**מחברת קורס דיני נזיקין**

**דוגמת מבוא: מלך נ' קורונהויזר:**

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

**פקודת הנזיקין - נזקים שנגרמו על ידי כלב:**

ס'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 הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים.

הגנות

ס'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.

טענות הצדדים בדיון הנוסף **- המערער** טוען כי על המשיבים לשאת באחריות מלוא הנזק. מנגד, **המשיבים** טוענים כי בית המשפט בעת דיון נוסף צריך שלא להתערב בעובדות שקבע בית המשפט הקודם. בית המשפט קבע כי הנזק ניתן לחלוקה ולכן על קביעה זו להישאר ככה.

**השאלה המשפטית** - **באשר קיים נזק "יתום" שאינו ניתן לחלוקה, האם ראוי שיישאו בו המזיקים או הניזוק?**

**הדיון - השופט ד' לוין- דעת רוב:**

* **אופציות לפסיקה:** או שהניזוק יישא בשליש הנזק שנגרם לו, על אף שלא נהג ברשלנות או שהמשיבים יישאו בנזק זה. מדוע? כי במקרה זה אין אפשרות לתביעת שיפוי מטעם המשיבים, שכן הכלב השלישי הוא כלב עזוב.
* **פיצויים:** שלילת המעשה המזיק. **"השבת המצב לקדמותו".** דעת לוין- כאשר ישנו מצב שניתן ל2 פירושים שונים (מבחינת חלוקת הפיצויים)- ראוי לבחור בפירוש שייתן לניזוק פיצוי מלא על הנזק שנגרם לו ולא בפירוש שיוציא אותו במפח נפש וחוסר אונים.
* **מעוולים במשותף:** במקרה זה המשיבים לא פעלו יחד עבור ביצוע הנזק. במקרה בו מדובר בשני כלבים השייכים לבעלים שונים שאינם מכירים זה את זה- אין לראותם כמעוולים במשותף. מעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד שלא ניתן להפרדה – **חבים חובה משותפת כמו מעוולים במשותף, כל אחד בנזק כולו**. פקודת הנזיקין לא מטילה אחריות מוחלטת על בעל כלב כלפי מעשה כלבו.
* **נזק שאינו ניתן לחלוקה:** במקרה זה, אין לדעת למה כל כלב גרם ומה הייתה מידת הזעם של כל אחד מהכלבים. כמו כן, יתכן ואותה התוצאה הייתה נגרמת גם מתקיפה של שני הכלבים של הזוג. לוין מדגיש **כי הפציעות שנגרמו למלך אינן ניתנות לחלוקה**- לא ניתן לחלק שברים/ בשר שנטרף וכדו'. בשל כך, מסכים עם השופטת נתניהו באמרה כי הנזק לא ניתן לחלוקה. נטל ההוכחה על כך שזהו נזק הניתן לחלוקה (בין הכלבים) מוטל על המעוולים (ס'40(2)- חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה).
* **שיקולי מדיניות משפטית:** זהו מקרה הנתון לשיקול הדעת השיפוטי בשל כך שהכלב השלישי הוא ללא בעלים. **מי יישא בנזק שגרם? שאלה זו תיפתר בעזרת מטרות דיני הנזיקין.** כלומר, המזיק יישא בשיעור גבוה מהנזק שגרם רק כאשר הדבר עולה בקנה אחד עם אחת מהמטרות. **המטרה הראשונה היא "השבת המצב לקדמותו" ולפיכך- הניזוק אינו צריך לשאת בנזק של הכלב השלישי.**
* **פסיקה:** נגרם לעותר נזק אחד וחמור שאינו ניתן לחלוקה, לכן המשיבים הם מעוולים במשותף וחבים בתשלום מלוא הנזק. קביעה זו עומדת בהתאם למטרות דיני הנזיקין. **דין העתירה להתקבל.**

**השופטת ש' נתניהו- דעת המיעוט בערעור, דעת הרוב בד"נ:**

* לא הוכח כי הכלבים היו שווים בכוחם, לכן לא ניתן לקבוע כי הנזק ניתן לחלוקה שווה בשווה. לא ניתן לעשות כאן חלוקה של הנזק, היא תהיה שרירותית. יש לקבל את העתירה.

**השופט ג' בך- דעת מיעוט:**

* כאשר מדובר במעוולים בנפרד והתשתית מספיקה לחלוקת הנזק- **ראוי לחלק את הפיצוי ולא לחייב את המעוולים בתשלום הפיצוי בכללותו.**
* מתנגד לכך שאדם, גם אם התרשל, ישלם על נזק שלא נגרם ממעשיו. המזיק צריך לשלם על מעשיו- לא מעבר לכך. השופט לוין מתמקד יותר בקיפוח הניזוק במידה וישא בחיוב הנזק שגרם הכלב השלישי. לדעת בך, עמדת הרוב הייתה משתנה במידה וזהות בעלי הכלב השלישי הייתה ידועה. לטענתו- לא יתכן שמידת האחריות של המשיבים תקבע ע"פ איתור בעל הכלב. בך נותן כדוג' מצב אחר- בו המשיבים היו בעלים של כלב אחד מהשלושה. האם עדיין היו מחייבים אותם בגין מלוא הנזק?
* המשיבים אינם מבוטחים נגד גרימת נזק ע"י כלביהם- יתכן וייגרם להם נזק כספי חמור בשל חיוב בגין מלוא הנזק.
* מהעדויות ניתן להסיק ששלושת הכלבים התוקפים הם בעלי כוח שווה פחות או יותר. דבר המחזק את זה שניתן לחלק את הנזק.
* חלוקת הנזק מובילה לפתרון הצודק ביותר. לפיכך, **יש לדחות את העתירה** ולחייב את המשיבים ב2/3 מהנזק בלבד.

ההלכה-**במקרה בו יש נזק שאינו ניתן לחלוקה, ושחלק מהאחראים עליו אינו ידוע, נעדיף שלא הניזוק הוא שיישא בחלק עליו אין אחראי, באופן שיתיישב עם החוק. מזיקים נפרדים שגרמו לניזוק נזק שאינו ניתן לחלוקה, חבים יחד ולחוד את הנזק בשלמותו. השופט בך במיעוט סובר כי כאשר ברורה אחריות המעוול אך לא ידוע היקף חלקו בנזק, ניתן לייחס לו חלק מהנזק על פי אומדן תרומתו המשוערת לגרימת הנזק.**

כווני חשיבה שונים:

1. **רק מעשה או גם מחדל?** האם רק מעשה מוביל לאחריות נזיקית או גם מחדל שגרמתי לו? בעניין מלך, המקרה הוא מחדלי מכיוון שהזוג לא שמר על כלביהם- **האם המחדל מתקיים רק בעקבות חוק שהופר**? במקרה הזה היה אפשר להסתמך על ההיגיון כדי לטעון שלזוג הייתה חובה לשמור על כלביהם בתנאים מסוימים.
2. **מי אחראי לנזקים ויכול להיתבע?** האם האנשים שהיו שם ולא התערבו? האם העירייה שלא מטפלת בכלב העזוב? איך מחלקים את נזקי התביעה? האם אפשר להגיד כי אחריות הרשות על מפגעים? **השאלה רלוונטית גם למי שאחראי כלכלית ולא רק למי שהיה באירוע, האם ניתן לתבוע גורם שאחראי על הגורם שעשה את העבירה?**

*\*שאלה שמעלה שמואלי בשיעור-* ***האם לאדם שעבר ברחוב באותו הזמן יש חובת הצלה גם כשלא יצר את הנזק?*** *לעיתים קיימת לאדם חובת הצלה – "****לא תעמוד על דם רעך":*** *חוק שעבר בכנסת בשנת 1998,* *שהופך את החובה המוסרית של עזרה לזולת לחובה הנובעת מחוק.*

הודעת צד ג' – צריך לתבוע את צג ג' שחלה עליו האחריות המרבית לנזק. **צד ב'** – הנתבע יכול לשלוח את התביעה לצד ג' (מעוול משותף או לחוד). לאחר ההודעות **לצד ג'**, הם יכולים להשתתף בתביעת שיפוי בדיעבד, כלומר – לאחר התשלום למי שניזוק מהעוול, **צד ב'** יכול לבקש שיפוי מהצדדים האשמים במקרה.

1. **מה אחריות הכלב העזוב שתקף?** **הפעלת הסתברויות שאומרת שכל הכלבים באותו כוח ולכן הם עשו בערך אותו נזק.**
2. **אחריות הרשויות-** קשה לתבוע רשויות בעניינים של מדיניות. **רווחה מצרפית** 🡨 מה הרווחה של כלל הציבור? מה הכי טוב לציבור? תועלת על הנזק.
3. **חלוקת הנזק-** בית המשפט מניח שיש אחריות על הכלב העזוב, אבל לא יודעים את מי לתבוע ולכן הוא מתייחס לזה כאילו תבעו גם את העירייה ושואל איך לחלק. בית המשפט קובע שיש על הכלב הנוסף שליש פשוט אין מישהו שעליו נופלת האחריות. לא ניתן לקבל יותר מ100% מהנזק, ולכן במקסימום אפשר לקבל 1/3 מהעירייה ו2/3 מקורונהויזר.

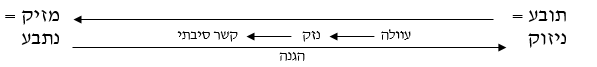
במקרה של ביצוע עוולה וגרימת נזק ע"י מספר גורמים יש להבחין בין המעוולים על מנת להבין איך לחלק את הפיצוי לנזק שנגרם:

1. **מזיקים במשותף** – פעלו יחד לביצוע העוולה והם אחראים על כל הנזק ביחד או לחוד.
2. **מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן להפרדה** – אחראים על כל הנזק יחד או לחוד.
3. **מזיקים בנפרד שגרמו נזקים נפרדים** – ביהמ"ש יפצל את חלוקת הנזק. כל אחד יהיה אחראי לתשלום פיצוי על הנזק שגרם.
4. **סיבתיות (קשר סיבתי)-** ניתן להניח שגם אם הכלב העזוב לא היה, עדיין הנזקים היו פלוס מינוס אותו דבר. **הגישה הסיבתית אומרת שקורונהויזר צריך לשלם הכל כי היה נזק גדול גם בלי הכלב השלישי.** צריך לראות את שרשרת הסיבתיות ומה הקרבה בין הנזק הנגרם לבין הכלב. אם הכלבים רדפו אחריו והוא רץ לכביש ונדרס אז על מי האחריות? **לסיבתיות יש תפקיד חשוב בכל מיני כיוונים.**
5. **האם למלך יש תרומה לנזק? "אשם התורם" (ס'68)** - **המזיק אומר לניזוק שהוא גם אחראי לנזק שלו ולכן הוא התובע אך גם חלק מהנתבעים מאחר וגם לו יש חלק מהאחריות**. בית משפט יכול להחליט בנסיבות מסוימות שגם מלך אשם וצריך לסווג אותו גם כמזיק ובכך יפחיתו לו מהפיצוי. (20% אשם תורם מפחיתים לו 20% מהפיצוי).
6. **השפעת מקום האירוע-** האם זה משנה אם המקרה קרה במקום ציבורי או אם מלך נכנס לשטח הבית של קורונהויזר ושם הכלבים תקפו אותו? הוא נכנס בטעות? או נכנס בכוונה כדי לגנוב? האם נכנסים לשטח של מישהו לא משנה מאיזה מטרה ושם נפגעתי ניתן להפיל אחריות על האנשים אשר אצלם קרה הנזק?
7. **על אילו נזקים ניתן לקבל פיצוי?** נזק ממוני או נזק שאינו ממוני?
8. **האם אפשר לתבוע אם אין נזק?** אין נזק אבל ההתנהגות הייתה לא בסדר, ראיתי כי הכלבים משוחררים ולא תקפו אותי ורציתי לתבוע באופן מניעתי לפני שתקרה תקיפה, האם ניתן יהיה לתבוע? האם אפשר לתבוע על נזק ממעשה שהואבסדר? לדוגמה אם נגרם לי נזק בגלל שפתחו ליידי חנות כלשהי שפוגעת לי בהכנסות אני יכולה לתבוע? **פס"ד לאון נ' רינגר-** יש עוולות ללא הוכחת נזק 🡨 שהן בחזקת נזק ואז הן לא מחייבות להוכיח נזק.

**האם הצד החלוקתי נוגע גם לנתבעים?** אם לצד המזיק אין כסף ואין יכולת לשלם פיצוי ראוי לניזוק, מפחיתים את מחיר הפיצוי? האם לאדם עני נפחית בתשלום?

1. **מניעה-** האם דיני נזיקין רלוונטיים למניעה על העתיד ולא לפיצוי על העבר? באופן עקרוני כן. **חייב להיות קשר סיבתי גם באחריות מוחלטת.**
2. **שיקולי ביטוח**- אם ביטוח לאומי משלם למלך למה לתבוע את קורונהויזר? הרי אמרנו שאי אפשר לקבל יותר מ100% פיצוי.
3. **השפעת מוות אחד הצדדים-** אם מלך מת יש תביעה? האם העיזבון זכאים לקבל פיצויים? אם הנתבע מת, האם המשפחה מספקת את הפיצויים? **פרדוקס נזיקין.**
4. **הגנות אפשריות-** הגנה הסתברותית, אשם תורם, שאלת האחריות, קשר סיבתי, חסינות, חוסר יכולת לתבוע גופים רשמיים, אולי נרצה לזרז תהליכים ע"י פשרה? האם פשרה מטיבה עם הניזוק?

**נוסחת האחריות הנזיקית**



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

הסעד המבוקש בתביעה יהיה פיצוי, צו מניעה, צו עשה, את הסעד יבקש התובע לאחר הוכחת הנזק בעת התביעה.

1. עוולה - עוולה היא מעשה בנזיקין שהחברה תופסת אותו כלא מוסרי או מצופה מאדם לעשותו מתוך אחריות חברתית. עוולה יכולה שתהה במעשה או מחדל. **במעשה** – מעשה שע"פ דיני נזיקין לא היית צריך לעשותו. **במחדל** – היית צריך לעשות משהו ולא עשית בכלל או לא עשית כמו שהיית צריך לעשות (דוגמת הבור ברשות הרבים שלא כיסו).

**בכדי שתתקיים עוולה צריך נזק ממשי וקשר סיבתי בין העוולה לנזק**. איזה עוולות אנחנו מכירים? השגת גבול, רשלנות (העוולה הכי נפוצה), כליאה שלא לצורך ועוד..

1. נזק **– ישנם שלושה סוגי נזקים: נזק פיזי\גופני, נזק רכושי, נזק נפשי** (כולל גם עוגמת נפש). הנזקים יכולים לכלול גם הוצאות כלכליות נלוות או נזקים עתידיים כמו אובדן השתכרות. חלוקת הנזק בין כמה מעוולים נעשית באמצעות אומדן והערכה שמעריכים השופטים.
2. קשר סיבתי - מחולק לשני גורמים: קש"ס עובדתי וקש"ס משפטי. יש להוכיח זאת ע"פ מאזן הסתברויות (מעל 50%).

* קשר סיבתי עובדתי: מבחנים הבודקים את הקשר הסיבתי עובדתי-

1. **מבחן האלמלא-** אלמלא העוולה של צד א האם היה בכל זאת נגרם הנזק לצד ב?
2. **מבחן הדיות-** האם די בעוולה שביצע א' כדי לגרום לנזק?
3. **מבחן הסיבה בלעדיה אין-** האם בלי העוולה של א' עדיין היה קורה הנזק? אם התשובה היא לא - יש קש"ס. אם התשובה היא כן - אולי זה בגלל צד ג.

* קשר סיבתי משפטי:

1. **מבחן הצפיות-** המעוול היה צריך לצפות שכתוצאה מהמעשה או המחדל היה נגרם נזק לניזוק. מבחן הצפיות מדבר על **סוג** הנזק ולא על היקף הנזק (**פס"ד ליאון נ' רינגר)**. מבחן הצפיות=מבחן אובייקטיבי מכיוון שנשאל לא רק אם צפה אלא אם היה צריך לצפות.
2. **תחום הסיכון-** האם התוצאה המזיקה היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק?
3. **השכל הישר** האם כל התכונות המציינות את הרשלנות בהתנהגות המזיק, תרמו להתהוות התוצאה המזיקה?

**הסעד המבוקש:**

פיצוי (לעבר וגם לעתיד- בעוולה מתמשכת), צו מניעה, צו עשה.

1. פיצוי לעבר ולעתיד - בנוסף לצו עשה (העתידי) ניתן יהיה לבקש **פיצוי** על העוולה שנגרמה ופיצוי עתידי על כל יום שהעוולה נמשכת. ניתן יהיה גם לתבוע **צו מניעה** על מנת שהמעוול לא יקיים את העוולה בעתיד.

**דרכים להוכחת פיצויים:**

1. **הכול או כלום-** ברגע שהוכחת מעל 50% כי יש קשר סיבתי, תקבל פיצויים בסך 100%.
2. **מאזן הסתברויות-החלק היחסי-** אם לא ניתן להוכיח אשמה כוללת של המזיק במעל 50%, נאשים אותו ונחייב אותו בפיצויים ע"פ אומדן החלק בו אחראי לפגיעה ולנזק שנגרם. נוכיח את החלק בר הייחוס במעל 50% (שינוי בדיני הנזיקין).
3. **הגברת סיכון (increased risk)-** לא נכנס תחת רשלנות. נוכיח כי בעקבות החשיפה אני חלק מקבוצת אנשים בה הסיכון גבוה יותר מכלל האוכלוסייה (לדוג': **פס"ד קרישוב**). בדרך הראשונה, עצם ההגברת סיכון מהווה נזק. בדרך השנייה, זה מהווה ראש נזק חדש. גם אדם בריא, שגר ליד מפעל מסרטן יכול לתבוע לפיצויים בגלל שהגבירו לו את הסיכון לחלות בסרטן. אפשר להגיד שזה גם פגיעה באוטונומיה כי לא שואלים אותך אם לפתוח את המפעל בקרבתך ואז גם פוגעים לך בבריאות. אם המפעל מעלה לך 30% לחלות בסרטן, תפוצה ב30% אבל 30% ממה?
4. **פגיעה בסיכוי-** "לא יצר את הסיכון אבל לא מנע אותו". לדוג': **פס"ד הרשקוביץ**- בו ממילא לחולה לא היה סיכוי לחיות, לכן הקשר הסיבתי בין הנזק לעוולה הוא התנהגות הרופא ולא הימצאות הגידול (בפס"ד זה עלה לראשונה רעיון מאזן ההסתברויות ודובר לראשונה על פגיעה בסיכוי).
5. צו מניעה – סעד קנייני, חזק משמעותית מדרישת פיצויים. הם לא בהכרח יקבלו צו מניעה אבל יוכלו לנסות. לא יכולים לדרוש פיצויים כי עוד לא נעשה נזק. ניתן לתת צו מניעה על ההווה, משהו שקורה עכשיו או לחלופין צו מניעה יחסי - לפעילות בשעות מסוימות או בתקופת זמן מסוימת. או צו מניעה לעתיד- על נזק עתידי.
6. צו עשה - ביהמ"ש מחייב לפעולה כלשהי.

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

מטרות – למה קיימים דיני הנזיקין? מאיפה הם צמחו?

1. פיצוי (האם פיצוי הינו מטרה או אמצעי (לתקן או להרתיע)?)
2. צדק מתקן (השבת מצב לקדמותו או שאיפה לכך ע"י תשלומי פיצוי).
3. צדק חלוקתי (חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית והרתעה).
4. הרתעה (הרתעה יעילה- גישה כלכלית למשפט, מנסה להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית).

מטרות 1 ו2 מתרכזות בצדדים ומטרות 3 ו4 הן מטרות אינסטרומנטליות/מכשירניות (הסתכלות יותר רחבה).

**מדינת ישראל נ' קרישוב**

יצחק הוא פנסיונר שעבד במשך שנים רבות במוסך של קיבוץ מעין צבי בטיפול והלחמה של רפידות בלמים. הוא חלה בסרטן הלימפומה בגיל 37. עורך דינו גילה כי ישנם מאמרים רבים המעידים על כך שסרטן הלימפומה נגרם אצל רבים בשל מגע עם אסבסט (חומר המצוי ברפידות הבלמים). מנגד, ישנם מחקרים שמצביעים על כך שאין קשר הכרחי. כמו כן, התגלה כי 6 פועלים שעבדו במוסך בתפקידו של יצחק (כולל יצחק) חלו בסרטן מסוגים שונים (חלקם כבר אינם בחיים). קרישוב טען כי הקיבוץ לא נקט באמצעי הזהירות הנדרשים בעבודה עם אסבסט ולכן תבע אותם ואת המדינה (לאחר שתביעה בביטוח לאומי נדחתה). תביעתו של קרישוב התקבלה במחוזי, על בסיס חוות דעת של פרופ' שקבעה שבשל הנסיבות קיים קשר סיבתי בין אסבסט לסרטן הלימפומה ובקביעה כי הקיבוץ נהג ברשלנות וללא אמצעי זהירות. בערעור לעליון, קבעה השופטת נאור (דעת מיעוט) כי לטענתה הראיות לא הוכיחו קש"ס. מנגד, השופטים דורנר ולוי קבעו כי ישנו קש"ס. מכאן הדיון הנוסף (לבקשת המדינה ובהתנגדות קרישוב). **השאלה העיקרית- האם ניתן להוכיח קשר משפטי עובדתי בהעדר ראיות חד-משמעיות?**

בית המשפט העליון:

**השופטת נאור** (דעת מיעוט) - קרישוב לא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו בהוכחת הקשר בין החשיפה לחומר למחלתו. דין ערעור המדינה והקיבוץ להתקבל.

**השופטת דורנר** (דעת רוב)- בהצטברות כל הנסיבות, קרישוב עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו ואין נסיבות מיוחדות לפיהן ניתן להתערב בעובדות בית המשפט המחוזי.

**השופט לוי** (דעת רוב) - הנתבעים חטאו בהתרשלות קשה, לא עמדו בנטל ההוכחה (היפוך נטל ההוכחה) המוטל עליהם בלהוכיח שאין קשר בין התרשלותם למחלתו של קרישוב, אין להתערב בפסיקתו של בית המשפט המחוזי.

טענות הצדדים (ערעור נוסף(:

**הנתבעים**

1. לא נמצא קשר בין החשיפה לאסבסט למחלת התובע.
2. שופטי דעת הרוב בערעור לא לקחו בחשבון את הטענות שנאמרו בדעת המיעוט באשר לשיטות המקובלות בעולם המדע לקביעת קשר בין חשיפה לחומר למחלה, והסתמכו על השערות נטולות עוגן מדעי בקביעתם כי יש קשר בין החומר למחלה. עצם מעשה זה עלול להשליך על מקרים נוספים בהם נבחן קשר סיבתי למחלה ולגרום לזילות בתחום זה.
3. לא הוכח סוג מחלתם של עובדי המוסך שחלו בסרטן ולכן אין להשליך מקרים אלו על המקרה שלפנינו.

**התובע**

1. דעת המיעוט בערעור היא זו שחריגה ומהווה בעיה, כי היא שוללת מבית המשפט את התפקיד השיפוטי שלו והופכת אותו נתון לסטטיסטיקות בלבד בעת קביעת הכרעתו.

השאלה המשפטית - האם במחלוקת באשר לקשר בין חשיפה לחומר לבין מחלה, יוכל בית המשפט להסתמך גם על קשר סיבתי עובדתי או רק על קשר מוכח מדעית?

בקשה לדיון הנוסף -  **ביניש** אין לקיים דיון נוסף במקרה זה. נפסק ברוב דעות כי למרות שאין מחקר רפואי התומך באופן מובהק בעמדת קרישוב, הוכח קשר סיבתי בין עבודתו הממושכת עם אסבסט לבין מחלת הסרטן. דבר המחזק זאת הוא העובדה כי 5 עובדים נוספים במוסך, שעבדו בתפקיד זהה לשל קרישוב חלו בסרטן מסוגים שונים.

המדינה הביעה חשש שדעת הרוב בדיון הראשון תתפרש כמייתרת הוכחת קש"ס עובדתי. ביניש מתנגדת לכך ומסבירה כי דעת הרוב מבוססת על הנסיבות המיוחדות למקרה זה. ביניש מוסיפה כי אף השופטת נאור, דעת המיעוט- לא שללה מקרה שכזה.

ההכרעה בנוגע לקש"ס עובדתי היא בידי ביהמ"ש, שיפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בחוו"ד המומחים שיובאו לפניו.

**ההלכה קובעת כי העדר אסכולה רפואית מבוססת אינה מכריעה את גורל התביעה- עדיין להוכיח קש"ס. כמו כן, ההוכחה הנדרשת היא עפ"י מאזן הסתברויות (פחות מרמת הוכחה מדעית).**

התוצאה - העתירה נדחתה.

ההלכה - כאשר נבחן קשר בין חשיפה לחומר לבין מחלה, ייקח בית המשפט בחשבון את חוות דעת המומחים ואת הנסיבות העובדתיות, ויוכל להכריע לטובת התובע גם כשאין לכך הוכחה מדעית מובהקת, אם יש הצטברות של נסיבות המצביעות על הקשר הסיבתי.

מטרות נוסחת האחריות במקרה קרישוב

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

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

פיצוי – לא מחפש אשמים, אלה רק לפצות את הנפגע. הצדק מתקן מחפש את האשם.

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

**פס"ד פאתח נ' קופת חולים של ההסתדרות: פיצוי לפי הסתברות**

קבע בית המשפט כי סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול להיחשב, הוא עצמו, כנזק בר פיצוי. לפיכך, קבע ביהמ"ש כי אין להבדיל בין מקרה שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50% ,הואיל ובשני המקרים לא יזכה הנפגע בפיצוי אלא בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות. את קביעת מידת הסיכון יש לקבוע לפי מבחן עודף ההסתברויות, או לפי אומדן כשהדבר רצוי או ניתן, שאז אין מתעוררת כלל השאלה אם מאן דהוא עמד בנטל ההוכחה המוטל עליו אם לאו.

**לוין:** עד כה אמדנו את מידת אובדן הסיכוי לפי נתונים סטטיסטיים. אם הנפגע יכול להראות, שבגלל תכונותיו המיוחדות אין להביא את עניינו בגדר הנתונים הסטטיסטיים, יפסוק ביהמ"ש לפי הראיות הקונקרטיות שלפניו. ודאי, שאם הסיכוי הסטטיסטי שהנפגע איבד הוא, נאמר, 25% ,והנפגע יכול להראות שהוא אמור להיכלל באותם 25% ,אובדן הסיכוי שלו יהיה 100% ,ויש לפסוק לו את מלוא נזקו.

**שורה תחתונה: אם לא מצליחים לעבור את מאזן ההסתברויות אפשר לזקק את הנתונים שמעניינים אותנו למקרה הספציפי ולהוכיח מה החלק המיוחס הרלוונטי לתובע**. **בעניין קרישוב** 🡨 מה הגורמים לסרטן שלו? יביא רשימת גורמים שביניהם העבודה במוסך בקיבוץ. כעת, יש להוכיח מה החלק הפוטנציאלי של העבודה במוסך בתוך ההסתברויות לחלות בסרטן. זה מסייע לתובע להוכיח קשר סיבתי וכן לקבל פיצוי עבור הנזק ע"י זיהוי של החלק של הנתבע.

**פס"ד הרשקוביץ': פגיעה בסיכוי- "לא יצר את הסיכוי אבל לא מנע אותו"**

הרשקוביץ' הגיע לרופא עם כאבי בטן, הרופא לא זיהה את הסיבה. לאחר כמה ימים הכאב התגבר והרופא עדיין לא יודע. לאחר מכן מגלים לו שיש לו בבטן גידול. הוא תובע את הרופא בטענה כי התרשל כיוון שהוא לא גילה – פגע בסיכוי לגילוי מוקדם. הרשקוביץ' מביא נתונים לביהמ"ש וטוען שאם הרופא היה מגלה, הסיכוי שלו לשרוד היה באותו זמן 39%.

הקש"ס בין הנזק לעוולה הוא התנהגות הרופא ולא הימצאות הגידול.

**39 הם ה-100 של הרשקוביץ**. ככה הרופא קיבל אותו – לפי עולם ההסתברויות: הוא קיבל חולה שיש לו 39 אחוז לשרוד והוא הפחית לו ל-25%, הוא הוריד לו 14% אחוז וזה משמעותי כי השלם הוא גם ככה נמוך.

**דוגמה לשיקולים של מדיניות משפטית: פס"ד עיריית ירושלים נ' גורדון.**

**עיריית ירושלים נ' גורדון**

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

טענות הצדדים –

**המערערת**: האחריות החלה על המערערת היא במס' עוולת הנגישה (פתיחה בהליך נפל) (ס'60 לפקודת הנזקין) הדורשת זדון, והיא לא אחראית כלל במסגרת עוולת הרשלנות. תרופתו של המשיב היא במסגרת ס'80(א) לחוק העונשין המאפשר הענקת פיצוי לנאשם.

**יסודות עוולת הנגישה**: (1) פתיחת תיק פלילי (2) פתיחת ההליך בזדון וללא סיבה סבירה (3)הליך המסכן חירות ו/או חבלה באשראי הנפגע. (4) ההליך הסתיים לטובתו של הנפגע.

**יסודות עוולת הרשלנות**: (1) קיומה של חובת זהירות כלפי הניזוק. (2) הפרת חובה (התרשלות) (3) נזק שארע, וקיום קש"ס בין ההפרה לנזק.

גם אם חלה עוולת הרשלנות לא התקיימו יסודותיה: המערערת לא חבה כל חובה כלפי המשיב, המערערת רשאית להסתמך על רישומי משרד הרישוי, ההטרדה שהוטרד המשיב היא לא נזק ע"פ עוולה זו, אין קש"ס בין התנהגות המערערת ובין נזקו של המשיב בעניין המעצר שבוצע ע"י המשטרה.

**המשיב**: עוולת הנגישה לא שוללת את עוולת הרשלנות, שחלה בעניין זה.

השאלה המשפטית - **אם יש עוולה פרקטיקולרית, האם אני יכול בכל זאת לטעון לעוולת מסגרת?**

הדיון –

**השופט א' ברק:**

* עקרון השוויון בפני החוק מחייב הטלת אחריות ברשלנות על הרשות הציבורית ע"פ אותן אמות מידה כמו על הפרט. גוף ציבורי, כמו כל מזיק אחר, חייב לנקוט אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק.
* לא ניתן להסיק כי קיימת חובת זהירות מושגית באופן אוטומטי, ביהמ"ש שוקל את כלל האינטרסים ולפיהם קובע זאת. ברק בודק את מהלכיה של העירייה אל מול שיקולים משלימים ובוחן אם הם מוצדקים:

1. הרפיית ידי עובדי ציבור- לא יעשו את עבודתם כי יפחדו מתביעות ויאכפו פחות.
2. הצפת בתי המשפט- כל נאשם שיזוכה ינצל את קיום חובת הזהירות ויתבע את הרשות, דבר שיוביל להצפת בתי המשפט ולהוצאות כספיות רבות.
3. יפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי. (יטענו לרשלנות כל פעם?)

* יש לאזן בין שיקולים אלו לשיקולים אחרים בתביעה. עם זאת- ידם של השיקולים השוללים את קיום חובת הזהירות, אינה על העליונה. ברגע שהעירייה ידעה על התקלה במחשב היא יכלה לצפות את הנזק- חלה החובה.
* יתרונות וחסרונות: מצד אחד, 2 הנימוקים הראשונים רלוונטיים כלפי כל עובדי הציבור ואין להם ביסוס (לא הוכחה פגיעה בשלטון החוק/ הצפת בתי משפט), דבר המעיד על חולשתם. מנגד, יש להבחנה הזו (בין תובע אזרחי לפלילי) יתרונות- שוויון, נקיטת אמות מידה ונהלים שיבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה. החובה המוטלת על התביעה הפלילית היא לנקוט באותם אמצעים שתביעה סבירה הייתה נוקטת בעניין.

**אלי גורדון**, התובע, טוען כי נגרמו לו מס' נזקים: **אובדן זמן וכסף, אובדן ריכוז בעבודה, סבל נפשי, פגיעה בשמו הטוב (אנשים ראו / שמעו על מעצרו).** טענותיו מעלות את השאלה- **האם הטרדה היא נזק בר פיצוי?**

* ע"פ הגדרת המושג נזק בס'2 לפקנ"ז- נזק משמעו פיזי או לא פיזי. בשל כך, הוא כולל בתוכו סבל נפשי ופחד. ברק **טוען כי יש להעריך נזק נפשי ולפצות בגינו** – כפי שעושים כשמדובר בנזק רכושי.
* **האם במסגרת עוולת הרשלנות ישנה חובת זהירות מושגית בעניין נזק לא-רכושי?** ברק מאמין שכן. לטענתו, כאשר הנזק צפוי (טכנית) אז צריך לצפות אותו (נורמטיבית)- אלא אם שיקולים של מדיניות משפטית אומרים אחרת. ברק מבהיר כי **אין הבדל בין נזק לא רכושי הקשור לנזק רכושי לבין נזק לא- רכושי שעומד בפני עצמו (נזק נפשי).** מטרת עוולת הרשלנות היא להגן על הניזוק מבחינת נזק רכושי ומבחינת נזק לא-רכושי. **לכן יש לראות בנזק לא-רכושי כנזק בר-פיצוי**. כבוד האדם ושלמות נפשו צריכים לקבל הגנה ראויה.
* בעיה דומה קיימת בדיני החוזים- שם נפסק בס'13 לחוק התרופות כי ביהמ"ש יקבע פיצויים בגין נזק לא ממוני ע"פ שיקול דעתו. לטענת ברק, גישה זו צריכה להיכנס גם אל תחום הרשלנות.
* **ריחוק נזק**: יש לקחת בחשבון את הסיכון לאיתור היקף הנזק הלא-רכושי- גורדון הוטרד מהדו"חות, אולי גם שכנו הוטרד מכך וכך הלאה.. לא לכולם יש זכות תביעה. בהגעת מקרה של נזק לא-רכושי לביהמ"ש, על ביהמ"ש לבחון את שיקולי המדיניות המשפטית, לפיהם נקבע עומק הצפייה מראש. על פי שיקולי המדיניות המשפטית ישנה חובה לצפות מראש נזק לא רכושי למעגל הסיכון הראשוני, שכוונה כלפיו הפעולה המזיקה. במקרה זה מדובר בגורדון.

**סיכום- נזק לא רכושי נכנס אל תוך עוולת הרשלנות. הוא יהיה בר פיצוי אם ע"פ מבחן הצפיות ניתן וצריך לצפות אותו בשל ההתרשלות. כמו כן, לראשונה החשבת נזק נפשי (עוגמת נפש) כנזק בר פיצוי.**

**שיקולים משלימים**

**לא מטרות אך שיקולים נוספים בהם מתחשבים כאשר נדון בדיני נזיקין** (מוזכרים בין היתר בפס"ד גורדון). יש לזכור כי שיקולים אלה הם רק דבר נוסף שיש להביא בחשבון עם המטרות, נוסחת הנזיקין ושיקולים נוספים.

* כיס עמוק – הנטייה להטיל את האחריות על האדם שביכולתו לשלם. בדר"כ לאדם או גוף בעל אמצעים כמו גוף ציבורי (עירייה, מדינה, חברות גדולות). כיס עמוק מתקשר לצדק חלוקתי, אנחנו לא בודקים את החשבון בנק אלא מניחים כי לגוף חזק יש כסף והוא כיס עמוק. **ככל שהנתבע הוא יותר כיס עמוק תהייה נטייה לקבל את התביעה כנגדו**. יש שיקולים שבגללם נטיל את הנזק על כיס עמוק למרות שהוא לא גרם לנזק ישירות, גורם הרתעה (נגיד בית חולים ולא על הרופא או על קבלן ולא על פועל פשוט). המטרה היא בסופו של דבר שכל אדם שיינזק יוכל לקבל פיצויים ע"י השחלת התביעה על כיס עמוק כלשהו. חברות הביטוח מהווים סוג של כיס עמוק בהרבה מקרים. **ההבדל בין כיס עמוק לצדק חלוקתי הוא שצדק חלוקתי לא מייחס חשיבות רק לכסף, אלא גם למעמד של כוח**- לדוג': בעל שלא מסכים לתת לאשתו גט- מחזיק אותה בכוח- לא מעניין אם הוא עני והיא עשירה, השליטה שלו אז מבחינה חלוקתית יש לו כוח ודיני הנזיקין יכולים לעזור לחלק את הכוח בצורה הנכונה.

**יש נטייה לבקש פיצוי עיתי אם אתה עומד מול כיס עמוק, לרוב פיצוי עיתי לא יוטל על אדם פשוט מכיוון שלא נוכל להבטיח שיעמוד בכך ולא יפשוט רגל למשל.**

* הצפת בתי המשפט – לא רוצים לגרום לעומס בתי המשפט בתביעות שלא מספיק מוצדקות. תביעות שיש חשש שאם יתקבלו יוגשו בהמוניהם יכולות להידחות. **שיקול מנהלי** (טענת התביעה בפס"ד גורדון).
* מדרון חלקלק - **פתיחת פתח לתביעות קטנות**. אנחנו לא רוצים שכל דבר יגיע לביהמ"ש אלא, רק מה שבאמת מצריך תביעה, תיקים מהותיים. בסופו של המדרון החלקלק נמצאות תביעות מגוחכות שאנחנו לא רוצים שיוגשו.
* פיזור נזק – יש התופסים את פיזור הנזק כמטרה. **יש רצון שהנזק לא ייפול על צד אחד**. כלומר, למצוא את האפשרויות השונות שבהן ניתן לפזר את הנזק. דוגמה קלאסית לכך היא **ביטוח או ביטוח פנימי (כמו העלאת מחיר מוצר)**. דוגמה נוספת היא **"אשם תורם"** - המזיק אינו המשתתף היחיד בנזק אלא גם הניזוק.
* שיקולים כללים של מדיניות משפטית - יש שיקולים ערכיים לקביעת מדיניות משפטית והשופט יכול להשתמש ברציונליים שונים על מנת לקבל או לדחות תביעה. לדוגמה: חיים בעוולה (פס"ד המר נ' עמית) קשה מבחינה ערכית להגיד שעצם היוולדו של ילד הוא נזק, גם אם הוא בעל מוגבלות. שם הוחלט שצריך להשוות את הפיצוי ביחס למצב שהיה לולא הייתה מתרחשת העוולה, ולא מצב אופטימלי. **אם לא הייתה עוולה לא היה נולד ילד בריא ולכן לא ניתן לבקש פיצוי עבור ילד בריא, אם לא הייתה עוולה לא היה נולד ילד כלל**.

**שיקולי מדיניות משפטית בחסימת תביעות**

1. **חיים בעוולה, הולדה בעוולה והריון בעוולה**

**זייצוב נ' כץ**

בני זוג הלכו ליועצת גנטית בגלל שחשבו שהילד שיוולד להם יחלה במחלה גנטית מסוכנת, בשל עבר של מחלות גנטיות במשפחה. היועצת אמרה שהם יכולים להביא את הילד לעולם בלי חשש, אך הילד נולד עם המחלה, שפוגעת בהתפתחותו הפיזית והנפשית . בשל כך, מחליטים ההורים להגיש תביעה בשמו. הייתה טענה שתביעה זו לא יכולה להתקבל. הטענה מטעם הילד היא שהיה עדיף לו לא להיוולד (בשל המחלה), הוא נולד כתוצאה מרשלנות של הרופאה ולכן הוא ניזוק.

השאלה המרכזית- האם ניתן לתבוע בגין רשלנות רופא שהתרשל במתן ייעוץ גנטי להורי קטין שנולד עם מחלה תורשתית כשיכול היה לא להיוולד כלל?

**הפעם הראשונה בה נקבעו ליילוד פיצויים על עצם הולדתו ("טוב מותי מחיי"**). בפס"ד זה הוזכרו שתי עילות לתביעה:

1. **חיים בעוולה- עילת הקטין**: עילת תביעה של ילד הנולד עם מומים כנגד מי שעליו היה לאתר את מומים אלה ולא איתר אותם (היועצת הגנטית במקרה הזה). ביהמ"ש היה חלוק בנוגע לעוולה זו, שכן ישנו ערך מרכזי, "קדושת החיים". עדיף להיוולד מאשר לא גם אם נולד עם מחלה קשה.

**ברק טען כי במקרה זה יש חיים בעוולה, אך הנזק הוא לא על מתן החיים, אלא על החיים במום- מתן חיים פגומים.**

1. **הולדה בעוולה- עילת ההורים:** עילת תביעה של הורים כנגד גורם רפואי שבשל רשלנותו הרפואית הם לא הפילו עובר בעל מומים. **הפיצוי יהיה בגין הפרש עלויות הגידול של ילד עם מוגבלות לילד בריא**. עוולה זו נכנסת בתוך עוולת הרשלנות, לכן עילה זו התקבלה.

**שיקולי מדיניות משפטית לקבלת תביעה כזו**- התביעה כעיקרה פשוטה (היועצת פישלה) יש נזק ויש קש"ס. אך עדיין, ביהמ"ש בכל העולם לא מקבלים תביעות כאלה. מדיניות משפטית מגיעה דרך עוולת הרשלנות המאפשרת להתחשב בשיקולים חיצוניים לנוסחת הרשלנות הנזיקית. מבחינה מוסרית- **האם נכון לאפשר לאדם לתבוע בעילה כזו? "ערך קדושת החיים" הוא ערך מוגן וחשוב במשפט.**

**עמית נ' המר**

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

שאלה משפטית - **האם יש להכיר בתביעת ההורים "הולדה בעוולה" או בתביעת הילד "חיים בעוולה"?**

**השופט ריבלין**: לא נכיר יותר בתביעה של הילד, אך נכיר בתביעה של ההורים. **הפך את ההלכה שנקבעה בפס"ד זייצוב**. **אין יותר "חיים בעוולה" כיוון שערך החיים חשוב אך יש מקום ל"הולדה בעוולה" על פיה יקבלו ההורים פיצויים לשם גידול הילד.**

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

**נושא זה נזכר במאמרו של עמוס הרמן: היריון בעוולה** עוסק במצב בו הילד נולד בריא אבל **ההיריון עצמו לא רצוי**. אם נמצא למשל, **במקרה זה כי הרופא פישל אז התקיימה רשלנות והתקיימה עוולה ויש עילה לתביעה על הריון בעוולה**. הנטייה בעולם היא לא לקבל תביעות על היריון בעוולה זאת מכיוון שבעייתי לקרוא לילד בריא נזק. הפתרון הוא שהילד הוא לא הנזק, אלא **הוצאות הטיפול בילד** הינם הנזק שתובעים מהרופא הרשלן. בין טענות ההגנה יטען הרופא שהאושר שמביא הילד צריך לרדת מהפיצוי. **הפתרון בעולם תובע על החזקת ותחזוקת הילד, על ההוצאות עליו וכן נפחית את האושר.** האם הילד יוכל לתבוע על הריון בעוולה? (על כך שהוא לא רצוי מבחינת ההורים). הילד יכול לתבוע את הוריו או שיתבע את הרופא- בגללו נולד ילד לא רצוי. **זוהי פגיעה נפשית.** **ההיריון בעוולה הוא דוגמה מצוינת למקום בו יש טובת הנאה ונזק מאותו מקרה**. **מה קורה אם אדם גם נהנה וגם ניזוק מהעוולה? בדר"כ יש השלכות- השופטים ייקחו בחשבון בסכום הפיצויים גם את התועלת שהרוויח הצד שטוען לנזק.**

**בקיצור:**

1. הולדה בעוולה- נולד ילד עם מום, פשלה של רופא/יועץ גנטי: יקבלו פיצויים בסך ההבדל בכסף בין גידול ילד רגיל לבין בעל מוגבלויות
2. הריון בעוולה- הריון לא מכוון בגלל פאשלה: יקבלו פיצויים בסך גידול ילד. לפי עמוס הרמן, גם ילד יכול לתבוע בגין הריון בעוולה אם הוא ילד לא רצוי (את הרופא או את ההורים).
3. חיים בעוולה- היה בזייצוב, אך בוטל בהמר בגלל קדושת החיים.
4. **תביעה נזיקית בגין בגידה - אין פיצויים בגין בגידה:**

ע"א 5258/98 פלונית נ' פלוני פס' 14 לפסק דינו של ריבלין- גבר ואישה ששניהם היו נשואים והגבר הבטיח לאישה שאם תתגרש הוא גם יתגרש ויהיו זוג. לא קיים את הבטחתו והאישה תובעת פיצויים. **ריבלין-** לא מכירים בנזקים הנפשיים בגין פרידת בני זוג/בגידה על אף שקיימים כאלו הם אינם מהווים עילה לתביעה.

ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני- בעל שאשתו בגדה בו תובע תביעת נזיקין את הגבר שאיתו בגדה. ביהמ"ש פוסל את הערעור של הבעל. מנמק בין השאר ב:

* נישואין אינם נכללים בפקנ"ז כגרם הפרת חוזה (מישהו שביודעין גורם להפרת חוזה של צד שני עם צד ג').
* קבלת תביעה שכזו תביא להצפת בתי המשפט שכן תופעת הבגידה נפוצה ועוד הרבה יתבעו על כך.
* המשפט אינו רוצה להיכנס בחדרי המיטות של אנשים ולאינטימיות שלהם.

1. **תביעה נזיקית בגין אי גילוי עבר מיני- אין פיצויים על אי גילוי עבר מיני:**

בע"מ 5827/19 פלוני נ' פלונית- תביעה נגד בעל הומוסקסואל וחילוני שלא גילה על כך לאשתו וחמתו ששילמו לו כספים רבים ותובעות לפיצויים. ביהמ"ש לענייני משפחה דחה את התביעה וביהמ"ש המחוזי אישר. בערעור הנוסף התביעה נדחתה:

* מדיניות משפטית ערכית- חוסר רצון להכיר בחובה משפטית של אדם על נטיותיו המיניות לעומת חובה מוסרית שכן נחשבת.
* הצפת בתי המשפט בגין תביעות דומות.
* לא לפגוע באוטונומיה של אדם וביכולתו לעצב את סיפור חייו.
* פגיעה בפרטיותו של האדם.

**ההיסטוריה של דיני הנזיקין**

מהיכן צמחו דיני הנזיקין? דיני עונשין ודיני חוזים.

**גישה 1 – דיני נזיקין צמחו מדיני החוזים**

התחילו להעלות דוקטרינות לא חוזיות ונורמות התנהגות לפיה הולכים, חוזים חברתיים, התחילו שאלות חוזיות שמטרת הניזוקים הייתה לקבל נזק שאין חוזה אמיתי, המטרה הייתה להראות שכל נזק הוא נזק מחוזה. לאט התפתחו הרבה מקרים של נזק לא חוזי, ניסו להגיד כי ישנן נורמות כלליות החלות על מקרים אלה וככה התחילו דיני הנזיקין, כנזק שלא מחוזה. עד שנוצר ענף עצמאי של נזק שלא נגרם מחוזה (למרות שנזיקין זה גם מחוזה).

קשר שקיים עדיין בין דיני הנזיקין לדיני החוזים:

* **חובת הזהירות בעוולת הרשלנות** – חובה להיזהר שלא להזיק או להימנע מלהזיק. אדם צריך להיזהר לא להזיק גם אם אין חוזה. לא תמיד יש חוזה אבל אם יש חוזה עולה השאלה מה הצד השני עשה כדי למנוע את הנזק? עם זאת דיני הנזיקין התפתחו באופן עצמאי ואינם דורשים חוזה.
* **עוולת גרם הפרת חוזה (ס'62 לפקודת הנזיקין)** - מי שביודעין גורם לאדם אחר שיפר חוזה מחייב, עושה עוולה כלפי הצד השלישי, אולם הצד השלישי לא יוכל לקבל פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל מכך נזק ממון. **העוולה דורשת יסוד נפשי אך בדר"כ בדיני הנזיקין אין יסוד נפשי.**
* **תום לב נזיקין ולא רק בדיני החוזים ס'39 + 61ב לחוק החוזים** - רואים את חובת תום הלב גם בדיני הנזיקין בהשראת דיני החוזים.

הבדלים בין דיני החוזים לדיני נזיקין כיום:

* **דיני נזיקין צופים פני עבר ודיני חוזים צופים פני עתיד**, חוזים שואפים לאכיפה ולא רק כיצד לפצות במקרה של הפרה. דיני הנזיקין מחפשים איך לפצות ואיך להרתיע מפני רשלנות עתידית בעזרת פיצוי.
* **בדיני חוזים אין אשם** – האחריות מוחלטת. לעומת זאת בדיני הנזיקין יש אשם – ניתן להגיד שיש סוג של אשם או הפרה של חובה משתמעת. אם כי גם בדיני נזיקין יש מקרים של אחריות מוחלטת ללא אשם. דיני הנזיקין דורשים חיפוש אשם באופן אובייקטיבי, בעוד שבחוזים מי שהפר את החוזה הוא אשם.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **נושא** | **דיני נזיקין** | **דיני חוזים** |
| **מקור החיוב** | בדין. החבות אינה מבוססת על פעולה רצונית של הניזוק. | בחוזה, מכוח הסכמה רצונית של הצדדים. |
| **זכויות** | מוגנת IN REM- זכויות צד כלפי הציבור הרחב. | מוגנות IN PERSONAM- זכויות אישיות. |
| **סעדים** | בפקודת הנזיקין. | בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). |
| **סוג הפיצויים** | השבת המצב לקדמותו. (אינטרס ההסתמכות). | קיום החוזה- פיצויי הסתמכות ופיצויי קיום. |
| **דוקטרינת אשם תורם** | קבועה בפקודת הנזיקין. | דוקטרינה שאומצה בדיני בחוזים מדיני הנזיקין. |
| **סעד מרכזי** | פיצויים. | אכיפת החוזה. |

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

**גישה 2 – דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין**

**מדוע יש צורך בדיני הנזיקין לפי גישה זו? חלק מהרצון לתת סעד גם לנפגע עצמו.**

שרידים לערבוב בין דיני העונשין לדיני הנזיקין:

* **מטרת ההרתעה** - זה חלק משמעותי מהדין הפלילי. הרתעה בנזיקין היא שריד לדיני העונשין. בדור האחרון מטרת ההרתעה קיבלה פנים כלכליים לדיני הנזיקין.
* **ערבוב בין פלילי לנזיקי** למשל במשפט העברי (ספר דיני הנזיקין של הרמב"ם) יש גם דוגמאות מתרבויות אחרות לחפיפה בין הפלילי לנזיקי.
* **ס'88 לפקנ"ז עוולה שהיא גם עבירה** - ממשיך את המגמה שבוחרת להתמקד גם בקורבן העבירה, וקובע כי במקום שבו המעשה מהווה גם עבירה פלילית, זה לא יהווה מחסום בפני נפגע העבירה לפיצויים מכוח דיני הנזיקין. אז אם יש עוולה נזיקית שנתבע בביהמ"ש, ובביהמ"ש בזמן ההליכים שיש סממנים של פשע/מעשה פלילי, ההליכים יתעכבו עד שהעובדות ימסרו למשטרה.
* **ס'77 לחוק העונשין פיצוי במסגרת ההליך הפלילי** - ניתן לקבל פיצוי במסגרת ההליך הפלילי. אפשר לחייב את האשם הפלילי לפצות את הנפגע. זה מוכיח קשר בין התחום הפלילי לנזיקי.

1. 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.
2. 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.
3. לעניין גביה, דין פיצויים לפי סעיף זה כדין קנס; סכום ששולם או נגבה על חשבון קנס שיש בצדו חובת פיצויים, ייזקף תחילה על חשבון הפיצויים.
4. הורה בית משפט כי פיצוי שהנאשם חויב בו לפי סעיף זה ישולם לשיעורין, והנאשם לא שילם את אחד התשלומים במועדו, תעמוד יתרת החוב לפירעון מידי.

**ההחלטה היא בידי השופט ולא ניתן לדרוש את הפיצוי**.

* **ס'42א(א) לפקודת הראיות** - פסק דין פלילי יהווה ראיה במשפט אזרחי. בית המשפט לא לוקח עדויות וממצאים ממקרים אחרים גם אם הם דומים. זה חורג מהכלל לפיו שופט צריך לשמוע משפט באופן מלא לפני שמקבל הכרעה. **ההנחה היא שבדין הפלילי יעברו על כל הראיות בצורה מקיפה וזה מספיק גם לדין האזרחי, בגלל שצריך להוכיח אשמה מעל לכל ספק סביר. בנזיקין צריך מאזן הסתברויות- רק מעל 50%.** "א. הממצאים והמסקנות של פסק דין חלוט (שאי אפשר יותר לערער עליו) במשפט פלילי, המרשיע את הנאשם, יהיו קבילים במשפט אזרחי כראיה לכאורה לאמור בהם אם המורשע או חליפו או מי שאחריותו נובעת מאחריות המורשע, ובכלל זה מי שחב בחובו הפסוק, הוא בעל דין במשפט האזרחי".
* **ס'77 לחוק בתי המשפט** - כשתביעה אזרחית נגררת לפלילים יכול השופט שעסק בפלילי להיות גם זה שישפוט באזרחי (למרות שהוא אינו שופט נזיקי). הוא כבר שמע את הראיות ומכיר את המקרה. אם הוא הרגע הרשיע אותו בפלילים, הוא רק צריך לדון בפיצויים שמגיעים לקורבן- **"תביעה נגררת".** אם רוצים להגיש תביעה נזיקית לאחר הליך פלילי, עדיף להגיש אותו לבית המשפט הפלילי בתביעה נגררת- **אפשר תוך שלושה חודשים ואז האפשרות מתבטלת**. אם יגישו תביעה נזיקית נפרדת- יש סיכוי שלא יהיו פיצויים. **החיסרון** הוא שרק הקורבן יכול לתבוע ורק הנאשם הוא הנתבע. **היתרון** הוא כי נחסכים עלויות ביהמ"ש והדיון אינו צריך להיערך מחדש. "הורשע אדם בבית משפט שלום או בבית משפט מחוזי והוגשה נגדו - ונגדו בלבד - תביעה אזרחית בשל העובדות המהוות את העבירה שבה הורשע, מוסמך השופט או המותב שהרשיעו, לאחר שפסק הדין בפלילים הפך לחלוט, לדון בתביעה האזרחית, אם ביקש זאת מגיש התביעה; לעניין זה מוסמך בית משפט מחוזי לדון גם אם התביעה לפי שוויה היא בתחום סמכותו של בית משפט שלום".
* **פיצויים עונשיים** - כדי להרשיע אדם בפלילים צריך מעשה וכוונה. **בנזיקין הכלל הוא שלא צריך כוונה**. לפעמים דברים קורים בטעות ועדיין מגיעים פיצויים. **הגישה המקובלת היא שנותנים פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים.** זה מראה חפיפה בין הדין הנזיקי לדין הפלילי. (לדוג': **פס"ד אטינגר**) כלומר, **היסוד הנפשי מעונשין מקבל אלמנט בתוך דיני הנזיקין.**
* הגישה הכלכלית: **אדם עושה נזק של 100 ומשלם 1000. למה?** הפיצוי גדול יותר מהנזק כי הייתה כוונה תחילה.

1. **מעשה מעין פלילי: הרתעה. המעשה שעשה המזיק הוא מעין פלילי ולכן רוצים לגנות אותו. יפגעו לו בכיס יותר ממה שהוא גרם. פיצוי עונשי.**
2. **רציונל כלכלי: במקרים רבים למזיק "משתלם" להזיק (לדוג' חברה הפולטת גז מסוכן), מכיוון שהפיצוי נמוך. בנוסף, מזיק סדרתי לא תמיד ייתפס וישלם רק אחת ל... לכן, יפסקו כנגד המזיק פיצויים גבוהים. גם כאן מדובר בהרתעה.**

**הגישות המודרניות לפיצויים עונשיים בלבד:**

* **כשהמעשה חמור במיוחד זדוני ומכוון-** רציונל פלילי- הרתעתי**. הגישה עוסקת רק בצד הפוגע- המזיק, היא איננה עוסקת בשאלה מדוע לניזוק מגיע לקבל את אותם הפיצויים**. דוגמה **מפס"ד אטינגר**- יש לבחון את חומרת המעשה. השופט ריבלין הולך בעקבות פסיקה מסורתית אנגלית וקובע כי מדובר בשריד לדיני עונשין כשהמעשה הוא חמור במיוחד, זדוני ומכוון. בדיני נזיקין, **אין צורך להוכיח כוונה וניתן להשלים את הנוסחה הנזיקית ללא הוכחת כוונה/זדון**. אולם, **אם נרצה להטיל פיצויים עונשים יש להוכיח כוונה**. גישה זו רחוקה מצדק מתקן הדוגלת בכך שהמזיק צריך לשלם פיצויים לניזוק בסכום המדויק בו הזיק לו והקורבן לא נדרש לקבל יותר.
* גישת **Societal redress extra compensatory damages** (**קתרין שרקי**) **– הפיצוי לקורבן מטרתו למעשה מעין פיצוי חברתי על הפגיעה בחברה ובאנשים נוספים מעבר לנפגע הישיר. היא גם מציעה לתת לנתבע לשלם מעבר לפיצוי הבסיסי ואת החלק ה"עונשי" להעביר לקרן הקשורה לעבירה וכו' (נפגעת אונס, הפוגע יעביר סכום לקרן לנשים..).**
* גישת המכפיל (מולטיפלייר) **–** רציונל הרתעתי- כלכלי- אזרחי. מדובר על הרתעה יעילה. לכאורה, פיצויים עונשיים גורמים להרתעת יתר. אך **שאול ופולינסקי** טוענים **שפיצויים עונשיים דווקא מהווים הרתעה אופטימלית**. לטענתם, יש להסתכל על כל המערכת ולא רק על המקרה הספציפי. בהסתכלות כוללת ישנם ניזוקים רבים שאינם תובעים מסיבות שונות. ועל כן, מזיקים רבים אינם משלמים על עוולותיהם כפי שהיו צריכים בשל הסכמי טיעון. **בראייה של רווחה מצרפית יש הרתעת חסר**. **פיצויים עונשיים מעלים את רמת ההרתעה למעוולים פוטנציאלים, בעיקר למעוולים סדרתיים והמוניים**. אם מעוולים פוטנציאליים יביאו בחשבון מראש אפשרות של פיצויים עונשיים, התוצאה תהיה יעילה יותר והרווחה המצרפית תגדל. דוגמה: מזיק גורם לנזק של 10 לכל אחד מ6 אנשים. מסיבות שונות, רק 2 מהם צפויים להגיש תביעה. המזיק יפנים רק 20, אף שהנזקים השליליים שגרם הינם 60. ההפרש הוא הפיצויים העונשיים. **מבחינת יכולת אכיפה- במקום שיש תת אכיפה נכנסים הפיצויים העונשיים**. בבתי המשפט הפדראליים ננקטו גישות דומות לגישה הכלכלית על ידי שני שופטים שהם מאבות המשפט והכלכלה. קלברזי משתמש ברציונל דומה לmultiplier, וקורא לו: socially compensatory damage”".

