

שיעור 1 - 03/03**מבוא- חלק ראשון- דיני נזיקין בתמונת המשפט**

- מושגי יסוד
- מיקומם של דיני נזיקין במשפט
- הבחנה בין זכויות in personam לבין זכויות in rem
- היחס בין פקודת הנזיקין לבין הוראות נזיקיות חיצוניות

מושגי יסוד

דיני נזיקין- מהמילה נזק. Tort law, מהמילה הלטינית שמשמעותה עוולה.

עוולה- **סעיף 3 לפקודת הנזיקין** :

"הדברים המנויים להלן בפקודה זו הם עוולות, ובכפוף להוראות הפקודה – כל הנפגע או הניזוק על ידי עוולה שנעשתה בישראל יהא זכאי לתרופה המפורשת בפקודה מידי עושה העוולה או האחראי לה."

עוולה היא התנהגות- במעשה או במחדל (החוק מטעה לא מדובר רק בעשייה בהכרח). הרעיון של עוולה לא כל כך ברור שמדובר גם על מחדל (אי עשייה).

תרופה- סעד- למה הן חשובות? למשל, פיצויים מכל הסוגים, צווים וכו'.

נזק- לפי **סעיף 2 לפקודת הנזיקין** :

"נזק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה ;

"נזק ממון" – הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים ;

נזק הוא פגיעה באינטרס מוגן, פגיעה בזכות. מישהו פוגע לי באינטרס שיש לי כלפי משהו (כלפי עצמי, כלפי משהו חיצוני). למשל: נזק בגוף זה פגיעה בזכות לשלמות הגוף, פגיעה באינטרס שלי כלפי הגוף שלי.

סוגי נזקים: נזק גוף, נזק כלכלי (האינטרס הכלכלי מוגן רק לפעמים, בשונה מאינטרס לרכוש), פגיעה באוטונומיה, נזק נפשי (האינטרס שמוגן הוא בריאות הנפש). לא כל אינטרס הוא מוגן. למשל, בעבר פגיעות מיניות היו נזקים לא מוגנים ועם השנים ההכרה בהם השתנתה, בהתאם לפסיקה ולחקיקה, אנחנו מתחילים להכיר בכל מיני אינטרסים, יש פה דינמיות. יש נזקים ברורים ויש נזקים בלתי נראים.

סוגי עוולות

עוולת סל= (ההפך מעוולות פרטיקולריות- עוולה ספציפית, כמו עוולת גזל, עוולת נשיכה וכו').

עוולות סל הן כלליות. מרבית העוולות בפקודת הנזיקין. למשל רשלנות היא עוולה גדולה ורחבה מאוד- עילת סל שתחתיה יש הרבה עוולות.

יש גם עוולות שנמצאות מחוץ לפקודת הנזיקין- כמו: מוצרים פגומים, הגנת הצרכן, הגנת הפרטיות, מניעת הטרדה מינית, איסור הפליה וכו'.

פקודת הנזיקין

מחולקת לשני חלקים :

1. עוולות torts **סעיף 23-63 לפקודת הנזיקין**, מספרים אילו מעשים ועובדות ייחשבו לעוולה נזיקית. יש עוולות סל ופרטיקולריות.
2. הסדרים כללים לתחום הנזיקין- סעיפים בהם הסדרים שמסבירים ומכוונים מה לעשות. למשל מה זה אומר שצריך להוכיח קשר סיבתי, מה זה אומר אשם, מה זה הגנה וכו'.

דוקטרינה- הכלל המשפטי, יסודות הסעיף

תיאוריה- הרעיון שעומד מאחורי הכלל המשפטי

מיקומם הגיאוגרפי של דיני הנזיקין במשפט

דיני נזיקין הם חלק מהמשפט הפרטי (גם אם מדובר במדינה)

מהו משפט ציבורי? כאשר הריבון מעורב. רק כשהמדינה פועלת בכובעה כסמכות שלטונית זה משפט ציבורי. אבל לפעמים המדינה היא צד, מעורבת אבל זה משפט פרטי: למשל כשהיא ממנה מישהו בנעליה והוא גוף פרטי. כשהמדינה למשל לא מפנה נכס בזמן, היא צד בסכסוף משפטי, אפשר לתבוע אותה במסגרת המשפט הפרטי. כדי לדעת מתי המדינה היא צד למשפט ציבורי ומתי יש לתת צו לתביעה נזיקית? נשאל- האם המדינה פעלה במסגרת סמכותה השלטונית, פועלת כריבון?

הכלל "the king can do no wrong" - כלל שהיה בעבר, למדינה יש חסינות טוטאלית, אבל עם הזמן זה השתנה וכן אפשר לתבוע את המדינה.

קווי הגבול בין דיני עונשין לדיני נזיקין

בדיני עונשין המדינה פועלת מכוחה כריבון (מגישה כתב אישום נגד מישהו), בהקשרים שרובם מתחילים בין צדדים פרטיים. למשל- אדם הולך ברחוב ותוקף אדם אחר. המסגרת המשפט הציבורי- דיני עונשין- המדינה תתבע אותו על עבירת תקיפה. המסגרת המשפט הפרטי- דיני הנזיקין הניזוק יכול בעצמו לתבוע את המזיק בעוולת התקיפה. אנחנו יכולים לדבר על אותה סיטואציה עובדתית בשתי מערכות דינים אחרות.

← פיצוי נזיקי במסגרת דיני עונשין**סעיף 77 לחוק העונשין :**

"77. (א) הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם שניזוק על ידי העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 שקלים חדשים לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו."

כלומר- אדם שניזוק בעבירה יכול לקבל פיצוי נזיקי, אז למה צריך את זה אם יש לנו דיני נזיקין. למה צריך אותו? אולי כי לא בהכרח האדם יתבע גם בדיני נזיקין. בנוסף, חוסך לבימ"ש התעסקות בשני משפטים שונים. אנחנו נמצאים בעולם שכל ספק סביר יכול לבטל את התביעה הפלילית, במקרה כזה היינו צריכים לאפשר לפחות פיצוי נזיקי. ועוד סיבות-

(א) תובעים דלי אמצעים (ב) נטל נפשי בניהול תביעה אזרחית אחרי או בנוסף להליך הפלילי (ג) שיקולי עומס על בתי המשפט (ד) חסכון כלכלי- הליך משפטי הוא דבר מאוד יקר.

לפי הסעיף הזה, תקרת הפיצוי היא 258 אלף ₪.

פס"ד ד"נ בוקובזה

נערה חוזרת ממסע בפולין מגיעה הבייתה רואה מישהו נמלט ורואה את אמא שלה שנרצחה בבית. בדיני מתעסקים האם כל אחד מנפגעי העבירה יכול לקבל את הסכום הזה או שהם מקבלים אותו יחד.

בימ"ש קבע כי גם אם יש נפגעים עקיפים כמו הילדים של הנרצחת, שלא נכחו בזירה, קיימת מגבל לסכום: זה הסכום שנפגעים יכולים לתבוע במצטבר לכל עבירה שהיא, ברוב המקרים מדובר בעבירה אחת.

למה? מה ההיגיון להגביל את הסכום?

למשל, כדי להגן על הנאשם, כדי לאפשר לו להשתקם אחרי העבירה שביצע. אולם, אבל הסי' מקביל רק לתביעה בדיני עונשין ולא לתביעה בדיני נזיקין. נתבע העבירה צריך אמנם להוכיח את הנזק בדיני נזיקין ולעבור תהליך יקר אבל הוא יכול לתבוע בדיני נזיקין ולקבל יותר. אבל מבחינה אמפירית נראה שמעט מאוד נפגעי עבריה ממשיכים להליך כזה, לרוב הם נמנעים ומהססים להגיש תביעה אזרחית ולכן סי' 77 הוא חשוב, כי הוא נותן מענה לתופעה שיש פחות תביעות אזרחיות לגביה.

למה אנחנו מגבילים את הפיצוי?

- 1- פיצוי על דרך של אומדן, ללא הדרישות שמתבקשות לצורך תביעה בעוולה נזיקית
- 2- להימנע מיצירת סוס פרא- החשש מהסעיף הוא שאם נאפשר לכל נפגע עבירה לתבוע אנחנו ניצור מנגנון שבולע את דיני הנזיקין ואז לא נשתמש בהם. וזה בעיה, כי בדיני נזיקין יש דרישה להוכחה מסודרת וברורה, לא רוצים להתעלם מזה, לא מספיק החלון הקטן הזה שהוא קיצור דרך.
- 3- פיצוי ראשוני בלבד-

← פיצויים עונשיים בדיני נזיקין

כאשר עוולה נזיקית נעשתה בזדון, בכוונה להזיק, דיני הנזיקין מכירים באפשרות להטיל על המזיק פיצויים עונשיים.

למה פיצוי עונשי? למה בימ"ש יקבע אותו? פיצוי עונשי נועד להרתיע. (לפעמים גם פיצוי רגיל גורם להרתעה) כשאנו מענישים יהיה קשה להצדיק את זה במובני צדק מתקן, כי נועד להרתיע. אנשי צדק מתקן יגידו שפיצוי ענישה הם לא יכולים להיות תחת המשפט הפרטי. כי אדם פרטי שתובע בנזיקין מי שמו להעניש, כמו שהמדינה מענישה? אין לי שום פונקציה כזו, ולכן יש קושי אמיתי על פיצויים עונשיים במשפט הפרטי.

← היבט ראייתי

פס"ד פלילי יכול לשמש כראייה בהליך אזרחי.

למה? כי סף ההוכחה במשפט פלילי גבוה מאוד, מעל לכל ספק סביר (99%) ובהליך אזרחי הוא נמוך יותר- ספק סביר (מעל 51%). אבל- המדינה יכולה לא להצליח להרשיע פלילית מעל לכל ספק סביר, אבל הקורבן כן יכול לזכות בהליך אזרחי, כי נדרשת רמת הוכחה נמוכה יותר.

בין דיני נזיקין לתחומים אחרים במשפט הפרטי

דיני חוזים-נזיקין

השוני הרעיוני: בחוזים הצדדים מכירים אחד את השני, אני בחרתי להיכנס איתו לחוזה. בנוסף, בדיני חוזים אני מעוניין להיכנס לחוזה ובדיני נזיקין לא בהכרח, מעמידים אותנו במקום שאנחנו לא בוחרים להיות בו. מישהו חשף אותנו לסיכון והוא התממש. יש חוב שאנחנו לא רוצים שיהיו חייבים כלפינו.

מתי קמה עילה לתביעה? בדיני חוזים בהפרה. בדיני נזיקין אנחנו מדברים על הפרה של סטנדרט כלשהו, לרוב במונחים של סבירות, מה הגנת הסבירה הייתה צריכה לעדות, מה הרופאה הסבירה הייתה צריכה לעשות.

דיני קניין- נזיקין

השוני הרעיוני: במשפט האנגלו-אמריקאי הייתה הנחה שדיני נזיקין נועדו להגן על קניין. למשל השגת גבול- דיני נזיקין שנועדו להגן על קניין, עולת גזל. אבל לאורך השנים אנחנו רואים שזה לא מדויק, דיני הנזיקין מגנים על אינטרסים שונים ורחבים יותר, למשל שלמות הגוף.

תביעה בקניין לפי עקרון "הרשימה הסגורה"- לפי זכויות מאוד ספציפיות. אבל בדיני נזיקין כמעט כל דבר יכול להבחן במובנים של סבירות, אנחנו תמיד חושפים עצמו ואחרים לסיכונים. זו רשימה אינסופית. כמעט כל התנהגות אפשר לשאול אם היא סבירה או לא.

דיני עשיית עושר-נזיקין

קרובי משפחה של חוזים- דיני עשיית עושר התפתחו מתחום שנקרא מעין חוזים- במצבים שלא היינו מדמיינים שתהיה זכות תביעה, למשל בטעות, העברתי לדוד כסף אבל תכננתי להעביר את זה למור, דוד צריך להחזיר לי, זה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. דוד לא עשה לי שום דבר רע ולא עשה שום דבר, הוא רק קיבל ממני כסף ואני מטילה עליו אחריות משפטית.

קרובי משפחה גם של נזיקין- במקום לדרוש מהנתבע פיצוי על הנזק שנגרם לתובע, דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את הרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מהעוולה שביצע. דיני עשיית עושר התפתחו מהרעיון הבא: נניח שיש מזיק שלא גרם לנזק, או לנזק מינורי אבל התעשר כתוצאה מהעוולה שלו, האם אנחנו רוצים לתת לו לשמור על ההתעשרות שלו, או לקחת ממנו? אני אתבע ממנו לא את הנזק אלא את ההתעשרות.

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט- חובת ההשבה-

1" (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת."

ז"א, אם קיבלת משהו שלא מגיע לך, אתה צריך להחזיר. יש פה שלושה יסודות מצטברים: 1- התעשרות (של הזוכה) 2- לא כדין 3- על חשבון מישהו אחר (המזכה)

פס"ד האחים אהרון

מצב של עילת תביעה אפשרית גם בעשיית עושר. אחד הפיצויים דובר בהקשר של התעשרות שלא כדין.

דוג' נוספת:

מישהו משיג גבול למקרקעין שלי. אני נוסעת לחו"ל. על פניו לא קרה לי שום נזק כי לא תכננתי לעשות שום דבר עם המקרקעין. אבל אפשר לטעון שמי שפלש למקרקעין שלי התעשר שלא כדין, השתמש במקרקעין. במקום שאני אתבע נזיקין- לא נגרם לי נזק ממשי אז אוכל לטעון שזה גרם לי עוגמת נפש, אבל זה יהיה מסובך, אני יכולה דרך דיני עשיית עושר לטעון שהוא התעשר על חשבוני כשהשתמש במקרקעין. וצריך לשלם לי דמי שכירות בנכס למשל. דווקא פה דיני נזיקין זה עילת פיצוי חלשה.

שיעור 2- 10/03**הצעת חוק דיני ממונות**

היה ניסיון לעשות משהו שקיים במדינות אחרות, לקחת את כל דיני הממונות, דיני חיובים ולאחד אותם למשפחה אחת. הדינים ישמרו תחת קטגוריות אבל יאוחדו.

פס"ד מדינת ישראל נ' חברה קבלנית האחים אהרון

העובדות: מדינת ישראל שכרה שש דירות בבניין שבבעלות החברה, התעכבה בהשבת הנכס לחברה עיכוב של 15 חודשים.

השאלה המשפטית: מה הפיצוי שיש לתת למשכירה- כששלוש האפשרויות הבולטות:

- (1) לתבוע על הנזק מהפרת החוזה- פיצוי ציפייה- הציפייה לקבל דמי שכירות
- (2) פיצוי מוסכם
- (3) התעשרות שלא כדין על חשבון המשכיר- קיבלת טובת הנאה שלא כדין- שימוש בנכס ולכן דמי שימוש בנכס. טובת הנאה לא חייבת להיות כסף, היא יכולה להיות גם חסכון בהוצאות למשל. המדינה חסכה כסף בכך שלא הייתה צריכה להוציא דמי שכירות בזמן הזה, וזה נעשה על חשבון המשכירים.

יש פה כמה ערוצים, אבל אי אפשר לפצות על כולם יחד כי יהיה כפל פיצויים. בגלל זה אנחנו לומדים את הפס"ד כי הוא מראה כמה יש לנו הרבה עילות במקביל לתביעה.

השופט גולדברג:

- יש לבחון מה הפגיעה באינטרס של התובע, ואיזה פיצוי רלוונטי לכל פגיעה.
- פיצוי בגובה דמי שימוש ראויים מגן על הציפייה של בעלת הנכס
- פיצוי בגובה דמי זכירות ראויים גם מונע את ההתעשרות שלא כדין של המשכירה
- מה באשר לפיצוי מוסכם?
- מה באשר לנזקים נוספים?

זכויות in personam - פרסונליות

זכות נזיקית, חוזית, של שני אנשים, אני התחייבתי כלפי מישהו. זכות כלפי אנשים מסוימים. אני בוחר להתקשר עם מישהו מסוים.

זכות in rem

זכות כלפי כל העולם ולא מול אדם ספציפי. זכויות קניין. למשל הזכות שלי על הבית שלי, החנייה שלי. זו זכות חזקה יותר כי היא כלפי כל העולם לא כלפי מישהו מסוים. כשיש לנו משהו שהוא שלנו יש לזה הרבה מאוד משמעויות שמשפיעות על הרבה מאוד אנשים.

← ההבחנה בין זכות פרסונלית לבין זכות כלפי כל העולם לעיתים מתערבבת בדוקטרינה אחת

דוגמה- סעיף 62 לפקודת הנזיקין: (א) מי שבדועין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

כלומר- יש פה חוזה. יש חגורת הגנה מיוחדת שבדרי"כ לא נפגוש בפקודת הנזיקין, סביב החוזה, כלפי כל העולם כולו- לאף אחד אסור לגרום לאחד מהצדדים להפר את החוזה. גרם (מהמילה גרם) הפרת חוזה.

היחס בין פקודת הנזיקין לבין הוראות נזיקיות חיצוניות

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

מה הקשר בין פקודות אלו לפקודת הנזיקין בה הוראות כלליות?

פס"ד ברזני נ' בזק

פרסומת מטעה של בזק- מפרסת מחיר מסויים לשיחות לחו"ל. בפועל ברזני שילם יותר מבלי שהיה מודע לפרסומת ורוצה לתבוע גם תביעה ייצוגית את בזק, בשם כולם.

הנזק הוא ההפרש בין מה שאמרו בפרסומת שהוא צריך לשלם לבין מה ששילם בפועל.

סעיף 2 (א) לחוק הגנת הצרכן: "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה"

סעיף 31 (א): דין מעשה או מחדל בניגוד לפרקים ב', ג', ד' או ד'1 כדין עוולה לפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש].

חשין: משמעות הוראות ס' 31 היא כי הוראות מרכזיות בפקודת הנזיקין חלות גם על העוולה שמחוץ לפקודה, ביניהן גם ס' 64 לפקודת הנזיקין שדורש הוכחת סיבתיות בהוכחת נזק.

הוא לא יכול לתבוע תביעה ייצוגית. כי אמנם בזק התנהגה לא בסדר, אבל האם ההטעיה שלה היא מה שגרם לברזני לרכוש את השירות? לא. על ברזני היה להוכיח שהסיבה שצרך את השירות בבזק הייתה הפרסום המטעה- הוכחת קשר סיבתי. יש עולת ספציפיות שדורשות גם הן הוכחת נזק.

מבוא- חלק שני- העוולה הנזיקית

- א. הכרות בקווים כלליים עם יסודות הדוקטרינה הנזיקית
 ב. היכרות עם סוגי האחריות השונים

היכרות כללית של הדוקטרינה הנזיקית

שלושה יסודות מרכזיים לעילה, לפי **סעיף 64 לפקודת הנזיקין**:

1. אשם- מעשה או מחדל

התנהגות שמייחסים לה הפרה של סטנדרט, ז"א מישהו שעשה משהו לא בסדר.

(1) אשם מוסרי

(2) אשם חברתי

ברשלנות יש סיטואציה מאוד מעניינת לגבי אשם, זה לא אשם מוסרי. למשל רופא שהתרשל, הוא פספס אבל זה לא שהייתה לו כוונה או זדון, אלא פשוט לא התנהג בצורה סבירה.

64. "אָשֵׁם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק בְּאִשְׁמוֹ, אִם הִיָּה הָאִשֵּׁם הַסִּיבָה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:....."

2. נזק-

נזק הוא דבר הכרחי (אבל כן יש עוולות ספציפיות בהן לא נדרש להוכיח נזק.

סעיף 2 לפקודת הנזיקין: "נזק" – אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה;

דיני העונשין הם "מבוססי סיכון" (risk base) שלפעמים הסיכון לא מתממש למשל עבירות ניסיון. ואילו דיני נזיקין "מבוססי נזק" (harm base) אבל אם הנזק לא מתממש אין עבירה. לכן יכולה להיות התנהגות נזקית אבל לא תתגבש לכדי עבירה.

3. קשר סיבתי- זיקה עובדתית ומשפטית בין האדם לנזק:

זה לא כל כך פשוט להוכיח, בייחוד במצבים של מחדל.

הכלל: אם הנזק נגרם לתובע אבל לא ברור אם נגרם בשל התנהגות הנתבע, אז לא קמה עילה בנזיקין. המבחן המרכזי להוכחת סיבתיות עובדתית הוא "מבחן האלמלא". יכול להיות שיהיה נזק ותהיה התנהגות רשלנית אבל אין קש"ס.

למשל היה מעשה רשלני והחולה נפטרה, נבדוק האם החולה הייתה נפטרת גם בלי המעשה הרשלני, למשל בשל פגם גנטי, ואם כן, אין עילה נזיקית.

מצד אחד אלו יסודות מאוד ברורים, אבל נראה כי הוכחת נזק לא נדרשת תמיד, למשל עוולת השגת גבול ותקיפה.

עולות Per se (עולה כשלעצמה)

בהם צריך להוכיח התנהגות עוולתית וזהו, בלי הוכחת נזק.

הבדלים:

- אין צורך בהוכחת נזק.
- לא נדרשת הוכחת קשר סיבתי.
- לפעמים עולות per se היא תוצר של קושי ראייתי.
- בגלל שלא צריך להוכיח את הנזק, ההתיישנות מתחילה מההתנהגות העוולתית עצמה (בדר"כ בעולה אזרחית 7 שנים) בעבירות per se סופרים מרגע התקיפה- המעשה העוולתית, לא מרגע התממשות הנזק.

סעיף 89 לפקודת הנזיקין - קובע את תחילת ההתיישנות- בדר"כ קורית מהתממשות הנזק.

"לעניין תקופת התיישנות בתובענות על עולות – "היום שנולדה עילת התובענה" הוא אחד מאלה:

- (1) מקום שעילת התובענה היא מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו מעשה או מחדל; היה המעשה או המחדל נמשך והולך – היום שבו חדל;
- (2) מקום שעילת התובענה היא נזק שנגרם על ידי מעשה או מחדל – היום שבו אירע אותו נזק; לא נתגלה הנזק ביום שאירע – היום שבו נתגלה הנזק, אלא שבמקרה אחרון זה תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק".

היכרות עם סוגי האחריות השונים

יש סוגים שונים של אחריות שניתן להטיל על אנשים.

- (1) עולות כוונה
- (2) רשלנות (נדבר גם על רשלנות עם הפיכת נטל ההוכחה)
- (3) אחריות מוגברת (או חמורה)
- (4) אחריות מוחלטת
- (5) חסינות לנתבע

1. עולות כוונה

למשל- תרמית **סעיף 56**, נגישה **סעיף 60** (הגשה של הליך משפטי בזדון), גרם הפרת חוזה **סעיף 62** (גורמים להפרת חוזה)

יש צורך בהוכחת כוונה. זה בעייתי, זה עולה שמקשה על הניזוק כי זה מאוד קשה להוכחה שמישהו מתכוון, נטל ההוכחה כבד.

עולות המבטאות אשמה מוסרית, כשמישהו רוצה לעשות משהו לא בסדר, קל להבין שזה רעיון של אשם מסוג מוסרי, אם יש לו כוונה לעשות משהו מזיק בכוונה.

2. רשלנות

סעיף 35 לפקודת הנזיקין:

בסיס אחריות של רשלנות קיים בעוולת הרשלנות. אנחנו מדברים על האדם הסביר והנבון (מעשה אקטיבי או מחדל) שעשה מעשה שהאדם הסביר לא היה צריך לעשות, הוא היה צריך לדעת- הרי זו התרשלנות. יש הבדל מאוד גדול בין רשלנות להתרשלנות. התרשלנות זה היסוד העובדתי שצריך להוכיח, רשלנות זה העוולה כולה: התנהגות שגרמה לנזק ובה יש נזק סיבתי. התנהגות בלתי סבירה (אשמה חברתית, ז"א אשמה לפי מדדים חברתיים, ולא תמיד אשם מוסרית). מה המשמעות מבחינת נטל ההוכחה שחל על התובע (הניזוק)? נטל ההוכחה מקל על הניזוק, כי זה לפי מדדים אובייקטיביים, להוכיח שמה שנעשה לא היה סביר. בדרי"כ התובע צריך להוכיח את יסודות העוולה שהוא תובע בה אבל לפעמים מתהפך נטל הראיה והנתבע צריך להוכיח שהוא לא התרשל, למשל סעיף 41:

41. "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלנות שיחוב עליה." גם ככה קשה להוכיח התרשלנות, ואם התובע לא הצליח כנראה שלנתבע יהיה עוד יותר קשה. בדרי"כ כשהופכים את נטל הראיה, הנתבע לא מצליח להוכיח שלא התרשל.

תרגיל כיתה

איך היא מציעה לפתור שאלות? – תשובה קצרה וממוקדת, ולפעמים להוסיף דוגמה אם נראה לנו שזה יוסיף ויבהיר את כוונתנו. אפשר להתבסס על פסקי דין שקראנו בבית. (אלא שלמדנו בכיתה לרוב לא יהיה עליהם שאלות חשיבה כאלה ונתבקש להכיר יותר פס"דים שקיבלנו לקרוא בבית.

שאלה: "ניתן לקבל שני סעדים (תרופות שונות) בהליך משפטי אזרחי אחד"

באילו תנאים אמירה זו נכונה?

תשובה שלי: כאשר הן לא ממשות אינטרסים זהים, כלומר האינטרסים לא מתנגשים, כאשר מדובר בעילות תביעה שונות (חוזים ונזיקין למשל) וכאשר הם לא מובילים להתעשרות יתר.

תשובה של מיטל: ניתן לקבל סעד נוסף אם קבלתו לא תוביל לכפל סעדים על פגיעה באינטרס אחד, משמע כל עוד לא נוצרת סתירה מהותית בין הסעדים. למשל, בנסיבות של אי פינוי נכס במועד, ניתן לקבל פיצוי שמגלם הגנה על אינטרס הציפיה של המשכיר, ואם קרה נזק למושכר. בנוסף לכך, ניתן לקבל פיצוי גם על נזק זה. לעומת זאת, לא ניתן לתבוע על פגיעה באינטרס הציפיה של המשכיר פעם דרך דיני עשיית עושר ופעם דרך דיני החוזים, גם אם הנסיבות מלמדות על קיומן של עילות תביעה חלופיות (ש' גולדברג בפס"ד האחים אהרון). ניתן לציין גם את אמירתו של ש' גולדברג בפס"ד האחים אהרון, כי לא יינתן סעד נוסף באם צירוף הסעדים מביא להתעשרות שלא כדין של התובע.

שיעור 3- 22/03**3. אחריות מוגברת (חמורה)**

המזיק חייב גם אם אין אשם במוכן המוסרי או החברתי, מספיק להוכיח הסגת גבול, לא צריך להוכיח נזק. לא מעניין אותנו מה הסביר היה עושה, או מה כוונתך, מספיק שעשית. למשל הסגת גבול במקרקעים (סעיף 29 לפקודת הנזיקין, גם אם לא התכוונת וטעית, זה לא משנה, הסגת גבול, גם אם לא הייתה דרך אחרת לעבור, אני יכולה לתבוע אותך) 29. הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.

יש הגנה מאוד מאוד חזקה, גם אם לא בהכרח פגעו באינטרסים שלי. אבל- אם נגרם לי נזק אני יכולה לתבוע גם על הנזק שנגרם לי, הסייפא של ס' 29 אומר שאם אני רוצה לתבוע בנוסף גם פיצויים אני צריכה להוכיח גם נזק.

אבל מה קורה אם רבתי עם מישהו (הלכנו מכות) ושנינו אשמים בריב ובמסגרתו דרכתי בטעות על הפרחים שלו, הסגתי גבול, אני במקרקעין שלו אבל הוא דחף אותו. במקרה הזה הוא אשם תורם. האם יש משמעות לזה שהניזוק עצמו הוא גם אשם. כן! זה יכול להביא להפחתת הפיצוי. וזה ההבדל בין אחריות חמורה לאחריות מוחלטת.

4. אחריות מוחלטת

כמו במקרה של אחריות מוגברת (חמורה), אין משמעות לאשם (מוסרי או חברתי), לא משנה אם עשית טעות, אם חשבת שזה המקרקעין שלך, התנהגת בצורה סבירה, אבל זה לא רלוונטי, אין משמעות לאשם באחריות מוגברת ועל אחת כמה וכמה באחריות מוחלטת. ואין משמעות גם לאשמו של הניזוק.

מה שמשותף לאחריות מוגברת ומוחלטת זה ששאלת האשם של המזיק לא רלוונטי (באחריות מוגברת האשם התורם, ז"א אשם של הניזוק כן רלוונטי). כאן לא ניתן לטעות לאשם תורם.

דוגמאות:

תאונת דרכים

ס' 2(ג) לחוק הפיצויים לנפגעי תאונת הדרכים: האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים. אבל אין באמת באמת דבר כזה אחריות מוחלטת, לסעיף הזה יש גם חריג- ס' 7 לחוק, למשל אם מישהו גרם לתאונה במתכוון. במצבים האלה כן ניתן להתייחס לאשם תורם.

ס' 7: הגבלת זכאותם של נפגעים

7. נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה:

(1) מי שגרם לתאונה במתכוון;

(2) מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות), תשכ"ד-1964,

וכן מי שהיה מצוי ברכב בידועו שהנוהגים בו כאמור;

(3) מי שנהג ברכב כשאין לו רשיון לנהוג בו, למעט רשיון שפקע מחמת אי תשלום אגרה או מחמת

הגבלה שהוטלה לפי פרק ו' לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967;

(4) מי שהרכב שימש לו, או סייע בידו, לביצוע פשע.

(5) מי שנהג ברכב ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח, או כשהביטוח שהיה לו לא כיסה את שימוש ברכב;

(6) בעל הרכב או המחזיק בו, שהתיר לאחר לנהוג ברכב כשאינו לו ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה ושנפגע בתאונת דרכים שאירעה באותה נהיגה, בין בהיותו ברכב ובין מחוצה לו.

דוגמה 2 לאחריות מוחלטת

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

למה זה ככה? כי לפעמים מאוד יהיה קשה להוכיח שהאשם הוא היצרן, כי יש הרבה גורמים בדרך כמו מובילים למשל, ובנוסף היצרן הוא בעמדת כוח גבוהה יותר. המשטר הזה של אחריות מוחלטת מגן על הנפגעים, התובעים.

על אף שגם פה יש הסדר של אחריות מוחלטת, במשפט הישראלי היא לא הרמטית.

סי' 4 לחוק אומר וסעיף 4(ב): לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.

ז"א שלא תהיה אחריות ליצרן אם יש אשם תורם בהתרשלות חמורה.

← לסיכום, יש גם באחריות מוחלטת סייגים מסויימים לפיהם כן אפשר להשתמש באשם תורם והאחריות כבר לא מוחלטת.

5. חסינות לנתבע

משטר המטיב באופן משמעותי עם הנתבע (זה שונה כי עד עכשיו דיברנו על משטרים שמטיבים עם הניזוק, התובע)

דוגמאות:

סי' 9 (א) לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שנים עשרה שנים.
(ב) מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים יכול לתבוע על עוולה, ובכפוף לסעיף קטן (א) – להיתבע עליה; אולם אין להגיש נגדו תובענה על עוולה הנובעת, במישרין או בעקיפין, מחוזה שעשה.

ז"א יש חסינות מאחריות נזיקית לילד מתחת לגיל 12.

השאלה שנשאל בהמשך היא מה נעשה כשהילד הוא התובע והאם אפשר לייחס לו אשם תורם.

סי' 8

אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בורר – לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי.

ז"א אם השופט התנהג בצורה שנראית לנו רשלנית, כשמדובר בשופטים אי אפשר לתבוע אותם בנזיקין על הנזק שהם גרמו לו. זה בגלל שזה יגרום להם להיזהר הזהרות יתרה. ואנחנו רוצים הם יעשו את עבודתם נאמנה.

אחריות מוחלטת	משטר נזיקי המקל עם התובע	דוגמאות לאחריות מוחלטת: תאונות דרכים; מוצרים פגומים
אחריות חמורה / מוגברת	אחריות ללא קשר לשאלת אשמו של הנתבע	דוגמה לאחריות חמורה: הסגת גבול (ס' 29 לפקני"ז)
רשלנות – נטל שכנוע על הנתבע	אשם במובן החברתי	דוגמה: "הדבר מעיד בעד עצמו" (ס' 41 לפקני"ז)
רשלנות – נטל השכנוע הוא על התובע		דוגמה: עוולת הרשלנות
כוונה, ידיעה, זדון – נטל השכנוע הוא על התובע	אשם במובן המוסרי	דוגמה: עוולת התקיפה (סעיף 23 לפקני"ז)
חסינות	משטר נזיקי המקל עם הנתבע	דוגמה: סעיף 8 לפקני"ז מקנה חסינות למבצע פעולת שיפוט מפני עוולה שביצע במסגרת עבודתו (לא ניתן לתבוע שופט, דיין, על רשלנות, אפילו אם היא חמורה); סעיף 9 לפקני"ז מקנה חסינות לילד שלא מלאו לו 12 שנים

מטרות דיני הנזיקין

על מה נדבר?

- ההגיון/ הרציונל שמצדיק הטלת אחריות בנזיקין (להבדיל מהכלל המשפטי, מהמשפט הפוזיטיבי). מה מוביל אותנו להטיל את האחריות? התיאוריה של דיני הנזיקין, המטרות הן מה שקורה כשבימ"ש מנסה ליישם את הכללים המשפטיים
- שיקולים שעל בית המשפט לקחת בחשבון בבואו להכריע בשאלות, החל מהתנהגות סבירה, ועד שאלות מורכבות יותר, כגון האם להכיר באחריות כלפי "ניזוקים עקיפים", כגון איך נענה על השאלה מה סביר ומה לא סביר. יש מגוון שיקולים: נוסחה שהספרות יצרה לשאלה מה הוא סביר. שלושת השיקולים שנלמד: צדק מתקן, צדק מחלק, שיקולי יעילות. השיקולים נותנים לנו עומק שאיתם בימ"ש יכול להתמודד בשאלות הקשות וזה עולה במגוון שאלות. בימ"ש כדי לפתור את כל השאלות האלה צריך הכוונה.
- מאפשר בחינה ביקורתית של המשפט- הבחנה בין מצוי לרצוי.

