תודה לדניאל, יעל, אדווה וסווט על העזרה בהשלמות החוסרים :)

**שיעור מס' 1 – 12\03\05**

**המטרה של דיני הנזיקין הוא להחזיר את המצב לקדמותו.**

פס"ד מלך נ' קורנהויזר: שמואל מלך רץ בפארק בסביון, פתאום מתנפלים שלושה כלבים עם אטמים, לפי הטענה הוא לא התגרה בהם, והחלו לתקוף אותו. תקיפה זו ארכה דקות ארוכות מאוד, התיאורים הם תיאורים מאוד קשים – הם קרעו חלקים מגופו, הוא נפצע קשה. שני כלבים היו שייכים לבני הזוג קורנהויזר שגרו בסביבה – מלך הגיש תביעת נזיקין על הנזקים שנגרמו לו כנגד הזוג קורנהויזר. מלך הוא הניזוק והטענה היא שקורנהויזר הוא המזיק🡨 מלך רוצה פיצויים, להשיב מצב לקדמותו – האם הכסף יכול לעזור לו להחזיר את המצב לקדמותו? קשה לומר זאת אך הכסף מסייע למעשה במימון הטיפולים ולהחזיר עלויות, משקמים עד כמה שאפשר.

האם דיני הנזיקין עוסקים רק בכספים?

**כיוון אחד**: נניח שהיינו רואים יום אחרי האירוע את הכלבים מסתובבים שוב בפארק – מה היינו עושים? לכאורה, כאן הכלי של תביעת נזיקין לא עובד – אני לא רוצה להגיע למצב שבו אני אהיה ניזוק ורק אז להגיש תביעה נזיקית, אלא רוצה למנוע זאת.

**כיוון שני**: פס"ד אבנרי מחוקתי – לשפירא נודע מראש שהולך להתפרסם פרק שלם מספר שפוגע בחיים שפירא🡨 כשיתפרסם, תתבע בנזיקין – כרגע עוד לא התפרסם, עדיין איזה נזק בפועל, הוא רק ניזוק פוטנציאלי.

**כיוון שלישי-** בשנת 2004 הולכים לפרסם סרט בבימוי נתן זהבי במלאות 9 שנים לרצח רבין- כשהוא מנסה להוציא את הציבור משאננותו ובפרומו רואים את יגאל עמיר בצילומים מתוך התא שלו ורואים אותו בבגדים תחתונים וזה משפיל ומבזה את יגאל עמיר 🡨 למעשה עוד לא הוקרן הסרט ולכן הוא לא יכול לתבוע, הוא רק ניזוק פוטנציאלי.

במקרים אלו – התובעים לא רוצים שיבואו ויגידו להם שהם רק ניזוקים פוטנציאליים ושיגישו תביעה רק אחרי שיינזקו בפועל, אלא הם רוצים צו מניעה – האם דיני הנזיקין נותנים צווים כאלו, פקודה לצד השני להימנע מעשיית מעשה מסוים? כן, דיני הנזיקין כן עושים את זה.

קיים מתח בין סעד צו המניעה לבין אי מתן הסעד הזה ומתן סעד כספי רק לאחר קיום הנזק בפועל – גם מתוך חקיקה אפשר לראות את זה וגם מתוך הפסיקה.

אפשר לנסות ולהוציא צו מניעה נגד שוטטות הכלבים אך 95% מהמקרים הם לתביעת פיצויים בגין נזק – אנחנו ממשיכים את הדיון בזה.

האם זה כ"כ ברור שמלך יכול לתבוע את קורנהויזר ולתבוע פיצויים?

* רק שניים מהכלבים היו שלו ולא שלושה-נעזוב את זה כרגע (זה החלק המרכזי בפס"ד עצמו).
* יש הבדל בין מעשה לבין מחדל – אדם חדל, הוא לא עשה משהו.

עוולה נזיקית קורית כש...:

* כאדם עושה משהו פסול, משהו שאסור לעשות לפי דיני הנזיקין (תקיפה - נותן מכות, שימוש בגז, זורקים חפץ על אדם מסוים וכו')🡨 עוולות אקטיביות, **עוולות במעשה.**
* כשאדם צריך לעשות משהו והוא לא עושה אותו, או כשעשית אבל לא מספיק, או שעשית אבל לא כמו שצריך 🡨 **עוולות במחדל**.

**מה מלך יכול לטעון?** ייטען כי יש מחדל – היית צריך לשמור על הכלבים שלך ולא עשית, או שמרת עליהם אבל לא מספיק (נניח שהם ברחו לקורנהויזר כשראו את מלך). הטענה של מלך היא שקורנהויזר חדל, היה צריך לשמור על הכלבים ולא עשה זאת, בייחוד לאור העובדה שאלו כלבים מסוכנים מאוד.

**מה קורנהויזר יכול לטעון כטענת נגד?**

* עשיתי מה שצריך לפי החוק –יכול להיות שאין שום חוק שאומר שכלב צריך ללכת קשור – אם אין חוק כזה, האם עדיין אפשר לתבוע נזיקית? האם הסטנדרט, החובה תלויה בחוק מסוים ואם הפרתי אותו רק אז אפשר לתבוע בנזיקין? או שזה לא תלוי בשום חוק? דיני הנזיקין חיים טוב עם חוקים שניתן להראות שהופרו אבל גם אם יש מקרה בו אין אף חוק שהופר, עדיין הם תקפים, גם אם אז אפשר לתבוע, אם כי כאשר קיים חוק יהיה הרבה יותר קל לתבוע ולהוכיח נזק🡨 צריך להיתלות בדברים אחרים, למשל "האדם הסביר" (נדבר על זה בהמשך). אך זה לא תמיד כ"כ חלק🡨 **זה שיש חוק לא אומר שניתן לתבוע בנזיקין**. צריך שהתביעה תתיישב עם מטרת החוק, זה שקיים בחוק סטנדרט מסוים זה לא אומר שזה מתאים לתביעת הנזיקין משום שהוא לא יועד מראש למטרה המסוימת של התביעה שלך.

נניח שיש חוק שאומר שאסור לעקור עצי זית – אז בא ואדם אומר הזקת לי כי קטפת עצי זית – אך יכול להיות שכל המטרה היא מטרה ביטחונית ולא מטרה של הגנת עצי הזית, זה לא נועד ל-האם מזיקים או לא מזיקים לאדם מסוים – המטרה לא מתיישבת עם התביעה הנזיקית. זיהוי של חוק מסוים האם הוא מתיישב או לא מתיישב עם מקרה נזיקין מסוים זה לא תהליך כ"כ פשוט.

* נניח שאין חוק שקובע כי אסור ללכת עם כלבים לא קשורים- איך מלך יכול לטעון את ולהוכיח את תביעת הנזיקין שלו? עניין הצפיות, גזע הכלבים, המסוכנות שלהם, אולי היו להם תקיפות בעבר וכו'. יש אפילו נפגעים שהולכים ושוכרים חוקרים פרטיים כדי למצוא ממצאים כאלו ולהביא אותם לביהמ"ש ולהוכיח את צדקתם.
* אם אנחנו חוקרים ומוצאים שהם נשכו כבר פעם – ברגע שזה כבר קרה, הכלבים כבר מועדים לעשות דבר כזה, לכן אתה צריך לשמור על הכלב שלך עוד יותר, זה יכול לקרות.
* אם אנחנו מגלים שהם לא נשכו אף פעם – האם זה תעודת ביטוח, האם זה אומר שאני לא צריך לשמור על הכלבים אלא לחכות לפעם הראשונה שזה יקרה?

**(אנחנו לא עונים על השאלות האלו, אלא בשלב זה רק מעלים שאלות וניתן תשובות בהמשך).**

* האם אפשר גם לתבוע את העירייה על כך שאין חוק עזר שאומר שאסור ללכת עם כלבים לא קשורים? את המדינה? גם את העירייה וגם את המדינה?
* האם ניתן לתבוע גם אם לא היה נזק, הכלבים הבהילו את מלך ובשנייה האחרונה עצרו אותם אך בכ"ז תובעים?

**שיעור מס' 2- 12\03\12**

**נוסחת האחריות הנזיקית**

א' עוולה (מעשה), מחדל ב'

מזיק ניזוק

נוסחה זו לא מספיקה, צריך קשר של סיבה ותוצאה בין העוולה לנזק 🡨 הנזק נגרם בגלל מעשה העוולה (לא תמיד זה כ"כ בטוח). ס' 64 בפקודת הנזיקין מציג מצב בו מתקיימים שלושת התנאים - עוולה ונזק, ויש קש"ס, אך בכ"ז הניזוק לא יכול לתבוע בגין הנזק.

64. "אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

(2) אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק – אם בלעדיי אותו אשם של האדם, לא היה מתקיים נזק בכלל, אז הוא מהווה הסיבה המכרעת לנזק🡨 דוג' לכך שגם אם שלושת היסודות מתקיימים זה לא אומר שאפשר לתבוע, משום שיכול להיות שהנזק שייגרם הוא לאו דווקא הסיבה המכרעת לנזק.

(3) הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

* לא נמצא בפקודת הנזיקין סעיף שקובע כי צריך להתקיים קש"ס – זה הכרחי ונדרש אך לא כתוב.

אם כן, קיימים שלושה תנאים כדי שנוכל לתבע נזיקין:

1. עוולה, מעשה \ מחדל
2. נזק
3. קשר סיבתי בין שני התנאים הראשונים

נניח שיש שני מזיקים שגרמו לאותו נזק, לדוג' המקרה של נחל הקישון עם הצבא – גם הצבא וגם המפעלים מסביב היו אשמים ושניהם גרמו לאותו הנזק, מה ביהמ"ש יעשה?

צריך להוכיח ששני המזיקים הזיקו במשותף, ס' 11 לפקודה:

11. היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד.

ביהמ"ש בא ואומר שיש מצב כזה ששני גורמים הזיקו במשותף, ס' 84:

84. (א) כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר, אלא ששום אדם לא יהא זכאי להיפרע דמי השתתפות לפי סעיף קטן זה ממי שזכאי לשיפוי ממנו בשל החבות שבגללה נתבעת ההשתתפות.

יש שתי אפשרויות:

1. בית המשפט יבוא ויחלק את הנזק בין שני הגורמים, לפי עוצמת הנזק שכל אחד מהם גרם.
2. בית המשפט יבוא ויגיד שיש אחריות "ביחד ולחוד" – שניהם אחראים על הכל אבל כמעט אף פעם הניזוק לא מקבל יותר מ-100% 🡨 אי אפשר לבוא ולקחת מכל אחד מהגורמים מאה אחוז פיצויים, למרות שכל אחד מהם אשם בנפרד, באופן מלא. אלא באים ועושים גבייה – גובים מאחד מהם את הכל, לא צריך לגבות משניהם, מספיק מאחד, ואז המזיק הראשון שגבו ממנו את הכל ואז הוא יילך ויתבע מהמזיק את השני תביעת שיפוי להשתתפות, זוהי לא תביעת נזיקית אך היא פועל יוצא של נזיקין 🡨 ביהמ"ש יבוא ויחלק את הנזק בין שני הפוגעים, אך הנפגע לא נדרש לעשות זאת.

למה כדאי לניזוק שהאחריות תהיה "ביחד ולחוד" ולא "ביחד" או "לחוד"?

1. "חדלות פירעון"- חוסר סולבנטיות, (סולבנטי=אדם שאפשר לקחת ממנו כסף) – יש חשש שלמזיק השני לא תהיה אפשרות לשלם כסף (פשיטת רגל, ברח לחו"ל וכו').
2. לקבוע מה החלק באחריות של כל אחד מהמזיקים, זהו תהליך מאוד קשה, מסובך וארוך – לכן עדיף לו לגבות ממזיק אחד ושהמזיק הזה "ישבור את הראש" עם המזיק השני.

תביעת נזיקין:

בד"כ בדיני הנזיקין אנו מדברים על תביעה לאחר מעשה. במקרה של פס"ד קורנהויזר יש לנו דוג' מסובכת של המקרה, בו הכלב השלישי, העזוב, לא שייך לאף אחד ויחד עם זאת על הניזוק לתבוע מישהו על הנזק שנגרם לו. האם קורנהויזר יישא באחריות על כל הנזק, על 3\2 מהנזק? אולי בכלל הכלב השלישי הוא זה שגרם את מלוא הנזק ולכן קורנהויזר יכול לבקש לשאת רק בחצי מהאחריות לנזק. כשמדובר בנתבע "עלום" עולה השאלה – מי אמור לשאת בנזק, התובע או הנתבע?

נניח שאנו אומרים שקורנהויזר לא בסדר כי הוא עזב את כלביו לבד בפארק והיה צריך לצפות את הנזק. נניח שקורנהויזר נותן את הכלבים לילד בן 15 שיוציא לו את הכלבים ומשלם לו על זה. עולות כמה שאלות:

1. בהנחה שיש עוולה, של מי העוולה? של הקורנהויזר, של הילד או של שניהם? לפי ס' 9 לפקודה, אפשר לתבוע את הילד נזיקית, הוא בר אחריות, מעל גיל 12.
2. נניח שנכרת בין הצדדים חוזה לגבי עבודתו של הנער, ובחוזה צוין כי האחריות המלאה חלה על הילד בלבד, האם אפשר לתבוע בכ"ז? האם דיני חוזים יכולים לעקוף דיני נזיקין?
3. לצורך העניין נניח, שהילד לא בסדר, ושקורנהויזר כיסה עצמו מכל הכיוונים ולכן קורנהוייזר כן בסדר (דאג לרצועות, מחסום לפה, הזהיר את הילד לא להשאיר אותם לבד וכו', עשה את כל מה שהוא יכול) ובכ"ז הכלבים נשכו והזיקו בצורה רצינית, האם נטיל על קורנהויזר בכ"ז את התביעה? כן לפי ס' 13 לפקודת הנזיקין, יש אחריות גם למעבידים 🡨 ס' זה מאפשר לניזוק לתבוע גם את המזיק וגם את המעביד שלו, גם את המזיק הישיר וגם המזיק בעקיפין, את מי שמעליו, את מי ששלח את המזיק, "שלוחו של אדם כמותו". אפשר לקחת לדוג' את העניין של הקישון: המדינה היא לא ממש השולח אך באופן עקיף היא שלחה את הצבא שישלח את החיילים לקישון, אז במקרה זה המדינה לא תהיה ה"שולח" אלא המעביד 🡨 היחסים בין המזיק הישיר לבין המעביד הם לא טריוויאלים, הוא לא השולח הישיר שלו, זה יותר קשה. למה? המעביד לא שולח את העובד שלו לעוול, אחרת זה היה נקרא "שליחות".

הניזוק יכול לתבוע ישירות את השולח (א' 2) ואת המעביד(א' 3) , ולאו דווקא לתבוע אותם באמצעות התביעה של המזיק הישיר (א' 1).

**סיכום:**

1. אפילו אם כל התנאים מתקיימים, לא תמיד אפשר לתבוע (חריגים שהצגנו למעלה).
2. לא תמיד יש מזיק אחד – לפעמים שניים, לפעמים שלושה. בהמשך ננסה להבין מה המטרה שהמעביד ישלם, הוא לא הזיק באופן ישיר וגם לא בדיוק באופן עקיף, אז מה המטרה שנבוא ונתבע ממנו כסף?
3. אפשר לתבוע את המזיקים א' 2 ו- א' 3 בלי לתבוע את א' 1.

נניח שאני לא רציתי לתבוע מישהו (לא נעים לי, החברה שאני תובע חזקה מידי ואני לא אנצח בתביעה וכו') ואני תובע גורם אחר, לא משנה אם זה א' 1 2 או 3, האם יש מצב שביהמ"ש ישחיל לי את הגורם שלא רציתי בכ"ז? התשובה היא כן.

במקרה של קוקה קולה, שמצאו טרפנטין בבקבוקים ובא אדם ותובע את המכולת ממנה הוא קנה את הקולה, עומדות בפני בעל המכולת שתי אופציות:

1. להתמודד עם התביעה ולהוכיח שהוא לא אשם \ לשלם פיצויים ואז לתבוע תביעת שיפוי את קוקה קולה.
2. בעל המכולת בא ואומר שהוא לא המזיק היחיד והוא רוצה להטיל אחריות על קוקה קולה, אבל הניזוק לא רוצה לתבוע את קוקה קולה מהסיבות שלו, והוא בכוונה לא תבע את קוקה קולה, האם יכול להיות שקוקה קולה כן תימשך לתוך התביעה למרות שבכלל לא תבעתי אותו? יש שתי אפשרויות:
3. אופציה מס' 1 למעלה – שיפוי
4. "הודעת צד ג'" – תוך כדי שבעל המכולת מגיש כתב הגנה ובד בבד הוא בא ומודיע הודעת צד ג'- אומר שלא רק הוא אשם ומבקש מבהימ"ש "לסחוב" את צד ג', קוקה קולה במקרה דנן, לתוך התביעה, למרות שתובע בכלל לא התכוון להכניס את צד ג'. מה עושה צד ג'?

* אפשרות ראשונה: מסכים במקרים נדירים
* אפשרות שנייה: נותן תשובה לביהמ"ש שהוא לא רוצה ואז ביהמ"ש צריך להחליט אם הוא מאשר או לא. כדי לקבוע אם הוא מאשר או לא הוא צריך לשמוע את תגובתו של הצד הניזוק, התובע – יש מקרים בהם הצד התובע בכלל לא יודע שיש צד ג', לאו דווקא הוא התנגד לזה. אם ביהמ"ש מחליט כן להכניס אותו לתביעה, נוצר כאן "משולש", כאילו נתבע אחד תובע מישהו אחר, וצד ג' חייב לתת כתב הגנה כי הוא הופך להיות נתבע.

מוסיפים עוד נתבע- א' 4 – מבטח המזיק.

לדיני הביטוח יש חוק "חוזי ביטוח". בין א' 4 ל-א' 1 נקבע – כל פעם ש-א' 1 יזיק ל-ב', הוא לא יישלם אלא א' 4 יישלם🡨 כשיש נזק, במקום שאני אשלם, חברת הביטוח תשלם. א' 4 ז

**מזיקים:**

א' 1- מזיק ישיר

א' 2- שולח

א' 3- מעביד

א' 4- חברת ביטוח

**ניזוקים:**

ב' 1- ניזוק ישיר

ב' 2- מנהלי העיזבון

ב' 3- תלויים- אנשים (לא מוסדות)- אנשים שהיו תלויים במנוח לפרנסתם. במקרה הפשוט, אדם נפטר והוא כלכל את ילדיו, אישתו, סטודנטים נזקקים וכו' 🡨 העיזבון לא נותן את הכלכלה הזו, ויכול להיות שיש להם עילת תביעה נפרדת כלפי א'. [יש מקרים בהם העיזבון והתלויים הם אותו דבר, אותם אנשים].

ס' 22 לפקודה- הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין.

"אין המחאה בנזיקין", המחאה = העברת זכות לאדם אחר🡸 בנזיקין אין המחאה, אא"כ החוק מאפשר זאת. ניקח מצב בו אני ניזוק ויש לי זכות תביעה בנזיקין של חצי מיליון ₪ ואני בחובות עצומים, אני לא יודע אם ביהמ"ש יקבל את התביעה אבל אני לוקח את התביעה ועושה לה "המחאה" לאלו שחייבים לי כסף, "מהמר", לא בטוח שיקבלו בכלל את התביעה 🡸 אין אפשרות לעשות זאת אא"כ זה כתוב בחוק במפורש!!!!

ב' 4- מיטיב: **חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד-1964 (מופיע במקראה):**

"הטבה" – מגיע לי סיעוד בעקבות נזקי גוף, ואני לא רוצה, במקום סיעוד מקצועי בא קרוב משפחה (אבא, אח, חבר וכו') וסועד אותו, הוא נקרא "מיטיב" ואז בא המיטיב ותובע כסף מ-א', מהמזיק, והמזיק אומר שהוא לא מכיר אותו. נניח מצב בו בת של קשיש שהזיקו לו סועדת אותו, ושווי הסיעוד המזיק הוא 20,000 ₪ אך כדי לסעוד את אביה היא הפסיקה לעבוד והתחילה לסעוד אביה, והפסידה משכורת של 50,000 ₪ ובאה ותובעת את ה-50,000 ₪ מהמזיק, היא תקבל רק את המחיר והסכום הסמלי, כלומר 20,000 ₪. אפשר גם לצפות מצב שבו הבת הייתה מרוויחה 8000 ₪ בעבר, זה לא אומר שהיא תקבל 20,000 ₪, היא לא תתעשר על חשבון זה🡸 **זוהי זכות שהחוק כן מאפשר להמחות.**

ב' 5- ניזוק במעגל המשני – זהו מקרה יותר קשה. אדם הולך ברחוב ופתאום רואה ת.ד., נניח שיש לו טראומה מזה, הוא ניזוק במעגל המשני 🡨 הוא לא הניזוק הישיר שלנו. כשהוא יבוא ויתבע את המזיק, המזיק יאמר לו "מי אתה בכלל?". עד לפני כמעט 30 שנה, דיני הנזיקין לא הכירו בניזוקים משניים מהסוג הזה, המשפט בכלל לא היה סבלני כלפי ניזוקים נפשיים, היו הרבה סיבות למה לא לקבל תביעות נזיקין ממעגל משני. לאט לאט החלו מקרים שונים שחלחלו את קבלת התביעות האלו, בית המשפט התחיל "להתעורר" מהאדישות שלו כלפי התחום הזה, בתי המשפט החלו למצוא רציונאלים ב"למה כן לקבל את המקרים האלו". הם הכירו בניזוקים האלה במשורה, בצורה מאוד מצומצמת ומוגבלת.

**שיעור מס' 3 – 12\03\14**

**כתב הגנה –** יכול להיעשות בצורה חילופית 🡨 יכול לטעון הגנה מסוימת ולחלופין הגנות אחרות למקרה שביהמ"ש לא יקבל את ההגנה. בעבר היה ניתן לטעון טענות כאלה עובדתיות ולא רק משפטיות. לדוג' משפט פלילי – אם אדם מואשם ברצח אז הוא היה יכול לטעון "אני בתק' שבו אירע הרצח בכלל לא הייתי הרצח אבל גם אם יוכח שהייתי בארץ אז לא הייתי איפה שקרה רצח, גם אם יוכח שהייתי שם אז יוכח שאני לא רצחתי" ברור שהטענות החלופיות האלו לא הגיוניות וכיום א"א לטעון טענות כאלה (אלו הגנות עובדתיות).

אנחנו מדברים בעיקר על הגנות משפטיות ולא הגנות עובדתיות – האם המשפט מאפשר לבוא ולהתגונן מפני התביעה?

יש שני סוגים שונים של הגנות:

1. **הגנות כלליות –** הגנה שהמטרה שלה היא לדחות את התביעה על הסף, הגנה מוחלטת, מלאה. יש כל מיני צורות של הגנות כאלו:
2. קעקוע יסודות התביעה – בא התובע ומעורר ספק במרכיבים הנדרשים לתביעת נזיקין – בכלל לא הייתה עוולה, מה שקרה לא נחשב לעוולה במסגרת דיני הנזיקין, אומר שלא היה נזק, אומר שאין קש"ס 🡸 מערער על יסודות תביעת הנזיקין. מספיק לקעקע יסוד אחד למרות שעדיף לקעקע את כמה שיותר יסודות. המילה "מוכחש" חוזרת על עצמה הרבה בכתבי הגנה, מכחישים כמעט הכל, מנסים את כל האפשרויות, אין מה להפסיד מזה. יש מקרים שאי אפשר לקעקע את יסודות התביעה כי זה מאוד ברור שהם כן התקיימו, אך יש עוד הגנות שניתן לטעון.
3. הסתכנות מרצון- ס' 5 לפקודה:

5. (א) בתובענה שהוגשה על עוולה תהא הגנה שהתובע ידע והעריך, או יש להניח שידע והעריך, את מצב הדברים שגרמו לנזק וכי חשף עצמו או רכושו למצב זה מרצונו.

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על תובענה שהוגשה על עוולה הנובעת מאי-מילוי חובה שהיתה מוטלת על הנתבע מכוח חיקוק.

(ג) ילד למטה מגיל שתים עשרה לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק או כמסוגל מרצונו לחשוף עצמו או רכושו למצב זה.

"הסתכן מרצון"- הגיע מראש לפעילות שהיא מסוכנת, לדוג' פעילות ספורטיבית כמו משחקי כדורגל, הוא צריך לקחת סיכון מראש ולדעת שכשמשחקים כדורגל הסיכוי להיפצע הוא מאוד גבוה, זה נחשב להסתכנות מרצון. או לדוג' עיתונאי שנכנס לאיזור אש, איזור מלחמה כדי לסקר את המצב והוא נפצע – אתה הסתכנת מרצון.

ג. חסינויות-

**ס' 7 לפקודה – חסינות עובד ציבור:**

7א. (א) לא תוגש תובענה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקים אחריות בנזיקין; הוראה זו לא תחול על מעשה כאמור שנעשה ביודעין מתוך כוונה לגרום נזק או בשוויון נפש לאפשרות גרימתו במעשה כאמור.

(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לגרוע מאחריותה של המדינה או של רשות ציבורית לפי סעיפים 13 ו-14 ולפי כל דין.

(ג) החסינות לפי סעיף זה תחול גם על מי שהיה עובד ציבור בעת ביצוע המעשה נושא התובענה.

**ס' 8 לפקודה – חסינות שופטים**

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

חסינות זו תקפה גם על אותם בעלי תפקידים שממלאים תפקיד "מעיין שיפוטי". דוגמא: אם נגיד שופט כתב פס"ד והתעלם מתקדים כלשהו, תקדים ברור. זה כולל גם רשמי ביהמ"ש- הם מעין-שופטים, יש להם סמכויות מעין-שיפוטיות. רשמים גם עומדים בראש לשכות ומשרדי ההוצל"פ. ההוצל"פ פועלת במקרה שניתן גזר דין, לשלם חצי מיליון ₪, והצד שגזרו עליו לא משלם בתוך התקופה שביהמ"ש נתן לו. אז עומדת לרשותו של התובע הזכות להפעיל את מנגנון האכיפה של ההוצל"פ, שיכריח את אותו הנתבע הסורר לשלם. או אולי צו עיכוב יציאה מן הארץ למקרה ויש חשד שהוא רוצה לברוח מהארץ ולהתחמק מתשלום. נתינת צווים היא במעמד צד אחד, כי אם מזמינים אדם לביהמ"ש ואומרחם לו שהוא מעוכב בארץ, או שמעקלים לו את המשכורת נגיד- הוא פשוט לא יגיע לביהמ"ש או שינקה את החשבון שלו. אח"כ עושים עוד דיון, אבל הוא כבר מעוכב/מעוקל ואז הוא חייב להגיע. יש דוגמא של פאשלה שאדם שהוצע נגדו צו עיכוב יציאה מהארץ, אך הספיק לברוח. מה קרה? השופט לא חתם במקום הנכון על טופס הצו של עיכוב היציאה. זה יכול לקרות כי שופטים חותמים על עשרות בקשות כאלו ביום. שוטר בביקורת הגבולות שרןאה שאין חתימה- לא יכול לעכב יציאה.

**ס' 9 לפקודה – חסינות ילדים מתחת לגיל 12:**

9. (א) לא תוגש תובענה נגד אדם על עוולה שעשה אותה בטרם מלאו לו שתים עשרה שנים.

קטין

(ב) מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנים יכול לתבוע על עוולה, ובכפוף לסעיף קטן (א) — להיתבע עליה אולם אין להגיש נגדו תובענה על עוולה הנובעת, במישרין או בעקיפין, מחוזה שעשה.

איך ילד יכול לעוול? ילד מתחת לגיל 12 בעט ושבר את החלון בבי"ס. בעניין הנזיקי – מבקשים מההורים לשלוח המחאה כדי לקנות חלון חדש – ההורים יכולים לבוא ולטעון כי יש לו חסינות משום שהוא מתחת לגיל 12, זה לא שההורים שלו "שלחו" אותו (א'2), הוא לא מעביד שלו, הוא לא מבטח שלו 🡸 אז למה שההורה ישלם על העוולה של הילד?

זה שא"א לתבוע את השופטים וילדים מתחת לגיל 12, האם ניתן לתבוע את ההורים כאחריות למעשי הילד או את המדינה כאחריות למעשי השופט? השאלות האלו הן שאלות טריוויאליות של יום-יום, ואין פסיקה של ביהמ"ש העליון על שני נושאים אלו, אין הלכה מחייבת ואין חוק מפורש בשאלה הזו למרות שניתן לאומר כי ס' 8-9 מהווים כחקיקה הקובעת אך זה לא ככה, יש להבחין בין סוגי החסינויות- לא ברור היום אם החסינויות האלו הן מהותיות או דיוניות, ולכן יש כאן פתח לבעיה:

* חסינות מהותית – אם מישהו אחר, שהוא לא שופט או ילד, זה ייחשב כעוולה באופן וודאי, אך כשהם עושים את זה, זה לא נחשב כעוולה, זה Built in במעשה שלו 🡸 זה מה ש-ס' 9 אומר לנו, יש חזקה שקובעת כי ילד בן 12 הוא לא בר דעת ולא יכול לקחת על מעשיו אחריות. אין אפשרות להגיש תביעה כנגד השופט, למה? "שופט שופט שופט" – אנחנו לא רוצים להגיע למצב בו שופט אחד ישפוט את שק"ד של שופט אחר, לא רק בגלל שזה אבסורד, אלא גם בגלל שזה פוגם בעצמאות השיפוט – שופט חייב להיות עצמאי בשפיטה שלו, אם הוא כל הזמן יחשוב על זה שעלולים לתבוע אותו והוא עלול לשלם מהכיס שלו על טעויות או החלטות מסוימות שהוא עשה, אז הוא השפיטה והפסיקה שלו יהיו מתגוננות מידי, לא יהיו עצמאיות אלא יהיו מעורבות בשיקולים זרים. אם אני נפגע מההחלטה של השופט, אני לא יכול לתבוע את השופט אך אני יכול להגיש ערעור על ההחלטה שלו 🡨 זה לא פוגע בעצמאות השופט, זה לא מגיע למצב בו "שופט שופט שופט". בגלל שהחסינות היא מהותית, לא ניתן לתבוע את ההורים\המדינה, משום שהחסינות מגדירה את המעשה בתור "לא עוולה", כלומר המעשה הוא בכלל לא פסול.
* חסינות דיונית- אם החסינות היא דיונית, זה אומר שהמעשים מהווים עוולה ולכן באופן תיאורטי ניתן לתבוע את ההורים\המדינה על העוולה, אך הילד\השופט הם חסינים. אם החסינות של הילד היא דיונית ואני רוצה לתבוע את ההורים שלו, השאלה היא איך אני תופש אותם מבחינת ה-א'- האם הם שולחים, מעבידים, מבטחים? ההורים לא נתפשים באף אחת מההגדרות האלו. אך אפשר לבוא ולטעון כי להורה יש "אחריות אישית"- לדוג' אם ההורה מסתובב עם הילד בקניון ופתאום הילד תוקף מישהו וההורה לא שם לב אז במקרה כזה אבל לטעון כלפי ההורה - אתה היית צריך להשגיח על הילד, רשלנות, מחדל וכו'. לעומת זאת, במקרה שלנו, כשילד שובר חלון, ההורה לא היה בסביבה כשזה קרה – בי"ס יכול לטעון שהילד הוא "שור מועד"- זה לא פעם ראשונה שהוא שובר חלון, אך ההורה יכול לבוא ולטעון מנגד כי הוא טיפל בילד, העניש אותו, לקח אותו לפסיכולוגים וכו', אך זה לא עזר ויכול להיות שהחינוך במע' החינוך הוא לקוי🡸 זה מאוד בעייתי, אין תשובה חד משמעית לזה, זה מאוד קשה במקרה כזה להגיד שלהורה יש אחריות אישית, אך כנראה שהכיוון לתשובה זה לתפוש את ההורה כבעל אחריות אישית כלפי הילד.

במקרה של שופט – יחסי עובד-מעביד במקרה של שופטים עם המדינה. הרי הוא מקבל תלוש משכורת, אך לא ניתן להגיד לו איך לשפוט- עצמאות שיפוטית. המדינה לא יכולה לעשות לו בקטע כלום. והכנסת לא יכולה לתבוע אותו כי זו הפרדת רשויות. השופט עובד עבור משרד הנשפטים- לא עבור הכנסת. המדינה גם לא אחראית, ולא יכולה להיות אחראית, אישית על מעשיו של השופט. זו גם נק' בהקשר הזה, שניתן להגיד על הורה אך לא ניתן להגיד על שופט. אז בדיונית כעיקרון ניתן לתבוע, אך- כאן מתחילה ההתפצלות של האסכולות:

**#** אם החסינות של השופט היא דיונית, אז מחלקים את זה לפעולה שיפוטית או טכנית. *אם זו פאשלה שיפוטית-* פיספס תקדים או פס"ד כלשהו- לא ניתן בכמעט שום מקרה לתבוע אותו או את המדינה. יש הסכמה כמעט מוחלטת על כך. *אם זה טכני-* אז כן ניתן לתבוע אותו. למשל, לא חתם על צו כלשהו (עיקול למשל) שהיה צריך- אז ניתן לתבוע. על כך כבר אין הסכמה מוחלטת. יש כאלו שיגידו שאם הרשלנות היא רשלנות רבתי (=gross negligence). רשלנות בסדר גודל מאסיבי, ולא אי-חתימה או חתימה במקום לא נכון. זו כבר רשלנות רגילה. מה זו כן רשלנות רבתי? הרי אין הגדרה מוסכמת בחוק. יש אסכולה יותר מחמירה- *רשלנות זדונית.* אם השופט העשה מעשה ממש בכוונה להרע. אלו מקרים נדירים, וגם קשה לתבוע על כזו עילה כי ממש קשה להוכיח שהשופט התכוון להרע.

**#** *יש מקרה שנדון בו בהמשך, אך הוא מתקשר-* דיברנו על חסינות של בעל מקצוע מסוים, אך מה במקרה של נהג שכדי לא לדרוס ילד שקפץ פתאום לכביש נכנס בחלון ראווה שהיה ליד? ניתן לתבוע את הנהג? אם נתבע- אז מה נגיד? שהוא היה אמור לדרוס את הילד? מקרים כאלו מראים לנו שהתשובה היא ממש לא ברורה, ויש מצב שהניזוק, בעל החנות עם חלון הראווה יספוג את הנזק.

הגנות כלליות ספציפיות- ספציפיות לעוולה מסוימת, לדוג'- ס' 24- הגנה ספציפית לעוולת התקיפה- הגנה עצמית וכו'.

1. **הגנות חלקיות-**
2. אשם תורם- גם לצד הניזוק יש חלק בנזק שקרה לו, לכן צריך להוריד מהפיצויים, להפחית אותם. זהו לא קנס, אלא יש כאן "היגיון נזיקי" ברור מאוד. "אתה לא בסדר כלפי עצמך". אשם תורם הוא אף פעם לא 100% מהנזק, אלא רק חלק קטן, גם אם הוא ממש אשם בנזק שלו, עדיין בית המשפט לא ייתן לו רק 10% פיצוי אלא ייתנו פיצויים גבוהים יותר. אשם תורם של 100% זה לא מעשה ניתוק הקש"ס – אתה כ"כ אשם כלפי עצמך, שלמרות שאתה לא המזיק, אתה עדיין תישא בנזק, וכך קש"ס מנותק מהנזק- האשמה שלו כ"כ גדולה ודומיננטית עד כדי כך שהיא עולה על אשמת המזיק🡨 אין דבר כזה, אך זה מסביר את ההיגיון של ס' 64(2)-

(2) אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;

1. הקטנת נזק- הגנה מיוחדת, מגינה על דבר שהתרחש אחרי האירוע- "אחרי שקרה כל מה שקרה, בנסיבות הקיימות היית צריך להקטין את הנזק".

פס"ד גנזך נ' אריה – מורה מתוך אירוע נזיקי הפך להיות צולע וטען כי הוא לא יכול להיות יותר מורה בגלל זה (זה העובדות ומכאן לוקחים את זה לכיוון אחר שלא קשור לפס"ד).

אם מדובר בפסנתרן שנפצע באצבע שלו, הוא לא יכול להיות יותר פסנתרן מקצועי, והוא מבקש פיצויים על כל המשכורות שהיה אמור לקבל – יש כאן טענה שהוא צריך להקטין את הנזק, שייצא לעבוד במשהו אחר, וגם אם המשכורת נמוכה יותר מהמשכורת שהוא מקבל, ישלימו לו את ההפרש אך עדיין הוא יכול להקטין את הנזק שלו. דיני הנזיקין לא מחייבים אנשים לצאת לעבוד, אלא הם בודקים את יכולת ההשתכרות ובודקים את זה כאילו הוא הלך לעבוד, גם אם הוא לא הלך לעבוד, ישלמו לו רק את ההפרש. זה לא בדיוק המקרה בפס"ד גנזך, אך הבעיה שעולה היא אותה בעיה. כשבא מקרה כמו של גנזך שהוא צולע, לכאורה צריך לבוא ולחפש לו פתרון רפואי, ונניח שמוצאים פתרון רפואי שאם הוא יקבל אותו הצליעה תרד באופן משמעותי – האם נחייב את גנזך לעבור ניתוח? לא אי אפשר לחייב אותו אך אם הוא לא יעבור את הניתוח הוא לא יקבל את כל הפיצויים משום שלא הקטין את נזקו, והפיצויים שיקבל יהיו כאילו כן עשה את הניתוח.

לפני חקיקת חו"י:כב"ה וחירותו, כן היו מורידים כסף מהפיצויים בגלל שהוא לא הלך לניתוח אך כיום לא עושים זאת משום שיש דגש גדול מאוד על אוטונומיית האדם על הגוף שלו.

**שיעור מס' 4 – 12\03\19**

**הסרט שראינו :**

* מי הוא ב'? התינוק הוא למעשה הניזוק אך האפוטרופוסים הטבעיים שלו הם הוריו והם יתבעו בשמו על הנזק הפיזי שנגרם לו. יכול להיות שגם ההורים יתבעו עצמם על נזק כלכלי בגידול הילד שהוא נזק גדול מהרגיל.
* מי הם א'? א' 1- הרופאה שהתרשלה, הרופא התורן. א' 2 – אחריות שילוחית – בי"ח – אחריות אישית, זה היה חדש הניתוח של ביה"ח והרופאה מייצגת את ביה"ח מול הפציינטים שלו.
* האם אפשר לתבוע גם את הרב על כך שלא אישר לעשות ניתוח קיסרי? גם אם נוכל להוכיח שהוא בר תביעה התביעה עלולה ליפול על כך שאין קש"ס בין העוולה לבין הנזק.
* לקש"ס יש שני חלקים: (1) עובדתי- מה היה קורה לולא בוצעה העוולה? האם אלמלא ההתרשלות שלהם לא היה נגרם הנזק? מה היה קורה לו הם היו פועלים בסדר ולא היה מתרשלים, היו מחליטים לבצע את הניתוח הקיסרי במועדו? בית המשפט צריך לקבוע מה נחשב "במועדו", מהי נק' הזמן שבה היה צריך לנתח? צריך לבדוק בנוסף גם את הסיכונים הרפואיים, ניתוח קיסרי בדר"כ מסוכן יותר. (2) משפטי – הרבה פעמים, יש בעיה למצוא, מבחינת השופט, את הקש"ס. מכיוון שכל צד של התביעה מביא מומחה מהצד שלו – כל אחד אומר משהו אחר- יש קש"ס או אין קש"ס, יש רשלנות או אין רשלנות – קה להצביע על איפה הדיוק עובר, איזו דעה נכונה יותר – כי שתיהן הרי אפשריות. מה שחשוב הוא גם הניסיון של כל מומחה, בטח ובטח כשמדובר במקצוע שהוא אינו מדע מדויק ואינו חד משמעי כמו רפואה. מעבר למקצוענות של הרופא – שנות ה ניסיון משחקות תפקיד מכריע. לפעמים תביעות ענק נקבעות לפי איך הרופא המאוד מנוסה שהביאו בתור מומחה היה מתנהג באותו המצב. דבר נוסף שחשוב הוא, שהשופט יהיה אובייקטיבי- שלא יהיה ידע או רקע באותו נושא (כלומר, שלא יהיה לו ניסיון וידע מיוחד ברפואה). יכול להיות שתיק יוכרע ע"י זה שיבוא מומחה מטעם התובעה ויעזור לביהמ"ש להבין שברוב המקרים שבית המשפט פעל בדרך מסוימת אז הנזק היה כזה וכזה.
* הסיפור של העוולה נעוץ בשאלה האם היו צריכים לעשות את הניתוח קודם? ואם התשובה היא כן – אז יעל הרופא היא רשלניתת, אך לא ננקה את ד"ר חוסייני מרשלנות – הוא ידע מההתחלה שצריך ניתוח קיסרי אך לא פעל כראוי ולא נאבק למען קיום הניתוח, הוא "התקפל", "פחד" לעמוד על שלו – היא אמרה לו " אתה יכול לעשות מה שאתה רוצה, תפנה למי שאתה רוצה" – הוא התקפל משום שזה בעיה לצאת כנגד הרופאה הבכירה וההנהלה, אך מצד שני קיימת ציפייה שהוא כן יילחם בשביל זה🡨 גם אם יש פה מין "פוליטיקה", הוא למעשה רופא זוטר והיא בכירה, אז הוא אומר "אני לא עוקף אותה", אך יכול להיות שהוא יסביר לנו שהוא האמין למה שהיא אמרה, שהוא באמת בפאניקה מיותר, הוא סתם נלחץ, הרי היא אמרה לו שהוא סתם נלחץ, ואפילו עשתה בדיקה מה שלכאורה היה יכול להרגיע אותו ולגרום לו לחשוב שהיולדת בסדר ולא צריך ניתוח קיסרי.
* הבעיה הנוספת : הרופאה עשתה בדיקה במכשיר, אך המכשיר הוא ניסיוני, ממש אי אפשר לדעת אם התוצאות שלו ראויות או לא 🡨 יכול להיות שהתוצאה החיובית של המכשיר הביא אותה למצב של שאננות ולמצב בו היא חשבה שלא צריך לנתח.
* הייתה יכולה לבקש חוו"ד נוספת אולי
* הראש של הרופאה "לא היה במחלקה" – מסוכסכת עם בעלה, יש לה טיסה על הראש, נמצאת תחת לחץ, הודיעו לה שהיא הולכת להיות הדוברת הראשית.
* איפה ההורים בכל הסיפור הזה? אפשר אולי לטעון ל"אשם תורם" הסתמכו יותר מידי על הרב, הרי הם לא רצו ניתוח קיסרי בכלל
* הנתבעים יכולים לטעון גם שהאישה היא בעלת רקע בעייתי- היריון שלישי אך זהו היריון ראשון ולכן יכול להיות שמלכתחילה לא היה סיכוי וגם ככה המקרה שלה מסובך🡨זה בהחלט שיקול שיש לקחת בחשבון שעשוי להוריד מחומרת האשמה.
* לסיכום – זהו מקרה מורכב,אך שום דבר לא בטוח- צריך להטיל ספק בכל דבר. לא בטוח שכל מה שנראה לנו הגיוני, זה המצב. לא בטוח שרופא סביר היה נוהג אחרת, לא בטוח שנמצא רופא סביר שיעיד ויגיד לנו מה היה עושה. השאלה איזה נזק היה אפשר להוכיח ואם בכלל, שום דבר לא בטוח.
* למה צריך את דיני הנזיקין? הם לא היו שם מההתחלה, הם התפתחו או מדיני הפלילים או מדיני החוזים🡨 אז בשביל מה צריך אותם בכלל?

יש מחלוקת מאוד גדולה על מהן מטרות של דיני הנזיקין. בפלילי יש רשימה של מטרות ויש מחלוקת על מה היא המטרה הדומיננטית אבל לכולם ברור מהן המטרות האלה – לפעמים ענישה, הרתעה וכו' השאלה נסובה סביב הסוגיה על מה המטרה הדומיננטית יותר. אך בדיני נזיקין זה יותר קשה. נציג ארבע מטרות ועוד אחת שהיא בסימן שאלה – שגם על מטרות אלה אין הסכמה מלאה אך יש מיינסטרים מסוים- –

* מדובר בשאיפה להשיב את המצב לקדמותו עד כמה שניתן, לא תמיד זה אפשרי. את המטרה הזו אפשר לפרוט לשתי מטרות שונות, יש כאלה שטוענים שאלו לא שתי מטרות שונות אלא מטרה אחת, אלו שתי המטרות, הן נקראות "מטרות המתרכזות בצדדים – ניזוק"

1. **מטרה ראשונה - מטרת הפיצוי**- מה זה מטרה לפצות? מטרה חברתית שאדם שניזוק לא יוותר בלי פיצוי. לחברה יש עקרון שמישהו שניזוק מתוכה, אז באים ואומרים בואו נפצה את מי שניזוק. לפעמים זה לא נכון או לא שווה להטיל את האחריות על מי שמזיק, לפעמים אין את מי לתבוע, והמטרה שלי היא מטרת פיצוי – אז יכול להיות שהמדינה\העירייה או רשויות אחרות צריכות לשלם את הפיצויים – לדוג' הכלבים הנטושים במקרה של מלך נ' קורנהויזר. **יש עקרון חברתי לפצות מי שניזוק, זה מתרכז בניזוק בעיקר**- אם יש לי מזיק מה טוב, אך אם אין, אני לא אשאיר את הניזוק בלי פיצוי. **לא נשאיר את הנזק במקום שהוא נפל, אלא נפזר את זה**- לדוג' דמי ביטוח – לוקחים מס מכל המבוטחים ומזה משלמים למבוטחים, יש כאן דלתא- לוקחים כסף מהמבוטחים, מפצים אותם וגם מרווחים על זה. ביטוח לאומי שהוא ביטוח חובה- הוא למעשה מימון הפיצויים לאותם אנשים שייפצעו בעבודה, נכות וכו' 🡨 למעשה לא המדינה משלמת אלא כולם משלמים, באמצעות זה שהם מפרישים לביטוח לאומי מהמשכורת שלהם ואז ממנים את כולם, זה נחשב לפיזור נזק. אפשר גם לקחת דוג' של חברה פרטית שמוכרת מוצרים, היא מעלה קצת את המחיר של המוצרים שהיא מוכרת ואז כך היא מביאה בחשבון את התביעות שהיא עלולה להיתבע 🡨 זה גם נחשב לפיזור נזק.
2. **מטרה שנייה- צדק מתקן –** צדק אריסטוטלי, ע"ש אריסטו – בא ואומר – עומדים א' ו-ב' אחד מול השני ובידי כל אחד מהם אותו חבל וכל מהם אוחז בו ולכל אחד יש את החלק שנמצא אצלו. א' מושך חלק מהחבל של ב' אליו, המשל והנמשל לא ב-100% טובים, מכיוון שבדוג' של אריסטו א' לוקח מ-ב' כלומר כאילו המזיק מרוויח מהנזק שלו, זה לא תמיד נכון. אריסטו בא ואומר בצורה פשוטה – לקחת, הזקת, הרסת – תתקן, רק אתה תתקן! לא המדינה, לא פיזור הנזק אלא רק המזיק והוא בלבד!

**עיקרון הקורלטיביות(התאמיות)– שמסביר את אריסטו ומתאים אותו לימינו – הצדק המתקן בנוי משלושה יסודות מצטברים:**

1. פיצוי מאת המזיק
2. פיצוי דווקא לניזוק
3. פיצוי בסכום הנזק – לא יותר ולא פחות.

מה שמעניין את העקרון הזה זה רק המזיק והניזוק, בשונה ממטרת הפיצוי, אני לא מסתכל בעיקר על הניזוק, אלא על שניהם ואפילו שמים דגש גדול יותר על המזיק. אריסטו מדבר על עיקרון של תיקון – משכת לךא את החבל, תחזיר לו. למה? העיקרון הוא עיקרון של אשמה, יש כאן גם פן פלילי. יש פה פן של כפרה – בגלל שהזקת, אתה צריך לתקן! לכן זה דווקא אתה שצריך לשלם מהכיס שלך ולהרגיש את הכאב בכיס כי אתה צריך לתקן את מעשייך. אם לוקחים את זה לכיוונים דתיים – אפשר להבין מהגישה האריסטוטלית – זה לא באמת "עין תחת עין", אלא מדובר על כסף ולא על עין תחת עין באמת – אז למה התורה כתבה "עין תחת עין" ולא "כסף תחת עין" – מצד הדין אתה הוצאת לאדם עין ומה שהיא צריך להוציא לך עין, וזאת הכפרה האמיתית, וכשנותנים כסף זה סוג של כפרה אך לא הכפרה האמיתית. עיקרון זה בא ואומר – זה לא שלא צריך ביטוח, זה מנגנון טוב, אז זה לא שייך לדיני ניזיקין אלא לדיני חוזים. מה זה משנה בכלל איך נקרא לזה? לא נכנס לזה כרגע.

איפה הקורלטיביות למעשה? הפיצוי צריך להיות מאת המזיק.

פיצויים עונשיים – מצב מעיין קנס בו אתה מקבל עונש, לא פיצויים.

אם אריסטו היה מתעורר היום לא בטוח שהוא היה מסכים עם הגישה האריסטוטלית הנ"ל, כי כשהוא הציג את הגישה לפני 800-1000 שנה לא היו קיימים כל המעסיקים, הביטוחים וכו'.**מטרות אינסטרומנטאליות –** משתמש באירוע הנזיקי לא בהכרח בשביל לעשות ל-ב' טוב על מה ש-א' גרם לו, לעשות משהו חברתי-כלכלי, דיני הנזיקין משמשים ככלי. מטרה שהיא לאו דווקא מתרכזת ביחסים שבין הצדדים.

שתי מטרות אלו נראות זהות אך זה המטרה של הפיצוי היא הרבה יותר גמישה לעומת המטרה של צדק מתקן שהיא הרבה יותר דווקנית ופחות גמישה.

**שיעור מס' 5 – 12\03\21**

**איך הגישה האריסטוטלית מסתדרת עם ה-א' כלומר עם השולח, המעביד והמבטח, הרי מבחינתו זה רק מזיק וניזוק בלבד?** הרי רוב התביעות בארץ מכוונות כנגד מעביד או כנגד ביטוח – 70% מהתביעות הן כאלה, אז מה הצדק המתקן האריסטוטלי יגיד על זה? עם השולח(א' 2) אפשר להסתדר, "שלוחו של אדם כמותו", למרות שהמזיק הוא זה שהזיק באופן ישיר אבל מאחוריו עומד אדם שאחראי על הנזק לא פחות מהמזיק עצמו 🡸 א' 2 הוא כמו א' 1 , זה עדיין צדק מתקן. הבעיה האמיתית מתחילה כשממשיכים ללכת ל-א' 3 (מעביד) ו-לא' 4 (מבטח)- אם יש תביעה נזיקית שקרתה במסגרת תאונת עבודה, אבל העובד היה אשם בזה, אז למעשה הוא תובע את "עצמו" ומפנה את התביעה כלפי המעביד, למרות שהעובד שלם, מה שקורה זה ש-א' 1 הוא למעשה ב' 🡨 מהגישה האריסטוטלית זה נראה מגוחך – אתה האשם אז למה שהמעביד יישלם לך?! אתה אשם בזה, הוא אמר לך לשים קסדה ואתה לא שמת ולכן נפגעת אז למה הוא אשם בזה וצריך לשלם לך על זה? לפי הראייה של "פיזור הנזק" אפשר להבין את זה - המעביד למעשה עושה "פיזור הנזק", הוא לוקח נניח כסף מהשכר של כל אחד בכל חודש וכך הוא מפזר נזק, אך אי אפשר להבין את זה באמצעות ה"צדק המתקן". חלק מהמלומדים מנסים לענות על זה:

**המלומד טוני הונורה –** מנסה להסביר את זה באמצעות היגיון מסוים שהמרצה קורא לו "על הדבש ועל העוקץ"- הוא מסביר לנו שהמעביד אחראי לעובד, ומעביד לא מעסיק אנשים סתם, מתוך "התנדבות", אלא הוא מעסיק אנשים כדי שייבצעו תהליך יצרני, ואני אתן להם משכורת – הם גורמים למעסיק הנאה, הם עושים את זה במקומו, הם עובדים בשבילו – למעשה הוא נהנה מהדבש שהם מייצרים, אז הוא צריך גם לשאת בעוקץ שלהם, כלומר לשאת גם בנזקים שייקרו תוך כדי העבודה.

**פס"ד כיתן נ' וייס-** חברת כיתן שכרה מאבטח ונתנה לנו אקדח, מה הוא עשה? הוא הלך ורצח מישהו עם האקדח את זה. הלכו ותבעו את חברת כיתן בגלל שהיא זו שנתנה לו את האקדח – אז חברת כיתן טוענת שמה היא אשמה? זה לא היא ששלחה אותו לרצוח, הוא עשה את זה על דעת עצמו בזמנו הפנוי ולא תוך כדי עבודה – זו לכאורה טענה מאוד חזקה של חברתן כיתן – אין קש"ס!!! נכון, אמנם היא לא שלחה אותו, אבל היא בחרה את העובד הלא מתאים למקצוע, יכול להיות שבאופן מנטלי, ומבחינת ההיסטוריה שלו, הוא לא מתאים לעבודה עם אקדח (יש לזכור שזה היה לפני יותר מ-20 שנה, כיום כן נותנים משקל לשאלות אלו, יש חוק חופש המידע וכו', היום יודעים בדיוק מה העבר הפלילי שלו, מה המצב הבריאותי, אם הוא עשה צבא וכו'). מסתבר שהעבר העסקי שלו הוא לא מזהיר – עבד בהרבה מקומות והתרשל, פוטר מכל מיני עבודות, הוא לא אדם סביר שמתאים לעסוק במקצוע כזה. (עניין זה הוא לא המרכז של פס"ד, אלא עניין הסיבתיות, צריך לקרוא אותו, הוא מאוד חשוב!!).

