



---

# דיני נזיקין - מקוצרת

---

עמית דוקטור



צ"ר מיטל גאבאל  
תשפ"ה - 2022

**מבוא- חלק ראשון- דיני נזיקין בתמונת המשפט****1. מושגי יסוד**

- א. דיני נזיקין- מהמילה נזק. Tort law, מהמילה הלטינית שמשמעותה עוולה.
- ב. עוולה- זו התנהגות במעשה או במחדל, שמזכה בתרופה (ס' 3 לפקני"ז). סוגי עוולות: עוולה פרטיקולרית- ספציפית, עוולות סל- עילה כללית תחתיה הרבה עוולות, מרבית העוולות בפקודה (רשלנות). יש עוולות גם מחוץ לפקני"ז.
- ג. תרופה- סעד.
- ד. נזק- ס' 2 לפקני"ז מגדיר נזק ונזק שבממון. אובדן, פגיעה באינטרס מוגן שלי כלפי עצמי או גורם חיצוני. סוגי נזקים: אינטרס נראה/ בלתי נראה: גוף, כלכלי, רכוש, אוטונומיה, נפשי. אבל לא כל אינטרס הוא מוגן (למשל פגיעות מיניות בעבר) וההכרה בהם דינמית- משתנה עם פסיקה וחקיקה.
- ה. פקני"ז- שני חלקים: (1) הגדרת עוולות- ס' 63-23 (2) הסדרים כלליים בנזיקין- קש"ס, אש"ס, וכו'.
- ו. דוקטרינה- כלל משפטי, יסודות הסעיף.
- ז. תאוריה- הרעיון שמאחורי הכלל המשפטי.

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

- א. במשפט הפרטי- גם אם המדינה היא אחד הצדדים. מהו משפט ציבורי? כשהריבון מעורב בסמכותו השלטונית. הכלל: "the king can do no wrong" שקובע חסינות טוטלית למדינה כבר לא רלוונטי.
- ב. קווי הגבול בין דיני עונשין לדיני נזיקין- (1) משפט ציבורי/ פרטי- בעונשין המדינה פועלת מכוחה כריבון- משפט ציבורי, ובנזיקין שני הצדדים כפרטיים (יכול להיות גם המדינה כפרטית) ולכן משפט פרטי (אם כי לרוב בעונשין יתחיל מהקשר של שני פרטים (2) בעונשין- המדינה תובעת על עבירה, בנזיקין- תביעה על עוולה. (3) בתביעה פלילית הוכחה מעל לספק סביר, לעומת נזיקין- רק מעל מאזן הסתברויות (לכן תביעה פלילית יכולה להתבטל בקלות לכן צריך גם מענה נזיקי מקביל) (4) דיני העונשין "מבוססי סיכון", שיכול להתממש או לא (למשל עבירות ניסיון). דיני נזיקין "מבוססי נזק" שאם לא יתממש אין עוולה. ← לפעמים יהיה מדובר באותה סיטואציה עובדתית במערכות דינים אחרות.
- 1) פיצוי נזיקי במסגרת דיני עונשין- ס' 77 לחוק העונשין- בימ"ש רשאי לחייב אדם שהורשע בפיצויים לניזוק. תקרת הפיצוי היא 258 אלף ₪. המטרה: (1) לא בהכרח שהניזוק יתבע בנזיקין (2) שיקולי עומס- חוסך לבימ"ש שני משפטים נפרדים (3) תובעים דלי אמצעים (4) נטל נפשי בניהול הליך אזרחי נוסף לפלילי (5) חסכון כלכלי לצדדים.
- פס"ד ד"נ בוקבזה: נערה חוזרת הביתה ורואה את אמא שנרצחה ומישהו נמלט. השאלה: האם כל אחד מנפגעי העבירה יכול לקבל את הסכום הזה או שמקבלים אותו יחד. בימ"ש: קיימת מגבלה לסכום, גם אם יש נפגעים עקיפים, הסכום ניתן לתביעה במצטבר לכל עבירה, וברוב המקרים יש רק עבירה אחת.
- חשיבות הס': אמפירית, נראה שמעט נפגעי עבירה ממשיכים להליך אזרחי. מה ההיגיון להגביל?
- (1) לאפשר לעבריין להשתקם אחרי העבירה. (2) אפשרות של פיצוי באומדן ללא הדרישות להוכחה בדיני נזיקין (3) להימנע מיצירת סוס פרא- אם לא נגביל זה ייצור מנגנון שעלול להחליף ולרמוס את דיני הנזיקין ואז לא יהיה בהם צורך, וזה בעיה כי שם הדרישות מחייבות ואין להתעלם מהן. (4) כי זה פיצוי ראשוני- שמוגבל לדיני עונשין ואם יתבעו בנזיקין יכלו לקבל יותר.
- 2) פיצוי עונשי בדיני נזיקין- פיצוי שיוטל כשעוולה נזיקית נעשה בזדון. למה שבימ"ש יקבע אותו? כדי ליצור הרתעה (למרות שהרתעה יכולה להגיע גם בפיצוי רגיל). לכן, אנשי צדק מתקן לא יתמכו

בפיצויים הללו- כי אדם פרטי לא יכול לגרום לענישת אחר, אלא רק המדינה ולכן יש קושי להשתמש בפיצוי עונשי במשפט הפרטי.

(3) **היבט ראייתי- פס"ד פלילי יכול להיות לראייה בהליך אזרחי. למה? כי סף ההוכחה בפלילי (מעל לכל ספק סביר 99%) גבוה יותר מזה האזרחי (ספק סביר 51%).** לכן לזכות בהליך אזרחי קל יותר כי רמת הוכחה נמוכה יותר.

### ג. בין דיני נזיקין לתחומים אחרים במשפט הפרטי

(1) **דיני חוזים- נזיקין: השוני הרעיוני: חוזים- היכרות בין הצדדים וקשר רצוני לעומת נזיקין- אי היכרות בין הצדדים וקשר לא רצוני (חשפו אותי לסיכון שהתממש, לא רוצה שיהיו חייבים כלפיי) תקום עילה לתביעה: חוזים- כשיש הפרה. נזיקין- כשיש הפרה של סטנדרט, לרוב במונחים של סבירות.**

(2) **דיני קניין- נזיקין: השוני הרעיוני: במשפט אנגלו-אמריקאי, הנחה שדיני נזיקים נועדו להגן על קניין (למשל השגת גבול) אבל הם מגנים על אינטרסים שונים ורחבים יותר (למשלשלמות הגוף). תקום עילה לתביעה: בקניין, לפי עקרון "הרשימה הסגורה"- לפי זכויות מאוד ספציפיות. בנזיקין, כמעט כל התנהגות יכולה להבחן במושגי "סבירות", כי תמיד חושפים ונחשפים לסיכונים.**

(3) **דיני עשיית עושר- נזיקין: השוני הרעיוני: קרובי משפחה של חוזים: דיני עשיית עושר התפתחו מתחום "מעין חוזים" במקרים שהמשפט לא נתן מענה מספק וכביכול לא הייתה זכות תביעה. קרובי משפחה של נזיקין: מאפשרים לתבוע לא על הנזק אלא על הרווח שקיבל כתוצאה מהעוולה שביצע. הרעיון הוא שלפעמים לא נגרם נזק, או נזק קטן, אבל התעשר כתוצאה מהעוולה ולא נרצה זאת. ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט: חובת ההשבה- אם קיבלת משהו שלא מגיע לך אתה צריך להחזיר לפי שלושה יסודות מצטברים: (1) התעשרות (2) לא כדן (3) על חשבון אחר.**

**דוג': (א) פס"ד האחים אהרון- עילת תביעה אפשרית גם בעשיית עושר- פיצוי על התעשרות שלא כדן. (ב) משיג גבול לשטחי כשאני לא בארץ ולא נפגעת, אם אתבע בנזיקין לא אקבל כלום כי לא נגרם נזק, אבל הוא התעשר מהשימוש בקרקע על חשבוני, ולכן זו עילת פיצוי חזקה יותר.**

(4) **הצעת חוק דיני ממונות: קיים במדינות אחרות. ניסיון לאחד את כל דיני הממונות, דיני החיובים ולאחד אותם, אולם ישמרו בקטגוריות.**

**פס"ד מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון- מדינת ישראל שכרה דירות בבניין שבבעלות החברה והתעכבה 15 חודשים בהשבת הנכס לחברה. השאלה: מה הפיצוי שיש לתת לחברה? שלוש אפשרויות: (1) תביעה על הפרה- פיצויי ציפיה- דמי שכירות (2) תביעת פיצוי מוסכם בהפרה (3) התעשרות שלא כדן על חשבון המשכירה- המדינה קיבלה טובת הנאה (שימוש בנכס) לא כדן. היא לא התעשרה בכסף אלא התעשרה בחסכון ההוצאות על חשבון המשכירה- דמי שימוש בנכס. אי אפשר לפצות על כולם יחד כי יהיה כפל פיצויים, לכן אנחנו לומדים את הפס"ד שמראה שיכולות להיות כמה עילות במקביל. גולדברג: יש לבחון איזה אינטרס נפגע ואיזה פיצוי רלוונטי לפגיעה: פיצוי של דמי שכירות יגן על איני הציפיה, פיצוי דמי שימוש מונע התעשרות שלא כדן. אולם מה בנוגע לפיצוי מוסכם? ופיצוי על נזקים נוספים.**

### 3. הבחנה בין זכויות in personam לבין זכויות in rem

א. זכויות in personam פרסונליות- זכות (נזיקית/ חוזית) שלי כלפי מישהו מסויים.

ב. זכות in rem- זכות כלפי העולם ולא כלפי מישהו ספציפי (למשל, זכות הקניין שלי)

ההבחנה בין הזכויות הללו לעיתים מתערבבת בדוקטרינה אחת. דוג': ס' 62 לפקני"ז- גרם הפרת חוזה. לאף אחד אסור לגרום לצד בחוזה להפר אותו. הגנה מיוחדת, זכות שבדר"כ אין בפקני"ז כלפי העולם כולו.

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

הסדרים חיצוניים מחוץ לפקני"ז שמטילים חובת פיצוי על המזיק.  
**פס"ד ברזני נ' בזק** - פרסומת מטעה של בזק על שיחות לחו"ל וברזני שילם יותר מהמחיר המפורסם בה. תובע את נזק בשם כולם. הנזק: ההפרש בין המחיר בפרסומת לבין מה ששילם. **ס' 2(א) לחוק הגנת הצרכן**: אסור לעוסק להטעות צרכן בכל עניין מהותי בעסקה, **ס' 31(א)**: אחרת דינו כדין עוולה לפי פקני"ז. **חשין-ס' 31(א)** אומר שיש הוראות בפקני"ז שחלות גם על עוולות חיצוניות, כמו למשל ס' 64 שדורש קש"ס לנזק, וכמו למשל הוכחת נזק. בענייננו לא הוכיח קש"ס- הוא לא רכש את השירות בעקבות ההטעה בפרסומת.

**מבוא- חלק שני- העוולה הנזיקית****1. היכרות כללית עם יסודות הדוקטרינה הנזיקית- שלושה יסודות לעילה לפי ס' 64:**

- א. **אשם**- מעשה או מחדל, שמיוחס לו הפרת סטנדרט: יש אשם מוסרי ואשם חברתי. **ברשלנות** זו סיטואציית אשם מעניינת בה האשם הוא חברתי, לא הייתה לו כוונה אלא פשוט לא התנהג סביר.
- ב. **נזק**- מוגדר ב**ס' 2 לפקני"ז**. בשונה מדיני העונשין שיכולים להסתפק בסיכון (שהתמש או שלא, למשל ניסיון) דיני הנזיקין מחייבים התממשות נזק, בלעדיו אין עוולה. יכולה להיות עבירה שלא תתגבש לכדי עוולה. יש עוולות ספציפיות בהן לא נדרשת הוכחת נזק (per-se).
- ג. **קש"ס**: זיקה עובדתית ומשפטית בין המעשה לנזק- לא פשוט להוכיח, בייחוד במחדל. אם הקש"ס לא מתקיים אין עילה בנזיקין, גם אם יש הוכחת נזק. סבתיות עובדתית תיבחן במבחן האלמלא.
- **עוולות Per se** (עוולה כשלעצמה)- נדרש להוכיח רק התנהגות עוולתית: ללא נזק, ללא קש"ס. זה כך כי לפעמים אלו עוולות בהן **קושי ראיתי**. בנוסף, לפי **ס' 89 לפקני"ז (1)** שקובע את תחילת ההתיישנות: בגלל שלא צריך להוכיח את הנזק, **ההתיישנות** מתחילה מההתנהגות העוולתית עצמה **(2)** בדרי"כ בעוולה אזרחית (7 שנים), ולא מרגע התממשות הנזק (כמו בשאר העוולות). **דוג'**: השגת גבול או תקיפה.

**2. היכרות עם סוגי האחריות השונים**

- א. **עוולות כוונה**- יש צורך בהוכחת כוונה, זה מקשה על הניזוק כי **נטל ההוכחה כבד**. עוולות מבטאות אשמה מוסרית. **דוג'**: **ס' 56**- תרמית, **ס' 60**- הגשת הליך משפטי בזדון, **ס' 62**- גרם הפרת חוזה.
- ב. **רשלנות**- עוולת הרשלנות, ס' 35 לפקני"ז- מעשה אקטיבי או מחדל שאינו מה **שהאדם הסביר** היה צריך לעשות- זה התרשלנות. מדובר בהתנהגות לא סבירה (אשמה חברתית ולא תמיד מוסרית) התרשלנות זה היסוד העובדתי (ההתנהגות) ורשלנות זו העוולה על כל יסודותיה. **המשמעות מבחינת נטל ההוכחה**: מקל על הניזוק (התובע), כי המדדים הם **אשמה חברתית, אובייקטיבים**- סבירות. לפעמים מתהפך נטל הראיה והנתבע צריך להוכיח שלא התרשל, **ס' 38-41**. אולם, קשה להוכיח התרשלנות ואם התובע לא הצליח כנראה שנתבע לא יצליח.
- ג. **אחריות מוגברת (או חמורה)**- המזיק חייב גם אם אין אשם מוסרי/ חברתי. מספקי להוכיח התנהגות, לא צריך נזק, זו הגנה חזקה. **דוג'**: הסגת גבול- **ס' 29 לפקני"ז** אומר שלא נדרש נזק ויש לי עילה לתביעה כזו, אולם לשים לב, הסייפא אומר שאם אני רוצה לתבוע בנוסף גם פיצויים כן צריך להוכיח נזק. מה ההבדל בין אחריות חמורה למוחלטת? אם הניזוק הוא גם אשם (אשם תורם) זה יכול להביא להפחתת פיצוי.
- ד. **אחריות מוחלטת**- כמו באחריות מוגברת (חמורה) אין משמעות לאשם חברתי/ מוסרי של המזיק, גם אם התנהגת סביר. אבל האשם של הניזוק כן רלוונטי (כי אז זה לא אחריות מוחלטת), כאן לא ניתן לטעון אשם תורם. **דוג'** לאחריות מוחלטת שיראו לנו שגם לה סייגים והיא אינה הרמטית: **(1) תאונת**

**דרכים:** ס' 2(ג) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונת הדרכים: האחריות מוחלטת ללא תלות באשם של הנוהג או הנפגעים. יש חריג: ס' 7 לחוק: יש מצבים שיאפשרו להתייחס לאשם תורם, למשל גרימה לתאונה במתכוון. (2) אחריות יצרן: חייב לפצות מי שניזוק מפגם במוצרו, הרציונל: כי לפעמים קשה להוכיח אשמת יצרן בשל גורמים רבים בדרך או עמדת כוח של היצרן. משטר של אחריות מוחלטת מגן על הנפגע. אבל- ס' 4(ב): אלא אם התרשלות חמורה של הנפגע גרמה לנזק (אשם תורם חמור), ואז יופחתו הפיצויים בהתחשב במידתה התרשלות.