שיעור 4 - 24/03

נדבר על שלושה רעיונות נורמטיביים (יש מי שהיו אומרים שזה לא מטרה אלה רעיון מנחה):

1. צדק מחלק
2. צדק מתקן
3. השאת רווחה מצרפית (שיקולי יעילות/ הגיון כלכלי של נזיקין

פס"ד ע"א מגדל נ' אבו-חנא

תינוקת בת חמישה חודשים הייתה מעורבת בתאונת דרכים.

השאלה המשפטית: איך מחשבים את הפיצוי שמגיע לתינוקת?

המחלוקת הייתה בנוגע לחישוב הפיצוי, משום שבדר"כ ברגע שמישהו נפגע הוא יכול לקבל כל מיני סוגי פיצויים (החזר הוצאות רפואיות, אובדן כושר השתכרות וכו') **אבל הרכיב המשמעותי ביותר הוא אובדן כושר השתכרות**, על השנים שיכולת להשתכר בהן ולאחר הפגיעה לא תוכל להשתכר ככה יותר. נחשב פיצוי זה לפי ההשתכרות של האדם, אנחנו משתמשים במבחן האלמלא- כמה האדם יכול היה להרוויח אלמלא היה נפגע. אז שני הגורמים שאנחנו צריכים לקחת בחשבון הם: 1. משלח ידו 2. כמה ירוויח היום. אנחנו נחשב כמה היה מרוויח אם לא היה נפגע ונוריד מזה כמה שהוא מרוויח היום. גורמים נוספים שיכולים להלקח בחשבון: כמה זמן יכולת לעבוד, מאפייני הניזוק, לאיזה מגדר או מגזר הוא שייך. עד פס"ד זה, הייתה נטייה לחישוב סובייקטיבי של אובדן כושר השתכרות לפי הרכיבים שהוזכרו לעיל.

אבל גם במצבים בהם אנחנו יודעים הכל על פניו, אנחנו לא באמת יודעים הכל והמשפט צריך להתמודד עם אי הוודאות העובדתית הזאת. ובשביל זה יש כלים משפטיים כדי להשלים את חוסר המידע הזה.

אבל כאן בפס"ד זה השאלה היא יותר מצומצמת, כי חוסר הוודאות עוד יותר רחב, זו תינוקת קטנה ולא אדם מבוגר המשתכר. אנחנו רק יודעים שמדובר בתינוקת ערבייה, בדואית נוצריה מהפריפריה בצפון. יטענו חברת הביטוח כי אישה ערבייה תשתכר פחות ולכן מגיעים לה פחות פיצויים, כמו הממוצע בכפר. עד הפס"ד היו הולכים לפי חישוב סובייקטיבי ולכן כביכול הטענה לא מופרכת. וגם בעולם זה די נפוץ, קנדה, מדינה מאוד ליברלית, בה הפיצויים של אובדן כושר השתכרות נקבעים על פי מידת ההשכלה של ההורים. בארה"ב אובדן כושר השתכרות נקבע לפי טבלאות חישוב גנריות שלוקחות בחשבון גזע ומוצא, ומין, כאשר אין מידע על הניזוק, המושבעים מסתמכים על הנתונים הללו.

זה פס"ד מאוד מצוטט כי היום יש מגמה לעבור למדיניות של אבו-חנא, כי בימ"ש היה פורץ דרך בו. יש הרבה מדינות שעוברות מגמתית לכיוון הזה.

אחרי אבו חנא- נחשב אובדן כושר השתכרות לפי השכר הממוצע במשק.

וזה נראה גם בפס"ד הפוך. **פס"ד אטינגר 2** (בסילבוס) בו היה ילד ממעמד עליון שנפגע. ההורים טענו שמדובר בילד ממשפחה עם אמצעים, ממרכז הארץ והוא היה צריך להיות ילד מצלית. בית המשפט לא קיבל את החישוב הסובייקטיבי הזה בשל שינוי המגמה (גם לטובה וגם לרעה).

distributive justice – חלוקתי

שאלות של חלוקת העוגה בין קטגוריות שונות, קבוצות אוכלוסייה שונות באופן שווה (להבדיל מהגדלת העוגה). אנחנו לא רוצים שמאפייני האדם ישפיעו על גובה הפיצוי, אלא שהחלוקה תהא שוויונית.

זה רעיון אינסטרומנטלי, יש לו מטרה, המשפט הוא כלי חברתי שצריך לבטא צדק במובן החברתי ומעבר לקשר בין המזיק והניזוק הספציפיים. אלא גם מה ההשלכות של המקרה המסוים על מה יהיה הלאה בחברה. דיני הנזיקין הם כלי לטיפול בחוסר הצדק הקיים בחברה.

כיצד אבו-חנא מדגים שיקולי צדק חלוקתי?

ריבלין אומר שמאפייניה הייחודיים של התינוקת לא צריכים להכתיב את הפיצוי. בנוסף, לפי מיטל אם ריבלין לא היה פוסק לטובת התינוקת ומשנה את אופן החישוב, אלא משאיר את המצב הקיים, הוא דווקא כן מביע איזו שהיא דעה, בין אם אני קובע כך או כך, אני בעצם מביע עמדה. אפשרות אחת זה שאני אומר: זה המצב, אנשים שגרים במקומות מסוימים ומשתייכים למגדר ומגזר מסוים זה מה שהם ישתכרו. או אפשרות שנייה שאני אגיד שאני לא יודע, ואז זה אומר שאני גורם לזה שהם ישתכרו כמו אנשים אחרים. אני בוחר להסתכל על הדברים בצורה שמתיישבת עם צדק מחלק: אני רואה את אותה ילדה ככזו שיכולה להפתיע ולהגיע מעבר למה שהגיעו בני הכפר שלה.

צדק מתקן- corrective justice

תיאוריה של זכויות. נוגע למצבים בין הניזוק למזיק הספציפיים, ולמערכת היחסית ביניהם ולפגיעה בזכות של הניזוק.

לפי התיאוריה, צדק מתקן מתחקה אחר אי צדק בין המזיק לניזוק שנגרם לאור פגיעה בזכות. יש שני רעיונות:

1. **מתייחס למבנה של אי הצדק שנגרם** - מבנה מערכת היחסים הוא שבפגיעה בזכות של ניזוק, הניזוק במינוס והמזיק בפלוס.

לכן המשפט הפרטי יתמקד בתובע ובנתבע בלבד והפיצוי תמיד יתאים לאמות המידה המדוייקות של הפגיעה בזכות.

2. **המהות (התוכן הנורמטיבי) של אי הצדק שנגרם:**

המינוס מאוד קל לראות אבל מה זה הפלוס? ארנסט ריינב, ממלא בתוכן את המשמעות של מינוס ופלוס. המשמעות של פגיעה בזכות היא פגיעה ביכולת של האדם לממש את מטרותיו ולהיות מי שהוא, באמצעות שלמות הגוף שלו, רכוש, חירות לעצב חייהם ולממש את עצמם, יצירת מינוס. שהדרך היחידה להשיבו הוא התרופה. מינוס כזה הוא אי צדק נורמטיבי.

הרעיון המהותי הזה עוזר לנו להבין שפלוס והמינוס הם נורמטיביים ז"א פגיעה במישהו היא פגיעה במובן הנורמטיבי, בזכות שלו לממש את עצמו כמו שהוא, ניתן לראות בקלות מה הפלוס והמינוס, כי לא תמיד הם פלוס ומינוס עובדתיים שקל לראות בשטח. למשל בהסגת גבול- איפה בדיוק הנזק? ולכן אנחנו מבינים שמדובר בפלוס ומינוס נורמטיביים, פגיעה בזכויות.

המבנה הזה מאפשר לנו להבין את הפלוס והמינוס אבל גם מאפשר לנו להבין למה דווקא הנתבע צריך לפצות את התובע, כי זו הדרך היחידה להחזיר את המינוס לקדמותו, אם הנתבע יפצה או בתרופה אחרת, ניתן יהיה לקחת בחזרה לניזוק. למה דווקא הנתבע הוא המפצה ולא המדינה למשל.

לפי הגישה, פגיעה בזכות גורמת לאי צדק (מינוס נורמטיבי) והדרך היחידה להשיב את הצדק על כנו זו התרופה.

כיצד אבו-חנא מבטא צדק מתקן?

אפשר לטעון שאבו- חנא לא מבטא צדק מתקן, לפי גישת הצדק המתקן הבסיסית (האריסטוטלית) בין הניזוק למזיק לא הושלם המינוס. ואם הולכים לפי צדק מתקן, אולי דווקא כן צריך לבחור בשיקולים סובייקטיביים. אולם, ייתכן גם כי הוא מתממש לפי גרסתו המודרנית, במקרה הזה כדי לממש צדק מתקן: הצדק המתקן בגרסה המהותית שלו אומר את הדבר הבא: אנחנו רוצים לתת לאנשים באמצעות הזכויות שלהם לממש את עצמם איך שלא יבחרו, ופגיעה בזכות היא פגיעה ביכולת לממש הפגיעה בתינוקת פגעה בזכותה להגשים את מטרותיה. ריבלין אומר שאם אני הולך לפי הגרסה הזו, אני לא יודע איך התינוקת תרצה לממש את חיה, ולכן אני לא רוצה לקבל החלטה בשבילה, ולכן אני אלך לפי הממוצע במשק.

שיקולי יעילות/ היגיון כלכלי של דיני נזיקין

השאת רווחה מצרפית/ יעילות- אני לא רק רוצה שאנשים יתנהגו בצורה יעילה, ולמקסם את התועלת, להשיג יותר. אנחנו רוצים להגדיל את העוגה. בשונה מצדק מתקן, התמקדות לא רק בניזוק והנזק המסוימים, אלא באיך התרופה תורמת לרווחה המצרפית. בשונה משיקולי צדק מחלק, המטרה להגדיל את העוגה ולא חלוקה שלה.

- **הרתעה**- שיקול שנועד להוביל אותנו ליעילות, להשאת רווחה מצרפית. כלי התנהגותי שישתמשו בו. כדי להשיג יעילות- הרתעה.

- הרתעה היא כלי מניעתי אקס אנטה. שיקולים של יעילות אקס אנטה (מלכתחילה):
דוגמה- שתי חלקות של תירס וצאן. מדי פעם הצאן עובר ופוגע בתירס. איך נפצה על הנזק שנגרם?
(1) גישה נאיבית- בעל הצאן צריך לשאת בנזק

(2) גם הצאן וגם התירס גרמו לנזק כי אם מתלכתחילה לא היה תירס אז לא היה נוצר נזק (מלומד בשם coase) לא מעניין מי גרם לנזק, שניהם, עכשיו רק נרצה למקסם רווחה מצרפי ונעשה את זה אם נטיל אחריות על הגורם שיהיה לו הכי זול למנוע את הנזק. נטיל אחריות משפטית בניזיקין לפי מונע הנזק הזול. כך נוכל למנוע נזקים לפני שהם קורים, אם אנשים ידעו שהאחריות עליהם הם יפעלו למנוע את הנזק בזול. דוגמה מספרית- אם לבעל הצאן עולה למנוע את הנזק 100 ולבעל התירס 60, נרצה שבעל התירס ימנע את הנזק ועליו נטיל אחריות. איך נטיל אחריות? לא נטיל, הוא פשוט לא יקבל פיזוי, ואז ירצה למנוע את הנזק.

מלכתחילה מי שהוא מונע הנזק הזול ימנע מלכתחילה (אקס אנטה) את הנזק.

אם נתכנן את הכלל המשפטי בצורה יעילה נטיל אחריות על מונע הנזק הזול.

- **פיזור נזק**- שיקול שנועד לקדם יעילות. שיקולים בדיעבד (אקספוסט) כבר קרה נזק, איך אנחנו גורמים לזה שיהיה פחות כבד? פיזור הנזק 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)

דוגמה: אחריות מוחלטת יצרן על מוצרים פגומים: אם אנחנו מטילים אחריות מוחלטת על היצרן, הוא יבטא את זה המחיר ואנחנו נשלם הצרכנים, וכך הנזק יפוזר לכל הצרכנים במקום רק על היצרן.

ההיגיון: להקל על היצרן. אחריות מוחלטת היא מנגנון חכם לפיזור נזק ביעילות. איך זה יעיל? איך זה מגדיל את העוגה? זה שיקולים חשובים אבל הם שניוניים לעומת הרתעה.

אגב, הבנקים עושים את זה כל הזמן.

איך רעיון הרווחה המצרפית בא לידי ביטוי באבו-חנא?

הרתעה- לא מעניין האדם המסויים, אבל אנחנו יודעים שמישהו שווה "פחות", בהנחה שאנחנו רוצים להטיל סטנדרט זהירות אנחנו חייבים לקחת בחשבון את הנטייה הפשוטה לבחור באפשרות שתכאב לנו פחות בכיס, למשל אם אני יודעת שיש הסתברות לתאונה, איפה עדיף לי לעבור, באוכלוסיה ענייה או עשירה? אני אעדיף בענייה כי שם אשלם פחות. ההנחה היא שאני רוצה להזהר באותה מידה כלפי כולם.

פיזור נזק- קשור למנגנון ביטוחי. חברת ביטוח גובה על פרמיה אותו דבר מאדם עני מהפריפריה מול אדם עשיר מהמרכז, אבל בפועל תשלם יותר על נזק לעשיר. קוראים לזה סבסוד צולב, אנחנו משלמים למישהו אחד פחות, חברת ביטוח לוקחת בחשבון שיש לה לשלם יותר ככה לזה העשיר יותר. פיזור נזק נכון במקום סבסוד צולב: כולם משלמים לחברת הביטוח פרמיה זהה ההנחה היא שמגיע לתינוקת פיצוי פחות תגרום לכך שהיא תממן את התינוקת העשירה.

← זה ספקטרום של גישות ובדר"כ לא מתקיימת רק גישה אחת. אין דבר כזה תיאוריה אחת, ביהמ"ש משתמש ברציונלים של תיאוריות שונות של דיני נזיקין.

בנוסף, חשוב לדעת שהשיקול העיקרי שמוביל בדר"כ את ביהמ"ש הוא צדק מתקן.

עולת המטרד

מיטרד ליחיד, ס' 44 לפקני"ז:

(א) מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפוששים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא יפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק.

זו עוולה עם הגנה מאוד חזקה, כי פגעו בזכות נורא בסיסית (קצת כמו הסגת גבול). במטרד אמנם הפלישה היא לא פיזית, אבל במובנים רבים יש הרבה דמיון בין העוולות האלה.

שיעור 5- 29/03

התנאים לכך שזה יהיה מטרד:

1. הפרעה ממשית- שמונעת להנות או להשתמש באופן סביר (למשל במקרקעין).
2. בהתחשב עם מיקומם וטיבם- סביר שמי שבחר לגור גר בעיר ליד מרכז מסחרי רעש יהיה בסביבתו דבר רגיל עליו לא יוכל להתלונן לעומת מי שמחליט לגור בכפר.

נתמקד במטרד ליחיד.

זהות המטריד וזהות המוטריד

האם המטריד חייב להיות הבעלים של גורם המטרד? לא, לפי סעיף 44 ניתן ללמוד שלא.

האם חייב שניזוק יהיה בעל המקרקעין? רק בעלי המקרקעין יכולים להגיש תביעה למרות שזה לא כתוב במפורש בסעיף.

בפועל, בעניין **צוצרסקי נ' סנדלר** בימ"ש מאמץ פרשנות רחבה שלא רק הבעלים יכול להגיש תביעה, זאת על בסיס שני נימוקים:

- (1) לפי הדין האנגלי, המטרד יכול להיות כלפי כל אדם שיש לו אינטרס במקרקעין, למשל גם תופס מקרקעין יכול להיות הניזוק ולהגיש תביעה (למשל שוכר).
- (2) לפי **סי' 46 לפקני"ז**, "בתובענה על מטרד ליחיד לא תהא הגנה בכך בלבד שהמטרד היה קיים לפני שהתובע תפס או רכש את המקרקעין הנדונים". מלמד שהתובע על מטרד יכול לתפוס את המקרקעין ולא רק לרכוש ולהיות בעליו.

סוג העוולה משפיע על הסעד

לרוב עוולות הן נקודה על פני ציר הזמן, שניתן לחזור אליה אם יש צורך, לרגע מסוים ולכן פיצויים יהיו סעד מתאים. אולם, במטרד מדובר באירוע ממושך ורציף ולא בנקודה אחת ספציפית, העוולה ממשיכה להתקיים ולכן פיצויים לא יספיקו, כך סוג העוולה משפיע על הסעד. לפי גישת הצדק המתקן, את הסעד יש להתאים לעוולה, לזכות שנפגעה, ולכן הסעד שיש לקבוע בהתאם הוא- **צו מניעה**. יש צורך שהמטרד יפסיק ולא ימשיך. עם זאת, ניתן לתבוע בנוסף גם **פיצויים בהוכחת נזק**, לפי הסייפא של סי' 44: "אך לא ייפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק".

מה קורה במציאות?

פס"ד אתא נ' שורץ

עובדות: בעלים של בית טוען כי מפעל טקסטיל באיזור תעשייה סמוך לביתו מייצר מטרד (רעש) ולכן אפילו עבר לגור אצל אחיו.

השאלה המשפטית: הוכח שיש רעש ממשי שמפריע לשימוש סביר, השאלה היא מהו הסעד המתאים- האם צו מניעה או שעדיף פיצויים?

מצד אחד, הכלל המשפטי אומר שיש לתת צו מניעה להפסיק את האוורור ולהפסיק את הרעש. מצד שני, אם ינתן צו מניעה המפעל הגדול יפגע ורבים מעובדיו.

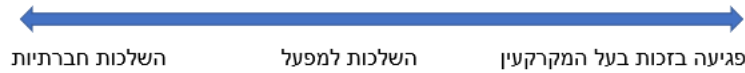
דנים בעיקר על סעיף שמעורר מחלוקת: **סי' 74 לפקני"ז**: "ביהמ"ש לא ייתן ציווי אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים".

← לפיו, הכלל הוא הענקת צו והחריג זה הענקת פיצויים. **אבל לא יינתן צו אם (תנאים מצטברים):**

- הפגיעה לתובע קטנה
- הפגיעה ניתנת להערכה בכסף
- הפגיעה ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום
- מתן צו מניעה יהווה התעמרות בנתבע

השאלה שעולה היא: האם השלכות חברתיות שיגרמו או צורך ציבורי רלוונטים בהקש לסי' 74? צורך ציבורי אמנם לא עונה על התנאים שמציב סי' 74 אבל נראה ששמגר קובע שגם במקרה כזה לא ינתן צו מניעה.

במקרה זה, פיצוי אינו מספיק, לא בגלל כמות הכסף אלא כי יש פגיעה ממשית- בעל המקרקעין לא יכול לגור בדירתו והכסף לא יעזור לו להתמודד עם הרעש. שמגר בוחן את הסעיף הזה (סי' 74) אבל הוא קובע שהתנאים לא חלים כאן. ולכן הסי' לא חל. ולכן כביכול ניתן לתת צו מניעה.



בסקאלה שבין שמירה על האינטרסים הבאים: פגיעה בזכות בעל המקרקעין – השלכות למפעל – השלכות חברתיות. נמקם את החלטת שמגר בערך בין הפגיעה לניזוק לפגיעה בזכות בעל המקרקעין.

שמגר טוען כי למרות שפסק דינו עומד עם הצדק המתקן, הוא תורם גם מבחינה כלכלית: הוא מסביר שיש לתמרץ מפעלים כמו אתא לאמץ את טכנולוגיה שתמנע מהם דיונים כאלה בעתיד, או במילים אחרות, המפעל ודומיו יימנע מרעש רב וגרימת מטרד כי יידע שזה לא משתלם לו. אבל עיקר נימוקיו הם צדק מתקן.

הוא אומר שידיו כבולות: סי' 44 מראה שאכן יש פה מטרד קיים שמונע שימוש סביר. בנוסף, סי' 74 מאפשר פיצויים אם היו מתקיימים התנאים- אך הם לא מתקיימים (המפעל גם אומר שאם היו נותנים לשוורץ את הפיצויים הגבוהים מאוד שרצה אז כולם ירצו סכום כזה והם יפשוטו רגל). אז שמגר בעצם מבין את הפגיעה החמורה ולכן מציע פתרון אחר- אם יש צורך ציבורי במפעל (שצו מניעה הרי יפגע בו) אז שהמדינה תרכוש את המקרקעין של שוורץ. בעצם רומז לאתא כיצד אפשר להגיד לפתרון: אם למדינה יש צורך הכרחי במפעל (כי הרי צו מניעה יפגע בציבור), שהמדינה תפקיע את המקרקעין של שוורץ והבעיות יפתרו.

זאת לפי סי' 3 לפקודת הקרקעות: "אם נוכח שר האוצר, לאחר התייעצות עם הוועדה המייעצת, כי דרוש או נחוץ הדבר לכל צורך ציבורי רשאי הוא – (א) לרכוש את בעלותה של כל קרקע;..."

בג"ץ שוורץ נ' שר האוצר

אתא פנה לשר האוצר להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות, להפקיע את המקרקעין של שוורץ. זה מראה עד כמה קשה היה להביא את המחלוקת לסיומה.

סי' 22 לפקודת הקרקעות: (1) כל אדם רשאי לפנות אל שר האוצר בבקשה שירכוש קרקע כל שהיא בשם אותו אדם ולשם שימוש, וכן

(א) אם המבקש מחזיק בזכיון, שלפיו זכאי הוא לדרוש משר האוצר שירכוש אותה קרקע מטעמו – חייב שר האוצר,

(ב) ובכל מקרה אחר אם סבור שר האוצר שרכישת הקרקע מטעמו של אותו אדם ולשם שימוש עשויה להיות מועילה לציבור – רשאי שר האוצר, לגשת לרכישת אותה קרקע לפי הוראותיה של פקודה זו, כאילו היתה זו קרקע שיש לרכוש אותה לצורך ציבורי.

ז"א אדם פרטי יכול לבקש משר האוצר לרכוש מקרקעין של מישהו אחר, הפקעת המקרקעין בעד פיצוי בגובה שווי הנכס.

שוורץ מתעקש על פיצוי גבוה (למעלה מכפול שווי הנכס), ובגלל התנהגות העותר, עתירתו נדחתה.

לאחר הפרשה:

1. השיקולים שבית המשפט דחה מקודם וראה בהם משניים לשיקול של הפגיעה בזכות עובדים לקדמת הבמה כשהמדינה הופכת לשחקן מרכזי. **איזה שיקולים?**
2. פסק הדין של שמגר בהליך הערעור האזרחי מתמקד בשיקולי צדק מתקן, ויחד עם זאת נותן לראשונה מקום מרכזי לניתוח הכלכלי של המשפט.
3. לסקירה מעניינת של הפרשה, לרבות "מאחורי הקלעים", ראו מאמרו של דוד שור "הסיפור של אתא נ' שוורץ", פורסם במעשי משפט (2019). – למעשה שוורץ נחשב לגיבור באזור כי המפעל עשה רעש נוראי. אף אחד לא רצה להיות מעורב בתביעה מולם, רק הוא עשה זאת.

עולת רשלנות

יסודות עולת הרשלנות:

סי' 35 לפקני"ז: "עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות – הרי זו התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה".

שיעור 6-31/03

לעולת הרשלנות זו עולה גדולה אשר חלק מיסודותיה משותפים גם לעולות אחרות.

1. קיומה של חובת זהירות והפרתה
2. גרימת נזק (זה נושא שפחות נחקר גם אקדמית). מורכב משני יסודות:
 - א. הוכחת נזק
 - ב. הוכחת קש"ס בין ההתנהגות הרשלנית (האשם) לבין הנזק
3. התרשלנות (התנהגות רשלנית) - [בשונה מרשלנות שמדובר בעולה כולה]

יסוד ראשון- התרשלנות

1

סי' 35 לפקני"ז, מסביר לנו מהי התנהגות רשלנית. מה צריך להוכיח כדי להראות שהתנהגות הייתה רשלנית?

אדם שמתנהג בצורה לא רשלנית הוא מתנהג כמו **האדם הסביר**.

- **בחינה אובייקטיבית**- מה זה אדם סביר?, הרופאה הסבירה, הנהג הסביר וכו). **אמת מידה חברתית**. אדם שהתרגל זה מישהו שסטה מהנורמה החברתית. זה דברים שאפשר למדוד באופן אמפירי (איך רוב הרופאים היו מתנהגים?) ברשלנות אנחנו מדברים על אשמה חברתית.
- מצד שני, נאמר "**באותן הנסיבות**"- מתחשבים בנסיבות הסובייקטיביות.
- ברק בפס"ד חמד** - "סובייקטיביזציה של האדם הסביר של המבחן האובייקטיבי". לפעמים ישנן נסיבות לא שגרתיות שצריך להתחשב בהן. (למשל כשאנחנו נוסעים בתנאים של ערפל מצופה מאיתנו להזהר יותר מכשאנחנו נוסעים ביום בהיר). כלומר, **להקשר יש השפעה על המסקנה אם התנהגות היא סבירה**.

מה המועד לפיו נקבע אם ההתנהגות היא סבירה?

נבדוק כיצד האדם הסביר היה מתנהג במועד האירוע המזיק.

למשל, אם רופאה שמעה על פרקטיקה רפואית חדשה ולא השתמשה בה. איך יודעים אם זה התנהגות סבירה או לא? התשובה היא שאם הכתבה התפרסמה לפני הניתוח, אפילו יום לפני, אפשר היה לצפות מהרופאה להשתמש בפרקטיקה. אבל אם זה פורסם אחרי, לא ניתן היה לצפות ממנה.

פס"ד פולר נ' ביי"ח "העמק"

עובדות: אם סוכרתית, לידה הסתבכה. בדקו אותה כל כמה זמן. התפרסם טיפול חדשני, התינוק מונשם ונותר עם נזק משמעותי.

שאלה משפטית: בנסיבות רפואיות כאלה, יש ספרות מקצועית לפיה יש לבצע ניטור תכוף יותר. האם רופא שנוהג על פי הפרקטיקה הנוהגת ולא על פי הספרות הרפואית העדכנית יותר מתנהג שלא בסבירות?

בימ"ש: לא הייתה רשלנות. מה שמצופה מרופאים זה לנהוג לפי הפרקטיקה הנוהגת בזמן האירוע ולא לפי מחקרים שיתכן שיאומצו בפרקטיקה בעתיד.

התנהגות הצוות הרפואי הייתה סבירה, אין התרשלות.

טיעון תומך בקביעת בימ"ש: אי אפשר לצפות מרופאים לצפות לקרוא כל דבר. בנוסף, יכול להיות שיהיו התפתחויות, כל עוד אין פרקטיקה נוהגת יכול להיות שהלכה למעשה יהיה שינויים מהכתוב.

ביקורת: היינו רוצים לעודד רופאים שיתעדכנו יותר ויותר, ליצור סטנדרט.

מתי משהו יכנס לפרקטיקה הנוהגת? אם נגיע למקום שבו יהיה יעיל ונכון לאמץ את הפרקטיקה הזו, למשל שיהיה מספיק מוניטורים בבי"ח והעלות של יישום הפרקטיקה לא תהיה כל כך גבוהה, אז היא תיכנס באופן טבעי.

פס"ד שטרן נ' שיבא

עובדות: מצב של עובר דורש ניתוח קיסרי במקום לידה רגילה. לא בוצע ניתוח ונטען כי הייתה התרשלות.

שאלה משפטית: לא הייתה סטייה מנורמות רפואיות מקובלות (סביר שאם הייתה מגיעה לבית חולים אחר הייתה מתבצעת גם לידה וגינלית), אבל טענת התובעת הייתה כי בבי"ח שיבא בדר"כ יש סטנדרט גבוה יותר- לבצע במקרים כאלה ניתוחים קיסרים.

האם הרופאים התרשלו משלא נקטו על פי הסטנדרט הגבוה יותר הנהוג בבית החולים? הרי בבתי חולים הנורמה היא לידה רגילה.

בימ"ש: יש להטיל אחריות, בית החולים התרשל (נראה שבימ"ש לא יתחשב במאפיינים סובייקטיביים שמורידים את הסטנדרט, אך כן בכאלו שמעלים אותו)

לפי נימוק כלכלי- ביי"ח כבר שם, הוא כבר בדק את השיקולים של התועלת וההפסד, אנחנו לא מצפים מהרופאים בשיבא לעשות משהו מעל הסטנדרט, להשקיע עוד, הם כבר הכשירו רופאים, כבר הכינו הכל, ומתנהגים לפי פרקטיקה רשלנית ולכן זה לא סטנדרט גבוה מדי, אלא משהו שכבר קיים ועובד ויעיל אצלם. ולכן אפשר לנמק את פסק הדין הזה בנימוקים כלכליים. נבדוק כמה נדרש מהם להשקיע כדי לקיים את הסטנדרט.

צריך להראות ששיקול הדעת של בית החולים היה נכון. צריך לאפשר לרופאים שיקול דעת חופשי, הם לפעמים נמצאים שמצבים לא פשוטים ומחליטים על חיים ומוות. אנחנו בעצם בודקים האם שיקול הדעת היה סביר.

ביקורת על הפס"ד- רפואה מתגוננת. עלול לגרום להרתעת יתר הרופאים עלולים להיזהר יתר על המידה וזה יפגע בעבודה שלהם ובמטופלים גם. כי כל הזמן יחשבו שהסטנדרט גבוהה מאוד.

שאלה: האם עלינו להגדיר מהי התנהגות סבירה תוך שאנו חושבים גם על כמה הסטנדרט ההתנהגותי שיקבע עשוי להכביד על המזיק?

- צדק מתקן: אם היה מאוד יקר לקיים סוגיות מסוימות זה בעיה שלך, אם התנהגות בצורה לא סבירה ואחרים היו מתנהגים אחרת, אתה צריך לשלם בזה. צריך להשיב את המצב של הניזוק לקדמותו.
- צדק מחלק: לא מעניין אותנו מה הנזק ולמי, אלא מה גודל הפגיעה הכללית, לא המזיק והניזוק הספציפיים. לכן גם כאן המזיק יצטרך לשאת בנזק לא משנה מה גודל העלות.
- בראייה כלכלית: כן זה רלוונטי, המטרה הפחות עלויות והגדלת הרווחה המצרפית (לקדם יעילות)- אם לא נצמצם עלויות (גם של רווחת נזק) אנחנו גורמים לעוגה המצרפית שלנו לקטון. אכפת לנו מעלויות גם אם נופלות על המזיק. היישום של הרעיון אומר שאם קבענו משהו לא יעיל, אז ימשיכו לקרות דברים לא יעילים בשרשרת. כדי לבדוק האם ההתנהגות סבירה פותחה נוסחת הנד:

נוסחת הנד learned hand formula

$$\begin{array}{l}
 \text{(Probability) } P \text{ - הסתברות שיגרם הנזק.} \\
 \text{(Loss) } L \text{ - שיעור הנזק - הסתכלות על הנזק} \\
 \text{P x L (תוחלת הנזק)} \\
 \text{הצפוי} \\
 \text{(Burden of precaution) } B \text{ - עלות המניעה} \\
 \text{הצבת אמצעי זהירות/הימנעות מהפעילות).} \\
 \text{התנהגות רשלנית (התרשלות)} \leftarrow P \times L > B \\
 \text{אין התרשלות} \leftarrow P \times L < B
 \end{array}$$

נוסחה שבאה לקבוע האם ההתנהגות הייתה סבירה, לפי הגישה כלכלית היא תהיה סבירה אם היא תהיה יעילה או לא סבירה אם היא יעיל יותר למנוע את הנזק. אם עלות המניעה גדולה מתוחלת הנזק (מכפלת שיעור הנזק בהסתברות שיקרה), אז לפי אנשי המשפט הכלכלי, הם לא רוצים שנמנע את הנזק. הנוסחה מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.

דוגמה 1: מפעל שפולט חומרים בזמן פעילותו ועשויה להיות דליפה. דליפה תגרום לנזק של 100 לשכן. ההסתברות להתרחשות היא 30% עלות התקנת הפילטר שימנע את הדליפה 20. לא הותקן פילטר והסיכון התממש, האם המפעל התרשל?

תוחלת הנזק היא 30 ועלות ההתקנה היא 20, ולכן המפעל היה צריך למנוע את הנזק וניתן לקבוע כי התרשל.

דוגמה 2: מפעל שפולט חומרים בזמן פעילותו ועשויה להיות דליפה. דליפה תגרום לנזק של 50 לשכן. ההסתברות להתרחשות היא 30% עלות התקנת הפילטר שימנע את הדליפה 20. לא הותקן פילטר והסיכון התממש, האם המפעל התרשל?

תוחלת הנזק היא 15 ועלות ההתקנה היא 20, ולכן המפעל לא היה צריך למנוע את הנזק וניתן לקבוע כי לא התרשל.

אימוץ נוסחת הנד

הריסטייטמנט האמריקאי, בתי משפט בארה"ב, בתי משפט בארץ. כלל, הנוסחה אומצה בארץ ובעולם. (הריסטייטמנט האמריקאי- מסמך שנכתב על ידי משכילים מכל מיני תחומי משפט. סידור וסיכום (קודקס) של הפסיקה האמריקאית). אולם, בארץ ובעולם היא אומצה לצד מטרות ושיקולים נוספים, זאת אומרת שהיא פועלת לצידם ולא הדרך היחידה.

דוגמאות לפס"דים: ועקנין נ' עיריית בית שמש, גרובנר נ' עיריית חיפה, ולעס נ' אגד.

פס"ד ועקנין נ' עיריית בית שמש

עובדות: המערער בן 15, קפץ קפיצת ראש לבריכה באזור המים הרדודים ונחבל קשות. במקום שבו קפץ לא היו שלטים שהקפיצה למים אסורה.

השאלה המשפטית: האם מפעילת הבריכה התרשלה בכך שלא הציבה שלטים שהקפיצה אסורה?

בימ"ש: ברק: הוא לא מכוון למניעת נזק באופן מלא ("לו ביקשנו לעשות את הרחיצה בבריכה לפעולה בטוחה לחלוטין, ייתכן כי צריך היה להציב מציל ליד כל מתרחץ"). אולם, שלטים, אזהרה או פיקוח הם אמצעים יעילים וטובים שלא כרוכים בהוצאה בלי סבירה, איזון ראוי בין הגנה על המתרחץ ובין המשך פקוד הבריכה. הם יכולים היו להקטין את הסבירות לקרות הנזק. לפיכך, עלות מניעת הנזק הייתה נמוכה מתחולת הנזק ולכן הייתה התרשלות (לפי נוסחת הנד).

