**דיני נזיקין / ד"ר בני שמואלי –**

בדיני הנזיקין, המעשה האסור נקרא עוולה. ישנן סוגי עוולות שונות – רשלנות, הפרת חובה חקוקה ועוד.

לפעמים קיים טשטוש בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין. את התביעה הפלילית מגישה המדינה נגד העבריין. בהליך הזה הקורבן הוא מחוץ למשפט (הוא יהיה עד). מדוע המדינה מתערבת? כי מדובר בהפרעה בסדר הדין הציבורי. במקביל יכול הקורבן להגיש תביעה פרטית נגד העבריין. מדובר בהליך נפרד לגמרי, בבית משפט אחר, שופט אחר, דרישת הראיות שונה וכו'...

בדיני עונשין הפרט אינו חלק מהדין הפלילי. אדם עומד לדין פלילי לא מפני שפגע בשני אלא מפני שהפגיעה באותו אדם היא הפרעה בסדר הציבורי. הדין חל על כל אזרחי המדינה לא משנה אם נולדו לפני או אחרי חקיקת החוק, וכן על תיירים שאינם אזרחי המדינה. האם הקורבן יכול לנהל הליך פלילי בעצמו? כמעט ולא. יש מקרים נדירים שבהם קורבן עבירה יכול לנהל הליך פלילי כנגד הפוגע- קובלנה פלילית פרטית (מאוד נדיר, לפעמים דורש אישורים). המדינה רוצה להשתמש בקורבן כדי להוכיח את התביעה אך היא בהחלט לא מייצגת אותו, לקורבן אין עו"ד, אם כן מה עם זכויותיו.

המשפט הפרטי, מנגד, עוסק באופן מובהק ביחסים בין האנשים. **המטרה המרכזית של דיני הנזיקין – להשיב את המצב לקדמותו, ככל שניתן. הסעד העיקרי בחוזים הוא האכיפה (צופה לעתיד), על מנת לקיים את החוזה. לעומת זאת, הסעד העיקרי הוא הפיצויים (צופה לעבר).** מדובר במערכות דינים נפרדות. במקרים בהם לא ניתן להחזיר את המצב לקדמותו (העבריין שבר לך את היד), הנפגע יקבל פיצויים שאמורים להעמיד אותו במקום בו עמד לפני שנגרם לו הנזק.

בהרבה מאוד מקרים, דיני הנזיקין מתחילים מדיני החוזים, למשל, תביעה בעוולה נזיקית תשען על כך כי היה חוזה. אולם, ישנן עוולות שלא תלויות בקיומו של חוזה, החוזה איננו תנאי לתביעת נזיקין. בחוזים, אין צורך במעטפת נזיקית, תובעים מכוח דיני החוזים.

דיני הקניין עוסקים גם בקניין רוחני. כיצד נתבע בגין פגיעה בקניין רוחני? מה קורה אם גנבו לי פטנט (קניין רוחני)? ע"י דיני הנזיקין. הדרך לתבוע, על מנת לקבל פיצוי, היא נזיקית. המטריה היא מטרה קניינית, אך המעטפת לתביעה הזכויות היא נזיקית. דוג' נוספת – הוצאה לפועל (עיקול), מדובר בנושא של דיני הקניין, אך תובעים מכוח דיני הנזיקין (בוחנים ע"י דיני הקניין, אך התביעה הינה מכוח דיני הנזיקין).

לעניין דיני המכרזים, מדובר בחוזים של הרשות, של המדינה. דיני המכרזים נולדו מתרכובת של המשפט המנהלי (פעולות של הרשות) ודיני החוזים.

**נוסחת האחריות הנזיקית -**

**דף התרגול הראשון, שאלה 1: מלך נ' קורנהויזר (מעוולים יחד)**

"שמואל מלך עשה לתומו ג'וגינג בפארק. לפתע התנפלו עליו במשך כעשרים דקות שלושה כלבים שנגסו חלקים מגופו וגרמו לו לנכות צמיתה גבוהה. הוכח, באמצעות עדי ראייה, כי לפחות שניים מבין שלושת הכלבים הללו שייכים לגב' ורדה וד"ר ריצ'רד קורנהויזר, והכלב השלישי היה, ככל הנראה, כלב רחוב".

המחוזי- בדרגה הראשונה חויבו המשיבים לפצות את העותר על מלוא הנזק שנגרם למלך.

ביהמ"ש העליון- **דעת הרוב**- הנזק ניתן לחלוקה ולכן חייבו את קורנהויזר לשלם על 2/3 מהנזק, תוך שיוצאים מנקודת הנחה שכל הכלבים הזיקו פחות או יותר באותה מידה. **דעת מיעוט**- הסכים עם החלטת המחוזי, אי אפשר לחלק את הנזק ולכן על המשיבים לשאת במלוא הנזק שנגרם למלך.

דיון נוסף- **דעת הרוב**- יש לחייב את המשיבים על מלוא הנזק (יגשים את מטרת דיני הנזיקין).  
**דעת מיעוט** (השופט בך)- יש לחלק את הנזק ולחייב את המשיבים לשלם על 2/3 מהנזק.

ההלכה- אין לחייב את הניזוק על הנזק שגרם לו הכלב השלישי. חייבו את קורנהויזר על מלוא הנזק והפיצויים.

אם שלושת הכלבים היו של המשפחה, ניתן לתבוע פיצויים ע"י תביעה נזיקית, מלך הוא הניזוק (התובע) והמשפחה היא המזיקה (נתבעת). המשפחה תטען כי היא איננה המזיקה, **מדוע ניתן לתבוע אותה?** מלך יטען שהכלבים שייכים לה, ומרגע שהכלבים שייכים לה, היא האחראית. אדם יכול לבצע **עוולה גם במחדל**, היינו ע"י כך שלא ביצע דבר מסוים, **לא רק ע"י ביצוע פעולה אקטיבית.** אי לכך, ניתן יהא לטעון שהמשפחה לא שמרה על הכלבים בכלל או לא שמרה עליהם מספיק.

בדיני הנזיקין **מסתכלים על התוצאה**, **על הנזק**, אין זה משנה אם נעשה ניסיון למנוע את הנזק. בישראל אנו מדברים על הנזק שנגרם, בניגוד לשיטת המשפט באנגליה, שם דנים במעשה שגרם לנזק, ההתנהגות המזיקה ולא בתוצאה.

קורנהויזר, מנגד, יכול לטעון כי אומנם ישנו נזק, אך **הוא אינו הכתובת**, יכול להיות כי קיימת עילת תביעה כנגד המקום בו המקרה קרה (העריה, למשל). לחלופין, יכול לטעון כנגד הסיבתיות, על דרך השלילה (**סעיף 64**), יטען כי **יש צורך להוכיח קש"ס בין המעשה לנזק**, לא מספיק שא' עשה מעשה עוולה/מחדל, ולא מספיק שב' ניזוק, אלא צריך שיהא קש"ס בין המעשה או היעדר המעשה לנזק. בענייננו, ניתן לטעון שהנזק כולו היה נגרם למלך, גם ללא הכלבים של קורנהויזר, **אין קש"ס בין העוולה לנזק.**

לפי **סעיף 64 (2)**, לא יתקיים קש"ס, אם אשמו של גורם אחר היוותה גורם מכריע לנזק שארע. קורנהויזר יטען כי נכון הוא שנגרם נזק, ויכול להיות שהוא לא היה בסדר, ואף יכול להיות וקיים קש"ס, אך גורם אשמו של גורם אחר היה מכריע לקיומו של הנזק, לכן אין לתבוע אותו.

* נניח ומדובר בכלבים משוטטים, את מי יכול לתבוע מלך? אולי את המדינה/העריה? אם יתבע את העריה, יטען כי העריה הייתה צריכה לדאוג שכלבים מסוכנים כאלו לא ישוטטו ברחובות, היא האחראית לכך. העריה יכולה לטעון כי לא ניתן מבחינה מעשית למונע את השיטוט של הכלבים ברחובות (לא ניתן להציב פקחים בכל מטר ומטר), מדובר בעניין דינמי.
* המקרה דומה למקרה של תאונת "פגע וברח", אין אנו יודעים מהו ה"א'", היינו מיהו המזיק, אין את מי לתבוע (בישראל, יש פתרון מיוחד, לעיתים המדינה היא המפצה). במקרה של פגיעה ע"י כלב, אין את מי לתבוע. זוהי הבעיה העומדת ביסוד ספק הדין, מלך יודע היטב שככל שהאחריות תוטל על הכלב השלישי, הכלב העזוב, הוא יפסיד, משום שמדובר במעין "פגע וברח", אין לו את מי לתבוע.
* גם כשלא קיימת בעיית הוכחה, מבחינה עובדתית, עדיין קיימות בעיות נורמטיביות אחרות, בעיות משפטיות כלליות, בתביעה כנגד העריה.