כשאנו מדברים על "הדבש והעוקץ" 🡨 זה לא הצדק המתקן הקלאסי אבל עדיין אפשר "לדחוף" ולהכניס את זה לשיקולי האשמה (כמו בפס"ד כיתן על כך שלא בדקו את טיב העובד), וגם אין לך אשמה אישית אז תיתן לביטוח לשלם את זה, תנכה מהמשכורות של העובדים כסף בכל חודש ומזה תשלם ביטוח, פיזור הנזק.

אם כן, עם שולח הסתדרנו, עם מעביד הסתדרנו בקושי באמצעות "הדבש והעוקץ", אך עם הביטוח אין לתיאוריה זו שום דרך להסתדר!!! הביטוח הוא גוף חיצוני, גוף רווחי, אז לבוא ולהגיד שהמבטח הוא חלק מעניין מסורי, צריך לכפר על מעשים, וזה בלתי אפשרי 🡨 זה לא צדק מתקן!!! זה אומר שתביעות ביטוח בראייה זו הן לא חלק מדיני הנזיקין אלא חלק מדיני החוזים.

המלומד פטריק עטיה גם הוא טוען את זה, הוא טוען שתביעות ביטוח שייכות לדיני חוזים ולא דיני חוזים, ביטוח הוא לא צדק מתקן וזוהי טענה נכונה, אך מכאן ועד לבוא ולהגיד שתביעות ביטוח הן לא נזיקין, זה בעצם לבוא ולהגיד ש-70% מתביעות הנזיקין לא שייכות לתחום הנזיקין.

הבעיה היא איך מסבירים במשקפיים האריסטוטליות את האשמה והכפרה, את העניין המוסרי? יש כאלה שמסבירים את העניין המוסרי של הביטוח בעיני הצדק המתקן, יש כמה גישות, אחת מהן: אני מסתכל על ב' מול א' 1 – ביניהם כן יש דיני נזיקין, אבל בין ב' ל-א' 4, אין דיני נזיקין. אי אפשר לומר ש-א' 1 יוצא נקי לגמרי כשהביטוח משלם, משום ש-א' 1 כן משלם פרמיות לביטוח במהלך השנה, הוא משלם גם השתתפות עצמית בעת פגיעה נזיקית (תאונה וכו') – "אתה אשם אתה משלם"🡨 וזה באמת ככה. ברגע שהוא אשם בפגיעה הנזיקית הוא חייב גם לשלם השתתפות עצמית, במקרה שבו הוא טוען כי הוא לא אשם אז הוא יכול ללכת עם הביטוח ותובע את הצד השני, המזיק🡨 מסתדר עם הצדק המתקן, אם אתה אשם אתה משלם ואם לא אז לא. יכול להיות שאם היינו מעמתים את אריסטו עם המציאות הביטוחית של חיינו יכול להיות שהוא כן היה מכניס את העניין הזה לגישה האריסטוטלית שלו. מבחינת אריסטו הכפרה היא שהמזיק יוציא כסף וייתן לניזוק, וזה כן מתקיים במסגרת הביטוח משום שחברת הביטוח כן גובה כסף "השתתפות עצמית" מהמבוטח.

**המלומד ג'ורג' פלטשר**- מוכר מאוד כמלומד בדיני עונשין למרות שאת הקריירה שלו הוא התחיל בנזיקין. בשנת 1972 הוא כתב מאמר על מטרות הנזיקין בה הוא הציג גישה מאוד מעניינת בנוגע ל"צדק המתקן" שלא אומצה בסופו של דבר אבל היא גישה שיש לה ריקושטים כל הזמן ויש לה סימנים גם בהיבטים אחרים אפילו בסתם כתיבה אקדמית. הגישה שהוא מציג: צדק מתקן אמיתי הוא נגזרת של סיכונים, אני תופש את המזיק והניזוק באופן דו צדדי- צריך לבדוק את ההסיכונים ההדדיים🡨 רוצה לבדוק את הסיכונים שהיו בין א' ל-ב' לפני האירוע הנזיקי, אם הסיכונים היו הדדיים בין א' ל-ב' ונגרמה תאונה שבה ב' ניזוק, כלומר התממש הסיכון, ב' לא ייקבל שום דבר אלא יישא בנזקו שלו, אבל אם הסיכונים היו בלתי הדדים ו-א' סיכן את ב' בלי ש-ב' יסכן את א', או ש-א' סיכן את ב' יותר מאשר ב' סיכן את א' 🡨 אז כן יש תביעה נזיקית.

**דוג'**: יש לנו שני רכבים שנוסעים בכביש ולשניהם נפח מנוע דומה, רכבים דומים מאוד. הם מתנגשים אחד בשני ויש נזק לשניהם- מי משלם למי? אם הסיכונים היו הדדיים – כלומר אם הרכבים היו ממש דומים ורמת הסכנה של שניהם הייתה מאוד דומה, אין כאן מצב שמחייב תיקון 🡨 לשניהם היה סיכון זהה, סיכון הדדי, והוא התממש, כל אחד יישא בנזקו. עניין זה תופס גם אם רק אחד הצדדים ניזוק, או אם אחד נפגע יותר מהשני. דוג' לסיכון בלתי הדדי – אופנוע ומשאית. אפשר לתת דוג' נוספת – ב' מסכן את א' ו-א' לא מסכן את ב' בכלל – יש מטוס שטס ועל הקרקע יש אנשים – המטוס מסכן את האנשים אך האנשים לא מסכנים את המטוס . אם המטוס מתרסק על האדמה ופוגע באנשים, בגלל סיבה שלא הייתה תלויה בו, הוא עדיין יהיה אשם משום שהאנשים לא סיכנו בכלל את המטוס אלא המטוס סיכן אותם ולא משנה אם הוא היה אשם בזה או לא, הוא עדיין חייב לשלם, "הסיכון שלך הוא האשם שלך" – באמצעות מידת הסיכון, מודדים את האשם. **מה קורה במצב שבו הסיכונים היו הדדיים אך הפכו להיות בלתי הדדיים רגע לפני התאונה**? אם יש שני רכבים שהם זהים, אז הסיכון הוא הדדי אבל אם אחד הרכבים מבצע עבירת תנועה, הסיכון הופך להיות מהדדי לבלתי הדדי, הוא מסכן את הרכב השני, הוא **הפך את הסיכון לבלתי הדדי בהתנהגות**. זאת גישה יפה אבל יש בה הרבה חורים, ועולה השאלה האם היא צדק מתקן? יכול להיות שבהמשך נוכל לשייך אותה למטרה אחרת של דיני הנזיקין, אבל בכל מקרה פלטשר שייך אותה לצדק מתקן.

**מטרה שלישית -צדק מחלק –** אומרת שישנה עוגה-עוגת הרווחה המצרפית. אני לוקח את סך כל משאבי שבחברה (שהם בד"כ מוגבלים- "השמיכה הקצרה") וזו העוגה. במציאות יש לעשירים יותר מלעניים. הצדק החלוקתי בודק מגזרים ולא אדם פרטי. בשונה ממטרה 1,2 הוא לא מתעניין בשאלה מי א ומי ב'.איך דיני הנזיקין יכולה לקדם את מצב הצד החלש בעוגה .

סוגי צדק חלוקתי:

א. סרבנות גט: בעלים מסרבים לתת גט מסיבה אידיאולוגית- לנקום באישה, ויש סרבן מהסוג השני- סרבן כלכלי. "הסרבן הסחטן". רק אם היא תשלם סכום מסויים היא תקבל. האישה מגישה נגדו תביעה נזיקית. ביהמ"ש יפסוק נגדו חצי מיליון שקל על סרבנות הגט. ההכרה בסרבנות הגט כעוולה נזיקית מובילה לצדק בסופו של דבר ונותנת לאישה- הצד החלש דרך להתגונן כנגד הסחיטה. דיני נזיקין מאזנים את העוולה שנגרמת בדיני משפחה. אך דא עקא, במקרה הבעל מגיע אחרי 7 שנים לביה"ד הרבני, ואומר שהוא החליט לתת גט לאשתו מפני שהוא אוים בתביעה נזיקית, הם קבעו לעשות "עסקת חליפין" עם תביעת הנזיקין .ביה"ד לא יתן את הגט כי מבחינה הלכתית יש בעיה- כי הוא ניתן באינוס ולא ברצונו. לשני הצדדים יש אינטרס שהעסקה תצא לפועל והגט ינתן ולכן הם יכולים "לעבוד" על ביה"ד לגבי סיבת הגט. ייתכן שהגט יהיה פסול הלכתית אבל ינתן רשמית. תואם לגישת הצדק המתקן.

ב. הפלייה בעבודה בין גברים לנשים , לנשים יש משכורת נמוכה יותר. דיני נזיקין נותנים הפיצוי על אובדן השתכרות הינו פיצוי ממוצע בין הגברים לנשים. אם אישה משתכרת 8,000 וגבר 10,000 לשניהם ינתן פיצוי ממוצע של 9,000. צורה זו של צדק חלוקתי לא תואמת לגישת הצדק המתקן,שלפיו- כל סכום הנזק צריך להנתן ובמקרה זה הגבר מפוצה בפחות באובדן משכורתו.

1. מגזרים מוקפחים מסיבות אחרות- רים אבוחנא נ מגדל ,ילדה בדואית נפצעה והיא לא תוכל לעבוד כל ימי חייה. ישנו קושי בלצפות השתכרות של ילדים, הכלל הוא שהוא יקבל את השכר הממוצע במשק מזמן תחילת ההשתכרות במגזר עד גיל פרישה. חברת הביטוח טוענת שרים נדרסה והיא לא תוכל לעבוד היא דורשת את אובדן ההשתכרות והם טוענים שהיא לעולם לא הייתה משתכרת את השכר הממוצע במשק, רוב הבדואיות לא עובדות בכלל, וגם אם עובדות מקבלות מינמום, מגזרית הסיכוי שלה אפסי להרוויח אפילו מינמום. הש' ריבלין בביהמ"ש העליון פוסק שישנו קיפוח כלפי הבדואים ולכן ע"י פסיקה נזיקית עושים צדק חלוקתי ופוסקים לה את השכר הממוצע. פסיקות נוספות של ביהמ"ש- ג'ון כהן נ' החברה להגנת הטבע, נפגע במהלך טיול ונשאר נכה והוא דורש פיצוי על אובדן כושר השתכרות. לגבי ילד לא ידוע כמה ישתכר ולכן יקבל את השכר הממוצע במשק. ג'ון כהן דורש יותר- מוכיח ממשפחתו שהם כולם עו"ד והוא עצמו עם ציונים טובים ויש לו יכולות גבוהות ורוב הסיכויים שהייתי מרוויח הרבה יותר מהשכר הממוצע במשק. כשמדובר על ילד/ה שיש רמז להשתכרות העתידית שלהם, יכולת ניבוי לגבי הסכום ביהמ"ש יתן לו יותר מהממוצע במשק. ביהמ"ש מקבל את טענתו של ג'ון כהן והוא מקבל יותר מהממוצע. הבעייתיות: הנטל נופל על הציבור! הפרמיות של חברות הביטוח עולות.

**שיעור מס' 6 – 12\03\26**

**מטרה מס' 4 - הרתעה יעילה** – מטרה אינסטרומנטלית מובהקת דיני הנזיקין כמכשיר לעשות דבר גדול יותר מאשר תיקון הצדדים בין א' ל-ב'. הרתעה יעילה מנסה לעשות משהו שאינו אפשרי לכאורה. הרתעה מנס ה להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית. יש נתון שיש מס' משאבים בחברה וצדק חלוקתי מעבירים חלק מהמשכבים, "השמיכה הקצרה", ולא ניתן להגדיל אותם. מי שתומך בהרתעה יעילה טוען שיש לעשות הכל ואפשרי לעשות זאת גדי להגדיל את העוגה. כיצד מגדילים משאבים אם נתון שאין משאבים? מפחיתים הוצאות. הרתעה במובן הישן היא הינה פלילית – להרתיע את המזיק של יחזור על מעשיו. בשנות ה-70 החלה הגישה הכלכלית שבאה ואומרת "אני לא מרתיע כמו שמרתיעים בפלילים אלא יש לי הרתעה נזיקית כלכלית, שפוגעת בכיס, המטרה הסופית היא להרתיע בכיס – לגרום לכך שעוגת הרווחה המצרפית תגדל". איך בנזיקין ניתן לגרום לכך שעוגת הרווחה המצרפית תגדל? מה שאומרים אנשי הניתוח הכלכלי, ניתן להגדיל את העוגה ע"י מניעת כמה שיותר תאונות, וכך יהיו לנו יותר משאבים, וגם תאונות שלא נצליח למנוע, ובסופו של דבר ייקרו, ההוצאות של התאונות האלו יהיו קטנות יותר. צריך להכות את ה-א'לפים שלנו – וכך הם ילמדו למנוע נזקים כמה שיותר, למנוע תאונות כמה שיותר 🡨 אם אני מצליח לחנך את המזיק הפוטנציאלי למנוע תאונה, זה מלמד אותנו מה ההבדל בין מטרה זו למטרה מס' 2 – מטרה 2 מתחילה כבר בהינתן מצב שבו יש תאונה לעומת מטרה 4 שהצפייה שלה היא לעתיד, מסתכלת קדימה, פחות אותה א' –וב' הספציפיים אלא היא רוצה למנוע, להרתיע את כל ה-א' בלי שזה יהיה מישהו ספציפי. אם אני אצליח לתמרץ מזיקים פוטנציאליים ( את כל ה-א') להימנע מתאונות, כלומר אני אגרום להם שיהיה להם כדאי מבחינה כלכלית להימנע מתאונות ע"י תשלום כסף, במקום לשלם כסף אחרי התאונות. לכאורה גישה זו תפעל במקום בו יש הרבה תאונות ותהיה יעילה במניעתן, אך במקום בו אין הרבה תאונות זה לא שווה להשקיע את הכסף הזה במניעת התאונות כי בכל מקרה הן קורות לעיתים רחוקות. הגישה הכלכלית יוצאת מנק' הנחה שגם אם קרתה תאונה, אז באמצעות ההרתעה היעילה הנזק של התאונה יהיה פחות גדול – לדוג' חיישני רוורס – אם אני עושה רוורס ונתקע ברכב אחר בזמן שאני עושה רוורס, אבל הדפיקה תהיה קטנה יותר כי חיישני הרוורס גרמו לי לנסוע אחורנית במרחק מועט יותר ממה שהייתי נוסע אם לא היו לי חיישנים🡨 אם זה שווה, ינסו לתמרץ כלכלית את קניית החיישן הזה, ויאמרו כי המטרה היא לא מניעת תאונות לגמרי, אלא גם אם תגרמנה תאונות, הנזקים שלהן יהיו קלים יותר, זה גם סוג של הרתעה. קיימים גם מצבים בהם אפשר לחייב את האנשים למנוע תאונות – אפוד זוהר כשעוצרים את הרכב בצד – זה לא בטוח מונע את התאונה אלא זה מקטין את הפגיעה, בסופו של דבר הנהג ישים לב לבחור ששם אפוד זוהר, יותר מאשר הוא היה שם לב אליו בלי האפוד, ובסופו של דבר הוא בולם כשהוא רואה אותו וכך הפגיעה הכי נמוכה הרבה יותר 🡨 זה עולה כסף לחייב את כלום לשים אפוד זוהר, יכול להיות שהמדינה תסבסד את האפודים כי שווה לה להשקיע על האפודים סכום מסוים כסף שיהיה נמוך באופן משמעותי מהנזקים שייגרמו לאנשים שייפגעו בת.ד. כשאין אפוד זוהר, היא חוסכת לעצמה את כספי הביטוח הלאומי שהיא תצטרך לשלם. יכול להיות מצב שבו הביטוח יבוא ויסבסד למבוטח את החיישנים, כדי למנוע לעצמו נזק כלכלי בעתיד, וכך בעצם אנו מרתיעים בכלל את המבטח ולא את המזיק הישיר - הצלחנו לתמרץ מע' שלמה וממילא מה שעשינו בסוף זה שהגדלנו את העוגה – אם אנשים לא יישבו בבית בגלל התאונות, ייגבו פחות כסף על ביטוח בגלל שיש פחות תאונות וכו' וכך העוגה תגדל , הרווחה המצרפית גדלה, החברה תרוויח מזה.

לסיכום, המטרות הן:

1. פיצוי
2. צדק מתקן – נחשב לשיטה המוסרית.
3. צדק חלוקתי
4. הרתעה יעילה – מטרה מאוד אדישה, קרה. מתייחס לכל הצדדים כאל לוח שחמט, לא מתייחסים לצדדים עצמם – אם לא שווה למזיק הפוטנציאלי מבחינה כלכלית להשקיע במניעת הנזקים, והוא לא השקיע, הוא לא ישלם כשתקרה תאונה 🡨 זה ההבדל בין 2 ל-4, כי כשתקרה התאונה יבדקו – אם היה שווה להשקיע והוא לא עשה זאת הוא ישלם, אם לא היה לו שווה להשקיע והוא לא השקיע, הוא לא ישלם 🡨 זה נשמע קשה מבחינה מוסרית.

* פיזור הנזק

מה המטרה העיקרית של דיני החוזים? אין, יש מחלוקת בשאלה מהי המטרה הדומיננטית של דיני החוזים, יש בכלל מחלוקת לגבי המטרות שהצגנו למעלה.

**איך מיישמים את המטרות?**

**פס"ד אתא נ' שוורץ:** 1976 – בית פרטי ובבית הזה חיים שני אחים, האחים שוורץ, אחד בקומה התחתונה אחד בקומה העליונה והם גרים בסבוך למפעל טקסטיל אתא – הם חיים בשלום אחד עם השני ואין טענות אחד כלפי השני אבל בשלב מסוים בשנות 70, זהו מפעל שמייצא הרבה סחורה ומכניס הרבה כסף למדינה ולכן המדינה חפצה בייקרו של המפעל, גם בגלל הכסף וגם בגלל שהוא מחזיק הרבה עובדים, 2000 פועלים באיזור הקריות שזהו איזור שמוכה אבטלה, ולמדינה יש אינטרס להמשיך ולקיימו. המפעל מתחיל להפסיד, וברגע שזה קורה, עושים לו תכנית הבראה וכחלק מהתכנית מחליטים ראשי המפעל שהמפעל יעבור לעבוד 24 שעות ביממה🡨 מכיוון שמדובר במפעל טקסטיל עם מכונות והן צריכות לעבוד 24 שעות ויש חשש שהן ישרפו, אז מה שאתא צריכה לעשות זה להתקין מתקני קירור למכונות, הבעייתיות היא שמתקני האיוורור הם רועשים מאוד. זאב שוורץ הוא פנסיונר שנמצא כל היום בבית והרעש מפריע לו עד כדי כך שזה גורם לו לנזק עצבי – נזק רפואי שעולה מהרעש של מכונות הקירור, ודווקא בגלל שמדובר בפנסיונר זה עוד יותר מעצבן אותו – הוא כל היום בבית והוא כל היום שומע את הרעש הזה. אדון שוורץ פונה לבעל המפעל ומבקש לדבר איתו ואומר שהמפעל עושה הרבה רעשים מזה מספר חודשים 🡨 הם מסבירים לו ש"יהיה בסדר" ושולחים אותו הביתה והוא רואה שזה לא מסתדר וממשיך לנדנד למפעל אבל הם לא לוקחים אותו ברצינות. אדון שוורץ שוכר עו"ד ואומר שיש מטרד ובודקים את הדציבלים ובודקים אם זה עולה על הנדרש או לא – הוא לא רוצה פיצויים (לא על הנזק ולא על הכסף שהוציא על הבדיקות ועל עורכי הדין) אלא הוא רוצה שהנזק יפסיק. עו"ד שולח מכתב לחברה ומספר להם על הנזק הרפואי ודורש שהשקט יחזור, עדיין לא תובע אותו, טוען כי זוהי עוולה נזיקית והם חייבים להפסיקה. המפעל רואה שזה יותר רציני והם נכנסים למו"מ עם עו"ד של שוורץ, מה הם רוצים להשיג? להשיב את המצב לאחור זה לא אפשרי, מסבירים לעו"ד שאין שום אפשרות לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה – אין שום אפשרות להפעיל את המאוורר ולהשאיר אותו בשקט. המפעל מנסה להיכנס למו"מ, הוא לא עושה זאת ברצינות רבה מידי, המטרה שלו במו"מ היא לשלם לשוורץ כסף כדי שישתוק, יעבור דירה, ימגן את ביתו. אך שוורץ מסרב והוא לא רוצה כסף, הוא לא רוצה לעבור דירה אלא הוא רוצה לחיות בבית ובשקט. יש כאן פלונטר, מה עושים? יכול להיות שמו"מ לא היה מספיק רציני, ואם הוא היה רציני יותר הדבר היה נפתר. אך הסיפור כאן הוא לא על כסף אלא על רעש – מטרה אחת יוצא מהמשחק, המטרה הראשונה, אין עניין של פיצוי. שוורץ מבקש צו מניעה נגד הפעלת המאווררים במפעל, מה שהוא מבקש דרכו, כדי להשיב את המצב לקדמותו, הוא לא מבקש שקט מוחלט אלא לשקט שהיה קודם, שקט יחסי. 🡸 ברור שהמטרה של צו המניעה הוא להשיב את המצב לקדמותו, המטרה השנייה, צדק מתקן. אתא מגישה את תשובתה וביהמ"ש מחליט לתת צו מניעה זמני – אם המפעל לא יוריד את כמות הרעש, צו המניעה ייכנס לפועל. החברה הייתה צריכה להתמודד עם צו מניעה, יש לה אופציה של להחזיר את המצב אחורה, לא לעבוד 24 שעות ביממה, לפטר עובדים וכו', ומעל זה עומדת עננה שלפי החישובים הכלכליים המפעל ייסגר תוך שנתיים, ואולי כבר שווה לה לסגור אותו מעכשיו בגלל שהנזקים רק יילכו ויגדלו 🡨 דילמה קשה שהשופט צריך לעמוד בה. אתא מגישה ערעור לעליון על צו המניעה – השופט המרכזי הוא השופט שמגר, הוא צריך להתמודד עם שאלה מאוד קשה – הגורל של השוורץ מצד אחד, ומצד שני הגורל של המפעל – ציפיות המדינה, עבודתם של 2000 פועלים וכו'. השופט שמגר מבין שיש מחלוקת רצינית חזיתית ורצינית בין שתי מטרות – מטרה מס' 2 ומטרה מס' 4 – **מטרה 2** מבקשת להשיב מצב לקדמותו ולכאורה אם באמת א' מטריד את ב'- השופט צריך לפסוק צו – *ס' 74 לפקודה – "מקום שאין ליתן ציווי" –* "*ביהמ"ש לא ייתן ציווי אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים*" 🡸 צו מניעה הוא הרבה יותר פוגעני מפיצויים, הוא פוגע בחופש העיסוק במקרה זה, במיוחד בגלל שהיא הייתה שם הרבה לפני שהוא גר שם. לא מספיק להוכיח שהיה מטרד כדי להוציא צו, צריך שזה יהיה מספיק רציני, שהצו לא יהיה פוגעני מידי בצד השני, יש כאן התחשבות גם במזיק.

**מטרה 4 -** הרתעה יעילה צריכה להיות הרתעה אופטימלית, למצוא את האיזון – שמעבר לזה ההרתעה תהיה הרתעת יתר, צריך מצוא את הקו המשווה, שההרתעה תהיה אופטימאלית🡨 לא רוצים להגיע למצב של הרתעת יתר. אין ליישם את ההרתעה היעילה בלי שבדקנו את האמצעים איך ניתן להרתיע בצורה יעילה – סגירת המפעל בגלל נזק לאדם אחד, ברור שהרווחה המצרפית תקטן, אין יעילות כלכלית, ברור שכלכלית הרבה יותר נכון או להמשיך להטריד או להמשיך להטריד ולשלם לו כסף שיעבור דירה, שימגן את דירתו וכו' 🡨 אבל גם מזה עו"ד צריך מאוד להיזהר, אם הוא יציע לשוורץ כסף באמת ונניח שהוא יקבל את הכסף, האם זו בהכרח תוצאה יעילה? לא – יהיו עוד "שוורצים" – הוא לא היחיד שגר שם, יכול להיות שלמפעל יהיה מאוד לא יעיל לשלם לכולם כסף ולא יהיה שווה להחזיק את המפעל כבר. לפי מטרה זו, ההרתעה היעילה, הדבר הנכון ביותר לעשות זה להמשיך להטריד ולא לשלם בכלל, למרות שאתה מעוול!

אדון שוורץ למעשה מראה לבית המשפט שהמטרה שלו היא לקבל צו, עובדה שהוא לא קיבל את מה שהציעו לו במו"מ. ההכרעה פה למעשה תתקבל בשאלה האם אנו מקבלים את מטרה 4 או את מטרה 2? מבחינת מטרה 2 – כל מה שמעניין זה המזיק והניזוק – לא מעניין אותו המדינה, הפועלים וכו', לעומת מטרה 4 שמסתכלת על הכדאיות הכלכלית – זה לא משתלם לרווחה המצרפית, הרבה עובדים יפוטרו, הייצור ירד וכל זה בשביל רווחה של אדם אחד בלי להתחשב ברווחה המצרפית. השופט שמגר לא דיבר על מטרה 3 – כשהמרצה מסתכל על 3, הוא לא חד משמעי 🡨 מי פה החלש? שוורץ, מי פה החזק? המפעל. בא המפעל ו"לא שם עליו", לא התייחס אליו ברצינות, נתן לו הצעה כספית דיי מעליבה. כדי שהחז לא "ידרוס" את החלש, אז בוא נעביר עושר מהחלש אל החזק – בוא נוציא צו מניעה לצד החזק, נחלק את הנזק – נעשה צדק, "תן כבוד לחלשים", מצד השני, הצדק החלוקתי, לא מתרכז רק בצד א' ו-ב' אלא מאפשר לנו להסתכל גם על כל מיני צדדים, זוהי מטרה האינסטרומנאלית. לכאורה, הצד החזק הוא המפעל והצד החלש הוא שוורץ – אבל יש כאן עוד צד חלש, אם אני סוגר את המפעל, ישארו 2000 מובטלים שיהיה להם קשה מאוד אם בכלל למצוא עבודה 🡨 הצדק החלוקתי במקרה הזה הוא מסובך, הוא לא מוביל לכיוון אחד, יש כמה כיוונים של חזקים וחלשים כאן.

יש לנו את 2 ו-4 בעימות חזיתי, השופט שמגר מחליט, אחרי לבטים גדולים מאוד, להותיר את צו המניעה על כנו – המפעל נסגר בסופו של דבר – האם זה קשור לזה שאז הגישה הכלכלית לא הייתה חזקה? לא קשור לחומר, סתם מעניין: אתא לא הרימה ידיים, היה לה עו"ד ממולח מאוד, "תקף" דרך שר האוצר, למדינה יש אינטרס שאתא לא תסגר, שר האוצר לא יכול לעקוף את ביהמ"ש העליון, אלא הוא השתמש בסמכות שיש לו לפי חוק והוא הפקיע את הבית של שוורץ לטובת המדינה – שר האוצר השתכנע – נתנו לו פיצויים מאוד נמוכים ומעליבים לעומת מה שהציעו לו בהתחלה. באו שוורץ ואחיו ולא ויתרו, אמרו שזוהי לא הפקעה לפי דין, השטח צריך להיות מופקע למטרה מסוימת – בניית כביש וכו', וזה אמור להיות לצורך ציבורי, זה לא צורך ציבורי!!! הוא הגיש בג"צ – בג"צ לא ביטל את ההפקעה וקבע כי זה נעשה בסמכות.

**שיעור מס' 7 – 12\03\28**

עוד בהקשר של פס"ד אתא נ' שוורץ – זה היה בשנת 1976 – ראשיתה של הגישה הכלכלית למשפט (המטרה האחרונה בדיני נזיקין) מקובל לראות את ההתחלה שלה ב-1960 במאמר של רונלד קוז 🡨 מאמר פורץ דרך בכלכלה בכלל ובנזיקין בפרט. כיום מתנגדים לו, והגישה שלו מוצאת במחלוקת קשה. הוא כתב את המאמר שלו 15 שנה לפי פס"ד אתא, אך ננסה למצוא את ההקשרים: יש מעוול, יש ניזוק שרוצה לתבוע ולקבל צו מניעה – ברור שיש בעל זכות ולצד השני אסור להפריע לו במימוש הזכות, זו הגישה הרווחת עד תיאורית קוז, אך הוא בא ומערער אותה 🡨 לא מסתכלים על הצדדים כאל בעל זכות וכאל בעל חובה לקיים את הזכות, זוהי הסתכלות פשטנית מידי ושגויה. בהסתכלות כלכלית – יש כאן א' ו-ב' – זה לא שחור לבן, זה לא תמיד ל-ב' יש זכות ו-א' מפר לו אותה. נניח לצורך העניין שקוז מדבר על אתא נ' שוורץ 🡨 הוא לא רואה אדם שפוגע בזכות של השני אלא שני צדדים שיש להם אינטרסים מתנגשים, הפעילויות שלהם גורמות להתנגשות, זה של-ב' יש זכות לחיות בשקט במקרקעין שלו, לא אומר שנתפוש את א' כמפר את זכותו של ב' משום של-א' יש זכות להפעיל את המפעל, וזכותו של ב' פוגעת בזכות של ב' להפעיל את המפעל – שני אינטרסים נוגדים 🡨 מסתכל על כל הסיטואציה כאל סיטואציה כלכלית, לשני הצדדים יש זכויות – קוז למעשה בא ואומר, כמה שפחות תערבו את המשפט. למה? יש כאן עניין כלכלי, ל-א' יש אינטרס להפעיל מפעל ול-ב' יש אינטרס לחיות בשקט – למה לערב בכלל את המשפט? תן להם לשחק, לעשות מו"מ, להגיע לעסקה – במקום שתלך לביהמ"ש ותנפנף בזכות שלך לשקט, בוא ונבהיר לך שגם אתה פוגע בזכותו של המפעל – בפועלים, בייבוא, בייצוא וכו'. במו"מ רציני אפשר לחסוך עלויות, לחסוך הוצאות עסקה. כמעט לכל עסקה יש הוצאות עסקה. במקרה של שוורץ יש הוצאות עסקה מאוד גדולות 🡨 יש עוד שכנים, יכול להיות שזה ייקח שנים, בינתיים המטריד ממשיך להטריד והמוטרד ממשיך להיות מוטרד, יש הוצאות מאוד גדולות. אם נסתכל אחרוה על הדוג' של סרבנות הגט – בגדול יש רק שני צדדים – בעל ואישה ואין ריקושטים לצדדים נוספים, זה מקטין הוצאות עסקה, לעומת זאת בעסקה של אתא נ' שוורץ יש ריקושטים כלפי צדדים אחרים – השכנים הנוספים, העובדים וכו'. אם בתי המשפט יאמצו את התיאוריה של קוז ייווצר מצב בו בית המשפט קודם יבדוק אם הם קודם למשפט ערכו מו"מ, ואם לא, הוא ישלח אותם הביתה לערוך מו"מ. כביכול, אם קוז היה מסתכל על פס"ד אתא, הוא "יצחק" 🡨 הם לא ערכו את מו"מ ותראו לאיזה מצב הגיעו – ביהמ"ש מצא דרך לעקוף את הזכות, הם הלכו למשרד האוצר - הלאימו לו את הבית ונתנו לו סכום עלוב, הוא אכל אותה מכל הכיוונים 🡨 אם היה מו"מ רציני ואמיתי היינו מגיעים לתוצאות אחרות (למרות שיש להניח שבסופו של דבר הוא היה נאלץ למכור את ביתו, אבל זה יהיה דו צדדי ולא חד צדדי כמו בהפקעה, הוא כן היה מרוויח מזה משהו, ולא מפסיד כפי שקרה במבחן המציאות).

נחזור לנסוחא שהצגנו – (צד מזיק צד ניזוק, עוולה, נזק וקש"ס) וננסה לנתח את כל שלושת המרכיבים בלי התייחס לסוג מסוים של עוולה. מה גורם לסוג מסוים של התנהגות להיחשב "עוולה"? הדבר שנשמע טריוויאלי הוא למעשה ממש לא טריוויאלי. האם יש איזשהו רציונאל מאחורי השאלה הזו של מה הופך התנהגות מסוימת לעוולה? מה הבסיס המשותף לכל ההתנהגויות שהן עוולות? למה יש התנהגויות כמו תחרות שלא נחשבות כעוולה? ניתוח הנוסחה  
לדוג': אדם שפתח חנות מאותו סוג ליד חנות אחרת והזיק לבעל החנות הראשונה, יש קש"ס ונזק אך אין עוולה! צריך למצוא מה מייחד את העוולה ומהו הבסיס המשותף להתנהגויות שהן עוולות. דוג' נוספת: אדם שרב עם אדם אחר על חנייה וכתוצאה מכך איחר לעיסקה של מיליון דולר. ורק בגלל האדם הזה העסקה לא השתכללה. לא אוכל לתבוע אותו כי זוהי אינה עוולה. כי לתפוס חנייה זוהי לא עוולה. לא כל דבר שמוגדר בשפת היום היום כ"נזק", מוכר באופן משפטי כנזק.

**- מקרה בביהמ"ש העליון (בית הלורדים) באנגליה🡨 Donoghue Vs. Stevenson-** אישה קונה בקבוק של בירה בפאב השכונתי. חברתה לוגמת מהבקבוק, אך רואה לאחר מכן שיש משהו חשוד בתוך הבקבוק. מתברר שיש שרידים של חילזון. הפס"ד הזה מלמד על מהי עוולה. זו התנהגות פסולה, אין ספק, אך השאלה היא מתי היא עולה עד כדי עוולה נזיקית. אין ספק שנגרם לה נזק, היא הקיאה במשך שלושה ימים. בית הלורדים יושב על המדוכה בעקבות טענה מעניינת של היצרן, הנתבע- אומר שהוא לא חייב כלום לגברת. יכול להיות שהחילזון נכנס בתהליך הייצור לתוך הבקבוק. הבירה נקנתה ע"י חברתה, והיא נתנה לך לשתות. זה לא אומר שתתבעי את חברתך או את הפאב- אך אנחנו לא עומדים מולך. ההתנהגות שלנו כא' כלפי ב' לא מפעילה את הנוסחא, אין קשר משפטי בכלל בין שני הצדדים. אין חוזה בין שני הצדדים. הם נתבעים בנזיקין והם עונים בחוזים. הם גורסים כי אם הם חייבים למישהו משהו- זה למי שקנה את הבירה. ביהמ"ש עונה- לפי האינטואיציה זה לא יכול להיות. **דוג' קשורה-** אדם עושה מסיבה, קונה 50 בקבוקי קולה, מתגלה בהם טרפנטין. יש לזה ריח רע וזה רעיל בכמויות גדולות. אם נניח שמישהו בא למסיבה ושתה קולה עם טרפנטין. האם ביהמ"ש יכול להגיד שלאדם ששתה את הקולה אין זכות נזיקית כי הוא לא קנה את הקולה אלא מי שעשה את המסיבה? ביהמ"ש צריך למצוא סימוכין לקביעה של א' כחב ל-ב'. השאלה הינה למה יש חובה נזיקית של א' כלפי ב'? ביהמ"ש מרגיש צורך לעזור כאן, כי יש הרגשה מאוד ברורה שא' הזיק לב', ב' ניזוק בצורה קשה ויש למצוא את מי שזהיק לו- ולא יכול להיות שזה יסתיים בפרצה חוזית. יש הרגשה שהחילוזון בבקבוק בירה זו התנהגות שהיא עוולה נזיקית. ובכל זאת- ביהמ"ש לא בטוח לגבי זה. הוא יושב על העניין כמה חודשים, והוא לא מצא עוולה נזיקית בין שני הצדדים. אלו שנות ה- 30 של המאה הקודמת, ואם לא מוצאים תשובה, אז לאן הם פונים?

**+ היה מקרה דומה יחסית של עכבר שנמצא בתוך שקית חלב של תנובה בשנת 1988.** תנובה טענו שזה לא קרה בתהליך הייצור. אך הרי לא ניתן להגיד שמישהו פתח את השקית והכניס לשם עכבר- כי בסוף תהליך הייצור מחממים את השקית ומקררים- אז מישהו פתח, הכניס, סגר וחימם מחדש? לא סביר בהחלט. עברו 20 שנה- וזה קרה שוב, עכבר בשקית חלב של תנובה- וגם אז🡨 טענו שזה לא קרה בתהליך הייצור. היה גם מקרה דומה של חצי עכבר שנמצא בתוך שקית קפואה של ירקות קפואים. פה באמת לא ניתן להגיד שזה לא היה בתהליך הייצור- הוא גם חתוך והוא גם קפוא...

**- בחזרה לאנגליה-** לאן הם פונים? לתנ"ך. פנו לפסוק: "ואהבת לרעך כמוך". מה זה קשור? בית הלורדים מסביר כי כשמייצרים מוצר, צריך להביא בחשבון את השכנים לפעילות, הרי אתה לא נמצא על אי בודד. הכוונה 🡨 לכל הנוגעים בדבר, כל האנשים שישתמשו במוצר- בצורה חוקית (לא כולל אם היו גונבים את הבירה...). אם אתה עושה פעילות למטרת רווח, עלייך לקחת את כל הנוגעים בדבר בחשבון ולא להתקטנן על פרטים קטנים כי היא לא הייתה לקוחה שלהם, לא היה להם חוזה ביחד.

**-** **מקרה דומה מגיע לביהמ"ש העליון בישראל לאחר 20 שנה.** ביהמ"ש אומר שיש חובה כלפי הזולת. עניין "ואהבת לרעך כמוך" מגיע בכמה הזדמנויות לכמה שופטים- איילון, שמגר, ברק- אך העיקרי שכותב עליהם זה חשין. יש לו כמה פס"ד שהוא ממלא במקורות מהמשפט העברי. הפסוק של "ואהבת לרעך כמוך" הוא משפט גדול, כלל גדול שלא פותר את הבעיה. חשין לא מסתכל על כך מהנק' הדתית, אלא שהוא מעמיד פרמידה עם שלוש קומות. "ואהבת" נמצא באמצע. למעלה, בקודקוד נמצא החסד. שתי הקומות האלו, העליונות, הן גבוהות מידי בשביל משפט חילוני. זה מתאים מאוד למשפט דתי, שם מדברים על אמונה ועל רגש, אך לא במשפט חילוני. אז מה הבסיס של הפרמידה? זה הבסיס הרחב של הפרמידה, והוא משותף למשפט העברי וגם לחילוני. הבסיס זה האימרה של הילל- "מה ששנוא עלייך🡨 אל תעשה לחברך". הפסוק של רבי עקיבא של "ואהבת" מדבר על דרגות גבוהות של חברות וידידות. חשין גורס כי הרמה של הילל היא יותר נמוכה, יותר ארצית. "ואהבת" זה פוזטיבי, זה מחייב. לא ניתן לצפות מהיצרן של הבירה לאהוב את הלקוחות שהוא לא מכיר כמו עצמו. חשין גורס כי רבי עקיבא סייג את "ואהבת" עם סייג של לא יותר ממך. לאהוב ולתת כבוד לחברך כמו עצמך- לא יותר ממך. ולכן חשין מסיים עם מה ששנוא. הילל אמר- קודם כל צריך להיות בן אדם. עם זה צריך לצאת לדרך. חשין אומר שלא ניתן לקבל את מה ששנוא כי זה על דרך השלילה. 🡨

חסד

ואהבת לרעך כמוך

מה ששנוא עלייך

🡨אז הוא מפרש אותו בצורה של- כמו שאתה לא היית רוצה שיתייחסו אלייך בצורה רעה- אל תעשה זאת לאחרים. זו צורה הרבה יותר ארצית, הרבה יותר חילונית. מה שמשותף בבסיס הזה לחילוני והדתי הוא שהילל, אחרי שהוא אמר את המשפט הזה, סיים ב- "אידך זיל גמור" . את השאר יש ללמוד. זה לא מספיק.

**שיעור מס' 8 – 12\04\16**

פס"ד אמין נ' אמין – הטענה של האבא נסמכת על הסטנדרט האנגלי – אי אפשר לתבוע מישהו בגלל שהוא לא אוהב את ילדיו, לא ניתן להטיל אחריות נזיקית בגין חוסר אהבה. השופט אנגלרד עונה תשובה קולעת ואומר לאב כי הוא מחויב בנזיקין לא בגלל שהוא לא אהבת את ילדיו אלא בגלל שהוא הזיק, לא מילא את חובותיו כלפי ילדיו, חובות שהן בבחינת פועל יוצא מתוקף היותו אב. בפס"ד זה יש כמה חידושים שהם חידושים ברמה עולמית:

1. החידוש הכי גדול – קבלת העילה הנזיקית במקרה של הזנחה רגשית.
2. השופט אנגלרד קובע חובה נזיקית של ההורה כלפי הילד שלו – לא באהבה אלא במעשים – גם כשהילד לא בחזקת ההורה. יש חובות מסוימות שאתה חייב למלאן כלפי ילדייך גם אם הם לא נמצאים בחזקתך, גם אם הם נמסרים למסגרות שונות (פנימיות, אומנה וכו') 🡨 זה לא אומר שלהורים אין אחריות נזיקית, יש להם אחריות במישור הרגשי. יש לציין כי פרשת אמין היא רלוונטית כל עוד הילדים לא נמצאים בחזקת ההורים אלא במסגרת אחרת אך בסייג אחד – אם מדובר באימוץ סגור, עניין זה לא תופס.
3. חידוש חשוב בהקשר הישראלי – רשלנות מתקיימת גם במעשה מכוון – במשך שנים הייתי מחלוקת במפשט הישראלי האם עוולת הרשלנות מתקיימת גם אם המעשה הוא תוצר של כוונת תחילה. במשפט המקובל יש הפרדה בין עוולות מכוונת (intentional torts) לבין עוולות לא מכוונות (unintentional torts) אך בישראל אין את החלוקה הזאת – יש ערבוב של כל העוולות ביחד. בפקודת הנזיקין יש בערך 5 עוולות שברור שהן מכוונות משום שקיים בהן יסוד נפשי (במזיד, בזדון, ביודעין וכו'). לא פלא שבישראל אין שימוש בעוולות האלה ואנו גם לא לומדים אותם בקורס חוץ מאחת, העוולות המכוונות שיש בהן יסוד נפשי הן מין הסתם קשות יותר להוכחה – קשה להוכיח כוונה, קשה להיכנס לנפשו של האדם. לכן בד"כ עו"ד בוחרים להשתמש בשתי "עוולות הסל" שהן עוולות מסגרת שכוללות בתוכן הרבה מאוד מקרים 🡨 (1) עוולת הרשלנות, (2) עוולת הפרה חובה חקוקה. ברשלנות ניתן לכלול המון התנהגויות (מקרים רפואיים, הזנחת ילדים וכו')- זוהי עוולת מסגרת. העוולה היחידה שכוללת בתוכה יסוד נפשי ועדיין ומשתמשים בה הרבה – עוולת התקיפה – הסיבה שמשתמשים בה הרבה היא העובדה שיש בעוולה זו סוג של "הקלה" – לא צריך להוכיח בעוולה זו את הנזק – זה לא שאין נזק אלא זהו מקרה מיוחד שהעוולה מבינה ומניחה מראש שההתנהגות עצמה, התקיפה עצמה, מכילה בתוכה נזק. מסלול זה קיים בעוד ענפים משפטיים – לשון הרע, גניבת פטנטים, סמלים מסחריים וכו' – הבעייתיות היא שכאשר לא מוכיחים נזק במסלולים אלו, הפיצויים לא יהיו גבוהים במיוחד, לעומת זאת אם הוא יוכיחו את הנזק הם יוכלו לקבל יותר פיצויים.

**לענייננו**, פרשת אמין באה וסיימה את המחלוקת רבת השנים – רשלנות ומעשה מכוון יכולים ללכת באותו הנתיב - מאז 1999, פרשת אמין, רשלנות כוללת בחובה גם מעשה מכוון.

מה משותף לכל העוולות השונות שמקיים לנו את איבר מס' 1 בנוסחא – העוולה?

המחשבה כיום היא מסובכת יש כל מיני תשובות לשאלה זו. אין תשובה חד משמעית כלל עולמית. הסטנדרטים נקראים "משטרי אחריות" – מושג זה מסביר לנו מה הבסיס לעוולות, מה הסטנדרט שעל פיו אנו בדוקים את האחריות הנזיקית. קיימים סטנדרטים שונים לקביעת האחריות, אין תשובה אחת אלא יש חמש תשובות שונות מתי אדם מתחייב בדייני נזיקין:

1. **אשם - רשלנות** – לא קיים בישראל – נשמע בתור משטר האחריות הכי טבעי שקיים. איך מודדים אותו, איך בודקים אותו? למושג "רשלנות" יש שתי משמעויות בדיני הנזיקין: (1) עוולת הנזיקין (2) סוג של משטר – אתה משלם כי אתה אשם, את רשלן – במשטר זה יש כמה עוולות, ביניהם עוולת הרשלנות שהיא העוולה המרכזית. בשיעורים הקרובים, כשנדבר על "רשלנות", נדבר על אשם – אתה עושה משהו שלא היית צריך לעשות, אתה אשם ולכן אתה משלם. זה הדבר הכי טבעי בעולם.
2. **אשם רשלנות + אשם תורם** – קיים בישראל, הוא הבסיס המרכזי – סטנדרט זה הגיע כהתפתחות לסטנדרט הראשון. יכולים להיות מקרים בהם הזיקו לך, אך גם אתה אשם. יש מקרים בהם יש אשם תורם ויש מקרים בהם אין אשם תורם – ברוב המקרים אין אשם תורם. אך כשמדברים על סטנדרט זה, אנו למעשה מצרפים את הניזוק לרשימת המזיקים, אנו מסתכלים על שני הצדדים, גם הניזוק יכול להיות אדם בנזק שנגרם לו, לכן משטר זה הוא פיתוח של המשטר שהצגנו לעיל, האשם רשלנות. יש סוגים שונים של אשם תורם במדינות שונות. בארה"ב, במאה ה-19, היה מהלך שהיום הוא כבר נעלם, שהוא דיי כמו "הגולם קם על יוצרו" – האשם תורם שם היה מוחלט – כשיש לך אשם תורם בנזק שנגרם לך, אפילו אם הוא קטן וקלוש, לא קבל ב-כ-ל-ל פיצויים, לא תקבל שום דבר – למה? בתור עונש – אתה אחראי כלפי עצמך ואתה לא נזהרת כלפי עצמך אז איך אתה יכול לבוא בטענות כלפי אדם אחר שהוא לא שמר עלייך והזיק לך, כשאתה בעצמך נהגת כך? אתה לא בסדר כלפי עצמך אז אתה לא יכול להטיף מוסר כלפי אחרים – זוהי נק' מבט מאוד פלילית ונוצרית. הגישה הזו היא מאוד טוטלית והלכה ופינתה את מקומה לאשם התורם שאנו מכירים היום, אך יש עדיין מדינות בדרום ארה"ב שהן שמרניות ששמרו על דוק' זו. איך בודקים אשם של אדם? ראינו ש"אהבת לרעך כמוך" הוא לא מספיק- את זה נראה באחריות מוחלטת.
3. **אחריות מוחלטת –** קיים בישראל – משטר זה, כשמו כן הוא 🡨 בא ואומר למזיק – ברגע שאתה הזקת, אתה תשלם וזה לא משנה אם התרשלת או לא. בין אם אתה בסדר ובין אם אתה לא בסדר – אתה בכל מקרה תשלם. ניקח לדוג' את האחריות השילוחית – נניח שאנו במפעל במבה שעושה סיורים למשפחות ובעל המפעל עושה הכל כדי לשמור על כללי הבטיחות ובסוף יוצא שעובדיו התרשלו ולא ביצעו את מה שהוא ביקש כדי לשמור על כללי הבטיחות, ובסוף קורה מקרה שבו מישהו שהגיע לסיור מחליק, ובסוף הבעלים של המפעל נענש וצריך לשלם פיצויים, זה לא הוגן!!! המטרה של משטר 3 – היא לא לבדוק מי צודק ומי לא – אלא המטרה היא מניעת הנזק, זוהי מטרה אדישה וקרה, רוצה למנוע נזקים ותאונות. לכאורה זהו המשטר הכי מוצלח להשגת מטרה זו. אמנם משטר זה יוצר תסכול ולכאורה יוצר תמריץ שלילי, אך זה לא נכון, משום שאם אני אפרוק כל עול ולא אדאג לכללי הבטיחות, יהיו יותר תאונות, אשלם יותר פיצויים. התמריץ דווקא יהיה כן להשקיע כספים בשמירת כללי הבטיחות, להשקיע ברמה מסוימת ולא בלי סוף, כדי למנוע תאונות, למרות שזה לא פייר משום שהמטרה שלי למנוע כמה שיותר תאונות. מדוע דיני הנזיקין לא פועלים על פי משטר זה בלבד? לכאורה הוא אמור להיות המשטר המרכזי, אך הוא לא, למה? הרי הוא נשמע המשטר הכי יעיל שיש. אם זהו המצב, למה לא משתמשים בו בתור המשטר המרכזי? משום שמשטר זה עלול ליצור מצב של פסיביות, אנשים לא ייקחו יוזמות – בדוג' שלנו, אנשים לא יירצו להפעיל מפעלים משום שהם לוקחים סיכון בכך שייתבעו אותם על נזקים למרות שהם מתאמצים וכו'. בישראל, אחריות מוחלטת קיימת בחוק אחד בלבד, אנו נדבר על זה בשיעור הבא.
4. **אחריות מוגברת\חמורה** – קיים בישראל – משטר זה נמצא בין משטר 2 למשטר 3, על הסקלה בין אשם מצד אחד ובין אחריות מוחלטת מצד שני, אך משטר זה נוטה יותר לכיוון האחריות המוחלטת- מה זה אומר? אחריות מוגברת היא אחריות מוחלטת עם "נגיעות" של אשם, עם קצת "אשם", בד"כ אשם תורם.
5. **השוקל הטוב \ מונע הנזק היעיל (הזול)- המשך בשיעור מס' 11 – 12\04\30**

**שיעור מס' 9 – 12\04\18**

**חזרה כללית על החומר – מה למדנו עד כה?**

1. *נוסחת אחריות נזיקית* :

עוולה + נזק + קש"ס

א' – מזיק ל 🡨 ניזוק-ב'

ב' – תובע את 🡨 נתבע – א'

1. *מטרות דיני הנזיקין* – התשובה היא לא אחידה לגבי השאלה מהן מטרות דיני הנזיקין ולכן הצגנו מספר מטרות. במבחן תהיה שאלה "אם התביעה מתקבלת, איך היא עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין?" 🡨 לבדוק את זה מכמה מטרות – כלומר, אם המטרה היא צדק מתקן אז... אם המטרה היא צדק מחלק אז.... וכו'. כל צד יציג את המטרה שמשרתת את המטרה שלו וככה בעצם מציגים את המטרות. המאמר "קליעה מטרה" ישמש אותנו במענה על שאלה זו.

