**תמצותים לבוחן 1 בלבד:**

**כל החומר במרוכז, מבוסס על חומרים של שנים קודמות ותוספות שלי**

**מלך נ' קורנהויזר**

**ד' לוין-** מדובר במעוולים בנפרד (לא הכירו אחד את השני, לא הייתה חובה משותפת כלפי הניזוק, לא היה ייעוץ או סיוע, לא הייתה מטרה משותפת, אלו בסה"כ 2 כלבים שנקלעו למסע משותף). מדובר בנזק אחד (כאשר ניתן להעריך כמה נזק גרם כל גורם, עדיף לנסות לשער ולקבוע לפי זה את הפיצויים. אך במקרה זה, ניסיון חלוקת הנזק הוא מאולץ ולא מעשי. אי אפשר לקבוע כמה נזק גרם כל כלב).

לדעתו, נטל ההוכחה של מידת הנזק שגרמו כלבי הזוג, הוא עליהם. אם לא יצליחו להראות מה מידת הנזק שגרמו, יחויבו במלוא הנזק. במקרה זה הם לא עמדו בנטל ההוכחה. **.** שאלת המדיניות המשפטית הראויה- על מי ייפול ההפסד כאשר חלק מן הנזק נותר עומד, גם לאחר הניתוח המשפטי? על הנפגע החף מפשע, או על המזיק שגם הוא לא אחראי למלוא הנזק.

**תשובה:** שאלה זו נוגעת למטרות הבסיסיות של דיני הנזיקין, ולמתח הנותר לעיתים בין הצורך להיטיב את נזקו של התובע במלואו, לבין הצורך למנוע אי צדק לנתבע.

השיקולים שיש לקחת בחשבון הם האם יש צורך ליצור הרתעה, והאם למזיק הייתה אופציה לבטח את עצמו מפני נזק- וכך יוכל הנזק ליפול על הרבים ולא על היחיד. שיקולים אלו כולם מבוססים על העיקרון המנחה של דיני הנזיקין- בראש ובראשונה, **מטרתם של דינים אלו, היא להסיר את הנזק שסבל הניזוק ולהיטיבו.** **לנסות להחזירו, ככל הניתן, למצב בו היה לפני האירוע.** צריך לתת לניזוק תרופה מלאה בגין הסבל והנזק.

ההכרעה במקרי הגבול אומרת, שאולי הטלת האשמה על המזיק תראה חסרת פרופורציה, אך כפות הצדק עדיין נוטות לטובת הניזוק.

**ש' לוין+ ת' אור** מסכימים איתו.

**ג' בך-** מסכים שלא מדובר במעוולים במשותף. לדעתי, אין לקבל את הטיעון שהמזיקים, ישלמו עבור נזק שלא גרמו. דבר זה עומד בסתירה **לנורמות המשפטיות**. לדעתי אפשר היה למצוא תשתית מספקת למדוד את הנזק, גם אם לא בוודאות מוחלטת. **על חברי לזכור, שאי הוודאות מלווה את דיני הנזיקין לאורכם ולרוחבם, לא מדובר במדע מדויק.**

חבריי טענו שאם זהות בעל הכלב ה-3 הייתה ידועה, אולי היה ניתן לתבוע ממנו פיצוי, ואז היו שוקלים יותר לחיוב את חלוקת הנזק. אבחנה זו אינה מקובלת עליי, אחריות המשיבים לא יכולה להיות תלויה באיתור הכלב הנוסף. אם אי אפשר להעריך נזק מדויק שגרם כל צד, יש לחלקו באופן שווה בין כל הצדדים.

**באשר לנימוק שלא ידוע גזע הכלבים ועל כן לא ידועה עוצמת פגיעתם-** ניתן להסיק מגרסת התובע שלפי התרשמותו הוא הותקף ע"י 3 כלבים בעלי עוצמה גבוהה ודומה.

רוצה לפסוק 2/3 מהנזק.

**השופטת ש' נתניהו-** מסכימה עם ד' לוין. לא היו הוכחות שהכלב ה3 לא היה בבעלות המשיבים, ולא הוכח שהכלבים היו בעלי עוצמה שווה. מדובר בשאלה שבעובדה, ולא בשאלה המשולבת חוק ועובדה.

**לסיכום,** לדעתי אפילו במידה והכלבים היו בעלי אותה העוצמה, אין דרך הגיונית לחלק את הנזק.

**הכרעה:** נפסק שהזוג קורנהויזר יישלם עבור מלוא הנזק.

**פקודת הנזיקין:**

**נזקים שנגרמו ע"י כלב:**

41(א)- אם נגרם נזק לגוף ע"י כלב, הבעלים או מי שמחזיק בכלב בקביעות, יצטרך לפצות את הניזוק, לא משנה אם הייתה התרשלות מצידו או שלא.

41(ב) בתובענה כזו, תהיה הגנה לבעלים רק אם:

אם הניזוק התגרה בכלב(1)

 הניזוק תקף את הבעלים/ בן זוג הבעלים/ הורו/ ילדו של הבעלים.(2)

 הניזוק הסיג גבול במקרקעין של הבעלים.(3

 ג- הסעיף לא גורע מזכויות אחרות לפי פקודת הנזיקין או לפי כל דין אחר.41

**נוסחת האחריות הנזיקית**



בשביל לתבוע בדיני נזיקין צריך להראות עוולה, נזק וקשר סיבתי (יסודות מצטברים).

עוולה - **מעשה אסור בנזיקין.** עוולה הינה מצב בו נעשה משהו לא בסדר כלפי הצד השני. איזה עוולות אנחנו מכירים? **השגת גבול, רשלנות (העוולה הכי נפוצה), כליאה שלא לצורך ועוד..**

קשר סיבתי - קש"ס עובדתי ומשפטי- תנאים מצטברים. יש להוכיח זאת עפ"י מאזן הסתברויות (מעל 50%).

* קשר סיבתי עובדתי: מבחן האלמלא- אלמלא התנהגותו הרשלנית של פלוני, לא היה נגרם הנזק. אם התשובה החיובית – יש קשר סיבתי עובדתי. הזוג קורנהויזר יכולים לטעון כי היה נגרם אותו הנזק גם עם הכלב היחיד.
* קשר סיבתי משפטי: מבחן הצפיות הוא המבחן הדומיננטי ו**אובייקטיבי**- אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את ההתרחשות. ישנם מבחנים נוספים- מבחן השכל הישר ומבחן הסיכון.

לפעמים נתבעים משתמשים בהגנת "תקיפה שכנגד", הם גם מתגוננים וגם תובעים בעצמם כי הם ניזוקו.

בנוסף, בתביעה צריך התובע לציין מה הסעד המבוקש- פיצוי (על העבר וגם על העתיד כשמדובר בעוולה נמשכת), צו מניעה או צו עשה. את הסעד יבקש התובע לאחר הוכחת הנזק בעת התביעה.

מיקום העוולות- כל העוולות נמצאות בפקודה.

אירועון 3:

צו מניעה = סעד קנייני, חזק משמעותית מדרישת פיצויים. הצו ניתן ע"י ביהמ"ש וקובע שאדם יהיה מנוע מלעשות פעולה מסוימת. הם לא בהכרח יקבלו צו מניעה אבל יוכלו לנסות. **לא יכולים לדרוש פיצויים כי עוד לא נעשה נזק.**

1. צו עשה = צו שיורה על פינוי ערימת הפסולת. בנוסף לצו עשה (העתידי) ניתן יהיה לבקש פיצוי עבר על המטרד (עוולה) הסביבתי שהיה קיים בבניין במשך שבוע, **ופיצוי עתידי על** כל יום שייקח עד לפנות את הערימה. ניתן יהיה גם לתבוע על צו מניעה שלא יוכל לעשות ערימות נוספות בעתיד. יכול להיות שלקבלן יהיה שווה להשאיר את הזבל כי הקנס על השארת הזבל עולה פחות מהשינוע שלו ורוב האנשים לא באמת רוצים להסתבך ולתבוע.

מטרות דיני הנזיקין (פצצה):

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

1. פיצוי- פיצוי הוא גם מטרה וגם אמצעי. (לתקן? או להרתיע?)

2. צדק מתקן- לנסות להשיב את המצב לקדמותו עד כמה שאפשר ע"י פיצויים, עבור הנפגע. נועד לתקן את המצב מתוקף הצדק.

3. הכוונת התנהגות/ הרתעה- גישה כלכלית למשפט, מנסה להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית (המשאבים). בעזרת פסיקה על האירועים שקרו, אפשר ליצור הלך רוח אשר נדרש מהחברה, על מנת להרתיע מעוולים נוספים פוטנציאליים. ביטוח הוא כלי מעולה להכוונת התנהגות, מכיוון שפעם בשנה לפני שאתה מחדש את הביטוח, הרבה פעמים סכנים ינסו למכור לנו אמצעי זהירות כגון מצלמת רכב. דבר זה יוצר רווח גם עבורם שהמצלמה מונעת תאונות וכך הם יאלצו לשלם פחות פיצויים, וגם עבורנו.

4. צדק חלוקתי- מסתכל על הצד החלש יותר, ומנסה לחפש איך דיני הנזיקין יכולים לקדם אותו. חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית. איך אפשר להגדיל אותה, את המשאבים בחברה? צריך לצמצם תאונות ע"י תמרוץ נקיטת אמצעי זהירות, שימנעו תאונות או יגרמו לתאונות אשר מתקיימות להיות פחות קשות.

מטרות 1+2 מתרכזות בצדדים- פיצוי מתמקד בניזוק, צדק מתקן מרכז גם במזיק (מחפש צדק) וגם בניזוק (מחפש לתקן ולפצות), ומטרות 3+4 הן מטרות אינסטרומנטליות/ מכשירניות (מטרות שמשתמשות בדיני הנזיקין כדי להשיג מטרה אחרת- העצמת החלש או הכוונת התנהגות שתמנע תאונות).

ההבדל בין פיצוי לבין צדק מתקן הוא שפיצוי הוא רק בעזרת כסף, וצדק מתקן פועל גם בצווים- צו מניעה, צו עשה. בנוסף, יש שטוענים כי פיצוי הוא לא מטרה אלא אמצעי. אך יש שיטענו כי כן מדובר במטרה, מטרה חברתית/ סוציאלית שכאשר אדם ניזוק, לא נשאיר אותו לבד עם הנזק. הפיצוי מתקיים גם כשהצדק מתקן לא מתקיים, לדוגמא: מקומות בהם לא ניתן למצוא את הצדק. ת"ד פגע וברח שבה לא ניתן לראות מאיזו חברת ביטוח צריך להתקבל הפיצוי, והכסף נלקח מתוך ה"קרנית" של כל חברות הביטוח יחד. גם כשהצדק לא יכול לתקן, המטרה החברתית היא לפצות.

\*הרבה פעמים נוסחת האחריות הנזיקית ניתנת להוכחה, אך עדיין לא יקבלו תביעה כי הדבר פוגע במטרות או מבחינת המדיניות המשפטית. ולהפך\*

קרישוב נ' מעיין צבי והמדינה

יצחק קרישוב עבד1 במוסך של קיבוץ מעיין צבי שנים רבות. תפקידו היה להתאים רפידות עשויות אסבסט לבלמים ולמצמדים. אין מחלוקת כי קרישוב נחשף לאסבסט במהלך עבודתו, וכאשר היה כבן 37, אובחן בצווארו סרטן מסוג לימפומה. קרישוב תביעת נזיקין כנגד קיבוץ מעיין צבי וכנגד מדינת ישראל. טענתו של קרישוב הייתה שקיבוץ מעיין צבי לא נקט באמצעי הזהירות הנדרשים בעבודת אסבסט, שהמדינה לא פיקחה על המעביד כראוי, ושעקב רשלנותם של הנתבעים חלה הוא בלימפומה.

הליכים קודמים: בין הסוגיות אשר היו שנויות במחלוקת במחוזי עלתה הסוגייה האם אמנם חשיפה לאסבסט יכולה לגרום לסוג הסרטן בו חלה קרישוב. בעניין זה הוגשו חוות דעת מפורטות ע"י שני הצדדים. לא הייתה מחלוקת בין המומחים כי אין בנמצא מחקר רפואי המלמד על קשר חד משמעי בין חשיפה לאסבסט לבין מחלת הלימפומה (להבדיל מסוגי סרטן אחרים כגון סרטן הריאה). בספרות הרפואית מופיעים מקרים המצביעים על קשר בין לימפומה לחשיפה לאסבסט, אולם הם אינם מספיקים על מנת לקבוע כי קיים קשר ע"פ מידה מדעית מקובלת.

טענת הנתבעים במחוזי- אין מחקר מדעי שמאשר במפורש קש"ס בין חשיפה לאסבסט לסרטן הלימפומה. המקרים בספרות יכולים להעיד רק על חשד ולא מעבר.

טענת קרישוב במחוזי- המומחה מטעם קרישוב הסביר שלא הצליחו להוכיח את קשר מבחינה סטטיסטית, רק מכיוון שמדובר בסרטן מאוד נדיר. מכלול הנתונים הקיימים, כל אלה יחדיו מובילים למסקנה כי קיימת הסתברות גבוהה לקשר סיבתי בין השניים.

המחוזי: קיבל את תביעתו של קרישוב- מצא לעדות המומחה חיזוק בעובדה כי 6/14 מעובדי המוסך נפטרו מסרטן, אף שלא נבדק סוג הסרטן בו חלו.

כמו"כ המחוזי קבע שהקיבוץ והמדינה חבים חובת זהירות כלפי עובדי המוסך העובדים באסבסט. הנתבעים לא עשו את המוטל עליהם על-פי דין כדי להגן על העובדים מפני חשיפתם לאסבסט, והם התרשלו כלפי התובע. משכך, פסק בית-המשפט פיצויים לטובת קרישוב בגין נזקיו.

**הנתבעים** ערערו בעליון על חיובם בנזיקין ולחלופין כנגד גובה הפיצויים- לטענתם לא הוכח קש"ס.

**קרישוב** ערער כנגד על סכום הפיצויים שנפסק לטובתו.

**השופטת נאור:** . קרישוב לא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו. לדעתה בטרם יוכרע בשאלה האם חשיפתו של קרישוב לאסבסט גרמה למחלה **אצלו** – שאלה של קשר סיבתי **עובדתי ספציפי**, יש להכריע האם חשיפה לאסבסט בכלל עלולה לגרום ללימפומה אצל אנשים כלשהם בנסיבות כלשהן – שאלה של קשר סיבתי **עובדתי פוטנציאלי.**

היא התייחסה לראיות המדעיות ולתיאורי המקרים שהציגו המומחים מטעמו של קרישוב, התייחסה לכך שלא נקבע קש"ס בספרי לימוד הרפואה, ולכך שאף מדינה לא הכירה באסבסט כגורם סיכון לסרטן לימפומה. כמו" היא אמרה שהממצא של המחוזי אודות ששת עובדי המוסך אשר חלו בסרטן, לא מעוגן בראיות קבילות (לא הובאו ראיות רפואיות על סיבת פטירתם, ובכל מקרה לא ידוע באיזה סוג סרטן לקו). עקב כל אלו, היא סברה שהידע הקיים לא מספיק כדי להוכיח קש"ס עובדתי פוטנציאלי, לא מבחינה מדעית ולא מבחינה משפטית. דין ערעור המדינה והקיבוץ להתקבל.

**השופטת דורנר-** בעניינו של קרישוב אין צורך בקביעת עובדות מדעיות. לגישתה, הראיות שבאו בפני בית-המשפט המחוזי הן ראיות נסיבתיות**,** ואין לבחון אותן לפי שיטת ההסתברות המתמטית. זאת מכיוון, שמשפט אזרחי לא דורש את אותה רמת הוכחה סטטיסטית של המדע, אלא מאזן הסתברויות של 50%. היא הוסיפה כי פתרון של מקרה קונקרטי אינו יכול להמתין תמיד להתפתחויות בעולם המדע. על כן טענה שיש לבחון את הראיות לפי שיטת ההסתברות האינדוקטיבית.

הוכח קש"ס עובדתי, נוכח הצטברותן של הנסיבות הבאות: מחלתו של קרישוב מחלת סרטן. קיים ממצא עובדתי שאסבסט חומר מסרטן (פשוט לא ספציפית לסוג סרטן זה). הספרות מצאה תיאורי מקרים שמעידים על קשר. קרישוב עבד במשך שנים רבות לאורך שעות רבות במהלך היום עם חומר האסבסט. סרטן הלימפה הוא סרטן נדיר, ובד"כ חולים בו בגילאי 60, קרישוב חלה בגיל צעיר. אחוז גבוה מעובדי המוסך חלה בסרטן.

השופטת טענה שאין להתערב בקביעת המחוזי, ולא קיבלה אף אחד מהערעורים.

**השופט לוי-** מסכים עם דורנר. נטל ההוכחה המוטל על שכמו של קרישוב הוא ברמה של מאזן הסתברויות, ולפיכך לא היה חייב קרישוב לשלול כל אפשרות אחרת בדבר התרחשות הנזק. מוסיף ואומר שקשה לייחס את העובדה ש6/14 עובדים חלו בסרטן לצירוף מקרים.

אומר שהנתבעים חטאו בהתרשלות קשה שהייתה כרוכה בהגברת הסיכון שנשקף לקרישוב. נוכח מכלול הנסיבות האמורות, סבר השופט לוי כי הנטל עבר לכתפי הנתבעים להוכיח העדרו של קשר סיבתי בין התרשלותם לבין גרימת הנזק, ובכך הם כשלו.

**הכרעה בעליון:** אף ערעור לא התקבל.

המדינה מבקשת לקיים דיון נוסף, ועל כך דנה בייניש בפסק הדין.

המדינה טענה שיש לקיים דיון נוסף כי: משמעות פסיקת הרוב היא פריצת כל מסגרת אובייקטיבית להוכחת דבר שברפואה כעניין שבמומחיות, והמרת שיטות ההוכחה המקובלות בעולם המדע בגישה אינדוקטיבית שלדעת המדינה קרובה במהותה לגישה אינטואיטיבית. המדינה הביעה חשש כי דעת הרוב תתפרש על-ידי הערכאות הנמוכות כמייתרת את בחינת הקשר הסיבתי העובדתי וכיוצרת נתק מוחלט בין עולם המדע והרפואה לבין עולם המשפט.

כלומר, המדינה הביעה חשש שדעת הרוב בדיון הראשון תתפרש כמייתרת הוכחת קש"ס עובדתי.

**השופטת ביניש:** מתנגדת לכך ומסבירה כי דעת הרוב מבוססת על הנסיבות המיוחדות למקרה זה. ביניש מוסיפה כי אף השופטת נאור, דעת המיעוט- לא שללה מקרה שכזה.

ההכרעה בנוגע לקש"ס עובדתי היא בידי ביהמ"ש, שיפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בחוו"ד המומחים שיובאו לפניו. ההלכה קובעת כי העדר אסכולה רפואית מבוססת אינה מכריעה את גורל התביעה- עדיין אפשר לנסות להוכיח קש"ס, מכיוון שההוכחה הנדרשת היא עפ"י מאזן הסתברויות (פחות מרמת הוכחה מדעית).

**תוצאה:** העתירה לדיון נוסף נדחתה.

**ההלכה -** כאשר נבחן קשר בין חשיפה לחומר לבין מחלה, ייקח בית המשפט בחשבון את חוות דעת המומחים ואת הנסיבות העובדתיות, ויוכל להכריע לטובת התובע גם כשאין לכך הוכחה מדעית מובהקת, אם יש הצטברות של נסיבות שמוכיחות קש"ס עובדתי ברמת מאזן הסתברויות.

מטרות נוסחת האחריות במקרה קרישוב

הרתעה - לא ידעו שלא בסדר ולכן הרתעה לא מאוד רלוונטית, ברגע שהבינו כי לא בסדר זרקו את הרפידות. יש הרתעת האחר למניעת מקרים עתידיים.

צדק מתקן - מפצה את קרישוב, אם זה לא מעיין צבי האשמים אולי המדינה או ביטוח לאומי. הצדק המתקן יחפש את האשם, אם מעיין צבי יוכיחו שלא היו אשמים כי הם לא ידעו כי האסבסט מסרטן אז נחפש מי כן אשם.

פיצוי – לא מחפש אשמים, אלה רק לפצות את הנפגע. הצדק מתקן מחפש את האשם. מגיע לקרישוב פיצוי כי נגרם לו נזק.

צדק חלוקתי – חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית. חזק מול חלש, תחרות על משאבים. בהנחה שקרישוב עובד פשוט במוסך מול הקיבוץ אשר מהווה גוף חזק וגדול, המעביד הוא הכיס העמוק, הוא אחראי.

**שאלה לדיון- האם יש מקום לגישת ביניים בין דעת הרוב לדעת המיעוט בפסק הדין?**

**יש 2 אופציות:**

1. מכיוון שיש סיבתיות עמומה, ניתן להעריך באומדן מה הסיכוי שהחשיפה לאסבסט הובילה לסרטן הלימפומה במקרה זה, ועל פי הסיכוי שייקבע לקבוע את הפיצוי, גם אם מדובר בהוכחה של פחות מ50% (לא מספיקה למאזן הסתברויות). כלומר, אם התובע הצליח להוכיח את הקש"ס ברמת 20%, הוא יקבל 20% מסכום הפיצוי. על מנת לחשב את ההסתברות, על השופטים להתחשב בשיקולים כגון: האם קרישוב משתייך לקבוצת סיכון- עקב עישון/ השמנת יתר/ היסטוריה רפואית אישית שלו/ היסטוריה רפואית של משפחתו. לדון בשאלות כמו מה הסיכויים של אדם שלא נחשף לאסבסט כלל, לחלות בסרטן מסוג לימפומה (קבוצת ביקורת).

