחריות לפי ס׳ **41א. נזקים שנגרמו על ידי כלב**:

בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן - הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם היתה או לא היתה התרשלות מצדו של הבעלים.

1. **נתבעים פוטנציאלים**- מי יכול להיחשב אחראי ולהיתבע? באופן עקרוני במקרה זה היה קל יותר לתבוע את בעלי הכלבים שידועים לנו מאשר גוף עמום כמו העירייה למשל. במידה ומלך היה מחליט לתבוע את העירייה על הכלב השלישי היו צצות שאלות בעיתיות כמו האם העירייה אחראית עליו? ואם כן מה רמת האחריות שלה? לתבוע גוף כמו העירייה על עוולת הרשלנות, ולהצליח להוכיח שיש לו אחריות על מפגעים ברמה כה פרטנית, גורם לנו להיכנס לשאלה של מה, כמה ובאיזו תדירות.. כאשר ניזוק ירצה לתבוע נתבעים פוטנציאליים צריך לבדוק את **רמת הסבירות** = מהי הסבירות לקבלת התביעה, במיוחד במקרים בהם אין לנו וודאות שיש לגוף אחריות נזיקית על הנזק- נצטרך להמציא הסברה.
2. **חלוקת הנזק:** במקרה של ביצוע עוולה וגרימת נזק ע"י מספר גורמים יש להבחין בין המעוולים על מנת להבין איך לחלק את הפיצוי לנזק שנגרם:
3. **מזיקים במשותף** ס׳ 11 – שפעלו יחד לביצוע העוולה והם אחראים על כל הנזק ביחד או לחוד.
4. **מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן להפרדה**- אחראים על כל הנזק יחד או לחוד. (הזוג קורנהוייזר).
5. **מזיקים בנפרד שגרמו נזקים נפרדים** – ביהמ"ש יפצל את חלוקת הנזק. כל אחד יהיה אחראי לתשלום פיצוי על הנזק שגרם. **ברגע שביהמ"ש רואה שהנזק ניתן לחלוקה בין המזיקים, כל מזיק יפצה על החלק היחסי שלו. ברגע שביהמ"ש מחליט שהנזק לא ניתן לחלוקה, כל מזיק ישלם את מלוא הנזק. המחלוקת בפס"ד קורנהוייזר היה אם הנזק ניתן לחלוקה או לא ניתן לחלוקה.**
6. **אשם תורם -** ס' 68. בודקים האם לניזוק עצמו יש אחריות לנזק. אם עשה משהו שתרם לנזק. במקרה זה, האם למלך יש תרומה מסוימת לנזק בעצמו? נגיד לא היה צריך לרוץ בפארק, האם היה צריך לדעת שהכלבים משוחררים שם. אם יש תרומה לנזק, מה המשמעות לכך? בגדול- מפחיתים את הפיצויים לנתבעים, כאילו הוא גם אשם- ירד ממנו אחוז אשמתו. לפי ס׳ 41ב לא היה למלך אפשרות לתבוע לו היה מתגרה בכלבים, תוקף את הבעלים, את בן זוגו, הוריו או ילדיו או מסיג גבול לשטח הבעלים:

**ס׳ 41ב. הגנות**

בתובענה לפי סימן זה לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם כן הנזק נגרם עקב אחד מאלה -

(1) התגרות של הניזוק בכלב;

(2) תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו;

(3) הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.

1. **מניעה** האם אפשר להוציא צו מניעה נגד קורונהויזר כדי למנוע את הסתובבות הכלבים שלו באופן חופשי ברחוב? גם במידה והם לא עשו משהו? האם דיני נזיקין רלוונטיים למניעה על העתיד ולא לפיצוי על העבר? באופן עקרוני כן.
2. **הודעת צד ג' -** הוספת צד שלישי לצד הנתבע וחלוקת האחריות הנזיקית עם צד נוסף או הטלת האחריות הנזיקית כולה על צד ג. למשל: ב' תובע את א'. א' הנתבע אומר שהוא לא אשם או שלא רק הוא אשם. על כן, מכניס א' את צד ג' לתביעה באופן חד צדדי. כלומר, לא מבקש רשות מצד ב' ולעיתים צד ב' בכלל לא מודע למצב. מרגע שביהמ"ש מאפשר להכניס את צד ג' לתביעה- על כל דבר שנתבע צד א' נתבע גם ג'. מלך תובע את קורנהויזר ורק אותו (לא רצה לסחוב הוצאות נוספות ולנסות לתבוע עוד מישהו), הזוג יכול היה לפנות להודעת צד ג'. העו"ד של הזוג יכול לשים אחריות לצד ג' (בלי לתבוע אותו), ואז מלך היה אמור לתבוע גם את צד ג', ולהפחית את האחריות מהזוג (למשל לתבוע את העיריה). הזוג קורנהויזר התייחס לכלב העזוב כחלק שניתן לחלוקה- בצורה מחוכמת הוא השתמש בצד ג' לכלב העזוב כדי להפחית את העונש שלו (למרות שלא הגיש תביעה לצד ג'). יתרון לכך הוא שהמזיק לא יצטרך להתדיין עם צד ג׳, להכריע במערכת יחסים של צד ג׳ ושלו ובכך יחסוך בעלויות הכרוכות בתביעת שיפוי.
3. **תביעת שיפוי -** לאחר שהצד הנתבע בתהליך משלם פיצויי לתובע הצד הנתבע בהליך הוא יכול להגיש תביעת שיפוי לצד ג כדי להטיל עליו אחריות חלקית בביצוע הנזק ולקבל ממנו פיצויים כספיים. דוגמא: ב' תובע את א'**, אחרי התביעה מגיש א' תביעה נפרדת נגד ג' והיא כבר לא תביעת נזיקין -** יש כאן מזיק ששילם ורוצה השתתפות מצד ג'. הוא ייקח דברים מהתביעה הקודמת (עם מלך) **ויתבע בתביעה נפרדת אחרי מעשה.** אין קשר בין צד א' לצד ג'. תביעת שיפוי היא תביעת בת- היא אינה נזיקית, אלא תביעה כתוצאה מתביעות נזיקין. ניתן להחיל במקרה הזה גם את תביעת השיפוי ולהגיד שהזוג היה יכול לאחר פסיקת ביהמ"ש לייחס אחריות לצד ג' ולתבוע אותו בתביעת שיפוי לאחר מעשה. למשל את הביטוח או את העירייה. תביעת השיפוי יכולה להיעשות גם בין מעוולים באותו כתב תביעה אשר למשל הוספו הודעת צד ג׳, זאת במקרה שביהמ״ש קבע שאחד מהם יפצה את הניזוק (ממגוון שיקולים כמו כיס עמוק) או שאחת מהם קיבל על עצמו לפצות על הנזק (חברת ביטוח למשל) לאחר מכן ישנה תביעת שיפוי בין המעוולים. (כלומר גם אחרי שיש הודעת צד ג׳ והטילו אחריות לשלם רק על אחד, הוא יכול לתבוע תביעת שפוי?)

פס״ד חוסיין נ׳ טורם פלת״ד - הדין אינו שונה כשמדובר בתביעה לשיפוי להבדיל מתביעה להשתתפות. ההבדל המרכזי בין תביעת השתתפות לבין תביעת שיפוי אינו הבדל מהותי. עומד על כך פרופ' ברק, בחיבורו הנ"ל, בעמ' .483במונח השתתפות הכוונה היא למקרה שבו הנטל הכספי מתחלק בין שניים או יותר. המונח שיפוי מתייחס למצב שבו על אחד הצדדים מוטלת השתתפות מלאה בשיעור של מאה אחוזים.

1. **סיבתיות עמומה –** לא ידוע איזה כלב יותר הזיק או מי התחיל את התקיפה. בנוסף, לא ידוע מי הכלב השלישי ומה החלק של כל אחד בנזק.

**נוסחת האחריות הניזקית**

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

בפלילי ״עבירה״ בנזיקין ״עוולה״. עוולה בניגוד לפלילים אינה אסורה אך עלולה לגרור תביעת פיצויים. עקרונית, בניזיקין אין אסור ומותר, אם אדם הזיק הוא לכל היותר יצטרך לשלם על כך. מטרתם של דיני הנזיקין היא לפצות על הנזק שנגרם, שואפים להחזיר את המצב לקדמותו ואם אי אפשר לעשות כן בפועל (למשל בגין נזקי גוף לצמיתות) – לספק פיצוי חלופי.

**נדרש להוכיח:**  עוולה, נזק וקשר סיבתי בין העוולה לנזק.

1. **עוולה -**  מעשה בנזיקין שכחברה נתפוס אותו כלא מוסרי, מצב בו נעשה משהו לא בסדר כלפי צד שני. עוולה יכול שתהה במעשה ובמחדל. במעשה – מעשה שע״פ דיני הניזיקין לא היית צריך לעשות אותו כלומר פעל לא טוב או לא מספיק (רשלנות רפואית). במחדל – אדם שלא פעל היכן שהיה צריך לפעול (דוגמת אי כיסוי הבור).
2. **נזק – ישנם שלושה סוגי נזקים: נזק פיזי/גופני, נזק רכושי, נזק נפשי (כולל עוגמת נפש, גורדון**). הנזקים יכולים לכלול גם הוצאות כלכליות נלוות או נזקים עתידיים כמו אובדן השתכרות. חלוקת הנזק בין כמה מעוולים נעשית באמצעות אומדן והערכה שמעריכים השופטים.ישנם 2 סוגים נוספים שהתפתחו, נזק ראייתי – כאשר נגרם נזק לאחד הראיות המרכזיות שאמורות להיות בידי התובע/הניזוק ובשל כך לא ניתן להוכיח נזק, התוצאה תהיה כי יהפכו את נטל ההוכחה על המזיק. סוג נוסף של נזק הינו פגיעה באוטונומיה – כאשר פוגעים בבחירה האוטונומית של אדם אין צורך שיתקיים נזק גופני.
3. **קשר סיבתי : קש"ס עובדתי ומשפטי -** תנאים מצטברים. יש להוכיח זאת עפ"י מאזן הסתברויות (מעל 50%).

* קשר סיבתי עובדתי: מבחן האלמלא- אלמלא העוולה של צד א האם היה בכל זאת נגרם הנזק לצד ב? אם התשובה החיובית – יש קשר סיבתי עובדתי.
* קשר סיבתי משפטי: מבחן הצפיות הוא המבחן הדומיננטי ואובייקטיבי**-** אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את ההתרחשות. מבחן הצפיות הוא מבחן אובייקטיבי מכיוון שנשאל לא רק אם צפה אלא אם היה צריך לצפות. ישנם מבחנים נוספים- מבחן השכל הישר ומבחן הסיכון.

**הגנות:**

ברוב המקרים אדם יבצע הגנות, יציין שהוא הגן על עצמו או לחלופין שלא מגיע לו שיתבעו אותו והוא זה שצריך לתבוע שכן הוא זה שנפגע.

* **טשטוש יסודות התביעה (הגנה נגטיבית) –** ערעור נטל ההוכחה שמוטל על התובע ע״י כפירה בקיומה של נוסחת האחריות הניזיקית (לא נעשתה עוולה/לא נגרם נזק/אין קש״ס).
* **הגנות פוזיטוביות:** לא כופרים בנוסחת האחריות הנזיקית

1. **כלליות –** התביעה צריכה להידחות גם אם העוולה התקיימה. במקרה של חסינות המזיק, קטין שאינו נושא באחריות הנזק וכו׳.
2. **רלוונטית לעוולה מסוימת –** למשל הגנה עצמית במקרה של עוולת תקיפה.
3. **חלקיות –** למרות קיום העוולה, התביעה צריכה להתקיים באופן חלקי. לדוגמא: אשם תורם (לניזוק יש חלק/ תרומה לנזק שנגרם לו, פריצה לאתר בניה ונפילה לבור), צד ג׳ (ישנו מזיק נוסף שאחראי לכל/חלק מהנזק), הקטנת הנזק (הניזוק היה יכול להקטין את הנזק שנגרם לו אך לא עשה כן).

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**סעד מבוקש**

1. **פיצוי –**  בדר"כ יהיה פיצוי כספי יינתן על נזק גופני או נזק נפשי כדי לנסות ולהשיב את המצב לקדמותו או לפחות להטיב עם הניזוק/להקל עליו. פיצוים ניתן לתת על העבר ההווה והעתיד. (פיצוי עתידי יכול להיכנס למטרה של הרתעה בדיני הנזיקין). ביהמ"ש יכול להחליט שהוא נותן פיצויים עונשיים שהם עד פי 9 מגובה הנזק האמיתי בדר"כ במקרים בהם יש פן פלילי במעשה (לשון הרע/הגנת הפרטיות).
2. **צו מניעה –** צו שתמנע מלעשות את מה שאתה כבר עושה או תעשה ומעוול/מטריד. ניתן לבקש צו מניעה על ההווה כלומר על משהו שקורה עכשיו (ניתן לבקש פיצוי על מה שהזיק עד כה), צו מניעה יחסי - לפעילות בשעות מסוימות (ברים באזורי מגורים שסוגרים ב00:30) או בתקופת זמן מסוימת או צו מניעה לעתיד (אירועון 2א׳)- על נזק עתידי, ניתן לדרוש פיצוי על כל יום עד שהנאמר בצו יתרחש מה שירתיע ויזרז את מימוש הצו.
3. **צו עשה** – ביהמ"ש מחייב לפעולה כלשהי (סגירת מקום, הפסקת עבודות וכו'). אירועון 2ב׳ בו יינתן צו עשה, בנוסף ניתן לשלב ולבקש גם צו מניעה על מנת למנוע הנחת פסולת עתידית כלומר פיצוי על העבר והעתיד בתביעה אחת.

**מיקום העוולות:**

פקודת הנזיקין כחיקוק הניזקי המרכזי. קיומן של עוולות גם בחוקים אחרים כגון:

* קניין רוחני
* הטרדה מינית
* הגנת פרטיות
* איסור לשון הרע
* עוולות מחשב
* אחריות למוצרים פגומים
* פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פלת״ד)
* חוק הסלקטורים

נוסחת האחריות הנזיקית אינה עומדת בחלל ריק, יש להתחשב בעוד רכיבים:

**מטרות דיני הנזיקין**

מטרות המתרכזות בצדדים:

1. **פיצוי –** האם הוא אמצעי או מטרה? פיצוי כמטרה – יש לפצות אדם שניזוק כדי לא להשאיר את הנפגע מאחור. גם במקרים בו לא מוגדר המזיק כמו תאונת פגע וברח המדינה תשלם. הפיצוי הוא כמטרה חברתית. פיצוי כאמצעי – אמצעי לצדק מתקן/חלוקתי/הרתעה.
2. **צדק מתקן –** נועד לתקן את הנזק שנגרם ע״י העוולה. צדק מתקן מסתכל על השבת המצב לקדמותו או שאיפה לכך ע״י תשלום פיצויים היכן שהשבה אמיתית בלתי אפשרית (נזקי גוף לצמיתות).ההבדל בין פיצוי כמטרה לבין צדק מתקן: הפיצוי הוא מטרה חברתית, אנחנו כחברה מעוניינים שהניזוק יפוצה וזה פחות משנה מי אשם לעומת זאת, **צדק מתקן מתייחס להשבת המצב לקדמותו וחיפוש האשם על מנת שיפצה את הניזוק.** לפי **הפילוסוף אריסטו** ישנם 3 תנאים למימוש הצדק המתקן: **המזיק הוא זה שישלם, הניזוק הוא זה שיקבל את הפיצוי, והפיצוי יהיה בגובה הנזק.**

מטרות אינסטרומנטליות, ״מנצלות״ את דיני הנזיקין כדי להשיג מטרה אחרת, חברתית/ כלכלית/להרתיע:

1. **צדק חלוקתי – חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית והרתעה.** זה הוא עקרון חברתי. מטרה זו לא מתרכזת בפרטים הספציפיים אלא בקבוצות ומגזרים שונים, עושים זום אאוט ומסתכלים על הצדדים לפי לאיזה קבוצה הם שייכים בלי קשר למצב בבנק אלא לפי המגזר. ההנחה היא שיש לחזק יותר כוח ושליטה ולכן יש צורך לקיים שוויון ולתקן עוולות חברתיות ע״י חלוקת העוגה המצרפית מחדש (כוח, כסף, שליטה, משאבים וכדומה בחברה).

פס״ד מלך נ׳ קורנהויזר – יתכן ונקטו בצד חלוקתי כי הזוג היו רופאים מכפר שמריהו הנתפס כקבוצה חזקה.

פס״ד קרישוב – האדם הפשוט תובע את המדינה והקיבוץ. נפסק לטובתו פיצוי מלא על אף הסיבתיות העמומה.

פס״ד גורדון – תביעה כנגד עירייה ע״י אדם שטענותיו לא ממש נשמעו, הוטלה על העירייה חובת זהירות מושגית.

פס״ד אבו חנא – רצון לקדם את המגזר החלש בלי להתייחס לאדם הספציפי, קובעים לה פיצוי לפי השכר הממוצע במשק למרות שהשכר במגזר שלה נמוך יותר.

1. **הרתעה יעילה – גישה כלכלית למשפט, מנסה להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית.** משמשת בדיני נזיקין למטרה כפולה של מניעה: הגדלת העוגה המצרפית ומניעת נזקים. **מניעת נזקים עתידיים,** הרתעת האדם ע״י פגיעה בכיסו, באמצעות ההרתעה המחוקק מזהיר לעשיית עוולת פוטנציאליות ע״י עלות העוולה ובכך מצמצם אותם. המחוקק מטיל אחריות על המזיק ובכך מזהיר מזיקים פוטנציאלים. **הגדלת העוגה המצרפית** (יעילות כלכלית), באמצעות צמצום ומניעת הנזקים כך יהיו פחות הוצאות בגין נזק וגם אם יהיה נזק הוא יהיה קטן יותר וידרוש פחות פיצויים ובכך תגדל העוגה. **סוגי הרתעה – יתר/חסר/אופטימלית.**

**סרבנות גט –** תמיד הצד המסרב יחשב כצד החזק גם אם הוא עני. מביאה לידי ביטוי 2 ממטרות אלו, צדק חלוקתי על מנת ליצור שוויון בין נשים לגברים וגם הרתעה יעילה ככל שניתן להגיש תביעות נזיקין בגין סרבנות גט וככה סרבני גט פוטנציאליים יירתעו מעצם הסירוב. עניין זה יכול להתנגש עם מטרת הצדק המתקן במידה ויפסקו פיצוי גבוה יותר על מנת להרתיע/צדק חלוקתי.

לעיתים המטרות מתנגדות - יתכן ויקבע פיצוי גבוה על מנת להרתיע את המעוול ואת המעוולים הפוטנציאליים אך זה יתנגד עם צדק מתקן כי מצב הניזוק טוב יותר מקדמותו (למשל בפיצויים עונשיים). ניתן לטעון לפיצוי לא מידתי/פיצוי יתר.

**אבדן השתכרות של גברים מול נשים –** בהתאם לצדק המתקן יש לפצות את הנשים בהתאם לשיעור ההשתכרות שלהן אשר יהיה פחות משל הגברים. משיקולים של צדק חלוקתי יש מקום להשוות את השכר בין נשים לגברים מה שיגרום להתנגשות בין מטרות אלו.

**מדינת ישראל נ׳ קרישוב**

יצחק הוא פנסיונר שעבד במשך שנים רבות במוסך של קיבוץ מעין צבי בטיפול והלחמה של רפידות בלמים. הוא חלה בסרטן הלימפומה בגיל 37. עורך דינו גילה כי ישנם מאמרים רבים המעידים על כך שסרטן הלימפומה נגרם אצל רבים בשל מגע עם אסבסט (חומר המצוי ברפידות הבלמים). מנגד, ישנם מחקרים שמצביעים על כך שאין קשר הכרחי. כמו כן, התגלה כי 5 פועלים נוספים שעבדו במוסך בתפקידו של יצחק חלו בסרטן מסוגים שונים (חלקם כבר אינם בחיים). קרישוב טען כי הקיבוץ לא נקט באמצעי הזהירות הנדרשים בעבודה עם אסבסט ולכן תבע אותם ואת המדינה (לאחר שתביעה בביטוח לאומי נדחתה). תביעתו של קרישוב התקבלה במחוזי, על בסיס חוות דעת של פרופ' שקבעה שבשל הנסיבות קיים קשר סיבתי בין אסבסט לסרטן הלימפומה ובקביעה כי הקיבוץ נהג ברשלנות וללא אמצעי זהירות. בערעור לעליון, קבעה השופטת נאור (דעת מיעוט) כי לטענתה הראיות לא הוכיחו קש"ס. מנגד, השופטים דורנר ולוי קבעו כי ישנו קש"ס. מכאן הדיון הנוסף (לבקשת המדינה ובהתנגדות קרישוב). **השאלה העיקרית- האם ניתן להוכיח קשר משפטי עובדתי בהעדר ראיות חד-משמעיות?**

השאלה המרכזית שדן בה ביהמ"ש היא האם הוכחתו של קשר סיבתי עובדתי בין חשיפה לחומר מסוכן לבין המחלה בה לקה התובע היא בעיקרה שאלה שבמומחיות מקצועית שההכרעה בה תיעשה בהתבסס על ראיות מדעיות בלבד או שמא ההכרעה יכולה להתבסס על הערכה שיפוטית של מכלול הראיות הנסיבתיות המובאות בפני בית-המשפט אף **בהעדרן של הוכחות מבוססות בעולם הרפואה והמדע**?

בעניינו של קרישוב נפסק ברוב-דעות כי על-אף שאין בנמצא מחקר מדעי-רפואי מקובל התומך באופן חד-משמעי בגרסתו, הוכח קשר סיבתי בין חשיפתו הממושכת של קרישוב לאסבסט לבין מחלת הלימפומה בה לקה. **במשפט האזרחי רמת ההוכחה הנדרשת היא מעל ספק סביר ולכן מספיק שיש קשר נסיבתי של היזק ניתן להכריע כי דבר גרם לדבר אחר ולהטיל חובת פיצויים על הצד המזיק.**

**דיון:**

**דעת הרוב (דורנר ולוי)-** העדר אסכולה רפואית מבוססת אינה מכריעה את גורל התביעה, ביהמ״ש קובע קש״ס עובדתי ע״פ מאזן הסתברויות (פחות מרמת הוכחה מדעית). מכלול הנסיבות מצביעות על קש"ס שעומד במאזן הסתברויות משפטי:(צדק חלוקתי) גילו הצעיר, מס' העובדים שחלו בסרטן, מחקרים שמראים קשר מסוים בין סרטן לאסבסט, נדירות הסרטן.

**דעת המיעוט (נאור)-** אין הוכחת קשר מדעי חד משמעי ולכן לא זכאי לקבל פיצויים. השופט מיישם דעות מקצועיות וכאן אין הוכחות חד משמעיות.

**בקשה לדיון נוסף -** רק בייניש דנה בבקשה ומחליטה לדחות אותה.

**על פי שמואלי –** היה צריך לפסוק לפי הסתברויות, גישת ביניים מכיוון שאין באמת דרך להוכיח/לשלול את הקש"ס אז אין דרך לבנות מאזן הסתברויות. בנוסף אולי דורנר פעלה מטעמי צדק חלוקתי, קרישוב התאמץ להביא נתונים ולכן היא בוחרת להסתמך עליהם ולפסוק פיצוי מלא.

**הגברת הסיכון –** קיבוץ מעיין צבי הגביר את הסיכון של קרישוב, אדם בריא לחלות בסרטן.

**סיבתיות עמומה:**

מושג אשר מתייחס למצבים בהם הקשר הסיבתי העובדתי בין העוולה לנזק איננו ברור ולא ניתן להוכיח אותו במעל – 50% מאזן הסתברויות. בפסיקה קיימת מחלוקת כיצד להכריע במקרים כאלו.

קרישוב – לא היה ברור כי החשיפה לחומר המסוכן היא שהביאה לפרוץ המחלה. למעשה, דעת הרוב (השופטת דורנר, לה הסכים השופט לוי) ככל הנראה לא ראתה כאן סיבתיות עמומה כלל, אלא מכיוון שהנתונים שניתנו לגבי תחלואת 14 האנשים שעבדו במוסך לא נראתה מקרית, הדבר הביא לסיבור אוזני השופטים ולכן ניתן פיצוי מלא. לדעת המיעוט של השופטת נאור, אין כאן קשר סיבתי עובדתי מוכח שכן אין ביסוס מדעי מספק, ולכן דין התביעה ליפול. לאור הסיבתיות העמומה היה מקום לפסוק גישת ביניים, אשר נשענת על הסתברות בפיצוי ולפסוק לקרישוב פיצוי חלקי או יחסי.

בכיתה נלמדה גישת ביניים, שמכוחה היה אולי מקום לראות את המקרה כסיבתיות עמומה - הגברת סיכון, ולפסוק לקרישוב פיצוי חלקי ויחסי, כגובה החלק בר הייחוס להגברת הסיכון של הקיבוץ, אם כהקלה ראייתית ואם כנזק או ראש נזק חדש בנזיקין.

מטרות נוסחת האחריות הנזיקית + שיקולים משלימים

הרתעה - לא רלוונטית, לא ידעו שלא בסדר ולכן הרתעה לא מאוד רלוונטית, ברגע שהבינו כי לא בסדר זרקו את הרפידות. יש הרתעת הלאחר והתרעה של מפעלים דומים.

צדק חלוקתי – חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית. חזק מול חלש, המדינה והמוסך הגדול בקיבוץ (לא מעניין גם אם הקיבוץ בקשיים כלכליים) מול אדם קטן ופשוט.

כיס עמוק -תביעת פועל פשוט נגד הקיבוץ בו עבד ונגד המדינה. גם אם הגוף החזק לא עיוול באופן אקטיבי ומפורש (כמו המדינה למשל) הוא ישלם פיצוי. יתכן שנזקו של קרישוב אירע כתוצאה מגורם אחר, עוולתי או לא. למשל עישון, גנטיקה. הניסיון להטיל את האחריות על הקיבוץ ועל המדינה, ועוד בכל סכום הנזק ולא רק בפיצוי על פי הסתברות, עולה בקנה אחד עם עקרון הכיס העמוק. יש להניח גם שלקיבוץ יש ביטוח ובוודאי שלמדינה יש.

**שיקולים משלימים:**

מדובר בשיקולי מדיניות שאינם כתובים בחוק, אך מקבלים התייחסות ומשמעות בפסיקה במסגרת השיקולים ששוקל בית המשפט בהחלטתו, לעיתים נאמר הדבר במפורש ולעיתים בין השורות.

1. **שיקולים כלליים של מדיניות משפטית –**שיקולים אלו נבנים יותר על ערכים, הם המרכזיים יותר בפסיקה והם יכולים להכריע בשאלה האם לקבל את התביעה או לדחותה. לביהמ״ש יש סמכות מטעם שיקולים אלו הבאים לידי ביטוי בערכים שונים לפסוק ולקבוע דברים על פי מדיניות מסוימת שהוא מעוניין להנהיג. יש הרואים בשימוש בדוקטרינה זו כ"סוס פרא״ מכיוון שאין לה הסמכה בחוק ומשתמשים בה פעמים רבות. קיימים לעיתים **שיקולים שיכולים לגרור את השופטים למצב שהם לא מכירים בתביעה למרות שנוסחת הנזיקין קוימה** (למשל תביעות בגין נזקי עישון) זאת מכיוון שקיימים שיקולים נוספים על פיהם בית המשפט מחליט שלא לקבל תביעות מסוימת משיקולים אתיים- שיקולים של מוסר, ומשיקולים נוספים שאינם מוגדרים, המושג עמום ונתון לשיקולים של מדיניות משפטית.

פס״ד המר נ׳ עמית – (כולל את זייצוב שהוזכר בתוכו) ביהמ״ש פסק כי אין לתבוע יותר בגין ״חיים בעוולה״ מאחר ועילה זו מהווה פגיעה בערך קדושת החיים שהוא ערך עליון במשפט ובחברה, הרי יש בעיה אתית של "טוב מותי מחיי" בקביעה שטוב היה שלא להיוולד מאשר להיוולד עם מום. אי אפשר להתייחס לחיים של ילד כ״נזק״.

פס״ד פלוני, בגידה - חסימת התביעה - שם נפסק כי מטעמים של מדיניות משפטית, שבבסיסם רתיעה של המשפט להיכנס אל תוך מערכות יחסים אינטימיות בינאישיות ובינזוגיות, אין להכיר בעילת תביעה בנזיקין של ניאוף ובגידה. מעלה שאלות בעייתיות של מהי בגידה ומי התחיל וכו׳.

פלוני נ׳ פלונית, אי גילוי נטייה מינית - חסימת התביעה - שם נפסק כי שיקולי מדיניות משפטית, מטים את הכף אל עבר שלילת ההכרה בקיומה של חובת גילוי משפטית(להבדיל מחובה מוסרית-ערכית), בין בני זוג בטרם הנישואין, לגבי נטייה מינית או אמונה דתית. תביעות אלו מעוררות שאלות מדיניות קשות וניכר שבית המשפט לא מעוניין להיכנס לתוך מערכת היחסים האישית ומעדיף להשאיר את הענייניים האישיים של בני הזוג מחוץ לכותלי המשפט.

פס״ד גורדון – שם נפסק כי מטעם שיקולי המדיניות המשפטית הוטלה חובת זהירות מושגית לרשות ציבורית זאת על אף חשש שירפו את ידיהם ותיווצר הצפה בבתי המשפט.

**שיקולים מנהליים יותר**, הם כשלעצמם בדרך כלל לא יכריעו את התביעה לכאן או לכאן, אלא יסייעו זה לזה או לשיקולים אחרים בקביעת שיעור הפיצויים או הטלת האחריות:

1. **כיס עמוק –** ביטוי לאדם או גוף בעל אמצעים, לא בודקים את המצב בבנק אלא מניחים כי לגוף חזק יש כסף והוא כיס עמוק (עירייה, ביה״ח, בנקים, חברות גדולות וכו׳) **ככל שהנתבע הוא יותר כיס עמוק כך יש נטייה לקבל את התביעה כנגדו.** יש שיקולים שבגללם נטיל את הנזק על כיס עמוק למרות שהוא לא גרם לנזק ישירות כגורם הרתעה (נגיד בית חולים ולא על הרופא או על קבלן ולא על פועל פשוט). במצב בו הצד המפצה הוא הכיס העמוק, לעיתים יפסקו שייתן פיצויים עתיים משום שיכולים לספק הכנסה קבועה ללא סכנה לפשיטת רגל. ניתן לראות בכיס העמוק גם **ביטוי לצדק חלוקתי ועקרון פיזור הנזק**.

פס"ד מלך נ' קורנהויזר - נדמה כי נטיית בית המשפט לפסוק פיצוי מלא בדיון הנוסף, אף שהיה כלב נוסף שהשתתף בתקיפה ולא היה שייך לנתבע, נבעה גם מיחסי הכוחות בין הצדדים. מצד אחד ניזוק שניזוק קשות בגופו, ומנגד בני זוג אמידים שהכלבים היו שייכים להם.

פס"ד קרישוב - תביעת פועל פשוט נגד הקיבוץ בו עבד ונגד המדינה.

פס"ד גורדון - בו נתבעה העירייה ככיס עמוק על ידי אדם פשוט שלא לגמרי התייחסו

לתלונותיו.

1. **הצפת בתי המשפט -** האם אנו רוצים שיגיעו המון תביעות לבית המשפט ויציפו אותם? אם תביעה כלשהי תתקבל הרבה תביעות דומות לה יגיעו לבית המשפט ואנשים רבים ינסו לתבוע את הנושא (אם היינו מאפשרים למעשנים שחלו בסרטן לתבוע את חברות הסיגריות תוך חודשים ספורים יהיו אלפי תביעות בתחום ובתי המשפט יצטרכו להתייחס לכולם). חוששים שסוגי תביעות דומות יוגשו בהמונים.

פס״ד גורדון – החשש שכל מי שלא יזכה בשירות טוב או כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות, תוך שנהיה עדים להצפה בתביעות ובתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם.

פס״ד פלוני נ׳ פלוני – לא מקבלים את התביעה גם בשל חשש מהצפת בתי המשפט לתביעות בגין בגידה.

פס״ד פלוני נ׳ פלונית – לא מקבלים את התביעה גם בשל חשש מהצפת בתי המשפט לתביעות בגין אי גילוי עבר מיני.

1. **מדרון חלקלק –** חוששים שבעקבות תביעה עלול להיפתח פתח לתביעות קטנות - זוטות, חסרות משמעות. אנחנו חוששים שאנשים יבחרו בדרך המשפט במקום בדרכים אחרות כמו תלונה, גישור או נציג קבילות הציבור. המטרה היא שיגיעו לביהמ״ש רק דברים שבאמת מצריכים תביעה, תיקים מהותיים מאותו סוג. בסופו של המדרון החלקלק נמצאות תביעות מגוחכות שאנחנו לא רוצים שיוגשו.

אמין נ׳ אמין – הנתבע טוען לחשש הוא שכל ילד ירצה לתבוע את ההורים שלו, הספקטרום של המקרים הוא רחב ועלול להיפתח צוהר למקרים קלים ושטותיים כמו שלא קנו לו אופניים חשמליות. במקרה זה השופט לא קיבל את הטענה מאחר ויש לביהמ״ש שסתומי ביטחון למנוע מצב זה.

פס״ד גורדון – פתיחת פתח לתביעות מטופשות כנגד גורמי אכיפה ורשויות מקומיות.

ההבדל בין הצפת בתי המשפט לבין מדרון חלקלק הוא שמדרון חלקלק לא מדבר על ריבוי תביעות אלא על תביעות שיעברו מנושאים חמורים לנושאים מטופשים.

פס״ד מלול – **בייניש** חוששת ממדרון חלקלק בהיעדר קווים תחומים להכרה בדוקטרינה של הסיבתיות העמומה ולכן מתנגדת הן לדעת השופט ריבלין (מבחן ההטיה הנשנית המבוסס על הרתעה) והן לדעת השופטת נאור (צדק מתקן). גם השופט **גרוניס** קובע כי הכרה בדוקטרינה עלולה להביא לידי מדרון חלקלק.

1. **פיזור נזק -** עקרון מתוכו יש להטיל את הנזק על הגוף שמסוגל לפזר את הנזק כך שיוכל לפצות בגינו. רצון שהנזק לא ייפול על גורם אחד. הניזוק תובע את המזיק, המזיק תובע את הביטוח וככה יש פיזור של הנזק. שפעילות מסוימת מבוטחת אז אנחנו מבוטחים במידה ומי שהזיק לנו לא יכול לשלם. אנו תובעים את הגוף המבטח והוא מפצה אותנו. יש ביטוח על רכב, ביטוח לאומי, ביטוח תכולה וכדומה.. דרך נוספת לפזר נזק היא להעלות מחיר מוצר, לקחתי מכל צרכן קצת יותר כסף וזה נשאר אצלי ושמישהו יינזק ויתבע אותי יהיה לי כסף אקסטרה לפצות אותו ממנו.

סורוקה נ׳ הבאבאו – התביעה היא נגד המזיק וגם נגד קרנית.

1. **הרפיית ידי עובדי הציבור** - מצב בו הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה תהפוך אותם להססנים דבר שיפגע בשלטון החוק ואכיפתו. שיקולים אלה מוצגים בפס"ד גורדון.
2. **שיקולים נוספים:**

פס״ד גורדון:הבטחת שוויון בפני החוק(אדם פרטי חב חובת זהירות ולכן שוויוני גם שרשות); מניעת הפליה פסולה; נקיטת אמות מידה ונהלים אשר יבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים; עידוד עשייה במסגרת המינהל התקין, להבטחת זיהויים של נאשמים ולמניעת טעויות.

פס״ד אבו חנא – שם נפסק שיעור הפיצויים משיקולי מדיניות משפטית – אוטונומיה ואפשרות לכתוב את סיפור חייו. **ריבלין** קבע כי לכל אדם מוקנית הזכות לכתוב את סיפור חייו ולאפשר לו סיכוי להתפתח ואין למשפט להבחין בין ניזוקים על רקע מצב סוציואקונומי נמוך.

**עיריית ירושלים נ׳ גורדון פסקאות 19-25 שיקולי מדיניות משפטית**

המשיב מכר את מכוניתו לפלוני וערך העברת בעלות שנרשמה במשרד הרישוי. עם זאת, נתון זה לא עודכן בשירותים הממוכנים של משרד התחבורה. המשיב קיבל מספר דו"חות, הוא משלם בכל זאת את שני הדו"חות הראשונים, ועם קבלת הדו"ח השלישי פנה לעיריית ירושלים (המערערת) במכתב, בה הוא מודיע על העברת המכונית ומבקש את ביטולו של הדו"ח. היועץ המשפטי של המערערת ביקש מהמשיב לפנות אליו בכל פעם שנשלח אליו דו"ח, על מנת שיפעל לביטולו. בנוסף היועצת מציינת כי הקנס האחרון נגדו יבוטל. אמנם הקנס לא בוטל בפועל ולמשיב התווספו דמי פיגור ואף הוצא נגדו צו מאסר לבסוף בגין אי תשלום על הדו"חות. המערערת שלחה הודעה לעיכוב המאסר למשטרה, אך המאסר בוצע בכל זאת. המשיב שוחרר מהמאסר רק לאחר ששילם את הקנס. בתגובה, המשיב תבע פיצויים מהמערערת בבית משפט השלום, שם נדחתה התביעה, ובערעור למחוזי התביעה התקבלה. מכאן הערעור.

**השופט א׳ ברק:**

במסגרת עוולת הרשלנות על ביהמ"ש לקבוע את הערכים והאינטרסים המשפיעים על קיומה של חובת הזהירות. על השופט להפעיל את שיקול דעתו ולאזן בין האינטרסים השונים, לפי תפיסתו את צרכי החברה בה הוא חי, לא ניתן להניח זאת באופן אוטומטי. רק שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית יצדיקו שלילת חובה זו כגון:

1. אם הטלת חובת הזהירות **תרפה את ידם** ותהפוך אותם להססנים דבר אשר יפגע בשלטון החוק ואכיפתו. החלשה: אין לכך עדויות והוכחות שבאמת דבר זה ייגרם.
2. **הצפת בתי המשפט -** כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות התובעת, תוך שנהיה עדים להצפה בתביעות ובתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם. החלשה: ברק אומר שמדובר בחששות מוגזמים ללא יסוד עובדתי.
3. יפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי.

* **ריחוק נזק:** לגורדון נגרם נזק כתוצאה ממאסרו, האם זה לא רחוק מידי ממעשייה הרשלניים של העירייה? פוסק שלא. בנוסף, יש לקחת בחשבון את הסיכון לאיתור היקף הנזק הלא-רכושי, גורדון הוטרד מהדו"חות, אולי גם שכנו הוטרד מכך וכך הלאה.. לא לכולם יש זכות תביעה. בהגעת מקרה של נזק לא-רכושי לביהמ"ש על ביהמ"ש לבחון את שיקולי המדיניות המשפטית, לפיהם נקבע עומק הצפייה מראש. על פי שיקולי המדיניות המשפטית ישנה חובה לצפות מראש נזק לא רכושי למעגל הסיכון הראשוני, שכוונה כלפיו הפעולה המזיקה. במקרה זה מדובר בגורדון.

שיקולי מדיניות משפטית שבגינם מכריע ברק לגבי נזק לא רכושי:

* הכלל הוא שאם הנזק צפוי - חלה חובת הזהירות. "נזק לא-רכושי גרידא אף הוא נזק לעניין עוולת הרשלנות, והוא בר-פיצוי, **אם על אדם סביר מוטלת החובה (המושגית והקונקרטית) לצפות את התרחשותו בשל התרשלות".**
* **עקרון השוויון** מחייב גם רשות ציבורית לנהוג בחובת הזהירות ובשל כך תוטל אחריות לרשלנות בדומה לאדם פרטי. משמע, נקיטת אמות מידה ונהלים שיבטיחו אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה.
* ״**קיומה של הסמכות הסטטוטורית** הוא המשמש אבן מסד ותשתית, עליהן נבנית חובת הזהירות המושגית". כלומר עצם העובדה שמדובר בסקטור חזק (רשות שלטונית בעלת סמכויות סטטוטוריות) מחייבת אותה ע"פ ברק בחובת זהירות- "לאמור: שלא יהיו אדם ורכושו, אישיותו וזכויותיו, בבחינת הפקר".

מטרות דיני הניזקין + שיקולים משלימים:

* הצפת בתי המשפט
* שיקולי מדיניות משפטית – שיוויון, הרפיית ידם של עובדי הציבור.
* כיס עמוק – העיריה נתבעה ככיס עמוק לעומת האדם הפשוט אשר לא ממש הקשיבו לטענותיו.

**אמין נ׳ אמין:**

המשיבים הם ילדי המערער מאשתו הראשונה, שהתאבדה בסמוך ללידת הבן הצעיר. לאחר מותה, שהו הילדים(3) במוסדות רווחה ובמשפחות אומנות והידרדרו במורד הסמים והעבריינות. המערער נישא בשנית, ולפי הסכם שעשה עם אשתו השנייה ניתק עם הילדים קשר. המשיבים תבעו אותו במחוזי, וזה קבע שבהתנהגותו המתנכרת הפר המערער חובות חקוקות ואת חובת הזהירות. נפסקו להם פיצויים. מכן הערעור. **האם ילדים זכאים לפיצויים מאביהם שגרם להם נזקים נפשיים חמורים כתוצאה מזניחתו אותם?** לטענת האב, הפגם הוא מוסרי בעניין אינו מקים עילת תביעה בנזיקין.

**השופט אנגלרד:**

* הפרת חובה חקוקה ס׳ 63 - האב הפר את החובה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית, לפיו על ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם- גם הנפשיים. המחוקק לא התכוון להטיל חובה משפטית לאהוב, אלא לנהוג לטובת הקטין ולפעול כהורים מסורים רגילים. יש לבחון את האחריות בנזיקין של אב כלפי ילדים בשל הפרת החקוקה הנ"ל בכל מקרה לגופו.
* רשלנות **-** האב הפר את חובת הזהירות כלפי ילדיו לפי ס' 35 לפקודת הנזיקין, כתוצאה מכך נגרם נזק, ובכך מתקיימים יסודות עוולת הרשלנות. רשלנות כוללת גם מעשה/ מחדל מכוון, שכן המבחן לקיום התרשלות הוא אי-הסבירות של ההתנהגות והצפיות של הנזק. מדובר בצפיות נורמטיבית- אדם סביר היה צריך ויכול לצפות את הנזק. השופט אנגלרד לא רואה שיקולי מדיניות משפטית השוללים את האחריות במקרה זה.
* הערעור נדחה

מדרון חלקלק- האב טוען לחשש הוא שכל ילד ירצה לתבוע את ההורים שלו, הספקטרום של המקרים הוא רחב ועלול להיפתח צוהר למקרים קלים ושטותיים. השופט לא קיבל טענה זו מאחר ויש לביהמ״ש שסתומי ביטחון למנוע זאת.

**בי״ח כרמל - חיפה נ׳ מלול**

אישה הגיעה לבית החולים חודשיים וחצי לפני לידה (מדובר בלידה מתוכננת של פג). התגלה אצלה דימום מסיבי והיא הוכנסה לניתוח רק לאחר 45 דק׳. נניח כי עצם האיחור בביצוע הניתוח מהווה הפרת חובת הזהירות (התרשלות), וכי לידת פג במקרה של דימום כשלעצמה אינה התרשלות אלא גורם סיכון מידי שמיים (לא עוולתי). הילדה נולדה עם שיתוק מוחין ופיגור שכלי (100% נכות). האם יש קש"ס? האם האיחור בביצוע ניתוח קיסרי לאור סימני מצוקה (דימום לאם, פגות של העובר) הוא שגרם לפגימה של הילדה?

מחוזי : 40% פיצוי על הנזק.

ערעור לעליון:

הוגשה תביעת רשלנות נגד ביה"ח, העליון קבע שהעיכוב היה רשלני בשל קיום הניתוח רק לאחר 45 דק׳ והנזק הוכח – 100% נכות. **אך הייתה סיבתיות עמומה בשאלה האם הנזק המוחי נגרם בשל גורם עוולתי- התמשכות הדימום כתוצאה מעיכוב הניתוח או בשל גורם לא עוולתי - עצם הפגות.**

**סיכון ממשי ששיעורו יקבע בדרך האומדן.**

תחילה, העליון קבע כי במקרים בהם קיימת סיבתיות עמומה הפוגעת במאזן ההסתברויות וגורמת לאי צדק ניתן בנסיבות מיוחדת לסטות ממאזן זה ולפסוק פיצוי לפי הסתברות.

במקרים כאלו, ניתן להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע עפ"י ראיות סטטיסטיות או באומדנא. העמיד את הפיצוי על **שיעור של 20%** (לאחר שהמחוזי העמיד על 40%).

**הגברת הסיכון –** הרשלנות הרפואית במקרה זה הגבירה את הסיכוי של הילד להינזק או לחלות. (קרישוב)

**פגיעה בסיכוי/אובדן סיכויי החלמה -** למשל פגיעה בסיכוי לקבל משרה עקב העלמת מכתבי המלצה או אדם חולה שנפגעו סיכוייו לשרוד עקב עוולת רופא. במקרה של מלול זה גם מתקיים כי היה לה סיכוי להיוולד בריאה למרות הפגות אבל בשל הרשלנות הם פגעו בסיכוי הזה.

בשניהם חלה השאלה האם עוברים לבחון הסתברויות ואז מדברים על פיצוי בכל זאת, למרות העמימות הסיבתית או שלא.

עד שנות השמונים התשובה הייתה הכל או כלום. אין הסתברות.

מאז חלו שינויים במדינות שונות,

אין שינוי בדיני נזיקין אבל כן בדיני ראיות - ההכרה בדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות במקרי סיבתיות עמומה היא בגדר חידוש בדיני הראיות מאחר ומקלים ראייתית ומאפשרים להוכיח גם בפחות מ50% .

יש שינוי בדיני הניזיקין אבל לא בדיני ראיות – כאשר מכירים בפגיעה בסיכוי או הגברת הסיכון כסוג של נזק אותו יש להוכיח במעל 50% ובשל כך אין מהפכה בדיני ראיות. למשל, הפגיעה בסיכוי היא של 30% שזה הנזק אבל אותו יש להוכיח במעל ל50%.

**דיון נוסף:**

**ריבלין -** במקרה זה נקבע כי יש לסטות מגישת "הכל או כלום" לפי מאזן ההסתברות כי זה מביא לתוצאה בלתי צודקת, המשפחה לא הצליחה להוכיח בעזרת מומחים מעל 50%.

חריגה ממאזן הצדק מצדיקה טעמים חזקים. יתרונות מאזן ההסתברות עלולים להתאיין במקרים של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים, למשל- גורם המפיץ זיהום סביבתי שעלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב. **מבחן ההטיה הנשנית**- שחורג ממאזן ההסתברויות, מתגבש כש:

1. יש מזיק.
2. יש קבוצת ניזוקים.
3. יש סיכון חוזר ומשותף (כולל שני מצבים אפשריים- מעשה עוולתי יחיד החושף קבוצת ניזוקים לנזק או מצב בו מזיק קבוע שגורם לנזקים שונים בקבוצת הניזוקים).
4. יש הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות:
5. הרתעת חסר - כאשר קבוצת הניזוקים לא מצליחה להוכיח את הקש״ס בתביעות נגדם.
6. הרתעת יתר – כאשר פוסקים לפי מאזן הסתברויות ויוצר מצב של הכל או כלום והמזיק ישלם פיצוי יותר גבוה ממה שמגיע לו אם למשל היו הולכים לפי הסתברות (קרישוב)

יכול לבוא גם לטובת המזיק וגם לטובת הניזוק.

במצבים כאלה- הן משיקולי צדק מתקן והן משיקולי הרתעה נחרוג לפיצוי לפי הסתברות. דוגמאות למקרים בהם מתקיים מבחן הטיה נשנית- גורם מפיץ קרינה/זיהום אוויר, גורם רפואי רשלני, יצרן מוצר המגביר סיכון(שאנו חשופים אליו בכל אופן).

**אבל לדעת ריבלין במקרה הזה אין להחיל את מבחן ההטיה הנשנית כי אין קבוצת ניזוקים שנחשפה לסיכון חוזר ומשותף באופן שיטתי ולכן לא נחרוג ממאזן ההסתברויות.**

**נאור-** בעיית הסיבתיות העמומה היא אי וודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי שמונעת הכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קש"ס עובדתי. סיווג המקרה של מלול- סיבתיות עמומה מובנית **באשר לגרם הנזק.** להבדיל עמימות באשר לגודל הנזק או זהות הניזוק. התובע לא יכול להוכיח עפ"י הראיות של מאזן ההסתברות שהנתבע התרשל ובכך גרם לו לנזק. לדעתה מבחן ההטיה הנשנית חל כאן ביחס לזהות הניזוק אך משאירה בצריך עיון.

**אחריות יחסית –** חריג לכלל מאזן הסתברויות למקרה של הכל או כלום. נותן שיקול דעת שיקבע בדרך של אומדן או סטטיסטיקה. יש נזק ויש התרשלות של המזיק ולא ניתן להוכיח קש״ס בשל סיבתיות עמומה ואם אפסוק לפי מאזן הסתברויות תצא תוצאה לא צודקת ולכן נפסוק לפי הסתברות. נאור פסקה לפי זה בעליון בדיון הקודם 20%. בד״נ לא התקבלה דוקטורינה זו ולכן לא פסקו לפי האחריות היחסית.

* **ההבדל בין דוקטרינת אובדן סיכויי החלמה לבין הגברת הסיכון:** אובדן סיכויי החלמה (**גודל הנזק**) טעון הוכחת נזק ממש בפועל של חולי או מום. לעומת זאת, פיצוי בגין הגברת סיכון(עצם קיומו של נזק בעתיד) ניתן בגין עצם החשיפה לסיכון אף אם זה לא התממש כדי נזק ממשי בפועל, ולפיכך עשוי להינתן גם לתובע שהוא בריא ושלם. **דוקטרינת אבדן סיכויי ההחלמה טעונה הוכחת נזק קיים ובכך היא צופה פני עבר.** מנגד, **דוקטרינת הגברת הסיכון צופה פני עתיד** ולכאורה אינה מתנה את הפיצוי בהוכחת נזק ממשי בפועל.
* **שיקולי צדק מתקן, המבקש להטיב את נזקו של הניזוק על חשבון הרשלן-** התכלית של צדק מתקן היא השבת המצב לקדמותו, לכן במקרה שלא ברור אם הנפגע יצר את הנזק, ראוי לייחס לו חלק ממנו כך שלא יותיר את הנפגע בלי כלום. בהקשר זה, מתנגדת לפתרון שהציע ריבלין מאחר והוא נוטש את הרעיון של אחריות אינדיבידואלית כאשר מתאים את המבחן שלו לקבוצות בלבד.
* **בשילוב עם צדק חלוקתי-** ניתן להצדיק את הפיצוי לניזוק גם ממניעים צדק חלוקתי, אשר שואף לייצר חלוקה הוגנת יותר בין קבוצות בחברה מזיקים וניזוקים.
* **הרתעה-** אחריות נזיקית צריכה להיות מוטלת בצורה שתתרום לצמצום הנזקים. לכן, בעניין ההתרשלות הרתעה היא גורם חשוב, אך לא הכי חשוב. עם זאת, יש חשש שאם נטיל פחות אחריות תיווצר הרתעת חסר, אך אם נטיל יותר מדי אחריות תיווצר הרתעת יתר (רפואה מתגוננת). יש הסבורים כי הרתעת חסר עדיפה על הרתעת יתר ולפיכך הייתה מקובלת התפיסה ששיטת הכל או כלום תביא להרתעה אופטימלית. עקרון ההרתעה הוא הבסיס למבחן ההטיה הנשנית, ומטרתו מניעת הרתעת חסר, אך מביאה להתנגשות עם עקרון הצדק המתקן (לא מפצה את הניזוק הבודד על נזקים שנגרמו לו, כי מדובר במבחן ששייך לקבוצת ניזוקים, בהם לא כל מי שצריך להיות מפוצה מפוצה ולהפך)
* חריג האחריות היחסית אינו גורע מדרכי התמודדות נוספות שהוכרו בפסיקה לגבי בעיית הסיבתיות העמומה בקטגוריות השונות – אובדן סיכויי החלמה (פגיעה בסיכוי), **פגיעה באוטונומיה** במקרים של היעדר הסכמה מדעת.

**ג'ובראן-** במצבי סיבתיות עמומה ניתן להפעיל את דוקטרינת פיצוי לפי הסתברות. יש להגביל את יישום דוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות למקרים של עמימות מדעית בלבד.

התוצאה

אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרי סיבתיות עמומה. ריבלין, ביניש, ולוי סבורים שיש מקום להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטיה נשנית. גרוניס, נאור וג'ובראן משאירים בצריך עיון.