גרובנר נ' עיריית חיפה

עובדות: אישה מבוגרת הלכה בגן ציבורי ונדרסה על ידי רוכב אופניים. היו שלטי אזהרה אבל לא הייתה אכיפה במקום (פקחים מטעם העירייה למשל).

השאלה: האם הייתה התרשלות מצד העירייה כשלא הייתה אכיפה?

שמגר: יש זיקה הכרחית בין אכיפה של הסכנה (נזק שעשוי להתממש) לבין אופיים של האמצעים הננקטים (עלות מניעה)- נק' מבט כלכלית.

הוא מוסיף, תמיד אפשר להוסיף אמצעים לפה או לשם, יכול להיות שיהיו נדרשים שני פקחים או ארבעה או יותר. הכיס של הרשות הציבורית הוא לא בלתי מוגבל. העלויות במקרה הזה עלות על תוחלת הנזק, ומדובר בכספי הציבור. לא נכון שהציבור יכסה הוצאות הכרוכות באמצעים שיהפכו את הפגיעה לבלתי אפשרית או נדירה.

דוחה על הסף את הפגיעה, טוען כי לא הייתה התרשלות בין היתר בהתבסס על הרציונל של נוסחת הנד ושיקולי יעילות (אבל הוא לא מפנה לנוסחה).

באתא נ' שוור שמגר אומר ששיקולים כלכליים פחות רלוונטיים והוא מתבסס על שיקולי צדק מתקן. אבל כאן הוא דווקא משתמש בהם- אי אפשר להציב פקחים ללא הגבלה. איך אפשר ליישב את זה?

שמגר בגרובנר: "בית המשפט הוא שיקבע אם יצאה הרשות ידי חובתה בנקיטת האמצעים המינימליים המתחייבים מאחריותה לפי דיני הנזיקין כלפי האזרח, וחזקה על בית המשפט שלא יצמצם ראייתו לסוגיה העובדתית הצרה שבפניו אלא יידע להקיף במבטו את הרקע הכללי יותר, לשם בחינתו של הסביר ובר הביצוע בנסיבות העניין".

ז"א לא להסתכל רק על המזיק והניזוק הספציפיים. צריך לזכור שהקביעה מהי סבירות זו קביעה נורמטיבית. אפשר להשלים קצת על יישוב הסתירה.

ולעס נ' אגד

הותקף על ידי בריונים כשהוא ממתין לאוטובוס בתחנה מרכזית. מרביצים לו ממש חזק. תובע את אגד שלא העמידה פקחים וזו התנהגות לא סבירה לטענתו.

השאלה המשפטית: לא היה ספק בכלל שנגרם נזק. השאלה נוגעת ליסוד ההתרשלות- האם אגד התרשלה כשלא העמידה פקח?

בימ"ש: "הוצאות המניעה של אגד נראות לכאורה קטנות מתוחלת הנזק הצפוי אם מביאים בחשבון את העובדה שאגד נדרשת ממילא לפי תנאי רשיון העסק לקיים סידורי שמירה ואבטחה, וכן את העובדה שהסדרים אלה באים למנוע גם נזק לרכושה היא"

בגלל שנרצה שהמזיק ינתהג בצורה יעילה, עלינו לבדוק גם את תוחלת הנזק שלו. ריבלין מאמץ את הניתוח של **קוטר ופורת**, וקובע שיש להוסיף לניתוח כלכלי גם עלות סיכון עצמי.

החידוש כאן: תוחלת הנזק עליה צריך להסתכל היא סכום תוחלת הנזק של הניזוק ושל המזיק וגם אם יעיל למנוע את הנזק.

שיעור 7 - 05/04

האם הפרת חקיקה היא אינדיקציה להתנהגות לא סבירה (התרשלות)? האם הפרת חוק בהכרח אומרת שההתנהגות הייתה לא סבירה?

פס"ד לרנר נ' מדינת ישראל

עובדות: נהג משאית לא נשמע להוראות חיילים ופורץ מחסום, החיילים יורים לעבר המשאית והנהג נפצע.

השאלה המשפטית: האם החיילים התרשלו שלא ירו בהתאם להוראות פתיחה באש ולא כיוונו את הירי לגלגלים? כלומר, האם הפרת חוק או נוהל מסוים יהווה באופן אוטומטי גם התרשלות?

נקבע: החיילים התנהגו באופן סביר למרות שהפרו את הוראות פתיחה באש. "הוראות הפתיחה באש הן אינדיקציה חשובה בדבר תוכנה של חובת הזהירות, אולם אין הן בהכרח מכריעות... מצבים קיצוניים אחרים, למצער במועד האירוע, לא זכו להתייחסות בהוראות הפתיחה באש. במצבים אלה כל שהיה מוטל

על החיילים – מנקודת המבט הנזיקית – הוא לפעול בסבירות, גם אם הדבר כרוך בסטייה מסוימת מהוראות הפתיחה באש".

ישנה הנחה שאם נפר חוק אז ההתנהגות תהיה בלתי סבירה כי החוק מגלם התנהגות יעילה. חייל הפר את חובת הירי, אך מפסק דין זה אנו למדים, כי הפרת דבר חקיקה לא בהכרח שווה גם התרשלות, **זו אינדיקציה בלבד. יש להסתכל על הקשר ועל הנסיבות:** בענייננו, לאור הנסיבות החמורות נקבע כי על אף הפרת החוק הוא לא התרשל.

שאלה: האם יכול להיות שיהיה חיקוק מסוים שבזמן מסוים יהיה לא סביר לפעול לפניו ואז יואשמו בהתרשלות?

ההתנהגות שסוטה מחוק או ממנהג לא בהכרח מעידה על התרשלות, אך הם שיקולים שניתן להיעזר בהם למדידת סבירות ההתנהגות.

נוסחת הנד הרתעה ביתר והרתעה בחסר:

סטנדרט הזהירות הוא רמת ההבנה של אדם, כמה עליו להיזהר בעשיית פעולה מסוימת. סטנדרט הזהירות נקבע בהתאם לתוחלת הנזק (PXL). טעויות לגבי חישוב הסיכוי להתרחשות הנזק או לגבי חישוב הנזק עשויות לגרום לטעויות בסטנדרט הזהירות.

הסבר: אדם מחשב את סטנדרט הזהירות על פיו הוא מצווה לפעול. מה קורה כאשר מסיבה מסוימת הוא טועה בגובה הנזק העלול לצפות מהפעולה? למשל חושב שהנזק הצפוי הוא 5 בזמן שהנזק האמיתי שעלול להתרחש הוא 10? טעות כזו תוביל לשינוי סטנדרט ולהטלת אשמה על אותו אדם במקרה של התממשות נזק שנגרם בעקבות כך.

דוגמא לטעות של מזיקים פוטנציאלים – דוגמת הנהגים:

על כל 100 פעמים שאני שולחת שליחים בפעם 1 יקרה משהו (נזק), הנזק לא קבוע, משתנה (משתלם לשלוח שליחים מהשכונה הענייה) על פניו בית המשפט מטיל על שולח הנהגים סטנדרט שווה – צריך להיזהר תמיד – בפועל תוחלת הנזק שונה והאנשים מחשבים את הנזק שונה (הסיכוי שאני אסע בשכונה ענייה ואפגע במישהו עדיף לי על הסיכון שאני אסע בשכונה עשירה) אנחנו כבני אדם יכולים לפרש את הסטנדרט בצורה שגויה- ולפעמים א' יתנהג אחרת כלפי אדם שהעלות שלו תהיה אחרת (נמוכה או גבוה).

- הרתעה ביתר (אנשים נמנעים מלהתנהג ביעילות): כאשר בית המשפט מעריך את תוחלת הנזק גבוה מדי, בהרתעת יתר אנשים נרתעים יתר על המידה, ובכך מונעים את הנזק כאשר יותר יעיל לא למנוע אותו (רפואה מתגוננת).
- הרתעה בחסר (מצב הרבה יותר בעייתי אנשים לא נתפסים ולא מפעילים את מידת הזהירות הנדרשת): כאשר ביהמ"ש מעריך את תוחלת הנזק נמוך מדי, גורם למזיק לנהוג בצורה זהירה פחות (לא זהירה) ולכן זה לא יעיל.

דומה לביקורת של הפרספקטיבה הכלכלית בפס"ד אבו-חנא [ביקשו למנוע שאנשים יפעלו בצורה פחות יעילה ויהיו מורתעים בחסר, כלומר שאם הפיצויים היו לפי נתונים סוציאקונומיים אנשים יחששו פחות לפגוע בשכונה ענייה לעומת החשש מפגיעה בשכונה עשירה ולכן פסקו שהפיצויים הם לא תלויים מצב סוציאקונומי]

אתגרים של כימות

איך מכמתים עלות מניעה? (הן לא בהכרח שוות לערכים של כסף- כמו למשל זמן). ואיך אעריך סיכוי התממשות נזק? (הסתברות) לעיתים לא נוכל לכמת (למשל נסיעה איטית יותר). ואיך נשתמש ברעיונות של נוסחת הנד לאור האתגרים הללו?

פתרונות:

- קירוב- נענה על הערכים בקירוב ולא במדויק.
- אי שיווין- לא צריך לאמוד את גודלם המדויק של כל אחד מהאגפים, כי מדובר במשוואה מסוג אי שוויון. ונראה שגם בית המפש לא משתמש ברמת דיוק כזאת.

נוסחת הנד לבדה לא מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילהמונע הנזק הזול – ריצ'רד פוזנר:

נוסחת הנד לבדה לא מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה. לא צריך להסתכל רק על המזיק ויכולת המניעה שלו אלא גם על הניזוק. יש להטיל את האחריות על הנזק על מי שיכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר, בין אם מדובר במזיק ובין אם מדובר בניזוק. מדובר **בתנאי מצטבר לנוסחת הנד**, שני התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה. [נבחנת בראייה אובייקטיבית של האדם הסביר אך היא נבחנת מהצד של המזיק].

דוגמא: שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס, בשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. תוחלת הנזק לשדה התירס 10, למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק, בעוד שלבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק. על מי נטיל את האחריות?

בעל הצאן רשך לפי נוסחת הנד כי $10 > 8$ אבל לפי מונע הנזק הזול הוא דווקא מגדל התירס לכן הוא יישא בעלות הנזק אם יתממש או שיוטל עליו לשאת בעלויות המניעה, כי $8 > 6$.

מה בעיות עם המודל של "מונע הנזק הזול"?

- (1) אי וודאות- לא תמיד ניתן לדעת מי מונע הנזק הזול
- (2) עלויות אדמיניסטרציה

ולכן הפתרון שהוצע בספרות הוא- **שוקל הנזק הטוב**.

שוקל הנזק הטוב ביותר – קלברזי והירשקופף

במקום שביהמ"ש יצטרך לחפש את מונע הנזק הזול ועשות את החישובים הוא רק צריך לבדוק לאיזה צד היה את המידע לפעול בעצמו. למי הייתה עמדה טובה יותר לערוך בעצמו ניתוח של עלות מול תועלת ולמי הייתה המידה האם כדאי וכיצד יש למנוע את הנזק או את האפשרות להתריע לצד השני. מי היה בעל היכולת לפעול כדי למנוע את הנזק. נועד למזער עלויות אדמיניסטרציה שכרוכות בתפעול הכלל "מונע הנזק הזול", שהן מאוד מכבידות על ביהמ"ש ויש לכך עניין בפרספקטיבה כלכלית.

לדוגמא: לבנקים שהם שחקנים חוזרים יש את היכולת לדעת שהם מונע הנזק הזול.

אולם, הרעיון לא מיושם בפועל בפסיקה).

תרגיל כיתה

לקראת סוף היום, דני, טבח מקצועי, החליט לצאת לחצי שעה לתנומה קלה במכוניתו בחניון המסעדה. היות שאחרוני הסועדים סיימו לסעוד, עובדי המטבח החלו לארגן את שולחנות המסעדה ליום המחרת, והמטבח נשאר ללא השגחה. בצק הקינוחים שנשאר בטעות בתנור הדולק החל להישרף, במזל לא נגרם נזק. תקנות הבטיחות במקומות ציבוריים קובעות כי אין להשאיר מכשירי חשמל דולקים ללא השגחה.

מה מהאמירות הבאות נכונות? נמקן

- דני הפר את עקרונות הבטיחות בעבודה וזו אינדיקציה להתרשלותו.
- תשובה: נכון, זו אינדיקציה להתרשלותו, אבל יש מקרים חריגים. זה לא אומר בהכרח שזה יוביל לשם בוודאות אם לא נגרם נזק למשל, אבל זו אפשרות.
- מדובר על התרשלות, המצריכה הוכחת גרימת נזק, ולא די בהוכחת התנהגות לא סבירה. היות שלא נגרם נזק דני לא התרשל.
- לא נכון, עוולת הרשלנות מצריכה הוכחה של נזק, התרשלות היא היסוד ההתנהגותי לרשלנות ואינה מצריכה הוכחה של קיום נזק. אבל מצד שני כן מדובר על התרשלות, כי הוא התנהג בהתנהגות לא סבירה.
- דני התרשל אף על פי שלא נגרם נזק.
- לא נכון, דני התרשל כי לא חייב נזק בהתרשלות (רק ברשלנות)
- אף תשובה אינה נכונה.
- לא נכון, כי המשפט הראשון נכון.

שיעור 8 - 07/04יסודות עוולת הרשלנות - המשךקיומה של חובת זהירות

2

פס"ד Donoghue v Stevenson

הלכה עם חברה לשתות בירה וכשהיא מסיימת את הבירה מהבקבוק היא רואה חילוון. היא תובעת את סטיבנסון (היצרן של הבירה). זה פס"ד מאוד פורץ דרך משום שהתביעה שלה התקבלה ונקבע שיש חובת זהירות כלפי הגברת. האינטואיציה העד אז הייתה שאיפה שיש חזית משותפת, יש לי חובת זהירות, וכאן אין קשר ישיר עם היצרן.

ס' 35: "ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יד לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג" - מציג את חובת הזהירות

ס' 36: מפרט ממש את חובת הזהירות: "החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף."

לורד אטקין אומר: לפי רעיון "השומרני הטוב" יש כלל "תאהב את השכן שלך" לפיו אין לפגוע בשכן שלך. השאלה היא מי זה השכן במשפט? שכן זה אדם שהוא מספיק קרוב אלייך, כדי להיות מושפע מההתנהגות שלכם, ולכן עלינו לקחת בחשבון אותו כשאנו פועלים וחושבים איך לנהוג, כלפיו אנו חבים חובת זהירות.

המשמעות של פסק דינו: "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

התפתחות חובת הזהירות בארץ:

גורדון נ' עיריית ירושלים

גורדון מכר רכב למישהו, ביצעו העברת בעלות. אבל גורדון עדיין המשיך לקבל קנסות על הרכב למרות שדיווח על המכירה והודיע על הטעות, הפסיק לשלם את הדוחות ובסוף הוא נעצר.

השאלה המשפטית היא: האם אפשר להטיל על העירייה אחריות על עוולת הרשלנות? האם יסוד חובת הזהירות מתקיים? השאלה האם ניתן לתבוע בעוולה רשלנית היא מאוד קריטית כי במידה ולא איך הוא יקבל סעד?

סי' 60 לפקני"ז: "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל – למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת – נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך; אך לא תוגש תובענה נגד אדם על נגישה רק משום שמסר ידיעות לרשות מוסמכת שפתחה בהליכים."

נגישה זה מצב בו נעשה הליך לא תקין מול מישהו. אבל הבעיה היא שבסעיף נדרש זדון, אבל העירייה לא פעלה בזדון (זו עוולת כוונה). ולכן השאלה האם ניתן לתבוע ברשלנות היא נורא קריטית, כי על נגישה לא ניתן לתבוע, ואם לא תהיה גם רשלנות, גורדון לא יקבל אף סעד?

בימ"ש: ברק: האם אפשר לומר שלעירייה יש חובת זהירות שאותה ניתן לטעון שהיא הפרה? לטענתו, יש חובת זהירות של העירייה כלפי גורדון, אשר הופרה ולכן העירייה התרשלה.

מה זה אומר? **שחובת זהירות היא סוג של מסננת.** יכול להיות שמישהו התרשל אבל מכל מיני סיבות, יסוד חובת הזהירות לא מתקיים ולא תוטל אחריות ברשלנות.

ברק- **הקריטריון למי הוא אותו "שכן"** אדם קרוב מספיק שאני צריך לקחת אותו בחשבון כי יכול להיות מושפע ממעשיי, הוא **מבחן הצפיות**. לפי המבחן הזה יקבע האם אני חייבת חובת זהירות או לא.

סי' 36 לפקני"ז: "החובה האמורה..... כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף".

שני סוגים של צפיות במסגרת חובת הזהירות:**1. חובת זהירות מושגית = צפיות נורמטיבית**

צפיות נורמטיבית בוחנת האם המזיק היה צריך לצפות את אירוע הנזק וגם את הניזוק (חובת זהירות בין סוג המזיקים לניזוקים, בהתחשב באירוע הנזק). מדובר בסטנדרט שבימ"ש יכול לקבוע. נורמה, מה ראוי היה לעשות, שיקולי מדיניות, בימ"ש נדרש לשאלה: האם מישהו היה צריך, האם ראוי היה שאנשים בנסיבות האלה צריכים לצפות את הניזוק הפוטנציאלי הזה. האם באופן כללי נרצה שמזיקים בנסיבות האלה ייקחו בחשבון את הניזוקים? דוגמה לשיקולי מדיניות: למשל נטיל על מורים אחריות בטיולים אם ילד נפגע, כדי ליצור סטנדרט מאוד גבוה (שיקול כלכלי), אבל יש לזה גם חסרון- זה יכול לגרום למורים למשל לא לרצות לצאת לטיולים. (1) שיקולי הרתעה (2) עלויות מנהליות כתוצאה מהגשת תביעות סרק (אם נאפשר לכל אחד להגיש תביעות, כי לכולם תהיה חובת זהירות לגבי כל נזק בעולם, אז אנחנו פותחים את הדלת של בימ"ש באופן רחב מדי) (3) נדגים מדברי שמגר **במדינת ישראל נ' לוי**.

מדינת ישראל נ' לוי

עובדות: מישהו נדרס, המשפחה (העזיבון) רוצה לתבוע את הממונה על חברת הביטוח במדינה, כי הוא לא התריע שחברת הביטוח (של הנהג) עומדת לפשוט רגל ולכן הניזוקים לא יכולים לתבוע את חברת הביטוח. ועכשיו אין מי שישלם פיצויים.

השאלה המשפטית: האם יש חובת זהירות של הממונה על הביטוח כלפי לוי? האם הוא חייב לו חובת זהירות כלפי לוי? האם היה עליו לצפות את הנזק הזה? נבדוק קודם לפי המבחן השני- מבחן הצפיות הטכנית- חובת זהירות קונקרטית: אפשר לטעון שהוא יכול היה לצפות את זה. עכשיו נבדוק את מבחן הצפיות הנורמטיבי- חובת זהירות מושגית, האם אנחנו חושבים שזה הדבר הראוי לעשות? האם זה תואם את הנורמה שצריכה להיות לדעתנו? **בימ"ש (שמגר)**: נותן תשובה מורכבת:

מתי מתקיימת צפיות נורמטיבית? שיקולי מדיניות שיש להביא בחשבון:

- א. האם מדובר במעשה או במחדל? (במחדל נהיה יותר חשדנים, צריך היזהר יותר ולהחיל בצורה מצומצמת יותר את האחריות הנזיקית ברשלנות)
- ב. מה סוג הנזק (נזק ממוני טהור או נזק גוף או נפשי למשל)?
- ג. האם ההסתמכות של הניזוק על פעולת המדינה מוצדקת? שיקול שרלוונטי שמעורבת המדינה?
- ד. האם המדינה פועלת בכובעה הציבורי או הפרטי?
- ה. האם טענת ההתרשלות כלפי המדינה היא על ביצוע או הפעלת שיקול דעת? האם מדובר על מצב שבו הממונה על הביטוח התנהג בצורה שפוזיטיבית אפשר לומר שהיה צריך לעשות משהו ולא עשה או עשה זאת בצורה לא סבירה, או שמדובר בשק"ד שהפעיל, ושקל שיקולים שונים והגיע למסקנה לא להתריע על פשיטת הרגל הצפויה של החברה?

← שמגר פוסק לטובת צמצום אחריות המדינה לגבי נזקים הנובעים מהחלטות מנהליות המבוססות על שיקול דעת: כשאפשר לבקר את הצד הפרוצדורלי אז אפשר לבקר את הסטנדרט והנורמה אך כשיש שיקולים אחרים המצב שונה – מה היה קורה אם היה

מתריע? יכול מאוד להיות ששיקול הדעת היה שאפשר להציל את חברת הביטוח בעוד שאם היה מתריע כולם היו בורחים מהחברה ואז לא היה ניתן להצילה. הוחלט בעניין לוי כי הממונה על הביטוח פעל במסגרת שק"ד הרחב שהיה לו. (למשל, יכול להיות שאם היה מתריע על פשיטת הרגל הצפויה, כולם יברחו ממנה למרות שעוד היה אפשר אולי להציל את החברה). כאן אנחנו רוצים לאפשר שק"ד רחב לממונה על הביטוח לכן לא נאמר שיש חוב זהירות לא נאמר שהדבר הראוי היה להתריע, כי כך היה נחרץ גורלה של חברת הביטוח.

2. חובת זהירות קונקרטיית = צפיות טכנית

צפיות טכנית בוחנת האם המזיק יכול היה לצפות את אירוע הנזק והניזוק.

פס"ד פלסגרף

עובדות: הלן נוסעת ברכבת עומדת ברציף ובדיוק עוברת רכבת שעגנה ברציף. מישהו רץ כדי להספיק לרכבת, עובדי הרכבת מנסים לדחוף אותו ולמשוך אותו. לנוסע הייתה חבילה עטופה בנייר החבילה נופלת ומסתבר שהיה בתוכה זיקוקים שמתפוצצים. היה מוט ברזל ליד הלן פלסגרף, המוט נפל עליה על הראש וגרם לה לזעזוע מוח, קשיים בדיבור ובסוף היא נהייתה אילמת.

השופט קרדוזו: קובע שאין חובת זהירות כלפי גברת פלסגרף. היא ניזוקה היא נזק, אבל השופט אומר שהיא הייתה מחוץ למתחם הסיכון שעובדי הרכבת יכלו לצפות. עובדי הרכבת היו לא בסדר, יכול להיות שהם התרשלו, אבל כלפי מי הם התנהגו לא בסדר? אולי כלפי הנוסע עם חבילת הזיקוקים. כי היה יכול להגרם לו נזק גופני, של רכוש. אולי גם כלפי אנשים אחרים בקרבת מקום. אבל גב' פלסגרף הייתה במקום אחר לחלוטין, לא היה אפשר לצפות שהתנהגות כזאת תגרום למוט שנמצא במקום אחר ליפול עליה כשמנסים לדחוף מישהו לרכבת? לא לפי קרדוזו ולכן הרכבת לא חלה חובת זהירות כלפיה, לא היה ניתן לצפות לנזק המסוים הזה, בנסיבות המסויימות לניזוקה המסוימת.

המסקנה מהפס"ד: הצפיות הטכנית לא מתקיימת כשהמזיק לא יכול היה לצפות שהתנהגותו תגרום לניזוק את הנזק שקרה. אם אין צפיות אין חובת זהירות. בשורה התחתונה עלינו לחשוב האם המזיק יכול לחשוב (לצפות) על הנזק שיגרם לניזוק המסוים במקרה הספציפי.

פריצקר נ' פרידמן

אדם מכוון נהג ונמחץ על ידי הרכב.

אגרנט: מתייחס לחובת זהירות קונקרטיית: יש חובת זהירות מושגית (נורמטיבית) ז"א שאפשר לטעון שבנסיבות כאלה אנחנו רוצים שנהגים ישימו לב כלפי כולם, אבל האם הוא יכול היה לצפות את הניזוק לניזוק המסוים? הוא יכול היה לצפות שכל אחד אחר שלא שומע את האזהרה, מישהו אחר יכול בטעות להתפרץ לכביש, יכול היה לצפות שמישהו יפגע אבל האדם היחיד לא יכול היה לצפות שיפגע זה הנדרס עצמו, הוא זה שכיוון אותו, מדובר בניזוק בלתי צפוי.

זילבר: חלה חובת זהירות גם קונקרטיית (טכנית) במקרה הזה: הנהג יכול היה לצפות את אירוע הדריסה ואת הנדרס, אבל הוא אומר שהוא עמד בחובה שלו ולא הפר אותה. כי האדם בעצמו אמר לו לנסוע אחורה לכיוון הזה, הכל היה מתוכנן על ידי הנדרס עצמו.

יישום די נדיר- בימ"ש אומר שאין חובת זהירות קונקרטיית כלפי הניזוק המסויים הזה.

יסודות עולת הרלשנות:**המודל המסורתי:**

1. התנהגות רשלנית (אשם)
2. קיומה של חובת זהירות מושגית
3. קיומה של חובת זהירות קונקרטיית
4. גרימת נזק

המודל המוצע: (הש' עמית בבלוני, ש' לוי בשתיל)

1. התנהגות רשלנית (אשם)
2. גרימת נזק
3. שיקולי מדיניות

זה ויכוח פרגמטי לחלוטין בנוגע לחובת הזהירות- למה מעניינת אותנו חובת הזהירות? קודם נבדוק התרשלות יש שיגידו, אחרי זה אפשר לבדוק אם היה נזק ואם יש קשר סיבתי ולבסוף האם יש שיקולי מדיניות שבגינם אנחנו רוצים לפתור מאחריות נזיקית (המודל המוצע)

יגידו המתנגדים שלחלוטין לא, כדי שיגידו שיש התרשלות צריכה להיות חובת זהירות והפרה שלה. אחרי שנבדוק התרשלות, צריך לדון בשאלה אם יש חובה. ואם אין חובה אז איך אבדוק אם היא הופרה?

עונים אנשי המודל המוצע- כן, נכון שצריך לבדוק קודם חובת זהירות, אבל בואו נניח שקיימת חובת זהירות כללית במקומות בעייתיים בהם ניתן לטעון שהייתה התרשלות.

הויכוח הזה בא לידי ביטוי גם בפסיקה. המודל הראשון הוא עדיין המודל המקובל בפסיקה, המודל המוצע הוא עוד לא התקבל בפסיקה. עד שתהיה הלכה אחרת. ועד אז נעבוד לפי המסורתי (גם במבחן).

שיעור 9 - 26/04

חידוד: מדובר בויכוח טכני בין שופטים- האם צריך את חובת הזהירות או אפשר לוותר עליה? איך יש לבחון את עולת הרשלנות. למרות שכל היסודות שנמצאים במודל המסורתי, יש הסכמה שהם רלוונטיים ותקפים. אבל מה? קיים ויכוח לגבי היבטים פרקטיים, האם יש כפילויות מסויימות, סיבוכים. אנחנו צריכים להכיר את שני המודלים כי אולי דברים ישתנו. אבל במבחן כרגע להתייחס למודל המסורתי.

הש' עמית בבלוני אומר שהמודל המסורתי הוא מאוד מסורבל, למה אנחנו צריכים אותו. הרי בסופו של דבר מבחן הצפיות, שואל אותנו האם האדם היה צריך (חובת זהירות מושגית) ובבחינת התנהגות רשלנית אנחנו כבר שואלים את עצמנו האם הוא צריך היה לצפות, ולכן השאלות האלה כבר נשאלות ולא צריך לחזור עליהן.

אבל מיטל מסתייגת, יש נסיבות (כמו פס"ד פריצקר), מקרים שבהם נשאל את שאלת: האם יכול היה לצפות, יהיה לנו קל להבין שחובת הזהירות לא מתקיימת, אבל אם נדון בשאלה הזאת דרך יסוד ההתרשלות אולי נגיע לתוצאה אחרת. אפשר לומר שאדם סביר לא היה צריך לצפות אבל אולי היינו אומרים שהוא כן. אבל אם נתייחס לזה 'דרך חובת הזהירות, לא נטעה. ולכן כדי בינתיים להשתמש במודל המסורתי.

עמית בפלוני אמר גם שקיומה של חובת זהירות מושגית (היה צריך) משיקולי מדיניות, היא מיותרת, אנחנו צריכים אותה אולי במצבים יוצאי דופן (עליהם נדבר בהמשך), אבל במצבי הליבה של דיני הנזיקין אנחנו לא צריכים אותה. בסופו של דבר נשאל האם יש שיקולי מדיניות, שלמרות שהייתה התרשלות ולמרות שהיה נזק, צריך לפתור אותו מרשלנות

השופט הנדל, **פס"ד וגנר ני עבאדי**, לא מסכים עם עמית, ומציע להתייחס לטבעה של חובת הזהירות לפי המקרה- השופטים חלוקים בנושא. יש מצבים שברור בחלה חובת זהירות, במצבים מורכבים נהיה חייבים לבחון האם חלה חובת זהירות, ויש מצבים מעורבים: בהם לא ברור אם חלה חובת זהירות או לא, וצריך לבחון. בתכל'ס הוא אומר שחובת הזהירות הטכנית נמצאת ביסוד ההתרשלות כבר אבל צריך את חובת הזהירות המושגית, אי אפשר לוותר עליה. (גם השופט עמית אומר את זה, אבל הוא אומר שאפשר לטעון שהיא קיימת באופן מובן מאליו בחלק מהמצבים, אבל מיטל אומרת שקשה לטעון את זה אם אין רשימה מוסדרת של המצבים שבהן ברור ואלה שלא).

יסוד שלישי: גרימת נזק

3

מורכב משניים:

1. הוכחת נזק
2. הוכחת קשר סיבתי בין ההתנהגות העוולתית (התרשלות) לבין הנזק. התרשלות היא סטייה מסטנדרט הזהירות, וזה לא כל כך פשוט להוכיח שהיא זו שגרמה לנזק.

ס' 35 לפקודת הנזיקין: "והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עשה עוולה".

המבחן לבחינת קש"ס **עובדתי במשפט** - "מבחן האלמלא" - האם הנזק היה קורה אלמלא העוולה- ההתנהגות הלא סבירה.

למשל, חולה נפטר על שולחן הניתוחים והוכחנו שהייתה התרשלות, והיה נזק הרי כי החולה נפטר, אנחנו צריכים לשאול האם היה קש"ס עובדתי, האם המטופל היה נפטר אם הרופא היה פועל באופן סביר? רק אם הרופא התרשל ונגרם נזק והצלחנו להוכיח שאלמלא ההתרשלות הנזק לא היה קורה ניתן לומר שהיה קש"ס.

אם התשובה היא כן, אין קש"ס (נפטר מסיבוך של מצב גנטי למשל) אם התשובה היא לא, יש קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

במבחן הזה צריך להבין שני רבדים: (1) מה הייתה התוצאה בפועל כשהייתה התרשלות (2) מה הייתה התוצאה אם לא הייתה התרשלות- שאלה היפותטיות.

חשוב: הסיבתיות היא יסוד הכרחי בעוולות אבות הדורשות הוכחת נזק- ולכן נלמד עליו בנפרד. כרגע זה לא המבחן השלם כדי לבדוק סיבתיות ברשלנות. הנושא מאוד מורכב כי הוא מקפל בתוכו גם מבחן עובדתי וגם מבחן משפטי. נעסוק גם בניסיון לשרטט גבולות ברורים לתוצאת המבחן הסיבתי-עובדתי (גבולות אלה ידועים בשם "סיבתיות משפטית"). הרעיון של סיבתיות משפטית: מבחן האלמלא יכול להביא אותנו לתוצאה שיש קשר בין ההתרשלות לבין נזק, ולפעמים הנזק יכול להיות אין סופי (הנזק הדרדר והדרדר) עד מתי נתבע יישא בתוצאות לנזק שגרם? חייבים את הגבולות הברורים האלה ונעשה זאת באמצעות קש"ס משפטי.

סיכום עוולת הרשלנות בקווים כללים

- התנהגות רשלנית- האדם הסביר, בנסיבות, נוסחת הנד ומונע הנזק הזול/ שוקל הנזק הטוב.
- קיומה של חובת זהירות :
 - (1) חובת זהירות קונקרטי (צפיות טכנית)
 - (2) חובת זהירות מושגית (צפיות נורמטיבית)
 - (3) גרימת נזק
 - הוכחת נזק
 - קש"ס בין ההתנהגות (האשם) לבין הנזק- בהמשך נבחין בין סיבתיות עובדתית ומשפטית.

גבולותיה של עוולת הרשלנות

בפס"ד לוי נ' מדינת ישראל נאמר: שחובת הזהירות לא תחול בדר"כ במצבים של נזק כלכלי טהור, נזק נפשי (בלתי ממוני טהור), הוא נתן שם רשימה של מקרים. זו הייתה הגישה בעבר.

זה כמו נושא המשך על חובת הזהירות, אנחנו נבדוק מתי היא חלה, מצבים שצריך לשים עליהם דגש, **מתי חובת הזהירות כן חלה או לא חלה.**

- (1) נזק ממוני (כלכלי) טהור
 - a. נזק כלכלי כתוצאה ממצג שווא רשלני
 - b. חובת זהירות של בנקים
 - c. נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה
- (2) נזק בלתי ממוני טהור
 - a. ניזוקים ישירים (כולל המקרה של פגיעה באוטונומיה)
 - b. ניזוקים עקיפיים
- (3) חיים והולדה בעוולה
- (4) מחדל טהור

נזק ממוני (כלכלי) טהור

1

- נזק כלכלי טהור- נזק שלא נלווה אליו נזק פיזי (גוף או רכוש). בעבר נזק זה היה נתפס כמשהו שלא חלה חובת זהירות לגביו.
 - נזק כלכלי לא טהור- נזיק פיזי שכתוצאה ממנו הניזוק סובל גם מנזק כלכלי.
- בעבר לא היה חובת זהירות בנוגע למקרים של נזק כלכלי טהור. למה? (רציונלים לכלל הישן)
- (ב) קשה להוכיח את זה יותר (2) בתי המשפט יוצפו. (3) מטען נורמטיבי אחר.

טיעונים נגד הכלל הישן, שמובילים לשינוי:

- (1) לא מתיישב עם צדק מתקן- אם נפגעה זכות צריך לתת סעד עליה
 (2) לא מתיישב עם שיקוי הרתעה- אם אני יודעת שייצא לי כסף מהכסף, אני לא אפגע.