הסיבתיות עמומה מכיוון שיש כאשר יש גורם סיכון בר אשם (הקיבוץ) וגורם סיכון שאינו בר אשם (נתונים רפואיים של קרישוב), ולא ידוע אם בכלל גורם הסיכון העוולתי שעשה המוסך גרם לנזק כלשהו. אני סבורה כי במקרים כאלה ניתן לפסוק פיצוי יחסי לפי הסתברות גם בדרך אומדן. **הגישה נמנעת מהשרירותיות שיש בגישה של הכל או לא כלום, והיכולת לחלק את הנזקים בין המזיק לניזוק יכולה לקדם גם מטרות הרתעה יעילה וגם מטרות של חלוקה צודקת והוגנת של הסיכונים.**

2. לחשב לפי סטטיסטיקה- 6/14 עובדים היו חולים, כלומר 42%, לכן אפשר להחליט לפסוק ל42% מהפיצויים של הנזק של קרישוב.

**שיקולים משלימים:**

**שיקולים שבדרך כלל לא מופיעים בחקיקה אלא בפסיקה. ביהמ"ש לא פוסק על פיהם אך מציין שיש להתחשב בהם:**

**כיס עמוק – הטלת האחריות על הצד שיש לו האפשרות לשלם. יתכן ויהיה מדובר בגופים ציבוריים (ולא באדם פרטי), חברות ביטוח וכדומה. בודקים האם לנתבע יש מאיפה לשלם, האם יש לו משאבים רבים.** שיקול זה נכנס אל תוך הצדק החלוקתי **-** אך יש ביניהם הבדל:צדק חלוקתי מדבר על חזק מול חלש ולא בהכרח על מצב כספי. הכיס העמוק מתייחס להנחה שלאחד מהצדדים יש כוח כלכלי גדול, למרות שיכול להיות מצב שבו גוף גדול הוא לא בהכרח במצב כלכלי טוב והוא אף עשוי להיות לפני פשיטת רגל, **בשיקול של כיס עמוק זה לא משנה. כי גוף נחשב כבעל כיס עמוק. ההתחשבות היא ביכולת הכלכלית העקרונית.**

\***כשהצד המפצה הוא כיס עמוק, אפשר לפסוק שייתן פיצויים עיתיים, שכן החשש שיפשוט רגל בזמן זה נמוך, לעומת אדם שאינו נחשב לכיס עמוק (וככל הנראה יחויב בפיצוי חד-פעמי).**

הצפת בתי המשפט - **טענה לפיה ישנו חשש שכל אדם יראה את עצמו נפגע מרשות כלשהיא, יתבע אותה ותהייה הצפה של תביעות בבתי המשפט. ככלל המזיק יטען זאת. זהו שיקול אינסטרומנטלי - שיקול של המשפט ככלי, ללא התחשבות בעשיית צדק. למשל, תביעות בגין נזקי עישון: אדם החולה עקב עישון סיגריות יחליט לתבוע את יבואנית הסיגריות. אפשרות להצפת בתי המשפט (כל מי שחלה בגלל הסיגריות - יתבע). השיקול כאן הוא משמעותי ומכריע עד כדי כך שהוא גובר על נזקים חמורים שמגיעים עד מוות. \*הטענה של ההגנה בגורדון (לא מתקבלת), ואחת הסיבות שבאלסוחה מביאים את הקריטריונים.** לא מדובר במדרון חלקלק, מדובר על מקרים בהם העילה נכונה, אך עדיין יוצפו בתי המשפט במקרים זהים/דומים. האם יותר חשוב צדק מתקן או שלא יהיה עומס בבתי המשפט? (אם יהיה עומס לא יוכלו לתת שירות)

מדרון חלקלק - **ביהמ"ש לא ידעו לשים את הגבול בין "זוטות" למקרים שראוי להתייחס אליהם. פתיחת פרצה לתביעות קטנות. אם יכירו בתביעה זו, יתכן וביהמ"ש יכיר בהמשך בתביעות במקרים קלים יותר. (למשל, תביעות ילדים נגד הוריהם בגין הזנחה).** ההבדל בין מדרון חלקלק להצפת בתי המשפט הוא שעולה מחשבה שאם נקבל את התביעה הזאת, עלול להתגלגל כדור שלג, וזה יפתח פרצה לתביעות גם במקרים הרבה יותר אבסורדים.

פיזור נזק - **רוצים שעול הנזק והפיצוי לא יפלו על גורם אחד, מעדיפים לפזר את הנזק על כמה שיותר גורמים. א' גרם לב' נזק, אם אנחנו לא מפצים, הנזק נשאר על ב'. אבל גם לא טוב שא' יספוג את מלוא הפיצוי לבדו - הוא עשוי לקרוס תחת עול הפיצוי. יש כאלה הרואים בזה אחת מן המטרות של דיני הנזיקין.** **דוגמאות:** ביטוח הוא אחד האמצעים השכיחים ביותר לפיזור נזק **(זה תפקידו).**  **מורה שהתרשל במהלך טיול שנתי, בית הספר עשוי להיתבע גם ולא המורה לבדו (תובעים גם את המעביד). כולם משלמים פרמיה לביטוח, ואם יש מקרה ביטוחי הביטוח משלם. איך זה בעצם מפזר את הנזק? בכך שכולם שילמו לביטוח מלכתחילה.**

**\*ביטוח והעלאת מחיר המוצר - חברה שמוכרת מוצר מסוכן (נגיד מסור), מכניסה לתמחור המוצר את השיקול בנוגע לתביעות שצפויות להתרחש. (עושה אותו קצת יותר יקר כדי לשקלל את הסיכון בפנים). העלאה מבוקרת של מחיר המוצר מבטחת את סיכון התביעות. הנזק מתפזר על כל מי שקנה את המוצר.**

**שיקולים כלליים של מדיניות משפטית –** תביעה שאמורה להתקבל, בפועל לא תתקבל. "סוס פרא": שימוש חופשי מדי בדוקטרינה כלשהי. **לפעמים, למרות שנוסחת האחריות הנזיקית מתקיימת, ישנם שיקולים שיכולים לגרום לשופטים** לא לקבל את כל התביעות - משתנה לפי מקום וזמן (למשל תביעות על סיגריות לא מתקבלות למרות שמתקיימת הנוסחה). \*המר נ' עמית - טענה בעייתית על חיים עם מום, מאפשר לשופט שיקול דעת כללי לגבי קבלת התביעה בעקבות שיקוליי מדיניות משפטית.

**עיריית ירושלים נ' גורדון**

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. אולם, 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. גורדון הגיש תביעת פיצויים לבימ"ש השלום בגין עוולת נגישה (פתיחה בהליך סרק- ס'60) ועוולת הרשלנות (ס'35)- התביעה נדחתה. גורדון עתר למחוזי שם התקבל ערעורו עקב השימוש הרשלני של העירייה בסמכותה, העירייה ערערה כנגד המחוזי לעליון. מכאן הערעור שלפנינו.

**טענות המערערת בעליון**: אחריותה היחידה של המערערת היא במסגרת עוולת הנגישה, הדורשת זדון, ואין היא אחראית כלל במסגרת עוולת הרשלנות. אפילו אם חלה עוולת הרשלנות, לא נתקיימו יסודותיה:

1. התרשלות המזיק- העירייה טוענת שלא התרשלה. היא רשאית להסתמך רישומי משרד הרישוי. בנוסף, ההטרדה שנגרמה למשיב אינה "נזק".

2. חובת זהירות של המזיק כלפי הניזוק- לעירייה אין חובת זהירות כלפי המשיב, יחסה אליו הוא במישור השלטוני ולא הפרטי. אם יקבעו שלרשות יש חובת זהירות, זה ירפה את ידי הרשויות וייצור הססנות.

קשר סיבתי (ההתרשלות הובילה לנזק)- המערערת רק הטרידה את השיב, והטרדה היא אינה נזק. הנזק שנגרם מהמעצר נגרם ע"י המשטרה ולא ע"י העירייה.

**טענות המשיב בעליון**: יסודות עוולת הרשלנות מתקיימים ועוולת הנגישה לא שוללת את עוולת הרשלנות, שחלה בעניין זה.

שאלה משפטית: האם קיום עוולה אחת שוללת את קיומה של עוולה אחרת? ובמקרה שלנו האם קיומה של עוולה פרטיקולרית (נגישה) שוללת את קיומה של עוולת מסגרת (רשלנות)?

א' ברק: תופעה זו של "חפיפה" בין עוולות קיימת במיוחד בין העוולות "הפארטיקולאריות" לבין עוולות "המסגרת".

רשימת המצבים, עליה משתרעת הרשלנות, שהיא עוולת מסגרת, לעולם אינה סגורה, והם נקבעים בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים.

נקבע כי העוולות בפקודת הנזיקין לא באות אחת על חשבון השנייה, תיתכן התקיימות של כמה עוולות בו זמנית או עוולה אחת בלבד. במקרה זה אי קיום יסודות עוולת הנגישה (מכיוון שדורשת כוונת זדון), לא שוללות את תחולת עוולת הרשלנות ולכן תוטל האחריות על העירייה.

על כן השופט ברק דן בעוולת הרשלנות:

* במסגרת עוולת הרשלנות על ביהמ"ש לקבוע את הערכים והאינטרסים המשפיעים על קיומה של חובת הזהירות (חובה לפעול עפ"י סטנדרט התנהגות). על השופט להפעיל את שיקול דעתו ולאזן בין האינטרסים השונים, לפי תפיסתו את צרכי החברה בה הוא חי. **הכלל הוא שאם הנזק היה צריך להיות צפוי ע"י המזיק- חלה חובת הזהירות. רק שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית יצדיקו שלילת חובה זו.**
* גם רשות ציבורית צריכה לנהוג בחובת הזהירות שכן עקרון השוויון בפני החוק מחייב הטלת אחריות ברשלנות על הרשות הציבורית על-פי אותן אמות מידה כמו על הפרט.  **על רשות ציבורית תוטל אחריות לרשלנות בדומה לאדם פרטי. הגוף הציבורי משמש לעיתים כמפזר נזק. בדרך זו יובטח גם שינקטו אמצעי זהירות בעתיד.**
* לא ניתן להסיק כי קיימת **חובת זהירות מושגית** (חובת זהירות הנוגעת לשאלה אם סוג המזיקים אליו משתייך המזיק חב חובת זהירות כלפי סוג הניזוקים אליו משתייך הניזוק) באופן אוטומטי, ביהמ"ש שוקל את כלל האינטרסים ולפיהם קובע זאת. **מהם השיקולים המיוחדים שיצדיקו את שלילת קיומה של חובת הזהירות המושגית** לאחריות גורמי התביעה הפלילית?

-אם הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה תהפוך אותם להססנים דבר שיפגע בשלטון החוק ואכיפתו (בגלל הרתעת יתר)

-הצפת בתי המשפט- כל נאשם שיזוכה ינצל את קיום חובת הזהירות ויתבע את הרשות, דבר שיוביל להצפת בתי המשפט ולהוצאות כספיות רבות. כך יגיעו למצב של הצפות בתשלומי כספים, שהרשות לא תוכל לשאת בהם.

-יפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי.

יש לאזן בין שיקולים אלו לשיקולים אחרים בתביעה. עם זאת- ידם של השיקולים השוללים את קיום חובת הזהירות, אינה על העליונה.

* 2 הנימוקים הראשונים רלוונטיים כלפי כל עובדי הציבור ואין להם ביסוס (לא הוכחה פגיעה בשלטון החוק/ הצפת בתי משפט או גרימה לרפיון ידיים), דבר המעיד על חולשתם.
* בנוסף יש יתרונות בהאשמת הרשות הציבורית ברשלנות- זה יעיד על על שוויון בפני החוק, ותוביל לנקיטת אמות מידה ונהלים שיבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה. החובה המוטלת על התביעה הפלילית היא לנקוט באותם אמצעים שתביעה סבירה הייתה נוקטת בעניין.

 האם חבה המערערת, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפנינו, חובת זהירות (קונקרטית) כלפי המשיב ? כפי שראינו, התשובה לכך טמונה במבחן הצפיות. השאלה היא, אם המערערת צפתה או יכלה לצפות (כעניין טכני) - כי התרשלותה תגרום נזק למשיב. התשובה היא כן. מהרגע שהודיע לה על הטעות, היא יכלה לצפות שאכן ייגרם נזק.

* אלי גורדון, התובע, טוען כי נגרמו לו מס' נזקים: אובדן זמן וכסף, אובדן ריכוז בעבודה, סבל נפשי, פגיעה בשמו הטוב (אנשים ראו / שמעו על מעצרו). טענותיו מעלות את השאלה- **האם הטרדה היא נזק בר פיצוי?**
* יש שטענו כי שלילת נוחות פיזית, והפחדה הן אינן נזק בר פיצוי. זוהי גם טענת המערערת. עפ"י הגדרת המושג נזק בס' 2 לפקודת הנזיקין- נזק משמעו פיזי או לא פיזי, ממוני או לא ממוני. נזק' - אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה". בשל כך, הוא כולל בתוכו סבל נפשי ופחד. **חשין טען בעבר כי לא ניתן לכמת נזק שכזה ואף הביע חשש כי אנשים יעשו את עצמם כסובלים מנזק נפשי.** ברק לא מקבל גישה זו וטוען כי יש להעריך נזק נפשי ולפצות בגינו – כפי שעושים כשמדובר בנזק רכושי.אמנם קשה להעריך נזק נפשי, אך במה שונים קשיי ההערכה לעניין הטרדה ופגיעה בנוחות מקשיי ההערכה לעניין כאב וסבל ואובדן תוחלת חיים ? אכן, קביעת פיצויים בגין הנזק הלא-רכושי היא מהמשימות הקשות ביותר. כיצד מעריכים את סבלו של מי שאיבד יד או עין? היש מחיר שוק להנאות החיים ?

והנה, חרף קשיים אלה, הגישה המקובלת היא, כי יש להעריך את הנזק ולקבוע את הפיצוי, שכן "יהיה בזה מן הפרדוכסאליות אילו סירב החוק להעניק פיצוי כלשהו מפני ששום פיצוי לא ישווה לנזק"

* **האם במסגרת \*עוולת הרשלנות\* (!) ישנה חובת זהירות מושגית בעניין נזק לא-רכושי? ברק מאמין שכן. לטענתו, כאשר הנזק צפוי (טכנית) אז צריך לצפות אותו (נורמטיבית)- אלא אם שיקולים של מדיניות משפטית אומרים אחרת.** ברק מבהיר כי אין הבדל בין נזק לא רכושי הקשור לנזק רכושי לבין נזק לא- רכושי שעומד בפני עצמו (נזק נפשי). מטרת עוולת הרשלנות היא להגן על הניזוק מבחינת נזק רכושי ומבחינת נזק לא-רכושי. לכן יש לראות בנזק לא-רכושי כנזק בר-פיצוי. **כבוד האדם ושלמות נפשו צריכים לקבל הגנה ראויה.** עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על האינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאושרו.
* בעיה דומה קיימת בדיני החוזים- שם נפסק בס' 13 לחוק התרופות כי ביהמ"ש יקבע פיצויים בגין נזק לא ממוני עפ"י שיקול דעתו. לטענת ברק, גישה זו צריכה להיכנס גם אל תחום הרשלנות.
* ריחוק נזק: צריך לקבוע מה היקף האנשים שיכולים לדרוש פיצוי על נזק לא-רכושי- יש סיכון שגורמים שרחוקים מהמקרה יתחילו לטעון על נזק נפשי. גורדון הוטרד מהדו"חות, אולי גם אמא שלו הוטרדה מכך וכן הלאה.. לא לכולם יש זכות תביעה. בהגעת מקרה של נזק לא-רכושי על ביהמ"ש לבחון את \*שיקולי המדיניות המשפטית\*, לפיהם נקבע עומק הצפייה מראש, כדי לראות שלא מדובר במקרה חריג (למשל כשגם אנשים בעלי קרבה שניה נפגעו באופן חמור). אך כעיקרון על פי שיקולי המדיניות המשפטית ישנה חובה לצפות מראש נזק לא רכושי **למעגל הסיכון הראשוני,** שכוונה כלפיו הפעולה המזיקה. במקרה זה מדובר בגורדון.
* **סיכום- נזק לא רכושי נכנס אל תוך עוולת הרשלנות. הוא יהיה בר פיצוי אם לפי מבחן הצפיות ניתן וצריך לצפות אותו בשל ההתרשלות.**

**רשלנות- פקודת הנזיקין.**

35. עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

###### חובה כלפי כל אדם

36.

החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.

**אמין נ' אמין**

**רשלנות גם במעשה מכוון, הזנחה רגשית כלפי ילד, רשלנות ואהבת הרע:**

המשיבים הם ילדי המערער מאשתו הראשונה, שהתאבדה בסמוך ללידת הבן הצעיר. לאחר מותה, שהו הילדים במוסדות רווחה ובמשפחות אומנות. הילדים הופרדו זה מזה וגורלם היה רע ומר. הם הדרדרו במורד הסמים והעבריינות. המערער נישא בשנית, ולפי הסכם שעשה עם אשתו השניה ניתק עם הילדים קשר. המשיבים תבעו אותו במחוזי, וזה קבע שבהתנהגותו המתנכרת הפר המערער חובות חקוקות ואת חובת הזהירות. נפסקו להם פיצויים. מכן הערעור. **השאלה המשפטית:** **האם ילדים זכאים לפיצויים מאביהם שגרם להם נזקים נפשיים חמורים כתוצאה מזניחתו אותם?** לטענת האב, הפגם המוסרי בעניין אינו מקים עילת תביעה בנזיקין.

**הליכים קודמים:** המחוזי ענה לשאלה המשפטית וקבע שכן.

**השופט י' אנגלרד:** קשה לנו להכיל התנהגות כזו של אב לילדיו. למעשה, בא-כוחו של האב מודה כי התנהגותו לא הייתה כשורה, אך יש לשים לב לטענתו החוזרת שאומרת כי בהפרת חובה מוסרית מדובר, שאין בצדה סנקציה משפטית. כלומר, הפגם המוסרי שבניתוק היחסים בין האב לבין בניו אינו מקים עילת תביעה בנזיקין. אמנם – כך נטען – קיימת חובה משפטית לספק לילדים את צורכיהם החומריים, אך אין חובה משפטית, לתת אהבה ויחס אבהי.

 יתרה מזו, עו"ד האב טוען, שלו היו מכירים באופי המשפטי של חובה מעין זאת, הדבר יגרום למדרון חלקלק ואינסוף תביעות של ילדים על יחס קר מהוריהם. לדעתן, בשל שיקולי מדיניות משפטית הקשורים לתכלית המשפט וליעילותו, יש לשלול את קיומה של עילת תביעה בנזיקין בין בנים לבין הורים, שמטרתה תשלום פיצויים על נזק נפשי ורגשי.

הטענה היא שיש לשמור על ההבדלים בין ערכים לבין חובות משפטיות.

אבדוק מה עולה מן ההוראות שקבע המחוקק בסוגיה זו:

* **הפרת חובה חקוקה:** האב הפר את החובה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית, לפיו על ההורים לדאוג לצרכי ילדיהם- גם הנפשיים . לפי סעיף זה חובת ההורים כוללת גם את "חינוך הקטין" , ולא דורשת לספק רק צרכים חומריים. גם אם היה נדרש לדאוג רק לצרכים החומריים, האב עדיין היה נכשל. הוא לא טרח להתעניין בקשיי הלימודים וההכשרה של ילדיו בעת שהייתם במוסדות השונים, על-אף ההתרעות מצד גורמי החינוך. המחוקק לא התכוון להטיל חובה משפטית לאהוב, אלא להשתדל לנהוג לטובת הקטין ולפעול כהורים מסורים רגילים. יש לבחון את האחריות בנזיקין של אב כלפי ילדים בשל הפרת החקוקה הנ"ל בכל מקרה לגופו. אין לאב חסינות מכוח 22 בחוק הכשרות המשפטית, מכיוון שהאב לא ניסה לפעול לטובת הילדים.
* **רשלנות:** מלבד הפרת החובה בסעיף 15 שהוזכר, האב הפר גם 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 ששיקולי המדיניות המשפטית שהזכיר עו"ד האב שוללים את האחריות במקרה זה. לסיכום: את מה שאפשר היה לצפות, גם היה צריך לצפות.

בא-כוח האב העלה את הטענה של "המדרון החלקלק"- לדעתי אפשר לבחון כל מקרה ומקרה לפי חומרתו, וכך לבחון האם להתחשב בשיקול זה. **אלא שמידת החומרה אינה המבחן היחיד לקביעת האחריות בנזיקין. המחוקק קבע כעיקרון כללי שלא יראו כעוולה מעשה שאדם בר-דעת ומזג רגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך (**[סעיף 4](http://www.nevo.co.il/law/73015/4) **ל**[פקודת הנזיקין](http://www.nevo.co.il/law/73015)**). מבחן חשוב נוסף מצוי** **באיזון האינטרסים בין הורים לילדים.** על ההורה לדאוג לצורכיהם של ילדיו, אך אין דורשים ממנו להקריב לשם כך את כל חייו הפרטיים והמקצועיים. הוא נדרש לנהוג כהורה מסור, אך לא כהורה מיוסר.

אבחן כעת את הנסיבות המיוחדות אשר לפיהן תוכרע שאלת קיום אחריות האב לנזקי ילדיו- המערער ידע שהילדים לא נמסרו לאימוץ, ושהם כמהים לקשר איתו, הוא התעלם מכל פניית רשויות הסעד אליוהאב יכול היה, אילו רצה בכך, לטפח את הקשר עם ילדיו אף בכפוף להסכם עם אשתו. האב יכל לבקר אותם בבית משפחות האומנה מבלי להכניסם הבייתה כפי שנקבע בהסכם. זה מראה כי גם אם יתחשבו התחשבות מרבית במצבו של האב ובשאיפותיו לתא משפחתי חלופי, עדיין מתבקשת המסקנה כי לא היה כל הכרח כי ינהג במידת האכזריות כלפי ילדיו כפי שנהג.

