**נוסחת האחריות הנזיקית**

***מלך נ' קורונהויזר: דוגמת מבוא***

העותר הותקף בפארק בסביון ע"י 3 כלבים. כתוצאה מכך, נקבעו לו כ80% נכות לצמיתות. הוכח באמצעות עדי ראיה כי 2 מהכלבים התוקפים שייכים למשיבים. הכלב השלישי היה כלב רחוב. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי המשיבים מחויבים בתשלום כל הנזק. בערעור לעליון נקבע כי המשיבים הם מזיקים בנפרד שגרמו לנזק הניתן לחלוקה, לכן חויבו בפיצויים עבור 2/3 מהנזק. זהו **הדיון הנוסף**.

**השאלה המשפטית: האם הנזק שנגרם לעותר הינו נזק הניתן לחלוקה או שאינו ניתן לחלוקה? כלומר, מי אחראי לנזק שהכלב השלישי גרם? באשר קיים נזק "יתום" שאינו ניתן לחלוקה, האם ראוי שיישאו בו המזיקים או הניזוק?**

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

השופט לוין (דעת רוב):

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

השופטת נתניהו(דעת מיעוט בערעור, דעת הרוב בד"נ): לא הוכח כי הכלבים היו שווים בכוחם, לכן לא ניתן לקבוע כי הנזק ניתן לחלוקה שווה בשווה. לא ניתן לעשות כאן חלוקה של הנזק, היא תהיה שרירותית. **יש לקבל את העתירה**.

השופט בך (דעת מיעוט):

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

**ההלכה:** כאשר יש נזק שאינו ניתן לחלוקה, ושחלק מהאחראים עליו אינו ידוע, נעדיף שלא הניזוק הוא שיישא בחלק עליו אין אחראי. **מזיקים נפרדים שגרמו לניזוק נזק שאינו ניתן לחלוקה, חבים יחד ולחוד לנזק בשלמותו**. החלוקה חייבת לעמוד במבחן הגיוני וצודק. במקרה זה לא ניתן לחלק את הנזק ולפיכך המשיבים יישאו במלוא הנזק. השופט בך סובר כי כאשר ברורה אחריות המעוול אך לא ידוע היקף חלקו בנזק, ניתן לייחס לו חלק מהנזק על פי אומדן תרומתו המשוערת לגרימת הנזק.

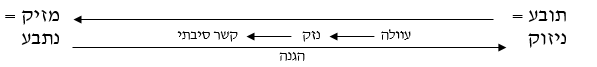
סעיפים 41א-41ג לפקודת הנזיקין:

**נזקים שנגרמו ע"י כלב: ס' 41א. בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע לפצות את הניזוק, ואין נפקא מינה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים.**

**הגנות: ס' 41ב. תהיה הגנה לבעלים אם הנזק נגרם עקב: (1) התגרות של הניזוק בכלב; (2) תקיפת הניזוק את הבעלים, את בן זוגו, הורו או ילדו; (3) הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.**

**שמירת דינים: ס' 41ג. אין סימן זה גורע מזכויות אחרות לפי פקודה זו או לפי כל דין אחר.**

**נוסחת האחריות הנזיקית:**



עוולה: מעשה אסור בדיני הנזיקין. עוולה הינה **מצב בו נעשה משהו לא בסדר כלפי הצד השני**. בכדי שתתקיים עוולה צריך **נזק ממשי וקשר סיבתי בין העוולה לנזק**. עוולות לדוגמא – השגת גבול, רשלנות (העוולה הכי נפוצה), כליאת שווא וכו'.

קשר סיבתי: יש להוכיח זאת עפ"י מאזן הסתברויות (מעל 50%).

* + קשר סיבתי עובדתי: **מבחן האלמלא** – אלמלא התנהגותו הרשלנית של פלוני, לא היה נגרם הנזק. אם התשובה החיובית – יש קש"ס עובדתי.
  + קשר סיבתי משפטי: **מבחן הצפיות** – מבחן דומיננטי ואובייקטיבי. אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את ההתרחשות. ישנם מבחנים נוספים – מבחן השכל הישר ומבחן הסיכון.

הסעד המבוקש: בכל תביעה נזיקית נדרש לציין מה הסעד המבוקש – פיצוי, צו מניעה או צו עשה.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיאירועון 3:

א. צו מניעה: סעד קנייני, חזק משמעותית מדרישת פיצויים. הם לא בהכרח יקבלו צו מניעה אבל יוכלו לנסות. **לא יכולים לדרוש פיצויים כי עוד לא נעשה נזק**.

ב. צו עשה: צו שיורה על פינוי ערמת הפסולת. **בנוסף לצו עשה (העתידי) ניתן יהיה לבקש פיצוי** על המטרד (עוולה) הסביבתי שהיה קיים בבית שלי שבוע ופיצוי עתידי על כל יום שייקח עד שיפנו את הערימה. ניתן יהיה גם לתבוע על צו מניעה אשר יימנע ערמות נוספות בעתיד. יכול להיות שלקבלן יהיה שווה להשאיר את הזבל כי הקנס על השארת הזבל עולה פחות מהשינוע שלו ורוב האנשים לא באמת רוצים להסתבך ולתבוע.

**מיקום העוולות**

* **פקודת הנזיקין** – חיקוק הנזיקי המרכזי.
* קיומן של עוולות גם **בחוקים אחרים** כגון: קניין רוחני, עוולות מחשב, הטרדה מינית, הגנת הפרטיות, איסור לשון הרע, אחריות למוצרים פגומים, פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, חוק הסלקטורים, אפליה ועוד.

**מטרות דיני הנזיקין**

נוסחת האחריות הנזיקית אינה עומדת בחלל ריק, יש להתחשב במטרות דיני הנזיקין:

* פיצוי:משמעותו **השבת המצב לקדמותו** – יש הרואים בכך שאיפה שאינה אפשרית, בעוד אחרים רואים בכך עקרון חשוב ששאר המטרות מנסות להגשימו, אך הוא לא יכול לעמוד כשלעצמו, אלא נסמך על המטרות האחרות. **המטרה מתרכזת בניזוק ובצורך לפצותו**, ללא חשיבות עקרונית לשאלת זהות המפצה. אם המזיק לא יכול לפצות – יש חשיבות חברתית למצוא אחרים שיפצו בפועל.
  + - צדק מתקן: **השבת המצב לקדמותו** או שאיפה לכך ע"י תשלום פיצויים. **מתרכז בתיקון מלא של העוול מהמזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי**, ללא התייחסות לגורמים חיצוניים.
* צדק חלוקתי: **חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית**. מתייחס לכל הצדדים הפוטנציאלים לחלוקת העושר, הנטל, המשאבים וההטבות בחברה לפי קריטריון של יחסיות, לצורך קידום מטרות חברתיות. חלוקת עוגת הרווחה המצרפית בין החלשים והחזקים. על המשפט לתרום את חלקו לשינוי החלוקה ולהעצמת המגזרים החלשים והעשוקים.
* הרתעה: הרתעה יעילה היא **גישה כלכלית למשפט**, המנסה **להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית**, בדרך של מניעה והרתעה. ברגע שיהיו פחות תאונות (אירועים נזיקיים), יהיו פחות הוצאות. אירוע נזיקי הוא רע לחברה (בזבוז משאבים), ולכן אם נמנע אירועים כאלו, נצמצם הוצאות ונגדיל את העוגה. מבקשת להגיע ליעילות דרך הרתעה אופטימלית (לא הרתעת יתר ולא חסר). הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות **תמריצים שההרתעה יוצרת**, כך היא נהפכת לאמצעי אפקטיבי המשנה את פעולות הצדדים והיקפן ולאמצעי יעיל, המגדיל את הרווחה המצרפית מהפעילויות המתנגשות.

**מטרות 1 ו2 מתרכזות בצדדים ומטרות 3 ו4 הן מטרות אינסטרומנטליות**.

**מדינת ישראל נ' קרישוב:**

קרישוב הוא פנסיונר שעבד במשך שנים רבות במוסך של קיבוץ מעין צבי בטיפול והלחמה של רפידות בלמים. הוא חלה בסרטן הלימפומה. עורך דינו גילה כי ישנם מאמרים רבים המעידים על כך שסרטן הלימפומה נגרם אצל רבים בשל מגע עם אסבסט (חומר המצוי ברפידות הבלמים). מנגד, ישנם מחקרים שמצביעים על כך שאין קשר הכרחי. כמו כן, התגלה כי 6 פועלים שעבדו במוסך באותו תפקיד חלו בסרטן מסוגים שונים. קרישוב טען כי הקיבוץ לא נקט באמצעי הזהירות הנדרשים בעבודה עם אסבסט ולכן תבע אותם ואת המדינה. תביעתו התקבלה במחוזי, על בסיס חוות דעת של פרופ' שקבעה שבשל הנסיבות קיים קש"ס בין אסבסט לסרטן הלימפומה ובקביעה כי הקיבוץ נהג ברשלנות וללא אמצעי זהירות. בערעור לעליון, קבעה השופטת נאור (דעת מיעוט) כי לטענתה הראיות לא הוכיחו קש"ס. מנגד, השופטים דורנר ולוי קבעו כי ישנו קש"ס. **מכאן הבקשה לדיון הנוסף**, לבקשת המדינה.

טענות הקיבוץ (דיון נוסף):

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

טענתו של קרישוב: דעת המיעוט בערעור היא זו שחריגה ומהווה בעיה, כי היא שוללת מביהמ"ש את התפקיד השיפוטי שלו והופכת אותו נתון לסטטיסטיקות בלבד בעת קביעת הכרעתו.

השאלה המשפטית: האם במחלוקת באשר לקשר בין חשיפה לחומר לבין המחלה, יוכל ביהמ"ש להסתמך גם על קשר סיבתי עובדתי או רק על קשר מוכח מדעית?

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

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

ההכרעה בנוגע לקש"ס עובדתי היא בידי ביהמ"ש, שיפעיל שק"ד בהתחשב בחו"ד המומחים שיובאו לפניו. לפני פס"ד קרישוב, במקרה בו לא הייתה אסכולה רפואית ברורה בעניין מסוים, ביהמ"ש היה פוסק לטובת הנאשם ומקבל את התביעה. בפס"ד קרישוב ההלכה קובעת כי **העדר אסכולה רפואית מבוססת אינה מכריעה את גורל התביעה, וכי עדיין יש להוכיח קש"ס** (בניגוד למה שהיה פעם). כמו כן, ההוכחה הנדרשת היא עפ"י מאזן הסתברויות (פחות מרמת הוכחה מדעית).

**העתירה לדיון נוסף נדחתה**.

ההלכה: כאשר נבחן קשר בין חשיפה לחומר לבין מחלה, ייקח ביהמ"ש בחשבון את חוות דעת המומחים ואת הנסיבות העובדתיות, ויוכל להכריע לטובת התובע גם כשאין לכך הוכחה מדעית מובהקת, אם יש הצטברות של נסיבות המצביעות על הקש"ס.

מטרות דיני הנזיקין במקרה קרישוב:

1. **הרתעה**: לא רלוונטית, הקיבוץ לא ידע שהוא מסכן את קרישוב ולכן הרתעה לא רלוונטית. ברגע שהבינו שזה לא בסדר, זרקו את הרפידות. יש הרתעת האחר.
2. **צדק מתקן**: קרישוב מקבל פיצוי. הצדק המתקן יחפש את האשם, אם הקיבוץ יוכיח שלא היה אשם כי הם לא ידעו כי האסבסט מסרטן אז נחפש מי אשם.
3. **פיצוי**: לא מחפש אשמים, אלא רק לפצות את הנפגע.
4. **צדק חלוקתי**: חלוקה צודקת יותר של עוגת הרווחה המצרפית. חזק מול חלש – בהנחה שקרישוב עובד פשוט במוסך מול הקיבוץ אשר מהווה גוף חזק וגדול, המעביד הוא הכיס העמוק, הוא אחראי.

בפסק דין זה יש שתי גישות מאוד מנוגדות:

* דורנר: **בעד מתן פיצויים** (מגלה חמלה לקרישוב).
* נאור: **נגד מתן פיצויים**, מ-3 סיבות: (1) עומדת על המבחן הסטטיסטי ומסתכלת קדימה. (2) במידה ויתנו לקרישוב סעד, יהיו עוד הרבה מקרים דומים שיגיעו לביהמ"ש וידרשו סעדים. (3) אם הגופים יצטרכו לשלם על כל סיכון כזה הם יקרסו או יצטרכו לגלגל את ההוצאות על הצרכנים. הוצאות אלו עלולות לגרום לנזק לאנשים חסרי יכולת בפרט ולכל האוכלוסייה ככלל.

האם יש פשרה בין שתי הגישות?

כן. **התחום האפור** הוכר משנת 1988 בישראל, בפס"ד פאתח נ' קופ"ח כללית. התחום האפור מכיר **בפיצוי לפי הסתברות –** ניתן לנסות לתפוס את החלק בר הייחוס, כלומר, מה החלק באחוזים שניתן לייחס לנתבע? **אם לא ניתן לעבור את רף מאזן ההסתברויות – ניתן לנסות להוכיח מה החלק המיוחס לנתבע**.  
בפס"ד פאתח, היה צריך להוכיח מה הגורמים לסרטן (למשל – אלכוהול, עישון, גנטיקה, עבודה עם אסבסט). יש להוכיח במאזן הסתברויות מה החלק הפוטנציאלי של המוסך (העבודה עם אסבסט).  
לדוגמא, גנטיקה 20%, עישון 30%, אלכוהול 15%, עבודה עם אסבסט 35%. נראה כי המוסך אחראי ל-35% לחלות בסרטן, ועל התובע להוכיח זאת. לכן, המוסך ישלם 35% מהנזק של קרישוב.  
**מתי נעבור לעולם ההסתברויות?** כאשר יש בעיה להוכיח את התביעה מעל 51%. במצב כזה ביהמ"ש מאפשר לזהות את החלק בר הייחוס לנתבע, להוכיח זאת ואז לתבוע את החלק הזה.

**פיצוי לפי הסתברות:**

1. **הכרת פיצוי ע"פ הסתברות** (הלכת פס"ד פאתח): קיימת אפשרות לכמת את הסיכוי הספציפי שהלך לאיבוד בעקבות הנזק ולהמיר אותו לכסף.  
   לדוגמא, רב צבאי מסורב גט (אשתו מסרבת לקבל את הגט) רוצה להתקבל לעבודה בתור רב קהילה אבל העובדה שהוא לא בקשר עם אשתו לא מאפשרת לו לקבל את העבודה. אם לא ניתן לתבוע את אשתו, איך נוכיח שיש פגיעה בפרנסה שלו? **נשתמש בהלכת פאתח** – נוכיח את הסיכויים שלו לפרנסה/מה הפגיעה היחסית שנגרמת מהמצב עם אשתו ובכך יקבל פיצויים בהתאם.
2. **הגברת סיכון** – אדם בריא שנחשף לסיכון מסוים. לדוגמא, מפעל פולט קרינה והתושבים מסביב מתלוננים על כך שזה מסכן אותם. המפעל ישלם על הסיכוי הספציפי שיגרום לנזק (למשל, קרישוב והרשקוביץ).

איך נחשב פיצוי לפי הסתברות?

**פס"ד הרשקוביץ:** הרשקוביץ מגיע לרופא עם כאבי בטן, לאחר כמה זמן הוא מגלה שיש לו גידול. הרשקוביץ תובע בטענה שהרופא לא גילה לו על הגידול ובכך פגע בסיכוייו לשרוד. הרשקוביץ לא שרד. השאלה שעולה – מה הפיצויים שצריכים להיות לעיזבונו?

טענת ההגנה הייתה כי הסיכויים של הרשקוביץ לשרוד בהתחלה היו 39%, זאת אומרת 61% למות כי הגידול סרטני כונן בו. גם אם הרופא לא היה מתרשל והיה שולח אותו לבדיקות, היו לו סיכויים למות, גם אילו האחוזים ירדו ב14% בגלל הרופא.

ביהמ"ש: **אימצו את הלכת ההסתברויות** – עדיין היה לו סיכוי לשרוד, ששווה להילחם עליו, לכן לא נחייב את הרופא על מלוא הפיצויים. **הפיצויים יהיו לפי האחוזים שירדו**. החישוב של הירידה הוא 14%.

**ל.ד נ' הילל יפה:** השופט עמית קובע את **הנוסחה לחישוב פיצוי ע"פ הסתברות** (הראשונה שהשתמשה בה הייתה חיות לפני עשור). בהתאם למקרה הספציפי הזה – לפני הניתוח אחוזי ההחלמה היו 80%. לאחר הניתוח אחוזי השרידות שלו לחיות הפכו להיות 60% . אם נסתכל על שיטות החישוב המוכרות:

1. פס"ד פאתח – %X מתוך 100%. במקרה הזה, 20% ירידה בסיכויים לחיות מתוך 100%.
2. פס"ד הרשקוביץ – %X מתוך הסיכוי שהיה חולה מלכתחילה. במקרה הזה, 20% מתוך 80% = 25%.
3. פס"ד הלל יפה – בדיקה מה היה הסיכוי שלו לא לשרוד, וכמה הוא ירד. השופטת חיות מסתכלת על זה מהכיוון השני – מה הסיכוי שלא ישרוד. במקרה הזה, היה סיכוי של 20% שלא לשרוד. לאחר הניתוח היה 60% לשרוד ולהחלים – משמע 40% שלא לשרוד. לכן, פגעו לו בסיכוי השרידות ב50%. הגדילו פי 2 את הסיכוי שלו לא לשרוד. לכן, שיעור הפיצויים שצריך לפצות את הניזוק הוא 50% מסך הנזק שנגרם לו.

**שיקולים משלימים של מדיניות משפטית**

שיקולים נוספים בהם מתחשבים כאשר דנים בדיני נזיקין.

כיס עמוק: ביטוי ל**אדם או גוף בעל אמצעים**, בדר"כ מדובר על גוף ציבורי (עירייה, מדינה, חברות גדולות). כיס עמוק מתקשר לצדק חלוקתי, אנו מניחים כי **לגוף חזק יש כסף והוא כיס עמוק**. **ככל שהנתבע הוא יותר כיס עמוק תהייה נטייה לקבל את התביעה כנגדו**. לעיתים נטיל את הנזק על כיס עמוק למרות שהוא לא גרם לנזק ישירות ע"מ להרתיע (נגיד בית חולים ולא על הרופא או על קבלן ולא על פועל פשוט). המטרה היא בסופו של דבר שכל אדם שיינזק יוכל לקבל פיצויים ע"י השחלת התביעה על כיס עמוק כלשהו. חברות הביטוח מהווים סוג של כיס עמוק בהרבה מקרים (קרישוב).

הצפת בתי המשפט: האם אנו רוצים שיגיעו המון תביעות לבית המשפט ויציפו אותם? **אם תביעה כלשהי תתקבל**, **הרבה תביעות דומות לה יגיעו לבית המשפט ואנשים רבים ינסו לתבוע את הנושא**. חוששים שסוגי תביעות דומות יוגשו בהמונים (קרישוב, עיריית ירושלים נ' גורדון).

מדרון חלקלק: חשש שבעקבות תביעה יגיעו עוד תביעות יותר קלות מאותו סוג. אנו חוששים שאנשים יבחרו בדרך המשפט במקום דרכים אחרות כמו תלונה או נציב קבילות הציבור. **לא נרצה שכל דבר יגיע לבתי משפט**, **אלא רק מה שבאמת מצריך תביעה**, רק תיקים מהותיים. בסופו של המדרון החלקלק נמצאות תביעות מגוחכות שאנחנו לא רוצים שיוגשו (עיריית ירושלים נ' גורדון).

פיזור נזק: **נטיל את האחריות לנזק על הגוף שמסוגל לפזר את הנזק כך שיוכל לפצות בגינו**. רצון ש**הנזק לא ייפול על גורם אחד**. הניזוק תובע את המזיק, המזיק תובע את הביטוח וככה יש פיזור של הנזק.

דרך נוספת לפזר נזק היא להעלות מחיר מוצר, כדי שבמידה ומישהו יינזק ויתבע את היצרן, יהיה לו כסף לפצות אותו (מעין ביטוח עצמי).

הרפיית ידי עובדי הציבור: מצב בו **הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה תהפוך אותם להססנים**, דבר שיפגע בשלטון החוק ואכיפתו (עיריית ירושלים נ' גורדון).

שיקולים כלליים-ערכיים של מדיניות משפטית: למשל, הסוגייה של **חיים בעוולה** – קשה מבחינה ערכית להגיד שעצם היוולדו של ילד הוא נזק, גם אם הוא בעל מוגבלות. יש להשוות את הפיצוי ביחס למצב שהיה לולא הייתה מתרחשת העוולה. אם לא הייתה עוולה לא היה נולד ילד בריא ולכן לא ניתן לבקש פיצוי עבור ילד בריא, משום שאם לא הייתה עוולה לא היה נולד ילד כלל. עולה שאלה מוסרית האם לאפשר את תביעת היילוד בגין "חיים בעוולה" מול עקרון קדושת החיים (המר נ' עמית, זייצוב).

הביקורת על שיקולי המדיניות: שיקולים אלו הם מעיין "סוס פרא" – **עלול להיפתח צוהר בשל שיקולים אלו של קבלת תביעות במקרים שלא ראוי לקבל אותן, או דחיית תביעות במקרים בהם ראוי לקבל אותן**. לכן, יש לנהוג עם שיקולים אלו בזהירות רבה.

**עיריית ירושלים נ' גורדון:**

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

טענות הצדדים:

**המערערת:** האחריות החלה על המערערת היא במסגרת עוולת הנגישה (ס' 60 לפקנ"ז) הדורשת זדון, והיא לא אחראית כלל במסגרת עוולת הרשלנות. תרופתו של המשיב היא במסגרת ס' 80(א) לחוק העונשין המאפשר הענקת פיצוי לנאשם. גם אם חלה עוולת הרשלנות לא התקיימו יסודותיה.

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

השאלה המשפטית: האם העוולות השונות כוללות הסדרים שליליים השוללים תחולה של עוולות אחרות?

השופט ברק:

* במסגרת עוולת הרשלנות על ביהמ"ש לקבוע את הערכים והאינטרסים המשפיעים על קיומה של חובת הזהירות. על השופט להפעיל שק"ד ולאזן בין האינטרסים השונים, לפי תפיסתו את צרכי החברה בה הוא חי. הכלל הוא ש**אם הנזק צפוי חלה חובת הזהירות**. רק שיקולים מיוחדים של מדיניות משפטית יצדיקו שלילת חובה זו.
* גם רשות ציבורית צריכה לנהוג בחובת הזהירות שכן עקרון השוויון מחייב זאת.
* לא ניתן להסיק כי קיימת חובת זהירות מושגית באופן אוטומטי, ביהמ"ש שוקל את כלל האינטרסים ולפיהם קובע זאת. מהם השיקולים שיצדיקו את שלילת קיומה של חובת הזהירות המושגית לאחריות גורמי התביעה הפלילית?

1. אם הטלת אחריות אזרחית על גורמי התביעה תהפוך אותם להססנים, דבר שיפגע בשלטון החוק ואכיפתו.
2. הצפת בתי המשפט – כל נאשם שיזוכה ינצל את קיום חובת הזהירות ויתבע את הרשות, דבר שיוביל להצפת בתי המשפט ולהוצאות כספיות רבות.
3. ייפתח פתח לעקוף את סופיות ההליך הפלילי.

* יש לאזן בין שיקולים אלו לשיקולים אחרים בתביעה. עם זאת, ידם של השיקולים השוללים את קיום חובת הזהירות, אינה על העליונה.
* יתרונות וחסרונות: מצד אחד, 2 הנימוקים הראשונים רלוונטיים כלפי כל עובדי הציבור ואין להם ביסוס (לא הוכחה פגיעה בשלטון החוק או הצפת בתי משפט), דבר המעיד על חולשתם. מנגד, יש להבחנה הזו (בין תובע אזרחי לפלילי) יתרונות: שוויון, נקיטת אמות מידה ונהלים שיבטיחו קיומם של אמצעי זהירות ראויים בניהול תביעה. החובה המוטלת על התביעה הפלילית היא לנקוט באותם אמצעים שתביעה סבירה הייתה נוקטת בעניין.
* גורדון טוען כי נגרמו לו מס' נזקים: אובדן זמן וכסף, אובדן ריכוז בעבודה, סבל נפשי, פגיעה בשמו הטוב. טענותיו מעלות את השאלה האם הטרדה היא נזק בר-פיצוי?
* עפ"י הגדרת המושג נזק בס' 2 לפקנ"ז – נזק משמעו פיזי או לא פיזי. בשל כך, הוא כולל בתוכו סבל נפשי ופחד. חשין טען בעבר כי לא ניתן לכמת נזק שכזה ואף הביע חשש כי אנשים יעשו את עצמם כסובלים מנזק נפשי. ברק לא מקבל גישה זו וטוען כי **יש להעריך נזק נפשי ולפצות בגינו**, כפי שעושים כשמדובר בנזק ממוני.
* האם במסגרת עוולת הרשלנות ישנה חובת זהירות מושגית בעניין נזק לא ממוני? ברק מאמין שכן. לטענתו, כאשר הנזק צפוי (טכנית) אז צריך לצפות אותו (נורמטיבית), אלא אם שיקולי מדיניות משפטית אומרים אחרת. ברק מבהיר כי אין הבדל בין נזק לא ממוני הקשור לנזק ממוני לבין נזק לא ממוני שעומד בפני עצמו (נזק נפשי). מטרת עוולת הרשלנות היא להגן על הניזוק מבחינת נזק ממוני וכן לא ממוני. לכן **יש לראות בנזק לא ממוני כנזק בר פיצוי**. כבוד האדם ושלמות נפשו צריכים לקבל הגנה ראויה.
* ריחוק נזק: יש לקחת בחשבון את הסיכון לאיתור היקף הנזק הלא ממוני. גורדון הוטרד מהדו"חות, אולי גם שכנו הוטרד מכך וכך הלאה, אך לא לכולם יש זכות תביעה. בהגעת מקרה של נזק לא ממוני לביהמ"ש על ביהמ"ש לבחון את שיקולי המדיניות המשפטית, לפיהם נקבע עומק הצפייה מראש. ע"פ שיקולי המדיניות המשפטית ישנה חובה לצפות מראש נזק לא ממוני למעגל הסיכון הראשוני, שכוונה כלפיו הפעולה המזיקה. במקרה זה מדובר בגורדון.
* סיכום: **נזק לא ממוני נכנס אל תוך עוולת הרשלנות**, הוא **יהיה בר פיצוי אם עפ"י מבחן הצפיות ניתן וצריך לצפות אותו** בשל ההתרשלות.

**זייצוב נ' כץ:**

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

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

זוהי **הפעם הראשונה בה נקבעו ליילוד פיצויים על עצם הולדתו**. בפס"ד זה הוזכרו שתי עילות לתביעה:

1. חיים בעוולה – עילת הקטין: **חיים פגומים עם מום**. ביהמ"ש היה חלוק בנוגע לעוולה זו, שכן ישנו ערך מרכזי של "קדושת החיים". עדיף להיוולד מאשר לא, גם אם נולד עם מחלה קשה. ברק טען כי במקרה זה יש חיים בעוולה, אך **הנזק הוא לא על מתן החיים, אלא על החיים במום**, חיים פגומים.
2. הולדה בעוולה – עילת ההורים: תינוק שנולד מתוך עוולה. עוולה זו נכנסת בתוך עוולת הרשלנות, לכן **עילה זו התקבלה**.

שיקולי מדיניות משפטית: התביעה כעיקרה פשוטה שכן יש נזק וקש"ס. אך עדיין, בתי המשפט בכל העולם לא מקבלים תביעות כאלה. מבחינה מוסרית – **האם נכון לאפשר לאדם לתבוע בעילה כזו?** "ערך קדושת החיים" הוא ערך מוגן וחשוב במשפט.

**המר נ' עמית:**

נולד אדם עם מוגבלות הטוען כי אילו הגורמים הרפואיים המטפלים היו זהירים, הייתה נמנעת הולדתו. שתי עילות תביעה נפרדות עשויות לעלות בעקבות ההתנהגות הרשלנית. האחת היא עילתם של ההורים ועילתו של הילד הנולד. עילת תביעתו של הילד הינה "חיים בעוולה" ועילת תביעה של ההורים הינה "הולדה בעוולה".

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

השופט ריבלין:

לא נכיר יותר בתביעה של הילד, אך נכיר בתביעה של ההורים. **אין יותר עילת תביעה של "חיים בעוולה" כיוון שערך החיים חשוב, אך יש מקום ל"הולדה בעוולה"** על פיה ההורים יקבלו פיצויים לשם גידול הילד. המשמעות היא **ביטול הלכת זייצוב**.

**"הריון בעוולה" – עמוס הרמן:**

הריון בעוולה: הריון שנגרם כתוצאה מרשלנות רפואית בעיקור האב והאם, פגמים באמצעי מניעה, אי אבחון הריון, כישלון לבצע הפלה וכו'. בהריון בעוולה יקבלו ההורים את כל ההוצאות גידול אשר יש לילד (בהולדה בעוולה הרי מקבלים רק את ההוצאות העודפות). בהריון בעוולה הילד נולד לא רצוי, עולה השאלה מה עם תביעת הילד? אם תביעת הילד נחסמה בפס"ד המר, אז מה יש לילד בריא לתבוע? הילד יכול לתבוע על עצם זה שהוא נולד כילד לא רצוי, יכול להיות שהוא חווה יחס של לא רצוי וחווה נזק רגשי בעקבות כך.  
המאמר מציג שיקולי מדיניות משפטית במצב בו נולד ילד נכה/בריא לא רצוי להורים נכים/בריאים. המאמר בוחן מקרים בהם מתקיימת עילת הריון בעוולה ואת השיקולים הניצבים בידי השופט בקביעתו האם העילה מתקיימת ואת סכום הפיצוי המגיע לניזוקים – האם יש להתחשב בתועלת העולה מן ילד שנולד, האם הפיצויים המגיעים להורים הם רק על בסיס אובדן ההשתכרות והכאב בזמן ההיריון או שמא יש להתחשב גם בעלויות העולות מגידול הילד.

סוגי הריון בעוולה:

1. **רשלנות של אמצעי מניעה זמניים** (למשל, גלולות): ניתן לתבוע הריון בעוולה. נותר מצב שהילד לא רצוי מהרבה בחינות: גיל, כלכלית, נפשית וכו'.
2. **רשלנות של אמצעי מניעה קבועים** (ניתוחי עיקור למיניהם): האם הרופא התרשל בזמן הניתוח? ואז האישה נכנסת להריון למרות הניתוח שעברה? ניתן לתבוע במקרה הזה הריון בעוולה, אבל זה כן מורכב מבחינת הוכחת רשלנות וכו'. בנוסף, צריך לבדוק אם מדובר בניתוח מבחירה או ניתוח הכרחי, יש לכך הבדל מבחינת עוולת הרשלנות.

במקרה של רשלנות ישנם מכשולים:

1. יש לבדוק **חוות דעת** של רופא אחר אם העבודה הייתה מקצועית.
2. **הנזק** – איזה נזק יש? הנזק הראשון הוא בעצם כלכלי, אם הזוג לא רצה את הילד ובכל זאת הוא נולד והוא בריא. איך אפשר לקרוא לילד נזק? זאת בעיה. צריך להוכיח **קש"ס** – אם ההורים לא הביאו ילדים לעולם מסיבות כלכליות, כן יש קשר סיבתי בין הנזק הכלכלי לזוג ולילד. התביעה יכולה להיות על ההוצאות של הילד עד גיל 18. השופט עמית אמר שנתבעים באו ואמרו "אתה גם נהנה מהילד, אתה לא רק סובל". לכן, מבקשים לעשות מעין "קיזוז", יותר נכון להגיד "הפחתה". מפחיתים מהפיצוי את הנזק הכלכלי. כמה שווה אושר מילד? איך אפשר לכמת את זה?

יש לפעול ע"פ השלבים הבאים: (1) האם יש נזק? (2) איזה סוג נזק? כלכלי, נפשי וכו'. (3) האם יש קשר סיבתי בין העוולה לנזק?

שאלה: האם מי שפיר זה חלק מתביעת הריון בעוולה? שמואלי סבור שלא, כל מה שקשור לתהליך הריון זה בגדר רשלנות רפואית.

**תביעות נזיקיות בגין בגידה:**

**5258/98 פלונית נ' פלוני:**

השופט ריבלין: המשפט כידוע אינו מקנה עילת תביעה בגין נזקים נפשיים הכרוכים בהליכי גירושין, אף שבמקרים רבים פירוקו של קשר נישואין ממושך כרוך בנזק נפשי העולה על הנזק הנפשי שנגרם בעקבות הפרת הבטחת נישואין. בדומה, **אין תרופה בשיטתנו למי שנגרם לו נזק נפשי בשל בגידה של בן זוג**. ככלל, פרדתם של מי שקיימו ביניהם קשר רומנטי אינה מקנה כשלעצמה תרופה במשפט.

**8489/12 פלוני נ' פלוני:**

ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש קמא בו המערער תבע תביעה נזיקית את המשיב (גיסו), בעילת הרשלנות, בשל רומן שהתפתח בין המשיב לאשת המערער, אשר בעקבותיו נגרמה למערער נכות נפשית.  
ביהמ"ש פסל את תביעה זו ממספר טעמים:

* רתיעה של ביהמ"ש להיכנס אל תוך מערכות יחסים אינטימיות וזוגיות. **אין להכיר בעילת תביעה של בגידה בדיני הנזיקין**.
* המערער תבע את המשיב בגין עוולת רשלנות 'גרם הפרת חוזה' בכך שהמשיב גרם להפרת חוזה הנישואין בין המערער לאשתו. עם זאת, השופט עמית מציין כי המחוקק הגדיר כי חוזה הנישואין הוא חוזה מסוים המוגדר כשותפות רגשית ולכן קשר הנישואין מוחרג מהכלתו בעוולה זו.
* ביהמ"ש מסכים כי קיימת צפיות טכנית כי בגין הבגידה יגרם נזק לנבגד. ברם, שיקולי המדיניות המשפטית הקובעים כי אין על ביהמ"ש להתערב ביחסים זוגיים, שוללים את חובת הזהירות המושגית. החובה 'לא לבגוד' מושתת בחיי הנישואין במישור המוסרי-דתי אך אין לייבאה אל המשפט מהשיקולים לעיל.

**פלוני נ' פלונית: תביעה נזיקית בגין אי גילוי עבר מיני**

השופטת וילנר: מטעמי מדיניות משפטית, **אין מקום להכרה בחובתו המשפטית של אדם לגלות** **לבן זוגו האחר**, טרם הנישואין, **את נטיותיו או העדפותיו המיניות**. הכרה בחובתו המשפטית של אדם לשתף את בן זוגו האחר בכל אלה, עלולים לפגוע קשות בפרטיות של האדם ביחס להיבטים האישיים והאינטימיים ביותר הקשורים למרחבו הפרטי.

**ההיסטוריה של דיני הנזיקין**

**גישה ראשונה – דיני הנזיקין צמחו מדיני החוזים:**

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

**נזק שלא מחוזה –** התחילו להעלות דוקטרינות לא חוזיות ונורמות התנהגות לפיהן יש לפעול במצב של נזק שלא מחוזה (למשל חוזים חברתיים). התחילו שאלות חוזיות שמטרת הניזוקים הייתה לקבל נזק כשאין חוזה אמיתי, המטרה הייתה להראות שכל נזק הוא נזק מחוזה. לאט לאט התפתחו הרבה מקרים של נזק לא חוזי, ניסו להגיד כי ישנם נורמות כלליות החלות על מקרים אלה וככה התחילו דיני הנזיקין, כנזק שלא מחוזה.

הקשר שקיים עדיין בין דיני הנזיקין לדיני החוזים:

* **חובת הזהירות בעוולת הרשלנות**:דוגמא לרמיזה לחוזים בדיני הנזיקין. מנסים למצוא אצל המזיק איך הוא נקט בזהירות כדי להימנע מעשיית נזק. **החובה להימנע מלהזיק לצד השני מגיעה מדיני החוזים**. לא תמיד יש חוזה אבל אם יש חוזה עולה השאלה מה הצד השני עשה כדי למנוע את הנזק? עם זאת, דיני הנזיקין התפתחו באופן עצמאי ואינם דורשים חוזה. חובת הזהירות קיימת גם במקרים שאין חוזים, למשל תאונות דרכים. אך, היא נשענת בין היתר על חוזים. תחילה בודקים האם יש חוזה, ואם אין עוברים לבדיקת אדנים אחרים.
* **עוולת גרם הפרת חוזה** (ס' 62 לפקודת הנזיקין): מי שביודעין גורם לאדם אחר שיפר חוזה מחייב, עושה עוולה כלפי הצד השלישי, אולם הצד השלישי לא יוכל לקבל פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל מכך נזק ממוני.
* **תום לב נזיקי ולא רק בדיני החוזים** (ס' 39 + 61(ב) לחוק החוזים): רואים את חובת תום הלב גם בדיני הנזיקין בהשראת דיני החוזים. תקנת הציבור נכנסת בנזיקין דרך ס' 61(ב) לחוק החוזים.

הבדלים בין דיני החוזים לדיני הנזיקין כיום:

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

**גישה שנייה – דיני הנזיקין צמחו מדיני העונשין:**

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

שרידים לערבוב בין דיני העונשין לדיני הנזיקין:

* **מטרת ההרתעה**: זה חלק משמעותי מהדין הפלילי. הרתעה בנזיקין היא שריד לדיני העונשין. בדור האחרון מטרת ההרתעה קיבלה פנים כלכליים בדיני הנזיקין.
* **ערבוב בין פלילי לנזיקי**: למשל, במשפט העברי (ספר דיני הנזיקין של הרמב"ם). בנוסף, יש דוגמאות מתרבויות אחרות לחפיפה בין הפלילי לנזיקי.
* **עוולה שהיא גם עבירה** (ס' 88 לפקנ"ז): אם יש עובדות לפיהם עוולה מהווה עבירה פלילית, אפשר לשפוט לפי הדין הנזיקי. אם ביהמ"ש רואה שהעוולה נחשבת פשע, לא יהיה משפט עד שכל העובדות יימסרו למשטרה.
* **פיצוי במסגרת ההליך הפלילי** (ס' 77 לחוק העונשין): ניתן לקבל פיצוי במסגרת ההליך הפלילי. אפשר לחייב את האשם הפלילי לפצות את הנפגע. זה מוכיח קשר בין התחום הפלילי לנזיקי. הבעיה המרכזית היא שביהמ"ש רשאי ולא חייב. קביעת הפיצויים תהא לפי ערך הנזק או הסבל.
* **תביעה נזיקית בעקבות הרשעה פלילית** (ס' 42א(א) לפקודת הראיות): פסק דין פלילי יהווה ראיה במשפט אזרחי (מכיוון שבמשפט פלילי צריך להוכיח אשם מעל כל ספק סביר ובאזרחי במאזן ההסתברויות). ביהמ"ש לא לוקח עדויות וממצאים ממקרים אחרים גם אם הם דומים. אך, במקרה הזה, של משפט פלילי חלוט (פסק דין מוחלט שאי אפשר יותר לערער עליו) ממצאיו קבילים גם בהליך אזרחי. זה דיי מיוחד כי המשפט מתבסס על חומרים ממשפט אחר. זה חורג מהכלל לפיו שופט צריך לשמוע משפט באופן מלא לפני שמקבל הכרעה. ההנחה היא שבדין הפלילי יעברו על כל הראיות בצורה מקיפה וזה מספיק גם לדין האזרחי, בגלל שצריך להוכיח אשמה מעל לכל ספק סביר. בנזיקין צריך מאזן הסתברויות – רק מעל 50%.
* **תביעה אזרחית נגררת לפלילים** (ס' 77 לחוק בתי המשפט):יכול השופט שעסק בפלילי להיות גם זה שישפוט באזרחי (למרות שהוא אינו שופט נזיקי), שכן הוא כבר שמע את הראיות ומכיר את המקרה. אם הוא הרגע הרשיע אותו בפלילים, הוא רק צריך לדון בפיצויים שמגיעים לקורבן. אם רוצים להגיש תביעה נזיקית לאחר הליך פלילי, עדיף להגיש אותו לבית המשפט הפלילי בתביעה נגררת – אפשר תוך 3 חודשים ואז האפשרות מתבטלת. אם יגישו תביעה נזיקית נפרדת – יש סיכוי שלא יהיו פיצויים. החיסרון הוא שרק הקורבן יכול לתבוע ורק הנאשם הוא הנתבע. היתרון הוא חיסכון בעלויות ביהמ"ש והדיון אינו צריך להיערך מחדש. הבעיה היא שהשופטים בד"כ אינם מומחים בנזיקין, ויהיה להם קשה להבין איך לפסוק פיצויים. אולם, המשפט יטיב עם הניזוק – הפיצוי יהיה מובטח היות והנאשם הורשע מעל לכל ספק סביר.
* **פיצויים עונשיים**: פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים. מעין פלילי. כדי להרשיע אדם בפלילים צריך מעשה וכוונה. בנזיקין הכלל הוא שלא צריך כוונה. לפעמים דברים קורים בטעות ועדיין מגיעים פיצויים. הגישה המקובלת היא שנותנים פיצוי גבוה יותר מהקרן (מהנזק) במקרים זדוניים ומכוונים. זה מראה חפיפה בין הדין הנזיקי לדין הפלילי. **לפי הגישה הכלכלית**, יש הבחנה בין אדם שמזיק להמונים (מזיק סדרתי) לבין הרציונל הכלכלי. אם זה מזיק סדרתי אז כנראה שזה גובל בפלילי. מטרת הגישה הכלכלית היא למזער את העלות החברתית הכוללת של תאונות ובכך להביא לרווחה כוללת בחברה.

**הרחבה על פיצויים עונשים:**

לפי מטרת הפיצוי זה **לא** נראה מתאים, לפי צדק מתקן והרתעה זה **כן** נראה מתאים. השאלה הקשה שעולה היא לגבי אובר פיצוי. בפיצויים עונשיים, הניזוק מקבל פיצוי שהוא לא היה אמור לקבל.

לפי צדק מתקן – גם האדם שניזוק לא מקבל יותר ממה שהיה צריך לקבל, וגם מי שעשה את הנזק לא ישלם יותר ממה שהוא צריך.

האם הגישה הכלכלית מנתקת את הקשר בין דיני עונשין לדיני הנזיקין? **לא,** זה דומה לדיני עונשין מבחינת מטרת הגמול. מצד שני, **כן,** בגלל שהוא לא מקבל עונש כי הוא משלם עבור מה שהוא עשה, אז אין קשר לעונשין.

גישות שונות לפיצויים עונשיים – מתי ניתן פיצוי עונשי?

1. כשהמעשה **חמור,** **זדוני ומכוון**. כשהנזק חמור במיוחד או פוטנציאל הנזק חמור.
2. כשהתנהגות המעוול **סדרתית**.
3. **נקמה וכבודו של הקורבן**, כחלק מזכויות הקורבן. יש לפצות את הקורבן יתר על המידה כחלק מפיצוי על פגיעה בכבודו.
4. Societal Redress Extra-Compensatory Damages (תיקון חברתי נוסף): גישתה של שרקי – הפיצוי לקורבן מטרתו למעשה מעין **פיצוי חברתי על הפגיעה בחברה ובאנשים נוספים מעבר לנפגע הישיר**.
5. המולטיפלייר – גישת המכפיל:
   * המולטיפלייר היא אחת הגישות המקובלות להסבר פיצויים עונשיים **במשפט וכלכלה**.
   * **גישות תוצאתניות המעוניינות בהרתעה ופחות מתעניינות בשאלה מדוע הניזוק צריך "להתעשר"** ולהרוויח בקבלת יותר מסכום הנזק.
   * לכאורה, פיצויים עונשיים מובילים ל**הרתעת יתר**.אולם, פיצויים עונשיים דווקא מהווים **הרתעה אופטימלית** –יעילה ולא גבוהה מדי, בדיוק המידה הנדרשת.
   * **ניזוקים רבים אינם תובעים** עקב בעיות כגון זיהוי המזיק, אי יכולת או רצון לשלם אגרה ולחזור לזיכרונות הפגיעה ועוד. התוצאה הבעייתית היא שמזיקים רבים אינם משלמים על עוולותיהם. מכאן, שיש למעשה הרתעת חסר.
   * **פיצויים עונשיים יעילים כלכלית**,הם **מעלים את רמת ההרתעה** למעוולים פוטנציאלים, בעיקר סדרתיים והמוניים, אם הסכום העונשי של הפיצויים מחושב כראוי. אם מעוולים יביאו בחשבון מראש אפשרות של פיצויים גדולים מהקרן, זה יוביל להגדלת הרווחה המצרפית. אם מעוולים פוטנציאליים יביאו בחשבון מראש אפשרות של פיצויים עונשיים, תהיה יעילות רבה יותר, הגדלת הרווחה המצרפית. למשל, מזיק גורם נזק של 10 לכל אחד מ-6 אנשים. מסיבות שונות, רק 2 מהם צפויים להגיש תביעה. המזיק יפנים רק 20, אף שהנזק שגרם הן 60.
   * בבתי המשפט בארה"ב ננקטו גישות דומות ע"י שני שופטים שהם מאבות המשפט והכלכלה. **קלברזי** השתמש ברציונל דומה, וכינה אותו "social compensatory damages" – דומה לגישתה של שרקי. **פוזנר** נוקט בגישה מאוד דומה. הם **תומכים** בפיצויים העונשיים.
   * לעומת זאת, **בביהמ"ש העליון של ארה"ב נדחתה גישת המולטיפלייר** מסיבות שונות, מהותיות ופרוצדורליות (כמו אי מתן התגוננות לנתבע על אותם תיקים שעליהם מחויב לשלם אך לא נתבע בפועל, בניגוד לזכות להליך הוגן). יגיע נתבע ויגיד "מי אמר שגרמתי נזק כזה"? הרי רק שניים מתוך שישה תבעו, אז למה ביהמ"ש מניח שיש להם זכות תביעה? ביהמ"ש מניח זאת על פי עדויות של הנפגעים. ביהמ"ש העליון טוען שיש בעיה חמורה, בעצם ביהמ"ש מחייב את המזיק בתביעות שלא הוגשו נגדו, ולכן **לא הייתה לו יכולת להתגונן**. **הפיצויים העונשיים לפי הגישה הכלכלית מנוגדים לזכות להליך הוגן**.

**מהי עוולה?**

מצב שבו אדם עושה משהו אסור כלפי מישהו אחר בדיני הנזיקין. עוולה יכולה להיות מעשה או מחדל. דוגמא: עוולת התקיפה (ס' 23 לפקנ"ז) – **אין חובה להוכיח נזק**.

**מעשה ומחדל**

מעשה: **מישהו עשה משהו** שלא היה צריך לעשות (למשל, תאונת דרכים או רשלנות רפואית).

מחדל: **מישהו לא עשה משהו** שהיה צריך לעשות (למשל, אי כיסוי בור ע"י העירייה).

**נזק**

נוסחת האחריות הנזיקית דורשת נזק. הנזקים הקלאסיים – נזק גופני, רכושי ונפשי.

נזק נפשי: לא כתוב בשום מקום בפקנ"ז את המילים "עוגמת נפש". בנוסף, היה חשש לרמאות – אדם שנפגע יכול לרמות בנוגע למה שהוא מרגיש מבחינה נפשית ואין דרך לבדוק ולכמת זאת. **חידוש** **בפס"ד גורדון** – **נזק על עוגמת נפש**, נקבע לראשונה כי **ניתן לתבוע על נזק נפשי שהוא אינו נזק פסיכיאטרי**. ברק מגדיר בפס"ד נזק רגשי שהוא לא פסיכיאטרי אבל בר פיצוי, גם אם אין הוכחה של נזק נפשי קבוע. בס' 2 לפקנ"ז כתוב שנזק הוא אובדן נוחות או רווחה, משם ברק הביא את עוגמת הנפש.

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

הניזוק נפגע בגבו במהלך תאונת דרכים בשל רשלנות הנהגים, ובעקבותיה גדל בגבו גידול סרטני נדיר. ע"פ ההלכה הנהגים חבים חובת זהירות כלפי הניזוק רק אם יכלו לצפות מראש את הנזק שייגרם לניזוק בשל נהיגתם הרשלנית. הם יוכלו לטעון כי הם פטורים מחובת הזהירות רק במצב בו הנזק נגרם ע"י מאורע טבעי שאינו יוצא מגדר הרגיל.

השאלה המשפטית: האם הכורדומה של התובע/גולגולת דקה של ניזוק המחמירה פגיעה בו, היא בגדר נזק שהיה ניתן לצפות אותו?

השופט כהן:

* **כל אדם סביר חייב לצפות מראש כי כל פגיעה אפשרית** בדרכים יכולה להיות פגיעה בחיי אדם – בין אם פציעה או מוות. עפ"י מבחן הצפיות – אדם סביר צריך לצפות מראש את עצם פגיעתו, לא את ממדי הנזק. רק את גרימת הנזק וסוגו. לא משנה אם מדובר בשבר ברגל או במחלה נדירה – שניהם בגדר הפגיעה הצפויה.
* פגיעה קטלנית עבור אדם אחד, יכולה להיות לא קטלנית לאדם אחר (למשל, ייתכן ולאדם אחר לא היה מתגלה גידול). בני אדם שונים בבריאותם ורגישותם. לפיכך, הנהגים צריכים לצפות כל פגיעה באדם, בכל חומרה.
* **המזיקים גרמו לנזקו של הניזוק והיו צריכים לצפות** את הכורדומה כנזק אפשרי.

השופט ברנזון:

* הנהגים היו צריכים לצפות פגיעה גופנית בגופו של הניזוק בשל נהיגתם הרשלנית ולכן **הנזק במקרה זה נכלל בצפיות**.
* לפי כלל הגולגולת הדקה, כאשר התוצאה הצפויה הכללית היא פגיעה בחיי אדם, יהיה המזיק אחראי גם עבור נזק לאדם פגיע במיוחד. עקרון זה מתיישב עם מבחן הציפיות.

השופט ויתקון: מקרה של גולגולת דקה נכנס אל תוך מבחן הצפיות. אינו רואה הבדל ממשי הבין מבחן הצפיות ל"מבחן הישירות"/"מבחן ריחוק הנזק". במקרה בו אדם נפצע בשל נהיגה רשלנית – כל נזק גופני נכנס בגדר נזק צפוי, גם אם מדובר בפגיעה נדירה.

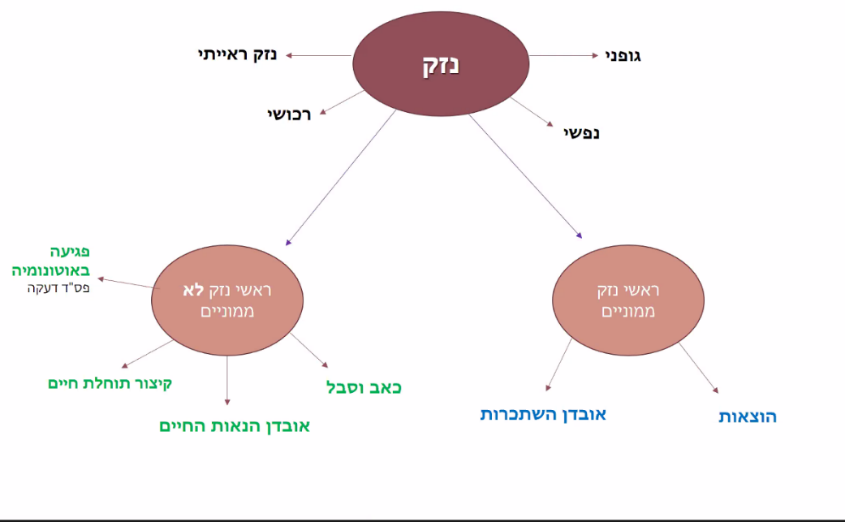
השופט זוסמן: מסכים עם דעת הרוב. לולא הכנסת עקרון הגולגולת הדקה לתוך מבחן הצפיות. אדם בעל גולגולת דקה יוותר ללא הגנה מפגיעה.

השופט זילברג (דעת מיעוט): **נזק נדיר שכזה אינו נזק שניתן לצפות מראש**. לכן, אין הצדקה להטיל את האחריות לנזק זה על המזיק.

**ראשי נזק ממוניים ולא ממוניים**

**ביסוד הנזק יש ראשי נזק** – פירוט הנזק לפרטים על מנת שנוכל לדרוש מהמזיק לשלם. ראש נזק ממוני הוא כספי ואפשר לכמת אותו בצורה פשוטה, ראש נזק לא ממוני הוא נפשי וקשה לכמת אותו.

**הכלל הוא כי מכל נזק ניתן להגיע לכל ראש נזק** (לדוגמא מנזק גופני לראש נזק לא ממוני). גם מנזק גופני כמו תאונת דרכים אפשר שיהיה נזק נפשי הדורש ראש נזק לא ממוני. גם מנזק נפשי יכולות להיות הוצאות רפואיות (פסיכולוגים, תרופות).



**ראש נזק ממוני**

ראש נזק כספי, אשר ניתן לכמת בכסף בצורה פשוטה ומתמטית. סוגי הנזק שנכללים תחת ראש נזק ממוני הם **הוצאות רפואיות ואובדן השתכרות**.

**עיריית חיפה נ' מוסקוביץ': הוצאות רפואיות – מוסד או בית?**

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

השאלות המשפטיות: האם קוצרה תוחלת חייה של איה ואם כן באיזה שיעור? האם תטופל איה בבית הוריה או במוסד?

מומחים מטעם המשיבים טוענים כי בטיפול מתאים תוחלת חייה של איה לא תהיה שונה מהרגיל. בימ"ש קיבל עמדה זו וקבע לפיה. ביהמ"ש לא שוכנע כי קיים מוסד שיוכל לספק את הדרישות שהיה בהן כדי למנוע את קיצור תוחלת חייה של איה. בנוסף, המערערות לא הביאו ראיות כי קיים מוסד כזה, שיוכל לעשות כן בהוצאות פחותות מההוצאות הכרוכות בטיפול בבית. בימ"ש קמא הגיע למסקנה שתוחלת החיים לא קוצרה ושאין להתפשר על הטיפול האופטימלי בעבור איה ע"מ להבטיח שתוחלת חיים זו אכן לא תקוצר על אף שההוצאה הכרוכה בו גבוהה באופן משמעותי מההחזקה במוסד.

**השופט בעליון** גם כן מקבל עמדה זו ולא שולל אפשרות שחייה יקוצרו בניגוד לבימ"ש קמא.

ההנחה שאיה תקבל טיפול טוב במשך שנים לא ריאלית מכיוון שמנקודה מסוימת שבה הוריה לא יוכלו לטפל בה עוד, טיפול זה לא יחול יותר.

המחלוקת המרכזית: טיפול במוסד רפואי מול טיפול בבית. כמה חברת הביטוח צריכה לשלם? אדם נפגע קשה, המשפחה אומרת כי הם רוצים טיפול בייתי, בהרבה מקרים טיפול בייתי הוא יותר יקר כי צריך אחות לבית 24/7 ומכשור יקר. ואילו במוסד העלות נמוכה יותר. המשפחה אומרת כי הרופא נתן חוות דעת לפיה עדיף להיות בבית כי זה מקדם החלמה. **לא הוכח כי ללא טיפול בייתי תוחלת החיים תקוצר**. ההלכה היא כי **ניתן לקבל הוצאות רפואיות בגין טיפול בבית ולא במוסד, רק אם יביאו הוכחות רפואיות לכך שזה יטיב עם תוחלת החיים של הנפגע**.

**סורוקה נ' הבאבו: הוצאות רפואיות – מוסד או בית?**

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

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

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

ההלכה: במסגרת חוק הפלת"ד, על ביהמ"ש להפעיל את עקרון השבת המצב לקדמותו, ובהתאם לכך לקבוע את טיב הסעד ושיעורו, לאור הנפגע הקונקרטי ונסיבותיו המיוחדות. **יש להתחשב בהעדפותיו של הנפגע ולאפשר לו לקיים חיים עצמאיים במידה ויחפוץ בכך**. **מספיקה חוות דעת רפואית שתמליץ על טיפול בייתי**. פסיקה זו שינתה את ההלכה הקודמת (פס"ד מוסקוביץ').

ההבדל בין מוסקוביץ' לסורוקה: בפס"ד סורוקה לא נדרשו כלל הוכחות אלו, ביהמ"ש פוסק מהו הטיפול האופטימלי למצבו הפיזי והנפשי של הניזוק. במילים אחרות עד לפס"ד מוסקוביץ' נדרשה ראיה רפואית שמורה על השארת הניזוק בביתו ולולא זאת ביהמ"ש היה מורה על השארתו במוסד.

בפס"ד סורוקה, **השתנתה ההלכה** – **עפ"י עקרון השבת המצב לקדמתו מספיק להניח שעדיף טיפול בייתי ולא במוסד**.נורה לחברת הביטוח לתת את הפיצוי האופטימלי ולא רק ההוגן והסביר. פס"ד סורוקה מהווה הרחבה ניכרת של גישה זו, עקרון השבת המצב לקדמותו מספיק כדי להניח שיש להעדיף טיפול בייתי.

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

המערער היה חייל בחיל הים בתפקיד ימי, אך ניסה לעבור לשירות ביבשה. בזמן שירותו נפצע בתאונות דרכים ובשל כך תובע את המשיבים בגין הנזקים שנגרמו לו, בין היתר 20% נכות – הגבלה בתנועת הצוואר. הנכות הזו גורמת לירידת כושר העבודה וההשתכרות. בזמן התביעה מצא עבודה כפקיד בנק והנכות אינה פוגעת בכך. עם זאת, המערער טוען כי ברצונו לעבוד בימאות כמכונאי אוניות, והוא עובד בעבודה זו רק בגלל הנכות שנגרמה לו מהתאונה. המחוזי קבע כי עפ"י ההסתברות יקבל שליש פיצוי על הפער במשכורות בין שני מקצועות אלו.

השאלה המשפטית: האם המערער התכוון להגשים את ייעוד זה ולעבוד כימאי? כלומר האם יש לפסוק לו פיצויים אובדן השתכרות עתידי כימאי?

