**עבודה ראשונה – יסוד ההתרשלות**

**התרשלות ירדן:**

ירדן, העובדת בחברת רכבות, נדרשה לבצע פעולות תחזוקה למסילות הרכבת. ירדן נכנסה לשטח לא לה – ללא אישור – על מנת להגיע לאותן מסילות. ירדן אף הגדילה לעשות ובנוסף לפועל שהיה איתה, היא לקחה את ביתה גל, בת ה-11, חשפה אותה לסיכונים מיותרים, ושלושתם נכנסו לשטח פרטי ללא רשות. כדי לבצע פעולות תחזוקה במסילות רכבת הנמצאות בשטח פרטי, **חובה** לבקש את הסכמתו של בעל המקרקעין (ס' **14ז (א)(1)** **לפקודת מסילות הברזל**). נוסיף לכך כי סטנדרט ההתנהגות אשר נקבע ע''י המחוקק, עשוי לשמש עדות לרמת ההתנהגות הנדרשת מהאדם הסביר (מצא, **לרנר**), ואם כן **ירדן התנהגה בצורה לא סבירה ולכן התרשלה במעשיה.** ירדן ביצעה מעשה שאדם סביר לא היה עושה באותן נסיבות, ולמקרה דנן, ירדן נכנסה לשטח פרטי על אף שחשדה שמדובר בכזה, ובכך התרשלה (ס' **35** **לפקנ''ז**). ירדן שגתה בשיקול דעתה, ויוכיח זאת הנזק החמור שנגרם לביתה. מנגד, ירדן יכולה לטעון כי השטח לא היה מסומן **ולא היה ניתן לדעת בוודאות** כי מדובר בשטח פרטי. עוד באותו עניין, על החוואי שהשטח הזה שלו הייתה חובה לסמנו, ובמיוחד בתקופה עליה מדובר – המרובה בגניבות. כדי לבדוק האם הייתה לירדן **חובת זהירות**, עלינו לשאול את עצמנו מה היה עושה האדם הסביר באותן נסיבות (ברק, **ועקנין**). בענייננו שלנו, מבחן זה הוא מאוד קל. זאת מפני שירדן, במקרים קודמים, אישרה כניסה מראש מול בעלי המקרקעין. כך שאין צורך לבדוק מה האדם הסביר היה עושה, מכיוון שירדן היא זו שהוכיחה בעצמה שפעלה באופן לא סביר. לפיכך, **ירדן סטתה מסטנדרט הזהירות המוטל עליה**, והפרת החובה היא אשר גרמה לה להיכנס לשטח פרטי ללא רשות. לשם בדיקת התרשלות עלינו לבדוק את **ההוצאות שירדן הייתה צריכה להוציא כדי למנוע את הנזק** (ברק, **חמד**). ירדן התרשלה לבל ''תבזבז זמן''. בשביל למנוע את הנזק, ירדן הייתה צריכה להתקשר לבעל המקרקעין ולבקש את רשותו, דבר אשר היה לוקח לה מספר דקות ספורות. **השופט לרנד הנד,** טוען שכדי לבחון האם התקיימה התרשלות יש להתחשב במשתנים הבאים: ההסתברות לקרות הנזק (P), שיעור הנזק (L) ובהוצאות למניעת הנזק (B). כאשר שיעור הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו (B<PL), ניתן לומר כי אותו אדם התנהג בצורה בלתי סבירה והתרשל במעשיו (ברק וריבלין, **חמד**). לענייננו, ניתן להניח כי ההסתברות לקרות הנזק היא וודאית, שהרי עצם הכניסה לשטח פרטי ללא רשות מהווה נזק בפני עצמו (P). כמו כן, שיעור הנזק הוא עצום, שכן זו הייתה תקופה מתוחה עקב ריבוי גניבות, וחדירה לשטח פרטי בתקופה כזו רק תגביר את החשש, הפחד ותחושת חוסר האונים של בעל המקרקעין (L). וכמו שהוזכר לעיל, ההוצאות למניעת הנזק הן מזעריות עד לא קיימות (B). **לאור כל זאת יוצא ש-B<PL, ולכן ניתן לומר שירדן התנהגה בצורה לא סבירה והתרשלה במעשיה.** לעומת זאת, ירדן יכולה לומר כי מן הראוי **למנוע הכבדת יתר על עובדי ציבור** שבמהלך פעילותם עלולים להיגרם נזקים (דורנר, **שטרן**). בנוסף להיותה עובדת ציבור, **לעבודה של ירדן ישנה חשיבות ציבורית עצומה**. אנו מכירים את מצב התחבורה במדינתנו. אם כל עובד שיצטרך לתחזק מסילות רכבת, כלי תחבורה חשוב מאין כמוהו בישראל, יצטרך לתור אחרי בעל המקרקעין ולבקש את רשותו, תחזוק פשוט של מסילה שאמור לקחת כמה שעות עלול להיגרר הרבה יותר, ובכך להגדיל את העומס הרב על הכבישים (עקב שיבוש תנועת הרכבות, אנשים יסעו עם רכב או אוטובוס למקום עבודתם, ולכן העומס על הכבישים ירקיע שחקים) שכבר קיים. אי לכך, יש להתחשב בתועלת הגדולה הזו ולאפשר לה לבצע את עבודה בצורה נוחה ויעילה. (ברק, **חמד**). למעלה מזה, **ראוי להותיר לעובדי ציבור מרווח סביר של טעות** היכולה להיגרם כתוצאה מתנאי הלחץ והזמן העומדים ברקע האירוע, המחייבים קבלת החלטה ללא התייעצות משפטית באותו רגע (מצא, **לרנר**).