המשיבים לא יידרשו להחזיר לעותרים את הפיצויים ששולמו ולא ישלמו להם עוד.

קיימת כאן גישת ביניים כי כן נקבע פיצוי הסתברותי של 20% אומנם נפסק בערעור ולא בדיון נוסף ופשוט לא הוחזר בשל זמן רב שחלף.

הגברת הסיכון מתייחסת למלול – בשורה התחתונה היה קשה להגיע לרוב. **הרוב כן מכיר בהגברת הסיכון (פגיעה בסיכוי כבר הוכרה בעבר, כאמור) אולם רק בתנאי מבחן ההטיה הנשנית**. ישנן דעות שונות בתוך דעת הרוב, אפילו סייגים של השופט ריבלין עצמו וקיימות דעות מיעוט ודעות ביניים שונות שחלקן סבורות שאין להכיר בהגברת הסיכון כלל וחלקן סבורות שיש להכיר אך רק אם המהפך יהיה בחקיקה אך חלקן סבורות שגם אם יש להכיר מקרה מלול אינו המקרה המתאים לכך.

**חיים בעוולה, הולדה בעוולה והריון בעוולה**

״הריון בעוולה״, עילת ההורים – הריון שנגרם כתוצאה מרשלנות רפואית בעיקור האב והאם, פגמים באמצעי מניעה, אי אבחון הריון, כישלון לבצע הפלה וכדומה... בהריון בעוולה יקבלו ההורים את כל ההוצאות גידול אשר יש לילד (בהולדה בעוולה הרי מקבלים רק את ההוצאות העודפות).

״חיים בעוולה״ , עילת הקטין – עילת תביעה של הנולד עם מומים כנגד מי שאפשרו את צאתו לעולם עם מומים אלה. יסוד התביעה הם החיים של הילוד התביעה מופנית כלפי מי שעליו היה לאתר את מומים אלה ולא איתר אותם. ביהמ"ש העליון ביטל עילה זו בשל שיקולי מדיניות משפטית.

״הולדה בעוולה״, עילת ההורים – עילת תביעה נגד גורם רפואי שבשל רשלנותו הרפואית לא הופל עובר בעל המום. הפיצוי יהיה: הפרש בין עלויות גידול ילד בריא לילד עם מום (נזק ממוני - הורחב עד סוף חייו). גם נזק לא ממוני – כאב וסבל, אם יוכיחו. גם בפגיעה באוטונומיה – כאשר מדובר בנזקים "תוצאתיים אמיתיים" ( התערבות בבחירה של ההורים שאותה רשאים לבחור).

**זייצוב נ' כץ – הלכה קודמת**

אירועון 4 : (פס"ד זייצוב נ' כץ)

בני זוג רצו להביא ילד לעולם. הייתה היסטוריה של מחלות גנטיות במשפחה, ולכן הם חששו מן ההיריון הצפוי. הם ביקשו חוות דעת מרופאה, יועצת גנטית, לגבי הסיכוי שהילד שייוולד יהיה פגום עקב הבעיות הגנטיות. הרופאה הרגיעה אותם שאין מקום לחשש. האישה נכנסה להריון ונולד ילד פגום, בעל נכות %100 ופיגור קשה, בהתאם לאותו פגם גנטי. הסתבר שהייעוץ של הרופאה היה רשלני. האם יוכלו הילד והוריו לתבוע את הרופאה בגין הייעוץ הרשלני?

פעם ראשונה בה נקבעו ליילוד פיצויים על עצם הולדתו. בפס״ד הוזכרו 2 עילות: חיים בעוולה והולדה בעוולה.

**המר נ׳ עמית**

דיון שנע סביב שאלות הנוגעות לסוגיית "הולדה בעוולה". הסוגיה מתעוררת במקום בו נולד אדם עם מוגבלות הטוען כי אילו הגורמים הרפואיים המטפלים היו זהירים - הייתה נמנעת הולדתו. שתי עילות תביעה נפרדות עשויות לעלות בעקבות ההתנהגות הרשלנית. האחת היא עילתם של ההורים ועילתו של הילד הנולד עצמו. עילת תביעתו של הילד הינה "חיים בעוולה" ועילת תביעה של ההורים הינה "הולדה בעוולה".

שינוי הלכה לאחר 25 שנה:

השופט ריבלין קובע כי **משיקולי מדיניות משפטית** אין להכיר יותר בתביעת הילד, אין יותר ״חיים בעוולה״ מאחר ומושג זה מהווה פגיעה **בערך קדושת החיים**. לא ניתן להגיד שחייו של אדם הם נזק זאת בשונה מ״הולדה בעוולה״ אשר הנזק הוא ההוצאות הכספיות/נפשיות בגידול הילד בעל המום. עילת ה״הולדה בעוולה״ נשארה בעודה ואף הורחבה מאחר ומתיישבת עם עוולת הרשלנות ואינה שוללת את הערך שבחיי הילד אלא קובעת כי נמנעה מההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מוגבלות. באמצעות עילה זו ניתן לתת להורים פיצוי שיכסה את ההוצאות של גידול הילד אשר נולד עם מום לכל חייו.

האפשרויות שנידונו בפס״ד לאור שינוי ההלכה והחלת הוראות המעבר:

1. הלכת המר באופן מלא: הילוד יכנס לנעלי הוריו כתובע. תביעת היילוד לא תבוטל אך באופן מהותי ביהמ"ש ידון בתביעה כאילו הוריו הגישו אותה. – נתיב חסום בשל הוראות המעבר.
2. הלכת המר – אין: הלכת המר אינה משפיעה על דיון ההמשיך שיתקיים בתביעה בגין "חיים בעוולה". היילוד הוא התובע היחיד בתיק משום שהוריו לא הגישו תביעה כלל. תוצאות פס"ד המר, דהיינו, עילת החיים בעוולה" לא רלוונטית לדיון. הדיון שיחול הוא "הלכת זייצוב" – מתנגש חזיתית עם הקביעות המוסריות והערכיות של הלכת המר.
3. הלכת המר בהתאמה: לברר את התובענה ככל האפשר, באופן המתיישב עם העקרונות שנקבעו ב"הלכת המר" מבלי לפגוע בעצם האפשרות של היילוד לתביעה. זו הדרך שנקבעה

כיצד ניתן להוכיח קשר סיבתי שאלמלא ההתרשלות ההורים אכן היו מבצעים הפלה?

המום/מוגבלות של הילד היא מולדת ולא נקבעה כתוצאה ממעשה/מחדל של הרופא. לכן יש להוכיח כי אלמלא התרשלותו של הרופא היו ההורים בוחרים לבצע את ההפלה. השאלות שנשאלות בפס״ד על מנת להוכיח קש״ס: האחת, בהנחה והאם אכן הייתה פונה לביצוע הבדיקה, האם המום היה מתגלה בגדרה; השנייה, במידה והבדיקה הייתה מובילה לגילוי המום, האם הוועדה להפסקת היריון הייתה מאשרת את הפסקת הריונה של האם?. נקבע כי היה קושי של ממש בגילוי המום גם לולא הייתה מודעת לבדיקת סריקת המערכות המורחבת ולכן, אין קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק. באשר לשאלה השנייה נפסק כי גם אילו היה מתגלה המום לא היה ניתן להפסיק את ההיריון והוועדה לא הייתה מאשרת.

**הכרעה:** הערעור נדחה מאחר ולא הוכח קש״ס

**תביעה נזיקין בגין בגידה- פלוני נ׳ פלוני:**

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי אשר נדחתה. המערער הגיש תביעה נזיקית בעילת רשלנות על רומן שהתפתח בין המשיב לאשת המערער, לטענתו נגרמה לו נכות נפשית בשיעור 40% לצמיתות, כמו כן טען שהמשיב כפה עצמו על אשתו עד כדי שהשנייה התאהבה בו.   
המשיב הגיש תביעה שכנגד על כך שהמערער מנסה לסחוט כספים באיומים ע"י חשיפת מערכת היחסים הנ"ל.

השאלה המשפטית: **האם יש להכיר בעוולת הרשלנות כבסיס לתביעת הניאוף של המערער?**

קיימים שיקולים "תועלתניים" בגינם אין להכיר בתביעות כגון דא. בהתחשב בכך שבגידה בחיי נישואין היא תופעה נפוצה, פתיחת פתח לתביעות בגין ניאוף ובגידה, עשויה להביא, בדרגה גבוהה של סבירות, **להצפה של מערכת המשפט בתביעות** **ולמשפטיזציה** של חיי הנישואין. ביהמ"ש סבור כי טעמים חזקים **שבמדיניות משפטית** – שבבסיסם רתיעה של המשפט להיכנס אל תוך מערכות יחסים אינטימיות בינאישיות ובינזוגיות – שוללים הכרה בניאוף כעילה נזיקית או חוזית, הן בין בני הזוג בינם לבין עצמם והן בין מי מבני הזוג לבין צד שלישי.

הכרעה: אין להכיר בעילת תביעה בנזיקין של ניאוף ובגידה, הערעור נדחה.

**תביעה נזיקית בגין אי גילוי עבר מיני – פלוני נ׳ פלונית:**

המשיבה והמבקש היו נשואים 10 שנים ולהם 3 בנות, המבקש ניהל מאחורי גבה של המשיבה אורח חיים הומוסקסואלי וניהל מערכת יחסים על גברים. האישה ואימה הגישו תביעה לפיצויים בסך של 5 מיליון ₪ על נזקים כלכלים ונפשיים שנגרמו להם בגין תרמית וכתוצאה מחייו הכפולים של המבקש. ביהמ"ש לענייני משפחה מחק את התביעה וביהמ"ש המחוזי פסק להשיב את הדיון לבית משפט קמא לשם שמיעת ראיות. פלוני מערער על קביעה זו.

ביהמ״ש סבור כי המקרה מעורר שאלה עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים ולכן ניתנה רשות הערעור.

**השאלה המשפטית:** האם ישלהתיר ערעור זה בבקשת השאלה העקרונית האם קיימת חובת גילוי משפטית בין בני זוג ומה היקפה של חובה זו? ובאופן ספציפי למקרה, האם קיימת חובה משפטית על בן זוג לגלות לבן זוגו האחר טרם הנישואין את נטיותיו או העדפותיו המיניות ואת אמונותיו ומחויבותו הדתית?

**דיון:**

על אף שמבחינה עקרונית הוכרה תחולתם של דיני הנזיקין ודיני החוזים אף במערכת היחסים שבין בני זוג, הרי שבשנים האחרונות הובהר בפסיקה כי אין להכיר בכל עילות התביעה במשפט הפרטי ביחסים שבין בני זוג, וזאת מטעמים של מדיניות משפטית. היא מציעה שלושה קשרים עיקריים:

* קשרים כלכלים - כאשר בן הזוג אינו מגלה נתונים רלוונטים לגבי מצבו הכלכלי. קובעת כי שיקולי מדיניות אינם מונעים הכרה בחובת הגילוי בין בני זוג בהקשרים כלכליים, ואף תומכים באכיפתה.
* קשרים אינטימיים ורגשיים - כל הנוגע להקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג המבוססים על רגשותיו, אמונותיו, דעותיו והגדרתו העצמית של בן הזוג. לטענתה אין מקום להכיר בקיומה של חובת גילוי משפטית (להבדיל, מערכית-מוסרית). המשפט והכלים המשפטיים אינם המסגרת המתאימה לריפוי כאבי לב כתוצאה ממערכות יחסים בין בני זוג שבאו אל קיצן או "לסגירת חשבונות" בשל אכזבות רגשיות.
* קשרים הנוגעים למרכיבים מהותיים ביחס לעצמו - נתונים אובייקטיביים, מדידים או בעלי ביטוי חיצוני או הגדרה חיצונית, היינו – כאלה שאינם נגזרים מהגדרה עצמית של האדם ביחס לעצמו ואינם נובעים מתוך אמונות או תחושות סובייקטיביות של האדם. למשל, אי גילוי מצב רפואי חריג שמשפיע על בני זוג וילדים. לא הכריעה בשאלה הזאת.

השאלה המשפטית נוגעת לקשרים אינטימיים ורגשיים ומתוך קשר זה נפסק כי אך מטעמי **מדיניות משפטית**:

השאיפה להימנע **מפגיעה בפרטיות** על ידי עיסוק משפטי בהיבטים האינטימיים-הרגשיים והאישיים ביותר של האדם; הרצון **למנוע הצפה של בתי המשפט** בסוגיות אלה; השאיפה שלא **לפגוע באוטונומיה של האדם וביכולתו לעצב את סיפור חייו**.

יש למחוק את תביעת המשיבות על הסף. אין להכיר בחובת גילוי משפטית המוטלת על בן זוג לגלות לבן זוגו האחר על נטיותיו המיניות טרם הנישואין או במהלכם, כמו גם באשר לאמונותיו של אדם והיותו אדם דתי או אמוני.

**ההיסטוריה של דיני הנזיקין:**

פיצוי ללא הוכחת נזק המוכפל במקרים של כוונה להזיק:

1. **חוק איסור לשון הרע, ס׳ 7א –** עוולה פרטיקולרית (ספציפית). היה כלול בעבר בפקודת הנזיקין אך יצא מהפקודה ונוסף לו פן פלילי, חוק אמפיבי – בעל פן נזיקי ופלילי. לא נדרשת הוכחה של נזק כי לא תמיד גם יש נזק למשל, נאמר על אדם שרץ לבחירות שהוא רמאי אך בסוף נבחר ולכן לכאורה אין נזק. ללא הוכחת הנזק הפיצוי מוגבל ל50,000 ש״ח זאת לעומת אם כן הוכח הנזק ואז אין תקרה. אם הוכחה כוונה (יסוד נפשי) אך לא הוכח נזק, ביהמ״ש יכול לפסוק ככפול מסכום פיצוי זה כלומר, כפיצויים עונשיים מאחר והענישה הרתעתית המהווה סלידה ורצון להרתיע מעוולים פוטנציאליים עתידיים.

סעדים**:** צו עשה או לא תעשה זמני או קבוע, הציווי יכול למנוע המשך פרסומו של לשון הרע שכבר פורסם ויכול שימנע פרסום עתידי של לשון הרע שטרם פורסם.

1. **חוק הגנת הפרטיות, ס׳ 29א –** חוק אמפיבי, בעל פן נזיקי ופלילי. לא נדרש הוכחת נזק אך הפיצוי מוגבל ל50,000 ש״ח לאור זה, זאת לעומת אם יוכח הנזק. אם הוכחה כוונה אך לא הוכח נזק, ביהמ״ש יכול לפסוק ככפול מסכום פיצוי זה כלומר, כפיצויים עונשיים זאת מאחר וענישה זו הרתעתית המהווה סלידה ורצון להרתיע מעוולים פוטנציאליים עתידיי.

דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין ודיני החוזים. קיימות 2 גישות:

**דיני הנזיקין צמחו מדיני החוזים**

בעבר נגרמו נזקים לפרט אך לא היה חוזה שיטיל חובת זהירות על הצדדים כלומר קיים נזק לא חוזי ומתוך כך החלו להתפתח דיני הנזיקין.

הקשר הקיים בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין:

1. **חובת זהירות בעוולת הרשלנות על בסיס חוזה וגם לא על בסיס חוזה-** כאשר ניגשים לחובת הזהירות נבדק קודם כל אם בין הצדדים יש חוזה ולכן קיימת חובת זהירות עקב החוזה, במידה ואין בודקים את חובת הזהירות ללא חוזה. חובת הזהירות אומרת כי לאדם יש חובה להיזהר, להימנע מלהזיק אחד לשני. חובה זו נגזרת מחוזה, למשל במקרים של רשלנות רפואית, יש חוזה בין הרופא לחולה שבו חובה משתמעת. כשרוצים להוכיח עוולת רשלנות עוזר להוכיח שיש חוזה בבסיס המקרה כי שם החובות רשומות זאת לעומת דיני הנזיקין ששם צריך להוכיח אשם וזה יותר מסובך.
2. **עוולת גרם הפרת חוזה, ס׳ 62 לפקודת הנזיקין –** מי שגרם לאדם להפר חוזה עם אדם שלישי ביודעין ובלי צידוק גרם עוולה לאותו אדם שלישי אשר יכול לתבוע ממנו פיצויים ממוניים בלבד. לא נחשב - נישואין, שביתה והשבתה. פחות משתמשים כי צריך להוכיח יסוד נפשי (ביודעין) ונזק ממוני לכן עדיף את עוולת הרשלנות.
3. **תם לב כעקרון כללי ולא רק בדיני חוזים ס׳ 39 + 61ב׳ לחוק החוזים –** ס׳ 61ב׳ מחיל את הוראות החוק גם כאשר אין חוזה ובכך משתית את עקרון תום הלב גם בדיני ניזיקין.

בדיני הנזיקין יש חובת גילוי שלעיתים קשורה קשר הדוק לתום הלב (נישואין שמתקיימים בין בני זוג ובהם יש אי גילוי).

**ההבדלים בין דיני החוזים לדיני הנזיקין:**

* בנזיקין לא תמיד הצדדים מכירים אחד את השני.
* בדיני חוזים אין צורך להוכיח אשם ואילו בנזיקין צריך להיות אשם, בחוזים האחריות היא מוחלטת, אם הפרת אתה צריך לשלם לא משנה מה הסיבה. בדיני הניזקין יש מקרים של אחריות מוחלטת אך זה יוצא מן הכלל.
* דיני הנזיקין צופים בעיקר פני עבר כשהם באים לתקן עוולה שנעשתה בעבר (צופה פני עתיד ע״י פיצויים מתמשכים ועתידיים על נזק שטרם קרה) לעומת זאת, דיני החוזים צופים בעיקר פני עתיד כאשר הם מעניקים סעד של אכיפה ופיצויים (צופה פני עבר למשל בהשבה).

למה יש צורך בדיני נזיקין? יש צורך ליצור מערכת שיש בה נזק ואחריות של המזיק כלפי הניזוק גם אם הניזוק לא רכש את זה כלומר, בכדי ליצור חיובים גם כשאין חוזה או היכרות עם האדם השני. קיימת העדפה לבחור בדיני חוזים כשניתן מאחר שאין צורך להראות הפרת חובת זהירות או אשם. בישראל אפשר לתבוע גם בניזיקין וגם בחוזים (לא מוביל לפיצוי כפול אלא לחיזוק התביעה).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **דיני חוזים** | **דיני נזיקין** |
| **סיווג** | משפט פרטי | |
| **צפייה** | צופים פני עתיד (איך לקיים) | צופים פני עבר (איך לפצות) |
| **זהות הצדדים** | זכות תביעה לפרט הנפגע | |
| **מקור זכות תביעה- חבות ראשונית** | מכוח הסכמת הצדדים | מכוח חוק מפורש |
| **תרופה עיקרית** | אכיפה | פיצויים |
| **אשם** | לא תלוי אשם - האחריות מוחלטת | לא מספיק שהפרת, צריך להוכיח אשם |

**דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין**

דיני הניזיקין מכניסים את הניזוק/קורבן להליך (להבדיל מעונשין) ומאפשרים לו לדרוש פיצויים. במהלך השנים, מתוך הבנה שלא ניתן להוציא את הקורבן מהתמונה ולהשאירו ללא פיצוי הולם התפתחו מנגנונים אזרחיים שונים שבאו להעמיד את נפגע העבירה במצב שבו היה טרם העבירה ולספק הרתעה אזרחית ולא רק פלילית, וזאת לצד מנגנונים לפיצוי בתוך ההליך הפלילי עצמו, אשר מספקים בדרך כלל פיצוי חלקי ואינם משקפים את סכום הנזק, כאן נכנסים דיני הנזיקין לפעולה ומחייבים את המזיק הנאשם בפלילים בפיצוי הולם לניזוק על הנזקים שנגרמו לו ממעשה העוולה. במקום בו קיים חוסר בדיני העונשין, באים דיני הנזיקין לשפוך אור על הקורבן ולפצות בהתאם ככלי להשלמת החסר.

**הקשר הקיים בין דיני העונשין לבין דיני הנזיקין:**

1. **מטרת ההרתעה -** זה חלק משמעותי מהדין הפלילי. הרתעה בנזיקין היא שריד לדיני העונשין. בדור האחרון מטרת ההרתעה קיבלה פנים כלכליים לדיני הנזיקין.
2. **ערבוב בין פלילי לנזיקי למשל במשפט העברי** (ספר דיני הנזיקין של הרמב"ם) יש גם דוגמאות מתרבויות אחרות לחפיפה בין הפלילי לנזיקי.
3. **פיצוי במסגרת הליך פלילי לפי ס׳ 77 לחוק העונשין** – אפשר לתבוע פיצויים גם במסגרת ההליך הפלילי.

א. ביהמ״ש יכול לחייב אדם שהורשע בעבירה, בשל כל אחת מהעבירות, לשלם לניזוק סכום שלא יעלה על 258,000 ש״ח לפיצוי על הנזק או הסבל שנגרם. כלומר בגין 2 עבירות, אקבל כפול מסכום זה.

ב. קביעת הפיצויים לפי סעיף זה תהא לפיערך הנזק או הסבל שנגרמו, ביום ביצוע העבירה או ביום מתן ההחלטה על הפיצויים, לפי הגדול יותר.

ג. בענייני גביה- דין פיצוי כדין קנס. לא עוסקים בזה למבחן

לעיתים זה יכול לחסוך תביעה נזיקית. זה פיצוי אזרחי שמובלע בתוך המשפט הפלילי, אין זכות ערעור מאחר והנפגע לא מהווה צד בעניין.

ניתן לתבוע לאחר מכן גם בהליך אזרחי בייחוד במקרים בהם סכום הפיצוי אמור להיות גבוה יותר אך נשאלת השאלה האם יש להפחית מהפיצוי האזרחי את הפיצוי מההליך הפלילי? קיימות דעות שונות לכך במהלך השנים אך המקובל היא הפסיקה של הנשיאה ביניש שהיא סבורה שיש להפחית. במקרה של נזקים נפשיים לא ממוניים הפיצוי נקבע לפי טבלה מסוימת ולכן אין משמעות להפחתה.

1. **תביעה נזיקית בעקבות הרשעה פלילית, פקודת הראיות ס׳ 42 א(א)** – ניתן להשתמש בראיות בפסק הדין הפלילי המרשיע (הממצאים והמסקנות בהכרעת הדין בלבד) כראיה במשפט האזרחי אשר נדרש להוכיח מעל 50% (להבדיל מהמשפט הפלילי הדורש מעל לעל ספק סביר), כולל אחריות נגזרת (משדל, מסייע וכו). חריגה מכלל ״אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות״.
2. **ס׳ 77 לחוק בתי המשפט, סמכות אזרחים נגררת לפלילים –** הגשת תביעה נגררת, ללא צורך ברשות, לאותה ערכאה (אותו שופט) שנתנה את הפסק דין הפלילי (תוך 90 יום מיום היות פסק הדין חלוט). ראיות וממצאי המשפט הפלילי יהוו ראיה חותכת (חלוטה) לאחריות הנתבע ויראו אותם כאילו נקבעו במשפט אזרחי. החיסרון הוא שהקורבן בלבד יכול להיות התובע והנאשם בלבד יכול להיות הנתבע (חסרון אם יש מסייעים לעבירה) בנוסף ביהמ״ש הפלילי לא מומחה בדיני נזיקין. יתרון הוא שנחסכות עלויות לבתי המשפט.
3. **עוולה שהיא גם עבירה ס׳ 88 לחוק העונשין –** אם העוולה מהווה עבירה פלילית אין הדבר יחסום את האפשרות לתביעה נזיקית לעומת זאת, אם העוולה נחשבת פשע, המשפט ייעצר עד שכל העובדות ימסרו למשטרה.
4. **פיצויים עונשיים:**

* **הגישה המקובלת** - היא שנותנים פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים של כוונה וזדון וכשהנזק חמור למשל, אדם גרם נזק של 100 ש״ח והוא ישלם 150 ש״ח. שריד לדיני העונשין בדיני הנזיקין מאחר ואין עונש בדיני בנזיקין ולא נדרש לרוב להוכיח כוונה וזדון.
* **הגישה הכלכלית** - יש הבחנה בין אדם שמזיק להמונים או מזיק סדרתי (כמו למשל בית חולים שפועל ברשלנות רפואית) אשר כנראה יהיה גובל בפלילי לבין הרציונל הכלכלי.
* **גישת המכפיל-** גישה זו היא אחת המקובלות להסבר פיצויים עונשיים במשפט וכלכלה.

גישה תוצאתית המעוניינת בהרתעה שלדעתם היא אופטימלית. פחות מתעניינת בשאלה מדוע הניזוק צריך ״להתעשר״ ולהרוויח בקבלת סכום גבוה מסכום הנזק. לכאורה, פיצויים עונשיים מובילים להרתעת יתר. אבל, ניזוקים רבים אינם תובעים (עקב בעיות כגון זיהוי המזיק, אי יכולת או רצון לשלם אגרה וחזרה לזיכרונות הפגיעה) כלומר, מזיקים רבים אינם משלמים על עוולותיהם ולכן, לא רק שאין הרתעת יתר אלא למעשה יש הרתעת-חסר. שאול ופולינסקי טוענים שפיצויים עונשיים יעילים כלכלית. הם מעלים את רמת הרתעה למעוולים

פוטנציאליים, בעיקר סדרתיים והמוניים, אם הסכום העונשי של הפיצויים מחושב כראוי.

אם מעוולים פוטנציאליים יביאו בחשבון אפשרות של פיצויים עונשיים, התוצאה: יעילות רבה יותר, **הגדלת הרווחה המצרפית**. (לדוגמא, מזיק גרם לנזק של 10 ש״ח ל6 אנשים, רק 2 מהם יתבעו ובכך הוא משלם 20 ש״ח אף שההחצנות השליליות שגרם הם 60 ש״ח).

עולה השאלה מה יקרה במצב בו ה-4 הנוספים בעתיד ירצו לתבוע, קיים חשש לחסימת תביעתם של הניזוקים האחרים בעתיד או לחיוב המזיק בכפל פיצוי?

אין הגיון לחייב בהמשך כי זה הרתעת יתר ואין אפשרות לחסום תביעות אלא אם הן בתחום ההתיישנות. תשובה אפשרית – במסגרת הוכחת 4 המקרים שלא נתבעו, יובאו ראיות ובמסגרתן תהיה הוכחת העוולות לצד וידוא מסוים שאין כוונה להגיש תביעות או שעברה תקופת ההתיישנות.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **משפט פלילי** | **דיני הנזיקין** |
| **סיווג** | משפט ציבורי | משפט פרטי |
| **מטרה** | הענשה | פיצוי הנפגע |
| **אינטרס מוגן** | אינטרס ציבורי | אינטרס פרטי של הנפגע |
| **זהות הצדדים** | זכות תביעה למדינה | זכות תביעה לפרט הנפגע |
| **חריגים** | ס' 77 לחוק העונשין | פיצויים לדוגמה |

**מהי עוולה?**

* עוולה פרטיקולרית - מתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות (לדוגמא תקיפה מינית, חוק הסלקטורים, עוולת לשון הרע) אלו עוולות שחלות על הרבה מקרים מסוג ספציפי ומגנות על אינטרס ספציפי – כליאת שווא מגן על אינטרס חירות האדם.
* עוולות מסגרת (עוולת סל) - מכילה הרבה סוגי התנהגויות, אלו עוולות שחלות על סוגי עבירות שונים ומגינות על מספר אינטרסים. ניתן לחלק ל-2 קבוצות:

א. רשלנות- ניתן לייחס לכל התנהגות עוולתית – רשלנות.

ב. הפרת חובה חקוקה- מייבאים מדינים אחרים חובות חקוקת אל דיני הנזיקין.

**מהו נזק?**

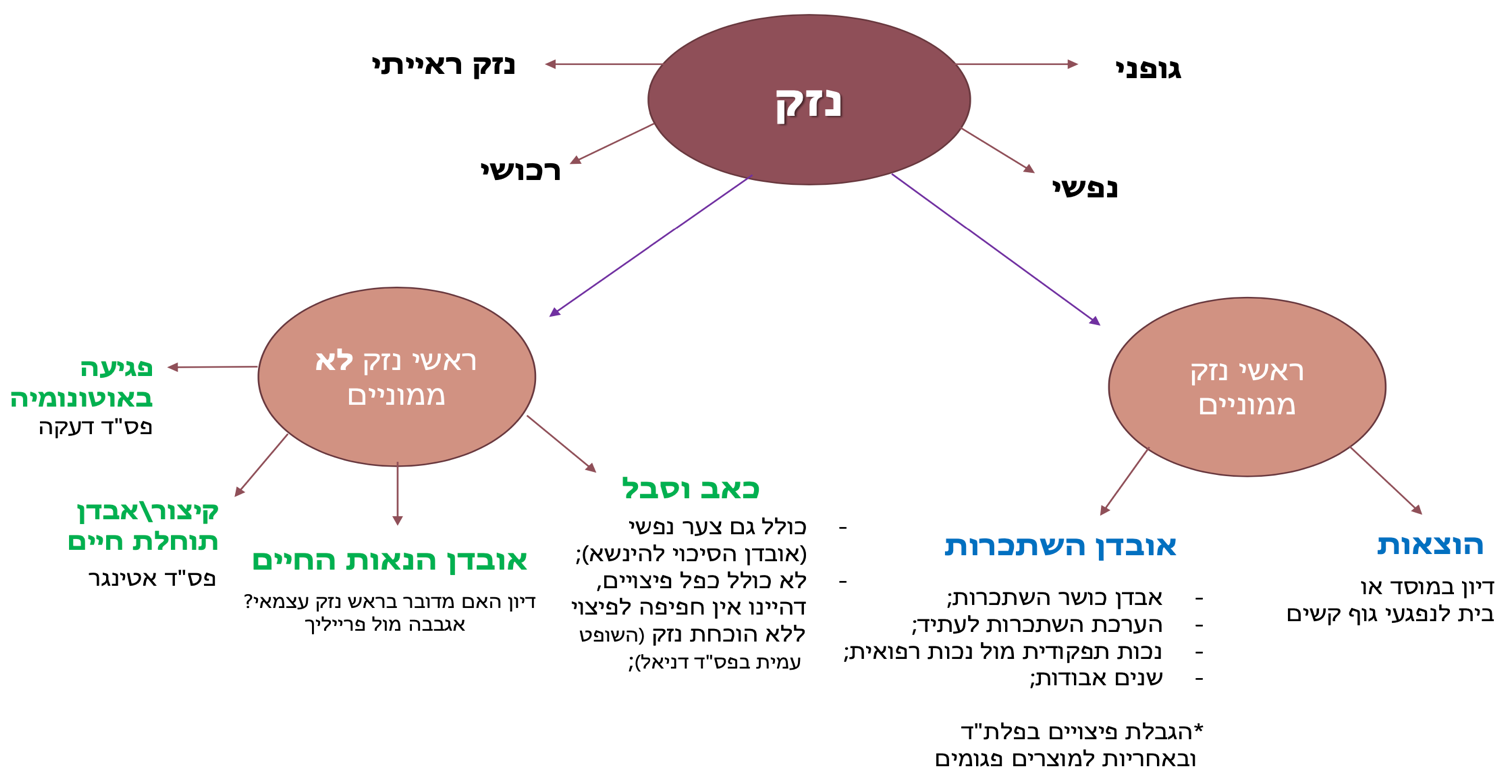
נזק גופני, נזק נפשי ונזק רכושי הם שלושת סוגי הנזקים העיקריים, שניים נוספים שהתפתחו בפסיקה הינם נזק ראייתי – כאשר נגרם נזק לאחד הראיות המרכזיות שאמורות להיות בידי התובע/הניזוק ובשל כך לא ניתן להוכיח נזק, התוצאה תהיה כי יהפכו את נטל ההוכחה על המזיק. סוג נוסף של נזק הינו פגיעה באוטונומיה – כאשר פוגעים בבחירה האוטונומית של אדם אין צורך שיתקיים נזק גופני.

**נזקים מול ראשי נזק ממוניים ולא ממוניים:**

לאחר שהוכח נזק יש לפרוט אותו לפרטים על מנת שנוכל לדרוש מהמזיק לשלם. הכלל – מכל נזק ניתן להגיע לכל ראש נזק, גם מנזק רכושי ניתן להגיע לראש נזק לא ממוני (סבל נפשי).

**ראש נזק ממוני** **-** ראש נזק שניתן לכמת אותו בכסף בצורה פשוטה ואריתמטית (מתמטית), מחושבים על ידי התובע. כוללים אובדן השתכרות והוצאות.

**ראש נזק לא ממוני –** לא ניתן לכימות בכסף, נישומים על ידי ביהמ״ש בהערכה כללית. כוללים כאב וסבל, פגיעה באוטונומיה (תחת עוולת הרשלנות), אובדן הנאות החיים, קיצור תוחלת חיים

******(אטינגר) שני האחרונים אינם עצמאיים לעת עתה ונמצאים בצריך עיון.

**ראשי נזק ממוניים:**

**הוצאות רפואיות – איפה נמצאת המחלקות?**

פס״ד מוסקוביץ – טיפול במוסד רפואי מול טיפול בבית. כמה חברת הביטוח צריכה לשלם? קטינה בשם איה, ההורים תבעו בעילה של רשלנות רפואית בשל הרדמה של ניתוח. רצו לטפל בה בבית אך העלויות גבוהות יותר ולוקחים בחשבון שהיא לא תמיד תוכל להישאר בטיפול ההורים בנוסף, לא הוכח שתוחלת החיים שלה תקוצר ללא טיפול בייתי. נקבע כי הביטוח ישלם לפי סטנדרט של מוסד ומעבר לכך המשפחה תשלם.

**שינוי הלכה – פס״ד סורוקה נ׳ הבאבו**

אדם צעיר שנפגע קשה, רצו לטפל בו בבית (עלות גבוהה יותר) מאחר ולא מצא מוסד שיתאים לו לגמרי וסבל במוסד הנוכחי עקב אנשים שלא תאמו את גילו. הביטוח דורש לשים אותו במוסד, שכן המחיר נמוך יותר. הביטוח מחויב לתת סכום מסוים על מוסד- מעבר לזה התשלום על המשפחה. זו הייתה ההלכה הרבה שנים. בפס"ד הנ"ל נקבע שמספיק שיש חוות דעת לפיה מועיל לאותו אדם להיות בבית, יחלים מהר יותר וכו'- הביטוח ישלם את הסכום הנדרש.

על בית המשפט להפעיל את עקרון השבת המצב לקדמותו ובהתאם לכך לקבוע את טיב הסעד ושיעורו לאור הנפגע הקונקרטי ונסיבותיו המיוחדות. יש להתחשב בהעדפותיו של הנפגע ולאפשר לו לקיים חיים עצמאיים במידה ויחפוץ בכך. מספיק חוות דעת רפואית שתמליץ על טיפול בייתי למצבו הנפשי או להחלמתו. ביהמ״ש פוסק כאן מה הוא הטיפול האופטימלי למצבו הפיזי והנפשי של הניזוק ומחייב את הביטוח בכלל ההוצאות.

**ראש נזק ממוני מסוג אובדן כושר השתכרות**

**איפה נמצאת המחלוקת?**

1. **הערכת השתכרות לעתיד – בעיית ניבוי**. הכלל המשמש את ביטוח לאומי ומס הכנה הוא שכר ממוצע בשלושת החודשים האחרונים. הבעיה עולה כאשר מדובר במלצר, פרילנסר שעובד לפי עמלה או אדם שלא מדווח למס הכנסה זאת לעומת עובד שכיר.
2. **מקרה של החלפת עבודות, פס״ד חיו נ׳ נטורה:**

המערער היה חייל בחיל הים בתפקיד ימי, אך ניסה לעבור לשירות ביבשה. בזמן שירותו נפצע בתאונות דרכים ובשל כך תובע את המשיבים בגין הנזקים שנגרמו לו, בין היתר 20% נכות- הגבלה בתנועת הצוואר. הנכות הזו גורמת לירידת כושר העבודה וההשתכרות.

בזמן התביעה מצא עבודה כפקיד בנק והנכות אינה פוגעת בכך. עם זאת, המערער טוען כי ברצונו לעבוד בימאות כמכונאי אוניות, והוא עובד בעבודה זו רק בגלל הנכות שנגרמה לו מהתאונה. השאלה המרכזית היא האם המערער התכוון להגשים את ייעוד זה ולעבוד כימאי? כלומר האם יש לפסוק לו פיצויים אובדן השתכרות עתידי כימאי? ביהמ"ש המחוזי קבע כי עפ"י ההסתברות יקבל שליש פיצוי על הפער במשכורות בין שני מקצועות אלו.

במשפט האזרחי פועלים לפי מאזן הסתברויות (מעל 50%) כאשר מדובר על משהו וודאי אך מאחר ומתייחסים לעתיד ולא ניתן להוכיח, ביהמ״ש יעריך מה הסיכוי שיהיה עובד כימאי לולא התאונה, נקבע 33% ונפסק לו פיצויים בגין אחוז זה מהפער בין משכרות ימאי למשכורת בנקאי. ביהמ״ש קבע בשונה למחוזי כי יש לפסוק פיצויים אלו עד לגיל הפרישה, 65.

**ההלכה:** המנגנון שנקבע הוא הסתברות. אם נטען שמישהו רצה לעבור עבודה או בנה על קריירה מסוימת, עליו להוכיח לפי ראיונות עתידיים או לימודים שנלמדו. לאחר מכן, נבחן את הסיכוי שהיה מתקבל לעבודה שאליה רצה לעבור. הכל נקבע לפי סיכויים והערכות, הסיכוי שהיה מצליח, כמה היה מרוויח בהתאם לשינוי הגיל והשכר, כמה שנים היה עובד בתחום וכו׳.

1. **מתי ביהמ״ש ילך לפי קביעת פיצוי על מאזן הסתברויות ומתי יקבע פיצוי לפי הסתברות?**

כשמדובר במקרה בו יש אפשרות לקבוע אם הוא קרה בוודאות, בית המשפט פונה לבחינה במאזן הסתברויות. אם בעל הנטל הצליח להוכיח במעל 50%, הדבר קרה. פחות מ50%- לא קרה. מקרים כאלה מן הסתם יהיו מקרים שקרו בעבר, מכיוון שרק במקרים כאלה קיימת ודאות ברמה הזאת. אולם, חריג לך יהיה במקרים של סיבתיות עמומה (לגבי מקרים בעבר) - אי וודאות בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי, המונעת הכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קש״ס. 4 קטגוריות של עמימות(נאור במלול): ביחס לגודל הנזק, ביחס לזהות המזיק או הניזוק, ביחס לעצם גרימה הנזק(מלול).

במקרים אלו, ביהמ״ש **יפנה לפיצוי על פי הסתברות**.

במידה ונפנה לחישוב הפיצוי על פי הסתברות יש להכיר בשתי אופנים:

אין שינוי בדיני נזיקין אבל כן בדיני ראיות - ההכרה בדוקטרינת הפיצוי לפי הסתברות במקרי סיבתיות עמומה היא בגדר חידוש בדיני הראיות מאחר ומקלים ראייתית ומאפשרים להוכיח גם בפחות מ50% .

יש שינוי בדיני הניזיקין אבל לא בדיני ראיות – כאשר מכירים בפגיעה בסיכוי או הגברת הסיכון כסוג של נזק אותו יש להוכיח במעל 50% ובשל כך אין מהפכה בדיני ראיות. שם רואים את עצם הפגיעה בסיכוי או הגברת הסיכון כסוג של נזק, ואותו צריכים להוכיח במעל 50% כמו כל נזק אחר, ואז זה אומר שאין מהפכה בדיני הראיות (עדיין צריך להוכיח מעל 50%), אך יש מהפכה בדיני הניקין בהכרה בנזק חדש, שהוא החלק בר הייחוס לפעילות העוולתית של הנתבע (למשל, הפגיעה בסיכוי היא של 30% שזה הנזק אבל אותו יש להוכיח במעל ל50%).

**פגיעה בסיכוי/ אבדן סיכויי החלמה:**

תואר למשל בפס"ד Herskowitz האמריקאי, ועניינו באדם חולה שנפגעו סיכוייו לשרוד (רלוונטי לא רק לענייני רפואה אולם זה המקרה הקלאסי. תואר למשל גם המקרה של פגיעה בסיכויים לקבל משרה עקב העלמת המלצות) עקב עוולת הרופא. פגיעה זו הוכרה בישראל בעבר בפס״ד פאתח.

**הגברת הסיכון לבריאים לחלות/להינזק:**

עניינו בהתנהגות עוולתית כמו קרינה או רשלנות רפואית המגבירה סיכון לחלות או להינזק, כמו במקרה מלול, קרישוב.

סיבתיות עמומה – הגברת הסיכון (קרישוב +מלול) פיתרון אופציונלי – פסיקה לפי הסתברות, מבחן ההטייה הנשנית(ריבלין מלול)/אחריות יחסית (נאור במלול). (גם בפס״ד מלך קיימת סיבתיות עמומה)

**שאלת ההשוואה לפיצוי על פי הסתברות במקרים שונים:**

**שאלת ה״כמה״** (חיו נ׳ ונטורה – ראש נזק של אובדן כושר השתכרות לעתיד) כאשר ברור שיש נזק וצריך לפצות לעומת שאלת **ה״אם בכלל״** (קרישוב, מלול, קורנהויזר לגבי הכלב העזוב, פגישת העסקים אירועון 6 – שאלות של שלד הנוסחה, קשר סיבתי) כאשר לא ברור אם שלד נוסחת האחריות הנזיקית מתקיים ולא בהכרח קיים קש״ס. כלומר, ברור שבחיו הנפגע יקבל פיצוי, השאלה היא רק כמה, כאן קל יותר להשתמש בהסתברויות במשפט. לעומת זאת, בקרישוב, מלול, קורנהויזר לגבי החלק המיוחס לכלב העזוב ובדוגמת האיחור לפגישת העסקים הדבר לא ברור, שכן ייתכן שהנתבע התרשל אולם אין קשר סיבתי ברור לנזק ולכן, שלד נוסחת האחריות הנזיקית לא בטוח מתקיים. במצב כזה מעבר להסתברויות הוא אולי הקלה עם התובע, שלא ברור שמגיע לו בכלל משהו לפי הכללים הראייתי הרגילים של ״הכל או כלום״.

**החידוש בקרישוב לעומת קורנהויזר בערעור (לא בד״נ):**

**קרישוב –** לא הוכח קש״ס ועדיין גישת הרוב (דורנר, לוי) אומרת פיצוי מלא כי הוכח מעל 50%, גישת המיעוט (נאור) אומרת שלא מגיע כלום. קרישוב שובר את שאלת ה״כמה״ וה״אם בכלל״ כי על אף שלא הוכחה לגמרי נוסחת האחריות הנזיקית דורנר הולכת למאזן הסתברויות ועל אף שאין מחקר שמוכיח את הקש״ס, פוסקת פיצוי מלא כלומר, דורנר לא שואלת ״אם בכלל״ אלא ישר הולכת ל״כמה״. לאחר שנקבע ה״כמה״ שמואלי חושב שדורנר הייתה צריכה לפסוק לפי הסתברויות (גישת ביניים) ואולי לא עשתה זאת בכדי להקל על קרישוב - הייתה הצטברות נסיבות, אין מחקרים או ביסוס בנושא, אי אפשר להגיד שזה מקרי כי 5 אנשים מתו, חלה בסרטן בגיל צעיר וגם לא ניתן להגיד שיכל לפעול יותר על מנת להוכיח ולכן נרצה לעזור לו.

**קורנהויזר -** לא הקלו ראש בנוסחת הנזיקין והחליטו להשתמש בהסתברויות של שני שליש על אף שלא ניתן לדעת כי לא היו הוכחות או מצלמות. בקורונהויזר יש חישוב הסתברויות (בערעור נוסף) נתנו לו את ההסתברות של הנזק שנגרם ע"י הכלבים שלו אך בדיון נוסף פסקו פיצוי מלא.

ע"פ שמואלי - בקרישוב דורנר הייתה צריכה לפסוק ע"פ גישת ביינים שהיא הסתברות לא הכל ולא כלום אלא פיצוי חלקי או מלא(תלוי איך מסתכלים על זה) כמו שפסקה ע"פ הסתברויות בקורונהויזר.

**מלול לעומת קרישוב (השופטת נאור):**

בשניהם קיימת סיבתיות עמומה בנוגע לקשר הסיבתי אך התוצאות שאליהן הגיעה השופטת נאור שונות.

**מלול -** בסופו של דבר לא הוכח קש״ס אך השופטת נאור פסקה 20% פיצויים אשר נשארו בשל חלוף הזמן ומתוך רחמים למשפחה. השאלה כאן היא ״אם בכלל״ לא מגיעים אפילו לשאלת ה״כמה״?. כאן כן קיימת גישת בייניים כי הם אכן קיבלו פיצוי כלשהו.

**קרישוב -** נאור קובעת שלא הוכח קש״ס ושלא מגיע כלל פיצוי.

נאור פוסקת בצורה שונה לחלוטין בהפרש לא גדול של זמן, ובמלול כלל לא מזכירה את קרישוב, וזה תמוה עוד יותר לאור זאת שבקרישוב התובע הביא איזשהו מידע ועדיין לדעתה לא עבר מבחן של קשר סיבתי רפואי מדעי שעליו המשפטי מתבסס ולכן דחתה את תביעתו כליל, ובמלול לא הביא כמעט שום דבר ועדיין נתנה לו פיצוי יחסי על פי הסתברות.

**נכות תפקודית מול רפואית:**

לעיתים יש בעיה בקביעת גובה פיצוי זה בשל ניבוי. הערכת השתכרות תחושב לפי הנכות התפקודית ולא על פי הנכות הרפואית מאחר ואין האחרון זהה לראשון (מורה לפסנתר שנקטעה לה זרת, הנכות הרפואית אולי 30% אך הנכות התפקודית היא 100%), **הנכות התפקודית** היא הרלוונטית להערכת השכרות לעתיד.

**פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות:**

הלכת גבריאל – אין לפסוק פיצויים בגין שנים אבודות (יוצר עיוותים ובעל השלכות כלכליות משמעותיות). הנשיא ברק כן היה בעד, אמר כי צמח כן מקבל פיצויים אלו ואין הבדל וגם כי כושר ההשתכרות הוא בגדר נכס למשפחה אשר נפגע ולכן יש לפסוק פיצויים.

בעבר היה קושי להוכיח מבחינה מדעית כי התקצרה תוחלת החיים של הניזוק עד למתחת לגיל הפרישה ולכן קיבל הניזוק פיצוי גם בגין שנים אבודות. אך לאחר התפתחות הטכנולוגיה, ניתן היה לנבא את התקצרות תוחלת חייו ולכן זה הפחית את הפיצוי. הניזוק טעם שלא התקצרה תוחלת חייו אך המזיק טען כי אכן התקצרה.

**אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי**

מיכאל אטינגר שיחק באתר משחקים ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ונפל לבור בלתי מגודר. בעקבות זאת נפטר. משפחתו תובעת את המשיבה לפסוק פיצויים לטובת העיזבון בגין שנות ההשתכרות האבודות של המנוח. ביהמ"ש המחוזי קבע כי עפ"י הלכת גבריאל (פס"ד שעסק בשאלה זו- ילדה שנהרגה בתאונת דרכים) נשללת הזכאות לפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות. מכאן הערעור. המערערים טוענים כי בשל חו"י כבוד האדם וחירותו, יש לשנות את הלכת גבריאל שנפסקה לפני חקיקתו.

**השופט א' ריבלין:**

* לפי צדק מתקן – יש לפסוק פיצויים עבור מי שנשללה ממנו היכולת לממש את כושר השתכרותו בשל קיצור תוחלת חייו בעוולה.
* הרתעה יעילה – הלכת גבריאל הינה בגדר הרתעת חסר. יש לפצות את הניזוק עבור כל הנזק שנעשה על מנת ליצור הרתעה יעילה. ״זול יותר להרוג מאשר לפצוע״.
* "באין חיים אין הפסד כושר" - ריבלין לא מקבל טענה זו לטענתו, פיצוי בגין נזק זה לא ימנע את הסבל אך יכול להפוך אותו לנסבל (פיצוי כמטרה). ריבלין מבהיר כי בגין גריעת שנות חיים מקבלים פיצוי, על כן יש לקבל פיצוי גם בגין גריעת הרווח אותו יכל להרוויח הניזוק בשנים האלו.
* עזבון המנוח – זכויות התביעה של המנוח אשר לא מוצו מוענקות להם (ממוניים ולא ממוניים).
* תלויים – האנשים הנתמכים כלכלית במנוח (בן זוג, הוריו וילדו). אין הם זכאים לפיצויים לפי הלכת גבריאל ובהתאם לס׳ 78 (מתנה את פסיקת הפיצויים בכך שהניזוק היה זכאי, בעת שהלך לעולמו, לפיצויים ואין הוא מימש זכות זו) מאחר ולא עמדה למנוח תביעת פיצויים בגין שנים אבודות. הלכת אטינגר העניקה להם את האפשרות לקבל פיצוי זה.
* כפל פיצויים – ריבלין מפיג את החשש כי ייווצר פיצוי כפול ע״י פיצוי התלויים ופיצוי עזבון המנוח באמצעות מספר אפשרויות.
* פיצוי עבור אובדן השתכרות לבין פיצוי עבור אובדן יכולת (פוטנציאל, כושר) ההשתכרות. אם מדובר בפיצוי עבור אובדן השתכרות, אזי השאלה היחידה היא **מה היה הניזוק מרוויח בפועל אלמלא התאונה**. **באובדן כושר השתכרות**- הפיצוי ניתן בהתחשב במה שהניזוק היה יכול להשתכר אלמלא הפגיעה.הבעיה בפס"ד היא שהתפיסה הייתה עד אז שאובדן השתכרות ניתן לשייך רק לאדם חי. ילד באופן עקרוני לא משתכר, איך נדע בכלל כמה היה משתכר? ריבלין שינה את ההלכה- יש השתכרות על השנים האבודות מתחילת גיל ההשתכרות 21 עד גיל הפנסיה.

חברות הביטוח לאחר הלכת אטינגר:

**הש' ריבלין** **פוסק שיש אובדן השתכרות בשנים אבודות ולכן ההלכה משתנה**. פס"ד אטינגר עושה רעידת אדמה עצומה כי מדובר במיליונים של שקלים של פיצויים שכעת חייבות חברות הביטוח. חברות הביטוח יצטרכו לשלם על כל תיק שבו הפרמיה כבר שולמה על השנים האבודות. הפרמיות שנגבו מאנשים אלה היו ללא התחשבות בפס"ד. לחברת הביטוח כמה אפשרויות להתמודדות עם המצב:

1. חברת הביטוח יכולה אחרי אטינגר להפעיל את הלובי שלה בכנסת ולהעביר חקיקה עוקפת בג"ץ.
2. האפשרות הכי טבעית הינה להגדיל את הפרמיות אך ע"פ עקרון פיזור הנזק בעצם הציבור הוא שמשלם את זה באופן עקיף ולכן, ישנה בעיתיות כי המפקח על הביטוח יכול לא לאפשר זאת.
3. אפשרות נוספת היא להכניס סעיף האומר כי אם ההלכה תשתנה הפרמיות יעלו (לפני השינוי).
4. אפשרות נוספת כי חברת הביטוח הספציפית מעניין אטינגר תגיש בקשה לדיון נוסף בו הם יטענו כי הלכה זו עלולה להיות בעייתית לחברות הביטוח ולציבור (במקרה זה לא ביקשו דיון נוסף כי גם חשבו שאין סיכוי כי הערעור יתקבל וגם כי פחדו שזה יהיה המסמר האחרון).

**בפס"ד פינץ**, העיזבון של פינץ דורש את החלת הלכת אטינגר. חברת הביטוח הראל אומרת בסדר אבל עכשיו צריך להשוות את המת לחי. שמסתכלים על השנים האבודות נסתכל על ההכנסות שהיה מכניס אבל גם על ההוצאות שהיה מוציא. חברות הביטוח אומרות- אם משווים ניזוק חי למת, הניזוק החיי מרוויח אך הוא גם היה מבזבז. הניזוק המת גם לא ירוויח אבל הוא גם לא יבזבז. **איך נדע כמה הניזוק המת היה מבזבז?** ביהמ"ש קובע כי לעיזבון באמת לא מגיע את כל הכסף כי האדם שהיה משתכר גם היה מבזבז, מצד שני לא ניתן לקבוע כל מקרה בנפרד ולכן הוא קובע חזקה "אדם מבזבז שני שליש מהשתכרותו". בעצם יורד הפיצוי ל1/3. הבעיה היחידה עם פסק הדין היא שחברת הביטוח מרוויחה כאשר אדם מת, הרי בניזוק חי חברת הביטוח מפצה על הכל והאדם בוחר להוציא את הוצאותיו לעומת זאת, בניזוק המת חברת הביטוח מנכה בעצמה את ההוצאות, היא זוכה בהם ולא המת עצמו. **פס"ד פינץ** עורך איזון, הוא לא מבטל את הלכת אטינגר אך מקזז את הפיצוי לניזוק המת.