ה. **חסינות לנתבע-** מטיב עם הנתבע (עד עכשיו הטיבו עם הניזוק). דוג': (1) ס' 9(א) לפקני"ז: חסינות מאחריות נזיקית לילד קטן מ-12. אולם, האם אפשר לייחס לו אשם תורם- נראה בהמשך. (2) ס' 8: אדם המבצע פעולת שיפוט חסין מפני תביעה על עוולה שביצע בעת תפקידו. הרציונל: מניעת הרתעת יתר של השופטים ואנחנו רוצים שלא יוטו החלטותיהם.

← טבלה מסכמת- משטרי אחריות- במחברת

### מטרות דיני הנזיקין

נעסוק ב: (1) ההגיון שמצדיק הטלת אחריות נזיקית, מטרותיו של בימ"ש (2) שיקולי בימ"ש בהכרעת שאלות: צדק מתקן, צדק מחלק, שיקולי יעילות (3) בחינה ביקורתית של המשפט והבחנה בין מצוי לרצוי (תיאוריה). **שלושה רעיונות נורמטיביים** (יש שיגידו שאלו לא מטרות אלא רעיונות מנחים):

**פס"ד ע"א מגדלני אבו-חנא:** תינוקות בת חמישה חודשים, ערביה, נוצריה בדואית מהפריפריה, נפגעה בתאונה. השאלה: איך נחשב את הפיצוי שלה? בדר"כ רכיב הפיצוי המשמעותי ביותר מבין סוגי הפיצויים הוא **אובדן כושר השתכרות**, הגורמים שיש לקחת בחשבון: (1) משלח ידו (2) מה ירוויח היום. נחשב לפי **מבחן האלמלא-כמה** יכול היה להרוויח אלמלא היה נפגע, את **ההפרש** בין שכר זה לבין שכרו הנוכחי. עד אבו-חנא, **חישוב סובייקטיבי** של אובדן כושר השתכרות, שיושפע גם משיקולים נוספים: כמה זמן יכולת לעבוד, מאפייני הניזוק, מגזר ומגדר. זה חישוב נפוץ בעולם (קנדה, ארה"ב) יש **אי וודאות עובדתית**, ובמקרה זה הוא אפילו גדול יותר כי לא ניתן לדעת בדיוק כמה תינוקת קטנה תשתכר ולכן יש **כלים משפטיים**. חברת הביטוח: כמו עד היום, חישוב סובייקטיבי, אישה ערביה תשתכר כמו הממוצע בכפר, ולכן פחות פיצויים. **בימ"ש:** נחשב אובדן כושר השתכרות ופיצוי לפי שכר ממוצע במשק. זו מגמה שלומדים מאיתנו בעולם. **פס"ד אטינגר 2** (בסילבוס)- מקרה הפוך. בימ"ש לא מקבל טענה לחישוב סובייקטיבי של ילד שמגיע לו דווקא יותר פיצויים בגלל הרקע.

1. **צדק מחלק/ חלוקתי:** חלוקת העוגה בין קבוצות אוכלוסייה שונות באופן שווה. המשפט ודיני נזיקים הוא כלי חברתי שצריך לטיפול בחוסר צדק, יישום שוויון, מעבר לקשר בין מזיק וניזוק ספציפיים, אלא גם השלכות על החברה כולה. **כיצד אבו-חנא מדגים צדק חלוקתי? ריבלין:** מאפייניה הייחודיים של התינוקות לא צריכים להכתיב את הפיצוי, אלא כולם צריכים לקבל שווה. מיטל אומרת שריבלין בחר בדרך זו כדי לא להביע דעה בעד או נגד קבוצה, אולם גם אם היה משאיר את הפיצוי זה הבעת דעה, אבל הוא בחר בדעה שמתיישבת עם צדק מחלק: הילדה הזו יכולה להגיע מעבר למה שהגיעו בני הכפר שלה.
2. **צדק מתקן:** תיאוריה של זכויות. משנים הניזוק והמזיק הספציפיים. הייתה פגיעה בזכות. **שני רעיונות:** (1) **מבנה אי הצדק שנגרם-** הניזוק במינוס (נפגעה זכותו) והמזיק בפלוס. על הפיצוי להתאים לאמות המידה המדויקות של הפגיעה בזכות. (2) **המהות (התוכן הנורמטיבי) של אי הצדק שנגרם:** ארנסט ווינרב, ממלא בתוכן את המשמעות של מינוס ופלוס: מינוס ופגיעה בזכות זו פגיעה בחירות של האדם לממש עצמו ולהיות מי שהוא. פלוס והמינוס הם נורמטיביים ז"א פגיעה נורמטיבית שתוחזר על כנה רק באמצעות תרופה. לא תמיד ניתן לראות את המינוס בקלות- פגיעה בזכויות, למשל הסגת גבול. **השלכות:** (1) מבינים מה זה

המינוס, ומה צריכה להיות התרופה (2) מבינים למה דווקא הנתבע צריך לפצות את התובע (ולא המדינה למשל), זו הדרך היחידה להחזיר את המינוס לקדמותו. **כיצד אבו-חנא מבטא צדק מתקן? לכאורה**, לא מבטא, כי לפי הגישה הבסיסית (האריסטוטלית) בין הניזוק למזיק לא הושלם המינוס של התינוקת. ולכן אולי דווקא צריך לבחור בשיקולים סובייקטיביים. **אולם**, הפס"ד מבטא את הגישה המודרנית של צדק מתקן בגרסתו המהותית. הוכנס תוכן למינוס, זכותה של התינוקת לממש את עצמה נפגעה, לפי ריבלין, אנחנו לא יודעים איך התינוקת תרצה לממש את חיה, ולכן יש ללכת על חישוב הממוצע במשק.

3. **שיקולי יעילות/ היגיון כלכלי של דיני נזיקין**: **השאת רווחה מצרפית/ יעילות**- אנשים צריכים להתנהג בצורה יעילה, למקסם תועלת ולהגדיל את העוגה (ולא לחלקה כמו צדק מחלק). התמקדות לא רק בניזוק והנזק המסוימים, אלא בתרומת התרופה לרווחה המצרפית.

א. **הרתעה**- כלי מניעתי- התנהגותי להשגת יעילות. **שיקולים של יעילות אקס אנטה (מלכתחילה)**:  
 דוגמה- שתי חלקות של תירס וצאן. איך נפצה על הנזק? לכאורה המזיק הוא בעל הצאן אבל לפי גישה כלכלית, לא מעניין מי גרם לנזק (אפשר לטעון ששניהם) ונשאף למיקסום רווחה מצרפית: נטיל אחריות על **מונע הנזק הזול**: כך הוא ימנע את הנזק מלכתחילה, כך נמנע נזקים כי ישתלם למנוע אותם. אגב, איך נטיל אחריות על בעל התירס? הוא פשוט לא יקבל פיצוי, ואז ירצה למנוע את הנזק.

ב. **פיזור נזק**- (שיקול חשוב אבל שני להרתעה) **שיקולים בדעבד (אקספוסט)**: כבר קרה נזק, איך אנחנו גורמים לזה שיהיה פחות כבד? פיזור על מפזרי הנזק הטובים ביותר. **דוג**: (1) בנקים (2) אחריות מוחלטת- מנגנון חכם לפיזור נזק יעיל. **דוג**- אחריות מוחלטת של יצרן על מוצרים פגומים. הוא יבטא את זה במחיר והצרכנים ישלמו, הנזק יפוזר על רבים במקום רק עליו.

**איך הרווחה המצרפית מתבטאת באבו-חנא? (א) הרתעה**- לא מעניין הניזוק הספציפי, לא מעניין האדם המסוים ולכן ניתן פיצוי אחיד כדי שטנדרט הזהירות יהיה אחיד ולא יזהרו פחות כשמדובר בניזוקים מסוג התינוקת (ערביה בכפר). **(ב) פיזור הנזק**- ולא סבסוד צולב (שכולם משלמים זהה לביטוח אבל הוא ישלם יותר על נזק של עשיר): אם לתינוקת יהיה פיצוי פחות היא "תממן" לקוח עשיר של הביטוח.

ספקטרום של גישות ובדר"כ לא מתקיימת רק גישה אחת. ביהמ"ש משתמש ברציונלים של תיאוריות שונות, אבל בדר"כ השיקול שמוביל את בימ"ש הוא צדק מתקן.

### עולות המטרד

מיטרד ליחיד, **ס' 44 לפקני"ז**. עוולה עם הגנה חזקה, לאור פגיעה בזכות בסיסית. **2 תנאים**: (1) הפרעה ממשית שמונעת להשתמש שימוש סביר (2) בהתחשב עם מיקומם וטיבם. **זהות המטרד**: לפי ס' 44 המטרד לא חייב להיות הבעלים של גורם המטרד. **זהות הניזוק**: רק בעלי המקרקעין. בפועל, **בוצרסקי נ' סנדלר** בימ"ש מאמץ פרשנות רחבה שלא רק הבעלים יכול להגיש תביעה, נימוקים: (1) כל אדם שיש לו אינטרס במקרקעין (גם תופס)- אנגליה (2) **ס' 46 לפקני"ז**: אין עילה אם המטרד היה קיים לפני שתובע תפס או רכש את המקרקעין- מלמד שהתובע יכול להיות "תופס" ולא בעלים.

**סוג העוולה משפיע על הסעד**: מדובר בעוולה ממושכת ולכן פיצויים לא יספיקו. לפי הצדק המתקן, יש להתאים את הסעד לזכות שנפגעה, לכן **צו מניעה**, כדי שהמטרד יפסיק. ניתן לתבוע בנוסף גם **פיצויים בהוכחת נזק**, לפי סייפא **ס' 44**.

**פס"ד אתא נ' שוורץ**: בעלים של בית טוען שמפעל באיזור תעשייה מייצר מטרד (רעש). **השאלה**: הוכחו שני התנאים, מהו הסעד המתאים? מחד, הס' קובע צו מניעה, מאידך, צו מניעה יפגע בערבים מעובדי המפעל. **ס' 74 לפקני"ז** מעורר מחלוקת, לפיו, לא יתנו צו רק במקרים חריגים, לפי תנאים מצטברים: (1) הפגיעה לתובע קטנה (2) ניתנת להערכה בכסף (3) ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום (4) צו מניעה יהווה התעמרות בנתבע. **שאלה**: האם

השלכות חברתיות הן לא חריג שיש לקחת בחשבון? זה אמנם לא מתנאי הסי', אבל **שמגר קובע שגם במקרה של צורך ציבורי לא יינתן צו מניעה**. בענייננו, תנאי הסי' לא חלים (הפיצוי לא מספיק כי הפגיעה ממשית וממשיכה) ולכן כביכול ניתן לתת צו מניעה. **נימוקי שמגר**: רובם מבוססים הכלל המשפטי ולפי צדק מתקן, אבל גם שיקולים כלכליים: צריך להרתיע מפעלים ממטרדים כאלה, כי ידעו שזה לא משתלם להם. **נותן צו אבל מציע פתרון**: ידיו כבולות כי סי' 44 הראה שיש ותנאי סי' 74 לא מתקיימים לכן אין מניעה לתת צו. אם יש צורך ציבורי, אז שאתא יפנה למדינה שתפקיע את הבית של שוורץ, וכך גם הוא "יפוצה", לפי **סי' 3 לפקודת הקרקעות**. **בגיץ שוורץ נ' שר האוצר**- שוורץ מבקש פיצוי גדול פי 2 מערך המקרקעין (סחטנות בתמורה למניעה מצו מניעה) ולכן עתירתו נדחית. בגלל שאתא לא יכול לשלם (פשיטת רגל צפויה), הוא פנה לשר האוצר להפקיע את המקרקעין של שוורץ בעד פיצוי בגובה שווי הנכס. זה מראה שהיה קשה להביא את המחלוקת לסיומה. לפי **סי' 22 לפקודת הקרקעות** אדם פרטי יכול לבקש זאת. **השלכות**: שיקולים שנדחו בעבר- כלכליים, אמנם נדחו אך קיבלו במה.

## עולת רשלנות

**סי' 35 לפקני"ז**: יסודות עולת הרשלנות (חלקם משותפים לעולות אחרות):

1. **התרשלות**- לפי **סי' 35**: אדם שלא מתנהג כמו **האדם הסביר**: (1) **בחינה אובייקטיבית**- זו אמת מידה חברתית, סטייה מנורמה חברתית שניתנת למדידה אמפירית (מה הנורמה?): (2) **בחינה סובייקטיבית**- יש להתחשב בהקשר, ב"נסיבות" בקביעת הסבירות. **בפס"ד חמד, ברק**- "סובייקטיביזציה של האדם הסביר של המבחן האובייקטיבי".  
**המועד לפיו נקבע סבירות**: כיצד אדם סביר היה מתנהג **במועד האירוע המזיק**: **פס"ד פולר נ' בייח** **"העמק"**: לידה של אם סוכרתית הסתבכה ואחריה התפרסם טיפול חדשני. **שאלה**: האם הרופא שפעל לפי הפרקטיקה הנהוגה ולא לפי ספרות רפואית עדכנית מתנהג לא בסבירות? **בימ"ש**: לא, מצופה מרופאים לנהוג לפי הפרקטיקה הנהוגה בזמן האירוע ולא לפי מחקרים שיתכן שיאומצו בפרקטיקה בעתיד. ולכן התנהגותם הייתה סבירה. אי אפשר לצפות שרופא יכיר כל ספרות, בנוסף ייתכן שהכתוב עוד ישתנה ויתחדש. **ביקורת**: יש ליצור סטנדרט שרופא צריך להתעדכן כל הזמן.  
**מתי זה יכנס לפרקטיקה הנהוגה?** באופן טבעי כשזה יהיה יעיל לאמץ את זה, למשל עלות יישום לא גבוהה. **פס"ד שטרן נ' שיבא**: לא בוצע ניתוח רפואי למרות שנדרש. נטענת התרשלות. **שאלה**: פעלו כמו הפרקטיקה הנהוגה בבי"ח אחרים אבל נטען כי בבי"ח הזה נהוג סטנדרט גבוה יותר, האם התרשלו כשלא פעלו לפיו? **בימ"ש**: בית החולים התרשל, יש לנהוג לפי הסטנדרט הגבוה הנהוג במקום. **לשים לב**: בימ"ש לא מקבל מאפיינים סובייקטיביים שיכולים להוריד את הסטנדרט אבל כן באלו שיכולים להעלות אותו). **נימוק כלכלי**: לא מצפים מבי"ח לפעול, להשקיע מעל הסטנדרט אלא רק מה שהוא כבר יודע ויכול, לכן הסטנדרט לא גבוה מדי. **ביקורת**: (1) בעייתי להתערב בשק"ד של הרופאים שצריך להיות חופשי, במצבים של חיים ומוות. ולכן נבחן את שק"ד שלהם- האם הוא היה סביר. (2) סטנדרט גבוה מדי עלול לגרום להרתעת יתר- רפואה מתגוננת. פגיעה בהם ובמטופלים.  
**האם בקביעת סבירות יש להתחשב בהכבדת הסטנדרט על המזיק?** (א) **צדק מתקן**- לא, יש להתרכז רק בהשבת מצב הניזוק לקדמותו (ב) **צדק מחלק**- המזיק והניזוק הספציפיים לא מעניינים, אלא אם מישהו נפגע, המזיק יצטרך לשאת בנוק. (ג) **שיקול כלכלי**- כן, כי יש להגדיל רווחה מצרפית בכך שנמצעם עלויות, גם אם הן של המזיק.