השופט בך:

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

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

בפס"ד יש מקרה של החלפת עבודות. אדם שירת בחיל הים ונפגע בתאונה. הוא היה צריך לפרוש ולעבוד בעבודה משרדית. הוא ביקש פיצוי על אובדן השתכרות כי הוא התכוון להמשיך לעבוד בים עד גיל הפרישה. בית המשפט העריך שהסיכוי שימשיך לעבוד בעבודה הזאת היה 30% וזה גובה הפיצוי שקיבל בסוף (30% על ההפרש בין המשכורת כימאי לפקיד). השאלה שעולה היא מה קורה שאדם מחליף עבודות? או שהיה מחליף? ביהמ"ש בחר אופציה של הסתברות בכדי לומר שאכן קיים סיכוי לכל אופציה, ולכן נכמת בערך את הסיכוי – שליש מההפרש.

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

**שאלת ה"כמה"** (חיו נ' ונטורה) **לעומת שאלת ה"אם בכלל"** (דוגמת החניה, קרישוב, מלול).

שאלה ה"אם בכלל" משמעה, האם בכלל מגיע לאדם פיצוי, כלומר האם הוא עבר את שלב הוכחת נוסחת האחריות הנזיקית. שאלה ה"כמה" מגיעה לאחר שהוכחה נוסחת האחריות הנזיקית ושואלת כמה פיצוי יש לתת.

אחרי שעברנו את נוסחת האחריות הנזיקית, יותר קל לביהמ"ש לקבוע כמה ואיך מפצים. אולם, אם קשה להוכיח את הנוסחה, יותר קל לתת פיצוי ע"פ הסתברות. משום שברור שצריך לתת פיצוי אבל לא ברור כמה. אם לא ברור אם בכלל קיימת הנוסחה, קשה משמעותית לחשב פיצוי הסתברותי (לדוגמה בקרישוב וקורנהויזר היה קשה להוכיח קש"ס ולכן קשה יותר לקבוע הסתברויות).

החידוש בקרישוב לעומת קורנהויזר: בקרישוב לא יודעים להגיד אם הוא חלה בסרטן מהאסבסט או מגורמים אחרים ובכל זאת מחשבים פיצוי ע"פ הסתברות מסיבות חלוקתיות. בקורנהויזר לא הקלו ראש בנוסחה עצמה ובסוף החליטו ללכת על הסתברות של 2/3. קרישוב לא הצליח להוכיח את הנוסחה במלואה, ובכל זאת, דורנר רואה שיש בעיה בנוסחה ובכל זאת פוסקת פיצוי מלא. הסיבה בגינה דורנר פוסקת פיצוי מלא ולא ע"פ הסתברות, הוא מכיוון והייתה הצטברות נסיבות (סרטן בגיל צעיר, כמה אנשים שעבדו חלו וכו'). בקורנהויזר יש חישוב הסתברויות (נתנו לו את ההסתברות של הנזק שנגרם ע"י הכלבים שלו). אז למה בקורנהויזר יש פיצוי ע"פ הסתברות ובקרישוב פיצוי מלא? מצד אחד הרופאים מביאים הוכחות חלקיות אך מצד שני אין באמת איך להוכיח כי אין מחקרים בתחום. דורנר אומרת כי קרישוב מאוד היה רוצה "לתת קש" אבל אין מחקרים בנושא. דורנר נתנה לקרישוב פיצוי מלא כי גם לא ניתן להגיד שזה מקרי וגם לא ניתן להגיד כי הוא יכל לפעול יותר על מנת להוכיח ולכן נרצה לעזור לו.

**שמואלי:**  
חיו נ' ונטורה: ברור כי הנפגע יקבל פיצוי. השאלה הינה כמה. קל יותר להשתמש בהסתברויות.

קרישוב: דורנר הייתה צריכה לפסוק ע"פ מאזן הסתברויות כמו שפסקה ע"פ הסתברויות בקורנהויזר.

קרישוב ומלול: הדבר לא ברור, שכן ייתכן שהנתבע התרשל אולם אין קש"ס לנזק, ולכן שלד נוסחת האחריות לא בטוח שמתקיים. במצב כזה מעבר להסתברויות הוא אולי הקלה עם התובע, שלא ברור אם מגיע לו בכלל פיצוי לפי הכללים הראייתיים הרגילים של הכל או כלום.

מלול: האישה הגיעה חודשיים וחצי לפני הלידה והכניסו אותה לניתוח קיסרי רק לאחר 45 דק'. הילדה נולדה עם פיגור שכלי. **השאלה היא האם יש קש"ס?** האם העיכוב גרם לפיגור או שמלכתחילה היא הייתה נולדת ככה? **השאלה היא "אם בכלל", לא מגיעים אפילו לשאלת ה"כמה"**. השופט במחוזי קבע פיצויים לפי הסתברויות כלליות של 40%. בית החולים מערער לעליון ואומר שאם הולכים לפי ה"השערה" – אין נתונים שמוכיחים את זה. נאור בעליון אומרת כי אם לא מביאים מחקר או הוכחה של הסתברויות שיש קש"ס היא לא יכולה לעזור (לא מספיק להביא רופא שיגיד אין לשלול את אחריות ביה"ח). נאור מרחמת על משפחת מלול ובכל זאת נותנת פיצוי של 20% (זה המון בלי כל הוכחה). ביה"ח מבקש דיון נוסף והוא מאושר. שורה תחתונה – כולם מסכימים שלא הוכח הקש"ס ולא הביאו ראיות ולכן לא מגיע להם פיצוי. אולם, למרות שלא מגיע להם כלום, עקב חלוף הזמן (כמעט 5 שנים) ומכיוון שהכסף כבר ניתן למשפחת מלול, משאירים את הפיצויים. קופת החולים מסכימה עם ההכרעה משום שכל עוד לא הוצא תקדים כנגדה אלא רק שילמה פיצויים כ"טובה" ולפנים משורת הדין.

**ראש נזק ממוני אובדן השתכרות:**

לעיתים יש בעיה בקביעת גובה הפיצוי עבור אובדן השתכרות. לרוב אין בעיה להעריך את אובדן ההשתכרות של אדם שכיר אבל יש מקרים יותר בעייתיים, לדוגמה מלצר עם משכורת שמשתנה מחודש לחודש. בנוסף, יש קושי בהערכת השתכרות לעתיד, יש בעיית ניבוי. אם אדם הוא שכיר אין בעיה לדעת כמה הוא משתכר. אולם, יש מקרים יותר בעייתיים, לדוגמא סטודנט ממלצר שלא עובד קבוע בחודשים האחרונים/אדם שעובד בחברת תיירות ומרוויח לפי עמלות והשכר שלו משתנה בין עונה לעונה/אדם פרילנסר או עצמאי עם שכר לא קבוע, אלו בעיות קלות יחסית, אפשר לבדוק מה הבן אדם עשה שנים אחורה, פותרים ע"י הערכה סבירה.

הבעיות הקשות הן בהערכת השתכרות עתידית, בעיית הניבוי, אם אדם סטודנט וממלצר, איך ננבא מה יהיה בעתיד? איך נדע אם הוא היה מסיים את התואר והופך לעו"ד? בעייתי להשתמש בסטטיסטיקות. האם נשתמש בברירת מחדל של שכר מינימום? הרי לא נדע מה הוא עתיד להרוויח.

הערכת השתכרות לעתיד במקרה של ילד שניזוק: **השכר הממוצע במשק באין אינדיקציות אחרות**.  
נכות תפקודית מול נכות רפואית: אם נקטעה למורה חצי זרת, הנכות הרפואית שלו היא אולי 30% אבל הנכות התפקודית 5%. לעומת זאת, אם לפסנתרן נקטעה חצי זרת, הנכות הרפואית אולי 30% אבל התפקודית היא 100%. אותנו מעניינת הנכות התפקודית.

**ברששת נ' האשאש:** **פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות**

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

השופט שילה: בביהמ"ש המחוזי המערערת טענה כי עבדה בעבודות תפירה והביאה כעדים את אחותה ובעלה לשעבר – נקבע כי הם שיקרו. השופט שילה מסכים עם מסקנתו של בימ"ש קמא.

אובדן כושר השתכרות:

ישנה מחלוקת בנושא. לא ברור עדיין אם פוסקים פיצויים עבור הפסד ההשתכרות עצמה, או עבור אובדן היכולת להשתכר. לרוב אין צורך בהבחנה בין המושגים, אך יש מקרים כמו המקרה דנן בהם מתעורר הצורך להבחין על מנת לקבוע את שיעור הפיצוי על הנזק. הנזק ייקבע ע"י הערכה של השתכרות האדם לולא המום. השופט מביא מס' ציטוטים המעידים על כך שישנה העדפה למושג "אובדן כושר השתכרות" על פני המושג "אובדן השתכרות". במקרים שכאלו, ביהמ"ש יחשב את הפיצוי בכל מקרה לגופו עפ"י הנתונים – גיל, מצב בריאותי כללי, הכשרה קיימת, השכלה, יכולת נפשית להתמודד עם בעיות מיוחדות שנגרמות עקב המום וכן שוק העבודה. כמו כן, ישנה הנחה כי לאדם יש את הזכות לנצל או שלא לנצל את כושר העבודה שלו בדרך שהוא רואה לנכון וכל עוד אין חריגה מהחוק.

השופט ברק:

* עד להתפתחות תורת הפיצויים בגין מעשה נזיקין, הדגש היה על שאלת האחריות וריחוק הנזק ולא על הערכת הנזק (שנקבעה ללא עקרונות כלליים). בישראל גובשו עקרונות מנחים להערכת הנזק בפסיקה, במרכזם עקרון "השבת המצב לקדמותו". הקושי שמתעורר הינו הצורך לתת הערכה כספית לנזק לא ממוני, בהתבססות על התרחשויות עתידיות. במקרים של הפסד השתכרות עולים קשיים כאשר האדם לא השתכר קודם לכן (למשל מקרה שהניזוק הינו ילד, מובטל מרצון, אדם שעבד במשרה חלקית וכו').
* אובדן השתכרות אל מול אובדן כושר השתכרות: הפסיקה במדינות שונות החלה לבצע הבחנה מתוך הקשיים שהוזכרו, אך בישראל טרם נפסק בסוגיה זו. כושר השתכרות נחשב ל"נכס" של בעליו, לכן מגיע לו פיצוי בעד פגיעה בו. ערכו נקבע עפ"י ערך התפוקה האפשרית. ישנו **מבחן לקביעת ערך ההשתכרות שהניזוק היה יכול להפיק מכושר ההשתכרות** לולא המום. ישנן שתי גישות מנוגדות:

1. הגישה המוחשית: הלכה למעשה. לפיה, **ערך ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להפיק בעתיד לולא התאונה נקבע עפ"י נתוניו**, תוך התחשבות ברצונו ובכוונותיו. הכוונה היא **להתבסס על מה שקרה לפני התאונה**. למשל, אם הניזוק לא עבד לפני כן, אז כושר עבודתו לא נפגע.
2. הגישה המופשטת: **ערך ההשתכרות שניזוק היה עשוי להפיק בעתיד לולא התאונה**, נקבע על פי מבחנים תאורטיים ליכולתו העקרונית. **מה היה ביכולתו להפיק תאורטית**. גישת השופט שילה.

לרוב, יגיעו לאותה תוצאה ולשיעור פיצויים דומה. משאיר את ההכרעה בהבחנת המושגים בצ"ע. עם זאת, ברק מתנגד לגישה המופשטת שכן היא מפצה ניזוק על נזק שלא התרחש ולא יתרחש ולכן אינה תואמת למטרת הפיצויים. מצב הניזוק ישתפר ולא יוחזר לקדמותו. לטענתו, הבחנה בין המושגים נתונה לבחירת הפרשן ואין הבדל תיאורטי. הוא **תומך בגישה המוחשית**.

* במקרה דנן: מהתשתית העובדתית ניתן להניח כי ישנו סיכוי רב יותר שהמערערת תמשיך להתקיים מתמיכת הסעד מאשר שתעבוד. עם זאת, אין בכך שלילה מוחלטת ליציאתה לעבוד. אין צורך בהחזרת התיק לביהמ"ש המחוזי לקביעת שיעור הפיצוי, יש לקבוע לה ע"פ הנתונים 20,000 ₪ פיצויים.

השופט לנדוי: משאיר את סוגיית ההבחנה בצ"ע, לא נחוץ להכרעה. מסכים עם קביעתו של ברק.

**אובדן השתכרות** – **השתכרות בפועל או כושר השתכרות (פוטנציאל)**? ברששת לא עבדה לפני התאונה ומבקשת פיצוי על אובדן השתכרות. חברת הביטוח טוענת כי היא אינה עבדה ולכן אי אפשר לתת לה פיצוי בגין אובדן השתכרות. ברששת טוענת שלולא התאונה הייתה חוזרת לעבוד (אם היא תראה עדויות לזה כמו שליחת קורות חיים אז בסדר). ביהמ"ש המחוזי אומר כי מכיוון שלא מימשה פוטנציאל השתכרות לא מגיע לה הפיצוי. עולה השאלה האם כושר השתכרות הוא נכס.

סיכום גישות:

* השופט שילה: **הגישה "המופשטת**" – **כושר השתכרות הוא עניין של פוטנציאל**, מסתכלים אם יש פוטנציאל ואם הוא היה ממומש (גישה סוציאלית). לפי גישה זו כמעט בכל מצב יהיה פיצוי השאלה היא כמה. לברששת היה נכס של פוטנציאל ועל איבוד נכס זה יש לשלם לה ע"פ הסיכוי שהיא הייתה עובדת.
* ברק ולנדוי (דעת הרוב): **תומכים בגישה "המוחשית**" – **האם אדם עבד לפני התאונה, אך לא רק**. לא נדחית האפשרות שיתקבל פיצוי גם אם לא עבד לפני.

בשתי הגישות מסתכלים על סיכוי, באחת על הסיכוי העתידי לעבוד בהתאם לנכס הפוטנציאל, בשנייה על אם עבד, ואם לא אז על סיכויי ההשתכרות. קנה המידה הוא ההפרש בין מה שהניזוק משתכר אחרי התאונה במומו, לבין מה שהיה משתכר אלמלא המום. השתכרות הניזוק טרם לתאונה היא אינדיקטור חשוב, אך לא היחיד, היכול להצביע כיצד היה משתכר בעתיד אלמלא התאונה.

**אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח:** **פיצוי בגין אובדן השתכרות בשנים האבודות**

מיכאל אטינגר שיחק באתר משחקים בירושלים ונפל לבור בלתי מגודר. בעקבות זאת נפטר. משפחתו תובעת את המשיבה לפסוק פיצויים לטובת העיזבון בגין שנות ההשתכרות האבודות של המנוח. ביהמ"ש המחוזי קבע כי עפ"י הלכת גבריאל (פס"ד שעסק בשאלה זו) נשללת הזכאות לפיצויים בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות. מכאן הערעור. המערערים טוענים כי בשל חו"י: כבוד האדם וחירותו, יש לשנות את הלכת גבריאל שנפסקה לפני חקיקתו.

השופט ריבלין:

* הלכת גבריאל: ברק היה בדעת מיעוט בפס"ד זה וסבר כי **יש להכיר בזכאות לפיצויים בגין השנים האבודות**, בין אם מדובר בניזוק חי ובין אם מדובר בתביעת עיזבון (ניזוק מת).
* סוגיית השנים האבודות: מטרת הפיצויים היא השבת המצב לקדמותו – להעמיד את הניזוק במקום בו היה לולא העוולה. עקרון זה תומך במתן פיצוי לניזוק חי בגין אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות. שלילת פיצויים בגין נזק זה, אינה מתיישבת עם מטרת ההרתעה של דיני הנזיקין.
* יש המאמינים כי "באין חיים אין הפסד כושר". ריבלין לא מקבל טענה זו. לטענתו, פיצוי בגין נזק זה לא ימנע את הסבל אך יכול להפוך אותו לנסבל. הוא מבהיר כי **בגין גריעת שנות חיים מקבלים פיצוי, על כן יש לקבל פיצוי גם בגין גריעת הרווח אותו יכול היה להרוויח הניזוק בשנים האלו**. עצם העובדה לפיה הניזוק לא יהיה בחיים כדי להנות מכספי הפיצויים בגין נזק זה, אינה מבטלת זאת. הפיצוי משקף את אובדן היכולת של הניזוק להשתכר.
* תלויים: זכויות התביעה של ניזוק שנפטר כנגד המזיק (בגין נזקים ממוניים ולא ממוניים) עוברות ליורשיו אם לא מוצו ורק אם הייתה לו זכאות לתביעה. כמו כן, תלוייו של הניזוק זכאים לתבוע פיצויים בגין נזקי הממון שנגרמו להם עקב מותו. בשל כך, **במקרה שהניזוק נפטר – עיזבון יכול לתבוע על אובדן יכולת השתכרות בשנים האבודות**.
* הפיצוי בגין "השנים האבודות" של ילד: ביהמ"ש צריך לפסוק פיצויים על בסיס השכרות והערכות המשתנות ממקרה למקרה. לרוב, הקטין טרם בחר במה יעסוק בעתיד וקושי זה משפיע על ההערכה בביהמ"ש. **לרוב, יפסקו פיצויים ע"י קביעת סכום גלובלי או בהסתמך על השכר הממוצע במשק**.
* **דין הערעור להתקבל**, מחזיר את הדיון לביהמ"ש המחוזי לקביעת שיעור הפיצוי בראש נזק זה. **פס"ד זה הוא הבסיס לגישה כיום של פיצויים עונשיים**.

בתוך פס"ד אטינגר מוזכרת **הלכת גבריאל**, שם נקבע בדעת רוב כי **אין פיצוי על השנים האבודות**. ע"פ חוק הכשרות המשפטית אדם כשר לזכויות מלידתו ועד למותו, לכלל זה יש חריגים (לדוגמא ירושה, לשון הרע ועוד). ביהמ"ש **בפס"ד גבריאל** קבע כי אחרי מות אדם העיזבון מקבל את הזכויות שלו אך הוא לא מקבל פיצוי על השנים האבודות. הרוב אומרים כי יש מצבים בהם יותר זול להרוג מאשר לפצוע. זאת, מכיוון וכאשר נפצע אדם יש פיצוי על אובדן השתכרות עד מותו לעומת מצב בו האדם נפטר אשר בו אין פיצוי על אובן השתכרות בשנים אבודות. השופט ברק אומר שבגלל התאונה, נגדעה אפשרותו להשתכר ולכן, צריך להיות פיצוי על כך. **בפס"ד אטינגר שונתה ההלכה** – **ריבלין** **פוסק** **שיש אובדן השתכרות בשנים אבודות**. פס"ד אטינגר עושה רעידת אדמה עצומה כי מדובר במיליונים של שקלים של פיצויים שכעת חייבות חברות הביטוח. לחברת הביטוח כמה אפשרויות להתמודדות עם המצב, היא יכולה להפעיל את הלובי שלה בכנסת ולהעביר חקיקה עוקפת בג"ץ. האפשרות הכי טבעית הינה להגדיל את הפרמיות, אך ע"פ עקרון פיזור הנזק בעצם הציבור הוא שמשלם את זה באופן עקיף. ישנה בעיה כי המפקח על הביטוח יכול לא לאפשר זאת. אפשרות נוספת היא להכניס סעיף האומר כי אם ההלכה תשתנה הפרמיות יעלו (לפני השינוי).

פס"ד פינץ – העיזבון של פינץ דורש את החלת הלכת פס"ד אטינגר. חברת הביטוח נענית לבקשה, אבל עכשיו צריך להשוות את המת לחי. כשמסתכלים על השנים האבודות נסתכל על ההכנסות שהיה מכניס אבל גם על ההוצאות שהיה מוציא. אם משווים ניזוק חי למת, הניזוק החיי מרוויח אך הוא גם היה מבזבז. הניזוק המת גם לא ירוויח אבל הוא גם לא יבזבז. איך נדע כמה הניזוק המת היה מבזבז? ביהמ"ש קובע כי לעיזבון באמת לא מגיע את כל הכסף כי האדם שהיה משתכר גם היה מבזבז, מצד שני לא ניתן לקבוע כל מקרה בנפרד ולכן הוא קובע חזקה "אדם מבזבז שני שליש מהשתכרותו". בעצם יורד הפיצוי ל1/3. הבעיה היחידה עם פסק הדין היא שחברת הביטוח מרוויחה כאשר אדם מת, הרי בניזוק חי חברת הביטוח מפצה על הכל והאדם בוחר להוציא את הוצאותיו, בניזוק המת החברת ביטוח מנכה בעצמה את ההוצאות, היא זוכה בהם ולא המת עצמו. פס"ד פינץ **עושה איזון – הוא לא מבטל את הלכת אטינגר, אך מקזז את הפיצוי לניזוק המת**.

לסיכום: **ניתן לפסוק פיצויים בגין אובדן השתכרות גם לניזוק שחי וגם לניזוק שמת** (אטינגר).ביהמ"ש באין אינדיקציות אחרות, יפסוק את הפיצוי לפי שכר ממוצע במשק. מהפיצוי ירדו 2/3 בגין הוצאות (פינץ). **החזקה ניתנת להפרכה**.

**"מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא:** **השתכרות בפועל או כושר השתכרות**

המשיבה נפגעה בתאונת דרכים כשהייתה בת 5 חודשים ונקבעו לה אחוזי נכות על סך 43.7%. ביהמ"ש המחוזי שיער את נזקיה, בין היתר את **אובדן כושר ההשתכרות**. עבור ראש נזק זה נפסק לניזוקה סכום גלובלי של כ585,000 ₪ (גם בגין הפסד פנסיה ותנאים סוציאליים) שחישובו התבסס על השכר הממוצע במשק, השכר הממוצע בכפר בו היא גרה והרקע הסוציו אקונומי שלה. מהסכום הופחת 41,721 ₪ (קצבת ילד נכה). עם זאת, לא הופחת סכום נוסף בשל הסברה של המחוזי כי היא לא תהיה זכאית לקצבאות נוספות. מכאן ערעור וערעור מנגד.

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

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

השופט ריבלין:

* יש להורות על הקפאת סכום מהפיצויים בגין גמלת נכות צפויה. לכן דין ערעור זה להתקבל. בכל שאר הטענות – אין מקום להתערבות ביהמ"ש בפסיקת המחוזי.
* הפסד השתכרות עקרונות כלליים: עקרון הבסיס הינו "השבת המצב לקדמותו. המכריע בקביעת הפיצויים הינם הצרכים של הניזוק, לא יכולתו של המזיק. מדובר בסעד תרופתי, לא עונשי. כאשר ביהמ"ש צריך לקבוע פיצוי בגין ראש נזק זה, עליו להעריך את יכולת ההשתכרות של הנפגע לפני התאונה, לבדוק את חומרת הפגיעה והשפעתה על יכולת ההשתכרות של הנפגע. מתוך כך יפסק סכום שמבטא את הפער שנוצר בשל התאונה. על מנת לקבוע זאת יש לבדוק גם את הנתונים בעבר (כישורי הניזוק, עיסוקיו וכו') וגם את הנתונים על הנזקים הצפויים בעתיד. כשרוצים לאמוד פיצוי בראש נזק זה, ביהמ"ש צריך לדמות שני מאזני צדק:
  + 1. מאזניים חיצוניים: על כף אחת מונחת "אלמלא", הבוחנת את **מצב הניזוק אלמלא התאונה** ועל השנייה "עקב" הבוחנת את **מצב הניזוק עקב התאונה**.
    2. מאזניים פנימיים: על כף אחת מונח **"ההפסד" שנגרם לניזוק עקב התאונה** ועל הכף האחרת **"הרווח" שצמח לניזוק עקב התאונה**.
* אובדן השתכרות של קטין: במקרה זה, הפיצוי ניתן עבור אותו הפרש (בין ההשתכרות אלמלא התאונה לבין ההשתכרות עקב התאונה). עם זאת, כאן מדובר על אובדן כושר השתכרות ולא עבור הפסד השתכרות שכן לפני הנזק, הקטין לא עבד (תקף גם לגבי ניזוק שהפסיק לעבוד/לא עבד. למשל, עקרת בית), בהנחה כי למרות חוסר ההשתכרות לפני התאונה, עליו לקבל פיצויים. עם זאת, כיום נוהגים על פי הגישה המוחשית – ההשתכרות שהניזוק היה עשוי להשתכר ע"י ניצול יכולתו, כל עוד קיים סיכוי כלשהו שהניזוק היה מממש יכולת זו. במקרים של קטינים, קשה להעריך לרוב את פוטנציאל ההשתכרות, על כן הכל בבחינת השערה.
* חישוב גלובלי או אקטוארי?כאשר יש נתונים מספיקים, יעדיפו חישוב אקטוארי (חישוב מפורט ומנומק) בשל היותו אמין יותר, משכנע וברור. עם זאת, כשחסרים נתונים רבים, חישוב שכזה יהיה למאולץ ונעדיף חישוב גלובלי (על בסיס שכר ממוצע במשק, רקע סוציו-אקונומי וכו'). **השכר הממוצע במשק הינו מרכיב מרכזי בחישוב הפסד השתכרות של קטין**.
* המצב בישראל: לרוב, מתבססים על רמת השכר הממוצע במשק, שכן כאשר יש עמימות זהו הפתרון הקרוב ביותר להגשמת עקרון השבת המצב לקדמותו. כשמדובר בקטינים, לרוב גם הגישה המופשטת וגם הגישה המוחשית (פס"ד ברששת) יובילו לאותה התוצאה – פיצוי על אובדן פוטנציאל העבודה. ההנחה שצריכה לעמוד בבסיס שיעור הפיצוי הינה ש"בני עניים לא נדונו לעוני בעצמם" ולכן מין/מעמד סוציו אקונומי/מוצא – לא צריכים להיות שיקול בשיעור פיצוי בגין אובדן השתכרות של קטין. אם שיקולים אלו יילקחו בחשבון – ייעצר מימוש של מציאות חדשה, של הגשמה עצמית ותקובע המציאות ההיסטורית.
* שיקולים חלוקתיים – צדק חלוקתי: יש אמונה כי דיני הנזיקין נועדו להגשים את עקרון השוויון בחברה ולצמצם פערים. על כן, הגיוני כי הצדק החלוקתי גם הוא מהווה בסיס לגישה הננקטת כאן (פיצוי על סמך השכר הממוצע במשק, ללא נתונים סטטיסטיים לגבי הניזוק הקטין).
* שיקולים כלכליים: בסופו של דבר פיצוי כספי מהווה גם הרתעה. אם הפיצוי יתבסס על שיוך מגדרי/מעמדי/מגזרי – ייתכן והפיצוי יהיה נמוך משל ניזוקים שנתוניהם גבוהים יותר, לכן תהיה פחות הרתעה. מנגד, אם הפיצויים יהיו על בסיס השכר הממוצע במשק תהיה הרתעה. פיצוי כספי בהתבסס על נתונים אתניים/מגדריים/מעמדיים מדגיש את חוסר השוויון ואינו פותר אותו.
* התפיסה העקרונית: כאשר מדובר בקטינים שניזוקו לפני שהגיעו לגיל ההתבגרות, הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות יחושב על בסיס ההנחה שלולא התאונה, הם היו משתכרים עפ"י השכר הממוצע במשק. לעיתים, לכישורי הקטין תהיה השפעה על קביעת הפיצוי (לרוב כאשר השכר העתידי ייתפס כגבוה יותר מהממוצע).
* פסיקה: **בסיס החישוב של אובדן ההשתכרות של ילדים יהיה על בסיס השכר הממוצע במשק** – ללא הנתונים הנוספים שנכללו בשיקולים (מעמד/מגזר וכו').
* חריגים להלכה: מקרים בהם קיימות אינדיקציות ליכולת השתכרות עתידית. האינדיקציה הגוברת היא אינדיקציה ספציפית, **רק כאשר אין אינדיקציה ספציפית על הבן אדם ייקבע השכר הממוצע במשק**. **רק אם יש חריג מבחינה סוציואקונומית, נשתמש בו לצורך חישוב הפיצוי**.

**מדינת ישראל נ' ג'ון כהן:** **השתכרות בפועל או כושר השתכרות**

המשיב הגיע עם קבוצת נערים ונערות מארה"ב לטיול מאורגן ברמת הגולן והקבוצה טיילה בשביל שבכניסה אליו נכתב שההליכה בו אסורה. כתוצאה מכך, נפל המשיב אל התהום ונפגע באופן חמור ונקבעה לו נכות של 100% שכן נגרם לו נזק מוחי. ביהמ"ש קמא קבע שהשביל היה מסוכן ואסור להליכה. כמו כן, קבע כי המדריך לא הסביר כראוי לקבוצה על הדרך ולא הזהירם.  
בביהמ"ש קמא נקבע כי יש להעריך את הנזקים עפ"י הגישה האמריקנית, שהיא בעלת הזיקה החזקה ביותר למקרה דנן. נקבעו לו פיצויים בגין הוצאות רפואיות בארץ ובארה"ב, שהות אימו בארץ, טיסות של הוריו, הוצאות משפטיות, כאב וסבל ועוד. בנוגע לנזק בגין אובדן השתכרות ביהמ"ש קמא קבע כי המשיב התכוון ללמוד משפטים ולעסוק בעריכת דין. לפי נתונים אלו חושב שכרו הפוטנציאלי בארה"ב.  
המערערות משיגות על חלוקת האחריות ביניהן, על כך שלא אושרה תביעה כנגד החברה דרכה נרשם המשיב לטיול ועל אי-קביעת אשם תורם למשיב. כמו כן, מתלוננות על קביעת הפיצוי ללא ניכוי תשלומי חברת הביטוח והביטוח הרפואי של ארה"ב, על הפיצוי בגין אובדן כושר ההשתכרות ועל קביעות נוספות.

השופט לוין:

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

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

* פסיקה: סה"כ פיצויים על סך 4,134,037 דולר (שינוי פסיקת ביהמ"ש המחוזי), בנוסף לשכר טרחת עו"ד שהחברה להגנת הטבע צריכה לשלם.
* ההלכה: **באם ישנן אינדיקציות לאובדן השתכרות בעתיד, הפיצוי ייקבע ע"פ האינדיקציות**, ולא ע"פ השכר הממוצע במשק.

**הגבלה על פיצויים:**

* סעיף 5(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים: בחישוב הפיצויים לפי חוק זה בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק.
* סעיף 4(א)(1) לחוק הפלת"ד: בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק.
* **בשני סעיפי חוק אלו, ההגבלה היא כי במידה והשכר הוא פי 3 מהשכר הממוצע במשק – לא יינתן פיצוי מעבר לכך**.

**ראש נזק לא ממוני**

ראש נזק רגשי מסוג כאב וסבל, הכולל גם צער נפשי. בראשי נזק לא ממוניים ביהמ"ש צריך לכמת בעצמו את גובה הנזק. הביטוי שנקרא עוגמת נפש וצער נפשי לא פסיכיאטרי קיים מאז פס"ד גורדון. נזק זה הוא אובדן רווחה או הנאה. נזק לא ממוני נקרא כך משום שקשה לכמת את הנזק לכדי סכום כספי.

סוגי ראשי נזק לא ממוניים: כאב וסבל, קיצור תוחלת חיים, אובדן הנאות החיים ופגיעה באוטונומיה.

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

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

השופט הכהן:

* הנתבע טוען כי סוגיה זו אינה שפיטה בבימ"ד אזרחי. הכהן מסבירכי במספר פרשות נקבע כי **לבית המשפט לענייני משפחה הסמכות לדון בתביעה של אישה בנוגע לפיצויים שנגרמו בגין סרבנות גט**. בימ"ש זה מתערב אך ורק בענייני הפיצויים, ולא בענייני מתן הגט.
* האם סרבנות הגט הינה עוולה נזיקית שניתן להעניק בגינה פיצוי? השופטים מרכוס ואלבז סברו כי ניתן לבסס את התביעה על עוולת הרשלנות ועוולת הפרת חובה חקוקה. השופט גרינברג סבר כי מדובר בעוולת פגיעה באוטונומיה.
* הפרת החובה החקוקה – חוק העונשין: האישה טענה כי הבעל הפר את ס' 287א לחוק העונשין (מפר הוראה מבית משפט/פקיד/אדם המוסמך לעניין, דינו שנתיים מאסר) באי ציותו לחיוב למתן גט ע"י בית הדין הרבני. הכהן מבהיר כי ע"י הפרת החובה החקוקה, על האישה להראות כי הוראה זו באה לטובתה ולהגנתה. עם זאת, במקרה זה לא כך הדבר, שכן זו הוראה שבאה לשמור על הסדר הציבורי.
* הפרת החובה החקוקה – החוק למניעת אלימות במשפחה:האישה טענה כי הפרת החוק למניעת אלימות במשפחה (התנהגות באופן אלים/באופן שלא מאפשר ניהול סביר ותקין של חיי בן משפחתו) מהווה הפרת חובה חקוקה.הכהן מסכים עם טענה זו. עם זאת, בחיקוק זה לא מצוינת תרופה על הפרתו, ולכן האישה לא יכולה לבסס תביעתה על הפרה זו.
* הפרת חובה חקוקה – חו"י: כבוד האדם וחירותו:במקרה זה ישנה הפרה של ס' 2 (אין פוגעים בחיי אדם) וס' 5 (איסור על הגבלה/נטילת חירותו של אדם). עדיין אין עוולה חוקתית מוכרת הנוגעת לפגיעה בערכים מוגנים, אך הם יכולים לשמש ככלי פרשנות לניתוח העוולות הקיימות.
* רשלנות:הכהן טוען כי סרבנות הגט מהווה עוולת רשלנות. לעוולה זו 3 יסודות: קיום חובת זהירות מצד הנתבע, הפרת חובת הזהירות ע"י הנתבע וקיומו של נזק שנגרם לתובע בשל הפרת חובה זו. **בדיני נזיקין רשלנות הינה יסוד אובייקטיבי (חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי)**.  
  מבחן "האדם הסביר" – הנתבע הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו כלפי אשתו ובכך סטה מסטנדרט ההתנהגות הראוי (סרבנות ארוכה לגט, למרות שחויב לעשות כן ולמרות שמרבית הרבנים קבעו כי עליהם להתגרש). הפרת החובה הנ"ל גרמה לאישה נזק רב. לפיכך, **במקרה זה ישנה עוולה ברשלנות**. הכהן מציין כי ראוי לקבוע עוולה נזיקית מיוחדת שתיתן מענה להתעללות בתוך המשפחה.
* הנזקים:ס' 1 בפקנ"ז מגדיר נזק גם כאובדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב או חיסור מהם. סעיף זה מקנה פיצוי בגין כאב וסבל. בפסיקות הוכרו גם פגיעה באינטרס הניזוק ובאוטונומיה כנזקים ברי פיצוי. **במקרים רבים אין צורך בראיה על הנזק הכללי והיקפו שכן קיום הנזק עולה מעצם הפרת החובה ע"י המזיק**.עיקרון זה רלוונטי למקרה זה, ברור כי הנזקים אכן נגרמו לתובעת.
* ראש נזק לא ממוני כאב וסבל – כאב רגשי, צער: זהו כאב פיזי הנגרם כחלק מן הנזק. את נזק זה ביהמ"ש צריך לכמת על מנת להכריע את גובה הפיצוי. יש גם צער נפשי שיכול להיגרם כתוצאה מגרימת הנזק כגון טראומה, חוסר יכולת לישון וכו' נזקים אלה גם משפיעים על הנפגע ואיכות חייו ולכן ניתנים לפיצוי.
* תביעות בגין סרבנות גט קיימות כי יש נזק רגשי, זהו בד"כ נזק של צער, סבל, פיצוי על חוסר היכולת להמשיך הלאה בחיים, ללדת ילדים, להתחתן, חוסר יכולת לממש את האוטונומיה. השאלה איך מכמתים את הנזק היא תלוית מגדר, גיל ועוד.
* הפיצוי ברוב המקרים האלו לא נועד לפצות, בפועל הוא נובע מכך שהאישה העגונה רוצה להשפיל את הצד השני, לגרום לו להתנצל ועוד. התביעה היא כספית כי זוהי תביעה נזיקית, אך זוהי לא מטרתה. בסרבנות גט זאת דרך לבסס עסקת חליפין, האישה באה ואומרת כי בית הדין לא עוזר לה כי הוא לא יכול לכפות את הגט, המשפט הפרטי ובפרט דיני הנזיקין אומרים לה תתבעי אותו ותקבלי פיצויים בנזיקין שיתנו לך כוח מיקוח מול הבעל בכדי לגרום לו לתת גט. זוהי התחכמות מסוימת המאפשרת לאישה לקבל את הגט. השופט יודע כי היא מסורבת בגלל סיבות כלכליות ולכן נותן לאישה פיצוי גבוה. אם הפס"ד יקנוס את הגבר בסכומים גבוהים, יש לאישה "קונטרה". מתוך שנאת סיכון הבעל יוותר ויחתום על הגט בתנאי שהיא לא תגבה את הקנס. פה תביעת הנזיקין נותנת כוח מיקוח לאישה ובכך "מביאה את הגט". בגדול אפשר לעשות עם הפיצוי מה שרוצים, גם "לקנות" את הגט.

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

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

ריבלין:.

* סכום הפיצויים שנקבע בביהמ"ש המחוזי מופרז ומעבר למידה הסבירה, למרות נזקי המערער, אין לכך הצדקה. לכן, מתערב בפסיקת ביהמ"ש המחוזי ומפחית את הפיצויים.
* נזק לא ממוני: דוג' פגיעה בתפקוד המיני, הוא מופשט יותר והפיצוי עליו נועד כדי להטיב עם הנזק שנגרם לניזוק. ישנה גישה לפיה יש לתת פיצוי דומה לניזוקים שנפגעו באופן דומה. במקרה זה, ביהמ"ש המחוזי פסק פיצויים עבור שירותי ליווי, עפ"י עקרון השבת המצב לקדמותו. ריבלין מתנגד לכך – לא ניתן להשוות בין שירותי ליווי לטיפול תרופתי/פסיכולוג שמטרתם ריפוי ושיקום, כלומר אלו סעדים מכווני מטרה (שמטרתם להטיב את מצבו של הניזוק). **לא ניתן לסווג שירותי ליווי כסעד מכוון מטרה**. כמו כן, במידה וינהגו על פי גישת ההשוואה בין הניזוקים, זה לא יהיה פיצוי זהה. לא רק זאת, מתן פיצויים עבור שירותי ליווי נוגד את העקרונות של השיטה המשפטית בישראל. **ריבלין לוקח את הפגיעה בתפקוד המיני כאובדן הנאת חיים ולכן זהו נזק לא ממוני**.
* השבת המצב לקדמותו: ריבלין טוען כי **לא כל מצב ניתן/ראוי להשבה**. לפסיקות בדיני הנזיקין יש השלכות כלכליות וחברתיות שלעיתים יש לקחת בחשבון בקבלת ההחלטה. תקנת הציבור יכולה להשפיע על יישום עקרון זה, במצב בו הפיצוי מלווה באי חוקיות/פגיעה בערכי יסוד של החברה. לכן, **ביהמ"ש אינו צריך לפסוק פיצויים עבור מתן שירותי ליווי,** **משום שהדבר** **נוגד את תקנת הציבור**.

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

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

**הגבלות על הפיצויים:**

* סעיף 5(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים: פיצויים לפי חוק זה בשל נזק שאינו נזק ממון לא יעלו על חמישים אלף שקלים.
* סעיף 4(א)(2) לחוק הפלת"ד: ניכוי מס הכנסה.
* תקנות הפלת"ד: בתקנות אלו קיימת תקרה על נזק לא ממוני.

**אגבבה נ' המועצה המקומית פרדס חנה:** **ראש נזק לא ממוני מסוג אובדן הנאות חיים**

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

ריבלין:עוסק בסוגיית הנזק הבלתי ממוני בתקופת אבדן ההכרה. בתוך קבוצה זו 3 ראשי נזק: קיצור תוחלת החיים, כאב וסבל ואבדן הנאות החיים – ראש נזק מוכר פחות במשפט הישראלי.

קיימות מספר תפיסות באשר לזכות לפיצוי בגין אבדן הנאות החיים:

1. **אבדן הנאות החיים כחלק מראש הנזק של כאב וסבל** – הגישה הרווחת בישראל.
2. **אבדן הנאות החיים** **ראש נזק נפרד ועצמאי** – קיימת באנגליה ובכמה מדינות בארה"ב.

שאלת הפיצויים הללו מקבלת משמעות מיוחדת בהקשר של נפגע שנותר מחוסר הכרה – קיים ספק רב האם הניזוק במצב כזה חש בכאב וסבל והאם הוא יכול להנות מהתחליף שבפיצויים. כל עוד הניזוק בהכרה ומודע למצבו הוא מסוגל להנות מהתחליף שהפיצוי מספק לו וזה מתקיים בין אם מדובר בראש נזק עצמאי ובין אם כחלק מכאב וסבל. כשמדובר בנפגע מחוסר הכרה נדרש היבט אובייקטיבי של אבדן הנאות החיים – בלי קשר לשאלת המודעות ולשאלת ההנאה שמספק הפיצוי.  
מה העמדה לגבי ניזוק שהכרתו אבדה באופן זמני בלבד? מהי מידת המודעות הנדרשת לצורך שלילת פיצויים? התשובות תלויות בשאלה אם אנו נכונים להכיר בהיבט האובייקטיבי של אובדן הנאות החיים או לא.

מספר תפיסות אפשריות:

1. **אין להכיר בממד האובייקטיבי** – מטרת הפיצוי בדבר הטבת נזקו של הנפגע אינה מתקיימת כי הניזוק חסר הכרה ולא יכול להנות מהפיצויים. לניזוק אף אין תחושה כלשהי משמע אין בכלל נזק במובן הסובייקטיבי. יש הטוענים כי מתן פיצויים במצב כזה תהיה גישה של פיצויים עונשים. בנוסף יש קושי לכמת פיצויים אלה.
2. **יש להכיר בממד האובייקטיבי** – ניזוק שנותר מחוסר הכרה מפסיד את החיים עצמם ולא רק את הרווח שהיה צפוי לו אילו היה ממשיך לעבוד. מניעת הכרה בפיצויים אלה תגרום להרתעת חסר שתפגע בתמריץ של מזיקים להתנהל באופן לא רשלני.

ריבלין מתנגד לדעה שהממד האובייקטיבי יביא לפיצוי עונשי – בארה"ב הכירו באבדן היכולת להנות מהחיים כראש נזק אובייקטיבי עצמאי שלא קשור לתלות הניזוק להבין אותו או להנות מהפיצויים והוא אינו פיצוי עונשי כי כזה מתקיים רק כאשר הפיצוי עולה על הנזק שנגרם. חשוב להזכיר שכבר נפסק בישראל שאין עניין ביכולת הניזוק להנות מהפיצויים והיא אינה רלוונטית לשאלת הפיצויים.

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

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

ההלכה: אוביטר של ריבלין – **רוצה להכיר באובדן הנאות חיים כראש נזק עצמאי, אך לא עושה זאת בפועל**. הוא נשאר עם עמדתפס"ד פרייליך: **ראש נזק לא ממוני מסוג של אובדן הנאות חיים הוא עדיין תחת כאב וסבל**.

**אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח:** **ראש נזק לא ממוני מסוג קיצור תוחלת חיים**

מיכאל אטינגר ז"ל שיחק עם חברו באתר משחקים בירושלים. הוא נפל לבור, נחבל ונפטר בהיותו בן 12.

ריבלין:

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

בני שמואלי – קיצור תוחלת חיים:

1. מקרה בו אדם נפגע באופן משמעותי, הוא בהכרה ויודע שהוא הולך למות בקרוב. הוא יודע כי תוחלת חייו הרבה יותר קצרה מהממוצע. **האדם חש צער וסבל משום שהוא יודע כי תוחלת חייו תקוצר**. לכן, טענתו היא כי מגיע לו פיצוי ואין על כך מחלוקת במשפט. אולם, יש מחלוקת אחרת שהיא טכנית: האם לתת פיצוי בגין נזק לא ממוני באופן גלובלי שיכלול בתוכו את כל ראשי הנזק הלא ממוניים, או שיש לחלק את ראשי הנזק ולתת פיצוי נפרד לכל אחד מהם? בגדול זה עניין טכני ונראה כי הוא לא כל כך משנה – השופטים צריכים להעריך את הנזק בצורה אמורפית וכל אחד יכול לפסוק סכום שונה. אולם, הטענה היא פסיכולוגית – שופטים יהיו מוכנים לתת יותר כאשר מדובר בפיצול, כאשר מדובר בסכום גלובלי וכולל, הם יתנו פחות. המחלוקת היא אינה בהכרה של ראש נזק זה, אלא האם הוא עומד בפני עצמו או תחת ראש הנזק של כאב וסבל. אין הלכה בנושא, כל שופט פוסק כראות עיניו.
2. **מקרה הביניים –** במקרים כמו במקרה של אטינגר – האדם כבר מת ולכן הוא לא סובל מכך שקוצרה תוחלת חייו. המחלוקת היא האם לעיזבון של האדם מגיע פיצוי, או האם מגיע להם פיצוי על כך שהאדם סבל במשך זמן קצר. מקרה נוסף, אדם שקוצרה תוחלת חייו, אך לא ידע על כך ומשפחתו לא גילתה לו כדי שלא יחווה כאב – האם יש לפסוק פיצוי?

**פס"ד דעקה:** **ראש נזק לא ממוני מסוג פגיעה באוטונומיה**

המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. המערערת אושפזה בבי"ח כרמל לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. זאת, ככל הנראה, בעקבות החלטת הרופאים בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. במחוזי תביעתה נדחתה.

בפס"ד זה, **ביהמ"ש מכיר לראשונה בראש נזק לא ממוני חדש מסוג פגיעה באוטונומיה**.

**הפגיעה באוטונומיה הוכרה כבת פיצוי וכראש נזק עצמאי נבדל משאר ראשי הנזק הלא ממוניים**.חוק זכויות החולה מעגן בתוכואת זכויות המטופל, פרק אחד מתוכו עוסק **בהסכמה מדעת**, לפיו **לכל מטופל אוטונומיה לבחור טיפול רפואי** ועל הרופא מוטלת החובה למסור למטופל סיכונים בטיפול הרפואי, בעקבות כך מגיע המטופל להסכמה לבצע את הטיפול. מסירת מידע שקרי, שגוי או חלקי פוגעת בהסכמה מדעת ובכך באוטונומיה. העדר הסכמה מדעת מצמיח עילה נזיקית במידה ומוכיח המטופל כי אם היה לו את המידע היה נוהג אחרת (פיצויים לא ממוניים בגין העדר הסכמה מדעת). בפס"ד דעקה נדונה השאלה האם גברת דעקה נתנה הסכמה מדעת להליך הביופסיה. דעת הרוב היא שדעקה לא הצליחה לבסס קשר סיבתי, היא הייתה עושה ביופסיה גם אם לא הייתה תחת השפעת הסם. מכאן עולה השאלה האם מגיע לה פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה? גם אם היא לא הצליחה להוכיח את הקשר סיבתי הקשור להסכמה מדעת עדיין היא **קיבלה נזק עצמאי על פגיעה באוטונומיה – לא צריך להוכיח קש"ס בפגיעה באוטונומיה**.

ההלכות:

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

**פלונית נ' דניאל:** **פיצוי ללא הוכחת נזק מול פיצוי בגין נזק לא ממוני**  
השופט עמית:בימ"ש קמא קבע כי הוכח נזק לא ממוני, שהמשיב פוצה בגינו. פיצוי עם הוכחת נזק יכול להיות בגין נזק ממוני או בגין נזק בלתי ממוני. בשונה מכך, ישנו פיצוי ללא הוכחת נזק. בשל הקושי לאמוד נזק בלתי ממוני, לעיתים אין הבדל בינו לבין פיצוי ללא הוכחת נזק.

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

עמית אומר כי הוא צריך לבחור בין הנזקים כי יש חפיפה ביניהם. הכלל הוא כי בדיני נזיקין לא מקבלים יותר מ100% פיצוי, מסלולי הפיצוי הם חלופיים ולכן **לא ניתן לפסוק במקביל פיצוי בגין נזק לא ממוני ופיצוי ללא הוכחת נזק**. בפס"ד זה הוכיח דניאל את הנזק ולכן הוא יפוצה בגין הפיצוי הגבוה יותר ולא בגין שני מסלולי התביעה, שווה לטעון את שני המסלולים כי הם מחזקים את התביעה.

פיצוי ללא הוכחת נזק: למשל בעוולות **לשון הרע ותקיפה**. **הנזק קיים** ולא צריך להוכיח אותו. **חזקת הנזק** – קיימת החזקה כי העוולה גרמה לנזק.

**רוסו נ' שגב אקספרס ראשון לציון בע"מ:** **פיצוי ללא הוכחת נזק**

התובעים ישבו במסעדתו של המשיב, ולידן ישב שולחן של נשים. התובעים שאלו את המלצר מה הוגש לשולחנן ונאמר להם כי מדובר בקוקטיילים על חשבון הבית כחלק מהטבה של "ערב נשים". התובעים ביקשו גם להנות מההטבה, אך קיבלו סירוב מאחר כי מדובר בערב נשים, והם גברים וראו כי פורסם בדף הפייסבוק שלו על אותו ערב נשים שמתקיים. התובעים הגישו תובענה לביהמ"ש השלום ודרשו פיצויים בגין הפלייתם לרעה ע"פ חוק איסור האפליה, על ההפליה בפועל והפרסום בפייסבוק. טוענים כי הם זכאים לפיצויים ללא הוכחת נזק. השלום קיבל את תביעתם חלקית. הוא פסק פיצויים על סמך פגיעה בעקרון השוויון ואת היקף ההפליה. התובעים ערערו למחוזי ושם נדחה ערעורם מאחר ולא נגרם נזק שבגינו קמה זכאות לפיצוי. לאחר מכן, התובעים בקשו לערער לעליון, בקשתם אושרה אך, ערעורם נדחה ונפסק כי לא זכאים לעוד פיצויים.

טענות המערערים:

* אין אמות מידה ברורות לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק וישנה חוסר אחידות בנושא זה ולכן ישנו צורך להתערבות ביהמ"ש העליון. הפיצויים שפסק בימ"ש קמא נמוכים. הפסיקה של בימ"ש קמא התעלמה מרצון המחוקק לחייב את מי שפוגע בשוויון בסכום הולם ושהפיצוי הולם את הפגיעה. טוענים כי זה יפגע בהרתעה והיעדר אכיפה.
* קביעת בימ"ש קמ"א בנוגע לפרסום מפלה שגויה. קביעה כאמור מעמידה חסם בלתי רצוי מפני הגשת תביעות על בסיס סעיף זה. הדרישה להוכחת פגיעה אישית כתוצאה מחשיפה לפרסום לא מגשימה את תכלית החוק כיוון שהחוק מקנה לביהמ"ש את הסמכות לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק.

השופט שטיין:

* המערערים לא יכולים לערער על קביעה עובדתית של בימ"ש קמא. איש מהם לא ניזוק ולא נפגע מהפרסום. יש להתעסק בשאלה – האם אדם שלא נפגע אישית מפרסומה של הודעה מפלה, רשאי לתבוע פיצויים ללא הוכחת נזק? לפי פסיקות קודמות התשובה אינה מוחלטת. אך ישנו את העקרון הבא – אדם שרק נחשף למעשה עוולה, אך לא סבל ממנו שום נזק או פגיעה, איננו זכאי לפיצוים או לתרופה אחרת.
* גם אם נניח כי המשיבים עוולו בפרסום המודעה, הרי שהפיצויים מתנים זכאות לקבלתם בהיותו ניזוק מהעוולה, בין שבידו להוכיח את הנזק ובין אם לא. **לתובע שמעריך כי יתקשה להוכיח נזק, עומדת הזכות לפיצויים ללא הוכחת נזקיו** **ואולם, התובע יידרש להוכיח כי מעשה העוולה גרם לו נזק או פגיעה**.
* בקשתם של המערערים נטולת היגיון בסיסי. מהעובדה שתובע בגין עוולה זכאי לקבל פיצויים ללא הוכחת נזקיו לא משתמע כי זכות זו הוקנתה לכל מי שרוצה. הקניית זכות לתבוע את המעוול ולקבל ממנו פיצויים חושפת את המעוול לתביעות אינסופיות. לכן, **הזכות לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק מוקנית רק למי שניזוק או נפגע בפועל, אך אין בידו להוכיח את נזקיו**. הרי, אם אין נזק – אין פיצוי.
* **דוחה את הערעור**. בימ"ש קמא היטיב עם המבקשים יתר על המידה. על המערערים לשלם לאוצר המדינה הוצאות על סך 5,000 ₪.

**משטרי אחריות נזיקית**

משטר האחריות הנזיקית שואל **לפי מה אנחנו בוחרים אם להטיל אחריות נזיקית?** מהי מידת האשמה/אחריות אשר נדרשת כדי לבסס עילת תביעה?

**משטרי האחריות:**

1. אשם (ס' 64)/רשלנות (ס' 35):אחריות על המזיק כי הוא היה לא בסדר וגרם לנזק, לכן הוא אשם. המשטר הכי טבעי. **מי שאשם צריך לשלם**. יתרון: המזיק הוא שמשלם, מרתיע את שני הצדדים לנהוג בזהירות. חסרונות: לא מעורר הרתעה, יש להוכיח את הנזק וקש"ס.
2. אשם + אשם תורם (ס' 68): **הניזוק משלם כי הוא אשם**, אך אינו משלם את שווי כל הנזק כי **לצד השני יש אחריות חלקית בנזק**. במקרה זה הפיצויים מופחתים. סוגים שונים של אשם תורם:

* הפחתת אחוזי האשם של הניזוק מהפיצויים הנפסקים לו.
* כל אחוז של אשם תורם חוסם את הפיצויים לגמרי, כלומר הוא לא יקבל כלל פיצוי.
* אשם תורם השוואתי – בחינה למי מהצדדים יותר אשם והוא יישא בכל הנזק.

1. אחריות מוחלטת (פלת"ד, חוקי בטיחות בעבודה): **מי שגרם את הנזק משלם, גם אם הוא לא אשם** וגם אם הוא לא יכול למנוע את הנזק באופן סביר. לאחריות מוחלטת בתאוריה אין את עלויות המשפט מכיוון וכל הנזק נופל על גורם הנזק גם אם הוא אשם וגם אם לא. אחריות מוחלטת גורמת לאדם עליו נופלת האחריות לנסות להגיע למצב בו הוא מוצא פתרון שימנע נזק. **זה נשמע קצת פחות "צודק" מאשר משטר האחריות של האשם**. עם זאת, זה מכריח גופים לחפש דרכים יצירתיות להימנע מנזק בטווח הרחוק ולעבוד בצורה יותר יעילה.  
   דוגמת הרכבת והגיצים: פוזנר וקלברזי דנו בסיפור לגבי רכבת העוברת ליד שטחים חקלאיים והגיצים שהיא יוצרת גורמים לעיתים לשריפות. החקלאים תובעים את הרכבת שמצידה טוענת שלא ניתן למנוע את הנזק. קלברזי תומך באחריות מוחלטת ולכן דורש שישלמו. מנגד, פוזנר אומר שהרכבת היא יעילה לחברה ועלול הדבר לגרום לעליית המחיר לכרטיס או לירידת רמת הפעילות שלה, וזה דבר שלא יעיל לחברה. קלברזי אומר כי המשפט להחלטת האשם בכל פעם יהיה ארוך ומסורבל מאשר קביעת אחריות מוחלטת על הרכבת, מה שיביא לחסכון עלויות. **הידיעה כי האחריות לנזק היא מוחלטת תגרום למזיק להשקיע משאבים כדי למצוא פתרון שיפחית את הנזק**.  
   חסרונות: אין אשם תורם אז הניזוק לא מורתע, המזיק תמיד ישלם, אין פיזור נזק. יתרונות: הרתעה יעילה, השבת המצב לקדמותו, לא צריך להוכיח קש"ס.
2. אחריות חמורה (מוצרים פגומים, היזק ע"י כלב): **האחריות היא אחריות מוחלטת, אבל מתקיים גם אשם תורם במקרים מאוד מצומצמים**. הנטייה הינה לאחריות מוחלטת, האשם תורם צריך להיות "משמעותי" על מנת שנקטין את הפיצויים.
3. אחריות מוגברת – היפוך נטל הראיה (ס'38-41 נזק ראייתי): במקום שהניזוק יוכיח את הנזק, **המזיק יוכיח כי לא היה נזק**. רוב המקרים הינם מקרים של רשלנות רפואית. לדוגמא, אדם עובר ניתוח, מתעורר ומגלה שיש נזק, אי אפשר לדעת מה קרה. נטל ההוכחה עובר לרופא, שיוכיח כי לא היה נזק. המשחק בנטל הוא משמעותי, **הנטל עובר למזיק והוכחה כי לא היה נזק היא קשה מאוד**, לעומת הוכחה שאכן יש נזק. בפועל, לא תמיד מצליחים להוכיח זאת ולכן זה הופך לאחריות מוחלטת.
4. מונע הנזק הזול והשוקל הטוב: קלברזי.

הבחנה בין אחריות מוחלטת לחמורה: באחריות חמורה ישנן מספר הגנות אופציונליות המתבססות על התנהגות התובע, המאפשרות לנתבע להתחמק מאחריותו. באחריות מוחלטת התנהגות הנתבע והתובע אינן משפיעות על אחריות הנתבע – הוא בכל מקרה צריך לשלם.

**אחריות נזיקית למוצרים פגומים:**

החוק לאחריות על מוצרים פגומים הינו **דוגמא למשטר של אחריות חמורה**. הרקע לחקיקת החוק:

טרם חקיקת החוק היו עומדות לניזוק שתי עילות תביעה בגין מוצרים פגומים: (1) עילה נזיקית דרך עוולת הרשלנות. (2) עילה חוזית מכוח חוק החוזים.

בשל קשיים בהוכחת עילות אלו, נכנס לתוקף בשנה 1980 חוק אחריות למוצרים פגומים.

