דיני נזיקין - פרופ' בנימין שמואלי

דיני הנזיקין שונים מדינים אחרים (למשל חוזים) בכך שהיחסים בין הניזוק למזיק נקבעים לאחר המעשה (לפני כן לא הכירו האחד את השני), ובשונה ממקרים אחרים שני הצדדים לא בחרו להימצא במצב בו הם נמצאים לאחר הנזק (חיובים לא רצוניים).

"בשונה ממנגנונים חלופיים של פתרון סכסוכים, המבוססים על עקרונות של פשרה, גישור וחלוקה – ההליך השיפוטי מושתת ברגיל על הכרעה בין שני צדדים ניצים המציגים כל אחד את גרסתו ומבקשים לשכנע את בית המשפט בנכונותה"[[1]](#footnote-1)

מבחינת **מיקום העוולות**: "פקודת הנזיקין" היא החיקוק העיקרי ונוספים לה חוקים משלימים נוספים כגון חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, חוק האחריות למוצרים פגומים ועוד.

* המחברת מסודרת לפי סדר הלימוד שהכתיב שמואלי בשיעוריו.

מקרא:

חקיקה

**פס"ד**

 מהות העניין

✔ - הלכה

🗶 - מיעוט/הלכה קודמת

מושג/מבחן

תמצות לזכירה

❌ - אסור

✅ - מותר

❗ - חריג

 [ ] - הערה שלי

המחברת מבוססת על סיכום השיעורים, פסקי הדין והמאמרים, מחברות אחרות ומקורות אחרים מהאינטרנט. כמובן שיכולות להימצא טעויות – ויתכנו חוסרים – אז אל תסתמכו רק עליה וקחו את הכתוב בעירבון מוגבל[[2]](#footnote-2) 😊

תוכן עניינים

[**מבוא כללי ונוסחת האחריות הנזיקית 5**](#_Toc135820675)

[נוסחת האחריות הנזיקית 5](#_Toc135820676)

[מושגים בסיסיים 5](#_Toc135820677)

[דוגמת מבוא 7](#_Toc135820678)

[מטרות דיני הנזיקין - סקירה כוללת 10](#_Toc135820679)

[דוגמת מבוא 2 11](#_Toc135820680)

[שיקולי מדיניות משלימים (מנהליים) 15](#_Toc135820681)

[פס"ד מלול 17](#_Toc135820682)

[שיקולים ערכיים של מדיניות משפטית 21](#_Toc135820683)

[**ההיסטוריה של דיני הנזיקין 24**](#_Toc135820684)

[גישה א' - דיני הנזיקין צמחו מדיני החוזים 25](#_Toc135820685)

[שרידים לעירוב בין נזיקין לחוזים 25](#_Toc135820686)

[גישה ב' - דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין 26](#_Toc135820687)

[פיצויים עונשיים 28](#_Toc135820688)

[**נזקים וראשי נזק 31**](#_Toc135820689)

[ראש נזק ממוני 33](#_Toc135820690)

[הוצאות רפואיות 33](#_Toc135820691)

[אובדן השתכרות 34](#_Toc135820692)

[ראש נזק לא ממוני (non-pecuniary loss) 40](#_Toc135820693)

[כאב וסבל, כולל גם צער נפשי 41](#_Toc135820694)

[אובדן הנאות חיים 43](#_Toc135820695)

[קיצור תוחלת חיים (reduction of life expectancy) 44](#_Toc135820696)

[פגיעה באוטונומיה 45](#_Toc135820697)

[שאלת היסוד הנפשי בדיני הנזיקין 47](#_Toc135820698)

[**תובעים ונתבעים 48**](#_Toc135820699)

[מי יכול להיתבע? 48](#_Toc135820700)

[מי יכול לתבוע? 50](#_Toc135820701)

[ניזוק נפשי במעגל המשני 50](#_Toc135820702)

[**הגנות 56**](#_Toc135820703)

[הגנות כללית 57](#_Toc135820704)

[הגנות חלקיות 60](#_Toc135820705)

[**משטרי אחריות 61**](#_Toc135820706)

[משטרי קצה 62](#_Toc135820707)

[משטר 1: אשם (רשלנות) 62](#_Toc135820708)

[משטר 2: אשם ואשם תורם 62](#_Toc135820709)

[משטר 3: אחריות מוחלטת 62](#_Toc135820710)

[אשם לפי נוסחת לרנד הנד 66](#_Toc135820711)

[מונע הנזק הזול 69](#_Toc135820712)

[השוקל הטוב 70](#_Toc135820713)

[משטרי ביניים 71](#_Toc135820714)

[משטר 4: אחריות חמורה (קפידה) 71](#_Toc135820715)

[משטר 5: אחריות מוגברת 74](#_Toc135820716)

[**מטרות דיני הנזיקין 74**](#_Toc135820717)

[צדק מתקן - הגישות השונות 75](#_Toc135820718)

[צדק מתקן תלוי אשם 75](#_Toc135820719)

[צדק מתקן לפי מאזן הסיכונים 76](#_Toc135820720)

[פיצוי 76](#_Toc135820721)

[צדק חלוקתי - השלכות 77](#_Toc135820722)

[הרתעה יעילה - הגישות השונות 78](#_Toc135820723)

[התֵאורמה של קוז 79](#_Toc135820724)

[ארבעת הכללים של קלברזי ומלמד 79](#_Toc135820725)

[מטרות דיני הנזיקין - מקרי מבחן 81](#_Toc135820726)

[מקרה מבחן 1 - המפעל והקרינה 81](#_Toc135820727)

[מקרה מבחן 2 - אתא 82](#_Toc135820728)

[מקרה מבחן 3: פיצוי למסורבות גט 86](#_Toc135820729)

[עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות 87](#_Toc135820730)

[**עוולת הרשלנות 89**](#_Toc135820731)

[חובת זהירות מושגית(notional duty): 90](#_Toc135820733)

[חובת זהירות קונקרטית (duty in fact): 93](#_Toc135820734)

[**הפרת חובה חקוקה 96**](#_Toc135820739)

[בין עוולת הרשלנות לבין העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה 97](#_Toc135820740)

[**משפט ורפואה 100**](#_Toc135820741)

[קווים לניתוח אירועון במשפט ורפואה: 100](#_Toc135820742)

[1. טיפול רפואי לקוי 101](#_Toc135820743)

[2. היעדר הסכמה/היעדר הסכמה מדעת 101](#_Toc135820744)

[3. בחירה בין חלופות 102](#_Toc135820745)

[טיפול רפואי ללא הסכמה החולה, תקיפה 106](#_Toc135820746)

[**פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פלת"ד) 108**](#_Toc135820747)

[מהות החוק 108](#_Toc135820748)

[תאונה רגילה 109](#_Toc135820749)

[תאונה מעורבת 109](#_Toc135820750)

[ייחוד עילה 110](#_Toc135820751)

[פיצויים על פי חוק הפלת"ד 111](#_Toc135820752)

[תאונת דרכים - ההגדרה 113](#_Toc135820753)

[המבחן - האם אירוע מוגדר תאונת דרכים? 114](#_Toc135820754)

[שלב א' - ההגדרה הבסיסית 114](#_Toc135820755)

[שלב ב' - החזקות המרובות 122](#_Toc135820756)

[שלב ג' - החזקה הממעטת 123](#_Toc135820757)

[סוגיות שונות בפלת"ד 125](#_Toc135820758)

[משוללי זכאות בפלת"ד 125](#_Toc135820759)

[דינם של תלויים 127](#_Toc135820760)

[זכות החזרה 128](#_Toc135820761)

[קרנית 128](#_Toc135820762)

[אחריות למעשי הזולת 132](#_Toc135820763)

[הקדמה - פיצויים עונשיים 132](#_Toc135820764)

[במשפט משווה 132](#_Toc135820765)

["נטע זר על נטע זר" - האמנם? 133](#_Toc135820766)

[משפט משווה 133](#_Toc135820767)

[פס"ד פלונית 133](#_Toc135820768)

# מבוא כללי ונוסחת האחריות הנזיקית

## נוסחת האחריות הנזיקית

ניזוק תובע את המזיק (נתבע) כדי לקבל פיצויים.

הניזוק צריך להוכיח יסודות מצטברים:

1. שנגרמה לו **עוולה**
2. שנגרם לו **נזק**
3. שיש **קשר סיבתי** בין השניים (הקשר הסיבתי הנדרש מובהר בהמשך).

המזיק ינסה להוכיח:

1. שלא התקיימו היסודות המצטברים.
2. אם הוכח שכן, הוא ינסה להשתמש בהגנות.

נראה בהמשך שהנוסחה לא מספיקה. לא מספיק שנגרם נזק - יש עוד פרמטרים.

### מושגים בסיסיים

* **עוולה** (civil wrong): הפרת חובה הקבועה בחוק, שביצועה מקים אחריות בנזיקין. המזיק עיוול במעשה או במחדל. בניגוד לעונשין, המעשה איננו אסור אלא לכל היותר גורר פיצוי.
* **אמצעי מניעה** (precautions): כך נקראים אמצעים למניעת סיכון, בדיני הנזיקין.
* **צמיתה** - מילה גבוהה לצמיתות.
* **מאזן הסתברויות**: על מנת להוכיח נזק בנזיקין, ביהמ"ש יבחן את ההסתברויות ויעדיף את הגרסה שהסתברות נכונותה היא יותר מ-51% (בניגוד לעונשין, שם יש צורך במעל לכל ספק סביר). חריגה ממנו מצריכה טעמים חזקים.

הסבר אחר: "כלל מאזן ההסתברויות מביא להתערבותו של המשפט במערכת היחסים שבין הצדדים המתדיינים רק כאשר מרבית הסיכויים מצביעים על הצדקה לכך"[[3]](#footnote-3).

מדוע משתמשים בו? "כאשר הוא מוחל על פני כלל המקרים המגיעים להתדיינות משפטית יש בו כדי למזער את עלויות הטעות ולפזר אותן באופן שוויוני" "יתרונותיו של הכלל… עולים על חסרונותיו בהשוואה לכל אמת מידה הוכחתית אחרת".

* + **גישת "הכל או כלום"**: אם הניזוק לא יצליח להוכיח, לפי "מאזן ההסתברות", קש"ס בין ההתנהגות ובין התרחשות הנזק – לא יוכל לזכות בשום פיצוי. המציאות היא או שהנתבע גרם לנזק או שלא גרם לנזק. נראה בהמשך כי גרסה זה מתרככת במקרים מסוימים. "כלל מאזן ההסתברויות – עם כל חשיבותו – אינו חזות הכול" (ריבלין ב**מלול**)
* במצב של **ריבוי מעוולים**, בהם סובל אדם נזק עקב עוולה, המבוצעת על-ידי שני מזיקים או יותר, מבחינים בין כמה סוגים אפשריים:
1. **מעוולים במשותף** (joint tortfeasors): שני מזיקים או יותר המבצעים בשיתוף פעולה עוולה אחת הגורמת לנזק אחד לניזוק, חבים כל אחד ביחד ולחוד\* למלוא הנזק. אלו יכולים להיות מבצע העוולה והמסייע לו, מבצע העוולה ואדם האחראי עליו, המייעץ למבצע העוולה ועוד.
* "מספר מעוולים הפועלים בצוותא חדא למען מטרה אחת" (שמגר **22/75**)
1. **מעוולים בנפרד שגרמו נזק אחד בלתי ניתן לחלוקה** (several concurrent tortfeasors): בדין הישראלי אלו נחשבים כמעוולים במשותף.

למשל, שני כלי רכב אשר פגעו באדם בזה אחר זה. כל אחד מהם פגע בנפרד באדם ולא ניתן לחלק את הנזק ביניהם - נחשבים כאילו ביצעו יחד את העוולה.

לא תמיד חלוקת הנזק ביניהם ברורה:

1. כל אחד מהמעוולים יכול היה לגרום למלוא הנזק.
2. כל אחד מהמעוולים יכול שלא גרם לשום חלק שהוא מהנזק.
3. מעשה של כל אחד מהמעוולים יכול היה לגרום לחלק מן הנזק, אך לא לכולו.
* ביהמ"ש ינסה למצוא את החלוקה הצודקת ביותר במצב הדברים "כאשר אין אינדיקאציה לחלוקה צודקת יותר" (בן פורת **304/68**)
1. **מעוולים בנפרד שגרמו נזקים נפרדים** (several independent tortfeasors): ביהמ"ש יפצל את חלוקת הנזק. כל אחד יהיה אחראי לתשלום פיצוי על הנזק שגרם.
	* + **נזק שאינו ניתן לחלוקה**: כאשר לא ניתן לקבוע לאיזה חלק מהנזק אחראי כל אחד מהמעוולים.

בארה"ב היו מספר פס"ד מרחיקי לכת. למשל ב**Sindell v. Abbott Labs** תבע אדם פיצויים בגין נזק שאירע לו כתוצאה מתרופה שנטלה אמו בזמן הריונה אותו. סוג התרופה היה ידוע ונפוץ אך לא ניתן היה להוכיח, מי מאותם יצרנים רבים של אותה תרופה ייצר את אותה גלולה ספציפית בה השתמשה אם התובע. בנסיבות אלה החליט בית המשפט לחייב את כל החברות שייצרו את התרופה האמורה, וכל חברה חויבה בסכום על-פי חלקה היחסי בשוק התרופות באותה עת (אחריות לפי פלח/נתח שוק).[[4]](#footnote-4)

ההיגיון שעומד בבסיסה הוא הגיונו של מבחן ההטיה הנשנית (בהמשך).

* + - **\*אחריות ביחד ולחוד**: במצב ריבוי המעוולים, ניתן לראות בכל אחד מהמעוולים יחד כאחראי לגרימת כלל הנזק, או לראותם כאחראים יחדיו לנזק כולו. פרקטית, הניזוק רשאי לבחור אם להגיש תביעה נגד כלל המעוולים יחד, חלקם, או אפילו רק נגד אחד מהם.
* **ניזוק**
	+ **עיקרי**: מי שהפגיעה בו – בגופו או ברכושו - היא תוצאה ישירה של העוולה.[[5]](#footnote-5)
	+ **משני**: מי שנפגע כתוצאה מן הפגיעה שהוסבה לאחר.

### דוגמת מבוא

**מלך נ' קורנהויזר (ד"נ 15/88):**

מלך עשה לתומו ג'וגינג בפארק בסביון, כשלפתע התנפלו עליו במשך כעשרים דקות שלושה כלבים שנגסו חלקים מגופו וגרמו לו לנכות צמיתה גבוהה. הוכח, באמצעות עדי ראייה, כי לפחות שניים מבין שלושת הכלבים הללו שייכים לזוג קורנהויזר, והכלב השלישי היה, ככל הנראה, כלב רחוב.

סעיף 41 - היזק ע"י כלב:

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

41ב. בתובענה לפי סימן זה לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם כן הנזק נגרם עקב אחד מאלה –

1. התגרות של הניזוק בכלב;
2. תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו;
3. הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.

41ג. אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר."

**השאלה המשפטית**: סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק; לא ברור מה אחריותו של כל כלב לנזק. כיצד מחלקים את הנזק כאשר קיים "**נזק יתום**" (ע"י הכלב השלישי)?

קיימות שתי אפשרויות: או שהזוג ישלמו על הנזק של הכלב השלישי או שהניזוק יספוג בתוצאות.

השופט לוין (דעת הרוב): במקרה שבו ישנם שני פירושים משפטיים ללקיחת אחריות על הנזק, יש להכניס שיקולי מדיניות משפטית ולבחור בפירוש המשפטי הנותן לניזוק תרופה מלאה בגין הנזק שסבל. זאת לפי העיקרון החשוב בדיני נזיקין שיש לשאוף לפיצוי הנפגע באופן מלא ולהביאו למצב שלפני הנזק שנגרם.

במקרה שלנו, מדובר במצב של **ריבוי מעוולים הגורמים לנזק אחד בלתי ניתן לחלוקה** (במיוחד בנוגע לתקיפה ע"י בע"ח: "מנין לנו מידת הזעם שבה תקף כל אחד מן הכלבים? מנין לנו מידע כלשהו על כושר הפגיעה הרעה שלו ברגע נתון? מנין לנו מה הנתונים הסביבתיים המשפיעים על שטף המתקפה שלו ומידת השפעתם של נתונים אלה?").

לאור מטרת הפיצויים (השבת המצב לקדמותו), ומאחר ואין תשובה משפטית ברורה לשאלה מי ישלם על הנזק השלישי - ראוי שהניזוק לא יספוג את הנזק על חשבונו, כי אחרת יצא בשן ועין.

בני הזוג יפצו את מלך על נזק מלא.

השופט בך (דעת מיעוט): "אין לקבל את התיזה… שפלוני, אפילו אם הוכח שהתרשל, יהא חב לניזוק בעד נזק שלא נגרם על-ידי מעשיו". ואם רק כלב אחד היה שלהם ושניים כלבי רחוב - עדיין לוין היה מחייב אותם מלוא הנזק? "אסור שאהדתנו המובנת והטבעית לקורבן העוולה החף מפשע תניע אותנו 'להעניש' את המעוול מעבר לחלקו בגרימת נזקו של הנפגע"

חלוקת הנזק הינה הפתרון ההגיוני ביותר, ולכן בני הזוג יפצו ⅔ מהנזק: "עוצמתו של הטיעון המוסרי-אנושי… נחלשת במידה רבה, מקום בו מוטל על המזיק אותו חלק של הנזק שניתן לייחס לו, על-פי העובדות המוכחות, אפילו נעשית קביעה זו על-פי אומדן משוער… המזיק משלם את חלקו הסביר בהתאם לתרומתו המשוערת לגרימת הנזק" - מן הראוי לחתור להשגת תוצאה, לפיה ישלם המזיק על מעשיו, אך לא ישלם יותר ממה שמתחייב ממעשיו.

 "אינני רואה כל דבר אבסורדי או בלתי סביר בקביעה, כי כל אחד משלושת הכלבים התוקפים גרם במשוער לשליש הנזק הכולל שנגרם לאותו אדם."

**דיון**:

* ביהמ"ש חייב את בני הזוג בפיצוי מלא.
* פס"ד מלך "איננו "המקרה הקשה" של סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק, כיוון שבו הייתה כאמור וודאות שכל אחד מהנתבעים אכן גרם לנזק כלשהו".[[6]](#footnote-6)

עוד מושגים בסיסיים וכיווני חשיבה שונים בעקבות הפס"ד:

* **דיני הנזיקין כוללים גם מעשה וגם מחדל**: אחריות נזיקית יכולה להיגרם גם במעשה וגם במחדל. במקרה שלנו, בני הזוג ביצעו מחדל בכך שלא קשרו את הכלבים. לא תמיד צריך מעשה אקטיבי.
* **נתבעים פוטנציאלים נוספים**:
	+ אנשים שהיו בסביבה ולא התערבו ("השומרוני הטוב")
	+ הרשויות שהיו אולי צריכות לנקוט באמצעי מניעה (אם כי קשה יותר לתבוע רשויות, שיכולות לטעון שאמצעי המניעה גבוהים לעין שיעור מתוחלת הנזק [הרחבה בהמשך הקורס], ועלותם תבוא בחשבון על שירותים ציבוריים).

כאשר ניזוק ירצה לתבוע נתבעים פוטנציאליים אחרים, עליו לבדוק את רמת הסבירות לקבלת התביעה, במיוחד במקרים בהם אין וודאות שיש לגוף הפוטנציאלי אחריות נזיקית על הנזק.

* **קשר סיבתי**: אלמלא התנהגותו הרשלנית של פלוני, לא היה נגרם הנזק (קש"ס עובדתי).
	+ קיים גם עניין ה**צְפִיּוּת** - אדם סביר צריך לצפות שהכלב מועד להזיק, שהבור מועד לנפילה. אך לא כל פעולה שהיית צריך לצפות אתה לא בסדר (למשל, ילד יהודי סוחב קרשים מאתר בניה בחו"ל, ונפצע. אם הקבלן יִתָבַּע על כך שהיה צריך לדעת על ל"ג בעומר הקרב ובא, הוא יטען ובצדק שהוא לא אמור לדעת על קיומו של כל חג וחג ולהסיק מסקנות).
* **אשם תורם**: לעתים גם לניזוק יש חלק בנזק שנגרם לו, למשל, אם מלך היה מתגרה בכלבים. במקרה כזה ביהמ"ש עשוי להפחית לו מהפיצויים (ס' 68). ההתנהגות של הניזוק הספציפי במקרה ספציפי.
* **השפעות מקום וזמן**: מה היה קורה אילו התקיפה הייתה מתרחשת בשטח פרטי? אם מלך היה נכנס בשעת לילה מאוחרת לביתם של קורנהויזר? אם התקיפה הייתה מתרחשת בעיירת פיתוח? מבין השורות אפשר להבין שהשופטים פחות נרתעים מלחייב את בני הזוג על מלוא הנזק, מהיותם בעלי אמצעים הגרים בסביון.
* **על אילו נזקים ניתן לקבל פיצוי**: נפשיים? נזקים לצמיתות? הוצאות נסיעה? אם ילדים צפו במקרה, האם גם הם יכולים לקבל פיצוי? ("נזק נפשי במעגל הסיכון השני", בהמשך הקורס).
* **תביעה ללא נזק**: קיימים הבדלי תפיסה בין הגישה הישראלית לגישות בחו"ל.
	+ **נזיקין - מעשה אסור**: באנגלית דיני הנזיקין נקראים "tort" ומשמעות המילה מצרפתית היא "מעשה שאסור", בדומה ל"עבירה" בפלילים. בארה"ב, בצרפת ובעוד מדינות הדגש נמצא על עצם המעשה האסור.
	+ **נזיקין - נזק**: לעומת זאת, במשפט הישראלי הדגש נמצא על הנזק שנגרם. אין נזיקין ללא נזק.

אם מלך היה רק עובר ורואה את הכלבים המסוכנים אך בלי שתקפו אותו, האם יכול לתבוע ע"מ שלא יגרם נזק עתידי? אם זרקתי קליפת בננה ברחוב, האם ניתו לתבוע אותי על הנזק הפוטנציאלי (עבירת התנהגות?)?

* **תביעת נזיקין ללא הוכחת נזק**: קיימות מספר עוולות אשר מאפשרות זאת. למשל:
	+ חוק הספאם
	+ חוק איסור לשון הרע 7א (עד לסך של 50,000 ש"ח) מסלול עם הוכחת נזק ובלי; הפיצוי נע בהתאם.
	+ חוק הגנת הפרטיות 29א (עד לסך של 50,000 ש"ח)
	+ החוק למניעת הטרדה מינית (עד לסך של 120,000 ש"ח)

ועוד. אלו מראים שיש זכאות לפיצויים גם ללא הוכחת נזק (לעתים הפיצוי מוכפל במקרים של כוונה להזיק). הסיבה היא כי בהם יש חזקה לנזק. בגלל חזקה זו, הנחה זו, מאפשרים לאדם לתבוע נזק באופן אוטומטי.

* **מניעה**:
	+ **לפני מעשה (Ex ante)**: איך אפשר למנוע נזק? ע"י צו מניעה. האם ניתן להוציא צו מניעה לכלבים כדי למנוע נזק עתידי? פוגע בזכות הקניין.
	+ **אחרי מעשה (Ex post)**: זהו הפיצוי לניזוק.
* **ביטוח**: מה תפקיד הביטוח של כל צד, בעניין זה? האם התביעה מתנהלת מההתחלה נגד הביטוח, או שבהתחלה זה נגד המזיק ובסוף נגד הביטוח? מה רמת אחריות המעביד בפיצויים? מה דין תאונה עצמית ואת מי תובעים בה? האם מעביד חייב לבטח את עובדיו?
* **השפעת מוות אחד הצדדים**: אם מלך היה מת, האם מי ממשפחתו יכול לתבוע במקומו? אם הוא היה מפרנס עיקרי, האם משפחתו היתה יכולה לתבוע פיצויים על כלל ההכנסות העתידיות?
* **הגנות אפשריות למזיק**: האם יש הגנות למזיק? למשל יש הגנות שמטרתן היא לדחות את התביעה, למשל סעיף 24, או סעיף 41ב. חלק מההגנות הן חסינויות כגון קטינים או חיילים בתפקיד וכו.

הסעד המבוקש:

* **פיצויים**: כספיים;
	+ **עבר**: נפשי, גופני, רכוש.
	+ **עתיד**: כשיש עוולה מתמשכת, ואנחנו רוצים לעצור אותה (כגון סרבנות גט). ניתן להעריך מהו גובה הזנזק העתידי ולפי זה לחייב את המזיק. משמש להרתעה.
* **צו מניעה** (prohibitory injunction): מניעה מאדם לבצע פעולה מסוימת (למשל, כבדוגמת אירועון 2א - איסור להקים מועדון רועש בשכונה)
* **צו עשה** (mandatory injunction): חיוב לעשות דבר מה (למשל, כבדוגמת אירועון 2ב - חיוב לפנות פסולת בניין).

נוסחת האחריות הנזיקית אינה עומדת בחלל ריק

יש להתחשב גם ברכיבים אחרים:

### מטרות דיני הנזיקין - סקירה כוללת

גם כיום אין סל מטרות מוסכם על כולם, אך אלו הן המטרות המסתברות העולות על הדעת.

#### מטרות המתרכזות בצדדים בלבד:

1. **פיצוי** (compensation/reparation): כספי, ע"מ "לתקן" את הנזק שנעשה ולסייע לניזוק. משמש גם כהרתעה.
* "הפיצוי לא ימנע את הסבל, אך יכול שיהפוך את הסבל לנסבל" (ריבלין ב**אטינגר**, להלן)
1. **צדק מתקן** (corrective justice): השבת המצב לקדמותו. "להחזירו, ככל הניתן, למצבו עובר לאירוע" או שאיפה לכך ע"י תשלום פיצויים או מתן צו היכן שהשבה אמיתית בלתי אפשרית (למשל בנזקי גוף צמית - נכות לצמיתות).[[7]](#footnote-7) יש המזהים את עקרון הצדק המתקן עם רעיון האחריות האישית של המזיק.

הסבר אפשרי לצדק המתקן הוא *משל המקטעים של אריסטו*: ביוונית המונח צדק (sikaion), הוא חלוקה לשני מקטעים שווים. מקטע אחד מייצג את מצבו של המזיק, והשני מייצג את מצבו של הניזוק. המצב התקין הוא כשאכן שני המקטעים שווים בגודלם, אולם כאשר נגרם נזק "שאינו צודק" מופר השוויון, וחלק מהמקטע של הניזוק, המייצג את היקף הנזק או ההפסד, מתווסף למקטעו של המזיק כרווח. הצדק יעשה ע"י החזר המקטע שנלקח לניזוק.

#### מטרות אינסטרומנטליות/מכשירניות

להשגת מטרה חברתית-כלכלית עליונה יותר (הכוונת התנהגות ומניעת מקרים עתידיים):

1. **צדק חלוקתי** (Distributive justice): *חלוקה צודקת* יותר של עוגת הרווחה המצרפית.[[8]](#footnote-8) כלל הגופים השייכים לפעילות משותפת מסוימת יתרמו את חלקם לצורך קידום מטרות חברתיות, כמו סיוע לחלשים. דרך טובה לבצע זאת היא ע"י **פיזור נזק,** להלן.
2. **הרתעה יעילה**: חלק מהגישה הכלכלית למשפט, המנסה *להגדיל* את עוגת הרווחה המצרפית ע"י הכוונת התנהגות. הרתעה נוצרת כאשר אדם יודע שאם יזיק הוא עלול לשלם פיצוי כספי גבוה - בין בצורה ישירה לניזוק ובין אם בצורה עקיפה כאשר חברת ביטוח נושאת בתשלום הנזק, אך מעלה בשל כך את פרמיית הביטוח (או למשל ע"י אמצעי מניעה: התקנת מכשיר מובילאיי עשויה להוריד את מחיר הפרמיה, כיוון שכך חברת הביטוח יודעת שעשויות להתרחש פחות תאונות).

מניעת מקרי נזיקין עשויה לחסוך לחברה עלויות פוטנציאליות. הרתעה גם מייצרת יעילות כלכלית, כאשר היא קובעת רגולציה המובילה לפתרון מורכב אך יעיל.

* **הרתעת יתר**: חיוב אדם בגין נזקים שלא גרם להם בפועל, עלול יביא לפגיעה בלתי מוצדקת בהתנהגויות ראויות (כגון רפואה מתגוננת)
* **הרתעת חסר**: חיוב אדם לשאת בפחות מהנזקים שגרם להם בפועל.

לגבי 2 ו-4 כולם מסכימים שהן קיימות.

* אחד המלומדים האמריקניים מונה גם את המטרה של **מניעת עשיית דין עצמי**. אדם שלא יפוצה עלול לקחת את החוק לידיים, למשל לגנוב בחזרה, לפגוע פיזית וכו. חברה שמנהלת ככה אינה תפקודית, איש את רעהו חיים בלעו.

### דוגמת מבוא 2

[הקדמה והרחבה על מושג הסיבתיות עמומה, נלקח ברובו מפס"ד מלול להלן]

* **סיבתיות עמומה**: מקרים שבהם קיימת אי-ודאות בזיהוי הגורם העובדתי לנזק. הקושי נעוץ בכך שלא ניתן להוכיח קש"ס עובדתי כמקובל על-פי 'מבחן האלמלא', כיוון שהנזק המאוחר "בולע" את הנזק המוקדם.

ראשית כל, במקרים של סיבתיות עמומה יש להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבארם, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים.[[9]](#footnote-9) אם למרות אלו הקש"ס אינו ברור - הרי זו סיבתיות עמומה.

קטגוריות שונות של סיבתיות עמומה:[[10]](#footnote-10)

1. עמימות ביחס **לגודל הנזק**: מצב בו ידוע כי חלק כלשהו מהנזק נגרם בוודאות על ידי התנהגות בת-אשם של נתבע מסוים ,אך אין יודעים מהו חלק זה אל מול חלקם של הגורמים האחרים, בין שהם בני-אשם ובין שאינם. במצב זה פסיקת פיצוי לפי הסתברות היא מקובלת.
2. סיבתיות עמומה **ביחס לזהות המזיק**: הניזוק עומד מול שני גורמים מתרשלים או יותר, אך לא יודעים מי מהם אחראי. הקושי הוא בזיהוי "הנתבע הנכון". במצב זה פסיקת פיצוי לפי הסתברות מקובלת ויש הסבורים שאף הכרחית, כיוון שקיימים חשודים רבים לעוולה, אשר כל אחד מהם נשא בהתנהגות בת-אשם. (**פס"ד מלך** שייך לקטגוריה זו, אם כי מקרה קל יחסית שלה)
3. סיבתיות עמומה **ביחס לזהות הניזוק**: קבוצת ניזוקים עומדת מול שורה של התנהגויות, שחלקן בנות-אשם וחלקן לא, ואין יודעים מי מהניזוקים ניזוק על ידי ההתנהגות בת-האשם ומי ניזוק על ידי הגורמים האחרים.
4. סיבתיות עמומה **ביחס לעצם גרימת הנזק**: "לב ליבה של הסיבתיות העמומה"[[11]](#footnote-11). מצב בו אין בידי הניזוק להוכיח על-פי מאזן הסתברויות כי ההתנהגות בת-האשם של הנתבע גרמה לנזק כלשהו לאנשים כלשהם.
* "אי-הוודאות נעוצה בטבעו של נזק הגוף במקרים אלו, הן לאור העובדה שהידע הרפואי ביחס לגורמים להיווצרות הנזק מוגבל הוא והן בשל העובדה שמחלות וליקויים רפואיים עשויים להיות תוצאה של גורמים רבים"[[12]](#footnote-12)

לכאורה, אם נטיל על המתרשל במצב הזה אחריות בגין הנזק, יהיה זה חתירה כנגד עקרון הצדק המתקן. אולם אפילו קיימת אי-וודאות ביחס לעצם גרימת הנזק, עדיין קיימת וודאות שהנתבע התרשל כלפי התובע ושהתנהגותו פסולה. 'טיעון הרע במיעוטו' - עדיפה סטייה קלה יחסית מעקרון הצדק המתקן על-פני סטייה בוטה יותר".

העיסוק בשאלה זו הוא עתיק ורב, "המחלוקת בסוגיה זו קשה, הגישות רבות וספק רב אם נמצא – אם ניתן למצוא – פתרון כולל הנותן מענה לכלל הבעיות הכרוכות בסוגיה זו" (ריבלין ב**פס"ד מלול**)

עם זאת, ביהמ"ש במהלך השנים סייע לנפגע באמצעים שונים[[13]](#footnote-13):

1. פסיקת **פיצוי לפי הסתברות**: יש להשתמש בו בזהירות הראויה. הכלל הזה עובד גם לטובת נתבעים, שיוכלו לטעון להפחתת הפיצויים כאשר אין ודאות מלאה. בהמשך נראה איך הוא חודד ע"י מבחן ההטייה הנשנית.
2. בהעברת **נטל ההוכחה לנתבע**, שיידרש להוכיח היעדרו של קשר סיבתי. אם לא יצליח, ישלם פיצוי מלא. זהו ביטוי להעדפה של הניזוק החף על פני הנתבע המתרשל.

ביקורת על שיטה זו טוענת שאין בכך צדק, שהיא חותרת תחת עקרונות הצדק המתקן וההרתעה (פיצוי-יתר מובהק והרתעת-יתר חריפה)

1. בקביעת חזקות לחובת הנתבע ביחס לגזרות מסוימות של יריעת המחלוקת הסיבתית;
2. בהטלת אחריות על "**מעוולים במשותף**", שחלקו של כל אחד מהם בגרימת הנזק אינו ידוע; בהגדרת נזק כ"נזק שאינו ניתן לחלוקה", אשר על המעוול לשאת בכולו, אף שגרם רק לחלקו;
3. ובהכרה ב**מבחני קש"ס סיבתי אלטרנטיביים** למבחן ה"אלמלא" (כגון "מבחן הדיות" או מבחן "הגורם המהותי").

**מדינת ישראל נ' קרישוב (דנ"א 5707/04**):

קרישוב הוא פנסיונר שחלה בסרטן הלימפומה. הוא עבד במשך שנים במוסך של קיבוץ מעין צבי, בהחלפת רפידות, ונמצא כי גג המפעל הכיל אסבסט. הוא טוען כי הקיבוץ לא נקט באמצעי הזהירות הנדרשים בעבודת אסבסט, המדינה לא פיקחה על המעביד כראוי, וכי עקב רשלנותם של הנתבעים חלה הוא בלימפומה. הוא הביא לכאורה ראיות מכתבי עת יוקרתיים; ומצביע על העובדה שמתוך 14 פועלים שעבדו במהלך השנים במוסך - 6 חלו בסרטן הלימפומה (כולל הוא עצמו).

ביהמ"ש המחוזי והעליון קיבלן את תביעתו, והמדינה ערערה על כך ומכאן הדיון הנוסף שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם יש לעמוד בקשר סיבתי עובדתי (מאזן הסתברויות) או בקשר סיבתי מדעי (מומחיות מקצועית)?

השופטת ביניש סוקרת את הדיון הקודם:

השופטת נאור (בדעת מיעוט): יש להוכיח קש"ס באמות מידה מדעיות. אין ודאות מדעית, ואי אפשר לתקף את הראיות המדעיות ברף הסטטיסטי הנדרש; אין קשר ודאי בין החשיפה לאסבסט לסרטן הלימפומה. קרישוב לא הוכיח קשר שכזה, ולכן ערעורו נדחה.

✔ השופטים דורנר ולוי: אמנם הראיות המדעיות חלקיות ואין קשר סטיסטי מובהק, אך יש להעדיף את המודל האינדוקטיבי הבוחן ראיות נסיבתיות ע"פ השכל הישר והניסיון השיפוטי, מאחר ודרגת ההוכחה הנדרשת לביסוס מחקרים רפואיים שונה מדרגת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי. ראוי להקל בדרישות התוקף המדעי על מנת למנוע תוצאה לא צודקת במשפט.

קיים קש"ס עובדתי מהסיבות הבאות:

* אסבסט הוא חומר מסרטן, וקרישוב חלב בסרטן.
* הספרות הרפואית מתארת מקרים של קשר בין אסבסט לסרטן הלימפה.
* חשיפתו של קרישוב במשך שנים ובמהלך שעות רבות ביממה.
* הגיל הצעיר יחסית (37) בו חלה קרישוב בסרטן הלימפה המהווה מחלה נדירה, המופיעה בדרך-כלל בשנות ה- 60 לחייו של אדם.
* האחוז הגבוה בקרב עובדי המוסך שחלו במחלת הסרטן.

**דיון**:

* ניתן לראות בפס"ד זה מימוש של מטרת הצדק החלוקתי: הקיבוץ הוא החזק מול העובד החלש. המוסך הגדול בקיבוץ מול האדם הפשוט.

שיקולי מדיניות משפטית והצפת בתי המשפט

**עיריית ירושלים נ' גורדון (ע"א 243/83)** - פס' 19-25 לברק:

גודרון מכר את מכוניתו, וביצע את הליך העברת הבעלות במשרד הרישוי. אך עקב בעיות אצל עיריית ירושלים, הוא קיבל מדי זמן מה דו"ח חניה. הובטח לו כי הדוחות יעברו לבעל המכונית החדש וגורדון לא ישלם את הקנס, אך לבסוף נעצר ע"י המשטרה. הוא הגיש תביעה על הנזק שנגרם לו.

**השאלה המשפטית**: האם יש להטיל את האחריות הנזיקית על עיריית ירושלים?

השופט ברק: לעניין הטלת האחריות הנזיקית (ברשלנות), אין זה משנה אם מדובר בגוף ציבורי, שכן קיימת חובת השוויון (אולי המצאותם של שליטה, פיקוח וכוח הם אלו שיוצרים חובה זו). יתר על כן, הגוף הציבורי משמש לעתים קרובות "**מפזר נזק**" טוב, דבר שעשוי לעתים להצדיק הטלת אחריות עליו. בדרך זו יובטח גם, כי יינקטו אמצעי בטיחות בעתיד כדי למנוע הישנותו של האירוע הרשלני שגרם לאחריות (**הרתעה**), להבטחת זיהוים של נאשמים ולמניעת טעויות (**יעילות**)

אמנם מבחינת שיקולי מדיניות משפטית, ישנם חששות:החשש כי הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה תרפה את רוחם, תהפוך אותם להססנים ותפגע בשלטון החוק ובאכיפתו ("ריפוי ידיהם של עובדי ציבור"), החשש מ**הצפת בתי המשפט** (כל נאשם שיזוכה כדין ינצל את קיומה של חובת הזהירות ויתבע את הרשות התובעת), והחשש כי ייפתח פתח לעקוף את **סופיות ההליך הפלילי**.

אך לא הובאו כל הוכחה או הערכה - לא בפנינו, ולא בספרות המקצועית - כי אכן נהיה עדים לרפיון ידיים ולהצפה.

**חידושים**:

* הלכת גורדון - הכרה בפעם הראשונה באחריות ברשלנות של גופים ציבוריים.
* העלאת החשש של **ריפוי ידיהם של עובדי ציבור** (ייחששו מתביעה כל הזמן).
* הכרה במשפט הישראלי בנזק נפשי שהוא לא פסיכיאטרי-מחלתי (הסלנג מכנה זאת "עוגמת נפש". פגיעה בנוחות גופנית, סבל ופחד - גם אם אין להם כל ביטוי פיזי, וגם אם אין הם מתלווים לפגיעה פיזית כלשהי - עשויים להוות נזק בר פיצוי בנזיקין
* **סידור יסודות עבירת הרשלנות**: ברק הנזיקיסט מזהה אי סדר בנושא, ומסדר את שני סעיפי עבירת הרשלנות. רשלנות מול הפרת חובה חקוקה. עוולה פרטיקולרית מול עוולת מסגרת (נלמד בהמשך).

**אמין נ' אמין (ע"א 2034/98):**

מקרה קשה מאוד של הזנחה רגשית. 3 ילדים תבעו את אביהם על אחריותו בגין קורותם: הדרדרות לסמים ופשיעה, חוסר יכולת לעבוד או להתמיד בעבודה. "הילדים, אשר ביקשו והתחננו ליחס אבהי, למעט חום ודאגה, להתעניינות כלשהי בהם ובמעשיהם – מצד אביהם – נתקלו בקיר אטום". התברר כי התעלמות זו בוצעה לאחר דרישת אשתו השנייה: "הוא התכחש לאבהותו כלפי הילדים והתנער לגבי כל אחריות לגבי סבלם הנפשי".

ההגנה טענה כי הפגם המוסרי שבניתוק היחסים בין האב לבין בניו אינו מקים עילת תביעה בנזיקין. אמנם קיימת חובה משפטית לספק לילדים את צורכיהם החומריים, אך אין חובה משפטית, ואף לא יכולה להיות כזאת, לגבי צרכים נפשיים. כיצד ניתן לכפות אהבה?

**השאלה המשפטית**: האם ילדים זכאים לפיצויים מאביהם, אשר גרם להם נזקים נפשיים חמורים כתוצאה מזניחתו אותם?

השופט אנגרלד: אכן, החובה של ההורים אינה מוגבלת לצרכים חומריים גרידא. כל מה שנדרש מהם הוא לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין; האב הוא נדרש לנהוג כהורה מסור, אך לא כהורה מיוסר.

עם זאת, קיימים גבולות ברורים לפלישת המשפט לתוך מרקם המשפחה: אין ספק כי כל ילד זקוק לאהבת הורים והיא בגדר צורך חיוני בעבורו. כידוע, חסך באהבה עשוי להשפיע לרעה על אישיותו של אדם, אך הענקת אהבה היא מעבר ליכולת ההשגה של החוק, שידו גם כבדה וגם קצרה בתחום הנפש. לכן, בדברו על חובת ההורה לדאוג לצורכי הקטין, הכוללים חינוך, לא התכוון המחוקק להטיל חובה משפטית לאהוב, כעין דרישה לקיומו של רגש פנימי באדם.

אך אין לשלול את האחריות של האב על יסוד שיקולים כלליים של מדיניות משפטית. למשל, הטענה למדרון חלקלק - בהכרה העקרונית באחריותם המשפטית של הורים כלפי ילדים לנזקים נפשיים לא יהיה גבול לתביעות פיצויים - אינה מתקבלת.

יש לבחון את האחריות בנזיקין של אב כלפי ילדיו בשל הפרת החובה לדאוג לצורכיהם על רקע הנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה.

**חידושים**:

* השיקול של צדק חלוקתי נכלל.
* דיון במדרון חלקלק.
* הזנחה רגשית כעילה נזיקית (עד כה דובר על הזנחה חומרית),
* רשלנות גם במעשה מכוון ("ההתרשלות, במובנה הטכני, יכולה לכלול גם מעשים ומחדלים מכוונים, משום שהמבחן לקיום ההתרשלות הוא אי-הסבירות של ההתנהגות והצפיות של הנזק"),
* חיוב רגשי גם לילד שלא נמצא בהחזקה החומרית של ההורה.

### שיקולי מדיניות משלימים (מנהליים)

"שיקולים אלה בעלי משקל הם. אין לדחותם בקש. יש להתחשב בהם. יש להעמידם כנגד מכלול השיקולים האחרים, תוך יצירת איזון נאות" (ברק ב**גורדון**)

* **הצפת בתי המשפט**: התביעה כשלעצמה צריכה להתקבל, אך אם נקבלה יהיו השלכות נרחבות ותביעות רבות מאוד (אשר יובילו לתשלומי כספים, שהאוצר לא יוכל לעמוד בהם). גם אם יש תביעות טובות וחשובות, לפעמים השיקול של הצפת בתי המשפט גובר (למשל, בישראל אין יכולת לתבוע את חברות הסיגריות ב"תובענה ייצוגית המבוסס על עילה נזיקית").
	+ ב**פס"ד פלוני נ' פלוני**: ביהמ"ש טען שקבלת תביעה נזיקית בגין בגידה עלולה להביא להצפת בתי המשפט, עקב ריבוי הבגידות ומעשי הניאוף בחברה.
	+ ב**פס"ד פלוני נ' פלונית**: ביהמ"ש טוען שקבלת תביעה נזיקית בגין אי גילוי עבר מיני עלולה להביא להצפת בתי המשפט בתביעות בעניינים רגשיים. מערכת המשפט תצטרך להשקיע משאבים רבים בגילוי צפונות ליבם של בני הזוג.

טענת "הצפת בתי המשפט" יכולה במקרים מסוימים לבוא לטובת התביעה, כלומר אדרבא, יש ניזוקים שיושבים בצל ולא מודעים לזה שזכאים לפיצוי, וזה יעזור להם.

* **מדרון חלקלק** (slippery slope): התביעה כשלעצמה צריכה להתקבל, אך אם נקבלה הסיפור עלול להתגלגל ועלולים להגיש תביעות במקרים יותר קלים או אבסורדיים ("כדור שלג"). גם אם לא יוצף ביהמ"ש באלפי תביעות אלא רק כמה בודדות, יהיה בכך כרסום ברף הדין, בגבול.
	+ ב**קרישוב**: המדינה טענה כי בהעדפת קש"ס עובדתי יש משום פריצת המסגרת המדעית, וניתוק הקשר בין המדע והרפואה למשפט האזרחי. קביעה זו עשויה להשליך גם על מקרים אחרים בהם מתעוררות שאלות שבמומחיות מקצועית.
	+ ב**אמין**: "אין זה מן הראוי כי בנים יתבעו את אבותיהם בכגון אלה. כי את זרם התביעות על עניינים של חסך באהבה ושל פגיעות רגשיות המתרגשים ובאים בתוככי המשפחה, מי יעצרנו?" (בראיה קדימה, חשש זה לא התממש כמעט).
	+ ב**מלול**: ביה"ח טען שבהכרה באפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של עמימות סיבתית לטובת כלל של פיצוי-לפי-הסתברות, עלול לגרום לפריצת המסגרת ולחולל זעזוע בשיטה המשפטית כולה.

השופט ריבלין - שקבע מבחן החורג מכלל זה - הסביר מדוע המבחן לא יגרום לפריצת המסגרת: המבחן הוא "החריג המוגדר והמתוחם של ההטיה הנשנית, אשר נשען על עיון כולל במטרות של דיני הנזיקין ושל כללי ההוכחה של תביעות נזיקין, ונמנע מיצירת בקיעים גמישים בשיטה שעלולים לגרוע מן הוודאות המשפטית"

הנשיאה נאור קבעה סייג ספציפי לתחולה של פיצוי לפי הסתברות.

טענת הנגד - סומכים על ביהמ"ש שיעמוד בפרץ - "לבית המשפט ישנם 'שסתומי בטחון' רבים בהפעלת הטכניקות השונות להטלת אחריות, והוא יוכל למיין את המקרים בהתאם לחומרתם" (תגובה אינה מאיינת את הטיעון, אולי רק מחלישה אותו).

* **פיזור נזק** (loss distribution): שאיפה שהנזק לא ייפול על צד אחד בלבד, אלא יחולק בין כמה שיותר פרטים בחברה. בפיזור נזק אין עניין של אשמה, אלא של נוחות חברתית.

אפשרויות לפיזור נזק:

* + ביטוח: מפזר נזק קלאסי. אני לא רוצה לשלם על הפעילות המסוכנת שאני משתתף בה, לכן אני משלם פרמיה מסוימת ואם קורה מקרה אז הביטוח משלם. הביטוח מורכב מכל שאר האזרחים שמשלמים לו.
	+ העלאת מחיר המוצר: מחיר מוצר מורכב מעלות המוצר ליצרן + עלויות נלוות כמו יצור, עובדים, שינוע, חשמל, ארנונה. אך מעבר לכך, במחיר כלול סכום מסוים המיועד למקרה ואדם ניזוק מהמוצר, ומהסכום הזה שמשלמים כלל הקונים הוא יכסה את הנזק ולא יפסיד רווחים.
	+ אשם תורם: המזיק אינו המשתתף היחיד בנזק אלא גם הניזוק.
	+ כיס עמוק (deep pocket): הטלת את האחריות על האדם (למשל, קורנהויזר) או הגוף (למשל, עיריית ירושלים) שמניחים שהוא בעל אמצעים, וביכולתו לספוג את הנזק מבל שהדבר יפגע במעמדו החברתי והכלכלי. יש לשים לב כי:
		- אין מדובר רק על כסף, אלא גם על כוח - בניגוד לצדק חלוקתי שם מדובר רק על כסף (למשל, סרבן גט)
		- אין זה משנה אם בעל הכיס העמוק נמצא בקשיים כלכליים, יש להסתכל על תפקידו ומהותו.
		- שיקול הכיס העמוק חשוב לטובת פסיקת פיצויים עיתיים (המשולמים לטווח ארוך). מניחים ומעדיפים שבעל הכיס העמוק יוכל לעמוד בנטל הפיצויים לאורך זמן.
* **שיקולים ערכיים של מדיניות משפטית**: נבנים על הכרעה בין ערכים, כמו למשל החופש לבגוד או קדושת החיים. תביעה שאמורה להתקבל, תחסם ולא תתקבל. (כדוגמת הסוגיה של חיים בעוולה: **המר נ' עמית** להלן, או שיקולים בתביעות במשפחה, כגון בגין נזקי בגידה או אי גילוי).
* **ודאות ואחידות משפטית**.

יש מלומדים הסוברים שאלו מטרות בפני עצמן, ולא רק שיקולים משלימים.

שיקולים אלו כשלעצמם אינם מספיק חזקים כדי לנצח תיק, אך בשילוב עם טענות קונקרטיות הם עשויים לחזק את הצד הטוען האותם. גם אם לא יתקבלו, הם עשויים להשפיע על גובה הפיצוי. כהגנה יש להעלות אותם, וכתובע יש להילחם כנגדם.

\*\*\*\*

### פס"ד מלול

סיבתיות עמומה, הגברת סיכון ופגיעה בסיכוי

**בי"ח כרמל נ' מלול (דנ"א 4693/05): [יתכן וחלקים מסוימים חסרים כאן - זה פס"ד ארוך מאוד]**

רשלנות של ביה"ח בלידתה של המשיבה, מלול. למרות מכלול נסיבות אשר הצוות היה צריך לשים לב אליהם, עבר זמן רב יחסית עד לניתוח הקיסרי ובסופו של דבר נגרמו למלול שיתוק מוחין ופיגור שכלי, ונקבעו לה 100% נכות.

מדובר בסיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק: האם היותה פגה כשלעצמה וסיבוכי הפגות גרמו לנזק (גורם סיכון שאינו בר-אשם; טבעי), או שהדימום אשר לביה"ח לקח זמן לעצור גרם לנזק (גורם סיכון בר-אשם)?

