מחברת מקוצרת דיני נזיקין – שירז חנוכה

**1. מבוא**

**מושגי יסוד:**

* **עוולה-** התנהגות.
* **תרופות-** מענה להתנהגות.
* **נזק-** תוצר של פגיעה באינטרס המוגן על פי דיני הנזיקין.
* **פקודת הנזיקין:** מתחלקת ל2 חלקים- עוולות והסדרים כלליים לתחום דיני הנזיקין.

**סוגי עוולות:**  
**עוולת סל-** אוספת התנהגויות ומצבים לתוכה, קבוצת עוולות שמקובצות תחת עוולה אחת.  
**עוולה פרטיקולרית-** עוולה שמגנה על אינטרס/ זכות ספציפית. דורשת מערכת עובדות נתונה שכולן חייבות להתקיים כתנאי להיווצרותה.

**2. מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט**

דיני נזיקין- בגדר המשפט הפרטי.

**דיני נזיקין: עונשין**

* הליך פלילי יכול להקדים פנייה להליך אזרחי.
* סעיף 77 לחוק העונשין- אי נזיקי בתוך דיני העונשין במרחב הציבורי.
* קשר פרוצדורלי ראייתי- פס"ד פלילי יכול לשמש כראיה בהליך אזרחי. הוכחת אשמה בפלילי-מעל לכל ספק סביר, בנזיקין- מעל 51%. אם הוכחה אשמה בפלילים- וודאי שהאשמה באזרחי מוכחת. משמעות נוספת- המדינה יכולה להיכשל בלהוכיח את אשמת הנאשם בפלילי, והקורבן עדיין יכול לזכות בתביעה בהליך הנזיקי אם יעמוד בנטל ההוכחה.
* במשפט האזרחי לאחר ההליך הפלילי מקוזז הפיצוי שניתן לפי סעיף 77- "צדק מתקן".

**סעיף 77 לחוק העונשין** (פיצוי שלא יעלה על 258,000 שקלים לנפגע העבירה): פיצוי נזיקי במסגרת דיני העונשין.  
1. חוסך עלויות במשפט האזרחי ובמיוחד לתובעים דלי אמצעים.  
2. לא מצריך הוכחת נזק מחדש במשפט נוסף (אזרחי) ובכך מקל על הנטל הנפשי הכרוך בתביעה.  
3. הליך מקוצר מההליך האזרחי ומפחית עומס בבתי המשפט.

קארין נ' בוקובזה 5625/16- רצח ע"י בן הזוג לאחר שרצתה להיפרד ממנו, הבת ראתה את אמה מדממת למוות, 3 אחיות נותרו ללא אם. **השאלות המשפטיות: 1.** האם יש להגביל את הניזוקים מכוח ס' 77 לניזוקים ישירים בלבד, או גם עקיפים? והאם צריך להתנות פיצוי על נזק נפשי לניזוק עקיף רק בהוכחת נזק נפשי כבד? **2.** האם תקרת הפיצוי בסעיף 77 חלה על כל נפגעות העבירה ביחד במצטבר או לכל אחת בנפרד? **נקבע** שתקרת הפיצוי מכוח סעיף 77 חלה על כל נפגעי העבירה במצטבר. השיקולים- לא לאפשר פיצויים עצומים בהליך שאינו דורש הוכחת נזק; מהווה פיצוי ראשוני ועדיין ניתן לתבוע במסלול אזרחי; חשש מקריסה כלכלית של העבריין. בנוסף הורחב מעגל הזכאים לפיצוי על פי סעיף 77- גם בעבירות שאינן רק עבירות המתה וגם עבור ניזוקים עקיפים, ואפילו אם הנזק הנפשי לא הוכח בהתאם לתנאים הקשיחים שנדרשים בהקשרים אחרים.

**דיני חוזים: נזיקין**

בדיני חוזים יש הסכמה הדדית בין הצדדים ובחירה מודעת שלהם. בנזיקין הצדדים לא בהכרח מכירים. עילת התביעה בחוזים- בעת הפרת חוזה, בנזיקין- כשמתקיימת עוולה.

**דיני קניין: נזיקין**  
"עקרון הרשימה הסגורה"- דיני הקניין מתאפיינים ברשימה סגורה של זכויות (בעלות, שכירות וכו'). דיני נזיקין- עוולת הרשלנות היא עוולת סל, מאגדת הרבה התנהגויות.

**דיני עשיית עושר ("עשיית עושר ולא במשפט"): נזיקין**דיני עשיית עושר מאפשרים לאדם שרוצה להחליט אם לתבוע את הנזק או את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוול שביצע, או גם וגם, בעוד בנזיקין ניתן לתבוע פיצוי על הנזק. 3 יסודות מצטברים: התעשרות של הזוכה; שלא כדין; על חשבון המזכה.

**3. היחס בין פקודת הנזיקין לבין הוראות נזיקיות חיצוניות**

קיימים הסדרים נזיקיים מחוץ לפקודת הנזיקין שמטילים על המזיק חובת פיצוי.

ברזני נ. בזק-בזק פרסמה מידע לגבי מחיר השירות של שיחות בנ"ל ובפועל גבתה מחיר גבוה מהפרסום. ברזני צרך את השירות שלהם במחיר היקר ותבע פיצויים במסגרת תובענה ייצוגית. סעיף 31 בחוק הגנת הצרכן, שאוסר על הטעיית הצרכן, יוצר גשר בין החוק לבין פקנ"ז. **חשין:** משמעות סעיף 31 היא לא רק כי ניתן לתבוע פיצוי נזיקי, אלא גם כי הוראות כלליות של פקודת הנזיקין חלות על העוולה שמחוץ לפקודה. הגשר בסעיף 31א מאפשר תביעה אך הוא מבקש להתייחס לכך כמו כל פקודה בפקודת הנזיקין- יש להוכיח שישנו קשר סיבתי עובדתי ומשפטי בין ההתנהגות העוולתית לבין הנזק שנגרם. על ברזני היה להוכיח שהסיבה שצרך את השירות בבזק הייתה הפרסום המטעה (סעיף 64 לפקנ"ז). במקרה דנן לא היה קשר סיבתי ולא הייתה הטעיה.

**הבחנה בין זכויות In personam לבין זכויות in rem:**

* **זכות in personam (פרסונלית) –** זכות כלפי אנשים מסוימים. חובת הזהירות עונה על השאלה מי יוכל לתבוע אותי אם התנהגתי בצורה רשלנית, מציירת "עיגול" סביב אותם האנשים.
* **זכות in rem (כלפי כולי עלמא) –** זכויות שתופסות לא רק כלפי אדם מסוים אלא כלפי כולם. זכות קניין, רכוש, שכולם חייבים לכבד. זוהי זכות חזקה יותר, מאחר והחובה עומדת לכולם ולא רק לאדם מסוים.

**סעיף 62 א' לפקנ"ז-** קובע שאף אחד לא יכול בצורה מכוונת וביודעין להתערב בחוזה בין הצדדים ולגרום להם להפר אותו אחד כלפי השני. זו עוולה נזיקית וניתן לתבוע על כך גם בנזיקין ולא רק בחוזים. מייצר הגנה חזקה לצדדים לחוזה שמאפיינת זכות in rem.

**4. מבנה הדוקטרינה הנזיקית וסוגי האחריות בנזיקין**

**3 יסודות מרכזיים לעוולה הנזיקית:**

**1. אשם-** התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט (במעשה או במחדל). אשם במובן מוסרי/ חברתי.  
**2. נזק-** ס' 2 לפקנ"ז: אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אובדן או חיסור כיוצאים באלה.  
**3. קשר סיבתי-** אם ההסתברות שנגרם נזק בשל התנהגות הנתבע נמוכה (פחות מ51%) אז לא קמה עילה בנזיקין. עם זאת- הוכחת נזק וקש"ס לא נדרשת תמיד.

**עוולת per se (עוולה כשלעצמה):**

לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי לנזק. לדוג'- הסגת גבול, הטרדה מינית (קשה להוכיח נזק, ניתן לתת פיצוי סטטוטורי מבלי הוכחת נזק). לעיתים תוצר של קושי ראייתי.

מרוץ ההתיישנות שונה בין עוולות per se לבין עוולות הדורשות הוכחת נזק:   
עוולת per se 🡨 מירוץ ההתיישנות מתחיל רק מיום שהסתיימה ההתנהגות העוולתית.   
עוולה שדורשת הוכחת נזק (כמו רשלנות) 🡨 מרוץ ההתיישנות מתחיל רק מאז שהנזק התגבש.

**כל עוולה שייכת לאחד מארבעת הסוגים הראשונים:**  
1. עוולת כוונה.  
2. עוולת רשלנות.  
3. אחריות מוגברת.  
4. אחריות מוחלטת.  
5. חסינות לנתבע.

**1. עוולת כוונה-**  
עוולה המבטאת אשמה מוסרית. התובע הניזוק צריך להוכיח שהייתה כוונה. דוג'- תרמית, גרם הפרת חוזה.

**2. עוולת רשלנות-**   
עוולת ההתנהגות הבלתי סבירה, אחריות מסוג חברתי (אשמה חברתית).  
התובע צריך להוכיח את יסודות סעיף 35 לפקנ"ז- עשה/ לא עשה מאדם שסביר ונבון היה/ לא היה עושה באותן נסיבות, או שלא נקט מידת זהירות שאדם סביר ונבון היה משתמש או נוקט באותן נסיבות- התרשלות.  
**הגורם ברשלנותו נזק לזולתו- עשה עוולה.**

רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה:  
לעיתים מתהפך נטל הראיה, נסיבות שבהן הנטל עובר אל הנתבע כדי להוכיח שלא התרשל. ס' 41 לפקנ"ז.

**3. אחריות מוגברת-**

אחריות חמורה. המזיק חייב גם אם אין אשם במובן החברתי או המוסרי (כוונה/ רשלנות). לדוג'- הסגת גבול. (ס' 29 לפקנ"ז).למרות זאת, יש משמעות לאשמתו של הניזוק (אשם תורם). אם הניזוק היה אשם זה יכול לשנות את היקף האחריות.

**4. אחריות מוחלטת-**

אחריות מוחלטת. המזיק חייב גם אם אין אשם במוסר החברתי או המוסרי (כוונה/ רשלנות). אין משמעות גם לאשמתו של הניזוק (אשם תורם). אחריות שמקלה יותר על התובע, "עולם קיצון".  
חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים- אחריות מוחלטת. חריג: מי שגרם לתאונה במתכוון.  
חוק האחריות למוצרים פגומים- אחריות מוחלטת. חריג: התרשלות חמורה של הניזוק יכולה לצמצם אחריות.

**חסינות לנתבע:**משטר שמטיב באופן משמעותי עם הנתבע. לדוג': לא תוגש תובענה נגד קטין מתחת לגיל 12 (ס' 9א לפקנ"ז), או נגד כל אדם המבצע פעולות שיפוט (ס' 8 לפקנ"ז).

**5. התיאוריה של דיני הנזיקין- הצדקות, מטרות**

מגדל נ' אבו חנא- נהג פגע בתינוקת בת 5 חודשים. **השאלה-** כיצד יש לחשב את הפיצוי. **הכלל:** מרכיב משמעותי של הפיצוי נקבע לפי אובדן כושר ההשתכרות (מחושב באמצעות "מבחן האלמלא"- ההפרש בין כמה הניזוק/ה היו מרוויחים אלמלא קרה להם הנזק, וכמה הם ירוויחו עכשיו אחרי שקרה להם הנזק). עד פס"ד אבו חנא: נטייה לחישוב סובייקטיבי של אובדן כושר ההשתכרות (מאפייני הניזוק, מגזר/ מגדר וכו'). אחרי פס"ד אבו חנא: החישוב מבוצע לפי ממוצע השכר במשק.

**3 תאוריות:**   
**1.** **צדק מחלק/ חלוקתי (distributive justice).**  
**2.** **צדק מתקן (corrective justice).**  
**3. השאת רווחה מצרפית/ יעילות.**

**צדק מחלק חלוקתי-**שאלות של "חלוקת העוגה" להבדיל מ"הגדלת העוגה"- יש להתייחס באופן שווה לקבוצות שונות בחברה.  
צדק במובן החברתי. דיני נזיקין- כלי לטיפול בחוסר הצדק הקיים בחברה.  
אבו חנא מדגים צדק חלוקתי- ריבלין טוען שהשיוך המגדרי והמגזרי לא רלוונטי לחישוב הפיצוי.

**צדק מתקן-**

תיאוריה של זכויות. נוגע למזיק והניזוק המסוימים ולמערכת היחסים ביניהם, רוצה ליצור מצב של שוויון מחודש ביניהם- השבת המצב לקדמותו. נחשב עדיין למטרה הדומיננטית של דיני הנזיקין. זוהי התיאוריה היחידה בנזיקין שמתמקדת בזכויות.

הפגיעה בזכות גורמת לאי צדק בין המזיק לניזוק, והתרופה המשפטית משיבה את המצב לקדמותו (ככל האפשר):

* **"שלב המבנה"** של אי הצדק- הניזוק ב"מינוס" והמזיק ב"פלוס". מסביר מדוע המשפט הפרטי מתמקד בתובע ובנתבע בלבד. מסביר כיצד הפיצוי יקבע- התאמת התרופה לאמות המידה של הפגיעה בזכות.
* **"שלב המהות"** (התוכן הנורמטיבי) של אי הצדק שנגרם: לכל אחד החירות לעצב את חייו ומטרותיו באמצעות הגוף והרכוש, ולצדה החובה שלא למנוע מאחרים לעצב ולממש את חייהם ומטרותיהם.

אבו חנא מדגים צדק מתקן- שיקולי צדק מתקן מתיישבים עם הרעיון שלכל אדם זכות לממש את עצמו, להגשים את מטרותיו (יהיו אשר יהיו) באיזו דרך שיבחר. הפגיעה בתינוקת פגעה בזכותה זו.

**השאת רווחה מצרפית/יעילות-**

בשונה מצדק מתקן- התמקדות לא רק במזיק והניזוק המסוימים, אל ברווחה המצרפית. בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה ולא לחלק אותה. מונחים: יעילות, תועלת, רווחה.  
בנזיקין יש מינוס, איך מגדילים עוגה מצרפית בעולם של מינוסים? צמצום ההוצאות.

**בדיני הנזיקין ניתן להגדיל את הרווחה המצרפית/ יעילות על ידי 2 מנגנונים:  
1. יעילות- הרתעה.  
2. פיזורי נזק- שיקולים בדיעבדיים (ex post).**

**1. יעילות- הרתעה:**נגרום לכך שמניעה של נזק תעשה באופן יעיל. שיקולי הרתעה לשם מניעה יעילה של נזקים- "יעילות מלכתחילה" (ex-ante)**.**

**דוג':** שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס. בשניה אדם מגדל צאן. מדי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. על מי נרצה להטיל אחריות למנוע את הנזק שנגרם? גישה נאיבית- בעל הצאן יישא בנזק.