**נוסחת הנד:** נוסחה כלכלית שתבחן האם ההתנהגות סבירה: אם הייתה יעילה, כלומר שעלות מניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק (מכפלת שיעור הנזק בהסתברות שיקרה) ואז אין למנוע אותה. דוג' פליטת חומרים ממפעל. **אימוץ הנוסחה:** בארץ ובעולם, אבל לצד שיקולים נוספים. דוג': **ועקנין, גרובנר, ולעס.**

**פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש:** בן 15 קפץ לבריכה רדודה ונחבל. לא היו שלטים האוסרים על הקפיצה. **שאלה:** האם מפעילת הבריכה התרשלה באי הצבת השלטים? **בימ"ש (ברק):** לא חייב לשאוף למניעה מוחלטת של הנזק כי זה לא אפשרי, ומיישם את נוסחת הנד: במקרה זה עלות מניעת הנזק (הצבת שלטים או פיקוח) נמוכה מתוחלת הנזק. אלו אמצעים יעילים שמקטינים את הסיכון לנזק.

**גרובנר נ' עיריית חיפה:** מבוגרת נדרסה ע"י אופניים בגן ציבורי, למרות שלטי אזהרה, בשל אי אכיפה במקום. **שאלה:** האם העירייה התרשלה? **בימ"ש (שמגר):** נותן טיעון כלכלי: יש זיקה הכרחית בין אכיפה של הסכנה (נזק שעשוי להתממש) לבין האמצעים הננקטים (עלות מניעה). כאן, ההוצאות של הרשות מוגבלות ועולות על תוחלת הנזק. לא נכון שיפלו עליה ועל הציבור. לא הייתה התרשלות לפי הרציונל של נוסחת הנד (אבל לא מפנה אליה). **באתא נ' שוורץ** שמגר אומר ששיקול כלכלי לא רלוונטי ומתבסס על צדק מתקן. בגרובנר (שהיה לפני) הוא תומך בו. **איך אפשר ליישב את זה? (1)** בגרובנר שמגר אומר שאין להסתכל רק על המזיק והניזוק הללו אלא המחוקק יצר מקום לבימ"ש לתת קביעה נורמטיבית של מהו "סביר" באמצעות כלים שונים שיבחר לפי שק"ד (2) במטרד- הסבירות תבחן לפי הניזוק ברשלנות לפי המזיק.

**ולעס נ' אגד:** הותקף על ידי בריונים כשחיכה בתחנה. תובע את אגד שלא העמידה פקחים ובכך התרשלה. **השאלה:** הוכח נזק, האם אגד התרשלה בכך שלא היו פקחים? **בימ"ש:** יש להסתכל על תוחלת נזק כסכום תוחלת הנזק של הניזוק ושל המזיק (עלות סיכון עצמי, **קוטר ופורת**) וכאן נראה שעלות המניעה קטנה מתוחלת הנזק (כי נדרשת במילא לפקחים).

**האם הפרת חקיקה היא אינדיקציה להתרשלות (התנהגות לא סבירה)?**

**פס"ד לרנר נ' מדינת ישראל:** חיילים יורים ופוצעים נהג משאית שפורץ מחסום ולא נשמע להוראותיהם. **השאלה:** לא ירו בהתאם להוראות פתיחה באש (לא כיוונו לגלגלים- האם התרשלו? ז"א- האם הפרת חוק בהכרח תהיה התרשלות? **בימ"ש:** למרות הפרת החוק, התנהגו סביר. הפרה זו אינדיקציה חשובה בנוגע לחובת הזהירות, שיקול שניתן להיעזר בו. אבל לא מכריע- יש לבחון את הנסיבות, ולכן המוטל על המזיקים הוא רק לפעול בסבירות (גם אם זה לא לפי ההוראה). **לשים לב:** (1) זאת למרות ההנחה שהפרה היא לא סבירה, כי חוק קובע התנהגות יעילה. (2) לכן יכול שלפעמים סטייה מחוק תהיה סבירה ולפעמים לא. **נוסחת הנד הרתעה ביתר והרתעה בחסר:**

אדם מחשב את סטנדרט הזהירות על פיו הוא מצווה לפעול- ההבנה כמה עליו להיזהר בעשיית פעולה מסוימת. לפעמים עשוי לטעות בחישוב תוחלת הנזק וזה עשוי להשפיע על סטנדרט הזהירות. **למשל:** דוג' הנהגים בשכונה ענייה מול עשירה. **הרתעה ביתר:** בימ"ש מעריך תוחלת נזק גבוה מדי, אנשים נרתעים מדי ונמנעים מלהתנהג יעיל (כמו רפואה מתגוננת) **הרתעה בחסר:** בימ"ש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי, גורם למזיק להיזהר פחות ולכן יתנהג באופן לא יעיל. **דוג': בפס"ד אבו-חנא** יש הרתעה בחסר: אם הפיצויים היו לפי נתונים סובייקטיביים, אנשים היו פחות נזהרים לפגוע בשכונה כזו ולכן יפעלו בצורה פחות יעילה, מורתעים בחסר.

**אתגרים של כימות:** עלות מניעה לא בהכרח נמדדת בכסף (זמן). סיכויי התממשות נזק לא תמיד ניתנים לכימות. אתגרים שמקשים על השימוש בנוסחת הנד. **פתרונות:** (א) מענה על הערכים בקירוב (ב) בגלל שמדובר באי שוויון לא צריך לאומדס במדויק, העיקר שאגף אחד יהיה גדול יותר.

**מונע הנזק הזול – ריצ'רד פוזנר:** נוסחת הנד לבדה לא מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה. צריך הלסתכל גם על הניזוק ולהטיל אחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר (גם כאן- בראיה



אובייקטיבית של האדם הסביר, רק הפעם של שני הצדדים). זה **תנאי מצטבר לנוסחת הנד שיחד יובילו לתוצאה יעילה**. דוג': חלקות תירס וצאן. **בעיות**: (1) לא תמיד ניתן לדעת מי מונע הנזק הזול (2) עלויות אדמיניסטרציה. **הפתרון**: שוקל הנזק הטוב.

**שוקל הנזק הטוב- קלברזי והירשקופף**: יש לבדוק לאיזה צד היה את המידע האם וכיצד יש למנוע את הנזק, ואת האפשרות להתריע לצד השני. נועד למזער עלויות אדמיניסטרציה שכרוכות ב"מונע הנזק הזול". דוג': בנקים (שחקנים חוזרים) יכולים לדעת שהם מונע הנזק הזול. **הרעיון לא מיושם בפועל בפסיקה**.

## 2. קיומה של חובת זהירות והפרתה-

**ס' 35**: ואם התרשל ביחס לאדם אחר שיש לו חובה שלא לנהוג כפי שנהג, **ס' 36**: החובה הזו מוטל כל אימת שאדם סביר בנסיבות היה צריך לראות מראש את הניזוק שעלול להיפגע ממעשהו או ממחדלו. **פס"ד Donoghue**: לפי רעיון השומרני הטוב, אין לפגוע בשכן: אדם מספיק קרוב כדי להיות מושפע מההתנהגות שלי ולכן יש לקחת אותו בחשבון כשנבחר איך להתנהג. עלפיו יש לנו חובת זהירות. **פס"ד גורדון**: מכר רכב והעביר בעלות, המשיך לקבל קנסות על הרכב, נעצר כי לא שילם דוחות. **השאלה**: האם אפשר להטיל אחריות על העירייה ברשלנות? האם יש להם חובת זהירות כלפיו? זו שאלה קריטית כי לא הצליחו לתבוע על נגישה בגלל שלא הייתה לעירייה כוונה. **בימ"ש (ברק)**: יש לעירייה חובת זהירות. (א) חובת זהירות היא מסננת, גם אם הייתה התרשלות לא בטוח שתהיה רשלנות. (ב) הקריטריון למי הוא "שכן" זה אדם קרוב מספיק שיכול להיות מושפע מההתנהגות שלי וצריך לקחת אותו בחשבון, נבחן לפי **מבחן הצפיות** (צפיות הניזוק), שמופיע **בס' 36**.

א. **חובת זהירות מושגית (נורמטיבית)**: המזיק היה **צריך** לצפות את הניזוק הספציפי הזה ונזק. סטנדרט, נורמה שבימ"ש שייקבע לפי שיקולי מדיניות (למשל: (א) שיקולי הרתעה (ב) עלויות מנהליות של תביעות סרק שיוגשו (ג) ועוד שיקולים אצל שמגר **בלוי**: נדרס, עיזבון תובעים את הממונה על חברת הביטוח במדינה על שלא הודיע שהביטוח עומד לפשוט רגל, ועכשיו הם לא יכולים לקבל פיצויים. **השאלה**: האם לממונה יש חובת זהירות כלפי הניזוק? האם היה יכול לצפות ניזוק ונזק? **בימ"ש (שמגר)**: שיקולי מדיניות שיש להביא בחשבון בקביעת צפיות נורמטיבית: (1) מעשה או מחדל (2) סוג הנזק (ממוני טהור, גוף, נפשי) (3) האם הסתמכות הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת (4) המדינה בכובע ציבורי או פרטי (5) האם הטענה על התרשלות המדינה היא על ביצוע או הפעלת שק"ד (נרצה לאפשר חופש שק"ד). בענייננו, זה היה בשק"ד ולכן אין חובת זהירות.

ב. **חובת זהירות קונקרטית (טכנית)**: האם המזיק **יכול** היה לצפות את הניזוק והנזק. **פלטגרף**: נוסעת ברכבת נפגעת ממוט שנפל לאחר פיצוץ חבילת זיקוקים של אחד הנוסעים לאחר שעובדי הצוות דחפו אותו לרכבת. **בימ"ש (קרדוזו)**: אין חובת זהירות כי הניזוקה הייתה מחוץ למתחם הסיכון שעובדי הרכבת יכלו לצפות, אולי יכלו לצפות נזק שנגרם לאחרים. **פס"ד פריצקר**: אדם מכוון נהג ונמחץ על ידו. **בימ"ש (אגרנט)**: צריך היה לצפות את הניזוק אבל לא יכול היה לצפות. זה ניזוק בלתי צפוי (זו ההלכה, יישום נדיר שבימ"ש אומר שאין חובת זהירות כלפי הניזוק הספציפי הזה). **זילבר**: יכול היה וגם צריך היה, יש חובת זהירות אבל הוא לא הפר אותה, כי הניזוק הוא זה שכיוון, היה מתוכנן על ידי הניזוק עצמו.

**פס"ד פלוני** (עמית) + **פס"ד שתיל** (לוי): מודל חדש מוצע ליסודות עולת הרשלנות. במקום חוב"ז- שיקולי מדיניות: כי צריך להניח שקיימת חוב"ז כללית במצבי הליבה של דיני הניזוקים, למעט מקרים מיוחדים. בנוסף, המודל המסורתי הוא מסורבל ויש חזרתיות בין חוב"ז טכנית (יכול היה לצפות) לבין בדיקת התרשלות (האדם הסביר). ויכוח שעולה בפסיקה. במבחן- מודל מסורתי שהוא ההלכה. **מיטל**:

יש מקרים מסויימים בהם עשויים להגיע לתוצאה אחרת מהמבחן שהוא טוען שכפול. **וגנר נ' עבאדי**: הנדל: לא מסכים עם עמית. יש מקרים בהם אל רואים את חובה"ז ולכן נבדוק בכל נסיבות האם היא קיימת או לא. חוב"ז טכנית כבר מופיעה בהתרשלות אבל עדיין צריך את חובה"ז המושגית.

3. **גרימת נזק**:

א. הוכחת נזק

ב. הוכחת קש"ס (**סי' 35**): עובדתי (אלמלא, מבחן היפותטי) ומשפטי

### **גבולות עוולת הרשלנות**

**לוי נ' מדינת ישראל**: בעבר: חוב"ז לא תחול בנזק כלכלי טהור, נפשי (בלתי ממוני טהור), עוד כמה מקרים. זה נושא תחת חובת הזהירות, נבדוק מתי היא חלה:

#### 1. **נזק ממוני (כלכלי) טהור**

נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גופני, או רכוש). **3 רציונלים לאי חוב"ז בנמ"ט**: (א) קשה להוכיח (2) בתי המשפט (3) מטען נורמטיבי אחר. **ונימוקים לשינוי**: (א) לא מתיישב עם צדק מתקן- אם נפגעה זכות צריך לתת סעד עליה (ב) לא מתיישב עם שיקולי הרתעה.

א. **מצג שווא רשלני**:

אפשר לתבוע גם על **סי' 56** עוולת התרמית מול רשלנות- בתרמית נדרשת כוונה.

**וינשטיין נ' קדימה**: קבלן בנה מיכל מים עבור קדימה עם פגמים בגלל תכנית המהנדס. לא שילמו

לו. **שאלה**: האם יש להטיל אחריות על המהנדס? האם הוא חב לקבלן חובת זהירות? **בימ"ש: 5**

**תנאים מצטברים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצב שווא רשלני**: (1) מיומנות מיוחדת (2) מהלך

העסקים הרגיל (3) הגבלת היקף האחריות- היקף הנזק יכול להיות אינסופי ויש להגביל את זה (4)

המציג התכוון שהתובע המסוים יסתמך על חוות הדעת. (3-4 דומים) (5) המציג יכול היה לצפות

שלא תהיה בדיקה נוספת בעקבות חוות הדעת. בעניינו נפל על תנאי 5, לא הוטלה אחריות. **אפשרות**

נוספת לבימ"ש: לקבל את התביעה חלקית, ולקבוע אשם תורם של הקבלן.