בדיון קודם, ביהמ"ש קמא קבע פיצוי לפי הסתברות (יחסי) 20%, באופן שלא ישאיר את הניזוקה ללא כלום. נקבע כי יש לרכך את הכלל הדורש הוכחת קש"ס בין התרשלות ונזק על פי מאזן ההסתברות רק באותם מקרים בהם גישת 'הכל או לא כלום' גורמת לאי צדק. עם זאת, המשיבים לא הביאו את מיטב הראיות המדעיות.

ביה"ח טען שהקביעה זו עלולה להביא לידי מדרון חלקלק. ומכאן הדיון הנוסף שלפנינו.

**השאלות המשפטיות**: עד כמה ניתן ורצוי לקדם את הגישה לפיה במצבים של סיבתיות עמומה יש לפסוק פיצוי חלקי, בשיעור רמת ההוכחה החלקית שבה הניזוק עמד ('פיצוי לפי הסתברות') על פני הדרישה המסורתית להוכחה ברמת מאזן ההסתברויות (בגישת 'הכל או כלום')? באילו מקרים נכיר בכלל הפיצוי לפי הסתברות? באיזו דוקטרינה נעגן כלל זה?

**השופט ריבלין** (רוב): עניין זה נוגע בשאלת עמימות הקש"ס עצמו ולא עמימות שיעור הנזק.

הוצעו מבחנים שונים להתמודדות עם הסיבתיות העמומה (א.ו - ראו לעיל, לפני קרישוב), ויש צורך לקדם "דרך התמודדות אחידה, עקבית וזהירה עימו, לקראת המשך התפתחותה של הפסיקה בתחום זה במקרים השונים".

באילו מקרים נכיר בחריג האחריות היחסית?

הדוקטרינות שהוצעו עד כה התאפיינו בהצעת כללים הבוחנים את העובדות של כל מקרה כשהוא לעצמו, במישור של המקרה הבודד, תוך חתירה להשגת צדק פרטני. .

ראוי להגדיר את מבחן החריגה מכלל מאזן ההסתברויות לכלל של פיצוי לפי הסתברות בדרך שאינה מצויה במישור של המקרה הבודד, כי אם במישור רחב יותר - ב"מַּחְלָקה" מוגדרת היטב של מקרים - ע"י איתור הטיה נשנית (שיטתית).

על כן הוא קובע - לראשונה בארץ ובעולם - את **מבחן ההטיה הנשנית** הכולל 4 תנאים מתגבשים:

1. קיומו של **מזיק**: יחיד או גורם הנושא באחריות עצמאית/שילוחית.
2. קיומה של **קבוצת ניזוקים**:
* מבחן ההטיה הנשנית דורש למעשה מבעל-דין לטעון מעבר לעניינו הפרטני ("בשונה מהליך ייצוגי, התובע המבקש פיצוי-לפי-הסתברות אינו מייצג איש ואינו מבקש פיצוי אלא עבור עצמו בלבד").
* יש להוכיח "קבוצת ניזוקים של ממש, ולא קבוצה תיאורטית או היפותטית גרידא". אין הכוונה להצביע על אנשים פרטיים, אלא די להצביע "על סיכון רחב היקף שנוצר על-ידי מעשה עוולה מסוים של הנתבע (זיהום סביבתי למשל) או על-ידי מדיניות עקבית שנקט בה (כגון החלטה מערכתית שלא לבצע בדיקה המשפרת את הסיכוי לזיהוי מחלה מסוימת)".
* מספר הניזוקים צריך לעמוד ביחס לרמת הקש"ס הקיים (ככל שהקשר רופף, יש צורך ביותר ניזוקים. ולהפך).
1. **סיכון חוזר ומשותף**:
	1. מעוול המוני: מצב שבו מעשה עוולתי יחיד חושף את קבוצת הניזוקים כולה לסיכון (למשל, גורם המפיץ זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים בריאותיים כלפי ציבור רחב).
	2. מעוול סדרתי: מצב שבו המזיק מבצע מספר מעשים עוולתיים החושפים כל פעם חלקים מקבוצת הניזוקים לסיכון ובמצטבר את הקבוצה כולה (למשל, גורם רפואי עלול לפגוע בסיכויי הריפוי של קבוצת חולים על-ידי כך שינקוט במדיניות טיפול רשלנית).
2. **הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות** על הקבוצה. יש חשיבות לתנאי ה-4: החלת כלל מאזן ההסתברויות על מזיק שיצר לקבוצת ניזוקים סיכון חוזר ומשותף - יוצרת הטיה בתוצאה.

מהי אותה הטיה? מצד אחד, במקרה בו ההסתברות לקיומו של קש"ס לגבי כל אחד מבני הקבוצה, עשויה להיות נמוכה מ-50% - כל אחד מהם יכשל בתביעתו אם יידרש להוכיח את העילה לפי מאזן ההסתברויות. משמעות הדבר היא שתינתן בפועל לנתבע – שהסב נזק ממשי – חסינות מפני אחריות נזיקית.

מן העבר השני אפשר שהסיכון שיצר המזיק כלפי כל אחד מבני הקבוצה גבוה מ-50% - כלל מאזן ההסתברויות יוביל להטלת אחריות מלאה בתביעות של כל בני הקבוצה - אחריות מופרזת העולה על הנזק שגרם המזיק בפועל.

הטיות אלה ישפיעו על מטרות דיני הנזיקין:

* **צדק מתקן**: פיצוי חסר/יתר, בניגוד לכלל לפיו על המזיק לפצות את הניזוק בגין הנזק שגרם לו בעוולה;
* **שיקולי הרתעה**: כאשר המזיק לא ישא בפיצוי, תיווצר כלפיו הרתעת חסר, אשר עלולה לגרום לו שלא לנהוג בזהירות הנדרשת ולהקטין את נזקו. וכאשר ידרש ממנו לשלם יותר מכפי נזקו, תיווצר כלפיו הרתעת יתר, אשר עשויה לגרום לו שלא לבצע את אותה פעילות גם בצורה סבירה שלא תגרום לנזק. אלו יצרו "תמונה בלתי-נכונה של מאזן העלות-והתועלת הכרוך בפעילותו" של המזיק.
* **יעילות**: יתרונו של כלל הפיצוי ההסתברותי הוא במזעור עלויות במקרה של טעות ביהמ"ש ופיזורן באופן שוויוני. בהחלתו על מקרה מעין זה, יעילות זו לא תשיג את מטרתה. העלות תוטל על אחד הצדדים באופן לא שוויוני.

מבחן זה מתמודד עם אחד הקשיים העולים מכלל הפיצוי ההסתברותי לבדו: פיצוי ע"פ הכלל לבדו עלול להשית פיצויים על נאשם שיש סיכוי גבוה שלא גרם לנזק. אולם שימוש במבחן, מצמצם מאוד את האפשרות הזו שכן מתוך התבוננות על כלל המקרים ניתן לאתר מזיקים שגרמו נזק בפועל, ואף לאמוד בקרבה המרבית את הנזק הזה בהתאם לראיות הקיימות.

מבחן ההטיה הנשנית מתחשב גם באחריותו האמיתית של המזיק על פני הזמן.

אמנם מבחן ההטיה הנשנית הוא מבחן מהותי ולא באנו לקבוע מסמרות לעניין גודל קבוצת הניזוקים, לעניין שיעור ההטיה ולעניין רמת ההפשטה של המכנה המשותף שבסיכון. מודדים אלה אינם קבועים והם עשויים להשתנות ממקרה למקרה לפי נסיבות העניין.

במשפט המשווה, מצינו פיצוי לפי הסתברות במקרי:

1. אחריות לפי פלח שוק: **פס"ד Sindell v. Abbott Labs**.
2. עוולות המוניות (Mass Torts) ועוולות סביבתיות או עוולות "הרעלה" (Toxic Torts): **פס"ד Agent** **Orange**.

למרות כל הדברים היפים הללו, ריבלין מוצא שמקרה מלול אינו עומד בתנאי מבחן ההטייה הנשנית.

התשתית הראייתית הקיימת אינה מאפשרת לקבוע האם בית החולים חשף קבוצה של ניזוקים לסיכון של מחלות מהסוג הנדון. וכך, יש לבטל את החלטת ביהמ"ש קמא.[[14]](#footnote-14)

**הנשיאה נאור** (מיעוט): מבחנו של ריבלין צר מידי, כיוון שהוא שולל פסיקת פיצוי לפי הסתברות במקרה הבודד ובכך, עקרונית, שולל פיצוי בנסיבות המקרה שלפנינו. הוא גם רחב מדי כיוון שלפעמים פועל לטובת המזיק. היא מציעה מבחן שונה מעט, אשר יתן מענה גם לניזוק הבודד.

לטענתה, המבחן אשר ריבלין הציע נועד לפתור למעשה את בעיית הסיבתיות העמומה ביחס לזהות הניזוק, בעוד שפס"ד דנן עוסק בעצם גרימת הנזק. המבחן מתנתק מהמקרה הקונקרטי דנן, ופונה לקביעת אחריות במקרה קבוצתי ובקטיגוריה שכלל לא נדונה בתביעה. מן הראוי - כפי שפסק ביהמ"ש קמא - לגבש את הגישה המשפטית הראויה בסיבתיות עמומה על יסוד עובדות של מקרה נדון, כאשר לצורך כך אין דרישה להראות כי מדובר בחלק מתופעה היוצרת "הטיה נשנית".

שלילת פיצוי לניזוק הבודד מביאה לפיצוי חסר תוך פגיעה בעקרון ההרתעה האופטימלית במקרה הבודד.

המבחן הראוי לטעמי הוא זה שהצעתי בדיון הקודם:

1. **התרשלות**: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי הנתבע התרשל;
2. **נזק**: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי נגרם לו נזק;
3. **סיבתיות עמומה מובנית**: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי קיימת עמימות מובנית בשאלת הקשר הסיבתי העובדתי המונעת אפשרות להוכיח את תהליך הגרימה שאירע בפועל כמקובל ב"מבחן האלמלא".
4. **ההתרשלות משקפת גורם סיכון עוולתי פוטנציאלי**: התובע הוכיח במאזן הסתברויות כי ההתרשלות היא גורם סיכון לנזק המסוים שנגרם לו ושהיה על הנתבע לצפותו (להלן – גורם הסיכון העוולתי);
5. **גורם סיכון עוולתי משמעותי**: התובע הוכיח שקיים סיכוי ממשי – אף שאינו עולה על 50% – שגורם הסיכון העוולתי גרם בפועל לנזק;
6. **אי-פסיקת פיצוי לניזוק תהא תוצאה בלתי צודקת**.

באיזו דוקטרינה נעגן את האפשרות לפיצוי ע"פ הסתברות?

ישנן כמה אפשרויות:

* דוקטרינת **הגברת הסיכון**: ראש נזק עצמאי שלא הוכר בפסיקה. הנזק הוא הגברת הסיכון של אדם בריא ללקות במחלה. זהו נזק כשלעצמו, ואין מניעה לפצות את התובע על נזק זה. הפיצוי נקבע באופן פרופורציונלי להגדלת הסיכון.

נאור חולקת על דוקטרינה זו, לדעתה היא משמיטה את היסודות הבסיסיים של דיני הנזיקין: נזק וקש"ס. היא מאפשרת פיצוי גם כאשר יש חוסר ודאות לגבי נזק עתידי. גם אדם בריא יוכל לצאת עם פיצוי. ובכלל, היא עוסקת בעתיד ואין מתאימה לעניין מקרה שכבר קרה.

* דוקטרינת **פגיעה בסיכוי** (אובדן סיכויי החלמה): ראש נזק שהוכר. במקרים שבהם נקבע כי התרשלות בטיפול הרפואי פגעה בסיכוייו של המטופל להחלים (סימני גוף או פגיעות רבה יותר. רלוונטי לא רק לענייני רפואה אולם זה המקרה הקלאסי. תואר למשל גם המקרה של פגיעה בסיכויים לקבל משרה עקב העלמת המלצות), אולם לא הוכח הקש"ס בין ההתרשלות לאי-ההחלמה, עצם אובדן סיכויי ההחלמה אמור להיחשב כנזק בר פיצוי.

הדוקטרינה מאזנת באופן ראוי בין האינטרס הציבורי שבהרתעה מפני פעולות רפואיות רשלניות, לבין הימנעות מהרתעת-יתר של הרופאים בעבודתם ולבין אינטרס הניזוק להיפצות על הנזקים שנגרמו לו. כמו כן, היא מאפשרת להתמודד עם קשיים במישור הוכחת האחריות לנזק הסופי, בלי לפרוץ את הגדר של דרישת הסיבתיות העובדתית, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק אובדן הסיכוי אחר שלגביו אין מתעוררים קשיי ההוכחה.

* דוקטרינת **האחריות היחסית**: הנתבע יישא באחריות לחלק בנזק שניתן לייחס לו בתהליך גרימת הנזק, גם אם הוא נמוך מ-50% ,ולתובע יינתן פיצוי יחסי או פיצוי-לפי-הסתברות.

זו גישת ביניים, בין הכל או כלום לבין פיצוי מלא כתוצאה מהעברת נטל ההוכחה לנתבע.

**השופט ג'ובראן**:[[15]](#footnote-15) מצטרף לדעתם של ריבלין ונאור לגביי האפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות לטובת כלל של פיצוי לפי הסתברות, אך לפי גישתה של נאור המאפשרת זאת גם במקרה הבודד. מסכים עם מסקנותיה ולעיקר נימוקיה של נאור אך לא שותף למלוא דעתה וגישתה. לטעמו מדובר בשינוי בתחום הדיוני-ראייתי ולא בתחום הנזיקי-מהותי.

ביקורת על חריג האחריות היחסית - בהכפפת הצדק המתקן לקביעה בדבר התרשלותו של המזיק יש משום הפיכת הקערה על פיה כאשר מבחן העזר, אשר משמש ברגיל ככלי להתחקות אחר היווצרותה של האחריות הנזיקית בעולם המעשה, הופך למניע מאחורי קביעת האחריות וכקודם לה. הכנסת אשמתו המוסרית של הנתבע כשיקול לקביעת אחריותו מהווה הפרה של עיקרון הצדק המתקן. אין באשמתו של המזיק כשלעצמה לסייע בקביעת אחריותו לנזק.

מהותה של הסוגייה (עניין מלול) נעוצה בעצם אופייה של העמימות (המדעית-רפואית), אשר כלל אינה מאפשרת למשפט להתייחס כראוי אל עולם המציאות ובהתאם כלל אינה מאפשרת את פועלם של עקרונות הצדק. העמימות אינה עובדתית (היעדר מידע רלוונטי בלבד) אלא הידע המדעי עצמו אינו מאפשר קביעה ברורה, בין אם בבית המשפט או מחוצה לו. במקרים של עמימות עובדתית או מחלוקת מדעית על בית המשפט להפעיל את הכללים המקובלים המשמים אותו לשם קביעת מסקנות משפטיות, ובראשם כלל מאזן ההסתברויות. רק כאשר אין ביכולתו של בית המשפט לפעול על פי כללים אלו, שכן מדובר בעמימות מדעית שבה עצם הידע המדעי אינו חד משמעי, יש להכריע לפי הוכחה יחסית-הסתברותית של הקשר הסיבתי שעדיין עליה לעמוד בכלל מאזן ההסתברויות.

מקומו של חריג העמימות המדעית הינו בתחום הראייתי. הקביעה לפיה הביסוס הראייתי נעשה באופן הסתברותי-יחסי מביאה עמה לקביעה מהותית בדבר התקיימותו של קשר סיבתי יחסי. במובן זה הקשר הסיבתי ובהתאם אחריותו של המזיק הינם מלאים ביחס לחלקו היחסי בנזק אשר הוכח באמצעות השימוש בחריג הראייתי. על התובע להוכיח כי התנהגותו העוולתית של הנתבע היוותה גורם אפשרי ממשי לנזק (מבחינה ראייתית) והתוצאה היא חיוב המזיק בפיצוי יחסי, ביחס למידה בה הוכחה ההסתברות כי גרם לנזק. מקום עמימות זו וההוכחה היחסית במישור הראייתי.

[חסר ג'ובראן]

**דיון**:

* **נפסק**: ככלל, אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה. מסיבה זו הוחלט בדעת רוב לבטל את פסק הדין הקודם.
* מקובל לראות את ההלכה המקובלת כגישתו של השופט ריבלין (למרות שאין כאן ממש דעת רוב).
* פסק-דין זה משקף נטייה של שופטי הרוב להעדפתה של גישה המעניקה משקל-בכורה לשיקולי ודאות משפטית על פני שיקולי צדק נסיבתיים.
* שמואלי מציין שתמוה שנאור פוסקת שונה לחלוטין מאשר קרישוב בהפרש לא גדול של זמן, ובמלול כלל לא מזכירה את קרישוב. תמוה עוד יותר לאור זאת שבקרישוב התובע הביא איזשהו מידע ועדיין לדעתה לא עבר מבחן של קש"ס רפואי מדעי שעליו המשפטי מתבסס ולכן דחתה את תביעתו כליל, ובמלול לא הביא כמעט שום דבר ועדיין נתנה לו פיצוי יחסי על פי הסתברות.

### שיקולים ערכיים של מדיניות משפטית

בחסימת תביעות למרות קיום נוסחת האחריות הנזיקית; בקבלת תביעות למרות אי קיום הנוסחה; בשיעור הפיצויים עקב ערכים כגון אוטונומיה ואפשרות לכתוב סיפור חיים:

**המר נ' עמית (ע"א 1326/17)**:

מדובר על ילדה שנולדה ללא כף יד, לאחר שפספסו זאת באולטרסאונד. היא טענה כי התנהגות זהירה של הגורמים האחראים ללידתו הייתה מונעת את כליל את לידתו וכך גם את סבלו. כיצד ניתן לתבוע את הגורמים?

השופט ריבלין: ישנה חלוקה.

מצב בו ההריון עצמו רצוי:

* **חיים בעוולה** (wrongful life): תביעת הילד את הגורמים (למשל, כנגד רופא שבדק ברשלנות את האם ולא איתר מומים אלה). בפס"ד **זייצוב** הוכרה האפשרות של תובענה בשל עילה זו.
* **הולדה בעוולה** (wrongful birth): תביעת ההורים את הגורמים (למשל כנגד רופא בגלל רשלנות רפואית שלו הם לא הפילו עובר שנולד עם מומים). אין חולק על ההכרה עילה זו.

מצב בו ההריון עצמו אינו רצוי:

* **היריון בעוולה** (wrongful pregnancy): עוסק במצב בו נולד ילד בריא, למרות שהוריו לא רצו ילד. מצב זה יכול להתרחש עקב רשלנות רפואית בעיקור האם או האב, באי אבחון הריון בלתי רצוי או בכישלון לבצע הפלה.[[16]](#footnote-16)

גם במצב זה קיים הקושי הערכי-מהותי בתפיסה שחייו של הילד הם נזק להוריו. לכן, הנזק להורים הוגדר כהוצאות הטיפול בילד והפחתת האושר. והנזק לילד כתוצאה מהיחס הלא רצוי והנזק הרגשי שנגרם עקב כך.

זהו מצב מעניין בו אדם גם נהנה וגם ניזוק מהעוולה. בד"כ השופטים ייקחו בחשבון בסכום הפיצויים גם את התועלת שהרוויח הצד שטוען לנזק.

אך בהכרה זו ישנן בעיות:

1. **קשיים משפטיים מהותיים**: הנוגעים הן ליסוד הנזק והן ליסוד הקש"ס (בין ההתרשלות לבין הנזק של החיים במוגבלות), המקשים על הכרה בעילת תביעה זו במסגרת עוולת הרשלנות.
2. **קושי ערכי-מהותי**: בתפיסה לפיה חייו של מי שנולד עם מוגבלות יכולים להיחשב – בעייני היילוד עצמו – כ"נזק". הקביעה כי מוטב היה לו לאדם מסוים שלא היה נולד כלל, אוצרות בחובן פגיעה אסורה בתפיסה שלפיה לחיים יש ערך אינהרנטי, שאינו פוחת ובוודאי שאינו מתאיין בשל קיומו של מום או קיומה של מגבלה. תפיסה זו היא חלק חשוב והכרחי של אמונתנו והכרתנו בקדושת החיים, בערך האדם ובכבודו ובזכותם של אנשים עם מוגבלות לכבוד ולשוויון.

יש לבטל את ההכרה בעילת ה"חיים בעוולה". עם זאת, ניתן להרחיב את עילת התביעה של ההורים מכוח "הולדה בעוולה" כך שבאמצעות עילה זו, ניתן יהיה ליתן להורים פיצוי, שיכסה את הוצאות גידולו ומלוא צרכיו של היילוד גם לאחר בגירתו ולמשך כל תוחלת חייו. בכך ניתן יהיה ליישם את התכלית הראויה שעמדה בבסיסה של הלכת זייצוב - ליתן פיצוי מיטיב באורח מלא ככל האפשר לצרכיו הרפואיים, השיקומיים והסיעודיים של הילד בעל המוגבלות.

הרחבת עילת "הולדה בעוולה":

* **הוכחת הקש"ס** בין ההתרשלות לבין הנזקים השונים הנובעים ממומו של הילד:
	1. יש להראות כי אילו עמד בפני הוועדה להפסקת היריון מלוא המידע הרפואי הרלבנטי (מידע שלא הובא לידיעת ההורים בשל ההתרשלות) - היתה הוועדה מאשרת להורים את הפסקת ההיריון. החלטת הוועדה תשמש מעין חזקה הניתנת לסתירה בדבר עמדתם של ההורים כלפי ביצוע הפלה.
	2. רק אם התשובה לשאלה הראשונה היא חיובית (שאם לא כן ממילא ניתק הקשר הסיבתי), ידרשו ההורים להראות כי אלמלא ההתרשלות, הם אכן היו פונים לוועדה להפסקת הריון לשם קבלת האישור.
* **שאלת הנזק וחישוב הפיצויים**:
	1. **נזק ממוני** - הורים זכאים מהמזיק לפיצוי בגין ההוצאות העודפות הנדרשות למילוי צרכיו הרפואיים והסיעודיים של ילדם, ובמידה שילדם מוסיף להיות תלוי בהם עקב נכותו גם בהגיעו לבגרות, זכאים הם לפיצוי גם בגין ההוצאות עבורו בתקופת הבגרות למשך כל תוחלת חייו.

מקום בו צפוי הילד להשתכר גם במוגבלותו, יש להפחית את שיעור ההשתכרות הצפוי.

* 1. **נזק שאינו ממוני** - הנזק הנפשי נמשך לאורך תקופת חייהם של ההורים. הנזק הנפשי המתמשך והקשה מחייב, לפיכך, פיצוי גבוה ומשמעותי.
	2. **פגיעה באוטונומיה** - פגיעה חד-פעמית המתרחשת ברגע בו נשללה מהם הבחירה. במקרים בהם ניתן לבצע ההפרדה בין הנזק על הפגיעה בזכותם האוטונומית של ההורים להחליט אם להמשיך או להפסיק את ההיריון, לבין הנזקים האחרים, והפגיעה באוטונומיה היא פגיעה נוספת מהותית הנוגעת בליבה של הזכות - יש ליתן פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונומיה.

**דיון**:

* פס"ד המר מדגים לנו עד כמה שיקולי מדיניות משפטית משמעותיים בפסיקה. אלו משתנים עם הזמן ועם השופטים, ואין לדעת תמיד מה תהיה תוצאת הדיון.

תביעה נזיקית בגין בגידה

**פלוני נ' פלוני (ע"א 8489/12):**

המערער תובע את המשיב, על כך שהמשיב קיים רומן ויחסי מין עם אשתו של המערער. כתוצאה מכך, לקה המערער בדיכאון חמור והוא סובל מנכות נפשית בשיעור 40% לצמיתות.

ביהמ"ש - בדברי השופט עמית - דחה את התביעה.

* קשר הנישואין "נושא **אופי מיוחד,** המבוסס בראש-ובראשונה על שותפות רגשית" והאיסור המוסרי על "לא תנאף" אינו מקנה עילה נזיקית או חוזית. "ההליך המשפטי אינו תרופה לכל מכאוב".
* **הצפת בתי המשפט**: בגידות לצערנו נפוצות מאוד, ותביעה עליהן עלולה להביא להצפה של מערכת המשפט בתביעות ולמשפטיזציה של חיי הנישואין.

פס"ד זה מדגים לנו חסימת תביעות למרות קיום נוסחת האחריות הנזיקית, עקב שיקולי מדיניות משפטית.

תביעה נזיקית בגין אי-גילוי עבר מיני

**פלוני נ' פלונית (ע"מ 8127/18):**

מדובר בבני זוג שהיו נשואים והתגרשו, לאחר שהתברר לאישה כי בעלה הומו. בניגוד לפס"ד פלוני הקודם, התביעה מתבססת לא רק על עצם הבגידה אלא על הפרת חובת הגילוי (שאינו דתי ושהוא הומו). תוצאותיה של ההפרה גררו שורה של נזקים (חתונה, שכירות, חוקר פרטי, פסיכולוג ועוד) והאישה תבעה 5 מיליון ש"ח.

השופטת וילנר: אין מקום להכיר בקיומה של חובת הגילוי המשפטית בכל הנוגע להקשרים אינטימיים ורגשיים בין בני זוג המבוססים על רגשותיו, אמונותיו, דעותיו והגדרתו העצמית של בן הזוג.

מטעמי מדיניות משפטית, אין מקום להכרה בחובתו המשפטית של אדם לגלות לבן זוגו האחר, טרם הנישואין, את נטיותיו או העדפותיו המיניות. אין בכך כדי לשלול הכרה בחובתו המוסרית-ערכית של האדם לגילוי כאמור.

**הצפת בתי המשפט**: קבלת התביעה משמעותה הצפת בתי המשפט בתביעות על הצגת מצג מסוים של בן זוג כלפי בן זוגו בעניינים אישיים-אינטימיים, מערכת המשפט תצטרך להשקיע משאבים רבים לבירור רגשותיו והרהורי לבו של אדם ביחס לעצמו ולבן או לבת זוגו.

השופט פוגלמן: הכרה משפטית בחובת גילוי היא פגיעה אנושה בפרטיות ובאוטונומיה. היא תאלץ את ביהמ"ש לבצע חקירה מעמיקה ומשפילה וחיטוט דקדקני בחייו.

השופט סולברג: ספק רב אם ראוי ונכון שבתי המשפט 'יפלשו' למחוזות אלה, במסגרת תביעה חוזית או נזיקית.

שיעור הפיצויים עקב ערכים כגון אוטונומיה ואפשרות לכתוב סיפור חיים

**"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא (ע"א 10064/02):**

מדובר על ילדה בדואית שנפגעה בתאונת דרכים בהיותה בת 5 חודשים, וביהמ"ש קמא פסק לה פיצוי גלובלי בגין הפסד כושר השתכרותה לעתיד. חברת הביטוח טענה שהפיצוי אינו מתחשב ברקע האישי-המשפחתי, הרגלי העבודה במגזר הבדואי, ונתוני השכר הממוצע בכפר מגוריה, אשר צריכים להוביל לפסיקת פיצוי נמוך יותר.

השופט ריבלין: מצבו של הבגיר שונה מזה של קטין. הבגיר כבר הספיק לבחור בהזדמנויות שונות שנקרו לדרכו, אלה מאפשרות לא להשקיף אל שצופן לו העתיד. אך הקטין טרם החל לכתוב את סיפור חייו. "לכל אדם עומדת הזכות לכתוב את סיפור חייו. זוהי האוטונומיה של הפרט הנגזרת מכבוד האדם שלו ומחירותו. טרם היה סיפק בידיו של זה (הילדה) לכתוב, ולוּ את הפרקים הראשונים, בסיפור חייו המקצועי. ואם הדרך טרם החלה – כיצד יינבא המשפט את המשכה? בני עניים לא נדונו לעוני בעצמם. תקרת הזכוכית יכולה להתנפץ."

השימוש בנתונים סטיסטיים שחברת הביטוח ביקשה להתסמך עליהם משקלל את העבר אך אינו משקף את המציאות הצופה פני עתיד. "הוא אינו ראוי נורמטיבית. השבת המצב לקדמותו בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות משמעותה הבאת הניזוק למקום שנועד לו בעתיד, ואל לה להשיבו אל המקום שבו היו מצויים אבותיו (ואימהותיו) בעבר" אל לנו לדון את הקטין לגורל מסוים אך בשל הסביבה שבה גדל, בשל השכלתם ופרנסתם של הוריו, בשל מינו או המוצא הגזעי או האתני שאליו הוא משתייך.

חישוב הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות של קטינים צריך להיעשות על בסיס השכר הממוצע, ולא ע"פ הרקע האישי שלהם (השכר הממוצע של נשים ערביות בכלל, למשל, או של נשים ערביות שנולדו בכפר המסוים שבו נולדה התובעת).

אשר על כן יש לתקן את בסיס החישוב ולזכות את רים אבו חנא בפיצוי המבוסס על השכר הממוצע במשק.

# ההיסטוריה של דיני הנזיקין

דיני חוזים קיימים ככל הנראה כבר אלפי שנים בחברות שהתבססו על סחר חליפין ודומיו. דיני עונשין גם כנראה תמיד היו קיימים, גם בחברות עתיקות. אך לגבי דיני נזיקין קיימת מחלוקת בקרב ההיסטוריונים של המשפט; הרבה סבורים שדיני נזיקין לא היו קיימים בעבר הרחוק.

ישנה חשיבות רבה להיסטוריה המשפטית של דיני הנזיקין, על מנת להבין את מטרתם. איזה חלל דיני הנזיקין ממלאים? היה ניתן להסתדר בלעדיהם?

האם דיני הנזיקין צמחו מדיני עונשין או מדיני החוזים?

# גישה א' - דיני הנזיקין צמחו מדיני החוזים

* **הצטברות נזקים שלא מכוח חוזה**: השופט בארה"ב, בימי קדם, הגיע על סוס למקום הסכסוך ושמע את הטענות. התביעות היו מכוח חוזים שאנשים כרתו אחד עם השני, ועם הזמן הצטברו עוד ועוד מקרים של נזקים שלא הייתה עליהם חובה, כלומר, נזקים לא מכוח חוזה. הייתה במקור נטייה שלא להכיר בנזקים ללא חוזה. לכן קמה "חובה משתמעת/ מכללה" - מכלל הנסיבות ניתן להבין שיש חובה. לאור ריבוי המקרים והקשיים שנערמו, התפתחה המערכת של דיני הנזיקין.
* כשביהמ"ש דן במקרה, אם הוא מכיל חוזה הוא עשוי להעדיף את דיני החוזים על הנזיקין שכן אין צורך להראות הפרת חובת זהירות ואין צורך באשם. ניתן לדון בשניהם, והדבר מחזק את התביעה.

### שרידים לעירוב בין נזיקין לחוזים

1. **חובת זהירות בעוולת הרשלנות על בסיס חוזה**: חובות קמות באופן בסיסי מתוך חוזה, וגם כיום בתי המשפט דנים בחוזה ונזק באותו דיון. חובת הזהירות היא חובה להיזהר שלא להזיק או להימנע מלהזיק. אנו מבינים שחובה זו הגיעה מדיני החוזים, אך חובת הזהירות יכולה להשתמע גם ללא חוזה.
2. פקודת הנזיקין ס' 62(א) - **עוולת גרם הפרת חוזה**:

 "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."

יש להוכיח כי גרימת ההפרה נעשתה ביודעין, משמע יש להוכיח יסוד נפשי - לכן השימוש בה פחות נפוץ.

1. ס' 39, 61(ב) לחוק החוזים הכללי - **תום הלב קיים גם בדיני הנזיקין**:

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."

בדיני נזיקין ישנה חובת הגילוי, שלעיתים קשורה קשר הדוק לחובת תום הלב.

הבדלים בין חוזים לנזיקין:

1. **עבר ועתיד**: דיני הנזיקין צופים פני עבר (נגרם נזק, מה הפיצוי?), דיני החוזים צופים פני עתיד (תנאים לגבי פעולות עתידיות וסעד האכיפה הוא עתידי)
2. בנזיקין לא תמיד יש **הכרות בין הצדדים**; בחוזים בהכרח יש.
3. **בדיני חוזים אין אשם**: האחריות מוחלטת, לעומת דיני הנזיקין שם צריך להוכיח אשם.

# גישה ב' - דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין

* **סעד גם לנפגע**: המשפט הפלילי מרוכז מאוד בהוכחת אשמתו של הנאשם. במהלך השנים, מתוך הבנה שלא ניתן להוציא את הקורבן מהתמונה ולהשאירו ללא פיצוי הולם, התפתחו מנגנונים שונים שבאו להעמיד את נפגע העבירה במצב שבו היה טרם העבירה. משם צמחו לאט לאט דיני הנזיקין כחלק ממתן סעד גם לנפגע עצמו.

שרידים לעירוב בין עונשין לנזיקין:

1. **מטרת ההרתעה**: משותפת גם לעונשין וגם לנזיקין.
2. **במשפט העברי** למשל, ספר משנה תורה של הרמב"ם מאגד עונשין, נזיקין ועוד ענפים יחד. בשו״תים מהמאה ה-17-18 מתייחסים לדיני נזיקין בהקשרים שונים. שם למשל במקרים בהם מלמד פוצע ילד, עליו לשלם לו על הנזק.
3. ס' 88 לפקודת הנזיקין - **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 שיווכח שהעובדות נמסרו לידיעת המשטרה או שהן ידועות לה"

הליך פלילי לא יהווה מחסום בפני נפגע העבירה לפיצויים מכוח דיני הנזיקין.

1. ס' 77 לחוק העונשין - **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.

 (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 מיידי.

לאחר הרשעה בהליך הפלילי, רשאי ביהמ"ש לחייב את המורשע בפיצוי (עד 258,000 ש"ח).

לעיתים יפסוק ביהמ"ש עונש ללא הרשעה, ואז העונש יהיה קנס.

סעיף זה לא נותן מענה אמיתי לנפגע, כיוון שהתקרה מוגבלת והרשות נתונה.

1. ס' 42א(א) לפקודת הראיות - **תביעה נזיקית בעקבות הרשעה פלילית**:

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.

תביעה אזרחית הנסמכת כראיה על פסק דין פלילי כאמור תוכל לכלול מסגרת נתבעים רחבה יותר מאשר תביעה נגררת.

הסתמכות זו של ביהמ"ש על ממצאים ומסקנות מענף משפטי אחר היא חריגה לכלל "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות".

מדוע ? קל וחומר: בפלילים חובת הראיות היא מעל ספק סביר, ובאזרחי מאזן הסתברויות. לכן אם ביהמ"ש פלילי הרשיע אדם קל וחומר שהממצאים והמסקנות יהיו קבילים למשפט האזרחי.

הדוגמה המפורסמת היא של או. ג'יי. סימפסון: לא הורשע ע"פ במאזן הסתברויות כי רצח את אשתו (פלילים), אך הראיות הספיקו להוכחה בתביעה נזיקית (של הורי פרודתו שנרצחה).

עוד דוגמה: אדם שהוכיח בפלילי בעסרת גרפולוג כי מישהו זייף את חתימתו, והוא רוצה לתבוע את אותו אדם בנזיקין – לא צריך להביא גרפולוג בפעם הנוספת אלא יכול להשתמש בממצאים של ביהמ"ש בתביעה הפלילית.

1. ס' 77 לחוק בתי המשפט - **תביעה/סמכות אזרחית נגררת לפלילים**:

(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 (הפלילי), 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.

אדם הורשע בשלום או במחוזי והקורבן רוצה להגיש כנגדו תביעה אזרחית, הוא יכול להגיש אותה (תוך 90 יום מפס"ד חלוט) לאותו ביהמ"ש הפלילי שעסק בעניינו - והשופט שעסק בפלילים יפסוק בנזיקין! זהו קיצור דרך משמעותי לקורבן.

החיסרון בתביעה מעין זו שהקרבן בלבד יוכל להיות התובע והנאשם בלבד (שהורשע בפסק הדין לבדו) יהיה

הנתבע. מכאן שאין מקום לצדדים שלישיים וכאלו החבים באחריות שילוחית לנזק, וגם לא נגד המסייע.

שופטי פלילים לא מבינים בנזיקין, מאחר וזו תורה מיוחדת. אז מדוע עושים זאת? יש יתרון אדיר לשופט שכבר שמע את כל העדויות זמן מועט לפני כן ודן בתיק, לכן הוא האדם המתאים לדון בפיצויים. גם אם הפיצוי יהיה נמוך, יש יתרון בכך שההליך הוא מהיר ואין הגנות.

* לצערנו, מעט מאוד תביעות כאלה מוגשות, כי לא כל עורכי הדין מודעים לאפשרות. שמואלי אומר שבשנה יש רק 5-10 פס״דים בהם תביעה כזו מוגשת לפי ההקלה הזו (לפי הנבו). וכל זה כי פליליסטים לא יודעים נזיקין ונזיקיסטים לא יודעים פלילי.

לא כדאי להגיש תביעה אזרחית ולאחריה פלילית - יש שני מסלולי זהב להגשה פלילית קודם. אפשרות הפוכה לא עובדת: תיק נזיקין חלוט לא עוזר לשם הגשת תביעה פלילית (למשל, המקרה של או ג'יי סימפסון לעיל).

בפועל היו כמה חריגים לכך, למשל אסון ערד. ההליך הפלילי נמשך שנים, ובינתיים הקורבנות נותרו ללא פיצוי והגישו תביעה נזיקית.

המסלול הכי מהיר: אותו ביהמ"ש, הדיון לבקשת הקורבן, אין הגבלה על הסכום.

### פיצויים עונשיים

7. (Punitive damages)

 אלו פיצויים - לא פליליים אלא נזיקיים - שמוטל על מזיק לשלמם, והם נוספים על פיצויים שמטרתם לכסות על הנזק שנגרם. שיעור הפיצוי הנפסק עולה על הנזק שנגרם.

גובה הפיצויים העונשיים, להבדיל מהפיצויים הרגילים, אינו משקף את הנזק שנגרם לניזוק בשל העוולה, אלא יפסקו ביחס לחומרת המקרה הקונקרטי.

 שריד לפלילים בתוך נזיקין - פיצוי מוגבר כעונש על התנהגות רעה.

* הגישה המקובלת (למשל בעליון בישראל ושל ארה"ב): פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים. למשל: חוק לשון הרע (אגב: יסוד נפשי מסוים, שאינו קיים בד"כ בנזיקין).

#### מתי מטילים פיצויים עונשיים? גישות שונות

1. **כשהמעשה חמור במיוחד, זדוני ומכוון**: גם אם הנזק שנגרם בפועל לא התממש. זו הגישה המרכזית בישראל, ובוטאה בפס"ד **אטינגר** להלן.
* התמקדות במזיק.
1. **כשהנזק חמור במיוחד או פוטנציאל הנזק חמור**: התמקדות בנזק או בפוטנציאל הנזק, בשים לב שאין "עבירות התנהגות" כמו בעונשין.
* התמקדות בניזוק ובמזיק.
1. **כשהתנהגות המעוול סדרתית**: המעוול שפגע בכמה אנשים לא מורתע, לכן ננסה להרתיע אותו.
* התמקדות במזיק.
1. **נקמה וכבודו של הקורבן, כחלק מזכויות הקורבן**: גישתו של בנג'מין זיפורסקי (Benjamin Zipursky) מאוניברסיטת ניו יורק. ע"פ גישה זו, פיצויים עונשיים באים ליישם נקמה של הקורבן כחלק מעליית זכויות הקורבן וכבודו (תהליך אשר מתקיים בשנים האחרונות). הקורבן צריך לקבל יותר במקרים בהם הכבוד שלו נפגע (מזכיר את העולם הקדום של ערי מקלט, נקמת וגאולת הדם)
* התמקדות בניזוק.
1. **פיצוי חברתי**: גישת ה- Societal Redress Extra Compensatory Damages של קת'רין שרקי (Catherine M. Sharkey) גם היא מאוניברסיטת ניו יורק. מבחינתה אלו "פיצויים עודפים" ולא עונשיים, שמהווים "השבה חברתית" - הפיצוי לקרבן מטרתו למעשה מעין פיצוי חברתי על הפגיעה בחברה ובאנשים נוספים, מעבר לנפגע הישיר.

בפסיקה הוזכרו סיבות דומות כגון הבעת סלידה ממעשה חמור, חיזוק ערך קדושת החיים או חינוך כשהעוולה נוגדת תשתית נורמטיבית של החברה.

* התמקדות במזיק ובחברה.

הגישה הכלכלית: רציונל כלכלי.

1. **גישת המכפיל** (The Multiplier Principle): בשנת 1989 פורסם מאמר של סטיבן שאוול (Steven Shavell) ומיטצ'ל פולינסקי (A. Mitchell Polinsky) בנושא הגישה הכלכלית לפיצויים עונשיים. גישות תוצאתניות המעוניינות בהרתעה פחות מתעניינות בשאלה מדוע הניזוק צריך "להתעשר" והלהרוויח בקבלת יתר מסכום הנזק.

בראייתם, הפיצויים העונשיים אינם פיצויים עונשיים אלא פיצויים כלכליים, ולמרות מה שהיה ניתן לחשוב הם לא גורמים להרתעת יתר אלא דווקא מהווים הרתעה אופטימלית.

מדוע? חלק גדול מהניזוקים לא תובעים על הנזק שנגרם להם (עקב בעיות כגון זיהוי המזיק, אי יכולת או רוצון לשלם אגרה ולחזור לזכרונות הפגיעה ועוד), וכך הרבה מעוולים לא משלמים בפועל על הנזק שגרמו, כך שאנחנו נמצאים במצב חברתי של תת-הרתעה, הרתעת חסר.

אם מעוולים פוטנציאליים יביאו בחשבון מראש אפשרות של פיצויים עונשיים, התוצאה תהיה יעילות רבה יותר והגדלת הרווחה המצרפית

הם נותנים דוגמה באמצעות מעוולים סדרתיים - מזיק סדרתי גורם נזק של 10 לשישה אנשים שונים. רק שניים מגישים תביעה. המזיק "יפנים" רק 20 מהנזק, למרות שהיה אמור לשלם 60 (תת הרתעה של 40). הוא גרם להחצנות שליליות (הוציא החוצה לחברה נזקים של 60) אבל שילם רק 20. במקרים כאלה, יש לגרום למזיק הסדרתי לשלם 30 בכל אחת משתי התביעות. כשהמעוול הסדרתי ייתבע, הוא ייאלץ לשלם גם על המקרים בהם לא נתבע. הוא משלם על הנזק שגרם, לא יותר ולא פחות.

(אגב, לרמב"ם יש גישה דומה לזאת של שאוול ופולינסקי בשם פיצויי כפל).

בבתי-המשפט הפדראליים ננקטו גישות דומות על ידי שני שופטים שהם מאבות המשפט והכלכלה:

* גווידו קלברזי (Guido Calabresi) השתמש ברציונל דומה, וכינה אותו socially compensatory damages.
* ריצ'רד פוזנר (Richard Posner)

אך בבית המשפט העליון האמריקני נדחתה גישת המולטיפלייר מסיבות שונות, מהותיות ופרוצדוראליות (כגון אי מתן התגוננות לנתבע על אותם תיקים שעליהם מחויב לשלם אך לא נתבע בפועל, ניגוד לזכות להליך הוגן).

#### יתרונות וחסרונות

* **חסרונות**:
	+ הערבוב שנוצר בין הדין האזרחי לפלילי. העונש הוא כלי פלילי, וכדי להשתמש בו דרושה הוכחה ברמת ספק סביר לעומת מאזן ההסתברויות בדין האזרחי.
	+ פיצוי עונשי לאחר דין פלילי יכול להביא לסנקציה כפולה. גם אם רוצים להעניש את המזיק, אין סיבה שהניזוק יקבל פיצוי מעבר לנזק שנגרם לו.
* **יתרונות**:
	+ במקרים בהם הדין הפלילי לא מיצה את הדין עם מזיק, רשאי ביהמ"ש "להשלים" פעולה זו ע"י פיצוי עונשי.
	+ לעתים עקב נטל ההוכחה הכבד בדין הפלילי, יכול הדין האזרחי "לתקן" אותו ולפסוק פיצוי עונשי. יתרון כלכלי הוא שהמזיק לא ירוויח על חשבון שלא תבעו אותו.
	+ פיצוי זה משיג טוב יותר את מטרת ההרתעה.

#### פיצויים עונשיים בחוק

פיצוי ללא הוכחת נזק המוכפל במקרים של כוונה להזיק

חוק איסור לשון הרע, ס' 7א:

(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.

חוק הגנת הפרטיות, ס' 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.

(ב) (1) 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) 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.

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

# נזקים וראשי נזק

התמקדות ברכיב הנזק של נוסחת האחריות הנזיקית:

עוולה←קש"ס←**נזק**

סעיף 2 לפקודת הנזיקין:

"נזק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה;"

* "ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שאין להן ביטוי פיסי" (ברק ב**פס"ד גורדון**)

הנזקים הקלאסיים הם: נזק גופני, רכושי ונפשי.

אולם הנזק הנפשי הוא הפחות ברור ("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?" שם).

ב**פס"ד גורדון** (פס' 31-36) הוכר בפעם הראשונה נזק נפשי שהוא לא פסיכיאטרי אלא מסוג עגמת נפש/הטרדה (אובדן ריכוז בעבודה, פגיעה בשם הטוב וכו'). נקבע, כי נזק לא רכושי גרידא אף הוא נזק לעניין עוולת הרשלנות, והוא בר-פיצוי, אם על אדם סביר מוטלת החובה לצפות את התרחשותו בשל ההתרשלות.

מהו נזק? לא כל מה שנחזה להיות נזק הוא כזה

בכל מקרה בו קיימים מזיק וניזוק, הנזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין פעילות המזיק מצד אחד לבין פעילות הניזוק מן הצד האחר.

אירועון מס' 6 - שמוליק שעובד בחברת הייטק נסע לסגור עסקה חשובה. הוא יצא לפני הזמן אך לא מצא חניה. ברגע האחרון מצא חניה פנויה, אך למרות שאותת על כניסה לחניה, באה שרית ותפסה אותה. כתוצאה מכך, העסקה בוטלה.

האם ניתן לתבוע על כך? קיים פה נזק (אולי פוטר, לא ניתן לו בונוס, הפסד עסקה), אך אנו מבינים שלא תהיה כאן תביעה (אולי מסובר במעשה של מה בכך, כהגדרתו בסעיף 4). גם אם הנזק היה גדול (למשל, מיליוני ש"ח), לא בטוח שזה נזק משפטי. גם פיצוי ע"פ הסתברות כנראה לא יעבור.

* "לא כל נזק, כפי שהוא מתגבש במציאות המוחשית, מטיל אחריות על המזיק ברשלנות. כפי שראינו, קיימים שיקולים שונים [מדיניות משפטית א.ו.], שיש בהם כדי לצמצם את אחריותו של מזיק בגין נזק שנגרם על-ידיו" (שם)

נזקים מול ראשי נזק ממוניים ולא ממוניים

בנוסחת האחריות הנזיקית, משהוכח נזק, כיצד נבקש פיצויים? מה כותבים בכתב התביעה?

ביסוד הנזק ישנם **ראשי נזק** - פירוט הנזק לפרטים כדי לדרוש מהמזיק לשלם.

הכלל: **מכל נזק ניתן להגיע לכל ראש נזק**.

למשל, תאונת דרכים (ראש נזק ממוני) שגרמה לכך שהוא לא ישן טוב בלילה (ראש נזק לא ממוני); אדם ניזוק בנפשו (ראש נזק לא ממוני) ובגלל זה הוא לא עבד והיו לו הוצאות על פסיכולוג (ראש נזק ממוני).



# ראש נזק ממוני

סעיף 2

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

ראש נזק שניתן לכמת אותו בכסף בצורה פשוטה וחישוב ארימתטי (מתמטי) פשוט. לפעמים הכימות פשוט ולפעמים לא.

* "זהו פיצוי מכוון-מטרה, המיועד להבטיח לניזוק אמצעים למחייה, לריפוי, לסיעוד ולשיקום. כך, למשל, הפיצוי עבור סיעוד בא לאפשר תשלום למטפל; הפיצוי עבור הוצאות רפואיות נועד לממן תרופות" (ריבלין ב**פס"ד מגדל**. להלן)

**סוגי הנזק**: הוצאות (רפואיות, נסיעות ועוד ועוד), אובדן השתכרות.

## הוצאות רפואיות

איפה נמצאת המחלוקת?

**עיריית חיפה נ' מוסקוביץ' (ע"א 283/89)** - טיפול במוסד רפואי מול טיפול בבית שעולה יותר. כמה חברת הביטוח צריכה לשלם? ההלכה שנקבעה היא שהנתבע ישלם לפי הסנטדנרט הרגיל של טיפול במוסד, ואם הניזוק מעוניין בסטנדרט גבוה יותר - עליו לשלם את ההפרש מכיסו. חריג לכך הוא מצב בו חו"ד מקצועית קובעת כי טיפול בבית יהיה משמעותית טוב יותר ועשוי להאריך את תוחלת חייו.

**סורוקה נ' הבאבו (ע"א 2934/93)**: משנה את ההלכה שנקבעה לעיל.

מדובר על אדם שנפגע קשות בתאונת דרכים ואושפז בבתי חולים שונים. המחלוקת נסובה על השאלה האם יש לפסוק לו את הפיצויים על סמך אשפוז במוסד סיעודי או על סמך אשפוז ביתי?

ביהמ"ש קמא פסק על סמך אשפוז במוסד. הוא לקח בחשבון את מצבו המשפחתי של המערער (משפחה מפורקת, ולכן אפשרות לטיפול לקוי אם ישהה בביתו) ואת העלויות הנלוות לאשפוז מסוג זה.

השופט אור: ביהמ"ש קמא שגה. התוצאה "מקפחת קשות את המערער" דבריו "כמוהם כקריאה להצלה ולעזרה". ביהמ"ש קמא התעלם מעדות המערער על סבלו הרב מחמת בדידותו, במוסד בו רובם ככולם של המאושפזים הם קשישים (הוא צעיר) שאינם מתקשרים כמעט. ביהמ"ש קמא גם לא החשיב את עדויותיהם הרבות של רופאים ומומחים, בדבר עדיפות הטיפול הביתי במצבו של המערער; וחישוב העלויות של טיפול ביתי (מאות אחוזים יותר) שגוי גם כן.

הוא מביא את פרשת נעים (ע"א 357/80) בה סבר כך השופט ברק (הטיפול הביתי לעומת המוסד יש בו "תוספת ניכרת שפירותיה משמעותיים"). השופט אלון אף הרחיב את מושג השבת המצב לקדמותו גם לעניין התקשורת החברתית, כאשר הניזוק בריא במוחו.

במקרה דנן, ולאור קשייו המרובים "החזקת המערער במוסד כזה יכולה להוות רק פתרון אחרון, פתרון של אין ברירה". שיקול בני המשפחה הינו מפלה "אין להפלות את המערער מאחרים בשל היעדר משפחה שיוכל להתגורר עמה, ואין למנוע ממנו את מה שהוא זכאי לקבלו משום שאיתרע מזלו ואין לו משפחה שתתמוך בו".