**הגישה של Coase-** גם הפרות וגם התירס הן הגורם לנזק לכן צריך להחליט על מי מהם להטיל אחריות, בהתאם לשאלה את מי נרצה לעודד לפעול למניעת הנזק )על מי יעיל להטיל אחריות?).  
נעצב כלל משפטי שיטיל את האחריות על הגורם שיאפשר לנו להקטין את סך ההוצאות החברתיות: כלומר על מי שעולה לו פחות למנוע את הנזק (למשל, דרך הקמת גדר). כך נתמרץ אותו לפעול למניעת הנזק.

**דוג' מספרית-** הנזק לשדה התירס 200. עולה לבעל הצאן למנוע את הנזק 100 ולבעל שדה התירס רק 60.  
עפ"י Coase, אם נתכנן את הכלל המשפטי בצורה יעילה, נטיל אחריות על הנזק על בעל שדה התירס.

כאשר אנו רוצים להוביל לתוצאה יעילה ומתכננים כלל משפטי בהתאם, אנחנו בעולם של יעילות מלכתחילה.

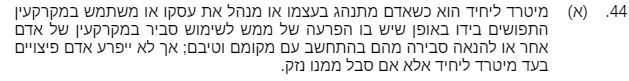
**2. פיזור נזק:**

שיקולים בדיעבדיים (ex post), שמטרתם למקסם יעילות **לאחר** שכבר התרחש הנזק. פיזור נזק על קבוצה גדולה של אנשים במקום על אדם אחד. אם דיני הנזיקין לוקחים בחשבון יעילות, עליהם לקחת בחשבון את שיקול פיזור הנזק (הטלת אחריות על מפזרי הנזק הטובים ביותר(. דוג': אחריות מוחלטת על מוצרים פגומים.

כיצד אבו חנא מדגים שיקולי יעילות/ הגיון כלכלי?

* **הרתעה-** אם אנחנו רוצים שאנשים יתנהגו בסטנדרט זהירות, צריך להרתיע את כולם בצורה שווה ללא פערים מלכתחילה בין הנפגעים. דוג'- חברת שליחויות תשלח שליחים שיסעו דרך שכונה עניה.
* **פיזור נזק-** נוצר סבסוד צולב- כולם משלמים לחברת הביטוח פרמיה זהה, ההנחה שמגיע לתינוקת עניה פיצוי פחות תגרום לכך שהיא תממן את התינוקת העשירה.

**6. עוולת המטרד**

**מטרד ליחיד, ס' 44 לפקנ"ז-** **הפרעה של ממש** בעיני האדם הסביר (אובייקטיבי) **לשימוש סביר** במקרקעין של אחר או **להנאה סבירה**, בהתחשב **במקומם וטיבם.**

**סוג העוולה וסוג הסעד-**

בד"כ התנהגות עוולתית מזוהה כנקודה על ציר הזמן.  
**מטרד- פעילות מתמשכת.** הסעד נקבע בהתאם: **צו מניעה,** על מנת להשיב את ה מצב לקדמותו.

סיפא סעיף 44 לפקנ"ז- **ניתן לתבוע גם פיצוי במידה והוכח נזק.**

אתא נ' שוורץ- הוכח באופן עובדתי שהמפעל השכן מייצר מטרד של רעש ממשי שמפריע לשימוש סביר. **השאלה נוגעת לסעד:** האם לתת צו מניעה בנסיבות העניין. התנאים **המצטברים** לפיצוי במקום צו מניעה- ס' 74 לפקנ"ז: 1. פגיעה קטנה 2. ניתנת להערכה בכסף 3. ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום כסף 4. ציווי יהיה התעמרות בנתבע. שמגר: **לא מבטל את צו המניעה, התנאים לא חלים. השלכות חברתיות/ כלכליות**/ צורך ציבורי בהקשר לעוולת המטרד הפרטי אינם גוברים כאשר מדובר בפגיעה בזכותו של בעל המקרקעין. מדבר גם בשפה של שיקולים כלכליים- מתייחס לכך שיש לתמרץ מפעלים כמו אתא לאמץ את הטכנולוגיה שתמנע התדיינות מסוג זה בעתיד. לבסוף מזכיר את פקודת הקרקעות, לפיה שר האוצר יכול לרכוש את בעלות הקרקע במידה והוא חושב שהדבר נחוץ, ונותן מעין "קריצה" למפעל לצעד הבא.

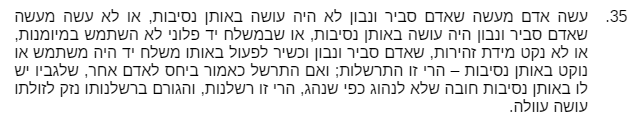
בגץ שוורץ נ' שר האוצר- המפעל אתא פנה לשר האוצר להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות, מתאר את הקושי להביא את המחלוקת לסיומה. התברר עובדתית שאין דרך להפחית את הרעש באופן שלא יהווה מטרד, רכישת המקרקעין ע"י מפעל אתא נתקלה בקשיים משום ששוורץ דרש פיצוי גדול מאוד. מטעם זה מפקיעים את הקרקע של שוורץ עם פיצוי.   
**לאחר מעשה:**

* השיקולים שבית המשפט דחה אותם מקודם וראה בהם משניים לשיקול של הפגיעה בזכות, עוברים לקדמת הבמה כשהמדינה הופכת שחקן מרכזי.
* פסק הדין של שמגר בהליך הערעור האזרחי מתמקד בשיקולי צדק מתקן, ויחד עם זאת נותן לראשונה מקום מרכזי לניתוח הכלכלי של המשפט.

**7. רשלנות**

יסודות עוולת הרשלנות- ס' 35 לפקנ"ז:

1. חובת זהירות- **חובת זהירות קונקרטית (צפיות טכנית), חובת זהירות מושגית (צפיות נורמטיבית).**  
2. התרשלות- **האדם הסביר, נסיבות, מקרים מיוחדים, נוסחת הנד, מונע הנזק הזול/ שוקל הנזק הטוב.**  
3. גרימת נזק: **הוכחת נזק; הוכחת קשר סיבתי בין ההתנהגות לנזק.**



התרשלות

**התנהגות רשלנית לפי ס' 35 לפקנ"ז- בהתאם לשאלה כיצד ינהג** "האדם הסביר". **בחינה אובייקטיבית. המועד בו נקבע אם ההתנהגות הייתה סבירה- מועד האירוע המזיק.**באותן נסיבות- **מתחשבים בנסיבות הסובייקטיביות, להקשר יש השפעה על המסקנה אם התנהגות סבירה.  
התרשלות- היסוד ההתנהגותי, רשלנות- העוולה עצמה, על כל יסודותיה.**

**פולר נ' בית חולים "העמק"- סוכרתיות במשפחה; הלידה הסתבכה, התינוק מונשם ונותר עם נזק משמעותי.  
השאלה המשפטית- בנסיבות רפואיות כאלה, ספרות מקצועית עדכנית ממליצה לבצע ניטור תכוף יותר.** השאלה- **האם רופא שנוהג על פי הפרקטיקה הנוהגת ולא על פי הספרות הרפואית העדכנית יותר מתנהג שלא בסבירות**?נקבע **שמצופה מרופאים לנהוג על פי הפרקטיקה הנוהגת במועד האירוע, ולא לפי מחקרים שיתכן שיאומצו בפרקטיקה בעתיד. התנהגות הצוות הרפואי הייתה סבירה, אין התרשלות.**

**שטרן נ' שיבא- מצבו של העובר הצריך ניתוח קיסרי במקום לידה וגינאלית; לא בוצע ניתוח; הילד נולד כשהוא משותק בגפיו העליונות.** השאלה- **לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות אך הסטנדרט של בית החולים שיבא היה גבוה יותר. האם הרופאים התרשלו משלא נקטו על פי הסטנדרט הגבוה יותר, אשר היה נהוג בבית החולים?** נקבע- **יש להטיל אחריות, בית החולים התרשל. (נראה כי בית משפט לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו**.(

האם עלינו להגדיר מהי "התנהגות סבירה" בהתחשב בכמה הסטנדרט ההתנהגותי יכביד על המזיק?

צדק מתקן- **לא, יש להחזיר את המצב לקדמותו כי נפגעה הזכות.**

צדק מחלק- **לא. כדי לעמוד בסטנדרט הזהירות, יש להשקיע יותר.**

בראיה כלכלית- **כן. נוסחת הנד שכוללת את הרעיון של עלות למזיק, יעילות.**

**נוסחת הנד (Learned Hand formula):**

**P (Probability)-** הסתברות שיגרם הנזק.   
 **P X L (תוחלת הנזק)**  
**L (Loss) -שיעור הנזק-** הסתכלות על הנזק הצפוי.  
  
**B (Burden of precaution)- עלות המניעה.** (הצבת אמצעי זהירות/ הימנעות מהפעילות).

**P X L > B-** תוחלת הנזק גדולה מהעלות למניעתו **🡨 התנהגות רשלנית (התרשלות).**

**B > P X L- תוחלת הנזק קטנה מהעלות למניעתו** 🡨 אין התרשלות.

נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש- בן 15 קפץ למים הרדודים בבריכה ונחבל בראשו. נקבע כי 2 מפעילות הבריכה הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהן.** ברק: **אם היינו רוצים לעשות את הרחיצה בבריכה לבטוחה לחלוטין, היה צריך להציב מציל ליד כל מתרחץ. עם זאת, שלטי אזהרה ופיקוח הם יעילים ואינם כרוכים בהוצאה בלתי סבירה, יש איזון ראוי בין הגנה על המתרחץ להמשך תפקוד ותפעול הבריכה.** המערער חויב ב33% אשם תורם, עפ"י מבחן הנער הסביר (כיצד היה נוהג הנער הסביר במצבו).

**גרובנר נ' עיריית חיפה- אשה מבוגרת הולכת בשטח גן ציבורי ונדרסת על ידי רוכב אופניים. היו שלטי אזהרה אך לא היתה אכיפה במקום.** השאלה- **האם העיריה התרשלה משלא דאגה לאכיפה**? שמגר: "יש זיקה הכרחית בין אפיה של הסכנה לבין אופיים של האמצעים הננקטים". באיזון בין תוחלת הנזק מול אמצעי המניעה לא ניתן לומר שהרשות התרשלה, לא היה לא סביר שהרשות לא הציבה פקחים. **יכולתה של הרשות אינה בלתי מוגבלת.**

**ולעס נ' אגד- ולעס הותקף על-ידי בריונים כשהוא ממתין לאוטובוס בתחנה המרכזית. השאלה-** האם אגד התרשלה כאשר לא הציבה פקח בשטח התחנה? **נקבע שאגד התרשלה משלא הציבה פקחים. ריבלין מאמץ את נוסחת הנד- הוצאות המניעה של אגד נראות קטנות מתוחלת הנזק הצפוי, בהתחשב בעובדה שאגד ממילא נדרשת לקיים סידורי שמירה ואבטחה גם כדי למנוע נזק לרכושה. מאמץ את הרעיון של פורת וקוטר שיש להוסיף לנוסחה את עלות הסיכון העצמי.**

**לרנר נ' מדינת ישראל-** הפרת דבר חקיקה הוא אינדיקציה להתנהגות לא סבירה.חיילים ירו לעבר משאית שעוברת את המחסום במהירות, הנהג לא שעה לאזהרות ונפצע. השאלה המשפטית- האם משהחיילים הפרו חיקוק )הוראות פתיחה באש) המשמעות בהכרח כי התרשלו? נקבע: **החיילים התנהגו באופן סביר, למרות שהפרו הוראות פתיחה באש. הוראות הפתיחה באש הן אינדיקציה חשובה בדבר תוכנה של חובת הזהירות, אך הן לא בהכרח מכריעות. כל שהיה מוטל על החיילים- לפעול בסבירות, גם אם זה כרוך בסטייה מסוימת מהוראות הפתיחה באש.**

**חמד נ' מדינת ישראל- במהלך התפרעויות ומהומות במחנה הפליטים ג'נין, חמד בן ה-11 נפגע בראשו מכדור גומי שנורה על ידי שוטרי משמר הגבול. השאלות המשפטיות: 1. האם המדינה פטורה מאחריות בשל פעולה מלחמתית? 2. מהו רף הזהירות אותו נדרשת המדינה לנקוט בסיטואציה מסוג זה?** נקבע (ברק) – **למדינה לא עומד פטור מאחריות. חמד נפגע מכדור גומי במהלך מרדף של שוטרים, מדובר ב**פעילות שיטור על כלל סיכוניה ולא פעולה מלחמתית. הסיכון שיצר הירי הוא סיכון רגיל המטופח תחת דיני הנזיקין. בנוסף, במסגרת המבחן האובייקטיבי של סבירות ההתנהגות, יש להביא בחשבון את כלל הנסיבות. יש להתחשב בצורך של המזיק לקבל החלטה מהירה בלי שיוכל לבחון לעומק את החלופות השונות; עצם העובדה שנבחרה חלופה מזיקה לא מעידה על התרשלות. מצב חירום אינו קובע מידה מיוחדת של סבירות. מאמץ את נוסחת הנד. במקרה דנן- האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות הוא רב, אין למנוע את הפעילות הביטחונית. עם זאת, החיילים ירו לעבר קטין בשעות החשיכה, מבלי שנשקף סיכון, לכן המדינה התרשלה. הערעור התקבל. ריבלין: נוסחת Learned Hand לא חייבת להיות מתמטית, אלא נוסחה רעיונית. ניתן להלביש עליה ערכים חברתיים שונים ובית המשפט ייתן להם משמעות.

**מדינת ישראל נ' אייגר-** בן 9.5 איבד את רגלו מאחר וטיפל בציוד לחימה שהיה על גג ביתו והטיל התפוצץ. השאלה המשפטית- האם יש לקבוע למשיב אשם תורם, ואם כן באיזה שיעור? נקבע שיש לשקלל אשם תורם בשיעור של 20%- המשיב יכול להיות אשם תורם גם אם אינו בעל אחריות בנזיקין, נבחן ע"י מבחן ביניים (רמת הזהירות הממוצעת של ילד בגילו). המשיב בעל אינטליגנציה גבוהה, בנוסף הוזהר מפני הסכנה והבין את משמעות האזהרה.

נוסחת הנד הרתעה ביתר והרתעה בחסר:  
סטנדרט הזהירות נקבע בהתאם לתוחלת הנזק. (P X L)  
טעויות לגבי הסיכוי להתרחשות הנזק או לגבי גודל הנזק עשויות לגרום לטעויות בסטנדרט הזהירות. דוגמת הנהגים.

**הרתעה ביתר והרתעה בחסר -** מצב שבו המזיק לא מורתע בצורה יעילה. הוא לא רואה לנגד עיניו את תוחלת הסיכון האמיתית. אנו רוצים שהמזיק ידע מהי תוחלת הסיכון האמיתית כי אז הוא ידע כמה להשקיע.