ביהמ"ש העליון האמריקאי דחה את הגישה הזו מסיבות מהותיות ופרוצדוראליות (כגון אי מתן התגוננות לנתבע על אותם תיקים שעליהם מחויב לשלם אך לא נתבע בפועל, זהו ניגוד לdue process- הזכות להליך הוגן). **מלמד כי באופן עקרוני לא ניתן בפועל לפסוק על דבר שלא באמת הוכח ונדון בפנייך**.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **נושא** | **דיני נזיקין** | **דיני עונשין** |
| הצדדים | משפט פרטי: ניזוק מול מזיק, כלי לנפגע להגן על האינטרס הפרטי. | משפט ציבורי: מדינה מול נאשם- אינטרסים של הציבור ושמירה על הנורמות בחברה. |
| מטרת ההליך | לפצות את הנפגע, השבת המצב לקדמותו. | ענישה והרתעה. |
| יסוד הנפשי | אין צורך להוכיח אלא אם היסוד הנפשי נכלל במפורש ביסודות העילה. | יש צורך להוכיח יסוד נפשי, למעט חריגים. |
| סנקציה | פיצויים. | מאסר, קנס וכיוצ"ב. |
| סדר דין | סדר דין אזרחי. | סדר דין פלילי. |
| מינוח | עוולה | עבירה |
| רמת הוכחה | עמידה במאזן הסתברויות | מעל כל ספק סביר. |
| היותו של מעשה עבירה פלילית אינו חוסם הגשת תביעה אזרחית בגינו (ס'88 לפקודת הנזיקין).  ס'77 לחוק העונשין קובע שביהמ"ש יכול לפסוק שהמזיק יפצה את הניזוק. | | |

**לסיכום,** ניתן להבין מגישה זו שעם הזמן ניתנה האפשרות לניזוק להגיש תביעה אזרחית מנגד להליך הפלילי וניתן לומר שכך נוצרו דיני הנזיקין.

**משטרי אחריות נזיקית**

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטי

משטרי אחריות

1. **אשם (ס'64) / רשלנות (ס'35)**- אחריות על המזיק כי הוא היה לא בסדר ואשם, זהו המשטר הכי טבעי. משטר של אשם אומר שמי שאשם צריך לשלם וקובע מתי. יכול להיות בגלל **מעשה** או **מחדל** יתרון: המזיק הוא זה שמשלם, מרתיע את שני הצדדים לנהוג בזהירות. חיסרון: לא מעורר הרתעה, יש להוכיח את הנזק והקש"ס (לא פשוט בכלל).
2. **אשם + אשם תורם (ס'68)**- אתה משלם כיוון שאתה אשם, אבל ישנה אחריות חלקית (תרומה לנזק) של הניזוק (הצד שנפגע) ואי לכך הפיצויים יפחתו בהתאם.
3. **אחריות שילוחית**- אחריות המוטלת על אדם בגין מעשיו של אדם אחר, כשלראשון אין דופי אישי והאחריות קמה עקב יחסים מיוחדים. (עובד- מעביד, שולח-שלוח).
4. **אחריות מוחלטת** (פלת"ד, חוקי בטיחות בעבודה, חוקים והסדרים ספציפיים)- זוהי אחריות ללא בדיקת אשמה וללא הגנות. האחריות קמה ללא צורך בהוכחת אשמה, ואפילו אם בידי התובע להוכיח שהנתבע התרשל- אין בכך צורך. די בעובדה שנגרם נזק.

לדוג': **הרכבת והגיצים**- **פוזנר וקלאברזי** דנו בסיפור לגבי רכבת העוברת ליד שטחים חקלאיים והגיצים שהיא יוצרת גורמים לשריפות. החקלאים תובעים את הרכבת שמצידה טוענת שלא ניתן למנוע את הנזק.

**קלאברזי** תומך **באחריות מוחלטת** ולכן דורש שישלמו. טוען כי המשפט להחלטת האשם בכל פעם יהיה ארוך ומסורבל מאשר קביעת אחריות מוחלטת על הרכבת מה שיביא לחסכון בעלויות, הידיעה כי האחריות לנזק היא מוחלטת תגרום למזיק להשקיע משאבים כדי למצוא פתרון שיפחית את הנזק שיגרם וכך דברים יתפתחו וישתנו.

מנגד, **פוזנר** אומר שהרכבת היא יעילה לחברה ועלול הדבר לגרום לעליית המחיר לכרטיס או לירידת רמות הפעילות- ואנו לא מעוניינים בכך.

חסרונות: אין אשם תורם אז ניזוק לא מורתע, המזיק לא תמיד ישלם, הפחתת רמות הפעילות, פיזור הנזק.

יתרונות: הרתעה יעילה למזיק, השבת המצב לקדמותו/להטיב, לא צריך להוכיח קש"ס (משפט את התהליך).

משטרי ביניים

1. **אחריות חמורה**- אחריות מוחלטת עם אשם תורם. **אחריות חמורה היא אחריות ללא בדיקת אשמה, אך עם הגנות**. יחד עם זאת ישנן הגנות אשר בהתקיימן, לא תוטל אחריות על המזיק.

**מה החשיבות של התנהגות התובע - זה יעשה את ההבדל בין אחריות חמורה למוחלטת**: באחריות מוחלטת הנתבע לא מעניין - הוא בכל מקרה צריך לשלם, אך באחריות חמורה ניתנת לו הגנה אחת משמעותית- אפשרות להתגונן באמצעות התנהגות התובע. אם התובע לא היה בסדר, באחריות חמורה זה מציל את הנתבע.

1. תמונה שמכילה טקסט

   התיאור נוצר באופן אוטומטי**אחריות מוגברת-** היפוך נטל הראיה: ס' 38-41 נזק ראייתי- **היפוך של נטל ההוכחה. יש מקרים בהם שבמקום שהניזוק יוכיח את הנזק מעבירים את הנטל על הנתבע** (המזיק). להוכיח ש"לא התרשלת" הוא נטל קשה, ולכן ישנו תמריץ לשמור את ההוכחות הרלוונטיות להגן על חפותך. (בפועל כשמעבירים את נטל ההוכחה מהניזוק לנתבע, יוצא מצב של אחריות מוחלטת מכיוון שהסיכויים שיצליח להוכיח שלא התרשל הם קלושים).

**עוולות מסגרת ועוולות פרטיקולריות:**

**מהי עוולה?** מצב ביניים שבין מעשה למחדל. עשיית דבר שלא עד הסוף/ חצי עשייה/ עשייה שאינה מספקת. במצב זה אין היבט לא חוקי מובהק אלא סטייה קלה מהחוק.

**עוולה פרטיקולרית**- עוולה "סגורה" המתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות שהוגדרו ע"י המחוקק, לדוג': תקיפה מינית, חוק הסלקטורים, עוולת לשון הרע. אלו עוולות שחלות על הרבה מקרים מסוג ספציפי.

**\*הגנה פרטיקולרית** – הגנה ספציפית עבור אותה עוולה.

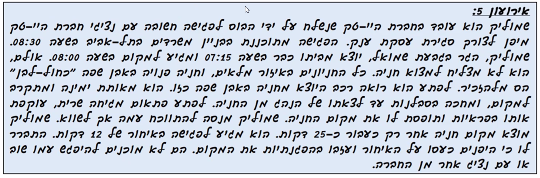
**עוולת מסגרת**- (עוולת סל) הינה עוולה שמכילה הרבה סוגי התנהגויות לדוג': רשלנות והפרת חובה חקוקה. אלו עוולות שחלות על סוגי עבירה שונים.

1. **עוולת נגישה (ס'60 לפקודת הנזיקין)** – שימוש לרעה בהליכים משפטיים, עוולה פרטיקולרית. **בפס"ד גורדון**, גורדון טען לעוולת נגישה. אך הבעיה היא שהסעיף דורש יסוד נפשי של זדון. העו"ד של גורדון במקום לתבוע על נגישה ולהסתבך עם הוכחת היסוד הנפשי, תובע על עוולת רשלנות ובכך 'עוקף' את הצורך ביסוד נפשי. ברק אומר כי זה אפשרי, אפשר לעקוף עוולה פרטיקולרית (אם יש חשש שלא מתקיימת או קשה להוכחה) דרך עוולת מסגרת.
2. **עוולת הרשלנות (ס' 35,36 לפקודת הנזיקין)** - התנהגות בצורה לא זהירה ולא סבירה, העוולה הנפוצה ביותר- אך הקשה ביותר להוכחה.- עוולת מסגרת
3. **הפרת חובה חקוקה (ס' 63 לפקודת הנזיקין)** - הפרת חובה המוטלת על אדם לפי חוק, וזה נועד לטובת אחר. ההפרה גרמה לאותו אדם נזק מהסוג אליו התכוון החיקוק. האדם הנפגע אינו זכאי לתרופה אם החיקוק לא התכוון לתרופה זו. לדוג', רופא שהסתיר מחולה דברים מסוימים לגבי הטיפול שלו, הפר חובה (מתוקף חוק רפואי כלשהו) ועשוי להיחשב כעוולה נזיקית. – עוולת מסגרת

**מהו נזק?**

נוסחת האחריות הנזיקית דורשת: עוולה 🡨 קש"ס 🡨 נזק.

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



**אירועון 5**

**העוולה**- תפיסת מקום החנייה.

**הנזק**- **נזק רכושי**, הפסיד עסקה גדולה.

**קש"ס**- בשל תפיסת מקום החנייה אבדה העסקה.

**אילו הייתה תביעה-** ביהמ"ש היה טוען כי אין נזק אמיתי, ולהגנת הנתבעת היו משתמשים בס'4 העוסק במעשה קל ערך, מקרה בו אדם סביר לא היה תובע.

יש להניח כי לשמוליק נגרם נזרק רכושי-כספי, הוא פספס עסקה ולכן יכול לתבוע את הנזק הרכושי. אך מנגד, יש עניין של צפיות, שרית לא יכלה לצפות שזה הנזק (8 מיליון דולר) שיגרם בעקבות תפיסת החניה ובנוסף, המעשה של שרית הוא לא בהכרח פעולה משפטית- היא לא מכבדת ברמה החברתית אבל לא מהווה עוולה.

לסיכום, יש בעיה מבחינת הנוסחה, לא בטוח שיש עוולה פרטיקולרית, אך אולי יש עוולת מסגרת?

אם נטען נזק נפשי= הגנה של ס'4- מעשה קל ערך./נטען נזק רכושי= ביהמ"ש לא יחייב את שרית לשלם 8 מיליון דולר ובנוסף, אין נזק מוחשי של 8 מיליון דולר, לא בטוח שהיפנים היו מאשרים את העסקה.

בנוסף, אם היו טוענים זאת בביהמ"ש, היה נבדק מה החלק ששמוליק מקבל מהעסקה. דרך נוספת: לבדוק מה ההסתברות שהיה מצליח לכרות את העסקה עם היפנים.

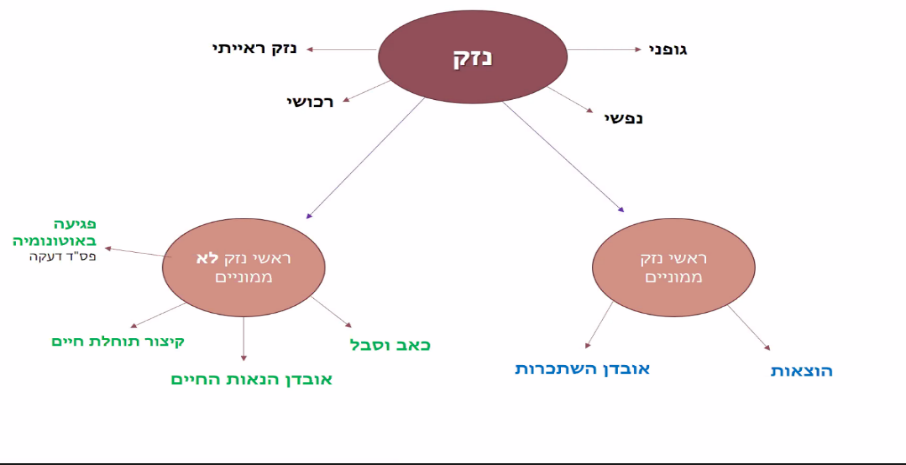
**נזקים מול ראשי נזק ממוניים ולא ממוניים**

כאשר הוכח נזק, הניזוק מסווג את הנזקים שלו לראשי נזק. ראשי נזק הם הפירוט של הנזק לפרטים כדי שביהמ"ש יוכל לעשות "חשבון" לסך הפיצויים המגיעים לניזוק. **הכלל הוא שמכל נזק ניתן להגיע לכל ראשי הנזק.**

לדוג': מתאונת דרכים (נזק ממוני) אפשר שיהיה נזק נפשי הדורש ראש נזק לא ממוני.

**שני סוגי ראשי נזק עיקריים:**

1. **ראשי נזק ממוניים-** ראש נזק שניתן לכמת אותו בכסף בצורה פשוטה (מתמטית).
2. **ראשי נזק לא ממוניים-** נזקים שצריך לכמת אותם בכסף אך אין סרגל ברור למדידה. ביהמ"ש צריך להעריך כמה שווה הנזק שלך.

****

**ראש נזק ממוני מסוג הוצאות רפואיות: מוסד או בית?**

**מוסקוביץ' נ' עיריית חיפה**

קטינה שאושפזה בבית חולים בחיפה לשם ניתוח קל במפרק הירך (בת שנה וחצי). ההרדמה של הניתוח גרמה לה נזק מוחי קשה שהביא לשיתוק מוטורי ושיתוק מוחין עם פיגור שכלי. ההורים תובעים בעילה של רשלנות רפואית.

**השאלות המשפטיות**: האם קוצרה תוחלת חייה של איה ואם כן באיזה שיעור? האם תטופל איה בבית הוריה או במוסד? האם המקרה הוא מקרה הולם לפיצוי בתשלומים עתידים??

**דיון:** ההורים תבעו בעילה של רשלנות רפואית בשל הרדמה של ניתוח. רצו לטפל בה בבית אך העלויות גבוהות יותר ולוקחים בחשבון שהיא לא תמיד תוכל להישאר בטיפול ההורים בנוסף, **לא הוכח שתוחלת החיים שלה תקוצר ללא טיפול בייתי**. נקבע כי הביטוח ישלם לפי סטנדרט של מוסד ומעבר לכך המשפחה תשלם.

הלכה: לא הוכח כי טיפול בבית יטיב/יאריך את חייה של איה, אי לכך אין לקבל פיצויים בגובה טיפול בבית.

**סורוקה נ' הבאבו**

אדם שנפגע קשה, רצו לטפל בו בבית והעלות גבוהה יותר. הביטוח דורש לשים אותו במוסד, שכן המחיר נמוך יותר. הביטוח מחויב לתת סכום מסוים על מוסד- מעבר לזה התשלום על המשפחה. זו הייתה ההלכה הרבה שנים. בפס"ד הנ"ל נקבע שמספיק שיש חוות דעת לפיה מועיל לאותו אדם להיות בבית, יחלים מהר יותר וכו'- הביטוח ישלם את הסכום הנדרש.

**השאלה המרכזית בדיון**: האם לחשב את הפיצויים לפי מגורים במוסד או לפי מגורים בבית?

**דיון:** ביהמ"ש העליון פוסק לניזוק פיצויים ע"פ החישוב שישהה בביתו משום שע"פ מטרות דיני נזיקין של השבת המצב לקדמותו, על הניזוק לשוב לביתו, ומשום שהמוסד קיים אך סיכוי קלוש שיזכה להגיע למוסד טיפולי העונה לצרכיו. העליון מתלבט לגבי העובדה שאין לו קרובי משפחה שיסעדו אותו, אך לא נותן לעובדה זו למנוע ממנו לשוב לביתו.

**הלכת סורוקה**: במסגרת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, **על ביהמ"ש להפעיל את עקרון השבת המצב לקדמותו, ובהתאם לכך לקבוע טיב הסעד ושיעורו, לאור הנפגע הקונקרטי ונסיבותיו המיוחדות**. יש להתחשב בהעדפותיו של הנפגע ולאפשר לו לקיים חיים עצמאיים במידה ויחפוץ בכך. **מספיקה חוו"ד רפואית שתמליץ על טיפול בייתי**. פסיקה זו שינתה את ההלכה הקודמת.

**שינוי הלכה- עקרון השבת המצב לקדמתו מספיק להניח שעדיף טיפול בייתי ולא במוסד**. נורה לחברת הביטוח לתת את הפיצוי האופטימלי ולא רק ההוגן והסביר.

**ההבדל בין מוסקוביץ' לסורוקה: במוסקוביץ' נדרש להוכיח כי הטיפול המטיב הינו בבית ולא במוסד ואילו בסורוקה לא נדרשת הוכחה, מספיק הסבר של רופא שזה יכול להטיב אפילו במקצת למטופל.**

**ראש נזק ממוני מסוג אובדן השתכרות:**

לרוב אין בעיה להעריך את אובדן השתכרותו של שכיר, אך לעיתים יש בעיה בקביעת גובה הפיצוי עבור אובדן השתכרות. לדוג': מלצר עם משכורת המשתנה מחודש לחודש ובנוסף, **יש קושי בהערכת ההשתכרות לעתיד- בעיית ניבוי.**

**הערכת השתכרות לעתיד במקרה של ילד שניזוק- השכר הממוצע במשק באין אינדיקציות אחרות.**

נכות תפקודיות מול נכות רפואית, אם נקטעה למורה חצי זרת, הנכות הרפואית אולי 30% אך הנכות התפקודית היא 5% לעומת זאת אם באותו מקרה זה היה פסנתרן- הנכות הרפואית הינה 30% אבל התפקודית הינה 100%.

**בנזיקין רלוונטית הנכות התפקודית.**

**חיו נ' ונטורה- הערכת השתכרות לעתיד במקרה של החלפת עבודות.**

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

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

**פסק דין:** השופטים דחו חלקית את הערעור ברוב. שונה הסכום באשר להפסד השכר העתידי, הנובע מאי כשירותו של המערער לעבוד כמכונאי-ים, בשל הערכת גיל פרישה שונה מזה שהוערך ע"י בהמ"ש קמא.

**הכרעה:** השופט ג' בך

* במשפט אזרחי יש להוכיח ע"פ **מאזן הסתברויות** (50%) כאשר מדובר בעבר. עם זאת, כאשר מתייחסים לעתיד ולא ניתן להוכיח בוודאות דבר מסוים, ביהמ"ש יעריך מהו הסיכוי, גם אם מדובר בפחות מ50%. ע"פ גישה זו פעל השופט בביהמ"ש המחוזי- הוכח כי 33% שהמערער היה עובד כימאי לולא התאונה, לכן נפסק לו פיצויים בגין שליש מהפער בין משכורת ימאי למשכורת בנקאי.
* **אובדן השתכרות עתידי**: השופט בביהמ"ש קמא טעה בתוחלת שנות העבודה של ימאי, אשר קבע ע"פ עדות עובד בצים שקיימת 29 שנים. נאמר בעדות כי פורשים מהעבודה לאחר 15-20 שנים- בשל כך קבע למערער פיצויים על 14 שנים בלבד. **גיל הפרישה הוא 65 ועל כן יש להתייחס לעובדה זו** לכן יש לקבוע לו פיצויים עד לגיל זה- 41 שנים בסכום של שליש הפער במשכורות (בין בנקאי למכונאי).
* **ירידה בכושר עבודה**: גם אם לא נפגעה עבודתו כבנקאי- יש לבדוק מה יקרה במידה והמערער ירצה לעבוד בעבודה אחרת- האם אז כושר עבודתו יפגע בקבלת עבודה מסוימת/ רמת הכנסה מסוימת? בך מסכים עם הפיצוי שניתן בגין ראש נזק זה.

הלכה – **1**. **ירידה בכושר עבודה** = ראש נזק ויש בגינו פיצוי 2**.** **פיצוי על פי הסתברות** – בהחלפת עבודות או אי וודאות לגבי העתיד, אנו נעריך את ההסתברות של מה שיכל לקרות ועל פי זה ניתן את הפיצוי.

מה ההבדל בין הערכות שעושים בתי משפט לפי הסתברויות באותם מקרים?

**שאלה ה'כמה' (פס"ד חיו נ' ונטורה) לעומת שאלת ה'אם בכלל' (פס"ד קרישוב, מלול- שאלה של שלד הנוסחה, קש"ס).**

קל לחשב הסתברויות כשברור שצריך לתת פיצוי אבל לא ברור כמה. אם לא ברור אם בכלל קימת נוסחת האחריות, קשה לחשב הסתברויות (לדוג': בקורנהויזר וקרישוב קשה להוכיח קש"ס ולכן קשה לקבוע הסתברויות).

**החידוש בקרישוב לעומת קורנהויזר**- בקרישוב לא יודעים להגיד אם באמת חלה בסרטן כתוצאה מהאסבסט או שמא ממשהו אחר ובכל זאת בחרו באופציה הזו ואילו בקורנהויזר לא הקלו ראש בנוסחה עצמה והחליטו לחלק את ההסתברות ב2/3(למרות שלא באמת ניתן לדעת) (ואז בד"נ, שינו את זה).

קרישוב שובר את שאלת ה'כמה' וה'אם בכלל', האם ההסתברויות נכונות? האם באמת קיימת הנוסחה הנזיקית? ובכל זאת הש' דורנר בוחרת לתת פיצוי מלא. בקרישוב, הסיבה שבגינה דורנר פוסקת פיצוי מלא ולא ע"פ הסתברויות מכיוון והייתה הצטברות נסיבות ובקורנהויזר יש חישוב הסתברויות (בערעור) ונתנו לו את ההסתברות של הנזק שנגרם ע"י הכלבים שלו.

אז למה בקורנהויזר יש הסתברויות ובקרישוב פיצוי מלא? ע"פ שמואלי- **בקרישוב, דורנר הייתה צריכה לפסוק ע"פ מאזן הסתברויות כפי שנעשה בקורנהויזר.**

**בחיו נ' ונטורה** ברור כי הנפגע יקבל פיצוי, השאלה הינה כמה. קל יותר להשתמש בהסתברויות במשפט. בקרישוב ובמלול הדבר לא ברור, שכן ייתכן שהנתבע התרשל אולם, אין קש"ס לנזק. ולכן שלד נוסחת האחריות לא בוודאות התקיים. במצב כזה מעבר להסתברויות, היא הקלה עם התובע, שלא ברור שמגיע לו משהו לפי הכללים הראייתיים הרגילים של הכל או כלום.

**פס"ד מלול** (המשך שאלת ההסתברויות)

**רקע:** אישה הגיעה חודשיים וחצי לפני הלידה והכניסו אותה לניתוח קיסרי רק לאחר 45 דק'. הילדה נולדה עם פיגור שכלי, השאלה היא **האם יש קש"ס? האם העיכוב גרם לפיגור או שמלכתחילה היא הייתה נולדת ככה?**

**השאלה היא ב'אם בכלל', לא מגיעים אפילו לשאלה ה'כמה'.**

השופט במחוזי קבע פיצויים לפי הסתברויות כלליות של 40%. ביה"ח ערער לעליון ואמר שהחליטו ע"פ השערה- אין נתונים שמוכיחים זאת.

השופטת נאור בעליון אומרת כי אם לא מביאים מחקר או הוכחה של הסתברויות שיש קש"ס היא לא יכולה לסייע (לא מספיק חוו"ד רופא). נאור מרחמת על משפחת מלול ובכל זאת נותנת פיצוי של 20%.

ביה"ח מבקש דיון נוסף והוא מאושר. מותב של 11 שופטים שכל אחד סובר כמעט אחרת.

בפרשת מלול התקיים דיון בשאלת סוגי המקרים בהם ניתן להשתמש בחריג של פיצוי לפי הסתברות עמומה. תחילה הכיר בעליון באפשרות לחגור מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של עמימות סיבתית לטובת כלל של פיצוי לפי הסתברות, בנסיבות מסוימות שבהן כלל מאזן ההסתברויות גורם לאי צדק במקרים כאלו, ניתן להסתפק בקימו של קש"ס הסתברותי לנזק שיקבע ע"פ ראיות סטטיסטיות או אומדן.

**שורה תחתונה- כולם מסכימים שלא הוכח קש"ס ולא הובאו ראיות ולכן אין פיצוי.**

אולם, למרות שלא מגיע למלול פיצויים, עקב חלוף הזמן (5 שנים לערך) ומכיוון שהכסף כבר הועבר למשפחה, משאירים את ה20% פיצויים. ביה"ח מסכים עם ההכרעה משום שכל עוד לא מוצא תקדים כנגדה אלא רק שילמה פיצויים כ'טובה' לפנים משורת הדין.

**אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי- פיצוי בגין השתכרות בשנים האבודות.**

מיכאל אטינגר שיחק באתר משחקים ברובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים ונפל לבור בלתי מגודר. בעקבות זאת נפטר. משפחתו תובעת את המשיבה לפסוק פיצויים לטובת העיזבון בגין שנות ההשתכרות האבודות של המנוח. ביהמ"ש המחוזי קבע כי ע"פ הלכת גבריאל **נשללת הזכאות לפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות**. מכאן הערעור. המערערים טוענים כי בשל חו"י כבוד האדם וחירותו, יש לשנות את הלכת גבריאל שנפסקה לפני חקיקתו.

**השופט א' ריבלין:**

* הלכת גבריאל: שלילת הזכאות לפסוק פיצויים לטובת העיזבון בגין שנות השתכרות האבודות של המנוח. ברק היה בדעת מיעוט וסבר כי יש להכיר בזכאות לפיצויים בגין השנים האבודות- בין אם מדובר בניזוק חי ובין אם מדובר בתביעת עיזבון.
* סוגיית השנים האבודות: מטרת הפיצויים היא השבת המצב לקדמותו- **להעמיד את הניזוק במקום בו היה לולא העוולה. עקרון זה תומך במתן פיצוי לניזוק חי בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות**. שלילת פיצויים בגין נזק זה, אינה מתיישבת עם מטרת ההרתעה של דיני הנזיקין.
* **יש המאמינים כי "באין חיים אין הפסד כושר". ריבלין לא מקבל טענה זו לטענתו פיצוי בגין נזק זה לא ימנע את הסבל אך יכול להפוך אותו לנסבל.** ריבלין מבהיר כי בגין גריעת שנות חיים מקבלים פיצוי, על כן יש לקבל פיצוי גם בגין גריעת הרווח אותו יכל להרוויח הניזוק בשנים האלו.
* עצם העובדה לפיה הניזוק לא יהיה בחיים כדי להנות מכספי הפיצויים בגין נזק זה, אינה מבטלת זאת. הפיצוי משקף את אובדן היכולת של הניזוק להשתכר.
* הפיצוי בגין "השנים האבודות" של ילד: **ביהמ"ש צריך לפסוק פיצויים על בסיס השכרות והערכות המשתנות ממקרה למקרה (ילד לא בחר קריירה עדיין)** לרוב יפסקו פיצויים ע"י קביעת סכום גלובלי או בהסתמך על השכר הממוצע במשק.
* **מה המחלוקת**? האם לתת פיצוי בגין נזק לא ממוני באופן גלובלי – שיכלול את הכאב והסבל, קיצור תוחלת חיים ואבדן הנאות חיים, או לחלק את הפיצויים לכל ראש נזק בנפרד ועבורו פיצוי בהתאם.

הלכה – יש פיצוי אובדן השתכרות בשנים אבודות, לרוב על פי השכר הממוצע במשק באין אינדיקציות אחרות. זה יהיה 30% משכרו המשוער, שכן יישאר רק רכיב החיסכון.

**פינץ נ' הראל חברת ביטוח- פיצוי בגין השתכרות בשנים האבודות.- אין בסילבוס.**

**להשלים במידה וצריך!!!!!!!!**

**קודם כל יש להבחין בין אובדן כושר השתכרות לבין אובדן השתכרות**

אובדן השתכרות: בפיצוי עבור אובדן השתכרות, יש לבחון מה היה הניזוק מרוויח בפועל, אלמלא התאונה. לדוג': עו"ד שאינו עוסק במקצוע אלא מטפל בילדיו, אינו זכאי לפי תפיסת אובדן ההשתכרות, לפיצוי בראש נזק זה שכן אינו מרוויח בפועל מהכשרה זו.

אובדן כושר השתכרות: בפיצוי עבור ראש נזק זה, נחשבת יכולת ההשתכרות כנכס בעל ערך, אשר שלילתו מבעליו היא נזק בר פיצוי. לפיכך, הפיצוי מתחשב במה שהניזוק יכול היה להשתכר אלמלא הפגיעה. לדוג': אישה בעלת הכשרת של עו"ד, זכאית לפיצויים בהתאם להכשרתה, גם אם בשעת התאונה לא עבדה שעו"ד ולא התכוונה לעסוק בכך.

**ברששת נ' האשאש- השתכרות בפועל או כושר השתכרות (לצורך קביעת שיעור הפיצוי בגין אובדן השתכרות בעתיד)**

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

**השופט י' שילה (דעת מיעוט)**: טוען כי יש הסכמה על כך שלא עבדה לפני התאונה, השאלה היא מה הסיכוי שתעבוד לאחר התאונה? האם הוא אפס לגמרי או שהוא קטן מאוד? הוא קובע כי **אם קיים** **סיכוי שתבחר לעבוד אפילו שהינו קטן, אסור להתעלם מאפשרות כזאת, אף אם היא נראית כרחוקה מן המציאות.** שילה הולך לפי **"הגישה המופשטת"** - **כושר השתכרות הוא עניין של פוטנציאל**, אם יש פוטנציאל ואם הוא היה ממומש (גישה סוציאלית). לפי גישה זו כמעט בכל מצב יהיה פיצוי השאלה היא כמה. ל**ברששת היה נכס של פוטנציאל ועל איבוד נכס זה יש לשלם לה ע"פ הסיכוי שהיא הייתה עובדת בעבודה מסוימת אבל ברור שצריך לשלם לה משהו.**

מבקש לפסוק פיצויים למערערת. **הגישה המופשטת לא מסתכלת בפועל על אם עבדת במקצוע, היא מתחשבת ב"סיכוי" שאדם יעבוד ואם הוא עבד בעבר בהיבט של גובה הפיצוי**. זוהי גישה שבודקת את כושר ההשתכרות כנכס, כעניין קנייני. **לסיכום- כל עוד יש סיכוי כלשהו, אפילו קטן, יש לקבל פיצוי.** לפי הגישה של שילה, לא יהיה כמעט מצב בו אדם לא יהיה זכאי לפיצוי גם אם הוא לא עבד שנים.

**השופטים ברק ולנדוי**: עד להתפתחות תורת הפיצויים בגין מעשה נזיקין, הדגש היה על שאלת האחריות וריחוק הנזק ולא על הערכת הנזק (שנקבעה ללא עקרונות כלליים). בישראל גובשו עקרונות מנחים להערכת הנזק בפסיקה, במרכזם עקרון "החזרת המצב לקדמותו". הקושי שמתעורר הינו הצורך לתת הערכה כספית לנזק לא ממוני, בהתבססות על התרחשויות עתידיות. במקרים של הפסד השתכרות עולים קשיים כאשר האדם לא השתכר קודם לכן (למשל מקרה שהניזוק הינו ילד, מובטל מרצון, אדם שעבד במשרה חלקית וכו').

**אובדן השתכרות אל מול אובדן כושר השתכרות:** ערכו של כושר ההשתכרות נקבע ע"פ ערך התפוקה האפשרית. ישנו מבחן לקביעת ערך ההשתכרות שהניזוק היה יכול להפיק מכושר ההשתכרות לולא המום. ישנן שתי גישות מנוגדות:

1. **הגישה המוחשית**: הלכה למעשה. לפיה, ערך ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להפיק בעתיד לולא התאונה נקבע ע"פ נתוניו- תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. הכוונה היא להתבסס על מה שקרה לפני התאונה- אם הניזוק לא עבד לפני כן, אז כושר עבודתו לא נפגע, אם יש סיכוי מעשי שיחזור לעבוד, מגיע פיצוי. גישתו של **ברק.**
2. **הגישה המופשטת**: ערך ההשתכרות שניזוק היה עשוי להפיק בעתיד לולא התאונה, נקבע על פי מבחנים תאורטיים ליכולתו העקרונית. מה היה ביכולתו להפיק תאורטית. גישת **השופט שילה** מתיישבת עם גישה זו.

לנדוי לא מכריע בין הגישות אבל אומר שאם היה צריך להכריע הוא היה הולך לפי **הגישה המוחשית**.

בעניין זה יש להדגיש, כי מידת הוודאות הנחוצה אינה זו הנדרשת לקביעת עובדה, שהתרחשה במשפט אזרחי, דהיינו, נטייה של מאזן ההסתברות. עניין לנו בהערכת סיכוי ולא בקביעת עובדה. **על-כן, יש להתחשב גם בסיכוי שהוא פחות מחמישים אחוזים תוך ששיעור הסיכוי יתבטא בשיעור הפיצויים.** עם זאת, דינו של סיכוי אפסי או סיכוי ספקולטיבי גרידא כדין העדר סיכוי.

**השורה התחתונה מפסק הדין**: **קנה-המידה הוא ההפרש שבין מה שהניזוק היה משתכר אחרי התאונה אלמלא המום** **וכמה הוא משתכר או עשוי להשתכר במומו**. הפסד ההשתכרות איננו נמדד על-פי ההפרש שבין מה שהשתכר הניזק **לפני** התאונה ומה שהוא משתכר או יכול להשתכר אחרי התאונה. **השתכרות הניזוק טרם התאונה אינה אלא אינדיקטור נוסף (אבל חשוב) היכול להצביע כיצד היה משתכר בעתיד אלמלא התאונה.**

**כיצד יש לפעול במקרים בהם הנתונים מצביעים על כך שאדם לא היה עובד בעתיד בכל מקרה?** ע"פ הגישה המוחשית, באין כל סיכוי לניצול עתידי של הפוטנציאל, אין מקום לפיצויים. ואילו, ע"פ הגישה המופשטת, עצם הפגיעה בכושר העבודה מזכה בפיצויים. הערכאה הראשונה קבעה, כי המערערת לא השתכרה למחייתה בעבר ולא תעשה זאת בעתיד. לפי ברק קיים סיכוי כי תצא לעבוד, ואז תסבול בשל הפגיעה בה. מוכן להניח, כי סיכוי זה אינו גדול, ופוסק לה סכום מסוים, המשקף את הערכתו באשר להפסד כושר השתכרותה בעתיד (קיבלה 20,000₪).

**מדינת ישראל נ' ג'ון כהן- הערכת השתכרות לעתיד של ילד הגדל בסביבה סוציו-אקונומית גבוהה.**

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

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

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

**השאלות המשפטיות:**

1. האם יש להתחשב ברקע הטוב ממנו הגיע הניזוק בפסיקת פיצויים בגין אבדן כושר ההשתכרות?
2. מה דינו של ניזוק זר אשר נפגע בעוולה שבוצעה בישראל לעניין שומת הפיצויים?

**השופט לוין:**

* במקרה זה מדובר בעוולה שבוצעה בישראל ובפיצוי שניתן בישראל, אך הניזוק הוא זר. האם יש לכך השפעה? נקודת המוצא הינה שהערכת הנזק הינה ע"פ המבחנים הקבועים לכך בישראל- על מנת ליצור שוויון בין ניזוק זר לישראלי ובין הניזוקים הזרים עצמם. לכן פיצוי בגין כאב וסבל יקבע ע"פ אמות מידה ישראליות. עם זאת, הפיצוי נועד על מנת להשיב את המצב לקדמותו ולכן ההערכה תכלול נתונים שונים שמקורם בחו"ל. לא רק זאת, גם הוצאות רפואיות שיוצאו בחו"ל- יפסקו ע"פ הנהוג שם.
* **פיצוי בגין כאב וסבל:** לא ניתנו ראיות מספקות לקביעת הסכום שנקבע בביהמ"ש קמא. השופט לוין מפחית את הסכום מ250,000 דולר ל60,000 דולר.
* **פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות:** מסכים עם הקביעה כי יש לחשב את אובדן השתכרותו במקום בו הוא חי- ארה"ב ועם הקביעה שכוונת המשיב הייתה ללמוד משפטים ולעבוד כעו"ד. עם זאת, נקבע לו אובדן השתכרות של שותף בפירמה של עו"ד והדבר לא הוכח כראוי. לכן, השופט לוין מפחית את הסכום מ75,000 דולר לשנה ל30,000 דולר לשנה.
* **נזקים מיוחדים:**

1. הפסד הכנסות של אבי המשיב: האב שהה בישראל כארבעה חודשים לאחר התאונה ובשל כך נפסקו לו 35,000 דולר פיצויים. לא הובאו נתונים מספיקים לקביעת נזק זה- יש לקבוע לו פיצוי של כ10,000 דולר.
2. שווי עבודתה של אם המשיב: שהתה כשנה בארץ עם המשיב ובהמשך גם שהתה עימו בארה"ב במרכז הרפואי. אין עדויות מספקות בנוגע לאובדן הכנסתה ובשל חוסר הוודאות קובע לוין 25,000 דולר פיצויים לעבר ו25,000 דולר לעתיד.
3. החזקת המשיב במוסד- קובע את הפיצויים המתאימים.
4. פיצויים עיתיים: ביהמ"ש רשאי לפסוק פיצויים עיתיים גם כשלא מדובר בתאונת דרכים.

* פסיקה: סה"כ פיצויים על סך 4,134,037 דולר (שינוי פסיקת ביהמ"ש המחוזי), בנוסף לשכר טרחת עו"ד שהחברה להגנת הטבע צריכה לשלם.

**הלכה-** מחריגים את החזקה לגבי השכר הממוצע במשק, לגבי אנשים שיש אינדיקציה ספציפית לגביהם. משהו בעל אינדיקציה לשכר גבוה, יקבל יותר מהממוצע במשק

[**"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**](http://nevo.co.il/psika_word/elyon/0210064-padi.doc)**- הערכת השתכרות לעתיד של ילד הגדל בסביבה סוציו-אקונומית נמוכה.**

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

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

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

**השופט ריבלין:**

* יש להורות על הקפאת סכום מהפיצויים בגין גמלת נכות צפויה. לכן דין ערעור זה להתקבל. בכל שאר הטענות- אין מקום להתערבות ביהמ"ש בפסיקת המחוזי.
* **הפסד השתכרות- עקרונות כלליים:** עקרון הבסיס הינו "**השבת המצב לקדמותו",** יוצא מתוך גישת הצדק המתקן. מדובר בסעד תרופתי- לא עונשי. כאשר ביהמ"ש צריך לקבוע פיצוי בגין ראש נזק זה, עליו להעריך את יכולת ההשתכרות של הנפגע לפני התאונה, לבדוק את חומרת הפגיעה והשפעתה על יכולת ההשתכרות של הנפגע. מתוך כך יפסק סכום שמבטא את הפער שנוצר בשל התאונה. על מנת לקבוע זאת יש לבדוק גם את הנתונים בעבר (כישורי הניזוק, עיסוקיו וכו') וגם את הנתונים על הנזקים הצפויים בעתיד. כשרוצים לאמוד פיצוי בראש נזק זה, ביהמ"ש צריך לדמות שני מאזני צדק:

1. מאזניים חיצוניים: על כף אחת מונחת "אלמלא" הבוחנת את מצב הניזוק אלמלא התאונה ועל השנייה "עקב" הבוחנת את מצב הניזוק עקב התאונה.
2. מאזניים פנימיים: על כף אחת מונח "ההפסד" שנגרם לניזוק עקב התאונה ועל הכף האחרת "הרווח"/ היתרון שצמח לניזוק עקב התאונה.

* **אובדן כושר השתכרות של קטין:** במקרה זה, הפיצוי ניתן עבור אותו הפרש (בין ההשתכרות אלמלא התאונה לבין ההשתכרות עקב התאונה). עם זאת, כאן מדובר על אובדן כושר השתכרות ולא עבור הפסד השתכרות שכן לפני הנזק, הקטין לא עבד, בהנחה כי למרות חוסר ההשתכרות לפני התאונה, עליו לקבל פיצויים. עם זאת, כיום נוהגים על פי **הגישה המוחשית**- הלכה למעשה- ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להשתכר על ידי ניצול יכולתו- כל עוד קיים סיכוי כלשהו שהניזוק היה ממש יכולת זו. במקרים של קטינים, קשה להעריך לרוב את פוטנציאל ההשתכרות, על כן הכל בבחינת השערה.
* **חישוב גלובלי או אקטוארי?** כאשר יש נתונים מספיקים, יעדיפו חישוב אקטוארי (חישוב מפורט ומנומק) בשל היותו אמין יותר, משכנע וברור. עם זאת, כשחסרים נתונים רבים- חישוב שכזה יחשב למאולץ ויועדף החישוב הגלובלי (על בסיס שכר ממוצע במשק, רקע סוציו-אקונומי וכו'). השכר הממוצע במשק הינו מרכיב מרכזי בחישוב הפסד השתכרות של קטין.
* **המצב בישראל**: לרוב מתבססים על רמת השכר הממוצע במשק, שכן כאשר יש עמימות- זהו הפתרון הקרוב ביותר להגשמת עקרון החזרת המצב לקדמותו. כשמדובר בקטינים, לרוב גם הגישה המופשטת וגם הגישה המוחשית (פס"ד ברששת) יובילו לאותה התוצאה- פיצוי על אובדן פוטנציאל העבודה. ההנחה שצריכה לעמוד בבסיס שיעור הפיצוי הינה שמין/ מעמד סוציו אקונומי/ מוצא- לא צריכים להיות שיקול בשיעור פיצוי בגין אובדן השתכרות של קטין. אם שיקולים אלו ילקחו בחשבון- יעצר מימוש של מציאות חדשה, של הגשמה עצמית ותקובע המציאות ההיסטורית.
* **שיקולים משלימים- צדק חלוקתי:** יש אמונה כי דיני הנזיקין נועדו להגשים את עקרון השוויון בחברה ולצמצם פערים. על כן, הגיוני כי הצדק החלוקתי גם הוא מהווה בסיס לגישה הננקטת כאן (פיצוי על סמך השכר הממוצע במשק, ללא נתונים סטטיסטיים לגבי הניזוק הקטין). **התרעה:** פיצוי כספי מהווה גם הרתעה. אם הפיצוי יתבסס על שיוך מגדרי/ מעמדי/ מגזרי- יתכן והפיצוי יהיה נמוך משל ניזוקים שנתוניהם גבוהים יותר, לכן תהיה פחות הרתעה. מנגד, אם הפיצויים יהיו על בסיס השכר הממוצע במשק- תהיה הרתעה. פיצוי כספי בהתבסס על נתונים אתניים/ מגדריים/ מעמדיים- מדגיש את חוסר השוויון ואינו פותר אותו. **יש גם צדק מתקן.**
* **פסיקה:** יש לשנות את בסיס החישוב של אובדן ההשתכרות של התינוקת על בסיס השכר הממוצע במשק- ללא הנתונים הנוספים שנכללו בשיקולים (מעמד/ מגזר וכו'). לעיתים, לכישורי הקטין תהא השפעה על קביעת הפיצוי (לרוב כאשר השכר בעתידי ייתפס כגבוה יותר מהממוצע).

**סיכום אובדן השתכרות ג'ון ואבו חנא** –   
בפס"ד **ג'ון כהן**, הביאו יותר כסף כיוון שיש אינדיקציות, מסביר השופט **לוין** כי אין החזקה של שכר ממוצע במשק יותר מחזקה, אם אפשר להפריך אז אפשר. בפס"ד **אבו חנא**, חברת הביטוח מבקשת להפחית את הפיצויים בשל מצב סוציואקונומי בדומה למה שנעשה בג'ון כהן, השופט **ריבלין** אומר ומבחין בין קטינים לבין אנשים שהגיעו לגיל הבגרות שאפשר להגיד יותר לגביהם. לגבי קטינים אומר שצריך ללכת לפי השכר הממוצע במשק שכן אין אינדיקציות עליהם, ככל שקרובים יותר לגיל הבגרות כך קל יותר להעריך את השתכרותם ולשנות.

1. יש משמעות לגיל בנוגע לאינדיקציות לגבי השכר
2. לרוב לא נפחית אלא נעשה ממוצע, אם יש אינדיקציות לעלות את השכר כמו בג'ון כהן כך ייעשה.

להוסיף בהערה בסוף ראשי נזק, שעדיף לפצל את הראשי נזק כדי לקבל יותר.

**חוק מוצרים פגומים סעיף 5(א)**: (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.

**פלת"ד סעיף 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], התשכ"ח-1968, כפי שהם ערב קביעת הפיצוי, הכל לפי הגבוה יותר;

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

בראשי נזק לא ממוניים, ביהמ"ש צריך לכמת בעצמו את גובה הנזק. זהו נזק רגשי, של כאב וסבל. הביטוי שנקרא עוגמת נפש לא פסיכיאטרי קיים מאז פס"ד גורדון. נזק הוא אובדן רווחה או הנאה.

**פלוני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ- פיצוי עבור קבלת שירותי ליווי:**

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

ישנן דעות חלוקות עבור תשלום פיצויים בגין שירותי ליווי. חלק טוענים שזה נוגד תקנת הציבור ולא נחשב כטיפול רפואי.

לדעת ריבלין, סכום הפיצויים שנקבע בביהמ"ש המחוזי מופרש ולמרות נזקי המערער- אין לכך הצדקה, אי לכך הפחית בגובה הפיצויים.

* **נזק לא ממוני** - דוג' פגיעה בתפקוד המיני, הוא מופשט יותר והפיצוי עליו נועד כדי להטיב עם הנזק שנגרם לניזוק (סעדים מכווני מטרה). ישנה גישה לפיה יש לתת פיצוי דומה לניזוקים שנפגעו באופן דומה. במקרה זה, ביהמ"ש המחוזי פסק פיצויים עבור שירותי ליווי, עפ"י עקרון השבת המצב לקדמותו. ריבלין מתנגד לכך- לא ניתן להשוות בין שירותי ליווי לטיפול תרופתי/ פסיכולוג שמטרתם ריפוי ושיקום, כלומר אלו סעדים מכווני מטרה (שמטרתם להטיב את מצבו של הניזוק). לא ניתן לסווג שירותי ליווי כסעד מכוון מטרה. כמו כן, במידה וינהגו על פי גישת ההשוואה בין הניזוקים- זה לא יהיה פיצוי זהה. לא רק זאת, מתן פיצויים עבור שירותי ליווי נוגד את העקרונות של השיטה המשפטית בישראל. **ריבלין לוקח את הפגיעה בתפקוד המיני כאובדן הנאות חיים ולכן זהו נזק לא ממוני** (ובכך נותן לנפגע פיצויים בגין פגיעה בתפקודו המיני ולא תחת הכותרת "שירותי ליווי").
* **השבת המצב לקדמותו**: ריבלין טוען כי לא כל מצב ניתן להשבה/ ראוי להשבה. לפסיקות בדיני הנזיקין יש השלכות חיצוניות- כלכליות וחברתיות שלעיתים יש לקחת בחשבון בקבלת ההחלטה. תקנת הציבור יכולה להשפיע על יישום עקרון זה, במצב בו הפיצוי מלווה באי חוקיות/ פגיעה בערכי יסוד של החברה (פיצוי בגין אובדן השתכרות, כשההשתכרות היא בדרך לא חוקית). לכן, ביהמ"ש אינו צריך לפסוק פיצויים עבור מתן שירותי ליווי (נוגד את תקנת הציבור).

**ברק**: מסכים עם ריבלין בנוגע לפסיקתו על הפיצויים. משאיר את השאלה בנוגע לשימוש בשירותי ליווי כפיצוי, שכן אין צורך בהכרעה במקרה זה.

**בייניש**: מסכימה עם כל פסיקתו של ריבלין, לטעמה היא מהווה תקדים מחייב.

**כ.ש. נ' כ.פ.- דוגמת פיצוי בגין סרבנות גט:**

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

**השופט מנחם הכהן:**

* הבעל מחויב במתן גט לאשתו ללא דיחוי. זהו דיון העוסק בפיצויים על העבר בלבד, לא בזירוז מתן הגט. לכן, היתר הגט לא ישפיע על הפסיקה בהליך זה.
* הנתבע טוען כי סוגיה זו אינה שפיטה בבית משפט אזרחי. **הכהן מסביר** כי במספר פרשות נקבע כי לבית המשפט לענייני משפחה הסמכות לדון בתביעה של אישה בנוגע לפיצויים שנגרמו בגין סרבנות גט. בימ"ש זה מתערב אך ורק בענייני הפיצויים- לא בענייני מתן הגט. פסיקת פיצויים נזיקיים בסכסוך פרטי אינה חודרת באופן בלתי ראוי לתחום בתי הדין הרבניים- אלו מוצאים פתרונות הלכתיים לזירוז מתן הגט.
* **האם סרבנות הגט הינה עוולה נזיקית שניתן להעניק בגינה פיצוי? כיצד נסווג עוולה זו?** השופטים מרכוס ואלבז סברו כי ניתן לבסס את התביעה על עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה. השופט גרינברג סבר כי מדובר בעוולת פגיעה באוטונומיה.
* **הפרת חובה חקוקה ס' 63 לפקודת הנזיקין:** להפרה זו חמישה תנאים מצטברים:

1. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק.
2. החיקוק נועד לטובת הניזוק.
3. המזיק הפר חובה המוטלת עליו.
4. ההפרה גרמה לניזוק נזק.
5. הנזק הנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון המחוקק.

האדם הנפגע לא זכאי לסעד בשל כך, אלא אם החיקוק התכוון לכך. זוהי עוולת מסגרת, כללית, כל מקרה יוצק את התוכן לתוכה, לכן- יש לפרשה באופן מצומצם.

**הפרת החובה החקוקה- חוק העונשין:** האישה טענה כי הבעל הפר את סעיף 287א לחוק העונשין (מפר הוראה מבית משפט/פקיד/ אדם המוסמך לעניין- שנתיים מאסר) באי ציותו לחיוב למתן גט ע"י בית הדין הרבני. **הכהן** מבהיר כי על פי הפרת החובה החקוקה, על האישה להראות כי הוראה זו באה לטובתה ולהגנתה. עם זאת, במקרה זה לא כך הדבר, שכן זו הוראה שבאה לשמור על הסדר הציבורי.

**הפרת החובה החקוקה- החוק למניעת אלימות במשפחה:** האישה טענה כי הפרת החוק למניעת אלימות במשפחה מהווה הפרת חובה חקוקה. **הכהן**  מסכים עם טענה זו. עם זאת, בחיקוק זה לא מצוינת תרופה על הפרתו- לכן האישה לא יכולה לבסס תביעתה על הפרה זו.

**הפרת חובה חקוקה-** **חו"י כבוד האדם וחירותו:** במקרה זה ישנה הפרה של סעיפים 2 (אין פוגעים בחיי אדם) ו5 (איסור על הגבלה/ נטילת חירותו של אדם). עדיין אין עוולה חוקתית מוכרת הנוגעת לפגיעה בערכים מוגנים, אך הם יכולים לשמש ככלי פרשנות לניתוח העוולות הקיימות.

* **רשלנות: הכהן** טוען כי סרבנות הגט מהווה עוולת רשלנות. לעוולה זו 3 יסודות: קיום חובת זהירות מצד הנתבע, הפרת חובת הזהירות ע"י הנתבע וקיומו של נזק שנגרם לתובע בשל הפרת חובה זו. **בדיני נזיקין רשלנות הינה יסוד אובייקטיבי (חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי).**

**מבחן "האדם הסביר"-** הנתבע הפר את חובת הזהירות מושגית המוטלת עליו כלפי אשתו ובכך סטה מסטנדרט ההתנהגות הראוי (סרבנות ארוכה לגט, למרות שחויב לעשות כן ולמרות שמרבית הרבנים קבעו כי עליהם להתגרש). הפרת החובה הנ"ל גרמה לאישה נזק רב. לפיכך, **במקרה זה ישנה עוולה ברשלנות.** הכהן מציין כי ראוי לקבוע עוולה נזיקית מיוחדת שתיתן מענה להתעללות בתוך המשפחה.

* **הנתבע יפצה את התובעת ב425,000 ₪ .**

**גט זאת דרך לבסס עסקת חליפין, האישה באה ואומרת כי בית הדין לא עוזר לה כי הוא לא יכול לכפות את הגט, המשפט הפרטי ובפרט דיני הנזיקין אומרים לה תתבעי אותו ותקבלי פיצויים בנזיקין שיתנו לך כוח מיקוח מול הבעל בכדי לגרום לו לתת גט**.

**חוק האחריות למוצרים פגומים- ס'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."

**חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים- 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."

**תקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון)**- אין צורך להכיר את פרטי התקנות אלא רק את העובדה שיש בהן תקרה על נזק לא ממוני.

**ראש נזק לא ממוני מסוג אובדן הנאות החיים**

**אגבבה נ' המועצה**

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

**ריבלין:** עוסק במרבית פסק דינו בסוגיית הנזק הבלתי ממוני בתקופת אבדן ההכרה.

בתוך קבוצה זו 3 ראשי נזק: קיצור תוחלת החיים, כאב וסבל ואבדן הנאות החיים – ראש נזק מוכר פחות במשפט הישראלי.

קיימות מספר תפיסות באשר לזכות לפיצוי בגין אבדן הנאות החיים:

1. **גישה הרואה באבדן הנאות החיים כחלק מראש הנזק של כאב וסבל** – תפיסה הקיימת בכמה מדינות בארה"ב ודומה לגישה הרווחת בישראל.
2. **גישה הרואה באבדן הנאות החיים ראש נזק נפרד ועצמאי** – קיימת באנגליה ובכמה מדינות בארה"ב.

**כל עוד הניזוק בהכרה ומודע למצבו הוא מסוגל להנות מהתחליף שהפיצוי מספק לו וזה מתקיים בין אם מדובר בראש נזק עצמאי ובין אם חלק מכאב וסבל.** שמדובר בנפגע מחוסר הכרה נדרש היבט אובייקטיבי של אבדן הנאות החיים – בלי קשר לשאלת המודעות ולשאלת ההנאה שמספק הפיצוי.

**מה העמדה לגבי ניזוק שהכרתו אבדה באופן זמני בלבד?** מהי מידת המודעות הנדרשת לצורך שלילת פיצויים? **התשובות תלויות בשאלה אם אנו נכונים להכיר בהיבט האובייקטיבי של אובדן הנאות החיים או לא.**

מספר תפיסות אפשריות:

1 .**אין להכיר בממד האובייקטיבי** – מטרת הפיצוי בדבר הטבת נזקו של הנפגע אינה מתקיימת כי הניזוק חסר הכרה ולא יכול להנות מהפיצויים. לניזוק אף אין תחושה כלשהי משמע אין בכלל נזק במובן הסובייקטיבי – יש הטוענים כי מתן פיצויים במצב כזה תהיה גישה של פיצויים עונשים. בנוסף יש קושי לכמת פיצויים אלה.

2 .**יש להכיר בממד האובייקטיבי** – ניזוק שנותר מחוסר הכרה מפסיד את החיים עצמם ולא רק את הרווח שהיה צפוי לו אילו היה ממשיך לעבוד. מניעת הכרה בפיצויים אלה תגרום להרתעת חסר שתפגע בתמריץ של מזיקים להתנהל באופן לא רשלני.

**ריבלין מתנגד לדעה שהממד האובייקטיבי יביא לפיצוי עונשי** – בארה"ב הכירו באבדן היכולת להנות מהחיים כראש נזק אובייקטיבי עצמאי שלא קשור לתלות הניזוק להבין אותו או להנות מהפיצויים והוא אינו פיצוי עונשי כי כזה מתקיים רק כאשר הפיצוי עולה על הנזק שנגרם.

חשוב להזכיר שכבר נפסק בישראל שאין עניין ביכולת הניזוק להנות מהפיצויים והיא אינה רלוונטית לשאלת הפיצויים.

באשר לטענת הקושי לכמת את הפיצויים – לא דבר שימנע מבימ"ש לפסוק פיצויים.

**לסיכום השאלה אינה רלוונטית לדיון כי נפסקו לניר פיצויים בגובה מספק, כל הערעורים נדחים**.

**עיזבון המנוח פרייליך**

מציג גישה שראש נזק זה הוא חלק מכאב וסבל. הייתה תאונת דרכים הוא איבד הכרה לחודש ואז נפטר. **ביהמ"ש אמר כי אובדן הנאות חיים הם כאב וסבל.**

**פס"ד אגבבה** - אוביטר של ריבלין: ריבלין רוצה להכיר באובדן הנאות חיים כראש נזק עצמאי אך לא עושה זאת בפועל. נשאר עם עמדת פס"ד פרייליך- רוצים ללכת לכיוון של ראש נזק לא ממוני מסוג של אובדן הנאות חיים, אך עוד לא הגיעו לשם, זה עדיין תחת כאב וסבל. משאיר את מעמד אובדן הנאות החיים כלא ברור.

**ראש נזק לא ממוני מסוג קיצור תוחלת החיים**

אדם שחי פחות עקב נזק שנגרם לו וישנה גם חוו"ד מרופא המעידה על כך שתוחלת חייו קוצרה בגלל התאונה- נמנה מסוגי צער הנכללים בראש נזק לא ממוני, כיוון שהאדם יודע שהוא לא יחיה מעל X זמן, וזה עלול להוביל להשלכות נוספות לגבי תוכניות עתידיות בחייו ועל כן ניתן לכלול זאת כחלק מכאב וסבל.

\*לאדם שמת יתנו פיצויים בגין קיצור תוחלת חייו אך פחות מאשר אדם שנפצע ותוחלת חייו קוצרה.

**בתאונות דרכים ישנה תקרה על נזק לא ממוני (רגשי, נפשי) לאדם שנפגע.**

הפסיקה עוסקת בשאלה האם קיצור תוחלת חיים הוא **ראש נזק עצמאי או חלק מכאב וסבל**.

השופט יודע שאלו שני ראשי נזק נפרדים (כאב וסבל וקיצור תוחלת חיים), הוא יפצה בסכום גבוהה יותר ולכן, **הניזוקים רוצים שזה יהיה ראש נזק עצמאי**. אך עניין זה מצוי במחלוקת- בפס"ד אטינגר עוסקים זאת בצ"ע.

**פס"ד אטינגר (פסקאות 81-84)**

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

**ריבלין:**

* **קיצור תוחלת חיים:** נמצא תחת נזקי הגוף הלא ממוניים, כראש נזק (בנוסף לכאב וסבל). ישנה גישה לפיה יש להמעיט בפיצוי בגין ראש נזק זה בשל הקושי באומדן שיעורו. בחישוב פיצוי בגין ראש נזק זה, מודדים את אורך תקופת השנים האבודות. לפי הפסיקה פיצוי בגין ראש נזק זה עליו להיות ממשי וישנה מגמה לפיה ניתן פיצוי גבוה יחסית.

**האם נזק הוא הכרחי לתביעת נזיקין? עוולות ללא הוכחת נזק כגון תקיפה ולשון הרע**

ישנן 2 גישות:

1. **יש עוולות בהן הנזק קיים ופשוט לא צריך להוכיח אותו**- יש מסלול של ללא הוכחת נזק עם תקרה נמוכה של פיצויים, ואילו אתה יכול לבחור ללכת למסלול אחר, להוכיח ולקבל פיצויים ללא תקרה. לדוג': בלשון הרע יש מסלול תביעה רגילה ללא תקרה, ומסלול תביעה ללא הוכחת נזק עם תקרת פיצויים נמוכה יותר. לא בכל העוולות ניתן לתבוע ללא הוכחת נזק, רק באלה המצוין בהן כי ישנה האפשרות.
2. **חזקת נזק**- ישנה אפשרות שלא יהיה נזק, אך חזקה שהעוולה גרמה לנזק. החזקה ניתנת להפרכה ע"י הצד השני. לדוג': יפריך את הנזק מלשון הרע בטענה כי אומנם לא היה בסדר כאשר דיבר לשון הרע על הנפגע, אך מאחר ולא נגרמה פגיעה מהלשון הרע בפועל, אין צורך בפיצוי.

**ישנן שתי עוולות שהן עוולות ללא הוכחת נזק:**

1. **עוולת התקיפה** ס' 23 בפקודת הנזיקין- בתקיפה לא צריך להוכיח את היקף הנזק, יש חזקה שיש נזק. אם אדם מצליח להוכיח כנראה שייתנו לו יותר מאשר אם לא יוכיח את נזקו אך ניתן לקבל פיצויים גם ללא ההוכחה.
2. **עבירת לשון הרע**- מתוך דיני העונשין. בעבירת לשון הרע יש 2 מסלולים- עם הוכחת נזק ובלי. הפיצוי נע בהתאם.

**פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא ממוני**

[**פלונית נ' דניאל**](https://www.nevo.co.il/psika_word/elyon/14074260-e18.doc) **– שאלת גובה הפיצוי**

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

**השופט עמית**: מאחר ובית המשפט קבע כי הוכח נזק בלתי ממוני ופיצה את דניאל בגינו, לא היה מקום לפסוק בנוסף לכך פיצוי ללא הוכחת נזק. פיצוי ללא הוכחת נזק, כשמו כן הוא, ואין מדובר בפיצוי "בונוס". **מסלולי הפיצוי הם מסלולים חלופיים: פיצוי ללא הוכחת נזק, עד לסכום הקבוע בחוק, או פיצוי על פי הוכחת נזק, שעשוי להיות הן בגין נזק ממוני (כללי או מדויק) והן בגין נזק בלתי ממוני.** יצוין כי בפועל, נוכח קשיי ההוכחה והכימות של נזק בלתי ממוני, לעיתים אין הבדל רב בינו לבין פיצוי ללא הוכחת נזק, אך לא ניתן לפסוק אותם במצטבר זה לזה. פיצוי ללא הוכחת נזק עודנו פיצוי בגין נזק, ורק רכיב ההוכחה הוא שמתייתר.

**הלכה**- אפשר או פיצויים ללא הוכחת נזק או פיצוי ע"פ הוכחת נזק, לא ניתן לקבל את שניהם יחדיו.

**בדיני נזיקין הגישה היא לא לפסוק לניזוק יותר מ100% פיצוי על הנזק**. גם אם ניזוק הצליח להגיע לפיצוי מתוך תחומים שונים.

**פיצוי ללא הוכחת נזק יינתן רק כאשר ישנו נזק וקשה לתובע להוכיחו, ולא כאשר אין נזק כלל**

**רוסו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ**

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

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

**ראש נזק לא ממוני פגיעה באוטונומיה-**

דיני הנזיקין כוללים כמה סוגי נזקים (נזק גוף, רכושי, נזק נפשי (טהור, לא במובן של מחלה נפשית אלה סבל ריגשי ותחושות שליליות (**פס"ד גורדון**, נזק כולל את כל סוגי הנזק, מרחיב את תפיסת הנזק)). ישנם ראשי נזק ממוניים (השתכרות והוצאות) ולא ממוניים (קיצור תוחלת חיים, אובדן הנאות חיים). בשנת 1999 בפרשת דעקה **ביהמ"ש מכיר לראשונה בראש נזק לא ממוני חדש מסוג פגיעה באוטונומיה**.

**פס"ד דעקה**

המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. המערערת אושפזה בבי"ח לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. בעקבות הניתוח בכתף נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. במחוזי תביעתה נדחתה.

**השופטת בייניש:**

* בפס"ד דעקה נדונה השאלה האם גברת דעקה נתנה הסכמה מדעת להליך הביופסיה. דעת הרוב היא שדעקה לא הצליחה לבסס קשר סיבתי, היא הייתה עושה ביופסיה גם אם לא הייתה תחת השפעת הסם. מכאן עולה השאלה האם מגיע לה פיצוי בשל העדר פגיעה באוטונומיה?
* **רשלנות או תקיפה?** האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת של החולה, וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, נכלל בגדר עוולת התקיפה? בישראל נקבע כי בנסיבות מסוימות הטיפול מהווה עוולה של תקיפה, לכן, יש לפצות על נזק שנגרם לחולה אשר טופל ללא מתן הסכמה נאותה לטיפול, גם אם לא הוכחה הפרת חובת זהירות או קיום קש"ס בין הימנעות ממסירת הפרטים לבין הנזק שנגרם. יש לציין כי התייחסות לטיפול כאל תקיפה מעורר הסתייגות- הרי הטיפול נועד לטובת החולה ואינו מהווה התנהגות אנטי-חברתית. בשל כך, במדינות רבות אשר תורת הנזיקין בהן קרובה לשיטתנו, צמצמו את עוולת התקיפה, ויכירו בה רק כאשר לחולה לא נמסר מידע כלל על הטיפול, כאשר לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של הטיפול, כאשר הטיפול שניתן בפועל שונהבאופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו או כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב.
* מנגד, **במקרים של העדר "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי- בוחנים את עוולת הרשלנות**. מגמה זו מסתמנת גם בפסיקה בארץ לאחרונה. במקרה זה, יש לדון על פי עוולת הרשלנות. את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי, יש להשאיר למקרים קיצוניים המתוארים מעלה.

**פס"ד דעקה (דיון כיתתי)** - למעשה **הפגיעה באוטונומיה הוכרה כבת פיצוי וכראש נזק עצמאי נבדל משאר ראשי הנזק הלא ממוניים.** חוק זכויות החולה מעגן בתוכואת זכויות המטופל, פרק אחד מתוכו עוסק **בהסכמה מדעת**, לפיו לכל מטופל אוטונומיה לבחור טיפול רפואי ועל הרופא מוטלת החובה למסור למטופל סיכונים בטיפול הרפואי. מסירת מידע שקרי, שגוי או חלקי פוגעת בהסכמה מדעת ובכך באוטונומיה. העדר הסכמה מדעת מצמיח עילה נזיקית במידה ומוכיח המטופל כי אם היה לו את המידע היה נוהג אחרת.

בהלכת דעקה:

1. פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק עצמאי **שלא צריך להוכיח נזק בגינו** (מספיק שהייתה הפגיעה ולא שגרמה לנזק).
2. **בפגיעה באוטונומיה אין צורך בקש"ס**. הטעם לכך הוא שבגלל הפרת חובת הגילוי נפגעה האוטונומיה, כל המהות של הרצון לאוטונומיה לא יבוא ע"י ביטוי אם נדרוש קש"ס.

**השופט עמית** מתעמת עם ריבלין וסובר שיש לצמצם את ההכרה בפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה. הוא טוען שצריך להשאיר את הפיצוי על פגיעה באוטונומיה כפיצוי שיורי בלבד (אם אין פיצוי אחר), זה סותר את זה שהזכות לאוטונומיה היא זכות בעלת ערך עליון. הוא מוסיף כי אם יינתן פיצוי על פגיעה באוטונומיה יהיה כפל פיצויים (הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לא ניתן בגין עצם הפגיעה. אלא על הרגשות שעלו בשל כך שעולים גם בהעדר הסכמה מדעת). משיקולי מדיניות משפטית אין מה לברר אם יש פגיעה באוטונומיה כאשר יש פיצוי על העדר הסכמה מדעת.

הלכה היום: **אם ניתנו פיצויים על העדר הסכמה מדעת אין לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה (פלונית נ' מדינת ישראל).**

פגיעה באוטונומיה חלה גם בהולדה בעוולה (הולדה בעוולה היא חריג כי ניתן לתת גם על פגיעה באוטונומיה וגם על העדר פגיעה מדעת), פגיעה באוטונומיה נמצאת גם בדיני עונשין (עבירות מין והמתה), דיני משפחה (סרבנות גט וכפיית הורות) ועוד..

**מי יכול לתבוע, מי יכול להיתבע והגנות:**

**מי יכול להיתבע?**

1. **מזיק** (ישיר)- מי שגרם לנזק.
2. **שולח** (ס'14 לפקודת הנזיקין)- אדם ששולח אדם לבצע עוולה, שלוחו של אדם כמותו. ניתן לתבוע **באחריות שילוחית** אדם ששולח אחר לבצע עוולה- גם שולח וגם שלוח. **חריגה משליחות**- ניתן לתבוע רק את השלוח ולא את השולח. כדי להוכיח אחריות שילוחית, יש להוכיח אחריות אישית.

אם השולח שלח לדבר בלתי חוקי, האם עדיין חלה עליהם אחריות (על השליח), או שאנו מטילים את כל האחריות על המזיק הישיר (השלוח), שהרי היה אמור לדעת שזה דבר בלתי חוקי? אין הגבלה על כך, וניתן לתבוע גם את השולח, כלומר ישנה אחריות שילוחית.

באחריות שילוחית מסוגים שונים, ניתן לתבוע רק את השולח (הוא לרוב הכיס העמוק). לדוג', אם מורה התרשל ונגרם נזק ניתן לתבוע את המורה ואת משרד החינוך, או רק את משרד החינוך, אך גם אם תובעים רק את משרד החינוך, יש להוכיח כי המורה התרשל. באחריות שילוחית אין בהכרח ביטוח, ואין במקרה של תאונה עצמית למי לפנות, וזה ההבדל בין שלוח לעובד.

1. **מייעץ/משדל/מסייע/שותף** (ס' 12 לפקודת הנזיקין). אם אדם מסייע/מייעץ/משדל/שותף לנזק יש לו אחריות נזיקית.

סעיף זה נוגע **גם למעשה וגם למחדל**. לדוגמא, עובד באתר בנייה חוזר הביתה ואומר לאשתו ששכח לסגור פתח של בור ביוב, ואשתו אומרת לו "לא נורא, תשאיר ככה", ואז מישהו נופל לבור הביוב.

ישנן רמות אקטיביות – מייעץ, משדל ומסייע הם פחות אקטיביים, ואילו **שותף הוא יותר אקטיבי בביצוע המעשה**.

ואילו, **מאשרר** – **מצב חריג**. אשרור בדיעבד של המעשה. המבחנים לאשרור הם קשים ומחמירים יותר. נטל ההוכחה על האדם אשר תובע מאשרר הוא גדול יותר. זוהי **עילה מצומצמת יותר משום שזו פעולה שקורית בדיעבד**.

דוגמא לתביעה כזו – הרשות הפלסטינית העבירה חוק הקובע כי מי שיבצע פעולות טרור כלפי יהודים יקבל קצבה. קורבנות פיגועים רצו לתבוע את הרשות הפלסטינית מכיוון שהיא מעודדת טרור, ורצו לתבוע את הרשות בעילה של אשרור – הרשות מאשררת בדיעבד את פעולות הטרור, בזה שהיא משלמת למפגעים בדיעבד על פעולותיהם.

השופט עמית סבר כי תביעת החוק הנ"ל של הרשות הפלסטינית, מהווה **תביעה בעילה של אשרור**.

היו לקורבנות שתי דרכים לתביעה – תביעה כנגד הרשות הפלסטינית או תביעה כנגד המדינה. התביעה כנגד הרשות כוללת גם **פיצויים עונשיים**, ולכן **יותר משתלם לקורבנות לתבוע את הרשות** ולא את המדינה. מה הבעיה בתביעת הרשות? צריך להוכיח אשרור לפי הסעיף המדובר בפקנ"ז וזה קשה. מאשרר הוא חריג לסעיף, הוא לא היה שותף למעשה, הוא רק נותן חיזוק בדיעבד למעשה. השופט עמית לא חוסם את עילת האשרור, אך כן מצמצם אותה. הוא קובע כי **לא ניתן לתת פיצויים עונשיים ביחד עם עילת האשרור**, משום ששניהם חריגים – "אין חריג לחריג".

**שמואלי** – **נגד הדוקטרינה של "אין חריג לחריג"** משתי סיבות:

1. נניח שאשרור ופיצויים עונשיים הם חריגים, הדוקטרינה לא מתאימה למקרה הזה. לדעתו, החריג הראשון – האשרור, נמצא בנוסחת אחריות הנזיקית תחת העוולה. החריג השני – הפיצויים העונשיים, נמצאים תחת ראשי הנזק. כלומר, אלו שני חריגים שונים אשר באים ממקומות אחרים ולכן הם לא נכנסים תחת הדוקטרינה הזו. החריג הראשון נמצא בחלק הראשון (נוסחת האחריות הנזיקית) והחריג השני נמצא בחלק השני (ראשי נזק). סיימת עם חלק א' עובר לחלק ב', אלו לא שני חריגים הנמצאים באותו שלב.
2. פיצויים עונשיים ואשרור הם לא חריגים. הוא סבור כי אשרור הוא שונה, אך הוא לא חריג. כמו כן, לדעתו פיצויים עונשיים הם לא חריגים, אלא הם ניתנים במקרה של מעשה זדוני ומכוון. במקרה הנ"ל פעולת טרור היא זדונית ומכוונת ולכן יש עמידה בקריטריון של פיצויים אלו.

להלן שלושת פסקי הדין של הרשות הפלסטינית וסיכומם:

* ע"א 2362/19 פלונים נ' הרשות הפלסטינית: הרש"פ מעניקה תגמול מיוחד לפלסטינים שביצעו עבירות ביטחוניות, בשל העובדה שהועמדו לדין בישראל ונדונו לעונשי מאסר. ככל שהעבירה הביטחונית חמורה יותר ותקופת המאסר ארוכה יותר, כך גדל שיעורו של התגמול המיוחד, שיכול להגיע לכדי תשלום חודשי שוטף של פי ארבעה מהשכר הממוצע בשטחי הרש"פ. הדיון נסב אודות השאלה אם תשלום כספים על ידי הרש"פ לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם הוא בבחינת אשרור של פעולות טרור שביצעו האסירים כמשמעות המונח בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, שכותרתו "אחריות של משתף ומשדל" כך שניתן להטיל על הרש"פ את האחריות על תוצאותיהן.   
  **ביהמ"ש העליון פסק**: המאשרר בס' 12 לפקודת הנזיקין יוצא דופן מחבריו לסעיף מאחר ומתייחס אך ורק למעשה שנעשה בעבר מבלי שנדרש קש"ס בין האשרור לבין ביצוע מעשה העוולה. מדובר בנטע זר ונדיר בדיני הנזיקין שמעולם לא נעשה בו שימוש בפסיקה.   
  הש' עמית – על אף שאין תקדים להטלת אחריות אך ורק מכוח החלופה של "המאשרר" בסעיף 12 לפקודת הנזיקין, מדיניות התשלום של הרש"פ היא מקרה חריג ונדיר של מתן תמריץ ותגמול למעשה טרור, הכרה, הוקרה ותרומה לו, ומשכך, ניתן להחיל עליה את החריג של חלופת "המאשרר". ברם, אין להרחיק לכת ולחייב את הרש"פ גם בפיצויים עונשיים, באשר הפיצוי העונשי כשלעצמו הוא נטע זר בדיני הנזיקין ואין להרכיב נטע זר על נטע זר.  
  הש' מינץ – ניתן לחייב את הרש"פ כ"מאשרר" לפי סעיף 12 לפקודת הנזיקין ואף לחייבה מכוח חלופה זו בפיצויים עונשיים. לדבריו, הרכבת "נטע זר על נטע זר" אינה זרה לשיטת משפטנו. מכל מקום, במקרה זה שני היסודות משלימים זה את זה, שכן בבסיס שניהם עומדת תכלית הרתעתית. דברים אלה באים לביטוי באופן מובהק בנסיבות ענייננו, שבהן הטלת האחריות כשלעצמה אינה מעניקה הרתעה מספקת מפני המשך קיום מדיניות התגמול של הרשות הפלסטינית.  
  הש' גרוסקופף – חלופת "המאשרר" בסעיף 12 לפקודה חלה רק כאשר מתקיימת זיקה מהותית והדוקה בזמן ביצוע המעשים בין הרש"פ לבין הפיגועים ומבצעיהם, ולכן יש להחזיר את התיק לבימ"ש המחוזי, על מנת שיברר ויכריע אם אכן התקיימה זיקה כאמור בזמן אמת בין הרש"פ לבין הפיגועים והמפגעים אשר אחראים לנזקיהם של המערערים. במישור העקרוני הותיר השופט גרוסקופף בצריך עיון את השאלה אם ניתן לחייב בפיצוי עונשי, אך במישור האופרטיבי הצטרף לשופט עמית.
* ע"א 1017/21 באנויאן נ' הרשות הפלסטינית: שנת 2003 אירע פיגוע התאבדות במסעדת "מקסים" בחיפה. המערערים, חלקם נפצעו בפיגוע וחלקם איבדו בו את יקיריהם, הגישו לבימ"ש המחוזי תביעה לפיצויים כנגד שורה של גורמים, בהם ארגון הג'יהאד אליו השתייכו המחבלת המתאבדת ושותפיה; הרש"פ; ואש"פ. בימ"ש המחוזי הורה על דחיית התביעה נגד הרש"פ ו-אש"פ ועל קבלת התביעה נגד שותפי המחבלת. בימ"ש המחוזי השית על שותפי המחבלת, ביחד ולחוד, פיצויים עונשיים שישולמו מעבר לתשלומים המתקבלים אצל המערערים לפי חוק התגמולים, לטובת ניזוקים ישירים (עיזבונות הנרצחים והתובעים שנפגעו בפיגוע) ולטובת ניזוקים משניים (בני משפחה מדרגה ראשונה של הנרצחים, לרבות אחים), ומכאן הערעור של הנפגעים. הש' עמית דוחה את הערעור ממספר טעמים. ראשית, לא הוכח כנדרש כי הרש"פ סייעה/שדלה/ייעצה למפגע. שנית, בעניין האשרור – כדי שמעשה יעלה כדי אשרור, עליו להעיד על נטילת אחריות לביצועה של עוולה או על נטילת הסיכון לכך, באופן שיוצר מעין שותפות במעשה. על כן, אשרור הוא פעולה בדיעבד. עם זאת, אינו מסכים כי יש להשית במקרה דנן פיצויים עונשיים ומשתמש בדוקטרינת 'חריג לחריג' המוזכרת לעיל.
* ע"א 8828/20 הרשות הפלסטינית נ' פלונית: ערעור על פס"ד של המחוזי, בגדרו התקבלה תביעה לפיצויים בגין אירוע טרור רצחני בו מחבל מתאבד התפוצץ בירושלים בשנת 2002, 3 בני אדם נהרגו. משפחת זוג ההרוגים עתרה למחוזי בבקשה לפיצויים עונשיים. ביהמ"ש המחוזי דחה את התביעה נגד אש"פ וקבע את אחריותה של הרש"פ לפיגוע מכוח ס' 12 לפקודת הנזיקין, כמי שסייעה ותמכה בביצוע הפיגוע. ביהמ"ש פסק לכל אחת משתי בנותיהן של זוג הנרצחים בפיגוע ולאמו השכולה של המנוח פיצוי עונשי.  
  בארה"ב הכירו פיצויים על רקע של "שכול" , על רקע וזה ועל רקע הנסיבות אין לצמצם את הנפגעים המשניים רק לאלה העומדים בהלכת אלסוחה, לכן בית המשפט פוסק **"פיצויי שכול" שנכנסו למשפט במקרה זה.**

הרש"פ טענה כי אין מקום לפיצויים עונשיים במקום שהטלת האחריות היא עקיפה, דרך אדישות/רשלנות. אך בית המשפט אמר שס' 12 כן מאפשר את זה. עד פה פסק הדין המחוזי.

בית המשפט העליון מאשר את הפיצויים העונשיים מהאחר והרשות במקרה זה הייתה שותפה פעילה למעשה הטרור לפי ס'12 לאור הכוונה והזדון, אפשר לתת פיצויים עונשיים. אך בנוגע לניזוקים המשניים לא מצמצם את הלכת אלסוחה וחושב שהם צריכים לעמוד בארבעת התנאים שלה.

* דוקטרינת "אין חריג לחריג": 9670/07 פלונית נ' פלוני: בפסק הדין השכן נאשם בעבירות מין בילדה בת 6, ההורים ערערו לעליון דרשו פיצוי מוגדל בנוסף לפיצויים שנפסקו, הם דרשו פיצויים בגין הגברת סיכון כשלעצמם ופיצויים עונשיים לאחר הרשעה בפלילים, הערעור נדחה. רובינשטיין טען כי יש "חריג לחריג", מקורם באותו עניין, שני סוגים של הפיצויים (הגברת הסיכון והעונשיים), שלא כמו בתביעת הרשות הפלסטינית, שם ה"חריג לחריג" מקורם שונה. רובינשטיין דחה את טענות העותרים הן לגבי פיצוי בגין הגברת הסיכוי לגרימת נזק נפשי והן בנוגע לחיוב המשיב בפיצויים עונשיים (מאחר וכבר נאשם בפלילים, אין צורך גם בפיצוי עונשי). ריבלין טען בדעת מיעוט כי היא צריכה לקבל יותר, אך לא התייחס לחריג לחריג. כלומר, הוא לא הניח יסודות חזקים מספיק דנ"א 7565/09- זה ד"נ. העותרים מנסים לשנות את ההחלטה של העליון. ביניש דוחה את העתירה מאותן נסיבות.

שורה תחתונה – **דוקטרינת "אין חריג לחריג"** לא הגיעה מהשופט עמית, אלא **הגיעה מפסיקות אחרות**.  
**שמואלי:** אינו מסכים עם השופט רובינשטיין. מקרים של פסיקה נזיקית לאחר הרשעה בפלילים אינם צריכים להיות חריגים אלא עניין שבשגרה. ההרשעה הפלילית אינה מכסה את העניין הנזיקי, ולכן יש מקום לפיצויים עונשיים במקרים זדוניים ומכוונים, ואפילו בקל וחומר במקרים שהנתבע בנזיקין הורשע קודם בפלילים, ולא רק שעשה את שעשה בצורה זדונית ומכוונת, אלא שהוכח שעשה זאת במעל ספק סביר, (כמעט 100%). לכן גם כאן הוא סבור שדוקטרינת "חריג לחריג" אינה מוצדקת כלל ועיקר. אולם לפחות היה מדובר בחריג לחריג באותו עניין ומקום בנוסחת האחריות הנזיקית – שלב פסיקת הפיצויים, בפיצויים העונשיים גופם, שלא כמו במקרה הרש"פ.

1. **מעביד** (ס'13 לפקודת הנזיקין)- לאחריות מעבידים נוטים לקרוא אחריות שילוחית אך זוהי טענות סמנטית. חב באחריות נזיקית על כל מעשה שעשו עובדיו במהלך העבודה. ניתן לתבוע מעביד גם שהעובד התרשל כלפי צד ג' (לדוגמא עובד בנק נתן יעוץ כלכלי לא טוב) אך גם אם העובד התרשל כלפי עצמו (לדוגמא פועל שלא נזהר ונפל ונפגע).

**כשעובד התרשל כלפי עצמו** והזיק לעצמו במסגרת עבודתו, האחריות על המעסיק. כלומר, ניתן לתבוע את המעסיק והוא ככל הנראה יעביר את התביעה לביטוח (בארץ- ביטוח לאומי). בדר"כ עובד תובע אוטו' את הביטוח הלאומי כדי לחסוך את הדרך הארוכה. **אם עובד התרשל לגבי צד ג'** (אדם מגיע לאתר בנייה ולא אמרו לו לשים קסדה), הצד השלישי יכול להגיש את התביעה למעסיק ולא לעובד. אם למעסיק יש ביטוח הוא יעביר את התביעה לביטוח (בישראל אין ביטוח חובה כלפי צד שלישי, לכן ברוב המקרים לא יהיה ביטוח חובה במקרה הנ"ל).

למה למעביד יש אחריות על נזקי העובד?

* **אין לעובד הסתכנות מרצון**- העובד אומנם יכול להיות מודע לסכנה, אך זקוק לעבודתו ולפרנסה. לעבוד אין בחירה אמיתית, כי כל אלטרנטיבה משמעה אובדן מקור פרנסתו ולכן חשיפתו לסיכון תחשב לא רצונית.
* **אחריות מוחלטת**- יש למעסיק תמריץ לפקח על עובדיו וסביבת העבודה. הוא "הסוכן החברתי" של המדינה למניעת הנזק. בנוסף, האחריות החברתית דואגת לפיצוי גם במקום בו אין אשם, והיא דואגת לפצות את הניזוק ובמקביל לאפשר את חלוקת הנטל בחברה (במקרה של המעסיק- מפזר נזק טוב, ביטוח, כיס עמוק וכו'). צריך לשים לב שבאחריות מוחלטת אין מונח של אשם תורם, כלומר גם אם העובד סיכן את עצמו, לא נכניס את האשם תורם כפונקציה להורדת סכום הפיצוי.
* **ביטוח**- בישראל, יש ביטוח חובה בין עובד למעביד. יש סייג- אם העובד עושה משהו בכוונה, אז הביטוח לא יכסה את הנזק (האחריות השילוחית לא תחול).
* **כיס עמוק**- המעביד הוא כיס עמוק, וגם אם המעביד לא יוכל לשלם, יש לו ביטוח לאומי חובה.
* **רוצים להעניק חופשיות למעסיק**- המעסיק רוצה לחסוך, כתוצאה מכך הוא יוצר סיכונים ולכן מכניסים את הנזקים לתוך ההוצאות העסקיות שלו. פציעות הן חלק מההוצאות הכלכליות בעסקים גם ללא אשמה.
* **מפזר נזק טוב**- גישה חברתית: סיבה שנייה להטלת אחריות ללא אשמה על המעסיק יכולה להיות מפני שהוא מפזר את הנזק בצורה טובה, דרך העלאת מחיר מוצר ולכן מוצדק להטיל עליו אחריות.
* **ניהול סיכונים**- כאשר מעביד מעסיק אדם, הוא לוקח על עצמו את האחריות והסיכון גם יחד. עליו לקחת אחריות מלאה למכלול מעשיו ולהבין כי קיים מחיר לתמורה שהוא מקבל מהעובד על כל רבדיה. לכאן, כאשר אדם עושה מעשה, המעביד ייקח אחריות. הוא לא יכול רק לקצור את הפירות, אלא עליו לשלם גם על הסיכון ואף לעיתים יכליל זאת בפיזור נזק כללי. **אם מעביד עשה ביטוח, נגמר התמריץ, לא אכפת לו שעובד יפצע**?זה לא המצב, כי שמפעילים ביטוח עקב נזק, הפרימה עולה. **אם עובד מבוטח, מה מונע ממנו לא להיזהר**? הפחד להיפגע, הידיעה כי אם ינהג לא בזהירות, יוכל המעביד לפטר אותו.

1. **ביטוח**-בישראל כולם משלמים ביטוח לאומי, ביטוח לאומי זה חברת ביטוח של המדינה אשר הוא חובה. יש ביטוחים כמו ביטוח חובה שכל אדם בישראל מחויב להם, ורכוש וכדומה שהם לא חובה. קלברזי אומר על הונאת ביטוח- לא שווה לחברת הביטוח לפסול למישהו הונאת ביטוח מאחר והפרמיה עולה לאחר התביעה ולא משקיעים הרבה אנרגיה ברמאים. חברת ביטוח גובה מכולם כספים וכך יוצרת קופה ומטרתה ע"מ להרוויח- לאסוף יותר ממה שהיא מחלקת למבוטחים שלה (פיצויים). היא צריכה לאסוף יותר מהמחיר של משכורות וכו' וסכומי הפיצויים ע"מ להיות חברת ביטוח מרוויחה.
2. **עיזבון -** אם אדם נתבע והוא נפטר התביעה נמשכת, לא תמיד יהיה ניתן לתבוע את העיזבון אך בגדול העיזבון נכנס לנעלי הנפטר. המשמעות היא שאדם מת לא "נפרד" מחובותיו. יש הבדל בין עיזבון לירושה, עיזבון נכנס בנעלי המזיק ואחראי גם מעבר לסכום הירושה וגם אם אין ירושה. חובות אדם שנפטר עוברים לעיזבון.

**מי יכול לתבוע?**

1. **הניזוק**
2. **ניזוק נפשי במעגל המשני**

אם מקבלים ניזוק נפשי ממעגל משני, על כל תאונה מבוטחת צריך לקחת יותר בפרימת ביטוח- זה למה לא נקבל ניזוקים ממעגל משני. בנוסף על כך, נזק נפשי הוא בן חורג של תביעות נזיקין והוא חריג, גם נזק של מעגל משני הוא חריג- משמע יש חריג על חריג.

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל**

**תביעה 1**: ילד בן 6 נפגע בתאונת דרכים ונפטר כ24 ימים לאחר מכן. ההורים לא היו עמו בשעת התאונה, אך שהו עמו בביה"ח. מצבם הנפשי התערער והם סובלים ממתח, דיכאונות ועוד, נעדרים מעבודתם וזקוקים לעזרה. הם הגישו תביעה לפיצויים על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם. **התביעה ה2** : אישה נפצעה בתאונת דרכים, בתה שהתה עמה בביה"ח עד לפטירתה. הבת לקתה כתוצאה מכך במחלת נפש והיא תובעת פיצויים על כך. **השאלות המשפטיות - האם קיימת אחריות נזיקית לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה לאחר שאדם יקר לו נפצע, נהרג או הועמד בסכנת פגיעה בגין מעשה או מחדל רשלני של הנתבע? האם מי שגרם לו נזק נפשי הוא בגדר "נפגע" ב"תאונת דרכים" ע"פ חוק הפיצויים.**

**שמגר:**

* **מגמה בפסיקה:** עפ"י הפסיקה, קרובים שהיו עדים לתאונה/ מעורבים בתאונה זכו לפיצויים בגין נזק זה, והוכרו כנפגע בתאונת דרכים עפ"י חוק הפיצויים.
* **בחינת אמות המידה המשפטיות החולשות על קביעת אחריות בנזיקין שנגרמו לקרוב המשפחה: האם ישנה חובת זהירות למזיק כלפי קרוב המשפחה?** באנגליה וארה"ב נקבע כי למזיק בנסיבות מסוימות ישנה חובת זהירות כלפי מי שנפגע בנפשו, כי זוהי תוצאה צפויה של התנהגות הנתבע.יש לכך שני היבטים:

1. עקרוני- חובת הזהירות המושגית: האם הסוג הכללי אליו משתייכים המזיק, הניזוק, הפעולה והנזק עשויים להקים חובת זהירות?קיום חובה זו נקבע עפ"י מבחן הצפיות.
2. חובת הזהירות כלפי הניזוק והמעגלים המשניים מתקיימת במקביל. זוהי חובה נפרדת ומשנית (יתכן והמשנית תהיה יותר חריגה. למשל בעל שהחלים מהפציעה בתאונה אך אשתו לקתה במחלת נפש).החלת מבחן הצפיות לבדו תוביל לריבוי תביעות ולכן יש להגביל זאת.

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

1. **יש חשש מריחוק במעגל**- הנזק עקיף, יש חשש מהרחבת מעגל התובעים. מעלה חשש של **הצפת בתי משפט, מדרון חלקלק, זמני התדיינות, עול כבד על הביטוחים** (בסופו של דבר, יגולם לאזרח ורק עשירים יוכלו לרכוש ביטוח, שיקול של צדק חברתי)..
2. **חשש מתרמיות**- אנשים עלולים לרמות ולהגיד כי היו בקרבת האירוע, גם אם סתם עברו שם. חשש זה עומד בפני עצמו, גם אם החשש הראשון לא מתקיים.
3. **נזק נפשי קשה להערכה מנזק פיזי**- נזק נפשי מאוד קשה להערכה, אז במעגל שני עוד יותר. מתקשר לתרמיות- אדם יכול לשקר שיש לו חרדות וסיוטים, ולבקש פיצוי. אנשים רבים יכולים להגיע בטענה זו לביהמ"ש והוא יתקשה להעריך את הנזק ולהאמין לתובעים.

**עד הלכת אלסוחה:** ביהמ"ש בישראל נעתרו לתביעתו של קרוב משפחה מן המדרגה הראשונה ופסקו לו פיצויים בגין נזק נפשי שנגרם לו, כאשר היה עד לביצוע מעשה או מחדל רשלני ע"י המזיק לאדם היקר לו, אשר נגרמה לו פגיעה ממשית או מוות.

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

1. **זהות התובע**- קיימת קרבה אשר אפשרות הפגיעה בה צפויה. הניזוק המשני הינו ממדרגה ראשונה, הגם שישנה אפשרות במקרים חריגים וראויים (שיקו"ד ביהמ"ש) לפצות חבר קרוב, בן זוג וכו'..
2. **התרשמות ישירה מן האירוע המזיק**- התובע יהיה עד ראיה ושמיעה לאירוע או שיהיה עד לתוצאותיו המיידיות. עם זאת, אין לשלול מקרים בהם הנזק הנפשי נגרם כתוצאה מקבלת מידע מכלי שני (דרך גורם מתווך). שמגר מציע לדבוק במבחן הצפיות, ולבחון ממקרה למקרה אם נזקו של התובע- אף אם נגרם ע"י קבלת מידע מכלי שני- היה צפוי ממכלול הנסיבות של אותו מקרה כתוצאה מסתברת מהתנהגותו הרשלנית של הנתבע. (אין חובה לקרבה פיזית להבדיל מתנאי 3).
3. **מידת הקירבה במקום ובזמן לאירוע המזיק**- ככל שישנה קרבה גדולה יותר לאירוע, הנטייה היא יותר להכיר בנזק נפשי של מי שהיה במקום האירוע (כולל אמבולנס/ביה"ח). ישנם שתי מערכות אפשריות של נסיבות:
4. המפגש הראשון עם תוצאות האירוע המזיק- נזק נפשי שנוצר ע"י זעזוע/הלם. אשר נגרמו לתובע אשר נדרש להתעמת לראשונה עם האירוע המזיק ע"י עמידה על תוצאותיו המאוחרות, הרחק מהזירה (למשל, הורה בחו"ל ונודע לו על תאונה שקרתה לבנו, והוא מגיע לביה"ח מס' ימים לאחר מכן/ גופתה שלא זוהתה במקום, אלא בביה"ח לאחר זמן מהתאונה).
5. רצף מפגשים הנזק הנפשי הוא פרי תהליך מתמשך של חשיפה לתוצאות האירוע המזיק. לא מדובר בנזק נפשי הנוצר על דרך של חוויה חד"פ, אלא הנזק הוא תוצאה של מגע מתמיד ותמשך עם התפתחות העניינים לאחר קרות האירוע המזיק, באופן הגורם לנזק נפשי (למשל, נזק הנגרם לקרוב המטפל בדרך קבע במי שנפגע בגופו מהאירוע המזיק).

שמגר קובע כי יש לבחון כל מקרה לגופו, מה שקובע הוא רצינותה של הפגיעה השוללת את היכולת של הנפגע להתמודד עם הלחץ הנפשי. המבחן הוא הקירבה הסיבתית וההוכחה הברורה של נזק נפשי מוגדר ולאו דווקא קרבת הזמן או המקום.

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

חייב להוכיח את נוסחת הנזיקין- צריך שיתקיים קש"ס עובדתי ומשפטי.

\* תביעת שיפוי = תביעה של הנתבע כלפי מישהו אחר (אחרי התביעה) שאמור היה לדעתו להיות נתבע נוסף עליו או יחידי במקומו, להשתתפות עמו במה שחויב בתביעה הנזיקית. זוהי לא תביעת נזיקין אלה תביעת שיפוי.

\* הודעת צד ג = הנתבע חושב כנ"ל אך מבקש מביהמ"ש כבר בתביעה של התובע נגדו להוסיף את צד ג לתביעה עצמה, ולא מחכה לסוף לראות אם חויב ורק אז להגיש תביעת שיפוי. אם ביהמ"ש מאשר את הודעת צד ג, צד ג מצורף לתביעה כנתבע נוסף נגד רצונו כמובן אבל יכול להיות גם נגד רצונו של התובע, הוא מגיש כתב הגנה (אם יש צורך, התובע מתקן את כתב התביעה שלו) ויש לו יריבות הן עם התובע והן עם הנתבע. הודעת צד ג' דורשת אישור בימ"ש. לצד ג' יש יריבות עם מי שגרר אותו לתביעה וגם כנגד התובע (התובע למרות שלא רצה לתבוע אותו חייב לתבוע אותו כעת). יש כתב תביעה והגנה גם בין א לב' וגם בין א' לג' וגם יריבות בין ב' וג' כי ב' גרר את ג' לתביעה.

**שוויקי נ' מדינת ישראל**

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

**ברלינר:**

* במקרה זה המערערים לא עומדים בתנאי הרביעי להלכת אלסוחה- לא הוכח נזק נפשי מהותי ורציני.
* יש להכיר בהלכת אלסוחה גם בנזק פיזי שנגרם לניזוק העקיף כתוצאה מההלם במעשה.בתנאי הרביעי- יינתן פיצוי בגין נזק פיזי במידה וזהו נזק ממשי שמשפיע על יכולת התפקוד היום-יומית. ההתקף לב נוצר מהנזק הנפשי?
* עוד לפני בחינת ארבעת סייגי אלסוחה על התובע להוכיח כי הנזק הפיזי שנגרם לו קשור ישירות לאירוע הנזיקין- כלומר, עליו להוכיח **קש"ס עובדתי ומשפטי.**

**פס"ד שוויקי (דיון כיתתי)** - מעין הקלה והרחבה להלכת אלסוחה. פס"ד מחדש ואומר **שאם נגרם נזק פיזי כתוצאה מהעוולה הוא ייחשב כנזק לכל דבר במעגל המשני**. חידוש נוסף הוא שביהמ"ש אומר כי ארבעת הקריטריונים הם בנוסף לנוסחת הנזיקין, יש צורך להוכיח קש"ס בין התקף הלב לאירוע. **הלכת אלסוחה לא מייתרת את הנוסחה הנזיקית ובתוכה גם את תנאי הקש"ס**. ברגע שאדם שם את עצמו בתבנית של ניזוק נפשי במעגל המשני, הוא חייב להוכיח גם קש"ס (ובכלל את כל נוסחת האחריות הנזיקית).

**לפי שוויקי - בודקים את נוסחת הנזיקין (עוולה, נזק, קש"ס) 🡨 היסודות של הלכת אלסוחה. בנוסף גם נזק פיזי נחשב כנזק במעגל השני. כל עוד מוכיחים קש"ס בין הנזק הפיזי למקרה עצמו וכתוצאה מהנזק הנפשי- המעגל משני זכאי לפיצוי!**

**לוי נ' שערי צדק- הגמשת התנאי הרביעי**

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

**ריבלין**:

* ביה"ח הפר את חובת הזהירות כלפי ההורים.
* **נזקי קורבנות המעגל השני:** האמא נמצאת בגבול בין נפגעת משנית לעיקרית, מכיוון שהבדיקה שלא בוצעה ובגינה מת העובר, הייתה אמורה להיות בגופה.
* **הרחבת הלכת אלסוחה:** עפ"י הנסיבות המיוחדות של מקרה ולאור תכלית הלכת אלסוחה, בנסיבות המיוחדות במקרה זה, בשל הנזק הממשי שנגרם להורים- שניהם זכאים לפיצוי בגין הנזקים הלא-ממוניים על אף שאינם עומדים בתנאי הרביעי להלכת אלסוחה- שיעור הפגיעה הנפשית. האם, ניצבת על קו הגבול שבין נפגע משני לנפגע עקרי, וזאת בשל העובדה, שהבדיקה שלא בוצעה עקב רשלנות, הייתה אמורה להיות בגופה, והעובר מת ברחמה. בכל מקרה ביהמ"ש סבור כי האם וגם האב זכאים לפיצוי בגין הנזקים הלא ממונים.
* **הכרעה:** דעת רוב של ריבלין. הכירו בהורים כניזוק משני למרות שלא עמדו בתנאי הנזק הנפשי הפסיכיאטרי.

**לוי נ' שערי צדק (דיון כיתתי) –**

השאלה הראשונה: **הם האב/האם הם ניזוקים עיקרים או משניים?** **ריבלין** קובע שלמרות שלא הוכח נזק נפשי כבד ההורים יקבלו פיצוי, בהקשר הקשה של לידה, יש נכונות לרכך את הקריטריון הרביעי. הוא מכיר בשניהם כניזוקים משניים. **חיות** בדעת מיעוט אומרת כי יש להכיר שניהם כניזוקים עיקריים, האם תקבל יותר מהאב אך שניהם לא צריכים לעבור את ארבעת הקריטריונים של אלסוחה. **גובראן** מצטרף לשופט ריבלין אך מביא הנמקות אחרות.

השאלה השנייה: **שנים אבודות- האם עובר נכנס להלכת אטינגר של השנים האבודות?** ההורים תובעים על השנים של העובר וזהו חלק מן ה"כסף הגדול", זה תשלום של עשרות מיליונים, ע"פ חוק הכשרות המשפטית אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד מותו, ביהמ"ש אומר כי **תינוק שנולד ללא רוח חיים לא זוכה לזכויות וחובות**. עולה השאלה: אם זה שלעובר שנולד מת אין זכויות וחובות גורם לזה שההורים יחשבו כניזוקים עיקריים? לפי דעת המיעוט אם אין ניזוק עיקרי אז ההורים הם הניזוקים העיקריים, לכן הם אינם צריכים להוכיח את הקריטריונים אלה רק את נוסחת הנזיקין.

פס"ד זה מממש את המטרות של דיני הנזיקין, ברור כי השופטים רוצים לתת **פיצוי**, גם אם זה דרך ניזוק משני ע"י הגמשת חומרת הנזק. יש **צדק חלוקתי**, בית החולים הוא גוף גדול וחזק מול הזוג. ישנה **הרתעה** באמצעות שיקול מדיניות "יותר זול להרוג מאשר לפצוע", אם לא נקבל את התביעה בגין אובדן פרי בטן- יהיה זול יותר לגרום למוות מאשר לפציעה. לכן המדיניות כאן מאוד חזקה, יש פיצוי, צדק חלוקתי (ביה"ח הוא גוף גדול וחזק) והרתעה.

**ההלכה הזו נוגעת רק לגבי לידה, צריך להיזהר ביישום על מקרים אחרים. בנוסף, דעת המיעוט של חיות בנוגע למעמד האב היא בהתייחסות לאב שנכח בלידה.**

1. **מיטיב** (חוק להטבת נזקי גוף) - החוק קבע פיצויים למיטיב (האדם שסועד את הניזוק). החוק מאפשר למיטיב בתנאים מסוימים לתבוע את המזיק. ס'5 לחוק אומר כי אדם שהוא מיטיב, יכול לתבוע את המזיק, אך הוא אינו יכול להרוויח מכך (לדוגמא הוא ישב ליד הניזוק במקום אחות סיעודית הוא יכול לקבל את מה שהאחות הייתה מקבלת אך לא מעבר (הוא גם לא יקבל מעבר לשכרו), החזר ההוצאות יהיה סביר.
2. **עיזבון** - כמו שעיזבון יכול להיתבע הוא יכול לתבוע. יש מקרים בהם התביעות אישיות (כמו לשון הרע) בהם ההיגיון אומר שלא תמיד העיזבון יכול לתבוע והתביעה לא ממשיכה באופן אוטומטי.
3. **תלויים** - אנשים שתלויים במנוח לפרנסתם. בדר"כ מדובר בהורה שהלך לעולמו והתלויים הם ילדיו. לפעמים התלות היא לא להכנסה אלה לעזרה אחרת.

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

**יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח**- גיל התלות.

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

* **תלות בתקופת השירות הצבאי:** תקופת התלות היא אינדיווידואלית, תקבע ע"י ראיות בנושא. במציאות הישראלית, בתקופת השירות הצבאי נמשכת תמיכת המשפחה בילדיה. שלילת פיצויים בתקופה זו שוללת את מטרת הפיצויים. עם זאת, בתקופת השירות הצבאי קטנה התמיכה הכספית של ההורים.
* **יש להתחשב בירושה כגורם המפחית את הפיצוי?** נפסק כי אין להפחית את שווי ההאצה לגבי נכסים בהם היורשים משתמשים בחיי המנוח- דירת מגורים/ מכונית.

**פס"ד יחזקאל נ' אליהו (דיון כיתתי) -** העליון קובע כי **התלות היא גם בתקופת השירות הצבאי, אך מכיוון והצבא מספק צרכים כלשהם יש חזקה כי התלות בתקופת הצבא יורדת ל1/3.** בפס"ד עולות שאלות כמו האם יש הבדל בין גברים לנשים? הבדל בין קרביים ללא קרביים (לרעת הקרביים)? מה קורה עם תלויים אחרי גיל 21? מה קורה עם אנשים שלא עושים צבא? האם גם להם חל קיזוז התלות? נשים לב כי חזקה היא דבר הניתן לסתירה, לכן אם יוכחו אינדיקציות ספציפיות לגבי תלות הן יילקחו בחשבון.

**לינדורן נ' קרנית (קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים): ידועים בציבור ותלויים.**

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

**השופט ברק:**

* **עפ"י העמדה המקובלת-** מובנו הלשוני של "בן-זוג" איננו מוגבל לזוג נשוי. במובן המשפטי, תכלית הפיצוי לתלויים הינה לתת להם פיצויים על אובדנם הכספי בשל התלות במנוח.
* **ברק קובע כי ידועה בציבור היא בגדר "בן זוגו" של המנוח כמשמעותו המשפטית.** בהתאם לתכלית הספציפית של ההסדר בפקודה, המטרה היא להעניק פיצוי בגין אובדן התלות תוך החזרת המצב לקדמותו. לכן, אם השניים חיו כמשפחה, יש לראות בה בת זוג של המנוח לעניין התביעה. עם זאת, אם לבת הזוג ילדים שאינם מהמנוח, אין להעניק להם פיצוי על אובדן התלות. בנוסף, ישנה תכלית אובייקטיבית להסדר- שמירה על ערך השוויון- אין הצדקה להבדיל בין בת-זוג נשואה לבין בת-זוג שאינה נשואה.
* **נימוקים מנגד:** נימוק ראשון הינו שבפקודה האנגלית השתמשו במושג המדבר על אישה נשואה לכן אין לשנות את המשמעות ולכלול ידועה בציבור. הנימוק השני הינו שזכות האלמנה התלויה נגזרת מזכות האישה הנשואה למזונות. לידועה בציבור אין זכות למזונות בחיי המנוח ולכן אין לה זכות לפיצוי במותו. **ברק** מבהיר כי זוהי לא מטרת הפיצוי (אלא לפצות על אובדן התלות) ולכן גישה זו אינה עומדת.

הנימוק השלישי שמעלים הינו שבמידה ולמנוח הייתה ידועה בציבור אך בו בעת היה נשוי כדין לאישה אחרת יתעורר קושי. כדי למנוי מצב מסובך זה, יש לשלול את זכותה של האלמנה הידועה בציבור. **ברק** מבהיר שוב כי המבחן לזכותו של התלוי הוא בקיום תלות בפועל ובסיכויי התלות בעתיד לולא מעשה הנזיקין. הנימוק הרביעי הינו שהכרה במעמד הידועה בציבור מחזק אותו ופוגע במוסד הנישואין. **ברק** לא מקבל טענה זו ומבהיר כי הפסיקה בישראל הכירה בידועים בציבור. הנימוק החמישי הינו שכאשר המחוקק רוצה להכיר בזכות של ידועה בציבור, הוא מציין זאת במפורש וכאן זה לא נעשה. **ברק** מסביר כי ישנם שופטים שקיבלו עמדה זו. עם זאת, הפקודה היא מתקופת המנדט וככה"נ הטכניקה הזו של המחוקק (להרחיב את המונח (בן-זוגו)) לא הייתה ידועה אז. כמו כן, במקרה זה ההסדר יפורש עפ"י תכליתו, הכוללת את הידועה בציבור. לא רק זאת, אין להשוות לחוקים אחרים (בהם כללו במפורש ידועה בציבור) שכן התכלית שונה לגמרי. הנימוק השישי הינו שקביעה כזו צריכה לבוא מהמחוקק ולא מביהמ"ש. **ברק** קובע כי במקרה זה מדובר בפעולה פרשנית רגילה בסוגיה משפטית. הנימוק השביעי הינו שבפסיקה קודמת של העליון לא הוכרה ידועה בציבור כתלויה. **ברק** מבהיר כי ביהמ"ש העליון יכול לסטות מתפקידיו, כאן הסטייה מוצדקת.

* ישנם קריטריונים לקביעה אם תלות מתקיימת: ניהול משק בית משותף, קיימו יחסי אישות, הקימו משפחה מאוחדת. וגם משך מערכת היחסים מהווה אינדיקציה. **הפיצוי שניתן הוא על התלות הפועל, אך גם על התלות בפוטנציאל.**
* חידוש נוסף הוא **שאת התלות בודקים גם ע"פ סיכויים**, גם אם ברגע המוות לא היה תלות בפועל, יש לבדוק אם היה פוטנציאל תלות. לדוג': האישה עבדה אך תכננה לעזוב את עבודתה למשך שנה בשל לידת ילד משותף ובכך הייתה נהפכת לתלויה, אם יש ראיות לכך ניתן להוכיח תלות עתידית של האישה באב הילדה.
* **סיכום ההלכה:** המונח "בן-זוגו" בס' 78 לפקודת הנזיקין כולל גם ידועים בציבור, שכן כך מגשים את התכלית הספציפית והכללית ביסוד לשון החוק.

**פלוני נ' המאגר הישראלי לביטוח חובה- תלויים בגירים בעלי יכולת השתכרות.**

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

**השופט עמית** הציג שלוש אפשרויות:

1. **רחבה**- כל תמיכה של הורה בילדיו שהלכה לאבדון בעת המוות מרימה עילת תביעה לתלויים.
2. **מצומצמת**- תלוי הוא רק אדם שנעדר יכולות לפרנס את עצמו, וכל קיומו היה תלוי בהורה המנוח.
3. **ביניים**- המונח תלוי כולל גם ילד שיכול לפרנס את עצמו, כל עוד הוריו מספקים לו את כל צרכי מחייתו (כלומר הוא מסוגל להתפרנס, אך בפועל לא כך הדבר – הורים מפרנסים אותו). המבחן לכך הוא מבחן מעשי של עצמאות מול תלות- גיל הילד, יכולת השתכרות, קיום תא משפחתי עצמאי ועוד.

**עמית** בוחר באפשרות הביניים וטוען כי היא קרובה למצומצמת. צריך להראות נסיבות מיוחדות ע"מ שנכיר בילד מבוגר כתלוי, זו גישה יותר חברתית ובוחנת את הדבר שמעבר לצדדים עצמם. **הפרשנות התכליתית** של הסעיף מצביעה על כך שהתלויים זה קרובי משפחה שתלויים כלכלית, כך לדוגמה אחים לא נכנסו להגדרה זו. **שיקולי מדיניות**, תיחום גבול, רוצה שזה לא יפתח תביעות לכל המשפחה ולכל סוגי הילדים, אך גם לא רוצה שזה יפגע בילדים שהיו תלויים בפועל בהוריהם. **תביעת התלויים היא עצמאית**, לכן אובדן השתכרות בשנים אבודות הולך או לתלויים או לעיזבון, על כן לדעת עמית, כאשר הילד לא באמת תלוי, המשך התמיכה צריך להיות תלוי בהחלטת העיזבון.

**סולברג** מכיר בגישת ביניים שיותר קרובה לרחבה (גישה שהיא בין השנייה לשלישית), גם ילדים בגירים יחשבו תלויים, אפילו אם לא גרו בית ההורים אך ההורים תומכים בהן (לדוגמא סטודנט שהורים מממנים אותו באופן חלקי). גישה של צדק מתקן.

**דנציגר** לא מכריע, אומר כי במקרה זה הילדים לא הוכיחו תלות ע"פ שתי הגישות.

הלכה – הולכים לפי הגישה המצומצמת, ילד שבפועל נתמך על ידי ההורים ותלוי בו, ילד שמתפרנס עצמאית לא זכאי.

**הגנות:**

ישנם שני סוגי הגנות: הגנות כלליות והגנות חלקיות.

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

**הגנה חלקית** - מביאה להפחתה חלקית באחריות המזיק.

הגנות כלליות:

* + - 1. **קעקוע יסודות העוולה** - ערעור על אחד מיסודות המצטברים של נוסחת האחריות הנזיקית (עוולה, נזק קש"ס). אם אחד הרכיבים לא מתקיים לא מתקיימת העוולה. גם את יסודות העוולה עצמה (כמו יסודות התקיפה) ניתן לקעקע. ככל שנראה שיותר יסודות לא התקבלו נחזק את ההגנה.
      2. **חסינויות** - ישנם סוגים שונים של חסינויות.
* חסינות של קטין - ס' 9(א) לא תוגש תובענה כנגד קטין שטרם מלאו לו 12. (ב) מי שטרם מלאו לו 18 יכול להיתבע/ לתבוע על עוולה, אלא אם כן היא נובעת מחוזה שעשה. אם החסינות מהותית- כאשר בעל החסינות עשה את העוולה- אין באמת עוולה ואין אפשרות לפנות לכתובת אחרת לקבלת פיצויים. אם החסינות דיונית- אין זה אומר שלא התקיימה עוולה אלא אי אפשר לתבוע את בעל החסינות (ניתן מישהו אחר- ביה"ס, הורים וכו'). כל זה נתון לפרשנות השופט.
* חסינות של שופט - ס'8 לפקודה. אנחנו לא רוצים להגיע למצב ששופט אחד ישפוט את שיקול הדעת של שופט שני, אלה רק הערכאה הגבוה יותר. שופט שמפחד שיתבעו את המדינה בגין פשלות שלו יפחד לשפוט ולכן לא נאפשר זאת.

**מדינת ישראל נ' אדם**

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

**השופט מזוז:**

* **החסינות השיפוטית מונעת הגשת תביעות נזיקיות נגד בתי המשפט ובתי הדין ושאר נושאי משרה שיפוטית.** עם זאת, אין מענה לשאלה האם ניתן להגיש תביעה **כנגד המדינה** בגין עוולה של נושא משרה שיפוטית ממלכתית.
* **מהות החסינות השיפוטית- מהותית או דיונית?** התכליות העיקריות של מוסד החסינות הינן שמירה על העצמאות השיפוטית, אי התלות האישית ושמירה על תפקוד תקין של מע' השפיטה מפני השפעות זרות. על כן, ניתן להסיק כי זוהי חסינות מהותית. מכך יוצא כי לא ניתן לתבוע את המדינה בגין עוולה שיפוטית שכן זוהי עקיפה של החסינות השיפוטית, מה שלא מתיישב עם תכליתה.
* **השופטת וילנר שמה את שאלה זו בצ"ע.**
* **ההלכה:** החסינות השיפוטית היא חסינות מוחלטת ומלאה ואין לעקוף אותה בשום דרך.

**מדינת ישראל נ' אדם (דיון כיתתי)**- דנים בשאלה האם מדובר בחסינות דיונית או מהותית. חסינות דיונית אומרת כי לשופט אין אחריות נזיקית ולא ניתן לתבוע אותו אישית, כן שילוחית את המדינה. לא רוצים שיקרה מצב בו שופט אחד ישפוט שופט אחר. עם זאת, זה אומר כי המדינה יכולה לשאת באחריות שילוחית למעשיו, אך המדינה לא שלחה את השופט לעשות את המעשה הספציפי (העוולה), אלא לעשות את תפקידו- בשונה מהורה ששלח את ילדו לשרוט רכב של השכנים. לכן, באופן טכני ברור כי במידה ויש אחריות שילוחית יש את מי לתבוע. אך ככה"נ לא תהיה. חסינות מהותית משמעה כי לא ניתן להטיל אחריות על השופט ואף על המדינה בגין העוולה- לא מחשיבים זאת לעוולה. מזוז קובע כי החסינות היא מהותית, מוחלטת, לא ניתן לתבוע את השופט או את המדינה

* לקוי בנפשו - הפקודה שותקת כלפי לקוי בנפשו, יש גישות שונות בנזיקין.

**כרמי נ' סבג**

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

**הש' רובינשטיין:**

* **היסוד הנפשי** הנדרש בעוולת התקיפה הוא "במתכוון". במקרה זה מדובר במעשה מכוון, המערער ידע את טיב מעשיו ותכנן את המעשה והתוצאה. על כן, התקיימו כל יסודות העוולה.
* **העדר שפיות:** אין הגנה שכזו בפקודת הנזיקין. יש לכך 3 גישות במשפט האנגלי: (1) **השופט דנינג**- מחלת נפש אינה הגנה. (2) **השופט אשר**- יש להחיל אמת מידה אחידה של אחריות בפלילים ובנזיקין. ולכן קיימת הגנת לקוי בנפשו בנזיקין. (3) **סטייבל**- גישת ביניים. אין הכרח כי המזיק מבין את המשמעות המוסרית של המעשה, אך יש צורך ביסוד נפשי מינימלי של שליטה (מי שפועל אוטומטית לא נושא באחריות).
* **רובינשטיין ונאור** מסכימים עם הגישה השלישית, רק במידה ואין שליטה על תנועות הגוף- יש הגנה בנזיקין. במקרה זה המערער שלט במעשיו. **נאור** מאמינה שצריך לנהוג כלפי חולי נפש בחמלה, מניעה אותה מטרת הצדק החלוקתי. בשל כך, מציגה נסיבות לפיהן ניתן לפטור את חולי הנפש. מצד שני, יש את הנפגעים ולטענתה, צריך לפצותם ואם החברה תדע שהלוקים בנפשם יישאו באחריות נזיקית, תתקיים הרתעה כלשהי, אולי ניתן לתבוע את המשפחות שלהם בגין אחריות שילוחית? בקצה, נאור מגיעה לאותו תוצאה כמו רובינשטיין. **ארבל** נוטה לאפשרות הראשונה, לטענתה, התכלית הנזיקית מחייבת הטלת אחריות נזיקית על חולה נפש, גם במידה ופעל אוטומטי, מניעה אותה מטרת הפיצוי והצדק המתקן, לא "פייר" שלקוי בנפשו ישלם פחות כאשר גרמו לאותו נזק, אך אומרת שבמקרים ספציפיים, אולי לפי שיקולי צדק שונים יהיה נכון לפטור מזיק מתשלום פיצוי.
* **הערעור נדחה.**
* **כיום מקבלים את גישת הביניים.**

1. **הסתכנות מרצון** - ס'5 לפקודת הנזיקין. עמוס הרמן- הסתכנות מרצון:

* הסתכנות מרצון מהווה הגנה מלאה. היא תקפה מול כל העוולות למעט הפרת חובה חקוקה.
* כדי שהנתבע יחסה תחת ההגנה הוא צריך להוכיח שהתובע אכן היה מודע לסכנה ורצה אותה. החשיפה לסיכון כוללת בתוכה. גם חשיפה לתוצאות הנזק שעלול להיגרם ולתוצאות המשפטיות של הנזק.

1. הניזוק ידע על הסיכון, מהותו ואופיו המסוכן.
2. הניזוק חשף את עצמו מרצונו לסיכון הפיזי והמשפטי.
3. הניזוק רצה לחשוף את עצמו לסיכון הפיזי והמשפטי בהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק.

* חשוב שהידיעה תבוא מתוך רצון חופשי.
* ביהמ"ש נוטה לפרש את ההגנה בצורה מצומצמת, ומעדי; להשתמש בהגנת אשם תורם (הגנה חלקית).
* בדר"כ תקף על ספורט אתגרי ואקסטרים. גם במקרים אלו- אם מדובר על התנהגות לא חוקית שהתובע לא הסכים מרצונו לקבל על עצמו, לא תחול ההגנה.
* ההגנה יותר אפקטיבית שמדובר בנזקי רכוש. (לדוג'- חוק מוצרים פגומים, עישון סיגריות).

1. **מעשה של מה בכך** - ס'4 לפקודת הנזיקין. זהו מקרה שלא נגיש תביעה נזיקית בגינו. פגיעה שולית, לא מוגדרת כמעשה עוולה. זוהי פגיעה שלא יתבעו עליה תביעת נזיקין.
2. **ניתוק הקש"ס** - ס'64 לפקודת הנזיקין. הסעיף מונה 3 חלופות שבהתקיים אחת מהן, ניתן לטעון שהקש"ס נותק. לא נחשב קעקוע יסודות התביעה, כי אומרים שכן היה קש"ס- אלא שהתנתק. החלופות:
3. הנזק נגרם ע"י מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה. הוא שמור למקרים נדירים, אין הרבה מקרים בהם לא ניתן כלל לצפות מראש ולנקוט באמצעי זהירות.
4. אשמו של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק. נכון שאני גרמתי לנזק אבל אשם של אדם אחר הוא הסיבה הדומיננטית לנזק. הרעיון הוא להגיד שזה בכלל לא אני שגרמתי לנזק, ולכן לא אני צריך לפצות. האדם האחר יכול להיות גם הניזוק עצמו.