יש לבחון האם ישנם חוקים רלוונטיים למקרה. אם יש חוק כזה, הוא עשוי לעזור לתביעה הנזיקית של מלך, אך לא תמיד. יש לבחון את מטרת החוק, האם ניתן לייבא אותו ולהשתמש בו בדיני הנזיקין? אם יימצא חוק, שקובע כיצד יש לנהוג עם הכלבים, מלך יצטרך לבחון את תכלית החוק, **האם הוא נועד להגן מבחינה נזיקית? אם כן, ניתן לייבא אותו לדיני הנזיקין ולתבוע פיצויים.**

* **חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996** – סעיף 1 – חוק זה מטרתו לקבוע את זכויות האדם המבקש טיפול רפואי או המקבל טיפול רפואי ולהגן על כבודו ועל פרטיותו. החוק מעניק את הזכויות של החולים, זוהי תכלית החוק. אחת מהזכויות (סעיף 13 - הסכמה מדעת לטיפול רפואי) – רופא/מטפל צריך לפרט בפני החולה את כל הסיכויים והסיכונים של הטיפול. מול כל זכות תמיד יש חובה, אם יש זכות לחולה, מוטלת חובה על המטפל, **יש חובה על המטפל לקיים את הכתוב בסעיף.** **ניתן לייבא חוק זה לדיני הנזיקין, שכן הוא נועד להגן מפני עוולה נזיקית.**

**בדיני הנזיקין אנו מנסים להגיע לנוסחה: בהינתן נזק, א' (קורנהויזר) הוא המזיק, וב' (מלך) הוא הניזוק, הניזוק הוא התובע והמזיק הוא הנתבע.** **ישנם 3 יסודות מצטברים, בהתקיימם ב' יוכל לתבוע את א' בתביעה נזיקית לפיצויים (נוסחת האחריות הנזיקית):**

הניזוק, התובע **עוולה + נזק + קש"ס בין העוולה לנזק** המזיק, הנתבע

**עוולה –** מעשה פסול, או מחדל (מוחלט/ לא מספיק).מחדל יכול להיות כאשר אדם כלל לא עשה משהו, או כאשר לא עשה מספיק. בשורה התחתונה, אין זה משנה אם מדובר במחדל לחלוטין או חלקי, או בעשיית מעשה פסול, התביעה תהיה זהה.

**נזק -**  אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה. **לנזקים ישנם ראשי נזקים**, לדוג' – אובדן כושר השתכרות, הוצאות רפואיות בגין הנזק, אבדן רווח עתידי (במקרה זה נדרש מהניזוק להקטין את נזקו), נכות תפקודית (תפקוד מבחינה מנטלית, משפיעה על יכולתו של האדם לתפקד ולעבוד), או נכות רפואית (מבחינה פיזית, נקבעת בהתאם לתאונה שנגרמה, אינה משפיעה בהכרח על הנכות התפקודית), כאב וסבל (פיזי ונפשי, זהה לעוגמת נפש, קיימת בעיה של כימות והערכה).

אילו סוגי נזקים קיימים? **גופני, נפשי וממוני (רכושי)**, אלו שלושה סוגים קלאסיים של נזקים.

* נזק גופני – זהו הנזק שנגרם למלך.
* נזק הנפשי - נזק נפשי הוא דבר לא טריוויאלי. עד לפני כ-20 שנה, דיני הנזיקין היו מאוד סקפטיים לגבי השאלה אם להכיר בנזקים נפשיים. מה הבעיה בנזקים נפשיים? ראשית, קיימת בעיה של אי-המירות, יש קושי להעריך ולהוכיח את הנזק, לכמת אותו. שני, קיים חשש מפני רמאויות- אדם יטען שיש לו סיוטים והזיות כדי לנצל את האפשרות לתבוע על נזק נפשי. ב-30 השנים האחרונות, המשפט סובלני יותר כלפי נזק מסוג זה, בעיקר בשל התפתחות הרפואה והמדע, ניתן להעריך את הנזק בקלות יתרה, אך עדין קיים קושי ביחס להערכת נזק גופני וממוני.
* נזק ממוני - הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים. זהו נזק פשוט להוכחה, קל לכמת ולהעריך אותו.

בכל סוג של נזק, ננסה להוכיח בפועל 2 ראשי נזק – ראש נזק ממוני, או ראש נזק לא ממוני:

1. **ראש נזק ממוני** – כל הדברים הניתנות לכימות כספי, היינו - אבדן כושר השתכרות, הוצאות רפואיות בגין הנזק, אבדן רווח עתידי, נכות רפואית ונכות תפקודית (אין חפיפה בין הנכות הרפואית לבין הנכות התפקודית- יכול להיות אדם שהנזק הרפואי הוא רב, אך בפועל הנזק התפקודי אינו משמעותי, ולהיפך).
2. **ראש נזק לא-ממוני** – כאב פיזי וסבל נפשי, דברים שלא ניתנים להערכה ממונית, אלא יש להעריכם בצורה כללית.

הפלטפורמה המוצגת לעיל איננה מושלמת. מה קורה כאשר יש יותר מב' אחד, למשל – אדם הניזוק מצפיה במה שארע (נזק נפשי), או יותר מא' אחד, כאשר אחד מהם הוא מתחת לגיל 12 (מי אחראי? רק קורנהויזר, שניהם יחד, או כל אחד לחוד?). הנוסחה לעיל אינה מושלמת, אך זוהי הנוסחה הבסיסית בנזיקין.

**ראש נזק ממוני – הוצאות כספיות**

**אובדן השתכרות**

**ראש נזק לא ממוני - כאב וסבל**

**קיצור אורך חיים**

**אבדן הנאות חיים**

**גופני**

**נפשי**

**רכושי**

**ב' (מזיק)**

**א' (ניזוק)**

המקרה של הסרט – אישה חרדית בהריון מתקדם בבית חולים, הרופא הצעיר קורא למומחה כדי לזרז ניתוח קיסרי . המומחה מגיעה, טרודה בעניינים אישיים, בודקת את ההריונית וקובעת שאין צורך לבצע את הניתוח על אף הדרישה מהרופא הצעיר. לבסוף, המומחה שולחת את ההריונית לניתוח קיסרי כשכבר מאוחר מדי. התינוק נולד עם מום מוחי.

**הניזוק**: התינוק – הניזוק המרכזי, נולד עם ליקוי שכלי. התביעה היא מטעם האופוטרופוס - ההורים. גם ההורים יכול ויהיו ניזוקים בעצמם (נזק נפשי, למשל).

**המזיק**: ניתן לתבוע את הרופאה – המזיק הישיר, את בית החולים (אחריות המעביד), ד"ר חוסייני.

**העוולה**: עוולה במחדל, על שלא שלחו את האישה לניתוח כשעוד היה סיכוי להציל את התינוק.

לעניין **הקשר הסיבתי**, יש לקחת בחשבון שבהרבה מאוד מקרים נזיקיים בנושא של לידות, יהיה מאוד קשה לקשר סיבתית את העוולה לנזק. מדוע? האימא כבר הגיעה עם מצוקה, ולכן אין הבטחה לכך שהרשלנות של הרופאה היא זו שגרמה לנזק, עמו נולד התינוק.

האם יכול להיות מצב בו כל היסודות מתקיימים, אך לא ניתן לתבוע (הנוסחה קיימת, אך לא ניתן לתבוע)?

בפקודת הנזיקין יש רשימה של עוולות, אולם קיימות מספר עוולות שאינן מצויות בפקודת הנזיקין (גניבת זכויות יוצרים, חוקי מחשבים, חוק לאחריות על מוצרים פגומים וכו'). בנוסף, בסעיף ההגדרות (ס' 2) קיימת הגדרה למונח נזק- "אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".