**אתגרים של כימות:** כיצד מכמתים עלות מניעה? כיצד מעריכים את הסיכוי להתממשות הנזק? איך נשתמש בנוסחת הנד לאור האתגרים הללו?  
**תשובות אפשריות:**  
- בקירוב: כשתוחלת הנזק מאוד גדולה ועלות המניעה קטנה משמעותית- אנו יודעים שאנו צריכים להתנהג יותר בזהירות.  
- אי שיוויון (אין צורך לאמוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים PL, .(B

**ריצ'רד פוזנר ו"מונע הנזק ההזול":**  
יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם בניזוק. תנאי מצטבר לנוסחת הנד. נוסחת הנד ומונע הנזק הזול יחד- יובילו לתוצאה יעילה.

**דוג':** 2 חלקות סמוכות, באחת חקלאי מגדל תירס בשניה אדם מגדל צאן. מדי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול. תוחלת הנזק לשדה התירס 10. למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק, לבעל הצאן יעלה 8. לפי נוסחת הנד לבדה, בעל הצאן רשלן, 8<10. מונע הנזק הזול- מגדל התירס, לכן הוא יישא בעלות הנזק 6<8.

**בעיות עם מודל "מונע הנזק הזול":**

* אי ודאות.(מאיפה בעל הצאן יודע כמה תעלה גדר לבעל התירס?)
* עלויות אדמיניסטרציה.

**הפתרון שהוצע בספרות: "שוקל הנזק הטוב ביותר" (קלברזי והירשקופף):**  
במקום לחפש את מונע הנזק הזול, כל שעל בית־המשפט לעשות הוא להחליט מיהו הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לערוך בעצמו ניתוח עלות– תועלת ולשקול אם וכיצד למנוע את הנזק, ושיש ביכולתו לפעול בהתאם.

**חובת הזהירות**

חובת הזהירות היא שער, מסננת לעוולת הרשלנות- על המזיק להיות חייב חובת זהירות כלפי הניזוק.

**מבחני חובת הזהירות- מצטברים:**   
**1.** **חובת זהירות קונקרטית/ צפיות טכנית-** בוחנת האם המזיק יכול היה לצפות את הניזוק בהתחשב אירוע הנזק.  
**2. חובת זהירות מושגית/ צפיות נורמטיבית-** בוחנת האם המזיק היה צריך לצפות את הניזוק בהתחשב אירוע הנזק.

Donoghue v Stevenson- דנגוי גילתה בירה בתוך החילזון, עשה לה כאב בטן ועוגמת נפש. היא תובעת את סטיבנסון, שהוא היצרן שהיה כתוב על בקבוק הבירה. לורד אטקין - "השכן שלנו" במשפט הוא אדם **שקרוב דיו** כדי להיות מושפע מההתנהגות שלנו, ולכן עלינו לקחת אותו בחשבון כאשר אנו בוחרים איך להתנהג. רק כלפי אדם כזה תהיה למזיק חובת זהירות.

גורדון נ׳ עירית ירושלים- גורדון מכר את רכבו לאחר. מקבל על הרכב קנסות, למרות שדיווח על המכירה והודיע על הטעות; הפסיק לשלם את הקנסות ובסופו של עניין נעצר. **השאלה-** האם אפשר לתבוע בעוולת הרשלנות? סעיף 60 לפקודת הנזיקין- נגישה היא פתיחתו/ המשכתו של הליך נפל, למעשה, ובזדון.. נגד אדם בפלילים. עם זאת, לא ניתן להשתמש בו מאחר ויש להוכיח כוונה. **נקבע** שהעירייה התרשלה- חבה חובת זהירות כלפי גורדון והיא הופרה, נגרם נזק כתוצאה מכך. הייתה צריכה לצפות בהתחשב באירוע ובנזק שעשוי להיגרם, שגורדון הוא ניזוק פוטנציאלי. חלה עוולת הרשלנות. הקריטריון "ליחסי שכנות" או "קרבה" יקבע אם חלה חובת זהירות. סעיף 36 לפקנ"ז- החובה בס' 35 לפקנ"ז מוטלת על כל אדם בתנאי שניתן לצפות מראש את הפגיעה בעקבות המעשה/מחדל.

**חובת זהירות קונקרטית/ צפיות טכנית-**

**צפיות טכנית בוחנת האם המזיק** יכול **היה לצפות את הניזוק בהתחשב באירוע הנזק.**

Palsgraf v. Long Island Railroad Company- גב' פלסגרף עמדה על הרציף והמתינה לרכבת. ברציף השני, עובדי הרכבת דחפו בחור בניסיון לעזור לו לעלות לרכבת, וחבילת הזיקוקים שהייתה בידיו נפלה והתפוצצה. כתוצאה מכך נפל מוט ברזל על ראשה של גב' פלסגרף שעמדה בצד השני של התחנה. השופט קרדוזו: גב' פלסגרף הייתה מחוץ למתחם הסיכון שעובדי הרכבת יכלו לצפות שתפגע ממנו.  
**המסקנה:** הצפיות הטכנית לא מתקיימת כאשר המזיק **לא יכול** היה לצפות שהתנהגותו תגרום לניזוק את הנזק שקרה, אם אין צפיות אין חובת זהירות (ואם אין חובת זהירות ממילא לא תוטל אחריות ברשלנות).

פריצקר נ' פרידמן- אדם שנדרס תוך כדי שכיוון את הנהג הדורס. **השאלה:** האם היה אפשר לצפות את הדריסה של אותו אדם? **השופט אגרנט:** ככלל, חלה חובת זהירות של נהגים כלפי הולכי רגל במקרים דומים, אבל בנסיבות העניין, לא חלה חובת הזהירות משום שמדובר בניזוק בלתי צפוי- אותו אדם כיוון את הנהג הדורס. כלומר, חלה צפיות קונקרטית אך משיקולי מדיניות הוחלט שלא חלה צפיות מושגית. השופט זילברג הגיע לאותה המסקנה עם עוולת הרשלנות והמבחן האובייקטיבי.

**האם יש לחובת הזהירות הקונקרטית גם היגיון כלכלי?**

* **אולי במצבים שאין צפיות טכנית, תוחלת הנזק מאוד קטנה-** יכול להיות שיהיו מקרים שמאוד קטנים עם אינדיקציה ברורה שאין מה לדון בהם, לא נרצה לפתוח את הדלת לעוולת הרשלנות.
* **אם אי אפשר לצפות את הנזק טכנית, אז לא ניתן ליצור הרתעה** )האם אדם ישקיע באמצעי זהירות אם אינו יכול לצפות נזק?( אנו רוצים ליצור מצב של יעילות מלכתחילה, שישקיעו באמצעי מניעה רק אם זה יעיל. לא ניתן באמת ליצור הרתעה אם לא מניחים שבכלל אפשר לצפות את הנזק.
* **הרתעה ביתר – ריבוי השקעה באמצעי מניעה, פן מישהו יפגע-** עלול להיות עומס בבתי המשפט במידה ולא נצייר את המעגל סביב אנשים שיכולים להינזק מההתנהגות. לא רוצים לייצר מצב שיהיה חשש שכל פעולה עלולה להוות סיכון בגינו יטילו אחריות ברשלנות.

**חובת זהירות מושגית/ צפיות נורמטיבית-**

צפיות נורמטיבית בוחנת האם **צריך** היה לצפות את הנזק. שואלים האם אנחנו רוצים לאפשר שבמצבים האלו נטיל חובת זהירות. מדובר בהרחבה של המבחן.

מכניסה לגדרה של חובת הזהירות **שיקולי מדיניות**, לדוגמה:

* **שיקולי הרתעה-** עלול להיות הרתעה ביתר, דוג'- מורים בטיולים שנתיים. מתח בין צפיות טכנית לבין צפיות נורמטיבית. הדרך להתמודד: לא דרך חובת הזהירות, אלא לפתוח את הדלת של חובת הזהירות, לבדוק אם הייתה התרשלות ולהטיל אחריות במידה והייתה התרשלות חמורה.
* **עלויות מנהליות כתוצאה מהגשת תביעות סרק-** צמצום מספר האנשים שיכולים להגיע לביהמ"ש.
* **שיקולים נוספים** (שמגר בפס"ד מ"י נ. לוי):

מדינת ישראל נ' לוי- לוי נהרג בתאונה. הפוגע היה מבוטח על ידי חברת ביטוח שהתפרקה. המדינה נתבעת על אובדן כספי הביטוח משום שהמפקח על הביטוח לא התריע על קריסת חברת הביטוח. **השאלה-** האם יש חובת זהירות של המפקח על הביטוח כלפי לוי? **צפיות טכנית-** המפקח על הביטוח יכול היה לצפות את אירוע הנזק. **צפיות נורמטיבית-** 4 שיקולים לקיומה של צפיות נורמטיבית:  
1. האם מדובר במעשה או מחדל?   
2. מה סוג הנזק (ממוני/ גוף)?  
3. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת?  
4. האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי? האם טענת ההתרשלות כלפי המדינה היא על ביצוע או על הפעלת שיקול-דעת? ישנו צמצום מאחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות המבוססות על שיקול דעת, מאחר ואין סטנדרט מולו ניתן להשוות את ההתנהגות.

בסופו של דבר, בית המשפט מצא שהממונה על הביטוח פעל במסגרת שיקול הדעת הרחב שהיה לו וקבע שלא הייתה צפיות נורמטיבית בנסיבות העניין.  
מחלוקת אקדמית לעניין יסוד חובת הזהירות, אשר הובילה למחלוקת פסיקתית בנושא**.**

**התפתחויות הקשורות למודל עוולת הרשלנות-**

**המודל המסורתי של עוולת הרשלנות:**

* קיומה של חובת זהירות קונקרטית.
* קיומה של חובת זהירות מושגית.
* התנהגות רשלנית (אשם).
* גרימת נזק.

קודם שואלים אם יש חובה, לאחר מכן האם הופרה, לבסוף האם נגרם נזק והאם יש קשר סיבתי.

**"המודל המוצע" (השופט עמית בפלוני, השופט לוי בשתיל):**

* התנהגות רשלנית (אשם).
* גרימת נזק.
* שיקולי מדיניות.

לפי המודל המוצע הרעיון של חובת הזהירות מסרבל את הדיון. מציע להחליף את חובת הזהירות הקונקרטית בהתרשלות, בשאלה האם היה אפשר לצפות את תוחלת הנזק. בנוסף, להחליף את חובת הזהירות המושגית בשיקולי מדיניות.

השופט הנדל בעניין וגנר נ' עבאדי לא מסכים עם השופט עמית.  
מציע **מודל המתייחס לטבעה של חובת הזהירות לפי המקרה:**

* **מצבים "קלים" (חובת זהירות מוכרת)-** די בהצגתה ואין צורך בדיון מורכב. דוג'- רופא למטופל שלו.
* **מצבים גבוליים-** יש לערוך השוואה.
* **מצבים חדשים-** דיון בשיקולי מדיניות ברמת הפשטה כללית.

**בין השיקולים בגינם יש להותיר את חובת הזהירות:**

**1. יעילות דיונית-** אם אין חובת זהירות חבל לפתוח דיון מורכב בשאלות של התרשלות וקש"ס.  
**2. החובה מקדימה את האשם.** אם אין חובה, כיצד יש התרשלות?

**3. לחובה יש משמעות בשליחת מסר חברתי (guidance).**

**גרימת נזק**

**המבחן לבחינת קשר סיבתי עובדתי:**   
"מבחן האלמלא"- האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה? בעוולת הרשלנות- מה היה קורה אלמלא התנהגותו הרשלנית של הנתבע?  
יש להוכיח **קשר סיבתי** בין העוולה לבין הנזק.

**דוג'-** חולה נפטר על שולחן הניתוחים, הרופא התרשל (נתון). ניישם את מבחן האלמלא- האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא?   
כן 🡨 אין קש"ס בין ההתרשלות לנזק. לא 🡨 יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

**המבחנים לבחינת קשר סיבתי משפטי:**

**מבחן הצפיות –** האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק, בהתחשב באירוע הנזק וסוג הנזק.

**מבחן הסיכון (המבחן הדומיננטי) –** בוחן את הסיכון שהמחוקק ביקש למנוע. בחינה זו מקימה את "מתחם הסיכון", וכל תוצאה מזיקה שנופלת אותו מתחם, מקיימת את המבחן.

**מבחן השכל הישר –** האם הפרת החובה תרמה לתוצאה המזיקה, באורך אופייני, כפונקציה של ניסיון החיים.

**8. גבולותיה של עוולת הרשלנות**

נשאל איזו חשיפה לסיכון היא כזאת שלגביה נאפשר הטלת אחריות ברשלנות, איזה סיכונים נאפשר להכניס לתוך המעגל של חובת הזהירות.

**1.** נזק ממוני (כלכלי) טהור-

- נזק כלכלי כתוצאה ממצג שווא רשלני.

- חובת זהירות של בנקים.

- נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה.

**2.** נזק בלתי ממוני טהור.

- ניזוקים ישירים (כולל המקרה של פגיעה באוטונומיה).

- ניזוקים עקיפים.

**3.** חיים והולדה בעוולה.  
**4.** מחדל טהור.

**נזק כלכלי טהור:** נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף/ רכוש).   
**נזק כלכלי לא טהור:** נזק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי.

**1. נזק ממוני (כלכלי טהור)-**

**הכלל:** חובת זהירות מוגבלת על פי רוב לפגיעה בגוף או רכוש, ובדרך כלל אין מפצים על נזק כלכלי טהור. **נזק כלכלי טהור –** נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף/ רכוש).

**הרציונלים לכלל:**

* **שיקול ראייתי של קשיי הוכחה-** דוג'- קופה של קיוסק נפגעה ע"י רוכב קורקינט. יש אובדן כושר הכנסה, אבל של כמה? תלוי ביום, לא באמת ניתן לדעת.
* **הרתעה ביתר-** אם אנחנו נדע שכל סיכון שאנחנו יוצרים יתממש, יש פוטנציאל שאלפי אנשים יתבעו אותנו בגין הנזק הכלכלי שנגרם להם כתוצאה מאותו סיכון.
* **הצפת בתי המשפט-** דוג'- פקק בעקבות נהג אוטובוס רשלן שהתנגש במשהו, הרבה אנשים הושבתו ויכולים לטעון שנגרם להם נזק כלכלי. האם אנחנו רוצים לפתוח לכולם את הדלת לתבוע?

**טיעונים נגד הכלל:**

* **לא מתיישב עם שיקולי הרתעה-** הרתעה בחסר. אנשים לא יזהרו כשמדובר בנזק ממוני טהור.
* **האם לא מתיישב עם צדק מתקן?-** יש להשיב את המצב לקדמותו, גם כאשר מדובר בנזק ממוני טהור.

**מצג שווא רשלני-**

חוות דעת רשלנית.דוגמאות למצב רשלני שיכול לגרום נזק:רופא שנותן חו"ד רשלנית, רואה חשבון, עו"ד.

למה חשוב לאפשר תביעה ברשלנות על מצג שווא כשאפשר לתבוע בעוולת התרמית (ס' 56 לפקנ"ז)?   
תשובה- גם עוולת התרמית עוסקת ברעיון של מצג שווא לא נכון, אך יש אלמנט של כוונה והסתמכות של הניזוק. יותר קשה להוכיח כוונה.