**נזק ראייתי** – על פי דוקטרינת הנזק הראייתי, מקום שבו נתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע, דהיינו פוגע ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שלכאורה היא בעלת פוטנציאל לביסוס טענה עובדתית כלשהי שעליה מבוססת התביעה , עשוי ביהמ"ש להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי נכונה.

השימוש בדוקטרינה מתקיים לרוב במקרים בה לא נערכים רישומים רפואיים כנדרש או שלא נשמרים רישומים אלה בין אם בשל רישום לקוי ובין אם בשל אי שמירה עליהם, והעובדות כהוויתן אינן מבואות בפני ביהמ"ש. עילת התביעה בגין "נזק ראייתי", תעמוד לניזוק כנגד האנשים והמוסדות שהיו חייבים לערוך את הרישומים ולשמור עליהם.

במצב כזה, ראוי שהנתבע, כמי שעליו מוטלת חובת התיעוד וכמי שהוא בעל הנגישות לחומר הרפואי הדרוש לשם בירור התובעה, ישא בנטל ההוכחה, אם נשללה מן התובע היכולת או פחת הסיכוי להוכיח אחד ממרכיבי עילת תביעתו.

נטל ההוכחה יועב אל כתפי הנתבע לא רק במקרה שבו המסמכים והרישומים הרפואיים לא נערכו, אלא גם כשלא נערכו בצורה תקינה או אבדו או נעלמו או הושמדו בכוונה או עקב רשלנותו של המוסד הרפואי או של הרופא שהחזיק בהם. יחד עם זאת, בפסיקה נקבע כי הרציונליים שביסוד דוקטרינת הנזק הראייתי אינם מוגבלים רק לתביעות בהקשרים רפואיים, אלא חלים במקרים נוספים. לדוקטרינה יש 2 תוצאות: **בפן הנזיקי**- מקימה עילת תביעה נזיקית עצמאית של ניזוק נגד אותו אדם/מוסד שבאשמתו נגרם הנזק הראייתי. **בפן הראייתי**- אמצעי להעברת נטל השכנוע במסגרת התביעה המרכזית מהתובע אל הנתבע. לדעת פרופ' פורת ופרופ' שטיין דוקטרינה זו משרתת את מטרותיהם של דיני הניזקין.

הגנות חלקיות:

1. **אשם תורם** – ס'68 לפקודה. בדיקה אם לניזוק עצמו יש אחריות לנזק.
2. **הקטנת הנזק** - אין סעיף בפקודה הנוגע להקטנת נזק אך הגנה זו קיימת מכוח הפסיקה. הקטנת נזק אומרת שהניזוק צריך לעשות מעשה סביר להקטין את הנזק שלו. **אדם לא יקבל תשלום על הנזק שהקטין**. מתי נגיד שהניזוק עשה מספיק ע"מ להקטין את נזקו? מבחן האדם הסביר- הניזוק חייב לעשות מה שאדם סביר היה עושה להקטנת הנזק. **אדם לא יקבל פיצוי בגין נזק שיכל להקטין ולא הקטין**. ככל שהקטנת הנזק כרוכה במעשה פולשני (דוגמנית שצריכה ניתוח פלסטי על מנת להקטין נזק ולחזור לעבודה) פחות ניטה להגיד כי יש להקטין את הנזק על מנת לקבל פיצוי מלא.

**גנזך נ' אריה:**

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

**השופט אור:**

* עפ"י ההלכה, **חובת הניזוק לנסות להקטין את נזקו. הוא לא מחויב לצאת מגדרו, אך מחויב לעשות את מה שמצופה מאדם סביר לעשות ע"מ להקטין את הנזק**. בתוך כך, עליו לנסות למנוע נזק של הפסד כושר השתכרות, בין אם את כולו ובין אם את חלקו.במידה ועזב את עבודתו בשל טעמים בלתי סבירים, המזיק אינו חייב לפצותו בגין הפסד ההשתכרות.
* כיצד נקבעת הסבירות? במצב בו הניזוק בוחר לא לעבוד לפרנסתו בנסיבות בהן אדם סביר היה ממשיך לעבוד לפרנסתו, אין להתעלם ממצבו הנפשי ומקשיים הנגרמים לו בשל התייחסות הסביבה לנכותו. עם זאת, זהו רק שיקול אחד ואין לו משקל מכריע.
* במקרה זה, השופט אור מסכים עם פסיקת המחוזי כי פרישתו המוקדמת של המערער מעבודתו אינה נתפסת כנובעת מהתאונה מפני שאין כאן סיבות רפואיות המונעות את עבודתו כמורה. כמו כן, מעידה על כך העובדה כי המערער חזר לשתי עבודותיו לאחר התאונה במשרה מלאה. נראה כי **המערער לא ניסה להקטין את נזקו במקרה שכזה ואין הצדקה ממשית לפרישה**.

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

3. הגנות ספציפיות: למשל בעוולת התקיפה ולשון הרע, יכולות להביא להקטנת הפיצוי ולא להורדת העוולה כולה.

4. תביעת שפוי או הודעת צד ג'.

**מטרות דיני הנזיקין**

קיימות שתי גישות מוניסטיות לניתוח התאוריה של דיני הנזיקין:

1. צדק מתקן- פועל יוצא של גישה מוסרית-דאונטולוגית.
2. גישת ההרתעה היעילה- פועל יוצא של גישה תוצאתנית, המנתחת בראייה כלכלית מול תועלת חברתית.

מרבית הגישות הן פלורליסטיות, מערבבות את הגישות המוניסטיות השונות- רואות מה חסר בכל אחת לבדה ומנסות ליצור איזון. בישראל אין גישה מנחה.

האם דיני הנזיקין אימצו את אחת מהגישות המוניסטיות או שמא ניתן לראות גישה פלורליסטית? אין כיום הסכמה על שאלה בסיסית זו.

**המטרות של דיני הנזיקין המודרניים: פיצוי, צדק מתקן, צדק מחלק והרתעה יעילה:**

* הצדק המתקן: מתרכז בתיקון מלא של העוול מהמזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי, ללא התייחסות לגורמים חיצוניים.
* הצדק החלוקתי: מתייחס לכל הצדדים הפוטנציאלים לחלוקת העושר, הנטלים, המשאבים וההטבות בחברה לפי קריטריון של יחסיות, לצורך קידום מטרות חברתיות. חלוקת עוגת הרווחה המצרפית בין המגזרים השונים- החלשים והחזקים. על המשפט לתרום את חלקו לשינוי החלוקה ולהעצמת המגזרים החלשים והעשוקים.

כלי יעיל כחלק מצדק חלוקתי- פיזור נזק: מטרת פיזור הנזק- לפזר את הנזק בין שכבות הציבור השונות, שלא ייפול על המזיק הישיר בלבד. האחריות תוטל על מי שיכול לפזר את הנזק בעצמו על מס' גדול של אנשים, כך שכל אחד יישא בחלק קטן של עלות התיקון מבלי שמצבו הכלכלי/ החברתי ישתנה לרעה.

דוג' לפיזור נזק- נותני שירותים/ יצרנים יכולים לתמחר את הסיכון ע"י העלאה קטנה של מחיר המוצר, כך מפוזר הנזק על ציבור הצרכנים- ביטוח עצמי. דרך נוספת היא הטלת נטל הנזק על בעל האמצעים (כיס עמוק). יש המאמינים כי חלוקה שווה יותר של המשאבים בחברה, תלויה ביכולת הצדדים המשתתפים בפעילות לספוג את הנזק ולפזרו ובכך פיזור הנזק נכנס לצדק החלוקתי. **פרופ' שמואלי מסכים עם עמדה זו ומוסיף כי הטלת האחריות על הכיס העמוק פירושה העברת עושר מהצד החזק לצד החלש**. מנגד, יש הרואים בפיזור נזק כמטרה עצמאית/ כחלק מהרתעה יעילה.

* הרתעה יעילה: **נגזרת של הגישה הכלכלית למשפט**. מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית- להגיע ליעילות דרך הרתעה אופטימלית (לא הרתעת חסר ולא הרתעת יתר). המטרה- הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות תמריצים שההרתעה יוצרת, כך היא נהפכת לאמצעי אפקטיבי המשנה את פעולות הצדדים והיקפן ולאמצעי יעיל, המגדיל את הרווחה המצרפית מהפעילויות המתנגשות.
* פיצוי: השבת המצב לקדמותו- יש הרואים בכך שאיפה בלתי אפשרית, בעוד אחרים רואים בכך עקרון חשוב ששאר המטרות מנסות להגשימו, אך הוא לא יכול לעמוד כשלעצמו- אלא נסמך על המטרות האחרות. המטרה מתרכזת בניזוק ובצורך לפצותו, ללא חשיבות עקרונית לשאלת זהות המפצה. אם המזיק לא יכול לפצות- יש חשיבות חברתית למצוא אחרים שיפצו בפועל (למשל כיס עמוק שקרוב למזיק-מעביד).

\*\*צדק מחלק והרתעה הן מטרות אינסטרומנטליות, העוסקות בהכוונת התנהגות היחיד. הן צופות פני עתיד ורואות במשפט מכשיר לקידום מטרות חברתיות. צדק מתקן ופיצוי הן מטרות העוסקות בצדדים הקונקרטיים.

**גישות מוניסטיות מול גישות מעורבות פלורליסטיות**.

מ2 עקרונות ל4 מטרות: פיצוי וצדק מתקן כמטרות המתרכזות בצדדים עצמם (שייכות יותר לעקרון 1 של דובס), צדק חלוקתי והרתעה יעילה כמטרות אינסטרומנטליות המקדשות עקרונות כלכליים/חברתיים (שייכות לעקרון 2 של דובס).

* גישה פלורליסטית לא מתמקדת במטרה אחת בלבד, ישנם הרבה מטרות בדיני הנזיקין, **גישה פלורליסטית לוקחת את המטרות ומיישבת ביניהם**. אם אתה פלורליסט אתה צריך ליישב בין כל המטרות ע"י מנגנון שאומר **מה גובר ובאיזה סיטואציה**, מתי נעדיף הרתעה, מתי צדק מתקן, מתי פיצוי וכן הלאה. גם פלורליסט צריך להציג הכרעה מסוימת.
* גישה מוניסטית, בוחרת מטרה אחת ו"הולכת איתה עד הסוף". אדם שמעניין אותו צדק מתקן מעניין אותו לתקן את העוול שקרה ושהמזיק יעשה את זה.

**DAN B DOBBS-THE LAW OF TORTS**

**דובס אומר כי יתכן ותהיה סתירה בין המטרות אך ברוב המקרים הגישות לא סותרות**. דובס מבהיר כי טבעי לומר שהרתעה מגיעה מפלילים. בדיני עונשין מדברים על הרתעת יחיד והרתעת רבים. למשל מקרה בו אדם מנתק את אשתו מהמכשירים, על מנת להפסיק את סבלה. זהו מקרה בו אין צורך בהתרעת יחיד, שכן אין חשש שהוא ימשיך לעשות זאת. עם זאת, יש צורך בהרתעת רבים- לתמרץ אנשים לא לעשות זאת. המתח בין השניים מגיע מעונשין. עד הגישה הכלכלית למשפט, לא הייתה בעיה שהניזוק יקבל פיצוי גדול יותר מהנזק שנגרם לו, אם הדבר נחוץ להרתיע את המזיק. הרתעה קלאסית (הרתעת יחיד ורבים) מגיעה ככה"נ מפלילים. אם היינו רק בהרתעת יחיד שמגיעה מפלילים היינו שמים אותה יחד עם הצדק המתקן.

צדק מתקן מסתכל על מה שאתה עשית ונותן לך את העונש שלך לפי האשמה שלך, ההרתעה לא רלוונטית.

**ע"פ דובס** את דיני הנזיקין מחלקים ל2 עקרונות:

1. עקרונות של צדק - גישה מוסרית, מטילים אחריות על מבצע העוולה ולא אחר, כי זה מוסרי שמי שביצע ישלם, מטילים אחריות כאשר "הדבר צודק".
2. עקרון של מדיניות חברתית/תועלת חברתית - דגש על יצירת מערכת משפטית שטובה לחברה כולה, לא מתמקדים דווקא בשני הצדדים.

פיצוי והרתעה - פיצוי זה נגזרת של צדק והוא צופה פני עבר. הרתעה זה נגזרת של מדיניות, צופה פני עתיד (הרתעת האחר).

האם אפשר ליישב בין הגישות? באופן עקרוני אי אפשר ליישב, אך ברוב המקרים הגישות לא סותרות, שאני מחליט לתת פיצוי זה לרוב מסתדר בשני הגישות.

**ישנם שני תרחישים אפשריים כשמדברים על המתח בין המטרות:**

1. המטרות מתנגשות אחת עם השנייה אבל עדיין מביאות לאותן תוצאות.
2. המטרות מתנגשות אחת עם השנייה ומביאות לתוצאות שונות- לכן יש לפשר ביניהן או שאחת הגישות תנצח. במידה ואתה מוניסט, עלייך לבחור בגישה אחת וללכת על פיה. כפלורליסט, יש לחשוב מתוך שתי מטרות העל האלו ולשלב ביניהן. **לפי דובס, הצדק החלוקתי לא נכנס בשני גושים אלו באופן ברור**.

**דובס מראה את המתח בין צדק חלוקתי לצדק מתקן ע"י דוגמה- האם שתי המטרות יכולות לעמוד יחד?** עיר מתמודדת עם שריפה משתוללת, ורוצה לעצור את השריפה ע"י הריסת שורה של בתים. הזמן מהווה גורם קריטי והעיר מתעקשת לעשות זאת, למרות שאחד מבעלי הבתים לא הספיק לפנות את רהיטיו. בעל הבית תובע את העיריה.

ניתן להסתכל על התביעה ב2 דרכים:

1. **צדק מתקן**- העיריה גרמה נזק לתובע ולכן עליה לפצות אותו. התעסקות נטו בפרטים מבלי להתחשב בטובת הכלל.
2. **שיקולים חברתיים**- העיריה עבדה לטובת הכלל ולכן אין לחייבה בנזיקין.

**צדק מתקן**

**מאפייני הצדק המתקן לפי דובס:**

* המטרה היא לתקן את העוול בין הפרטים הספציפיים.
* אין הסתכלות על טובת הכלל
* אין שאיפה לחלק מחדש את המשאבים בחברה
* התמקדות בתיקון הפגיעה
* גם אם החברה תפסיד הרבה מהטלת אחריות- זה לא מעניין אלא רק הצדדים הקונקרטיים
* כיס עמוק ופיזור נזק לא רלוונטיים בצדק המתקן.
* צדק מתקן מבוסס על אשם- מי שלא אשם לא צריך לשלם.

האם צדק מתקן מסתדר עם משטר של אחריות מוחלטת? לפי דובס כן, כל עוד שני הצדדים מודעים לחוק- אחריות הולכת יד ביד עם צדק מתקן. לכן, סטנדרטים קהילתיים מצדיקים משטר של אחריות מוחלטת. רואים זאת גם בתאוריה של פלטשר.

צדק מתקן תלוי אשם - **הגישה האריסטוטלית והווינרבית** - שלושה פרמטרים לצדק מתקן המתבססים על אשם. אריסטו אומר כי כדי שנחייב מזיק לשלם לניזוק **צריך להתבסס על אשם**:

1. המזיק ישלם - המזיק משלם כי זה עניין של כפרה על מעשיו, יש לו אחריות אישית או מעשית.

**בעיה:** לפעמים הפיצוי לא מגיע מהמזיק ואפילו בעולמנו היום רוב התביעות הנזיקין לא נגד המזיק, אלא נגד הביטוחים.

1. הניזוק יקבל את הפיצוי - אריסטו אומר כי המזיק חייב לשלם מול **הניזוק הספציפי ולא מול צד שלישי**, יש פה עניין מוסרי. משל החבל - שני אנשים עומדים ומשכים חבל, יש מאזן, אם אחד מושך חזק יותר הוא לוקח חלק מהחבל של השני, הדרך לתקן את זה היא להחזיר לו את חלקו בחבל, זוהי השבת המצב לקדמותו.

**בעיה**: במציאות של ימינו אם הניזוק מת, העיזבון או המשפחה שלו יקבלו את הפיצוי. דוגמה נוספת: מיטיב המפוצה.

1. הפיצוי יהיה בגובה הנזק - ברור כי הפיצוי צריך לכסות את הנזק, פיצוי מעבר לגובה הנזק יהיה פיצוי עונשי. **אריסטו אינו מקבל את הפיצוי העונשי, לא ניתן לקחת יותר ממה שנגרם**. יש גם מקרים שהפיצוי הוא פחות מהנזק, אנשים שנפגעים מעישון לדוגמה ופונים לקרן לפיצוי יקבלו את הסכום שיש לקרן ולא פיצוי מלא.

**בעיה:** בפועל יש בנזיקין פיצויים עונשיים, לא תמיד הפיצוי בגובה הנזק, לעיתים פחות מסיבות שונות.

צדק מתקן לפי מאזן סיכונים (**גישתו של פלטשר**) - תורת הסיכונים ההדדיים והבלתי הדדיים. התורה מסתכלת על שני הצדדים ובוחנת כמה כל אחד מסכן את השני. זו גישה **הנוטה לאחריות מוחלטת**, למרות שהיא צדק מתקן. יש 3 אופציות:

1. סיכונים הדדים- שני הצדדים יוצרים סיכון פחות או יותר שווה. אולי א' פגע בב' אך שניהם סיכנו אחד את השני, בא פלטשר ואומר כי אם הסיכונים לפני התאונה היו הדדיים, כל אחד יישא בסיכונים שלו. **כל צד יישא בנזק שלו**.
2. סיכונים לא הדדים- מקרים בהם הסיכון לא הדדי מלכתחילה, מטוס ריסוס שמתרסק לתוך מקום הומה אדם, הוא יכול להזיק לאנשים אך אנשים אינם יכולים להזיק למטוס. **אם המעוול סיכן את הניזוק באופן חד צדדי, הוא יישא בנזק גם במידה והוא לא היה אשם** (לדוגמא טעות טכנית במטוס). **דומה לאחריות מוחלטת כי יש אחריות גם ללא אשם**. פלטשר גם מדבר על מקרים יותר יומיומיים כמו אופנוע ומשאית, באופן כללי משאית מסוכנת בהרבה.
3. הסיכונים היו הדדיים אך עקב רשלנות הנתבע הם הפכו להיות בלתי הדדיים - במקרה זה המעוול הוא שישלם על הנזק. לדוגמא נהג אחד נהג בהשפעת אלכוהול והשני נהג לא שיכור, תחילה הסיכונים היו הדדיים אך הנהג הראשון נטל על עצמו סיכון רציני שהפך את הסיכונים לבלתי הדדיים. **מי שלקח את הסיכון ישלם את הכל, בגלל שכל התשלום ייפול עליו בלבד זאת אחריות מוחלטת**.

נראה כי בשונה מאריסטו, אצל פלטשר האשם הוא אינו נקודה מרכזית, האשם הוא בעצם כך שאתה מסכן יותר. אחריות מוחלטת כי הצד המסכן יותר ישלם הכל.

ישנו חוסר וודאות בגישתו של פלטשר אשר גורם לעלויות, לא בכל מקרה ניתן לדעת באופן וודאי מי הוא הגורם המסכן יותר ואם הסיכונים אכן הדדיים. **מאחורי פלטשר עומדת גישה של צדק מתקן, שמסתכלים על מי גורם יותר סיכון זה נראה יותר צדק חלוקתי (מי שגורם יותר סיכון משלם), השאלה אם מתחשבים בדברים חיצוניים**. כאשר הסיכון הינו חד צדדי, משמע שמי שסיכן הינו חד צדדי, משמע שמי שסיכן הוא החזק ובעל כוח רב יותר, אם רק מסיבה זו הוא האחראי, יש בכך חלוקה צודקת יותר של העושר.

אם בפועל מטילים אחריות שהיא מוחלטת ברוב המקרים, אם צרכן צורך מוצר שמסכן אותו, אז ברור אם נפגע האדם מהמוצר, יצרן יישא בנזק. מה אם הצרכן השתמש בהתרשלות? לפי פלטשר תמיד היצרן ישלם ויש בעייתיות כי היצרן יעלה עלויות כביטוח. זה גם עלול לגרום לזה שהיצרן לא ישלם, אך **מה שמעניין את פלטשר זה שבסיטואציה הספציפית האדם יקבל פיצוי, לא מעניין אותו מה יקרה לאחר מכאן, על כן זה צדק מתקן.**

הבעיה בגישה - מי שיישא בפועל בנטל הם רוכשי המוצרים בגלל גלגול עלויות ועליית מחירי מוצר.

היתרון בגישה - גישה "זולה" מבחינת עלויות ההליך המשפטי מפני שהיא יחסית פשוטה להבנה ומימוש- יש לבחון את המאזן הסיכונים האובייקטיבי בלבד.

**ריצ'רד אפשטיין:** גישת האחריות החמורה- גישה זו לא תלויה באשם, אלא בסיבתיות חזקה בלשון בני אדם- א' אחראי כי גרם עוולה לב' ולא סיבתיות משפטית התלויה באשם (מבחן האדם הסביר).

**פיצוי**

**מטרת הפיצוי- האם פיצוי היא מטרה עצמאית?**

יש גישה שאומרת שפיצוי הוא אמצעי ומטרה, מטרה- להשיב את המצב לקדמותו, ובאמצעות הפיצוי משיבים את המצב לקדמותו. פיצוי שונה בכל הפרמטרים מצדק מתקן:

* **צדק מתקן אל מול מטרת הפיצוי**: יש גישה שלא רואה בפיצוי כמטרה אלא רק כאמצעי בתוך צדק מתקן (משתמשים בפיצוי כדי לתקן ולהרתיע). לגישה אחרת, פיצוי=מטרה חברתית בפני עצמה בדיני הנזיקין.
* **במה שונה מטרת הפיצוי מהצדק המתקן?**
* מטרה חברתית-סוציאלית.
* מטרת הפיצוי מתרכזת אך ורק בניזוק וברצון לפצות אותו, ולא בשאלה מי יפצה, לעומת הצדק המתקן הפיצוי לא חייב לבוא מהמזיק.
* יש לוודא שהניזוק יקבל פיצוי גם באם אין מזיק או שלא ניתן למצוא אותו (למשל- פגע וברח).
* אין הכרח שהניזוק עצמו יקבל את הפיצוי באופן ישיר, אלא למשל קרן.
* אין בעיה שהניזוק יקבל יותר מגובה הנזק, למשל בגישה של פיצויים עונשיים.

**מאפייני מטרת הפיצוי לפי דובס:**

* הפיצוי רצוי גם מבחינה חברתית- הניזוק הלא מפוצה יהווה אח"כ נטל על החברה.
* הפיצוי יעשה במקרים בהם הנזק נעשה בטעות.
* הבעייתיות בפיצוי היא שלעיתים הוא לא מצליח להשלים את כל הנזק, או ניזוקים חיים מכספי הציבור/ פונים לסמים ואלכוהול אם הם לא מצליחים להשתקם מהפיצוי שניתן להם. אז נוצרת פגיעה בחברה ובכלכלה ולא רק באדם מסוים.

אם פיצוי זו מטרה חשובה בדיני הנזיקין, למה שופטים לא תמיד נותנים פיצוי במקרה שנגרם נזק?

1. יש חקיקה ספציפית שאימצה בחלקה את הרעיון של מטרת הפיצוי, למשל כמו מעבידים שחייבים בפיצוי לעובד כשנגרם לו נזק- ללא התחשבות באשם.
2. אחריות מוחלטת תחסל הרתעה, מכיוון שאדם ידע שהוא תמיד ישלם בלי קשר לאשמה.
3. ההליך הנזיקי יקר- אם נאמץ אחריות מוחלטת שלא תלויה באשם, יהיו אמצעים יעילים וזולים לקבל פיצוי מאשר דיני הנזיקין. למשל, ביטוח.

**גישת פיזור הנזק לפי דובס:**

הטלת אחריות על גורמים שהם מפזרי נזק טובים, כאלו שיוכלו לספק פיצוי ובמקביל לא לעמוד לבדם בנטל התשלום. דוג' לכך- יצרנים וחברות גדולות (העלת מחיר מוצר כדי לפזר את הנזק בין כל הקונים).

**צדק חלוקתי**

**השלכות הצדק החלוקתי**

צדק חלוקתי לא נכנס בחטיבה של הרתעה ולא של צדק מתקן. **צדק חלוקתי הוא חלק "זר" בדיני הנזיקין ובמשפט הפרטי, הוא מתאים למשפט הציבורי כי הוא עסק בערכים של שוויון וחלוקה הוגנת**. נראה כי דיני הנזיקין גם באים בדיעבד, לא ניתן לקדם אוכלוסייה דרך מתן פיצוי גדול יותר, שכן פיצוי בא רק לאחר פגיעה. אז האם דיני הנזיקין מתאימים לתיקון חוסר שוויון? יש שאומרים שבאמת צדק חלוקתי לא מתאים למשפט הפרטי, עם זאת **בפס"ד רים אבו חנא**, ראינו כי צדק חלוקתי בא ליידי ביטוי בפיצוי שניתן לה.

דוגמאות לצדק חלוקתי בדיני הנזיקין:

\***הערכת השתכרות לעתיד של ילדה בדואית**, שגרה בסביבה סוציו-אקונומית נמוכה. בכל זאת, ביהמ"ש נותן לה את השכר הממוצע במשק, למרות שלפי סביבתה היא ככה"נ הייתה מרוויחה פחות. צריך להביא בחשבון- שמחלקים את העוגה בצורה שונה זה יבוא על חשבון מגזר אחר. כולנו נשלם יותר בביטוח. מי שישלם הוא מי שיש לו ביטוח. זוהי גם דוג' לצדק החלוקתי- ביטוח בתאונות דרכים לא חל על הולכי רגל. הולכי הרגל כלל לא משלמים בתאונות דרכים.

\***פמיניזם כגישה חלוקתית**, **לסלי בנדר** מדברת על גישה חלוקתית פמיניסטית בהיבט של אובדן השתכרות. יש בעולם המודרני הבדלים בהשתכרות בפועל בין גברים ונשים. כתוצאה מכך, אם גבר עובד נפצע מבחינת אובדן השתכרות הוא יקבל יותר מהאישה. התוצאה לא שוויונית. אין חובת שוויון במשפט הפרטי אבל יש מונחי שסתום בחוזים שניתן להכניס את השוויון דרכם. אז למה שהפתרון יהיה בנזיקין ולא בחוזים? דיני נזיקין סה"כ אמורים להשיב את המצב לקדמותו. לדעת בנדר, דיני הנזיקין צריכים לתת פתרון. דיני הנזיקין צריכים לעשות חישוב של ממוצע השכר במקצוע מסוים, באותו התפקיד, ולקחת את הממוצע של הנשים והגברים יחד ולחשב. זה ממוצע א-מגדרי\כללי. אם נניח יצא 9,000 ₪, זה הסכום שכל אדם יקבל כתוצאה מאובדן השתכרות- גם אם הוא גבר וגם אם אישה. מה שבנדר עושה, היא לוקחת את הסכום הכולל של המשכורות של המגדרים (סכום כל עוגת הרווחה המצרפית) והיא מחלקת את הסכום אחרת- באופן שוויוני. **גישה זו אינה מתיישבת עם הצדק המתקן שכן הגברים מפסידים מגישה זו**. הביקורת על גישה זו היא מה עם מצבים שבהם אישה מרוויחה יותר מגבר או באופן שווה לגבר (יותר מ9,000)? לפי ההצעה של בנדר היא גם תקבל רק 9,000. ההצעה בעצם גורעת מהנשים החזקות שהצליחו לפרוץ את הסטיגמה וכן מרוויחות יותר מנשים אחרות. התשובה של בנדר היא שזה חלק מהמחיר. **הגישה היא נטו צדק חלוקתי, ולצדק חלוקתי יש מחיר קשה**. הגישה החלוקתית מסתכלת על קבוצות-מגזר-חברה ולא על אדם פרטי. אלה ההשלכות של הליכה בגישה מוניסטית עד הסוף,

מה כן מסייג את הגישה? תקנת הציבור. יש גבול לאן ניתן ללכת עם גישה מסוימת. סעיף 61 ב לחוק החוזים- מייצא עקרונות חוזיים ומאפשרים ליישם אותם על ענפים משפטיים אחרים. כל העקרונות של דיני חוזים צריכים לעמוד בתו"ל, ניתן להחילם בדיני אחרים כמו בדיני הנזיקין (דורה פלפל – תו"ל בדיני נזיקין).

**\*הפחתת הפיצוי בלשון הרע עקב מצבו הכלכלי של הנתבע** (נודלמן נ' שרנסקי).

**הרתעה יעילה**

**הרתעה לפי דובס:**

הרתעה מפני התנהגויות שגורמות לנזק- באופן אישי וכללי. בצדק מתקן כל התנהגות תחשב להתנהגות שיש להרתיע ממנה, גם אם היא מניבה תוצרים יעילים כלכלית. בגישה החברתית- נעדיף לסלוח למזיקים שהזיקו ע"י הכישורים שלהם שהביאו תועלת לחברה (כמו רופאים).

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

**דרך ראשונה להשגת הרתעה יעילה היא להקטין את מס' התאונות**- באמצעות נקיטת אמצעי זהירות שונים. לדוג'- מוביליי. חברת הביטוח נותנת הנחות לאנשים שרוכשים מוביליי. מוביליי מרוויחה, חברת הביטוח מרוויחה (חוסכת מתן פיצויים בגין תאונות) ואנשים מרוויחים (ישנה הנחה על הביטוח והסיכון פוחת). ישנה התרעה יעילה דרך סוכנים שונים.

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

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

**הרתעה קלאסית** - הרתעה מגיעה מהמשפט הפלילי והיא מכוונת לא רק להרתעה אישית אלה להרתעה בכללותה (הרתעת הרבים). הגישה הקלאסית אומרת שיש להתמקד במזיק. ההרתעה בפלילים נוצרת ע"י הטלת קנס ספציפי על המזיק. במאמר "קליעה למטרה" נאמר שוויליאמס עוסק בכך שההרתעה היא בעקבות פלילים וצריך להרתיע אנשים דרך הכיס שלהם. **צריך להרתיע יחיד בדיני הנזיקין ובכך להרתיע רבים**. הוא לא מתייחס להרתעה הכלכלית כי היא לא הייתה קיימת בשנות ה-50 שבו נכתב מאמרו של וויליאמס. אם אדם ביצע מעשה בזדון ניתן להטיל עליו פיצויים עונשיים ואין בעיה שהניזוק יקבל יותר, גם אם נזקו "שווה" פחות- **ע"מ להרתיע.** לפי וויליאם ודובס, **נזיקין מגיעים מפלילים, לכן ניתן להרתיע יחיד ורבים**. אם עסקנו רק בהרתעת יחיד, מטרת ההרתעה הייתה יחד עם צדק מתקן, אך זהו אינו המצב, ישנה הרתעת רבים. **הגישה הקלאסית להרתעה מגיעה מדיני עונשין, והגישה הכלכלית פותחת צוהר למקומות אחרים:**

**גישות כלכליות שונות להרתעה יעילה**

מהפכת הגישה הכלכלית בדיני הנזיקין הובילו קלברזי ופוזנר, כל אחד בדרכו. **השוני:** קלברזי בגישת האחריות המוחלטת ופוזנר בגישת משטר של אשם. **המשותף**: שתי גישות כלכליות שונות להרתעה יעילה המכוונת למניעה (מניעת תאונות). 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.

גישה של קלברזי - מבוססת על ההבחנה של מי שמונע הנזק הזול ביותר, **לפי משטר אחריות מוחלטת**. יש הסבר מפורט על קלברזי בהמשך.

גישה של פוזנר – (פוזנר הכניס אשם תורם ללרנד הנד- לא נכנסים לעומק בקורס). גישתו מבוססת על **רשלנות-אשם**. פוזנר מעוניין לחשב את נקודת האשם, הנקודה בה נקבע שאדם התרשל והוא אשם. פוזנר הסתמך על נוסחת **לרנד הנד**, הבודקת את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק ובכך בוחנת את אשמתו של המזיק:

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

**מזיק התרשל= כאשר עלויות המניעה קטנות מתוחלת הנזק.**

מה מטרתו של פוזנר?

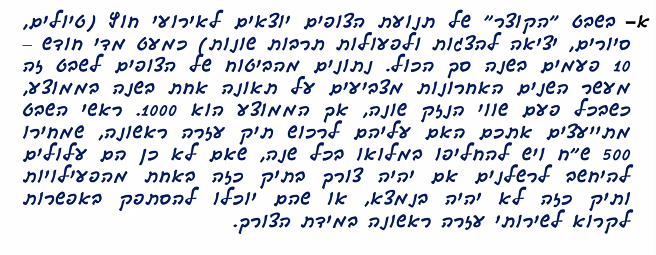
* פוזנר רוצה "לסמוך" על המזיק שהוא יעשה את החישובים אם כדאי לו לבצע פעולה מסוימת. כחברה איננו מעודדים הוצאת הוצאות גדולות עבור נזקים שתחולתן קטנה. כלומר, לא מצפים ממך תמיד למנוע את הנזק ולהוציא המון כסף, אלא **מצפים ממך לפעול כאשר היה זול יותר להקטין את הנזק מאשר לשלם על הנזק**. משלא עשית זאת, אתה אשם.
* לפי פוזנר, אם מזיק ידע את נק' האופטימום, הוא ידע כיצד לפעול ולכן ימנע ממנה. מידע= וודאות. הוודאות תמנע את התביעות, אנשים ידעו להתנהל לפי זה. **נק' האופטימום היא הנק' שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעתן הוא הנמוך ביותר.** הבעיה בקביעת נקודה זו היא שזו חזקה חלוטה.

שאלות העולות מהנוסחה:

1. **איך מתייחסים לניזוק בנוסחה?** הוא לא נמצא בנוסחה, היא בוחנת רק את המזיק. לרנד לא מדבר על אשם תורם. פוזנר הוסיף לנוסחה אלמנט של אשם תורם. נוסחה דומה של הוצאות מניעה מול תוחלת נזק גם לגבי הניזוק. בנוסף פוזנר נחלק בין הנוסחות וכך מחשב אשם תורם.
2. **האם מגיעה הנחה למזיק שהוציא הוצאות מניעה חלקיות?** אין הנחות לפי הנוסחה. הנוסחה היא מוחלטת. גם אם המזיק השקיע חלק מהסכום במניעה, הוא ישלם את כל גובה הפיצוי אם לא שילם את כל הוצאות המניעה. אם ניתן הנחה, מזיקים לא ישקיעו את מלוא הסכום ההרתעה האופטימלית= תמריץ שלילי.
3. **האם ביהמ"ש בישראל אימצו את הנוסחה?** מחקרו של צחי קרן פז- הנוסחה התקבלה במשפט הישראלי. לעיתים מכונה בשמות אחרים.

יישום: נוסחת לרנד הנד היא אחת מ2 גישות להרתעה בנזיקין. היא נכנסת גם בעוולת הרשלנות עצמה. אם עו"ד רוצה להגן על הנתבע, צריך להציג את האמצעי היעיל ביותר והזול ביותר מכל האמצעים היעילים. **בקייס אם נצטרך לפתור לפי עוולת הרשלנות, הציפיה שנלך ע"פ נוסחת לרנד הנד גם אם אין מספרים.**

אירועון 9:



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

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

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

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

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

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

**חמד נ' מדינת ישראל:**

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

**דיון- הנשיא א' ברק:**

* **המסגרת הנורמטיבית:** המדינה פטורה מאחריות בגין "פעולה מלחמתית", אך כאן לא הובאה ראייה לפעולה שכזו. מדובר בפעילות שיטור על סיכוניה הרגילים ולכן, למדינה לא עומד פטור מאחריות.
* **רשלנות:** המדינה חבה חובת זהירות כלפי המערער, רמת הזהירות הנדרשת היא של אדם סביר. מושג הסבירות בעוולת הרשלנות הוא מושג אובייקטיבי- האם האדם סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה? הסבירות נבחנת בנסיבות העניין- למשל אם המזיק הוא קטין, תהיה התחשבות בגילו. בכך יש מעין סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי- מבחן אובייקטיבי המתחשב בנסיבות המיוחדות של האירוע. פעמים רבות, כוחות הביטחון פועלים בתנאי לחץ וחירום ולכן נמנעת מהם האפשרות לשקול חלופות. מתוך כך, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת הנסיבות המיוחדות הללו ותוך התחשבות בטעויות בשיקול דעת שאינן מגיעות לכדי התרשלות.
* **איזון בין אינטרסים וערכים:** תוכן הסבירות/ ההתרשלות נקבע עפ"י איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים הרלוונטיים להכרעה.

מנק' מבטו של הניזוק יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו, בשלמות גופו ונפשו ובהסתברות התממשות הנזק. ככל שהנזק גדול יותר והסיכוי להתממשותו רב יותר- יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.

מנק' מבטו של המזיק יש לבחון את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק. ככל שההוצאות הנדרשות למניעת הנזק הן כבדות יותר וההסתברות להתממשות הסיכון קטנה יותר, נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה.

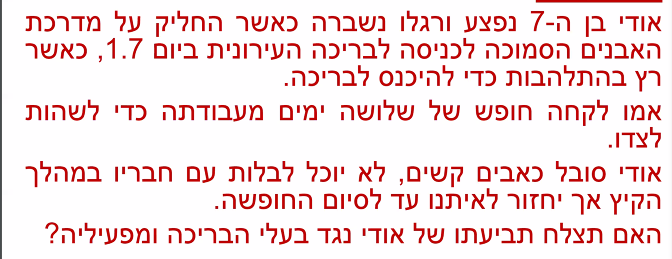
מנק' מבטו של הציבור, יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון. ככל שהפעילות נעדרת חשיבות חברתית, יש לנקוט יותר אמצעים למנוע אותה. סבירות ההתנהגות היא התוצאה של ההתנגשות בין שלושת אלו.

**כיצד נעשה האיזון?** כאשר השיקולים מוליכים לאותו כיוון- הדבר פשוט: אם הנזק לניזוק הוא רב, הסתברות התרחשותו גבוהה, האמצעים הנדרשים למניעת הנזק הם פעוטים ואין עניין לציבור- ההתנהגות שגרמה לנזק היא בלתי סבירה. מה קורה כשהשיקולים לא מוליכים לאותו הכיוון?

* **נוסחת "לרנד הנד"**: המזיק מוגדר רשלן כאשר **עלות המניעה (אמצעי הזהירות) (B)** נמוכה מתוחלת הנזק אחרי נקיטת אמצעי הזהירות. **תוחלת הנזק היא מכפלת הנזק (L) הסתברות התרחשותו (P).** משמע אם תחולת הנזק לאחר נקיטת אמצעי הזהירות גדולה יותר מעלות המניעה (PL>B), המזיק יוגדר כרשלן. אם עלות המניעה גדולה מתוחלת הנזק (B>PL) הוא לא יוגדר כרשלן.כך המזיק יעדיף לשאת בעלויות המניעה במקום באחריות המשפטית. לפי ברק, זוהי נוסחה שימושית, אך היא לא נותנת פתרון לכל בעיות הסבירות בעוולת הרשלנות. האדם הסביר אינו האדם המושלם. זהו אדם המשקף את מורכבות החיים. כך הסבירות משקפת למעשה את התגובה הראויה של החברה, הקשורה תמידית לנסיבות המקרה.
* **מן הכלל אל הפרט**:במקרה המערערים טענו להתרשלות שמקורה בהפרת הוראות הפתיחה באש. עם זאת, במקרה זה היה מדובר בכדורי גומי ולא באש חיה, לכן הוראות הפתיחה באש אינן רלוונטיות. עוד המערערים טענו, כי ירי בשעות החשכה לעבר קטין, כאשר לא נשקף לכוח סיכון- מהווה התרשלות. **ברק** מסכים עם טענה זו. הירי בוצע בשעות החשיכה תוך כדי מרדף, כאשר הראות לקויה. נסיבות שכאלו ככה"נ הקשו על היורה לזהות כנדרש את מקור הסיכון ולבצע ירי מכוון. העדויות לא מעידות על כך שנשקפה לשוטרים סכנה או שנאלצו לפעול בתנאי חירום. השימוש בירי כדורי הגומי בנסיבות האלה עולה לכדי התרשלות- מדובר בתחמושת בלתי מדויקת, בעלת פוטנציאל קטלני. לכן, כאשר אין סיכון – אין זה סביר להשתמש בה. **הערעור מתקבל פה אחד.**

**לא משנה לרנד הנד, צריך גם להתחשב באדם הצודק.**

אירועון 10:



**תוחלת הנזק**: תוחלת נזק היא שיעור הנזק הממוצע, כאשר אין נתונים כל אחד יטען אחרת. **מזיק (כאשר אין נתונים) רוצה להראות כי תוחלת הנזק קטנה**, זה מצדיק שימוש בפחות אמצעי מניעה. **ניזוק (כאשר אין נתונים) יגיד כי תוחלת הנזק גבוהה** יש צורך בהוצאות מניעה גדולות שכן ילדים משתעשעים ובעלי פוטנציאל להיפצע. הנוסחה על כן תלויה גם במקום ובזמן, בבריכת שחייה יש צורך להיזהר יותר בחופש הגדול כאשר יש הרבה ילדים מתרוצצים וסיכויי הפגיעה גדולים יותר.

**הוצאות מניעה**: התובע רוצה להראות כי יש הוצאות מניעה שאפשר היה לנקוט והמזיק לא נקט ועל כן הוא רשלן, הוא יגיד כי בחופש הגדול יש התלהבות, אנשים באים יותר לבריכות ולכן צריך יותר מצילים לדוגמה, צריך גם שילוט שאסור לרוץ, משטחי גומי למניעת החלקה, מנקים ועוד. עו"ד יטען כי מפעילי הבריכה התרשלו, הוא יראה צילום של הבריכה, יגיד כי יש מציל אחד שמאוד עסוק, יראה כי אין שילוט מספק, כי אין אדם שמנקה את השלוליות ועוד, על כן בעלי הבריכה רשלנים. זוהי טעות, העו"ד מעמיס על צד הוצאות המניעה, **הלקוח רוצה להראות כי בקצת הוצאות היה ניתן למנוע הרבה נזק.** העו"ד צריך להראות כי לא היה האמצעי הזול שהוא הכי יעיל, לדוגמא כי אם היה משטחי גומי שמחירם מאוד זול היה ניתן למנוע נזק גדול. כמובן שניצור לבית המשפט תמונה בה יש חוסר במצילים, שלטים וכו, אך נגיד כי אנו מבינים כי מציל זה יקר ולכן במינימום היה צריך משטח גומי. **מזיק ירצה להראות כי הוא לא יכל בהוצאות נמוכות למנוע את הנזק.**

**התאורמה של קוז** - נזק הוא אינטראקציה בין שני אנשים, אין מזיק וניזוק (גם המזיק נפגע, כשמונעים ממנו לעשות משהו), לדעתו הרעיון זה לאזן את הפעילויות של שניהם, המשא ומתן לא צריך להיות בבית משפט, אלא הצדדים יכולים להגיע לעסקה היעילה בין שניהם, בשוק חופשי (הכלל המשפטי לא חשוב), וכך להגדיל את העוגה. קוז מדבר על עולם שבו אין עלויות עסקה, ושאין פערי מידע, אך בפועל יש. **למשל**, אם מפעל מזהם אך פעילותו יעילה וטובה לחברה, עדיף שימשיך לייצר, וישלם לשכן על הנזק שהוא גורם (=כלל אחריות במילותיהם של קלברזי ומלמד), כל עוד שווה לו גם לשלם וגם להמשיך לייצר.

הכלל של קוז תקף רק: **1. בעולם שבו אין הוצאות עסקה/נמוכות:** עלויות כספיות ישירות/ עלויות אי רציונליות/ ריבוי גורמים- למשל, תושבים רבים מול מפעל אחד. **2. כאשר הזכויות ברורות וודאיות.** (כך שאין פערי מידע בין הצדדים) **3. אופציה למסחר בזכויות.** לכן הכלל שלו- שכלל משפטי אינו חושב, תקף רק בעולם כזה. בעולם עם עלויות עסקה יש חשיבות להקצאת זכויות יעילה ולפעול לפי המשפט.

**כעת נחזור לגישתו של קלברזי**:

בנה את גישתו על ההבחנה של מי מונע הנזק הזול ביותר לפי משטר של אחריות מוחלטת. את קלברזי מעניין מיהו אותו אחד המשתייך לקבוצה שיכולה למנוע את הנזק בצורה הזולה והטובה ביותר- עליו תוטל האחריות, התמקדות בקבוצה ולא באדם.

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

קלברזי מפתח את התזה של קוז ב2 כיוונים: **מונע הנזק הזול (השתכלל לשוקל הטוב) וארבעת הכללים.**

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

**אחריות מוחלטת?** מושגת מטרת העל של הרתעה יעילה (יותר מבאשם), אחריות מוחלטת גורמת למזיק לחשוב ולתכנן איך להשתמש באמצעי המניעה. אם על המזיק תוטל אחריות בכל מקרה, אומנם ירפה את ידיו, אך יתכנן לפעם הבאה. אחריות מוחלטת דואגת שתמיד יהיה מי שישלם פיצוי. אך ההחלטה בידי המזיק ואינו חייב.

**מה מרוויחים מזה? האחריות המוחלטת תגרום למזיק להיזהר ולמנוע נזקים מההתחלה.** אך ישנם מס' בעיות באחריות מוחלטת (חוסר צדק, הרפיית ידו של המזיק וכו'). קלברזי לוקח את האחריות המוחלטת כבסיס אבל יוצא ממנה משטר אחריות חדש- **מונע הנזק הזול**: הוא מסתכל על המזיקים והניזוקים כ2 קבוצות ובוחן איזו קבוצה יכולה למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר? **מונע הנזק הזול ביותר הוא זה שצריך לשאת בנזק. מונע הנזק הזול ביותר הוא "השוקל הטוב ביותר"**= זה שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ואת עלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילה אלו.

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

**דוגמה 1**: **תאונות דרכים.** יש נהגים ויש הולכי רגל. קלברזי אומר שבתאונות דרכים יש לבדוק למי יש יותר מידע- **הולכי רגל**- לא מלמדים אותך להיות הולך רגל. **נהגים**- צריכים לקבל רישיון. בנוסף, הביטוח מעניק מידע בעזרת הפוליסה והוא מהווה 'סוכן' להרתעה יעילה מאחר וגם הוא לא מעוניין לשלם. הביטוח עולה יותר כאשר אדם מבצע תאונה. המידע שאתה מקבל גורם לך להיות זהיר. קלברזי אומר שמבחינה רגולטורית קל יותר לתת מידע לנהג.

**דוגמה 2**: **קבוצות היצרנים והצרכנים**. יצרנים הם מונעי הנזק הזול. יש להם יותר כלים ליצור מוצר בטוח. זה עשוי לתמרץ יצרנים, מה שקשה יותר לבצע כלפי צרכנים. יש מקרים שהאחריות תוטל על הניזוק כאשר הצרכן השתמש במוצר שימוש חורג שלא עולה בקנה אחד עם המטרה המקורית שלשמע נוצר המוצר, ולא יהיה אשם תורם, אלא אחריות מוחלטת על הצרכן, מאחר והיצרן לא צריך לנקוט אמצעי מניעה כלפי שימוש במוצר שאינו למטרה לשמה המוצר נוצר.

**דוגמה 3: עניינים רפואיים.** הרופאים הם בעלי הידע ועל כן הם מונעי הנזק הטוב יותר. ישנו מקרה אחד שבו החולה יהיה המונע נזק הזול יותר- שמדובר בניתוחים לא דחופים. אם חולה הולך לעבור ניתוח אלקטיבי, המידע נמצא אצלו לא פחות מאשר אצל הרופא. לחולה ישנה בחירה (רופא, ביה"ח...). אם תקרה פאשלה ויגרם נזק לחולה, הוא לא יוכל לתבוע את הרופא. ישנו תמריץ שלילי לאנשים שעוסקים בניתוחים כאלו- אם האחריות לא תוטל על הרופאים, למה שיזהרו?

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

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

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

לדוג': אדם הולך ברחוב, מועד ושובר את היד. הנפילה קרתה כתוצאה ממרצפת שבורה. הוא מעוניין לתבוע את העירייה ואילו העירייה אומרת שהאחריות עליו- היה צריך להסתכל. אפשר לבוא ולומר שהעירייה היא מונעת הנזק הזולה ולכן היא אחראית. הבעיה שאם העירייה תצטרך לבחון ולתקן את כל המצרפות- המחיר יגולם בארנונה. מה עושים? **מטילים אחריות על צד ג'**- מסתבר שהשכנה שגרה ליד ראתה טרקטור של העירייה שובר את המרצפות. העו"ד של התובע הכניס לתביעה צד ג' (השכנה), מדוע? הוא השתמש במה כ"שוקלת טובה" כי היא יכלה באמצעי הזול ביותר (כמו בנוסחת לרנד הנד), בשיחת טלפון, למנוע את הנזק אם הייתה מצלצלת לעירייה ומדווחת על הסכנה. למעשה קלברזי מחיל את נוסחת לרנד הנד על צידה השלילי, כוונתו של פוזנר היא להחיל את הנוסחה רק על המזיק-ניזוק. למעשה, נראה כי גישתו של קלברזי של "השוקל הטוב" יכולה להיות מיושמת גם בתוך משטר של רשלנות.

* פוזנר מחנך אנשים לבצע חישובים ולהפנות משאבים למניעת נזק במחיר סביר, קלברזי מעודד אנשים להיות זהירים ולמנוע נזק בכל מחיר ולהפנות משאבים למניעת כל נזק אפשרי ע"י משטר של אחריות מוחלטת.

**4 הכללים של קלברזי ומלמד: האם המשך לתאורמה של קוז?**

קלברזי ומלמד מנסחים 4 כללים שמסדירים את האחריות והיחס לפעילויות שמתנגשות:

כאן קלברזי ומלמד אומרים כי קוז לימד שאנחנו לא מסתכלים בהכרח על מזיק וניזוק, אלא על פעולות מתנגשות. קיימים 2 סוגים של הכרעות משפטיות: 1. הכרעה בין זכויות. 2. הכרעה כיצד תמומש הזכות ותיאכף.

לפי קלברזי ומלמד יש סעדים בשני מישורים:

א. **מישור קנייני**- סעד ראשי. צו מניעה/עשה. מוענק לניזוק וזה הסעד הכי טוב שניזוק יכול לקבל כי הוא עוצר פעולה מזיקה.

ב. **מישור של פיצויים (מתוך כלל אחריות)**- סעד משני. פיצויים- הפעילות המזיקה ממשיכה, אך יש לפצות.

קיימים 3 סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכויות:

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

זכויות בלתי-עבירות- אישה לא יכולה למכור את גופה, סחר בתינוקות/ באיברים. מה קורה כשיש זכות עבירה? שאפשר לסחור בה? ביהמ"ש יתערב כמה שפחות, הצדדים יעשו מו"מ ואחד יכול לקנות את השני.

**החידוש הראשון של קלברזי ומלמד היה שהם הפרידו בין זכויות עבירות ללא עבירות.** לדוג': תינוקות אי אפשר להעביר, כליה אי אפשר להעביר, זכות הצבעה אי אפשר להעביר. אך, זכות לאוויר לנשום נקי, הזכות לשקט- אפשר למכור את הזכות הזו.

בזכויות עבירות ישנם 4 כללים:

קלברזי ומלמד הציעו במאמרם 4 כללים להסדרת דיני המטרדים:

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

פירוט:

1. **כלל קנייני לטובת הניזוק**- זכות של אדם על קניינו- חזקה, בצורה זו הזכות נמצאת בידי צד אחד והוא זכאי להפסיק את הפעילות המזיקה כלפיו (למשל מפעל מרעיש) ע"י צו עשה/ מניעה. זהו הכלל הכי חזק לטובת הניזוק- לטובת קניין הניזוק, פוגעים בקניין של השני. חשוב קניינית מי היה שם קודם. בפועל, אפשר לבקש צו ולחילופין פיצויים. קוז אומר שיש צורך באיזון- מצד אחד הניזוק מקבל סעד חזק ומצד שני המזיק נפגע. לכן, כאן יכול להיכנס מו"מ בין הצדדים או צו ביניים.
2. **כלל אחריות לטובת הניזוק-** פיצוי. מכירים בפעילות כמזיקה, בגלל שאין זכות קניינית ניתן לאפשר פיצויים ולא צו. עדיף למזיק- הוא לא צריך להפסיק את עבודתו. אך ניתן לטעון כי זה לא שווה למזיק- יהיה עליו לסגור.
3. **כלל קנייני לטובת המזיק-** ישנן פעילויות מבחינה חברתית וכלכלית, שהמדינה והמשפט חושבים שלמרות שהן מזיקות- המזיק חסין. לדוג'- ליד אוני' בר אילן יש עבודות לרווחת התושבים- מרימה את כל המרצפות וכו' וזה מפריע לניהול שיעורים. אם האוני' מחליטה לתבוע את העיריה- או שהיא תטען לצו מניעה או לפיצויים, ישנו סיכוי גדול כי ביהמ"ש יבוא ויטען כי זו פעילות חברתית שהיא למען כולם ולכן לא מגיע לאוני' פיצוי. יש כאן הכשרה של פעילות המזיק. כלל זה אומר שהמזיק יכול להמשיך להזיק, כמעט כראות עיניו.
4. **כלל אחריות לטובת המזיק-** הניזוק משלם למזיק. יש לפעמים פעולות שהן מספיק חשובות והמשפט והחברה לא יפסיקו אותן גם אם הן מזיקות.כלל זה מאפשר למזיק להמשיך להזיק. אם רוצים להפסיק אותו- אפשרי, אך יש לשלם לו ורק אז הוא יפסיק. הוא יפסיק להזיק רק אם הוא יפוצה. הכלל הזה שחור או לבן. **פס"ד Spur** (אריזונה, 1972) האכלת בקר והריח והרעש לבנייני המגורים שנבנו שם לאחר מכן. הניזוקים שילמו על המעבר.

* 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.

למה זה מתאים גם לנזיקין בתוך המשפחה? אלו 2 מערכות דינים נפרדות (משפחה ונזיקין). אך גם פה יש סעד ראשי (כלל קנייני)- הגט המקבלים בביה"ד רבני, ואם לא מקבלים עוברים לסעד משני (כלל אחריות) פיצוי מטעם תביעה נזיקית.

לעיתים יש הפרדה בין המערכות דינים ולעיתים ישנה אינטראקציה. לדוג': ילד חטוף= מצד אחד, המשפחה תדאג לצו, אך מצד שני, ביהמ"ש ידאג לפיצויים- לא כסעד משני של 'נחמה', אלא סעד משלים שנדרש לתת.

כך מבינים, שסעד הפיצויים בעקבות בעיות במשפחה לא נובע מזעם/נקמה, אלא אלו מערכות משלימות שמבקרות אחת את השנייה, כל אחד בתפקידה. צריך לאפשר גם לסעד הראשי וגם למשני (ראשי בביה"ד למשפחה, משני בביה"ד האזרחי).

מה שונה בסרבנות גט ומה הבעיה? הבעיה, שסרבנות גט לא נותנת את הסעד הראשי, ולכן הולכים לסעד המשני, שמטרתו לכפות את הסעד הראשי.

בדר"כ הפיצוי מגיע לאחר חיוב שסורב ע"י סרבן הגט מפי ביה"ד הרבני, אך לעיתים גם לאור המלצה. (אם זה חיוב- ניתן לתבוע בגין רשלנות והפרת חובה חקוקה, אם זה המלצה- ניתן לתבוע בגין רשלנות). החשש הוא שהבעל יכול לחזור בו מהגט, והאישה תישאר קרחת מכאן ומכאן ולכן יש מלומדים שמתנגדים לעסקה כזו.

לגבי תחילת חיוב הפיצויים, האם לאחר פס"ד הרבני? כל מקרה לגופו, צריך לבחון מתי החלה ההתעלוות והסרבנות ומשם..

**איך מיישמים את 4 מטרות דיני הנזיקין על מקרה נתון?**

כאמור, ישנן גישות פלורליסטיות ומוניסטיות. כשמנתחים אירוע, צריך לנתח לאור מטרות דיני הנזיקין ללא הכרעה. אם אתה פלורליסט, צריך לראות מה גובר במקרה הספציפי. יש לסוקר את 4 המטרות ולהשתמש גם בשיקולים משלימים ואולי בסיכויי התביעה להגיד מה רלוונטי יותר ומה פחות לקיים הקיים.

מטרות דיני הנזיקין בסרבנות גט- מאמרו של שמואלי על סרבנות גט.

הצדק המתקן, החלוקתי, ההרתעה ומטרת הפיצוי כולם מנתבים למתן פיצויים במקרה של סרבנות גט.

**צדק חלוקתי**- מתקיים. **הרתעה**- יש שיגידו שהרתעה מתקיימת, כי סרבני הגט נרתעים מלסרב ויש שיטענו שזו הרתעת יתר. **פיצוי**- יש כאן פיצוי יתר ולכן לכאורה לא מתקיים. לפי 2 האפשרויות השונות לקיום צדק מתקן, נראה שגם מטרת הפיצוי יכולה להתקיים.

במאמר שאלו האם זה באמת עומד **בצדק מתקן**? לדעת שמואלי זה פשוט. אך תקפו אותו ואמרו שהשופטים נותנים הרבה כסף למסורבות גט, בעיקר נזק נפשי צער כאב וסבל. אין בעיה שמסורבות גט יקבלו הרבה כסף. אך כשמסתכלים על נזקים נפשיים רגילים במקרה של סירוב גט מקבלים פיצויים הרבה יותר גבוהים.

בפיצויים בסרבנות גט מסתכלים על אורך הסרבנות ולפיכך קובעים פיצויים אך זה לא קלאסי לא נוהגים ככה בנזיקין.

למה היא מקבלת יותר? כדי לתת לה כוח מיקוח, כדי שתוכל להמיר את הכסף הזה בגט עצמו.

אם גט הוא המטרה הסופית, הרי שהצדק מתקן מתקיים. **לדעת שמואלי זה בדיוק הצדק המתקן. נותנים לה פיצויים כדי שלאחר פס"ד היא תוכל לקנות את הזכות שלה לקבל את הגט (עסקה מהסוג של קוז)**. מה שקוז אומר תנו לנערים לשחק שיכריעו ביניהם, ואם אין החלטה נערב את ביהמ"ש. לדעתו המו"מ קורה אחרי פס"ד. ביקורת - אם מטרת דיני הנזיקין היא לשנות סטטוס? לא. המטרה היא פיצוי. תשובתו של שמואלי – זה צדק מתקן, אישה קבלה פיצוי ולא שינוי סטטוס, ומה שהיא עושה עם הפיצוי זה עניין שלה.

שמואלי אומר כי אולי המתנגדים צודקים אך הוא חושב כי לא עושים לאישה שום טובה והיא לא מקבלת יותר ממה שהיא צריכה. משתי סיבות:

1. סיבה טכנית – העובדה שאישה מסורבת גט מקבלת יותר מאישה שהתעללו בה נפשית זה לא בהכרח תקין. **אולי האישה שהתעללו בה נפשית היא זו שמקבלת מעט**. הנזק בסרבנות גט הוא חמור יותר מבחינה חברתית ולכן יש הצדקה לפיצויים גבוהים. שמואלי מקווה שתהיה זליגה מגובה הפיצויים שבסרבנות גט (גבוהים) לשאר הפיצויים בגין הנזקים הנפשיים.