פירוק הנוסחה לגורמים:

1. *מהי עוולה?* (למדנו בשיעור הקודם) הצגנו כמה סטנדרטים – חילוני, דתי וכו' והגענו למסקנה שהסטנדרט הדתי לא מספיק לנו ואז פנינו לחילוני ושמנו לב, באופן לא מפתיע, שאין תשובה אחת קבועה אלא חמש תשובות, חמישה משטרים:
2. אשם רשלנות – "אתה אשם, אתה תשלם", זוהי האמירה האינטיאוטיבית ביותר כשיש נזק.
3. אשם רשלנות + אשם תורם – לפעמים לניזוק יש אשם בנזק של עצמו אז אנחנו מפחיתים לי את האשם התורם.
4. אחריות מוחלטת
5. אחריות מוגברת\חמורה
6. השוקל הטוב \ מונע הנזק היעיל-הזול.
7. *מהו נזק?*
8. *מהו קש"ס?*

כל הנושאים הנ"ל הם נושאים כלליים, שאלות כלליות וכשנסיים את השאלות הללו נעבור לעוולות הבאות:

1. *עוולת הרשלנות*
2. *פלת"ד – פיצויים לנפגעי תאונות דרכים*

המשך מהשיעור הקודם:

חסרה לנו התשובה לשאלה "איך מודדים את האשם של המזיק"? 🡨 "ואהבת לרעך כמוך", "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחבריך" הם לא מדדים מספיק טובים, אנחנו צריכים תשובה יותר נחרצת. תשובה כזו ניתנה למעשה בשנות ה-30 של המאה הקודמת בארה"ב, כאשר שופט אמריקאי בשם לרנד הנד יצר איזושהי נוסחה, נוסחה שהיא כלכלית, "**נוסחת (לרנד) הנד**". הוא השתמש בנוסחא הזו בשני פסקי דין, ואז "שכחו" ממנו ורק אחרי כמה שנים פרופ' ריצ'רד פרוזנר מאונ' שיקגו, הוא הופך להיות שופט פדרלי ומביא איתו גישה כלכלית – הוא לקח את הנוסחה של הנד, ושיכלל אותה (למרות שהיא עדיין נקראת ע"ש הנד), והיא הפכה להיות מאוד נפוצה (גם בישראל), למרות שלא תמיד קוראים לה בשמה ו"מערבבים" אותה עם בחינות ונוסחאות אחרות, צריך לשם לב שאנחנו כן לומדים את זה בקורס אבל צריך לזכור שזה לא המדד היחידי שעל פיו מודדים בפסקי הדין. אז מה היא בעצם הנוסחה? אחד השכלולים לנוסחא הוא הוספת האשם התורם – הנוסחא בודקת שני צדדים במשוואה – מצד אחד את הוצאות מניעת הנזק ומהצד השני את תוחלת הנזק, כאשר תוחלת הנזק היא מכפלה של שיעור הנזק הממוצע כפול סיכוי (הסתברות) התממשות אותו נזק. **יש לציין כי זה לא באמת הוצאות של מניעת הנזק משום שזה בלתי אפשרי למנוע את הנזק אלא להקטין את הנזק, אי אפשר להגיע למצב שבו לא יהיו בכלל נזקים, אחרת זה יעלה לנו באמת הרבה כסף ואז לא יהיה משתלם בכלל לעשות כלום.**

**דוגמא מס' 1-** תנועת הצופים יוצאת לטיול. לתנועת הצופים יש כל מיני טיולים – ארוכים (במדבר) וקצרים (הצגה), ובכל טיול יש סיכון. תנועת הצופים יוצאת ל-10 פעילויות בשנה, שבסה"כ מתוך השנה הזאת חודשיים הם לא יוצאים לשום מקום, מה שאומר שבמשך עשרה חודשים הם יוצאים בממוצע לפעילות אחת. נניח כי אמצעי הזהירות הם הוצאות מניעת הנזק – נניח שיש להם תיק עזרה ראשונה שעולה 500 ₪ לשנה, ולכן זה 50 ₪ לכל טיול – מניעת הנזק בכל טיול היא בסך 50 ₪, מבחינתו של הנד שבהקשר הזה עשינו את מה שהיינו צריכים לעשות מבחינת מניעת הנזק, השקעת בזה כסף, הוא מסתכל על זה מבחינה כלכלית, השקעתי חמישים ₪ מבחינה כלכלית לכל טיול וזה בסדר. מול מה אני בודק את ה-50 ₪? מול תוחלת הנזק 🡨 צריך לבדוק את שיעור הנזק הממוצע, בהנחה שיש לי את כל הנתונים ומבחינה סטטית נניח שיוצא לנו ששיעור הנזק הממוצע הוא 700. עכשיו צריך לבדוק מהו הסיכוי להתממשות הנזק? אנו למעשה שואלים מה הסיכוי הסטטיסטי שילד יפגע (נניח שנפגע לנו ילד אחד בטיול שלנו)? נניח שלחברת הביטוח יש נתונים של חמש שנים ובסה"כ נפצעו חמישה ילדים – מה שאומר שבממוצע, נפגע ילד אחד בשנה אחת 🡨 מה שאומר שזה פעם אחת מתוך עשרה טיולים שיש לנו – 0.1\10%. כשאנחנו מכפילים את זה, אנחנו מקבלים 70, כלומר, **תוחלת הנזק היא 70, הוצאות מניעת הנזק הן 50. אנחנו משקיעים חמישים כדי למנוע 70 –** אדם כלכלי כן ישקיע חמישים כדי למנוע 70. אנחנו לא יודעים אם מחר יהיה באמת נזק בטיול או לא, אך זה קיים בוודאות באופן סטטיסטי 🡨 וודאות סטטיסטית. מה קורה עכשיו? אם ילד נפצע ותובע את תנועת הצופים, כשמגיעים לבית המשפט, אנחנו לא יודעים מה הנזק שלו אך הוא תובע את התנועה בגובה הנזק שלו. מה התנועה אומרת? כדי למנוע את הנזק היה צריך להשקיע חמישים, ואנחנו השקענו חמישים- אנחנו את שלנו עשינו, אנחנו לא רשלנים, אנחנו לא אשמים. אדם כלכלי היה משקיע את החמישים בשביל למנוע את השבעים ואנחנו עשינו את זה. אם הילד יוכיח שהיה צריך להוכיח כי היה צריך להשקיע 50 כדי למנוע 70 ולא עשו זאת אז הטענה שלו תתקבל 🡨 לדוג' במקרה בו לתנועה אין כסף להשקיע בהוצאות למניעת הנזק. עפ"י נוסחת הנד, אם היית צריך להשקיע פחות כדי למנוע יותר ועשית זאת אז אתה פטור, לא רשלן. אם היית צריך להשקיע פחות כדי למנוע פחות ולא השקעת – אתה רשלן – אתה תשלם את הנזק שקרה ולא את תוחלת הנזק! כלומר הוא לא ישלם 70 אלא הוא ישלם בגובה הנזק, גם אם הוא הרבה יותר גבוה מ-70. אדם צריך להשקיע עד 70, לא יותר מזה (זה הגבול). עפ"י גישה זו, אין "חלקים", אין חצאי נוסחה, אם צריך להשקיע 50 אז תשקיע 50, אתה לא תשקיע 30 או 40, הנוסחה פועלת רק כאשר אתה משקיע את כל הסכום שיצא בחישוב של הנוסחא!! גם אם השקעת 30, אתה עדיין רשלן, למרות שמבחינה הגיונית אז אי אפשר להאשים אותו לגמרי משום שהוא כן השקיע, אבל הנד מתנגד לזה – או שחור או לבן – או הכל או כלום – ברגע שאומרים שחור או לבן אז רוב האנשים כן ישלמו, ולא ייקחו סיכונים, משום שאם הם יידעו שאפשר לשלם על חלק אז הם תמיד ישלמו חלק ולא יישלמו את כל הסכום, הם "יהמרו". לא תמיד אפשר לחשב את הנוסחא באופן וודאי, באופן מספרי, אך זה בכלל לא חשוב להנד, אפשר לחשוב את הנוסחא גם בלי מספרים. מספיק שאנחנו יודעים שאנחנו צריכים להשקיע קצת בשביל להשקיע הרבה, מבחינה הגיונית, אז גם בלי מספרים אפשר לדעת שצריך להפעיל כאן את הנוסחא! אפשר "לשחק" עם זה: נניח שיש לי הוצאות עצמות, ושתיק עזרה ראשונה עולה המון כסף – נניח שתיק העזרה הראשונה עולה 5000 והנזק הוא 500 – הנד אומר במקרה כזה שאדם כלכלי לא משקיע כ"כ הרבה כסף בנזק שההסתברות שלו היא נמוכה. וויינרב לעומתו אומר שאדם מוסרי משקיע כל מה שצריך, בלי להתחשב לכמה זה עולה. וויינרב טוען למוסריות והנד טוען ליעילות כלכלית – בא הנד ואומר שיש נקודה מסוימת שמתחת לה משקיעים כסף ומעליה לא משקיעים – במקרה של הדוג' של הצופים – הנק' הזו היא 70 – אם זה 71 לא נשקיע.

**דוגמא מס' 2 - פלת"ד**- ניקח את דוג' הנהיגה. נניח שאדם נוהג במהירות מופרזת ודורס מישהו – אז שואלים אותו מה הן הוצאות המניעה? שיינהג יותר לאט ויותר זהיר – יש כאן בעייתיות לכמת את הרווח מנסיעה מהירה, אבל לא נכנס לזה כרגע. נניח לצורך העניין כי הוצאות המניעה הן 5 ונניח שתוחלת הנזק היא 7 🡸 צריך להשקיע 5 בכדי למנוע 7 🡨 הוא לא השקיע את ה-5 וקרה נזק. השאלה היא הא בתוך ה-5 האלו נכנס הכל? פרופ' אריאל פורת מאונ' ת"א כותב כי החישוב הוא לא חישוב סופי ולמעשה מותח ביקורת על הנוסחה – אומר כי החישוב הוא לא לגמרי מדויק, היא לא כוללת בתוכה את הסיכון העצמי – אתה לא לוקח בחשבון אפשרות שבה אתה בעצמך תינזק ממהירות מופרזת, צריך להכניס את ה"סיכון העצמי" הוצאות המניעה. זוהי דוג' לכך שהדיון שלנו הוא דיון מאוד ראשוני ושיש ספרות גדולה מאוד על הנושא הזה ויש אי הסכמה בנוגע לנוסחא.

כנראה שחיי היום יום שלנו הרבה יותר מסובכים מהנוסחא המוצגת – אנחנו הצגנו את זה בצורה מאוד מצומצמת – ההוצאות הן הרבה יותר גדולות (לא רק תיק ער"נ אלא גם חובש, תדריך וכו'). אנחנו נתנו דוגמא של תיק ער"נ, שזהו משהו שאי אפשר לחלק אותו (אי אפשר לצאת רק עם תחבושת בלי פלסטרים, המחיר הוא לכל התיק) אך בהחלט קיימים מצבים שניתן לחלק – אם צריך גם חובש וגם תיק עזרה ראשונה אז ייחלקו את זה וייקחו רק תיק עזרה ראשונה ולא ייקחו חובש בגלל העלויות ובגלל שהסיכוי הוא מאוד נמוך שייקרה מאוד נמוך, אז נניח שבגלל המצפון אני משקיע 50% ומצפה שאם תהיה פציעה אני אכסה את ה-50% הנוספים 🡨 הגישה של הנד אומרת שאם אתה מחלק את זה אז אתה גורם נזק, גם אם השקעת 99% ולא 100% אז לא מנעת את התאונה ואתה תשלם את המחיר המלא של הפציעה בביהמ"ש.

כפי שהצגנו לעיל, הנוסחא פועלת גם בלי מספרים- **דוגמא מס' 3** – דוג' הבריכה – ילד רץ לבריכה והחליק ואז הוא נפגע בבריכה העירונית 🡨 נזק גוף והוצאות. הוא רוצה לתבוע את בעל הבריכה – האם בעל הבריכה התרשל או לא התרשל? אין לנו נתונים על הוצאות מניעה, אין דיוק בנתונים אלו. השאלה היא יומיומית והתשובה היא לא טריוויאלית בכלל אך אפשר לנסות לפתור בלי מספרים את האירועון הזה. נבדוק את אמצעי המניעה, הזהירות שננקטו או שלא ננקטו.

מתי קרה הנזק? 1.7- מה זה משנה מתי קרה הנזק? לכאורה זה לא משנה– אך המשמעות היא שיש הרבה יותר ילדים בתאריך זה משום שזה החופש הגדול של הילדים הקטנים, וזה לא רק שיש יותר ילדים אלא יש נתון שהילד הרבה יותר "מתלהב" משום שזו הפעם הראשונה שהוא מגיע לבריכה בחופש הגדול 🡨 יש סיכוי הרבה יותר גדול שייגרם הנזק. יש כאן שני גורמי סיכון שתלויים במועד של הפציעה – ההתלהבות וכמות הילדים.

\*\*\* אמצעי מניעה נגזרים באופן כללי ממקום ומזמן \*\*\*

איך נערכים? בודקים איזה הוצאות הוא היה צריך להוציא, איזה אמצעים הוא היה צריך לנקוט. צריך להיכנס לתוך התחום המקצועי ולהבין מה הדרישות באותו התחום.

תוחלת הנזק: מטרתו של התובע היא להראות שהוצאות המניעה הן קטנות ותוחלת הנזק היא גבוהה.

החוכמה היא לא לתת רשימת מכולת, אלא לדלות את האמצעי האחד או השניים שהם הכי אפקטיביים, שהם הכי טובים והם כנראה גם היא זולים – ככה תגדיל את הסיכון ותקטין את ההוצאות

**נוסחת לרנד הנד**

הוצאות מניעת הנזק תוחלת הנזק

*שיעור הנזק*  **X** *סיכוי (הסתברות) התממשות*

*הממוצע הנזק*

לקרוא לשיעור הבא: פס"ד חמד בו יש מחלוקת בין הגישה כלכלית לצדק המתקן.

**שיעור מס' 10 – 12\04\23**

**היתרון במשטרים 3 ו-4:** אם אתה הוצאת הוצאות מניעה מספיקות ובכ"ז קרה נזק ועדיין אתה תשלם למרות שאתה לכאורה לא אשם – מסיבות של יעילות בעיקר, הסיבות כ"כ טובות לפעמים שהן גורמות למזיק בפוטנציאל למנוע תאונות כדי לא לשלם – כי הוא יודע שהוא בכל מקרה ישלם. בראייה חברתית כללית זהו הדבר הכי צודק בעולם – מי שהזיק, ישלם. אם המשטרים הללו כ"כ טובים אז מדוע לא כל דיני הנזיקין נמצאים בהם? (אלא רק כמה חוקים ספציפיים), תשובה אחת הינה שזה מנוגד לאשם ולטבע שלנו. אם המחוקק מחליט לצאת מהדומיננטיות של אשם מס' 2 זה רק בהנמקות מסוימות ומיוחדות למה לעבוד לאחריות מוגברת\מוחלטת.

*סימן ד'1: היזק על-ידי כלב*

***נזקים שנגרמו על ידי כלב (תיקון מס' 7) תשנ"ב-1992***

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

***הגנות (תיקון מס' 7) תשנ"ב-1992***

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

*(1)  התגרות של הניזוק בכלב;*

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

*(3)  הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.*

***שמירת דינים (תיקון מס' 7) תשנ"ב-1992***

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

**ס' 41א. - היזק ע"י כלב** – דף עבודה מס' 2 – אחריות מוחלטת על בעלי הכלב שהזיק נזק הגוף – עובר ממשטר של רשלנות לאחריות מוגברת. עולה השאלה למה רק כלב, למה לא חיות אחרות? בגלל שכלב הוא חיה נפוצה וגם מסוכנת – חיות אחרות הן פחות נפוצות (אריה) או פחות מסוכנות (חתול) – מה גרם לכנסת להעביר את היזק הכלב ממשטר 2 למשטר 4? היה גל של תקיפות כלבים מסוכנים – ברוב המקרים אלו היו תקיפות של ילדים 🡨 באו ח"כים, והכוונה הייתה להעביר חוק שקובע "הכלב שלך תקף, אתה תשלם", בלי להיכנס לשאלה האם אתה אשם או לא אשם, גם אם הבעלים יוכיח שהוצאות המניעה לא היו גבוהות והשקעת אותן או אם ההוצאות היו גבוהות מאוד ולא השקעת (נוסחת לרנד הנד), זה עדיין לא משנה אתה עדיין תשלם.

משטר האחריות המוחלטת לא בא להרע עם הניזוק אלא הוא בא להיטיב עימו, לתת לו "מסלול ירוק", אם אתה מוכיח שננשכת ע"י כלב אתה מקבל פיצויים באופן אוטומטי – אך יש שלושה מקרים בהם יש "חריגים", **הגנות** לבעלי הכלב, המופיעים **ב-ס' 41ב.** לפקודת הנזיקין:

1. *התגרות של הניזוק בכלב –* אם הניזוק מתגרה בכלב לפני תקיפת הכלב – אז הוא לא יכול לקבל פיצויים דרך החוק הזה.
2. *תקיפת הניזוק את הבכלים, את בן זוגו, הורו או ילדו* - נניח שיש סיטואציה שניתן להוכיח שהניזוק, תקף לפני שהכלב נשך אותו, את הבעלים של הכלב – הכלב רואה ורוצה להגן על הבעלים שלו והוא תוקף את הניזוק, אז על פי החוק, אין כאן מקום לאחריות מוחלטת – חברי הכנסת מבינים שאין כאן מקום לאחריות מוחלטת. אי אפשר לדעת מה היה – אי אפשר לדעת האם התוקף גם אשם וכו', הרי הכלב הוא לא בר דעת – אז באו והוסיפו את סעיף 41ג. "שמירת הדינים" – אם לתקיפת הכלב קדמה תקיפה של הנזיוק את בעלי הכלב אז במקרה הזה לא תהיה אחריות מוחלטת, ובמצב כזה לא תהיה ידו של הניזוק על התחתונה – זה לא שעכשיו "נזרק מכל המדרגות" – זה לא שהוא לא מקבל כלום אלא החוק לא חל עליו, הוא לא מקבל את האחריות המוחלטת באופן אוטומטי אלא הוא צריך להוכיח וכו', צריך להתנהל לפי החוקים הקודמים, לפי משטר מס' 2 – כפי שהיה לפני חקיקת החוק.
3. *הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים* - אם אדם נכנס ללא רשות, כדי לפרוץ למשל, והכלב התנפל עליו ונשך אותו - זה לא מתאים לחוק הזה. – זה לא אומר שהפורץ לא יקבל בכלל כסף (למרות האבסורד), אבל לא דרך החוק הזה אלא דרך המסלול הרגיל.

צריך להבין שבהתקיים כל שאר המקרים מלבד שלושת החריגים הנ"ל, הניזוק מוכיח נזק דרך חוק זה ומקבל באופן אוטומטי את הפיצויים –שלושת המקרים הנ"ל יילכו דרך החוק הרגיל, לפני חקיקת החוק הזה.

החוק הוא לא לחלוטין "שחור ולבן" – לדוג', דף עבודה מס' 2, יש כמה "תחומים אפורים":

1. **סעיף ד' -** מדובר על ילד – האם זה נחשב להסגת גבול או לא? מצד אחד, זה לא פורץ כפי שהמחוקק התכוון, זהו מקרה אפור – האם אנחנו מסתכלים על הסגת גבול בתור כל מקרה שבו אדם נכנס לשטח לא שייך לו, ושכלב לא מבחין בין ילד לבין פורץ או שמא צריך לומר כי צריך לבדוק את כוונת המחוקק ולהבין כי המחוקק התכוון לפורץ? זאת שאלה שתעלה בדיון.
2. **סעיף א'** - הילד דגדג את הכלב – יש שיטענו כי זוהי התגרות, ויש שיטענו כי זו לא התגרות כי זו לא הייתה כוונת הכלב.
3. **סעיף ג'-** מי הם הבעלים? הבעלים הוא המחזיק דרך קבע בכלב – גם אם הבעלים נמצאים בחו"ל, הם אלו האחראים, הם אלו הבעלים. האחריות הנזיקית נוצרת בגלל הבעלות הקניינית – אם זה בבית שלך אז הכלב הוא שלך. אבל השאלה עולה כאשר האדם מחזיק בכלב דרך קבע – מה קורה אז? בגמרא מבחינים בין כמה שומרים, אחד מהשומרים הוא שומר שכר– אם השומר מקבל תשלום על כך אז בתוך התשלום גלומה האפשרות שהוא יתבע במקרה שהכלב ינשוך (הוא אמנם עלול לדרוש יותר כסף במקרה כזה, "כדי לכסות את עצמו", ביטוח). אך החוק לא הלך בדרך הגמרא – ניתן לתבוע גם את שומר הקבע וגם את הבעלים – לא משנה אם השומר הוא שומר שכר או לא – המבחן הוא לא אם השומר מקבל כסף או לא, לעומת הגמרא, אלא המבחן הוא מבחן של שליטה – כלומר זה יכול להיות השאלה, שמירה בתשלום או לא בתשלום. אפשר להיכנס לתחום אפור נוסף:

* נניח שיש ילד בין 15 ושאישה מבוגרת מבקשת ממנו שיוציא את הכלב כל יום לחצי שעה והיא תשלם לו עשרה שקלים לכל יום – הוא עושה את זה כבר שלוש שנים, האם הוא נחשב כ"מחזיק דרך קבע"? הרי הוא מחזיק בו רק חצי שעה ביום.
* מקרה נוסף, זוג נסע לחודש לחו"ל והשאיר את הכלב אצל השכנים – אחרי עשרה ימים הכלב תוקף, עשרה ימים זה נשמע זמן קצר – אבל מצד שני הוא נמצא אצלם 24 שעות, זה לא חצי שעה ביום כמו במקרה הקודם 🡨 מבחינת הצטברות הזמנים זה אותו דבר כמו הילד – חצי שעה כל יום במשך שלושה שנים, ושמירת על כלב 24 שעות במשך עשרה ימים – נניח שזה יוצא אותו דבר מבחינת הזמן 🡨 הוכחה לכך שפרמטר הזמן לא מספיק לי, לא שניהם יחשבו כשומרי קבע, למרות שמבחינת הזמן נק' הפתיחה שלהם זהה – ברור לי לחלוטין שהמחוקק לא התכוון למשהו שהוא חד פעמי, משום שהוא נחשב מחזיק אבל לא דרך קבע. אך מה קורה במקרים מתמשכים? התשובה היא לא חד משמעית וברורה.

\*\*\*\* שאלה שנשאלה בכיתה והמרצה דיבר עליה חצי שעה – מה נחשב להסגת גבול? האם צריך לפנות לסעיף 29 בפקודת הנזיקין, האם צריך לפנות לחוק המקרקעין? יכולה להיות מחלוקת על זה. המחוקק היה יכול לפתור את זה באמצעות הפנייה לסעיף 29 בס' 41ב.(3) – "הסגת גבול כמשמעותה בסעיף 29 לפקודה" – אך הוא לא כתב – השאלה היא מה מתאים לך באותו רגע, אם ס' 29 עוזר לך או פקודת המקרקעין יותר מתאים לך? זה הכל תלוי באיזה צד אתה – לדוג' – אם אתה בעד חוק המקרקעין אז אתה יכול לבוא ולהגיד שהמחוקק לא הפנה ל-ס' 29, אם זה כתוב, סימן שהמחוקק לא רצה את ס' 29 בתוך ההגדרה של "הסגת גבול" ב-ס' 41ב.(3). מה יגיד הצד השני? למה שיהיה הבדל בין סעיף 29 לחוק המקרקעין? יש היגיון מאוד רציני ללכת לסעיף 29 ולבדוק מהי ההגדרה, למה שמחוקק באותה הפקודה ידבר בשני קולות? למה שבתוך פקודת המקרקעין הוא יתכוון ב-ס'29 למשהו אחד ובסעיף 41ב.(3) הוא יתכוון למשהו אחר?

***הסגת גבול במקרקעין***

*29.   הסגת גבול במקרקעין היא כניסה למקרקעין שלא כדין, או היזק או הפרעה בידי אדם למקרקעין שלא כדין; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במקרקעין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון.*

**פתרון דף עבודה מס' 2 – היזק ע"י כלב:**

1. אנחנו צריכים לקחת את ס' 41א. ולפרק אותו ליסודות המצטברים שלו, ולהראות שכולם התקיימו,

***נזקים שנגרמו על ידי כלב (תיקון מס' 7) תשנ"ב-1992***

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

* הבעלים – נתון שהבעלים הם ציפי.
* נזק גוף – יש נזק גוף, הוא נזקק למספר תפרים.

**איך בונים תשובה? (מה שמקווקו זו התשובה ומה שלא זה ההוראות לכתיבת תשובה):** לכתוב מי תובע את מי ועל פי איזה סעיף החוק ולכתוב את שם העוולה. יואב תובע את ציפי לפי ס' 41א. לפקודת הנזיקין בגין היזק על ידי כלב. יואב ננשך בידו ובגופו, נגרמו לו נזקי גוף. ציפי היא הבעלים של הכלב. עכשיו צריך לפנות להגנות. האם ציפי יכולה לקעקע את יסודות התביעה? לא, הרי זה נתון שהיא הבעלים ושהייתה תקיפה. לכן צריך להתמקד בהגנה של ס' 41ב. – ציפי תטען להגנת ס' 41ב.(1) – הניזוק התגרה בכלב – יואב דגדג את הכלב באמצעות מקל והדבר נחשב להתגרות. אנו יודעים כי אין לנו הגדרה להתגרות, לכן יואב יטען כנגד. יואב טוען כי לא מדובר בהתגרות משום שהוא רק שיחק איתו. השאלה היא כמובן מהי התגרות, אנחנו לא צריכים להכריע – יכול להיות שביהמ"ש יפנה למילון, יביא מומחה- מאלף כלבים – האם זה נחשב בעיני כלב כהתגרות או לא? יכול להיות שהשופט יגיד שהוא לא יודע ולכן הוא יעזוב את החוק הזה ויפנה לרשלנות משום שיכול להיות שהחוק לא מתאים למקרה הזה. לחלופין, יואב יתבע דרך סעיפי הרשלנות, בעקבות סעיף 41ג. – שמירת הדינים.

1. לבדוק את היסודות המצטברים, לא מתקיימים כאן משום שאין נזק גוף לפי ס' 41א. אז פונים לרשלנות ולא לסעיפים אלו – ס' 35-36-

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

***חובה כלפי כל אדם***

*36.   החובה האמורה בסעיף 35 מוטלת כלפי כל אדם וכלפי בעל כל נכס, כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של דברים להיפגע ממעשה או ממחדל המפורשים באותו סעיף.*

לא מדובר בנזק גוף אלא בנזק רכוש לכן סעיף 41א. שדורש נזק גוף לא יעמוד כאן ולכן התביעה תהיה דרך עוולת הרשלנות, ס' 35-36 לפקודת הנזיקין. (לא למדנו את הרשלנות לכן אנחנו עדיין לא מפרטים את זה).

1. האם ציפי נחשבת למחזירה דרך קבע או לא? מצד אחד, 24 שעות ביממה למשך חודש זה נחשב למחזיק קבע – זה מה שיואב יטען. מצד שני, תקופת זמן זו נחשבת למחזיק קבע, זהו פרק זמן ארוך.. בנוסף, יואב יתבע גם את יורם ומירי משום שהם הבעלים והם אשמים באופן אוטומטי – שאר התשובה איננה משתנה, כלומר זהו המשך ישיר לתשובה של סעיף א', כל מה שהוכחנו שם מתקיים גם בתשובה זו. לא לשכוח להזכיר את סעיפי החוק. קשה מאוד להכריע כאן משום שחודש זהו פרק זמן גבולי – צריך להיעזר בספרות ובפסיקה.
2. הסעיף הרלוונטי שלנו הוא סעיף 41ב.(3). יכולה להיות מחלוקת על מהי הסגת גבול, כפי שהצגנו למעלה – יש להציג את המחלוקת- יואב יטען כי הסגת גבול היא לפי חוק המקרקעין וציפי תטען כי הכלב הוא לא בר דעת וזה לא משנה אם ההסגה נעשתה לצורך ביצוע עבירה או לא ולכן זה לא משנה בעיניי הכלב לכן זה לא משנה – לפתח את הדיון שהצגנו למעלה. במקרה דנן, מתקיימות שתי הגנות – הגנה של התגרות והגנה של הסגת גבול – זה מחזק את התביעה של ציפי. המטרה היא קודם כל "להעיף" את האחריות המוגברת שיש בסעיף 41א. באמצעות ההגנות, אל הרשלנות, שהפיצויים לא יהיו אוטומטיים. מבחינת סיכויי ההגנה, בסעיף הזה הסיכויים הם גבוהים יותר – יש לנו שתי הגנות. המקרה שלנו הוא מקרה אפור ולכן יש להציג גם עוולת הרשלנות- רק למען הזהירות ולמען הסר ספק, יואב יטען ,לחלופין, לרשלנות.
3. הדבר המרכזי שמשתנה כאן הוא האזהרה. ברור שיואב כי הוא לא בסדר, ואולי ציפי בעצמה הייתה צריכה לשמור ולהיזהר ולסגור את הפרצה בגדר. ציפי תטען כי זהו מקרה מובהק של הסגת גבול, הזהירו אותו והסביר לו שזוהי הסגת גבול. לכן במקרה הזה לא תהיה מחלוקת על הסגת הגבול, הסיכוי של ציפי בהגנת הסגת הגבול תהיה חזקה יותר.

תביעה שהייתה לפני כמה שנים: משפחה הלכה לראות בית פרטיף הסתובב שם כלב חביב. אחרי כמה ימים הם חזרו שוב כדי לאות לבת שלהם את הבית –היא הייתה בת 11. הכלב נעמד עם 2 רגליים על הגדר – 2 בחוץ ו-2 על הרצפה והילדה הושיטה את היד ללטף אותו – הכלב תקף אותה. כתב ההגנה טען כי ליטוף הוא לא התגרות. יש כאן טענה של הסגת גבול – אם נלך לפי ס' 29, ההגדרה היא "כניסה למקרקעין של כדין" – אי אפשר להגיד שהילדה נכנסה שלא כדין – **הילדה למעשה לא נכנסה לתוך הבית אלא הכניסה את היד דרך הגדר** . איפה הבעיה נעוצה? הבעיה נועצה בהגדרת הסגת הגבול ולא בהתגרות – ברור כי זהו לא המקרה של התגרות, משום שליטוף לא נחשב כהתגרות. מה עכשיו, מה השופט יעשה?

* הנתבע יגיד שזהו מקרה גבולי ושזהו לא המקרה שמתאים לאחריות מוחלטת. אם לא הגישו לחלופין, לרלשנות אז התביעה צריכה להידחות. אך יוכלו דרך שמירת הדינים לפנות לרשלנות.
* כשמסתכלים על המטרות השונות, ניתן להסתכלת על מטרת "הצדק החלוקתי" – הצדק החלוקתי לא מסתכל רק על עושר אלא גם על כוח. יש לך כלב, המחוקק בא ובחר דווקא לחוקק חוק על כלב משום שהיא מסוכנת ונפוצה, ולכן הוא בא והחמיר עם בעלי הכלבים – יש כאן ילדה קטנה שבסה"כ הלכה ללטף את הכלב, כשיומיים לפני זה ההורים שלה היו שם והוא לא התנהג כך – הוא כלב דלמטי, חביב יפה וכו' – אתה צריך להיזהר 🡸 צדק חלוקתי מדבר על שליטה, על כוח. הכלב הוא באחריותך- הכלב שלך נשך, אתה תשלם. אתה לא יכול לבוא ולטעון על הסגת גבול, זה הרי לא הגיוני כאן - זה לא פורץ. אנחנו מסתכלים זה בצורה הבאה: שולט (בעל הכלב) מול מסכן וחסר ישע (הילדה בת ה-11).

**שיעור עם 01 –12\04\23**

משהו מהמשך הקורס – מקדימים את המאוחר – חזרה אל העתיד : **למדנו עד כה את מרכיב העוולה, כעת נעבור אל מרכיב הנזק ולאחר מכן נעבור אל מרכיב הקש"ס ואז נחזור לנזק ונדבר עליו כמו שצריך.**

**נזק**

הנושא קשור לחיבור של שני הדברים יחד – נזק+קש"ס – האם דיני הנזיקין דורשים נזק? האם תתכן הפעלת הדינים ללא נזק? עד לאחרונה השאלה זכתה לתשובה הברורה – לא ייתכן. יש עוולות שהנזק הוא Built In בתוכן, אם א' תקף ב' – גם אם אין הוכחה רפואית, מגיע ל-ב' פיצוי, גם אם לא הוכיח את נזקו.

נדגים על מקרה הכורים בצ'ילה – נניח שכתוצאה מהשהות הארוכה שלהם יש להם סיב בריאה אבל זה לא מפריע להם והם לא חולים בכלום אבל הם רוצים לתבוע על מחלות עתידיות – Future Damages – פעם דיני הנזיקין לא היו מאפשרים זאת משום שאין שום נזק כרגע, ויכול להיות שהוא בכלל לא יקרה בעתיד – אבל היום זה כן מתקיים. על התנהגות יוצרת סיכון, התנהגות עוולתית שרק יצרה סיכון אבל הסיכון עוד לא התממש, עד לאחרונה היה ברור שלא ניתן לתבוע – אך באו אנשי גישת ההרתעה היעילה ואמרו כי צריך לשלם – משום שגישה זו מתמקדת בעיקר במזיק. בא פוזנר ושכלל את הנד רנד ודיבר על אשם תורם – גישה ו באה ואומרת שהיא באה להרתיע ולמנוע תאונות לכן אנשי הגישה הכלכלית יש להם רצון לאפשר פיצוי גם לאנשים שלא ניזוקו עדיין – הם רוצים למנוע, להרתיע. לא יהיה תמריץ לאדם להפסיק את הפעילות המזיקה.

לדוג' – שמתי אנטנה סלולרית באמצע היישוב – יש טענות מאנשי היישוב שאולי הם יחלו בסרטן – אם לא נאפשר לאנשים לתבוע במצב שקיים היום אז הם לא יקבלו כלום משום שאין שום נזק – אבל ככה הוא בחיים לא יוציא את האנטנה. מבחינת ההרתעה היעילה זהו המקום להיכנס ולנסות לקבל פיצויים – איזה פיצוי? כמה? מי תובע? זה עלול גם לגרום להרתעת יתר.

**קשר סיבתי**

המשפט מחלק בין קש"ס עובדתי לקש"ס משפטי. צריך להראות קש"ס בין העוולה לבין הנזק. יש מקרים בהם הייתה לא בסדר אבל אי אפר לקשור סיבתית בין השניים – ברור לחלוטין שי אפשר לתבוע (יש גם מקרים אפורים).

* **קש"ס עובדתי** – נקבע לפי כל מיני מבחנים, המבחן הדומיננטי ביותר הוא מבחן ה"אלמלא" – But For Test - אלמלא מעשה העוולה של א', לא היה קורה נזק ל-ב' 🡨 המעשה\המחדל של א' הינו הסיבה המכרעת לנזק. איך בודקים את קש"ס הסיבתי? באמצעות מאזן ההסתברויות 🡨 דיני הנזיקין הם אינם שחור או לבן אלא עניין של סטטיסטיקה, השופט לא היה במקום האירוע והוא צריך להחליט את הגרסה של מי לקבל, וזה ייבדק עפ"י מאזן ההסתברויות = על התובע, על ב', להוכיח מעל 50%, הצלחת להניח את דעתו של ביהמ"ש שהעוולה ש-א' ביצע גרמה לנזק ושיש קש"ס מעל 50% - גם 50.1% תופס. להוכיח לביהמ"ש שיותר מסתבר, סביר שכן מאשר שלא, יותר סביר שהעוולה גרמה לנזק מאשר שלא. אם השופט שומע את כל העדויות – והוא אומר לעצמו יותר סביר מאשר שלא, אז מתקבל. צריך להוכיח את זה לפי מבחן האלמלא. למדנו כבר שבהרבה מאוד מקרים, כשאומרים מספרים לא תמיד משתמשים בהם – לדוג', בנוסחא של לרנד הנד משתמשים גם כשאין מספרים. ברוב התביעות לא ניתן לכמת את אחוזי ההוכחה – השופטים לא באים ואומרים שהם השתכנעו ונוקבים מספר מסוים – "הוכיח לי ב-77%".

**סיכויים וסיכונים בדיני הנזיקין**

נשאלת השאלה– איך המשפט ודיני הנזיקין מתייחסים לסיכונים וסיכויים?

יש שרשרת של מקרים של מצבים אפורים, בעיתיים – מצבים בהם אני יודע שההתנהגות של א' הייתה לא בסדר, ואנו יודעים שזה לא מספיק וגם צריך נזק. אני יודע שההתנהגות של א' לא הייתה בסדר משום שהיא העמידה את ב' בסיכון, אני יודע של-ב' נגרם נזק אבל לאו דווקא בגלל מעשיו של א' – למשל אדם שחלה בסרטן ואומר שזה בגלל אנטנה סלולרית אבל אי אפשר להבטיח שזה מגיע שם – יש בעיה בהקשר העובדתי, יש בעיה להגיע להוכחה של מעל 50%. סיכום מצב – א' לא בסדר, ב' מגיע עם נזק ויש בעיה בהוכחה של הקש"ס מעל 50% - מה קורה אז? נבין את זה מתוך דוגמאות:

1. דוגמא מס' 1 – דוג' מדוברת בכל העולם, דוג' אנגלית מלפני 100 שנה. **דוגמת הציידים** – יש לנו 3 ציידים - צייד 1, צייד 2 וצייד 3 – ציידים 1 ו-2 הולכים ביחד וצייד 3 הולך קצת מקדימה – צייד 1 ו-2 בטוחים שהם שמעו רעש של טרף טוב, של צייד טוב – והם שוכחים שיש להם צייד שלישי מקדימה, הם יורים כדי להשיג את הצייד – והצייד השלישי נפגע מכדור אחד – לא ברור מי פגע משום ששניהם ירו ורק כדור אחד פגע בו. מצד אחד, אפשר לשאול מה זה משנה בכלל מי ירה? הוא נפגע – שניהם יכלו לפגוע בו באותה המידה. אם מה שמעניין אותי זה ההתנהגות המעוולת – 1 ו-2 העמידו אותו בסיכון אז שניהם צריכים לשלם, שניהם עיוולו והתרשלו באותה המידה בדיוק. אם היינו מחלקים את המקרה הזה לשני מקרים נפרדים – היה ברור מה קורה – אם היה הולך 1 מאחורי 3 והוא היה יורה אז הוא היה האחראי והמזיק והיה ברור – מקרה שני, 2 היה יורה ומפספס – זה היה רק מקרה – והוא לא היה משלם – למה 1 משלם ו-2 לא? זה לא בסדר! אז אולי זה צריך להיות ככה במקרה ששלושתם היו במקרה? רק אחד ישלם והשני לא – למה זה משנה את זה? זו הבעיה של התובע. ההסתברות של אחד מהם היא 50% לפגוע – לא עומד במבחן האלמלא – לא מספיק 50%, צריך יותר מזה! על פי הכללים הרגילים אני לא אוכל לתבוע לא את 1 ולא את 2 – זה המצב – יש לנו כלל של מעל 50% ולכן אי אפשר לתבוע. מה הדרך בכ"ז לתבוע?
2. יש אפשרות לעבור למודל הבא - **אחריות קיבוצית – Collective Liability** – פורת במאמרו מציע לעבור למודל הזה – נניח שהארנק של המרצה נגנב אז יש סיכוי של 1% לכל אחד מה-100 אנשים שיושבים בכיתה לגנוב את זה🡨 לפי מבחן האלמלא אף אחד לא הזיק, אין 50%. פורת בא ומציע אחריות קיבוצית –כקבוצה עברנו את ה-50% - כולם היו לא בסדר, כולם העמידו אותי בסיכון, ניתן להטיל אחריות על כל חברי הקבוצה ולכן גם את הציידים ניתן לתבוע כקבוצה וכך נעבור את ה-50% ונוכל לתבוע. בישראל גישה זו לא אומצה.
3. **מוניות** – עיירה אמריקאית שיש בה שתי חברות של מוניות – מוניות כחולות ומוניות צהובות – אדם רואה תאונה כשהוא יושב במרפסת – רואה תאונה פגע וברח – הוא מזמין משטרה ומתחילים לחקור אותו – שואלים אותו איזה רכב זה היה? הוא אומר שהוא לא יודע כי היה חושך – אבל הוא יודע באופן וודאי שזה מונית. מה שאנחנו רוצים לדעת מבחינת הבתיעה הנזיקית הוא לאיזה חברה שייכת המונית – כדי לתבוע את בעל החברה.

אילו פתרונות עומדים לרשותינו?

1. השוני מהדוג' הזה לבין הדגו' של הציידים – שם שני הציידים לא היו בסדר ופה רק חברה אחת לא הייתה בסדר 🡨 **אי אפשר להחיל פה אחריות קיבוצית**.
2. **הפיכת נטל הראייה** – להפוך את נטל הראייה למד הפוגע. ביקורת על פורת ושטיין שמציעים זאת – הסיכוי של האדם להוכיח שהוא לא בסדר מאשר שהוא כן בסדר הוא קשה מאוד - "לך תוכיח שאין לך אחות".
3. **גישת הרע במיעוטו** - כדי לפתור את הדילמה של המוניות בדרך קונבנציונאלית, התשובה היא שהתובע הולך הביתה – זוהי תשובה לא טובה, למה? אני בודק את זה מול מטרות דיני הנזיקין - אין פיצוי לניזוק; המעוול לא תיקן; הרתעה יעילה-לא התקיימה כאן; צדק חלוקתי – החזק ברח, החלש לא קיבל פיצוי 🡸 תשובות אלו מנוגדות למטרות דיני הנזיקין.מצד אחד מאזן ההסתברויות לא מתקיים כאן ומצד שני המטרות "צועקות" לתת פיצוי – ישנו עימות בין דיני הנזיקין לבין דיני הראיות. פתרון: נבדוק למי יש יותר מוניות ונגלה שיש 70% מוניות כחולות ו-30% מוניות צהובות 🡨 ברור שיש יותר סיכוי שהמוניות הכחולות ביצעו את הנזק – יש להם סיכוי של 70% להזיק, כלומר מעל 50% ולכן כביכול לפי מאזן ההסתברויות המוניות הכחולות צריכות לשלם – אבל מה יקרה אם תהיה שרשרת של תאונות פגע וברח? עד התאונה ה-7 תשלם החברה של המוניות הכחולות והמונית ה-8 עד ה-10 הצהובות ישלמו – אבל מה קרה כשיש רק תאונה אחת ולא עשר תאונות? נחלק את הפיצויים ל-30% לצהובות ו-70% לכחולות – נניח שהפיצוי הוא מיליון ₪ - הצהובות ישלמו 300,000 ₪ והכחולות ישלמו 700,000 ₪. זה פתרון מאוד הגיוני כשעוברים לעולם של הסתברויות. זה לא שהשופט ויתר על מאזן ההסתברויות – הוא יצטרך להוכיח את ה-30% של הצהובות מעל ל-50% - כלומר להוכיח שהוא אשם ב-30% ברמה של מעל 50% - אין ויתור על דיני הראיות למרות שעברנו לעולם של הסתברויות. זאת כמובן בהנחה שהמקרה הוא סטרילי – אנחנו מדברים על מקרה בו שאף מונית זרה לא נכנסה.

**לסיכום, היינו אומרים שהתובע היה אמור ללכת הביתה אך עשינו מעבר לעולם ההסתברויות מעולם המציאות – לחלק את האחריות הנזיקית לפי הסתברות הפגיעה.**

נבדוק לאור פתרון זה את מטרות דיני הנזיקין – תמיד צריך לבדוק את הפתרון לאור מטרות דיני הנזיקין ולראות אם הוא עולה בקנה אחד עם המטרות:

* פיצוי – יש פיצוי, התמלאה המטרה.
* צדק מתקן – התובע מקבל כסף אבל לאו דווקא מהמזיק עצמו, הצדק המתקן לא מתקיים במלואו.

\*\*\* דוג' לכך שלא תמיד פיצוי וצדק מתקן עולים בקנה אחד – זוהי דוג'

למקרה בו יש פיצוי אבל הצדק המתקן לא מתמלא \*\*\*\*\*

* צדק חלוקתי – לא ברור אם הוא תקיים. בסופו של דבר רק נהג אחד גרם לפגיעה ומישהו אחר "אכל" אותה, לא בטוח שזה מחלק את הנזק כמו שצריך – הוא עומד בסימן שאלה.
* הרתעה יעילה – מתמלאת באופן מושלם. למי שיש יותר רכבים משלם יותר ולמי שיש פחות רכבים משלם פחות – יש לך רכבים ואתה צריך להיזהר, כל אחד שילם לפי הסיכון שהוא גרם 🡨 לא הרתעת יתר ולא הרתעת חסר.

מה עדיף? שכל מטרות הנזיקין לא יתמלאו או לעבור לעולם ההסתברויות ולמלא חלק מהמטרות? המרצה חושב שזה עדיף לעבור לעולם ההסתברויות – עדיף שלפחות חלק מהמטרות יתמלא מאשר בכלל לא, זה לא הוגן שניזוק יילך הביתה בלי כלום 🡨 **גישת הרע במיעוטו**.

1. מקרה DES – בנות בגילאים 12+ חולות בסרטן צוואר הרחם – ניסו לראות מה קורה פתאום, למה יש התפשטות כזו אצל ילדות כל כך צעירות? הצליחו להגיע במאזן הסתברויות בבדיקה כי תרופה שאמא בהיריון לוקחת בזמן ההיריון ונקראת DES פגעה בעובר באופן כזה שהיא גרמה לילדות לחלות במחלה זו – קישרו את זה באופן סיבתי לתרופה הזו. נניח לצורך העניין שברור מעל 50% שזה בגלל התרופה – מניחים כי המקרה הוא סטרילי. כל הילדות צריכות לתבוע ביחד את יצרן התרופות. התברר שלתרופה יש 200+ יצרנים שונים רק בתוך ארה"ב, מה שנקרא "תרופה גנרית" – תרופה שיש לה כמה חלופות – כמו במקרה הציידים – יש כמה אנשים אבל רק אחד אשם. בית המשפט בא ואמר בוא נטיל **אחריות לפי נתח שוק** – Market Share Libility - אחריות לפי אחוזים – אבל לא בדיוק כמו במוניות – מכיוון שרק יצרן אחד עשה את זה, כשאני מגיע לדוקטורנטית אחריות לפי נתח שוק – פה אפשר להתחיל לצמצם, לא נתבע את כל היצרנים – איך מצמצמים? נסתכל על התובעת הספציפית, היא מגיעה מעיירה מסוימת – נבדוק איזה יצרנים מכרו שם באותה תקופה את הכדורים – נניח שאנחנו מגלים שיש 3 יצרנים כאלה, בודק כמה הם מכרו ומחלק לפי זה את האחוזים.
2. קורנהויזר = הערכאות השונות הנתנו פתרונות שונים. היו מעוולים במשותף – האם נלך לפי עוחם ההסתברויות – כל אחד ישלם שליש. אם נלך בעולם המציאת – אם שני הכלבים של קורנהויזר גרמו את מירב הנזק, אני אלך לנוסחא ואבדוק לפי אשם, או אחריות מוגברת של היזק ע"י כלב.
3. **פגיעה בסיכוי או אובדן סיכויי החלמה**- מקרה של הרשקוביץ בוושינגטון 1-982 ומקרה ממש דומה שדקרה בישראל שנקרא פתאח והתרחש בשנוץ ה-70. אדם שהולך לרופא ואומר לו שיש לו כאבי בטן והרופא שואל אם הוא אכל משהו ומביא לו תרופה. אחרי כמה ימים חוזר האדם לרופא ואומר לו שהכאבים לא עברו למרות שהוא לקח תרופות. הרשקוביץ נעלם לכמה חודשים והרופא מניח שהדבר הסתדר. אחרי כמה חודשים הרשקוביץ מגיע לרופא אחר ומספר לו על מה שקרה ומספר לו שחודשים האחרונים הכאבים נרגעו וחזרו בימים האחרונים. הרופא ממשש לו את הבטן ושולח אותו בדחיפות לבית חולים ומגלים ביום למחרת כי יש לו גידול בבטן. הרשקוביץ עובר ניתוח ומוציא את הגיגדול אך אחרי כמה חודשים הוא נפטר. עזבון הרשקוביץ מנהל תביעה מול קופת החולים – תביעה דיי ברורה – יש פה מחדל לפי לרנד הנד – הרופא היה צריך לשלוח אותו לבדיקות, גם בלי להיות רופא אתה מבין שאם הוא מתלונן ולא עובר לו אז צריך לשלוח אותו לבדיקות – למרות שגם זה לא תמיד נכון – הבדיקות הם מאוד יקרות ואי אפשר לשלוח ישר לבדיקות אלא אחרי כמה פעמים והרשקוביץ’ לא חזר לרופא בפעם השלישית ויכול להיות שבפעם השלישית הוא כן היה שולח אותו. בוא נניח לצרוך העניין שהוכחנו שהרופא התרשל וגם לנזק. באים לבית משפט והרופא טוען שהוא לא התרשל – מה הוא טוען? אין קש"ס – מה הרג את החולה? הרופא או הגידול? הגידול – אי אפשר לתבוע את הגידול, לא הרופא גרם לחולה שיהיה לו גידול, הוא כבר הגיע עם גידול. א' לא יצר את הסיכון ל-ב' אלא הוא לא עשה את מה שהוא היה צריך לעשות כדי לעצור את הסיכון. הרופםא טוען כי החולה הגיע אליו כבר עם הגדיול הסרטני וכי כבר גם ככה לא היו לו הרבה סיכויים לחיות – בסרטן יש לנו אפשרות לבדוק באחוזים מה הסיכויים להחלים – הנתונים אמרו שעל פי כל הנסיבות שהוא הגיע עם 61% סיכויים למות ו-39% לחיות ברגע שהוא הגיע בפעם הראשונה לרופא – הרופא יטען שכשהחולה הגיע אליו היו לו פחות מ-50% לחיות – יש לי רק 39% אשם – הגורם המכריע למוות שלו הוא הגידול – לגידול יש אשם של 61% 🡨 עולם ההסתברויות – מחפשים מעל 50% לגורם המכריע לנזק – 61% לגידול – זוהי טענה קשה ונבזית אבל נכונה. מה עשה ביהמ"ש בוושינגטון? עבר בפעם הראשונה בעולם לעולם ההסתברויות והכריז כי על הרופא לשלם 39% מהנזק – כי הוא לקח את 39% סיכויים לחיות והוריד אותם ל-0%. הרופא בא וטען שכשהוא הגיע אליו היו לט 39% לחיות וכשהוא הגיע לרופא השני היו לו 25% לחיות – אז הוא אחראי על 14% ולא על 39%, כי הוא לא הוריד את זה ל-0%. מתוך מיליון דולר הוא קיבל 140,000$. המרצה טוען שחישבו את זה בצורה לא נכונה משום שה-14% ירדו מה-39% ולא 14% מ-100% - ולכן הפיצויים היו צריכים להיות נמוכים אפילו פחות ממה שנקבעו.
4. **הגברת סיכון** – מקרה מלול – פס"ד הנזיקי "הכי חם" של השנים האחרונות. אישה מגיעה לבית החולים בשבוע 29 להיריון + 6 ימים – יום לפני השבוע ה-30. היריון תקין הוא היריון של 40 שבועות 🡨 אם הולכת להיות לידה זו הולכת להיות לידת פג. היא מגיעה לביה"ח בגלל דימום שמקורו לא ידוע. מה שברור הוא שמקורו איננו עוולתי – זה לא בגלל שמישהו תקף אותה, לא בגלל שזה מחדל רפואי וכו'. הרופאים מתכוננים ללידת פג ובאיזשהו שלב יש ירידת מים ויש גם התרשלות של הרופאים – בהינתן שיש אישה במצבה שמגיעה לבי"ח הרופאים היו צריכים ישר לעשות ניתוח קיסרי ולא לחכות למים יורדים אבל הם השתהו ולקח להם 45 דק' שזה נצח במושגי היריון – ונולדה ילדה עם 100% פיגור שכלי – את מי הם תובעים? יש לנו פה שלושה גורמים: דימום, פגות והתרשלות – הם יכולים לתבוע רק את הרופאים כי השאר הם גורמים שלא תלויים באף אחד. אם נשאל מומחה הוא יגיד לנו שדימום יכול לגרום לנזק, פגות יכולה לגרום לנזק, וגם עצם האיחור בניתוח הקיסרי יכול לגרום – מה שהשופטים לא מבינים שיכול להיות גם סינתזה – שהכל ביחד. מגיעה השאלה מה עושים? אחרי השיעור הזה אנחנו צריכים לבוא ולהגיד שנעשה מה שעשינו עם המוניות – מחפשים את החלק של הרשלנות בנזק ורופאים ישלמו את החלק הזה. אבל מה קרה כשבאים לחקור את העדים המומחים והרופא בא ואומר שהכל יכול לגרום ומבקשים ממנו שיחלק את זה והוא אומר שהוא לא יכול לחלק כי הוא לא יודע מה היה ואיך זה קרה – שואלים אותו מה הסיכוי שהרשלנות גורמת לנזק מוחי כזה, מתוך הניסיון הרב שלך? הוא לא נותן לו מספר אלא אומר "אין לשלול קש"ס בין ההתרשלות לבין הנזק" – מה עושים עכשיו? זה הרי ברור שיש קשר. **שיעור מס' 11 – 12\04\30**

**חזרה כללית על החומר – מה למדנו עד כה?**

1. *נוסחת אחריות נזיקית* :

עוולה + נזק + קש"ס

א' – מזיק ל 🡨 ניזוק-ב'

ב' – תובע את 🡨 נתבע – א'

1. *מטרות דיני הנזיקין*

פירוק הנוסחה לגורמים:

1. *מהי עוולה?* (למדנו בשיעור הקודם) הצגנו כמה סטנדרטים – חילוני, דתי וכו' והגענו למסקנה שהסטנדרט הדתי לא מספיק לנו ואז פנינו לחילוני ושמנו לב, באופן לא מפתיע, שאין תשובה אחת קבועה אלא חמש תשובות, חמישה משטרים:
2. אשם רשלנות – "אתה אשם, אתה תשלם", זוהי האמירה האינטיאוטיבית ביותר כשיש נזק.
3. אשם רשלנות + אשם תורם – לפעמים לניזוק יש אשם בנזק של עצמו אז אנחנו מפחיתים לי את האשם התורם.
4. אחריות מוחלטת
5. אחריות מוגברת\חמורה
6. השוקל הטוב \ מונע הנזק היעיל-הזול – מה שנלמד היום.
7. *מהו נזק? –* הזכרנו את זה קצת בשיעור הקודם- ונמשיך את זה היום.
8. *מהו קש"ס? –* למדנו את זה בשיעור הקודם עם 01.