**דוגמאות לשיקולים בגינם יש להטיל אחריות על מצג שווא רשלני בזהירות:**

* החשש לתת חוות דעת עשוי להתבטא בחוות דעת לא ברורות דיין. הרתעה ביתר.
* עלייה בתמחור חוות הדעת (גילום הסיכון בתביעה).

ויינשטיין נ' קדימה- קבלן בנה מיכל מים עבור קדימה. בתכנון המכל היו פגמים, שנגרמו עקב רשלנות של המהנדס (עליו הסתמך הקבלן). עקב הפגמים, קדימה לא הסכימה לשלם לו את המחיר המוסכם. **הנזק-** הפרש בין מה שהקבלן אמור לקבל בעבור המכל התקין לבין מה שקיבל בפועל מקדימה (אובדן הכנסה). הקבלן ציין כי הוא יודע את המפרט היטב בעצמו. **נקבע** שלא היה יסוד הגיוני שהמהנדס יחזה מראש, שהקבלן יקבל על עצמו את הקמת המיכל עפ"י התוכניות, מבלי לדאוג לבדיקה של התוכניות האלו. מכאן, שאין לקבלן עילה נגד המהנדס בשל רשלנותו בעריכת חוות דעתו המקצועית. כלומר – הכלל ה-5 לא התקיים, התביעה נדחתה.   
  
**התנאים המצטברים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני- פס"ד ויינשטיין:  
1.** מי שעשה את המצג היה בעל מיומנות מיוחדת. **2.** המצג נעשה במהלך העסקים הרגיל. **3.** הגבלת היקף האחריות (אל מי הגיע המידע מושא מצג השווא). **4.** המציג ידע שהתובע יסתמך על חוות הדעת. **5.**המציג יכול היה לצפות שלא תיעשה בדיקה נוספת בעקבות חוות הדעת (דחייה על סמך טיעון זה או תחולת הגנה של אשם תורם).

**נזק כלכלי טהור שנגרם על ידי בנקים**-  
על בנקים חלה חובת זהירות רחבה יותר בגין נזקים כלכליים.  
  
**הרציונלים:**

* **הבנק בד"כ שוקל הנזק הטוב ביותר-** יש להם גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג.
* **לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק.**
* **הבנקים מפזרי נזק טובים-** יכול לפזר את הנזק בין לקוחותיו.

טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח**-** חברת בנייה שמכרה דירות הייתה לקוחה של הבנק, שידע על מצבה הכלכלי הגרוע. הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזי משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה לחשבון החברה שנמצא אצלו. טענת הלווים: הבנק הפר חובת זהירות כלפיהם וגרם לנזק כלכלי.  
הבנק טוען להגנתו: חלה עליו חובת סודיות כלפי החברה הקבלנית. אסור היה לו לגלות על מצבה.  
**נקבע** שעל הבנק היה לגלות לתובעים שהוא נמצא במצב של ניגוד עניינים, כדי לאפשר ללקוחותיו ללכת לייעוץ נוסף. הוא לא היה צריך להפר את חובת הסודיות שלו.

**מרמה וזיופים-** בד"כ מרמים את הלקוחות של הבנקים.

בנק דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן (לא בסילבוס)- עורך דין, מיופה כוח, חותם "בשם הלקוח", על ערבויות לטובת עצמו. הבנק ביקש לקזז את החובות של עורך הדין עם יתרת הזכות שהייתה בחשבון הלקוח על סמך הערבויות. הלקוח טעןשעל הבנק לשאת בנזק שנגרם. הלקוח לא צריך לשאת בעלויות למרות שהשם שלו כתוב על הערבויות האלו. **נקבע** שעל הבנק חלה חובת זהירות. הבנק התרשל שכן היה עליו "לחקור ולדרוש" את פעולותיו של מיופה הכוח, מדובר בסיכון ש"בנק סביר" צריך לקחת בחשבון. ככל שהחשד שעלה גדול יותר, כך גדל הסיכוי לגלות את התרמית באמצעות חקירה קלה יותר.

**הטלת אחריות על בנק כלפי צד ג' (שאינו לקוח)-** מה המשמעות מבחינת חובת הזהירות שחלה על הבנק?

קופת אשראי וחיסכון אגודה הדדית בע"מ נ עוואד (לא בסילבוס)- צ'קים בנקאיים ריקים נגנבו מהבנק. הגונבים השתמשו בהם כדי להוציא כסף מחלפני כספים. רק כאשר החלפנים הגיעו לפדות את הצ'קים הבינו כי הם מזויפים ואין ממי לפדות. טענת החלפנים:על הבנק לשאת בנשק שנגרם (כלכלי טהור).  
**נקבע** שיש להטיל אחריות על הבנק שכן מצופה ממנו לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע את החליפין בצ'קים גנובים (שהבנק לא נקט בהם). על הבנק חלה חובה למנוע את הזיופים האלה באמצעות ניטור והוא לא עשה את זה כמו שצריך במקרה הזה.

**נזק כלכלי טהור שנגרם לצדדים שלישיים מהפרת חוזה-**

קורנפלד נ' שמואלוב- בעלים של חברה, שהחזיקה חלקה במטרה להקים עליה בית ולמכור את הדירות; הם מתקשרים עם קבלני משנה, ולא מפקחים על ביצוע העבודות.התובעים:מי שרכשו את הדירה מהרוכשים המקוריים וגילו נזק חמור.הם תובעים את הקבלן שאין להם חוזה מולו על הוצאות לתיקון הדירה. **מדוע קריטי לתובעים שתוכר האפשרות לתבוע ברשלנות?** אין "לרוכשים השניים" חוזה מול הנתבעים, מצב של הרתעה בחסר. רשלנות היא הכלי היחיד כיוון שאין חוזה. **הבעיה בקביעה שקיימת חוב"ז-** הרחבת חוג התובעים להיקף לא ידוע. **נקבע** שאחריות הקבלן לגבי הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים. פתחו את הדלת של חובת הזהירות, אך לא נקבעו מסמרות לעניין היקפה.

**נזק ממוני בלתי טהור:**

נזק ממוני **בלתי** **טהור**: גרימת צער, עוגמת נפש וסבל, ונזקים דומים, כשכל אלה אינם נובעים מנזק פיזי לגוף או לרכוש. הם טהורים מאחר והם לא כוללים את הפגיעה בגוף או ברכוש.

**ניזוקים ישירים  
ניזוק ישיר:** מי שנגרם לו כאב וסבל בשל התרשלותו של הנתבע. **ניזוק עקיף:** מי שנגרם לו כאב וסבל בגלל נזק פיזי שנגרם לאחר כתוצאה מהתרשלותו של הנתבע.

**הכלל בעבר:** ניתן לתת פיצוי על נזק בלתי ממוני טהור, רק אם הוא נלווה לנזקו הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי ממוני. עוולת הרשלנות סגרה את הדלת במקרים האלו.

**הרציונלים לכלל-**

* הצפת בתי משפט.
* כשלים ראייתיים, קשיי הוכחה.
* קשה לקבוע שווי (נזקי גוף אפשר לבטח. לא ברור כיצד, אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים).
* הרתעה ביתר.

**טיעונים נגד הכלל (שהביאו למגמת ההתרחבות המאפשרת תביעה בגין נזק בלתי ממוני טהור):**

* לא מתיישב עם שיקולי הרתעה (נוצרת הרתעה בחסר).
* קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו; מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי.
* האם לא מתיישב עם צדק מתקן? לא נשיב את המצב לקדמותו אם לא נחייב על נזקים מבלתי ממוניים.

עד אמצע שנות ה80, עוולת הרשלנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים.  
ואז הגיע פס"ד גורדון- יש להכיר הנזק הלא רכושי כנזק בר פיצוי, העומד ברשות עצמו.

אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן- קרובי משפחה שצפו ביקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים, מבלי שנכחו במקום התאונה בעת שקרתה. **השאלה-** האם קיימת אחריות על פי פקנ"ז לנזק נפשי שנגרם לצד ג', שאדם קרוב לו נהרג או נפצע בשל רשלנותו של הנתבע?   
**התנאים שנקבעו- הלכת אלסוחה:**

**1.** קירבה משפחתית **מדרגה ראשונה-** יותר הגיוני לצפות שאדם מקרבה ראשונה ייפגע כשהוא נוכח במקום שבו קרובו נפצע.  
**2.** **תהליך הגרימה-** התרשמות ישירה (ולא משמועה, למשל). Shock induced""  
**3.** **קירבה בזמן ובמקום** לאירוע המזיק/ תוצאותיו המיידים.   
ביהמ"ש מכיר בחשיבות של הגמשת הכלל (למשל – גם מי שלא היה בזירת האירוע עצמיו, אלא באמבולנס).   
**4.** **נזק נפשי משמעותי-** התנאי הכי נוקשה. צריך להוכיח פסיכוזה, נכות נפשית- לא תמיד.

שוויקי נ' מדינת ישראל- תביעה של הורים, שילדיהם נפגעו כתוצאה מירי של כוחות צה"ל עקב טעות חיילים במארב. האב טוען שמגיע לו פיצוי על נזקו הנפשי, וכן על הנזק הפיזי שנגרם לליבו בעקבות הנזק הנפשי, 5 שנים לאחר התרחשות התאונה. **נקבע: א.** קיימת אפשרות תביעה לניזוק עקיף על **נזק פסיכו פיסי** (שנגרם מהתרשמות), אם מוכח קש"ס בין נזק זה לנזק הנפשי (לא הוכח שהבעיה הלבבית נגרמה כתוצאה מהנזק הנפשי). **ב.** יש להחיל את כלל אלסוחה בשינויים המחויבים (לא הוכח גם שהנזק הנפשי היה חמור דיו).

לבנה לוי נ' שערי צדק- רשלנות רפואית- חריגה מהנוהל לגבי זמן הסתובבות לעידוד לידה; העובר מת כתוצאה מההתרשלות; כתוצאה מכך נגרם סבל וצער להורים. השאלה: האם ההורים זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי? הבעיות: 1. הניזוק הישיר הוא העובר, מאחר ולא נולד עפ"י החוק אינו יכול לתבוע, אי אפשר לתבוע בשמו. 2. לא מתקיים רף הנזק הנפשי המשמעותי עפ"י אלסוחה. מחוזי- קבע שהאב ניזוק עקיף שאינו זכאי לפיצוי, והאם הניזוקה הישירה- החלטה שלא מתיישבת עם הדין, האם ילדה את הניזוק. עליון- חיות (מיעוט): ניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים. ריבלין וג'וברן (רוב): ההצעה של חיות תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים; ההורים נזיקים "מעין ישירים"; בנסיבות אלה, ניתן להגמיש את "הכלל הרביעי".

**הפרת חובת הגילוי (הסכמה מדעת) ופגיעה באוטונומיה**

נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד.

הסכמה מדעת – על הצוות הרפואי לקבל את הסכמת המטופלים לטיפול רפואי, אחרת הם חשופים לתביעה נזיקית.

דעקה נ' בית החולים "כרמל" בחיפה- דעקה נכנסה ל**ניתוח ברגל** והצוות הרפואי מקבל הסכמה לניתוח. **לאחר שטושטשה,** גילו שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה וביקשו את הסכמתה. דעקה עוברת את הניתוח בכתף. נגרם נזק לכתף. ניתוח הביופסיה עצמו בוצע ללא רשלנות. **טענת התובעת-** הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת לביופסיה; תובעת על הנזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף שלצורך ביצועו לא נתנה את הסכמתה מדעת.

2 סוגי נזקים שמעורבים בפרשה של הסכמה מדעת:  
1. נזק תוצאתי- נזק גוף.   
2. נזק לאוטונומיה של התובעת שלא הסכימה להליך הרפואי.

1. נזק תוצאתי –

ייבחן הקש"ס בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל, לבין הנזק הגופני, באמצעות מבחן אלמלא כפול.

אם הרופאים היו מגלים את המידע למטופל באופן תקין, האם הוא היה מסכים? כן 🡨 אין קש"ס,   
לא 🡨 ייתכן שיש.   
אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת, האם הנזק היה קורה? כן 🡨 אין קש"ס, לא – יש קש"ס.

2. נזק לאוטונומיה –

**בעניין דעקה – השופט אור קבע כי לא מתקיים קש"ס לגבי נזקי הגוף. לדעתו, היה יותר סביר שדעקה הייתה מסכימה לניתוח בכתף מאשר לא, לכן הנזק נגרם בכל מקרה.**

**עם זאת, ניתן לתת פיצוי על הנזק שנגרם לאוטונומיה כנזק עצמאי, על עצם העובדה שלא התקבלה הסכמה להליך הרפואי. פיצוי על הנזק לאוטונומיה – אפשרי רק במקרים חריגים.**

**בייניש (מיעוט)- יש קש"ס. במקרים בהם לא מוכח קשר סיבתי, יש לאפשר פיצוי לפי המכפלה- בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול (ובלבד שהסיכוי משמעותי), לבין הנזק התוצאתי.**

**פס"ד תנובה**עובדות-תביעה ייצוגית; מחלבה של תנובה החדירה סיליקון לחלב עמיד כדי למנוע הקצפה ושישמר יותר טוב באריזה. הלקוחות לא ידעו.  
נקבע-לא הוכח נזק פיזי, אך היות שהצרכנים לא יודעו, מנעו מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב על ריכוז הסיליקון. נגרמה פגיעה באוטונומיה. הפיצוי-על הפגיעה באוטונומיה ו"תחושת הגועל", העלבון והכעס של הצרכנים.

**ביקורת לדוגמה על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה-**

* **בעיית החישוב –** איך משערכים דבר כזה?
* **תמיד נפגעת אוטונומיה**, לא? כמעט בכל מקרה יש פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה.
* **יצירה של עוולת per se**- די בכך שלא גילו למטופל את המידע כדי ליצור עוולה, לא צריך להוכיח נזק.

**מענה לביקורת-**

* **פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי ודאות וחישוב הנזק –** אפשר לפתח כלים, בשביל זה יש מומחים.
* **האם יצירת עוולת per se היא בהכרח בעייתית בהקשרים האלו?** אנחנו רוצים לאפשר פיצוי גם אם אי אפשר להוכיח בדיוק את הנזקים ולצייר את הגבולות של הנזק והקשר הסיבתי.

**כיום –** האפשרות לקבל פיצויים על פגיעה באוטונומיה במקביל לפיצויים על כאב וסבל התמתנה. ניתן לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה ללא נזק תוצאתי רק במצבים מסוימים.

**מחדל טהור**

אדם יחשב כגורם נזק במחדל טהור, אם לא מנע נזק שהתממש, מסיכון שלא הוא יצר אותו.  
דוג' למחדל טהור: מישהו שלא קופץ למים להציל אדם שטובע| מחדל לא טהור- אי בלימה של רכב.

בעבר הכלל היה שאין חובת זהירות בגין מחדל טהור. כיום ניתן להטיל על מחדל טהור, אך נהיה יותר זהירים לגבי מחדלים כבסיס לאחריות בעוולת רשלנות. למה?