נראה שלושה מופעים שונים לגביהם הוכרה האפשרות להכיר בחובת זהירות בנוגע לנזק כלכלי טהור:

- (1) מצג שווא רשלני (2) חובת זהירות של בנקים (3) נזק כלכלי לצדדים שלישיים לחוזה

א) מצג שווא רשלני-

ס' 56 עוולת התרמית: "תרמית היא הַצָּג כוזב של עובדה, בידיעה שהיא כוזבת או באין אמונה באמיתותה או מתוך קלות ראש, כשלא איכפת למציג אם אמת היא או כזב, ובכוונה שהמוטעה על ידי ההיצג יפעל על פיו; אולם אין להגיש תובענה על היצג כאמור, אלא אם היה מכוון להטעות את התובע, אף הטעה אותו, והתובע פעל על פיו וסבל על ידי כך נזק ממון." *אז למה חשוב לתבוע בעוולת הרשלנות אם יש את עוולת התרמית? כי היא מצפה מאיתנו להוכיח כוונה. אז כשיש מצג שווא אפשר לתבוע גם על תרמית, אבל אם לא נאפשר לתבוע גם ברשלנות, לא נאפשר לקבל סעד במקרה שאין כוונה.*

ויינשטיין נ' קדימה

קבלן בנה מיכל מים עבור קדימה. בתכנון המיכל היו פגמים שנגרמו עקב רשלנות המהנדס של קדימה. עקב הפגמים קדימה שהזמינה את שירותי הקבלן לא הסכימה לשלם לו את המחיר המוסכם. הקבלן בעצם הסתמך על תכנית של המהנדס ובשל כך איבד את שכרו (נזק כלכלי טהור) וגם את שמו הטוב. החוזה בכלל הוא מול קדימה, מול המהנדס אין לו קשר חוזי ולכן אין עילה חוזית. האם יש עילה נזיקית ברשלנות למהנדס?

התנאים להכרה בנזק כלכלי טהור בגין מצג שווא רשלני (תנאים מצטברים)-

מתי למרות שמדובר במערכת יחסים שאנחנו לא רוצים לאפשר בה תמיד לתבוע רשלנות, כן נאפשר זאת?

1. **מיומנות מיוחדת-** מי שעשה את מצג השווא היה בעל מיומנות מיוחדת (בפס"ד **אתא נ' אילנקו** הורחב גם לרשות ציבורית ומוסדות המדינה)
2. **מהלך העסקים הרגיל-** המצב נעשה בזמן מהלך עסקים, אנחנו רוצים שמי שנותן עצה יחזק כמי שנותן עצה כרגע.
3. **הגבלת היקף האחריות-** למשל רואה חשבון יוצר מאזן לחברה שעובד איתה והיא מסתמכת עליו, המאזן היה רשלני ולחברה נגרם נזק, ונגרם נזק גם לכל מי שהסתמך על המאזן (אנשים קנו וסחרו בהתאם למאזן), היקף הנזק שיכול להיגרם יכול להיות אינסופי. לפעמים הרבה מאוד אנשים יכולים להסתמך על מצג מסוים.
4. **יש להתחשב בכך שהמציג התכוון שהתובע המסוים יסתמך על חוות הדעת.** אם הייתה כוונה לייעץ לתובע אז נצמצם את היכולת לתבוע בגין נזק כלכלי טהור- רק אותו התובע יכול לתבוע.
 ← ס' 3+4 מאוד דומים- בס' 4 מצמצמים את האפשרות לתבוע רק לאדם אחד ספציפי שלו ניתנה חוות הדעת.

5. אותו המציג יכול היה לצפות שלא תהיה בדיקה נוספת בעקבות חוות הדעת (במקום דחייה על סמך טיעון זה ניתן להחיל הגנה חלקית של אשם תורם)

← על התנאי הזה נפלה התביעה כי כאן היה מצופה מהקבלן ללכת ולבדוק את המהנדס כי אין נוהג בתחום הזה פשוט לסמוך על המהנדס כמו שהוא אומר. ובגלל שאין נוהג לסמוך הוא היה צריך לבדוק, וגם הוא חתם על חוזה שאומר שהוא מקבל את כל דברי המהנדס.

אפשרות נוספת לבימ"ש: לקבל את התביעה חלקית, ולקבוע אשם תורם של הקבלן ואז הייתה התרשלות של שני הצדדים והיה ניתן לחלוק את היקף הנזק.

שיעור 10 - 28/04

(ב) נזקים כלכלי טהור שנגרם ע"י בנקים- חובת זהירות של בנקים

זו סוגייה שבה כמעט כהכרח הנזק הכלכלי יהיה טהור. הכלל הוא שעל בנקים חלה חובת זהירות הרבה יותר רחבה מאשר בסיטואציות אחרות. מה הרציונליים לכך? בנקים הם שוקל הנזק הטוב ומונע הנזק הזול, יש בידיהם הרבה מאוד מידע, הם שחקנים חזקים, אנחנו תלויים בהם- יחסי תלות. הם שחקנים חוזרים. (1) לבנקים גישה רחבה למידע שרוב הציבור לא יכול להשיג, כלומר הבנק דר"כ שוקל הנזק הטוב ביותר. (2) לקוחות נוטים לתת אמון מיוחד בבנקאי ובבנק, נוטים לסמוך ולהסתמך (במיוחד לנוכח קיומם של יחסי תלות בין הלקוח לבנק). (3) הבנקים מפזרי נזק טובים, עובדים מול המון לקוחות וגורמים.

פס"ד טפחות בנק למשכנתאות נ' צבא

חברת בנייה שמכרה דירות בעיר עמנואל הייתה לקוחה של בנק, שידע על מצבה הכלכלי הגרוע. הבנק מלווה כספים לקוני הדירות במסגרת חוזה משכנתא ומעביר את כספי ההלוואה ללווים לחשבון החברה שנמצא אצלו. הכסף של הלווים של המשכנתאות הולך לחשבון החברה שנמצאת בקשיים. הבנק נמצא בסיטואציה של ניגוד אינטרסים.

הלווים טוענים: למה הבנק לא אמר שום דבר, ידעת שהחברה בקשיים, התרשלת, הפרת חובת זהירות מולנו וגרם לנזק כלכלי. הבנק אומר: שהוא לא יכול היה להגיד כי הייתה לי חובת סודיות מול הלקוח- החברה הקבלנית, ואם הוא היה מפר אותה אין ספק שהבנק היה פושט רגל.

נפסק: על הבנק היה לגלות שיש לו ניגוד עניינים, ולהגיד להם שהם צריכים ללכת לייעוץ נוסף.

נזק כלכלי טהור שנגרם על ידי בנקים- המשך

מרמה וזיופים

דיסקונט בע"מ נ' קוסטמן

עובדות: עו"ד מיופה כוח, מחליט להשתמש בכך לטובת עצמו וחותרם בשם הלקוח על ערבויות שיש לו לטובת עצמו. העו"ד נפטר והבנק רוצה את הכסף שלו, אז הוא רוצה את הכסף מהלקוח של העו"ד- לקזז את החובות של עו"ד עם יתרת הזכות שהייתה בחשבון של הלקוח, וזאת על סמך הערבויות שחתם העו"ד.

טענת הלקוח: על הבנק לשאת בנזק שנגרם, כי הוא היה צריך לבדוק, איך הבנק לא בודק כשמיופה כוח חותרם על ערבות, איך הבנק לא שואל שאלות.

בימ"ש: התביעה התקבלה- הבנק התרשל, היה עליו לבחון את פעולותיו של מיופה הכוח, מדובר בסיכון ש"בנק סביר" צריך לקחת בחשבון (כשהחשד שעולה גדול יותר, גדל הסיכוי לגלות את התרמית באמצעות חקירה קלה יותר). בנקים יודעים שיכולים להיות זיופים ומרמות.

חלק מהרעיון של מיופה כוח הוא למנוע סרבול, הבנק לא מצופה לשאול שאלות בכל פעם שמיופה כוח פועל. מי שמייפה כוח זה למעשה כדי למנוע את כל הסיבוך של לקבל שאלות מהבנקים וללכת אליהם. – עם זאת, כשיש חשד – מיופה הכוח פועל לטובת עצמו – על הבנק חובה לבחון את פעולות מיופה הכוח. ככל שהחשד גדול יותר – הבדיקה הנדרשת קטנה יותר, זה היה צריך להעלות נורה אדומה ולבדוק – כך יכל למנוע את הנזק.

נזק כלכלי טהור שנגרם על ידי בנקים- המשך

אחריות של בנק כלפי צד ג'

חובת הזהירות של הבנקים קיימת לא רק כלפי לקוחות אלא גם כלפי צדדים שלישיים:

פס"ד קופת אשראי וחסכון אגודה הדדית בע"מ נ' עוואד

צ'קים בנקאיים ריקים נגנבו מהבנק. הגנובים השתמשו בהם כדי להוציא כסף מחלפני כספים (change). ועכשיו כאשר החלפנים הגיעו לפדות את הכסף הם מבינים שהם מזוייפים ואין ממי לפדות.

טענת החלפנים: לא אנחנו צריכים לשלם, אלא הבנק צריך לשלם לשאת בנזק שנגרם (נזק כלכלי טהור)

התביעה התקבלה: הבנק התרשל, שכן לא נקט באמצעי זהירות שהיה צריך לנקוט בהם כדי למנוע את החליפין בצ'קים גנובים.

ג) נזקים לצדדים שלישיים מהפרת חוזה

קורנפלד נ' שמואלוב

סנדלר ויצרן מרצפות רכשו חברה שהחזיקה חלקה במטרה להקים על החלקה בית ולמכור את הדירות. הם מתקשרים עם קבלני משנה שבנו את הדירות, ולא מפקחים על ביצוע העבודות. התובעים הם מי שרכשו את הדירה מהרוכשים המקוריים וגילו נזק חמור בדירה. (הם היו צריכים לקחת מישהו שכן יודע את העבודה וכן מבין שיוכל לפקח על קבלני המשנה שבנה את הדירות ממש באופן גרוע שמהווה סכנה).

הזוג שרכש את הדירה (הם הרוכשים השניים לא הראשונים של הדירה) תובעים את ההוצאות שנדרשות לתיקון הדירה.

מה הבעיה בהכרה באפשרות לתבוע ברשלנות (קביעה שקיימת חובת זהירות)? כי אין להם חובת זהירות כלפיהם, החוזה שהיה הוא מול הקונים הראשונים. ולא מול הקבלן. וגם אם נקבע שיש להם חובת זהירות, זה מרחיב את חוג התובעים להיקף לא ידוע.

אפשר להגיד שחברה כזאת קטנה היא מונע הנזק הזול? לא כי זו חברה קטנה ולא מפותחת אבל אפשר להגיד שהם התרשלו.

בימ"ש: לא רק שחלה חובת זהירות לאותם רוכשים שניים אלא אולי גם לרוכשים שלישיים ורביעיים, ברור שיש נזק ומדובר על סיטואציה כל כך ברורה, כשמדובר בקבלן אני לא רוצה להגביל את הניזוקים הפוטנציאליים, ואני עדיין אומר שהם כל כך התרשלו בבנייה ובפיקוח על הבנייה, התרשלות חמורה, שהם צריכים להיות אחראיים על זה. אחריות הקבלן לגבי הבניין כבטוח לשימוש ולמגורים אינה מוגבלת ליחסים חוזיים, אלא קיימת באופן עקרוני גם כלפי צדדים שלישיים, לא נקבעו מסמרות לעניין היקפה (מה מספר הרוכשים הלאה שאני אכיר באחריות הקבלן לגביהם).

נזק בלתי ממוני טהור

2

א. ניזוקים ישירים (כולל המקרה של פגיעה באוטונומיה)

ב. ניזוקים עקיפים

נזק בלתי ממוני טהור- גרימת צער, עוגמת נפש, סבל ונזקים דומים כשכל אלה אינם נובעים מנזק פיזי לגוף או לרכוש.

הכלל בעבר- ניתן לתת פיצוי על נזק בלתי ממוני טהור, רק אם הוא נלווה לנזק הפיזי של התובע, והוכח קשר ישיר בין הנזק הפיזי לבין הנזק הבלתי ממוני.

הרציונלים לכלל- (1) הצפת בתי המשפט (2) כשלים ראיתיים, קשיי הוכחה (3) קשה לקבוע שווי (נזקי גוף אפשר לבטח. לא ברור כיצד אם בכלל, ניתן לבטח נזקים בלתי ממוניים טהורים). (4) אנחנו לא רוצים שאנשים ירתעו יתר על המידה ויפחדו למשל ללכת ברחוב.

ש' אור **בפס"ד דעקה**, לא משתכנע מהנימוק הראשון שכל הזמן האומרים שזה יציף את בתי המשפט והוא חושב שגם אם הנזק הוא נפשי אפשר לפצות עליו.

טיעונים נגד הכלל: -שהביאו למגמת התרחבות המאפשרת תביעה בגין נזק בלתי ממוני טהור:

- 1) לא מתיישב עם צדק מתקן
- 2) לא מתיישב עם שיקולי הרתעה- אנחנו רוצים להרתיע אנשים גם לפגוע בנפש אנשים, לא רוצים שאנשים יפעלו איך שהם רוצים כי לא יהיה ניתן לתבוע אותם על פגיעה בנפש.
- 3) קשה לקבוע שווי גם בהקשרים אחרים, והתגברנו, מדובר בעניין של מדיניות שניתן לשינוי.

עד אמצע שנות ה-80 ברוח המשפט המקובל **עולת הרלשנות בישראל לא אפשרה לקבל פיצויים בנזקים בלתי ממוניים טהורים**. ואז הגיע פס"ד גורדון:

פס"ד גורדון

גורדון מכר את הרכב ועדיין המשיך לקבל דו"חות על הרכב שביצע הבעלים הבאים. הוא תבע את עיריית ירושלים על נגישה ועל עולת הרשלנות.

בימ"ש: אומר שאפשר להביא פיצויים גם עבור נזק ממוני לא טהור (עוגמת נפש) וזה חידוש כי עד כה לא הכיר בכך.

"עוולת הרשלנות צריכה להגן באופן שווה הן על אינטרס של הניזוק בגופו ובכספו והן על האינטרס של הניזוק בנפשו, בנוחותו ובאישורו. אין לראות בנזק הלא- רכושי כדבר "פאראזיטי", הנסבל רק אם הוא טפל לנזק רכושי. יש להכיר בו כנזק בר פיצוי העומד ברשות עצמו."

הפס"ד קבע כי **ניזוק ישיר**, ז"א מי שנפגע מהתנהגות רשלנית והנזק שלו היה נפשי נטו ולא בצירוף לפיזי, **יכול לתבוע פיצוי**.

אגב, בגלל שיש קושי לאמוד בדיוק את הנזקים הנפשיים נקבעות כל מיני אמות מידה. מחשש שזה יפתח את הדלת לנזקים רבים וגבוהים, יש מדינות שקבעו תקרה למשל. בנוסף, קשה גם לשערך דבר כזה ואולם, בדרי"כ נזק נפשי ישוערך יותר נמוך מנזק פיזי.

שיעור 11 - 10/05

נזק בלתי ממוני- פגיעה באוטונומיה

נזק בלתי ממוני מסוג מיוחד, לא נזק נפשי רגיל אלא נזק של פגיעה באוטונומיה.

דעקה נ' בית החולים "כרמל" חיפה

הרקע המשפטי לפס"ד: "הסכמה מדעת"- דוקטרינה אומרת שעל צוות רפואה לקבל את הסכמת המטופלים לטיפול רפואי, כדי שהחולה יוכל לבחור את אופן הטיפול המתאים לו ביותר. אחרת הם חשופים לתביעה נזיקית (בנסיבות יוצאות דופן, אפילו בעוולת התקיפה). הסכמה אמיתי כוללת גילוי פרטים על ההליך הרפואי, על ההליכים החלופיים ועל הסיכונים הכרוכים באלה.

ההנחה היא שהרופאים הסבירים יגלו את המידע הרלוונטי למטופלים, ואם לא אפשר לתבוע ברשלנות, כי אי גילוי זה התרשלנות.

עובדות המקרה: דעקה נכנסה לניתוח ברגל והצוות הרפואי מקבל את הסכמתה לניתוח. לאחר שניתנו לה תרופות מטשטשות גילו שצריך לנתח גם בכתף לצורך ביופסיה. דעקה עוברת את הניתוח בכתף, נגרם נזק בכתף- כאבים ונכות קבועה. ניתוח הכתף עצמו נעשה ללא רשלנות.

טענת התובעת: הרופאים לא קיבלו את הסכמתה המודעת לביופסיה. תובעת על נזק שנגרם לה עקב הניתוח בכתף שלצורך ביצועו לא נתנה את הסכמתה מדעת. היא רוצה פיצוי על הנזק בכתף.

שני סוגים של נזקים שמעורבים בפרשה של הסכמה מדעת:

1. נזק תוצאתי- נזק גוף (בעניין דעקה- נזק לכתף) צריך להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק שנגרם לכתף.
2. נזק לאוטונומיה של התובעת שלא הסכימה להליך הרפואי- זה החידוש בדעקה. הטענה היא שפגעתם ביכולת שלי לבחור.

החלטת בימ"ש דנה בקשר שבין אי הסכמת התובעת לניתוח לבין כל אחד מסוגי הנזקים הללו.

הפרת חובת גילוי- הסכמה מדעתנגרמו שני נזקים:

1. נזק תוצאתי: נזק שאפשר לקשור אותו להתנהגות העוולתית הרשלנית של הרופאים. יבחן הקש"ס

בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופח לבין הנזק הגופני באמצעות מבחן אלמלא כפול:

- אם הרופאים היו מגלים את כל המידע הרלוונטי, האם היא הייתה מסכימה? אם כן, אין קשר סיבתי, אם לא, ייתכן שיש קש"ס. ואם לא-
- ואם היא הייתה בוחרת באלטרנטיבה אחרת האם עדיין היה קורה הנזק? אם כן, אז אין קש"ס אם לא יש קש"ס.

2. פגיעה באוטונומיה- גם אם אפשר לומר שהנזק היה נגרם, פגענו ביכולת שלך לבחור, במקרה הזה את לא צריכה להוכיח נזק כי פגענו באוטונומיה שלך.

בימ"ש (ש' אור): לא תוטל אחריות לפצות על הנזק לכתף שכן לא מתקיים קש"ס: ככל הנראה דעקה הייתה מסכימה לניתוח אילו ביקשה את הסכמתה מדעת. אך ניתן לתת פיצוי על הנזק שנגרם לאוטונומיה של המטופלת כנזק עצמאי.

זה פס"ד מאוד מאוד משמעותי.

מיעוט (ביניש): אני לא השתכנעתי שאין פה קש"ס, כי היה אפשר להמתין קצת זמן עד שתתאושש והניתוח לא היה דחוף, או שהיא הייתה רוצה לשמוע חו"ד נוספת. המחלוקת אם היה או לא היה קש"ס זו מחלוקת עובדתית. לטענתה, יש קש"ס. ולכן כן ראוי לפצות את דעקה על הכתף.

אולם גם במקרים בהם אין קש"ס או קשה להוכיח אותו אבל מנעו את הסכמתה, יש לאפשר פיצוי הסתברותי: (נייצר פיצוי מיוחד) לפי מכפלה בין הסיכוי שהמטופל היה מסרב לטיפול (ובלבד שהסיכוי היה משמעותי, למשל 30% שהייתי מסרב לטיפול) לבין הנזק התוצאתי. (ז"א שמגיע לה 30% מהנזק) לטענתה, פיצוי על נזק לאוטונומיה אפשרי רק במצבים חריגים (אולם לא מפרטת איזה).

הפרת חובת גילוי (הסכמה מדעת) ופגיעה באוטונומיה

לאחר חקיקת חוק זכויות החולה ב-1996, המטיל חובת גילוי על רופאים, אפשר לתבוע על הפרת חובת גילוי והיעדר הסכמה מדעת, גם על בסיס העוולה של חובה חקוקה, שעליה נדבר בהמשך.

פס"ד תנובה

עובדות: תביעה ייצוגית של צרכנים שגילו שהוזרק לחלב סיליקון כדי לשמור על חיי המדף והטריות של החלב. אף אחד לא הגיע לבית חולים ולא נראה שהיה להם נזק פיזי רפואי. אבל טענו על תחושה של גועל. שתינו חלב עם סיליקון, כמות גדולה יחסית הרהב מעל המותר, למרות שנזק לא קרה.

נקבע: אמנם לא הוכח נזק פיזי אך היות שהצרכנים לא יודעו מנעו מהם להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב עם ריכוז הסיליקון. נגרמה פגיעה באוטונומיה.

הפיצוי- על פגיעה באוטונומיה ו"תחושת הגועל" של הצרכנים: מנעו מהם את האפשרות להחליט אם הם מעוניינים לרכוש את החלב עם הסיליקון. לכן נפגעה האוטונומיה שלהם.

בימ"ש לא מציין האם הפיצוי שפסק זה על תחושת הגועל בנוסף לאוטונומיה, או שהפיצוי נבע רק מהפגיעה ביכולת הבחירה. אולם, זו בעצם הרחבה של הפסיקה על פגיעה באוטונומיה, בימ"ש מקבלת טענה לפגיעה באוטונומיה ללא קשר לנזק פיזי והפעם- לא רק בעולם הרפואי.

ביקורת אפשרית על הכרה בראש נזק של פגיעה באוטונומיה:

- יצירת אי וודאות ובעיית חישוב- לא יודעים עד כמה זה אוטונומיה ומתי פוגעים, וגם אי אפשר לחשב את זה.
- יצירת עוולת per-se כי אין צורך להוכיח קש"ס, אוטומטית ברגע שפגעו לך באוטונומיה, זה אתה זכאי לפיצויים.

אבל מה המענה לביקורת הזו?

- את הבעיה של החישוב אפשר לפתור ע"י קביעת סטנדרטים מסויימים, עשינו את זה כבר במקרים אחרים.
- פיתוח כלים כדי להתמודד עם אי וודאות וחישוב הנזק.
- האם יצירת עוולת Per-se בהכרח בעייתית בהקשרים האלו?
- אולי אנחנו רוצים לעודד חובת גילוי ושלא ירצו להפר אותה.

קיימת פסיקה שמנסה למתן את הקביעה לפגיעה באוטונומיה (בין היתר לגבי היכולת לקבל פיצויים על פגיעה באוטונומיה במקביל לפיצויים על עוגמת נפש, כאב סבל וכו'). הדבר יוזכר בפרק העוסק בתקיפה ובזכויות החולה.

נזק בלתי ממוני טהור- ניזוקים עקיפים

הבחנה בין ניזוקים ישירים לעקיפים:

דוג': טל שובר את הרגל של דן ברשלנות. נניח שכתוצאה מכך חוץ משבירת הרגל דן גם נפגע רגשית נפשית והוא תובע גם על כאב וסבל וגם על הכאב. דן הוא ניזוק ישיר. אבל אם אמיר היה בצד והוא ניזוק נפשית מהאלימות, ופיתח איזו מחלת נפש.

ניזוק עקיף אם כן= מי שנגרם לו כאב וסבל בגלל נזק פיסי שנגרם לאחר. אגב, ייתכן מישהו שהוא ניזוק עקיף וישיר בו זמנית.

אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן

עובדות: שתי תביעות נפרדות שמאוחדות של קרובי משפה שצפו שיקיריהם גוססים אחרי שנפגעו בתאונת דרכים. בשני המקרים התובעים לא נכחו במקום התאונה בעת שקרתה. הם תובעים על הנזקים הנפשיים שקרו להם.

השאלה המשפטית: האם ניתן להכיר בנזק נפשי שנגרם לצד שלישי כתוצאה ממעשה רשלני שהניזוק ממנו הוא בכלל אדם אחר.

מה הבעיה? מה הקושי שבית המשפט מנסה להתמודד איתו. בבואו לקבוע כללים לתביעה נזיקית של ניזוק עקיף?

חובת זהירות מצריכה לחשוב על "הקרבה" שנקבעת על ידי מבחן הצפיות: צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית- האם מישהו יכול לצפות שייגרם נזק נפשי כתוצאה מנזק שהוא גרם למישהו אחר. בין שיקולי מדיניות שבימ"ש מציין: הצפת בתי המשפט, קשיי הוכחה, הרתעת יתר.

לכן בית המשפט קובע תנאים לתביעה על נזק נפשי לניזוק עקיף:

1. קירבה משפחתית מדרגה ראשונה (אבל אומר שמצבים מסוימים אפשר להגמיש את זה)
 2. תהליך גרימה- התרשמות ישירה (ולא משמועה)- אבל ניתן להגמיש
 3. קרבה בזמן ובמקום- לאירוע המזיק או לתוצאותיו המיידיות.
 4. נזק נפשי משמעותי- נזק שמונע תפקוד יומיומי להמשיך לתפקד, אבל לא חייב מחלת נפש.
- מיטל טוענת שזה תנאים מאוד נוקשים, אבל בימ"ש אומר שהוא מוכן להגמיש את התנאים (3+2).

שיעור 12 - 12/05

פס"ד שוויקי נ' מדינת ישראל

עובדות: מארב של צה"ל יושבים ברכב וניגשים אליהם שלושה אנשים, והחיילים צועקים שלא יתקרבו והם לא מתרחקים ומתקרבים יותר והחיילים יורים. מסתבר שזו משפחה שחששו שיגנבו להם את הרכב. נהרג ילד.

הטענה: מגיע לאב פיצוי על נזק הנפשי וכן על הנזק הפיזי שנגרם לליבו בעקבות הנזק הנפשי.

למרות שנקבע שלא הייתה התרשלות לפי העובדות, המדינה קבעה שמגיע פיצוי לפנים משורת הדין וזה מעניין. אבל השאלה הנוספת שמעניינת נוגעת למה שנקרא- נזק פסיכו- פיזי- נזק גופני פיזי שנובע כתוצאה מנזק נפשי חמור.

התביעה נדחתה כי צריך להיות קשר בין הנזק הפיזי לנזק הנפשי. בימ"ש אומר שזה אפשרי לתבוע את הטענה אבל כדי שתביעה תתקבל צריך להוכיח קשר בין הקשר הנפשי לפיזי.

בימ"ש:

- (א) באופן עקרוני קיימת אפשרות תביעה לניזוק עדיף על נזק פיסי (שנגרם מהתרשמות ולא מפגיעה ישירה) אם מוכח קשר בין נזק זה לנזק הנפשי (וכאן לא הוכח קשר סיבתי).
- (ב) מבחני אלסוחה מוחלים גם במקרים של נזק פיזי. אולם בשוויקי לא התקבל בגלל התנאי הרביעי- נזק נפשי חמור דיו, וכאן לא היה מספיק חמור.

לבנה לוי נ' שערי צדק

עובדות: רשלנות רפואית- חריגה מהנוהל לגבי זמן הסתובבות לעידוד לידה. אמרו לאישה שעברה הרבה טיפולי פוריות שהיא צריכה להסתובב 3 שעות וכשהיא חזרה (התרשלות), העובר מת כתוצאה מההתרשלות. בתוצאה מכך נגרם סבל וצער להורים.

השאלה: האם ההורים (האם והאב) זכאים לפיצוי על הנזק הנפשי שנגרם להם? (בנוסף, האם מגיע להם פיצוי על הוצאות ההיריון או על טיפולי פוריות הבאים?)

מה הבעיה? שלהורים לא נגרם נזק נפשי משמעותי, אלא רק סבל וצער (תנאי רביעי של אלסוחה).. בימ"ש אמר שהאם ניזוקה ישירה והאב ניזוק עקיף ולכן הוא לא עונה על תנאי אלסוחה ולא מגיע לו לקבל פיצוי על נזק נפשי.

הבעיות:

- 1) הניזוק הישיר הוא העובר ולפי ס' 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". העובר הוא ניזוק ללא זכויות לתבוע, אז להורים אין זכות לתבוע לפי חוק הכשרות והאפטרופסות, כי הם לא מקבלים ממנו את הזכות לתבוע. נוצר מצב אבסורדי, שבגלל שהעובר טרם נולד עוד אין לו זכויות משפטיות ולכן ההורים לא יכולים לתבוע פיצויים.
- 2) להורים אין נזק שמקשה על תפקוד יום יומי לא מתקיים רף הנזק הנפשי על פי אלסוחה. אנחנו מגיעים למצב שאם ההורים הם ניזוקים עקיפים אז לא מגיעה להם פיצויים על כאב וסבל.

המחוזי: האם הוכרה כניזוקה ישירה ונפסקו לה פיצויים על כאב וסבל ואובדן הנאות החיים (האב כניזוק עקיף, לא מפוצה, כי לא מתקיים לגביו התנאי הרביעי שנקבע באלסוחה)

עליון: חיות (מיעוט): ניתן להכיר בשני ההורים כניזוקים ישירים בנסיבות העניין.

ריבלין וג'וברן (רוב): ההצעה של חיות תיצור טשטוש בין ניזוקים ישירים לעקיפים, צריך לזכור שיש הבדל בין ניזוק עקיף לישיר: למי נגרם הנזק המהותי. מכירים באירוע הלידה כאירוע מיוחד ובמוות של עובר כנזק מיוחד וכשנזק כזה קורה אי אפשר לקרוא להורים ניזוקים עקיפים, אז הוא קובע: ההורים ניזוקים "מעין ישירים" בנסיבות אלה, ניתן להגמיש את "הכלל הרביעי".

מחדל טהור

4

מחדל זה אי פעולה או אי עשייה. אדם ייחשב כגורם נזק במחדל טהור אם לא מנע נזק שהתממש מסיכון שלא הוא יצר אותו. לדוג': מישהו שלא קופץ למים להציל אדם טובע בבריכה.

דוג' למחדל שאינו טהור: אי בלימה של רכב (הנהג יצר את הסיכון שהתממש, הנזק נגרם מהנסיעה ולא מאי הבלימה).

בעבר- הכלל היה שאין חובת זהירות בגין מחדל טהור. **כיום,** ניתן להטיל אחריות על מחדל טהור, כלומר אדם ייחשב כגורם נזק במחדל אם לא מנע נזק שהתממש מסיכון שלא הוא יצר אותו, אולם עדיין נהיה זהירים יותר בהתייחס לחובת הזהירות כלפי מחדלים לאחירות בעוולות רשלנות (לעומת מעשה רשלני) מדוע?

מדוע?

- טיעון סיבתי- יש קושי עקרוני להטיל אחריות בגין מחדל טהור- להטיל חובת עשה על אדם.
- התערבות יתר בחירות הפרט- הטלת חובת פעולה עלולה להתערב יתר על המידה בחירות הפרט.
- הקטנת פעילות (מחשש שתוטל אחריות אם לא נציל)- הרתעה ביתר אנחנו נמנע מפעילויות שאנחנו יכולים להיקלע אליהם כשלא נעשה פעולה אקטיבית.

פס"ד ולעס נ' אגד

דיברנו על פס"ד זה כבר בהקשר של סיכון עצמי.

עובדות: ולעס הותקף ע"י בריונים בתחנה המרכזית. אגד לא דאגה להציב שומרים בתחנה.

השאלה המשפטית: האם תקום אחריות ברשלנות בשל מחדל הנתבע לנקוט אמצעי זהירות למניעת מעשה עברייני שבוצע עי ידי צד שלישי כנגד התובע?

המחוזי: לא ניתן להוכיח צפיות טכנית (חובת זהירות קונקרטי), ואפילו היה ניתן, לא מתקיים קש"ס: היו עוברי אורח והתקיפה אירעה בכל מקרה.

פס"ד של העליון (ריבלין): מתקיימת צפיות טכנית, ובין השיקולים לקיומה של צפיות נורמטיבית – קיומה של מערכת יחסים מיוחדת בין הצדדים (עליה נסמך התובע). מתקיים קש"ס שכן נוכחות של איש בטחון מרתיעה יותר מנוכחות של אזרחים עוברי אורח. יש פה יחסים מיוחדים. נוסע בתחבורה ציבורית יכול היה להסתמך על היכולת של אגד לספק שמירה. יש לך ציפייה מחברת תחב"צ לספק סוג של אבטחה.

למרות שמדובר במחדל טהור אנחנו נרחיב כאן ונטיל חובת זהירות על אגד.

איך נעשה את זה אם אנחנו לא רוצים ליצור מעגל כל כך גדול שלתובעים פוטנציאלים?

"חוק השומרוני הטוב" = חובת הצלה, בעיית ה bystander

המקרה של kitty Genovese - נתקפה על ידי מישהו בחניה של הבניין, היא צועקת ואף אחד משכניה לא יוצא לעזור לה. כשמישהו סופסוף אומר לו לעזוב אותה התוקף בורח והיא מנסה ללכת לדירה שלה. התוקף חזר ומסיים את מה שהתחיל ואף אחד מהשכנים לא אומר כלום. מה שנלמד מזה שכשיש יותר אנשים שיכולים לעזור אז יש פחות סיכויים שיעזרו, מאשר שזה רק מעט אנשים והם מרגישים אחריות.

כמה מדינות בארה"ב חוקקו את חוקים "השומרוני הטוב" שמצפים מאנשים לבצע פעולה פוזיטיבית ולהציל. אבל עם זאת החוקים האלה מאוד זהירים, במקום לפתוח את זה לעוולת הרשלנות ולפתוח את זה להרבה מאוד תובעים.

חוק לא תעמוד על דם רעך - התשנ"ח-1998 לוקח את הרעיון הזה. אומר שבמקום להשאיר את זה בגבולות הרשלנות, הופכים את זה לחוק בפני עצמו.

החוק נקבע על אף שיש בו בעיות: (1) זה עלול להוביל להרתעת יתר (2) עלול להביא להתערבות מוגזמת בחירות הפרט.

מיטל טוענת שזה לא נורא כי החוק מאוזן ולא יוצר הרתעת יתר, החוק יוצר התמודדויות עם הבעיות הללו:

- **לפי ס' 1:** כי הודעה לרשויות זה עזרה לא צריך באמת לעזור פיזית
- רק אם אתה לא מסכן את חיידך
- רק כשהאדם השני נמצא בסכנה חמורה ומיידית לחייו.
- ויש עוד דרך להתמודדות: **ס' 2** אומר שס' לחוק עשיית עושר ולא במשפט יחול אם הצלת מישהו- יהיה החזר הוצאות. **ס' 5 לחוק עשיית עושר שלא במשפט** אומר שאם הצלת מישהו אתה יכול לקבל שיפוי על הוצאותיו הסבירות, ונזקי רכוש. לשים לב השיפוי הוא רק על נזק ממוני ולא על נזק פיזי.