כל הנושאים הנ"ל הם נושאים כלליים, שאלות כלליות וכשנסיים את השאלות הללו נעבור לעוולות הבאות:

1. *עוולת הרשלנות*
2. *פלת"ד – פיצויים לנפגעי תאונות דרכים*
3. **השוקל הטוב/ מונע הנזק הזול או היעיל ביותר-** את משטר האחריות הזה הציע גוידו קלברזי, דיקן באוני' ייל. (אנשי הגישה הכלכלית לא מתנגשים עם הצדק המתקן, בתוך הגישה הכלכלית יש אי הסכמות- בין פוזנר שמבסס על אשם- לרנד הנד לקלברזי שלא מתבסס על רשלנות כלל) במשטרי האחריות הקודמים ראינו כבר את הרוב. הגישה של קלברזי מתבססת על משטר 3- אחריות מוחלטת( שהיא יעילה מאד לכאורה בחוקים ספציפיים) , אך שונה מעט. שאחריות מוחלטת לעיתים תוטל על המזיק ולעיתים תוטל על הניזוק. קלברזי מציג ב1970 בספר "cost of accident" מציג את תורתו החדשה: מונע הנזק היעיל ביותר, כעבור שנתיים הוא כותב מאמר עם ג'ון הירשוף ובו הוא משכלל את המשטר ל"השוקל הטוב" . השיטה מבוססת על הרתעה,מניעת נזקים ולא אשם. קלברזי אומר כך: אני לא קובע מראש מי יישא תמיד בכל האחריות. אני מחלק את המזיקים והניזוקים לקבוצות. לדוג'- בתאונות דרכים החלוקה היא לנהגים והולכי רגל. צרכנים מול יצרנים. חולים מול רופאים. אנחנו לא מסתכלים על המקרה הקונקרטי אלא המצב בכללותו, האחריות מוחלטת אך נבדקת לפי הקבוצה. אני משייך את א' וב' לקבוצות שלהם. קלברזי מנסה לאפיין כל קבוצה, להתבונן מי באופן יחסי מבין הקבוצות יכול "לשקול" טוב יותר את הנזק, לראות אותו מלכתחילה ולעשות יותר עמ"נ למנוע אותו, ועליו תוטל האחריות. לעיתים זה יהיה המזיק (ואז זה דומה למשטר 3) ולעיתים נראה שזה יהיה הניזוק .   
   דוגמאות:
   1. צרכנים ויצרנים: הצרכן הוא הניזוק והיצרן הוא המזיק. אדם נפגע ממוצר, הוא קונה מכסחת דשא ומכסח את הדשא, המכסחה עולה על אזור טרשים בגינה והלהב נשבר וגורם לאדם נזק גוף. בא קלברזי ומנתח: מי נחשב לשוקל טוב יותר? אחד הפרמטרים המרכזיים הם זמינות המידע. שלאדם יש מידע על הסכנות שיש במוצר והוא יכול לעשות משהו עם המידע הוא יהיה השוקל הטוב. במקרה זה הצרכן הוא השוקל הטוב- יש חוברת מטעם היצרן עם הוראות, ויש על המכסחה מדבקה שאין לכסח באזור טרשים. זאת ועוד- כל אדם שקונה את המכסחה חייב להגיע לחנות המפעל ומקבל הסבר בע"פ על תפעול המכסחה. ז"א- הצרכן הוא בעל המידע הכי גדול שיכול להיות! מצד שני יטען הצרכן- בכלל השכן שלי השתמש במכסחת דשא והוא לא ידע על ההוראות. למרות שאני השוקל הטוב- יכול להיות שאני אפגע למרות המידע. כשמעמידים צרכן מול יצרן טיפוסי, יוצא שקבוצת הצרכנים אינה שוקלת טובה- למרות שמובא אליה מידע היא עדיין נפגעת. קלברזי טוען שתמיד יצרן יהיה שוקל טוב יותר- הוא מתכנן את המוצר ולכן בוודאות יש לו יותר מידע. המהנדס יצטרך למצוא פתרון לסכנות שבמוצר, היצרן יצטרך לחשוב על כל תרחיש אפשרי על מנת למנוע נזק. דוג' : אדם נכנס לקנות ולוו ונבהל מהמחיר אך המוכר משכנע אותו שהרכב שלהם הכי בטיחותי ושווה את המחיר. הקונה מקשה ומראה שהייתה תאונה קשה עם ולוו אך המוכר אומר לו שהם בטוחים כמעט במאה אחוז. אחרי 20 שנה הוא מגיע לאותו אולם תצוגה, המוכר אומר לו שהוולוו הזה יותר טוב מהקודמים- הקונה תוהה איך ייתכן הרי לפני 20 שנה הוא גם היה הכי טוב- זה יחסי לזמן. קלברזי אומר שכרגע נניח שאתה לא יכול להפוך את המכסחה ליותר בטיחותית- תמתין ותנסה לפתח עם הזמן תמצא פתרון. עקרונית- היצרן הוא השוקל הטוב תמיד (יש מס' מקרים חריגים שנראה בהמשך). בטווח הרחוק זה יגרום לפחות תאונות כי היצרן ידע שהאחריות עליו תמיד ולכן יהיה לו תמריץ למנוע נזק לעיתים המידע מגיע לידי ביטוי באמצעים אחרים:
   2. נהגים מול הולכי רגל- וארעה תאונה. על מי תוטל האחריות? יש ביטוח לנהגים ולכן עליהם תוטל האחריות, בנוסף- השוקל הטוב ניזון ממידע והמידע הזמין הוא יותר לנהגים. לגבי נהגים יש לנו גוף שמעביר להם מידע ומפקח בצורה יעילה- הביטוח- הנהג יודע עד כמה הוא מסוכן, אדם משלם יותר אם הוא יותר מסוכן (פרמיות ביטוח שונות לכל אחד לפי מידת מסוכנתו.) הולכי רגל אינם מבוטחים! חברת הביטוח מיידעת אותך עד כמה אתה מסוכן. יש לחברה כל מיני אמצעים עמנ להפוך את הנהג לשוקל טוב יותר. אפשרות 1- החברה מיידעת אותך שיצא מוצר חדשני- חיישן באחורי הרכב שיכולה למנוע התנגשות בין רכבים. לא כולם קונים את החיישן הזה. איך אפשר לגרום לנהג לקנות את החיישן עמ"נ למנוע נזק? חברת הביטוח פונה לחברה שמייצרת את החיישן ומתחייבת לרכוש קבוצתית כמות מסויימת וכך מוזילים את העלות לנהג. קלברזי אומר- אתה יכול לשלוט בצורה מבוקרת על יכולת הנהג להיות שוקל טוב. המדינה לעיתים מחייבת אותך לקנות מוצר ולמנוע נזקים. דוג' לכך- אפוד זוהר שאדם חייב להחזיק ברכב ע"פ החוק. יש אפשריות רבות לתמרץ את הנהג להיות "השוקל הטוב" .למה הולכי רגל לא יהיו שוקלים טובים? הסיבה היא שפעילות ההליכה אינה מאורגנת ולא מבוטחת. זה לא יעיל- לא ניתן לדעת את מידת מסוכנתו של הולך הרגל כמו שמעריכים נהגים. אם היינו מטילים פריימה חובה להולכי רגל הוא היה אחיד וזה לא הוגן.
   3. מעבידים ועובדים- מה ההיגיון שהמעביד ישלם? מי השוקטל הטוב ביותר? תמיד זה יהיה המעביד. אפשר לכאורה לטעון להפך- השוקל הכי טוב הוא העובד שהוא מכיר את המכונות- אומר קלברזי, מכורח המציאות תאונות העבודה מוכיחות שאדם פועל אינו שוקל טוב ואינו נזהר אפילו על עצמו ותמיד זה יהיה המעביד. גם אם המעביד היה בסדר גמור והשקיע הכל כדי למנוע נזק. קלברזי טוען שכמו עם היצרן-אתה תמיד יכול לעשות יותר כדי למנוע נזק, שב ותחשוב מה אתה עושה.

* לעיתים צריך לבחור למי להזיק- לא' או לב'- דריסת ילד מול פגיעה בקיוסק והנהג העדיף לפגוע בקיוסק. (שאלה שנענה עליה בהמשך).
* קלברזי טוען שהיצרן הוא שוקל טוב כל עוד הצרכן עושה שימוש הגיוני במוצר.
* ההבדל בין השוקל הטוב למונע הנזק- יש מקרים שמאפשר לך לא למנוע את הנזק אלא לתמרץ מישהו אחר למנוע נזק – אתה השוקל הטוב ביותר אך לא המעשה שלך ימנע את הנזק, אלא אתה יודע מה האדם שיגרום את הנזק צריך לעשות עמ"נ למנועו. לדוג'- חברת הביטוח והנהג.
* דוגמאות בכיוון ההפוך- כאשר הניזוק הינו בעל אחריות מוחלטת:
  + 1. קלברזי נותן דוגמא לא לשימוש חורג, כמו לזרוק את הבקבוק על מישהו, אלא אם מישהו פותח את הבקבוק והפקק עף לאותו אדם לעין. הדוג'- נניח שאדם יוצא מביתו לכסח דשא והוא רואה אדם שהתעלף או חוטף התקף לב. מה הוא עושה? הוא מעלה את אותו נפגע על מכחסת הדא, ועל כך "מגיעה לו מדליה". מי השוקל הטוב לפי קלברזי? הצרכן. זה שימוש חורג לחלוטין מהכוונה שלשמה ייצרו את מוצר – דוגמא שמפרידה בין משטר 3 ל-5 – זאת עדיין אחריות מוחלטת אבל במקרה הזה היא מוטלת על הצרכן – על הנזק שנגרם אני, היצרן, לא אשלם לך משום שאני לא השוקל הטוב.
    2. תרופות – חולה לוקח תרופה. באופן עקרוני, דיי ברור שיצרן הוא השוקל הטוב או הרופא שנתן את הרופא הוא השוקל הטוב – זוהי לא דוג' טריוויאלית אך בד"כ הרופא הוא השוקל הטוב. הדוג' של קלברזי: המקרה הרגיל, לא החריג: אדם מגיע לרופא שהוא הרופא שלו כבר 30 שנים והרופא נותן לו תרופה לכאבי בטן והרוקח שואל אותו אם הוא חולה סכרת? החולה אומר שכן והרוקח מספר לו שהתרופה בעלת סוכר מינון גבוה. הרוקח שואל אם הרופא יודע שהוא חולה סכרת? החולה אומר שכן. הרוקח אומר לו אז איך הוא נתן לך את התרופה הזו? בנק' זו אפשר לומר שהצרכן הוא השוקל הטוב משום שיש לו מידע והוא יודע שהתרופה בעלת מינון גבוה של סוכר – אך לפי קלברזי, עדיין הרופא הוא השוקל הטוב, למה? משום שיש הרבה אזהרות על תרופות, לדוג' עלון השימוש לצרכן שיש שם מלא אזהרות הזויות, אז החולה מניח שהרופא לקח את הכל בחשבון, הוא מכיר אותו ואת עברו, הוא מכיר את התרופה והוא בכ"ז נתן לו את התרופה – החולה יכול להניח שהרופא יודע שהוא חולה סכרת, למה בכ"ז הוא נתן לו תרופה לסכרת? החולה מניח שהרופא נתן לו את התרופה בהתחשב בעובדה שהוא יודע שהוא סכרת, מהשיקולים שלו- נניח שהוא חושב שזה לא יחמיר את מצבו הסוכרתי. מה קורה בתרופה או בטיפול שהוא אלקטיבי, מבחירה, טיפול שבא מתוך בחירה? כשמדובר על טיפול שהוא לא מציל חיים, הוא לא חיוני, נניח טיפולים קוסמטיים – אף רופא לא יגיד שחייבים לעשות את זה אבל אנשים עושים את זה על שק"ד האישי שלהם – קלברזי אומר - בשנת 1972, עוד לפני מהפכת האינטרנט - במקרה הזה החולה הוא השוקל הטוב. למרות שהרופא אישר לך לעשות זאת, אתה צריך לבדוק את זה, לברר על זה – זה לא דחוף, אתה לא חייב את זה עכשיו, הוא לא חיוני ואתה יכול לברר על זה. נניח מצב בו הרופא עשה טיפול לא חיוני והטיפול נכשל – מה יקרה אז? הרופא לא ישלם שום פיצוי למנותח, למה? משום שיכולת לבדוק, יכולת לברר, לא עשית זאת. המידע מצוי בידיים של הצרכן והוא לא נמצא בשום מצב חיוני ודחוף ולכן יש לו אפשרות לשבת ולבדוק – הוא השוקל הטוב. מה זה שונה מהמכסחה? ההבדל נובע מכך שהחולה עושה משהו שקשור לגוף שלו והמעשה הזה הוא לא חיוני – זה לא כמו מכסחת דשא. לכן במקרה של חברת קוסמטיקה, היא לעולם לא תשלם כי האחריות היא על הצרכן. הנזק היחיד שיגרם לחברת קוסמטיקה זה הפסד כלכלי והשוק יעשה את שלו- מבחינת קלברזי זה מספיק, יש כוחות אחרים בשוק שיפעלו.   
       המרצה לא מסכים על קלברזי. לפני שנה וחצי בפרוייקט משותף עם מרצה מהמשפט העברי שלמד על תורת קלברזי, מתפתח דיון בינהם. אותו מרצה מהמשפט העברי מוציא את "מורה נבוכים" בו הרמב"ם מסביר את הגישה של השוקל הטוב, ולמצבים בהם עולות שאלות רבות הוא נותן הסברים. בשורה התחתונה: לפי קלברזי כל עוד התרופה היא חיונית (ולא קוסמטית), על אף עלון המידע והאזהרות, היצרן תמיד יישא באחריות.

**לעשות את דף מחשבה מס' 1**

ועכשיו חוזרים **לקש"ס** –

פיצוי יחסי וחלקי – כך נקראים הפיצויים של הרשקוביץ – זה לא שהוא קיבל חלק מהפיצויים, אלא שהוא מקבל את הפיצויים שמגיעים לפי ההגדרה החדשה בביהמ"ש. מלול יוצר הלכה חדשה – על הסיפור של פתאח והרשקוביץ אין מחלוקת שלא כמו בפס"ד מלול. אין הבדל מהותי, לדעת המרצה, בין מלול להרשקוביץ – "הורדת הסיכויים להחלים" לעומת "העלאת הסיכויים לחלות, הגברת סיכון".

מגיע מקרה לפני מלול שהוא קרישוב – לקרוא את פס"ד – אדם עבד במוסך של קיבוץ מעיין צבי במשך שנים רבות וחלה בסרטו הלימפא. באיזשהו שלב הוא קורא מחקר שמעיד על קשר בין אסבסט לבין מחלת סרטן הלימפא – הוא נחשף לאסבסט במהלך כל שנות העבודה והוא מבקש לתבוע את המוסך. עו"ד בודק ומוצא כי שישה מתוך 14 עובדים במוסך חלו בסרטן אבל, יש כמה בעיות:

* בסיס מחקר או סקר שאף איש סטטיסטיקה לא שם את ידו עליו. אי אפשר לעשות סטיסטיקה על 6 מתוך 14 🡨 14 איש זה בסיס סקר מאוד קטן.
* כדי לעבור את ה-50%, אני צריך להוכיח ש-8 אנשים חלו בסרטן, ויש לו רק 6 🡨 צריך להוכיח מעל 50% קשר בין העבודה עם אסבסט לבין התחלואה בסרטן הלימפא. מבחינת קרישוב יש כאן בעיה. איך פותרים את הבעיה הזו? עוברים לעולם ההסתברויות, כמה פיציויים מגיעים לו? 14\6 ואז לכפול במאה – מה פוסק ביהמ"ש? הפתעה. צריך לקרוא את פס"ד.

**שיעור מס' 12 – 12\05\02**

**תזכורת:**

הנזק במקרים של הרשקוביץ ופתאח – אובדן סיכויי החלמה.

הנזק במקרים של מלול וקרישוב – הגברת סיכון.

המרצה טוען – המקרים הם תמונת ראי אחד של השני, אובדן סיכויי החלמה מול הגברת סיכון. הד"נ במלול לא מתייחס אליהם אותו הדבר. באובדן סיכויי החלמה הכרנו בהרשקוביץ’, אך בהגברת סיכונים עוד לא הכרנו לגמרי. במלול יש כללים אחרים – אפשר לראות כאן התפתחות חדשה, מפתיעה בדיני הנזיקין – למה? כי עד עכשיו היו לנו שלושה סוגי נזקים:

* 1. **גופני** – נזק ממוני:

1. אובדן השתכרות
2. הוצאות
   1. **נפשי** – לא ממוני:
3. אובדן הנאות החיים
4. קיצור תוחלת חיים
   1. **רכושי**
   2. התוספת שבפס"ד מלול – **סיכון, סיכוי.** אם מסתכלים על מטרות דיני הנזיקין – מטרות אלו "יזעקו" לקבל את הסיכון והסיכוי כראש נזק חדש. יש כמה צורות לנתח את ראש הנזק הזה:

* דרך ראשונה: מה עושה ביהמ"ש? ביהמ"ש עושה הנחה. בכל פס"ד הנ"ל הייתה בעיה של הוכחת קש"ס, אך כשעוברים למאזן ההסתברויות, לעולם ההסתברויות – מה אנחנו עושים? אנחנו עושים להם "טובה","הנחה". מהי אותה הנחה? מבחינה ראייתית לא מגיע לכם פיצויים משום שלא הצלחתם להוכיח מעל 50%, אך נעביר אתכם לעולם ההסתברויות ושם נעשה לכם "הנחה" – במקום להוכיח 50%, אתם תוכיחו פחות – "הנחה ראייתית". המרצה לא מסכים עם זה, זה לא שצריך להוכיח 14% במקום 50% (בהרשקוביץ’) ואת אותם 14% צריך להוכיח במאזן ההסתברויות. בעולם המציאות לא הצלחת להוכיח מעל 50% אז נתנו לך "**הנחה ראייתית"** ונתנו לך **פיצוי חלקי.**
* דרך שנייה: אם מדובר בראש נזק חדש, אז לא עושים לך הנחות ומבצעים אלא פשוט עברנו לרובד אחר – לעולם ההסתברויות וניתן בכתב התביעה לטעון לראש נזק רגיל וגם לראש נזק הזה. הנזק מוגדר כאובדן סיכויי החלמה והגברת סיכון🡨 הנזק שנגרם לך הוא זה שהגבירו לך את הסיכון, זה שאיבדו לך את סיכויי ההחלמה🡨 כשאני תובע את הרופא אני לא תובע אותו בגלל נזק גופני אלא **בגלל שהוא איבד את סיכויי ההחלמה שלי – ראש נזק שעומד בפני עצמו** – רובד נוסף. מה הנזק בכל פס"ד הנ"ל? הנזק הוא לא נזק גופני – אין קש"ס לנזק הגופני אלא הנזק הוגדר כך "הרופא בהתרשלותו פגע בסיכויי ההחלמה של הרשקוביץ". אם אנחנו מגדירים את זה בתור נזק אז העולם הוא "אוטופי" – הפיצוי הוא לא חלקי אלא הפיצוי הוא מלא משום שהנזק הוגדר מלכתחילה כ-14% - משום שהנזק הוא אובדן סיכויי ההחלמה וזה בדיוק הנזק שנגרם לך, זה לא פיצוי חלקי אלא פיצוי מלא לפי דרך הניתוח הזה. במילים אחרות, הנזק מוגדר מלכתחילה כאובדן סיכויי החלמה ולכן הנזק הוא 14% מתוך הנזק הגופני – וזה בדיוק הנזק שהרופא ביצע. המטרות מתקיימות:
* הצדק החלוקתי – מתיישב עם הצדק החלוקתי, איך? הוא לא מקבל פה פיצויים חלקיים אלא הוא מקבל הכל, את כל הפיצויים שמגיעים לו – הרופא מקבל את מה שמגיע לו לשלם לפי הצדק החלוקתי, אם זה היה יותר מזה אז זה היה "עיוות חלוקתי", במקרה הזה החלוקה היא נכונה. גרוניס בפס"ד מלול קובע שמדובר בנזק חלוקתי. הוא אומר שבמלול אין שום חישוב, אין הוכחות בדבר האחוזים (שלא כמו בהרשקוביץ), הכל מעומעם ומעורפל. הוא מוסיף ואומר שאם יש לנו נתונים שאותם אנו לא יכולים להוכיח בעולם המציאות כי אין קש"ס, אז בואו נעבור לעולם ההסתברויות – שם נוכיח כל מה שנוכל להוכיח – אבל אם בעולם ההסתברויות אי אפשר להוכיח שום דבר אז אין קייס – זה מה שקורה במלול – גם בעולם ההסתברויות לא היו הוכחות.
* הרתעה יעילה – מתיישב עם ההרתעה היעילה, איך? אין פה הרתעת יתר ולא התרעת חסר – הוא משלם בדיוק על הנזק שהוא עשה.

אם אנו מציגים את זה בצורה כזו אז זה בהחלט יכול לשכנע את השופט לקבל את התביעה – המטרות הן דיי צולעות גם בפתרון החדש, עושים "הנחה" – אך אם הולכים לפי הדרך השנייה, לא עושים שום הנחה – אלא הרופא משלם בדיוק מה שהוא הזיק.

השופטת נאור בערער של מלול - אומרת שהיא לא יכולה לעזור בגלל שהמשפחה לא נתנה לה "תבן", נתונים והוכחות שבגינם בית המשפט יוכל לפסוק פיצויים לטובת מלול. זאת הסיבה שתמיד עורכי דין בנזיקין תמיד יעדיפו לפנות למומחה, תמיד ירצו להביא נתונים מקצועיים ובטוחים כדי שיוכלו להשיג את הפיצויים ושביהמ"ש יוכל לסמוך על הנתונים האלו והדברים יקומו ויפלו על חוו"ד זו. יש לנו פסקי דין בהם שופטים "קפצו" על האחוזים שנתנו להם הרופאים – אבל במלול זה לא הצליח. הם "התחננו" לרופא והרופא לא ידע מה להגיד, לא הייתה לו הערכה. עם כל הצער והכאב, במלול, בעולם המציאות ובעולם ההסתברויות הם לא הצליחו להביא הוכחות – זה נורא עצוב משום שיש כאן ילדה קטנה עם 100% פיגור והצדק לא נעשה - והכל בגלל שלא היו הוכחות למרות שידעו שיש נזק שבי"ח גרם.

פס"ד קרישוב – כשאנחנו מנתחים את פס"ד קרישוב, האם הוא נותן "תבן" או לא נותן? הוא לא נותן מחקר סטטיסטי ובטוח – זהו בסיס סקר מאוד בעייתי שסטטיסטיקאים לא היו עושים אותו ולא היו שמים יד עליו – 14 אנשים זהו קנה מידה קטן מידי. צריך לעשות עבודת שטח, "להזיע" קצת – קרישוב לא עשה את זה, הוא עשה משהו מאוד קלוש שהיה לו מאוד נוח – הוא נתן נתון מאוד מקומי ולכן התבן שלו הוא מאוד רופף אבל לפחות הוא הביא משהו, לעומת מה שהיה במלול ששם לא היה בכלל. אם אני ממש סטטיסקאי – אני לא מקבל את הנתונים שקרישוב הגיש משום שזה נתון לא רציני אבל קרישוב בא ומנסה לשכנע את בהימ"ש אחרת – ולטובתו יצא שהשופטת דרונר ישבה במותב והיא דוגלת בזכויות אדם – מה דורנר אומרת? אתה צריך לשכנע את השופט מעל 50%, "אותי", אומרת השופטת דורנר, "שיכנעת שזה לא מקרה"🡨 לא יוכל להיות ש-14 אנשים עבדו באותו מקום ובסוף 6 חלו – זה אמיץ מצידה להגיד את זה. היא למעשה אומרת אני שופטת ולא סטטיסטיקאית ואותי שכנעת בנתונים שהגשת, היא למעשה אומרת לסטטיסטיקאים, "אנחנו לא צריכים אתכם באמת". מה אנו מצפים מדורנר לעשות לאור זאת? לתת לו 16\4 כפול מאה – ומה ההפתעה? ההפתעה טובה או רעה? לא קראנו את פס"ד בבית ולכן אנחנו נשאר במתח ונקרא את בבית ונחליט אם ההפתעה היא טובה או רעה – לקרוא פס"ד קרישוב.

התחלנו עם פס"ד מלול וקרישוב אבל האמת היא שהיו פסקי דין כאלה עוד לפני זה – וגם הספרות מדברת על הגברת הסיכון שנים לפני פסקי דין אלו. דוג' שממחישה זאת בצורה הטובה ביותר הוא דוג' המפעל – דף מס' 3. הראשון שמציג את בישראל הוא אריאל פורת – הוא מציג את הדוג' של המפעל כדוג' של אובדן סיכויים, של פגיעה בסיכוי – לדעת המרצה זה לא נכון אלא זה הגברת סיכון (בהקשר של דוגמת המפעל שתכף נציג – הדוג' נמצאת בדף מס' 3, שאלה מס' 4):

*דוגמת אנטנות סלולריות המשדרות קרינה: ביישוב מסוים הוצבה בשנת 2000 אנטנה סלולארית גדולה. לאחר כמה וכמה מקרים של סרטן, גם אצל ילדים וצעירים, מתעורר חשדם של אנשי המקום כי האנטנה היא הגורם לתחלואה המוגברת. מתברר כי עפ"י נתונים, בין השנים 1990-1999 היו כל שנה בממוצע 100 מקרי סרטן חדשים ביישוב, ובין השנים 2000-2010 היו 120 מקרים חדשים בממוצע כל שנה. הניחו כי אוכלוסיית היישוב לא השתנתה, לא מבחינה מספרית ולא מבחינה מגדרית ולא מכל מבחינה אחרת.*

1990-2000 מתפקדת כקבוצת ביקורת, כי האוכלוסייה לא השתנתה ושום דבר לא השתנה אז זה מצוין לבדיקה. הדבר היחיד שהשתנה זה כניסה של מפעל מפיץ קרינה מעל למותר לאוכלוסייה – בסוף התקופה הזו. נניח שבין השנים האלו היו 100 חולי סרטן חדשים כל שנה – ברור שאלו לא בגלל המפעל- הוא נכנס רק אח"כ. בשנים 2000-2010 היו 125 חולה סרטן בממוצע כל שנה🡨 יש עלייה בחמישית כי זה 25\125 🡨 בעל המפעל אחראי ל-20%, זה מה הסיכון שהוגבר. עד כאן מאוד ברור – כמו מלול וקרישוב, אך מה ההבדל? יש הבדל מאוד גדול והוא – לא יודעים מי הניזוק – 80% מהם לא צריכים לקבל בכלל פיצויים משום שהם היו חולים בכל מקרה ויש מנגד 20% אנשים שאנחנו לא יודעים ולעולם לא נדע מי מהם שמגיע להם פיצוי מלא על כל הנזק שלהם . יש כאן דוג' שונה מהותית מהדוג' הקודמות – בדוג' הקודמות אנחנו לא יודעים מי המזיק וכאן לעומת זאת אנחנו לא יודעים מי הניזוק. ניקח מצב בו אדם אחד מתוך ה-125 תובע לבדו, גם אז הוא לא יוכל להוכיח משום שהוא יצטרך להוכיח שהוא אחד מה-25 אנשים שחלו בגלל המפעל ולא אחד מה-100 שהיו חולים בכל מקרה – הוא לא יכול להוכיח זאת לעולם, זה בלתי אפשרי להוכיח לאיזו קבוצה אתה שייך – הוא צריך לעשות זאת במאזן ההסתברויות וזה עובד לרעתו משום שהסיכוי שהוא יהיה שייך לקבוצה הגדולה (100) הרבה יותר גבוה מהסיכוי שהוא שייך לקבוצה הקטנה(25) – 80% שהוא היה חולה בכל מקרה 🡨 מעל 50%. המטרות לא מתקיימות כאן:

* + 1. פיצויים – אין פיצויים המטרה "הולכת לעזאזל".
    2. צדק מתקן - צריך שני צדדים – מזיק וניזוק ואין לנו מושג מי הוא הניזוק, המזיק ימשיך לעוול והוא לא ישלם אף פעם – לא נעשה צדק.
    3. הרתעה יעילה – אין הרתעה - הוא מעוול ולא משלם לאף אחד – אין לו שום סיבה להפסיק. איך אני מרתיע? נותן לבעל המפעל לשלם את הנזק שהוא גרם, איזה נזק? 20% מהנזק הכללי שנגרם.

נניח של ה-125 מגישים תביעה ביחד – מה עכשיו? אולי זה פתרון טוב? עדיין לא ניתן להפריד בין הקבוצה הקטנה לגדולה – אני יודע בוודאות שיש 25 אנשים שמגיע להם פיצוי מלא – אבל הם לא יקבלו אותו משום שאנחנו לא יודעים מי אלו, ולכן גם אם יגישו 125 אנשים לא יקבלו פיצויים. המקרה הזה זועק, למה? יש כאן עוולה המונית, סדרתית – המעוול גרם לנזק עצום – 25 נזקים כל שנה, 250 בעשר שנים – 20% מהאוכלוסיה נפגעה. זה זועק משום שאנו יודעים בוודאות משום שמתוך הקבוצה הזאת יש 25 אנשים שמגיע להם פיצוי מלא אבל אף אחד לא מקבל את הפיצוי משום שאנו לא יודעים לעשות את הסלקציה. התשובה היא מאוד קשה – פיצוי לא יהיה כאן!!!

אם נהיה רגע סטריליים, ונניח שלכל 125 אנשים בשנה נגרם אותו נזק בדיוק – כדי שיהיה פשוט בחישוב – וכולם הנזק הוא 100 – אז יש לו 125 אנשים חולים כל שנה ולכולם הנזק הוא 100 –אז הנזק הכללי כל שנה הוא 125,000 – והוא צריך לשלם 2500 מתוך זה – עולה השאלה למי נשלם? אנחנו לא יודעים מי הם ה-20%? אני אחלק את הכסף בין כולם, ואז ייצא שכל אחד מהניזוקים קיבל 20% מנזקו. מה יצא? שמי שמגיע לו הכל קיבל רק 20% ומי שלא מגיע לו כלום קיבל 20%. המטרות:

1. הרתעה יעילה מתמלאת – המזיק משלם את הנזק – משלם 20%.
2. מטרת הפיצוי – מתקיים חלקית, אך זה הרע במיעוטו – עדיף מכלום.
3. צדק חלוקתי – בעייתי. יש עיוות בתוך החלוקה.

אם אמרנו שפגיעה בסיכון או סיכוי - זה הנזק – אז צריך להפעיל אותו גם כשלא קורה נזק – משום שאם לפי ההגדרה ההעמדה בסיכון או הורדת הסיכויים הם נזק, אז גם אם בפועל זה לא מתממש לא קורה כלום, עדיין העמדת אותי בסיכון לחלות בסרטן ולכן אם הנזק מוגדר כהגברת סיכון אז זה מעמיד לי זכות ואפשרות לתבוע אותך. אם ניקח את דוג' המפעל אז 100,000 אנשים יתבעו – האם זה אפשרי? לכאורה, זה אפשרי – זה שנגרם לי סיכון גבוה יותר אבל הסיכון לא התממש – התוצאה לא משנה אם הגדרתי את הנזק כעצם הגברת הסיכון או הפגיעה בסיכון. כאן, למשל, זה יותר הגיוני ללכת על הכיוון הראשון.

אנשי ההרתעה היעילה יטענו שצריך לשלם פיצויים גם לבריאים משום שזו הדרך להרתיע.

נכתב על העניין הזה הרבה. האסכולה הרווחת עד לאחרונה נקבע כי אם פיצוי לבריאים לא מוגדר כנזק אז אי אפשר לתבוע. אך אם מגדירים את זה הסיכוי\הסיכון כנזק אז פה מתחילה הבעייתיות, יש כל מיני גישות.

המרצה: ברגע שהסיכון היה חד פעמי אבל הוא נגמר אז אי אפשר לתבוע על זה. אי אפשר לתת פיצוי על כל סיכון. מי כן יקבל? הוא מציע שאדם שנחשף לסיכון יוכל לקבל פיצוי כאשר הוא יוכח נזק מסוג אחר – איזה נזקים?

1. הוצאות – בגלל שהעמדת אותי בסיכון אני חייב לעבור בדיקות יקרות בתכיפות – תשלם לי על זה. אגב, בדוג' המפעל, אולי אפשר לשלם 20% מהעלות? המרצה אומר שלא משום שבגלל ה-20% האלה נוצר חיוב לבצע בדיקות.
2. אנשים שחטפו טראומה בגלל זה – למשל בקישון – אחרי שצלל בקישון וגילה שהוא יכול לחלות אז יש לו טראומה והוא מפחד כל הזמן שיחלה והוא חי בסרט והוא מסכן והוא השתגע הכל בגלל שהוא צלל בקישון.
3. האם על עצם החשיפה לסיכון מתמשך מגיע להם פיצוי? אם הגברת סיכון=נזק אז הם צריכים לקבל פיצויים. אבל המרצה מציע משהו אחר – לבוא ולבקש פיצויים בגין זה ש"חיי השתנו לרעה" מאז שצללתי בקישון, אני הססן ופחדן 🡨 ההבדל בין זה לבין טראומה הוא שמספיק שמשהו אחד רע קרה להם, ולאו דווקא טראומה עמוקה.

בסופו של דבר, האמריקאים והאנגלים לא הכירו בתביעות האלו בכלל. המרצה אומר שאנשים בריאים שנפגעו הסיכונים שלהם יש 2 אופציות:

* סיכון חד פעמי- לא צריך לתת להם.
* סיכון מתמשך – הסיכון ממשיך לחול, אז פה נכנסים 3 סוגים של נזקים שהצגנו לעיל שעליהם כן יקבלו פיצויים.

פס"ד רייניץ נ' מכבי – לא ברשימת הקריאה – יולדת חרדית שיולדת ילד בריא (זוהי לידה ראשונה שלה9 אבל מסתבר שיש איזושהי תסמונת שעלו עליה בזמן מעקב ההיריון – הדרך היחידה למנוע את המחלה בקרב העובר הזה ובעוברים הבאים שיהיו לה – לתת לאישה קצת לפני הלידה של הילד הראשון חיסון וזה ימנע את המחלה התורשתית בעובר הראשון ובכל העוברים הבאים. אם לא נותנים את החיסון הזה לפני הלידה הראשונה אז אי אפשר לתת אותו לעולם – מה קורה פה? נולד ילד בריא – אז על מה את תובעת? אני לא תובעת על הילד הבריא אבל אני תובעת על הילדים הבאים שיוולדו – היא תהיה בטראומה מתמשכת ועל זה אני רוצה פיצוי. זוהי שאלה מאוד מעניינת – השופט ריבלין נותן פתרון מעניין מאוד, הוא מאפשר לה פיצול סעדים – הוא שואל אותה על מה היא תובעת? היא אומרת לו על שני דברים (1) נזק נפשי (2) בשם הילדים שיוולדו על כך שהועמדו בסיכון ע"י מכבי. עד לפני כמה שנים היינו צריכים לשלוח את רייניץ הביתה – מה השופט אמר? שלה מגיע פיצויים אבל לגבי הילדים אי אפשר – משום שאי אפשר לדעת אם יהיו ילדים ומה יהיה איתם. המרצה חושב שאת ריבלין מעניין מאוד להרתיע, אז הוא נותן לרייניץ פיצוי על הנזק הנפשי ואת פיצוי הילדים הוא לא דוחה אלא מפצל את הסעדים – היא תגיש תביעה כשהם יוולדו.

פס"ד של ביהמ"ש לתביעות קטנות – תביעה נגד מלון הנסיכה באילת – זוג התארח שם וכשהעל חוזר לחדר ורוצה להתגלח במכונת הגילוח עולה בו חשד שמישהו השתמש במכונת הגילוח ואז הוא רואה שיש שם שיערות של מישהו אחר וזה קרה אחרי שהוא התחיל להתגלח ואז הוא נגעל ומיד מתלונן למלון ובמלון מכחישים את זה כמובן – הוא טוען שהוא נגעל – האם מגיע לו פיצוי על הגועל כנזק נפשי? נניח שכן, זוהי לא הנק'. הנק' המעניינת היא – הוא הלך לבדוק בדיקת איידס וצהבת בגלל שהיה לו חתך בעור והוא יצא בריא אבל הוגבר סיכונו – במה זה שונה ממה שלמדנו עד עכשיו? זה היה חד פעמי אבל תקופת החשיפה הייתה שבועיים – עד שהוא קיבל את תשובות הבדיקה – תובע על נזק נפשי בכלל וגם לקבל פיצוי כבריא – הוא קיבל 2000 ₪ פיצוי – ביהמ"ש פיצה אדם בריא על תקופת המתנה של שבועיים.

**שיעור מס' 13 – 12\05\06**

דוג' נוספת שמתקשרת לנושא ההסתברויות\סיכויים\סיכונים:

**גרם נזק באשם**

64.   "אשם" הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה:

(1)   הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה;

**(2)   אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק;**

(3)   הוא ילד שלא מלאו לו שתים עשרה שנה, והוא שניזוק, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו, או הרשה לו, לשהות בנכס, שבו או בקשר עמו אירע הנזק או להימצא כה קרוב לאותו נכס שבמהלכם הרגיל של הדברים היה עשוי להיפגע באשמו של אותו אדם.

**דוגמת העישון** – אדם מעשן סיגריות וחולה בסרטן ריאות. אם האדם ירצה לתבוע את חברת הסיגריות החברה יכול להגיד לו שלא בטוח שזה ממנה אלא יש אפשרות שזה גנטי ולאו דווקא מהסיגריות – מה ההבדל ממקרה זה לפס"ד מלול? בסיפור של מלול הילדה לא הגדילה את הסיכון שלה מרצון, היא הייתה בכורח הנסיבות. לעומת זאת, בדוגמא של העישון האדם הגדיל אתה הסיכון שלו, בהתנהגות רצונית, ע"י אדם תורם – ס' 64(2). **ע"י האחריות שלו לסיכון הוא ניתק את הקש"ס בין העוולה לבין הנזק שנגרם** ע"י חברת הסיגריות – כמו בפס"ד כיתן נ' וייס שם ניתקו את הקש"ס.

דוגמאות אלו ממחישות את העובדה שיש גורם זר שמנתק את הקש"ס בין העוולה לבין הנזק.

**קש"ס**

קש"ס מחולק לשתיים:

1. קש"ס עובדתי – אלמלא זה היה מתקיים לא היה מתקיים הנזק
2. קש"ס משפטי – שיש בו כמה מבחנים:
3. מבחן הצפיות - אם נסתכל על הדוג' של הסיגריות - או שאין עוולה משום שחשפת את עצמך או שיש עוולה אבל אין קש"ס – גם בעובדתי משום שאי אפשר להוכיח את זה בוודאות ובמחינת הקש"ס המשפטי יש בעיה – ס' 64(2) – אתה התובע, הניזוק, אתה גורם מתערב זר שניתק את הקשר שקיים בין העוולה לכאורה לבין הנזק.

פס"ד כיתן – דן בדיוק בשאלה הזו. הגורם הזר לא היה הניזוק אלא המזיק. חברת כיתן טוענת שהיא לא הייתה אחראית וגם אם כן הייתה אחראית – השומר הוא הגורם הזר שבא וניתק את הקש"ס בין הנזק לבין העוולה – מתי מנותק קשר? עפ"י טענת כיתן – כשאדם עושה **מעשה רצוני ומכוון,** כמו לירות בנשק, רצח בכוונת תחילה, זה מנתק את הקש"ס בין העוולה לנזק. ביהמ"ש קובע כי המבחן הוא מבחן צפיות – האם ההתערבות של אותו גרום זר הייתה צפויה? האם זה שהשומר ייקח את הנשק וירצח מישהו, האם זה היה צפוי? לא, היה מדובר באדם נורמטיבי, עובד למופת. לעומת זאת, אדם אחר יטען כי הוא היה שתיין והיה מדוכדך עקב מוות בנו – ולכן המבחן הוא מבחן הצפיות ולאו דווקא מבחן ששואל האם המעשה הוא רצוני או לא – גם אם הוא רצוני זה לא אומר שזה צפוי (צריך לקרוא את פס"ד ולראות מה החליטו).

1. מבחן תחום הסיכון
2. מבחן השכל הישר

במקרה של הסיגריות – יכול להיות שהוא חלה בסרטן לא בגלל הסיגריות אלא בגלל משהו אחר. עומדת בפנינו שתי אופציות:

* אין עוולה משום שאתה גרמת לזה בעצמך.
* ניתוק קש"ס בין העוולה לנזק משום שהוא ביצע את זה בעצמו – אבל לפי המבחן של כיתן זה לא מספיק. מה נעשה? תביעות כאלה באופן עקרוני אמורות להתקבל משום שזה **צפוי** שאנשים יעשנו ויינזקו. בעיה ששונה בעישון ממקרים אחרים – זה נעשה מרצונו של המעשן, בעוד שבשאר המקרים החשיפה לסיכון לא הייתה מרצונו של הניזוק. אולי בכלל לא מדובר בעוולה? נניח שכן מדובר בעוולה- אבל איזו עוולה זו? ננסה ללכת לפי השוקל הטוב - המשקל כולו נופל על המעשן כי הוא ידע לחלוטין על הסיכונים ונכנס בכ"ז לסיכון.

בחזרה לעוולה 🡨 נניח שזה קורה במהלך שנות ה-60 – באותה תקופה לא הייתה מודעות לכך שהסיגריות הן מסוכנות, גם החברות המייצרות לא ידעו וגם הצרכנים, האם זה יעזור לי בכך שלא יתבעו אותי? לא, משום שבנזיקין אין צורך ביסוד נפשי, כמו בעונשין, ולכן זוהי לא עילה להתחמקות מתביעה.

לעומת זאת ניתן לקחת מקרה שקרה לפני כמה שנים, עם הטבק, שהחברות טנעו שהם לא ידעו בכלל על הסיכונים הכרוכים בעישון הסיגריות – אך בסופו של דבר גילו שהדבר לא נכון משום שהחברה העמידה מומחים שימציאו סיגריה לייט, מזיקה פחות 🡨 מה שאומר שהם ידעו שהסיגריה מזיקה לבריאות ולא יידעו את הצרכנים. לכן זוהי סוג של עוולה - רשלנות – החברה ידעה שהמוצר מזיק ולא יידעה את הצרכנים. בשנץ ה-80 כבר גילו שזה מסוכן, מה יקרה עכשיו?

* החברה: הבעיה הרגילה שהייתה בכל פסקי הדין עד כה – מי בכלל המזיק?
* החברה: למה לא הפסקת לעשן כשהבנת שזה מסוכן? סיכנת את עצמך
* המעשן: זה ממכר, לא יידעתם אותי שזה ממכר, התרשלתם.
* הטענה החזקה של החברה: שאלת הרצון – אתה עישנת סיגריות מ-ר-צ-ו-נ-ך. כל שאר המקרים הם לא מרצון. אז מה הנקודה המיוחדת? בוא נלך אחורה 30-40 שנה אחורה – נניח שידענו שזה מסרטן ורימינו אותך - ונניח שהיינו מיידעים אותך שזה מסוכן וממכר, האם באמת היית נמנע מעישון? גם אם הכל היה מתמלא ולא הייתה לנו בעיה גנטית וכו' והבנו בוודאות שעישון הסיגריות הוא העוולה העיקרית שגרמה לנזק, עדיין אין קש"ס – רוב הסיכויים שלא היית משנה את ההתנהגות שלך – עובדה שגם עכשיו, אנשים יודעים שזה מסוכן, המון אנשים מעשנים ומתעלמים מהנזקים הקיימים לסיגריות. למרות הטיעון החזק הזה עדיין יש כמה תביעות בארה"ב שהתקבלו בגין הנזקים, מה הם עשו, מה הם טענו שהיה יותר חזק מטענה זו? אם קם אדם ומוכיח שהוא מקיים אורח חיים בריא – עושה ספורט, אוכל רק אוכל בריא וכו' – והוא לא היה מתחיל לעשן אם הוא היה יודע שזה מסוכן וממכר, במקרה כזה יש מצב שיקבלו את התביעה. אבל עדיין, קיים מצב שההגנה תוכיח שיש אנשים שמנהלים אורח חיים בריא ומעשנים למרות שהם יודעים את הסיכונים הכרוכים בעישון – זה לא ייאמן כמה שהדברים האלה יכולים להכריע את הפסיקה. למה בישראל אין תביעות כאלה? הייתה תביעת שיפוי מסוג זה מטעם מכבי על הנזקים הכלכליים שנגרמו לה בעקבות הנזקים שנגרמו למבוטחיה בעקבות עישון הסיגריות ודרשו מחברת הסיגריות להחזיר את הכספים שהיא הוציאה על נזקים אלה. אבל עדיין עולה אותה השאלה -למה אין תביעות של יחידים?

1. נימוק פרוצדוראלי - ביהמ"ש חסם את האפשרות לתביעה כזו בגלל חשש מהצפת ביהמ"ש בתביעות כאלה.
2. חברות הסיגריות יפשטו את הרגל ולמדינה יש אינטרס שבחברות העישון האלו לא יפשטו את הרגל. מדוע? העישון הוא דבר שרצוי חברתית – למרות כל הסיכון, הוא מאוד נפוץ בארץ. לכן המדינה מאפשרת זאת וגם לא מאפשרת לתבוע כנגד זה.

קיימת אופציה של תביעה ייצוגית- כדי למנוע הצפה של ביהמ"ש, כמה אנשים מתאגדים ותובעים ביחד. זהו תחום לא מפותח במד"י. יש שני מומחים בארץ שעוסקים בתחום הגנת הצרכן, אשר יותר נושק לחוזים מאשר לנזיקין אך עדיין קשור- פרופ' בר ניב ופרופ' סיני דויטש.

**-** המרצה גורס כי עם ס' 41 הוא לא היה פותח את התביעה, כי אם משתמש בה כטענה חלופית כי ביהמ"ש נוטה לפרש את הס' הזה בצימצום, אך הוא גורס כי זו בהחלט טענה שיכולה לעבוד בביהמ"ש. זו טענה חלופית וביהמ"ש נוטה לפרש ס' זה בצימצום כי קשה לנתבעים להוכיחש הם לא התרשלנו- עניין ה- "לך תוכיח שאין לך אחות".

**41. חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו**

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

* הערה אחרונה לגבי סיכויים וסיכונים (ברוך השם) – עולות טענות שונות כלפי הנושא של עולם ההסתברויות, שקובעות שאי אפשר להוכיח בצורה מקורבת את הנזק 🡨 הטענות אומרות שהמשפט לא אמור להתעסק בדברים האלה. יש כל מיני תשובות לביקורת זו, אחת התשובות, שאיתה נחתום את הנושא, פס"ד של השופט שטרסברג-כהן, פס"ד שהוא לא חובה ברשימת הקריאה, וגם פרופ' אריאל פורת במאמר "פיצויים – משפטים הוא מדע מדויק?"- בגלל שהמשפט הוא לא מדע מדויק אפשר לעבור לעולם הסבתרויות ואתה לא צריך להוכיח את זה בוודאות וזה מספיק שתוכיח בקירוב – הוא סומך את הטענה שלו על טענה לא נכונה לדעת המרצה: אנחנו מסתמכים על עולם ההסבתרויות כבר מקדמת דנא – פס"ד חיו נ' ונטורה – אדם שהיה יורד ים והרוויח הרבה כסף ובאיזשהו שלב הוא הכיר מישהי והם רצו להתחתן והיא ביקשה ממנו שיפסיק לעבוד בזה – והוא התחיל לעבוד בתור בנקאי ושם הוא הרוויח הרבה פחות ואז הוא נפגע בתאונה והוא תבע את המזיק. עלתה שאלה כיצד לפצות אותו על אובדן השתכרות? נניח שהוא מרוויח 10,000 בתור בנקאי ובא הנתבע ורוצה לשלם לו לפי שכר זה – מה טען יורד הים? שהוא היה יורד ים והרוויח הרבה יותר ושהוא יוכיח להם שהוא טיפוס הרפתקני ושנמאס לו להיות בנקאי והוא תכנן לחזור להיות יורד ים – איך הוא מוכיח? באמצעות חברים, מסמכים, קו"ח וכו' – אפשר ממש לראות שהוא צודק. הוא מבקש לקבל שכר גבוה יותר – זה לא שהוא היה תמיד בנקאי ואז זה היה בלתי אפשרי, אלא הוא היה כבר יורד ים והסיכוי לחזור להיות יורד ים הוא לא תמוה והוא דורש פיצוי על אובדן השתכרות על מה שהוא היה יכול להיות והוא כבר היה וזה לא ספקולציה. אנחנו נכנסים לסיכונים, סיכויים והסתברויות. הטענה נשמעת לגיטימית מאוד, אבל חברת הביטוח לא תרצה להתפשר ולשלם יותר – אז מה נעשה? ביהמ"ש בודק סיכויים – אי אפשר לבדוק סיכויים באמת, זה לא מדע מדויק, וזה מה ששטרסרג-כהן ופורת טוענים כנגד המרצה – ברור שאי אפשר להוכיח בדיוק אלא בערך, וזה לגיטימי משום שאנחנו במשפטים ולא במדעים מדוקים – צריך להעריך את המצב שלו – לבדוק האם אישתו מסכימה, את המצב הגופני שלו וכו' – נניח שנאמין לו, עדיין זה לא אומר שהוא היה חוזר לעבוד בזה – אז אנחנו מכמתים את הסיכוי שלו לחזור לעבוד בזה בתור 30% - לכן לוקחים 30% נוספים מתוספת השכר שיש מהבנקאי ליורד ים. טיעון הנגד של טענה זו: טיעון ההגנה הזה לא תופס. למה? הם מביאים טיעון משאלת ה"כמה" ואנו בכלל עושים בכלל בשאלת ה"אם בכלל?" – אנחנו עוסקים בשאלה האם בכלל לקבל את התביעה. כל השאלה שעשינו בכל השיעורים היא שאלה של האם בכלל – לעומת פס"ד חיו נ' ונטורה שבאמת עוסק בשאלת הכמה ולא האם, משום שהיה ברור שיש עוולה וקש"ס וכל מה שהיה צריך להעריך זה כמה הנזק, האם זה בתור יורד ים או בתור בנקאי – אי אפשר להביא טיעון מאוד חזק שעוסק בשאלת ה"כמה" כדי להוכיח את ה"אם בכלל", כדי להגיע ל"כמה" אנחנו קודם כל צריכים להוכיח את ה"אם בכלל". צריך להוכיח את זה במאזן הסתברויות ולא לקפוץ יש לכמה. למשל במלול לא עשו את זה – מש' מלול לא הצליח בכלל להוכיח כלום במאזן ההסתברויות, לעומת זאת, בדוג' אחרות הוכיחו את זה, כמו דוג' המפעל.

הצוללנים בקישון – מאוד דומה לדוגמת האסבסט\המפעל – אבל כאן יש בעיות אחרות – האם אפשר לומר כי הצוללן נחשף לסיכון כנגד רצונו? אפשר לומר - אתה התנדבת ליחידה ולא התנדבת לקישון ולא ידעת שזה מסרטן ולכן אתה צודק. אבל מה קורה כאשר הצוללן ידע שהקישון מסרטן? הצוללן יכול להגיד שהצבא זה מע' דיקטטורית ושאם הוא היה מסרב פקודה היו מעיפים אותו מהצבא – ולכן הוא לא אחראי לסיכון שלו. מצד שני אפשר לטעון שעצם הכניסה לצבא חושפת אותך לסיכון. בעיה נוספת – את מי נתבע? ק' רפואה, רמטכ"ל, קצינים? את המפעלים שזיהמו את הקישון? אי אפשר לדעת.

המפעיל שזיהמו את הקישון – מה האחריות שלהם במקרה שתובעים אותם? יש בסביבות 70 מפעלים שמזרימים שפכים לקישון – מה החלק של כל אחד מהם?

**נזק**

יש שלושה סוגי נזקים:

* נזק נפשי
* נזק רכושי
* נזק גופני

השאלה היא האם כשמוכיחים כבר קיום עוולה ונזק והאם זה מספיק לצלוח את התביעה? בפס"ד גורדון, זייצוב ודעקה – עולה השאלה הזו ועולה השאלה האם ניתן להכניסה סוגים חדשים של נזקים? התשובה, לאחר שקוראים את המאמר של פורת ושטיין, בעקרון היא לא.

פס"ד דעקה – עוסק בפגיעה באוטונומיה – מאוד חשוב ומאוד ארוך, נחזור אליו ברשלנות רפואית – גב' דעקה הגיעה לב"יח כרמל לבירור אורטופדי והיא נפגשת עם הרופא מס' פעמים והוא קובע לה תור לניתוח בברך והיא חומת על טופס הסכמה (סיפור בעייתי לכשעצמו בנושא של רשלנות רפואית), מוכנסת לניתוח ובאים הרופאים ואומרים לה שהם ערכו בדיקות ויש לה גם בעיה בכתף וצריך לנתח קודם כל בכתף וזה יותר חשוב ומבקשים את הסכמתה ומחתימים אותה תוך כדי שהיא תחת הרדמה, טשטוש. עושים לה ניתוח בכתף – היא מתעוררת ומסתכלת לכיוון הרגליים ורואה שהרגל שלה לא חבושה אלא הכתף שלה והיא לא מבינה מה הולך כאן - שואלים הרופאים מה את לא זוכרת שהחתמנו אותך וכו'? היא הגיעה לעו"ד בגלל שיש רשלנות בניתוח בכתף, הכתף היא "כתף קפואה", הבעיה היא שלא הייתה רשלנות רפואית בניתוח – הניתוח פשוט לא הצליח בלי כל קשר לרשלנות, זהו מצב אפשרי – ביהמ"ש קובע שאין עוולה, אין רשלנות 🡨 כביכול, אין עוולה אז אין מה לעשות, גמרנו. העו"ד בא וטוען טענה חלופית – גב' דעקה הסכימה לעשות ניתוח בברך ולא בכתף ובסופו של דבר עשו לה ניתוח בכתף, עצם זה שבכלל עשו לה ניתוח בכתף ולא בברך, זה לכשעצמו נזק, זה לא בסדר. למה לא בסדר? אנחנו נמצאים בימים שלאחר חו"י:כב"ה וחירותו – יש לו השפעה מאוד רצינית (כשנלמד על רשלנות רפואית, נלמד על חוק זכויות החולה, ופה אין זכר לזה משום שהחוק נחקק בשנת 1996, וכשקרה מקרה דעקה זה היה לפני שנחקק החוק). בכל מקרה של רשלנות רפואית לא ניתן להתחיל את הדיון ללא החוק הזה. העו"ד היה יצירתי כי גרס כי ביה"ח פגע באוטונומיה שלה בכך שלא נתן לה הזדמנות להחליט על הגוף שלה. ישנם מקרים בהם שהחולה מעביר את יכולת ההחלטה לרופא, אז כביכול אין להם את יכולת ההחלטה, אך היכולת הזו ניתנה לרופא ע"י החולה. במקרה דעקה, ביה"ח כרמל עשה ניתוח שלא אושר ע"י החולה. לא בכוונת זדון, אלא באמת בכוונה לעזור. ובכל זאת- גברת דעקה גרסה שלמרות הרצון הטוב עדיין היה צריך לשאול אותה לפני שעוים תהליך פולשני. הרופאים מראים את הטופס שחתמה עליו. היא גורסת כי זה לא נחשב וזה בעצמו עוולה כששואלים אותה כשהיא חצי רדומה. ועל כן פגעו באוטונומיה של גברת דעקה ביכולת שלה שלה להחליט על הגוף שלה.