יש להעדיף פתרון המשאיר את הניזוק בביתו, אף שעלותו גבוהה יותר למזיק, משמחזיר הוא את המצב לקדמותו בצורה הטובה ביותר

על כן הערעור התקבל.

## אובדן השתכרות

לכאורה פשוט - חישוב המשכורות שהניזוק היה מקבל לולא הנזק ("פיצוי-כנגד-קבלות"). אך במציאות רואים שזה לא כ"כ פשוט, ויש בעיות מכל הכיוונים.

**הערכת השתכרות לעתיד**: בעיית הניבוי. הכלל הוא שכר ממוצע של 3 חודשים אחרונים (אומץ ממס הכנסה וביטוח לאומי). אולם כלל זה לא מתאים לכולם: יש אנשים העובדים לפי עמלות; לא תמיד חודשים אחרונים משקפים את השכר הממוצע.

#### הערכת השתכרות לעתיד במקרה של החלפת עבודות

**חיו נ' ונטורה (ע"א 591/80)**:

מדובר על תאונת דרכים, בה הרכב בו נהג המשיב התהפך, והמערער נפגע. נקבעו לו אחוזי נכות, אך המחלוקת בערעור נסובה על ראש הנזק הממוני מסוג הערכת השתכרות לעתיד. המערער השלים שנת שירות לפני הצבא, ובה עבד על ספינת מכמורת. בזמן התאונה היה המערער חיל בחיל הים. לאחר שחרורו עבד במפעל ולאחר מכן בבנק, אך לטענתו כל מאוויוו היו לחזור לעבוד בספנות כמכונאי, והעבודה בבנק נבעה מחוסר ברירה עקב הנכות.

ביהמ"ש קמא חישב את סיכויו להתקבל לעבודה בים לולא התאונה: תוחלת שנות העבודה בשירות ימי, תקרת הותק האפשרית, הפחתת השנים שעברו מאז התאונה לפס"ד וכו'. מסקנתו הייתה כי הסיכוי מוערך ב-33%, ופסק לו פיצוי השווה לשליש מהפער בין משכורתו כפקיד בבנק לבין המשכורת, שעשוי היה להרוויחה בתור מכונאי על אנייה.

השופט בך: במאזן הסתברויות רגיל, טענה שלא הייתה משכנעת למעלה מ-50% לא הייתה פוסקת פיצוי. "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%".

בהערכת השתכרות, יש להחשיב שני חלקים: ההפרש בין בין משכורות שתי העבודות (הנוכחית לרצויה), וההסתברות להרעה נוספת אם יפוטר ממשרתו ויצטרך לחפש עבודה אחרת

ביהמ"ש קמא טעה בהערכת השתכרותו לעתיד. כל עוד לא הובאה ראיה סותרת, היה עליו להניח שהמערער יגיע לגיל פרישה, ולכן יש לקבוע לו פיצויים עד לגיל זה - 41 שנים בסכום של שליש הפער במשכורות (בין בנקאי למכונאי).

אם עקב הנזק פחתו סיכוייו של הניזוק למצוא מקום עבודה אחר, שבו לא תיפגע רמת הכנסתו -יש לפצותו על ההפסד העקיף והפוטנציאלי בשכר.

**דיון**:

* זהו מקרה יחסית עדין של החלפת עבודות. בעיה של היוון. ביהמ"ש בעצם אומר שלא ניתן לדעת מה היה קורה, אך יש סיכוי שהוא היה חוזר לים. ולכן קובע מנגון לכימות הסיכויים ע"פ השכל הישר.
* מה ההבדל בין ההערכות שעושים בתי המשפט לפי הסתברות באותם מקרים? **כמה לעומת האם בכלל**:
	+ **שאלת הכמה**: במקרה דנן ברור שהנפגע יקבל פיצוי, לאחר שהוכיח את כל רכיבי נוסחת האחריות הנזיקית. השאלה היא כמה פיצוי.
	+ **שאלת ההאם בכלל**: לעומת זאת בקרישוב ומלול (ואירועון 6) חלקו של המזיק בנזק לא ברור בכלל (שאלה של שלד הנוסחה, סיבתיות עמומה), וכך גם האם על המזיק לפצות.
* פיצוי לפי הסתברות הוא הקלה עם התובע, שלא ברור האם בכלל מגיע לו פיצוי לפי הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות.

#### הערכת השתכרות לעתיד במקרה של ילד שניזוק

הכלל: השכר הממוצע במשק באין אינדיקציות אחרות.

**מדינת ישראל נ' ג'ון כהן (ע"א 702/87)** לעניין ראשי הנזק בלבד, פס' 2-1, 17-13, 23-20, 33-סוף:

ג'ון כהן וחבריו - תושבי ארה"ב - יצאו לטיול ברמת הגולן. במהלך הטיול, המדריכים הובילו את הקבוצה בשביל אסור להליכה. בשלב מסוים, בעת טיפוס על סלעים, החליק ג'ון ונפל אל תהום וכתוצאה מכך נחבל קשות. נקבעו לו 100% נכות. ביהמ"ש קמא פסק לו מיליוני דולרים על סמך הוצאות אשפוזו, נסיעות הוריו למוסד האשפוז והפסד ימי עבודתם, בעבור כאב וסבל, טרחת עו"ד והערכת השתכרות לעתיד (כל משפחתו עובדים במקצועות חופשיים - עו"ד ורו"ח - וביהמ"ש הניח שגם ג'ון היה הולך בעקבותיהם).

הנתבעת - החברה להגנת הטבע - ערערה בין היתר על הערכת השתכרותו. לטענתה, לביהמ"ש לא הייתה תשתית מספיקה לקבוע שהיה עוסק בעריכת דין ושהיה מגיע להיות שותף בפירמה.

השופט לוין: הנחת ביהמ"ש קמא בדבר לימודי המשפטים - על סמך כישוריו ותחומי התעניינותו שהציג לפני התאונה, יחד עם ההשוואה למשפחתו ועדות האם - הגיונית ומתקבלת.

בפיצוי בגין הפסד כושר השתכרות של קטינים ניתן לסטות מהשכר הממוצע במשק, בהתקיים נתונים אישיים מיוחדים.

חומר הראיות מלמד שהייתה קיימת ציפייה סבירה שהמשיב היה משתלב בעבודה אקדמית, ויש ליתן משקל מסוים לאפשרות שהיה הופך עו"ד, ולכן לפסוק פיצויים מעבר לשכר הממוצע במשק האמריקאי.

מאידך גיסא, אין ודאות שהמשיב היה הופך עלו"ד, וודאי שמשקל ההסתברות שהיה הופך דווקא לשותף במשרד של עורכי-דין, אינו רב" לכן אין לתת לו פיצוי על סמך טענת שותף בפירמה.

**דיון**:

* חידוש לעומת המצב שהיה קיים קודם לכן, ששכר הגבוה מהממוצע במשק נפסק רק במצבים שבהם הקטין הראה בפועל יכולות מיוחדות באופן קונקרטי, ולא כאשר רק חי בסביבה סוציואקונומית גבוהה.
* **ההבדל בין אבו חנא לג'ון כהן**: הגיל. אבו חנא נפגעה בהיותה ילדה, שעוד לא החלה לכתוב את סיפור חייה. לעומתה, ג'ון כהן היה כבן 16 בעת הפגיעה ומסלול חייו וכישוריו האינטלקטואליים היו ניכרים.

נכות תפקודית מול רפואית

**רפואית** - נכות אובייקטיבית שנקבעה ע"י מומחים (למשל, אדם שנקבעו לו אחוזי נכות מסוימים בגין אצבע שנקטעה)

**תפקודית** - השפעה על התפקוד בפועל (למשל אם אותו אדם הוא פסנתרן). זו נקבעת משפטית, בסיוע מומחים.

שאלת ההסתמכות על מומחים - אין אף פעם תמימות דעים.

#### אובדן השתכרות בשנים האבודות

**אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח (ע"א 140/00):** פס"ד חשוב לקורס!

אטינגר היה ילד ששיחק ונפל לבור, קיבל מכה בראשו ומת. הוריו תבעו פיצויים בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות. בביהמ"ש קמא נדחה התביעה עקב הלכת גבריאל (להלן), אך בערעור הם טוענים כי לאחר חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו הכולל את הזכות לקניין - פגיעה בו מחייבת פיצויים בגין קיצור תוחלת חיים (reduction of life expectancy).

השופט ריבלין[[17]](#footnote-17): שומת הפיצוי נעשית לפי ההפרש שבין כושר ההשתכרות של הניזוק אלמלא העוולה לבין יכולת ההשתכרות שלו עקב אותו מעשה. אך מה גובה הפיצוי כאשר אורך חיי העבודה מתקצר עקב קיצור תוחלת חיים מלא (מוות) או קיצור חלקי (ימות בשלב מסוים)?

* **הלכת גבריאל** (ילדה שמתה כתוצאה מתאונת דרכים):
	+ הנשיא כהן (רוב): **אין פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות**, עקב השלכות כלכליות כבדות, יצירת עיוותים (כפל פיצויים, או נתינתם לאלו שאינם ראויים להם).
	+ ברק (מיעוט): כושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו, ופגיעה בו מזכה אותו או את בעלי העזבון בפיצויים.[[18]](#footnote-18)

יש לבחון את הלכת גבריאל מחדש.

* מבחינת **הצדק המתקן**: מטרת דיני הנזיקין - "השבת המצב לקדמותו" - אין זה משנה אם קיצור תוחלת החיים הוא חלקי או מלא.
* מבחינת **הרתעה יעילה**: אי מתן פיצויי בגין שנים אבודות יהווה הרתעת חסר, בכך שהמזיק יהיה פטור מתשלום על חלק ניכר מהנזק.
* מבחינת טענת "**באין חיים אין הפסד כושר**": ראה תשובת ברק לעיל. \*\*\*ההבדל בין פיצוי עבור אובדן השתכרות (בחינה לפי העיסוק בפועל) לבין פיצוי עבור אובדן יכולת ההשתכרות (בחינה לפי התואר, הכישורים ועוד)
* מבחינת טענת "**באין הנאה מן הפיצוי אין פיצוי**": בראשי נזק דומים שבהם הניזוק לא יהנה מהפיצוי, רואים שיש פיצוי. העובדה כי כספי הפיצויים אינם תורמים לו דבר, אין בה כדי לשלול את עצם זכותו לקבלם.
* מבחינת **מניעת אי-צדק לתלויים בניזוק**: כמו בני משפחה, אשר "מטה-לחמם נשבר".[[19]](#footnote-19)
* מבחינת **המשפט המשווה**: במדינות רבות הכירה הפסיקה בזכאותו של הניזוק-החי לפיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות.

כאשר מדובר בילד, טענת התלויים מתאיינת.

הלכת גבריאל מתהפכת, אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות (אל מתחת לגיל הפרישה מעבודה), של מי שתוחלת חייו התקצרה עקב עוולה, הוא נזק בר פיצוי. ואם נפטר הוא קודם שהוגשה תביעה מטעמו - לעזבונו שבא במקומו.

במקרה דנן, מאחר ואטינגר הוא קטין, הפיצוי יחל מתחילת גיל ההשתכרות (21) ועד גיל הפנסיה.

**דיון**:

* שמואלי: שאלה לריבלין - איך חברות הביטוח יוכלו להתמודד עם התוספת העצומה הזו? מה עם אלו ששילמו פרמיות לפני פסה"ד, אך לא שילמו פרמיות על שנים אבודות? זה על חשבוננו, כיוון שאף אחד לא שילם על כך.

טענה נוספת אליו היא שזו לא השבת מצב לקדמותו, כיוון שהוא היה צורך ומבזבז כסף. ולכן צריך לחשב גם את ההוצאות. למה לא לקזז את ההוצאות? למה רק לתת את הפלוס ולא את המינוס?

האפשרויות של חברות הביטוח:

* **בקשת דיון נוסף**: יערערו, אך מה הסיכוי של הערעור? ברק נתן את דעת המיעוט של גבריאל ולא הרכיב עצמו בהרכב של אטינגר משום שאז יגידו שהעניין מכור- כי המיעוט בגבריאל יהפכו לרוב. לכן הרכיב את ריבלין, לא ברור אם כדי לשנות את ההלכה. צריך להיות דיון נוסף וזה עניין לא פשוט בכלל, ובכלל לא פשוט לקבל בקשה לדיון נוסף. באטינגר לא הוגש דיון נוסף – איך יכול להיות? מה זה כמה אלפי שקלים לעתירה לדיון הנוסף, מול מאות מיליונים של תשלומי הפרמיה?
* הן יכולות לבוא **למפקח על הביטוח** ולבקש אישור להעלאה על פרמיות, כבר מעכשיו.
* לקדם חקיקה שתאפשר **תקופת מעבר** להחלת ההלכה: חברות הביטוח מנסות לעשות חוק עוקף בג"ץ- למרות הפסיקה של ביהמ"ש העליון, נחוקק חוק- למשל 5 שנים מעכשיו לא יתאפשר להחיל את ההלכה.

אובדן השתכרות בשנים האבודות - חישוב הפיצוי

**פינץ נ' הראל חברה לביטוח (ע"א 10990/05):**

פינץ היה נער שנהרג בתאונת דרכים בגיל 17. לאחר הלכת אטינגר, המחלוקת נסובה סביב שאלת חישוב הפיצוי. חברת הביטוח טענה שאנשים רבים מוציאים יותר ממה שהם מרוויחים ובסוף החודש לרוב לא נשאר כל הסכום שהם מקבלים.

השופט ריבלין: קיימת שיטת היָדוֹת (המשמשת בעיקר לחישוב פיצוי לתלויים), המבוססת על חזקה עובדתית בדבר אורח החיים של המשפחה הממוצעת:

1. אומדים הכנסתו הפוטנציאלית של הניזוק
2. מצרפים אותה להכנסה המשפחתית
3. מתוך ההכנסה הכוללת, מקציבים יד אחת כהוצאת קבע כללית של המשפחה, ואת היתרה מחלקים שווה בשווה בין בני המשפחה, באופן שלכל אחד מיוחסת יד אחת.
4. את היד של הנפגע ממעשה הנזיקין מפחיתים מהכנסתו, וכך מתקבל סכום הפיצויים

יש לקבוע: חזקה שאדם מוציא על הוצאות מחייה ⅔ ממה שהרוויח ונשאר לו ⅓ (כלומר בלי צורך בדיון נוסף, הלכת אטינגר ירדה ב2/3 בעליון!)

**דיון**:

* אולם החזקה ניתנת להפרכה:
	+ הביטוח יכול לדרוש כניסה לחשבון העו"ש של האדם הספציפי, אם הוא בזבזן יגיע לו פחות מ-⅓.
	+ העיזבון יכול לטעון שהמנוח היה קמצן ולכן מגיע לו יותר מ-⅓.
* להלכה יש משמעות כלכלית חברתית - **פיזור נזק**. חברת ביטוח שמפסידה תמצא את הדרכים לפזר את הנזקים בין האזרחים/
* שאלה: הניזוק היה מוציא הוצאות שונות ונהנה מהם, ולפי הלכה זו יוצא שבמקום שהעזבון יהיה מפיצויים על ההוצאות, חברת הביטוח היא זו שנהנה?

תשובה אפשרית: לולא פינץ היינו נשארים עם אטינגר, וחברת הביטוח הייתה צריכה לשלם מלוא הפיצויים. ומאחר וחברת הביטוח מתבססת על תשלומי כלל המבוטחים, היא הייתה נאלצת להעלות את מחיר הביטוח לכולם. אז נכון, כנראה שחברת הביטוח מרוויחה כך, אך לפחות מחיר הביטוח אינו עולה.

**לסיכום**:

* הכלל הוא שניתן לפסוק פיצויים בגין אובדן השתכרות גם לניזוק שחי וגם לניזוק שמת.
* ביהמ"ש, באין אינידקציות אחרות, יפסוק את הפיצוי לפי **השכר הממוצע במשק**.
* מהפיצוי **ירדו ⅔** לפי פינץ.

פיתוח הלכת אטינגר מעבר לגיל הפנסיה

**ניסן נ' הכשרת הישוב (ע"א 9209/03)** - רשות:

אובדן קצבת הזקנה של ניזוק בשל עוולה הינו נזק בר פיצוי הן בגדר תביעתם של התלויים והן בגדר תביעת עיזבונו של ניזוק אשר נפטר כתוצאה ממעשה העוולה.

#### אובדן השתכרות - השתכרות בפועל או כושר השתכרות?

**ברששת נ' האשאש (ע"א 237/80):**

גב' ברשתת נפצעה בתאונת דרכים בין שני אוטובוסים. לפני התאונה התפרנסה רק מתמיכות, שהייתה מקבלת ממשרד הסעד. בית המשפט המחוזי קובע כי היא לא זכאית לכך כיוון שלא מימשה את הפוטנציאל וכלל לא עבדה, אלא התקיימה מדמי האבטלה מלשכת הסעד בלבד. המערערת משיגה על קביעה זו וטוענת כי יש לפצות אותה בגין ראש נזק, גם על רקע אי ההשתכרות שלה בפועל עובר לתאונה.

האם כושר ההשתכרות הוא נכס?

השופט שילה (דעת מיעוט): **הגישה המופשטת** - סוציאלית: כושר ההשתכרות הוא נכס בעל פוטנציאל. ערכה של ההשתכרות שהניזוק עשוי היה להפיק נמדדת ע"פ מבחנים תיאורטיים באשר ליכולת העקרונית של הניזוק; מהי ההשתכרות שהוא יכול היה להפיק. ולכן, עצם הפגיעה בכושר ההשתכרות מזכה בפיצויים.

✔ השופט ברק: שאלות אלו של אובדן השתכרות סבוכות מיוחד במקרים בהם לא השתכר הניזק כלל (קטין, מובטל, פנסיונר, עקרת בית) או שהשתכרותו לא מיצתה את יכולתו (מי שעבד במשרה חלקית בלבד, מי שעבד ללא קבלת שכר מלא), בטרם נפגע לא היה כל סיכוי כי ישתכר בעתיד או כי יגביר את ההשתכרות בעתיד.

**הגישה המוחשית** - סיכוי ממשי: כושר ההשתכרות שהניזק עשוי היה להפיק בעתיד לולא התאונה, נמדד ע"פ נתוניו האישיים של הניזק, תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו; מה הלכה למעשה הוא היה משתכר לולא מעשה הנזק. אם הניזוק אינו מנצל את יכולתו בהווה ובעתיד, אין פגיעה בכושר ההשתכרות ואין כל מקום לפיצויים.

המבחן אינו לפי ההשתכרות התיאורטית, שהוא עשוי היה להשתכר אילו ביקש לנצל את מלוא יכולתו. המבחן הוא על-פי ההשתכרות המוחשית, שהוא עשוי להשתכר על-ידי ניצול יכולתו, הלכה למעשה.

**לסיכום**:

* קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו לבין מה שהיה משתכר אלמלא המום.
* השתכרות הניזוק הוא אינדיקטור חשוב אך לא היחיד היכול להצביע כיצד היה משתכר.
* **האם עובר שנפגע עקב התרשלות ונולד ללא רוח חיים זכאי לפיצוי בגין שנים אבודות?** לא. אין לו כשרות משפטית.[[20]](#footnote-20)

#### הגבלה על פיצויים בחוקים מסוימים, בגין ראש נזק של אובדן כושר השתכרות

ט. **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980**:

החוק נחקק על מנת לפצות אדם שרכש מוצר פגום וניזוק בגופו כתוצאה משימוש במוצר. סוג האחריות בחוק זה היא אחריות חמורה.

ס' 5(א)

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

י. **חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975**:

ס' 4(א)(1)

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

לענין פסקה זו, "השכר הממוצע במשק" – השכר הממוצע במשק לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה או השכר הממוצע כמשמעותו בחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח-1968, כפי שהם ביום ד' בניסן התש"ף (29 במרס 2020), הכל לפי הגבוה יותר.

סוג האחריות בחוק זה היא אחריות מוחלטת - יש תקרות פיצויים, מסלול ירוק, אין צורך להוכיח אשם והוא יקבל פיצויים.

# ראש נזק לא ממוני (non-pecuniary loss)

* "על מנת להשיג הרתעה אופטימלית על המזיק לשאת במלוא הנזק. רמת הזהירות המוטלת על המזיק צריך שתשקף גם את התוצאות הלא ממוניות של התאונה"[[21]](#footnote-21)

ניתן לחלק לשלושה ראשי נזק לא-ממוניים עיקריים:

1. **כאב וסבל** (pain and suffering): פיצוי בגין תחושות של חוסר-נוחות פיזית או מיחושים, הנגרמים לניזוק כתוצאה מפציעתו, וכן בגין כל פגיעה נפשית, כגון צער, עצב או עגמת-נפש, אשר נגרמה לו עקב הפגיעה.[[22]](#footnote-22)
2. **אובדן הנאות החיים** (loss of enjoyment of life, "פיצויים הדוניסטיים"): פיצוי בגין פגיעה באיכות החיים של הניזוק או בשל ערך החיים עצמם, בגין אבדן תחושות העונג, הסיפוק, החדווה ונחת הרוח הקיימות ברגיל לאדם במהלך חייו (למשל: תחביב, פנאי, פעילות חברתית או משפחית).[[23]](#footnote-23)
3. **קיצור/אובדן תוחלת החיים** (reduction/loss of life expectancy): פיצוי בגין הפגיעה באינטרסים של הניזוק ובאורח חייו כתוצאה מקיצור תוחלת חייו, ועל הצער הכרוך בידיעתו של אדם כי נגרעו שנים מתקופת החיים שהיה צפוי לה אלמלא ניזוק בעוולה.

ובנוסף:

1. ע"פ **דעקה** - **פגיעה באוטונומיה**.

## כאב וסבל, כולל גם צער נפשי

* "בית המשפט מעמיד לרשות הניזוק אותו סכום כסף, אשר יש בו כדי לאפשר לניזוק לרכוש הנאות, אשר יבואו במקום אלה שאבדו" (ברק ב**פרייליך**)

בעבר הייתה פחות מוכנות לפסוק פיצויים בגין נזק לא ממוני, אך כיום מנסים למצוא פתרונות:

* **בעיית כימות**: איך מודדים ראש נזק כזה? מנסים להעריך באמצעים שונים. יש כיום אמצעים כמו מעבדות שינה
* **בעיית רמאות**: איך יודעים שאנשים לא מרמים? יש חשש, אך מנסים ליצור הרתעה: חברות ביטוח מפעילות חוקר פרטי (אם כי קיימות עלויות חברתיות-לא מאמינים, עלויות כספיות שיעלו את מחיר הביטוח), או מעקב רנדומלי (מספרי מוות). מביאים בחשבון רמה מסוימת של תרמית, ומחשבים זאת גם בהוצאות. מתבטא בפיזור נזק (מחיר המוצר עשוי לעלות).

א. פיצוי בגין סרבנות גט - צער נפשי

**כ.ש. נ' כ.פ (תמ"ש [משפחה י-ם] 19270/03):**

נישואיהם של בני זוג חרדים עלו על שרטון, והאישה ביקשה להתגרש. אולם למרות דיונים רבים בבית הדין הרבני והצהרות רבנים, הבעל לא נתן לאישה גט. האישה תובעת פיצוי בגין התקופה בה היתה מסורבת גט, על שבעת נזקים לא ממוניים.

השופט מנחם הכהן: במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו, שכן אלו עולים מעצם הפרת החובה על ידי המזיק.

הנתבע גזר על האישה בדידות, העדר זוגיות אינטימיות וחיי אישות עם בן המין השני. פגע קשות באוטונומיה של התובעת, בזכותה לממש את עצמה, ופגע בכבודה, בחירותה, תוך שגרם לה נזק נפשי גדול. הנתבע העמיד את התובעת במצב נפשי קשה של חוסר אונים, של תלות מוחלטת בו בכל האמור לסיום קשר הנישואין. קל לשער את מפח נפשה של התובעת, הצער, ההשפלה, הביזוי והכאב שחשה, בכל הליך שכזה, שחזר על עצמו פעמים רבות.

**דיון**:

* יתכן צער נפשי גבוה יותר לאישה - גבר יכול לחיות עם אישה אחרת ולא יחשב נואף (שולי רנד),

וצער נפשי גבוה יותר לאישה חרדית - כי בחברה החרדית אם אישה מסורבת גט, הדבר עלול לפגוע בשידוכים של משפחתה המורחבת.

* יתכן מקרה של נזק ממוני בסרבנות גט - רב צבאי שפרש ורוצה לעבוד כרב קהילה, ועכשיו לא מעדיפים אותו בגלל שאשתו מסרבת לקבל גט. אם כי קשה להוכיח את הקש"ס.
* מטרה: השוואת כוח המיקוח של האישה וקבלת הגט למעשה.

ב. פיצוי עבור קבלת שירותי ליווי

**פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (ע"א 11152/04):**[[24]](#footnote-24)

פלוני נפגע בתאונת דרכים, ונקבעו לו אחוזי נכות גופנית ונפשית. לעניינינו, טען המערער כי הוא אינו מסוגל לקיים יחסים ללא נערות לווי, וביהמ"ש קמא פסק לו פיצוי בסכום של 150,000 ש"ח עבור תרופות לשיפור התפקוד המיני וכן עבור היזקקות פעם בשבוע לשירותי ליווי. האם יש להכיר בראש נזק זה?

השופט ריבלין: אובדן כושר התפקוד המיני פגע בחדוות חייו וגרע מהנאות חייו. הניזוק עשוי לטעון כי נפגעה יכולתו ליצור קשר עם הזולת, לחוש קרבה, חום ואהבה. אין חולק כי ניתן לתת לו פיצוי בגין ראש נזק ממוני, כגון לתרופות, פסיכולוגים וסקסולוגים. אולם לא כך פיצוי עבור שירותי ליווי:

* **לא טיפול מקצועי**: לתרופה או פגישה עם פסיכולוג יש תכלית מובהקת של ריפוי או שיקום, לא כך מפגש מיני עם נערת-ליווי שאיננו בא בגדרי אמות מידה מקובלות ומבוססות של טיפול מקצועי.
* אתנן לזונה אינו מפצה על אובדן מכלול רבדיה האפשריים של מערכת יחסים זוגית ועל הגריעה מאפשרויות הבחירה שהיו לניזוק בתחום זה.
* **שיקולי מדיניות ותקנת הציבור**: אמנם מטרת דיני הנזיקין היא "להשיב את המצב לקדמותו", אך לא כל "מצב" ניתן להשבה ולא כל "מצב" ראוי להשבה, מקום שההשבה כרוכה באי-חוקיות או בפגיעה בערכי-יסוד של החברה והשיטה. תעשיית הזנות אינה חוקית, אך גם אם הייתה - אנו יודעים שהיא כוללת בחובה ניצול (סרסורים גונבים לעתים את הכסף), גרימת נזק ויחסי תלות. ביהמ"ש אינו יכול לעודד - הגם בעקיפין - פעילות זו.

אם כן יש לבטל פיצוי זה, ולהעניק לניזוק פיצויים בגין נזק ממוני ושאינו ממוני אחר (אבדן הנאות חיים).

**דיון**:

* איך ניתן לכמת את זה?
* אפשר לומר שבפועל יש הכשרת שרץ, שהרי הפיצויים שינתנו ילכו לשם.

#### הגבלה על פיצויים בחוקים מסוימים, בגין ראש נזק לא ממוני

ג. **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם- 1980, סע' 5(ב):**

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

ד. **חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה- 1975, ס' 4(א)(2):**

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

ה. **תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), התשל"ו-1976:**

אין צורך להכיר את פרטי התקנות אלא רק את העובדה שיש בהן תקרה על נזק לא ממוני.

## אובדן הנאות חיים

**אגבבה נ' המועצה המקומית פרדס חנה כרכור (ע"א 4022/08. 2010)** - ריבלין, פס' 15 עד הסוף:

הילד ניר אגבבה טבע למוות בבריכה, בזמן קייטנה. ההורים ערערו על סכומי הפיצויים.

השופט ריבלין:

האם מדובר בראש נזק נפרד?

* **תפיסה א'**: ראש נזק זה גלום כבר בראש נזק של כאב וסבל, שהרי קיומו של כאב וסבל משמעם אובדן הנאות חיים.
* **תפיסה ב'**: מדובר בראש נזק עצמאי.

האם יש להכיר בו כראש נזק עצמאי-אובייקטיבי?

* המתנגדים:
	+ **עלול להפוך לפיצוי עונשי**: אין לתת פיצוי באובדן הנאות חיים כאשר הניזוק חסר הכרה או מודעות (מוות או צמח, למשל) כיוון שאז לא באה לידי ביטוי מטרת דיני הנזיקין שהיא "להשיב את הניזוק למצבו הקודם".
		- מענה: פיצוי עונשי הופך לכזה רק כאשר הוא עולה על הנזק הנגרם, אך כאן הפיצוי על אובדן הנאות חיים נותן מענה לנזק לא-ממוני.
	+ **הקושי לכמת**: ישנם רגעים בחיים שאין להם שיעור, עד כדי כך שלא ניתן לכמת אותם לכלל פיצוי מסוים. "הפרוץ מרובה על העומד והניחוש על המוחש".[[25]](#footnote-25)
		- מענה: קשיי ההערכה כשלעצמם אינם מונעים את מתן הפיצוי בגין נזק לא-ממוני.
* התומכים (בהם ריבלין):
	+ **היעדר הכרה יביא לפיצוי חסר**: ניזוק שנותר מחוסר הכרה מפסיד את החיים עצמם, ולא רק את השתכרותו העתידית.
	+ **מתן מענה למקרים בספק**: למשל, מקרים בהם הניזוק היה חסר הכרה זמן מסוים ואז התעורר או ניזוק שהפך לצמח - את אלו קשה להכניס תחת ראש הנזק של קיצור תוחלת חיים.

**דיון**:

* במקרה דנן, לא התקבל הערעור.
* מה שחשוב לנו הוא ה**אוביטר של ריבלין**, בו הוא מכיר באובדן הנאות חיים כראש נזק עצמאי (אם כי לא הוכר רשמית).
* בניגוד ל**פס"ד פרייליך[[26]](#footnote-26)**: לא ראש נזק עצמאי, שם לא קיבל פיצוי בגין אובדן הנאות חיים.

## קיצור תוחלת חיים (reduction of life expectancy)

**אטינגר לעיל** - פס' 84-81:

**השאלה המשפטית**: האם לקיצור תוחלת חיים של הניזוק יש השפעה על הפיצוי של אובדן יכולת השתכרות?

השופט ריבלין: קיים לעיתים חשש לפסוק פיצוי בגין ראש נזק כגון אובדן תוחלת חיים מפני שזה משהו שקשה מאוד לאמוד ולהעריך, אבל גם הגישה הזו נחלשה והתרופפה עם הזמן. העיקרון בדבר פיצוי מלא, הוגן, סביר וצודק, חל הן על נזק של ממון הן על נזק שאינו נזק ממון. נקבע כי הפיצוי בראש נזק זה צריך שיהיה ממשי, שהרי מדובר באובדן דבר שהוא יקר מכול. ההגדלה תתבצע ותבוא לידי ביטוי ע"י העלאת גובה הפיצויים.

שתי אפשרויות:

1. כאשר אדם נפגע והוא יודע שהוא עומד למות - יש לו צער על קיצור תוחלת חייו.
2. אדם מת מיד באותה תאונה וכתוצאה מכך חייו קוצרו. בשניות אלו הוא חווה צער.

במקרה דנן, אין צורך להתערב בגובה הפיצויים שנפסקו למנוח, מדובר על מנוח שנפטר בהיותו בגיל 12 ובהתאם לחישוב "הפסיד", כ59 שנים מחייו, על כן הסכום שנפסק לו תואם וסביר. מה גם, הסכום שחישב ביהמ"ש בדבריו אלו כולל גם את אובדן יכולת ההשתכרות בשנים הללו- "האבודות".

זה לא פיצוי למשפחה, אלא פיצוי אם האדם סבל.

**דיון**:

* האם קיצור תוחלת חיים הוא **ראש נזק עצמאי או חלק מכאב וסבל**? אין תשובה ברורה.

## פגיעה באוטונומיה

**דעקה נ' בית החולים כרמל (ע"א 2781/93. 1999)** - פס' 1-7, 16-12 לביניש; 24-4, 28-26 לאור; 30-27, 35-32, 52-37 לשטרסברג-כהן.

דעקה היא אישה שסבלה מבעיה בכף הרגל, ולשם כך אושפזה בבית החולים כרמל לשם ניתוח. אולם על שולחן הניתוחים (**בעת שהייתה מטושטשת**) בשל חשש מגידול בכתף, החליטו הרופאים לנתחה במקום זאת בכתף, כדי לשלול המצאות גידול ולשם כך החתימו אותה על טופס ניתוח נוסף. בניתוח לא נמצא כל גידול, אך נגרם נזק לכתף ובשל כך נקבעו לאישה 35% אחוזי נכות. לכולי עלמא אלמלא הניתוח לא היה נגרם הנזק, אך בית החולים תלה אותו באי נכונותו של המערערת להפעיל את הכתף.

האישה טענה כי בית החולים הפר את החובה לספק לה את המידע באופן ראוי, ותבעה פיצויים.

**השאלות המשפטיות**: האם יש להכיר בראש נזק של פגיעה באוטונומיה? האם יבוא פיצוי זה בנוסף לפיצוי לנזק הגוף שנגרם לה, במקומו, או באופן בלתי תלוי בו? ומהו שיעור הפיצוי ההולם בגין נזק זה?

השופטת ביניש: הייתה כאן התרשלות. על מנת שתתחשב הסכמה מדעת יש לספק למטופל מידע הולם על מצבו, על מהות הטיפול המומלץ ומטרתו, על הסיכונים והסיכויים הטמונים בו ועל אלטרנטיבות טיפוליות סבירות לטיפול האמור. מה גם שאין זה ניתוח חירום, אשר בו חובת הגילוי על הרופא פחותה.

השופט אור: במובן הצר, הזכות לאוטונומיה היא "זכותו של כל פרט להחליט על מעשיו ומאווייו בהתאם לבחירותיו, ולפעול בהתאם לבחירות אלה"; אך במובן נרחב יותר זו "זכותו של אדם כי יעזבוהו לנפשו" ומכאן משתמע גם שלא יגעו בגופו שלא מרצונו - גם בניתוח רפואי.

האם זהו נזק בר-פיצוי? כן. הגדרת הנזק בס' 2 לפקודה היא נרחבת.

אמנם ישנם חששות, אך להם מענה:

* **רפואה מתגוננת**: ע"מ לכסות עצמם, רופאים עשויים להציף את המטופל במידע, אך זה עלול למנוע ממנו קבלת החלטה מושכלת.
	+ מענה: הכרה בראש נזק זה אינה מחוללת שינוי כלשהו בטיבה של חובת הגילוי או בהיקפה. חזקה על ביהמ"ש שידע להבחין בין מידע חיוני לשאינו, אשר פגע באוטונומיה.
* ש"כ - **תביעה גם בטיפול מוצלח**: מטופלים עלולים לתבוע במקום שבו הטיפול הרפואי הצליח ואף על פי כן אחראים הם לנזקים שאינם מוחשיים עקב הפגיעה בזכות לאוטונומיה.
	+ מענה: חרף רצונם הטוב של הרופאים להיטיב עם החולה, ראוי הוא כי רצונו של החולה יהיה לנגד עיניהם.
* **הצפת בתי המשפט**: ועלות מינהלית גבוהה עקב הקושי להוכיח.
	+ מענה: "הניסיון מלמד, כי בכל אותם מקרים שבהם הועלתה הטענה, לא התרחשה ההצפה אשר מפניה התריעו".
* **הרופא כדמות המקצועית**: כיוון שמטופלים רבים סומכים על הרופא המטפל, ומעבירים את קבלת ההחלטות אליו (בוודאי כאשר מדובר בעניין מקצועי), אין צורך בהכרה בראש נזק כזה. "מה שתגיד דוקטור!"
	+ מענה: לא ברור מאיפה מגיע ה-'רבים', ובכל מקרה אין לשלול את התרופה המושגית הזו. השופטת ש"כ מוסיפה: זו תפיסה פטרנליסטית שאולי הייתה קיימת בעבר (עקב פער הידע בין המטופל לרופא), אולם מסירת מידע אינה נחשבת פעולה המצריכה מומחיות ולכן אין להעדיף את חו"ד הרופא על פני המטופל. ש"כ להלן סבורה מאידך, שאם המטפול אינו מעוניין בקבלת המידע ובקבלת ההחלטה באופן אוטונומי, לא יהיה לטענה בדבר פגיעה באוטונומיה על מה שתסמוך.
* **הסתפקות בפיצוי נומינלי עקב קשיי הוכחה**: טענה שהעלתה ביניש.
	+ מענה: "ראוי וניתן לתת לשופטי הערכאות הדיוניות את האשראי כי לא יקפחו את זכויותיו המהותיות של חולה אשר נגרם לו נזק בר-פיצוי".

השופטת שטרסברג-כהן: פגיעה באוטונומיה היא לא רק ביצוע פעולה ללא הסכמה מדעת, אלא גם אי-מסירת מידע לחולה – או מסירת מידע חלקי וחסר – עולה כדי פגיעה בזכותו של אדם לאוטונומיה על גופו שכן היא פוגעת ביכולתו לגבש החלטה בדבר קבלת טיפול רפואי באופן מושכל ומודע.

האם כאשר רשלנות הרופא – המהווה יסוד לפיצוי החולה – התבטאה באי-קבלת הסכמה מדעת לביצוע הטיפול, מתן פיצוי בגין רשלנות הרופא וגם פיצוי נפרד בגין פגיעה באוטונמיה, אינן למעשה כפל פיצוי? לטעמי, יש לראות בראש הנזק בגין פגיעה באוטונומיה, ראש נזק עצמאי לכל דבר, המיתוסף על פיצוי בגין נזקי הגוף או נזקים אחרים ואינו משמש להם תחליף.

הכרה בזכות לפיצוי עקב פגיעה בזכות לאוטונומיה מעניקה הגנה למעמדו האוטונומי של החולה בתהליך קבלת ההחלטה ולזכותו לקבל מידע לצורך גיבוש עמדתו ביחס לביצוע טיפול רפואי; הזכות לפיצוי בגין נזקים ממשיים המטופל מעניקה הגנה על שלמות גופו של האדם. היחס בין הזכויות תלוי במידת כשלון או הצלחת הטיפול (בטיפול מוצלח שבוצע ללא הסכמה מדעת אין נזק ממשי, אך ישנה פגיעה באוטונומיה).

כיצד ניתן להעריך ראש נזק זה? ישנן 3 מבחנים אפשריים:

1. **המבחן הסובייקטיבי**: ע"פ נקודת המבט של החולה הספציפי, יש לבחון את השפעת המידע שלא נמסר על תחושותיו שלו.
2. **המבחן האובייקטיבי**: בחינת הנזק שנגרם עקב הפגיעה באוטונומיה דרך עיניו של החולה הסביר.
3. **המועדף - המבחן המשולב**: נקודת השקפה אחרת, המשלבת יסודות אובייקטיביים תוך שימת דגש על נסיבותיו המיוחדות והייחודיות של החולה שלפנינו. בחינת הנזק שנגרם עקב אי-מסירת המידע הספציפי שהיה חייב להימסר לחולה. מידת הפגיעה עשויה להיות קשה יותר אם החולה סבור, כי המידע שלא נמסר עשוי היה לשנות את עמדתו באשר לביצוע הטיפול הרפואי.

**לסיכום**:

* אוטונומיה היא זכות הנגזרת מכבוד האדם ו**יש להכיר בפגיעה בה כנזק בר-פיצוי**.
* **החידוש**: הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה אף כאשר אין כל נזק אחר.
* הפגיעה באוטונומיה מופיעה במקרים רבים בהקשר של תביעות רשלנות רפואית. הוכרה גם בתחומים אחרים, בתוך דיני הנזיקין ומחוץ להם.
* **הדילמה**: האם פגיעה באוטונומיה היא אכן ראש נזק? אם כן, מהו הנזק בעוולת הרשלנות? אולי מדובר בנזק? ואולי בכלל בעוולה?
* גישתו המצמצמת של השופט עמית בפס"ד פלונית (2018): לא ניתן לתבוע גם בגין פגיעה באוטונומיה וגם בגין ראש נזק לא ממוני. זאת לעומת גישתו המרחיבה של השופט ריבלין (פס"ד קדוש) המאפשר זאת.

האם נזק הוא הכרחי לתביעת נזיקין?

ישנן עוולות שלא דורשות הוכחת נזק, אלא קיימת חזקה שיש נזק למשל: לשון הרע (ראו לעיל) ועוולת התקיפה (אין צורך להוכיח את היקף הנזק).

שתי גישות ביחס לעוולות שאינן דורשות הוכחת נזק:

1. **חזקת נזק**: אין תביעה נזיקית בלא נזק. יש חזקה שהעוולה גרמה לנזק. הנזק קיים ופשוט לא צריך להוכיח אותו.
2. **עצם המעשה האסור**: תתכן תביעה נזיקית בלא נזק, מספיק המעשה האסור כדי לקבל פיצוי.

פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא-ממוני

**פלונית נ' דניאל (ע"א 7426/14. 2016)** - פס' 79 לעמית:

השופט עמית: מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים – פיצוי ללא הוכחת נזק או פיצוי על נזקים לפי הוכחת נזק (ממוני ולא ממוני). לא ניתן לפסוק פיצוי בגין נזק לא ממוני ובמקביל לפסוק פיצוי ללא הוכחת נזק!

**דיון**:

* בדיני נזיקין הגישה היא לא לפסוק לניזוק יותר מ- 100% מגובה הנזק. **מתי כן נקבל יותר מ-100%?**
	+ פיצויים עונשיים.
	+ פיצויים מוגברים.
	+ חוק ביטוח לאומי.

**רוסו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ (רע"א 9247/20):**

המבקשים יצאו לצפות במונדיאל בבר, וראו כי קבוצת נשים בשולחן לידן מקבלות קוקטיילים חינם. כאשר ביקשו גם הם את ההטבה, נענו שההטבה היא לנשים בלבד. המבקשים הגישו תובענה בגין הפליה אסורה מחמת מין, וביקשו לפסוק להם לפי פיצוי ללא הוכחת נזק מכוח ס' 5 לחוק איסור הפליה. ביהמ"ש השלום קיבל חלקית את התובענה ופסק פיצוי חלקי, והמבקשים ערערו. ביהמ"ש קמא דחה את הערעור בטענה כי אף אם הפליה אסורה, הרי שלא נגרם להם כל נזק שבגינו קמה זכאות לפיצוי. ומכאן הבקשה לערעור נוסף.

השופט שטיין: דין הבקשה להידחות אף מבלי לקבל תשובה. מצאתי כי האמור בפסקי הדין קמא מעוגן היטב בעובדות ובדין; וכפועל יוצא מכך, מתן רשות לערער על פסק דינו של בית המשפט המחוזי איננו דרוש כדי למנוע עיוות דין.

אדם שרק נחשף למעשה עוולה, אך לא סבל ממנו שום נזק או פגיעה, כהגדרתם בסעיף 1 לפקנ"ז, איננו זכאי לפיצויים או לתרופה אחרת. הקניית זכות לתבוע את המעוול ולקבל ממנו פיצויים לכל אדם שחפץ להגיש תביעה חושפת את המעוול לתביעות אינסופיות, מרוקנת את קופתו ועל ידי כך פוגעת בניזוקים אמיתיים שלא יוכלו להיפרע ממנו ולבוא על תיקונם. הזכות לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק מוקנית רק למי שניזוק או נפגע בפועל, אך אין בידו להוכיח את נזקיו, ולא כאשר אין נזק כלל.

### שאלת היסוד הנפשי בדיני הנזיקין

הכלל בדיני הנזיקין הוא שאין צורך בהוכחת יסוד נפשי, למעט 5 עוולות ספציפיות:

1. גרם הפרת חוזה
2. נגישה
3. שקר מפגיע
4. תרמית
5. תקיפה - יסוד נפשי מרוכך של "במתכוון" להתנהגות ולא לתוצאה. בנוסף אין צורך להוכיח נזק, בשונה מרוב העוולות. זו העוולה היחידה שממש בשימוש,

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

# תובעים ונתבעים

## מי יכול להיתבע?

לכאורה רק המזיק, אולם נראה שגם לאלו שנראים רחוקים יחסית קיימת אחריות נזיקית.

א. המזיק

ב. שולח

ס' 14 - חבותו של שלוח

לענין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם.

אחריות שילוחית, אדם ששולח אחר יכול להיתבע אם השלוח ביצע עוולה.

אם הייתה חריגה משליחות לא ניתן לתבוע את השולח אלא רק את השלוח.

ג. מסייע, משדל, שותף (שותף לעוולה בצורה קלה יותר), מייעץ

ס' 12 - אחריות של משתף ומשדל:

לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם

ההנחה היא שאותו אדם שאליו מתייחס סעיף 12 לפקודת הנזיקין לא ביצע את כל יסודות העוולה בעצמו, שהרי אם היה עושה כן ניתן היה לחייבו בנזיקין באופן ישיר.

לפעמים השותף הוא ה-"דרדלה", החלש, וקל יותר לתפוס אותו. המזיק יתבע אותו אך הוא יטען שזה ששאר המבצעים לא נתפסו לא משליך עליו את הנזק ובוודאי לא את כולו (אין קש"ס), שהרי הוא היה שותף בצורה קלה יותר.

**[הרחבה בסוף המחברת, נייר עמדה שכתבו הסטודנטים לכיתה]**

ד. מעסיק (מעביד)

ס' 13 - חבות מעביד

(א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו –

(1) אם הרשה או אישרר את המעשה;

(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;

 אולם –

(א) מעביד לא יהא חב על מעשה שעשה מי שאיננו מעובדיו אלא אחד מעובדיו העביר לו תפקידו בלא הרשאתו המפורשת או המשתמעת של המעביד;

(ב) מי שהיה אנוס על פי דין להשתמש בשירותו של אדם שאין בחירתו מסורה לו, לא יהיה חב על מעשה שעשה האדם תוך כדי עבודתו זו.

(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.

(ג) לענין סעיף זה, מעשה – לרבות מחדל.

* (א)(2): היוזמה היא של העובד (הרשה - העובד רוצה לבצע עוולה, המעביד מאשר; אשרר - בדיעבד, העובד ביצע עוולה והמעביד אישר אותה לאחר מכן)
* ניתן לתבוע את המעביד כשהעובד התרשל כלפי עצמו או כלפי צד ג'. מדוע? לכאורה יגרום לעובדים לא להרתע.
	+ אנחנו מדינת סעד, ומגנים על זכויות עובדים גם כשהם מפשלים.
	+ לאדם הסביר קיימת הרתעה טבעית מנזק שיגרם לעצמו
* המעביד יעביר את התביעה לביטוח בד"כ.
* כלפי צד ג'

ה. ביטוח

* **הביטוח הוא נתבע קלאסי**. במחקרים שנערכים בשנים האחרונות עולה ש70% מהתביעות בעולם הן תביעות נגד ביטוח.
* מעבידים מחויבים לבטח את עובדיהם בביטוח לאומי.[[27]](#footnote-27)
* **טהרני הצדק המתקן**: קיימת ביקורת - מדוע יש לביטוח אחריות? הרי הוא לא הזיק, אין כאן עניין של כפרה או אשם. פרופ' ארנסט ויינריב (Ernest Weinrib) הוא הקיצוני ביותר בגישה זו אין הוא מוכן להתחשב, אף לא במידה פחותה, בכל היבט אחר פרט ליחסים שבין הצדדים המבוססים על אשמתו של המזיק ועל חובתו לתקן את שעשה (הרחבה בהמשך).

ולכן הוא סבור שביטוח לא קשור לדיני הנזיקין, אלא דיני החוזים (חוזה עם חברת ביטוח לפוליסת ביטוח, תמורת פרמייה)

* + על הדבש ועל העוקץ: טוני אונורה (Tony Honoré) עונה שכאשר מעביד מעסיק עובד, הוא אמנם נהנה ממנו אך צריך גם להתמודד עם בעיות שנגרמות בגללו.

ו. עיזבון

אבות אכלו בוסר ושיני בנים תיקהנה? לא טריוויאלי שאדם שגרם נזק בחייו, יורשיו יצטרכו להתמודד עם הנזקים שגרם. ומצד שני, מה אשם הניזוק שהמזיק מת?

אולם בכל זאת הקביעה היא שאדם מת לא משתחרר מהחובות שלו.

## מי יכול לתבוע?

א. הניזוק

### ניזוק נפשי במעגל המשני

ההכרה בזכאותו של מי שהוא עצמו נפגע בתאונת דרכים וסבל נזק נפשי של ממש בנוסף לפגיעה הפיסית בגופו, לא עוררה מעולם קושי

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל (רע"א 444/87):**

הילד דוד נהרג בתאונת דרכים. הוריו לא היו לידו בשעת התאונה, אך שהו לצידו בבית החולים וראו את סבלו הקשה, עד שנפטר. הוריו הגישו תביעת נזיקין בגין נזקים נפשיים שנגרמו להם (מתח, דיכאונות, פחדים ועצבנות, היעדרות מעבודה והזדקקות הן לעזרה פיזית והן לעזרה נפשית), ואשר יצרו נזק ממוני ולא ממוני.

**השאלה המשפטית**: האם יש להכיר בנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה כתוצאה מפגיעה באדם קרוב?

השופט שמגר: בפסיקה עד כה נקבעה חובת **צפיות הנזק** - הנתבע חייב "כלפי הקרוב התובע חובת זהירות, שלא לגרום לו זעזוע נפשי, שכן אדם סביר בנסיבות אלה צריך היה לצפות שהתובע, אשר לנגד עיניו מתרחש אסון לאדם היקר לו, יינזק בשל כך מבחינה נפשית".

אולם יש לערב שיקולי **מדיניות משפטית**, שכן הסתמכות בלעדית על צפיות עלולה להוביל לתביעה של מספר רב של בני אדם, אשר האירוע הרשלני השפיע בדרך כלשהי על רגשותיהם ועל חוסנם הנפשי. הכבדה כזו תוביל להצפת ביהמ"ש, לנטל על ההתנהגות האנושית וריבוי תביעות סרק.