**ס' 64 לפקודת הנזיקין –** דן ומדגיש מתי הקש"ס מתנתק ואינו מתקיים:

1. "**הנזק נגרם על ידי מקרה טבעי בלתי רגיל**, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה". דוגמת הצונאמי בתאילנד. מקרה לדוג' - ניזוקו ברכושם תיירים שהיו בכפר נופש שנשטף. נניח שכפר הנופש עיוול, נניח שהיה צריך להתריע, להקים מקלט, להזהיר את התיירים. ס' 64 קובע, שאם הנזק ארע בגלל מקרה בלתי רגיל, גם אם יש עוולה+נזק+קשר סיבתי, לא ניתן לתבוע את כפר הנופש.
2. "**אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק"** (אדם – יכול שיהא גורם אחר, לא בהכרח אדם). יכול להיות שקיים אשם נוסף, שאשמתו היא המכרעת, וניתן לטעון שעל האשם השני לשאת בכל הנזק ("הנזק היה נגרם גם בלעדי"). **מוציאים אשם אחד מהמשוואה, ובוחנים האם קיים סיכוי סביר להניח שהנזק היה מתקיים גם בלעדיו?**

מקרה לדוג' – א'1 זרק בננה, א'2 דחף את ב' על הבננה. במקרה זה, כל אחד מהמעוולים יטען להתקיימות הסעיף – יודה שלא היה בסדר, אך יטען שהנזק הגדול שקרה לניזוק הוא מכוח התנהגות המעוול האחר. אולם, ביהמ"ש יכול לחלק את האחריות בין המעוולים, משום ששניהם אחראים לנזק. מתקיים נזק אחד (שבירת יד, למשל), שנגרם ע"י שני מזיקים, היינו **מעוולים יחד/במשותף**. לעניין זה, ישנם שני סעיפים (11 – דן במעוולים ביחד, ו-84 – עוסק בחלוקת הפיצויים) בפקודת הנזיקין:

סעיף 11 (מעוולים יחד) – "היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד". ישנו **הפסד כפול לנפגע** – ראשית, מחלוקת בין א' לב' בנוגע למידת האחריות של כל אחד לנזק (חלוקת האחריות לנזק), הדבר לוקח זמן. שנית, ישנה בעיה של הליכי גבייה כנגד שני מעוולים שונים, יש לפעול מול שני אנשים שונים.

סעיף זה קובע שאם מוכח שמדובר במעוולים יחד, **ביהמ"ש יטיל את האחריות על הבעיות (חלוקת האחריות והגבייה) לעיל על הנתבעים – "יחד ולחוד". הנפגע רשאי לגבות רק מאחד מהם**, יבחר את הגדול/החזק מבניהם ויגבה. לפי הסעיף, לאחר שנגמר המשפט והנפגע גבה את הסכום מאחד מהמזיקים או שניהם, **המזיקים מנהלים ביניהם תביעת שיפוי נפרדת**. אי לכך, התובעים ירצו תמיד ינסו להוביל לקביעה שמדובר במעוולים בנפרד.

**בפ"ד מלך נ' קורנהויזר**, השאלה האם האחריות היא ביחד ולחוד היא מאוד משמעותית. האם על קורנהויזר לשלם למלך על כל הנזק או רק על 2/3? אם יקבע שזה ביחד ולחוד- יצטרך קורנהויזר לשלם למלך את כל הפיצויים ואז לא יוכל לפנות לתביעת שיפוי כי אין את מי לתבוע. אם האחריות היא לא ביחד ולחוד- קורנהויזר ישלם למלך רק 2/3. מלך 'אכל אותה'.

1. "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".

**מסעיף זה אנו מסיקים על דרך השלילה, כי ישנו צורך בקש"ס בין העוולה לנזק. יש צורך בסיבה.**

הנוסחה אינה מצומצמת לא' מזיק אחד ספציפי וב' ניזוק אחד ספציפי-

לעיתים ישנם **מספר מזיקים**: **שולח ושלוח** – יחסי שליחות, סעיף 14 (שלוחו של אדם כמותו), **מעביד ועובד** – יחסי עבודה, סעיף 13, **מבטח ומבוטח** – יחסים חוזיים, סעיף 15. אין חובה לתבוע את א'1, המזיק הישיר, כאשר מעוניינים לתבוע את המזיק הלא-ישיר, איך עדין יש להוכיח כי א'1 עוול, היינו להוכיח לגביו את שלושת היסודות. המזיקים הפוטנציאליים:

1. המזיק הישיר.
2. השולח.
3. המעביד.
4. הביטוח.

בנוסף, יכול שיהיו **מספר ניזוקים**: **ניזוק ישיר**, **עזבונו של אדם** (היורשים, כמעט ואין הבדל לניזוק א'), **תלויים** – אנשים שהיו תלויים במנוח לפרנסתם (לרוב זהה לעזבון, אך לא תמיד), **מיטיב** (חוק הטבת נזקי גוף) – לעניין נזקי גוף בלבד, יש מצב בו אדם שהיטיב, כלומר סעד את אותו אדם שנפצע, יש לו זכות תביעה עצמאית כנגד המזיק, היינו יתבע פיצויים, עד לגובה העזרה הסעודית, ולא מעבר, **ניזוק נפשי במעגל המשני** (הכרה מצומצמת לפי מס' קריטריונים) – מצב בו אדם ניזוק ישירות, ואדם אחר ניזוק ע"י כך שחזה בעוולה וניזוק נפשית – לדוג': ב'1 ניזוק באופן ישיר מתאונה, וב'2 ניזוק נפשית מכך שחזה בתאונה. הניזוקים הפוטנציאליים:

1. הניזוק הישיר.
2. עזבונו של אדם.
3. תלויים.
4. מיטיב.
5. ניזוק נפשי במעגל המשני.

**סעיף 22 לפקודת הנזיקין** – "הזכות לתרופה בשל עוולה, וכן החבות עליה, אינה ניתנת להמחאה אלא מכוח הדין". **אין המחאה של זכות נזיקית**. מקבל הזכות – נמחה, מעביר הזכות – ממחה. הזכות הנזיקית הינה זכות אישית, שאינה ניתנת להעברה, אלא אם יש חוק המתיר זאת. לא ניתן לסחור בזכות נזיקית, בניגוד לזכות חוזית.

* נניח ורק אחד המעוולים נתבע (אין מידע על המעוול הנוסף), כלומר ב' תבע רק את א'1. האם המעוול הנוסף יכול להיגרר לתביעה? לכאורה, א'1 אינו יכול לסחוב לתביעה הנזיקית את א'2, אך ישנם הליכים עקיפים (מכוח סדר דין אזרחי):

1. **תביעת שיפוי** חיצונית לתביעה הנזיקית (בהנחה וחויב).
2. א'1 פועל להכנסת א'2 לתביעה הנזיקית ע"י **שליחת הודעת צד ג'** (בקשה מביהמ"ש) – א'1 פונה ומסביר לצד א'2, שהתביעה הייתה צריכה להתנהל כנגדו או גם כנגדו, שולח העתקים לב' ולביהמ"ש, א'2 שולח תשובה עם העתקים, וביהמ"ש יחליט בהסתמך על ההודעה והתשובות, האם הוא גורר את א'2 לתביעה הנזיקית או לא? אם הבקשה תתקבל, ייווצר משולש, א'2 הופך להיות נתבע לכל דבר ועניין, כתב התשובה עבור א'1 הופך להיות גם כתב הגנה כנגד ב', וכתב התביעה של ב' כנגד א'1 הופך לכתב תביעה גם כנגד א'2 (ביהמ"ש מתיר לו לתקן את כתב התביעה). לעומת זאת, אם הבקשה תדחה, התביעה הנזיקית ממשיכה כרגיל, רק כנגד א'1.

לכאורה, למה שא'1 יבחר בחלופה הראשונה, יחכה לפסק הדין ויתבע שיפוי במידת הצורך? יכול והוא מאמין שכתב ההגנה שלו חזק מספיק על מנת להגן עליו מפני התביעה.