- מה הבעיה שמתעוררת? **א)** לא ניתן לדעת כי היא לאה הייתה מסכימה, אך יותר חשוב 🡨 **ב)** אמרנו כי אין עוולה כי רשלנות, אך מה הנזק? יש לה כתף קפואה, אך זה לא קשור להתרשלות הרופאים. **ג)** קש"ס עובדתי- מבחן האלמלא. האם היא הייתה מסכימה אם היא לא הייתה רדומה?

**-** דעקה 2: כל הנתונים אותו הדבר, אך הכתף איננה קפואה. אז מה שיש לנו זה גברת שרוטנת כי לא שאלו אותה אם היא מוכנה להיכנס לניתוח, אך אין נזק. היא מתלוננת על עצם "גניבת" האוטונומיה. הרופאים יתרעמו- מילא אם היה לך נזק, אך אין לך על מה להתלונן! איך ניתן לתבוע ללא נזק?! הם יכולים להגיד שגם ככה היא הייתה מסכימה גם אם היא לא הייתה רדומה. הגברת דעקה תטען שלא בהכרח, שיכול להיות שהייתה רוצה חוו"ד נוספת, שניתן להוכיח לפי זה שלגבי הברך היא כן ביקשה חוו"ד. אז בעניין דעקה 2 יש חידוש עולמי בפסיקת ביהמ"ש: ניתן לפסוק פיצויים גם במקרה שיש רק פגיעה באוטונומיה גם אם אין נזק אחר- או נזק אחר קטן. ביהמ"ש אומר בכך למעשה כי פגיעה באוטונומיה היא נזק. בשנים שלאחר מכן אנשים תבעו על פגיעה באוטונומיה וזכו, וזה נהפך לנזק שנותן פיצויים רבים, לעומת מהש קרה אצל דעקה שפסקו פיצויים קטנים. דעקה, זייצוב ואמין הם חידושים ברמה עולמית.

**- למה זה חידוש?** הרי במדינות אחרות יש תביעות על פגיעה באוטונומיה. זה חידוש מכיוון שבשני הדעקה הכירו בפגיעה באוטונומיה לא כנספח אלא כטענה מרכזית. הפגיעה באוטונומיה נמדדת ונחשבת כנזק נפרד בעומד בפני עצמו, וששווה פיצוי בפני עצמה ולא כנספח לנזק אחר.דבר זה לא קרה עד לדעקה.

**- יש בעיה לוגית.** העוולה והנזק זהים 🡨 העוולה היא רשלנות. פגיעה באוטונומיה היא ראש נזק דרך עוולת הרשלנות. איך יודעים שזה נזק רביעי? גם אם הוא לא נספח לאחד משלושת הנזקים האחרים, הוא מקבל נזק בפני עצמו. יש כאן קשר לוגי- הולכים דרך רשלנות. הרשלנות היא העוולה, אך רשלנות דורשת נזק. אז מה הנזק? ביהמ"ש הרי לא אומר שהנזק הוא פגיעה באוטונומיה. הוא אומר שיש ראש נזק ממוני– נגיד הניתוח עלה כסף והטיפולים שאחרי עצמו וגם לא ממוני כמו כאב וסבל. הוא גם אומר שיש ראש נזק של פגיעה באוטונומיה. ראש נזק זה כמה, זה לא נזק. אם כך- לא ניתן לטעון רשלנות ללא נזק אלא רק עם ראש נזק. אם היו מכירים בפגיעה באוטונומיה כנזק- לא הייתה בעיה. לפי דעתו של המרצה- הרי ביהמ"ש אומר זאת, כך או אחרת. אך בפועל ביהמ"ש לא אומר זאת שחור על גבי לבן. שורה תחתונה- פגיעה באוטונומיה היא נזק נפרד שניתן לקבל עליו פיצוי נפרד.

**שיעור מס' 14 – 12\05\09**

**-** בשיעור הקודם דיברנו על שלושה סוגי הנזקים הקיימים – **נפשי, גופני ורכושי**

**-** העלנו את הסוגייה של פגיעה באוטונומיה כנזק חדש או ראש נזק חדש, ועוד לפני זה העלנו את הסוגייה לגבי האם הגברת סיכון/ פגיעה בסיכון הינה נזק בפני עצמו. אז שניהם נמצאים בסימן שאלה.

**\* נזק ראייתי:**

**-** עולה השאלה האם זהו נזק חדש, כרגע לא התקבל כ- לא.

**-** במאמר של פורת ושטיין ישנן דוגמאות הדנות של הגברת סיכון שאותן ש לדעת. הם מציעים לפתור את חלק מהבעייתיות של עימומות סיבתית דרך הנזק הראייתי.

**-** **הם מציעים 2 הצעות, 2 דרכים לפעול ולהכניס את הנזק הראייתי:**

**1)** **הכנסת נזק ראייתי כנזק חדש לדיני הנזיקין-** הם מציעים להכניס את ההצעה המהפכנית שלהם- נזק ראייתי- כנזק חדש לדיני הנזיקין. ניתן יהיה לקבל על נזק זה פיצויים 🡨 זה יהיה נזק פוזטיבי ממש. ניתן להוכיח שהפוגע עשה נזק לראיות שלי, אוכיח שאני לא יכולה להוכיח בגללו, אאלץ להוכיח את זה במעל 50% ואז גם יקבלו את זה בביהמ"ש.

**-** פורת ושטיין לא מצליחים להביא להכרה בנזק שהם מביאים, הפסיקה לא הכירה בכך.

**2)** **היפוך נטל ההוכחה-** ההצעה החלופית שלהם התקבלה- אם לא נקבל את הנזק הראייתי כנזק פוזטיבי ממש, לפחות שזה יגרום להיפוך נטל ההוכחה. במקום שהנפגע יוכיח שהפוגע הוא רשלן- אם נגיד עוסקים ברשלנות- אז שהפוגע יוכיח שהוא לא רשלן. אומנם יש ס' שקשור לזה- ס' 41 לפקודה- במקרה שמתקיימים 3 פרמטרים מסויימים- הופכים את הנטל. אז מה החידוש? החידוש הוא השלא נצטרך להוכיח אחד משלושת הפרמטרים של ס' 41 אלא עצם העובדה שמדובר בנזק ראייתי- הנטל יתהפך.

**דוגמאות (איך אפשר בלי?):**

1. המעוול גרם לנזק גוף וגורם אחר גרם לנזק ראייתי – מקרה אמיתי שקרה בביהמ"ש במחוזי בירושלים – אדם הגיש תביעת רשלנות רפואית נניח בסכום של 8 מיליון ₪ - כנגד בי"ח שערי צדק בגין רשלנות בניתוח. כשהתיק מגיע לשופט, הצדדים מגיעים לדיון ומתברר שהתיק נעלם – מה יש בתיק? הכל! עדויות, תצהירים וכו'. אי אפשר לשחזר את כל התיק, שהיו בו מוצגים – בדיקות רפואיות וכו' (הכל היה מקור ואין העתקים, ואולי זה אשם תורם של עו"ד שלא שמר העתקים ונתן הכל לביהמ"ש). התובע אומר שביהמ"ש איבד לו את התיק המשפטי ובגלל זה הוא לא יכול לתבוע בגין הנזק שלו – כנראה שלא נוכל להוכיח את התביעה שלו משום שאין לנו ממצאים ומוצגים – אין מה להוכיח, אי אפשר לטעון בלי להציג הוכחות. מה עושה השופט? ממליץ לסגור את התיק, לסגור את התביעה. יש פה שני גורמים שונים – המעוול, בי"ח שגרם לנזק גוף לתובע, ומצד שני את ביהמ"ש שגרם לנזק ראייתי – התובע טוען שהיו לו סיכויים לזכות בתביעה והסיכויים הללו ירדו לטימיון. מה היה לו קודם? היה לו סיכוי (לא זכות בטוחה) לקבל 8 מיליון ₪. יש לנו שתי טענות – טענה למעוול בנזק ראייתי וטענה למעוול בנק גופני. ננתח לפי ההצעות של פורת ושטיין:
2. לפי ההצעה הראשונה של פורת ושטיין – צריך לתבוע את מזכירות ביהמ"ש ולקבל פיצוי פוזיטיבי. נניח שהצעה זו הייתה מתקבלת – כמה היו משלמים? 8 מיליון ₪ על נזק ראייתי? ברור שלא! אנשים מגישים תביעות כל הזמן, לא כולן מתקבלות וגם אלו שמתקבלות בד"כ מקבלות סכומים נמוכים מהתביעה עצמה – מה פתאום שביהמ"ש ייתן לך 8 מיליון ₪? נניח שאפשר לפנות למאזן הסתברויות – מצב של פגיעה בסיכוי (כמו הרשקוביץ רק שפה זה ראייתי ולא רפואי, הוריד לו את הסיכוי לזכות בתביעה) – נניח שאני אביא נתונים על אחוזי קבלה של תביעות - רשלנות רפואית, ביהמ"ש מחוזי בירושלים וכו' – יש הרבה פרמטרים לסטטיסטיקה, דרך מה בודקים? נניח שבודקים את אחוז קבלת התביעות בנזקי גוף בישראל בכלל – נניח, לצורך העניין, ש-50% מהתביעות האלו מתקבלות. לכאורה, אם אלך במתווה של הרשקוביץ, הגעתי ל-50% אז אני צריך לקבל 4 מיליון ₪, אומר הנתבע שגם אם התביעה הייתה מתקבלת אז לא בטוח שהיית מקבל 8 מליון ₪ משום שבד,כ מקבלים פחות מסכום התביעה- אז נלך ונעשה סטטיסטיקה על אחוז הסכום שמקבלים בסופו של דבר מתוך הסכום הראשוני – נניח שהגענו שזה יוצא 20%, מה נעשה? ניקח את ה-50% שהוכחנו מקודם ויוצא לנו 4 מיליון ₪ ועכשיו נעשה לזה 20% ונקבל 800,000 ₪ 🡨 קשה להאמין שאיזשהו ביהמ"ש היה פוסק על נזק ראייתי סכום כ"כ גבוה.
3. לפי ההצעה השנייה של פורת ושטיין - מה כן יתקבל? היפוך נטל. אם תביעה כזו מגיעה לביהמ"ש אז בעצם התובע לנתבע שבגלל המזכירות הוא לא יכול להוכיח את התביעה שלו ולכן נטל ההוכחה עובר לביהמ"ש 🡨 לנתבע. ברוב התביעות האלו לא תהיה שום אפשרות להתגונן, מה ביהמ"ש יכול לעשות? כמו שזה נראה, הסיכוי לקבל את התביעה זה רק לפני ההצעה השנייה – או שלא תצליח להוכיח שלא התרשלת, ואז תצטרך לשלם פיצוי בגין הנזק הראייתי. נורא קשה להוכיח שלא עשית משהו "לך תוכיח שאין לך אחות" 🡨 זאת הסיבה שביהמ"ש לא מרבה להשתמש בסעיף 41 –

**41. חובת הראיה ברשלנות כשהדבר מעיד על עצמו**

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

פורת ושטיין מבינים שזה יהיה **תמריץ** 🡨 ביהמ"ש יגיד שלא יקבלו נזק ראייתי אז מיד לחילופין בכתב התביעה אנו נטען להעברת הנטל ואז בטוח נקבל את הפיצוי או שבאמת הנתבע ינסה לעשות כל מה שהוא יכול בשביל להוכיח שהוא לא התרשל. מה הדבר הראשון שהוא יעשה? מה תעשה מנהלת ביהמ"ש בירושלים? מה היא תעשה? הוא יעשה הכל בשביל לחפש את התיק – יהיה לו תמריץ בשביל לתקן את מה שהוא עשה 🡨 זה בדיוק מה שפורת ושטיין מנסים להשיג, המטרה שלהם היא לא שתביעות יתקבלו על ימין ועל שמאל אלא לתת תמריץ שאנשים לא יתרשלו – לגרום לבתי המשפט לא לאבד תיקים וגם אם כבר התיק הלך לאיבוד והוגשה תביעה אז הם יתאמצו כדי למצוא את התיק ולתקן את העוולה שלהם. במצב שלפני המאמר של פורת ושטיין מה היה קורה? אם הם היו מאבדים את התיק אז התובע היה "אוכל אותה" – מי היה משלם לו בכלל? הוא לא היה מקבל כלום!!! עכשיו יש לביהמ"ש תמריץ לעשות הכל כדי לא לשלם כסף במקום לשלוח את התובע הביתה בידיים ריקות.

1. המעוול אשם גם בנזק הראייתי וגם בנזק הגופני – נניח שהתיק נעלם בבי"ח, התיק הרפואי נאבד בבית החולים – עכשיו יש מצב אחר – בי"ח אחראי גם לנזק הגוף, להתרשלות הרפואית שנגרמה לנתבע, וגם אחראי לנזק הראייתי – הוא איבד לו את התיק. מה הבעיה? הוא רוצה להוכיח את הנזק שנגרם לו אבל התיק הרפואי הלך לאיבוד – יכול להיות שהוא באמת הלך לאיבוד ויכול להיות שמישהו העלים את התיק הזה- להנהלת בי"ח יכול להיות תמריץ להעלים תיק ש"נגוע" ברשלנות רפואית שיכולה להוביל גם לפלילי (אם מישהו נפטר בשל הרשלנות). בואו נבדוק את שתי האופציות:
2. ההצעה הראשונה של פורת ושטיין – הוא יקבל פיצויים (לא הבנתי למה).
3. ההצעה השנייה של פורת ושטיין – הם יעבירו את נטל ההוכחה – אבל איזה תמריץ יהיה להם למצוא את התיק? הרי הם בין כה וכה ישלמו – יש להם תמריץ משום שהם יכולים להוכיח את חפותם, זה שהם ימצאו את התיק לא אומר שהתביעה תתקבל והם בטוח יצטרכו לשלם את הפיצוי. כשלא קיימת דוק' הנזק הראייתי אין להם שום תמריץ למצוא את התיק אך כשקיימת דוק' זו יש להם תמריץ למצוא התיק משום שהפיצויים בגין הנזק הראייתי מרחפים מעל ראשם בכל מקרה.
4. נזק ראייתי מכוון – מקרה אמיתי שקרה אנגליה – בני זוג מסוכסכים הנמצאים בהליכי גירושין, לאישה יש ריאיון עבודה ולצורך ריאיון העבודה היא מכינה תיק של קורות חיים והמלצות ואין לה העתקים. הבעל יודע את זה ומעלים את התיק ושורף אותו 🡨 היא תטען לא התקבלתי כי לא היו לי המלצות. עולה מיד השאלה, נניח שנקבל נזק ראייתי או היפוך נטל, מי אומר שהייתה מתקבלת לעבודה? את צריכה להוכיח את זה מעל 50%, מה הסיכוי שהיית מתקבלת למקום העבודה שבו הבעל פגע? כאן האישה לא הייתה צריכה להתאמץ – היא מביאה את הבוס והוא אומר שהוא ראיין 10 אנשים אז הסיכוי שלה הוא 10%, ולכן היא תקבל 10% מהשכר – נניח שהשכר 20,000 – היא תקבל את ההפרש בין מה שהיא מרוויחה היום לבין מה שהיא הייתה אמורה להרוויח. העסק פה לא כל כך פשוט – אפשר לסבך את זה מאוד. בואו ניקח מקרה קל – נניח שהיא עבדה בהיי-טק והיא פוטרה והיא ניסתה למצוא עבודה אחרת אבל היא כרגע מובטלת ואין לה משכרות בכלל אז היא צריכה לקבל 2000 ₪ שזה ה-10%, והוא ישלם לה את זה לפחות עד שהיא תקבל עבודה חדשה – אם היא תקבל עבודה חדשה על 10,000 ניתן לה 10% מההפרש והיא תקבל 1000 ש,ח. מה האישה טענה? שהסיכוי שלה להתקבל לעבודה היה גדול יותר – משום שמי שהתקבלה בסוף הייתה אישה – 4 נשים התראיינו ו-6 גברים התראיינו – המשרה אוישה לפני כן ע,י גברים והבוס החליט שהמועמדים שהגיעו לשלב הסופי והם באותה רמה הוא ייקח אישה, והנתונים של אותה האישה היו מאוד מרשימים אבל לא היו לה המלצות – אם היו לה המלצות אז הסיכוי שלה היה גובה יותר מ-10%, ולכן היא צריכה לקבל יותר, צריך לשבת ולחשב את זה. אם כל העשרה היו באותה רמה אז בטוח אישה הייתה מתקבלת ולכן הסיכוי שלה היה יותר גבוה – היה 25% (אישה אחת מתוך ארבע נשים שאחת מהן בטוח תתקבל והגברים בטוח לא יתקבלו משום שכולם באותה רמה ולכן נעדיף אישה).
5. בליעת נזק – דוג' שונה מהדוג' הקודמות. שני מזיקים שגרמו בטוח לנזקי גוף אבל המזיק השני גרם לנזק ראייתי כלפי הנזק של המזיק הראשון – הניזוק לא יכול להוכיח את הנזק של המזיק הראשון משום שהמזיק השני "בלע" את הנזק של המזיק הראשון. אדם נפגע בברכו, יש לנו את כל מרכיבי הנוסחא הנזיקית – ואז הניזוק מגיע לבי"ח כדי לטפל בברך שלו, הרופא מכניס אותו ישר לניתוח וכורתים לו את הרגל – הוא רוצה לטעון שלא היה צריך לכרות לו את הרגל לפי האסכולות ברפואה ניתן היה להציל את הרגל והכריתה הייתה מיותר, ההחלטה הייתה נחפזת ונמהרת 🡨 יש תביעה, נגד המזיק הישיר, על הפגיעה בברך ויש תביעה נגד בי"ח על כל הרגל. אם הוא יתבע את בי"ח, אז בי"ח יטען כי הוא קיבל רגל חולה – נניח שרגל בריאה עולה 1,000,000 ₪, אבל הרגל שלך חולה, היא שווה פחות, ברך במצב קשה, אז אני צריכה לשלם לך על ההפרש – נניח שהרגל במצב שהייתה שווה 400,000 ₪ אז זה מה שבי"ח ישלם והמזיק הישיר ישלם לו 600,000 ₪ על כך שהוא הביא אותו למצב הזה – אם אנחנו יכולים לקחת את כל המיליון ₪ ונחלק את זה בין המזיק הראשון והשני – הראשון שווה 600,000 ₪ והשני שווה 400,000 ₪ - מראש אפשר לתבוע כל אחד על החלק שלו. מה הבעיה כאן? הבעיה היא שתובעים במקרה הזה רק את בי"ח מכיוון שכאן אין נתון על הנזק הראשון – אני יודע שהברך הגיעה במצב קשה והיה ניתוח חירום – אין כאן בדיקה מסודרת עם צילומים וכו' אי אפשר לנסות ולהעריך את הנזק שנגרם לו בהתחלה, בעקבות התאונה, איין לנו הוכחות (למשל בדעקה כן היו הוכחות משום שהיא ערכה סדרת בדיקות לפני הניתוח וכו'). אפשר להגיד שהרופא בטוח יכול להעריך את הנזק שהיה לפני זה משום שהוא זה שלח אותו לניתוח חירום. אם ניקח מצב אחר – בן אדם נפצע ואז בא אמבלונס ופינה אותו בעקבות הפציעה ולרוע המזל, האמבולנס עשה ת.ד. והנזק גדל עוד יותר ואי אפשר לדעת מה החלק בנזק של כל אחד מהצדדים 🡨 אי אפשר להוכיח כמה הנזק שכל אחד עשה, אפילו לא בקירוב!!! מה שקורה כאן שיש שני מעוולים – אחד אחראי על נזק גוף והשני אחראי על נזק גוף וגם על נזק ראייתי והנזק הראייתי שווה לאותו הנזק שהמזיק הראשון אחראי לו. מה עשתה הפסיקה? זה ניתן למצוא במאמר של פורת ושטיין – אנחנו נטיל את האחריות על המזיק השני, הוא משלם את כל המיליון – למה? בגלל שהנזק הראייתי שלו שווה לנזק הגופני של המזיק הראשון, והנזק הגופני שהוא גרם שווה להפרש.

המזיק הראשון – נזק גופני. 🡨

400,000 ₪

המזיק השני – ננזק ראייתי בגודל הזה בדיוק 🡨 400,000 ₪

סך כל הפגיעה

1,000,000 ₪

הנזק הראשוני, לפני ההגעה לבי"ח – 4000,000 ₪

המזיק השני – נזק גופני 🡨 600,000 ₪

***ככה בעצם יוצא שהמזיק השני אחראי, מבחינה כספית, על כל הנזק -***

***400,000+600,000=1,000,000 ₪***

הנזק הגופני שבי"ח גרם

600,000 ₪

מה ההבדל בין המקרה הזה למקרים האחרים? פה ברור שיש נזק, ברור מה הנזק וברור שיש שני אחראים לנזק הגופני וברור שיש נזק ראייתי שהמזיק השני אחראי לו 🡨 המקרה הזה הרבה יותר ברור. בניגוד למקרה של בי"ח שערי צדק בו ניתן להוכיח עוולה, קש"ס ונזק, שם לא ניתן היה להוכיח את קיום התביעה עצמה. ברגע שהתובע מגיע עם הנוסחא כולה השופט ישתכנע שהוא אמור לזכות בתביעה אך הבעיה היחידה היא לא הוכחת קיום התביעה, כי אם הכימות. זה הבדל חשוב מאוד. לכן בגלל העניין הפעוט של הבעיה בכימות לא נסגור את הדלת בפני תהובע. נפסוק לטובתו את המיליון כאמור.

נניח מצב שבו הנזק נגרם לפני הרבה מאוד זמן והתוצאות קורות רק עכשיו –כמו במקרה של הקישון – ואיבדו את התיק. אם מכירים בהגברת הסיכון כנזק, כן אפשר לתבוע עליו אבל זה גם בלי קשר, זה לפי מה שלמדנו בשיעור הקודם. אם לא מכירים בהגברת הסיכון כנזק, אז לא יקבלו את זה כי זה יהיה מאוד ספקולטיבי ובלתי אפשרי כמעט יהיה להוכיח את זה.

עד כה דנו בשאלה האם צריך להוסיף נזקים חדשים והתשובה בכולם הייתה תשובה בסימן שאלה – כעת נדון בשאלה – האם כשיש לנו נזק מוכח מבין השלושה המסורתיים (גופני, נפשי ורכושי), עוולה וקש"ס, ברור מאליו שהתביעה מתקבלת? התשובה היא לא ברורה מאליו. בזה דנים בגורדון ובזייצוב – מדיניות משפטית נאותה מחייבת לעיתים לא לקבל תביעות למרות שכל רכיבי הנוסחא התקיימו. עניין זה מתקיים גם בפס"ד אמין נ' אמין 🡨 אין טענה שאין נזק אבל יש טענה שלא צריך להעניש את זה.

פס"ד עיריית ירושלים נ' גורדון – אולי פס"ד הכי חשוב שלנו בקורס, הוא משפיע על דיני הנזיקין בכמה נקודות מהותיות:

* עוסק בשאלה מהי בכלל רשלנות – יש שני סעיפי רשלנות כששניהם לא ברורים 🡨 ברק משרטט את יסודות עוולת הרשלנות גם בפס"ד גורדון וגם בפס"ד וקנין – היום הולכים אחרי השרטוט הזה בכל פס"ד.
* עוסק בשאלה של עוולות מסגרת אל מול מסגרת פרטיקולאריות – גם פס"ד כרמלי של השופטת נתניהו, מתווים ומשרטטים את היסוד להבחנה בין עוולות פרטיקולאריות ועוולות מסגרת.
* עוסק בשאלת הנזק בשני כיוונים שונים:

1. הרחבת הנזק הנפשי – שנות ה-80- הפעם הראשונה בפסיקה הישראלית שבה הוכר נזק נפשי שהוא לא נזק פסיכאטרי, מה שאנחנו מכירים בתור "עוגמת נפש" – מה שעשית גרם לי למצב של נזק נפשי שהוא נזק בריאותי, פסיכאטרי, אלא נזק של אובדן הנאה, אובדן נוחות. החידוש של פס"ד גורדון שהיום הוא נחשב לנו מאוד טריוויאלי, הוא הכנסת מצב של נזק נפשי עצמאי, שלא תלוי ברפואה, כל התביעה כולה סובבת סביב הנזק הנפשי.
2. מצב שבו מתקיימים כל יסודות הנוסחא הנזיקין ואמורים לקבל את התביעה – עומד עו"ד של עיריית ירושלים וטוען שלמרות שהוכח כאן עוולה וקש"ס, לא צריך לקבל את התביעה. איך זה ייתכן? הנימוקים שהוא טוען להם, ולא התקבלו, הם נימוקים של מדיניות משפטית- צריך לוותר על זכותו של הניזוק לקבל פיצויים משום שיש שיקולים חיצוניים משפטיים שמחייבים לא לקבל את התביעה. מה הנימוקים הללו?
3. קשה לתחום את עוגמת הנפש – לפי מה מעריכים את הנזק, איך מכמתים את הנזק? ברק דוחה את הטענה הזו ואומר שניתן להתמודד עם הערכת הנזק וזוהי לא סיבה לדחות את התביעה.
4. יש בעיה פרוצדוראלית – בעיה שמשפיעה על המהות, גורמת לכך שהתביעה לא תתקבל 🡨 יש חשש מהצפת בתי המשפט – זוהי טענה מאוד פופלארית שברוב המקרים לא מתקבלת – ברגע שיקבלו את הטענה הזו יהיה כאן פתח לכך שאזרחים שלא מרוצים מהרשויות השונות יבוא ויתבעו את הרשות בגין נזק נפשי של עוגמת נפש – כל אחד שהתנהגו אליו לא יפה יבוא ויתבע ויגיד שמגיע לו פיצויים על ההתנהגות. זהו נימוק חברתי כללי.
5. תביעות סרק - מדרון חלקלק – עיריית ירושלים פישלה וזה לא בסדר, בסה"כ מגיעים לגורדון פיצויים, אבל מחר יבואו אנשים שיתבעו על דברים טריוויאלים – החשש פה הוא חשש של מדרון חלקלק – שמקרים **מאוד קלושים וחלשים יתקבלו ויינתנו בגינם פיצויים** – נכון שהמקרה של גורדון זה מקרה מאוד קיצוני שהגיע עד כדי מעצר אבל זה לא כך בכל מקרה. הפעולה של הרשות תשובש, אנשים יצטרכו לתת עדויות כל הזמן על מקרים שטותיים. אפשר לבוא ולטעון שיש את הגנה של סעיף 4 "הגנה של מה בכך" אבל כדי להשתמש בהגנה זו צריך לנהל תביעה שלמה. נניח שאנו עו"ד, זה לא פשוט לטעון טענות אלו ואם זה קו ההגנה היחידי שלנו אז עדיף ללכת לפשרה. אם זה מתווסף לטיעוני הגנה אחרים אפשר להוסיף את זה. ברק לא מקבל את הנימוקים האלה – במרוצת השנים מאז, אי אפשר להגיד שזה התאמת – בתי המשפט לא נסתמו בגלל זה ולא באמת התקיים המדרון החלקלק, זה קצת הוגזם שם. זה כן היה הגיוני לא לקבל את הנימוק למרות שזהו נימוק טוב והגיוני.
6. נימוק נגדי להרתעה, להרתעת יתר – ברגע שתקבל תביעה כזו היא תגרום להרפיית ידיהם של עובדי הציבור – אם תביעה כזו תתקבל אז עובדי הרשויות – אנשים יידעו שעל כל פיפס ניתן יהיה לתבוע אותם – אז העובדים לא יתאמצו וכל הזמן יחשבו ויהססו לבצע פעולות כי יפחדו שיתבעו אותו מפחד שהם לא יהיו בסדר. זה יכול גם לגרום לכיוון ההפוך – יכול להיות מצב של להיות יותר מידי בסדר – וזה גם לא בסדר. ברק לא מקבל את הטיעון הזה והוא חושב שניתן להגיע להרתעה אופטימלית ושהם צריכים לעבוד כמו שצריך.

פס"ד זייצוב נ' כץ - ביהמ"ש מקבל את התביעה בדעת רוב כנראה בזכות בכורה עולמית – ביהמ"ש העליון בישראל הכיר בשלושה מקרים שלא הוכרו קודם לכן בשום ביהמ"ש אחר בעולם:

* אמין
* דעקה
* זייצוב – יש כל הזמן תביעות כאלו בכל העולם ולרוב הן נדחות. יש תביעה כנגד הרופאה בגלל שהיא לא נתנה ייעוץ גנטי להורים בקשר למום שהיה לילד כשהוא נולד. הטענה היא טענה להתרשלות – אנו מקבלים את זה שהתרשלה, יש נזק – תינוק עם מחלה קשה ויש קש"ס – מבחן האלמלא – אם הייתה שולחת את ההורים לבדיקה אז הם היו מחליטים לא להביא ילד לעולם (למרות שזה לא בטוח, מי מבטיח לנו בכלל שהם היו מחליטים לא להביא ילדים כשהיו רואים את תוצאת הבדיקה) 🡨 למה רוב בתי המשפט בעולם לא מכירים את זה, למה בהימ"ש עליון הישראלי הוא היחיד שקיבל את זה? כשאנו מדברים על הולדה בעוולה, "טוב מותי מחיי" – טענה מאוד קשה! מבחינה אתית, אי אפשר לקבל טענה כזו – לא יוכל להיות ילד שיבוא ויטען עדיף לא שהייתי נולד, החיים הם ערך עליון במשפט – גם ילד פגום (שזה מונח קשה לכשעצמו) הוא לא מהווה נזק – אי אפשר לבוא ולהגיד שילד הוא נזק. אומרת דעת הרוב – ילד יכול להיות שווה נזקף ילד פגום יכול להיות שווה נזק – ילד פגום עדיף היה שלא היה נולד בכלל אם הפגם שלו מאוד חמור – ויש פשלה של הרופאה. אם מכירים את התביעה הזאת זה אומר שמקבלים את העוולה הזו רק כאשר יש נזקים חמורים במיוחד. אומר ברק שנחשב שהוא נחשב דעת רוב אבל הוא מיעוט בתוך הרוב – אני משווה את הילד הפגום לילד הבריא, לא משווה את הילד הפגום לילד שלא נולד בכלל – מה זה אומר מבחינת ברק? על כל פגם אפשר לתבוע – אם ילד נולד בלי אצבע אז נשווה אותו לילד עם אצבע ואז בטוח אקבל פיצוי. למה זה מאוד קשה מה שברק אומר? משום שאין מציאות כזו – הרי הרופאה לא אחראית לדברים האלו – אין מציאות שהילד נולד בריא, זה לא שאם הרופאה הייתה אומרת להורים שהילד יוולד חולה אז הוא היה נולד בריא – אי אפשר להשוות אותו לילד לבריא אלא צריך להשוות אותו לילד שלא נולד בכלל.

**שיעור מס' 15 – 12\05\14**

**הולדה בעוולה** – התביעה של הילד נ' הרופאה בזייצוב או התביעה של הילד נ' ההורים, ההורים נ' הרופאה – כל אלו הם חלק מהנושא שנקרא "הולדה בעוולה". ישראל חלוצה בעניין זה, יש הרבה אנשים שנותנים נימוקים לא לא צריך להכיר בעוולה זו.

**היריון בעוולה** – כיצד ייתכן? מצב שבו אישה באה לרופא ומבקשת שינתחו אותה ניתוח של עיקור – שבד"כ זהו ניתוח בלתי הפיך. אישה מגיעה לגניקולוג והוא עושה לה את ההליך הזה, נניח שההליך נעשה בהתרשלות – הקשירה לא הייתה מלאה והאישה נכנסה להיריון. לכאורה זהו מצב יותרה קשה מהולדה בעוולה כי אנחנו מדברים על ילד בריא. הסטטיסטיקות לגבי אי-הצלחת הניתוח, הן כ"כ נמוכות – 99% מהמקרים זה מצליח – לכן לכאורה זה לא בעיה להוכיח את זה. אבל הבעייתיות היא – איך אפשר לקרוא לילד בריא שנולד "נזק"? חלק משיטות המשפט בעולם כן הצליחו למצוא מוצא לאותם ההורים שתובעים בגין היריון בעוולה 🡨 יש רופא שהתרשל ואנו יכולים להוכיח זאת לביהמ"ש ויש קש"ס אבל קשה לדבר על הנזק – באו עו"ד מחוכמים ואמרו שהילד לא יכול לתבוע על היריון בעוולה אבל אנו לא נחסום את ההורים מתביעה – ההורים יכולים לתבוע על הוצאות הגידול של הילד עד גיל 18 ואולי אפילו יותר מזה. עולה פה עוד שאלה האם לתת פיצויים רק כאשר השיקול של ההורים לא להביא לילדים הוא שיקול כלכלי או גם כאשר השיקול הוא לא שיקול כלכלי? את ההבחנה הזו לא עושים בבתי המשפט בעולם – יש בתי משפט בעולם, וגם בישראל (במחוזי ובשלום), שמכירים בהיריון בעוולה רק בתביעת ההורים ורק בצרכי הגידול, לא כמו על הולדה בעוולה, אבל זה עדיין הרבה כסף לגדל ילד עד גיל כזה. יש פה בעיה אתית – ילד שרואה שההורים תובעים על הוצאות הגידול, הילד יכול להרגיש לא רצוי. אבל, מה הנתבעים אמרו? צריך להפחית מההוצאות האלו – ההורים לא צריכים לקבל את כל ההוצאות האלו – הורים על ילד בריא לא רק מוציאים הוצאות, הם גם נהנים ממנו – להפחית מהוצאות הגידול את ה"הנאה" שיש לך מהילד – ופה מתחיל וויכוח, עד כמה נהנים מילדים? מה קורה כשיש בעיות התנהגות? וכו'. קיימת חזקה שאין ילד שלא נהנים ממנו ותמיד מפחיתים את גובה ההנאה שיש להורים מילד, גם אם הילד היה ונשאר לא רצוי. העילה של היריון בעוולה לא הוכרה בכלל כלפי ילדים – ילד לא יכול לבוא ולתבוע את מבצעי הניתוח על כך שבגללם הוא נולד למשפחה שלא רצתה אותו ובגין זאת נגרם לו נזק נפשי, ביהמ"ש הסכים ללכת רק באמצעות ניתוק הרגש – קבלת התביעה של ההורים בלבד, וזאת גם לא דרך ההיריון בעוולה אלא דרך הוצאות גידול.

**מבחינת המטרות**: הרתעה יעילה – אם לא נותנים אפשרות לתביעה לא תהיה שום סיבה שהרופא יימנע מנזקים והתרשלות. צדק חלוקתי – להשלים.

דיני הנזיקין מול מערכות דינים אחרות

נדון בנושא זה בשני הקשרים:

* הקשר ראשון- בהינתן שיש קשר, ממשק בין מע' דיני הנזיקים לבין מע' דינים אחרות והחיים שלנו הם חיים הרבה יותר מורכבים, לא כמו שלומדים בפקולטה שכל ענף הוא כשלעצמו – השאלה היא מה קורה כשיש נזק שמקורו בתחום משפטי אחר? ניקח שני תחומים – דיני המשפחה ומשפט פלילי – איפה נבחן הנזק? האם הוא נבחן בתחום האחר או בתחום הנזיקין? כלומר האם נסתפק בהגדרת הנזק שנקבע במע' האחרת או שנוכיח את הנזק לפי דיני הנזיקין? נסביר את זה בשתי דוגמאות:

1. דיני משפחה – סרבנות גט – ראש נזק לא ממוני – איפה דיני הנזיקין נכנסים בסרבנות גט? כפי שדיברנו בעבר, אם בעל מסרב לתת לאשתו גט, דיני הנזיקין זיהו שמדובר בעוולה(בפסיקה העוקבת הכירו בזה לרוב כהפרת חובה חקוקה, ורשלנות הוכרה בכל מקרה) – הנזק מיובא מדיני המשפחה🡨 איך יודעים שזה נזק? ביה"ד הרבני קבע שמדובר בנזק, הבעל ציער את האישה בכך שהוא כלא אותה, פגע באוטונומיה שלה, לא אפשר לה ללדת ילדים. לכאורה, מייבאים את הנזק מדיני המשפחה. – פסקי הדין של ביה"ד הרבני הם לא קונסטיטיובים, לא יוצרים, לא יוצרים זכות חדשה. כלומר אם ביה"ד קובע כי הבעל צריך לגרש את אשתו, הם לא יכולים לקבוע שהם גרושים אלא הם רק יכולים לתת לבעל צו שיגרש את אשתו והוא מסרב והוא נחשב לסרבן גט והוא מעגן אותה, ואז זה נחשב לנזק – לפני שדיני הנזיקין בכלל נכנסו בכלל לנושא הזה, ביה"ד קובע כי הבעל הוא לא בסדר והוא גורם לנזק וזה נשאר תקוע כי בהי"ד לא יכול לעשות כלום. נשים החלו להגיד מתחילת שנות ה-2000 תביעות נזיקין בגין סרבנות גט 🡨 האם דיני הנזיקין הם כלי טכני שבאים ועושים העתק הדבק מדיני המשפחה, מפסיקות ביה"ד הרבני? זה לא דבר רע להגיד שדיני הנזיקין הם כלי טכני – לכאורה התשובה היא חיובית, דיני הנזיקין הם רק מע' טכנית לתבוע, מייבאים הכל. עולות פה שאלות מאוד קשות, נקח אחת מהן – מה קורה אם ביה"ד (עדיין) לא פסק צו לבעל שיגרש את אשתו – האם דיני הנזיקין חופשיים לקבוע בעצמם שבעל הוא סרבן בלי שביה"ד קבע זאת או שדיני הנזיקין הם הולכים רק בעקבות מע' דיני המשפחה? אין תשובה חד משמעית, בעיה לא פתורה.
2. המשפט הפלילי – מה קורה כשאדם הורשע בביצוע עבירה, האם עושים העתק הדבר לדיני הנזיקין? יש שלוש אפשרויות:

* אין פה חפיפה מלאה, לא מה שנקבע בפלילי, לא תמיד תופס בנזיקין – לדוג' אם אני רוצה לתבוע את ענת קם בעקבות מה שהיא עשתה בגלל שהיא פגעה בביטחון המדינה ופגעה לי בביטחון ואני רוצה להגיש נגדה תביעה נזיקית, אני לא אוכל – למה? אין פה חפיפה בין העבירה לבין העוולה – אני לא יכול לבוא ולהגיד שהיא פגעה בי בגלל שהיא פגעה בי. מי שייקח את ההגדרה של "תקיפה" בפלילי ובנזיקין – כמעט בין הבדל ביניהן אבל זה לא כך בכל דבר. נניח מצב דברים שבו התביעה מקימה גם עם עבירה וגם עוולה – לדוג' תקיפה – אם אדם הורשע בתקיפה, והנתקף רוצה לתבוע את התוקף בנזיקין, האם הוא יכול להסתמך על מה שנקבע במשפט הפלילי?יש כלל שקובע כי שופט בערכאה ראשונה אמור לשמוע את כל העדויות והממצאים שהוגשו אליו ולא להסתמך על ביהמ"ש או שופט אחר בתביעה אחרת 🡨 בא ס' 42א(א) לפקודת הראיות וקובע כי – אתה יכול לבקש מהשופט, הוא לא חייב לקבל, שייתן לך לעשות את ה"קופי פייסט" הזה מהערכאה הפלילית ולהשתמש בזה באזרחי – אם השופט מסכים, יהיה לך קל להוכיח למרות שתמיד הנתבע יכול לבוא ולטעון כל מיני הגנות – העיקר כאן הוא שזה שיקול הדעת של השופט, הוא קובע אם הוא מסכים או לא מסכים. השופט יכול גם לתת החלטת ביניים – לקבל עדות של אחד ולא לקבל עדות של אחר מתוך המשפט הפלילי, לקבל חלק דברים מהמשפט הפלילי שנערך ולא את הכל.
* דרך טובה יותר לניזוק היא ללכת לפי ס' 77 לחוק בתי המשפט שנקרא "תביעה נגררת" – תוך 90 יום מסיום ההליך הפלילי אפשר להגיש תביעה נזיקית נגררת לפלילית והחידוש פה הוא שניתן להגיש לאותו ביהמ"ש שהרשיע את הנאשם תביעה נזיקית לביהמ"ש הפלילי – מה אנו מפסידים? שופט פלילי דן בעניין נזיקי. מה אנו מרווחים? שופט שכבר שמע את כל העדויות, הוא מעורה בכל העדויות והראיות. אבל מה? זה נצחון מובטח לקורבן, הרי ברור שהשופט לא יחזור בו ויגיד פתאום שהאדם שהורשע לא הזיק. מה נשאר לעשות? לקבוע את גובה הנזק – יש פה איזושהי פשרה הגיונות – מצד אחד שופטים פליליסטים לא באמת הגיוני שידונו באחריות נזיקית אבל למעשה הם לא בדיוק דנים באחריות נזיקית – זה לא הביעה, הבעיה היא גובה הנזק אבל זוהי בעיה פתירה והיא נסבלת משום שהיתרון שהשופט כבר שמע את הראיות מחפה על חסרון זה. אחת הסיבות שאין הרבה תביעות כאלה משום שהקורבן לא יודע על קיומו של סעיף זה, למה? לרוב, הוא לא מיוצג ע"י עו"ד והוא לא מודע לאפשרות זו.
* ס' 77 לחוק העונשין – מאפשר לקבל פיצוי על כל אישום שהוכח, על כל אישום שאדם הורשע בו הקורבן יכול לקבל פיצוי עד תקרה מסוימת – היום זה עומד על בערך 200,000 ₪ על כל אישום. הבעיות כאן – זהו שק"ד מלא של ביהמ"ש – אין שום צד שיש לו אינטרס להעלות זאת במהלך המשפט – הקורבן הוא לא צד למשפט ולכן אין מי שינסה לקדם את האינטרסים שלו. יש מקרים בו בא הנאשם בכלל ומציע לתת פיצויים כדי להביע סוג של חרטה וחושב שזה יעזור להפחית את עונשו או לחתום איתו עסקת טיעון. יש פה הרבה בעיות ולא נעשה בזה מספיק שימוש.

האם זה נזק בכלל? האם אלו פיצויים נזקיים וצריך לבוא ולהוכיח את הנזק שנגרם לניזוק? האם הקורבן יכול לבוא ולערער על גובה הפיצויים שנקבע לו? בעיה נוספת, יש סעיף בחוק העונשין שאם הנאשם יתחנן לביהמ"ש, הוא לא יעניש אותו, לא ירשיע אותו – הוא רק יקבע את האישומים שלו, ללא הרשעה ויעניש אותו ברמה מסוימת – עבודות שירות – לא תהיה לו תווית פלילית ויעמוד לפיקוח של קצין מבחן. מתי ביהמ"ש מקבל את זה? כשעו"ד מוכיח שהנאשם הוא אדם נמורמטיבי וזו הייתה מעידה חד פעמית ושאם ירשיעו אדם כזה אז זו תהיה טעות – לפעמים ביהמ"ש מקבל את זה. פס"ד אסף – 2002- הייתה אישה מבוגרת שרבה עם השכן שלה ושפכה עליו מים רותחים ועניינה הגיע למחזוי בגין תקיפה – זו הייתה עבירה ראשונה שלה והיא הייתה מאוד מבוגרת ובסופו של דבר לא הרשיעו ולא זיכו אלא קבעו שהיא ביצעה את המעשים בלי להרשיע אותה – חייבו אותה לפצות את האדם לפי ס' 77 🡨 היא באה ואמרה שבסעיף זה נקבע כי רק כאשר הנאשם הורשע הוא יחוייב בפיצויים – זה הגיע לחשין בביהמ"ש העליון והוא אמר לה "הרצחת וגם ירשת?" ואמר שלפי הלכת ביהמ"ש העליון, גם אם האדם לא הורשע אחר נקבע כי הוא ביצע את המעשים, אז אפשר להחיל את הסעיף לגביו. זה מעלה שאלות נוספות – האם אותה הלכה, אותו היגיון פועלים בסעיפים האחרים שהצגנו? למשל בתביעה נגררת – כן, אפשר לקבל. הגיוני להחיל את זה על כל שלושת הסעיפים שהצגנו.

* הקשר שני - דיני נזיקין נמצאים בשכנות לענף משפטי שבישראל הוא לא כל כך מפותח – עשיית עושר ולא במשפט. לפעמים אנשים מתבלבלים בין תחום זה לבין דיני הנזיקין. דיני נזיקין – א' גרם ל-ב' נזק, יש עוולה וקש"ס. דיני חוזים – יש חוזה בו מבוטא מפגש רצונות 🡨 ההבדל בין נזיקין לחוזים: דיני הנזיקין משיבים את המצב לקדמותו, לעומת זאת, דיני החוזים, לפי הסעד הראשי שלהם – הולכים קדימה, מנסים לאכוף את החוזה גם אם הופר. מה קובע "עשיית עושר ולא במשפט? ב' יכול לתבוע את א' למרות שלא היה ביניהם חוזה, ולמרות ש-א' לא גרם לו נזק במובן של דיני הנזיקין🡸 יש מצב שאדם עשה עושר ולא במשפט, "זה נהנה וזה לא חסר" – יש דברים שנראים כמו דיני נזיקין אך כשמנתחים את הנזק מבינים שזה לא נזק – זה עשיית עושר בלי קשר לנזיקין. יש דוגמאות בדף עבודה מס' 1, נציג אותן כאן אבל צריך לעבור על זה בבית:

דוג' מס' 1- וילה בסביון נסעו לחודש וחצי לחו"ל, חזרו לוילה שלהם וגילו שהיה פועל שעבד שם באזור ונכנס כל לילה לוילה שלהם והוא שהה שם – הם לא שמו לב לזה בכלל אלא השכן אמר להם – אין פה דיני נזיקין משום שהוא לא גרם להם שום נזק, הוא בכלל לא שמו לב לזה, הוא אפילו ניקה להם את הבריכה ואת הבית. אין ביניהם שום חוזה, הם לא מכירים בכלל – אי אפשר לבוא ולחשב כמה עולה השכרה לחודש ואז לתבוע אותו – אין ביניהם חוזה בכלל אז זה בלתי אפשרי – זה מתנתב לדיני עשיית עושר ולא במשפט וצריך לבדוק את זה שם וןזה לא מעניין אותנו. צריך לבדוק קודם כל אם יש נזק ואז מגלים שלא ואז בודקים אם יש ביניהם חוזה ומגלים שלא ואז פונים לעשיית עושר ולא במשפט.

דוג' מס' 2 – פס"ד אדוארדס – אדם חפר בחצר שלו ומצא שם מערת נטיפים – הוא הדפיס שוברים וכרטיסי כניסה, אנשים הגיעו, שילמו כסף ונכנסו למערת הנטיפים – התברר שחלק מהמערה עוברת תחת הקרקע של השכן ובמשך שנתיים הוא לא ידע על זה אבל באיזשהו שלב סיפרו לו אז הוא הלך ותבע – אבל זה לא דיני נזיקין – נזק הוא אובדן, חיסור אבל לא זה שהוא הרוויח על חשבוני, זה לא נחשב לנזק. ביהמ"ש קיבל את זה בעילת עשיית עושר ולא במשפט. הנתבע טען לקיזוז ההוצאות שהיו לו ורק אז לחלק לחצי את כל הרווחים.

* דוג' מס' 3 – שכירות – נכנסה שוכרת והיא פתחה בבית שלה סוג של חנות תכשיטים והרוויחה – בא המשכיר וביקש חלק מהרווחים שלה – אמרו לו שהוא לא ניזוק, פה יש חוזה אבל החוזה לא נופל לגדר המקרים שהוצגו בחוזה עצמו – גם כאן הדרך הנכונה תהיה לא דרך דיני החוזים, אלא דרך עשיית עושר.
* דוג' מס' 4 – צבעי – ביקשו ממנו לצבוע את הדירה בצבעי טמבור בגלל האיכות והוא באמת צבע את זה בצבעי טמבור והחוזה וקבעי כי הוא יקבל 10,000 ₪ שמחולקים ל- 4000 ₪ עבור החומרים והשאר לעבודה. במקרה מתגלה שהקבלן רימה אותו והוא צבע את הבית לא בצבעי טמבור אלא בצבעים אחרים שעולים 3000 ₪ - הוא תובע אותו על ה-1000 ₪ הפרש 🡨 יש חוזה, יש נזק – צבע פחות טוב, אבל צריך להביא בחשבון בנק' המוצא שהביאו מומחה שקבע כי האיכות של טמבור והאיכות של הצבעים האחרים הן זהות! יש לשים לב כי הסיבה שהיה חשוב לתובע להשתמש בטמבור בגלל איכות ולא בגלל דברים אחרים –האם זה מצדיק פיצוי לפי חוזים? החוזה כבר בוצע, זו אותה איכות – הוא הרוויח על חשבוני. אנחנו צריכים לדעת שאם אין חוזה ואין נזק זה עשיית עושר, אם יש חוזה אבל זה לא ממש קשור לחוזה אז זה גם עשיית עושר. פרידמן בספרו מראה מקרים בודדים שהם חופפים – גם נזיקין וגם עשיית עושר- למרצה זה נראה בעייתי משום שהכלל ההתחלתי לעשיית עושר הוא שאין נזק.

**שיעור מס' 16 - 12\05\21**

**עוולת הרשלנות**

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת – כל התנהגות בעולם יכולה להיכנס באופן עקרוני לעוולת המסגרת של רשלנות. עוולה פרקטיקולרית רלוונטית לסוג מסוים של התנהגויות – לדוג' –

* עוולת התקיפה – שימוש בכוח נגד גופו של אדם, בתוכה יכולות להיות התנהגויות שונות אבל כולן מסוג מסוים – השימוש בכוח.
* עוולת הסגת גבול - היא גם עוולה פרטיקולארית.

יש מכנה משותף בין ההתנהגויות שנכנסות תחת העוולה הפרטיקולארית.

לסיכום, ההבדל בין עוולה פרטיקולארית לעוולת מסגרת הוא בהתנהגויות – תחת עוולת מסגרת נכנסות הרבה התנהגויות, בעוד שתחת עוולה פרטיקולארית נכנסות התנהגויות ספציפיות בעלות מכנה משותף.

כל עוולה פרטיקולארית באה להגן על אינטרס מסוים – למשל הסגת גבול מגנה על הקניין, כליאת שווא מגנה על חירות האדם.

עוולות המסגרת אינן קופאות על השמרים ומשתנות לפי הזמן – היא נותנת קווים כלליים 🡨 מתי אתה רשלן? החוק לא אומר את זה וכדי לקבוע מתי אתה רשלן צריך לקבוע לפי המקום והזמן הנתונים.

אנחנו נעסוק בעוולת הרשלנות ונערוך השוואה בינה לבין עוולת הפרת חובה חקוקה.

הפרת חובה חקוקה – היא מאוד חשובה אבל היא במקום השני, כאשר רשלנות היא במקום הראשונה 🡨 למרות שעוולת הרשלנות היא העוולה הכי קשה להוכחה, היא יוצרת קושי רב לעו"ד הנזיקיסט. עוולת הרשלנות היא מאוד לא ברורה, קשה מאוד לתבוע עליה ולהוכיח אותה, המרצה קורא לעוולת הרשלנות "עולם של חושך", אנו מגששים באפלה כשאנו צריכים להוכיח את עוולת הרשלנות. יש לנו את הפרת החובה החקוקה שלכאורה זהו כלי יותר קל, המבחן הטכני הוא יותר פשוט וברור משום שכל מה שצריך לעשות זה למצוא הוראת חוק שהופרה ובעקבות ההפרה נגרם הנזק. בארה"ב, לדוג', לא קיימת "הפרת חובה חקוקה", מדוע? איך מסתדרים שם בלעדיה? אולי אנחנו גם צריכים לבטל אותה? מה החשיבות שלה? אנחנו לא נענה על השאלה הזו כרגע, נשאיר את זה להמשך.