**לסיכום, הכלל הוא שניתן לפסוק פיצויים בגין אובדן השתכרות גם לניזוק שחי וגם לניזוק שמת. ביהמ"ש באין אינדיקציות אחרות, יפסוק את הפיצוי לפי שכר ממוצע במשק. מהפיצוי ירדו 2/3 ע"פ הלכת פינץ.**

פינץ:

עזבון המנוח – סכום הפיצוי המלא פחות הקיום של המנוח אך כולל את חסכונו.

תלויים – סכום הפיצוי פחות קיום המנוח ופחות החיסכון שלו.

שיטה המתאימה לחישוב כאשר ידוע פחות או יותר מצבו של המנוח:

**שיטת הידות –** לוקחים את הסכום שאותו היה אמור המנוח להרוויח ומחברים יחד עם סכום בן זוגו ← מחלקים את בני המשפחה להידות ומוספים הידה של כלכלת הבית (זוג הורים + 3 ילדים למשל = 6 הידות) ← כמות ההידות סך הכל מתחלקות בסכום ההכנסות של הבית.

עבור התלויים – יש להוריד את הכסף שאותו היה מוציא המנוח וכולל בתוכו חיסכון שלו, וזה הכסף שהיו מקבלים התלויים זאת לעומת הכסף שהיו מקבלים יורשיו אשר כולל את החיסכון אך לא את הוצאות הקיום.

הוצעו 2 דרכים לחישוב ההבדל בין עזבון המנוח לבין התלויים: חילוק ידת המנוח ל-2 חסכונות והוצאות או הוספת ידה הנקראת חיסון. הדרך השנייה משקפת יותר את המציאות מאחר והחיסכון מפיע על כל המשפחה ולא רק על המנוח.

קיימת בעיה לחישוב כאשר לא ידוע המצב המשפחתי העתידי של המנוח, לא ידוע מה יהיו מספר התלויים בו. הצעת פתרון: ביצוע החישוב לפי "משפחה רעיונית", הנקבעת בהתאם לנתונים סטטיסטיים, או, נטישת שיטת הידות וניכוי "הוצאות מוגברות" (הרעיון הוא שאדם חסר תלויים יוציא יותר כי אין מי שתלוי בו בנוסף, ההוצאות של אדם בעל תלויים משרתות את הבית כולו).

ביהמ״ש החליט כי שיטת ״משפחה רעיונית״ יותר מידי ספקולטיבית ומצריכה לבנות מסלול חיים שלם עבור הילד. הוחלט שעבור מי שאין לו תלויים – הפיצוי יהיה 30% מהשכר הממוצע במשך (לאחר ניכוי החיסכון והקיום). הפיצוי יינתן בגין 46 שנה (21-67).

מי שיש לו תלויים – יחושב לפי שיטת הידות כולל הוספת ידת חיסכון.

אין פיצוי בגין שנים אבודות בצבא – אף אחד לא יישא בעלויות אלו.

**ברששת נגד האשאש:**

המערערת נפגעה בתאונת דרכים בין אוטובוס של חברת אגד (עליו נסעה) לבין אוטובוס של חברת דן, ונקבעה לה נכות של 25% לצמיתות. לפני כן, התפרנסה מתמיכות ממשרד הסעד. היא תבעה את נהגי האוטובוסים והחברות בביהמ"ש המחוזי ונפסקו לה פיצויים בגין כאב וסבל, הוצאות רפואיות וחפציה שאבדו בעת התאונה. הטענות לפיצוי על אובדן השתכרות עתידי ולשכר עבור עזרה במשק הביתה לעתיד נדחו- בשל כך שלא היו קיימים לפני. מכאן הערעור.

**השופט י׳ שילה:**

ראש הנזק אבדן השתכרות הינו בעייתי. 3 שלבים שעוזרים לבחון את הזכאות לפיצוי:

א. קביעת העובדות (לגבי העבר).

ב. הסקת מסקנות שבתחום העובדות לגבי העתיד.

ג. פועל יוצא משפטי, כלומר, מסקנה משפטית, הנובעת מהמסקנה העובדתית.

מתעוררת בפס״ד בעיה שנידונה לראשונה – **הבדל בין אבדן השתכרות לאבדן כושר השתכרות.**

* השיטה הרגילה לחשב אבדן השתכרות היא לחשב מה היה מרוויח הניזוק אלמלא המום, מה עשוי להרוויח לאחר המום וההפרש ביניהם הוא הפיצוי.

במקרים בהם אין יכולת לדעת את הדברים הללו, כמו במקרה של ילד בעצם אשר טרם נכנס לשוק העבודה , דרגת הנכות יכולה לשמש קנה מידה לחישוב אבדן כושר ההשתכרות.

פוסק כי יש לקבל את הערעור לאובדן כושר השתכרות ויש להשתמש בדרגת הנכות או לחלופין לפסוק לפי השכר הממוצע במשק או סכום גלובאלי.

**השופט ברק:** כושר השתכרות הכולל בתוכו את **פוטנציאל ההשתכרות או יכולת ההשתכרות מהווה נכס**. משנפגע נכס זה, זכאי הניזוק לפיצוי. ערכו של "הנכס" נקבע על-פי ערכה של התפוקה, שהוא עשוי להניב במשך זמן קיומו.

ישנן 2 גישות:

**הגישה המוחשית -** על-פי גישה זו, השאלה אינה, מה, עקרונית, עשוי היה הניזק להשתכר לולא מעשה הנזק, אלא השאלה היא, מה, הלכה למעשה, הוא היה משתכר לולא מעשה הנזק. הדבר תלוי בקיומו של סיכוי שאינו היפותטי כי הניזוק היה משתכר בעתיד לולא התאונה וכי התאונה פגעה בהשתכרות זו.

**הגישה המופשטת -** השאלה אינה, מהי ההשתכרות שהניזוק היה מפיק, הלכה למעשה, אלא מהי ההשתכרות שהוא יכול היה להפיק. גם על-פי גישה זו יש לבחון את סיכויי ההשתכרות בעתיד, אך זאת לא לשם ההכרה בעצם זכותו של הניזק לפיצויים, אלא אך באשר לקביעת שיעורם של אותם פיצויים.

השופט י׳ שילה תומך בגישה המופשטת. ברוב המקרים שתי הגישות יובילו לאותה תוצאה וזו הסיבה שטרם עמדו על ההבדלים בין אובדן כושר השתכרות לבין אבדן השתכרות. גם בהקשר של קטין, שתי הגישות מובילות לאותה תוצאה. ההבחנה רלוונטית רק במצב בו ניזוק אדם שאינו משתכר כלל או המשתכר מתחת ליכולתו האובייקטיבית ובטרם נפגע לא היה כל סיכוי כי ישתכר בעתיד או כי יגביר את ההשתכרות בעתיד (המקרה של המערערת). במקרה זה לפי הגישה המוחשית – **אין היא זכאית לפיצוי, אין כל סיכוי ממשי שתעבוד אחרי התאונה הלכה למעשה**. אך לפי הגישה המופשטת – הסיכוי שהיא תחזור לשוק העבודה הינו ממשי ואינו בגדר ספקולציה, אמנם הסיכוי הוא לא גדול ולכן הפיצוי לא צריך להיות גדול אבל אכן קיים סיכוי כזה.

ברק פסק פיצויים גלובאליים בגין אובדן כושר ההשתכרות ודוגל בגישה המוחשית, טוען כי קיים סיכוי שהיא תנצל את יכולת עבודתה.

ברק טוען כי השופט שילה טעה בכך שאמר כי ניתן לקבל פיצויים בגין אבדן כושר השתכרות לפי השיטה המופשטת מאחר והוא מפצה על נזק שלא קרה ולא יתרחש בעתיד ואין זה תואם את מטרת הפיצויים. ברק אומר כי נכון שלאדם היכולת לבחור לעשות כרצונו עם מה שהפיק מנכס כושר העבודה ולכן יכול האדם לתרום את הכסף ולעשות כרצונו, אך אדם אשר לא בחר לעבוד כלל כלומר לא לנצל את ההנאות המופקות מכושר השתכרותו אין הוא זכאי לאבדן זה. ערכו של זמן העבודה הוא כמו ערכו של הזמן הפנוי אשר אם נפגע זמן זה זכאי הנפגע לפיצוי בגין אבדן הנאות החיים אבל לא בגין אבדן השתכרות. כלומר, כאשר אין סיכוי שאדם היה רוצה לנצל את כושר השתכרותו אך זה נמנע ממנו לאור התאונה, זכאי הוא לפיצוי בגין הגישה המוחשית.

* **ברק קובע כי יש סיכוי, למרות שהוא קטן מאוד, שתחזור לעבוד בפועל ולכן פוסק לה פיצוי מצומצם יחסית.**
* **סיכום ההלכה:** קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו, לביןמה שהיה משתכר אלמלא המום. **השתכרות הניזוק טרם לתאונה היא אינדיקטור חשוב היכול להצביע כיצד היה משתכר בעתיד אלמלא התאונה**. אם ניזוק לא השתכר טרם לתאונה יש לבחון, לפי הגישה המוחשית, עובדתית אם יש סיכוי שאדם יצא לעבוד. **צריך להתחשב בכל סיכוי שהוא! גם פחות מ50%! ולפסוק את הפיצוי בהתאם.**

אבדן **כושר** השתכרות- קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו, לביןמה שהיה משתכר אלמלא המום.

**\*השתכרות הניזוק טרם התאונה-אינדיקטור חשוב אך לא היחידי.**

\*אדם שלא עבד לפני התאונה:

-גישה מופשטת – השתכרות כנכס(שילה)

-גישה מוחשית– השתכרות בפועל (ברק ולנדוי)

יש לפסוק לפי סיכוי החזרה לעבודה.

**מקרים בהם קיימות אינדיקציות ליכולת השתכרות עתידית:**

**הערכת השתכרות לעתיד במקרה של ילד שניזוק:** הכלל -השכר הממוצע במשק באין אינדיקציה אחרת.

**פס״ד ג׳ון כהן –**

**האם יש לקחת בחשבון את המצב הסוציו-אקונומי הגבוה של הניזוק ליכולת השתכרות עתידית?**

ביהמ״ש קובע שכן.

המשיב הגיע עם קבוצת נערים ונערות מארה"ב לטיול מאורגן ברמת הגולן והקבוצה טיילה בשביל שבכניסה אליו נכתב שההליכה בו אסורה. כתוצאה מכך, נפל המשיב אל התהום ונפגע באופן חמור (חוסר הכרה, שברים, דימום) ונקבעה לו נכות של 100% שכן נגרם לו נזק מוחי. ביהמ"ש קמא קבע שהשביל היה מסוכן ואסור להליכה. כמו כן, קבע כי המדריך לא הסביר כראוי לקבוצה על הדרך ולא הזהירם. התביעה אושרה אל מול המדינה, הרשות המוסמכת וכנגד החברה להגנת הטבע.

בביהמ"ש קמא נקבע (בהתבסס על גישה שננקטה ע"י השופטת בן-פורת) כי יש להעריך את הנזקים עפ"י הגישה האמריקנית- שהיא בעלת הזיקה החזקה ביותר למקרה דנן. נקבעו לו פיצויים בגין הוצאות רפואיות בארץ ובארה"ב, שהות אימו בארץ, טיסות של הוריו, הוצאות משפט, כאב וסבל ועוד. בנוגע לנזק בגין אובדן השתכרות ביהמ"ש קמא קבע כי המשיב התכוון ללמוד משפטים ולעסוק בעריכת דין- ולפי נתונים אלו חושב שכרו הפוטנציאלי בארה"ב.

המערערות משיגות על חלוקת האחריות ביניהן, על כך שלא אושרה תביעה כנגד החברה דרכה נרשם המשיב לטיול ועל אי-קביעת אשם תורם למשיב. כמו כן, מתלוננות על קביעת הפיצוי ללא ניכוי תשלומי חברת הביטוח והביטוח הרפואי של ארה"ב, על הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות (בין אם קביעת השכר הפוטנציאלי ובין אם ההנחה על עתידו כעו"ד) ועל קביעות נוספות.

עוולה שבוצעה בישראל ופיצוי שניתן בישראל אך הניזוק הוא זר. נקודת המוצא הינה שהערכת הנזק תעשה לפי המבחנים הקבועים בישראל מטעמי שיוויון. עם זאת, הפיצוי נועד להחזיר מצב לקדמותו ולכן ההערכה תכלול נתונים שמקורם בחו״ל כך גם הוצאות הרפואיות שהוצאו בחו״ל.

* פיצוי בגין כאב וסבל: לא ניתנו ראיות מספקות לקביעת הסכום שנקבע בביהמ"ש קמא. השופט לוין מפחית את הסכום מ250,000 דולר ל60,000 דולר.
* נזקים מיוחדים ניתנו בנוסף: הפסד הכנסות של אם ואב המשיב, החזקת המשיב במוסד.
* פיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות – מאחר והגיע ממעמד סוציו אקונומי גבוהה זכאי לקבל יותר. נקבע כי יש לחשב זאת לפי המקום בו הוא חי – ארה״ב זאת נוסף לקביעה כי כוונת המשיב הייתה ללמוד משפטים ולעבוד כעו״ד. עם זאת, נקבע לו אובדן השתכרות של שותף בפירמה של עו"ד והדבר לא הוכח כראוי לכן, הופחת הפיצוי.

בגלל שהוא נמצא בסביבה סוציו אקונומית גבוהה, הסיכוי שלו לקבל יותר מהשכר הממוצע במשק הוא גבוה ולכן מגיע לו לקבל יותר.

אם מקבלים את ג׳ון כהן אז מה עושים אבו חנא? זה מבטל את הסימטריה.

**פס״ד ״מגדל״ חברה לביטוח בע״מ נ׳ אבו חנא**

המשיבה נפגעה בתאונת דרכים כשהייתה בת חמישה חודשים ונקבעו לה אחוזי נכות על סך 43.7%. ביהמ"ש המחוזי שיער את נזקיה, בין היתר את אובדן כושר ההשתכרות. עבור ראש נזק זה נפסק לניזוקה סכום גלובלי של כ585,000 ₪ (גם בגין הפסד פנסיה ותנאים סוציאליים) שחישובו התבסס על השכר הממוצע במשק, השכר הממוצע בכפר בו היא גרה והרקע הסוציו אקונומי שלה. מהסכום הופחת 41,721 ₪- קצבת ילד נכה. עם זאת לא הופחת סכום נוסף בשל הסברה של המחוזי כי היא לא תהיה זכאית לקצבאות נוספות מכאן ערעור וערעור מנגד.

בית המשפט המחוזי, שדן בתביעת הפיצויים שהגישה המשיבה, אמד את נזקיה**. האם יש לקחת בחשבון מצב סוציו-אקונומי נמוך?** חברת הביטוח טוענת שהסיכוי שהתינוקת הייתה יוצאת לעבוד אפסי. אם המטרה היא צדק מתקן, ויש לשאוף להחזיר את המצב לקדמותו, יש לקחת בחשבון את המצב. לפי הלכת ג'ון כהן, יש להתחשב במצב הסוציו-אקונומי וזו דרישתה של חברת הביטוח. **השופט ריבלין-** מבחין בין שני סוגי קטינים, אלה שקרובים לתקופת הילדות ואלה שקרובים לתקופת הבגרות. למשל- אם הייתה קרובה לסיום תעודת בגרות היה יותר קל להגיד מה יהיה בעתידה. אולם לא יודעים להעריך לחיוב מה יהיה איתה, אך דווקא משום שהיא צעירה, לא ניתן גם להעריך לשלילה שהיא לא תצא לשוק העבודה. יש לתת לכל אדם לכתוב את סיפור חייו ואסור לעשות הבחנות על רקע מצב סוציו-אקונומי נמוך. הלכת ג'ון כהן רלוונטית יותר כאשר הקטין מבוגר יותר (ג'ון כהן לומד, לקראת סיום תיכון לעומת זאת, אבו חנא ילדה קטנה ולא יודעים אם היא כן תסיים בגרות או לא, אם היא תעבוד או לא וכדומה). יש לתת לה את השכר הממוצע במשק. פס"ד זה משקף עקרונות של אוטונומיה וצדק חלוקתי. כאשר ישנה עמימות, יש לקחת אותה לטובת הנאשמת.

אם יש שימוש בנתונים שנותנים אינדיקציה יש לעשות זאת מעל לשכר הממוצע במשק ולטובת הנפגע.   
**אלו עקרונות ומטרות של דיני הנזיקין משתקפים בפסיקתו של ריבלין?**

אוטונומיה וצדק חלוקתי- זהו פס"ד של צדק חלוקתי, יש רצון לקדם את המגזר החלש בלי להתייחס לאדם הספציפי, למרות שהסיכוי כי היא הייתה מקבלת שכר ממוצע נמוך ניתן לה פיצוי מרצון לקדם אוכלוסיות מסוג זה.

צדק מתקן- ריבלין אומר שזה צדק מתקן, כי זה הערכת סיכויים והחזרת המצב לקדמותו, שמצרפים את העובדה שיש עמימות כי היא ילדה קטנה, היא פחות לרעתה מאשר אם הייתה בוגרת, מגיע לה לכתוב את סיפור חייה ולכן ניתן לה יותר מהסיכוי הסוציואקונומי שלה.

ריבלין מבחין בין שני סוגי קטינים, אלה שקרובים לתקופת הילדות (אבו חנא) - אין להפחית פיצויים בגין מצב סוציו אוקונומי נמוך. המינימום הוא השכר הממוצע במשק.

ואלה שקרובים לתקופת הבגרות (ג׳ון כהן) – יש אינדיקציה רחבה יותר.

**בוחן 2:**

**הגבלה על פיצויים**

סעיף 5(א) לחוק אחריות למוצרים פגומים

**פיצויים**

5.    (א)  בחישוב הפיצויים לפי חוק זה בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה ערב קביעת הפיצויים; היו הפיצויים פטורים ממס הכנסה, יחושבו הפסדי הנפגע לענין פיצויים אלה לפי הכנסתו לאחר ניכוי מס הכנסה החל עליה בעת קביעתם, ובלבד שההפחתה בשל ניכוי המס כאמור לא תעלה על 25 אחוזים מן ההכנסה שלפיה חושבו פיצויים אלה.

החוק קובע פיצויים כמעט אוטומטים למי שניזוק נזק גוף ממוצר. מצד שני, עומדות לייצרן כמה הגנות שאם הן מתקיימות עומדות לו פטור מלא או הפחתה מהנזקים שהתקיימו.

סעיף 4(א)(1) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים

**תרופה על נזק גוף**

4.    (א)  על זכותו של נפגע לפיצוי על נזק גוף יחולו הוראות סעיפים 19 עד 22, 76 עד 83, 86, 88 ו-89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן - פקודת הנזיקין), ואולם –

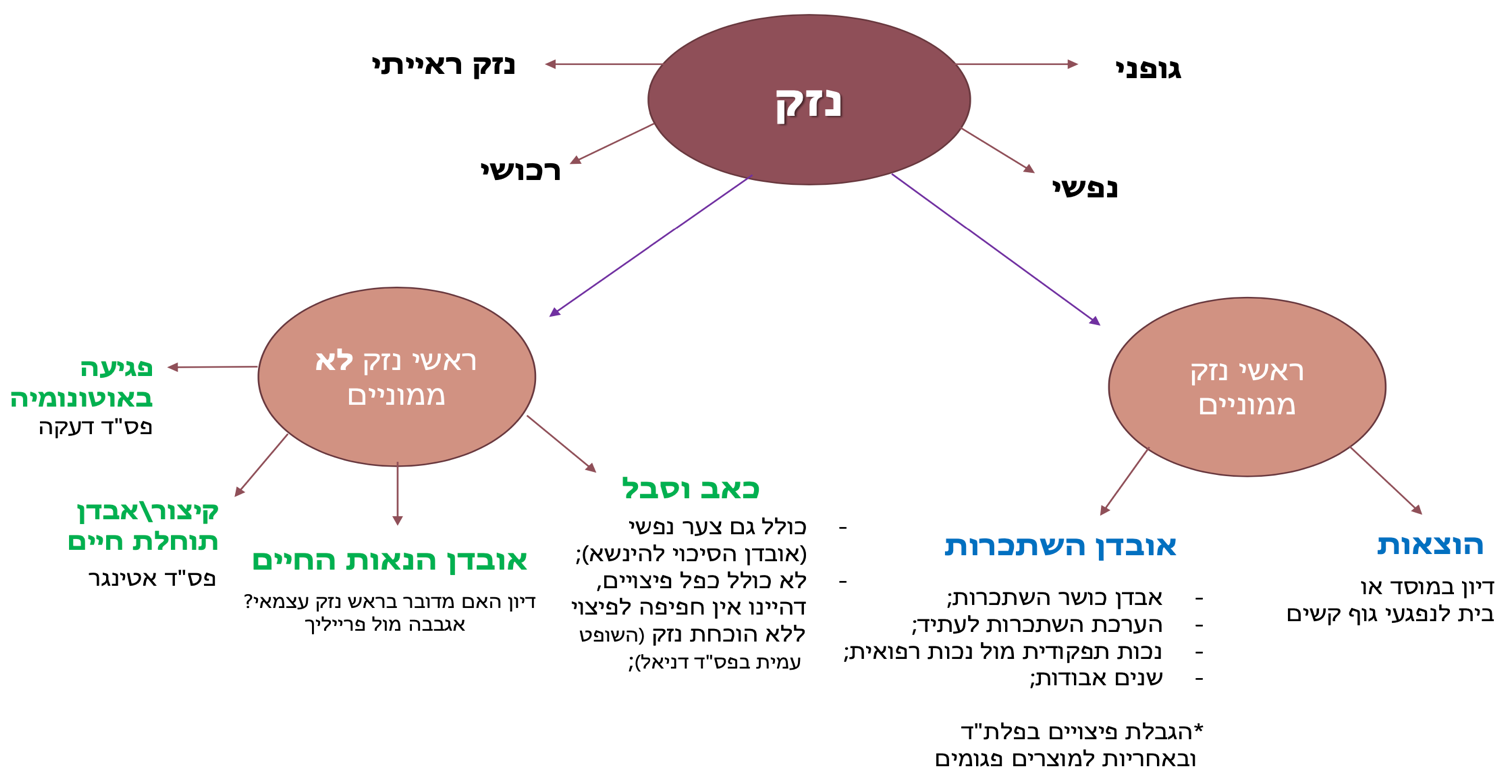
**(תיקון מס' 5) תשמ"ה-1985**

(1)   בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק (להלן - הכנסה מרבית); היה שיעור אבדן השתכרותו ואבדן כושר השתכרותו של הנפגע פחות ממאה אחוזים, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים;

לענין פסקה זו, "השכר הממוצע במשק" - השכר הממוצע במשק לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או השכר הממוצע כמשמעותו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, כפי שהם ערב קביעת הפיצוי, הכל לפי הגבוה יותר

הגבלת הפיצויים עד לפי שלוש מהשכר הממוצע במשק במקרים של אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות, כל סעיף במסגרת החוק שלו.

1. **ראש נזק לא ממוני מסוג כאב וסבל, הכולל גם צער נפשי:**

******

**ראשי נזק לא ממוניים:**

1. **כאב וסבל -** פיצוי בגין תחושות של חוסר-נוחות פיזית או מיחושים, הנגרמים לניזוק כתוצאה מפציעתו, וכן בגין כל פגיעה נפשית, כגון צער, עצב או עגמת-נפש, אשר נגרמה לו עקב הפגיעה.
2. **פגיעה באוטונומיה**
3. **קיצור תוחלת חיים- 2 אפשרויות-** אפשרות ראשונה, כאשר אדם נפגע ויודע שהוא הולך למות היום או בעוד שנתיים יש לו צער על קיצור תוחלת חייו. אפשרות שניה, אדם מת מיד באותה התאונה.במקרה השני, הפסיקה מעניקה פיצוי גם על אותה שנייה שבה אדם ידע שהוא הולך למות כי הוא חש כאב וסבל. **האם זה ראש נזק עצמאי או חלק מכאב וסבל?**
4. **אובדן הנאות חיים-** פיצוי בגין פגיעה באיכות החיים של הניזוק או בשל ערך החיים עצמם, בגין אבדן תחושות העונג, הסיפוק ונחת הרוח הקיימות ברגיל לאדם במהלך חייו. ראש הנזק הזה עשוי לכלול פיצוי בגין מגוון רחב של פעילויות הנמנעות מן הנפגע, ואשר ברגיל מסבות לאדם אושר (היעדר יכולת לעסוק בתחביב מסוים, פעילות חברתית, משפחתית וכו׳). **מדובר בפס"ד אגבבה. ריבלין רוצה להכיר באובדן הנאות חיים כראש נזק עצמאי אבל משאיר בצריך עיון. פס״ד פריליך – לא ראש נזק עצמאי.**

השופטים כל הזמן משאירים את ההכרעה לגבי ראשי נזק לא ממוניים בצריך עיון. למה בעצם זה משנה? **למה השופטים נמנעים מלהכיר בראשי נזק מסוג נזק לא ממוני?** זה עניין יותר פסיכולוגי. כשיש יותר ראשי נזק תחת נזק אחד כנראה יפסקו יותר פיצוי. לעומת אם למשל גם קיצור תוחלת החיים וגם אבדן הנאות החיים יכנסו תחת כאב וסבל.

**ביהמ"ש צריך לכמת בעצמו את גובה הנזק.**

כאב וסבל: כאב פיזי אבל גם צער נפשי: טראומה, חוסר יכולת לישון עקב התאונה, דוגמת סרבנות גט.

כיצד ניתן לכמת נזק לא ממוני מסוג צער וסבל נפשי? בעיית הערכה וחברות הביטוח

1. בעיית הערכה – קשה להעריך את רמת הכאב של אדם.

2.איך אפשר לדעת שאנשים לא מרמים? בעבר היה יותר קשה ואילו היום יש מרפאות כאב, בדיקות שינה וכו׳. חברות הביטוח פוחדות מתרמית, קיימות כמה אפשרויות:

- חוק פרטי מטעם חברת הביטוח לבדוק את המבקשים, האם יכול ללכת או לא וכו׳. יש לזה השלכות כספיות וגם חברתיות (חוסר אמון למשל). ההשלכות הכלכליות לשלם לחוקרים יגולמו לאזרח ואז זה ייקר את הביטוח ויצור בעיה כלפי האזרח.

-הצהרה לשלם מכס – מסלול אדום וירוק, מי שנתפס משלם כפול. כך מתמודדים עם בעיית העלויות, כאשר יש חשד מסוים ובודקים אותו וקונסים אותו יתרה על רמאות.

-מה קורה היום? כל מערכת, בנקים, ביטוח וכו׳, מביאים בחשבון רמה מסוימת של תרמית ומגלמים את זה במחיר המוצר. בכך נוצר **פיזור הנזק**.

**חידוש בנזק נפשי - פס״ד גורדון פס׳ 31-36 – השופט ברק + אירועון 5:**

* קבע לראשונה כי ניתן לתבוע על נזק נפשי שהוא אינו נזק פסיכיאטרי כלומר, סוג של ״עוגמת נפש״. על פי ההגדרה של ׳נזק׳ לפי ס׳ 2 לפקודת הנזיקין נזק יכול להיות פיזי או לא מאחר וכתוב אובדן רווחה או אבדן נוחות כפי שהתקיים במקרה זה.
* במסגרת עוולת הרשלנות קיימת חובת זהירות מוגשים גם בעניין נזק לא רכושי. ברק אומר כי כאשר הנזק צפוי (טכנית) אז צריך לצפות אותו(נורמטיבית) אלא אם שיקולים של מדיניות משפטית אומרים אחרת. מטרת עוולת הרשלנות היא להגן על הניזוק מבחינת נזק רכושי ולא-רכושי.
* לא לכולם זכות תביעה, על פי כל שיקול של מדיניות משפטית קיימת החובה (נורמאטיבית) לצפות מראש נזק לא-רכושי למי שנופל במעגל הסיכון הראשון כלומר זה שכלפיו כוונה פעולה מזיקה (גורדון). כלומר נזק לא רכושי יהיה בר פיצוי אם עפ״י מבחן הצפיות ניתן וצריך לצפות אותו בשל התרשלות.

**תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיאירועון 6:**

עוולה – תפיסת מקום חניה.

נזק – נזק רכושי, הפסד של עסקת ענק.

קשר סיבתי – בשל תפיסת מקום החנייה אבדה העסקה.

קיימת כאן בעיה עם נוסחת האחריות הניזיקית:

תפיסת מקום חנייה הוא מעשה לא מכבד ברמה חברתית אך לא בהכרח מהווה עוולה.

עניין הצפיות, שרית לא יכלה לצפות שזה הנזק שיגרם בעקבות תפיסת החנייה.

לא בטוח שהתקיימה כאן עוולה פרטיקולרית

אם נטען נזק נפשי – ההגנה תטען לפי ס׳ 4, מעשה של מה בכך.

אם נטען נזק רכושי - ביהמ״ש לא יחייב את שרית לשלם מיליונים על הנזק בנוסף, לא בטוח

שהיפנים בכלל היו מאשרים את העסקה ויש לבדוק מה החלק ששמוליק היה מקבל מהעסקה.

דרך נוספת: בדיקת ההסתברות ששמוליק היה מצליח לכרות עסקה עם היפנים.

**דוגמת פיצוי בגין סרבנות גט - פס״ד כ.ש נ׳ כ.פ:**

יחסי זוג חרדי עם שישה ילדים עלו על שרטון. האישה הגישה תביעה לגירושין, התהליך נמשך זמן רב והזוג הלך לרבנים רבים על מנת שיישבו את המחלוקת ביניהם, ללא הצלחה. האישה מסורבת גט במשך 12 שנים והיא הגישה תביעה לפיצויים על סך 3 מיליון ₪ כנגד בעלה בגין הנזקים שנגרמו לה מסרבנותו- עוגמת נפש, בושה, סבל, בדידות וצער בשנות ההמתה, אובדן הנאות החיים, פגיעה באוטונומיה ואובדן הסיכוי להינשא ולהביא ילדים לעולם וכן בגין הנזק הכספי שנגרם לה מהתהליך. כמו כן, האישה טענה לאלימות מצד הבעל.

מטרת הסעד המבוקש, היא לשפות את האישה על נזקים ניכרים שנגרמו לה, כתוצאה משנים

ארוכות של עגינות, בדידות ומצוקה נפשית שכפה עליה בעלה.ו

* סמכות דיונית – התביעה אינה מתעסקת בזירור מתן הגט או מתערבת בחיי הנישואין. התביעה

נזיקית בלבד, הסמכות לפסוק פיצויים נזיקיים או חוזיים - אזרחיים - היא של בית משפט אזרחי ולא דתי, ולענייננו בית המשפט לענייני משפחה ולא של בית הדין הרבני. ולכן אין מחלוקת האם ביהמ״ש רשאי לדון בתביעה.

* העילה אשר בגינה מסורבת גט תובעת את בעלה: ניסו לבחון דרך הפרת חובה חקוקה אך ללא הצלחה (בהמשך נראה שניתן לקבל זאת). התשובה - **מכוח עוולת הרשלנות**. ישנה חובת זהירות מיוחדת בין בני זוג, יותר גבוהה. הבעל התרשל מלאחר הפסק דין הרבני שבו הוטלה עליו חובה להתרגש ועד ליום הגשת התביעה, הבעל משך אותה מרב לרב והיתל בה במשך שנים ארוכות. הוא סטה באופן ניכר מסטנדרט ההתנהגות הראוי. שעה שיכול היה לצפות את הנזק שייגרם כתוצאה מההפרה, לכבודה של האישה, למעמדה בחברה, לחירותה ולנפשה.
* הכרעה: ביהמ״ש בוחן הענקת פיצויים עבור נזק לא ממוני בלבד ומחליט לתת לה פיצוי על אלו:

**פיצויים מוגברים –** יינתנו בשל אופי הפגיעה הייחודית והמשפילה בו, שהיה בה כדי להגביר את נזקו. יינתן בגין פיצוי לא ממוני, בעיקר פגיעה ברגשות. אופי עונשי, המזיק מחויב לשלם יותר על הנזק. פגיעה בזכות להתחתן, פגיעה ביכולת להביא ילדים עם מישהו אחר (נפסק כי פגיעה זו הינה נמוכה מאחר ויש לה 6 ילדים), פגיעה ביכולת להנות מחיי אישות, בידוד חברתי, פגיעה במוניטין, ראשי נזק לא מוחשיים (בושת, כאב וסבל, השפלה), פגיעה באוטונומיה.

* הפיצוי משתנה ממקרה למקרה, למשל: אם אישה קרובה לגיל שבו לא להביא ילדים וכו׳. במקרה דנן מדובר באישה חרדית ולכן הפיצוי על היותה עגונה רב יותר כי לא יכולה להמשיך בחייה.

תביעה נזיקית בגין סרבנות גט כקלף מיקוח:

בית הדין לא יכול לכפות על הבעל לתת גט אלא רק לצוות עליו. האישה תובעת תביעה נזיקית ובכך יש לה קלף מיקוח, היא תקבל פיצוי כספי ובכך תוכל ליצור מעין עסקת חליפין ולקבל את הגט. שופטים נותנים לעיתים פיצוי גבוה יותר מהסיבה הזאת. ישנם סרבני גט אידיאולוגיים ואז מאוד קשה לשכנע אותם ויש סרבני גט מתוך רצון של שליטה, וכאן פיצוי גבוה יעזור וישווה את הכוח בין הגבר לאישה - סרבנים כלכליים, הכאה של הסרבן בכיסו עשויה לתת גט. **מטרה:** השוואת כוח המיקוח של האישה וקבלת הגט הלכה למעשה

**מטרות דיני הנזיקין במקרה:**

צדק חלוקתי – נשים עגונות נחשבות כאוכלוסייה חלשה, המטרה היא לעזור להן במצב זה.

**סרבנות גט –** תמיד הצד המסרב יחשב כצד החזק גם אם הוא עני. מביאה לידי ביטוי 2 ממטרות אלו, צדק חלוקתי על מנת ליצור שוויון בין נשים לגברים וגם הרתעה יעילה ככל שניתן להגיש תביעות נזיקין בגין סרבנות גט וככה סרבני גט פוטנציאליים יירתעו מעצם הסירוב. עניין זה יכול להתנגש עם מטרת הצדק המתקן במידה ויפסקו פיצוי גבוה יותר על מנת להרתיע/צדק חלוקתי.

גט מעושה

מכיוון שהבעל צריך לתת את הגט מרצונו שלו, יש חשש שכל אמצעי חיצוני יהפוך את הגט ל״גט מעושה״ -גט הניתן שלא מרצונו החופשי של הגבר ואינו נחשב גט כביל בהלכה היהודית. ישנו חשש שפסיקה כזו המעניקה פיצויים למסורבת תעשה את הגט, שכן אמצעי כפייה מסוימים נגד הסרבן אפשריים **רק בתנאי שהם לפי ההלכה היהודית** ומי שמורה עליהם הוא מי שיש לו סמכות הלכתית. נדון בהרחבה במאמר של שמואלי.

**פיצוי עבור קבלת שירותי ליווי – פס״ד פלוני נ׳ מגדל:**

המשיב נפגע בתאונת דרכים ונקבעו לו נכויות שונות. ערעור זה מתמקד בשאלת שיעור הפיצוי. נקבעו למשיב נכות תפקודית ונפשית ומתוך כך ביהמ"ש המחוזי פסק עבורו 5,500,000 ₪ פיצויים עבור טיפול בבעיות תפקוד מיני (טיפול תרופתי ושירותי ליווי), אובדן השתכרות, מחיה ועוד. המחלוקת בין הצדדים הינה על סכום הפיצויים. כמו כן, המשיבה טוענת כי הנכות הנפשית שנגרמה למערער אינה כתוצאה מהתאונה.

ישנן דעות חלוקות עבור תשלום פיצויים בגין שירותי ליווי. חלק אומרים שזה נוגד את תקנת הציבור ואין זה נחשב כטיפול רפואי. ריבלין אומר כי אין הוא חשוב שזה תואם את עקרונות דיני הנזיקין ועקרונות המשפט הישראלי.

* הקושי - מצב תעשיית הזנות בישראל מציב קושי בפני ״השבת המצב לקדמותו״ כפי שמבקש הניזוק, עקרון זה אינו מנותק מהחברה ומהעקרונות המקובלים בה אשר פורסים ״מטרייה נורמטיבית״ מעל המשפט. כאן העקרונות באים לידי ביטוי מתוך עקרון תקנת הציבור אשר עשוי להשפיע על עקרון השבת המצב לקדמותו כאשר המצב הקודם שאליו מבקש הניזוק להגיע כרוך באי חוקיות או בפגיעה בערכי היסוד של החברה. נפסק כי דיני הפיצויים עצמם אינם מכירים בפסיקת פיצוי בגין ראש נזק ממוני של שירותי לווי אולם אכן פסקו פיצוי בגין אובדן כושר התפקוד המיני.
* השופט ריבלין: טענת הנפגע אינה טענה בעלמא. יש קש"ס משום שהוא באמת לא יכול לקיים יחסי מין באופי ספונטני אלא צריך עזרה מקצועית ולכן מגיע לו פיצוי.
* פיצוי בגין נזק לא ממוני, אבדן הנאות החיים - הוא מחליט לעשות "משחק" בנוסחת האחריות הנזיקית. **הוא לא יכול להגיד שזה פיצוי על נזק ממוני עבור "שירותי ליווי" אלא מעניק את הפיצויים על נזק לא ממוני, אי היכולת לקיים יחסי מין – כך הבחירה נותרת ביד הניזוק כיצד לנצל את הכסף.**
* הבעיה בהלכת ריבלין – פתרון זה מוסרי למקרה הספציפי אבל יוצר בעיה למקרים עתידיים. העברת שירותי הליווי תחת נזק לא ממוני יוצר אפקט זוחל של ״כרסום״ מאחר ולא ניתן להוכיחו לפי קבלות וכי יש עניין פסיכולוגי שמה שנכנס תחת ראש נזק לא ממוני יקבל פיצוי מועט יותר, זה לרוב משהו די עמום שקשה להעריכו. ריבלין הרחיב את הנזק הלא ממוני ובכך יצר תקדים אשר לא בהכרח יסכימו איתו שופטים אחרים.
* הכרעה – ריבלין משנה את סכום הפיצויים ומעניק פיצוי בגין אי יכולתו לקיים יחסי מין באופן ספונטני תחת ראש נזק לא ממוני, אבדן הנאות החיים.

**הגבלה על פיצויים**

סעיף 5(ב) לחוק אחריות למוצרים פגומים:

ב.  פיצויים לפי חוק זה בשל נזק שאינו נזק ממון לא יעלו על חמישים אלף שקלים; שר המשפטים רשאי, בהתייעצות עם שר האוצר ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, להגדיל את הסכום האמור; הסכום יהיה צמוד למדד המחירים לצרכן מיום קבלת חוק זה בכנסת או מיום הגדלת הסכום, לפי הענין.

קיימת הגבלה לפי חוק האחריות למוצרים פגומים בגין נזק שאינו ממוני – 50 אלף ש״ח.

סעיף 4 (א)(2) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונת דרכים:

(2)היו הפיצויים האמורים פטורים ממס הכנסה יחושבו הפסדי הנפגע לענין פיצויים אלה לפי הכנסתו לאחר ניכוי מס הכנסה החל עליה בעת קביעתם, ובלבד שההפחתה בשל ניכוי המס כאמור לא תעלה על 25 אחוזים מן ההכנסה שלפיה יחושבו פיצויים אלה.

תקנות פיצויים לנפגעי תאונת דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו ממון)

אין צורך להכיר את פרטי התקנות, צריך רק לדעת שיש שם תקרה עבור נזק שאינו ממוני.

**ראש נזק לא ממוני מסוג אבדן הנאות החיים – פס״ד אגבבה:**

פס"ד פריליך - אובדן הנאות חיים הוא לא ראש נזק עצמאי.

פס"ד אגבבה- אוביטר של השופט ריבלין: אובדן הנאות החיים הוא ראש נזק עצמאי

מה זה משנה אם זה ראש נזק עצמאי או לא?

ניר בן ה11 טבע בבריכת שחיה במסגרת קייטנה מטעם הפנימיה בה למד, לילדים בעלי צרכים מיוחדים. בעקבות פעולות ההחייאה ליבו חזר לפעום אך הוא נותר מחוסר הכרה. 10 ימים לאחר כן נפטר. בבימ"ש קמא הוטלה האחריות של הפנימיה, המתנ"ס והמציל למותו.

השופט ריבלין:

* אבדן הנאות החיים, **מחלוקת –** בישראל: אובדן הנאות החיים הינו חלק מראש הנזק של כאב וסבל. באנגליה וארצות אחרות: סוברים שזה הוא ראש נזק עצמאי.
* הבעיה במקרה - ראש הנזק של 'אבדן הנאות החיים' מתאר בצורה קולעת יותר את הנזק שנגרם לנפגע כי הינו מחוסר הכרה ולכן, ספק אם אפשר לומר שחווה כאב וסבל. השאלה היא **האם יש מקום להכיר בראש הנזק של אבדן הנאות החיים בהקשר עצמאי, מקום בו מדובר בניזוק חסר הכרה?**
* ישנם 2 היבטים: **ההיבט הסובייקטיבי -** הניזוק מצוי בהכרה ומודע למצבו וכך יכול להנות ולחוש בעצמו את ההקלה בזכות. בגלל שהוא מחוסר הכרה אנחנו נדרשים לבחון את הדברים **בהיבט אובייקטיבי –** במקום שבו הניזוק חסר הכרה נדרש לבחון באופן זה. כלומר, ללא תלות בשאלת יכולתו של הניזוק ליהנות מהתחליף שהפיצוי מספק לו וללא קשר למודעתו לכך. היבט זה משמש לבחינת הפיצוי בגין קיצור תוחלת חיים.
* המתנגדים לבחינה דרך ההיבט האובייקטיבי טוענים:
* הניזוק חסר הכרה או חסר מודעות **ואינו יכול ליהנות מהתחליף** שהפיצוי מספק (גם אם מדובר בכאב וסבל וגם אם בראש נזק עצמאי של אבדן הנאות החיים).
* מקום בו אין לניזוק תחושה כלשהי – בין אם בשל היעדר הכרה בין אם בשל היעדר מודעות – **לא נגרם נזק** וממילא אין מקום להכיר בפיצוי (טוענים כי זה בגדר פיצויים עונשיים במצב כזה).
* **הערכת הפיצוי.**
* התומכים לבחינה דרך ההיבט האובייקטיבי טוענים:

ניזוק שנותר מחוסר הכרה מפסיד את החיים עצמם, ולא רק את הרווח שהיה צפוי לו אילו המשיך לעבוד למחייתו. ככל שמכירים **בערך החיים עצמם כנזק** שנגרם לניזוק, היעדר הכרה בהיבט האובייקטיבי יוביל להרתעת חסר ולפיצוי חסר שתפגע בתמריץ של מזיקים להתנהל באופן לא רשלני. בנוסף, עניין הכימות - נותר לטיפול ביהמ״ש, כל חוויית חיים חיובית ניתנת לביטוי בפיצוי בשיעור מסוים ולכן במובן הזה אבן הנאות החיים לא שונה מראש נזק אחר.

* הכרעה - **ריבלין תומך בהכרת "אובדן הנאות החיים" כראש נזק עצמאי היכול לעמוד בבחינה אובייקטיבית.** עם זאת, הפיצויים שנפסקו במקרה זה אכן מבטאים בגבולות הסביר את הפגיעה הבלתי-ממונית הקשה נגרמה לניר במקרה שלפנינו, הן במהלך הטביעה הן לאחריה. ובנסיבות אלה, לא הייתי רואה להתערב בשיעור הפיצויים שנקבע.

**מטרות דיני הנזיקין:**

הנזק המדובר פה הוא ערך החיים עצמם. אם לא יינתנו פיצויים לאדם אשר מחוסר הכרה, כלומר יבחנו אותו לפני ההיבט הסובייקטיבי בלבד, זה יהיה נוגד את **מטרות דיני הנזיקין – גם מבחינת צדק מתקן וגם מבחינת הרתעה יעילה.**

**ראש נזק לא ממוני מסוג קיצור תוחלת החיים – פס״ד אטינגר:** פס׳ 81-84

מיכאל אטינגר ז"ל שיחק עם חברו באתר משחקים ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים. הוא נפל לבור ארכיאולוגי בלתי מגודר, נחבל בראשו ונפטר בהיותו בן 12.

* **קיצור תוחלת חיים:** קיים לעיתים חשש לפסוק פיצוי בגין ראש נזק כגון אובדן תוחלת חיים מפני שזה משהו שקשה מאוד לאמוד ולהעריך, אבל גם הגישה הזו נחלשה והתרופפה עם הזמן.
* **יש צורך במימד אובייקטיבי לשם חישוב ראש נזק כמות אובדן תוחלת החיים-** דוגמת אורך תקופת השנים האבודות, למרות כי עדיין ישנה הקפדה כי לא יהיה מדובר על מעין חישוב "מתמטי". **הגישה המקובלת היום היא כי יש לשים דגש וחשיבות יתרה לגבי פיצוי בגין ראש נזק זה של אובדן תוחלת החיים, בייחוד כי מדובר על אובדן שאין כמותו**. **ההגדלה תתבצע ותבוא לידי ביטוי ע"י העלאת גובה הפיצויים**.
* הכרעה: השופט לא רואה צורך להתערב בגובה הפיצויים שנפסקו למנוח, מדובר על מנוח שנפטר בהיותו בגיל 12 ובהתאם לחישוב "הפסיד", כ59 שנים מחייו, על כן הסכום שנפסק לו תואם וסביר. מה גם, הסכום שחישב ביהמ"ש בדבריו אלו כולל גם את אובדן יכולת ההשתכרות בשנים הללו- "האבודות".

**האם קיצר תוחלת החיים הוא ראש נזק עצמאי או חלק מכאב וסבל?**

**פסיכולוגיה של השפיטה –** אם אומרים לשופט שזה עצמאי, הוא ייתן יותר משום שצריך לתת סכום מסוים על כל ראש נזק. ומנגד, יכול להיות שייתן יותר כאשר זה חלק מכאב וסבל כי מעורבים כמה ראשי נזק. התובע יעדיף שזה יהיה ראש נזק עצמאי.

**פגיעה באוטונומיה – עוולה,נזק או ראש נזק?**

**פס״ד דעקה:**

המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. המערערת אושפזה בבי"ח כרמל לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. זאת, ככה"נ בעקבות החלטת הרופאים בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. במחוזי תביעתה נדחתה.

טענת המערערת: המשיבים התרשלו בכך שלא קיבלו את הסכמה המודעת לטיפול בכתפה. מבקשת פיצוי ביחס לנזקי הגוף ועקב הפגיעה בזכותה לאוטונומיה על גופה.

* מקרה של רשלנות רפואית. אישה אומרת שעשו לה הליך מסוים בכתף וזה רשלנות רפואית. בית החולים כמובן אומר שזה לא רשלנות - ניתוחים לא תמיד מצליחים.
* ביהמ"ש קבע שאין רשלנות רפואית משום שכתפה הקפואה היא חלק מהתופעות של אחרי הניתוח וזה לא רשלנות רפואית. טענה חלופית יצירתית - גם אם לא הייתה רשלנות רפואית מגיעה לה פיצוי על **פגיעה באוטונומיה.**
* **הרשלנות היא לא רק בהליך** **או בתוצאה** אלא יכולה להיות גם בעצם הבחירה בדרך טיפול מסוימת או המלצה שהייתה רשלנית. כאן ביהמ"ש אומר שגם זה לא. **באופן עקרוני צריך להסביר לחולה את הפרוצדורה הרפואית.** חוק זכויות החולה מפרט יותר על דרכי מתן הסכמה.

**השופט אור -** הכיר בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי במקרים של העדר הסכמה מדעת **כפיצוי** על עוולת הרשלנות (לא עוולה בפני עצמה).

* קיימת **חובה חוזית בין רופא לחולה** לטפל בו במיומנות ובסבירות – מתן טיפול רפואי ללא הסכמה מדעת מפרה את חובת הרופא ומקימה זכות לפיצויים בעד נזקים בלתי ממוניים.
* גובה הנזק – הנזק יתבטא בעיקר בתגובתו הנפשית והרגשית של התובע לכך שנעשה בו טיפול שלא מדעת, ולהתממשות סיכונים שלא הובאו בפניו. בהערכת גובה הפיצוי יש חשיבות להפרת החובה לקבל הסכמה מודעת לטיפול - הימנעות ממסירת מידע משמעותי חמורה יותר מאי מסירה של חלק מאינפורמציה מהותית.
* כלל שהסיכון אשר לא נמסר לחולה על קיומו הוא חמור יותר מבחינת הפגיעה האפשרית בחולה וככל שהסתברות התרחשותו גבוהה יותר – עוצמת הפגיעה באוטונומיה חמורה יותר.
* הכרעה: המשיבים התרשלו בכך לא קיבלו מהמערערת הסכמה מדעת, פוסק פיצויי (עוולת הרשלנות).
* **השופטת ביניש** - לא מעוניינת להכיר בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ובמיוחד כאשר מדובר בהסכמה מדעת. קובעת כי יש לבחון את הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה במקרים מובהקים של פגיעה בכבוד האדם.

**ראש נזק של פגיעה באוטונומיה**

* אוטונומיה = יכולת הבחירה, העצמאות של האדם
* פגיעה באוטונומיה היא מצב בו נשללת יכולת הבחירה של הניזוק
* **פס"ד דעקה** - אוטונומיה היא זכות הנגזרת מכבוד האדם ויש להכיר בפגיעה בה כנזק בר פיצוי.
* החידוש:
* הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה אף כאשר אין כל נזק אחר.
* פגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ואין צורך בהוכחת הנזק (מספיק שהייתה פגיעה ולא שגרם לנזק).
* אין צורך בקש"ס. הטעם: בגלל הפרת חובת הגילוי נפגעה האוטונומיה, כל המהות של הרצון לאוטונומיה לא יבוא לידי ביטוי אם נדרוש קש"ס.
* **הנזק עצמו הוא פגיעה באוטונומיה.** היא לא באמת הסכימה ואם יש לנתבע רשלנות בכך לא אכפת לה אם היא יצאה מהניתוח בריאה או לא (הנזק לא רלוונטי). "אתה לא מחליט עלי" משקף את פס"ד דעקה. דעקה הוא חידוש **ברמה עולמית,** באף מקום לא הכירו בפגיעה באוטונומיה שהיא לא נזק נלווה.
* עוולה, נזק או ראש נזק? מאוד נדיר שביהמ"ש יקבע עוולה חדשה בפסיקה, זה יותר מדי אקטיביסטי. כאן זה לא קרה כי השופט אור טוען שזה בתוך עוולת הרשלנות.
* פגיעה באוטונומיה בתחומים שונים במשפט - מופיעה במקרים רבים בהקשר של תביעות **רשלנות רפואית**. הוכרה גם בתחומים אחרים. הולדה בעוולה (הולדה בעוולה היא חריג כי ניתן לתת גם על פגיעה באוטונומיה וגם על העדר פגיעה מדעת) פגיעה באוטונומיה נמצאת גם בדיני עונשין (עבירות מין והמתה), דיני משפחה (סרבנות גט וכפיית הורות) ועוד.
* שאלה למבחן לדוג' – האם סרבנות גט מהווה פגיעה באוטונומיה כי החליטו עליו להישאר נשוי? עד דעקה – לא היו נותנים לו, כי אין לו נזק. כיום – כן. לפי מאמרו של שמואלי - כל אדם שמסורב גט צריך לקבל פיצוי. **סרבנות גט = פגיעה באוטונומיה**. **כל החידוש של דעקה זה לתת פיצוי גם כאשר אין נזק אחר.**

גישתו המצמצמת של השופט עמית בפס"ד פלונית (2018): לא ניתן לתבוע גם בגין פגיעה באוטונומיה וגם בגין ראש נזק לא ממוני. זאת לעומת גישתו המרחיבה של השופט ריבלין (פס"ד קדוש) המאפשר זאת.

* עמית נזיקיסט מצמצם, לטענתו פגיעה באוטונומיה הפכה לסוס פרא גם בכלל הסכומים.

מתעמת עם ריבלין וסבור שיש לצמצם את ההכרה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה וכי יש להשאיר את הפיצוי על פגיעה באוטונומיה כפיצוי שיורי בלבד (אם אין פיצוי אחר), אך זה סותר את זה שהזכות לאוטונומיה היא זכות בעלת **ערך עליון.**

* הוא מוסיף כי פיצוי על פגיעה באוטונומיה יגרום לכפל פיצוי כי פיצוי זה לא ניתן על הפגיעה אלא על הרגשות בשל כך וזה עולה גם בהיעדר הסכמה מדעת.
* משיקולי מדיניות משפטית כאשר יש פיצוי על העדר הסכמה מדעת אין לברר אם יש פגיעה באוטונומיה (נסמך על דעת השופטת וילנר שכתבה דעת זו בעבר). יש כאלה שלא מסכימים עם זה, פגעת - תשלם.