מטרות החוק:

בע"א 241/89 ישראליפט בע"מ נ' הינדלי:

הייתה מעלית בבניין אשר יש לה דלת חיצונית לדלתות החשמליות של המעלית. אדם בא להיכנס למעלית, פתח את הדלת החיצונית והמעלית לא הייתה שם. הוא נפל לפיר המעלית ונפטר. בפסק דין זה קיבלו את החוק אף על פי שהמעלית הותקנה טרם חקיקת החוק.

אשר לתכלית החוק, ניתן להסיק מהוראותיו קיומן של שתי מטרות עיקריות:

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

הרציונליים לחקיקת החוק:

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

אחריות היצרן:

* סעיף 2(א) לחוק: **היצרן** מחויב **לפצות** את מי שנגרם לו **נזק גוף** כתוצאה **מפגם במוצר** שייצר, אין זה משנה **אם היה או לא היה אשם** מצד היצרן. זהו **הסעיף המגדיר את האחריות החמורה**.
* סעיף 2(ב) לחוק: ניתן לתבוע גם את יצרן הרכיב, אם הרכיב הוא שגרם לנזק.
* סעיף 2(ג) לחוק: קובע ש**הספק** יכול לקבל פטור מאחריות, אם תוך זמן סביר מרגע הדרישה של הנפגע, הוא מוסר לו פרטים של היבואן או של היצרן, על מנת שהנפגע יוכל לתבוע את היבואן/היצרן, ולא אותו.

מהו "מוצר"?

* סעיף 1 לחוק: מגדיר מהו מוצר.
* סעיף 9 לחוק: מגדיר חריגים למוצר – החוק לא חל על חיות או תוצרת חקלאית. בנוסף, החוק לא חל על נזקים שנגרמים מחוץ לישראל (הכוונה היא למוצרים שמיוצאים לחו"ל).

נזק: הנזק הינו **נזק גוף** בלבד.

מוצר פגום:

על התובע נטל ההוכחה להוכיח את הפגם במוצר. יש להוכיח קש"ס בין הנזק שנגרם לבין הפגם במוצר. ישנם שני סוגים של פגם במוצר:

1. **ליקוי שעלול לגרום לנזק גוף:** הגדרה בעייתית כי יש הבדל בין פגם לבין ליקוי. בנוסף, לשון החוק היא "עלול לגרום לנזק", אולם על התובע להוכיח נזק פר אקסלנס.  
   בסוג זה יש הבחנה בין פגם בתכנון לבין פגם בייצור:

* פגם בייצור – סטייה מהתכונות של שאר המוצרים בקו הייצור. שני מאפיינים: (1) היצרן קובע את קנה המידה מה הוא "מוצר פגום". (2) רק חלק קטן מהמוצרים יהיו פגומים.
* פגם בתכנון – פגם באב טיפוס עצמו. עקב כך, כל קו הייצור יוצא פגום. הפגם הוא לא סטייה מהמודל, אלא המודל עצמו פגום. נצטרך קריטריון חיצוני לבדיקת הפגם במוצר. לדוגמא, לבחון את אותו מוצר של חברה אחרת בשוק.

1. **מוצר שאין בו הוראות בטיחות:** הפגם הוא העובדה שההוראות לא קיימות או הוראות קיימות, אך חסרות. יש דעה לפיה פגם זה יכול להיכנס תחת הפגם בתכנון. ליצרן יש את הסיכוי הכי טוב לגלות את הסיכונים שעולים מהמוצר שלו, ולכן יכול ליידע את הצרכנים איך להשתמש במוצר בצורה בטוחה. השאלה הינה מה רמת הפירוט שנדרשת בהוראות הבטיחות. ישנן הוראות שהאדם הסביר יודע, כמו למשל שאסור לכוון מקדחה לגוף. הדרישה היא להוראות שהאדם הסביר לא יכול היה לדעת שהוא צריך להיזהר/להימנע מהן.

ע"א 557/77 שפס נ' פריזמה:

**פסק הדין היה טרם חקיקת החוק** ולכן, ביססו את התביעה על רשלנות.

אדם שקנה כיסא שזז על בסיס מנוע שיניים, אך המסילה הייתה גדולה מדי והמוצר היה פגום. האדם הכניס את האצבע שלו על מנת להזיז את הכיסא והאצבע שלו נתקעה בין גלגלי השיניים. ביהמ"ש קבע ש**היה פגם במוצר**, אך **נקבע לו אשם תורם** משום שהוא ידע שיש את המנגנון הזה ולא נקט בזהירות.

נראה כי **היום היו פוסקים אחרת** – האחריות הייתה מוטלת על היצרן על בסיס משטר של אחריות חמורה, ולא היה אשם תורם לצרכן, שכן אשם תורם הינו רק במקרים חריגים במיוחד.

המבחנים לפגם:

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

חזקת הפגם:

ניתן לסתור אותה, היא **אינה חזקה חלוטה**.

סעיף 3(ב) לחוק: חזקה שהמוצר היה פגום אם נסיבות המקרה מתיישבות יותר עם המסקנה שהיה פגום מאשר עם המסקנה שהיה תקין.

ההיגיון הסביר הוא שהמוצר פגום ולכן, על הנתבע יהיה להוכיח שהוא לא פגום. מעין **היפוך נטל הראייה**. דוגמא: ישראליפט בע"מ נ' הינדלי – ההיגיון הסביר הינו שהמוצר פגום, שכן זה לא סביר שהדלת החיצונית של המעלית נפתחת כאשר המעלית לא נמצאת.

הגנות:

סעיף 4(א)(1) לחוק:

הגנה על היצרן, במקרה בו הפגם שנגרם לנזק נוצר אחרי שהמוצר יצא משליטתו של היצרן. היצרן צריך להוכיח שהמוצר המסוים עבר בדיקות בטיחות סבירות לפני שיצא משליטתו. מכאן, **חזקה שהנזק נגרם לנפגע ע"י פגם שנוצר לאחר מכן**.

ע"א 166/88 פניציה בע"מ נ' עמר:

אדם שניסה לפתוח בקבוק בירה במסיבה, הוא ניסה לפתוח כמה בקבוקים ובבקבוק השישי הוא נפצע. הבקבוקים יוצרו ע"י חברת פניציה, אולם חברה אחרת ביצעה את המילוי של הבירה בבקבוקים לאחר ייצורם. בביהמ"ש המחוזי, החברה שייצרה את הבקבוקים הוכיחה שהם עברו בדיקות בטיחות וטענה כי הבקבוקים עומדים בכל דרישות התקן. אולם, התגלה כי הבדיקות היו מדגמיות, כלומר לא כל הבקבוקים נבדקו. ביהמ"ש פסק כי יש לבדוק את כל המוצרים, ואין לבצע בדיקות מדגמיות. בנוסף, יש לוודא בעת ייצור הבקבוקים שהם יעמדו בכל התהליך שהולך לקרות גם לאחר מכן. כלומר, הייצור צריך לקחת בחשבון את מילוי הבקבוקים לאחר מכן ולראות שהבקבוקים יעמדו בזה. ביהמ"ש קבע שהם אחראים ביחד ולחוד על הנזק.

סעיף 4(א)(2) לחוק:

**הגנת מצב המידע** – לפי רמת ההתפתחות המדעית והטכנולוגית שהייתה בעת שהמוצר יצא משליטתו, לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה.

בעת ייצור המוצר, יש **חוסר ידע מסוים שלא מאפשר למנוע את הפגם**. כל הקו פגום וליצרן לא הייתה יכולה למנוע את הפגם של המוצרים.

סעיף 4(א)(3) לחוק:

המוצר יצא משליטת היצרן שלא מרצונו, והוא נקט אמצעים סבירים למניעת יציאתו משליטתו, ולהזהרת הציבור הנוגע בדבר בפני הסיכון הכרוך במוצר.

למשל, אוטו יוצא פגום והחברה מגלה על כך לאחר מכן והיא מבצעת "re call" – מזהירה את כל מי שקנה את המוצר הזה וקורית להחזיר את המוצרים למפעל ע"י הצרכנים, על מנת למנוע נזק שעלול להיגרם מהפגם.

סעיף 4(א)(4) לחוק:

**הסתכנות מרצון** – הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו, וחשף עצמו מרצונו לסיכון זה.

חריג: ההגנה לא חלה על ילדים מתחת לגיל 12.

סעיף 4(ב) לחוק:

**נורמת התנהגות** (מעין אשם תורם) – לא תהיה זו הגנה ליצרן ש**התרשלות הנפגע** **תרמה לגרימת הנזק**, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.

חריג: ההגנה לא חלה על ילדים מתחת לגיל 12.

ההבדל בין סעיף זה לבין אשם תורם: במצב של אשם תורם, ביהמ"ש ישר מפחית את האשם התורם מפיצויים. מנגד, בס' זה ביהמ"ש רק שוקל האם להוריד מהפיצוי את האשם התורם. הסעיף רק נותן לו אופציה לבחון את זה.

**תביעת שיפוי**

**הודעת צד ג' – עניין נחל קישון:**

צד א' – הדייגים, צד ב' – רשות נחל קישון, צד ג' – המפעלים.

תביעת שיפוי: תביעת "השתתפות". אם צד ב' יצטרך לשלם פיצויים, לאחר תשלום הפיצויים יש לבצע צדק חלוקתי בתשלום בין צד ב' לצד ג'.

**מי יכול להיתבע?**

**(א) מזיק (ישיר)**: מי שגרם לנזק.

**(ב)** **שולח (ס' 14 לפקודת הנזיקין)**:

אדם המעסיק (לא בהכרח עובד עם תלוש) שלוח (גם אם למשהו ספציפי), **תהיה לשולח אחריות נזיקית בגין מעשי השלוח**. **גם השלוח (המזיק הישיר) וגם השולח יכולים להיות מחויבים**. **כדי להוכיח אחריות שלוחית יש להוכיח אחריות אישית**. כלומר, תובעים את השלוח (זה שביצע בפועל את העוולה) באחריות אישית ואת השולח שלו באחריות שלוחית.

* ניתן לתבוע **באחריות שלוחית** אדם ששולח אחר לבצע עוולה.
* אם הייתה חריגה מהשליחות לא ניתן לתבוע את השולח, אלא רק את השלוח.
* בעבר הכלל היה כי בסעיפים של תקיפה וכליאת שווא אין שליחות (אם שלחתי מישהו לתקוף, התוקף אחראי על מעשיו, הוא לא יוכל "להסתתר" תחת תפקידו כשלוח), אך הכלל בוטל.   
  כיום, **גם מעשים לא חוקיים נכללים במסגרת השליחות**. כלומר, **גם על עבירות ניתן לתבוע את השולח**, אם זה נעשה במסגרת השליחות.
* באחריות שלוחית מסוגים שונים ניתן לתבוע רק את השולח (הוא הכיס העמוק לרוב). למשל, אם מורה התרשל ונגרם נזק, ניתן לתבוע את המורה ואת משרד החינוך, או רק את משרד החינוך, אך גם אם תובעים רק את משרד החינוך יש להוכיח כי המורה התרשל.
* באחריות שלוחית אין בהכרח ביטוח ואין למי לפנות במקרה של תאונה עצמית. זהו ההבדל בין שלוח לעובד, שלמעביד בהכרח יש ביטוח.

**(ג) מייעץ/משדל/מסייע/שותף/מאשרר (ס' 12 לפקודת הנזיקין)**:

אם אדם מסייע/מייעץ/משדל/שותף לנזק יש לו אחריות נזיקית. סעיף זה נוגע **גם למעשה וגם למחדל**. לדוגמא, עובד באתר בנייה חוזר הביתה ואומר לאשתו ששכח לסגור פתח של בור ביוב, ואשתו אומרת לו "לא נורא, תשאיר ככה", ואז מישהו נופל לבור הביוב.

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

* **גם יועץ לא מקצועי הוא בעל אחריות**. לדוגמא, אם שכן שואל רופא "על הדרך" במעלית שאלה רפואית, עולה השאלה לגבי האחריות הנזיקית ורמתה במקרה כזה.
* **משדל** הוא לא סתם מייעץ, אלא הוא **משכנע אדם לעשות מעשה כלשהו**.
* **סיוע הינו חלק מהמעשה**, ישנן דרכים שונות לסייע ודרגות סיוע שונות (לדוגמא, סיוע לשוד – להסיע את השודד, לספק לו כלי נשק או לעזור לו לתכנן את השוד).
* **שותף הינו חלק משמעותי מהמעשה**, אולי הוא בעל אחריות פחותה מן המזיק, אך הוא מבצע את הנזק ביחד עימו.

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

דוגמא לתביעת אשרור: הרשות הפלסטינית העבירה חוק הקובע כי מי שיבצע פעולות טרור כלפי יהודים יקבל קצבה. קורבנות פיגועים רצו לתבוע את הרשות הפלסטינית בעילה של אשרור מכיוון שהיא מעודדת טרור – **הרשות מאשררת בדיעבד את פעולות הטרור, בכך שהיא משלמת למפגעים בדיעבד על פעולותיהם**. השופט עמית סבר כי תביעת החוק כאמור, מהווה **תביעה בעילה של אשרור**.

היו לקורבנות שתי דרכים לתביעה – תביעה כנגד הרשות הפלסטינית או תביעה כנגד המדינה. התביעה כנגד הרשות כוללת גם **פיצויים עונשיים**, ולכן **יותר משתלם לקורבנות לתבוע את הרשות** ולא את המדינה, שכן בתביעת המדינה יקבלו פיצויים רק דרך החוק לנפגעי פעולות איבה.

מה הבעיה בתביעת הרשות? צריך להוכיח אשרור לפי הס' וזה קשה. מאשרר הוא חריג לסעיף, הוא לא היה שותף למעשה, הוא **רק נותן חיזוק בדיעבד למעשה**. השופט עמית לא חוסם את עילת האשרור, אך כן מצמצם אותה. הוא קובע כי **לא ניתן לתת פיצויים עונשיים ביחד עם עילת האשרור**, **משום ששניהם חריגים** – "חריג לחריג".

**ע"א 2362/19 פלונים נ' הרשות הפלסטינית:**

הרשות הפלסטינית מעניקה תגמול מיוחד לפלסטינים שביצעו עבירות ביטחוניות, בשל העובדה שהועמדו לדין בישראל ונדונו לעונשי מאסר. ככל שהעבירה הביטחונית חמורה יותר ותקופת המאסר ארוכה יותר, כך גדל שיעורו של התגמול המיוחד, שיכול להגיע לכדי תשלום חודשי שוטף של פי 4 מהשכר הממוצע בשטחי הרש"פ. הדיון נסב אודות השאלה אם התשלום ע"י הרש"פ לאסירים ביטחוניים ולבני משפחותיהם הוא בבחינת אשרור של פעולות טרור שביצעו האסירים כמשמעות המונח בס' 12 לפקנ"ז, שכותרתו "אחריות של משתף ומשדל", כך שניתן להטיל על הרש"פ את האחריות על תוצאותיהן.   
ביהמ"ש העליון פסק: **המאשרר בס' 12 יוצא דופן מחבריו לסעיף מאחר ומתייחס אך ורק למעשה שנעשה בעבר מבלי שנדרש קש"ס בין האשרור לבין ביצוע מעשה העוולה**. מדובר בנטע זר ונדיר בדיני הנזיקין שמעולם לא נעשה בו שימוש בפסיקה.   
השופט עמית: על אף שאין תקדים להטלת אחריות אך ורק מכוח החלופה של "המאשרר" בס' 12, מדיניות התשלום של הרש"פ היא מקרה חריג ונדיר של מתן תמריץ ותגמול למעשה טרור, הכרה ותרומה לו, ומשכך, **ניתן להחיל עליה את החריג של חלופת "המאשרר". ברם, אין להרחיק לכת ולחייב את הרש"פ גם בפיצויים עונשיים**, באשר הפיצוי העונשי כשלעצמו הוא חריג בדיני הנזיקין ואין להרכיב חריג על חריג.  
השופט מינץ: **ניתן לחייב את הרש"פ כ"מאשרר" לפי ס' 12 ואף לחייבה מכוח חלופה זו בפיצויים עונשיים**. לדבריו, הרכבת "חריג על חריג" אינה זרה לשיטת משפטנו. מכל מקום, במקרה זה שני היסודות משלימים זה את זה, שכן בבסיס שניהם עומדת תכלית הרתעתית. דברים אלה באים לביטוי באופן מובהק בנסיבות ענייננו, שבהן הטלת האחריות כשלעצמה אינה מעניקה הרתעה מספקת מפני המשך קיום מדיניות התגמול של הרשות הפלסטינית.  
השופט גרוסקופף: **חלופת "המאשרר"** **חלה רק כאשר מתקיימת זיקה מהותית והדוקה בזמן ביצוע המעשים** בין הרש"פ לבין הפיגועים ומבצעיהם, ולכן יש להחזיר את התיק לבימ"ש המחוזי, על מנת שיברר ויכריע אם אכן התקיימה זיקה כאמור בזמן אמת בין הרש"פ לבין הפיגועים והמפגעים אשר אחראים לנזקיהם של המערערים. במישור העקרוני הותיר השופט בצ"ע את השאלה אם ניתן לחייב בפיצוי עונשי, אך במישור האופרטיבי הצטרף לשופט עמית.

**ע"א 1017/21 באנויאן נ' הרשות הפלסטינית:**

בשנת 2003 אירע פיגוע התאבדות במסעדת "מקסים" בחיפה. המערערים, חלקם נפצעו בפיגוע וחלקם איבדו בו את יקיריהם, הגישו לבימ"ש המחוזי תביעה לפיצויים כנגד שורה של גורמים, בהם ארגון הג'יהאד האסלאמי הפלסטיני אליו השתייכו המחבלת המתאבדת ושותפיה, הרשות הפלסטינית (הרש"פ) וארגון השחרור הפלסטיני (אש"פ). בימ"ש המחוזי הורה על דחיית התביעה נגד הרש"פ ואש"פ ועל קבלת התביעה נגד שותפי המחבלת. המחוזי השית על שותפי המחבלת, ביחד ולחוד, פיצויים עונשיים שישולמו מעבר לתשלומים המתקבלים אצל המערערים לפי חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, לטובת ניזוקים ישירים (עיזבונות הנרצחים והתובעים שנפגעו בפיגוע) ולטובת ניזוקים משניים (בני משפחה מדרגה ראשונה של הנרצחים, לרבות אחים).  
השופט עמית: דוחה את הערעור ממספר טעמים. ראשית, לא הוכח כנדרש כי הרשות הפלסטינית סייעה, שידלה או ייעצה למפגע. שנית, בעניין האשרור, **כדי שמעשה יעלה כדי אשרור, עליו להעיד על נטילת אחריות לביצועה של עוולה או על נטילת הסיכון לכך, באופן שיוצר מעין שותפות בעוולה**. על כן, אשרור הוא פעולה בדיעבד. עם זאת, אינו מסכים כי יש להשית במקרה דנן פיצויים עונשיים ומשתמש בדוקטרינת "חריג לחריג" המוזכרת לעיל.

**ע"א 8828/20 הרשות הפלסטינית נ' פלונית:**

ערעור על פסק הדין של המחוזי, בגדרו התקבלה תביעה לפיצויים בגין אירוע טרור רצחני בו מחבל מתאבד התפוצץ בירושלים בשנת 2002, שלושה בני אדם נהרגו. משפחת זוג ההרוגים עתרה למחוזי בבקשה לפיצויים עונשיים. ביהמ"ש דחה את התביעה נגד אש"פ וקבע את אחריותה של הרש"פ לפיגוע מכוח ס' 12, כמי שסייעה ותמכה בביצוע הפיגוע. ביהמ"ש פסק לכל אחת משתי בנותיהן של זוג הנרצחים בפיגוע ולאימו השכולה של המנוח פיצוי עונשי.  
ביהמ"ש העליון פסק כי לאור העובדות וכלל העדויות שהגיעו לידיו, ניתן להוכיח בבירור כי לרש"פ היה קשר הדוק עם המפגע ולפיגוע הנידון. לכן, במקרה הנידון הרש"פ סייעה למפגע ועל כן, חבה באחריות למעשה. ביהמ"ש מוסיף בעניין הפיצויים העונשיים כי לפי הפסיקה פיצויים אלו יושתו במקרים חריגים, כאשר אחריות המזיק היא חמורה במיוחד, ובמקרים שבהם העוולה נבעה מכוונה או זדון.  
השופט עמית: לפי ממצאי בימ"ש קמא יש להשית פיצויים עונשיים, אך במקרים בהם היסוד הנפשי הוא 'אדישות' יש להתערב בסכום הנקבע. משאיר זאת בצ"ע.

דוקטרינת "חריג לחריג" – **שמואלי נגד הדוקטרינה משתי סיבות:**

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

**9670/07 פלונית נ' פלוני:** **דוגמא לדוקטרינת "חריג לחריג"**

בייביסיטר אשר נאשם בעבירות מין בילדה בת 6, ההורים דרשו פיצוי מוגבר בנוסף לפיצויים שנפסקו. הם דרשו פיצויים עונשיים כשלעצמם ופיצויים עונשיים לאחר הרשעה בפלילים.  
השופט רובינשטיין: יש "חריג לחריג", כי מקורם באותו עניין, שני סוגים של פיצויים עונשיים. שלא כמו בתביעת הרשות הפלסטינית, שם ה"חריג לחריג" מקורם שונה. רובינשטיין דחה את טענות העותרים הן לגבי פיצוי בגין הגברת הסיכוי לגרימת נזק נפשי והן בנוגע לחיוב המשיב בפיצויים עונשיים.  
השופט ריבלין (דעת מיעוט): הנפגעת צריכה לקבל פיצוי מוגבר, אך לא התייחס ל"חריג לחריג". כלומר, הוא לא הניח יסודות חזקים מספיק ולכן לא הייתה עילה לדיון נוסף. עם זאת, ההורים דרשו דיון נוסף.

**דנ"א 7565/09 פלונית נ' פלוני:** **הדיון הנוסף לפסק הדין לעיל**. העותרים מנסים לשנות את ההחלטה של ביהמ"ש העליון. ביניש דוחה את העתירה מאותן סיבות.

**דוקטרינת "חריג לחריג"** לא הגיעה מהשופט עמית, אלא **הגיעה מפסיקות אחרות**.  
**שמואלי:** אינו מסכים עם השופט רובינשטיין. מקרים של פסיקה נזיקית לאחר הרשעה בפלילים אינם צריכים להיות חריגים, אלא עניין שבשגרה. ההרשעה הפלילית אינה מכסה את העניין הנזיקי, ולכן יש מקום לפיצויים עונשיים במקרים זדוניים ומכוונים, ואפילו קל וחומר במקרים שהנתבע בנזיקין הורשע קודם בפלילים, ולא רק שעשה את שעשה בצורה זדונית ומכוונת, אלא שהוכח שעשה זאת במעל ספק סביר, כמעט 100%, ולא רק במעל 50%, מאזן הסתברויות. לכן, גם כאן הוא סבור שדוקטרינת "חריג לחריג" אינה מוצדקת. מדובר ב"חריג לחריג" באותו עניין ואותו מקום בנוסחת האחריות הנזיקית – שלב פסיקת הפיצויים, בפיצויים העונשיים גופם, שלא כמו במקרה הרש"פ (שם החריגים היו בשלבים שונים).

**(ד) מעסיק (ס' 13 לפקודת הנזיקין)**:

מעסיק **חב באחריות נזיקית על כל מעשה שעשו עובדיו במהלך העבודה**.ניתן לתבוע מעביד **גם כאשר העובד התרשל כלפי צד ג'** (לדוגמא עובד בנק נתן ייעוץ כלכלי לא טוב ללקוח) וגם **אם העובד התרשל כלפי עצמו** (לדוגמא פועל שלא נזהר ונפל ונפגע).

מה הגבול של אחריות המעסיק על התרשלות העובד כלפי עצמו? ישנה שאלה משפטית שנקראת "הבא אל המטרד" הנוגעת לכניסה רצונית לנזק (עובד שפוגע בעצמו כדי לקבל פיצוי מן המעביד). **המעביד הוא הכיס העמוק, ניתן לתבוע אותו, אך נצטרך לעבור בתביעה דרך האחריות הרשלנית של העובד**. **האחריות הרשלנית הישירה היא של העובד, אך גם על המעביד יכולה להיות אחריות מעבידים** (על המעביד יכולה להיות גם אחריות אישית על כך שלא סיפק מקום עבודה בטוח).

לאחריות מעבידים נוטים לקרוא אחריות שלוחית, אך זוהי טענה סמנטית. את המעביד ניתן לתבוע על אחריות שלוחית, למעשה העובד, ואחריות אישית על כך שמקום העבודה לא היה בטוח. הפיצוי יתקבל רק עבור הנזק ולא יותר, אך זה מחזק את התביעה.  
ברוב המקרים למעביד יש ביטוח, שכן הוא יודע שהוא בסכנה לתביעות ולכן הוא הולך לחברת ביטוח שתפצה במקומו במידה והיה נזק. לעניין מעבידים ועובדים ביטוח לאומי הוא חובה, המעביד מנכה משכר העובד ביטוח לאומי, הביטוח תקף בהתרשלות גם כלפי צד ג' או גם כלפי עצמו (מלבד מעשה מכוון). בישראל, העובד יכול במקרה של נזק לתבוע ישירות את ביטוח לאומי. **ביטוח הוא סוג של כיס עמוק**, למעביד יש תמריץ לרכוש ביטוח לעובד ואף לאנשים אחרים (ביטוח פרטי). **ביטוח מפזר נזק, גורם לאדם להיות בטוח**. נראה כי אם מעביד עשה ביטוח בעצם נגמר התמריץ, לא אכפת לו שעובד יפצע. אך, זה לא המצב, משום שכאשר יש נזק ומפעילים ביטוח הפוליסה מתייקרת (הנחת העדר תביעות).   
אם העובד מבוטח, מה מונע ממנו לא להיזהר? הפחד להיפגע, הידיעה כי אם ינהג לא בזהירות המעביד יוכל לפטר אותו.

למה למעביד יש אחריות על העובד?

1. לשולח יש אחריות על השלוח כי הוא שלח אותו (שלוחו של אדם כמותו), אצל מעביד זה לא קיים, המעביד לא בהכרח פישל, אך **כסוכן חברתי יש למעביד כלים לשלוט בעובד שלו ובכך לדאוג שיהיה זהיר** (גם אם הוא לא אשם הוא יתבע ולכן יש לו תמריץ לבדוק שהכל בסדר). **המעביד יודע שהוא יפצה במקרה של תאונה ולכן הוא יגרום לעובדים להיזהר יותר**.
2. **המעביד הוא כיס עמוק ויכול לפזר את הנזק** – לרוב המעביד בעל כוח גדול יותר מעובד ולכן גם אם זה לא צודק נרצה להפיל אחריות עליו (זהו תמריץ למעביד לעשות ביטוח כאמצעי לפיזור נזק), זהו **צדק חלוקתי**. המעביד מפזר את הנזק דרך ביטוח לאומי.

אחריות מעביד היא חשובה: הרבה פעמים המעביד לא מתרשל באופן אישי, אך **ביהמ"ש מתמרץ את המעביד לקנות ביטוח ובו זמנית מתמרץ אותו לנקוט בצעדי זהירות מול עובדיו**. המטרה היא למנוע נזק ולא לפצות על תאונות ולכן עדיף להיות קצת פחות צודק ולהטיל אחריות על מעביד.

מה קורה כאשר אדם נפגע בדרך לעבודה ויכול לתבוע גם דרך דיני עבודה וגם דרך חוק הפלת"ד? הוא לא יכול לקבל כפל פיצויים. בישראל, תובעים את ביטוח לאומי, משום שיש להם מומחים לא תלויים אשר קובעים את אחוזי הנכות. כך אפשר לחסוך מומחה מטעם הנפגע. תביעה דרך ביטוח היא יותר קשה ומסובכת, דרך ביטוח לאומי חוסך הנפגע כסף על מומחה, אך אולי מקבל פיצוי נמוך יותר.  
מה עושים עם הפיצוי הנותר, שביטוח לאומי לא משלם? ניתן לתבוע הכל דרך הביטוח, או את ההפרש דרך הביטוח. ניתן להגיש את הנתונים של ביטוח לאומי לפלת"ד וזה תקין. אם תובעים דרך הפלת"ד, חברת הביטוח משלמת. אם תובעים דרך המדינה, המדינה משלמת, כלומר משלמי המיסים. לכן, **מבחינה חברתית עדיף לתבוע את חברת הביטוח**.

מה הפתרון? **תביעת שיפוי**. למדינה יש אפשרות לתבוע את חברת הביטוח על סכום הפיצוי שביטוח לאומי שילם בדרך של תביעת שיפוי. בפועל, המדינה לא עושה את זה למרות שהחוק מאפשר לה, ובכך היא מפסידה מיליוני שקלים.

טוני הונורה: **העובד הוא של המעביד לכל דבר ועניין**. "על הדבש ועל העוקץ" – העובד נותן למעביד תועלת (דבש), ולכן גם כאשר קורה משהו לעובד (עוקץ), המעביד צריך לקחת על כך אחריות. כמו שמכונה יכולה להתקלקל לפעמים, כך גם לעובד יכול לקרות משהו.

סיכום הסיבות העיקריות לאחריות על המעביד: (1) טוני הונורה – "על הדבש ועל העוקץ", מעין צדק מתקן. (2) רעיון כלכלי – מבחינה כלכלית המעביד יכול לפזר נזק בעזרת ביטוח ולכן זה הכי יעיל.

**(ה) ביטוח**:

במדינת ישראל כולם משלמים ביטוח לאומי חובה. הביטוח כלל לא קשור לסיטואציה הנזיקית, אולם הוא נכנס אליה ממקום חוזי, מתחום דיני החוזים. ביטוח אינו קשור במישרין לנוסחת האחריות הנזיקית, אלא בעקיפין.  
עקרון פיזור הנזק הזול: לעיתים רבות מעסיק שלא רוצה לקנות ביטוח לעסקיו, מעלה את מחירי מוצריו. את סכום ההעלאה הוא 'שם בצד' כדי שבעת הצורך, כאשר יתבעו אותו הוא יוכל לשלם לתובעים על נזקיהם.

**(ו) עיזבון**:

כאשר אדם נפטר, מי שיורש אותו, יורש גם את הדבש וגם את העוקץ. כלומר, החוב או התביעה אינה נזרקת לפח, אלא העיזבון מקבל את זה אליו. לא תמיד יהיה ניתן לתבוע את העיזבון, אך בגדול העיזבון נכנס לנעלי הנפטר. יש הבדל בין עיזבון לירושה, עיזבון נכנס בנעלי המזיק ואחראי גם מעבר לסכום הירושה, גם אם אין ירושה. **חובות/תביעות של אדם שנפטר עוברים לעיזבון**.

**מי יכול לתבוע?**

(א) **הניזוק הישיר**

(ב) **ניזוק נפשי במעגל המשני**:

ניזוק נפשי במעגל משני לאו דווקא יקבל פיצוי נמוך מהניזוק עצמו. יכול להיות שהניזוק 'הראשי' נפגע רק בגופו ולאחר חודשיים יחזור לשגרתו, ואילו הניזוק הנפשי במעגל המשני יינזק בנפשו להמשך חייו ונזקו יהיה כבד יותר. עם זאת, יש לשים לב ולקבוע קריטריונים קשיחים ככל שניתן להגדרת ניזוק נפשי במעגל משני.

הבעיות בהכרה בנזק זה ובהרחבת המעגל: הכרת הנזק הנפשי כנזק ע"י ביהמ"ש לקח זמן רב. המשפט לא אהב ראש נזק זה בהתחלה מפני שקשה לזהות ולכמת אותו ומפני שיש חשש לתרמיות. קשה לאמת את קיומו וגודלו של הנזק הנפשי של 'הניזוק'. בנוסף, יש חשש מהצפת בתי המשפט וגרימה למדרון חלקלק.

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

ילד בן 6 נפגע בתאונת דרכים ונפטר כ24 ימים לאחר מכן. ההורים לא היו עמו בשעת התאונה, אך שהו עמו בביה"ח. מצבם הנפשי התערער והם סובלים ממתח, דיכאונות, נעדרים מעבודתם וזקוקים לעזרה. הם הגישו תביעה לפיצויים על הנזקים הנפשיים שנגרמו להם. התביעה השנייה – אישה נפצעה בתאונת דרכים, בתה שהתה עמה בביה"ח עד לפטירתה. הבת לקתה כתוצאה מכך במחלת נפש והיא תובעת פיצויים על כך.

השאלות המשפטיות:

1. האם קיימת אחריות ע"פ הפקנ"ז לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה, אשר אדם יקר לו נפצע, נהרג או הועמד בסכנת פגיעה כאמור, בגין מעשה/מחדל רשלני של הנתבע, מקום שאותו נזק נפשי נגרם בעקבות אותה פגיעה או תוצאותיה.
2. האם מי שנגרם לו נזק נפשי כאמור הוא בגדר 'נפגע' ב'תאונת דרכים' על פי חוק הפלת"ד?

שמגר:

* ע"פ עקרונות שהותוו בפסקי דין אחרים, קרובים שהיו מעורבים בתאונה או עדים לתאונה, שאירעה ליקירם בשל רשלנותו של הנתבע, ואשר סבלו עקב כך נזק נפשי של הלם, זעזוע עצבים או מחלת נפש, זכו בפיצויים בגין נזקיהם.
* בקשר לעילה ע"פ הפקנ"ז נקבע כי **בנסיבות אלה חייב הנתבע כלפי הקרוב התובע חובת זהירות, שלא לגרום לו זעזוע נפשי**, שכן אדם סביר, בנסיבות אלה, צריך היה לצפות, שהתובע, אשר לנגד עיניו מתרחש אסון לאדם היקר לו, יינזק בשל כך מבחינה נפשית. צפיות הנזק הייתה המפתח לקביעתה של חובת זהירות כלפי הקרוב, וזאת כחובה עצמאית ונפרדת מן החובה שחב המזיק כלפי הניזוק הישיר, אשר נפגע בגופו עקב הפרתה של חובת הזהירות באותו אירוע.
* באשר לעילה ע"פ חוק הפלת"ד, **קרוב המשפחה של הנפגע הוכר כ'נפגע' ב'תאונת דרכים'**, הזכאי לפיצויים.
* המפתח לפתרון שאלת מתן הפיצויים לטובת ניזוק נפשי במעגל המשני הוא בקביעה בדבר קיומה או היעדרה של חובת זהירות, שחב המזיק כלפי קרוב המשפחה של הנפגע, היינו הניזוק הנפשי. באנגליה ובארה"ב נקבע כי **הנתבע חב חובת זהירות כלפי מי שנפגע בנפשו, מקום שהנזק הנפשי היה התוצאה הצפויה מהתנהגותו של הנתבע**.
* חובת הזהירות כלפי מי שנפגע בגופו (הנפגע העיקרי) וחובת הזהירות כלפי נפגעים משניים נוספים **קמות ומתקיימות במקביל**. מדובר בחובת זהירות עצמאית ונפרדת המוקמת בין המזיק לבין מי שנפגע בנפשו.
* סינון הנזקים הנפשיים ע"י מספר פרמטרים:

1. זהות התובע: **הרחבת הקרבה גם לדמויות שאינן משפחה מדרגה ראשונה, אך דומות באפקט**, כמו גננת לילד. ההיגיון שעומד מאחורי זה הוא שיש מקרים שההורה הוא לא האחראי על הילד או שיש דמות אחרת שהילד גדל אצלה מסיבות שונות, כגון דודה או סבתא ששימשה כאם. במקרים חריגים אלו יש להרחיב את ההלכה.  
   פס"ד שלום: 2 פועלי בניין שנמחצו למוות. חברם לעבודה טען שעבד עם אחד מהם 30 שנה ונגרמה לו טראומה. פסק הדין לא התקבל מפני שגילו שהוא שיקר, לא היה במקום המקרה.
2. התרשמות ישירה מן האירוע המזיק: עולה השאלה מה קורה אם אדם נמצא במקום בו לא יכול היה לקבל הודעות וגילה על משהו טרגי מספר ימים אחרי האירוע. מבחינת הניזוק, רגע פתיחת ההודעה הוא רגע העימות עם האירוע. אפשרות נוספת היא חשיפה מתמשכת לתוצאותיו של האירוע המזיק (למשל, ישיבה ארוכה ליד המיטה של הניזוק). **הדרישה היא שהתובע יעמוד בחושיו על התוצאות המיידיות**. כלומר, יחווה בעזרת החושים שלו את התוצאות של האירוע. אולם, **אין מניעה לקבלת פיצויים גם אם המידע התקבל מכלי משני ולא דרך החושים שלו**.
3. מידת הקרבה במקום ובזמן לאירוע: **ככל שיש קרבה גדולה יותר לאירוע עצמו הנטייה להכיר בנזק הנפשי גדולה יותר**. לדוגמא, מי שהיה במקום האירוע. עם זאת, **הזמן הוא גמיש**. נניח מקרה שבו אדם מטייל בחו"ל ונמצא במקום ללא קליטה מספר שבועות. כשחוזר למקום עם קליטה, מקבל את בשורת האיוב, מתרשם מהאירוע שקרה מזמן, ולוקה בנפשו. יש להכיר בניזוק זה.
4. חומרת הנזק הנפשי שניתן לפצות בגינו: **צמצום סוגי הנזק** בגינם ניתן לתבוע. **יש לפצות רק בגין נזקים נפשיים מהותיים**, רציניים ובמקרים של פגיעות נפשיות חמורות גם אם אינן עולות כדי מחלת נפש.

**קריטריונים 1 ו-4 הם המשמעותיים**. רוב העתירות שניסו לפרוץ את הלכת אלסוחה התעסקו בהחרגת שני קריטריונים אלו. חשוב להדגיש– **הלכת אלסוחה אינה מחליפה את נוסחת האחריות הנזיקית אלא מוסיפה עליה**. מי שטוען לפיצוי ע"פ הלכה זו צריך להוכיח את הנוסחה הנזיקית (נזק נפשי חמור) **ובנוסף** את ארבעת תנאי ההלכה (פס"ד שווקי).

* **הדין בישראל** – בחוק הפתל"ד, 'נפגע' מוגדר כאדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים. **נזק גוף כולל גם ליקוי נפשי או שכלי**. בביהמ"ש המחוזי סברו כי מדובר בפגיעה ישירה מתאונת הדרכים. שמגר קובע כי חוק הפלת"ד יכול לכסות אחריות זו, שכן הנזק הנפשי יכול להיגרם גם עקב תאונת הדרכים ע"פ מבחני הקש"ס.

**לוי נ' שערי צדק:**

המערערת הרתה בהפריית מבחנה ונרשמה ללידה בבי"ח שערי צדק. בשבוע ה40 פנתה לחדר מיון היולדות וקבעו כי זו לא לידה פעילה ועליה לשוב לביתה. לאחר יומיים חשה שוב בצירים וחזרה, ביקשו ממנה להסתובב בין כותלי ביה"ח. לאחר זמן מה נבדקה שוב וגילו כי דופק העובר נדם. בביהמ"ש קמא נקבע כי ביה"ח שערי צדק אחראים למותו של העובר ברחם האם. לא הוכחה פגיעה נפשית חמורה להורים.

השאלות המשפטיות: האם הלכת אלסוחה תחול גם מקום שלא הוכח נזק נפשי ברמה הנדרשת? האם ההורים הם ניזוקים עיקריים או משניים?

אובדן ההשתכרות של העובר על השנים האבודות: אין תשובה ברורה לשאלה זו בפס"ד מפני שהעובר מת ברחמה וע"פ חוק הכשרות המשפטית העובר עדיין לא נולד לכן לא זכאי לזכויות ולחובות.

ריבלין:

* **ביה"ח הפר את חובת הזהירות** כלפי ההורים.
* נזקי קורבנות המעגל השני: האמא נמצאת בגבול בין נפגעת משנית לעיקרית, מכיוון שהבדיקה, שלא בוצעה ובגינה מת העובר, הייתה אמורה להיות בגופה. יש חילוקי דעות בין השופטים, אבל בכל מקרה היא זכאית לפיצוי ע"פ ניזוק נפשי במעגל המשני. נקבע כי **האם והאב זכאים לפיצויים, האם כנפגעת עיקרית והאב כנפגע משני**.
* הרחבת הלכת אלסוחה: עפ"י הנסיבות המיוחדות של המקרה ולאור תכלית הלכת אלסוחה, בשל הנזק הממשי שנגרם להורים – **שניהם זכאים לפיצוי בגין הנזקים הלא ממוניים על אף שאינם עומדים בתנאי הרביעי** (שיעור הפגיעה הנפשית).
* החידוש: **הרחבת הלכת אלסוחה** –האחריות לפיצוי ניזוק משני בגין נזק נפשי **תחול במקרים קשים וחריגים למרות אי עמידה בתנאי הרביעי שעניינו בשיעור הפגיעה הנפשית**.

**הערעור התקבל**.

**שוויקי נ' מדינת ישראל:**

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

השאלה המשפטית: האם נפגעים במעגל הניזוקים המשני זכאים בנוסף לפיצויים בגין נזק נפשי, לפיצויים בגין נכות פיזית שנגרמה להם? אם כן, מהם התנאים אשר בהתקיימם יוענק להם פיצוי כאמור?

ברלינר: במקרה זה המערערים לא עומדים בתנאי הרביעי להלכת אלסוחה, שכן לא הוכח נזק נפשי מהותי ורציני.

ריבלין: יש להכיר בהלכת אלסוחה גם בנזק פיזי שנגרם לניזוק העקיף כתוצאה מההלם באירוע. בתנאי הרביעי – יינתן פיצוי בגין נזק פיזי במידה וזהו נזק ממשי שמשפיע על יכולת התפקוד היום יומית. עוד לפני בחינת ארבעת התנאים, **על התובע להוכיח כי הנזק הפיזי שנגרם לו קשור ישירות לאירוע הנזיקי**. כלומר, עליו להוכיח קש"ס עובדתי ומשפטי ע"פ נוסחת האחריות הנזיקית.

על מנת שתקום זכאות לפיצוי בגין נזק פיזי שנגרם כתוצאה מהלם או זעזוע עמוק בשל מעשה עוולה עיקרי שביצע המזיק כלפי אחר, **על הניזוק העקיף להוכיח כי התרשם באופן עצמאי מאירוע נזיקין עיקרי שהמזיק ביצע כלפי קרוב משפחתו מדרגה ראשונה, וכי בעקבות כך נגרם לו, במסגרת קרבה סיבתית במקום ובזמן, נזק פיזי ממשי** שהוא בעל משמעות תפקודית. לכן, **הערעור נדחה**.

החידושים:

1. **נזק פיזי הנגרם בעקבות נזק נפשי** **כתוצאה מעוולה**, **ייחשב כנזק לכל דבר**, במעגל המשני.
2. ברגע שאדם שם עצמו בתבנית של ניזוק נפשי במעגל המשני **הוא חייב להוכיח קש"ס**. הלכת אלסוחה אינה מייתרת את הוכחת נוסחת האחריות הנזיקית.

(ג) **מיטיב**:

**האדם שסועד את הניזוק**. לדוגמא, אדם שחברו ניזוק, והוא סעד אותו במשך X זמן. במהלך תקופה זו הוא לא עבד, נפגע בדרך כזו או אחרת ולכן זכאי לפיצוי מהמזיק. זהו עיקרון מעניין אשר החוק מקדם – מעין אלטרואיזם. האחריות על הפיצוי היא על המזיק. עם זאת, אין לאפשר להרבה אנשים לסעוד את הניזוק, אלא הרצון הוא לאפשר למספר אנשים בודדים לעזור לקרוביהם הניזוקים.

ס' 5 לחוק הטבת נזקי גוף כולל סייג לסכום הפיצוי – סכום גג שאותו החוק מתיר לפיצוי (שווי שירותים סיעודיים לאותה תקופה). לדוגמא, אדם שמרוויח משכורת גבוהה יקבל את הסכום שאחות סיעודית תקבל עבור אותה תקופה. אדם המרוויח פחות מעלות השירותים הסיעודיים לאותה תקופה יקבל את הסכום אותו הוא מרוויח. מצד אחד, יש רצון לעודד אלטרואיזם. מצד שני, יש רצון לשמור על 'קו השפיות' בעניין גובה הפיצוי.

(ד) **עיזבון**

(ה) **תלויים**:

**יחזקאל נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ:** **גיל התלות**

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

השאלות המשפטיות:

1. האם יש להפחית מתביעת התלויים את סכום הירושה או את הסכום שנבע מהאצת הירושה?
2. האם יש לנכות מתביעת התלויים את הפיצוי בגין אובדן כשר השתכרות?

ברק:

* תלות בתקופת השירות הצבאי: תקופת התלות היא אינדיווידואלית. במציאות הישראלית, **בתקופת השירות הצבאי נמשכת תמיכת המשפחה בילדיה**. שלילת פיצויים בתקופה זו שוללת את מטרת הפיצויים. עם זאת, **בתקופת השירות הצבאי קטנה התמיכה הכספית של ההורים**.
* האם יש להתחשב בירושה כגורם המפחית את הפיצוי? **אין להפחית את שווי ההאצה** לגבי נכסים בהם היורשים משתמשים בחיי המנוח – דירת מגורים/מכונית.
* **אין לנכות מתביעת התלויים את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות**. עם זאת, יש להפחית את אותו חלק מהפיצויים בגין אובדן כושר השתכרות שהיה מיועד לצורכי המנוח, ואשר המנוח לא נזקק לו בהיותו בבי"ח.
* **ערעור התלויים והערעור הנגדי התקבלו בחלקם**.

ההלכה: הנורמה היא שההורים תומכים בילדיהם גם בשירות הצבאי ולכן **יש להכיר בתלות גם בתקופה זו**. הצבא מספק חלק מהצרכים של התלוי ולכן **יש חזקה שהתלות יורדת לשליש בתקופת הצבא**.

**לינדורן נ' קרנית: ידועים בציבור כתלויים**

במקרה זה המנוחים קיפחו את חייהם. האחד בתאונת דרכים והשני בעת חפירה בתעלה תת-קרקעית. הם הותירו אחריהם בנות זוג.

השאלה המשפטית: האם ידועים בציבור נכנסים בגדר המונח 'בן זוגו' כפי שמופיע בס' 78 לפקנ"ז?

ברק:

* העמדה המקובלת: **מובנו הלשוני של 'בן זוג' איננו מוגבל לזוג נשוי**. במובן המשפטי, תכלית הפיצוי לתלויים הינה לתת להם פיצויים על אובדנם הכספי בשל התלות במנוח.
* ידועה בציבור היא בגדר 'בן זוגו' של המנוח כמשמעותו המשפטית:בהתאם לתכלית הספציפית של ההסדר בפקודה, **המטרה היא להעניק פיצוי בגין אובדן התלות תוך החזרת המצב לקדמותו**. לכן, אם השניים חיו כמשפחה, יש לראות בה בת זוג של המנוח לעניין התביעה. עם זאת, אם לבת הזוג ילדים שאינם מהמנוח, אין להעניק להם פיצוי על אובדן התלות. בנוסף, ישנה תכלית מהותית והיא שמירה על ערך השוויון – **אין הצדקה להבדיל בין בת זוג נשואה לבין בת זוג שאינה נשואה**.
* הקריטריונים ל'ידוע בציבור': ניהלו משק בית משותף, קיימו יחסי אישות, הקימו משפחה מאוחדת (הייתה להם בת). **קריטריונים אלו גמישים** ולא מצטברים, הם תלויים בנסיבות. **ככל שיעמדו יותר בקריטריונים יהיה קל יותר להגדירם כ'ידועים בציבור'**.
* נימוקים נגד והפרכתם:

1. בפקודה האנגלית השתמשו במושג המדבר על אישה נשואה, לכן אין לשנות את המשמעות ולכלול ידועה בציבור.
2. זכות האלמנה התלויה נגזרת מזכות האישה הנשואה למזונות. לידועה בציבור אין זכות למזונות ולכן אין לה זכות לפיצוי במותו. זוהי לא מטרת הפיצוי (אלא לפצות על אובדן התלות) ולכן גישה זו אינה עומדת.
3. במידה ולמנוח הייתה ידועה בציבור, אך בו בעת היה נשוי כדין לאישה אחרת יתעורר קושי. כדי למנוע מצב מסובך זה, יש לשלול את זכותה של האלמנה הידועה בציבור. ברק מבהיר שוב כי **המבחן לזכותו של התלוי הוא בקיום תלות בפועל ובסיכויי התלות בעתיד, לולא המעשה הנזיקי**.
4. הכרה במעמד הידוע בציבור מחזק אותו ופוגע במוסד הנישואין. ברק לא מקבל טענה זו ומבהיר כי הפסיקה בישראל הכירה בידועים בציבור.
5. כאשר המחוקק רוצה להכיר בזכות של ידועה בציבור, הוא מציין זאת במפורש וכאן זה לא נעשה. ברק מסביר כי ישנם שופטים שקיבלו עמדה זו וכן, במקרה זה מדובר בפעולה פרשנית רגילה בסוגיה משפטית. עם זאת, הפקודה היא מתקופת המנדט וככל הנראה הטכניקה הזו של המחוקק (להרחיב את המונח 'בן זוגו') לא הייתה ידועה אז. כמו כן, במקרה זה ההסדר יפורש עפ"י תכליתו, הכוללת את הידוע בציבור. בנוסף, אין להשוות לחוקים אחרים (בהם כללו במפורש ידועה בציבור) שכן התכלית שונה לגמרי.

* הפיצוי שניתן הוא על תלות בפועל, אך גם על התלות בכוח (בפוטנציאל): תלות בפועל הינה תלות שהייתה קיימת בפועל בזמן האירוע הנזיקי, ואילו תלות בפוטנציאל היא תלות שאינה קיימת בפועל בזמן האירוע, אולם היה פוטנציאל לכך שהאדם יהיה תלוי בעתיד באדם שנפגע, ועליו להוכיח זאת.
* סיכוי לפי מבחן הסבירות: ביהמ"ש קובע שאם קשה להוכיח תלות פוטנציאלית, יעברו לקביעה של סיכוי לפי מבחן סבירות. למשל, למנוח היו 3 ילדים ו-2 מהם קיבלו תלות מהמנוח בכל התקופה שהיו סטודנטים, אז הילד השלישי יכול להוכיח שהוא גם היה מקבל מהמנוח תמיכה בתקופה שהוא יהיה סטודנט בעתיד. יש להניח שגם הוא היה מקבל את התלות הזו. זהו עניין של פוטנציאל, יש להניח שייתנו פיצוי באחוז מסוים.
* ההלכה: **המונח 'בן זוגו' בס' 78 לפקנ"ז כולל גם ידועים בציבור**.

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

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

השופט עמית הציג שלוש גישות:

1. רחבה: **כל תמיכה של הורה בילדיו שהלכה לאבדון בעת המוות מקימה עילת תביעה לתלויים**. כלומר, כל הפסד שנגרם בפועל לילד כתוצאה ממות ההורה (למשל כולל חופשת סקי). גישה המתעלמת מהתלות בפועל.
2. מצומצמת: **תלוי הוא רק אדם שנעדר יכולות לפרנס את עצמו**, וכל קיומו היה תלוי בהורה המנוח. **רק תלות אמיתית קיומית** (למשל נכות).
3. ביניים: **כוללת גם אדם שיכול לפרנס את עצמו, אם הוא בפועל סמוך על שולחן הוריו** והם מספקים לו את כל צרכי מחייתו (כלומר הוא מסוגל להתפרנס, אך בפועל לא כך הדבר, ההורים מפרנסים אותו). המבחן לכך הוא מבחן מעשי של עצמאות מול תלות – גיל הילד, יכולת השתכרות, קיום תא משפחתי עצמאי ועוד.

**אפשרות הביניים היא האפשרות בה בוחר השופט עמית**. לטענתו, אפשרות זו קרובה לאפשרות המצמצמת. הוא מנמק את החלטתו במספר נימוקים:

* הפרשנות המילולית והתכליתית של ס' 78: מעניק למונח תלוי תוכן, בפרשנות מהמילון – אדם אשר "כרוך אחר המנוח עד כי נעדר הוא בסיס משל עצמו. הוא אינו יכול לעמוד ברשות עצמו ללא תמיכה מהמנוח ואינו מסוגל לכלכל את עצמו". **הפרשנות התכליתית הינה הענקת זכות תביעה לבני משפחה קרובים במיוחד, אשר משקפים תלות כלכלית**. ביטוי גישה מצמצמת, המאפשרת זכות תביעה במקרים של תלות ממשית והדוקה ושותפות במשק בית – עומדת בבסיס הזכות. לכן, לא הגדירו גם אחים כתלויים.
* שיקולי מדיניות:תיחום גבולות האחריות הנזיקית. מקרה זה מתקרב לגבול היקף האחריות הנזיקית, ובמקרי גבול שכאלו, על ביהמ"ש לנקוט בזהירות רבה. בנוסף, יש למנוע תוצאות בלתי רצויות, במקרה זה עלול להיות **מדרון חלקלק**, בו כל ילד יפנה ויטען כי הוא תלוי וכל מקרה יצטרך להבחן לגופו. סביר להניח כי זו לא הייתה כוונת המחוקק.
* תביעת התלויים היא תביעה עצמאית, אך היא מושפעת מתביעת העיזבון: בין התביעות תיתכן חפיפה בחלק מראשי הנזק, לרוב בראש נזק של אובדן תמיכה. לכן, למניעת כפל פיצוי נקבע כי אם התלויים והיורשים אינם זהים, תביעת התלויים תנוכה מזכות העיזבון לאובדן השתכרות בשנים האבודות. לדעת עמית, ראוי כי **במקרה בו אין תלות ממשית, ההחלטה על המשך התמיכה תושאר בידי העיזבון**.
* במקרה זה נקבע כי אין תלות, בשל כך **נדחתה התביעה**.

סולברג: **תומך בגישת הביניים**, כקרובה יותר לפרשנות המרחיבה.

דנציגר: **לא מכריע**, משום שלדעתו לא הוכחה כלל תלות.

**הגנות**

2 סוגי הגנות: (1) הגנות כלליות (2) הגנות חלקיות.

**הגנות כלליות:**

הגנות שמשחקות בצורה של "הכל או כלום". **חוסמות לחלוטין את התביעה**. יש הגנות שמנסות לקעקע את יסודות העוולה ויש הגנות שבאות גם כשמתקיימים כל היסודות.

1. קעקוע יסודות העוולה: ערעור על אחד מהיסודות המצטברים של נוסחת האחריות הנזיקית (עוולה, נזק, קש"ס). **אם אחד הרכיבים לא מתקיים אזי לא מתקיימת העוולה**. גם את יסודות העוולה עצמה (כמו יסודות התקיפה) ניתן לקעקע. ככל שנראה שיותר יסודות לא התקבלו, כך נחזק את ההגנה.
2. חסינות:

* חסינות של קטין – ס' 9 לפקנ"ז. לא תוגש תובענה כנגד קטין שטרם מלאו לו 12. מי שטרם מלאו לו 18 יכול להיתבע/לתבוע על עוולה, אלא אם כן היא נובעת מחוזה שעשה.
* חסינות של שופט – ס' 8 לפקנ"ז. אנחנו לא רוצים להגיע למצב ששופט אחד ישפוט את שיקול הדעת של שופט שני, אלא רק הערכאה הגבוה יותר. שופט שמפחד שיתבעו את המדינה בגין 'פשלות' שלו יפחד לשפוט ולכן לא נרצה לאפשר זאת. לשופט יש עצמאות שיפוטית ולכן לא ניתן לתבוע אותו. עולה שאלה בספרות ובפסיקה האם החסינות היא דיונית או מהותית.
* לקוי בנפשו – הפקנ"ז שותקת כלפי לקוי בנפשו. יש גישות שונות בפסיקה בדיני הנזיקין.

**רע"א 3359/18 מדינת ישראל נ' אדם:** **חסינות של שופט**

אזרח סודני הגיש תביעה נזיקית לבימ"ש השלום כנגד שר הפנים, הממונה על ביקורת הגבולות במשרד הפנים, שב"ס, ביה"ד לביקורת משמרות של שוהים שלא כדין, צה"ל ומדינת ישראל. לטענתו הוחזק שלא כדין במשך שנתיים. בכתב ההגנה המדינה ביקשה לסלק את התביעה כנגד ביה"ד בשל החסינות השיפוטית בס' 8 לפקנ"ז. הערעור נדחה במחוזי. זוהי בקשת ערעור.

השאלה המשפטית:האם ניתן לחייב את המדינה תחת דיני הנזיקין בשל מעשה/מחדל של נושא משרה שיפוטית?

השופט מזוז:

* החסינות השיפוטית מונעת הגשת תביעות נזיקיות נגד בתי המשפט ובתי הדין ושאר נושאי משרה שיפוטית. עם זאת, אין מענה לשאלה האם ניתן להגיש תביעה כנגד המדינה בגין עוולה של נושא משרה שיפוטית ממלכתית.
* חסינות דיונית: **שוללת את האפשרות להגיש תביעה בעניין זה**, אך החבות קיימת (ניתן לתבוע באחריות שלוחית).
* חסינות מהותית: **האחריות כולה נשללת ואין אפשרות להגשת תביעה כלל**.
* האם החסינות מהותית או דיונית? התכליות העיקריות של מוסד החסינות הינן **שמירה על העצמאות השיפוטית, אי התלות האישית ושמירה על תפקוד תקין של מערכת השפיטה מפני השפעות זרות**. על כן, ניתן להסיק כי זוהי **חסינות מהותית**. מכך יוצא כי לא ניתן לתבוע את המדינה בגין עוולה שיפוטית שכן זוהי עקיפה של החסינות השיפוטית, מה שלא מתיישב עם תכליתה.
* פועל יוצא של סיווג החסינות השיפוטית כחסינות מהותית הוא כי **לא ניתן לתבוע את המדינה באחריות שלוחית בגין עוולה שיפוטית**.
* ההלכה: **החסינות השיפוטית היא חסינות מהותית, מוחלטת ומלאה ואין לעקוף אותה בשום דרך**.

השופטת וילנר: מסכימה עם מזוז, אבל סבורה כי **במידה והשופט עשה משהו** **במכוון** (עשה שימוש לרעה במעמד השיפוטי), **יש צורך לעיין** **בכך** (משאירה בצ"ע).

**הערעור התקבל**.

**רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג:** **לקוי בנפשו**

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

השאלה המשפטית: האם ניתן להחיל אחריות נזיקית על חולה נפש?