לכן יש לקבוע את **הלכת אלסוחה** - יש להכיר בנזק נפשי במעגל המשני, אך עם תנאים:

1. **זהות התובע**: התביעה תותר רק לקרובי משפחה ממדרגה ראשונה (הורים, ילדים, בני-זוג), שכן תהליך גרימתו של נזק נפשי ועוצמתו הם במידה רבה תוצאה של מידת יחסי הקירבה. במקרים חריגים וראויים, ניתן לפצות גם נפגע אחר.
2. **התרשמות ישירה מהאירוע**: עד ראיה ושמיעה לאירוע הטראומטי, נמדדת ע"י מבחן הצפיות. (מעין קש"ס) בעידן של רשתות חברתיות דרישה זו חשובה במיוחד. ("ראייתו של קרות האסון בעת צפייה מקרית בטלוויזיה נראית לי, על-פי הגיונם של דברים, שוות משמעות לצפייה ישירה במקום האירוע").[[28]](#footnote-28)
3. **מידת הקרבה בזמן ובמקום לאירוע**: קירבה סיבתית - בין אם החשיפה לנזק נעשתה בצורה חד פעמית ובין אם היא הייתה פרי תהליך מתמשך של חשיפה לתוצאותיו של האירוע המזיק.
4. **נזק נפשי חמור**: תגובות נפשיות מהותיות; נזק ברור וקשה; מחלת נפש (פסיכוזיס) או הפרעת נפש (נוירוזיס) שיש בהן משום נכות ניכרת - יוכח באמצעות חו"ד רפואית.[[29]](#footnote-29)

**דיון בכיתה**:

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

* **יש חשש מריחוק במעגל** (ripple effect): הכרה בנזק עקיף מעלה חשש של הצפת בית משפט, מדרון חלקלק (ניזוק משני ב' יתבע מנזק נפשי כתוצאה מניזוק משני א' וכו')[[30]](#footnote-30), זמני התדיינות, עול כבד על ביטוחים (האם באמת נרצה שהביטוח ייקח אחריות ויצטרך לפצות 100 תובעים? אם הביטוח יישלם יותר הוא יצטרך לפזר יותר את הנזק, יעלה מחירים ואנשים לא יוכלו לאפשר לעצמם לשלם. מה יקרה בסוף? רק עשירים ינהגו כי רק הם יוכלו לשלם ביטוח – שיקול של צדק חברתי).
* **חשש מתרמיות**: יינצלו את המצב כדי לתבוע ולקבל פיצוי. גם בעבור נזקים קלי ערך.
* **הרתעת יתר**: חשש מהטלת נטל כבד מדי על ההתנהגות האנושית. חשש מפני חשיפת יתר לתביעות בגין נזקים פעוטים עלול לפגוע יתר על המידה בחופש של האדם להתבטא, לפעול, ליצור ולהתפתח, בגדר מתחם הסיבולת של החברה.
* **נזק נפשי קשה להערכה מנזק פיזי**: באופו מסורתי הכירו בו פחות, אז למה שיכירו בו במעגל המשני?

הגמשה ברכיב הרביעי של אלסוחה

**לבנה לוי נ' שערי צדק (ע"א 754/05):**

אישה חשה צירים, אך בבית החולים אמרו לה שעוד אין מספיק פתיחה. לבסוף לאחר מספר פעמים שטענה זאת, התגלה שהעובר מת. נפסקו לה פיצויים, אך הבעל תבע גם הוא בטענת היותו נפגע משני. ביהמ"ש קמא דחה את תביעתו בטענה שהתנאי הרביעי (כפי שנקבע בהלכת אלסוחה) לא התקיים לגביו.

**השאלה המשפטית**: האם יש לפצות גם את הבעל בגין ראש נזק של כאב וסבל ואובדן הנאות החיים? האם יש למתן את התנאי הרביעי?

השופט ריבלין: "הלכת אלסוחה צפתה את האפשרות שיתעוררו מקרי-גבול, והותירה שוליים גמישים, המאפשרים להתמודד עם "מקרים קשים" בגדרי תחום פרישתה".

שלושה מבין ארבעת התנאים שהתנתה הלכת אלסוחה מתקיימים בענייננו (האב הוא קרוב משפחה מדרגה ראשונה כמובן, האב חזה באירוע, )

התנאי הרביעי דורש נזק נפשי שנגרם, אולם הנזק שנגרם לאב מתמצה בנזק נפשי 'קל'. אך בנסיבות העניין, אנו סבורים כי זהו נזק ממשי שיש להכיר בו בתביעת הניזוקים המשניים.

כיצד ניתן להגמיש את התנאי הרביעי? נלך לשיקולים שהובילו את שמגר:

* **שיקול הצפת ביהמ"ש**: אין חשש כזה. מדובר אך בסלילת הדרך לקבלת פיצויים בפני הורים לעובר שנגדעו חייו ברשלנות, טרם לידתו או בעת לידתו.
* **הרתעת יתר**: הכרה במקרה כזה תיצור הרתעה נכונה, של זהירות בעת לידה.

מדוע זה נכלל כמקרה קשה וחמור? "הקשיים הפיזיים והנפשיים הכרוכים בהיריון אשר לשווא נשאו בו ההורים משזה לא נשא פריו – אלה של האם, אך במידה רבה גם אלה של האב שלצידה; הכאב והסבל הכרוכים בלידה עצמה; אבדן הפוטנציאל להרות בעתיד לאור חלוף הזמן; אבדן חברתו וחיבתו של הילד;"

השופטת חיות (מיעוט בנוגע להגמשה): התוצאה מקובלת עלי, אך לא הנתיב המשפטי (וסכום הפיצויים). גם האב וגם האם ניזוקיים עיקריים, האמא "משום שהיא מעורבות באופן ישיר בתהליך ההולדה ובאירוע הלידה אשר במהלכו נגרם הנזק והוא הדין לגבי האב" שיש לו תפקיד משמעותי גם הוא.

השופט ג'ובראן: מצטרף לריבלין. "מאחר והסבל הנפשי שחווה האב אינו פועל יוצא של פגיעה פיזית ישירה בו, איני רואה מקום להגדירו כנפגע ישיר".

**לסיכום**:

* ביהמ"ש מכניס את ההורים לתוך הלכת אלסוחה למרות שלא הוכח שנגרם להם נזק "פסיכיאטרי" כפי שנדרש.
* **האם האב והאם הם ניזוקים עיקרים או משניים?** ריבלין וג'ובראן סברו שהאם היא ניזוק עיקרי בעוד שהאב הוא ניזוק משני; חיות סברה ששניהם ניזוקים עיקריים.
* **נושא השנים האבודות**: אובדן ההשתכרות של העובר. זו כבר שאלה של הרבה מאוד כסף (אטינגר- פינץ- הורדה של שליש), הוחלט שבמקרה הנ"ל לא התקבלו, אך אין זו הכרעה סופית.
* **ייתכן שיש לכך השלכה במישור גובה הפיצוי**: יש בוודאי הבדל לעניין רמת ההוכחה הנדרשת (מעבר של הקריטריונים בפס"ד אלסוחה).
* ראש נזק מיוחד של אובדן ילד שטרם נולד?

חשיבות נוסחת האחריות ובה הקש"ס

**שוויקי נ' מדינת ישראל (ע"א 9466/05):**

לוחמי מג"ב הרגו בטעות ילד, לאחר שסברו שהוא מחבל, המדינה פיצתה את ההורים. ההורים ערערו לקבלת פיצוי בגין נזקים פיזיים ונפשיים (דיכאון, פוסט-טראומה, תפקוד ירוד, פחדים, סיוטים, ירידה בתפקוד בכל המישורים, איבדו את חדוות החיים - ומחלת לב של האב).

**השאלה המשפטית**: האם כללי הלכת לבנה לוי התקיימו כאן?

השופט ברלינר: בבחינת נוסחת האחריות הנזיקית, קיימת עוולה (הרג הבן), נזק (מחלת הלב). האם קיים קש"ס? האב בעל גורמי סיכון מובהקים למחלות לב: מעשן כבד, סובל מרמה גבוהה של שומנים בדם ומחלות לב במשפחה. אולם המומחה שהובא שלל קש"ס בין המתח הנפשי בעקבות האירוע לגרימה למחלת לב או החמרת מחלת לב קיימת.

מבחינת **הלכת אלסוחה**: המערער הוא קרוב מדרגה ראשונה, הוא חזה באירוע בו נפגע בנו, אולם התנאי הרביעי לא התקיים. גם הלכת לוי לא התקיימה מכמה סיבות:

* "לא ניתן להשוות בין מותו של עובר בתהליך הלידה למותו של המנוח"
* "למנוח בענייננו עמדה זכות תביעה עצמאית בגין מותו בעוולה" - בתור עיזבון
* מתקרב לעמדת חיות בלוי: שם ההורים היו מעין ניזוקים ישירים,

הכלל הרביעי לא התקיים ולכן הערעור נדחה.

השופט ריבלין: "התרשמותו של הניזוק העקיף מאירוע הנזיקין העיקרי עשויה לגרום לו להלם או לזעזוע עמוק. להלם זה יכולים להיות שני מופעים בני פיצוי: נזק נפשי ונזק פיזי. בעניין אלסוחה הוכרה הזכאות לפיצוי בגין נזקים נפשיים ממשיים שנבעו מהלם זה, וכאן הבהרנו כי גם נזקים פיסיים יכולים להיחשב כתוצרים בני-פיצוי של הלם זה".

השופט ג'ובראן הצטרף.

**לסיכום**:

שוויקי אמנם לא קיבל דבר, כי לא הצליח להוכיח את הקש"ס, אך נקבעו 2 הלכות:

* **זכאותו של ניזוקי משני לפיצוי בגין נזק פיזי**: אם נגרם נזק פיזי בעקבות נזק נפשי (הלם) כתוצאה מעוולה - הוא ייחשב כנזק לכל דבר, במעגל המשני.
* **הצורך בקיום נוסחת האחריות הנזיקית**: ברגע שאדם שם עצמו בתבנית של ניזוק נפשי במעגל המשני הוא חייב להוכיח גם קשר סיבתי (ובכלל את כל נוסחת האחריות הנזיקית). הלכת אלסוחה אינה מייתרת את בחינת הקשר הסיבתי בפרט ואת הוכחת נוסחת האחריות הנזיקית ככלל.

\***יש צורך לבחון את נוסחת האחריות קודם, ואז הלכת אלסוחה**.

ג. מיטיב[[31]](#footnote-31)

האדם שסועד את הניזוק (למשל, הורה ישב ליד בנו שנפגע בתאונת דרכים במשך חודש, והפסיד ימי עבודה). האם הוא זכאי לקבל פיצויים? לפי הכללים הרגילים הוא לא נחשב ניזוק,

סעיף 5 לחוק לתיקון דיני הנזיקין (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-[[32]](#footnote-32)1964 כולל סייג לסכום הפיצוי:

סבירותה של הטבת הנזק

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

* הסעיף קובע שמיטיב יכול לתבוע את המזיק בתביעה נפרדת (שהיא לא נזיקית)
* **החזר הוצאות סבירות או החזר משכורת**: הנמוך מביניהם.

ד. עזבון

ה. תלויים (Dependants)

ככלל, מותו של אדם אחד אינו מקים זכות תביעה בנזיקין לאדם אחר. זכות התביעה העצמאית שניתנה לתלויים בנפטר היא אחד החריגים המוכרים לכלל זה.

על תובע המעוניין לקבל פיצוי כתלוי לעבור שני שלבים:

1. במישור המשפטי - עליו להראות כי הוא נמנה על התלויים המנויים בסעיף 78 לפקודת הנזיקין.
2. במישור העובדתי - נדרש התובע להוכיח את היקף הנזק שנגרם לו כתוצאה ממותו של המנוח.

גיל התלות

**יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ (ע"א 5/84):**

יחזקאל נהרג בתאונת דרכים, וילדיו קיבלו פיצויים בהיותם תלויים - הבת עד גיל 21, והבנים עד גיל 18. ומכאן הערעור, שכן הם טוענים שע"פ מערכת היחסים במשפחה, תקופת התלות הייתה ארוכה בהרבה ומשתרעת על תמיכתו בהם בלימודיהם לאחר הצבא.

**השאלה המשפטית**: כיצד יש לחשב את אורך תקופת התלות וערכה הכספי כאשר אין ראיות לכך?

השופט ברק: "תקופת התלות היא עניין אינדיווידואלי, המשתנה ממשפחה למשפחה. משהובאו ראיות בעניין זה, תיקבע תקופת התלות על-פיהן".

אולם כאשר אין ראיות:

1. ניתן ליצור הנחה עובדתית שילדים בישראל תלויים בהוריהם עד לסיום שירותם הצבאי הסדיר.
2. מאחר הצבא מספק את צרכיו של החייל, וממילא קטנה התמיכה הכספית של ההורים, יש חזקה שהתלות יורדת ל-1/3 בתקופת הצבא.

**לסיכום**:

* ביהמ"ש העליון משנה את ההכרעה וקובע: היום הנורמה היא שההורים תומכים בילדיהם גם במהלך תקופת הצבא ולכן יש להכיר בתלות גם בתקופה זו.[[33]](#footnote-33)

ידועים בציבור כתלויים

**לינדורן נ' קרנית (ע"א 2000/97. 1999):**

שתי תביעות העוסקות באותה השאלה המשפטית: בראשונה - בני זוג, האחד יהודי והשנייה נוצריה, חיו יחד כידועים בציבור ונולדה להם ילדה, עד שהבעל נהרג בתאונת דרכים; בשנייה - בני זוג חיו 6 שנים כידועים בציבור, עד שהבעל נהרג בתאונת עבודה.

בשתיהן, האישה מבקשת לקבל פיצויים מכוח סעיף 78, המעניק אותם בין היתר לבן זוגו של הניזוק. אולם ביבמ"ש קמא דחה את התביעות, בטענה שאין הכרה בידועים בציבור בסעיף לעיל.

**השאלה המשפטית**: האם ידועים בציבור נכללים בגדר "בן זוגו" של מי שעוולה גרמה למותו?

הנשיא ברק: ברק מנתח את המשמעות של "בן זוגו" בפקודה, וקובע כי "התכלית המונחת ביסוד ההסדר של הפקודה היא להעניק פיצוי בגין אובדן התלות, תוך החזרת המצב לקדמותו… לעניין זה, הקובע הוא היחס העובדתי, הלכה למעשה, של התלות".

הזכות נגזרת לא ממעשה הנישואין אלא מקטיעת מקור התלות. אמנם קשר כזה קל יותר להתרה - אך עלינו להתחשב באפשרות זו לשם חישוב הפיצויים, לא לעצם יכולתה לקבל אותם.

חיזוק לקביעתו הוא מוצא בזכות לשוויון - "מבין שני פירושים אפשריים עלינו לבחור באותו פירוש המקדם את השוויון והשולל את ההפליה".

טענות נגד קביעה זו:

* יש לתת אותה **משמעות כמו בחוק האנגלי** (wife) פירושו אישה נשואה.
	+ מענה: "חובתנו כשופטים בישראל הינה ליתן לדיבור "בן-זוג" אותה משמעות שנודעת לו בחברה הישראלית ולא בחברה הוויקטוריאנית האנגלית של אמצע המאה התשע-עשרה"
* **זכות נגזרת**: זכותה של האלמנה התלויה נגזרת מזכותה של האישה הנשואה למזונות, ואם אין לה זכות למזונות כך גם לתלות.
	+ מענה: זכאותו של פלוני לתשלום דמי נזק בגדר סעיף 78 אינה תלויה בקיום חובה חוקית של המנוח.
* **מצב של שתי נשים**: יגרם קושי אם המנוח היה היה נשוי לאישה אחת וניהל קשר עם אישה אחרת. למי פוסקים?
	+ מענה: שוב, המבחן הוא תלות בפועל.
* **פגיעה במוסד הנישואין**.
	+ מענה: הכרה בזכותה של הידועה בציבור אינה מבוססת על מצב נורמטיבי של זכות לתלות, אלא על מצב עובדתי.
* כאשר המחוקק מעוניין לכלול ידועים בציבור, הוא כותב זאת מפורשות.
	+ מענה: "אין להסיק ממובנו של ביטוי בחוק פלוני על מובנו של אותו ביטוי בחוק אלמוני, מקום ששני החוקים עוסקים במאטריה שונה".
* ההכרה בידועה בציבור לעניין זכויות וחובות צריכה לבוא מהמחוקק.
	+ מענה: אנחנו עושים מה שביהמ"ש מוסמך לעשות - לפרש את דברי המחוקק.[[34]](#footnote-34)
* קביעה זו מהווה סטייה מפסיקה קודמת של ביהמ"ש.
	+ מענה: אכן, ודבר זה ראוי מקום בו ההלכה החדשה מוצדקת.

**לסיכום**:

* פסק הדין שהכריע איך המשפט מתייחס ל"ידועים בציבור", לא רק בנזיקין.
* **קריטריונים**: ניהלו משק בית משותף, קיימו יחסי אישות, הקימו משפחה מאוחדת (הייתה להם בת).
* הפיצוי שניתן הוא על התלות בפועל, אך גם על התלות בכוח (בפוטנציאל).

תלויים בגירים בעלי יכולת השתכרות – הגישות השונות:

**פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה (ע"א 8961/16):**

פלוני בן ה-62 נהרג בתאונת דרכים, וילדיו הבגירים טענו שמאחר והוא היה מכלכל אותם בכמה אלפי ש"ח מדי חודש, עליהם לקבל פיצויים כתלויים. אולם ביהמ"ש קמא דחה את תביעתם וקבע שתלוי הוא מי ש"סמוך על שולחנו ונעדר יכולת עצמאית לכלכל עצמו".

**השאלה המשפטית**: ילד בגיר שסיים את חוק לימודיו ומנהל משק בית עצמאי, האם זכאי?

השופט עמית: 3 אפשרויות שונות לפרשנות הסעיף:

**גישה רחבה**: כל הפסד שנגרם בפועל לילד כתוצאה ממות ההורה (למשל, כולל חופשת סקי). גישה זו מתעלמת מהתלות בפועל, יתכן והילד אינו צריך את התמיכה.

**גישה מצמצמת**: רק תלות אמתית קיומית (למשל נכות). רק מצבים בהם אדם לא יכול לפרנס את עצמו כלל.

הגישה הנבחרת - **גישת ביניים**: כוללת גם אדם שיכול לפרנס את עצמו, אם הוא **בפועל** סמוך על שולחן הוריו והם מספקים לו את כל צרכי מחייתו (הוא צריך לגור איתם והם מפרנסים אותו).

נימוקים לבחירה בגישת הביניים:

* **פרשנות מילולית של סעיף 78**: המגשימה את התכלית, כפי שנעשה כבר בביהמ"ש.
* **פרשנות תכליתית**: מטרת החוק היא סוציאלית.
* **תיחום גבולות האחריות בנזיקין**: כדי למנוע אפקט של ריחוק במעגל, ניזוק משני שתובע על סמך נזק שנגרם לניזק משני אחר וכו'.[[35]](#footnote-35)
* **מדרון חלקלק**: בהינתן שתמיכה כלכלית כזו או אחרת בילדים הבוגרים מקובלת במשפחות רבות, עלולים להתעורר אין ספור דיונים מורכבים.
* **נטל על האלמנה**: מאחר והפיצויים מנוכים מתוך פיצויי העיזבון.

# הגנות

בהנחה שהוכחנו עוולה, נזק וקש"ס.

כיצד אפשר להתגונן?

חלוקה (של שמואלי).

* **הגנה כללית**: הכל או כלום. אם ההגנה מתקיימת, כל התביעה מתאיינת.
* **הגנה חלקית**: לכל היותר, הפחתת הפיצוי לניזוק.

## הגנות כללית

1. **קיעקוע יסודות העוולה**: אפשר לערער על אחד מיסודות נוסחת האחריות הנזיקית (עוולה, נזק או קש"ס). לפני בדיקת ההגנות עצמן, השלב הראשון הוא לבדוק שיסודות הנוסחה בכלל קיימות.
2. **הגנות לשופט**

ס' 8 לפקודת הנזיקין - חסינות שיפוטית:

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

לא רק לשופט, אלא לכל נושאים בתפקידים שיפוטיים.

שני סוגי חסינות:

* **חסינות דיונית**: במעשה עצמו יש פסול והחבות קיימת, אך החסינות שוללת את האפשרות להגיש תביעה.
* **חסינות מהותית**: במעשה עצמו אין פסול, האחריות עצמה נשללת. לא ניתן לתבוע את המדינה באחריות שילוחית בגין עוולה שיפוטית.

אנחנו לא רוצים מצב של **שופט ששופט (verb) שופט**, כי מי אמר ששיקול הדעת של השופט השני יהיה ראוי יותר?

על איזו סוג חסינות מדבר הסעיף?

**רע"א מדינת ישראל נ' אדם (3359/18): [חסרה דעת וילנר]**

נתין סודני שנכנס לישראל כלא כחוק עמד למשפט, ובו נעשו מספר טעויות לגביו (כגון משפט שלא בשפתו).

**השאלה המשפטית**: דינה של תביעה כנגד שופט הוא סילוק על הסף, אך האם ניתן לחייב את **המדינה** בנזיקין בשל מעשה או מחדל של נושא משרה שיפוטית ממלכתית? (הרחבה של החוק).

השופט מזוז: מדוע קיימת חסינות משפטית?[[36]](#footnote-36)

שיקולים מערכתיים, שיקולי צדק וטובת הציבור, ושיקולים כלכליים:

* **הגנה על העצמאות השיפוטית ו"אי התלות" של השופטים**: מתן החופש לדון ולהכריע בסכסוכים לפי מיטב שפיטתם וללא חשש לחשיפה לתביעות מצד בעלי דין שההחלטה השיפוטית אינה מטיבה איתם. מניעת פגיעה באמון הציבור במערכת.
* **מניעת ערעור המבנה ההיררכי**: של מערכת בתי המשפט אשר מצדיק ששופט של ערכאה נמוכה לא יבחן החלטה של שופט בערכאה גבוהה יותר.
* לציבור אינטרס ראשון במעלה בתפקודה התקין של מערכת שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה המספקת לציבור שירות נאמן והוגן, ללא מורא וללא משוא פנים
* אינטרס הציבורי בסופיות הדיון
* חשש מפני חדירת שיקולים זרים למערכת השפיטה
* ניצול לרעה והגשת תביעות סרק
* שיבוש פעילות מערכת השפיטה ויעילות תפקודה

ומה יהיה על הניזוק? "מקרים בהם נגרם עוול לאדם עקב החסינות השיפוטית הם כה מעטים עד שעוול כזה "אינו שקול כנגד התוצאות הציבוריות הקשות שייגרמו לציבור כולו" מצמצום החסינות השיפוטית"

**לסיכום**:

* השופט מזוז בדעת רוב קובע שהחסינות היא **מהותית**.
* דעת מיעוט מסוימת של השופטת וילנר.
1. **הגנות לקטין**

ס' 9

(א) לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים.

(ב) מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים יכול לתבוע על עוולה, ובכפוף לסעיף קטן (א) – להיתבע עליה אולם אין להגיש נגדו תובענה על עוולה הנובעת, במישרין או בעקיפין, מחוזה שעשה.

1. **הגנות ללקוי בנפשו**

הפקודה שותקת לגבי לקוי בנפשו ויש גישות שונות לגבי האחריות של לקוי בנפשו בנזיקין.

**כרמי נ' סבג (רע"א 1272/05):**

כרמי, שהיה חולה נפש, דקר את הילד סבג ופצע אותו. הוריו של הילד הגישו כנגדו תביעת נזיקין אזרחית.

**השאלה המשפטית**: מהי אחריותו בנזיקין של חולה נפש?

השופט רובינשטיין: 3 גישות:

* **לא הגנה**: לקות נפשית זו לא הגנה בנזיקין.
* **הגנה כמו בפלילים**: אין לעניין זה שוני בין נזיקין לפלילים ולכן קיימת גם בנזיקין הגנה ללקוי בנפשו.
* הגישה הנבחרת - **גישת ביניים**: אין הכרח כי המזיק יבין את משמעותו המוסרי של מעשהו, אך ההגנה בנזיקין תחול רק אם ללקוי בנפשו לא היה יסוד מינימלי של שליטה.

יש בגישת הביניים "איזון שמשמעו מאמץ להגינות כלפי כולי עלמא - מחד גיסא, אין הדלת ננעלת בפני הקרבן לקבלת פיצוי; מאידך גיסא, אין מטילים אחריות על מי שהיה במצב של היעדר שליטה מכל וכל".

1. **מעשה של מה בכך**

ס' 4 לפקודת הנזיקין

לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך.

עוולה שאדם סביר לא היה תובע עליה (למשל, על גניבה של מסטיק לא פונים לביהמ"ש).

* עניין של פרשנות.
* יתכן ומעשה יראה כמה בכך, אך הוא מכת מדינה וייתחסו אליו אחרת.[[37]](#footnote-37)
1. **הסתכנות מרצון** (volenti non fit iniuria)

ס' 5 לפקודת הנזיקין

 (א) בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכושו למצב זה מרצונו.

 (ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי-מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק.

 (ג) ילד למטה מגיל שתים עשרה לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק או כמסוגל מרצונו לחשוף עצמו או רכושו למצב זה.

בתי המשפט לרוב לא אוהבים לא השתמש בה (מעדיפים אשם תורם), ופיתחו סייגים יצירי הפסיקה.

כדי שנתבע יחסה תחת ההגנה הוא צריך להוכיח, לפי הפסיקה:

* הניזוק **ידע על אודות הסיכון**, כולל הערכת מהות הסיכון ואופיו המסוכן;
* הניזוק **חשף עצמו מרצונו לסיכון**, הן הפיזי והן המשפטי;
* הניזוק **רצה לחשוף עצמו לסיכון ולהשלכותיו המשפטיות** בהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק והזכות להישמר ממנו. עצם ידיעת הסכנה אינה מעידה שהיה רצון להסתכן.

ההגנה רלוונטית בעיקר כשמדברים על ספורט אתגרי.

1. **ניתוק קשר סיבתי**

ס' 64 לפקודת הנזיקין

"אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו {לצפותו} מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

(2) אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

(3) הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

נוסחת האחריות הנזיקית התקיימה, אולם לאחריו הקש"ס נותק.

מתי?

1. מקרה טבעי בלתי רגיל, שלא ניתן היה לצפותו מראש ולמנוע את תוצאותיו.
2. **אשם עיקרי**: קיים קש"ס, אך אשמו של אדם אחר היה מכריע.

## הגנות חלקיות

1. **אשם תורם**

סעיף 68 לפקודת הנזיקין

(א) סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצודק תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק; אולם האמור בזה אין כוחו יפה להכשיל הגנה הנובעת מחוזה, ואם חל על התביעה חוזה או דין המגבילים את החבות, לא ייפרע התובע פיצויים למעלה מן הגבול שנקבע כאמור.

(ב) הופחתו הפיצויים לפי סעיף קטן (א), יקבע בית המשפט וירשום את סך כל הפיצויים שהתובע היה יכול להיפרע אילולא אשמו.

(ג) הוראות הסעיפים 11 ו-83 יחולו כל אימת שנמצאו שנים או יותר חבים לפי סעיף קטן (א) על נזק שנגרם לאדם, או שהיו חבים אילו נתבעו לדין.

בודקים האם לניזוק עצמו יש אחריות לנזק: האם עשה משהו שתרם לנזק? אם יש תרומה של הניזוק לנזק, מפחיתים את אחוזי האשמה שלו מהפיצויים שלו.

1. **הקטנת נזק**

יציר הפסיקה.

במה היא שונה מאשם תורם? אשם תורם זו תרומה לתהליך הנזק, ואילו הקטנת הנזק מתרחשת אחרי קרות הנזק.

דוגמה רכושית

מים הדולפים לחצר השכן [חסר].

דוגמה גופנית

**גנזך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ (ע"א 320/87):**

המערער (שהיה מורה) נפגע בתאונת דרכים, ונפסקו לו פיצויים, בין היתר בגין אובדן כושר השתכרות, על כך שפרש מעבודתו לפני גיל הפרישה. הערעור נסוב על סכום הפיצוי, אשר לטענתו אינו כולל את הפרודוקטיביות הירודה מאז תאונה והבושה שבצליעה לעיני התלמידים - ואלו גרמו לו לפרוש מעבודתו.

השופט אור: על הניזוק להקטין את נזקו, ואם לא עשה זאת - עשוי לקבל פיצויים מופחתים. ניזוק לא יצטרך להקטין את נזקו בנסיבות סבירות מסוימות.

מתי נגיד שניזוק עשה מספיק על מנת להקטין את נזקו?

**מבחן האדם הסביר**: "אם אדם סביר במצבו של הניזוק, על כל מוגבלותו, קשייו ואי הנוחות הנגרמים לו במקום העבודה, היה חוזר או מתמיד בעבודתו אם לאו, ואין ליתן משקל מכריע להרגשתו או רצונו הסובייקטיביים של הניזוק".

במקרה זה, איבוד הריכוז והבושה אינם מצדיקים את פרישתו של המערער מהעבודה, ואדם סביר במצבו אכן היה נשאר בעבודה, וכך מקטין את הנזק.

1. **הגנות ספציפיות**

למשל בעוולת התקיפה ולשון הרע.

\*\*\*על פרק ב' בסילבוס דילגנו לעת עתה\*\*\*

# משטרי אחריות

איך קובעים שמעשה מסוים הוא עוולה? מתי המחוקק רוצה שמעשה מסוים יאסר?

לשם כך נועדו משטרי האחריות, הקובעים מאיזו נקודה אדם ביצע עוולה מסויימת.

ניתן לחלק את משטרי האחריות למשטרי קצה ומשטרי ביניים.

## משטרי קצה

### משטר 1: אשם (רשלנות)

אחריות על בסיס אשם, המוטלת על מזיק שפעל מתוך יחס נפשי של מודעות בפועל או בכוח (רשלנות) לאפשרות שהתנהגותו תגרום נזק.

רוב העוולות מקיימות משטר זה, העוולה המרכזית היא עוולת הרשלנות. גם ברוב העולם משתמשים במשטר האחריות של אשם, אך קיימים "איים" של אחריות מוחלטת, למשל בישראל חוק הפלת"ד.

נקודת האיזון יכולה להיות **השקעה סבירה**: השקעת המזיק באמצעי המניעה צריכה להיות באופן סביר, ואם יגרם נזק, ביהמ"ש יבחן האם ההשקעה הייתה סבירה או לא. (לדוגמה: אמצעי מניעה הנחשבים כהשקעה סבירה של אתר בניה אחרי ל"ג בעומר לא יחשבו סבירים לפני החג, כאשר ילדים עלולים להכנס ולסחוב קרשים).

ולכן הבעיה באשם היא **עלויות גבוהות לבירור האשם**

### משטר 2: אשם ואשם תורם

עם הזמן הצטרף אשם תורם (הפחתת פיצויים לפי אשמו של הניזוק).

בחינת ההתרשלות:

* **בחינה כלכלית**: של לרנד הנד ופוזנר. להלן.
* **מבחן איזון האינטרסים** שבבסיסו צדק: של ברק. להלן פס"ד חמד.

דוקטרינות אשם תורם:

* **אשם תורם כהגנה יחסית** (השוואתי, Comparative Negligence): האשם התורם מפחית את היקף הפיצויים המגיע לניזוק, בהתאם לחומרת אשמתו התורמת. נהוגה בישראל וברוב מדינות העולם.

[חסר - הדמיון העקרוני לגישת קלברזי].

* **אשם תורם כהגנה מוחלטת** (Contributory Negligence): משנקבע שהניזוק אחראי באופן חלקי לנזקיו, במידה שמעל סף כלשהו, הרי שאין המזיק חייב כלל בפיצויו של הניזוק.

### משטר 3: אחריות מוחלטת

אחריות זו לא מושתת אשם, בפועל או בכוח.

**מטרתו - הרתעה**: אם אדם יהיה אחראי בכל מקרה, הוא יהיה אחראי יותר למעשיו.

משטר זה מעלה קושיות:

* **הקושי העיקרי**: היא עלולה להעניש (אמנם ע"י פסיקת פיצויים וללא סנקציה פלילית מכתימה) גם את מי שבהתנהגותו לא דבק, לכאורה, כל רבב.
	+ מענה: ישנן גישות שטוענות שאין זה משנה אם הטלת האחריות מוצדקת או לא. המזיק יכל לעשות כל מה שביכולתו למנוע את הנזק ולהשקיע באמצעי מניעה, מעצם זה שהמזיק גרם לנזק או שהנזק התרחש אצלו - הוא ישלם פיצויים. אין לו הגנות (חוץ מקעקוע יסודות העוולה), ולכן אין צורך להדיין בביהמ"ש - פשוט לשלם.
* **כיצד ניתן להיות אחראי תמיד ועל הכל?** האם המדינה עושה הכל כדי למנוע תאונת דרכים? במקום לשלם מאות אלפי ש"ח לזמר ביום העצמאות אפשר לתקן עוד כבישים, למנות עוד שוטרים ולפרוס מצלמות.
	+ מענה: יש גבול סביר.
* אם בכל מקרה המזיק ישלם, למה לו להשקיע בכלל במניעת הנזק?
	+ מענה - הרתעה יעילה: כי לפחות חלק מהנזק ימנע והנזקים יהיו זולים יותר .

אם אחריות מוחלטת היא יעילה ומצמצמת נזקים - מדוע לא כל הנזקים הם מסוג אחריות מוחלטת?

* כי כך אנחנו מפספסים את ה**אשם התורם**.
* **גלגול המחירים לצרכן**: כי איננו רוצים שהמזיק הפוטנציאלי ישקיע אינסוף באמצעי מניעה - חברות רבות יסגרו כי לא יהיה להם שווה בכלל להכנס לתחום/מספר המשתמשים במוצר מסוים יפחת; העלויות יתגלגלו לצרכן, ומחיר השוק של אותו המוצר יעלו. בעיה חלוקתית.
* לא מחנכת את הניזוק



#### דוגמאות לשימוש בפועל באחריות מוחלטת[[38]](#footnote-38)

* חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.
* חוקי פיצויים לעובדים על נזקי גוף בעבודה.
* **חוק סיוע לנפגעי קריסת הרצפה באולמי ורסאי, התשס"ב-2002**
	+ אירוע שהתרחש במאי 2001 בו קרסה הרצפה באולמי ורסאי בירושלים בעיצומה של חתונה, כשרוב האורחים היו על רחבת הריקודים בקומה השלישית. כתוצאה מכך מתו 23 אורחים, ו-280 נפצעו. הוקמה ועדה שתכליתה לדון בעניין בטיחות מבנים ומקומות המשמשים ציבור.
	+ לטענת מציעי החוק, "בניגוד למקרים של פיגועי טרור או נזקי מלחמה, המקרה הטראגי של אסון ורסאי אינו יכול להיות כולו מכוסה על ידי גורם ביטוחי כל שהוא - לכל ביטוח יש גבול מסוים - או על ידי המדינה ולכן, על מנת שלא יישארו נפגעים ובני משפחה ללא פיצוי ראוי, חשובה חקיקה ספציפית של הכנסת במקרה הזה, שתבטיח בכל זאת פיצוי לנפגעים מטעם המדינה."
	+ ניתן לראות שהמדינה השתמשה בשיטת האחריות המוחלטת, ופיצתה את הניזוקים ללא תלות במידת האשם של המזיקים.
* **חוק לפיצוי נפגעי גזזת, התשנ"ד-1994**:
	+ גזזת היא מחלת עור פטרייתית של השיער והקרקפת. הייתה שכיחה מאוד בישראל. הטיפול בשנות החמישים למחלה היה באמצעות הקרנות רנטגן שאמנם טיפלו במחלה אך גרמו לדלקות קשות בעור ואף לגידולים סרטניים.
	+ חוק הגזזת הוא בעל אופי סוציאלי שיקומי מובהק. המדינה לא התרשלה בטיפול, אך נטלה המדינה על עצמה לתמוך בנפגעים על אף שלא המדינה הייתה הגורם האחראי לפגיעה, וחרף קיומן לעיתים של עילות פטור על -פי דין. (משרד הבריאות נ' פז)
	+ "אוצר המדינה יעביר את כל הכספים הדרושים לו כדי לבצע תשלומים על פי חוק זה".
* **חוק ביטוח נפגעי חיסון, התש"ן-1989**:
	+ במשך השנים ניתנו מספר סוגי חיסונים לאזרחי ישראל, לדוגמה חיסון דלקת כבד נגיפי וחיסון דלקת קרום המוח.
	+ מדינת ישראל החליטה לתת פיצוי למי שנפגע כתוצאה מקבלת החיסון: "הסיוע לנפגעים כתוצאה ממדיניות חיסון המוני לא הוסדר עד כה בחוק. כיום המצב הוא שילדים ומבוגרים שהתחסנו וכתוצאה מכך נגרמו להם בעיות נפשיות או גופניות - נאלצים להביא את עניינם להכרעת בתי המשפט בתביעת נזיקין." (דברי ההסבר לחוק)
	+ גם כאן ניתן לראות משטר אחריות מוחלטת שהמדינה בוחרת לקבל על עצמה, ואף מעודדת את הציבור להתחסן על ידי כך. (מכווינת התנהגות).
	+ נקבע כי המדינה תבטח בפוליסה את כל מי שמקבל חיסון וכל אדם אחר שבא עמו במגע, מפני פגיעה כתוצאה מחיסון.
* **חוק פיצוי לנפגעי פוליו, התשס"ז-2007**:
	+ פוליו הוא וירוס מעיים קטן ועמיד שמשפיע על מערכת העצבים, ומועבר באמצעות פעילות המעיים – מוכר גם כשיתוק ילדים. בשנות החמישים הופץ חיסון למחלה.
	+ "מטרתו של חוק זה לפצות את נפגעי הפוליו שלקו בישראל במחלת שיתוק ילדים או שקיבלו בישראל טיפול רפואי בשל מחלת שיתוק ילדים ובכך לבטא את מחויבותה של מדינת ישראל כלפיהם".
	+ החוק ייתן פיצוי לנפגעי הפוליו עקב רשלנות המדינה באי-מניעת המחלה – תשתיות רעועות במדינה בזמן התפשטות המחלה.
	+ אחריות מוחלטת – המדינה לקחה על עצמה לפצות את הנפגעים במחלה, ללא קשר למידת אשמם של החולים בהידבקות במחלה.
* פיצוי מכוח ועדות ציבוריות: ועדת ריבלין

הוועדה הציבורית לבחינת האפשרות להחלת הסדר פיצוי מיוחד על עובדי הוועדה לאנרגיה אטומית שחלו במחלה ממארת בקשר עם חשיפתם לקרינה מייננת או לחומרים מסוכנים אחרים במהלך עבודתם (30.7.15)

עובדים במרכזי הוועדה לאנרגיה אטומית (להלן: הוא"א[[39]](#footnote-39)) לקו במחלות ממאירות, והם מאמינים כי התחלואה היא תוצאה אפשרית של החשיפה לקרינה מייננת או לחומרים מסוכנים, במסגרת עבודתם. במסגרת הסדר מיוחד, הוחלט לאפשר לעובדים שירצו בכך, להצטרף להליך מיוחד ומקל במקום הגשת תביעת נזיקין רגילה. במסגרת ההסדר יזכו לפיצוי עובדים רבים שלפי הדין הקיים ספק רב אם היו זוכים לפיצוי כלשהו:

* **אחריות מוחלטת**: אין צורך להוכיח אשם או רשלנות בהתנהלות הוא"א ע"מ לקבל פיצוי.
* אין צורך לעמוד ב**מאזן ההסתברויות**, כך שגם אם הקש"ס בין העבודה למחלות הוא קלוש, יתכן פיצוי. ההסתברות לקיומו של קש"ס תהיה כפולה מהערך הממשי.
* העובדים יזכו לקביעת **נכות מינימלית** של 45%.
* אם קיים **ספק בהערכות** רמות הקרינה, יקבלו העובדים פקטור של 50%.
* **פיצוי נוסף** לעובד שלא בוטח כנגד מחלות קשות, בהוכחת קש"ס של 2% לפחות.
* מהסכום שייקבע לניזוק, יתבצע ניכוי של 20% בגין הוצאות המחייה.

מדוע כל ההטבות הללו? מדוע לא הליך שיפוטי רגיל?

* **תרומה מיוחדת**: העובדים נתנו את מירב שנותיהם לקידומה של מדינת ישראל, הקריבו את בריאותם, ועל המדינה לעמוד לצידם בעת הזו. "אין זה ראוי לבחון את עניינם של העובדים שחלו רק במשקפיים של זכויותיהם לפי הדין הנזיקי ומשכך מתחייבת מציאת דרך שונה לפיצוי הוגן".
* **הגנה על האינטרסים של המדינה**: בהתחשב בנושא על הפרק, הליך שיפוטי רגיל עלול לחשוף במהלכו מידע רגיש.
* **פיצוי הולם**: פיצויים במהירות וביעילות, ובדרך שקופה ופשוטה ככל הניתן.
* **לא מהלך תקדימי**: הקמתו של הסדר מיוחד אינו חריג בדין הישראלי (כגון חוקי התגמולים העוסקים בנפגעי צה"ל ובחללי צה"ל ודיני הביטוח הלאומי).

**דיון**:

* ניתן לראות את משטר האחריות המוחלטת – המדינה לקחה אחריות על הפגיעה בעובדים, ללא קשר למידת אשמת העובדים בפגיעה – ללא תלות בכמות הזמן שעבדו, או בקרבת העובדים לכור עצמו.
* ועדת ריבלין אימצה את הלכת אטינגר ביחס לאובדן השתכרות של ניזוק שקוצרה תוחלת חייו: בפס"ד **אטינגר** הוכר לראשונה פיצוי בגין אובדן השתכרות לניזוק שתוחלת חייו קוצרה עקב התאונה, מייד או לאחר זמן, עבור השנים האבודות – שנות אי ההשתכרות כאשר נפטר ועד הפנסיה.
* אולם לעניין הפחתת הפיצוי עקב הוצאות מחייה, ועדת ריבלין קיזזה כ-20% בלבד, בעוד שלפי הלכת פינץ' יש לקזז כ-⅔.
* ועדת שמגר (משרד הביטחון דין וחשבון ועדת החקירה בעניין ההשלכות של פעילות צבאית בנחל הקישון ומימי הסביבה על בריאותם של חיילי צה"ל שהופעלו במקום (2002)).

### אשם לפי נוסחת לרנד הנד

גישת פוזנר ולרנד הנד המבוססת על אשם-רשלנות

כיצג נקבע את אשמו של המזיק (במיוחד במקרים שקשה יותר לקבוע את סבירות נקיטת אמצעי המניעה)?

פוזנר הסתמך על נוסחה שפיתח לרנד הנד.

לפי פוזנר (והגישה הכלכלית למשפט), קיימת נקודת אופטימיום בה סך עלויות התאונות ועלויות המניעה הוא נמוך ביותר. אם מזיק פוטנציאלי ידע את נקודת האופטימום - הוא ידע כיצד לפעול ולהימנע מלהזיק (שכן מידע = וודאות). הואיל ויצירת נזקים לא יעילים תהפוך ללא-כדאית עבורם. לעומת זאת, כאשר מדובר בנזק יעיל, אין טעם לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות, שבסופו של דבר יקטינו את הרווחה המצרפית במקום להגדילה.

הכלל של פוזנר מתבסס על חישוב אמצעי המניעה שאדם צריך להשקיע למניעת הנזק, מול כמה אדם היה צריך לשלם אם הנזק היה קורה.

נוסחת לרנד הנד (BPL formula):

1. **הוצאות מניעה** (Burden) - מחושבות לפי אירוע אחד.
2. **תוחלת נזק** (היקף הנזק הצפוי) - שיעור הנזק הממוצע (Loss) × הסתברות התממשותו (Probability).

**מזיק מתרשל כאשר תוחלת הנזק עולה על ההוצאות שהוצאו למניעתו (PL>B).[[40]](#footnote-40)**

בניסוח אחר: נקבע שמזיק התרשל אם עלויות המניעה שהוצאו קטנות מתוחלת הנזק. כלומר, המזיק לא השקיע מספיק במניעת הנזק לעומת הנזק שנגרם.



דוגמה לנוסחת לרנד הנד - אירועון 10: האם על שבט הצופים להוציא הוצאות מניעה (רכישת תיק ע"ר)?

הוצאות מניעה - 50 ש"ח (תיק אחד שעולה 500 ומתאים ל-10 אירועים)

תוחלת נזק - 1000 ש"ח (שיעור הנזק הממוצע) x עשירית 10% (הסתברות התממשות תאונה) = 100.

תוצאה - מכיוון ש-50 קטן מ-100, הוצאות המניעה **קטנות** מתוחלת הנזק, כך שאם הוצאו ואירע נזק - המזיק אינו רשלן, ולכן לא ניתן יהיה לתבוע את המזיק (הצופים). אם המזיק לא היה מוציא ונגרם נזק - המזיק רשלן וישלם את מלוא הנזק.

אם תוחלת הנזק הייתה 40, הוצאות המניעה גדולות מתוחלת הנזק, כך שאם הוצאו וארע נזק, המזיק אינו רשלן, אך **גם אם לא הוצאו ונגרם נזק, המזיק אינו רשלן**.

מדוע? כחברה איננו מעודדים הוצאת הוצאות גדולות עבור נזקים שתוחלתן קטנה – או שהם קורים הרבה

אבל מזעריים או שהנזק גדול אבל הם נדירים ולמעשה אינם מצדיקים השקעה במניעה.

* החוכמה של הניזוק היא לתפוס את אמצעי המניעה הזול, הקטן ביותר וה'ממזרי' שלא בוצע ע"י המזיק - וכך לקבל פיצויים (למשל, אם המזיק היה צריך להשקיע 100 והוא השקיע 99)

צדק מתקן, ונוסחת לרנד הנד

**חמד נ' מדינת ישראל (ע"א 5604/94):**

חיילי מג"ב הגיבו בירי כדורי גומי להתפרעות במחנה הפליטים בג'נין. אחד הצעירים במקום נפצע מכדור גומי, אך תביעה שהגיש נדחתה, לאחר שביהמ"ש קמא סבר שהלוחמים לא התרשלו.

השופט ברק: מהם אמצעי הזהירות הנדרשים מהמזיק ובאילו נסיבות יש לנקוט אותם? תוכנה של הסבירות (או ההתרשלות) נקבע על-פי האיזון הראוי בין הערכים והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה. האינטרסים והערכים שיש להביאם בחשבון הם האינטרסים והערכים של הניזוק, המזיק והחברה.

**מבחן איזון האינטרסים**:

* מנקודת מבט **הניזוק**: יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובשלמות גופו ונפשו ויש להתחשב בהסתברות התממשותו של נזק זה - ככל שהנזק לניזוק הוא גדול יותר, והסיכוי להתממשותו הוא רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.
* מנקודת מבט **המזיק**: יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק - ככל שההוצאות הנדרשות ממנו הן כבדות יותר, וההסתברות להתממשות הסיכון של הפגיעה בניזוק קטנה יותר, כן נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה.
* מנקודת מבט **הציבור**: יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק, מזה ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון, מזה. יש לתת את הדעת לשיקול הציבורי, המאזן בין צרכי הכלל וחלוקת המשאבים שבידיו, לבין הדרישות העולות מעת לעת במסגרת האמצעים הנתבעים לשם יצירת בטיחות רבה יותר בתחום מוגדר - ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, כן יש לנקוט יותר אמצעים כדי למונעה.

כיצג נאזן ביניהם? קיימת נוסחת לרנד הנד. אך "האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. זהו האדם הדואג לעצמו, לזולתו ולציבור, ואף כל אלה אינם משקפים את מלוא מורכבותו". לכן עדיף מבחן איזון האינטרסיםהמביא בחשבון גם עקרונות של צדק, הוגנות ומוסריות. מאחורי המספרים עומדים בני אדם שלא ניתן להחליט בעניניהם באמצעות מספרים וחישובים כלכליים.

השופט ריבלין: שתי הערות על נוסחת לרנד הנד:

1. היא אינה מציגה רק יעילות כלכלית, היא למעשה **מסגרת רעיונית** אליה ביהמ"ש יוצק את התוכן. הוא יכול להתחשב בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצודקת, ההוגנת והמוסרית. הוא המחליט מהי עלות ומהי תועלת. פגיעה בצדק – היא עלות, צדק מתקן – הוא תועלת.
2. שיטה חלופית לנוסחה היא **הצדק המתקן**: זו אמנם מתעלמת מרכיב אחד של הנוסחה, העלות של מניעת הנזק. אדם התרשל מקום שבו גרם נזק כתוצאה מסיכון אשר הסתברות התממשותו היא סבירה – תהא עלות מניעת הנזק אשר תהא.

**דיון ודילמות**:

* **האם נכון להשתמש בנוסחאות ומספרים במשפט?** הרי אשם הוא לא מדיד, איך לרנד הנד בא ומודד אותו?

הסיפור על ר' ירמיה והאפרוח הניפול:

"ר' ירמיה: 'רגלו אחת בתוך נ' אמה ורגלו אחת חוץ מחמשים אמה מהו?' ועל דא אפקוהו לרבי ירמיה מבי מדרשא. תא שמע: נמצא בין שני שובכות, קרוב לזה - שלו; וקרוב לזה - שלו ואף על גב דחד מינייהו נפיש מחבריה דהכא במאי עסקינן? ששניהן שוין וליזיל בתר רובא דעלמא טהכא במאי עסקינן".[[41]](#footnote-41)

תמיהה: כיצד ניתן למדוד במדויק כל כך כמו שר' ירמיה מציע? הרי בסוף זו הערכה, עיקרון. נשמע כאילו הוא עושה צחוק מהחכמים.

פרשנות - **מחלוקת בתפיסה הבסיסית של עשיית צדק**: ר' ירמיה מביע ביקורת חריפה על עשיית הצדק באמצעות מספרים, לדעתו אין לנו באמת אדם שהוא ממוצע ויש לראות כל אדם כפי שהוא. לעומתו, חכמים סבורים שלרוב בני האדם צדק ע"י מספרים הוא הדרך הטובה ביותר, ולקחת מקרי קיצון זו לא חכמה.

ומדוע סילקוהו? תיאורטית זו דעה נכונה, אך לא ניתן לקיים חברה ללא מספרים. העלויות של מציאת הצדק לפי ר' ירמיה הן עלויות (האם המקרה נמצא בגבול או לא?). יכול להיות שאם אנשים יסכימו איתו, המצב הזה עלול להרוס את החברה.

התייחסות מודרנית לסוגיה היא של ברק - רוצה פחות מספרים.

* מה קורה עם הניזוק? אם יש אשם תורם, איפה הוא מתבטא בנוסחת לרנד הנד?
* **הכל או כלום**: האם המזיק יכול להגיד שהיה צריך לפי הנוסחה, להשקיע 50 והשקיע 25, אז ישלם רק חצי מהפיצוי? הוא יגיד שאי אפשר לשפוט אותו כאילו לא השקיע בכלל, שהרי השקיע משהו מינימלי. התשובה היא שאין מצב כזה.
* **מה קורה במצבים שלא ניתן לעשות חישוב מדויק לפי הנוסחה? כאשר אין מספרים?** אירועון 11.

ניתן להשתמש בנוסחה גם ללא מספרים מדויקים!

