**עבודה ראשונה – יסוד ההתרשלות // דיני נזיקין**

**שם המגישה: טל נתיב | ת"ז: 207017583**

**חלק א':**  1. לפי הגדרת יסוד ההתרשלות בס' 35 לפקנ"ז, במידה והתנהגות אדם חרגה מסטנדרט ההתנהגות הסבירה במסגרת הנסיבות בהן פעל, ניתן לטעון להתרשלות. נבחן את התנהגותה של ירדן בהתאם לנסיבות:
2. במקרה דנן, בעוד ירדן ממהרת, היא איננה מבררת האם הקרקע בה עתידה לבצע את עבודות תחזוקת המסילה הינה קרקע פרטית ואינה מאשרת מראש את כניסתה יחד עם בתה גל והפועל עומר לשטח הפרטי. בכך הפרה את חובתה במסגרת תפקידה ולפי ס' 14ז (א)(1) **לפקודת מסילות הברזל** פעלה בניגוד לחוק. במידה וירדן עברה על החוק והעמידה את גל ועומר בסכנה, ניתן לטעון כי היא הייתה המזיקה באירוע והתרשלה, או כי בעקבות ההתרשלות שלה ארע מה שארע. עם זאת, לא בכל עבירה על החוק ניתן לקבוע כי המזיק התרשל, בדומה ל**פס"ד לרנר** בו נקבע כי ע"א שהחיילים הפרו את הוראות הפתיחה באש, המדינה לא האשימה אותם בהתרשלות. על כן, כדי לבחון את התרשלותה של ירדן עלינו לבחון האם המזיק (ירדן) נהג כפי שאדם סביר היה נוהג בנסיבות העניין **(פס"ד ועקנין, ברק)**. במקרה דנן, הקרקע הינה בבעלות פרטית של החוואי אוהד, ועל כן, נכון היה לאשר לפני כן את כניסתה וכניסת מלוויה בכדי למנוע תקלות. בעצם כניסתה לשטח הפרטי יחד עם בתה הקטנה, יצרה ירדן סיכון בלתי סביר שאלמלא הוא, ייתכן והבת לא הייתה נפגעת ברגלה. ניתן להסיק כי התנהגותה של ירדן הייתה רשלנית. עוד אוסיף כי ירדן העמידה בסיכון לא רק את בתה הקטנה ואת גל הפועל, אלא גם את עצמה בכך שלא נקטה מידת זהירות. ייתכן ובמידה ואוהד החוואי היה מציב שלט אזהרה בכניסה לשטחו ובכל זאת ירדן הייתה פועלת באופן בו פעלה, הייתה זו אז אחריותה המוחלטת של ירדן למעשה. אך בהינתן ולא עשה זאת, ניכר כי גם לו חלק מזערי בנזק שנגרם. 3. נבחן קיום של יסוד ההתרשלות גם עפ"י **נוסחת הנד** (Learned Hand), כאמור הסתברות התרחשותו של הנזק, שיעורו וההוצאות הנדרשות למניעתו (**פס"ד חמד, ריבלין**). בעניינינו, יכלה ירדן לפעול ביעילות, וכפי שהיה נוהג האדם הצודק, ההוגן והמוסרי, ולהתריע בפני בעל הקרקע על כניסתה לטובת בדיקת המסילה. באופן זה, אולי הייתה "מבזבזת" מעט מזמנה היקר, אך הייתה מונעת את התוצאה הסופית העגומה. לאור כך שלא פעלה באופן זה, ניתן לראות במעשיה כהתרשלות. 4. יש שיטענו כי ירדן היא אשמה במובן המוסרי, שכן סיכנה את בתה הקטנה ופעלה בתקווה שלא יקרה משהו על אף שיכלה לצפות את הסיכון, והרי מי מעמיד לסכנה ממשית את ילדו? אך, לטעמי הסיבה שירדן התרשלה זה לא כי היא איננה מוסרית, אלא כי היא חרגה מן הסטנדרט וכתוצאה מכך התרשלה. נוסף על כך, יש להתחשב בנסיבות המקרה; ניקח לדוגמא את אמירתו של השופט ברק בדבר נסיבות אשר חורגות מהסטנדרט ב**פס"ד חמד**: "סבירות ההתנהגות בעוולת הרשלנות ("ההתרשלות") אינה נבחנת בחלל ריק. היא תמיד פונקציה של הנסיבות". משתמע, כי ייתכן ומדובר במצב יוצא מגדר הרגיל, בו ירדן ממהרת וכמעט בכל הפעמים היא מבצעת את עבודתה נאמנה ללא סטייה מן הסטנדרט. לאור כך שמדובר במצב יוצא דופן, יש שיטענו כי עלינו להתחשב בכך בבואנו לבחון את התרשלותה. ואמנם לטעמי, לאור הסטנדרט החברתי, חריגתה של ירדן מרמת ההתנהגות המצופה ממנה מהווה התרשלות. 5. נבחן את יסוד ההתרשלות גם לפי העולה מ**פס"ד שטרן נ' שיבא**. האם ניתן לחייב את ירדן ברשלנות בשל סטייה מהסטנדרט במסגרתו פעלה כשהחליטה לחרוג מן הנוהל כשם שבית החולים סטה מן הסטנדרט כשהוכח שרוב בתי החולים לא נהגו לבצע באותה העת ניתוח קיסרי בהוריות שהיו? לטעמי התשובה חיובית. ההתרשלות, בהיותה מהווה אחד מיסודות עוולת הרשלנות, נקבעת באופן אובייקטיבי; על ירדן לשאת באחריות הנזיקית כיוון שבהתנהגותה סטתה ברמת הזהירות האובייקטיבית שנקבעת לפי מבחן האדם הסביר.