**השוואה בין רשלנות לבין הפרת חובה חקוקה**

|  |  |
| --- | --- |
| רשלנות | הפרת חובה חקוקה |
| **חובת זהירות**  **רשלנות**  35.   עשה אדם מעשה שאדם סביר ונבון לא היה עושה באותן נסיבות, או לא עשה מעשה שאדם סביר ונבון היה עושה באותן נסיבות, או שבמשלח יד פלוני לא השתמש במיומנות, או לא נקט מידת זהירות, שאדם סביר ונבון וכשיר לפעול באותו משלח יד היה משתמש או נוקט באותן נסיבות - הרי זו התרשלות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.  פס"ד פלילי – פס"ד יערי – פס"ד שעוסק ביחסי שכנות 🡨 יחסי השכנות האלו באים לידי ביטוי בחיוב לא להרעיש, לא לזרוק לכלוך. יחסי שכנות לא תמיד באים לידי ביטוי רק ביחסי "שכנות" פיזית, אלא גם ביחסים בין יצרן לצרכן, בין רופא לחולה, בין הנהגים בכביש וכו'. קיימת חובת זהירות ביחסי שכנות. פס"ד יערי עוסק דווקא ביחסי שכנות בין שכנים שגרו אחד ליד השני. מה לפלילים ולנושא שלנו? יש הרבה מאוד מקרים שפלילי לוקח מנזיקין ולהפך – המבחנים הם מאוד דומים. גם בפלילי קיימת רשלנות – "גרם מוות ברשלנות". גם קלברזי בספרו מרמז בספרו על כך שהחברה רצתה ליצור סנקציות על מעשים אנטי-חברתיים אבל שלא יכללו עונשים כבדים הכלולים בדין הפלילי, ולכך ייעדו את דיני הנזיקין, הטלת סנקציות כספיות על המזיקים ולא עונש כבד כמו בפלילי. | **חובה חקוקה**-  ס' 63 לפקודת הנזיקין מדבר על העוולה הזו –  63.   (א)  מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.             (ב)  לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.  **סעיף זה מציב מס' תנאים לתביעה דרכו:**   * הפרת חובה חקוקה שמופיעה מחוץ לפקודת הנזיקין. * אין בצידה סנקציה נזיקית, אזרחית – אם יש סנקציה פלילית, כמו מאסר, אז זה לא נחשב לענייננו כסנקציה, אלא רק כאשר יש סנקציה נזיקית, כלומר פיצויים, זה נחשב כסנקציה לענייננו. * התובע נמנה עם קבוצת האנשים שהחוק חל עליהם, שהחוק כוון כלפיהם – למשל: חוק זכויות החולה – חל על חולים, חוק זכויות התלמיד- חל על תלמידים אך לא על כל התלמידים וכו'.   דוגמאות:   1. דוגמא לתנאי השלישי: נניח שאנו רוצים לבוא ולתבוע את ענת קם בגלל שהיא פגעה לי בביטחון ולטעון שהיא הפרה חובה חקוקה – אני צריך לבוא ולהוכיח שאני נמנה עם האנשים שהחוק לביטחון חל עליהם – ואז אני מגלה שאני לא יכול לבוא ולתבוע אותה משום שהחוק הזה נקבע למען הציבור בכללותו, לשמור על הסדר הציבורי והוא לא חל על כל אחד בנפרד, אי אפשר שכל אחד יבוא ויתבע את ענת קם על זה. 2. גירוש אישה בעל כורחה באיסלאם – בהלכה המוסלמית מותר לגרש את אישתו בעל כורחה בכך שהוא אומר לה שלוש פעמים "מגורשת", ואז הם בעצם מתגרשים. בא המחוקק הפלילי וקבע שזוהי עוולה פלילית – איך יכול להיות שהמחוקק מדבר בשני קולות? הדין ההלכתי של המסולמים הוא הקובע, איך יכול להיות שעכשיו בא המחוקק וקובע מצד שני שזוהי עבירה פלילית? הרי הדין הקובע בדיני משפחה הוא הדין ההלכתי - איך זה אפשרי? באים דיני הנזיקין ואומרים שהאישה רוצה לתבוע את בעלה על הנזקים שנגרמו לה כתוצאה מכך שבעלה גירש אותה בעל כורחה. הסעיף הזה יש לו תועלת כפולה: למנוע את גירושין סתם, וגם כדי לשמור על זכויותיה של האישה. דיני הנזיקין לא יכול להחזיר את האישה להיות נשואה משום שמבחינת ההלכה הם כבר לא נשואים, אבל מה שכן הוא מפצה אותה על כך. בנוסף, זהו גורם הרתעתי, הגבר יחשוב פעמיים לפני שהוא יגרש את אשתו בעל כורחה, יחשוב על המאסר הפלילי ועל הפיצויים הנזיקיים שיחויב בהם בגין הפרת החובה החקוקה. 3. סעיף 287 לחוק העונשין –   **הפרת הוראה חוקית [א/143] (תיקון מס' 23) תשמ"ח-1988 (תיקון מס' 70) תשס"ב-2002**  287.  (א)  המפר הוראה שניתנה כשורה מאת בית משפט או מאת פקיד או אדם הפועל בתפקיד רשמי ומוסמך לאותו ענין, דינו - מאסר שנתיים.            (ב)  המפר הוראה מהוראות צו שניתן מאת בית משפט לשם הגנה על חייו, גופו או שלומו של אדם אחר מפני המפר, דינו – מאסר ארבע שנים.  סעיף א' קובע שאם אתה לא מציית לרשות מוסכמת אתה מקבל מאסר של שנתיים – אם גבר מסרב לצו של בי"ד רבני שמחייב אותך לגרש את אשתך ואתה מסרב, אז האישה יכולה לבוא ולתבוע אותך לפי הפרת חובה חקוקה, הפרת את ס' 287. אמנם יש כאן סנקציה פלילית, אבל היא לא מעניינת אותנו, מבחינתנו אין סנקציה נזיקית ולכן אנו יכולים לתבוע בגין הפרת חובה חקוקה דרך סעיף זה. לסעיף זה יש שני היבטים, מטרות: לשמור על הסדר הציבורי אך גם לסייע לאלו שנפגעו מכך שאנשים לא מילאו את הצו שניתן ע"י רשות מוסמכת. |
| **הפרת חובת הזהירות**  למדנו שאת הפרת חובת הזהירות אני בודק דרך לרנד הנד, אני בודק אם היא הופרה דרך אמצעי מניעה אל מול תוחלת נזק. זה לא פשוט להוכיח ולבדוק אותה, צריך לבדוק את אמצעי מניעה, כמה אמצעי מניעה צריך וכו'. קשה מאוד למדוד את זה ויש וויכוחים על זה, זה לא נמצא עלי ספר, זה לא מופיע בחוק באיזה מקרה הפרנו חובת זהירות ובאיזה מקרה לא. | **הפרת החובה החקוקה**  בודקים את ההפרה באופן טכני, האם התמלאו התנאים שמוצגים בסעיף 63 או לא. |
| **נזק**  אם קיים מצב בו אדם יכול לתבוע גם דרך רשלנות וגם דרך תקיפה – דרך מה הוא יתבע? זוהי שאלה של כדאיות ראייתית, בתקיפה לא חייב להוכיח נזק לעומת רשלנות שחייב להוכיח נזק. אם הוא יכול להוכיח נזק – הוא יתבע דרך רשלנות – משום שהוא לא צריך להוכיח יסוד של כוונה כפי שנדרש בעוולת התקיפה. | **נזק** |
| **קשר סיבתי** – בין הפרת חובת הזהירות לבין הנזק | **קשר סיבתי –** בין הפרת החובה החקוק לבין הנזק |

מה הקשר בין העוולות האלה? האם מי שהפר חובה חקוקה הוא תמיד רשלן והאם מי שהוא רשלן הוא תמיד ייחשבה לכזה שהפר חובה חקוקה? התשובה לשתי השאלות היא לא. התשובה נעוצה בשאלה "מהי רשלנות?" רשלנות היא חריגה מסבירות – אתה לא פועל כפי שציפינו מאדם סביר לפעול. לעומת זאת, בהפרת חובה חקוקה אין שאלה של סבירות, אין סבירות של החוק, זה יותר משהו טכני – הפרת או לא. לפעמים האדם הסביר הוא האדם שמפר את החוק.

* עד לפני 20 שנה לא הייתה חובה לחגור חגורת בטיחות – חוקקו חובה זו בשתי פעימות – בהתחלה חוקקו חובה לחגור חגורת בטיחות מקדימה ואחרי זה חוקקו חובה לחגור חגורת בטיחות מאחורה 🡨 עד היום הרבה אנשים לא חוגרים מאחורה. נניח ששוטר עוצר אותי על כך שלא חגרתי מאחורה, אני אומר לשוטר "אף אחד לא חוגר" 🡨 כביכול, האדם הסביר לא חוגר חגורה מאחורה, אבל זה עדיין לא משנה, הפרתי חובה חקוקה, לא חגרתי מאחורה.
* איסור לקטוף פרחי בר – אם בשנה הראשונה לכניסת החוק לתוקף, הרבה אנשים המשיכו לקטוף פרחי בר, זה אמנם הפרת חובה חקוקה אך זה סביר 🡨 אדם הוא לא רשלן אבל הוא מפר חובה חקוקה.

דוגמאות אלו מוכיחות לנו שלא כל מי שמפר חובה חקוקה הוא אדם רשלן🡨 אין חפיפה בהכרח, העוולות לא מצביעות אחת על השנייה. הן יכולות להתקיים ביחד, אך לא תמיד.

השאלה השנייה היא יותר פשוטה – לא כל מי שרשלן הוא מפר חובה חקוקה – לא על כל מעשה רשלני קיימת חובה חקוקה שאוסרת את ההתנהגות הרשלנית הזו.

פס"ד ועקנין – פס"ד שמשלים את גורדון, אלו שני פסקי הדין שמשרטטים בצורה מאוד יפה את יסודות עוולת הרשלנות. בחלק השני של פס"ד ועקנין, יש דיון ארוך בהפרת חובה חקוקה לכשעצמה ובהשוואה בין הפרת חובה חקוקה לבין הרשלנות. ביהמ"ש אומר בין היתר את המשפט הבא:"אם אתה הפרת חובה חקוקה, זוהי אינדיקציה לא רעה לכך שאתה רשלן"🡨 זה שהפרת חובה חקוקה, זה לא אומר באופן אוטומטי שאתה רשלן, אך זה יעזור לנו לקבוע אם אתה רשלן או לא. למה צריך את זה? כי לפעמים אני נתקע בדרך, לא מצליח להוכיח את הפרת החובה החקוקה, אבל בסה"כ אני מראה שהנתבע הפר חוק, אז זה יכול לסייע לי להוכיח את מה שאני רוצה דווקא דרך עוולת הרשלנות, זה לא בהכרח אבל זוהי אינדיקציה, זה מחזק את הטענות שלנו על הרשלנות!

מה קורה אם המקרה של אדם נכנס באופן עקרוני בגדר העוולה הפרטיקולארית אבל יש שאלה לגבי אחד היסודות של העוולה? נניח, אדם בא ואומר שנתנו לו אגרוף ויש לא נזקים, אז נבוא ונטען תקיפה, אבל קשה לו להוכיח כוונה, האם אנחנו יכולים לפנות לעוולת מסגרת? במקרה שלנו, לעוולת הרשלנות? למעשה, המחוקק רצה שבכל מקרה שאדם הותקף יאמרו שזה במתכוון, או שזה התקיים או שזה לא התקיים, האם אפשר לעקוף את זה ולפנות לרשלנות? כמו שהיה בפס"ד גורדון – עו"ד בא וטען שאפשר לתבוע רק בדרך תקיפה ואם אתה לא מצילח להוכיח אז אתה לא יכול לבוא וטלעון לרשלנות – ברק אמנם לא קיבל טענה זו אך זה היה לו מאוד קשה לדחות את הטענה, הוא היה צריך "להזיע" כדי לדחות אותה ולהסביר מדוע הוא דוחה אותה.

לשיעור הבא:

פס"ד כרמלי, ועקנין, יערי.

**רשלנות –** יסודות הרשלנות כפי שמוצגים בפס"ד גורדון ע"י ברק, ונעשה בה שימוש בכמעט 100%.

1. חובת זהירות
2. הפרת חובה
3. נזק
4. קש"ס בין 2 ל-3

זוהי האסכולה ה"ברקית", והיא השלטת היום. קיימת גם האסכולה ה"שמגרית", שמתנגדת ליסודות אלו וטוענת שהמבנה הנ"ל הוא מבנה מסובך, בעבר, האכסולה של שמגר הייתה שלטת אבל עם הזמן האסכולה של ברק הפכה להיות ההלכה המרכזית. פס"ד לוי, מציג את ההלכה לגבי רשויות מבחינת האסכולה השמגרית ופס"ד זה הוא פס"ד חשוב מאוד בדיני הנזיקין אבל הוא פועל לפי האסכולה השמגרית.

1. **חובת הזהירות:**

* חובת זהירות מושגית – כללית.
* חובת זהירות קונקרטית – ספציפית למקרה.

ראשית, אנו בודקים את חובת הזהירות הכללית, מנסים לאתר מה מחייב את קבוצת ה-א', שה-א' שלנו שייך אליהם – נקח את הדוגמא של הבריכה, 1.7, היום הראשון של החופש הגדול 🡨 משפחה שמגיעה עם ילד קן והילד הקטן רץ לכיוון הבריכה ויש שם משטח אבן שעליו יש רטיבות, הוא מחליק ונופל ונגרם לו נזק גוף וההרים תובעים ודורשים פיצוי. ברק בא ואומר- אנו צריכים לבדוק קודם כל לא את הבריכה הספציפית, אלא מבחן כללי – חובת זהירות מושגית – לבדוק את כל בעלי הבריכות, בלי קשר לאם זה עירוני או לא. אדם שייך למעגלי חיים שונים, וצריך למצוא את מעגל החיים הרלוונטי לאותו מצב. מה שרלוונטי במקרה שלנו הוא בעלי הבריכות – אבל מי ה-ב', הניזוקים שלנו? אם אני תובע, אני ארצה להגיד שילדים הם ה-ב' – יש חובה מוגברת כלפי אוכלוסיה רגישה כמו ילדים קטנים, קשישים, אנשים חולים וכו'🡨 האם ה-ב' הם המתרחצים בבריכה, הילדים, הילדים בחופש הגדול, ילדים שמתרחצים בבריכה? יש הרבה מאוד אפשרויות. איך ננסח את המבחן של החובה המושגית? גם על זה יכול להיות וויכוח. חלק גדול מהחובות המושגיות בעוולת הרשלנות מושתתות על לפחות אחד משני הבסיסים הבאים - מה בד"כ מחייב את ה-א' ל-ב'? לא בטוח שבכלל יש חובה כזו, זה יכול להיות לא מוסרי כשאני לא נוהג כלפייך בזהירות, אך זה לא חובה. מתי כן מתקיימת חובה? –

* חיוב חוזי – חלק מהחוזים לא אומרים במפורש שאני חייבת באופן נזיקי אלייך, אבל מתקיימים ביניהם יחסי שכנות 🡨 לא תמיד הצדדים מכירים אחד את השני, אבל יש ביניהם קשר חוזי, וזה לא תמיד רק קשר חוזי אלא הוא מייצר חובת זהירות. אני שילמתי כסף, אני מקבל ממך שירות, וזה כולל גם את החובה שלך לא להזיק לי עם השירות שסיפקת לי. זוהי עדיין החובה המושגית, אנחנו לא נכנסים למקרה הספציפי ובודקים מה כן התבצע ומה לא התבצע ומי חייב, אלא בודקים באופן כללי – אתה חייב כלפי מתוקף החיוב החוזי בינינו. לעיתים, יש "חוזה חברתי", שזה לא בדיוק דיני חוזים שאנחנו מכירים – למשל כשכל הנהגים בכביש, קיים ביניהם איזשהו חוזה חברתי שכולם ינהגו באופן זהיר כדי שלא תקרה תאונה ולא ייגרם נזק – זהו חוזה מאולץ אמנם אבל עדיין אפשר להשתמש בו.
* **אחריות בעל מקרקעין כלפי מסיג גבול (תיקון מס' 4) תש"ל-1970**

37.   האחריות לפי סעיפים 35 ו-36 של בעל מקרקעין או של תופשם, בשל מצבם של המקרקעין, תחזוקתם או תיקונם, לא תחול כלפי מי שנכנס למקרקעין כמסיג גבול, אלא אם הוכיח התובע שנכנס בתום לב ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה.

מה הסעיף אומר לנו? הכלל הוא שאין אחריות כלפי מסיג גבול, מתי כן יש לי אחריות כלפייך אם הסגת גבול? כאשר התובע הוכיח שני תנאים מצטברים:

* שהוא נכנס בתום לב
* בלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה

בדוגמא שלנו, הילד נכנס לבריכה ברשות – בר רשות – הוא לא מסיג גבול. כל מקום שאני נכנס אליו ברשות, יש ביני לבין בעל המקום חוזה, גם אם אני לא משלם לבעל המקום כסף, גם אם אני לא מסב לו שום הנאה – למשל אם מישהו נכנס אליי הביתה, אם מישהו נכנס לחנות ולא קונה כלום וכו'. נניח שתפסתי קרקע, לקחתי אותה בלי רשות, יש לי אחריות על אותה קרקע – כלומר, כל אדם שייכנס לאותה הקרקע אני חב באחריות נזיקית כלפיו במקרה שיקרה לו משהו 🡨 אם פלשת לקרקע שלי, יש לך אחריות על הקרקע שלי. אתה תפסת את הקרקע, אתה אחראי על מה שקורה.

368א. בסימן זה –

**(תיקון מס' 94) תשס"ז-2007**

"אומן" – אחד מאלה:

**ת"ט תשס"ז-2007**

(1)   אב או אם במשפחת אומנה שאישר משרד הרווחה;

(2)   אחראי על קטין לפי פסקה (3) להגדרה "אחראי על קטין או חסר ישע";

**"אחראי על קטין או חסר ישע" - כל אחד מאלה:**

1. **הורה או מי שעליו האחריות לצרכי מחייתו, לבריאותו, לחינוכו או לשלומו של קטין או של חסר ישע - מכוח דין, החלטה שיפוטית, חוזה מפורש או מכללא, או מי שעליו האחריות כאמור לקטין או לחסר ישע מחמת מעשה כשר או אסור שלו;**

דוג' – אחריות כלפי ילד שאני מחזיק בו עקב מעשה פסול שלי – חטפתי אותו, האם העונש שלי יהי כמו של אדם זר כלפי הילד? לכאורה, אין אחריות, או כמו אחראי – אתה אחראי עליו באופן מוגבר כי אתה חטפת אותו 🡨 אותו הדבר עם הקרקע – אתה תפסת את הקרקע ועכשיו תישא באחריות מלאה – אתה בעל אחריות לניזוקים האפשריים.

לסיכום, מה הכלל ומה היוצא מן הכלל? הכלל הוא אין אחריות כלפי מסיג גבול, היוצא מן הכלל: יש לך כבעל מקרקעין אחריות כלפי מסיג הגבול אם זה נעשה בתו"ל וללא כוונה לעבור עבירה או לבצע עוולה. מה אנו מסיקים מזה? אם אדם שהסיג את הגבול אתה חב כלפיו, אז קל וחומר שאתה חב באחריות נזיקית כלפי אלו שנכנסו ברשות!

(((לפתור אירועון על רשלנות של אתר בנייה – מס' 4 + לקרוא פס"ד יערי+לקרוא פס"ד כרמלי+ לקרוא פס"ד ועקנין))).

**שיעור מס' 17 – 12\05\23**

גורדון וכרמלי – יסודות של עוולה פרטיקולארית, באופן עקרוני אני מבין שזה שיייך לעוולה הזו אבל חסר לי יסוד ומה שאני עושה זה לפנות לעוולת מסגרת ואז השאלה עולה – האם ברגע שהתנהגות עוולה אמורה להיכנס לעוולה פרטיקולארית, אני יכול לעקוף את העוולה הפרטיקולארית ולעבור לעוולת המסגרת?

פס"ד גורדון – נגישה מול רשלנות – עו"ד של גורדון לא ניסה ללכת לנגישה, מנה את יסודותיה ואז הבין שהוא צריך לפנות לרשלנות אלא שהוא פנה מראש לרשלנות, אפילו לא חשב על נגישה. בא עו"ד יצירתי של עיריית ירושלים ואמר שהטענות שעו"ד של גורדון טוען מתאימות לעוולת הנגישה ולכן הוא צריך ללכת במסלול של עוולת הנגישה – הבעייתיות היא שיש שם "בזדון", ועו"ד לא הצליח להוכיח את זה אז הוא עקף את הנגישה והלך ישר לרשלנות. עו"ד של עיריית ירושלים טוען שעוולת מסגרת היא עוולת שיורית (הוא לא אומר זאת מפורשות). תשובה לחלקית לעו"ד נמצאת בעוולת התקיפה – למה אני צריך את רשלנות מול תקיפה ואת תקיפה מול רשלנות? בכל פעם אני משתמש בעוולה אחרת, פעם בתקיפה ופעם ברשלנות – לפי מה שנוח לי, תלוי איזה יסודות מתקיימים לי – האם מתקיים לי יסוד נפשי או לא 🡨 בתקיפה אפשר להבין את זה, יש משהו אחד יותר קל ומשהו אחד יותר קשה, זה ברור מבחינה הגיונית. אבל במקרה של גורדון זה לא בדיוק ככה – זה עוולה קשה מול עוולה קשה 🡨 ברק "מזיע" כדי להסביר ולדחות את טענת עיריית ירושלים, ההסבר שלו מעט "מעושה", מה הכוונה?? 🡸 עוולת הנגישה קיימת כבר מאות שנים. ברק מסביר שצריך את רכיב הזדון בעוולת הנגישה כבר שנים, ובמשך השנים הרשלנות התפתחה ועמעמה את היסוד הנפשי – לא עקפנו את הנגישה, רשלנות היא עוולת מסגרת והרשלנות מכניסה בתוכה גם התנהגות שמוגדרת כנגישה. פקודת הנזיקין נבנתה במשך שנים, טלאי על טלאי, ולכן אי אפשר לראות את המצב ככזה שהמחוקק ישב וחשב בו זמנית גם על עוולת הנגישה וגם על עוולת הרשלנות והחליט שעוולה אחת תעקוף את השנייה – זה פשוט קרה עם השנים בלי יותר מידי מחשבה, זוהי התפתחות. המרצה לא מקבל את ההסבר הזה. חוץ מתקיפה כל העוולות שיש בהן יס"נ לא משתמשים בהם בד"כ – אלא פונים לרשלנות. האם הלכת ברק היא נקודתית לגורדון או שהיא הלכה כללית? ברק מציג את זה כהלכה כללית, ולא כהלכה ספציפית לגורדון 🡨 אם יסודות של עוולה פרטיקולארית לא מתקיימים בהכרח, אתה יכול לפנות לעוולת מסגרת; עוולת מסגרת היא לא עוולה שיורית. ברק הוא מאוד ליברל בפס"ד זה. השורה התחתונה של פס,ד גורדון – חלק מהעוולות הפרטיקולאריות הן מיותרות, אפשר לעקוף אותן דרך עוולות המסגרת. למשל עוולות ה"תרמית" – לא משתמשים בה – מופיע בה יס"נ, במזיד 🡨 בייחוד לאחר שהלכת פס"ד אמין קבעה כי אפשר להשתמש בעוולת הרשלנות גם כשיש כוונת תחילה.

ברק כביכול מרגיע אותנו אבל כשהוא יושב בתפקיד של יו"ר ועדת הקודקס הוא בא ומוחק את כל העוולות הפרטיקולאריות, טוען כי עוולות אלו הן אות מתה על ספר החוקים. חלק גדול מהעוולות שיש בהן יס"נ נעלמו חוץ מתקיפה (די ברור למה עוולה זו לא נעלמה). המרצה חושב שזה טוב שיש פחות עוולות, זה נותן אחדות לפסיקה.

פס"ד כרמלי – לכאורה הוא אותו דבר כמו פס"ד גורדון – עוולת כליאת שווא אל מול עוולת הפרת חובה חקוקה. לכאורה זה בכלל לא נראה ככליאת שווא, אישפוז של אדם בבי"ח, אשפוז כפוי, לא מרצון. אשפוז של אדם הוא כליאת שווא אבל ס' 27 נותן הגנה – הגנה של אשפוז כפוי כשזה נעשה כדין, כשרופא חתם על זה וכו'. אז מה יש לנו? עוולת כליאת שווא ומולה הגנה 🡨 מה הטענה? יש כליאת שווא, ויש הגנה ולכן כליאת השווא לא מתקיימת (דומה לנגישה בגורדון, העוולה לא התקיימה בגלל היס"נ ופה בגלל ההגנה, בשניהם העוולה הפרטיקולארית לא מתמלאת) – הטענה בכרמלי היא אותה הטענה כמו בגורדון. כרמלי ניסתה ללכת להפרת חובה חקוקה משום שדרך עוולה זו המדינה נמצאת אשמה לעומת כליאת שווא שם המדינה לא נמצאת אשמה. יש אשפוז כפוי ויש צורך חתימה של פסיכאיטר אחרי חמישה ימי אשפוז ופה לא הייתה חתימה ולכן המדינה הפרה חובה חקוקה – המדינה טוענת שכליאת שווא לא התקיימה ולכן אי אפשר לעבור להפרת חובה חקוקה 🡨 אם הלכת גורדון נותרת על כנה מה אנחנו צריכים לעשות? להגיד שאפשר לעקוף את העוולה הפרטיקולארית דרך עוולת המסגרת – זה מה שהשופטת נתינהו אומרת, בדעת מיעוט – דעת הרוב של השופט בך, לא מסכימה עם המיעוט, הולכת להלכת גורדון – איך זה הגיוני שהוא פוסק על פי גורדון ולא מקבל את התביעה? המרצה לא מבין למה.

אנחנו צריכים לדעת את ההבדל בין שני פסקי הדין, חשוב לדעת בשורה התחתונה שבתי המשפט מאפשרים את העקיפה הזאת ונתלים בשני פס"דים הנ"ל. השופטים לא מתייחסים בכלל להבדל בין שני פסקי הדין ומתייחסים אליהם כאל הלכה אחת. למה אנחנו לומדים את שני פסקי הדין? כדי שאולי יום אחד נצליח לאבחן ולמצוא את ההבדל בין שני פסקי הדין הנ"ל וננסה להשתמש בטיעונים של הצדדים.

תזכורת – עוולת הרשלנות:

1. חובת זהירות
2. חובת זהירות מושגית – נמדד לפי צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית.
3. קונקרטית – נמדד לפי צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית.
4. הפרת חובת הזהירות=התרשלות
5. בודקים לפי לרנד הנד
6. בודקים לפי איזון אנטרסים – אנחנו לא משתמשים בזה אבל זה כמו בפס"ד חמד
7. נזק

* סוגי נזק

1. גופני
2. נפשי
3. רכושי

* ראשי נזק

1. ממוני – **אובדן השתכרות, הוצאות רפואיות ואחרות** – כל מה שאפשר להביא עליו חשבוניות, ניתן לכימות מתמטי, אריתמטי. **אובדן השתכרות** – פס"ד אטינגר – רלוונטי לשני נושאים – פיצויים עונשיים (נלמד בעתיד) והשנים האבודות 🡨 אטינגר הוא ילד בן 11 שהסתובב ברובע היהודי בירושלים, נפל לתוך בור ומת. בדקו ומצאו שחברה קבלנית עשתה שיפוצים והשאירה בור פתוח ולא מגודר – רשלנות. התביעה היא תביעה יחסית פשוט של רשלנות. כשבאו לדון באובדן השתכרות – הילד מת, ההלכה לפני אטינגר היא שאין אובדת השכתרות על השנים האבודות, אבל באטינגר ניסו לאתגר את ההלכה הזו. דורשים פיצויים מתחילת תקופת ההשתכרות (נניח אחרי הצבא) עד גיל היציאה לפנסיה וזהו הסכום המרכזי שאמור להיות לאנשים שמתים, במיוחד לאנשים צעירים. אלא מה? באה ההלכה הקודמת משנת 1982, "הלכת שרון גבריאל" – במקרה גבריאל, בא העזבון ודרש פיצויים על אובדן השתכרות בשנים האבודות אבל ביהמ"ש לא פסק להם פיצויים על אובדן ההשתכרות אלא על הוצאות וכו' – אובדן ההשתכרות היה מרכז הפיצויים – חלק מהנימוקים בגבריאל הם נימוקים פרקטיים וחלק מהם הם מוסריים – נימוק מוסרי, איך אתה נותן פיצוי על אובדן השתכרות לאדם שמת? זהו "לעג לרש", האדם מת ואיבד את חייו – המרצה לא מקבל את זה!! למה זה לא מוסרי לדרוש פיצויים? זה הגיוני שכל עזבון ידרוש את זה – ברק היה בדעת מיעוט בגבריאל, הוא לא קיבל את זה. חלפו מעל 20 שנים, והוא בא ושינה את ההלכה בפס"ד אטינגר. הוא לא עושה מהפכות ברגע אחד, גם כשהוא עושה מהפכות וזה נראה ברגע אחד זה לא באמת ככה – הוא כותב מאמרים, אוביטרים וכו', הוא מכין את דעת הקהל לאט לאט ובסוף הוא עושה את המהפכה – זה לוקח זמן. במקרה של אטינגר, עו"ד ידעו שהוא רוצה לשנות את ההלכה וכולם ידעו אבל הוא לא עשה את זה, לקח לו זמן. שנתיים לפני הפרישה שלו, הגיע פס"ד אטינגר, הוא שיבץ את ריבלין במותב ולא את עצמו, כי זה היה שקוף מידי, ריבלין הוא לא YES MAN, אלא זו פשוט דעתו – ריבלין נותן את דעת הרוב באטינגר שהיא בדיוק דעת המיעוט בגבריאל – פסקו פיצויים לשנים האבודות בגין אובדת כושר השתכרות. ישנה ציפייה מאוד חזקה לד"נ מצידן של חברות הביטוח, משום שהן צריכות לשלם הרבה מאוד כסף- אבל זה לא קורה – אולי הן מעלות את פרמיות הביטוח וכו'. מה שהטריד את המרצה זה מה קורה לפרמיות שנחתמו לפני 2004, לפני אטינגר, כששם לא הביאו בחשבון את השנים האבודות. נעבור כעת לשאלת ה"כמה?" החזירו את התיק למחוזי כדי שיחשב. מה הבעיה לחשב את השנים האבודות? כביכול זה מאוד פשוט – מחשבים את שנות ההשתכרות בשכר הממוצע במשק או השכר שהוא מרוויח עכשיו, אולי לוקחים בחשבון התקדמות בעבודה וכו' – זו לא אמורה להיות בעיה. דיני הנזיקין באים ומורידים היוון – בגלל שאתה מקבל את הכסף במכה אחת, אז מורידים לך כסף, שאתה נניח יכול להרוויח בריביות בבנק. מה אומרת חברת הביטוח? נלחמו באטינגר בדרך חכמה, אדם שהוא מת, אין לו יותר הוצאות – אם הוא היה נשאר בחיים הוא היה מוציא כספים – צריך לעשות חישוב כמה כל אחד היה מוציא כספים במהלך חייו – להעריך. זוהי טענה חזקה בסה"כ, באו הניזוקים ונלחמו בה (זה לא קרה באטינגר אלא במקרה שהיה שנה אחרי אטינגר) – הלכו ובדקו את ח-ן הבנק שלו – ראו שכל הזמן הוא במינוס, כל הזמן הכנסות הן קטנות מההוצאות – כביכול הניזוקים הרוויחו מהמוות, אין יותר מינוס. מה עשו? הערכאות הנמוכות לא ידעו מה לעשות. הלכת פינץ – העליון קובע חזקה הניתנת לסתירה – חזקת שליש – לאדם נשאר, בממוצע, אחרי כל הבזבוזים שלו, שליש מהשכר 🡨 הלכת השנים האבודות צומצמה בשני שליש. *חזקה זו ניתנת לסתירה* – אם הניזוקים מצליחים להוכיח שהוא מבזבז קצת אז הם יקבלו יותר פיצויים, אם הנתבעים יצליחו להוכיח שהוא מבזבז יותר אז ישלמו פחות פיצויים.

מה קורה כאשר פוסקים פיצויים על אובדן כושר התשכרות ולוקחים בחשבון 10 שנים ובסוף הוא מת לפני או אחרי התקופה הזו? בעקרון יש את סופיות הדיון, זה מוחלט לא ניתן לשינוי. אבל זה תלוי בסוג הפיצויים:

* **עיתיים –** תשלום שניתן כל זמן מסוים, תשלום חודשי. יתרון- אנשים נוטים לאבד את הכסף הזה תוך כמה שנים –בנזיקין התשלומים אמורים לעזור לך להשתקם, הוא לא יקבל פיצויים אחרי שהם ייגמרו- לכן זה כדאי מהבחינה הזו. יש חסרון – אם זה גוף פרטי, יכול להיות שגוף יפשוט את הרגל. אם תובעים את המדינה, אז נותנים לפעמים תשלומים עיתיים, המדינה לא תפשוט רגל. הבעיה בדיני הנזיקין- אין שום הוראה שמדברת על תשלומים עיתיים, החוק בכלל לא מדבר על צורת התשלום. באו בתי המשפט שנתנו פיצויים עיתיים ותקפו אותם על זה (שנות ה-60), ביהמ"ש אמר שיש לו סמכות טבועה, BUILT IN, לתת פיצויים עיתיים- ביהמ"ש זקף לעצמו סמכות לזה. בפלת"ד, ורק בו, יש הוראות ברורות לצורה בה משלמים את הפיצויים העיתיים.
* **חד פעמיים -** הכלל הוא שפיצוי הוא חד פעמי – ברגע שהנתבע צריך לשלם בתוך תקופת זמן מסוימת את כל הכסף.
* **תכופים –** קיים רק בפלת"ד -כשאדם נפצע בת"ד, ומגיש תביעה לביהמ"ש, וטוען שיש לו המון הוצאות כרגע והוא לא יכול לחכות עד שיגמר המשפט- מה קורה? אם יש יסוד סביר להניח שביהמ"ש יפסוק פיצויים על הביטוח והוויכוח הוא על ה"כמה?", ביהמ"ש רשאי לפסוק למבטח לתת לך פיצויים בטרם מתן פסק הדין. צריך לקחת בחשבון שאם פסק הדין ילך נגדך ולא תתקבל התביעה, אתה תצטרך להחזיר את הכסף הזה.

בחזרה לשאלה המקורית שלנו – אם התשלומים היו חד פעמיים, אי אפשר לשנות את זה, זוהי סופיות הדיון. לעומת זאת, אם התשלומים הם עיתיים, אפשר לפתוח את הסכם הפיצויים.

1. לא ממוני – **כאב וסבל, אובדן הנאות החיים, קיצור תוחלת חיים.** קיצור תוחלת חיים זה משהו מאוד בעייתי – יש כאן פרדוקס 🡨 אדם שמת מיד בתאונה לא אמור לקבל כסף – אם אתה חי ואומרים לך שאתה תחיה פחות אתה יושב ומצטער וצריך פיצויים על זה אבל אם אתה מת ישר, אז לא סבל, לא הצטערת – על מה מקבלים פיצויים? לא מגיע שום פיצוי על תוחלת חיים. מצד אחד, הטענה היא מאוד פרדוקסלית ומצד שני היא מאוד נבזית. אפשר לטעון טענות כאלה ואחרות כמו – לפני שהתאונה קרתה, הייתה דקה שבה הוא ידע שהוא הולך למות, הוא סבל בדקה הזו על קיצור תוחלת חיים, הצטער ועל זה מגיע פיצויים. מה קורה כשאדם מת בשינתו? כשצמח מת בגלל תאונה רפואית? 🡨 אין להם שום סבל, הם בכלל לא הרגישו שהם מתים, אז גם את הפיצוי של דקת הסבל לא מגיע להם. זה נשמע לא הוגן, אבל בתכלס לא קרה פה שום נזק של קיצור תוחלת חיים.

* התרומה של השופט ריבלין היא ההפיכה של שני ראשי הנזק האחרונים לראשי נזק עצמאיים – שני פסקי דין שנקרא לבוחן השני.

1. פגיעה באוטונומיה
2. קש"ס בין 2 ל-3-
3. עובדתי – נבחן ע"י מבחן האלמלא.
4. משפטי – נבחן ע"י מבחן הצפיות.

פס"ד יחזקאל נ' אליהו – עוסק בתלויים – עד מתי אדם נחשב תלוי? תלוי. ההיגיון הוא עד גיל 18 אבל מה קורה כשמתגייסים וכו' – ברק בא ואומר שבמציאות הישראלית הקיימת זה לא נכון להגיד שכשילד הולך לצבא הוא כבר לא תלוי, ההורים עדיין ממנים את הילדים שלהם שהתגייסו. מה קורה אחרי גיל הצבא? אם הוא סטודנט – ממנים או לא ממנים? וכו' – בזה עוסק פס"ד יחזקאל נ' אליהו – הוא קובע חזקה של שליש מעל גיל 18, שליש ממה שתמכו בו עד גיל 18.

מה קורה כשאדם הוא סיעודי באופן קבוע ועולה השאלה איפה לטפל בו – במוסד או בבית? היום אפשר כמעט לכל דבר לעשות בי"ח נייד בבית – זה עניין של כסף וסיבולת של משפ' הניזוק – זה עולה הרבה יותר לטפל בבית. בשנות ה-80- ההלכה הייתה שהביטוח מסכים – הוא מממן פיצוי על טיפול הולם, ואם הוא רוצה שיעשה בבית ושיוסיף את הכסף. ואז הגיע פס"ד (יחזקאל) סורוקה נ' הבאבו- אם מוכח ומביאים הוכחות לכך שאדם יחלים בצורה טובה יותר אם הוא יטופל בבית – צריך לשלם לו את הפיצויים האלו, בשווי של הטיפול בבית. ככל שחברות הביטוח רוצות לפזר נזק בצורה הגיונית הן לא מבקשות דיון נוסף.

**שיעור מס' 18 – 12\05\30**

**הולדה בעוולה** - וועדת מצא – וועדה שעסקה בהולדה בעוולה והממצאים שלה פורסמו לפני כחודש. לפני כמה ימים התקבל פסק דין שעוסק בהולדה בעוולה והוא היה פס"ד האחרון של השופט ריבלין – המר נ' עמית 07\1326- מדובר בכמה ערעורים, ונקבע כי הילד לא יכול לתבוע אלא רק ההורים. הולדה בעוולה=תביעת ההורה; חיים בעוולה=תביעת הילד 🡨 אחרי פס"ד שקראנו ברור לנו שמכירים בעילת ההולדה בעוולה ולא הכירו בחיים בעוולה – מה עשה ריבלין בפסק הדין הזה? ריבלין הרחיב את ראש הנזק הממוני של ההולדה בעוולה לאחרי גיל 18, הוא מרחיב את ראש הנזק הלא ממוני (צער וכאב) ובנוסף הוא מפתח את הנזק של פגיעה באוטונומיה – בעיה רצינית של קש"ס – קשה מאוד להוכיח – האם בכלל הייתי מפיל את הילד אם היו מודיעים לי שהוא חולה? יש פה שאלות דת ומוסר, קשה להוכיח שאכן היו מפילים. יש ניסיון להשתמש בעילה של פגיעה באוטונומיה גם כאשר יש בעיה בקש"ס. מה שמעניין כאן הוא שאוחדו כאן כמה תיקים ופס"ד לא פותר אף אחד מהתיקים – הוא נותן משהו כללי אבל אז הוא אומר, כל תיק כזה (שישה תיקים), ידון בעליון בהרכב אחר, פיצלו את הדיון בעקבות ההלכה החדשה, הכללית שנפסקה. מה קורה עם התיקים שבהם יש תביעה של הילד? ביקשו להחיל את ההלכה רק מעוד שנה ולא קיבלו את זה. ריבלין אומר שאם יש תיקים שיש בהם ר-ק תביעה של הילד אז לא יבטלו את התיק.

חזרה ל**עוולת** **הרשלנות**

נחזור אל מקרה הבריכה – חופש גדול – הוא רץ לכיוון הבריכה, יש רטיבות והוא מחליק ושובר את הרגל – הוא תובע. זה נראה מאוד טריוואלי. פס"ד וקנין הוא המצוטט ביותר בכל נושא של עוולת הרשלנות וגורדון אחריו. ברק מסביר את פסקי הדין האלו שסעיפים 35-36 לא נותנים מענה – אנו רוצים לבדוק את היסודות של הרשלנות 🡨 ברק "פזל" קצת לחו"ל, שם מוכרת חובת הזהירות המושגית ואת יחסי השכנות, מה הקשר בין ה-א' ל-ב'? בשונה מקלברזי, מסתכלים על א' ו-ב' באופן כללי ואז באופן קונקרטי. מה מקשר ביניהם? הגענו למסקנה ש"מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך" – בשביל זה צריך להגדיר א' ו-ב', זה מוגדר לצורך התביעה. יחסי שכנות – הם שכנים לפעילות הזו; מה זה שכנים?

* שכנות לפשוטה – גר ליד אדם אחר – צריך להימנע מלהזיק לו גם אם אתה לא מכיר אותו.
* זה מתחיל להסתבך כאשר מדובר בפעילות ש-א' ו-ב' שכנים לה – יצרן וצרכן – הם לא שכנים במובן הפשוט של המילה אבל הם משתתפים באותה פעילות ולכל אחד מהם יש אינטרס, הם הופכים להיות שכנים לפעילות למרות שלרוב הם לא מכירים בכלל אחד את השני; עובד ומעביד; תאונות דרכים – צריך למתוח יחסי שכנות עד הסוף כי אין פה הנאה מתוצרתו של השני – הנהג והולכי הרגל הם שכנים - הם לא נהנים מהשותפות אלא הם נהנים מפעולת הנהיגה. בתור נהג יש לך את החובה להימנע מלהזיק לאדם אחר, הולך רגל או נהגים.
* שמגר, בתחילת שנות ה-90 קבע כי זה ברור מאליו ולא צריך להסביר את זה – הוא קפץ ישר לכיוון הקונקרטי ולא עמד על זה והסביר את זה – גישתו פה ושם הדהדה והיום אין לה כמעט זכר – זוהי גישה שלא בודקת בכלל את החובה המושגית. שמגר ביקר את הגישה של ברק וטען שהיא מסורבלת מידי. המרצה טוען שלא תמיד שמגר טועה – יש הרבה מקרים שקשה למצוא את החובה המושגית ביחסי השכנות ואז התביעה נופלת, זה לא תמיד ברור שיש יחסי שכנות. יש פסקי דין שבהם שמגר נתן פסיקה במיוחד באחריות של גופים שלטוניים – רואים ניתוח שמגר.
* חובת הזהירות המושגית נבחנת למעשה בהרבה מאוד מקרים, לא בכולם, לפי חוזה או לפי ס' 37 (אחריות של בעל המקרקעין). דיברנו על מקרה של עובד ומעביד בו יש למעבידה חובה לשמור עגל העובד שיחזור הביתה בשלום – למה הוא חייב את זה? יש חוזה והחוזה הוא חזק מאוד. החוזה הרבה מקרים אומר להימנע מלהזיק. גם כניסה לאוטובוס היא חוזה.

בעניין הבריכה – אתה נכנס לבריכה ומשלם כסף וכעת יש בין בעל הבריכה לבינך חוזה – האם בחוזה כתובה שיש לספק רצפה יבשה? לא, זהו תנאי מכללא. ההנחה המובלעת היא שדמי הכניסה כוללים בתוכם את אותם סעיפי האחריות והזהירות.

ס' 37 – חובה כבעל מקרקעין – כניסה לבריכה מגלמת את שני היסודות האלו – גם את החובה כבעל מקרקעין וגם את החובה מתוקף החוזה.

כללי הצדק הטבעי – "מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה" – על עילה שצומחת מעוולה, לא תוכל לתבוע – גנבת רכב (עוולה), ואתה טוען כי יש חובת זהירות כלפייך, לא תוכל לתבוע – העילה צמחה מעוולה.

כשיש לנו את סעיף 37 ו\או חוזה אז הרבה יותר קל לנו לתבוע על חובת זהירות, כשאין את זה זה הרבה יותר קשה אבל יכולים גם בלעדיהם – הדוג' הקלאסית היא הדוג' של בקבוק הבירה.

אנו עוברים לשלב של הצפיות – הצפיות תעזור לנו להבין למה כשאין ס' 37 ואין חוזה עדיין יכולה להתקיים חובת זהירות מושגית. ברק אומר שלא כל מצב בו יש יחסי שכנות יש חובת זהירות מושגית – צריך להראות צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית באופן מצטבר:

צפיות טכנית – ה-א' הסביר, בעל הבריכה הסביר (בפס"ד חמד דיברו על זה שלא מדברים על האדם הסביר אלא על בעל המקצוע הסביר, כלומר בעל הבריכה הסביר, הנהג הסביר, היצרן הסביר וכו', בפס"ד חמד באופן סצפיפי זה היה – שוטר מג"ב הסביר באותה סיטואציה בה הוא היה, במצב שלו, האדם הסביר היה נלחץ והתביעה הייתה נדחית אבל שוטר מג"ב סביר לא אמור להיכנס ללחץ מזה משום שזהו תפקידו), מה הוא יכול לצפות?

צפיות נורמטיבית – ה-א' הסביר, מה הוא היה צריך לצפות?

הצפיות הנורמטיבית מצמצמת את הצפיות הטכנית – לא כל דבר שצפית אתה צריך לקחת אותו בחשבון, לא היית צריך לצפות אותו.

האם יש יכולת לצפות קיומו של הנזק שקרה בפועל? פס"ד בן שמעון נ' ברדה ילדים גילו מחסן נשק ושיחקו בנשק. ביהמ"ש קובע כי הצפיות היא לסוגו של הנזק ולא למידתו\היקפו. במקרה שלנו, האם בעל הבריכה היה צריך לצפות את סוג הנזק, נזק גוף? כן הוא צריך לצפות את סוג הנזק הזה, ההיקף של הנזק לא משנה – אתה לא תוכל להגיד שזה לא צפוי.

לאון נ' רינגר- שעוסק בגולגולת דקה- אדם דחף את חברו על הרצפה והחבר חטף מכה חזקה בגב, הכאבים גברו וגברו ומגלים שיש לו סרטן מסוג מיוחד במקום הנפילה. הוא רוצה לתבוע את התוקף🡨 אתה תשלם לי על כל הנזק🡨 הנתבע מתגונן ואומר שיש פיצוי קטן שהוא זכאי לו בגין המכה והוא לא יכול להלביש עליו את הסרטן! יש בעיה של קש"ס🡨 יש חוו"ד רפואית שאומרת שהסרטן הזה היה חבוי בו ויכול להיות שלעולם לא היה מתעורר בגלל המכה הקשה הסרטן התעורר ופרץ אז יכול להיות שזה היה קורה בהמשך אבל בגלל הטראומה הסרטן התפרץ. התוקף חשב לעצמו שמקסימום הוא יפצה אותו על מכה קטנה בגב ועכשיו הוא נתבע בגין סרטן! באים ואומרים לנו- סוג הנזק הצפוי הוא גופני, צפית סוג נזק כזה אז לא משנה היקפו🡨 עכשיו תשלם הכל. בפס"ד לאון קוראים לזה-"גולגולת דקה" יש גולגולת דקה ואתה צריך לקחת אותה בחשבון כשאתה פוגע.ביהמ"ש מנסה לתמצם את ההלכות האלה לאורך הזמן בשני המקרים הללו ביהמ"ש נותן פיצוי גם אם ההיקף לא היה צפוי. בשני המקרים יש צפיות לסוג נזק ולא להיקפו🡨ועדיין מקבלים פיצוי מלא.

דוג' נוספת: הייתה חנות צילום בירושלים שהבעלים מכר קלטות פורנו, התרו בו שיפסיק והוא לא הפסיק, החרדים עשו לו הפגנות מסביב לחנות במשמרות ואף בנאדם לא נכנס לחנות, הייתה שם מצלמה שצילמה והראו את זה בחדשות, הוא יצא מהחנות והתעמת עם אחד החרדים שם ודחף אותו, התברר שהאדם היה זקן והוא דחף אותו והאדם מת על המקום. במצב כזה יכולת לצפות סוג של נזק גופני🡨 הוא לא יכל לדעת שהאדם ימות , את ההיקף המטורף של הנזק, אבל לפי לאון נ' רינגר ובן שמעון נ' ברדא הוא ישלם את כך הפיצוי.

לא תמיד יש יכולת לצפות טכנית🡨 לא הכל צפוי, יש אסונות טבע, לדוג' צונאמי- אנשים שניזוקו מכפר נופש על הים. בעל כפר הנופש בא ואומר לא יכולתי לצפות את הצונאמי, השאלה אם ניתן לומר שהכל צפוי לפי המדע וכו'? האם הייתה יכולת טכנית לצפות את זה? ניתן לומר אחרי כמה צונאמי שכן ניתן לצפות את זה, אלא"כ זה קורה פעם ב500 שנה.

**במקרה הבריכה יהיה קשה לטעון שאין יכולת לצפות טכנית נזק גוף, לא צריך להשקיע בהגנה בכיוון זה.**

ביהמ"ש צריך לצמצם את הצפיות הטכנית ע"י הנורמטיבית- לא כל דבר שאתה מיכול לצפות אתה צריך לצפות ואת זה ביהמ"ש קובע- נורמטיבי=קביעת ביהמ"ש, יש פה מקום לשיקולי מדיניות של ביהמ"ש- יכול להיות שעל פניו יש בעיה לצפות עניין מסויים אבל בגלל שזה בנסיבות מיוחדות היית צריך לצפות.

1.ב. החובה הקונקרטית- לפני שנדון בזה -ראשית נחשוב קודם כל אם ישנה הפרה של החובה לפי לרנד הנד, איזה אמצי מניעה הוא היה צריך לעשות כדי למנוע את הנזק. ( המטרה היא להקטין את אמצעי המניעה – להראות את היעיל ביותר והזול ביותר למול תחולת הנזק) לדוג' בועקנין נתפסו על אמצעי מניעה של שלט פשוט שיכל למנוע את הנזק, אולי תהיה בעיה של קש"ס ב4 כי יכול להיות שהילד היה קופץ בכ"מ אבל התובע בבעיה בגלל צדק חלוקתי רוצים לפצות את הילד ולכן נתפסים בשלט כאמצעי מניעה זול. בחובה הקונקרטית- אני נכנס לא' ולב' **שלי ורואה מהי החובה הקונקרטית של א'- מה הוא היה צריך לצפות וכתוצאה מכך למנוע🡨** ורואה אם הייתה יכולת לצפות טכנית ונורמטיבית שהילד הזה היה רץ ונפצע, אני בתור תובע בא ואומר פה היית צריך לדאוג לאמצעי מניעה זולים שיכולים למנוע את הנזק ולא דאגת. אני מנסה לשלול את האמצעים האחרים והיקרים יותר ומראה שרק האמצעי הקטן של שלט או משטח גומי שמונע החלקה היה מונע את הנזק! ועכשיו הנתבע "מתעורר" ואומר שהאמצעי מניעה לא היה מונע את זה, היתי יכול למנוע אבל זה היה יקר יותר ולא שווה בנוסחה, ילדים שנופלים זה לא נורא ולא ניזוקים במיוחד הם כל הזמן נופלים ולא קורה להם שומדבר. במבחן לא צריך להחליט מי צודק רק להראות צדדים לכאן ולכאן.

**שיעור מס' 19 – 12\06\04- השלמתי מאדווה**

חזרה על יסודות עוולת הרשלנות:

1. חובת הזהירות- א. מושגית- יחסי שכנות- ס' 37 או/ו חוזה. מבחן הצפיות הטכנית והצפיות הנורמטיבית.

ב.קונקרטית- אותם המבחנים.

2. הפרת חובת הזהירות- התרשלות.

3. נזק

4. קש"ס בין 2 ל-3- עובדתי ומשפטי.

\* מה אם הצרכן לא חוקי? אם מישהו גנב את המוצר הפגום? היצרן אולי צריך לצפות זאת, אנשים שיקחו את המוצר שלא כדין, ע"כ אני לא חייבת להם כיצרנית כדין. האם היצרן באמת חייב לאותם צרכנים גנבים? מבחינה מוסרית נשאיר את זה פתוח🡨 כי יכול להיות שמהבחינה הזאת האדם הוא בעל חובה. "מעילה בת עוולה לא תצמח תרופה" מבחינת ההיגיון זה לא פייר שהאדם יקבל פיצוי ע"כ. יש מקרים שמבחינה מוסרית נשי עליהם איקס- כמו גניבה, ויש מקרים שנעביר- כמו הסגת גבול בתו"ל.

לפעמים יש פעילות לא חוקית והצפיות מאד ברורה, לבוא ולומר שיש צפיות שמישהו יגנוב בקבוק בירה- קצת רחוק, אך מה קורה אם הפעילות נפוצה וצפויה? נניח שיש סחר בכדורים רפואיים- קיים בעולם בצורה נרחבת בכדורים נוגדי דכאון, וכן בויאגרה. הכדורים נוצרו כחוק ואנשים בכל העולם משיגים אותם ללא מרשם, מצד אחד נוכל לומר שזה דומה לבירה- אם גנבתי בקבוק בירה או השתמשתי בכדור לא חוקית זה אותו דבר. מצד שני אפשר לומר שיש יותר צפיות בלקיחת כדורים שלא כחוק ולכן אנו יכולים וצריכים לצפות זאת. באים ליצרן ואומרים לו- אתה צריך לקחת בחשבון גם אנשים שמשתמשים שלא כחוק בכדורים האלה כי זו תופעה נרחבת . במקרה הכדורים היצרן מוחזק כיודע שיש שוק שחור בסחר בכדורים – זה משנה משהו בצפיות?

1. יכולתי לומר בכ"מ אני שם איקס🡨זוהי מעילה בת עוולה וממנה לא תצמח תרופה.

2. אפשרות שנייה היא לבוא ולומר שיש הבדל🡨 אנחנו לא במשפט פלילי, יש צפיות וזה מה שמשנה ולכן כאשר ניתן לצפות דבר כזה יש עילת תביעה. דבר נוסף שניתן לומר – יש יחסי שכנות ויש מבחן חוזי - האדם קונה בכסף את הכדור ולכן נוצר סוג של חוזה בין היצרן לצרכן.(למרות שזה נשמע אבסורד..) השאלה היא אם ישנה צפיות ליצרן לצפות צרכנים לא חוקיים ואיך זה משליך. נניח שיצרן הבירות יודע שיש גנבים, מה הוא יכול לעשות? כלום. אבל יצרן תרופות שיודע שקונים תרופות ללא מרשם, אתה צריך להביא בחשבון שמישהו יכול למות מהכדור שלא עובר דרך רוקח. מצד שני יכול לטעון היצרן שזה לא אשמתו והרופא היה צריך לבדוק את המינון ושאר הסינונים, ויש דף הוראות ואם אדם שמשתמש ללא מרשם זה לא אשמתו. יכול להיות שבגלל הצפיות הטכנית והנורמטיבית על היצרן חלה חובת זהירות (לשים הוראה מיוחדת בעלון לדוגמא). שאלה זו עולה מתוך זה שניזוקים שעושים פעילות בלתי חוקיות כן תובעים.

בחו"ל, אם אדם גונב מכונית יש פתח בחוק שהוא יכול לתבוא את יצרן המכוניות. בארץ, בגלל שתאונות נופלות תחת אחריות מוחלטת אז זה פחות רלוונטי אבל עדיין ניתן לעשות זאת.