יש לדחות את הערעור.

**השופט ת' אור-** מסכים ורוצה להדגיש את הנקודה בעניין המדרון החלקלק. אכן, אין ספק כי מערכת היחסים בין הורים לילדים היא פעמים רבות מערכת טעונה ומורכבת. ידוע שאין היא מחוסנת מפני תסכולים. על כן, על בית-המשפט לנקוט משנה זהירות בטפלו בסוגיות אלו ועליו להימנע מלחדור שלא לצורך אל רקמת יחסים עדינה זו. **מדיניות שיפוטית ראויה מכתיבה את הגישה שעל-פיה רק במקרים קיצוניים יימצאו מעשים או מחדלים של הורים כהתנהגות רשלנית המולידה עילה בנזיקין נגדם.**

במקרה דנן אין צורך לתחום את הגבול האמור. נסיבותיו של המקרה הן כה קיצוניות בחומרתן, עד כי אין הסוגיה של תחימת הגבולות מתעוררת כלל.

**השופט י' זמיר:** מסכים עם שניהם.

הערעור נדחה, הפיצויים נשארו כפי שהיו.

**הלכה:** החידוש שעולה מהפס"ד הוא שהמשפט המודרני לא מחייב לאהוב את הילדים, אבל כן יש חובה חומרית וגם חובה רגשית כלפיהם.

**ליאור המר נ' פרופ' עמי עמית**

**אירועון 4**

בני זוג רצו להביא ילד לעולם. הייתה היסטוריה של מחלות גנטיות במשפחה, ולכן הם חששו מן ההריון 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 עם פגם גנטי , 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?

מדובר בדיון שאוחד כדי להכריע בשאלות העקרוניות בסוגיית עוולת ההולדה בעוולה. מקרה בו נולד אדם עם מוגבלויות והוא טוען שאם הרופאים היו מטפלים באימו באופן זהיר יותר, הוא לא היה נולד וסובל. קיימות 2-עילות תביעה נפרדות, תביעת הילד-"חיים בעוולה" ותביעת ההורים-"הולדה בעוולה". עילות אלה הוכרו בפס"ד זייצוב נ' כץ, 518/82.

**השאלה המשפטית (4 שאלות):**

**1: האם ניתן להכיר בתביעת הילד שעצם היוולדו מהווה עוולה ("חיים בעוולה")?**

נקבע כי לא ניתן להניח שחייו של אדם הם נזק, יש בכך קושי מוסרי (שיקולי מדיניות משפטית). יש קדושה לחיים שאינה פוחתת בשל מום זה או אחר. מאז הלכת זייצוב נחקק חוק יסוד כבוד האדם וחירותו המכיר בקדושת חיי האדם באשר הם, לכן **לא מוסרי/אפשרי להגדיר את חייו של אדם בעל מוגבלות כנזק.** נפסק בניגוד להלכת זייצוב כי לא ניתן יהיה להכיר בתביעת הילד בגין חיים בעוולה.

**2: האם ניתן להכיר בתביעת ההורים שלידת בנם מהווה "הולדה בעוולה"?**

נקבע בעליון כי עילה זו מתיישבת עם ההגדרה של עוולת הרשלנות. הקושי המוסרי המתעורר בגין "חיים בעוולה" לא מתעורר ב"הולדה בעוולה", מכיוון שבבסיס התביעה לא מוגדרים עצם חייו של הילד כנזק, אלא הנזק הוא ההוצאות הכספיות/נפשיות בגידול הילד בעל המום. לכן קבלת תביעת ההורים לא שוללת את הערך שבחיי הילד, אלא קובעת כי נמנעה מההורים האפשרות לבחור שלא לגדל ילד בעל מוגבלות (נפגע להם חופש הבחירה והיכולת להחליט אם לעשת הפלה או לא). נפסק בדומה להלכת זייצוב כי קיימת להורים העילה לתבוע בגין "הולדה בעוולה".

**3: 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. 2 שלבים להוכחה, 1-אילו עמדו ההורים בפני וועדת הפסקת ההריון עם מלוא המידע, הייתה הוועדה מאפשרת את הפסקת ההריון. 2-אלמלא ההתרשלות הם אכן היו פונים לוועדה ומבצעים את ההפלה. ראוי להסיק מכללא כי ההורים יפעלו בהתאם להחלטת הוועדה ולא ניתן לסתור חזקה זאת ע"פ נתונים כלליים (כגון השתייכותם הדתית לדת האוסרת הפלות).

**4: איזה פיצויים נפסוק, האם פיצוי מלא על כל עלות גידול הילד או רק את הפער?**

בתביעת נזיקין רגילה הפיצוי ניתן על ההוצאות העודפות שנגרמו עקב הנזק, ולא על הפיצויים שהיה מוציא הניזוק גם אלמלא הנזק. אך פה משהוכח הקש"ס הילד לא היה אמור להיוולד כלל, נקבע כמו ב"חיים בעוולה" כי לא ניתן להביט על עצם קיומו של הילד לאחר שנולד כנזק. לכן הנזק מתבטא בעלויות הנוספות המוטלות על ההורים עקב מוגבלותו של הילד, תלותו בהוריו הנמשכת כל חייו, הנזק הנפשי הנגרם להוריו. בפועל הסכום המשולם להורים בגין "הולדה בעוולה" מכסה גם את הסכום התיאורטי שהיה משולם לילד אילו עוולת ה"חיים בעוולה" הייתה מתקבלת.

**ניתוח הפס"ד (ע"פ נוסחת האחריות הנזיקית)+דיון כיתתי:**

נזק: ההתעסקות הכלכלית והנפשית של ההורים בנכותו של הילד (ניתן להגיע לכל ראש נזק)

עוולה: רשלנות (ס' 35)

קש"ס: עובדתי: אלמלא ההתרשלות הייתה הוועדה מאשרת את ההפלה ומסיקים מכללא שההורים היו מפילים. משפטי: הלכת הצפיות-היה על הרופא לצפות שעקב התרשלותו תמנע מההורים האפשרות להפיל.

**ביטול הלכת זייצוב** – משמע ביטול זכות הילד שנולד עם מומים לתבוע את הרשלנים שהביאו להולדתו בשנות השבעים, במסגרת פרשת **זייצוב**, הכיר בית המשפט העליון בזכותם של הורים וילדם לתבוע את הגורמים הרשלניים שלא גילו את מומיו והביאו להולדתו במקום שהוריו יוכלו לבצע הפלה.

**דיון בכיתה:**

הריון בעוולה מאמר של הרמן: מצב בו ההיריון אינו רצוי ונגרם עקב עוולה מסוימת. לדוג'- אישה שמבצעת הליך של קשירת חצוצרות שמבוצע ברשלנות ונכנסת להריון. הרמן במאמרו מסביר כי בעייתי להחשיב ילד בריא כנזק. בשל כך, לרוב לא יקבלו תביעות בנושא זה. יכולים לטעון כי הוצאות הטיפול בילד מהוות נזק. מנגד, הרופא יכול לטעון להגנתו כי הילד מביא אושר לחיים. זוהי תביעה של ההורים ולא מטעם הילד. כלומר- התביעה היא על ההוצאות, בהפחתת "האושר".

פלוני נ' פלונית (הומוסקסואל)

רציו:

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש העליון קובע 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.**

\* משפחה – תביעה נזיקית – בגין הסתרת מידע

\* חוזים – הטעיה – אי-גילוי

\* דיון אזרחי – מחיקה על הסף – מחוסר עילה

בקשת רשות ערעור על פס"ד מחוזי, בגדרו התקבל ערעור המשיבות על פס"ד של בימ"ש לענייני משפחה. רקע: המבקש והמשיבה 1 היו נשואים כ-10 שנים ולהם 3 בנות. האישה ואימה הגישו תביעה לפיצוי כספי מהמבקש בסך של חמישה מיליון ש"ח, בגין נזקים כלכליים ונפשיים שנגרמו להן, ובפרט לאישה, כתוצאה מ"חייו הכפולים" של האיש אשר הציג עצמו בפניהם, טרם הנישואין ובמהלכם, כאדם דתי והטרוסקסואל, אך בפועל, מאחורי גבה של האישה, ניהל אורח חיים חילוני והומוסקסואלי וניהל מערכות יחסים עם גברים באותן שנים. עילות התביעה שנזכרו בכתב התביעה הן עילות נזיקיות של תרמית, עוולת הרשלנות, עוולת הפרת חובה חקוקה, ועילות חוזיות של הפרת חובת תום הלב והטעיה.

**הליכים קודמים:** ביהמ"ש לענייני משפחה הורה על מחיקת התביעה על הסף מחמת היעדר עילה ואילו ביהמ"ש המחוזי פסק כי יש להשיב את הדיון לביהמ"ש לענייני משפחה לשם שמיעת ראיות לגופה של התביעה טרם מתן פסק דין בתביעת המשיבות. על כך בר"ע זו. ביהמ"ש סבור כי המקרה מעורר שאלה עקרונית, החורגת מעניינם של הצדדים, והיא מצדיקה מתן רשות ערעור.

ביהמ"ש העליון (מפי השופטת י' וילנר, בהסכמת השופטים ע' פוגלמן ונ' סולברג) קיבל את הערעור מהטעמים הבאים:

על אף שמבחינה עקרונית הוכרה, ככלל, 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. כך, ידוע בעיקר פסק הדין** [**בע"א 8489/12**](http://www.nevo.co.il/case/6248456) **בעניין פלוני, שם נקבע כי אין להכיר בעילת תביעה של ניאוף ובגידה בין בני זוג. ואולם, השאלה המתעוררת במקרה הנדון שונה ואינה צפויה להיפתר על-ידי יישום פשוט של ההלכה שנקבעה בעניין פלוני.**

השאלה המתעוררת במקרה דנא היא האם קיימת חובת גילוי משפטית (להבדיל ממוסרית-ערכית) בין בני זוג, ומה היקפה של חובה זו? ובאופן קונקרטי יותר, האם קיימת חובה משפטית על בן זוג לגלות לבן זוגו האחר טרם הנישואין את נטיותיו או העדפותיו המיניות ואת אמונותיו ומחויבותו הדתית? שאלה זו טרם נדונה באופן ממצה בפסיקה.

לצורך הדיון בשאלת קיומה והיקפה של חובת גילוי בין בני זוג (בין אם מכוח דיני החוזים ובין אם מכוח דיני הנזיקין), השופטת וילנר מציעה (כהצעה למחשבה אנליטית ואף במבט צופה פני עתיד)להבחין בין שלושה הקשרים עיקריים:

1. הקשרים כלכליים: תחת קטגוריה זו באים מקרים שבהם בן הזוג אינו מגלה נתונים רלוונטיים הנוגעים לרכושו ומצבו הכלכלי, וזאת בעיקר בסמוך לכריתתו של הסכם ממון או לחלוקת רכוש אגב גירושין.

2. הקשרים אינטימיים ורגשיים הכוללים, בין היתר, את תחושותיו, רגשותיו, התנסויותיו האינטימיות, הגדרתו העצמית, דעותיו, ואמונותיו של בן הזוג.

3. הקשרים הנוגעים למרכיבים מהותיים בחייו ובמיהותו של בן הזוג: תחת קטגוריה זו באים מקרים שבהם בן הזוג אינו מגלה נתונים מהותיים על מיהותו וקורות חייו. נתונים אלה, על-פי רוב, יהיו 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. בתוך כך, ניתן למנות למשל אי גילוי בדבר מצב רפואי מהותי וחריג אשר יש בו כדי להשפיע באופן ממשי על חיי בני הזוג וילדיהם; השתייכות לדת אחרת או ללאום אחר, ועוד.

לעמדת השופטת וילנר, **שיקולי מדיניות אינם מונעים הכרה בחובת הגילוי בין בני זוג בהקשרים כלכליים, ואף תומכים באכיפתה.**

מאידך, לגישת השופטת וילנר, אין מקום להכיר בקיומה של חובת הגילוי המשפטית (להבדיל, מערכית-מוסרית) בכל הנוגע להקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג המבוססים על רגשותיו, אמונותיו, דעותיו והגדרתו העצמית של בן הזוג. זאת בדומה לטעמים שהובילו את השופט עמית לקבוע את הלכת פלוני, לפיה, כאמור, אין להכיר בעילת תביעה בין בני זוג בשל ניאוף ובגידה. **היבטים אלו בחייו של אדם ספונים עמוק בנבכי נפשו, במרחב הפרטי והאינטימי ביותר שלו עם עצמו, עם נשמתו. הם נובעים, ככלל, מתחושותיו ורגשותיו האישיות של האדם, הם דינמיים והיבטים שונים בהם עשויים להשתנות לאורך חייו של האדם; היא מוסיפה בין היתר, כי המשפט והכלים המשפטיים אינם המסגרת המתאימה לריפוי כאבי לב כתוצאה ממערכות יחסים בין בני זוג שבאו אל קיצן או "לסגירת חשבונות" בשל אכזבות רגשיות.** טענות כלפי בן זוג שהסתיר את רגשותיו הכנים כלפי בן זוגו האחר; את מניעיו האמיתיים למיסוד הקשר בניהם; את עוצמת משיכתו המינית לבן זוגו ולאחרים או לאחרות; את מושאי תשוקתו; את הרהוריו וצפונות לבו – כל אלה אינן טענות שראוי להן להתברר ולהתלבן בביהמ"ש.

**אשר לקטגוריה השלישית – הקשרים הנוגעים למרכיבים מהותיים בחייו של בן הזוג ובמיהותו, השופטת וילנר סבורה כי שאלת קיומה של חובת הגילוי והיקפה היא שאלה קשה ומורכבת במיוחד**, נוכח הקושי הממשי בשרטוט קו גבול בין המקרים המובהקים שבהם ראוי יהיה להושיט סעד לנפגע לבין המקרים שמטעמים של מדיניות משפטית מוטב לו למשפט למשוך ידיו מלדון בהם.

טענות המשיבות בתביעתן נכללות בגדר הקטגוריה השנייה של הסתרת היבטים רגשיים-אינטימיים של האיש מהאישה, המצויים, כאמור, **עמוק בתוך המרחב הפרטי אישי של האדם, וככאלה, הם אינם עניין לביהמ"ש לדון בו.**

**לעמדת השופטת וילנר שורה ארוכה של שיקולי מדיניות, ובהם: 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 – כל אלה מובילים למסקנה שלפיה 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. ודוק, אין בכך כדי לשלול הכרה בחובתו המוסרית-ערכית של האדם לגילוי כאמור.**

משכך, צדק ביהמ"ש לענייני משפחה כאשר הורה על מחיקת תביעת המשיבות על הסף.

השופטים ע' פוגלמן ונ' סולברג מסכימים כי שיקולי מדיניות משפטית מוליכים למסקנה כי אין להכיר בחובת גילוי משפטית, בין בני זוג בטרם הנישואין, של נטייה מינית או של אמונה ומחויבות דתית ומוסיפים הערות ספורות, לרבות באשר לקווי הגבול הכלליים ששרטטה השופטת י' וילנר בין הקטגוריות השונות, ובפרט בין הקטגוריה השניה לשלישית. השופטת וילנר מתייחסת לכך בסיום חוות-דעתה.

1. ע' פוגלמן: מתייחס לפגיעה בפרטיות- תביעה שעניינה חובת גילויה של נטייה מינית של אדם היא תביעה שמבקשת למעשה לפתוח את מגירות נפשו ומצפונו, לחשוף את הגרעין הקשה של צנעת חייו האישיים. כיצד יראה ההליך המשפטי שבמרכזו הוכחת הטענה כי אדם הוא "באמת" הומוסקסואל? **אגב כך, תיפגע זכותו של הנתבע לפרטיות פגיעה אנושה – בשלילת האוטונומיה שלו לקבוע "אלו חלקים מאישיותו הוא מעוניין לחשוף בפומבי". פגיעה זו לא מוגבלת לנתבע, והיא עשויה להגיע גם לתובעת ולצדדים שלישיים שיהיו חשופים לחיטוט דקדקני בחייהם** הפרטיים מעל דוכן העדים (וחשופים, לשם ההדגמה, לטענות של אשם תורם; ראו והשוו: עניין **פלוני**, פסקה 8).

**הליך גיבוש הנטייה וההעדפות המיניות הוא הליך אישי שפעמים רבות הוא הדרגתי ולא בינארי. הטלת חובת גילוי משפטית שלצדה סנקציות אזרחיות עשויה לאלץ אדם שלא לפעול למימוש נטייתו המינית או בחירותיו הזוגיות – וזאת תוך פגיעה אנושה באוטונומיה שלו.**

לדעתו החלוקה ל3 חלקים במהלך ההבחנה לא הייתה מדוייקת, ועדיף להתייחס רק לשיקולי המדיניות.

נ' סולברג- **השיקול המרכזי השולל הכרה בתביעות שעילתן באי-גילוי נטייה מינית או אמונה דתית, נעוץ ברצון להימנע ככל הניתן מהתערבות המשפט ביחסים אינטימיים-רגשיים בין בני הזוג, בסתרי-ליבם, במכמני-נפשם, באמונותיהם.** **הדבר קשה להוכחה גם מבחינת ראיות (אי אפשר לדעת נטיה מינית של אדם ביום נישואיו).**

**המחיר החברתי שנשלם כתוצאה מבירור תביעות שאין בהן ממש, בהינתן הפגיעה שמסב ניהול הליך משפטי שכזה כשלעצמו – עולה על התועלת שתצמח מדיון במקרי קצה נדירים שבהם הפגיעה גדולה.**

מכל מקום, וכאמור לעיל, הכרעתנו תחומה לנושא הנדון לפנינו: דחייה על הסף של **תביעות חוזיות או נזיקיות** המבוססות על אי-גילוי נטייה מינית, או אמונה ומחויבות דתית, בטרם הנישואין, משיקולי מדיניות משפטית כמפורט לעיל.

בענייני הקטגוריות, מעדיף לא לעשות הבחנה כזו.

**"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' רים 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.

**טענות המערערת:** מערערת על גובה הפיצוי שנפסק בגין אובדן כושר השתכרות וביסוסו על השכר הממוצע במשק. כמו כן, מתלוננת על דחיית בקשתה להקפיא חלק מסכום הפיצויים בערך הקצבאות מביטוח לאומי שהמשיבה עשויה להיות זכאית להן.

**טענות המשיבה:** המשיבה (באמצעות אמה) מערערת על כך שחישוב הפיצוי של אובדן כושר ההשתכרות מבוסס על השכר הממוצע בכפר ובשל כך נוגד את הזכות לשוויון. לטענתה- אם החישוב היה מבוסס על השכר הממוצע בלבד- היה נפסק לה סכום גבוה יותר. המחלוקת נוגעת לזכות הקטינים שניזוקו לקבל פיצוי על אובדן כושר השתכרות ללא קשר למגזר/ מגדר/ משפחה אליו הם שייכים.