**חלק ב':**  1.נבחן את התרשלותה של יערה באופן הדומה לאופן בו בחנו את התרשלותה של ירדן. תחילה, צוין כי בית החולים בו עבדה יערה דוגל בשיטות טיפול מתקדמות ובפרט בנוהג מחמיר כשהדבר נוגע לטיפול אנטיביוטי לעומת בתי חולים אחרים. **בפס"ד שטרן נ' שיבא**, בדומה למקרה דנן, מתואר כי בית החולים אימץ פרקטיקת טיפול חדשה ובכך נבדל מבתי חולים אחרים. עולה השאלה האם ההחלטה להימנע מביצוע הניתוח הקיסרי היוותה רשלנות, ושאלה נוספת היא האם בהנהגת פרקטיקה חדשנית יש כדי להטיל על רופאיו חובת זהירות התואמת את הפרקטיקה. הש' דורנר הלינה בפס"ד זה כי "מקום שבו הפרקטיקה החדשה היא רווחת, צפוי הוא כי נקיטתה של הפרקטיקה הישנה תוביל לגרימת הנזק למערער". בהתייחסות למקרה דנן, בבית החולים בו עבדה יערה נקבע סטנדרט התנהגות חדש ומחמיר לפיו הרופא המטפל צריך לוודא במו עיניו כי המטופל נטל את האנטיביוטיקה, בשונה מבעבר. עצם כך שיערה חרגה מסטנדרט ההתנהגות הסבירה בהתאם לנסיבות **(ס' 35 לפקנ"ז)** ניתן לראות זאת כהתרשלות גרידא. 2. נבחן את התנהגותה של יערה גם לפי מבחן האדם הסביר; יערה התרשמה שגל ילדה חכמה ואחראית ביחס לבנות גילה ועל כן נעתרה לבקשתה ליטול לבדה את האנטיביוטיקה. הביטוי "בטוח" כמו הביטוי "מסוכן" הם ביטויים יחסיים, המשתנים בהתאם לאופיו של גורם הסכנה, של הניזוק ושל האמצעים למניעת הסכנה **(פס"ד ועקנין, ברק)**. במקרה דנן, אל לנו לשכוח שמדובר בילדה בת 11, ומדובר בתרופה אנטיביוטית העלולה לגרום לסיבוך רפואי בשל נטילה שגויה. בגין סיכון בלתי סביר מוטלת חובת זהירות קונקרטית. זהו סיכון, אשר החברה רואה אותו במידת חומרה יתירה, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנעו **(פס"ד ועקנין, ברק)**. לאור עובדות אלו, האדם הסביר היה נוקט ביתר זהירות. משלא עשתה יערה כן, הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה. 3. נבחן מקרה זה גם עפ"י נוסחת הנד, על-פיה על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק (P), בשיעור הנזק (L) ובהוצאות למניעת הנזק (B) **(פס"ד חמד, ריבלין).** ניתן לראות כי התנהגותה של יערה אינה סבירה, שכן שיעור הנזק (נזק חמור כתוצאה משימוש לא נכון בתרופה) בהתחשב בהסתברות התרחשותו (במקרה זה ההסתברות הינה גבוהה, שכן מדובר בילדה אשר מפאת גילה אין לה את ההבנה המקצועית הרפואית למה עלול לקרות במידה ותשתמש בתרופה שלא עפ"י ההוראות במדויק), עולה על ההוצאות למניעתו (פיקוח אחראי מצד יערה).4. ואמנם, האם ליערה האחריות המוחלטת לתוצאה שקרתה? נבחן זאת לפי אשם עצמי תורם במקרה זה. **סעיף 68(א) לפקנ"ז** קובע כך: במידה ואדם סבל מנזק והוא נושא חלק מהאשמה בגרימת הנזק, עדיין יהיה זכאי הוא לפיצויים אך פחותים, תוך התחשבות במידת אחריותו של הניזוק לנזק. במקרה דנן, הנזק הסופי שנגרם, כריתת רגלה של גל, לא אירע לאור