* **תוחלת הנזק**: שיעור הנזק יכול להיות גבוה מאוד/מינורי לילדים רכים; הסתברות התממשותו היא יחסית גבוהה שכן ילדים נוטים להחליק וליפול.

התובע יגיד שתוחלת הנזק גבוהה יחסית, הנתבע שהיא נמוכה.

* **הוצאות מניעה**: יותר מצילים, שלטים מותאמים, יותר מנקים ובתדירות גבוהה יותר, משטחי גומי. לצורך טיעון התביעה יבחר האמצעי הזול והיעיל ביותר.

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

גישות אחרת לאחריות מוחלטת

### מונע הנזק הזול

לדעת קלברזי, אחריות מוחלטת טובה יותר מאשם, אך עקב חסרונותיה הוא מציע בספרו מ-1970 משטר אחריות חדש המבוסס על אחריות מוחלטת: **מונע הנזק הזול** (Cheapest Cost Avoider) (כנגד פוזנר ולרנד הנד המבוססים על רשלנות ואשם).

אם הרתעה יעילה מטרתה מניעת תאונות - היא לא מתקיימת לפי הגישה של פוזנר, כיוון שלפי פוזנר יהיו מקרים שאנשים יזיקו וכביכול יהיה להם "רישיון" לכך (בכך שאנשים יטענו שהם השקיעו את אמצעי המניעה שהם נדרשו לה לפי הנוסחה).

מונע הנזק הזול ביותר הוא זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילה זו. לכן הוא זה שצריך לשאת בנזק.

מיהו מונע הנזק הזול?

**בחינה קבוצתית**: בוחנים בכל סוג של פעילות:

1. לאיזו תת-קבוצה יש את המידע הרב ביותר? מי יכול למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר?
2. מי יכול לשאת בנזק בצורה טובה יותר - המזיק או הניזוק?[[42]](#footnote-42)

ועל זה שיכול למנוע את הנזק בצורה הטובה יותר (זול), על קבוצה זו יוטל הנזק כולו.

כשבעל המידע הרב יותר ידע שהוא זה שתמיד יהיה בעל האחריות המוחלטת, הוא ישקיע הרבה יותר באמצעי מניעה.

* דוג' 1: תאונות דרכים - נהגים מול הולכי רגל.

המידע שהנהג מקבל (רישיון, טסט, ריענון) הוא רב יותר מאשר המידע שהולך הרגל מקבל וגורם לו להיות זהיר יותר - ולכן הנהג יותר מתאים להיות מונע נזק זול.[[43]](#footnote-43) בכל תאונה בין נהג להולך רגל, הנהג אשם.

כך גם יתומרץ ביטוח.

* דוג' 2: קבוצות היצרנים והצרכנים.

המידע שהיצרן מקבל (מנהל סיכונים, מהנדסים) הוא רב יותר מאשר הצרכן.

* דוג' 3: עניינים רפואיים - רופא ומטופל.

המידע שהרופא מקבל (ידע, הכשרה, ספרות, מכשירים) הוא רב יותר מאשר המטופל.

ולכן **לעתים האחריות תוטל על הניזוק.**

לכאורה, נרצה להטיל את האחריות רק על הנהג, היצרן והרופא שהרי הם הקבוצה החזקה יותר.

אולם יתכן מצב בו דווקא פרט מהקבוצה החלשה יותר יחרוג מהשימוש המקורי הבסיסי (למשל, בקבוק קולה הנזרק על אדם וגורם לו נזק), והוא זה שיחשב מונע הנזק הזול.

רפואה - טיפולי בחירה: תמיד המטופל יהיה מונע הנזק הזול. כי לו המידע הרב ביותר (ביה"ח הטוב ביותר, הרופא הטוב ביותר וכו')

### השוקל הטוב

קלברזי והירשוף (Calabresi & Hirschoff) במאמרם מ-[[44]](#footnote-44)1972 פיתחו והרחיבו את מונע הנזק הזול למשטר "השוקל הטוב" (Best Decision Maker): הטלת האחריות על הקבוצה שיכולה לשקול את הנזק טוב יותר ולמנוע אותו. לכאורה אותו הדבר? אך לא.

החידוש בשוקל הטוב הוא שגם **צד ג' יכול להיות מונע הנזק הזול**. במקום לבחור מי מבין הצדדים (המזיק והניזוק) הוא מונע הנזק הזול, מסתכלים על התמונה הרחבה.

דוגמה: אדם הולך ברחוב, נתקל במרצפת שבורה, איבד את שיווי המשקל, שלח יד אחת לעצור את הנפילה כי השנייה תפוסה, ושבר את הכתף (ללא שום אשם תורם). הוא פונה לתבוע את העירייה.

לפי נוסחת הנד: **הוצאות מניעה** (גבוהות. תיקון כל המדרכות בעיר) מול **תוחלת נזק** - שיעור הנזק הממוצע (L) × הסתברות התממשותו (P) - בכלל לא ברור שהניזוק יקבל נזק.

מה ניתן לעשות? עו"ד יבדוק את גרסת הלקוח.[[45]](#footnote-45) הוא ילך לשטח, יבחן את המקום ויבדוק אם היו עדים. הוא יחפש אחר שכנים וישאל את האישה שגרה סמוך למקום הנפילה: כמה זמן המרצפת שבורה? כיצד השבר נגרם?. בכתב התביעה, יחד עם העירייה, תתבע גם אותה אישה כמי שגרמה את הנזק.[[46]](#footnote-46) היא **השוקלת הטובה**.

מדוע? רק אותה אישה ידעה על הנזק הפוטנציאלי, עוד לפני שנגרם נזק כלשהו.[[47]](#footnote-47) בשונה מסתם עד, השוקל הטוב יתאמץ מאוד להביא מידע, כדי שהמזיק האמיתי יתבע ובתקווה שלבסוף יעזבו את השוקל בשקט.

השוקל הטוב צריך לבצע את המינימום כדי למנוע את הנזק, ואם הוא מוכיח שעשה זאת - שמו ימחק מכתב התביעה (בתנאי שלא תהיה תביעה על הוצאות). כך מושגת מניעת נזק יעילה וטובה.[[48]](#footnote-48) מעכשיו, העירייה תוצף בפניות על מדרכות שבורות, ותאונות הבאות ימנעו.

אם כן, **מונע הנזק הזול ביותר** לדברי קלברזי הוא "**השוקל הטוב ביותר**":

1. זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להקטין את עלויות התאונות ועלויות מניעתן,
2. ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילתו.

**דיון**:

* מעין שימוש בפועל של השוקל הטוב בתוך משטר של רשלנות?
* **על בסיס איזו עוולה מחוייב השוקל הטוב?** אין צורך לחפש עוולה, כי אין כאן אשם. זו אחריות מוחלטת. כל מטרת המשטר הזה היא למנוע הגעה בכלל לביצוע עוולה.
* ייתכנו כמה שוקלים טובים אפשריים (למשל, אם במקום האישה היחידה היו עוד 10 שכנים).

לסיכום: שני סוגים שונים של אחריות:

* **השוני ביניהם**:
	+ אשם לפי נוסחת לרנד הנד (Learned Hand)[[49]](#footnote-49) ופוזנר.
	+ סוג של אחריות מוחלטת לפי מונע הנזק הזול והשוקל הטוב של קלברזי.
* **המשותף ביניהם**: שתי גישות שונות להרתעה המכוונת למניעת תאונות, והקטנת הוצאות התאונות שיקרו.

## משטרי ביניים

### משטר 4: אחריות חמורה (קפידה)

אחריות מוחלטת עם נגיעות של אשם או של אשם תורם ("אבל"). המחוקק הקנה לנתבע הגנה אחת או יותר, שאם הנתבע יוכיחה, יהא הוא פטור מאחריות נזיקית.

דוגמאות:

א. **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980**:

ס' 4

 (א) בתובענה לפי חוק זה לא תהא ליצרן הגנה אלא באחת מאלה[[50]](#footnote-50):

(1) הפגם שגרם לנזק נוצר אחרי שהמוצר יצא משליטתו; הוכיח היצרן שהמוצר המסויים עבר בדיקות בטיחות סבירות לפני שיצא משליטתו, חזקה שהנזק נגרם לנפגע על ידי פגם שנוצר לאחר מכן;

(2) לפי רמת ההתפתחות המדעית והטכנולוגית שהיתה בעת שהמוצר יצא משליטתו, לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה;

(3) המוצר יצא משליטת היצרן שלא מרצונו, והוא נקט באמצעים סבירים למניעת יציאתו משליטתו, ולהזהרת הציבור הנוגע בדבר מפני הסיכון הכרוך במוצר;

(4) הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו, וחשף עצמו מרצון לסיכון זה.

(ב) לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע ב**התרשלות חמורה**, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.[[51]](#footnote-51)

(ג) היה הנפגע למטה מגיל 12 –

(1) לא תחול ההגנה האמורה בסעיף קטן (א)(4);

(2) לא יפחית בית משפט פיצויים לפי סעיף קטן (ב).

ב. **היזק על ידי כלב**. סעיפים 41א-41ג לפקודת הנזיקין.[[52]](#footnote-52)

41א. בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן – הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם היתה או לא היתה התרשלות מצדו של הבעלים.

הגנות

41ב. בתובענה לפי סימן זה לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם כן הנזק נגרם עקב אחד מאלה –

(1) התגרות של הניזוק בכלב;

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

(3) הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.

שמירת דינים: 41ג. אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר.

ד. **גוגנהיים נ' גלרטר (ת"א [שלום י-ם] 1741/06):**

אישה הלכה לראות בית שהוצע למכירה. בחצר הבית היה כלב, ובעל הבית שהה באותו זמן בחו"ל. התובעת ליטפה את הכלב מחוץ לגדר אך בשלב מסוים החל לתקוף וגרם לה נזקים חמורים בפניה. הנתבע עצמו העיד שהכלב ידידותי באופן כללי, אך לא כאשר בעליו לא איתו.

השופט מוסק: סעיף 41א לפקודת הנזיקין קובע **אחריות מוחלטת** על הבעלים של כלב שתקף, למעט מספר הגנות (התגרות, השגת גבול, ניזוק שתקף) שלא הוכחו במקרה זה.[[53]](#footnote-53)

אחריות הנתבע נובעת גם מ**עוולת הרשלנות**. כל בר דעת מבין שכלב שנמצא בחצר, בעליו לא בבית וזרים מתקרבים אל הבית - עלול לתקוף כדי לשמור על הבית. במצב זה, חובה על הבעלים למנוע אפשרות של מגע בין הכלב לעוברי אורח, אך הנתבע התרשל ולא בנה גדר גבוהה מספיק.

אין אשם תורם שכן לא הייתה סיבה לתובעת לסבור שהכלב יתקוף, בוודאי כאשר קיימת גדר נמוכה.

על הנתבע לפצות אותה [במלאנתלפים].

ה. **גלרטר נ' גוגנהיים (ע"א [מחוזי י-ם] 2432/08):**

הנתבע מערער על עצם {תרתי} הטלת האחריות, והתובעת על סכומי הפיצויים.

**השאלה המשפטית**: האם בכל זאת התקיימו חלק מההגנות שבס' 41? האם ליטוף כלב השוהה בחצר ועומד ליד השער וראשו בגובה הגדר מהווה התגרות בו והאם רכינה אל כלב הנמצא במצב כזה, מהווה הסגת גבול?

השופט צבן:

* האם התגרות? לא. ליטוף חיה אינו מהווה התגרות, והאישה גם לא התכוונה להתגרות.
* האם השגת גבול? השגת גבול ממשית אין כאן, אך על האישה היה לצפות שהכלב יפרש את מעשיה כאיום להכנס לבית בעליו ויגיב בצורה תוקפנית.
* אשם תורם: קיימת רשלנות תורמת, 25%. ניתן להטילו מכוח ס' 41ג (שמירת דינים), לפי אפשרות האשם התורם שבס' 68. שמירת דינים רלוונטית גם להגנות.

יש להפחית פיצויים ב-25%.

השופטת בן עמי:

* האם התגרות? כן.
* האם השגת גבול? כן. "חדירה לתחום האווירי של מקרקעי הזולת היא הסגת גבול". המזיק נקט בכל מה שניתן כדי לצמצם למינימום מצב כזה.

פירוש זה גם מתאים לכוונת המחוקק, בכך שהחמיר את האחריות המוטלת על בעלי כלב אך השאיר פתח להגנה עליו.

יש להפחית את הפיצויים ב-50%.

השופט כרמל:

* האם התגרות? כן, התגרות אובייקטיבית.
* האם השגת גבול?
* אשם תורם: 25%.

**דיון**:

* כיצד נפרש את ההגנות? דיון פילוסופי:

מצד אחד, עד שיש כבר הגנות - ניישם אותן עד הסוף.

מצד שני, אם זו אחריות מוחלטת - המחוקק עשה טובה והכליל קצת הגנות.

* **'מהפכת השלום'**: בפס"ד השלום מובן כי ההגנות מוחלטות, אך במחוזי נראה כי השופטים סבורים שאין היא צודק האחריות המוחלטת הזו ומחליטים שהן חלקיות.

הביקורת היא שאם המחוקק היה רוצה לקבוע את ההגנות כחלקיות, היה כותב במפורש (כמו בס' 4(ב) חוק המוצרים לעיל).

* הגנות: למה לא סבא ונכד? חלק מהדילמה של מה המחוקק התכוון.
* מה עם **פגיעה ברכוש?** אביזר חיוני (משקפי ראייה, קביים)? 41א לא מדבר על זאת.[[54]](#footnote-54)
* לומדים מכאן שתמיד יש מקום ליצירתיות, גם במקרים שנראים אבודים. על משקל Hard cases make bad law ניתן לומר ש-**Hard cases make complex law**.

### משטר 5: אחריות מוגברת

היפוך נטל ההוכחה. בנסיבות מסוימות, המזיק יצטרך להוכיח שהוא לא אשם.

למשל, ס' 40 לפקנ"ז - חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה:

תובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

(1) הנזק נגרם על ידי חיית-בר, או על ידי חיה שאינה חיית-בר אלא שהנתבע ידע, או חזקה עליו שידע, כי היא מועדת לעשות את המעשה שגרם את הנזק;

(2) הנתבע היה בעל אחת החיות האמורות או היה ממונה עליה –

על הנתבע הראיה שלא היתה לגביה התרשלות שיחוב עליה.

# מטרות דיני הנזיקין

חשוב ללמוד את מטרות דיני הנזיקין - הבנתן משפיע על הפרקטיקה; התיאוריה מסייעת למעשים.

לפי דובס (Dobbs), דיני הנזיקין מתחלקים לשתי עקרונות:[[55]](#footnote-55)

1. **עקרונות של** **צדק**:
* היסטורית, דיני הנזיקין נשענים על עקרון רחב של אחריות מוסרית.
* הדגש הוא על מערכת היחסים של שני הצדדים לעוולה.
* גישה מוסרית.
* מכאן, נגזרת הצדק - פיצוי*.*

מכאן לומדים פיצוי וצדק מתקן כמטרות המתרכזות בצדדים עצמם.

1. **עקרונות של** **מדיניות חברתית/תועלת ציבורית**:
* דגש על תועלת חברתית.
* יצירת מערכת משפטית שתהיה טובה לחברה כולה.[[56]](#footnote-56) אם הניזוק מקבל פיצוי - מה טוב, ואם לא - זה לטובת החברה כולה.
* מכאן, נגזרת התועלת החברתית - הרתעה.

מכאן לומדים צדק חלוקתי[[57]](#footnote-57) והרתעה יעילה כמטרות אינסטרומנטליות המקדשות עקרונות כלכליים-חברתיים.

מתוך שני העקרונות הללו, אנו מגיעים לארבעת המטרות הידועות: פיצוי, צדק מתקן, צדק חלוקתי והתרעה יעילה.

האם אפשר ליישב בין שתי הגישות? גישות מוניסטיות מול גישות מעורבות-פלורליסטיות:

* גישות מוניסטיות (מלשון mono, יחיד)
	+ גלנוויל ויליאמס (Glanville Williams) [חסר]

האם חוץ מגישות הצדק המתקן וההרתעה היעילה, דיני הנזיקין המודרניים כוללים גישות פלורליסטיות, המשלבות מטרות שונות?

* גישות פלורליסטיות (מלשון plural, רבים)

מנסות לבחון בצוותא את מטרות דיני הנזיקין כולן ואז להכריע מי מהן עדיפה בנסיבות העניין, או אם ניתן להתחשב ביותר מאשר מטרה אחת באותן נסיבות.

* + הגישה הקומפלימנטרית (Complementarity) - פרופ׳ יצחק אנגלרד: צדק מתקן אינו חזות הכול, יש לתת בימה גם למטרות אחרות של דיני הנזיקין. יש למצוא דרכים ליישב בין המטרות השונות של דיני הנזיקין, וכך ליצור ככל הניתן הרמוניה (ולאו דווקא פשרה) של התפישות, הגישות והמטרות של דיני הנזיקין.

## צדק מתקן - הגישות השונות

כזכור, מטרת הצדק המתקן היא השבת המצב לקדמותו.

גישות שונות לצדק מתקן לפי דובס:

### צדק מתקן תלוי אשם

**(הגישה האריסטוטלית)**: גישה של אשמה נזיקית.

לפי אריסטו, שלושה פרמטרים מצטברים לצדק מתקן המבוסס אשם:

* 1. **המזיק ישלם** - המזיק עצמו בלבד, כעניין של **כפרה** על מעשיו.

הבעיה: לפעמים הפיצוי לא מגיע מהמזיק, ואפילו בעולמנו היום רוב תביעות הנזיקין לא נגד המזיק, אלא דווקא נגד ביטוחים.

* 1. **הניזוק יקבל את הפיצוי** - המזיק חייב לעמוד מול הניזוק הספציפי כדי לכפר ולפצות על הנזק שהוא גרם לו, ולא דרך צד שלישי (משל החבל/המקטעים[[58]](#footnote-58)).

הבעיה: במציאות של ימינו אם הניזוק מת, העיזבון או המשפחה שלו יקבלו את הפיצוי. או למשל, מיטיב המפוצה.

* 1. **הפיצוי יהיה בגובה הנזק** - בלבד.

הבעיה: בפועל יש בנזיקין פיצויים עונשיים; לא תמיד הפיצוי בגובה הנזק, לעתים מכל מיני סיבות.[[59]](#footnote-59)

פרופ' ארנסט ויינריב (Ernest Weinrib) הוא הקיצוני ביותר בגישה זו:

* **אשם מוחלט בלבד**: אין להתחשב כלל בכל היבט אחר פרט ליחסים שבין הצדדים המבוססים על אשמתו של המזיק ועל חובתו לתקן את שעשה. לגישתו צדק מתקן הוא חזות הכל ובכל סכסוך נזיקי יש למצוא ולאתר נקודה של צדק מתקן.
* **משטר האחריות היחידי**: ווינרב אינו מוכן לקבל משטרי אחריות שאינם מבוססים על אשם (דהיינו, על משטר אחריות של רשלנות)
* **אין להתחשב במטרות ציבוריות**: אינו מתיישב עם עקרונות כלליים ומטרות ציבוריות, כגון הרתעה. הרתעה היא, למעשה, הכוונת התנהגות, צופה פני עתיד, בעוד שהצדק המתקן מנסה לתקן את שאירע בעבר.
* **אין להתחשב בשיקולי מדיניות משפטית**: כגון החשש להצפת בתי המשפט, חשש למדרון חלקלק ולתביעות סרק.
* **אין להתחשב בצדק חלוקתי**: הצדק המתקן גם אינו מתחשב בהקצאה צודקת של העושר בחברה וברצון להקצות לעניים ולחלשים על חשבון העשירים והחזקים. צידוק להטלת חבות, כגון היות אחד הצדדים מפזר נזק יעיל או בעל כיס עמוק, אינו רלוונטי לשאלת הצדק. זאת משום שתכונה מעין זו היא תכונה הנוגעת לאחד הצדדים בלבד.

### צדק מתקן לפי מאזן הסיכונים

(**גישת פלטשר** Fletcher): תורת הסיכונים ההדדיים והבלתי הדדיים.

התורה מסתכלת על שני הצדדים ובוחנת כמה כל אחד מסכן את השני ('מאזן האימה'). זו גישה הנוטה לאחריות מוחלטת. 3 אופציות:

* + **סיכונים הדדיים** (Reciprocal Risks) - אם כל צד סיכן את השני, כל צד יישא בנזק שלו.
	+ **סיכונים לא הדדיים** - אם המעוול סיכן את הניזוק באופן חד צדדי, הוא ישא בנזק.
	+ **הסיכונים היו הדדיים אך עקב רשלנות הנתבע הם הפכו להיות בלתי הדדיים** - מי שעיוול ישלם על הנזק.

מה באמת עומד מאחורי גישה זו?

צדק חלוקתי.

הבעיה בגישה: מי שישא בפועל בנטל הם רוכשי המוצרים בגלל גלגול עלויות ועליית מחיר מוצר.

היתרון בגישה: גישה 'זולה' מבחינת עלויות ההליך המשפטי מפני שהיא יחסית פשוטה להבנה.

## פיצוי

האם פיצוי הוא מטרה עצמאית?

* **צדק מתקן אל מול מטרת הפיצוי**: גישות שונות:
	+ חלק מצדק מתקן: פיצוי אינו מטרה אלא רק כאמצעי בתוך צדק מתקן.
	+ מטרה חברתית: פיצוי הוא מטרה חברתית בפני עצמה של דיני הנזיקין.
* **במה שונה מטרת הפיצוי מהצדק המתקן**?
	+ מטרת הפיצוי מתמקדת אך ורק בניזוק וברצון לפצות אותו; מטרת הצדק המתקן היא מטרה חברתית-סוציאלית.
	+ יש לוודא שהניזוק יקבל פיצוי גם אם אין מזיק או שלא ניתן למצוא אותו (למשל, פגע וברח).
	+ בפיצוי אין הכרח שהניזוק עצמו יקבל את הפיצוי באופן ישיר, למשל קרן (בניגוד לגישת אריסטו).
	+ בפיצוי, אין בעיה שהניזוק יקבל יותר מגובה הנזק, למשל בגישה של פיצוייים עונשיים.

## צדק חלוקתי - השלכות

* **איפה ממוקם הצדק החלוקתי?** דובס לא שם את הדגש שלו על צדק חלוקתי. הצדק החלוקתי לא נכלל באופן ברור באחת משתי החטיבות שדובס מגדיר.
* **צדק חלוקתי במשפט הפרטי**: דיני הנזיקין באופן מסורתי לא תמיד הכניסו צדק חלוקתי, שכן הוא מתקשר יותר למשפט הציבורי שמדבר יותר על זכויות אדם ועל שוויון חברתי. צדק חלוקתי לכאורה לא יכול להיכנס במשפט הפרטי.
* **דוגמאות לצדק החלוקתי בדיני הנזיקין**:
	+ פס"ד **אבו חנא**, לעיל.
	+ **פמיניזם כגישה חלוקתית**: למשל גישת **לזלי בנדר** (Leslie Bender) באשר לאובדן השתכרות: כיום, בלא מעט מקרים, גבר ואישה שעובדים באותה משרה מרווחים משכורת שונה. כתוצאה מכך, יוצא שאם ניזוקו שניהם באותה צורה - יקבלו סכומים שונים בהתאם לאובדן ההשתכרות. בנדר טוענת שיש להיעזר בדיני הנזיקין על מנת לחלק בצורה שונה את "העוגה", בדיעבד. יש לקבוע כי שניהם יקבלו סכום שווה, מתוך רצון לייצר שוויון ביניהם. דיני הנזיקין מהווים כלי כדי ליצור חלוקה שווה יותר בעושר החברתי.[[60]](#footnote-60)
	+ הפחתת הפיצוי בלשון הרע עקב מצבו הכלכלי של הנתבע (נודלמן נ' שרנסקי)

**אריאל פורת "סקירה כללית להרתעה יעילה" נזיקין כרך א (2013)** - עמ' 25-53:

מטרת דיני הנזיקין היא הרתעה אופטימלית (מיועדת להביא את הפעילות המועדת ליצור נזק, לנקודת האופטימום, בה מניעה נוספת של הנזק אינה כדאית מבחינה חברתית) ולא מקסימלית (מניעת נזקים לחלוטין).

הרתעה מקסימלית אינה מטרה ראויה, כאשר מדובר בפעילויות אשר בסך הכל תועלתן גדולה מעלותן (למשל איסור מוחלט על נהיגה כדי למנוע תאונות דרכים אינו נראה לנו ישים ונכון).

היכן היא נקודת האופטימום?

קלברזי: **הנקודה בה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר**.

* **עלויות התאונות**: העלות החברתית של נזקי התאונות, לגוף ולרכוש.
* **עלויות המניעה**: העלות החברתית שבמניעת תאונות ובהפחתת חומרת פגיעתן ע"י הפחתת פעילות ונקיטת אמצעי זהירות.
* העלויות כוללות גם סבל אנושי, כאב ופגיעה ברגשות.

כיצד ניתן להגיע לנקודת האופטימום?

* **הסדרה חקיקתית ריכוזית**: המחוקק קובע מהי נקודת האופטימום ומכריח את המזיקים לעמוד בסטנדרט הזהירות שקבע (למשל, הגבלת מהירות בכביש מסוים ל-80 קמ"ש).

חסרונות:

* + יוקר חקיקה,
	+ יוקר אכיפה,
	+ אינה מביאה כל אחד מהמזיקים לנקודת האופטימום המושלמת שלו אלא את המזיקים כקבוצה. יתכן נהג שנוהג ברכב משוכלל וזמנו יקר, שנקודת האופטימום שלו תהיה 90 קמ"ש.
* **הרתעת שוק**: כל מזיק יישא בסך כל נזקי פעילותו ובעלויות המניעה שלה, ולכן ינסה כמה שיוכל לצמצם את הפעילות לנקודת האופטימום. תנאי הכרחי הוא העדר החצנה כלומר, האחריות צריכה להיות מוחלטת - אין צד ג' שנושא בעלויות אלא רק המזיק.

המזיק צריך שיהיה לו מידע על נזקי פעילותו, על עלויות אמצעי הזהירות ועל השפעתם של אמצעים אלו על הנזקים. מידע זה הוא משיג באמצעות:

* + **ביטוח**: לכאורה הביטוח הוא גורם מחצין, שכן הוא זה שנושא בעלויות. אך למעשה הוא משחק תפקיד חשוב במתן המידע החסר לנהג - הוא מביא לידיעתו את עצם קיומם של אמצעי מניעה איכותיים, ואף עשוי לדרבן אותו להתקין אותם בתמורה להנחה בפרמיית הביטוח.

אולם לפעמים הביטוח אינו משמש גורם טוב דיו. ההנחה היא רק בנוגע לאמצעי בטיחות שניתנים להוכחה, לא תמיד יזכה להנחה בפרמיה ועוד.

[חסר כאן חלק מהמאמר, עצרתי בעמ' 34]

## הרתעה יעילה - הגישות השונות

מהי הרתעה יעילה?

* **הרתעה קלאסית**: הרתעה הגיעה מהמשפט הפלילי והיא מכוונת לא רק להרתעה אישית אלא להרתעת הכלל (מעוולים פוטנציאליים).
* **הרתעה יעילה/אופטימלית**: נגזרת של הגישה הכלכלית במשפט, והיא מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית באמצעות ניסיון לתמרץ את שינוי הפעילות ולהכווין התנהגות עתידית.

השגת הרתעה יעילה:

* + הקטנת מספר התאונות הפוטנציאליות.
	+ הקטנת ההוצאות של התאונות שכבר קרו.

מנינו לעיל את גישתו של קלברזי וגישתו של לרנד הנד. גישה נוספת:

### התֵאורמה של קוז

בשנת 1960 פרסם רונלד קוז/קואס מאמר פורץ דרך שבו הוצגה האמיתה הידועה כתאורמה של קוז (Coase Theorem),[[61]](#footnote-61) ואשר מהווה את התשתית לפרקים שונים של הניתוח הכלכלי של המשפט.

* כאמור לעיל, נזק הוא תוצאה של **אינטרקציה בין שתי פעילויות** אנושיות או יותר.
* לכן **אין בהכרח מזיק וניזוק**; שני הצדדים נפגעים האחד מהשני (המזיק נפגע מכך שהוא מנוע לבצע את הפעולה המזיקה).
* קוז ביקש לבדוק במאמר, מהי מידת ההתערבות הראויה של המדינה בהקצאה של זכויות קניין.
* קוז הוכיח כי שאלת ההקצאה אינה רלוונטית: אם הקצאה כלשהי אינה יעילה - כלומר, היא מיטיבה עם אלה שפחות זקוקים לאותן זכויות - השוק "מתקן" אותה ו"דואג" להעברתן של הזכויות אל המשתמשים היעילים - אלה שיותר זקוקים להן.
* צריך לנסות לא להגיע לביהמ"ש, דהיינו להתערבות שלטונית. **הצדדים יסדירו יחסים ביניהם** ('כוחות השוק').
* יש לתת לשחקנים **לשחק בשוק חופשי** וכך הם יגיעו להסכם. הכלל המשפטי (דהיינו של מי הזכות הקניינית או כלל האחריות - של המזיק או הניזוק) אינו חשוב, גם בלעדיו תושג התוצאה היעילה כלכלית (תוצאה כמו הסכם של "אחד קונה את השני", למען תוצאה יעילה).

למשל, מפעל מזהם אך פעילותו יעילה וטובה לחברה, עדיף שימשיך לייצר וישלם לשכן על הנזק שהוא גורם לו (כלל אחריות לטובת הניזוק) - כל עוד שווה לו גם לשלם וגם להמשיך לייצר.[[62]](#footnote-62)

* **אולם קוז מדבר על**:
	1. עולם שבו אין עלוית עסקה או שהן נמוכות (עלויות כספיות ישירות/ עלויות אי-רציונליות/ ריבוי גורמים - למשל תושבים רבים מול מפעל אחד).[[63]](#footnote-63)
	2. כאשר הזכויות ברורות וודאיות (כך שאין פערי מידע בין הצדדים).
	3. מסחר בזכויות הוא אפשרי.
	4. הפרטים הניזוקים מסוגלים להתאגד בקלות כדי לפעול כגוף אחד כנגד המזיק (בעולם האמיתי אין זה כך).

לכן התאורמה שלו - שצדדים יגיעו לתוצאה היעילה בלא תלות בתוכנו של הכלל המשפטי - תקפה רק בעולם (האוטופי) הזה. בעולם עם עלויות עסקה ישנה חשיבות להקצאת זכויות יעילה (כלל אחריות).

### ארבעת הכללים של קלברזי ומלמד

**בנימין שמואלי "הדור הבא של תביעות נזיקין בגין סרבנות גט כדי להשיג את הגט ו'כלל האחריות' של קלברזי ומלמד " 153-199 (2011)** - להשלמת התמונה מומלץ להמשיך ולקרוא עד עמוד 221 אך בהחלט אפשר להסתפק עד עמ' 199:

קוז דיבר על פעילויות מתנגשות ולאו דווקא על מזיק וניזוק. קלברזי ומלמד מציגים 4 כללים שמסדירים את האחריות והיחס לפעילויות שמתנגשות, ולוקחים את תיאורית קוז צעד אחד קדימה. לפי כללים אלו, ניתן ללמוד מתי כדאי להעדיף פעילות אחת על אחרת. דרך נוספת ליישום הרתעה יעילה.

הקדמה:

קיימים שני סוגים של הכרעות משפטיות:

1. הכרעה **בין זכויות**.
2. הכרעה **כיצד תמומש הזכות ותיאכף**.

ישנם סעדים בשני מישורים:

1. **מישור קנייני** (כלל קנייני) - סעד ראשי.
2. **מישור הפיצויים** (כלל אחריות) - סעד משני.

קיימים שלושה סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכות:

1. זכאות מוגנת ע"י **כלל קנייני** - האפשרות של בעל הקניין למנוע מאחרים לפגוע בקניינו, דרך צו מניעה או צו להפסקת המטרד.
2. זכאות מוגנת ע"י **כלל אחריות** - כלל שבעיקרו הוא נזיקי והוא מגן על הזכות ברמה נמוכה מהכלל הקנייני. הפגיעה בזכות אפשרית בכפוף לפיצויים.
3. זכאות מוגנת ע"י **כלל של אי-עבירות** - קיימות זכויות שהחברה אינה מאפשרת להעבירן, אפילו אם בעל הזכות מסכים למכור אותן ואף אם הדבר יעיל כלכלית. אם הזכות נפגעת, יהיה לה בדיעבד תג מחיר שייקבע ע"י החברה.

החידוש הראשון של קלברזי ומלמד היה שהם הפרידו בין זכויות עבירות ללא עבירות.

ביחס לזכויות עבירות, קלברזי ומלמד מנסחים 4 כללים:

1. **כלל קנייני לטובת הניזוק**: כאשר אין מספיק תועלת חברתית בפעילות המזיקה והיא לא מגדילה מספיק את הרווחה המצרפית - עליה לסגת. לניזוק זכות קניינית שנפגעת כתוצאה מהפעולה של המזיק - יקבל צו.
	* ניצחון ב'נוק אאוט' לניזוק.
	* יכול להיות שהמזיק ינסה לעשות מו"מ עם הניזוק כדי למנוע את צו המניעה הצפוי לו.
2. **כלל אחריות לטובת הניזוק**: כאשר פעילות הניזוק נחשבת פעילות חשובה והמזיק לה צריך לשאת באחריות, אך מאידך פעילותו של המזיק גם היא פעילות חשובה ולכן נרצה שהוא ימשיך לעשותה, תוך כדי הנשיאה במחיר. לניזוק כלל אחריות לטובתו – המזיק לא יפסיק את הפעילות המזיקה אבל צריך לתת פיצוי.
	* גם כאן אפשר לנהל מו"מ עם הניזוק.
3. **כלל קנייני לטובת המזיק**: החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר (דוגמה, החלפת צינורות ביוב ברחוב והפרעה לשכנים). למזיק זכות קניינית - מותר לו להזיק מבלי לפצות.
	* ניצחון ב'נוק אאוט' למזיק
4. החידוש המרכזי - **כלל אחריות לטובת המזיק**: החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות חשובה, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולו הניזוק ירצה שהמזיק יפסיק בפעילותו - עליו לשלם לו עבור כך. לו הניזוק בוחר 'לקנות' את הפסקת פעולתו של המזיק - המזיק חייב להפסיק לפי דין. למזיק כלל אחריות לטובתו – הניזוק ישלם למזיק פיצויים והמזיק יחויב לקבלם ולהפסיק להזיק.

בצירוף מקרים, בערך באותו זמן שבו קלברזי ומלמד הניחו את כלל 4 שלהם, בית המשפט העליון במדינת אריזונה יישם למעשה את הגישה של "כלל 4".

**Spur Industries, Inc. v. Del E. Webb:**

חברה בשם "דל ווב" (Del Webb) אשר בנתה מגורים עבור קהילת גמלאים, תבעה צו מניעה נגד "ספאר תעשיות" (Spur Industries), בעלים של שטח סמוך שהיה קיים קודם לכן, אשר פעילותו גרמה למטרד ולקשיים במכירת המגורים.

בפסק הדין, בית המשפט קבע כי פעילותה של "ספאר תעשיות" אכן יצרה מטרד, אך "דל ווב" היא זו שהגיעה למטרד והביאה איתה את הגמלאים הבלתי מודעים. באיזון בין הגורמים השונים בתיק, לרבות העובדה שבשונה מ"ספאר תעשיות", "דל ווב" יכלו לחזות את בעיית המטרד, והעובדה שתושבי קהילת הגמלאים נגררו למטרד ללא ידיעתם - קבע בית המשפט כי "ספאר תעשיות" ייאלץ לעבור, אך "דל ווב" ישפו את העסק על העלויות הללו.

הכללים של קלברזי ומלמד נותנים לצדדים מידע וודאות. הם מסדירים את מאזן הכוחות לפני ההגעה לביהמ"ש. הצדדים יהיו מודעים לזכויותיהם וכך יכולים לנהל מו"מ מראש.

* **כלל קנייני**
	+ לטובת הניזוק - תועלת חברתית נמוכה בפגיעה, מניעתה ע"י צו.
	+ לטובת המזיק - תועלת חברתית גבוהה בפגיעה, לא ניתן למנוע אותה.
* **כלל אחריות**
	+ לטובת הניזוק - תועלת חברתית שווה, המשך פגיעה ע"י פיצוי המזיק את הניזוק.
	+ לטובת המזיק - תועלת חברתית שווה, הפסקת פגיעה ע"י פיצוי הניזוק את המזיק.
* כלל **של אי עבירות** - אין לסחור.

## מטרות דיני הנזיקין - מקרי מבחן

### מקרה מבחן 1 - המפעל והקרינה

אירועון 12: יישום מטרות הנזיקין

מאיר הינו הבעלים והמפעיל של מפעל הפולט קרינה רדיואקטיבית. פליטת קרינה זו מהווה התנהגות עוולתית. מסתבר כי עקב החשיפה לקרינה, גדל מספרם של חולי הסרטן בסביבה הסמוכה למפעל (המונה מאה אלף בני-אדם) ממאה למאה עשרים וחמישה (בממוצע שנתי).

יעקב, הגר סמוך למפעל, לוקה במחלה העשויה להיות תוצאה של הקרינה.

x - הנזק הממוצע שנגרם לכל אחד מהחולים.

מהן האפשרויות השונות לפיצוי?

* חלופה 1 - **יישום רגיל של נוסחת האחריות הנזיקית** (ואולי – מכיוון שאין קש"ס מוכח במאזן הסתברויות, לפי הנוסחה תוצאה של 0x היא תוצאה מתבקשת ולכן מטרות הפיצוי והצדק המתקן מתמלאות).
* חלופה 2 - **פיצוי מלא** לכל נחשף, למרות בעיית הקש"ס.
* חלופה 3 - **חלוקת הנזק הכולל שגרם המזיק לכלל הנחשפים לסיכון/למעשה**. זהו ניתוח פלורליסטי של מקרה אחד של פיצוי על פי הסתברות – מקרה שהמעוול ידוע וקבוצת הניזוקים קיימת אך לא ברור מי מביניהם ניזוק עקב פעילות המזיק ומי היה חולה ממילא.

### מקרה מבחן 2 - אתא

**אתא נ' שוורץ (ע"א 44/76):**

שוורץ מתגורר בקרית אתא, ובמרחק של כ-60 מטרים ממנו נמצא מפעל אתא - מהגדולים בארץ (בזמנו) ליצור מוצרי טקסטיל (אמיתיים, לא פצצות גרעין). המפעל מעסיק 1600 עובדים, הוא יצואן גדול ומספק מיסים שמנים למדינה. המפעל התקין מקררים רעשניים אשר חיוניים לתוצרת המפעל, ופועלים 24/7. שוורץ הגיש תביעה להפסקת הרעש בטענה שזה "מורט עצביו של התובע ובני משפחתו". ביהמ"ש קמא קבע כי הרעש מהווה מטרד רציני ליחיד, ונתן צו מניעה תמידי, המגביל את העוצמה בשעות מסוימות.

**השאלות המשפטיות**: האם הוכח קיומו של מטרד ליחיד (ס' 44 לפקודת הנזיקין)? אם כן, מהו הסעד בנסיבות המקרה שבפנינו?

השופט שמגר:

שאלה ראשונה: מהות "ההפרעה של ממש", כלשון הסעיף צריכה להיות מוחשית ולא קלת-ערך, מהותית ולא חולפת. אין אמת מידה אבסולוטית האם הפרעה היא ממשית או קלת-ערך, אלא יש לבחון אותה ואת זכות השימוש וההנאה הסבירים של התובע והנפגע ולקבוע מה סביר בנסיבות המקום והזמן.

אין ספק כי רעש תעשייתי חזק ומתמיד, עשרים וארבע שעות ביממה, המגיע לחדר השינה של פלוני, אינו בגדר התופעות החייבות להיסבל.

שאלה שניה: ס' 74 מורה שלא ינתן צו מניעה אם הפגיעה שנגרמה לניזוק היא קטנה, ניתנת להערכה בכסף, ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום כסף ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות במזיק.

השלכת היסודות על המקרה דנן:

❌הפגיעה לניזוק היא מוחשית וקשה.

❓ הפגיעה ממונית (ירידת ערך הדירה) ושאינה ממונית (חוסר יכולת לקיים אורח חיים תקין), ולכן רק חלקה משוערך בכסף.

✅ במשך שנים ארוכות, אתא הקימה מפעל תעשייתי בעל ממדים ניכרים, בו השקיעה ממון רב ולפי הטענה ייפגע כושר הייצור שלו במידה מהותית ביותר אם יופעל הציווי במלואו וכפשוטו.

"מאזן הנוחות": ביצוע הערכה כספית של הנזק הנגרם לנפגע והצבתה מול הנזק הכספי, הצפוי לפוגע, כדי שתופעל אמת-המידה של הכדאיות הכלכלית הכוללת.

מה הפתרון?

מכאן דיון עם שמואלי.

1. **צדק מתקן**: נזק ליחיד, יש לתקנו, בכל מחיר כמעט. אי התחשבות בגורמים אחרים מעבר למזיק, לניזוק ולנזק. הבעיות:
	1. גם אחרים יתבעו, אם נמצאים במצבו של שוורץ.
	2. המדינה תפסיד אם לא יהיה ייצוא.
	3. אבטלה כהפסד כלכלי וגם חברתי למדינה.
	4. פגיעה בפועלים ובמשפחותיהם.
	5. הרתעת יזמים (בעלי מפעלים אחרים ויזמים אחרים).
2. **יעילות כלכלית-חברתית**: בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה – המשך פעולת המפעל או סגירתו כדי למנוע את הנזקים לעיל. התוצאה היא המשך הרעשה. הבעיות:
	1. נזק ("מטרד") ליחיד.
	2. ירידת ערך הדירה.
3. **גישות ביניים**:
	1. **כלל אחריות לטובת הניזוק**: המפעל ישלם לשוורץ פיצוי. שוורץ יוכל למגן את הדירה בפיצוי, או להשתמש בכסף למעבר דירה. הבעיות:
		1. פגיעה בקניינו של שוורץ: הוא לא רוצה למגן או לעבור.
		2. אם יש דיירים רבים כאלה, מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי.
	2. המפעל ימגן את הדירה של שוורץ מפני רעש. הבעיה:
		1. גם כאן, אם יש דיירים רבים כאלה, מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי
4. **פרשת אתא בראי התאורמה של קוז**:
* מדובר ב**פעולות נוגדות** ולא בהכרח "מזיק" ו"ניזוק", "רע" ו"טוב". אין ספק שאתא מזיקה לשוורץ, אולם גם שוורץ מזיק לאתא קניינית ומונע ממנה חופש עיסוק. שונה ממבט של צדק מתקן.
* **איזו פעולה תגבר**? אותה פעולה שהמשכה יגדיל את הרווחה המצרפית יותר בהשוואה לאחרת, או שהמשכה על חשבון הפעילות האחרת, הנוגדת, תקטין פחות את הרווחה המצרפית. הרווחה המצרפית תופחת יותר משמעותית אם המפעל יצמצם שעות פעילות ולכן ייסגר:
	+ פגיעה במפעל עצמו, בבעל המפעל.
	+ פגיעה ביזמים ומשקיעים פוטנציאליים. "הבא אל המטרד".
	+ פגיעה במדינה: הכנסות ממיסים ועול כלכלי וחברתי של פיטורי עובדים ואבטלה בקרית אתא.
	+ פגיעה בפועלים עצמם.

המצב היה אולי שונה אם היו מאות או אלפי שכנים נפגעים.

חלק מהשיקולים הללו אינסטרומנטאליים, חורגים מהיחסים בין שני הצדדים, ולכן לא יכולים להישקל במסגרת צדק מתקן.

החלטות שונות אפשריות, בהינתן התאורמה של קוז והאפשרות למשא ומתן אחרי פסק-הדין (PJB):

Post Judgment Bargaining - הסדרת היחסים באמצעות מו"מ לאחר מתן פסק הדין.

1. **המפעל מקבל צו להפחתת המטרד שמשמעו סגירה**:
* **כלל קנייני לטובת הניזוק** (מס' 1 של קלברזי ומלמד).
* עולה בקנה אחד עם **צדק מתקן**.
* גישה כלכלית לא תאמר כאן נואש, ותנסה לקדם **PJB** - אולי המפעל, לאחר "נוק אאוט" פסיקתי כזה, ירצה לקנות את זכותו של שוורץ וכך להמשיך לפעול. המפעל יצטרך לשלם לשוורץ מן הסתם הרבה, כי ידו של שוורץ על העליונה בהכרה פסיקתית, אולם אם יצטרך לשלם לו פחות מאשר עלות סגירת המפעל או העברתו (ועלות מצרפית של אבטלה וכיו"ב), זה יהיה כדאי. אולי גם המדינה תסבסד את התשלום לשוורץ במקרה כזה, כי הדבר כדאי ושווה גם לה.
* בכל מקרה, עולה הסיכוי שתתרקם עסקה שלאחר פסק הדין.
* אם צפויים המוני שכנים כמו שוורץ, אולי לא תתרקם עסקה כי לא יהיה לדבר סוף: המפעל ישלם המון, אי כדאיות. אבל גם במקרה כזה אולי תיסגר עסקה שקטה עם שוורץ והוא ייעלם מהמקום בלי לספר לאחרים, וזה דבר שאפשר לעשות כשהעסקה פרטית ולא מוחלטת בהחלטה שיפוטית.
1. **המפעל מקבל אור ירוק להמשך הפעילות**: שכן ביהמ"ש סבור שיש יותר יעילות (הרווחה המצרפית גדולה יותר) בהמשך פעילותו מאשר בסגירתו.
* **כלל קנייני לטובת המזיק** (מס' 3 של קלברזי ומלמד).
* **נוגד צדק מתקן**: המחיר הכואב הוא אי התחשבות במבחן התוצאה בזכותו של שוורץ.
* כאן ייתכן אולי **PJB הפוך** - שוורץ ישלם למפעל כדי שיפסיק להזיק או יעבור משם. אמנם אם זה לא כל כך סביר שאדם פרטי ישלם מיליונים למפעל שיעבור וזה כנראה לא יקרה, אלא אם כן שוורץ עשיר מאוד ואובססיבי לגבי המפעל ומוכן להשקיע מיליונים במקום לעבור, למגן או להתעלם.
* אבל במטרדים זעירים יותר, בין שכנים, זה בהחלט יכול לקרות. למשל: שכן מגיש בקשה לצו מניעה נגד מורה המלמד בביתו זמרה. ביהמ"ש: דחיית העתירה – לפחות בשעות מסוימות המורה יכול לעשות כן ולהתפרנס ודוחה את העתירה. אם לשכן זה מאוד חשוב הוא ינסה לקנות - "לשחד" - את המורה לעבור משם, מתוך ציפייה ותקווה שלא במהרה ייכנס במקומו מורה אחר לזמרה. אולי הוא יקנה את דירתו במחיר מפתה במיוחד, ואז ימכור אותה, והוא יוכל לשלוט למי למכור (בכפוף לשאלות של אפליה במשפט הפרטי שלא ניכנס אליהן כאן).
* יש לשים לב: הגישה הכלכלית מאפשרת לבית המשפט לקבוע בהחלטה שיפוטית - לא רק לתת ליד המקרה בעסקה פרטית לאחר פסק הדין - לקבוע שהמטרד לא יזוז אבל שהניזוק חייב לשלם למזיק אם הוא רוצה שהמטרד יפסיק, כתנאי. יש גם דברים כאלה, אם כי הם נדירים. שייך לדיון בכלל 4, הנדיר, של קלברזי ומלמד.
1. **המפעל מקבל אור ירוק להמשיך להזיק, בכפוף לפיצוי**: הפעילות הנוגדת שלו מגדילה את הרווחה המצרפית יותר מהפסקת הפעילות שלו, אך המשך הפעילות תלוי וכפוף לחובת פיצוי מסוימת (חד פעמית או חודשית) לניזוק. יתכן שעד הפסקת ההזקה, ואם לא תיפסק, ימשיכו התשלומים כל הזמן.
* **כלל אחריות לטובת המזיק** (מס' 2 של קלברזי ומלמד)
* גם אם הניזוק לא ביקש זאת, אלא ביקש צו, בית המשפט יכול בעיקרון להחליט כך (בכפוף לעקרונות של סד"א המאפשרים לניזוק לקבל סעד משני שלא ביקש, במקום סעד ראשי שכן ביקש). גם בסרבנות הגט מקבלת התובעת סעד משני של פיצויים כשלמעשה מבקשת סעד ראשי של גט, אולם היא עושה כן מחוסר ברירה ומחוסר יכולת להשיג את הגט בבית הדין הרבני, והיא פונה לבית משפט אזרחי שיכול ממילא רק להעניק לה את הסעד המשני. במקרים רבים היא תנסה, בעסקה PJB , לקנות את הסעד הראשי דרך המרתו בסעד המשני).
* גם כאן תתכן עסקה לאחר **PJB** - המפעל יכול להגיע למסקנה שלשלם עכשיו סכום גדול, למשל בתשלומים חודשיים שסך הכול יצטברו לסכומים גדולים, זה לא כדאי לו, כי זה יוצא יותר מאשר הוא מרוויח מהמוצר שהוא מייצר. לכן הוא ינסה להציע לניזוק סכום גדול אך חד פעמי כדי שיפנה את הבית שלו והמפעל ישתלט על הבית (וכך יוודא שלא יהיו אחרים שם שידרשו דרישות בהמשך).
* אם המפעל יוכל להגיע לסכום שעדיין שווה לו להוציא כדי לפנות את הניזוק, ולניזוק זה יהיה כדאי במקום לקבל תשלומים חודשיים (למשל - תשלום חד פעמי גדול, עזרה בהעברת הציוד של הדירה ועוד צ'ופרים למיניהם), תיחתם עסקה ואם אין דיירים אחרים באיזור שעלולים "להתעורר", נפתרה הבעיה מבחינת המפעל.
* ייתכן גם שפתרון של הצעת מיגון יקר לשוורץ תסייע.

**דיון**:

* **סוף הסיפור**: המחוזי נתן צו מניעה לשוורץ, אך אתא מערערים לעליון. שמגר בעליון מחליט שלא לשנות את פסיקת המחוזי. עורכי הדין של אתא פונים למסלול חילופי (של דיני הקניין), הם פנו לשר האוצר בבקשה שיפקיע מקרקעין לצרכי ציבור. שר האוצר הפקיע את הבית של שוורץ ופיצה את שוורץ בסכום נמוך ממה שאתא הציע לשוורץ כפיצוי על הרעש.
* **מדוע פס"ד צוטט בכל העולם?** ביהמ"ש החליט לסגור מפעל, על כל ההשלכות הכלכליות והחברתיות, לטובת אדם אחד.