השופט רובינשטיין:

* היסוד הנפשי הנדרש בעוולת התקיפה הוא "במתכוון". במקרה זה מדובר במעשה מכוון, המערער ידע את טיב מעשיו ותכנן את המעשה והתוצאה. על כן, **התקיימו כל יסודות העוולה**.
* **העדר שפיות:** אין הגנה שכזו בפקנ"ז. יש לכך 3 גישות במשפט האנגלי:

1. **לקות נפשית אינה הגנה** בנזיקין.
2. יש להחיל אמת מידה אחידה של אחריות בפלילים ובנזיקין. כלומר, אין לעניין זה שוני בין נזיקין לפלילים. לכן, גם **בנזיקין יש הגנה ללקוי בנפשו**.
3. גישת ביניים: אין הכרח כי המזיק יבין את המשמעות המוסרית של המעשה, אך **ההגנה בנזיקין תחול רק אם ללקוי בנפשו לא היה יסוד מינימלי של שליטה** (מי שפועל אוטומטית לא נושא באחריות).  
   **שמואלי**: גישה זו כנראה עולה בקנה אחד עם מטרת הצדק החלוקתי.

רובינשטיין ונאור: **מסכימים עם גישת הביניים**, לפיה **הגנה בנזיקין תחול רק במקרה של היעדר שליטה**. הם מנמקים את דעתם בבחינת מטרות דיני הנזיקין, מתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל ושלילת התוצאה של המעשה הנזיקי, ועיקרון ההגינות שביסודה, מביאים למסקנה כי רק היעדר שליטה על תנועות הגוף, יהיה מקורה אשר יהא, מהווה הגנה בנזיקין. **במקרה זה המערער שלט במעשיו**.

ארבל: **נוטה לגישה הראשונה**, לטענתה, התכלית הנזיקית מחייבת הטלת אחריות נזיקית על חולה נפש, גם במידה ופעל אוטומטית היות ומשקפת את המעבר בדיני הנזיקין משאלת האשמה לשאלה מי ראוי שיישא בנזק. בנוסף, מוסיפה כי תכליתם העיקרית של דיני הנזיקין להביא לכך שככלל, ובהתקיים התנאים הקבועים בחוק, יפצה המזיק את הניזוק על הנזק שגרם לו. לכן, **התכלית הנזיקית מחייבת הטלת אחריות נזיקית על חולה נפש**, גם אם עוול בעטיה של מחלתו, ואף אם הוכח כי לא יכול היה להימנע מעשיית המעשה.

**הערעור נדחה**.לאחר ויכוחים של שנים רבות ישכיוון כללי – **מקבלים את שיטת הביניים**.

1. הסתכנות מרצון: ס' 5 לפקודת הנזיקין. **מי שנכנס למצב מסוכן מרצון לא יכול לבוא בטענות למזיק, אלא כלפי עצמו**. לדוגמא, מישהו יוצא לטיפוס הרים ויודע שהוא מסכן עצמו, נחשף למצב זה מרצונו. אלו מהווים הגנה מלאה מול התביעה. ברגע שמתקבלת הטענה של הסתכנות מרצון – התובע יישא בתוצאות הסיכון.כדי שנתבע יקבל הגנה עליו להוכיח:
   1. כי הניזוק ידע על הסיכון כולל הערכת מהות הסיכון ואופיו המסוכן.
   2. הניזוק חשף עצמו מרצון לסיכון, הן הפיזי והן המשפטי.
   3. הניזוק רצה לחשוף עצמו לסיכון ולהשלכותיו המשפטיות בהתבסס על ידיעת מצב הדברים שגרם לנזק והזכות להישמר ממנו. עצם ידיעת הסכנה אינה מעידה שהיה רצון.

**ביהמ"ש נוטה לפרש הגנה זו בצמצום** כי הוא מעדיף אשם תורם. ההגנה הרלוונטית בעיקר כשמדברים על **ספורט אתגרי**.

1. מעשה של מה בכך: ס' 4 לפקנ"ז. זהו מקרה שלא נגיש תביעה נזיקית בגינו. ישנו אירוע נזיקי, אך **הפגיעה שולית**, **לא מוגדרת כמעשה עוולה**. זוהי פגיעה שלא יתבעו עליה תביעת נזיקין (למשל ילד שגנב מסטיק).
2. ניתוק הקש"ס: ס' 64 לפקנ"ז. יש מקרים שבהם הקש"ס מתנתק. בד"כ יש צורך בקש"ס בין עוולה לנזק. באף מקום בפקנ"ז לא מצוין רכיב הקש"ס, אלא על דרך השלילה. ס' 64 קובע מתי מתנתק הקש"ס ומכאן מבינים כי צריך קש"ס.   
   מקרים בהם מתנתק הקש"ס:

* **הנזק נגרם ע"י מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה**. מאורע טבעי בלתי רגיל הוא שמור למקרים נדירים, אין הרבה מקרים בהם לא ניתן כלל לצפות מראש ולנקוט באמצעי זהירות.
* **אשמו של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק**. נכון שאני גרמתי לנזק, אבל מעשה של אדם אחר הוא הסיבה הדומיננטית לנזק. הרעיון הוא להגיד שזה בכלל לא אני שגרמתי לנזק, ולכן לא אני צריך לפצות. האדם האחר יכול להיות גם הניזוק עצמו.

**הגנות חלקיות:**

הגנות אשר מביאות ל**הפחתה חלקית באחריות** המזיק.

1. אשם תורם: ס' 68 לפקנ"ז. בדיקה האם לניזוק עצמו יש אחריות לנזק והאם תרם להתרחשותו. אם יש תרומה של הניזוק לנזק, מפחיתים את אחוזי האשמה שלו מהפיצויים. אשם תורם היא **תרומה של הניזוק להיווצרות הנזק עצמו**.
2. הקטנת הנזק: אין ס' הנוגע להקטנת נזק, אך הגנה זו **קיימת מכוח הפסיקה**. הקטנת נזק אומרת ש**הניזוק צריך לעשות מעשה סביר להקטין את נזקו**. נוסחת האחריות הנזיקית התקיימה, עכשיו **הוא צריך להקטין את הנזק שכבר נגרם**. לדוגמא, אדם הגיע הביתה ורואה שיש הצפה מהבית של השכנים שמחלחלת לבית שלו, בנסיבות האלה הוא צריך לנסות להקטין את הנזק (למרות שהוא אינו חלק ממנו). ניזוק עשה מספיק כדי להקטין את נזקו כאשר עשה מה שאדם סביר היה עושה בנסיבות העניין על מנת להקטין את הנזק. **אדם לא יקבל פיצוי בגין נזק שיכל להקטין ולא הקטין**. ההגנה הזו צריכה להיות סבירה. ככל שהקטנת הנזק כרוכה במעשה פולשני, פחות נגיע למצב בו נגיד שיש להקטין את הנזק על מנת לקבל פיצוי מלא (למשל, דוגמנית שצריכה ניתוח פלסטי על מנת להקטין נזק ולחזור לעבודה).
3. הגנות ספציפיות: למשל, ס' 24 לפקנ"ז – הגנות מפני עוולת התקיפה (הגנה עצמית, תו"ל וכו'). דוגמא נוספת – לשון הרע. הגנות אלו יכולות להביא להקטנת הפיצוי ולא להורדת העוולה כולה.

**ע"א 320/87 גנזך נ' אריה חברה לביטוח בע"מ: הקטנת נזק**

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

השופט אור:

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

**הערעור נדחה**.

**מטרות דיני הנזיקין**

**"קליעה למטרה" – פרופ' שמואלי**

קיימות שתי גישות מוניסטיות לניתוח התאוריה של דיני הנזיקין:

1. **צדק מתקן**: פועל יוצא של גישה מוסרית (חובה מוסרית).
2. **הרתעה יעילה**: פועל יוצא של גישה תוצאתנית, המנתחת בראייה כלכלית מול תועלת חברתית.

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

את המתח בין הגישות המוניסטיות ניתן לראות בפס"ד חמד שעסק בשאלת רשלנותם של שוטרי מג"ב שפגעו בנער בן 11. בפס"ד הוצגו מס' גישות הנוגעות למתח בין ההרתעה היעילה לצדק המתקן. עקרונות ההרתעה היעילה הוצגו דרך נוסחת לרנד הנד, גישה של יעילות כלכלית, המבינה כי החברה לא תמנע תאונות בכל מחיר. הצדק המתקן מתמקד בשני הצדדים בלבד ובצורך לתיקון הנזק. בפס"ד, ברק קבע כי נוסחת לרנד הנד אינה חזות הכל והעדיף מבחן של איזון אינטרסים הכולל גם צדק, הוגנות ומוסריות. לטענתו, הנוסחה כלכלית בבסיסה. מנגד, ריבלין טען כי גם צדק, הוגנות ומוסריות יכולים לבוא בתוך הנוסחה – זו מסגרת רעיונית שביהמ"ש יוצק לתוכה תוכן. ריבלין סבר כי צדק מתקן הולך עם ההרתעה היעילה, מלבד החריג, בו הוצאות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק. במקרה זה, לפי נוסחת לרנד הנד, לא תוטל אחריות, ואילו לפי שיקולי הצדק המתקן כן. נראה כי ברק וריבלין חלוקים בנוגע לנוסחה (האם היא כוללת גם עלויות ערכיות או רק כלכליות), אך הם אינם חלוקים בשאלה האם בחינת הרשלנות צריכה לכלול גם ערכים חברתיים. השניים מסכימים כי **בחינת ההרתעה היעילה בלבד, במבט כלכלי, אינה הוגנת ויש להכניס שיקולים ערכיים**. פס"ד זה מוביל לשאלה המרכזית – האם דיני הנזיקין אימצו את אחת מהגישות המוניסטיות או שמא ניתן לראות גישה פלורליסטית? **אין כיום הסכמה על שאלה זו**.

**מטרות דיני הנזיקין המודרניים:**

* צדק מתקן: מתרכז ב**תיקון מלא של העוול מהמזיק הקונקרטי לניזוק הקונקרטי**, ללא התייחסות לגורמים חיצוניים.
* צדק חלוקתי: מתייחס לכל הצדדים הפוטנציאלים לחלוקת העושר, הנטל והמשאבים בחברה לפי קריטריון של יחסיות, לצורך **קידום מטרות חברתיות**. **חלוקת עוגת הרווחה המצרפית בין המגזרים השונים** (החלשים והחזקים). על המשפט לתרום את חלקו לשינוי החלוקה ולהעצמת המגזרים החלשים והעשוקים.
* פיזור נזק: **פיזור הנזק בין שכבות הציבור השונות, שלא ייפול על המזיק הישיר בלבד**. **האחריות תוטל על מי שיכול לפזר את הנזק בעצמו על מס' גדול של אנשים**, כך שכל אחד יישא בחלק קטן של עלות התיקון מבלי שמצבו הכלכלי/החברתי ישתנה לרעה. לדוגמא, יצרנים יכולים לתמחר את הסיכון ע"י העלאה קטנה של מחיר המוצר, כך מפוזר הנזק על ציבור הצרכנים, מעין ביטוח עצמי. דרך נוספת היא הטלת נטל הנזק על בעל האמצעים (כיס עמוק). יש המאמינים כי חלוקה שווה יותר של המשאבים בחברה, תלויה ביכולת הצדדים המשתתפים בפעילות לספוג את הנזק ולפזרו ובכך, פיזור הנזק נכנס לצדק החלוקתי. שמואלי מוסיף כי הטלת האחריות על הכיס העמוק פירושה העברת עושר מהצד החזק לצד החלש. מנגד, יש הרואים בפיזור נזק כמטרה עצמאית או כחלק מהרתעה יעילה.
* הרתעה יעילה: נגזרת של הגישה הכלכלית למשפט. **מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית – להגיע ליעילות דרך הרתעה אופטימלית** (לא הרתעת חסר ולא הרתעת יתר). המטרה הינה **הגדלת הרווחה המצרפית באמצעות תמריצים** שההרתעה יוצרת, כך היא נהפכת לאמצעי אפקטיבי המשנה את פעולות הצדדים והיקפן ולאמצעי יעיל, המגדיל את הרווחה המצרפית מהפעילויות המתנגשות.
* פיצוי: **השבת המצב לקדמותו** – יש הרואים בכך שאיפה בלתי אפשרית, בעוד אחרים רואים בכך עקרון חשוב ששאר המטרות מנסות להגשימו, אך הוא לא יכול לעמוד כשלעצמו, אלא נסמך על המטרות האחרות. **הפיצוי מתרכז בניזוק ובצורך לפצותו, ללא חשיבות עקרונית לשאלת זהות המפצה**. אם המזיק לא יכול לפצות – יש חשיבות חברתית למצוא אחרים שיפצו בפועל.

**צדק חלוקתי והרתעה הן מטרות אינסטרומנטליות**, הצופות פני עתיד ורואות במשפט מכשיר לקידום מטרות חברתיות. **צדק מתקן ופיצוי הן מטרות העוסקות בצדדים הקונקרטיים**.

**Dobbs – THE LAW OF TORTS**

לפי דובס, תתכן סתירה בין המטרות, אך ברוב המקרים הגישות לא סותרות. הוא מבהיר כי זה טבעי לומר שהרתעה מגיעה מפלילים. בדיני עונשין מדברים על הרתעת יחיד והרתעת רבים. למשל, מקרה בו אדם מנתק את אשתו מהמכשירים, על מנת להפסיק את סבלה. זהו מקרה בו אין צורך בהתרעת יחיד, שכן אין חשש שהוא ימשיך לעשות זאת. עם זאת, יש צורך בהרתעת רבים – לתמרץ אנשים לא לעשות זאת.

**חלוקת דיני הנזיקין ל2 עקרונות:**

צדק: **פיצוי וצדק מתקן**. דיני הנזיקין נשענים על אחריות מוסרית. מטילים אחריות כאשר זה ראוי ומוצדק. הסתכלות על הפרט. צדק מתקן מתעלם מהמדיניות החברתית, הוא **מסתכל על הצדדים בלבד ומתעסק בעבר**.

מדיניות חברתית/תועלת ציבורית: **הרתעה וצדק חלוקתי**. גישה הבודקת **מה טוב לכלל החברה ולא לאדם ספציפי אחד**. שוקלים האם לאנשים יגרם נזק במידה ותוטל אחריות או לא. למשל, הטלת אחריות על בעל מפעל, המפעל הוקם באזור מוכה אבטלה בשל מענק מהממשלה. הוא סוגר את המפעל בשל האחריות ורבים יוותרו מובטלים. בכך, הטלת האחריות תסתור את הצדק המתקן. **מתעסק בעתיד**.

פיצוי מול הרתעה:

פיצוי הוא נגזרת של צדק, הוא צופה פני עבר. הרתעה היא נגזרת של מדיניות ציבורית, צופה פני עתיד (מטילים אחריות נזיקית על מנת להרתיע). **באופן עקרוני אי אפשר ליישב בין שתי הגישות, אך** **ברוב המקרים הגישות לא סותרות**, כשאני מחליט לתת פיצוי זה לרוב מסתדר בשתי הגישות. לפעמים, דווקא אם לא שמים דגש על תועלת חברתית, לא יאפשרו לתבוע כי ההרתעה לא רלוונטית ובכך הפיצוי ייחסם.

**גישות מוניסטיות מול גישות פלורליסטיות:**

* גישה פלורליסטית **מיישבת בין המטרות השונות**.
* גישה מוניסטית **בוחרת מטרה אחת** ו"הולכת איתה עד הסוף".

ישנם שני תרחישים אפשריים כאשר מדברים על המתח בין המטרות:

1. **המטרות מתנגשות אחת עם השנייה, אבל עדיין מביאות לאותן תוצאות**.
2. **המטרות מתנגשות אחת עם השנייה ומביאות לתוצאות שונות**. לכן, יש לפשר ביניהן או שאחת הגישות תנצח. לפי דובס, הצדק החלוקתי לא נכנס בשני גושים אלו באופן ברור.

האם שתי המטרות יכולות לעמוד יחד?

**המתח בין צדק חלוקתי לצדק מתקן** – עירמתמודדת עם שריפה משתוללת ורוצה לעצור את השריפה ע"י הריסת שורה של בתים. הזמן מהווה גורם קריטי והעיר מתעקשת לעשות זאת, למרות שאחד מבעלי הבתים לא הספיק לפנות את רהיטיו. בעל הבית תובע את העירייה. ניתן להסתכל על התביעה בשתי דרכים:

* **צדק מתקן:** העירייה גרמה נזק לתובע ולכן עליה לפצותו. התעסקות בפרט מבלי להתחשב בטובת הכלל.
* **שיקולים חברתיים:** העירייה עבדה לטובת הכלל ולכן אין לחייבה בנזיקין.

מאפייני הצדק המתקן: המטרה היא לתקן את העוול בין הפרטים הספציפיים, אין הסתכלות על טובת הכלל ולכן, אין שאיפה לחלק מחדש את המשאבים בחברה. גם אם החברה תפסיד הרבה מהטלת אחריות – זה לא מעניין, אלא רק הצדדים הקונקרטיים. גישה המבוססת על אשם – מי שאשם צריך לשלם, ואילו מי שלא אשם לא צריך לשלם.

האם צדק מתקן מתיישב עם משטר של אחריות מוחלטת? לפי דובס כן, כל עוד שני הצדדים מודעים לחוק – אחריות מוחלטת מתיישבת עם צדק מתקן. לכן, סטנדרטים קהילתיים מצדיקים משטר של אחריות מוחלטת.

**גישות שונות לצדק מתקן:**

**צדק מתקן תלוי אשם – הגישה האריסטוטלית/הגישה של ווינרב:**

גישה של אשמה נזיקית, **המזיק משלם כי הוא אשם**. לפי אריסטו, יש שלושה פרמטרים מצטברים לצדק מתקן המתבסס על אשם:

1. המזיק ישלם: **המזיק משלם** כעניין של כפרה על מעשיו, **יש לו אחריות**.  
   הבעיה – לפעמים הפיצוי לא מגיע מהמזיק ואפילו היום רוב תביעות הנזיקין הן לא נגד המזיק, אלא נגד חברות ביטוח.
2. הניזוק יקבל את הפיצוי: המזיק חייב לעמוד מול הניזוק הספציפי כדי לכפר ולפצות על הנזק שהוא גרם לו ולא דרך צד ג', בשל עניין מוסרי. כלומר, **הניזוק אמור לקבל את הפיצוי**.  
   משל החבל – שני אנשים עומדים ומושכים חבל, יש מאזן, אם אחד מושך חזק יותר הוא לוקח חלק מהחבל של השני, הדרך לתקן את זה היא להחזיר לו את חלקו בחבל, זוהי **השבת המצב לקדמותו**.  
   הבעיה – במציאות של ימינו אם הניזוק מת, העיזבון או המשפחה שלו יקבלו את הפיצוי.
3. הפיצוי יהיה בגובה הנזק: **הפיצוי צריך לכסות את הנזק**. פיצוי מעבר לגובה הנזק יהיה פיצוי עונשי.   
   הבעיה – בפועל יש בנזיקין פיצויים עונשיים. לא תמיד הפיצוי יהיה בגובה הנזק, לעיתים הוא יהיה פחות מכל מיני סיבות (לדוגמא, אנשים שנפגעים מעישון ופונים לקרן לפיצוי יקבלו את הסכום שיש לקרן ולא פיצוי מלא). אריסטו היה מתנגד לפיצוי העונשי, שכן לא ניתן לקחת יותר ממה שנגרם.

למה אריסטו מתעקש שהמזיק ישלם? מתוך **תמיכה בעיקרון האשם**. גישתו המשפטית אינה דתית, אך עם זאת היא מתכתבת עם גישה דתית. לדוגמא: כפרות – חטאתי ולכן דיני צריך להיות נורא ואיום. אז לפי אריסטו **אתה צריך לשלם על מנת לכפר**.

**ווינרב**: דוגל בגישתו של אריסטו. הוא לא חופף לו במדויק, אלא **לוקח את הצדק המתקן לימינו**. הוא אכן **חושב שהמזיק הוא זה שצריך לשלם**. לפיו, **ביטוח לא מתכתב עם הגישה האריסטוטלית**. ביטוח כלל לא נכנס תחת דיני הנזיקין, אלא תחת דיני חוזים הדנים באחריות מוחלטת, ואילו דיני נזיקין מתבססים על אשם.

ביטוח לפי גישה זו: למשל, חברות סיגריות מפרישות אחוז מסוים מההכנסות שלהן לקופה, אשר ממנה ישלמו את הפיצוי למי שנפגע מהן ותובע אותן. בעצם, **המזיק בכלל לא מכפר על האשמה, משום שהוא משלם מס קבוע אבל הוא לא מכפר על מעשיו**. הדבר אכן יותר יעיל, אך **לא עולה בקנה אחד עם הצדק המתקן**. הניזוק מקבל יותר כסף ממה שהוא צריך (כי לא כולם מגישים תביעות), יש פשרה בדבר גובה הפיצוי. פתרון נזקי הסיגריות מביא ל**הגשמה של העקרון השני, אך פוגע בשני העקרונות האחרים**. כלומר, אכן הניזוק מקבל את הפיצוי, אולם המזיק לא משלם (לא מרגיש את האשמה עליו), והפיצוי אינו בגובה הנזק.

הגישה האריסטוטלית בימינו לא עובדת, מכיוון ש**הצדק המתקן פחות עובד עם יעילות**. הגישה קיצונית.

**צדק מתקן לפי מאזן סיכונים – גישתו של פלטשר:**

תורת הסיכונים ההדדיים והבלתי הדדיים. התורה מסתכלת על שני הצדדים ובוחנת כמה כל אחד מסכן את השני ("מאזן האימה"). **גישה הנוטה לאחריות מוחלטת**. יש 3 אופציות:

1. סיכונים הדדיים: **שני הצדדים יוצרים סיכון פחות או יותר שווה**. א' פגע ב-ב', אך שניהם סיכנו אחד את השני. לדוגמא, שני רכבים יחסית דומים נוסעים בכביש, הם מסכנים אחד את השני באופן דומה, גם אם נהג אחד מתנגש בשני. **אם הסיכונים לפני התאונה היו הדדיים, כל אחד יישא בסיכונים שלו,** **כל צד יישא בנזק שלו**.
2. סיכונים לא הדדיים: **הסיכון לא הדדי מלכתחילה**. אם המעוול סיכן באופן חד צדדי הוא יישא בנזק, כמו למשל ברשלנות רפואית. לדוגמא, מטוס ריסוס שמתרסק לתוך מקום הומה אדם, הוא יכול להזיק לאנשים, אך אנשים אינם יכולים להזיק למטוס. **אם המעוול סיכן את הניזוק באופן חד צדדי, הוא יישא בנזק גם במידה והוא לא היה אשם**. דוגמא נוספת, אופנוע ומשאית, באופן כללי משאית מסוכנת יותר מאופנוע. כלומר, **אם אתה מסוכן יותר אז הציפייה ממך היא לנהוג באחריות יתרה**.
3. הסיכונים היו הדדיים אך עקב רשלנות הנתבע הם הפכו להיות בלתי הדדיים: במקרה זה, **המעוול הוא שישלם על הנזק**. לדוגמא, נהג אחד נהג בהשפעת אלכוהול והשני נהג לא שיכור, תחילה הסיכונים היו הדדיים, אך הנהג הראשון נטל על עצמו סיכון רציני שהפך את הסיכונים לבלתי הדדיים. **מי שלקח את הסיכון ישלם את הכל**.

גישתו של פלטשר יעילה, מלבד הסוג השלישי, משום שבסוג זה יש להיכנס לעומק העובדות, ולרוב קשה להוכיח.

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

נראה כי **יש חוסר וודאות בגישתו של פלטשר אשר גורם לעלויות**, לא בכל מקרה ניתן לדעת באופן וודאי מי הוא הגורם המסכן יותר ואם הסיכונים אכן הדדיים. מאחורי פלטשר עומדת גישה של צדק מתקן, אך כשמסתכלים על מי גורם יותר סיכון זה נראה יותר כמו צדק חלוקתי (מי שגורם יותר סיכון משלם).

לפי מאזן הסיכונים, אם אני צורך מוצר והוא מסכן אותי ולא את היצרן, זה סיכון חד צדדי כי רק היצרן יכול להזיק לצרכן. לכן, ברור כי אם אדם נפגע ממוצר, היצרן יישא בנזק. אך, מה אם הצרכן התרשל? לפי פלטשר תמיד היצרן ישלם ויש בכך בעייתיות כי היצרן יעלה את עלויות המוצר כביטוח. מה שמעניין את פלטשר זה שבסיטואציה הספציפית האדם יקבל פיצוי, לא מעניין אותו מה יקרה לאחר מכן, על כן זה **צדק מתקן**.

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

היתרון בגישה: גישה "זולה" מבחינת עלויות ההליך המשפטי, מפני שהיא יחסית פשוטה להבנה ולמימוש.

**מטרת הפיצוי – האם פיצוי הוא מטרה עצמאית?**

מאפייני מטרת הפיצוי: הפיצוי רצוי מבחינה חברתית – הניזוק הלא מפוצה יהווה אח"כ נטל על החברה, שכן לעיתים הפיצוי לא מצליח להשלים את כל הנזק, או שניזוקים חיים מכספי הציבור או פונים לסמים ואלכוהול אם הם לא מצליחים להשתקם מהפיצוי שניתן להם, ואז נוצרת פגיעה בחברה ובכלכלה ולא רק באדם מסוים. הפיצוי יעשה גם במקרים בהם הנזק נעשה בטעות.

צדק מתקן מול מטרת הפיצוי: ישנה גישה שלפיה פיצוי הוא לא מטרה, אלא **רק אמצעי בתוך צדק מתקן**, כלומר משתמשים בפיצוי כדי לתקן, כדי להרתיע. אולם, יש גישה אחרת לפיה **פיצוי הוא מטרה חברתית בפני עצמה**, מפצים כי צריך לפצות. העיקרון הנזיקי המרכזי הוא שניזוק לא יישאר ללא פיצוי.

במה שונה מטרת הפיצוי מהצדק המתקן?

* מטרת הפיצוי הינה מטרה חברתית-סוציאלית שבאה לפצות את האדם שניזוק, גם אם המזיק לא אשם. **הפיצוי מתרכז בפיצוי הניזוק ולא בשאלה מי יפצה**. לעומת זאת, **לפי צדק מתקן, הפיצוי צריך לבוא על בסיס שלושת הפרמטרים** של הגישה האריסטוטלית, כלומר מתמקד בשני הצדדים.
* **פיצוי יתקבל גם באין מזיק או שלא ניתן למצוא אותו**. אם המזיק לא ידוע (לדוגמא תאונת פגע וברח), יש מחויבות חברתית לא להשאיר אדם שניזוק ללא מענה. אולם, **לפי צדק מתקן, כאשר לא יודעים מי הפוגע אין צדק**. לדוגמא, כאשר חברות ביטוח משלמות.
* מטרת הפיצוי היא לפצות ולכן, **אין הכרח שהניזוק עצמו יקבל פיצוי ישירות**. זה בסדר אם הניזוק לא יקבל ישירות את הפיצוי, אלא למשל העיזבון שלו. לעומת זאת, **זה לא מתכתב עם צדק מתקן**.
* פיצוי גבוה/נמוך מהנזק: למשל בגישה של פיצויים עונשיים, **לפי הצדק המתקן – זה לא תקין**, משום שהפיצוי גבוה יותר מהנזק. אולם, **לפי מטרת הפיצוי – זה אפשרי**, משום שכל עוד הוא מקבל פיצוי זה תקין. מה קורה אם הניזוק מקבל פיצוי שנמוך מהנזק? לפי מטרת הפיצוי – זהו פיצוי חלקי, אבל לפי צדק מתקן זה בכלל לא תקין.

**השלכות הצדק החלוקתי:**

צדק חלוקתי היא **מטרה נפרדת אינסטרומנטלית**. צדק חלוקתי הוא חלק "זר" בדיני הנזיקין ובמשפט הפרטי, הוא מתאים למשפט הציבורי כי הוא עוסק בערכים של שוויון וחלוקה הוגנת.   
האם דיני הנזיקין מתאימים לתיקון חוסר שוויון? יש האומרים שצדק חלוקתי לא מתאים למשפט הפרטי, עם זאת, בפס"ד רים אבו חנא ראינו כי **צדק חלוקתי בא לידי ביטוי בפיצוי שניתן** **לנפגעת**. צריך לקחת בחשבון שכאשר מחלקים את העוגה בצורה שונה, זה יבוא על חשבון מגזר אחר.

**גישתה של נסלי בנדר – פמיניזם כגישה חלוקתית:**

בעולם המודרני יש הבדלי שכר בין גברים לנשים שפוגעים בנשים. נתוני השכר של עו"ד עם 5 שנות וותק – ממוצע השכר של גברים הוא 10,000 ושל נשים הוא 8,000. הפער נוצר בשל משפט חוקתי ודיני עבודה שלא השכילו להביא לשוויון. שני המגזרים נפגעים בתאונת דרכים באותה צורה וזכאים לאובדן השתכרות, האם אפשר לבוא בטענות לדיני הנזיקין על כך שהשבת המצב לקדמותו מהווה אפליה, שכן הגבר יקבל יותר מאישה? **דיני הנזיקין מנציחים אפליה** (מנציחים את העוול), **אבל לא גורמים לה**. כלומר, העיוות נכנס לתמונה עוד לפני שהם ניזוקו. העיוות בא לידי ביטוי בכך שלאחר שהם ניזוקו, ולא יוכלו לעבוד – הגבר יקבל מביטוח לאומי 30,000 שקל ואילו האישה תקבל 24,000 שקל.  
בנדר אומרת כי דיני הנזיקין בדיעבד אכן מפלים. **דרך אפשרית לפתרון העוול הקיים הוא צדק חלוקתי** – פיצוי על אובדן השתכרות לא יהיה לפי מה שהאדם מרוויח בפועל, אלא בדיקה סטטיסטית כמה מרוויח עו"ד בממוצע, במקום לבדוק כמה אישה מרוויחה וכמה גבר מרוויח. כלומר, **הצדק החלוקתי לא מגדיל את עוגת הרווחה המצרפית, אלא מחלק את המשאבים בצורה שווה יותר**. בפועל, לדוגמא, הביטוח ישלם סה"כ 18,000 ויחלק אותם שווה בשווה (9,000 לגבר ו9,000 לאישה).

ביקורת על הגישה: הגישה לא הוגנת, שכן הגבר מקבל פחות ממה שמגיע לו לקבל, מכיוון שמחלקים את מה שמגיע לו לנשים. בנוסף, אם יש אישה שמרוויחה כמו גבר, גם היא תיפגע ותקבל פחות ממה שמגיע לה. כלומר, הגישה בעייתית משום ש**על מנת ליצור שוויון היא פוגעת לעיתים בפרטים**.

דוגמא לצדק חלוקתי בדיני נזיקין: **הפחתת הפיצוי בלשון הרע עקב מצבו הכלכלי של הנתבע**.  
**נודלמן נ' שרנסקי:** נודלמן כתב ספר על שרנסקי ושם הוציא אותו רע. שרנסקי תבע אותו על לשון הרע, תביעתו התקבלה והוא קיבל פיצוי גבוה מאוד. נודלמן ערער לעליון בנימוק שאין לו כסף לשלם את הפיצוי הגבוה. **לפי הגישה של ווינרב ואריסטו – נודלמן הזיק ולכן צריך לשלם**. נודלמן מבין שהוא הזיק, אולם אם ישלם את הפיצוי הזה הוא ייפול מבחינה כלכלית. לכן, **ביהמ"ש העליון קיבל את הנימוק שלו והוריד את גובה הפיצוי**.

**הרתעה יעילה:**

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

הרתעה יעילה היא לא הרתעת יתר ולא הרתעת חסר. **הרתעה היא נגזרת של הגישה הכלכלית** – **היא מבקשת להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית** **ע"י תמריצים** – **מתמרצים את שינוי הפעילות ומכוונים התנהגות עתידית, גורמים למניעת תאונות**. אם יהיו פחות תאונות (אירועים נזיקיים) יהיו פחות הוצאות והחברה תרוויח.

דרכים להרתעה יעילה:

**דרך ראשונה להרתעה יעילה היא הקטנת מספר התאונות והדרך השנייה היא הקטנת הוצאות על תאונות שכבר התרחשו**. הקטנת מספר התאונות תהיה ע"י נקיטת אמצעי זהירות שונים, אמצעי זהירות אלה עולים כסף ועל כן לא נעשה הכל כדי לנקוט אמצעי זהירות. הקטנת הוצאות התאונות יכולה להיות ע"י כל מיני גורמים שיקטינו את הנזק גם במידה וכן יש תאונה (לדוגמא חבישת קסדה). המחוקק משתמש בחוק על מנת להקטין את נזקי התאונה. **הרתעה יעילה מנסה בו-זמנית להקטין תאונות ולצמצם את הנזק מהתאונה**. לדוגמא, הממשלה מקצה תקציב מסוים למניעת תאונות. **השאיפה היא למנוע**. עם זאת, אנחנו יודעים שלא ניתן למנוע את כל התאונות הנזיקיות, **ההרתעה היעילה שואפת לצמצם את הנזק מהתאונות שכן יקרו**.

התרעה יעילה באמצעות סוכנים: לעיתים יש "סוכן" לנקיטת אמצעי זהירות, לדוגמא חברת הביטוח אשר נותנות הנחות לאנשים שרוכשים מובילאיי. חברת מובילאיי מרוויחה, חברת הביטוח מרוויחה (היא חוסכת פיצויים בגין תאונות) והאנשים מרוויחים (כי יש הנחה על הביטוח ופחות סיכון), יש כאן **הרתעה יעילה דרך סוכנים שונים**.

**גישות שונות להרתעה יעילה:**

קלברזי ופוזנר מעוניינים להקטין את ההוצאות על תאונות קיימות, אך נוקטים בדרכים שונות לעשות זאת.

**הגישה של פוזנר:**

גישה המבוססת על **משטר של אשם – רשלנות**. פוזנר הסתמך על **נוסחת לרנד הנד**, הבודקת את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק ובכך בוחנת את אשמת המזיק. לפי פוזנר, אם מזיק ידע את נקודת האופטימום הוא ידע כיצד לפעול כדי לא להיות רשלן. פוזנר **מוסיף לאשם שבנוסחה אשם תורם**. כיום לא ניתן להסתכל על רשלנות או אשם ללא אשם תורם, כי בלעדיו אין תמריץ לניזוק.  
מידע = ודאות, הוודאות מונעת תביעות (אנשים ידעו מתי מגיע להם פיצוי וכמה). **נקודת האופטימום היא הנקודה שבה סך עלויות התאונות ועלויות מניעת התאונות הוא הנמוך ביותר**, משקיעים כמה שפחות כדי למנוע כמה שיותר תאונות (הגדלת עוגת הרווחה המצרפית). הנוסחה מתבססת על **חישוב אמצעי המניעה שאדם צריך להשקיע למניעת הנזק, מול כמה אדם היה צריך לשלם אילו הנזק היה קורה**.

נוסחת לרנד הנד: **תוחלת הנזק** (נזק ממוצע כפול הסתברות התממשות הנזק), מול **עלויות המניעה**. נקבע ש**מזיק התרשל אם עלויות המניעה קטנות מתוחלת הנזק**.

אירועון לתרגול נוסחת לרנד הנד:

תמונה שמכילה טקסט, גופן, צילום מסך, מספר

התיאור נוצר באופן אוטומטי

* 1. **תוחלת הנזק** = נזק ממוצע (1,000) \* הסתברות התממשות הנזק (1 ל-10) = **100**.   
     **עלויות המניעה** = 500 לשנה לחלק ל10 טיולים בשנה = **50**.

במידה ולא ירכשו את תיק העזרה הראשונה, הם ייחשבו כרשלנים במידה ויהיה נזק, מכיוון שעלות המניעה קטנה מתוחלת הנזק.

* 1. **תוחלת הנזק** = 400 \* 1 ל-10 = **40**.

**עלויות המניעה** = **50**.

אכן תשובתי תשתנה, אין הכרח בקנייה ערכת העזרה הראשונה. במידה ויקרה נזק, הם לא ייחשבו כרשלנים, מכיוון שעלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק.

**במידה והמזיק התרשל, על המזיק לשלם את גודל הנזק שגרם לניזוק ולא את תוחלת הנזק**. בדוגמה שלנו המזיק יצטרך לשלם 1,000 ולא 100 (תוחלת הנזק). הנוסחה לא אומרת לנו כמה המזיק צריך לשלם אלא **האם הוא צריך לשלם, כלומר האם הוא רשלן**.

דילמות העולות מנוסחת לרנד הנד:

* **מהם אמצעי המניעה הנדרשים באותו מקרה?** הניזוק יצטרך למצוא את אמצעי המניעה המזערי שהמזיק היה יכול ליטול ובכך למנוע את הנזק. כך, יוכיח שהמזיק התרשל ויהיה זכאי לפיצוי.
* **קיימים נזקים שונים ולפעמים קשה להיערך אליהם**. לדוגמא, אדם המשתמש במקדחה יודע כי הרבה נזק יכול לקרות, הנזקים הם מסוגים שונים ולא תמיד היצרן יכול לחשוב עליהם מראש.
* **לפעמים הנתונים אינם ברורים ויש עליהם וויכוח**. נראה שמבחינת העובדות, המזיק ינסה להראות שהנזק הוא נדיר, לא רציני ולא נפוץ.
* **האם נכון להשתמש בנוסחאות ומספרים במשפט?** הסיפור של רבי ירמיה והאפרוח הניפול (אפרוח שנפל מהקן): אדם הולך בדרך ורואה את האפרוח. האם הוא יכול לקחת אותו? האם הוא שייך למישהו? הגמרא אומרת שהוא צריך לבדוק האם יש שובך בטווח של 40 אמה (20 מטר). אם יש שובך ההנחה היא שהאפרוח כנראה נפל ממנו ולכן זה שייך לבעל השובך.   
  אז האם נכון להשתמש בנוסחאות ומספרים? הגמרא במקרה זה אומרת שכן, משום שזו שאלה של קניין. למי זה שייך? למוצא או לבעל השובך?  
  אמר רבי ירמיה – מה קורה אם רגל אחת של האפרוח נמצאת בטווח של 40 אמה והרגל השנייה לא? הוא **מותח ביקורת על הגישה הכלכלית על עצם השימוש בנוסחאות ומספרים**.

אירועון נוסף לתרגול:

תמונה שמכילה טקסט, גופן, צילום מסך, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטי

שאלות שעולות מנוסחת לרנד הנד:

1. האם בתי המשפט בישראל אימצו את הנוסחה? מחקרו של צחי קרן-פז: **משתמשים בנוסחה כמעט באופן גורף**. יש כאלו שממש אומרים אותה, ויש כאלו שמשתמשים בה מאינטואיציה ולא קוראים לילד בשמו.
2. מה קורה עם הניזוק?אם יש אשם תורם, איפה הוא מתבטא בנוסחת לרנד הנד? פוזנר אומר שניתן לבחון לפי הנוסחה ואם יש אשם תורם, **בוחנים את אותו הדבר כלפי הניזוק**. בודקים **מה הניזוק היה יכול לעשות על מנת למנוע את הנזק לעצמו**. לפוזנר יש נוסחה שמחברת בין הנוסחאות, הבודקת את האחוז של האשם תורם שצריך להוריד לניזוק.
3. האם מזיק יכול להגיד שלפי הנוסחה הוא היה צריך להשקיע 50 ואילו השקיע 25, אז ישלם רק חצי מהפיצוי? **לא**, או הכל או כלום. **אדם צריך לחשב מראש את אמצעי המניעה ולהשקיע את כל אמצעי הזהירות**.
4. מה קורה במצבים בהם לא ניתן לעשות חישוב לפי נוסחת לרנד הנד כי אין נתונים מספריים?

* **שיעור הנזק הממוצע** – בחינה האם הנזק כבד או קל. צד אחד יטען שהנזק חמור מאוד, אולם הצד השני יגיד שהנזק מינורי.
* **הסתברות התממשות הנזק** – באירועון הבריכה, יהיה ניתן להסכים על כך שהאירוע הנזיקי עלול היה לקרות בהסתברות גבוהה.
* **תוחלת הנזק** – הניזוק יטען שתוחלת הנזק מאוד גבוהה, על מנת להראות שהוצאות המניעה נמוכות והמזיק לא עשה כלום על מנת להשקיע במניעה. מנגד, המזיק יטען שתוחלת הנזק נמוכה.
* **הוצאות מניעה** – באירועון הבריכה, המזיק היה צריך לצפות שבתקופת הקיץ יהיה צורך בתגבור, בשל החופש הגדול. ניתן להביא עוד מצילים, מנקים, הצבת שלטים וכו'. המזיק יטען שאומנם העלויות של המניעה זולות, אך הן לא אפקטיביות. ילדים לא יודעים לקרוא שלטים או לא מכירים את השפה ולא יוכלו להבין את המציל. המזיק יגיד תמיד שעלויות המניעה גבוהות מאוד, ואילו הניזוק יגיד שעלויות המניעה זולות. **כתובע, צריך לנסות לשכנע את השופט שהמזיק בעל ניסיון בתחום** **ועל כן, היה עליו לחשב מראש את אמצעי הזהירות שלו**. ככל שיש למזיק יותר ניסיון, כך יהיה קל יותר להראות שהוא רשלן. התביעה תטען לאמצעי היעיל והזול ביותר.
* **מסקנה** – אם התובע יוכל להצביע על הוצאות מניעה זולות ויעילות, מול תוחלת נזק גבוהה יחסית, הוא יזכה. אם הנתבע יצליח להוכיח שתחולת הנזק נמוכה יחסית והוצאות מניעה רבות נדרשות, הוא יזכה.

**5604/94 ע"א חמד נ' מדינת ישראל:**

המערער נפגע בגיל 11 בראשו מכדור גומי, בעת שהיה עובר אורח בהתפרעויות בג'נין. במחוזי נקבע כי שוטרי מג"ב פעלו כראוי, ע"פ הנהלים ונקטו אמצעי זהירות סבירים בנסיבות העניין, ולפיכך נדחתה התביעה. המערערים טוענים כי יש להכיר באחריות המדינה למקרה זה, עפ"י דיני הנזיקין.

השאלות המשפטיות: האם המדינה פטורה מאחריות בשל 'פעולה מלחמתית'? בנוסף, מהו רף הזהירות אותו נדרשת המדינה לנקוט בסיטואציה מסוג זה?

הנשיא ברק:

* אחריות המדינה בשל פעולה מלחמתית: **המדינה פטורה מאחריות בגין פעולה מלחמתית**, אך **כאן לא הובאה ראייה לפעולה שכזו**. מדובר בפעילות שיטור ולא הוכח כי זוהי פעולה מלחמתית. לכן, **למדינה אין פטור מאחריות**.
* רמת הזהירות הנדרשת בעוולת רשלנות: **המדינה חבה חובת זהירות כלפי המערער**. האם הופרה חובה זו? **רמת הזהירות הנדרשת היא של אדם סביר**. מושג הסבירות בעוולת הרשלנות הוא **מושג אובייקטיבי** – האם האדם סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה?  
  א. **הסבירות נבחנת בנסיבות העניין** – פונקציה של נסיבות האירוע. למשל אם המזיק הוא קטין, תהיה התחשבות בגילו. המטרה הינה לבחון את סבירות ההתנהגות ע"פ התרחשותה באותה עת. בכך יש מעין סובייקטיביזציה של המבחן האובייקטיבי – **מבחן אובייקטיבי המתחשב בנסיבות האירוע**.

ב. נסיבות חיצוניות חשובות שיש להביאן בחשבון, הן **נסיבות החורגות מהתנאים הנורמליים**. יש להתחשב בצורך של כוחות הביטחון לקבל החלטה בתנאי לחץ ולכן נמנעת מהם האפשרות לשקול חלופות. מתוך כך, יש לבחון את סבירות פעולתם במסגרת נסיבות אלו ותוך התחשבות בטעויות בשק"ד שאינן מגיעות לכדי התרשלות.

* איזון בין אינטרסים וערכים: **תוכן הסבירות נקבע עפ"י איזון ראוי בין הערכים** הרלוונטיים להכרעה.  
  מנק' מבטו של הניזוק **יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו** ובהסתברות התממשות הנזק. ככל שהנזק גדול יותר והסיכוי להתממשותו רב יותר – יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.  
  מנק' מבטו של המזיק **יש לבחון את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון** ואת עלות המשאבים והאמצעים הדרושים למניעת הנזק. ככל שההוצאות הנדרשות למניעת הנזק הן כבדות יותר וההסתברות להתממשות הסיכון קטנה יותר, נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה.  
  מנק' מבטו של הציבור **יש לעמוד על החשיבות החברתית במניעת הנזק ובמניעת הפעילות היוצרת את הסיכון**. ככל שלפעילות יש חשיבות חברתית, יש לנקוט יותר אמצעים למנועה.

**סבירות ההתנהגות היא התוצאה של ההתנגשות בין שלושת אלו**.

* כיצד נעשה האיזון? כאשר השיקולים מוליכים לאותו כיוון, הדבר פשוט: אם הנזק לניזוק הוא רב, הסתברות התרחשותו גבוהה, האמצעים הנדרשים למניעת הנזק הם פעוטים ואין עניין לציבור – **ההתנהגות שגרמה לנזק היא בלתי סבירה**. מה קורה כשהשיקולים לא מוליכים לאותו הכיוון?
* נוסחת רנד הנד": **אם תוחלת הנזק לאחר נקיטת אמצעי הזהירות גדולה יותר מעלות המניעה, המזיק יוגדר כרשלן**. **אם עלות המניעה גדולה מתוחלת הנזק, הוא לא יוגדר כרשלן**.   
  **לפי ברק, זוהי** **נוסחה שימושית, אך היא לא נותנת פתרון לכל בעיות הסבירות בעוולת הרשלנות**.
* מן הכלל אל הפרט:המערערים טענו להתרשלות שמקורה בהפרת הוראות הפתיחה באש. עם זאת, במקרה זה היה מדובר בכדורי גומי, לכן הוראות הפתיחה באש אינן רלוונטיות. ברק מסכים כי ירי בשעות החשכה לעבר קטין, כאשר לא נשקף לכוח סיכון מהווה התרשלות. הירי בוצע בשעות החשיכה תוך כדי מרדף, כאשר הראות לקויה. נסיבות שכאלו הקשו על היורה לזהות כנדרש את מקור הסיכון ולבצע ירי מכוון. העדויות לא מעידות על כך שנשקפה לשוטרים סכנה. השימוש בירי כדורי הגומי בנסיבות האלה עולה לכדי התרשלות. כאשר אין סיכון אין זה סביר להשתמש בה.
* **הערעור מתקבל פה אחד**.

ריבלין: **נוסחת לרנד הנד מספיקה**, מאחר והכל מחושב בה. הנוסחה לא מתמטית, מציבים בה ערכים, וכך בעצם משתמשים בנוסחה בצורה מוסרית יותר. לדעתו, יש לבחון גם לפי **מבחן איזון האינטרסים** – **יש להכניס לנוסחת לרנד הנד גם ערכים**, לא רק מספרים.

**גישתו של קלברזי – מונע הנזק הזול והשוקל הטוב:**

גישה המבוססת על ההבחנה של **מי מונע הנזק הזול ביותר**, **לפי משטר אחריות מוחלטת**. הוא לוקח את האחריות מוחלטת ומכניס אותה לפלטפורמה שמצמצמת תאונות ומוזילה אותן. את קלברזי מעניינת ההשתייכות לקבוצה, שיכולה למנוע נזק בצורה הטובה ביותר (לדוגמא רופאים מול חולים, ולא האדם הספציפי. כלומר, **נבדוק איזה קבוצה מונעת את הנזק בצורה הזולה ביותר**.

**מונע הנזק הזול:**

קלברזי עומד נגד פוזנר ונוסחת לרנד הנד. הוא סבור שנוסחתו לא טובה, פוזנר התלהב מהנוסחה כי המזיק הפוטנציאלי יכול לחשב ובכך לדעת איזה הוצאות מניעה להוציא. זה מצוין בעיני פוזנר כי כחברה לא רוצים השקעת אמצעי מניעה בלי סוף. אולם, אצל פוזנר תמיד יהיה שטח שחור של תאונות שלא יימנעו כי האדם לא ייחשב לרשלן. קלברזי סבור ש**מטרת העל היא למנוע תאונות והוא רוצה לגרום למניעת התאונות בכל מחיר**. לפי פוזנר לא מתקיימת הרתעה יעילה כי יש אנשים שיודעים שהם לא יוכחו כרשלנים.

ההבדל והדמיון בין הגישות: קלברזי מסתכל על השתייכות לקבוצה, ואילו פוזנר מסתכל על הפרט. **שניהם רוצים להגיע למצב שלפני מעשה נדע מי צריך לשלם**, אך דרכם שונה. פוזנר מחפש אשם, ואילו קלברזי מטיל אחריות מוחלטת. שניהם רוצים להגיע לאותה מטרה – **מניעת הנזק בצורה הזולה ביותר**. פוזנר מחנך אנשים לעשות חישובים ולהפנות משאבים למניעת נזק במחיר סביר, ואילו קלברזי מעודד אנשים למנוע נזק בכל מחיר ולהפנות משאבים למניעת כל נזק אפשרי.

שמואלי סבור ש**אפשר לקרוא גם לגישתו של פוזנר מונע הנזק הזול**. פוזנר סבור כי מי שיכול להשקיע עלויות מניעה נמוכות הוא מונע הנזק הזול.

קלברזי מטיל **אחריות מוחלטת**. הוא יוצר גישתביניים, שבה **אחריות מוחלטת מהווה בסיס** אבל ממנה יוצא משטר חדש – **מונע הנזק הזול**. הוא סבור כי ברגע שאדם יודע שהוא תמיד ישלם הוא ישקיע אמצעי מניעה. מנגד, יש נזקים קטנים ונדירים שלמנוע אותם כ"כ יקר שיהיה עדיף להם לספוג אותם. אחריות מוחלטת מחייבת את המזיק להשקיע, אבל קלברזי אומר שזה לא נכון, אם מזיק בעל אחריות מוחלטת יודע שהנזק יהיה קטן ואין הרבה סיכוי שיקרה, הוא ייקח סיכון ומקסימום ישלם פיצוי. האחריות במשטר החדש היא לא תמיד על המזיק, אלא היא **מוטלת על מי שנחשב למונע הנזק הזול**, כלומר **מי שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן,** ויכול לפעול על סמך תוצאות שקילה זו, לכן הוא זה שצריך לשאת בנזק. קלברזי משייך את הצדדים לקבוצות – **בכל סוג פעילות** **בודקים מי יכול לשאת בנזק בצורה הזולה ביותר** – **המזיק או הניזוק**. הטלת אחריות מוחלטת על מונע הנזק הזול תתרום לעודד גם את מי שהכי טוב להשתפר. קלברזי מחפש למנוע תאונה ולכן גם אם היצרן פועל בצורה יעילה וטובה, הוא ישלם על נזק שיגרום. פוזנר לא מנסה למנוע תאונות במקרים אלה, אך קלברזי כן, בכך שהוא גורם ליצרן לחפש פתרון בטוח, שיפחית תאונות. קלברזי סבור ש**רוב מונעי הנזק הזול הינם המזיקים**. לפי גישתו, **אין אשם ואין אשם תורם**, האחריות הינה מוחלטת.

שמואלי סבור כי **גישתו של קלברזי היא הכי יעילה** – האחריות המוחלטת תוטל על מי שיכול למנוע את הנזק בצורה הזול ביותר.

דוגמאות:

* תאונות דרכים: כאשר אנו בודקים את המידע שיש לנהג מול הולך רגל, זה נראה שלנהג יש יותר מידע איך למנוע תאונות. **מונע הנזק הזול הוא הנהג** **ולכן הוא תמיד ישלם**, זה יגרום לו לבטח את עצמו. לנהג יש יותר מידע (טסט, קורסי נהיגה מונעת וכו'). הרבה יותר קל להשפיע על הנהגים ולדרוש מהם יותר. בכל תאונה בין נהג להולך רגל גם אם הולך הרגל אשם הנהג ישלם. **הטלת האחריות על הנהג** **תורמת ליצירת וודאות ויציבות**.
* יצרנים וצרכנים: **יצרן יכול למנוע תאונות בזול**, הוא יכול לעשות בדיקות למוצר. **היצרן נמצא בעמדה טובה יותר כי הוא מכיר את המוצר** **שלו טוב** ולכן, יש לו יותר שליטה. לא תמיד היצרן יהיה מונע הנזק הזול. לפעמים אדם משתמש במוצר לא למטרה לשמה הוא נועד ואז הנזק כולו יהיה על הצרכן. בכל מה שקשור לשימוש חורג הניזוק הוא מונע הנזק הזול.
* עניינים רפואיים: **הרופאים הם מונעי הנזק הזול, הם בעלי הידע ומבוטחים**. ישנה שורת מקרים החולה הוא מונע הנזק הזול. כשמדובר בעניינים של בחירה, למשל ניתוח קוסמטי, שאינו ניתוח חובה, החולה הוא מונע הנזק הזול. זה לא שהחולה יודע יותר מהרופא אך זה לא מקרה רפואי דחוף, יש בפני החולה הרבה מידע. החולה נמצא בפוזיציה של שליטה שלא קיימת במקרה שאדם עובר בניתוח דחוף או אפילו בניתוח שהוא לא מבחירה.

**השוקל הטוב:**

אחרי שנתיים באים קלברזי והירשקופף ומשכללים את מונע הנזק הזול לשוקל הטוב. **החידוש הוא שגם צד ג' יכול להיות מונע הנזק הזול**. במקום לבחור מי מבין הצדדים (המזיק והניזוק) הוא מונע הנזק הזול, **מסתכלים על התמונה הרחבה**. כלומר, **השוקל הטוב יכול להיות המזיק/הניזוק/צד ג'**. יכול להיות שצד ג' שלא קשור באופן ישיר לאירוע יוכל להיות מונע הנזק הזול ולכן לשאת בכל האחריות על הנזק. זה יהיה **במקרים בהם צד ג' יהיה בעמדה טובה יותר למנוע את הנזק**. צד ג' שייחשב השוקל הטוב הוא מי שיכול לשקול את המצב ולהבין שהוא יכול להיכנס לסיטואציה ולמנוע את הנזק, אך לא עשה זאת.

דוגמא: אדם הולך ברחוב והמרצפות מתרוממות, הוא לא רואה שהמרצפת שבורה, הוא נופל ונפגע. הוא תובע את העירייה. בתביעה כזו נכנסים שיקולי מדיניות משפטית. למשל, שיקול לפיו אם נקבל את התביעה העירייה תצטרך לתקן את הנזק, לשאת בנטל והמיסים יעלו. עורך הדין של הניזוק סבור כי השבר במרצפת חמור והולך לעשות בדיקה עם השכנים שגרים באותו מקום. הוא שואל אותם למה המרצפת שבורה, ואחת השכנות הסבירה כיצד המרצפת נשברה. מכאן, הנפגע מגיש תביעה נגד העירייה וגם נגד השכנה אשר לא עשתה כלום בנוגע למרצפת השבורה. **השכנה היא השוקלת הטובה, היא יכלה למנוע נזק בצורה הכי זולה** ע"י הרמת טלפון לעירייה. זה נשמע לא הוגן להטיל אחריות על השכנה, אך היא זאת שיכלה למנוע את התאונה, היא השוקלת הטובה. קלברזי סבור שמבחינה הרתעתית זה הוגן להטיל על השכנה אחריות. המטרה היא מניעת תאונות ולכן נטיל אחריות על מי שיצליח בצורה הכי טובה וזולה למנוע תאונות. **השוקל הטוב הוא לא מי שיכל למנוע את התאונה מהתחלה, אלא מי שהיה יכול לדווח על מנת שמישהו אחר יימנע את התאונה**. כלומר, השוקל הטוב הוא מי שיכול לפנות למישהו אחר שימנע את הנזק. **קלברזי מעודד אותנו להיות יותר זהירים כך שנמנע עלויות**.

**סוגים של משטרי אחריות בהקשר של הרתעה יעילה:** רשלנות ואחריות מוחלטת.

ההבדל: **רשלנות מבוססת על אשם** לפי נוסחת לרנד הנד (פוזנר) מול **אחריות מוחלטת המבוססת על גישת מונע הנזק הזול** (קלברזי).

המשותף: **שתי גישות שונות להרתעה המכוונות למניעה** – מניעת תאונות והקטנת הוצאות של התאונות שיקרו.



**גישתו של קוז:**

קוזהינו כלכלן אשר פיתח תאורמה לפיה, **נזק הוא תוצאה של אינטראקציה בין שתי פעילויות אנושיות או יותר**. למשל, מפעל אשר מזרים את הפסולת שלו לנהר פוגע במתרחצים בנהר. או פסנתרן אשר מנגן בלילה ומפריע לתינוק בדירה שלידו לישון.

עד כה ראינו כי אירוע נזיקי כולל מזיק ("הרע") וניזוק ("המסכן"). אולם, לפי קוז נזק זה לא עניין של טוב ורע, אלא **נזק נגרם מאינטראקציה של פעולות** שלא בהכרח אחת מהן רעה והאחרת טובה, אלא הן פשוט מתנגשות ו**שני הצדדים נפגעים אחד מהשני**.

**מטרתו העיקרית היא שהצדדים ינסו לא להגיע לביהמ"ש, אלא שיסדירו יחסים ביניהם**, יגיעו להסכם, וכך הם **יגיעו לתוצאה יעילה יותר**. כלומר, הוא רוצה שיהיה **שוק חופשי ללא התערבות שלטונית**. לדעתו, הכלל המשפטי לא חשוב, אין זה משנה של מי הזכות הנפגעת.