ב. **חובת זהירות של בנקים**:

כמעט בהכרח הנזק כלכלי טהור, חלה על בנק חוב"ז הרבה יותר רחבה. **למה?** (1) שוקל הנזק הטוב

ביותר- שחקנים חוזרים עם מידע רב (2) אמון מיוחד, יחסי תלות והסתמכות (3) מפזרי נזק טובים.

**טפחות בנק למשכנתאות נ' צבאח**: בנק עם חברת בנייה ולקוחותיה. בימ"ש: על הבנק היה לגלות

שהוא בניגוד עניינים. משלא גילה, הפר חוב"ז.

מרמה וזיופים: **דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן**: עו"ד שחותם על ערבויות בשם לקוח, הבנק רוצה את

כספי הערבויות מהלקוח. הלקוח טועם שהבנק הפר חוב"ז כי היה צריך לבדוק שאין מרמה.

**בימ"ש**: הבנק הפר חוב"ז, זה סיכון שעל בנק סביר לבדוק, כי יודעים שיש מרמות, לכן הוא

התרשל. כשיש חדש למרמה על הבנק לבחון זאת.

אחריות כלפי צד שלישי: **פס"ד קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד**: החליפו כסף

אצל חלפנים עם צ'קים גנובים. החלפנים טענו שהבנק צריך לשאת בנזק. **בימ"ש**: הבנק התרשל כי

לא נקט אמצעי זהירות כדי למנוע חליפין בצ'קים גנובים. הייתה לבנק חוב"ז כלפי צד ג'.

ג. **נזק לצד ג' מהפרת חוזה**:

**קורנפלד נ' שמואלוב**: בעלי חלקה לא פיקחו על פעולות הקבלן והיו פגמים בדירות. רוכשי הדירה

השניים תובעים. **השאלה**: האם יש חוב"ז כלפי קונים מאוחרים? או רק כלפי קונים ראשונים

וקבלו? **בימ"ש**: אחריות לגבי עניין מהותי (בטיחות הבניין) לא מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת גם כלפי צד שלישי, לא נקבע בדיוק עד כמה.

## 2. נזק בלתי ממוני טהור

### א. ניזוקים ישירים

**בעבר**- ניתן לתת פיצוי רק אם נלווה לנזק פיזי והוכח קשר ישיר ביניהם. **למה?** (1) הצפת בתי המשפט (2) קשיי הוכחה (3) קושי בקביעת שווי (4) הרתעת יתר. **בפס"ד דעקה**: **אור**: אפשר לפצות על נזק בלתי ממוני טהור, זה לא יציף את בימ"ש.

**היום**- 3 נימוקים לשינוי: (1) לא מתיישב עם צדק מותקן (2) לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- רוצים להרתיע אנשים לא לפגוע בנפש (3) קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו.

**פס"ד גורדון**: המשיך לקבל דוחות על רכב שמכר. לא הצליח להוכיח נגישה בגלל שנדרשת כוונה. **בימ"ש**: אפשר לקבל פיצוי בעבור נזק בלתי ממוני טהור (עוגמת נפש), זה נזק בר פיצוי שעומד ברשות עצמו

### נזק בלתי ממוני טהור- פגיעה באוטונומיה

**דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה**: **רקע**: דוקטרינת הסמכה מדעת: יש לקבל הסכמה מדעת וזה כולל חובת גילוי פרטים. **עובדות**: מנותחת ברגל שמסכימה לניתוח בכתף בזמן תרופות מטשטשות, נזק בכתף, למרות שהניתוח לא היה ברשלנות, טוענת שלא נתנה הסמכה מדעת ותובעת על הנזק בכתף. **בימ"ש (אור)**: יש שני סוגים של נזקים במקרים של הסכמה מדעת: (1) **נזק תוצאתי**- צריך להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק שנגרם- מבחן אלמלא כפול. (2) **פגיעה באוטונומיה**- פגיעה באי היכולת לבחור, אין צורך להוכיח נזק וקש"ס- **ראש נזק עצמאי**. **בענייננו**, לא הוכח קש"ס כי כנראה הייתה מסכימה לניתוח, אפשר לפצות על נזק לאוטונומיה כראש נזק עצמאי. **ביניש (מיעוט)**: יש קש"ס וגם אם אין, נאפשר פיצוי הסתברותי: הסיכוי שהיה מסרב כפול הנזק. ואולם- פיצוי לאוטונומיה אפשרי רק במקרים חריגים.

**פס"ד תנובה**: נמצא סיליקון בחלב, לא נמצא נזק, תובעים על תחושת גועל. **בימ"ש**: אמנם לא הוכח נזק פיזי, מנעו מהם להחליט ולכן נגרמה פגיעה באוטונומיה- זו הרחבה של פגיעה באוטונומיה כי (1) הפעם לא היה קשר לנזק פיזי (2) לא רק בעולם הרפואי. (אם כי לא בטוח אם הפיצוי הוא רק על פגיעה באוטונומיה או גם על תחושת גועל). **ביקורת**: (1) אי וודאות ובעיות חישוב (2) יצירת עוולת per-se **פתרון**: (1) קביעת סטנדרטים לחישוב (2) עוולת Per-se לא בטוח בעייתית בהקשר הזה- אולי אנחנו רוצים שאוטונומיה תהיה ראש נזק (3) כך נעודד חובת גילוי. בנושא "זכויות החולה"- נמשיך לדון בפיצויים על פגיעה באוטונומיה ונצמצם את האפשרות (למשל לא במקביל לפיצוי אחר).

### ב. ניזוקים עקיפים

**ניזוק עקיף**= מי שנגרם לו כאב וסבל בגלל נזק פיזי שנגרם לאחר

**אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן**: קרובי משפחה נפגעו נפשית מצפייה ביקריהם גוססים. תובעים על נזקים נפשיים. **השאלה**: האם ניתן להכיר בנזק נפשי שנגרם לצד שלישי כתוצאה ממעשה רשלני שהניזוק ממנו הוא בכלל אדם אחר. **הבעיה**: חוב"ז מצריכה לחשוב על הרבה שנקבעת על ידי מבחן הצפיות: טכנית ונורמטיבית, האם אפשר לצפות דבר כזה? **בימ"ש**: **4 תנאים לפיצוי על נזק נפשי לניזוק עקיף**: (1) קירבה משפחתית מדרגה ראשונה- ניתן לבחינה בנסיבות (2) התרשמות ישירה ניתן להגמיש (3) קרבה בזמן ובמקום לאירוע הנזק או תוצאותיו (4) נזק נפשי משמעותי שמונע תפקוד יומיומי- גם מוכן להגמיש.

**פס"ד שוויקי נ' מדינת ישראל**: ירי חיילים נהרג ילד. האב טוען לנזק נפשי ופיזי (בלב) שנגרם בעקבות הנפשי. **בימ"ש**: (א) יש אפשרות לתביעה לניזוק עקיף על נזק פסיכו-פיזי (נזק פיזי שנובע מנזק נפשי חמור) בתנאי שמוכח קש"ס בין הנזק הנפשי לפיזי. כאן לא הוכח. (ב) מבחני אלסוחה מוחלים במקרים של נזק פיזי. אולם כאן מתקיים התנאי הרביעי- נזק נפשי חמור דיו.

**לבנה לוי נ' שערי צדק**: חריגה מהנוהל לגבי זמן הסתובבות לעידוד לידה (הסתובבה יותר). העובר מת כתוצאה מההתרשלות, נגרם סבל וצער להורים. **שאלה**: האם ההורים זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם? **בעיות**: (1) לעובר אין כשרות משפטית וזכות לתבוע ולכן גם לו לאפוטרופוסים שלו (2) אם ההורים הם ניזוקים עקיפים לא מגיע להם פיצוי על כאב וסבל כי לא עומדים בתנאי ה-4 של אלסוחה. **בימ"ש**: לא ניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים אבל אירוע הלידה ונזק מוות של עובר הם מיוחדים ובנסיבות הללו ההורים הם ניזוקים "מעין ישירים" ולכן ניתן להגמיש את הכלל הרביעי.

### 3. **מחדל טהור**

אדם לא מנע נזק שהתממש מסיכון שלא הוא יצר. בעבר- לא ניתן להטיל אחריות, אבל עדיין נהיה יותר זהירים בקביעת חוב"ז במחדל טהור (לעומת לא טהור). **מדוע?** (1) סיבתי- קושי להטיל חובת עשה על אדם (2) התערבות יתר בחירות הפרט (3) התרעה ביתר- נמנע מפעולות שיכולות לשים אותנו במחדל. **פס"ד ולעס נ' אגד**: **בימ"ש**: קבעו שמתקיימת צפיות טכנית. בנוגע לצפיות נורמטיבית: יש לקחת בחשבון שיקול מדיניות מיוחד: **מערכת יחסים מיוחדת** בין הצדדים- התובע נסמך על הנתבע. הסתמכות מוצדקת. (דומה קצת לפס"ד לוי בנוגע לחוב"ז נורמטיבית). ולכן למרות שמדובר במחדל טהור, נטיל חוב"ז.

**"חוק השומרוני הטוב"** = חובת הצלה, בעקבות המקרה של קיטי. מצפה מאנשים לבצע פעולה פוזיטיבית, במדינות בארה"ב הם חוקים זהירים ולא נפתחו לעוולת הרשלנות כדי שלא יהיו יותר מדיי תובעים. **חוק לא תעמוד על דם רעך- התשנ"ח-1998** לוקח את הרעיון הזה: במקום שזה יהיה בגבולות הרשלנות, חוק בפני עצמו. **בעיות**: (1) הרתעת יתר (2) התערבות מוגזמת בחירות הפרט. אבל החוק מתמודד עם הבעיות הללו: (1) אפשר רק להודיע לרשויות (2) עזרה רק אם לא מסכן חייד (3) רק במקרה של סכנה חמורה או מיידית לחיים (4) ס' 2+5 לחוק עשיית עושר מאפשר שיפוי על נזק שייגרם אם הצלת, רק על נזק ממוני ולא על נזק פיזי.

### 4. **חיים בעוולה/ הולדה בעוולה**

התרשלות בגילוי מום מולד בעקבותיה תינוק נולד עם מום ולא הופל. חיים בעוולה- עילה של הילד. **זייצוב נ' כץ**: ייעוץ גנטי שהיה תקין, העובר נולד עם מוגבלות שיכלו לגלות. **השאלה**: האם מאפשרים לתינוק שנולד לתבוע על חיים בעוולה? שלא היה צריך להיוולד? **בימ"ש**: גולדברג (מיעוט): אין עילת תביעה כי אי אפשר להגדיר חיים כנזק. **בן פורת**: הנזק הוא חיים עם מוגבלות לכן חישוב הפיצוי הוא אי חיים פחות חיים עם מוגבלות. זה חישוב בעייתי לכן פשוט יש לאפשר חיים בכבוד כמה שאפשר. **ברק ולוין**: הנזק הוא חיים עם מום ולא גרימת חיים, הזכות היא לא לחיים אלא לחיים ללא מום. כלומר, חישוב הפיצוי: חיים ללא מום מינוס חיים עם מום- יש עילת תביעה וזו ההלכה. **ביקורת**: (1) פיצוי על חיים עם מום מפחית מכבודם של המוגבלים (2) קושי סיבתי- לא הרשלנות של הרופאים היא הגורם למום, אלא הם גרמו לחיים. (3) קושי מוסרי- לקבוע שטוב מות אדם מחייו (4) קושי קונספטואלי- קשה לקבוע מה הנזק ולכמת אותו (5) דלת בעייתית לתביעות.

**פס"ד המר נ' עמית**: מצמצמים את חוב"ז בתביעות רשלנות בנוגע לחיים בעוולה ונשארת רק עילת ההורים לתביעה **בהולדה בעוולה**. **ויש להולדה ברשלנות תנאים**: (1) האם מתקיימים יסודות עוולת

הרשלנות (2) קש"ס כפול- מבחן אלמלא עובדתי: (א) קריטריון אובייקטיבי- האם הוועדה הייתה מאשרת את ההפלה (ב) קריטריון סובייקטיבי- ההורים היו מממשים זכותם להפיל. קושי: זה בעייתי להגיד דבר כזה, וגם קושי ספציפי לאוכלוסיות ספציפיות. הפתרון (ריבלין): חזקה ניתנת לסתירה שההורים היו מממשים זכותם, כלומר רק התנאי הראשון נשאר. איך נסתור את החזקה? אפשר בנתונים סטטיסטיים אך זה קשה, ולכן תלוי בחוזק הראיות. תרופות: (1) החזר על הוצאות- הפרש בין גידול ילד עם מוגבלות לבלי מוגבלות. הבעיה היא שילד זה לא נזק. ברק פותר- יש לפצות על הוצאות עודפות. בנוסף, מי שמלאו לו 18 צריך לקבל יותר. זאת ועוד, לפי ריבלין הכסף יכול להיגמר, ולכן ועדת מצא קבעה הנחיות להתנהלות כלכלית להורים (2) פיצוי על כאב וסבל- פחות משמעותי (3) פיצוי לנזק באוטונומיה.

\*\* הריון בעולה- יש קשיים ופיצויים אפשריים.

### היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות (בפקנ"ז או מחוצה לה)

האם ניתן להגיש במקביל לעוולה גם תביעה על רשלנות? רשלנות היא עוולת מסגרת רחבה: יש הרבה נזקים בסביבה לכן תמיד נרצה לבדוק אם מישוהו התנהג אליי בצורה לא סבירה בדרכי כשכבר חלה עילה פרטיקולרית אפשר לומר גם שמישהו התנהג בצורה לא סבירה. עצם קיומה של עוולה פרטיקולרית לא דוחה את האפשרות לתבוע בעוולת רשלנות, במידה ולא מצליחים. לרוב יוגשו שתי עילות, כדי שאחת בטוח תעבוד. דוג: גורדון- גם נגישה וגם רשלנות.

פס"ד ברזני- חשין: לא תחול עוולת רשלנות במקביל לעוולה פרטיקולרית כשהחוק דוחה הסדר כזה בביור או בפירוש שלו. אין הרבה מקרים. דוג: פס"ד פלוני נ' פלוני: רומן בין מכרים. נטען שמנהל הרומן התרשל וגרם לתובע נכות נפשית. צריך לזכור שיש לבדוק את כל היסודות של העוולה. בימ"ש: סי 62 לפקני"ז לא מאפשר זאת: גרם הפרת חוזה, (ב) קובע שבחובה נישואין אין עילת תביעה בנזיקין, ולכן גם לא ברשלנות. הסבר: (1) המחוקק לא מאפשר תביעה נזיקית אז גם לא ברשלנות (2) לא להיכנס לחיים פרטיים (3) הצפת בימ"ש (4) משפוט חיי המשפחה.