כל אלו לא ימנעו ממני להציל אנשים, ולא תהיה הרתעת יתר.

חיים בעוולה/ הולדה בעוולה

הסוגייה: התרשלות בגילוי מום מולד בעקבותיה תינוק נולד עם מום. הטענה היא שההתרשלות הביאה לכך שהילד בעל המום נולד ולא הופל. יש להבדיל מצבים אלה ממצב שבו התרשלות בלידה גורמת למום בתינוק שנולד.

ישנם שני סוגים של עילות שבאופן רעיוני יכולות להידון בהקשר זה:

1. "חיים בעוולה" עילה של הילד עצמו
2. הולדה בעוולה- עילה של ההורים עקב לידת הילד בעל המום, ההורים היו בוחרים להפיל אם היו יודעים שהילד יהיה בעל מום.

זייצוב נ' כץ

עובדות: הורים הגיעו לייעוץ גנטי. הרופא מאשר שהעובר תקין. נולד ילד עם מוגבלות תורשתית. יכלו לגלות את המוגבלות עוד בייעוץ שלפני הלידה.

השאלה המשפטית: האם מאפשרים לתינוק שנולד לתבוע על חיים בעוולה? על הנזק שנגרם לו, שלא היה צריך להיוולד? האם לתינוק יש זכות תביעה עצמאית על הנזק שנגרם לו?

גולדברג (מיעוט): אין להכיר בזכות התביעה של הילד. אין אפשר להגדיר את זה (את החיים שלו) כנזק.

בן פורת: הנזק הוא החיים עם המוגבלות. לכן על הנזק להיות מחושב לפי הפרש בין החיים עם המוגבלות לבין אי חיים (פיצוי שינסה להקטין עד הקצה האפשר את תוצאות הנחיתות), רוצים להתמודד עם השאלה שאדם שנולד עם מוגבלות, עדיף לו למות מאשר לחיות. אבל מה זה אי חיים, איך עושים הפחתה כזאת. היא מבינה שמה שהיא אומרת מאוד בעייתי, היא אומרת שהיא חושבת שיש פה נזק אבל היא מכירה בזה שזה בעייתי, כי אין אפשר לאמוד מה זה אי חיים. אז היא אומרת שצריך לעשות את הדבר ההגון ולאפשר חיים בכבוד עד כמה שאפשר.

ברק ולוין: לאדם אין זכות לאי חיים אלא לחיים ללא מום. לכן הנזק לא בגרימת חיים אלא בגרימת חיים עם מום, והוא יחושב לפי הפרש בין החיים עם המום לחיים ללא מום.

הפרשה הסתיימה בכך שיש עילת תביעה לילד על הנזק שנולד על אף שהיה לו מום כאשר הפיצוי יחושב לפי הפרש בין החיים עם המוגבלות לחיים ללא מוגבלות. אנחנו נמצאים במצב שהרופאים מפצים על נזק שהם לא גרמו לו- הם לא גרמו למוגבלות אלא לחיים בעצם.

ביקורת: הביקורת המחמירה ביותר על פסד היו אנשים עם מוגבלות, עצם הקביעה על זה שצריך לפצות על זה שאדם נולד עם מום מפחיתה מכבודם. והאפשרות לפצות על דבר כזה, שזה דבר נחות להיוולד עם מום.

- 1) **קושי סיבתי-** לא הרשלנות יצרה את הפגם הגנטי, הוא היה קיים.
- 2) **קושי מוסרי-** מי שמנו לקבוע שטוב מותו מחיו של אדם, קדושת החיים גם של בעלי מוגבלויות
- 3) **קושי קונספטואלי-** לא רק שקשה לכמת את הזנק, קשה לקבוע מהו הנזק, ובקביעה שבכלל נגרם נזק. גם אדם עם מוגבלות יכול לקבל פרס נובל
- 4) **מדרון חלקלק-** אם נכיר בזה שילד שנולד עם מום מולד יכול לתבוע את רופאיו למה שלא יתבע גם הוריו? אולי אנחנו פותחים דלת בעייתית ומקימים למקומות שהמשפט לא נועד לתת להם מענה.

בעקבות הפס"ד הזה הקימו את ועדת מצא שהתעסקה בכל השאלות האלה הקשות שמתעוררות.

ואז מגיע פס"ד המר.

שיעור 13 - 17/05

פס"ד המר נ' עמית

מה שהשתנה בפס"ד זה- ביטלו את חיים בעוולה. בימ"ש לאחר ועדת מצא מחליט להפוך את ההלכה.

אנחנו רואים את הרעיון להכיר בסוג הניזוק הורחב ע"י בימ"ש בזייצוב. ובעניין המר מצמצמים את גבולות עוולת הרשלנות ולא מאפשרים תביעה לילדים בעקבות עוולת הרשלנות, לא מוכנים לאפשר תביעה על חיים בעוולה, ולא מרשים לקבוע חובת זהירות בנוגע אליה. כך אנחנו מצטרפים לרוב מדינות המשפט המקובל. ומשאירה רק את זכות ההורים לתביעה של הולדה בעוולה.

התנאים להכרה בעילת הרשלנות בגין הולדה בעוולה (ריבלין):

1. לבדוק האם קיימת עוולת הרשלנות: קיימת התרשלנות, הפורה חובת הזהירות וקרה נזק.
2. קשר סיבתי (כפול)- מבחן הסיבתי-עובדתי:
 - א. קריטריון אובייקטיבי: יש להראות שבהינתן הפגם הגנטי, הועדה להפסקת הריון הייתה מאשרת את ההפלה אילו ביקשו ממנה. מדובר באמת מידה אובייקטיבית, כי אלו קריטריונים שאליהם כפופה הועדה, היא לא עושה כרצונה.
 - ב. קריטריון סובייקטיבי: יש לשכנע שההורים היו ממשים את זכותם להפיל.

מה הקושי בתנאי השני- שעל ההורים להוכיח שהיו ממשים את זכותם להפלה לאחר אישור הועדה?

- א. זו הודאה קשה לכל הורה
- ב. באוכלוסיות מסוימות היא יכולה להתלוות להוקעה חברתית, בחברות שאסור להפיל בהן למשל, או שצריך להתייעץ עם איש דת. (נזכיר כי צריך להוכיח לא מעל לכל ספק סביר אלא שסביר כי- כלומר מעל 50 אחוז)

ריבלין מציע פתרון: חזקה ניתנת לסתירה שמספיקה התנאי הראשון- שבקשתם של ההורים הייתה מתקבלת. וניתן להניח שההורים היו ממשים את הזכות. אז כאמור לא צריך להוכיח שהם היו ממשים את האפשרות להפיל, אבל אם רוצים ניתן לסתור את ההנחה הזאת ולקבוע שהם לא היו ממשים.

כיצד סותרים את החזקה כי ההורים היו ממשים את זכותם להפיל? האם ניתן לסתור את החזקה בהסתמך על נתונים סטטיסטיים המעידים על סיכויי ההפלה של אישה על פי השתייכותה לקבוצת אוכלוסייה?

אפשר לסתור את החזקה הזאת ולטעון שהם לא היו ממשים את האפשרות להפיל אם היו יודעים על הנזק, למשל אם הם דתיים, אז היו נוהגים בצורה מסוימת ולא מפילים. העניין הוא שאמנם אפשר לסתור בעזרת נתונים סטטיסטיים, כמו שמופיע בחלק מהפסיקה, אבל זה מאוד קשה, הכל תלוי בחוזק הראיות.

אז אם לא לפי נתונים סטטיסטיים, איך אפשר לסתור את העניין? ללכת לרב, לשאול אותו, לבדוק על הקשרים שלהם איתו, והאם היו באמת מתייעצים איתו. לכן זה לא באמת בלתי אפשרי, זה לא פשוט אם אין ראיות, אבל זה אפשרי.

הלכת המר- תרופות :

- **החזר הוצאות:** הוצאות על ההיריון, חישובן: ההפרש בין גידול ילד עם מוגבלות לבין גידול ילד בלי מוגבלות (הוצאות עודפות). כיצד ניתן להצדיק זאת?
- זה בעיה כי אי אפשר להגיד שהילד הוא נזק, אתם גם נהנים מזה, וגם שמחים מהולדת הילד. ריבלין פותר את זה בכך שאומר: אומר שההנאה מגידול של ילד, היא שוות ערך להוצאות שלו. אבל כשיש ילד עם מום יש יותר הוצאות. ועל ההוצאות הללו (העודפות) יש לפצות.
- מה לגבי מי שמלאו לו 18? מה יופחת מהפיצוי? ההנחה היא שמעל גיל 18 הילד כבר לא היה אמור לחיות כמי שצריך לטפל בו במשרה מלאה, ולכן הם צריכים לקבל יותר.
- אומר ריבלין שיש פה שיקול נוסף- מדובר בפיצויים מאוד גבוהים אבל הכסף יכול להיגמר אחרי הרבה שנים. ולכן ועדת מצא הציעה לקבוע הנחיות להורים כיצד יש להתנהל כלכלית בגלל שמדובר במצב מורכב.
- **פיצוי על כאב וסבל-** בדר"כ זה פיצוי לא משמעותי, בדר"כ חד פעמי וקטן לעומת התביעה המרכזי, אבל במקרים מיוחדים בימ"ש כן ייטה לתת אותו.
- **פיצוי לנזק באוטונומיה-** ההתרשלות של ההורים מנעה מההורים את הבחירה

מה לגבי הריון בעוולה?

הורים שאינם רוצים ילדים. בשל רשלנות רפואית האם נכנסת להריון (למשל ניתוח עיקור שלא צלח) **מה הקשיים בתביעה מסוג זה?**

איזה אפשרויות פיצוי תיתכנה?

- הוצאות הקשורות להריון
- הוצאות גידול עודפות (של ילד נוסף לתא המשפחתי)
- פגיעה באוטונומיה

היחס בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות

נדבר על הקשר בין עוולת הרשלנות לעוולות אחרות (בין אם בתוך הפקודה ובין מחוצה לה). האם כשיש עוולה עם עובדות מאוד ספציפיות האם ניתן להגיש במקביל גם תביעה על רשלנות?

"עוולת מסגרת"- רשלנות היא עוולת מסגרת, לעוולת מסגרת תחולה רחבה. להבדיל משייכות למקרה ספציפי. מדוע רשלנות זו עוולת מסגרת? כי אנחנו כל הזמן יוצרים סיכונים לסביבה. לכן הדבר הכי אינטואיטיבי, כשמתרחש נגדי נזק, אנחנו רוצים לבדוק אם הוא התנהג בצורה לא סבירה. בדר"כ כשכבר חלה עילה פרטיקולרית אפשר לומר גם שמישהו התנהג בצורה לא סבירה. ולכן רשלנות זו עוולת מסגרת.

עצם קיומה של עוולה פרטיקולרית לא דוחה את האפשרות לתבוע בעוולת רשלנות (פס"ד גורדון) - שם דיברו על עוולת הנגישה- אותה לא הצליחו להחיל, ולכן בימ"ש אמר שאפשר להטיל אחריות רשלנות). אם לא מצליחים לתבוע על עוולה פרטיקולרית, אפשר לתבוע על עוולת רשלנות (תקבל פיצוי פעם אחת. לכן האינטרס להגיש שתי עילות כדי שאם אחת לא תצליח, השנייה תעבוד. וזה מה שקורה בדר"כ- התובע מנסה לתבוע בעוולת הרשלנות גם אם מתקיימת עילה פרטיקולרית.

פס"ד ברזני- חשין תבע מתי לא תחול עוולת הרשלנות במקביל לעוולה אחרת: **כשהחוק אומר שאי אפשר**: כשהסעיף עצמו מציין (או ניתן לפרש אותו באופן כזה) שהעוולה הספציפית היא העוולה הקובעת ונדחה הסדר אחר. אין הרבה מקרים כאלה. אבל הנה דוגמה לאחד:

פס"ד פלוני נ' פלוני

עובדות המקרה: נשים אחיות והתובע והנתבע היו חברים. אשתו של התובע קיימה רומן עם הנתבע.

הטענה המשפטית: הנתבע התרשל בהתנהגותו וגם לתובע נכות נפשית. (התנהגת בצורה לא סבירה). זה דוגמה שמשמשים ברשלנות גם במקום שלא בא לנו אינטואיטיבית. העניין שצריך לזכור- זה גם אם ההתנהגות היא לא סבירה (התרשלות) ועובד היסוד הראשון לרשלנות, עדיין צריך לבדוק את שאר היסודות (למשל חובת זהירות).

החוק לא מאפשר זאת- **ס' 62 לפקני"ז**: **גרם להפרת חוזה**: חוזה (מכל סוג, גם נישואין) אם אדם מסויים גורם להפר אותו, אפשר לתבוע בנזיקין. זה הסדר ייחודי שעוטף את דיני החוזים בנזיקין. אבל **ס' 62 (ב)** מסייג ואומר שלעניין הסעיף יש להוציא את עניין הנישואין כדי לא להכנס לחיים הפרטיים ולשיקולים המשפטיים.

איך נבין את החלטת בימ"ש? (1) לא רוצה לפתוח פה את הדלת מפני תביעה נזיקית מהדלת הקדמית, האם אנחנו רוצים לאפשר אותה מהדרך האחורית דרך רשלנות? (2) לא רוצה להכנס לחיים הפרטיים של בני הזוג (3) הצפת בתי המשפט (4) המנעות ממשפוט של חיי המשפחה והזוגיות.

באופן עקרוני אפשר להטיל אחריות בגיל עוולה פרטיקולרית ועוולת הרשלנות במקביל, אלא אם החוק לא מאפשר מפורשות או בפרשנות שלו.

הטלת אחריות ברשלנות על רשות מנהלית

גם על רשות מנהלית ניתן להטיל אחריות ברשלנות- גם **בגורדון**, גם **בשוויקי**, גם **במדינת ישראל נ' לוי**: שם דיברנו על כך שניתן להטיל אחריות על רשות מנהלית אלב נקפיד לבחון את חובת הזהירות, נבחן האם אנחנו מעוניינים במקרה זה לתת לרשות שיקול דעת רחב כרשות מנהלית- כריבון ושהיא לא מתפקדת כאדם פרטי. הרעיון של הטלת אחריות ברשלנות על רשות מנהלית הוא רחב ולא נרחיב עליו יותר בקורס.

שיעור 14 - 24/05

נטל ההוכחה ברשלנות

הכלל: המוציא מחברו עליו הראיה

לפי הכלל נטל השכנוע/ ההוכחה יקבע בהתאם ל"מאזן/ עוף הסתברויות"- בהליך אזרחי, על הנושא בנטל לשכנע בטענותיו במידה הגבוהה מ-50%. לפי הכלל בדרך כלל מי שתובע עליו נטל הראיה (בהמשך נראה חריגים).

בגדול נטל הראייה ונטל ההוכחה זה די אותו דבר, ההבדל הדק הוא שנטל הראיה הוא נטל דיוני- להביא ראיה לדיון, וכשמביאים מספיק ראיות עד כדי הוכחת הטענות, אז עמדנו בנטל ההוכחה, נטל השכנוע.

בדרי"כ נחשוב פעמיים לפני שנתבע תאגיד גדול כי לפעמים זה יגרור אותו לסאגה ממושכת עם עלויות גבוהות, לפעמים נמנע ללכת לבימ"ש גם כשאנחנו לא בטוחים שנזכה.

האם נדיר שכפות המאזניים יהיו מאוזנות בסוף ההליך המשפטי? לא

נעסוק בחריגים לכלל המוציא מחברו עליו הראיה(בהם נטל הראיה יתהפך לנתבע):

1. דוקטרינת הנזק הראייתי

2. סעיפים 38-41 לפקני"ז

דוקטרינת הנזק הראייתי

זו דוקטרינה שפותחה על ידי שני חוקרים ישראלים (פורת ושטיין) וזו דוגמה לשילוב בין האקדמיה לפרקטיקה. הדוקטרינה מבוססת על הרבה פסיקה של ביהמ"ש. הרעיון הזה מבוסס גם בריסטימנט האמריקאי.

הדוקטרינה רלוונטית לכל תביעה שלא תהיה, כל ראייה שתהיה (לא רק ברשלנות)

שהתובע לא רק התנהג בהתרשלות אלא גם התרשלות בנוגע למידע, הוא בעצם גרם לתובע לא להיות מסוגל למה שמוטל עליו- להוכיח את הראיות. כאשר התובע אינו מצליח לעמוד בנטל הראייתי לגבי איזה פרט עובדתי הנדרש ממנו כדי להוכיח תביעתו ברשלנות כתוצאה מהתנהגות הנתבע (למשל הסתרת מידע) אז:

(1) פאן מהותי: הדוקטרינה כראש נזק נפרד- אם הנתבע גרם לי נזק ראייתי ואני לא יכול לעמוד בנטל ההוכחה שמוטל עליי, אז אני רוצה שתשלם לי את שווי המידע ששללת ממני. פיצוי על הנזק הראייתי שנגרם.

איך שווי כזה נמדד? מכפלת הסיכוי שהתביעה הייתה מתקבלת אלמלא הנזק הראייתי (לו המידע היה בידי התובע) והסכום בו התובע היה זוכה במקרה כזה. הסיכוי שהייתי מנצחת כפול הניצחון. (פורת ושטיין ממש יצרו ראש נזק, נזק בפני עצמו- ראש נזק נפרד- נזק ראייתי, אם גרמת לי נזק ראייתי- תשלם). ההצעה הזו **לא התקבלה בפסיקה בינתיים**.

(2) פאן פרוצדורלי: הנתבע בהתנהגותו מנע מהתובע את היכולת להוכיח את הנטל ברובץ עליו, אז אפשר להפוך את נטל ההוכחה אל הנתבע. מרגע זה יש חזקה ראיתית שהנתבע התרשל או שהוא אכן עשה מה שהתובע אומר והוא צריך לסתור את החזקה להראות שהיא לא מתקיימת. **כלל זה כן התקבל בפסיקה**.

מה הבעיה?

אם חסרות ראיות והתובע לא יכול להביא את המידע החסר, אז ברגע שהפכנו את הנטל הרבה פעמים המשמעות של הדבר שלנתבע יהיו חסרות ראיות וקשה להוכיח, לכן הרבה פעמים המשמעות היא שברגע שהתהפך נטל ההוכחה, הדין נגזר והתובע ינצח. לפעמים כן יוכל להוכיח ואז זה לא תהיה בעיה.

לבנה לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק

עובדות: אישה בהריון ששלחו אותה לטייל ברחבי בית החולים למשך 3 שעות במקום שעתיים. העובר מת. מה הקושי הראייתי שנוצר? אילו בית החולים היה מבצע את הבדיקה כעבור שעותיים בהתאם לנוהל היינו יכולים לדעת מתי בדיוק נפטר העובר (האם בטווח השעתיים או בשעה הנוספת בה לא נוטרה האם). בגלל זה לא ניתן לדעת האם המוות הוא תוצאה של התרשלות.

ריבלין: אילו בית החולים ביצע את הבדיקה כעבור שעותיים בהתאם לנוהל, היינו יכולים לדעת מתי בדיוק נפטר העובר (האם בטווח השעתיים או הנוספת שבה לא נוטרה האם). כתוצאה מהתרשלות ביה"ח לא ניתן לדעת זאת. מצד אחד, בהתנהגותו הצוות הרפואי התרשל ובכך גרם למות העובר, מצד שני אנחנו לא יודעים ויכול להיות שהעובר נפטר אחרי חצי שעה, אנחנו לא יודעים בגלל הרשלנות של בית החולים. לכן **מיישם את דוקטרינת הנזק הראייתי**- היפוך נטל ההוכחה, ועכשיו יש חזקה שהוא כן התרשל ועכשיו על ביה"ח להוכיח מתי העובר מת. אם אין רישום במהלך שלוש השעות הללו, זה בגדר בלתי אפשרי ולכן כנראה התביעה תקבל כי ביה"ח לא יצליח להוכיח אחרת.

סעיפים 38-41 לפקנ"ז

בהתקיים היסודות של כל אחד מהסעיפים יעבור הנטל אל הנתבע להראות שלא התרשל (נדבר על מקרים בהם יעבור הנטל גם לשם הוכחת קש"ס עובדתי) ברגע שהתובע מוכיח את התנאים, מתהפך נטל הראיה, וכמו שאמרנו הרבה פעמים זה גוזר את הדין להפסדו של הנתבע שלא יצליח להוכיח.

ס' 41 הוא מאוד חזק- הנטל מתהפך: והוא גם צריך להוכיח שלא התרשל וגם צריך להוכיח קש"ס שלא ההתרשלות שלו גרמה לנזק. ככה"נ לא יצליח לעמוד בנטל.

המשמעות: הסעיפים יוצרים חזקה ניתנת לסתירה שקיימת התרשלות (ובמקרים מסוימים, שקיים קש"ס) על הנתבע להוכיח שלא כך הוא, אחרת התובע זוכה.

ס' 41: הדבר מעיד על עצמו

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

שלושה יסודות לסעיף שהתובע צריך להוכיח כדי להפוך את נטל הראיה:

- (1) הוכח כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת:
- (2) לנתבע הייתה שליטה מלאה על הנכס שגרם לנזק
- (3) הנזק מתיישב יותר עם זה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שנקט

תנאי 1- לתובע לא הייתה ידיעה או יכולת לדעת

נשאלת השאלה- מה הכוונה בחוסר ידיעה? האם היעדר ידיעה בכוח או בפועל והאם הכוונה שהניזוק עצמו צריך להיות בחוסר ידיעה או התובע?

פס"ד פלוני נ' פלוני

עובדות: עובד שעבד באתר בנייה, הוא נפל ומת, ולא היה ברור אם הוא מת בגלל רשלנות של הנבתע- הקבלן בשל פיגום לא תקין, או בגלל שהוא חיפש מקום להתפנות והלך למקום שאסור בצורה רשלנית בעצמו ונפל בעקבות כך ומת.

מה הקושי הפוטנציאלי בהוכחת היסוד הראשון לס' 41 בפס"ד זה? הפועל מת, לא ניתן להבין מה באמת קרה- האם הייתה התרשלנות מצידו או מצד הקבלנים והאם ההתרשלנות היא זו שגרמה למוות.

נקבע: ש' עמית: אומר שמספיק להוכיח את הידיעה של התובע (היורשים במקרה זה) ולא של הניזוק בהכרח (בעניינינו- המנוח). זה לא אומר שלא צריך להתאמץ מאוד כדי להוכיח את התביעה, בימ"ש עדיין צריך להשתכנע. לתובע עדיין יש נטל לעשות ככל יכולתו כדי לברר את העובדות. אז התנאי הראשון אם כן מתקיים.

תנאי 2- לנתבע הייתה שליטה מלאה על הנכס שגרם לנזק**רז נ' בייח אלישע**

עובדות: תינוקת נולדה ונדבקה אחרי הלידה בחיידק מסוכן בבי"ח ואפילו נגרמה לה נכות.

הטענה: בית החולים התרשל בכך שנתן לחיידק מסוכן להסתובב בשטחו.

שמגר: כל היסודות של ס' 41 מתקיימים, ולגבי היסוד השני: החיידק נמצא בסביבה שהייתה בשליטתו של ביה"ח ולביה"ח יש אחריות לדאוג לתנאים ולחיטוי, בגלל שהיא נדבק בשטח ביה"ח הוא יכול היה לשלוט במה שקורה בשטחו. ולכן רק לו היכולת לדעת מה הקשר בין מצב החיטוי בו לזיהום של התינוקת.

תנאי 3- הנזק מתיישב יותר עם זה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר שנקט

תנאי בעייתי. למה הסעיף הזה בעייתי? כי כנראה התקשתי להוכיח רשלנות והתרשלנות- שמישהו התנהג באופן לא סביר לפי ס' 35, אז בגלל שלא הצלחתי להוכיח התרשלנות אני אפנה לס' 41 אבל גם פה לא אצליח לא להוכיח?

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? לו התובע יכול היה לעמות בהוכחה זו, ממילא לא היה תובע בעוולת הרשלנות במסגרת ס' 35?

עובדות: ניתוח להחלפת מפרק ירק, נפגע עצב, יש לה נזק ונכות. לא יודעים איך הנזק נגרם. ניתוחים זה דבר מסוכן, לפעמים יש נזק, זה לא בהכרח אומר שמישהו התרשל. וגם אם הייתה התרשלנות לא בטוח אם היא גרמה לנזק.

השאלה המשפטית היא לגבי תחולתו של ס' 41:

תנאי 1 מתקיים- היא היית המורדמת ולכן לא ידעה מה קרה שם

תנאי 2 מתקיים- חדר הניתוח וצוותו הם בבעלות בית החולים

תנאי 3- האם מתקיים? אם יכולתי להוכיח אז היו תובעים ברשלנות

היא טוענת: היה כאן נזק ובדר"כ בהליכים כאלה אין נזק, או בסיכון מאוד נמוך, זו פרוצדורה פשוטה. בגלל שיש סיכון כל כך נמוך שיקרה נזק, לטענתה אפשר להסיק שהתנהגו באופן לא סביר. היא בעצם משתמשת בראייה כללית, היא לא מוכיחה קונקרטי שמישהו התנהג בצורה לא סבירה, היא מראה משהו כללי. תוצאה נדירה להליך רפואי.

ריבלין: מסכים שאין צורך בראיות קונקרטיות. אך מסביר כיצד ניתן להשתמש בראיות כלליות (הסקה סטטיסטית): יש צורך בהסקה סטטיסטית. לא ניתן להסתמך על נדירות של קרות התוצאה כעובדה מספיקה לקבוע שהנתבע בהכרח התרשל כי הנזק נדיר.

לא מספיק להגיד כמה פעמים נגרם נזק מתוך כלל הניתוחים, אלא מתוך כלל הנזקים דומים שקרו: כמה מהם היו בשל התרשלות. אם בדר"כ כזה נזק נגרם בגלל התנהגות רשלנית אז נוכל להגיד שהנזק ככל הנראה נגרם בשל רשלנות.

אם כן, מה שהוכחת (שהתוצאה נדירה) **זה לא מספיק כדי להוכיח שהתנהג באופן לא סביר ולקיים את תנאי 3. יש צורך בנסיבות מחזקות נוספות.**

בענייננו היו נסיבות נוספות: 1. היעדר רישום רפואי 2. מנתח 2 לא העיד, לא הגיע לעדות כשקראו לו. והעובדה הזו ביחד עם העובדה הקודמת- שהתוצאה היא נדירה, יכולה לעזור לנו לקיים את התנאי ה-3.

לחלופין, ניתן להחיל את דוקטרינת הנזק הראייתי

ניתן להגיע לאותה תוצאה של היפוך נטל ההוכחה גל על בסיס דוקטרינת הנזק הראייתי (גם בלי ס' 41).

- התרשלות הנתבע גרמה לכך שהובעת לא תוכל להוכיח את תביעתה ולכן ניתן להפוך את נטל ההוכחה אל כתפי הנתבע.

- היפוך נטל הראייה מביא את התובעת למצב דומה לזה של ס' 41 (הדבר מדבר בעד עצמו).

הערות לגבי תנאי 3 בס' 41:

ס' 41 הוא נכון גם לגבי הפיכת הנטל על התרשלות הנתבע, אבל גם לעניין גרימת הנזק, דהיינו קש"ס. מרגע שהוכיח את תנאי 3 של ס' 41, החזקה היא שהתובע עמד גם בהוכחת הקש"ס בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שקרה לו. זאת ניתן ללמוד מנוסח הסעיף "גרם". די בכך שהנתבע מצליח להוכיח שלא הייתה התרשלות או שלא היה קש"ס. נראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

האם הנתבעים יכולים לסתור את החזקה ולהוכיח שלא התרשלו תוך שימוש בראיות קונקרטיות ז"א להוכיח שהם ספציפית במקרה הזה לא התרשלו? או שיכולים גם הם להתבסס על ראיות כלליות (סטטיסטיקה למשל)? - משאיר בצ"ע.

שיעור 15 - 26/05**ס' 38 לפקני"ז - חובת הראיה ברשלנות לגבי דברים מסוכנים**

דברים מסוכנים, אך שגרמו לנזק בהימלטתם (חוץ מאש וחוץ מחיה), אז יש היפוך נטל הראיה.

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי דבר מסוכן, למעט אש או חיה, או על ידי שנמלט דבר העלול לגרום נזק בהימלטו, וכי הנתבע היה בעלו של הדבר או ממונה עליו או תופש הנכס שמתוכו נמלט הדבר – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי הדבר המסוכן או הנמלט התרשלות שיחוב עליה"

מה זה דבר מסוכן?

פס"ד עזבון המנוח נאצר נ' מדינת ישראל

המנוח נפגע מירי חיילי צה"ל בעת פיזור הפגנה. הטענה המשפטית: נשק הוא דבר מסוכן לעניין הוראת ס' 38 ולכן אנחנו (משפחת המנוח) לא צריכים להוכיח התרשלות, יש פה היפוך נטל הראיה ועכשיו החייל צריך להוכיח שלא התרשל. (אמרנו כבר שזה מאוד קשה לעשות).

ריבלין: על מנת שנשק יחשב לדבר מסוכן לצורך העברת הנטל לפי ס' 38, על השימוש בו להיות לא רגיל. נשק הוא דבר מסוכן באופן רגיל. אבל למשל אם חייל פלט גזר כשהוא בבית אז זה שימוש שהוא לא רגיל בנשק. אבל מכיוון שזה כלי שמשמש לירי והשתמשו בו לירי, זה שימוש רגיל שלו.

למה כך נקבע? (1) שימוש לא רגיל מגביר את הסיכון הקיים בדבר (לעומת שימוש רגיל בנשק) אז למשל שימוש בנשק למשל במשחק מגביר את הסיכון מהנשק (2) קביעה אחרת תיצור חזקת התרשלות כמעט בכל תביעה נגד צה"ל.

מה זה דבר העלול לגרום לנזק בהמלטו?

הדוג' הכי נפוצה לדבר שיכול לגרום לנזק בהמלטו- מים. דווקא אצלנו בפסיקה ההתייחסות לדבר שגרום לנזק בהמלטו, יותר מרוככת, בדר"כ פשוט מטילים אחריות מוגברת. במשפט שלנו זה לא כך, ההסדר מרוכך יותר- רק מתהפך הנטל על הנתבע להוכיח שלא התרשל.

פס"ד משק אשכנזי

מי שמביא אל אדמתו דבר שעשוי להימלט ולגרום לנזק, צריך לשמור שלא ימלט. הפסיקה מפנה לס' זה בהקשר למים שנמלטים למקרקעין של אחר וגורמים לו נזק.

מה לגבי הוכחת קש"ס?

ס' 41 למשל מעביר לא רק נטל ראיה על עניין ההתרשלות אלא גם על עניין הסיבתיות (הקש"ס בין ההתנהגות הרשלנית לבין הנזק) אבל כאן ס' 38, זה לא קורה, כאן היפוך נטל ההוכחה הוא רק לגבי ההתרשלות. כלומר: גם אם הוכחו תנאי ס' 38, הם הוכחו לעניין היפוך נטל הראיה אל הנתבע שלא התרשל בלבד. על התובע עדיין יהיה להוכיח שמתקיים קש"ס בין ההתנהגות לבין הנזק.

נדגים את המשמעות בין שני המקרים:

פס"ד עצמון נ' חיפה כימיקלים

עוסק בדייגים ובצוללנים בקישון שטוענים שהם חלו בסרטן כתוצאה מהחומרים הכימיים שהוזרמו לשם. מתהפך נטל הראיה, והם אכן קיבלו פיצויים בסוף.

מה היו הבעיות במקרה הזה?

(1) להוכיח שהסרטן המסוים שלהם נגרם דווקא כתוצאה מהחומרים הכימיקליים האלו. איך אפשר לעשות את זה? למשל להוכיח שאנשים אחרים שלא נחשפו לחומרים הללו לא חלו בסרטן, אבל התובעים לא הצליחו לעשות זאת.

(2) בעיה בטענה שמדובר בדבר מסוכן- חומרים שהוזרמו לקישון, כי נטען שכל החומרים שהוזרמו לקישון אלו חומרים שיש גם במי השתייה שלנו, וחלק מהמתכות הכבדות אנחנו נושאים על עצמנו (שעונים תכשיטים וכו'), היה קשה להוכיח שזה חומר מסוכן. אומר **עמית**: גם אם הייתם מצליחים להוכיח שזה חומר מסוכן, אתם צריכים להוכיח קש"ס. וכולנו יודעים שזה העניין הבעייתי פה ולכן הסי' לא עזר לתובעים.

ס' 39 לפקנ"ז - חובת הראיה ברשלנות לגבי אש

"יבתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שהנזק נגרם על ידי אש או עקב אש, וכי הנתבע הבעיר את האש או היה אחראי להבער האש, או שהוא תופש המקרקעין או בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש – על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי מקורה של האש או התפשטותה, התרשלנות שיחוב עליה."

נזקים שנגרמו מאש, הופכים את נטל הראיה לגביהם. אם הנתבע הבעיר את האש, הופכים את נטל הראייה אליו, ואם הוא היה בעל המקרקעין או תופש המקרקעין או בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש- גם הופכים.

גם כאן מתהפך נטל הראיה רק לגבי ההתרשלנות ולא לגבי הקש"ס.

יש הבדל בין אש שיצאה ממקרקעין למיטלטלין

פס"ד כורי נ' קסש - הנתבע מחזיק במקרקעין שמהם יצאה האש

עובד בבית מלאכה התלקח כתוצאה מפחית טרפנטין שעמדה על השולחן. הוא תובע את הבעלים. הוא רוצה לתבוע על ס' 39 כי הנזקים שלו היו מאש.

בימ"ש: אי אפשר להפוך את נטל הראיה במקרה הזה כי הסי' אומר שהאש צריכה לצאת מהמקרקעין החוצה. זה לא אומר שלא הייתה פה התרשלנות. הוא כן הצליח להוכיח התרשלנות אבל לא להפוך את נטל הראיה, כי האש לא יצאה מהמקרקעין אלא נשארה בתוכו. מתי כן ייצא מהמקרקעין? אם יצא מהבית שלי ושרף בית של השכן.