**האם נזק הוא הכרחי לתביעת נזיקין?**

קיימות 2 גישות ביחס לעוולת אינן דורשות הוכחת נזק:

1. **הנזק קיים ופשוט לא צריך להוכיח אותו** – הנזק הוא חלק מנוסחת האחריות הנזיקית ולכן הוא חשוב, יש עוולת שאין בהן צורך להוכיח את נזק אבל הוא קיים. השאלה היא רק קביעת שיעור הפיצוי, יש הגיון שאם אדם לא מוכיח נזק יתנו לו פחות פיצויים מאשר שאם אדם יוכיח נזק.
2. **חזקת הנזק –** יש אפשרות שלא יהיה נזק אבל יש חזקה שהעוולה היא זאת שגרמה לנזק. חזקה ניתנת להפרחה. יש פסקי דין שמהם משתמע שיש נזיקין בלי נזק בכלל. מספיק המעשה האסור כדי לקבל פיצוי.

**יש לנו עוולות שהן עוולות ללא הוכחת נזק:**

1. **עוולת התקיפה** ס' 23 בפקודת הנזיקין.בתקיפה לא צריך להוכיח את היקף הנזק. יש חזקה שיש נזק. אם אדם מצליח להוכיח כנראה שייתנו לו יותר מאשר אם לא יוכיח נזק אבל ניתן לקבל פיצוי גם ללא הוכחה.
2. **עבירת לשון הרע-** מתוך דיני העונשין.בעבירת לשון הרע יש 2 מסלולים- עם הוכחת נזק ובלי. הפיצוי נע בהתאם, קיימת תקרה לפיצוי ללא הוכחת נזק ואילו כאשר הוכח הנזק אין תקרה.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטידוג' אירועון 7 בסילבוס -

מהו הנזק של מיטל והאם הוא בר פיצוי?

יש לה נזק והוא בר פיצוי אבל אין לה עוולה. תחרות היא חוקית בעיקרון וגם אם לא הייתה חוקית מי אחראי לזה?. אם פתחו חנות ללא רישיון מי אמר שאנחנו כמדינה אחראים נזיקית? אין למדינה כסף לשלם לפקחים להשגיח על חנויות.

**פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא ממוני - פלונית נ׳ דניאל:**

הצדדים היו חברים בקבוצה סגורה ללימודי פילוסופיה שעמדה בראשה ר"ש. לאחר סכסוך בין בן הזוג של ר"ש למשיב שעזב את הקבוצה, ארבע נשים מהקבוצה הגישו כנגד המשיב תלונות בגין מעשי אונס שארעו שנים רבות קודם לכן. הן פעלו כנגדו במספר מישורים (תביעות אזרחיות, הפגנות וכו'). ביהמ"ש המחוזי דחה את תביעותיהן שכן מצא שאלו **תלונות שווא** **שהוגשו בזדון** ונחשבות להוצאת לשון הרע. בשל כך, התקבלה תביעת הנגד של המשיב כנגד המתלוננות ור"ש ואלו חויבו בפיצויים על סך 1.3 מיליון ₪. שני הצדדים מערערים.

* **העו"ד תובע פיצוי בגין נזק לא ממוני גם מכוח עוולת לשון הרע וגם מכוח עוולת הרשלנות.**
* פס"ד עוסק המון בשאלה של גובה הפיצוי: **השופט עמית:** מאחר ביהמ״ש קבע כי הוכח נזק בלתי ממוני ופיצה את אורי בגינו, לא היה מקום לפסוק בנוסף לכך פיצוי ללא הוכחת נזק, כשמו כן הוא, ואין מדובר בפיצוי "בונוס".

**מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים: פיצוי ללא הוכחת נזק, עד לסכום הקבוע בחוק, או פיצוי על פי הוכחת נזק, שעשוי להיות הן בגין נזק ממוני (כללי או מדויק) והן בגין נזק בלתי ממוני.** יצוין כי בפועל, נוכח קשיי ההוכחה והכימות של נזק בלתי ממוני, לעיתים אין הבדל רב בינו לבין פיצוי ללא הוכחת נזק, אך לא ניתן לפסוק אותם במצטבר זה לזה. פיצוי ללא הוכחת נזק עודנו פיצוי בגין נזק, ורק רכיב ההוכחה הוא שמתייתר.

צריך לבחור מסלול אחד וללכת לפיו. האם היו מקרים של גם וגם? כן, בסרבנות גט למשל. עמית אומר לנו בעצם שפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה זה למעשה נזק נפשי. אם הוא היה מתעמת עם השופט אור הוא היה אומר לו שזה אותו נזק. הפגיעה באוטונומיה זה נזק ואתה צריך לבחור בין המסלולים. עמית בא ואומר לפי הפרשנות של שמואלי, השופט אור כתב שזה ראש נזק, ואילו עמית אומר שזה פשוט נזק חדש שזה גם מהפכה אדירה. עמית אומר שזה לא ראש נזק זה נזק. פגיעה באוטונומיה זה סוג של נזק - החידוש של אור זה לא כזה גדול, כי הלכת במסלול קיים לפי עוולת הרשלנות הגעת לנזק ובחרת בנזק נפשי, שהיא גם פגיעה באוטונומיה.

סוג שאלות שיכולות להיות במבחן - לוקחים את פסד דניאל ואת של עמית השני האם יש קשר ביניהם? איזה מהלך?

חשוב להגיד שזאת גישתו של עמית, גישה של ריבלין אומר הפוך שאפשר לתבוע על שניהם. זה לא שפסד פלונית לא קיימת. פס"ד קדוש לא נמחק אלא קיים. קדוש קודם לפלונית.

**בדיני נזיקין הגישה היא לא לפסוק לניזוק יותר מ100% פיצוי על הנזק.** מתי כן נקבל יותר מ100%?

* פיצויים עונשיים – כשמם כן הוא, אם אדם עשה משהו בזדון או אם עשה משהו באופן סדרתי יש לפסוק פיצוי עונשי.
* פיצויים מוגברים – אין החלטה ברורה מה זה פיצויים מוגברים , זה בכלל לא מופיע בפקודת הנזיקין. יש כאלו אומרים שאין הבדל בינם לבין עונשיים, מי שמדייק אומר כי פיצויים עונשיים הוא באמת עונש בעוד פיצויים מוגברים נוגעים למקרה בו האחריות על המזיק היא 100 אחוז אבל בגלל הנסיבות וההתנהגות שלו הם כ120 אחוז.
* חוק ביטוח לאומי – תמריץ לתבוע אותם.

יש בספרות 9 רציונליים שונים לפיצויים עונשיים, הוא הרציונל בפס"ד אטינגר של השופט ריבלין (עוד תרומה גדולה של השופט) שהם אפשריים העונשיים על אף שלא מופיעים בחוק.

**פיצוי ללא הוכחת נזק יינתן רק כאשר ישנו נזק וקשה לתובע להוכיחו, ולא כאשר אין נזק בכלל – פס״ד רוסו נ׳ שגב:**

במסעדת שגב נוהגים לקיים ״ערב נשים״ שבמהלכו מחלקים קוקטיילים על חשבון הבית לנשים. המבקש הגיע למסעדה באותו ערב אשר שודר בו גם משחק המונדיאל והבחין כי נשים מקבלות פינוקים ורצה גם, המלצר השיב כי אין הם זכאים לכך מאחר ומדובר ב״ערב נשים״. המבקש תבע את המסעדה מכוח חוק איסור אפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בטענה כי הפרסום בפייסבוק על אותו ״ערב נשים״ הינו מפלה וכמו כן, היחס שקיבל במסעדה.

* פיצוי ללא הוכחת נזק יינתן רק למי שניזוק והתבצעה נגדו עוולה. קביעה אחרת תוביל למצב שבו כל מי שרוצה יכול לתבוע ובכך ייחשף המעוול לאינספור תביעות אשר ירוקנו את כיסו בנוסף, דבר זה יפגע בניזוקים אמיתיים. הם מנסים להתחכם, פיצוי ללא הוכחת נזק לא אומר שאין נזק, אין להזרים לביהמ״ש מקרים אין בהם נזקים.
* הזכות לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק מוקנית רק למי שניזוק או נפגע בפועל, אך אין בידו להוכיח את נזקיו. לפי ס׳ 4 לחוק איסור הפליה צריך שבמודעה תהיה הפליה ולא מודעה שיש בה משום הפליה. **פיצוי ללא הוכחת נזק- רק כאשר יש נזק וקשה להוכיחו, ולא כאשר אין נזק כלל**.
* הכרעה: דוחה את הערעור ומחייב אותם ב5 אלף שח יחד.

**הלכת עליון שצריך להכיר אותה - חשוב למבחן.**

**מהו קשר סיבתי?**

**א. קשר סיבתי עובדתי לפי מבחן האלמלא -** אלמלא העוולה של צד א האם היה בכל זאת נגרם הנזק לצד ב? אם התשובה החיובית – יש קשר סיבתי עובדתי.

**ב. קשר סיבתי משפטי לפי מבחן הצפיות -** נבדק ע"פ **מבחן הצפיות** הוא המבחן הדומיננטי ואובייקטיבי**-** אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את ההתרחשות. מבחן הצפיות הוא מבחן אובייקטיבי מכיוון שנשאל לא רק אם צפה אלא אם היה צריך לצפות. יש לבחון את סוג הנזק ולא את היקפו.

**שאלת היסוד הנפשי בדיני נזיקין**

הכלל בדיני הנזיקין הוא שאין צורך בהוכחת יסוד נפשי

יש 5 עוולות ספציפיות בפקודת הנזיקין בהן כן יש יסוד נפשי:

1. גרם הפרת חוזה ס׳ 62 (נדיר מאוד)
2. נגישה - (מאוד מעניינת, שימוש לרעה במהלכי משפט מבלי להביא לסיומם בהכרח. להיות פולנים ולתבוע בגין שתיים גם רשלנות ולא רק נגישה)
3. שקר מפגיע
4. תרמית
5. **תקיפה.**

* פיצויים עונשיים דורשים כוונה וזדון
* עוולת הטרדה מינית + פגיעה בפרטיות ס׳ 29א ולשון הרע – גם פלילי גם נזיקי.

העוולות האלה בישראל כמעט לא בשימוש חוץ **מעוולת התקיפה**.

**למה לא משתמשים בשאר?** מעדיפים לא להשתמש בעוולות שדורשות יסוד נפשי אלא להשתמש בעוולת מסגרת כמו הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.

**עוולת תקיפה**

**למה בכל זאת בתקיפה כן משתמשים?**

1. **אין הוכחת נזק-** בתקיפה לא צריך להוכיח נזק זאת למשל בניגוד לרשלנות. אז במקרים שקשה לי להוכיח נזק אני אעדיף לתבוע בתקיפה.
2. **בתקיפה היסוד הנפשי הוא מאוד רך**- שאומרים "במתכוון" הרעיון הוא שאדם התכוון להתנהגות ולא לתוצאה. זו פרשנות של היסוד הנפשי בתקיפה שהפסיקה אימצה מתוך **הספרות.** טוב לניזוק שצריך רק להוכיח כוונה להתנהגות, בתקיפה לא חייב להיות מגע ישיר. במצבים בהם זה נעשה בטעות וקשה להוכיח כוונה גם להתנהגות ככל הנראה עדיף ללכת לרשלנות.

**עוולת התקיפה** ס' 23 בפקודת הנזיקין.בתקיפה לא צריך להוכיח את היקף הנזק. יש חזקה שיש נזק. אם אדם מצליח להוכיח כנראה שייתנו לו יותר מאשר אם לא יוכיח נזק אבל ניתן לקבל פיצוי גם ללא הוכחה.

**יסודות העוולה – דוגמא מעוולת התקיפה, ס׳ 23 לפקנ״ז**

עוולת התקיפה היא עוולה פרטיקולרית. היא מגנה על אינטרס ספציפי, שלמות הגוף. עוולת התקיפה משקפת משטר של אחריות מוחלטת/ חמורה כי אין צורך בהוכחת הנזק, הפרשנות המקובלת היא שיש חזקת נזק וזה מקל יותר להוכיח את התקיפה.

**ס׳ 23** תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו. בסיפא נאמר כי צריך שתהיה כוונה כלומר יסוד נפשי. די בנסיון על מנת להרשיע, מדובר במעשה או תנועה, מילים לא נחשבות כתקיפה). ס'23א מתחלק לשני חלקים, החלק הראשון עוסק בתקיפה בפועל והחלק השני עוסק בניסיון או איום.

מתחלק לשני יסודות:

שימוש בכוח:

1. שימוש בכוח - הגדרת המונח היא רחבה וכוללת שימוש בכל דבר או חומר במידה שיש בה כדי להזיק.
2. במתכוון – דרוש יסוד של כוונה ביחס למעשה ולא ביחס לתוצאה, ולא משנה מהו המניע. מדובר בעוולה התנהגותית ולא תוצאתית. מאחר שנדרש יסוד של כוונה הרי שאין אחריות במצבים של פזיזות או רשלנות. בנוסף, עוולת התקיפה אינה דורשת נזק וקש"ס.
3. נגד גופו של אדם – לא כלפי רכוש.
4. בין במישרין ובין בעקיפין – יסוד השימוש בכוח אינו מחייב מגע פיזי , אולם יש צורך באינטראקציה פיזית עם גופו של התוקף. למשל : שיסוי כלב, הכנסת רעל לכוס, וכדומה.
5. שלא בהסכמת האדם, או בהסכמתו שהושגה בתרמית - על התובע להוכיח היעדר הסכמה מצדו, אף אם סבר התוקף כי הנתקף הסכים, אין הדבר מהווה הגנה, ויש צורך בהסכמה בפועל.

יסודות אלו הם מצטברים, יש להוכיח כי התקיימו כל יסודות אלו על מנת להגיש כתב תביעה.

ניסיון או איום להשתמש בכוח:

1. ניסיון או איום להשתמש בכוח
2. ע"י מעשה או תנועה –שימוש במילים אינו מספיק.
3. נגד גופו של אדם – לא כלפי רכושו
4. המאיים יוצר מצג שיש לו הכוונה והיכולת לבצע זממו – קנה המידה לשאלה האם המעוול מתכוון לבצע את זממו איננו סברתו של אדם המחליט על צעדיו בנוחות וללא לחת, אלא קנה המידה של אדם מאוים הנמצא במצב חירום ועליו להחליט באותו הרגע כיצד להגיב
5. אותה שעה – איום לתקיפה לעתיד אינו מוליד אחריות.

דגשים לדרישת הכוונה -

דרישת הכוונה באה להוציא מקרים רשלניים מעוולת התקיפה, אנו רוצים לראות את המניע של הבן אדם ואם לא היה מניע (כוונה) לא נרצה להגיד כי הייתה תקיפה. הכוונה היא **לעצם השימוש בכוח** ולא לתוצאה שתגרם מן השימוש בכוח, כמובן שאם הם גרמו לחבלה המקרה הופך לחמור יותר אך אין הכרח בנזק. המטרה היא ליצור הרתעה מתקיפה. יסוד הכוונה מתקיים גם אם מניע התוקף היה טהור (פס"ד וויט).

\*\*\*אם אנו בבוחן או מבחן - לכתוב את שניהם ואז לבחור בסוף. אם יש משהו נראה כמו תקיפה אפשר להסביר גם רשלנות ואף רצוי.

אם יש לך בעיה להוכיח נזק לך על תקיפה לא על רשלנות.

רשלנות אמרנו שיש משטר אחריות - אחריות מוחלטת, אשם, ואחריות חמורה שהיא ביניים. עוולנת הרשלנות שייכת למשטר האשם. מה זה תקיפה? האם שייך גם למשטר הרשלנות? יש על כך מחלוקת. חלק אומרים שזה סוג של אחריות מוחלטת וחמורה. בתי המשפט כאשר מתעסקים ברשלנות רפואית הם עושים הליך והיפוכו שהם מדהימים. הם לוקחים את הרשלנות הרפואית ומכופפים אותה לכיוון של תקיפה, לכיוון של אחריות מוחלטת, לוקחים את התקיפה ומכופפים לרשלנות. היא הולכת לכיוון אמצע , כלומר רופאים לא באשם רגיל, מה שיוצר שהשופטים אצלנו, כנראה הם יוצרים סטנדרט חדש לרופאים. (להכניס את זה במשפט ורפואה)

**מי יכול להיתבע?**

1. **מזיק-** מי שגרם לנזק.
2. **שולח, ס׳ 14 -** אדם ששולח אדם לבצע את העוולה. שלוחו של אדם כמותו.
   * ניתן לתבוע באחריות שילוחית אדם ששולח אחר לבצע עוולה. גם שולח וגם שלוח.
   * חריגה משליחות – ניתן לתבוע רק את השלוח ולא את השולח.

אם השולח שלח לדבר בלתי חוקי האם עדיין חלה עליהם אחריות או שאנו מטילים את כל האחריות על המזיק הישיר שהרי היה אמור לדעת שזה דבר בלתי חוקי? אין הגבלה על כך, ו**ניתן לתבוע גם את השולח, כלומר יש אחריות שילוחית.**

באחריות שילוחית מסוגים שונים **ניתן לתבוע רק את השולח** (הוא הכיס העמוק לרוב) לדוגמא, אם מורה התרשל ונגרם נזק, ניתן לתבוע את המורה ואת משרד החינוך, או רק את משרד החינוך, אך גם אם תובעים רק את משרד החינוך יש להוכיח כי המורה התרשל (הם לא אלו שמעסיקים אתו ולכן, זאת אחריות שילוחית). באחריות שילוחית אין בהכרח ביטוח ואין במקרה של תאונה עצמית למי לפנות וזהו הבדל בין שלוח לעובד.

אם אין אחריות אישית אין אחריות שילוחית. לא חייב לתבוע אחריות אישית אך צריך להוכיח אותה.

1. **מסייע, משדל, שותף, מייעץ ס׳ 12 -** ניתן לתבוע אדם שייעץ, שידל או סייע (היה לו חלק בפועל) לביצוע העוולה. מייעץ ומשדל הם מחוץ לעוולה אבל עדיין ניתן להטיל עליהם אחריות. מסייע\שותף ממש עוזר לבצע את העוולה, צריך לבחון את דרגת האחריות בהתאם למקרה.
   * גם יועץ לא מקצועי הוא בעל אחריות, אם שכן שואל רופא על הדרך במעלית איזה שאלה רפואית עולה השאלה לגבי האחריות הנזיקית ורמתה במקרים מסוג זה. נייר עמדה פלסטינים להשלים כאן!
   * דוגמא מפס״ד מלך - אחת הטענות הייתה שהנזק היה קורה גם ללא הכלב השלישי. אפשר מכוח ס' 12 לחייב או להפחית את הכלב השלישי. אם השותפות לא תרמה לנזק כי הוא היה קורה בלעדיו, אפשר להתגונן שאין קש"ס. נכון שהייתי שותף אבל הנזק היה מתרחש גם בלעדי הכלב השלישי.

* צריך להוכיח עוולה +נזק +קש"ס כלפי המזיק העקיף גם ולא רק כלפי הישיר. הניזוק יטען שקיים קש"ס, המזיק יטען שלא (יהיה קושי בהוכח קש״ס כלפי המזיק העקיף).
* ס' 11+84 : מחברים אותם. ס׳ 11 (מעוולים במשותף) אם שניים ביצעו או יותר במשותף כל אחד מהם אחראי. איך קובעים את האחריות? לפי ס' 84 (שיפוי בין מעוולים) ביהמ"ש יקבע חלוקה לפי האשם המוסרי - מה היה החלק של האשם.

1. **מעביד, ס׳ 13-** לא מדובר באחריות שילוחית כי שם לשולח יש אחריות כי הוא שלח אותו. כאן לא בוודאות המעסיק פישל.

* **כשאדם התרשל כפי עצמו**, הוא גם הניזוק וגם המזיק ולכן אין לו את מי לתבוע. **כשעובד התרשל כלפי עצמו** אם עובד הזיק לעצמו במסגרת העבודה שלו יש אחריות למעסיק. כלומר, ניתן לתבוע את המעסיק והמעסיק כנראה יעביר את התביעה לביטוח שהוא בישראל ביטוח לאומי (ביטוח חובה). בדר"כ עובד תובע אוט' את הביטוח הלאומי כדי לחסוך את הדרך הארוכה.
* **העובד התרשל לגבי צד שלישי** (דוגמא של אדם שמגיע לאתר בנייה ולא אמרו לו לשים קסדה), הצד השלישי יכול אוט' להגיש את התביעה למעסיק ולא לעובד. אם למעסיק יש ביטוח הוא יעביר את התביעה לביטוח (בישראל אין ביטוח חובה כלפי צד שלישי לכן ברוב המקרים לא יהיה ביטוח חובה במקרה הזה).

**למה למעביד יש אחריות על נזקי העובד?**

* **אין לעובד הסתכנות מרצון**- העובד אמנם יכול להיות מודע לסכנה אך זקוק לעבודתו וחייב להתפרנס. לעובד אין בחירה אמיתית כי כל אלטרנטיבה משמעה אובדן מקור פרנסתו ולכן חשיפתו לסיכון תחשב לא רצונית.
* **אחריות מוחלטת-** יש למעסיק תמריץ לפקח על עובדיו ועל סביבת העבודה, הוא ״הסוכן החברתי״ של המדינה למניעת הנזק . בנוסף, האחריות החברתית דואגת לפיצוי גם במקום בו אין אשם והיא דואגת לפצות את הניזוק ובמקביל לאפשר את חלוקת הנטל בחברה (במקרה של מעסיק- מפזר נזק טוב, ביטוח, כיס עמוק וכו'). צריך לשים לב שבאחריות מוחלטת אין מונח של אשם תורם, כלומר גם אם העובד סיכן את עצמו והוזהר מראש, לא נכניס את האשם תורם כפונקציה להורדת סכום הפיצוי.
* **ביטוח**- לפחות בישראל, יש ביטוח חובה בין עובד למעביד. יש סייג- אם העובד עושה משהו בכוונה אז הביטוח לא יכסה (האחריות השילוחית לא תכול).
* **כיס עמוק**- המעביד הוא כיס עמוק וגם אם המעביד לא יוכל לשלם למרות שהוא כיס עמוק יש לו ביטוח לאומי חובה.
* **רוצים להעניק חופשיות למעסיק**- המעסיק רוצה לחסוך, כתוצאה מכך הוא יוצר סיכונים ולכן מכניסים את הנזקים לתוך ההוצאות העסקיות שלו. פציעות הן חלק מההוצאות הכלכליות בעסקים גם ללא אשמה.
* **מפזר נזק טוב-** גישה חברתית: סיבה שנייה להטלת אחריות ללא אשמה על מעסיק יכולה להיות מפני שהוא מפזר את הנזק בצורה טובה דרך העלאת מחיר מוצר ולכן מוצדק להטיל עליו אחריות.
* **ניהול סיכונים**- כאשר מעביד מעסיק אדם, הוא לוקח על עצמו את האחריות והסיכון גם יחד. עליו לקחת אחריות מלאה למכלול מעשיו ולהבין כי קיים מחיר לתמורה שהוא מקבל מהעובד על כל רבדיה. לכן כאשר אדם יעשה מעשה מסוים, המעביד ייקח אחריות. הוא לא יכול רק לקצור את הפירות, אלא עליו לשלם גם על הסיכון ואף לעיתים יכליל זאת בפיזור נזק כללי. לדוגמא- מכונת צילום. כמו שאתה משלם למכונה ועל תיקונה והשימוש בה- כך תשלם לאדם.

**אם מעביד עשה ביטוח בעצם נגמר התמריץ, לא אכפת לו שעובד יפצע?**   
בגדול זה לא המצב כי שקורה נזק ומפעילים ביטוח הפוליסה עולה (הנחת העדר תביעות).   
**אם עובד מבוטח מה מונע ממנו לא להיזהר?**

הפחד להיפגע, הידיעה כי אם ינהג לא בזהירות יוכל המעביד לפטר אותו.

1. **ביטוח-** יש ביטוחים שהם עניין של בחירה ויש ביטוחים שהם חובה (כמו ביטוח בעבודה). אם יש ביטוח ניתן לתבוע את הביטוח מכוח החוזה. הביטוח הוא נתבע קלאסי. במחקרים שנערכים בשנים האחרונות עולה ש70% מהתביעות בעולם הן תביעות נגד ביטוח.

בעיה – ביטוח מתחיל להיות רחוק מהמזיק, איפה יש פה צדק מתקן? המדדים הטהורים בצדק מתקן טוענים שזה חלק מדיני חוזים (אחריות מוחלטת) ולא נזיקין (אשם). אולם, הביטוח נטמע ובדיני הנזיקין.

1. **עיזבון-** אם אדם נתבע והוא מת? התביעה ממשיכה, העיזבון של אדם נכנס במקום המזיק כלומר, החובות של המנוח עוברות לעיזבון. **אדם מת לא משתחרר מהחובות שלו.** העיזבון יכול לייצג גם את הצד התובע- הניזוק. בתביעות מאוד אישיות יכול להיות שהעיזבון לא חייב להמשיך את התביעה.

הודעת צד ג' - הנתבע יכול ללכת צד ג' ולהגיש הודעת צד ג' ולהפנות את התביעה רק אליו או לצרף אותו לתביעה. צד ג' יכול להגיש תשובה שזה כמו כתב הגנה, ביהמ"ש מחליט אם לאשר או לא. אם ביהמ"ש מאשר יש יריבות משולשת. בנוסף, ג' יכול להגיש כתב הגנה נגד א' וא' יכול לתקן את כתב ההגנה ולהגיש גם נגדו כתב תביעה. אם זה לא מתקבל, צד ב' יכול להגיש נגד ג' תביעת שיפוי ( השתתפות).

תביעת שיפוי היא לא תביעת נזיקין כי בשביל תביעת נזיקין צד ב' צריך להיות הניזוק וצד ג' צריך להיות המזיק. היא נעשית לאחר סוף הדיון.

**מי יכול לתבוע?**

1. **ניזוק-** מי שגרם לנזק.
2. **ניזוק נפשי במעגל משני :**

**פס״ד אלסוחה:**

2 תביעות מאוחדות:1.ילד בן 6 נפגע בתאונת דרכים ונפטר כ24 ימים לאחר מכן. ההורים לא היו עמו בשעת התאונה, אך שהו עמו בביה"ח. מצבם הנפשי התערער והם סובלים ממתח, דיכאונות ועוד, נעדרים מעבודתם וזקוקים לעזרה. הם הגישו תביעה לפיצויים על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם. 2. אישה נפצעה בתאונת דרכים, בתה שהתה עמה בביה"ח עד לפטירתה. הבת לקתה כתוצאה מכך במחלת נפש והיא תובעת פיצויים על כך.

**האם קיימת אחריות ע״פ פקודת הנזיקין לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה עקב תאונה שנגרמה לאדם?**

(האם מי שנגרם לו נזק נפשי הוא בגדר ״נפגע״ בתאונה דרכים ע״פ חוק הפיצויים? לא העניין כאן)

**למה מלכתחילה השופט שמגר מסייג? מה הבעיה בהרחבת מעגל הניזוקים?**

* 1. יש חשש מריחוק במעגל - הנזק עקיף, יש חשש **מהרחבת מעגל התובעים**. מעלה חשש של **הצפת בית משפט, מדרון חלקלק, זמני התדיינות, עול כבד על ביטוחים** (בסופו של דבר יגולם לאזרח ואז רק עשירים יוכלו לרכוש ביטוח, שיקול של צדק חברתי) וכו'.
  2. חשש מתרמיות - אנשים עלולים לרמות ולהגיד כי היו בקרבת האירוע גם אם סתם עברו שם. חשש זה עומד בפני עצמו גם אם החשש הראשון לא מתקיים.
  3. נזק נפשי קשה להערכה מנזק פיזי - נזק נפשי גם ככה קשה להערכה, אז בכלל במעגל השני, הקושי עולה. מתקשר גם לתרמיות- אדם יכול לשקר שיש לו חרדות\סיוטים וכו' ולבקש פיצוי, אנשים רבים יכולים להגיע בטענה זו וביהמ״ש יתקשה להעירך או להאמין לאנשים.

**עד הלכת אלסוחה:** בתי המשפט בישראל נעתרו לתביעתו של קרוב משפחה מן המדרגה הראשונה ופסקו לו פיצויים בגין נזק נפשי שנגרם לו, **כאשר היה עד לביצוע מעשה או מחדל רשלני** על-ידי הנתבע כלפי אדם היקר לו, אשר גרם לאותו אדם פגיעה ממשית או מוות; הוא הדין כאשר הקרוב היה **לפחות בקרבת מקום לאירוע.**

**הקריטריונים להכרה בתביעתו של ניזוק ממעגל משני:**

**1.זהות התובע –** קיימת קרבה אשר אפשרות הפגיעה בה היא צפויה. הניזוק המשני הינו ממדרגה ראשונה הגם שישנה אפשרות במקרים חריגים וראויים (שק״ד ביהמ״ש) לפצות נפגע אחר.

**2.התרשמות ישירה מן האירוע המזיק –** התובע יהיה עד ראיה ושמיעה לאירוע או שיהיה עד לתוצאותיו המיידיות. עם זאת אין לשלול מקרים בהם הנזק הנפשי נגרם כתוצאה מקבלת מידע מכלי שני. **שמגר** מציע לדבוק במבחן הצפיות ולבחון ממקרה למקרה אם נזקו של התובע – אף אם נגרם על ידי קבלת מידע מכלי שני - היה צפוי ממכלול הנסיבות של אותו מקרה כתוצאה מסתברת מהתנהגותו הרשלנית של הנתבע. \*כאן אין חובה לקרבה פיזית להבדיל מהתנאי השלישי.

**3.מידת הקירבה במקום ובזמן לאירוע המזיק –** ככל שיש קרבה גדולה יותר לאירוע עצמו, הנטייה היא יותר להכיר בנזק נפשי של מי שהיה במקום האירוע (כולל אמבולנס/ביה"ח). ישנם שתי מערכות אפשריות של נסיבות:

א.המפגש הראשון עם תוצאות האירוע המזיק - נזק נפשי שנוצר ע״י זעזוע או הלם. כאשר הניזוק נחשף לראשונה עם האירוע המזיק ע״י עמידה על תוצאותיו המאוחרות, הרחק מזירת האירועים. (קורבן לתאונה שגופתו לא זוהתה במקום אלא בביה״ח/הורה שנודע לו על תאונה לבנו בעת שהיה בחו״ל והוא מגיע לביה״ח לאחר מכן).

ב.רצף מפגשים - הנזק הנפשי הוא פרי תהליך מתמשך של חשיפה לתוצאות אירוע המזיק. נזק הנגרם לא ע״י חוויה חד פעמית אלא ע״י מגע מתמיד ומתמשך עם התפתחות העניינים לאחר קרות האירוע .

**שמגר** קובע כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לגופו, מה **שקובע הוא רצינותה של הפגיעה השוללת את היכולות של הנפגע להתמודד עם הלחץ הנפשי זה יכול לקרות בשתי מערכות הנסיבות.** לפי מבחן ההיגיון והצד, המבחן הוא הקירבה הסיבתית וההוכחה הברורה של נזק נפשי ממשי ומוגדר ולאו דווקא קרבת הזמן או המקום.

**4.נזק נפשי חמור** – על הנזק הנפשי המקנה זכות תביעה להיות מוגדר כמחלת נפש של ממש(פסיכוזה) או במקרים ברורים וקשים של בעיות נפשיות (נוירוזיס) שלא עולות לכדי מחלת נפש. (מתוך חשש שיתבעו על פגיעה נפשית קלה שהיא עניין של מציאות נורמטיבית). סעיף נוקשה מאוד ביחס לאחרים אשר בהם קיימת גמישות מסוימת.

חייב עדיין להוכיח את נוסחת הנזיקין – צריך שיתקיים קש״ס הן עובדתי והן משפטי.

**פס״ד שוויקי נ׳ מדינת ישראל:**פיתוח נוסף של הלכת אלסוחה – הסבר כי הלכה זו אינה מייתרת את הקש״ס

כתוצאה מירי מוטעה של לוחמי מג"ב נהרג בנם של המערערים ובן נוסף נפצע. המערערים הגישו תביעה למחוזי לפיצוי בגין נזקים נפשיים ובריאותיים (התקף לב) שנגרמו להם כתוצאה מהצפייה בירי בילדיהם. במחוזי התביעה נדחתה נקבע כי זהו לא נזק נפשי משני בר פיצוי.

**השופט ריבלין:**

* ברגע שאדם שם את עצמי בתבנית של ניזוק נפשי במעגל משני הוא חייב להוכיח קש״ס ובכלל את כל נוסחת האחריות הנזיקית. הלכת אלסוחה אינה מייתרת את הקש״ס.
* השלבים:
* הוכחת נוסחת האחריות הנזיקית כולל הקש״ס
* אם מדובר ברשלנות – קיום חובת זהירות, הפרה, נזק כתוצאה מההפרה
* הלכת אלסוחה (כולל נזק פיזי ממשי שהוא בעל משמעות תפקודית הנגרם כתוצאה מנזק נפשי)
* אם נגרם **נזק פיזי** בעקבות נזק נפשי (הלם) כתוצאה מעוולה – הוא ייחשב כנזק לכל דבר במעגל המשני. **נזק פיסי ממשי שהוא בעל משמעות תפקודית,** הפוקוס הוא על הנפקות התפקודית היומיומית ולא בהכרח על אחוזי נכות. ריבלין מתווה כאן גמישות.
* הכרעה: ביהמ"ש דחה את התביעה. בין היתר נקבע כי אין מדובר בנזק נפשי משני בר פיצוי.

שוויקי לא הצליח להוכיח את התביעה שלו אבל - בפרקטיקה אסור להגיד שאין פיצוי בגלל שוויקי אלא צריך להילחם ולהוכיח. אולי יקבלו פיצוי חלקי כמו במלול. הלכת שוויקי אומרת שאתה לא הצלחת להוכיח אבל אולי מישהו אחר יכול להוכיח. נקודה מאוד חשובה – להתעכב על זה.

**לבנה לוי נ׳ מרכז רפואי שערי צדק:**פיתוח הלכת אלסוחה – הגמשת התנאי הרביעי

המערערת הרתה בהפריית מבחנה ונרשמה ללידה בבי"ח שערי צדק. בשבוע ה40 פנתה לחדר מיון היולדות וקבעו כי זו לא לידה פעילה ועליה לשוב לביתה. לאחר יומיים חשה שוב בצירים וחזרה, ביקשו ממנה להסתובב בין כותלי ביה"ח. לאחר זמן מה שנבדקה שוב- גילו כי דופק העובר נדם. בביהמ"ש קמא נקבע כי ביה"ח שערי צדק אחראים למותו של העובר ברחמה של אמו. לא הוכחה פגיעה נפשית חמורה להורים. **בפס"ד זה הורחבה "הלכת אלסוחה" כך שהאחריות לפיצוי ניזוק משני בגין נזק לא ממוני, תחול במקרים קשים וחריגים למרות אי עמידה בתנאי הרביעי שעניינו בשיעור הפגיעה הנפשית.**

הרחבה נוספת של הלכת אלסוחה : האחריות לפיצוי ניזוק משני בגין נזק לא ממוני **תחול** במקרים קשים וחריגים **למרות אי עמידה בתנאי הרביעי שעניינו חומרת הפגיעה הנפשית.**

**ריבלין:**

* שלושת התנאים הראשונים של הלכת אלסוחה מתקיימים אולם אין האם ואין האב מקיימים את התנאי האחרון – נזק נפשי ממשי.
* **הגמשת התנאי הרביעי של אלסוחה, נזק נפשי -** כאב אינו רק כאב פיסי וסבל - הוא גם מכאוב רגשי. אדם עלול לסבול מכאבים רגשיים גם כאשר הפגיעה הנפשית בו לא הותירה אחוזי נכות.אחיזה לכך מוצא **ריבלין** בהלכת אלסוחה עצמה, אשר צפתה את האפשרות שיתעוררו בסביבותיה מקרים "קשים" ועל כן כדבריו "פתחה פתח ליצירת קבוצת ביניים מצומצמת של ניזוקים משניים חריגים, שאינם עומדים בתנאים שקבעה, ולמרות זאת תקום אחריות כלפיהם".

**שאלות שעלו בפסק הדין :**

* + - האם האב\ האם הם ניזוקים עיקרים או משניים?
* לעניין **האם**, קיימת מחלוקת בין דעת המיעוט לרוב. האמא נמצאת בקו הגבול כי מצד אחד היא זאת שסחבה את העובר בבטנה והולידה אותו כמת מצד שני, היא לא ניזוקה ישירות אלא העובר. יכול להיות שאדם יכנס גם למעגל הראשי וגם למשני.
* לעניין **האב**, גם כאן קיימת מחלוקת. דעת הרוב (ריבלין וג׳ובראן) קובעת כי הינו מצוי במעגל המשני ואילו **השופטת חיות** (לא נוגעת בהלכת אלסוחה) סבורה כי אב שנכח בלידה נחשב במעגל הראשון לאור מעורבותו הנפשית והרגשית והינו ניזוק עיקרי (יכול להיות הבדל בין גובה הפיצוי בינו לבין האם כי היא זאת שסחבה את העובר). יש אינטרס לקביעה זו גם מבחינת הרתעתית.
  + - נושא השנים האבודות - האם קמה לעובר שנפטר טרם נולד הזכות לתבוע בגין נזק שנגרם לו? קמה שאלת מדיניות משפטית של מיהו אדם? האם עובר שנולד מת יכול להיחשב "אדם"? שאלה זו לא קבלה תשובה כי תנאי ראשוני לאחיזה בעילת תביעה הוא *כשרות משפטית לשאת בזכויות ובחובות* ואילו תינוק שנולד ללא רוח חיים לא עומד בכך ואין הוא יכול לתבוע בגין הנזק. זה לא התקבל כאן אבל לא נאמר לא נחרץ על כך. **שיקול מדיניות - אם לא נקבל את התביעה בגין אובדן פרי בטן - יהיה זול יותר לגרום למוות מאשר לפציעה.**
* הכרעה: דעת רוב של ריבלין, במקרה זה הורחבה דרישת אלסוחה, והכירו גם בהורים שאיבדו עובר כניזוקים במעגל משני, אף שלא עמדו בתנאי הנזק הנפשי "הפסיכיאטרי".
* מבחינת הקש״ס עובדתי: קשה לאם להוכיח אם העובר היה מת או לא אם היו עורכים את הבדיקה מאחר והיא לא בוצעה אך דוקטרינת הנזק הראייתי באה לטובתה.

**דוקטרינת הנזק הראייתי** - ההוראה בדבר העברת נטל השכנוע במצבים שבהם התרשלותו של הנתבע מנעה מהתובע מידע חיוני להוכחת תביעתו. דוקטרינה זו שייכת לעולמם של סדרי הדין ודיני הראיות. היא מאפשרת, בנסיבות מסויימות, לקבוע חזקות עובדתיות.

**מטרות דיני הנזיקין:**

**צדק חלוקתי –** בית החולים הוא גוף גדול וחזק. **הרתעה –** שלא יהיה מקרה בו ביה"ח יהיה פחות קשוב לבעיות בלידה כי זהו מצב שאינו בר פיצוי. ״יותר זול להרוג מאפשר לפצוע״, ו**פיצוי**.

**ההלכה הזאת ניתנה רק לגבי לידה אז צריך להיזהר ביישום על מקרים אחרים. בנוסף, דעת המיעוט של חיות בנוגע למעמד האב היא בהתייחס לאב שנכח בלידה.**

**מי יכול לתבוע – המשך:**

1. **מיטיב:**

מיטיב (חוק להטבת נזקי גוף) – האדם שסועד את הניזוק. ס׳ זה כולל סייג לסכום הפיצוי:

5. אין להיפרע לפי חוק זה אלא הוצאות, שכר שירות ודמי תמיכה סבירים; משכורת או שכר עבודה שמעביד מוסיף לשלם לעובדו בתקופה שהעובד אינו מסוגל לעבודה עקב נזק הגוף, רואים לענין זה כהוצאה סבירה, אלא שאין להיפרע יותר מן המשכורת או שכר העבודה שהיה העובד מקבל אילו היה מסוגל לעבודה; כן רואים כהוצאה סבירה את הכלכלה הניתנת, והשכר המשתלם, על ידי המדינה לחייל בתקופה שלא היה מסוגל לשירות.

סבירותה של הטבת הנזק

אין להיפרע אלא = אפשר לתבוע. הטבה = מישהו אחר בא ומטיב את נזקו של הנפגע.

הסעיף אומר שמטיב לא יכול לתבוע לפי חוק זה אלא רק להוצאות - שכר שירות ודמי תמיכה סבירים ועוד.

* אדם שהוא מיטיב יכול לתבוע את המזיק בתביעה נפרדת (זאת לא ממש תביעה נזיקית כי הוא לא ניזוק, זה חוק נפרד קצת כמו שיפוי), זה חוק של אחווה כי רוצים שתסייע לו אבל לא רוצים שתרוויח מזה ולא רוצים למוטט את המזיקים. מיטיב יכול לקבל את ההוצאות הסבירות כמו למשל דברים שהמשפחה הייתה עושה, לדוגמא להפסיד יום עבודה בשביל להיות איתו.
* לגבי משכורת, יקבל את הנמוך מבין השניים – עזרה סיעודית (השווי של עזרה סיעודית) אל מול המשכורת שלך. יש כאן **בעיה חלוקתית** כי כביכול אם ההורים מרוויים המון אז הם יקבלו משמעותית פחות.
* **אדם שהוא מיטיב יכול ל"המחות" (לתת ייפוי כוח) את התביעה שלו לתוך התביעה של הניזוק עצמו נגד המזיק.** במקרה כזה, המזיק מכניס סעיף לתביעה לגבי התשלום שמגיע למיטיב.

1. **עיזבון -** כמו שעיזבון יכול להיתבע הוא יכול לתבוע. יש מקרים בהם התביעות אישיות (כמו לשון הרע) בהם ההיגיון אומר שלא תמיד העיזבון יכול לתבוע והתביעה לא ממשיכה באופן אוטומטי.
2. **תלויים** - אנשים שתלויים במנוח לפרנסתם (לא בהכרח משפחה). בדר"כ מדובר בהורה שהלך לעולמו והתלויים הם ילדיו. לפעמים התלות היא לא בהכנסה אלה בעזרה אחרת.

הרבה פעמים יש **חפיפה** בין תלויים לעיזבון (לדוגמא ילדים). במקרה זה אין **פיצוי כפול.** יש סוגי פיצוים רק לתלויים ורק לעיזבון. לדוגמא הוצאות קבורה הם רק לעיזבון. נניח שבן אדם מוריש את כספו כתרומה, ילדיו תלויים בו אך הם לא העיזבון. תלוי הוא אינו בהכרח בן משפחה, הוא יכול להיות רחוק מהעיזבון אך תלוי באדם להכנסתו. תלות דרך יחסי עבודה אינה נחשבת לתלות.

**גיל התלות – יחזקאל נ׳ אליהו חברה לביטוח:**

המנוח נפטר בהיותו בן 45 שנים בתאונת דרכים הוא הותיר אחריו אישה ושלושה ילדים- 19, 15 ו10. בימ"ש קמא קבע כי גיל התלות של הבנים עד 18 ושל הבת הגדולה עד גיל 21. מכאן הערעור.

**השופט ברק:**

הלכת התלויים: "יש לזקוף לחובת התלויים את טובות ההנאה והיתרונות החומריים שהם מקבלים לרגל מות המנוח לעומת הנזק שנגרם להם״.

**התלויים –** אנשים שתלווים במנוח לפרנסתם באופן כלכלי, זה לא חייב להיות קרובים, זה בדרך כלל ילדים של.

נקבע בערכאה הראשונה שהתלות לבנות היא עד גיל 21 ותקופת התלות לבנים היא עד גיל 18.

**ביהמ״ש משנה את ההכרעה וקובע:** קיימת תלות גם בתקופת הצבא אולם הצבא מספק את הצרכים ולכן יש לפסוק שליש מהפיצויים.

**ס׳ 26(ו) תלויים 2 ידועים בציבור כתלויים – לינדורן נ׳ קרנית:**

ערעורים הסובבים סביב השאלה **האם ידועה בציבור של אדם שמת כתוצאה ממעשה עוולה היא בבחינת "בן זוג" הזכאי לפיצויים לתלויים עפ"י פקודת הנזיקין?** במקרה זה המנוחים קיפחו את חייהם האחד בתאונת דרכים והשני בעת חפירה בתעלה תת-קרקעית.

**הנשיא א׳ ברק:**

האם ידוע בציבור נחשבת כתלוייה במנוח? ברק בוחן מבחינה לשונית ועונה בחיוב וגם מבחינה משפטית אומר כי כל עוד נתמכה הלכה למעשה אשתו והייתה תלויה בו היא אכן זכאית להיחשב כתלוייה. גם לאור **הזכות לשוויון** אין להפלות בין אלמנה שהייתה נשואה לבין אלמנה שהיא ידועה בציבור.

המבחן לזכותו של התלוי הוא בקיומה של תלות בפועל ובסיכויי התלות בעתיד לולא מעשה הנזיקין- התלויים ייבחנו לפי מבחן עובדתי – מי הלכה למעשה נתמך ע״י המנוח?. לא מדובר על חובה חוקית שקיימת למנוח כלפי התלויים (למשל חובה חוקית לשלם מזונות לאישה). כאשר לא הוכח כי הייתה תמיכה ויש סיכוי כי לולא העוולה הייתה ניתנת תמיכה עתידית, הדבר ייקבע ע״פ סבירות ולא על פי מאזן הסתברויות.

עלתה שאלה מה עושם אם המנוח היה נשוי לאישה אחרת ואז קיימת מחלוקת בין האישה האלמנה לבין הידועה בציבור האלמנה, ברק מכריע כי הכל לפי המבחן העובדתי. אם לא הייתה האישה הנשואה נתמכת בו ואין סיכוי כי הייתה נתמכת בעתיד, אין היא נחשבת כתלוייה.

**טירקל:**

לאור השינוי בחוק הירושה (הכרה בבן זוג שלא היה נשוי למנוח כיורש, ע״פ הגדרת חיי משפחה במשק בית משותף) השינוי בס׳ 78 לפקודת הנזיקין הינו תהליך התפתחות טבעי שאותו התחיל חוק הירושה ואין הוא משהו שמשנה סדרי עולם.

* קריטריונים לקביעה:

**ניהול משק בית משותף, קיימו יחסי אישות, הקימו משפחה מאוחדת**. גם **משך מערכת היחסים** מהווה אינדיקציה שניתן לקחת בחשבון. הקריטריונים לא קשיחים הם יותאמו ממקרה למקרה וככל שיותר מהם יתקיימו כך יותר סיכוי שכן.

* התלות ניתנת על התלות בפועל אבל גם על התלות בכוח (פוטנציאל) - חידוש נוסף הוא **שאת התלות בודקים גם ע"פ סיכויים**, גם אם ברגע המוות לא היה תלות בפועל, יש לבדוק אם היה פוטנציאל תלות. לדוגמא האישה עבדה אך תכננה לעזוב את עבודתה למשך שנה בשל לידת ילד משותף ובכך הייתה נהפכת לתלויה, אם יש ראיות לכך ניתן להוכיח תלות עתידית של האישה באב הילדה.

עזבון – נעלי הצד התובע או הנתבע, מה שהיה מגיע לבן אדם עצמו.

תלויים – מה שמקבלים מהמנוח, צריך להוכיח ממש מה היית מקבל. תלות פוטנציאלית. הוצאות קבורה ומצבה.

חפיפה היא שהעזבון והתלויים זה אותם אנשים ואם יש ראשי נזק מסוימים שיש חפיפה ביניהם זה לא יקרה.

**תלויים בגירים בעלי יכולת השתכרות, הגישות השונות: פלוני נ׳ המאגר הישראלי לביטוח חובה:**

ערעור המתמקד בשאלה **האם ילדים בגירים שמסוגלים להתפרנס עצמאית יכולים להיחשב תלויים באדם שנפטר לצורך תביעה מכוח ס' 78 לפקודת הנזיקין?** במקרה זה מדובר בילדים בני 30 ו38, בעלי משפחות שמתפרנסים עצמאית.

**השופט עמית:**

מציין את **המדרון החלקלק** בקבלה של תביעה שכל ילד נחשב כתלוי - אם ייקבע כי כל ילד זכאי להיחשב "תלוי", וזכאי לפיצוי בגין כל הפסד של תמיכה מהוריו, נרחיב את גבולותיה של תביעת התלויים באופן ניכר.\*\*היום יותר פשוט להראות את ההעברות כי הכל דיגיטלי.

**כיצד מפרשים את ס׳ 78 של התלויים:**

עמית מדבר על 3 אפשרויות (כתוב במצגת)

* **גישה רחבה** – כל הפסד שנגרם בפועל לילד כתוצאה ממות הוריו. מתעלמת מיכולתו הכלכלית, כוללת גם חופשת סקי למשל.
* **גישה מצמצמת** – רק תלות אמיתית קיומית (למשל נכות). מי שממש תלוי ואין לו יכולת כלכלית לפרנס את עצמו.
* **גישת ביניים** – כוללת גם אדם שיכול לפרנס את עצמו אבל הוא **בפועל** סמוך על שולחן הוריו והם מספקים לו את כל צרכי מחייתו (הוא צריך לגור איתם והם מפרנסים אותו)

עמית בוחר בגישת הביניים אבל הוא נוטה למצומצמת. הוא אומר כי ילד גדול שרוצה להיחשב כתלוי צריך להוכיח דברים מסוימים.

סולברג בחר בגישת ביניים אך מקרב אותה יותר למורחבת. סולברג אומר כי הם לא חייבים לגור בבית של ההורים אבל בפועל רוב ההכנסות הם מההורים אז ניתן לקבל פיצוי כתלויים. גם אם הם מתפרנסים מעצמם.

דנצינגר – לא מכריע בין הגישות, כי אומר שלא הצליחו להוכיח לא זה ולא זה אז אין צורך.

זאת ההלכה, שאין הלכה, כל מקרה לגופו לפי האפשרויות השונות.

**ס׳ 27 – הגנות:**

**ס׳ 27 (ג) הגנות כלליות – חסינויות שונות בפקודת הנזיקין:**

הגנות כלליות – הכל או כלום, אם ההגנה נכנסת לפעולה והיא מתקיימת, אז אין תביעה.

הגנה חלקית – יכולה להוביל לכל היותר להפחתה של הפיצוי למשל: אשם תורם. אם האשם 30% אז ירדו אחוזים אלו מהפיצוי.

**יש כמה סוגים של הגנות כלליות:**

* 1. קיעקוע של יסודות העוולה – מערער על אחד מיסודות נוסחת האחריות הנזיקית (עוולה, נזק, קש״ס), יש נזק אבל לא בא מקש״ס (דעקה). זאת הדרך הכי פשוטה ותמיד צריך לחשוב עליה, לא בכוח אבל אם מה שברור שיתקיים. תמיד לנסות לבדוק את זה ואם לא אז להמשיך הלאה. לפעמים יש לבדוק חלופות לעוולה, למשל שרושמים בכוח, באיום וכו׳. אם יש למשל תביעה על מטרד אז אולי גם תקיפה יכולה לחול כאן.
  2. **חסינויות:**
     1. **לשופט – ס׳ 8 לפקודת הנזיקין:**

**רשות שופטת**

8.    אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי.

**רע"א 3359/18 מדינת ישראל נ' אדם**

המשיב הוא אזרח סודני שהגיש תביעה נזיקית לבימ"ש השלום כנגד שר הפנים, הממונה על ביקורת הגבולות במשרד הפנים, שב"ס, ביה"ד לביקורת משמרות של שוהים שלא כדין, צה"ל ומדינת ישראל. לטענתו הוחזק שלא כדין במשך שנתיים. בכתב ההגנה המדינה ביקשה לסלק את התביעה כנגד ביה"ד בשל החסינות השיפוטית בס' 8 לפקודת הנזיקין. עולה השאלה **האם ניתן לחייב את המדינה בנזיקין בשל מעשה/ מחדל של נושא משרה שיפוטית?** הערעור נדחה במחוזי. זוהי בקשת ערעור.