### הטלת אחריות ברשלנות על רשות מנהלית

ניתן להטיל אחריות ברשלנות על רשות מנהלית: בגורדון, בשויקי, מדינת ישראל נ' לוי. אבל נקפיד לבחון את חובת הזהירות, נבחן האם יש לתת לרשות שק"ד כרשות מנהלית- ריבון. לא נרחיב יותר

### נטל ההוכחה ברשלנות

הכלל: המוציא מחברו עליו הראיה: בהליך אזרחי, נטל ההוכחה בדרכי על התובע בהתאם ל"מאזן/ עודף הסתברויות"- במידה הגבוהה מ-50%. ההבדל בדק בין נטל הראייה לנטל ההוכחה: נטל הראיה הוא נטל דיוני- להביא ראיה לדיון ונטל ההוכחה זה נטל השכנוע (לאחר שהבאנו מספיק ראיות). אם לא הצלחנו להוכיח מעל מאזן הסתברויות ייתכן שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף המשפט.

חריגים לכלל:

1. דוקטרינת הנזק הראייתי (פורת ושטיין)- רלוונטית לכל תביעה, לא רק ברשלנות, בה התובע לא מסוגל

לעמוד בנטל ההוכחה לגבי פרט עובדתי הנדרש ממנו בגלל התרשלנות של הנתבע שנוגעת למידע. (א) פאן מהותי: הדוקטרינה כראש נזק נפרד- פיצוי על הנזק הראייתי שנגרם ובגללו אני לא יכול לעמוד בנטל הראייה: נמדד לפי מכפלת הסיכוי שהתביעה הייתה מתקבלת אלמלא הנזק הראייתי (אם היה לי את המידע כפול הסכום בו התובע היה זוכה. לא התקבל בפסיקה. (ב) פאן פרוצדורלי: הנתבע בהתנהגותו מנע מהתובע את היכולת להוכיח את הנטל, אז אפשר להפוך את נטל ההוכחה אל הנתבע. מרגע זה יש

חזקה ראייתית שמה שהתובע אומר מתקיים ועל הנתבע לסתור אותה. **כלל זה כן התקבל בפסיקה**. **הבעיה**: אם התובע לא הצליח להוכיח וחסרות לו ראיות, היפוך הנטל אומר לרוב שגם לנתבע יהיה קשה להוכיח ומכאן לרוב הדין נגזר.

**לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק**: אישה בהריון ששלחו אותה לטייל ברחבי בית החולים למשך 3 שעות במקום שעתיים. העובר מת. הקושי הראייתי: אם ביי"ח היה מבצע את הבדיקה בהתאם לנוהל, היינו יכולים לדעת באיזה שלב העובר מת (לפני הרשלנות-שעתיים) או אחרי הרשלנות (בשעה השלישית) והוא תוצאה שלה. בגלל רשלנות ביי"ח לא ניתן לדעת, **לכן לפי דוקטרינת הנזק הראייתי**- היפוך נטל ההוכחה, ועכשיו יש חזקה שהוא כן התרשל בפעולותיו וביה"ח צריך להוכיח מתי העובר מת. אם אין רישום רפואי בזמן זה, זה קשה מאוד ולכן כנראה התביעה תתקבל.

2. **סעיפים 38-41 לפקני"ז**

אם נוכיח יסודות כל ס', נוצרת חזקה ניתנת לסתירה שהנתבע התרשל, יעבור הנטל לנתבע להראות שלא התרשל (היפוך הנטל הוא גם להתרשלות אבל גם בנוגע לקש"ס עובדתי). הרבה פעמים זה גוזר את הדין.

א. **ס' 41: הדבר מעיד על עצמו**: ס' חזק- הנטל מתהפך: הנתבע גם צריך להוכיח שלא התרשל וגם צריך להוכיח קש"ס שלא ההתרשלות שלו גרמה לנזק. ככה"נ לא יצליח לעמוד בנטל. **שלושה יסודות להיפוך נטל הראייה**:

(1) **לתובע אין ידיעה או יכולת לדעת את המידע**: האם נדרשת היעדר ידיעה בכוח או בפועל? אי ידיעה של הניזוק או התובע?

**פס"ד פלוני נ' פלוני**: עובד באתר בנייה מת לא ברור אם בגלל התרשלות מצידו או של הקבלנים, והאם ההתרשלות גרמה למוות. **בימ"ש (עמית)**: יש להוכיח את אי הידיעה של התובע ולא של הניזוק, אבל עדיין עליו לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות. בענייננו מתקיים התנאי הראשון.

(2) **לנתבע הייתה שליטה מלאה על הנכס שגרם לנזק**: **רז נ' ביי"ח אלישע**: תינוקות שנולדה נדבקה בחיידק מסוכן בבי"ח ונגרמה לה נכות. נטען שבי"ח התרשל כי לא מנע את התפשטות החיידק. **בימ"ש (שמגר)**: יסודות ס' 41 מתקיים, תנאי 2: ההתפשטות קרתה בשטח ביי"ח והוא אחראי ושולט על מה שקורה בשטחו, ורק לו היכולת לדעת מה קורה בשטחו.

(3) **הנזק מתיישב יותר עם זה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שנקט**: תנאי בעייתי, כי אם התקשתי להוכיח רשלנות, אפנה **לס' 41** ואז גם פה אתקשה להוכיח התנהגות לא סבירה. **פס"ד שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק**: **ריבלין: הביקורת על התנאי השלישי**: האין תנאי זה מחזיר אותנו לדרישת ההוכחה שהנתבע התנהג באופן לא סביר? אם יכול היה לעמוד בה, היה תובע בעוולת הרשלנות לפי ס' 35. **עובדות**: ניתוח החלפת מפרק ירך נגרם נזק ונכות, לא יודעים איך הנזק נגרם, יכול להיות שזה נזק רגיל של הניתוח שלא נובע מרשלנות, ואם הייתה רשלנות, לא בטוח שהיא גרמה לנזק. **השאלה**: תנאים 1 ו-2 מתקיימים. בנוגע לתנאי 3: אם יכולתי להוכיח אז היו תובעים ברשלנות. נטען כי הנזק בהליך הוא נדיר ולכן לטענתה התנהגו באופן לא סביר - **ראייה כללית** ולא הוכחת התנהגות קונקרטיית במקרה זה. **ריבלין**: לא ניתן להסתמך על נדירות התוצאה כעובדה מספיקה לקביעת התרשלות וצריך נסיבות נוספות (שהיו כאן). הוא מסכים שאין צורך בראיות קונקרטייות. אך **מסביר כיצד יש להשתמש בהן**- יש צורך בהסקה סטטיסטית: לבדוק לא רק את נדירות התוצאה אלא מתוך כלל הנזקים הדומים שקרו: כמה מהם היו בשל התרשלות. אבל בענייננו בנוסף להוכחת נדירות יש גם נסיבות

נוספות: (1) היעדר רישום רפואי (2) מנתח שני לא הגיע להעיד. וביחד עם העובדה שהותצאה נדירה, נראה שמתקיים התנאי ה-3.

לחלופין, ניתן להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי: היפוך נטל ההוכחה גם בלי ס' 41: התרשלות הנתבע גרמה לכך שהתובעת לא תוכל להוכיח את תביעתה ולכן ניתן להפוך את נטל ההוכחה.

אפשר להשתמש בס' גם להיפוך ההוכחה על התרשלות, גרימת נזק (קש"ס) ומרגע שהוכחו התנאים (ביניהם 3) יש חזקה שעמד גם בהוכחת קש"ס: נוסח הסעיף "גרס". הנתבע יצטרך לסתור או התרשלות או קש"ס. האם יכול לעשות זאת תוך שימוש בראיות קונקרטיות? או כלליות (סטטיסטיקה למשל)- משאיר בצ"ע, כאן הסתפק בכלליות.

ב. ס' 38- חובת הראיה ברשלנות לגבי זברים מסוכנים: היפוך נטל הראיה בנוגע לדברים מסוכנים, או שגרמו לנזק בהימלטתם (חוץ מאש וחוץ מחיה).

מה זה דבר מסוכן? פס"ד עזבון המנוח נאצר נ' מדינת ישראל: מנוח נפגע מירי צה"ל. נטען כי נשק הוא "דבר מסוכן" ולכן מתהפך נ"ה לחייל. ריבלין: כדי שנשק יחשב "דבר מסוכן" ויועבר הנטל- על השימוש בו להיות לא רגיל, וכאן השימוש רגיל-ירי (פליטת כדור למשל זה שימוש לא רגיל). הסבר: (1) שימוש לא רגיל מגביר את הסיכון של הדבר (2) אם יוכר דבר מסוכן בכל שימוש רגיל, יתהפך נטל הראיה שמאוד קשה להוכחה ותהיה חזקת התרשלות כמעט בכל תביעה נגד צה"ל.

מה זה דבר העלול לגרום לנזק בהמלטו? דוג' הכי נפוצה- מים. בישראל בפסיקה, התייחסות מרוככת לדבר שגרם לנזק בהמלטו, יותר מרוככת, במדינות אחרות זה לא היפוך נ"ה, אלא הטלת אחריות מוגברת. פס"ד משק אשכנזי: מי שמביא אל אדמתו דבר שעשוי להימלט ולגרום לנזק, צריך לשמור שלא ימלט (כאן בהקשר של מים שמנלים למקרקעין אחר ומזיקים).

מה לגבי הוכחת קש"ס? ס' 41 מעביר את נטל ראיה על ההתרשלות ועל הסיבתיות (קש"ס). אבל ס' 38 הופך נ"ה רק לגבי ההתרשלות. כלומר: בס' זה הנתבע יצטרך להוכיח שלא התרשל בלבד והתובע יצטרך להוכיח שמתקיים קש"ס. משמעות ההבדל: פס"ד עצמון נ' חיפה כימיקלים: דייגים וצוללנים בקישון טוענים שחלו בסרטן כתוצאה מחומרים כימיים שהוזרמו לשם. מתהפך נטל הראיה, וקיבלו פיצויים. בעיות: (1) להוכיח קש"ס: שהסרטן המסוים נגרם דווקא כתוצאה מהחומרים הספציפיים- לא הצליחו. (2) בעיה בטענה שמדובר בדבר מסוכן- נטען שהחומרים שהוזרמו נמצאים גם במי השתייה או על עצמנו (למשל תכשיטים). עמית: גם אם הייתם מצליחים להוכיח שזה חומר מסוכן, לא הוכחתם קש"ס, זה קשה והם לא הצליחו- הס' לא עזר לתובעים.

ג. ס' 39 לפקנ"ז- חובת הראיה ברשלנות לגבי אש: נזקים שנגרמו מאש, הופכים את נטל הראיה לגביהם. אם הנתבע הבעירה או היה תופש או בעל המקרקעין או המיטלטלין שמהם יצאה האש. היפוך נטל הראיה רק לגבי ההתרשלות ולא לגבי הקש"ס. אש שיצאה ממקרקעין לעומת מיטלטלין: (1) בעל מקרקעין: פס"ד כורי נ' קסט: עובד בבית מלאכה התלקח מפחית טרפנטין. תובע על ס' 39. בימ"ש: לא מתהפך נ"ה כי האש צריכה לצאת מהמקרקעין החוצה ולא להישאר בתוכו. אגב- הוא כן הצליח להוכיח התרשלות אבל לא להפוך נ"ה. (2) בעל מיטלטלין- גנור נ' מדינת ישראל: אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת והזיקה למשרד התובע. ביקש היפוך נ"ה. שמגר: יש להבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, שם היא צריכה לצאת החוצה, ל"בעל המיטלטלין" שם מספיק שהאש יצאה מהמיטלטלין.

- ד. **ס' 40- חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה:** הנזק נגרם על ידי חיית בר אן על ידי חיה שאינה חיית בר (בית למשל) אבל רק אם היא מועדת, כלומר הנתבע ידע או היה צריך לדעת שהיא מועדת לעשות את המעשה שגרם הנזק. היפוך נ"ה על בעל חיה או הממונה עליה.
- ה. **ס' 41א-ג- נזקים שנגרמו על ידי כלב:** לא הספיק ס' 40, רצו יותר להרתיע בעלי כלבים. מה מיוחד בו? (1) מדובר רק בנזקי גוף (בשונה מס' 40) (2) מדובר אחריות לפי הסדר מיוחד- לא תהיה אחריות רק במצבים מאוד מיוחדים שמוגדרים בס' 41(ב): התגרות בכלב, תקיפת הבעלים או המשפחה והסגת גבול. (זו לא אחריות ברשלנות ולא אחריות מוגברת, אלא הסדר חמור יותר מהיפוך נ"ה- אחריות מוחלטת). לפי ס' 41(ג), גם אם קורים המצבים המיוחדים הללו ולא מתהפך נ"ה, זה לא מונע לתבוע ברשלנות (או מדינים אחרים), אלא רק אין אחריות מוחלטת אליי.

### אשם תורם

**ס' 68 (א):** הפחתת פיצויים לאור אשם תורם. זו טענת הגנה שרלוונטית לכל העוולות (החלק הכללי של פקודת הנזיקין). חוץ מעבירות אחריות מוחלטות, שם בדרי"כ המחוקק ייצור חקיקה ברורה. רקע: בעבר היה או שהוכחת מעל 50% וקיבלת 100% פיצוי או שלא. עכשיו זה הסדר יחסי של חלוקת אחריות: **דוקטרינת מעוולים במשותף** אומרת שלשני אנשים אשם על הנזק: יחד ולחוד. אשם תורם זה מקרה פרטי של מעוולים במשותף. שלבי קביעת אשם תורם: (1) התובע הוכיח את יסודות העוולה שתבע (2) הנתבע מעלה טענת הגנה של אשם תורם (3) אם בימ"ש קיבל אותה, תקבע חלוקת האחריות בין הצדדים הבדל בין אשם תורם לניתוק קש"ס (ס' 64(2)): אשמו של האדם הוא היה הסיבה המכרעת לנזק, אתה זה שגרם לנזק (ניתוק קש"ס), התביעה תדחה. מנגד, אשם תורם לא יביא לדחיית התביעה.

האם ניתן להצדיק שימוש באשם תורם? האם ניתן להצדיק הגנה? **(1) צדק מתקן-** להשיב שיווי משקל נורמטיבי בין צדדים בהתאם לזכות שנפגעה והיקפה ומה היקף הפגיעה: היקף פגיעה מצומצם, בגלל שהניזוק פעל גם לנזק, צריך להתאים את הפיצוי. **(2) שיקולי תמריצים/הרתעה-** (א) התרעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם- אם אני אדע שלא משנה איך אני אתנהג תמיד אפוצה אז לא אזהר וארצה להגדיל את הנזק כדי להגדיל פיצוי. (ב) התרעה ביתר של המזיקים- אם האחריות המלאה תהיה תמיד על המזיקים, הם יפחדו.