2. סיבה מהותית – מבחינה מהותית לאישה יש שתי זכויות, קלברזי ומלמד מדברים על אחריות, זכות חזקה מול חלשה, לאישה פגעו גם בסעד הקנייני וגם חייבים לה פיצויים. מגיע לה הגט ומגיע לה פיצויים על אי מתן הגט. כעת היא מקבלת פיצוי וממירה אותו בגט, בסוף היא לא נשארת עם פיצוי וגט (סעד קנייני) ביחד, לאישה מגיעה שיתנו לה גט וגם פיצוי על הצער, בית משפט נותן רק פיצוי איתו קונים גט, בעזרת הפיצוי היא משחדת את סרבן הגט. האם זה הוגן? לא! אבל לא ניתן לתת את הגט עצמו ולכן אין לה ברירה לוותר על פיצוי בשביל לקבל גט למרות שהיא מעוניינת בשניהם. לכן אם מסתכלים מלמעלה האם אפשר להגיד שזה חורג מצדק מתקן? היא בסוף נשארת רק עם הגט **ולכן זה אפילו לא צדק מתקן כי התיקון השלם היה אמור להשאיר אותה עם גט ופיצוי והיא נשארת רק עם גט.**

דוגמת המפעל/הקרינה כמקרה מבחן לבחינה פלורליסטית של מטרות דיני הנזיקין:

**תמונה שמכילה צילום מסך

התיאור נוצר באופן אוטומטי**בשונה מסיפור הגט, נבדוק כעת מה קורה שהמטרות לא מסתדרות. בסיפור הגט כל המטרות לאותו כיוון עכשיו נראה מה עושים כאשר הן לא .

**הבעיה**: יעקב חולה בסרטן והוא רוצה לתבוע את המפעל. ראשית, משתקפת **בעיה של קש"ס**. איך נדע שהעלייה בחולים נובעת מפליטת הקרינה מהמפעל? ישנם עוד גורמים מסרטנים- סיגריות, גירים, מפעלים אחרים, אלכוהול, גנטיקה וכו'. אך מנגד, יש אינדיקציה שמאז שהמפעל נכנס לתמונה, עלתה התחלואה 🡨 הוא גורם התחלואה. מאיר יטען שאין קש"ס עובדתי. קש"ס עובדתי נבחן לפי מבחן האלמלא. איך יעקב יצליח להוכיח קש"ס עובדתי? הוא ירצה להוכיח שהמפעל אחראי לעליה בתחלואה. צריך לעשות השוואה בתחלואה לפני המפעל ואחרי המפעל. צורך בהוכחת מאזן הסתברויות, דהיינו, להוכיח מעל 50% שהעלייה בתחלואה נובעת מהמפעל.

לפני המפעל היו 100 חולים, ורק 20% (25 אנשים) כביכול 'נוספו' ע"י המפעל. מאיר יטען שהיה ניתן לחלות באותה מידה גם טרם המפעל. אם מאיר יודה שהוא אחראי רק על 20% ממקרי התחלואה, כיצד יעקב יוכיח שהוא מהווה חלק מה20% האלו? ע"מ לקבל פיצוי הוא חייב להוכיח שהוא חלק מה20%. זו בעיה, לא ניתן להוכיח זאת. על פניו, 80% סיכוי שיעקב היה חולה לולא מאיר. **זה שונה מהמקרה של קרישוב, כאן מדובר בעוולה המונית ולכן ההוכחה קשה יותר**. גם אם יבואו חולים נוספים לאחר השנה בה נפתח המפעל, מאיר יטען שוב לחוסר קש"ס עובדתי. איך ניתן לתבוע?

נמחיש סיטואציה אחרת- אם כל החולים יתאגדו ויפנו למאיר לדרוש פיצוי (125 אנשים), מאיר יודע שסטטיסטית 25 אנשים בחדר חולים בגללו, יהיה קושי לקבוע באופן חד משמעי שהתקיים הקש"ס העובדתי ופה החוסר צדק זועק אף יותר. **זעקת הצדק באה לידי ביטוי הרבה יותר בעוולה המונית.**

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **מס' חלופה** | **הסבר הגישה** | **הפיצוי הכולל מאת המעוול** | **כמה יקבל כל תובע ממוצע** | **גוש תיקון-פיצוי** | | **הגוש האינסטרומנטלי** | |
| **פיצוי** | **צדק מתקן** | **צדק חלוקתי** | **הרתעה** |
| **1** | הגישה המסורתית של דיני הנזיקין- אין לפצות אף תובע אם לא הוכח קש"ס. **החלופה הגרועה ביותר לניזוק.** | 0X  (סכום הפיצוי=X) | **0** | לא מתקיימת. אם הניזוק לא מקבל פיצוי, המטרה לא מתגשמת. | לא מתקיים(?). אולי כן מתגשמת כי יעקב לא הצליח להוכיח קש"ס. לעיתים צדק מתקן הוא אכזרי. | לא מתקיים. השליטה החלוקתית היא אצל בעל המפעל- הוא ספק חזק אל מול תושבים חלשים. | לא מתקיים. מאיר ימשיך להפעיל את המפעל וימשיך לזהם. יש התרעת חסר. |
| **2** | גישה ה'מעגלת פינות' כדי להגשים את מטרות דיני הנזיקין. כל התובעים (125 אנשים) מקבלים פיצוי. | 125X  כל תובע מקבל פיצוי לפי הנזק שלו. | X פיצוי מלא על נזקיו. | מתקיים חלקית. הפיצוי יהיה רק לאותם 25 שמגיע להם פיצוי מלא. 100 אנשים מקבלים פיצוי שאינו מגיע להם. | מתקיים חלקית. רק לאותם 25 שלהם הזיק. המזיק משלם גם ל100 אנשים להם לא הזיק כלל- סותר את הצדק המתקן. | באופן עקרוני מתקיים הצדק החלוקתי, עם פיזור הנזק מוגזם. מחולק להרבה מעבר הנזק שנגרם. אנו נוגסים יותר מדי בחלק של העוגה של החזקים לטובת החלשים. | לא מתקיים. **יש הרתעת יתר.** המזיק משלם פי 5 מהנזק שגרם. יש תמריץ שלילי למאיר ואחרים כמוהו, וזה עלול לפגוע בעוגת הרווחה המצרפית. |
| **3** | פתרון ביניים. גישה של אנשי הגישה הכלכלית שמטרתם העליונה היא **הרתעה אופטימלית.** אם גרמת כל שנה לעלייה ב20% תחלואה, אז תצטרך לשלם רק ל20%. | 25X | X/5 (25X/125).  כלומר, כל אחד יקבל חמישית מהנזק שלו. דהיינו 20X משיעור הנזק. אם באולם עומדים 125 אנשים, צריך לפצות אותם בסכום הנזקים שנגרמו ל25 אנשים. | פיצוי חסר לניזוקים ופיצוי מיותר ל100 אנשים.  יש קבוצה שלא הייתה אמורה לקבל ומקבלת בכל זאת. ויש קבוצה שמקבלת רק חמישית למרות שמגיע לה פיצוי מלא. | מתקיים חלקית. המעוול מתקן את העוול באופן חלקי כלפי 25 אנשים שהזיק להם. ומתקן את מצבם של 100 הנותרים באופן חלקי למרות שלא הזיק להם כלל. | מתקיים, אך יש עיוות מסוים בחלוקה הפנימית שכן לא לכל המפוצים באמת מגיע פיצוי.  הערה של שמואלי- אפשר להגיד, לפי הצדק החלוקתי, שעם הכוח שהוא פליטת הקרינה של המזיק ולכן זה רלוונטי גם כלפי אלו שלא חלו מהמפעל. השליטה של בעל המפעל מתבטאת גם אם אף אחד לא היה חולה, לכן אולי ישנה הגשמה מלאה. | מתקיימת. **הרתעה אופטימלית**. המעוול משלם בדיוק כגובה הנזק שגרם. |

בפועל המשפט מציע את חלופה 3, 1 ו2 לא טובות, השאלה מה יותר גרוע תלוי בראייה. **לכן ביהמ"ש נוקט בשיטת ביניים של פיצוי ע"פ הסתברות**. כל אדם אשר יתבע יקבל 1/5 ממה שהוא יתבע (במקרה זה). התפשרנו על הקשר הסיבתי שכן לא ניתן להוכיח אותו, לפי ההרתעה לא התפשרנו ולפי צדק מתקן וחלוקתי התפשרנו, אתה מוכיח הסתברות ומקבל שווה ערך להסתברות.

ישנה ראיה שאומרת שזו לא התפשרות, נוסחת האחריות זה 3 למרות חוסר התקיימות המטרות. השאלה היא איך מגדירים נזק? בחלופה 3 אין הקלה בדיני ראיות, עצם החשיפה הרי מהווה נזק. החשיפה לקרינה מוסיפה הרי 25% סיכוי לחלות בסרטן, אם נגיד כי הגברת החשיפה היא בעצמה נזק, העמדה בסיכון היא נזק, אז אנו לא נתפשר על דיני הראיות כי הוא יצטרך להוכיח את ה20% האלה ביותר מ50%. יעקב יצטרך להראות כי בעל המפעל הגביר את הסיכוי שלו לחלות בסרטן במעל ל50%, הוא נמצא בקבוצת האנשים שסיכויים לחלות בסרטן הוגבר ב20%. פירוש הדבר כי חידשנו את דיני הנזיקין, הרפורמה היא בהסתכלות על נזק לא רק כנזק גופני אלה כהעמדה בסיכון. את ה20% האלה צריך להוכיח במעל ל50% ולכן אין התפשרות ראייתית.

גישה אחת אומרת כי יש הקלה בדיני הראיות (התפשרות) וגישה שנייה אומרת כי הכרנו משהו חדש כנזק, הראנו מה הסיכון שהגביר המפעל וזה הנזק אשר צריך להוכיח בהתאם לדיני הראיות. **אם נסתכל על הנזק כחשיפה לסיכון כל המטרות מתקיימות שכן כולם קבלו פיצוי מלא ולא פיצוי יתר בגין החשיפה.**

הבעייתיות היא שכל אנשי הישוב גם שלא חלו הם חשופים לסיכון, עולה השאלה אם לאדם כזה יש נזק? אדם כזה צריך להיות עם יד על הדופק מבחינת בדיקות ויש לו נזק נפשי ועל כן קיימת בעיתיות.

דוגמת המפעל המרעיש או זכותו של הקשיש?

**אתא נ' שוורץ, ישראל, 1976:** סוגיה נזיקית של גרימת נזק לאחר ע"י הטרדתו.

מפעל "אתא" בקרית אתא היה מפעל לייצור בגדים. במפעל היו עלפי פועלים. "אתא" ייצר גם לחו"ל- כלומר, המדינה נהנתה ממנו פעמיים: היא קיבלה מיסים וקשרים מהייצוא והמפעל מספק עבודה לעובדים רבים בפריפריה ולכן עוזר לבעיית האבטלה. למדינה יש אינטרס ש"אתא" תפעל ותייצר. שוורץ הפנסיונר מתגורר ליד המפעל, והוא מפריע לו- מייצר רעשים. המפעל היה באותו מקום טרם שוורץ התגורר שם אך הוא היה שקט. בשלב מסוים, המפעל נכנס להפסדים ולכן הגבירו את הייצור ועבדו 24 שעות ביממה. הם היו צריכים לקרר את המכונות ולכן התקינו מתקני אוורור רועשים. **הנזקים לשוורץ**- חוסר שקט עד כדי תגובות עצביות, ירידה בערך הדירה.

**מי היה שם קודם? אתא היה שם קודם אבל החל להזיק אחרי ששוורץ עבר להתגורר לידו.**

כעת נבדוק מה עושים?

**גישה 1- צדק מתקן:** גישת אריסטו. נזק ליחיד, יש נזק לשוורץ ויש לתקנו, בכל מחיר כמעט. גם אם אמצעי המניעה עולים על תוחלת הנזק. המפעל צריך שלא יהיה רעש. אי התחשבות בגורמים אחרים מעבר למזיק, לניזוק ולנזק. לאריסטו לא אכפת מהצדדים האחרים כמו העובדים שיפוטרו בשל הורדת פעילות המפעל ומנזקי המדינה אשר מרוויחה מהמפעל או אף מהמפעל אשר יחזור לפעילות לא רווחית וייסגר. התוצאה- אם שוורץ יתבע (יבקש צו מניעה למניעת הרעש) ויזכה יהיה הפסד למדינה, לפועלים ועוד. על כן גישה זו בעייתית, שוורץ יתבע ויקבל את הסעד הרצוי (ככל הנראה צו), אך אנשים יפגעו.

**גישה 2- יעילות כלכלית-חברתית**: בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה- המשך פעולת המפעל או סגירתו. לכאורה מבחינה כלכלית התוצאה המועדפת היא המשך הרעש, הסיבות לכך הן המשך ייצוא, מניעת אבטלה, אי הרתעת היזמים. אי אפשר מבחינת יעילות חברתית להשוות את הנזק שנגרם לשוורץ לנזק הכללי שנגרם מסגירת המפעל. קוז יגיד כי המפעל הוא שידו על העליונה וינצח אך יש גם תוצאות בעייתיות- נזק ליחיד וירידת ערך הדירה.

**ישנה התנגשות חזיתית בין צדק מתקן להרתעה יעילה.**

**האם צדק חלוקתי כ"שובר שוויון"? מי החלש כאן?**

לא ברור ששוורץ הוא החלש. כשבודקים סקטורים של חזקים וחלשים- בודקים עוד אנשים רלוונטיים. במקרה זה, ניתן להתייחס לפועלים שיפוטרו כחלשים.

גישות ביניים:

1. המפעל ישלם לשוורץ פיצוי, כי לכאורה הוא המסכן שנחשף לרעש ללא רצון. כלל 2 של קלברזי. שוורץ יוכל למגן את הדירה בפיצוי, או להשתמש בכסף למעבר דירה. בעיות:

* פגיעה בקניינו של שוורץ - הוא לא רוצה למגן או לעבור.
* אם יש דיירים רבים כאלה, מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי.

1. המפעל ימגן את ביתו של שוורץ, כך הנטל לא יהיה עליו אך עדיין הבעיות אינן נפטרות.

**לפי התאוריה של קוז**- פעולות נוגדות ולא בהכרח מזיק וניזוק, רע וטוב. אתא מזיקה לשוורץ, אולם גם שוורץ מזיק לאתא קניינית ומונע ממנה חופש עיסוק. תשובת קוז- הפעולה שתגבר זו אותה פעולה שהמשכה יגדיל את הרווחה המצרפית יותר בהשוואה לאחרת, או שהמשכה על חשבון הפעילות האחרת, הנוגדת, תקטין פחות את הרווחה המצרפית. הרווחה המצרפית תגדל מהמשך פעילות המפעל.

**החלטות אפשריות שונות בהינתן התאורמה של קוז**:

1. המפעל מקבל צו להפחתת המטרד שמשמעו סגירה - עולה בקנה אחד עם מטרת הצדק מתקן. גישה כלכלית לא תאמר כאן נואש, ותנסה לקדם PJB. אולי המפעל, לאחר "נוק אאוט" פסיקתי, ירצה לקנות את זכותו של שוורץ וכך להמשיך לפעול. המפעל יצטרך לשלם לשוורץ הרבה, כי ידו של שוורץ על העליונה בהכרה פסיקתית, אולם אם יצטרך לשלם לו פחות מאשר עלות סגירת המפעל או העברתו זה יהיה כדאי. 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. כלל 1 של קלברזי ומלמד.
2. המפעל מקבל אור ירוק להמשך הפעילות, שכן ביהמ"ש סבור שיש יותר יעילות בהמשך פעילותו מאשר בסגירתו - נוגד את מטרת הצדק מתקן. כאן ייתכן אולי PJB הפוך - שוורץ ישלם למפעל כדי שיפסיק להזיק או יעבור משם (אמנם זה לא כל כך סביר שאדם פרטי ישלם מיליונים למפעל שיעבור) אבל במטרדים זעירים יותר, בין שכנים, זה בהחלט יכול לקרות. יש לשים לב: הגישה הכלכלית מאפשרת לבית המשפט לקבוע בהחלטה שיפוטית שהמטרד לא יזוז אבל שהניזוק חייב לשלם למזיק אם הוא רוצה שהמטרד יפסיק. שייך לדיון בכלל 4 ,הנדיר, של קלברזי ומלמד.
3. המפעל מקבל אור ירוק להמשיך להזיק, כי הפעילות הנוגדת שלו מגדילה את הרווחה המצרפית יותר מהפסקת הפעילות שלו, אבל המשך הפעילות תלוי וכפוף לחובת פיצוי לניזוק - גם אם הניזוק לא ביקש זאת, אלא ביקש צו, ביהמ"ש יכול בעיקרון להחליט כך. במצב כזה, המפעל ימשיך להזיק אולם ישלם סכום שיקבע בית המשפט לקורבן, נניח בתשלומים חודשיים עד הפסקת הנזק, ואם לא תיפסק, ימשיכו התשלומים כל הזמן. גם כאן תתכן עסקה לאחר PJB - המפעל יכול להגיע למסקנה שלשלם עכשיו סכום גדול, 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. ייתכן גם שפתרון של הצעת מיגון יקר לשוורץ תסייע. כלל 2 של קלברזי ומלמד.

**סוף הסיפור:** שוורץ התלונן במפעל, הציעו לו פיצוי נמוך. הגיש תביעה למחוזי לצו. השופט הגיע לשטח, ראה כי הרעש בלתי נסבל וקבע כי המפעל מחויב להקטין את הרעש בצורה מסוימת. המפעל אמר כי ההחלטה שעליו להוריד את הרעש תביא לסגירת המפעל. בית המשפט המחוזי נקט בגישת צדק מתקן. בערעור לעליון, שמגר התחבט בין הצדק המתקן לבין הגישה הכלכלית, לבסוף, החליט להשאיר את צו המניעה למרות הסכנת לסגירת המפעל. שמגר קובע כי הצדק המתקן גובר, המטרה המרכזית של דיני הנזיקין ויש לפעול לפיה. עוה"ד של אתא פנו למסלול חלופי- פנו לשר האוצר ודרשו שישתמש בסמכות הפקעתו- הפקעת שטחים למטרות הציבור (סעד קנייני). שר האוצר הפקיע את ביתו של שוורץ, ופיצה אותו בסכום מגוחך, נמוך מהפיצוי שהוצע לו ע"י המפעל לפני הגשת התביעה הראשונה. שוורץ התרעם והגיש עתירה על הפקעת הקרקע, טען כי המדינה לא צריכה את הקרקע ולכן ההפקעה אינה לגיטימית, הפסיד בבג"ץ נגד שר האוצר.

**משטרי אחריות:**

**אחריות חמורה:**

**היזק ע"י כלב**

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.

**חוק למוצרים פגומים:**

**הרקע לחקיקת חוק אחריות למוצרים פגומים**- **אחריות חמורה**

החקיקה נוגעת למקרים שאדם נפגע **נזק גוף** כתוצא ממוצר פגום ויכול לתבוע בגין החוק הנ"ל.

טרם חקיקת החוק היו עומדות לניזוק 2 עילות תביעה בגין מוצרים פגומים:

1. עילה נזיקית דרך עוולת הרשלנות.

2. עילה חוזית מכוח חוק החוזים.

בשל קשיים בהוכחת עילות אלה נכנס לתוקף בשנת 1980 חוק אחריות למוצרים פגומים.

**מטרות החוק**

בפס"ד ישראליפט בע"מ נ' הינדלי נקבע: אשר לתכלית החוק, הרי ניתן להסיק מהוראותיו קיומן של שתי מטרות עיקריות:

1. **הרצון לשפר את מצבו המשפטי של הצרכן הניזוק** ולאפשר לו לזכות ביתר קלות בפיצוי בעבור פגיעה גופנית הנגרמת ע"י מוצר פגום, בלי שיהיה עליו, כמו מקודם, להוכיח היצרן התרשל.
2. **לשמש הרתעה ליצרנים** ולהניעם לנקוט כל אמצעי אפשרי כדי למנוע יצירת מוצרים פגומים העלולים להסב נזק לצרכנים.

**הרציונליים לחקיקת החוק**:

* **הרתעה**: מטרת החוק הינה מניעת "נזקים מיותרים". ע"מ לממש מטרה זו יש להרתיע יצרנים שיפעלו למנוע נזקים אלו.
* **פיזור נזק**: בהנחה והיצרן הוא זה שיכול למנוע את הנזק, יהיה זה צודק להטיל אחריות על היצרן בעל הכיס עמק כאשר המוצר פגום. היצרן יכול לבטח את עצמו וגם לעשות "ביטוח עצמי" ע"י העלאה מבוקרת של מחיר המוצר, ככל שהתחרות מאפשרת זאת, כפי שנלמד בעבר לעניין פיזור נזק וביטוח.
* **צדק מתקן**: היצרן יוצר סיכון ולכן יהיה זה צודק אם יפצה מי שניזוק כתוצאה ממימוש סיכון זה. אם כי כאן אין מדובר בהישענות על אשם דווקא, דהיינו שאם יש כאן צדק מתקן הוא אינו אריסטוטלי/ויינרבי.
* **צדק חלוקתי**: בדר"כ נראה ביצרן כחזק אל מול הצרכן כחלש, לכן החוק מעדיף את הצרכן ומקל עליו ( אך האחריות אינה מוחלטת).
* **הפחתת עלויות משפט**: המדיניות הנהוגה בחוק זה מייתרת את הדיון בשאלת סבירות ההתנהגות ובכך מקצרת את הדיונים (קראנו לכך: מסלול ירוק).

סעיף 1 – "בחוק זה- "**יצרן**" אדם העוסק למטרות מסחריות בייצור מוצרים או בהרכבתם, לרבות-

(1) המציג עצמו כיצרן של מוצר במתן שמו או סימנו המסחרי או בכל דרך אחרת.

(2) יבואן שייבא לישראל למטרות מסחריות מוצר שיוצר בחוץ לארץ.

(3) ספק של מוצר שהיצרן שלו בארץ או היבואן שלו אינם ניתנים לזיהוי על פניו."

* אחריות של ספקים זו אחריות שנויה במחלוקת, לא רוצים שעסקים קטנים יפגעו מכך ויצטרכו לפצות באופן שגרתי. עם זאת, הספק מביא מוצרים ואנו רוצים לייצר מצב שהספק מביא מוצרים שאנו יודעים מהו מקורם. אך, בסעיף 2(ג) יש פטור לספק אם הוא מוסר לניזוק תוך זמן סביר את פרטי היצרן.

**אחריות היצרן**

סעיף 2(א)-"**יצרן** חייב לפצות את מי שנגרם לו **נזק גוף** כתוצאה **מפגם במוצר** שייצר (להלן- הנפגע), ואין נפקא מינה **אם היה או לא היה אשם** מצד היצרן".

סעיף 2(ב) - "נגרם הנזק ע"י רכיב פגום, יהיו אחראים הן יצרן המוצר והן יצרן הרכיב".

* לדוג'- בורג בתוך מכונה כלשהו- גם יצרן המכונה וגם יצרן הבורג, במידה והבורג היה פגום ובגלל זה המכונה גרמה לנזק.

**מהו מוצר**?

סעיף 1 - "**מוצר**"- לרבות רכיב ואריזה של מוצר, מוצר המחובר למקרקעין ובניין.

סעיף 9 – "(א) חוק זה לא יחול על-

1. בהמות, עופות ודגים חיים.

2. תוצאת חקלאית אחרת שאינה מעובדת. לעניין זה, ניקוי, בירור, בהחלה, אריזה, אחסנה וקירור לא ייחשבו כעיבוד.

(ב) חוק זה לא יחול על נזק שנגרם מחוץ לישראל."- נועד להגן על יצרנים.

* יש את הסייגים האלה, מאחר ואלו מוצרים מהטבע, הם לא יכולים למנוע את זה והם לא יכולים לספוג את הנזק, ואין לקחת על זה אחריות.

**מהו נזק**?

סעיף 1 - "**נזק גוף**"- מוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני- נפשי או שכלי.

* אפשר לתבוע בגין נזק רכושי, תחת עוולת הרשלנות באותה תביעה! בשונה מהפלת"ד.

**מוצר פגום**-

סעיף 3 –(א) **מוצר הוא פגם** בכל אחת מאלה:

**1) מחמת ליקוי בו הוא עלול לגרום נזק גוף.**

* בעייתי כי יש הבדל בין פגם לליקוי, ורשום עלול- ניתן לתבוע רק במקרים שבו נגרם נזק בפועל ולא כאשר עלול להיגרם נזק מהמוצר.
* במאמר של ישראל גלעד בוחנים סוגי פגם:

פגם בייצור- פגם קובע את קנה המידה וגם נבחן ביחס לכל הקו.

פגם בתכנון- תכונה של האב טיפוס עצמו, הוא פגום, ואז כל הקו ייצור פגום- מאחר שהפגם הוא לא סטיה מהמודל אלא המודל עצמו, ולכן אי אפשר לבחון את זה מול הקריטריונים של היצרן, אלא קריטריונים כלליים בשוק (כמו כיסא פגום אבחן את הקריטריונים הכללים של כיסאות).

**2) בנסיבות העניין נדרשות אזהרות או הוראות טיפול ושימוש מטעמי בטיחות והן לא ניתנו או שאינן מתאימות בהתחשב בסכנה הכרוכה במוצר.**

* ישראל גלעד: זה יכול להיות תחת פגם בתכנון- לא כללתי הוראות ולכן זה פגם בתכנון המוצר. הרציונל בקביעת סעיף זה: מאחר והיצרן יודע מה הסכנות במוצר שלו, ולכן צריך ליידע את הצרכן ע"מ למנוע נזק.

מה צריך לכלול בהוראות הבטיחות? מחייבים את היצרן להזהיר מהכל, גם בשימושים רגילים, אלא אם זה סיכון מאוד מובן מאליו, וכל אדם סביר יכול לצפות את סיכון זה, הוא לא יידרש "לגלות" את הסיכון.

פס"ד שפס נ' פריזמה: היצרן יכול להתרשל: בעיצוב דגם באופן שהמוצר נהיה בלתי בטוח, בבדיקה ובבחינה של החומרים או של העבודה עצמה, אי מתן אזהרה מתאימה למשתמש. האזהרות חייבות להיות מספיקות לצורך מתן הגנה לאנשים שניתן בסבירות להסיק כי יבואו במגע עם המוצר וייפגעו על ידו. - **פסק דין זה היה לפני החוק, זה היה במשטר של אשם+אשם תורם, כיום יש אחריות חמורה.**

* המבחן לפגם (מתקשר למאמרו של ישראל גלעד, מצוין בס'3(א)).

1. **מבחן "הסטייה המהותית"**- נועד לבחינת פגמי ייצור: סטייה מהותית של המוצר המסוים מתכונותיו של אבטיפוס המוצר כפי שתוכנן.
2. **מבחן "סבירות הסיכון"**- נועד לבחינת פגמי תכנון- סיכון סביר הוא סיכון שהחברה מוכנה להשלים שימוש בשל המחיר הגבוה הכרוך במניעתו. סבירות הסיכון נקבעת ע"י איתורם, שקלולם ואיזונם של גורמים שונים רלוונטיים מכוח שיקולי המדיניות (מידת הנזק, אפשרות לתחליף בטוח, מודעות המשתמש לסכנה ועוד..)

**(ב) חזקה שהמוצר היה פגום אם נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהיה פגום מאשר עם המסקנה שהיה תקין**.

חזקת פגם:

פס"ד ישראליפט בע"מ נ' הינדלי: "המנוח פותח דלת מעלית תחת להיכנס למעלית, הוא נופל לפיר של המעלית ומוצא את מותו. ניסיון החיים והשכל הישר מעלים מיד את האפשרות, כי משהו לא כשורה התרחש וכי מישהו התרשל. דלתות של מעלית לא צריכות להיפתח כשהמעלית לא מצויה במקום. אם הדלת נפתחה בכל זאת, אות היא הייתה רשלנות. תבוא... יצרנית המעלית והנותנת שירות באחזקתה, ותשכנע כי היא לא התרשלה. בנטל זה לא עמדה.."

**הגנות:**

סעיף 4(א)(1)- "הפגם שגרם לנזק נוצר אחרי שהמוצר יצא משליטתו. הוכיח היצרן שהמוצר המסוים עבר בדיקות בטיחות סבירות לפני שיצא משליטתו, חזקה שהנזק נגרם לנפגע ע"י פגם שנוצר לאחר מכן."

* פס"ד פניציה נ' עמר: אדם ניסה לפתוח בקבוק בירה, ובקבוק השביעי הוא נפצע ביד. הבקבוקים יוצרו ע"י פינציה, וחברה אחרת מילאה את הבירות. הם שווקו ע"י חברה אחרת. בביהמ"ש המחוזי החברה שמייצרת את הבקבוקים הוכיחה שהיא בודקת את איכות הבקבוקים באמצעות בדיקות מדגמיות, ולטענתה עומדת בדרישות התקן. ביהמ"ש פוסק שפיניציה צריכה לקחת בחשבון את הדברים שעלול לעבור הבקבוק בשאר השלבים וטענת- הבקבוק יצא מהמפעל תקין, לא תקף. הם חבים בנזק יחד ולחוד, וגם בדיקה מדגמית אינה מספקת, כדי להוכיח שאין פגם צריך לבדוק את כל הפס ייצור ולא רק מדגמית.

סעיף 4(א)(2)- **הגנת מצב המידע.** "לפי רמת ההתפתחות המדעית והטכנולוגית שהייתה בעת שהמוצר יצא משליטתו, לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה."

* חוסר ידע מסוים מבחינה טכנולוגית שלא מאפשר לנו למנוע את הפגם ברגע שיצא לשוק.

סעיף4(א)(3)- "המוצר יצא משליטת היצרן שלא מרצונו, והוא נקט באמצעים סבירים למניעת יציאתו משליטתו, ולהזהרת הציבור הנוגע בדבר בפני הסיכון הכרוך במוצר."

* לדוג': סלמונלה בעלית, ריקול לרכבים...
* **הסעיף תקף גם כשהמוצר יוצא מרצונו כמו שמוכרים רכבים ומגלים שיש פגם בקו ייצור, מוציא ריקול, ולכן לא ניתן לתבוע אותך.**

סעיף4(א)(4) – "הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו, וחשף עצמו מרצונו לסיכון זה."- **הסתכנות מרצון.**

סעיף4(ג)(1) – "היה הנפגע למטה מגיל 12-

1) לא תחול ההגנה האמורה בסעיף הקטן (א)(4)."

סעיף4(ב) – "לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו."

* **רק אם האשם מאוד חמור, ביהמ"ש ישקול אם בכלל להפחית אשם תורם במקרים חריגים. לעומת אשם תורם רגיל- אם ביהמ"ש רואה שהאשם תורם הוא 20%- יפחיתו 20% מהפיצויים.**

סעיף4(ג)(2) – "היה הנפגע למטה מגיל 12-

2) לא יפחית ביהמ"ש פיצויים לפי סעיף קטן (ב)."

**אחריות מוגברת:** העברת נטל ההוכחה ברשלנות (היפוך נטל הראיה מהתובע אל הנתבע).

**חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה**

40. בתובענה 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.

על הנתבע להוכיח שלא הייתה התרשלות. זה לא בדיוק אשם ולא אחריות מוחלטת, **היפוך נטל ההוכחה למזיק**. בהרבה מאוד מקרים המזיק לא יצליח להוכיח שהוא לא אשם ולכן התוצאה דומה לאחריות מוחלטת.

**הדבר מדבר בעד עצמו**

41**.** בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה.

על התובע להוכיח 3 דברים: א. התובע אינו יודע ממה נבע הנזק. ב. הנזק קרה בנכס של הנתבע. ג. יותר הגיוני בנסיבות שהנתבע התרשל מאשר שהתובע אשם בנזק.

**עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות:**

**פס"ד גורדון פסקאות 7-14- נגישה מול רשלנות**

ביהמ"ש תוהה לגבי מרחב המחייב של עוולות ומה היקף גבולות כל עוולה וכן גם לגבי היחס בין עוולת הנגישה לעוולת הרשלנות.

בפקנ"ז בפרק ה6 "עוולות", ישנן 16 עוולות (תקיפה, כליאה, רשלנות וכו'). ללא בחינה אנליטית, קיבלו אותם פשוט אל תוך המסגרת החקיקתית מתוך המשפט האנגלי.

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

עוולות מסגרת- בעיקר רשלנות. עוולות פתוחות, שהמחוקק לא קבע בהן דרישה של עובדות ספציפיות והן עוסקות בתפיסה המשפטית של היקף האחריות בנזיקין ויכולות להשתרע על מערכות משתנות של מצבים.

* נוצרה מציאות משפטית אשר יש חפיפה בין העוולות. במיוחד לעניין היחס העוולות הפרטיקולריות והמסגרת. לא פעם עשוי אותו אינטרס לקבל הגנה הן ע"י עוולה פרטיקולרית והן ע"י מסגרת.
* כך למשל, אם יש מזיק שעושה שימוש רשלני בכוחו נגד גופו של הניזוק בלא הסכמתו וגרם לנזק, הוא יוכל להיתבע בגין עוולת התקיפה וגם בגין עוולת הרשלנות, אם היסוד של "במתכוון" בעוולת התקיפה לא יתקיים, אז יהיה ניתן להטיל אחריות בגין רשלנות.

ברק קבע:

* העניין גמיש ואין שום עוולה קובעת הסדר שלילי כלפי אחרת. אם אין אחריות בנגישה, לא אומר שאין אחריות כלל. יש לבחון עוולות אחרות כמו איסור לשון הרע או רשלנות.
* **דיני הנזיקין צריכים להיות גמישים ומותאמים לצורכי החיים המשתנים**. העוולות בפקודה הן רשתות המוטלות זו על גבי זו על מערכת עובדתית נתונה. אפשרי שכמה עוולות יהיו רלוונטיות לאותה מערכת עובדתית. אין הסדר שלילי של אחת כלפי האחרת ויש כמובן להידרש בכל עוולה על יסודותיה.
* **בגישה זו יש רק כדי לאפשר מעבר קל ממסגרת למסדר כדי לתת את מלוא ההגנה לאינטרסים המוגנים ע"י הפקודה**.
* **התוצאה**: אין בהוראות ס'60 לפקנ"ז כדי לשלול כל אחריות בנזיקין ומחוצה לה. אין הסדר שלילי שאומר שאם משהו אחד לא התקיים אז גם השני לא. לגבי טענת המערערת שיש ללכת ע"פ ס'80(א) לחוק העונשין ולפצות את הניזוק ולא לקיים הליך נזיקי, ביהמ"ש מסתייג. ביהמ"ש מסביר כי אין זה תחליף לתביעה אזרחית בגין רשלנות. הוראה זו בחוק העונשין שבאה להקל על הנאשם לא יכולה למנוע כניסה להליך האזרחי.

**פס"ד כרמלי- הפרת חובה חקוקה מול כליאת שווא**

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

הנתבע- אי אפשר לתבוע, כי העוולה לא רק הפרת חובה חקוקה אלא ישנה גם עוולה נוספת מפקנ"ז- עוולת כליאת שווא. כליאת שווא היא עוולת פרטיקולרית. יש הגנה לסעיף הזה- 27(3) הגנה לאדם שפעל בתו"ל- אז אנו פטורים מעוולה נזיקית. ולכן העוולה הפרטיקולרית לא מתקיימת.

**נתניהו במיעוט**- כמו גורדון, אותו סיפור- אפשר לעקוף עם הפרת חובת חקוקה.

**בך ברוב**- התביעה נדחית. אי אפשר לעקוף עם עוולת מסגרת, ההלכה שונה מגורדון. מדייק בהלכת גורדון: אי אפשר לעקוף עוולה פרטיקולרית עם עוולת מסגרת איפה שיש זהות מוחלטת בין ההתנהגויות- זה שאשפזו את כרמלי אשפוז כפוי אלו ממש היסודות של כליאת שווא, ואם קוראים את חוק הטיפול בחולי נפש גם הפרת חובה חקוקה מתמלאת באופן מלא (ואף יותר טוב). שניהם נכנסים באותה משבצת, בסיטואציה כזו אתה לא יכול לעקוף לעוולת מסגרת, חייב עם הפרטיקולרית. למרות, שהעוולת המסגרת יותר מתאימה למקרה מאשר הכליאת שווא. **אם זה אותה התנהגות בשניהם- אתה חייב להישאר בפרטיקולרית**.

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

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

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

הלכת גורדון חלה יותר על רשלנות, פחות על הפרת חובה חקוקה- זה יותר קשה מאחר והאיסור בהפרת חובה חקוקה יהיה יותר מדי דומה לפרטיקולרית מאשר עוולת הרשלנות הכללית.

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

**הפרת חובה חקוקה:**

**יסודות העוולה**:

1. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (ראשית/משנה).
2. החיקוק נועד לטובתו של המזיק.- המבחן הוא האם האדם בו מדובר משתייך לסוג האנשים המצויים בתחום הסיכון שאותו רצה המחוקק למנוע בסעיף חוק ספציפי זה (ולא החוק כמכלול).
3. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו.- אופן ההפרה: במחדל (כאשר החובה היא לעשות דבר, הפרת החובה תתגבש ע"י הימנעות או מחדל) במעשה ( כאשר החובה היא להימנע מדבר, עוולת הפרה חובה חקוקה תתגבש בדרך של עשיית פעולה).
4. ההפרה גרמה לניזוק נזק (נזק+קש"ס).- דרך התרחשותו של הנזק תהיה באותה צורה שהחיקוק התכוון אליו, ואינו מסתפק בכך שאפשר לסווג את הנזק כמשתייך לאותו סוג של נזקים כמו שאליו התכוון החיקוק.
5. הנזק אשר נגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק.- אם חיקוק מסוים מטיל סנקציה פלילית, זה אינו מצביע בהכרח על כוונה לשלילת הסעד הנזיקי! בהסתמך על פרשנות החוק, שיקולי מדיניות.

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:**

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

**דיון- השופט א' ברק:**

* **עוולת הרשלנות:**

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

* הערות נוספות-רשלנות:
* **ביהמ"ש לוקח בחשבון שיקולים משפטיים גם בבחינת צפיית נזק**- משמע, לעיתים תישלל חובת זהירות מושגית אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה. ביהמ"ש מתחשב בסוג הנזק, דרכי התרחשותו, השפעת פסיקתו בנושא, מעמסה כספית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים/ ניזוקים בעקבות פסיקתו ועוד. כך נקבעים היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית.
* ישנם סיכונים שהם חלק מחיינו, אלו סיכונים סבירים. למשל- נפילה/ החלקה. הדין אינו מטיל חובת זהירות קונקרטית בגין סיכונים סבירים.
* **עוולת הפרת חובה חקוקה:** מקור האחריות הנזיקית הוא בפקנ"ז ס'63. השאלה היא לא אם אותה חובה נועדה לתת סעד בנזיקין, אלא השאלה היא אם אותו חיקוק נועד לטובתו של הניזוק (אחד מתנאי האחריות). החוק (שמתאר את החובה) אינו מקור לאחריות הנזיקית, אלא מקור לחובה החקוקה (אחד מתנאי האחריות הנזיקית).

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

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

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הפרת חובה חקוקה** | **רשלנות** |
| **מידת האחריות** | יתכן ותהיה אחריות מוחלטת. | האחריות לעולם אינה מוחלטת. |
| **לפי מה נקבעת?** | נקבעת עפ"י הוראות ספציפיות של כל חיקוק וחיקוק. לא לפי קריטריון אחד- מספר הקריטריונים הוא כמספר החיקוקים. | נקבעת על פי מבחן הצפיות, משמע על פי עיקרון אחד. המבחן מופעל על נסיבות עובדתיות שונות. |
| **רמת ההתנהגות הנדרשת** | **רמת ההתנהגות הנדרשת נקבעת לפי החוק** עצמו- יכולה להיות חמורה/ זהה/ נמוכה מזו של האדם הסביר. סטנדרט ההתנהגות שנקבע בחיקוק עשוי לשמש אינדיקציה לרמת ההתנהגות הנדרשת ע"י האדם הסביר. | רמת ההתנהגות הנדרשת היא של **האדם הסביר**.  ניתן לתבוע בגין שניהם, אך אם אדם פעל כאדם לא סביר, אך לא הפר חובה חקוקה- יש לתבוע רק בגין רשלנות. |
| **נזק** | נדרש נזק אשר יהיה מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק היוצר את החובה, והוא הוסב על יסוד אותם קשרים סיבתיים הנדרשים ע"י החיקוק הספציפי. | נדרש נזק הקשור בקש"ס להפרת החובה, נזק היכול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים. |
| **מהו הדימיון בין השתיים?**   * העוולות היחידות בפקודת הנזיקין שיסודותיהן- חובה, הפרה ונזק. * סטנדרט ההתנהגות עשוי לשמש אינדיקציה לרמת ההתנהגות הנדרשת על ידי האדם הסביר. * מדובר בשתי עוולות מסגרת. * חובה שיהיה נזק! אי אפשר לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק בעוולות מסגרת. * בשתי העוולות תוכן האחריות והיקפה נקבע עפ"י עקרונות של מדיניות משפטית. בשתי העוולות על ביהמ"ש לגלות זהירות והתאפקות ולאפשר צמיחה והתפתחות. בשתיהן הקטגוריות לעולם אינן סגורות. * עוולת הרשלנות- מדיניותו המשפטית של ביהמ"ש מופעלת בקביעת החובה ודרכי הפרתה. עוולת הפרת חובה חקוקה- בפירוש החובה, אם נועדה להטיב עם הניזוק או לא ובקביעת היקפה. | | |

* במקרה זה לא מתקיימת הגנת הסתכנות מרצון. הניזוק לא חשף עצמו לסיכון ולא הראו הסכמה לכך.
* יש לייחס לניזוק אשם תורם, נער בגיל המערער צריך לחוש בסכנה הטמונה בקפיצת ראש למים רדודים. עיקר האשם רובץ על המזיקים- לכן יש לייחס למערער אשם תורם בשיעור של 33%.
* שתי המשיבות חייבות למערער יחד ולחוד.
* אין ליצור ניגוד בין מדיניות משפטית לבין דין, כי היא חלק מהדין שכן הדין מנוסח באופן שהוא מפקיד בידי ביהמ"ש את הכוח והחובה לגבש נורמה משפטית על יסוד שיקולים של מדיניות משפטית. על המדיניות המשפטית מושתתת הפעילות השיפוטית כולה.

**פיצוי נזיקי למסורבות גט- בני שמואלי**

סרבנות גט – ניתן לתבוע מכוח עוולת הרשלנות או מכוח הפרת חובה חקוקה. [פיצוי נזיקי למסורבות גט רז נחמני.docx](https://1drv.ms/w/s!AnLVrkcBJKydhj_OslEBE9hIGVtx?e=i4UGX8) סיכום מלא למאמר

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

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

ניתן לתבוע בנזיקין הפרת חובה חקוקה גם על חובה חקוקה פלילית. גם בפס"ד **סולטאן**, נאמר כי אפשר לתבוע נזיקית בשל הפרת חובה חקוקה פלילית לפי תנאיו של שמואלי.

**רשלנות:** סעיפים 22, 35-37 לפקודה.

**יסודות העוולה:**

1. קיומה של חובת זהירות- מושגית וקונקרטית (מבחן הצפיות).
2. המזיק הפר את החובה המוטלת עליו
3. ההפרה גרמה לניזוק נזק(קש"ס+נזק).

**מה מכניס את הנתבע לנוסחת האחריות הנזיקית? איך בודקים בכלל שלאדם יש חובת זהירות כלפי אדם אחר?**

אחד הבסיסים לאחריות נזיקית הם **יחסי שכנות**. שכנות יכולה להיות **פיזית** (= קרבה פיזית, גרים אחד ליד השני) ושכנות **רעיונית** (= החובה כלפי השני נובעת מנורמות חברתיות).

יחסי שכנות כבסיס לאחריות נזיקית במשפט הישראלי: בישראל יש לנו כמה אלמנטים שמקימים יחסי שכנות:

1. **יחסים חוזיים**- חוזה לא חייב להיות כתוב. אם יש חוזה בין הצדדים אז ברור שיש חובת זהירות. ברבים מהמקרים הקלסיים יש חוזה (כמו רשלנות רפואית- יש חוזה עם הרופא, אך לא תקף בטיפול בתאונה כשרופא נתקל בה בדרכו).
2. **החזקה בקרקע**- ס' 37 לפקנ"ז. תופס ברשות (בעלים, שוכר..) או שלא ברשות יש לו חובה להיזהר כלפי אנשים שנמצאים בקרקע הזו, וצריך לשים לב, ס'37 מדבר על אנשים שמצויים בקרקע, אבל זו חובה שמוגבלת למצב של הקרקע ולתחזוקתו (לדוג': רופא משכיר משרד ועשה רשלנות, אי אפשר לתבוע את בעלי הקרקע על רשלנות רפואית שקרתה שם, אלא על מצב המקרקעין, אם אדם החליק ברצפה בהפסקת חשמל, אז בעל הקרקע אשם כי הרצפה החליקה). יש לזכור שלא כל נפילה/החלקה בשטח מקרקעין מצביעות על רשלנות, כי חיי היומיום מלאים בסכנות ונפילה/החלקה היא תופעה רגילה בין אם בפנים הבית ועל אחת כמה וכמה מחוץ לבית (פס"ד ועקנין).
3. **"ואהבת לרעך כמוך"**- פס"ד קונטרם של חשין. להכנס לפסקי דין ישראלים המדברים על ואהבת לרעך כמוך, ומכוח זה יש חובה להימנע מלהזיק לרע, כמו שלא היית רוצה להזיק לעצמך, אז לא לסובביך.

בודקים יחסים חוזיים 🡨 יש החזקה בקרקע? עוד יותר טוב. 🡨 אין חוזיים/החזקה בקרקע? בודקים "ואהבת לרעך כמוך".

**לסיכום,** האחריות הנזיקית חלה גם כשאין חוזה וגם שלא מדובר בתחזוקת מקרקעין. המשפט הכללי חילוני אינו דורש אהבת הרע, אלא הדרישה היא להימנע מהזקת הרע.

* במבחן יש לציין את יחסי השכנות כולם גם אם לא כולם מתקיימים (פשוט לציין שאינם מתקיימים בענייננו). ולהרחיב על האחד המתקיים.

מודל ברק בעוולת הרשלנות: לפי נוסחת לרנד הנד

נוסחתו היא הנוסחה המרכזית בפסיקה. אם לא נדרשים אחרת, דנים במודל ברק.

בחמד, ניתן לראות שברק לא משתמש בלרנד הנד, אלא באיזון אינטרסים, אך לא נבחן ע"פ זה. חשוב להכיר את המודלים השונים, יכולים לשאול על זה בבוחן!.

חובת זהירות מושגית 🡨 חובת זהירות קונקרטית 🡨 הפרת חובת הזהירות באמצעות לרנד הנד 🡨 נזק 🡨 קש"ס.

**פס"ד ברדה- היקף צפיות הנזק ביסוד הקש"ס המשפטי.**

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

**השופט א' ברק:**

* **רשלנות**- אדם המחזיק נשק במועדון נוער, **צריך לצפות** כי נערים ינסו לעשות שימוש אסור בנשק. ולכן, עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעת התרחשות כזו. הכניסה למועדון הייתה קלה והמועדון היה ללא השגחה למספר ימים. אי לכך, ברדה נכשל בנקיטת אמצעי זהירות והתרשל.
* **קשר סיבתי**- לא מספיקה ההתרשלות וחובת הזהירות שהפר, אלא להוכיח קש"ס. ע"פ ס'64(2) לפקנ"ז: לא תוטל אחריות על אדם, אם אשם של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק. הסיבה המכרעת תקבע ע"י אחד מבין המבחנים הבאים:

1. מבחן הצפיות- האם אדם סביר היה **צריך לצפות** שהתרשלותו תוביל לנזק הנ"ל? אין הכוונה לנזק הספציפי ולמידת חומרתו אלא **לסוג הנזק**. ע"פ מבחן זה, התנהגות הנערים חריגה וברדה לא היה צריך לצפות שימוש כה חריג בנשק ו"משחק מלחמה". עם זאת, ברדה צריך היה לצפות שיגרם נזק גופני **כלשהו** בגלל רשלנותו, בשל משחק בנשק של הילדים. **מבחן זה אינו מחייב את צפיית המשחק עצמו- אך זהו נזק שניתן לצפייה.**
2. מבחן הסיכון- אם התוצאה המזיקה היא **בתחום הסיכון** שיצרה התנהגותו של המזיק, מתקיים קש"ס, גם אם התוצאה נגרמה עקב התערבות של גורם זר. לעניינו, הסכנה היא השימוש של הנערים בנשק ללא היתר, ותחום הסיכון הוא בפגיעה עקב השימוש הלא מורשה- מקרה הנופל בתחום הסיכון. לכן, השימוש שנעשה בכלי הנשק למשחק מלחמה לא מנתק את הקש"ס.
3. מבחן השכל הישר- האם כל התכונות המציינות את הרשלנות שבהתנהגות המזיק תרמו להתהוות תוצאה מזיקה. כאשר הנזק נגרם בשל התערבות גורם זר, יש לבדוק האם התערבותו שוללת את הקש"ס. לענייננו, לפי מבחן זה, הקש"ס לא מנותק. ברדה התרשל בשמירה על הנשק 🡨 נגנבו הנשקים והשתמשו בהם.

* **התערבות גורם זר**- לא בהכרח מנתק קש"ס. אם צפוי- לא מנתק. אם לא צפוי- מנתק. במקרה זה, התערבות הגורם זה לא מנתק קש"ס שכן, הייתה צפויה.
* **פסיקה**- ברק מבטל את פסיקת ביהמ"ש קמא וקובע כי ברדה התרשל כלפי המערער, המדינה אחראית למעשיה.

הלכה- צפיות היא צפיות לסוג הנזק ולא להיקפו. נקבע שלא היה נדרש מהמזיק לצפות את 'משחק המלחמה' הספציפי שהניזוקים ביצעו, אלא את המשחק בנשק שהוא צפוי לענייננו.

**לאון נ' רינגר- עקרון הגולגולת הדקה**

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

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

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

**מודלים בעוולת הרשלנות**

רכיבי עוולת הרשלנות:

1. **חובת הזהירות**: בוחנת אם הטלת האחריות הנזיקית רצויה.

2. **ההתרשלות**: (הפרת חובת הזהירות), בוחנת אם התנהגות הנתבע הייתה ראויה וסבירה.

3.  **הקש"ס**: בודק אם יש זיקה מספקת (עובדתית ומשפטית) בין התנהגותו הלא סבירה של הנתבע לבין נזקו של התובע.

המודל של ברק

מודל הרשלנות המרכזי השולט בפסיקה הישראלית אותו הגה ברק בפס"ד ועקנין.

**האם הטלת האחריות רצויה?** ברק עונה על כך במסגרת חובת הזהירות אותו הוא מחלקת לחובה מושגית וקונקרטית.

**האם ההתנהגות בלתי ראויה?**  ברק עונה על כך במסגרת רכיב חובת הזהירות וכן ברכיב ההתרשלות.

השלבים:

1. **חובת זהירות מושגית**: בוחנת קטגוריות של מזיקים וניזוקים ומנותקת מעובדות המקרה הספציפי. שימוש בצפיות טכנית (ניתן לצפות) וצפיות נורמטיבית (צריך לצפות).+ שיקולי מדיניות.
2. **חובת זהירות קונקרטית**: נבחנת בין המזיק הספציפי לבין הניזוק הספציפי, לא מתחשבים בקטגוריות של מזיקים וניזוקים, אלא **בעובדותיו המיוחדות של המקרה**. כאן מתחשב ביהמ"ש בעובדותיו המיוחדות של המקרה. יש שימוש בצפיות טכנית (ניתן לצפות) וצפיות נורמטיבית (צריך לצפות).
3. **ההתרשלות**: הפרת חובת הזהירות, קיימות דרכים שונות לבחון את ההתרשלות, כגון איזון האינטרסים/לרנד הנד.
4. **קשר סיבתי עובדתי לפי מבחן האלמלא.**
5. **קשר סיבתי משפטי לפי מבחן הצפיות** (מבחנים דומיננטים פחות- תחום הסיכון והשכל הישר).

המודל של עמית

מודל שפותח לראשונה ע"י השופט עמית בפס"ד פלוני. הוא מבקר הין היתר את השימוש בצפיות כ"משרתם של שלושה אדונים" (חובת זהירות המושגית, קונקרטית והקש"ס המשפטי).

**השלבים**:

1. **האם ההתנהגות בלתי ראויה?** התרשלות.

מודל עמית פותח את ניתוח עוולת הרשלנות ברכיב זה. משיקולי יעילות יש לבדוק קודם כל אם מכלול התנהגותו של הנתבע הן יצירת הסיכון והן האמצעים שננקטו, אם ננקטו- עומדים בסטנדרט האדם הסביר. **דרישת הצפיות** העקרונית משתלבת כמדד לאשם ברכיב ההתרשלות. רק סיכונים ותועלות הצפויים באורח סביר מלכתחילה יובאו בחשבון בבחינת ההתרשלות.

1. **האם קיימת זיקה מספקת בין ההתרשלות לבין הנזק?**

קש"ס עובדתי- מבחן האלמלא

קש"ס משפטי – כולל בחינה נקודתית של צפיות ולא כמבחן צפיות עקרוני, אלא במסגרת של מבחן הסיכון: האם הנזק שהתממש בפועל היה צפוי במתחם הסיכון, קרי אם הוא התממשות של הסיכונים שהיו צפויים מראש.

1. **האם הטלת האחריות רצויה?** בדיקה של קיום חובת הזהירות- רכיב זה מקומו בסוף הניתוח. רק אחרי שענינו שיש התרשלות שהביאה לנזק בזיקה מספקת (קש"ס) פונה עמית לדון בשיקולי מדיניות, דהיינו אם הטלת האחריות אכן רצויה בשל הנזק הצפוי שנגרם לתובע. כאן נכנסים לתמונה שיקולי מדיניות אשר בגינם ייתכן כי יהיה זה רצוי לשלול אחריות, ובכללם: הרתעת יתר, עלויות התדיינות, עומס יתר על בתי המשפט ועל הקופה הציבורית וכו'. שיקולים אלו ייבחנו וישוקללו ע"פ מטרות דיני הנזיקין- הרתעה יעילה, פיצוי והשבת המצב לקדמותו, פיזוק הנזק וצדק מתקן.

**סדר הבדיקה**:

* ההתרשלות נבחנת תחילה וחובת הזהירות בסוף, אולם זאת רק במקרים המרכזיים בנזיקין הנמצאים בליבת האחריות, שברור או שנקבע כבר במקרים דומים אחרים שיש בהם חובת זהירות ומיותר שלא לפתוח בשאלת ההתרשלות.
* זו רק חזקה והנתבע תמיד יוכל להוכיח לביהמ"ש שמקרה שנדון אינו נמצא בליבת האחריות ויש להוכיח קודם את קיומה של חובת זהירות.
* במקרים גבוליים שאינם בליבת האחריות, יש אכן לפתוח בשאלת חובת הזהירות ושם לשקול שיקולי מדיניות אם אכן רצוי להטיל אחריות נזיקית.
* הביקורת על מודל ברק נוגעת בעיקר בקשיחות סדר הבדיקה שלו לעומת סדר הבדיקה הגמיש של עמית, ובחזקה שלפיה לרוב מתקיימת חובת זהירות כל מקום שהוכח, קיימת התרשלות.
* חזקה זו מאוד קשה להפרכה ונדרשים נימוקים ושיקולים מיוחדים כדי לשלול אותה. הקושי הגדול בחזקה זו הוא במקרים הגבוליים (להבדיל ממקרי ליבת האחריות) שם הטלת אחריות היא בעייתית בשל הרתעת יתר. אולם, גם מודל עמית אימץ את "חזקת החובה" אך למקרים של ליבת האחריות בלבד.

מודל של הנדל

במישור העקרוני, תומך הנדל בשימור המודל המסורתי של עוולת הרשלנות בדומה לברק. אבל, לעומת מודל ברק בו מחולקת חובת הזהירות לשתי חובות זהירות (מושגית וקונקרטית) במודל הנדל יש הבחנה אחרת בין מצבי נזק המצויים בליבת האחריות לבין כאלה שמחוץ לה.

הנדל סבור, כי אין מקום לבחון בכל מקרה חובת זהירות כללית. לגישתו, יש להבין בין 3 קבוצות של חובות זהירות:

1. **חובת זהירות מוכרת**: הכוונה לחובות זהירות רגילה, בדומה לחובת זהירות מושגית. לרוב קיימת ביחסי שכנות וכו'.
2. **חובת זהירות גבולית**: חובת זהירות אשר לא תמיד הוכרה במשפט. היא גבולית, כלומר שלעיתים הוכרה ולעיתים לא. חובת זהירות זו יש לגביה טיעונים לכאן ולכאן.
3. **חובת זהירות חדשה**: אלו מקרים שהמשפט עדיין לא הכי בהם ככאלה שקיימת בהם חובת זהירות. אלו מקרים שטרם הגיעו לעולם.

**הנדל מציע כי בכל מקרה שיידון, אופן בחינת חובת הזהירות יותאם לסוג החובה**. לפני שנתחיל בניתוח עוולת הרשלנות, נפתח בשאלה איזו חובת זהירות יש לפנינו. האם מוכרת שאנו רגילים לומר כי קיימת חובת זהירות, האם גבולית שלא ברור לגמרי האם יש חובת זהירות או לא, או חדשה שעדיין לא נדון או הוכרע לגביו אם יש חובת זהירות.

לאחר בחינת חובת הזהירות, כל המתווה יהיה כמו מודל של ברק. **אלא**, שבבחינת הקש"ס המשפטי המבחן יהיה **מבחן הסיכון**, כמו במודל של עמית.

השוואה בין המודלים

1. מודל הנדל דומה למודל ברק בכך שרוב ניתוחו דומה (חובה תחילה).
2. בדומה למודל ברק, גם הנדל סבור כי חובת זהירות הוא המקום בעיקרי לביסוס האשמה ברשלנות. כלומר, משהוכרה חובת זהירות, די בבדיקת הפרתה ע"מ לקבוע שיש רשלנות.
3. בדומה למודל ברק, ובניגוד לעמית, הנדל סבור כי מבחן הצפיות (טכני ונורמטיבי) עדיין קיים בבחינת החובה, על אף ערנותו לקושי הממשי הכרוך בריבוי תפקידיה של דרישת הצפיות במודל המסורתי.
4. מודל הנדל כן דומה למודל עמית בעניין **ביטול בחינת חובת זהירות מושגית וקונקרטית** והרציונל שיש לבדל ולהפריד בין חובת שזהירות הרגילה שבליבת האחריות הנזיקית לבין מצבים אחרים (גבוליים/חדשים).
5. מבחן הסיכון משמש גם אצל מודל הנדל לבחינת קש"ס משפטי.
6. ביחד לסדר הבדיקה, הנדל מציין כי אין חשיבות לסדר הבדיקה במישור המעשה אך חובה לפתוח בשאלת החובה.
7. בדומה לעמית, הנדל סבור כי במקרים שאינם רגילים, יש צורך לבחון שיקולי מדיניות בקיומה של החובה ו"הכרעות ערכיות". פרופ' גלעד מציין כי טענה זו לא משכנעת ומסיק שבפועל הוא תמיד יפתח בשאלת החובה. כל למשל, במקרים שמדובר ב"חובת זהירות גבולית" תיבחן שאלת החובה ברמה פרטנית, תוך השוואה למקרים אחרים באותה קטגוריה בהם בעבר הוכרה החובה, לעומת זאת, בחובת הזהירות המוכרת בליבת האחריות, הבחינה תהא רגילה ופשוטה.