דוגמת הילדים ששרצו בנזין למדורה שלהם- ילד בא לתחנת דלק וקנה דלק לאבא שלו כביכול, קרתה תאונה הילדים נשרפו אך אין את מי לתבוע. הם תובעים את המתדלק והתחנה, מי מוכר דלק לילד קטן? המתדלק טוען שזה נשמע סיפור אמין , יכול להיות שהתשובה תלוית מקום וזמן- זה היה בערב ל"ג בעומר אז תפעיל את ההיגיון והחשדנות, הצפיות צריכה להתחדד יותר. לוקחים בחשבון את השאלה מי יפצה על הנזק? את מי יתבעו? "הכיס העמוק" מי יהיה מסוגל לשלם. זאת בגלל שלא ניתן להשאיר ילדים עם כוויות ללא פיצוי.

הבחנה בין זהירות מושגית לקונקרטית-

1. **מושגית** עוסקת ביחסים בין א' לב' סבירים- בעלי בריכות מול ילדים מתרחצים.מבססים על יחסי שכנות.

**קונקרטית**- בין הא' הספציפי לב' הספציפי- העובדות של הארועון "ושותלים" אותם פנימה- אם נשאל את עצמנו קודם כל איך בעל הבריכה לא היה בסדר- והפר את חובת ההתרשלות נוכל לפתור את חובת הזהירות ביתר קלות. קרי, לחשוב על אמצעי הזהירות שא' היה צריך לנקוט מצד שני להראות שתוחלת הנזק גבוהה יש יותר סבירות לנזק , הסטנדרט של לשלם על בריכה מגלם בחלקו את אמצעי הזהירות שבעל הבריכה צריך לנקוט בהם. בקיצור לבנות טיעונים של 2 ואז את 1- חובת הזהירות המושגית והקונקרטית.

1. הפרת חובת הזהירות.
2. נזק -גופני- אם הוא לא מבקש ראשי נזק אנחנו לא מתעסקים בזה אומרים רק מה סוג הנזק. בד"כ יהיה "בשר בשאלה- שנים אבודות/הטבה להורים וכו'.
3. קש"ס- א. עובדתי- מבחן האלמלא. אלמלא 2 לא היה קורה 3. בועקנין השאלה יותר מסובכת כי האם באמת אם היו משטחים הילד לא היה מחליק? או שהנזק היה אותו דבר? כנ"ל לגבי השלט. לא ניתן לדעת, שלט זה לא כזה אמצעי זהירות רצינית שיגרום לאנשים להזהר.

ב.משפטי- הצפיות הסבירה. הצפיות פה שונה- ב1 זה מה יקרה לקראת 2, הצפיות ב4 היא צפיות בין 2 ל-3, בהנחה שהפרת כבר את חובת הזהירות🡨 האם האדם הסביר יכל לצפות קיומו של נזק מסוגו של הנזק שקרה. יש דימיון מסויים ל1 אבל אסור להתבלבל! זה שונה.

\* אם ניתן ארועון בעל נתונים דומים צריך לשים לב ולעשות השלכה לפס"ד הרלוונטי.

במבחן- גם אם לא מוצאים חובת זהירות כלשהי לא לוותר ולחפש יותר לעבור על כל השלבים בכ"מ. יש לפתור ב2- נוסחת לרנד הנד, או לפי מבחן האיזונים בפס"ד חמד.

**שיעור מס' 20 – 12\06\05- השלמתי מעתליה**

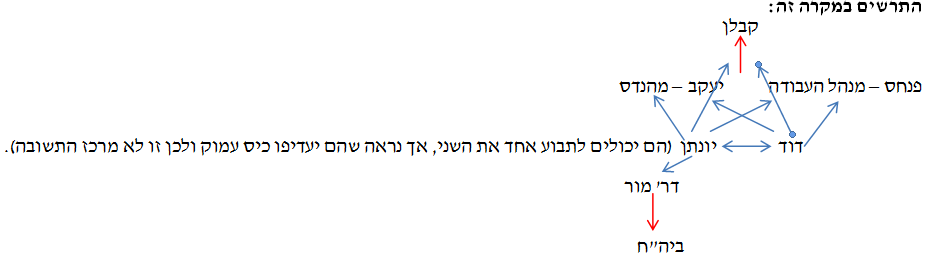
**אירועון 4:**

כשפועל נפגע באתר בנייה יש מקרים שבהם הדבר מכוסה ע"י פק' בטיחות בעבודה. חלק מיחסי העבודה מוסדרים באחריות מוחלטת. אולם לא נעסוק בהם כאן.

ישנם 2 תובעים – דוד ויונתן ויש לנו ריבוי של נתבעים.

כשיש ריבוי נתבעים צריך לחשוב מי הנתבע "שנרכז את האש" כלפיו.

כשניגשים לאירועון מומלץ להכין תרשים קטן ע"מ לסדר את התמונה.



חץ אדום = אחריות שילוחית

בהקשר הזה עולה ס' 41 בהקשר של היפוך הנטל, משום שאדם לא יכול להוכיח את האחריות לנזק שנעשה כלפיו.

דוד ויונתן רבו על פיגום – הם יכולים לתבוע אחד את השני.

יש להם תביעה טובה נגד מנהל העבודה וגם כלפי המהנדס. יתכן שחובת המהנדס שונה מזו של שמנהל.

ניתן לתבוע את הקבלן באחריות שילוחית ובאחריות אישית.

תביעות שוליות: (תביעות בהן העדר כיס עמוק מצביעות על תביעה שולית)

* חשוב להחליט במה רוצים לתבוע את בעיקר. יש סה"כ 2 עמודים לתשובה ולכן יש להחליט על מה לדון לבקצרה.

במקרה זה נשקיע מעט בשאלת התקיפה בין דוד ליונתן. הם אינם מהווים כיס עמוק זה לזה ולכן זה לא התביעה המרכזית.

לרשום שיוכל לתבוע אותו בתקיפה לפי ס' 23 – השתמש בכוח מולו. בהקשר זה כדי להוסיף שיש להם אשם תורם בכל התביעות. בפועל נראה שמטעמים חלוקתיים לא יורידו להם את הפיצוי בגין האשם התורם האמיתי לשהם, אלא הרבה פחות. **נוכל לטעון לאותו אשם תורם באופן כללי(בתחילת/סוף התשובה) וכך לא נצטרך בכל תביעה לרשום זאת מחדש. הנתבעים יוכלו להתגונן בהגנה חלקית לפי אשם תורם ס' 68.**

* כך גם לגבי התביעה לרשלנות רפואית מול דר' מור – לרשום שיש לתבוע אותו באחריות שילוחית דרך רשלנות.

הערה: אם יש מצב של אינטרס נוגד בין 2 תובעים – אין לקחת אותו עו"ד.

נתחיל בתביעה הראשונה הכי טובה ואז נוכל לבנות עליה את התשובה בשאר הסעיפים.

**במקרה הזה נתחיל בתביעה של דוד ויונתן מול הקבלן**– נפרט את התביעה כלפיו עם כל היסודות ואח"כ כשנדון בשאר הנתבעים נציין רק את השוני.

לקבלן יש אחריות שילוחית למעשי יעקב ופנחס שנדון בהם בהמשך. וניכנס לאחריותו האישית. למה מדגישים את האישית וגם השילוחית? כי הוא הכיס העמוק ואם התביעות נגד המנהל ובמהנדס יפלו, עדיין תהא אחריות אישית. (צריך להסביר למה אישית)

**יסודות הרשלנות:**

1. **חובת זהירות:**
   1. חובת זהירות מושגית– בודקים מטעם מה קמים יחסי השכנות. במקרה זה יש חובה בין הקבלן לפועלים: חוזה עבודה שהוא החוזה הכי חזק משום שכמעסיק יש לך אחריות כלפי העובד שלך לשמור על שלומם ובטיחותם. דבר שני יש לו אחריות לפיקוח עליהם ע"י האצלת סמכויות. יש לך אינטרס – לקחת אותם שיעבדו אצלך ואתה מחויב לספק להם סביבת עבודה בטוחה. ס' 37 גם קיים פה – הקרקע נמצאת באחריותך, הדבר כולל גם בניין שנבנה על המקרקעין ויוצר סכנה. כעת נדון בשאלת הצפיות הטכנית – קבלנים צריכים לשמור על הבטיחות של כל הפועלים שלו, ובדגש על פועלי הבניין שחשופים לסכנות. אח"כ נבדוק האם צריך לבדוק (נורמטיבית) נראה שכן בוודא צפיות של נזק גוף באתר בנייה. אתר בנייה מסוכן מלכתחילה. לכן הוא צריך לנקוט באמצעי בטיחות. אם רוצים להכין את הקרקע לשאלת הפרת החובה צריך להגיד שהוא לא רק צריך ליצור אמצעי בטיחות, אלא גם לפקח שהדברים נאכפים.
   2. חובת זהירות קונקרטית -קיומו של פיגום רעוע, ללא קסדות והמצאותם של 2 פועלים על פיגום כשהחוק אומר שיש לשים עד פועל אחד – מצביעים על אמצעי הזהירות שהיה צריך לבצע והם דאגה לפיגום יציב, פיקוח ששמים קסדות ופיקוח שלא יהיו 2 אמשים על פיגום אחד. צריך לדאוג באופן אישי שמישהו יפקח גם אם זה ע"י האצלת סמכויות. יש לך יכולת לצפות מקרה זה כמביא לנזקי גוף (ניתן גם לדון בכך שיכלו להיגרם נזקים אחרים ולכן יש אשם תורם לפועלים, פועלים וותיקים שמתקוטטים על פיגום וכו'). אמרנו קודם לכן שלא כדאי לפרט את כל אמצעי המניעה, אולם פה מאחר וצריך להתגבר על אשם תורם גדול מצד הקבלנים – חשוב לתת רשימה של כל ההפרות שהיו מתוך מטרה להראות שיש כאן קבלן שמעמיד אתר לא בטיחותי (אולי במקרה של וקנין זו לא הכוונה – מספיק להראות שלא היה שילוט ולאו דווקא התרשלות כללית). כאן יש מטרה, אולי במיוחד לאור האשם התורם, שיש פה קבלן שהתרשל. פס"ד שמעון נ' ברדה יוכל לסייע בטענה שזה סוג של נזק שניתן היה לצפות אותו. בחובה הקונקרטית נגיד במקרה הזה כדאי לתת "רשימת מכולת" של ההפרות של הקבלן.
2. **הפרה חובה**: כעת נראה שהוא הפר את החובה. היה צריך לבדוק ששמו קסות – לא שמו, לבדוק יציבות – לא בדק, לא נקט באמצעי זהירות ולא דאג שלא יהיה יותר מפועל אחד בכל רגע נתון. נטען שהאמצעים לא יקרים. הקבלן יטען שזה בעייתי לבדוק בכל רגע נתון שהכל מתנהל כמו שצריך. בהקשר הזה נבדוק את הנסיבות (מקום וזמן) והפרה בהתאם אליהם. יתכן לטעון שאי אפשר לגרום לקבלן לפקח באופן תדיר, הוא עושה זאת פעם ביום. מטרת התובע להראות שאתה מתרשל באופן רציני (אם יש באירועון נתונים, ננסה להוכיח שזו התרשלות חוזרת). גם אם זו לא התרשלות חוזרת לפי הצדק המתקן זה לא משנה – מספיק שהפעם הזקת. צד שמאל של המשוואה – גם עליו אפשר להתווכח, מהי התדירות של הנזקים ומה הגודל שלהם? כנראה שתדירות גבוה לאור אופי המקום, במיוחד כשמדובר בפיגום רעוע. נראה שצד שמאל מאוד חזק ולכן גם אם צד ימין יגדל קצת זה לא נורא.
3. **נזק**: נזקים גופניים – פגיעה בראש.
4. **קש"ס:**
   1. קש"ס עובדתי - מבחן האלמלא– אם שניהם לא היו הולכים מכות עם קסדות בפיגום לא רעוע לא היה נגרם נזק. בהקשר זה יטען שהנתבע לאשם תורם, אך נגיד שגם אם לא היו הולכים מכות על פיגום רעוע ללא קסדה – הנזק היה נגרם. בהקשר זה ננסה להוכיח שאין להם אשם תורם בכלל – מעל 50% סיכוי שהם היו נפגעים גם לולא רבו. באופן כללי – במבחן זה נבדוק קיומו של קש"ס של מעל 50% בין ההפרה לנזק.
   2. קש"ס משפטי - מבחן הצפיות – אלמלא הייתה הפרה של החובה (פיגוע רעוע וללא קסדות) לא היה נגרם נזק.
5. **סיכויי תביעה**: נראה שקשה לשכנע שמדובר באמצעי מניעב יקרים וקשים לביצוע. ההגנה מתמקדת רק באשם תורם.

**תביעה של דוד ויונתן כלפי פנחס:**

התביעה כלפיו מצד אחד יותר חזקה ומצד שני יותר חלשה.

חזקה – פנחס משמש כמנהל עבודה ותפקידו לשמור על שלומם ובטילחותם ובניגוד לקבלן – הוא זה שאחראי על כך בשטח.

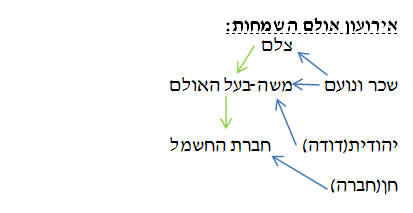
חלשה - אין לו חוזה ישיר איתם כי הוא לא משלם להם ואין להם חוזה, אך הוא האשם העיקרי כי בשטח זה התםקיד שלו (לנקוט אמצעי מניעה ולפקח).

צפיות קונקרטית– לא צריכים לעבוד הרבה כי הוא ידע את זה ואמר למהנדס. מצויין שהייתה לו מודעות. מצד אחד הוא העביר את המידע הלאה, אך מצד שני זה לא עזר לו והא לא עשה עם זה שום דבר. מה שהוא עשה זה לא מספיק – טוענים כלפיו שהוא היה צריך לעשות משהו בצורה אחרת. היית צריך לדאוג בעצמך שהם ירדו. לשני הפועלים יש הסטוריה רעה ביניהם ואותו קבלן היה צריך לדעת כמנהל עבודה שזה לא מומלץ לצוות ביניהם. כחלק מהצפיות היית צריך לצפות שהם יריבו – ניתן כמובן לטעון ההפך. אפשר גם להגיד שבלי זה הכל התקיים.

**תביעה של דוד ויונתן כלפי יעקב:**

נשווה זאת לפנסחס – אין לו את התפקיד של לצוות אותם ולכן זה שונה. האחריות שלהם בנושא הבטיחות דומים וניתן להשתמש בזה שנודע לו. יש לך אחריות גם בלי שיגידו לך, אך על אחת כמה וכמה כשהודיעו לך – זוהי צפיות טכנית של חובת זהירות קונקרטית יותר מוגברת והפרה יותר רצינית (הדבר רלוונטי גם ליעקב).

שניהם יכלו לטעון שקשה לצפות מהם לצפות הכל ולבדוק הכל כל הזמן – פםה נראה שלא ניתן לטעון זאת כי מדובר ברשלנות מתמשכת ולא משהו נקודתי.



חץ ירוק – הודעת צד ג' (תביעות שיפוי) – זו לא תביעה נזיקית, המזיק "מושך" לתביעה מזיק אחר. זה לא הופך את המזיקים לניזוקים, אלא זו משיכה של מזיק נוסף.

מציע לסיים או להתחיל בחב' חשמל משום שצריך להיות דיון עקרוני בשאלת חובת הזהירות המושגית (בעיקר שי שנתבעים אחרים טבעיים). אם הנתבע היחיד היה חב' חשמל אז זה כבר סיפור אחר. אם חב' חשמל היא לא הנתבעת הכי טבעית (למרות שהיא זו שגרמה לחב' חשמל) יש לדון בעיקר בשאלת הזהירות המושגית. צריך להתמקד רק בבעייתיות. השאלה היא שאלה קשה משום שכמסתכלים על חב' חשמל מול שירי ונועם, יהודית וחן אין ביניהם חוזה. החוזה הוא עם משה(בעל האולם) ולכן אין מבחן חוזי. בעלי האירוע אינם שוכרים את האולם, הם אינם בעלי שליטה על המרתחש בו. התשלום של בעל המקום מחב' חשמל מגיע בדרך עקיפה מבעלי האירוע, אך עדיין לא נראה שהוא מקים חובת זהירות ע"ב חוזה בינם לבין חב' חשמל.

שאלת חובת הזהירות המושגית קודם נקבעת משיקולים של מדיניות משפטית, אם על כל הפסקת חשמל נאפשר לתבוע את חב' חשמל – החברה תקרוס. יש פה שאלה של הצפת בתי משפט, ריפוי ידיהם של עובדי ציבור וכו'. זה יכול לעודד תביעות רבות, לעודד תביעות קנטרניות. מבחינת מדיניות משפטית לא כל מי שלא בסדר במשק משלם.

**נשאלת שאלת הצפיות**– טכנית: נראה שמצופה שחב' חשמל תצפה שכל האנשים יכולים להפגע מחב' החשמל. נורמטיבית: נראה שאין לדרוש מהם צפיות כזו.

נראה שיהיה קשה לתבוע את חב' חשמל בעיקר בשל נימוקים של מדיניות משפטית. חשוב לצייו שכל התובעים יכולין לתבוע את חב' חשמל וזו התשובה לגבי כולם.

מומלץ לדון כעת בתביעה של שירי ונועם כלפי בעל האולם ואז להתרחק במעגל.

**חובה זהירות מושגית**– חוזה בין שירי ונועם לבעל האולם וכן כניסה למקרקעין (ס' 37). בנוסף, חשוב לציין שזהו אירוע חשוב בחיים, זה לא סתם חוזה. חשוב נגיד במקרה כזה ל"חמם את העבירה" ולהסביר שזה לא סתם חוזה- הוא מדבר על אירוע חד פעמי, הם שמים את האירוע הכי חשוב להם בידי אדם ולכל בני זוג חשוב האירוע. עושים זאת באולם משיקולי נוחות. אתה "שוכר" אולם והחוזה איתו הינו קריטי ולכן זה מגביר את הצפיות. בעל האירוע עוסק במקצוע שהצפיות הנדרשת בו גדולה, צריך לצפות נזקים. חשוב להעלות גם את העובדה שלא מדובר על משהו רק בין שירי ונועם לבעל האולם, אלא מדובר על אירוע בו ישנם מוזמנים רבים ואם הם לא נהנים גם אנחנו בעלי האירוע לא נהנים. הפגיעה בהנאה או פגיעה פיזית של האורחים משפיעה גם על בעלי האיורע עצמם. נזק מסוג של אובדן הנאה או רווחה. אתה כבעל האולם צריך לצפות שיגרם להם נזק של הנאה לא רק אם הם עצמם יהיו ניזוקים, אלא אף אם מישהו מאורחיהם.

הצפיות יותר מוגברת משום שמדובר באוגוסט במישור החוף ולכן יש להביא שאת בחשבון (מקום וזמן שהשילוב שלהם יוצר צפיות רחבה יותר לכך שאם לא יהיה חשמל/מזגן זה ישפיע מאוד).

**חובת הפרה** - קופצים לרגע מחובת הזהירות המושגית להפרת החובה (ומדלגים בנתיים על חובת זהירות קונקרטית) כדי שיהיה ניתן בקלות יותר לדון בחובה בהקונקרטית. צריכים להתמקד במה היה צריך לעשות ולא עשה בכלל: תאורה ומיזוג. הפיתרון לשני הדברים הוא גנרטור. אנחנו לא דורשים מבעל האולם סטנדרט שלפיו "הקפיצה" של החשמל מחב' החשמל לגנרטור לא תהיה מורגשת וזאת משום שאם נדרוש זאת זה ידרוש אמצעי מניעה יקרים והרי אנחנו רוצים להראות שהאמצעים הנדרשים הם מעטים, אולם כמובן שלא מספיק לדרוש שרק שלטי יציאה יוארו, הסנדרטים צריכים להיות מותאמים לאולם. אולי אפילו לא נדרוש את זה כי אם נדרוש גנרטור גם לזה יהיה ניתן לטעון שזה אמצעי יקר מדי. הפסקות חשמל הן לא דבר תדיר ולכן אולי לבקש גנרטור זה ייחשב כאמצעי יקר. במקרה הזה לא היה שום אמצעי והרבה יותר חכם לדרוש משהו מינימאלי כמו מאווררים ותאורה מינימאלית. נראה שפסיכולוגית אותם אמצעים היו נותנים תחושה שלפחות בעל האולם ניסה. למשל בגני אירועים זהו הסטנדרט, נכון שבגני אירועים זה מה שמצפים, אך זה לא הסטנדרט. זה יעמוד ברלנד הנד כי המחיר זול יחסית. בעל האולם יוכל לומר שיש גם לקחת בחשבון את שאלת האחסון של מאווררי הענק. אולם זה אמצעי מניעה זול, אך בשביל אירוע שיהיה פעם בכמה שנים – זה לא שווה.

**קש"ס**– נראה הקש"ס העובדתי (מבחן האלמלא – אם היה דואג לגנרטור הנזק היה נמנע) – נראה שמתקיים.

קש"ס המשפטי (מבחן צפויות האם היית צריךם לצפות את הנזק מהסוג שקרה).

**יהודית** - לדבר רק על הבדלים בין התביעה של שירי ונועם ליהודית. יהודית ניזוקה פיזית ולכן הנזק שונה. חובת זהירות לפי ס' 37 מספיקה, אך לא מוגברת כמו אצל שירי ונועם. אין צורך לדון מחדש בכל שאר שאר היסודות.

**חן**– נשווה אותה ליהודית כי היא יותר דומה למקרה שלה, ההבדל שלה הוא הנזק. לחן אין נזק כמו לשאר האורחים (אובדן נוחות), אך יש להניח שס' 4 לא יאפשר לה לתבוע כי יש הגנה של מעשה של מה בכך. זה שהיא הגיעה לבי"ח ונולד לה ילד אז ברור שזה לא נחשב נזק. בסופו של דבר אין לה איזשהו בסיס לתביעה (צריך לרשום את זה גם אם אין לה שום נזק ואין בפועל תביעה).

**שירי ונועם מול הצלם**– חובת זהירות בשל חוזה, שוב לציין שזהו אירוע חד פעמי ומה שחשוב הוא שהוא אחראי על משהו חשוב ומרכזי והוא תמונות – תיעוד. יש לו חובת זהירות מוגברת, למרות שהוא לא אשם בגרימה של הפסקת החשמל נטען כלפיו שהוא היה יוכל לצפות דבר כזה ונדרש ממנו לצלם.

מבחינה קונקרטית נדגיש שהיה על הצלם להביא איתו תאורה ניידת למקרים מסוג זה. איזשהו פנס או משהו שיהיה באוטו וזהו אמצעי זהירות שהיינו דורשים אותו. הוא יכל כך לצלם באופן חלקי. הוא יכל למנוע את חלקו באמצעים זולים. חשוב אם כן לציין את חשיבות התיעוד ואת שאלת הצפיות שלמקימה לו חובת זהירות מושגית.

**חלק ב'** - אם הם יגלו שקרה אצלו דבר דומה או לאולם שכן לו – זה מעצים את שאלת הצפיות. אפשר גם לומר שבעשרים שנה האחרונות זה קרה פעם אחת ואם כך זה עדיין לא הופך את זה לתדיר. אם שואלים לגבי שאר התביעות צריך לראות אם יש שינוי – במקרה זה אין.

**חלק ג'**– אם ידע שתהיה הפסקת חשמל זה מחזק את התביעה של בעל האולם. צריך להגיד בלרנד הנד אמצעי מניעה שונים ממקודם, זוהי ידיעה קונקרטית. צריך להגיד מהם אמצעי המניעה הזולים והיעילים, אך מנגד לא לגרום לזוג להיבהל. היה לו מספיק זמן להערך. החכמה היא לפרט את הדרכים ההגיוניות ואולי לבחור ביניהן ולהסביר מה עדיפה ביניהן. אולי יכל לבקש לדחות את האירוע (נראה בעייתי) או לקיים את האירוע באולם אחר.

אולי לבקש מחב' חשמל לדחות את הבדיקה והפסקת החשמל היזומה.

**חלק ד'**– תביעה בנזיקין אי אפשר להמחות, אפשר להמחות רק למיטיב. הטבה אינה זכות בנזיקין.

**שיעור מס' 21 – 12\06\06**

אירועון 3- גן הילדים:



**מי נגד מי?**

התובעים- ההורים של ניר

הנתבעים- הגננת, ההורים של רותם; יצרן המגלשה; ירדנה; העירייה-אחריותה אישית ולא רק שילוחית. אם הגן הוא פרטי- העירייה לא בתמונה?לא מדויק, משום שיכול להיות מצב בו העירייה אחראית לפקח על גנים פרטיים; אולי משרד החינוך אחראי; מכון התקנים.

התביעה העיקרית היא נגד הגננת והיצרן – האם יש פה מקרה של מוצרים פגומים? למרצה זה לא נראה מקרה מתאים למוצר פגום, יכול להיות בכלל שהמתקן הזה לא מתאים לילדים- פה זה קצת יותר מודגש משום שהרגל של הילד נתפסה בטבעת, משום שהרגליים של הילדים הן קטנות וצריך לחשוב על זה ולצפות נזק כזה. חייבים לחשוב פה על שיקולי מדיניות- נזקי גוף הם צפויים תמיד במקרים כאלו, לכן תמיד חייבים להכניס שיקולי מדיניות- ברק אומר את זה בווקנין- מה מקובל בקרב הציבור בכל הנוגע לפעילויות האלה? אם היינו מתסכלים על קפיצות בנג'י אז יכול להיות שרוב הציבור היה מעדיף לוותר על זה משום שזוהי פעילות מסוכנת; כאשר רוב הציבור מעדיף לא לבצע את אותה הפעילות זה יכול להיחשב כהסתכנות מרצון, יש על זה וויכוח גדול מאוד, בעיקר על הספורט האתגרי. למה זה מוביל? לכך שיש פלח אוכלוסיה קטן שמשתמש בפעילות הזו ושאר האוכלוסייה לא רואה בזה משהו הכרחי – מה זה עושה מבחינת כוחות השוק? מבחינה כלכלית? בד"כ ייקחו הרבה כסף על הפעילות הזו, למה? הסיכון הוא מאוד גדול. כשאני הולך לגן שעשועים מטעם העירייה- אני מקבל מתקנים בחינם- למה זה בחינם? מצד אחד, העירייה רוצה להראת שהעירייה היא מפותחת וגדולה ומצד שני זה סיכון- אפשר להגיד שמשלמים על זה בארנונה. פעילות כמו מגלשה, זוהי פעילות יום יומית למרות שהיא מסוכנת בצורה מסוימת וילדים כן נפגעים, הציבור לא חולם לחסום את הפעילות הזו כמו שעושים לפעילות האתגרית – למרות שיש סכנות הציבור מעוניין בפיעלות כזו – למה זה משנה? זה משנה מבחינת מדיניות משום שאם זה לא היה רצוי מבחינה חברתית, אז כל מי שהיה חלק מהשרשרת של הייצור והשימוש אז כבר יש לו צפיות לנזק ולהתרשלות אבל זה לא כך במקרה זה משום שגן שעשועים הוא דבר רצוי ולכן זה עניין של מדיניות משפטית 🡨 חייבים להביא את זה בחשבון ולא צריך להפוך כל נזק לצפוי וכל נזק לרשלני – זה הכל תלוי במדיניות משפטית. מצד אחד, יש לנו ניזוק שמעוניין בצדק מתקן – הוא נפגע ממגלשה, במיוחד כאשר אין לה תו תקן אך לא בטוח שזה ב-100% יתקבל.

צריך להתחיל בתביעה של העוזרת ואז לעבור על התביעה של היצרן ולגבי כל התביעות לא צריך להשקיע ממש. על רותם היינו כותבים כמה שורות –היא ילדה ואין לה אחריות. אם היה נתון שהילדה היא ילדה עם בעיות התנהגות קשות אז אולי היה פתח לבוא ולהגיד שיש אחריות אישית להורים, יש לה חסינות – למרות שעדיין קשה מאוד להגיד את זה, אבל לא זה המצב פה אז צריך לפתור את זה בשורה אחת- או בהתחלה או בסוף אבל לא לפרט על זה חבל על המקום, ממש בקצרה. "אפשר לתבוע אותה מתוקף עוולת המסגרת על תקיפה ורשלנות אבל היא חסינה לפי ס' 9, לכן לא ניתן לתבוע אותה" 🡨 חייבים להעלות את זה ולכתוב על זה, לא להתעלם מזה לגמרי.

ירדנה – מצד אחד היא מפריעה, אבל הקש"ס הוא בעייתי- יש בעיה בחובת הזהירות המושגית שלה, היא כנראה בכלל לא קיימת, אין לה שום אחריות כלפי הילדים. יכול להיות שיש לה אחריות לא להפריע, זוהי האחריות הקלאסית של דיני הנזיקין, זוהי אחריות נגטיבית. זוהי חובת הצלה כללית שלא קיימת ברוב שיטות המשפט בעולם. יש לנו בארץ מקרים ספציפיים שיש לנו חובת הצלה – כשמישהו נפגע בת"ד, כשמישהו נפגע בים ועוד. ב-1998 חוקקו את חוק לא תעמוד על דם רעך- זהו חוק "רזה". האפשרות היחידה לתבוע אותה זה הכיוון – אבל זה ממש קלוש – גם אם כן, היא צפתה ואמרה לגננת, היא "עשתה את שלה", גם אם יש חובה מושגית היא לא הפרה את החובה.

מצד שני, אנחנו לא יכולים לצפות מהגננת לפעול מעבר לסטדנדרט הסביר- אם הגננת הייתה מקבלת טלפון ונכנסת לגן לענות – מה היה קורה? מה היה קורה אם ילד אחד רוצה ללכת לשירותים והיא רוצה להיכנס איתו פנימה אז הייתה נשארת רק מישהי אחת בחוץ – או הגננת או העוזרת – אחראית על כ"כ הרבה ילדים- אבל יכול להיות שלדבר עם הורה זה דווקא לא סביר. שורה תחתונה, כנראה שאין לה חובת זהירות מושגית וצריך לכתוב את החלק שלה ממש בכמה שורות.

מכון התקנים – זהו גוף של המדינה. השיקולים של לתבוע או לא לתבוע אותו הם אותם השיקולים שאמרנו בשיעור הקודם. יש לנו במקרה הזה "כיסים עמוקים" אחרים ולכן לא כדאי להיטפל דווקא למכון התקנים. כשאין תקן לא כדאי לתבוע את מכון התקנים. אם יש תקן – נכנסים בלוא עוזם שיקולי מדיניות משפטית – אם נפחד מריפוי עובדי ציבור כמו גורדון – יום אחרי המשפט, לא יאשרו יותר תקנים; אנחנו לא רוצים שזה יקרה.

תביעה נגד היצרן – מבחינת היצרן, צריך לחלק את זה לשני מקרים – אם יש תו או אין תו תקן. בתביעות עם ירדנה ורותם זה לא משנה אם יש תו או אין תו, החלוקה הזו לא משנה, לעומת זאת, ליצרן זה משפיע הרבה יותר – המצב הוא בעייתי כשאין תו –לבדוק מי מכניס בכלל מתקנים בלי תו תקן לגנים. מבחינת היצרן כשאין תו תקן, חובת הזהירות המושגית היא גדולה יותר, צריך להבין שהוא מתעסק בילדים. אם יש תו תקן, הוא יפיל את זה על מכון התקנים. אבל כתובע, זה שקיבלת תו תקן, זה לא מסיר ממך את האחריות – מכון התקנים, גם אם הוא נותן תו, יש בשוק הרבה מאוד מגלשות ואת המגלשה הספציפית הזו לא היית צריך לשווק – אתה צריך לצפות קיומו של נזק. גם כשיש תקן, לדבר על חובת הזהירות של היצרן. באותה צורה, לעשות זאת גם לגבי הגננת – אם זה גן עירוני, אז העירייה אחראית על זה, אם זהו גן פרטי זה עובר לגננת עצמה. א זה גן עירוני היא לא יכולה להסתתר מאחורי אחריות היצרן והעירייה- יש פה ס' 37- זה הגן שלה פהרטי ויש לה אחריות. זה לא חוזה ישיר, תפקידה של הגננת לבדוק שאין דברים מסוכנים בגן. בודקים את היסטוריה הגננת 🡨 אם היא שלושים שנה כבר גננת אז יכול להיות שדווקא בגלל זה היא תענש – יש פה עניין של צפיות מוגברת. כל אחד יאשים את השני – לפי ס' 64(ב)- גורם מתערב זר.

ס' 38-

**חובת הראיה ברשלנות לגבי  דברים מסוכנים**

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

בסעיפים 38-41 מדברים על העברת הנטל. אנו מדברים על דבר שהוא מסוכן מטבעו- כשאנו עוסקים בדבר שגם אם הוא תקין לחלוטין אך מסוכן מטבעו בגלל הנסיבות, גם אם הוא תקין אז אחרי כל מה שעשינו עד עכשיו מסופים עוד כמה שורות ומוסיפים את ס' 38 – ולכן בכל התביעות האלו אנו מבקשים כתובעים, לפחות לחלופין, להפוך את הנטל, זה אומר שכל הנתבעים יוכיחו או לא יוכיחו שהם לא התרשלו. לא שמים את כל הביצים בסל אחד – היפוך הנטל הוא דבר חשוב צריך לכתוב אותו, לא לדבר עליו שורה-שתיים אלא לפרט.

ההורים – לא יתבעו על אבדן כושר השתכרות אלא הם מטיבים, יתבעו על הטבה.

**רשלנות רפואית**

למה היא מחייבת דיון נפרד?

* סוגי המקרים – סוגי המקרים הם שונים, יש לנו כמה דברים שלא נתקלנו בהם בסוגי הרשלנויות האחרות. יש לנו תתי-נושאים, מיוחדים לרופאה, מאוד אופיינים לרפואה ופסקי הדין דנים בהם:

1. **טיפול רפואי לקוי**
2. **הסכמה מדעת** – אם מישהו הסכים לפגיעה בו, אולי זה הסתכנות מרצון. עניין ההסכמה עולה בד"כ בעוולת התקיפה וברפואה. פס"ד דעקה שהוא לא קלאסי מבחינת המקרה שלו, יחסית נדיר – היו אמורים לעשות ניתוח בברך ובסוף עשו בכתף. למשל: מצב בו רופא רוצה לנתח חולה, החולה יושב מולו והרופא מסביר לו על הניתוח אבל הפציינט שיושב מולו הוא עולה חדש והוא לא מבין את כל מה שכרוך בניתוח – נניח שהרופא עושה "כן" עם הראש והוא לא באמת מבין מה הרופא רוצה ממנו – אז ההסכמה הזו לא היא לא בטוח אמיתית, השאלה היא האם ההסכמה שלו נקראת הסכמה מדעת? מה היה צריך לעושת הרופא? לקרוא למתורגמן, אולי הוא מפר את הפרטיות שלו?. אפשר לתאר מצב בו החולה הוא לא עולה חדש אבל הוא לא שומע טוב- ההסכמה היא לא רק שאלה האם ניתחתי אותך בלי הסכמה בכלל אלא האם ההסכמה היא אמיתית. קליפורד דניס נ' רביד משה – אדם מגיע לטיפול שיניים ויש סיכוי נמוך מאוד שהוא ינזק מזריקת ההרדמה, זהו סיכון כ"כ נמוך שהוא לא נמצא אפילו בצפיות – והוא אכן ניזוק. אם רופא שיניים יצטרך לפרט את כל הסיכונים האפשריים מהטיפול אז הוא יצטרך הרבה זמן בשביל זה וגם יפחיד את החולים.
3. **בחירה רשלנית בין חלופות**- מצב בו הרופא עשה בחירה לא נכונה בין החלופות. צריך לקחת בחשבון את כל הנסיבות ואת מצב החולה, יכול להיות שבחירת החלופה לאדם X היא נכונה אבל לאדם אחר היא Y ויכולה להרוס לו את החיים.

דוגמא- לניתוח שבר צריך לפתוח חתך קטן. נכנסנ טכניקה חדשה של הכנסת רובוט קטן שעושה את הניתוח ללא פתיחה. רופא שעושה טיפול כזה לפני כמה שנים כשהטיפול עדיין חדשני- האם הוא צריך להסביר לחולה את החלופות ולתת לו לבחור?האם אתה יכול לשכנע אותו? הרופאים מעלים את "הגנת האסכולות"- אני בחרתי באסכולה, החלופה הלגיטימית. אם ישנה מחלוקת, אפשר לבוא לרופא ולומר- אתה בחרת בדרך חדשנית מידי, מכיוון אחר- החלופה שלך הינה מיושנת מידי. הפסיקה אומרת שאם אתה רוצה להשתמש בהגנה זו, אז אומרים ביהמ"ש שזוהי הגנה לגיטמית אבל היא זקוקה לשלושה תנאים מצטברים:  
א. האסכולה צריכה להיות מקובלת על חלק גדול בעולם הרפואה.

ב. בחירה ממשית בין האסכולות ולא להראות חכמה לאחר מעשה. הכרת את החלופות היטב ובחרת באחת מתוך ידיעה ממשית.  
ג. הרופא צריך להציג לחולה את החלופות והוא יבחר בינהם. אתה תבחר בחלופה בעצמו כשאין ברירה- לדוג', כשחולה חסר הכרה וצריך לבחור מיד. לכאורה הייתה ניתן פה לטעון לתקיפה- ס' 24(8) נותן הגנה לרופא כזה שבחר בשביל החולה.  
אלה הסייגים המצטברים לבחירה באסכולה.

כל מה שאמרנו פה מסתדר עם רשלנות 🡨 אם טיפלת לקוי, לא קיבלת הסכמה, בחרת ברשלנות –אתה רופא רשלן. יש עוד עוולות רלוונטיות – עוולת תהקיפה שרלוונטית שמקרים שנכנסים תחת ס' 2 – "תקיפה ללא הסכמה". במקרה של משפט ורפואה תמיד נדון ברשלנות אבל אם אין הסכמה מדעת יש גם עוולת התקיפה. בייניש בדעקה נותנת דעת יחיד שהיא נותנת תזה מסוימת שאפשר לפתור את האירוע גם בלעדיה – בייניש אומרת שעוולת התקיפה היא לא עוולה טבעית לתביעה נגד רופאים – תפקיד הרופאים לא מתאים מבחינתה לדבר על תקיפה בהקשר של הרופאים. המחוקק לא חשב כמוה כי עובדת שהרופא דיבר על הגנה שהיא BUILT IN לרופאים אבל דורנר אומרת שזה לא ראוי- אבל היא לא יכולה ללכת ולחסום את זה, אבל למה בכ"ז זה כ"כ מפריע לה? יש כאלה שרואים את התקיפה לא כרשלנות אלא כאחריות מוגברת\מוחלטת- יש שלושה מקרים קיצוניים שרק כשהם יתקיימו אז מותר ל תבוע עליהם בתקיפה:

מקרה ראשון – הטיפול ניתן בעל כורחו של החולה.

מקרה שני – מקרים בהם הטיפול היה שונה במהותו מהטיפול שלו הסכים החולה.

מקרה שלישי – לא נמסר שום מידע על מהות הטיפול, הסיכון והתוצאה לחולה.

צריכים תמיד להתייחס לסייגים של בייניש במבחן כשמדברים על תביעה בגין תקיפה כשמדובר ברשלנות רפואית.

חוק זכויות החולה – דעקה לא מזכיר את חוק זכויות החולה משום שהמקרה קרה לפני חוק זכויות החולה – חוק זה הוא חוק שנכנס ב-1996 ועשה מהומה\מהפך משום שהוא קבע סטנדרטים שלא היו קיימים לפני כן –סטנדרטים של ניתוח חדשני, חלופות, פרטיות של החולה ועוד זכויות שיש לחולה שכעת הן כתובות עלי ספר – עלתהשאלה מה עושים החוק הזה? היו שתי גישות:

* שום דבר, זהו חוק הצהרתי ולא חוק נזיקי- אם אני רוצה לדעת אם הוא התרשל ולא קיבל את הסכמת חולה –אז יש שם הגדרה מה זה הסכמה, כנל לגבי תקיפה. זהו לא חוק עצמאי אלא משליך על רשלנות ותקיפה.
* זהו חוק קלאסי להפרת חובה חקוקה – זהו החוק הכי קלאסי שיש להפרת חובה חקוקה, לדעת המרצה.

בתי המשפט הכריעו לטובת הגישה השנייה והיום חוק זה מככב בתביעות של רשלנות רפואית, התקיפה נדחקה קצת הצידה.

**שיעור מס' 22 – 212\06\11 – השלמתי מאדווה**

**רשלנות בגין נזק נפשי- דף מס' 8**

2 נקודות להתייחס אליהן בארועון:

1. מזכירה את פס"ד גורדון – פנסיונר מקבל מכתב התרעה מעיירית גבעתיים על קנסות שעומדים מולו. חובה להזכיר את הדמיון לגורדון. הוא טוען שיש לו סיוטים והוא לא יכול לישון בלילות בגלל מכתב ההתראה מעו"ד- חלש יותר מגורדון, מצד אחד מדבור על אדם מבוגר, מצד שני יש פה מקרה בעייית של קש"ס- גם אם יוכיח את הנזק האמור לא בטוח שזה בגלל מכתב ההתראה הבודד. צריך להוכיח את הקש"ס וזה לא דבר פשוט- ההתמקדות היא בקש"ס עם יחס.

2. הוסיפו פרט בארועון שהגיעו מעקלים לביתו של המבוגר- למעקלים יש רשות להשתמש בכח סביר, לא נראה שהם עברו על החוק בזה שביצעו את עבודתם. בהנחה שהמעקלים בסדר ואנחנו נתבע- יש כאן חיזוק לקש"ס- יותר הגיוני שבגלל זה ארעו לו סיוטים מאשר בגלל מכתב התראה בודד.

*פס"ד אלסוחה*- נזק נפשי למעגל המשני- ההלכה שנקבעה שם זה לא סוף סיפור ויש התפתחויות. פס"ד שני שקשור– *לינדורן נ' קרנית.* ב*אלסוחה* אדם שנפגע בתאונת דרכים וחברתו טוענת שהיא נפגעה. אם היא נפגעה בגלל התאונה- יותר קל לטעון את זה כי זה נזק במעגל הראשי, אם היא נפגעה בנפשה בגלל שהחבר שלה נפגע- זה נזק נפשי במעגל המשני. ואז למעשה יש פה חיבור בין 2 פס"ד- מצד אחד נפגעתי במעגל המשני אז אני ניזוקה שם בגלל בן הזוג שלי, ומצד שני יש את הלכת *לינדורן* שמדברת על מתי ידועים בציבור זכאים לפיצוי- התשובה לשאלה לפי 2 פס"ד זו האם יש פה נזק נפשי במעגל המשני ויש פה כמה פרמטרים נוקשים ששמגר דורש ב*אלסוחה* לפי פסיקה אנגלית, על זה אנו מוסיפים את הבעייתיות שלא מדובר בקרבת דם/נישואים אלא ידועים בציבור ואת הסנכרון בין ההלכות צריך לעשות כאן. ברק אומר שההלכה של ידועים בציבור רלוונטית רק לתלויים במקרה שהאדם מת- זה עוד נק' שצריך לעלות, למרות דברי ברק, אם הכירו בעניין תלויים אין סיבה שלא יעשה את ההכרה בידוע בציבור גם בנושאים אחרים כמו נזק נפשי למעגל המשני.

ניתן לעשות היקשים מפס"ד ולהרחיב🡨מאיפה לך שאתה יכול לעשות את ההיקש הזה? את זה נלמד בדיני משפחה. מה שנעשה בדיני משפחה, זה שבין היתר למדו בתוך דיני הניזקין- ברגע שביהמ"ש הכיר בנשוא של ידועים בציבור בתלויים *בלינדורן נ' קרנית* ביהמ"ש עשה מכך היקש לדיני משפחה- פנסיה, ירושות וכו'. אם מקישים מדיני הנזיקין למשפחה, גם בתוך דיני הנזיקין אני יכול לעשות היקש מדבר לדבר.

* ידועים בציבור זה פונקציה של ילד משותף/ חשבון משותף וכו'...צריך לנסות ולהקיש- ההיקש הוא לא אוטמטי, אבל אם הקישו החוצה מדיני הנזיקין אז ק"ו שאפשר להקיש בתוכו.
* הפרמטרים ב*אלסוחה* לנזק נפשי במעגל משני – פס"ד האנגלי ששמגר הולך בעקבותיו מאד נוקשה(Mcloughlin) א. קרבת המשפחה (ופה נכנסת הלכת לינדורן). שמגר מוכן להתגמש פה יותר מפס"ד האנגלי מדבר על קרבה משפחתית בלבד. אני כן מאפשר לסטות במקרים נדירים שבהם תוכח הקרבה השנייה שהיא קרבה אמיתית, ב20 השנה שחלפו מפס"ד לא הכירו כמעט מעבר לקרבה ראשונה. שמגר מכוון לקרבה שנייה- כמו דודה/ סתבא שגידלה את הילד זה ייכנס למה ששמגר התכוון ב"קרבה שנייה". יחסי קרבה אחרים- גננת וילד בגן, יכול להיות שיש לה קרבה מיוחדת לילד למרות שזה לא קרבה משפחתית כלל. פחות או יותר העסק נשמר כקרבה ראשונה. ב. נזק ממשי רק מחלת נפש ממש נזק נפשי מהותי/ תגובות עצביות קשות. ההיגיון בפרמטרים זה לצמצם בצורה רצינית את הכניסה למעגל המשני- 2 סיבות לכך- 1. הערכות נזק נפשי- קשה. 2. הרחבת המעגל-כולם יבואו לתבוע. כמה אדם צריך להביא בחשבון שהוא פוגע? זה לא הגיוני שכולם יבואו ויתבעו.

ג.קרבה במקום ובזמן לארוע- שמגר גם פה מגמיש כי הקרבה במקום לא קריטית עד כדי כך- גם אם האמא לא הייתה ליד הילד בזמן התאונה ממש הוא מכניס את זה.

ד. התרשמות ישירה-אדם רואה בעיניו את הארוע, שמגר מרכך את הדרישה להתרשמות ישירה ולא רק אם היא ראתה ממש. אנשים שראו בטלווזיה איצטדיון שהתמוטט ואנשים רואים את חברים שלהם ניזוקים דרך הטלויזיה- בימה"ש הכירו בהתרשמות ישירה דרך הטלוויזיה. ברדיו זה יותר רחוק.

ה. מאורע פתאומי ולא הדרגתי- גם פה שמגר מקל- ראינו נזק שהתדרדר במשך 48 שעות ומי שסעד אותו טען שהוא ניזוק.

**יש לזכור שהדיון הינו ראשוני וישנה התפתחות בפסיקה שלא למדנו.**

**המשך רשלנות רפואית**

במקרים של רשלנות רפואית יש 3 אפיקים לתבוע דרכם:

1.עוולת הרשלנות.

2. עוולת התקיפה.

3. הפרת חובה חקוקה (הפרת חוק זכויות החולה).

**סרטון- רשלנות רפואית- סיפורה של נטע לי**

מי נגד מי?

התובע: עזבון של נטע לי

הנתבעים: ד"ר רוסו המרדימה- נרדמה, הנמיכה את וליום המוניטור, וגם אחרי שגילו שהמוניטור מצפצף ד"ר רוסו לא בודקת את הילד. הועברה לטיפול נמרץ לאחר מכן עם נזק נוירולוגי קשה, ביה"ח אסותא, פרופ' שפירא מנכ"ל ביה"ח, האחות, המנתח- ד"ר סטולוביץ, האחים שייצאו מהחדר.

התביעה העיקרית הינה נגד ד"ר רוסו

מיהו מפקד הארוע- שאלה מרכזית. אחריות הרופא המנתח היא אחריות אישית במקרה של ביה"ח פרטי ולא שילוחית. המרדימה היא בעלת אחריות שילוחית מטעם ביה"ח ומוצאים אחריות אישית של ביה"ח על כך שהמרדימה הגיעה למצב של עייפות כזו. אם המנתח לא מפקד הארוע- האם יש לו אחריות לבדוק בעצמו למה המוניטור מצפצף.

יש פה עניין של ביה"ח ציבורי מול פרטי. יש עניין של השוקל הטוב של קלברזי- סוג של הסתכנות מרצון בבחירה בביה"ח פרטי.

התביעה בסרטון תהיה בגין רשלנות-

1.א. חובת זהירות מושגית בין רופאים לחולים- ובייחוד ילדים, צפיות טכנית וצפיות נורמטיבית. ניתן לצפות וצריך לצפות. הם טוענים שאין צפיות לנזק כזה והם ברמה גבוהה מהרגיל של זהירות.

ב. חובת זהירות קונקרטית- במקרה הספציפי הזה יש חובת זהירות מוגברת כלפי נטע לי, ילדה קטנה, הניתוח הינו קל- תיקון פזילה, ההורים שילמו הרבה כסף וזה מגביר את החובה.

2. הפרת חובת הזהירות לא נקטו באמצעי מניעה מספיקים- שהרופאה תגיע לא עייפה לניתוח, שתישן טוב לפני. שישימו מדבקות על המוניטורים שאסור להנמיך. הצפיות מוגברת כי ידוע שהמנתח אוהב לשמוע מוזיקה

3. נזק- היא מתה.

4. קש"ס- קיים בבירור. גז ההרדמה המשיך לזרום במינון גבוה במשך יותר מחצי שעה מיותרת . הם טוענים שגז ההרדמה היה במינון מקובל ואין קש"ס.

למה לא לתבוע? שיקולי מדיניות משפטית- הרתעת יתר, ריפוי ידי הרופאים- החולה משלם את המחיר.

יש לדון בס 41- העברת נטל ההוכחה. ועדת הבדיקה לא שקופה ואמינה במאה אחוז. לא כלול הכל והדו"ח לא מלא ואין אפשרות לדעת מה היה שם וזהו מקרה קלאסי של העברת הנטל לביה"ח.

אחריות שילוחית למחדלי המרדימה- ביה"ח .

אחריות אישית- למנהל מח' הרדמה שהוא המנהל הישיר שהעסיק את המרדימים בצורה כזו, והוא יכול להגיד שזו אשמתו. מצד שני- רואים שהם תיקנו את זה והוסיפו מרדימים ולכן זו אינדקציה שהם לא פעלו בסדר לפני זה. שמו מדבקה על המוניטור🡨 ואם דבר כזה היה צפוי לפני זה, ידוע שהמנתח אוהב לשמוע מוזיקה אז זה מעלה את עניין הצפיות שלא ישמעו את המוניטור, יכולתם למנוע ולעשות את זה לפני-אמצעי מניעה זול.

תביעה אישית נ' מנהל ביה"ח- היה צריך להוסיף יותר תקנים.

* יש פס"ד שמכירים בתקיפה גם במחדל אבל זה לא טבעי- אז זו רשלנות.גם אם זה רלוונטי אמור להכנס לאחד משלושת המצבים של בייניש בהם נכנסת עוולת התקיפה בעניין רשלנות רפואית.
* הפרת חובה חקוקה- אין ס' קונקרטי ששייך, יש ס' כללי שהוא ס' 5 שהוא מדבר על טיפול רפואי נאות.
* שאלה אם האחריות אישית על האחות הראשית, או שהיא עוזרת למנתח והיא צמודה אליו- שאלה שהייתי מכניס לחובה המושגית- אם זה התפקיד שלה להסתכל על המוניטור בכלל. הסטנדרט של "אחות מסתובבת"- שהוא יצא והאחריות לא עליו אין לזה שום הכשרה. אם כבר מגביר את אחריות מנהל ביה"ח.

**דף מס 9- רשלנות רפואית**

יש שני מקרים, במקרה הראשון יש ניתוח רובוטי ויש ניתוח ידני, והרופא לא מספר למנותחת שהניתוח חדשני והחלופה המסורתית עדיין קיימת. הוא לא בסדר בשני כיוונים: א. לא הסברת לחולה על הניתוח שהוא חדשני. ב. לא סיפרת לחולה על החלופה המסורתית. האם הוא עיוול? ניתן ליצור עוולת רשלנות ע"י חלק מהצפיות תאמר שהחולה יכלה לא להסכים, יש פה פגיעה באוטונומיה של החולה ביכולת הבחירה שלה איזה ניתוח לעבור. הוא הסתיר ממנה מידע.

לגבי עוולת התקיפה🡨 רלוונטית כי אין הסכמה מלאה.

הפרת חובה חקוקה🡨 ס' 13 לחוק זכויות החולה מדבר על הסכמה. מה רופא צריך לעשות כדי להשיג את הסכמת החולה, ויש בו שני חלופות שהרופא הפר- לא שאל ולא סיפר על החלופה.

התביעה נראית על פניה מאד חזקה. אולם זה לא ככה- הנתבעים מודים שהם לא בסדר, הבעיה היא בקש"ס העובדתי- ברגע שהסקר שהם מחזיקים בידם- הרוב היו מסכימים לביצוע הניתוח החדשני. תטען ירדנה שאין 100% אולי אני ב5% שלא הסכימו? בנוסף זה בארה"ב. היא צריכה להוכיח בלמעלה מ50% שהיא לא הייתה מסכימה לניתוח החדשני לו ידעה. גם אם התביעה נופלת בגלל קש"ס עובדתי, מה שנשאר בסופו של דבר זה הפגיעה באוטונומיה שהוכרה כראש נזק לעצמו לפי פס"ד דעקה.

לגבי השאלה השנייה- יש ניתוח פרטי, ויש שאלה גדולה אם יש רשלנות או לא? יש משהו לא צפוי- גידול שדבוק לעצם והוא לא נתקל מעודו בדבר כזה. האם זו רשלנות מקצועית אישית של הרופא, ומצד שני הרופא לא יודע הכל. אם אין לידו מערך טראומה, רופא אחר שיודע. הוא עוזב ניתוח באמצע כדי להגיד לחולה השני שהוא מתעכב. אמצעי מניעה מאד פשוט- שישלח אחות או מישהו אחר שיודיע. השאלה אם זה קשור סיבתית לנזק שקרה. עוולת התקיפה לא רלוונטית כאן, חוק זכויות החולה באופ ן כללי, הרשלנות גם לא ברורה במאה אחוז.