**קשר סיבתי –**

בהרבה מאד מקרים בנושא של מיילדות, גם אם הייתה עוולה של רשלנות רפואית, יהיה קשה מאוד להוכיח קיומו של קשר סיבתי. למה? כי אולי הנזק שנגרם אינו בגלל העוולה של הרופאים, האימא הגיעה לבי"ח בגלל שהיה סיבוך כלשהו. הבעיה שבגללה היה צריך את הניתוח הקיסרי הייתה קיימת עוד לפני ההתרשלות של הרופאה.

הקשר הסיבתי נחלק לשניים – **עובדתי ומשפטי**.

קש"ס עובדתי – **"מבחן אלמלא"**, היינו מה היה קורה אלמלא העוולה? האם יש סיכוי שהנזק יגרם/נגרם גם ללא העוולה? אם התשובה חיובית, לא ניתן לתבוע. על מנת שלא יהיה קשר סיבתי, יש צורך בהנחה של 50% וקצת (**מאזן הסתברויות**), שאלמלא העוולה אכן היה קורה הנזק ("מאזן הסתברויות"). בפלילים צריך מעל לכל ספק סביר, כלומר הרבה יותר, כ-98%.

במקרה של הסרטון - התובע צריך להוכיח בהסתברות של מעל ל-50%, שהנזק שנגרם תינוק הוא באשמת ההתרשלות של הרופאה/ד"ר חוסייני/בית החולים, כלומר, הנזק לא היה מולד ואלמלא ההתרשלות הרפואית התינוק היה נולד בריא ושלם. את השיעור האחוזי של גרימת הנזק יש לקבוע ע"י הבאת עד מומחה (בד"כ כל צד מביא מומחה מטעמו, ולעיתים ביהמ"ש ממנה מומחה מטעמו). ביהמ"ש הוא לא רופא, לכן הוא מסתמך על דעתם של רופאים מומחים. בית המשפט לא מחוייב לפסוק לפי דעתם. נניח והמומחה מטעם התובע טוען שיש 20% נכות, והמומחה מטעם הנתבע טוען שיש 5% נכות, יכול בית המשפט לעשות פשרה ולקבוע 12% נכות.

קש"ס משפטי- דן בעניין נורמטיבי, מכיל 3 מבחנים- צפיות, תחום הסיכון והשכל הישר. המבחנים הינם בסדר יורד של דומיננטיות. מבחן תחום הסיכון הוא המשני, מבחן השכל הישר הוא האחרון והפחות משומש. **מבחן הצפיות**- בודקים בצורה מסתברת את הקש"ס, גם מבחינה נורמטיבית. נשאלת השאלה, האם אדם סביר יכול וצריך היה לצפות שכשהוא מתרשל יגרם נזק כזה? **מבחן תחום הסיכון** - מעט יותר ניטראלי, מתחם תחום הסיכון לא מדבר על אשם, בניגוד למבחן הצפיות. לפי מבחן זה, אדם שעוסק בפעילות מסוימת, יש לו תחום מסוים של סיכון, מה שנמצא בסיכון והתממש, יש לגביו אחריות נזיקית. אולם, מה שלא בתחום הסיכון ההגיוני, אין לשלם. **מבחן השכל הישר** – דוג' - כאשר אדם לא שם משטחים למניעת החלקה, לפי השכל הישר, עשוי להיגרם נזק.

**סעיף 41** עוסק במקרים בהם נטל ההוכחה עובר אל הנתבע. אחד המקרים הקלאסיים בו הסעיף מתקיים, זה כשאדם שוכב בניתוח בבי"ח. "כרתו לו את הרגל הלא נכונה". מה הוא יכול לעשות, הרי הוא היה רדום במהלך הניתוח. במקרים כאלה נטל ההוכחה עליך, אבל אתה לא יכול. לכן הנטל מועבר לבי"ח, להוכיח שלא התרשל.

**הגנות הנתבע –**

ישנם שני סוגי הגנות, שרלוונטיות לכל העוולות-

**הגנה כללית –** המזיק טוען שהתביעה צריכה להידחות, בגין מס' עילות:

1. קעקוע יסודות התביעה – אם הנתבע יוכיח שאחד מהיסודות לא מתקיים (אין קש"ס, נזק, עוולה או שילוב של כמה מהם), הוא **מקעקע את ניסיון התביעה**, כלומר הוא גורם לכך שאין הסתברות של יותר מ-50% שהוא (הנתבע) אכן אשם.
2. הגנה מכוח חסינות – בפקודת הנזיקין ישנן כול מיני חסינויות, הקובעות שגם אם הנוסחה הבסיסית התקיימה, התביעה צריכה להידחות בגלל **שיש לנתבע חסינות**. דוג' למקרי חסינות-

* סעיף 8 לפק' הנזיקין - חסינות של שופט - החוק מעניק חסינות לשופט מפני תביעה נזיקית, גם אם התרשל. החסינות נועדה שלשופט יהיה "שקט" במהלך עבודתו, שמירה על עצמאות השיפוט. בעיה נוספת המתעוררת הינה של "שופט-שופט-שופט", נניח ששופט מביהמ"ש שלום בירושלים התרשל ואדם תובע אותו, הוא מגיש תביעה כנגד השופט בבית משפט שלום בת"א, השופט בבית המשפט השלום בת"א יצטרך לשפוט את השיקול דעת של השופט מביהמ"ש בירושלים, זה דבר בעייתי.
* סעיף 9 לפק' הנזיקין - חסינות של ילד - לא ניתן לתבוע נזיקית ילד מתחת לגיל 12. האם הוריו אמורים לשאת בנזק? אם החסינות היא מהותית, לא ניתן לתבוע את ההורים.
* חסינות דיונית – יש במעשה המסוים עוולה, אך אנו לא יכולים לתבוע את הילד/השופט. האם אפשר לתבוע את המדינה/ההורים? האם אפשר להראות שיש כאן אחריות שלוחית? אם יש למעוול חסינות מהותית, אי אפשר לתבוע אף אחד בגין העוולה, אולם אם למעוול חסינות דיניות, לא ניתן לתבוע את המעוול עצמו, אך **אפשר לתבוע את האחראי על המעוול** (המדינה בשם השופט, ההורים בשם הילד).
* חסינות מהותית – אם קיימת חסינות מהותית, **לא רואים במעשה עוולה**, אין עוולה במעשה שנעשה. אין זה אפשרי להאשים שופט ברשלנות בגין פסיקתו, משום שאין עוולה בפסיקתו של השופט, ניתן להגיש ערעור על החלטתו. כמו כן, לא ניתן לתבוע את המדינה בגין פסיקתו, בגין אותה סיבה – אין לפסיקתו של השופט סממן עוולתי. **אם למעוול חסינות מהותית, אי אפשר לתבוע אף אחד בגין המעשה.**

לעניין החסינות של ילד, יש גישות, לפיהן אם ההורה שלח את הילד לעשות את המעשה, או שהילד ידוע כילד פרוע אז כנראה תהיה הטלת אחריות על ההורים, מנגד במקרה שהילד עשה משהו בלי ידיעת ההורים ואין לו מועדות לפורענות אז אין להטיל על ההורים את האחריות על מעשי הילד. אם החסינות היא מהותית, לעולם אי אפשר לתבוע את ההורים כי המעשה לא נחשב מעשה עוולה. אם החסינות היא דיונית, לא נוכל לתבוע אותו אישית, אך במעשה יש פסול. נוכל אולי לתבוע את המדינה או את ההורים.

לעניין חסינות של השופט, יש גישות, לפיהן יש לשופטים חסינות מהותית, ולכן אין לתבוע אותו או את המדינה. כלומר, אם החסינות היא מהותית לא ניתן לתבוע כלל, כי המעשה של השופט לא נחשב עוולה. אולם, יש גישות אחרות, לפיהן ניתן לתבוע את המדינה, אם הטעות של השופט היא טעות טכנית (קיימת התייחסות לטעות טכנית בשני רמות – רשלנות רבתי ורשלנות רגילה), אך במקרה של שיקול דעת מוטעה, אין לתבוע את השופט או המדינה.

לפסיקה הישראלית אין תשובה ברורה אם החסינות היא מהותית או דיונית. הסברה הינה כי בשני המקרים האלו (שופט וילד) החסינות היא דיונית.