**השאלה המשפטית:**

**האם ניתן לחשב את נזקי אובדן כושר ההשתכרות של קטינים בהתבסס על נתונים קבוצתיים (כגון מגזר, דת, השכלת ההורים), במקום על השכר הממוצע?**

**השופט ריבלין:**

* יש להורות על הקפאת סכום מהפיצויים בגין גמלת נכות צפויה. לכן דין ערעור זה להתקבל. בכל שאר הטענות- אין מקום להתערבות ביהמ"ש בפסיקת המחוזי.
* **הפסד השתכרות- עקרונות כלליים:** עקרון הבסיס הינו "השבת המצב לקדמותו", יוצא מתוך גישת הצדק המתקן. המכריע בקביעת הפיצויים הינם הצרכים של הניזוק- לא יכולתו של המזיק. מדובר בסעד תרופתי- לא עונשי. כאשר ביהמ"ש צריך לקבוע פיצוי בגין ראש נזק זה, עליו להעריך את יכולת ההשתכרות של הנפגע לפני התאונה, לבדוק את חומרת הפגיעה והשפעתה על יכולת ההשתכרות של הנפגע. מתוך כך יפסק סכום שמבטא את הפער שנוצר בשל התאונה (הסכום שיפסק יהיה ההפרש עבור פוטנציאל ההשתכרות שהיה פחות פוטנציאל ההשתכרות כעת). על מנת לקבוע זאת יש לבדוק גם את הנתונים בעבר (כישורי הניזוק, עיסוקיו וכו') וגם את הנתונים על הנזקים הצפויים בעתיד. כשרוצים לאמוד פיצוי בראש נזק זה, ביהמ"ש צריך לדמות שני מאזני צדק:
1. מאזניים חיצוניים: על כף אחת מונחת "אלמלא" הבוחנת את מצב הניזוק אלמלא התאונה ועל השניה "עקב" הבוחנת את מצב הניזוק עקב התאונה.
2. מאזניים פנימיים: על כף אחת מונח "ההפסד" שנגרם לניזוק עקב התאונה ועל הכף האחרת "הרווח"/ היתרון שצמח לניזוק עקב התאונה.
* **אובדן השתכרות של קטין:** במקרה זה, הפיצוי ניתן עבור אותו הפרש (בין ההשתכרות אלמלא התאונה לבין ההשתכרות עקב התאונה). עם זאת, כאן מדובר על אובדן כושר השתכרות ולא עבור הפסד השתכרות שכן לפני הנזק, הקטין לא עבד (תקף גם לגבי ניזוק שהפסיק לעבוד / לא עבד- למשל, עקרת בית), בהנחה כי למרות חוסר ההשתכרות לפני התאונה, עליו לקבל פיצויים. עם זאת, כיום נוהגים על פי הגישה המוחשית- הלכה למעשה- ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להשתכר על ידי ניצול יכולתו- כל עוד קיים סיכוי כלשהו שהניזוק היה ממש יכולת זו. במקרים של קטינים, קשה להעריך לרוב את פוטנציאל ההשתכרות, על כן הכל בבחינת השערה.
* **חישוב גלובלי או אקטוארי?** כאשר יש נתונים מספיקים, יעדיפו חישוב אקטוארי (חישוב מפורט ומנומק) בשל היותו אמין יותר, משכנע וברור. עם זאת, כשחסרים נתונים רבים- חישוב שכזה יחשב למאולץ ויועדף החישוב הגלובלי (על בסיס שכר ממוצע במשק, רקע סוציו-אקונומי וכו'). השכר הממוצע במשק הינו מרכיב מרכזי בחישוב הפסד השתכרות של קטין.
* **המצב בישראל**: לרוב מתבססים על רמת השכר הממוצע במשק (טבלת נתונים אחת לגברים ולנשים), שכן כאשר יש עמימות- זהו הפתרון הקרוב ביותר להגשמת עקרון החזרת המצב לקדמותו. כשמדובר בקטינים, לרוב גם הגישה המופשטת וגם הגישה המוחשית (פס"ד ברששת) יובילו לאותה התוצאה- פיצוי על אובדן פוטנציאל העבודה. ההנחה שצריכה לעמוד בבסיס שיעור הפיצוי הינה ש"בני עניים לא נדונו לעוני בעצמם" ולכן מין/ מעמד סוציו אקונומי/ מוצא- לא צריכים להיות שיקול בשיעור פיצוי בגין אובדן השתכרות של קטין. אם שיקולים אלו ילקחו בחשבון- יעצר מימוש של מציאות חדשה, של הגשמה עצמית ותקובע המציאות ההיסטורית.
* **שיקולים חלוקתיים**- **צדק חלוקתי:** יש אמונה כי דיני הנזיקין נועדו להגשים את עקרון השוויון בחברה ולצמצם פערים. על כן, הגיוני כי הצדק החלוקתי גם הוא מהווה בסיס לגישה הננקטת כאן (פיצוי על סמך השכר הממוצע במשק, ללא נתונים סטטיסטיים לגבי הניזוק הקטין).
* **שיקולים כלכליים**: בסופו של דבר- פיצוי כספי מהווה גם הרתעה. אם הפיצוי יתבסס על שיוך מגדרי/ מעמדי/ מגזרי- יתכן והפיצוי יהיה נמוך משל ניזוקים שנתוניהם גבוהים יותר, לכן תהיה פחות הרתעה. מנגד, אם הפיצויים יהיו על בסיס השכר הממוצע במשק- תהיה הרתעה. פיצוי כספי בהתבסס על נתונים אתניים/ מגדריים/ מעמדיים- מדגיש את חוסר השוויון ואינו פותר אותו.
* **סיכום­- התפיסה העקרונית:** כאשר מדובר בקטינים שניזוקו לפני שהגיעו לגיל ההתבגרות, הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יחושב על בסיס ההנחה שלולא התאונה- הם היו משתכרים עפ"י השכר הממוצע במשק. לעיתים- לכישורי הקטין תהיה השפעה על קביעת הפיצוי (לרוב כאשר השכר העתידי יתפס כגבוה יותר מהממוצע).

**פסיקה:** יש לשנות את בסיס החישוב של אובדן ההשתכרות של התינוקת על בסיס השכר הממוצע במשק- ללא הנתונים הנוספים שנכללו בשיקולים (מעמד/ מגזר וכו').

**ההיסטוריה של דיני הנזיקין**

מהיכן צמחו דיני הנזיקין? דיני עונשין ודיני חוזים. ברור שדיני הנזיקין לא היו מהתחלת המשפט.

גישה 1 – דיני נזיקין צמחו מדיני החוזים

-היו הרבה מקרים של הפרות חוזים שבהם הפרת החוזה גרמה נזק. לכן השופטים התחילו להעלות דוקטרינות לא חוזיות, ופרסמו נורמות התנהגות לפיהן הולכים. חוזים חברתיים. התחילו שאלות חוזיות שמטרת הניזוקים הייתה לקבל פיצוי כשאין חוזה אמיתי, המטרה הייתה להראות שכל נזק הוא נזק מחוזה. לאט לאט הגיעו לשופטים הרבה מקרים של נזק לא חוזי (לדוגמא, סוס שנכנס לשדה ואכל את כל התבואה). הייתה הבנה שאם אין לך חוזה עם אדם אחר והוא לא חייב לך שום דבר, אז הוא לא יפחד לפגוע בך ולגרום לך נזק. השופטים ניסו לפתור זאת והחליטו על נורמות כלליות החלות על מקרים אלה וככה התחילו דיני הנזיקין, כנזק שלא מחוזה. עד שנוצר ענף עצמאי של נזק שלא נגרם מחוזה (למרות שנזיקין זה גם כשכן יש חוזה).

קשר שקיים עדיין בין דיני הנזיקין לדיני החוזים:

* **חובת הזהירות בעוולת הרשלנות** – היסוד הראשון של עוולת הרשלנות לפי השופט ברק (כנראה בפס"ד גורדון). דוגמא לרמיזה לחוזים בדיני הנזיקין. מנסים למצוא אצל המזיק איך הוא נקט בזהירות כדי להימנע מעשיית נזק. החובה להימנע מלהזיק לצד השני מגיע מדיני החוזים. לא תמיד יש חוזה אבל אם יש חוזה עולה השאלה מה הצד השני עשה כדי למנוע את הנזק? עם זאת דיני הנזיקין התפתחו באופן עצמאי ואינם דורשים חוזה. חובת הזהירות היא בעצם התשובה לנזק שלא מחוזה- אם אין חוזה, תופעל עליך החובה להיזהר לא להזיק לאחר.
* **עוולת גרם הפרת חוזה (ס'62 לפקודת הנזיקין)** - מי שביודעין גורם לאדם אחר שיפר חוזה מחייב, עושה עוולה כלפי הצד השלישי, אולם הצד השלישי לא יוכל לקבל פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל מכך נזק ממון.
* **62. ב.** לעניין זה יחסי נישואין אינם חוזה, שבתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.
* **תום לב נזיקין ולא רק בדיני החוזים ס'39 + 61ב לחוק החוזים** - רואים את חובת תום הלב גם בדיני הנזיקין בהשראת דיני החוזים. ס' 61 ב' אומר שחובת תו"ל היא גם על דינים אחרים.

הבדלים בין דיני החוזים לדיני נזיקין כיום:

* דיני נזיקין צופים פני עבר (רוצים לפצות על העבר) ודיני חוזים צופים פני עתיד ( הסעד המרכזי בחוזים הוא לאכיפה לאכיפה ולא רק כיצד לפצות במקרה של הפרה). ברור שזה לא מדויק ויש מקרים שונים מכך.
* בדיני חוזים אין אשם – האחריות מוחלטת. לעומת זאת בדיני הנזיקין מחפשים את האשם – ניתן להגיד שיש סוג של אשם או הפרה של חובה משתמעת. אם כי גם בדיני נזיקין יש מקרים של אחריות מוחלטת ללא אשם. דיני הנזיקין דורשים חיפוש אשם באופן אובייקטיבי, בעוד שבחוזים מי שהפר את החוזה הוא אשם.

מדוע יש צורך בדיני נזיקין לפי גישה זו? כדי ליצור אחריות נזיקית גם במקרים שאין חוזה.

גישה 2 – דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין

מדוע יש צורך בדיני הנזיקין לפי גישה זו? היה רצון לתת סעד גם לנפגע עצמו, מעבר לענישה של הפוגע.

שרידים לערבוב בין דיני העונשין לדיני הנזיקין:

* **מטרת ההרתעה** - זה חלק משמעותי מהדין הפלילי. הרתעה בנזיקין היא שריד לדיני העונשין. בדור האחרון מטרת ההרתעה קיבלה פנים כלכליים לדיני הנזיקין.
* **ערבוב בין פלילי לנזיקי למשל במשפט העברי** (ספר דיני הנזיקין של הרמב"ם) יש גם דוגמאות מתרבויות אחרות לחפיפה בין הפלילי לנזיקי.
* **ס'88 לפקודת הנזיקין עוולה שהיא גם עבירה** - אם יש עובדות לפיהן עוולה מהווה עבירה פלילית, אפשר לשפוט לפי הדין הנזיקי. אם בית המשפט רואה שהעוולה נחשבת פשע, לא יהיה משפט עד שכל העובדות יימסרו למשטרה. "היו העובדות שעליהן מתבססת תובענה על עוולה מהוות עבירה פלילית, לא ישמש הדבר מחסום בפני התובענה, אך אם ראה בית המשפט הדן בתובענה בכל שלב של ההליכים שהעובדות מהוות, או עשויות להוות, פשע, יעכב בית המשפט את המשך ההליכים עד שיוכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה”.
* **ס'77 לחוק העונשין-**

 **פיצויים במסגרת ההליך הפלילי (לא פיצויים עונשיים)** - ניתן לקבל פיצוי במסגרת ההליך הפלילי. אפשר לחייב את האשם הפלילי לפצות את הנפגע. זה מוכיח קשר בין התחום הפלילי לנזיקי.

א. הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו.

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

ג. לעניין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס; סכום ששולם או נגבה על חשבון קנס שיש בצדו חובת פיצויים, ייזקף תחילה על חשבון הפיצויים.

ד. הורה בית משפט כי פיצוי שהנאשם חויב בו לפי סעיף זה ישולם לשיעורין, והנאשם לא שילם את אחד התשלומים במועדו, תעמוד יתרת החוב לפירעון מידי.

* **ס'42א(א) לפקודת הראיות** - פסק דין פלילי יהווה ראיה במשפט אזרחי (מכיוון שבמשפט פלילי צריך להוכיח אשם מעל כל ספק סביר ובאזרחי במאזן ההסתברויות). בית המשפט לא לוקח עדויות וממצאים ממקרים אחרים גם אם הם דומים. אבל במקרה הזה, של משפט פלילי חלוט (חלוט= מוחלט, שאי אפשר לערער עליו) וממצאיו קבילים גם בהליך אזרחי- זה די מיוחד כי המשפט מתבסס על חומרים ממשפט אחר. זה חורג מהכלל לפיו שופט צריך לשמוע משפט באופן מלא לפני שמקבל הכרעה. ההנחה היא שבדין הפלילי יעברו על כל הראיות בצורה מקיפה וזה מספיק גם לדין האזרחי, בגלל שצריך להוכיח אשמה מעל לכל ספק סביר ואילו בנזיקין צריך מאזן הסתברויות- רק מעל 50%. "א. הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט (שאי אפשר יותר לערער עליו) במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו (מי שהחליף אותו) או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי".
* **ס'77 לחוק בתי המשפט (תביעה נגררת)** - שתביעה אזרחית נגררת לפלילים יכול השופט שעסק בפלילי להיות גם זה שישפוט באזרחי (למרות שהוא אינו שופט נזיקי). הוא כבר שמע את הראיות ומכיר את המקרה. אם הוא הרגע הרשיע אותו בפלילים, הוא רק צריך לדון בפיצויים שמגיעים לקורבן. קוראים לזה "תביעה נגררת". אם רוצים להגיש תביעה נזיקית לאחר הליך פלילי, עדיף להגיש אותו לבית המשפט הפלילי בתביעה נגררת- אפשר תוך שלושה חודשים ואז האפשרות מתבטלת. אם יגישו תביעה נזיקית נפרדת- יש סיכוי שלא יהיו פיצויים. החיסרון הוא שרק הקורבן יכול לתבוע ורק הנאשם הוא הנתבע. היתרון הוא כי נחסכות עלויות ביהמ"ש והדיון אינו צריך להיערך מחדש. "הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה שבה הורשע, מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש זאת מגיש התביעה; לעניין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום".
* **פיצויים עונשיים** (הוזכרו בפס"ד אטינגר) - פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים. מעין פלילי. כדי להרשיע אדם בפלילים צריך מעשה וכוונה. בנזיקין הכלל הוא שלא צריך כוונה. לפעמים דברים קורים בטעות ועדיין מגיעים פיצויים. הגישה המקובלת היא שנותנים פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים.

יש גישות שאומרות לתת פיצויים עונשיים במקרים בהם:

* מקרה זדוני ומכוון
* הנזק/פוטנציאל הנזק חומרים במיוחד.
* כשמדובר במעוול סדרתי.
* כחלק מנקמה ושמירה על כבודו של הקורבן. חלק מזכויות הקורבן.
* קתרין שרקי- מצגת. כשהפיצוי לקורבן הוא פיצוי חברתי, כי העוולה פגעה בעצם בחברה ככלל.
* המולטיפלייר- גישת המכפיל. גישות כלכליות רוצות להרתיע את המזיק. אבל לכאורה, פיצויים עונשיים מובילים להרתעת יתר. אם כן, הגישה הזו אומרת שפיצויים עונשיים דווקא מהווים הרתעה אופטימלית. ניזוקים רבים אינם תובעים למרות שנעשתה להם עוולה, לכן מזיקים רבים לא משלמים על העוולות שלהם. לכן נקודת המוצא היא, שבמצב הרגיל כבר יש הרתעת חסר.

כמו"כ פיצויים עונשיים יעילים כלכלית, הם מעלים את רמת ההרתעה למעוולים פוטנציאליים, בעיקר סדרתיים,. אם מעוולים פוטנציאלים יביאו מראש בחשבון, אפשרות של פיצויים עונשיים, תהיה תוצאה של יעילות רבה יותר. הגדלת הרווחה המצרפית.

אם הזקתי ל10 ב20ש"ח, אני כעיקרון צריכה לשלם 200 שח. אבל אם רק 2 הגישו תביעה, אני פשוט אשלם לכל אחד 100% שזה 100 ₪. הגישה נדחתה כי לא ניתן להוכיח מעל 50% שאחרים היו מגישים תביעה.

 להמשיך מפה במצגת. (בבתי המשפט הפדראליים ננקטו גישות דומות....)

###### פקודת הנזיקין סעיף 88- עוולה שהיא גם עבירה

היו העובדות שעליהן מתבססת תובענה על עוולה מהוות עבירה פלילית, לא ישמש הדבר מחסום בפני התובענה, אך אם ראה בית המשפט הדן בתובענה בכל שלב של ההליכים שהעובדות מהוות, או עשויות להוות, פשע, יעכב בית המשפט את המשך ההליכים עד שייווכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה.

**חוק העונשין- סעיף 77, פיצוי במסגרת ההליך הפלילי**

(א)  הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו.

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

          (ג)   לענין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס; סכום ששולם או נגבה על חשבון קנס שיש בצדו חובת פיצויים, ייזקף תחילה על חשבון הפיצויים.

**פקודת הראיות- קבילות פסק דין**

42א.  (א)  הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי.

**חוק בתי המשפט- סמכות אזרחית נגררת לפלילית [ב/35א]**

77.  (א)  הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה שבה הורשע, מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש זאת מגיש התביעה; לענין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום.

          (ב)  שר המשפטים יקבע בתקנות את סדרי הדין בתביעה האזרחית, לרבות הוראות בדבר המועד והדרך להגשת התביעה וההליכים בערעור.

###### פקודת הנזיקין- גרם הפרת חוזה שלא כדין

62(א)

מי ש**ביודעין ובלי צידוק מספיק** גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך **נזק ממון**.

(ב) לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

**חוק החוזים- תו"ל כעיקרון כללי**

39. בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה

61.(ב) הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה.

**חוק איסור לשון הרע- פיצוי ללא הוכחת נזק (מתקשר לפס"ד של הבגידה)**

7.א. (א) הורשע אדם בעבירה לפי חוק זה, רשאי בית המשפט לחייבו לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק; חיוב בפיצוי לפי סעיף קטן זה הוא כפסק דין של אותו בית משפט שניתן בתובענה אזרחית של הזכאי נגד החייב בו.

(ב) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, ללא הוכחת נזק.

(ג) במשפט בשל עוולה אזרחית לפי חוק זה, שבו הוכח כי לשון הרע פורסמה בכוונה לפגוע, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע, פיצוי שלא יעלה על **כפל הסכום** כאמור בסעיף קטן (ב), ללא הוכחת נזק.

(ד) לא יקבל אדם פיצוי ללא הוכחת נזק, לפי סעיף זה, בשל אותה לשון הרע, יותר מפעם אחת.

**(ה)** הסכומים האמורים בסעיף זה יעודכנו ב-16 בכל חודש, בהתאם לשיעור עליית המדד החדש לעומת המדד הבסיסי;

**סעיף 29 חוק הגנת הפרטיות:**

29א.(א)

הורשע אדם בעבירה לפי סעיף 5, רשאי בית המשפט לחייבו לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, בלא הוכחת נזק; חיוב בפיצוי לפי סעיף קטן זה הוא כפסק דין של אותו בית משפט שניתן בתובענה אזרחית של הזכאי נגד החייב בו.

א. (ב)(1)29

במשפט בשל עוולה אזרחית לפי סעיף 4, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על 50,000 שקלים חדשים, בלא הוכחת נזק;

(2)א.(ב)29

במשפט כאמור בפסקה (1) שבו הוכח כי הפגיעה בפרטיות נעשתה בכוונה לפגוע, רשאי בית המשפט לחייב את הנתבע לשלם לנפגע פיצוי שלא יעלה על כפל הסכום כאמור באותה פסקה, בלא הוכחת נזק.

29א.(ג)

לא יקבל אדם פיצוי בלא הוכחת נזק לפי סעיף זה, בשל אותה פגיעה בפרטיות, יותר מפעם אחת.

29א.(ד)

הסכומים האמורים בסעיף זה יעודכנו ב-16 בכל חודש, בהתאם לשיעור השינוי במדד החדש לעומת המדד הבסיסי;

**פיצויים עונשיים- פורטו בהיסטוריה של דיני הנזיקין.**

**משטרי אחריות נזיקית**

משטר האחריות הנזיקית שואל: לפי מה אנחנו בוחרים אם להטיל אחריות נזיקית? מהי מידת האשמה/ אחריות אשר נדרשת כדי לבסס עילת תביעה? כל מערכת משפטית קובעת לעצמה את התשובה לשאלה הזאת, ולא תמיד יש תשובה אחת בכל מערכת משפטית.



נזק זה לא מספיק, יש צורך בעוולה (מעשה אסור).

כדי להגיע למסקנה מתי נשלם פיצוי לצד השני צריך יותר מרק נזק.

לדוגמא תחרות מהווה נזק, במידה ופתחתי סופר בשכונה גרמתי נזק למכולת השכונתית, אבל תחרות למרות הנזק היא דבר חיובי ואין בה עולה ולכן אין פיצוי נזיקי על נזק מסוג זה. אז איך קובעים מתי ניתוח כושל מזכה בפיצוי ומתי לא? איך נקבע מתי אדם שנפגע באתר בנייה זכאי לפיצוי ומתי לא? איזה סוגי מעשים יחשבו עוולה ואיזה לא? ומי יקבע את זה?

אנחנו צריכים להחליט מתי יש אשם, מתי מעשה או התנהגות היא לא בסדר, כמובן שאין הגדרה מושלמת אבל העיקרון הוא שנטיל אחריות כאשר אדם הוא "לא בסדר". מטרת המחוקק הוא להגיד מהו "לא בסדר" בעצם מהי עוולה.

לא תמיד ברור מה העוולה ומהי הגדרתה, לדוגמא תקיפה, אם נתתי לו אגרוף אז תקפתי אותו אבל אם יריתי עליו לא נגעתי בו באופן ישיר וממש תקפתי אותו ישירות, האם רופא שנוגע בחולה כחלק מבדיקה זו תקיפה? צריך לראות איך מגדירים כל עוולה. נניח כדי שנגדיר מעשה כתקיפה הבסיס יהיה כי ההתנהגות אינה בסדר.