### מקרה מבחן 3: פיצוי למסורבות גט[[64]](#footnote-64)

**בנימין שמואלי "פיצוי נזיקי למסורבות גט" המשפט יב 285 (2007)** – פיצוי נזיקי בגין נזק נפשי למסורבות גט:

קיימת בעיה בנוגע למסורבות גט - פסק־דין המחייב את הבעל לשלם פיצוי נזיקי לאשתו עבור סרבנות הגט, עלול להמריץ את הבעל לתת, בסופו של דבר, את הגט תמורת ויתור מצד האישה על פיצוי זה. משכך, עלול גט זה להוות גט מעושה שלא כדין, דהיינו, גט שיש חשש לתוקפו. מדובר למעשה, ב״אונס ממון״ בהלכה, דהיינו, בגט המושג באמצעות לחץ כספי כבד.

מלומדים שונים ניסו לתת פתרונות לדבר - תקרת פיצוי מוגבלת (פתרון פטרנליסטי) או פיצוי מלא מנימוק פמיניסטי - אך שמואלי במאמרו טוען שבחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות

מהי עילת התביעה הראויה במקרים כאלה?

* עוולת הרשלנות - יחסים בין בעל לאשתו מקימים חובת זהירות מיוחדת העולה מעצם החיים המשותפים ויחסי הקירבה, הכוללת את החובה לאפשר לבן הזוג אורח חיים חקין וסביר, אם לא למעלה מזה, וכן חובה להעניק כבוד בסיסי. סרבנות גט עשויה בהחלט להיחשב כהפרת החובה, בהיותה מצערת את האשה ופוגעת פגיעה אנושה בכבודה ובחופש שלה.
* הפרת חובה חקוקה - לפי הוראת סעיף 287 לחוק העונשין, ״הפרת הוראה חוקית״.

פיצוי מלא למסורבות גט עולה בקנה אחד באופן מובהק עם שלוש מטרות קלאסיות של דיני הנזיקין: פיצוי והשבת המצב לקדמותו, הרתעה וצדק חלוקתי.

באשר לצדק מתקן יהיה צורך להרחיב את הדיון מאחר שיש הרואים אותו בצורות שונות, אך גם כאן המסקנה תהא שפיצוי מלא עולה בקנה אחד עם מטרה זו.

[חלק מהמאמר חסר]

הפיצוי בנזיקין בגין סרבנות גט הוא גבוה יחסית מהפיצוי שניתן בדר"כ על נזק נפשי ברשלנות. למה זה כך? נראה שיש רצון מבחינת ביהמ"ש לתת אמצעי לאישה לשנות את עמדת המיקוח שלה. הרעיון הוא לשפר את כוחה של האישה ולכן רק אם הפיצויים יהיו גבוהים הבעל יישבר וייתן גט. אם הפיצוי יהיה נמוך זה לא ישתלם לבעל לתת את הגט והוא ימשיך לסרב.

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

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

מטרות דיני הנזיקין במקרה של תביעות נזיקין בסרבנות גט:

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

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

# עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות

הנושא לא נידון בכיתה, אך הוא לחומר.

* **עוולות מסגרת**: עוולה המתמלאת תוכן קונקרטי בכל מקרה ומקרה, כאשר על בית המשפט לקבוע, באמצעות הפעלת שיקולים של מדיניות משפטית, אלו תכנים ראוי לצקת לתוך עוולה זו. למשל, עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה.
* **עוולות פרטיקולריות**: עוולות ספציפיות שפורטו בפקנ"ז, ומחוצה לה בפריטי חקיקה חיצוניים (לדוגמא: עוולות לפי חוק הפלת"ד, עוולות הנוגעות למפגעים סביבתיים, עוולת לשון הרע)

**פס"ד גורדון (לעיל)** - פס' 7-14: נגישה מול רשלנות;

**השאלה המשפטית**: מה היחס בין עוולות מסגרת לעוולות פרטיקולריות? האם לפי המבנה של הפקודה יש לראות כל עוולה כחולשת על תחומה שלה בלי שלעוולה אחרת תהיה תחולה בתחום זה?

השופט ברק: עוולת הנגישה[[65]](#footnote-65) היא עוולה פרטיקולרית, ואילו עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת.

העוולות בפקודת הנזיקין אינן "איים" של אחריות, שכל המוצא עוגן על אחד מהם אינו יכול, בעת ובעונה אחת, להטיל עוגן גם באי אחר. בגלל אופי שתי סוגי העוולות (מסגרת ופרטיקולרית), יתכן שאירוע עובדתי מסוים עשוי לקיים את יסודותיהן של מספר עוולות. לעתים יש בו באירוע עובדתי מסוים כדי לקיים את יסודותיה של עוולה אחת, ורק חלק מיסודותיה של עוולה אחרת.

למשל, מזיק העושה שימוש רשלני בכוח נגד גופו של הניזוק בלא הסכמתו וגורם לו נזק. המזיק לא יימצא אחראי בתקיפה, שכן היסוד של גרימת נזק "במתכוון", הקבוע בפקודה אינו מתקיים. אין בכך כדי לשלול מהניזוק זכות לתבוע בגין תקיפה רשלנית, ובלבד שנתקיימו היסודות של עוולת הרשלנות.

בעוולת הנגישה, המחוקק קבע יסודות מסוימים, אשר בהתקיימם מגבשים אחריות. אם יסודות אלה אינם מתקיימים, אין אחריות בנגישה. אך לא נובע מכאן, כי אין אחריות כלל - עדיין יש מקום לבחון, אם אין מקום לגבש אחריות בנזיקין על-פי עוולות אחרות, כגון איסור לשון הרע או רשלנות. כלומר, אם לא מתקיימים יסודותיה של העוולה הפרטיקולרית, ניתן לתבוע את המזיק בגין עוולת המסגרת.

הפרת חובה חקוקה מול כליאת שווא

**כרמלי נ' מדינת ישראל (ע"א 558/84):**

בעלה לשעבר של כרמלי גרם לה לבוא במרמה לבית חולים לחולי נפש, בטענה שבעלה מאושפז שם. כשהגיעה, אשפזו אותה. הרופאים טענו שנראה היה שהאשפוז נעשה מרצונה, אך לטענתה היא לא הראתה כל ביטוי פיזי לאי-רצונה, כדי שלא יחשבו שבאמת יש לה מחלת נפש. כרמלי הגישה תובענה, אך זו נדחתה בביהמ"ש השלום בטענה שאמנם האשפוז לא היה ברצון בתחילתו אך נעשה כדין. בערעור למחוזי נחלקו השופטים בנוגע להאם האשפוז לאחר חמשת הימים, ומכאן הערעור ברשות.

**השאלה המשפטית**:

1. האם ניתן להחיל את העוולה של הפרת חובה חקוקה, אפילו התקיימו כל יסודותיה, כאשר קיימת עוולה אחרת, של כליאת שוא, הרחבה דיה וכוללת גם מקרה של הפרה ספציפית זו של אי-שחרור, בניגוד להוראותיו של חיקוק?
2. במקרה בו לא מתקיימים יסודותיה של עוולה פרטיקולרית, וזאת עקב התקיימות ההגנות, האם הניזוק יכול לתבוע את המזיק בעוולת המסגרת?

השופטת נתניהו (מיעוט): תחילתו של האשפוז הייתה שלא בהסכמה, ואז עבר הנטל על המשיבים להוכיח, כי חל שינוי במצב, וכי המערערת הסכימה בשלב מסוים להמשכו של האשפוז או שהתקבל אישור מפסיכיאטר להמשך אשפוז - מה שלא קרה.

לגבי שאלה 1 - כפועל יוצא של הלכת גורדון, אירוע זה נתפש הן ברשתה של העוולה של כליאת שוא (ס' 26 לפקנ"ז), והן ברשתה של עוולת הפרת חובה חקוקה (ס' 7(ג) לחוק לטיפול בחולי נפש. חוק זה קובע שחרור לאחר 5 ימים אם לא התקבלה הסכמה).

לגבי שאלה 2 - כרמלי לא יכלה לתבוע בעוולת "כליאת שווא", שכן חלה הגנה מפני תביעה בגין עוולה זו (התובע לא היה שפוי בעת המעשה), אך יכלה בהפרת חובה חקוקה.

השופט בך: אני סבור אחרת. אם נניח שהתקיים סעיף ההגנה בפני תביעה בגין הכליאה הספציפית שבה מדובר, אזי הגנה זו מטבע הדברים חייבת להוות מחסום גם בפני קבלת תובענה בגין הפרת אותה חובה חקוקה, אשר רק בעטיה הפך האשפוז הכפוי לכליאת שוא. לא ניתן להניח שיהיה ניתן דרך הפרת חובה חקוקה, שהרי כך תסוכל ההגנה.

בכל מקרה, שבו ניתן מבחינה משפטית להחיל שני סעיפי עוולה או יותר על מעשים מסוימים, על בית המשפט להשקיף על התמונה בשלמותה, לדלות את מטרת החוק ומדיניותו מסעיפיו הרלוונטיים וליישמן, במידת האפשר, על המקרה הקונקרטי המובא לפניו.

באי-התקיימות יסודות העוולה הפרטיקולרית (כמו הגנה), אין לאפשר לתובע לעקוף את ההגנה הניתנת לנתבע מכוח סעיף עוולה פרטיקולרית ע"י החלת עוולה רחבה יותר.

השופט לוין הסכים עם בך.

# עוולת הרשלנות

מלכת העוולות - הכי נפוצה והכי קשה ולא וודאית להוכחה.

ס' 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.

ס' 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.

רשלנות היא מעשה או מחדל לא זהירים הגורמים נזק לזולת (או: התנהגות הנופלת מתחת לרמה הנדרשת להגנת הזולת מפני סיכון לא סביר של נזק). רשלנות אינה מטילה חובה להתנהג בזהירות אלא חובה שלא לגרום לנזק בחוסר זהירות.

עוולת הרשלנות היא כיום העוולה המרכזית בפקודת הנזיקין, ורוב התביעות במסגרת הפקודה מבוססות עליה.

הסיבה להתפרסות הרחבה של עקרונות העוולה נעוצה בכך שהיא אינה מוגבלת להגנה על אינטרס מסוים, אינה מתמקדת בהתנהגות ספציפית, אינה דורשת יסוד נפשי מיוחד ואינה קשורה לסוג מוגדר של נזק, אלא מבוססת על דרישות של סבירות, של התנהגות ראויה ונכונה.

כעוולת מסגרת, תפקיד ביהמ"ש הוא בקביעת החובה ודרכי הפרתה.

בחינת האחריות בעוולת הרשלנות:

1. **האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק?** בוחנים שני היבטים, הנוגע במישרין לעובדותיו של המקרה:
* **חובת זהירות מושגית** (notional duty) להלן חוז"מ - שאלה טכנית.
* **חובת זהירות קונקרטית** (duty in fact) - שאלה נורמטיבית-ערכית.
1. **האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו? (התרשלות)[[66]](#footnote-66)**
2. **האם הפרת החובה היא שגרמה נזק?**

ובפירוט:

## האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק?

### חובת זהירות מושגית(notional duty):

א. באופן עקרוני, ובמנותק מעובדותיו הקונקרטיות של אירוע ספציפי, האם ביחס לסיכון מסויים קיימת חובת זהירות חוקית?

ב. בחינה זו עוסקת בקטגוריות שלמות של מזיקים (יצרנים, מעבידים, נהגים, מורים) ושל ניזוקים (צרכנים, עובדים, הולכי רגל, תלמידים), של נזקים (פיסי, כספי) ושל פעולות (מעשה, מחדל).

יש לקבוע את הקטגוריה הרלוונטית, אליה משתייכים הצדדים (למשל - מעביד, הנוהג ברכב על מקרקעין משלו ופוגע בעובד. המזיק עשוי להשתייך לשלוש קטגוריות רלוונטיות שונות [מעביד, תופס מקרקעין, נהג]).

**מה היקף של האחריות ברשלנות (סף הכניסה)**? מה גורם לכך שבין בני אדם ישנה חוז"מ? כדי להראות זאת ניתן להשתמש באחד מהיסודות החזקים האלה שמסייעים להתקדם: [במבחן, יש לבדוק תמיד את שלושת אלו ולציין האם רלוונטי:]

1. **דיני החוזים**: רלוונטי למשל ביחסי רופא-חולה, אך לא במקרי תאונות דרכים. אולם ישנם אירועים נזיקיים רבים שבהם אין הכרות מוקדמת, גם לא מסחרית, בין הצדדים ואין חוזה (לצורך הוכחת חוז"מ בלבד; לא אומר שצריך לדון לפי דיני החוזים).
2. **אחריות בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול**: ס' 37. אחריות כגון מצב המקרקעין ותחזוקתם. גם זוהי קשת מקרים נקודתית.
3. **יחסי שכנות**: פיזית. החובה להימנע מלהזיק.

[והרחבה על יחסי שכנות:

**פס"ד Donoghue v. Stevenson** - משנת 1932. קבע לראשונה, את יסודותיה של עוולת הרשלנות:

אישה הלכה לפאב עם חברתה. החברה קנתה לה בקבוק בירה, ותוך כדי השתיה מצאה בו האישה חילזון - ותבעה את מבשלת השיכר. המבשלה טענתה שאין לה כל חובה כלפי הנפגעת כי נפגעה מי שלא קנתה את הבירה; אין יחסי שכנות.

**השאלה המשפטית**: האם ניתן להפעיל את דיני הנזיקין הטהורים כשאין יחסים חוזיים? זו בעיה יומיומית - במסיבה, באולם שמחות, במסעדה, בנזק גוף משאילת מקדחה משכן.

בית הלורדים: מחפש בסיס משפטי ליחסי שכנות כשאין בסיס חוזי, ומוצא אותה בתנ"ך[[67]](#footnote-67) - למבשלת השיכר חובה שלא להזיק לצרכנים ולא רק לקונים מכוח מצוות "ואהבת לרעך כמוך".

* האם יש חובה לאהוב את האחר גם אם איני מכיר אותו?
* האם יש חובת אהבה גם בהיבט המסחרי?
* האם אין כאן ערבוב של משפט ומוסר?

מבט אל המשפט הישראלי מול העברי

מה עיקרון השולט במשפט הישראלי?

* דיון ב**בג"ץ קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר אגף המכס והמע"מ (164/97)** - לא לקריאה:

האם אהבת הרע היא כלל משפטי, הרלוונטי גם ליחסי מסחר? ר' עקיבא אמר "ואהבת לרעך כמוך - זה כלל גדול בתורה".

* + שניים שהלכו בדרך והמים יספיקו רק לאחד. בן פטורא (ישתו שניהם ואל יראה האחד במות חברו) ור' עקיבא (חייך קודמים לחיי חברך - לפחות אחד יינצל). אך מדוע אתה ולא חברך? איך זה מסתדר עם הכלל המפורסם שלו?[[68]](#footnote-68)

מסקנה אפשרית - "ואהבת לרעך כמוך" יותר ארצי מהנראה לעין, רלוונטי גם למעשים, יכול להיות גם משפטי ולא רק במישור המוסרי.

- יש כאן פירמידה. שמאי המודד הקפדן שדחפו באמת הבניין שבידו, אי אפשר על רגל אחת. יש לבנות בניין מלמטה למעלה.

הלל: כנ"ל, אבל אפשר לגלות את הקומה התחתונה של הפירמידה - "מה ששנוא עליך אל תעשה לחבריך", איסור הזקת הרע, היבט שלילי של איסור להזיק ולא היבט חיובי של אהבה.

"ואידך זיל גמור" - עליך ללמוד את שתי המדרגות של אהבת הרע ואהבת החסד (האחרונה כבר אינה משפטית).

הפירמידה בדין העברי, ובסוגריים לפי השופט חשין (ואחרים בפס"דים שונים):

"וְאַהֲבַת חֶסֶד" (רלוונטי רק במשפט העברי) ← "ואהבת לרעך כמוך" (רלוונטי רק במשפט העברי) ← "מה ששנוא עליך אל תעשה לחבריך" (רלוונטי גם במשפט המודרני).

* **פס"ד אמין**: **קיימת חוז"מ כלפי ילד** - לאדם יש חובות מסוימות גם כלפי ילדים שאינם בהחזקתו. חלק מהחובות עובורת לרשויות או למשפחה החדשה (המאמצת, האומנה) אך ישנם חיובים שלא ניתן להשתחרר מהם ויש להם ביטוי באחריות נזיקית.

בחזרה לחילזון בבירה - סיכום

האחריות הנזיקית חלה גם כשאין חוזה וגם כשאין מדובר בתחזוקת מקרקעין ומצבם.

המשפט הככללי-חילוני-מודרני אינו דורש אהבת הרע. הדרישה היא להמנעות מהזקת הרע - "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך"

מהם פרטי אותה דרישה? תשובה מוחלטת אין לנו, אך כל הלימוד הזה שהוצג מסייע לסנן מקרים מסוימים.

אירועון 14

ישנן מערכות יחסים אשר נקבע שהן מקימות חובת זהירות מושגית, כגון: הנהג כלפי הולך הרגל, המורה כלפי התלמיד, הרופא כלפי החולה, היצרן כלפי הצרכן והמעביד כלפי העובד.

הקביעה על פי קטגוריה אחת ולא אחרת נגזרת מהגישות החברתיות הנוהגות כיוון שעם הזמן מאבדים אינטרסים מסוימים את חשיבותם, ואילו אינטרסים אחרים זוכים לבכורה (כמו שבעבר הגנה על רשות ציבורית נתפסה כחשובה).

* "הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות ולעולם אינן שוקטות על השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים"[[69]](#footnote-69)

ג. התשובה לשאלה נקבעת ע"י **מבחן הצפיות** (ס' 36 לפקודה, מבחן של אשם):

צפיות טכנית (יכולת מעשית) וצפיות נורמטיבית (צריך היה) - האם האדם הסביר יכל וצריך היה לצפות את גרימת הנזק?

**ד. אם לא ניתן היה לצפות** בפועל - אין חובת זהירות, ובחינת האחריות בעוולת הרשלנות מסתיימת כאן (שהרי אנחנו בתחום הרשלנות ולא בתחום החובות המוחלטות)

 **אם ניתן היה לצפות**, קיימת חובת זהירות מושגית - אלא אם כן הנתבע מראה קיומם של שיקולי מדיניות משפטית, השוללים את החובה (וכאן מסתיימת הבחינה).

מטרתם לאזן בין האינטרסים השונים: הצורך להבטיח חופש פעולה מצד אחד והצורך להגן על הרכוש והגוף מצד שני; סוג הנזק בדרכי התרחשותו; השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד; המעמסה הכספית, אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים בעקבות ההחלטה.

### חובת זהירות קונקרטית (duty in fact):

א. באופן ספציפי, האם ביחס לניזוק במקרה שהתרחש ובנסיבותיו של מה שהתרחש, קיימת חובת זהירות?

גם כאן התשובה לשאלה זו נקבעת ע"י מבחני הצפיות המצטברים (טכנית + נורמטיבית).

חובה זו עוסקת בנוגע למזיק ספציפי, לניזוק ספציפי, לנזק ספציפי ולהתנהגות ספציפית. יש לבדוק את החובה בצורה מדוקדקת באמצעות הנתונים \*הרלוונטיים\*, לאחר מכן בבחינת ההתרשלות יהיה קל יותר לקבוע האם הפר את החובה או לא.

ב. אולם מאחר ומדובר בבחינה נורמטיבית, יש לזכור כי לא כל נזק צפוי (מבחינה טכנית-מעשית) הוא נזק שיש לצפותו (במישור הנורמטיבי).

חיי היום-יום מלאים סיכונים, אשר לעתים מתממשים וגורמים נזקים, מבלי שיוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנזיקין (למשל, מעידה במדרגות, החלקה בדרך). אותם סיכונים טבעיים ורגילים הם לפעילות האנוש המקובלת, ובגינם נקבע, כעניין של מדיניות משפטית, כי חובת זהירות קונקרטית אינה מתגבשת. **סיכונים אלה סבירים** הם, וחיי חברה מתוקנים לוקחים את קיומם בחשבון.

ה**סיכון הבלתי סביר**, שבגינו מוטלת חובת זהירות קונקרטית, הוא אותו סיכון, אשר החברה רואה אותו במידת חומרה יתירה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנעו.

## האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו (התרשל)?

האם הוא סטה מסטנדרט הזהירות המוטל עליו?

אולם מזיק, החב חובת זהירות קונקרטית לניזוק, אינו אחראי כלפיו בכל מקרה, שבו בשל התנהגותו של המזיק נגרם נזק לניזוק. השאלה אינה "האם עשה המעביד את הכל?", אלא "האם הוא עשה כל מה

שסביר לדרוש מאדם שבאותו מצב, בהתחשב בכל הנסיבות לרבות גודל הסכנה מזה והיעילות והמעשיות שבנקיטת אמצעי מניעה מזה?"

המבחנים (חלופיים, בהתאם לאסכולה):

* **נוסחת לרנד לנד** (ברירת מחדל) - אם אמצעי מניעה נמוכים מתוחלת הנזק (הסתברות התממשות x נזק ממוצע), המזיק רשלן. ניתן לחשב בין אם באמצעות מספרים, בין אם באמצעות הערכה סבירה.
* **מבחן איזון האינטרסים**

## האם הפרת החובה היא שגרמה נזק?

### קש"ס עובדתי:

* + מקובל - **מבחן האלמלא** - אלמלא ההתרשלות לא היה נגרם נזק.
	+ **מבחן הדיות** - די בגורם הנזק כדי שהנזק יגרם.
	+ **מבחן הסיבה בלעדיה אין** - האם זו הסיבה המרכזית לנזק? אם אני משמיט את המזיק מהנזק, האם היה הנזק נגרם בכל זאת?

### קש"ס משפטי:

מופיע בס' 64 על דרך השלילה.

* + המבחן העיקרי, **צפיות** - בהינתן שחובת הזהירות הופרה, בודקים שסוג הנזק והיקפו נגרם בגלל ההתרשלות.

היקף צפיות הנזק ביסוד הקשר הסיבתי המשפטי:

**ע"א בן-שמעון נ' ברדה (576/81)** - לא לקריאה**:**

אין צורך לצפות את הנזק לפרטי פרטים אלא מספיק לצפותו בקווים כלליים.

הצורך לצפות גולגולת דקה:

**ד"נ לאון נ' רינגר (12/63)** - לא לקריאה**:**

* + **תחום הסיכון** - אין צורך להשתמש אם משתמשים בצפיות.
	+ **השכל הישר** - אין צורך להשתמש אם משתמשים בצפיות.

שמואלי ממליץ לפתור קייס בצורה של אחד אחרי השני (זהירות מושגית - כולם; קונקרטית - של כולם). בפרקטיקה, מחוץ לאקדמיה, יש לפתור של כל אחד בנפרד (מושגית - של פלוני; מושגית - של אלמוני).

אירועון 14 - פתרון רוחבי [קצת חסר]

להגדיר מי הנתבעים, לכתוב לפי איזו עוולה ולפי אילו סעיפים. לבדוק הגנות (אשם תורם).

"דוד ויונתן יתבעו באחריות אישית ואחריות שילוחית, לפי ס' 35 בעוולת הרשלנות, ע"פ מודל ברק בועקנין".

* חובת זהירות מושגית:
	+ ל**קבלן** יש מדיני החוזים, מדיני מקרקעין (חובה כללית להמנע מלהיזק לכל מי שנמצא בתחומו). יש לו אחריות אישית לספק מקום עבודה בטוח; לבחור אנשים מתאימים ולפקח עליהם ויש לו אחריות שילוחית, ככל שימצאו אחראיים.
	+ ל**פנחס** **מנהל העבודה** יש מדיני חוזים (החוזה כולל שמירה על סביבת עבודה בטוחה), אין ממקרקעין (כי הקרקע לא שייכת לא) ומיחסי שכנות (להימנע מלהזיק. הרי אתר בנייה הוא מקום מסודר).
	+ ל**יעקב המהנדס** אחראי על הבטיחות, וחובת הזהירות המושגית היא כפנחס.
	+ צפיות טכנית - אנשים נופלים כל הזמן.
	+ צפיות נורמטיבית -
* חובת זהירות קונקרטית:
	+ ל**קבלן**
		- צפיות טכנית -
		- צפיות נורמטיבית -
	+ ל**פנחס**
		- צפיות טכנית -
		- צפיות נורמטיבית -
* הפרת החובה ע"פ לרנד הנד: בנוסף, מה עשו ומה לא עשו היטב?

הקבלן לא בחר אנשים מתאימים/תרגולות/נוהל במקרי פיגומים וכו' (להפעיל את הדימיון)

* קש"ס:
	+ עובדתי - אלמלא
	+ משפטי -
* הגנות:
	+ **אשם תורם**: דוד ויונתן רבו על פיגום. מצד שני, מבחינת צדק חלוקתי לא נרצה שהקבלן כחזק יקבל עוד; האם מעשיהם כ"כ בעייתים עד כדי ניתוק הקש"ס?
* רשלנות רפואית:

רשלנות גם במעשה מכוון (הלכת אמין):

**פס"ד אמין (לעיל)** - בחלק של הרשלנות**:**

3 ילדים תבעו את אביהם על אחריותו בגין קורותם: הדרדרות לסמים ופשיעה, חוסר יכולת לעבוד או להתמיד בעבודה. "הילדים, אשר ביקשו והתחננו ליחס אבהי, למעט חום ודאגה, להתעניינות כלשהי בהם ובמעשיהם – מצד אביהם – נתקלו בקיר אטום". התברר כי התעלמות זו בוצעה לאחר דרישת אשתו השנייה: "הוא התכחש לאבהותו כלפי הילדים והתנער לגבי כל אחריות לגבי סבלם הנפשי".

השופט אנגלרד: בהתנהגותו של האב יש משום הפרת חובת זהירות כלפי הילדים ומאחר שנגרם כתוצאה ממנה נזק לילדים.

העובדה כי האב חדל מלדאוג לילדים מתוך כוונה אינה גורעת מן האפשרות כי נתקיים יסוד ההתרשלות. כי ההתרשלות, במובנה הטכני, יכולה לכלול גם מעשים ומחדלים מכוונים, משום שהמבחן לקיום ההתרשלות הוא אי-הסבירות של ההתנהגות והצפיות של הנזק

רשלנות של רשויות מקומיות (הלכת גורדון)

 **פס"ד גורדון (לעיל):**

השופט ברק: מקורן ההיסטורי של העוולות בפקודת הנזיקין הוא במשפט המקובל האנגלי. הייתה זו התפתחות היסטורית וללא כל בחינה אנאליטית, והמחוקק הישראלי הכניס אותן אל תוך המסגרת החקיקתית. לא נעשה כל ניסיון לבחינה מערכתית של העוולות, אם יש בהן חפיפה או חוסר. כתוצאה מכך נוצרה מציאות משפטית, אשר בה מוכרת חפיפה ניכרת בין העוולות השונות.

לכן, אין להתפלא שאירוע עובדתי מסוים עשוי לקיים את יסודותיהן של מספר עוולות, פרטיקולריות ו/או מסגרת.

המשמעות היא שאפילו לא מתקיים יסוד זה או אחר של עוולת מסוימת, עדיין יש מקום לבחון, אם אין מקום לגבש אחריות בנזיקין על-פי עוולות אחרות, כגון רשלנות.

# הפרת חובה חקוקה

ס' 63:

(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) לענין 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.

[למבחן - כשרואים ס' שאינו של פקודת הנזיקין - יש לבדוק האם ישנה הפרת חובה חקוקה].

החיקוק אינו מקור לאחריות הנזיקית אלא מקור לחובה חקוקה, המהווה, מצדה, אחד מתנאי האחריות הנזיקית.

חיקוק נועד לטובתו של פלוני, הרי בהפרתו נתגבש סעד אזרחי מכוח דיני הנזיקין, ובלבד שאותו חיקוק לא נתכוון להוציא את התרופה האזרחית.

כעוולת מסגרת, תפקיד ביהמ"ש הוא בפירוש החובה ובקביעת היקפה.

5 יסודות:

1. "חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק" **חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק.**
2. "והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר" **החיקוק נועד לטובתו או להגנתו של הניזוק**: לכאורה, כל חיקוק נועד, בסופו של דבר, לטובתו ולהגנתו של הפרט, שהרי אין המדינה קיימת אלא למען פרטיה. אלא חיקוק כזה הוא חיקוק הקובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, (כמו חיקוק הבא לקבוע רמת בטיחות בעבודה, שכן הוא בא להגן על האינטרסים של העובד לשלמות גופו) בניגוד למשל לחיקוקים שבאו להגן על האינטרסים של המדינה, של הממשלה, ושל מרקם החיים הקולטיביים ואורחות חיי האומה (כמו האיסור הפלילי בדבר בגידה).

הקביעה האם חיקוק נועד לפרט היא בידי הרשות השופטת, כפי שהיא מפרשת את כוונת המחוקק. בנוסף, אין צורך לבחון את החיקוק כולו, על כל הוראותיו, אלא אך אותה הוראה ספציפית, אשר עליה מבקשים לבסס הפרתה של החובה.

״לטובת הניזוק״ פירושו גם לטובת ניזוק שהוא חלק מהקבוצה של ניזוקים שאליה מתייחס החיקוק. בעניץ כזה, גם אם החיקוק נועד להגן על הציבור כולו, הניזוק הספציפי רשאי לתבוע, מכיוץ שהוא חלק מן הציבור, ואינו יכול לתבוע רק בעניין שהחיקוק הוא אכן לא לטובתו בניזוק ספציפי

1. **המזיק הפר את החובה המוטלת עליו.**
2. "וההפרה גרמה לאותו אדם נזק" **ההפרה גרמה לניזוק נזק**: קש"ס עובדתי ומשפטי בין הפרת החובה לבין הנזק.
* קש"ס עובדתי: הפרת החובה מהווה גורם בלעדיו אין - אלמלא הפרת החובה לא היה הנזק נגרם.
* קש"ס משפטי: מבחן הצפיות, מבחן הסיכון ומבחן השכל הישר.
1. "נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק" **הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק**: הנזק, אשר התרחש הלכה למעשה, הוא מסוג הנזק אותו ביקש המחוקק למנוע.

"אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו." התביעה תידחה עקב אי מילוי יסוד מצטבר זה דווקא אם בית המשפט ישתכנע שקיומם של סעדים בחיקוק עצמו מאיין קיומם של פיצויים ״רגילים״ בנזיקין.

###

### בין עוולת הרשלנות לבין העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה

קיימים שוני ודמיון גם יחד. אלה הן שתי עוולות נפרדות, ואין הפרת החובה הסטטוטורית מהווה יסוד בעוולת הרשלנות.

השונה:

החובה

* **בעוולת הרשלנות**: נקבעת על-פי מבחן הצפיות, המופעל על נסיבות עובדתיות שונות.
* **לעניין הפרת חובה שבחוק**: נקבעת על-פי הוראותיו הספציפיות של כל חיקוק וחיקוק. אין היא נקבעת על-פי קריטריון אחד, אלא מספר הקריטריונים הוא כמספר החיקוקים.

רמת ההתנהגות הנדרשת

* ע"פ **עוולות הרשלנות**: נקבעת על-ידי האדם הסביר, בהתחשב בנסיבות המקרה.
* **העוולה בדבר חובה חקוקה**: נקבעת על-ידי החוק עצמו, והיא יכולה להיות חמורה, זהה או נמוכה מזו הנדרשת על-ידי האדם הסביר.

נזק

* **עוולת הרשלנות**: נדרש נזק, הקשור בקש"ס להפרת החובה, והוא ממין הנזקים, העלולים לבוא באורה טבעי במהלכם הרגיל של הדברים.
* **העוולה בדבר הפרת חובה חקוקה**: נדרש, בנוסף לכל אלה, כי הנזק יהא מסוגו או מטבעו של הנזק, שאליו נתכוון החיקוק היוצר את החובה, והוא הוסב על יסוד אותם קשרים סיבתיים, הנדרשים על-ידי אותו חיקוק ספציפי.

הדומה:

המבנה שלהן

הפרת חובה חקוקה ורשלנות הן העוולות היחידות בפקודת הנזיקין, שיסודותיהן חובה, הפרה ונזק..

עוולות מסגרת

הן הרשלנות והן הפרת החובה החקוקה הן "עוולות מסגרת", דהיינו, עוולות, אשר מרכז הכובד שבהן אינו בקיום יסודות-שבעובדה פלונים שהמחוקק קבעם מלכתחילה על ספר אלא בתפישה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין.

מדיניות משפטית

ע"פ הפסיקה, בעוולות פרטיקולריות באופן עקרוני אין שיקולי מדיניות משפטית. אך בשתי העוולות גם יחד תוכן האחריות והיקפה נקבעו, באופן פורמלי על-פי עקרונות של מדיניות משפטית.

בשתי העוולות על בית המשפט לאזן בין האינטרסים השונים.

בשתי העוולות על בית המשפט לגלות זהירות והתאפקות. בשתי העוולות על בית המשפט לאפשר צמיחה והתפתחות. כשם שהקטיגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, כך גם החובות, המטילות אחריות בהפרת חובה חקוקה, לעולם אינן סגורות. במסגרת עוולת הרשלנות מופעלת מדיניותו המשפטית של בית המשפט בקביעת החובה ודרכי הפרתה. במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה מופעלת מדיניותו המשפטית של בית המשפט בפירוש החובה - אם נועדה היא להיטיב עם הניזוק אם לאו - ובקביעת היקפה

דוגמה בפסיקה לעוולת הרשלנות ולהפרת חובה חקוקה:

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש (ע"א 145/80):**

שלמה ועקנין בן ה-15 קפץ קפיצת ראש בבריכה, במקום שבו היו המים רדודים. כתוצאה מכך, נחבל קשות בראשו. ועקנין תבע את הבריכה בהפרת חובת זהירות בנזיקין, הפרת חובת זהירות בחוזים, והפרת חובה חקוקה.

השופט ברק: [ברק בוחן את חובתו של כל משיב, לצורך הנוחות כתבתי באופן כללי על המשיבים]

1. **האם המשיבים חבו חובת זהירות למערער?**
* **חובת זהירות מושגית**: במקרה דנן, בעלת הבריכה מסרה את השימוש בו לגורם אחר. האם בעלות בנכס מטילה חובת זהירות מושגית, מקום שהפעלת הנכס, הלכה למעשה, נמסרה לאדם אחר? כן. הבעלות במקרקעין מטילה חובת זהירות מושגית על הבעלים לטובת

מבקרים במקרקעין. הפעלת הבריכה יוצרת זיקה וקשר, שעניינם שליטה ופיקוח על הבריכה בין בעל השליטה לבין המבקר בה.

* **חובת זהירות קונקרטית**: האם צריך מפעיל בריכה לצפות התרחשותו של נזק בקפיצת ראש למים רדודים? כן. קפיצת ראש במים רדודים יוצרת סיכון בלתי סביר: הקמת הבריכה יוצרת תחושת בטחון אצל המתרחצים; שורת עדויות מראות שקשה למתרחץ לשפוט לבדו האם העומק ראוי לקפיצת ראש; הסיכון שבקפיצת ראש במים רדודים אינו סיכון, אשר ניתן לראותו כחלק משגרת החיים, ומהוויית הבריכה.

מבחינתו של המשתמש בבריכה זו סכנה בלתי סבירה, אשר בדרך כלל אין הוא נזהר מפניה מיוזמתו שלו, והיא מעמידה בסכנה ניכרת את שלמות גופו. היא עשויה להביא למוות או לפגיעה גופנית קשה. תועלתה החברתית של הסכנה מועטה היא. אמצעי הזהירות הדרושים למניעתה פשוטים הם. עלינו לאזן בין כל אלה.

1. **האם המשיבים הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם?** כן. היה עליהם להציב שלטים האוסרים על קפיצה במים רדודים ולפקח על קיום ההוראות
2. **האם הפרת החובה היא שגרמה נזק?** כן.

הפרת חובה חקוקה:

1. החובה להציב שלטים ועליהם הוראות למתרחצים מוטלת על בעל עסק הבריכה ועל מי שמנהל את הבריכה, מכוח חיקוק (תקנות הרישוי).
2. האם אותה פיסקה בשלט, שעניינה איסור קפיצה שלא מהדופן הצר בצד העמוק, נועדה לטובתו של התובע שניזוק? זו חובה, שנועדה, בין השאר, להגן על כל מתרחץ ומתרחץ ולשמור על האינטרסים שלו לשלמותו הגופנית.
3. השלטים שהוצבו לא כללו כל הוראה בדבר קפיצה לבריכה.
4. קש"ס עובדתי - אלמלא אי הצבתו של השלט סביר להניח כי הניזוק שלפנינו היה נמנע מלקפוץ למים הרדודים.

קש"ס משפטי - במבחן הסיכון, התוצאה, אותה ביקש מחוקק המשנה למנוע, היא היא התוצאה אשר התרחשה הלכה למעשה; במבחן הצפיות, מוטלת על המשיבים החובה לצפות, כי מתרחץ בבריכה עלול לקפוץ למים הרדודים.

1. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו נתכוון החיקוק.

התוצאה היא, כי אנו מקבלים את הערעור וקובעים, כי המשיבות חבות יחד ולחוד כלפי המערער, תוך שאנו מייחסים לו אשם תורם של 33%.

# משפט ורפואה

## קווים לניתוח אירועון במשפט ורפואה:

* יש לבחון תחילה **מיהם התובעים** (כולל עיזבון תלויים) **ומיהם הנתבעים** (לא רק רופאים ובתי חולים; כולל אחריות אישית ושילוחית, כיסים עמוקים, ביטוח וכיוצ"ב).
* שלושת החיקוקים הרלוונטיים לנושא של משפט ורפואה, עליהם יש לעבור כשקוראים מקרה של רשלנות רפואית: **רשלנות, תקיפה והפרת חובה חקוקה**.

הפרת חובה חקוקה

חוק זכויות החולה (רלוונטי למקרים שאירעו אחרי 1996) - רלוונטי ל**הפרת חובה חקוקה**. יש להכיר את החוק.

ס' 5 לחוק זכויות החולה מדבר על החובה של הצוות הרפואי להעניק טיפול נאות לחולה:

מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש.

לכאורה, הסעיף כבר כולל הכל. בפועל בתי המשפט לא אוהבים את הסעיף הזה והם רואים בו סעיף סל.

רשלנות

דגשים ל**תביעה ברשלנות**:

* בדיקת היסודות כמו בתביעת רשלנות רגילה.
* לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות. ביהמ"ש יקבע לפי חו"ד הרופאים אם היה מדובר בהתרשלות או תקלה (פס"ד **פאר נ' קופר** להלן).
* יש לשים לב לשיקולי מדיניות משפטית וכן לצדק חלוקתי, מטרת הפיצוי, כיס עמוק, פיזור נזק וכו'.
* ס' 41 לפקנ"ז: נזק ראייתי והעברת נטל ההוכחה מופיעים הרבה במשפט ורפואה (**קוהרי + קופר**)

עוולת התקיפה

בעניינים של אי הסכמה או העדר הסכמה מדעת ובשים לב להגנה בס' 24(8):

(8) עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה.

האם הגנה זו, שהיא הגנה מיוחדת לתקיפה, רלוונטית לעוולות אחרות? לכאורה לא. ייתכן שכאינדיקציה.

לאחר מכן, ניתן להתאים את המקרה למקרים הקלאסיים של משפט ורפואה:

### טיפול רפואי לקוי

הרופא טיפל בחולה בצורה לקויה. נתבע בד"כ ב**רשלנות**.

### היעדר הסכמה/היעדר הסכמה מדעת

רלוונטי לכל 3 העוולות.

ס' 13 לחוק זכויות החולה מדבר על הסכמה מדעת ומשליך כאינדיקציה על רכיב זה בעוולות האחרות (פס"ד ועקנין - הפרת חובה חקוקה כאינדיקציה לרשלנות):

(א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

(1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסָכוּת (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל;

(2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע;

(3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות;

(4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי;

(5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.

(ג) המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות.

(ד) על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסויים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופנית או הנפשית של המטופל.

דעת השופטת ביניש מתי ניתן לתבוע רופאים בתקיפה רפואית:

**ע"א 781/932 דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה** - פס' 6 לביניש:

השופטת ביניש (דעת יחיד): האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת ומושכלת של החולה וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, נכלל בגדר עוולת התקיפה? הצמדת תווית של תקיפה לטיפול רפואי שנועד להיטיב עם המטופל, בעייתית בלשון המעטה. לכן כדי לצמצם מקרי תביעה בעוולת התקיפה, יש להפריד בין מקרים ('לצמצם את סף הכניסה'):

במקרים קיצוניים של היעדר כל הסכמה לטיפול רפואי, מדובר ב**עוולת התקיפה**:

1. המקרה הקלאסי - כאשר לחולה לא נמסר כלל מידע על סוג הטיפול הצפוי לו
2. או כאשר לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של אותו טיפול
3. או כאשר הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.
	* גם אם החולה הסכים לטיפול, עדיין זו עוולה.
	* אין צורך להוכיח הפרה של חובת זהירות או קיומו של קש"ס בין ההימנעות ממסירת הפרטים לבין כל הנזק שנגרם לחולה.

במקרים של היעדר "הסכמה מדעת", מדובר ב**עוולת הרשלנות**.

**ע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל** - פס' 1-5 לבך, פס' 8-3 לבייסקי:

המערער בלע כמויות גדולות של שקיות הרואין כדי ששוטרים לא יגלו זאת. הכמויות עלולות לסכן חיים, ובבית החולים הרופאים התלבטו אם לנתח אותו על מנת להוציא את השקיות, למרות סירובו של המערער. לבסוף ניתחוהו לאחר שיקבלו אישור שופט. בניתוח הוצאו השקיות, והמערער הואשם בעבירת החזקת סמים. המערער טען שמדובר בעוולת התקיפה ושהראיות אינן קבילות.

**השאלה המשפטית**: האם מותר לרופא לבצע ניתוח על אדם בניגוד לרצונו, כאשר הרופא משוכנע, כי הדבר חיוני להצלת חייו של אותו אדם?

השופט בך: זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו. ניתן ללמוד זאת גם מנוסחם של מספר חיקוקים, אשר מגמתם דווקא לאפשר טיפול רפואי ללא הסכמתם של המטופלים במקרים מסוימים. למשל, מס' 24(8) לפקנ"ז נובע, כי כאשר היה בידי הרופא לקבל את הסכמת התובע, אלא שהתובע סירב לתת את הסכמתו, אין הגנה זו עומדת לרופא.

הכלל תקף רק בנוגע לניתוחים אשר אינם נושאים בחובם סיכונים והשלכות לגבי מצבו הפיזי של החולה בעתיד אך לא בנוגע לניתוחים העלולים להשפיע בצורה חמורה ומשמעותית על אורח חייו ועל איכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, ושלגביהם יש להשאיר את ההכרעה כלל בידי החולה.

חריג לכלל הוא כאשר נוכח הרופא, כי בנסיבות העניין אין בידי החולה נימוק סביר כלשהו הקשור במצבו הבריאותי לסירובו להינתח ונראה כי סירובו נובע ממניעים חיצוניים, אשר אין בינם לבין מצבו הגופני ולא כלום - אזי יוכל להתייחס אל הפאציינט כפי שהוא מתייחס אל המנסה להתאבד, ורשאי הוא לנקוט כל צעד הנחוץ להצלת חייו. כלל זה תקף במקרה דנן.

השופט בייסקי: זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו - למעט ניתוח שנועד להצילו או למנוע תוצאות חמורות. כל שכן מותר הדבר, ואף מחויב הוא, כאשר מההתערבות עצמה אין נשקפים סיכונים מיוחדים מעבר למקובל מניתוח או מהתערבות מאותו סוג וכאשר אין קיים חשש לנכות מהותית

### 3. בחירה בין חלופות

הרופא התרשל כיוון שהוא בחר בחלופה הלא נכונה. נתבע רק לפי **רשלנות** (אפשרי גם בתוספת לעילות האחרות).

טענות הגנה מול הנושא של בחירה בין חלופות - אסכולת הרופאים, מבחן הרופא הסביר

**דנ"א משה נ' קליפורד (7794/98)** - פס' 1-11, 18-17 לאור וכל פסק דין ביניש:

המערערת טופלה במרפאת שיניים, וקיבלה זריקת הרדמה. לאחר זמן מה החלה להרגיש מנומנמת, פונתה לבית החולים ועד היום סובלת מממגבלות בגפיים ומהפרעות נוירולוגיות וקוגנטיביות. היא הגישה תביעה וביהמ"ש קמא קבע כי קיים קש"ס עובדתי בין הזרקת חומר ההרדמה לנזק שנגרם - חומר ההרדמה גרם להאטה איטית מדי של הדם, נוצר קריש דם וזה נדד למוח וגרם למותם של תאים בו.

**השאלות המשפטיות**: האם התרשל הרופא? אם כן, האם מתקיים במקרה זה קש"ס משפטי בין התרשלותו לבין הנזק שנגרם לה? אם כן, מה היקף אחריותו?

השופט אור: מקרה של הזרקה למקום הלא נכון ניתן למניעה באמצעות מזרק שאיבה מוקדמת (המאפשר לרופא לוודא להיכן הזריק) אולם הרופא במקרה דנן השתמש במזרק לא שואב. מצד שני, בארץ היה מקובל באותה עת להשתמש בשני הסוגים ובנוסף מקרה של נזק מוחי לא היה מוכר כלל עד כה.

בחינת אחריות הרופא: הרופא חב חובת זהירות כלפי המטופלת שלו. האם השימוש שעשה הרופא במזרק לא שואב, שימוש שהיה בגדר פרקטיקה מקובלת בעת הרלוונטית, מהווה סטייה מרמת הזהירות הנדרשת מרופא שיניים סביר? האם מתקיימת העוולה של רשלנות?

הרופא התרשל. הפרקטיקה של שימוש במזרקים לא שואבים, הייתה אם כן, פרקטיקה אשר סיכוניה ידועים:

הסיכון של חדירה לעורק כתוצאה משימוש במזרק לא שואב נע בין 15%-10% מכלל המקרים - וזה המון; תופעות הלוואי המתוארות בספרות אינן "קלות ערך" או "מזעריות" אלא עלולות להיות מהותיות; במועד הרלבנטי כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף, ורופא זהיר היה צריך להשתמש בהם; גם הוראות היצרן של חומר ההרדמה מזהירות שהשימוש במזרק לא שואב עלול להוביל לתוצאה מסוכנת; חדירה למוח, על כל רגישותו, הייתה ידועה בזמנו; וזמינותם ועלותם של מזרקים שואבים לא הייתה בעייתית.

הטלת אחריות על הרופא בגין מלוא היקף הנזק אינה נשענת רק על כך שהיה צפוי נזק גופני כלשהו מהתנהגותו. היא מוצדקת גם לאור העובדה שהתהליך הגופני, המנגנון הרפואי שגרם בסופו של דבר את הנזק, היה ידוע וגם צפוי.

קש"ס משפטי: הנזק הראשוני שאירע היה מסוג תופעות הלוואי שהיו מוכרות וצפויות כתוצאה מחדירת חומר ההרדמה לעורק, ועל כן על הרופא היה לצפותו.

השופטת ביניש: אני מסכימה.

**הגנת האסכולות**: הגנה הטוענת שיש אסכולה משמעותית בעולם הרפואה שדוגלת בזה. יש לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

1. **מקובלת**: האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה (השופט אור - 10%-15% זה נתח ממשי).
2. **בחירה רציונלית מדעת:** צריכה להיות בחירה ממשית בין אסכולות בזמן מעשה ולא לאחר מעשה. על הרופא להסביר למה הוא דוגל באסכולה הישנה בעוד שהוא ידע את הפלוסים והמינוסים של כל אסכולה. הרופא צריך להוכיח שהכיר את שתי האסכולות ולמרות זו בחר בחלופה שבחר.
3. **הכרעת החולה**: צריך להביא את החלופות בפני החולה להכרעתו.

ההגנה היא פרמטר חשוב אך לא פרמטר יחיד שבו יתחשב ביהמ"ש (פס"ד קליפורד).

הרופא הסביר אינו מכיר את כל ההיסטוריה המחקרית והדיונים המקצועיים שקדמו לגיבושה של פרקטיקה כזו או אחרת, ואין זה מתקבל על הדעת לדרוש ממנו רמת ידיעה כזו. לכן גם אין ביכולתו לקבוע ברגע האמת שפרקטיקה מסוימת היא בלתי־בבירה, אלא אם אי־הסבירות היא בולטת וחד־משמעית לאור מידע חדש שהתגלה לו.

עוד אלמנטים לבחינה:

* **בחינת הקש"ס**: לעתים למרות קיום עקרוני של העילה, יש אינדיקציה שאין קש"ס.
* **מגמת הפסיקה**: כיפוף תקיפה לכיוון אשם (למשל דעת ביניש בפס"ד **דעקה**), ורשלנות לכיוון של אחריות מוחלטת (למשל פס"ד **פאר**)

"כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות חמורה

**ע"א פאר נ' קופר (612/78)**:

המערער נכנס לניתוח על מנת להסיר בליטה ברגלו הימנית, אשר אמנם לא הפריעה לו אך לא הייתה אסטטית.[[70]](#footnote-70) הוא לא חשש, כיוון שבעבר עבר ניתוח דומה שהצליח ברגלו השמאלית. אולם זמן מה לאחר הניתוח החדש, הרופאים נאלצו לכרות את רגלו עקב נמק ברגל.

**השאלה המשפטית**: האם בנסיבות המקרה דנן, חייבים היו המשיבים מבחינה משפטית לוודא לפני הניתוח אם סבל המערער ממום של הצרת העורקים מלידה?

השופט לוין: כדבר שבעובדה, נקבע כי הנמק נוצר כתוצאה ממום מולד. הניתוח גרם למום להצר את העורק המוליך דם ברגל. לאחר הניתוח בוצעו כלל השלבים המקובלים לכאורה, אך מהראיות נראה כי היו מספר סימני אזהרה שהרופא לא שם דעתו עליהם.

השאלה, מהי החובה המוטלת על רופא כלפי חולהו, סוגה בשיקולים רבים ומגוונים. מחד גיסא לא כל טעות שבשיקול-דעת להפרת חובה תיחשב, שאם לא כן עשויים אנו להביא את הרופאים לדאוג יותר מאשר לחולה להכנת הגנה פרוספקטיבית מפני תביעה משפטית אפשרית על ידו. מצד שני, החולה סמך עליו שתיערכנה כל הבדיקות הנחוצות. קיימת ספרות בנושא שלאנשי המקצוע יש גישה אליה. התופעה היא אמנם נדירה, אך פלוני היה רשאי לצפות, שבית החולים יביא בחשבון גם אפשרות של מקרה נדיר.

הערעור מתקבל.