**הגנה חלקית –** נחלקת לשניים -

1. אשם חלקי/תורם – לפי סעיף 68 לפק' הנזיקין, אין לקבל את התביעה, אך אם ביהמ"ש יקבלה, יש כאן משום אשם חלקי. כלומר, **התובע עצמו תרם לגרימת הנזק**. אין אשם תורם של 100%, **אשם תורם הוא תמיד חלקי**. במצב של כמעט 100% אשם תורם, יש **התנתקות בין הנזק והעוולה לקשר הסיבתי ביניהם**.
2. נטל הקטנת נזק – על התובע מוטלת חובה לנקוט בכל צעד סביר להקטין את ההפסד שנגרם לו כתוצאה ממעשה העוול של הנתבע. התובע לא יהא זכאי בפיצוי על הפסד שהיה יכול למנעו, אלא שמחמת מעשה או מחדל בלתי סביר לא השכיל למנעו. אולם, הניזוק אינו חייב לצאת מגדרו בנסותו למלא את חובת הקטנת הנזק, אך חייב הוא לעשות את שצפוי שאדם סביר יעשה להקטנת הנזק.

* נניח שלפסנתרן נכרתה אצבע, ואין באפשרותו להיות פסנתרן. הוא לא יקבל פיצוי מלא לכל ימי חייו, אלא יקבל את ההפרש בין יכולת ההשתכרות שלו לבין המשכורת שלה היה רגיל לפני התאונה.
* **פ"ד גנזך נ' אריה** – גנזך היה מורה בשני בתי ספר. הוא עבר תאונה שגרמה לו לצליעה. לאחר התאונה חזר לעבודתו במשך כשנתיים ואז החליט לפרוש, כי הצליעה גורמת לו לאי נוחות מול תלמידיו (התלמידים לועגים לו). הוא מערער על החלטת המחוזי, שקבע להפחית את הפיצויים להם זכאי, על שלא הקטין את נזקו. ביהמ"ש המליץ למורה לעבור ניתוח כדי שלא יסבול מהצליעה, אך המורה התנגד. ביהמ"ש אמור היה להחליט שמגיע למורה כושר השתכרות נמוך יחסית, מכיוון שבפועל הוא יכול להשתכר באותו תפקיד כבעבר, אך נקבע **שאין להכריח אדם לעבור ניתוח** ולכן לא התקבלה במקרה דנן טענת הקטנת הנזק.

הערה חשובה- יש לשים לב שפסק הדין ניתן בשנת 1991, **לפני חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחרותו**. לדעת המרצה, אם פסק הדין היה ניתן היום, התוצאה הייתה אולי שונה. לפני 1992, הגישה הייתה שעל אדם מוטלת חובת הקטנת הנזק, גם אם הדבר ידרוש ממנו לעבור ניתוח שתתקן את הצליעה שלו. היום הגישה השתנתה, אין להכריח אדם לפגוע בגופו ולכן גם אם יבחר שלא לעבור את הניתוח, יהיה זכאי לקבל את מלוא הפיצויים גם אם לא הקטין את נזקו ע"י ניתוח.

**הגנות ספציפיות -** ישנן עוולות מסוימות, להן הגנות ספציפיות המיוחדות רק להן. דוג- סעיף 23 דן בעוולת התקיפה. ניתן להשתמש בהגנות שנמנו לעיל, אולם ניתן אפוא להשתמש במס' הגנות מיוחדות (8 במספר) המצויות בסעיף 24.

* ישנם מקרים בהם נטל ההוכחה עובר לכתפיו של התובע, מקרים אלו הם לפי סעיף 41 לפק' הנזיקין.

עומד ליצרן פטור מלא מאחריות נזיקית בגין עילת האחריות למוצרים פגומים. ההגנות הן:

**מטרת דיני הנזיקין –**

בשנת 2012 לא קיימת הסכמה בנוגע לשאלה מהי המטרה של דיני הנזיקין. אין אפוא גם הסכמה על הרשימה של המטרות של דיני הנזיקין. אולם, מקובל להציג 4 מטרות מרכזיות לדיני הנזיקין, הנחלקות לשני גושים:

1. פיצוי

מטרות המתרכזות בצדדים

1. צדק מתקן
2. צדק חלוקתי (מחלק)

מטרות אינסטרומנטאליות

1. הרתעה (יעילה)
2. פיזור נזק- יש מחלוקת אם זו מחלוקת.

**קבוצת מטרות המתרכזות בצדדים עצמם, ולא בעקרונות חיצוניים -**

1. פיצוי – מטרת הפיצוי, כשמה כן היא, **לפצות את הנפגע על הנזק שנגרם לו**. ישנה התרכזות בנפגע/קורבן, ובצורך לפצותו. ב-95% מהמקרים, מטרת דיני הנזיקין היא להעניק פיצוי, היינו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אלמלא העוולה (5% הנותרים הם צווים). השאיפה היא שאדם יפוצה על הנזק שנגרם לו. יש הטוענים שהפיצוי הוא אמצעי ולא מטרה בפני עצמה, הפיצוי הינו אמצעי לתיקון העוול, או להרתעה. יש מטרה חברתית שלא להשאיר את הניזוק בצד, בלי פתרון לנזק שלו. מה קורה כשהמזיק חדל פירעון? המטרה היא שיהיה גורם שיפצה אותו. לדעת המרצה – הפיצוי הוא כלי/אמצעי, אך גם מטרה.
2. צדק מתקן – עוולת? תשלם! זהו צדק אריסטוטלי, לפי משל החבל – שני אנשים עומדים ואוחזים בחבל, לכל אחד יש חלק בחבל שמשתלשל. ברגע שצד אחד משך ולקח חלק מהחבל שלי, הוא לקח לי משהו, ולכן גרם לי עוול. לפי אריסטו, על מנת להשיג צדק, יש להבין שיש עניין רציני של אשם, הנזיקין הוא פועל יוצא של אשם, **אתה לא בסדר ולכן אתה תתקן**. **גישת הצדק המתקן מתרכזת בצורך של המזיק לפצות את הניזוק.**

אריסטו מציג שלושה יסודות מצטברים –

1. רק המזיק מתקן – יש פה עיקרון של אשמה (נולד בדינים הפליליים) וכפרה. תתעורר  
   בעיה, כאשר יש כמה מזיקים. לרוב נכנס הביטוח לעניין ולכן אין פה כפרה אישית שלמה.
2. רק הניזוק מקבל – יש מקרים, בהם לא רק הניזוק מקבל. למשל, בארה"ב יש  
   קרנות לנפגעי עישון, האדם לא תובע את חברות הסיגריות, אלא תובע את הקרן  
   לנפגעי העישון שמקימות חברות העישון.
3. סכום הפיצוי בגין נזק (לא יותר ולא פחות) – ישנה בעיה, כאשר מענישים את המזיק וגורמים   
   לו לשלם מעל לנזק שהוא גרם, על מנת להרתיע.

לפי אריסטו, אי אפשר לחייב את הביטוח, כי לא הביטוח עשה את הנזק, אלא המזיק צריך לשלם כדי שיכאב לו בכיס. הניזוק מקבל את התיקון ישירות מהמזיק. לאריסטו תהיה בעיה עם קרנות, למשל (כמו קרן המעשנים בארה"ב, שהיא זו שמשלמת פיצויים לניזוקים). הסכום שתקבל הוא לא יותר ולא פחות, לכן לפי אריסטו תהיה בעיה להצדיק פיצויים עונשיים.

* קורלטיביות (קורלציה = התאמה) – יש צורך בהתאמה/חפיפה בין המזיק והנזק שגרם לניזוק, דווקא המזיק הספציפי ודווקא הניזוק הספציפי, ולא גוף חיצוני. זוהי גישתו של **ווינריב**, המסתכל רק על המזיק-ניזוק ולכן מדבר על תאימות (קורלטיביות), היינו **בדיקת חפיפה בין המזיק והניזוק**, **דווקא המזיק הספציפי יתקן את העוול שגרם למזיק**. לפי ויינריב, הביטוח אינו קשור לדיני הנזיקין. ויינריב עשוי לקבל תיקון מטעם השולח (שכן שלוחו של אדם כמותו), אולם קיימת בעיה מבחינתו להטיל את האחריות על המעביד, כאשר העובד תובע את המעביד בגין מעשה שהוא עצמו עשה. איך ניתן להציג צדק מתקן גמיש יותר? מלכודת "הדבש והעוקץ" – המעביד מרוויח סכום גבוה יותר מהעובד הרגיל, זה "הדבש". אולם עליו מוטלת האחריות, זה "העוקץ". אין מדובר בצדק המתקן הקלאסי של אריסטו, אלא מדובר בצדק מתקן גמיש יותר, נכון שהמעביד לא גרם לנזק באופן ישיר, אך עליו לשלם מכוח האחריות המוטלת עליו, מכוח "הדבש והעוקץ".