משטרי אחריות

1. **אשם** (ס'64) **/ רשלנות** (ס'35) - אחריות על המזיק כי הוא היה לא בסדר ואשם. המשטר הכי טבעי. משטר של אשם אומר שמי שאשם צריך לשלם וקובע מתי. יכול להיות בגלל מעשה (עשה משהו שלא היה צריך לעשות) או מחדל (לא עשה משהו שהיה צריך לעשות).
יתרון: המזיק הוא שמשלם, מרתיע את שני הצדדים לנהוג בזהירות.
חסרונות: לא מעורר הרתעה, יש להוכיח את הנזק והקש"ס.
2. **אשם + אשם תורם** (ס'68) - אתה משלם כי אתה אשם אבל יש אחריות חלקית (תרומה לנזק) של הצד השני (הצד שנפגע) אם לצד הניזוק היה אשם הפיצויים מופחתים.
3. **אחריות מוחלטת** (פלת"ד, חוקי בטיחות בעבודה, חוקים והסדרים ספציפיים) - אתה תשלם פשוט בגלל שגרמת נזק גם אם אתה לא אשם ולא יכולת למנוע את הנזק באופן סביר. לאחריות מוחלטת בתאוריה אין את עלויות המשפט מכיוון וכל הנזק נופל על גורם הנזק גם אם הוא אשם וגם אם לא. אחריות מוחלטת גורמת לאדם עליו נופלת האחריות לנסות להגיע למצב בו הוא מוצא פתרון מראש שימנע נזק. אם אדם החליק סתם ככה בסופרמרקט ולא הייתה רטיבות או סיבה ממשית להחלקה. הסופרמרקט עדיין אחראי לנזק, גם אם הוא לא אשם ולא היה יכול למנוע את זה או לנקוט באמצעי בטיחות מחמירים יותר. זה נשמע קצת פחות "צודק" מאשר משטר האחריות השני- אשם. עם זאת זה מכריח גופים לחפש דרכים יצירתיות להימנע מנזק בטווח הרחוק ולעבוד בצורה יותר חכמה. נראה את דוגמת **הרכבת והגיצים** - פוזנר וקלאברזי דנו בסיפור לגבי רכבת העוברת ליד שטחים חקלאיים והגיצים שהיא יוצרת גורמים לעיתים לשריפות. החקלאים תובעים את הרכבת שמצידה טוענת שלא ניתן למנוע את הנזק. קלאברזי תומך באחריות מוחלטת ולכן דורש שישלמו. מנגד פוזנר אומר שהרכבת היא יעילה לחברה ועלול הדבר לגרום לעליית המחיר לכרטיס או לירידת רמות פעילות. אנו לא מעוניינים בזאת. קלאברזי אומר כי המשפט להחלטת האשם בכל פעם יהיה ארוך ומסורבל מאשר קביעת אחריות מוחלטת על הרכבת מה שיביא לחסכון עלויות. הידיעה כי האחריות לנזק היא מוחלטת תגרום למזיק להשקיע משאבים כדי למצוא פתרון שיוריד את הנזק שיגרם וכך דברים יתפתחו.
חסרונות: אין אשם תורם אז ניזוק לא מורתע, המזיק לא תמיד ישלם, הפחתת רמת פעילות, פיזור הנזק.
יתרון: הרתעה יעילה, השבת המצב לקדמותו, לא צריך להוכיח קש"ס.
4. **אחריות חמורה** (מוצרים פגומים, היזק ע"י כלב ועוד...) הכלל הוא אחריות מוחלטת אבל יש אשם תורם או אשם קצת. הנטייה הינה לאחריות מוחלטת, האשם תורם צריך להיות "משמעותי" על מנת שנקטין את הפיצויים (משטר בייניים).
5. **אחריות מוגברת** (היפוך נטל הראיה: ס'38-41 נזק ראייתי) רוב הסדר אחריות מוחלטת אך יש נקודה של אשם. במקום שהניזוק יוכיח את הטענה שלו, המזיק יצטרך להוכיח. לדוגמא, ניתוח בבית חולים אדם מתעורר ומתגלה שיש נזק, אי אפשר לדעת מה קרה. האינסטינקט של המזיק להסתיר ולכן נטל ההוכחה עובר אליו. הגיוני שנעשתה פאשלה בניתוח – לא יודעים בוודאות. המשחק בנטל הוא משמעותי כי אם לא מצפים מהתובע להוכיח שהנתבע התרשל כי אין שליטה אך נראה על פניו שיש התרשלות, הנטל עובר למזיק ולהוכיח שאין נזק זו פעולה מאוד קשה לעומת הוכחה שיש. בפועל זה אומר שלא תצליח ולכן זה הופך לאחריות מוחלטת.
6. **השוקל הטוב / המונע הזול**

אחריות מוחלטת

מידת אחריות גבוה

מידת אחריות נמוכה

רשלנות (אשם)

אחריות חמורה

**עוולות מסגרת ועוולות פרטיקולריות:**

עוולה פרטיקולרית הינה עוולה המתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות (לדוגמא תקיפה מינית, חוק הסלקטורים, עוולת לשון הרע, עוולת הנגישה- פתיחה בהליך סרק מתוך זדון) אלו עוולות שחלות על הרבה מקרים מסוג ספציפי.

עוולת מסגרת (עוולת סל) הינה עוולה שמכילה הרבה סוגי התנהגויות (לדוגמא, רשלנות והפרת חובה חקוקה) אלו עוולות שחלות על סוגי עבירות שונים.

* **רשלנות** (סעיפים 35 ו36) - העוולה הנפוצה ביותר אך הקשה ביותר להוכחה.
1. "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה".
2. "החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף".
* **הפרת חובה חקוקה** (ס'63) - זוהי צורת שאילה של חובות חקוקות שלא מגיעות מתוך פקודת הנזיקין. אנו שואבים אותן לדיני הנזיקין. דיני הנזיקין מאפשרים לתבוע בנזיקין על חוק שלא בהכרח מקורו בדינים נזיקיים. הפרת חובה חקוקה היא הרבה פעמים פשוטה יותר מעוולת הרשלנות ולכן נשתמש בה.
**"**)א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.
(ב) לעניין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם
* בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני."
* **נגישה** (ס'60) - שימוש לרעה בהליכים משפטיים. בפס"ד גורדון, גורדון טען לטענה של נגישה, אך ישנה בעיה, הסעיף מבקש יסוד נפשי של זדון (בנזיקין לרוב אין צורך ביסוד נפשי, לכן משתדלים לא להשתמש בעוולות עם היסוד הנפשי כי מאוד קשה להוכיח יסוד נפשי), עו"ד של גורדון במקום לתבוע על נגישה ולהסתבך עם היסוד הנפשי והזדון תובע על עוולת הרשלנות ובכך "עוקף" את הצורך ביסוד נפשי. השופט ברק אומר כי זה אפשרי, אפשר לעקוף עוולה פרטיקולרית (אם יש חשש שהיא לא מתקיימת או קשה להוכחה) דרך עוולת מסגרת. זה לא שעוולת הרשלנות היא עוולה קלה להוכחה אך במקרה זה היא הייתה ניתנת להוכחה ועוולת הנגישה לא. "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל – למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת – נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך; אך לא תוגש תובענה נגד אדם על נגישה רק משום שמסר ידיעות לרשות מוסמכת שפתחה בהליכים".

**מהו נזק?**

נוסחת האחריות הנזיקית דורשת: עוולה קש"ס נזק.

הנזקים הקלאסיים: נזק גופני, רכושי ונפשי. חשוב לציין בנוגע לנזק נפשי, שלא כתוב בשום מקום בפקודת הנזיקין את המילים "עוגמת נפש". חידוש נוסף **בפס"ד גורדון** הינו נזק של עוגמת נפש, פס"ד גורדון אומר לראשונה כי **ניתן לתבוע על נזק נפשי שהוא אינו נזק פסיכיאטרי** ברק מגדיר בפס"ד נזק רגשי שהוא לא פסיכיאטרי אבל בר פיצוי, גם אם אין הוכחה של נזק נפשי קבוע. בס'2 לפקודת הנזיקין כתוב שנזק הוא אובדן נוחות או רווחה, משם ברק הביא את עוגמת הנפש (לא משתמש במושג זה בדיוק).

**פס"ד מלול (לא בטוחה ב100% במה שכתוב לגביו):**

השופט ריבלין מסביר מהי **הטיה נשנית-** הוא הסביר שכאשר מתקיימים ארבעת היסודות הבאים, מתקיים מבחן ההטיה הנשנית: 1. יש מזיק 2. יש קבוצת ניזוקים 3. התקיים סיכון משותף כלפי קבוצת ניזוקים- או שהמעוול גרם לסיכון של קבוצה של ניזוקים, או שהמעוול חזר על המעשה המסכן כמה פעמים וכל פעם היה ניזוק. 4. כאשר בודקים את המקרה לפי מאזן הסתברויות, זה יפעל לטובת או לרעת אחד הצדדים באופן לא ראוי. ההטייה יכולה להיות כלפי מטה (כל ניזוק יצליח להוכיח הסתברות של פחות מ50%), ואז התביעות של הניזוקים ייכשלו באופן שיטתי, או שההטיה כלפי מעלה, ואז הניזוקים יצליחו בתביעותיהם מעבר לראוי.

דעת הרוב בפסק הדין, הסכימו שבמקרים בהם ההטיה כלפי מטה, כלומר הניזוק הצליח להוכיח מתחת ל50%, יש לפסוק את הפיצויים לפי אחריות הסתברותית. יתרונות של פיצויים לפי הסתברות: הרתעה מידתית (גורם לפעול בזהירות אך גם לא לחשוש באופן תמידי מפני תביעה) , צדק מתקן לנפגע, פיצוי, מצמצם עלויות במקרים של טעות בהכרעה שיפוטית. ריבלין טען כי יש לפסוק בצורת הסתברות גם כאשר הדבר פועל לטובת המזיק (למשל כשהוכח 70%, הוא יצטרך לשלם רק 70 אחוז מהפיצויים ולא מלוא הסכום כמו במאזן הסתברויות).כלומר, לדעתו, פיצוי לפי הסתברות יכול לתת מענה ראוי במקרים בהם חסרונותיו של מאזן ההסתברויות עולים על יתרונותיו הרגילים.

השופט ריבלין- מדבר על הטיה נשנית כי שכתבתי למעלה. אומר שהמבחן הזה יכול לפעול גם במקרים בהם לא ידועה זהות המזיק או הניזוק. הוא אומר שבמקרה מלול לא הביאו תשתית ראייתית לכך שהמזיק חשף קבוצת ניזוקים לסיכון מחלתי כזה. לכן מצטרף לנשיאה בייניש באשר לשימוש **בדוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה**- בעניין מלול מדובר באובדן הסיכוי שלא ללקות בליקוי הולדה, או **בהגברת הסיכון** ללקות בו. הבדל זה אינו מהותי. כך או כך, קיימת אפשרות שלולא ההתרשלות היה התובע אדם בריא או בריא יותר. יש להתייחס לדוקטרינה זו גם במצבים רפואיים. לאור כך שעברו שנים רבות מהפס"ד הראשון ולאור כך שאיני רוצה לטרטר את המשיבים ולגרום להם בכך עוול אני מצטרף לעמדה של בייניש ,ופוסק להשאיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים.

השופט א' לוי- מסכים עם ריבלין.

השופטת מ' נאור- כתבה את ההלכה במחוזי:

בקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות מוכחת ונזק מוכח, במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדן. עדיין מוטל על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברויות:1. שהנתבע התרשל כלפיו, 2. שהתרשלות זו יצרה גורם משמעותי שסיכן והיה מסוגל לגרום לנזק המסוים שנגרם לו, 3. שניתן וצריך היה לצפות נזק זה, ו4. כי קיימים סיכויים ממשיים שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק (גם אם לא מעל 50 אחוז). 5. עליו להוכיח, על פי מאזן ההסתברות כי בעניינו קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על פי מבחן האלמלא. 6. שאי פסיקת פיצויים לא תהיה צודקת. 7. הדוקטרינה מתייחסת רק לנזקי גוף.

היא אומרת שהמבחן שהיא מציעה לא מוגבל למקרה קבוצתי ולא מצריך הוכחת הטיה נשנית. אם יתקיימו כלל התנאים המתוארים יהיה אפשר להסתפק בקיומו של **קש"ס עובדתי הסתברותי** לנזק שייקבע על ידי **ראיות סטטיסטיות או בדרך אומדן.**

היא אומרת שהמבחן של ריבלין צר מדי- מכיוון ששולל פיצוי ע"י הסתברות כשמדובר במקרה בודד (ולכן המבחן לא מתקיים בענייניו). מצד אחד הוא מציע את המבחן שנובע מגישה עקרונית, אבל בסוף טוען שצריך להשאיר את התוצאה של הערעור מבחינה מעשית (בעייתי להחזיר עכשיו את הכסף). בנוסף, המבחן שמציע ריבלין הוא רחב מידי – הוא רוצה שיחול גם לטובת המזיק, והמבחן של נאור חל רק לטובת הניזוק הבודד.

היא מסבירה שהמבחנים של מתי אפשר לקבוע פיצוי לפי הסתברות (המבחן שלה ומבחן ההטיה הנשנית של ריבלין) נועדו לפתור מקרים בהם יש **עמימות סיבתית** (הדרישה ה5 שהוזכרה)- כלומר, מקרים בהם הקשר הסיבתי העובדתי בין העוולה לנזק איננו ברור ולא מוכח במאזן הסתברויות מעל 50%.

היא אומרת שיש 4 מצבים בהם קיימת עמימות: 1. עמימות בנוגע לגודל הנזק. 2. סיבתיות עמומה בעניין זהות המזיק. 3. סיבתיות עמומה בשאלה האם נגרם נזק. 4. סיבתיות עמומה ביחס לזהות של הניזוק. המשותף לכל הקטגוריות הוא לא רוצים להשאיר את הניזוק ללא פיצוי.

מקרה מלול מתקשר לקטגוריה השלישית- לא יודעים האם ההתרשלות היא שהביאה לנזק. אין וודאות כי חלק כלשהו מהנזק שלה נגרם על ידי הנתבע. השאלה היא שאלה של האם בכלל יש קש"ס עובדתי, ולא מה החלק בנזק שנגרם ע"י הנתבע.

היא אומרת שהסיבתיות העמומה במקרה הוא כאשר יש גורם סיכון בר אשם (הרופאים) וגורם סיכון שאינו בר אשם ( קרה עקב הפגות), ולא ידוע אם בכלל גורם הסיכון העוולתי שעשה בית החולים גרם לנזק כלשהו. אני סבורה כי במקרים כאלה ניתן לפסוק פיצוי יחסי לפי הסתברות גם בדרך אומדן. **הגישה נמנעת מהשרירותיות שיש בגישה של הכל או לא כלום, והיכולת לחלק את הנזקים בין המזיק לניזוק יכולה לקדם גם מטרות הרתעה יעילה וגם מטרות של חלוקה צודקת והוגנת של הסיכונים.**

המבחן שריבלין הציג, רלוונטי למקרים בהם זהות הניזוק אינה ידועה ואילו כאן הסיבתיות העמומה היא בכלל ביחס לעצם גרימת הנזק.

הצדקות לפיצוי לפי הסתברות בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לגרימת הנזק:

1. צדק מתקן- השיקול העיקרי ל"ריכוך" הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות הוא שיקול של צדק. אנו רוצים שניזוקים יקבלו פיצוי כשנעשתה להם עוולה, גם אם יש סיבתיות עמומה במקרה שלהם. במצב בו נכריע רק לפי הכלל של מאזן ההסתברויות יהיו מצבים בהם ניזוקים שלא יוכלו להוכיח כי ניזוקו וכי זכאים לפיצויים- דבר הנוגד את
2. ערכי דיני הנזיקין: "על המעוול לפצות את הניזוק על הנזק שנגרם לו בדרך של השבת המצב לקדמותו בערכים כספיים". כאן נכנסת גם אחריותו של המזיק לשלם בדבר מעשיו. הצדק המתקן מעניק העדפה לתובע החף על פני הנתבע המתרשל במישור הסעד הסופי. ניתן לבסס את עקרון זה גם על רעיון של צדק חלוקתי.
השופטת עושה הבחנה בין דעתה לבין דעתו של ריבלין: היא מסכימה עם: חשיבותו של הצדק המתקן כמצדיק פיצוי לפי הסתברות שכן אם לא יינתן פיצוי, אפילו חלקי, ההפרה נותרת תלויה באוויר. היא לא מסכימה עם: יש לתקן 1את ההפרה רק כאשר מדובר בהפרה רחבה של זכויות ניזוקים הנותרת ללא תגובה נזיקית מתקנת. פירוט למה לא מסכימה אינו רלוונטי.
3. הרתעה- ראוי שאחריות נזיקית תוטל באופן שיתרום לכך שסך נזקי התאונות והוצאות מניעתן יהיה נמוך ככל האפשר. נקבע כי הרתעה הינו מרכיב חשוב אך לא הכי חשוב. עם זאת, מובן החשש שחיוב אדם בפחות מהנזקים שגרם להם בפועל תביא להרתעות חסר. בהתאם גם מובן החשש שחיוב אדם בגין נזקים שלא גרם להם בפועל תביא להרתעת יתר (ובהקשר של רשלנות רפואית- רפואה מתגוננת). יש הרבה שסבורים כי הרתעת יתר היא גרועה יותר מהרתעת חסר ולכן הייתה מקובלת התפיסה ששיטת הכל או לא כלום תביא להרתעה אופטימלית. מבחן ההטיה הנשנית של ריבלין מנסה למנוע הרתעת חסר, אך זה מביא להתנגשות עם עקרון הצדק המתקן. (מביאה סיבות מדוע אפשר לפתור את ההתנגשות- לא רלוונטי). הגישה של ריבלין ששוללת פיצוי במקרה בודד שלא בא בגדר מקרה קבוצתי על בסיס שיקול ההרתעה מביאה לטעמי לפיצוי חסר תוך פגיעה בעקרון ההרתעה האופטימלית במקרה הבודד. גישתו פוטרת את המתרשל מכל אחריות ובכך נותנת אור ירוק לגרימת נזקים עוולתיים במקרה הבודד. אני סוברת כי הגישה שלי שחלה גם במקרה בודד וגם בקבוצה מביאה לפגיעה חלשה בעקרון ההרתעה האופטימלית במקרה הבודד. זוהי פגיעה חלשה ומלאכותית הנתמכת בשיקול מרכזי של צדק מתקן.

פיצוי לפי הסתברות בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק איננו נובע רק מסימפטיה מוגברת כלפי הניזוק אלא הוא נובע מעקרונות דיני הנזיקין עצמם ומוצדק מטעמים של צדק מתקן, מטיעון הרע במיעוטו ומרעיון צמצום עצמת הטעות המשפטית.

3. תמריצים לגילוי האמת- פיצוי לפי הסתברות בקטיגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק עשוי להגדיל את הסיכוי לגילוי "האמת העובדתית" ובכך להקטין גם את כמות הטעויות המשפטיות. הטעם לכך הוא שהטלת חובת פיצוי ולו חלקי מתמרצת נתבעים פוטנציאלים לפתור את בעיית הסיבתיות העמומה. תמריץ לנתבעים "לייצר" מידע הסתברותי רלוונטי רב ככל האפשר.

4. צמצום טעויות משפטיות.

השופטת מפרטת מדוע הדוקטרינות האחרות אינן מתאימות לדעתה:
א. **דוקטרינת הגברת הסיכון**- הדוקטרינה מוותרת על הוכחת שני יסודות- קשר סיבתי ונזק. היא מאפשרת פסיקת פיצוי יחסי במקרה בו לא בטוח בכלל שיהיה נזק בעתיד, ורק על עצם הוספת סיכון. לא צריך לוותר על הוכחה של נזק הגוף כפי שהראיתי.
ב. **דוקטרינת אובדן סיכויי ההחלמה**- בדוקטרינה הזו כן מבקשים להוכיח נזק פיזי ממשי בפועל שסבל התובע. כלומר, הפיצוי ניתן בגין הפגיעה בבריאות- **כאשר אין עמימות ביחס לעצם** גרימת הנזק.
ההבדל בין הדוקטרינות הוא שפיצוי בגין אובדן סיכויי ההחלמה מחייב הוכחת נזק ממשי בפועל של חולי/מום, ופיצוי בגין הגברת הסיכון ניתן בטהרתו בגין עצם החשיפה. השנייה צופה פני עבר והראשונה צופה פני עתיד. הדוקטרינה שייכת לקטיגוריה של עמימות ביחס לגודל הנזק, ולא בשאלה האם בכלל יש נזק, ולכן במקרה הזה לא תתאים.
ג. **דוקטרינת הנזק הראייתי בהיבט הנזיקי-מהותי**- מוצאת לעצמה צידוקים **להטלת האחריות** על הנתבע כלפי התובע, אם התנהגותו העוולתית של הראשון שללה מן התובע את היכולת/הסיכוי להוכיח את תביעתו. אשמו של הנתבע בגרימת הנזק הראייתי, מתמקד ביצירת אי הוודאות העובדתית, השוללת מן התובע את היכולת לדעת מי או מה גרם לו לנזק נתון. הדגש שלה הוא על קיומו של נזק משני שנגרם לראיותיו של התובע ולזכותו לדעת מה גרם לנזקו. היא לא מתמקדת בנזק העיקרי והממשי שנגרם לתובע. **היא לא מתאימה לעניין מלול מאחר ובעניין לא נבעה הסיבתיות העמומה מאשמת אחד הצדדים אלא ממגבלות מדע הרפואה.**

**כעת השופטת מציגה את הדוקטרינה שלדעתה מתאימה בעניין מלול: חריג האחריות היחסית:**המבחן שהסבירה קודם. מאפשר רק לנפגע (!) לקבל פיצוי יחסי, במקרים בהם קשה לו לעבור את רף מאזן ההסתברויות בשל עמימות. הפיצוי ייפסק ע"י סטטיסטיקה או אומדן.

\*השופטת מציינת כי החריג אינו חל במשפט הפלילי.

**כיצד נפסוק פיצויים לפי החריג?**בהיעדר ראיה סטטיסטית רשאי ביהמ"ש להסתמך על ראיות בדבר הסתברות סטטיסטית כללית לצורך פסיקת פיצוי לפי הסתברות. דעה זו הביאה עמה ביקורות רבות (כמו דוגמת האוטובוסים הכחולים והאדומים- אישה נפגעה מאוטובוס שזכרה כי הינו כחול/אדום. 80 אחוזים מהאוטובוסים בעיר מפעילה החברה הכחולה ו20 אחוז מפעילה החברה האדומה. באותו ערב בו נפגעה האישה, ידוע לנו כי שתי החברות ערכו מסיבה לנהגיהן וכלל הנהגים בעיר שתו. האישה תטען כי לפי הסיכונים- יש לפסוק לה פיצויים בגין 80 אחוז מהחברה הכחולה ו20 אחוז מהחברה האדומה).