גנור נ' מדינת ישראל - הנתבע בעל המיטלטלין שמהם יצאה האש

אש התלקחה מסוללת טלפון בבעלות משרד התקשורת וגרמה לנזק במשרדו של התובע. התובע ביקש להפוך את נטל הראייה על המדינה שהתרשלה, שלא התקינה את הסוללה כמו שצריך.

שמגר: יש להבחין בין "תופש מקרקעין" מהם יצאה האש, ל"בעל המיטלטלין" שמהם יצאה האש. כאשר מדובר במיטלטלין- מספיק שהאש יצאה מהמיטלטלין. לא כך במקרקעין- שצריך להוכיח שהאש תפרוץ מהמיקום עצמו.

ס' 40- חובת הראיה ברשלנות לגבי חיה

" 40. בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה שתי אלה:

- (1) הנזק נגרם על ידי חיה-בר, או על ידי חיה שאינה חיה-בר אלא שהנתבע ידע, או חזקה עליו שידע, כי היא מועדת לעשות את המעשה שגרם את הנזק;
- (2) הנתבע היה בעל אחת החיות האמורות או היה ממונה עליה – על הנתבע הראיה שלא היתה לגביה התרשלות שיחוב עליה."

הנזק נעשה על ידי חיה-בר או על ידי חיה שאינה חיה-בר (חיה-בר היא מועדת, כלומר) אבל הנתבע ידע הוא היה צריך לדעת שהיא מועדת לעשות את המעשה שגרם הנזק (למשל היא כבר גרמה בעיות בעבר). היפוך נטל הראייה על הנתבע שהיה בעל חיה או היה ממונה עליה."

ס' 41א-ג- נזקים שנגרמו על ידי כלב

41א בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע (להלן – הבעלים) לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם היתה או לא היתה התרשלות מצדו של הבעלים.

מה מיוחד בו לעומת הסעיפים האחרים: הייתה מכה שלתקיפות כלבים בשנות ה-90 וזה לא הספיק שיהיה סעיף שעוסק רק בחיות מועדות, ורצו יותר להרתיע בעלי כלבים וחוקקו את 41א-ג. בשונה מהסעיפים הקודמים, לא רק שלא מדובר באחריות מסוג רשלנות וגם לא אחריות מוגברת. תהיה אחריות לבעלי כלב לפי הסדר מיוחד: בעלים של כלב לא יהיה אחראי לנזק רק במצבים מאוד מיוחדים שבסעיף 41ב (3-1): התגרות בכלב, תקיפת הבעלים או המשפחה והסגת גבול.

41ב בתובענה לפי סימן זה לא תהא הגנה לבעלים, אלא אם כן הנזק נגרם עקב אחד מאלה –

(1) התגרות של הניזוק בכלב;

(2) תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו;

(3) הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.

זה הסדר הרבה יותר חמור מהסדרים של היפוך נטל הראיה, אז במובן הזה אנחנו יצאנו מרשלנות, אין פה נטל הוכחה אלא אחריות מוחלטת.

41ג. אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר.

ס' 41ג) אומר שנניח שהסגתי גבול ולכן לבעלים יש הגנה, אין לגביי אחריות מוחלטת, זה לא גורע מדינים אחרים, אני עדיין יכולה לחזור לעולת הרשלנות. **בעצם זה לא מונע ממני לתבוע ברשלנות אלא רק אומר שאין לגביי אחריות מוחלטת.**

סיימנו רשלנות.

אשם תורם

יכול לחול בכל מיני סוגים של עוולות. הוא מזכיר לנו את יסוד ההתרשלות אבל זה לא אומר שזה רלוונטי רק לרשלנות. זו טענת הגנה שהיא רלוונטית לכל העוולות (החלק השני של פקודת הנזיקין, שרלוונטי לכל העבירות לפניו, רלוונטי לכל הסוגים חוץ מעבירות אחריות מוחלטת, שם בדרי"כ המחוקק ייצור חקיקה ברורה).

רקע כללי

לפני ההגנה הזו היה משטר בינארי (או שהצלחת להוכיח מעל 50% ואז קיבלת 100% על הנזק שלך או שלא). אשם תורם משנה את התמונה, עכשיו אנחנו נמצאים בהסדר יחסי של חלוקת אחריות. "מעוולים במשותף" לשני אנשים אשם על הנזק. נהיה אחראים יחד ולחוד על הנזק, כל אחד באחוזים אחרים (לרוב 50-50 אבל לא תמיד). אשם תורם זה מקרה פרטי של מעוולים במשותף.

שלבי קביעת אשם תורם:

- 1- התובע משיים לעמוד בנטל ולהוכיח את יסודות העוולה שהוא תבע
- 2- הנתבע מעלה טענת אשם תורם, להחלטת בימ"ש
- 3- במידה ויש אשם תורם, תקבע חלוקת אחריות: עובר להשוואה בין מידת האשם בין הצדדים

ס' 68 (א): (א) סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפְרְעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצורך תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק; אולם האמור בזה אין כוחו יפה להכשיל הגנה הנובעת מחוזה, ואם חל על התביעה חוזה או דין המגבילים את החבות, לא ייפְרְע התובע פיצויים למעלה מן הגבול שנקבע כאמור.

הבדל בין אשם תורם לניתוק קש"ס

ניתוק קש"ס סיבתי (ס' 64 (2)) - אשמו של האדם הוא הסיבה המכרעת לנזק. אתה היית כ"כ לא בסדר, שאתה זה שגרם לנזק (ניתוק קש"ס). היית כל כך רשלן שאתה למעשה גורם זר מתערב וניתן לטעון שניתק הקש"ס והתביעה תדחה.

אשם תורם לעומת זאת, לא יכול להביא למצב של דחיית תביעה.

האם ניתן להצדיק שימוש באשם תורם?

עד עכשיו דיברנו על התנהגות עוולתית שיוצרת אחריות נזיקית ואותן הצדקנו במושגים הבאים. האם ניתן להצדיק בעזרתם גם הגנה? כן, אותו הגיון שחל במסגרת העוולה יכול לחול גם בטענת ההגנה.

- **צדק מתקן** - צדק מתקן בא להשיב שיווי משקל נורמטיבי בין צדדים שנפגע בגלל שנפגעה זכות. צריך לראות איזה זכות נפגעה ומה היקף הפגיעה. אז אם היקף הפגיעה הוא יותר מצומצם, בגלל שתובע פעל גם הוא לנזק, אז הפגיעה בזכות היא יותר מצומצמת והיקף הנזק הוא קטן יותר, לכן צריך להתאים את הפיצוי להיקף התביעה בפועל שהנתבע גרם לה.

- שיקולי תמריצים/הרתעה-

- הרתעה בחסר של הניזוק בעל האשם התורם- אנחנו רוצים שאנשים יהיו זהירים, אם אני אדע שלא משנה איך אני מתנהגת תמיד יפצו אותי אז אני לא אתנהג באופן זהיר וארצה להגדיל את הנזק וליצור פיצוי מלא
- התרעה ביתר של המזיקים- כולם תמיד יפחדו כי ידעו שאם יפגעו אז האחריות המלאה תהיה עליהם לא משנה מה עשה הצד השני או לא עשה (הרתעה ביתר של מזיקים).

הסטנדרט לקביעת אשם תורם

התנהגות הניזוק תיבחן לפי סטנדרט "האם הסביר" **בנסיבות העניין**. (זה קצת כמו רשלנות, צריך להוכיח אבל שהניזוק התנהג באופן לא סביר). ואולם קיימים מקרים ספציפיים עם התייחסות הפסיקה באופן מיוחד: (1) עובד מעביד (2) ילדים.

יחסי עובד מעביד: פס"ד דפרון נ' גולובין

עובדות: עובד במפעל שנה בטעות מתנול, כי חשב שמדובר באלכוהול, תוך כדי העבודה ונפטר. הוא רצה לשתות אלכוהול ולכן כשהרגיש לא טוב חשב שזה בגלל אלכוהול. המשפחה תבעה וטענה שהייתה התרשלות כאן כשהמפעל מחזיק בקבוק מסוכן ככה חשוף. **טענת המפעל:** יש לפטור אותם מאחריות כי התנהגותו של העובד היא הסיבה המכרעת לנזק וניתק הקשר הסיבתי או לפחות להפחית ממנה- אשם תורם.

המחוזי: יש פה רשלנות וגם הפרת חובה חקוקה אבל אין אשם תורם. למה: יש **יחסים מיוחדים**, למשל עובד-מעביד, אחת החובות של המעביד היא לספר סביבת עבודה לעובד שלו ולשמור עליו, ולמרות שאין ספק שלניזוק הייתה התנהגות בעייתית, בימ"ש מצא לנכון לא לתת אשם תורם בגלל היחסים המיוחדים.

עליון: יחסי עובד מעביד זה יחסים שאנחנו מאוד מדקדקים עם המעבידים ומקלים עם העובדים. ואז נשאלת השאלה: עד כמה אנחנו מאפשרים לעובד לעשות, להיות רשלין עד רמה כזאת שעובד מנסה להשתכר ושותה ככה. ולכן בימ"ש עליון מוצא לנכון להתערב בקביעה הזו. נכון יש פה יחסי עובד מעביד, **(מערכת יחסים מיוחדת)** אותם צריך לקחת בחשבון. אי אפשר להתעלם מהמצב שהמנוח היה באמת רשלין בצורה מאוד לא אחראית ולא סבירה. **לא ניתן לומר שההתנהגות ניתקה את הקשר הסיבתי:** המעביד יכול היה לצפות את ההתנהגות החריגה של העובד, או לפחות יכולתם לצפות והייתם צריכים. לעניין אשם תורם **יחול מבחן "העובד הסביר בנסיבות"** ויש להתייחס במערכת היחסים המיוחדת. נקבע אשם תורם בגובה 25% המבטא את האיזון בין הדברים- גם לא להתעלם מההתנהגות החריגה וגם התחשבות **במערכת יחסים מיוחדת**.

למה אי אפשר לומר שההתנהגות ניתקה את הקשר הסיבתי ולפטור לגמרי את המפעל מאחריות נזיקית?

מערכת היחסים המיוחדת הזו, קובעת חזקה שהמעביד צריך לקחת בחשבון התנהגויות שונות של העובד. לכן נקבע שהתנהגות העובד במקרה זה הייתה בגדר הצפיות. עם זאת, יש חריגה ברורה מסטנדרט התנהגות ולכן נקבע אשם תורם בגובה 25%.

איך קובעים את מידת האשם התורם?

כמה אחוזים של אשם תורם ייקבעו? לפי העובדות, בדר"כ ההערכה נעה סביב 30%. אך אופי החישוב לא רלוונטי לקורס ולא נדרש לכך במבחן.

ילדים

לילדים יש פטור מאחריות נזיקית- יש חסינות גיל לגבי אשם יוצר אחריות עד גיל 12, אבל במקרה של אשם תורם, יכולה להיות טענת הגנה גם על ילדים. למה?

- 1) שיקולי הרתעה- מה יקרה להתנהגות של אנשים אם נדע שאפילו שילד רשףן מאוד אני תמיד אקבל את כל הנטל, ולכן יזהרו מאוד. אגב- אולי אני רוצה שאנשים יזהרו מאוד עם ילדים. וגם הילדים יתנגו איך שרוצים.
- 2) ההשפעה על חיי הילד היא נמוכה יותר- כשילד חייב בנזיקין יש לזה השפעה גדולה (למשל להטיל על הוריו פיצויים), אבל פיצוי נמוך יותר בגלל שהיה לו אשם תורם זו השפעה נמוכה יותר.

תרגיל כיתה

הסיקו לגבי כל אמירה אם היא נכונה או לא, נמקו.

- 1) סיפוריו של דודו על תאונת הדרכים הקשה בה נפצע קשה כתוצאה מרשלנות נהד אוטובוס שהתנגש במכוניתו גרמו לרונאל, אחיינו בן העשר, לסיוטים קשים בלילות. לאחרונה רונאל אובחן כחולה במחלה נפשית (נכות כתוצאה משחזור נשנה של הסיפורים בראשו, שהביאו אותו להתקפים פסיכויטיים המקשים עליו לתפקד) רונאל הוא ניזוק עקיף.
- 2) החלטת בית המשפט בעניין רז נ' בית החולים אלישע מוצדקת משום שקיימת קרבה מדרגה ראשונה בין האם לבין בתה הניזוקה וסמיכות לזמן ומקום אירוע הנזק
- 3) לא תוטל אחריות ברשלנות על מחדל טהור.

תשובה של מיטל:

- 1) לא נכון, לא עונה על התנאי שנדרש באלסוחה- הוא לא קרוב מדרגה ראשונה. + יש לדון בתנאים שנקבעו באלסוחה ולהסביר מדוע. אין קרבה בזמן, אין התרשמות ישירה ואין קרבה ראשונה. **בנוסף**-ייתכן שרונאל ניזוק ישיר כתוצאה מהתרשלות של דודו (אם ניתן להוכיח את יסודות עוולת הרשלנות).
- 2) לא נכון. זה לא הנושא של הפרשה. הפרשה עוסקת במבחנים להיפוך נטל ההוכחה לפי ס' 41 ולא על ניזוק עקיף נפשי.
- 3) לא נכון. אמנם בעבר לא היה ניתן להטיל אחריות על מחדל טהור, היום ניתן לעשות כן אבל בזהירות. ובתלות בנסיבות (יש להדגים עם פסד רלוונטי, למשל ולעס) בעיקר במקרים של לא תעמוד על דם רעך. (היא אומרת שלא רלוונטי לדבר על חוק לא תעמוד על דם רעך כי זה לחשוב יותר מדי, בגלל שלא תעמוד על דם רעך זה לא רשלנות, וכאן השאלה הייתה על רשלנות. אם היו שואלים על דיני נזיקין באופן כללי, אז כן היה מתקבל.

** אם מציינים עוולה, כדאי לסמן אותה ולשים לב איזה עוולה זו וכנראה שהתשובה תהיה ספציפית לעוולה.

שיעור 16 - 31/05**ילדים - המשך**

ילדים עד גיל 12 פטורים מאחריות נזיקית.

מדינת ישראל נ' אייגר

ילד שיחק עם חבר על הגג שם מצאו טיל. הטיל התפוצץ, אייגר נפצע קשה ורגלו נקטעה.

השאלה: האם לילד יש אשם תורם? אבל יותר מכך - עד כמה ניחס לו אשם תורם? תחת איזה סטנדרט יש לבחון אשם של הילד? האם הילד התנהג בצורה סבירה? יש כמה 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 שניתן במקרה מסוים לקחת בחשבון גם את הילד המסוים בו אנחנו עוסקים, אבל משאיר את זה בצ"ע, ולצורך המקרה הזה הוא לא חושב שצריך להתייחס, צריך לדעת שזה קיים ותלוי נסיבות, אבל ההלכה אומרת שבוחנים לפי הילד הסביר בגיל הרלוונטי. ואולי יש מקום בעתיד כן לאמץ מבחן סובייקטיבי. מיטל מציעה שנרצה ללכת לכיוונים סובייקטיביים דווקא כשרוצים להקל עם הילד - למשל ילד עם פיגור שכלי שנרצה להתחשב בו.

הקשר בין אשם תורם לבין אשם יוצר אחריות

האם אשם תורם יכול להתפרש כיוצר אחריות נזיקית בת פיצוי?

פס"ד קסברי נ' רוזן

עובדות: נהגת יוצאת ברברס מחניה ומתנגשת בנהג מונית. הוא נסע במהירות מופרזת ונקבע לו אשם תורם של 30% ולכן היא צריכה לשלם לו 70%. טוענת הנהגת: גם לי נגרם נזק לרכו, ויש לך אשם תורם של 30% ולכן רוצה שישלם לה 30%. נכון יש לך אשם תורם, אבל אני רוצה להתייחס אליו כאשם יוצר אחריות, יש לך אחריות מולי בנזיקין.

השאלה: המשמעות של אשם תורם היא פיצוי מופחת לנהג המונית (הניזוק) אבל גם למזיקה נגרם נזק, האם על הנהג לשלם לה פיצוי של 30%?

ש' עמית: המטרה של טענת הגנה (אשם תורם) ואשם יוצר אחריות שונה, יש הבחנה ביניהם ולכן אי אפשר לייחס לאשם תורה גם אשם יוצר מיאות, כוונת המחוקק הייתה ליצור טענת הגנה ומצד שני טענת תביעה, והן שונות בתכליתן. אבל לא נסגרה הדלת הזו ואולי יהיה אפשר לעשות זו בנסיבות.

(אגב באנגליה וחלק מהמדינות בארה"ב כן ניתן לעשות את זה)

הוא מוסיף ואומר שיש פה גם הצדקה כלכלית: למשל יש רכב עני בשווי של 100 ורכב עשיר בשווי של 1000. העשיר הוא רשלו ונקבע לעני אשם תורם 20% מה יהיה הפיצוי לעני? 80 - כי יש לו אשם תורם 20% והשווי של הרכב 100 אז יקבל 80, אבל הנהג העשיר יקבל פיצויים של 200 כי נפגע לו רכב בסכום 1000 והאחוז האשמה של העני הוא 20%. **זו דוגמה לנסיבות בהן הניזוק שאשמתו פחותה ישלם יותר.** עד כמה מדובר בשיקול משמעותי? למרות שהשיקול נצבע ברקע של שיקול כלכלי, אבל זה גם שיקול חלוקתי, צורם לשי' עמית שיש פה מזיק משמעותי שעדיין ישלם פחות. בסוף הוא לא פותר את הסוגייה והיא **ממשיכה בפועל לבלבל את הערכאות הדיוניות.**

אשמו של המזיק גורם לאשמו התורם של הניזוק

המזיק לא רק גרם לנזק הוא גם באיזה שהוא מקום "הפיל בפי את הניזוק" ויצר לו גם את האשמה. מדובר במקרה בו אשמו של הנתבע לא רק גורם לנזק אלא גם גורם לכך שהניזוק יתנהג באופן רשלני: המזיק גרם גם לנזק וגם לכך שניזוק יהיה אשם (אשם פעמיים).

אלהוא נ' עיריית ירושלים

אדם בעל לקויות הולך ברחוב. אין גידור או תאורה. הוא נופל לבור וניזוק בגופו. הוא טוען שהעירייה התרשלו.

הטענה של העירייה: מדובר במפגע בטיחות שהיה ידוע לניזוק. הוא בחר לעבור שם במקום לחפש דרך חלופית, הוא ידע שזו דרך מסוכנת עבורו. הטענה התקבלה על ידי **בימ"ש מחוזי**.

ש' עמית: לא רצה להתערב בשיקולי בימ"ש מחוזי ובממצאיו העובדתיים. ואיפשר להטיל אשם תורם בגובה 20% על הניזוק.

ביקורת: **ש' ברק-ארז:** היא לא משנה את התוצאה הסופית (למרות שמיטל אומרת שההצדקות שלה כן היו מספיק חזקות כדי לשנות את הפס"ד). אבל מביאה ביקורת:

(ג) פגיעה במוטיבציה של העירייה לתקן את הליקויים (עדיף לה לבסס מציאות בשטח): אתה יודע

שבדר"כ אנשים יזהרו אבל דווקא בגלל שהמצב קיים הרבה שנים העירייה תוכל לטעון- אתה ידעת והכרת את זה ולכן יש לך אשם תורם, ואז הם לא ירצו לתקן את זה לעולם.

(ד) בעייתי להשתמש בעובדה שדובר על ניזוק עם מוגבלות כדי לטעון שהיה עליו להיזהר יותר.

מיטל מציעה שיש פה בעיה נוספת: **ס' 66 לפקני"ז:** התנהגות הנתבע: מקום שגם התובע גם הנתבע גרמו לנזק באשם, אלא שהתנהגותו של הנתבע היא שהביאה לידי אשמו של התובע, רשאי בית המשפט להגדיל את הפיצויים שהנתבע חייב לשלם, אילולא הוראות סעיף 64, ובלבד שלא יעלו על הסכום שהיה חייב לשלם לולא גרם גם התובע לנזק באשמו.

← ז"א אם הנתבע בהתנהגותו גרם לזה שהתובע התרשל (לא בחר בדרך חלופית) מי הוביל אותו לעשות את זה? מי בחר לא לסתום את הבורות ולא לשים שלט אזהרה? הנתבע. העירייה הובילה את התובע ללכת בדרך מסוכנת.

בפס"ד לא הייתה התייחסות לטענה הזו, אבל ייתכן שביחד עם השיקולים של ברק-ארז זה היה מצמצם או מאפס את האשם התורם על הניזוק.

אשם תורם במקרים של התנהגות מכוונת של המזיק- עוולת כוונה

אשם תורם חלה בכל העוולות גם באחריות מוגברת וגם בעוולות כוונה. אפשר להשתמש באשם תורם גם בעוולת כוונה, בצורה מדודה ומוגבלת, כמו בפס"ד הבא:

פס"ד אפל

עובדות: אפל ניצל הסדר מול המדינה כדי להוציא כספים במרמה. המדינה נתנה מענקים או שכ"ד לאנשים מפונים מביתיהם. לאפל הייתה חברה שמכרה דירות ריקות והיא הטילה עליו סמכות להיקשר בחוזים עם המפונים ולומר שהיא מרשה שהם יעבירו אליו (ימחו) את הזכויות של הלוואות המסובסדות שהיא נתנה להם ובתמורה הוא ידאג להם לדירה. כדי לא להתעסק עם כל המפונים. אפל נקשר עם אותם מפונים בכל מיני עסקאות ובא לפקידים שהכיר במדינה ואמר להם שיש פערי האינפלציה ולכן צריך להוסיף להלוואות. הוא ניצל את הקשרים שלו כדי להרוויח עוד כסף (מעל 40 מיליון שח). היה מאוד פשוט לאתר שיש שם בעיות אבל אף אחד לא בדק, האמינו לו וסמכו עליו. כשתפסו אותו הגיע לבימ"ש (הצליח להתחמק מדין פלילי אבל נתפס בס' 66 פקנ"ז)

טענה של אפל: עובדי המדינה לא בדקו ואתם התרשלתם בכך יכולתם לבדוק בקלות. בימ"ש קיבל את הטענה הזו והפחית 50% מאשם תורם.

מחוזי: (1) התקיימו יסודות עוללת התרמית הקבועה בסעיף 56 לפקודת הנזיקין, הדורשת כוונה מצידו של המזיק (ושהמוטעה יפעל לפי ההיצג הכוזב). (2) למדינה אשם תורם בגובה 50%: משרד השיכון התרשל בטיפולו בהעברות הכספים. המדינה ערערה על סכום הפיצוי.

ש' מלצר: עוללת התרמית (כוונה) יכולה לייצר נזקים אבל גם רווחים לצד המזיק. ואז חלק פעוט מהפיצוי יהיה על הנזק וחלק גדול על הרווחים. **התנהגות מכוונת של המזיק יכולה לגרום ל- 3 סוגי מקרים:**

- (1) **גרימת נזק ללא תוספת רווח למזיק** (גריעת רווחה מצרפית) לעומת מקרים שאין בור ברווחה המצרפית. במקרה של נזק כזה כן נכיר באשם תורם.
- (2) **גרימת נזק ותוספת רווח למזיק**- לגבי הנזק נכיר באשם תורם ולגבי העברת הכסף לא נכיר.
- (3) **מקרים של העברת כספים**- צד אחד מרוויח והצד השני הפסיד. בהתעשרות שלא כדין במצב בו הכסף עבר מצד לצד (לא נפגעה הרווחה המצרפית), כך לא נכיר באשם תורם, אבל אם היה בור ברווחה המצרפית (למשל נוסף להעברה גם נגרם לי כאב וסבל, על זה ניתן לדבר על אשם תורם). אבל על העברת כסף אי אפשר להכיר באשם תורם

אני מוכן שיהיה אשם תורם בעוללת התרמית (כמו עוללות אחרות של גזל למשל), אבל אשם תורם יוכל להפחית מגובה הפיצוי רק בנוגע לחסרון הכיס (חסרון רווחה מצרפית) ולא לעניין הרווח. במצבים אלה לא נוכל לקבל אשם תורם (מקרה 3, וחלק ממקרה 2).

ש' הנדל: ניתן לאפשר את טענת אשם תורם גם במצבים שלישיים של "העברת עושר" ביחס לראשי הנזק הנוספים (אין לגרוע מפיצויי ההשבה). נכון שבעוללות כוונה אפשר להטיל אשם תורם, אבל רק כשיש יש העברה. בסוף הוא מסכים עם מלצר.

בעוללות כוונה ניתן להטיל אשם תורם אבל לא מקרים של העברת כסף וכן במקרים של חסרון ברווחה המצרפית, נזק.

שיעור 17 - 02/06

סוג נוסף של התנהגות מכוונת של המזיק- התאבדות

האם התאבדות מהווה אשם תורם?**פס"ד הסתדרות מדיצינית הדסה נ' גלעד**

מנוח סבל מדכאון, התאשפז והצליח להתאבד. ההורים טוענים שהמטופל היה צריך לשמור יותר על המטופל.

בית החולים טוען: יש להפחית את אחריותו של בית החולים לאור אשמו התורם של המתאבד.

בימ"ש: ניתן להפחית אחריות עקב אשמו התורם של המתאבד, אך לא במקרה הזה (כי זה תלוי נסיבות).

כי פה הסיבה שהוא התאשפז מלכתחילה הייתה כדי שישמרו עליו מהמעשה הזה בדיוק, והם לא עמדו בזה. זו בדיוק הייתה חובת הזהירות שלו. ולכן אי אפשר להתבסס על אשם תורם של המטופל ולכן הפיצוי מוטל על בית החולים במלואו.

אשם תורם ואחריות חמורה (/מוגברת)

ההסדר בישראל- בשתי העוולות אפשר לצמצם אחריות עם אשם תורם.

למשל: הסגת גבול היא דוגמה לאחריות חמורה/ מוגברת, די במעשה שלי: כניסה לשטח של אחר ללא הסכמתו, לביצוע העוולה ואפשר לתבוע צו או פיצוי. במקרה כזה אם מישהו דחף אותי, וכך קרה הנזק (למשל דרכתי על פרח יקר במקרקעין שלו). באותו רגע כמובן שהסגתי גבול, אבל אפשר לייחס אשם תורם לכך שגם לעימות בינינו ושנינו גרמנו לכך שאדרוך על הפרח שלו. ואפשר להפחית בגובה הפיצוי דרך אשם תורם.

אבל מה הקושי הרעיוני באשם תורם בעוולות אחריות חמורה?

באשם תורם צריך להוכיח: (1) יסודות העוולה (2) טוענים שיש אשם תורם (3) בימ"ש מחליט מה חלוקת האשם. אולם, איך בימ"ש יכול לבצע חלוקת אשם אם מלכתחילה מדובר בעוולה המטילה אחריות על המזיק ללא קשר לאשם, שאלת האשם לא רלוונטית. במקרה זה עדיין בימ"ש נדרש עדיין לבחון את האשם. יש פה קושי קונספטואלי.

עולת התקיפה וזכויות החולה

תקיפה לפי ס' 23 לפקני"ז: (א) תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו.

(ה) "שימוש בכוח", לענין סעיף זה – לרבות שימוש בחוס, באור, בחשמל, בגאז, בריח או בכל דבר או חומר אחר, אם השתמשו בהם במידה שיש בה להזיק.

החלק הראשון של הסעיף מדבר על תקיפה פיזית, לאחר מכן מדובר על תקיפה שהיא 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
- 4) שלא בהסכמה

על התובע להוכיח גם כוונה וגם אי הסכמה, לעיתים הוכחת אי הסכמה היא מאוד מורכבת כי זה מילה כנגד מילה. בנוסף, קשה מאוד להוכיח כוונה. זה סובייקטיבי.

פס"ד כרמי- האם נדרשת כוונה? (יסוד 3)

עובדות: הנתבע, אדם עם לקות נפשית, מבצע תקיפה אלימה כלפי ילד שמסתיימת ברצח. הילד נפצע מאוד קשה. ודקר גם את התינוקת שלו.

השאלה: האם ניתן לייחס לנתבע כוונה במצב בו מחלת נפש שיבשה את דעתו (עד כדי הגנה במשפט הפלילי)? במשפט הפלילי הוא לא יוענש גלל הגנת אי שפיות. אבל אולי מגיעים פיצויים?

שלוש גישות אפשריות:

1. אין כוונה ולכן ניתן פטור מאחריות נזיקית
2. ניתן להטיל אחריות, אלא אם לא הייתה שליטה: בהזת גופו (הוא אולי לא התכוון לרצוח, כי הוכח שהוא במצב נפשי אבל נייחס לו ידיעה לפעולותיו- ש' רובינשטיין. מדובר באדם שלא מתכוון למה שהוא עושה, אבל הוא מודע. זה לא משנה אם הייתה לו כוונה לאותו אדם (שבאותו מצב היה בהתקף פסיכוטי לחלוטין) העיקר שהוא ידע שמזיז את גפיו הוא ידע מה הוא עושה ז"א שאם לא הייתה שליטה לא נדרשת כוונה אלא ידיעה. כל עוד אנחנו לא במצב שאין שליטה על האיברים עצמם אפשר לייחס אחריות (הייתה לו שליטה על הגפיים ולכן אפשר לייחס אחריות)- זו הגישה שהתקבלה.
3. ניתן להטיל אחריות בין אם שליטה ובין אם לאו- ש' ארבל- יש להעדיף את האינטרסים של הנתקף ולכן- לא משנה לי בכלל אם הייתה כוונה או לא, היה נזק ולכן נטיל אחריות

יש מקרים בהם יהיה הבדל בתוצאה בין הגישות: למשל טורט או אפילפסיה שם לא שולטים על הגפיים לפי רובינשטיין לא תהיה אחריות ולפי ארבל כן תהיה. אבל ברוב המקרים לא בטוח שיש כל כך הבדל.

ביקורת:

1. הטלת אחריות על החולייה החלשה ביותר בחברה. וזה בעייתי, אנשים שהם פגיעים (גם נפשית וגם כלכלית). הם לא במצב שהם יכולים להתמודד עם הליך משפטי.
 - (א) היבט חלוקתי- הטלת אחריות בעייתית מדובר באוכלוסייה חלשה ופגיעה (גם כלכלית). מדובר באנשים שהם לא יכולים בכלל להתמודד עם טיעונים משפטיים נפשית ולעיתים גם כלכלית.
 - (ב) היבט הרתעתי- ייתכן שהדבר יחזק את הצורך לשמור על תשושי הנפש בבית או במקום מוגן ולמזער את הנזקים שהם יכולים לעשות.
 - (ג) היבט קהילתי- אם אנשים ידעו שכאשר הם מותקפים על ידי תשושי נפש, הם לא יקבלו פיצויים, יכול להיות שלא יקבלו את שושי הנפש בחברה.
2. בנוסף, המבחן של רובינשטיין, דרך הביניים היא לא באמת דרך ביניים. בפועל, האם יש הבדל גדול בין ארבל לרובינשטיין? אין באמת חשיבות לכוונה. על פניו סי' 23 דורש כוונה, אבל בימ"ש מאפשר פה פיצוי גם בלי כוונה. אבל שתי הדעות מביאות כמעט תמיד לתוצאה דומה (למעט מקרים נקודתיים).

איך נצדיק את ההחלטה?

- מתיישב עם צדק מתקן- יש פה מזיק וניזוק. המטרה היא קודם כל להשיב את המצב לקדמותו. השאלה מאיפה נביא את הכספים, זה שאלה של פרוצדורה. ואמרו באמת בימ"ש שאולי שווה להקים קרן לעניין הזה. אבל לפני הכל לניזוק מגיע פיצוי. אי אפשר לנתק את המטרה של דיני נזיקין מהדיון המשפטי. כאמור לבסוף גם היא וגם רובינשטיין החליטו לפצות.
- חיזוק הפיקוח על ידי קרובים (גילוי ערנות ומניעה מראש)- אנחנו רוצים לתמרץ אנשים אשר קרוביהם תשושי נפש, לשמור עליהם שלא יעשו מעשים כאלה, שישמרו עליהם.
- לקושי הכלכלי של המזיק ניתן למצוא פתרונות (למשל קרן כאמור).

סייפא ס' 23 (א): וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם, כשהמנסה או המאיים גורם שהאדם יניח, מטעמים סבירים, שאכן יש לו אותה שעה הכוונה והיכולת לבצע את זממו.

לפי הסייפא, יסודות העוולה:

- איום או ניסיון שחייב להיות מוחשי: על ידי תנועה או מעשה (לא מספיק רק מחשבה)
- התובע צריך להוכיח שחשב שלנתבע הכוונה והיכולת לבצע את האיום, להזיק לו.

אלו שני היבטים ייחודיים לס' 23 סייפא: (1) סוג הנזק העיקרי שנתבע במצב כזה: נזקים נפשיים. (2) ניסיון כמקור להטלת אחריות במשפט. אולי במשפט הפלילי ניסיון מספיק כדי לבסס אחריות אבל בניזיקין זה חסר תקדים.

אלו הגדרות קשות מאוד להוכחה כי האדם צריך להוכיח שהשני חשב לתקוף אותו, וזהו עניין סובייקטיבי. המחוקק עוזר לתובע: כדי להוכיח שהייתה כוונה ויכולת יד להוכיח איום פיזי ומוחשי. עוולת התקיפה נוגעת בעיקר לנזקים נפשיים שנגרמו כתוצאה מהאיום.

הגנות לתקיפה - ס' 24 לפקנ"ז

צריך לקרוא את כל ס' 24 אבל נתעכב רק על ההגנה הראשונה:

בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם –

(ו) עשה את המעשה בסבירות כדי להגן על עצמו או על זולתו מפני פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או ברכוש, והיחס בין הנזק שסביר היה שייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה שיימנע על ידיו, היה סביר;

בעצם ההגנה הראשונה מזכירה לנו התרשלות: שוקלים מניעת הנזק מול תוחלת הנזק: מה הנזק שאני אעשה כדי למנוע את הנזק שייגרם לי. זה ס' שמדבר במונחים שמזכירים התרשלות.

יסודות ההגנה הראשונה ס' 24(1):

1. עשה את המעשה בסבירות- האם בהתאם לנסיבות, פעולותיו של האדם היו סבירות? יש דגש על ההתנהגות. למעשה זו הגנה שמדברת איתנו בלשון התרשלות – סבירות ויחס.
2. הגנה על פגיעה בחיים, בגוף, בחירות או רכוש- ההגנה תחול אם האדם תוקף כאשר מנסה למנוע פגיעה לא רק פיזית אלא גם על רכוש וחירות.
3. דרישת הפרופורציה- ריך להיות יחס סביר בין הנזק שניסו למנוע לבין הנזק שנוצר. יש דגש על התוצאה.