הסטנדרט לקביעת אשם תורם: סטנדרט **"האדם הסביר" בנסיבות העניין**. (זה קצת כמו התרשלות, רק הפעם על הניזוק). יש התייחסות למקרים מיוחדים: (1) עובד מעביד (2) ילדים.

1. יחסי עובד מעביד: פס"ד דפרון נ' גולובין: עובד במפעל שתה בטעות מתנול, ונפטר. המשפחה טענה שהייתה התרשלות של המפעל. המפעל טען לניתוק קש"ס כי העובד הוא הסיבה המכרעת לנזק או לפחות לאשם תורם. המחוזי: יש רשלנות אבל לא אשם תורם בגלל יחסים מיוחדים: עובד-מעביד. עליון: (1) יש פה מערכת יחסים מיוחדת, בה נטה להחמיר עם המעבידים ומקלים עם העובדים, (2) אולם יש להתייחס לרשלנות החמורה של הניזוק. ← עם זאת, לא נותק לגמרי הקש"ס כי ניתן היה לצפות את התנהגות העובד, אך לעניין אשם תורם **יחול מבחן "העובד הסביר בנסיבות"** ויש להתייחס למערכת היחסים המיוחדת. נקבע אשם תורם 25%. למה ההתנהגות לא ניתקה את הקש"ס ולפטר לגמרי את המפעל מאחריות? בגלל מערכת היחסים המיוחדת.
2. ילדים- יש להם פטור מאחריות נזיקית, חסינות לגבי אשם יוצר אחריות עד גיל 12 אבל, יכולה להיות טענת הגנה גם על ילדים, למשל אשם תורם. למה? (1) שיקולי הרתעה- יגרום להרתעת יתר (אבל אולי צריך זאת?), וגם להרתיע ילדים. (2) ההשפעה של אשם תורם על חיי הילד היא נמוכה יותר **מדינת ישראל נ' אייגר:** ילד שיחק עם טיל שהתפוצץ ונפצע. השאלה: האם לילד יש אשם תורם וכמה? תחת איזה סטנדרט יבחן אשם תורם של הילד? אפשרויות: (1) האדם הסביר (2) ילד סביר בגילו (3) מבחן סובייקטיבי- ילד ברמת האינטליגנציה שלו. בימ"ש: נקבע סטנדרט ביניים- הילד הסביר באותו



הגיל. גולדברג אומר שאולי בעתיד כן יש לאמץ מבחן סובייקטיבי, תלוי בנסיבות. מיטל מציעה שנרצה שנעשה זאת כשנרצה דוקא להקל עם הילד, למשל ילד עם פיגור.

הקשר בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות: האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?  
**פס"ד קסברי נ' רוזן**: נהגת נוסעת אחורה ומתנגשת במונית שנסעה במהירות מופרזת, נקבע אשם תורם של 30%. היא טוענת: שגם לה נגרם נזק, ורוצה שישלם לה 30%. השאלה: האם אשם תורם זה פיצוי מופחת לניזוק או גם אשם יוצר אחריות? בימ"ש (עמית): (1) כוונת המחוקק הייתה ליצור טענת הגנה בנפרד וטענת תביעה, הן שונות בתכליתן, ולכן אי אפשר לייחס לאשם תורם גם אשם יוצר אחריות. אבל- אולי יהיה אפשר בנסיבות. (2) יש גם הצדקה כלכלית: יש נסיבות בהן מי שאשמתו פחותה יצטרך לשלם יותר ממי שאשמתו נמוכה (למשל אם הנזק שווה יותר- רכב של עשיר) עד כמה השיקול משמעותי? זה לא רק שיקול כלכלי, אלא גם חלוקתי: מזיק משמעותי שעדיין ישלם פחות. בסוף לא פותר את הסוגייה והיא ממשיכה לבלבל בבימ"ש.  
אשמו של המזיק גורם לאשמו התורם של הניזוק (ס' 66 לפקני"ז): המזיק לא רק גרם לנזק, אלא גם גורם לאשמו של הניזוק- שיתנהג באופן רשלני. אלהווא נ' עיריית ירושלים: אדם עם לקויות הולך ברחוב בלי תאורה או גידור, נופל לבור וניזוק. טוען להתרשלות העירייה. העירייה: אשם תורם בגלל שבחר לעבור שם למרות שידע, המחוזי הסכים. עליון (עמית): אשם תורם בגובה 20% על הניזוק. ביקורת (ברק-ארז): לא משנה את התוצאה (למרות שייתכן שהצדקותיה מספיקות לכך), ביקורת: (א) הוא פוגע במוטיבציה של העירייה לתקן ליקויים. תמיד יהיה אשם תורם על עוברים, וגם ככל שהזמן יעבור, כך הם יכירו יותר את הדרך. (ב) בעייתי שאומרים שניזוק עם מוגבלות צריך היה להיזהר יותר. מיטל מציעה שיש פה בעיה נוספת: ס' 66 לפקני"ז: אשמו של המזיק גורם לאשמו של ניזוק, ניתן להגדיל פיצויים שהנתבע היה משלם אם לא היה אשם תורם. בפס"ד לא הייתה התייחסות לטענה הזו. יכול להיות שיחד עם ברק ארז, ס' זה מצמצם או מאפס את האשם התורם של הניזוק.

אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק

1. מקרים של עוולת כוונה: אשם תורם יחול גם בעוולת כוונה, בצורה מדודה ומוגבלת: **פס"ד אפל**: אפל ניצל הסדר מול המדינה כדי להוציא כספים במרמה. היה מאוד פשוט לאתר שיש שם בעיות, אבל לא בדקו. הוא טען: עובדי המדינה לא בדקו והתרשלו, מחוזי: קיבל 50% אשם תורם. עליון (מלצר): עוולת התרמית (כוונה) יכולה ליצר נזקים (עליהם יהיה פיצוי פעוט וגם רווחים למזיק (פיצוי גדול). התנהגות מכוונת של המזיק יכולה לגרום ל- 3 סוגי מקרים:

- א. גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק (גריעת רווחה מצרפית)- נכיר בא"ת בנזק למשל כאב וסבל.
  - ב. גרימת נזק ותוספת רווח למזיק- נכיר באשם תורם לגבי נזק ולא לגבי רווחים.
  - ג. רווח למזיק בלבד- לא נקבל אשם תורם כי הייתה העברת כספים מאחד לשני, אין פגיעה ברווחה המצרפית. למשל אם יהיה אשם תורם הוא לא יחזיר 100% מהרווחים שעשה וזה תמריץ לרמות. כלומר בעוולת כוונה אפשר להטיל אשם תורם על חסרון כיס (נזק) ולא על העברת כסף.  
הנדל: מסכים. במקרים שלעוולת כוונה עם רווח נאפשר א"ת רק במקרים של נזק נוסף.
2. סוג נוסף של התנהגות מכוונת של המזיק - התאבדות: האם מהווה אשם תורם? פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד: סבל מדיכאון, התאשפז והתאבד. ההורים טוענים שהיה צריך לשמור עליו יותר. ב"ח: אשם תורם למתאבד. בימ"ש: ניתן להפחית אחריות עקב אשמו התורם של המתאבד, אבל זה תלוי בנסיבות. כאן אי אפשר כי מטרת האשפוז הייתה למנוע את הנזק של המטופל (זו הייתה החוב"ז שלהם), ולכן בגלל התרשלותם, נגרם האשם התורם.

אשם תורם ואחריות תמורה (מוגברת)

בישראל- באחריות חמורה אפשר לצמצם אחריות עם אשם תורם. קושי קונספטואלי: איך בימ"ש יכול לבצע חלוקת אשם אם מלכתחילה מדובר בעוולה המטילה אחריות על המזיק ללא קשר לאשם.

### עולת התקיפה וזכויות החולה

**ס' 23** החלק הראשון של הסעיף על תקיפה פיזית, לאחר מכן מדובר על תקיפה- ניסיון או איום למגע פיזי.

יסודות העוולה: שימוש בכוח: חלק ראשון של הסעיף: (1) שימוש בכוח (2) כנגד גופו של אחר (לא רכוש) (3) במתכוון- קשה להוכחה (4) שלא בהסכמה- מורכב להוכחה.

האם נדרשת כוונה? (3): **פס"ד כרמי**: אדם עם לקות נפשית תוקף ילד עד שמת. השאלה: האם ניתן לייחס לנתבע כוונה למרות שמחלת נפש שיבשה את דעתו (בפילי קיבל הגנת אי שפיות). שלוש גישות אפשריות: (1) אין כוונה לכן פטור מאחריות נזיקית (2) נטיל אחריות כי לא חייב כוונה אלא מספיקה ידיעה לפעולותיו, לא נטיל אם הוא לא שלט על גופו- זו ההלכה, כאן הוא שלט ונפסקו פיצויים. (3) ארבל: להטיל אחריות בכל מקרה (לא משנה אם יש כוונה) ולהעדיף איני של הנתקף. מתי יהיה הבדל בין הגישות? במקרים בהם לא שולטים על הגפיים, שם לא תהיה אחריות לפי רובינשטיין וכן לפי ארבל. ביקורת: (1) מטילים אחריות משפטית על אנשים פגיעים נפשית וכלכלית: היבט חלוקתי- אוכלוסיה פגיעה שמתקשה להתמודד משפטית וכלכלית עם הליך. (2) התרעת יתר- ישמרו על אנשים עם מוגבלות לא יתנו להם לצאת כדי שלא יהיה נזק. (3) היבט קהילתי- אם יקלו במקרים שאין שליטה, אז לא יקבלו את המוגבלים בחברה, כי החברה תדע שאם יפגעו בהם לא יקבלו פיצויים. (4) המבחן של רובינשטיין הוא לא באמת ביניים, הדרך שלו כמו של ארבל, מאפשרות כמעט תמיד לוותר על דרישת הכוונה שבס' 23 (למעט מקרי אי שליטה על גוף).

הצדקת ההחלטה: (1) צדק מתקן- המטרה להשיב את המצב לקדמותו כי נוצר נזק שיש למלא. ולכן שניהם החליטו לפצות. קרובים (2) לקושי הכלכלי של המזיק ניתן למצוא פתרונות (למשל קרן כאמור) (3) התרעת-י יגבר הפיקוח על ידי.

ניסיון או איום למגע פיזי: **סייפא ס' 23 א)**: יסודות העוולה: (1) איום או ניסיון שחייב להיות מוחשי: על ידי תנועה או מעשה (לא מספיק רק מחשבה) (2) התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום, להזיק לו. (זה קשה להוכחה כי: (1) זה עניין סובייקטיבי שחשבת שיש כוונה ויכולת. לכן המחוקק קבע שאם יש מעשה או תנועה זה מספיק כדי להוכיח שהנחתי שיש כוונה ויכולת. שני היבטים ייחודים לס' 23 סייפא: (1) סוג הנזק העיקרי הוא נזקים נפשיים. (2) ניסיון מוביל להטלת אחריות במשפט (בנזיקין זה חסר תקדים)

### הגנות לתקיפה- ס' 24 לפקנ"ז

(1) אם הגנתי ומנעתי נזק שיכול היה להיות לא סביר ביחס לנזק שיצרתי בהגנה- (מזכירה התרשלות: שוקלים מניעת הנזק מול תוחלת הנזק).

יסודות ס' 24(1): (1) עשה את המעשה בסבירות- דומה להתרשלות. (2) הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או רכוש (3) דרישת הפרופורציה- יחס סביר בין הנזק שניסו למנוע לבין הנזק שנוצר.

**פס"ד אלון נ' חדד**: חייל ראה פורץ מדווח למשטרה ומנסה למנוע בריחתו, יורה לא כדי להרוג, לאחר שראה שמרים את ידו עם חפץ. שאלה: האם חלה סבירות? נראה שמדובר רק בעניין נורמטיבי, כי בניגוד לרשלנות, לא כתוב בס' "בנסיבות העניין", שזה סובייקטיבי. בימ"ש (ארבל): תחושת הסכנה שנבחנת במונחי סבירות (אובייקטיבית), אבל סבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות

- סובייקטיבי). דומה להתרשלות: **סבירות המעשה נבחנת בתוך ההקשר**. בענייננו: האמין שיש סכנה ובשל הנסיבות תגובתו הייתה סבירה.
- (2) **דרישת סבירות בהגנה על מקרקעין**- השתמש בכוח סביר כדי למנוע הסגת גבול למקרקעין או להרחיק ממנו בתנאי שביקש תחילה את התובע שלא להיכנס לשם, או לצאת.
- (3) **דרישת סבירות בהגנה על מיטלטלין**.
- (4) **הגנה על מי שביצע או סייע למאסר**, חיפוש וכו', כל עוד הוא מותר בצו
- (5) **הגנה על מי שתקף כדי להגן על אדם שנמצא באי שפיות** והפעיל כוח נחוץ וסביר בתו"ל.
- (6) שני הצדדים חיילים בצבא והתוקף פעל מתוקף דין צבאי.
- (7) (נמחקה)

(8) **פעל בתו"ל שלא קיבל הסכמת התובע כי לא היה ניתן, אבל חשב שזה לטובת הניזוק ולא ניתן לדחות זאת**- המטרה למנוע הרתעת יתר: שאנשים ירצו להציל אנשים ולא יהיה חשש מגרימת נזק. בין היתר מגן על רופאים או אמבולנס בהם לא ניתן לקבל הסכמה. **מצב מעניין**: מטופל ממש לא רוצה טיפול למרות שזה בטוח לטובתו: הסי' חל רק במקרה בו הדחיפות מחייבת לפעול ולא מדובר על סירוב רגיל לטיפול. **פסי"ד קורטאם (פלילי)**: אדם נרדף ע"י המשטרה ובלע שקית סמים. בבי"ח חושבים שנשקפת סכנה מיידית לחייו, אבל הוא לא מוכן שיבצעו בו הליך. נטען כי לא ניתן להשתמש בשקית כראייה כי הושגה לא כדין בתקיפה. **בימ"ש**: אדם שמוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין לא חושב באופן בהיר, לא ניתן ליחס לו רצון חופשי ולרופאים מותר לכפות את הטיפול. שיקולי המדיניות: איזון בין ערך החיים מול האוטונומיה של המטופל.

#### **סעיף 15 לחוק זכויות החולה:**

**ס'15(1):** **תנאים מצטברים לטיפול באדם ללא הסכמה**: (1) מצב גופני או נפשי לא מאפשר הסכמה מדעת (2) לא ידוע כי הוא או אפוטרופוס מתנגד (3) אין אפשרות לקבל הסכמה מבא כוחו.

**ס'15(2):** **לבצע טיפול ללא הסכמה גם אם הוא בהכרה**: ניתן לבצע טיפול כפוי לאדם בהכרה, גם אם הוא מסרב לו, יש צורך באישור ועדת האתיקה שתשתכנע כי: כל המידע הרלוונטי נמסר לחולה, שהטיפול אכן יספר את מצב המטופל, שלאחר הטיפול המטופל יגיד שטוב בפעולו כך וצדקו, ייתן את הסכמתו בדיעבד. - המטרה לעזור לרופאים להתמודד עם דילמה בין חיים לאוטונומיה.