הגישה המשולבת של עמוס הרמן

**במקרים שבליבת האחריות**, הרמן מצדד את עמית ש(כשיש חובה מושגית) יש לבחון את ההתרשלות תחילה ואילו חובת זהירות הקונקרטית עוברת לסוף ההליך. לדעתו, במקרים שבלית האחריות יש למעשה בדיקת של חובת הזהירות הקונקרטית בלבד (בסוף הבדיקה), והחובה המושגית מובנת מאליה.

**במקרים שמחוץ לליבת האחריות (גבוליים/חדשים)**, הרמן מציע לבטל את הפיצול בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית. לגישתו, יש לשים דגש על חובת זהירות רעיונית אחר, אשר אם מתקיימת, אפשר לבחון את התרשלות המזיק בנסיבות הקונקרטיות ואחריה את הקש"ס בינה לבין הנזק. יוצא אפוא שהחובה הקונקרטית נבלעת בחובה המושגית.

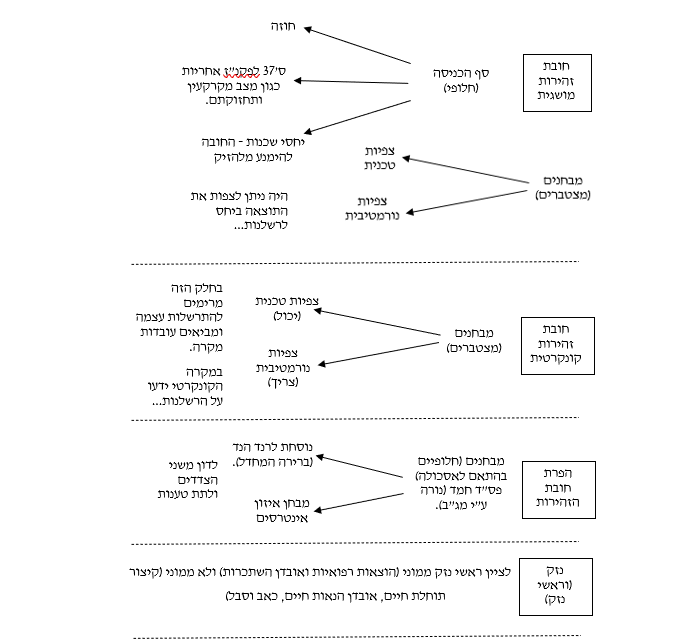
הרמן מסביר כי תפקידה של חובת הזהירות האחידה אינו אלא אמצעי בקרה כדי לקבוע מתי מזיק אחראי לתוצאות התנהגותו ומתי לא. חובת הזהירות לא נועדה לקבוע כיצד המזיק צריך היה לנהוג (זה שייך להתרשלות), ולכן אין מקום לפיצול בין המושגית לקונקרטית.

הרמן **אינו חולק** עקרונית על הגישה החדשה או המסורתית במקרים **שבתוך** ליבת דיני הנזיקין. במקרים **שמחוץ** לליבה הוא מסכים עם הגישה החדשה שחוזרת לגישה המסורתית, קרי חובת זהירות תחילה, אך מאחד בין שתי חובות הזהירות לחובת זהירות אחד רעיונית, שבודקת למעשה האם ראוי להטיל אחריות בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הנדון.

יישום המודלים בפסיקה מאוחרת

התובנות המרכזיות:

1. מודל ברק עשוי לחול הלכה למעשה גם כאשר מנתחים את מודל עמית במקרים שאינם מצויים בליבת האחריות, וכן כאשר מנתחים את מודל הנדל במקרים שחובת הזהירות היא מוכרת. במילים אחרות, יש מקרים שאשר יביאו לחזרה לניתוח הרשלנות ע"פ ברק בכל מקרה.
2. יש מקרים אשר התוצאה המשפטית לא תשתנה לפי יישום של כל אחד מ3 המודלים ולכן במקרים אלה הפסיקה אינה מתיימרת להעדיף מודל.
3. ישנה פסיקה אשר דבקה במודל המסורתי, בעיקר בשל התרשלות מודל ברק והעדר הלכה ברור מהעליון.
4. אין דבקות באופן ברור במודל אחד באף ערכאה.

**מודל ברק בעוולת הרשלנות (מפסק דין ועקנין):**

**תמונה שמכילה טקסט, תרשים, קו, גופן

התיאור נוצר באופן אוטומטי**

**בחובת זהירות מושגית** תנאי הכניסה הם חוזה, ס'37 לפקנ"ז אחריות על מצב מקרקעין ותחזוקתם (צריך להיות קשר למקרקעין עצמו ומה שבנוי עליו) ויחסי שכנות (החובה להימנע מלהזיק "ואהבת לרעך כמוך"). בחובה זו בודקים האם קיימת חובה לא להזיק? צפיות טכנית האם יכול היה לצפות, צפיות נורמטיבית האם צריך היה לצפות? חובה זו בודקת קבוצות (האם בעל בריכה סביר היה צריך לצפות).

**חובת זהירות קונקרטית**, בדיקה של המזיק והניזוק הספציפיים (האם המזיק הספציפי בנסיבות העניין היה יכול וצריך לצפות). שאני מנסח את חובת הזהירות הקונקרטית אני "מחמם את השופט" על כך שיכול לקרות נזק (במקרה זה יכל לצפות בעל הבריכה בה לא היו משטחי גומי, מנקה ושלטים כי יגרם נזק).

**הפרת חובת זהירות** - להראות כי הופרה או על פי נוסחת לרנד הנד או על פי מבחן איזון האינטרסים. חשוב לא להעמיס על צד אחד של הנוסחה (הוא היה צריך פקחים, מציל, גומי וכו.. אלה להגיד כי יש ציפייה להשקיע אמצעי X שבעלות נמוכה היה מונע את הנזק). ברק בנוסחת לרנד הנד מוכר את הודאות והיציבות במחיר של אנושיות, ריבלין ולרנד הנד סבורים כי עצם מניעת הנזקים זהו האנושיות, יש מקרים בהם מתמרצים שנזק ימנע רק באופן אופטימלי ולא יותר.

**אמין נ' אמין- רשלנות גם במעשה מכוון, הזנחה רגשית כלפי ילד, רשלנות ואהבת הרע:**

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

**דיון- השופט אנגלרד:**

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

הלכה- רשלנות קיימת גם במעשה מכוון. ניתן לתבוע בגין הזנחה רגשית כאשר הנזק חמור.

אירועון אתר בנייה:



\*בענייניו אין ייחוד עילה ולכן יש בעיה של הפרדת הנזק וחלוקתו. בקייס נציין כי יש תביעה נגד הקבלן וגם נגד ביה"ח, כי זה יוצר בעיה של **חלוקת הנזק**, של **ריחוק נזק** ושל **נזק ראייתי** (אם יש מקום נדבר על רשלנות ביה"ח בנפרד).

\*חשוב לציין כי לשני הצדדים **אשם תורם** לנזק הנגרם להם.

יונתן ודוד יכולים לתבוע אחד את השני, הם הלכו מכות על פיגום, כל אחד יכול לתבוע את השני על תקיפה ועל רשלנות (פס"ד גורדון מאפשר לתבוע בעוולת מסגרת במקום פרטיקולרית) ובאחריות שילוחית את פנחס ויעקב. אלו תביעות הגיוניות שלא נרחיב עליהן במבחן שכן יש פה כיסים עמוקים (אשר גם פישלו) ולכן יש להניח כי תביעה זו לא תוגש. לא נתעמק בחובת הזהירות המושגית והקונקרטית של הצדדים במקרה זה. **התביעות המרכזיות הן נגד פנחס ויעקב או נגד הקבלן (באחריות אישית ושילוחית).**

**לקבלן אחריות אישית, הוא לא צריך להיות שם כדי לפשל ועדיין הוא בעל אחריות:**

חובת זהירותו המושגית של הקבלן באה מכוח חוזה העבודה של העובדים עם הקבלן (גם אם הקבלן לא חתום על חוזה/לא מכיר את העובדים), חובה זו באה גם מכוח אחריותו על מצב המקרקעין ותחזוקתם (סביבת העבודה לא הייתה בטוחה ולכן הוא בעל אחריות גם אם לא היה שם וידע על המצב הרעוע של סביבת העבודה) גם מכוח יחסי שכנות הקבלן הוא מעסיקו של הפועל, יש לו אינטרס שלא יפצע ולכן מכוח יחסי שכנות עליו לדאוג שלא יפגע. המבחנים: יכולה וצריכה להיות צפיות לקבלנים כי באתר בנייה יהיה נזק ופגיעה לפועל. **אם נגיע למסקנה שפנחס/יעקב אחראים באחריות אישית אז הקבלן אחראי באחריות שילוחית על המעשים של העובדים שלו.** אז אפשר לתבוע את הקבלן משני כיוונים (אישית ושילוחית).

חובת זהירות קונקרטית במקרה זה לא מצפים מהקבלן לצפות מרחוק בכל האתרים תמיד, הוא צריך להעמיד אנשים טובים שיפקחו ויבקרו ויראו כי אין בעיות בטיחותיות. בצפיות הטכנית נבדוק אם הוא יכל לצפות כי פועל בלי קסדה יכל לפול מפיגום רעוע. בצפיות נורמטיבית האם הקבלן הזה צריך לצפות?

הפרת חובה - החובה הופרה שכן הפיגום רעוע, לא היה קסדות. נגיד ע"פ נוסחת לרנד הנד כי זהו נזק מסתבר ולכן הסתברות קרות התוצאה גבוה (תוחלת הנזק) ולכן צריך לנקוט אמצעי מניעה גבוהים.

נזק - נזק ממוני ולא ממוני... לפרט מה הנזק ואת ראשי הנזק...

קש"ס עובדתי - אלמלא היה דואג לסביבת עבודה בטוחה לא הייתה נגרמת התאונה. אף אם היו נופלים מן הפיגום במידה והיו ננקטים אמצעי זהירות הנזק היה פחות חמור.

קש"ס משפטי - קבלן יכל לצפות נזק גופני קשה מנפילה מפיגום ללא קסדה.

על כן ניתן יהיה להאשים את הקבלן בעוולת הרשלנות. הקבלן יוכל להתגונן בהגנת האשם התורם, הוא יטען כי אדם מבוגר רציונלי לא הולך מכות על פיגום. בגלל הכיס העמוק ניתן להניח כי האשם התורם יהיה מזערי.

**כעת ישנה תביעה ישירה כנגד מנהל העבודה/אחראי בטיחות:**

חובת זהירות מושגית - כמנהל עבודה עליו לשמור על בריאותם ושלמותם מכוח יחסי שכנות בינו לבין עובדיו. גם מכוח חוזה שלו כמנהל עבודה יש לו חובה לשמור על עובדיו/לשמור על מקום עבודה בטוח/לדאוג לבטיחות, הקרקע לא שלו ולכן ס'37 לא תקף.. בנוסף נראה כי מנהלי עבודה ואחראי בטיחות יכול וצריך לצפות התקיימות של נזק באתר בנייה לפועל שלא חובש כסדה.

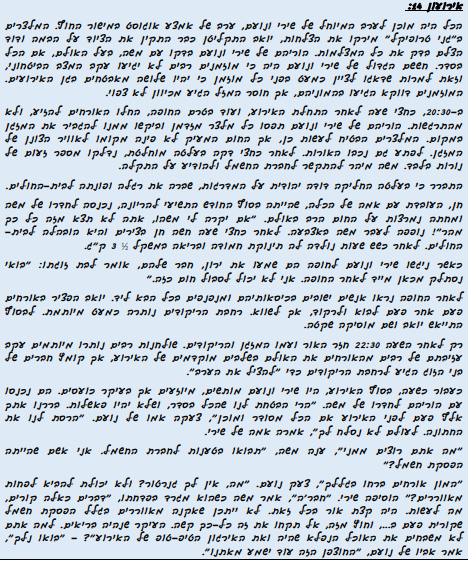
\* השוני בין פנחס ויעקב הוא כי מנהל עבודה ואחראי בטיחות אחראים על דברים שונים.

חובת זהירות קונקרטית- מנהל עבודה יודע על סכסוכים בין העובדים לעומת המהנדס שלא נחשוב כי עליו לדעת דברים אלה. בנוסף פנחס מתריע ליעקב כי הפיגומים פגומים, יעקב, כאחראי על הפיגומים פישל יותר כי הוא ידע קונקרטית כי הפיגום רעוע. מבחינת מנהל עבודה להיות ראש קטן ולהגיד לאחראי הבטיחות יכול להיחשב נכון, לכאורה הוא נראה צדיק אבל היה עליו לעשות מה שיכל כדי למנוע את הנזק (לדוגמה לא לאפשר להם לעלות או להגיד להם לרדת). פנחס יכל וצריך לדעת שהם עלולים ללכת מכות, זו לא פעם ראשונה, וגם ידע שיונתן ללא קסדה ואם יפול יפגע.

הפרת החובה - לפי לרנד הנד זה אמצעי מניעה מאוד מאוד פשוט וזול שהיה ניתן לנקוט כדי למנוע נזק גדול (אמצעי זה לא ננקט ולכן יש רשלנות). אולי ניתן להתחשב בכך שהמנהל עבודה דיווח בעת הטלת אחוזי האחריות וחלוקתה, אך אם כל אחד מהם מואשם בהכל ביחד ולחוד אז "אין חצי הריון" ולכן זה שהוא דיווח לא מספיק בכדי שלא יחשב לרשלן. אותנו מעניין כי במקרה ספציפי זה לא עמד מנהל העבודה בנוסחת לרנד הנד. אמצעי המניעה פה היה ממש להגיד לו לשים קסדה/ להגיד להם לרדת מהפיגום.

\* **שיש ריבוי נתבעים בודקים על פי המודל את התביעה העיקרית ואחר כך הולכים לאורו** (אם יש מקרה דומה בתביעה משנית אז אומרים כפי שמאשימים את... נאשים גם את ....).

תרגול רשלנות באירוע:



במקרה זה יש תובעים שונים ונתבעים שונים. יש לחשוב על כל התביעות האפשריות לציין ולהתמקד בגדולות ובחשובות. את התביעות הפחות מהותיות ניתן להשוות לעוולת הרשלנות.

\* אחת הטעויות היא להגיד כי משה יתבע את חברת החשמל, קל לראות במשה הניזוק אך הוא לא הניזוק אלה המזיק. הוא יכול לתבוע את חברת החשמל בתביעת שיפוי או צד ג' ויש לכתוב זאת אך הוא אינו ניזוק ולכן לא יכול לתבוע אותם בתביעה נזיקית.

כל המעורבים הם בעלי יכולת לתבוע את חברת חשמל (זוהי לא תביעה מרכזית) היא אומנם גורם ישיר אך במקרה זה התביעה נגד חברת חשמל היא כוללת בתוכה שיקולי מדיניות משפטית. זוהי תביעה אין סופית, כל אדם יכול לתבוע את חברת חשמל על כל נזק שנגרם עקב הפסקת **חשמל ויש עניין של מדרון חלקלק, הצפת בתי משפט, עומס**. אנו לא מעוניינים כי כל אדם שנפל לו החשמל בזמן משחק כדורגל יוכל לתבוע את חברת החשמל.

יש צורך להשתמש בעובדות הקייס כמו זה שאוגוסט וחם בחובת הזהירות הקונקרטית. כשיקול מדיניות (גורדון) כללי אנו חוששים שיגיעו תביעות רבות ולכן לא בוודאות תתקבל התביעה.

**תובעים ונתבעים**: המשפחה יכולה לתבוע את בעל העולם, חברת החשמל והצלם. דודה יהודית יכולה לתבוע את בעל האולם וחברת החשמל. חן- האם רלוונטית תביעה במקרה שלה?

במקרה זה, מדובר באולם במישור החוף, לכן היה עליהם לצפות ולהיות מוכנים למצב עם מאווררים. הצלם- מה נשאר מהחתונה? התמונות, הווידיאו. נכון שהוא לא אשם בהחשכת האולם. יכול להיות שיש שוקל טוב. האם לא הגיוני שיהיה לו פרוג'קטור? מאיפה הוא יודע מה יהיה באולם?

ניתן לטעון כי בשלוש התביעות אפשר לתבוע את חברת החשמל. יכול להיות שמשיקולי מדיניות התביעה תיפול, במיוחד אם יש כיס עמוק אחר- כאן, בעל האולם. אם זה לא יזום ככל הנראה ישללו. אם זה יזום- ניתן לטעון כי הם יכולים לפעול מול האולמות, להודיע, לתאם עם אולמות אחרים.

**תביעת המשפחה נגד בעל האולם:** חשוב לשים לב להבדל בין החובה שיש לבעל האולם כלפי האורחים לבין החובה שיש לו כלפי הכלה חתן ומשפחתם. חתונה היא אירוע חד פעמי וכבעל האולם לדאוג כי האירוע יתקיים כראוי, הנזק הנפשי (גורדון) מהרס החתונה הוא יותר חמור לכלה ולחתן מאשר נזק שנגרם לאורחים שבאים כמוזמנים ומתבאסים כי החתונה נקטעה. במזמיני האירוע יש נזק נפשי ולכן צריך לקחת זאת בחשבון. צריך להדגיש את זה. **לכתוב עיגון ועקנין!!!**

* **חובת זהירות מושגית:** ברור כי הוא בעל חובה לשמור על שלומם ובריאותם של המשפחה אך גם של כלל האורחים.
* **סף הכניסה:** חוזה (החוזה כלפי האורחים גם), מקרקעין, יחסי שכנות- היה יכול להשתמש בגנרטורים. בעל האולם מנגד יכול לטעון שזה לא היה בשליטתו (יכול להוציא הודעת צד ג').האירוע החשוב ביותר בחייהם. הם נפגעו רגשית- הדבר ייזכר להם לתמיד. **היה יכול וצריך לצפות** שתהיה הפסקת חשמל במהלך האירוע, ויכלו לצפות וצריך היה לצפות שזה יגרום לאובדן רווחה ונוחות (פס"ד גורדון). בעל האולם היה צריך להכין אמצעי מניעה כי יכל לצפות את זה.
* **חובת זהירות קונקרטית:** האם בעל אולם שהזמינו אצלו אירוע של פעם בחיים, תאורה חשובה באירוע כזה בשביל התמונות והאורחים והריקודים, וחם מאוד באוגוסט במישור החוף, **האם אתה יכול לצפות בקיומו של נזק? ברור! חם ויש עומס חשמל. האם אתה צריך לצפות? כן!** בעל אולם צריך להתכונן היטב לכל תרחיש בעיקר בחודשי הקיץ לכל תרחיש, הגיוני שיהיה חם ולכל מקרה שלא יהיה תאורה לפתע. היה יכול להשתמש בגנרטוריםומאווררים, שלטים זוהרים. להזכיר שוב- מדובר באירוע החשוב בחייהם. הצלם לא צילם, האורחים ברחו, הדודה שברה את הרגל.
* **הפרת חובה:** היה יכול להביא גנרטור, ללכת לקנות, לשים מאווררים.
* **לרנד הנד:** היה צריך אמצעי מניעה של גנרטור קטן/מאווררים. חשוב למצוא את הדברים אלה ולהגיד כי הנזק במקרה זה מאוד גדול שכן חתונה אירוע חד פעמי, ואף אחד לא נהנה בחתונה, לא אכלו, אין תמונות, אנשים נפלו ולכן תוחלת הנזק גבוהה וניתן היה למניעה באופן קטן. הנתבע יגיד כי תוחלת נזק היא קטנה כי הפסקות חשמל מתרחשות פעם ב... ולמשך זמן קצר. שאמצעי המניעה יקרים- איפה יאכסן? אני צריך כמות מאווררים עצומה וכו' וכו'
* **נזקים:** בעיקר רגשיים ולא ממוניים- כאב וסבל. הסבל מתעצם שהאורחים סובלים, אין להם תמונות. צפיות – צריך היה לצפות שבהינתן שלא דאג לאמצעי הזהירות, יגרם נזק נפשי לבני הזוג. אובדן נוחות והנאה (גורדון)- אם היה ראשי נזק כאן מציינים.
* **קש"ס**- עובדתי: אלמלא היה מביא אמצעי מינימליים- יהודית לא הייתה נופלת, אורחים לא היו הולכים. משפטי: בהינתן שלא דאגת לאמצעי מניעה נאותים היה אפשר לצפות את הנזק.

**תביעת הדודה יהודית:** ככה"נ קל להגיע אליה אחרי נזק למשפחה. אפשר להשוות את תביעת חן לתביעה זו ולהבחין את הנזק. סימון זוהר במדרגות כדי שהדודה לא תיפול.

* חובת זהירות מושגית: ס' 37 ויחסי שכנות. צפיות מתקיימת.
* חובת זהירות קונקרטית: בעל אולם צריך להיות אחראי לאורחיו כאשר יש הפסקת חשמל. אם הייתה תאורת חירום במדרגות-היה נמנע. האם יכל בעל הנזק לצפות שאם יש הפסקת חשמל מישהו יפול כן!
* הפרת החובה: נוסחת לרנד הנד.
* נזק- צריך לצפות שללא תאורת חירום נזק כזה יגרם.

חן- זהה ליהודית עם מאווררים, מלבד זה שלא נגרם לה נזק. נולדה לה ילדה בריאה.

**תביעה מול הצלם:** לא בטוח שהיא תצליח. יש כיס עמוק אחר. יש לו המון על הכתפיים. מאירוע נשמרות תמונות, הצלם יוכל לתבוע את צד ג' על זה שאין תמונות וזיכרונות אך בסופו של דבר הוא מנפיק תמונות שזה חשוב באירועים אלה. היה צריך לצפות מצלם תאורה ניידת או מצלמת לילה שעובדת באירועים יחסית חשוכים. לא ניתן יהיה לטעון על איכות התמונות וכן תהייה לו הנחה על כך שלא עמד בחוזה במדויק אך לפי לרנד הנד כן נוכל לתבוע אותו.

* חובת זהירות מושגית: חוזה. האם הוא יכול וצריך לצפות ? יכול להיות שצריך לצפות ממנו להביא פרוג'קטור או לבקש שיביאו לו. הוצאות מניעה יחסית סבירות. הצלם יכול לטעון על מדיניות משפטית/ מכוח לרנד הנד. החוזה מול האולם אומר שמספקים לו תאורה.
* חובת זהירות קונקרטית: לא ברור אם הוא הביא תאורה. יש לו חובה מוגברת כי הוא לא מצלם סתם אירוע אלא חתונה וזה מהותי. האם הוא יכל לצפות את קיומה של הפסקת חשמל? כן . האם היה צריך לצפות? כן
* לרנד הנד: פרוג'קטור ולא מעבר, לעומת תוחלת הנזק הגדולה בגין האכזבה הגדולה האמצעי זול וסביר.
* יכול לשלוח צד ג' לאולם ולחברת חשמל.

חלוקת נזק: חברת חשמל אפס בשל מדיניות משפטית, אולם 90 וצלם 10.

**בחובת זהירות המושגית נעלה טענות כלליות הנוגעות לקבוצות האנשים ולחובתם באירוע בהתאם לנסיבותיו המיוחדות.**

**פלת"ד- כללי:**

* **מהות החוק:**

**תאונה רגילה מול תאונה מעורבת:**

**ס' 2(א) לחוק:** המשתמש ברכב מנועי (להלן- הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על **נזק גוף** שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב.

**ס' 3 לחוק:** (א) בתאונת דרכים בה 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 בה היו מעורבים מספר כלי רכב, יהיו הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד; בינם לבין עצמם יישאו בנטל החיוב בחלקים שווים. (ג) אירעה תאונת דרכים בה 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 הגוף 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 ישאו בנטל החיוב בחלקים שווים.

ריבוי אחראים: עוסק במצבים שבהם הנפגע עשוי להיות זכאי לפיצויים לפי החוק ממספר אנשים. יכול להיווצר, למשל, במקרה של תאונה שמעורבים בה מספר כלי רכב או מכוח ס'2(ב) לחוק המטיל אחריות מוחלטת על הנהג אך גם על מי שהתיר שימוש ברכב. **מעמדם של האחראים השונים כלפי הנפגע הוא של חייבים יחד ולחוד**. כלומר, הנפגע רשאי לדרוש את זכויותיו לפי החוק מכולם כאחד או מכל אחראי בנפרד (בלבד שלא יהיה כפל פיצויים).

מעורבות של מספר כלי רכב: בתאונה הנגרמת כתוצאה ממעורבותם של מספר כלי רכב, עלינו להבדיל בין שלושה סוגים של נפגעים: **נוסע בכלי הרכב, אדם מחוץ לכלי הרכב, הנוהג עצמו**. הנפגע מחוץ לכלי הרכב נהנה מצבירת זכאות כלפי כל האחראים. לעומת זאת, זכאותו של הנוסע מוגבלת כלפי הנוהג ברכבו, והנוהג עצמו חייב למצוא את תרופתו בביטוח האישי. **במסגרת החוק, לא זכאים הנמצאים ברכב לתבוע נהג של רכב אחר.**

מעמד הנפגע מחוץ לכלי הרכב: ע"פ ס'3(ב) לחוק יהיו הנוהגים חבים כלפיו ביחד ולחוד, הוא זכאי לפיצוים מכל הנהגים. במידה וקיים ביטוח אצל אחד הנהגים הוא אינו זכאי לפיצוי מקרנית.

מעמד הנוסע שנפגע: ע"פ ס'3(א) בתאונה בין מספר כלי רכב, לנהג אחריות כלפי כל הנוסעים ברכבו. ניתן לראות כי נשללת התביעה כלפי הנוהג ברכב אחר וזכאותו מצטמצמת כנגד הנוהג ברכב בו הוא מצוי. במקרה בו לנהג הרכב אין ביטוח על הנוסע לפנות לקרנית.

מעמדו של נהג שנפגע: לנוהג אין זכאות כלפי הנוהג של הרכב האחר. במידה והוא בעל ביטוח אישי הוא בעל זכאות ובמידה ואינו בעל ביטוח אישי אינו יכול לתבוע. **תלויו של הנהג חסר הביטוח יהיו בעלי זכאות עצמית כלפי קרנית**.

גדרי סוגי הנפגעים ויחסם ההדדי: ההלכה הינה כי אין לנוהג, הנפגע מחוץ לכלי הרכב בעת פעולה הנחשבת שימוש ברכבו, תביעה נגד הנוהג ברכב אחר. הלכה זו מוחלת באופן מקביל גם על נפגע–נוסע (אדם המצוי בתוך הרכב או עליו, בפסיקה הורחב גם להכוונת הרכב, מתקן רכב וכו..). בנסיבות שבהן אדם, שנפגע מחוץ לכלי הרכב ועדיין נחשב כנוסע של רכב זה, זכאותו היחידה הינה כלפי הנהג (במידה ואין לנהג ביטוח כלפי קרנית). ייתכנו מצבים שבהם אדם שעשה פעולה הנחשבת לשימוש ברכב לא נוהג ולא נוסע ולכן, מעמדו יהיה כשל אדם שנפגע מחוץ לכלי הרכב, הזכאי לתבוע את הנוהגים של שני כלי הרכב המעורבים בתאונה.

* **ייחוד עילה:**

**ס' 4(א) לחוק:** על זכות הנפגע לפיצוי על נזק גוף יחולו הוראות ס' 19-22, 76-83, 86, 88-89 לפקודת הנזיקין אבל: (1) בחישוב הפיצויים בשל אובדן השתכרות/ אבדן כושר השתכרות לא תילקח בחשבון הכנסה מרבית (שילוש השכר הממוצע). אם שיעור אבדן השתכרות/ כושר השתכרות של הנפגע הוא פחות ממאה אחוז, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים. (2) במידה והפיצויים פטורים ממס הכנסה, יחושבו הפסדי הנפגע לעניין הפיצויים לפי הכנסתו לאחר ניכוי מס הכנסה, כל עוד ניכוי המס לא עולה על 25 אחוז מההכנסה לפיה מחושבים הפיצויים. (3) פיצויים בשל נזק לא ממוני לא יעלו על 100,000 לירות.

**ס' 8 לחוק:** (א) מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה לפי חוק זה, לרבות ע"פ תביעת ביטוח כאמור בסעיף 3(א)(2) ובסעיף 3(ד) לפקודת הביטוח, לא תהיה לו עילת תביעה עפ"י פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, **מלבד** מקרה בו נפגע בתאונה שנגרמה ע"י אדם אחר במתכוון.(ב) מי שאלמלא הוראות סעיף 22(ב), הייתה תאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה כאמור בסעיף קטן (א), דינו לעניין הוראות סעיף זה, כדין מי שיש לו עילת תביעה ע"פ חוק זה. (ג) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה ע"פ פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה ע"פ חוק זה.

**ס' 76(2) לפקודת הנזיקין:** במידה ולתובע נגרם נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בגין הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו.

**חוסיין נ' טורם:**

**דיון- השופט אור:**

התובע נפצע בתאונת דרכים, מאוחר יותר רגלו נקטעה. הוא הגיש תביעה עפ"י חוק הפיצויים נגד המערער, שנהג ברכב שפגע בו ונגד הסנה כמבטחת. הסנה והמערער שלחו למשיבים הודעה לצד שלישי, בה נטען כי אירעה רשלנות בביה"ח רמב"ם, דבר אשר הפחית את הסיכויים לרפא את פגיעת התובע, מה שהביא לקטיעת רגלו. לכן טענו כי הם זכאים לקבל מהמשיבים שיפוי/ פיצוי/ דמי השתתפות. המשיבים הגישו בקשה למחיקת ההודעה, בטענה כי ע"פ חוק הפיצויים אין לנתבע עילה לתבוע השתתפות צד שלישי. בימ"ש קמא קיבל את עמדתם.

* ס' 4(א) לחוק הפלת"ד החיל את ס' 76 לפקודת הנזיקין על החוק. ס' זה מאפשר ריחוק נזק- לנפגע יש זכות לפיצויים גם בגין נזקים שאירעו עקב רשלנות מאוחרת לאירוע התאונה, בתוך זאת- רשלנות רפואית. השאלה המתעוררת בערעור- **האם בהתחשב בהוראת ייחוד העילה (ס' 8(א) לחוק) השוללת מהנפגע את עילתו עפ"י פקודת הנזיקין בגין הרשלנות הרפואית נשללת מהחייבים האפשרות לחזור אל האחראים לרשלנות**? הפתרון לשאלה כולל שני נושאים- ראשית, בחינת הדרישות המהותיות הצריכות להתקיים כדי שתקום עילה לתביעת השתתפות והאם יש להראות כי גם לנפגע עומדת עילה נגד מי שממנו נדרשת ההשתתפות. שנית, האם הוראת ייחוד העילה שוללת את עצם קיומה של עילת תביעה עפ"י פקודת הנזיקין בידי הנפגע, או שהיא רק מחסום דיוני?
* **זכות ההשתתפות:** זכות ההשתתפות קיימת מכוח עקרונות כלליים, של דיני היושר והיא נקבעה בס' 84 לפקודת הנזיקין. ככה"נ ההוראה נקבעה בפקודה, ע"מ להסיר מחסום בפני תביעת השתתפות זו. יש להכיר בזכות ההשתתפות גם ללא ההוראה בפקודה. לכן, אין זה מובן מאליו כי בשל כך שס' 84 לא נכלל בסעיף 4(א) לחוק הפלת"ד, נשללת זכותם של החייבים עפ"י חוק להשתתפות. עמדת חוק הפיצויים בשאלה, תגזר מתכליתו. כמו כן, **זכות האחראי/ בעל החבות ששילם פיצויים לפי החוק, תלויה בזכות הנפגע עצמו לקבל פיצויים מהמזיק הנוסף**. אותו הדין קיים גם בתביעת שיפוי (השתתפות מלאה).
* **ייחוד העילה:** רובד הבחינה הראשון הוא הרובד הלשוני, על פניו, ס' 8(א) שולל מהנפגע, אשר יש לו עילה עפ"י חוק הפיצויים בגין נזק גוף, כל עילה על פי פקודת הנזיקין בשל אותו נזק. לנפגע בתאונה עומדת עילה מכוח חוק הפיצויים גם בגין החמרת נזק, שאירעה עקב טיפול רשלני. הדבר נובע מס' 4(א) לחוק הפיצויים, המחיל על זכות הנפגע את מבחני פקודת הנזיקין לריחוק נזק. משמע, עפ"י לשון ס' 8(א), אין לנפגע עילה עפ"י פקודת הנזיקין נגד האחראים לטיפול הרשלני. הפרשנות המילולית המתאימה לעילה בס' 8(א) היא במובן עצם זכות. בהשוואה להצעת חוק פלת"ד, נעשה שינוי בנוסח. מהנוסח הקודם ניתן ללמוד כי הוראת ייחוד העילה היא מהותית- זהו לא רק מחסום דיוני, אלא קביעה כי תאונת דרכים אינה מקנה עילה עפ"י פקודת הנזיקין. הדבר נתמך גם מתכלית החקיקה של חוק הפיצויים ומההיסטוריה החקיקתית (בעיות הכרוכות בשיטת האשם- הקורבן עלול להישאר ללא סעד, עלות משפט נזיקין המבוסס על רשלנות, עומס בבתי המשפט). על פי ההיסטוריה, המחוקק רצה ליצור מנגנון שלא יהיה חשוף לקשיים הכרוכים בשיטת האשם, מנגנון יעיל ומהיר שייווצר ע"י ייתור שאלת האחריות. במידה וההוראה תפורש כהוראה דיונית המאפשרת תביעות חזרה נגד מעורבים רשלניים, היא תסתור את התכלית.
* **על פי חוק הפיצויים לא קמה עילה לשיפוי או להשתתפות** **כלפי מי אשר אשם מצידו גרם או תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע.** הערעור נדחה.

הלכה – על פי חוק הפיצויים, לא קמה עילה לשיפוי או השתתפות ממזיק שהחמיר את הנזק, כל עוד יש קשר סיבתי. \*במידה ויש נזק מרוחק ולא קשור ניתן לתבוע בנפרד. **רשלנות רפואית נמצאת בפלת"ד ואין היא מרוחקת!**

ס'8 קובע כי מי שיכול לתבוע פיצוי לפי הוראות חוק **זה אינו רשאי לתבוע פיצוי גם על פי פקודת הנזיקין**. הרוצה להבטיח לעצמו כיסוי נזיקין מעל לכיסוי המוצע בחוק זה ייזקק לביטוח אישי. הנפגע נתון לסייגי הפיצוי הקבועים בס' 4- בשל נזק שאינו נזק ממון (תקרת פיצוי ונוסחת פיצוי) ובאשר לחישוב אובדן השתכרות. **עילה לפי ס' 8 היא במובן עצם הזכות**. עילת התביעה היא המאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב למטרות תחבורה. ההכרעה בשאלת הזכות לפיצויים היא תוצאה של בדיקה הנעשית במסגרת שאלת ריחוק הנזק. משמע, עילת התביעה קמה לנפגע בגין אותו מאורע. השאלה האם יבואו גם פרטי נזק שהוסבו לנפגע בעקבות התאונה ולאחריה- תקבע עפ"י כללי הסיבתיות המוחלים על החוק. **כל נזק הקשור לשימוש ברכב, יאפשר עילה על פי חוק הפיצויים וישלול את הזכות לתבוע עפ"י דיני הנזיקין.** בס'8(ג) נקבע כי אדם שלא זכאי לפיצוי ע"פ חוק הפיצויים רשאי לתבוע בנזיקין.

עילת התביעה כנגד מזיקים נוספים שאינם הנהג: עקרון ייחוד העילה אינו חל על נזקי רכוש שנגרמו בתאונה, לכן, **הוא לא שולל מהנפגע את עילת התביעה בנזיקין בשל נזקי רכוש**. אף על פי כן, הוא מקים מחסום מפני תביעת הנפגע המופנית לפי פקודת הנזיקין כלפי מזיקים נוספים כמו רופא או אחראי על החזקת הכבישים- אלו יבואו בתחום הסיכון שיוצר השימוש ברכב. **על פי חוק הפיצויים, לנפגע עומדת עילה גם בגין החמרת נזק שארעה עקב טיפול רשלני.**

הקש"ס: מה בין נזק ראשוני לבין נזקים עוקבים (נוספים): הנזק הראשוני נקשר לאירוע תאונתי, אם הוא מצוי במתחם הסיכון בגינו בא החוק לפצות. הנזקים העוקבים, ישארו בגדר העילה ויקנו זכות תביעה גם דרך חוק הפיצויים- אלא אם הוגדרו כנזק רחוק. משמע, כללי הקש"ס וכללי ריחוק הנזק מבטאים את שני היבטיה של הסיבתיות המשפטית- הקש"ס מבטא את אחריות הנתבע כלפי הניזוק וכללי ריחוק הנזק קובעים את היקף האחריות.

**ראשית**, עלינו לבדוק האם קיימת יחידת נזק נפרדת. הדבר יבחן ע"י בחינה האם מדובר בהשתלשלות אירועים חדשה- במידה ולא, מדובר בשני נזקים הנכנסים תחת אותה יחידת נזק אשר המזיק חב בכולה. אם מדובר באירוע מובחן המפריד בין שתי יחידות הנזק- נכנסים אל תוך "ריחוק נזק". **ריחוק הנזק נבחן עפ"י מבחן הסיכון הצפוי (מבחן הצפיות).**

תחומי העילה ושאלת ריחוק הנזק במסגרת חוק הפיצויים: טיפול רפואי לאחר תאונה הוא אירוע מובחן (שני). עם זאת, הוא בא כתוצאה מתאונת הדרכים- **טיפול רפואי רשלני הוא פועל יוצא ישיר של התאונה**. לכן יש קש"ס עובדתי בין האירוע הראשון לשני. הנהג הפוגע צריך לצפות גם אירוע של טיפול רפואי רשלני ולכן הוא אחראי גם לנזקים שנגרמו כתוצאה מהטיפול הרשלני. **גרימת נזק מכוון בביה"ח היא אירוע שהנהג הפוגע לא צריך לצפות**.

זכות החזרה על מזיק זר: בפסיקה עלתה השאלה האם קיימת למזיק ע"פ חוק הפיצויים זכות חזרה או תביעת השתתפות כלפי מזיק אחר שביצע עוולה ע"פ פקודת הנזיקין? נראה כי מקרים אלה **עשויים ליפול בגדר העילה ע"פ חוק הפיצויים והתביעה בגין הנזק כולו תופנה כנגד נוהג הרכב ומבטחו.** לשאלת תביעת השיפוי כנגד המזיק הנוסף נענה ביהמ"ש בשלילה. לחייבים על פי חוק הפיצויים לא קמה עילה להשתתפות או לשיפוי כלפי מי , שמצדו, על פי פקודת הנזיקין, תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע. **לאור עקרון "יחוד העילה" מנוע הנפגע מלתבוע מזיק נוסף שהחמיר את נזקו**.

חריגים לכלל ייחוד העילה:

תביעה בעילה חוזית: העילה החוזית אינה נשללת מהנפגע בתאונת דרכים, על אף ס' 8. משמע, **במקום בו הופר הסכם וההפרה הובילה לנזק, תעמוד לרשות הנפגע העילה לפי חוק הפיצויים, וגם עילת תביעה חוזית**. עם זאת, הנפגע לא יקבל פיצויים בשיעור גדול מהמשתלם עפ"י החוק. כמו כן, לא יתקבל כפל פיצוי. בפרשת עיזבון מלמד, מקרה בו מופנות עילות שונות (חוזית ומכוח חוק הפיצויים) כנגד אנשים שונים, **נקבע כי לא תינתן אפשרות תביעה על פי דינים אחרים**. הקושי בהלכת מלמד הוא כי ס'8 לא שולל זכות תביעה ע"פ דין אחר.

הנפגע בתאונה מכוונת: ס' 8(א) לחוק, מוציא מהוראת ייחוד העילה את הנפגע בתאונה שנגרמה במכוון. **גרימת תאונה במתכוון עשויה להוות עוולה עפ"י פקודת הנזיקין**, והנפגע זכאי לתבוע מהמזיק פיצוי על נזקיו מעבר למגבלות הפיצוי הקבועות בחוק. זכאותו של הנפגע לתבוע על פי פקודת הנזיקין מתווספת לזכאותו לתבוע פיצויים לפי חוק הפיצויים, התנאי הינו שהנזק נגרם כתוצאה מהשפעת המעשה על השימוש ברכב המנועי. מי שגרם לתאונה במתכוון ונפגע, אינו זכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד (ס' 7).

תביעתם של משוללי הזכאות עפ"י חוק הפיצויים, מכוח דין הנזיקין הכללי: נפגע אשר נשללה זכאותו לתבוע עפ"י חוק הפיצויים בשל ס'7 לחוק, עומדת לו זכות התביעה לפי דיני הנזיקין הכלליים. בביהמ"ש העליון **הוחלט שלא להטיל על משוללי העילה לפי הפלת"ד, התובעים לפי פקודת הנזיקין, את המגבלות הקבועות בחוק.**

תביעת נזיקין לאחר שמוצתה עילת התביעה במסגרת חוק הפיצויים: אין לשלול מהנפגע פיצוי בשל נזק שאירע לאחר מיצוי העילה במסגרת חוק הפלת"ד. למשל, נפגע הנמצא בטיפול רפואי מתמשך ולאחר מתן פסק הדין טוען להתרשלות- רשאי לתבוע פיצוי בגין הטיפול הרפואי המאוחר ואינו נחסם ע"י הוראת ייחוד העילה. **ס'8 לחוק חל כל עוד מוקנית לנפגע עילה על פי חוק הפיצויים, ומשזו מוצתה, אם התווסף נזק עומדת לנפגע זכות לתבוע מחוץ למסגרת חוק הפיצויים**. הדבר מותנה בכך שהאירוע הרפואי הרשלני התרחש כולו לאחר מיצוי העילה ולא היה ניתן לצפותו, כך שהוא לא היה יכול להיות חלק מעילת התביעה עפ"י חוק הפיצויים.

* **פיצויים על פי חוק הפלת"ד:**

**תקרות פיצויים בנזק ממוני ובנזק לא ממוני:**

**ס' 4(א)(1) לחוק:** בחישוב פיצויים בשל אבדן השתכרות/ אבדן כושר השתכרות, לא תובא בחשבון הכנסה שעולה על שילוש השכר הממוצע במשק. אם שיער אובדן ההשתכרות וכושר ההשתכרות של הנפגע היה פחות ממאה אחוזים, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובע בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים.

**ס' 4(א)(3) לחוק:** פיצויים בשל נזק לא ממוני לא יעלו על מאה אלף לירות.

**תשלומים תכופים:** תשלום ביניים אשר מקבל הנפגע בתאונת הדרכים מחברת הביטוח על מנת לכסות הוצאות כתוצאה מהתאונה (הוצאות רפואיות, הוצאות בגין סיעוד והפסד השתכרות).

**סימן ב' לחוק:** **5(ב)** מי שמחויב בפיצויים לפי חוק זה ישלם, כחלק מהם לנפגע/ לתלויים תוך 60 יום מקבלת דרישתו בכתב- הוצאות שהוצאו לצורך ריפוי הנפגע, תשלומים חודשיים שיספקו את צרכי ריפוי הנפגע, צרכי מחייתו ומחיית בני משפחתו/ צרכי מחייתם של התלויים בו- עד להחלטה סופית בעניין הפיצויים. התשלומים יקבעו תוך התחשבות בהכנסתו של הנפגע לפני תאונת הדרכים. **(ג)** ההוראות חלות גם על ביטוח.

5**א(א)** עברו 60 ימים מיום שהוגשה לחייב דרישה לתשלום לפי סעיף 5 והדורש לא קיבלו, רשאי הוא להגיש לביהמ"ש בקשה לתשלום תכוף, אף בנפרד מהתביעה ליתר הפיצויים בשל אותה תאונת דרכים.

**תשלומים עיתיים:** תשלומים הנקבעים ע"י ביהמ"ש וניתנים מעת לעת לניזוק, פיצויים אלה נפרסים לתקופה ארוכה.

**ס' 6 לחוק:** שר המשפטים רשאי, באישור ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, לקבוע בתקנות- (1) סמכות ביהמ"ש 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.

* **ההגדרה הבסיסית:**

**ששת המרכיבים של ההגדרה הבסיסית:**

1. **מאורע**- אירוע כלשהו שהתרחש.
2. **נזק גוף**- הכוונה למוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני, נפשי או שכלי, לרבות פגיעה בהתקן הדרוש לתפקוד אחד מאברי הגוף שהיה מחובר לגוף הנפגע בעת אירוע תאונת הדרכים.
3. **עקב – קש"ס**- עובדתי ומשפטי
4. **שימוש**- נסיעה ברכב, כניסה לתוכו/ ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול דרך או תיקון ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו. כולל גם- הדרדרות או התהפכות של הרכב, או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב/ מטענו תוך כדי נסיעה או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו **ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו שהרכב עומד**.
5. **ברכב מנועי**- רכב הנע בכוח מכני על פני הקרקע והייעוד העיקרי שלו הינו לצורך תחבורה יבשתית **לרבות**- רכבת, טרקטור, מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני בכביש, רכב נגרר או נתמך ע"י רכב מנועי **ולמעט** כיסא גלגלים, עגלת נכים ומדרגות נעות.
6. **נפגע**- אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים, למעט אם נגרד מפגיעת איבה כמשמעותה בחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, תש"ל-1970.
7. **למטרות תחבורה** (המבחן התעבורתי)

**נק' מנחות וסקירה קצרה של חלק זה:**

**מהי תאונת דרכים**?

1. מאורע בו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה.
2. מאורע שאירע עקב **התפוצצות או התלקחות** של הרכב, שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו או אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץ לרכב. (חזקה מרבה)
3. מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה **במקום שאסור לחנות בו**. (חזקה מרבה)
4. מאורע שנגרם **עקב ניצול הכוח המכני של הרכב**, בלבד שבעת השימוש כאמור **לא שינה הרכב את ייעודו המקורי**. (חזקה מרבה).

**\*\* לא יראו כתאונת דרכים** מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה **במתכוון** כדי לגרום נזק לגופו/ לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעת המעשה על שימוש ברכב מנועי.

**קש"ס עובדתי ומשפטי בפלת"ד** – המבחנים השונים. מאורע הוא "תאונת דרכים" אם נזק הגוף נגרם "עקב" השימוש ברכב מנועי". מתוך כך נקבע מבחן סיבתי כפול- (פס"ד עוזר)

1. עובדתי:הסיבה בלעדיה אין.קשר בין השימוש ברכב לבין הנזק שנגרם.
2. משפטי:
3. **מבחן הסיכון התעבורתי**- האם הסיכון שהתממש קשור לפעילות התעבורתית. – מה שנשתמש בו לרוב.
4. **מבחן השכל הישר**- האם השימוש ברכב תרם בפועל להתרחשות הסיכון. בוחן את ההיגיון- האם מבחינה הגיונית יש קשר בין התאונה לבין הנזק. (לדוג'- אם רכב פוגע בבניין וגורם לנפילתו, ע"פ מבחן זה, הדבר הגיוני למרות שהוא לא בתחום הסיכון.)
5. **מבחן הזירה**- האם לרכב הייתה תרומה משמעותית להתרחשות הנזק או שרק היווה את זירת האירוע.
6. **גורם זר מתערב**- היה גורם זר מתערב שניתק את הקש"ס.

**שימוש ברכב מנועי:**

* פגיעה בשל שריפת דלק היא פגיעה הנובעת מ"שימוש ברכב מנועי" (פס"ד לסרי).
* עצירת הרכב בשולי הדרך על-מנת לבדוק תקלה שאירעה בו הינה בגדר "שימוש" בו. שימוש כזה טומן בחובו סכנת פגיעה מרכב אחר החולף בדרך (פס"ד אלראהב).
* פעולה של עלייה/ירידה לרכב מהווה שימוש ברכב מנועי. כדי שפעולה זו תחשב לשימוש ברכב למטרות תחבורה, עליה להיות קשורה בעשיית שימוש ברכב למטרות תעבורתיות. (פס"ד פדידה).
* טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית (פס"ד דראושה).

**מהו "רכב מנועי"?** רכב הנע בכוח מכני על פני הקרקע, ועיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית, לרבות רכבת, טרקטור, מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני בכביש ורכב נגרר/ נתמך ע"י רכב מנועי, ו**למעט** כיסא גלגלים, עגלת נכים ומדרגות נעות.

1. **כשירות פיזית**:המבחן הפיזי, מסוגלות של כלי הרכב לנוע פיזית בכביש.
2. **כשירות נורמטיבית**: רישוי. בודק לאילו כלים ניידים מותר לנסוע על הכביש ולאילו כלים ניידים אסור לנוע עליו ע"פ דיני התעבורה. מבחן כשירות נורמטיבית כללית, משמע- **האם ככלל לכלי זה מותר לנסוע בדרך** (בין אם נדרש רישיון ובין אם לא).זהו מבחן הכשירות שנקבע בפרשת אטליס.
3. **דינו של קורקינט ממונע**- הקורקינט המכני אינו מקיים את דרישת הייעוד "לשמש לתחבורה יבשתית" והייעוד התחבורתי אינו עיקר ייעודו- הוא נבנה ונקנה כצעצוע לילדים ובני נוער, כדי שישמש כלי משחק בידיהם ויסב להם שעשוע.(פרוקצ'יה בפס"ד שפורן).
4. **אופניים חשמליים מצויים מחוץ לגדרו של "רכב מנועי"** כהגדרתו בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים. (פס"ד אסולין).

**הרכב כזירה-** נזק הנגרם בתוך הרכב, והרכב משמש בו כזירה לאירוע ללא קשר לסיכון שהשימוש (העיקרי/ משני) יוצר, אינו נזק הנגרם עקב השימוש ברכב. **קש"ס משפטי** יישלל במקום בו ההתנהגות בו תורמת לאירוע גורם הנזק, רק במונחים של הימצאות הניזוק ברכב מבחינת הזמן והמקום- אך לא משום בחינה רלוונטית אחרת לעניין שימוש ברכב.

**"מבחן הזירה"**- המבחן בוחן עפ"י מבחן השכל הישר אם השימוש שנעשה ברכב תרם באופן רלוונטי ממשי לקרות הנזק. רק אם התשובה חיובית- ישנו קש"ס משפטי בין השימוש ברכב לנזק שנגרם. (פס"ד רותם חברה לביטוח).

**למטרות תחבורה** = **המבחן התעבורתי**. מבחן זה מתמקד בשאלה אם הסיכון שהתממש הוא "סיכון תעבורתי", דהיינו אם מדובר בסיכון הקשור באופן הדוק לפעולה תעבורתית. נראה כי כניסה לרכב על מנת להוציא ממנו דבר שנשכח אינו מטרת תחבורה אל מול גרירתו המהווה מטרת תחבורה.

**שלבי בדיקת תאונת דרכים עפ"י** (פס"ד עוזר):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **האם מתקיימת ההגדרה הבסיסית?** (מאורע שארע עקב השימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה, נגרם לאדם נזק גוף) | **האם מתקיימת אחת החזקות המרבות או יותר מאחת?**   1. התפוצצות או התלקחות. 2. חנייה במקום אסור. 3. מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי. | **האם מתקיימת החזקה הממעטת:**   1. המעשה נעשה במתכוון; כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אדם- של אותו אדם שנפגע; 2. הנזק נגרם ע"י המעשה ולא ע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב מנועי. 3. למעשה גם פגיעת איבה. | **תוצאה: האם המאורע נחשב לתאונת דרכים עפ"י חוק הפלת"ד?** |
| + | - | - | כן |
| + | + | - | כן |
| + | - | + | לא |
| + | + | + | לא |
| - | + | - | כן (עפ"י פס"ד עוזר לא כפוף להגדרה הבסיסית!) |
| - | - | + | לא |
| - | + | + | לא |
| - | - | - | לא |

**עוזר נ' אררט חברה לביטוח בע"מ:**

עובד מסייע בטעינת מטען (צינור מתכת) על משאית עומדת, אשר מוטען באמצעות מנוף שהוא חלק בלתי נפרד מהמשאית. בעת הרמת המטען ע"י המנוף שהונע ע"י הכוח המכאני של המשאית, העובד נפגע מהמטען המורם ונגרם לו נזק גוף. האם נזק זה נגרם לעובד "בתאונת דרכים" באופן בו הוא זכאי לפיצויים עפ"י חוק הפלת"ד? העובד תובע את נהג המשאית ואת המבטחת. בבימ"ש השלום נקבע כי זוהי תאונת דרכים במובנה כ"מאורע שנגרם עקב הניצול המכני של הרכב בלבד שבעת האמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי" ונפסקו לעובד פיצויים. בערעור למחוזי נקבע כי מאורע זה אינו מהווה "תאונת דרכים" מפני שהמאורע המזיק אינו מהווה "שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה". מכאן הערעור.

**דיון- הנשיא א' ברק:**

* **הדין הישן:** בעבר החוק קבע אחריות "מוחלטת ומלאה" של הנוהג ברכב ובעל הרכב כלפי הנפגע בגין נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים בה היה מעורב הרכב. חוק הפיצויים לא הגדיר מהו מאורע, אלא רק נזק גוף ורכב. בשל כך, התעוררו בעיות משפטיות רבות אשר בתחילה ניסו לפתור נקודתית (ללא עקרונות כלליים שיכולו על מקרים רבים). בהמשך, הבינו כי יש לשאוף לגישה מעשית- שתעניק פיצוי לכל ניזוק מהסיכונים שהחוק נועד לפצות עליהם ולכן, הוחלט כי **תכלית חוק הפלת"ד הינה להעניק פיצוי לנפגע פגיעת גוף עקב השימוש ברכב לייעודו הטבעי והרגיל (**תחבורה, מכונה חקלאית, פריקה וטעינה ועוד). בנוסף לכך, נקבע כי שימוש ברכב הוא גם שימוש לוואי (כניסה לרכב, יציאה ממנו, טעינה ופריקה, טיפול ברכב, תיקון רכב ועוד).
* **מבחני קש"ס:** מאורע הוא "תאונת דרכים" אם נזק הגוף נגרם "עקב" השימוש ברכב מנועי". מתוך כך נקבע מבחן סיבתי כפול- עובדתי ומשפטי. **המבחן העובדתי** הוא הסיבה בלעדיה אין **והמבחן המשפטי** הוא מבחן הסיכון. נזק נגרם עקב שימוש ברכב מנועי, אם הוא בתחום הסיכון שהשימוש (העיקרי או המשני) ברכב יוצר.
* **ביקורת על הדין הישן ותיקון 8:** הייתה ביקורת רבה על הפרשנות שנתנו ל"תאונת דרכים" ונטען כי חוק הפלת"ד צריך להעניק פיצוי בשל הנזק הנגרם בגין "הסיכון התעבורתי" שהרכב גורם. לכן הוגשו מספר תיקונים ואף הממשלה הציעה לאמץ את המבחן התעבורתי. בתיקון 8 נוסף להגדרת "תאונת דרכים"- שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה. אך עדיין כוללים מקרים שונים. תכלית תיקון 8 הייתה לאמץ את המבחן התעבורתי כמרכיב עיקרי של "תאונת דרכים", אך תוך כדי אימץ מצבים שאינם מתיישבים עם מבחן זה. הביקורת על תיקון 8 הינה שהוא מלא בסתירות ואינו משקף מדיניות משפטית אחידה.
* **תכליות תיקון 8 :** תכליותיו הן אימוץ המבחן התעבורתי והכרה בתחומים מסוימים במבחן הייעודי.
* **שלבי פרשנות ופעולה:** ס' 1 לחוק הוא בעל מבנה מורכב- הוא מבוסס על הגדרה בסיסית של "תאונת דרכים" ולאחריה באות 3 חזקות חלוטות לפיהן רואים מצבים מסוימים כתאונת דרכים (חזקות חלוטות מרבות) וחזקה חלוטה ממעטת, לפיה לא יראו מצב מסוים כתאונת דרכים.

מבנה חקיקתי זה מביא לחלוקת ההליך הפרשני ל3 שלבים:

1. בחלק הראשון על השופט לבחון האם קיימים **ששת המרכיבים של ההגדרה הבסיסית: מאורע, נזק גוף, עקב – קש"ס, שימוש, ברכב מנועי, למטרות תחבורה.**
2. אם אחד מהמרכיבים אינו מתקיים, המקרה אינו נופל בגדר ההגדרה הבסיסית. במצב כזה, על השופט לעבור **לשלב השני של ההליך הפרשני- לבדוק האם המקרה נופל בגדר אחת החזקות המרבות**. בחינה זו חיצונית להגדרה בסיסית. נטל ההוכחה מוטל על הטוען לקיומה של חזקה מרבה. אם גם התשובה לשאלה השנייה היא שלילית- מסתיים הליך הבדיקה בנוגע לתחולת חוק הפיצויים.
3. במידה והתשובה באחד השלבים חיובית - יעבור השופט **לשלב השלישי- בחינה האם לא חלה החזקה החלוטה הממעטת.** בשלב זה, מוטל הנטל לטוען לקיומה של החזקה הממעטת. אם חלה החזקה הממעטת זוהי לא תאונת דרכים.

* **מן הכלל אל הפרט:** מרבית הרכיבים מתקיימים. יש לבחון את "שימוש" ו"למטרות תחבורה". ברכבים "דו- תכליתיים **המבחן התעבורתי** ("למטרות תחבורה") מתייחס רק לשאלה האם השימוש שנעשה ברכב הוא בגדרו של סיכון תעבורתי. ברק קובע כי נזק גוף הנגרם בשל טעינת מטען על רכב, אשר נועדה להעמיס את המטען לצורכי הובלתו ברכב הוא "למטרות תחבורה" ובכך נופל בגדר המבחן התעבורתי.מבחינת השימוש ברכב- מדובר במושג רחב הכולל שימושים עיקריים ושימושי לוואי. **בהגדרת "שימוש ברכב מנועי"** נקבע כי נזק גוף הנגרם עקב טעינה של מטען על רכב/פריקה כאשר הרכב עומד- אינו מהווה נזק הנגרם עקב שימוש ברכב מנועי. לכן יש לבדוק האם מתקיימת חזקה חלוטה מרבה-"ניצול הכוח המיכני של הרכב". מדובר בחזקה עם היקף רחב, אשר יכולה לכלול תחתיה מקרים מרובים, לכן יש לפרשה באופן בו היא מכוונת למקרים בהם הרכב הוא "רב-תכליתי", אשר מיועד לא רק לנסיעה, אלא לפעולות נוספות שלא נכנסות בגדר ההגדרה הבסיסית. החזקה לא חלה: כש נזק הגוף לא נגרם באמצעות ניצול הכוח המכאני של הרכב, כשהכוח המכאני אינו חלק מייעודו המקורי של הרכב וכשחדל הרכב מלהיות בעל ייעוד תעבורתי. במידה וטעינה ופריקה נעשו באופן ידני- המקרה לא היה נכנס תחת החזקה. עם זאת, הטעינה נעשתה ע"י המנוף שמהווה חלק בלתי נפרד מהמשאית ומופעל ע"י מנוע המשאית ולכן טעינת רכב במקרה הנ"ל כן תחשב "שימוש ברכב מנועי" לפי החזקה מרבה לעומת המקרה הרגיל בו פריקה וטעינת רכב עומד לא חוסה תחת החוק. על כן, הערעור מתקבל .

הלכה – מבחני הקשר הסיבתי הובהרו בפסיקה, ברק מציג את שלבי הבדיקה בכדי להיכנס לחוק הפיצויים.