פס"ד אלון נ' חדד

עובדות: חייל התארח בבית הוריו, רואה פורץ ומתקשר למשטרה, בינתיים עולה לגג עם רובה ומנסה למנוע את בריחת הפורץ לכיוון השכנים. הפורץ מרים ידו עם חפץ כלשהו. החייל סבר שזה נשק ויורה לא כדי להרוג. נגרם נזק.

השאלה: האם חלה "הגנת הסבירות" הקבועה בס' 24(1)? האם דרישת הסבירות בס' מאפשרת לפטור את אותו חייל. בניגוד לרשלנות, לא כתוב בס' "בנסיבות העניין". אז האם אפשר לומר שזה "סביר".

ארבל: תחושת סכנה שנבחנת במונחים של סבירות (אובייקטיבית), אבל הסבירות נבחנת בהתאם לנסיבות המסוימות שמי שמתגונן נמצא בהן (אובייקט סובייקטיבי). ארבל מחזירה שוב לרעיון של התרשלות, **סבירות המעשה נבחנת בתוך ההקשר**. בנסיבות העניין, הגיוני שהאמין שנשקפת סכנה לחייו. יש לקחת בחשבון שנסיונות מסוג זה מחייבות קבלת החלטה מהירה, לטענתה, אותו חייל האמין שנשקפת לו סכנה. לא האם הפעולה היא סבירה, אלא האם בנסיבות החייל האמין שכך צריך לפעול, באופן סביר הוא חשב שנשקפת סכנה לחייו. **אנחנו לא מסתכלים על האדם הסביר! אלא הסתכלות סובייקטיבית.**

הגנות נוספות (את המודגשות היא הזכירה במצגת):

(ז) השתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע את התובע מהיכנס שלא כדין למקרקעין, או כדי להרחיקו מהם אחרי שנכנס אליהם, או שהה בהם, שלא כדין, והכל כשהנתבע היה תופשם או פעל מכוחו של תופשם; ואולם אם נכנס התובע, או ניסה להיכנס, למקרקעין שלא בכוח, תנאי להגנה הוא שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא להיכנס לשם, או לצאת משם אחרי שנכנס, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום;

← קובע דרישת סבירות במקרה ספציפי של הסגת גבול למקרקעין

(3) השתמש במידה סבירה של כוח כדי להגן על החזקתו במיטלטלין שהוא זכאי להחזיק בהם, או כדי להשיבם מידי התובע שלקח אותם ממנו, או עיכב אותם בידו, שלא כדין; ואולם אם לקח התובע, או ניסה לקחת, את המיטלטלין שלא בכוח, תנאי הוא להגנה שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא לקחת אותם, או להחזירם לו לאחר שלקחם, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום;

(4) עשה את מעשהו תוך כדי ביצוע, או סיוע כדין לבצע, צו מעצר או חיפוש, צו מסירה לדין, צו מאסר או צו עיכוב שניתנו על ידי בית משפט או רשות אחרת המוסמכת לכך, ובלבד שהמעשה שמתלווננים עליו הותר באותם צווים אף אם היה פגם בהם או בנתינתם;

(5) התובע לא היה שפוי בדעתו או היה לקוי בשכלו או בגופו, והכוח שהשתמש בו הנתבע היה, או נראה שהיה, במידת הנחיצות הסבירה להגנת התובע עצמו או להגנת אנשים אחרים, והשימוש בו היה בתום לב ובלי זדון;

← מגן על מקרה של תקיפה מתוך רצון להגן על אדם שנמצא באי-שפיות

(6) הנתבע והתובע היו שניהם חיילים בצבא-הגנה לישראל, והנתבע פעל מכוח דין החל על הצבא ולפי אותו דין;

(7) (נמחקה)

(8) עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע, מפני שבנסיבות ההן לא היה בידי התובע לציין את הסכמתו או שהאדם הממונה עליו כדין לא היה בידו להסכים מטעמו, ולנתבע היה יסוד להניח כי טובת התובע מחייבת שלא לדחות את המעשה.

המטרה בס' זה היא שאנשים ירצו להציל אנשים ולא ימנעו מעזרה למישהו מחשש לגרום לו נזק. נועד להגן על רופאים מפני תביעות נזיקיות או למשל נוגע לטיפול באמבולנס. במצב חירום ההנחה היא שאין זמן לקבל הסכמה של מטופל. אדם נמצא במצב מחוסר הכרה ולא יכול להסכים לטיפול שנדרש. במקרה כזה, אם נאפשר לאותו אדם לתבוע בעוולת התקיפה, אנחנו ניצור הרתעה אצל הרופאים מחשש שיתבעו אותו על כך שלא קיבל את הסכמת המטופל, והם עלולים לא לטפל בחולה וייתכן והוא ימות.

ס' 8 מביא למצב מעניין: מה קורה אם יש מצב שמטופל ממש לא רוצה טיפול למרות שאנחנו חושבים שהוא לטובתו. **סירוב לטיפול רפואי:** במצב זה הס' לא חל כי הוא יחול רק במקרה בו הדחיפות מחייבת לא לדחות את המעשה שנעשה לטובתו, **ולא בסירוב רגיל לטיפול רפואי** (זאת נראה בפס"ד הבא):

פס"ד קורטאם (פלילי)

עובדות: אדם שהוא חלק מחבורה שהמשטרה מבצעת מרדף אחריהם כי חושדים שמתעסקים בסמים. אותו הנאשם בולע את השקית שבידיו, והשוטרים רואים את זה ומבינים שזה כנראה היה סמים. מובילים אותו לבית חולים למרות שהתכחש. הסקירה בבית החולים מראה שאכן בלע שקית והרופאים סבורים שנסקפת סכנה מיידית לחייו כי השקית יכולה להיפתח ואז הוא ימות. האדם לא מוכן שיבצעו בו הליך ויוציאו את השקית וההליך מתבצע בניגוד לרצונו.

הטענה: ההקשר הנזיקי עקיף, הנאשם טען שלא ניתן להשתמש בראייה (שקית הסמים) שהושגה דרך תקיפה, השיגו אותה לא כדין. לכן ההקשר הנזיקי עקיף אבל דרכו בית המשפט מדבר על תקיפה.

ש' בך: אדם שמוכן לסכן את חייו כדי להימנע מהעמדה לדין לא חושב באופן בהיר. בנסיבות אלה מותר לרופאים לכפות על הנאשם את הטיפול, יכולים להסתכל עליו כאדם שאינו בהכרח מלאה לצורך העניין, ולכן לא ניתן לייחס לו רצון חופשי, בייח יכול לבצע את הטיפול מבלי להחשב לתוקף. כך בית המשפט מתמודד עם סיטואציה מאוד קשה – סירוב לטיפול רפואי וקבלתו בכל זאת. מדובר בשיקולי מדיניות ואיזון בין ערך החיים מול האוטונומיה של המטופל.

כיום, **סעיף 15 לחוק זכויות החולה** קובע את התנאים לטיפול באדם גם ללא הסכמתו:

15. על אף הוראות סעיף 13 –

(1) מטפל רשאי לתת טיפול רפואי שאינו מנוי בתוספת הראשונה, גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל אם נתקיימו כל אלה:

(א) מצבו הגופני או הנפשי של המטופל אינו מאפשר קבלת הסכמתו מדעת;

(ב) לא ידוע למטפל כי המטופל או אפוטרופסו מתנגד לקבלת הטיפול הרפואי;

(ג) אין אפשרות לקבל את הסכמת בא כוחו אם מונה בא כוח מטעמו לפי סעיף 16, או אין אפשרות לקבל את הסכמת אפוטרופסו אם המטופל הוא קטין או פסול דין;

ס' 15(2) מגדיר מתי ניתן לבצע טיפול כפוי באדם שנמצא בהכרה ומתנגד לטיפול רפואי:

(2) בנסיבות שבהן נשקפת למטופל סכנה חמורה והוא מתנגד לטיפול רפואי, שיש לתיתו בנסיבות הענין בהקדם, רשאי מטפל לתת את הטיפול הרפואי אף בניגוד לרצון המטופל אם ועדת האתיקה, לאחר ששמעה את המטופל, אישרה את מתן הטיפול ובלבד ששוכנעה כי נתקיימו כל אלה:

(א) נמסר למטופל מידע כנדרש לקבלת הסכמה מדעת;

(ב) צפוי שהטיפול הרפואי ישפר במידה ניכרת את מצבו הרפואי של המטופל;

(ג) קיים יסוד סביר להניח שלאחר מתן הטיפול הרפואי יתן המטופל את הסכמתו למפרע;

← ז"א שניתן 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 בפעלו כך וצדקו, ייתן את הסכמתו בדיעבד. וזו הדרך של המחוקק לעזור לרופאים להתמודד עם מצבים של דילמה קשה בין ערך החיים לאוטונומיית הפרט.

3. בנסיבות של מצב חירום רפואי רשאי מטפל לתת טיפול רפואי דחוף גם ללא הסכמתו מדעת של המטופל, אם בשל נסיבות החירום, לרבות מצבו הגופני או הנפשי של המטופל, לא ניתן לקבל את הסכמתו מדעת; טיפול רפואי המנוי בתוספת הראשונה יינתן בהסכמת שלושה רופאים, אלא אם כן נסיבות החירום אינן מאפשרות זאת.

← ז"א שבנסיבות של מצב חירום ניתן לתת טיפול רפואי דחוף גם אם הוא אינו יכול לתת את הסכמתו מדעת בעקבות מצבו הגופני או הנפשי.

ההבדל בין ס' 15(3) לס' 15(2) הוא שבס' 15(2) המטופל צלול במובן הנפשי או הגופני, אך הוא עדיין מסרב לטיפול, לעומת ס' 15(3) שבו המטופל אינו צלול במובן הנפשי או הגופני.

תקיפה בהקשר רפואי וזכויות החולה

נבחן מתי חולה יכול לתבוע בעוולת תקיפה ומתי לתבוע בעוולת הרשלנות

בעבר כשרופאים לא קיבלו את הסכמתם המודעת של המטופלים שלהם לטיפול רפואי, זה היה נחשב לתקיפה (כי ס' 23 לפקני"ז מצריך הסכמה). ואפילו היה די בכך שרופא לא גילה את כל המידע למטופל שלו. משום שאם המטופל לא יודע מה הסיכונים והוא החליט על סמך מידע שגוי, הוא יכול לטעון שלו ידע לא היה מסכים.

כיום לעומת זאת יש הבחנה בין **אי קבלת הסכמה מדעת** לטיפול הרפואי- שיהיה תחת עוולת **התקיפה**, לבין **הפרת חובת הגילוי**, במקרה בו ניתן להוכיח שהיו בוחרים אחרת לו היו יודעים את הכל המידע- שזה נכנס לעוולת **הרשלנות**. בנוסף, הסכמה מדעת (ס' 13א) והפרת חובת הגילוי (ס' 13ב) מעוגנות גם בחוק זכויות החולה. בנוסף, ניתן לתבוע בנזיקין מכוח הפרת עוולת חובה חקוקה, החובה שקבועה **בס' 13 לפקני"ז**: שקובע שיינתן טיפול רפואי רק אם ניתנה הסכמה מדעת:

13. (א) לא יינתן טיפול רפואי למטופל אלא אם כן נתן לכך המטופל הסכמה מדעת לפי הוראות פרק זה.

(ב) לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, "מידע רפואי", לרבות –

מה המשמעות של מעבר מתקיפה לרשלנות במצבים של אי הסכמה מדעת שנובעת מהפרת חובת הגילוי? הדרישה לעמוד ביסודות עוולת הרשלנות, כולל הוכחת קש"ס כפול. (נראה בחלק של הפרת חובת גילוי). ויש עוד אפשרות- אם מדובר רק בפגיעה באוטונומיה, אין צורך להוכיח קש"ס כי הפגיעה נגרמת רק מעצם חובת הגילוי (דעקה, נראה בהמשך). לעומת זאת במקרה של תקיפה מדובר ביסודות עוולה אחרים.

שיעור 18 - 09/06**חובת גילוי וחובת זהירות**

נתמקד בשני היבטים חשובים של תביעה ברשלנות עקב אי קבלת הסכמתו מדעת של המטופל.

- היקף חובת הגילוי
- המחלוקת על הפיצוי בגין הפרת חובת הגילוי.

טבעה של חובת הגילוי והיקפה: שיקולים רלוונטיים

חובת גילוי חלה עם רופאים בנוגע למטופלים שלהם. זה דומה אבל שונה מעניין הרשלנות, שם שאלנו האם התנהגו באופן סביר כדי להבין האם התרשלו. כאן במקרה הזה נשאל מה הסטנדרט ההתנהגותי שמצופים לעמוד בו.

גבולות חובת הגילוי החלה על גורמים רפואיים**פס"ד קדוש**

מה הסטנדרט ההתנהגותי שהרופאים מצפים לעמוד בו בגילוי מידע למטופלים?

לפני הפס"ד: מה שרופאים צריכים לשקול זה מה המטופל הסביר היה רוצה לדעת, איזה מידע היה צריך לתת למטופל סביר כדי לקבל החלטה, כלומר זה היה נבחן לפי המטופל הסביר. והיום אנחנו נשאל גם מה היה הרופא הסביר עושה. זה מאין מאזניים כאלה בין שני הגורמים- המטופל מול הרופא.

ואז מגיע פס"ד קדוש, יש פה שיח על המטופל הספציפי הזה, מה הרופא היה צריך לתת למטופל הזה, יש מטופלים עם הרבה ידע ומטופלים בלי ידע. בנוסף, **ש' עמית (מיעוט):** מידע שהרופא יודע או צריך לדעת שייתפש כחשוב בעיני האדם הסביר במצבו של המטופל, על מנת לקבל החלטה מושכלת לגבי הטיפול המוצע.

מה שעמית מוסיף כאן זה את **הרופא**. עד היום הסתכלו בעיקר על מה המטופל הסביר צריך לדעת, ועכשיו מזיזים את זה בסקאלה קצת לכיוון הרופא הסביר. כן צריך להתחשב **בנסיבות המסוימות של המטופל**, למשל אם משהו לא יודע עברית הוא צריך מידע בשפתו. אבל צריך להכניס לסיטואציה גם את הרופא הסביר.

ריבלין ורובינשטיין: (פס"ד של רובינשטיין מסכם את המידע הרלוונטי ממש טוב): ריבלין לא מסכים עם עמית. לטענתו, יש חשיבות לשמירה על המגמה המרחיבה את חובת הגילוי, שעליה **להיקבע בראיית המטופל הסביר + בנסיבות המיוחדות**. אנחנו לא יכולים להכניס למשוואה את הרופא הסביר ויש להסתכל בעיקר על המטופל הסביר. למה? כי אנחנו רוצים להגן על המטופלים בצורה הכי בסיסית, שהם יחליטו בעצמם, רוצים לכבד את ההחלטות של אנשים. הוא כן מסכים עם דברי עמית שצריך להסתכל על הנסיבות הספציפיות של המטופל, אבל לדעתו עדיין יש לבחון את מעשיו של המטופל הסביר.

גבולות חובת הגילוי על גורמים רפואיים:

- **סטנדרט המטופל הסביר**- בפס"ד קדוש רוכך מבחן המטופל הסביר והוסף נדבך סובייקטיבי. ז"א למרות שאנחנו חושבים על המטופל הסביר, צריך **להתחשב בנסיבות** (למשל אדם שדובר שפה אחרת).
- **חובת הגילוי גדלה ככל שהטיפול מסוכן יותר**- כי לטיפול מסוכן יש השלכות חמורות יותר.
- **חובת הגילוי גדולה יותר במצבים של ניתוח אלקטיבי**- כזה שניתן לבחור אם לעבור אותו או לא (למשל ניתוח פלסטי שאפשר להתלבט עליו, ולרופא יש הרבה זמן לפניו, וקטנה יותר ככל שהוא דחוף. למה? כי ככל שאנחנו יותר קצרים בזמן, אפשר לאבד אותו והורפא צריך לפעול. זו פונקציה של זמן ופונקציה של בהילות
- **חובת הגילוי לא אומרת חובת שכנוע**- להבדיל מנדנד למטופל- על הרופא לא מוטלת החובה לשכנע (למשל לנדנד למטופל להפסיק לעשן, לדחוף אותו לפעול במצב מסויים). כי אם הרופאים משכנעים זה מבטל את כל הרעיון של בחירה, אם הבחירה חשובה לנו אז הרופאים לא צריכים לשכנע אותנו.
- **חובת גילוי כוללת אלטרנטיבות פרטיות** (פס"ד סידי)

פס"ד סידי

עובדות: אישה שעברה כמה הפלות עשתה בדיקות על ההריון עם בעיות נשימה וללא יד. היא טוענת שזה הולדה בעוולה כי היא לא הייתה מולידה אם הייתה יודעת. סידי טוענת: למה לא נתת לי את המידע לגבי סקירה מלאה כזו שהייתה יכולה לגלות פגמים כאלה, גם אם היא פרטית.

בימ"ש: מקבל את הטענה הזו: גם במקרים מהסוג הזה בהם יש הליכים מהמגזר הפרטי, לעיתים אפילו אם זה הליך שאפשר לעשות רק בחו"ל, תגלה למטופל אם הוא רלוונטי. אם למשל אין להם כסף יכול להיות שהם יחליטו לא לנסוע לחו"ל, אבל הם יחליטו זאת, תנו למטופל את האפשרות להחליט.

- **כלל, אין חובת גילוי מיוחדת של פרטים הקשורים לדת המטופל**- אך נדבר על הסתייגות בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית.

בפס"ד פלונית נ' שירותי בריאות כללית

עובדות: זוג מוסלמי שמגיע למרפאה בהריון, האישה עוברת בדיקות, כולל בדיקת דיקור מי שפיר, שבאה לגלות פיגור בכל מיני רמות ומתגלה שהילד יסבול מפיגור. אבל הבדיקה הזו מבוצעת אחרי שבוע 20. לפי הדת המוסלמית אפשר להפיל עד 120 יום. **הטענה של הזוג:** אם הייתם מספרים לי את המצב לפי בדיקה אחרת מוקדמת יותר, זה היה נמנה, בגלל שראית שאנחנו מוסלמים, היית צריך לאפשר לנו בדיקה שתבדוק את זה קודם כמו בדיקת דם. כי אם אומרים לנו בשלב כזה מאוחר אין לנו מה לעשות עם זה. היית צריך להציג אלטרנטיבה שרלוונטית לנו בגלל הדת שלהם. הרופא ידע שהם מוסלמים, ורופאים אחרים כן יידעו את המטופלים שלהם במקרים כאלה, אבל הרופא הזה ספציפית פשוט לא חשב על זה. הטענה לא הייתה הייתם צריכים להציג את האלטרנטיבה כי רציתי לדעת אליה, אלא הייתם צריכים להציג כי אני דתי מאוד והייתם צריכים לכבד את הדת שלי.

השאלה: האם מטופלים צריכים להציג למטופלים אלטרנטיבה שרלוונטית רק להם בגלל הדת שלהם? אלטרנטיבה שלא היו נותנים לכל מטופל אחר.

בימ"ש: הטענה הזאת לא התקבלה, בין היתר כי זה מרחיב מדי את חובת הגילוי: כמה הרופא יכול לשאול את המטופל זה ממש מרחיב את הנטל, כמה הוא צריך לשאול: מה הדת מה המקצוע, מה

הזרם? שנית, המידע נמצא אצל המטופל, הרופא לא יודע את כל אלה, אנחנו רוצים לעודד את המטופלים לפעול גם הם בצורה אחראית, הם שוקל הנזק הטוב.

פס"ד שטרן - אמר הרי שיש סטנדרט גבוה יותר שיש לבית החולים הוא מחייב. וכאן זה מה שהיה הרי, המרפאה כן פעלה לפי סטנדרט גבוה יותר, השאלה האם הסטנדרט הגבוה יותר מחייב בענייננו? לא. כאן בימ"ש נזהר להיכנס לעולמם הדתי של המטופלים. הוא רוצה שהמטופלים ישאלו ויבררו את המידע בעצמם.

מיטל מוסיפה: זה לא אומר שאין ביקורת על פסק הדין ואולי אפשר להסתכל על הדברים כמנעד ולא כשחור או לבן, אולי יש שיקולים שכן היה צריך להתחשב בהם.

המחלוקת על הפיצוי בגין הפרת חובה הגילוי

יש פה ויכוח שהתחיל מעניין קדוש,, באותו פס"ד ראינו **שעמית** מתבטא עם אמירות ששונות מההרכב, לא רק לגבי היקף חובת הגילוי, אלא גם בנושא של פגיעה באוטונומיה. עמית לא מחבב את הרעיון של פיצוי על פגיעה באוטונומיה, הוא מתחיל להגיד את זה בקדוש, ואח"כ גם מוציא מאמר ואומר שזה סוס פרא.

למדנו בנושא נזק בלתי ממוני טהור שעל הפרת חובת הגילוי ייתכן פיצוי בשני מישורים: (1) פיצוי על נזק תוצאתי (2) פיצוי על נזק של פגיעה באוטונומיה.

1. נזק תוצאתי - יבחן הקש"ס בין הפרת חובת הגילוי של הרופא כלפי המטופל לבין הנזק הגופני באמצעות מבחן אלמלא כפול: מה היה קורה אם הרופא היה מגלה את המידע הרלוונטי? האם המטופל היה מסכים? אם לא, ייתכן שיש קש"ס. ובשלב השני- אם המטופל היה בוחר באלטרנטיבה אחרת- האם הנזק היה קורה בכל מקרה? אם לא, יש קש"ס.

כל הרעיונות האלה של פיצוי זה על נזק שהתממש, בעקבות התנהגות שהיא רשלנית.

2. פגיעה באוטונומיה (דעקה) גם אם לא היה נזק תוצאתי, ברגע שגזלו ממנה את האפשרות לבחור, יש נזק משמעותי: לא יכול להיות ששוללים את זכות הבחירה ולכן יש להכיר בנזק שנגרם לאוטונומיה של המטופלת כנזק עצמאי.

מצד אחד אפשר לפצות על נזק תוצאתי, אבל גם אם לא הצלחת לעמוד במבחן הזה, מגיע לך עוד פיצוי על הפגיעה באוטונומיה, לא יכולת באמת לבחור. ככל שהבחירה משמעותית יותר הפיצוי הזה יהיה משמעותי יותר. אבל נזק נפשי הוא בדרי"כ בטל בשישים לעומת נזק תוצאתי. הרבה פעמים יש לו משמעות סימבולית. אבל במקרים ממש חריגים וחמורים, הפיצוי על אוטונומיה יהיה יותר משמעותי. (במצבים חמורים מאוד זה יכול להגיע למאות אלפי שקלים, למשל **פס"ד לבנה**).

פלונת ני מדינת ישראל

עמית: (שהייתה מיעוט בעניין קדוש). במצבים של הפרת חובת גילוי לא צריך פיצוי על פגיעה באוטונומיה. כי זה כמו פיצוי כאב וסבל, אם מישהו כבר קיבל פיצוי על הנזק הפיזי התוצאתי שנגרם ועל כאב וסבל. הוא כבר קיבל פיצוי על כאב וסבל פיזי, ופיצוי על פגיעה באוטונומיה נכלל בפיצוי על כאב וסבל, ולכן לא חייב בנוסף גם פיצוי על פגיעה באוטונומיה. שאר השופטים לא הסכימו, יש פה ויכוח.

ש' 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, לא הצליחו להוכיח נזק תוצאתי). המשמעות של הדבר הזה היא שברגע שאנחנו מבודדים את כל הגורמים ונשארים רק עם פגיעת זכות הבחירה, יש להכיר בו כבסיס לפיצוי. זה עוזר להקטין את הטענה שלו והיא פחות מרחיקת לכת: כי זה לא שהוא שולל ראש נזק כזה, עדיין צריך לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה, אלא רק במצבים שהיא חלק במשהו אחר.

2. במצבים של הולדה בעוולה (פס"ד המר).

3. במצבים הדומים לנסיבות מרפאת עין טל- מקרים שהם על גבול התקיפה-

פס"ד מרפאת עין טל

מטופלת מגיעה לעשות ניתוח בעיניים והיא חוששת ממנו, תוך כדי שמטפלים לה בעין הראשונה היא מחליטה שלא רוצה לעבור את הטיפול בעין השנייה והם מתעלמים וממשיכים לעין השנייה למרות שהיא מסרבת. זה לחלוטין על גבול התקיפה. ובמובן הזה גם עמית וגם שאר השופטים מוכנים להכיר בפיצוי על פגיעה באוטונומיה משום שהייתה מאוד מאוד משמעותית.

אולם, שופטים אחרים לא בהכרח מסכימים איתו:

- למשל ש' הנדל בעניין פלוגי נ' מרכז רפואי העמק (הרחבה מחומרי קריאה, לא הרחיבה בכיתה): הנדל: המחוזי לא נתן פיצוי על פגיעה באוטונומיה כי למרות שלא ניתנו לפלוגי כל ההסברים לפני הניתוח, פסיקה קודמת קובעת שיש לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה רק אם בנוסף לה (וכתוצאה ממנה) היה נזק תוצאתי סובייקטיבי (זה מה שראינו עמית אומר בפסדים: לא לתת על פגיעה באוטונומיה), כלומר פגיעה ברגשות (כעס, תסכול, עלבון). עם זאת, מוסיף הנדל ואומר, נראה שזק כזה (תוצאתי), יגרם תמיד בעוצמה כזו או אחרת כאשר הייתה פגיעה בליבת הזכות לאוטונומיה בעניין מהותי. שלילת כוח הבחירה מבטאת חוסר כבוד כלפי זכותו להחליט בעצמו על הנעשה בגופו היא כשלעצמה פוגענית ולכן הפיצוי מוצדק. בענייננו, המערער ניזוק מאי מסירת המידע, הפגיעה היא באפשרות לקבל את החלטה אוטונומית, גם אם החלטה שהיה מקבל הייתה זהה לזו שקיבל בפועל. ולכן יש לתת פיצוי על פגיעה באוטונומיה

- ש' ברק ארז בעניין מרפאת טל שראינו.

שורה תחתונה- קיימת מחלוקת בין השופטים, המלצה פרקטית לבינתיים: כשמזהים מקרה עם פגיעה באוטונומיה יש לומר שהייתה פגיעה באוטונומיה. לא משנה אם נקבל את עמדת עמית או את עמדת שאר השופטים. אך בכל מקרה שכשמזהים פגיעה באוטונומיה יש לציין זאת. את שאר הדיון עליה אפשר לעשות לפי הגישה איתה אנחנו מסכימים, כי עדיין לא הוחלט בפרקטיקה מה מהגישות הוא הנכון.

עוולת הפרת חובה חקוקה

** חשוב לזכור: הפרת חובה חקוקה כמעט כל חיקוק יכול להוות עילת תביעה נזיקית.

ס' 63: (א) מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק – למעט פקודה זו – והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוג או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.

4. לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

חמשת יסודות עוולת חובה חקוקה:

1. קיומה של חובה אשר הופרה
2. החיקוק שהופר על פי פירושו הנכון נועד להגנתו של התובע (או אנשים מהסוג עמם נמנע התובע)
3. הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק (שהחיקוק רצה למנוע)
4. קש"ס עובדתי ומשפטי
5. "יסוד נגטיבי" – החיקוק לא נועד למנוע את הפיצוי הנזיקי

(1) קיימת חובה אשר הופרה

פס"ד גרובנר

העובדות: תביעה בעילה של הפרת חובה חקוקה בקבועה בפקודת העיריות לפקח על קיום האיסור לרכוב על אופניים בפארק. אישה הולכת בפארק בחיפה ורוכב אופניים מתנגש בה, יש שם תמרורים שאומרים שאסור לרכוב על אופניים. הטענה של האישה: העיקייה הפרה חובה לפי פקודת העיריות: העירייה צריכה לאכוף את השלטים בשטח הפארק הציבורי והיא לא עשתה את זה ולכן הפרה חובה חקוקה.

חשוב לענייננו: אם אפשר להבין הוראה חוקית כחובה זה עניין אחד, ואם אפשר להבין כסמכות שבשק"ד הרשות אם לקיים או לא זה עניין אחר. וכאן מדובר בסמכות בשק"ד, העירייה לא מחוייבת. היא יכולה להחליט לתעל את התקציב לדברים אחרים. אם היה כתוב שהעירייה חייבת לאכוף את השלטים, היה אפשר להבין שזה חובה, אז היא הייתה מפרה את החובה, אבל כאן זה לא כך.

פס"ד אמין

עובדות: הזנחה הורית- תביעה של ילדים את אביהם על הפרת חובתו כאפוטרופוס הורה.
טענת האב: אני הפרתי חובה מוסרית אבל לא חובה חוקית. הפרת חובה חקוקה מדברת על הפרה של חוק ולכן אי אפשר להטיל עליי חובה חקוקה.

השאלה המשפטית: האם הפר האב חובה שחלה עליו מכוח חיקוק? לשם כך נסתכל על **חוק הכשרות המשפטית ואפוטרופסות: ס' 15:** "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו".

גולדברג: ברור שלא הייתה פה דאגה לצרכים של הילדים. אבל חינוך זה לא רק לשלוח את הילד לביה"ס, זה להקנות לו כישורי חיים, לעצב את נפש הילד. יש כאן הפרה של הדבר הבסיסי ביותר, והיא מעוגנת חוקית. יש פה גם סיפור מוסרי קשה מאוד, אבל גם הפרה של חובה חקוקה.

כיצד נדע האם התנהגות ההורה הפרה את החובה? מה שהסטנדרט שהורה מחוייב לעמוד בו?

ס' 17 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: באפוטרופסותם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך **שהורים מסויים** היו נוהגים בנסיבות הענין.

גולדברג אומר שצריך להשתדל, שאתה פועל לטובת הקטין ולא רק לטובת האינטרסים שלך. להיות מסור.

ס' 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: **הגנה לאפוטרופסים:** ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; הם לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לרכושו של הקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אם פעלו בתום לב ונתכוונו לטובת הקטין.

2) החיקוק שהופר נועד להגן על הניזוק או על קבוצת בני אדם שהניזוק נמה איתה

יש להבחין בין חיקוק לטובת אינטרס פרטי לבין חיקוק לטובת אינטרס הכלל (אינטרס ציבורי).

פס"ד ועקנין: הובחן בין חיקוק שקובע נורמות ורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט, מול חיקוקים הביאים להגן על אינטרסים של המדינה, הממשלה ומרקם החיים הקולקטיביים. לדוג: האיסור הפלילי על בגידה, מטרתו להגן על המדינה. או למשל טוהר הבחירות- הס' נועד להגן על ערכים קולקטיביים.

פס"ד סולטן- מה זה אומר מסוגו של אדם מסויים?

האיש מגרש את אשתו בלי להשיג פסק דין של בית דין מוסלמי.

ס' 181 לחוק העונשין: התיר איש את קשר הנישואין על כורחה של האישה, באין בשעת התרת הקשר פסק דין סופי של בית המשפט או של בית הדין המוסמך המחייב את האישה להתרה זו, דינו – מאסר חמש שנים.

על מי ועל מה נועד להגן הסעיף? מספר אפשרויות: (1) נועד להגן על אינטרס החברה כקולקטיב, לקידום שוויון במערכת המשפט. (2) נועד להגן על קבוצת הנשים בחברה שהתובעת נמנית אליה, מה רציול? למנוע מצב שהאישה לא יכולה לקבל מזונות, להינשא וכו'.

במקרה הזה- התשובה היא- שניהם!

לעיתים מטרת החיקוק היא כפולה, להגן על אינטרס של הפרט ולהגן על אינטרס של הציבור (סולטן, ש' נתניהו)

שיעור 19 - 14/06**3 הנזק הוא מהסוג שאליו התכוון החיקוק****פס"ד בלומנטל**

עובדות: נטען כי שונה ייעוד של מבנה מפנסיון לבית חולים לחולי נפש למרות שהוראה בתכנית המתאר אוסרת על הקמת בית חולים לחולי נפש באיזור, כן אפשר בית חולים אבל לא לחולי נפש.

מה הנזקים שדיירי השכונה תובעים פיצויים בגינם? (1) כלכלי- טוענים שערך הדירות ירד עכשיו (2) חוסר נוחות- מאוד לא נוח לגור ליד חולי נפש

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע בעוולה של הפרת חובה חקוקה על נזקים אלו? התנאי הוא בהפרת חובה חקוקה אם זה נזק שתכנית המתאר (החיקוק) התכוון למנוע. ולא כל נזק (זה לא רשלנות שיש הרבה סוגים נזקים).

ש' גולדברג:

- לא הופרה חובה חקוקה משום שלא מדובר בבית חולים לחולי נפש אלא בבית הברה (ש' בך מסכים לקביעה העובדתית, ורק מטעם זה מצטרף להחלטה), כלומר תנאי 1 לא מתקיים, אבל לא זה מה שחשוב בפס"ד.
- גם אם ניתן היה לטעון שהופרה חובה חקוקה, וכי מדובר בבי"ח לחולי נפש, הנזק שהשכנים טוענים לו (אי הנעימות וירידת ערך הבתים שאגב לא הוכחה) לא תואם לסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק. ז"א ש(1) לא הוכח כי ירד ערך הדירות וכי היה נזק כלכלי אבל גם אם זה היה מוכח זה לא היה מספיק ו(2) הנזק לא תואם את סוג הנזק שהחיקוק התכוון למנוע. החיקוק התכוון למנוע ממש הפרעה של הדיירים ולא סתם אי נעימות- למשל אם הם היו מוכיחים שחולי הנפש ממש מפריעים להם.

בך: חושב שאי נחת הוא משמעותי דיו כדי לאפשר תביעה במקרה כזה אילו הופרה החובה.

עכשיו נדלג ליסוד 5 ונחזור ליסוד 4 בסוף:

5 יסוד נגטיבי: אם אותו חיקוק לא דוחה את התרופה הנזיקית

זה השסתום של העוולה. יש לבדוק שהחיקוק לא מונע בלשונו תרופה נזיקית, לפעמים המחוקק מתכוון שדיני נזיקין לא יחולו על חיקוק מסוים.