אולם, ביטוח זה לא בדיוק צדק מתקן. המעוול שעושה ביטוח, יש לו נטל לחדש את הביטוח כל שנה (הפרמייה) והשתתפות עצמית. ההשתתפות העצמית מתבטלת אם תוכיח שאתה לא אשם. אם אתה אשם, תשלם את ההשתתפות העצמית. לסיכום, יש הגיון בצדק המתקן. יש כאלה שמגמישים.

ווינריב, הדוגל בגישה דווקנית, לא היה מקבל את הנוסחה הכלכלית של לרנד הנד.

* גישה אחרת של צדק מתקן הינה של **אפשטיין** א' צריך לשלם לב' כי הוא הזיק לו. זוהי גישה המבוססת על גישת סיבתיות מיוחדת, יש לשלם "כי זה בגללו" (לא בגלל שזה לא מוסרי ואשם). אפשטיין מדבר על קשר סיבתי לעומת אחריות מוחלטת, שלא מדברת על קשר סיבתי.
* **ג'ורג' פלטשר**, פליליסט במקצועו, מציג גישה נוספת של צדק מתקן - **הצדק המתקן הוא נגזרת של סיכונים הדדיים ובלתי הדדיים**. הצדק המתקן קשור לעקרון של הדדיות. בוחנים את הא' והב' כנגזרות של סיכונים, **בוחנים האם הסיכונים הם הדדים (רסיפרוקל ריסק), או בלתי-הדדים**. אין להסתכל על א' וב' כמזיק וניזוק. רגע לפני התאונה נתפוס אותם כמסוכנים אחד לשני. בסופו של דבר א' הזיק ל-ב' ולא הפוך, אך אם נסתכל מראש, כאשר סיכון חד צדדי התממש, תהיה אחריות. הכוונה הינה למצב בו א' מסכן את ב' ו-ב' לא מסכן כלל (או פחות משמעותית) את א', לדוג' - טייס המטיס מטוס מסכן את התושבים על הקרקע בכך שהוא יכול להתרסק. הקהל כמובן לא מסכן את המטוס. על עצם הגברת סיכון כשלעצמה לא משלמים, אך אם הסיכון התממש – יש לשלם. **האשם מתמקד בכך שא' סיכן את ב' באופן חד-צדדי**. אם הסיכונים היו הדדיים – כל צד יישא בנזקיו, שניהם אשמים.

נניח שמשאית ואופנוע התנגשו. לפי פלטשר, מראש זה לא כוחות, מראש נניח כי אם ארעה התנגשות כזו, רוב הסיכויים שהנזק הגדול יותר יקרה לאופנוע ולרוכב האופנע. יש לבחון מה היו הסיכונים ההדדיים. לפי פלטשר, יש להטיל את האחריות על נהג המשאית, משום שהוא סיכן את נהג האופנוע יותר מאשר נהג האופנוע סיכן אותו. מנגד, הסיכונים ההדדיים מתייחסים, למשל, לתאונה בין שתי מכונות בערך באותה רמה. במקרה כזה, כל נהג יישא בנזקים להם גרם.

**צודק הוא לתקן, כאשר האדם יצר סיכון לא-הדדי, היינו כאשר הוא מסכן אדם אחר יותר מאשר הוא מסכן אותו, והסיכון עצמו התממש. החריג – אם הסיכונים היו הדדים מההתחלה, מראש, אך רגע לפני התאונה הפכו לבלתי הדדיים כתוצאה מהתנהגות של אחד הצדדים (חציית פס לבן), הסיכון ההדדי שהיה קיים הפך לסיכון חד-צדדי. מדובר על מצב בו מעשה של אדם הופך את הסיכון מהדדי ללא-הדדי. מנגד, אם הסיכונים הם הדדיים, כל צד יישא בנזק לו גרם, שני הצדדים אשמים.**

שתי המטרות הנ"ל, הפיצוי והצדק המתקן, מתמקדות בשני הצדדים הקונקרטיים (פיצוי בעיקר בנפגע, והצדק המתקן יותר בשני הצדדים גם יחד), ופונות לעבר- השבת המצב לקדמותו.

**קבוצת מטרות אינסטרומנטליות -** אלו הן מטרות המנסות "לתקן עולם", שימוש בדיני הנזיקין כמכשיר לעשיית צדק.

עוגת הרווחה המצרפית – לחברה/למדינה משאבים מוגבלים מסוימים, השמיכה תמיד קצרה, אין כסף להכל. זוהי העוגה, לחלשים יש פחות ולחזקים יותר. איך דיני הנזקין נכנסים לפה? מבחינה חלוקתית או מבחינת יעילות כלכלית. הצדק החלוקתי מנסה לחלק אחרת את העוגה, דרך דיני הנזיקין. הגישה הכלכלית, מנגד, המגולמת ע"י ההרתעה היעילה, מנסה להגדיל את העוגה. איך עושים זאת? ע"י הגעה למצב של מניעה, למשל – לגרום לפחות תאונות דרכים ולהקטין את החומרה שלהם (פחות פעילות של בתי חולים, פחות ימי מחלה). הגישה הכלכלית מנסה למנוע את התאונות ואף להקטין את ההשלכות הכלכליות שלהם, ואז ניתן יהא להפנות את הכספים לדברים אחרים.

1. צדק חלוקתי\מחלק – דן **בחלוקה אחרת של עוגת הרווחה המצרפית**. הגישה יוצאת מנקודת הנחה שיש עוגה מצרפית שלמה, ויש לחלק אותה במקרה של עוולה. נכון הוא שדיני נזיקין לא יכולים להזיז את הקו לגבי כל העוולות הנזיקיות לאמצע, אך בחלקה הקטנה של דיני הנזיקין יש מה לעשות. לדוג- הגישה הפמיניסטית היא תמיד גישה חלוקתית. אחת הפמיניסטיות היותר מודרניות נקראת **לאסלי בנדר**, הנותנת הצעות כיצד יש לנהוג בדיני הנזיקין, על מנת להאדיר את מעמד הנשים אל מול הגברים. היא מציגה גישה פמיניסטית חלוקתית מודרנית. המטרה איננה לתקן ספציפית, הצדק המחלק אינו מתמקד בצדדים הספציפיים, אלא מעניין אותו **המגזרים אליהם משתייכים הא' והב'**. הצדק החלק לא פונה אך ורק לצדדים הספציפיים, אלא נועד להשגת מטרה חברתית. לעניין **הצדק החלוקתי** **בוחנים מי החזק ומיהו החלש** **במקרה**.

נניח שגבר ואישה עם אותו ניסיון מתקבלים לאותו מקום עבודה, רוב הסיכויים שהגבר ירוויח משכורת גבוהה מהאישה, גם אם שניהם עובדים אותן שעות. האם תפקידו של דיני הנזיקין לתקן את המצב? למה לא דיני החוזים?

דיני הנזיקין לא יכולים להגיע למצב שיהיה שוויון הזדמנויות בעבודה. אך עדיין יש לו קצת כוח לשנות. דוגמא: פמיניזם בנזיקין, איך יש לנהוג בתוך דיני הנזיקין, כדי להעצים את מעמד הנשים מול הגברים. לא הצלחנו לסדר את המצב דרך דיני החוזים או דיני העבודה. נניח ששניהם עברו תאונה, עם אותם נזקים, הגבר יקבל פיצוי גבוה יותר כי המשכורת שלו גבוהה יותר. דיני הנזיקין יכולים לנסות לאזן קצת את התמונה. לצורך העניין נניח שהגבר מרוויח 10,000 והאישה מרוויחה 8,000. אם יהיו גבר ואישה בתאונה, הפיצוי שיקבלו הוא 9,000 שזה פשרה באמצע. הגברים יקבלו פחות מהמשכורת ואילו הנשים יקבלו יותר מהמשכורת החודשית. זוהי גישה פמיניסטית חלוקתית הגיונית. יש שיסכימו ויש שיתנגדו.