השאלה העיקרית הינה מה גוברעל פני מה: **האם הזכות הקניינית גוברת או האם כלל האחריות**? בדוגמא של הפסנתרן והתינוק, לשניהם יש זכות קניינית (לפסנתרן יש זכות לנגן בפסנתר בדירתו, ואילו לתינוק יש זכות לישון בשקט בדירתו). הם יכולים לנסות להגיע להסדר ביניהם (למשל, הסדרת שעות נגינה/שינה). לשני הצדדים יש זכות קניינית ולכן, ניתן דרך כלל אחריות לפתור את הדברים, כלומר מתן פיצויים. לעיתים, יש אף הסכם ש"אחד קונה את השני". לדוגמא, ההורים של התינוק יכולים לקנות את הדירה של הפסנתרן על מנת שיעזוב את דירתו וכך לא יהיה יותר רעש. התוצאה תהיה יעילה, שכן להורים שווה לקנות את הדירה על מנת להפסיק את הרעש, והפסנתרן יקבל סכום גבוה על דירתו.

דוגמא: מפעל מזהם אשר פעילותו יעילה וטובה לחברה. נראה כי עדיף שימשיך לייצר וישלם לשכן על הנזק שהוא גורם לו. כלומר, **כלל אחריות לטובת הניזוק** (השכן-הניזוק יקבל פיצוי על הנזק), כל עוד שווה לו גם לשלם וגם להמשיך לייצר. כלומר, **יתנו למפעל להמשיך לייצר ומנגד להזיק, אך הוא ישלם על הנזק שהוא מייצר**.

קוז מדבר על עולם שבו הנחות מסוימות:

1. **אין הוצאות עסקה, או שהן נמוכות**: בהרבה מקרים יש הוצאות עסקה גבוהות. למשל אם יש תושבים רבים שנפגעים מהמפעל, הם צריכים לשלם לעו"ד. מו"מ הוא לא פשוט ולרוב יש הוצאות.
2. **הזכויות ברורות וודאיות**: כך, אין פערי מידע בין הצדדים. אדם יימנע להגיע לבימ"ש כאשר הוא יכול להעריך בצורה הטובה ביותר מה יקרה במשפט. כשהוא יודע שהוא יפסיד הוא יהיה מוכן להיכנס למו"מ. אולם, כאשר אין לו מידע על כך הוא יפנה ישירות לבימ"ש. יש מקרים בהם המידע ברור לצדדים ולכן הם יעדיפו מו"מ מאשר הליך משפטי.
3. **מסחר בזכויות אפשרי**: "אחד יכול לקנות את השני". למשל, אדם יכול לקנות את המפעל המזיק ובכך להפסיק את הנזק שנגרם לו.

לכן, **הכלל שלו**, לפיו הכלל המשפטי אינו חשוב, **תקף רק בעולם כזה**. בעולם עם עלויות עסקה גבוהות יש חשיבות להקצאת זכויות יעילה.

הבעיות בגישה של קוז:

1. **הוצאות עסקה גבוהות:** הבעיה להגיע לעסקה מתעוררת כאשר יש הרבה משתתפים-ניזוקים, יש פחות סיכוי להצליח להגיע לעסקה.
2. **איסוף הכסף הבסיסי:** הניזוקים מעוניינים בעו"ד אשר ייצג אותם וזה עולה כסף. כאשר יש הרבה ניזוקים זה בעייתי לאסוף מכולם את הכסף.

**מאמרם של קלברזי ומלמד – ארבעת הכללים:**

קלברזי ומלמד אומרים כי לפי קוז, אנחנו לא מסתכלים על מזיק וניזוק, אלא על **פעולות מתנגשות**. הם מציגים **ארבעה כללים שמסדירים את האחריות והיחס לפעילויות שמתנגשות**.

שני סוגי הכרעות משפטיות:

1. **הכרעה בין זכויות** – הכרעה של מי הזכות הנפגעת.
2. **הכרעה כיצד תמומש הזכות ותיאכף** – ישנם סעדים בשני מישורים:

* **מישור קנייני** (כלל קנייני) – סעד ראשי, צו מניעה/צו עשה. אם הזכות היא של הניזוק, הוא יכול להפעיל נגד המזיק צו וכך יפסיק את הנזק.
* **מישור הפיצויים** (כלל אחריות) – סעד משני. ישנה אחריות נזיקית לאחד הצדדים ולכן, ישלם פיצויים לצד השני.

שלושה סוגים מרכזיים של דרכי הגנה על זכות:

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

החידוש הראשון שלהם היה הפרדה בין זכויות עבירות ללא עבירות: מה סחיר ומה לא. **הכללים לא חלים על זכויות בלתי-עבירות**. אישה לא יכולה למכור את גופה, אסור לסחור בתינוקות/באיברים. מה קורה כשיש זכות עבירה, שניתן לסחור בה? ביהמ"ש יתערב כמה שפחות, הצדדים יעשו מו"מ ו"אחד יכול לקנות את השני".

הכללים להסדרת דיני המטרדים ביחס לזכויות עבירות:

1. כלל קנייני לטובת הניזוק: **זכות של אדם על קניינו חזקה**, בצורה זו **הזכות נמצאת בידי צד אחד והוא זכאי להפסיק את הפעילות המזיקה כלפיו**. אין מספיק תועלת חברתית בפעילות המזיקה, ולכן עליה לסגת. למשל, הפסקת פעילות של מפעל מרעיש ע"י צו עשה/צו מניעה. זהו **הכלל הכי חזק לטובת הניזוק** – **לטובת קניינו,** **פוגעים בקניין של המזיק**. קוז אומר שיש צורך באיזון – מצד אחד הניזוק מקבל סעד חזק ומצד שני המזיק נפגע. לכן, כאן יכול להיכנס מו"מ בין הצדדים.
2. כלל אחריות לטובת הניזוק: **פיצוי**. פעילות המזיק נחשבת פעילות יעילה והוא צריך לשאת באחריות על הנזק שהוא גורם. **פעילותו של המזיק היא פעילות חשובה ולכן, נרצה שהוא ימשיך לעשותה** **תוך כדי הנשיאה במחיר הנזק**. זה עדיף למזיק כי הוא לא צריך להפסיק את עבודתו. גם פה ניתן לנהל מו"מ.
3. כלל קנייני לטובת המזיק: **החברה רואה את הפעילות של המזיק כפעילות חשובה מבחינה חברתית וכלכלית, כך שהוא ימשיך בפעילותו ולא ישלם לניזוק דבר**, כלומר **המזיק חסין** – **ניצחון למזיק**. למשל, עבודות לרווחת התושבים המפריעה להם. אם התושבים יתבעו את העירייה, ביהמ"ש יטען כי זו פעילות חברתית שהיא למען כולם ולכן לא מגיע לתושבים פיצוי. **המזיק יכול להמשיך להזיק**, כמעט כראות עיניו.
4. כלל אחריות לטובת המזיק: **החברה רואה את פעילותו של המזיק כפעילות יעילה, כך שהוא ימשיך בפעילותו, ואם הניזוק ירצה שהמזיק יפסיק בפעילותו עליו לשלם לו עבור כך**. כלומר, **הניזוק משלם למזיק**. כלל זה מאפשר למזיק להמשיך להזיק. אם הניזוק בוחר "לקנות" את הפסקת פעולתו של המזיק, המזיק חייב להפסיק ע"פ דין. זהו **החידוש המרכזי במאמרם**.

**Spur v. Del E. Webb Dev: יישום כלל 4** **– כלל אחריות לטובת המזיק**

התובעת היא חברת נדל"ן. הנתבעת החזיקה בבעלותה מגרשי הזנה לבקר טרם בנייתו של המתחם למגורים הסמוך של התובעת. התובעת תבעה את הנתבעת בטענה שמגרשי ההזנה מהווים מטרד ציבורי בגלל הזבובים, הריח והחיידקים שנסחפו לעבר אזור המגורים. בימ"ש קמא הורה לסגור לצמיתות את מגרשי ההזנה וקבע כי מגרשי ההזנה מהווים מטרד. אולם, ביהמ"ש קבע כי **התובע, לאחר שנזקו הוכח, נדרש לפצות את הנתבע בגין עלויותיו בהעברת מקומות ההזנה או השבתתם**.

**הכללים של קלברזי ומלמד נותנים לצדדים** **מידע וודאות**. הם **מסדירים את מאזן הכוחות** לפני ההגעה לביהמ"ש. הצדדים יהיו מודעים לזכויותיהם וכך יכולים לנהל מו"מ מראש.

Post judgment bargaining: תופעה שקורית כאשר ביהמ"ש פועל בגישה של קלברזי ומלמד. לאחר הקצאת הזכויות ע"י ביהמ"ש, היינו הפעלת הכללים, עדיין יכול להיות מסחר בזכויות לאחר המשפט בין הצדדים. אם הצדדים מסכימים על כך ורוצים להיכנס למו"מ לאחר ההחלטה, הם רשאים לעשות זאת וביהמ"ש לא יכול להתערב בהחלטתם. בד"כ צדדים מתדיינים לאחר מתן הפסיקה ע"י ביהמ"ש.

**יישום מטרות דיני הנזיקין:**

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

תמונה שמכילה טקסט, גופן, צילום מסך, לבן

התיאור נוצר באופן אוטומטי

נתון: הנזק הממוצע לכל מי שנפגע מהקרינה הוא X.

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

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

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

האפשרויות השונות:

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **מס' חלופה** | **הסבר הגישה** | **הפיצוי הכולל מאת המעוול** | **כמה יקבל כל תובע בממוצע?** | **גוש תיקון-פיצוי** | | **הגוש האינסטרומנטלי** | |
| **פיצוי** | **צדק מתקן** | **צדק חלוקתי** | **הרתעה** |
| **1** | **יישום רגיל של נוסחת האחריות הנזיקית** – אין לפצות אף תובע אם לא הוכח קש"ס. **החלופה הגרועה ביותר לניזוק**. | 0X  (סכום הפיצוי=X) | **0** | **לא מתקיים**. אם הניזוק לא מקבל פיצוי, המטרה לא מתגשמת. אולם, **אולי כן מתקיים על דרך השלילה** – יעקב לא הוכיח כי מגיע לו פיצוי ובכך מתמלאת מטרת הפיצוי על הצד השלילי כלפי הניזוק. | **לא מתקיים**, שכן לא תוקן הנזק. אולם, **אולי כן מתקיים על דרך השלילה**. יעקב לא הצליח להוכיח קש"ס, בכך מתמלאת מטרת הצדק המתקן, פשוט בצורה שלילית כלפי הניזוק. | **לא מתקיים**. השליטה החלוקתית היא אצל בעל המפעל – הוא חזק אל מול תושבים חלשים. | **לא מתקיים**. מאיר ימשיך להפעיל את המפעל וימשיך לזהם. יש התרעת חסר. ברור כי במקרה זה הרווחה המצרפית רק קטנה. |
| **2** | **גישה ה'מעגלת פינות' כדי להגשים את מטרות דיני הנזיקין** – כל התובעים מקבלים פיצוי, למרות בעיית הקש"ס. | 125X  כל תובע מקבל פיצוי לפי הנזק שלו. | X – פיצוי מלא על נזקיו. | **מתקיים חלקית**, רק לאותם 25 אנשים שמגיע להם פיצוי מלא. ישנו פיצוי מיותר בשיעור מלא לאותם 100 אנשים שלא מגיע להם פיצוי כלל. | **מתקיים חלקית**, רק לאותם 25 אנשים שלהם הזיק. המזיק משלם גם לאותם 100 אנשים שלהם לא הזיק כלל, וזה סותר את הצדק המתקן. | **באופן עקרוני מתקיים הצדק החלוקתי, אך פיזור הנזק מוגזם**. למעשה, מחולק כאן הרבה מעבר לנזק שנגרם. יש מעין עיוות חלוקתי, כי אמורים לחלק למי שנגרם לו הנזק בלבד. | **לא מתקיים**. **יש הרתעת יתר** בולטת. המזיק משלם פי 5 מהנזק שגרם. יש תמריץ שלילי למאיר, וזה עלול לפגוע בעוגת הרווחה המצרפית. אנו מחפשים הרתעה אופטימלית. |
| **3** | **פתרון ביניים – גישה כלכלית שמטרתה העליונה היא** **הרתעה אופטימלית**.אם גרמת כל שנה לעלייה ב20% תחלואה, אז תצטרך לשלם רק ל20%. **חלוקת הנזק הכולל שגרם המזיק לכלל הנחשפים לסיכון**. | 25X | X\5 (25X\125)  כל אחד יקבל חמישית מהנזק שלו. 20X משיעור הנזק. אם באולם עומדים 125 אנשים, צריך לפצות אותם בסכום הנזקים שנגרמו ל25 אנשים. | **פיצוי חסר לניזוקים ופיצוי מיותר ל100 אנשים**.  יש קבוצה שלא הייתה אמורה לקבל ומקבלת בכל זאת, ואילו יש קבוצה שמקבלת רק חמישית מהפיצוי, למרות שמגיע לה פיצוי מלא. | **מתקיים חלקית**. המעוול מתקן את העוול באופן חלקי כלפי 25 אנשים שהזיק להם. ואילו, מתקן את מצבם של 100 הנותרים באופן חלקי, למרות שלא הזיק להם כלל. | **מתקיים, אך יש עיוות מסוים** **בחלוקה הפנימית**, שכן לא לכל המפוצים באמת מגיע פיצוי.  שמואלי: אפשר להגיד שהמפעל הוא הכוח של המזיק, ולכן זה רלוונטי גם כלפי אלו שלא חלו מהמפעל. השליטה של בעל המפעל מתבטאת גם אם אף אחד לא היה חולה, לכן אולי ישנה הגשמה מלאה. | **מתקיימת**. הרתעה אופטימלית. המעוול משלם בדיוק כגובה הנזק שגרם. |

**דוגמת המפעל המרעיש או זכותו של הקשיש?**

**אתא נ' שוורץ (1976): מטרד – גרימת נזק לאחר ע"י הטרדתו**

מפעל "אתא" היה מפעל לייצור בגדים. "אתא" ייצא את מוצריו לחו"ל – לכן המדינה נהנתה ממנו פעמיים – היא קיבלה מיסים וקשרים מהייצוא. בנוסף, המפעל מספק עבודה לעובדים רבים בפריפריה ולכן עוזר לבעיית האבטלה. לכן, **למדינה יש אינטרס ש"אתא" תפעל ותייצר**. שוורץ הפנסיונר מתגורר ליד המפעל, והוא מפריע לו כי הוא מייצר רעשים. המפעל היה באותו מקום לפני ששוורץ התגורר שם, אך הוא היה שקט. בשלב מסוים, המפעל נכנס להפסדים ולכן הגבירו את הייצור. הם היו צריכים לקרר את המכונות ולכן התקינו מתקני אוורור רועשים. הנזקים לשוורץ: חוסר שקט עד כדי תגובות עצביות וירידה בערך הדירה. מי היה שם קודם? "אתא" היו שם קודם אבל החלו להזיק אחרי ששוורץ עבר להתגורר לידו.

מה עושים?

1. **צדק מתקן** (אריסטו): יש נזק ליחיד, יש לתקנו, בכל מחיר כמעט, גם אם אמצעי המניעה עולים על תוחלת הנזק. לפי גישה זו, אין להתחשב בשום גורם אחר מעבר למזיק, לניזוק ולנזק. לאריסטו לא אכפת מהצדדים האחרים כמו העובדים שיפוטרו בשל הורדת פעילות המפעל ומנזקי המדינה אשר מרוויחה מהמפעל או אף מהמפעל אשר יחזור לפעילות לא רווחית וייסגר.  
   התוצאה: אם שוורץ יתבע (יבקש צו מניעה למניעת הרעש) ויזכה יהיה הפסד למדינה, לפועלים ועוד. על כן גישה זו בעייתית, שכן אנשים ייפגעו.
2. **יעילות כלכלית-חברתית** (הרתעה):בחינה כלכלית מה עדיף לחברה בכללותה – המשך פעולת המפעל או סגירתו. לכאורה מבחינה כלכלית התוצאה המועדפת היא המשך הרעש, הסיבות לכך הן המשך ייצוא, מניעת אבטלה וכו'. אי אפשר מבחינת יעילות חברתית להשוות את הנזק שנגרם לשוורץ לנזק הכלכלי שנגרם מסגירת המפעל. במקרה זה, קוז יגיד שהמפעל ינצח, אך יש גם תוצאות בעייתיות – נזק ליחיד וירידת ערך הדירה.

מה נעדיף מבין הגישות? **ישנה התנגשות חזיתית בין צדק מתקן להרתעה יעילה**. **האם צדק חלוקתי יכול "לשבור שוויון"?** מי ייקבע כאדם החלש? לא ברור ששוורץ הוא החלש. כשבודקים סקטורים של חזקים וחלשים, בודקים עוד אנשים רלוונטיים. במקרה זה, ניתן להתייחס לפועלים שיפוטרו כחלשים.

גישות ביניים:

1. **כלל 2 של קלברזי**: **המפעל ישלם לשוורץ פיצוי וימשיך לייצר**. שוורץ יוכל למגן את הדירה בפיצוי, או להשתמש בכסף למעבר דירה. הבעיות: (1) פגיעה בקניינו של שוורץ – הוא לא רוצה למגן או לעבור. (2) אם יש דיירים רבים כאלה – מיגון דירות רבות לא יהיה כדאי וכלכלי.
2. **המפעל ימגן את ביתו של שוורץ מפני רעש, כך הנטל לא יהיה עליו**. עדיין הבעיות אינן נפטרות.

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

החלטות אפשריות שונות בהינתן הכללים של קלברזי ומלמד:

1. כלל 1: **המפעל מקבל צו להפחתת המטרד** שמשמעו סגירה. **עולה בקנה אחד עם צדק מתקן**. ינסו לקדם PJB – המפעל ירצה לקנות את זכותו של שוורץ וכך להמשיך לפעול. המפעל יצטרך לשלם לו הרבה, כי ידו של שוורץ על העליונה בהכרה פסיקתית, אולם אם יצטרך לשלם לו פחות מאשר עלות סגירת המפעל או העברתו זה יהיה כדאי.
2. כלל 4: **המפעל מקבל אור ירוק להמשך הפעילות**, שכן ביהמ"ש סבור שיש יותר יעילות בהמשך פעילותו מאשר בסגירתו. **נוגד את מטרת הצדק המתקן**. כאן ייתכן PJB הפוך – שוורץ ישלם למפעל כדי שיפסיק להזיק או יעבור משם. אמנם זה לא סביר שאדם פרטי ישלם מיליונים למפעל שיעבור, אבל במטרדים זעירים יותר, בין שכנים, זה בהחלט יכול לקרות.
3. כלל 2: **המפעל מקבל אור ירוק להמשיך להזיק**, כי הפעילות הנוגדת שלו מגדילה את הרווחה המצרפית, אבל **המשך הפעילות כפוף לחובת פיצוי לניזוק**. גם כאן ייתכן PJB – המפעל יכול להגיע למסקנה שתשלום סכום גדול זה לא כדאי לו, כי זה יוצא יותר מאשר הרווח שלו, לכן הוא ינסה להציע לניזוק סכום גדול, אך חד פעמי כדי שיפנה את הבית שלו והמפעל ישתלט על הבית.

סוף הסיפור: שוורץ התלונן והמפעיל הציע לו פיצוי נמוך. הוא הגיש תביעה למחוזי לצו. השופט הגיע לשטח, ראה כי הרעש בלתי נסבל וקבע כי המפעל מחויב להקטין את הרעש בצורה מסוימת. המפעל אמר כי ההחלטה שעליו להוריד את הרעש תביא לסגירת המפעל. **המחוזי נקט בגישת צדק מתקן**. בערעור לעליון, שמגר התחבט בין הצדק המתקן לבין הגישה הכלכלית, לבסוף, החליט להשאיר את צו המניעה למרות הסכנת לסגירת המפעל. שמגר קובע כי **הצדק המתקן גובר**. עוה"ד של אתא פנו למסלול חלופי – הם פנו לשר האוצר ודרשו שישתמש בסמכות הפקעתו. שר האוצר הפקיע את ביתו של שוורץ, ופיצה אותו בסכום מגוחך, נמוך מהפיצוי שהוצע לו ע"י המפעל לפני הגשת התביעה הראשונה. שוורץ התרעם והגיש עתירה על הפקעת הקרקע, טען כי המדינה לא צריכה את הקרקע ולכן ההפקעה אינה לגיטימית, אולם הוא **הפסיד בבג"צ נגד שר האוצר**.

**מטרות דיני הנזיקין בסרבנות גט – פרופ' שמואלי:**

במקרה של סרבנות גט – צדק מתקן, צדק חלוקתי, הרתעה ופיצוי – הולכים כולם למקום של **מתן פיצויים**.

במאמר נשאל האם זה באמת עומד במטרת הצדק המתקן? לדעת שמואלי זה פשוט. אך, הרבה תקפו אותו ואמרו שהשופטים נותנים הרבה כסף למסורבות גט, בעיקר בגין נזק לא ממוני, כאב וסבל. אין בעיה שמסורבות גט יקבלו הרבה כסף, אך כשמסתכלים על נזקים נפשיים רגילים במקרה של סירוב גט מקבלים פיצויים הרבה יותר גבוהים. פיצויים בסרבנות גט מסתכלים על אורך הסרבנות ולפיכך קובעים פיצויים. זה לא קלאסי, לא נוהגים ככה בדיני נזיקין.

המתנגדים למאמר אומרים שזה לא עומד בצדק מתקן בגלל סכום הפיצויים. למה מסורבת גט מקבלת יותר? **כדי** **לתת לה כוח מיקוח, כדי שתוכל להמיר את הכסף הזה בגט עצמו**. זה מה שקורה ב-95% מהמקרים והשופט מודע לכך. לכן, הוא פוסק פיצויים גבוהים. לדעת שמואלי זה בדיוק הצדק המתקן – נותנים לה פיצויים כדי שלאחר פסק הדין היא תוכל לקנות את הזכות שלה לקבל את הגט (עסקה מהסוג של קוז). לפי קוז הצדדים צריכים להגיע להסכמה ביניהם. לדעתו, המו"מ קורה אחרי פסק הדין (אחרי שהאישה מקבלת פיצויים היא יכולה לנהל מו"מ חוזר לגבי הגט). שמואלי אומר שאולי המתנגדים לו צודקים, אך הוא חושב שלא עושים לאישה שום טובה והיא לא מקבלת יותר ממה שהיא צריכה, משתי סיבות:

1. סיבה טכנית: זה שאישה מסורבת גט מקבלת יותר מאישה שהתעללו בה נפשית זה לא אומר שזה בסדר. **אולי האישה שהתעללו בה נפשית היא מי שמקבלת מעט**. שמואלי מקווה שתהיה זליגה וכמו שבסרבנות גט נותנים פיצויים גבוהים שיתנו כך גם בכל הנזקים הנפשיים.
2. סיבה מהותית: לאישה יש שתי זכויות. קלברזי מלמד כלל קנייני מול כלל אחריות, כלל חזק מול חלש. לאישה פגעו בשתי זכויות – לא נתנו לה את הגט (סעד קנייני), וכן מגיע לה גם פיצויים כי הבעל ציער אותה. במקום שהיא תקבל גם את הגט וגם פיצוי על הצער שנגרם לה בגין אי-מתן הגט עד עכשיו. היא מקבלת רק סעד אחד של פיצוי שהוא מבחינתה הסעד הקטן וממירה אותו בסעד הגדול שהוא קבלת הגט. היא **משתמשת בפיצוי כדי "לשחד" את הבעל**.

האם זה הוגן? **לא**, אבל לא ניתן לתת את הגט עצמו ולכן, **אין לה ברירה אלא לוותר על פיצוי בשביל לקבל גט** למרות שהיא מעוניינת בשניהם. לכן, אם מסתכלים מלמעלה האם אפשר להגיד שזה חורג מצדק מתקן? היא בסוף נשארת רק עם הגט **ולכן זה אפילו לא צדק מתקן כי התיקון השלם היה אמור להשאיר אותה עם גט ופיצוי והיא נשארת רק עם גט**.

**פיצוי נזיקי למסורבות גט – פרופ' שמואלי:**

שמואלי חולק על קפלן ופרי וסובר שהתביעה אינה צריכה להיות מסויגת באמצעות מחסומים ותנאים. יש לקבל את התביעה במלואה באופן עקרוני ולא להצר את צעדי התובעת. הגישה אינה נובעת ממניע פמיניסטי. סוגי הפיצוי למסורבות גט צריכים להיבחן אך ורק דרך מטרות דיני הנזיקין. **בחינת התביעה דרך מטרות דיני הנזיקין תעלה כי פיצוי מלא של מסורבת הגט עולה בקנה אחד עם כלל מטרות דיני הנזיקין הקלאסיות**.

אם מוצו כל דרכי הפשרה והגישור האפשריות, יש לדון בתביעה הנזיקית לגופה. אם קיים חשש שביה"ד הרבני יורה לאישה למשוך את תביעת הנזיקין כתנאי לסידור הגט, הרי שאין בכך חשש, אלא דווקא פתרון הבעיה. שכן, ביה"ד עצמו אחראי לביצוע אותה ״עסקה״ והוא שיסדר את הגט, לכן אין כל חשש שלאחר מכן יקבע שהגט מעושה כתוצאה מאותה ״עסקה״. נמצאנו פותרים את דילמת היסוד באשר לנשים המעוניינות בגט. מציע גם הפקעת קידושין רטרואקטיבית וכו'.

גם ככה שיטת התביעה הנזיקית היא לא כדי שהאישה תקבל באמת את הכסף, אלא במטרה לייצר קלף מיקוח שהבעל יוותר וייתן גט. לדעתו, פיצוי מזונות מוגבר (לפי קפלן ופרי), הוא פיצוי קטן מאוד שלא יגרום לבעל לזוז ממקומו. הבעל ישלם, אבל אז ימשיך לסחוט את האישה. שמואלי מגיע לאותה תוצאה כמו ששא-ביטון, אבל מצדיק את דיני הנזיקין כיוון שהם ממלאים מטרות טהורות, ולא מכיוון שהם מזרזים את הגט. הוא מציע, שכיוון שהאישה תקבל את הפיצוי באמת בתור פיצוי, אח"כ אם היא תרצה היא תחליט בעצמה אם היא מעוניינת "לקנות" את הגט מבעלה המסרב. זו **גישה קוזיאנית**, שהאישה משלמת לבעלה כדי שייתן לה גט.

**עוולות מסגרת מול עוולות פרטיקולריות**

עוולה פרטיקולרית: עוולה המתייחסת לסוג ספציפי של התנהגויות (לדוגמא תקיפה מינית, חוק הסלקטורים, עוולת לשון הרע). אלו עוולות שחלות על הרבה מקרים מסוג ספציפי. למשל, נגישה (ס' 60) – שימוש לרעה בהליכים משפטיים.

עוולת מסגרת (עוולת סל): עוולה שמכילה הרבה סוגי התנהגויות, עוולות שחלות על עבירות שונות.

* **רשלנות (ס' 35 ו36):** העוולה הנפוצה ביותר, אך הקשה ביותר להוכחה.
* **הפרת חובה חקוקה (ס' 63):** השאלה של חובות חקוקות אשר לא מצויות בפקנ"ז. כלומר, אפשרות לתבוע בנזיקין על חוק שלא בהכרח מקורו בדינים נזיקיים. הפרת חובה חקוקה היא הרבה פעמים פשוטה יותר מעוולת הרשלנות ולכן נשתמש בה.

**נגישה מול רשלנות:**

**עיריית ירושלים נ' גורדון:**

השאלה שעולה היא האם עוולת הנגישה היא המקור המשפטי היחיד שבמסגרתו אפשר להטיל אחריות בנזיקין על רשות שלטונית, המגישה תביעות פליליות בקשר לנזק שהגשתו של אישום פלילי גרמה לניזוק? **אירוע עובדתי מסוים עשוי לקיים את יסודותיהן של מספר עוולות**. העוולות יכולות לעמוד יחד באותו אירוע מסוים.

האם ניתן לעקוף את הדרישות של עוולת הנגישה בדרך של שימוש בעוולת הרשלנות? אם לא מתקיים יסוד מסוים של עוולת הנגישה, עדיין יש מקום לבחון עוולות אחרות, כגון רשלנות. כך למשל, אם הליך פלילי או אזרחי הוגש ברשלנות, אין אחריות במסגרת עוולת הנגישה, אך אין בכך כדי למנוע אחריות בעוולת הרשלנות.

**האם אפשר לעקוף את העוולה הפרטיקולרית שלא מתקיימת דרך עוולת מסגרת?**

**פס"ד גורדון:** גורדון תבע את עיריית ירושלים בגין רשלנות, אולם העירייה טענה כי גורדון צריך לתבוע אותם בגין עוולת הנגישה הנוגעת לשימוש בהליכים משפטיים נגד אדם בצורה לא הוגנת. הם סוברים שגורדון לא תבע בגין עוולת הנגישה משום שהעוולה דורשת יס"נ של זדון אשר אינו מתקיים בענייננו. לטענתם עוולת מסגרת חלה רק במקרים שאינם נופלים לתוך אף עוולה פרטיקולרית.

השופט ברק: דוחה את טענת העירייה. **עוולת הרשלנות יכולה לחול גם מקום בו חלה עוולה פרטיקולרית כלשהי**. אם עוולה פרטיקולרית לא מתקיימת במלואה, ניתן לפנות לעוולת מסגרת. לכאורה זוהי מציאות לא פשוטה – כך ניתן לעקוף את עוולת הנגישה ולתבוע דרך רשלנות. לטענתו, עוולת הנגישה דורשת יס"נ של זדון ולכן היא לא מתקיימת בענייננו. למרות זאת, המחוקק רצה להגן ולמנוע התנהלות של הליכי משפט שלא בצדק.

**פס"ד כרמלי:** אשפוז כפוי של חולת נפש. לפי חוק טיפול בחולי נפש ניתן לאשפז בכפייה למשך 5 ימים בלבד, ולאחר מכן צריך אישור של פסיכיאטר מחוזי. במקרה זה, האישה הודתה שהאשפוז היה לטובתה מבחינה רפואית, למרות שהאישור הגיע לאחר יותר מ-5 ימים (אפילו אחרי שהיא כבר שוחררה מהאשפוז). גם הפנייה וגם המענה היה לאחר הזמן הנדרש. כתוצאה מכך, היא תובעת על הפרת חובה חקוקה.

המדינה בתגובה טוענת שהעוולה אינה רק הפרת חובה חקוקה, אלא התקיימה עוולה של כליאת שווא (ס' 26 לפקנ"ז) שהינה עוולה פרטיקולרית. בס' 27 יש הגנות לכליאת שווא, והגנה מס' 3 מגנה על אדם שפעל בתום לב.

יש כאן דמיון לפס"ד גורדון. בגורדון אחד היסודות של העוולה לא התקיימו, ואילו בכרמלי התקיימו כל היסודות, אך הייתה הגנה. לכן, הבסיס הראשוני דומה – **בשני המקרים עברו מהעוולה הפרטיקולרית שלא התקיימה, לעוולת המסגרת**. היינו מצפים שההלכה אשר נקבעה ע"י ברק בגורדון תימשך ושיהיה ניתן לעקוף בעניין זה את העוולה הפרטיקולרית.

אולם, השופט בך בדעת הרוב דוחה את התביעה. הוא מסביר שאי אפשר לעקוף את העוולה הפרטיקולרית במקרה של זהות מוחלטת בין ההתנהגויות שבשתי העוולות. כלומר, היסודות של כליאת שווא (העוולה הפרטיקולרית) והיסודות של האיסור בחוק טיפול בחולי נפש (עוולת המסגרת) זהים לגמרי. במצב כזה, **לא ניתן לעקוף עוולת פרטיקולרית דרך עוולת מסגרת**. אמנם כליאת שווא נשמעת כללית יותר, אך היא במקרה הזה העוולה הפרטיקולרית, והפרת חובה חקוקה היא עוולת המסגרת, על אף שהיא מדברת על הפרת החובה של חוק ספציפי יותר – חוק טיפול בחולי נפש. **אם ההתנהגות זהה בשתי העוולות לא ניתן לעקוף**.

השופטת נתניהו בדעת מיעוט, מראה שיש הבדלים בין ההתנהגויות גם אצל כרמלי, למרות שהיא מסכימה עם עצם הכלל, אך מיישמת אותו אחרת.

השוואה בין פסקי הדין: השופט בך משתמש בפס"ד גורדון, למרות שיש לכאורה שוני. הוא לא נותן לעקוף עם עוולת מסגרת בניגוד לברק. בפועל, **בתי משפט ממשיכים לאפשר לעקוף כמו שנפסק בגורדון**.

ההסבר של שמואלי לפסיקתו של בך: לדעתו, יש הבדל בין שתי עוולות המסגרת השונות שבפסקי הדין. **לפי פס"ד גורדון ניתן לעקוף עוולה פרטיקולרית דרך רשלנות**. **לפי פס"ד כרמלי לא ניתן לעקוף את העוולה הפרטיקולרית דרך עוולת הפרת חובה חקוקה**. נראה כי כמעט אף פעם לא יהיה ניתן ליישם את הכלל של בך ששתי ההתנהגויות זהות לחלוטין, רק בכרמלי זה התקיים. אבל, בפועל, כמעט ולא יהיו מקרים כאלה במקרי רשלנות, שמעצם טיבה היא עוולה כללית ביותר. לא יהיו מצבים שבהם ההתנהגויות שבעוולת הרשלנות ובעוולה פרטיקולרית מסוימת, יהיו התנהגויות זהות לחלוטין. סבור כי **הלכת גורדון קיימת לגבי רשלנות**.

**הפרת חובה חקוקה**

**ס' 63 לפקנ"ז – יסודות:**

1. חובה המוטלת על המזיק **מכוח חיקוק** (חקיקה וחקיקת משנה).
2. החיקוק נועד **לטובתו של הניזוק**.
3. **המזיק הפר את החובה** המוטלת עליו.
4. ההפרה גרמה לניזוק **נזק** (נזק + קש"ס).
5. הנזק אשר נגרם הוא **מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק**.

כשאין סנקציה בחוק או כאשר החוק לא מציין את התרופה, זו עילה קלאסית להפרת חובה חקוקה.

הפרת חובה חקוקה פלילית:יש לבדוק שני דברים – (1) האם החיקוק נועד להגן על הניזוק הספציפי, האם הוא בא לטובתו. (2) האם המחוקק לא התכוון להוציא מכלל החוק את התביעות באותו נושא של התביעה. אם כן, ניתן לתבוע בגין הפרת חובה חקוקה.

למשל, מסורבות גט יכולות לתבוע בגין סעיף 287 לחוק העונשין, הנוגע לאנשים שלא קיימו צו בימ"ש. כלומר, הבעלים שלהן לא קיימו את צו ביהמ"ש לתת להן גט. כמו כן, הן יכולות לתבוע בעילה של הפרת חובה חקוקה משום שהאלמנטים מתקיימים – החיקוק נועד להגן על מסורבות גט וכן, סעיף זה אינו מוציא את התביעות של מסורבות הגט.

**ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:**

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

השופט ברק:

עוולת הרשלנות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **היסודות:** | **כיצד נבחן אותם?** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **שלב ראשון: האם המזיק חב חובת זהירות לניזוק?**  **א.** חובת הזהירות המושגית:  האם ביחס לסיכון מסוים ישנה חובת זהירות?  **ב.** חובת הזהירות הקונקרטית:  האם בנסיבות אירוע מסוים קיימת אחריות ביחס לניזוק פלוני? | **מבחן הצפיות:**  **א.** מבחן הצפיות הטכנית:  האם אדם סביר היה יכול לצפות את התרחשות הנזק?  **ב.** מבחן הצפיות הנורמטיבית:  האם אדם הסביר היה צריך לצפות את התרחשות הנזק? | יש הגורסים כי יש מקום להטיל אחריות על הרשות הציבורית, במקום בו היא אינה מוטלת על הפרט. במקרה זה, המשיבה 1 היא בעלת הנכס, ואילו המשיבה 2 היא מפעילת הנכס לשנה. האם בעלות בנכס מטילה חובת זהירות מושגית? בתיקון 4 לפקנ"ז, אחריות המחזיק בנכס הושוותה לאחריות הבעל – על שניהם חלה חובה שלא להתרשל. בעלות במקרקעין יוצרת זיקה בין בעלות לבין סיכון שנוצר במקרקעין. מכאן, **שתי המשיבות חייבות חובת זהירות מושגית כלפי המערער**.  לאור הסיכון הכרוך בקפיצת ראש במים רדודים, על המפעיל לנקוט באמצעי זהירות סבירים למניעת סיכון זה. במקרה דנן, מדובר באמצעי זהירות פשוטים. מפעילי הבריכה היו יכולים לצפות את הסכנה מקפיצת ראש במים הרדודים. המשיבה 1, בעלת הבריכה, העבירה את הפעלת הבריכה לאחר. האם המשיבה 1 הייתה רשאית להניח שהמפעיל ינקוט בכל אמצעי הזהירות הדרושים למניעת הסיכון הבלתי סביר? בנסיבות המקרה הנ"ל אין היא הייתה רשאית להניח זאת (תקופת הפעלה קצרה והבטחה למשיבה שלא יערכו שינויים בבריכה). במידה והתשובה הייתה חיובית, המשיבה 1 הייתה יוצאת ידי חובתה. לכן, **שתי המשיבות חבות חובת זהירות קונקרטית כלפי המערער**. |
| **שלב שני: האם המזיק הפר את חובת הזהירות המוטלת עליו?** | נוסחת לרנד הנד:  האם המזיק לא נקט באמצעי זהירות סבירים? סבירות האמצעים נקבעת עפ"י אמות מידה אובייקטיביות. **על המזיק לנהוג כפי שאדם סביר היה נוהג** **בנסיבות העניין**. | האם המשיבה 2 הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה? במקרה זה, האמצעים הסבירים הם הצבת שלטים שיאסרו על קפיצה למים הרדודים. בבריכה לא היו שלטים ולא היה פיקוח. לכן, **הופרה חובת הזהירות**.  האם המשיבה 1 הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה?  המשיבה 1 הייתה צריכה לדעת שמשיבה 2 מפעילה את הבריכה באותה דרך לא בטוחה שבה נמסרה לה הבריכה ע"י המשיבה 1. לכן, **הופרה חובת הזהירות**. |
| **שלב שלישי: האם הפרת החובה היא שגרמה נזק?** | קש"ס עובדתי – מבחן האלמלא. קש"ס משפטי – מבחן הצפיות. | **הפרת החובה היא הסיבה לקרות הנזק**. לולא הופרה החובה, ואילו ננקטו אמצעי הזהירות הראויים, הנזק היה יכול להימנע. |

מסקנה: **המשיבות אחראיות ברשלנות**.

הערות נוספות:

**ביהמ"ש לוקח בחשבון שיקולים משפטיים גם בבחינת צפיית נזק** – משמע, לעיתים תישלל חובת זהירות מושגית אם קיימים שיקולים של מדיניות משפטית השוללים את החובה. ביהמ"ש מתחשב בסוג הנזק, דרכי התרחשותו, השפעת פסיקתו בנושא, מעמסה כלכלית אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים/ניזוקים בעקבות פסיקתו ועוד. כך נקבעים היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית.

ישנם סיכונים שהם חלק מחיינו, אלו סיכונים סבירים (למשל, נפילה). הדין אינו מטיל חובת זהירות קונקרטית בגין סיכונים סבירים.

עוולת הפרת חובה חקוקה: עוולה זו מיוחדת משום שדיני הנזיקין הם הקובעים כי הפרה זו מהווה עוולה. מקור האחריות הנזיקית הוא בפקנ"ז. בענייננו, אדם המנהל בריכה חייב לקיים הוראות חקוקות מסוימות שנוגעות לניהול הבריכה.

|  |  |
| --- | --- |
| **יסודות** | **האם היסודות התקיימו במקרה זה?** |
| **חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק** | תקנה 50(6) לתקנות רישוי עסקים קובעת כי יש להציב שלטים עם הוראות למתרחצים, ביניהם: הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק. החובה להצבת השלטים מוטלת על בעל עסק הבריכה ועל מי שמנהל את הבריכה. לכן, **החובה מוטלת על שני המשיבים**. |
| **החיקוק נועד לטובת הניזוק:** חיקוק בא לטובתו/להגנתו של היחיד, אם הוא קובע נורמות התנהגות אשר נועדו להגן על האינטרסים של הפרט. | התקנה באה להבטיח את האינטרס של המתרחץ המצוי במים, שלא יקפצו עליו והן לשמור על האינטרס של הקופץ, שלא יפצע בקפיצתו. לכן, **מדובר בתקנה שנועדה לטובתו של התובע-הניזוק**. |
| **המזיק הפר את החובה המוטלת עליו** | **מתקיים**, מכיוון שלא הוצבו שלטים. |
| **ההפרה גרמה לניזוק נזק:**  קש"ס עובדתי: מבחן האלמלא.  קש"ס משפטי: לפי ברק, בעוולת הפרת חובה חקוקה מתאים מבחן הסיכון. מהו הסיכון אותו ביקש המחוקק למנוע? | קש"ס עובדתי: אם היה מוצב שלט, המערער לא היה קופץ במים הרדודים והוא לא היה ניזוק – **מתקיים**.  קש"ס משפטי: החקיקה באה למנוע קפיצה למים רדודים. ברק מבהיר כי אין לראות בהתנהגות הניזוק כסיבה מכרעת לנזק המנתקת את הקש"ס. לכן, **מתקיים**. הקש"ס מתקיים גם ע"פ מבחן הצפיות – מוטלת על המשיבים החובה לצפות כי מתרחץ בבריכה עלול לקפוץ למים הרדודים. |
| **הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק** | הנזק אותו באה התקנה למנוע הוא נזק לקופץ מקפיצה במים רדודים. **נזק זה הוא הנזק שהתרחש**, ולכן **מתקיים**. |

הפרת חובה חקוקה אל מול רשלנות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הפרת חובה חקוקה** | **רשלנות** |
| **מידת האחריות** | ייתכן ותהיה **אחריות מוחלטת**. | האחריות לעולם אינה מוחלטת, אלא על **בסיס אשם**. |
| **לפי מה נקבעת?** | נקבעת ע"פ **הוראות ספציפיות של כל חיקוק** **וחיקוק**. היא לא נקבעת לפי קריטריון אחד, אלא מספר הקריטריונים הוא כמספר החיקוקים. | נקבעת ע"פ **מבחן הצפיות**, משמע על פי עיקרון אחד. המבחן מופעל על נסיבות עובדתיות שונות. |
| **רמת ההתנהגות הנדרשת** | רמת ההתנהגות הנדרשת **נקבעת לפי החוק עצמו** – יכולה להיות חמורה/זהה/נמוכה מזו של האדם הסביר. | רמת ההתנהגות הנדרשת **נקבעת ע"פ האדם הסביר**, בהתחשב בנסיבות המקרה. |
| **נזק** | נדרש **נזק אשר יהיה מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק** היוצר את החובה, והוא הוסב על יסוד אותם קשרים סיבתיים הנדרשים ע"י החיקוק הספציפי. | נדרש **נזק הקשור בקשר סיבתי להפרת החובה**, נזק היכול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים. |

מה הדמיון בין השתיים?

* מבנה – שתי עוולות מסגרת. העוולות היחידות בפקנ"ז שיסודותיהן הן **חובה, הפרה ונזק**.
* מדיניות משפטית – בשתי העוולות תוכן האחריות והיקפה נקבע עפ"י עקרונות של מדיניות משפטית. בשתי העוולות על ביהמ"ש לגלות זהירות ואיפוק ולאפשר צמיחה והתפתחות. מובהק יותר ברשלנות.
* דרישת נזק – שתי העוולות דורשות הוכחת קיומו של נזק.

**הפרת חובה חקוקה יכולה להיות אינדיקציה להתרשלות**, אך לא יותר. כלומר, **אם אדם הפר חובה חקוקה כנראה שזו אינדיקציה לכך שהוא התרשל**, אך לא בהכרח.

הסתכנות מרצון: המשיבות טוענות כי המערער נטל בהתנהגותו את הסיכון על עצמו ולכן אין להן אחריות לנזק. טענה זו אינה עומדת לעניין החבות בגין הפרת חובה חקוקה. לגבי עוולת רשלנות – תנאי להגנה זו הוא כי הניזוק חשף עצמו לסיכון. במקרה זה לא מתקיימת הגנת הסתכנות מרצון, משום שהניזוק לא חשף עצמו לסיכון.

אשם תורם: יש לייחס לניזוק אשם תורם, נער בגיל המערער צריך לחוש בסכנה הטמונה בקפיצת ראש למים רדודים. עיקר האשם רובץ על המזיקים. לכן יש לייחס למערער אשם תורם.

**שתי המשיבות חייבות למערער יחד ולחוד**.

**רשלנות**

**יסודות:**

1. **קיומה של חובת זהירות** מושגית וקונקרטית – בוחנת אם הטלת האחריות הנזיקית רצויה.
2. **המזיק הפר את החובה** המוטלת עליו – בוחנת אם התנהגות המזיק הייתה ראויה וסבירה.
3. **ההפרה גרמה לניזוק** **נזק** (נזק + קש"ס) – בודק אם יש זיקה מספקת בין התנהגותו הלא סבירה של המזיק לבין נזקו של הניזוק.

המבנה דומה ושונה מהפרת חובה חקוקה. נקודות 2 ו3 זהות, אבל 1 שונה.

**יחסי שכנות והבסיס לאחריות נזיקית:**

מה מכניס את הנתבע לנוסחת האחריות הנזיקית? איך בודקים שלאדם יש חובת זהירות כלפי אדם אחר? **אחד הבסיסים לאחריות נזיקית הם יחסי שכנות**. שכנות יכולה להיות פיזית (למשל מגורים בסמוך), ושכנות רעיונית (נורמות חברתיות).

**יחסי שכנות הם הבסיס לאחריות נזיקית, הבסיס לחובת הזהירות בעוולת הרשלנות**. כאשר רוצים לבסס אחריות בנזיקין יש צורך בחיפוש אחר יחסים חוזיים, ביסוס התביעה הנזיקית על חוזה בין הצדדים (למשל, בין רופא וחולה יש חוזה). אם בין שני אנשים ישנו חוזה, במידה ואחד הזיק לשני, ניתן לתבוע מכוח החוזה ביניהם.

**מה עושים אם אין יחסים חוזיים?** למשל, בתאונות דרכים, אין חוזה בין נהג להולך רגל. הפתרון בדיני הנזיקין הוא אחריות כבעל המקרקעין. למשל, באסון ורסאי היה לבעל האולם אחריות על הנזק כבעל המקרקעין של האולם, למרות שלא היו יחסים חוזיים בינו לבין האורחים, אלא רק בינו לבין מזמיני האירוע.

**ס' 37 לפקנ"ז:** אחריות מחזיק מקרקעין למצבם של המקרקעין ותחזוקתם, כלפי מי שנכנס ברשות או שלא ברשות אך בתום לב וללא כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה.

**בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר – אגף המכס והמע"מ:**

השופט חשין: עולה השאלה האם "**ואהבת לרעך כמוך**" הינו כלל משפטי שרלוונטי ליחסים מסחריים. מזכיר את דברי ר' עקיבא אשר מסביר כי זה כלל גדול בתורה. מה הכוונה בדבריו? ר' עקיבא מתכוון לכך שהחיים של אנשים מסביבנו חשובים יותר מחיינו ויש לדאוג לשמור עליהם. מבחינה משפטית, אי אפשר לדרוש מאדם לוותר על חייו בשביל אדם אחר. הסבר אפשרי הינו שר' עקיבא דווקא מסייג כאן את הכלל – "כמוך, אבל לא יותר ממך". כלומר, **על האדם לאהוב את הסובבים ולשמור על חייהם באותה מידה שהוא שומר על חייו**. המסקנה ע"פ חשין היא שהכלל "ואהבת לרעך כמוך" רלוונטי גם למעשים ולא רק בתחושה. הכלל יכול להיות גם משפטי ולא רק מוסרי. כלל זה הוא הבסיס לכל שיטת משפט ופירושו הפשוט הינו ש**אסור לאדם להזיק לשני**. כלומר, מילוי הכלל על הפן השלילי שלו.

**ע"א 2034/98 אמין נ' אמין:**

זוג שלהם 3 ילדים. לאחר הולדת הבת האמא נכנסה לדיכאון שאחרי לידה והתאבדה. האבא לא הצליח לגדל אותם לבד והלך לשירותי הרווחה. הוא ביקש מהרווחה שייקחו ממנו את ילדיו משום שהוא לא מצליח לטפל בהם. לאחר כמה זמן האבא פגש אישה והם התחתנו. האישה הציבה לו תנאי, שאם הוא רוצה שהם יתחתנו, הוא חייב לחתום על חוזה ששניהם מתחייבים לנתק קשר עם ילדיהם. השניים חתמו על החוזה וקיימו אותו. הילדים שלו עברו ממשפחות אומנה והיה להם קשה מאוד. חייהם הפכו לקשים מאוד – לא התגייסו, לא עבדו, לא התחתנו וכו'. הילדים ניסו ליצור עימו קשר, אולם האבא סירב בתוקף לחדש את הקשר עימם. הילדים תבעו את האבא. טענתו הייתה שלא ניתן לחייב אותו משפטית לאהוב את ילדיו.

השופט אנגלרד: המשפט לא יכול לחייב אדם לאהוב את ילדיו, אך הוא כן יכול לחייב אותו בפעולות מסוימות הנובעות מהכלל "**מה ששנוא עליך אל תעשה לחבריך**". הכוונה היא שלאדם יש חובות כלפי הזולת, ובמקרה דנן לאבא יש חובות כלפי ילדיו. אי קיום החובות כגון: הזנחה, נטישה, הרעבה וכו' מהווים אחריות נזיקית.

החידוש בפסק הדין הינו שלאדם יש חובות מסוימות גם כלפי ילדים שאינם בהחזקתו. חלק מהחובות עוברות לרשויות או למשפחה המאמצת, אך ישנם חיובים שלא ניתן להשתחרר מהם ויש להם ביטוי באחריות נזיקית. כלומר, אם לא יקיים אותם ישלם פיצוי. בנוסף, **רשלנות מתקיימת גם במעשה מכוון**.

בישראל יש לנו כמה אלמנטים שמקימים חובת זהירות:

1. **יחסים חוזיים:** Donoghue V. Sevenson (חלזון בבירה) – נקבע כי אין יחסים חוזיים בין הניזוקה ליצרן, כיוון שהיא לא קנתה את הבירה.
2. **החזקה בקרקע:** ס' 37 לפקנ"ז. אם אדם פלש לקרקע, הוא אחראי על נזקים שהוא בעצמו יגרום.
3. **ואהבת לרעך כמוך (יחסי שכנות):** פס"ד קונטרם של השופט חשין – 'מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך'. הכוונה היא להימנע מלהזיק לאדם אחר, כמו שלא היית רוצה שיזיקו לך.

לסיכום, **אחריות נזיקית חלה גם כשאין חוזה וגם כשאין מדובר בתחזוקת מקרקעין**. המשפט הכללי, החילוני והמודרני אינו דורש אהבת הרע, אך הוא כן **דורש להימנע מלהזיק לסביבה**.

בפועל, **צריך לבדוק האם מתקיימים כמה שיותר אלמנטים**. קודם כל יחסים חוזיים, ואם לא, ממשיכים הלאה לחזקה בקרקע או החלה של הכלל "ואהבת לרעך כמוך" (תחולה עמומה ביותר).

**מודלים לבדיקת עלוות הרשלנות:**

**מודל ברק בעוולת הרשלנות (פס"ד ועקנין):**

חוזה

**חובת זהירות מושגית**

ס' 37 לפקנ"ז – אחריות בגין מצב המקרקעין ותחזוקתם

סף הכניסה (חלופי)

יחסי שכנות – החובה להימנע מלהזיק

בחלק הזה יש לדון בשיקולי מדיניות, רק אם יש

צפיות טכנית (יכול)

מבחנים (מצטברים)

צפיות נורמטיבית (צריך)

צפיות טכנית (יכול)

בחלק הזה ביהמ"ש מתחשב בעובדות המקרה

מבחנים (מצטברים)

**חובת זהירות קונקרטית**

צפיות נורמטיבית (צריך)

נוסחת לרנד הנד (ברירה המחדל)

**הפרת חובת הזהירות (התרשלות)**

לדון משני הצדדים

מבחנים  
(חלופיים בהתאם לאסכולה)

מבחן איזון אינטרסים

**נזק וראשי נזק**

לציין ראשי נזק ממוני (הוצאות רפואיות ואובדן השתכרות) ולא ממוני (קיצור

תוחלת חיים, אובדן הנאות חיים, כאב וסבל)

מבחן האלמלא – עוסקים רק בו

**קש"ס עובדתי**

דיות

מבחנים

הסיבה בלעדיה אין

מבחן הצפיות – עוסקים רק בו  
צפיות לסוג נזק ולא להיקפו (בן שמעון נ' ברדה)

תחום הסיכון

**קש"ס משפטי**

מבחנים

מבחן השכל הישר

הגנות + סיכויי תביעה

השופט עמית מייצר מודל משלו לקצר את תהליך הבדיקה. לפיו, אם קיימת חובת זהירות, לא צריך לדון בזה שוב. הנדל מגבה מכיוון שונה. אין זה משום שנוסחתו של ברק לא טובה, אלא פשוט ארוכה ומסורבלת יותר. **נוסחתו של ברק היא עדיין המרכזית**.

**מודל עמית בעוולת הרשלנות (פסק דין פלוני נ' פלוני):**

מבקר בין היתר את השימוש בצפיות כ"משרתם של שלושה אדונים" (חובת הזהירות המושגית, חובת הזהירות הקונקרטית והקש"ס המשפטי).

1. **האם ההתנהגות בלתי ראויה?** אם כן, זו התרשלות. לפיו, משיקולי יעילות יש לבדוק קודם כל האם מכלול התנהגותו של הנתבע (יצירת הסיכון והאמצעי שננקטו) עומד בסטנדרט האדם הסביר? **דרישת הצפיות העקרונית** משתלבת כמדד לאשם ברכיב התרשלות. רק סיכונים ותועלות הצפויים באורח סביר מלכתחילה יובאו בחשבון בבחינת ההתרשלות.
2. **האם קיימת זיקה מספקת בין ההתרשלות לבין הנזק?** קש"ס עובדתי וקש"ס משפטי – כולל בחינה נקודתית של צפיות ולא כמבחן צפיות עקרוני, אלא במסגרת של מבחן הסיכון. האם הנזק שהתממש בפועל היה צפוי במתחם הסיכון, קרי אם הוא התממשות של הסיכונים שהיו צפויים מראש.
3. **האם הטלת האחריות רצויה?** קיומה של חובת זהירות. דיון בשיקולי מדיניות, כלומר האם הטלת האחריות רצויה בשל הנזק הצפוי שנגרם לתובע.

סדר הבדיקה:

(1) האם הייתה התרשלות (2) קש"ס עובדתי ומשפטי (3) חובת זהירות מושגית (כולל שיקולי מדיניות).

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

**מודל הנדל בעוולת הרשלנות (פסק דין וגנר נ' עבדי):**

* במישור העקרוני, תומך הנדל בשימור המודל המסורתי של עוולת הרשלנות בדומה לברק – תחילה תיבחן שאלת חובת הזהירות, ואחריה שאלת הרשלנות (הפרת החובה) וכן הלאה.
* לעומת מודל ברק בו מחולקת חובת הזהירות לשתי חובות זהירות: מושגית וקונקרטית, במודל הנדל יש הבחנה אחרת בין מצבי נזק המצויים בליבת האחריות לבין כאלה שמחוץ לה.
* הנדל סבור כי אין מקום לבחון בכל מקרה חובת זהירות מושגית. לגישתו יש להבחין בין שלוש קבוצות של חובות זהירות: חובת זהירות **מוכרת**, חובת זהירות **חדשה** וחובת זהירות **גבולית**.

קבוצות של חובות זהירות:

1. **חובת זהירות מוכרת:** חובות זהירות רגילות, בדומה לחובת הזהירות הכללית, המושגית, חובת זהירות שלרוב קיימת ביחסי שכנות וכו'. למשל, חובת מעסיק לספק תנאי עבודה נאותים לעובד, חובתו של רופא להעניק לחולה טיפול רפואי נאות וכו'.
2. **חובת זהירות גבולית:** חובת זהירות אשר לא תמיד הוכרה במשפט. היא גבולית, כלומר שלעתים הוכרה ולעתים לא. חובת זהירות זו יש לגביה טיעונים לכאן ולכאן.
3. **חובת זהירות חדשה:** מקרים שהמשפט עדיין לא הכיר בהם ככאלה שקיימת בהם חובת זהירות. אלה מקרים חדשים שעדיין לא באו לעולם.

הנדל מציע כי בכל מקרה שיידון, **אופן בחינת חובת הזהירות יותאם לסוג החובה**.

לפני שנתחיל בניתוח עוולת הרשלנות, נפתח בשאלה איזו חובת זהירות נמצאת לפנינו. לאחר בחינת סוג חובת הזהירות, כל המתווה הרגיל של מודל ברק (בחינה של חובת זהירות, הפרת החובה-ההתרשלות, נזק, קשר סיבתי עובדתי ומשפטי) – מנותח באופן רגיל. אלא שבמבחן בקשר הסיבתי המשפטי, המבחן יהיה מבחן הסיכון, כמו במודל של עמית.

סדר הבדיקה:

(1) סוג חובת הזהירות (מוכרת, גבולית, חדשה) (2) חובת זהירות מוכרת: נעבור לבחינת חובת הזהירות הקונקרטית, חובת זהירות גבולית/חדשה: נמשיך במודל ברק. (3) קש"ס משפטי – מבחן הסיכון.

אם לא נדרש אחרת, **נדון במודל של ברק**.