**דיון**:

* נראה כי הרופאים לא יכלו לצפות בגדר הצפיות הנורמטיבית שנזק כזה ייגרם ככל שהיו רק שני מקרים כאלה בעולם, ובכל זאת בית המשפט "מכופף" את דרישת הצפיות וקובע כי על המזיקים לשלם לניזוק כלומר מכניס אלמנט של אחריות חמורה לתוך עוולת הרשלנות, אם היה מדובר על עוולת הרשלנות במשטרה הרגיל שהינו אשם-רשלנות, סביר להניח כי בית החולים לא היה צריך לפצות את הניזק.

**ע"א 91/3108 רייבי נ' וייגל** - פס' 1-2, 4 לשמגר:

רייבי סבל מכאבים עזים בגב, ונותח ע"י רופא פעמיים. בפעם השנייה, במהלך הניתוח, גילה הרופא צלקת בעמוד השדרה שהובילה אותו לסטות מהתוכנית המקורית ולבצע הסרה שלה. בחודשים לאחר הניתוח סבל המערער באי שליטה על הסוגרים ומשום כך תבע את הרופא ברשלנות.

הוא טען שלא ניתנה הסכמה מדעת להסרת הצלקת ופעולה זו היא תקיפה או לכל הפחות רשלנות; עצם ההחלטה להסיר את הצלקת הייתה רשלנית כיוון שנגדה ממצאים ידועים קודמים; גם הטכניקה הייתה רשלנית.

**השאלה המשפטית**: האם ניתן לומר כי רייבי הסכים במשתמע לפרוצדורת הסרת הצלקת?

הנשיא שמגר: הסכמה זו יכולה לקבל ביטוי מפורש, אך אין הכרח כי כך יהיה. ייתכן ללמוד על הסכמת החולה לטיפול גם מכללא, לאור מכלול נסיבותיו של המקרה. אולם אין לפרש את הסכמה לביצוע ניתוח נוסף אם ידרש, כפשוטה, היינו כמקנה לרופא כוח לבצע כל טיפול שהוא אשר ימצא לנכון. יש לראותה כמקנה לרופא - לכל היותר - כוח לפעול לפי שיקול דעתו המקצועי ולבצע פעולות חיוניות או פעולות הדומות במהותן לטיפול המתוכנן, מבלי להזדקק להסכמתו המפורשת של החולה.

במקרה דנן מתברר, שהן מבחינת הסיכונים הכרוכים בפרוצדורה של הסרת צלקת, והן מבחינת סיכוייה, קיים שוני מהותי בינה לבין הניתוח אשר תוכנן להתבצע במערער. מכיוון שכך, לא היה הרופא רשאי לבצע פרוצדורה זו, אשר לא נועדה להצלת חייו של המערער או למניעת פגיעה חמורה בגופו, מבלי לקבל את הסכמתו המפורשת של המערער. הסכמה כזו לא נתקבלה, ועל-כן מסקנתי היא, כי בוצע במערער מעשה תקיפה.

\*\*\*\*

המשך האלמנטים לבחינה:

* **גולגולת דקה וריחוק הנזק**: פס"ד לאון נ' רינגר והיחס בינו לבין פס"ד שמעון נ' ברדה וקליפורד נ' משה.
* **חלוקת נזקים/אחריות**:

ס' 11 לפקנ"ז - מעוולים יחד

היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

ס' 84 לפקנ"ז - שיפוי בין מעוולים

(א) כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר, אלא ששום אדם לא יהא זכאי להיפרע דמי השתתפות לפי סעיף קטן זה ממי שזכאי לשיפוי ממנו בשל החבות שבגללה נתבעת ההשתתפות.

(ב) בהליכים על השתתפות לפי סעיף זה יהיו דמי ההשתתפות בסכום שיקבע בית המשפט על פי הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו של האדם לנזק; בית המשפט מוסמך לפטור אדם מחובת השתתפות או להורות שהשתתפותו של אדם תהא כדי שיפוי מלא.

* **פגיעה באוטונומיה**: גם ללא התרשלות בטיפול עצמו או עילה אחרת (דעקה), אך לא ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני על העדר הסכמה מדעת. פגיעה באוטונומיה רלוונטית רק בעניין הסכמה.
* **העברת נטל ההוכחה**: [חסר]

### טיפול רפואי ללא הסכמה החולה, תקיפה

**ע"א 323/89 קוהרי נ' מדינת ישראל** - מפס' 1 ללוין ועד סוף פסה"ד:

קוהרי נכנסה לניתוח ע"מ להסיר גידול גדול בכבד ולשם כך חתמה על טופס הסכמה לניתוח. במהלכו, התגלה גידול נוסף קטן בכבד, והרופאים החליטו - על דעת עצמם - לבצע ניתוח שונה ובו קשרו את עורק הדם המוביל לאזור. הניתוח עבר בהצלחה, אך כעבור יממה מצבה הדרדר והיא נכנסה לקומה.

בני משפחתה תבעו את בית החולים (הממשלתי) אך ביהמ"ש קמא דחה את תביעתם וסבר ש"השיקולים היו, לכל אורך הדרך, סבירים וברמה המקובלת". ומכאן הערעור.

השופט לוין: יש לענות על 4 שאלות:

1. **האם היה צורך לנתח את המערערת?** מחומר הראיות נראה שכן.
2. **האם שיטת הניתוח, שהחליטו עליה הרופאים במהלך הניתוח, הייתה נאותה, או שגויה ורשלנית?** היו לפניהם שתי שיטות רפואיות, אשר היו ידועות ומוכרות לרופאים המנתחים, והם בחרו בשיטת הטיפול בזהירות ובכובד ראש.
3. **האם היו צריכים לתת את הדעת לסיבוכים אפשריים ולסיכונים העלולים להיגרם עקב ביצוע הניתוח, כשמחלה שהייתה ידועה (פחות או יותר) מקננת בקרבה?** הרופאים לא יכלו לדעת שאם קיימת המחלה המערכתית כי אז קיים סיכון גדול יותר בביצוע קשירה מאשר בביצוע כריתה.
4. **האם הסכמת המערערת לביצוע הניתוח נתקבלה כדין, לאחר שהובהר לחולה בצורה ברורה מה טיבו של הניתוח ומה הסיכונים הכרוכים בו?** כן, הסכנה להדרדרות כתוצאה מהמחלה לא הוסברה, כיוון שגם הרופאים לא ידעו עליה.

על כן, יש לדחות את הערעור.

השופט בייסקי: מסכים, ומוסיף מספר דברים:

אמת-המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של הרופא הסביר בנסיבות המקרה. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת, היינו, על הרופא לבסס החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בניסיון קודם, והכול - בהתאם לנורמות מקובלות אותה עת בעולם הרפואה. אין להתסמך על דעה אחת שאינה בהכרח מקובלת על הרופא הסביר.

**האם עובר לניתוח נעשו הבדיקות שנתחייבו בנסיבות המקרה?** הרופאים עשו מספר בדיקות, לאחר שלא היו בטוחים בתוצאות.

אין מדובר בעוולת תקיפה, כיוון שהרופאים עצמם לא ידעו על הסיבוך האמור.

חובת הגילוי והסכמה מדעת לטיפול רפואי

**ד"ר בר חי נ' שטיינר (ד"נ 25/66):**

ילדה קטנה ניזוקה כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן שבוצע ע"י העותר השני. ביהמ"ש קמא חייב אותו בפיצויים, ומכאן הערעור.

השופט לנדוי: בניתוח יש לכל הדעות "תקיפה" במובן המשפטי-הטכני, אלא אם נתקבלה הסכמתו של "הנתקף" לניתוח, או - אם הניתוח מבוצע בקטין - הסכמת אפוטרופסיו, שהם במקרה זה הורי הקטינה.

במקרה זה ניתן היה לבצע את הניתוח בשתי שיטות, האחת כונתה הניתוח הגדול, והיא נטולת סיכונים, אך מותירה צלקת. השנייה כונתה הניתוח הקטן, אשר אומנם אינה מותירה צלקת, אך כרוך בה סיכון לניקוב שלפוחית השתן, סיכון שהתממש במקרה זה.

אילו היה הרופא מציג בפני המטופל את שתי אפשרויות הטיפול, והמטופל, לאחר שהיה מודע לסיכון שבניתוח הקטן, היה בוחר בו - אזי למרות התממשות הסיכון, לא היה נקבע כי הרופא התרשל או כי ביצע כלפי המטופל עוולה של תקיפה. מאחר שהרופא בחר שלא להציג בפני המטופל את כל אפשרויות הטיפול, הוא מחויב לפצות את החולה.

מקרה מבחן - **"המרדימה שנרדמה", "עובדה", 2007:**

בעקבות הקרנת סרט בן 20 דקות מהתוכנית "עובדה", 17.5.06 , על הילדה נטע-לי בורובסקי ז"ל שנפטרה במהלך ניתוח פזילה בביה"ח אסותא – "המרדימה שנרדמה".

#### העוולות והנתבעים

עיזבון הילדה יוכל לתבוע עקרונית את:

1. הרופאה המרדימה ואת מנהל מח' ההרדמה ובי"ח אסותא באחריות שילוחית;
2. את הרופא המנתח;
3. אולי גם את הצוות הרפואי - אחות ראשית, ובאחריות שילוחית גם כאן את ביה"ח; ייתכן שגם באחריות אישית את ביה"ח ואת מנהל מח' ההרדמה, על כך שיצרו תנאים של עבודה שבהם רופאים מרדימים עייפים מאוד בגלל עומס עצום של משמרות.

עוולות נוספות פרט לרשלנות: דומה כי רק תקיפה רפואית במחדל, בהתאם לסעיף 23 לפקודת הנזיקין,

והפסיקה מאפשרת לתבוע בתקיפה במחדל. בוודאי שישנה אי הסכמה של חולה לטיפול רפואי המבוצע בו

בצורה כזו – הזרמת גז הרדמה בכמות מופרזת שכזו, אף אם הייתה הסכמה לעצם ניתוח העיניים גופו.

עם זאת, לגישתה של השופטת בייניש בפס"ד דעקה ישנם שלושה מקרים בלבד שבהתקיימם ניתן יהיה

לתבוע רופאים בתקיפה, ודומה כי המקרה לא נכנס בגדר אף אחד מהם.

לגבי חוק זכויות החולה:

ניתן אולי להגיד שהופרה חובה חקוקה לפי ס' 5 לחוק זה - הזכות לקבל טיפול רפואי נאות. סעיף 5 לחוק

זכויות החולה הוא מעין סעיף "סל" שכולל כל טיפול שאינו נאות או שניתן בליווי יחס לא נאות. בד"כ לא

מספיק לתובע לפי סעיף כללי זה. כדאי להוסיפו אך לא להסתפק בו.

# פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (פלת"ד)

עקרונות מרכזיים בפלת"ד

* החוק חל רק על נזקי גוף ולא על נזקי רכוש.
* המשטר הוא של אחריות כמעט מוחלטת. אם הולך רגל נפגע בתאונת דרכים יש:
1. אחריות מוחלטת ל**נוהג** ברכב (ואם יש לו חברת ביטוח – לחברת הביטוח שלו).
2. אחריות מוחלטת ל**בעל** הרכב שהתיר את השימוש ברכב (מתיר).
3. אחריות מוחלטת ל**מחזיק** ברכב.

הנזק יתחלק בין שני הגורמים: 1 ו-2, או 1 ו-3 בצורה שווה. אין זה משנה אם הנהג או המתיר אשם או לא.

* קיימת אחריות מוחלטת כלפי בני אדם שנפגעו בתאונה מחוץ לרכב - למשל הולכי רגל.
* לכל נוהג או מתיר (או חב' ביטוח שלהם) אחריות מוחלטת כלפי נוסעים ברכב שלהם בלבד, לא כלפי הנוסעים ברכב האחר (במידה וקיימת התנגשות/תאונה בין שתי מכוניות).
* אם ישנם מס' כלי רכב המעורבים בתאונת דרכים - האחריות מתחלקת באופן שווה ביניהם, ואין מקום לשאלה מי תרם יותר לנזק. סעיף 3(ב) – הנוהג והמתיר מכל רכב אחראים, יחד ולחוד, כלפי מי שנמצא מחוץ לרכב ונפגע מתאונה שאירעה בין שני כלי הרכב. בכל רכב האחריות מתחלקת בצורה שווה בין הנוהג לבין המתיר.
* "**קרנית**" – קרן לנפגעי תאונות דרכים שהוקמה על-פי סעיף 12 לחוק. גוף סטוטורי, הממומנת ע"י חברות הביטוח (% קבוע מהפרמיה שהפרט משלם לחברת הביטוח). הקרן מפצה נפגעים באותם מקרים בהם אדם זכאי עקרונית לפיצוי לפי החוק, אך אין חברת ביטוח שתפצה אותו, למשל בשל הנסיבות הבאות:
	+ כש**האדם האחר לא עשה ביטוח** והנפגע יכול אמנם לתבוע אותו אך ההנחה שאין לו כסף, כי הוא לא מבוטח - ניתן לתבוע את קרנית. קרנית יכולה לחזור בתביעת שיפוי אל הנהג או אל המתיר לנהוג ללא ביטוח. במקרה כזה ה"סיבוך" לתבוע את הנוהג שכנראה אין לו די כסף יהיה של קרנית ולא של הנפגע.
	+ **תאונת פגע וברח**, כאשר לא ברור את מי תובעים.
	+ כאשר **חברת הביטוח** **פשטה רגל**/התפרקה.
	+ כשהנפגע מת ולא היה זכאי לפיצויים בהתאם לסעיף 7. לכן גם עזבונו לא זכאי (יש חריג לסעיף 7(5) בסעיף 7א). במקרה כזה התלויים, אם ישנם, יוכלו לתבוע את קרנית, בהתאם לסעיף 7ב.
* קשר סיבתי על-פי תחום הסיכון: "עקב השימוש ברכב...".

## מהות החוק

החקיקה הרלוונטית:

1. חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.
2. פקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970.

הסדר הפלת"ד נועד להבטיח פיצוי לכל מי שנפגע בתאונת דרכים, בלא צורך להידרש לשאלת קיומה של אחריות, מחד גיסא, ותוך שלילת האפשרות לתבוע פיצויים במסגרת דין הפיצויים הכללי, מאידך גיסא ("ייחוד העילה"). ההסדר זונח את התפיסה האינדיבידואליסטית והדואלית בדבר הזכאות לפיצוי, לטובת תפישה הבאה להבטיח פיצוי כולל לנפגעים בדרך של פיזור הנזק על פני האוכלוסייה הרחבה.

עד לחקיקת חוק הפיצויים הושתתו תביעות לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו בתאונות דרכים, על עילת הרשלנות שבפקנ"ז. הסדר זה לא הניח את הדעת שכן:

1. **ההליכים המסורבלים** והממושכים להוכחת האשם, הותירו בנתיים את הנפגע חסר אמצעי קיום מספיקים.
2. אם היתה רשלנות מצד קרבן התאונה עשויה החבות לפצויו להצטמצם או אף להתבטל.
3. ניהול משפט נזיקין זהו ענין ממושך, יקר, מסובך ומורט עצבים. משפטי נזיקין אורכים בדרך כלל יותר ממשפטים אחרים; הוכחת הרשלנות, טיב הפגיעות הגופניות, דרגת הנכות, שיעור הנזק – מעוררת מחלוקת קשה בין הצדדים המתדיינים ומצריכה בקיאות רבה והזדקקות לעזרת עורכי-דין ומומחים למיניהם. לעתים קרובות כרוכות במשפט נזיקין חקירות קשות ומייגעות של עדים ומומחים על פרטי פרטים על אירוע התאונה, של הסיבתיות שבין התאונה והפגיעה ועל מצבו של הנפגע או שאיריו וגודל נזקיהם.
4. בירור שאלת הרשלנות גרם ל**עומס רב** **על בתי המשפט**.

על רקע זה הוחל בשנות השישים בניסיונות לגבש רפורמה מקפת בטיפול בתביעות אלה והוקמה ועדה מיוחדת. הוועדה רצתה להבטיח לכל הנפגעים ומשפחות הנספים פיצויים הולמים על הנזק שנגרם להם, ולהביא לקיצור ההליכים בתביעות אלה, וקבעה כי יש לבטל בנוגע לתאונות דרכים את שיטת הפיצויים המבוססת על אשם.

### תאונה רגילה

ס' 2 - אחריות נוהג ברכב

(א) המשתמש ברכב מנועי (להלן – הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב.

(א1) הנוהג ברכב ישראלי חייב לפצות נפגע שהוא ישראלי או תייר חוץ על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב אף אם התאונה אירעה באזור או בשטחי האחריות האזרחית הפלסטינית או באזורים ויראו את התאונה כאילו אירעה בישראל; לענין סעיף זה –

"תייר חוץ" – כמשמעותו בחוק שרותי תיירות, התשל"ו-1976 למעט תושב האזור או תושב שטחי האחריות האזרחית הפלסטינית ובלבד שהוא נפגע במהלך סיור כמשמעותו בחוק האמור;

"רכב ישראלי" – רכב הרשום בישראל או החייב ברישום בישראל לפי כל דין, או רכב שאינו חייב ברישום שבעליו הוא ישראלי.

### תאונה מעורבת

ס' 3 - תאונה שבה מעורבים מספר כלי רכב

(א) בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחריות לנזקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו.

(ב) נפגע אדם מחוץ לכלי הרכב, בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, יהיו הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד; בינם לבין עצמם ישאו בנטל החיוב בחלקים שווים; לענין חלוקת החבות בין הנוהגים לפי סעיף קטן זה, רואים כלי רכב כמעורב בתאונת דרכים אם בעת התאונה היה מגע בינו לבין כלי רכב אחר או בינו לבין הנפגע.

(ג) אירעה תאונת דרכים שבה היו מעורבים אופנוע אחד או יותר ורכב אחר אחד או יותר שאינו אופנוע, ישלמו המבטחים של הרכב האחר למבטחים של האופנוע, 75% מהפיצויים על נזקי גוף שהמבטחים של האופנוע חייבים בתשלומם עקב התאונה, למעט חבות לפי סעיף קטן (ב); המבטחים של הרכב האחר יהיו חייבים יחד ולחוד כלפי המבטחים של האופנוע, ובינם לבין עצמם יישאו בנטל החיוב בחלקים שווים; לעניין חלוקת החבות בין הנוהגים לפי סעיף קטן זה, יחולו הוראות הסיפה של סעיף קטן (ב); בסעיף קטן זה –

"אופנוע" – רכב מנועי בעל שני גלגלים המורכבים זה אחרי זה, בין אם חובר אליו רכב צדי ובין אם לאו, לרבות קטנוע ותלת-אופנוע;

"תלת-אופנוע" – רכב מנועי הנע על שלושה גלגלים ואשר סווג ברישיונו כתלת-אופנוע או תלת-קטנוע ובלבד שמשקלו העצמי אינו עולה על 400 ק"ג.

(ד) שר האוצר, רשאי, בצו, באישור ועדת הכלכלה של הכנסת, לשנות את יחס חלוקת החבות כאמור ברישה של סעיף קטן (ג), ובלבד שחלפו שנתיים ממועד התחילה של הסעיף הקטן האמור.

### ייחוד עילה

ס' 8.

(א) מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי חוק זה, לרבות תביעה על פי ביטוח כאמור בסעיף 3(א)(2) ובסעיף 3(ד) לפקודת הביטוח, לא תהיה לו עילת תביעה על פי פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, זולת אם נפגע בתאונה שנגרמה על ידי אדם אחר במתכוון.

(ב) מי שאלמלא הוראות סעיף 22(ב), היתה תאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה כאמור בסעיף קטן (א), דינו לענין הוראות סעיף זה, כדין מי שיש לו עילת תביעה על פי חוק זה.

(ג) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה על פי פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה על פי חוק זה.

סעיף זה קובע כי מי שיכול לתבוע פיצוי לפי הוראות חוק זה אינו רשאי לתבוע פיצוי גם על פי הפקנ"ז.

* ייחוד העילה - ייחוד עילת הזכאות.
* ההפך של ייחוד עילה הוא שמירת דינים.

מה דינו של מאורע פלת"ד אשר הנזק בו נבלע בנזק מאוחר שאינו פלת"ד (כגון רשלנות רפואית)?

**ע"א חוסיין נ' טורם (3765/95):**

אדם בשם גנטוס נפגע בתאונת דרכים, ועקב רשלנות רפואית נקטעה רגלו. הנהג הפוגע ששמו חוסיין, יחד עם חברת הביטוח שלו, שלחו הודעת צד ג' לבית החולים - אשר דחה אותה על הסף. חוסיין פנה לביהמ"ש קמא וזה דחה את התביעה, ומכאן הערעור שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם ס' ייחוד העילה בפלת"ד שולל מן הנפגע את עילתו לפי הפקנ"ז לחלוטין ובאופן מהותי או רק מהווה 'חסם דיוני'?

השופט אור: ס' 4(א) לפלת"ד מחיל הוראות מסוימות של הפקנ"ז, כמו ס' 76. ע"פ ההלכות שהתגבשו, כוללת זכותו של הנפגע על-פי חוק הפלת"ד גם נזקים שאירעו עקב רשלנות המאוחרת לאירוע התאונה, כולל רשלנות רפואית.

אי-הכללתו של סעיף 84 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] בין הסעיפים המנויים בסעיף 4(א) לחוק הפיצויים אינה מוליכה בהכרח למסקנה כי נשללה תביעת ההשתתפות כלפי חייבים בנזיקין

אם נבחן מה תכלית חוק הפלת"ד, נראה כי מטרתו היא לפשט וליעל את הליך התביעה. לכן, פירוש ס' 4(א) על פי תכלית זו, מלמד שהמחוקק אכן התכוון ליצור מערכת סגורה ללא כל דיון בשאלת האשם ויש לפרש את ייחוד העילה כהוראה מהותית השוללת זכות תביעה מעיקרה. פרשנות הוראה זו כהוראה דיונית, באופן שיתאפשרו תביעות חזרה נגד מעורבים רשלניים, תסכל תכלית חקיקתית זו, ותאפשר הכנסת שאלות של אשם "בדלת האחורית".

מסקנת הדברים היא אפוא כי לחייבים על-פי חוק הפיצויים לא קמה עילה לשיפוי או להשתתפות כלפי מי אשר אשם מצדו, ע"פ הפקנ"ז, גרם או תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע.

## פיצויים על פי חוק הפלת"ד

#### תקרות פיצויים בנזק ממוני ובנזק לא ממוני

ס' 4 - תרופה על נזק גוף

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

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

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

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

(3) הפיצויים בשל הנזק שאינו נזק ממון לא יעלו על מאה אלף לירות; שר המשפטים, בהתייעצות עם שר האוצר ובאישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, רשאי להגדיל סכום זה.

ס' 19 - השפעת מוות על עילת תביעה, ס' 20 - עזבון חדל פרעון, ס' 21 - פושט רגל, ס' 22 - אין המחאה בנזיקין וכו'...

#### תשלומים תכופים

תכליתו של הליך התשלום התכוף הינה הושטת עזרה מיידית לנפגע, בהליך פשוט קל ומהיר.

אדם אשר נפגע בתאונת דרכים באורח קשה, ותביעתו עלולה להימשך זמן רב, יכול - בהתקיימם של קריטריונים מסוימים - לבקש תשלום תכוף, שהינו תשלום על חשבון התביעה העיקרית. תשלום זה מטרתו לעזור לו להתקיים בחודשים שלאחר התאונה בהם הוא נמצא בחופשת מחלה ממושכת ולכן אינו עובד ואינו מקבל משכורת.

תשלומים תכופים מצויים בחוק:

1. בסימן ב' לחוק הפלת"ד (ס' 5);
2. בתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים תכופים), התשמ"ט-1989.

#### תשלומים עיתיים

פיצויים הנפרסים לאורך תקופה ארוכה.

מצויים בחוק:

1. סעיף 6 לפלת"ד:

שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות –

(1) סמכות בית המשפט לפסוק, שהפיצויים בשל הפסד כושר השתכרות והוצאות מתמשכות, כולם או מקצתם, ישולמו בתשלומים עיתיים שיהיו צמודים למדד המחירים לצרכן;

(2) מקרים שבהם רשאי הנפגע לבקש הגדלת התשלומים שנפסקו;

(3) זכותם של תלויים בנפגע שנפטר לאחר שנפסקו לו תשלומים עיתיים.

1. תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (תשלומים עיתיים), התשל"ח-1978.

## תאונת דרכים - ההגדרה

ס' 1 - הגדרות:

* "**תאונת דרכים**" – מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה;

יראו כתאונת דרכים גם מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של הרכב, שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, אף אם אירעו על-ידי גורם שמחוץ לרכב, וכן מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום שאסור לחנות בו או מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המיכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי;

ואולם לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם על ידי המעשה עצמו ולא על ידי השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי;

* "**נזק גוף**" – מוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני, נפשי או שכלי לרבות פגיעה בהתקן הדרוש לתפקוד אחד מאברי הגוף שהיה מחובר לגוף הנפגע בעת אירוע תאונת הדרכים;
* "**שימוש ברכב מנועי**" – נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול-דרך או תיקון-דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו, לרבות הידרדרות או התהפכות של הרכב או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב או מטענו תוך כדי נסיעה וכן הינתקות או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה, שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד;
* "**נפגע**" – אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים, למעט אם נגרם מפגיעת איבה כמשמעותה בחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התש"ל-1970;
* "**רכב מנועי**" או "**רכב**" – רכב הנע בכוח מיכני על פני הקרקע ועיקר יעודו לשמש לתחבורה יבשתית, לרבות רכבת, טרקטור, מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מיכני בכביש ורכב נגרר או נתמך על ידי רכב מנועי, ולמעט כסא גלגלים, עגלת נכים ומדרגות נעות.

**עוזר נ' אררט חברה לביטוח (רע"א 8061/95):**

פועל שסייע להעמיס מטען על משאית, נפגע מהמנוף שלה.

**השאלה המשפטית**: האם מאורע הנגרם על-ידי טעינת מטען על רכב עומד או פירוק מטען ממנו נופל לגדריה של החזקה החלוטה בעניין "ניצול הכוח המיכני של הרכב"?

הנשיא ברק: כל אחד מהיסודות המרכיבים את הגדרת תאונת הדרכים מעורר בעיות משלו. המחוקק השתמש במונחים עמומים, כלליים ובעלי רקמה פתוחה, היוצרים חוסר ודאות באשר לתחולתם על פרטים.

בפס"ד אחרים נקבע כי תכליתו של חוק הפיצויים הינה להעניק פיצוי למי שנפגע פגיעות גוף עקב השימוש של הרכב לייעודו הרגיל והטבעי - ייעוד המשתנה בין סוגי הרכבים. כל סיכון שנגרם מהשימוש ברכב לייעודו נכלל בתחומי חוק הפיצויים.

[ברק מפרט את המבחן המרכזי לסיווג תאונת דרכים, מפאת הסדר - פירוט המבחן למטה]

יישום על המקרה דנן:

**שלב א'** - "שימוש" (נזק גוף הנגרם עקב טעינה של מטען על "רכב" או פריקתו ממנו כשהרכב עומד, אינו נזק הנגרם עקב "שימוש" ברכב מנועי) ו"למטרות תחבורה" (נזק גוף הנגרם בשל טעינה ופריקה עשוי להיחשב כנזק הנגרם עקב השימוש ברכב "למטרות תחבורה").

**שלב ב'** - מתאים לחזקה 3. כאשר הטעינה והפריקה באמצעות הכוח המכאני של הרכב העומד הן חלק מייעודו המקורי של הרכב אשר ממשיך להיות גם בעל ייעוד תעבורתי, כי אז נזק הנגרם תוך כדי טעינה ופריקה נופל לגדר החזקה החלוטה בעניין "ניצול הכוח המיכני של הרכב".

**שלב ג'** - הממעטת לא התקיימה כמו גם פעולת איבה.

הערעור מתקבל.

## המבחן - האם אירוע מוגדר תאונת דרכים?[[71]](#footnote-71)

### שלב א' - ההגדרה הבסיסית

מוטל על הטוען לקיומה של תאונת דרכים להוכיח קיומם המצטבר של ששת מרכיבי ההגדרה הבסיסית:

#### מאורע

מאורע מובחן שגרם לפגיעה.

#### נזק גוף

אין דרישה למגע פיזי בין הנפגע לבין כלי הרכב "המעורב" בתאונה.

#### עקב

קש"ס בין המאורע שגרם לנזק הגוף לבין השימוש ברכב המנועי למטרות תחבורה. יש צורך ב**קש"ס עובדתי** (מבחן האלמלא) ו**קש"ס משפטי** (מבחן הסיכון - נזק נגרם "עקב" שימוש ברכב מנועי, אם הנזק הוא בתחום הסיכון שהשימוש העיקרי או המשני ברכב יוצר ואשר בגינו ביקש החוק להטיל אחריות; או מבחן הזירה, להלן).[[72]](#footnote-72)

בין נפגע במעמד נוהג ברכבו לנפגע מחוץ לכלי הרכב

**חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' סולימאן מוחמד (ע"א 3956/97):**

הנפגע עצר את רכבו בשול הדרך, עקב תקלה, ובשלב מסוים פגע בו רכב אחר ופצע אותו. התעוררה מחלוקת עובדתית, מה עשה הנפגע באותו הזמן כשעמד מחוץ לרכב - הנפגע טען שהתכוון ללכת ולהתניע אותו, לפי גרסה אחרת הוא פשוט עמד והסתכל על התיקונים - וכפועל יוצא כיצד יש לסווג אותו ועל מי חובת הפיצוי. המחוזי פסק שיש לראותו כנהג, ומכאן הערעור שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם נחשב הנפגע כנהג העוסק ב"תיקון דרך" (ואז חברת הביטוח שלו תפצה) או כהולך רגל (ואז הנהג הפוגע יפצה)?

השופט אנגלרד: החלוקה לשני המצבים, שהם בעלי משמעות משפטית שונה מבחינת זהותו של בעל החבות, יוצרת מקרי גבול שההכרעה בהם תלויה בהבחנות דקות העשויות להיראות כמלאכותיות. שינוי קל בנסיבות התנהגותו של הנפגע עשוי להשפיע על התוצאה המשפטית.

מכאן תובן גם ההתמקדות של בעלי-הדין בפרטי מעשיו וכוונותיו של הנפגע בעת הפגיעה. האם התכוון להתניע את הרכב לשם בדיקת התיקון, או שמא עמד סתם מחוץ לכלי הרכב מתוך ציפייה כי התיקון ייגמר בעזרת אנשים אחרים?

לדעתי יש לראותו כנהג. כל עוד הימצאותו של הנהג מחוץ לרכב קשורה בטבורה לשימוש בו ולמעשה מהווה אותו השימוש, כי אז פגיעה בו תיחשב כנגרמת "עקב השימוש".

הרכב כזירה

**רותם חברה לביטוח בע"מ נ' מזאווי (ד"נ 4015/99):**

במהלך נסיעה, חייל לחץ בטעות על הדק הרובה ופלט כדור, אשר פצע את אחד הנוסעים. ביהמ"ש השלום והמחוזי קבעו כי הכדור נפלט ברשלנות אך אין מדובר בתאונת דרכים. אולם בערעור לעליון נקבע שזו כן תאונת דרכים, ומכאן הדיון הנוסף שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם נגרמה הפגיעה "עקב" שימוש ברכב מנועי או שמא שימש הרכב כזירה בלבד להתרחשות הפגיעה?

השופט אור: המחלוקת בענייננו מתמקדת במרכיב הקשר הסיבתי בין נזק הגוף שנגרם למשיב לבין השימוש ברכב המנועי. סקירה של פס"דים דומים מניבה תמונה של חוסר עקביות ביישום מבחן הסיכון במקרים שונים: הבחנות דקות בין סוגי המעשים אשר בעטיים התחוללה התאונה (מעשה מכוון, לא מכוון), מצב הרכב (חונה או עומד), אופן הפגיעה (ישירה או עקיפה; מחוץ לרכב או בתוך הרכב) וכיוצא באלה. אמות מידה אלו אינן מאפשרות הכרעה ברורה.

ניתן לפתור את השאלה באמצעות מבחן הזירה - האם השימוש שנעשה ברכב תרם באופן רלוונטי ממשי לקרות הנזק או שהרכב שימש רק זירה לאירוע?

קשר סיבתי יישלל מקום שההתנהגות בו תורמת לאירוע גורם הנזק רק במונחים של הימצאות הניזוק ברכב מבחינת הזמן והמקום, אך לא משום בחינה רלוונטית אחרת לעניין שימוש ברכב.

סיכונים אלה אינם מיוחדים לעוברי דרכים, והם יכולים להתרחש בכל מקום שנמצאים בו בני-אדם באותה מידת שכיחות.

במקרה דנן, לפליטה הבלתי מכוונת של הכדור מהנשק, שלא עקב מצב הדרך - השימוש ברכב לא תרם תרומה רלוונטית כלשהי לנזק שנגרם, ועל כן אין מדובר בתאונת דרכים והערעור מתקבל.

השופטת שטרסברג-כהן (מיעוט): שלא כחברי, מוצאת אני כי המקרה דנן אירע עקב סיכון אופייני הטמון בשימוש ברכב, באשר הוא אירע תוך נסיעה כשברכב נמצאים נוסעים על חפציהם האישיים, כשייעודו של הרכב הוא להסיעם, על חפציהם, והסיכון הנוצר כתוצאה מאלה הוא בגדר הסיכונים הטמונים בשימוש ברכב לייעודו הטבעי. משהם מתרחשים הרי שהנזק שבעקבותיהם נגרם עקב אותו שימוש.

בעיניי, מקל וחומר תיחשב פליטת כדור מנשקו האישי של החייל הנוסע בתוך הרכב כסיכון לוואי טבעי לרכב המשמש לייעודו.

#### שימוש

פעולה ברכב הקשורה לייעודו הרגיל והטבעי של הרכב. כולל **שימוש עיקרי** (נהיגה) ו**שימוש לוואי** (פעולות הבאות לסייע לשימוש העיקרי, כגון כניסה ויציאה מהרכב, טיפול וכו').

מה נכלל בגדר "שימוש"?

**לסרי נ' ציון חב' לביטוח (ע"א 236/81):**

באירוע מחריד, נשרפו למוות מספר בני כמה משפחות בעת ששהו בנופש. השריפה התרחשה לאחר שאחד מאבי המשפחות ניסה להחליף בלון גז, ולפתע פרצה אש שאחזה ביריעות האוהל - אשר הורכב מיריעת בד על גבי מכוניות המשפחות בצורת האות ח' - ויחד עם הדלק שבער נפגעו הנופשים. המשפחות הגישו תביעה כנגד הביטוח, מכוח הפלת"ד.

ביהמ"ש קמא דחה את התביעה, בטענה ששימוש במכוניות כדפנות לסככה, אינו שימוש תעבורתי במכוניות. נגרם הנזק מפעולה שאין לה כל קשר עם השימוש במכונית. ומכאן הערעור שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם שריפה ליד מכונית נחשבת כתאונת דרכים?

✔ השופט ברק: כן.

* הנזק נגרם "עקב שימוש" במכונית - הימצאותו של דלק במיכלי הדלק של מכונית מאפיין את המכונית וקשור קשר הדוק לשימוש העיקרי שלה לתנועה. סיכון של התלקחות הדלק הוא סיכון הנופל למסגרת הסיכונים שהיא יוצרת מעצם טבעה.
	+ עקב - אלמלא הדלק המכונית לא היה נגרם הנזק. הנזק הוא בתחום הסיכון שהשימוש במכונית יוצר.
* המצאות הרכב בחניה אינה משנה דבר. אין זה משנה אם הרכב חנה ללא כל כוונה להמשיך לנהוג בו מיידית.

🗶 השופטים גולדברג ולוין (מיעוט): לא. אין לראות בהתלקחות הדלק במכונית בשעת חנייתה מאורע שנגרם "עקב" השימוש. הדליקה שפרצה ופגעה בנופשים לא נגרמה "עקב שימוש" ולכן אינה תאונת דרכים.

במעשה האמור לא נעשה שימוש במכוניות ככאלה, אלא נעשה בהן שימוש כקיר. לא ניתן בו זמנית להשתמש במכונית לעניין אחד כקיר ולעניין אחר כ"רכב".

השופט בך: כן. אין זה משנה לדידי, אם היו מחנים את המכוניות במקום מוצל כדי למנוע את התחממותן היתרה, או אם החנו אותן באופן ובמקום אשר איפשרו למטיילים לנוח בצלן. עדיין המדובר בכלי רכב, שמטרתם העיקרית בעת האירוע הייתה בהסעת בעליהם ממקום למקום.

השופטת נתניהו: כן. הימצאותו של דלק במיכלה של מכונית היא חלק מהשימוש הרגיל במכונית למטרתה ככזו, והסיכון הכרוך ב"שימוש" זה קיים בין במכונית נוסעת, בין במכונית חונה ובין במכונית שלא נעשה בה שימוש לנסיעה או לחניה, והיא עומדת כקיר.

**רע"א כהן נ' הפניקס (7509/98):**

המערער - ילד - שיחק בכננת (מתקן חיצוני עם מנוע, לחילוץ עצמי של הרכב) אשר הותקנה ברכבו של אביו. כתוצאה מהמשחק, נפצע קשה בידו.

ביהמ"ש השלום והמחוזי קבעו שאין מדובר בתאונת דרכים, כיוון שמבחינת החזקה החלוטה מס' 2, הרכב שינה את ייעודו המקורי (משחק במקום יעוד מקורי של חילוץ).

**השאלה המשפטית**: האם השימוש בכננת נכלל ב"שימוש ברכב מנועי" והוא תאונת דרכים?

הנשיא ברק: השימוש בכננת מהווה "שימוש ברכב מנועי", שכן הוא עולה כדי "דחיפתו או גרירתו", כנאמר בס' 1. הגדרת ה"שימוש" אינה קובעת כי "גרירה" תיחשב כתאונת דרכים כאשר הרכב תקוע.

אין מקום להגביל את המונח "שימוש" לשימוש נחוץ בלבד. נחיצות הגרירה אינה רלוונטית להגדרה, ממש כשם שנחיצות הנסיעה ברכב אינה רלוונטית לשאלה אם הנסיעה מהווה "שימוש".

בנוסף, אין חולק כי ה"שימוש" ברכב המנועי היה בסופו של יום, למטרות תחבורה. העובדה, שלפיה סיבת השימוש ברכב למטרות תחבורה, בנסיבות המקרה, הייתה משחק ילדים, אינה מעלה ואינה מורידה.

הערעור מתקבל.

חניה כשימוש ברכב?

**רחימי נ' חריזי (רע"א 3762/11):**

הילדה רחימי עלתה על רכב הסעות, אך נשכחה בו בידי הנהג. לאחר כתשע שעות, נמצאה ללא רוח חיים 😞 ביהמ"ש קמא פסק שמדובר בתאונת דרכים, לפי הרכיבים הרלוונטיים:

* "מאורע" - המאורע המובחן הוא נעילת דלת האוטובוס, אשר גרם לעומס חום ולמוות כעבור כמה שעות.
* "עקב" - הותרת הילדה ברכב נעול היוותה "סיבה בלעדיה אין" למותה; מבחן הסיכון מורה כי מותו של קטין חסר ישע אשר לכוד ברכב נעול הוא חלק מהסיכון הקיים בשימוש ברכב.
* "שימוש ברכב מנועי" - התקיימה חלופת ה"נסיעה ברכב", שכן עבור הילדה הנסיעה לא הסתיימה מעולם.

אך משפחתה ערערה בטענה שסיווג זה מטיל את הפיצויים על חברת הביטוח במקום על הנהג הרשלן, ומקטין את גובהם. לבקשתם, יש להטיל את האחריות מכוח הפקנ"ז.

**השאלה המשפטית**: האם מות הילדה בזמן חניית הרכב, נחשבת כתאונת דרכים?

השופט ריבלין: בכל הנוגע לנסיעה ברכב, נקבע בפסיקה שהמקרים הנופלים בגדריה חייבים להיות קשורים קשר ממשי לנסיעה בפועל. נוכחות ברכב חונה אינה תואמת את משמעותו של המונח "נסיעה" ואינה קשורה בהכרח לנסיעה בפועל ועל כן אין היא תאונת דרכים.

הערעור מתקבל.

פגיעה מחוץ לרכב

**מדינת ישראל נ' אלראהב (ע"א 554/89):**

החייל אלראהב עצר בשול הדרך לאחר שרכבו הצבאי התחמם. כשפתח את פקק הרדיאטור, התפרצו מים חמים והוא נרתע אחורנית - ונפגע ע"י משאית חולפת. הוא תבע את המדינה (הרי חייל), אך זו טענה כי התרחש נתק בינו לבין הרכב, והוא היה בגדר "הולך רגל" עת אירעה התאונה.

**השאלה המשפטית**: מה היה מעמדו של הנפגע ברגע התאונה - האם היה בגדר "משתמש" או "נוהג" ברכב הצבאי או שמא היה "אדם מחוץ לרכב" או "הולך רגל"?

הנשיא שמגר: מדובר בתאונה מעורבת לפי ס' 3. במסגרת שימושי הלוואי ברכב מנועי יש לכלול גם את תיקון הרכב ואחזקתו, ולכן פעולותיו של החייל, עד שנפגע, נעשו בכשירותו כמשתמש ברכב

דין ערעור המדינה להידחות. כל עוד הימצאותו של הנהג מחוץ לרכב קשורה בטבורה לשימוש בו ולמעשה מהווה אותו השימוש, כי אז פגיעה בו תיחשב כנגרמת עקב השימוש.

#### ברכב מנועי

* **ההגדרה הבסיסית**:
	1. רכב
	2. הנע בכוח מיכני
	3. על פני הקרקע
	4. ועיקר יעודו לשמש לתחבורה יבשתית - לפחות אחד מייעודיו של הרכב יהיה לשמש לתחבורה יבשתית (הובלת אנשים או מטען ממקום יבשתי אחד למקום יבשתי אחר), ומבין הייעודים השונים, היעוד התחבורתי יהיה עיקר ייעודו של הרכב.
* **מצבי הריבוי**: לרבות רכבת, טרקטור, מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מיכני בכביש ורכב נגרר או נתמך על ידי רכב מנועי
* **מצבי המיעוט**: ולמעט כסא גלגלים, עגלת נכים ומדרגות נעות.

כשירות המכונה הניידת - פיזית או נורמטיבית

**אטליס נ' ישראלי (רע"א 3534/97):**

המערער נמחץ למוות ע"י מכבש אספלט (אאוץ'). אלמנתו הגישה תביעה בין היתר מכוח הפלת"ד, אך ביהמ"ש השלום כמו גם המחוזי פסקו כי מכבש אינו מוגדר כ"רכב מנועי"

**השאלה המשפטית**: מה מהותו של המונח "כשירות" במסגרת הביטוי "הכשירה לנוע"?

השופט אור: אין מדובר ב**כשירות פיזית** (כל מכונה ניידת המסוגלת לנוע באופן פיזי על הכביש). פרשנות על-פי המבחן של כשירות פיזית תאפשר להחדיר לתחומיו של החוק, באמצעות מצב הריבוי, קשת רחבה של מכונות ניידות אשר אסורות בתנועה בכביש כמו מכסחות דשא מסוימות ורכבי צעצוע. פרשנות זו של מצב הריבוי תוביל, במידה רבה, לריקונה של ההגדרה הבסיסית מתוכן.

מדובר ב**כשירות נורמטיבית כללית** - מכונה ניידת תיכלל בגדר מצב הריבוי רק אם על-פי דיני התעבורה מותר לה באופן כללי לנוע בכביש, הקריטריונים הם לפי מידת מהירותן של המכונות הניידות ומידותיהן.

ולכן, אם קיימת לגבי המכונה כשירות כזו, היא תיחשב ל"רכב מנועי" אפילו אם בעת התאונה לא היה רישיון תקף לנהיגה בה. על-פי אותו עיקרון, אם בעת נסיעתה היא מורשה לנוע בכביש עקב היתר חריג, אך אין לה כשירות נורמטיבית כללית לנוע בכביש, היא לא תיחשב לרכב מנועי.

במקרה דנן, מהירות המכבש הנדון פחותה מ-30 קמ"ש. בנסיבות אלו, המכבש אינו בעל כשירות נורמטיבית כללית לנוע בכביש והערעור נדחה.

האם קורקינט הוא "רכב מנועי"?

**שפורן נ' תורג'מן (ע"א 2606/06):**

המערער רכב על קורקינט ממונע בבנזין, התנגש ברכב ונחבל קשות. דרישתו לפיצויים נדחתה ע"י הביטוח, בטענה שמדובר ב-"רכב מנועי", ומאחר ונהג ללא ביטוח - פיצויו נשלל. המחוזי אישר זאת, ושלל את הפיצויים מכוח ס' 3(א) [הנהג צריך לשלם פיצויים] וס' 7(6) [אם אין ביטוח, אין פיצוי]. המערער טוען שהקורקינט מהווה צעצוע, שאין בו מאפיינים של כלי רכב מנועי

**השאלה המשפטית**: האם קורקינט המשמש ככלי משחק לילדים, המונע על ידי מנוע בנזין הינו "רכב מנועי"?

השופטת פוקצ'ה: על שלושת הרכיבים אין מחלוקת "רכב הנע בכוח מיכני על פני הקרקע"

מבחינת הרכיב הרביעי "ועיקר יעודו לשמש לתחבורה יבשתית" - כלי זה אינו מיועד לשמש לתחבורה יבשתית, וממילא הייעוד התחבורתי אינו עיקר ייעודו. הוא אינו מוכר בדיני התעבורה ככלי רכב בעל זהות ברורה ומוגדרת, עליו חלות חובות השגת רישיון נהיגה, רישוי רכב וביטוח.

פועל יוצא הוא שנוסע בקורקינט מכני אשר נפגע מרכב מנועי בתאונת דרכים זכאי לפיצוי מנהג הרכב הפוגע במסגרת סעיף 2(א) לפלת"ד, התרחשות התאונה בדרך זו אינה הופכת אותה לארוע שבו מעורבים שני כלי רכב מנועיים. זו התרחשות של פגיעת אדם מרכב מנועי, כאשר נסיעתו בקורקינט בעת התאונה אינה מעלה ואינה מורידה.

האם אופניים חשמליים הם "רכב מנועי"?

**עזבון המנוח אסולין ז"ל נ' דרויש (רע"א 7451/19):**

[א.ו - פס"ד ארוך מאוד, השתמשתי בעיקר ברציו]

בעלה של המערערת נהרג בתאונה בין רכב לאופניים חשמליים. המחוזי פסק שהם נחשבים כרכב מנועי

**השאלה המשפטית**: האם יש לראות אופנים חשמליים כ"רכב מנועי"?

השופט עמית: לסיווג כרכב מנועי, יש השלכות משמעותיות. הסיווג קובע את:

* סוג התביעה לה זכאי הנפגע להגיש
* זהות החייב בפיצוי
* גובה הפיצוי
* ומחיל חובת ביטוח לפי פקודת ביטוח רכב מנועי. וכך,
	+ בתאונת דרכים **בין רכב מנועי לאופניים חשמליים**, דינו של רוכב אופניים חשמליים כדין מי שנהג ללא ביטוח, והוא לא יהיה זכאי לפיצויים לפי החוק ממבטח הרכב.
	+ **הולך רגל שייפגע מאופניים חשמליים** - יפוצה בהעדר ביטוח על ידי קרנית, וזו תוכל לחזור על נהג האופניים החשמליים בהתאם לסעיף 9 לחוק.

סיווג לא כרכב מנועי:

* בתאונת דרכים **בין רכב מנועי לאופניים חשמליים** - דינו של רוכב אופניים חשמליים יהא כדין הולך רגל, והוא יהיה זכאי לפיצויים לפי החוק ממבטח הרכב.
* בתאונת דרכים **בין הולך רגל לאופניים חשמליים** - הולך הרגל לא יזכה לפיצוי מכוח החוק, ועלול למצוא עצמו מפוצה באופן חלקי על נזקיו או להיוותר ללא פיצוי אם לא יימצא מזיק ממנו יוכל להיפרע.

שיקולים של תכלית החוק, הרמוניה חקיקתית במשולש חוק הפיצויים-פקודת התעבורה-פקודת ביטוח רכב מנועי, ומדיניות משפטית רצויה (כמו מצב בו הפרמיה גבוהה מעלות האופניים, מה שיוביל לתת-ביטוח או הפחתת שימוש חיובי בהם) – כל אלה מטים את הכף לפרשנות לפיה אין לראות אופניים חשמליים בגדר "רכב מנועי".

השופט מינץ: אופניים חשמליים מעצם מהותם אינם אופנוע עם מנוע חשמלי, אלא אופניים עליהם מורכב מנוע עזר חשמלי. המנוע החשמלי הינו כוח עזר לסיבוב הדוושות, ולכן אין לראותם ככלי "רכב מנועי" כהגדרתו בחוק הפיצויים.

השופטת ברק-ארז (מיעוט): אופניים חשמליים הם "רכב מנועי", די במנוע המותקן באופניים החשמליים כדי לקבוע שהם רכב מנועי.

#### למטרות תחבורה

"המבחן התעבורתי":[[73]](#footnote-73) האם הסיכון שהתממש הוא "סיכון תעבורתי"? סיכון הקשור באופן הדוק לפעולה תעבורתית?

מה כולל שימוש למטרות תחבורה?

**פדידה נ' סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ (ע"א 8548/96):**

המערער הוא נהג משאית במפעל. בעת שחנתה המשאית בחצר המפעל, עלה עליה כדי לקחת מצת סיגריות, ובְּרִדְתּוֹ ממנה מעד ונפל. הוא תבע את חברת הביטוח, אך ביהמ"ש השלום כמו גם המחוזי דחו אותו מן הטעם ש"השימוש ברכב מנועי" לא נעשה "למטרות תחבורה"

**השאלה המשפטית**: האם שימושו של המערער ברכב היה בנסיבות המקרה "למטרות תחבורה"?

השופט אור: הכרעה בשאלה מה הייתה מטרת העלייה לרכב תהיה לעתים לא קלה. היא תהיה כרוכה לא אחת בקשיי הוכחה ובשאלות של מהימנות.

אך עם זאת, לא כל פגיעה בתאונה בעת עלייה לרכב או ירידה ממנו תיחשב לתאונת דרכים. אין לפרש את הביטוי "למטרות תחבורה" באופן מרחיב, כך שיתייחס גם לפעולות פריפריאליות הקשורות לכלי רכב, אשר אינן קשורות בשימוש ברכב לצורכי תעבורה.

כדי לקבוע אם השימוש ברכב הוא למטרות תחבורה יש לבדוק את מטרתו הסובייקטיבית של המשתמש.