ניתן להגיד שגברים מפסידים כפליים מההחלטה הזאת של בנדר, לא רק שהם ניזוקו מהתאונה, אלא שהם יקבלו פיצוי שהוא פחות מהמשכורת החודשית. מי עוד יפסיד מההחלטה הזאת? אישה שהיא טובה במקצועה במידה מיוחדת, שמשתכרת כמו גבר. גם היא תקבל פיצוי פחות ממשכורתה. אישה כזאת תיפגע. איך תגיב בנדר? היא תומר שהמטרה הכללית היא ראויה דיה. נשים כאלה הן המיעוט ולכן נספוג את הנזק.

המרצה מציג בדוגמא לעיל ביקורת על בנדר, מכוח גישת הצדק המתקן – לא רק שגברים יפסידו, אלא גם הנשים יפסידו מעמדתה. הכוונה הינה לנשים המרוויחות יותר. בנדר, בתור אינסטרומנטליסטית, מעניין אותה "להזיז את הקו", על מנת לקדם את מעמד הנשים, ברגע שיהיו יותר נשים המרוויחות יותר, לא יהא עוד צורך בגישתה. הביקורת מציגה אפוא שהצדק החלוקתי יכול להתנגש עם הצדק המתקן.

* דוג' נוספת – **פ"ד רים אבו חנא** - ילדה בדואית מכפר בנגב ניזוקה קשה מתאונה, לא יכולה עוד לעבוד במשך ימיה. מגיע לה פיצוי בגין אבדן כושר השתכרות. כאשר לא ניתן לנבא ולכמת את כושר ההשתכרות, יש להעניק את השכר הממוצע במשק. הילדה תובעת את חברת הביטוח, האמורה לשלם לה את השכר הממוצע, מגיל 18 עד לגיל 60. חברת הביטוח טוענת – הסיכוי שלה להרוויח 8 אלף ₪ בתור אישה בדואית הוא אפסי, שכן מרבית הנשים הבדואיות לא עובדות. לכן, הם ממענים לשלם לה סכום זה, אלא משלמים 3 אלף ₪ בלבד. אי לכך, הילדה מערערת על החלטת חברת הביטוח. השופט ריבלין מציג את הכלל, לפי כאשר לא ניתן להעריך את כושר ההשתכרות, אם יש נתונים לחיוב, הולכים לחיוב, ולהיפך! לפי פסק הדין של ג'ון כהן, לכאורה, יש להעניק לה סכום נמוך יותר, כלומר חברת הביטוח עשו עמה חסד בכך שהסכימו לשלם לה את השכר הממוצע במשק. השופט ריבלין צריך להחליט לפי איזה מטרה הוא מכריע? על השופט ריבלין נחה הרוח של הצדק החלוקתי, הוא טוען כי יש כאן קבוצה המקופחת בד"כ בחברה, לכן דיני הנזיקין יכולים לאזן מעט. ריבלין מורה לחברה לשלם 8 אלף ₪. הדבר יגרום לכך שהפרמיות של כלל הציבור יעלו. גישתו של ריבלין הינה גישה חלוקתית אמתית. אין כאן סימטריה, ג'ון כהן מקבל יותר, וגם רימה מקבלת יותר, על אף שלכאורה הייתה אמורה לקבל פחות.
* **פ"ד מדינת ישראל נ' ג'ון כהן** – תייר בן 15 שהגיע לישראל ונפגע בטיול, תבע את החברה להגנת הטבע, שהייתה מוכנה לשלם לו את השכר הממוצע במשק. כהן ערער וטען כי יכול היה להרוויח יותר – מגיע ממשפחה עשירה, הוא בעל ציונים גבוהים. ביהמ"ש פסק על פיצויים גבוהים יותר.
* דוג' נוספת הינה כאשר נשים תובעות גבר המסרב לתת גט בנזיקין. הבעל הוא הבעל הכוח ויכול לא לתת לאישה גט ואז הוא גורם לה נזק. הכוונה הינה לחלוקה של כוח, ולא כסף. מדובר בסרבנות לחלק שליטה/כוח, ולא כסף. דיני הנזיקין מהווים צומת משמעותית לעניין סרבנות מעין זו.

1. הרתעה יעילה (יעילות כלכלית) – לא דוגלת בחלוקה אחרת את העוגה, אלא **בהגדלה של עוגת הרווחה המצרפית**. התנאי המקדמי (המשאבים מוגבלים) לא מאפשר זאת, אזי הדרך להגדיל את המשאבים, את העוגה, הינו **ע"י הקטנת ההוצאות**. הגישה הכלכלית בדיני הנזיקין, הרתעה יעילה, מנסה לחשוב קדימה לכוון של הרתעה, מניעה, ע"י כך שהיא חוסכת עלויות. **אם נתמרץ כלכלית אנשים/גורמים להפחית את התאונות או להקטין את הנזקים, ניתן יהא להגדיל את המשאבים**. מטילים את האחריות על המעביד, ניתן יהא לתמרץ אותו כלכלית, לכן ינקוט אמצעי זהירות. אם נצליח להוציא הוצאות למניעה, הפחותים מאשר לשלם על תאונה, הדבר עדיף.

מטרת ההרתעה היעילה היא למנוע, ככל שניתן, את התרחשות התאונות ולהקטין את ההשלכות הכלכליות שלהן, ולא לעשות צדק כלשהו בין הצדדים. **משתמשים בתביעה כמכשיר ליעילות כלכלית.** ישנה מטרה נעלה ומוסרית – לצמצם את כמות התאונות.

ההרתעה היעילה והצדק המתקן עשויות להתנגש לעיתים תכופות. הוויכוח בין התומכים בהרתעה יעילה לתומכים בצדק מתקן אינו יעיל, אף אחד לא ישתכנע מדברי האחר.

* פיזור נזק – יש הרואים בו כמטרה עצמאית. לגישתם, מטרת דיני הנזיקין הינה לפזר נזקים, שהנזק לא יישאר במקום בו הוא נפל. נניח ויש נזק של 100 אש"ח ויש מזיק שגרם. אם המזיק ישלם את הכול, מדובר בתיקון, אך הוא עלול ליפול, הוא עלול לא לעמוד בזה. גם אם יעמוד הזה, מדובר בעונש כבד. מצד שני, אם לא ישלם, הניזוק ייפול. לפי גישת פיזור הנזק, במקום שמזיק אחד ישלם את הכול, עדיף ש-100 אלף אנשים ישלמו 100 אש"ח (שקל כל אחד). זה אולי לא צודק במיוחד, אך זה הרבה יותר הגיוני מבחינת הפיזור, **הדבר מגדיל את הסיכוי לקבל את כספי הפיצויים.** מנגד, יש הרואים בפיזור הנזק כחלק ממטרת הפיצוי או מטרת הצדק המחלק, היינו פיזור הנזק כמכשיר להשגת המטרות האחרות.

דיני הנזיקין לא נועדו בהכרח בהכרח לפצות אדם שניזוק, המטרה לעיתים תהא שהנזק לא יישאר במקום שהוא נפל (בד"כ אצל הניזוק). למה? כי זה לא הוגן, לא כלכלי, ולעיתים הניזוק לא יעמוד בנזק. מצד שני, אם המזיקים ישלמו את כל הסכום, הנזק נופל על כתפיים של אדם אחד, ואנחנו לא רוצים שזה יקרה. אז יש האומרים שהמטרה של הנזיקין זה לפזר את הנזק.

דרכים לפיזור הנזק –

1. ביטוח – גוף פרטי המחלק את הנזק בין כולם. הביטוח אוסף מכולם פרמיות, עושים חוזים עם הביטוח, במסגרתו כל אחד ישלם לו את אותו הסכום (ביטוח חובה). לא תמיד כולם משלמים (למשל ביטוח דירה), אבל כשהמדינה מחליטה שכולם משלמים (כמו בביטוח חובה) אז זה מתחלק בין כולם. כל אחד קונה פרמיה/סיכון לכל דבר, **הפרמיות מכסות את הנזקים שיגרמו לאחרים** (כמובן שהדבר כולל גם הוצאות שוטפות של העסק ורווחים).