**שיעור מס' 23 – 12\06\13**

**חוק פלת"ד**

עניין פיצוי ונפגעי תאונות דרכים שובר את כל המסגרות. עניין האחריות המוחלטת גורמת לוודאות משפטית.

* מטרות דיני הנזיקין: אחריות מוחלטת מצד אחד – קלברזי – תלוי מי זה יהיה, השוקל הטוב. אם ידוע שזה יוטל על גוף מסוים יש וודאות ויציבות. זה כביכול נשמע לא הוגן, לא צודק. בד"כ האחריות המוחלטת, או מוגברת, תמיד נופלת על המזיק.
* הרתעה- אבל בת.ד. יכול להיות מצב בו אדם נתקע בעץ ואז הוא גם המזיק וגם הניזוק ואז אין פה בעצם הרתעה. בדיני הנזיקין כ/שאדם מזיק לעצמו הוא יכול לתבוע את עצמו ויש לו אשם תורם\הסתכנות מרצון וזה מתקזז. הוא יכול לתבוע את חברת הביטוח.
* מטרת הפיצוי-מטרה חברתית- יש פה מטרה סוציאלית דומיננטית מאוד שקשורה למטרת הפיצויים של דיני הנזיקין. התוצאה של אי תחולת דיני הנזיקין ואי מתן פיצויים יכולה להיות שלילית מאוד. ניתן להגיד שהדין הפלילי הוא התותח הגדול של משפטים כי זה אותן קין על אדם שפשע, אך לא בהכרח.
* צדק חלוקתי יש צדק חלוקתי, תלוי עד כמה.
* אין פה צדק מתקן.

**אם כן, אנו מגיעים למסקנה כי המטרה העיקרית היא מטרה סוציאלית, לפצות כל נפגע.**

* בניו זילנד ושבדיה הכירו ברשלנות רפואית כחלק מאחריות מוחלטת. בארץ, מידי כמה זמן, נושאים עניים אל עבר המדינות האלו כדי לבדוק האם ניתן להחיל פה את אותו הדבר. הרופאים, בעד הצעת החוק זו כי אז הכסף לא ייצא מכיסם אלא מכיס המדינה והביטוח – א יהיה כזה חוק, זה ייצא מכספי המיסים, או אולי החוק יציע שזה ייפול על חברות הביטוח ואז מעניין לראות איך חברות הביטוח יגיבו על כך. הרופאים, מנסים לשכנע את המשפטנים שזהו המצב האולטימטיבי – שחוק כזה הוא טוב לכולם – "אם אתם רוצים שהחולה הבא לא יפגע אז תורידו מאיתנו את הרשלנות הרפואית ואז נעשה מחקרים ובדיקות איך זה לא יקרה.." – במקום הרשלנות הרפואית תהיה אחריות מוחלטת שהמדינה תשלם וכך יעלו את המיסים יותר.
* מה יש בת.ד. שהפכו את הנושא הזה לאחריות מוחלטת? האם זה מה שאנחנו רוצים? האם זה באמת השוקל הטוב? – אחריות מוחלטת אומרת שתמיד תקבל פיצוי גם אם יש לך אשם תורם גבוה מאוד – זה לא עולה בקנה אחד עם הרתעה וזה מאוד בעייתי. אפשר להגיד שבת.ד. ההיגיון הואל א כמו ברשלנות רפואית- אני לא סומך על הנהג כמו שאני סומך על הרופא – אני פחות יכול לסמוך עליו וזה בלי קשר לרופא עצמו, הרי בסופו של דבר הרופא הוא גם נהג –אני סומך על הרופא בתור רופא בגלל הידע והמקצועיות שלו ובגלל שזה החינוך שלו לנסות למנוע תאונות.
* נסיבות חקיקת החוק, שנת 1975, החוק נחקק ונכנס לתוקף 1976 – הוראות מעבר של שנה כדי שחברות הביטוח יוכלו להתארגן והסיבה לחקיקתו הוא מספר תאונות הדרכים, מאז ועד היום אחוז הנפגעים הגדול ביותר בתאונות בישראל הוא דווקא בתאונות דרכים.
* למה יש אחריות מוחלטת בפלת"ד?
* יש הרבה מאוד נפגעים ולמעשה הם האשמים, אך כרגע יש המוני פצועים והרוגים ואנו רוצים לתת להם פיצוי מתוך מטרה חברתית כדי שלא יהיו הרבה פצועים שיסתובבו בחברה ויהוו נטל על החברה
* אנו פוחדים מהצפת בתי המשפט- המחוקק מקבל זאת פהל עומת מקרים קודמים בהם לא יקבל את הטענה הזו 0 אם יהיו מלא תביעות רשלנות של אדם מול אדם, תהיה הצפה. כאשר יש הפרת חובה חקוקה זה הרבה יותר קל להוכיח ונפח התביעות יהיה קטן יותר-תביעות רשלנות הן תביעות ארוכות מאוד לעומת הפרת חובה חקוקה.
* שתי הסיבות הנ"ל שזורות אחת בשנייה.

התחילו דיונים בכנסת שהחליטו לדבר על אחריות מוחלטת – המצב שהגיעו אליו הוא מן מצב ביניים – זוהי לא אחריות מוחלטת לגמרי, ס' 7 מציג מקרים שבתקיימם, הדבר לא ייחשב לת.ד.:

*.*

*הגבלת זכאותם של נפגעים (תיקון: תשמ"ט)2*

*נפגעים אלה אינם זכאים לפיצויים לפי חוק זה:*

*(1) מי שגרם לתאונה במתכוון;*

*(2) מי שנהג ברכב מתוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות), תשכ"ד1964-, וכן מי שהיה מצוי ברכב ביודעו שנוהגים בו כאמור;*

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

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

*(ב) (בוטל)*

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

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

חוץ מ-ס' 7, שצריך למצוא את הרציונאל שלו ונעשה זאת בשיעור קודם, הרציונאל של החוק הוא אחריות מוחלטת.

ניתן לזהות את גישתו של קלברזי בתוך הפלת"ד, יש האומרים שחוק הפלת"ד, מבחינה היסטורית, הושפע מאוד מקלברזי – לדיונים בכנסת על החוק הזה הוא זמן פרופ' אמריקאי שהיה אחד מ" נושאי כליו" של קלברזי.

מי ישלם? אם המטרה היא אחריות מוחלטת, אז בואו נראה מה קורה בעולם:

מי מפצה במקרה של אחריות מוחלטת? המדינה. אז מי יפצה בפלת"ד שלנו? תהיה חובה לעשות ביטוח על נזקי גוף, ביטוח חובה. מי יעשה את הביטוח הזה? הגוף שהיה הכי טבעי לעשות את הביטוח הזה הוא המדינה, ביטוח לאומי – גוף של משרד האוצר שעוסק בביטוח ומבטח אנשים ממילא – הסיבה היא לובי חזק של אנשי הביטוח בכנסת באותה תקופה, הן עשו הכל כדי לקבל את נתח השוק הגדול הזה אליהן. הכנסת סמכה עליהם שיטפלו בבעיה. אם הולכים לפי מה שהכנסת קיוותה, היום היינו צריכים לראות פחות תאונות. אך לא, יש רק עלייה , וזה מה שקורה כשנותנים לחתול לשמור על השמנת, חברות שפועלות למטרת רווח גרידא.

* ריבלין ואנגלרד הם השופטים שבעליון שעוסקים בעניין תאונות הדרכים. בתחילה לא היה תיעוד מוצלח של פס"ד שקשורים לתאונות דרכים. אנגלרד גרס כי יש בערך 50,000 פס"ד בעניין תאונות דרכים בפחות מ- 40 שנה. ויש עוד תביעות שלא הגיעו לפס"ד סופי כי הפסיקו באמצע בגלל פשרה. אז האם החוק השיג מטרתו?
* רונן פרי מאונ' חיפה- כתב מאמר ששמו "מהפך או מפח?" גורס כי הפלת"ד לא השיג מטרתו כי אם יש כ"כ הרבה ליטיגציה ויש כ"כ הרבה פס"ד אז מה עשינו בזה. כנראה שזה לא עשה את שלו. פרי טוען כי בין היתר הסיבה לכך היא שנתנו לחתול לשמור על השמנת, נתנו לחברות בעלות מטרות רווח להיות אחריות על החוק הזה.  
  - נראה בהמשך השיעורים שיש עוד בעיות בחוק מעבר לכך שחברות הביטוח אחראיות על כך, כמו למשל ניסוח החוק ועוד.
* יש כאלו שיגידו שעניין הפלת"ד לא קשור לדיני נזיקין, אולי לדיני חוזים, אולי לדיני ביטוח, זו אחריות מוחלטת זה ממש רחוק מדיני נזיקין. אם נזכיר את ווינרב מהצדק המתקן, הוא גורס כי בגלל המטרה שהוא תומך לא סובלת ביטוח אזי ביטוח לא נופל תחת דיני נזיקין. יש שיגידו אלו דיני נזיקין מיוחדים, לא רגילים, רחוקים.
* עוד בעיה שעלתה היא האם החוק יחול על נזקי גוף או גם על נזקי רכוש? חלק גדול מהמקרים יש גם נזקי גוף וגם נזקי רכוש – זה אומר שתביעות יפוצלו – על הגוף נתבע דרך הפלת"ד ועל הרכוש נתבע דרך האשם. פוליסות הביטוח היום כוללות גם ביטוח מקיף – כולל בחובו את הפיצוי על נזקי הרכוש. בסוף, הפיצול הזה לא תמיד עושה טוב- אנחנו לא מרגישים אותו תמיד ביום יום משום שרוב האנשים היום מבוטחים גם בביטוח מקיף. פעם, היה פיצול בין ביטוח החובה לביטוח המקיף – חברת אבנר – אליה שילמו ישירות את ביטוחי החובה וכל מי שרכש את ביטוחי החובה כספו היה הולך לאבנר, אבל זה התבטל והיום אפשר לעשות את הביטוח כולו בחברה אחת.
* אנחנו נעסוק בנזקי הגוף בלבד, כל מה שלא קשור לנזקי הגוף קשור לרשלנות הרגילה.

סיכום – מאז 76' נזקי גוף נכנסים למננון של אחריות מוחלטת וביטוח חובה, כל מה שקשור בנזקי הרכוש אנו לא עוסקים וזה נוגע לרשלנות – דיני חוזים של ביטוח שמרכיבים אותם על דיני נזיקין ואנו לא עוסקים בזה בקורס.

**שיעור מס' 24 – 12\06\18**

מטרת הפלתד היא אחריות מוחלטת שמעורבת יחד עם ביטוח חובה. על היתרונות של ביטוח חובה למדנו בנושא של קלברזי – מעביר מידע, גורם לנהג להיות השוקל הטוב וכו'. המחוקק הישראלי היה מושפע גם מקלברזי ולכן זוהי אחריות מוחלטת עם סייגים קלים. כיום יש אחריות כמעט לכל נזק גוף של תאונות דרכים.

*2(א)- 2.    (א)  המשתמש ברכב מנועי (להלן - הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב.*

העקרון שכל אדם שנפגע בת.ד. תובע את הביטוח שלו וגם האנשים שהיו איתו ברכב יכולים לתבוע את הביטוח שלו וגם הולך רגל שנפגע כתוצאה מתאונת הדרכים🡨 לא משנה מי היה אשם.

*2(ג)- האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים.*

הכלל שאין משמעות לקיום אשם או לאי קיום אשם.

כל מה שלא מוגדר כרכב מנועי נחשב להולך רגל, גם רוכב אופניים נחשב להולך רגל.

החוק מדבר על רכב מנועי – יש כל מיני סוגים של רכבים ממונעים, האם הם נחשבים לרכבים החוסים תחת הפלת"ד? למשל, קרטינג; מלגזות וכו'.

*ס' 3(ב)  נפגע אדם מחוץ לכלי הרכב בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, יהיו הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד; בינם לבין עצמם ישאו בנטל החיוב בחלקים שווים. לענין חלוקת החבות בין הנוהגים לפי סעיף קטן זה, רואים כלי רכב כמעורב בתאונת דרכים אם בעת התאונה היה מגע בינו לבין כלי רכב אחר או בינו לבין הנפגע.*

רישא – אפשר לתבוע ביחד ולחוד בתאונה שמעורבים בה מספר כלי רכב.

סיפא – אם יש תאונה בן שני כלי רכב או יותר ונפגע אדם מחוץ לכלי הרכב –כדי לקבל פיצויים, צריך להתקיים אחד משני התנאים הבאים: 1. היה מגע בינו לבין הרכב האחר. 2. היה מגע בינו לבין הנפגע.

מסעיף זה אנו לומדים כי במצבים בהם יש רכב והולך רגל שנפגע מהרכב שנמצא מחוצה לו, ואין ביניהם מגע, עדיין אפשר לקרוא לזה תאונת דרכים, איך? למשל אם הרכב נכנס בעמוד והעמוד נפל על בן אדם אחר – אין מגע ישיר בין הרכב להולך הרגל אבל יש קשר סיבתי ביניהם.

אנגלרד, כותב בספרו, שגם אם אין מגע בכלל אפילו לא של חלק מהרכב, ניתן לשרטט מצב בו האדם נתון בבהלה של אותו אדם מהתאונה והוא נופל ושובר את הרגל – יש קש"ס, ועדיין אפשר לקרוא לזה תאונת דרכים – ס' 3(ב) לא דורש מגע. אם יש קש"ס, אפשר לקרוא לזה ת.ד.

שני הכללים הללו, מתלבשים על הכלל של אחריות מוחלטת וביטוח חובה.

ס' 8:

**ייחוד העילה (תיקון מס' 10) תשנ"ה-1994**

8.    (א)  מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי חוק זה, לרבות תביעה על פי ביטוח כאמור בסעיף 3(א)(2) ובסעיף 3(ד) לפקודת הביטוח, לא תהיה לו עילת תביעה על פי פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, זולת אם נפגע בתאונה שנגרמה על ידי אדם אחר במתכוון.

           (ג)   אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה על פי פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה על פי חוק זה.

הכלל השלישי הוא "ייחוד עילה" – מי שנגרם לו נזק בת.ד. יכול לתבוע רק לפי חוק פלת"ד, ולא לפי חוק אחר – ס' 8 – יש הגבלה על הסכום, הגבלה על ראשי הנזק, הגבלה על אובדן כושר השתכרות וכו' 🡨 אפשר להגיד שהנפגע מפסיד כאשר הוא נפגע ותובע דרך פלת"ד. למה המחוקק קבע שחברת הביטוח "תרוויח"? ברגע שהכלל הוא שיש פיצוי לאדם, יש פה פיזור נזק, יש מטרה סוציאלית לפצות כל אדם שנפגע בתאונת דרכים – אם נפסוק פיצויים גבוהים, הפרמיות שלנו יעלו ואז יהיה פיזור נזק ואפשר להגיד שכולם מפסידים.

יש מקרים שבהם מכניסים דוק' מדיני חוזים – הרי הביטוח הוא חוזה – יש פסקי דין שבהם הייתה מחלוקת האם הרכב הוא רכב מנועי לפי הפלתד או לא. פס"ד איטליס הוא פס"ד חשוב בעניין זה. דוק' ההשתק – יש לך טענה טובה מכוח החוזה אבל אתה מושתק מלטעון אותה, למה? יכולות להיות סיבות רבות לזה – חלק מסיבות ההשתק הן התיישנות, תום לב וכו'. באים לחברת הביטוח וטוענים נגדה שהיא אומרת שהרכב הוא לא מנועי אז למה בכלל ביטחת את הרכב אם הוא לא מנועי? התשובה של חברות הביטוח "ביטחתי בטעות ואני אחזיר לך את סכום הפרמיה" – תשובות מאוד חצופות. בית המשפט בא ואומר שיש עם זה בעיה – גם אם זה לא רכב מנועי כמתואר בפלתד, אבל בגלל שאתם ביטחתם את זה, יש פה השתק, אתם ביטחתם את זה לפי החוק ולכן החוק יחול פה. השאלה היא מה הגבול? נניח, לצורך העניין, שחברת הביטוח ביטחה שולחן כרכב מנועי – האם יגידו שזה תאונת דרכים? סביר להניח שיש איזשהו גבול הגיוני – אם יש רכב ממונע אבל הוא לא נכנס תחת הגדרת "רכב מנועי" בפלתד ובכ"ז ביטחו אותו, הוא כן ייכנס לחוק וייתבעו לפיו. אין הלכה קובעת כרגע בעניין זה.

בד"כ, הוראת ס' 8 היא טובה כי לא צריך להוכיח אשם וכו' – אבל מה קורה אם נגרם לו נזק גוף ונקבע שזה לא פלת"ד במקרה שלו? אפשר ללכת במצב הזה ולתבוע לפי פק' הנזיקין.

לפי ס' 8 – אסור לפנות לפק' הנזיקין אם אפשר לתבוע דרך חוק זה – אבל עולה השאלה מה עם חוקים אחרים? מה עם חוק מוצרים פגומים? האם אפשר לתבוע דרך החוקים האלו? יש שתי גישות:

* גישה דווקנית- רשום שאוסר לפי הנזיקין, אבל לפי כל חוק אחר מותר, אין בעיה. ייחוד העילה חל רק מול פקנ"ז.
* גישה מהותית- מה המהות של החוק? אם אתה נכנס לתוך הפלתד תתבע רק לפי הפלתד ואז גם אם יש תחולה של חוק אחר אתה לא יכול לצאת לחוק אחר, אתה נעול על חוק הפלתד. החוק התכוון להגיד "דיני הנזיקין" בכלל ולא פקנ"ז בפרט. החוק הוא בשנת 1975 ורוב חוקי הנזיקין שקיימים היום מחוץ לפקנ"ז לא היו קיימים ולכן החוק לא התייחס אליהם.
* מחוק האחריות למוצרים פגומים הוא משנת 1980 לדגו' אז וודאי שמי שניסח את הפלת"ד לא חשב על חוק זה משום שהוא לא היה קיים אז.
* מה קורה עם חוזים, האם אפשר לעקוף את זה דרך דיני החוזים? נניח שאני רוצה לתבוע דרך הפרת חוזה, סיפקת לי מוצר פגום אני רוצה לתבוע א5ותך ואז אני מכניס את הנזקים הגופניים של החוזה\
* דיני עבודה – תאונת דרכים שהיא תאונת עבודה, תוך כדי עבודה או בדרך לעבודה ומהעבודה, או נסיעת עבודה, האם אפשר לתבוע? העניין הוא שתאונת דרכים יכולה להיות גם תאונת עבודה אבל זה לא נכנס לייחוד העילה, זה לא מפריע אחד לשני 🡨 כשנתון לנו תאונת דרכים שהיא גם תאונת עבודה אנו צריכים להגיד משפט אחד, שצריך לכתוב אותו: " תאונת דרכים היא גם תאונת עבודה. תוגש תביעה נגד ביטוח לאומי והגימלאות שהתקבלו מביטוח לאומי יופחתו מהפיצויים שינתנו מחברת הביטוח"🡨 בכל תאונת עבודה חל חוק הביטוח הלאומי ובתאונת דרכים חל חוק הפלת"ד. בפרקטיקה – קודם תובעים את הביטוח הלאומי על הכיוון של תאונת עבודה, והסיבה המרכזית לכך היא אחוזי נכות ומומחים – אדם תובע את הביטוח הלאומי בתאונת עבודה ואז נקבעים לו אחוזי נכות, ואז הוא תובע דרך הפלתד ואותם אחוזי נכות ייקבעו גם בפלתד, לא מערערים על זה בכלל, מקבלים את זה ברוב המקרים בלי לטעון כנגד זה. מה ההיגיון לתבוע גם פה וגם פה?

**ס' 12** – מדבר על הקרן, "קרנית", נכנסת באופן שיורי –(איפה שחברת הביטוח לא נכנסת) –

**תפקיד הקרן**

12.   (א)  תפקידה של הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים לפי חוק זה ואין בידו לתבוע פיצויים מאת מבטח מחמת אחת מאלה:

(1)   הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע;

בד"כ בתאונות פגע וברח. קרנית מקבל סיבסוד מחברות הביטוח, יש פה נתח שוק – כל חברת ביטוח משלמת כסף וזה אומר שיש פה אחריות לפי נתח שוק משום שכל אחת באופן עקיף משלמת על תאונת הפגע וברח שיש סיכוי שקרתה ע"י מבוטח שלה.

מה קורה במקרה שיש שתי מכוניות ואין לי מושג מי מהן עשתה את התאונה אבל באופן וודאי אחת מהן עשתה את התאונה?

* אם שתיהן מבוטחות באותה חברה – זה לא משנה הרי בסופו של דבר חברת הביטוח תשלם את הפיצויים.
* אם לא, פונים לקרנית.

(2)   אין לנוהג ביטוח לפי פקודת הביטוח או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה; הוראה זו לא תחול לגבי נפגע שאינו ישראלי אשר נהג ברכב המכוסה בכרטיס ביטוח רכב בין-לאומי לפי הוראות פקודת הביטוח;

(2א) למבטח מונה מנהל מורשה לפי סעיף 68(א)(3) לחוק הפיקוח על עסקי ביטוח, תשמ"א-1981 (להלן - מנהל מורשה), בהוראת המפקח על הביטוח, כמשמעו בחוק האמור, בשל כך שהמבטח אינו יכול לקיים התחייבויותיו, ושר האוצר, לפי המלצת המפקח על הביטוח, אישר כי מן הראוי שהקרן תפעל לפי סעיף זה;

(3)   המבטח נמצא בפירוק.

מי שאין לו חברת ביטוח לתבוע אותה, פונים לקרנית.

**הגבלת זכאותם של נפגעים (תיקון מס' 7) תשמ"ט-1989**

7.    נפגעים אלה אינם זכאים לפי חוק זה:

(1)  מי שגרם לתאונה במתכוון;

(2)  מי שנהג ברכב תוך הפרת החוק לתיקון דיני העונשין (שימוש ברכב ללא רשות), תשכ"ד-1964, וכן מי שהיה מצוי ברכב ביודעו שהנוהגים בו כאמור;

**(תיקון מס' 22) תשס"ט-2008**

(3)  מי שנהג ברכב כשאין לו רשיון לנהוג בו, למעט רשיון שפקע מחמת אי תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו'1 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967;

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

**(תיקון מס' 7) תשמ"ט-1989**

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

**(תיקון מס' 7) תשמ"ט-1989**

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

הפסיקה, לא כל כך יודעת איך לאכול את הסעיף הזה משום שזה לא בדיוק אשם, אחרת החוק היה חוק של אחריות מוגברת ולא חוק של אחריות מוחלטת. ס' זה נותן קשת של 6 מקרים, שבהתקיימם, האדם לא זכאי לפיצוי – מה משותף למקרים אלו? במבט ראשון, המשותף להם הוא אשם של הנפגע, אבל, לא תמיד האשם הזה קשור סיבתית לתאונה, האשם לא רלוונטי לתאונה אלא לנסיבות אחרות – לא תמיד שאדם נוהג ללא רישיון אומר שהוא אשם בתאונה שקרתה, יכול להיות שהוא נוהג טוב גם בלי רישיון. המרצה סבור שמה משותף לכל החריגים אלו הוא "שבירת כללים\כלים".

**זכאותם של תלויים לתבוע פיצויים (תיקון מס' 7) תשמ"ט-1989**

7ב.     תלויים בנפגע יהיו זכאים לתבוע פיצויים לפי חוק זה גם אם הנפגע עצמו לא היה זכאי לכך לפי סעיף 7, ואם היו תלויים במי שנפגע כשנהג ללא ביטוח לפי פקודת הביטוח או כשהביטוח אינו מכסה את החבות הנדונה, יהיו זכאים לתבוע כאמור מן הקרן.

ס' מוזר קצת – סעיף זה קובע כי אדם שנכנס לחריגים למעלה לא יוכל לתבוע לפי החוק וגם עזבונו לא יכול לתבוע אבל התלויים כן יכולים לבוא ולתבוע – החוק הוא חוק סוציאלי. התלויים בו לא אשמים-"אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהנה?"- לא! התלויים לא אשמים.

פס"ד של ערכאה נמוכה לפני כמה חודשים – מה קורה אם אדם שנכנס לסעיף 7 ולא יכול לתבוע לפי הפלת"ד, האם הוא יכול לתבוע לפי פקנ"ז? היו דעות סותרות בערכאות הנמוכות:

* דעה אחת- הוא לא יכול לתבוע, יש פה עונש, סנקציה. מכיוון שנכנסת לחוק חל עלייך ייחוד העילה, ומצד שני אתה לא יכול לתבוע, קיבלת עונש בגלל ששברת כלים וכללים. המרצה חושב שזוהי הגישה הנכונה.
* דעה שנייה – גישה סוציאלית- אתה נכנסת לחוק, אבל החוק זרק אותך דרך סעיף 7 אז אתה כבר לא כפוף לייחוד עילה, אתה יכול לתבוע. אם אתה יכול לתבוע במצב כזה אז המצב שלך יכול להיות יותר טוב מזה שייתבע דרך הפלת"ד משום שיש בפלת"ד תקרות תביעה, הגבלת סכומים, מה ההיגיון בכך? הוא ירוויח על שבירת הכללים? מה הייתה התשובה לכך? יש שתי תשובות:
* אתה צריך להוכיח אשם ובחלק מהמקרים אתה צריך להזיע כדי להוכיח את זה ולעבוד קשה.
* אשם תורם – כפוף לאשם תורם אז לפחות אם הוא נכנס לסעיף 7 הוא באופן אוטומטי על אשם תורם –המרצה לא חושב שזה תמיד נכון, לא תמיד יש אשם תורם בתאונה.

ביהמ"ש העליון פסק, השופט ריבלין, שאפשר לתבוע לפי פקנ"ז אם יצאת מהחוק לפי ס' 7.

פס"ד קרנית נ' מגדל – עלתה השאלה של ס' 7(3)-

(3)  מי שנהג ברכב כשאין לו רשיון לנהוג בו, למעט רשיון שפקע מחמת אי תשלום אגרה או מחמת הגבלה שהוטלה לפי פרק ו'1 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967;

יש דיונים בפסיקה, עוד לפני קרנית נ' מגדל, כמה זמן נחשב "פקע"? האם מדובר ברישיון אמריקאי, רישיון ישראלי וכו' – יש המון דיונים על זה ואנו לא נכנסים על זה. הבעיה עולה כאשר מדובר באדם שיש לו רישיון נהיגה אבל יש לו הגבלות – נהיגה עם משקפיים, הגבלות של רכב נכה, מלווה וכו' – מה קורה אם אדם הפר את המגבלה של רישיון הנהיגה? האם הוא שקול למי שנהג בלי רישיון או לא? באילו מקרים נהיגה תוך הפרת מגבלות ברישיון שקולה לנהיגה ללא רישיון?

פס"ד זה הוא דיון נוסף שמאחד בתוכו שני מקרים- אחד המקרים הוא שאדם אחד נסע ברכב והסיע אדם אחד מעל המותר והוא הפר תנאי ואז נהג שיכור חצה את הנתיב והתנגש בו – אתה הפרת את המגבלות ולא מגיע לך פיצוי – הפרת את התנאי לפי ס' 7(3) ואתה שקול לאדם שאין לו רישיון. חברות הביטוח מנסות להידבק למקרה הזה גם אם זה לא קשור סיבתית לתאונה- הרי אין כל קשר בין האדם הנוסף לתאונה, התאונה קרתה בגלל האדם השיכור. המבחן לזה שונה כמה פעמים בפסיקה וקרנית נ' מגדל הוא הפסיקה האחרונה-2004- ויש אחריה עוד פסיקה בשם ספיאשווילי, והוא מקרה נוסף שמאיר את העניין מזוויות אחרות אבל הוא פס"ד רשות.

**מבחן סוג הרכב** – אם נהגת בסוג רכב שונה ממה שמותר לך אז אתה תהיה שקול לאדם שנהג ללא רישיון- אם יש לך רישיון למכונית פרטית ונהגת על אופנוע, אתה נחשב לאדם שנהג ללא רישיון וכו'. זוהי פסיקה מאוד מרחיבה וסוציאלית. פס"ד זה משאיר שאלות פתוחות כמו מה הוא סוג הרכב? מה קורה כשאדם נוהג ברכב רגיל כשהוא מורשה לנהוג ברכב נכה? מה קורה כשאדם נהג על מונית כשמותר לו רק על רכב פרטי? הרי מבחינת הנהיגה בשטח זה בדיוק אותו דבר. שאלות אלו קיבלו תשובה בפסיקות מאוחרות אבל אנחנו לא צריכים לדעת.

**באחד מהתיקים**- ברק פסק מבחן אחר ובדיון הנוסף הוא מקבל עליו את דין התנועה, הוא הולך לפי הרוב- כדי שתהיה דעה אחת ולא ישתמשו בדעת המיעוט שלו במקרים אחרים, הוא רוצה שתהיה אחידות משפטית, שלא תהיה מחלוקת.

* האם ייחוד העילה נמשך לעולמי עד? האדם שנפגע הגיע לביה"ח ונעשתה שם רשלנות. וניתן לעשות חלוקת נזק. פס"ד שעוסק בזה הוא חוסין נ' ד"ר טורן- הכלל שנקבע הוא שייחוד העילה חל על רשלנות רפואית גם בביה"ח- רופאים שמטפלים בנפגעי תאונות דרכים חסינים מכל עילה.

ס' 1 לחוק: הגדרת תאונת דרכים

לפי פס"ד *עוזר נ אארט* הש' ברק מחלק את הגדרת תאונת דרכים ל3 שלבים.

1. הגדרה בסיסית- א. "מאורע"- יחידה סגורה של מקום וזמן. אם זה קרה אחרי זמן מסויים זו לא תאונת דרכים, אדם נוסע ברכב ונזרקת עליו אבן- אם הוא נפגע כתוצאה מזה, הוא תובע לפי איבה ולא לפי פלת"ד. אם זורקים עליו אבן וכדי להתחמק הוא מסיט את רכב ומתהפך לתעלה- זוהי עדיין פעולת איבה, זה עדיין קשור. גם אם לא נפגע מהאבן בכלל. אם אדם שנזרקה עליו אבן ואז המשיך לנסוע, ואחרי כמה דקות נסיעה הוא נופל לתהום- הוא לא יוכל לתבוע דרך איבה(שם אין תקרות פיצוי כמו בפלת"ד). מה שלמדים מזה, ככל שאתה מתרחק במקום ובזמן זה פחות מתקשר לפעולת האיבה- המאורע הראשון. ב. "נזק"- גוף. ג. "עקב"- המילה עקב הינה קש"ס, ואינו מבחן של צפיות שזהו עניין של אשם, ואין אשם בתאונות דרכים- זהו חוק של אחריות מוחלטת. ד. "שימוש"- נסיעה ברכב, כניסה אליו או ירידה ממנו(פס"ד *סהר נ' פדידה*) לצורכי תחבורה, החניית הרכב, דחיפתו או גרירתו של הרכב, טיפול דרך ברכב שנעשה בידי המשתמש ברכב או בידי אדם אחר שזהו לא מקצועו. אם אתה גורם מקצועי שמטפל ברכב- לדוג' חברת גרירה- זה לא ייחשב תאונת דרכים אלא רק תאונת עבודה. שימוש זה גם הובלת מטען ברכב, בפס"ד מזוואי ניסו להיות יצירתיים- חייל פלט כדור ברכב, ניסו לטעון שהנשק הוא מטען שהרכב נושא. פגיעה מפריקת מטען כשהרכב עומד הינה גם תאונת דרכים. בפס"ד עוזר מדובר על מטען שנופל ממנוף וזה לא לצרכי תחבורה בוודאות. ה."רכב מנועי"- מהו רכב? הנע בכח מכני על פני הקרקע וייעודו תחבורה יבשתית, לרבות רכבת למרות שהיא נוסעת על נסיעות. רכב נגרר נחשב, אך כסא גלגלי לא, ומדרגות נעות לא. יש הרבה פס"ד בנושא. בא ברק בפס"ד עוזר ואומר- כל זה זה ההגדרה הבסיסית של תאונת דרכים, אבל זה רק השלב הראשון בדרך. יכול להיות מצב שההגדרה מתקיימת אבל זוהי לא תאונת דרכים ויש גם מקרה הפוך- ההגדרה לא מתקיימת והתוצאה היא שזה כן תאונת דרכים.
2. בדיקת החזקות החלוטות-המרבות: שלשוה מקרים שבהתקיימם גם אם ההגדרה הבסיסית לא התקיימה זו תהיה תאונת דרכים- א. התפוצצת או התלקחות של הרכב, למרות שלא היה בשימוש למטרות תחבורה, זה ייחשב לתאונת דרכים אם הגורם לתאונה הוא רכיב מרכזי וחיוני לנסיעה ברכב- כמו מיכל דלק שהתפוצץ, (אם הריפוד נדלק זה לא תאונה כי הריפוד הוא לא חיוני לרכב...)מקרה נוסף- פס"ד לסרי, משפחה שיוצאת לקמפינג והרכב בתור אוהל והרכב מתפוצץ וגורם לדלקה. זה לא קשור בכלל למטרות תחבורה אלא למטרות אוהל בלבד ובכל זאת זה נקבע כתאונת דרכים אפילו שההגדרה הבסיסית לא מתקיימת. ב. רכב שחנה במקום אסור הוא כאילו בתנועה, כי הוא מסכן את התנועה. אדם שנפגע בתוך רכב חונה במקום אסור זוהי תאונת דרכים. אם רכב א' נוסע נכנס ברכב ב' שחונה ונפגעו בשני הרכבים- רכב א' פונה לחברת הביטוח שלו, רכב ב'- אם חנה במקום מותר פונה לחברת הביטוח של רכב א' כי זה כאילו הוא סתם ישב על ספסל ודינו כהולך רגל, אם הוא חנה במקום אסור זה כאילו הוא היה בתנועה ופונה לחברת הביטוח שלו עצמו. יש כל מיני שאלות- אם אני מחנה בחניית נכים? זה אמנם לא מוסרי אבל לא מסוכן. חניית אוטובוס? האוטובוס יצטרך לחנות במקום אחר וזה יכול לסכן. ב. ניצול הכח המכני של הרכב- הדוגמא של עוזר זה דוגמא קלאסית, השימוש הינו במנוף- השתמשתי בכח מכני של רכב, למרות שזה אינו למטרות תחבורה זה תאונה- ובלבד שהרכב לא שינה את ייעודו המקורי- דוג' קלאסית היא אוטו גלידה- עוצר בגן שעשועים ומוכר גלידה, והוא נופל מהרכב ונופל, זוהי תאונת דרכים לכאורה, אבל אם הוא לחץ על כפתור מכני ברכב כדי לפתוח ומישהו נפגע זוהי לא תאונה כי הרכב באותו זמן הוא לא רכב אלא חנות גלידה.

**שיעור מס' 25 –שיעור אחרון- 12\06\20**

החידוש של פס"ד עוזר נ' אררט – החזרה המרבה גוברת על ההגדרה הבסיסית. פריקה וטעינה באמצעות מנוף – פריקה וטעינה יוצאת מגדר החוק, יוצא מההגדרה הבסיסית, עוד בשלב הראשון, כי פריקה וטעינה זה לא ת.ד. איך יכול להיות שבפס"ד עוזר נקבע כי מדובר בתאונת דרכים? משום שנקבע שאם האירוע נכנס לתוך החזקה המרבה (במקרה הזה, שימוש בכוח המכאני), ולא נכנס לתוך ההגדרה הבסיסית, זה עדיין נחשב לתאונת דרכים 🡨 החזקה המרבה גוברת על ההגדרה בסיסית.

חזקה מרבה לגבי חנייה- לפי מבחן מתחם הסיכון, רכב שחונה במקום אסור, הוא כאילו בתנועה – מסכן בתנועה, ולכן למעשה, אם רכב בתנועה מתנגש ברכב חונה במקום אסור ויש לנו פצועים בשני הצדדים – זו בטוח ת.ד. אבל השאלה היא מי תובע את איזו חברת ביטוח? השאלה היא רק לגבי הרכב הנפגע.

אם זה במקום מותר – הוא כמו ספסל או אופניים וכל הנפגעים תובעים את החברה של הרכב הפוגע – לא תאונת דרכים.

אם זה במקום אסור – כאילו היה בתנועה, יש תאונה חזיתית למרות שמדובר ברכב חונה.

אנחנו צריכים, במבחן, לרשום את כל שלושת השלבים, כדי שלא תהיה טעות נגררת וכדי שנראה שאנחנו יודעים לנתח את כל השלבים – הגדרה בסיסית, חזקה מרבה וחזקה ממעטת 🡨 אלו שלושת השלבים.

חזקה ממעטת- מוציאה את המקרה מגדר הפלת"ד, לא משנה אם זה נחשב לתאונת דרכים לפי ההגדרות הקודמות. חזקה זו מדברת על מעשה מכוון ויש לה מינוח קצת מסורבל, ויש בה **סייג לחזקה**, שבהתקיים הסייג אנחנו חוזרים למקור.

*"ואולם 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"*

אם אדם התכוון לפגוע ברכוש ופגע רק ברכוש – אין פלת"ד, הוא חל רק בנזקי גוף. מדובר בשני מצבים:

* מצב בו א' התכוון לפגוע ב-ב' ואכן פגע בו אז החזקה הממעטת חלה.
* אדם התכוון לפגוע ברכושו של אדם ובסופו של דבר פגע בגופו – הוא לא התכוון לפגוע בגוף 🡨 זהו לכאורה מצב בו החזקה מתקיימת. עולות כל מיני שאלות, אחת מהן היא שאלת "הנפגע התמים" – א' התכוון לפגוע ב-ב' אבל הוא פגע ב-ג'. ג' יכול להיות סתם עובר אורח תמים, אדם לחלוטין אקראי שבמקרה עמד שם ונפגע. האם הוא נכנס לחזקה הממעטת? אם התשובה החיובית אז המקרה הוא לא ת.ד...

נניח ש-א' התכוון לפגוע ב-ב', לפוצץ לו את האוטו ואז אישתו של ב' התיישב באוטו 🡨 מה דינו? פס"ד עזבון לזר נ' רשות הנמלים והרכבות – פס"ד שמדבר על התאבדות. זהו לא סתם מעשה מכוון אלא מעשה בו א' ו-ב' מתלכדים, אותו אדם. התשובה לכך היום היא מאוד טריוויאלית ובעבר, לפני 10 שנים, היא לא הייתה כ"כ טריוויאלית. פס"ד זה עוסק גם בעובר אורח תמים, אבל זה אוביטר משום שאין לזה שום נפקות לפס"ד עצמו. באוביטר, נשאלה השאלה, מה קורה כאשר א' רצה לפגוע ב-ב' אבל פגע ב-ג'? יש מחלוקת באוביטר, שעד היום, 10 שנים אחרי פס"ד, לא הוכרעה. הדעות הן:

1. השופטת שטרסברג כהן- מי שיוצא מחוץ לפלת"ד, זה רק האדם שניסו לפגוע בו וזאת ניתן ללמוד מלשון החוק- "*אותו אדם"* – איזה אדם? היא מבינה מצמד המילים הוא שיש כוונה לגרום לרכושו ולגופו של אדם והצליחו לגרום לנזק הזה לאותו אדם שרצו לגרום לו נזק.
2. השופט אור – ס' 1 מדבר על מצב בו יש לנו מעשה מכוון וכל הסיטואציה יוצאת מגדר הפלת"ד, לא משנה אם א' פגע ב-ב' או ב-ג', בכל מקרה זה יוצא מגדר הפלת"ד. למה? הרציונאל- זהו פיגוע פלילי, ובפיגוע פלילי, אנחנו לא צריכים לשאת בזה בפרמיות הביטוחיות שלנו, אנחנו צריכים לשאת בתשלום זה רק בסיכונים תחבורתיים – זהו תחום הסיכון. מה שקשור לחיסולי חשבונות, ששמה רכב משמש כזירה, זה לא משמעותי אם זה קרה ברכב או בספסל או בכל מקום אחר- זה לא קשור לשימוש ברכב בכלל. הרכב לא משמש כאמצעי לעבור ממקום למקום אלא משמש ככלי, כנשק. כל המעורבים, כולל "התמימים", כולם יוצאים החוצה מגדר הפלת"ד.

**היסטוריה של החזקה –** פס"ד שולמן – סכסוך בין עבריינים בעולם התחתון. שולמן התניע את המכונית שלו ומת מפיצוץ. העזבון שלו תבע את הביטוח, חברת הביטוח טענה כי זהו לא חלק מתחום הסיכון משום שזהו עולם תחתון. להפתעת העזבון, נקבע כי זוהי תאונת דרכים. חברת הביטוח לא אהבו את הפסיקה הזו והן פנו ללובי שיש להם בכנסת וניסו לגרום לזה שכל מעשה מכוון ייצא החוצה מהפלת"ד. המטרה הייתה לפעול בכנסת כדי שיהיה תיקון בחוק שמוציא את הפעילות העבריינית מחוץ לפלת"ד 🡨 הן לא קיבלו מה שהן רוצות אלא מעט מכך, נקבעה חזקה ממעטת של מעשה מכוון אבל עם סייג- כשהנפגע הוא לא תמים זה יוצא מגדר הפלת"ד, אבל יש לזה סייג, שבהתקיימו, החזקה לא מתקיימת ואז החוק כן חל.

הסייג**-** *הנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב* – אם המעשה המכוון גרם לנזק הגופני, אז זה יוצא מגדר הפלת"ד. אבל, אם המעשה המכוון גרם לנזק באופן עקיף, האדם נפצע לא מהפעילות החבלנית ישירות אלא בעקיפין, מהשימוש ברכב – זה כן תאונת דרכים. למשל, נניח שחתכו לאדם את הכאבל של הבלמים והוא נוסע ואז הוא בא לבלום והבלמים לא עובדים ואז הוא נפגע או נהרג – במצב כזה זה כן ייכנס לפלת"ד. בשני המקרים זה מעשה מכוון- במקרה של שולמן, זה פגיעה ישירה אבל בדוג' האחרונה, המעשה המכוון לא גרם ישירות למוות אלא השימוש ברכב גרם לו לפציעה – סיכון תעבורתי. זוהי פיקציה משפטית. המחוקק אומר שאדם יכול לאבד את השליטה וליפול לתהום גם בלי שיחתכו לו את הבלמים, זה קורה, אז נכון שפה זה ברור שזה קרה בגלל שחתכו לו את הבלמים אבל זה עדיין חלק מהסיכון התחבורתי.לדעת המרצה, זה עדיין יחסית נדיר, זהו לא שימוש שכיח ברכב.

החזקה הממעטת מופיעה בפס"ד מהשנתיים האחרונות – פס"ד כהן נוח – זהו פס"ד של השופט ריבלין והמרצה ממש לא מסכים איתו. מצב של שוד דרכים, חטיפת הרכב. גב' נוח עמדה ברמזור וחיכתה לחברה שלה ואז בא השודד זרק אותה מהרכב וגרם לה לפציעה ולקח לה את הרכב. אנחנו לא עוסקים בנזקי הרכוש, כלומר ברכב שנגנב אלא רק בנזק הגוף שנגרם לה. אם נגרם פה נזק גוף, אנחנו מדברים אופן עקרוני על תביעה בתקיפה, אבל במקרה של כהן נוח אין את מי לתבוע – הם ברחו. נכנס פה הנושא החלוקתי – אם היא לא תתבע את חברת הביטוח היא לא תקבל שום פיצוי על הנזק שלה. מה אומרת חברת הביטוח? טוענת לחזקה ממעטת – יש כוונה לגרום לנזק גוף. גם אם נגיד שזה לא היה המצב, שהוא לא התכוון לפגוע בה אלא רק רצה לקחת את האוטו – הכוונה הייתה לגנוב את האוטו, אז גם אז, לפי טענת הביטוח, הוא התכוון לגרום נזק לרכושו של אדם ולכן אין פה פלת"ד. הטענות של חברת הביטוח הן טענות חזקות – מצד אחד יש כוונה לגרום לנזק גוף ומצד שני יש טענה שזו לא הייתה הכוונה המקורית אלא הכוונה הייתה לגנוב את הרכב- יש יסוד לטענה זו של גב' כהן נוח. הטענה של חברת הביטוח התקבלה וכהן נוח לא קיבלה את הפיצויים.

יש סוגי שוד דרכים שלכתחילה יש בהם נזק גוף, BUILT IN 🡨 עדיין זה נחשב מתכוון? לא יודעת. הוא לא ענה.

לדעת המרצה, יש להכניס את המקרים של כהן-נוח לתוך הפלת"ד. צריך להכיר את כל הנימוק של פס"ד. אפשר היה לפרש, אמנם בדוחק, וכן להגיע לתאונת דרכים. במקרה של כהן נוח אין כוונה לנזק גוף ואפשר היה לפרש את זה בצורה סוציאלית כדי שהיא תוכל לקבל פיצויים. כמו כן אפשר היה לפרש את זה כנזק גופני ולא כנזק רכוש. איך אפשר להיות סוציאליים? להגיד שהגנב לא התכוון לפגוע ברכושו של אדם, הוא התכוון לגנוב אותו – לא להרוס אותו אלא לקחת אותו – היה מקום ליצור פרשנות סוציאלית כזו ולהביא לפיצויים. אפשר לבוא ולהשוות את זה לפגיעת איבה – נפגע איבה יוצא מהחוק – למה הוא יוצא מהחוק? משום שיש לו חוק אחר, חוק יותר טוב, אין בו תקרות פיצויים. עד שהמחוקק לא יתעשת, אין מה להשוות את כהן-נוח לתאונת איבה – משום שאת האיבה מוציאים מהחוק כאשר יש חלופה טובה אחרת, הוא לא נשאר על המים ללא פיצויים, אבל מה קורה בפיגוע פלילי? אין שום חלופה בפועל. מה הוא יעשה? אם מדובר בשודד, אין סיכוי כמעט למצוא את השודד וגם אם מוצאים אותו הסיכוי לתבוע אותו לקבל פיצויים הוא סיכוי אפסי. נוצר מצב בו נפגע פיגוע פלילי לא מקבל כלום ונפגע פיגוע איבה יקבל פיצויים. עד שהמחוקק לא יתייחס לנפגע בפיגוע פלילי, צריך לפרש את החזקה הממעטת בצמצום, כדי להכניס את הפיצויים האלו לנפגעים.

ריבלין הוא שופט שנוטה להיות סוציאלי, אבל פה הוא לא סוציאלי וחבל, הוא מאוד דווקני למטרה הכללית של החוק ולדעת המרצה אין לזה מקום.

דפי עבודה – הדגשים (??) על השאלות:

**דף 12-** שאלה 3(ד) – מצב בו א' איבד את השליטה שלו ודהר במהירות לרכב של ב' ועומדת להיות תאונה חזיתית וברגע האחרון ב' סטה מכיוון נסיעתו כדי לא להתנגש בו והוא דרס מישהו – האם זו תאונת דרכים של שני רכבים ואדם אחר נפגע מחוץ לרכב והוא תובע את שניהם? או שזה שלא היה מגע בינו לבין הרכב השני אז הוא בכלל יוצא מהתמונה? צריך להתעמק בסעיף 2 ו-3 🡨 לדעת המרצה אין פה תאונה מעורבת אלא רק תאונת דריסה וזה שהוא כמעט התנגש ברכב, זה לא קשור לתאונה משום שיש הרבה סכנות בכביש. המאורע מתחיל ונגמר בדריסה.

שאלה 5 – מקרה אמיתי לפני 10 שנים. טורבינה שמורכבת על רכב והיו צריכים להעביר אותה מחדרה לאשדוד והיא תופסת 3 נתיבי נסיעה והמהירות היא מאוד נמוכה 🡨 מה קורה כאשר זה פוגע במישהו, האם זה תאונת דרכים או שזה בכלל לא רכב מנועי? כשירות צריכה להיות כשירות קבועה ולא כשירות ספציפית – זה שניתן לו אישור חד פעמי לנוע בכבישים, לא הופך אותו לכשיר וזאת משום שיש צורך בכשירות כללית- זה שיש כשירות חד פעמית לא הופך את זה לכלי רכב. צריך להזכיר פה את פס"ד אטליס.

**דף 13 –** שאלה 2 – עלייה למשאית. צריך לבדוק את מטרת העלייה לרכב.

שאלה 3 – מעליון, ליפט. באחד מפסקי הדין שיש ברשימה יש התייחסות לליפט – לבדוק איפה.

שאלה 6 – אופניים נתקלו ברכב. אם זה רכב שחונה במקום מותר, לא נחשב לתאונת דרכים. הרכב חנה במקום אסור – על אי תנועה ולכן זה כאילו היה בתנועה. יש לו תביעת פלת"ד. רכב שחונה במקום אסור יוצר סיכון תחבורתי.

**דף 14 –** שאלה 2- לשים לב לניואנסים של ס' 7 בחוק. לחלק מהמעורבים זה כן פלת"ד ולחלק מהמעורבים זה לא פלת"ד.

שאלה 6 – שאלה של "אין ביטוח? 🡨 ס' 7. האם הנוסע שהיה ליד הנהג יודע או לא יודע שאין ביטוח.

**דף 16** – חלק ה' – אדם לא רוצה לפגוע באדם מסוים אלא רצה לסיים את חייו עלי אדמות ויצא לנהוג במשאית תוך כוונה להתאבד באמצעות התנגשות ברכב אחר. האם מלכתחילה זה נפגע תמים או ב' ספציפי? זה לא משנה מי יהיה ב' וזה האדם הראשון שאנו נראה – אז חזקה ממעטת חלה. אבל יש מחלוקת על האדם התמים – הרי הוא לא התכוון לדרוס את הנפגע הספציפי הזה, אז אפשר לטעון לאוביטר בפס"ד לזר.

**תרגול לפני המבחן**

יש דרך מוצעת לפתור אירועון.

* לציין את הנתבעים והתובעים ואת סוג האחריות - אם מדלגים על זיהוי הנתבעים ולא מציינים את סוג האחריות שלהם – כלומר, אחריות אישית או שילוחית. זה מאוד חשוב – כך גם מנתבים את העילות השלות ואת כיווני התביעה- אם זה גוף ממשלתי או פרטי וכו'.
* התביעה – לשזור את טיעוני ההגנה – כדאי לכתוב כבר, איזה עילות ועוולות הולכים לבסס בכתב התביעה שלנו.
* חובה לציין סעיפי חוק באותה התביעה.
* הפרת חובה חקוקה – יסודות שהושתו בפס"ד ועקנין
* תקיפה ברשלנות רפואית – לציין את דעת המיעוט של בייניש לגבי שלושת המקרים בהם ניתן לתבוע בתקיפה.
* עוולת הרשלנות – מורכבת מכמה יסודות:

1. קיומה של חובת הזהירות –

* קונקרטית – האם מעבר לחובת הזהירות הכללית,המושגית שקיימת צריך לנקוט בחובת זהירות בנסיבות העניין הקונקרטיות. צריך להיות ספציפיים.גם כאן בודקים צפיות טכנית ונורמטיבית.
* מושגית –בוחנים אותה משני מישורים, משתמשים בניסוח כללי ולא ספציפי.
* טכנית – האם טכנית אפשר לצפות נזק כזה.
* נורמטיבית האם צריך לצפות נזק כזה.

1. הפרת חובת הזהירות – נוסחת לרנד הנד – הוצאות מול תוחלת נזק. לא רק לנתח נוסחת לרנד הנד אלא להסביר כיצד הופרה החובה. לבדוק לפי נוסחת לרנד הנד אם יש רשלנות – להראות מה היו צריכים לעשות כדי למנוע את הנזק. כאן המקום להעלות את טיעוני ההגנה-לקעקע את יסודות הרשלנות.
2. שלב הנזק – לא צריך להיות ארוך.

* נזק ממוני
* נזק לא ממוני

--- לא חייב לציין בנק' זו אם זה נזק גוף או נזק רכושי אלא צריך לציין את זה בתחילת התשובה- להגיד מלכתחילה איזה נזק זה – גופני או רכושי ----- (בפס"ד גורדון הוכר נזק נפשי טהור שלא ניתן לכימות, עוגמת נפש, הדבר הזה נתון לכימותו של השופט).

קש"ס: עובדתי ומשפטי. פה יש מקום להתייחס לסיבתיות עמומה למשל-לא צריך דעת רוב ומיעוט אלא את ההלכה. עובדתי-מבחן "האלמלא", משפטי: מבחן הצפיות. לבחון בסוף את סיכויי התביעה. אפשר להסביר את שני הכיוונים.

סיבתיות עמומה: הלכת מלול החדשה- מי שרוצה להוכיח דבר במשפט אזרחי חייב לעמוד במאזן ההסתברויות "הכל או לא כלום". יב פה בעייתיות ונקבע חריג נדיר מאוד: מיישם את המבחן הקשה, כדי שלקבל פיצוי שסוטה מהכל או לא הלום-האופן היחסי צריך להוכיח 4 רכיבים במבחן ההטייה המשנית: 1. מזיק קבוע. 2. קבוצת ניזוקים כנפגעת חוזרת. 3. סיכון חוזר ונשנה. 4. הטייה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

הבחינה עד 3 שעות. מורכבת מאירועון שעוסק בעוולות המרכזיות שלמדנו, תהיה שאלה על פלת"ד, תהיה שאלה על מטרות- עדיף לנתח את דיעות המלומדים פה מאשר בתביעה. לפעמים מכניסים שאלת פסיקה. חשוב להכיר את הפס"דים- עובדות, למה ההלכה נקבעה כפי שנקבעה לצדדים. שאלות מושגים.