השאלה המשפטית: **מהי מהותה של החסינות השיפוטית הקבועה בסעיף 8 לפקודה? מדובר בחסינות מהותית או דיונית?**

**מזוז :**

סעיף 8 לפקודת הנזיקית קובע חסינות לכל נושא משרה שיפוטית ולכל אדם המבצע פעולות שיפוט. חסינות זו מונעת הגשת תביעות נזיקיות כנגד נושאי משרה שיפוטית ודינה של תביעה זו הינה סילוק על הסף. אך הסעיף לא נותן מענה לשאלה האם ניתן להגיש תביעה נגד המדינה בגין עוולה שלו נושא משרה שיפוטית ממלכתית, או לאו. **מהי מהותה של החסינות השיפוטית הקבועה בסעיף 8 לפקודה? מדובר בחסינות מהותית או דיונית?**

**דיונית = שוללת את האפשרות להגיש תביעה אך החבות קיימת. מהותית = האחריות עצמה נשללת.** הבחנה זו חשובה במקרים של זכות השתתפות בין חייבים ובמקרה של אחריות שלוחית. **התכליות העיקריות שעומדות בבסיס מוסד החסינות השיפוטית הן:**

* הצורך בשמירה על העצמאות השיפוטית ועל תפקודה התקין של מערכת המשפט כמו חשיפת השופטים לתביעה עלולה לפגוע באובייקטיביות השיפוט ובאמון הציבור במערכת השיפוטית.
* פתיחת פתח לדיון במסגרת הליך משפטי נזיקי בהתנהלות נושא משרה שיפוטית והחלטותיו עלולה לגרוע מיכולתם של נושאי משרה שיפוטית למלא את תפקידם ללא חשש.
* בנוסף, ההליך השיפוטי המתפרס על זמן רב, יכול ליצור נזק אישי וציבורי אשר לא יאפשר כמעט לשופט להמשיך את תפקידו.

לדעת מזוז, החסינות השיפוטית לפי סעיף 8 לפקודה היא חסינות מהותית. כפועל יוצא מכן לא ניתן לתבוע את המדינה באחריות שלוחית בגין עוולה שיפוטית שהרי מדובר לא באחריות שילוחית ואף לא באחריות ישירה, שהרי כלל לא קמה מלכתחילה אחריות.

**האינטרס העומד מאחורי אי הטלת אחריות על שופט הינו אינטרס ציבורי ולא אישי.** מתוך כך הוא הגיע למסקנה כי לא ניתן להשאיר בכתב התביעה נגד המדינה את הטענות הקשורות במעשים או במחדלים המיוחסים לבית הדין. בנוסף נאמר בפסק דין כי עצם האפשרות לערעור היא הביקורת השיפוטית והיא המאפשרת לשנות הערכות כאלו ואחרות.

שיקולי מדיניות משפטית – **הצפת בתי המשפט**. החשש ל"הצפה" לענין זה אינו בהיבט של עומס על בתי המשפט אלא עיקרו בנזק המערכתי למערכת השפיטה והפגיעה בעקרון אי התלות כמפורט לעיל.

**וילנר** מזכירה עקרונית שימוש לרעה בהכרעה שיפוטית, טובות הנאה שהיה חשד שנעשו דברים שלא ראויים ומקובלים למעמד שיפוטי אבל גם אז לא מספיק שהשופט יתנהג באופן לא מוסרי, צריך להראות שנגרם נזק ויש קש״ס. גם היא אומרת שצריך להוכיח את זה ולא מספיק רק התנהגות. היא אומרת שלא צריך לסגור את זה הרמטית את ההגדרה הזאת. היא בדעת מיעוט לפי שמואלי ולא דעת יחיד.

**הכרעה:** ברגע שזה מהותי – אין אחריות שילוחית ואין אפשרות לתבוע.

* + 1. **קטין**- ס' 9 לפק' הנזיקין קובע שילד מתחת לגיל 12 לא יישא באחריות נזיקית. השאלה האם מדובר בחסינות דיונית או מהותית. **לפי מודל החסינות המהותית**- כאשר בעל החסינות עשה את העוולה - אין באמת עוולה ואז אין אפשרות לפנות לכתובת אחרת כדי לקבל פיצויים. **אם החסינות היא דיונית**- אין הדבר אומר שעצם החסינות פירושה שלא התקיימה עוולה, אלא פשוט אי אפשר לתבוע את בעל החסינות, אך אפשר לפנות לכתובת אחרת (בי"ס, הורים וכדומה) בחוק עצמו אין פירוט וזה נתון לפרשנות השופטים. אין ממש שורה תחתונה אבל אפשר להגיד שזה תלוי באם ההורים שלחו את הילד או לא לעשות את המעשה, אם אמרו לו לעשות משהו. יכול להיות שהאחריות של ההורים היא אחריות אישית, הוא היה צריך למשל לנזוף בילד והוא לא עשה את זה אז הוא התרשל.
    2. **ללקוי בנפשו** **- רע"א 1272/05 כרמי נ׳ סבג**

בפק' הנזיקין לא מוזכרת חסינות ללקוי בנפשו אך היא הוכרה בפסיקה באופן חלקי.

המערער, בת זוגו ובתם התינוקת היו בגן ציבורי. המערער קרא למשיב, בן 8 שיאמר שלום לתינוקת. לאחר מכן, דרש זאת שוב מהמשיב. בפעם השנייה, המערער שלף סכין, דקר את המשיב ואת בתו התינוקת שמתה מיד. המשיב ניצל בביה"ח. הוגש נגדו כתב אישום באשמת רצח וניסיון לרצח. נקבע כי הוא ביצע את המעשים המיוחסים לו בשל מחלת נפש ממנה הוא סובל. כתוצאה מכך אושפז במחלקה סגורה בבי"ח לחולי נפש. המשיב הגיש תביעת נזיקין נ' המערער שהתקבלה בבימ"ש השלום. הערעור במחוזי נדחה, זוהי בקשת ערעור. השאלה- **אחריותו בנזיקין של חולה נפש.**

תביעה בגין עוולת התקיפה.

**רובינשטיין:** סוקר את הפסיקה האנגלית ומציג שלוש גישות:

1. לקות נפשית זו לא הגנה בנזיקין.
2. אין לעניין זה שוני בין נזיקין לפלילים ולכן קיימת גם בנזיקין ההגנה של לקוי בנפשו.
3. גישת ביניים: ההגנה בנזיקין תכול רק אם לליקוי בנפשו לא היה יסוד מינ' של שליטה. (כאן מדובר על העדר שליטה על תנועות גופו)

**סעיף 23 לפקודת הנזיקין** קובע כך: " תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם...". היסוד הנפשי המיוחד הנדרש בעוולת התקיפה הוא "במתכוון", והוא אחד המנגנונים להגבלת האחריות הנזיקית.במקרה שלפנינו דקירת המשיב לא קרתה בשגגה, היא הייתה אקט מכוון: המערער ידע את טיב מעשהו, תכנן וצפה את תוצאותיו, וחזקה - שאף לא נטען כנגדה - שרצה בהן.

ניתוח זה, לפיו דרישת הכוונה מתייחסת בעיקר למודעות לעצם המעשה ולא לשיקולים הנפשיים שעמדו מאחוריו.העיקר הוא המודעות לעצם המעשה, ולא השאלה, האם הייתה כוונה לגרום נזק. ביהמ"ש קובע כי מכלול השיקולים בעניינינו תומך בגישה כי יש לאתר קיומו של רצון, גם אם רצון זה אינו חופשי. המערער חזה כי דבר עתיד ליפול כתוצאה ממעשיו - אותו דבר שאכן קרה - ובזאת רצה באותו רגע. משכך, מבחינה משפטית נקבע, כי התקיימו בענייננו כל יסודותיה של עוולת התקיפה, לרבות יסוד הכוונה, המפורשת כרציה אך לא כרצון חופשי.עם זאת, שאלת המניע לביצוע הפעולה יכולה להתעורר אם נתבע מעלה טענת הגנה. מבין שלוש הגישות שהובעו במשפט האנגלי באשר לשאלת ההגנה הניתנת לחולה נפש שעוול בעטיה של מחלתו, אימץ ביהמ"ש את גישת הביניים - **לפיה פטור יינתן רק כאשר נשללת הבחירה החופשית מן הנתבע עקב העדר שליטה על תנועות גופו**. **אדם יזכה להגנה של לקוי בנפשו רק אם מצבו מסמל על העדר שליטה.** בסופו של יום נראה כראוי והוגן **מתוך שיקולי הצדק** לאמץ את ההנחה "כי מטרתם של דיני הנזיקין היא מתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל, ומטרת דיני הפיצויים היא, על כן, שלילת התוצאה של מעשה הנזיקין". תכלית זו, ועקרון ההגינות שביסודה, מביאים למסקנה האמורה כי רק העדר שליטה על תנועות הגוף, יהיה מקורה אשר יהא (גם אם מקורה במחלת נפש, מחלת גוף או כפיה גופנית), מהוה הגנה בנזיקין. **במקרה שלפנינו אין המערער חוסה תחת כנפיה של הגדרה זו, ולכן יש לדחות את הערעור.**

**השופטת נאור**: מסכימה עם רובינשטיין אבל בוחנת את מטרות דיני הנזיקין. אומרת שיש רצון לשלב בחברה אנשים שלקויים בנפשם לכן לטענתה יש נסיבות לפיהן ניתן לפטור את חולי הנפש (**צדק חלוקתי**). מאידך, יש לנו נפגע תמים וזה מעלה את **מטרת הפיצוי**, הרי מה הוא אשם? נעשה לו נזק ומגיע לו על כך פיצוי. הכרה של אחריות המעורערים בנפשם תעורר את האחריות של קרוביהם. כלומר, הדרך של נאור היא סוג של מניעה. היא בעצם אומרת שאם לוקים בנפשם ידעו שיש להם אחריות נזיקית אז ניצור הרתעה בקרב הקרובים שלהם **(מטרת הרתעה).** בסוף היא מגיעה לתוצאה של רובינשטיין- דרך הביניים- תוך דרך ניתוח אחרת.

**השופטת ארבל:** מחלת נפש היא לא הגנה, כיוון שאין בנזיקין יסוד נפשי ממילא, ז"א שלא משנה לנו האם העוולה נעשתה כשהאדם לא היה בשליטה או לא התכוון למעשיו. אם אדם הזיק שישלם, בלי הכרה אם הייתה או לא הייתה לו שליטה על המעשים שלו (**מטרת פיצוי**). השופטת ארבל בכל זאת מחריגה ואומרת שאולי לפי שיקולי צדק שונים יהיה נכון לפטור את המזיק מתשלום פיצוי (**צדק חלוקתי**). היא אומרת שללקוי בנפשו תמיד תהיה אחריות ותמיד יהיה צריך לשלם פיצוי אך בהתאם לשיקולי צדק נוכל להוריד לו מגובה הפיצוי. דוגלת בגישה הראשונה.

**הכרעה:** המערער לא זכאי להגנה.

1. **מעשה של מה בכך-** ס' 4 לפק' הנזיקין מוציא מכדי תביעה "מעשה של מה בכך", כלומר, מעשה שאדם סביר לא היה מתלונן עליו, אין הוא בר פיצוי. למשל: גניבת בזוקה. תובע סביר לא היה תובע על דבר כזה. אפשרות - הסתכלות על הזמן בו נעשתה העוולה – טענה אל מול זה: נניח שהיה מלא פריצות באזור אפשר לטעון שזה מכת מדינה ובגלל שזה היה נפוץ טיפלו והרשיעו, כנראה בתקופה אחרת לא היו מקבלים את התביעה כי זה מעשה של מה בכך.
2. **הסתכנות מרצון**- ס' 5 לפק' הנזיקין. עמוס הרמן- הסתכנות מרצון:
   * הסתכנות מרצון מהווה **הגנה מלאה** מול תביעה. היא תקפה מול כל העוולות **למעט הפרת חובה חקוקה.**
   * כדי שהנתבע יחסה תחת ההגנה הוא צריך להוכיח שהתובע אכן היה **מודע לסכנה ורצה אותה**. החשיפה לסיכון כוללת בתוכה **גם חשיפה לתוצאות הנזק שעלול להיגרם ולתוצאות המשפטיות של הנזק**.
   1. הניזוק ידע על הסיכון, מהותו ואופיו המסוכן
   2. הניזוק חשף את עצמו מרצונו לסכיון הן הפיזי והן המשפטי
   3. הניזוק רצה לחשוף את עצמו לסיכון הפיזי והמשפטיבהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק והזכות להישמר ממנו.
   * חשוב שהידיעה תבוא מתוך **רצון חופשי**. עצם ידיעת הסכנה אינה מעידה שהיה רצון להסתכן.
   * **ביהמ"ש נוטה לפרש את ההגנה בצורה מצומצמת**: לא ביחסים של עובד מעביד, לא כלפי ילדים מתחת לגיל 12, לא כלפי פעולת הצלה.
   * **מתי כן?** בדר"כ כל מיני פעילויות ספורט אתגרי או אקסטרים. גם במקרים האלה- אם מדובר על התנהגות **בלתי חוקית שהתובע** לא הסכים מרצון חופשי לקבל על עצמו, לא תחול ההגנה.
   * **ההגנה יותר אפקטיבית שמדובר בנזקי רכוש** (למשל בחוק מוצרים פגומים או בקניית סיגריות).
   * ביהמ"ש מעדיף לא להשתמש בהגנת ההסתכנות מרצון, אלא בהגנת האשם התורם שהיא הגנה חלקית.
3. **ניתוק הקש"ס-** ס' 64 לפק' הנזיקין. הסעיף מונה שלוש חלופות שבהתקיים אחת מהן, ניתן לטעון שהקשר הסיבתי נותק. לא נחשב קעקוע יסודות התביעה, כי אומרים שכן היה קש"ס - אלא שהוא התנתק. החלופות:
4. הנזק נגרם על ידי **מאורע טבעי בלתי רגיל** שאדם סביר לא היה יכול לראותו מראש ולא היה אפשר למנוע את תוצאותיו גם בזהירות סבירה. הוא שמור למקרים נדירים. אין הרבה מקרים בהם בכלל לא ניתן לצפות מראש ולנקוט באמצעי זהירות
5. **אשמו של אדם אחר** הוא שהיה הסיבה המכרעת לנז.; הרעיון: לא אני גרמתי לנזק בכלל, ולכן לא אני צריך לפצות. האדם האחר יכול להיות גם הניזוק
6. **ילד שלא מלאו לו 12** והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס,שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

**הגנות חלקיות**

לכל היותר הפחתת פיצוי. במקרים חריגים הפחתת כל הפיצוי.

1. **אשם תורם ס' 68 לפקודה-** האם הניזוק עצמו עשה משהו שתרם לנזק? אם יש תרומה של הניזוק לנזק, מפחיתים את אחוזי האשמה מהפיצויים.
2. **הקטנת הנזק – ע"א 320/87 גנזך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ**

המערער נפגע ברגלו בתאונת דרכים. כתוצאה מכך היא קוצרה והוא צולע. לפני כן עבד כמורה בשני בתי ספר וחזר למשרות אלו לאחר התאונה. שנה לאחר מכן פרש ממשרה אחת, ושנה נוספת לאחר מכן פרש מהשנייה (כ3 שנים לפני מועד פרישתו). לטענתו הנכות גרמה לו תחושת השפלה מול תלמידיו. הוא תובע מהמשיבים פיצויים בשל פרישה מוקדמת לפנסיה. נדחה במחוזי. מכאן הערעור.

**השופט אור**: **מתי נגיד שניזוק עשה מספיק על מנת להקטין את נזקו?** מבחן האדם הסביר- הניזוק חייב לעשות מה שאדם סביר היה עושה להקטנת הנזק

* הניזוק לא חייב לצאת מגדרו בנסותו למלא את חובת הקטנת הנזק, אך חייב לעשות את שצפוי שאדם סביר יעשה להקטנת נזקו. בכך, עליו לנסות למנוע נזק של הפסד השתכרות, כולו או חלקו.
* אם הניזוק לא חזר לעבודתו עקב התאונה, עליו להוכיח קש"ס. **הימנעות מלהקטין את הנזק ע"י אי חזרה לעבודה או ע"י אי התמדה בה, באין סיבה סבירה, אינה מעידה על קש"ס בין המעשה לנזק.**
* **במבחן האדם הסביר, אין עניין לרגשותיו הסובייקטיבים של הניזוק עצמו**.
* בענייננו – פרישתו המוקדמת של העותר, אינה כתוצאה מהתאונה ולכן אינה נזק ממון שנגרם עקב התאונה. נכותו של המערער ברגלו אין בה כדי למנוע את עבודתו כמורה (מעבידיו גילו הבנה למצבו)

\*אין להתעלם במבחן זה מתגובות נפשיות ומקשיים, השאלה היא תמיד מבחן האדם הסביר על כל המגבלות והקשיים.

הרציונאלים מאחורי הקטנת הנזק: אנחנו לא רוצים שאנשים ישבו בבית, רוצים שהם יחזרו לעבוד; לא רוצים להפיל הכל על הביטוח- הוא לא יפצה בכל מחיר.

הערה:

בעקבות דעקה אפשר לשאול אם האוטונומיה שיש לאדם מאפשרת לשלוח אותו לניתוח להקטין את נזקו? פס"ד נזיקי לא עושה זאת, אך אם לא תעבור ניתוח לא תקבל כסף. מדובר בתמריץ שלילי, דחיפה לניתוח.

1. תביעת שיפוי או הודעת צד ג׳
2. **הגנות ספציפיות-** למשל בעוולת התקיפה ולשון הרע

**מטרות דיני הנזיקין: פיצוי, צדק מתקן, צדק חלוקתי, הרתעה יעילה**

**שמואלי, קליעה למטרה: הצעת תפיסה פלורליסטית חדשה לדיני הנזיקין המודרניים**

פרופסור שמואלי מציג את 2 המטרות המרכזיות בדיני הנזיקין:

הצדק המתקן- מטרה דאונטולוגית מוסרית

הרתעה יעילה- מטרה תוצאתנית המביאה לידי ביטוי גישה כלכלית מול תועלת חברתית.

מלומדי דיני הנזיקין רואים את מטרות דיני הנזיקין לרוב כמטרות מוניסטיות, פרופסור שמואלי מעוניין להציג גישה פלורליסטית חדשה המשלבת בין מטרות ומותאמת לשינויים שחלו בדיני הנזיקין. בפס"ד חמד נראה כי מטרות הצדק המתקן וההרתעה היעילה מתנגשות. השופט ריבלין טוען דווקא כי מטרות אלו כן יכולות לצעוד ביחד. ישנם מקרים חריגים בהם הוצאות המניעה יהיו גדולות מתוחלת הנזק ואז לא תוטל אחריות על פי נוסחת לרנד- הנד על המזיק אך עניין שכזה לא יקיים את מטרת הצדק המתקן. אבל לרוב כאשר הוצאות המניעה יהיו קטנות מתוחלת הנזק ואדם לא ישקיע אותם הוא ייחשב גם כאד הפוגע במוסריות ועל כן הטלת אחריות עליו תתיישב גם עם מטרת הצדק המתקן. בהמשך המאמר מציג פרופסור שמואלי את ארבע מטרות דיני הנזיקין ומוסיף גם את פיזור נזק ככלי יעיל כחלק מצדק חלוקתי. כמו כן הוא עושה

**הרתעה יעילה**

**אריאל פורת נזיקין כרך א 25-53 (2013)**

אריאל פורת מדבר על דרכים להגיע להרתעה אופטימלית, נציג שלושה מהם (יש דרכים נוספות):

* + 1. ע"י חקיקה- חקיקה שתחייב למשל לשים חגורות בטיחות תסייע להגיע להרתעה אופטימלית.
    2. ע"י הרתעת שוק- כל אדם יידע כי הוא אחראי על הנזקים שיגרום ועל הוצאות המניעה של אותם נזקים. ללא החצנה- כלומר ללא השתתפות של גורמים שלישיים כמו ביטוח.
    3. ע"י מידע- חברות הביטוח יכולות להציג את המידע עבור הנזק והאמצעים שיש על מנת למנעו, כך אם הביטוח מעלה פרמיות, קובע השתתפות עצמית וכדומה, אנשים יורתעו.

**ההרתעה הקלאסית-** הרתעה מגיעה מהמשפט הפלילי והיא מכוונת לא רק להרתעה אישית אלא להרתעת הכלל (מעוולים פוטנציאליים). **הגישה הקלאסית הפלילית אומרת שיש להתמקד במזיק**. ההרתעה בפלילי נוצרת ע"י הטלת קנס ספציפי על המזיק. במאמר קליעה למטרה נאמר שוויליאמס עוסק בכך שההרתעה היא בעקבות פלילים וצריך להרתיע אנשים בכיס שלהם, צריך להרתיע יחיד בדיני הנזיקין ובכך להרתיע גם את הרבים. פיצוי עונשי זה כלי הרתעתי, הניזוק מקבל יותר כדי להרתיע את המזיק. לפי וויליאם ודובס, נזיקין מגיעים מפלילים, לכן אפשר להרתיע יחיד ורבים. אם היינו רק בהרתעת יחיד אז היינו שמים את מטרת ההרתעה יחד עם הפיצוי והצדק המתקן, אבל זה לא המצב כי יש גם הרתעת רבים.הגישה הקלאסית להרתעה מגיעה אפוא מדיני העונשין והגישה הכלכלית פותחת לנו צוהר לעבר מקומות אחרים*.* (אינה חלק ממטרות דיני הנזיקין? אלא רק לצורך השוואתי?)

**הרתעה יעילה\אופטימלית** - היא נגזרת של הגישה הכלכלית במשפט, והיא מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית (זאת המטרה ולכן, מטרת הפיצוי כאן אינו בהכרח השבת המצב לקדמותו)*.* המטרה היא להגיע ליעילות דרך **הרתעה אופטימלית** **שאינה** **הרתעת חסר**- המטילה אחריות על מזיק בשיעור שהוא פחות משיעור הנזק שנגרם- **והיא גם אינה הרתעה יתר**- המטילה אחריות על מזיקים מעבר לנזק שגרמו (עלולה להביא להימנעות מפעילות חיונית- כמו הטלת אחריות על רופא). **ההרתעה היעילה שואפת להגדיל את עוגת הרווחה ע"י ניסיון לתמרץ את שינוי הפעילות ולכוון התנהגות עתידית**. כך הרתעה נהפכת לאמצעי אפקטיבי המשנה את טיב הפעולות של הצדדים ואת היקפן.

**דרך ראשונה להשגת הרתעה יעילה היא להקטין את מס' התאונות –** דרך נקיטת אמצעי זהירות שונים. למשל מובילי, חברת הביטוח נותנות הנחות לאנשים שרוכשים מובילי. מובילי מרוויחה (מוכרת יחידות בקלות), חברת הביטוח מרוויחה (היא חוסכת פיצויים בגין תאונות) והאנשים מרוויחים (כי יש הנחה על הביטוח ופחות סיכון), יש כאן הרתעה יעילה דרך סוכנים שונים.

**דרך שנייה היא הקטנת ההוצאות על התאונות שכבר קרו** - הקטנת ההוצאות על תאונה, כמו למשל החובה שיש לשים חגורת בטיחות/קסדה, הנזק יהיה קטן יותר וכך גם ההוצאות. ניתן לעשות זאת דרך רגולציה\חקיקה.

**הרתעה יעילה מנסה בו זמנית להקטין תאונות ולצמצם את הנזק מהתאונה.**

**גישות שונות להרתעה יעילה**

את מהפכת הגישה הכלכלית בדיני נזיקין הובילו **קלברזי ופוזנר** (שופטים אמריקנים בכירים), כל אחד בדרכו שלו.קלברזי ופוזנר הם אנשים של משפט וכלכלה. אבל יש הבדל מאוד גדול בגישות שלהם- **קלברזי הולך יותר לגישה של אחריות מוחלטת ופוזנר הולך יותר לכיוון משטר של אשם.**

השוני ביניהם: משטר של אחריות מוחלטת (קלברזי) לעומת אשם (פוזנר).

המשותף לשניהם: שתי גישות כלכליות שונות להרתעה יעילה המכוונת למניעה - מניעת תאונות והקטנת הוצאות התאונות שיקרו.

**נוסחת לרנד הנד וגישתו של פוזנר**

גישתו מבוססת על **רשלנות-אשם**. פוזנר מעוניין לחשב את נקודת האשם, הנקודה בה נקבע שאדם התרשל והוא אשם. פוזנר הסתמך על נוסחת לרנד הנד, הבודקת את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק ובכך בוחנת את אשמתו של המזיק:

עלויות מניעת הנזק (כוללת בתוכה לא רק הוצאות כלכליות, גם עניין של נוחות, זמן וכו'), כמה האדם היה צריך להשקיע כדי למנוע את הנזק? אל מול- תוחלת הנזק = נזק ממוצע X הסתברות התממשותו. כמה האדם היה צריך לשלם אם הנזק היה קורה?.

מזיק התרשל = כאשר עלויות המניעה קטנות מתוחלת הנזק.

מה מטרתו? לפי פוזנר

* פוזנר רוצה "לסמוך" על המזיק שהוא יעשה את החישובים אם כדאי לו לבצע פעילות מסוימת. כחברה איננו מעודדים הוצאת הוצאות גדולות עבור נזקים שתוחלתן קטנה – או שהם קורים הרבה (הסתברות התתמשות גבוהה) אבל מזעריים בסכום או שהנזק גדול בעלותו אבל הוא נדיר (הסתברות נמוכה). כלומר, לא מצפים ממך תמיד למנוע את הנזק ולהוציא המון כסף אלא **מצפים ממך לפעול כאשר היה זול יותר להקטין את הנזק מאשר לשלם על הנזק**. משלא עשית זאת, אתה אשם.
* לפי פוזנר, אם מזיק ידע את **נק' האופטימום** הוא ידע כיצד לפעול ולכן ימנע ממנה. פוזנר רוצה לאפשר את המידע הזה לציבור. מידע= וודאות. הוודאות תמנע את התביעות - אנשים ידעו להתנהל לפי זה. **נקודת האופטימום היא הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעת הוא הנמוך ביותר**. הבעיה בקביעת נק' אופטימום היא שזו חזקה חלוטה.

**שאלות שעולות מהנוסחה:**

1. **איך מתייחסים לניזוק בנוסחה**? הניזוק לא נמצא בנוסחה. היא מסתכלת על המזיק וכמה הוצאות היה צריך להוציא כדי למנוע את הנזק ולפיכך נקבע אם הוא "מכוסה". מה עושים עם אשם תורם של הניזוק? לרנד לא מדבר על זה. פוזנר גאל את הנוסחה בהיבט הזה, אחד השכלולים שהוא עושה היא הוספת האלמנט של אשם תורם. **הוא הוסיף לנוסחה הזו נוסחה דומה של הוצאות מניעה מול תוחלת נזק גם לגבי הניזוק.** בסוף פוזנר מחלק בין הנוסחות וכך מחשב את האשם תורם.
2. **האם מגיעה הנחה למזיק שהוציא הוצאות מניעה חלקיות?** אין הנחות לפי נוסחת לרנד הנד. מזיק לא יכול לבקש הנחה בפיצוי על החלק שהוא השקיע. **הנוסחה היא מוחלטת.** גם אם מזיק השקיע חלק מהסכום במניעה, הוא יישלם את כל גובה הפיצוי אם לא שילם את כל הוצאות המניעה. אם נסכים לתת הנחות למי שהשקיע סכום חלקי מה שיקרה הוא שמזיקים לא ישקיעו את מלוא סכום ההרתעה האופטימלית. **זה תמריץ שלילי.**

**יישום:**

נוסחת לרנד הנד היא אחת משתי גישות להרתעה בנזיקין. והיא נכנסת גם בעוולת הרשלנות עצמה. אם עו"ד רוצה להגן על הנתבע– צריך להציג את האמצעי היעיל ביותר והזול ביותר מכל האמצעים היעילים. **בקייס אם נצטרך לפתור לפי עוולת הרשלנות הציפייה שנלך ע"פ נוסחת לרנד הנד גם אם אין מספרים.**

דוגמא - אירועון 9:

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**הוצאות מניעה:** הוצאות אלה מחושבות לפי אירוע, בדוגמת הצופים התיק עולה 500, אבל ה500 מתאימים ל10 אירועי חוץ (צריך להחליף אותו כל שנה).כך יוצאת כי הוצאות המניעה לאירוע הם 50 (500:10). לא ניתן להוציא הוצאות מניעה רק לטיול הספציפי, התיק חייב להיות 500, אך הוצאות המניעה לטיול הספציפי הוא 50 כי התיק מתאים ל10 אירועים. שאני צריך להחליט מהם הוצאות מניעה סבירות אני צריך לחשוב מה יהיה סביר להוציא על מנת למנוע נזק, הפעלת שיקול דעת.

**תוחלת נזק**: שיעור הנזק הממוצע הצפוי כפול הסתברות התממשותו. במקרה זה הנזק הממוצע הוא 1000. הסתברות ההתממשות הוא הסיכוי שהנזק יקרה, נתון כי הנזק קורה ב1 מתוך 10 פעילויות, ההסתברות של ההתממשות לכך היא 0.1. נכפיל את שיעור הנזק הממוצע\*הסתברות התממשות וזה יוצא 100.

אם משווים את צד ימין לצד שמאל, מכיוון ש50 קטן מ100 הוצאות המניעה קטנות מתוחלת הנזק. אם הוצאת 50 לצורך הטיול הספציפי, קרה נזק אז אתה לא רשלן ולא תצטרך לשלם. לפי לרנד, **אם הוצאת הוצאות מניעה סבירות, גם אם הם קטנות מתוחלת הנזק, המזיק לא יצטרך לשלם.** הביטוח יפצה בין אם אתה רשלן ובין אם לא.

**צריך להשתמש בכספים בצורה נכונה ולכן צריך להוציא הוצאות קטנות מגובה הנזק כדי למנוע את הנזק.** המזיק ידע לתכנן הוצאות מניעה כדי לא להיחשב רשלן, הוצאות אלה הם עד 99.99 כדי שלא יגרם 100, מעל 99.99 לא צריך להוציא כדי למנוע 100**. אם לא הוצאו הוצאות ונגרם נזק המזיק יחויב בכל הנזק, כי הוא אינו משתמש באמצעי מניעה. אדם שהשקיע רק חלק מאמצעי הזהירות הנדרש אחראי על כל הפיצוי במלואו.** דוגמה זו היא דוגמה למניעת הוצאות תאונות שכבר קרתה ולא מניעת התאונה עצמה.

**הנוסחה מתמרצת מזיק פוטנציאלי להשקיע את ה50 כדי למנוע את הנזק, שכן מי שהשקיע פחות מ50 יחויב בכל ה100.**

אם הממוצע לנזק הוא 400 ₪ תוחלת הנזק יורדת ל40, על כן הוצאות המניעה גדולות מתוחלת הנזק. **כאשר הוצאות המניעה גדולות מתוחלת הנזק המזיק לא רשלן, אך גם אם לא הוצאו הוצאות מניעה אלה ונגרם נזק המזיק אינו רשלן.** כחברה איננו מעודדים הוצאות גדולות עבור נזקים קטנים - נזקים אלה אינם מצדיקים השקעה במניעה. אנחנו רוצים למנוע תאונות אבל לא כל מחיר שווה את המניעה של התאונה, יש צורך לקיים איזונים.

1. **מה קורה במצבים בהם לא ניתן לעשות חישוב לפי נוסחת לרנד הנד כי אין נותנים מספריים?**

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**טענות הצדדים:**

כאשר אין נתונים כל אחד יטען אחרת. הנוסחה תלויה גם במקום ובזמן, בבריכת שחייה יש צורך להיזהר יותר בחופש הגדול כאשר יש הרבה ילדים מתרוצצים וסיכויי הפגיעה גדולים יותר. מדובר על שיעור הנזק הממוצע כלומר זה בכללי ולא בהתחשב בניזוק הספציפי.

**ניזוק –** מטרתו למצוא את האמצעי הזול למניעת הנזק שהמזיק לא נקט בו ולהראות מולו שהנזק תדיר וגדול וכך להוכיח שהוא רשלן ואשם (כי היה זול יותר למנוע אותו). לפי האירועון, אמצעים למניעת הנזק: הניזוק יגיד שזה בחופש הגדול יש התלהבות, אנשים באים יותר לבריכות ולכן צריך יותר מצילים/מנקים, צריך גם שילוט שאסור לרוץ, משטחי גומי למניעת החלקה, מנקים ועוד. יש להציג כאן הכל אבל להגיד כי מבינים שהמציל יקר אבל לכל הפחות צריך משטח גומי או שלט.

**מזיק -** יבקש להראות ההפך, שתחולת הנזק קטנה, הנזק נדיר וקטן (לחלופין - יקר אבל נדיר או תדיר אבל זול) ושלא יכל בהוצאות נמוכות למנוע את הנזק. במקרה הזה: מצילים זה יקר יותר מהנזק.

* **מסקנה-**אם התובע יוכל להצביע על הוצאות מניעה זולות אך יעילות מול תוחלת נזק גבוהה יחסית, יזכה. אם הנתבע יצליח להוכיח שתוחלת הנזק נמוכה יחסית והוצאות מניעה רבות נדרשות- ישים מקל בגלגלי התביעה.

**התאורמה של קוז**

**נזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין שתי פעילויות אנושיות או יותר.** רוב האנשים עושים דברים שיש בהם תועלת ותרומה לחברה ולכן יש צורך לאזן נכון בין הפעילויות. התפיסה שקוז מביא היא תפיסה שונה מהרגיל:

* + 1. אין בהכרח מזיק וניזוק. שני הצדדים נפגעים אחד מהשני. למה המזיק נפגע? כי אם לא ניתן לו לפעול אז למשל חופש העיסוק שלו יפגע כאשר לא ניתן לו להפעיל מקום. גם המזיק מבחינת קוז הוא ניזוק.
    2. צריך לנסות לא להגיע לביהמ"ש, דהיינו להתערבות שלטונית. הצדדים יסדירו יחסים ביניהם.

צריך לתת ל"שחקנים" לשחק בשוק חופשי וכך הם יגיעו להסכם, הצדדים הם אלה שצריכים להסדיר את היחסים ביניהם - גישור, חוזה, שבהרבה מאוד מקרים אחד קונה את השני (למשל המזיק מעדיף להמשיך את פעילותו ומציע תשלום מסוים לניזוק). מבחינת קוז זה מצוין כי אלה כוחות השוק. **הכלל המשפטי לא חשוב** (דהיינו של מי הזכות הקניינית או כלל האחריות – של המזיק או של הניזוק)! בד"כ הסכם של "אחד קונה את השני", למען תוצאה יעילה.

למשל, אם מפעל מזהם אך פעילותו יעילה וטובה לחברה, עדיף שימשיך לייצר, וישלם לשכן על הנזק שהוא גורם לו (=כלל אחריות לטובת הניזוק, במילותיהם של קלברזי ומלמד), כל עוד שווה לו גם לשלם וגם להמשיך לייצר.

* + הכלל של קוז תקף רק:
  + (1) **בעולם שבו אין הוצאות עסקה או שהן נמוכות** (= עלויות כספיות ישירות / עלויות אי רציונליות / ריבוי גורמים – למשל תושבים רבים מול מפעל אחד) עלויות עסקה מונעות עסקאות יעילות. אם יש עלויות עסקה יכולה להיות תופעה של טרמפיסטים- אם מזיק הוא מזיק להמונים, למשל, מפעל עושה רעש לכמה שכנים. מי צריך לשלם? אף אחד לא ירצה להיות זה שיעשה את העסקה בשביל כולם וישלם בשבילם.; **(2) כאשר הזכויות ברורות וודאיות** (כך שאין פערי מידע בין הצדדים) **(3) מסחר בזכויות אפשרי.** לכן הכלל שלו -שהכלל המשפטי אינו חשוב, תקף רק בעולם כזה. בעולם עם עלויות עסקה יש חשיבות להקצאת זכויות יעילה ולפעול לפי המשפט.

קוז **מדבר רק על פעילויות שמועילות לחברה**, לא תמיד הפעילויות המזיקות הן מועילות לחברה (כמו אדם שחותך אחר בכביש). **הביקורת המרכזית על קוז - שהוא חי בעולם ללא הוצאות עסקה\הוצאות עסקה נמוכות**.

**למשל, אם מפעל מזהם אך פעילותו יעילה וטובה לחברה, עדיף שימשיך לייצר, וישלם לשכן על הנזק הוא גורם לו (= כלל אחריות לטובת הניזוק, במילותיהם של קלברזי ומלמד), כל עוד שווה לו גם לשלם וגם להמשיך לייצר.**

**אם אין פעילויות מתנגשות לא צריך את הכללים!!**

**אתא נ' שוורץ**

במקרה עלתה סוגיה של מטרד בנזיקין- גרימת נזק לאחר ע"י הטרדתו. מפעל "אתא" בקרית אתא, היה מפעל לייצור בגדים. במפעל היו אלפי פועלים. 'אתא' ייצא גם לחו"ל- כלומר, המדינה נהנתה ממנה פעמיים: המדינה מקבלת מיסים וקשרים מהייצוא והמפעל מספק עבודה לעובדים רבים ולכן עוזר לבעיית האבטלה. למדינה יש אינטרס שאתא תעבוד, תפעל ותייצר. שוורץ מתגורר ליד המפעל. הוא פנסיונר. המפעל מפריע לו- הוא יוצר רעשים. המפעל היה באותו מקום לפני שוורץ אבל הוא היה שקט. בשלב מסוים המפעל נכנס להפסדים, וברגע שהם נכנסו להפסדים הם הגבירו את הייצור ועברו לעבוד 24 שעות ביממה. הם היו צריכים לקרר את המכונות ולכן התקינו מתקני אוורור שעושים הרבה רעש. **הנזקים לשוורץ**: חוסר שקט עד כדי תגובות עצביות, ירידה של ערך הדירה.

**מי היה שם קודם? הבא אל המטרד. קיין מול נזק, אתא היה שם קודם אבל החל להזיק אחרי ששוורץ עבר להתגורר לידו.**

* + - **גישה 1 צדק מתקן** - אי התחשבות בגורמים אחרים מעבר למזיק, ולניזוק ולנזק. תוצאה: גם אחרים יתבעו, אם נמצאים במצבו של שוורץ. מה המחיר לרבים ?המדינה תפסיד אם לא יהיה ייצוא. אבטלה – כהפסד כלכלי וגם חברתי למדינה אבטלה – פוגע בפועלים ובמשפחותיהם .הרתעת יזמים (בעלי מפעלים אחרים ויזמים אחרים)
* **גישת 2 יעילות כלכלית-חברתית-** בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה- המשך פעולת המפעל או סגירתו. לכאורה מבחינה כלכלית התוצאה המועדפת היא המשך הרעש, הסיבות לכך הן המשך ייצוא, מניעת אבטלה, אי הרתעת היזמים. אי אפשר מבחינת יעילות חברתית להשוות את הנזק שנגרם לשוורץ לנזק הכללי שנגרם מסגירת המפעל. קוז יגיד כי המפעל הוא שידו על העליונה וינצח. אך יש גם תוצאות בעייתיות- נזק ("מטרד") ליחיד וירידת ערך הדירה.

מה עדיף? אולי צדק חלוקתי כשובר שוויון? גישת ביניים- המפעל ישלם פיצוי לשוורץ איתו הוא יוכל למגן את הדירה או לעבור. הבעיה- פגיעה בקניינו של שוורץ, לא רוצה לעבור או למגן. אם יש דיירים רבים כאלה, מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי.

**פרשת שוורץ בראי התאורמה של קוז:** פעילות נוגדות, לא בהכרח מזיק וניזוק או טוב ורע. אתא מזיקה לשוורץ והוא לה קניינית ומונע ממנה את חופש העיסוק. איזה פעולה תגבר?. תשובת קוז - זו שהמשכה יגדיל את הרווחה המצרפית יותר בהשוואה לאחרת, או שהמשכה על חשבון הפעילות האחרת, הנוגדת, תקטין פחות את הרווחה המצרפית(פגיעות כתוצאה מסגירת המפעל כמו פגיעה כלכלית במדינה וכו׳). **הרווחה המצרפית תגדל מהמשך פעילות המפעל.**

**החלטות אפשריות בראי התאורמה של קוז:**

1. **המפעל מקבל צו להפחתת המטרד שמשמעו סגירה** - עולה בקנה אחד עם מטרת **הצדק מתקן**. זהו **צו קנייני** במסגרת תביעה נזיקית. גישה כלכלית לא תאמר כאן נואש, ותנסה לקדם PJB - אולי המפעל, לאחר "נוק אאוט" פסיקתי כזה, ירצה לקנות את זכותו של שוורץ וכך להמשיך לפעול. **בכל מקרה, עולה הסיכוי שתתרקם עסקה שלאחר פסק הדין**. אם צפויים המוני שכנים כמו שוורץ, אולי לא תתרקם עסקה כי לא יהיה לדבר סוף: המפעל ישלם המון, אי כדאיות. אבל גם במקרה כזה אולי תיסגר עסקה שקטה עם שוורץ והוא ייעלם מהמקום בלי לספר לאחרים. כלל 1 של קלברזי ומלמד
2. **המפעל מקבל אור ירוק להמשך הפעילות, שכן ביהמ"ש סבור שיש יותר יעילות בהמשך פעילותו מאשר בסגירתו** - **נוגד את מטרת הצדק מתקן.** כאן ייתכן אולי PJB הפוך - שוורץ ישלם למפעל כדי שיפסיק להזיק או יעבור משם אמנם זה לא כל כך סביר שאדם פרטי ישלם מיליונים למפעל. אבל במטרדים זעירים יותר, בין שכנים, זה בהחלט יכול לקרות. למשל: שכן שמגיש בקשה לצו מניעה נגד מורה המלמד בביתו זמרה. אם לשכן זה מאוד חשוב,הוא ינסה לקנות – "לשחד" את המורה לעבור משם. **הגישה הכלכלית מאפשרת לבית המשפט לקבוע בהחלטה שיפוטית ( לא רק לתת ליד המקרה בעסקה פרטית לאחר פס"ד) שהמטרד לא יזוז אבל שהניזוק חייב לשלם למזיק אם הוא רוצה שהמטרד יפסיק, כתנאי. יש גם דברים כאלה, אך נדירים. שייך לדיון בכלל 4 ,הנדיר.** כלל 3 של קלברזי ומלמד
3. **המפעל מקבל אור ירוק להמשיך להזיק, כי הפעילות הנוגדת שלו מגדילה את הרווחה המצרפית יותר מהפסקת הפעילות שלו, אבל המשך הפעילות תלוי וכפוף לחובת פיצוי מסוימת (חד פעמית\חודשית לניזוק** - גם אם הניזוק לא ביקש זאת, אלא ביקש צו, בית המשפט יכול בעיקרון להחליט כך. (גם בסרבנות גט מקבלת התובעת סעד משני של פיצויים כשלמעשה מבקשת סעד ראשי של גט. במקרים רבים היא תנסה, בעסקת PJB, לקנות את הסעד הראשי דרך המרתו בסעד המשני). במצב כזה, כאמור, המפעל ימשיך להזיק אולם ישלם סכום שיקבע ביהמ"ש לקורבן, נניח בתשלומים חודשיים עד הפסקת הנזק, ואם לא תיפסק, ימשיכו התשלומים כל הזמן. גם כאן תתכן עסקה לאחר PJB - המפעל יכול להגיע למסקנה שלשלם עכשיו סכום גדול, זה לא כדאי לו, כי זה יוצא יותר מאשר הוא מרוויח מהמוצר שהוא מייצר. לכן, הוא ינסה להציע לניזוק סכום גדול אך חד פעמי כדי שיפנה את הבית שלו והמפעל ישתלט על הבית (וכך יוודא שלא יהיו אחרים שם שידרשו דרישות). אם המפעל יוכל להגיע לסכום שעדיין שווה לו להוציא כדי לפנות את הניזוק, ולניזוק זה יהיה כדאי במקום לקבל תשלומים חודשיים, תיחתם עסקה ואם אין דיירים אחרים באזור שעלולים "להתעורר" , נפתרה הבעיה מבחינת המפעל. ייתכן גם שפתרון של הצעת מיגון יקר לשוורץ תסייע. כלל 2 של קלברזי ומלמד

**סוף הסיפור:** שוורץ התלונן במפעל, הציעו לו פיצוי נמוך. הגיש תביעה למחוזי לצו. המפעל אמר כי ההחלטה שעליו להוריד את הרעש תביא לסגירת המפעל. המחוזי **נקט בגישת צדק מתקן**. בערעור לעליון, שמגר התחבט בין הצדק המתקן לבין הגישה הכלכלית, לבסוף, החליט להשאיר את צו המניעה למרות הסכנת לסגירת המפעל. שמגר קובע כי **הצדק המתקן גובר**, המטרה המרכזית של דיני הנזיקין ויש לפעול לפיה. לבסוף- שר האוצר הפקיע את ביתו של שוורץ, ופיצה אותו בסכום מגוחך, נמוך מהפיצוי שהוצע לו ע"י המפעל לפני הגשת התביעה הראשונה. שוורץ התרעם והגיש עתירה על הפקעת הקרקע וטען שהמדינה לא צריכה את הקרקע ולכן ההפקעה אינה לגיטימית, הפסיד בבג"ץ נגד שר האוצר.

**בדוגמת אתא - צדק חלוקתי מאפשר להביא לנוסחה מי שלא חלק ממנה (כמו כל התושבים בדוגמה, חוץ משוורץ)**

**הגישה של קלברזי**

בנה את גישתו על ההבחנה של מי **מונע הנזק הזול ביותר לפי משטר של אחריות מוחלטת.** הוא לוקח את האחריות מוחלטת ומכניס אותה לפלטפורמה שמצמצמת תאונות ומוזילה אותם. את קלברזי מעניין מיהו אותו אחד המשתייך לקבוצה שיכולה למנוע את הנזק בצורה הזולה והטובה ביותר ביותר – עליו תוטל האחריות, התמקדות בקבוצה ולא באדם.

לפי קלברזי אין אשם תורם - מי שבעמדת השוקל הטוב כל האחריות עליו והוא זה שצריך להשקיע את המאמצים ולמנוע תאונות. הבחינה היא לפי הקבוצות בכל מקרה.

* 1. **גישת מונע הנזק הזול והשוקל הטוב של קלברזי**

קלברזי מפתח את התזה של קוז ב-2 כיוונים: **מונע הנזק הזול (שהשתכלל לשוקל הטוב) וארבעת הכללים.**

**ביקורת על גישת פוזנר ולרנד הנד:**

* נגד פוזנר ולרנד הנד המבוססים על רשלנות ואשם - הגישה של פוזנר נותנת למזיק הפוטנציאלי לחשב בדיוק כמה צריך להשקיע כדי לא לצאת "רשלן" לכן מזיקים לא ישקיעו יותר. התוצאה היא שיהיו נזקים, אולי פחות ממקודם, אך זה לא מספיק טוב.
* אם הרתעה יעילה מטרתה מניעת תאונות - היא לא מתקיימת לפי הגישה של פוזנר, כיוון שלפי פוזנר יהיו מקרים שאנשים יזיקו וכביכול יהיה להם "רישיון" לכך.

אחריות מוחלטת?

* מושגת מטרת העל של הרתעה יעילה – יותר מבאשם, **אחריות מוחלטת גורמת למזיק לחשוב ולתכנן איך להשתמש באמצעי המניעה.** אם על המזיק תוטל אחריות בכל מקרה אולי מצד אחד זה יירפה את ידיו אבל עדיין יתכנן יותר.
* אחריות מוחלטת גם דואגת שתמיד יהיה מי שישלם. הניזוק לא יישאר ללא פיצוי. אם מזיק רוצה למנוע את התאונות הוא חייב להשקיע תמיד. אמנם ההחלטה מסורה בידי המזיק הפוטנציאלי והוא לא חייב.

**מה מרוויחים מזה? האחריות המוחלטת תגרום למזיק להיזהר ולמנוע נזקים מהתחלה.**

אחריות מוחלטת היא טובה להרתעה אבל יש בה מס' בעיות (חוסר צדק, הרפיית ידו של המזיק וכו׳). קלברזי לוקח את האחריות המוחלטת כבסיס אבל יוצר ממנה משטר אחריות חדש - **מונע הנזק הזול:**

קלברזי מסתכל על המזיקים והניזוקים כ-2 קבוצות (מזכיר צדק חלוקתי), ובוחן איזו קבוצה יכולה למנוע את הנזק בצורה טובה יותר?

**מונע הנזק הזול ביותר הוא זה שצריך לשאת בנזק. מונע הנזק הזול ביותר הוא "השוקל הטוב ביותר" =** זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילה זו. בוחנים בכל סוג של פעילות מי יכול לשאת בנזק בצורה טובה יותר? המזיק או הניזוק. **מונע הנזק הזול הוא זה שצריך לשאת בנזק**.

בוחנים בכל סוג של פעילות מי יכול לשאת בנזק בצורה טובה יותר? המזיק או הניזוק?

**דוג' 1: תאונות דרכים**

יש נהגים ויש הולכי רגל. קלברזי אומר שבתאונות דרכים יש לבדוק למי יש יותר מידע – המידע שיש לאחד על השני יכול להפוך אותו למנוע נזק הטוב.

הולכי הרגל – אף אחד לא מלמד אותך להיות הולך רגל.

נהגים – צריכים לעשות תיאוריה, לעבור טסט, לקבל רישיון. אנחנו שולטים ברישיון נהיגה בצורה של מידע עם ריענון נהגה, טסט וכו' וכך אנו נותנים לאדם עצמו יותר מידע על מה מותר ומה אסור יותר משיש להולך רגל. בנוסף, הביטוח מעניק מידע בעזרת פוליסה והוא מהווה ״סוכן״ לא רע של הרתעה יעילה כי גם הביטוח לא מעונין לשלם. הביטוח עולה יותר כאשר אדם עושה תאונה ולמשל מוביליי מוזיל את הביטוח והוא גם מהווה אמצעי זהירות שיכול להפחית תאונות. המידע שאתה מקבל גורם לך להיות יותר זהיר, קלברזי אומר שמבחינה רגולטורית קל יותר לתת מידע לנהג ולשלוט עליו

**גישה מהפכנית שלו - בכל מצב של תאונה בין הולך רגל ונהג , הנהג ישלם והוא אשם!**

**דוג' 2: קבוצות היצרנים והצרכנים**

יצרנים הם מונעי הנזק הזול**.** יש להם הרבה יותר כלים ליצור מוצרים בטוחים יותר, מהנדסים וכו'. זה יכול לתמרץ יצרנים ,מה שקשה יותר לעשות כלפי צרכנים. יש מקרים שהאחריות תוטל על הניזוקים. קבוצת הצרכנים תהיה אחראית אם הצרכן השתמש במוצר שימוש חורג שלא עולה בקנה אחד עם המטרה המקורית שלשמע נוצר המוצר. הדוג' שקלברזי מביא היא מכסחת דשא- אדם רוצה לקחת פצוע לביה"ח והוא נוסע עם מכסחת הדשא על הכביש, הלהב נשבר ופוגע בו. במקרה כזה, לא נטיל אחריות על היצרן. זה לא מגיע ממקום של אשם תורם אלא אחריות מוחלטת על קבוצת הצרכנים בגלל היצרנים לא היו צריכים לנקוט אמצעי מניעה וזהירות כלפי שימוש אחר במוצר אלא רק כלפי המטרה שלשמה נוצר.

**דוג' 3: עניינים רפואיים**

הרופאים הם בעלי ידע, מקצועיים יותר ובעלי שליטה ועל כן הם מונעי הנזק הטובים יותר. גם כאן יש סוג אחד של מקרים שבהם החולים יהיו המונע הזול ביותר: שמדובר בניתוחים אלקטיביים (ניתוחים לא דחופים). אם חולה הולך לעבור ניתוח אלקטיבי המידע נמצא אצלו לא פחות מאשר אצל הרופא. לחולה יכולת בחירה רחבה יותר ניתן לבחור את ביה"ח, את הרופא, לחקור את הניסיון וכו'. אם תקרה 'פשלה' וייגרם נזק החולה לא יוכל לתבוע את הרופא. יש כאן תמריץ שלילי לאנשים שעוסקים בניתוחים כאלו- אם האחריות לא תוטל על הרופאים למה שיזהרו?.

* 1. **קלברזי במאמרו עם הירשוף: השוקל הטוב - פיתוח של מונע הנזק הזול**

החידוש בשוקל הטוב: **גם צד ג' יכול להיות מונע הנזק הזול** השוקל הטוב=מונע הנזק הזול.

יוצא מתוך המעגל הזה של מזיק וניזוק בלבד. המידע שיש דווקא לצד ג׳, יכול לסייע לו למנוע את הנזק (זה לא נזק שהוא גורם/נזק שנגרם לו).לכן, אם לא ישתמש במידע שנמצא ברשותו נטיל עליו את האחריות. במקום לבחור מי מבין הצדדים (המזיק והניזוק) הוא מונע הנזק הזול מסתכלים על התמונה הרחבה.