**סיכום:** לדעתי בקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק, אין מניעה לאמץ אמות מידה הסתברותיות, כולל בדרך של היעזרות בראיות סטטיסטיות כלליות. **כל זאת כאמור, כאשר הוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע. החריג מאפשר פתרון גם במקרה בודד וגם במקרה קבוצתי. אך עדיין במצבים בהם מתקיים מאזן הסתברויות רגיל, יחול הכלל הרגיל של תשלום מלוא הפיצוי.**

לדעתי יש לדחות את חלופת העברת נטל השכנוע (שתוצאתה הטלת חובת פיצוי מלא על הנתבע-המתרשל) כפתרון לבעית הסיבתיות העמומה, מן הטעם שהיא חותרת תחת מטרות דיני הנזיקין שנסקרו לעיל. לרוב הנתבע לא יוכל להוכיח במאזן הסתברויות, ואז יצטרך לשלם מלוא הפיצוי- זה יגרום להרתעת יתר חריפה ולגורל תביעה ידוע מראש. להבדיל מפתרון של פיצוי חלקי, היא אינה ניתנת ליישוב עם עקרון הצדק המתקן. היא מנוגדת לעקרון ההרתעה שכן בהעניקה פיצוי מלא יש בה משום פיצוי-יתר מובהק והרתעת-יתר חריפה

**מן הכלל אל הפרט**: אני סבורה כי חריג האחריות היחסית מיושם היטב בדיני הנזיקין ובעניין מלול. יש לדחות את טענות העותרים בנוגע ליישום החריג. אני סבורה כי אין לסטות מאומדן הפיצוי שנפסק בפסק הדין.

**החלטה: יש לדחות את העתירה לדיון נוסף, העותרים ישלמו למשיבים שכר טרחה בסך 50,000 ₪.**

**השופט ס' ג'ובראן:**

אני מסכים עם ריבלין ונאור שאפשר לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של סיבתיות עמומה. אני מסכים עוד יותר עם נאור שלפיה יש להפעיל דוקטרינה גם במקרה בודד וגם בקבוצתי בשונה מריבלין. עם זאת, הסיבות שלי לקביעה הזו שונים משל נאור ולי יש מבחן צר יותר. (ברוב המקרים הגישות של שנינו יביאו אותן תוצאות).

**יישום עקרונות הצדק המתקן-**הגישה של נאור סוברת כי יישומו של כלל מאזן ההסתברויות על מקרים של סיבתיות עמומה מביא למצב בו נמנע מהניזוק פיצוי על הנזק שנגרם לו מידי המזיק שהוכחה רשלנותו. עם זאת, יש לזכור כי בעניין מלול, עצם השאלה בדבר הקשר בין מעשהו הרשלני של המזיק ונזקו של הניזוק לא הוכחה והקשר מוטל בספק. במצב כזה, עצם ההנחה שלפיה מדובר במצב בעייתי הדורש פתרון מניחה את המבוקש לפיו אכן קיים קשר בין המזיק לניזוק.
פתרונה של נאור לזה- עדיף את הניזוק מאשר המזיק. פתרונו של ריבלין- אפשר להחיל את זה רק במקרים של הטיה נשנית. **אני לא דוגל בשתי הגישות שלהם לאור כך שאינן עומדות בעקרון הצדק המתקן:**

הקביעה שהייתה **רשלנות** לא מוסרית, היא קריטריון שצריך לעמוד בו, רק בשביל להוכיח אחר כך את הקשר הסיבתי. מהותו של הצדק המתקן היא יחסית והוא עומד בפני עצמו. זה שהתקיימה רשלנות והיא פסולה, לא אומר שהיא גרמה לנזק שצריך לתקן. **סיכום**: הכנסת אשמתו המוסרית של הנתבע לשיקול לקביעת אחריות הנתבע, מהווה הפרה של עקרון הצד המתקן מאחר והיא מבקשת להכניס לגדרי השוויון את אשר אין לו שווה- מעשה שחרף היותו רשלני לא החסיר מהניזוק ולא גרם לו נזק.

**עמימות מדעית**: עמימות בגלל שאין ידע מספק מדעי שיכול להוכיח קשר סיבתי. עמימות זו דורשת את התייחסותנו מאחר והראיות במקרה יוצרות קושי. הקושי הוא שהניזוק לא יכול לקבל פיצויים מהמזיק. העמימות אינה מאפשרת למשפט להתייחס כראוי אל עולם המציאות, ובהתאם לא מאפשרת את פועלם של עקרונות הצדק.

**הדוקטרינה הראויה- שינוי במידת השכנוע (התובע יצטרך להוכיח פחות)**

לדעתי חריג העמימות המדעית מתקשר לתחום הראיות הנדרשות כדי לקבוע את הקשר הסיבתי. הקשר הסיבתי ואחריות המזיק הם מלאים ביחס לחלקו **היחסי** בנזק, אשר הוכח באמצעות השימוש בחריג הראייתי.

אני לא חושב שכאשר יש עמימות מדעית, צריך להעביר את נטל הבאת הראיות לנתבע, אלא פשוט לתת לתובע להוכיח את הקשר הסיבתי באופן שאינו עונה על דרישת מאזן ההסתברויות. הוא פשוט יצטרך להוכיח שהתנהגותו העוולתית של הנתבע, היוותה גורם אפשרי ממשי לנזק. **בשונה מנאור** אני לא רואה משהו חדש בכך בדיני הנזיקין, אלא **הגמשה של הכלל הדיוני ראייתי.**

**בהתאם לנאור,** המסקנה המתבקשת מהוכחת הקשר הסיבתי במידה הנופלת ממאזן ההסתברויות היא חיוב המזיק בפיצוי יחסי (לפי ההסתברות שהנאשם גרם לנזק**). בשונה מנאור**, אני לא רואה בכך חריג ל**מהות** אחריותו של המזיק- חריג המהווה לדעתי חריגה מעקרון הצדק המתקן, אלא לתת ביטוי לעקרון זה במלוא עוצמתו.

נקודה: בשונה מנאור, אני חושב שלא תמיד יהיה די בהבאת ראיות סטטיסטיות כדי להוכיח שקיים קשר סיבתי בין מעשי המזיק לנזקו של הניזוק. מה כן יספיק כדי להוכיח? אני מותיר סוגיה זו פתוחה ולא מכריע בה כרגע.

**השופט א' רובינשטיין**- אין צורך לקרוא לפי שמואלי.

**הנשיאה ד' בייניש:**

**השאלה המשפטית היא**: באילו נסיבות ניתן לפסוק פיצוי בגין נזק כאשר ההתרשלות והנזק מוכחים, אך קיימת עמימות בנוגע לקיומו של קשר סיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק עד כי התובע אינו יכול להוכיח ברמה הנדרשת על פי מאזן ההסתברויות כי התרשלות הנתבע היא שגרמה לו לנזק.
השאלה מעלה שאלה נוספת- למה דיני הנזיקין נועדו? איזה עקרון בהם הוא החשוב ביותר?

ריבלין ונאור מציעים פתרונות בשאלת העמימות ביחס לעצם גרימת הנזק וכל אחד מהפתרונות נראה לי קיצוני ולכן אציג עמדת ביניים.

הפתרון של ריבלין באשר לאותם מקרים של הטיה נשנית מקובל עליי **רק לצורך אותה קבוצת מקרים** בהם מתקיימים ארבעת היסודות עליו דיבר. לפי גישתו- המזיק יישא במלוא העלות של הנזק שנגרם על ידו, בהנחה שכל הניזוקים הפוטנציאליים יגישו תביעות נגדו, והם יקבלו פיצוי חלקי. נאור הבחינה בין ראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה לבין ראש הנזק של הגברת הסיכון, אני מסכימה איתה שיש לבצע הבחנה ביניהם. בנוסף, יש לשים לב לכך שהערכה לפי הסתברות היא לא דבר חדש בדיני הנזיקין, הדבר החדש הוא שכאן העמימות העובדתית נוגעת לשאלת עצם גרימתו של הנזק, ולא לשיעור הנזק.

בנוגע לעמימות מדעית- נקווה שבמשך השנים ייפתרו סוגיות אלו עם התפתחות המדע אך כעת זו לא השעה להכריע בסוגיה.

בנוגע להיבט המשפטי בקשר לסיבתיות העמומה- הנשיאה מתארת מספר היבטים קיימים אך מפריכה אותם בכך שאומרת שהם אפשריים רק במקרים טיפוסיים וחריגים והם לא פתרון מקיף וכולל לבעיה.

היא נוגעת גם בשאלה האם **גישת הפיצוי היחסי** מחייבת בחינת אפשרות להחיל שיטה של פתרון יחסי גם על הנתבע שעליו נטיל את נטל הפיצוי. היא טוענת כי יש להתחשב בכך שהרחבת האחריות בנזיקין עלולה ליפול על כתפי הציבור ולא על כתפי המזיק בלבד ולכן יש לשאוף לכך שהדבר ייעשה בשיטה עקבית ומאוזנת. הנשיאה טוענת כי החריג של קביעת פיצוי על פי רמת ההסתברות של קשר סיבתי לנזק שנגרם צריך להיות מתוחם כך שלא ירחיב את האחריות בנזיקין (שעלולה להביא להרתעת יתר).

**שורה תחתונה**: הנשיאה לא רוצה לקבוע פתרון סופי והלכה אלא אומרת שיש לקבוע כל מקרה לגופו ולכן לא מצרפת לנאור. בטווח הקצר, בתיק קונקרטי, עשוי הפתרון של פיצוי לפי הסתברות להביא ליתר התחשבות בצד החלש של המשוואה - אותו אדם חף הנושא בנזק הבריאותי שנגרם לו, גם אם לא בהכרח עקב התרשלותו של הנתבע. במקרים פרטניים מסוימים אף אני הייתי קרובה למציאת פתרון בדרך של חלוקת הקשר הסיבתי. אולם, בהיעדר קווים תוחמים ברורים יותר אני סבורה כי החשש מפני "מדרון חלקלק" הוא ממשי, ולכן נמנעתי עד כה מלקבל הכרעה מסוג זה.

לדעתי צריך, בנסיבות הנראות לשופט מתאימות, לעודד את הצדדים למתן פסק דין בדרך של פשרה והסכמה. דרך הפשרה היא מעשית, כמובן, באותם המקרים בהם ההסתברות לקיומו של קשר סיבתי היא ברמה משמעותית, גם כאשר אינה עומדת בהכרח במבחן "מאזן ההסתברויות". ערה אני לכך שגם פתרון זה אינו אופטימלי ובצידו יתרונות וחסרונות, אולם בהעדר פתרונות מושלמים זהו אחד מהפתרונות האפשריים. פתרון אפשרי אחר בנסיבות חריגות עשוי להימצא בהפיכת נטלי השכנוע.

 מהטעמים שמניתי, אני סבורה כי החריג של קביעת פיצוי על פי רמת ההסתברות של קשר סיבתי לנזק שנגרם צריך להיות מתוחם, כך שלא ירחיב את האחריות בנזיקין. הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיטימיות מבחינה חברתית ולפגיעה בלתי מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים.

**החלטה: מצטרפת לריבלין- יש להותיר בידי המשיבים את הכספים ששולמו להם עד כה ולא לחייב את העותרים בתשלום סכומים נוספים למשיבים.**

**השופטת ע' ארבל:**

מסכימה עם נאור. חופרת על אותם הדברים: עמדה שעיקרה העדפת עניינו של הניזוק התמים והחלש שנפגע על פני מזיק שהתרשל וגרם לנזק. **בנסיבות מיוחדות יהיה מוכן המשפט להגמיש את כלליו ולהקל עם התובע במשימת נטל השכנוע במאזן הסתברויות ביחס להוכחת הקשר הסיבתי.** יישום הפסיקה ייעשה על בזהירות ובשיקול דעת ע"י השופטים, ועל כן לא ייווצר מדרון חלקלק כמו שאמרה בייניש. נפיק לקחים ממקרה למקרה.

**החלטה:** כמו של נאור.

**השופטת א' פרוקציה:**

מסבירה וחופרת על הגדרות של מאזן הסתברויות ועקרון הצדק המתקן- כבר דנו בזה ולכן לא מפרטת.

**האם הנושא הוא עניין לחקיקה שיפוטית? או שמא זו עבודתו של המחוקק בכנסת?** ההכרעה בשאלה המשפטית צריכה להיות מקיפה הרבה יותר מחקיקה שיפוטית. זו עבודה של המחוקק שצריך לחקור לעומק את הנושא ולרדת לשורש העניין. החלטה בעניין כזה תשפיע בצורה רחבה על דיני הנזיקין ועל כל הציבור, ולכן זה דבר שעל המחוקק לבצע. הדעות השונות של כל השופטים אחד מהשני, והפלורליזם שיש בגישות המשפטיות מדגישים את הקושי בגיבוש הכרעה שעשויה להוות תחליף לחקיקת רפורמה נורמטיבית.

**החלטה**: מאחר והליך הדיון הנוסף נסב כולו על השאלה העקרונית הנוגעת לעמימות הקשר הסיבתי, אני מצטרפת לעמדה לפיה גם אם אין מקום לאמץ את דוקטרינת הפיצוי על פי ההסתברות, ראוי להותיר בידי המשיבים את כספי הפיצוי שקיבלו על פי פסק הדין ולהימנע מדרישה להשבתם.

**השופט א' גרוניס:**

אני מצטרף לדעתם של בייניש, ריבלין, פרוקציה, ולוי כי אין להכיר על דרך של חקיקה שיפוטית באחריות יחסית במצבים של עמימות באשר לשאלה שעלתה בדיון הנוסף. אני חושב שבביהמ"ש המחוזי לא עלתה בכלל שאלת העמימות וזו הגיעה רק בדיון בביהמש העליון.

**הראיות**

אם נבחן שוב את הראיות נראה כי התמונה שהתקבלה היא: המומחים לרפואת ילודים ולנוירולוגית ילדים שהביאו המערערים (בי"ח), נחרצים בדעתם כי הסיבה למחלתה של המשיבה היא הפגות, למרות שקיימת אפשרות תיאורטית שהדימום הנמשך גרם לתוצאה הקשה.

המומחים מטעם המשיבה, **לא שללו** את האפשרות שהדימום הנמשך עקב העיכוב בביצועו של הניתוח הקיסרי, הוא שגרם למחלה.

אני חושב שביהמ"ש המחוזי היה צריך לקבוע כי הנזק שנגרם במקרה הוא עקב הפגות ולא עקב האיחור בעריכתו של הניתוח הקיסרי. כלומר- כאשר בפני הערכאה הדיוניות מובאות ראיות המצביעות על כך שלא ניתן לשלול כי גורם אפשרי הוא זה שהביא לנזק, לצד ראיות המגלות כי קיים גורם בדוק וידוע לנזק, אין מנוס מקביעת ממצא לפיו הנזק נגרם בשל הגורם הידוע והמוכר.

לדעתי אין סיבה להתייחס במקרה שלנו לסיבתיות עמומה, משתמשים במושג זה בדרך כלל **בקושי מובנה להכריע מהי הסיבה לנזק, כשלא ניתן לקבל תשובה מדעית וודאית בנקודת הזמן הרלוונטית.** בנוסף, אף אחד מהמומחים לא נתן ערך יחסי או הסתברותי לשני הגורמים האפשריים לנזק שהתגלה. כלומר, הם לא אמרו לדוגמא שמבחינה סטטיסטית ב20 האחוזים מן הלידות של פגים במשקל דומה הסיבה לנזק היא בדימום ממושך, בעוד שב80 אחוזים מהמקרים הסיבה היא עצם הפגות.

**דיני הנזיקין וצדק מתקן**

נניח ואכן לאור הנסיבות קיימת סיבתיות עמומה ולאור כך מתקיים הדיון הנוסף- מתעוררת השאלה האם יש לקבוע אחריות יחסית באופן שהגורם שהתרשל יפצה את התובע שלא על פי נזקו המלא אלא בהתאם לשיעור היחסי של האחריות?

קיימות 4 אפשרויות לקשר בין הסיבה למסובב:

1. הגורם לנזק הוא הפגות..
2. הגורם לנזק הוא הדימום הנמשך כתוצאה מעיכוב בביצוע הניתוח.
3. שני הגורמים תרמו יחד לנזק, כל אחד מהם היה גורם את הנזק גם אם האחר לא היה מתקיים.
4. רק אם שני הגורמים קיימים ביחד הנזק ייגרם.

מטרת דיני הנזיקין הינה להביא את הניזוק למצב שבו היה לפני מעשה העוולה, כלומר- אדם הגורם במעשיו או במחדליו נזק לאחר, תוך כדי הפרת חובה, חייב לפצות את הנפגע בשיעור נזקו.

**נאור ציינה כי לדעתה יש להקל בדרישה של קשר סיבתי במקרים של סיבתיות עמומה. הליכה בדרך כזו לדעתי משנה את הבסיס של עוולת הרשלנות מאחר שהיא מביאה להטלת אחריות בשל יצירת סיכון. המתרשל יוצר במעשיו או במחדליו סיכון לאחרים ועל כן לפצותם גם אם לא ניתן להוכיח שהתרשלותו היא שגרמה לנזק.** כנגד הגישה שלי אפשר להעלות טענות שונות. אתייחס ל2:

1. המשפט המודרני מתרחק באופן הדרגתי מהכרעות בינאריות (הכל או כלום)- זה נכון שחלו התפתחויות במשפט המודרני והינו מתרחק מהכרעות שכאלה, דוגמא- אשם תורם, הבטלות היחסית וכו. למה לדעתי אין לסטות מהכרעה בינארית?
א. מכיוון שכשמדובר בקשר סיבתי עובדתי התשובה האם הוא קיים היא בהכרח כן או לא, אין מנוס ממתן תשובה החלטית. לעומת זאת, במקרה של אשם תורם העניין ניתן לפרשנות ולכן קיים בסיס מוסרי לחלוקת האחריות בין שני הצדדים.
2. דיני הנזיקין כבר סטו בעבר מעקרון היסוד בדבר צדק מתקן (שני הציידים)- מקרה שני הציידים הינו מקרה בו ירו שני ציידים ונפגע צייד שלישי כתוצאה מהירי. ברור היה שהירייה הפוגעת נורתה על ידי אחד מהם אבל לא יכלו להוכיח מי מהם. נטל ההוכחה עבר אליהם ושניהם לא הצליחו להוכיח שהשני הוא זה שירה. לכן, ביהמ"ש חייב את שניהם. אפשר להגיד שהמקרה לא דומה למקרה שלנו מאחר שהיה ברור שאחד מהם התרשל, ואצלנו יש גורם מעוול וגורם שאינו מעוול. אבל לדעתי ההבדל בין המקרה למקרה שלנו הוא דווקא אחר- שם היה ברור כי לכל אחד מהציידים יש 50 אחוז שהתרשל, במקרה שלנו לא מובאת כזו ראיה כלל. עוד יותר- זה שהמחוזי קבע 40 אחוזים והעליון קבע 20- רק מראה שלא ניתן לייחס ערך שווה לגורם הרשלני ולגורם שאינו רשלני.

השופט מדבר על ההטייה הנשנית של ריבלין אך משאיר אותה בצריך עיון.

**דיני הראיות ומאזן ההסתברויות**

המומחים מטעם המשיבים העידו שלא ניתן לשלול את האפשרות שהנזק למשיבה נגרם עקב העיכוב בעריכת הניתוח. אמירה כ "לא ניתן לשלול" לא יכולה להוביל לקביעת ממצא עובדתי ולא מקיימת את הדרישה של מאזן ההסתברויות. **המסקנה המתבקשת: המשיבים לא הוכיחו את שהיה מוטל עליהם בנוגע לקשר הסיבתי עובדתי.**

נניח כי המקרה הוא מקרה של סיבתיות עמומה, **אני עדיין לא מוצא סיבה להביא לשינוי מהפכני בכלל הנוהג המקובל בדבר מאזן ההסתברויות-** כלל שמבוסס על ניסיון שיפוטי שנצבר לאורך שנים. הכרה באחריות יחסית עלולה להיות בעלת השלכות מרחיקות לכת על התפתחותו של המשפט האזרחי ועל תפיסת תפקידו של ביהמ"ש העליון.

\*לשני הצדדים נזקים קשים מהמקרה- ילדה נולדה הסובלת מפיגור ושיתוק מוחין ולבית החולים זו לא סיטואציה נעימה להיות בה בלשון המעטה.

\*אין לביהמ"ש סמכות להנחיל דרך חדשה כמו שנאור וחבריה שפסקו לאחריות יחסית הנחילו... **התוצאה לפשרה ולפסק הדין שלהם היא אותה תוצאה ולכן לא הגיוני שכך ייפסקו.**

**סיכום:**

דעתי היא שאין להכיר בענייננו באפשרות של השתת אחריות יחסית, משמע דעתי היא כדעתם של בייניש, ריבלין, פרוקציה ולוי כי **יש לבטל את ההלכה שנפסקה בערעור. דעתם של נאור ארבל רובינשטיין וג'ובראן לא מתיישבת עם ההיגיון הבסיסי של דיני הנזיקין בדבר צדק מתקן. דעתם לא תואמת את אחד מכללי היסוד של דיני הראיות- הכלל בדבר מאזן ההסתברויות.** לטעמי אין להכיר במקרה זה באחריות יחסית בנסיבות של סיבתיות עמומה שכן היא תוביל להכרעות עמומות.

**החלטה:** עלינו לקבל את העתירה.

**סיכום של כולם!**

**הוחלט ברוב דעות של הנשיאה בייניש, ריבלין, פרוקציה, לוי וגרוניס כנגד דעתם של נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן כי ככלל אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה (ההלכה מהדיון!!!!!!!!!!!!)**

השופטים נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן סבורים כי יש מקום להכרה בחריג האחריות היחסית במתווה שנקבע בפסק הדין בערעור.

הנשיאה בייניש, ריבלין ולוי סבורים כי יש מקום להכיר בחריג מצומצם במקרים של הטייה נשנית. השופטים גרוניס, נאור וג'ובראן הותירו אפשרות זו בצריך עיון. רובינשטיין רואה חריג זה כחלק מכלל החריג כל אחריות יחסית.

פרוקציה סבורה כי אין מקום להכיר באחריות יחסית ולסייג את כלל מאזן ההסתברויות- אלא בדרך חקיקה.