* **טיעון סיבתי –** אם לא עשיתי שום דבר, איך גרמתי לנזק?
* **התערבות יתר בחירות הפרט –** פגיעה באוטונומיה, דרישה מוסרית גבוהה. יוצר חובה מסוג עשה.
* **הרתעה ביתר –** הקטנת פעילות מחשש שתוטל אחריות.

ולעס נ' אגד- ולעס הותקף ע"י בריונית בתחנה המרכזית, אגד לא דאגה להציב שומרים בתחנה. השאלה המשפטית- האם תקום אחריות ברשלנות בשל מחדל הנתבע לנקוט אמצעי זהירות למניעת מעשה עברייני שבוצע על ידי צד שלישי כנגד התובע? המחוזי- אין צפיות טכנית; גם אם יש- אין קש"ס. העליון- ריבלין: מתקיימת צפיות טכנית ונורמטיבית – ניתן להסיקה מקיומה של מערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים. מתקיים קש"ס, מאחר ונוכחות של איש בטחון מרתיעה יותר מנוכחות של עוברי אורח. אמנם אגד לא יצרה את הסיכון, אך היה עליה לצפות אותו. הוטלה חובת זהירות על מחדל טהור – מערכת יחסים ייחודית.

"חוק השומרוני הטוב" – רעיון של להטיב עם האחר, להושיט יד לאחרים בשעת צרה.  
חובת הצלה, בעיית ה-bystander אומרת הרבה פעמים שמישהו אחר כבר יעזור.  
Kitty Genovese**-** אישה הלכה לביתה לאחר בילוי. התנפלו עליה בחניה ורצחו אותה. קראה לעזרה. בפעם הראשונה התוקף ברח, וכשאף אחד לא הגיע לעזור- שב ורצח אותה.

"חוק לא תעמוד על דם רעך" - חוק פלילי, מחייב אדם- א. להושיט עזרה לאדם אחר הנמצא עקב אירוע פתאומי, בסכנה חמורה ומידית לחייו/ שלמותו/ בריאותו, מבלי להסתכן או לסכן את זולתו. ב. יכול לקרוא לרשויות.

התמודדות החוק עם הבעיות:

* סכנה חמורה ומידית.
* כל עוד לא כרוך בסיכון**-** לא תוטל אחריות על אדם שבא להושיט עזרה אם הדבר מסכן את חייו.
* מניעת תמריץ שלילי של מצילים (החזר הוצאות)- סעיף 5 לחוק עשיית עושר.

**חיים בעוולה/ הולדה בעוולה**

הסוגיה: התרשלות בגילוי מום מולד. הטענה – ההתרשלות הביאה לכך שהילד בעל המום נולד ולא הופל, מאחר והצוות הרפואי/ הרופא לא איתרו מום/ מגבלות כלשהי. הרופא לא יצר את הסיכון או את הפעם, אך מאחר ולא איתר אותו – ההורים לא יכלו לבחור אם להפיל או לא.

**2 סוגים של עילות שנראה בהקשר זה-**

* **חיים בעוולה (Wrongful life) –** עילה של הילד עצמו. החיים שלו נוצרו בעוולה כי לא איתרו את המוגבלות שלו בזמן.
* **הולדה בעוולה (Wrongful birth) –** עילה של ההורים. ילדו ילד עם מוגבלות, שלא היו יולדים אותו אם היו יודעים שיש לו מום.

**חיים בעוולה**

זייצוב נ' כץ- ההורים הגיעו לייעוץ גנטי, הרופא מאשר שהעובר תקין. נולד ילד בעל מוגבלות תורשתית. השאלה המשפטית: האם לילד יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו? גולדברג (מיעוט)- אין להכיר בזכות התביעה של הילד, המשמעות היא העדפת המוות על פני החיים. בן פורת-- הנזק הוא החיים עם המוגבלות, לכן עליו להיות מחושב לפי ההפרש: בין המוגבלות, לבין אי חיים. מקבלת את הטענה ברמה הבסיסית שטוב מותו של הילד מחייו. ברק ולוין- לאדם אין זכות לאי חיים, אלא לחיים ללא מום. לכן **הנזק לא בגרימת חיים, אלא בגרימת חיים עם מום, והוא ייחשב לפי ההפרש בין חיים עם מום לחיים ללא מום.**

קשיים מרכזיים בקביעה זו –

* **קושי סיבתי –** לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי, הנזק היה קורה בכל מקרה.
* **קושי מוסרי –** קדושת החיים, גם של אנשים עם מוגבלויות. תיקוף לרעיון שחיים עם מוגבלות הם נזק.
* **קושי קונספטואלי –** הקושי לא רק בכימות אלא בקביעה שקרה נזק.
* **מדרון חלקלק –** אם נכיר בעילת התביעה של חיים בעוולה נגד רופאים, האם נכיר בה כנגד הורים?

**הולדה בעוולה**

הלכת המר – מבטלת חיים בעוולה. הקשיים בפרשת זייצוב עמדו לנגד עיניהם של השופטים בעניין חיים בעוולה. ביהמ"ש העליון מבטל את זכות התביעה של ילדים ב"חיים בעוולה" ומשאיר רק את זכות התביעה של ההורים בעילה של "הולדה בעוולה". אותן נסיבות, בהן הצוות הרפואי לא יצר את הסיכון שהתממש, אך מאפשרים להורים בלבד לתבוע על ההוצאות הרפואיות והנזקים כתוצאה מהולדת הילד עם המוגבלות. בזאת מנטרלים את הקשר לפיו אדם שנולד עם מוגבלות יכול לומר שטוב מותו מחייו. מפתחים מנגנוני פיצוי.

* חובת זהירות, התרשלות ונזק. הנזק – גידול של ילד שההוצאות בגינו גבוהות יותר בשל המוגבלות.
* קשר סיבתי –

מבחן סיבתי- עובדתי:  
א. יש להראות שהועדה לאישור הפלות הייתה מאשרת את ההפלה בהתחשב בפגם הצפוי. אמת מידה אובייקטיבית – הוועדה כפופה לקריטריונים.

ב. יש לשכנע שההורים היו מממשים את זכותם להפיל. אמת מידה סובייקטיבית.

יש קושי בתנאי זה, מאחר ומדובר בהודאה קשה לכל הורה, ובאוכלוסיות מסוימות יכולה להתלוות להוקעה חברתית. נטל קשה, הן ברמה החברתית והן ברמה האישית וההורית.  
הפתרון שריבלין מציע – חזקה (ניתנת לסתירה) שבהתקיים התנאי הראשון, בקשתם של ההורים להפסקת ההיריון הייתה מתקבלת. אי אפשר להניח מעצם ההשתייכות של אישה למגזר/ זרם מסוים שהיא הייתה בוחרת או לא לעשות הפלה.

הלכת המר – תרופות:

* **הוצאות –** הוצאות על ההפרש בין עלות גידול ילד בלי מוגבלות לבין גידול ילד בעל מוגבלויות (הוצאות עודפות). ההצדקה לכך – הרופאים גרמו להולדה עצמה ולא לנזק עצמו. ההנחה שההורים מביאים ילד כי הם רוצים לאהוב אותו, והם מוציאים עליו את ההוצאות בכל מקרה. בתמורה הם מקבלים חום, אהבה ואת ההנאה להיות הורה. ההוצאות לכל ילד מתקזזות עם התועלת מכך שיש להם ילד בריא. עם זאת, הגידול וההוצאות נוספות של ילד מיוחד – זה הוצאות שהם נאלצו לשלם בנוסף להוצאות הרגילות, מאחר שנכפתה עליהם מציאות מסוימת.  
  ילד שמלאו לו 18 –מדובר בילד בוגר, אנחנו מצפים ממנו להיות עצמאי, לנהל את חייו ואף להרוויח כסף. זו מציאות שלא תהיה, לכן מעל גיל 18 מדברים על פיצוי מלא, ולא רק הוצאות עודפות. לוקחים בחשבון אמת מידה אובייקטיבית, ממוצע במשק וכו'.  
  יקבעו הנחיות להורים לגבי הפיצוי – ההורים מקבלים הנחיות כיצד לתפקד, בקווים כלליים. לעיתים אנשים שמקבלים פיצוי מאוד גדול בבת אחת לא יודעים לחלק אותו נכון. בנוסף, הפיצויים מוגנים.
* **פיצוי על כאב וסבל –** להורה יש הנאה מהילד, מתקזז עם ההוצאות הרגילות. פיצוי על כאב וסבל- ראש נזק שניתן לפצות בגינו.
* **פיצוי על נזק לאוטונומיה –** זכויות החולה, חלק מהרעיון הכללי של פיצויים על כאב וסבל. המר ודעקה- מצבים בהם עדיין אפשר לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה. הנזק- ההורים לא יכלו לבחור אם להפיל או לא, מאחר ולא היו מודעים למוגבלות.

**היריון בעוולה**

הורים שאינם רוצים ילדים מסיבותיהם, בשל רשלנות הרופאים האם נכנסת להיריון.   
איזה אפשרויות פיצוי תיתכנה?

* הוצאות הקשורות להיריון.
* ככה"נ פיצוי על פגיעה באוטונומיה.
* ייתכן שהוצאות גידול עודפות של ילד נוסף לתא המשפחתי, לדוג'- רכב גדול יותר.

**9. היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות**

רשלנות- עוולת מסגרת. יש לה תחולה רחבה, להבדיל משייכות למקרה ספציפי. רשלנות היא עוולת מסגרת מאחר וכולם יוצרים סיכונים כל הזמן, וכשמתממש נזק לעיתים קרובות ניתן לומר שהיה סיכון בלתי סביר.

עצם קיומה של עוולה פרטיקולרית אינו דוחה את האפשרות לתבוע בעוולת הרשלנות (עניין גורדון).

ברזני נ' בזק- **חשין** קבע מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת: כאשר ניתן לקרוא מתוך הדוקטרינה והעוולה עצמה, שהיא רוצה לדחוק את עוולת הרשלנות מתחומה. ביהמ"ש יצטרך להכריע האם העוולה יכולה לדחוק את עוולת הרשלנות, דרך פרשנות.

**דוגמה לדחיקת עוולת הרשלנות מפני הסדר פרטיקולרי-**

פלוני נ' פלוני- התובע והנתבע היו חברים, אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע. הטענה המשפטית- הנתבע התרשל בהתנהגותו וגרם לנתבע נכות נפשית (התבסס על עוולת הרשלנות). הסעיף במוקד פסק הדין- ס' 62 לפקנ"ז, גרם הפרת חוזה. בסעיף 62(ב) המחוקק ביקש לחסום תביעות נזיקין על גרם הפרת חוזה בהקשר של חוזי נישואין. השופט עמית קובע שמכך ניתן ללמוד שאין תחולה לעוולת הרשלנות.

איך ניתן להבין את החלטת ביהמ"ש:

1. המחוקק סגר את הדלת הקדמית מפני תביעות נזיקיות, האם ראוי לאפשר אותה מהדלת האחורית?

2. הימנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות, ומכניסה לחדר המיטות.

3. הצפת ביהמ"ש.

**10. נטל ההוכחה ברשלנות**

**הכלל – "המוציא מחברו עליו הראיה".** נטל ההוכחה ייקבע בהתאם למאזן הסתברויות- מעל 50%.

יש דוקטרינות ספציפיות בהן מתהפך נטל הראיה.

נעסוק בחריגים לכלל: דוקטרינת הנזק הראייתי; סעיפים 38-41 לפקנ"ז.

סעיפים 38-41 לפקנ"ז: בהתקיים יסודות סעיפים אלו, נטל ההוכחה יעבור לנתבע להוכיח שלא התרשל. המשמעות: הסעיפים יוצרים חזקה ניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (במקרים מסוימים גם קש"ס).

> סעיף 41- מאפשר הפיכת נטל ההוכחה לגבי התרשלות וקש"ס.

> סעיף 38- מאפשר הפיכת נטל ההוכחה לגבי התרשלות.

**דוקטרינת הנזק הראייתי**

דוקטרינת הנזק הראייתי רלוונטית כשהתובע לא יכול להוכיח עובדה מסוימת בגלל התרשלות הנתבע. לא משנה באיזו עובדה מהתביעה מדובר. הדוקטרינה מאפשרת להפוך את נטל הראיה אל כתפי הנתבע.

הדוקטרינה כראש נזק נפרד (לא אומץ) – פיצוי על הנזק הראייתי שנגרם. נאמד לפי שווי המידע שנשלל מהתובע- מכפלת הסיכוי שהתביעה הייתה מתקבלת אלמלא הנזק הראייתי, והסכום שבו התובע היה זוכה.

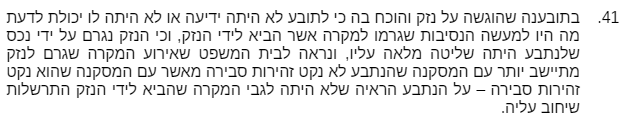
לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק- כזכור: רשלנות רפואית, חריגה מנוהל לגבי זמן הסתובבות לעידוד לידה. הקושי הראייתי שנוצר- יש התרשלות, אך לא ברור אם יש קש"ס. אם ביה"ח היה מבצע את הבדיקה כעבור שעתיים לפי הנוהל, היה ניתן לדעת מתי נפטר העובר (האם בטווח השעתיים/ בשעה הנוספת בה לא נוטרה האם). השופט ריבלין מאמץ את דוקטרינת הנזק הראייתי, והופך את נטל ההוכחה על ביה"ח.

**סעיף 41 לפקנ"ז – "הדבר מעיד על עצמו"**

סעיף 41 לפקודת הנזיקין- 3 תנאים:

1. היעדר ידיעה של התובע – התובע לא ידע/ לא יכל לדעת מהן הנסיבות שהובילו לאירוע בו ניזוק.

2. הנכס נמצא בשליטת הנתבע.

3. אירוע המקרה מתיישב עם המסקנה שהנתבע התרשל יותר מאשר שנקט בזהירות סבירה.

**1. היעדר ידיעה בכוח או בפועל**

נשאלת השאלה – מי צריך להיות חסר ידיעה? הניזוק או התובע?

פלוני נ' פלוני- הניזוק היה פועל באתר בנייה שנפל מגובה אל מותו. לא היה ברור באילו נסיבות פעל. אפשרות אחת שהוא נפל בשל פיגום לא תקני, אפשרות אחרת היא שנפל כי הלך במקום לא בטיחותי. נקבע: השופט עמית-   
1. יש להוכיח את אי הידיעה של התובע (היורשים במקרה זה) ולא של הניזוק, שבמקרה הזה היה המנוח.

2. לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל שביכולתו כדי לברר את העובדות- לפנות למומחים לדוג', ולא לומר רק שהדבר מדבר בעד עצמו.   
לכן, השופט עמית החליט שלא לבצע שימוש בסעיף 41.

**2. הנכס נמצא בשליטת הנתבע**

סביר יותר שהמידע נמצא אצל מי שהנכס בבעלותו.