פס"ד סולטאן

האם חקיקה פלילית בחוק העונשין מונעת סעד נזיקי?

בנוגע לתנאי 2 אמרנו שענישה פלילית לא מגנה רק אינטרס קולקטיבי אלא גם אינטרס של התובע שהוא פרטני יותר.

ועכשיו נוסף: ענישה פלילית לא מצביעה בהכרח על כוונה לשלול תרופה אזרחית, הכל תלוי במשמעות החיקוק ופרשנותו ובשיקולי מדיניות. זה שקיימת גם סנקציית ענישה ההוא רק אחד מהשיקולים שיש לשקול.

פס"ד דבוש

כיצד ניתן ליישב את ההלכה של סולטאן, עם פסק הדין של ש' מזוז בעניין דבוש?

מזוז : בניגוד לסולטאן שסולטאן זה פס"ד חריג, צריך לפעול כך : די שס' נמצא בחוק העונשין כדי לסתור באופן עקרוני תרופה נזיקית. כלומר הוא קובע שההלכה של סולטאן היא החריג, ואין לפעול כך. לא ניתן לקבל תרופה נזיקית לפי סי' 63 (הפרת חובה חקוקה) במקרה של עבירה עונשית.

ש' ברק ארז : הדעה של מזוז מיושנת וכן יש לתת תרופה נזיקית

דנציגר : בכלל לא מכריע בעניין, ונוצרת עמימות.

מיטל אומרת : לדעתה פס"ד של מזוז היא טעות משפטית. ועכשיו נוצרה עמימות משפטית ולא ניתן להבין מה ההלכה. היא מוסיפה ואומרת שלדעתה ההלכה היא לפי סולטאן, אבל בגלל שיש ויכוח כי דבוש הוא פס"ד האחרון שהיה, נוצרת עמימות.

אז במבחן או בכלל : עצה פרקטית- ההלכה ומה שנפגוש בדרי"כ זה הפס"ד של סולטאן או של ברק-ארז, זו גם מרבית הפסיקה בתחום. ואמירתו של מזוז, היא מיושנת. במבחן אפשר גם לטעון שהוא השאיר את המצב עמום.

4) קש"ס עובדתי ומשפטיקש"ס עובדתי

נבחן באמצעות מבחן האלמלא : האם הנזק היה קורה אלמלא הופרה החובה על ידי הנתבע? זה מבחן אינטואיטיבי.

- אם התשובה שלילית, נתבע גרם לנזק בהתנהגותו העוולתית (הפרת החובה) ולכן הוא הסיבה לנזק של התובע.
- אם התשובה חיובית והנזק היה נגרם בכל מקרה, אין קש"ס.

ההגדרה הכי מוכרת של סיבתיות : האם היה שינוי ממה שהיה קודם. האם יש תמונת מצב אחרת? האם מבחינת התובע, הנזק שלו, היה שינוי בפני המציאות.

קש"ס משפטי

זה מאוד מבלבל, כי זה לא עולם סיבתי (עולם שכזה מתבטא בעובדות) וכאן זה אחרת, מדובר במבחנים משפטיים שמטרתם לצמצם את האחריות של אדם למעשיו. כי כל דבר שאני אעשה יכול לגרום לנזק שיגרור נזק, אדם יכול להיות אחראי להמון המון דברים בעולם וגם לנזקים נגררים ובשביל זה יש את המבחנים הללו. סיבתיות משפטית היא לא באמת סיבתיות, אלא דרכו של המשפט להתמודד עם זה שמעשים שאנחנו עושים יכולים להמשיך ולהשפיע בעולם. ולכן יוצר מבחנים.

לאחר שנקבע קש"ס עובדתי, עלינו לשרטט את גבולות אחריותו של הנתבע לנזק שנגרם לו :

פס"ד ועקנין

- **מבחן השכל הישר = מבחן הנטייה הסיבתית**- זה מבחן שאומר שמניסיון החיים אני יודע שהפעולה שלי יכולה לגרום מסויים.
לפי מבחן זה כעקרון לא ניתן להכריע בפס"ד (יש פס"ד קרישוב בסילבוס בו כן מכריעים, אבל הוא לא למבחן) ולרוב צריך להוסיף לו את שאר המבחנים.
- **מבחן הצפיות**- צריך לבחון צפיות לגבי הנזק. במבחן הזה יש הרבה דיונים מעניינים בפסיקה. הנזק כבר קרה (זה לא רשלנות ששואלים איזה נזק היית צריך לצפות לפני הנזק- כששואלים את תוחלת הסיכון) במקרה הזה שואלים בדיעבד (אקס-פוסט), לאחר שהנזק קרה, **האם הנתבע צריך היה לצפות את הנזק הזה**, הספציפי שקרה בפועל.
- **מבחן הסיכון**- לטענת מיטל הוא המשמעותי ביותר ונפרט עוד בהמשך. הסיכון זה הסיכון שאליו נתכוון המחוקק, איזה סיכונים הוא רצה למנוע. זה מופיע במפורש ב**סי' 63**.
זה בדיוק כמו התנאי השלישי: הנזק הוא מסוג החיקוק שהחיקוק רצה למנוע.

Berry v. the borough of sugar notoch

עובדות: נהג נסע מעל המהירות המותרת, נפל עץ על רכבו בדרך. חברת הביטוח תובעת אותו על רשלנותו.

האם יש קש"ס עובדתי בין הנסיעה במהירות המופרזת בדרך לבין העץ שנפל עליו? יש כביכול כי אם אותו הנהג לא היה מגיע לנקודה המסוימת הזאת בזמן הספציפי הזה לא היה נופל עליו העץ. כלומר אלמלא היה נוסע במהירות שנסע בה הנזק לא היה מתקיים. הדוגמה הזאת מבחינה בין סיבתיות עובדתית לסיבתיות משפטית. היא מראה שגם אם יש סיבתיות עובדתית ומתקיים מבחן האלמלא, לא בהכרח יש סיבתיות משפטית.

לכן זה מעלה את החשיבות של מבחן הקש"ס המשפטי, שיעזור לנו להגדיר את גבולות האחריות המשפטית גם אם מתקיים מבחן האלמלא, כי הוא עלול להביא אותנו לפעמים לתוצאות לא הגיוניות.

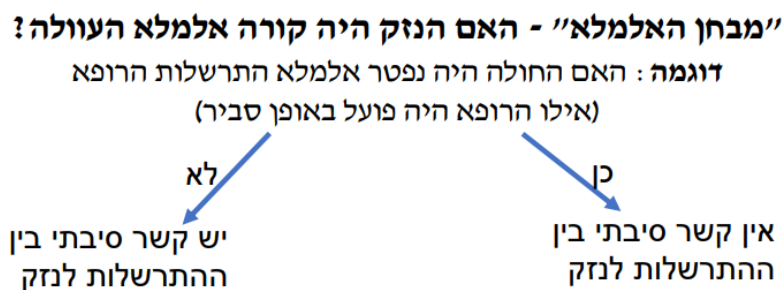
סיבתיות עובדתית וסיבתיות משפטית

נושא שחותם את הכל ועושה סדר. קש"ס עובדתי ומשפטי, יש לבדוק בכל אחת מהעוולות בה צריך להוכיח נזק.

- מבחן הסיבתיות העובדתית - (מבחן האלמלא) - נועד למצוא את הקשר בין ההתנהגות העוולתית לבין התוצאה - כלומר, מבחן עובדתי טהור.
- מבחן הסיבתיות המשפטית - נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם לו (לפעמים מבחן האלמלא יטיל אחריות רחבה מדי ונרצה להגביל אותה).

סיבתיות עובדתית

דוג' לביצוע של מבחן האלמלא:



הוכחת קש"ס סיבתי צריכה לעמוד **במאזן הסתברויות** (יותר מ-50%) ואנחנו לא באמת יכולים לדעת: "מה היה קורה אילו" זה היפותטי, אנחנו לא באמת יכולים לדעת מה היה קורה זה עולם הסתברותי, לפי הניסיון שלנו בעולם.

נדבר על שלושה מצבים של סיבתיות עובדתית

בהם מבחן האלמלא מביא אותנו לתוצאה בעייתית או שהוא כושל, שלוש בעיות: (1) דטרמינציה ביתר (2) אובדן סיכויי החלמה (3) עמימות סיבתית

1. דטרמינציה ביתר - קביעה ביתר

פס"ד ציידים

שלושה ציידים יוצאים לצוד ושניים מתנהגים שצורה רשלנית ובטעות יורים בחבר שלהם. אחד ירה בראש והשני בלב. וכל אחת מהיריות הייתה כדי להרוג אותו. הצייד הראשון יכול לטעון שאם הוא לא היה יורה אז הוא עדיין היה מת כי השני ירה. וגם השני יכול לטעון זאת.

מבחן האלמלא פועל אבל הוא כושל. ברור לנו שהוא יביא לתוצאה הגיונית. הרי היריות גרמו למוות. דטרמינציה ביתר הוא מצב בו מבחן האלמלא כושל. המטרה של המשפט היא להטיל אחריות אם יש צורך, או לא להטיל אחריות אם אין צורך, ומהסיבה הזו נמצא פתרון במשפט למצב הזה:

מבחן "הדיות"- (NESS (necessary element of a sufficient set)

מבחן נס (הדיות) הוא פתרון שפיתח פילוסוף בשם מאקי. ומשפטן בשם Richard right העביר אותו לתחומי המשפט כדי לפתור דטרמיניזם יתר.

הפתרון מאפשר להכיר בהתנהגות עוולתית כסיבה, אם ההתנהגות מספיקה (די בה) כדי לגרום את הנזק. המבחן מכיר בסיבתיות, למשל: ברור שבשביל ליצור שריפה גפרור הוא לא הגורם היחיד, והוא סיבה מספיקה לשריפה. ההבנה היא שבכל סט של גורמים שהם מהווים ביחד סדרה מספיקה כדי לגרום למשהו לקרות, צריך להבחין בין רעיונות שונים: להבחין למשל בין דברים שהם לא סיבה משמעותית לשריפה לבדם (כמו אחוז חמצן באוויר) לבין משהו שבלעדיו לא הייתה הנגרמת התוצאה.

מה שחשוב לנו, זה ההתנהגות של הנתבע, בפס"ד הציידים- עצם העובדה שכל אחד מהיורים אפשר לומר שהוא די בו (הוא נססרי) כדי לגרום לתוצאה- ההתנהגות שלו משמעותית. ומבחן האלמלא מתקיים.

המבחן הזה מאומץ באופן רחב. אבל בישראל **טרם אומץ**. פה בארץ הוא מאוזכר **בחוק לדיני ממונות** אבל לא אומץ עוד בפסיקה הכלל הזה.

המענה שכן נותן המשפט הישראלי למקרה כזה:

ס' 11 לפקנ"ז: מעולים יחד- היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

הבעיה שהסעיף מעלה היא: בסעיף מדובר על פעולה שהם עשו יחד, אבל בפס"ד לא מדובר באותה הפעולה שעשו שניהם, או באותו הנזק שיצרו שניהם.

שיעור 20 - 16/062. אובדן סיכויי החלמה

אובדן סיכויי החלמה הוא מקרה פרטי של נושא העמימות הסיבתית (המקרה השלישי שנראה בהמשך בו מבחן האלמלא לא מנותן מענה מספיק), אך הפסיקה נוהגת בחלק זה באופן שונה, היא מתייחסת לזה כמקרה מובחן, ולכן נייחס לו התייחסות נפרדת.

פס"ד פאתח

עובדות: מטופל עבר ניתוח באוזן. הטיפול לא היה רשלני, אבל בעקבות הניתוח נגרמה לו פגיעה בעצב הפנים. הדיאגנוזה שהניתוח באוזנו של המטופל לא צלח וצריך תיקון הגיעה מאוחר מדי, לקח לרופאים זמן לעלות על הנזק שנגרם ולקחו עוד כמה ימים עד שניתחו ניתוח לתיקון הבעיה. כך שנגרם נזק תמידי ואבדו סיכויי החלמה בגובה 30%. אם היו עולים בזמן על הבעיה והדיאגנוזה הייתה נכונה, היה לו סיכוי של שלושים אחוז שניתן לטפל בבעיה.

השאלה המשפטית: האם ניתן לתבוע על אובדן סיכויי החלמה, כשהנזק היה קורה בכל מקרה? בנוסף- תרומת ההתרשלות לנזק נמוכה מ-50% (הסיכוי שהרופא גרם לנזק הוא רק 30%), ז"א שלא ניתן להוכיח את הקשר הסיבתי בין התנהגות הרופאים לאובדן סיכויי החלמה מעל מאזן הסתברויות.

נקבע: לראשונה, מוכרת האפשרות לתבוע על אובדן סיכויי החלמה כראש נזק. במילים אחרות, נקבעה הבחנה בין הנזק שנגרם לעצב (לגביו לא ניתן להוכיח קש"ס מעל מאזן הסתברויות) לבין הנזק שהוא אובדן סיכויי החלמה. אנחנו נסתכל על ה-30 אחוז של אובדן סיכויי החלמה של הניזוק כראש נזק בפני עצמו, כלומר הנזק זה לא הנזק שנגרם כתוצאה מהפגיעה בעצב, אלא הנזק הוא אובדן סיכויי החלמה. ואז גם אם האובדן של הסיכויים הוא פחות מ-50% ניתן לפצות עליו. כאשר נקבע שמדובר בראש נזק עצמאי- התביעה היא על נטילת האפשרות מהתובע להחלים מהנזק התמידי שנגרם לו. תובעים על 100% נזק של אובדן סיכויי החלמה, כלומר- יכלו להיות לי 30% סיכויי החלמה ובוודאות איבדתי אותם (100% איבדתי אותם). בגלל התרשלות הרופא. ואז ניתן להוכיח במאזן ההסתברויות את אובדן סיכויי החלמה שנגרם כתוצאה מהמזיק.

פס"ד פרוטס נ' צירגייב - חישוב סיכויי החלמה

העובדות: אי גילוי סרטן, שהגביר את הסיכוי למות החולה. אישה הגיעה לבדיקה עם סרטן השד שלא ידעה עליו, הגיעה לבדיקה (לפני ההתרשלות) - סיכוי של 70% למות. הדיאגנוזה הגיעה באיחור ולכן (בעקבות ההתרשלות) - סיכוי של 95% למות.

השאלה המשפטית: כיצד מחשבים את אובדן סיכויי החלמה?

ריבלין: מציג את הנוסחה: הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות (b) פחות הסיכוי שהיה הנזק ללא ההתרשלות (a). כל זה חלקי הסיכוי לנזק לאחר ההתרשלות (d).

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

זאת משום שמתוך 95% אפשר לייחס 25% למות להתרשלות ו-70% לגורמים טבעיים.

$$26\% \sim = \frac{95\% - 70\%}{95\%}$$

בענייננו, זה יוצא בערך 26%.

3. עמימות סיבתית

מצב של עמימות סיבתית הוא מצב בו לא ברור האם קיים קש"ס בין העוולה לנזק: האם התנהגות עוולתית היא שגרמה לנזק, ואי הידיעה הזו נובעת ממגבלות המידע האנושי. לא תמיד פשוט להוכיח מעל חמישים אחוז שהתנהגות מישהו אחד גרמה לנזק של מישהו אחר. לפעמים יש גורמים המקשים על הוכחת קש"ס מעל 50%, ולא מצליחים לעמוד בנטל.

כלומר: לפעמים יש כמה גורמים ולא יודעים כמה אחוז כל מהם גרם לנזק/ כמה ניזוקים/ כמה מזיקים/ עמימות - לא ברור האם הנזק משויך לעוולה שנעשתה.

העמימות הסיבתית בוחנת האם בכל זאת קיימת אפשרות להטיל אחריות במידה חלקית אם ניתן להוכיח קש"ס במידה הנמוכה מ-50%, ואם כן (אם ניתן להטיל אחריות חלקית במקרה שיש קש"ס אז באילו תנאים)?

בדיון שלנו נתמקד רק במצבים בהם יש נתבע ותובע יחידים: מה קורה במקרה של ניזוק ומזיק יחיד, המזיק התרשל, יש נזק, אך לא מסוגלים לעמדו בדרישת נטל ההוכחה של 51%?

פס"ד מלול

עובדות: נולדה פגה לאחר היפרדות שלייה, עיכוב רשלני בניתוח. ולאחר העיכוב היא נולדה עם נזק במוח. שני גורמים אפשריים למחלה ולנזק: 1) הפגות שיכולה לגרום לנזק כזה (2) התרשלות הרופאים. הגורם הראשון הוא המשמעותי ולכן לא עולה בידי הניזוקה להוכיח קש"ס בין התרשלות הרופאים לנזק, במידה העולה על 50%.

מרגע שהייתה הפרדות שליה כבר היה ברור שהיא תהיה פגה. הפגות יכולה לגרום למחלה ולכן לא בטוח שמה שגרם זה התרשלות הרופאים. הסיכוי שזה קרה בגלל הרופאים נמוך יותר.

השאלה המשפטית: מה קורה שיש מקרה של ניזוק ומזיק יחידים, המזיק התרשל אבל לא נוכל לעמוד בדרישה לקש"ס מעל 50%? האם בכל זאת, למרות שידועים שהסיכוי שזה קרה בגלל התרשלות הרופאים, ניתן להטיל אחריות על בית החולים לפצות את הניזוקה באופן יחסי? כלומר פיצוי בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות שלהם גרמה לנזק?

הסבר של שרון: כיצד יש להתמודד במקרים של עמימות סיבתית? האם בהכרח נשלח את התובע הביתה כי לא הצליח להוכיח מעל 50% קש"ס? האם ניתן להכיר בפיצוי חלקי? האם בכל זאת ניתן להטיל אחריות על ביה"ח לפצות את הניזוקה, בשיעור יחסי התואם להסתברות שההתרשלות גרמה לנזק? ולא כמו שדורשים בדרי"כ – מעל 50% במאזן ההסתברויות

נאור: כשיש לנו עמימות סיבתית מובנית, כלומר מקרים בהם יש קושי מובנה להוכיח קש"ס, בגלל מגבלות המדע ומגבלות היכולת האנושית לדעת ולהוכיח קש"ס, אבל יש אפשרות ממשית שאכן קיים הקש"ס העובדתי בין העוולה לנזק (כלומר לא משהו ממש מזערי ובטל, אלא משהו כן ממשי שההתנהגות של הנתבע היא שגרמה לנזק) במצבים כאלה כן נוכל להטיל **אחריות הסתברותית** באופן פרופורציונאלי לסיכון, לפי אומדן האחריות ושימוש בראיות סטטיסטיות. יש לאפשר פיצוי הסתברותי במקרים יוצאי דופן אלו, כי אם לא יינתן פיצוי תהיה הרתעה בחסר וגם לא ימומש הצדק המתקן. היא טוענת בנוסף כי אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%, כי אז הפיצוי צריך להיות 100%. לא ניתן להקל עם המזיקים, בין היתר בגלל שהם הצד שהתרשל. לפי שיטתה של נאור, הקושי הוא שעל התובע במקרה זה להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי, כלומר שיש אפשרות ממשית לקיום הקש"ס.

במקרה הזה נאור ייחסה 20 אחוז להתרשלות הרופאים. היא קובעת הלכה משמעותית ושנויה במחלוקת ולכן נקבע דיון נוסף.

מה הקושי בקביעה הזו? ההלכה רחבה מאוד.

הסבר של שרון: נאור ברוב - קבעה כי במצבים בהם יש אי יכולת מובנת להוכיח קש"ס, כזאת שנובעת ממגבלות המדע והיכולת האנושית, ניתן לקבוע פיצוי יחסי גם בלי הדרישה הקבועה להוכיח מעל 50% במאזן ההסתברויות. נחשב את הפיצוי ע"י: תמיכה בראיות סטטיסטיות - אומדנא. הלכה רחבה.

ואז נערך דיון נוסף: ד"נ מלול

בדיון זה הדעות היו חלוקות, אך נחלק הלכה ע"י כך שנתמקד בשתי העמדות המשמעותיות: ריבלין ונאור. הם שניהם בעד פיצוי הסתברותי, אבל ריבלין מצמצם יותר את הפתח.

ריבלין (מיעוט):

- מזיק יחיד וניזוק יחיד - במקרה זה, כמו שכאן בפס"ד, אין אפשרות של פיצויים הסתברותיים, למעט החריג: אובדן סיכויי החלמה שם כן יש לתת פיצוי הסתברותי גם במקרים של ניזוק ומזיק יחידים.

- ניתן לאפשר פיצוי הסתברותי כשמתקיימים התנאים המצטברים הבאים:

(1) יש מזיק

(2) יש קבוצת ניזוקים

(3) יש סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים

(4) הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות

דוגמאות למקרה כזה: גורם שמפיץ זיהום סביבתי ומחצין סיכון לסרטן לשכנים ולסביבה שקטן מ-50% באופן שיטתי, יכול להיות שחלק יחלו וחלק לא, לא ניתן לדעת אם זה קשור להפצת הזיהום או שזה היה קורה גם בלעדיו. אבל אם לא נטיל על מפעל כזה אחריות זה הרתעת חסר והוא ימשיך להתרשל. זה מקרה חמור בו מישו חושף את סביבתו לסיכון באופן לא סביר ושיטתי. אם לא נאפשר אחריות הסתברותית במקרה כזה נהיה במצב בעייתי. דוגמה נוספת: רופא שמחצין סיכון עולתי שקטן מ-50% באופן שיטתי.

אם נטיל אחריות על מפעל כזה, האם מתקיים צדק מתקן? לא בטוח, אבל לטענת ריבלין עדיף לתת לנפגעים משהו תמיד (באופן שיטתי) מאשר שמי שנפגע בפועל לא יקבל כלום אף פעם. כשמדובר בקבוצת ניזוקים ההטיה חוזרת על עצמה ותמיד יש פספוס, לא נוכל לתפוס את המתרשל ולהטיל אחריות עליו כי זה תמיד יהיה מתחת ל-50% אז כן יש פה בעיה של צדק מתקן.

דבר נוסף שריבלין אומר, מתקשר למשפט וכלכלה, הוא מסביר את הרציונל שבגיניו הוא מוכן להסתדר עם זה שצדק מתקן לא מתקיים: כי במקרה של עוולות חוזרות ונשנות אני גם לא רוצה שיתקיים, כי אם מישו התרשל וגרם לנזק ב-70% שהוא נזק קבוע בקבוצה מאוד גדולה של ניזוקים, אין להטיל עליו 100% מהנזק אלא רק 70% כי אחרת אנחנו מפצים ביתר.

- ריבלין אומר שהטיה שיטתית (כלומר מקרה קבוע של מזיק לניזוקים רבים) מצדיקה פיצוי יחסי **גם אם הוכח קש"ס במידה שגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%**. כלומר, צריכה להיות סימטריה, אם הפיצוי בין 50% ל-100% אז נפצה באופן יחסי גם כי אחרת נפצה ביתר.

הסבר של שרון: הכיר בפיצוי הסתברותי/ פיצוי עפ"י הסתברות הגרימה, במצבים חריגים ומצומצמים למקרים של הטיה נשנית בלבד (מזיק + ניזוק + סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים + הטיה עקבית בהחלת כלל עודף ההסתברויות). למשל, מקרים של גורם שמפיץ זיהום סביבתי/ גורם רפואי שמחצין סיכון.

נאור (רוב):

- גישתו של ריבלין מצומצמת מדיי ונכונה רק למצבים של ריבוי ניזוקים. היא מסכימה לגבי מקרים שהוא פירט את ארבעת התנאים שלהם, שבהם יש לתת פיצוי הסתברותי, אבל טוענת שזה לא מקרה הליבה של הפס"ד, אלא שמקרה הליבה הוא עמימות לגבי הוכחת קש"ס במקרה של ניזוק ומזיק יחידים כלא ניתן להוכיח קש"ס מעל 50%.

- לטענתה יש לאפשר פיצוי יחסי לפי הסתברות גרימת הנזק במקרים יוצרי דופן: בהם העמימות הסיבתית מובנית, נובעת ממגבלות המדע, ואי מתן פיצוי יחסי שכזה יסכל את מטרות הצדק המתקן ויצור הרתעה בחסר.

- על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי
- היא לא מסכימה עם ריבלין לגבי כלל הסימטריה: אין לאפשר פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס המידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%, כי אז יש לאפשר פיצוי מלא כי הוכח קש"ס מעל מאזן הסתברויות.

הסבר של שרון: הכירה באי הסימטריה – בכל מקרה, אם יינתן פיצוי יחסי (על הוכחת קש"ס הנמוך מ-50%), הוא יתאפשר לטובת הניזוקים בלבד. לעומת זאת, לא יינתן פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ-50% אך קטנה מ-100% לטובת המזיק, אלא יינתן פיצוי מלא = 100%.

כפי שהסברתי לעיל = מה שניסו לשנות, ללא הצלחה.

משמע, כן נרשם צמצום מסוים להלכה הרחבה מלכתחילה.

איזו הלכה בכל זאת ניתן לחלץ מפס"ד מלול?

ראשית, כרגע אי אפשר להטיל אחריות הסתברותית ופיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיקים יחידים, בשונה ממה שרצתה נאור.

ככל הנראה, יינתן פיצוי הסתברותי במצבים של הטיה שיטתית (ארבעת התנאים של ריבלין) (1 מזיק (2 קבוצת ניזוקים (3 סיכון חוזר ומשותף לכל הניזוקים (4 הטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

כלל של אי סימטריה: אם יינתן פיצוי יחסי, הוא יתאפשר לטובת הניזוק, כלומר כאשר הוכחת קש"ס נמוכה מ-50%. אבל לא ינתן פיצוי יחסי אם הוכח קש"ס במידה הגבוהה מ-50% וקטנה מ-100%, אלא פיצוי מלא כי עומד במאזן הסתברויות. **אם הוכח מתחת ל-50% יקבלו פיצוי יחסי, רק במקרים שריבלין דיבר עליהם של ריבוי ניזוקים וכו, אם הוכח מעל 50% אז יתקבל 100% פיצוי.**

הסבר של שרון: כלומר, ההלכה היום, היא הפסיקה של השופטת נאור. בנוסף, על אף העמימות, על התובע להוכיח שהתרשלות הנתבע הייתה גורם משמעותי (ריבלין + נאור), כדי להתגבר על הפירצה שנוצרה בדיני הנזיקין, ברמת אחוזי ההוכחה במאזן ההסתברויות. כמו כן, נכון להיום, לא ניתן לתת פיצוי במקרה של סיבתיות עמומה במצבים של ניזוק ומזיק יחידים (גם כאשר העמימות הסיבתית מובנית).

סיבתיות משפטית

מבחינה הסיבתיות המשפטית נועדו להגדיר את גבולות הגזרה של האחריות שנטיל על הנתבע על הנזק שגרם בעוולה לתובע. זאת משום שסיבתיות עובדתית לבדה לא תמיד תספיק. בשונה מסיבתיות עובדתית, שנגזרת מעובדות בלבד, מדובר במבחנים משפטיים, שנגזרים משיקולי מדיניות.

פס"ד Berry v. the borough of sugar notch

בא ללמד שאם נפעיל רק את מבחן האלמלא, אז אנחנו יכולים להגיע לתוצאות אבסורדיות הוא לא אשם בנזק אבל הוא גרם לו. ראינו שצריך לתחום את הקשר המשפטי העובדתי כי עלול להביא תוצאות לא ראויות ולכן יש קש"ס משפטי שמשרטט עד מתי נטיל אחריות בנזיקין.

שלושה מבחנים לסיבתיות משפטית:

- **מבחן השכל הישר**, common sense (או הנטייה הסיבתית)- מבחן מאוד בעייתי, אבל עדיין משתמשים בו.
מה צריך לדעת עליו? מה שכתוב **בפס"ד ועקנין**: נשאל מה ניסיון החיים היומיומי, מה שקורה בפועל בעולם. זה לא משפטי, זה אמפירי. ולכן יש פה איזשהו קושי, זה מבחן עקרוני. שמיושם מעט (פס"ד קרישוב בסילבוס, לא צריך למבחן)
מבחן זה מיושם בפסיקה לעיתים רחוקות והוא כשלעצמו הוא לא עובד. לצד המבחן הזה מיושמים עוד שני מבחנים: שנראה לעיל.
- **מבחן הסיכון** (דיברנו עליו בעניין הפרת חובה חקוקה): מבחן שלטענת מיטל עם השנים יהפוך להיות מרכזי. הוא כזה כבר במדינות אחרות, למה? כי הוא יכול להחיל את המבחנים האחרים בתוכו.
הנזק שהתממש לא יכול להיות כל נזק, זה צריך להיות נזק שהוא התממשות הסיכון העולתי (למשל במקרה של חובה חקוקה, הוא צריך להיות מהסוג שהמחוקק התכוון למנוע). (למשל במקרה של רשלנות- המחוקק רוצה למנוע סיכון לא סביר, ולכן אם הסיכון הוא סיכון לא סביר זה הסיכון שמחוקק רצה למנוע). למשל, אם ההתרשלות יכולה לגרום לנכות ביד למשל, ובנוסף לזה נגרם נזק נוסף למשל בעיה קוגניטיבית, אז אחרי הניתוח יש שתי בעיות: נכות ובעיה קוג', שניהם קרו אחרי הניתוח אבל הדבר היחיד שיכול להגרם מהתרשלות בניתוח הזה הוא נכות ביד ולכן הפגיעה הקוג' היא לא נזק מהסוג שהתכוונו למנוע.
- **מבחן הצפיות**- יהיה לב הדיון שלנו.
נדון בשלושה נושאים:
 1. בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית
 2. באיזו מידה על הנתבע לצפות את הנזק
 3. היקף הנזק שיש לצפותו "שרשרת סיבתית".

בין חובת זהירות לסיבתיות משפטית

צפיות נורמטיבית- מופיעה גם בחובת הזהירות וגם בסיביות המשפטית. כיצד נבחין?

- במסגרת המבחן הסיבתי- משפטי, נתמקד בשאלה: האם סוג הנזק היה צפוי.
- במסגרת חובת הזהירות. המיקוד בשאלה- האם הניזוק היה צפוי.

מתי נזק אינו צפוי? מתי על הנתבע לצפות את הנזק?

פס"ד שמעון ברדה- באיזו מידע על הנתבע לצפות את הנזק?

העובדות: נערים פרצו למועדון גדני"ע שהחלון בו מקולקל, ושיחקו בנשק. אחר מהם נפגע קשה בראשו מהירי.

טענה של ניתוק קש"ס זו טענת הגנה היא אומרת את הדבר הבא: לא צריך להטיל עליי אחריות נזיקית כי יש גורם זה מתערב שבגללו אני לא יכולתי לצפות את מה שקרה.

השאלה: האם נותק הקש"ס בין רשלנותו של ברדה (המנהל) לבין הנזק שנגרם לנער לאור התנהגות הנערים שהייתה כה בלתי צפויה (עד כדי היותה גורם מתערב שמנתק את הקש"ס)?

נקבע: כדי לדעת אם נזק מסיים ניתן לצפייה אנחנו לא צריכים לבקש מהתובע שיוכיח בדיוק את תהליך הגרימה של הנזק. התובעים צריכים להוכיח שהנתבע (מנהל הגדנע) **צפה בקווים כללים**: די שניתן לצפות שהילדים עשויים לשחק משחק אסור בנשק ויגרם נזק גוף. אין צורך לצפות בדיוק כל פרט בדרך גרימת הנזק. לכן לא התקבלה טענת ההגנה. הצפיות נדרשת בכלליות **לגבי סוג הנזק**.

היקף הנזק שיש לצפותו, "שרשרת סיבתית"

סי' 76 לפקני: פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם –

(1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבה במישרין מעולת הנתבע;

פס"ד רינגר נ' ליאון (היקף הנזק חריג)

עובדות: פגיעה רשלנית של נהגים בעובר אורח, פגיעה בעמוד השדרה גרמה לתוצאה נדירה של צמיחת גידול סרטני. זה נזק לא שגרתי שקורה אבל לא היה לגבי כך מחלוקת, היה ברור שהחבלה זה מה שגרם לגידול. **השאלה:** האם אדם שהתרשל אחראי לגבי נזק נדיר שנגרם כתוצאה מהפגיעה באזור החבלה בתאונה?

ברנזון: המזיק צריך לצפות את **סוג הנזק** וזה נכון לא רק לגבי הנזקים שאפשר לטעון שהם קשורים להתנהגות העוולתית, אלא קשור גם **להיקף הנזק**. יכול להיות שפגעת במישהו וגרמת לו לדימום ויכול להיות שאותה מכה בדיוק, גרמה גם למוות שלו. כל הדברים הללו יכולים לקרות, במקרה הזה סוג הנזק שעליו היה לצפות הוא נזק פיזי. על המזיק לשאת בתוצאות ההתרשלות שלו **גם אם התוצאה הוחמרה** במידה בלתי צפויה בגלל מצב מיוחד של הניזוק וזאת **אם סוג הנזק שנגרם היה צפוי מראש**.
זה מתיישב עם הפס"ד הקודם שקובע שצריך לצפות בקווים כלליים (**פס"ד שמעון ברדה**).
זילברג (מיעוט): מבקר את הרעיון שיש להטיל חבות גם במצבים שצפיותם חריגה כל כך.

פס"ד רביד נ' קליפורד

מתיישב עם הלכת רינגר: זה פס"ד מפורסם אבל סבוך.

עובדות: ילדה הלכה לרופא שיניים, השתמש במזרק לא שואב במקום שואב. ניח שהוא התרשל בכך, החומר המרדים מהמזרק חדר למוח. וזה קורה, בשימוש במזרק מסוג כזה. אלא מה- הנזק היחידי שתועד במקרים כאלה הוא סחרחורת קלה. אבל במקרה הזה הילדה נכנסה לתרדמת. **השאלה:** האם אפשר להטיל אחריות על הנזק שקרה?

נקבע: אפשר להטיל אחריות והצפיות מתקיימת כי על אף שמדובר בנזק כה נדיר, מדובר בנזק **מהסוג שיכול לקרות** כתוצאה מהזרקת חומר ההרדמה במזרק הזה: סוג הנזק- נזק פיזי.

יש להבחין בין שאלת היקף הנזק (למשל: פס"ד רינגר, קליפורד), לבין שאלת ריחוק הנזק על ציר האירועים והזמן (למשל פס"ד בן ציון שלא למדנו)- בשאלה הזו לא נעסוק השנה.