**השוואה בין המודלים:**

1. בדומה למודל ברק, גם הנדל סבור כי חובת זהירות הוא המקום העיקרי לביסוס האשמה ברשלנות (להבדיל ממודל עמית שמברר זאת ברכיב ההתרשלות). כלומר משהוכרה חובת זהירות, די בבדיקת הפרתה כדי לקבוע שלפנינו רשלנות.
2. בדומה למודל ברק ובניגוד למודל עמית, הנדל סבור כי מבחן הצפיות עדיין קיים בבחינת החובה, על אף ערנותו לקושי הממשי הכרוך בריבוי תפקידיה של דרישת הצפיות במודל המסורתי.
3. מודל הנדל דווקא דומה למודל עמית בעניין ביטול בחינת חובת זהירות המושגית והקונקרטית והרציונל שיש להפריד בין חובת זהירות הרגילה שקיימת ברוב המקרים, כלומר בליבת האחריות הנזיקית, לבין מצבים אחרים (גבוליים/חדשים).
4. ביחס לסדר הבדיקה, בדומה למודל ברק, הנדל מציין כי אין חשיבות לסדר הבדיקה במישור המעשי והוא סבור כי בכל שלושת המקרים ראוי לפתוח בשאלת החובה.
5. בדומה למודל עמית גם הנדל סבור כי במקרים שאינם רגילים (גבוליים/חדשים) יש צורך לעתים לבחון שיקולי מדיניות בקיומה של החובה וכן "הכרעות ערכיות".

**בן שמעון נ' ברדה:** **היקף צפיות הנזק ביסוד הקשר הסיבתי המשפטי**

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

השאלה המשפטית: האם ברדה התרשל כלפי המערער? האם נותק הקש"ס בין התרשלותו של ברדה לנזקי המערער?

השופט ברק:

רשלנות: אדם שמחזיק בנשק במועדון נוער, צריך לצפות כי הנערים ינסו לעשות שימוש אסור בנשק. לכן, **עליו לנקוט אמצעי זהירות למניעת התרחשות שכזו**. הכניסה למועדון הנוער הייתה קלה (בשל הפרצה בחלון) והמועדון היה ללא השגחה מספר ימים. לכן, ברדה **נכשל בנקיטת אמצעי זהירות מתאימים והתרשל**.

קשר סיבתי:

* 1. מבחן הצפיות: האם אדם סביר היה צריך לצפות שהתרשלותו תוביל לנזק הנ"ל? **הכוונה אינה לנזק הספציפי ולמידת חומרתו אלא לסוג הנזק**. עפ"י מבחן זה, התנהגות הנערים חריגה וברדה לא היה צריך לצפות "משחק מלחמה" ושימוש כה חריג בנשק. עם זאת, ברדה היה צריך לצפות שייגרם נזק גופני כלשהו בשל רשלנותו, בשל משחק בנשק של הילדים. מבחן זה אינו מחייב את צפיית המשחק עצמו, אלא את **צפיית סוג הנזק**.
  2. מבחן הסיכון: אם התוצאה המזיקה היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק, מתקיים קש"ס, גם אם התוצאה נגרמה עקב התערבות של גורם זר. במקרה זה, הסכנה היא השימוש של הנערים בנשק ללא היתר ותחום הסיכון הוא בפגיעה בשל השימוש הלא מורשה. לכן, **המקרה נופל בתחום הסיכון**. השימוש שנעשה בכלי הנשק למשחק מלחמה אינו מנתק את הקש"ס.
  3. מבחן השכל הישר: האם כל התכונות המציינות את הרשלנות שבהתנהגות המזיק תרמו להתהוות התוצאה המזיקה. כאשר הנזק נגרם בשל התערבות גורם זר, יש לבדוק האם התערבותו שוללת את הקש"ס. גם עפ"י מבחן זה, הקש"ס אינו מנותק. ברדה התרשל בשמירה על הנשקים ולכן הם נגנבו והשתמשו בהם.

התערבות גורם זר: לא בהכרח גורם לניתוק הקש"ס. אם ההתערבות צפויה היא אינה מנתקת את הקשר הסיבתי. אם היא אינה צפויה, היא מנתקת את הקש"ס. במקרה זה, **התערבות הגורם הזר אינה מנתקת את הקשר הסיבתי, שכן היא הייתה צפויה**.

פסיקה: ברק מבטל את פסיקת ביהמ"ש המחוזי וקובע כי **ברדה התרשל כלפי המערער** והמדינה אחראית למעשיו. טירקל וגולדברג מסכימים.

ההלכה: כאשר בוחנים קש"ס משפטי, בוחנים לפי מבחן הצפיות. **בחינת הצפיות היא לסוג הנזק**, ולא להיקפו.

**"ישן מפני חדש תוציאו: על הגישה החדשה לעוולת הרשלנות של ביהמ"ש העליון" – עמוס הרמן:**

**לעוולת הרשלנות 3 יסודות:**

1. **חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע** – נבחנת על פי מבחן הצפיות, ב2 היבטים:

* חובת הזהירות המושגית: **ההיבט העקרוני** הקובע האם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות. בודקת מבחינה רעיונית את ההצדקה להטלת האחריות על המזיק כפונקציה של סוג הפעילות, סוג הסיכון, סוג המזיקים, סוג הניזוקים וסוג הנזק ואת העדרם של שיקולי מדיניות שוללי אחריות.
* חובת הזהירות הקונקרטית: **ההיבט ספציפי** הקובע האם ביחס לניזוק פלוני, בנסיבות של אירוע אלמוני קיימת חובת זהירות. האם אדם סביר היה יכול וצריך לצפות את הנזק בנסיבות הספציפיות של המקרה?

1. **הפרת חובת זהירות** – בחינה האם המזיק סטה מסטנדרט הזהירות המוטל עליו.
2. **נגרם נזק כתוצאה של הפרת החובה**.

**מהותה של עוולת הרשלנות:**

רשלנות היא מעשה או מחדל לא זהירים, הגורמים נזק לזולת. כלומר, התנהגות לא סבירה. על מנת שהמזיק ייחשב רשלן, התנהגותו חייבת להפר חובת זהירות שהוא חב כלפי הניזוק. **חובת הזהירות היא זו שתוחמת את גבולות האחריות ברשלנות**. על האדם מוטלת חובה לנקוט אמצעי זהירות סבירים למניעת נזק צפוי לזולת. משמע, האדם אחראי רק כאשר חלה עליו חובה חוקית לנקוט באמצעי זהירות, ועקב הפרתה נגרם נזק לתובע.

קיום חובת הזהירות הוא פונקציה של צדק, הגינות ומוסר וכן תלוי גם בשיקולים של מדיניות, שיקולים כלכליים, חברתיים, ביטחוניים, בטיחותיים, פוליטיים ועוד. הרשלנות אינה מוגבלת לסוג התנהגות מסוים ואינה מבחינה בין מעשה למחדל או בין נזקים שונים, על כן **בסיס התביעה ברשלנות מגוון מאוד**.

**התנהגות הנתבע נבחנת בקריטריונים אובייקטיביים**, ההתרשלות היא סטייה מרמת ההתנהגות הנתפסת בחברה כראויה. ההתנהגות הראויה היא פונקציה של שיקולי מדיניות ואיזון בין ערכים. לכן, **ביהמ"ש יתחשב בהסתברות למימוש הסיכון, גובה הנזק הצפוי, עלות האמצעים למניעת הנזק וזמינותם ובאינטרס הציבורי בפעילות יוצרת הסיכון**.

**הגישה המסורתית לעוולת הרשלנות:**

השופט ברק: **מקורה של חובת הזהירות הוא הצפיות – אדם חב חובת זהירות לזולתו אם הוא יכול לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום לו נזק**. מבחן הצפיות כולל שני היבטים – חובת זהירות מושגית וקונקרטית. שתי הבחינות נערכות עפ"י מבחן הצפיות, היינו מה אדם סביר צריך היה לצפות (שאלה נורמטיבית) והיה יכול לצפות (שאלה טכנית). ברגע שאין חובת זהירות מושגית, לא נבדקת החובה בפועל. כך, גם כאשר אין חובה קונקרטית. עם זאת, **במקום בו ניתן לצפות נזק כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם קיימים שיקולי מדיניות השוללים את החובה**. נטל ההוכחה הוא על הנתבע.

**בשנים האחרונות שיקולי המדיניות שמים דגש בעיקר בהיבטים כלכליים**: **הצפת בתי משפט** – עומס יתר והעלות הכרוכה בהתדיינות. **הרתעת יתר** – חשש מהיווצרות התנהגויות מתגוננות, המעמיסות עלויות על הפעילות נשוא התביעה, והחשש מהימנעות מפעילות יוצרת סיכון על אף חיוניותה.

**ישנן מערכות יחסים, בהן גיבשה הפסיקה קיומה של חובת זהירות מושגית**. למשל: נהג כלפי הולך רגל, מורה כלפי תלמיד, רופא כלפי חולה, יצרן כלפי צרכן, מעביד כלפי עובד ותופס מקרקעין כלפי המצוי בהם. קיום החובה נובע מהקרבה בין הצדדים, הקשר ביניהם וממהות הפעילות בה הם מעורבים.

הנשיא שמגר: כדי להטיל אחריות על הנתבע, יש לקיים שלוש דרישות: צפיות, יחסי קרבה או שכנות – קרבה רעיונית (האם לאור מערכת היחסים בין הצדדים או הנסיבות שהפגישו אותם, הנתבע יכול וצריך לצפות שחוסר זהירותו עלול לגרום נזק לתובע?) ומסקנה שיפוטית לפיה הוגן, צודק וסביר להטיל אחריות.   
כאן למעשה, **הדגש הוא על טיב היחסים בין הצדדים** – האם הם מסוג כזה שהנתבע היה יכול לצפות את הנזק וצריך היה לצפותו? ככל שהנזק היה צפוי יותר (טכנית), כך יש להניח שהיה צריך לצפות אותו (נורמטיבית) ואז הטלת האחריות תהיה צודקת, הוגנת וסבירה.

**תקופת המעבר:**

החלו להישמע הסתייגויות להבחנה בין חובת הזהירות המושגית לחובת הזהירות הקונקרטית. הם הציעו לאחד בין חובת הזהירות, תוך שימור על התפיסה שיש לבחון את היסודות עפ"י חובה, הפרה ונזק הנובע מההפרה. יש לציין, כי ישנם מקרים בהם אף ברק עצמו אינו מבחין בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית. שופטים רבים טענו כי **חובת הזהירות המושגית נשללת במקרים בודדים בלבד, ובכך מתעמעמת ההבחנה בין חובת זהירות מושגית וקונקרטית** (כי לרוב יהיה צורך לבחון רק את החובה הקונקרטית).

**הגישה החדשה לעוולת הרשלנות – המודל של השופט עמית:**

**שני מאפיינים:**

1. שינוי סדר בחינת יסודות העוולה: התרשלות 🡨 נזק הנובע ממנה 🡨 שאלת קיום החובה כאמצעי הערכה חברתי להטלת אחריות או לשלילתה.
2. איחוד חובת זהירות מושגית וקונקרטית לחובת זהירות אחת: בחינת **שיקולי מדיניות שאינם מבוססים על צפיות** ועניינם **הכרה באחריות או אי הכרה בה**. לרוב, לאחר שיקבע כי מדובר בנזק שנגרם כתוצאה מהתנהגות לא ראויה, השיקולים ישמשו לשלילת האחריות.

**הגישה החדשה מבקשת לבחון קודם את שאלת הרשלנות, לאחריה את הקשר הסיבתי לנזק ורק בסוף את שאלת קיומה או היעדרה של חובת זהירות של הנתבע כלפי התובע**. ע"פ גישה זו התרשלות אינה הפרת חובת הזהירות, שכן חובה זו נבדקת בסוף ההליך, **אלא התרשלות בודקת אם הנתבע התנהג התנהגות לא ראויה שיצרה סיכון לא סביר שהתממש וגרם נזק לתובע**.

תפיסתו של עמית מהווה קריסטליזציה של הגישה החדשה. **משנמצא כי התנהגות הנתבע מהווה עוולה, נבדק הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק ורק אחרי תבחן חובת הזהירות**. עמית סבור כי הבחנה בין חובת הזהירות המושגית לקונקרטית, תוביל להצרת/הרחבת יתר של חובת הזהירות המושגית. עם זאת, גם תפיסתו, המאפשרת צמצום אחריות/הרחבתה באמצעות שיקולי מדיניות, גורמת לדבר זהה. אם מכירים בחובה היא תורחב, אם שוללים את קיומה מצירים את גבולותיה. לדעתו, במצבים שהם "אזור הדמדומים" של דיני הנזיקין יש לבחון את חובת הזהירות לפני ההתרשלות ובמקרים שהם "ליבת דיני הנזיקין", יש להתחיל את הדיון בעניין ההתרשלות.

לפי הגישה החדשה, **יש לבחון קודם את ההתנהגות** – **האם היא ראויה או לא**. **רק לאחר מכן,** **יש לבחון האם יש שיקולי מדיניות השוללים את הטלת האחריות בגינה**. עם זאת, עצם בדיקת התנהגותו של האדם, מבוססת על ההנחה שהאדם חייב שלא לפגוע בזולת. מכאן נובע כי יש חובת זהירות ברקע. **נקודת המוצא בדיני נזיקין היא שקיימת חובת זהירות, לכן לא צריך לבדוק אותה בכל פעם**. עמית מנסה בגישה זו לייעל הליכים. לגישתו, יש חובת זהירות כללית.

נראה כי אין הבדל מהותי בין הגישה המסורתית לגישה החדשה, בכל הנוגע לנזקים שבליבת דיני הנזיקין (נזקים פיזיים לניזוקים ישירים), שכן אלו עניינים שבגישה המסורתית נקבע שקיימת בהם חובת זהירות מושגית.

התרשלות:

לפי שתי הגישות, יש לבחון את התנהגות הנתבע ולקבוע האם היא אינה כדין/אינה ראויה. המבחן של עמית – **התנהגות לא ראויה היא התנהגות שיוצרת סיכון צפוי ולא סביר**, **סיכון שאדם סביר יכול היה לצפות** את הליך גרימתו, את בני האדם העלולים להיפגע ממנו ואת סוג הנזק והיקפו, שעלולים להיגרם בהתממשותו. **על הסיכון להיות צפוי ולא סביר גם יחד**. אלו 2 תנאים מצטברים.

המצבים שמחוץ לליבת דיני הנזיקין:

המצבים המצויים בליבת דיני הנזיקין הם המצבים בהם המזיק גרם נזק פיזי לניזוק בנוסף לנזק כלכלי שנגרם ע"י איש מקצוע או במצב של יחסים מיוחדים בין המזיק לניזוק. גם הגישה המסורתית מכירה במצבים אלו כמצבים בהם קיימת חובת זהירות. הבעייתיות מתעוררת במקרים בהם אין יחסי קרבה. מצבים אלו מחייבים קודם הערכת מצב – האם עוולת הרשלנות נועדה לתקן את העוול או שמדובר בנזק הנובע מהתנהגות שלא מקימה אחריות בנזיקין? לשם כך, ישתמש ביהמ"ש בשיקולי מדיניות. השיקולים נבחנים עפ"י מטרות דיני הנזיקין. במצבים כאלו, **יש לבחון קודם אם ישנה חובת זהירות, בטרם בדיקת ההתנהגות עצמה**. אינטרסים מנוגדים של תובעים שונים, עלולים להשפיע על השאלה האם יש לנתבע חובת זהירות וכלפי מי יש לו חובה זו. לפי שתי הגישות, **יש לבדוק את שאלת החובה תחילה בתחומים מעבר לליבת דיני הנזיקין**.

**גישת ביניים לבחינת עוולת הרשלנות – השופט הנדל:**

הנדל הציע **ניתוח לפי שלוש קבוצות התייחסות**: קבוצה מוכרת, קבוצה חדשה וקבוצה גבולית. בשלושת הקבוצות יש לבחון קודם את חובת הזהירות. עם זאת, כאשר חובת הזהירות מוכרת (מקרים שבליבת דיני הנזיקין), יש לבחון ישר את חובת הזהירות הקונקרטית ויתמקדו בהתרשלות. כאשר מדובר במקרה מהקבוצה החדשה, חובת הזהירות תבחן באופן כללי, תוך דגש על שיקולי מדיניות וצדק. כאשר מדובר במקרה גבולי – בחינת החובה תעשה ברמה פרטנית-מופשטת. לאחר מכן, יבחן הקש"ס בין החובה שהופרה לנזק. אם ישנו קש"ס תוטל אחריות. זוהי **גישה מסורבלת היוצרת חוסר וודאות**.

**הגישה המשולבת:**

בביהמ"ש משתמשים כיום הן בגישה המסורתית והן בגישה החדשהללא מחויבות. הגישה המשולבת מציעה כי **במצבים מחוץ לליבת דיני הנזיקין, בהם טרם גובשה חובת זהירות מושגית, יש לבחון קודם את חובת הזהירות, ורק כשנקבע כי זו קיימת** **יש לבחון את התנהגות הנפגע** (האם היא ראויה). בגישה זו למעשה **מתבטל הפיצול בחובת הזהירות** – אם יש חובת זהירות רעיונית, בוחנים את ההתנהגות הקונקרטית והקש"ס בינה לבין הנזק. חובת הזהירות היא תפיסה קונספטואלית, היכולה לקבוע מתי ראוי להכיר באחריות ומתי לא, אך לא יכולה לקבוע מתי התנהגות אינה ראויה.

בליבת דיני הנזיקין, כאשר יש חובת זהירות מושגית ברקע – ניתן לגשת ישר לבדיקת התנהגות הנתבע. אם היא אינה ראויה, בוחנים אם יש לשלול את אחריותו משיקולי מדיניות.

**סיכום:**

* במקרים בליבת דיני הנזיקין: **קיימת חובת זהירות מושגית**. לכן, **ניתן ישר לפנות לבדיקת התנהגות המזיק הקונקרטית**. אם היא הייתה לא ראויה, הנתבע יקבע כאחראי, אלא אם יש שיקולי מדיניות שוללי אחריות.
* במקרים מחוץ לליבת דיני הנזיקין: **יבחנו את שאלת חובת הזהירות** קודם. אם אין שיקולים שוללי אחריות – יעברו לבחינת התנהגות הנתבע והקש"ס בינה לבין הנזק.
* ההצעה שהועלתה במאמר: במקרים **בליבת דיני הנזיקין תבחן ההתרשלות תחילה** ואז שיקולים שוללי אחריות. במצבים **מחוץ לליבת דיני הנזיקין**, **יש לבחון קודם את חובת הזהירות**, ורק שנקבע כי זו קיימת (ואין שיקולי מדיניות שוללי אחריות) יש לבחון את התנהגות הנפגע וקש"ס בינה לבין הנזק.
* איחוד חובת הזהירות בגישה החדשה: נובע מתוך **ייעול ההליך ומניעת מצבים של חוסר בהירות** לעניין קיום האחריות והיקפה.

**אירועונים לתרגול עוולת הרשלנות:**

תמונה שמכילה טקסט, גופן, צילום מסך, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטי

1. **חובת זהירות מושגית:**

* חוזה – כאשר ילד נכנס לבריכה עם ההורים שלו, הם משלמים כרטיס כניסה לבריכה וזה החוזה שלהם מול הבריכה. גם אם לא בטוחים האם יש חוזה או לא, יש לעלות את השאלה לדיון.
* מקרקעין – רלוונטי כמובן, כיוון שנפילה על קרקע הבריכה קשורה למצב המקרקעין ולתחזוקתו.
* יחסי שכנות – חובה על בעל הבריכה להימנע מלהזיק לאחרים, כפי שהוא לא היה רוצה שיזיקו לו.
* צפיות טכנית – האם אנשים מסוגו של המזיק היו **יכולים** לצפות קיומו של נזק מהסוג שאירע לאנשים מסוגו של הניזוק. כלומר, האם בעלי בריכות יכולים לצפות קיומו של נזק גוף שעלול לקרות למתרחצים.
* צפיות נורמטיבית – האם אנשים מסוגו של המזיק היו **צריכים** לצפות קיומו של נזק מהסוג שאירע לאנשים מסוגו של הניזוק. כלומר, האם בעלי בריכות צריכים לצפות קיומו של נזק גוף שעלול לקרות למתרחצים.

1. **חובת זהירות קונקרטית:** מכניסים את עובדות המקרה פנימה לתוך הבחינה. בנוסף, "מרימים להנחתה לעצמינו", כלומר מתכוננים לקראת בחינת ההתרשלות בשלב הבא.

* צפיות טכנית – בעלי הבריכה היו **יכולים** לצפות שילדים קטנים שמתרחצים בבריכה שלהם בחופש הגדול, עלולים להינזק בגופם. תקופת הזמן (חופש גדול) וסוג הניזוק (ילדים קטנים) דורשים צפיות מוגברת יותר.
* צפיות נורמטיבית – בעלי הבריכה היו **צריכים** לצפות שילדים קטנים ירוצו ליד הבריכה ועלולים להינזק עקב כך. גם פה, תקופת הזמן וסוג הניזוק דורשים צפיות מוגברת.

1. **הפרת חובת הזהירות (התרשלות):**

* נוסחת לרנד הנד – משתמשים במה שכתבנו בחובת הזהירות הקונקרטית. בחנו לעיל תחת תרגול של נוסחת לרנד הנד.

1. **ראשי נזק:** ציון הנזק וראשי הנזק הרלוונטיים למקרה.
2. **קש"ס עובדתי:** מבחן האלמלא. אם המזיק היה נזהר ומשקיע באמצעי זהירות, יש להניח שהניזוק לא היה נפגע. הנזק היה נמנע או לפחות הנזק היה קטן יותר.
3. **קש"ס משפטי:** מבחן הצפיות. במידה וחובת הזהירות הופרה, כלומר במידה והמזיק התרשל, האם הוא היה צריך לצפות קיומו של נזק. נזכיר את פס"ד לאון נ' רינגר במידה ואנו רוצים לטעון לגולגולת דקה. נזכיר את פס"ד בן שמעון נ' ברדה במצבים בהם סוג הנזק אמנם היה צפוי, אבל היקף הנזק לא היה צפוי. רק אם יש פער בין שני אלה, רלוונטי להזכיר אותו, משום שהוא מרחיב את הקש''ס גם להיקף נזק רחב.

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מסמך

התיאור נוצר באופן אוטומטי

את מי תובעים? יש בעיה של חלוקת הנזק, כיוון שהנזק קרה משני אירועים שונים. לכן, צריך לבדוק מי אחראי על הנזק ועל איזה חלק מהנזק. לכן, יש לציין כי ישנה תביעה נגד הקבלן וגם נגד ביה"ח.

יש כמה כיוונים וכמה תביעות שונות:

**יונתן ודוד יכולים לתבוע אחד את השני** בעילה של תקיפה וכן בעילת רשלנות (פס"ד גורדון מאפשר לתבוע בעוולת מסגרת במקום עוולה פרטיקולרית). ישנם פרמטרים שונים לעילה העדיפה יותר (רשלנות דורשת נזק ותקיפה לא). מבחינת הגנות, אחד מהם יוכל לטעון להגנה עצמית. אפשר להניח שהם לא יתבעו אחד את השני בגלל כיס עמוק, בכלל לא שווה להם לתבוע אחד את השני.

**יונתן ודוד יכולים לתבוע באחריות שלוחית את פנחס ויעקב** **ואת הקבלן/החברה המבצעת באחריות אישית**. לקבלן יש אחריות אישית, הוא לא צריך להיות במקום האירוע ולפשל, כדי להיות בעל אחריות. בנוסף, הוא הכיס העמוק ולכן נעדיף שהוא יישא בתביעה.

חשוב לציין כי לשני הצדדים אשם תורם לנזק הנגרם להם.

בחינת הרשלנות של הקבלן:

**חובת זהירות מושגית:** חובתו של הקבלן באה מכוח חוזה העבודה של העובדים עם הקבלן (גם אם הקבלן לא חתום על חוזה זה או לא מכיר את העובדים הוא בעל חובה זו). חובה זו באה גם מכוח אחריותו על מצב המקרקעין ותחזוקתו (סביבת העבודה לא הייתה בטוחה ולכן הוא בעל אחריות גם אם לא היה שם וידע על המצב הרעוע של סביבת העבודה). בנוסף, יש לקבלן חובה גם מכוח יחסי שכנות, שכן הוא מעסיקו של הפועל ולכן, יש לו אינטרס שלא יפצע. מכוח יחסי שכנות עליו לדאוג שלא יפגע. לגבי מבחן הצפיות, הקבלן היה צריך והיה יכול לצפות כי באתר בנייה יהיה נזק ופגיעה לפועל, במידה ולא ינקטו בפעולות הזהירות הנחוצות.

**חובת זהירות קונקרטית:** במקרה זה אין ציפייה מהקבלן לצפות מרחוק בכל האתרים תמיד, הוא צריך להעמיד עובדים שהוא סומך עליהם, שיפקחו ויבקרו וישמרו שלא יהיו בעיות בטיחותיות. לפי מבחני הצפיות, נראה כי הקבלן היה יכול והיה צריך לצפות כי פועל בלי קסדה יכול ליפול מפיגום רעוע ולהיפגע.

**הפרת חובה:** החובה הופרה שכן הפיגום רעוע והפועלים לא חבשו קסדות כנדרש. ע"פ נוסחת לרנד הנד – הסתברות קרות התוצאה גבוה (תוחלת הנזק) ולכן צריך לנקוט אמצעי מניעה גבוהים. נראה כי הקבלן לא פעל על מנת לנקוט אמצעי מניעה מראש ועל כן, התרשל.

**נזק:** לפרט מה הנזק ואת ראשי הנזק (נזק ממוני ולא ממוני).

**קש"ס עובדתי:** אילו הקבלן היה דואג לסביבת עבודה בטוחה לא הייתה נגרמת התאונה ולא היה נגרם נזק לפועלים. אף אם הם היו נופלים מהפיגום, במידה והיו ננקטים אמצעי זהירות הנזק היה פחות חמור.

**קש"ס משפטי:** קבלן יכול וצריך לצפות נזק גופני קשה מנפילה מפיגום ללא קסדה.

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

בחינת הרשלנות של מנהל העבודה/אחראי הבטיחות:

**חובת זהירות מושגית:** מכוח חוזה של מנהל עבודה/אחראי הבטיחות אל מול החברה שבה הוא עובד, יש לו חובה לשמור על עובדיו, לשמור על מקום עבודה בטוח ולדאוג לבטיחות. בנוסף, מתוקף התפקיד עליו לשמור על בריאותם ושלמותם של העובדים מכוח יחסי שכנות בינו לבין עובדיו. נראה כי מנהל עבודה/אחראי בטיחות יכול וצריך לצפות התקיימות של נזק באתר בנייה לפועל שלא חובש כסדה.

השוני בין פנחס ויעקב הוא שמנהל עבודה ואחראי בטיחות אחראים על דברים שונים, מנהל עבודה יודע על סכסוכים בין העובדים, לעומת אחראי הבטיחות שכנראה לא יודעת דברים אלה. בנוסף, פנחס מתריע ליעקב כי הפיגומים פגומים, כאחראי בטיחות הוא פישל יותר כי הוא ידע קונקרטית שהפיגום רעוע. מבחינת מנהל עבודה, הוא התריע ואמר לאחראי הבטיחות. לכאורה הוא נראה צדיק אבל היה עליו לעשות מה שיכל כדי למנוע את הנזק (לדוגמה לא לאפשר להם לעלות או להגיד להם לרדת). כלומר, ההתרעה לממונה עליו לא מספיקה, אלא היה צריך לפעול אקטיבית. לפי נוסחת לרנד הנד זה אמצעי מניעה מאוד מאוד פשוט וזול שהיה ניתן לנקוט כדי למנוע נזק גדול. אמצעי זה לא ננקט ולכן מתקיימת רשלנות. אולי ניתן להתחשב בכך שהמנהל עבודה דיווח בעת הטלת אחוזי האחריות וחלוקתה, אך אם כל אחד מהם מואשם בהכל ביחד ולחוד אז "אין חצי הריון" ולכן זה שהוא דיווח לא מספיק בכדי שלא יחשב לרשלן. אותנו מעניין שבמקרה ספציפי זה לא עמד מנהל העבודה בנוסחת לרנד הנד.

כשיש ריבוי נתבעים בודקים על פי המודל את התביעה העיקרית ואחר כך הולכים לאורו (אם יש מקרה דומה בתביעה משנית אז אפשר לכתוב "כפי שמאשימים את... נאשים גם את...").

תמונה שמכילה טקסט, מסמך, נייר, שחור ולבן

התיאור נוצר באופן אוטומטי

מי תובע ומי נתבע? מזמיני האירוע יתבעו את בעלם האולם, זו התביעה הכי אולטימטיבית והמרכזית ביותר. יש גם אפשרות לתבוע את חברת החשמל שגרמה להפסקת החשמל. בנוסף, הדודה יכולה לתבוע את בעל האולם או את חברת חשמל. אולם, תביעתה משנית. עוד תביעה משנית הינה של מזמיני האירוע אל מול הצלם, שכן הם שילמו לא ולבסוף הוא כלל לא צילם.

תביעה מול חברת חשמל היא קשה מאוד. מבחינת שיקולי מדיניות, יש קושי בתביעה מול חברת חשמל (מדרון חלקלק, הצפת בתי המשפט וכו'). לכן, נעדיף לתבוע את מי שיהיה הכי קל להוכיח שהתרשל. בעל האולם יכול להגיש תביעת שיפוי נגד חברת חשמל או הודעת צד ג', אך הוא לא יכול לתבוע אותה בנזיקין.

מונע הנזק הזול: בעל האולם הוא הנתבע המרכזי, למרות שהוא לא עשה את הפסקת החשמל. אבל, נראה כי הוא מונע הנזק הזול ביותר במקרה דנן. הוא יכול היה לפעול על מנת להתכונן מראש להפסקת חשמל (למשל גנרטור). הוא צריך לתת את הדין, גם אם לא היה אחראי לנזק ישירות.

תביעת המשפחה נגד בעל האולם: חשוב לשים לב להבדל בין החובה שיש לבעל האולם כלפי האורחים לבין החובה שיש לו כלפי הכלה חתן ומשפחתם. חתונה היא אירוע חד פעמי וכבעל האולם הוא חייב לדאוג שהאירוע יתקיים כראוי, הנזק הנפשי מהרס החתונה הוא יותר חמור לכלה ולחתן מאשר נזק שנגרם לאורחים.

סף הכניסה: **חוזה** – יש חוזה בין המזמינים של האירוע לבין בעל האולם. החוזה חשוב מאוד, שכן אירוע חתונה הוא אירוע בעל משמעות רבה. **מקרקעין** – בעל האולם הוא בעל המקרקעין ועל כן, הוא אחראי למצב ולתחזוקת המקרקעין. **יחסי שכנות** – בעל האולם לא יזיק ללקוחותיו, כמו שאינו רוצה שיזיקו לו.

חובת זהירות מושגית: בעל האולם היה יכול וצריך לצפות נזק רגשי על הרס האירוע ועל אובדן ההנאה והרווחה. בעל האולם היה צריך להכין אמצעי מניעה לנזק.

חובת זהירות קונקרטית: בעל אולם אשר הזמינו אצלו אירע חתונה היה צריך יכול ולצפות את הנזק. בעל האולם חייב להתכונן היטב בכל המישורים לקראת האירוע. חובת הזהירות מוגברת משום שגורלם של זוג אשר מתחתן הוא בידיו של בעל האולם.

הפרת חובת הזהירות: **נוסחת לרנד הנד** – בעל האולם היה יכול להשתמש בגנרטורים, מאווררים, שלטים זוהרים, תאורת חירום וכו'. הוא יכול לטעון כי אמצעי המניעה מלווים בעלויות גבוהות. לגבי תוחלת הנזק נראה כי הנזק גדול מאוד, שכן חתונה היא אירוע חד פעמי וניתן היה לנסות למנוע בדרך זולה וקלה יחסית. אולם, תדירות הנזק לא גבוהה, שכן הפסקות חשמל מתרחשות פעם בהרבה זמן ולמשך זמן קצר ועלויות המניעה לא כל כך זולות.

נזק: נזק לא ממוני – בעיקר נזקים רגשיים, כאב וסבל, אובדן הנאות. הסבל מתעצם כשהאורחים סובלים.

קש"ס עובדתי: מבחן האלמלא – אם בעל האולם היה דואג לאמצעי מניעה מינימליים נראה כי התאונה הייתה נמנעת או הייתה לפחות פחותה בעוצמתה.

קש"ס משפטי: מבחן צפיות – בעל האולם היה יכול וצריך לצפות שבהינתן שלא דאג לאמצעי המניעה הנאותים, יגרם נזק נפשי לבני הזוג במקרה של הפסקת חשמל.

הגנות: אמצעי המניעה לא נדרשים כי הפסקות חשמל לא קורות הרבה או שהן קצרות. ניתן להגיד שהפסקת החשמל היא גורם זר מתערב שניתן את הקשר הסיבתי.

תביעתה של הדודה יהודית: ככל הנראה קל להגיע אליה אחרי שנוכיח נזק למשפחה. סימון זוהר במדרגות כדי שהדודה לא תיפול.

* סף הכניסה: אחריות על המקרקעין (על בעל האולם לספק לה מקום בטוח), יחסי שכנות.
* חובת זהירות מושגית: החובה מצומצמת יותר.
* חובת זהירות קונקרטית: אם הייתה תאורת חירום במדרגות, הנזק היה נמנע.
* נזק: צריך לצפות שללא תאורת חירום נזק כזה יגרם.

תביעתה של חן: זהה ליהודית, מלבד העובדה כי לא נגרם לה נזק, שכן נולדה לה ילדה בריאה. הנזק הוא רק אובדן רווחה ועל נזק זה קשה מאוד לתבוע, ואף לא ניתן.

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

* סף הכניסה: חוזה בין המזמין לבין הצלם.
* חובת זהירות מושגית: יכול להיות שצריך לצפות ממנו להביא פרוג'קטור או לבקש שיביאו לו. הוצאות מניעה יחסית סבירות. הצלם יכול לטעון למדיניות משפטית. החוזה מול האולם אומר שמספקים לו תאורה.
* חובת זהירות קונקרטית: לא ברור אם הוא הביא תאורה. חובת הזהירות מוגברת, שכן התמונות מחתונה הן הכי חשובות. היה צריך לנקוט אמצעי מניעה.
* הפרת חובת הזהירות – נוסחת לרנד הנד: יש אמצעי מניעה זול, למשל פנס עוצמתי. לכן, אם לא עשה את זה נראה כי הוא רשלן.
* יכול לשלוח הודעת צד ג' לאולם ולחברת חשמל.

**משפט ורפואה**

**קווים לניתוח אירועון:**

* יש לבחון תחילה **מי הם התובעים** (כולל עיזבון ותלויים) **ומיהם הנתבעים** (רופאים, בתי חולים, אחריות אישית ושלוחית, כיסים עמוקים, ביטוח וכו').
* שלושת החיקוקים הרלוונטיים לנושא של משפט ורפואה – **רשלנות**, **תקיפה** **והפרת חובה חקוקה**.
* חוק זכויות החולה (רלוונטי למקרים לאחר שנת 1996) – הפרת חובה חקוקה. אין בו סנקציות, הוא לטובת החולים והוא כללי מאוד.
* ס' 5 לחוק זכויות החולה – **החובה של הצוות הרפואי להעניק טיפול נאות לחולה**. לכאורה, הסעיף כבר כולל הכל. אולם, בפועל בתי המשפט לא אוהבים את הסעיף הזה והם רואים בו **סעיף סל**.

**דגשים לתביעה ברשלנות:**

1. **בדיקת היסודות** של רשלנות, כמו באירוע רשלנות רגיל.
2. לא כל טיפול שנגמר לא טוב הוא בהכרח התרשלות. **ביהמ"ש יקבע לפי חוות דעת רופאים אם היה מדובר בהתרשלות או תקלה** (פאר נ' קופר).
3. יש **לשים לב לשיקולי מדיניות משפטית** **ולמטרות דיני הנזיקין**.  
   פאר נ' קופר: סבל מכאבים ברגל לאחר הניתוח. הנתבעים אמרו לו שהנזק שנגרם לו מאוד לא צפוי. ביהמ"ש נתן פיצוי בכל זאת, אולי לפי צדק חלוקתי או מטרת הפיצוי. אך, במקרים שאין צפיות ניתן לומר כי קשה לתת פיצוי. ביהמ"ש סבור כי גם אם זה היה נדיר היה צריך לצפות את זה.
4. כאשר יש רשלנות כתוצאה מהעדר הסכמה זהו **נזק של העדר הסכמה מדעת**. במידה ולא יוכח קש"ס אז יש **נזק של פגיעה באוטונומיה**. השופט עמית קבע כי לא ניתן לקבל פיצויים אלה יחד, שכן זהו פיצוי כפול.

חובת הראייה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו:

ס' 41 לפקנ"ז: **נזק ראייתי והעברת נטל ההוכחה מופיעים הרבה** במקרים של רשלנות רפואית (פס"ד קוהרי + פאר נ' קופר).   
בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק **מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה** מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה – **על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיהיה חב עליה**.

**עוולת התקיפה:**

רק בעניינים של אי הסכמה או העדר הסכמה מדעת ובשים לב להגנה בס' 24(8). בתקיפה יש יסוד של אי-הסכמה. אם אדם לא הסכים לטיפול כלפיו והוא נפגע, או שהיה מצב שבו הוא הסכים, אך לא מדעת (למשל עולה חדש מרוסיה שלא מבין את הרופא), הדבר מהווה תקיפה.

ס' 24(8): בתובענה על תקיפה **תהא הגנה לנתבע אם עשה בתום לב מעשה שהיה לו יסוד להניח שהוא לטובת התובע, אלא שלפני שעשהו לא היה בידו לקבל את הסכמת התובע**...

האם הגנה זו, שהיא הגנה מיוחדת לתקיפה, רלוונטית לעוולות האחרות? לכאורה לא. ייתכן שרק כאינדיקציה.

**המקרים הקלאסיים של משפט ורפואה:**

טיפול רפואי לקוי:

**הרופא טיפל בחולה בצורה לקויה**. יכול להיות בדרך של מעשה או מחדל, **בד"כ** **נתבע ברשלנות** (רלוונטי גם הפרת חובה חקוקה של ס' 5).

העדר הסכמה/העדר הסכמה מדעת:

**במצב של העדר הסכמה בכלל, מדובר בתקיפה**. העדר הסכמה מדעת הינו מצב בו הרופא לא נותן לאדם את כל המידע והוא מסכים על סמך מידע חלקי. כלומר, לא מספרים הכל או שלא מספרים הכל באופן מדויק. **במצב של העדר הסכמה מדעת, מדובר ברשלנות**. ס' 13 לחוק זכויות החולה מדבר על קבלת הסכמה מדעת ומשליך כאינדיקציה על רכיב זה בעוולות האחרות (פס"ד ועקנין – הפרת חובה חקוקה כאינדיקציה לרשלנות). כלומר, אם יש הפרה של הסעיף, הדבר יכול להעיד על רשלנות. **במקרים אלה שלושת העילות רלוונטיות** – אפשר לתבוע דרך כל העוולות, צריך לציין את כולן. כלומר, נתבע גם ברשלנות, גם בהפרת חובה חקוקה וגם בתקיפה במקרים הספציפיים שמאפשרים זאת.

השופטת בייניש (דעת יחיד) בפס"ד דעקה: **רק העדר הסכמה של ממש תחשב כתקיפה** ואילו **העדר הסכמה מדעת תחשב כרשלנות**. 3 מקרים של העדר הסכמה שיכולים לבסס תביעת תקיפה:

1. המקרה הקלאסי – **לחולה לא נמסר כלל מידע** על הטיפול.
2. **כאשר לא נמסר מידע על התוצאה הבלתי נמנעת** של אותו הטיפול (אם התוצאה רק תתכן אבל לא תקרה בוודאות, כבר מדובר בהיעדר הסכמה מדעת ולא בהיעדר הסכמה).
3. כאשר **הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי** מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.

**בכל פעם שיש חוסר של מתן מידע/העדר הסכמה יש לבדוק פגיעה באוטונומיה** – אי הסכמה ע"פ המידע השלם (פס"ד דעקה).

בחירה בין חלופות:

הרופא בחר בין א' לב' והבחירה שלו רשלנית. כלומר, הטיפול עצמו לא רשלני, אלא **הבחירה שלו בטיפול רשלנית**. **הרופא התרשל בעצם הבחירה בין החלופות**. במקרים אלה **נתבע ברשלנות**. גם אי עשייה נכנסת לבחירה בין חלופות – בחר לא לעשות כלום.

פס"ד קליפורד: טענת הגנה לבחירה בין חלופות. בזמן שקרה המקרה הייתה אסכולה רפואית קיימת שקיבלה שימוש במזרק שאינו שואב. האסכולה אינה נהוגה בעולם הרפואה, אך אין איסור להשתמש בה.  
הרופא טען ל**הגנת האסכלות** – יש אסכולה בעולם הרפואה שדוגלת בדרך הזאת. כדי שתקום הגנה כזאת צריך לעמוד בשלושה תנאים מצטברים:

1. האסכולה צריכה להיות **מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה** (לפי השופט אור, בין 10-15%).
2. צריכה להיות **בחירה ממשית** בין אסכולות **בזמן מעשה** ולא לאחר מעשה – תוכיח שידעת את שתי האסכולות והבחירה שלך הייתה מושכלת. על הרופא להסביר למה הוא דוגל באסכולה הישנה בעוד שהוא ידע את היתרונות והחסרונות של כל אסכולה.
3. צריך **להביא את החלופות בפני החולה להכרעתו** ולתת לו להחליט. לרוב, זה לא נעשה.

**בחינת הקש"ס:**

לעיתים, למרות קיום עקרוני של העילה, יש אינדיקציה שאין קש"ס לנזק. בפסיקה קיימת מגמה מעניינת. תקיפה היא בד"כ משטר של אחריות מוחלטת (אין הכרח במציאת אשם). אולם, ברשלנות רפואית נראה שיש כיפוף של עוולת התקיפה לכיוון אשם. כלומר, **נאפשר תביעה בעילת תקיפה רק כשיש הוכחה של רשלנות ואשם** (השופטת בייניש בפס"ד דעקה). כמו כן, יש מגמה של **כיפוף עוולת הרשלנות לכיוון של אחריות מוחלטת**, כלומר דורשים יותר מהרופאים בעניין הצפיות, דורשים מהם לצפות יותר את הנזקים (פאר נ' קופר, רייבי נ' וייגל).

* יש להביא בחשבון **גולגולת דקה וריחוק נזק**, כלומר האם יש גורם מתערב זר.
* חלוקת נזקים/אחריות – ס' 11 + 84 לפקנ"ז – **מעוולים יחד** **ושיפוי בין מעוולים**
* **פגיעה באוטונומיה** – ניתן לתבוע גם ללא הרשלנות בטיפול עצמו וגם אם לא היה נזק (פס"ד דעקה). אולם, לא ניתן לתבוע אם ניתן פיצוי בגין נזק לא ממוני על העדר הסכמה מדעת, לגישת השופט עמית, שכן אין כפל פיצויים.
* **העברת נטל ההוכחה** – ס' 41. יש מקרים בהם לא צריך להעביר את נטל ההוכחה, אלא הרופאים מעלים סימני שאלה לגבי התקיימותה של התביעה, וזה מספיק למעבר של מאזן ההסתברויות.

**רשלנות רפואית:**

מבחינת רשלנות, **בחובה המושגית יש חוזה ואת החובה לא להזיק כסף כניסה**.

**דעקה נ' בית חולים כרמל: מתי ניתן לתבוע רופאים בתקיפה רפואית?**

המערערת היא נכה הסובלת מבעיה בכף רגלה. כמו כן, התעורר חשש לקיומו של גידול בכתפה. המערערת אושפזה בבי"ח כרמל לשם ניתוח ברגלה, והוחתמה על טופס הסכמה לצורך זה. יומיים לאחר מכן, כשהייתה על שולחן הניתוחים ולאחר שקיבלה תרופות מטשטשות, הוחתמה המערערת על טופס הסכמה לעריכת ביופסיה בכתף. זאת, ככל הנראה בעקבות החלטת הרופאים בסמוך לניתוח, לפיה הממצא בכתף מחייב ניתוח דחוף יותר מהניתוח ברגל. בעקבות הניתוח נותרה כתפה של המערערת קפואה, ונקבעה לה נכות בשיעור של 35%. במחוזי תביעתה נדחתה.

השופטת ביניש:

רשלנות או תקיפה? האם טיפול רפואי שניתן ללא הסכמה מפורשת ומושכלת של החולה, וללא ידיעת כל העובדות הקשורות לסיכויי הטיפול ולסיכוניו, נכלל בגדר עוולת התקיפה? בישראל נקבע כי בנסיבות מסוימות הטיפול מהווה עוולה של תקיפה, לכן, **יש לפצות על נזק שנגרם לחולה אשר טופל ללא מתן הסכמה נאותה** **לטיפול,** **גם אם לא הוכחה הפרת חובת זהירות או קיום קש"ס** בין הימנעות ממסירת הפרטים לבין הנזק שנגרם.

התייחסות לטיפול כאל תקיפה מעורר הסתייגות: הטיפול נועד לטובת החולה ואינו מהווה התנהגות אנטי-חברתית. בשל כך, במדינות רבות **צמצמו את עוולת התקיפה, ויכירו בה רק במצב של העדר הסכמה** כאשר לחולה לא נמסר מידע כלל על הטיפול, כאשר לא נמסר לו על התוצאה הבלתי נמנעת של הטיפול, כאשר הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו או כאשר ההסכמה הושגה במצג כוזב.

מנגד, במקרים של העדר "הסכמה מדעת" לטיפול רפואי, בוחנים את עוולת הרשלנות. במקרה זה, יש לדון על פי עוולת הרשלנות. את עוולת התקיפה בגין מתן טיפול רפואי, יש להשאיר למקרים קיצוניים המתוארים מעלה.

**אי הסכמה תיחשב כתקיפה**. התקיפה היא מסוג של אחריות מוחלטת לאשם. **אי הסכמה מדעת זה מצב בו יש הסכמה באופן כללי, אבל לא נתנו פרטים/לא הסבירו חלופות/לא הסבירו על תוצאות**. דעתה של בייניש היא דעת יחיד, השופטים האחרים לא מסכימים ולא מתנגדים. לכן, **זו לא הלכה**.  
במקרים הבאים יהיה מדובר בעוולת התקיפה:

* **לחולה לא נמסר כלל מידע** על הטיפול.
* כאשר **לא נמסר לחולה דבר על התוצאה הבלתי נמנעת** של הטיפול.
* **הטיפול שניתן בפועל שונה באופן מהותי** מהטיפול שנמסר לחולה על אודותיו.
* **ההסכמה הושגה במצג כוזב**.

**קוהרי נ' מדינת ישראל:** **טיפול רפואי ללא הסכמת החולה, תקיפה**

המערערת אושפזה ע"מ לוודא חשד שלקתה במחלת עור מסוימת. נערכו לה בדיקות ונקבע כי היא סובלת מהמחלה, אך לא נמצאה ראיה לכך שהיא סובלת מהצורה החמורה יותר של מחלה זו. באחת הבדיקות נתגלה גידול שפיר בכבד והרופאים החליטו להסיר את הגידול והמערערת חתמה על טופס הסכמה לכך. במהלך הניתוח התגלה כי יש גידול נוסף וקטן יותר, והחליטו לבצע התערבות כירורגית מוגבלת. המערערת התאוששה מהניתוח, ו24 שעות לאחר מכן חלה התדרדרות במצבה, בוצעה בה החייאה אך בשל אי אספקת דם וחמצן למוח בזמן דום לב, נגרם למוחה נזק בלתי הפיך והיא נכנסה לקומה. מאז היא מאושפזת בבי"ח. המערערים טוענים כי הדבר נגרם כתוצאה מההתערבות הכירורגית שערכו הרופאים. בימ"ש קמא קבע כי המשיבה הוכיחה שההחלטה שהתקבלה הייתה מחויבת מהמציאות ודחה את התביעה. מכאן הערעור.

השופט לוין:

במקרה זה, **נטל ההוכחה עבר למשיבה**, בשל ס' 41 לפקודת הנזיקין. מהמקרה עולות 4 שאלות:

האם היה צורך לנתח את המערערת? מסכים עם בימ"ש קמא, שקיבל את עמדת הרופאים, לפיה בהתחשב בגודל הגידול, במיקומו וכו' – **החלטתם הייתה המסתברת ביותר**.

האם שיטת הניתוח שהרופאים החליטו עליה הייתה נאותה או שגויה ורשלנית? היו שתי אופציות לניתוח. במהלך הניתוח עצמו, ולאור הנתונים שהתגלו במהלכו (הגידול החדש) הגיעו הרופאים למסקנה כי דרך אחת טובה יותר ומסוכנת פחות. **הם בחרו בשיטה זו בזהירות ובכובד ראש**. לכן, **אין פסול בדרך הטיפול בה בחרו**.

האם ההתדרדרות במצבה של המערערת היא תולדה של מחלת העור ממנה סבלה והסיכונים הטמונים בה? האם הם ידעו או היו צריכים לדעת כי המערערת סובלת ממנה ונתנו את דעתם לסיכונים העלולים להיגרם עקב ביצוע הניתוח? **הרופאים היו מודעים למחלת העור של המערערת**. כ10% מהלוקים במחלה לוקים גם במחלת נוספת, הבדיקות שנעשו למערערת לא גילו כי היא לוקה במחלה זו. **לא היה ניתן לבחון זאת מחדש במהלך הניתוח, כי הדבר היה גורם לסיכון גבוה לחולה**. לא היה ידוע כי קיים קשר בין מחלתה לבין סיכון גבוה יתר בביצוע קשירה מאשר כריתה.

האם הסכמת המערערת לניתוח התקבלה כדין? **הרופאים עמדו בחובה המוטלת עליהם**. **ההסכמה התקבלה כדין**.

לכן, יש להשאיר את פסק הדין מבימ"ש קמא על כנו ו**לדחות את הערעור**.

השופט בייסקי:

**יש לדחות את הערעור**. מבהיר כי על ביהמ"ש לבחון רשלנות במעשה/מחדל של רופא תוך טיפולו המקצועי לא לאחר המעשה, אלא של הרופא הממוצע בשעת המעשה. **רופא עלול לטעות, ולא כל טעות מהווה רשלנות**. **אמת המידה לבחינת רשלנות היא של הרופא הסביר בנסיבות המקרה**. במקרה זה, ההחלטה להרחקת הגידול התקבלה לאחר בחינת כל האפשרויות, תוך עריכת בדיקות מקיפות. יתר על כן, במקרה זה לא מתקיימת עוולת התקיפה – טופס הסכמת החולה צריך להיות מפורט ולכלול את הסיכונים הטמונים בניתוח לעומת הסיכונים מהימנעות ממנו, כדי שהחלטת החולה תהא תוך שיקול עצמי ובחירה חופשית. במקרה זה, הרופאים גילו במהלך הניתוח את הגידול הנוסף, לכן לא יכלו להזהיר את החולה קודם לכן. **הערעור נדחה**.

**רייבי נ' וייגל:**

המערער סבל מפגם מולד בגב התחתון. לאחר שניתוח גב שבוצע בו לא הביא מזור לכאביו, הוחלט לבצע בו ניתוח נוסף של איחוי חוליות, שהיה אמור להיעשות כבר בניתוח הראשון. במהלך הניתוח, החליט המשיב, המנתח, להסיר צלקת עבה שחשב שהיא הגורמת לכאבי המערער. בהחלטה זו פגע במעטפת חוט השדרה. לאחר הניתוח, החל המערער להתלונן על תופעות של אי-שליטה בסוגרים ופגיעה בכוח המיניות. תביעותיו במחוזי נדחו, מכאן הערעור.

הנשיא שמגר:

האם המערער הסכים לביצוע הפרוצדורה של הסרת הצלקת או האם ניתן לומר כי הוא הסכים במשתמע לפרוצדורה? **ביצוע ניתוח שלא בהסכמת חולה מהווה את עוולת התקיפה**. ההסכמה יכולה להיות מפורשת, אך אין לכך הכרח. **ניתן ללמוד על הסכמת החולה לטיפול גם מכללא, לאור מכלול נסיבות המקרה**. במקרה זה, המערער הסכים במפורש רק לאיחוי החוליות, ו**לא נתן הסכמה מפורשת להסרת הצלקת**. הרופא ידע קודם לביצוע הניתוח על קיום הצלקת ועל הקשר בינה לבין הכאבים שהמערער סבל מהם. אף על פי כן, במהלך השיחה לפני הניתוח, לא אמר דבר על כך למערער.

מתי תוסק הסכמה מכללא לביצוע טיפול רפואי? טרם נקבעה הלכה בנושא, אך **יש להתחשב בשיקולים הבאים**: טיבו המשתנה של מדע הרפואה, הערכים המתנגשים כולל זכות החולה לשליטה על גופו, הרצון המשותף לרופא ולחולה בהצלחת הטיפול, האינטרס במניעת מוות או נזק גופני חמור לחולה, ההקשר הטיפולי הכולל במסגרתו בוצע הטיפול, טיב הטיפול שבמחלוקת מבחינת הסיכויים והסיכונים הטמונים בו ומבחינת הפגיעה אשר ביצועו עלול להסב לחולה, טיב הטיפולים להם ניתנה הסכמה מפורשת, קיומה של אפשרות מעשית לקבלת הסכמה מפורשת לטיפול ועוד.

ישנו כלל לפיו, רופא מנתח, אשר גילה במהלך ניתוח מתוכנן דברים בלתי צפויים המצדיקים הרחבה של תוכנית הפעולה/סטייה ממנה, **רשאי לסטות באופן המתחייב מהפעלת שק"ד רפואי סביר**. **תחולת כלל זה מותנית בכך שהחולה לא היה מסוגל לתת את הסכמתו לניתוח**. במקרה זה לא כך הדבר, שכן הרופא ידע קודם לניתוח על סיכון הצלקת והצורך בהסרתה, והיה יכול לקבל את הסכמת החולה מדעת.

**יש לגלות לחולה את כל הסיכונים אשר אדם סביר היה מייחס להם חשיבות בהחלטתו לביצוע הטיפול**. האינטרסים של הפרט המקבל את הטיפול עומדים במרכז. נראה כי בין הניתוח שתוכנן להתבצע לבין ניתוח הסרת הצלקת שבוצע בפועל, יש הבדל של ממש, המתבטא הן בסיכונים הכרוכים בטיפול והן בסיכויי ההצלחה. בניתוח להסרת הצלקת היה סיכון ממשי לפגיעה באלמנטים עצביים ואילו בניתוח לאיחוי חוליות ישנם סיכונים כלליים הנלווים לכל התערבות כירורגית בעמוד השדרה. כמו כן, לניתוח הסרת הצלקת סיכויי הצלחה נמוכים.

**המערער חתם על טופס הסכמה, בו הצהיר בין היתר כי הוא מסכים לכל ניתוח/טיפול רפואי אחר או נוסף שהרופא ימצא לנחוץ לבצעו תוך כדי הניתוח**. עם זאת, לדעת שמגר זה **נועד לכסות מקרים בהם התעורר צורך לא צפוי לבצע פעולות רפואיות נוספות** בגוף החולה. הרי, במידה ויש צורך קודם בטיפול כירורגי נוסף וצפוי, המטופל יחתום על טופס הסכמה נפרד לטיפול הנוסף. בנוסף, יש לפרש את הטופס באופן המתיישב עם עקרון היסוד בדבר זכות החולה על גופו. הפרוצדורה של הסרת הצלקת אינה פרוצדורה חיונית שמטרתה הצלת חיים או מניעת פגיעה חמורה בגוף. לכן, לא ניתן לומר שבחתימת המערער על הטופס, הוא נתן את הסכמתו לפרוצדורה זו.

נקבע כי **בוצע במערער מעשה תקיפה** לפי ס' 23(א) לפקנ"ז.

**קורטאם נ' מדינת ישראל:**

המערער הורשע בביהמ"ש המחוזי בהחזקת סמים שלא כדין. במקרה זה, במהלך מרדף משטרתי, בלע המערער סמים והוחלט לנתחו בצו שיפוטי שכן הם היוו סכנה חמורה לחייו. הסמים סולקו מקיבתו, אך הוגשו כראיה במשפטו ושימשו בסיס להרשעתו. המערער טוען כי מעת שנותח בניגוד לרצונו היה זה מעשה תקיפה ולכן לא יכול הסם לשמש כראיה.

השאלה המשפטית: האם חפץ המתגלה עקב ניתוח שביצע רופא באדם ללא הסכמת המנותח ובניגוד לרצונו אך, במטרה להציל את חייו, עשוי להיות ראיה קבילה במשפט?

השופט בך:

במקרה זה, **הניתוח בוצע רק לשם הצלת חיי המנותח, על כן זוהי אינה תקיפה**. מתעוררת השאלה באילו מקרים מותר לרופא לבצע ניתוח לאדם בניגוד לרצונו כאשר הרופא משוכנע שהדבר חיוני להצלחת חייו?

* כאשר **החולה לא בהכרה**.
* כאשר **החולה איננו מסוגל להחליט עצמאית** לגבי הניתוח ואין גם אדם אחר שיכול לתת את ההסכמה.
* כאשר **החולה ניסה לבצע מעשה של התאבדות**.
* כאשר **חייו של ילד קטין ניתנים להצלה רק באמצעות ניתוח, וההורים מתנגדים** לכך ללא הסבר סביר.

בך סבור כי יש להבחין בין ניתוחים העלולים להשפיע בצורה משמעותית על אורח חייו ואיכות חייו של המנותח מההיבט הגופני, לגביהם יש להשאיר את ההכרעה בידי החולה, לבין ניתוחים שאינם נושאים בחובם סיכונים לגבי מצבו הפיזי של החולה בעתיד, ויש לתת לדעתו, את הסמכות להחלטה לרופא. זוהי עמדה כללית, אין לקבוע מסמרות בעניין זה.

כמו כן, לדעתו, כאשר הרופא שם לב כי לחולה אין נימוק סביר לסירובו לעבור ניתוח ונראה כי זה נובע ממניעים חיצוניים – הוא יתייחס אליו כאל המנסה להתאבד, והוא רשאי לנקוט צעד הנחוץ להצלת חייו. **מקרה זה נכנס אל החריג לכלל ואינו מהווה תקיפה**.

השופט בייסקי:

* מסכים עם קביעתו של בך כי הניתוח בוצע משיקולים רפואיים בלבד. זו **הייתה חובה מקצועית ומוסרית מצד הרופאים**.
* לא מקבל את עמדת בך על החלת העיקרון בדבר זכותו של אדם שלא ינותח בלא הסכמתו בישראל. אין זה עומד בקנה אחד עם הפילוסופיה היהודית לקדושת החיים כערך עליון, ועם מסורת ישראל להציל במקום שניתן להציל. מעדיף שלא להידרש לשאלה זו מעבר הנדרש לעניין זה.