רז נ' בי"ח אלישע- תינוקת נדבקה במחלה זיהומית קשה בזמן שהותה בבית החולים לאחר לידתה. הטענה- ביהמ"ש התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטחו. שמגר- כל היסודות של סעיף 41 מתקיימים, ובפרט היסוד השני – החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של ביה"ח, שרק לו הייתה יכולת לשלוט במצב הסניטציה.

**3. הנתבע התנהג באופן לא סביר**

ביקורת על תנאי זה – האין זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר? לו התובע היה יכול לעמוד בהוכחה זו, ממילא היה תובע בעוולת הרשלנות.

שטרנברג נ' צ'צ'ניק- ניתוח להחלפת מפרק ירך, במהלך הניתוח נפגע עצב, יש נזק תמידי. לא ברור אם הנזק התממש כתוצאה מההתרשלות. השאלה המשפטית – לגבי תחולתו של סעיף 41. תנאים 1+2 מתקיימים (התובעת הייתה מורדמת ולמנתח יש שליטה). מה לגבי תנאי 3? על פניו אנו לא יודעים אם הרופא התנהג בצורה סבירה או לא. טענת התובעת לגבי תנאי 3- נזק בניתוחים דומים קורה באופן נדיר ביותר, ודי בכך כדי לעמוד בתנאי 3, הדורש להוכיח שיותר סביר להניח קיומה של התרשלות. **השופט ריבלין-** ניתן להשתמש בראיות כלליות להבדיל מקונקרטיות להוכחת תנאי 3. כדי לטעון שהנזק נגרם מרשלנות, אין לבדוק את נדירות התוצאה. יש לבדוק מתוך הנזקים שקרו בניתוחים מסוג זה, שרוב הנזקים קרו מהתרשלות.

במקרה שהטענה העובדתית היא נדירות התוצאה לבדה, יש צורך בהתקיים נסיבות מחזקות נסיבות. במקרה דנן הנסיבות הנוספות היו היעדר רישום רפואי; מנתח 2 לא העיד; הרופא המנתח סבר מלכתחילה שהוא אחראי לתוצאות המזיקות. ריבלין מסביר שניתן להגיע לאותה החלטה של היפוך נטל ההוכחה גם על בסיס **דוקטרינת הנזק הראייתי** (גם ללא פנייה לס' 41). התרשלות הנתבע גרמה לכך שהתובעת לא תוכל להוכיח את תביעתה, לכו ניתן להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע.

2 הערות נוספות בנוגע לתנאי ה3 –

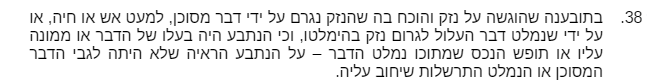
1. מרגע שהוכיחו את תנאי 3 לסעיף 41, החזקה היא שהתובע עמד **גם בהוכחת הנזק וגם בהוכחת הקשר הסיבתי.**  
2. האם הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו, תוך שימוש בראיות קונקרטיות, או שמא יכולים גם להתבסס על ראיות כלליות? לא נקבעה הלכה בעניין זה.

**יש להבדיל:**  
ראיות קונקרטיות – ראיות שאנחנו צריכים להוכחת התיק.  
ראיות כלליות – ראיות שעובדות על אחוזים, סטטיסטיקה.

**לסיכום, כאשר לא ניתן להוכיח התרשלות או קשר סיבתי 🡨 פונים לסעיף 41.**

**סעיף 38 לפקנ"ז**

חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים. הסעיף עשוי לסייע כאשר לא ניתן להוכיח התרשלות.

היבטיו של סעיף 38:  
1. מהו דבר מסוכן?   
2. דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו.  
3. מה לגבי הוכחת קשר סיבתי?

**1. מהו דבר מסוכן?**

עזבון המנוח נאצר נ' מדינת ישראל – המנוח נפגע מירי חיילי צה"ל בעת פיזור הפגנה. הטענה המשפטית הייתה שנשק הוא דבר מסוכן לעניין סעיף 38. אנו לא יודעים האם החיילים התנהגו בצורה סבירה או לא. סעיף 38 אומר שאם הם השתמשו בכלי מסוכן, יש להפוך את נטל ההוכחה עליהם לעניין יסוד ההתרשלות. **השופט ריבלין-** על מנת שנשק יחשב לדבר מסוכן לצורך העברת הנטל בסעיף 38, על השימוש בו להיות כזה שאינו רגיל. במקרה הזה, אולי הנשק עצמו הוא כלי מסוכן, אך הוא לא כלי מסוכן לעניין סעיף 38. השאלה צריכה להיות – האם השימוש שנעשה באותו רגע הגביר את הסיכון. שימוש לא רגיל מגביר את הסיכון. קביעה אחרת תיצור חזקת התרשלות כמעט בכל תביעה נגד צה"ל.

**2. מהו דבר העלול לגרום לנזק בהימלטו?**

מי שמביא אל אדמתו דבר שעשוי להימלט ולגרום לנזק, צריך לשמור שלא ימלט. הפסיקה מפנה לסעיף זה בהקשר למים ש"נמלטים" למקרקעין של אחר וגורמים לו לנזק (לדוג', מפ"י בע"מ נ משק אשכנזי). במקרה הזה, חלה חזקה שהייתה התרשלות, והנתבע הוא זה שצריך להוכיח שלא היה רשלן ועשה הכל באופן סביר כדי להימנע מהנזק.

**3.מה לגבי הוכחת קשר סיבתי?**

סעיף 38 מאפשר להפוך את נטל ההוכחה לגבי התרשלות. איך נזכור?  
עצמון נ' חיפה כימיקלים- תביעה של הדייגים והלוחמים שהיו בקישון. צירפו את התביעות הנזיקיות שלהם לגבי סרטן שנגרם לכל אחד מהם, לכאורה בעקבות הרחצה במי הקישון/ היחשפות למי הקישון. השתמשו בסעיף 38 ואמרו שהנתבעים- המפעלים המזהמים, צריכים להוכיח שהם לא גרמו את הנזקים. ביהמ"ש- נכון לגבי התרשלות אך לא לגבי קש"ס. **על התובע עדיין יהיה להוכיח שמתקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.**

**10. הגנות**

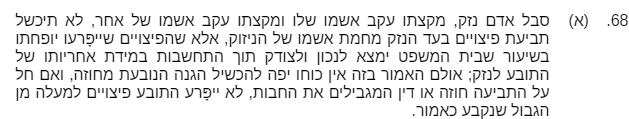
**סוגי הגנות:**

* **אשם תורם.**
* **ניתוק קשר סיבתי.**
* **הקטנת נזק.**
* הסתכנות מרצון (פחות רלוונטי).
* זוטי דברים (פחות רלוונטי).

**נתמקד ב-3 הגנות הראשונות.**

**אשם תורם**

**רקע והערות כלליות:**

* מעבר מהסדר בינארי (או שתול אחריות או לא- 100%/0), להסדר יחסי של רשלנות, אך לא רק, והוא מאפשר להטיל אחריות באופן יחסי (ולא אחריות שלמה).
* כיום, נתפס כמקרה פרטי של מעוולים ביחד – ס' 11 לפקנ"ז. מספר אנשים ברשלנות/ בכוונה/ בעוולה גרמו לנזק ביחד. רלוונטי לאשם תורם – הסדר ספציפי של הרעיון הזה, ששניים גרמו לנזק (הניזוק והמזיק).
* **קביעת אשם תורם-** התובע טוען לגבי אחד מיסודות העוולה 🡨 הנתבע מעלה טענת אשם תורם 🡨 במידה ונקבע אשם תורם, תקבע חלוקת האחריות: השוואה בין מידת האשם של הצדדים.

אשם תורם – לא טענת הגנה שגורמת להפסקת האחריות המשפטית, אלא להפחתת סך הפיצוי.

נבחין אשם תורם מניתוק קשר סיבתי. בניתוק קש"ס אומרים שהניזוק היה כל-כך בלתי צפוי, נכנס לתוך השרשרת הסיבתית וקטע את ההשפעה על הנזק. הגנת אשם תורם בד"כ תיטען כטענה חלופית, במידה ולא יקבלו את הטענה לניתוק קש"ס.

**הסטנדרט לקביעת אשם תורם-**

התנהגות המזיק תיבחן לפי סטנדרט "האדם הסביר" בנסיבות העניין. סטנדרט אובייקטיבי.

ואולם, קיימים גם מקרים ספציפיים אליהם התייחסה הפסיקה באופן מיוחד: עובד מעביד; ילדים. בתי המשפט יכולים להטיל אשם תורם, אך הם עושים זאת בצורה מצומצמת.

**1. עובד מעביד-**

דופרין נ' גולובין- פועל שעבד במפעל שתה בטעות מתנול תוך כדי עבודתו (חשב שמדובר באלכוהול), ונפטר. טען שהמפעל התרשל מאחר והוא השאיר בקבוק מתנול בלי השגחה. טענת המפעל- יש לפטור אותו מאחריות (ניתוק קש"ס)/ להפחית ממנה (אשם תורם). **נקבע- השופט רובינשטיין:**1. לא נותק הקשר הסיבתי – התנהגות העובד הייתה צפויה, חומר מסוכן יש לשמור נעול. המפעל צריך לצפות שאנשים יכולים להתבלבל. טענה על קש"ס צריכה להיות על משהו מאוד לא צפוי.

2. לעניין אשם תורם, יחול מבחן "העובד הסביר בנסיבות". מתחשבים ביחסי עובד-מעביד שהם יחסים מיוחדים- חובת זהירות רחבה, כוללת הסברים על סכנות לא רגילות. שואלים האם סביר להניח שעובד ירצה להשתכר במשמרת שלו? התשובה היא כן, המפעל היה צריך לצפות ולהזהיר. עם זאת, הוא לא התנהג בצורה סבירה, לכן נקבע אשם תורם בגובה של 25% שמבטא את האיזון.

**2. ילדים-**

מדינת ישראל נ' אייגר- כזכור, אייגר שיחק עם חבר על גג הבית שם מצאו טיל. אייגר שיחק בטיל, הטיל התפוצץ ונאלצו לקטוע את רגלו. השאלה המשפטית- תחת איזה סטנדרט יש לבחון אשם תורם של ילד? האדם הסביר/ הילד הסביר/ מבחן סובייקטיבי המתחשב ברמת האינטליגנציה של הילד (נשאר בצריך עיון).

במקרה הזה, נקבע שהאדם התורם ייבחן לפי מבחן **הילד הסביר.**

**אשם תורם ואחריות חמורה/ מוגברת-**

באחריות חמורה עדיין אפשר לצמצם את הפיצוי דרך שימוש בדוקטרינה של אשם תורם.

נהוג להטיל אשם תורם גם בעוולות כוונה וגם באחריות חמורה, אך לא באחריות מוחלטת.

**הקטנת נזק**

חלה חובה על הניזוק להקטין את נזקו לפני הגשת התביעה. הכלל מופיע בס' 14 לחוק החוזים (תרופות), אך מוחל כעקרון כללי גם בנזיקין.

הקטנת נזק זו טענת הגנה שנוגעת להתנהגות הניזוק **אחרי קרות הנזק.** אם הניזוק יכול היה להפחית את הנזק ולא עשה זאת, יופחת הפיצוי בהתאם לנזק שלא הוקטן.   
אשם תורם- לפני מעשה| הקטנת נזק- לאחר מעשה.

**קביעת הגנה:**

התובע צריך לעמוד בנטל הוכחת כל אחד מיסודות העוולה 🡨 הנתבע מעלה טענת הקטנת נזק 🡨 ביהמ"ש קובע האם ועד כמה להפחית מגובה הפיצוי על הנזק.

**דוגמאות לדרכים להקטנת נזק-**

**1. טיפול רפואי-** אם אדם נפצע ולא הלך במשך שנים לטיפול רפואי, למרות שיכל להקטין את הנזק.

**2. מציאת עבודה חלופית-** לדוג', אם אני יושבת בבית במקום למצוא עבודה חלופית שמותאמת למצבי.

**3. גביית חלק מהתשלום מגורם שלישי-** למשל, חברת הביטוח.

**הסטנדרט המצופה מהניזוק בהקטנת נזק-**

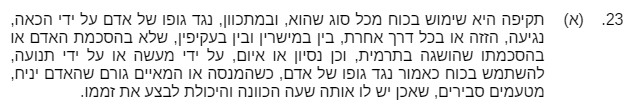
הגישה המקובלת- הקטנת נזק נקבעת על פי אמת מידה אובייקטיבית. על הניזוק לנקוט להקטנת נזקו, כל אותם אמצעים שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין. **השאלה שנדון בה-** האם ניתן להתחשב במאפייניו הייחודיים של הניזוק במקרים מסוימים?

גולדפרב נ' כלל חברה לביטוח- הניזוק נותח ברגלו עקב תאונת דרכים, בוצע מסמור שתפקידו לסייע לאיחוי העצמות. נקבעה לניזוק נכות חלקית, מתקשה לשוב לעבודה. הכאבים נגרמים גם מהמסמר ברגל. התובע התעקש לא לעבור ניתוח להוצאת המסמר למרות שמדובר בניתוח קל, בהרדמה מקומית. **נקבע-** ההחלטה של הניזוק לא להפחית את הנזק אינה סבירה. יש להפחית משיעור הנכות שנקבע לתובע, שכן לא עמד בחובתו להקטין את נזקו. במקביל, יש להגדיל את הפיצוי כך שיכלול כיסוי ההוצאות הרפואיות לעריכת הניתוח להוצאת המסמר.  
הציפייה היא שהניזוק לא יצא מגדרו כדי להקטין את הנזק, אך אנחנו גם לא מצפים שניזוקים ינהגו מידת רשע במזיק. במקרה דנן מדובר במצב שהניזוק מקבל את הפיצוי שלו בכל מקרה. לכן יש פה אדישות כלפי המזיק.

פלונית נ' עירית כפר קאסם- התובעת נפלה לבור ביוב שהושאר פתוח ולא מגודר. נגרמו לה נזקי גוף ונזקים נפשיים. היא/ אפוטרופסה סירבו להתאשפז במחלקה פסיכיאטרית להקטנת הנזק, חרף המלצות הגורמים הרפואיים. לבסוף התאשפזה ומצבה השתפר. נטען כי יש להפחית מהפיצוי את שיעור הנזק שיכלה להקטין אילו התאשפזה במחלקה פסיכיאטרית במועד שבו המליצו הרופאים. התובעת טענה שיש להכיר ברקע התרבותי והדתי, חשש גדול מסטיגמה. כלומר, להכיר בנסיבות הסובייקטיביות לשאלת הקטנת הנק. **השופט רובינשטיין-** יש להתחשב במידה מסוימת במאפיינים הדתיים של התובעים לעניין החשש מסטיגמה בחברה הערבית, אך לא כדי לשלול את חובת הקטנת הנזק. הסירוב היה סביר לאורך תקופה מסוימת, לנסות אפשרויות נוספות להקטנת הנזק, אך לאחר מכן היה על התובעת להתאשפז. **השופטת ברק ארז:** מסכימה עם ההחלטה של רובינשטיין, מבלי להזדקק לסוגיית התחשבות המאפיינים הדתיים של התובעים. ככלל, סביר להמתין עם אשפוז פסיכיאטרי שיש בו פוטנציאל לשלילה מסוימת של חירות (והכבדה גדולה על הניזוק).