**הוחלט כי מבחינה מעשית לא ייתבעו המשיבים להחזיר לעותרים את הפיצויים ששולמו, ולא יהיו זכאים לתשלומים נוספים.**

ההבדל בפסיקה של השופטת נאור בפס"ד מלול ובפס"ד קרישוב:

בשני פסקי הדין, השופטת קובעת שהתובעים כלל לא הצליחו לעמוד בנטל הוכחה הנדרש. בשני המקרים לא הובא ביסוס מספק לטענות, והתובעים לא עזרו לבית המשפט לעזור להם.

בפס"ד קרישוב- השופטת אמרה שהממצא העובדתי שקבע המחוזי בדבר ששת עובד המוסך שנפטרו מסרטן לא היה מעוגן בראיות. זאת מכיוון, שלא הובאו ראיות רפואיות לסיבת פטירתם, ובכל מקרה לא היה ידוע באיזה סוג סרטן חלו. המחקרים לא היו מספקים. בספרי לימוד ברפואה לא מלמדים על קש"ס כזה. גם במדינות אחרות לא הכירו בקש"ס כזה. על כן, לא הוכח קש"ס עובדתי פוטנציאלי.

בפס"ד מלול- בפסק דינה במחוזי, נאור אמרה שהתובעים בסך הכל הביאו עדות של רופא שטען **שאין לשלול** קש"ס בין הנזק לבין התרשלות בית החולים. חוות הדעת הזו לא מחזקת קש"ס. היא רק אומרת שאין לשלול.

למרות הנסיבות והנימוקים הדומים, היה הבדל בפסיקתה בכל אחד מהמקרים. בפס"ד קרישוב, היא לא פסקה פיצוי בכלל, מכיוון שקרישוב לא הצליח להוכיח במאזן הסתברויות של מעל 50%. לעומת זאת, בפס"ד מלול, שגם בו אמרה שלא הוכח דבר, היא כן בחרה להעניק פיצוי חלקי ורצתה לתת למשפחה 20% מהפיצויים. ייתכן שההבדל נובע מהרצון שלה לפצות (מטרת הפיצוי של דיני הנזיקין)- הבת נפגעה, ואנו כחברה לא רוצים להשאירה לבד עם הנזק, לא משנה מי אשם. צדק חלוקתי- בית החולים גוף מאוד גדול והמשפחה חלשה מולם. ניסיון לחלוקה הוגנת יותר של עוגת הרווחה המצרפית. כמו"כ, סביר שפסיקתה נובעת גם משיקולים של חמלה ופרקטיקה- עברו הרבה שנים, ואם הפיצויים יילקחו מהמשפחה היא תחווה פגיעה נוספת.

**סורוקה נ' הבאבו:**

המערער נפגע בתאונת דרכים בדרכו לעבודה באוקטובר 83, התאונה הוכרה כתאונת עבודה על ידי ביטוח לאומי. המשיבים אחראים לפיצוי של המערער לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים. כתוצאה מהתאונה נותר המערער משותק בכל ארבעת גפיו, עם בעיות בדיבור ובעשיית צרכים, מרותק למיטה או לכיסא גלגלים.

הפגיעה שנפגע המערער הייתה בתחום המוטורי, על פי חוות הדעת משני הצדדים, הפגיעה אינה פגיעה סנסורית, ועל כן המערער יכול להישמר מפצעי לחץ. כושרו השכלי לא נפגע בתאונה.

לאחר התאונה אושפז. ב85 שוחרר ועבר למוסד סיעודי גריאטרי.

**המחלוקת העיקרית בין הצדדים סובבת סביב שאלת חישוב הפיצויים, האם על סמך ההנחה שישהה במוסד הסיעודי, כפי שרצו המשיבים, או על סמך ההנחה שישהה בבית פרטי, כפי שטען המערער.** בית משפט קמא פסק לטובת המשיבים, כי ניתן לצאת מנקודת הנחה שישאר במוסד, ועל פי כן חושבו הפיצויים. עוד קבע בית המשפט כי לא על המערער הוצאות האשפוז היות והוכר כנפגע תאונת עבודה. הסכום הכולל שנפסק הוא כמיליון שקלים, ממנו נוכו כ300 אלף לטובת ביטוח לאומי ולאחר קיזוז תשלומים ששולמו למערער, נותר למשיבים לשלם למערער כ237 אלף.

המערער טוען כי בכוונתו לגור בבית, ובית משפט קמא קבע כמה סיבות בגינן לא סביר שישהה בבית, ויותר סביר שישהה במוסד הסיעודי:

עולה ספק בנוגע לרצונו האמיתי של המערער היות והזכיר בעבר רצון לעבור למוסד לנכים צעירים (דורה).

לא ניתן להקיש ממקרים של נכי צה"ל במצבו של המערער הנשארים בבית, היות והעזרה שמקבלים מהמדינה משמעותית לעומת נכים אחרים.

למערער אין משפחה שתטפל בו בבית.

העלות שתהיה להתאים את הבית למערער תהיה גבוהה ויש צורך בהקמת "בית חולים פרטי", העלות להחזקת המכשירים והטיפול המתאימים לבית גבוהה לאין שיעור מהשהיה במוסד, יש לדאוג למערער לשירותים נוספים שיקלו על שהותו במוסד.

בית המשפט לא שוכנע כי נעשה מאמץ ראוי למצוא למערער מוסד ראוי יותר, הטיפול במוסד הוא הוגן, הולך ואף עדיף על טיפול בבית.

**שופט ת' אור:**

בית משפט קמא שגה במסקנתו, היה עליו לצאת מנקודת הנחה שהמערער יתגורר בבית פרטי ולא במוסד. יהיה צורך להתערב בקביעות העובדתיות של בית משפט קמא.

**אין ספק בנוגע לרצונו של המערער לגור בבית פרטי. המערער צלול ואיש שיח,** רוב הדיירים במוסד הסיעודי הם קשישים, חלים כרוניים וכו', והתובע מתקשה למצוא בהם חברה. מתוך דבריו של המערער עולה קריאה נואשת, ברורה וחד משמעית, להצילו מהסביבה הקשה והמנוונת שבה הוא שרוי במוסד הסיעודי.

כאשר דיבר המערער על מעבר למוסד לנכים צעירים, לא ידע כי מדבר עם חוקר מטעם חברת הביטוח, ובאותה תקופה היה במוסד הסיעודי ללא אמצעיים כלכליים להתגורר בבית פרטי. אין לראות בהזכרת המוסד לנכים צעירים כאלטרנטיבה העדיפה על המוסד הגריאטרי, כל סתירה לרצונו הכן והאמיתי שלא למצוא את עתידו במוסד. בתחילה החוקר לא הביא עמו את דוחות החקירה, הוא עשה כן רק לאחר דרישת בא כוחו של המערער, אז התגלה כי המערער אמר פעמים מספר כי הוא מרגיש לא נוח בבית החולים ורוצה לצאת למקום אחר, וכי הוא מעוניין לעבור לדירה משלו עם מטפלת.

**הפסיכולוג המטפל במערער טען בהצהרתו כי הוא מעריך שרצונו של התובע לצאת אמיתי ועקבי. כאמור, מצבו השכלי של המערער תקין וכל המומחים, כולל אלו מטעם המשיבים, גורסים כי הפתרון הראוי לנכים במצבו הוא מגורים בבית ולא במוסד סיעודי. המומחה מטעם המערערים עוד הגדיל ואמר כי השהות במוסד הסיעודי עשויה להזיק למערער.**

הטענה כי כדי להתאים את הבית יש צורך בבית חולים פרטי היא חסרת בסיס, המערער צריך טיפולי פיזיותרפיה, טיפולים פסיכולוגיים וקבלת תרופות. **גם בנוגע לכך שהעלות למגורים בבית פרטי תהיה גבוהה, הטענה אמנם נכונה אך לא מדובר במאות אחוזים כפי שהציג בית משפט קמא.** זה שביטוח לאומי משלם עבור המוסד, לא אומר שניתן לנקות את התשלומים האלה מהחישוב אלא יש להשוות את התשלומים מבחינה אובייקטיבית.

**גם אילו האפשרות להעביר את המערער ל"דורה" יכלה להטיב עמו, ככל הנראה היא אינה אפשרית. בהתאם לעדותה של מנכ"ל איל"ן, אין למערער כל סיכוי מעשי להתקבל לדורה.** מדובר במוסד שמיועד בעיקר לאנשים בעלי נכות מולדת, בעל 58 מקומות סה"כ ועם רשימת המתנה.

**נשאלת השאלה האם ניתן לקבוע שהניזוק יתגורר בביתו למרות שזה יגרום להוצאות גבוהות יותר על ידי המזיק?** במקרה שלפנינו, למרות שמדובר בתביעת פיצויים חלים בה גם מחוקי הנזיקין. מטרת דיני הנזיקין היא להשיב את המצב לקדמותו. בפרשת נעים, השופט ברק אמר בעבר כי שהות בבית ולא במוסד ציבורי היא הדרך הנאותה להשבת המצב לקדמותו. יש לדאוג שהניזוק לא יתעשר על חשבון המזיק, ועל כן מוטלת עליו החובה לצמצם עד כמה שניתן את ההוצאות. על פי ברק, אם מתאפשר לניזוק להתגורר במוסד ציבורי ולקבל ממנו טיפול רפואי ברמה נאותה, צריך לבחור באפשרות הזו. שמגר חשב אחרת באותו פס"ד, לטענתו יש לאמץ את המידה של מה "הוגן" ו"הולם" ולא להעניק לניזוק את הטוב ביותר. השופט אלון מסכים עם שמגר אך מוסיף סייגים וטוען כי הדבר שונה כאשר מדובר בניזוק שיש לו אפשרות מרפא, ואף במידה קטנה. לטענתו זוהי חובת הפיצוי המוטלת על המזיק. בנוסף, אם הניזוק צלול, יש להעדיף מגורים בבית.

מכאן, שגם על פי דעת הרוב וגם על פי דעת המיעוט בפרשת נעים, עליה ביסס ביהמ"ש המחוזי את פסיקתו, ראוי היה במקרה זה להעדיף פתרון של שהות בבית.

הערעור מתקבל, החישוב של הפיצוי בהתחשב בשהות בבית יחזור לבית משפט קמא. המשיבים ישלמו למערער הוצאות עו"ד 50,000.

השופטים לוין וזמיר: מסכימים בלי להוסיף.

**מדינת ישראל נ' ג'ון כהן:**

המשיב הינו תושב ארה"ב, אשר יצא בגיל 17, לטיול מאורגן עם קבוצת נערים בני גילו, בנחל זוויתן. במהלך הטיול הגיעו למקום התפצלות, בו צריכים לבחור בין שביל אדום לשביל כחול. על פי המסומן, היה להמשיך את המסלול בשביל הכחול, ואף היה שלט אזהרה בנוגע להמשך המסלול בשביל האדום. חרף האמור, הוביל מדריך הטיולים, את הקבוצה בשביל האדום.

לאחר כשעה של צעידה, באחד השבילים העוקפים, **החליק המשיב מן השביל אל התהום שמתחתיו ונפגע קשות.** לא היו ראיות ישירות על אופן הנפילה, מלבד מי שצעד לפני המשיב, שהעיד שבעצמו כמעט החליק שם ושמע קול של תנודות חול מאחוריו, וכשנפנה ראה את המשיב נוטה לעבר התהום.

**הליכים קודמים:** השופט בבית משפט קמא כי השביל לא היה מיועד להליכת בני אדם, רוחבו היה 45 ס"מ, הוא נמתח בשיפוע, האדמה מתפוררת, כך שהעפר נוטה להידרדר ולגלוש לכיוון המדרון. על שפת התהום לא נמצאו נקודות אחיזה למהלך או תמיכות קרקע לאדמת השביל. לא היו כל סידורי ביטחון על השביל, כמו מעקות, גדרות או יתדות.

**בית המשפט קיבל את התביעה כנגד החברה להגנת הטבע (בה עבד המדריך), הרשות המוסמכת ומדינת ישראל, תוך דחיית הטענה בדבר אשם תורם. הוא חייב את כל הנתבעים בתשלום של כ7 מיליון דולר, ביחד, על פני קני המידה המקובלים בניו יורק.**

**הערעור סב סביב חיובן של המערערות, על חלוקת האחריות שביניהן ועל שלא נקבע אשם תורם למשיב.** אך הצהירו שמשיקולים הומניטריים, ישלמו למשיב פיצוי של ארבעה מיליון שקלים, יהיו תוצאות הדיון אשר יהיו.

המשיב נפגע פגיעת ראש קשה, ומיום התאונה עד פסק הדין (6 שנים), אושפז במספר מוסדות שונים המטפלים בפציעות מהסוג הזה. בעלי הדין לא חלקו על קביעת **נכותו של המשיב בשיעור של 100% לצמיתות,** מוסכם שנותר לו נזק מוחי המתבטא בנזק מוטורי, תחושתי ואינטלקטואלי כבד.

**בית משפט קמא קבע כי על סמך הראיות, סביר שהמשיב ימשיך לחיות במרכז לנפגעי ראש הייגייט עד סוף ימי חייו, וכי תוחלת חייו של המשיב היא שישים שנה. עוד הניח כי יש לשום את נזקי המשיב בהנחה שהתכוון ללמוד משפטים והתכוון לעסוק בעריכת דין.**

**טענתן המרכזית של המערערות היא שלא היה צריך בית משפט קמא להעריך את הנזק על פי המקובל במדינת ניו יורק. הטענה השנייה היא בנוגע להנחה כי המשיב היה לומד משפטים, והערכת סכום הפיצוי על פי מקרה בו יהפוך לשותף במשרד עורכי דין(70,000). לטענתן, היה צריך לקבוע את סכום הפיצוי על פי השכר הממוצע במשק בארה"ב (20,000).** בית המשפט הפחית מסכום ההשתכרות סך של 30%, בגין הוצאות מחיה שנחסכות למשיב היות ושוהה במרכז הייגייט, והיה צריך לקבוע את ההפחתה בשיעור של 70%, או לכל הפחות 50%. הטענה השלישית היא בגין קביעת סכומי הפיצוי בהתחשב בצורך של המשיב בשיקום, ולא בסיעוד. הטענה הרביעית היא שטעה השופט שקבע שאין צורך לנכות מסכום הפיצויים, סכומים שהתקבלו בעקבות פוליסות הביטוח של המשפחה בארה"ב.

המשנה לנשיא בן פורת קבעה בעבר, כי כאשר מדובר בעוולה שקרתה במדינה לתושבים זרים, הנטייה היא להחיל עליהם את הדין על פי מדינת מוצאם. במקרה שמדובר בתושב בעל אזרחות נוספת, וזה כבר החליט סופית לחזור לאותה מדינה, יש מקום לשקול ולהכריע האם דין אותה מדינה, שבה מצוי מרכז חייו של התובע, הוא בעל הזיקה החזקה יותר לעניין. לדעת השופט בייסקי באותו דיון, הפיצוי בגין כאב וסבל נפסק על פי הדין המקומי, בעוד שהפיצוי בגין אובדן השתכרות נפסק על פי הדין של המדינה בה התכוון הנפגע לחיות את חייו ולהשתכר, משום ששם התגבש בפועל הנזק של התובע.

**השופט ש' לוין:**

**הערכות בגין כאב וסבל יקבעו על פי אמות המידה הישראליות. לעומת זאת, בכל הנוגע להשבת המצב לקדמותו, יש להתחשב בהערכת הפיצוי, בנתונים שונים אשר מקורם בחו"ל** והמשפיעים על שיעור הפיצויים. על כן, תיקבע הערכתו של הפיצוי בגין הוצאות רפואיות שיוצאו בחו"ל – מקום בו ישהה הניזוק – על פי רמתן הסבירה של הוצאות אלה בחו"ל ולא בארץ. התוצאה היא שיש לקבל את הערעור הראשון, היישום המעשי עשיו להיות בעל משמעות לעניין פריטי הכאב והסבל, לעניין אחוזי השיערוך וההיוון, לשאלת הניכויים של הסכומים ששולמו על ידי חברת הביטוח וכו'.

לעניין הכאב והסבל – בית משפט קמא פסק 250,000 דולר על פי אמות המידה בארה"ב, המערערים ביקשו להוריד סכום זה ל30,000. הסכום יירד ל60,000.

לעניין הניכויים – בהחלת הדין הישראלי, תואם את טענת המערערות.

לעניין ההיוון – שיעור ההיוון נקבע על פי הריבית שהניזוק עשוי לקבל אם ישקיע את הסכום החד-פעמי שקיבל בהשקעה בטוחה לתקופה שבעדה משולמים לו הפיצויים. הפסיקה של בית משפט קמא תשתנה מ2.5% ל3% לפי הדין הישראלי, זאת כל עוד לא הניח המשיב תשתית ראייתית מספקת המצדיקה סטייה מהכלל הרגיל.

**אובדן כושר השתכרות – את אבדן כושר ההשתכרות יש לחשב לפי ערכים כלכליים, כלומר, לפי אבדן ההשתכרות במקום מרכז חייו – ארה"ב. על פי העדויות ומצבו הסוציו-אקונומי של המשיב, קבע בית משפט קמא כי היה סביר שיממש את כוונתו ללמוד משפטים. עוד הוסיפו המערערות וטענו כי אין לחשב את ההפסד בהנחה ויתמנה לשותף וכי יש לקבוע את גובה הפיצוי על פי השכר הממוצע במשק. צודקות המערערות בטענה הראשונה, אך טועות בשנייה. כאשר קיים נתון ספציפי נוסף, למשל, כושר אינטלקטואלי בולט או נטייה בולטת לתחום תעסוקה, ייטה בית המשפט לתקן את החישוב הקונבנציונאלי בדרך האומדן הגלובאלי. יש לקבוע כבסיס לשומת הנזק אובדן השתכרות שנתי – בשיעור של 30,000 דולר.**

לא רואה סיבה להתערב בקביעת בית המשפט להפחית 30% מסכום הפיצויים בגין הוצאות מחיה.

בנוגע לטענת המערערות כי הוצאות שהוציאו הורי המשיב בעבר, כמו נסיעות וכו', לא נבדקו כראוי, יש צדק בטענתן. כל מסמכי הקבלים, שהיו רבים ביותר, התקבלו בשלב מאוחר, ולמערערות ניתן רק לילה אחד לעבור על כל המסמכים ולקבוע את שיעור החזר ההוצאות, משלא הספיקו, לא הסכים בית המשפט להאריך את זמן הבדיקה. בהתחשב בכך שחלק מפרטי הנזק, כמו הוצאות לשכירת רכב בארץ, מעוררים סימן שאלה כשלעצמם, לא היה צריך לקבל בית משפט קמא את גרסת המשיבים ללא סייג. היה ראוי להחזיר את הנושא לבדיקה מחודשת בבית המשפט המחוזי, אך זה לא מעשי. הסכום ישאר כמו שהוא וביטול תוספת השיערוך תשקף על דרך אומדן את הסכומים שנפסקו ביתר בנושא הקבלות.

את הפסד ההשתכרות של האב יש להוריד מ35,000 ל10,000, היות ולא הביא הוכחות להפסד זה.

**יש לקבל את הערעור ולדחות את הערעור שכנגד. סכום הפיצויים יופחת לכ4,100,000 דולר.**

**השופטים גולדברג וברק: מסכימים בלי להוסיף.**

**פלוני נ' פלוני (בגידה)**

**השאלה המשפטית:** ראובן מקיים יחסים אינטימיים עם אשתו של שמעון. האם יש לשמעון עילת תביעה בנזיקין כנגד ראובן עקב כך? על כך נסב הערעור שבפנינו.

**העובדות:** המערער והמשיב הם שני חברים, אשר נישאו לשתי אחיות וכך נעשו השניים גיסים. ההמשפחות היו בקשר טוב עד שהתפתח רומן בין המשיב לבין אשת המערער.

**הליכים קודמים:** המערער הגיש לבית המשפט המחוזי תביעה כנגד המשיב, בה טען כי בין המשיב לאשת המערער התפתח רומן, כי המשיב ניצל מינית את אשת המערער, גרם לה להתאהב בו, ועקב הרומן בין השניים המערער לקה בדיכאון חמור והוא סובל כיום מנכות נפשית בשיעור 40% לצמיתות, בהתאם לחוות דעת שצורפה לכתב התביעה. המשיב הגיש תביעה שכנגד בטענה שהמערער ניסה לסחוט ממנו כספים באיומים שיחשוף את מערכת היחסים בינו לבין אשתו. **המערער ביסס תביעתו על עילת הרשלנות הקבועה** [בסעיפים 36-35](http://www.nevo.co.il/law/73015/35;36;) **לפקודת הנזיקין.**

המחוזי מחק את התביעה על הסף, בהעדר עילת תביעה. נקבע שהרומן היה בהסכמה, מדעת, מרצון חופשי ובשיתוף פעולה מלא של שני אנשים בוגרים– וללא כל כפייה".

נקבע, כי קשר הנישואין אינו יוצר בעלות על גופו ורצונותיו של בן הזוג, ומשבחרה אשת המערער מרצונה החופשי לקיים קשר רומנטי עם אחר, אין לבן הזוג הנבגד עילה וזכות תביעה כנגד בן זוגו של האחר. הכרה בעילת תביעה מעין זו היא בגדר גזירה שהציבור בחברה מתקדמת ודמוקרטית אינו יכול לעמוד בה וגם אינו צריך לקבלה. **בהקשר זה הפנה בית משפט קמא** [**לסעיף 62(ב)**](http://www.nevo.co.il/law/73015/62.b) **ל**[**פקודת הנזיקין**](http://www.nevo.co.il/law/73015)**, הקובע כי "היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא יחשבו כחוזה" לצורך עוולת גרם הפרת חוזה.**

על כן הערעור שלפנינו.