**לסרי נ' ציון חברה לביטוח:**

המערערים שהו בנופש בנביעות, מתחת ליריעה שנמתחה מעל מכוניותיהם שהועמדו ב"ח" והדופן הרביעית נסגרה ע"י סירה. **המנוח החליף בלון גז, אירעה דליפת גז ופרצה דליקה שאחזה ברכבים ובדלק בהן.** כתוצאה מהדליקה נפטרו המנוח (מפרנסם של המערערים 1,4), מפרנסם של המערערים 5-6, ואח ואחות של המערערים הללו וחלק מהמערערים נפצעו. כלי הרכב של שני המפרנסים המנוחים מבוטחים אצל המשיבה והם תבעו אותה בסדר דין מקוצר לתשלום תכוף, עפ"י חוק הפלת"ד. ביהמ"ש המחוזי קבע כי לא הייתה כאן תאונת דרכים, מפני שהשתמשו במכוניות כדפנות לסככה וזהו לא שימוש תעבורתי. לכן, נדחתה התביעה על הסף. מכאן הערעור.

**דיון-**

* **השופט א' ברק- דעת הרוב:** מקובלת ההלכה כי החוק משתרע לא רק על סיכונים תחבורתיים וכי השימוש לעניין החוק הוא לפי מבחן הייעוד – משמע, כל פעולה ברכב הקשורה לייעודו הרגיל והטבעי של הרכב. **(פסה"ד עוד מלפני תיקון 8).** השימוש במכוניות כדפנות לסככה אינן "שימוש" לעניין החוק. עם זאת, הנזק בא כתוצאה מכך שהמכונית עלתה באש והמצויים בה ולידה נשרפו. על כן, ניתן לומר כי נזק זה נגרם עקב השימוש ברכב, שכן המצאות בנזין במיכלי הרכב הינה חלק מה"שימוש ברכב". סיכון התלקחות הדלק הוא סיכון שכל מכונית נושאת עמה. עצם העובדה שהמכונית חנתה לא משנה את המסקנה, שכן הדבר יכול להתרחש גם בתחנת דלק- כאשר ממלאים דלק והמכונית חונה. **פגיעה בשל שריפת דלק היא פגיעה הנובעת מ"שימוש" במכונית.** דרך החשיבה הנכונה היא: **האם הנזק שנגרם הוא עקב שימוש ברכב? אם התשובה חיובית, יש להטיל אחריות במסגרת החוק, וזאת גם אם נזק דומה יכול היה להתרחש, אם החפץ, שבו נעשה שימוש, אינו מכונית** (נראה כי נזק עקב פריקה וטעינה יכול להיגרם גם בפריקה וטעינה של בית, במידה והפריקה הייתה של רכב יחשב נזק זה תאונת דרכים).
* **השופט א' גולדברג- דעת המיעוט:** מתנגד לכך שיש לראות בהתקלחות דלק במכונית בשנת חנייתה מאורע שנגרם "עקב" השימוש. יש להשתמש **במבחן** "**השכל הישר**" הבוחן את הקרבה הרעיונית של "השימוש" לנזק. מכאן, התלקחות מכונית חונה והתלקחות מכונית בתחנת דלק אינה זהה. ובכך גם התלקחות רכב מדליפת דלק לבין התלקחות הדלק במיכל כתוצאה מאש שהגיעה לקרבתו אינה זהה.
* **השופט ש' לוין- דעת המיעוט:** בעת השריפה נעשה שימוש במכוניות כ"קיר" ולא כ"רכב". לכן, מקרה זה אינו נכנס בגדר חוק הפלת"ד ויש לדחות את הערעור.
* **השופט ג' בך- דעת הרוב:** השימוש ברכב בכלי זה היה ככלי תחבורה, באמצעותו הגיעו למקום הנופש. השימוש לא הופסק בעת חנייתם של הנופשים. מקרה זה נכנס תחת חוק הפלת"ד ויש לקבל את הערעור.
* **השופטת ש' נתניהו- דעת הרוב:** מסכימה עם ברק, הימצאות דלק במכלה של מכונית היא חלק מהשימוש הרגיל במכונית למטרתה כזו, והסיכון הכרוך בשימוש קיים הן במכונית נוסעת והן במכונית חונה.
* **יש לקבל את הערעור.**

**מדינת ישראל נ' אלראהב:**

חייל נהג ברכב בכביש בין-עירוני, רכבו התחמם והוא עצר בשוליים. הוא יצא מהרכב, פתח את מכסה המנוע ואת פקק הרדיאטור. מים יצאו מהרדיאטור, החייל קפץ אחורה לעבר הכביש, ונפגע ממשאית בה נהג המשיב. בשעת התאונה לא היה מגע בין החייל לבין מכוניתו ובין המשאית הפוגעת למכוניתו. הוא הוכר כנכה צה"ל והמערערת נושאת בהוצאות שונות. היא תבעה בתביעת שיבוב (תחלוף) את המשיבים. ביהמ"ש המחוזי מחק את התביעה מפני שקבע שהחייל נחשב לנוהג ברכב בעת התאונה ולא כ"הולך רגל". מכאן הערעור.

**טענת המדינה:** המדינה טענה כי מעת שיצא מהרכב הפך ויקטור להולך רגל, ועל כן חבים המשיבים ע"פ ס'2(א) לפצותו על נזק הגוף. על כן לטענת המדינה אין גם לדבר על תאונה בה מעורבים מספר כלי רכב.

**טענת המשיבים:** בעת התאונה היה ויקטור נהג ברכב צבאי ועל כן עליו לקבל פיצוי מביטוחו האישי.

**דיון- הנשיא מ' שמגר:** במעמדו של החייל, ויקטור, כנוהג לא חל שינוי מהרגע בו עצר את הרכב הצבאי ע"מ לבחון את סיבת התחממותו ועד שנרתע אחורנית לכביש, כדי להימלט מהמים הרותחים. על כן**, פעולותיו של ויקטור עד לפגיעתו, נעשו בכשירותו כמשתמש ברכב.** כמו כן, נוהג ברכב היורד לשוליים לבדוק תקלה ברכב- חושף עצמו לסכנות האורבות בדרך, בין היתר סכנת הפגיעה מרכב חולף. **מאחר שהפגיעה בויקטור נגרמה עקב השימוש ברכבו, ניתן לקבוע כי הרכב הצבאי היה מעורב בתאונה**. לנוהג אשר נפגע בתאונה מעורבת, אין עילה מכוח חוק הפלת"ד, זולת מבטחו. **הערעור** **נדחה.**

**הערה בשבילי**- לפי ס'3(א), נהג אחראי לפצות את מי שברכבו שלו. ז"א שבמקרה הזה, אם ייחשב כשימוש ברכב, הביטוח של החייל יפצה אותו. אך אם ייחשב כ"הולך רגל" הביטוח של הפוגע יפצה אותו.

הלכה – טיפול דרך נחשב שימוש ברכב מנועי. החייל יצא מרכבו ע"מ לבדוק ולכן נחשב כנהג, ולא הולך רגל, **גם אם הנזק הוא בעקיפין מהתיקון**.

**דראושה נ' אררט חב' לביטוח בע"מ:**

המערער, שהוא קבלן עצמאי, עבד יחד עם עובד שלו, שנהג באתר עבודה בטרקטור שבבעלות המערער. הטרקטור שימש לביצוע חפירה. לצורך המשך העבודה בטרקטור היה צריך להרכיב את הסל, לשם התקנת ה"סל" צריך היה להזיז את ה"סל" ממקומו ולהניחו בתנוחה מסוימת, ה"סל" הוא כבד מאוד. המערער דחף את ה"סל" במטרתם להרכיבו. תוך כדי משיכת ה"סל" לתוך הכף הקדמית החליק המערער. הוא נפגע בגבו. כל אותה עת פעל מנוע הטרקטור. המערער תבע את המשיבה, מבטחת השימוש בטרקטור. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה מהטעם שלא הייתה כאן "תאונת דרכים" כמשמעה בחוק הפלת"ד (לא התקיימו רכיבי ההגדרה הבסיסית, והיה מדובר בטעינה ידנית, כך שלא חלה החזקה החלוטה של "ניצול הכוח המכני של הרכב"). מכאן הערעור.

**טענות המערער:** ראשית, אין לסווג את פעולות המערער כ"טעינה ופריקה". סיווגן הנכון של פעולות המערער הן "טיפול-דרך" המהווה "שימוש" ברכב. שנית, המערער ביקש לבצע את "טיפול-הדרך" באמצעות הכוח המכאני של הרכב. שלישית, קיים קשר סיבתי בין נזקו של המערער לבין ניצול הכוח המכאני של הטרקטור, שכן המערער נפגע מנפילתו על כף הטרקטור, בשל החלקה על שמן או על גריז שמקורם בטרקטור.

**טענות המשיבה**: יש לסווג את פעילות המערער כ"טעינה", ועל-כן אינה בגדר "שימוש". החזקה החלוטה בדבר "ניצול הכוח המכני של הרכב" אינה מתקיימת בתאונה שלפנינו, שכן הטעינה הייתה "ידנית".

**דיון- הנשיא א' ברק:**

* **שלב א' – האם התאונה מקיימת את דרישותיה של ההגדרה הבסיסית?** שלילי. ראשית, התאונה לא נגרמה עקב "שימוש ברכב מנועי". לפני התיקון, לפי מבחן הייעוד הפעולה הייתה נחשבת לשימוש לוואי להגשמת ייעודו הרגיל והטבעי כטרקטור. בעקבות תיקון 8 נקבעו פעולות המהוות שימוש ברכב מנועי. ניתן לראות באירוע כטעינה- ואז אין זה שימוש ברכב (ע"פ תיקון 8), או כטיפול ברכב, אך זהו אינו טיפול דרך ולכן גם זה אינו נכנס תחת שימוש ברכב. שנית, בעת התאונה לא הופעל הרכב "למטרות תחבורה"-פעולת המערער אינה נעשתה לשם מטרות תחבורה.
* **שלב ב'- האם התאונה מקיימת את דרישותיה של החזקה החלוטה בדבר "ניצול הכוח המכני של הרכב"?** חזקה זו רואה כ"תאונת דרכים" פעולות ברכב שאינן לייעוד תעבורתי, ובלבד שהן באות להגשמת הייעוד (הלא תעבורתי) הטבעי והרגיל של הרכב. **לחזקה 2 דרישות: (1)** התאונה נגרמה עקב ניצול הכוח המכאני של הרכב. **(2)** בעת ניצול הכוח המכאני של הרכב, לא שינה הרכב את ייעודו המקורי. במקרה זה, הדרישה הראשונה אינה מתקיימת, השנייה כן. **הערעור נדחה.**

הלכה –

1. 2 דרישות לחזקה המרבה
2. טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/ להקטין את הסיכון התעברותי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית

**פדידה נ' סהר חברה ישראלית לביטוח:**

המבקש נכנס למשאיתו בעת שחנתה, כדי לקחת ממנה מצית סיגריות. כשירד מתא הנהג, מעד ונפל. בתביעה לבימ"ש השלום טען כי מדובר בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד. תביעתו נדחתה בטענה כי אין מדובר בשימוש למטרות תחבורה. גם ערעורו במחוזי נדחה. מכאן הבקשה לרשות ערעור.

**דיון- השופט אור:**

אין מחלוקת שהמערער עשה בנסיבות המקרה "שימוש" ברכב שכן ע"פ ס'1 שימוש ברכב כולל עליה וירידה ממנו. המחלוקת הינה בשאלה האם שימוש המבקש ברכב היה למטרות תחבורה? פעולה של עלייה/ירידה לרכב היא אחד משימושי הלוואי התעבורתיים. **כדי שפעולה זו תחשב לשימוש ברכב למטרות תחבורה, עליה להיות קשורה בעשיית שימוש ברכב למטרות תעבורתיות**. משמע, לא כל פגיעה בתאונה בעת עלייה לרכב/ ירידה ממנו, תחשב לתאונת דרכים. במקרה זה, המבקש עלה לרכבו רק כדי לקחת מצית ולא לשם מטרות תעבורתיות. לכן, מקרה זה לא נכנס תחת חוק הפלת"ד.

**הערעור נדחה.**

**אטליס נ' ישראלי:**

המשיבה 3 ביצעה פעולות סלילה וזיפות באזור שנסגר לתנועה ולכניסת זרים. לשם ביצוע הסלילה הופעל באתר מכבש אספלט. בעת עבודת הסלילה, תוך כדי הנסיעה לאחור, פגע המכבש במנוח, ליאונד אטליס שעבד לצד המכבש והרגו. אלמנתו הגישה תביעה לפיצויים לבימ"ש השלום בגין 2 עילות- עפ"י חוק הפלת"ד נגד "קרנית" (מפני שלמפעיל המכבש לא היה רישיון נהיגה כדין) ועפ"י פקודת הנזיקין. בימ"ש השלום פסק כי מכבש אינו "רכב מנועי" כמשמעות המונח בחוק הפיצויים. הערעור במחוזי נדחה. מכאן הערעור.

השאלה המרכזית היא אם מכבש דרכים הינו "רכב" כהגדרתו בס'1 לחוק. המחלוקת נסבה על פרשנות מצב הריבוי בהגדרת "רכב" – "מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני בכביש", ועל הבהרת מהות המונח כשירות – האם כשירות פיזית או כשירות משפטית-נורמטיבית. **דיון- השופט ת' אור:**

* **ההגדרה של "רכב מנועי" חולקה ל3 ע"י השופט מצא-** החלק הראשון הוא הכלל, ההגדרה הבסיסית. החלק השני מוסיף לכלל סוגי רכב שאינם נכללים/ ספק אם הם נכללים בכלל- מצבי הריבוי. החלק השלישי מוציא כלים אשר אלמלא הוצאו במפורש, יתכן שהיו נכללים בכלל או במצבי הריבוי- אלו מצבי המיעוט.
* **האם מכבש הוא רכב מנועי לפי חוק הפלת"ד?** מכבש מתיישב כמעט במדויק עם ההגדרה בחוק "מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מיכני בכביש" (במצב הריבוי). עם זאת- ישנה מחלוקת לגבי "הכשירות" ב"הכשירה לנוע" בס'1.
* **כשירות פיזית או כשירות נורמטיבית:** כשירות= "כושר לבצע עבודה מסוימת". כשרות= "מילוי התנאים הדרושים לפי דין כדי להיות כשר". ישנן גישות שונות בנוגע למהות הכשירות הנדרשת בגדר מצב הריבוי. ישנם תומכים **בכשירות נורמטיבית- תוצאה של רישוי ולא של אפשרות פיזית**. מנגד, ישנם שורה של פסקי דין בהם נקבע המבחן הפיזי כמבחן המתאים. לדעת השופט אור, יש לפרש את הכשירות הדרושה כ**כשירות נורמטיבית** מכמה סיבות:

1. השוואה לשונית בין ההגדרה הבסיסית "רכב הנע בכוח מיכני.." לעומת מצב הריבוי "הכשירה לנוע", מעידה שאין מדובר באותו סוג של תנועה.
2. השימוש במילה כביש במצב הריבוי, מעיד על כך שמדובר על כלי רכב המורשים **לנוע בכביש** מכוח דיני התעבורה. משמע- רכב שיכול לנוע לפי דין/ רישוי.
3. אימוץ המבחן הפיזי יאפשר לכל מכונה ניידת להיות רכב מנועי לפי ההגדרה- אף מכסחות דשא מסוימות ורכבי צעצוע. הפירוש במובן הפיזי מרחיב מאוד.
4. ההיסטוריה החקיקתית של חוק הפלת"ד מעידה כי היסוד התחבורתי משמעותי בהגדרת המונח רכב. לכן, ניתן להסיק כי תכלית תיקון 4 הייתה לצמצם את הכלים הנכנסים בגדר תחולת החוק- כלים אשר ייעודם לשמש לתחבורה יבשתית.
5. למבחן הכשירות הנורמטיבית יש יתרון על המבחן הפיזי מבחינת יישום הדין- החלת המבחן הפיזי תוביל לעמימות ולחוסר וודאות בנוגע לתחולת החוק.

* אם כן – המבחן הנבחר הוא מבחן הכשירות הנורמטיבית, שנקבע עפ"י דיני התעבורה. ישנם כמה מבחנים: מהירות מקסימלית- לא עולה על 30 קמ"ש, לא יכול לעלות על הכביש, מכונה שאינה עולה על 40 קמ"ש פטורה מרישיון רכב. כמו כן, יש מבחנים של מידות המכונות הניידות (גודל פיזי שניתן להעלות על הכביש).
* **מבחן הכשירות הנורמטיבית של מכונה ניידת:** לדעת השופט אור, המבחן המתאים **הוא מבחן כשירות נורמטיבית כללית, משמע- האם ככלל מותר להסיעה בדרך (בין אם נדרש רישיון ובין אם לא).** מדוע המבחן הכללי? ראשית, הגדרת רכב מנועי היא ככלל, ולכן טבעי לקבוע מבחן ככלל. כמו כן, מבחן זה מתיישב עם הגישה שננקטה ביחס ליתר מרכיבי ההגדרה. משמע, אם מדובר בהיתר חריג, אך המכונה הניידת ללא כשירות נורמטיבית כללית לנוע בכביש- היא לא תחשב לרכב מנועי.
* **מהכלל אל הפרט:** המכבש הינו "מכונה ניידת הנעה בכוח מכני" לפי חוק רישום ציוד הנדסי. עם זאת, מהירותו המרבית של המכבש הינה 20 קמ"ש, משמע היא לא בעלת כשירות נורמטיבית כללית לנסיעה בכביש.

**הערעור נדחה.**

הלכה – המבחן הוא כשרות נורמטיבית כללית, כלומר האם לרכב בכללי מותר לנסוע בכביש, אין משמעות לרישיון\היתר חריג וכו'.

**שפורן נ' תורג'מן:**

המערער קיבל מתנה קוריקינט מכני מארה"ב, הוא לא צויד ברישיון רכב, לא הוצאה תעודת ביטוח ולא ניתן רישיון נהיגה לנוהגים בו. השימוש בו אסור בישראל בזמן האירוע. המערער וחברו רכבו על הקורקינט בכביש כנגד כיוון התנועה ונפגעו ממכוניתו של המשיב. המבטחת של המשיב הגיעה להסדר פיצוי עם חברו של המערער, אך דחתה את דרישת המערער לפיצוי- לטענתה קורקינט מכני הוא רכב מנועי ולכן המערער אחראי לנזקי הגוף של מי שנסע ברכבו (ס' 3(א) לחוק), מכיוון שאין לו ביטוח ואין לו רישיון- לא מגיע לו פיצוי לפי חוק הפלת"ד (ס' 7(6) לחוק). בביהמ"ש המחוזי נקבע כי קורקינט הוא רכב מנועי וערעורו של המערער נדחה. מכאן הערעור הנוסף.

**דיון- השופטת א' פרוקצ'יה:**

* **האם קורקינט מכני הינו "רכב מנועי" כהגדרתו בחוק הפיצויים?** ההגדרה הבסיסית של רכב מנועי בנויה מ4 יסודות:

1. רכב.
2. הנע בכוח מכני
3. על פני הקרקע
4. עיקר ייעודו של הרכב לשמש לתחבורה יבשתית.

* שלושת יסודות ההגדרה הבסיסית מתקיימים- רכב, נע בכוח מכני, על פני הקרקע. המחלוקת מתמקדת בתנאי הרביעי- **עיקר ייעודו של הרכב לשמש לתחבורה יבשתית**. תחבורה היא יבשתית כאשר מטרתה הובלת אנשים או מטען ממקום יבשתי אחד למקום יבשתי אחר. המושג "עיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית" כולל 2 דרישות נפרדות- (1) לפחות אחד מייעודיו של הרכב יהיה לשמש לתחבורה יבשתית. (2) ייעוד תחבורתי זה יהיה עיקר ייעודו של הרכב. יישום המבחנים אינו תלוי בנסיבות המיוחדות בהן הופעל הרכב בעת קרות התאונה. יסוד "תחבורה יבשתית" בהגדרת רכב מנועי, מקושר להגדרת "תאונת דרכים" הכוללת, דרישה כי המאורע בו נגרם לאדם נזק גוף, הוא עקב שימוש ברכב מנועי "למטרות תחבורה".
* לפיכך, לדעת פרוקצ'יה, **הקורקינט המכני אינו מקיים את דרישת הייעוד "לשמש לתחבורה יבשתית"** והייעוד התחבורתי אינו עיקר ייעודו- הוא נבנה ונקנה כצעצוע לילדים ובני נוער. מסקנה זו משתלבת גם עם ההיסטוריה החקיקתית של "רכב מנועי", שכן תכליות תיקון 8 נועדו לצמצם את קשת ה"כלים" הנכנסים בגדר החוק- רק לאלו שייעודם לשמש לתחבורה יבשתית. המסקנה מתיישבת עם איסור ייבוא קורקינט מכני לארץ, דבר אשר לא מאפשר לזכות ברישוי ובביטוח השימוש בו. כמו כן, הוא לא נכנס גם למצבי הריבוי בהגדרת "רכב מנועי"- הוא לא מכונה ניידת (המוגדרת בתקנות התעבורה כ"רכב מנועי שלפי מבנהו מיועד לביצוע עבודות, ואינו מיועד לגרירה").
* בשל כך, **נוסע בקורקינט מכני אשר נפגע מרכב מנועי בתאונת דרכים, זכאי לפיצוי מנהג הרכב הפוגע במסגרת ס' 2(א) לחוק הפיצויים.** מנגד, פגיעה עצמית בתאונה של המשתמש/ פגיעת המשתמש באדם אחר, לא תהיה מכוסה לפי חוק הפיצויים. **הערעור מתקבל ויוחזר לביהמ"ש המחוזי.** **השופט רובינשטיין** מסכים עם השופטת פרוקצ'יה מטעם אחר- נטל הראיה. **המשיבים לא הוכיחו כי הקורקינט המכני עונה להגדרת "רכב מנועי".**

הלכה – קורקינט לא נחשב רכב מנועי + איך בודקים מה רכב מנועי.

**עזבון המנוח אסולין ז"ל נ' דרויש – מאזכר: אוסלין זה ילד קלאסי שרוכב על אופניים חשמליים**

שני מקרים של תאונות בהם היו מעורבים אופניים חשמליים, המעלים את השאלה האם יש לראות באופנים חשמליים כ"רכב מנועי" כהגדרתו ב[חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים](http://www.nevo.co.il/law/4554), ומה הנפקות של קביעה זו.  
**מקרה 1** - עניין אסולין, המנוח רכב על אופניים חשמליים ונפגע מרכב, זמן קצר לאחר התאונה נפטר מפצעיו. אלמנתו מגישה בשמה ובשם העיזבון תביעה מכוח חוק הפיצויים.(בוחנים אם אופניים חשמליים זה רכב מנועי, כדי שאלמנתו תקבל פיצויים מביטוח הרכב).  
**מקרה 2**- פלונית (המערערת) חצתה מעבר חצייה באור ירוק, כאשר המשיב אשר חצה את הצומת על אופניים חשמליים באור אדום פגע בה. (בודקים אם אופניים חשמליים זה רכב מנועי, כדי שפלונית תקבל פיצויים מהרוכב).

**ביהמ"ש העליון בדעת רוב (עמית ומינץ):** אופניים חשמליים מצויים מחוץ לגדרו של "רכב מנועי" כהגדרתו בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

* **הש' עמית**: לסיווג אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" ע"פ חוק הפלת"ד יש השלכות מהותיות. סיווג זה משליך על התביעה אותה זכאי הנפגע להגיש, זהות החייב וגובה הפיצוי. במידה ויסווגו אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" תחול עליהם **חובת ביטוח** לפי פקודת הביטוח. קביעה כי אופניים חשמליים אינם רכב מנועי תביא לתוצאה לפיה בתאונה בין אופניים חשמליים לרכב דינו של רוכב אופניים כדין הולך רגל. אך מצד שני הולך רגל אשר יפגע מן אופניים חשמליים לא יזכה לפיצוי מכוח החוק.
* ההגדרה של רכב מנועי כוללת ארבעה רכיבים: רכב; הנע בכוח מכני; על פני הקרקע; ועיקר ייעודו לתחבורה יבשתית. במקרה זה השאלה הינה האם אופניים חשמליים עונים על רכיב "הנע בכוח מכני". אופניים חשמליים משלבים הפעלת כוח מכני וכוח פיזי, לדברי הש' עמית, לשון החוק לא מביאה תשובה חד משמעית לשאלה האם הם נכנסים תחת הגדרה רכב מכני. אף ההיסטוריה החקיקתית לא עוזרת בשאלה שכן אופניים חשמליים כיום שונים מאופניים שנכללו בעבר בהגדרת רכב מנועי.
* אף שהכרה באופניים חשמליים כ"רכב מנועי" מתיישבת עם האינטואיציה הראשונית, בחינת הסוגייה צריכה להיעשות לפי תכליות חוק הפיצויים והמדיניות החברתית והמשפטית שביקש להגשים. **לעמדת השופט עמית**, שיקולים אלה מטים את הכף לפרשנות לפיה אין לראות אופניים חשמליים בגדר "רכב מנועי". העובדה כי לא חלה על האופניים החשמליים חובת רישיון נהיגה, רישוי וביטוח, תומכת במסקנה שאין לראותם כרכב מנועי. רוב הנפגעים בתאונות דרכים בהן מעורבים אופניים חשמליים הם רוכבי האופניים עצמם; הולכי הרגל מהווים כ-10% אחוז מכלל הנפגעים וברוב המקרים הפגיעה בהולכי הרגל קלה יחסית, ולרשותם עומד המסלול הנזיקי הרגיל, מה שתומך במסקנה **כי אין לסווג אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" בהגדרתו בחוק**.
* מסקנה: התאונה **בעניין אסולין** היא "תאונת דרכים" כהגדרתה בחוק. המנוח רכב על אופניים חשמליים שאינם רכב מנועי, ומשנפגע על ידי רכב מנועי, זכאי הוא לפיצוי לפי חוק הפיצויים כהולך רגל. מנגד, **פלונית** נפגעה מאופניים חשמליים בהיותה הולכת רגל. על תאונה זו לא חל חוק הפיצויים ובאפשרותה לתבוע את נזקיה לפי דיני הנזיקין הכלליים.
* **הש' ברק-ארז- דעת מיעוט:** אופניים חשמליים, על סוגיהם, הם "רכב מנועי" כהגדרתו ב[חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים](http://www.nevo.co.il/law/4554). די במנוע המותקן באופניים החשמליים כדי לקבוע שהם רכב מנועי.

הלכה- אופניים חשמליים זה לא רכב מנועי והרוכבים ייחשבו הולכי רגל.

**כהן נ' הפניקס:**

בקדמת רכב מסוג ג'יפ הותקנה כננת, שנועדה לחילוץ עצמי של הרכב. המערער 1, קטין, ואחרים ניסו – במסגרת משחק – להפעיל את הכננת ולגרור את הרכב בעת שחנה בחצר הבית. כתוצאה מכך נפגע המערער 1 קשות בידו. בבימ"ש השלום נקבע כי לא מדובר בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד, שכן בחזקה החלוטה המרובה "ניצול הכוח המכני של הרכב" לא מתקיימת הדרישה לפיה "לא שינה הרכב את ייעודו המקורי". בערעור למחוזי נקבע כי לא התקיימה ההגדרה הבסיסית לתאונה- הרכיב "למטרות תחבורה" וכי החזקה החלוטה "ניצול הכוח המכני של הרכב" אינה חלה כאן כי לא מדובר ברכב דו-תכליתי. מכאן הערעור.

**טענות המערערים:** יש לראות באירוע תאונת דרכים לפי ההגדרה הבסיסית שבס'1 לחוק הפיצויים. השימוש שעשו הילדים בג'יפ עולה לכדי "שימוש ברכב מנועי" שכן הגדרה זו כוללת "דחיפתו או גרירתו של הרכב" וכי השימוש שעשו הילדים היה "למטרת תחבורה". לחילופין, טוענים המערערים לתחולת החזקה החלוטה בדבר "ניצול הכוח המכני של הרכב".

**טענת המשיבה 1**: האירוע אינו תאונת דרכים ע"פ ההגדרה הבסיסית שכן הג'יפ לא נגרר בפועל וכי האירוע אינו נכנס תחת החזקה החלוטה שכן הג'יפ הינו רכב חד תכליתי. גם אם ייקבע שהג'יפ הוא דו-תכליתי, לא חלה החזקה בדבר "ניצול הכוח המכני של הרכב" משום שמשחק ילדים איננו בגדר השימוש הלא תעבורתי של הרכב (חורג מייעודו).

**דיון- הנשיא ברק:** בשלב הראשון, בהגדרה הבסיסית, ישנה מחלוקת לגבי שני רכיבים- "שימוש" ו"למטרות תחבורה". המערערים טוענים כי דחיפת/ גרירת הרכב נכללים בתוך שימוש. ברק מסכים וטוען כי גם אם הרכב לא היה זקוק לגרירה, עדיין רכיב זה מתקיים, שכן אין בהגדרת השימוש קביעה ש"גרירה" תחשב לתאונת דרכים רק כאשר הרכב תקוע. לגבי "למטרות תחבורה"- **כדי לקבוע אם השימוש ברכב הוא למטרות תחבורה, יש לבדוק את מטרתו הסובייקטיבית של המשתמש (כמו בפרשת פדידה).** במקרה זה, מטרת השימוש בכננת היא לגרירה, הילדים ניסו לגרור את הרכב - משחק ילדים

אינו גורע מכך. לכן, האירוע מהווה תאונת דרכים כמשמעותו בהגדרה הבסיסית. **הערעור מתקבל**.

* **הערה**: כאשר מדברים על חזקה מרבה, בודקים שהרכב לא שינה את ייעדו המקורי, וכאשר מדברים על תאונת דרכים רגילה, בודקים אם זה "למטרות תחבורה" בצורה סובייקטיבית, מה עשה הנפגע?

**אג"ד בע"מ נ' ינטל:**

המשיב היה נהג אגד בזמן האירוע ונגרם לו נזק גוף כתוצאה מחבלה שקרתה בעת שביצע סריקה ביטחונית בתוך האוטובוס טרם תחילת נסיעה. הוא הגיש תביעה לבימ"ש השלום בטענה כי מדובר בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד אך תביעתו נדחתה. בביהמ"ש המחוזי התקבל ערעורו ונקבע כי מדובר ב"תאונת דרכים". מכאן הבקשה לרשות ערעור הנדונה כערעור.

**טענות המערערת:** לא מדובר ב"שימוש ברכב מנועי", ברור כי האוטובוס יכול לנסוע גם ללא סריקה ביטחונית וכי סריקה זו אינה נעשית ל"מטרות תחבורה" אלה מטעמי בטחון ולצרכי הציבור. הן סבורות כי אין לקבל את המבחן לפיו "הנסיעה" מתחילה עם עלייה לכלי הרכב.

**טענות המשיב**: טוען כי הסריקה הביטחונית מהווה "שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה". לטענת המשיב אין הבדל בין סריקה ביטחונית לבדיקת שמן במנוע כיוון ששניהם נועדו למנוע אסון בזמן הנסיעה ומבוצעות "למטרות תחבורה".

**דיון- המשנה לנשיאה א' ריבלין:**

* דרישת שימוש ברכב מנועי: המשיב טוען כי האירוע מהווה "נסיעה" או לחלופין "טיפול דרך". במקרה זה, השאלה הינה אם יש לראות בביצוע הסריקה הביטחונית באוטובוס חלק טבעי ואינטגרלי מהנסיעה ברכב, עד שיש לראותו כמקיים את דרישת השימוש בהגדרה הבסיסית. בפסקי הדין ישנן דעות לכאן ולכאן. **לדעת ריבלין, כלילת הסריקה הביטחונית במונח "נסיעה", אינה מתיישבת עם פרשנותו הטבעית ואינה ראויה לאור תיקון מס' 8 לחוק**. הקרבה בהשתלשלות העובדתית לא מצדיקה התמזגות פעולות.
* טיפול דרך: טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/ להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית (נפסק בפרשת דראושה- הטרקטור והסל). **סריקה ביטחונית לא נכללת בהגדרה זו**.תיקון דרך נעשה אגב הנסיעה על מנת לצמצם סיכון תעבורתי.
* דרישת "למטרות תחבורה": סריקה ביטחונית נועדה להתמודד עם הסיכון הביטחוני הנובע מאיום הטרור. זהו לא סיכון תעבורתי באופיו, וכך גם ההתמודדות עם סיכון זה.לבדיקה הביטחונית מטרה משלה. לנסיעה מטרה משלה, אחרת. קרבת הזמן והמקום אינה מביאה, במקרה זה, להתמזגות המטרות עד כי מטרת הסריקה הביטחונית תהפוך לתעבורתית.
* הלכה: גם אם אתה לא יכול להתחיל בנסיעה בגלל גורם מסוים, צריך להיות קשר בין הבדיקה לנסיעה עצמה. אפשר פיזית לנסוע גם ללא הבדיקה, אי לכך, זה לא שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה.

**הערעור מתקבל.**

**חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' סולימאן מוחמד:**

ברכבו של המשיב אירעה תקלה בעת נסיעה והוא עצר בצד הדרך. נוסע שהיה עמו ואדם נוסף עמדו ליד הרכב. בזמן זה, פגע במשיב רכב שעבר במקום. השאלה הינה אם בעת הפגיעה הנפגע היה במעמד של נוהג ברכבו או במעמד של נפגע מחוץ לכלי רכב. במקרה הראשון (נוהג) החבות מוטלת על מבטחו ובמקרה השני (נפגע מחוץ) על מבטחו של הנהג הפוגע.

**ביהמ"ש המחוזי**: נקבע כי יש לראות בו כמי שהשתמש ברכבו בשעת התאונה ולכן מבטח הנפגע מחויב לפצותו. הבסיס לפסיקה זו היה שדי בכך שנקבע שהייתה זיקה בין היות התובע מחוץ לרכב לבין מעורבותו בטיפול בפולקסוואגן- בין אם דרך התבוננות ובין אם דרך ביצוע. **תיקון רכב זה נכנס תחת הגדרת טיפול דרך- תיקון שנעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית ומבצע התיקון אינו אדם במסגרת עבודתו המקצועית**. **השופט אנגלרד:** מסכים עם קביעת ביהמ"ש קמא.

**דוחה את הערעור**.

הלכה- תיקון רכב זה שימוש ברכב כל עוד זה לא עבודתו המקצועית, אך מה מעמדו של אדם שהסתכל ולא תיקן בעצמו? מספיק שיש זיקה בין היותו מחוץ לרכב לטיפול, הוא נחשב נוסע.

**רחימי נ' חריזי:**

אושר רחימי ז"ל עלתה לרכב ההסעות בדרכה ליומה השני בכיתה א' אך נשכחה ברכב עד לסוף היום ונפטרה. הוריה ועיזבונה הגישו תביעה בשתי עילות חלופיות- פקודת הנזיקין וחוק הפלת"ד. ביהמ"ש המחוזי קבע כי הנסיבות הללו נכנסות תחת "תאונת דרכים" ודחה את התביעות כנגד כל הנתבעים מלבד הנהג, בעלת האוטובוס וחברת הביטוח שלהם. מכאן הערעור.

**דיון- המשנה לנשיאה א' ריבלין:** דין הערעור להתקבל. הצדדים חלוקים בנוגע לתחולת ההגדרה הבסיסית של תאונת דרכים לפי ס'1 לחוק. באשר להגדרת שימוש ברכב מנועי, האם מקרה זה נופל תחת חלופות נסיעה ברכב? לאחר חקיקת תיקון 8 לחוק, הכלל המקובל בפסיקה הוא כי צורות שימוש שאינן נופלות בדרך טבעית בגדרו של המונח "נסיעה" ואינן נזכרות במפורש בחוק שוב אינן באות בגדרו. נוכחות ברכב אינה תואמת את משמעותו של המונח "נסיעה" ואינה קשורה בהכרח לנסיעה בפועל. **החל מהרגע בו הנהג דומם את המנוע – הנסיעה הסתיימה. משמע, האירוע לא נכנס תחת הגדרת "תאונת דרכים". הערעור מתקבל.**

הלכה – נוכחות ברכב זה לא נסיעה (היה גם עם הנהג אגד).

**רותם חברה לביטוח בע"מ נ' מזוואי:**

מזאווי נסע ברכב מבוטח, ברכב יש נוסע נוסף, חייל שהחזיק נשק ברכב נוסע, החייל נגע בהדק לא עקב טלטולי המכונית, ונפלט כדור שפגע במשיב 1 (לא באופן מכוון). בערעור לביהמ"ש העליון נקבע כי זוהי תאונת דרכים, לפני שתוקן תיקון 8. מכאן הדיון הנוסף.

**דיון-דעת רוב, השופט ת' אור:**

* המקרה דנן אינו "תאונות דרכים" כמשמעות המונח לאחר תיקון מס' 8 שכן לא מתקיים הקש"ס המשפטי- הרכב הוא זירה בלבד.
* **מתי הרכב הוא זירה בלבד להתרחשות הנזק?** בפרשת שולמן נקבע כי ניתן לשלב את מבחן הסיכון עם מבחן השכל הישר (אם התנהגות הניזוק תרמה בפועל להתהוות הסיכון שאותו בא החוק להסדיר)- על מנת שנזק ייגרם עקב שימוש ברכב מנועי, נדרש כי נקודת המגע בין השימוש והסיכון לא תסתכם ב"הזדמנות" בלבד**.** מבחן השכל הישר מוביל למסקנה כי פליטת כדור מנשק אינה סיכון אופייני לנסיעה ברכב והיא לא נכללת בין הסיכונים הרגילים של שימוש. הפליטה לא אירעה בשל טלטול הרכב ולכן לא נגרם נזק עקב "שימוש ברכב מנועי".קש"ס ישלל במקום בו ההתנהגות תורמת לאירוע גורם הנזק, רק במונחים של הימצאות הניזוק ברכב מבחינת הזמן והמקום- אך לא משום בחינה רלוונטית אחרת לעניין שימוש ברכב. **"מבחן הזירה"**- **המבחן בוחן עפ"י מבחן השכל הישר אם השימוש שנעשה ברכב תרם באופן רלוונטי ממשי לקרות הנזק. רק אם התשובה חיובית- ישנו קש"ס משפטי בין השימוש ברכב לנזק שנגרם. דין הערעור להתקבל.**
* **דעת מיעוט- השופטת שטרסברג-כהן:** נשארת בעמדתה שהייתה דעת רוב בערעור- מדובר בתאונת דרכים. בעת המאורע נעשה שימוש ברכב לייעודו הרגיל והטבעי, הרכב היה במהלך נסיעה והמאורע אירע תוך סיכונים האופייניים בשימוש בדרך- הובלת נוסעים על חפציהם. על דין הערעור להדחות.

**החזקות המרבות:**

גם אם האירוע **לא** נכנס להגדרה הבסיסית של תאונת דרכים, חוק הפלת"ד מונה עוד **שלוש** חזקות חלוטות, אשר עשויות להביא להכרה במקרה מסוים כתאונת דרכים למרות שלא עומד ביסודות הבסיסיים (אלא אם החזקה הממעטת מתקיימת).

החזקות נמצאות בס' 1 לחוק:

1. **מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של רכב שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו (**הכרחיים למימוש תכליתו התחבורתית**), או אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץ לרכב.** את החזקה המרבה ניתן לפרש ככוללת שתי אפשרויות חלופיות: האחת, התלקחות של הרכב בשל רכיב או חומר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, והאחרת, התלקחות של הרכב בשל גורם חיצוני. רכיב או חומר אחר החיוניים לנסיעת הרכב - מכוון לאותם רכיבים או חומרים, המאפיינים את הרכב ככזה, והם הכרחיים למימוש התכלית התחבורתית שלו. תנאי לתחולת החזקה הוא, כי אותו רכיב שגרם להתלקחות יהיה כזה, החיוני להגשמת כושר התנועה של הרכב, רכיבים או חומרים שאינם חיוניים –לכושר התנועה של הרכב אינם מקיימים את הדרישה הקבועה בחזקה המרבה. חזקה זו מתוחמת למקרים כפי אלו שנדונו בפרשת לסרי**.**
2. **מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום אסור**. פורשה בפסיקה כחניה במקום ובאופן היוצרים סיכון תחבורתי. אין הכוונה לחניה במקום שיועד לנכים, כאשר החונה אינו נכה. ביהמ"ש פירש גם חניה מותרת עפ"י דין שיש בה סיכון תחבורתי כחניה אסורה. עשויים להתקיים ארבעה מצבים ביחס שבין חניה, בניגוד לדין או שלא בניגוד לו לבין זו המהווה, או שאינה מהווה, סיכון תחבורתי: 1. החנייה אסורה ע"פ דין ואינה יוצרת סיכון תחבורתי - אין תחולה לחזקה המרבה. 2. חנייה אסורה ע"פ דין ויש בה סיכון תחבורתי - יש תחולה לחזקה המרבה. 3. החנייה מותרת ע"פ דין ואינה מהווה סיכון תחבורתי - אין תחולה לחזקה המרבה. 4. החנייה מותרת ע"פ דין אולם יש בה סיכון תחבורתי - יש תחולה לחזקה. על כן, **"חניה במקום שאסור לחנות בו" היא חניה במקום או באופן היוצרים סיכון תחבורתי – בין שמדובר בחניה המותרת על פי דין ובין אם מדובר בחניה שיש עליה איסור בדין**. יש לבחון קש"ס כפול. על מנת שתקום זכאות לנפגע צריך שתתקיים הזיקה התחבורתית בין ההתרחשות לבין התוצאה - גישה הבאה לכלל ביטוי בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. בשלב הראשון, **נשאלת השאלה האם החניה אסורה?** (האם יש בה סיכון תחבורתי). בשלב השני, **שבו נבחן הקשר הסיבתי-המשפטי, נשאלת השאלה אם חניה אסורה מסוימת זו היא שיצרה את הסיכון שהביא להתרחשות הנזק?**

כאשר רכב חונה בשולי הכביש ופוגע בו רכב חולף מתקיים קש"ס סיבתי עובדתי (אלמלא היותו בשול לא הייתה מתרחשת תאונה). מה לגבי הקש"ס המשפטי? מורכב יותר, יש לבחון את הזיקה בין השימוש בכלי הרכב לתאונה. נוהג/ נוסע שנמצאו ברכב החונה במקום אסור ונפגעו ע"י רכב חולף, יתבעו את מבטחת רכבם, לא את מבטחת הרכב הפוגע. אם היו מחוץ לרכבם ולא עסקו בטיפול ברכב- יחשבו כהולך רגל והתביעה תהא כנגד מבטחת הנהג הפוגע.

1. **מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני** (משמע- ניצול כוח המנוע לצורך שונה מן הרגיל) **של הרכב ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי.** היא חלה רק באותם מקרים בהם יש לרכב יעוד מקורי דו-תכליתי, ייעוד תחבורתי ובצדו ייעוד אחר רב תכליתי ומקום בו הנזק נגרם בעת ניצול הכוח המכני של ייעוד הרכב הלא תחבורתי. החזקה אינה חלה במקרים בהם ניצול הכוח המכני אינו חלק מייעוד הרכב ובמקרים בהם התרחש מאורע שנגרם תוך ניצול כוח מכני ליעוד לא תחבורתי בעוד שהרכב הינו "חד ייעודי". למשל, אם לטרקטור הורידו את גלגליו, הוא לא מקיים את ייעודו התחבורתי וזה שינוי של ייעוד מקורי.כאן משתמשים במבחן הייעודי. גם ניצול הרכב כמקור כוח (כל עוד זהו ייעודו המקורי) נכנס אל תוך החזקה, וכן ניצול כוח מכני ממנוע נפרד (פס"ד קואסמה).

"לא שינה את ייעודו המקורי" -יוחל חוק הפיצויים באותם מקרים בהם הוסב הנזק בעת שהיה בניצול הכוח המכני כדי להגשים את אחד מייעודיו המקוריים של הרכב. שינוי זמני שהוכנס ברכב לא יעניק לו ייעוד מקורי נוסף.

יש צורך שיתקיים בראש ובראשונה קשר סיבתי עובדתי בין ניצול הכוח המכני לבין התוצאה המזיקה. וגם קשר סיבתי משפטי, ניצול הכוח המכני צריך שיהיה גורם ממשי לתאונה, נבחן במבחן הסיכון בשילוב עם מבחן השכל הישר.

**עזבון קואסמה נ' רג'בי:**

המשיב נהג במנוף-מערבל, הגיע לאתר בנייה ונשא עמו בטון מוכן. המערבל נעצר במרחק 10 מ' מגדר בטון שהייתה בתהליך הקמה. הבטון המוכן נפרק בעזרת משאבת בטון נפרדת מהמערבל שהופעלה על ידו. ממשאבת הבטון יוצא צינור נייד באורך 30 מ'. המנוח עסק ביציקת גדר הבטון, אחז בצינור הנייד כדי לפרק את הבטון לתבנית הגדר. מעל לגדר וליד המשאבה היו חוטי חשמל. תוך כיוון הצינור הנייד, הוסט הצינור לעבר חוטי החשמל והמנוח התחשמל ומת. המערערים תבעו את העובד שנהג במערבל ואת הביטוח בביהמ"ש המחוזי, אך תביעתם נדחתה בקביעה שלא מדובר ב"תאונת דרכים" לפי חוק הפלת"ד- לא לפי ההגדרה הבסיסית, ולא עקב ניצול הכוח המכאני של הרכב. מכאן הערעור.

**דיון- הנשיא א' ברק:**

* **האם מתקיימות דרישות ההגדרה הבסיסית?** לא. מתקיימים רק שלושה רכיבים מההגדרה הבסיסים (מתוך 6)- מאורע, נזק גוף ורכב מנועי. פריקת מטען לא נכללת בהגדרת "שימוש", הפעלת הרכב לא נעשתה "למטרות תחבורה". בשל כך גם לא מתקיים הקש"ס.
* **האם התאונה נכנסת במסגרת אחת מהחזקות החלוטות המרבות**? החזקה החלוטה שיש לבחון במקרה זה הינה "מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי". ביסוד החזקה עומדים מצבים שונים בהם "רכב מנועי" הוא דו/ רב-תכליתי, כאשר אחד מייעודיו תעבורתי. אם כך, לחזקה זו חמישה תנאים:

1. **מאורע- V**
2. **שנגרם עקב**- האם תנאי זה מתקיים? יש לבחון קש"ס כפול. הקש"ס העובדתי, **הסיבה בלעדיה אין**, מתקיים כי לולא ניצול הכוח המכאני של המערבל לא היה המנוח מרים את הצינור ולא היה נוגע בחוט החשמל. בקש"ס המשפטי, יש לבחון את **מבחן הסיכון.** לפי מבחן זה, יש לבחון האם נזק הגוף שנגרם לניזוק הוא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק (הפעילות ברכב במקרה זה). יש לשלב במבחן זה את **מבחן השכל הישר**, בו בוחנים האם כל התכונות המציינות את התנהגות המזיק (הפעלת הייעוד הנוסף של הרכב), תרמו בפועל להתהוות הסיכון אותו בא חוק הפיצויים להסדיר. במקרה זה, במידה והפגיעה במנוח הייתה כתוצאה מזרם חשמלי שמקורו במערבל/ מהבטון שהוזרם בצינור- היה ניתן לענות על שאלה זו בחיוב. עם זאת, **הפגיעה במנוח אינה קשורה בסיכון שהפעלת מנוע המערבל יצרה, היא הייתה מתרחשת גם אם הנגיעה בחוטי החשמל הייתה נעשית באמצע' מוט ברזל בו אחז המנוח**. לכן, תנאי זה לא מתקיים. **X**
3. **ניצול הכוח המכני V**
4. **של הרכב V**
5. **בעת הניצול לא שינה הרכב את ייעודו המקורי.** בבימ"ש המחוזי לא דנו בייעוד המערבל, לכן ייעוד המערבל ישאר בצ"ע, ויניחו כי תנאי זה מתקיים. **V**

* **הערעור נדחה.**

הלכה- ישנם חמישה תנאים שבוחנים בחזקה המרבה. "שנגרם עקב" בוחנים את הקש"ס (עובדתי- הסיבה בלעדיה אין, משפטי- מבחן הסיכון, השכל הישר). פגיעה שנמצאת תחת החזקה המרבה צריכה להיות בתחום הסיכון של הרכב, והאם זה הגיוני שפגיעה כזו תקרה משימוש בייעודו הנוסף של הרכב.

**החזקה הממעטת:**

ס'1 לחוק: 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.

בשלב השלישי כשבוחנים פלת"ד, יש לבחון אם לא חלה על המקרה החזקה החלוטה הממעטת **של מעשה מכוון וכן אם אין נזק הגוף שנגרם תוצאה של פעולת איבה**. בכל אחד מן המקרים האלה - אם חלה החזקה הממעטת או אם הוסב הנזק בפעולת איבה – אין זכאות על פי חוק הפיצויים אפילו נתקיימו דרישות ההגדרה הבסיסית ואפילו נופל המקרה בגדר אחת החזקות המרבות. תכליתה של החזקה הממעטת הקבועה בסעיף 1 לחוק היא "להוציא מגדר תחולת החוק סיכונים של שימוש ברכב שאינם נובעים באופן טיפוסי משימוש ברכב למטרות תחבורה... בנסיבות בהן נגרמת פגיעה עקב מעשה הנעשה במכוון כדי לגרום נזק לאדם אחר, השימוש ברכב הוא ככלי לגרימת נזק ולא לצרכים תחבורתיים**".**

**הזכאות לפיצויים על פי החוק אינה נשללת אם הנזק נגרם לא על ידי המעשה, אלא בשל השפעתו של המעשה על השימוש ברכב, במקרה הזה מדובר הוא בתאונת דרכים**, על אף המעשה המכוון, וקמה לנפגע זכאות לפיצויים במסגרת החוק. אבחנה זו אינה פשוטה. כאשר המעשה המכוון הוא בעצם השימוש ברכב, יש לראות בנזק תוצאה ישירה של המעשה המכוון ושוב אין זו תאונת דרכים (טריקת דלת על ידו של אדם, דריסה מכוונת, הטמנת מטען ועוד). כאשר הנזק הנגרם מן המעשה המכוון הוא בעקבות השימוש ברכב המנועי זוהי תאונת דרכים (זרקתי אבנים על רכבים, הרכב נפגע וסטה מן הכביש ולכן דרס אדם, הנזק נגרם בעקבות השימוש בכוח המנועי ולא מן המעשה המכוון).

**החזקה הממעטת והסייג לחזקה:** פס"ד עזבון המנוח לזר (הבחור שהתאבד על פסי רכבת)

לקיום החזקה נדרשים שני תנאים מצטברים:

1. המאורע אירע כתוצאה ממעשה מכוון. החזקה הממעטת אינה דורשת התקיימות תוצאה מסוימת (פגיעה בפועל), די בכוונת מחולל התאונה לגרום לנזק.
2. המעשה נעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו/ לרכושו של "אותו אדם".

\*\* לחזקה מתלווה **תנאי מסייג,** לפיו גם אם שני התנאים מתקיימים- התאונה תוחרג מהגדרת תאונת דרכים רק אם הנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב מנועי.

נטל ההוכחה על הנתבע.

**דינו של שוד דרכים במסגרת חוק הפלת"ד:** פס"ד כלל חברה לביטוח**.** אינו מהווה תאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד- כלי הרכב משמש כזירה, הנזק נגרם כתוצאה מתקיפת השודדים ולא כתוצאה מהשימוש ברכב. לכן, חלה עליו החזקה הממעטת.

**פעולות איבה:** תיקון 8 מוציא במפורש מהחוק נזק אשר נגרם לאדם כתוצאה מפעולת איבה. זאת ניתן לראות בהגדרת המונח נפגע בס'1 " אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים, למעט אם נגרם מפגיעת איבה". גם מעשים מכוונים שעלולים לפול בהגדרת החוק יוצאו ממנו במידה ומהווים פעולות איבה.

**מיהו האדם אליו מכוון המעשה?** "אותו אדם" הוא הנפגע שהפוגע ביקש במתכוון לגרם נזק לגופו. כוונה זו מתקיימת גם כאשר אותו אדם מתכוון לגרום נזק לעצמו. החזקה הממעטת חלה על כן גם על פגיעה עצמית מכוונת ולא רק על פגיעה מכוונת בזולת. שני המקרים יוצאים מגדר החוק.

**דינו של מתאבד:** פס"ד עזבון המנוח לזר**.** גם במעשהו של המתאבד או המנסה להתאבד ניתן לגלות את הכוונה לגרום לתאונה. על כן החזקה הממעטת חלה גם על מתאבד. במקרים כאלו, נפגע שגרם לתאונה במתכוון, אינו זכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד. התאבדות על פסי רכבת אינה מהווה תאונת דרכים על פי חוק, לכן תלויי המנוח אינם זכאים לפיצוי מכוח חוק הפלת"ד.

**המעשה המכוון ושלילת זכאות:** ע"פ ס'7(1) נשללת הזכאות **מנפגע** שגרם לתאונה במתכוון. **מה ההבדל בין הכוונה שבס'7(1) לס'1?** ס'7 (1) לחוק הפיצויים שולל כאמור ממי שגרם לתאונה במתכוון את הזכאות לפיצויים על פי החוק ובגלל שהוא תחת החוק עדיין, לא יכול לתבוע בגלל נזיקין. סעיף 1 לחוק מוציא מגדר החוק כולו מעשה מכוון שגרם ישירות לנזק גוף. בכל מקרה עומד לנפגע הזכות לתבוע ע"פ פקודת הנזיקין.

נפגע בתאונה מכוונת 🡨 תובע מהפקנ"ז ( כי הוצא מהגדרת החוק לפי ס'1)

פוגע בתאונה מכוונת 🡨 חוסה תחת חוק הפלת"ד, ולכן לא יכול לתבוע תחת הפקנ"ז (ייחוד עילה), אבל בגלל סעיף 7(1) לא זכאי לפיצויים, אלא רק תלוייו.

**דינו של צד ג' שנפגע כתוצאה ממעשה מכוון:** על פי השופט אור בפס"ד עזבון המנוח לזר, החזקה חלה על כל ה"שחקנים הפוטנציאלים" בתאונה מכוונת, ביניהם צד ג'. עם זאת, השופטת שטרסברג-כהן טענה כי יש להשאיר זאת בצ"ע.

**עזבון המנוח לזר נ' רשות הנמלים והרכבות**:

המנוח, שעיזבונו הוא המערער, נשכב על פסי הרכבת במטרה להתאבד ונדרס למוות ע"י הרכבת. הערעור דן בשאלה האם האירוע נכנס לגדר החזקה הממעטת בהגדרת תאונת דרכים בס' 1 לחוק.

**דיון – השופט ת' אור:**

* מעשה התאבדות אשר מעורב בו "רכב" כאמצעי ישיר/ עקיף לביצוע המעשה, נכנס לגדר מקרי "תאונה מכוונת". בתאונה מכוונת עשויים להיות מעורבים 3 שחקנים פוטנציאלים:

1. מחולל הפגיעה- אדם המבקש לגרום נזק לגופו/ לרכושו של אחר.
2. האדם אשר מחולל הפגיעה מבקש להסב לו נזק.
3. צד ג'- שלא היה אמור להיות מעורב בתאונה, אך נפגע כתוצאה נלווית שלה.

* לקיום החזקה נדרשים שני תנאים מצטברים:

1. המאורע אירע כתוצאה ממעשה מכוון.
2. המעשה נעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו/ לרכושו של "אותו אדם". ישנן דעות חלוקות- האם "אותו אדם" חייב להיות אדם אחר, או שמא מעשה התאבדות נכלל תחת חזקה זו.

\*\* לחזקה מתלווה **תנאי מסייג** (ראה לעיל).

* **, כאשר אירוע בו נפגע אדם וס'7 שולל את זכאותו לפיצויים מהווה "תאונת דרכים"- תלוייו זכאים לפיצויים על פי חוק.** אבל במקרה הנ"ל זה אינה תאונת דרכים מלכתחילה.
* השופט אור קובע כי **"אותו אדם" עליו חלה החזקה הממעטת, כולל גם מתאבד. בשל כך, אין לו או לתלוייו עילה לתבוע את נזקיהם לפי חוק הפלת"ד, במקרים בהם הוא נפגע כתוצאה ממעשה התאבדות.** למסקנה זו הגיע השופט מלשון החוק, תכליתה וההיסטוריה החקיקתית של תיקון 8 וכן מתוך הגיון (לא הגיוני כי תלויי אדם שנפגע במכוון מפעילות עבריינית לא יזכו לפיצוי, לעומת תלויי אדם מתאבד).השופט אור מוסיף כי תוצאה זו רצויה גם מבחינת האינטרס הציבור- לא ראוי כי לאדם המבקש לשים קץ לחייו תינתן האופציה להטיל את התמיכה במשפחתו על ציבור הנהגים, ע"י כך שישתמש בכלי רכב לצורך מטרה זו.
* **החזקה הממעטת אינה דורשת התקיימות תוצאה מסוימת (פגיעה בפועל), די בכוונת מחולל התאונה לגרום לנזק.** כמו כן, השופט אור נוטה לכך שיש להחיל את החזקה באופן שווה על כל השחקנים המעורבים (גם צד ג') בתאונה המכוונת- ללא קשר לפגיעה. לדעת השופטת שטרסברג כהן יש להשאיר את עניין זה בצ"ע.
* **במקרה זה חלה החזקה הממעטת ולא חל הסייג לחזקה, שכן מות המנוח נגרם בשל המעשה שלו- שכיבה על פסי הרכבת. הערעור נדחה.**

**כלל חברה לביטוח בע"מ נ' כהן נח:**

המשיבה הגישה תביעה לפיצוי בגין נזקי גוף לפי חוק הפלת"ד, בטענה כי שוד הדרכים שעברה מהווה "תאונת דרכים". המשיבה עצרה את רכבה, מבלי לדומם את המנוע, ליד בית חברתה כדי שזו תרד מהרכב. השתיים הותקפו ע"י שלושה צעירים חמושים באולרים, אלו השליכו אותן מהרכב, חטפו את הרכב ונמלטו. בימ"ש השלום קיבל את תביעתה של המשיבה, קבע כי מדובר בתאונת דרכים וכי אין להחיל את החזקה הממעטת על מקרה זה. בקשת הערעור של המערערת נדחתה בבימ"ש המחוזי ללא דיון. מכאן הערעור.

**דיון- השופט ג'בראן:**

האירוע אינו מהווה תאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד. על פי ההגדרה הבסיסית, לא נגרם כאן נזק גוף כתוצאה משימוש ברכב, כלי הרכב שימש כ**זירה** להתרחשות המאורע המזיק. כמו כן, לא התקיימה גם אחת מהחזקות המרבות. גם אם לא היו מגיעים למסקנה זו- חלה **החזקה הממעטת, מוציאה מגדר החוק סיכונים של שימוש ברכב, שאינם נובעים באופן ישיר משימוש ברכב למטרות תחבורה**. הנזק נגרם למשיבה כתוצאה ישירה של תקיפת הגנבים, משמע תוצאה ישירה של מעשה מכוון, אשר לא נעשה ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי.

**סוגיות שונות בפלת"ד:**

**משוללי זכאות בפלת"ד:**

**ס' 7 לחוק- הגבלת זכאותם של נפגעים: נפגעים אלו אינם זכאים לפיצויים לפי החוק:**

1. מי שגרם לתאונה במתכוון.