**11. תקיפה וזכויות החולה**

**הגדרה של תקיפה-** שימוש בכוח, מגע פיזי כלפי גוף. סטנדרט התנהגות סובייקטיבי.  
**יסודות העוולה- שימוש בכוח (החציון הראשון של הסעיף)**

* שימוש בכוח.
* כנגד גופו של אחר.
* במתכוון.
* שלא בהסכמה.

**יסוד הכוונה-**

פס"ד כרמי- הנתבע, אדם עם לקות נפשית, מבצע תקיפה אלימה כלפי ילד ורוצח את ביתו התינוקת. השאלה המשפטית- האם ניתן לומר שהדרישה לכוונה בנזיקין התקיימה, במצב שבו מחלת נפש שיבשה את דעתו? (עד כדי הגנה במשפט הפלילי)

3 גישות אפשריות-

1. אין כוונה, ניתן לפטור מאחריות בנזיקין.

2. **השופט רובינשטיין-** ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה בהזזת גפיים. לא נדרשת כוונה, אלא ידיעה. במקרה שלנו- המערער היה מודע למה שהגפיים שלו עושות.

3. **השופטת ארבל-** ניתן להטיל אחריות, בין אם יש שליטה ובין אם לא. המטרה הראשונה של דיני הנזיקין- צדק מתקן.

**ביקורת-**   
דאגה לניזוק לצד העובדה שמדובר באוכלוסייה חלשה ופגיעה. וגם, המבחן של רובינשטיין היא דרך ביניים שאינה באמת דרך ביניים. בפועל, האם יש באמת הבדל בין רובינשטיין לארבל?

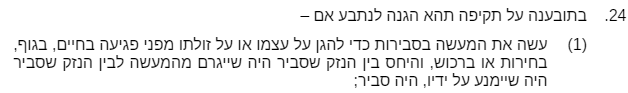
**חציה השני של עוולת התקיפה- ניסיון או איום להשתמש בכוח**

ניסיון או איום, תוך שימוש במעשה או תנועה. למה? כי כך יותר קל להוכיח כוונה. התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום.

בד"כ סוג הנזקים שייתבע במקרים האלו – נזקים נפשיים ולא פיזיים. בנוסף, ניסיון כמקור להטלת אחריות במשפט האזרחי, הוא סוג של "חיה מוזרה" (מוכר בפלילי).

**תקיפה, הגנות – סעיף 24**

**יסודות סעיף 24 לפקנ"ז-**

* **עשה את המעשה בסבירות-** האם הדבר שהאדם עשה היה סביר בנסיבות העניין.מתמקד בהיבט התנהגותי.
* **הגנה על פגיעה בחיים, גוף, חירות או רכוש-** לאורך עוולת התקיפה הדגשנו שמעשה תקיפה נוגע לפגיעה בגוף בלבד, ולא לרכוש. ההגנה לעוולת התקיפה, כוללת גם מצב בו אדם תוקף כשהוא מנסה להימנע מפגיעה ברכוש. נועדה להרחיב את היכולת של האדם להתגונן.
* **דרישת פרופורציה-** בין התקיפה לבין ההגנה. מתמקד בהיבט תוצאתי.

אלון נ' חדד- חייל שהתארח בית הוריו, רואה פורץ ומתקשר למשטרה, בינתים עולה על גג הבית עם רובה ומנסה למנוע את בריחתו לכיוון השכנים. הפורץ הרים יד, החייל סבר שיש בידו נשק, ירה שלא על מנת להרוג, וגרם לנזק גוף.השאלה המשפטית:האם חלה "הגנת הסבירות" הקבועה בסעיף 24(1)? **נקבע (הש' ארבל)-** סבירות המעשה נבחנת בתוך ההקשר המסוים בנסיבות המסוימות. בנסיבות העניין, הגיוני שהאמין שנשקפה סכנה לחייו. יש לקחת בחשבון שנסיבות מסוג זה מחייבת קבלת החלטה מהירה. בנעלי החייל בנסיבות המסוימות, היה הגיוני שהחייל יסבור שהפורץ מחזיק נשק ומכוון אותו אליו.

**תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה**

נבחן מתי החולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה, ומתי בעוולת הרשלנות. בעבר, אי קבלת הסכמתו המודעת של מטופל לטיפול הייתה נחשבת לתקיפה. לכאורה, כל יסודות עוולת התקיפה מתקיימים. יש פה כוונה (לבצע טיפול), יש פה אי הסכמה של החולה. בנוסף – יש פה גם פגיעה באוטונומיה (עניין דעקה).

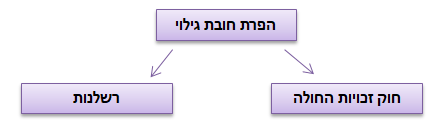
**דוקטרינת אי הסכמה מדעת-**

רופאים לא צריכים רק לבקש את ההסכמה. החובה של הרופאים הרבה יותר רחבה מזה. אנשי הצוות מצופים לספר מידע על הטיפול הרפואי שהחולה הולך לעבור. מידע רלוונטי – סיכויים, סיכונים, טיפולים חלופיים, אילו טיפולים מכוסים בקופת החולים.

**2 סוגי נזקים:**

1. תוצאתי – אם היו נותנים לי לעשות את הבחירה הייתי עושה זאת אחרת, הנזק לא היה קורה.

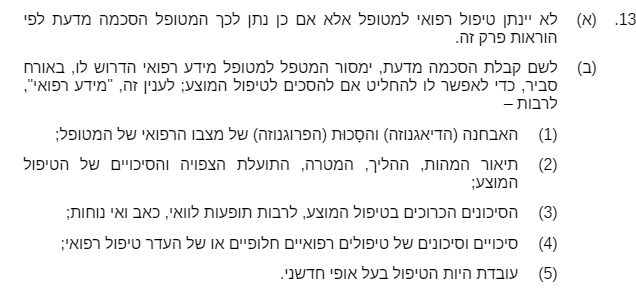
2. פגיעה באוטונומיה – לא מחייבת קש"ס דומה, עוולת per se. הנזק הוא שלילת הבחירה.

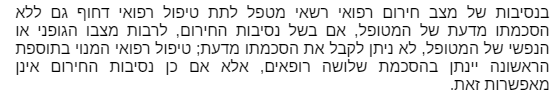
**כיום-**

**אי קבלת הסכמה כלל-** עשויה להיחשב תקיפה. **מצבים של אי הסכמה מדעת עקב הפרת חובת גילוי-** יידונו במסגרת עוולת הרשלנות, או מכוח הפרת חובה חקוקה – חוק זכויות החולה.

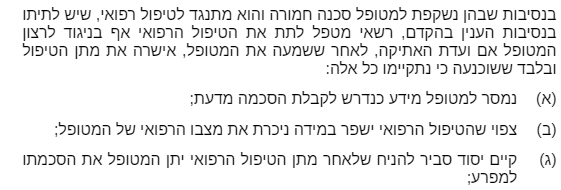
**חוק זכויות החולה-**

סעיף 13 לחוק זכויות החולה-



סעיף 15(3)-(1)- מעין סעיף הגנה. אומר לנו מתי רופאים יכולים להיות פטורים מאחריות גם אם הם לא ביקשו את הסכמת המטופל. לדוג'- אם המטופל לא היה בהכרה.

סעיף 15(2)- קובע את התנאים לטיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה ומתנגד לטיפול הרפואי.



**רשלנות-**

**חובת גילוי וחובת זהירות-** מהי הפרת חובת זהירות במצבים של הפרת חובת גילוי ע"י איש צוות רפואי?

פס"ד קדוש- מהו הסטנדרט ההתנהגותי שהרופאים מצופים לעמוד בו בגילוי מידע למטופלים? האם אנחנו רוצים לבדוק מה המטופל הסביר היה רוצה שיגלו לו, או מה הרופא הסביר היה סבור שצריך לגלות למטופל?השופט עמית –הכניס את הרופא הסביר למשוואה. "מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל.. על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע." מבחן משולב לגבי המטופל הסביר בנסיבות העניין. **השופטים ריבלין ורובינשטיין** **–** יש חשיבות לשמירה על המגמה המרחיבה את חובת הגילוי, שעליה להיקבע בראיית המטופל הסביר, בנסיבות המסוימות. ההלכה.

**חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים-**

* סטנדרט המטופל הסביר עם נדבך סובייקטיבי (בנסיבות העניין).
* חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר.
* חובת הגילוי גדולה יותר במצב של אלקטיבי ולא ניתוח דחוף.
* חובת הגילוי להבדיל מנדנוד למטופל.
* חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות.

**אי קבלת הסכמה מדעת, הפרת חובת הגילוי – סוגיית הפיצוי**

למדנו בנזק בלתי ממוני טהור, שעל אי הסכמה מדעת ייתכן פיצוי בשני מישורים:

1. קבלת פיצוי על נזק תוצאתי.

2. קבלת פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה.

גם במצבים של הפרת חובת גילוי, וגם במצבים בהם לא נמסר שום מידע (דעקה), אלו 2 האפשרויות.

דעקה נ' ביה"ח כרמל- כזכור, באותו עניין נקבע שלא תוטל אחריות לפצות על הנזק התוצאתי, שכן לא מתקיים קשר סיבתי- דעקה ככה"נ הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשו את הסכמתה המודעת. יחד עם זאת, ניתן פיצוי על הנזק שנגרם לאוטונומיה של דעקה, כנזק עצמאי.

פלונית נ' מדינת ישראל- השופט עמית- ההלכה- אין לקבל פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה במצבים של הפרת חובת גילוי, אם התקבל פיצוי על הנזק הפיזי ועל כאב וסבל. פיצוי על פגיעה ואוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל. יש לצמצם ככל האפשר את השימוש בפגיעה באוטונומיה.

השופט עמית מחריג 3 מצבים, בהם יש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה בנפרד מכאב וסבל-

1. אין נזק תוצאתי משום שלא התקיים קש"ס.

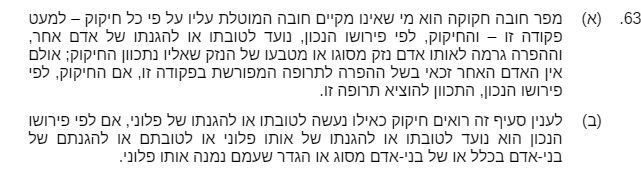
2. במצבים של הולדה בעוולה (הלכת המר).

3. במצבים שהם על גבול התקיפה (כמו נסיבות עין טל- המטופלת ביקשה מהרופא לעצור את הטיפול אך הוא המשיך).

**שורה תחתונה –** נסיגה מהדוקטרינה שפותחה במשפט הישראלי על פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה (לטובת פיצוי על נזקים תוצאתיים, כלל הנזק שנגרם כתוצאה מפגיעה זו).

**12. הפרת חובה חקוקה**

**עוולת סל. יסודות העוולה:** (ס' 63 לפקנ"ז)

1. קיומה של חובה, אשר הופרה.

2. החיקוק לפי פירושו נועד לטובת התובע.

3. הנזק הוא מהסוג אליו התכוון החיקוק למנוע.

4. נזק וקשר סיבתי.

5. "יסוד נגטיבי": החיקוק לא התכוון למנוע את הפיצוי הנזיקי.

**1. קיומה של חובה, אשר הופרה**

גרובנר נ' עיריית חיפה- המערערת נפגעה על-ידי רוכב אופניים בגן ציבורי. בגן הוצבו תמרורים האוסרים על רכיבה, אולם המערערת טוענת שהעירייה הפרה חובה חקוקה לפי פקודת העיריות ופקודת התעבורה, מאחר שלא הציבה פקח שייפקח על כך שלא ירכבו בגן, ולא נקטה אמצעים נוספים שיביאו לקיום האמור בתמרורי האיסור. השאלה המשפטית: האם חלה חובה חקוקה על עיריית חיפה להציב פקחים שיאכפו את איסור הרכיבה באופניים? פסק הדין וההלכה: נקבע שלא. השופט שמגר מבחין בין **חובות** המוטלות על העירייה מכוח החוק **לסמכויות** הניתנות לה מכוח החוק. לא כל סמכות המוקנית לעירייה הינה בגדר חובה. בענייננו, פיקוח על האיסור לרכוב על אופניים בגן הוא בעניין שבסמכות העירייה, המפעילה שיקול-דעת בעניין. היות שלא קיימת חובה, אזי גם ממילא לא הופרה חובה זו.

**על פי כל חיקוק-** ס' 1 לפקנ"ז: חיקוק/ חוק/ פקודה/ תקנה.

אמין נ. אמין: הזנחה הורית, הובילה לתביעה של ילדים את אביהם, על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה. טענת ההזנחה מתבססת על הזנחה רגשית ולא כלכלית. האב טוען כי הוא הפר חובה מוסרית אך לא חובה משפטית. השאלה המשפטית: האם האב הפר חובה חקוקה כשהזניח את ילדיו? פסק הדין וההלכה: באופן תקדימי, נפסק שכן.

**האם קיימת חובה שחלה על האב על פי חיקוק?** ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "אפוטרופסות ההורים כוללת את **החובה** והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; [...]"

**האם קיימת החובה להצליח בחינוך הילדים?** ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות הענין."

**האם לאב קיימת הגנה?** ס' 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: "ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין".

**2. החיקוק נועד להגנת התובע**

סולטאן נ' סולטאן: זוג מוסלמי. האיש מגרש את אשתו בעל כורחה, מבלי שהיה בידו פסק-דין של בית-דין שרעי, שמחייב את האישה להתיר את הנישואין. החובה שאוסרת זאת חקוקה בס' 181 לחוק העונשין. השאלה המשפטית: האם האיסור הקבוע בס' 181 לחוק העונשין נועד להגן על האישה? פסק הדין וההלכה: נקבע שכן. השופטת נתניהו מציינת כי אף על פי שסעיף 181 נועד להגן על **כלל ציבור הנשים במדינה**, אין זה שולל את העובדה שהוא נועד גם להגן **לטובתה של אותה אישה**. אין בעובדה שהחיקוק נועד **גם** לטובת הציבור בכללותו כדי לשלול קיומה של מטרה כפולה – להגן על אינטרס האישה כפרט.

**3. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק**

בלומנטל בי״ח בע״מ נ. תיכון: נטען כי שונה יעוד של מבנה, מפנסיון לבית-חולים לחולי נפש בניגוד לתוכנית המתאר. בהתאם, תושבי השכונה טוענים כי הפרת החיקוק (תכנית המתאר) הובילה לירידת ערך הדירות שלהם עקב אי-הנוחות שבמגורים בסמוך לבית חולים לחולי נפש. השאלה המשפטית: האם סוג הנזק שאליו התכוונה תכנית המתאר הוא ירידת ערך הדירות של תושבי השכונה? **פסק הדין וההלכה:** נקבע שלא. ראשית, מבחינה עובדתית נקבע שמדובר בבית הבראה. שנית, גם אם לא היה נקבע כך, אף על פי שהחיקוק נועד גם לטובתם של תושבי השכונה, הדרישה שהנזק יהיה מהסוג שאליו התכוון החיקוק פורשה באופן צר- "שדרך התרחשותו של הנזק תהיה באותה צורה שהחיקוק נתכוון אליה". האיסור על קיומו של בית-חולים לחולי נפש באזור מגורים **לא בא למנוע אי-נוחות הנובעת מעצם קרבת בית החולים לבני-אדם "נורמליים"**, אלא הוא נועד למנוע "מפגע, מטרד או אי-נוחות עקב התנהגות חריגה של חוסים הלוקים בנפשם".