בעניינינו, העלייה אל הרכב והירידה ממנו, אף כי אלה מהווים שימוש בו במובן חוק הפיצויים, לא נעשו למטרות תחבורה. הם לא היו קשורים לסיכון ברכב ככלי תחבורה. על-כן, פגיעתו של המבקש אירעה עקב התממשות סיכון שאינו סיכון תעבורתי. פציעה תוך כדי ירידה מרכב אינה תאונת דרכים, כאשר השימוש ברכב לא היה למטרה תחבורתית אלא כדי לקחת מצית.

הערעור נדחה.

סריקה בטחונית

**אג"ד נ' ינטל (רע"א 9084/05):**

המשיב הוא נהג אוטובוס, ובמהלך סריקה ביטחונית רגילה בו, הוא מעד ונפצע. ביהמ"ש השלום דחה את תביעתו לפיצויים מכוח הפלת"ד, כיוון שלא מדובר ב"שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה". המחוזי הפך את ההחלטה, וקבע שהסריקה הבטחונית מהווה חלק מ"הליך הנסיעה":

**השאלה המשפטית**: האם הפציעה תוך כדי הסריקה הביטחונית נחשבת לתאונת דרכים?

השופט ריבלין: רק פעולה שהיא חלק טבעי ואינטגרלי מן הנסיעה ברכב תיחשב כ"נסיעה" שהיא בגדר "שימוש ברכב מנועי". סריקה בטחונית באוטובוס אינה מהווה "שימוש" ברכב כמשמעות המונח הזה בחוק הפלת"ד. אין מדובר בפעולה המבוצעת על מנת להקטין את הסיכון התעבורתי. לכן, אין לראות בסריקה בטחונית "טיפול דרך" או "תיקון דרך".

סיכון הטרור אינו תעבורתי באופיו, וכך גם ההתמודדות עם איתו. סריקה בטחונית נעשית בכל מקום - האוטובוס, תחנת האוטובוסים או המסעדה, מהווים זירה פוטנציאלית לפיגועי טרור, והסריקה הבטחונית באה לצמצם את הסיכון הזה ולא להגשים מטרה שהיא תעבורתית בעיקרה.

### שלב ב' - החזקות המרובות

 מוטל על הטוען לקיומה של חזקה חלוטה מרבה להוכיח זאת. חזקות אלה באו להכניס לגדר "תאונת דרכים" מקרים שבהם לא מתקיים אחד היסודות המרכיבים את ההגדרה הכללית. במידה ואירוע מתאים גם להגדרה הכללית וגם לחזקה חלוטה - ידה של החזקה על העליונה.

1. יראו כתאונת דרכים גם מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של הרכב, שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, אף אם אירעו על-ידי גורם שמחוץ לרכב
2. וכן מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום שאסור לחנות בו
3. או מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המיכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי; -חזקה זו מתייחסת ל**רכב "רב-תכליתי"**, אשר על-פי ייעודו המקורי הוא מיועד לא רק לנסיעה (הייעוד התעבורתי) אלא גם לפעולות נוספות – שאינן נופלות לגדר ההגדרה הבסיסית – המנצלות את כוחו המכאני של הרכב.

יש לעמוד בשתי דרישות: האחת, כי התאונה נגרמה עקב ניצול הכוח המכאני של הרכב; השנייה, כי בעת ניצול הכוח המכאני של הרכב לא שינה הרכב את ייעודו המקורי.

בחינת חזקה חלוטה מרבה מס' 3

**ע"א דראושה נ' אררט חב' לביטוח בע"מ (4469/95):**

המערער נפגע בגבו מטרקטור, עת החליף את אחד מחלקי הכף והחליק משמן או גריז אל תוכה.

המערער תבע את הביטוח, אך ביהמ"ש קמא דחה את תביעתו בטענה שהנזק נגרם שלא עקב "שימוש" ברכב מנועי, שכן התאונה נגרמה בעת "טעינה" על הכף של הטרקטור. כמו כן נקבע כי החזקה החלוטה בדבר "ניצול הכוח המיכני של הרכב" אינה חלה, שכן הטעינה הייתה "ידנית" וללא כל שימוש בכוח המכאני של הרכב

**השאלות המשפטיות**: האם התאונה מקיימת את דרישותיה של ההגדרה הבסיסית ל"תאונת דרכים"? אם לא, האם מקיימת את דרישותיה של החזקה החלוטה עקב "ניצול הכוח המיכני של הרכב"?

הנשיא ברק:

שלב א' - האם השימוש ברכב הוא טעינה או טיפול?

* אם נאמר "טעינה" - ס' 1 מוציא זאת מגדר שימוש. "טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד".
* אם נאמר "טיפול" - יש לחלק בין:
	+ טיפול-דרך - נכנס בגדר השימוש. אם הוא נועד למנוע או להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית.
	+ טיפול-בית - נועד לאפשר את השימוש בטרקטור לייעודו הלא תעבורתי, וזה המקרה דנן.

שלב ב' - הדרישה העקרונית הראשונה אינה מתקיימת, שכן לא היה **ניצול בפועל** של הכוח המכאני של הרכב. לעניין החזקה החלוטה המרבה בדבר "ניצול הכוח המיכני של הרכב" נדרש ניצול ממש, ולא די ברצון או בכוונה לנצל את הכוח המכאני של הרכב, שלא באו לידי מימוש.

מקרה בו לא התקיים ניצול הכוח המיכני

**עזבון קואסמה נ' רג'בי (ע"א 6000/93):**

המנוח עבד באתר בנייה ביציקת בטון. היציקה בוצעה תוך שהוא מחזיק בצינור המזרים בטון מתוך מערבל הבטון, בשלב מסוים פגע הצינור בחוטי חשמל והמנוח התחשמל למוות.

**השאלה המשפטית**:

הנשיא ברק: בבחינת ההגדרה הבסיסית, אין מדובר בתאונת דרכים. התאונה שלפנינו הינה "מאורע", ולמנוח נגרם "נזק גוף", על-ידי מערבל שהוא "רכב מנועי". אך שאר חלקיה של ההגדרה הבסיסית אינם מתקיימים באירוע שלפנינו - פריקתו של מטען הוצאה במפורש מהגדרת הדיבור "שימוש". הפעלת הרכב לא נעשתה "למטרות תחבורה". הפעלת הרכב נעשתה תוך ניצול ייעודו הלא תעבורתי. הסיכון שבגינו מצא המנוח את מותו לא היה סיכון תעבורתי.

בבחינת החזקה החלוטה המרובה מס' 3:

* "מאורע" - התקיים.
* שנגרם "עקב" - קש"ס עובדתי, לולא ניצול הכוח המכאני של המערבל לא היה המנוח מרים את הצינור הנייד ולא היה נוגע בחוט החשמל; אך קש"ס משפטי אין כאן: הפגיעה במנוח באה מחוטי החשמל ומהסיכון שאלה יצרו. הפגיעה במנוח אינה קשורה כלל בסיכון שהפעלת מנוע המערבל יצרה.
* "ניצול הכוח המיכני" - לא התקיים.
* של "הרכב" - מדובר במערבל בטון.
* בעת הניצול "לא שינה הרכב את ייעודו המקורי" - מתקיים, למרות טענות המשיבים.

הערעור נדחה.

### שלב ג' - החזקה הממעטת

* מוטל על הטוען לקיומה של החזקה החלוטה הממעטת להוכיח אותה: ואולם לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם על ידי המעשה עצמו ולא על ידי השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי; תנאים לתחולה:
	1. היות המעשה מכוון.
	2. המעשה נעשה כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם.
	3. המעשה המכוון גרם לפגיעה בו באופן ישיר ולא רק השפיע על השימוש ברכב מנועי (באופן עקיף).
* יש לוודא שנזק הגוף שנגרם לנפגע אינו נגרם בתאונת דרכים שהיא גם פגיעת איבה.

דינו של מתאבד

**עיזבון המנוח לזר ז"ל נ' רשות הנמלים והרכבות (ע"א 2199/99):**

המנוח נשכב על מסילת רכב בכוונה להתאבד. ביהמ"ש השלום קבע שמדובר בתאונת דרכים, אך המחוזי הפך החלטה זו. ומכאן הערעור שבפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם מעשה ההתאבדות אשר ביצע המנוח מוחרג מגדר הגדרת תאונת דרכים באמצעות החזקה הממעטת, או שמא חולשות עליו הוראות סעיפים 7(1) ו-7ב לחוק?

השופט אור: מדובר למעשה ב"תאונה מכוונת" - כאשר התאונה לא התרחשה במקרה, באופן בלתי צפוי ופתאומי, כדרך התרחשותן של תאונות רגילות, אלא בהתרחשותה היה מעורב מעשה שנעשה במתכוון על-מנת לגרום נזק.

האם החזקה הממעטת חלה גם על מעשה התאבדות או שמא היא כוונה לפעילות עבריינית בלבד אשר מאופיינת בכך שמחולל התאונה מבקש לפגוע באדם אחר? לדעתי חלה החזקה הממעטת גם על מתאבד, בין אם הצליח במעשיו בין אם לאו ('עצם המעשה').

מסקנתי זו נסמכת על:

* לשון החזקה הממעטת - אין החזקה הממעטת מבחינה בין הנפגעים השונים על בסיס זהות מחולל התאונה.
* על תכליתה, כפי שזו נלמדת מסקירת ההיסטוריה החקיקתית של הטיפול בתאונה מכוונת במסגרת תיקון מס' 8 - המטרה הייתה לצמצם את תחולת חוק הפיצויים לסיכונים תחבורתיים בלבד
* ועל הגיונם של דברים -
	+ כאשר הגורם לפגיעה הוא מעשה מכוון, ממילא נשללת האפשרות כי מדובר ב"תאונה" אשר מעצם טיבה וטבעה אמורה להתרחש במקרה. במקרה זה הרכב משמש כאמצעי לפגיעה גופנית ולא לצורך ייעודו התחבורתי.
	+ אין זה ראוי כי לאדם המבקש לשים קץ לחייו תינתן האופציה להטיל את התמיכה במשפחתו על ציבור הנהגים על-ידי כך שישתמש בכלי רכב לצורך מטרה זו

מבחינת התנאי השלישי, אדם הנשכב על פסי רכבת במטרה להתאבד, גורם במעשה מכוון זה, באופן ישיר, לנזק.

הערעור נדחה.

דינו של שוד דרכים במסגרת חוק הפלת"ד

**כלל חברה לביטוח בע"מ נ' כהן נח (רע"א 9706/08):**

רכבה של המשיבה נשדד תוך שימוש באלימות. ביהמ"ש השלום קבע ששוד הדרכים מקיים את הגדרת תאונת דרכים, שכן השימוש ברכב תרם תרומה רלוונטית להתרחשות הנזק. המבקשת טענה שאין מדובר בתאונת דרכים, המחוזי דחה על הסף בקשה לערעור, ומכאן הערעור ברשות שלפנינו.

**השאלה המשפטית**: האם שוד דרכים מהווה תאונת דרכים לפי הפלת"ד?

השופט ג'ובראן: לא. המקרה אינו מן הסיכונים הנובעים באופן טיפוסי מהשימוש ברכב למטרות תחבורה; הרכב שימש כזירה ונזק הגוף אינו פועל יוצא של השימוש ברכב; גם החזקות המרובות לא התקיימו אך החזקה הממעטת כן. שוד דרכים אינו מהווה תאונה דרכים, כאשר הוא מקיים את החזקה הממעטת.

הערעור מתקבל.

## סוגיות שונות בפלת"ד

### משוללי זכאות בפלת"ד

מבוסס על תקנת הציבור. תכלית הרתעתית או עונשית, ועל בסיס זה נשללת זכאות לפיצויים ממי שנפגע בתאונה.

ס' 7 - הגבלת זכאותם של נפגעים

נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה:

(1) מי שגרם לתאונה במתכוון;

(2) מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות), תשכ"ד-1964, וכן מי שהיה מצוי ברכב ביודעו שהנוהגים בו כאמור;

(3) מי שנהג ברכב כשאין לו רשיון לנהוג בו, למעט רשיון שפקע מחמת אי תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו'1 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967;

(4) מי שהרכב שימש לו, או סייע בידו, לביצוע פשע.

(5) מי שנהג ברכב ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח, או כשהביטוח שהיה לו לא כיסה את שימושו ברכב;

(6) בעל הרכב או המחזיק בו, שהתיר לאחר לנהוג ברכב כשאין לו ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה ושנפגע בתאונת דרכים שאירעה באותה נהיגה, בין בהיותו ברכב ובין מחוצה לו.

ס' 7א - זכאותו של נוהג בהיתר לתבוע פיצויים

על אף האמור בסעיף 7(5), מי שנפגע כשנהג ברכב בהיתר מאת בעליו או מאת המחזיק בו, ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח, או כשהביטוח אינו מכסה את שימושו ברכב, והוא לא ידע על כך ובנסיבות הענין גם לא היה סביר שיידע, יהא זכאי לתבוע פיצויים מן הקרן כפי שזכאי לכך נפגע לפי סעיף 12(ב).

**קרנית נ' פרח (רע"א 2853/96) [עשוי להיות קצת חסר]**:

המשיב נתן לחברו, שהיה ללא רישיון נהיגה, לנהוג ברכבו. תוך כדי הנהיגה אירעה תאונת דרכים והמשיב נפגע בה. חברת הביטוח סרבה לפצותו עקב התקיימות ס' 7(6) (שכן חוסר ברישיון שולל תקפות הביטוח). אך ביהמ"ש קמא קבע כי וכך קרנית חייבת לפצותו.

**השאלה המשפטית**: האם יש לסעיף 7א לחוק השפעה – בין לחיוב בין לשלילה – על סעיף 7(6)?

השופט חשין: יסודו של חוק הפיצויים הוא בתפישה החברתית המכתיבה צורך שלא להותיר נפגעי תאונות דרכים נעדרי-פיצוי, ובאותה מסגרת (פרק ג' לפלת"ד) הוקמה קרנית שהוטל עליה תפקיד של חברת ביטוח במקום שאין חברת ביטוח הנוטלת על עצמה חבות. אולם רק מי שזכאי לפיצויים לפי חוק הפיצויים יכולה קרנית שתחוב כלפיו, ומי שזכותו לפיצויים נשללת על-פי החוק (כולל ס' 7), אף קרנית לא תחויב כלפיו.

ס' 7א מתייחס אך ורק לס' 7(5), ומורה כי מי שנהג בהיתר הבעלים או המחזיק ברכב בלא שידע ובנסיבות העניין גם לא היה סביר שידע כי נוהג הוא ללא ביטוח, יהא זכאי בכל-זאת לתבוע את קרנית. כנגד אותה אחריות מוחלטת לזכותו של בעל-רכב שנפגע, ראוי שתעמוד אחריות מוחלטת גם לחובתו: אם מבקש הוא לְהַנות עצמו בזכות מוחלטת לביטוח, ייכבד-נא ויטיל על עצמו חבות מוחלטת לקיומו של ביטוח.

הוראת סעיף 7(6) נועדה להשלים את הוראת סעיף 7(5). ניתן להסיק כי הוראת סעיף 7(6) לא תתפוש אלא בנוכחות יסוד המודעות או המעין-מודעות לאי-קיומו של הביטוח; לשון אחר: בקיום יסוד של אשם.

דיון לגבי ס' 7(3)

**קרנית נ' מגדל (דנ"א 10017/02):**

שני מקרים דומים, העוסקים באותה השאלה המשפטית שאוחדו לדיון אחד. בראשון, העותר נהג ברכב עם הגה רגיל למרות שעקב נכותו עליו לנהוג ברכב עם הגה כוח בלבד; בשני, המשיב הסיע ברכבו 10 נוסעים, למרות שעל פי רישיון הנהיגה שלו מותר לו עד 8.

**השאלה המשפטית**: מה הדין במקרה שבו הפר נהג תנאי או הגבלה ברישיון הנהיגה שלו? מה היקף התפרסותו של ס/ 7(3)?

השופט אור: אין חולק שהסעיף חל על מי שמעולם לא החזיק רישיון נהיגה, או שהתאונה אירעה בתקופת הפסילה עקב עבירות תנועה שביצע. אין חולק שהסעיף אינו חל במקרה שהיעדר הרישיון נובע מפגמים טכניים-פורמאליים כמו אי תשלום קנס או אגרה.

הגבלות או תנאים ברישיון הנהיגה עשויים להיות משני סוגים:

* **תנאים סטטוטוריים**: החלים מכוח פקודת התעבורה או תקנות על פיה, למשל הגבלה על משקל הרכב שמותר לנהוג בו או מספר נוסעים. זהו התנאי שהפר הראשון.
* **תנאים אינדיווידואליים**: החלים מהגבלות אישיות שהורתה רשות הרישוי, מחמת כושר נהיגה לקוי של המחזיק ברישיון. למשל, חובה להרכיב משקפיים או לנהוג בהגה כוח. זהו התנאי שהפר השני.

לדעתי, ראוי לצמצם את תחולת סעיף 7(3) לחוק באופן מצמצם ודווקני כך שהוא יחול על מקרים חמורים או חריגים במיוחד בהם מתקיים סיכון בטיחותי כבד וחריג, כגון במצב שבו הנהג נוטל לידיו הגה של רכב אשר ממדיו הפיזיים שונים לחלוטין מאלו המותרים לאותו נהג על-פי דרגת רישיונו. בכל מקרה אחר יש להותיר את אכיפת התקנות העוסקות בתנאי רישיונות הנהיגה השונים לרשויות העוסקות באכיפת הדין הפלילי.

שלילת פיצויים מהווה בעצם ענישה הפוגעת בכיס הנהג, כאשר לבית-משפט לא ניתן שיקול דעת להתחשב בנסיבות המקרה ובנסיבותיו של העבריין, ועל-כן תוצאה כזו אינה מידתית.

בהתאם לגישה זו, ס' 7(3) יחול רק באותם מקרים שבהם הנהג נוהג ברכב מסוג שונה, מבחינת מאפייניו הפיזיים, מזה המותר לו על-פי דרגת רישיונו. הפרת תנאים או הגבלות אחרים שאינם מתייחסים למאפיינים פיזיים של הרכב, תהווה עבירה על דיני התעבורה ותקים אחריות פלילית, אולם במקרה שבו נפגע הנהג בתאונה, לא תישלל זכאותו לפיצויים מכוח החוק.

במקרים דנן, ס' 7(3) אינו חל בשני המקרים שאנו דנים בהם, ולכן אין לשלול משניהם פיצויים מכוח החוק.

יישום הלכת קרנית נ' מגדל

**ספיאשווילי נ' מנורה חברה לביטוח (ע"א 8183/01):**

המערערת נהגה ברכב בעת שחלה עליה החובה לנסוע עם מלווה ('נהגת חדשה'), אך לצידה ישב אדם ללא רישיון. התרחשה תאונת דרכים והם נפצעו, ביהמ"ש קמא דחה את תביעתה וסבר שמדובר ברישיון על-תנאי (מלווה) אך את תביעת האדם הנוסף קיבל, כיוון שלא ידע שהיא נהגת חדשה. ומכאן הערעור שלה.

**השאלה המשפטית**: האם נהג חדש שנסע ללא מלווה והיה מעורב בתאונת דרכים, ישללו ממנו הפיצויים מכוח ס' 7(3)?

השופט אור: ההלכה בקרנית נ' מגדל מכריעה את הדין אף במקרה הנדון, שבו עסקינן בהגבלה סטטוטורית הקבועה בפקודת התעבורה.

מבחינת חוק הפיצויים, אין הנהג נחשב כמי שנהג ללא רישיון, שכן הוא מחזיק ברישיון לסוג הרכב שבו נהג. לשון אחרת, ההגבלה בנוגע לדרישת הליווי אינה נוגעת לממדיו הפיזיים של הרכב, ולכן הפיצויים אינם נשללים.

### דינם של תלויים

ס' 7ב - זכאותם של תלויים לתבוע פיצויים

תלויים בנפגע יהיו זכאים לתבוע פיצויים לפי חוק זה גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך לפי סעיף 7, ואם היו תלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את החבות הנדונה, יהיו זכאים לתבוע כאמור מן הקרן.

לתלויים יש זכות תביעה לפיצויים מכוח עצמם, על אף שלנפגע עצמו לא הייתה זכות כזו בחייו וכן לתלויים בנהג שנפגע בהיותו חסר ביטוח, ישנה זכות לתבוע את הפיצויים מהקרן.

התביעה נגד הקרן תופנה לא רק מקום בו הנוהג המנוח היה חסר-ביטוח לחלוטין, כי אם גם באותם מקרים בהם נשלל הכיסוי הביטוח בשל עצם השימוש הפסול, שעשה ברכב

הוראה גורפת - זכאות לתלויים בכל מקרה של נוהג בלתי מבוטח.

### זכות החזרה

ס' 9- זכות חזרה

(א) מי ששילם פיצויים המגיעים לפי חוק זה לא תהא לו זכות חזרה על אדם אחר החייב בפיצויים לפי חוק זה זולת הזכות לחזור על אחד מאלה:

(1) מי שאינו זכאי לפיצויים כאמור בסעיף 7;

(2) מי שאין לו ביטוח לפי פקודת הביטוח או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה, למעט מי שהיה לו ביטוח שנתי שתקפו פג תוך 30 יום לפני התאונה.

(3) בעל הרכב או המחזיק בו כאמור בסעיף 7א.

(ב) חבותו של מי שחוזרים עליו לפי סעיף קטן (א), תהיה לפי פקודת הנזיקין.

(ג) אין בהוראות סעיף זה כדי לפגוע בזכות החזרה של מעורבים בתאונה לפי סעיף 3(ב) בינם לבין עצמם.

### קרנית

ס' 10 - הקמת הקרן

מוקמת בזה קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.

ס' 11 - הקרן – תאגיד מבוקר

הקרן תהא תאגיד, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית; היא תהא גוף מבוקר כמשמעותו בסעיף 9(2) לחוק מבקר המדינה, תשי"ח-1958 [נוסח משולב].

ס' 12 - תפקיד הקרן

(א) תפקידה של הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים לפי חוק זה ואין בידו לתבוע פיצויים מאת מבטח מחמת אחת מאלה:

(1) הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע;

(2) אין לנוהג ביטוח לפי פקודת הביטוח או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה; הוראה זו לא תחול לגבי נפגע שאינו ישראלי אשר נהג ברכב המכוסה בכרטיס ביטוח רכב בין-לאומי לפי הוראות פקודת הביטוח;

(2א) למבטח מונה מנהל מורשה לפי סעיף 68(א)(3) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981 (להלן – מנהל מורשה), בהוראת הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון כמשמעותו בחוק האמור (להלן – הממונה), בשל כך שהמבטח אינו יכול לקיים התחייבויותיו, ושר האוצר, לפי המלצת הממונה, אישר כי מן הראוי שהקרן תפעל לפי סעיף זה;

(3) המבטח נמצא בפירוק.

(ב) במקרים המנויים בסעיף קטן (א) זכאי הנפגע לקבל פיצויים מהקרן כשם שהיה זכאי לקבל ממבטח וכן חייבת הקרן לשלם לבית החולים את הוצאות הטיפול בנפגע כשם שמבטח חייב לשלמן לפי סעיף 28 לפקודת הביטוח.

(ג) הקרן רשאית לסייע למימון פעולותיה של קרן שתפקידה לפצות, במקרים כאמור בסעיף קטן (א), נפגע שפגיעתו אירעה באזור; הסכם בדבר סיוע כאמור טעון אישור שר האוצר בהתייעצות עם שר המשפטים ושר התחבורה.

(ד) אירעה תאונת דרכים באזור או בשטחי האחריות הפלסטינית או באזורים, תפצה הקרן נפגע שאינו ישראלי הזכאי לפיצויים ואין בידו לתבוע פיצויים מאת מבטח מן הטעמים המנויים בפסקאות (2א) ו-(3) של סעיף קטן (א); הפיצוי יהיה בהתאם לדין החל במקום התאונה, ולקרן יהיו הזכויות האמורות בסעיפים 12א ו-12ב, לפי הענין.

(ד1) (1) הגיש נפגע, שהוא ישראלי, לבית משפט בישראל תביעה או בקשה לתשלום תכוף (להלן – התביעה) נגד מבטח משטחי האחריות האזרחית הפלסטינית, נגד הקרן הפלסטינית כמשמעותה בהסכם, או נגד המועצה הפלסטינית (להלן – הנתבע), בשל תאונת דרכים שאירעה בישראל, באזור או בשטחי האחריות האזרחית הפלסטינית והנתבע לא הגיש כתב הגנה לאחר שנמסר לו כתב התביעה כדין, או חדל מלהתגונן, יורה בית המשפט על המצאת כתב התביעה לקרן והיא תודיע על כך למועצה הפלסטינית או למי שהיא הסמיכה לענין זה; לא הגיש הנתבע כתב הגנה או לא הודיע על חידוש הגנתו, לפי הענין, בתוך שלושים ימים מיום שנמסרה הודעה כאמור, תנהל הקרן את ההגנה בתביעה ותפצה את הנפגע בהתאם לפסק הדין שיינתן בה; הפיצוי יהיה בהתאם לדין החל במקום התאונה ובשיעור שחל שם;

(2) המדינה תשפה את הקרן בשל הוצאות ותשלומים ששילמה הקרן בשל התביעה, והיא רשאית לקזזם מן הסכומים המועברים כמשמעותם בסעיף 12 לחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994, ויראו אותם לכל ענין, לרבות לענין ערבות המועצה לפי ההסכם, כתשלום בשל פסק דין נגד הנתבע שאין עליו עוד ערעור.

(ה) הקרן תשלם לנפגע שהוא ישראלי, אשר נפגע בתאונת דרכים שאירעה באזור או בשטחי האחריות הפלסטינית או באזורים, ואשר החבות לגביה אינה מכוסה בפוליסה שהוציא מבטח, השלמת פיצויים בסכום ההפרש שבין הפיצויים שהיה זכאי להם אילו אירעה התאונה בישראל, לבין הפיצויים שהוא זכאי לקבל לפי הדין במקום התאונה; הקרן רשאית לשלם לבית חולים את הוצאות הטיפול בנפגע כאמור, כשם שמבטח חייב לשלמן לפי סעיף 28 לפקודת הביטוח.

(ו) הקרן רשאית לייצג נפגע, שהוא ישראלי, בהתאם לייפוי כוח שנתן לה, במשא ומתן עם מבטח מהאזור או משטחי עזה ויריחו או עם קרן באזור או בשטחי עזה ויריחו, או בהליכים משפטיים נגדם, וכן רשאית היא להצטרף להליכים משפטיים כאמור אם יש לה ענין בתוצאותיהם.

(ז) שר האוצר רשאי לקבוע כללים בכל הנוגע למילוי תפקידי הקרן על פי ההסכם ולהוראות סעיפים קטנים (ד) עד (ו).

נייר עמדה

[נייר עמדה שהכינו חבר'ה מהכיתה, כחלק ממשימה ששמואלי נתן למעוניינים]

ס' 12 - אחריות של משתף ומשדל:

לענין פקודה זו, המשתף עצמו, מסייע, מייעץ או מפתה למעשה או למחדל, שנעשו או שעומדים להיעשות על ידי זולתו, או מצווה, מרשה או מאשרר אותם, יהא חב עליהם

**חלופת המאשרר**: מקורה בדיני החוזים, ביהמ"ש נרתע מהטלת אחריות על המאשררים בנוגע למעשים לא חוקיים שלא מהווים "סכנה מיידית לציבור".

בעניין **פלונים נ' הרשות הפלסטינית** ביהמ"ש הכיר באחריותה הנזיקית של הרשות הפלסטינית כלפי נפגעי פעולות איבה. במסגרת הדיון בשאלת האחריות הנזיקית של הרש"פ, דן ביהמ"ש העליון בפסיקת פיצויים עונשיים על הרש"פ, לאור אחריותה הנזיקית שהוכרה כ"מאשררת בדיעבד" מכוח סעיף 12 לפקודת הנזיקין.

ה**תובעים** טעניו כי תשלום הניתן למפגעים עבור פעולות טרור הוא משמעותי ביותר.

סיוע לעוולה: הרש"פ קבעה מערכת תשלומים מוסדרת ומאורגנת למפגעים בעלת מדרג המבטא קשר ברור בין חומרת העונש המושת על המפגע (אשר מתבטא במספר השנים בהן שוהה המפגע בפועל בכלא הישראלי) לבין גובה התשלום שתעניק לו הרש"פ. לא זו אף זו, התשלום אינו מוגבל אך לתקופת מאסרו של המחבל בכלא הישראלי, אלא ימשיך לזרום אל המפגע אף לאחר שחרורו, ולכל שארית חייו.

ה**רש"פ** טענה כי לא התקיימו התנאים המצטברים, לפי המשפט המקובל:

1. הסכמה ברורה של המאשרר למעשי המעוול
2. ידיעת המאשרר מראש על הפעולה המאושררת
3. ביצוע הפעולה לטובת המאשרר או עבורו.

בנוסף, שלא התקיים קש"ס. וטענה שהתשלומים מהווים תמיכה כלכלית הנובעת משיקולים סוציאליים; הטלת אחריות על הרש"פ תביא לקריסתה הכלכלית.

השופט עמית:

* לאורך השנים מקרה "טהור" של הטלת אחריות מכוח חלופת ה"מאשרר", ובפסיקת בתי המשפט המחוזיים מצא רק מקרה אחד.
* חלופת המאשרר נחשבת כ-"נטע זר" (הכרה במקרים חריגים), פיצויים עונשיים נחשבים כ-"נטע זר" - אין להחיל במשפט שני דינים חריגים זה יחדיו, "אין לפסוק נטע זר על גבי נטע זר".

השופט מינץ:

* מסכים עם הטלת האחריות מכוח אשרור.
* פיצויים עונשיים לפעולת האשרור אכן מהווים "נטע זר על נטע זר", אך פעולה זו אינה זרה לשיטת המשפט. התקיימו כל התנאים המצדיקים הטלת פיצויים עונשיים על הרש"פ.

השופט גרוסקופף (מיעוט):

* אינו מסכים עם הטלת האחריות מכוח אשרור. יש לנקוט בפירוש מצמצם ולא לרכך את הסיבתיות ביחס למי שבבירור לא גורם להתרחשות הנזק.

#### דיון נוסף

המבקשים טענו כי באי פסיקת הפיצויים העונשיים במקרה כה חמור, ישנה סטייה מהלכת אטינגר.

בכל מקרה, מעשי הרש"פ יכולים להכנס לידי מסייע ולאו דווקא מאשרר גרידא - ובכך אין בעיה לפסוק פיצויים עונשיים.

## אחריות למעשי הזולת

עניין **אלקאדר עיסא** - הרשות נחשבת כמשתפת פעולה, ביהמ"ש מטיל פיצויים עונשיים.

עניין **פלונים** - הרשות נחשבת כמאשררת, ביהמ"ש לא מטיל פיצויים עונשיים

## הקדמה - פיצויים עונשיים

לפי הפסיקה, הנסיבות לפסיקת פיצויים עונשיים:

* **יסוד נפשי מיוחד**: מוסכם כי יסוד נפשי של כוונה וזדון במהלך העוולה מקים סיבה להטלת פיצוי עונשי. ישנם פסקי דין שהכירו באפשרות הטלת פיצוי עונשי על בסיס יסוד נפשי של אדישות. פיצויים עונשיים יכולים להיות מוטלים גם בעקבות התנהגות חמורה של המזיק, גם אם אינה זדונית בהכרח או אדישה.
* **פגיעה קשה בזכות חוקתית**: מוסכם שפיצוי עונשי יכול להיפסק בפגיעה קשה בזכות חוקתית.
* **חומרת הרשלנות**: שאלה שנותרה ללא מענה חד-משמעי בפסיקה, היא שאלת אפשרות הטלת פיצוי עונשי במקרים של רשלנות חמורה. פסקי דין רבים הכירו באפשרות זו בתיאוריה, תוך הסתייגות שהיא תוכר רק במקרים חריגים. הלכה למעשה, עניין **מנטין** הוא המקרה היחיד בו נפסקו בפועל פיצויים עונשיים בשל רשלנות חמורה כאמור.
* **חומרת הנזק**: סיבה נוספת להטלת פיצויים עונשיים יכולה להיות חומרת הנזק, בין אם מדובר בנזק גופני קשה או מוות ובין אם מדובר בהשפלה או ביזוי.
* **מיצוי דינו של המעוול**: אם הדין הפלילי מיצה את העונש והשיג את מטרות ההרתעה והגמול, לא יינתן גם פיצוי עונשי, וכן להפך, בייחוד כאשר לא התקיים הליך פלילי.

מאמר רוזן-צבי ופישר - מוצע לחלק את הדין ע"פ שני קריטריונים:

1. **הצדדים**: "מוסדיים" (שחקנים חוזרים גדולים), ו"יחידים" (חד-פעמיים וקטנים), כך שניטה לטובת היחיד בדין ובנטל ההוכחה;
2. **הסנקציה הראויה**: חמורה (שלילת חירות) או קלה (סנקציה כספית – תרופה ועונש כאחד).

נסיבות עניין פלונים מתאימות לשתי הקטגוריות המקילות: מדובר בסנקציה קלה )כספית בלבד( ובאנשים פרטיים מול גוף גדול

###  במשפט משווה

* המשפט האמריקאי מכיר בקיומם של פיצויים עונשיים, אך החוקה האמריקאית מגבילה את סכומם.
* בצרפת דומה המצב אף יותר אל המצוי בישראל. שם, אף שפיצויים עונשיים אינם קבועים בחוק במפורש, לביהמ"ש ישנה סמכות להעניקם.

## "נטע זר על נטע זר" - האמנם?

לטענת כותבי המאמר - חלופת המאשרר איננה כה חריגה.

* **עצם כלילתה בסעיף 12**. בס' 12 נעשה שימוש מספר פעמים, בהקשר של לשון הרע (נפסק שספק רשת שידע על לשון הרע באתר ולא עשה כלום - נחשב כמסייע) ועשיית עושר ולא במשפט (אי הטלת אחריות על רשות גדולה תוביל להרתעת חסר)
* **לאור הפסיקה** בעניין **שחר** אשר דנה בו בפועל וקבעה 3 תנאים לתחולתו, גם אם לא נקבעה אחריות באותן נסיבות.
* **לאור הנאמר בספרות**: להטלת אחריות נזיקית, יש צורך בתרומה בביצוע מעשה עוולה ויסוד נפשי של כוונה או מודעות לביצוע העוולה.

השילוב בין מאשרר לפיצויים עונשיים אינו כה חריג:

* המטרה היא הרתעת המעוול ולכן השימוש בחריג לחריג מתבקש היכן שההרתעה נדרשת במיוחד.
* לאור מאמר רוזן-צבי ופישר (בהמשך)
* לאור **מאמר קרסין**: לפי קרסין, אין מקום להבחנה משמעותית בין עוולה המבוצעת בזדון לבין עוולה המבוצעת בפזיזות - לעניין תכלית הגינוי החברתית כלפי המזיק, הגוררת אחריה פסיקת פיצוי עונשי.
* **כיס עמוק** – אם לא תתקבל תביעת הרש"פ, הפסיקה תהיה אות מתה ותביעות נוספות ימשיכו ויציפו את המדינה לשווא.
* למרות העובדה כי "נטע זר על נטע זר" הוא חריג בפסיקה, יש להכיר בו למען הגעה לתוצאה הכרחית.

### משפט משווה

* **עקרון מנחה במשפט הלטיני**: פעולת האשרור ממוקמת ביחס שווה לפעולה המאושרת, ולמאשרר ישנה אחריות.
* **בפקודת הנזיקין ההודית**: דינו של המאשרר הוא כדין המבצע בפועל.

מדוע לא נפסקו פיצויים עונשיים? ניתן להסביר שהשופטים סבורים שמטרות ההרתעה והגינוי הושגו כבר בפסיקת הפיצוי המקורי.

ביהמ"ש מחמיר עם הנתבע ככל שהתנהגותו נראית נפסדת יותר, ומקל עמו ככל שהפגם המוסרי בהתנהגותו נראה קטן יותר.

## פס"ד פלונית

ניתן לאחר פלונים. בפסק דין פלונית ביהמ"ש מחליט להשית על הרש"פ חבות בפיצויים עונשיים מכוח ס' 12. ההבדל הגדול הוא שכאן ביהמ"ש פסק אותן מכוח חלופת **המסייע.**

לדעת כותבי המאמר:

1. מרגע הכניסה לסעיף 12 וקביעת האחריות הנזיקית, אין כלל מקום לאבחנה בין החלופות ויש מקום לפסוק פיצויים עונשיים בגין עצם קביעת האחריות הנזיקית.
2. זאת ועוד, האינדיקציות שהביאו את ביהמ"ש העליון לפסוק בעניין פלונית כי מדובר בסיוע (אספקת נשק), יש בהן כדי ללמד שגם במקרה שלנו מדובר על סיוע, ולא אשרור בלבד (עידוד כספי).
3. בעניין **מנטין** נאמר כי יש להטיל פיצויים עונשיים כאשר קיים יסוד נפשי של מזיד בלבד, אלא אם מדובר במקרה חריג, שהוגדר כך - "ככל שאשמו המוסרי של המזיק גובר, וזאת כתלות במידת האוטונומיה שהפעיל בביצוע המעשים, כך מוצדקת הענשתו". מקרה חריג זה התקיים בפלונים.
4. בחלק ממדינות מערכת המשפט המקובל, ייפסקו פיצויים עונשיים במקרים בהם הדרג המורה נטל בה חלק או הסכים להתנהגות זו.

ולכן: **גם תחת ההנחה שהיסוד הנפשי אינו עולה כדי זדון, בעניין פלונים מדובר בפזיזות בדרגה חמורה ולכל הפחות אדישות רבתי המצדיקה פסיקת פיצויים עונשיים בהתחשב בחריגות ובחומרת המקרה**.

נראה שהחלת פיצויים עונשיים מכוח ס' 12 יכולה להוות צעד אפקטיבי להשגת ההרתעה האופטימלית

למניעת מעשים כאלו, ולפיכך מן הראוי לחייב את הרש"פ גם בפיצויים עונשיים.

##

##

##

1. ריבלין בפס"ד מלול, פס' 11 [↑](#footnote-ref-1)
2. ותגידו לי! שאעדכן 058-6416880 [↑](#footnote-ref-2)
3. שם [↑](#footnote-ref-3)
4. הוזכר בפס"ד מלך ופס"ד מלול (DES) [↑](#footnote-ref-4)
5. "הניזוק הישיר מן המעשה הרשלני הוא מי שנהרג, נפצע או הועמד בסכנה. כלפיו הופרה החובה שלא לגרום לו נזק גוף" ע"א 2299/03 מדינת ישראל נ' טרלובסקי. [↑](#footnote-ref-5)
6. נאור, מלול. [↑](#footnote-ref-6)
7. הדין האזרחי־הנזיקי, עקב מוגבלותו, אינו מאפשר לניזוק לקבל סעדים אחרים שעשויים היו להחזירו למצבו הקודם, אלא פיצויים או צו בלבד, שהרי לא ניתן לתת צו לנתבע להביע חרטה וכיוצא בזה. [↑](#footnote-ref-7)
8. כל פרט בחברה נהנה ממידה מסוימת של רווחה. זוהי פרוסת הרווחה שלו. פרוסות הפרטים יוצרות יחדיו את עוגת הרווחה החברתית. עניינם של שיקולי חלוקת הרווחה הוא בשינויים בגודל הפרוסות השונות. שינויים אלה נבחנים מנקודת־המבט של שיקולי מוסר, צדק, הגינות, יושר, שויון וכל שיקול אחר שעניינו טיב התנהגותם של הצדדים לפעילויות המתנגשות, מערכת־היחסים ביניהם, מעמדם ומצבם זה כלפי זה וכלפי החברה בכללותה. [↑](#footnote-ref-8)
9. נאור. מוזכרת בפס"ד מלול [↑](#footnote-ref-9)
10. ע"פ נאור במלול. [↑](#footnote-ref-10)
11. ברק, מובא במלול. [↑](#footnote-ref-11)
12. נאור, מלול, 13. [↑](#footnote-ref-12)
13. מובא בפס"ד מלול פס' 10 לריבלין [↑](#footnote-ref-13)
14. אגב, ריבלין ונאור הזכירו בפס"ד מאמר שכתב שמואלי. כבוד! [↑](#footnote-ref-14)
15. מכאן מבוסס סיכום של רתם רשתי. [↑](#footnote-ref-15)
16. עמוס הרמן "הריון בעוולה" משפחה במשפט [כאן](https://www.nevo.co.il/books/%D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%99%20%D7%A2%D7%AA/%D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%99%20%D7%A2%D7%AA/%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%97%D7%94%20%D7%91%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98/%D7%9B%D7%A8%D7%9A%20%D7%92-%D7%93/lawfamily-3-4-097.pdf) [↑](#footnote-ref-16)
17. שופט הנזיקין המרכזי בשנים הללו, צמח מלמטה שלא כמו שאר שופטי הנזיקין (ברק וחשין) [↑](#footnote-ref-17)
18. הערת שמואלי: **חשיבות דעת המיעוט** - אמנם קשה לשנות הלכת עליון, אך קל יותר לשנות אותה על בסיס דעת מיעוט מוצקה וקיימת, והמקרה הנ"ל מדגים זאת. אם עו"ד מחליט לנסות לשנות הלכה, כדאי להסביר ללקוח על סיכויי המהלך. [↑](#footnote-ref-18)
19. חשין בע"א 148/53 פנץ נ' פלדמן, בעמ' 1717. [↑](#footnote-ref-19)
20. ס' 1 לחוק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 קובע "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מ**גמר לידתו** ועד מותו" ומכאן שלא הפך העובר "נושא לחובות או לזכויות וממילא שאין התובעים זכאים לתבוע כעיזבונו או בשמו". ראו **לוי נ' שערי צדק**, פס' 11 ,14. [↑](#footnote-ref-20)
21. אליעזר ריבלין "פיצויים בגין נזק לא מוחשי ובגין נזק לא ממוני – מגמות הרחבה", ספר שמגר חלק ג' 47 (אהרן ברק יושב ראש המערכת, 2003), עמ' 50. [↑](#footnote-ref-21)
22. ריבלין, פס"ד אגבבה, פס' 15. [↑](#footnote-ref-22)
23. שם [↑](#footnote-ref-23)
24. פלוני בעליון זה די נדיר, ואיסור הפרסום הוא בגלל רגישות המקרה. [↑](#footnote-ref-24)
25. ע"א 70/52 **גרוסמן נ' רוט** פ"ד(ו) 1242 (1952). חשין [↑](#footnote-ref-25)
26. ע"א 773/81 **פרייליך נ' מדינת ישראל**, פ"ד לו(4) 816. [↑](#footnote-ref-26)
27. כדי לקבל קצבאת זקנה, אדם חייב לשלם ביטוח לאומי קודם לכן. [↑](#footnote-ref-27)
28. אולם לא נשללה על הסף זכותו של קרוב שהתרשם מן האירוע מכלי שני ונזקו היה צפוי בנסיבות העניין. [↑](#footnote-ref-28)
29. "שאלה זו תחזור בוודאי ותתברר בבתי המשפט מעניין לעניין, בשים לב לנסיבותיו ולעדויות מומחים רפואיים אשר יובאו לעניין זה. אולם, ברור כי מקרים שאינם בגדר פסיכוזיס מוכרת יכולים לשמש יסוד לתביעה רק במקרים ברורים וקשים" שמואלי: ניסו לרכך אותו עם הזמן. [↑](#footnote-ref-29)
30. שוויקי, ברלינר, פס' 24. [↑](#footnote-ref-30)
31. עד 5 נקודות :) [↑](#footnote-ref-31)
32. שמואלי: חוק של אחווה, החוק רוצה לעודד התנדבויות ועזרה הדדית. אך נקבעו לו סייגים כדי שהמיטיב לא ירוויח מזה יותר מדי. [↑](#footnote-ref-32)
33. שמואלי: האם עורפי צריך לקבל פחות? [↑](#footnote-ref-33)
34. "אין נדרשים בו, לא אקטיביזם שיפוטי ולא איפוק שיפוטי. כל שנדרש הוא היגיון שיפוטי" (26) [↑](#footnote-ref-34)
35. ישראל גלעד, דיני הנזיקין - גבולות האחריות, עמ' 822 (2012) [↑](#footnote-ref-35)
36. ישראל גלעד "אוי לדור ששופטיו צריכים להישפט?" (עלי משפט ב 255 (התשס"ב); דפנה אבניאלי "מי ישפוט את השופטים וכיצד?" (הפרקליט מז 77 (2003) [↑](#footnote-ref-36)
37. דנ"פ 2316/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל [↑](#footnote-ref-37)
38. חלק זה מבוסס בחלקו על המחברת של נמ"ו. [↑](#footnote-ref-38)
39. מי זה בא [↑](#footnote-ref-39)
40. ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל, פס' 16 לברק. [↑](#footnote-ref-40)
41. תלמוד בבא בתרא כג ב. [↑](#footnote-ref-41)
42. יש כאלו שהשוו את שיטתו לעקרון הצדק החלוקתי. [↑](#footnote-ref-42)
43. אפשר לדמיין מצב בו הולכי רגל עוברים טסטים ושיעורים, ואז נקודת האיזון [↑](#footnote-ref-43)
44. Guido Calabresi, Jon T. Hirschoff, Towards a Test for Strict Liability in Torts, 81 YALE L.J. 1055 (1972) [↑](#footnote-ref-44)
45. תפקידו של עו"ד לשאול שאלות שמטילות ספק בגרסת מרשו (מאיפה לך שזה היה המקום? מי אמר שזה גרם הנזק?), כדי לוודא שאין בדל אשם תורם. [↑](#footnote-ref-45)
46. אולי בגלל זה אנשים מסרבים לעזור. [↑](#footnote-ref-46)
47. שמואלי: שני נתבעים באותו סל - עדיף לקחת שני עו"ד שונים; אם יהיה זה עו"ד אחד, התובע החכם עלול לשים טריז ביניהם. [↑](#footnote-ref-47)
48. "שכר עבירה מול הפסדה" [↑](#footnote-ref-48)
49. שופט ביהמ"ש העליון האמריקאי. [↑](#footnote-ref-49)
50. אלו רק 3 הגנות, אבל ניתן להביא **רק** את 3 ההגנות הללו. רק כשקוראים את החוק מבינים מהו משטר האחריות שלו. [↑](#footnote-ref-50)
51. אם יש לניזוק אשם תורם חמור, ביהמ"ש רשאי להפחית. [↑](#footnote-ref-51)
52. שמואלי: החוק עבר לאחר מספר מקרים קשים של פציעות מכלבים. [↑](#footnote-ref-52)
53. השלום מבין כי ההגנות גם הן מוחלטות. [↑](#footnote-ref-53)
54. בפלת"ד כן. ההיקש הוא כי שניהם אחריות מוחלטת. [↑](#footnote-ref-54)
55. The Law of Torts - Dan B. Dobbs [↑](#footnote-ref-55)
56. בניגוד לצדק מתקן, אשר שם את הדגש של תועלת חברתית ליחיד. [↑](#footnote-ref-56)
57. דובס לא מכליל אותו. הרחבה בהמשך [↑](#footnote-ref-57)
58. הבעייתיות בו: לפעמים המזיק לא נהנה מההיזק. [↑](#footnote-ref-58)
59. אשם תורם, תקרות (פלת"ד, חוק מוצרים פגומים) [↑](#footnote-ref-59)
60. שמואלי: מה קורה כאשר אישה מקבלת כמו הגבר? באמצעות הגישה הזו דפקנו את הנשים פורצות הדרך. החוקרת יפעת ביטון מודעת לכך, אך זה המחיר שהיא מוכנה לשלם למען המגדר הנשי. [↑](#footnote-ref-60)
61. המאמר המשפטי המצוטט ביותר בהיסטוריה. [↑](#footnote-ref-61)
62. למשל, אם המחוקק מקצה למפעל פלוני "זכות קניין" שמאפשרת לו לזהם את המים באפיק של נהר, אך התועלת שהוא מפיק מן הזכות הזאת קטנה מן הנזק שנגרם לאוכלוסייה של דייגים המתפרנסים מדגת הנהר, יש להניח כי בהעדר עלויות עיסקה משמעותיות, הדייגים ירכשו מן המפעל את זכות הקניין שלו, יפסיקו את זיהום המים והאפיק ימשיך להיות צלול. אם, לעומת זאת, מעניק המחוקק לדייגים זכות קניין לדוג במים זכים, אך התועלת שהם מפיקים מכך קטנה מן הנזק שנגרם למפעל, שנאסר עליו לזהם את המים, קרוב לוודאי שהמפעל ירכוש את זכות הקניין של הדייגים והאפיק יהיה מזוהם. הנה כי כן, רמת הזיהום של הנהר אינה תלויה בהקצאה ההתחלתית (המשפטית) של זכויות הקניין, אלא בתועלת היחסית שהצדדים מפיקים מהמצב. (מתוך [מאמר](https://www.haaretz.co.il/opinions/2013-09-17/ty-article-opinion/.premium/0000017f-f0b1-d223-a97f-fdfdfe260000) בהארץ) [↑](#footnote-ref-62)
63. לעתים ישנן עלויות שנובעות מטרמפיסטים - אנשים שלא ישלמו אך יהנו מהתוצאה. [↑](#footnote-ref-63)
64. מבוסס בחלקו על המאמר ובחלקו על המחברת של נוי פלח. [↑](#footnote-ref-64)
65. פתיחה בהליך משפטי נגד אדם מתוך ידיעה שמדובר בהליך שאין ביסודו עילה אמיתית. [↑](#footnote-ref-65)
66. אדם התרשל - לא בהכרח יש לו אחריות נזיקית, אדם רשלן - יש לו [↑](#footnote-ref-66)
67. בית הלורדים הוא במהותו חילוני, הוא מחפש בכל מיני מקומות וכברירה אחרונה הולך לתנ"ך. [↑](#footnote-ref-67)
68. דווקא ר' עקיבא מסייג כאן את "ואהבת לרעך כמוך" - כמוך, אבל לא יותר ממך. [↑](#footnote-ref-68)
69. ע"פ 186/80 [↑](#footnote-ref-69)
70. אצטטית, כלשונו של קובי סוויסה. שם שם. [↑](#footnote-ref-70)
71. ע"פ ברק ב**עוזר נ' אררט.** [↑](#footnote-ref-71)
72. מבחן הצפיות אינו מתאים לקביעת הקשר הסיבתי-משפטי בחוק הפיצויים. הטעם לכך הוא, שמבחן הצפיות מבוסס על אשמה ואילו חוק הפיצויים מבוסס על אחריות מוחלטת. אין מקום להכניס שאלות של אשם בדלת האחורית. ע"א 62/390 [↑](#footnote-ref-72)
73. אשר החליף את "המבחן הייעודי" שהיה בשימוש בעבר. [↑](#footnote-ref-73)