התרשלותה של יערה בלבד. גם לגל היה חלק בכך כאשר לא נטלה את האנטיביוטיקה בהתאם להוראות. ואמנם, ייתכן וגל לא ידעה את הסכנה האורבת לה. האם מוטלת עליה החובה לדעת זו? **(פס"ד ועקנין, ברק)** נבחן זאת במסגרת מבחן האדם הסביר; האם ניתן לדרוש מילדה צעירה למלא אחר הוראות הרופאה המטפלת בזהירות ובאחריות ולא להפר הוראות אלו שכן דבר זה עלול להעמידה בסכנה? במקרה שתואר ב**פס"ד מדינת ישראל נ' אייגר**, אין ספק כי התובע ידע שמדובר בציוד לחימה ועל אף זאת חזר יחד עם חברו לבריכה, טיפלו יחד בציוד הלחימה שמצאו שם, מה שהוביל לפיצוץ שגרם לפגיעה חמורה ברגלו של התובע. במקרה זה נקבע כי ברור היה שהתובע מודע לסכנה ולמרות זאת נכנס שוב למים, ועל כן ניתן לקבוע כי זה עשוי להתחייב באשם תורם **(פס"ד אייגר, גולדברג)**. במקרה דנן, אין זה ברור לגמרי האם ידעה גל את הסכנות הטמונות בנטילה אי-סדירה של התרופה. עלינו לשאול האם יערה ציינה בפני גל את חשיבות נטילת התרופה לפי ההוראות המדויקות, והאם גל ידעה בבירור כי היא מסתכנת כאשר פועלת בניגוד להוראות הרופאה. במידה והתשובה לשאלה זו חיובית, נוכל בוודאות לאשש כי לגל רשלנות תורמת לנזק ואשמה עצמית תורמת. אך מכיוון שאין אנו יודעים את התשובה המדויקת מהעולה מהכתוב, לא נוכל לקבוע את האשמה בוודאות. 5. עוד עולה השאלה האם יש לבחון את רמת הזהירות הנדרשת מקטין תוך התחשבות בכושר השיפוט של ילד ממוצע ובגילו של הניזוק, יחד עם השאלה האם צריך להחשיב את רמת ההתפתחות המנטאלית והרגשית של הקטין הספציפי **(פס"ד אייגר, גולדברג)**. בפס"ד המוזכר, קיבל הקטין אזהרה מפורשת מאביו של חברו, המזהירה מפני קירבה למקום בו נמצא ציוד הלחימה ולאור מה שאירע לאחר מכן, נמצא אשם תורם. במקרה דנן, במידה וגל הייתה מקבלת אזהרות מצד יערה לגבי השימוש בתרופה, ניתן היה לדון אותה לכף חובה. אך משלא קיבלה גל אזהרה מפורשת מיערה על הסכנה הצפויה, ניתן להעריך כי זו לא נושאת באחריות תורמת לנזק שנגרם.

**ציון**: 96 (עובר).

**הערות**:

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

🡨 לא על כל הערה, הופחתו נקודות.

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

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

1. המבחן האובייקטיבי – נותר באוביטר.

2. המבחן הסובייקטיבי – נותר באוביטר.

3. מבחן הביניים – שהתקבל להלכה.

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

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

🡨 חשוב מאוד ליישם את עובדות המקרה על הטיעון המשפטי שלך. כתיבת טיעון משפטי בלבד מפסקי הדין או מהחוק, בלי יישום / עם יישום חלקי – גוררת הורדת נקודות רבה. קל לפספס בעיקר ביישום של נוסחת לרנד הנד [ראה/י הערות כאמור לעיל].

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

בהצלחה,

**שרון**.