**4. נזק וקשר סיבתי עובדתי ומשפטי**

עוולת הפרת חובה חקוקה דורשת קיומו של **נזק.**

**קשר-סיבתי עובדתי**"מבחן האלמלא" – אלמלא הפרת החובה האם הנזק היה נגרם? (בהתאם למאזן ההסתברויות – מעל 50%).

**קשר-סיבתי משפטי**השופט ברק בפרשת **ועקנין:**

**מבחן הצפיות –** האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק, בהתחשב באירוע הנזק וסוג הנזק.

**מבחן הסיכון (המבחן הדומיננטי) –** בוחן את הסיכון שהמחוקק ביקש למנוע. בחינה זו מקימה את "מתחם הסיכון", וכל תוצאה מזיקה שנופלת אותו מתחם, מקיימת את המבחן.

**מבחן השכל הישר –** האם הפרת החובה תרמה לתוצאה המזיקה, באורך אופייני, כפונקציה של ניסיון החיים.

**5. יסוד נגטיבי- החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי**

סולטאן נ' סולטאן- זוג מוסלמי. האיש מגרש את אשתו בעל כורחה, מבלי שהיה בידו פסק-דין של בית-דין שרעי, שמחייב את האישה להתיר את הנישואין. החובה שאוסרת זאת חקוקה בס' 181 לחוק העונשין. השאלה המשפטית: האם חיקוק פלילי יכול להיות מקור לפיצוי נזיקי מכוח עוולת הפרת חובה חקוקה?  
פסק הדין וההלכה: נקבע שכן. השופטת נתניהו מציינת כי אין בהטלת סנקציה פלילית, כשלעצמה, כדי להצביע על כוונתה לשלול תרופה אזרחית. יש לבחון כל חיקוק בנפרד, כשקיומה של סנקציה פלילית היא רק שיקול אחד. יתרה מכך, קיומו של היסוד ה-2 (החיקוק נועד לטובת הניזוק), מקנה חזקה היסוד ה-5 מתקיים.

קונקטיב גרופ בע"מ נ' דבוש- השופט מזוז- אין לייחס להוראה עונשית כוונה להעניק תרופה נזיקית בגין הפרתה. כלומר, "מתעלם" מההלכה שנקבעה בסולטאן. השופטת ברק ארז- הלכת סולטאן עומדת.

מקרה בוחן – פרשת ועקנין- נער בן 15 שקופץ לבריכה קפיצת ראש במים הרדודים, נפצע בראש ונעשה משותק חלקית. תבע על רשלנות ועל הפרת חובה חקוקה, בטענה שמפעיל הבריכה לא הציב שלט שאוסר קפיצה לבריכה. השאלה המשפטית- האם המועצה ומפעיל הבריכה הפרו חובה חקוקה? נקבע שכן.  
1. תקנה 50 לתקנות רישוי עסקים מחייבת הצבת שלטים בבריכה. 2. החיקוק נועד גם להבטחת איכות רחצה נאותה, וגם לשמור על האינטרס של המתרחץ היחיד. 3. הנזק הוא מהסוג אליו התכוון החיקוק- השופט ברק מפנה לניתוח שנעשה במבחן הסיכון. 4. נזק וקש"ס- ועקנין נחבל בראשו. מבחינה עובדתית, הצבת שלט האוסר על קפיצה לחברה הייתה יוצרת מציאות שבה מספר רב של מתרחצים היו מתנהלים על פיו. במציאות שכזו, סביר להניח (במעל 50%), כי הצבת השלט הייתה מונעת את קפיצתו של ועקנין, אשר הובילה לנזקיו. מבחינה משפטית, החיקוק, שמטיל את החובה להציב שילוט האוסר על קפיצה למים הרדודים, נועד למנוע מספר סיכונים, אך החשוב מהם הוא הסיכון שמתרחץ יקפוץ למים הרדודים (**מבחן** **הסיכון**); המזיקים היו צריכים לצפות כי מתרחץ בבריכה עלול לקפוץ למים הרדודים ללא הצבת השלט, מה שעלול לגרום לו לנזק (**מבחן** **הצפיות**); ובהתבסס על ניסיון החיים, אי-הצבת השלט תרמה להתרחשות הקפיצה למים הרדודים, ולנזק שנבע מכך (**מבחן** **השכל** **הישר**). 5. היסוד הנגיטיבי: לא נותח בפסק-הדין, אך אין הצדקה לכך שהחיקוק התכוון לשלול תרופה נזיקית.

**13. סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית**

היחס בין 2 סוגי הסיבתיות-

* **מבחן הסיבתיות העובדתית –** מבחן האלמלא. נועד למצוא את הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה- נודע כמבחן עובדתי טהור.
* **מבחן הסיבתיות המשפטית –** נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שנגרם לו. מבחנים שפותחו ע"י המשפט שהמטרתם לצמצם את היקף האחריות לתוצאה הסיבתית.

**סיבתיות עובדתית**

**"מבחן האלמלא" – האם הנזק היה קורא אלמלא העוולה?**

דוגמה: האם החולה היה נפטר אלמלא התרשלות הרופא? (אילו הרופא היה פועל באופן סביר)

כן 🡨 אין קש"ס בין ההתרשלות לנזק| לא 🡨 יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

**נעסוק ב-3 היבטים של סיבתיות עובדתית:**  
1. דטרמינציה ביתר.

2. אובדן סיכויי החלמה.

3. עמימות סיבתית.

**1. דטרמינציה ביתר**

מצב שבו יש כשל לוגי עם מבחן האלמלא. שני גורמים, נזק אחד, וכל אחד יכול לטעון בנפרד שאלמלא הוא היה גורם לנזק, הנזק היה נגרם בכל מקרה. דוג'- שני ציידים יוצאים יחד, ברשלנותם הורגים אדם יחד.

**הפתרון לדטרמינציה ביתר- מבחן הדיות (NESS)-** אפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה ("די בה") כדי לגרום את הנזק. יש סדרה של תנאים שצריכים להתקיים בעולם. אחד מהם – הוא שמישהו ירה באחר.

כלל מאזן ההסתברויות מוביל לתוצאה טבעית של "הכל או כלום". שני המצבים שנדון בהם כעת נוגעים לשאלה, האם ומתי ניתן לסטות מכלל זה, כאשר לא ניתן להוכיח קש"ס הנדרש מעל 50%?

**2. אובדן סיכויי החלמה**

פסק דין פאתח- דיאגנוזה שהניתוח באוזנו של המטופל לא צלח וצריך תיקון, הגיעה מאוחר מידי- וכך אבדו 30% סיכויי ההחלמה של המטופל. לא הוכח שהרופא היה רשלן. רוב הסיכויים (70%) שבכל מקרה הנזק לעצב היה נגרם, גם אם היו מבצעים את הדיאגנוזה בזמן. אך היה סיכוי של 30% להציל את המצב. **השאלה המשפטית:** האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, כשהנזק היה קורה בכל מקרה (תרומת ההתרשלות לנזק נמוכה מ50%)? **נקבע (השופט לוין)-** לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק בפני עצמו. מה משמעות הדבר? שאפשר להוכיח שבמקרה המסוים הזה, אפשר לטעון שב100% היה נזק של 30%. לא טוענים שהרופא גרם לכל הנזק, אלא הוא גרם ב100% לאובדן סיכויי החלמה- ראש נזק עצמאי שנפרד מהטענה על הנזק עצמו.

פרוטס נ' צ'ירגייב- אי גילוי סרטן, שהגביר את הסיכוי למות החולה. לפני ההתרשלות – סיכוי של 70% למות. בעקבות ההתרשלות- סיכוי של 95% למות. **השאלה המשפטית-** כיצד מחשבים את אובדן סיכויי ההחלמה? **השופט ריבלין מציג את הנוסחה-**  D=  
הפרמטרים בנוסחה:b- הסיכוי לנזק לאחר התרשלות | a- סיכוי לנזק ללא התרשלות | D- הנזק שניתן לייחס להתרשלות. **במקרה שלפנינו:** = 26%.

**3. עמימות סיבתית**

במצב של עמימות סיבתית לא ברור האם קיים קשר סיבתי בין העוולה לנזק. האם קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קשר סיבתי במידה הנמוכה ב50%; ואם כן, באילו תנאים?

נתמקד במצבים של עמימות סיבתית במצבים של נתבע ותובע יחידים.

פסק דין מלול- נולדה פגה לאחר היפרדות שליה; עיכוב רשלני בניתוח; 2 גורמים אפשריים לנזק: 1. הפגות והמחלות הנלוות לה; 2. התרשלות הרופאים. הגורם הראשון הוא המשמעותי, ולכן לא עונה בידי הניזוקה להוכיח קשר סיבתי במידה העולה על 50%.  
**השאלה המשפטית:** האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק? כלומר, האם ניתן להטיך אחריות לפי הסתברות הגרימה?

**העליון, השופטת נאור (לא ההלכה)-**

על מנת להטיל אחריות הסתברותית על דרך האומדנה:

* יש להוכיח קיומה של חובת זהירות והתרשלות; וכן
* שהתרשלות זו היא גורם סיכון לנזק שנגרם (ומתקיימת צפיות); וכן,
* כי יש קושי מובנה להוכיח קש"ס עובדתי במידה הנדרשת; וכן,
* שקיימת אפשרות ממשית לגבי קיומו של קש"ס.

מה שאין לנו פה- מבחן האלמלא. יש פה באופן מובנה קושי סיבתי.  
**מה הקושי בהכרעה זו?**

* הרתעה בחסר- רופאים לא ייזהרו מספיק כי הם יודעים שישלמו רק מעט אם הנזק יתממש.
* מנגד גם אפשר לטעון להתרעה ביתר- כי הם יודעים שבכל נזק תוטל עליהם אחריות מסוימת.
* פוגע ברעיון של צדק מתקן- אנשים משלמים פיצוי גם אם לא הם גרמו לנזק.

**הדיון הנוסף בעניין מלול  
השופט ריבלין: (עדיין לא ההלכה)**

**מזיק יחיד וניזוק יחיד-** (המקרה בפסק הדין) אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים. החריג: אובדן סיכויי החלמה.

ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כאשר מתקיימים התנאים הבאים **במצטבר:**

1. מזיק.  
2. קבוצת ניזוקים.  
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים.  
4. הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות. כלומר- הניזוקים לא יוכלו לעמוד בכלל מאזן ההסתברויות.

**השופטת נאור:**

* גישתו של ריבלין מצומצמת מדי ונכונה למצבים של ריבוי ניזוקים. לגבי מצבים אלה נוטה להסכים, אולם אין זה מקרה הליבה (עמימות לגבי הוכחת קש"ס).
* יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצאי דופן שבהם העמימות הסיבתית מובנית- נובע ממגבלות המדע – ואי מתן פיצוי יחסי יסכל את מטרות הצדק המתקן ויצור הרתעה בחסר.
* על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי.

אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ50% והקטנה מ100%.

**ההלכה שניתן לחלץ מפסק דין מלול-**

* כיום, לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים (למעט במקרה המובחן של אובדן סיכויי החלמה).
* ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית. 4 התנאים של ריבלין:

1. מזיק.  
2. קבוצת ניזוקים.  
3. סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים.  
4. הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

* כלל של א- סימטריה: אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר לטובת הניזוק. לא יינתן פיצוי יחסי אם הוכח קשר סיבתי מעל 50% ומתחת ל100%.

**סיבתיות משפטית**

מבחני הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שנגרם בעוולה לתובע. בשונה מסיבתיות עובדתית, מדובר במבחנים משפטיים, שנגזרים משיקולי מדיניות.

**מבחן הצפיות –** האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק, בהתחשב באירוע הנזק וסוג הנזק.

**מבחן הסיכון (המבחן הדומיננטי) –** בוחן את הסיכון שהמחוקק ביקש למנוע. בחינה זו מקימה את "מתחם הסיכון", וכל תוצאה מזיקה שנופלת אותו מתחם, מקיימת את המבחן.

**מבחן השכל הישר –** האם הפרת החובה תרמה לתוצאה המזיקה, באורך אופייני, כפונקציה של ניסיון החיים.

**הצפיות הנורמטיבית – מופיעה גם בחובת הזהירות וגם בסיבתיות המשפטית. כיצד נבחין?**  
במסגרת המבחן הסיבתי- משפטי, נתמקד בשאלה, האם סוג הנזק היה צפוי.  
במסגרת חובת הזהירות, המיקוד השאלה- האם הניזוק היה צפוי**.**

**מתי נזק אינו צפוי?**פס"ד שמעון ברדה- נערים פרצו למועדון גדנע שהחלון בו מקולקל, גנבו נשקים ושיחקו בהם. אחד מהם נפצע קשה בראשו מהירי. השאלה: האם נותק הקשר הסיבתי בין רשלנותו של ברדה לבין הנזק שנגרם לנער לאור התנהגות הנערים שהיתה כה בלתי צפויה? (עד כדי היותה גורם מתערב שמנתק את הקש"ס).

סעיף 64(2) לפקנ"ז- אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק. **נקבע:** נדרשת צפיות ב"קווים כללים" בלבד (די בכך שניתן לצפות שאם יגנבו נשקים ע"י ילדים/ נוער, הם עשויי לשחק משחק אסור בנשק וייגרם נזק גוף). אין צורך לצפות כל פרט בדרך לגרימת נזק.

פסק דין פלוני (צפיות לגבי חלק מהנזק בלבד)- הולדה בעוולה שכן לא אובחן פגם גנטי בהתרשלות; פגות היא תוצאה אפשרית של הפגם הגנטי. אך הילד נולד עם בעיות נוספות, שאינן מתאפיינות מדעית ככאלה שקשורות לפגם הגנטי.האם הקשר הסיבתי- עובדתי מתקיים?כן, אם ההורים היו מפילים את העובר, המוגבלויות כולן היו נמנעות. השאלה: האם ניתן לייחס אחריות לרופאים על מלוא הנזק שנגרם? **נקבע:** הלקות שאינה קשורה לפגם הגנטי מבחינה מדעית, היא לא סיכון שהרופאים היו צריכים לצפות, ולכן אין להטיל לגביה אחריות.   
הפשטת הטיעון להדגמה:  
אם כתוצאה מהתנהגות עוולתית נגרם נזק שמורכב מא+ב, ניתן היה לצפות את נזק א' אך לא את נזק ב',  
יש להטיל אחריות רק על נזק א'.