\*\* לפי ספרו של ריבלין, מעשים מכוונים שלא שוללים זכאות כוללים את הכוונה לבצע מעשה בהקשר לשימוש ברכב, תוך מודעות לסיכון שבו, אך בלא כוונה לגרום לתאונה- למשל, הרצון להימלט מרכב נוסע בשל חשש מסכנה. כמו כן, כוללים מעשה מודע שבא מתוך רצון לבצע פעולת הצעה, מעשה מכוון שבוצע ע"י מי שלא ניתן לייחס לו אחריות למעשיו/ הבנה של טיב מעשהו ואף מי שעשה מעשה מכוון לנזק רכוש, אך מדובר בנזק משני.

1. מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות) וכן מי שהיה מצוי ברכב, ביודעו שהנוהגים בו כאמור.
2. מי שנהג ברכב ללא רישיון, למעט רישיון שפקע מחמת אי-תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו'1 לחוק ההוצאה לפועל.

\*\* פס"ד קרנית נ' מגדל קובע כי ס' 7(3) יחול רק על הפרת תנאי או הגבלה בדרגת הרישיון שעניינה סוג הרכב שהנהג נוהג בו (מאפיינים פיזיים)- תנאים אלו יכולים לנבוע מתקנות התעבורה או מהגדרת הרכב בתקנה 1 לתקנות (למשל משקל).

**\*\***  לפי פס"ד ספיאשווילי, נהג חדש הנוהג ללא מלווה זכאי לפיצויים על פי חוק הפלת"ד.

1. מי שהרכב שימש לו/ סייע בידו לביצוע פשע.

\*\* לפי ספרו של ריבלין, השלילה אינה מוגבלת רק לנוהג ברכב, אלא גם כלפי השותף לפשע שהרכב שימש לביצועו או שהרכב סייע לביצועו. נדרשת מודעות הנפגע לעובדה שהרכב שימש/ סייע לביצוע פשע על מנת שתישלל הזכאות לפיצויים. הכוונה כאן היא לביצוע פשע מעבר לשימוש ברכב עצמו- מי שנהג ברכב בדרכו לבצע שוד בבנק/ בעת הימלטותו לאחר ביצוע השוד, תשלל זכאותו לפיצויים אם יפגע בתאונת דרכים. אם שודד מנסה לתפוס מונית ונפגע- לא תשלל זכאותו, כי המונית לא שימשה לשוד.

1. מי שנהג ברכב ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח/ כשהביטוח שהיה לו לא כיסה את שימושו ברכב.
2. בעל הרכב/ המחזיק ברכב, שהתיר לאחר לנהוג ברכב ללא ביטוח או כשהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה, ונפגע בתאונת דרכים שאירעה באותה נהיגה – בין אם בהיותו ברכב ובין אם מחוצה לו.

**ס' 7א לחוק- זכאותו של נוהג בהיתר לתבוע פיצויים:** על אף האמור בס' 7(5), מי שנפגע כשנהג ברכב בהיתר מאת בעליו או את המחזיק בו ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את השימוש ברכב, **והוא לא ידע על כך** בנסיבות העניין ולא היה סביר שיידע- יש לו זכאות לתבוע פיצויים מן הקרן, כפי שזכאי לכך נפגע לפי ס' 12(ב).

**קרנית נ' פרח:**

המשיב 1 ביקש מחברו המשיב 2 שינהג ברכבו שכן היה עייף. בעוד שמשיב 2 נהג במכונית אירעה תאונה בה נפצע משיב 1. לאחר התאונה התברר כי למשיב 2 לא היה רישיון נהיגה ולפיכך סירבה חברת הביטוח לפצות את משיב 1. המשיב 1 פנה לקרנית בתביעה לפיצויים וזאת סירבה בטענה כי בהתאם לס'7(6) לחוק אין היא חייבת לפצותו. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי קרנית חייבת לפצות את המשיב 1 שכן הוא לא ידע ולא היה סביר שידע כי למשיב 2 לא היה רישיון נהיגה. מכאן הערעור.

**השופט חשין:**

* החליט המחוקק כי יש סוגי אירועים בהם לא יהיה נכון לזכות את הנפגע בפיצוים ולא יהיה ראוי לחייב את קרנית/חברת הביטוח לפצותו. סוגי אירועים אלה מצויים בס'7. ענייננו הוא בהוראת ס'7(6) העוסק בבעל רכב שאפשר לאחר לנהוג ברכבו כשאין לו ביטוח. נראה כי במקרה זה המשיב 1 התיר למשיב 2 לנהוג ברכב בנסיבות בו אין לו ביטוח. ע"פ ס'7(6) באירוע זה לא זכאי הנפגע לפיצויים.
* יסודו של חוק הפיצויים הוא בתפישה החברתית המנסה שלא להותיר נפגעי תאונות דרכים נעדרי-פיצוי.
* בצידו של ס'7 לחוק השולל את הזכות לפיצוי שוכן ס'7(א) ובו שלילת השלילה, ביהמ"ש סבור כי הוראת ס'7(א) מציבה עצמה רק נגד הוראת ס'7(5). מכאן עולה השאלה האם רלוונטית הוראת ס'7(א) לס'7(6)?
* **הוראת ס'7(6) לחוק עוסקת במצב בו התיר בעל הרכב לאחר לנהוג ברכבו כשאינו מבוטח**. במידה ובאותה נסיעה ארעה תאונת דרכים, **לא יהיה זכאי הנהג לפיצוי ע"פ חוק הפיצויים** (ע"פ ס'7(5) לחוק לא זכאי גם הנהג לפיצוי). נראה כי פירוש האשם ע"פ ס'7(6) אינו מעלה קושי, שכן בעל רכב שנתן לחברו לנהוג ללא ביטוח אינו זכאי לפיצוי. ואולם, **מה אם לא נפל אשם במעשה בעל הרכב? האם גם אז תישלל זכותו לפיצוי?**
* פירושו של ס'7(6) שלפיו נדרש אשם בהתנהגותו של בעל הרכב לצורך שלילת הפיצויים על-פי החוק מייסד עצמו על תכלית החוק, תכלית זו הינה סוציאלית ובמילא ראויה לפרשנות מקלה.
* אין ספק כי מודעות של בעל הרכב להיעדרו של ביטוח, תקים את הוראת [ס'7(6)](http://www.nevo.co.il/law/4554/7.6) על רגליה.
* מן הכלל אל הפרט: **מוסכם כי המשיב 1 לא ידע כי המשיב 2 אינו בעל רישיון נהיגה** וכי לא עצם עיניו ונהג בפזיזות בנוגע לשאלה זו. וכי לא היה בנסיבות העניין לעורר חשד כי ידע משיב 1 כי משיב 2 לא בעל רישיון בר תוקף. אין הצדקה להתערב בהכרעת בימ"ש קמא.

**דין הערעור להדחות**.

הלכה: ס'7(א) חל גם על 7(6), אם אדם התיר **ולא ידע על כך שהביטוח לא חל על אותו אדם שהתיר לו**.

**קרנית נ' מגדל:**

2 מקרים: ב**ראשון**, גרינברג הגיש לבימ"ש השלום תובענה כנגד המשיבות לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לו בתאונת דרכים. ביהמ"ש דחה את התובענה לאחר שקבע כי לא היה בידי העותר רישיון נהיגה תקף ועל כן חל ס' 7(3) לחוק הפלת"ד, השולל פיצויים ממי שנהג ברכב כשאין לו רישיון לנהוג בו, משום שברכב בו נהג העותר בעת התרחשות התאונה לא הותקן הגה כוח כנדרש עפ"י תנאי רישיונו בשל נכותו. ערעורים למחוזי ולעליון נדחו, ובד"נ בעליון תביעתו התקבלה. **במקרה השני**, לוי הגיש תובענה לפיצויים על נזקי גוף שנגרמו לו בתאונה. בימ"ש קבע כי מאחר שהסיע נוסעים במידה העולה על המותר לפי רישיונו יש לראות בו כמי שבמועד התאונה נהג ברכב ללא רישיון ובכך נשללת זכאותו לפיצויים. זהו ד"נ מאוחד בשני המקרים.

**דיון- המשנה לנשיא (בדימוס) ת' אור:**

* ס' 7(3) לחוק דן בנפגעים שאינם זכאים לפיצויים לפי חוק הפלת"ד בשל היותם ללא רישיון. בפקודת התעבורה, ס' 10(א) דן באיסור לנהוג בלי רישיון נהיגה וקובע שני מקרים שונים הנכללים באיסור: נוהג ללא רישיון לרכב מאותו סוג או אדם שנוהג לא בהתאם לתנאי הרישיון שלו. גרינברג נסע ללא הגה כוח ובכך הפר את תנאי רישיונו. לוי הסיע יותר נוסעים מהמותר לו לפי רישיונו ובכך גם הוא הפר את תנאי רישיונו.
* **פרשנות ס' 7(3) בפסיקה**: אי-חידוש רישיון נהיגה בשל אי-תשלום קנסות מהווה פגם טכני ולא פגם שעניינו כושר הנהג לנהוג, לכן אין זה מצדיק שלילת פיצויים. כמו כן, מי שנהג ברכב בעת פסילת רישיון ועונש הפסילה לא היה כדין- אין לראותו כחסר רישיון נהיגה בס' זה.
* **מה הדין במקרה בו נהג הפר תנאי/ הגבלה ברישיונו?** בדיון קודם בפרשת גרינברג, הנשיא ברק קבע כי לא כל הפרה של תנאי ברישיון או מגבלה שקולה להעדר רישיון על פי ס' 7(3) לחוק, משמע ישנם מקרים בהן ההפרה לא תוביל לשלילת הזכאות לפיצויים על פי חוק- זאת כאשר מדובר בהפרה שולית. עם זאת, גרינברג נכה ב100%, ונהיגה ללא הגה כוח מסכנת את הציבור, על כן זו הפרה מהותית. נקבע באופן כללי כי כל מקרה יבחן לגופו. בדיון קודם בפרשת לוי, ריבלין קבע כי הסעת נוסעים במידה העולה על המותר לפי רישיון הנהג, זו הפרה מהותית של תנאי הרישיון. נקבע כי לא די בהפרה מהותית של תנאי הרישיון להחלת ס' 7(3), אלא שיהיה טמון בהפרה פוטנציאל סיכון בטיחותי של ממש.
* **המחלוקת-** **מהו היקף ההתפרסות של ס' 7(3)?** אין חולק כי [ס'7(3)](http://www.nevo.co.il/law/4554/7.3) לחוק חל על נהג שנפגע בתאונת דרכים כאשר אין בידו רישיון נהיגה, והוא מעולם לא החזיק רישיון כזה, או בתקופת הפסילה כאשר הוא נפסל מלהחזיק רישיון נהיגה. מנגד לא חל הסעיף במקרים בהם נעדר רישיון נהיגה מפגמים טכניים פורמאליים. הגבלות/ תנאים ברישיון עשויים להיות מ2 סוגים:

1. **סטטוטוריים**: תנאים והגבלות הקבועים בפקודת התעבורה או בתקנות שהותקנו על פיה (הגבלה על מס' נוסעים/ משקל רכב). **כמו במקרה לוי.**
2. **אינדיבידואליים**: מוטלים מכוח ס' 53 לפקודת התעבורה, המסמיך את רשות הרישוי לקבוע תנאים אינדיבידואליים ברישיונות הנהיגה, אם היא סבורה שיש בכך צורך מחמת כושר נהיגה לקוי של המחזיק ברישיון. יכולים להיות לגבי הנהג או לגבי הרכב. לדוגמה החובה לרכוש רישיון נהיגה. **כמו במקרה גרינברג.**

* **לשון החוק** - בחינה של ס'7(3) תומכת בפרשנות לפיה הס' חל במצבים בהם לנהג אין רישיון לנהוג באותו סוג רכב מבחינת מאפיינים פיזיים (רישיון בי ולא רישיון סי), ואין הוא מתפרס על מצבים בהם הנהיגה היא בניגוד לתנאים או להגבלות אחרות ברישיון.
* **תכלית החוק** - מצד אחד תכלית החוק הינה סוציאלית, מתן פיצוי למי שנפגע בתאונה. ומצד שני תכלית הרתעתית. תכליתו של ס'7(3) הינה למנוע סיכונים מיוחדים בדרכים ולהעניש את אלה הנוהגים באופן המייצר סיכונים אלה, העדר רישיון נהיגה היא תופעה כה לא רצויה עד שהיא לעיתים מצדיקה שלילת פיצוי ע"פ חוק. שאלתנו היא **שאלת האיזון בין התכלית הסוציאלית לתכלית ההרתעתית.** העיקרון המנחה את פרשנות ס'7 הינו שיש לפרשו באופן מצמצם כך שיוכל על מקרים חמורים בלבד.
* השופט אור מקבל את עמדת קרנית, לפיה יש להחיל את ס' 7(3) רק במקרים חריגים וחמורים, בהם לנהג אין כלל רישיון נהיגה לאותו סוג רכב. משמע לא להחילו על מקרים בהם הנהג הפר תנאי אינדיבידואלי/ סטטוטורי.
* **שני העותרים זכאים לפיצויים.**

הלכה - **ס' 7(3) יחול רק על הפרת תנאי או הגבלה בדרגת הרישיון שעניינה סוג הרכב שהנהג נוהג בו (מאפיינים פיזיים) - תנאים אלו יכולים לנבוע מתקנות התעבורה או מהגדרת הרכב בתקנה 1 לתקנות (למשל משקל).** צריך שיהיה טמון סיכון בטיחותי של ממש!

**ספיאשווילי נ' מנורה חברה לביטוח:**

נהגת המחזיקה ברישיון נהיגה של "נהג חדש" נפגעה יחד עם המשיב בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד. ברישיון ישנו תנאי לפיו המערערת נדרשת למלווה בעת הנהיגה. בעת התרחשות התאונה לא ישב מלווה לצדה כנדרש ברישיון. האם מטעם זה תישלל זכאותם לפיצויים עפ"י החוק? ביהמ"ש המחוזי קבע כי מדובר ברישיון על תנאי- ללא מלווה, הרישיון לא בתוקף. לכן, פוליסת הביטוח שהוצאה ע"י המשיבות אינה מכסה את נהיגתה ברכב. לגבי המשיב- נקבע כי לא ידע שהיא זקוקה למלווה, לכן הוא זכאי לפיצויים מטעם קרנית. מכאן הערעור.

**דיון- המשנה לנשיא (בדימוס) ת' אור:**

* **במקרה זה יש לבחון 2 שאלות:**

1. האם המערערת זכאית לפיצויים מכוח הפלת"ד או שמא חל עליה ס' 7(3) השולל את זכאותה? על פי הלכת קרנית נ' מגדל, אין המערערת נחשבת כמי שנהגה ללא רישיון, **שכן מדובר בהפרת תנאי/ מגבלה סטטוטוריים ברישיון ולא בהפרת תנאי הקשור לסוג הרכב. משמע, המערערת זכאית לפיצויים לפי חוק הפלת"ד.**
2. אם היא זכאית לפיצויים מכוח החוק, האם עפ"י הוראות הפוליסה ותנאיה לא הוצאה חבות המבטחות לפיצוי מגדר תחולה? תחולת הפוליסה שכיסתה את הנהיגה ברכב במקרה זה, אינה חלה על מי שאינו זכאי לפיצויים מכוח הוראות חוק הפלת"ד, בדבר הגבלת זכאות לפיצויים. נקבע בס' 1 כי המערערת זכאית לפיצויים לפי חוק הפלת"ד, לכן הגבלה זו אינה מסירה את הכיסוי הביטוחי מהמקרה הנדון. בנוסף, מצוין בביטוח שצריך לנהג להיות רישיון על סוג הרכב הספציפי, במחוזי נאמר שנהיגה ללא מלווה=אין רישיון כלל, אך זה שגוי- **יש לה רישיון על סוג הרכב ולכן תקף.**

* **הערעור מתקבל.** בשל העובדה שיש כיסוי ביטוחי לתאונה, המשיבות (המבטחות) ישיבו לקרנית את הסכום ששילמה למשיב שנפגע בתאונה.

**דינם של תלויים:**

**ס' 7ב לחוק- זכאותם של תלויים לתבוע פיצויים: "**תלויים בנפגע יהיו זכאים לתבוע פיצויים לפי חוק זה, גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך לפי ס' 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."

כיום תלויים הם בעלי זכאות עצמאית כלפי הקרן, זכאות שהיא בלתי תלויה לגמרי בזו של מפרנסם. למעשה התלוי מוגן ע"י הקרן בכל מקרה של העדר ביטוח.

\*\* פס"ד עזבון המנוח לזר, נקבע כי התאבדות על פסי רכבת נכנסת בגדר החזקה הממעטת ולכן החוק אינו חל עליה. בשל כך, התלויים אינם זכאיים לפיצויים מכוח חוק הפלת"ד.

**זכות החזרה (שיפוי/ השתתפות):** לרוב מדובר על הזכות של קרנית לתבוע שיפוי.

**ס' 9 לחוק-** (א) מי ששילם פיצויים המגיעים לפי חוק זה, לא תהיה לו זכות חזרה על אדם אחר החייב בפיצויים לפי חוק זה, זולת (בפרט) הזכות לחזור על אחד מאלה:

1. מי שאינו זכאי לפיצויים לפי ס' 7.-**לדוג'**: עבריין ביצע פשע עם הרכב והעבריין לא זכאי לפיצויים, הקרנית שילמה פיצויים עבור הנפגעים, זכאית לתבוע את העבריין באופן ישיר.
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.- רשאי לתבוע שיפוי/השתתפות מחייב אחר. **לדוג'**: נהג פוגע בהולך רגל, ואין לו ביטוח שישלם פיצויים להולך רגל, קרנית מפצה את ההולך רגל ואחר"כ תובעת שיפוי מהנהג ללא הביטוח.
3. בעל הרכב או המחזיק בו אשר התיר לאחר לנהוג ברכב כשאין לו ביטוח.- רשאי לתבוע שיפוי/השתתפות מחייב אחר. **לדוג'**: מישהו נותן היתר לנהג אחר לנהוג ברכבו (אך אין לו ביטוח) וזה שהתירו לו לא יודע שאין לו ביטוח- זכאי לפיצוי מקרנית, לאחר מכן קרנית תתבע את בעל הרכב שהתיר בשיפוי.
4. לנהגים המעורבים בתאונה משותפת- יש זכות חזרה בינם לבין עצמם לפי סעיף 3(ב) לחוק.

(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 לחוק-** הקמת קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.

**ס' 11 לחוק-** הקרן היא תאגיד, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית; היא תהא גוף מבוקר לפי חוק מבקר המדינה- תשי"ח-1958.

**ס' 12 לחוק-** (א) תפקיד הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד, ואין ביכולתו לתבוע פיצויים מאת מבטח, מחמת אחת מאלה:

1. הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע.
2. אין לנוהג ביטוח לפי פקודת הביטוח/ הביטוח שלו אינו מכסה את החבות הנדונה.
3. המבטח נמצא בפירוק.

(ב)במקרים המנויים בס' קטן (א), זכאי הנפגע לקבל פיצויים מהקרן, כשם שהיה זכאי לקבל ממבטח, וכן חייבת הקרן לשלם לביה"ח את הוצאות הטיפול בנפגע כשם שמבטח חייב לשלמן לפי ס' 28 לפקודת הביטוח.

תפקיד הקרן ומבנה: תפקידה המרכזי של הקרן הוא לעזור לנפגע, בעל זכאות לפי החוק, להתגבר על קשיים במימושה. הקרן לא באה להוסיף זכאות חדשה על זכאויות הנפגע, על כן, **נפגע שלא זכאי לתבוע פיצוי מכוח החוק אינו יכול להיות זכאי לפיצוי מן הקרן**.

(1) הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע: אי יכולת לתבוע פיצויים מאת המבטח. העובדה שנהג אינו ידוע לא מזכה בתביעה כלפי קרנית אם ידוע המבטח (תאונה עם אוטובוס שידועה החברה אך לא הנהג). מסקנה דומה במקרים בהם נפגע הולך רגל מתאונה בין שני רכבים ורק פרטים של אחד ידועים. קרנית זכאית לאחר זיהוי הנהג, לשפות עצמה ממנו ומאת מבטחו על תשלומי הפיצוי ששילמה.

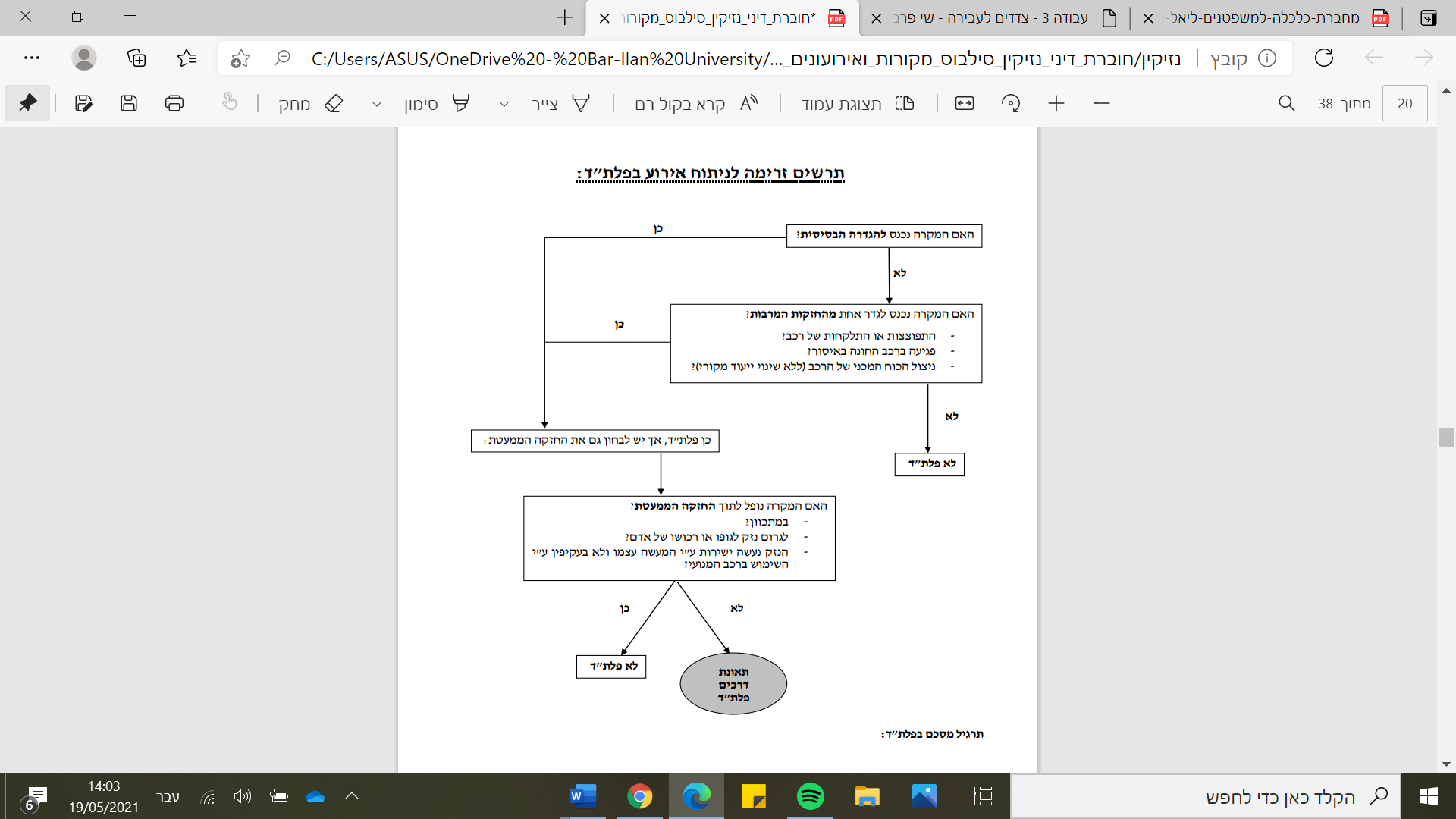
(2) אין לנוהג ביטוח/ביטוחו אינו מכסה את החבות: התנאי הוא כי אין ביד הנפגע לתבוע פיצוי מאת המבטח מחמת העדר ביטוח. במידה ויש מספר מכוניות מעורבות, מספיק כי לאחת מהן ישנו ביטוח על מנת לבטל את זכות הנפגע לפיצוי מטעם הקרן. העובדה כי ידוע אחראי התאונה אינה גורעת מזכאות הנפגע כלפי הקרן שכן החוק דורש את מציאת המבטח כדי להוציא את הקרן.

(3) המבטח נמצא בפירוק: מטרתו של תת סעיף זה למנוע את חוסר יכולתו הכספית של מבטח לשאת בתשלום פיצויים לפי הפוליסה, הכוונה היא לא למצבים בהם לא קיימת זכות תביעה בשל הפירוק אלה לא קיימת אפשרות לקבל פיצוי. גם נוהג–נפגע זכאי לקבל פיצויים מקרנית, אם מתברר שמבטחו האישי נמצא בפירוק.

זכאות על יסוד חבות ראשונית: קיימים שני חריגים לעקרון המשניות. משמעות החריגים היא כי נפגעים מסוימים, שאין להם זכאות לפי ההוראות הכלליות של החוק, זוכים לפיצויים מקרנית מכוח הוראה מיוחדת. **חריג ראשון נוגע לנוהג ברכב בהיתר מבעל הרכב והשני נוגע לתלויים בנוהג בלתי מבוטח.**

**זכאות נוהג בהיתר** - בעבר התוצאה הייתה כי הנוהג היה נשאר ללא פיצוים במידה והתגלה כי אין ביטוח לרכב. בעקבות כך נכתבה הוראה חדשה על פיה מי שנהג ברכב עם היתר מבעליו, ללא ביטוח או שהביטוח אינו מכסה שימושו ולא ידע על כך זכאי לתבוע פיצוי מקרנית.

**זכאות של תלויים בנוהג בלתי מבוטח** - ס'7 לחוק קובע כי תלויים במי שנפגע שנהג ללא ביטוח יהיו זכאים לתבוע פיצוי מן הקרן. הוראה זו משנה את ההלכה אשר שללה מתלויים בנהג בלתי מבוטח את הזכאות לפיצוי במסגרת החוק.



זכאות במישור השיפוי והשבה - עוסקת בזכותו של אדם לשפות את עצמו על תשלומים ששילם, והוצאות שהוציא, למען הנפגע, ללא תלות בזכאות הנפגע. זכאות זו מוענקת לבתי חולים בס'12(ב) סיפא, שם נאמר כי זכותו של בית החולים לקבל מהקרן הוצאות טיפול סבירות שהוציא על הנפגע. זכות חזרה בתשלום תכוף, קיימת זכות חזרה לנתבע ששילם תשלום תכוף מבלי להיות חייב לכך.

**רשלנות רפואית**

קווים לניתוח אירועון- משפט ורפואה

* יש לבחון תחילה מי הם התובעים (כולל עיזבון ותלויים) ומיהם הנתבעים (לא רק רופאים ובתי חולים כולל אחריות אישית ושלוחית, כיסים עמוקים, ביטוח וכו..).
* שלושת החיקוקים הרלוונטיים לנושא של משפט ורפואה- **רשלנות, תקיפה והפרת חובה חקוקה**. לבחון קייס ע"פ שלושתם.

חוק זכויות החולה- רלוונטי להפרת 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 אנוש. "
* לכאורה הסעיף כבר כולל הכל. בפועל ביהמ"ש לא אוהבים את סעיף זה והם רואים בו סעיף סל.

דגשים לתביעה ברשלנות –

1. בדיקת היסודות כמו בתביעת רשלנות "רגילה".
2. **לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות**. ביהמ"ש יקבע לפי חוו"ד רופאים אם היה מדובר בהתרשלות או תקלה (פס"ד פאר נ' קופר).
3. יש לשים לב לשיקולי מדיניות משפטית וכן לצדק חלוקתי, מטרת הפיצוי, כיס עמוק, פיזור נזק וכו'.

פאר נ' קופר: סבל מכאבים ברגל לאחר הניתוח. אמרו לו לשים דברים מסוימים כמו גרביים, אך זה לא הועיל. הנתבעים אמרו לו שהנזק שנגרם לו מאוד לא צפוי. ביהמ"ש נתן פיצוי בכל זאת. אולי לפי צדק חלוקתי או מטרת הפיצוי. אך במקרים שאין צפיות ניתן לומר כי קשה לתת פיצוי. ביהמ"ש אומר גם אם זה היה נדיר היה צריך לצפות את זה.

1. שיש רשלנות כתוצאה מהעדר הסכמה, להגיד שיש נזק של העדר הסכמה מדעת וכי במידה ולא יוכח קש"ס אז יש נזק של פגיעה באוטונומיה (עמית בפסיקה מאוחרת קבע כי לא ניתן לקבל פיצויים אלה יחד שכן זהו פיצוי כפול).

* ס' 41 לפקנ"ז- נזק ראייתי והעברת נטל ההוכחה מופיעים הרבה במשפט ורפואה (פס"ד קוהרי + פאר נ' קופר).

**חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו**

41. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה.

* עוולת התקיפה: בעניינים של אי הסכמה או העדר הסכמה מדעת ובשים לב להגנה בס' 24(8)

24. בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם – (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 – מדובר על מקרה שלא היה ניתן לשאול את התובע.

האם הגנה זו, שהיא הגנה מיוחדת לתקיפה, רלוונטית לעוולות האחרות? לכאורה לא. ייתכן שכאינדיקציה.

**נכנס בעיקרון תחת רשלנות, הפרת חובה חקוקה או תקיפה. עם זאת, יש מקרים תחת הפרת חוזה או פרטיות.** המקרים הקלאסיים של משפט ורפואה:

1. טיפול רפואי לקוי (הרופא טיפל בחולה בצורה לקויה) - יכול להיות בדרך של מעשה או מחדל, בדר"כ **נתבע ברשלנות** (רלוונטי גם הפרת חובה חקוקה של ס'5).
2. העדר הסכמה/העדר הסכמה מדעת –

הסכמה- העדר הסכמה בכלל, מדובר בתקיפה (ביניש בדעקה -3 החלופות). העדר הסכמה מדעת - לא לתת לאדם את כל המידע והוא מסכים על סמך מידע חלקי. או שלא מספרים הכל או באופן מדוייק, במקרים אלה מדובר ברשלנות.

ס'13 לחוק זכויות החולה מדבר על קבלת הסכמה מדעת ומשליך כאינדיקציה על רכיב זה בעוולות האחרות (פס"ד ועקנין – הפרת חובה חקוקה כאינדיקציה לרשלנות). **במקרים אלה 3 העילות רלוונטיות**.

השופטת בייניש בדעת יחיד בפס"ד דעקה אומרת שרק העדר הסכמה של ממש תוכל להיחשב תקיפה ואילו העדר הסכמה מדעת תוכל להיתבע ברשלנות. לפי בייניש יש 3 מקרים של העדר הסכמה שיכולים לבסס תביעת תקיפה:

(1) לחולה לא נמסר כלל מידע על הטיפול.

(2) כאשר לא נמסר מידע על התוצאה הבלתי נמנעת של אותו הטיפול (אם התוצאה רק תתכן אבל לא תקרה בוודאות- כבר מדובר ב "היעדר הסכמה מדעת" ולא בהיעדר הסכמה).

(3) כאשר שהטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.

1. בחירה בין חלופות- **במקרים אלה נתבע ברשלנות.** אם הרופא בחר בין א' לב' והבחירה שלו היא רשלנית לא הטיפול עצמו רשלני אלא הבחירה שלו בטיפול . הרופא התרשל בעצם הבחירה בין החלופות- למשל פס"ד קליפורד. גם אי עשייה נכנסת לבחירה בין חלופות- בחר לא לעשות כלום.

פס"ד קליפורד : פותח טענות הגנה מול בחירת החלופות. בזמן שקרה המקרה הייתה אסכולה רפואית קיימת שקיבלה שימוש במזרק שאינו שואב.

הגנת האסכלות – יש אסכולה בעולם הרפואה שדוגלת בדרך הזאת. כדי שתקום הגנה כזאת צריך לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

1. האסכולה צריכה להיות **מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה** (לא חייב רוב).
2. צריכה להיות **בחירה ממשית בין אסכולות בזמן מעשה ולא לאחר מעשה** – תוכיח שידעת את שני האסכולות והבחירה שלך הייתה מושכלת. על הרופא להסביר למה הוא דוגל באסכולה הישנה בעוד שהוא ידע את היתרונות והחסרונות של כל אסכולה. הרופא צריך להוכיח שהכיר את שתי האסכולות ולמרות זו בחר בחלופה שבחר.
3. צריך **להביא את החלופות בפני החולה** להכרעתו ולתת לו להחליט.

ההגנה היא פרמטר חשוב אך לא פרמטר יחיד שבו יתחשב ביהמ"ש.

\* בכל פעם שיש חוסר של מתן מידע/העדר הסכמה לבדוק פגיעה באוטונומיה - אי הסכמה על פי המידע השלם (פס"ד דעקה).

בחינת הקש"ס

לעיתים, למרות קיום עקרוני של העילה, יש אינדיקציה שאין קש"ס לנזק.

תקיפה הינה לכיוון אחריות מוחלטת, **בפסיקה זה לכיוון אשם**(למשל דעת השופטת בייניש בפס"ד דעקה) ורשלנות הינה לכיוון של אשם וסבירות- היית צריך לצפות ולא צפית, **בפסיקה זה לכיוון אחריות חמורה** (למשל פס"ד פאר נ' קופר).

* יש להביא בחשבון גולגולת דקה וריחוק נזק.
* חלוקת נזקים/ אחריות – ס' 11 + 84 לפקנ"ז.

**מעוולים יחד**

**11**. 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.

**שיפוי בין מעוולים**

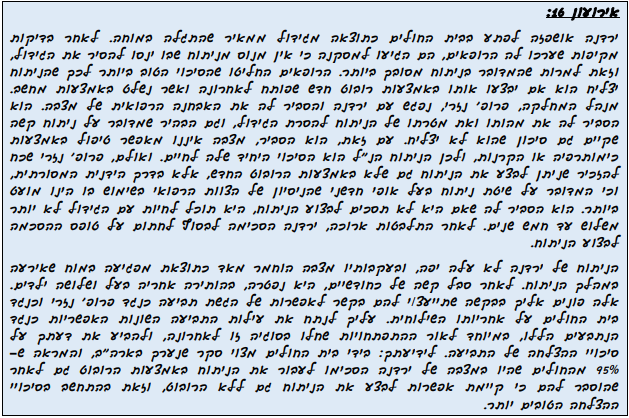
**84**. (א) כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר, אלא ששום אדם לא יהא זכאי להיפרע דמי השתתפות לפי סעיף קטן זה ממי שזכאי לשיפוי ממנו בשל החבות שבגללה נתבעת ההשתתפות.

(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 הרשלנות בטיפול עצמו או עילה אחרת (פס"ד דעקה), אך לא אם, ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני על העדר הסכמה מדעת, לגישת השופט עמית.
* העברת נטל ההוכחה- הנטל יועבר אל הנתבע להוכיח שהוא לא רשלן /ס' 41 נזק ראייתי. – כאשר נזק אחד בלע את נזק 2, המזיק השני ישלם על 2 הנזקים. וכן אמירות בפסיקה שלעיתים סימני השאלה מספיקים למעבר של מאזן הסתברויות גם ללא העברת נטל.

**רשלנות רפואית:** נראה כי שלושת החיקוקים הרלוונטיים הם רשלנות, תקיפה והפרת חובה חקוקה. אין כאן לכאורה שום דבר מיוחד או חדש. מבחינת רשלנות, בחובה המושגית יש כאן חוזה ואת החובה לא להזיק כסף כניסה. לא כל טיפול או ניתוח שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות- לא כל טעות/ תקלה היא התרשלות.רייבי נ' וייגל, קוהרי ופאר נ' קופר, מראים כי הרשלנות מכופפת לאחריות מוחלטת.

**הפרת חובה חקוקה של חוק זכויות החולה, התשנ"ו- 1996:** חוק זכויות החולה רלוונטי רק למקרים שאירעו אחרי 96'. האם יש סנקציה פלילית בגין חוק זה? האם הוא נכנס לנזיקין? אין עדות לשניהם. זהו חוק קלאסי להפרת חובה חקוקה. אם לא נתון משהו אחר רלוונטי נפנה לחוק זכויות החולה.

אירועון 16:

* כשקוראים את החוק, יש את ס' 5, המדבר על חובת הצוות הרפואי להעניק טיפול נאות לחולה- ס' סל שלכאורה כולל הכל. בפועל, ביהמ"ש לא אוהב את הסעיף הזה. מחפשים משהו יותר ספציפי. הציפיה- להזכיר את ס' 5, אך להוסיף גם משהו יותר ספציפי. להזכיר אותו בהתחלה/ בסוף, תמיד להכניס אותו, אך לא על זה יקום ויפול האירועון.
* ס' 13 הוא הרלוונטי לאירועון- החובה לקבל הסכמה מדעת. יש 5/6 חלופות. זה הפך להיות מעין היקש/ פניה כשרוצים לבחון מהי אי-הסכמה מדעת. בוחנים זאת גם ברשלנות. זאת אינדיקציה.
* במקרה זה, הרופא לא קיים את שתי החלופות האחרונות (4)-(5), הוא לא אמר על החלופות האחרות ולא אמר כי אופי הטיפול חדשני.
* בטיפול אלקטיבי- יש לתת יותר הסבר למטופל.
* זהו אירועון טריקי- ספק רב שהתביעה תתקבל. יש כאן בעיה של קש"ס- בסקר נאמר כי מרבית האנשים בארה"ב היו מוכנים לעבור את הניתוח באמצע' רובוט. לא פשוט להוכיח שפה היו מתנהלים אחרת משם. ירדנה צריכה להוכיח שהיא חלק מקבוצת המיעוט שלא נוהג באותה צורה. גם החלק השני הוא בעייתי- הקושי להוכיח את האלמלא, לא ברור מה היה קורה אם היא הייתה מנותחת ע"י הניתוח הידני.
* נשאר מהאירועון רק הפגיעה באוטונומיה- לא הייתה כאן הסכמה אמיתית מדעת. זה כסף קטן לרוב.
* יש לבחון את ס' 41- העברת הנטל.

**תקיפה רפואית במקרה של חוסר הסכמה מדעת:** חוק זכויות החולה, תשנ"ו- 1996

13.

1. לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.
2. לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע. לעניין זה, "מידע רפואי", לרבות-
3. האבחנה (הדיאגנוזה) והסכות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל.
4. תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע.
5. הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות.
6. סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי.
7. עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני.
8. 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.
9. על אף הוראות סעיף קטן (ב), רשאי המטפל להימנע ממסירת מידע רפואי מסוים למטופל, הנוגע למצבו הרפואי, אם אישרה ועדת אתיקה כי מסירתו עלולה לגרום נזק חמור לבריאותו הגופים או הנפשית של המטופל.

תוספת ראשונה (סעיפים 14, 15): ניתוחים למעט כירורגיה זעירה, צינתורים של כלי דם, דיאליזה, טיפול בקרינה מיננת (רדיותרפיה), טיפולי הפריה חוץ-גופית, כימותרפיה לטיפול בתהליכים ממאירים.מיום 1.8.2016

14.

1. הסכמה מדעת יכול שתהיה בכתב, בעל פה או בדרך של התנהגות.
2. הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.
3. נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.
4. במצב חירום רפואי, הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי התוספת הראשונה, יכול שתינתן בעל פה ובלבד שדבר ההסכמה יתועד בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן.

15. על אף הוראות סעיף 13-

1. מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת הראשונה, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו **כל אלה**:
2. מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת.
3. לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי.
4. אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין.
5. בנסיבות שהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות העניין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:
6. נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת.
7. צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל.
8. קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי ייתן המטופל את הסמכתו למפרע.
9. בנסיבות של מצב חירום רפואי, רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסמכתו מדעת. טיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

16.

1. מטופל רשאי למנות בא כוח מטעמו שיהיה מוסמך להסכים במקומו לקבל טיפול רפואי. בייפוי הכוח יפורטו הנסיבות והתנאים שבהם יהיה בא הכוח מוסמך להסכים במקומו של המטופל לטיפול רפואי.
2. על ייפוי כוח לפי סעיף זה ועל אופן עריכתו יחולו הוראות פרק שני לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות...

ההתמקדות בתקיפה היא לא ברכיב "במתכוון" של היסוד הנפשי, כי ככה"נ הרופא לא התכוון. הכוונה הינה לבצע את הטיפול הרפואי ולא להביא לפגיעה במטופל.

**מתי ניתן לתבוע רופאים בתקיפה רפואית?**

**פס"ד דעקה**

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

**השופטת בייניש (פס' 6):**

* **רשלנות או תקיפה?** האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת ומושכלת של החולה, וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, נכלל בגדר עוולת התקיפה? בישראל נקבע כי בנסיבות מסוימות הטיפול מהווה עוולה של תקיפה, לכן, יש לפצות על נזק שנגרם לחולה אשר טופל ללא מתן הסכמה נאותה לטיפול, גם אם לא הוכחה הפרת חובת זהירות או קיום קש"ס בין הימנעות ממסירת הפרטים לבין הנזק שנגרם. יש לציין כי התייחסות לטיפול כאל תקיפה מעורר הסתייגות- הרי הטיפול נועד לטובת החולה ואינו מהווה התנהגות אנטי-חברתית. בשל כך, במדינות רבות אשר תורת הנזיקין בהן קרובה לשיטתנו, **צמצמו את עוולת התקיפה, ויכירו בה רק במצב של העדר הסכמה** כאשר לחולה לא נמסר מידע כלל על הטיפול, כאשר לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של הטיפול, כאשר הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו או כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב.
* מנגד, **במקרים של העדר "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי**- בוחנים את עוולת הרשלנות. מגמה זו מסתמנת גם בפסיקה בארץ לאחרונה. במקרה זה, יש לדון על פי עוולת הרשלנות. את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי, יש להשאיר למקרים קיצוניים המתוארים מעלה.

**דיון בכיתה:**

**אי הסכמה מדעת זה מצב בו יש הסכמה באופן כללי, אבל לא נתנו פרטים/ לא הסבירו חלופות/ לא הסבירו על תוצאות.** משמע, ההבדל לפי הפסיקה האנגלוסכסית הוא המבחין בין תקיפה לרשלנות. זו דעת יחיד- השופטים האחרים לא מסכימים ולא מתנגדים. זה נותר כדעת יחיד, לא השפיע על התוצאה הסופית. זו לא הלכה. לפי בייניש, במקרים הבאים יהיה מדובר בעוולת התקיפה:

1. לחולה לא נמסר כלל מידע על הטיפול.
2. כאשר לא נמסר לו דבר על התוצאה הבלתי-נמנעת.
3. הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו. רייבי נ' וייגל, דעקה.
4. ההסכמה הושגה במצג כוזב.

בייניש מכופפת את התקיפה מסוג של אחריות מוחלטת לאשם. מנגד, פאר נגד קופר מכופף את הרשלנות לסוג של אחריות מוחלטת (רופאים היו צריכים לצפות מום נדיר שלא היה ניתן לצפות). גם את רייבי נ' וייגל ניתן לקחת לכיוון הזה

**טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה:**

[**קוהרי נ' מדינת ישראל**](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/PADI-ND-2-142-L.doc)

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

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

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

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

* **השופט מ' בייסקי:** יש לדחות את הערעור. מבהיר כי על ביהמ"ש לבחון רשלנות במעשה/ מחדל של רופא תוך טיפולו המקצועי לא לאחר המעשה, אלא של הרופא הממוצע בשעת המעשה. **רופא עשוי לטעות, ולא כל טעות מהווה רשלנות.** אמת המידה לבחינת רשלנות היא של הרופא הסביר בנסיבות המקרה. במקרה זה, ההחלטה להרחקת הגידול התקבלה לאחר אשפוזים חוזרים ובחינת כל האפשרויות, תוך עריכת בדיקות מקיפות. יתר על כן, במקרה זה לא מתקיימת עוולת התקיפה- טופס הסכמת החולה צריך להיות מפורט ולכלול את הסיכונים הטמונים בניתוח לעומת הסיכונים מהימנעות ממנו, כדי שהחלטת החולה תהא תוך שיקול עצמי ובחירה חופשית. במקרה זה, הרופאים גילו במהלך הניתוח את הגידול הנוסף, לכן לא יכלו להזהיר את החולה קודם לכן. **הערעור נדחה.**

[**רייבי נ' וייגל**](http://www.nevo.co.il/Psika_word/elyon/PADI-NF-2-497-L.doc)

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

**דיון- הנשיא מ' שמגר:**

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

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

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

**השופט ג' בך:**

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

**השופט מ' בייסקי:**

* מסכים עם קביעת בך כי הניתוח בוצע משיקולים רפואיים בלבד. זו הייתה חובה מקצועית ומוסרית מצד הרופאים.
* לא מקבל את עמדת בך על החלת העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו בישראל. אין זה עומד בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון, ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. מעדיף שלא להידרש לשאלה זו מעבר הנדרש לעניין זה.

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

במקרה זה, העותרים חויבו בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם למשיבה השלישית, כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן, שבוצע ע"י העותר ה2 בבי"ח ממשלתי. בשיחה לפני הניתוח אם המשיבה שאלה האם יש סיכונים בניתוח שהוחלט והעותר ענה בשלילה. כמו כן, התגלה כי ב3/14 ניתוחים קודמים שביצע העותר ה2 קרתה אותה תקלה.

**השופט לנדוי-** כאשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בדר"כ לתת הסבר על הסיכונים והסיכויים העיקריים. התוצאה שהתרחשה הייתה סיכון שגרתי ממשי בפרוצדורה זו (הניתוח הקטן). במקרה זה, היה על העותרים להעמיד את אם הילדה בפני הברירה האם לעשות ניתוח קטן שיש בו סיכון, או ניתוח גדול שאין בו כמעט סיכון כזה. **הערעור נדחה, נמצא כי בילדה בוצעה תקיפה ללא הסכמת אפוטרופוס.**

**"כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות חמורה:**

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

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

**השופט ש' לוין:**

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

**הגנת האסכולות.**

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

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

**השופט ת' אור:**

* **התרשלות הרופא:** הרופא לא חרג מהנורמה באותה עת, שכן השימוש במזרק לא שואב היה רווח. עם זאת, קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת, אינה יכולה לחרוץ כשלעצמה את גורל שאלת ההתרשלות. זהו פרמטר חשוב, אך לא הפרמטר היחיד שביהמ"ש יתחשב בו. **לדעת השופט אור, במקרה זה הנסיבות מצביעות על כך שהרופא התרשל בהשתמשותו במזרקים לא שואבים**. השיקולים המצביעים על כך הם:
* הסיכון הידוע של חדירה לעורק כתוצאה משימוש במזרק לא שואב (10%-15%).
* תופעות הלוואי העלולות להיגרם כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לתוך העורק (אומנם ע"פ הספרות תופעות חולפות אך אינן קלות ערך ומזעריות).
* במועד האירוע כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף.
* בהוראות היצרן של חומר ההרדמה בו נעשה השימוש כתוב במפורש להימנע משימוש במזרק לא שואב (הייתה הפרה של הוראות היצרן בנוגע לאופן ההזרקה הראוי).
* באותה עת הייתה ידועה התופעה של זרימת חומר הרדמה למוח עלולה לגרם לנזקים נוירולוגים חולפים, עקב הזרקת החומר לתוך העורק.
* אין בעיה להשיג משאבים שואבים, עלותם לא עולה באופן משמעותי או בכלל על עלות מזרקים לא שואבים.
* **קש"ס משפטי בין ההתרשלות לנזק:** לדעת השופט אור, גם אם הנזק הראשוני שנגרם לרביד, המערערת, היה הנזק החמור והקבוע (שעליו לא דובר בספרות הרפואית) - די בכך שהרופא צפה או שהיה עליו לצפות את סוג הנזק. משמע, את תהליך הגרימה הספציפי של היצרות כלי הדם, על תוצאותיו האפשריות, ע"מ לייחס לו אחריות לגרימתו. במקרה זה, הנזק הראשוני היה נזק קל, תופעות הלוואי מוכרות וצפויות מהליך זה, ואז הגיע הנזק החמור. לכן, הרופא אחראי לנזק הראשוני ברשלנות.
* **האם הרופא אחראי לנזק החמור?** **היקף האחריות:** יש כאן דיון בשאלת **ריחוק הנזק**. משנפצה התהליך גורם הנזק אשר בסופו של דבר גרם לנזקיה של רביד, אחראי הרופא לנזקים אלה. נזקים אלה שנגרמו לרביד, מהווים נזק שנגרם לה "באופן טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע". במקרה זה נכנס עקרון הגולגולת הדקה- אדם צריך לצפות מראש את עצם הפגיעה ולא את התוצאה מפגיעתו, את ממדי הנזק האפשריים. די בצפיית סוג הנזק. אם מיישמים את כלל זה על המקרה- הרופא אחראי לנזק. הרי על הרופא לצפות את התרחשותו של נזק גוף כתוצאה משימוש במזרק לא שואב. הנזק המאוחר שנגרם לרביד הוא נזק גוף. הטלת האחריות על הרופא בנוגע לנזק החמור מוצדקת גם מפני שמדובר בנזק ידוע וצפוי. על כן, **הרופא אחראי לנזקיה של רביד.**
* **ביניש:** בע"א ביניש הייתה בדעת מיעוט, שכעת השופטים אור, ברק, טירקל ושטרסברג כהן מצטרפים אליה. היא מבהירה כי במקרה זה, הטיפול הרפואי שניתן לעותרת לא עומד בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר, על אף ההוכחות שהובאו לעניין הפרקטיקה המקובלת באותה עת.

**דיון בכיתה:**

פותח את הפתח לטענות הגנה מול בחירה בין חלופות. בפס"ד זה, הרופא טען כי שני סוגי המזרקים הם פרקטיקה נוהגת באותו זמן. זוהי הגנת ה**אסכולה הרפואית**. זוהי הגנה מפני בחירה רשלנית בין חלופות- טוענים שהוא בחר בצורה רשלנית, הרופא מבהיר כי יש אסכולה משמעותית בעולם הרפואה התומכת בבחירתו. כך לא ניתן לטעון האם הרופא בחר חלופה רשלנית. כך, נותר רק לבחון האם הטיפול רשלני.

**הגנת האסכולות- מתי רופא יטען שהבחירה היא לא רשלנית? 3 תנאים מצטברים:**

1. האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה. אין דרישה לרוב.
2. בחירה ממשית בין אסכולות, ומניעת חוכמה לאחר מעשה. הדוקטור לא יכול להראות שיש שתי אסכולות והוא עדיין עם הישנה כי הבין שיש בה תועלת- עליו להראות שהכיר באסכולות השונות, ולהסביר מדוע הוא בחר באסכולה מסוימת.
3. להביא את החלופות לפני החולה להכרעתו, ניתן עם המלצה- על הרופא להציג בין החולים את הכרעתם. זה קשה, מפני שיש חולים שלא ניתן להביא את זה להכרעתם (אלא לאפוטרופסיים).

רופא שלא הולך להשתלמויות, בשל המדע המתפתח, יכול להיות בבעיה בהגנה זו.

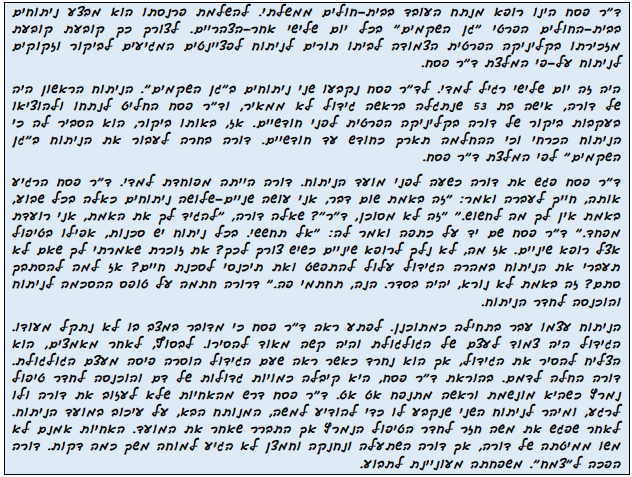
בפס"ד נאמר כי **זוהי לא הגנה מוחלטת**, זה לא הפרמטר היחיד בו יתחשב ביהמ"ש. למה? כי יש מדיניות משפטית ושיקולים נוספים.

**מקרה מבחן 1: "המרדימה שנרדמה", "עובדה", 2007.**

נגרם מותה של ילדה בת 3 וחצי באסותא. ניתוח פשוט לתיקון פזילה, שולם עבורו סכום לבית החולים הפרטי, שילמו גם עבור מרדים והתעוררות. הרופאה המרדימה הרדימה את הילדה, זו אחריות עצומה. כשמרדימים ילד- האחריות גדולה יותר, המצב שלו יכול להידרדר בשניות. הרופאה המרדימה מעלה בהדרגה את הגז, צריך להעלותו בדקה-דקה וחצי. היא לא הורידה את המינון- מפני שנרדמה, על אף שהיה עליה לעשות כן. בכך הדבר מדכא את מערכות הגוף- דם, נשימה ועוד. היא עברה השתלמויות, נחשבת לרופאה מקצועית. הרופאה נרדמה כי המע' שבה עבדה יצרה את התנאים שגרמו לזה לקרות- אין מספיק מרדימים והם עייפים. מאז המקרה, העלו את מס' המרדימים. התברר שהמרדימים עומדים בעומס שעות קשה. הרופאה עבדה לפני האירוע מ7 בבוקר עד 11 בלילה בכל יום. הרופאים עמדו בגבם למוניטור, עם מוזיקה ברקע, ולא שמו לב שמצב הילדה מדרדר במהירות. הילדה הייתה במשך 6 דקות בדום לב מלא, הם לא שמעו את המוניטור- כפתור הווליום הונמך לעוצמה הנמוכה ביותר. כמו כן, אין אחות מסתובבת שעוזרת לצוות גם הסניטר שמונה לכך יצא לאחר 3 דקות. רק כשהמנתח מנתח את עין שמאל (לאחר עין ימין)- האחות קולטת את המוניטור. רק אז המרדימה מתעוררת ולא בוחנת את החומר המרדים אלא את האק"ג. לאחר שחזר הדופק הילדה מועברת לטיפול נמרץ, אך ברור כי נגרם נזק.

בוועדת הבדיקה, חסרים ממצאים חשובים מחדר הניתוח- לא ברור למה זה קרה, מאיפה הגיעה ההידרדרות? ביה"ח מטיל אחריות מוחלטת על המרדימה. לאחר 48 שעות בטיפול נמרץ- הילדה מתה מוות מוחי.

רשלנות- אחריות של ביה"ח ושל הרופאה, מנתח, אחות. הפרת חובה חקוקה- חוק זכויות החולה- 5, 17 (חובת רישום).



* ראשית יש לדון ברשלנות רפואית: חובת זהירות מושגית, קונקרטית. לבחון האם הייתה התרשלות בניתוח או שמדובר בכלל בתקלה? (לדון בקצרה, אנחנו לא באמת יכולים לדעת את זה, זה עניין של מומחיות, גולגולת דקה).
* הבעיה העיקרית זה האי השגחה לכמה דקות: זו ההתרשלות העיקרית (מחדל).
* ברשלנות רפואית, לרנד הנד, היה דחוף לו לצאת למנותח הבא, אך כששוקלים אחד מול השני הנזק מתעלה על התועלת! יש לך חולפות, יכולת לשלוח מישהו אחר מחדר הניתוח.
* אין כל כך הסכמה מדעת, נתן משהו כללי, במעומעם. תקיפה? הפרת חובה חקוקה? בעיקרון זה החלק השולי באירועון, צריך להתרכז בחוסר השגחה.
* ס' 41: העברת הנטל. על הרופא לנסות להוכיח שמדובר לא במקרה קלאסי, אלא בניתוח נדיר ולכן זה קרה (לצרף פסיקה רלוונטית).
* אפשר להיעזר ברייבי ששם נאמר שהיה עליו לקבל את הסכמתם. אולם, ניתן לומר שפה מדובר במוח, איזור שהוא על אחת כמה וכמה רגיש כך שאולי זה לא לגמרי מתיישב.
* בית חולים פרטי מול ציבורי. בבית חולים פרטי אין כל כך אמצעים לטיפול כאשר הניתוח מסתבך ויש להעביר את המטופל לבית חולים ציבורי כך שמלכתחילה סיכוייו פחות טובים (על אף שבאינטואציה נשמע שבית חולים פרטי טוב יותר).
* **לפי קלברזי** זה מעין מקרה ביניים, הניתוח לא אלקטיבי אבל ישנה בחירה ללכת לבית חולים פרטי על פני ציבורי.

הערות:

פיצויים עיתיים נגד פיצויים חד פעמיים

פיצויים עתיים הם פיצויים המשתלמים מעת לעת בהתאם למצבו של התובע. יתרונם בכך שהם מאפשרים פיצוי בשלבים ומונעים חשש שהתובע יבזבז את כל כספו עקב חלוקה למקורבים, לתרומות או בהשקעות לא נכונות. הם אינם סופיים ויכולים להשתנות: הם יכולים לפעול גם לרעת התובע במידה ומצבו הרפואי מוטב ולהפך. לפיכך הם מותאמים למצבו המשתנה של התובע. לעומת זאת פיצויים חד-פעמיים משתלמים בפעם אחת. חסרונם ברור – לעתים יכולים להיות פיצויי חסר אם מצבו של התובע מתדרדר עם הזמן. מנגד הם מהווים פתרון עדיף כאשר מצבו הפיננסי של הנתבע לוט בערפל. על פי חוק הפלת"ד קיים הסדר מפורש של תשלומים עיתיים )בתקנות שהותקנו מכוח החוק(. על פי הפקודה לא קיים הסדר דומה, אולם בתי המשפט משתמשים בכל זאת בכלי זה מכוח סמכותם הטבועה – כפי שקבעו בפסיקה )הוזכר בכיתה(.

מודלים לרשלנות!:

**ברק** – רגיל (מכירים מועקנין)

**עמית בתוך ליבת דיני הנזיקין** –

התרשלות – האם נהג באופן סביר? מבחן הצפיות.

קש"ס – מבחן האלמלא + מבחן הסיכון

חובת זהירות – שיקולי מדיניות

**עמית מחוץ לליבת דיני הנזיקין –**

חובת זהירות – שיקולי מדיניות

התרשלות - האם נהג באופן סביר? מבחן הצפיות.

קש"ס – מבחן האלמלא + מבחן הסיכון

**הנדל** –

מחלק ל3 קבוצות

מוכרת: זאת אומרת, כנראה יש, בודקים חובת זהירות קונקרטית ברמת הפשט. קבוצה חדשה: מקרה חדש, ברמת הפשטה המושגית וכללית. גבולי – לא תמיד הוכר במשפט, יש טיעונים לכאן ולכן, ולכן צריך לבדוק ברמה פרטנית מופשטת.

ואז ברק – כלומר, קש"ס רגיל, התרשלות רגילה (לרנד הנד).

**הגישה המשולבת של הרמן** –

בתוך ליבת דיני הנזיקין –

התרשלות – האם נהג באופן סביר? מבחן הצפיות + לרנד הנד.

קש"ס – מבחן האלמלא + מבחן הסיכון

חובת זהירות – קונקרטית!

מחוץ לליבת דיני הנזיקין -

חובת זהירות רעיונית – על בסיס עובדות קונקרטיות ושיקולי מדיניות, זה אמצעי בקרה לקבוע מתי מזיק אחראי לתוצאות ההתנהגות שלו

התרשלות – האם נהג באופן סביר? מבחן הצפיות + לרנד הנד.

קש"ס – מבחן האלמלא + מבחן הסיכון