**התרשלות יערה והאשם התורם של גל:**

גל בת ה-11, נורתה ברגלה ופונתה לבית חולים. גל קיבלה אנטיביוטיקה מרה מספר פעמים ביום, ועל הטיפול הייתה אחראית הרופאה יערה. במהלך הטיפול, יערה התרשמה שגל ילדה חכמה ואחראית ביחס לבנות גילה, ולכן הסכימה כי גל תיטול את האנטיביוטיקה לבדה ללא הווידוא שלה. בפועל, גל לקחה את התרופה באופן לא סדיר. כתוצאה מכך, התפתח זיהום קשה ברגלה, והרופאים נאלצו לכרות את כף הרגל שלה**. אדם אשר לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר היה נוקט באותן נסיבות** – הרי זו התרשלות (ס' **35** לפקנ''ז). משתמע מזאת כי יערה, אשר נתנה לגל, קטינה בת 11, לצרוך תרופה החשובה מאוד לבריאותה, בצורה עצמאית וללא וידואה – **התרשלה התרשלות חמורה.** אמנם, תטען יערה, **כי בכל בית חולים אחר אין חובה על הרופא להשגיח על מטופליו,** קטינים כגדולים, כאשר צריכים הם ליטול תרופה כלשהי. ומכיוון שכדי לבחון את התקיימות יסוד ההתרשלות, **יש לבצע מבחן אובייקטיבי** (ברק, **ועקנין וחמד**). נמצא שכאשר בוחנים את המקרה **ע''פ אמות המידה האובייקטיביות, יערה לא התרשלה כלל.** אך בבית החולים בו עבדה יערה, נהגה ההנהגה המחמירה, כי יש להשגיח על קטינים הנצרכים לקחת תרופה מסוימת. המסקנה העולה היא כי אין טעם לפטור את יערה מאחריות אך בשל העובדה כי אותה העת לא נהגו כך בבתי חולים אחרים. על כן, יש ליתן משקל להנהגה הנוהגת בבית החולים, מחמירה ככל שתהיה, אף אם הנהגה זו היא מעל לאמת המידה האובייקטיבית הרגילה. **במצב דברים זה, הסטייה מאמת המידה הסובייקטיבית תהווה התרשלות ע''פ אמת המידה האובייקטיבית** (ברק, **שטרן**). חרף זאת, יערה יכולה לטעון כי ישנה חשיבות גדולה **למנוע עומס יתר על גופים** שמהלך פעילותם עלולים להיגרם נזקים (דורנר, **שטרן**), לא כל שכן כשמדובר ברופאים, אשר כל עסקם הוא בהצלת נפשות. זאת ועוד. הטלתה של חובת זהירות חמורה מידי עלולה לפגוע ביכולתם של רופאים להפעיל שיקול דעת המבוסס על מיטב הכרתם ומיומנותם המקצועית. היא עלולה לפגוע ביכולתם של רופאים להפעיל את שיקול דעתם המבוסס על מיומנותם המקצועית. היא עלולה לעודד תופעה בלתי רצויה של **"רפואה מתגוננת"** המבקשת למזער חשיפה לתביעות ברשלנות אף במחיר פגיעה בבריאותם של מטופלים. קביעתו של חובת זהירות גבוהה מידי, עלולה להוביל לידי הכבדה בלתי ראויה על פעילותה של מערכת הרפואה, ובטווח הארוך אף לפגוע ברווחת המטופלים ובבריאותם. חובתו של המזיק היא לנקוט אמצעי זהירות סבירים. **השאלה היא מהו האמצעי שיש לדרוש כי ינקטו באותו עניין.** התשובה לשאלה זו היא, שיערה הייתה אמורה לנקוט אמצעי זהירות מאוד פשוט, לוודא שגל לוקחת את התרופה, ובנוסף אמצעי זהירות זה הוא חובה בבית החולים בו עבדה. אם כן, יערה הפרה במחדלה את חובת הזהירות המוטלת עליה. ברם, יש לאזן בין האינטרס של הפרט הניזוקה – גל – לבין האינטרס של המזיקה – יערה – לחופש פעולה (ברק, **ועקנין**). מחד גיסא, ניתן לומר שהנזק שנגרם לגל כה חמור, שהרי מדובר בנכות משמעותית שתגביל אותה לאורך כל חייה. ומאידך גיסא, יערה תטען כי ישנה חשיבות ציבורית עמוקה לחופש הפעולה של רופאים. יתר על כן, **ההתרשלות אינה מבוססת על אשמה אישית.** המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו ועדיין לפעול שלא בסבירות כאשר מעשיו נופלים ממעשים המצופים מהאדם הסביר. **ביסוד ההתרשלות מונחת אשמה חברתית.** דהיינו, התפיסה הינה כי המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנדרשת ע''י החברה (ברק, **חמד**). **נמצא שיערה אכן התרשלה,** שכן לא ניתן לומר שעשתה כמיטב יכולתה מאחר שווידוא על לקיחת תרופה לא כרוך ביכולת מיוחדת כלשהי. ברור לחלוטין כי היא סטתה מרמת ההתנהגות הנדרשת ע''י החברה, שוודאי לא מוכנה היא שרופא יחליט על סמך שיקול דעתו האישי בלבד, כי קטינה מסוימת בוגרת יותר מקטינים אחרים בגילה, ועל כן יתן לה לבצע את הטיפול התרופתי לבד וללא השגחה.