**ס'15(3):** **ביצוע טיפול ללא הסכמה במצב חירום ללא הכרה**: במצב חירום ניתן לתת טיפול רפואי דחוף גם אם המטופל לא יכול לתת הסכמה בעקבות מצבו הגופני או הנפשי.

#### **תקיפה בהקשר רפואי זכויות החולה**

בעבר, **בעבר** אי הסכמה מדעת והפרת חובת גילוי היו תקיפה (לפי **ס'23** שמצריך הסכמה). **כיום**: לעומת זאת יש הבחנה:

1. **אי קבלת הסכמה מדעת** לטיפול הרפואי- שיהיה תחת עוולת **התקיפה** (ומעוגנת גם בחוק זכויות החולה **ס'13א**).
2. הפרת חובת הגילוי (וניתן להוכיח שהיו בוחרים אחרת) וזה עוולת **הרשלנות**. (ומעוגנת גם בחוק זכויות החולה **ס'13ב**).
3. תביעת הפרת **עוולת חובה חקוקה**, החובה שקבועה **בס'13 לפקני"ז**: שקובע שיינתן טיפול רפואי רק אם ניתנה הסכמה מדעת.

**הבדל בין תקיפה לרשלנות** במצבים של אי הסכמה מדעת שנובעת מהפרת חובת הגילוי? **הדרישה לעמוד ביסודות עוולת הרשלנות**, כולל הוכחת **קש"ס כפול**. בנוסף, אם מדובר בפגיעה באוטונומיה, אין צורך להוכיח

קש"ס כי הפגיעה נגרמת רק מעצם ההתרשלות, חובת הגילוי (**דעקה**) לעומת זאת במקרה של תקיפה מדובר ביסודות עוולה אחרים.

#### חובת גילוי- תביעה ברשלנות בשל אי הסכמה מדעת:

היקף חובת הגילוי על גורמים רפואיים: יש מספר שיקולים: (1) הרופא הוא מונע הנזק הזול, (2) לא נדרש לגלות בלי סוף. (3) הגנה על אוטונומיית המטופל. דומה ושונה מרשלנות: ברשלנות- האם הרופאים פעלו סביר, בהפרת חובת גילוי: מה הסטנדרט ההתנהגותי במצופים לעמוד בו.

**פס"ד קדוש:** שאלה: מה הסטנדרט ההתנהגותי שהרופאים מצופים לעמוד בו בגילוי מידע למטופלים? בימ"ש: עמית: מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שהוא חשוב למטופל הסביר, על מנת לקבל החלטה מושכלת. כלומר מתייחס לרופא הסביר ולא רק למטופל. כן יש להתייחס לנסיבות המסוימות של המטופל. ריבלין ורובינשטיין: יש חשיבות לשמירה על הרחבת חובת הגילוי של רופאים: (1) שיש לקבוע **בראיית המטופל הסביר**. זה בעיה להכניס את הרופא הסביר כי אנחנו רוצים להגן על המטופלים שיחליטו בעצמם. (2) הוא מסכים עם עמית שאומר שיש להסתכל גם על **הנסיבות המיוחדות** של המטופל.

#### גבולות חובת הגילוי על גורמים רפואיים:

- (1) סטנדרט המטופל הסביר- בפס"ד קדוש רוכך מבחן המטופל הסביר והוסף נדבך סובייקטיבי. ז"א חושבים על המטופל הסביר, אבל צריך **להתחשב בנסיבות**.
- (2) חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר- כי יש לו השלכות חמורות יותר.
- (3) חובת הגילוי גדולה יותר במצבים של ניתוח אלקטיבי- שניתן לבחור אם לעבור אותו, יש זמן ואי דחיפות ולכן יש אפשרות גילוי רחבה.
- (4) חובת הגילוי לא אומרת חובת שכנוע- שכנוע מבטל את כל הרעיון של בחירה.
- (5) חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות: **פס"ד סידני:** אישה שנבדקה שגרתית על ההריון הולידה תינוק עם בעיות. היא טוענת שזה הולדה בעוולה, לא הייתה מולידה אם היו מגלים לה פרטים על בדיקות נרחבות שיכולות לגלות פגמים כאלה, גם אם פרטיות. בימ"ש: מקבל את הטענה: במקרים בהם יש הליך פרטי רלוונטי, צריך לגלות למטופל והוא יחליט אם לעשות או לא.
- (6) אין חובת גילוי מיוחדת על פרטים הנוגעים לדת המטופל- בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית: זוג מוסלמי בהריון, עובר בדיקת מי שפיר בשלב בו לא ניתן לעשות הפלה לפי הדת המוסלמית, בה מתגלה שהילד יסבול מפגיור. הזוג טוען שבגלל דתם היו צריכים להציג להם אלטרנטיבה לבדיקה שתגלה זאת קודם, כי לא היו בוחרים בלידה ועכשיו אין להם מה לעשות. הרופא ידע על דתם ורופאים אחרים כן מידיעים מטופלים על מקרים כאלה. השאלה: האם רופאים צריכים להציג למטופלים אלטרנטיבה שרלוונטית רק להם בגלל הדת שלהם, ולא היו נותנים למטופל אחר? בימ"ש: לא התקבל, זו הרחבה גדולה מדי של נטל חובת הגילוי. בנוסף, זה מידע שנמצא אצל המטופל ואנחנו רוצים לעודד אותו לפעול בצורה אחראית, הם שוקל הנזק הטוב.
- קושי: ראינו **בפס"ד שטרן:** סטנדרט גבוה יותר נהוג בבי"ח הוא מחייב. וכאן הרופא לא פעל לפי הסטנדרט הגבוה הנהוג. האם הוא מחייב? לא. כי בימ"ש נזהר להיכנס לעולמם הדתי של המטופלים ורוצה לעודד אותם לברר בעצמם. מיטל: עדיין יש ביקורת על הפס"ד, אולי זה מנעד בו יש מקרים או שיקולים נוספים בהם כן צריך להתחשב.

#### המחלוקת על הפיצוי בגין הפרת חובה הגילוי ופגיעה באוטונומיה:

**בקדוש** ראינו שהתחיל ויכוח: עמית: עמית בנוגע לפגיעה באוטונומיה: לא מבב, במאמר: "סוס פרא". אמרנו שזק בלתי ממוני טהור ייתן פיצוי על (1) נזק תוצאתי- שהתממש בעקבות ההתרשלות לכן נבחן קש"ס במבחן אמלא כפול (2) נזק של פגיעה באוטונומיה (**דעקה**)- ראש נזק עצמאי, אין צורך בהוכחת קש"ס, רק פגיעה באוטונומיה. פגיעה משמעותית יותר תביא לפיצוי משמעותי יותר, אבל עדיין בטל בשישים לעומת נזק תוצאתי, יש לו משמעות סימבולית.

**פלונת נ' מדינת ישראל**: עמית: (היה מיעוט בקדוש) במצבים של הפרת חובת גילוי לא צריך פיצוי על פגיעה באוטונומיה. כי נכלל בפיצוי על כאב וסבל. יש ויכוח בין השופטים. עמית מחריג שלושה מצבים בהם יש לאפשר פיצוי על פגיעה באוטונומיה בנפרד מפיצוי על כאב וסבל:

1. אין נזק תוצאתי משום שלא התקיים קש"ס- (כמו **דעקה**, שלא הצליחו להוכיח נזק תוצאתי). אז נכיר באוטונומיה. זה הופך את הטענה שלו לפחות מרחיקת לכת: כי הוא לא שולל ראש נזק כזה, אלא מאפשר פיצוי עליו רק כשהוא הנזק היחידי שמפוצה.
  2. במצבים של הולדה בעוולה (פס"ד המר).
  3. במקרים שהם על גבול התקיפה- והפגיעה באוטונומיה מאוד קשה: **פס"ד מרפאת עין טל**: מטופלת מגיעה לעשות ניתוח בעיניים ותוך כדי שהטיפול מסרבת לעשות בעין השנייה, הם מתעלמים. בימ"ש: זה על גבול התקיפה והפגיעה באוטונומיה מאוד משמעותית לכן כן תוכר כראש נזק שדורש פיצוי.
- דעות אחרות: (1) **פלונת נ' מרכז רפואי העמק**: הנדל: פגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה, בעניין מהותי, תגרור גם פגיעה של כאב וסבל ולכן הפיצוי מוצדק (2) **מרפאת טל**: ברק ארז.
- פרקטיט: במקרה של פגיעה באוטונומיה: צריך לציין שזו פגיעה באוטונומיה, ואת שאר הדיון לעשות לפי הגישה איתה אנחנו מסכימים, כי עדיין לא הוחלטה ההלכ **בפרקטיקה**.

## עולת הפרת חובה חקוקה

הפרת כמעט כל חיקוק יכול להוות גם עילת תביעה נזיקית, לפי **ס' 63**. **חמשה יסודות לעולתה**:

1. **קיום חובה והפרתה**: **פס"ד גרובנר**: אופניים מתנגשים באישה בפארק בחיפה. העירייה לא הציבה פקחים על איסור הרכיבה והיא טוענת להפרת חובה חקוקה לפי פקודת העיריות. בימ"ש: יש הוראות חוקיות שאפשר להבין כחובה ויש כאלה שניתן להבין כסמכות שבשק"ד הרשות אם לקיים או לא. כאן מדובר בסמכות בשק"ד, לכן התנאי הזה לא חל.
- פס"ד אמין**: תביעת ילדים על הזנחה הורית- הפרת חובה חקוקה של **ס' 15 חוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות** שמחייב דאגה לקטין. האב טוען: זו הפרת חובה מוסרית לא חוקית. בימ"ש (גולדברג): מפרש אפוטרופסות באופן מרחיב, כך שיש פה הפרה בסיסית של החוק. כיצד נדע האם התנהגות האב הפרה את החובה? מה שהסטנדרט שהורה מחוייב לעמוד בו? לפי **ס' 17 לחוק זה**, גולדברג מפרש שצריך להשתדל, לפעול לטובת הקטין ולא רק לטובת האינטרסים שלך. בנוסף, ס' 22 נותן הגנה לאפוטרופוס, וכאן היא לא חלה כי פעל לא לטובת הקטין.
2. **החיקוק שהופר נועד להגן על הניזוק או על קבוצת בני אדם שהניזוק נמה איתה**: נבחין בין חיקוק לטובת אינ' פרטי לאינ' ציבורי: **פס"ד ועקנין**: הובחן בין חיקוק שקובע נורמות להגנה על הפרט, מול חיקוקים להגנה על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים. לדוג: איסור בגידה וטוהר בחירות.
- מה זה אומר מסוגו של אדם מסויים- **פס"ד סולטן**: איש מגרש אישתו בלי פס"ד בית דין מוסלמי לפי **ס' 181 לחוק העונשין**: דינו מאסר. על מי נועד להגן? (1) אינטרס החברה כקולקטיב, לקידום שוויון (2) להגן על קבוצת הנשים המוסלמיות. בימ"ש (נתניהו): לעיתים מטרת החיקוק היא כפולה, להגן על אינטרס של הפרט ולהגן על אינטרס של הציבור.

חיקוק לטובת בני אדם: יש לראות חיקוק כאילו נעשה לטובת אדם אם לפי פירושו הנכון הוא נועד להגנתם של בני-אדם. **סי' 63(ב)**.

3. **הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק**: פס"ד **בלומנטל**: נטען כי שונה ייעוד של מבנה מפנסיון לבית חולים לחולי נפש למרות איסור בהוראות המתאר. הדיירים תבעו פיצוי על נזק: (1) כלכלי- ערך הדירות יירד (וזה לא הוכח כראוי) (2) חוסר נוחות. **השאלה**: האם החובה החקוקה התכוונה למנוע את הנזקים הללו? **בימ"ש (גולדברג)**: (1) לא הופרה חובה חקוקה- לא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הבראה. (2) גם אם ניתן היה לטעון שהופרה חובה חקוקה, (מדובר בבי"ח למשוגעים) הנזק שהשכנים טוענים לו- אי נעימות לא תואם לסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק- הפרעה של ממש לדיירים. **בד**: אילו הייתה מופרת החובה, אי הנחת זה דווקא נזק משמעותי דיו לאפשר תביעה.

4. **יסוד נגטיבי: אם אותו חיקוק לא דוחה את התרופה הנזיקית**: ה"שסתום של העוולה. צריך שהחיקוק לא ימנע בלשונו תרופה נזיקית. האם חקיקה פלילית בחוק העונשין מונעת סעד נזיקי? פס"ד **סולטאן**: בנוגע לתנאי 2: ענישה פלילית מגנה גם על אינטרס קולקטיבי וגם אינטרס פרטני של התובע. לגבי תנאי 4: ענישה פלילית לא מצביעה בהכרח על כוונה לשלול תרופה אזרחית, תלוי בפרשנות הסי' ושיקולי מדיניות. פס"ד **דבוש**: מזוז: בניגוד לסולטאן, סי' מחוק העונשין יסתור תרופה נזיקית. **ברק ארז**: הדעה של מזוז מיושנת וכן יש לתת תרופה נזיקית בנוסף לסי' עונשי. **דנציגר**: לא מכריע בעניין. **מיטל**: פס"ד של מזוז הוא טעות משפטית. יש עמימות בנוגע להלכה. לדעתה, ההלכה לפי סולטאן וברק-ארז, זו גם רוב הפסיקה (לא סותר תרופה), אבל בגלל שדבוש זה הפס"ד האחרון ובו לא הוכרע, נוצרת עמימות ובמבחן אפשר גם להגיד שזה לא הוכרע.

#### 5. קש"ס עובדתי ומשפטי

א. קש"ס עובדתי: **מבחן האלמלא**- האם היה נזק אלמלא הופרה החובה? **זו הגדרת סיבתיות**: האם היה שינוי בפני המציאות.

ב. קש"ס משפטי- מבחנים משפטיים שהם דרך המשפט להתמודד עם נזקים אינסופיים ולצמצם את האחריות של אדם למעשיו (את מבחן האלמלא שיכול להיות מאוד מרחיב). נשרטט את גבולות אחריות הנתבע לנזק: פס"ד **ועקנין**:

(1) **מבחן השכל הישר**- מבחן הנטייה הסיבתית- מניסיון החיים אני יודע שהפעולה שלי יכולה לגרום לנזק מסוים. לא ניתן להכריע רק לפי מבחן זה, ויש להוסיף לו את שאר המבחנים.

(2) **מבחן הצפיות**- שאולים בדיעבד (אקס פוסט) האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק הספציפי הזה. (בשונה מרשלנות ששואלים אם לפני הנזק (אקס אנטה) היית צריך לצפות).