דוגמא: אדם הולך ברחוב, הוא מועד ושובר את היד. הנפילה קרתה כתוצאה משבירה של מרצפת ועלתה למעלה בכמה סנטימטרים. הוא מעוניין לתבוע את העירייה. העירייה אומרת שהאחריות עליו- הוא היה צריך להסתכל. יש מדינות בארה"ב שאם יש אשם תורם אין בכלל פיצוי. אפשר לבוא ולהגיד שהעירייה היא מונעת הנזק הזולה ולכן היא אחראית. הבעיה היא שאם העירייה תצטרך כל הזמן לעבור ולתקן מרצפות מי שישלם את זה בסוף הם האזרחים דרך הארנונה. יש כאן דילמה. מה עושים? מטילים אחריות על צד ג'- מסתבר שהשכנה שגרה ליד ראתה טרקטור של העירייה שעשה באיזור עבודה ושבר את המרצפות. העו"ד של התובע הכניס לתביעה צג ג' את השכנה. למה הוא עשה את זה? העו"ד השתמש בשכנה כ"שוקלת טובה" כי היא יכלה באמצעי הזול ביותר ב(כמו בנוסחה של לרנה הנד)- שיחת טלפון- למנוע את הנזק אם הייתה מתקשרת לעירייה לבקש שיתקנו את המרצפות. למעשה קלברזי מחיל פה את נוסחת לרנד-הנד על צד שלילי, כוונתו של פוזנר היא להחיל את הנוסחה רק על המזיק-ניזוק. למעשה, נראה כי גישתו של קלברזי של "השוקל הטוב" יכולה להיות **מיושמת גם בתוך משטר של רשלנות.**

* מה שהשוקל הטוב מנסה לעשות זה בעצם לצאת מהמעגל המצומצם של מזיק וניזוק אנחנו כביכול משדרגים את "מונע הנזק הטוב" ומחפשים גם צדדי ג' שיכלו להיכנס לנוסחת לרנד הנד ובעצם למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר.
* פוזנר מחנך אנשים לעשות חישובים ולהפנות משאבים למניעת נזק במחיר סביר, קלברזי מעודד אנשים להיות זהירים ולמנוע נזק בכל מחיר ולהפנות משאבים למניעת כל נזק אפשרי ע"י משטר של אחריות מוחלטת.

מעין שימוש בפועל של השוקל הטוב בתוך משטר של רשלנות? (דוגמת הארווי)

אולי ס' 7 לפלת"ד הוא סוג של מונע הנזק הזול.

המטרה של קלברזי היא למנוע נזקים בצורה הזולה ביותר ולאו דווקא לשלם לניזוק.

קלברזי רוצה להטיל אחריות על האזרח הקטן שילמד וידווח להבא. לעומת זאת, הארווי הלך לפי נוסחת לרנד הנד, (ותובע את צד ג)

* 1. **ארבעת הכללים של קלברזי ומלמד**

כתבו מאמר שלוקח את תיאורית קוז צעד אחד קדימה. קוז דיבר על פעילויות מתנגשות ולאו דווקא על מזיק וניזוק. קלברזי ומלמד מסדרים את הדברים ב-4 כללים שמסדירים את האחריות והיחס לפעילויות שמתנגשות, מתי נעדיף פעילות אחת על אחרת?. זו דרך נוספת ליישם הרתעה יעילה.

קלברזי ומלמד סבורים כי קיימות 2 סוגי הכרעות משפטיות:

* + 1. **הכרעה בין זכויות**- שם נדרש ביהמ"ש להכריע זכותו של מי היא על העליונה.
    2. **הכרעה כיצד תמומש הזכות ותיאכף-** האם בדרך קניינית (אכיפה או צו מניעה) או בדרך של פסיקת פיצויים. לאחר שנקבעה הזכות העליונה בשלב הראשון, זו למעשה שאלת הבחירה הנורמטיבית בין סעדים - האם ייאלץ למעשה בעל הזכות למכור את זכותו או להעבירה.

לפי קלברזי ומלמד יש סעדים בשני מישורים:

1. **מישור הקנייני (מתוך הכלל הקנייני)-** סעד ראשי . צו מניעה/ צו עשה, שיוענק לניזוק, זהו הסעד הטוב ביותר שהניזוק יכול לקבל כי הוא למעשה עוצר לגמרי את הפעילות המזיקה.
2. **מישור של הפיצויים** **(מתוך כלל האחריות)-** סעד משני. פיצויים, הפעילות המזיקה ממשיכה אך יש לפצות.

**קיימים שלושה סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכות:**

* + - 1. **כלל קנייני -** האפשרות של בעל הקניין למנוע מאחרים לפגוע בקניינו, דרך צו מניעה או צו להפסקת המטרד. בנוסף, הנפגע תמיד יכול להסכים למכור את הזכות שלו (שבגללה הו מתלונן) תמורת סכום כספי מבעל הקניין.
      2. **כלל אחריות -** כלל שבעיקרו הוא נזיקי והוא מגן על הזכות ברמה נמוכה מהכלל הקנייני. הפגיעה בזכות אפשרית בכפוף לפיצויים. אך כאן לא רק עצם הזכות נקבעת ע"י המדינה אלא גם גובה הפיצויים הוא אובייקטיבי ונקבע ע"י המדינה. לנפגע אין אפשרות מעשית לסרב לפיצויים ואין לו אפשרות להתמקח על המחיר.
      3. **כלל של אי העברה** – קיימות זכויות שהחברה אינה מאפשרת להעבירן, אפילו אם בעל הזכות מסכים למכור אותן ואף אם הדבר יעיל כלכלית. אם הזכות נפגעת, יהיה לה בדיעבד תג מחיר שייקבע ע"י החברה. לעיתים החברה תגביל את ההעברה בהגבלות ובתנאים ולא תאסור אותה לגמרי. כאן התערבות המדינה היא האינטנסיבית ביותר.

**התחום הנזיקי נכנס במקרים שעוברים על זכויות שאינן עבירות**: לדוגמא בדרום אמריקה אסור לסחור באיברים, ולמרות זאת יש מקרים בהם חוטפים אנשים, מוציאים מהם איברים וסוחרים בהם. ניתן להגיד מצד אחד שאי אפשר לתבוע כאן כי סחירות איברים היא זכות שאי אפשר להעביר לכן ביהמ"ש אמור לא להתעסק בזה. למרות זאת, מתוך שכלול של המאמר של קלבזי ומלמד, במקרה כזה ניתן לתבוע את העבריינים בעוולה נזיקית. הביקורת על כך היא שכך בעצם 'קובעים מחיר' לדוגמא לקצירת כליה. מצב זה מחזיר אותנו לשאלה =מהותית מהי מטרת דיני הנזיקין? כי לפי הצבת המטרה, ניתן לבקר לחיוב \ לשלילה את הפיצוי בגין העבריינות הנזיקית. דוגמא לזכויות שניתן להעביר ואכן נעשה בהם סחר: בארה"ב בתחום הכדורסל ניתנת כל שנה לקבוצה הכי גרועה הזכות לבחור את השחקן הכי טוב בשנה הבאה, והם סוחרים בזכות הזו.

החידוש הראשון של קלברזי ומלמד היה שהם **הפרידו בין זכויות עבירות לאי-עבירות.**

קודם יש לעבור את מכשול העבירות/ אי-עבירות: זכויות בלתי-עבירות- אישה לא יכולה למכור את גופה, סחר בתינוקות/ באיברים. מה קורה כשיש זכות עבירה? שאפשר לסחור בה? ביהמ"ש יתערב כמה שפחות, הצדדים יעשו מו"מ ואחד יכול לקנות את השני. בזכויות עבירות ישנם 4 כללים:

קלברזי ומלמד הציעו במאמרם 4 כללים להסדרת דיני המטרדים:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **בעל הזכאות** | **אופי ההגנה** |
| **1** | קורבן | כלל קנייני |
| **2** | קורבן | כלל אחריות |
| **3** | מזהם | כלל קנייני |
| **4** | מזהם | כלל אחריות |

פירוט:

1. **כלל קנייני לטובת הניזוק -** הכלל הקנייני הוא החזק ביותר לטובת הניזוק. קלברזי ומלמד אומרים כי כלל זה יקרה כאשר החברה תכריע שהפעילות הניזוקה מועדפת על הפעילות המזיקה. כלומר אין מספיק תועלת חברתית בפעילות המזיקה, היא לא מגדילה מספיק את הרווחה המצרפית, ולכן עליה לסגת. האינטרס הגדול יותר הוא שהניזוק לא יינזק. פעילותו היא שמגדילה יותר את הרווחה המצרפית. קלברזי ומלמד לא אומרים לנו מתי זה ייקבע הם רק קובעים שהמדינה קובעת אצל מי נמצאת הזכות הקניינית. מדובר על 'נוק אאוט' לצד אחד. לדוגמא **צו מניעה או צו עשה.** יכול להיות שהמזיק ינסה לעשות מו"מ עם הניזוק כדי למנוע את צו המניעה הצפוי לו. יציע לו לדוגמא לקנות את הנכס של הניזוק. הכל תלוי בהוצאות המנהליות וכמה העסקה תשתלם. המו"מ נעשה אחרי פס"ד כדי להגיע לתוצאה של כלל 2 (כלל אחריות). **מבחינה קניינית חשוב מי היה שם קודם!** **זה משפיע על ההכרעה ידו של מי על העליונה.**
2. **כלל אחריות לטובת הניזוק -** פעילות הניזוק נחשבת פעילות חשובה והמזיק לה צריך לשאת באחריות, אך פעילותו של המזיק היא גם פעילות חשובה ולכן נרצה שהוא ימשיך לעשותה, תוך כדי הנשיאה במחיר. **הניזוק לא יכול לדרוש את עצם הפסקת הזיהום, אבל הוא זכאי לפיצויים בגין הנזק.** גם פה אפשר לנהל מו"מ עם הניזוק. המזיק צריך לחשוב אם משתלם לו. אם לא משתלם למזיק לשלם, הוא יכול להפסיק את הפעילות (עובר מכלל 2 לכלל 1).
3. **כלל קנייני לטובת המזיק –** החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר. **ניצחון ב'נוק אאוט' למזיק.** לדוגמא פועלים המתקנים את המדרכה ומפריעים לסטודנטים ללמוד. פעילותם כמזיקים עדיפה והם לא צריכים לשלם לסטודנטים כלום.
4. **כלל אחריות לטובת המזיק-** החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולו הניזוק ירצה שהמזיק יפסיק בפעילותו – עליו לשלם לו עבור כך. **לו הניזוק בוחר 'לקנות' את הפסקת פעולתו של המזיק – המזיק חייב להפסיק לפי דין.** כלל 4 פחות חזק לניזוק- כלל 4 אומר שהניזוק חייב לשלם פיצוי למזיק על הפסקת הפעילות, דהיינו, הניזוק מפצה את המזיק על כך שהיה צריך להפסיק את פעילותו. בפועל כלל 4 לא נדון לעיתים קרובות. בשנה בה נכתב המאמר פורסם פס"ד בארה"ב שיישם את הכתוב בכלל 4 מבלי לדעת על קיום המאמר (וכך גם להפך- קלברזי ומלמד לא ידעו על המקרה באריזונה). שמואלי אומר שהתלמוד מלא במקרים של כלל 4. כלל 4 מאוד שחור או לבן, שמואלי אומר שצריך למצוא פתרון ביניים. מה עושים אם יש הרבה ניזוקים והם לא מצליחים להתאגד? אם אחד הניזוקים הוא מפעל, עירייה או כיס עמוק אחר, אפשר להטיל עליו ואחר"כ לגבות מהתושבים (דרך עמלה, ארנונה וכו')

**בעצם הכללים האלו של קלברזי ומלמד נותנים לצדדים מידע.** הם מסדירים את מאזן הכוחות לפני ההגעה לביהמ"ש. הצדדים יהיו מודעים לזכויותיהם וככה יכולים לנהל מו"מ מראש. הכללים נותנים לצדדים וודאות (על סמך הכרעות במקרים דומים) וככה נותנים להם לחשב כיצד להתמודד עם הסיטואציה- אולי לסגור על פיצויים לפני ההגעה לביהמ"ש כדי שלא ייפסק לניזוק סכום גבוה יותר.

**איך מיישמים את 4 המטרות על מקרה נתון?**

כאמור, יש גישות פלורליסטיות ויש גישות מוניסטיות. כמנתחים אירוע צריך לנתח לאור מטרות דיני הנזיקין בלי להכריע. אם אתה פלורליסט צריך לראות מה גובר במקרה הספציפי. יש לסקור את 4 המטרות ולהשתמש גם בשיקולים משלימים ואולי בסיכויי התביעה להגיד מה רלוונטי יותר ומה רלוונטי פחות לקייס הקיים.

**מקרה מבחן - דוגמת המפעל**

מאיר הינו הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. פליטת קרינה זו מהווה התנהגות עוולתית. מסתבר כי עקב החשיפה לקרינה, גדל מספרם של חולי הסרטן בסביבה הסמוכה למפעל (המונה מאה אלף בני-אדם) ממאה למאה עשרים וחמישה (בממוצע שנתי(, דהיינו, גדל ב20% (25 מתוך 125). יעקב, הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות תוצאה של הקרינה.

**הבעיה שיש לנו כאן**: יעקוב חולה בסרטן והוא רוצה לתבוע את המפעל. ראשית, משתקפת **בעיה של קש"ס**. מאיפה נדע שהעלייה בחולים נובעת מפליטת הקרינה של המפעל? יכולים להיות גורמים רבים: גורמים מסרטנים אחרים כמו סיגריות, גירים, מפעלים אחרים באיזור, אלכוהול ועוד. מצד שני, יש אינדיקציה שהדבר היחיד שהשתנה זה שהמפעל נכנס לתמונה וזה מצביע על כך שהמפעל הוא גורם לתחלואה. מאיר ייטען שלא קיים קש"ס עובדתי. קש"ס עובדתי נבחן לפי מבחן האילמלא. איך יעקוב יצליח להוכיח קש"ס עובדתי? יעקוב ירצה להוכיח שהמפעל אחראי לעלייה בתחלואה. יש צורך לעשות השוואה בין התחלואה לפני המפעל ואחרי המפעל. צריך להוכיח תביעה במאזן הסתברויות, דהיינו צריך להוכיח מעל 50% שהעלייה בתחלואה נגרמה מהמפעל. לפני המפעל היו לנו 100 חולים ממילא, גם בלי מאיר, ורק 20% (25 אנשים) הם אלה שכביכול 'נוספו' ע"י מאיר. מאיר יטען שהיה ניתן לחלות באותה מידה גם לפני הקמת המפעל. אם מאיר יודה לדוג' שהוא אחראי רק על 20% ממקרי התחלואה, איך יעקוב יוכיח שהוא חלק מה20% האלה? כי לקבל פיצוי יעקוב צריך להוכיח שהוא ב20% שנוספו לקבוצת החולים. זו בעיה, לא ניתן להוכיח את זה. על פניו, 80% סיכוי שיעקוב היה חולה גם אלמלא מאיר. **זה שונה מהמקרה של קרישוב כי כאן מדובר בעוולה המונית ולכן ההוכחה היא קשה יותר.** גם אם יבואו חולים נוספים לאחר השנה בה נפתח המפעל- מאיר יטען שוב לחוסר קש"ס עובדתי. יצא מצב שלא ניתן לתבוע! ניתן סיטואציה אחרת- אם כל החולים יתאגדו ויבוא בפני מאיר לדרוש פיצוי (125 אנשים לצורך העניין), מאיר יודע שסטטיסטית 25 אנשים בחדר חולים בגללו, גם אז יהיה קושי לקבוע באופן חד משמעי שהתקיים הקש"ס העובדתי ופה חוסר הצדק זועק אף יותר. **זעקת הצדק באה לידי ביטוי הרבה יותר בעוולה המונית.**

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **מס' חלופה** | **הסבר הגישה** | **הפיצוי הכולל מאת המעוול** | **כמה יקבל כל תובע ממוצע?** | **גוש תיקון-פיצוי** | | **הגוש האינסטרומנטלי** | |
|  |  |  |  | **פיצוי** | **צדק מתקן** | **צדק חלוקתי** | **הרתעה** |
| **1** | הגישה המסורתית של דיני הנזיקין שאומרת שאין לפצות אף תובע בגלל קושי בהוכחת קש"ס.  **החלופה הגרועה ביותר לניזוק.** | **X.0**  (סכום הפיצוי=X) | **0** | לא מתקיימת.  אם הניזוק לא מקבל פיצוי מטרת הפיצוי לא מתמלאת. | לא מתקיים(?)  אולי דווקא כן מתמלאת כי יעקוב לא הצליח להוכיח קש"ס. לפעמים הצדק המתקן הוא אכזרי. | לא מתקיים.  השליטה החלוקתית היא אצל בעל המפעל: בעל המפעל הוא ספק חזק אל מול תושבים חלשים. | לא מתקיים.  מאיר ימשיך להפעיל את המפעל וימשיך לזהם. יש כאן הרתעת חסר רצינית ביותר. הוא לא מפנים את הנזקים שלו. |
| **2** | גישה שבאה 'לעגל פינות' כדי להגשים את מטרות דיני הנזיקין. ועל כן ניתן נזק לכל התובעים. דהיינו, כל אותם 125 אנשים. | **X.125**  כל תובע מקבל פיצוי לפי הנזק שלו | **X- פיצוי מלא על נזקיו** | מתקיים חלקית. הפיצוי יהיה **רק לאותם 25 שמגיע להם פיצוי מלא.** ישנו פיצוי מיותר בשיעור מלא לאותם 100 שלא מגיע להם פיצוי כלל. במילים אחרות- יש כאן פיצוי בסדר למי שמגיע להם באמת (25 שבאמת חלו בגלל מאיר) ועוד 100 אנשים שמאיר משלם להם למרות שהוא לא אמור לשלם להם. | מתקיים חלקית. רק לאותם 25 שלהם הזיק. המזיק משלם גם לאותם 100 שלהם לא הזיק כלל. | באופן עקרוני מתקיים הצדק החלוקתי אך **פיזור הנזק מוגזם.** למעשה מחולק כאן הרבה מעבר למה שנגרם. אנחנו נוגסים יותר מדי בחלק של העוגה של החזקים לטובת החלשים. | לא מתקיים. **יש הרתעת יתר בולטת.**  המזיק משלם פי 5 מהנזק שגרם (25X5) היווצרות של תמריץ שלילי למאיר ולאחרים כמוהו מה שעלול בסוף לפגוע בעוגת הרווחה המצרפית. |
| **3** | פתרון ביניים.  גישה של אנשי הגישה הכלכלית שהכי חשובה להם ההרתעה האופטימלית. הגישה אומרת ש**אם גרמת כל שנה לעלייה ב20% תחלואה אז תצטרך לשלם רק ל-25 אנשים שהם 20%.** | **X.25** | **X\5= (125\X25)**  **דהיינו, כל אחד ייקבל חמישית מהנזק שלו.**  דהיינו 20% משיעור הנזק.  אם באולם עומדים 125 צריך לפצות אותם בסכום של הנזקים של 25 אנשים. | פיצוי חסר לחלק ופיצוי מיותר לחלק אחר. יש קבוצה שלא הייתה אמורה לקבל כלום (ה-100) ומקבלת בכל זאת. ויש קבוצה שמקבלת רק חמישית למרות שמגיעה לה פיצוי מלא (ה-25). | מתקיים באופן חלקי. המעוול מתקן את העוול באופן חלקי כלפי אותם 25 אנשים שעיוול להם. ומתקן את מצבם של ה-100 הנותרים באופן חלקי אם כי הוא לא צריך לעשות זאת מכיוון שלא עיוול להם. | מתקיים. אם כי יש עיוות מסוים בחלוקה הפנימית שכן לא לכל המפוצים באמת מגיע פיצוי.  הערה של שמואלי- אפשר להגיד, לפי הצדק החלוקתי, שעצם הכוח הוא פליטת הקרינה של המזיק ולכן זה רלוונטי גם כלפי אנשים שלא חולים. השליטה של בעל המפעל מתבטאת גם אם אף אחד לא היה חולה לכן אולי יש כאן הגשמה מלאה של צדק חלוקתי. | מתקיימת **הרתעה אופטימלית.**  המעוול משלם בדיור כגובה הנזק שגרם. |

***בגישה ה-3:*** יש כמה דרכים לראות את זה. אחת הדרכים היא שבכלל אין כאן התפשרות על הקש"ס. חלופה 3 בעצם אומרת שאתה מוכיח מעל 50% את הנזק שלך – דהיינו, הוכחת מעל 50% שהנזק שלך הוא 20% ממאיר.

**שמואלי: הדור הבא של תביעות נזקין בגין סרבנות גט, יישום 4 הכללים**

דרגות שונות לפסקי דין למתן גט:

* 1. כפייה- כאשר הדרגה היא כפייה, לא מתעוררת בעיה משום שגם אונס ממון לגיטימי.
  2. חיוב- סנקציות שבית הדין מפעיל אם הבעל לא גירש את אשתו. חובה מוטלת מהדין האישי. תביעה נזיקית עלולה להיות בעייתית משום שעלולה להיחשב כאונס ממון ואז הגט יהפך למעושה.
  3. מצווה – ציווי על אדם לגרש את אשתו שמקורו בשיקולים הלכתיים, אי קיום מצווה זו יהפוך אותו לעבריין הלכתי בלבד.
  4. והמלצה- ממליץ לבעל לבחור בדרך הנכונה, הוא לא חייב להישמע להמלצה, אך אם לא יקשיב לה יהפוך לעבריין דתי.
* רוב פסקי הדין הם ברמת חיוב ולא כפייה, משום שחוששים שהגט יהפוך למועשה.
* "עסקה סיבובית" – מתן הגט ובתמורה האישה תוותר על פיצויים. יש נשים שתובעות גם לשם הפיצוי, אך הן מיעוט.
* אין עוולה נזיקית. התביעה מתבצעת דרך עוולת מסגרת – רשלנות\הפרת חובה חקוקה. ברשלנות, ביהמ"ש הכיר כבר בחובת זהירות בין בני זוג הכוללת לנהוג בבן הזוג בכבוד, הגינות, אנושיות ולא להתעלל בו נפשית. סרבנות גט זה רשלנות מכוונת (אמין)
* בראי התאורמה של קוז- החברה צריכה לעודד ולתמרץ מו"מ בדמוי מה שמציגים מלמד וקלברזי.
* תביעות נזיקין בסרבנות גט גם מזמנת סוג של מקרים שבו אין רצון בפיצוי הנזיקי כשלעצמו ולפיכך לכאורה אין מדובר בסעד משני המגן על הזכות ברמה נמוכה יותר, כתפיסת קלברזי ומלמד את כלל האחריות, אלא בכלי להשגת הסעד הראשי. אך לבסוף נראה שגם כאן מדובר בעסקה בחסות ביהמ"ש בדומה לכלל האחריות. עם כל הבעיות במישורים השונים, בסופו של דבר כלל האחריות יכול לבסס לגיטימיות מלאה למהלך שבבסיס תביעות הללו, ואין רלוונטיות לצורך העניין לעסקה הפרטית העוקבת.
* אפשר גם כלל אחריות חדש- על פיו, לסעד המשני אין חשיבות לבדו, אלא תכליתו להביא לסעד הראשי
* הפיצויים הם בד"כ מחיוב מתן הגט ולא לפני כן. אך הייתה התפתחות בפסיקה ונתינת פיצויים גם על התקופה שלפני מועד חיוב הגט.
* **הפרת חובה חקוקה פלילית-** נמצאת במחלוקת בין השופטים בביהמ"ש לענייני משפחה, מסיבות שונות בין היתר עקב אופייה הפלילי ושאלת מטרת חקיקתה. **בעניין ירושלים,** השופט סבר שיש לפרשה בצמצום, אחד מיסודות של העוולה צריך להיות מיועד "לטובתו או להגנתו" של התובע היחיד ואילו בעניין זה נועד החיקוק הפלילי דוקא להגן על ערכים קולטיביים של סדר ציבורי ושמירה על החוק, ולא להגן על האינטרסים של הפרט. למרות זאת, בחר שלא להכריע בניין נמנע מלפסוק שהעוולה לא התקיימה באותו המקרה. **ואילו בעניין סולטאן**, השופטת נתניהו פסקה כי הניזוק הספציפי ראשי לתבוע מכיוון שהוא חלק מהציבור, אך לא יכול לתבוע, כאשר החיקוק הוא אכן לא לטובתו כניזוק ספציפי.

המטרות האינסטרומנטלית יכולה להכיל מצב בו משתמשים בהם על מנת לתקן מצב אחר. מטרות שאינן אינסטרומנטליות חוות קושי לראות בשימוש בדיני הנזיקין על מנת לקבל מטרה שאינה פיצוי. השיטה הזו עובדת בעיקר כלפי סרבני גט כלכליסטיים. המטרה היא לעשות איזושהי עסקה של אחרי פס"ד- **PJB** (הגישה של קוז).

הביקורת באה ואומרת שזה לא בסדר. איך הגיוני שאישה שהתעללו בה נפשית תקבל פחות מאישה מסורבת גט. ביהמ"ש משתמש בדיני הנזיקין כדי לתת כוח מיקוח לאישה כדי שבעיית סרבנות הגט תיפתר. זה מאוד צדק חלוקתי אבל זה לא מטרות הצדק המתקן והפיצוי.

מטרות דיני הנזיקין במקרה של תביעות נזיקין בסרבנות גט:

1. **צדק חלוקתי-** מתקיים.
2. **הרתעה-** יש שיגידו שהרתעה מתקיימת, כי סרבני הגט נרתעים מלסרב, ויש שיגידו שמדובר בהרתעת יתר.
3. **צדק מתקן-** הטענה היא שזה לא מתקיים. לדעת שמואלי, יש אפשרות לטעון שיש כאן צדק מתקן למרות זאת!

* אפשרות אחת, היא לטעון שההנחה הבסיסית לא נכונה- הסכום הגבוה הוא הסכום המגיע באמת לאישה מסורבת הגט ולכן זה צדק מתקן של ממש. לכן כל התביעות האחרות בגין נזק נפשי הם לא צדק מתקן אמיתי ויש להעלות את הפיצוי. **הנזק בסרבנות גט הוא חמור יותר מבחינה חברתית ולכן יש הצדקה לפיצויים גבוהים.** סובייקטיבית זה נזק שנגרם לאישה, והוא עצום. הבעל גרם לזה שהיא תעצור את חייה.
* אפשרות שניה, היא לראות בגט כמטרה סופית. **אם גט הוא המטרה הסופית הרי שהצדק המתקן מתקיים**. תביעות נזיקין בגין סרבנות גט נותנים לאישה סעד משני- פיצוי אבל מה שהיא רוצה בפועל זה סעד ראשי- שינוי סטטוס. יש צורך להסתכל על ההליך בראייה הוליסטית. אם מסתכלים בראייה כוללת, המטרה היא גט ודיני הנזיקין מספקים לאישה כוח מיקוח להשיג את הגט בעזרת PJB. **הביקורת-** האם מטרת דיני הנזיקין היא לשנות סטטוס? לא. מטרת דיני הנזיקין היא להעניק פיצוי. **התשובה של שמואלי-** האישה יכולה לעשות עם סכום הפיצוי שהיא מקבלת מה שהיא רוצה. זה עדיין צדק מתקן כי האישה קבלה פיצוי ולא שינוי סטטוס, מה שהיא עושה אחרי עם הפיצוי זה עניין שלה.

1. **פיצוי-** יש כאן פיצוי יתר ולכן לכאורה לא מתקיים. לפי שתי האפשרויות השונות לקיום צדק מתקן נראה שגם מטרת הפיצוי יכולה להתקיים.

שמואלי טוען שבעולם הוליסטי זה אפילו לא פיצוי וצדק מתקן כי לאישה מגיע את שניהם! בעולם מושלם האישה צריכה לקבל גם את הגט וגם את הפיצוי. יש פרמטרים שונים שביהמ"ש לוקח בחשבון ולא רק את מס' השנים שבהם האישה מסורבת גט: אישה חרדית הנזק שלה חמור יותר מאישה חילונית (הילדים שלה יהיו ממזרים, והיא לא יכולה לחיות עם אדם אחר). האם מגיע לה יותר פיצוי? לרוב, ביהמ"ש מתחשב בכך ונותן יותר פיצוי. בחברות שמרניות התופעה של סירוב הגט היא קשה יותר כלפי האישה- גם קשה לאחר מכן להתחתן בשנית. מטרת ביהמ"ש היא לתת לאישה הרבה כסף כדי לתת לאישה קונטרה לעשות מו"מ לאחר פס"ד.

**פס"ד חמד – צדק מתקן, מבחן איזון האינטרסים ונוסחת לרנד הנד:רשלנות**

המערער נפגע בגיל 11 בראשו מכדור גומי, בעת שהיה עובר אורח בהתפרעויות במחנה הפליטים בג'נין. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי שוטרי מגב פעלו כראוי, על פי הנהלים ונקטו אמצעי זהירות סבירים בנסיבות העניין, ולפיכך נדחתה תביעת הנזיקין. המערערים טוענים כי יש להכיר באחריות המדינה למקרה זה, עפ"י דיני הנזיקין.

דעת רוב **(ברק)**

* **מבחן איזון האינטרסים-** תוכן הסבירות (או ההתרשלות) נקבע עפ"י האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה. מטרת האיזון היא לקבוע את הערך החברתי של התנהגות המזיק. בכך בא לידי ביטוי עקרון "האשמה החברתית" המונח ביסוד האחריות ברשלנות. **האינטרסים והערכים שיש להביאם בחשבון הם האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה.**
* **נקודת מבט הניזוק –** **יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבוד ובשלמות גופו ונפשו** (לא מבחן לרנד הנד, אלא מבחן איזון אינטרסים טהור עם שיקול שמוסיף ברק)
* **מנקודת מבט המזיק –** יש לבדוק את עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק. מנקודת מבט המזיק, ככל שהוצאות כבדות יותר והסתברות מימוש הסיכון קטנה יותר – נדרשים אמצעים פחותים למניעת הסכנה
* **מנקודת מבט הציבור**- יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק, ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון. ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, כלומר יש לה פחות עניין לציבור, יש לנקוט יותר אמצעים כדי למנעה.
* הביקורת שלו על לרנד הנד – אין לקבע את מושג הסבירות בנוסחאות, **האדם הסביר אינו רק האדם היעיל אלא גם הצודק ההוגן והמוסרי. אדם הדואג לעצמו לזולתו ולציבור.**

**דעת רוב (דורנר)**

* **מצב חירום מצדיק ריכוך סטנדרט, אך לא תמיד.** **תלויה במקצוע**, שבמסגרתו נגרם נזק. במקצועות מסוימים, כגון רפואה\כיבוי אש המיומנות הנדרשת היא היכולת לטפל במצבים שלגבי כלל האוכלוסייה הם מצבי חירום (ובשבילם רגילים)
* **ס' 35 מתייחס בנפרד לסטנדרט הזהירות הנדרש מבעלי מקצוע- שיטור היא פעולה שבמומחיות, ומקצוע שדורש מיומנות ואימונים רבים.** **לכן, יש לבחון את הפעולה הזו עפ"י סטנדרט המומחה הסביר בנסיבות העניין.** נסיבות שניתן להיערך ולהתאמן להן אינן יכולות ככלל לרכך סטנדרט של בעל מקצוע בתחום הטיפול במצבי חירום. יהיו מצבים בהם הם יחשבו לחירום גם לפי סטנדרט של שוטר מקצוען או כל בעל תחום אחר.
* **בעניין זה-** מדובר בפעולה שגרתית שלא עולה לכדי מצב חירום, גם לפי סטנדרט של אדם אינו מקצועי, השוטרים התרשלו וקמה למדינה אחריות שילוחית על מעשיהם.

**דעת רוב (ריבלין)**

* **תגובה לדורנר-** טענה שיש לבחון את התנהגות המשטרה לפי **סטנדרט מוגבר של זהירות,** כלומר הגברת רף הסטנדרט של האדם הזהיר בהתאם למאפייניו האישיים סובייקטיביים. אמת המידה לפיה נבחנת התנהגות של אדם סביר- אובייקטיבית. בד"כ לא מנמיכים סטנדרט בהתאם למאפיינים אישיים אלא במקרים חריגים. אך ביהמ"ש קבע בעבר שניתן לעשות זו כאשר הטלת אחריות נתפסת כמוצדקת, כאשר נפל פגם מוסרי משום שלא פעל כפי שיכול ומסוגל היה לפעול, משום שייתכנו מקרים שקביעה כזו תביא לתוצאה חברתית לא רצויה.
* **במקרה-** אובייקטיבי\סובייקטיבי התוצאה זהה ולכן לא מכריע בשאלה זו. הגברת הרף אפשרית לאור הלכת עבר.
* **המחלוקת עם ברק-** גורמים עליהם ברק דיבר במבחן איזון האינטרסים יכולים לבוא בנוסחת הנד, שאינה מצטמצמת רק לשיקולי יעילות כלכלית (בניגוד לעמדת ברק). היא לא נוסחה מתמטית במובנה המקובל, אלא מסגרת רעיונית אליה ביהמ"ש יוצק תוכן. ביהמ"ש יכול להציב בנוסחה כל ערך שנראה לו ראוי: עריכת איזונים שונים בין סיכונים שונים הנגרמים לגורמים שונים- מזיק, ניזוק, צד ג'. ניתן גם להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות צודקת (חלוקתית, צדק מתקן וכו') והוגנות מוסרית. ביהמ"ש הוא זה שמחליט מהי עלות ומהי תועלת. **כלומר, אפשר לבחון בלרנד הנד "שיקולים ערכיים" אל מול "שיקולים כלכליים".**

**משטרי אחריות**

1. **משטר אשם**- משטר זה יבקש להוכיח אשם על מנת להטיל אחריות נזיקית. כלומר, לא תמיד המזיק יהיה זה שישלם, קודם כל יש להוכיח את האשם שלו.

**Contributory Negligence**

* 1. **אשם תורם כהגנה מוחלטת** גישה מהמשפט המקובל, כל אחוז של אשם תורם של הניזוק, הוא לא יקבל כלום. אפילו אחוז אחד. יש המון ביקורת על כך, משום שזה נוגד הרתעה וכו'. אחד ההסברים לכך, שאפילו אחוז אחד, מסמל ניקיון כפיים של המזיק. כאשר הניזוק לא נקי כפיים, ויש לו תרומה לנזק, שלא יבוא לביהמ"ש. מבחינת צדק טהרני- נראה שהגישה לא טובה. (קיים בחלק מהמדינות בארה"ב- קונטיקט).
  2. **אשם תורם כהגנה יחסית** (ישראל למשל) הפחתת אחוזי האשם של הניזוק מהפיצויים שנפסקים לו.

**Comparative negligence –** עורכים השוואה בין מידת האשם של שני הצדדים, מי שמידת האשמה שלו גבוהה יותר נושא בכל הנזק(קלברזי).

**2 סוגי משטרי אחריות:**

**השוני: אשם** לפי **נוסחת לרנד הנד (פוזנר)** מול סוג של **אחריות מוחלטת** לפי **מונע הנזק הזול והשוקל הטוב של קלברזי**. שניהם מגיעים מגישה כלכלית הרתעתית. לרנד הנד זה אשם מבחינה כלכלית ואילו קלברזי הלך לפי האחריות המוחלטת ויצר גישה אחרת.

**המשותף לשניהם:** 2 גישות **להרתעה המכוונת למניעה** - **מניעת תאונות והקטנת הוצאות התאונות שיקרו**.

1. **אחריות מוחלטת-** לא משנה אם מוצדק להטיל אחריות, הרעיון: צמצמום מספר התאונות ופיצוי הניזוק, לא להותיר אותו במקום שנפל.

* [**חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.**](http://nevo.co.il/law_word/law01/P188K1_001.doc)
* **חוקי פיצויים לעובדים על נזקי גוף בעבודה**.
* [**חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי**](https://www.nevo.co.il/law_word/law01/324_001.doc)**, התשס"ב-2002** – הביטוח לא כיסה את הפגיעות הללו ולכן המדינה קבעה שתהא אחריות מוחלטת.
* **חוק לפיצוי נפגעי גזזת, התשנ"ד-1994-** המון אנשים שטופלו נפגעו מהטיפול עצמו ומקרני הלייזר מסרטנות. המדינה נטלה על עצמה אחריות למרות שלא הייתה אשמה של ממש, כי זה היה טיפול מקובל וידוע.
* **חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989-** כתוצאה מהחיסונים לעיתים יש תופעות לוואי, בשביל לתמרץ אנשים כלכלית להתחסן המדינה לקחה על עצמה אחריות מוחלטת. (חיסון הקורונה לא נמצא בנספח)
* **חוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007**- היה חיסון אבל אלה שלקו במחלה לפני החיסון קיבלו פיצוי מהמדינה שלקחה על עצמה אחריות מוחלטת.
* **גישת קלברזי- מונע הנזק הזול והשוקל הטוב** – לעיל.
* ועדת שמגר (משרד הביטחון **דין וחשבון ועדת החקירה בעניין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום** (2002)).
* **ועדת ריבלין – אחריות מוחלטת.**

**פיצוי מכוח ועדות ציבוריות: דו״ח ועדת ריבלין** (משפט המשפטים – הוועדה הציבורית לבחינת האפשרות להחלת הסדר פיצוי מיוחד על עובדי הוועדה לאנרגיה אטומית שחלו במחלה ממארת בקשר עם חשיפתם לקרינה מייננת ו/או חומרים מסוכנים אחרים במהלך עבודתם)

וועדת ריבלין כור בדימונה- דובר כאחריות מוחלטת אבל **שמואלי מעיר כי מדובר בסוג של אחריות חמורה.** מצד אחד לא משנה אם היה אשם או לא אבל כן צריך להראות קשר סיבתי מסוים- לא כל אחד זכאי לפיצויים (למשל שומר שעבד שבועיים). עוד שיקול לשימוש באחריות מוחלטת בשביל לנטרל את האשם ואת בדיקת האשם תוך שימוש בארכיונים סודיים של במדינה.\*ייחוד העילה- האם אנחנו יכולים לקבל פיצוי רק מהמדינה או הביטוח או שאפשר לתבוע גם צד שלישי למשל, בתאונת דרכים רק את הביטוח? או יש אפשרות לתבוע גם את האדם שהזיק?

ועדה ציבורית שהוקמה ב,2013 על מנת לבחון את האפשרות להחלת הסדר פיצוי מיוחד על עובדי "הקריה למחקר גרעיני בדימונה" שחלו בסרטן בעת חשיפתם לקרינה מייננת ו/או חומרים מסוכנים אחרים במהלך עבודתם. הסדר אשר יחול כתחליף להליך משפטי למי שירצה.

הושג הסכם פשרה שבמסגרתו תפצה המדינה כ170- עובדים, גמלאים ובעלי משפחות שחלו בסרטן.

״התובעים במסגרת ההסדר עשויים לזכות בפיצוי אף אם ההסתברות שקיים קשר סיבתי בין עבודתם לבין התפרצות המחלה, נמוכה במידה משמעותית מן הנדרש לפי הדין הקיים". )עמ' ,5 תקציר דו"ח ועדת ריבלין( רק הקלה בקשר הסיבתי (ההסתברות לקיומו תיחשב לצורך הפיצוי ככפולה), לא פטור מוחלט מהוכחתו.

* ניתן לראות את משטר האחריות המוחלטת – המדינה לקחה אחריות על הפגיעה בעובדים, ללא קשר למידת אשמת העובדים בפגיעה – ללא תלות בכמות הזמן שעבדו, או בקרבת העובדים לכור עצמו. המדינה נתנה פקטורים מיטיבים בחישובים השונים ועוד הקלות.

"הוחלט על תשלום לעובדים שחלו בסרטן ועומדים בקריטריונים מקלים. בבסיס הסדר הפשרה שנחתם הוצהר כי הוועדה והתביעה אינם מצביעים על אשמה או רשלנות מצד המדינה".

**משטר אחריות חמורה- אחריות מוחלטת עם נגיעות אשם\אשם תורם**

**מוצרים פגומים:**

אדם שנפגע נזק גוף כתוצאה ממוצר פגום יכול לתבוע את הנזקים מכוח חוק האחריות למוצרים פגומים. לפני שנחקק חוק האחריות למוצרים פגועים מי שנפגע נזק גוף ממוצר פגום היה לו **2 אפשרויות לתבוע-** דרך **עוולת הרשלנות** (היה קשה להוכיח את התרשלות הנתבע לייצור הפגם) **או דרך עילה חוזית** (בעיה שלפעמים אין חוזה בין הצדדים במקרה שאדם שאל מחברו או קיבל מתנה, או ס' שפוטר מאחריות היצרן)

מטרות החוק: **צדק-** רצון לאפשר לנפגע לקבל פיצוי בלי להוכיח רשלנות יצרן. **הרתעה-** נועד להרתיע יצרנים שלא יוציאו לשוק מוצרים פגומים, הרתעה תיצור מניעת נזקים מיותרים, הורדת נטלים מהחברה והגדלת עוגת הרווחה. **פיזור הנזק-** היצרן המפזר הטוב ביותר ע"י העלאת מחיר המוצר וגם כיס עמוק. **צדק מתקן-** **פלטשר- תורת הסיכונים הבלתי הדדיים** (היצרן מסכן את הצרכן אך הצרכן לא את היצרן. **הפחתת עלויות המשפט-** אחריות מוחלטת מפחיתה עלויות וחוסכת זמן שיפוטי יקר. **צדק חלוקתי-** העדפת הצרכן הקטן מול היצרן הגדול, חוסר אונים של הצרכן לגבי טיב המוצרים.

היתרון של החוק "אין נפקא מינה אם היה אשם מצד היצרן או לא. **הניזוק צריך להוכיח נזק גוף ופגם במוצר** בלבד. מצד שני, המחוקק קבע תקרה והחוק חל על נזקי גוף בלבד ולא נזקי רכוש.

**רק שיש אשם תורם חמור מאוד נפחית פיצוי**. יש הגנה של "רשאי" ביהמ"ש, זה לשק"ד, הוא לא חייב להוריד לניזוק אשם תורם. (להבדיל ממשטר של אשם, שם ביהמ"ש חייב להפחית)

**כאשר רואים "אין נפקא מינא" עם 3 הגנות בהחלט מדובר במשטר של אחריות חמורה**

* **משטר אחריות חמורה- היזק ע"י כלב ס' 41א-41ג לפקנ"ז**

**פס"ד גוגנהיים**

תביעה לפיצוי בעבור נזקי גוף שנגרמו לתובעת, עקב כך שהותקפה וננשכה על ידי כלב, כאשר כתוצאה מתקיפה זו נגרמו לתובעת חבלות קשות בפניה ונזקים נפשיים. התובעת הלכה יחד עם הוריה לראות את בית הנתבע (לביקור זה קדם ביקורו של הוריה בבית הנתבע), לנתבע היה כלב דלמטי אשר בביקור הראשון היה ידידותי. ביקור התובעת והוריה לא תואם עם הנתבע שהיה בחול, התובעת ואימה ליטפו את הכלב שראשו היה מחוץ לגדר הבית. האם הלכה והתובעת נשארה עם הכלב לבדה כאשר לפתע תקף הכלב את התובעת ונשך אותה בפניה ובידה תוך יצירת נזק חמור. התובעת העידה כי לא עשתה דבר חריג כלשהו אלא הכלב פשוט תקף אותה לפתע.

**בימ"ש השלום:**

* ס' 41(א) קובע אחריות מוחלטת על הבעלים של כלב שתקף. ס' 41 (ב) קובע הגנות שכוללות: התגרות, תקיפת הבעלים, הסגת גבול כלפי המקרקעין. לא הוכח אף אחד מאלה. נגיעה בשער אינה מהווה הסגת גבול. הסגת גבול היא חדירה למקרקעין ולא מגע קצר עם שער הבית. למשפחה לא הייתה כוונה להסיג גבול לחצר
* התגרות בכלב- לא הוכחה. היה ליטוף רגיל.
* עוולת הרשלנות- סבור שחלה עליו אחריות גם מכוחה. ההתרשלות- לא בנה גדר המונעת מהעוברים קשר עם הכלב. היה עליו לצפות שעובר אורח תמים ייגש לגדר ויצור מגע עם הכלב והוא יתקוף.
* אשם תורם – לא היה על התובעת לצפות שהכלב יתקוף, בפרט כאשר לא מראה סימני תוקפנות. גם במישור המוסרי לא ראוי להטיל אחריות על מי שניגש בתו"ל ומלטף את הכלב.

**בימ"ש המחוזי:**

**דעת רוב (צבן)**

* ליטוף כלב לא מהווה התגרות לא מבחינה אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.
* הסגת גבול- ליטוף לא מהווה הסגת גבול. גם אם לא מדובר בהסגה רגילה, מדובר בכלב ששומר על חצר ואדם סביר יכול לצפות שכלב כזה שאינו מכיר יכול להגיב בתוקפנות.
* **ניתן להטיל אשם תורם** משום שהוראות בפקנ"ז לא מטילות אחריות מוחלטת אלא חמורה. הוראות אלה נותנות 2 מסלולים להחלת אשם תורם: 1. ההגנות עצמן 2. ס' 41ג "שמירת דינים". ס' 68 מורה על אפשרות קיום לאשם תורם מצד הניזוק ולפיכך יש לייחס לה אשם תורם מסוים.

**דעת רוב (בן עמי)**

* הסגת גבול- קיימת. ס' 41ב3 לא מפרט מהי הסגת גבול לכן יש לפרשה לפי ס' 29. אין הוא דורש הסגת גבול כפי שהשלום טען, מקרקעין מהווה את כל הנטוע עליו והאוויר. משרכנה המשיבה לעבר הכלב בזמן שהיה בחצר- היה במעשיה משום הסגת גבול.
* פירוש דווקני ומצומצם של ההגנות תוך דרישת יס"נ מביא לריקונם. **בהתקיים ההגנה, אין לפטור את בעל הכלב מאחריות מלאה, מדובר בהגנה חלקית.**
* התגרות- אומנם רכנה ללטף אותו, אך אין לשכוח כי מדובר בכלב שמירה נעול בחצר. כלב מטבעו חיה מסוכנת המועדת לנשיכה. כל אדם סביר יכל לצפות כי כלב דלמטי שאינו מכיר את התנהגותו יתנהג כמצופה מכלב שמירה והכנסת יד לחצר עלולה להתפרש כהתגרות בו. גם אם לא הייתה לה כוונה סובייקטיבית להתגרות, ייתכן שמעשיה עולים כדי התגרות אובייקטיבית (למעלה מהצורך)

**דעת רוב (כרמל)**

* השאלה אם יש התגרות תיבחן עפ"י האדם הסביר, האם יכול היה להסיק כי טמון בהם פוטנציאל להתגרות בכלב – מבחן אובייקטיבי. בנסיבות המקרה, ניתן לקבוע כי מדובר בהתגרות אובייקטיבית.
* לא חלה הסגת גבול
* הגנות- חלקיות, על אף שיש הסבורים שמדובר במלאות (אריאל פורת). לשון הס' לא מרמז שמדובר בהגנה מלאה.

הערות:

שמירת דינים לא **רק כטענת חרב** (אשם תורם), **אלא כטענת מגן** ( לתבוע על רשלנות למשל).

**שיקולי מדיניות משפטית, שיקולים משלימים ומטרות דיני הנזיקין**- צדק חלוקתי אולי, הרתעה (בימ"ש השלום)

1. **אחריות מוגברת (משטר ביניים)-** באחריות מוגברת יש היפוך נטל הראיה, כך שעל הנתבע יש להוכיח כי לא התרשל. סעיפים של אחריות מוגברת:

* "הדבר מעיד על עצמו" – על התובע להוכיח 3 דברים א)התובע אינו יודע ממה נבע הנזק. ב) הנזק קרה בנכס של הנתבע. ג) יותר הגיוני בנסיבות שהנתבע התרשל מאשר שהתובע אשם בנזק. (דוגמת ההחלקה בקניון באירוע הפתיחה). (מבחן יידיעה, מבחן השליטה, והסיכוי יותר סיר שהתרשל).
* סעיף רשלנות לגבי חיה- ס' 40 לפקנ"ז (רשלנות ע"י חיה) על הנתבע להוכיח שלא הייתה התרשלות. זה לא בדיוק אשם ולא בדיוק אחריות מוחלטת, **היפוך נטל ההוכחה למזיק**. בהרבה מאוד מקרים המזיק לא יצליח להוכיח שהוא לא אשם, ולכן התוצאה דומה לאחריות מוחלטת.
* נזק מסוג "נזק ראייתי" (רופאים לא ערכו רישום בעת ניתוח, לכשעצמו זו רשלנות וכעת לא ניתן להוכיח שהייתה רשלנות בניתוח כי אין תיעוד).

**נזק ראייתי =** לעיתים יש כמה נזקים לפני שהנזק הראשון גובש.  
למשל: אדם נפגע בתאונה, והרופא אומר שהוא לא יודע להגיד עדיין, צריך לחכות ולראות איזה ניתוח במדויק הוא יצטרך.   
המזיק השני בעצם פגע בראיות בכך שהוא התערב, ולכן לא ניתן להעריך את הנזק הראשון, ולכן הוא יישא בכל הנזק. המזיק השני הזיק לראיות ובכך לא מצליחים לערוך את הנזק שהיה אמור להיגרם מהאדם הראשון.   
כאשר לא ניתן לחלק = המזיק השני ישלם את הנזק של הראשון והשני, כי הוא פגע בראיות ובכך לא יכול הניזוק לתבוע את המזיק הראשון.   
התוספת היא על הנזק הראייתי, שלא ניתן לתבוע את המזיק הראשון. בכך מתיישבת הטענה שהאדם השני משלם יותר מהנזק שלו = כי הוא משלם על הנזק לראיות.

הקטגוריה הכי פשוטה של נזק ראייתי זה השמדת ראיות לרשלנות למשל התיק נשרף אז אי אפשר לבדוק את הרשלנות. לכן כדי שיהיה להם תמריץ לשמור על התיקים שלהם נאשים אותם ברשלנות על השריפה. עכשיו נטל ההוכחה עליהם להוכיח שלא התרשלו. הבעיה מתעוררת כאשר מי שאיבד את הראייה הוא לא המזיק הראשון למשל שופט איבד את התיק אבל לא גרם לנזק הרפואי. איזה פיצוי נבקש ממנו? לא פשוט.

**עוולת מסגרת מול עוולות פרטיקולריות**

**פס״ד גורדון 7-14 – נגישה מול רשלנות**

**בית המשפט תוהה לגבי מרחב המחייה של עוולות ומה היקף גבולות כל עוולה וכן גם לגבי היחס בין עוולת הנגישה לעוולת הרשלנות?**

בפקודת הנזיקין בפרק השישי ״עוולת״ קיימות 16 עוולות (למשל: תקיפה, כליאה, הסגת גבול, רשלנות וכו׳), ללא בחינה אנליטית, קיבלו אותן פשוט אל תוך המסגרת החקיקתית מתוך המשפט האנגלי.

**עוולות פרטיקולאריות -** בעיקר עוולות סגורות שבהן מחוקק קבע עובדות שרק בקיומן התקיימה העוולה

**עוולות מסגרת** (ובעיקר הרשלנות) - עוולות פתוחות שהמחוקק לא קבע אליהן דרישה של עובדות ספציפיות והן יותר עוסקות בתפיסה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין והן יכולות להשתרע על מערכות משתנות של מצבים.

* נוצרה מציאות משפטית אשר יש חפיפה ניכרת בין העוולות השונות. במיוחד לעניין היחס בין העוולות הפרטיקולאריות לבין עוולות המסגרת. לא פעם עשוי אותו אינטרס לקבל הגנה הן ע״י עוולה פארטיקולארית והן ע״י עוולת מסגרת.
* כך למשל אם יש מזיק העושה שימוש רשלני בכוחו נגד גופו של הניזוק בלא הסכמתו וגורם לו נזק יוכל להיתבע גם בגין עוולת התקיפה וגם בגין עוולת הרשלנות, אם היסוד של "במתכוון" של עוולת התקיפה לא יתקיים אז יכול להיות שיהיה ניתן להטיל אחריות על המזיק בגין עוולת הרשלנות (כל עוד התקיימו כל יסודותיה).

**ברק קבע:**

* + התשובה לכל התהיות של בית המשפט תהיה כי העניין גמיש ואין שום עוולה קובעת הסדר שלילי כלפי אחרת. אם אין אחריות בנגישה אין זה אומר כי אין אחריות כלל. על כן אפילו אם לא מתקיים יסוד כזה או אחר של עוולת הנגישה יש מקום לבחון עוולות אחרות כמו איסור לשון הרע או רשלנות.
  + **דיני הנזיקין צריכים להיות גמישים ומותאמים לצורכי החיים המשתנים.** העוולות בפקודה הן רשתות המוטלות זו על גבי זו על מערכת עובדתית נתונה. אפשר שיתפסו כמה עוולת את אותה מערכת עובדתית אותה ואפשר שרק אחת. אין הסדר שלילי של אחת כלפי האחרת ויש כמובן להידרש בכל עוולה לעל יסודותיה.
  + **בגישה זו יש רק כדי לאפשר מעבר קל ממסגרת למסגרת כדי ליתן את מלוא ההגנה לאינטרסים המוגנים ע"י הפקודה.**
  + התוצאה: אין בהוראת סעיף 60 לפקודת הנזיקין כדי לשלול כל אחריות בנזיקין מחוצה לה. **אין הסדר שלילי שאומר שאם משהו אחד לא התקיים אז גם השני לא.** לגבי טענת המערערת כי יש ללכת על פי סעיף 80 (א) לחוק העונשין ולפצות את הניזוק ולא לקיים הליך בנזיקין- בית המשפט מסתייג. בית המשפט מסביר כי אין זה תחליף לתביעה אזרחית בגין התרשלות. הוראה זו בחוק העונשין שבאה להקל על הנאשם לא יכולה למנוע כניסה להליך אזרחי.