**ד"ר בר חי נ' שטיינר:**

העותרים חויבו בתשלום פיצויים בעד הנזק שנגרם למשיבה, כתוצאה מניתוח בשלפוחית השתן, שבוצע ע"י העותר ה2 בבי"ח. בשיחה לפני הניתוח המשיבה שאלה האם יש סיכונים בניתוח שהוחלט והעותר ענה בשלילה. אולם, התגלה כי ב3/14 ניתוחים קודמים שביצע העותר ה2 קרתה אותה תקלה.

השופט לנדוי:

**כאשר נשאל רופא על משמעותו של טיפול, חייב הוא בד"כ לתת הסבר על הסיכונים והסיכויים העיקריים**. התוצאה שהתרחשה הייתה סיכון שגרתי ממשי בפרוצדורה זו (הניתוח הקטן). במקרה זה, היה על העותרים להעמיד את אם הילדה בפני הברירה האם לעשות ניתוח קטן שיש בו סיכון, או ניתוח גדול שאין בו כמעט סיכון כזה. **הערעור נדחה, נמצא כי בילדה בוצעה תקיפה ללא הסכמת אפוטרופוס**.

**פאר נ' קופר: "כיפוף" רשלנות לכיוון אחריות מוחלטת**

המערער הוא חבר קופ"ח כללית, הייתה בליטה בשוקו הימנית ורופאי הקופה ייעצו לו לנתח אותה, דבר שהיה כרוך בניסור העצם. המערער לא פחד מהניתוח, שכן ערך ניתוח זהה ברגלו השנייה שעבר בשלום. לאחר הניתוח, שמו גבס על רגלו, התפתח נמק (בשל פגם מול בעורקיו), והרגל נקטעה מתחת לברך. בדיעבד הסתבר כי המערער סבל ממום מלידה שלא היה ניתן לגלותו באמצעות הבדיקה השגרתית המתבצעת לפני הניתוח. תביעתו למחוזי נדחתה, מכאן הערעור.

השופט לוין:

במקרה זה חסר מידע על דופק המערער שכן לא התבצעו רשומות על בדיקת הדופק שנטען שבוצעה לפני הניתוח, על כן, וכעולה מעדויות הרופא, לא הצליחו המשיבים להוכיח כי נעשתה הבדיקה כראוי. כמו כן, לאחר הניתוח הופיעו סימני אזהרה נוספים, הרופא הודה כי כאשר הוריד את חוסם העורקים מרגל המערער, היה איחור של דקה בזרימת הדם, בעוד שבמצב רגיל מתחיל הדם לזרום ברגל לאחר 10 שניות. גם פרט זה לא מופיע ברשומות, על אף שאמור להדליק "נורה אדומה" אצל המטפל. סדרי מנהל תקינים מחייבים ניהול תרשומת מפורטת ומדויקת של הטיפול בחולה. במקרה זה, **מאזן ההסתברויות מצביע יותר על קיום התרשלות** **מאשר על היעדרה**.

האם בנסיבות הללו המשיבים היו מחויבים משפטית לוודא לפני הניתוח אם המערער סובל ממום? לדעת השופט לוין **כן**. כאשר נכנס המערער לניתוח חלה על ביה"ח חובה לבדוק את מצב עורקיו. עצם העובדה שהוא נותח ברגלו השנייה באופן מוצלח, לא מונע מהרופאים לבדוק קודם לכן האם יש לו הצרת עורקים. **המשיבים התרשלו והערעור מתקבל**.

**משה נ' קליפורד: הגנת האסכולות**

העותרת סבלה מנזק גוף שנגרם לה בהיותה בת 5, כתוצאה מזריקת הרדמה מקומית שהזריק לה המשיב, רופא שיניים, כהכנה לטיפול שיניים. הנזק נגרם עקב הזרקת חומר ההרדמה לתוך עורק וזרימתו לכיוון המוח. זהו אירוע מוכר המתרחש ב10-15% ממקרי ההזרקה. התופעות הן השפעות גופניות שונות. במקרה זה, מגבלות בגפיים והפרעות נוירולוגיות וקוגניטיביות. הפגיעות ניתנות למניעה ע"י שימוש במזרקים שואבים, אך המשיב השתמש במזרק שאינו מאפשר שאיבה מוקדמת. בתקופה בה הדבר אירע, היה מקובל השימוש בשני סוגי המזרקים. העותרת טוענת כי המשיב התרשל. במחוזי נדחתה התביעה והן בעליון. מכאן הדיון הנוסף.

השאלה המשפטית: האם התרשל הרופא בטיפול שקיבלה העותרת? במידה והתשובה חיובית, האם מתקיים קש"ס משפטי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם לה? במידה וכן, מהו היקף האחריות של הרופא?

השופט אור:

התרשלות הרופא: הרופא לא חרג מהנורמה באותה עת, שכן השימוש במזרק לא שואב היה רווח. עם זאת, **קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת, אינה יכולה לחרוץ כשלעצמה את גורל שאלת ההתרשלות**. זהו פרמטר חשוב, אך לא הפרמטר היחיד שביהמ"ש יתחשב בו. במקרה זה **הנסיבות מצביעות על כך שהרופא התרשל** בהשתמשותו במזרקים לא שואבים. השיקולים המצביעים על כך הם:

* הסיכון הידוע של חדירה לעורק כתוצאה משימוש במזרק לא שואב.
* תופעות הלוואי העלולות להיגרם כתוצאה מחדירת חומר האלחוש לתוך העורק.
* במועד האירוע כבר היה ידוע שהשימוש במזרקים שואבים עדיף.
* בהוראות היצרן של חומר ההרדמה בו נעשה השימוש כתוב במפורש להימנע משימוש במזרק לא שואב (הייתה הפרה של הוראות היצרן בנוגע לאופן ההזרקה הראוי).
* באותה עת הייתה ידועה התופעה של זרימת חומר הרדמה למוח העלולה לגרם לנזקים נוירולוגים חולפים, עקב הזרקת החומר לתוך העורק.
* אין בעיה להשיג מזרקים שואבים, עלותם לא עולה באופן משמעותי או בכלל על עלות מזרקים לא שואבים.

קש"ס משפטי בין ההתרשלות לנזק: גם אם הנזק הראשוני שנגרם למערערת היה נזק חמור וקבוע (שעליו לא דובר בספרות הרפואית), **די בכך שהרופא צפה או שהיה עליו לצפות את סוג הנזק**. משמע, את תהליך הגרימה הספציפי של היצרות כלי הדם, על תוצאותיו האפשריות, ע"מ לייחס לו אחריות לגרימתו. במקרה זה, הנזק הראשוני היה נזק קל, תופעות הלוואי מוכרות וצפויות מהליך זה, ואז הגיע הנזק החמור. לכן, **הרופא אחראי לנזק הראשוני ברשלנות**.

האם הרופא אחראי לנזק החמור? דיון בשאלת **ריחוק הנזק**. משנפצה התהליך גורם הנזק אשר בסופו של דבר גרם לנזקיה של המערערת, אחראי הרופא לנזקים אלה. נזקים אלה מהווים נזק שנגרם לה "באופן טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבא במישרין מעוולת הנתבע". במקרה זה נכנס עקרון הגולגולת הדקה – אדם צריך לצפות מראש את עצם הפגיעה ולא את התוצאה מפגיעתו, את ממדי הנזק האפשריים. **די בצפיית סוג הנזק**. אם מיישמים את כלל זה על המקרה – הרופא אחראי לנזק, שכן עליו לצפות את התרחשותו של נזק גוף כתוצאה משימוש במזרק לא שואב. הנזק המאוחר שנגרם למערערת הוא נזק גוף. הטלת האחריות על הרופא בנוגע לנזק החמור מוצדקת גם מפני שמדובר בנזק ידוע וצפוי. על כן, **הרופא אחראי לנזקים**.

השופטת ביניש: בע"א הייתה בדעת מיעוט, שכעת השופטים הנוספים מצטרפים אליה. במקרה זה, הטיפול הרפואי שניתן לעותרת לא עולה בקנה אחד עם ההתנהגות הנדרשת מרופא שיניים סביר, על אף ההוכחות שהובאו לעניין הפרקטיקה המקובלת באותה עת.

דיון בכיתה:

פס"ד זה פותח את הפתח לטענות הגנה מול בחירה בין חלופות. הרופא טען כי שני סוגי המזרקים הם פרקטיקה נוהגת באותו זמן. זוהי **הגנת האסכולה הרפואית** – **הגנה מפני בחירה רשלנית בין חלופות**. הרופא מבהיר כי יש אסכולה משמעותית בעולם הרפואה התומכת בבחירתו.

**הגנת האסכולות – מתי רופא יטען שהבחירה היא לא רשלנית?** 3 תנאים מצטברים:

1. **האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה**. אין דרישה לרוב.
2. **בחירה ממשית בין אסכולות, ומניעת חוכמה לאחר מעשה**. על הרופא להראות שהכיר באסכולות השונות, ולהסביר מדוע הוא בחר באסכולה מסוימת.
3. על הרופא **להביא את החלופות לפני החולה להכרעתו**. הרופא יכול להמליץ על אחת מהן. יש חולים שלא ניתן להביא את זה להכרעתם, אלא לאפוטרופסיים.

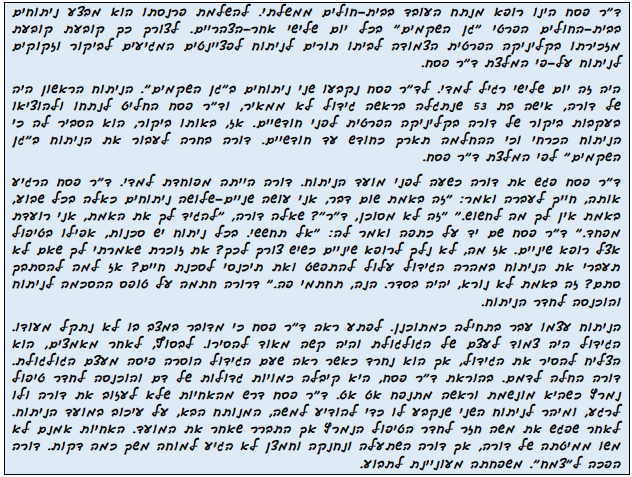
בפס"ד נאמר כי **זוהי לא הגנה מוחלטת**, זה לא הפרמטר היחיד בו יתחשב ביהמ"ש, כי יש מדיניות משפטית ושיקולים נוספים.

**מקרה מבחן – "המרדימה שנרדמה":**

נגרם מותה של ילדה בת 3 וחצי באסותא. ניתוח פשוט לתיקון פזילה, שולם עבורו סכום לבית החולים הפרטי, שילמו גם עבור מרדים והתעוררות. הרופאה המרדימה הרדימה את הילדה, זו אחריות עצומה. כשמרדימים ילד האחריות גדולה יותר, כי המצב שלו יכול להתדרדר בשניות. הרופאה המרדימה מעלה בהדרגה את הגז, צריך להעלותו בדקה-דקה וחצי. היא לא הורידה את המינון מפני שנרדמה, על אף שהיה עליה לעשות כן. בכך הדבר מדכא את מערכות הגוף. היא עברה השתלמויות, נחשבת לרופאה מקצועית. הרופאה נרדמה כי המערכת שבה עבדה יצרה את התנאים שגרמו לזה לקרות. כלומר, אין מספיק רופאים מרדימים והם עייפים. מאז המקרה, העלו את מס' המרדימים. התברר שהמרדימים עומדים בעומס שעות קשה. הרופאה עבדה לפני האירוע מ7 בבוקר עד 11 בלילה בכל יום. הרופאים עמדו עם הגב למוניטור, עם מוזיקה ברקע, ולא שמו לב שמצב הילדה מידרדר במהירות. הילדה הייתה במשך 6 דקות בדום לב מלא, הם לא שמעו את המוניטור, משום שכפתור הווליום הונמך לעוצמה הנמוכה ביותר. רק כשהמנתח מנתח את עין שמאל (לאחר עין ימין), האחות קולטת את המוניטור. רק אז המרדימה מתעוררת ולא בוחנת את החומר המרדים אלא את האק"ג. לאחר שחזר הדופק הילדה מועברת לטיפול נמרץ, אך ברור כי נגרם נזק. לאחר 48 שעות בטיפול נמרץ הילדה מתה מוות מוחי.

בוועדת הבדיקה, חסרים ממצאים חשובים מחדר הניתוח. לא ברור למה זה קרה, מאיפה הגיעה ההידרדרות. ביה"ח מטיל אחריות מוחלטת על המרדימה.

* **מי תובע/מי נתבע**? המשפחה של הילדה (העיזבון שלה) תתבע את אסותא ואת הרופאה המרדימה, באחריות אישית ושלוחית. השאלה העיקרית פה הינה מערכת היחסים בין בעלי המקצוע השונים בניתוח (רופא ראשי, רופאה מרדימה, אחות וכו').
* **עוולות** – הפרת חובה חקוקה (חוק זכויות החולה), רשלנות.
* **סף הכניסה** – חוזה בין אסותא והרופאה המרדימה לבין ההורים של הילדה. בנוסף, מכוח יחסי שכנות.
* **חובת זהירות מושגית** – רופאים ומרדימים היו יכולים וצריכים לצפות כי במידה ולא יהיו ערניים בזמן ניתוח, עלול להיגרם נזק למטופל.
* **חובת זהירות קונקרטית** – הרופאה המרדימה הייתה צריכה והייתה יכולה לצפות כי רמת הערנות שלה עלולה לגרור למצב של הירדמות בזמן ניתוח ועקב כך לגרום לנזק למטופלים, בעיקר למטופל צעיר וקטן שצריך לשים לב אליו. כמו כן, על אסותא לנקוט אמצעי זהירות על מנת שלא ייגרם מצב כזה.
* **הפרת חובת הזהירות** – לרנד הנד. הנזק גבוה מאוד, שכן נגרם מוות. גם אם הסתברות ההתממשות שלו נמוכה, זה לא משנה, משום שהנזק גבוה ביותר. ביה"ח והרופאה יכלו לנקוט אמצעי זהירות שעלויותיהם נמוכות ביותר לעומת הנזק. אמצעי המניעה למשל – גיוס עוד רופאים, עוד כוח אדם, עוד אחיות, לא לשים מוסיקה, העברת הכשרה מתאימה לבעלי התפקידים, שלטים שאין להוריד את הווליום של המוניטורים וכו'.

**אירועונים לתרגול:**

* ראשית יש לדון ברשלנות רפואית: יש לבחון האם הייתה התרשלות בניתוח או שמדובר בכלל בתקלה. הבעיה העיקרית היא האי השגחה לכמה דקות – זו ההתרשלות העיקרית (מחדל). הבסיס המרכזי הוא סבירות – האם פעל בצורה סבירה או לא. מה שבטוח הוא שהרופא יצא מהניתוח ברגעים קריטיים.
* בחינה ע"פ נוסחת לרנד הנד: היה דחוף לו לצאת למנותח הבא, אך כששוקלים אחד מול השני הנזק עולה על התועלת. יש חלופות אפשריות, הוא היה יכול לשלוח מישהו אחר מחדר הניתוח או להודיע שהניתוח מתעכב.
* גולגולת דקה: במקרים בהם מדובר על התרשלות. לכן, אם לא בטוח שקיימת התרשלות, אין התייחסות לגולגולת דקה.
* ס' 41: **העברת הנטל**. על הרופא לנסות להוכיח שמדובר בניתוח נדיר ולכן זה קרה. לפי פס"ד קוהרי העבירו את נטל ההוכחה לרופאים. העברת הנטל בהרבה מקרים שקולה לקבלת התביעה, קשה מאוד להוכיח שלא התרשלת.

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מסמך

התיאור נוצר באופן אוטומטי

* ס' 13 הוא הרלוונטי – **החובה לקבל הסכמה מדעת**. יש 5/6 חלופות. נראה כי הפר את החובה החקוקה ויכול להיות שההפרה מהווה אינדיקציה להתרשלותו של הרופא. בנוסף, נראה כי גם עוולת התקיפה רלוונטית (לא לפי דעתה של בייניש, אלא לפי דעות אחרות).
* במקרה זה, הרופא לא קיים את שתי החלופות האחרונות (4) ו-(5), הוא לא הציג את החלופות האחרות ולא הסביר כי אופי הטיפול חדשני.
* זהו אירועון טריקי. ספק רב שהתביעה תתקבל, שכן יש כאן **בעיה של קש"ס**. קשה להוכיח קש"ס בין השימוש ברובוט לבין הנזק. מה היה קורה אילו הרופא היה נותן לה את הפרטים? ייתכן שהיא הייתה מסכימה וייתכן שלא. במידה ואנחנו לא יודעים מה היא הייתה מחליטה, הולכים על דרך ההסתברויות. נתון לנו כי רוב האמריקאים מסכימים להשתמש ברובוט ולכן על פניו, ירדנה הייתה משתמשת ברובוט. מנגד, ירדנה יכולה לטעון כי היא פחדנית ולא הייתה עושה את זה, העניין הוא שהיא צריכה להוכיח את זה. כל עוד אין אינדיקציה אחרת, ירדנה שייכת לקבוצת הרוב. כמו כן, **יש קושי להוכיח את מבחן האלמלא**, לא ברור מה היה קורה אם היא הייתה מנותחת ע"י הניתוח הידני. כלומר, יכול להיות שאם לא היו משתמשים ברובוט הנזק עדיין היה קורה.
* הפגיעה באוטונומיה – לא הייתה כאן הסכמה אמיתית מדעת. על עצם זה שלא שאלו אותה היא יכולה לתבוע בגין עילה זו. כנראה הפיצוי יהיה נמוך.

**פלת"ד – פיצויים לנפגעי תאונות דרכים**

**עקרונות מרכזיים:**

* החוק חל **רק על נזקי גוף** ולא על נזקי רכוש.
* המשטר הוא של **אחריות מוחלטת**. אם הולך רגל נפגע בתאונת דרכים יש:
  + 1. אחריות מוחלטת לנוהג ברכב (ואם יש לו חברת ביטוח אז לחברת הביטוח שלו).
    2. אחריות מוחלטת לבעל הרכב שהתיר את השימוש ברכב = מתיר.
    3. אחריות מוחלטת למחזיק ברכב.

הנזק יתחלק בין שני הגורמים – א' ו-ב', או א' ו-ג' בצורה שווה. אין זה משנה אם הנהג או המתיר אשם או לא.

* לכל נוהג או מתיר (או חברת הביטוח שלהם) **אחריות מוחלטת כלפי נוסעים ברכב שלהם בלבד**, לא כלפי הנוסעים ברכב האחר (במידה וקיימת תאונה בין שתי מכוניות).
* אם ישנם מס' כלי רכב המעורבים בתאונת דרכים **האחריות מתחלקת באופן שווה** ביניהם, ואין מקום לשאלה מי תרם יותר לנזק.  
  סעיף 3(ב) – הנוהג והמתיר מכל רכב אחראים, יחד ולחוד, כלפי מי שנמצא מחוץ לרכב ונפגע מתאונה שאירעה בין שני כלי הרכב. **בכל רכב האחריות מתחלקת בצורה שווה בין הנוהג לבין המתיר**.
* קרנית: **קרן לנפגעי תאונות דרכים**. גוף סטטוטורי, הממומן ע"י חברות הביטוח. הקרן מפצה נפגעים באותם מקרים בהם אדם זכאי עקרונית לפיצוי לפי החוק, אך אין חברת ביטוח שתפצה אותו, בנסיבות מסוימות.

**מהות החוק:**

חוק הפלת"ד נועד להבטיח פיצוי לכל מי שנפגע בתאונת דרכים, מצד אחד, **ללא צורך להידרש לשאלת קיומה של אחריות**, ומצד שני תוך **שלילת האפשרות לתבוע פיצויים במסגרת דין הפיצויים הכללי**. החוק זונח את התפיסה האינדיבידואליסטית והדואלית בדבר הזכאות לפיצוי, לטובת תפיסה הבאה **להבטיח פיצוי כולל לנפגעים בדרך של פיזור הנזק** על פני האוכלוסייה הרחבה.

עד לחקיקת החוק, הושתתו תביעות לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו בתאונות דרכים, על עילת הרשלנות. הסדר זה לא הניח את הדעת מהסיבות הבאות:

1. ההליכים המסורבלים והממושכים להוכחת האשם, הותירו בינתיים את הנפגע חסר אמצעי קיום מספיקים.
2. אם הייתה רשלנות מצד קרבן התאונה עשויה החבות לפיצוייו להצטמצם או אף להתבטל.
3. ניהול משפט נזיקי זהו ענין ממושך ויקר. הוכחת הרשלנות, טיב הפגיעות הגופניות, דרגת הנכות, שיעור הנזק – מעוררת מחלוקת קשה בין הצדדים המתדיינים ומצריכה בקיאות רבה והזדקקות לעזרת עורכי דין ומומחים למיניהם.
4. בירור שאלת הרשלנות גרם לעומס רב על בתי המשפט.

על רקע זה הוקמה ועדה מיוחדת אשר רצתה **להבטיח לכל הנפגעים ומשפחות הנספים פיצויים הולמים על הנזק שנגרם להם**, ולהביא לקיצור ההליכים בתביעות אלה, וקבעה כי **יש לבטל בנוגע לתאונות דרכים את שיטת הפיצויים המבוססת על אשם**.

תאונה רגילה מול תאונה מעורבת:

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

**תאונה מעורבת** – ס' 3 לחוק: (א) בתאונת דרכים בה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחריות לנזקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו. (ב) אדם שנפגע מחוץ לכלי הרכב (הולך רגל), בתאונת דרכים בה היו מעורבים מספר כלי רכב, הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד. בינם לבין עצמם יחלקו את הנטל שווה בשווה. (ג) אירעה תאונת דרכים בה היו מעורבים אופנוע אחד או יותר ורכב אחר אחד או יותר, ישלמו המבטחים של הרכב למבטחים של האופנוע, 75% מהפיצויים.

ריבוי אחראים:

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

מעורבות של מספר כלי רכב:

בתאונה הנגרמת כתוצאה ממעורבותם של מספר כלי רכב, עלינו להבדיל בין שלושה סוגים של נפגעים:

* מעמד הנפגע מחוץ לכלי הרכב (הולך רגל): ע"פ ס' 3(ב) לחוק יהיו **הנוהגים חבים כלפיו ביחד ולחוד**, הוא **זכאי לפיצוים מכל הנהגים**. במידה וקיים ביטוח אצל אחד הנהגים הוא אינו זכאי לפיצוי מקרנית.
* מעמד הנוסע בכלי רכב: ע"פ ס' 3(א) לחוק בתאונה בין מספר כלי רכב, **לנהג אחריות כלפי כל הנוסעים ברכבו**. ניתן לראות כי נשללת התביעה כלפי הנוהג ברכב אחר ו**זכאותו מצטמצמת כנגד הנוהג ברכב בו הוא מצוי**. במקרה בו לנהג הרכב אין ביטוח על הנוסע לפנות לקרנית.
* מעמד הנוהג עצמו: לנוהג אין זכאות כלפי הנוהג של הרכב האחר. **במידה והוא בעל ביטוח אישי הוא בעל זכאות מול ביטוח ובמידה ואינו בעל ביטוח אישי אינו יכול לתבוע**. התלויים של הנהג חסר הביטוח יהיו בעלי זכאות עצמית כלפי קרנית.

גדרי סוגי הנפגעים ויחסם ההדדי:

1. **אין לנוהג, הנפגע מחוץ לכלי הרכב בעת פעולה הנחשבת שימוש ברכבו, תביעה נגד הנוהג ברכב אחר**. כלומר, אם הנוהג ברכב משתמש בו מחוצה לו, **הביטוח שלו עדיין ישלם את הפיצויים**, ולא הביטוח של הפוגע. לדוגמא, נוהג ברכב שעצר בצד הדרך, יצא מהרכב בשל תקלה ברכבו ורכב אחר פגע בו.
2. **הלכה זו מוחלת גם על נוסע ברכב** – אדם המצוי בתוך הרכב או עליו. בפסיקה הורחב גם להכוונת הרכב, מתקן רכב וכו'. כלומר, **אדם שנפגע מחוץ לכלי הרכב שנסע בו עדיין נחשב כנוסע ברכב וזכאותו היחידה הינה כלפי הנהג** (במידה ואין לנהג ביטוח כלפי קרנית). הביטוח של בעל הרכב ישלם את הפיצויים, ולא הביטוח של הפוגע.
3. מצבים שבהם **אדם עשה פעולה הנחשבת לשימוש ברכב**, אבל הוא לא נוהג ולא נוסע – **הוא ייחשב כהולך רגל**, כלומר אדם שנפגע מחוץ לכלי הרכב. **הוא זכאי לתבוע את הנהגים של שני כלי הרכב המעורבים בתאונה**. לדוגמא, מישהו שעזר לאדם אחר להחליף פנצ'ר ברכב שלו ונדרס.

**ייחוד עילה:**

ס' 8 לחוקקובע כי **מי שיכול לתבוע פיצוי לפי הוראות חוק זה אינו רשאי לתבוע פיצוי גם ע"פ הפקנ"ז**. הסעיף מונע מאדם שנפגע בתאונת דרכים לתבוע פיצויים מכוח הפקנ"ז, מהנהג שאשם בתאונה.

**חוסיין נ' טורם: דינו של מאורע פלת"ד אשר הנזק בו נבלע בנזק מאוחר שאינו תחת הפלת"ד**

אדם שנפצע בתאונת דרכים ומאוחר יותר רגלו נקטעה, הגיש תביעה עפ"י חוק הפלת"ד נגד המערער (חוסיין), שנהג ברכב שפגע בו ונגד חברת הביטוח שלו. חברת הביטוח וחוסיין שלחו למשיבים (בי"ח רמב"ם וד"ר טורם) הודעה לצד ג', בה נטען כי אירעה רשלנות בביה"ח רמב"ם, דבר אשר הפחית את הסיכויים לרפא את פגיעת הנפגע, מה שהביא לקטיעת רגלו. לכן, חברת הביטוח וחוסיין טענו כי הם זכאים לקבל מביה"ח ומהרופא דמי השתתפות. בתגובה, הם הגישו בקשה למחיקת ההודעה, בטענה כי ע"פ חוק הפלת"ד אין לפוגע עילה לתבוע דמי השתתפות מצד ג'. בימ"ש קמא קיבל את עמדתם.

השאלה המשפטית: האם יכול חייב (חוסיין וחברת הביטוח שלו) לדרוש השתתפות מגורם אחר לפי חוק הפלת"ד?

השופט אור:

* ס' 4(א) לחוק הפלת"ד החיל את ס' 76 לפקנ"ז על החוק. ס' זה מאפשר ריחוק נזק – **לנפגע יש זכות לפיצויים גם בגין נזקים שאירעו עקב רשלנות מאוחרת לאירוע התאונה**, בתוך זאת גם רשלנות רפואית.  
  השאלה המתעוררת בערעור – האם בהתחשב בהוראת ייחוד העילה (ס' 8(א) לחוק), השוללת מהנפגע את עילתו עפ"י הפקנ"ז בגין הרשלנות הרפואית, נשללת מהחייבים האפשרות לחזור אל האחראים לרשלנות?  
  הפתרון לשאלה כולל שני נושאים – ראשית, בחינת הדרישות המהותיות הצריכות להתקיים כדי שתקום עילה לתביעת השתתפות והאם יש להראות כי גם לנפגע עומדת עילה נגד מי שממנו נדרשת ההשתתפות. שנית, האם הוראת ייחוד העילה שוללת את עצם קיומה של עילת תביעה עפ"י הפקנ"ז בידי הנפגע, או שהיא רק מחסום דיוני?
* זכות ההשתתפות: **זכות ההשתתפות** נקבעה בס' 84 לפקנ"ז. ההוראה נקבעה ע"מ להסיר מחסום בפני תביעת השתתפות זו. **יש להכיר בזכות ההשתתפות גם ללא ההוראה בחוק**. לכן, אין זה מובן מאליו כי בשל כך שס' 84 לא נכלל בס' 4(א) לחוק הפלת"ד (כלומר, העובדה כי זכות השתתפות אינה מוכרת בחוק הפלת"ד), נשללת זכותם של החייבים להשתתפות. כמו כן, זכות האחראי ששילם פיצויים, תלויה בזכות הנפגע עצמו לקבל פיצויים מהמזיק הנוסף. אותו הדין קיים גם בתביעת שיפוי.
* ייחוד העילה: על פניו, ס' 8(א) שולל מהנפגע, אשר יש לו עילה ע"פ חוק הפלת"ד, כל עילה על פי הפקנ"ז בשל אותו נזק. **לנפגע בתאונה עומדת עילה מכוח חוק הפלת"ד גם בגין החמרת נזק, שאירעה עקב טיפול רשלני**. הדבר נובע מס' 4(א), המחיל על זכות הנפגע את מבחני הפקנ"ז לריחוק נזק. משמע, **עפ"י לשון ס' 8(א), אין לנפגע עילה עפ"י הפקנ"ז נגד האחראים לטיפול הרשלני**. הפרשנות המילולית המתאימה לעילה בס' 8(א) היא במובן עצם זכות. בהשוואה להצעת חוק הפלת"ד, נעשה שינוי בנוסח. מהנוסח הקודם ניתן ללמוד כי הוראת ייחוד העילה היא מהותית – זהו לא רק מחסום דיוני, אלא קביעה כי תאונת דרכים אינה מקנה עילה עפ"י הפקנ"ז. ע"פ ההיסטוריה, המחוקק רצה ליצור מנגנון שלא יהיה חשוף לקשיים הכרוכים בשיטת האשם, מנגנון יעיל ומהיר שייווצר ע"י ייתור שאלת האחריות. **במידה וההוראה תפורש כהוראה דיונית המאפשרת תביעות חזרה נגד מעורבים רשלניים, היא תסתור את התכלית**.
* ע"פ חוק הפלת"ד **לא קמה עילה להשתתפות כלפי מי אשר מצידו גרם או תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע**. **הערעור נדחה**.

ס' 8 קובע כי **מי שיכול לתבוע פיצוי לפי הוראות חוק זה אינו רשאי לתבוע פיצוי גם ע"פ הפקנ"ז**. הרוצה להבטיח לעצמו כיסוי נזיקי מעל לכיסוי המוצע בחוק זה ייזקק לביטוח אישי. עילה לפי ס' 8 היא במובן **עצם הזכות**. ההכרעה בשאלת הזכות לפיצויים היא תוצאה של בדיקה הנעשית במסגרת שאלת ריחוק הנזק. משמע, **עילת התביעה קמה לנפגע בגין אותו מאורע**.  
השאלה האם יבואו גם פרטי נזק שהוסבו לנפגע בעקבות התאונה ולאחריה תקבע עפ"י כללי הסיבתיות המוחלים על החוק. **כל נזק הקשור לשימוש ברכב, יאפשר עילה על פי חוק הפלת"ד וישלול את הזכות לתבוע עפ"י דיני הנזיקין**. בס' 8(ג) נקבע כי אדם שלא זכאי לפיצוי ע"פ חוק הפלת"ד רשאי לתבוע בנזיקין.

עילת התביעה כנגד מזיקים נוספים שאינם הנהג: עקרון ייחוד העילה אינו חל על נזקי רכוש שנגרמו בתאונה, לכן, **הוא לא שולל מהנפגע את עילת התביעה בנזיקין בשל נזקי רכוש**. אולם, **הוא מקים מחסום מפני תביעת הנפגע המופנית לפי הפקנ"ז כלפי מזיקים נוספים** (לדוגמא רופא או אחראי על החזקת הכבישים) – אלו יבואו בתחום הסיכון שיוצר השימוש ברכב. **ע"פ חוק הפלת"ד, לנפגע עומדת עילה גם בגין החמרת נזק שארעה עקב טיפול רשלני** (חוסיין נ' טורם).

מה בין נזק ראשוני לבין נזקים עוקבים? הנזק הראשוני נקשר לאירוע התאונה אם הוא מצוי במתחם הסיכון בגינו בא החוק לפצות. **הנזקים העוקבים יישארו בגדר העילה ויקנו זכות תביעה גם דרך חוק הפלת"ד, אלא אם הוגדרו כנזק רחוק**. משמע, כללי הקש"ס וריחוק הנזק מבטאים את שני היבטיה של הסיבתיות המשפטית – **הקש"ס מבטא את אחריות הנתבע כלפי הניזוק וכללי ריחוק הנזק קובעים את היקף האחריות**.

ראשית, **יש לבדוק האם קיימת יחידת נזק נפרדת**. הדבר יבחן ע"י בחינה האם מדובר בהשתלשלות אירועים חדשה. במידה ולא, מדובר בשני נזקים הנכנסים תחת אותה יחידת נזק אשר המזיק חב בכולה. אם מדובר באירוע מובחן המפריד בין שתי יחידות הנזק – נכנסים אל תוך "ריחוק נזק", הנבחן עפ"י מבחן הצפיות.   
טיפול רפואי לאחר תאונה הוא אירוע מובחן (שני). עם זאת, הוא בא כתוצאה מתאונת הדרכים – טיפול רפואי רשלני הוא פועל יוצא ישיר של התאונה. לכן יש קש"ס בין האירוע הראשון לשני. **הנהג הפוגע צריך לצפות אירוע של טיפול רפואי רשלני ולכן, הוא אחראי גם לנזקים שנגרמו כתוצאה מהטיפול הרשלני**. גרימת נזק מכוון בביה"ח היא אירוע שהנהג הפוגע לא צריך לצפות.

זכות החזרה על מזיק זר: **לחייבים ע"פ חוק הפלת"ד לא קמה עילה להשתתפות** כלפי מי, שמצדו, ע"פ הפקנ"ז, תרם לנזק הגוף שנגרם לנפגע. **לאור עקרון "יחוד העילה" הנפגע מנוע מלתבוע מזיק נוסף שהחמיר את נזקו**.

חריגים לכלל ייחוד העילה:

1. תביעה בעילה חוזית: **העילה החוזית אינה נשללת מהנפגע בתאונת דרכים**, על אף ס' 8. משמע, **במקום בו הופר הסכם וההפרה הובילה לנזק, תעמוד לרשות הנפגע העילה לפי חוק הפלת"ד, וגם עילת תביעה חוזית**. עם זאת, הנפגע לא יקבל פיצויים בשיעור גדול ממה שאמור לקבל עפ"י החוק ולא יתקבל כפל פיצויים.  
   פס"ד עיזבון מלמד: מקרה בו מופנות עילות שונות (חוזית ומכוח חוק הפלת"ד) כנגד אנשים שונים. נקבע כי **לא תינתן אפשרות תביעה ע"פ דינים אחרים**. הקושי בהלכת מלמד הוא כי ס' 8 לא שולל זכות תביעה ע"פ דין אחר.
2. הנפגע בתאונה מכוונת: ס' 8(א) מוציא מהוראת ייחוד העילה את הנפגע בתאונה שנגרמה במכוון. **גרימת תאונה במתכוון עשויה להוות עוולה ע"פ הפקנ"ז**, והנפגע זכאי לתבוע מהמזיק פיצוי על נזקיו מעבר למגבלות הפיצוי הקבועות בחוק. זכאותו של הנפגע לתבוע ע"פ הפקנ"ז מתווספת לזכאותו לתבוע פיצויים לפי חוק הפלת"ד, **התנאי הינו שהנזק נגרם כתוצאה מהשפעת המעשה המכוון על השימוש ברכב המנועי**. **מי שגרם לתאונה במתכוון ונפגע, אינו זכאי לפיצויים** לפי ס' 7 לחוק הפלת"ד.
3. תביעתם של משוללי הזכאות עפ"י חוק הפלת"ד, מכוח דין הנזיקין הכללי: **נפגע אשר נשללה זכאותו לתבוע עפ"י חוק הפלת"ד** בשל ס' 7 לחוק, **עומדת לו זכות התביעה לפי דיני הנזיקין הכלליים**.
4. תביעת נזיקין לאחר שמוצתה עילת התביעה במסגרת חוק הפלת"ד: **אין לשלול מהנפגע פיצוי בשל נזק שאירע לאחר מיצוי העילה במסגרת חוק הפלת"ד**. למשל, נפגע הנמצא בטיפול רפואי מתמשך ולאחר מתן פסק הדין טוען להתרשלות, רשאי לתבוע פיצוי בגין הטיפול הרפואי המאוחר ואינו נחסם ע"י הוראת ייחוד העילה. ס' 8 **חל כל עוד מוקנית לנפגע עילה ע"פ חוק הפלת"ד, ומשזו מוצתה, אם התווסף נזק עומדת לנפגע זכות לתבוע מחוץ למסגרת החוק**.  
   התנאי – **האירוע הרפואי הרשלני התרחש כולו לאחר מיצוי העילה ולא היה ניתן לצפותו**, כך שהוא לא היה יכול להיות חלק מעילת התביעה עפ"י חוק הפלת"ד.

**פיצויים ע"פ חוק הפלת"ד:**

תקרות פיצויים בנזק ממוני ובנזק לא ממוני:

* ס' 4(א)(1) לחוק: פיצויים בגין אבדן השתכרות/אבדן כושר השתכרות לא יעלו על שכר שהוא פי 3 מהשכר הממוצע במשק.
* ס' 4(א)(3) לחוק: פיצויים בשל נזק לא ממוני לא יעלו על מאה אלף לירות.

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

תשלומים עיתיים: ס' 6 לחוק. תשלומים הנקבעים ע"י ביהמ"ש וניתנים מעת לעת לניזוק, פיצויים אלה נפרסים לתקופה ארוכה.

**ההגדרה הבסיסית:**

**שישה מרכיבים:** (1) מאורע (2) נזק גוף (3) עקב – קשר סיבתי (4) שימוש (5) ברכב מנועי (6) למטרות תחבורה.

מאורע: **מהי תאונת דרכים?**

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

**מה לא ייחשב כתאונת דרכים?** מאורע שאירע כתוצאה מ**מעשה שנעשה במתכוון** כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב המנועי.

נזק גוף: מוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני, נפשי או שכלי, לרבות פגיעה בהתקן הדרוש לתפקוד אחד מאיברי הגוף שהיה מחובר לגוף הנפגע בעת אירוע תאונת הדרכים.

עקב – קשר סיבתי: מאורע הוא "תאונת דרכים" אם נזק הגוף נגרם "**עקב** השימוש ברכב מנועי". מתוך כך נקבע מבחן סיבתי כפול (פס"ד עוזר):

1. קש"ס עובדתי: **מבחן האלמלא** – לולא השימוש ברכב מנועי, הנזק לא היה מתרחש.
2. קש"ס משפטי: **מבחן הסיכון** – נזק נגרם עקב שימוש ברכב מנועי, אם הוא בתחום הסיכון שהשימוש (העיקרי או המשני) ברכב יוצר.

שימוש ברכב מנועי: נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול דרך או תיקון דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו. כולל גם הדרדרות או התהפכות של הרכב, התנתקות או נפילה של חלק מהרכב/מטענו תוך כדי נסיעה או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו כשהרכב עומד.

* פס"ד לסרי: **פגיעה בשל שריפת דלק** היא פגיעה הנובעת מ"שימוש ברכב מנועי".
* פס"ד אלראהב: **עצירת הרכב בשולי הדרך על מנת לבדוק תקלה שאירעה בו** הינה בגדר "שימוש ברכב מנועי". שימוש כזה טומן בחובו סכנת פגיעה מרכב אחר החולף בדרך.
* פס"ד פדידה: **פעולה של עלייה/ירידה לרכב** מהווה "שימוש ברכב מנועי, רק אם היא קשורה בעשיית שימוש ברכב למטרות תעבורה. כלומר, עליתי לרכב כדי להתחיל לנסוע בו, או ירדתי מהרכב לאחר שסיימתי בו נסיעה.
* פס"ד דראושה: **טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/להקטין את הסיכון התעבורתי**, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית (למשל אם עצרתי בצד הדרך על מנת להרגיע את הילד הבוכה באוטו זה לא נחשב).

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

* כשירות פיזית: **מסוגלות של כלי הרכב לנוע פיזית** בכביש.
* כשירות נורמטיבית:פרשת אטליס – **בדיקת רישוי**. בודק לאילו כלים ניידים מותר לנסוע על הכביש ולאילו כלים ניידים אסור לנוע עליו ע"פ דיני התעבורה. מבחן כשירות נורמטיבית כללית, משמע – **האם ככלל לכלי זה מותר לנסוע בדרך** (בין אם נדרש רישיון ובין אם לא).
* קורקינט ממונע (מכני): השופטת פרוקצ'יה בפס"ד שפורן – הקורקינט המכני **אינו מקיים את דרישת הייעוד** "לשמש לתחבורה יבשתית" **והייעוד התחבורתי אינו עיקר ייעודו** – הוא נבנה ונקנה כצעצוע לילדים ובני נוער. לכן, **אינו נכנס תחת הגדרה של "רכב מנועי"**.
* אופניים חשמליים: פס"ד אסולין – **מצויים מחוץ לגדרו של "רכב מנועי"**, בשל העובדה שאין כל אפשרות לבטח אופניים חשמליים, והדבר מערער את הבסיס להטלת אחריות מוחלטת לפי החוק.

הרכב כזירת אירוע: רותם חברה לביטוח נ' מזאווי – **נזק הנגרם בתוך הרכב, והרכב משמש בו כזירה לאירוע ללא קשר לסיכון שהשימוש בו יוצר, אינו נזק הנגרם עקב השימוש ברכב**.

* קשר סיבתי: הקשר הסיבתי יישלל במקום בו ההתנהגות של הרכב לא תרמה לאירוע הנזק. כלומר, הקשר הסיבתי היה מתקיים אילו פליטת הכדור הייתה נגרמת עקב טלטול הרכב או תאונה של הרכב עם רכב אחר. אולם, **במקרה בו הנזק אינו נגרם עקב פעולה של הרכב, אלא הרכב רק היווה את מקום וזמן האירוע** (היינו זירת האירוע), **הקש"ס מתנתק**.
* "מבחן הזירה" – מבחן השכל הישר: האם **השימוש ברכב תרם באופן רלוונטי ממשי לקרות הנזק**. רק אם התשובה חיובית – ישנו קש"ס משפטי בין השימוש ברכב לנזק שנגרם.

למטרות תחבורה: השימוש ברכב המנועי צריך שיהיה למטרות תחבורה. ייעודו של כלי הרכב הוא לשמש לתחבורת יבשתית. לכן, יש לבדוק אם הסיכון שבגינו נפגע הניזוק היה **סיכון תעבורתי**. **האם מדובר בסיכון הקשור באופן הדוק לפעולת תעבורה**. למשל, כניסה לרכב על מנת להוציא ממנו דבר שנשכח אינו מטרת תחבורה אל מול גרירתו המהווה מטרת תחבורה.

**עוזר נ' אררט חברה לביטוח בע"מ:**

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

השאלה המשפטית: האם האירוע מהווה "תאונת דרכים" כהגדרתה בחוק הפלת"ד?

הנשיא ברק:

* הדין הישן: בעבר החוק קבע אחריות "מוחלטת ומלאה" של הנוהג ברכב ובעל הרכב כלפי הנפגע בגין נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים בה היה מעורב הרכב. החוק לא הגדיר מהו מאורע, אלא רק נזק גוף ורכב. בשל כך, התעוררו בעיות משפטיות רבות אשר בתחילה ניסו לפתור נקודתית (ללא עקרונות כלליים שיחולו על מקרים רבים). בהמשך, הבינו כי יש לשאוף לגישה מעשית, שתעניק פיצוי לכל ניזוק מהסיכונים שהחוק נועד לפצות עליהם ולכן, הוחלט כי **תכלית חוק הפלת"ד הינה להעניק פיצוי לנפגע פגיעת גוף עקב השימוש ברכב לייעודו הטבעי והרגיל**. בנוסף לכך, נקבע כי **שימוש ברכב הוא גם שימוש לוואי** (כניסה לרכב, יציאה ממנו, טעינה ופריקה, טיפול ברכב, תיקון רכב ועוד).
* מבחני קשר סיבתי: מאורע הוא "תאונת דרכים" אם נזק הגוף נגרם "**עקב** השימוש ברכב מנועי". מתוך כך נקבע מבחן סיבתי כפול: **המבחן העובדתי** – מבחן האלמלא **והמבחן המשפטי** – מבחן הסיכון.
* ביקורת על הדין הישן ותיקון 8: הייתה ביקורת רבה על הפרשנות שנתנו ל"תאונת דרכים" ונטען כי חוק הפלת"ד צריך להעניק פיצוי בשל הנזק הנגרם בגין "הסיכון התעבורתי" שהרכב גורם. לכן, הוגשו מספר תיקונים ואף הממשלה הציעה לאמץ את המבחן התעבורתי. **בתיקון 8** **נוסף להגדרת "תאונת דרכים" – שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה, אך עדיין כלולים בו מקרים שונים** (כמו טיפול דרך או תיקון דרך). תכלית תיקון 8 הייתה לאמץ את המבחן התעבורתי כמרכיב עיקרי של "תאונת דרכים", אך תוך כדי כך, התיקון אימץ מצבים שאינם מתיישבים עם מבחן זה (כמו תיקון רכב או טיפול רכב). הביקורת על תיקון 8 הינה שהוא מלא בסתירות ואינו משקף מדיניות משפטית אחידה.
* חלוקת ההליך הפרשני ל3 שלבים:

1. בחינה **האם קיימים ששת המרכיבים של ההגדרה הבסיסית**.
2. אם אחד מהמרכיבים אינו מתקיים, המקרה אינו נופל בגדר ההגדרה הבסיסית. במצב כזה, על השופט לעבור לבדיקה **האם המקרה נופל בגדר אחת החזקות המרבות**. בחינה זו חיצונית להגדרה בסיסית. נטל ההוכחה מוטל על הטוען לקיומה של חזקה מרבה. אם גם התשובה לשאלה השנייה היא שלילית מסתיים הליך הבדיקה בנוגע לתחולת חוק הפלת"ד.
3. במידה והתשובה באחד השלבים חיובית, יעבור השופט לשלב השלישי – **בחינה האם לא חלה החזקה החלוטה הממעטת** (פעולת איבה, עבירה פלילית וכו'). בשלב זה, מוטל הנטל על הטוען לקיומה של החזקה הממעטת. **אם חלה החזקה הממעטת זוהי לא תאונת דרכים**.

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

**לסרי נ' ציון חברה לביטוח:**

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

השופט ברק (דעת הרוב):

מקובלת ההלכה כי החוק משתרע לא רק על סיכונים תחבורתיים וכי השימוש לעניין החוק הוא לפי מבחן הייעוד – משמע, **כל פעולה ברכב הקשורה לייעודו הרגיל והטבעי של הרכב**. השימוש במכוניות כדפנות לסככה אינן "שימוש" לעניין החוק. עם זאת, הנזק בא כתוצאה מכך שהמכונית עלתה באש והמצויים בה ולידה נשרפו. על כן, ניתן לומר כי נזק זה נגרם עקב השימוש ברכב, שכן המצאות בנזין במכלי הרכב הינה חלק מההגדרה של "שימוש ברכב". סיכון התלקחות הדלק הוא סיכון שכל מכונית נושאת עמה. עצם העובדה שהמכונית חנתה לא משנה את המסקנה, שכן הדבר יכול להתרחש גם בתחנת דלק, כאשר ממלאים דלק והמכונית חונה. **פגיעה בשל שריפת דלק היא פגיעה הנובעת מ"שימוש" במכונית**. די בכך שהייתה לדלק השלכה על עוצמת השריפה כדי להטיל אחריות על המשיבה למלוא הנזק.  
דרך החשיבה הנכונה היא – **האם הנזק שנגרם הוא עקב שימוש ברכב?** **אם התשובה חיובית, יש להטיל אחריות במסגרת החוק, וזאת גם אם נזק דומה יכול היה להתרחש, אם החפץ, שבו נעשה שימוש, אינו מכונית**. נראה כי נזק עקב פריקה וטעינה יכול להיגרם גם בפריקה וטעינה של בית, במידה והפריקה הייתה של רכב יחשב נזק זה כתאונת דרכים.

בך (רוב): השימוש בכלי רכב זה היה ככלי תחבורה, באמצעותו הגיעו למקום הנופש. השימוש לא הופסק בעת חנייתם של הנופשים. מקרה זה נכנס תחת חוק הפלת"ד ויש לקבל את הערעור.

נתניהו (רוב): מסכימה עם ברק, הימצאות דלק במכונית היא חלק מהשימוש הרגיל במכונית למטרתה ככזו, והסיכון הכרוך בשימוש קיים הן במכונית נוסעת והן במכונית חונה.

גולדברג (מיעוט): **מתנגד לכך שיש לראות בהתלקחות דלק במכונית בשעת חנייתה מאורע שנגרם "עקב" השימוש**. יש להשתמש במבחן "השכל הישר" הבוחן את הקרבה הרעיונית של "השימוש" לנזק, כלומר נבחן את תרומתו של השימוש ברכב לתוצאה המזיקה. מכאן, התלקחות מכונית חונה והתלקחות מכונית בתחנת דלק אינה זהה. ובכך גם התלקחות רכב מדליפת דלק לבין התלקחות הדלק במיכל כתוצאה מאש שהגיעה לקרבתו אינה זהה. לכן, נזק שנגרם מדלק שניצת בעת פריקתו ממכונית חונה, יהיה "נזק גוף" אם הובלת ופריקת דלק הן ייעוד נוסף של המכלית. יש לדחות את הערעור.

לוין (מיעוט): בעת השריפה נעשה שימוש במכוניות כ"קיר" ולא כ"רכב". לכן, מקרה זה אינו נכנס בגדר חוק הפלת"ד ויש לדחות את הערעור.

**הערעור התקבל**.

**מדינת ישראל נ' אלראהב:**

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

השאלה המשפטית: **האם החייל הוא "נוהג" או "משתמש" ברכב בעת קרות התאונה?** אם הוא "נוהג" מדובר בתאונה מעורבת ולכן תביעתו תופנה כלפי חברת הביטוח שלו. אולם, אם הוא "משתמש" יחולו הוראות ס' 2(א) לחוק, לפיו על המשתמש ברכב המנועי לפצות את הנפגע, היינו חברת הביטוח של המשאית הפוגעת צריכה לפצות את החייל.

טענת המדינה: מעת שיצא מהרכב הפך החייל להולך רגל, ועל כן חבים המשיבים ע"פ ס' 2(א) לפצותו על נזק הגוף. על כן, לא מדובר בתאונה בה מעורבים מספר כלי רכב.

טענת המשיבים: בעת התאונה החייל נהג ברכב צבאי ועל כן עליו לקבל פיצוי מביטוחו האישי, היינו המדינה.

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

**דראושה נ' אררט חברה לביטוח בע"מ:**

המערער, שהוא קבלן עצמאי, עבד יחד עם העובד שלו, שנהג באתר עבודה בטרקטור שבבעלות המערער. לצורך המשך העבודה בטרקטור היה צריך להרכיב סל כבד. המערער דחף את ה"סל" במטרה להרכיבו. תוך כדי משיכת ה"סל" החליק המערער ונפגע בגבו. כל אותה עת פעל מנוע הטרקטור. המערער תבע את המשיבה, מבטחת הטרקטור. המחוזי דחה את התביעה משום שזו לא "תאונת דרכים" כמשמעה בחוק הפלת"ד. לא התקיימו רכיבי ההגדרה הבסיסית, והיה מדובר בטעינה ידנית, כך שלא חלה החזקה החלוטה של "ניצול הכוח המכני של הרכב". מכאן הערעור.

טענות המערער: ראשית, אין לסווג את פעולות המערער כ"טעינה ופריקה". סיווגן הנכון של פעולות המערער הן "טיפול דרך" המהווה "שימוש" ברכב. שנית, המערער ביקש לבצע את "טיפול הדרך" באמצעות הכוח המכני של הרכב. שלישית, קיים קש"ס בין נזקו של המערער לבין ניצול הכוח המכני של הטרקטור, שכן המערער נפגע מנפילתו על כף הטרקטור, בשל החלקה על שמן שמקורו בטרקטור.

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

הנשיא ברק:

שלב א': **האם התאונה מקיימת את דרישותיה של ההגדרה הבסיסית?** לא. ראשית, התאונה לא נגרמה עקב "שימוש ברכב מנועי". לפני התיקון, לפי מבחן הייעוד, הפעולה הייתה נחשבת לשימוש לוואי להגשמת ייעודו הרגיל והטבעי כטרקטור. בעקבות התיקון נקבעו פעולות המהוות "שימוש ברכב מנועי". ניתן לראות באירוע כטעינה, ואז אין זה שימוש ברכב ע"פ התיקון, או כטיפול ברכב, אך זהו אינו טיפול דרך ולכן גם זה אינו נכנס תחת שימוש ברכב. שנית, בעת התאונה פעולת המערער אינה נעשתה לשם מטרות תחבורה.

שלב ב': **האם התאונה מקיימת את דרישותיה של החזקה החלוטה בדבר "ניצול הכוח המכני של הרכב"?** חזקה זו רואה כ"תאונת דרכים" פעולות ברכב שאינן לייעוד תעבורתי, ובלבד שהן באות להגשמת הייעוד (הלא תעבורתי) הטבעי והרגיל של הרכב. לחזקה 2 דרישות: (1) התאונה נגרמה עקב ניצול הכוח המכני של הרכב (2) בעת ניצול הכוח המכני של הרכב, לא שינה הרכב את ייעודו המקורי. במקרה זה, הדרישה הראשונה אינה מתקיימת, אך השנייה כן.

**הערעור נדחה**.

**פדידה נ' סהר חברה ישראלית לביטוח:**

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

השופט אור:

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

**אטליס נ' ישראלי:**

המשיבה 3 ביצעה פעולות סלילה וזיפות. לשם ביצוע הסלילה הופעל מכבש. בעת עבודת הסלילה, תוך כדי הנסיעה לאחור, פגע המכבש במנוח, ליאונד אטליס, שנהרג. אלמנתו הגישה תביעה לפיצויים לבימ"ש השלום בגין 2 עילות, עפ"י חוק הפלת"ד נגד "קרנית" (מפני שלמפעיל המכבש לא היה רישיון נהיגה כדין) ועפ"י הפקנ"ז. ביהמ"ש פסק כי מכבש אינו "רכב מנועי". הערעור במחוזי נדחה. מכאן הערעור.

השאלה המשפטית: האם מכבש דרכים הינו "רכב מנועי" כהגדרה בחוק. המחלוקת נסבה אודות פרשנות ההגדרה – "**לרבות**... מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני בכביש". בנוסף, הבהרת המונח "כשירות" – האם כשירות פיזית או כשירות משפטית-נורמטיבית.

השופט אור:

* ההגדרה של "רכב מנועי" חולקה ל3 ע"י השופט מצא: החלק הראשון הוא הכלל, ההגדרה הבסיסית. החלק השני מוסיף לכלל סוגי רכב שאינם נכללים או שספק אם הם נכללים – מצבי הריבוי ("לרבות"). החלק השלישי מוציא כלים אשר אלמלא הוצאו במפורש, ייתכן שהיו נכללים בכלל או במצבי הריבוי –מצבי המיעוט ("למעט").
* האם מכבש הוא רכב מנועי לפי חוק הפלת"ד? מכבש מתיישב כמעט במדויק עם ההגדרה בחוק לפיה "מכונה ניידת הכשירה לנוע בכוח מכני בכביש". עם זאת, ישנה מחלוקת לגבי "הכשירות" בביטוי "הכשירה לנוע".
* כשירות פיזית או נורמטיבית? ישנן גישות שונות בנוגע למהות הכשירות הנדרשת בגדר מצב הריבוי. **ישנם תומכים בכשירות נורמטיבית – תוצאה של רישוי ולא של אפשרות פיזית**. מנגד, ישנם שורה של פסקי דין בהם נקבע המבחן הפיזי כמבחן המתאים.  
  לדעת השופט אור, יש לפרש את הכשירות הדרושה כ**כשירות נורמטיבית** מכמה סיבות:

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

* אם כן, **המבחן הנבחר הוא מבחן הכשירות הנורמטיבית**, שנקבע עפ"י דיני התעבורה. אחד מהמבחנים הוא מהירות מינימלית (30 קמ"ש). מכונה שאינה עולה על 40 קמ"ש פטורה מרישיון רכב. כמו כן, יש מבחנים של מידות המכונות הניידות.
* מבחן הכשירות הנורמטיבית של מכונה ניידת: לדעת השופט אור, המבחן המתאים הוא **מבחן כשירות נורמטיבית כללית**, משמע – **האם ככלל מותר להסיעה בדרך** (בין אם נדרש רישיון ובין אם לא).
* מן הכלל אל הפרט: המכבש הינו "מכונה ניידת הנעה בכוח מכני" לפי חוק רישום ציוד הנדסי. עם זאת, מהירותו המרבית של המכבש הינה 20 קמ"ש, משמע היא **לא בעלת כשירות נורמטיבית כללית** לנסיעה בכביש. לכן, **הערעור נדחה**.

**שפורן נ' תורג'מן:**

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

השאלה המשפטית: האם קורקינט המשמש ככלי משחק לילדים והמונע ע"י מנוע בנזין הינו "רכב מנועי" כמשמעותו של מונח זה בחוק הפלת"ד?