פנים נוספות לעניין זה הוא **האשם העצמי של גל**. אמנם יערה אפשרה לגל ליטול את התרופה ללא השגחה, אך נטילת התרופה, כמעשה אינדיבידואלי, נעשה ע''י גל עצמה בלבד. על כן, גם גל אשמה בכך שנאלצו לכרות את רגלה, ואם כן לגל ישנו אשם תורם במקרה דנן (ס' **68(א)** לפקנ''ז). בזמן שגל ידעה והייתה ערה לסכנה, ולמרות זאת נטלה את האנטיביוטיקה לבדה, אזי היא התחייבה באשם תורם (גולדברג, **אייגר**). אלא שגל יכולה לטעון כי היא קטינה, ואינה מבינה את הדברים לעומקם, וכי יש לבחון את מעשיה בצורה אובייקטיבית. לאמור, מה מידת הזהירות המוטלת על ילד סביר בגילה. אך בכל זאת, על אף גילה הצעיר וגם אם באופן כללי, קטין אינו בר אחריות בנזיקין, הוא עשוי למרות כל זאת להתחייב באשם תורם, אך זאת בהתאם לכושרו שאינו ככושרו של בגיר. לא יתכן שנבחן ילד המפגר בהתפתחותו, כשם שנבחן שאינו מפגר בהתפתחותו. וכך להיפך, כלומר המבחן הוא סובייקטיבי. לטענת יערה, גל ילדה חכמה ואחראית ביחס לבנות גילה, ולכן הסכימה לה ליטול את האנטיביוטיקה לבד. לאור כל זאת, גל צריכה לשאת באחריות האשם התורם שלה למקרה, למרות היותה קטינה וחרף העובדה שייצרו של ילד מפתה אותו למרות הסכנה (גולדברג, **אייגר**).

**ציון**: 100 (עובר). ישר כוח! נהניתי מאוד לקרוא את עבודתך.

**הערות**:

🡨 ניכר כי הבנת לעומק את \*יסוד ההתרשלות\* של \*עוולת הרשלנות\*. מדובר בהתמודדות לא פשוטה ללמידה עצמית – כל הכבוד!

🡨 לא על כל הערה, הופחתו נקודות.

🡨 התרשלות נבדקת ביישום הנסיבות על נוסחת לרנד הנד (פס״ד ועקנין). לכן, בכל דיון על התרשלותו של X, חובה לכלול דיון בנוסחת לרנד הנד על בסיס עובדות המקרה.

🡨 בפס״ד אייגר, דנו ב-3 מבחנים לבחינת אשם תורם של קטין:

1. המבחן האובייקטיבי – נותר באוביטר.

2. המבחן הסובייקטיבי – נותר באוביטר.

3. מבחן הביניים – שהתקבל להלכה.

משום ששופטים לעיתים מייחסים חשיבות כלשהי [כמו בפס״ד אייגר] למבחן הסובייקטיבי והאובייקטיבי, יש להציג את 3 המבחנים, בדגש על מבחן הביניים שנפסק כהלכה.

🡨 אין צורך בהקדמה על סיפור המקרה. אנו רוצים לראות את העובדות מיושמות במקביל לטיעון המשפטי ולעיגון בפסיקה או בחקיקה.

🡨 הציון ניתן ב-״מספר״ ממש, ולא רק ״עובר / לא עובר״, כדי שתוכלו להבין היכן אתם עומדים ביחס למצופה בבחינה. משכך, הבדיקה קפדנית. אך ״המספר״ לא משפיע על ניקוד העבודה, מלבד ״עובר או לא עובר״. מי שעבר יקבל את מירב הנקודות. לכן, קחו את זה כחזרה למבחן וכתקופה להשתפר ☺.

בהצלחה,