**פס״ד כרמלי – הפרת חובה חקוקה מול כליאת שווא**

המערערת אושפזה בעל כורחה בבי"ח לחולי נפש. לפי חוק טיפול בחולי נפש, היה על מנהל ביה"ח להודיע מיידית על האשפוז לשר הבריאות ובמידה ולא התקבלה הוראת אשפוז- לשחררה תוך חמישה ימים מיום האשפוז. רק ביום האשפוז התשיעי נשלחה הודעה לשר הבריאות באמצע' הפסיכיאטר המחוזי, שלא קיימה את דרישות תקנות לטיפול בחולי נפש. הפסיכיאטר המחוזי חתם על הטופס שנשלח אליו כעבור 19 ימים מתחילת האשפוז הכפוי, יומיים לאחר ששוחררה המערערת. גם חתימה זו לא קיימה את הוראות החוק. אין עוררין על כך שהמערערת הוחזקה ללא אסמכתא חוקית בביה"ח 12 יום, שהייתה חולת נפש שזקוקה לאשפוז ושהאשפוז הטיב עמה. היא הגישה תביעה נגד המשיבים בגין האשפוז ללא אסמכתא, עוולת כליאת שווא, רשלנות והפרת חובה חקוקה. תביעתה נדחתה בבימ"ש השלום ובמחוזי. מכאן הערעור.

**דיון- דעת מיעוט- השופטת ש' נתניהו:**

* הפגמים בהליך האשפוז הינם הפרה של דרישות חוק מהותיות, שמטרתן שמירה על זכותו לחירות של הפרט. **המערערת אושפזה במשך כל תקופת האשפוז בניגוד לרצונה**. לכאורה, מתקיימות כאן שלוש עוולות- כליאת שווא (ס' 26 לפקודת הנזיקין), הפרת חובה חקוקה (ס' 63 לפקודה + ס׳ 7 לחוק טיפול בחולי נפש) וגם רשלנות.
* בגין עוולת הפרת חובה חקוקה - הרופאות וקופת החולים אחראיות כלפי המערערים ובשל העובדה שהוראת הפסיכיאטר המחוזי לא התקבלה תוך חמישה ימים מתחילת האשפוז- היה עליהם לשחרר את המערערת מאשפוזה. זו חובה שמוטלת עליהם לפי ס' 7(ג) לחוק לטיפול בחולי נפש אותה הפרו.
* בחינת **יסודות עוולת הפרת חובה חקוקה:**

1. **חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק-** חובה שהוטלה מס' 7(ג) לחוק טיפול בחולי נפש.
2. **החיקוק נועד לטובת הניזוק-** החוק נועד לטובת המאושפז.
3. **המזיק הפר חובה המוטלת עליו**- הפרת סעיף 7(ג) לחוק.
4. **ההפרה גרמה לניזוק נזק**- לא הוכח נזק ממוני, אך נגרם נזק כללי מעצם כליאתה בכפייה בביה"ח. נזק זה אינו טעון הוכחה.
5. **הנזק הנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון המחוקק**- כליאה שלא כדין בין כותלי ביה"ח לחולי נפש.

* **האם ניתן להחיל את עוולת הפרת חובה חקוקה, בעת התקיימו כל יסודותיה, בזמן שישנה עוולה אחרת של כליאת שווא הכוללת גם מקרי הפרה ספציפית (אי-שחרור, כליאה בניגוד להוראות החיקוק)?** האירוע במקרה זה עונה הן על עוולת כליאת שווא והן על עוולת הפרת חובה חקוקה שכן בהתקיימות הפרה של חובה חקוקה- שלילת החירות של המערערת הינה שלא כדין ובכך מתקיימים יסודות כליאת השווא. במקרה זה, יתכן וחלה הגנה ב27(3) המצמצמת את עוולת כליאת השווא (אך אין צורך לבחון זאת, מאחר והמשיבים חבים באחריות בעוולה של הפרת חובה חקוקה). לדעת השופטת נתניהו, קיום עוולת הפרת חובה חקוקה אינו מייתר את העוולה של כליאת שווא. **הרופאות ומנהל ביה"ח הפרו חובה חקוקה, וקופת החולים אחראית באחריות שילוחית למעשה זה.**
* **אחריות המדינה- הפסיכיאטר:** הפסיכיאטר חתם ונתן את אישורו על ההודעה, בה צוין תאריך תחילת האשפוז. מהודעה זו ברור כי האשפוז נמשך למעלה מחמישה ימים. הפסיכיאטר היה יכול לוודא שלא נתן הוראת אשפוז. בכך שלא עשה זאת, נטל את הסיכון והאחריות לכך שהמעשה אותו הוא מאשר מהווה עוולה. הדבר נעשה מחוסר תשומת לב ורשלנות.בשל התנהגותו הרשלנית, נוצר הרקע להמשך אשפוזה האסור של המערערת. יש לציין כי הפסיכיאטר היה יכול וצריך לצפות שחוסר פיקוח מצידו ומתן אישור למעשים- יובילו לעוולה. לכן, יש לחייבו באופן הדדי עם הרופאות וקופת החולים.עפ"י ס' 2 לחוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), המדינה נושאת באחריות למעשי הפסיכיאטר ובכך גם לאישור שניתן למעשה העוולה שבוצע ע"י הרופאות וקופת החולים.
* **הנזק:** הנזק כללי, 10,000 ₪.

**דעת רוב- השופט בך:**

חולק על מסקנתה הסופית של השופטת נתניהו.

* עוולת כליאת שווא - השופטת לא בחנה האם מתקיימים כל יסודות ההגנה בס' 27(3) לכליאת שווא. לדעת והיסודות אכן התקיימו מפני שהוכח כי המערערת חולה במחלה נפשית.
* עוולת הפרת חובה חקוקה - בך מתנגד לכך, שכן במידה והאישור מהפסיכיאטר המחוזי היה מושג במועד הנכון,מעשה המשיבות היה כדין. במקרה זה, האישור התקבל רטרואקטיבית.
* **הכרעה:** בשל העובדה שרק בשל הפרת אותה חובה חקוקה האשפוז הכפוי הפך לכליאת שווא- שתי העוולות אינן מתקיימות. **לכן, יש לדחות את הערעור נגד כלל המשיבים, בהסכמת השופט לוין.**

**פס"ד גורדון ופס"ד כרמלי נראים סותרים**:

בגורדון השופט ברק הכלל שעולה מגורדון הוא- ניתן לעקוב את העוולה הפרטיקולרית דרך עוולת המסגרת- הרשלנות, אם לא מצליחים להוכיח משהו בנגישה אפשר לפנות לרשלנות.

בפס"ד כרמלי, נקבע כי כאשר **קיימת למעשה זהות מוחלטת** בין כליאת השווא לבין הפרת החובה החקוקה. יש למשיבות הגנה בגלל שנתנו את הטיפול בתום לב וללא זדון, הגנה מפני כליאת שווה שמתבטאת באשפוז כפוי, אותה סיבה שבגללה טוענים שהופרה חובה חקוקה. בגלל שזה אותו דבר בדיוק, אין לעקוף את כוונת המחוקק אשר העניק הגנה ולנסות לתבוע בגין עוולה אחרת. כרמלי הוא מקרה מאוד מסוים שיושב בדיוק על כליאת השווא. אם זו תהיה התנהגות שיכולה להיכנס גם לעוולה הפרטיקולרית וגם לעוולת המסגרת יהיה ניתן 'לעקוף' בסיבוב את העוולה הפרטיקולרית.

**האם עדיף לתבוע בתקיפה או ברשלנות?** תלוי. בעוולת התקיפה אין הוכחת נזק אבל יש יסוד נפשי. וברשלנות היסודות קשים להוכחה אבל גובה הפיצוי גבוה יותר מהפרת חובה חקוקה. במבחן הצפי הוא שננתח לפי 2 העוולות כי אין ייחוד עילה.

**הפרת חובה חקוקה:**

**פס״ד ועקנין:**

יסודות עוולת הרשלנות – הפרת חובה חקוקה והיחס בינה לבין רשלנות

המערער, בהיותו בן 15, שהה בבריכת שחיה בבעלות המשיבה. הוא קפץ קפיצת ראש לבריכה באזור המים הרדודים. ראשו נחבל בקרקעית הבריכה והוא נפצע קשה. המערער ידע שקפץ במים הרדודים, אך לא היה ער לסכנה שבסוג הקפיצה אותה ביצע, שכן במקום לא היו שלטים שאסרו קפיצה למים הרדודים. התביעה למחוזי שהתבססה של הפרת חובת זהירות בנזיקין ועל הפרת חובה חקוקה נדחתה. מכאן הערעור.

**דיון- השופט א' ברק:**

* **עוולת הרשלנות:**

חובת זהירות מושגית:

שיקולי מדיניות משפטית באים לאזן בין האינטרסים השונים – הצורך להבטיח חופש פעולה והצורך להגן על הרכוש והגוף.

שיקולי מדיניות משפטית אשר עשויים לשלול את החובה:

* מעמסה כספית
* השפעת פסיקתו על התנהגות הבריות בעתיד.

ביהמ״ש מתחשב באלו ובסוג הנזק ודרכי התרחשותו. על פי אלה הוא קובע את היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית. מהו אותו קריטריון שעל פיו נעשה האיזון והשכלול עצמו? אין למדוד עניין זה במאזניים ובמשקולות, הדבר נעשה על פי הבנתו של השופט את צרכי החברה.

חובת זהיבות מושגית היא יותר בסיסית, כי היא יכולה להיות מוטלת באופן רחב יותר, אבל אחרי זה יש לבחון את חובת הזהירות הקונקרטית - בעלים, **שלא יצר סיכון ושאין בכוחו למנעו**, אינו נושא באחריות בגין אותו סיכון, שכן לא הופרה חובת זהירות קונקרטית.

במסגרת חובת הזהירות המושגית השאלה הנשאלת היא אבסטראקטית. היא עוסקת בקטיגוריות שלמות של מזיקים (יצרנים, מעבידים, נהגים, מורים) ושל ניזוקים (צרכנים, עובדים, הולכי רגל, תלמידים), של נזקים (פיסי, כספי) ושל פעולות (מעשה, מחדל). הבחינה כאן מנותקת מעובדותיו הקונקרטיות של אירוע ספציפי.

חובת הזהירות הקונקרטית:

במסגרת חובת הזהירות הקונקרטית ביהמ״ש מתחשב בעובדות המיוחדות של המקרה - אם בעלים פלוני או תופס פלוני במקרקעין חבים חובה כלפי מבקר אלמוני?. השאלה השנייה היא נורמטיבית באופייה וקשורה בהכרעה ערכית.

לא כל נזק צפוי (מבחינה פיזית) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמאטיבי). חיי היום יום מלאים בסיכונים ולכן, הטעם לכך הוא שבאותם סיכונים טבעיים ורגילים לפעילות האנוש המקובלת, חובת הזהירות הקונקרטית לא מתגבשת כי חיי חברה מתוקנת לוקחת אותם בחשבון. גם אם זה סיכון שאדם כאילו לקח על עצמו, אנחנו לא מדברים על קבלת הסיכון על ידי הניזוק אלא על הטלת אחריות כלפי המזיק. הדין מבחין בין סיכון סביר לבין סיכון בלתי סביר – הסיכון שאותו רואה החברה במידת חומרה יתירה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנעו. חובת הזהירות הקונקרטית אינה קיימת בחללו של עולם, אלא מיוחדת היא למזיק ספציפי, לניזוק ספציפי, לנזק ספציפי ולהתנהגות ספציפית (בוחנים את העובדות). במקרה זה – שמעו עדויות כי כולם קפצו ראש ברדודים וכי הסיכון שבקפיצת ראש במים רדודים אינו סיכון שניתן לראותו כחלק משגרת החיים ומהווית הבריכה, המים יוצרים תחושת ביטחון מוטעית במקום שיש בו סכנה. למרות שכנראה מפעיל הבריכה לא יכל (כעובדה פיזית) לצפות את הסכנה (בדיוק כמו שאר המבוגרים שלא צפו), צריך הוא היה כאדם סביר (מדיניות משפטית) לצפות את הסכנה. ברק מתאר איזון שנעשה שבגינו יש להטיל חובת זהירות קונקרטית: ״אם נעמיד בצד אחד את הצורך להבטיח את שלמותו הגופנית של המתרחץ, ואם נעמיד בצד האחר את חופש פעולת של המפעיל, וכל זאת על רקע פעילות, שתועלתה החברתית מועטה, ושהאמצעים לתיקונה פשוטים. הרי המאזן נוטה לכיוון הצורך בנקיטה באמצעי זהירות, כלומר הכרה בחובת זהירות קונקרטית״.

לגבי הבעלים – בשעה שהייתה הבריכה בחזקתם היה בה סיכון כלתי סביר והיא הועברה לאחר כשהסיכון בהלתי סביר ממשיך לדבוק בה. החובה היא חובה אישית, לא ניתן להעביר לאחר את החובה למנוע סיכונים בלתי סבירים מרכושו. אבל במצבים בהם מעביר לאחר ביצוע הפעילות שכרוך בה סיכון בלתי סביר לידי אדם מיומן, ניתן לצאת על ידי חובה. השאלה אם מוטלת חובה על הבעלים תיקבע באמצעות השאלה - האם בנסיבות המקרה מילאה הבעלים את חובת הזהירות הקונקרטית המוטלת עליה בכך שהעבירה את הפעלת הבריכה הלכה למעשה לידי המפעיל? כלומר, האם הבעלים היו ראשיים להניח כי המפעיל ינקוט את כל אמצעי הזהירות הדרושים כדי למנוע סיכון בלתי סביר? הם לא היו רשאים להניח זאת מכמה סיבות: היו מטעמה מפקחים שברור להם שלא חל שינוי בסדרי הביטו ולא ננקטים אמצעים זהירות למניעת סיכון של קפיצה במים רדודים. בנוסף, הבעלים היה צריך להניח כי לא יחול הלכה למעשה כל שינוי בסדרי הבטיחות – תקופת ההפעלה קצרה והמעילה התחייבת לא לעשות כל שינוי.

שלב שני – הפרת חובה:

המזיק לא צריך לעשות הכל אלא כל מה שסביר לדרוש מאדם באותו מצב, בהתחשב בכל הנסיבות לרבות גודל הסכנה והיעילות שבנקיטת אמצעי מניעה מזה. אמצעי הזהירות אינם גורם קבוע אלא משתנה על פי נסיבות, הם עומדים ביחס מתאים לסיכון שנוצר ״בטוח״ ו״מסוכן״ הם ביטוים יחסיים המשתנים בהתאם לאופיו של גורם הסכנה, של הניזוק ושל האמצעים למניעת הסכנה. ביצוע החובה מהווה שיקול משפטי המורכב מהאינטרסים של הצדדים הפוטנציאליים ומצורכי החברה. לא נדרש מהמזיק ביטחון מוחלט בביצוע כל פעולה אלא אמצעים סבירים שיתחשבו בצרכים טיפוסיים (מצב זה צריך מציל לכל אדם). אמצעים סבירים – הצבת שלט ופיקוח על קיומו. אמצעים אלו יעילים וטובים מצד אחד ומצד שני לא כרוכים בהוצאה בלתי סבירה, יש בהם איזון ראוי בין הגנה על המתרחץ לבין המשך תפקודה ותפעולה של הבריכה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **היסודות:** | **כיצד נבחן אותם?** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **שלב ראשון-** **האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק?**   1. **חובת הזהירות המושגית-** האם ביחס לסיכון מסוים ישנה חובת זהירות? 2. **חובת הזהירות הקונקרטית-** האם בנסיבות אירוע מסוים קיימת אחריות ביחס לניזוק פלוני?   כאן נכללים שיקולי המדיניות | **מבחן הצפיות:**   1. האם אדם סביר **צריך היה** לצפות את התרחשות הנזק (חובת הזהירות המושגית)?   לא כל נזק שניתן לצפות צריך היה לצפות.  תחת חובה זו יש לבחון את הקטגוריה שאליה משתייכים הצדדים (נהג, מעביד וכו׳)   1. האם אדם **סביר יכול היה** לצפות את התרחשות הנזק בנסיבות המקרה הספציפי, הנזק הספציפי שהתרחש. (חובת הזהירות הקונקרטית)?   ס׳ 36 לפקודת הנזיקין? | יש הגורסים כי יש מקום להטיל אחריות על הרשות הציבורית, במקום בו היא אינה מוטלת על הפרט. במקרה זה, המשיבה 1 היא בעלת הנכס, ואילו המשיבה 2 היא מפעילת הנכס לשנה. האם בעלות בנכס מטילה חובת זהירות מושגית? בתיקון 4 לפקודת הנזיקין, אחריות המחזיק בנכס הושוותה לאחריות הבעל- על שניהם חלה חובה שלא להתרשל. בעלות במקרקעין יוצרת זיקה בין בעלות לבין סיכון שנוצר במקרקעין. **מכאן ששתי המשיבות חייבות חובת זהירות מושגית כלפי המערער.**  לאור הסיכון הכרוך בקפיצת ראש במים רדודים, על המפעיל לנקוט באמצעי זהירות סבירים למניעת סיכון זה- במקרה זה, מדובר באמצעי זהירות פשוטים. המים יוצרים תחושת ביטחון עי קפיצת הראש אינה מסוכנת (עדויות שעלו כי זה דבר שבשגרה). מפעילי הבריכה היו יכולים לצפות את הסכנה מקפיצת ראש במים הרדודים. המשיבה 1, בעלת הבריכה, העבירה את הפעלת הבריכה לאחר. האם המשיבה 1 הייתה רשאית להניח שהמפעיל ינקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים למניעת הסיכון הבלתי סביר? בנסיבות המקרה הנ"ל אין היא הייתה רשאית להניח זאת (תקופת הפעלה קצרה והבטחה למשיבה שלא יערכו שינויים בבריכה). [במידה והתשובה הייתה חיובית, המשיבה 1 הייתה יוצאת ידי חובתה]. לכן, **שתי המשיבות חבות חובת זהירות קונקרטית כלפי המערער.** |
| **שלב שני-** **האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו?** | האם הוא סטה מסטדנרט הזהירות במוטל עליו? האם המזיק לא נקט באמצעי זהירות סבירים? סבירות האמצעים נקבעת עפ"י אמות מידה אובייקטיביות- על המזיק לנהוג כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין. בוחנים- מהי רמת הזהירות שיש לנקוט בנסיבות העניין? | במקרה זה, האמצעים הסבירים הם הצבת שלטים שיאסרו על קפיצה למים הרדודים וכי איסור זה יקוים הלכה למעשה. במקרה זה, לא היו שלטים ולא היה פיקוח. לכן הופרה חובת הזהירות. |
| **שלב שלישי- האם הפרת החובה היא שגרמה נזק?** | קש״ס בין הפרת חובת הזהירות (מושגית + קונקרטית) לבין הנזק. | מתקיים. **המשיבות אחראיות ברשלנות.** |

* הערות נוספות-רשלנות:
* **ביהמ"ש לוקח בחשבון שיקולים משפטיים גם בבחינת צפיית נזק**- משמע, לעיתים תישלל חובת זהירות מושגית אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה. ביהמ"ש מתחשב בסוג הנזק, דרכי התרחשותו, השפעת פסיקתו בנושא, מעמסה כספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים/ ניזוקים בעקבות פסיקתו ועוד. כך נקבעים היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית.
* ישנם סיכונים שהם חלק מחיינו, אלו סיכונים סבירים. למשל- נפילה/ התחלקות. הדין אינו מטיל חובת זהירות קונקרטית בגין סיכונים סבירים.
* **עוולת הפרת חובה חקוקה:**

מקור האחריות הנזיקית הוא בפקודת הנזיקין ס׳ 63. השאלה היא לא אם אותה חובה נועדה לתת סעד בנזיקין אלא השאלה היא אם אותו חיקוק נועד לטובתו של הניזוק (אחד מתנאי האחריות). החוק (שמתאר את החובה) אינו מקור לאחריות הנזיקית אלא מקור לחובה החקוקה (אחד מתנאי האחריות הנזיקית). מדברים על ההבדלים בין אנגליה לישראל – אם זה חשוב, להסתכל במחברת של נוי.

|  |  |
| --- | --- |
| **יסודות** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק**  חשוב להבין גם על מי מוטלת החובה - צריךלמצוא את המקור בדיוק, גם אם זה אומר להסתכל בחוקים אחרים. | תקנה 50(6) לתקנות רישוי עסקים הקובעת כי יש להציב שלטים עם הוראות למתרחצים, ביניהן- הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק. החובה להצבת השלטים מוטלת על בעל עסק הבריכה ועל מי שמנהל את הבריכה. לכן, **החובה מוטלת על שתי המשיבות.** |
| **החיקוק נועד לטובת הניזוק-** חיקוק בא לטובתו/ להגנתו של היחיד, אם הוא קובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. האם החובה החקוקה נועדה לטובתו של הניזוק ואם אין בה משום שלילת התרופה הנזיקית. | התקנה באה להבטיח את האינטרס של המתרחץ המצוי במים, שלא יקפצו עליו והן לשמור על האינטרס של הקופץ- שלא יפצע בקפיצתו. לכן, **מדובר בתקנה שנועדה לטובתו של התובע-הניזוק.** |
| **המזיק הפר את החובה המוטלת עליו** | **מתקיים**. לא הוצבו שלטים. |
| **ההפרה גרמה לניזוק נזק-**  קש"ס עובדתי- מבחן הסיבה בלעדיה אין.  קש"ס משפטי- לפי ברק, בעוולת הפרת חובה חקוקה מתאים מבחן הסיכון. מהו הסיכון אותו ביקש המחוקק למנוע? משנקבע ״מתחם של סיכון״, כל תוצאה מזיקה הנופלת למתחם מקיימת את הקש״ס.  דינו של הקשר הסיבתי אינם קבועים בחיקוק יוצר החובה אלא בפקודת הנזיקין. (הובאו 3 מבחנים אפשרים למבחן הקש״ס המשפטי: מבחן הצפיות, הסיכון והשכל הישר) | אם היה מוצב שלט, המערער לא היה קופץ במים הרדודים והוא לא היה ניזוק. השאלה היא לא אם קריאת השלט ע״י הניזוק הייתה מונעת את הנזק אלא האם קיומו של השלט ואיסור הקפיצה היה יוצר מציאות כוללת הלכה למעשה שבמסגרתה סביר להניח שלא היה הניזוק קופץ. בכך **מתקיים קש"ס עובדתי.**  החקיקה באה למנוע קפיצה למים רדודים. ברק מבהיר כי אין לראות בהתנהגות הניזוק כסיבה מכרעת לנזק המנתקת את הקש"ס, הנזק נופל במתחם הסיכון. לכן, **גם קש"ס משפטי מתקיים.** הקש"ס מתקיים גם על פי מבחן הצפיות- מוטלת על המשיבים החובה לצפות כי מתרחץ בבריכה עלול לקפוץ למים הרדודים. |
| **הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק** | **מתקיים.** |

* **הפרת חובה חקוקה אל מול רשלנות – שוני ודמיון:**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הפרת חובה חקוקה** | **רשלנות** |
| **מידת האחריות** | יתכן ותהיה אחריות מוחלטת. | האחריות לעולם אינה מוחלטת. |
| **לפי מה נקבעת?** | נקבעת עפ"י הוראות ספציפיות של כל חיקוק וחיקוק. לא לפי קריטריון אחד- מספר הקריטריונים הוא כמספר החיקוקים. | נקבעת על פי מבחן הצפיות, משמע על פי עיקרון אחד. המבחן מופעל על נסיבות עובדתיות שונות. |
| **רמת ההתנהגות הנדרשת** | רמת ההתנהגות הנדרשת נקבעת לפי החוק עצמו- יכולה להיות חמורה/ זהה/ נמוכה מזו של האדם הסביר. | רמת ההתנהגות הנדרשת היא של האדם הסביר. |
| **נזק** | גם קש״ס רגיל וגם - ? בנוסף נדרש נזק אשר יהיה מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק היוצר את החובה, והוא הוסב על יסוד אותם קשרים סיבתיים הנדרשים ע"י החיקוק הספציפי. | נדרש נזק הקשור בקש"ס להפרת החובה, נזק היכול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים. |
| **מהו הדימיון בין השתיים?**   * העוולות היחידות בפקודת הנזיקין שיסודותיהן- חובה, הפרה ונזק. * סטנדרט ההתנהגות עשוי לשמש אינדיקציה לרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי האדם הסביר. לא כל הפרת חובה חקוקה מהווה התרשלות, ייתכן שהמחוקק קבע סטנדרט מוחלט או תת סטנדרט. זה יהיה זהה רק באותם מקרים בהם רמת ההתנהגות הסטטוטורית מבוססת כשלשעמה על מבחנים גמישים של זהירות. * מדובר בשתי עוולות מסגרת. * בשתי העוולות תוכן האחריות והיקפה נקבע עפ"י עקרונות של מדיניות משפטית. בשתי העוולות על ביהמ"ש לגלות זהירות והתאפקות ולאפשר צמיחה והתפתחות. בשתיהן הקטגוריות לעולם אינן סגורות. * עוולת הרשלנות – מדיניותו במשפטית של ביהמ״ש מופעלת בקביעת החובה ודרכי הפרתה. עוולת הפרת חובה חקוקה – בפירוש החובה, אם נועדה להטיב עם הניזוק או לא ובקביעת היקפה. | | |

* תנאי להגנה של הסתכנות מרצון הוא כי הניזוק ״חשף עצמו״ לסיכון, במקרה זה לא מתקיימת הגנת הסתכנות מרצון. ״השאלה המתעוררת כרגיל אינה אם התובע העמיד את עצמו מרצון ובפזיזות בסכנת פגיעה אלא אם הסכים שאם יאונה לו נזק יפול ההפסד עליו ולא על התובע״.
* יש לייחס לניזוק אשם תורם, נער בגיל המערער צריך לחוש בסכנה הטמונה בקפיצת ראש למים רדודים. עיקר האשם רובץ על המזיקים- לכן יש לייחס למערער אשם תורם בשיעור של 33%.
* שתי המשיבות חייבות למערער יחד ולחוד ולכן הבחירה בידו, יכול לגבות את כל הפיצויים מאחת ויכול לגבות מהשנייה.
* הערה אחרונה – אין ליצור ניגוד בין מדיניות משפטית לבין דין, כי היא חלק מהדין שכן הדין מנוסח באופן שהוא מפקיד בידי ביהמ״ש את הכוח והחובה לגבש נורמה משפטית על יסוד שיקולים של מדניות משפטית. על המדיניות המשפטית מושתתת הפעילות השיפוטית כולה.

**"פיצוי נזיקי למסורבות גט" בנימין שמואלי**

סרבנות גט – ניתן לתבוע מכוח עוולת הרשלנות או מכוח הפרת חובה חקוקה

* הפרת חובה חקוקה פלילית (ס' 287 לחוק העונשין): בא לידי ביטוי במקרים שביה"ד נותן פס"ד ברמה של חיוב או מצווה.
* לפי שמואלי צריך ואפשר לתבוע לפי הפרת חובה חקוקה פלילית והוא בוחן 2 אלמנטים נדרשים:

1. **החיקוק צריך לבוא לטובתו\הגנתו של התובע**- לדעת שמואלי, במקרה של סרבנות גט ניתן להסיק שיש תכלית כפולה- רוצים גם להגן על האינטרס הציבורי של שמירה על סופיות הדין וכיבודו ובמקביל גם שמירה על הפרט ובמקרה שלו שמירה על האישה הנפגעת.
2. **יש לבחון אם החיקוק לא התכוון** **"להוציא תרופה זו"-** יש לבחון האם המחוקק התכוון להוציא מכלל הפרת חובה חקוקה את תביעות מסורבות הגט בנזיקין. לדעת שמואלי, קשה להגיד שכן מפני שהחיקוק הוא כללי ויש הניח שמנסחיו לא התכוונו שלא להחילו דווקא על עניין של הפרת חיוב מצד ביה"ד הרבני.

נקודת המוצא: כולם מסכימים שגם פסק דין נזיקי, שעליו יבקש הבעל לוותר תמורת מתן הגט המיוחל, עלול לגרום לכך שביה"ד הרבני יכריז על הגט כעל גט מעושה שלא כדין, בבחינת כפייה אסורה.

המחלוקת:

**קפלן ופרי:** לגישתם, על דיני הנזיקין להיות מושפעים מדיני המשפחה ויש ליצור הסדר מיוחד לתביעה הנזיקית עקב חשש מגט מעושה. הסדר של סייג התביעה הנזיקית ב2 אמצעים:

1. הטלת מגבלה על סכום התביעה (להקטינו, על אף שלא תקבל פיצוי שמתאים לנזק שנגרם לה).
2. התנאת הגשת התביעה בכך שבית הדין הרבני כבר פסק גירושין בדרגה מסויימת של חיוב לפחות. (לא תינתן אפשרות להגיש אם קבעו ש"מצווה" או "המלצה" לתת גט)

**ביטון:** נקודת מבט פמיניסטית. לדעתה, אין להגביל את התביעה הנזיקית עקב דיני המשפחה, ולכן יש לקבל את התביעה הנזיקית במלואה ואין להתנות תנאים על התביעה.

לדבריה, גישתם של קפלן ופרי פוגעת בזכות האישה לבחור אם למצות את זכויותיה הנזיקיות והיא מציעה אינטראקציה אחרת בין מערכות הדינים. כזו שתוביל לשינוי דיני המשפחה באמצעות לחץ שיופעל מכיוון הנזיקין. היא רואה את דיני הנזיקין מעין חרב המשמשת ללוחמה בדיני המשפחה.

**גישה שלישית (שמואלי):** חולק על קפלן ופרי וסובר שהתביעה אינה צריכה להיות מסויגת באמצעות מחסומים ותנאים. יש לקבל את התביעה במלואה באופן עקרוני ולא להצר את צעדי התובעת. הגישה אינה נובעת ממניע פמיניסטי. סוגי הפיצוי למסורבות גט צריכה להיבחן אך ורק דרך מטרות דיני הנזיקין (ולא דיני המשפחה). בחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות, ומתיישב גם עם המטרה של יישוב סכסוכים שבבסיס הקמתו של ביהמ"ש לענייני משפחה, ביהמ"ש שאצלו מתבררת התביעה.

**האם הפיצוי עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין?**

על אף שהדיון בפיצוי נמצא בביהמ"ש לענייני משפחה, הרי שהמטריה היא נזיקית, ומשכך קיימת חשיבות עליונה לשאלה אם הכרה בעילת תביעה זו עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין:

פיצוי והשבת המצב לקדמותו- מכיוון שלא ניתן להשיב את המצב לקדמותו בצורה מלואה, הפיצוי הכספי עשוי להיטיב את מצב הנפגעת ולהקל על הקשיים בהתמודדותה עם המציאות (טיפול נפשי, פתיחת דף חדש).

הרתעה- הרתעת יחיד- הרתעת הבל הנתבע בגלל הפיצויים. והרתעת רבים- הרתעת סרבנים פוטנציאלים.

צדק מחלק- הצדק המחלק דן בצד חזק מול צד חלש, ובמקרה שלנו האישה חלשה לעומת הגבר. התביעה הנזיקית מקדמת את מעמדה מול הגבר.

הצדק המתקן- על המזיק לפצות את הניזוק בגובה הנזק שנגרם לו כדי לתקן את הנזק הנגרם מהעוולה.

**דעות שונות לגבי הצדק המתקן:**

לפי *אריסטו*- יש להעניק פיצוי מלא ולא חלקי, להחזירו למצב שבו היה לפני העוולה.

ווינריב -בעל הגישה הקיצונית ביותר, סובר כי אין להתחשב בשיקול אחר פרט ליחסים בין הצדדים שמבוססים על אשמת המזיק ועל חובתו לתקן את שעשה. לפי גישתו הצדק המתקן אינו מתיישב עם מטרות הנזיקין צופי פני העתיד כגון הרתעה וצדק מחלק. בנוסף, אין להתחשב בנשים מסורבות גם בעתיד או בהיקף התופעה ושיקולי מדיניות משפטית כגון הצפת בתי המשפט, זאת מאחר וההתמקדות הינה בצדק מתן בין הצדדים הספציפים האלו. לפי *פלטשר* (תורת הסיכונים)- הסיכונים פה בלתי הדדים (שכן רק הבעל יכול לסכן את האישה בסירובו לתת גט והאישה לא מהווה סכנה לבעל). לפיכך, לפי גישה זו יש לתמוך בפיצוי מלא למסורבות גט עקב הסיכון הבלתי הדדי שבעלה יוצר כלפיה.

שמואלי אומר כי גם אם לא נלך על פי הגישה הקיצונית של ווינריב עדיין נמצא בכל סכסוך נזיקי את הצדק המתקן. גם אם מסורבת הגט לא תקבל פיצוי אלא דרך אחרת של יישוב סכסוכים (זאת לאור האכסנייה של הדיון שהיא בהיהמ״ש לענייני משפחה), אם זה הדבר שיסייע לה הכי הרבה, מתקיים כאן צדק מתקן אמיתי. יש לתת מקום נכבד לצדק המתקן, אולם אין לראות בו חזות הכל.

ישנן גישות פלורליסטיות - מסתכלות על כל מטרות דיני הנזיקין כולן ומכריעות מה עדיך בנסיבות או אם אפשר להתחשב באחת על פני השנייה. למשל, לפי אנגלרד צדק מתקן אינו חזות הכל ויש לתת במה גם למטרות אחרות של דיני הנזיקין וכאשר יש סתירה ביניהן יש לנסות להשיג השלמה והרמוניה.

שמואלי אומר שהצדק המתקן יכול לחול בענייננו ולא סותר את המטרות האחרות. ועולה כי פיצוי למסורבות גט עולה בקנה אחד עם כל מטרות דיני הנזיקין. סרבנות גט נכנסת תחת 2 עוולה: רשלנות והפרת חובה חקוקה. במשפט של אשם-רשלנות יש צורך להביא בחשבון את הצדק המתקן תמיד, גם אם לא כשיקול המרכזי מאחר והמטרה היא שהמעוול יתקן.

פרופ' אריאל פורת סובר שלעיתים אין להתחשב בכלל בצדק מתקן כאשר ישנן מטרות חיצוניות גדולות יותר, אך הוא מדבר בעיקר על צד שלילי ואין זה רלוונטי למקרה שלנו.

אין מקום לאינטרקציה בין דיני הנזיקין לדיני המשפחה אך יש להתחשב במטרת האכסנייה לתביעה (בימה״ש לענייני משפחה):

בנוגע לגט המעושה, סובר שמואלי שהאכסנייה שבה נידונה תביעת הנזיקין היא ביהמ"ש לענייני משפחה, ויש לכבד אכסניה זו. לכן, השופטים בביהמ"ש לעניניי משפחה צריכים לדון בתביעה כתביעה טהורה בדיני הנזיקין, ולבחון אותה לאור מטרות דיני הנזיקין. ההשלכות שיהיו לתביעת הנזיקין במישור כשרות הגט-> הם באחריות ביה"ד הרבני בלבד. התחשבות במטרה של יישוב סכסוכך בביהמ״ש לענייני משפחה – כן, התחשבות בדיני משפחה – לא.

לפיכך, יש לקבל את התביעה הנזיקית אף אם יש חשש לגט מעושה (ובמיוחד יש לקבל את התביעה במלואה בעניין של תביעה נגד עיזבון ששם אין חשש לגט מעושה- כמו בעניין כפר סבא). עם זאת, אין לראות בדיני הנזיקין מעין חרב המשמשת ללוחמה בדיני המשפחה כמו שביטון סוברת ואין לסייג את דיני הנזיקין כפי שמציעים קפלן ופרי.

השיקולים של גט מעושה או ההפך, של נקמנות שבכלל תנע גט עקב התיעה – הם שיקולים שעל האישה לקת בחשבון בלבד.

המועד הקובע לחישוב הפיצוי : מהו יום תחילת ביצוע העוולה?

כל עוד אין עוולה שנקראת סרבנות גט שבגינה מוגדר ממתי פוסקים פיצויים, אין לקבוע רק ממועד חיוב בית הדין שהבעל יתן גט. כל עוד זה נבחן תחת עילת הרשלנות, יש לקבוע פיצויים החל מתחילת ההתנהגות שבגינה נגרם הנזק הריגשי.

**מהי הדרגה שצריך להיות לפסק הדין הרבני כדי שנוכל לקבוע את תחילת ביצוע העוולה?**

קפלן ופרי- רק "חיוב" או "כפייה" לתת גט יכולים להכשיר את התביעה הנזיקית.

השופט וויצמן- מספיק שביהד יגידו ש"מצווה" לגרש על מנת לאשר פיצויי נזיקין ללא חשש לגט מעושה.

שמואלי- תומך בכך מאחר ובית הדין רבני אכן החליט שיש לתת גט אך החליט שלא לאכוף זאת. מציע התפתחות נוספת. אין למנוע עקרונית מן התובעת לנסות להוכיח כי ההתעמרות הנפשית, שגרמה לה לנזק הרגשי החלה גם לפני מועד החיוב בגט.

גישתו של שמואלי ניתנת להצדקה בהתבסס על מטרות דיני הנזיקין. הרתעה : בהיעדר פיצוי על התקופה בטרם ניתן פסק הדין על ידי בית הדין הרבני אין מה שימנע מהבעל (ומבעלים פוטנציאלים) להתעמר נפשית באישתו כל עוד לא חויב רשמית בביה"ד לתת לה גט, וגם לא יהיה להם תמריץ לתת גט לפני אותו מועד. הצדק המחלק- שמטרתו להעמיד את החלש על רגליו מול החזק. חלוקה צודקת של העושר מחייבת פסיקת פיצוי בגין כל תקופת ההתעמרות. מסקנה זו עולה גם מבחינת מטרות הצדק המתקן ומעקרון הפיצוי והשבת המצב לקדמותו- אם נפסוק פיצויים רק מרגע החיוב בגט, אנחנו לא נותנים פיצוי ראוי לנזק שהיה לפני מועד החיוב. על כן, יש לאפשר לתת גם פיצוי עבור התקופה שלפני החיוב.

יש שיטענו מנגד, כי אם ניתן לתבוע על התקופה שלפני החיוב בגט לא תהיה כאן ודאות משפטית ויהיו תביעות סרק. אך שמואלי מנגד אומר כי השאיפה ליצור ודאות משפטית ולמנוע תביעות סרק עומדת בניגוד לעקרון הצדק המתקן ולשאר מטרות דיני הנזיקין, ולכן אין להפריז בחשש לחוסר וודאות.

במקרה של הפרת חובה חקוקה יש לפסוק את הנזק רק לאחר פסק הדין של ביהמ״ש כי זה השלב שבו הופרה החובה החקוקה (ס׳ 287 לחוק העונשין).

האם קבלת התביעה יוצרת חשש למדרון חלקלק ולהצפת בתי המשפט בתביעות ?- לדעת שמואלי יש לקבל גישה פלורליסטית יותר מווינריב לצדק מתקן ולא לראות בו חזות הכל, ואין לפסול מטרות אינסטרומנטליות נוספות (שאולי לא יגבו את הדעה לאפשר פיצוי מלא בכל מצב). שמואלי סובר כי יש להעלות את סוגיית מסורבות גט על סדר היום המשפטי והציבורי ולא מנקד' מבט פמיניסטית. מדובר על אוכלוסייה במצב נפשי קשה, אשר במקרים רבים אין לה מרפא. בתי המשפט לא חששו מהצפות גם במקרים אחרים, ואין טעם לחסום תביעות אלו. יש לתת לה משקל נמוך אם בכלל כי לא חסמו תביעות בגלל השיקול הזה.

הצעתם של קפלן ופרי בעייתית בכמה אופנים:

1. **הגבלת הסכום**- ברגע שהאישה תקבל פיצוי נמוך היא לא תוכל לסחור עם הבעל שיתן את הגט. בנוסף, לנשים שבכלל לא משנה מעמד הגט ולא רוצות לסחור בו, אין כל סיבה שלא ייהנו מפיצוי מלא
2. **גישתם אינה עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין**- מנוגד למטרת הפיצוי והשבת המצב לקדמותו- הם מגבילים את הפיצוי, ולא מאפשרים פיצוי מלא והחזרת המצב לקדמותו. אינה עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן- הם מתחשבים בגט המעושה שזו התחשבות במערכת יחסים לא נזיקית, ואילו הצדק המתקן מתחשב רק בצדדים ובנזק. הצדק המחלק- גישתם נועדה לסייע לנשים מסורבות גט- קבוצה חלשה, מול הבעלים- קבוצה חזקה. אך פיצוי נמוך לא מגדיל את מעמדה של האישה מול הבעל. גישתם אינה מתיישבת עם מטרת ההרתעה- בעצם גישתם היא הרתעת חסר.

ביקורת על הגישה הפמיניסטית של ביטון

ביטון מתרעמת על קפלן ופרי בכך שהם מציבים תנאים לתביעה הנזיקית ומכפיפים את דיני הנזיקין לדיני המשפחה. היא סוברת כי על תביעות הנזיקין להתקבל במלואן ויהיה בהן כדי להוות מנוף לשינוי יחסם של דיני המשפחה לנשים. תביעת הנזיקין היא תביעה עצמאית ויש לה מטרות משלה, ובראש ובראשונה, פיצוי הניזוקה בגין נזק שסבלה מהמזיק. לכן, יש מקום לקבל את התביעה הנזיקית, מתוך רצון פמיניסטי לראות בדיני הנזיקין מכשיר לשינוי דיני המשפחה בבית הדין הרבני.

שמואלי סובר שהגישה של ביטון בעייתי מהסיבות הבאות:

1. **אין לאפשר לדיני הנזיקין אפשרות "לנגח" את דיני המשפחה**, אלא לתת לדיני הנזיקין את המרחב שלהם. היא "חוטאת" בחטא דומה לזה של קפלן ופרי, שביקשו לשנות את דיני הנזיקין כדי למנוע פגיעה אפשרית בדיני המעמד האישי, ואילו היא לוקחת את דיני הנזיקין ומבקשת לשנות את דיני המשפחה. דיני הנזיקין עומדים כשלעצמם, וניתן להגיע לתוצאה שאליה מכוונת ביטון גם ללא המטרה הפמיניסטית. יתירה מכך, נקודת המבט הפמיניסטית היא צרה יחסית וגוררת גם אנטגוניזם מצד חוגים שונים , כגון דיינים או מחוקקים.
2. **אין מקום לשיקולים "פוליטיים" שמטרתם הבסת מערכת בתי הדין הרבניים בתביעה נזיקית** - שמואלי טוען שטענתה של ביטון (גם אם היא נכונה) היא "פוליטית" לחלוטין בעוד קפלן ופרי נשארים במסגרת מקצועית.

לדעת שמואלי, הניסיון להפנות מערכת אחת כלפי חברתה לא יביא לשינוי, ואל לנו לנצל תביעה פרטית של ניזוקה לצרכים כלליים מגדריים. בנוסף, בשונה מקפלן ופרי שקוראים לאינטראקציה בין המערכות, ביטון מנסה רק להפריד ביניהן.

שמואלי מדגיש שבפתיחת חזית פמיניסטית תיצור "הכרזת מלחמה" וזה יצור אנטגוניזם כלפי ביה"ד והם יקבעו שפסק הדין הנזיקי יוצר גט מעושה,

1. **הגישה של ביטון מנוגדת לחלק ממטרות דיני הנזיקין**- פיצוי- נשים עלולות להפסיד את הפיצוי שמגיע להן בגלל שלביה"ד יהיה אנטגוניזם כלפי תביעות כאלה ולא ייתן גט. צדק מתקן-הצדק המתקן מתמקד במזיק ובניזוק, אך ביטון לוקחת את מערכת היחסים הזו ומנסה לרתום אותם למלחמה בבתי הדין הרבניים בעוד שהצדק מתקן מתמקד רק בניזוק והמזיק הספציפיים. הרתעה- ביטון מנסה "להרוויח" הרתעה לא רק כלפי המזיק אלא גם כלפי ביה"ד הרבני.

ואולם, ניתן לומר כי גישתה של ביטון עולה בקנה אחד עם הצדק המחלק- הקושר את כל הצדדים הפוטנציאלים לחלוקת העושר בחברה ולא רק את המזיק והניזוק הספציפיים, ועושה שימוש במשפט כמכשיר לקידום מטרות חברתיות, כמו ביטון שמטרתה היא לסייע למסורבות הגט (שהן המגזר החלש מול הבעלים הסרבנים. וכן גישתה תופסת את ביה"ד הרבני כצד החזק המגביל את האישה-הצד החלש.

1. גישתה של ביטון עלולה **לסכל גם את המטרה של יישוב סכסוכים** , העומדת כנר לרגלי בית המשפט לענייני משפחה. כי גישתה היא מאבק בדין ההלכתי-הרבני. וזה עלול ליצור יחסי גומלין עוינים מצד הדיינים, מה שעלול לפתוח חזית נוספת במירוץ הסמכויות. בנוסף, השיטה עלולה לעודד שופטים (גם אם באופן בלתי מודע) לקבל תביעות בנזיקין של מסורבות דווקא מתוך רצון לשנות את ביה"ד הרבני ולא מתוך רצון לפתור את הסכסוך הנזיקי -מה שעלול להשפיע גם על תוצאות הפסיקה וגם על גובה הפיצוי. בנוסף עלולה להיות פגיעה בסיכוי ליישב סכסוכים ע"י השגת פשרות או הפניית ההליך לגישור, שהן מטרות חשובות ביותר בביהמש לענייני משפחה (כי ינסו לקבל את התביעה המשפטית בלי גישור כדי להציף את הבעיה ככל הניתן).

תביעה נזיקית כמעקף לבעיה העיקרית : פתרת הלכתי מוסכם לבעיית מסורבות הגט

אפילו שיש להתחשב בעצמאותם של דיני הנזיקין, עדיין צריך לזכור שהבעיה העיקרית היא הבעיה ההלכתית של מסורבת גט.

שמואלי גורס כי יש למצוא לבעיה קודם כל פתרון הלכתי הוצעו הצעות ופתרונות רבים לאותה בעיה, בין אותן הצעות של רבנים, פוסקים ואנשי אקדמיה היא: הפקעת קידושין רטרואקטיבית , הפיתרון התבסס על הרעיון שהכתובה מותנית בכך שהבעל לא יסרב לתת גט או בהתבסס על הרעיון שהקידושין היו בבחינת "מקח טעות" ולכן לא תפסו מלכתחילה. עוד הצעה כמו ביטול קידושין עקב כשרות ועוד...)

**סיכום:**

גישתו אמנם נראית כקרובה יותר לביטון אך רק מבינת התוצאה, שכן נקודת המבט הינה שונה לחלוטין. המבט ששמואלי מסתכל הוא דרך מטרות דיני הנזיקין ולא רק דרך עיני הזרם הפמינסטי שיוצר אנטגוניזם כלפי בקרב ביה"ד הרבני. על דיני המשפחה להיות מחוץ לתמונה ולא להכפיף אותם לדיני הנזיקין וגם לא לכפוף אותם על דיני הנזיקין.

\*אין חשש כי בית הדין יורה למשוך את התביעה כתנאי לסידור הגט כיוון שכך ההסדר יהיה תחת בית דין ולא יהיה חשש לגט מעושה, ואז פתרנו את דילמת היסוד. הנשים שלא מעוניינות בגט אלא בפיצוי לא יגיעו לכדי הסדר זה כיוון שאין להם ממילא חשיבות לגט.

**רשלנות:**

ס׳ 69 מודלים שונים לבחינת יסודות עוולת הרשלנות:

**עמוס הרמן ״ישן מפני חדש תוציאו: על הגישה החדשה לעוולת הרשלנות של בית המשפט העליון״**

לעוולת הרשלנות התפרסות רחבה על תחומי משפט וענפים רבים, הסיבה לכך היא שאינה מוגבלת להגנה על אינטרס מסוים, אינה מתמקדת בהתנהגות ספציפית, אינה דורשת יסוד נשי ואינה קשורה לסוג מסוים של נזק אלא מבוססת על דרישות של סבירות והתנהגות ראויה ונכונה. היא חלה על כל הפעילות האנושית, מטרתה: לרבוע מתי נזק מזכה את הקרן בפיצוי, היא יאנה מטילה את החובה להתנהג בזהירות אלא חובה שלא לגרום לנזק בחוסר זהירות. עוולה זו היא גורם מרתיע (לצד מקור לפיצוי) שכן נועדה למנוע התנהגות לא ראויה, לנתבע ברירה תיאורטית לנהוג נכון ומשבחר שלא, יידרש לפצות את הניזוק עור הנזק הנגרם מאותה התנהגות אסורה.

יקרה ולא יעיל להפעיל את העוולה כי המלאכה של הוכחת קיום חובה והפרתה היא מלאכה קשה ומייגעת. לכן, קיימת מגמה לעבו להטלת אחריות ללא אשם. מטרת המאמר היא לסקור גישות שונות הנהוגות בביהמ״ש העליון בכל הנוגע לניתוח עוולת הרשלנות ולהציע דרך שתאמץ את היתרונות שבכל גישה כדי להפיק מהן את המרב.

לעוולת הרשלנות 3 יסודות:

1. **חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע:** נבחנת על פי מבחן הצפיות, ב2 היבטים:
2. חובת הזהירות המושגית: ההיבט העקרוני הקובע האם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות. בודקת מבחינה רעיונית את ההצדקה להטלת האחריות על המזיק כפונקציה של סוג הפעילות, סוג הסיכון, סוג המזיקים, סוג הניזוקים וסוג הנזק ואת העדרם של שיקולי מדיניות שוללי אחריות .
3. חובת הזהירות הקונקרטית: היבט ספציפי בו נקבע האם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבות של אירוע אלמוני קיימת חובת זהירות. האם אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את הנזק בנסיבות הספציפיות?
4. **הפרת חובת זהירות:** משמע, בחינה האם המזיק סטה מסטנדרט הזהירות המוטל עליו.
5. **גרם נזק כתוצאה של הפרת החובה.**
6. מהותה של עוולת הרשלנות: רשלנות היא מעשה או מחדל לא זהירים, הגורמים נזק לזולת- התנהגות לא סבירה. על מנת שהמזיק ייחשב אחראי בעיני החוק בגין הנזק שגרם, התנהגותו חייבת להפר חובת זהירות שהוא חב כלפי הניזוק. **חובת הזהירות היא זו שתוחמת את גבולות האחריות ברשלנות**. ניתן להגדיר רשלנות גם כהתנהגות הנופלת מתחת לרמה הנדרשת להגנת הזולת, מפני סיכון לא סביר של נזק. על האדם מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים למניעת נזק צפוי לזולת. משמע, האחריות קמה רק כאשר חלה על האדם חובה חוקית לנקוט באמצעי זהירות, ועקב הפרתה נגרם נזק לתובע.

קיום חובת הזהירות הוא פונקציה של צדק, הגינות ומוסר וכן תלוי גם בשיקולים של מדיניות, שיקולים כלכליים, חברתיים, ביטחוניים, בטיחותיים, פוליטיים ועוד. חובת הזהירות היא אמצעי הבקרה העיקרי שיצר החוק המאפשר לבית המשפט לתחום את גבולות עוולת הרשלנות התוך מסגרת ראויה. הרשלנות אינה מוגבלת לסוג התנהגות מסוים ואינה מבחינה בין מעשה למחדל או בין נזקים שונים, על כן- **בסיס התביעה ברשלנות מגוון מאוד.**

**התנהגות הנתבע נבחנת בקריטריונים אובייקטיביים**, ההתרשלות היא סטייה מרמת ההתנהגות הנתפסת בחברה כראויה. ההתנהגות הראויה היא פונקציה של שיקולי מדיניות ואיזון בין ערכים- לכן **ביהמ"ש יתחשב בהסתברות למימוש הסיכון, גובה הנזק הצפוי, עלות האמצעים למניעת הנזק וזמינותם ובאינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון**.