(3) **מבחן הסיכון**- לפי מיטל, המשמעותי ביותר. הנזק צריך להיות ב, מתחם הסיכון" אליו התכוון המחוקק, ואותו רצה למנוע. כמו תנאי 3, שמופיע במפורש בסי' 63.

**Berry v. the borough of sugar notoch**: נהג נסע מעל המהירות המותרת ונפל עץ על רכבו. הביטוח תובע על רשלנות. קש"ס: מתקיים קש"ס עובדתי: כן, אלמלא היה נוסע במהירות הזו, לא היה מגיע בזמן הזה לנפילת העץ. **מסקנה**: מבחינים בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית: לפעמים גם אם יש סיבתיות עובדתית, לא בהכרח יש משפטית, ולכן מבחן קש"ס משפטי הוא חשוב: הוא מגדיר את גבולות האחריות המשפטית גם אם מתקיים מבחן האלמלא שיכול להביא לתוצאות בעייתיות.

#### סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית

יש לבדוק בכל אחת מהעולות בה צריך להוכיח נזק. הבדיקה נחלקת לשניים:

1. מבחן הסיבתיות העובדתית- (מבחן האלמלא) - הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה.
2. מבחני הסיבתיות המשפטית - יגדירו את גבולות הגזרה של האחריות הנתבע (כשמבחן הסיבתיות יטיל אחריות רחבה מדי).

### סיבתיות עובדתית

אם מתקיים מבחן האלמלא, אין קש"ס. אם תשובתו היא לא, יש קש"ס. יש לעמוד **במאזן הסתברויות** (יותר מ-50%). זה מבחן היפותטי- הסתברותי, לפי הניסיון שלנו בעולם.

שלוש בעיות של סיבתיות עובדתית, בהן מבחן האלמלא לא מספק:

1. דטרמינציה ביתר- קביעה ביתר: מבחן האלמלא יצביע שאין קש"ס: **פס"ד סמנס**: שלושה ציידים, שניים מתנהגים בצורה רשלנית ובטעות יורים בשלישי: אחד בלב אחד בראש. מבחן האלמלא יצביע שאין קש"ס: כל אחד יכול לטעון שאלמלא הירי שלו הוא עדיין היה מת, תוצאה לא הגיונית. דטרמינציה יתר הוא מצב בו מבחן האלמלא כושל, וכדי לממש את מטרת המשפט- להטיל אחריות במידת הצורך, נמצא פתרון:

מבחן "הדיות"- NESS - פילוסוף מאקי ומשפטן- ריצ'רד רייט. מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה (די בה) כדי לגרום את הנזק. המבחן מכיר בסיבתיות (גפרור הוא סיבה מספיקה). צריך להבחין בין דברים שהם לא סיבה משמעותית לבדם לבין משהו שבלעדיו לא היית נגרמת התוצאה. נשאל: האם היה די בהתנהגות הנתבע. **בפס"ד סמנס** - עצם העובדה שכל אחד מהיורים אפשר לומר שהוא די בו (הוא נסרף) כדי לגרום לתוצאה- ההתנהגות שלו משמעותית. ומבחן האלמלא מתקיים. המבחן הזה מאומץ באופן רחב. אבל בישראל הוא מאוזכר **בחוק לדיני ממונות** אבל **לא אומץ עוד בפסיקה**. המענה שכן נותן המשפט הישראלי: **סי' 11 לפקני"ה**: **"מעולים יחד"** - עשו פעולה יחד, יהיו חבים על המעשה כמעולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד. **הבעיה**: בס' מדובר על פעולה שעשו יחד, אבל בפס"ד לא מדובר על פעולה משותפת או על נזק משותף. **תוספת שלנו**: **סי' 64** קובע שמספיק שהאשם הוא אחת הסיבות לנזק ולא חייב שיהיה כולן.

2. אובדן סיכויי החלמה: מקרה פרטי של "עמימות סיבתית" (שנראה מטה), אך הפסיקה נוהגת במקרה זה שונה. **פס"ד פאתח**: ניתוח באוזן, לא היה רשלני אבל נגרם נזק. הדיאגנוזה שהייתה אמורה להצביע על הנזק הגיעה מאוחר ולקח זמן עד התיקון, הנזק הפך תמידי ואבדו סיכויי החלמה בגובה 30%. ז"א היה אם היו מתקנים בזמן היה סיכוי 30% להחלמה. **השאלה**: (1) האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, גם אם ייתכן שהנזק היה קורה בכל מקרה? (2) תרומת ההתרשלות לנזק נמוכה מ-50% (30%), אז אי אפשר להוכיח קש"ס (אלמלא) בין ההתנהגות לנזק מעל מאזן הסתברויות. **בימ"ש**: לראשונה מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי (אחר מהנזק התוצאתי שנגרם). תביעה על נטילת האפשרות של התובע להחלים מהנזק- **בוודאות** (100%) איבדתי 30% החלמה בגלל התרשלות הרופא. גם אם אובדן סיכויי החלמה הוא פחות מ-50% ניתן לפצות עליו כי זה שיעור הנזק, ולא ההסתברות לו. לנזק הזה יש קש"ס מעל מאזן הסתברויות.

חישוב סיכויי החלמה: **פס"ד פרוטס נ' צירגייב**: אישה נבדקה עם סרטן כשיש לה 75% למות ובגלל התרשלות ואיחור בדיאגנוזה, כעת יש לה 95% למות. **השאלה**: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי החלמה? **בימ"ש (ריבליו)**: הנוסחה: הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות (b) פחות הסיכוי שהיה הנזק ללא ההתרשלות (a). כל זה חלקי הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות (b).

$$D = \frac{b-a}{b}$$

3. עמימות סיבתית: מצב בו לא ברור האם קיים קש"ס בין ההתנהגות לנזק, בגלל מגבלות המידע האנושי לפעמים קשה מאוד להוכיח מעל 50% ולפעמים יש גורמים מקשים: למשל כמה גורמים שהובילו לנזק ולא יודעים כמה אחוז כל מהם גרם לנזק/ כמה ניזוקים/ כמה מזיקים. העמימות הסיבתית בוחנת האם קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קש"ס במידה הנמוכה מ-50%, ואם כן, באילו תנאים? נתמקד רק במצבים של נתבע ותובע יחידים בהם לא ניתן להוכיח מעל 50%. **פס"ד מלול**: היה עיכוב רשלני בניתוח ונולדה פגה לאחר היפרדות שליה, עם נזק במוח. יש שני גורמים אפשריים: הפגות שהייתה בלתי נמנעת או התרשלות (סיכוי נמוך יותר) ולכן לא הצליחו להוכיח מעל 50%. השאלה: במקרה של מזיק וניזוק יחידים, אם לא הצלחנו לעמוד בדרישה לקש"ס מעל 50%, האם ניתן להטיל אחריות לפצות את הניזוקה באופן יחסי בשיעור התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק? נאור: כשיש עמימות סיבתית מובנית: קושי מובנה להוכיח קש"ס בגלל מגבלות המדע והיכולת האנושית, אבל יש אפשרות **ממשית** שכן קיים קש"ס בין העוולה לנזק (כלומר לא הסתברות מזערית), במצבים כאלה נוכל להטיל **אחריות הסתברותית** לפי אומדן האחריות ושימוש בראיות סטטיסטיות. זאת כדי למנוע הרתעה בחסר ומימוש הצדק המתקן. **אבל** לא נאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%, כי אז הפיצוי צריך להיות 100%. ואין להקל עם המזיקים. הנטל על התובע לפי שיטתה: להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי, כלומר שיש אפשרות ממשית לקיום הקש"ס. במקרה זה: היא ייחסה 20 אחוז להתרשלות הרופאים. מה הקושי בקביעה הזו? ההלכה רחבה מאוד, הרתעת יתר והרתעה בחסר, צדק מתקן.

**די"ן מלול**: ריבלין: (1) מזיק יחיד וניזוק יחיד- אין אפשרות לפיצויים הסתברותיים, למעט החריג: אובדן סיכויי החלמה גם אם המזיק וניזוק יחידים. (2) ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כשמתקיימים התנאים המצטברים הבאים: (א) יש מזיק (ב) יש קבוצת ניזוקים (ג) יש סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים (ד) הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות (מקרה קבוע קורה בין המזיק לכל הניזוקים). דוג' מפעל מזהם ומסכן לסרטן בסיכון של פחות מ-50%. אם לא נאפשר אחריות הסתברותית תהיה הרתעת חסר. (3) אם נטיל אחריות- לא בטוח שמתקיים צדק מתקן, אבל זה עדיף מאשר שאף אחד לא יקבל כלום, זה כן מתיישב עם שיקולים כלכליים: כי הטלת פיצוי הסתברותי ימנע פיצוי מלא שהוא פיצוי ביתר והרתעה ביתר. (4) הטיה שיטתית (כלומר מקרה קבוע של מזיק לניזוקים רבים) מצדיקה פיצוי יחסי גם אם הוכח קש"ס במידה **שגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%**. מישוהו גרם לנזק ב-70% אין להטיל עליו 100% מהנזק אלא רק 70% כי אחרת זה פיצוי יתר והרתעת יתר.

נאור: טוענת שריבלין מצמצם מדיי את האפשרות לפיצוי התסברותי. היא מסכימה לגבי המקרים שהוא פירט בהם יש לאפשר, אבל זה לא מה שקרה בפס"ד, אלא מקרה של עמימות וקושי בהוכחת קש"ס מעל 50%, במקרה של ניזוק ומזיק יחידים. (1) כאמור לטענתה, יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצרי דופן: בהם העמימות הסיבתית מובנית, נובעת ממגבלות המדע. אולם על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי (למרות שפחותה מ-50%). (2) בנוסף, לא מסכימה עם ריבלין לגבי כלל הסימטריה: אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס המידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%, כי אז נדרש פיצוי מלא כי הקש"ס מעל מאזן הסתברויות.

ההלכה שניתן לחלץ: (1) העמדה של נאור בנוגע לפיצוי הסתברותי במצבים של עמימות בהוכחת קש"ס עם **מזיק וניזוק יחידים** לא התקבלה. (2) ככה"נ יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית (ארבעת התנאים של ריבלין) (3) **כלל של אי סימטריה**: מתחת ל-50%. ועומד בתנאים של ריבלין- פיצוי יחסי, לא עומד בתנאים- אין פיצוי כלל. מעל 50%- פיצוי מלא.



בענייננו, הם החליטו להשאיר את הפיצוי שפסקה נאור בדיון הראשון, כדי לא להתעלל בה יותר אחרי פס"ד של שנים רבות. אבל היום לא היה ניתן פיצוי כזה.

### סיבתיות משפטית

המבחנים נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של אחריות הנתבע, כי סיבתיות עובדתית לא תמיד מספיקה ועלול להביא לתוצאות לא ראויות (למשל לא יתקיים למרות שצריך או למשל יהיה לו השלכות אינסופיות). אלו מבחנים שנגזרים משיקולי מדיניות. **פס"ד Berry v. the borough of sugar notch**: העץ הנפל. מלמד שאם נפעיל רק את מבחן האלמלא, אז אנחנו יכולים להגיע לתוצאות אבסורדיות: לא אשם בנזק אבל גרם לו.

#### שלושה מבחנים לסיבתיות משפטית:

1. **מבחן השכל הישר** - (או הנטייה הסיבתית). **פס"ד ועקנין**: נבדוק מנסיון החיים, מה קורה בפועל בעולם, נמדד אמפירי. לכן יש פה קושי. מיושם מעט. בפסיקה מופיע לעיתים רחוקות והוא לא מספיק לבדו.
2. **מבחן הסיכון**: לטענת מיטל יהפוך להיות מרכזי, כמו במדינות אחרות, כי יכול להחיל את המבחנים האחרים בתוכו. הוא אומר: שהנזק שהתמש צריך להיות נזק שהוא התממשות הסיכון העוולתי (במקרה של חובה חקוקה- מהסוג שהמחוקק התכוון למנוע, במקרה של רשלנות- המחוקק רוצה למנוע נזק שהוא סיכון לא סביר).
3. **מבחן הצפיות** - לב הדיון שלנו. **שלושה נושאים**:

- א. **בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית**: צפיות נורמטיבית (האם היית צריך לצפות)- מופיעה גם בחובת הזהירות וגם בסיבתיות המשפטית. **נבחין**: בקש"ס סיבתי משפטי במבחן הצפיות: **האם סוג הנזק היה צפוי**. בחובת זהירות ברשלנות: **האם הניזוק היה צפוי**.
- ב. **באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק?** מה היקף הנזק שצריך לצפות? **פס"ד שמעון ברדה**: נערים פרצו למועדון גדני"ע ושיחקו בנשק, אחד נפגע מהירי. ההגנה טוענת שנותק הקש"ס, לא יכולתי לצפות מה שקרה, יש "גורם זר מתערב" **השאלה**: האם נותק הקש"ס בין רשלנותו של ברדה (המנחה) לבין הנזק, בהתחשב בהתנהגות הנערים שהייתה לא צפויה? **בימ"ש**: אין צורך לצפות בדיוק כל פרט בדרך גרימת הנזק אלא שהנתבע **צפה בקווים כלליים**, הצפיות נדרשת בכלליות **לגבי סוג הנזק**.

(1) **היקף הנזק שיש לצפותו**, "שרשרת סיבתית": **סי' 76 לפקני"ז**: פיצויים ינתנו רק בשל נזק שבא בהמלך טבעי של הדברים ובא במישרין מעוולת הנתבע. **היקף הנזק חריג**: **פס"ד רינגר נ' ליאון**: פגיעה רשלנית של נהג באדם שנפגע בעמוד השדרה ולתוצא הנדירה של גידול סרטני. היה ברור שהחבלה היא זו שגרמה לסרטן אבל זה נדיר. **השאלה**: האם אדם שהתרשל אחראי לגבי נזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה בתאונה? **בימ"ש (ברנזון)**: המזיק צריך לצפות את **סוג הנזק**: וזה נכון לא רק לגבי האם הנזק היה נצפה אלא גם האם שרשרת נזקים שנגרמו הייתה נצפית (היקף הנזק). **המזיק יישא באחריות גם לתוצאה שהוחמרה במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק זאת אם סוג הנזק היה צפוי מראש**. בענייננו סוג הנזק הוא נזק פיזי ועל המזיק לשאת באחריות. **זילברג**: לא מסכים להטיל אחריות כשהצפיות חריגה מאוד.

**רביד נ' קליפורד**: מתיישב עם הלכת רינגר. ילדה אצל רופא שיניים שהשתמש במזרק לא שואב- וזה התרשלות. החומר חדר למוח וקרה לילדה נזק נדיר- תרדמת. **השאלה**: האם לרופא אחריות לנזק כה נדיר שקרה? **בימ"ש**: תוטל אחריות וצפיות כי למרות הנזק הנדיר, סוג הנזק ניתן לצפייה- נזק פיזי.