השופטת פרוקצ'יה:

* האם קורקינט מכני הינו "רכב מנועי" כהגדרתו בחוק? ההגדרה הבסיסית של רכב מנועי בנויה מ4 יסודות: (1) רכב (2) הנע בכוח מכני (3) על פני הקרקע (4) עיקר ייעודו לשמש לתחבורה יבשתית.
* שלושת יסודות ההגדרה הבסיסית מתקיימים – רכב, נע בכוח מכני, על פני הקרקע. המחלוקת מתמקדת בתנאי הרביעי – **האם עיקר ייעודו של הרכב לשמש לתחבורה יבשתית?** תחבורה היא יבשתית כאשר מטרתה הובלת אנשים או מטען ממקום יבשתי אחד למקום יבשתי אחר.  
  המושג כולל 2 דרישות נפרדות: (1) לפחות אחד מייעודיו של הרכב יהיה לשמש לתחבורה יבשתית. (2) ייעוד תחבורתי זה יהיה עיקר ייעודו של הרכב. יישום המבחנים אינו תלוי בנסיבות המיוחדות בהן הופעל הרכב בעת קרות התאונה. יסוד "תחבורה יבשתית" בהגדרת רכב מנועי, מקושר להגדרת "תאונת דרכים" הכוללת דרישה כי המאורע בו נגרם לאדם נזק גוף הוא עקב שימוש ברכב מנועי "למטרות תחבורה".
* **הקורקינט המכני אינו מקיים את דרישת הייעוד "לשמש לתחבורה יבשתית" והייעוד התחבורתי אינו עיקר ייעודו**. הוא נבנה ונקנה כצעצוע לילדים. מסקנה זו משתלבת גם עם ההיסטוריה החקיקתית של "רכב מנועי", שכן תכליות תיקון 8 נועדו לצמצם את קשת ה"כלים" הנכנסים בגדר החוק, רק לאלו שייעודם לשמש לתחבורה יבשתית. המסקנה מתיישבת עם איסור ייבוא קורקינט מכני לארץ, דבר אשר לא מאפשר לזכות ברישוי ובביטוח השימוש בו.
* בשל כך, **נוסע בקורקינט מכני אשר נפגע מרכב מנועי בתאונת דרכים, זכאי לפיצוי מנהג הרכב הפוגע במסגרת ס' 2(א) לחוק הפלת"ד**, כי הוא **נחשב הולך רגל**. מנגד, פגיעה עצמית בתאונה של המשתמש או פגיעת המשתמש באדם אחר, לא תהיה מכוסה לפי החוק. **הערעור מתקבל**.

השופט רובינשטיין: מסכים עם פרוקצ'יה מטעם אחר – **נטל הראיה**. המשיבים לא הוכיחו כי הקורקינט המכני עונה להגדרת "רכב מנועי".

**עזבון המנוח אסולין ז"ל נ' דרויש:**

מקרה 1 – עניין אסולין, המנוח רכב על אופניים חשמליים ונפגע מרכב, זמן קצר לאחר התאונה נפטר מפצעיו. אלמנתו מגישה בשמה ובשם העיזבון תביעה מכוח חוק הפלת"ד.  
מקרה 2 – פלונית (המערערת) חצתה מעבר חצייה באור ירוק, כאשר המשיב חצה את הצומת על אופניים חשמליים באור אדום ופגע בה.

השאלה המשפטית: האם יש לראות אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" לפי החוק, ומה הנפקות של קביעה זו?

השופט עמית:

* לסיווג אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" ע"פ חוק הפלת"ד יש השלכות מהותיות. במידה ויסווגו אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" תחול עליהם חובת ביטוח. קביעה כי אופניים חשמליים אינם רכב מנועי תביא לתוצאה לפיה **בתאונה בין אופניים חשמליים לרכב, דינו של רוכב אופניים כדין הולך רגל**. אך מצד שני, **הולך רגל אשר יפגע מאופניים חשמליים לא יזכה לפיצוי מכוח החוק**.
* ההגדרה של רכב מנועי כוללת ארבעה רכיבים: (1) רכב (2) הנע בכוח מכני (3) על פני הקרקע (4) עיקר ייעודו לתחבורה יבשתית. **במקרה זה השאלה הינה האם אופניים חשמליים עונים על רכיב "הנע בכוח מכני"**. אופניים חשמליים משלבים הפעלת כוח מכני וכוח פיזי. לשון החוק לא מביאה תשובה חד משמעית לשאלה האם הם נכנסים תחת ההגדרה. אף ההיסטוריה החקיקתית לא עוזרת בשאלה, שכן אופניים חשמליים כיום שונים מאופניים שנכללו בעבר בהגדרת רכב מנועי.
* אף שהכרה באופניים חשמליים כ"רכב מנועי" מתיישבת עם האינטואיציה הראשונית, בחינת הסוגייה צריכה להיעשות לפי תכליות החוק והמדיניות החברתית והמשפטית שביקש להגשים. לעמדת עמית, שיקולים אלה מטים את הכף לפרשנות לפיה **אין לראות אופניים חשמליים בגדר "רכב מנועי"**. העובדה כי לא חלה על האופניים החשמליים חובת רישיון נהיגה, רישוי וביטוח, תומכת במסקנה שאין לראותם כרכב מנועי. רוב הנפגעים בתאונות דרכים בהן מעורבים אופניים חשמליים הם רוכבי האופניים עצמם. הולכי הרגל מהווים כ-10% אחוז מכלל הנפגעים וברוב המקרים הפגיעה בהולכי הרגל קלה יחסית, ולרשותם עומד המסלול הנזיקי הרגיל, מה שתומך במסקנה כי **אין לסווג אופניים חשמליים כ"רכב מנועי" בהגדרתו בחוק**.
* מסקנה: המקרה הראשון הוא "תאונת דרכים" כהגדרתה בחוק. המנוח רכב על אופניים חשמליים שאינם רכב מנועי (לכן נחשב הולך רגל), ומשנפגע ע"י רכב מנועי, זכאי הוא לפיצוי לפי חוק הפלת"ד. מנגד, פלונית נפגעה מאופניים חשמליים בהיותה הולכת רגל. על תאונה זו לא חל חוק הפלת"ד ובאפשרותה לתבוע את נזקיה ע"פ הפקנ"ז.

השופטת ברק ארז (דעת מיעוט): סבורה כי **אופניים חשמליים, על סוגיהם, הם "רכב מנועי" כהגדרתו בחוק הפלת"ד**. די במנוע המותקן בהן כדי לקבוע שהם רכב מנועי.

**כהן נ' הפניקס:**

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

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

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

הנשיא ברק: בשלב הראשון, בהגדרה הבסיסית, ישנה מחלוקת לגבי שני רכיבים – "שימוש" ו"למטרות תחבורה". המערערים טוענים כי גרירת הרכב נכללת בתוך שימוש. ברק מסכים וטוען כי גם אם הרכב לא היה זקוק לגרירה, עדיין רכיב זה מתקיים, שכן אין בהגדרת השימוש קביעה ש"גרירה" תחשב לתאונת דרכים רק כאשר הרכב תקוע. לגבי "למטרות תחבורה" – **כדי לקבוע אם השימוש ברכב הוא למטרות תחבורה, יש לבדוק את מטרתו הסובייקטיבית של המשתמש**. במקרה זה, מטרת השימוש בכננת היא לגרירה – משחק ילדים אינו גורע מכך. לכן, **האירוע מהווה תאונת דרכים כמשמעותו בהגדרה הבסיסית** **והערעור מתקבל**.

**אגד בע"מ נ' ינטל:**

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

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

טענת המשיב: הסריקה הביטחונית מהווה "שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה". אין הבדל בין סריקה ביטחונית לבין בדיקת שמן במנוע כיוון ששניהם נועדו למנוע אסון בזמן הנסיעה ומבוצעות "למטרות תחבורה".

ריבלין:

* דרישת שימוש ברכב מנועי: המשיב טוען כי האירוע מהווה "נסיעה" או לחלופין "טיפול דרך". במקרה זה, השאלה הינה אם יש לראות בביצוע הסריקה הביטחונית באוטובוס חלק טבעי ואינטגרלי מהנסיעה ברכב, עד שיש לראותו כמקיים את דרישת השימוש בהגדרה הבסיסית. כלילת הסריקה הביטחונית במונח "נסיעה", אינה מתיישבת עם פרשנותו הטבעית ואינה ראויה לאור תיקון מס' 8 לחוק. הקרבה של האירוע בהשתלשלות העובדתית לא מצדיקה התמזגות הפעולות בין הבדיקה הביטחונית לנסיעה עצמה.
* טיפול דרך: טיפול הוא טיפול דרך אם הוא נועד למנוע/להקטין את הסיכון התעבורתי, והוא נעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית (פס"ד דראושה). סריקה ביטחונית לא נכללת בהגדרה זו. תיקון דרך נעשה אגב הנסיעה על מנת לצמצם סיכון תעבורתי.
* דרישת "למטרות תחבורה": סריקה ביטחונית נועדה להתמודד עם הסיכון הביטחוני הנובע מאיום הטרור. זהו לא סיכון תעבורתי באופיו, וכך גם ההתמודדות עם סיכון זה. לבדיקה הביטחונית מטרה משלה, ואילו לנסיעה מטרה אחרת. קרבת הזמן והמקום אינה מביאה, במקרה זה, להתמזגות המטרות עד כי מטרת הסריקה הביטחונית תהפוך לתעבורתית.

**הערעור מתקבל**.

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

ברכבו של המשיב אירעה תקלה בעת נסיעה והוא עצר בצד הדרך. נוסע שהיה עמו ואדם נוסף עמדו ליד הרכב. בזמן זה, פגע במשיב רכב שעבר במקום.

השאלה המשפטית: האם בעת הפגיעה הנפגע היה במעמד של נוהג ברכבו או במעמד של נפגע מחוץ לכלי רכב. אם ייחשב כנוהג, החבות מוטלת על המבטח, ואילו אם ייחשב כהולך רגל, החבות מוטלת על מבטחו של הנהג הפוגע.

ביהמ"ש המחוזי: **יש לראות בו כמי שנוהג ברכבו** בשעת התאונה ולכן מבטח הנפגע מחויב לפצותו. הבסיס לפסיקה זו הוא ש**די בכך שנקבע שהייתה זיקה בין היות התובע מחוץ לרכב לבין מעורבותו בטיפול ברכב** – בין אם דרך התבוננות ובין אם דרך ביצוע. תיקון רכב זה נכנס תחת הגדרת טיפול דרך – תיקון שנעשה אגב הנסיעה או לצורך המשכתה המיידית ומבצע התיקון אינו אדם במסגרת עבודתו המקצועית.

השופט אנגלרד: מסכים עם קביעת ביהמ"ש המחוזי. **דוחה את הערעור**.

**רחימי נ' חריזי:**

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

השופט ריבלין:

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

**רותם חברה לביטוח בע"מ נ' מזאווי:**

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

השופט אור:

* המקרה דנן אינו "תאונות דרכים" כמשמעות המונח לאחר תיקון מס' 8 שכן לא מתקיים הקש"ס המשפטי – **הרכב הוא זירת האירוע בלבד**.
* מתי הרכב הוא זירה בלבד להתרחשות הנזק? בפס"ד שולמן נקבע **מבחן הסיכון**, אך הוא הוליד קשיים בהבחנה בין מקרים בהם הנזק אירע עקב השימוש ברכב לבין מקרים בהם הרכב הוא זירה בלבד לנזק. נקבע כי ניתן לשלב את מבחן הסיכון עם מבחן השכל הישר – **על מנת שנזק ייגרם עקב שימוש ברכב מנועי, נדרש כי נקודת המגע בין השימוש והסיכון לא תסתכם ב"הזדמנות" בלבד**. מבחן השכל הישר מוביל למסקנה כי **פליטת כדור מנשק אינה סיכון אופייני לנסיעה ברכב** והיא לא נכללת בין הסיכונים הרגילים של שימוש ברכב. הפליטה לא אירעה בשל טלטול הרכב/תאונה ולכן לא נגרם נזק "עקב" שימוש ברכב מנועי. **הקש"ס יישלל במקום בו ההתנהגות של הרכב אינה תורמת לאירוע הנזק**. כלומר, הקש"ס היה מתקיים אילו פליטת הכדור הייתה נגרמת עקב טלטול הרכב/תאונה. אולם, **במקרה בו הנזק אינו נגרם עקב פעולה של הרכב, אלא הרכב רק היווה את מקום וזמן האירוע, היינו זירת האירוע, הקש"ס מתנתק**.
* "מבחן הזירה" – מבחן השכל הישר: **האם השימוש ברכב תרם באופן רלוונטי ממשי לקרות הנזק**. רק אם התשובה חיובית – ישנו קש"ס משפטי בין השימוש ברכב לנזק שנגרם.
* **הערעור התקבל**.

השופטת שטרסברג כהן (מיעוט): נשארת בעמדתה שהייתה דעת רוב בערעור – **מדובר בתאונת דרכים**. בעת המאורע נעשה שימוש ברכב לייעודו הרגיל והטבעי, הרכב היה במהלך נסיעה והמאורע אירע תוך סיכונים האופייניים בשימוש בדרך – הובלת נוסעים עם חפציהם. דין הערעור להידחות.

**סיכום הקשר הסיבתי:**

קש"ס עובדתי: **מבחן האלמלא** – לולא השימוש ברכב מנועי, הנזק לא היה מתרחש.

קש"ס משפטי: **מבחן הסיכון התעבורתי** (פס"ד עוזר) – האם הסיכון שהתממש קשור לפעילות התעבורתית?

כאשר הנזק נגרם בתוך הרכב: אם הרכב משמש כזירה לאירוע ללא קשר לסיכון הנגרם משימוש עקרי או משני בו, נשתמש במבחנים הבאים (פס"ד רותם):

1. **מבחן השכל הישר**: האם השימוש ברכב תרם בפועל להתרחשות הסיכון?
2. **מבחן הרכב כזירה**: מבחן הנעזר במבחן השכל הישר. האם לרכב הייתה תרומה משמעותית להתרחשות הנזק או שהיווה רק את זירת האירוע?

ניתוק הקש"ס – "גורם זר מתערב": הגנה הנטענת במטרה לנתק את הקשר הסיבתי. מבחן זה נסמך על ס' 64(2) לפקנ"ז. האם היה גורם זר מתערב שניתק את הקשר הסיבתי? (לדוגמא, נסעתי בספארי וקפץ עליי קוף שגרם לי לעשות תאונה. הקוף הוא הגורם הזר המתערב, ולכן מתנתק הקש"ס).

**החזקות המרבות:**

גם אם האירוע **לא** נכנס להגדרה הבסיסית של תאונת דרכים, ס' 1 לחוק מונה עוד שלוש חזקות חלוטות, אשר **עשויות להביא להכרה במקרה מסוים כתאונת דרכים, חרף אי-עמידתו ביסודות הבסיסיים** (אלא אם החזקה הממעטת מתקיימת). בהתקיים אחת מהחזקות החלוטות המרבות האלה יוכר המקרה כתאונת דרכים חרף העובדה שנעדר ממנו רכיב "השימוש" כמשמעותו בהגדרה הבסיסית ובהגדרה המפרטת את דרכי השימוש.

**חזקה 1:**  
**מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של רכב שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו** (הכרחיים למימוש תכליתו התחבורתית), או אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץלרכב.  
חזקה זו כוללת שתי אפשרויות חלופיות: (1) התלקחות של הרכב בשל רכיב או חומר שהם חיוניים לכושר נסיעתו. (2) התלקחות של הרכב בשל גורם חיצוני.  
רכיב או חומר אחר החיוניים לנסיעת הרכב: רכיבים/חומרים, המאפיינים את הרכב ככזה, והם הכרחיים למימוש התכלית התחבורתית שלו. תנאי לתחולת החזקה הוא, כי אותו רכיב שגרם להתלקחות יהיה כזה החיוני להגשמת כושר התנועה של הרכב (למשל, דלק). רכיבים/חומרים שאינם חיוניים לכושר התנועה של הרכב אינם מקיימים את הדרישה הקבועה בחזקה המרבה. חזקה זו תחומה למקרים כפי אלו שנדונו בפס"ד לסרי.

**חזקה 2:**  
**מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום אסור** **– חניה במקום ובאופן היוצרים סיכון תחבורתי**. אין הכוונה לחניה במקום שיועד לנכים, כאשר החונה אינו נכה. ביהמ"ש פירש גם חניה מותרת ע"פ דין שיש בה סיכון תחבורתי כחניה אסורה. חזקה זו באה להוסיף "מעין שימוש" לרשימת דרכי השימוש.  
חניה "פאסיבית" וחניה "אקטיבית": חניה פסיבית הינה חניה שבה אדם החנה את הרכב והלך. לעומת זאת, חניה אקטיבית היא חניה שבה האדם עדיין נמצא בתוך הרכב. חניה פסיבית אינה באה תחת הגדרת "השימוש" אך היא מתקשרת לצורך בתחבורה, להבדיל מחניה אקטיבית. **אם נוצר סיכון תחבורתי – יש תחולה לחזקה, בין אם החניה מותרת ובין אם אסורה**. ואילו אם אין סיכון תחבורתי – אין תחולה לחזקה.

יש לבחון קש"ס כפול: על מנת שתקום זכאות לנפגע צריך שתתקיים **הזיקה התחבורתית בין ההתרחשות לבין התוצאה** – גישה הבאה לכלל ביטוי בשאלת הקשר הסיבתי המשפטי. בשלב הראשון, נשאלת השאלה האם החניה אסורה (האם יש בה סיכון תחבורתי). בשלב השני, שבו נבחן הקש"ס המשפטי, נשאלת השאלה אם חניה אסורה מסוימת זו, היא שיצרה את הסיכון שהביא להתרחשות הנזק.  
לדוגמא, כאשר רכב חונה בשולי הכביש ופוגע בו רכב חולף מתקיים קש"ס עובדתי (מבחן האלמלא – אילו הרכב לא היה חונה בשול, לא הייתה מתרחשת תאונה). לגבי קש"ס משפטי – יש לבחון את **מבחן הסיכון** – **הזיקה בין השימוש בכלי הרכב לתאונה**. נוהג/נוסע שנמצא ברכב החונה במקום אסור (חניה אקטיבית) ונפגע ע"י רכב חולף, יתבע את הביטוח שלו, לא את הביטוח של הרכב הפוגע. אם היה מחוץ לרכבו ולא עסק בטיפול ברכב – הוא ייחשב כהולך רגל והתביעה תהא כנגד הביטוח של הנהג הפוגע.

**חזקה 3:  
מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני (ניצול כוח המנוע לצורך שונה מהרגיל) של הרכב ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי**.  
חזקה זו לא תחול כאשר ניצול הכוח המכני של הרכב לא היה מלכתחילה במסגרת אחד מייעודיו המקוריים של הרכב. היא חלה רק באותם מקרים בהם יש לרכב **ייעוד מקורי דו-תכליתי**, כלומר ייעוד תחבורתי ובצדו ייעוד אחר רב תכליתי, ומקום בו הנזק נגרם בעת ניצול הכוח המכני של ייעוד הרכב הלא תחבורתי. החזקה אינה חלה במקרים בהם ניצול הכוח המכני אינו חלק מייעוד הרכב ובמקרים בהם התרחש מאורע שנגרם תוך ניצול כוח מכני לייעוד לא תחבורתי בעוד שהרכב הינו חד-תכליתי. למשל, אם לטרקטור הורידו את גלגליו, הוא לא מקיים את ייעודו התחבורתי וזה שינוי של ייעודו המקורי. **כאן משתמשים במבחן הייעודי**. גם ניצול הרכב כמקור כוח (כל עוד זהו ייעודו המקורי) נכנס אל תוך החזקה, וכן ניצול כוח מכני ממנוע נפרד.

"לא שינה את ייעודו המקורי": מקום בו נגרם נזק גוף לאדם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב המנועי יוחל חוק הפלת"ד באותם מקרים בהם **הוסב הנזק בעת שהיה בניצול הכוח המכני כדי להגשים את אחד מייעודיו המקוריים של הרכב**. שינוי זמני שהוכנס ברכב לא יעניק לו ייעוד מקורי נוסף.  
קש"ס: בצד המבחן התעבורתי, מוצא ביטוי גם **המבחן הייעודי** – מפצים מי שנפגע פגיעות גוף עקב שימוש ברכב בייעודו הרגיל והטבעי. יש צורך שיתקיים בראש ובראשונה קש"ס עובדתי בין ניצול הכוח המכני לבין התוצאה המזיקה. וכן, קש"ס משפטי, ניצול הכוח המכני צריך שיהיה גורם ממשי לתאונה, נבחן ב**מבחן הסיכון בשילוב עם מבחן השכל הישר** (פס"ד קואסמה).

**עזבון קואסמה נ' רג'בי:**

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

הנשיא ברק:

* האם מתקיימות דרישות ההגדרה הבסיסית? לא. מתקיימים רק שלושה רכיבים – מאורע, נזק גוף ורכב מנועי. **פריקת מטען לא נכללת בהגדרת "שימוש"**, **הפעלת הרכב לא נעשתה "למטרות תחבורה"**. בשל כך גם לא מתקיים קש"ס.
* האם התאונה נכנסת במסגרת חזקה מרבה 3? **"מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי"**. ביסוד החזקה עומדים מצבים שונים בהם "רכב מנועי" הוא דו/רב-תכליתי, כאשר אחד מייעודיו תעבורתי.  
  לחזקה זו חמישה תנאים:

1. **מאורע** – מתקיים.
2. **שנגרם עקב** – קש"ס כפול: קש"ס עובדתי, **מבחן האלמלא**, מתקיים כי לולא ניצול הכוח המכני של המערבל לא היה המנוח מרים את הצינור ולא היה נוגע בחוט החשמל. בקש"ס המשפטי, יש לבחון את **מבחן הסיכון**, לפיו יש לבחון האם נזק הגוף שנגרם לניזוק הוא בתחום הסיכון שיצרה התנהגותו של המזיק (הפעילות ברכב במקרה זה). **יש לשלב במבחן זה את מבחן השכל הישר**, בו בוחנים האם כל התכונות המציינות את התנהגות המזיק, תרמו בפועל להתהוות הסיכון אותו בא החוק להסדיר. מבחן הסיכון בוחן האם הנזק שנגרם הוא בתחום הסיכון אשר ניצול הכוח המכני של הרכב לייעודו המקורי הלא-תעבורתי יוצר. במקרה זה, במידה והפגיעה במנוח הייתה כתוצאה מזרם חשמלי שמקורו במערבל – היה ניתן לענות על שאלה זו בחיוב. עם זאת, הפגיעה במנוח אינה קשורה בסיכון שהפעלת מנוע המערבל יצרה, היא הייתה מתרחשת גם אם הנגיעה בחוטי החשמל הייתה נעשית באמצעות מוט ברזל בו אחז המנוח. לכן, תנאי זה לא מתקיים.
3. **ניצול הכוח המכני של הרכב** – מתקיים.
4. **בעת הניצול לא שינה הרכב את ייעודו המקורי** – במחוזי לא דנו בייעוד המערבל, לכן ייעוד המערבל יישאר בצ"ע, ויניחו כי תנאי זה מתקיים.

**הערעור נדחה**.

**החזקה הממעטת:**

ס' 1 לחוק: **לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון** כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם על ידי המעשה עצמו ולא על ידי השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי.

כזכור, בשלב הראשון נבדוק האם מתקיימים כל מרכיביה של ההגדרה הבסיסית. בשלב השני, נבדוק האם מתקיימת אחת מהחזקות המרובות. **בשלב השלישי, נבחן האם מתקיימת החזקה ההמעטת**.

**יש לבחון אם לא חלה על המקרה החזקה החלוטה הממעטת** **של מעשה מכוון, וכן אם אין נזק הגוף שנגרם תוצאה של פעולת איבה**. בכל אחד מן המקרים האלה – אם חלה החזקה הממעטת או אם הוסב הנזק בפעולת איבה – **אין זכאות על פי חוק הפלת"ד** אפילו נתקיימו דרישות ההגדרה הבסיסית ואפילו אם המקרה נופל בגדר אחת החזקות המרבות.

תכליתה של החזקה הממעטת: להוציא מגדר תחולת החוק סיכונים של שימוש ברכב שאינם נובעים באופן טיפוסי משימוש ברכב למטרות תחבורה, בנסיבות בהן נגרמת פגיעה עקב מעשה הנעשה במכוון כדי לגרום נזק לאדם אחר, השימוש ברכב הוא ככלי לגרימת נזק ולא לצרכים תחבורתיים.  
**הזכאות לפיצויים ע"פ החוק אינה נשללת אם הנזק נגרם**, לא על ידי המעשה עצמו, **בשל השפעתו של המעשה על השימוש ברכב**. במקרה כזה, **אכן מדובר בתאונת דרכים**, **על אף המעשה המכוון**, וקמה לנפגע זכאות לפיצויים במסגרת החוק.  
אבחנה זו אינה פשוטה: כאשר המעשה המכוון הוא בעצם השימוש ברכב, יש לראות בנזק תוצאה ישירה של המעשה המכוון ואין זו תאונת דרכים (למשל, דריסה מכוונת, הטמנת מטען ועוד). אולם, **כאשר** **הנזק הנגרם מן המעשה המכוון הוא בעקבות השימוש ברכב המנועי זוהי תאונת דרכים** (למשל, זרקתי אבנים על רכב, הרכב נפגע וסטה מהכביש ולכן דרס אדם, הנזק נגרם בעקבות השימוש בכוח המנועי ולא מהמעשה המכוון).

**עזבון המנוח לזר ז"ל נ' רשות הנמלים והרכבות:** **החזקה הממעטת והסייג לחזקה**

המנוח, שעיזבונו הוא המערער, נשכב על פסי הרכבת במטרה להתאבד ונדרס למוות ע"י רכבת.

השאלה המשפטית: האם אירוע זה נכנס לגדר החזקה ההמעטת, שלפיה לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם?

השופט אור:

* מעשה התאבדות אשר מעורב בו "רכב" כאמצעי ישיר/עקיף לביצוע המעשה, נכנס לגדר מקרי "תאונה מכוונת". בתאונה מכוונת עשויים להיות מעורבים 3 שחקנים פוטנציאלים: (1) מחולל הפגיעה – אדם המבקש לגרום נזק לגופו/לרכושו של אחר. (2) האדם אשר מחולל הפגיעה מבקש להסב לו נזק. (3) צד ג', שלא היה אמור להיות מעורב בתאונה, אך נפגע כתוצאה נלווית שלה. שטרסברג כהן משאירה זאת בצ.ע.
* לקיום החזקה נדרשים שני תנאים מצטברים:

1. **המאורע אירע כתוצאה ממעשה מכוון**. **אין דרישה להתקיימות תוצאה** מסוימת (פגיעה בפועל), **די בכוונת מחולל התאונה לגרום לנזק**.
2. **המעשה נעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו/לרכושו של אותו אדם**.

* לחזקה מתלווה תנאי מסייג: גם אם שני התנאים מתקיימים, התאונה תוחרג מהגדרת תאונת דרכים רק אם הנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב מנועי.
* ס' 7(1) לחוק קובע כי **נפגע שגרם לתאונה במתכוון**, אינו זכאי לפיצויים לפי החוק. עם זאת, **באירוע בו נפגע אדם וס' 7 שולל את זכאותו לפיצויים מהווה "תאונת דרכים" – התלויים שלו זכאים לפיצויים על פי חוק**.
* השופט אור קובע כי **"אותו אדם" עליו חלה החזקה הממעטת, כולל גם מתאבד**. בשל כך, **אין לו או לעיזבונו עילה לתבוע את נזקיהם לפי חוק הפלת"ד, במקרים בהם הוא נפגע כתוצאה ממעשה התאבדות**. למסקנה זו הגיע מלשון החוק, תכליתו וההיסטוריה החקיקתית של תיקון 8, וכן מתוך הגיון. לא הגיוני כי תלויי אדם שנפגע במכוון מפעילות עבריינית לא יזכו לפיצוי, לעומת תלויי אדם מתאבד. השופט אור מוסיף כי תוצאה זו רצויה גם מבחינת האינטרס הציבורי – **לא ראוי כי לאדם המבקש לשים קץ לחייו תינתן האופציה להטיל את התמיכה במשפחתו על ציבור הנהגים, ע"י כך שישתמש בכלי רכב לצורך מטרה זו**.
* השופט אור נוטה לכך ש**יש להחיל את החזקה באופן שווה על כל השחקנים המעורבים (גם צד ג') בתאונה המכוונת, ללא קשר לפגיעה**.
* במקרה זה **חלה החזקה הממעטת** ולא חל הסייג לחזקה, שכן **מות המנוח נגרם בשל המעשה שלו** – שכיבה על פסי הרכבת. **הערעור נדחה**.

**כלל חברה לביטוח בע"מ נ' כהן נח:** **דינו של שוד דרכים במסגרת חוק הפלת"ד**

המשיבה הגישה תביעה לפיצוי בגין נזקי גוף לפי חוק הפלת"ד, בטענה כי שוד הדרכים שעברה מהווה "תאונת דרכים". המשיבה עצרה את רכבה, מבלי לדומם את המנוע, ליד בית חברתה כדי שזו תרד מהרכב. השתיים הותקפו ע"י שלושה צעירים חמושים באולרים, אלו השליכו אותן מהרכב, חטפו את הרכב ונמלטו. בימ"ש השלום קיבל את תביעתה של המשיבה, קבע כי מדובר בתאונת דרכים וכי אין להחיל את החזקה הממעטת על מקרה זה. בקשת הערעור של המערערת נדחתה בבימ"ש המחוזי ללא דיון. מכאן הערעור.

השופט ג'ובראן: **האירוע אינו מהווה תאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד**.

ע"פ ההגדרה הבסיסית: **לא נגרם נזק גוף כתוצאה משימוש ברכב, כלי הרכב שימש כזירה להתרחשות המאורע המזיק**. כמו כן, לא התקיימה גם אחת מהחזקות המרבות. גם אם לא היו מגיעים למסקנה זו, **חלה החזקה הממעטת**, המוציאה מגדר החוק סיכונים של שימוש ברכב, שאינם נובעים באופן ישיר משימוש ברכב למטרות תחבורה. הנזק נגרם למשיבה כתוצאה ישירה של תקיפת הגנבים, משמע **תוצאה ישירה של מעשה מכוון**, אשר לא נעשה ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי.

**מה נכלל בחזקה הממעטת?**

פעולות איבה: **נזק אשר נגרם לאדם כתוצאה מפעולת איבה**. זאת ניתן לראות בהגדרת המונח "נפגע" בס' 1 "אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים, **למעט אם נגרם מפגיעת איבה**". גם מעשים מכוונים שעלולים ליפול בהגדרת החוק יוצאו ממנו במידה ומהווים פעולות איבה.

מיהו האדם אליו מכוון המעשה? **הנפגע שהפוגע ביקש במתכוון לגרום נזק לגופו**. עולה השאלה מהו הדין במקרה של כוונה לגרום לנזק עצמי? כוונה זו מתקיימת גם כאשר אותו אדם מתכוון לגרום נזק לעצמו. **החזקה הממעטת חלה גם על פגיעה עצמית מכוונת ולא רק על פגיעה מכוונת בזולת**. שני המקרים יוצאים מגדר החוק.

דינו של מתאבד: גם במעשהו של המתאבד או המנסה להתאבד ניתן לגלות את הכוונה לגרום לתאונה. **החזקה הממעטת חלה גם על מתאבד**. במקרים כאלו, נפגע שגרם לתאונה במתכוון, אינו זכאי לפיצויים לפי חוק הפלת"ד (עזבון המנוח לזר).

המעשה המכוון ושלילת זכאות: ע"פ ס' 7(1) **נשללת הזכאות מנפגע שגרם לתאונה במתכוון**. ס' 1 מוציא מגדר תאונת דרכים "מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון".

מה ההבדל בין הכוונה שבס' 7(1) לס' 1? ס' 7(1) **שולל ממי שגרם לתאונה במתכוון את הזכאות לפיצויים**. ס' 1 **מוציא מגדר החוק כולו מעשה מכוון שגרם ישירות לנזק גוף**. בכל מקרה עומד לנפגע הזכות לתבוע ע"פ הפקנ"ז. חשיבות ההבחנה בין שלילת פיצויים מכוח ס' 7 לחוק לבין מצב שבו האירוע לא נכנס כלל לגדר המונח "תאונת דרכים" שבס' 1 לחוק טמונה בהשלכה שיש לכך על התלויים. לפיכך, **אם האירוע שבו נפגע אדם, אשר ס' 7 שולל את זכאותו לפיצויים, הוא "תאונת דרכים" כהגדרתה בחוק, יזכו תלוייו לפיצויים**. לעומת זאת, **אם אין האירוע מהווה "תאונת דרכים", החוק אינו חולש עליו כלל מלכתחילה והתלויים לא יזכו לפיצוי**.

דינו של צד ג' שנפגע כתוצאה ממעשה מכוון: על פי השופט אור בפס"ד עזבון המנוח לזר, **החזקה חלה על כל ה"שחקנים הפוטנציאלים" בתאונה מכוונת, ביניהם צד ג'**. עם זאת, השופטת שטרסברג כהן השאירה זאת בצ"ע.

**שלבי בדיקת תאונת דרכים: פס"ד עוזר**

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

**סוגיות שונות בפלת"ד:**

**ס' 7 לחוק** – **נפגעים שאינם זכאים לפיצויים לפי החוק**:

1. **מי שגרם לתאונה במתכוון:** על פניו, כל מי שגרם לתאונה במכוון, לא זכאי לפיצוי לפי החוק. אולם, **ישנם מקרים בהם המעשה המכוון אינו שולל זכאות לפיצויים**:

* אדם שיש לו כוונה לבצע מעשה בהקשר לשימוש ברכב, תוך מודעות לסיכון שבו, אך בלא כוונה לגרום לתאונה. למשל, הרצון להימלט מרכב נוסע בשל חשש מסכנה.
* אדם שעושה מעשה מודע שבא מתוך רצון לבצע פעולת הצלה, מעשה מכוון שבוצע ע"י מי שלא ניתן לייחס לו אחריות למעשיו או הבנה של טיב מעשהו ואף מי שעשה מעשה מכוון לנזק רכוש, אך מדובר בנזק משני.

1. **מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין** (שימוש ברכב ללא רשות) וכן **מי שהיה מצוי ברכב, ביודעו שהנוהגים בו נוהגים תוך הפרת החוק**.
2. **מי שנהג ברכב ללא רישיון**, למעט רישיון שפקע מחמת אי-תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו' 1 לחוק ההוצאה לפועל.

* פס"ד קרנית נ' מגדל: ס' 7(3) יחול רק על הפרת תנאי או הגבלה בדרגת הרישיון שעניינה סוג הרכב שהנהג נוהג בו (מאפיינים פיזיים) – תנאים אלו יכולים לנבוע מתקנות התעבורה או מהגדרת הרכב בתקנה 1 לתקנות (למשל משקל).
* פס"ד ספיאשווילי: **סייג** לסעיף – נהג חדש הנוהג ללא מלווה זכאי לפיצויים ע"פ החוק.

1. **מי שהרכב שימש לו/סייע בידו לביצוע פשע:** השלילה אינה מוגבלת רק לנוהג ברכב, אלא **גם כלפי השותף לפשע** שהרכב שימש לביצועו או שהרכב סייע לביצועו. **נדרשת מודעות הנפגע לעובדה שהרכב שימש/סייע לביצוע פשע** על מנת שתישלל הזכאות לפיצויים. **הכוונה היא לביצוע פשע מעבר לשימוש ברכב עצמו**. לדוגמא, מי שנהג ברכב בדרכו לבצע שוד בבנק/בעת הימלטותו לאחר ביצוע השוד, תישלל זכאותו לפיצויים אם יפגע בתאונת דרכים. אך, אם שודד מנסה לתפוס מונית ונפגע, לא תישלל זכאותו, כי המונית לא שימשה לשוד.
2. **מי שנהג ברכב ללא ביטוח** לפי פקודת הביטוח או כש**הביטוח שהיה לו לא כיסה את שימושו ברכב**.
3. **בעל הרכב/המחזיק ברכב, שהתיר לאחר לנהוג ברכב ללא ביטוח** או כש**הביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה**, ונפגע בתאונת דרכים שאירעה באותה נהיגה – בין אם בהיותו ברכב ובין אם מחוצה לו.

ס' 7א לחוק: **זכאותו של נוהג בהיתר לתבוע פיצויים**: על אף האמור בס' 7(5), מי שנפגע כשנהג ברכב בהיתר מאת בעליו או את המחזיק בו ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את השימוש ברכב, והוא **לא ידע על כך בנסיבות העניין ולא היה סביר שיידע** – **זכאי לתבוע פיצויים** מהקרן.

**קרנית נ' פרח:**

המשיב 1 ביקש מחברו המשיב 2 שינהג ברכבו (רכב עבודה) שכן היה עייף. בעוד שמשיב 2 נהג במכונית אירעה תאונה בה נפצע משיב 1. לאחר התאונה התברר כי למשיב 2 לא היה רישיון נהיגה ולפיכך סירבה חברת הביטוח לפצות את משיב 1. משיב 1 פנה לקרנית בתביעה לפיצויים וזאת סירבה בטענה כי בהתאם לס' 7(6) לחוק אין היא חייבת לפצותו. בביהמ"ש המחוזי נקבע כי קרנית חייבת לפצות את המשיב 1 שכן הוא לא ידע ולא היה סביר שידע כי למשיב 2 לא היה רישיון נהיגה. מכאן הערעור.

השאלה המשפטית: האם הנפגע (שהינו בעל רכב/מחזיק ברכב) אשר התיר לאדם אחר לנהוג ברכב, כשאין לו רישיון נהיגה, אינו זכאי לפיצויים לפי ס' 7(6) לחוק, אדם שבאותם נסיבות לא ידע/לא היה סביר שידע כי לנהג הפוגע אין רישיון נהיגה.

השופט חשין:

* המחוקק החליט כי יש סוגי אירועים, המצויים בס' 7, בהם לא יהיה נכון לזכות את הנפגע בפיצויים ולא יהיה ראוי לחייב את קרנית/חברת הביטוח לפצותו. ענייננו הוא בהוראת ס' 7(6) העוסק בבעל רכב שאפשר לאחר לנהוג ברכבו כשאין לו ביטוח. נראה כי במקרה זה המשיב 1 התיר למשיב 2 לנהוג ברכב בנסיבות בו אין לו ביטוח. ע"פ ס' 7(6) באירוע זה **לא זכאי הנפגע לפיצויים**.
* יסודו של החוק הוא בתפיסה החברתית המנסה שלא להותיר נפגעי תאונות דרכים נעדרי פיצוי.
* בצידו של ס' 7 השולל את הזכות לפיצוי שוכן ס' 7(א) ובו חריג. ביהמ"ש סבור כי הוראת ס' 7(א) מציבה עצמה רק נגד הוראת ס' 7(5). מכאן עולה השאלה האם רלוונטית הוראת ס' 7(א) לס' 7(6)?
* הוראת ס' 7(6) לחוק עוסקת במצב בו התיר בעל הרכב לאחר לנהוג ברכבו כשאינו מבוטח. במידה ובאותה נסיעה אירעה תאונת דרכים, לא יהיה זכאי הנהג לפיצוי ע"פ החוק (ע"פ ס' 7(5) לא זכאי גם הנהג לפיצוי). נראה כי פירוש האשם ע"פ ס' 7(6) אינו מעלה קושי, שכן בעל רכב שנתן לחברו לנהוג ללא ביטוח אינו זכאי לפיצוי. ואולם, מה אם לא נפל אשם במעשה בעל הרכב? האם גם אז תישלל זכותו לפיצוי?
* פירושו של ס' 7(6) שלפיו נדרש אשם בהתנהגותו של בעל הרכב לצורך שלילת הפיצויים על פי החוק מייסד עצמו על תכלית החוק, תכלית זו הינה סוציאלית וממילא ראויה לפרשנות מקלה.
* **אין ספק כי מודעות של בעל הרכב להיעדרו של ביטוח, תקים את הוראת ס' 7(6) על רגליה**.
* מן הכלל אל הפרט: מוסכם כי המשיב 1 לא ידע כי המשיב 2 אינו בעל רישיון נהיגה וכי לא עצם עיניו ונהג בפזיזות בנוגע לשאלה זו. בנוסף, לא היה בנסיבות העניין לעורר חשד כי ידע משיב 1 כי משיב 2 לא בעל רישיון בר תוקף. אין הצדקה להתערב בהכרעת בימ"ש קמא.

**דין הערעור להידחות**.

**קרנית נ' מגדל:**

2 מקרים: בראשון, גרינברג הגיש לבימ"ש השלום תובענה כנגד המשיבות לפיצויים בגין נזקי גוף שנגרמו לו בתאונת דרכים. ביהמ"ש דחה את התובענה לאחר שקבע כי לא היה בידי העותר רישיון נהיגה תקף ועל כן חל ס' 7(3) לחוק הפלת"ד, השולל פיצויים ממי שנהג ברכב כשאין לו רישיון לנהוג בו, משום שברכב בו נהג העותר בעת התרחשות התאונה לא הותקן הגה כוח כנדרש עפ"י תנאי רישיונו בשל נכותו. ערעורים למחוזי ולעליון נדחו, ובד"נ בעליון תביעתו התקבלה. במקרה השני, לוי הגיש תובענה לפיצויים על נזקי גוף שנגרמו לו בתאונה. בימ"ש קבע כי מאחר שהסיע נוסעים במידה העולה על המותר לפי רישיונו יש לראות בו כמי שבמועד התאונה נהג ברכב ללא רישיון ובכך נשללת זכאותו לפיצויים. זהו ד"נ מאוחד בשני המקרים.

השאלה המשפטית: האם יש לראות במי שנוהג ברכב תוך הפרת הגבלה או תנאי ברישיון הנהיגה שהוא מחזיק בו, כ"מי שנהג ברכב כשאין לו רישיון לנהוג בו", כאמור בס' 7(3) לחוק, ולפיכך תישלל זכאותו לפיצויים ע"פ החוק.

השופט אור:

* את שאלת הכיסוי הבטוחי במקרים אלה ניתן לחלק לשני שלבים: ראשית, יש לבחון את תחולת חוק הפיצויים על מקרים אלה. שנית, אם נגיע למסקנה כי ס' 7(3) אינו חל ולכן אין מניעה להעניק פיצויים יש לבדוק אם על פי הוראות הפוליסה ותנאיה לא הוצאה חבות המשיבות.
* ס' 7(3) לחוק דן בנפגעים שאינם זכאים לפיצויים לפי חוק הפלת"ד בשל היותם ללא רישיון. ס' 10(א) לפקודת התעבורה, דן באיסור לנהוג בלי רישיון נהיגה וקובע שני מקרים הנכללים באיסור: (1) נוהג ללא רישיון לרכב מאותו סוג. (2) אדם שנוהג לא בהתאם לתנאי הרישיון שלו.  
  גרינברג נסע ללא הגה כוח ובכך הפר את תנאי רישיונו. לוי הסיע יותר נוסעים מהמותר לו לפי רישיונו ובכך גם הוא הפר את תנאי רישיונו.
* פרשנות ס' 7(3): אי-חידוש רישיון נהיגה בשל אי-תשלום קנסות מהווה פגם טכני ולא פגם שעניינו כושר הנהג לנהוג, לכן **אין זה מצדיק שלילת פיצויים**. כמו כן, מי שנהג ברכב בעת פסילת רישיון ועונש הפסילה לא היה כדין – אין לראותו כחסר רישיון נהיגה בס' זה.
* מה הדין במקרה בו נהג הפר תנאי או הגבלה ברישיונו? בדיון קודם בפס"ד גרינברג, ברק קבע כי לא כל הפרה של תנאי ברישיון או מגבלה שקולה להעדר רישיון על פי ס' 7(3), **ישנם מקרים בהם ההפרה לא תוביל לשלילת הזכאות לפיצויים, זאת כאשר מדובר בהפרה שולית**. עם זאת, גרינברג נכה ב100%, ונהיגה ללא הגה כוח מסכנת את הציבור, על כן זו הפרה מהותית. נקבע כי כל מקרה יבחן לגופו. בדיון קודם בפס"ד לוי, ריבלין קבע כי הסעת נוסעים במידה העולה על המותר לפי רישיון הנהג, היא הפרה מהותית של תנאי הרישיון. נקבע כי **לא די בהפרה מהותית של תנאי הרישיון להחלת ס' 7(3), אלא שיהיה טמון בהפרה פוטנציאל סיכון בטיחותי של ממש**.
* מהו היקף ההתפרסות של ס' 7(3)? אין חולק כי ס' 7(3) חל על נהג שנפגע בתאונת דרכים כאשר אין בידו רישיון נהיגה, והוא מעולם לא החזיק רישיון כזה, או בתקופת הפסילה כאשר הוא נפסל מלהחזיק רישיון נהיגה. מנגד, **לא חל הס' במקרים בהם נעדר רישיון נהיגה מפגמים טכניים פורמאליים**. הגבלות/תנאים ברישיון עשויים להיות משני סוגים:

1. סטטוטוריים: תנאים והגבלות הקבועים בפקודת התעבורה או בתקנות שהותקנו על פיה (הגבלה על מס' נוסעים/משקל רכב) – **פס"ד לוי**.
2. אינדיבידואליים: מוטלים מכוח ס' 53 לפקודת התעבורה, המסמיך את רשות הרישוי לקבוע תנאים אינדיבידואליים ברישיונות הנהיגה, אם היא סבורה שיש בכך צורך מחמת כושר נהיגה לקוי של המחזיק ברישיון. יכולים להיות לגבי הנהג או לגבי הרכב. לדוגמה החובה לרכוש רישיון נהיגה – **פס"ד גרינברג**.

* לשון החוק: בחינה של ס' 7(3) תומכת בפרשנות לפיה **הסעיף חל במצבים בהם לנהג אין רישיון לנהוג באותו סוג רכב מבחינת מאפיינים פיזיים**, ואין הוא מתפרס על מצבים בהם הנהיגה היא בניגוד לתנאים או להגבלות אחרות ברישיון.
* תכלית החוק: מצד אחד תכלית **סוציאלית**, מתן פיצוי למי שנפגע בתאונה. ומצד שני תכלית **הרתעתית**. תכליתו של ס' 7(3) הינה למנוע סיכונים מיוחדים בדרכים ולהעניש את אלה הנוהגים באופן המייצר סיכונים אלה, העדר רישיון נהיגה היא תופעה כה לא רצויה עד שהיא לעיתים מצדיקה שלילת פיצוי ע"פ חוק. שאלתנו היא **שאלת האיזון בין התכלית הסוציאלית לתכלית ההרתעתית**. העיקרון המנחה את פרשנות ס' 7 הינו ש**יש לפרשו באופן מצמצם, כך שיוכל על מקרים חמורים בלבד**.
* השופט אור מקבל את עמדת קרנית, לפיה יש להחיל את ס' 7(3) רק במקרים חריגים וחמורים, בהם לנהג אין כלל רישיון נהיגה לאותו סוג רכב. משמע לא להחילו על מקרים בהם הנהג הפר תנאי אינדיבידואלי/סטטוטורי. **ס' 7(3) יחול רק על הפרת תנאי/הגבלה בדרגת הרישיון שעניינה סוג הרכב שהנהג נוהג בו (מאפיינים פיזיים)**. לכן, **שני העותרים זכאים לפיצויים**.

**ספיאשווילי נ' מנורה חברה לביטוח:**

נהגת המחזיקה ברישיון נהיגה של "נהג חדש" נפגעה יחד עם המשיב בתאונת דרכים לפי חוק הפלת"ד. ברישיון ישנו תנאי לפיו המערערת נדרשת למלווה בעת הנהיגה. בעת התרחשות התאונה לא ישב מלווה לצדה כנדרש ברישיון (המשיב 3 ישב לידה). **האם מטעם זה תישלל זכאותם לפיצויים עפ"י החוק?** ביהמ"ש המחוזי קבע כי מדובר ברישיון על תנאי (מלווה) הרישיון לא בתוקף. לכן, פוליסת הביטוח שהוצאה ע"י המשיבות אינה מכסה את נהיגתה ברכב. לגבי המשיב – נקבע כי לא ידע שהיא זקוקה למלווה, לכן הוא זכאי לפיצויים מטעם קרנית. מכאן הערעור.

השופט אור:

1. האם המערערת זכאית לפיצויים או שמא חל עליה ס' 7(3) לחוק השולל את זכאותה? בעת התרחשות התאונה הייתה המערערת בגדר "נהג חדש" וברישיון הנהיגה שלה נקבע שנדרש מלווה בעת נהיגתה. עולה השאלה אם חל על המקרה הנדון ס' 7(3), שעל פיו נשללת זכאותה לפיצויים מכוח החוק. לפי קרנית נ' מגדל, **אין המערערת נחשבת כמי שנהגה ללא רישיון, שכן מדובר בהפרת תנאי/מגבלה סטטוטוריים ברישיון ולא בהפרת תנאי הקשור לסוג הרכב**. **משמע, המערערת זכאית לפיצויים**.
2. אם היא זכאית לפיצויים מכוח החוק, האם ע"פ הוראות הפוליסה ותנאיה, הוצאה מגדר תחולה חבות המבטחות לפיצוי? תחולת הפוליסה שכיסתה את הנהיגה ברכב במקרה זה, אינה חלה על מי שאינו זכאי לפיצויים מכוח חוק הפלת"ד, בדבר הגבלת זכאות לפיצויים. נקבע כי המערערת זכאית לפיצויים, לכן **הגבלה זו אינה מסירה את הכיסוי הביטוחי** מהמקרה הנדון.

**הערעור מתקבל**. בשל העובדה שיש כיסוי ביטוחי לתאונה, המשיבות ישיבו לקרנית את הסכום ששילמה למשיב שנפגע בתאונה.

**דינם של תלויים:**

ס' 7(ב) לחוק – **זכאותם של תלויים לתבוע פיצויים**: תלויים בנפגע **יהיו זכאים לתבוע פיצויים** לפי חוק זה, **גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך** לפי ס' 7, ואם היו תלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח, או כשהביטוח אינו מכסה את החבות הנדונה, **יהיו זכאים לתבוע כאמור מהקרן**.

כיום, תלויים הם **בעלי זכאות עצמאית כלפי הקרן**, זכאות שהיא בלתי תלויה לגמרי בזו של מפרנסם. למעשה **התלוי מוגן ע"י הקרן בכל מקרה של העדר ביטוח**.

פס"ד עזבון המנוח לזר: התאבדות על פסי רכבת נכנסת בגדר החזקה הממעטת ולכן החוק אינו חל עליה. בשל כך, **התלויים אינם זכאיים לפיצויים מכוח חוק הפלת"ד**.

לסיכום: אם זכאות לפיצויים של נפגע נשללת **מכוח ס' 7 לחוק – תלוייו זכאים לפיצויים**. אולם, אם זכאות לפיצויים של נפגע נשללת **מכוח החזקה הממעטת – תלוייו אינם זכאים לפיצויים**.

**זכות החזרה (שיפוי/השתתפות):**

ס' 9(א) לחוק: לפי זכות ההשתתפות, **מי ששילם פיצויים לאדם הנפגע, רשאי לבקש את ההחזר על הפיצויים ששילם מצד ג'**, **במקרים ספציפיים בלבד**: (1) מי שאינו זכאי לפיצויים מכוח ס' 7 לחוק (2) נהיגה ללא ביטוח (3) מי שהתיר לנהוג ברכב שלו ללא ביטוח.  
  
לדוגמא, א' וב' עשו תאונה. ב' נפגע כתוצאה מהתאונה והביטוח שלו שילם לו פיצויים. לביטוח יש זכות חזרה, לפיה הוא יכול לדרוש החזר על הפיצויים מא', אם יתגלה כי הוא נכנס בגדר אחד מהמקרים החריגים. למשל, אם אין לו ביטוח, או אם התיר לנוהג ברכבו לנהוג ללא ביטוח, או אם הוא שלול פיצויים מכוח ס' 7 לחוק.

**קרנית:**

ס' 10 לחוק: הקמת קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.

תפקיד הקרן ומבנה: תפקידה המרכזי הוא **לעזור לנפגע**, בעל זכאות לפי החוק, להתגבר על קשיים במימוש הזכאות. ע"פ ס' 12(א) **תפקיד הקרן לפצות נפגע הזכאי לפיצוי ואין בידו לתבוע אותו מהמבטח**. הקרן לא באה להוסיף זכאות חדשה על זכאויות הנפגע, על כן, **נפגע שלא זכאי לתבוע פיצוי מכוח החוק אינו יכול להיות זכאי לפיצוי מקרן**. עם זאת, התלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח יהיו זכאים לתבוע פיצויים מהקרן ונהג שנפגע בעת שנהג ברכב בהיתר, אך ללא ביטוח זכאי לפיצוי מהקרן.

מקרים בהם קרנית מפצה:

(1) הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע: **אי יכולת לתבוע פיצויים מאת המבטח**. העובדה שהנהג אינו ידוע לא מזכה בתביעה כלפי קרנית אם ידוע המבטח (למשל, תאונה עם אוטובוס שידועה החברה, אך לא הנהג). המקרה נוגע גם למצב בו נפגע הולך רגל מתאונה בין שני רכבים ורק פרטים של אחד ידועים. **קרנית זכאית לאחר זיהוי הנהג, לשפות עצמה ממנו ומאת מבטחו על תשלומי הפיצוי ששילמה**.

(2) אין לנוהג ביטוח/ביטוחו אינו מכסה את החבות: **הנפגע לא יכול לתבוע פיצוי מאת המבטח מחמת העדר ביטוח**. במידה ויש מספר מכוניות מעורבות, מספיק כי לאחת מהן יש ביטוח, על מנת לבטל את זכות הנפגע לפיצוי מהקרן. העובדה כי זהות הנהג ידועה, אינה גורעת מזכאות הנפגע כלפי הקרן, שכן **החוק דורש את מציאת המבטח כדי לתבוע את הביטוח**.

(3) המבטח נמצא בפירוק: מטרתו של תת סעיף זה **למנוע את חוסר יכולתו הכספית של מבטח לשאת בתשלום פיצויים לפי הפוליסה**. הכוונה היא לא למצבים בהם לא קיימת זכות תביעה בשל הפירוק, אלא **במקרים בהם** **לא קיימת אפשרות לקבל פיצוי**. גם נוהג-נפגע זכאי לקבל פיצויים מהקרן, אם מתברר שמבטחו האישי נמצא בפירוק.

זכאות על יסוד חבות ראשונית: ההנחה של ס' 12(א) לחוק היא כי הנפגע זכאי לפיצויים על פי החוק, אלא שהוא נתקל בקשיים במימוש זכאותו. ההוראה מונה רשימה סגורה של מקרים בהם זכאי הנפגע לתבוע את פיצויו מהקרן, הבאה, לצורך התשלום, תחת בעל החבות המקורית.  
**עקרון המשניות מונע מנפגע, שאינו זכאי לפיצויים לפי החוק, מלהיות בעל זכאות כלפי הקרן**. קיימים **שני חריגים לעקרון המשניות**. משמעות החריגים היא כי **נפגעים מסוימים, שאין להם זכאות לפי החוק, זוכים לפיצויים מקרנית מכוח הוראה מיוחדת**. החריגים:

1. זכאות נוהג בהיתר: בעבר התוצאה הייתה כי הנוהג היה נשאר ללא פיצויים במידה והתגלה כי אין ביטוח לרכב. בעקבות כך נכתבה ההוראה לפיה **מי שנהג ברכב עם היתר מבעליו, ללא ביטוח או שהביטוח אינו מכסה שימושו ולא ידע על כך זכאי לתבוע פיצוי מקרנית**.
2. זכאות תלויים בנוהג בלתי מבוטח: ס' 7 לחוק קובע כי **תלויים במי שנפגע שנהג ללא ביטוח יהיו זכאים לתבוע פיצוי מהקרן**. הוראה זו משנה את ההלכה אשר שללה מתלויים בנהג בלתי מבוטח את הזכאות לפיצוי במסגרת החוק.

זכאות במישור השיפוי והשבה: עוסקת בזכותו של אדם לשפות את עצמו על תשלומים ששילם, והוצאות שהוציא, למען הנפגע, ללא תלות בזכאות הנפגע. זכאות זו מוענקת לבתי חולים בס' 12(ב) סיפא, שם נאמר כי **זכותו של בית החולים לקבל מהקרן הוצאות טיפול סבירות שהוציא על הנפגע**. זכות חזרה בתשלום תכוף – **קיימת זכות חזרה לנתבע ששילם תשלום תכוף מבלי להיות חייב לכך**.

**סיכום הנקודות החשובות בפלת"ד:**

1. אם הנהג עצמו נפגע בתאונה, הוא יתבע את המבטח האישי שלו.
2. נוסע שהיה עמו ברכב ונפגע, יתבע את הנהג, את מתיר השימוש ברכב וכן את מבטח האחריות האישית.
3. אם היו מעורבים בתאונה מס' כלי רכב, לפי ס' 3(א) לחוק – כל נהג אחראי לנזקים של נוסעיו.
4. נפגע מחוץ לרכב (הולך רגל) הנפגע ע"י כלי רכב, יתבע את נהג הרכב ואת הביטוח של הנהג. בהעדר ביטוח יתבע הנפגע את קרנית, אך זו תוכל לחזור אל המשתמש חסר הביטוח או אל מתיר השימוש ברכב, אם אלו נגועים באשם בנוגע להעדר ביטוח.
5. אם היו מעורבים בתאונה מספר כלי רכב (למשל רכב א' פגע ברכב ב' שפגע בהולך רגל) מכוח ס' 3(ב) לחוק כל הנהגים חייבים כלפי מי שנפגע מחוץ לרכב ביחד ולחוד. בינם לבין עצמם הם מתחלקים בחבות שווה בשווה. במקרה זה רואים כלי רכב כמעורב בתאונה אם בעת התאונה היה מגע בינו לבין כלי רכב אחר/בינו לבין הנפגע.
6. כשנהג/נוסע יוצאים מכלי הרכב בו היו מצויים ונפגעים בתאונה, האם הם נחשבים כמי שעשו שימוש ברכבם (ואז החבות על מבטח השימוש ברכבם) או כמי שנפגעו מחוץ לרכב (ואז התביעה היא כנגד הפוגע)?  
   מדינת ישראל נ' אלראהב: הימצאות נהג מחוץ לרכב על מנת לבדוק תקלה שארעה בו נחשבת לפגיעה עקב שימוש.  
   חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' סולימאן: נקבע דבר זהה לגבי נוסע, שיצא מהרכב בעת שתיקנו פנצ'ר ברכב, על אף שלא לקח חלק בתיקון ולא נהג ברכב.  
   אם לא מתקיים קש"ס משפטי בין השימוש שעשה האדם ברכב לבין התאונה – דינו כדין הולך רגל. הנהגים המעורבים – יש צורך במגע בין הרכב לרכב אחר/לנפגע וקש"ס משפטי בין מעורבותם לבין התאונה.