1. הגישה המסורתית לעוולת הרשלנות:
2. תפיסת השופט ברק: **מקורה של חובת הזהירות הוא הצפיות- אדם חב חובת זהירות לזולתו אם הוא יכול לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום לו נזק.** ברק קבע כי מבחן הצפיות כולל שני היבטים- היבט עקרוני, בו נקבע אם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות (חובת זהירות מושגית) והיבט ספציפי, בו נקבע אם ביחס לנסיבות המיוחדות של המקרה חב הנתבע חובת זהירות כלפי התובע (חובת זהירות קונקרטית). שתי הבחינות נערכות עפ"י מבחן הצפיות- על פי מה אדם סביר צריך היה לצפות (שאלה נורמטיבית) והיה יכול לצפות (שאלה טכנית). ברגע שאין חובת זהירות מושגית- לא נבדקת החובה בפועל. כך גם כאשר אין חובה קונקרטית. עם זאת, **במקום בו ניתן לצפות נזק כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם קיימים שיקולים של מדיניות השוללים את החובה.** נטל ההוכחה הוא על הנתבע. ברק+השופט שלמה לוין (מההסתברות והלאה) מונה שיקולי מדיניות שוללי חובת זהירות:

* איזון בין אינטרסים שונים הנאבקים על הבכורה (חופש פעולה אל מול הצורך להגן על רכוש וגוף)
* סוג הנזק ודרכי התרחשותו.
* השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד.
* המעמסה הכספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים/ ניזוקים בעקבות החלטתו, בכפוף לשיקולי הצדק.
* מה הייתה ההסתברות שהנזק יארע?
* מהן ההוצאות הכרוכות במניעת הסיכון?
* מהי מידת הרצינות של הנזק/ הפגיעה הצפויים?
* מהו הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לסיכון?
* מי היה בעמדה טובה יותר למניעת הסיכון?
* מי הפיק תועלת רבה יותר מהפעילות שגרמה לסיכון?
* מהי רמת הזהירות שאנשים אחרים היו נוקטים בנוגע לסיכונים דומים?
* האם בנסיבות אלו דרושה עפ"י חוק חרות רמת זהירות פריטקולרית?

\***בשנים האחרונות שיקולי המדיניות שמים דגש בעיקר בהיבטים כלכליים**- **הצפת בתי משפט**, כלומר עומס יתר והעלות הכרוכה בהתדיינות **והרתעת יתר**- חשש מהיוצרות התנהגויות מתגוננות, המעמיסות עלויות על הפעילות נשוא התביעה, והחשש מהימנעות מפעילות יוצרת סיכון על אף חיוניותה.

**ישנן מע' יחסים, בהן גיבשה הפסיקה קיומה של חובת זהירות מושגית,** למשל: נהג כלפי הולך רגל, מורה כלפי תלמיד, רופא כלפי חולה, יצרן כלפי צרכן, מעביד כלפי עובד ותופס מקרקעין כלפי המצוי בהם. קיום החובה נובע מהקרבה בין הצדדים, הקשר ביניהם וממהות הפעילות בה הם מעורבים.

רשם על הגישה הרחבה: ״הצפיות הטכנית מקימה חובה לכאורה – מדובר בתפיסה רחבה שלפיה משהוכחה חובת הזהירות המושגית על הנתבע מוטל הנטל להראות שקיימים שיקולים מיוחדים של מדניות משפטית כדי לשלול את החובה״.

מה אדם צריך היה – נורמטיבי

מה יכול היה - טכני

**תפיסת הנשיא שמגר:**

הנשיא שמגר בפרשת לוי – גזירתה של הצפיות הנורמטיבית (צריך היה) מהצפיות הטכנית (יכול היה) לכולם אינה אוטומטית, כדי להטיל אחריות על הנתבע, יש לקיים שלוש דרישות: צפיות, יחסי קרבה או שכנות- קרבה רעיונית (האם לאור מע' היחסים בין הצדדים או הנסיבות שהפגישו אותם, הנתבע יכול וצריך לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום נזק לתובע? קרבה רעיונית ולא פיזית) ומסקנה שיפוטית לפיה הוגן, צודק וסביר להטיל אחריות, באמצעותו ביהמ״ש בוחן ומצר או מרחיב את חובת הזהירות ואם יש להכירה.

**כאן למעשה, שמגר שם את הדגש על טיב היחסים בין הצדדים- האם הם מסוג כזה שהנתבע היה יכול לצפות את הנזק וצריך היה לצפותו?** **ככל שהנזק היה צפוי יותר (טכנית), כך יש להניח שהיה צריך לצפות אותו (נורמטיבית) ואז הטלת האחריות תהיה צודקת, הוגנת וסבירה.**

1. **תקופת המעבר:**

החלו להישמע הסתייגויות מהאקדמיה להבחנה בין חובת הזהירות המושגית לחובת הזהירות הקונקרטית כי נאמר שהיא מסורבלת. הם הציעו לאחד בין חובת הזהירות, תוך שימור על התפיסה שיש לבחון את היסודות עפ"י חובה- הפרה- נזק הנובע מההפרה.

יש לציין, כי ישנם מקרים בהם אף ברק עצמו אינו מבחין בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית ואף מקרים בהם הייתה הסתייגות מפורשת מחלוקת חובת הזהירות ל2. שופטים רבים התבטאו כי **חובת הזהירות המושגית נשללת במקרים בודדים בלבד וכי יש חשש שהשלילה תהיה גורפת מידי ולא תצדיק אי הטלת אחריות במקרה ספציפי ולכן יש להידרש לנסיבות המקרה הספציפי מראש ולמינע משלילה גורפת., וכך מתעמעמת ההבחנה בין חובת זהירות מושגית וקונקרטית (כי לרוב יהיה צורך לבחון רק את החובה הקונקרטית) +מסרבל את הליך הבדיקה של התנהגות הנתבע ומטשטש את ההבחנה בין עצם קיום החובה להפרתה – זאת כי מושג הצפיות הצפיות נמצא גם בחובה וגם בהפרה, היא לא נמצאת בהפרה....)**

1. **הגישה החדשה לעוולת הרשלנות:**
2. **הצגת הגישה החדשה:** שני רכיבים מאפיינים אותה:
3. שינוי סדר בחינת יסודות העוולה: התרשלות (התנהגות לא ראויה שיצרה סיכון לא סביר שהתממש וגרם לנזק לתובע, כמו הסעיף) > נזק הנובע ממנה + קש״ס-> שאלת קיום החובה כאמצעי הערכה חברתי להטלת אחריות או לשלילתה (כאן נכנסים שיקולי המדיניות). (לפי השופט עמית - נוגע רק לתחומים בליבת דיני הנזיקין-נזקי גוף ורכוש שנגרמו במישרין ע״י המזיק לניזוק, השאר כרגיל?)
4. איחוד חובת זהירות מושגית וקונקרטית לחובת זהירות אחת שעיקרה בחינת שיקולי מדיניות שאינם מבוססים על צפיות ועניינם הכרה באחריות או אי הכרה בה. מדובר בשיקולים חברתיים, כלכליים, מוסריים ועוד. לרוב, לאחר שיקבע כי מדובר בנזק שנגרם כתוצאה מהתנהגות לא ראויה, השיקולים ישמשו לשלילת האחריות.

**הגישה החדשה מבקשת לבחון קודם את שאלת הרשלנות, לאחריה את הקשר הסיבתי לנזק ורק בסוף את שאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע** (בחינה המתחשבת בשיקולי מדיניות). ע"פ גישה זו התרשלות אינה הפרת חובת הזהירות, שכן חובה זו נבדקת בסוף ההליך, אלא התרשלות בודקת אם הנתבע התנהג התנהגות לא ראויה שיצרה סיכון לא סביר שהתממש וגרם נזק לתובע. לאחר מכן יבואו שיקולי המדיניות אשר עשויים לשלול חובה.

שיקולי המדיניות הן לאור מטרות דיני הנזיקין (השבת המצב לקדמותו, פיצוי, הרתעה ופיזור הנזק) על רקע תפיסות של צדק, הגינות וסבירות ובשים לב לטיב היחסים בין הצדדים והאינטרס הציבורי שבהכרה באחריות הן בנסיבות המקרה והן על רקע השלכותיו הרוחביות.

1. **הערכת הגישה החדשה:** תפיסתו של עמית בנוגע לניתוח עוולת הרשלנות מהווה קריסטליזציה של הגישה החדשה. הוא סבור כי אין מקום להבחנה בין חובת זהירות מושגית לקונקרטית וכי בחינת הרשלנות צריכה להקדים את בחינת החובה. **משנמצא כי התנהגות הנתבע עוולתית נבדק הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק ורק אחרי תבחן חובת הזהירות.** השופט עמית סבור כי הבחנה בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית, תוביל להצרת/הרחבת יתר של חובת הזהירות המושגית. עם זאת, גם תפיסתו המאפשרת צמצום אחריות או הרחבתה באמצע' שיקולי מדיניות וגורמת לדבר זהה. אם מכירים בחובה- היא תורחב, אם שוללים את קיומה- מצירים את גבולותיה. לדעת השופט עמית, במצבים שהם "אזור הדמדומים" של דיני הנזיקין יש לבחון את חובת הזהירות לפני ההתרשלות ובמקרים שהם "ליבת דיני הנזיקין", יש להתחיל את הדיון בעניין ההתרשלות. משמע, במקרים בהם חובת הזהירות כבר גובשה בפסיקה- אין טעם לשוב ולנתח אותה.

לפי הגישה החדשה, **יש לבחון קודם את ההתנהגות- האם היא ראויה או לא. רק לאחר שנקבע כי ההתנהגות בלתי ראויה, יש לבחון האם יש שיקולי מדיניות השוללים את הטלת האחריות בגינה.** עם זאת, עצם בדיקת התנהגותו של האדם, מבוססת על ההנחה שהאדם חייב שלא לפגוע בזולת. מכאן נובע כי יש חובת זהירות ברקע. **נקודת המוצא בדיני נזיקין היא שקיימת חובת זהירות, לכן לא צריך לבדוק אותה בכל פעם.** השופט עמית מנסה בגישה זו לייעל הליכים, ניגשים היישר לבחינת ההתנהגות ורק בסוף ההליך לאחר שנקבע כי אינה ראויה, בודקים אם הנסיבות מציקות החלת שיקולי מדיניות שוללי אחריות. בנוסף, השופט עמית טוען כי בחינת הצפיות נמצאת בתוך כל יסודות עוולת הרשלנות בגישה המסורתית, דבר היוצר בלבול. לגישתו- יש חובת זהירות כללית.

נראה כי אין הבדל מהותי בין הגישה המסורתית לגישה החדשה, בכך הנוגע לנזקים שבליבת דיני הנזיקין (נזקים פיזיים לניזוקים ישירים), שכן אלו עניינים שבגישה המסורתית נקבע שקיימת בהם חובת זהירות מושגית והגישה החדשה יוצאת מנקודת הנחה שהמזיק גורם נזק פיזי ישיר אשר בין כה וכה זה נגזר מחובה, אם אין חובה – אין אחריות.

יוצא שהשוני בין הגישות הוא בין בדיקה קודם של שאלה שבעובדה או בדיקה קודם של שאלה שבדין וכלל לא ברור מה יעיל יותר. יש יתרונות גם למודל המסורתי של ברק המתחיל בבחינה של חובה וגם למודל של השופט עמית המתחיל בבחינה של התרשלות תחילה.

בעניינים שהם מחוץ לליבת דיני הנזיקין – כולם מסכימים שיש להתחיל קודם עם שאלת החובה.

1. **התרשלות**: לפי שתי הגישות, יש לבחון את התנהגות הנתבע ולקבוע האם היא אינה כדין/ אינה ראויה. המבחן של השופט עמית- **התנהגות לא ראויה היא התנהגות שיוצרת סיכון צפוי ולא סביר. מדובר בסיכון שאדם סביר יכול היה לצפות את הליך גרימתו, את בני האדם העלולים להיפגע ממנו ואת סוג הנזק והיקפו, שעלולים להיגרם בהתממשותו**. על הסיכון להיות צפוי ולא סביר גם יחד. אלו 2 תנאים מצטברים. (משלב את שלב 1 ו2 של ברק רק ללא שיקולי מדיניות כי הם באים בסוף)
2. **המצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין:** ע"פ הגישה החדשה המצבים המצויים בליבת דיני הנזיקין הם המצביים בהם במזיק גרם נזק פיזי לניזוק (לגוף או לרכוש) בנוסף לנזק כלכלי טהור שנגרם ע"י איש מקצוע או במצב של יחסים מיוחדים בין המזיק לניזוק (מישהו שמחזיק במידע/דעה מול המסתמך עליה הסתמכות סבירה). גם הגישה המסורתית מכירה במצבים אלו כמצבים בהם קיימת חובת זהירות. הבעייתיות מתעוררת במקרים בהם אין יחסי קרבה. מצבים אלו מחייבים קודם הערכת מצב- האם עוולת הרשלנות נועדה לתקן את העוול או שמדובר בנזק הנובע מהתנהגות שלא מקימה אחריות בנזיקין? לשם כך, ישתמש ביהמ"ש **בשיקולי מדיניות:**

* הרתעת יתר למשל התנהגות מתגוננת, שיבוש פעולות המנל ועיוות שיקול הדעת של הרשות הציבורית
* עומס יתר וריבוי התדיינויות ועלויות
* עומס על הקופה הציבורית,
* פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות
* שיקולי צדק
* התנגשות בחיובים אחרים מכוח חוק/ חוזה
* מעמסה כספית על סוגים מסוימים של יוצרי סיכון באופן שיהפוך את פעילותם לבלתי כדאית כלכלית ובסופו של דבר, יפגע בחברה כולה

השיקולים נבחנים עפ"י מטרות דיני הנזיקין העיקריות: פיצוי הניזוק והשבת המצב לקדמותו(צדק מתקן), הרתעה, פיזור הנזק(צדק חלוקתי). במצבים כאלו, **יש לבחון קודם אם ישנה חובת זהירות, בטרם בדיקת ההתנהגות עצמה**. אינטרסים מנוגדים של תובעים שונים, עלולים להשפיע על השאלה האם יש לנתבע חובת זהירות וכלפי מי יש לו חובה זו, הקושי הוא בייחוד במצבים שבהם הנזק נגרם בעקיפין או נובע ממחדל טהור (לא ברור אם יש לחייב או לא ומה השלכת הרוחב של הכרה באחריות). **לפי שתי הגישות, יש לבדוק את שאלת החובה תחילה בתחומים מעבר לליבת דיני הנזיקין.**

1. **גישת ביניים לבחינת עוולת הרשלנות (תפיסת השופט הנדל):**

השופט הנדל הציע מודל נוסף לבחינת עוולת הרשלנות- ניתוח לפי שלוש קבוצות התייחסות: קבוצה מוכרת, קבוצה חדשה וקבוצה גבולית. בשלושת הקבוצות יש לבחון קודם את חובת הזהירות.

תחת הקבוצה המוכרת- אלו הם מקרים הנמצאים בליבת דיני הנזיקין נבחן חובת זהירות קונקרטית- כלומר שאלת החובה תוצג באופן כללי תוך התייחסות לנסיבות המקרה, וההתמקדות תהיה בשאלת ההתרשלות.

תחת הקבוצה החדשה- זוהי הקבוצה בה בית המשפט ייחשף למקרה חדש שטרם הוכרע יש לבחון את חובת הזהירות המושגית באופן כללי תוך שימת דגש בשיקולי צדק ומדיניות.

תחת הקבוצה הגבולית- בחינת ברמה פרטנית מופשטת, אלו הם המקרים שלא ברור אם קמה חובת זהירות אם אלו המקרים המוכרים או שמדובר במקרה חדש כי הפסיקה הכירה בחובת זהירות רק בחלק מן המקרים שבאותה קטגוריה.

לאחר מכן, יבחן הקש"ס בין החובה שהופרה לנזק. אם ישנו קש"ס- תוטל אחריות. השופט הנדל למעשה משתמש ביסוד חובת הזהירות כמסננת מדיניות השוללת אחריות לא רצויה( גם בגישה המסורתית זה נעשה), ההבדל הוא כי לגבי יסוד ההתרשלות הנדל חושב כי יש גם תקפיד של מסנן אחריות. הגישה של הנדל מאוד מסרבלת.

1. **הגישה המשולבת:**

בביהמ"ש משתמשים כיום הן בגישה המסורתית והן בגישה החדשה ללא מחויבות, כל שופט בוחר לפי ראות עיניו. **הגישה המשולבת מציעה:**

**במצבים מחוץ לליבת דיני הנזיקין, בהם טרם גובשה חובת זהירות מושגית, יש לבחון קודם את חובת הזהירות, ורק שנקבע כי זו קיימת** (ואין שיקולי מדיניות שוללי אחריות) **יש לבחון את התנהגות הנפגע** (האם היא ראויה?). בגישה זו למעשה **מתבטל הפיצול בחובת הזהירות**- אם יש חובת זהירות רעיונית, בוחנים את ההתנהגות הקונקרטית והקש"ס בינה לבין הנזק. החידוש כאן הוא שהחובה הרעיונית הנבחנת בתחילת התהליך תיבדק ברמה העקרונית ואם יימצא שבנסיבות המקרה היא קיימת ואין שיקולים השוללים אחריות, יתייתר הצורך לבדוק את חובת הזהירות הקונקרטית - היא תיבלע במסגרת בחינתה של החובה הרעיונית, המושגית אשר תיבחן על בסיס העובדות הקונקרטיות והשלכות הרוחב של הפעתה על מצבים דומים. חובת הזהירות היא תפיסה קונספטואלית ולא אינסטרומנטלית, היכולה לקבוע מתי ראוי להכיר באחריות ומתי לא, אך לא יכולה לקבוע מתי התנהגות אינה ראויה. מאחר שהמקרה נבחן בהתאם לנסיבותיו, בדיקתה של חובת הזהירות יכולה להיות בדיקה אחת המשלבת את עניין החובה המושגית עם הקונקרטית.

הוא מאחד ביניהם כי לוקח מברק את זה שבודקים קודם את החובה ולוקח מעמית את איחוד בדיקת החובות.

**במצבים שהם בליבת דיני הנזיקין,** כאשר יש חובת זהירות מושגית ברקע- ניתן לגשת ישר לבדיקת התנהגות הנתבע. אם היא אינה ראויה, בוחנים אם יש לשלול את אחריותו משיקולי מדיניות. על פי הגישה המשולבת אין פיצול בין החובה המושגית לקונקרטית אלא מקיימים רק את הקונקרטי מאחר שהחובה המושגית מובנית בהליך התחום בליבת דיני הנזיקין.

כאן השוני שלו הוא שהם מאחד ביניהם מראה.

**סיכום**:

* במקרים בליבת דיני הנזיקין- ישנה "חזקת חובה", משמע קיימת חובת זהירות מושגית. לכן, ניתן ישר לפנות לבדיקת התנהגות המזיק הקונקרטית. אם היא הייתה לא ראויה, הנתבע יקבע כאחראי אלא אם יש שיקולי מדיניות שוללי אחריות (הנובעים ממטרות דיני הנזיקין).
* במקרים מחוץ לליבת דיני הנזיקין- יבחנו את שאלת חובת הזהירות קודם. אם אינן שיקולים שוללי אחריות- יעברו לבחינת התנהגות הנתבע והקש"ס בינה לבי הנזק.
* ההצעה שהועלתה במאמר: במקרים בליבת דיני הנזיקין תבחן ההתרשלות תחילה ואז שיקולים שוללי אחריות. במקרים כאלו מתבססים על כך שקיימת חובת זהירות כללית. במצבים מחוץ לליבת דיני הנזיקין, בהם טרם גובשה חובת זהירות מושגית, יש לבחון קודם את חובת הזהירות, ורק שנקבע כי זו קיימת (ואין שיקולי מדיניות שוללי אחריות) יש לבחון את התנהגות הנפגע (האם היא ראויה?) וקש"ס בינה לבין הנזק.

איחוד חובת הזהירות בגישה החדשה נובע מתוך- ייעול ההליך ומניעת מצבים של חוסר בהירות לעניין קיום האחריות והיקפה.

**היקף צפיות הנזק ביסוד הקשר סיבתי משפטי: פס"ד ברדה**

כ2 נערים בני 15 נכנסו למועדון גדנ"ע נעול בבית שאן, דרך חלון שאחד מסורגיו היה חסר. הם הוציאו את דלת הכניסה לחדר הנשק וגנבו רובים וכדורים. מס' ימים לאחר מכן, הזמינו את המערער לשחק "משחק מלחמה", בו ירו על מחסה של חגורת בטון שמאחוריה הסתתר המערער. במהלך המשחק, פגע כדור בראשו של המערער שפצע אותו באופן קשה. עד כה- הפריצה טרם התגלתה. המערער תבע את אחראי המועדון (ברדה), המדינה והנערים. במחוזי נקבע כי אחראי המועדון התרשל, אך הקשר הסיבתי נותק בין ההתרשלות לנזק שנגרם למערער (בשל המשחק). בשל כך, נדחתה התביעה נגדו ונגד המדינה. מכאן הערעור.

השאלה המרכזית- **האם ברדה התרשל כלפי המערער? האם נותק הקשר הסיבתי בין התרשלותו של ברדה לנזקי המערער?**

**השופט א' ברק:**

* **רשלנות:** אדם שמחזיק בנשק במועדון נוער, צריך לצפות כי הנערים ינסו לעשות שימוש אסור בנשק. לכן, עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעת התרחשות שכזו. הכניסה למועדון הנוער הייתה קלה (בשל הפירצה בחלון) והמועדון היה ללא השגחה מספר ימים. לכן ברדה נכשל בנקיטת אמצעי זהירות מתאימים והתרשל.
* **קשר סיבתי:** לא מספיקה התרשלותו של ברדה וחובת הזהירות שהפר, יש להוכיח קשר סיבתי- שההתרשלות היא שגרמה לנזק של הניזוק. עפ"י סעיף 64(2) לפקודת הנזיקין- לא תוטל אחריות על אדם, אם אשם של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק. הסיבה המכרעת תקבע ע"י אחד מבין המבחנים הבאים:

1. מבחן הצפיות- האם אדם סביר היה צריך לצפות שהתרשלותו תוביל לנזק הנ"ל? הכוונה אינה לנזק הספציפי ולמידת חומרתו אלא לסוג הנזק. עפ"י מבחן זה, התנהגות הנערים חריגה וברדה לא היה צריך לצפות "משחק מלחמה" ושימוש כה חריג בנשק. עם זאת, ברדה היה צריך לצפות שיגרם נזק גופני כלשהו בשל רשלנותו, בשל משחק בנשק של הילדים. מבחן זה אינו מחייב את צפיית המשחק עצמו- אך מדובר הנזק ניתן לצפייה.
2. מבחן הסיכון- אם התוצאה המזיקה היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק, מתקיים קש"ס, גם אם התוצאה נגרמה עקב התערבות של גורם זר. במקרה זה, הסכנה היא השימוש של הנערים בנשק ללא היתר ותחום הסיכון הוא בפגיעה בשל השימוש הלא מורשה- המקרה נופל בתוך תחום הסיכון. לכן, השימוש שנעשה בכלי הנשק למשחק מלחמה אינו מנתק את הקש"ס.
3. מבחן השכל הישר- האם כל התכונות המציינות את הרשלנות שבהתנהגות המזיק תרמו להתהוות תוצאה המזיקה. כאשר הנזק נגרם בשל התערבות גורם זר, יש לבדוק האם התערבותו שוללת את הקש"ס. גם עפ"י מבחן זה, הקש"ס אינו מנותק. ברדה התרשל בשמירה על הנשק- כתוצאה מכך נגנבו והשתמשו בהם.

* **התערבות גורם זר:** לא בהכרח מנתקת את הקש"ס. אם היא צפויה- היא אינה מנתקת את הקשר הסיבתי. אם היא אינה צפויה- היא מנתקת את הקשר הסיבתי. במקרה זה, התערבות הגורם הזר אינה מנתקת את הקשר הסיבתי שכן היא הייתה צפויה.
* **פסיקה:** ברק מבטל את פסיקת ביהמ"ש המחוזי וקובע כי ברדה התרשל כלפי המערער והמדינה אחראית למעשיו. (בהסכמת השופטים גולדברג וטירקל).

**עקרון הגולגולת הדקה: פס"ד לאון נ' רינגר**

הניזוק נפגע בגבו במהלך תאונת דרכים בשל רשלנות הנהגים, ובעקבותיה צמח בגבו גידול סרטני נדיר.   
על פי ההלכה הנהגים חבים חובת זהירות כלפי הניזוק רק אם יכלו לצפות מראש את הנזק שיגרם לניזוק בשל נהיגתם הרשלנית. הם יוכלו לטעון כי הם פטורים מחובת הזהירות רק במצב בו הנזק נגרם על ידי מאורע טבעי יוצא מגדר הרגיל (מצב חריג מאוד).  
בנוגע לפס'ד זה היו דעות חלוקות- המיעוט סבר כי הנהגים לא יכלו לצפות נזק נדיר שכזה, ואילו הרוב טען כי הנהגים יכלו לצפות את הפגיעה של נזק לגוף האדם, לכן כל נזק שנגרם לניזוק בגופו הוא באחריות הנהגים.  
השאלה המרכזית- **האם הכורדומה של התובע / גולגולת דקה של ניזוק המחמירה פגיעה בו- היא בגדר נזק שהיה ניתן לצפות אותו?**

בערכאת הערעור דנו בכך שחובת הזהירות קמה ככל שאדם היה יכול לצפות מראש כי יתקיים נזק, במקרה שלנו חובת הזהירות קמה לנהגים ככל שהם נהגו ברשלנות וסיכנו עוברי אורח**. דעת הרוב** סברה כי הנהגים היו צריכים לצפות כי נהיגתם הרשלנית תוביל לפגיעה ואין זה משנה מהי הפגיעה הספציפית, ככל שיש לצפות את סוג התוצאה ולא היקפה.

**בדיון נוסף** שקויים דנו לגבי השאלה האם הנהגים היו צריכים לצפות דבר כה חריג, משום שאין סביר שאדם ייצפה כי תאונת דרכים תעורר אצל הנפגע גידול סרטני בגופו. נקבע כי מבחן הצפיות מכיל בתוכו את דוקטרינת הגולגולת הדקה שאומרת כי על המזיק לפצות את הניזוק על הנזק שנגרמו לו בתוספת כל רגישיותיו המיוחדות של אותו ניזוק. כלומר, במקרה של פציעת אדם עקב נהיגה רשלנית יהיה כל נזק גופני בגדר הצפיות לרבות נזק הנובע מפגיעתו המיוחדת של הקורבן אפילו אם הייתה פגיעה נדירה ביותר. **השופט זילברג** היה בדעת מיעוט וסבר כי אין להטיל על אדם את האחריות לצפות נזק שהוא לא יכול היה לחזותו משום שהוא כל כך נדיר וזה לא צודק.

**רשלנות רפואית:**

# **ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל"**

# דעת השופטת ביניש מתי ניתן לתבוע רופאים בתקיפה רפואית: (פס׳ 6)

**רשלנות או תקיפה?**

**האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת ומושכלת של החולה וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, נכלל בגדר עוולת התקיפה?**

בנסיבות מסוימות כן – **אם לא הוסברו לו כל הסיכונים הכרוכים בטיפול, כי אז ההסכמה חסרת נפקות**. במקרה כזה יש לפצות על הנזק שנגרם לחולה, **גם אם לא הוכחה הפרה של חובת זהירות ואפילו אם לא הוכח קש"ס בין ההימנעות ממסירת הפרטים כדין לבין כל נזק שנגרם לחולה**.

קיימת הסתייגות מהשימוש **בעוולת התקיפה** בקשר לטיפול הרפואי – ייעודו של הטיפול הרפואי הוא לסייע לזולת וייחס העוולה מייחס התנהגות אנטי חברתית של מעשה זדון. בהתאם לכך הלך והצטמצם השימוש **בעוולת התקיפה** בגין טיפול רפואי שניתן ללא "הסכמה מדעת". השימוש בעוולת התקיפה ייעשה רק כאשר:

* לחולה לא נמסר כלל מידע על סוג הטיפול הצפוי לו
* לחולה לא נמסר כלל מידע על **התוצאה** הבלתי נמנעת של אותו טיפול
* הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.
* כאשר ההסכמה הוצגה במצג כוזב.

במקרים של היעדר "הסכמה מדעת", להבדיל מהיעדר כל הסכמה לטיפול רפואי, נשתמש בעוולת הרשלנות. נעשית כאן הבחנה בין "אשם" לבין "חובה" - אי מילוי החובה קשור קשר מהותי לעוולת הרשלנות.

אין די בחתימה על טופס הסכמה שבו מציין החולה כי טיבו של הניתוח הוסבר לו. **היעדר הסבר ביחס לסיכוני הטיפול והשפעתו**, להבדיל מהיעדר הסבר על מהות וטיב הטיפול, **אינו יורד לשורש ההסכמה כמשמעותה** **בעוולת התקיפה**, והוא מהווה הפרת חובה מצד הרופא, המטילה עליו אחריות בעוולת הרשלנות.

חובת הגילוי המוטלת על רופא אינה מוחלטת: אין למשל טעם למסור למטופל מידע על אודות **סיכון נידח** הטמון בקבלת חיסון הניתן לכל **ושלגבי חיוניותו הרבה אין כל מחלוקת**. אך מקום שהבחירה בקבלת טיפול רפואי כרוכה **בסיכונים מהותיים**, חלה על הרופאים חובה לספק למטופל את **המידע שבאופן סביר דרוש לו לגבישו החלטה אישית מושכלת בשאלה אם לבחור בטיפול ולקחת את הסיכונים או לא**.

**קוהרי נ׳ מדינת ישראל**

טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה

המערערת אושפזה ע"מ לוודא חשד שלקתה במחלת עור מסוימת. נערכו לה בדיקות ונקבע כי היא סובלת מהמחלה, אך לא נמצאה ראיה לכך שהיא סובלת מהצורה החמורה יותר של מחלה זו. באחת הבדיקות נתגלה גידול שפיר בכבד והרופאים החליטו להסיר את הגידול והמערערת חתמה על טופס הסכמה לכך. במהלך הניתוח התגלה כי יש גידול נוסף וקטן יותר, והחליטו לבצע התערבות כירורגית מוגבלת. המערערת התאוששה מהניתוח, וכ24 שעות לאחר מכן חלה התדרדרות במצבה, בוצעה בה החייאה אך בשל אי אספקת דם וחמצן למוח בזמן דום לב- נגרם למוחה נזק בלתי הפיך והיא נכנסה לקומה. מאז היא מאושפזת בביה"ח. המערערים טוענים כי הדבר נגרם כתוצאה מההתערבות הכירורגית המוגבלת שערכו הרופאים. בימ"ש קמא קבע כי המשיבה הוכיחה שההחלטה שהתקבלה הייתה מחויבת מהמציאות ודחה את התביעה. מכאן הערעור.

**דיון- השופט ד' לוין:** במקרה זה, נטל ההוכחה עבר למשיבה, בשל ס' 41 לפקודת הנזיקין. מהמקרה עולות 4 שאלות:

1. **האם היה צורך לנתח את המערערת?** מסכים עם עמדת השופטת בבימ"ש קמא, שקיבלה את עמדת הרופאים, לפיה בהתחשב בגודל הגידול, במיקומו ובסימפטומטיקה שלו- החלטתם הייתה המסתברת ביותר.
2. **האם שיטת הניתוח שהרופאים החליטו עליה הייתה נאותה או שגויה ורשלנית?** ישנן שתי אופציות לניתוח- כריתת האזור הנגוע/ קשירה של עורק הדם במטרה להביא להצטמקותו. במהלך הניתוח עצמו, ולאור הנתונים שהתגלו במהלכו (הגידול החדש) הגיעו הרופאים למסכנה כי דרך הקשירה טובה יותר ומסוכנת פחות. הם בחרו בשיטה זו בזהירות ובכובד ראש. על כן, אין פסול בדרך הטיפול בה בחרו.
3. **האם ההתדרדרות במצבה של המערערת היא תולדה של מחלת העור ממנה סבלה המערערת והסיכונים הטמונים בה**? האם הם ידעו או היו צריכים לדעת כי המערערת סובלת ממנה ונתנו את דעתם לסיכונים העלולים להיגרם עקב ביצוע הניתוח? הרופאים היו מודעים למחלת העור של המערערת. כ10% מהלוקים במחלה לוקים גם במחלת "מאסטוציטוזיס מערכתית", הבדיקות שנעשו למערערת לא גילו כי היא לוקה במחלה זאת. לא היה ניתן לבחון זאת מחדש במהלך הניתוח, כי הדבר היה גורם לסיכון גבוה לחולה. לא ידוע כי קיים קשר בין מחלתה לבין סיכון גבוה יתר בביצוע קשירה מאשר כריתה.
4. **האם הסכמת המערערת לניתוח התקבלה כדין?** מהעדויות נראה כי הרופאים עמדו בחובה המוטלת עליהם. ההסכמה התקבלה כדין.

לכן, יש להשאיר את פסק הדין מבימ"ש קמא על כנו ולדחות את הערעור.

**רייבי נ׳ וייגל**

טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה

המערער סבל מפגם מולד בגב התחתון. לאחר שניתוח גב שבוצע בו לא הביא מזור לכאביו, הוחלט לבצע בו ניתוח נוסף של איחוי חוליות- שהיה אמור להיעשות כבר בניתוח הראשון. במהלך הניתוח, החליט המשיב, המנתח בשני הניתוחים, להסיר צלקת עבה שחשב כי היא הגורמת לכאבי המערער. בהחלטה זו פגע במעטפת חוט השדרה. לאחר הניתוח, החל המערער להתלונן על תופעות של אי-שליטה בסודרים ופגיעה בכוח הגברא. תביעותיו במחוזי נדחו, מכאן הערעור.

טענות המערער:

* 1. המערער לא הסכים לביצוע הפרוצדורה של הסרת הצלת ולא ניתנה ״הסכמה מדעת״ ולכן ביצוע הפעולה בנסיבות אלו מהווה מעשה תקיפה במערער או לחלופין רשלנות. למערער לא הוסברו הסיכונים והסיכויים הטמונים בכך.
  2. ההחלטה לבצע את הניתוח של הסרת הצלקת הייתה רשלנית. (לאור הבעייתיות הכרוכה בניתוח, ממצאים תקינים שמעלים אפשרות כי הכאב פסיכוגני ועוד)
  3. הטכניקה הרפואית בה השתמש ד״ר וייגל לשם הסדרת הצלקת הייתה רשלנית.

**דיון- הנשיא מ' שמגר:**

* האם המערער הסכים לביצוע הפרוצדורה של הסרת הצלקת או האם ניתן לומר כי הוא הסכים במשתמע לפרוצדורה? **ביצוע ניתוח שלא בהסכמת חולה מהווה את עוולת התקיפה**. ההסכמה יכולה להיות מפורשת, אך אין לכך הכרח- ניתן ללמוד על הסכמת החולה לטיפול גם מכללא, לאור מכלול נסיבות המקרה. במקרה זה, המערער הסכים במפורש רק לאיחוי החוליות, ולא נתן הסכמה מפורשת להסרת הצלקת. הרופא ידע קודם לביצוע הניתוח על קיום הצלקת ועל הקשר בינה לבין הכאבים שהמערער סבל מהם. אף על פי כן, במהלך השיחה לפני הניתוח- לא אמר דבר על כך למערער.
* מתי תוסק הסכמה מכללא לביצוע טיפול רפואי? טרם נקבעה הלכה בנושא, אך יש להתחשב בשיקולים הבאים: טיבו המשתנה של מדע הרפואה, הערכים המתנגשים כולל זכות החולה לשליטה על גופו, הרצון המשותף לרופא ולחולה בהצלחת הטיפול, האינטרס במניעת מוות או נזק גופני חמור לחולה, ההקשר הטיפולי הכולל במסגרתו בוצע הטיפול, טיב הטיפול שבמחלוקת מבחינת הסיכויים והסיכונים הטמונים בו ומבחינת הפגיעה אשר ביצועו עשוי להסב לחולה, טיב הטיפולים להם ניתנה הסכמה מפורשת, קיומה של אפשרות מעשית לקבלת הסכמה מפורשת לטיפול ועוד.
* ישנו כלל לפיו רשאי רופא מנתח, אשר גילה במהלך ניתוח מתוכנן דברים בלתי צפויים המצדיקים הרחבה של תוכנית הפעולה/ סטייה ממנה- לסטות באופן המתחייב מהפעלת שק"ד רפואי סביר. תחולת כלל זה מותנית בכך שהחולה לא היה מסוגל לתת את הסכמתו לניתוח. במקרה זה לא כך הדבר- הרופא ידע קודם לניתוח על סיכון הצלקת והצורך בהסרתה, והיה יכול לקבל את הסכמת החולה מדעת.
* יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו לביצוע הטיפול. האינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול עומדים במרכז. נראה כי בין הניתוח שתוכנן להתבצע לבין ניתוח הסרת הצלקת שבוצע בפועל, יש הבדל של ממש, המתבטא הן בשונות בסיכונים הכרוכים והן בסיכויי ההצלחה. בניתוח להסרת הצלקת היה סיכון ממשי לפגיעה באלמנטים עצביים ואילו בניתוח לאיחוי חוליות ישנם סיכונים כלליים הנלווים לכל התערבות כירורגית בעמוד השדרה. כמו כן, לניתוח הסרת הצלקת סיכויי הצלחה נמוכים.
* המערער חתם על טופס הסכמה, בו הצהיר בין היתר כי הוא מסכים לכל ניתוח/ טיפול רפואי אחר או נוסף שהרופא ימצא לנחוץ לבצעו תוך כדי הניתוח. עם זאת, לדעת שמגר זה **נועד לכסות מקרים בהם התעורר צורך לא צפוי לבצע פעולות רפואיות נוספות בגוף החולה**. הרי, במידה ויש צורך קודם בטיפול כירורגי נוסף וצפוי- המטופל יחתום על טופס הסכמה נפרד לטיפול הנוסף. גם מלשון הסעיף ״ימצא״ ניתן לומר כי הוא חל רק על טיפולים שיוודעו לצוות בשלב שבו כבר לא יהיה ניתן לקבל את הסכמת החולה. בנוסף, יש לפרש את הטופס באופן המתיישב עם עקרון היסוד בדבר זכות החולה על גופו. הפרוצדורה של הסרת הצלקת אינה פרוצדורה חיונית שמטרתה הצלת חיים/ מניעת פגיעה חמורה בגוף ואין הפרוצדורות זהות- לכן לא ניתן לומר שבחתימת המערער על הטופס, הוא נתן את הסכמתו לפרוצדורה זו.
* **בוצע במערער מעשה תקיפה לפי ס' 23(א) לפקנ"ז.**

[**קורטאם נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/PADI-N-3-673-L.doc)

טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה

המערער הורשע בביהמ"ש המחוזי בהחזקת סמים שלא כדין. עיקר הדיון נוגע לשאלה- האם חפץ המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמת המנותח ובניגוד לרצונו אך במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראיה קבילה במשפט, בהעדר הסכמה של אותו אדם? במקרה זה, במהלך מרדף משטרתי, בלע המערער סמים והוחלט לנתחו בצו שיפוטי שכן הם היוו סכנה חמורה לחייו. שתי חבילות הסמים סולקו מקיבתו, אך הוגשו כראיה במשפטו ושימשו בסיס להרשעתו. המערער טוען כי מעת שנותח בניגוד לרצונו היה זה מעשה תקיפה והטרדה, על כן לא יכול הסם לשמש כראיה.

**השופט ג' בך:**

* במקרה זה, הניתוח בוצע רק לשם הצלת חיי המנותח, על כן זוהי אינה הטרדה. מתעוררת השאלה- **באילו מקרים מותר לרופא לבצע ניתוח לאדם בניגוד לרצונו כאשר הרופא משוכנע שהדבר חיוני להצלחת חייו?** בפסיקה באנגליה וארה"ב, חל העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו, בך קובע כי עקרון זה חל גם בישראל. יש לכך **מס' חריגים**:
* כאשר הפציינט לא בהכרה/ איננו מסוגל להחליט עצמאית לגבי הניתוח ואין גם אדם אחר שיכול לתת את ההסכמה, במקרה זה תיוחס למנותח הסכמה מכללא לביצועו כאשר רופא סבור שהניתוח הכרחי להצלת חייו.
* במקרים הפציינט ניסה לבצע מעשה של איבוד עצמו לדעת.
* כאשר חייו של ילד קטין ניתנים להצלה רק באמצע' ניתוח, וההורים מסרבים להסכים לכך ללא נימוק סביר.
* בך סבור כי יש להבחין בין ניתוחים העלולים להשפיע בצורה משמעותית על אורח חייו ואיכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, לגביהם יש להשאיר את ההכרעה בידי החולה, לבין ניתוחים שאינם נושאים בחובם סיכונים והשלכות לגבי מצבו הפיזי של החולה בעתיד, ויש לתת (לדעת בך) את הסמכות להחלטה לרופא.
* כמו כן, לדעת בך, כאשר הרופא שם לב כי לחולה אין נימוק סביר לסירובו להינתח ונראה כי זה נובע ממניעים חיצוניים- הוא יתייחס אליו כאל המנסה להתאבד, והוא רשאי לנקוט צעד הנחוץ להצלת חייו. מקרה זה נכנס אל החריג לכלל ואינו מהווה תקיפה.

זוהי עמדה כללית, אין לקבוע מסמרות בעניין מאחר והחיים מגוונים מידי והמצבים השוני שעשויים להתעורר הם מרובי הכדי שניתן יהיה לקבוע כללים ממצים בעניין זה.

* בעניין זה, החריג האחרון חל, המערער היה מונע מחששות אחרים, כלל הנראה מכך הוצאת הסם עלולה להפלילו ובשל כך אינו היה מסוגל לחשוב אופן רציונלי.

**השופט מ' בייסקי:**

* מסכים עם קביעת בך כי הניתוח במקרה זה בוצע משיקולים רפואיים בלבד. זו הייתה חובה מקצועית ומוסרית מצד הרופאים.
* לא מקבל את עמדת בך על החלת העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו בישראל כפי שנקבע באנגליה וארה״ב וגם אין בעיניו שוני בין החריגים בפסיקה זו (מחוסר הכרה/התאבדות) לבין אדם שאין לו הסנה מספקת להבין את חומרת מצבו כפי שהרופאים מעריכם (למשל אדם בעל רתיעה סובייקטיבית להתערבות כירורגית)
* אין זה עומד בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון, ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. תפיסה זו המעמידה את הצלת החיים כערך עליון מקום שאדם מצוי בסכנה מיידית-ודאית אם לא תבוצע התערבות רפואית, כירוגית או אחרת, שקולה כנגד העיקרון כי האדם הוא אדון לגופו וכי לא תבוצע בו כל התערבות רפואית ללא הסמכתו.
* מעדיף לא להרחיב בשאלה מתי חובה לקבל הסכמה מרופא לניתוח כשמדובר בהצלת חיים ומתי לא.
* על-כן, כאשר נתון אדם בסכנת מוות ודאית מיידית או שצפוי הוא לנזק חמור וודאי לבריאותו, מותר ומותר לבצע ניתוח או התערבת אחרת בגופו אף שלא בהסכמתו; מכל שכן מותר הדבר, ואף מחויב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית. **וזה אמנם היה המצב במקרהו של המערער.**

[**ד"ר בר חי נ' שטיינר**](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/K-4-327-L.doc)

חובת הגילוי והסכמה מדעת לטיפול רפואי

במקרה זה, העותרים חויבו בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם למשיבה השלישית (ביתם של הקטנה של שני המשיבים האחרים), כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן, שבוצע ע"י המערער בבי"ח ממשלתי. חיוב העותרים מבוסס על עוולת התקיפה מפני שבשיחה לפני הניתוח המשיבה נענתה בשלילה כאשר שאלה אם קיימים סיכונים בניתוח. כמו כן, התגלה כי ב3/14 ניתוחים קודמים שביצע העותר ה2 קרתה אותה תקלה. העליון דחה את הערעור ומכאן הדיון הנוסף.

**השופט לנדוי-** ניתוח יש בו לכל הדעות ״תקיפה״ במובן המשפטי-טכני אלא אם נתקבלה הסמכתו של ״הנתקף״. חוסר ידיעת התוצאות כמוהו כחוסר ידיעת מהות המעשה. הסכמה הניתנת מחוסר ידיעה כזו אינה בהכרח הסכמה.

* מאחר ולא גילו לאם את הסכנה ולא נינתה לה הסברה מספקת על התוצאות האפשריות של הניתוח, הסכמתה לא הייתה הסכמה
* כידוע אשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדר"כ לתת הסבר על הסיכונים העיקריים מחד ועל והסיכויים העיקריים מאידך. במקרה הנדון התוצאה שהתרחשה הייתה סיכון שגרתי ממשי בניתוח קטן ושסיכון כזה כמעט אינו קיים בניתוח הגדול. היה על העותרים להעמיד את אם הילדה בפני הברירה האם לעשות ניתוח קטן שיש בו סיכון, או ניתוח גדול שאין בו כמעט סיכון כזה. **הערעור נדחה, נמצא כי בילדה בוצעה תקיפה ללא הסכמת אפוטרופוס.**

[**פאר נ' קופר**](https://www.nevo.co.il/psika_word/elyon/PADI-LD-1-720-L.doc)"כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות חמורה

המערער הוא חבר קופ"ח כללית, הייתה בליטה לא אסתטית בשוקו הימנית ורופאי הקופה ייעצו לו לנתח אותה, דבר שהיה כרוך בניסור העצם. המערער לא פחד מהניתוח, שכן ערך ניתוח זהה ברגלו השנייה שעבר בשלום. לאחר הניתוח, שמו גבס על רגלו, התפתח נמק (בשל פגם מול בעורקיו), והרגל נקטעה מתחת לברך. בדיעבד הסתבר כי סבר ממום מלידה שלא היה ניתן לגלותו באמצע' הבדיקה השגרתית המתבצעת לפני הניתוח. תביעתו למחוזי נדחתה, מכאן הערעור.

**השופט ש' לוין:**

* במקרה זה חסר מידע על דופק המערער שכן לא התבצעו תרשומות על בדיקת הדופק שנטען שבוצעה לפני הניתוח, על כן, וכעולה מעדויות הרופא, לא הצליחו המשיבים להוכיח כי נעשתה הבדיקה כראוי. כמו כן, לאחר הניתוח הופיעו סימני אזהרה נוספים, הרופא הודה כי כאשר הוריד את חוסם העורקים מרגל המערער, היה איחור של דקה בזרימת הדם, בעוד שכרגיל מתחיל הדם לזרום ברגל לאחר 10 שניות. גם פרט זה לא מופיע בתרשומות, על אף שאמור להדליק "נורה אדומה" אצל המטפל. סדרי מנהל תקינים מחייבים ניהול תרשומת מפורטת ומדויקת של הטיפול בחולה.
* במקרה זה מאזן ההסתברויות מצביע יותר על קיום התרשלות מאשר על היעדרה.
* האם בנסיבות הללו המשיבים היו מחויבים משפטית לוודא לפני הניתוח אם המערער סובל ממום של הצרת עורקים מלידה? לדעת השופט לוין כן. כאשר נכנס המערער לניתוח חלה על ביה"ח חובה לבדוק את מצב עורקיו. עצם העובדה שהוא נותח ברגלו השנייה באופן מוצלח, לא מונע מהרופאים לבדוק קודם לכן האם יש לו הצרת עורקים. הבדיקה לא נעשתה למרות שהיה ידוע לרופאים שקיימים מקרים נדירים של היווצרות בעורקים שבגינם אן לבצע את הניתוח. המשיבים הפרו חוזה **והתרשלו כלפי המערער,** **הערעור מתקבל.**

**פס״ד רייבי נ׳ וייגל - "כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות חמורה**

[**משה נ' קליפורד**](http://www.nevo.co.il/psika_word/elyon/9807794.doc)

הגנת האסכולות

העותרת סבלה מנזק גוף שנגרם לה בהיותה בת 5, כתוצאה מזריקת הרדמה מקומית שהזיק לה המשיב, רופא שיניים, כהכנה לטיפול שיניים. הנזק נגרם עקב הזרקת חומר ההרדמה לתוך עורק וזרימתו לכיוון המוח. זהו אירוע מוכר המתרחש ב10%/-15% ממקרי ההזרקה. התופעות הן השפעות גופניות שונות- במקרה זה מגבלות בגפיים והפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות. הפגיעות ניתנות למניעה ע"י שימוש במזרקים המאפשרים שאיבה מוקדמת (מזרקים שואבים), אך המשיב השתמש במזרק שאינו מאפשר שאיבה מוקדמת. בתקופה בה הדבר אירע, היה מקובל השימוש בשני סוגי המזרקים. במחוזי נדחתה התביעה והן בעליון- מכאן הדיון הנוסף. העותרת טוענת כי המשיב התרשל. **השאלה המרכזית בדיון זה- האם התרשל הרופא בטיפול שקיבלה העותרת? במידה והתשובה חיובית, האם מתקיים קש"ס משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לה? במידה וכן, מהו היקף האחריות של הרופא?**

**השופט ת' אור:**

* **התרשלות הרופא:** הרופא לא חרג מהנורמה באותה עת, שכן השימוש במזרק לא שואב היה הפרקטיקה המקובלת. עם זאת, סבירותם של אמצעי זהירות נקבעת על פי אמות מידה אובייקטיביות-נורמטיביות ועל כן, יתכנו מקרים , אם כי לא שכיחים , בהם הפרקטיקה הנוהגת עלולה שלא לענות על סטנדרט ההתנהגות הנדרש.
* קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת, הינה חשובה אולם, אינה יכולה לחרוץ כשלעצמה את גורל שאלת ההתרשלות.. **לדעת השופט אור, במקרה זה הנסיבות מצביעות על כך שהרופא התרשל בהשתמשותו במזרקים לא שואבים**. השיקולים המצביעים על כך הם:
* הסיכון הידוע של חדירה לעורק כתוצאה משימוש במזרק לא שואב (10%-15%).
* תופעות הלוואי העלולות להיגרם כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לתוך העורק. אומנם ע"פ הספרות תופעות חולפות אך אינן קלות ערך ומזעריות ויכולות להגיע לשיתוק זמני, עיוורון חולף ועוד.
* במועד האירוע כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף.
* בהוראות היצרן של חומר ההרדמה בו נעשה השימוש כתוב במפורש להימנע משימוש במזרק לא שואב (הייתה הפרה של הוראות היצרן בנוגע לאופן ההזרקה הראוי).
* באותה עת הייתה ידועה התופעה של זרימת חומר הרדמה למוח עלולה לגרם לנזקים נוירולוגים חולפים, עקב הזרקת החומר לתוך העורק ולכן, אין מנוס מהמסקנה כי רופא סביר היה בוחר לנוע סיכון זה ע״י שימוש במזרקים שואבים.
* אין בעיה להשיג משאבים שואבים, עלותם לא עולה באופן משמעותי או בכלל על עלות מזרקים לא שואבים.
* **קש"ס משפטי בין ההתרשלות לנזק:** לדעת השופט אור, גם אם הנזק הראשוני שנגרם לרביד, המערערת, היה הנזק החמור והקבוע (שעליו לא דובר בספרות הרפואית) - די בכך שהרופא צפה או שהיה עליו לצפות את סוג הנזק. משמע, את תהליך הגרימה הספציפי של היצרות כלי הדם, על תוצאותיו האפשריות, ע"מ לייחס לו אחריות לגרימתו. במקרה זה, הנזק הראשוני היה נזק קל, תופעות הלוואי מוכרות וצפויות מהליך זה, ואז הגיע הנזק החמור. לכן, הרופא אחראי לנזק הראשוני ברשלנות.
* **האם הרופא אחראי לנזק החמור?** **היקף האחריות:** יש כאן דיון בשאלת **ריחוק הנזק**. אם קיים צפי של תהליך מסוים בגוף, לא יכול המזיק לטעון שידע על נזק צפוי מסוים מאותו תהליך אך לא היה ידוע לו על תוצאות חמורות יותר שלו, אם ידע את המנגנון המזיק לגוף לא יכול להתגונן בכך שלא ידע ולא יכול היה לצפות את כל השתלשלויותיו ואת כל תוצאותיו של אותו תהליך מזיק . משנפצה התהליך גורם הנזק אשר בסופו של דבר גרם לנזקיה של רביד, אחראי הרופא לנזקים אלה. נזקים אלה שנגרמו לרביד, מהווים נזק שנגרם לה "באופן טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע". על כן, **הרופא אחראי לנזקיה של רביד.**
* **ביניש:** בע"א ביניש הייתה בדעת מיעוט, שכעת השופטים אור, ברק, טירקל ושטרסברג כהן מצטרפים אליה. היא מבהירה כי במקרה זה, הטיפול הרפואי שניתן לעותרת לא עומד בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר, על אף ההוכחות שהובאו לעניין הפרקטיקה המקובלת באותה עת.

**לקחתי מתוך פס״ד קליפורד:**

דיני הרשלנות מבוססים על עקרון האשמה ולא על אחריות מוחלטת. ביסוד ההתרשלות מונח עקרון הסבירות. השאלה אשר דיני ההתרשלות באים להשיב עליה היא: באילו אמצעים צריך לנקוט כדי להבטיח את שלומו של הניזוק?. לעניין זה יש להתחשב בהסתברות שהנזק יתרחש, בהוצאות הנדרשות למנוע אותו, בחומרת הנזק, בערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק וכיוצא **באלה שיקולים המבטאים את רעיון האשמה**, והמבוססים על ההנחה שהאמצעים אשר המזיק צריך לנקוט בהם אינם חייבים להסיר את הסיכון, אלא אמצעים שסביר לנקוט בהם בנסיבות העניין"