**טענות המערער בעליון:** -המערער טען כי לא השתית תביעתו על [סעיף 62](http://www.nevo.co.il/law/73015/62) ל[פקודת הנזיקין](http://www.nevo.co.il/law/73015) אלא על **עוולת הרשלנות. לטענת המערער, ערך המשפחה הוא ערך עליון בחברה יהודית ודמוקרטית**, ואין לשלול אחריות של הצד השלישי, אחרת החוטא לא יקבל עונש.

-**כמענה לטענה אפשרית כי הכרה בעילה מעין זו תביא להצפת בתי המשפט בגין תובענות שעניינן ניאוף, הציע המערער לקבוע כללים והנחיות, או פיצוי קבוע בסך 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק.**

-הוא ביסס טענותיו גם על כך שבהתאם לערכי **אין לפגוע בכבודו של אדם, אשר זכאי לפרטיות ולשמירה על צנעת חייו.**

**-המערער הוסיף וטען כי ברית הנישואין כשלעצמה יוצרת חזקה לפיה אדם נשוי או אשת איש מותרים זה לזה אך אסורים לאחר, ומכאן מתקיים היסוד של חובת זהירות מושגית, בגדר חובה חוקית-דתית-מוסרית אשר מחייבת צד שלישי שלא לבוא במגע אינטימי עם אדם נשוי או אשת איש.**

**טענות המשיב בעליון:** הסכים עם המחוזי, והצביע על כך שהמערער פעל בניגוד לחוק, כפי שעולה מכתב התביעה עצמו.

**השופט י' עמית:**

**עוולת הרשלנות, שעליה תלה המערער את תביעתו, היא עוולת מסגרת, אשר מאפשרת לבית המשפט ללכוד התנהגויות אשר לא היו נתפסות ברשתה של עוולה פארטיקולרית.** אינטרס שהמשפט מעוניין ביקרו, כגון שלמות גופנית או חופש הקניין, זוכה בדרך זו להגנה כפולה – גם על ידי עוולה פרטיקולארית וגם על ידי עוולת מסגרת. כך, לדוגמה, התנהגות שלא נתפסה ברשתה של עוולת הנגישה יכולה להילכד ברשתה של עוולת הרשלנות (גורדון).

עם זאת, **יש מצבים בהם בעוולה הפרטיקולרית, יש סייגים שמשליכים על האפשרות להחיל במקומה או לצידה את עוולת הרשלנות כעוולת מסגרת.**

**כמו בסעיף 62 בפקודת הנזיקין (גרם הפרת חוזה):**

62. (א) מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

 (ב) לענין סעיף זה, היחסים הנוצרים על ידי נישואין לא ייחשבו כחוזה, ושביתה והשבתה לא ייחשבו כהפרת חוזה.

המחוקק שלל מהנפגע מראש, עילת תביעה של הפרת חוזה, על פגיעה של צד שלישי שקיים יחסים אינטימיים עם אישתו. ההצדקה לכך היא שהמחוקק ראה את קשר הנישואין כקשר "הנושא אופי מיוחד, המבוסס בראש-ובראשונה על שותפות רגשית". **המחוקק החריג במפורש את קשר הנישואין מהעוולה של גרם הפרת חוזה, ואין "לעקוף" את שיקולי המדיניות שהנחו את המחוקק בקובעו את** החריג, באמצעות השימוש בעוולת הרשלנות.

**לצורך הדיון אני נכון להחיל את "חזקת החובה" הנזכרת בהלכת גורדון ולפיה "מקום שניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה"** נכון אני אף להניח כי קיימת צפיות טכנית, במובן זה שאדם יכול לצפות כי מעשה ניאוף עלול לגרום לנזק נפשי לבן הזוג הנבגד. **ברם, כאן נכנסים לתמונה שיקולי מדיניות משפטית**, **השוללים את חובת הזהירות המושגית:**

המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם וכפי שראינו גם לא כלפי צד שלישי. **ההתחייבות בין בני זוג לקבל על עצמם את האיסור של "לא תנאף" היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט.** אי אפשר להתעלם גם מהמציאות בעולם המערבי- שיעור הזוגות המתגרשים עלה, ומבלי להידרש לסטטיסטיקה לגבי אחוז בני הזוג המתנסים בבגידה במהלך חיי הנישואין, אין חולק כי המדובר בתופעה נפוצה.

**המשפט מכיר כמובן בערכו של התא המשפחתי אשר "שמירתו מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל" אך זאת תוך התחשבות בשינויים עם השנים.**

המשפט נרתע מלדון בנושאים של נאמנות מול בגידה, מקום בו התובענה מופנית כלפי צד שלישי שחדר אל מערכת היחסים הזוגית.

**לצד ההבחנה בין משפט ומוסר**, קיימים גם 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.**

**אילו הכרנו בקיומה של עילת תביעה, ייתכן שהמשיב היה מתחיל להאשים גם את אשת המערער כ"מעוולת יחדיו",** או שמא היה המשיב מעלה טענה נוסח רשלנות תורמת של המערער, אשר בהתנהגותו כלפי אשתו גרם לה לרעות בשדותיו. עניין זה מדגים לאילו מחוזות רחוקים קבלת תביעתו של המערער עלולה להגיע.

**בהתחשב בכך שבגידה וניאוף נמצאים לא אחת ברקע סכסוך הגירושין, אך נקל לשער כי תביעות כגון דא יוסיפו שמן לתבערה-רבתי ביחסים בין בני הזוג, וישמשו כאמצעי לסחיטה ונקמה.**

**ההליך המשפטי אינו תרופה לכל מכאוב.**

ומזווית נוספת: המשפט הולך ומנתק את שאלת האשם מהנושאים הממוניים. הכרה בעילת תביעה ביחסים שבין הצד הנבגד לבין הצד השלישי, עלולה להחזיר דרך החלון את יסוד ה"אשם" אשר הוצא מן מהבית מן הדלת הראשית, תוצאה בלתי רצויה בעליל.

 באשר לפגיעה בכבוד- תחולת חוק יסוד: כבוד האדם במשפט הפרטי אינה "אוטומטית" ואינה עניין של מה בכך. בנוסף, יש להבחין בין מקור הזכות לבין העילה או העוולה. יש לדייק ולהבין מקור הזכות הוא חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואילו העילה **הפגיעה באוטונומיה, שהורתה בכבוד האדם, אך היא אינה מוכרת כעילת תביעה או כעוולה חוקתית אלא כראש נזק בלבד.**

**סוף דבר, 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.**

השופט א' שהם: אני מסכים.

השופט י' דנציגר: אני מסכים לתוצאה. ואולם, דעתי היא כי ניתן היה להסתפק, בנסיבות המקרה שלפנינו, בהנמקה הנוגעת לדיני הנזיקין ובקביעה לפיה אין תחולה לעוולת הרשלנות במקרים מסוג זה.

כדעתו של חברי, גם דעתי היא כי שיקולי מדיניות משפטית שוללים את חובת הזהירות (המושגית או הקונקרטית) של צד שלישי בגין ניאוף שהתקיים במערכת יחסים שבין בני זוג. כמו כן**, נוטה אני להסכים עם גישתו של חברי לפיה העוולה המסוימת של גרם הפרת חוזה, כפי שזו מוגדרת** [בסעיף 62](http://www.nevo.co.il/law/73015/62) **, אינה מאפשרת את החלתה של עוולת הרשלנות על מקרים הנתפסים ברשתה. הנמקה זו הינה מספקת בעיני ולכן לא היה צורך להתייחס להיבטים החוזיים של מערכת היחסים בין הגורמים הנוגעים לעניין שלפנינו.**

מכיוון שכבר דן בכך, אגיד רק שבעבר הנשיא ברק אף הכיר במפורש באותו עניין בתחולתם של דיני החוזים גם על יחסים משפחתיים ובעובדה שהבטחות הנוגעות לעניינים שבין בני זוג עלולות לגרום נזק.

"ראשית, הפרת ההבטחה להינשא עשויה לגרור נזק לצד השני. אין כל צידוק ענייני שלא לאפשר קבלת פיצוי על נזק זה.

לאור האמור לעיל, אני מצטרף לתוצאה אליה הגיע חברי השופט עמית וכן להנמקתו הנוגעת לתחולת עוולת הרשלנות על המקרה שלפנינו.

**חיו נ' ונטורה:**

**השופט ג' בך:** לפנינו שני ערעורים.

הדיון נוגע לתביעת פיצויים שהוגשה על-ידי המערער נגד המשיבים בגין נזקי תאונת דרכים, שנגרמה על-ידי המשיב 1, אשר היה מבוטח אצל המשיבה .2 המשיב 1 נהג במכונית שהתהפכה, והמערער שהיה בין נוסעיה, נפגע. המחלוקת הייתה ביחס למידת הנכות של המערער ולשיעור הפיצויים המגיעים לו.

הפגיעות שספג המערער בתאונה האמורה גרמו לו שברים בחוליה הצווארית השנייה, בלסת, בשיניים הקדמיות ובעצם הבריח. נגרמו פגיעות נוספות אשר לא הותירו פגם מלבד צלקות קטנות.

**הליכים קודמים:** המחוזי קיבל את חוו"ד האורתופד שהפגיעה הצווארית מגבילה את תנועתו, ויצרה נכות שתפגע בכושר העבודה וההשתכרות שלו. הוא קבע נכות בשיעור של % 20לצמיתות.

חוו"ד של רופא השיניים וכירורגיית הפה קבע שלפגיעות בלסת לא תהיה השפעה עתידית. הוא קבע ששתי שיניים אבודות אך אפשר למלא אותן בעזרת גשר, שיש פגיעה בתחושה בשפה התחתונה, וצלקות קלות. הוא קבע נכות 5%. אולם בית המשפט הבהיר, כי הסיבה היחידה לקביעת נכות זו היא כאב וסבל.

בעת התאונה היה המערער חייל בחיל הים, אך עשה מאמצים לעבור לשירות ביבשה. כששב לשרת, הוצב לעבודת פקידות, אך לדבריו לא עשה עבודה מועילה. לאחר שחרורו מהצבא עבד כטכנאי, ולאחר מכן כפקיד בנק. בבנק מצא עבודה קבועה שהפגיעות לא מונעות ממנו לבצע. אולם לטענתו הוא חלם לעבוד בימאות, היינו כמכונאי על אנייה, והוא אולץ לקבל את העבודה בבנק רק בשל הנכות.

המחוזי פסק פיצויים בסך כולל של 000,154, 3ל"י. הסכום מורכב בעיקר מהפסד השתכרות בעבר ובעתיד, מפיצוי עבור כאב וסבל ומתשלום עבור הוצאות רפואיות שונות.

**שני הצדדים לא שבעו נחת מפסיקת בית המשפט המחוזי, ועיקר טענותיהם מתייחסות לראשי הנזק של הפסדי ההשתכרות בעתיד.**

המערער ביסס את תביעתו בעניין הפסד השתכרות והגבלת כושר ההשתכרות בעתיד על העובדה שהנכות מנעה ממנו לעבוד בימאות. הוא הוכשר מקצועית בבית הספר "מבואות ים" ועשה שנת שירות על אוניות בתור מכונאי טרם גיוסו.

המשיבים העלו ספק בשאלה, אם באמת התכוון להגשים ייעוד כזה. לטענתם הוא ביצע את שנת השירות רק כי זו דרישה לסיום לימודיו. כמו כן היו תופעות בהתנהגותו שהראו, כי הוא אינו שלם בנפשו עם העבודה על הים וכי הוא נושא עיניו לעבודה קלה יותר על היבשה.

**המחוזי הבהיר שקשה לקבוע לגבי מאורע עתידי, הקריירה שלו עוד לא התחילה. השאלה שעלתה היא האם הייתה הסתברות של ממש שהמאורע אכן יקרה.** נקבע כי לאור הכשרתו והממצאים החיוביים של מאזן קורות התובע, לעומת הממצאים בצד השלילי, אכן עמד התובע בחובת ההוכחה.

אלא שהמבחן דלעיל הוא רק השלב הראשון בתהליך. **שכן כעת יש לאמוד מה אחוזי הסיכוי שדבר זה היה קורה.**

כדי לאמוד את מידת ההסתברות שהתובע לא יעסוק כמכונאי בשרות ימי, יש להתייחס לגילוי המובהק של הרצון לעסוק בעבודה קלה ונקיה, שליווה את התובע בשירות הצבאי ובבית ספר. לאחר הסתכלות על כל הנתונים והנסיבות, הגיע בית המשפט לאומדן הבא:ב

" על פי הערכה גסה, עם זאת זהירה, מידת ההסתברות שהתובע היה ממשיך בשירות ימי היא 33%".

במחוזי נפסק למערער פיצוי, השווה לשליש מהפער בין משכורתו כפקיד בבנק לבין המשכורת, שעשוי היה להרוויחה בתור מכונאי על אנייה.

החלטה זו בוססה על הלכת פס"ד בית הלורדים בה נקבע כי מגיע לאישה סכום מסוים כפיצוי עבור הסיכוי האמור, אפילו אם בית המשפט יעריך אותו בפחות מ-%50, ובלבד שהמדובר באפשרות סבירה, שהסיכוי עשוי להתממש.

במשפט אזרחי רגיל, כאשר דן בית המשפט בטענה עובדתית, יש לשכנע במידה העולה על % .50אחרת ייצא בית המשפט מההנחה, כי העובדה האמורה לא אירעה כלל, ויתעלם כליל מהטענה המבוססת עליה. מאידך גיסא ובמקביל, אם מוכחת אותה טענה עד למעלה מ-%50, הרי יתייחס אליה בית המשפט כעובדה קיימת ולא יתחשב בספקותיו בנדון.

אולם, כאשר המדובר בטענה, המתייחסת לסיכוי שאירוע מסוים עשוי להתרחש בעתיד, דבר שמטבע הדברים לא ניתן להוכיחו בוודאות, מן הדין הוא, שבית המשפט יעריך סיכוי זה וייתן לו ביטוי בפסיקתו, אף אם נופל הוא בהערכתו משכנוע של %.50 בנוסף, ידוע שקיים נזק, רק צריך להבין מה שיעורו.

 הפסד השכר, מבוסס על הממצא העובדתי בדבר אי-יכולתו של המערער למלא תפקיד של מכונאי על אנייה עקב ההגבלות בתנועות צווארו. במחוזי, הנתבעים לא חלקו על כך, שמי שלקה בנכות אורטופדית כמו התובע, אינו כשיר גופנית לשרות בים.

**טענות המשיבים בעליון:** הם חולקים על הממצא, אשר לפיו הצליח המערער להוכיח, שבשל מומיו, שנגרמו לו כתוצאה מהתאונה, לא היה מסוגל עוד לעסוק במכונאות ימית; שנית הם טוענים, כי טעה בית המשפט קמא בקבעו, שהמשיבים לא חלקו על גרסתו האמורה של המערער.

* האמת היא, שכתב ההגנה של המשיבים לא היה ברור. הם גם לא העלו את הטענה הנוגדת, שמגבלותיו לא מהוות מחסום לעבודתו כמכונאי על אנייה. הם גם לא הביאו ראיות לכך.

בכל מקרה, המחוזי קבע כי טענת המערער הוכחה פוזיטיבית על-ידי הראיות, העדויות וחוות הדעת. לאור קביעה מבוססת זאת, אין עילה לבית- משפט זה להתערב במסקנות בית המשפט קמא בנקודה זו.

גם על קביעת השופט, כי הפסדו של המערער **עד מתן פסק הדין** הוא -000, 350ל"י , אין לחלוק. החישוב נעשה במדויק.

**עם זאת, קיימים חילוקי דעות חמורים בקשר לקביעתו של השופט קמא בדבר הפסדו הצפוי של המערער בעתיד בנושא זה.**

**על-מנת להגיע להחלטה, הציב השופט לעצמו את השאלה, מהי תוחלת שנות העבודה בשירות הימי**, והתבסס בעניין זה על עדותו של עובד בחברת צים. לפי השופט, העדות אמרה שיש הרבה ימאים **דרוגיים** בעלי ותק של 15- 20שנה, ויש ימאים בולטים שעובדים עד גיל 65. השופט הסיק מהעדות, שמשך העיסוק הנפוץ של מכונאים דרוגיים הוא 18 שנה בממוצע.

על סמך מסקנתו הנ"ל בדבר תוחלת שנות העבודה ובהתחשב בעובדה שעברו 4שנים בין התאונה לבין פסק הדין, חישב השופט את הפסד השכר העתידי לפי נזק שייגרם במשך 14שנים בלבד.

**נראה לי, כי טעה השופט קמא במסקנתו בדבר תוחלת שנות העבודה של ימאי,** וכי בנקודה זו ערעורו של המערער בדין יסודו.

הטעות של השופט נובעת מפירוש לא נכון של העדות. העד לא אמר שימאים פורשים משירות לאחר 15 שנה, אלא שכרגע לרובם יש וותק של 15 שנה. הוא התייחס למצב הנוכחים במקום עבודתו בחברת "צים", אשר פועלת רק 29 שנה. זו חברה צעירה.

בא-כוח המערער התבסס בעניין זה על פסק-דינו של השופט ח' כהן ב[ע"א 422/62](http://www.nevo.co.il/case/17922502) [1], בו נאמר שתובע לא צריך להוכיח שהיה עובד עד גיל 65. דבר זה יש להניח לטובתו, כל עוד אין ראיות שסותרות זאת.

**נראה לי אפוא, כי המערער זכאי לפיצוי בגין הפסד השתכרותו במרכיב האמור עד גיל .65 בעת התאונה היה המערער בן .20 אם נפחית את 4השנים עד למתן פסק הדין, נגיע להפסד במשך 41שנה.**

לפי חישוב בדרך שקבע המחוזי, נגיע בסעיף זה לפיצוי בסך 000,960, 3ל"י (במעוגל), במקום הסכום של 000,918,1.

**המרכיב השני שיש להתייחס אליו בעניין הפסדי השתכרות עתידית, הוא ירידה בכושר העבודה.** נקודת המוצא לעניין תביעה זאת היא המצב, הקיים אצל התובע היום בקשר לעבודתו, והאפשרות, שבעתיד יחול במצב זה שינוי, אשר יביא בחובו הפסד בשכר עקב נכותו. הכוונה היא בעיקר לאפשרות, שהתובע ייפלט מסיבה כלשהי ממקום עבודתו הנוכחי אל שוק העבודה, ויש לבדוק, אם לא פחתו סיכוייו, עקב נכותו כתוצאה מהתאונה, למצוא מקום עבודה אחר, שבו לא תיפגע רמת הכנסתו.

אני מסכים עם החלטת המחוזי לפעול לפי הלכת פס"ד moeliiker: פועל תעשייתי נפגע בתאונת עבודה ונקטעו לו שתיים מאצבעותיו. לאחר טיפול רפואי נאות חזר למקום עבודתו, ותנאי שכרו לא נשתנו במאומה. אף-על-פי-כן מצא בית המשפט לנכון להעניק לו פיצוי בגין האפשרות, שאם הוא ייפלט לשוק העבודה, יפחתו סיכוייו להתמודד בהצלחה על מקום עבודה דומה עם מתחרים, שאין להם המום שנשאר לו עקב התאונה.

**הכלל הוא שבית המשפט ישוכנע, כי קיימת סכנה ממשית, שהתובע אכן יורחק מעבודתו הנוכחית במועד כלשהו. זאת לאחר שייקח בית המשפט בחשבון את כל השיקולים הרלוואנטיים בנושא זה.**

**על-פי ראש נזק זה פסק בית המשפט המחוזי למערער (על-פי אומדן כמובן) פיצוי בסך 000, 400ל"י, וגם בקביעה זו אין אני רואה מקום להתערבותנו, ומציע אני לאשרה.**

המשיבים טענו כי נפסק למערער פיצוי בגין ירידת כושר העבודה לתקופה של 40שנה, דהיינו, עד הגיעו לגיל 65, בלי להביא בחשבון, כי המערער כבר זכה לפיצוי עבור הפסד השתכרות לפי המרכיב הראשון.

**יש שוני באופיים של שני המרכיבים שנדונו לגבי הפיצוי על הפסדי השתכרות.** **המרכיב הראשון נוגע, כאמור, להפסד השתכרות כתוצאה מכך שלא יוכל להיות מכונאי בים. השני מתייחס להרעה נוספת, שעלולה לפקוד את המערער אם יפוטר ממשרתו ויצטרך לחפש עבודה אחרת.** במקרה כזה עלולה נכותו להשפיע על סיכוייו להצליח לקבל עבודה ברמה דומה. סבורני אפוא, כי **בית המשפט קמא צדק בהעניקו פיצוי נפרד עבור כל אחד מראשי הנזק האמורים**.

בנוסף, בא-כוח המערער ביקש לתקן את פסק הדין של המחוזי, באופן שהפיצוי בגין כאב וסבל יישא ריבית בשיעור של % 3מיום התאונה במקום מיום הגשת התביעה, כפי שקבע בית המשפט. אני מסכים עמו.

**לסיכום:** יש לדחות את הערעורים בכל הנוגע לממצאיו ולמסקנותיו של בית המשפט קמא, בכפוף לשינויים הבאים:

א. אשר להפסד השכר בעתיד, הנובע מאי-כשירותו של המערער לעבוד בתור מכונאי בים, יש לשנות את הסכום, שנקבע על-ידי השופט קמא, מ-000,918, 1ל"י ל-000,960, 3ל"י .

ב. אשר לסעיף של "כאב וסבל", יש לתקן את פסק הדין כך שהריבית תיספר מיום התאונה במקום מיום הגשת התביעה.

המשיבים ישלמו שכ"ט 400,000 ש"ח.

השופט מ' אלון: אני מסכים.

השופט א' חלימה: אני מסכים.