במסגרת הביטוח, אנו עדים לדילמה בין הטוענים שפיזור נזק הוא מטרה עצמאית, לשוללים זאת. למשל, מטרת פיצוי – אדם שנפגע באופנוע אמור לקבל כמה מיליונים של שקלים, הסיכוי שמי שפגע בו יוכל לשלם לו מיליונים הוא אפסי, לכן בעזרת פיזור הפיצוי, ניתן יהיה לתת לרוכב האופנוע את הכסף. ניתן לומר שפיזור הנזק הוא עצמאי, אך יש הטוענים כי הוא כלי למימוש המטרות.

1. העלאת מחיר המוצר – גם ביטוח הוא מוצר. מוצר שיכול להזיק – מכסחת דשא. נניח שהמחיר שלה הוא 2000. לייצר אותה עולה 1,000, הובלה אחסנה וכו' עולה עוד 700. אולם, יש גם תביעות של נזקים. **אם יהיו הרבה תביעות, יצטרכו להעלות את מחיר המוצר** **כדי להתמודד עם המחיר וההוצאות של התביעות, על מנת לשמור על הרווחים.** העלאת המחירים זה מעין **ביטוח פנימי**. כשאדם קונה מכסחת דשא, הוא משלם קצת יותר, על מנת שיהיה סל מסוים, שיוכל לשמש את הנפגעים העתידיים. בהרבה מאוד מקרים היצרן מבטח, בנוסף למחיר המוצר. הביטוח עולה כסף, והעלאת המחיר במוצרים משמש כדי לעשות ביטוח. יש לנו כאן שני מפזרי נזק ביחד. זה ממש כמו מנגנון של מיסוי. כמובן שאי אפשר להעלות את המחיר עד אין סוף כי יש פיקוח על המוצרים.

**פ"ד אתא נ' שוורץ** - עוולה מסוג מטרד (הדגמה של מטרות דיני הנזיקין) –

זאב שוורץ, אדם מבוגר, חי בסמיכות למפעל אתא. באיזשהו שלב, המפעל החל להרעיש. המפעל צבר הפסדים, לכן החליטו בעלי המפעל להעבירו לייצור של 24 שעות. אי-לכך, היה חשש (שנת 76) שהמכונות שיעבדו רצוף ישרפו ויחממו, לכן התקינו להם מאוורירי ענק. המאווררים עשו רעש רציני. שוורץ, שחי בשלום עם המפעל עד לאותה נקודה, החל לסבול. שוורץ פנה למפעל, שם ענו לו – "יהיה בסדר, אתה תתרגל", אך לא כך היה. שוורץ לוקח עורך דין, ומתחיל לאיים – שוורץ רצה שהרעש יפסיק, על הוא מאיים בצו מניעה. **מטרת הפיצוי לא נראית רלוונטית**, שוורץ לא מעוניין בפיצוי על העבר אלא הוא פונה אל העתיד, מעוניין בצו שיוביל להפסקת הרעש.

השיקול הכלכלי של המפעל – אם המפעל ייסוג מעבודה רציפה, הוא עשוי להיסגר בתוך שבועיים, אין ברירה אלא לעבוד 24 שעות ברציפות. הוצא לשוורץ סכום על מנת להשתיקו. שוורץ לא מעוניין בסכום, הוא לא מעוניין לקנות את הרעש, אלא מעוניין בהפסקת הרעש.

שוורץ מגיש עתירה לביהמ"ש המחוזי כנגד המפעל, בבקשה להוצאת צו מניעה. המדידות מראות שהרעש חורג ממה שסביר, כלומר, **יש מטרד**. **דיני הנזיקין הוא המעטפה שלנו, אך לכאורה אין מדובר במקרה נזיקי גרידא, אלא מדובר כאן במקרה השייך לדיני הקניין. יש כאן התנגשות בין מס' זכויות – הזכות לעיסוק (זכות קניינית של המפעל) מתנגש עם הזכות של אדם לחיות בשקט על אדמתו (גם זכות קניינית – שלווה בסיסית בקרקע הפרטית של אדם).**

הצו, משמעותו הוא ביטול בפועל של פעילות המפעל (למרות שמבקשים צו כנגד הרעש, ולא צו לסגור את המפעל). אי אפשר להוריד את הרעש מבלי להחזיר את המפעל לפעילות חלקית, והרי שפעילות חלקית של המפעל תוצאתה סגירה של המפעל תוך זמן קצר.

* הצדק המתקן - לפי המטרה השנייה של דיני הנזיקין, **הצדק המתקן**, אין לנו עניין במטרות חיצוניות לצדדים, אלא מתרכזים בצדדים בלבד, במזיק ובניזוק. להבחנה בין צו לפיצוי יש משמעות לעניין התיקון. לא בכל פעם שאדם מוטרד הוא יקבל צו. התיקון אינו תמיד פירושו פגיעה כה חמורה בקניין, אלא לעיתים התיקון יהא ע"י פיצוי. **אם נלך לצדק מתקן אז יתנו לשוורץ את צו המניעה**. **סעיף 74** לפקודת הנזיקין קובע שלא נותנים צו מניעה אם הוא מהווה **התעמרות בנתבע**. אם יינתן לשוורץ פיצויים, הדבר יוביל למצב אבסורדי - כל השכונה תתבע את המפעל, שיפשוט רגל.
* הרתעה יעילה - אם מסתכלים על מטרת **ההרתעה היעילה**, אזי שברגע שאנו סוגרים מפעל גדול שמעסיק עובדים רבים, אנו פוגעים כלכלית באותן עובדים ובבעלי המפעל. לעניין ההרתעה היעילה, אנו מסתכל על **ערכים חיצוניים**. צו מניעה כנגד מפעל פורה, שמשפחות רבות והמדינה עצמה נהנית מימנו, **יקטין את עוגת הרווחה המצרפית**, ולא יגדיל אותה. ייווצר **תמריץ שלילי לפעולות יזמות של הקמת** מפעלים, והרי שהמדינה מעוניינת לעודד פעולות כאלו. אי לכך, **אין מדובר בפעולה יעילה,** אם נסגור מפעל ששווה מיליונים ונגרום לאבטלה גדולה, עבור מניעת פגיעה עתידית בשל רעש של אנשים, אנו לא מקיימים את מטרת ההרתעה.
* הצדקת החלוקתי - לעניין **הצדק החלוקתי**, **המסתכל על המגזרים השונים בחברה**, **בוחנים מי החזק ומיהו החלש** (המפעל החזק מול הפרט הקטן, שוורץ). המפעל הגדול מטריד את שוורץ. מהכוון של הצדק החלוקתי, **אם יינתן צו מניעה, נגדיל באופן משמעותי את כוחו של החלש אל מול החזק**, נותנים לחזק נוק-אאוט, הדבר יישרת את השגת מטרת הצדק החלוקתי. הצדק החלוקתי מאפשר הענקת צו מניעה, גם אם יש תהיות לגבי מטרות אחרות (רואים שיש **מחלוקת גם בתוך גושי המטרות, בין המטרות האינסטרומנטליות** – לפי ההרתעה היעילה לא יינתן צו מניעה, ולפי הצדק החלוקתי יינתן צו מניעה).

הצדק החלוקתי לא מסתכל רק על שני הצדדים, אלא הוא **מאפשר לחפש צדדים נוספים שנפגעים בתוך עוגת הרווחה המצרפית**. **צד שלישי** לסכסוך יכול להיות העובדים של המפעל, המדינה, יתר התושבים (גורל וערך הדירות). ניתן להעלות אפוא שאלה קניינית חשובה – "מי היה קודם?", במקרה דנן המפעל היה קודם.

ביהמ"ש המחוזי נעתר לבקשתו של שוורץ ומוציא צו מניעה למפעל. המפעל מערער לביהמ"ש העליון. השופט שמגר **מתחבט מאוד בין מטרות 2 ו-4**, הוא כלל לא מתייחס למטרה 3. **השופט שמגר מחליט לאשר את צו המניעה**. ההחלטה קובעת בפועל שהמפעל עתיד להיסגר. **ביהמ"ש פוסק שאם המפעל לא יוריד תוך תקופה מסוימת את הרעש, צו המניעה יכנס לתוקף.**

החברה לא התייאשה, חשבה על פתרון מחוץ לדיני הנזיקין, מהכוון של דיני הקניין. עורך הדין של המפעל הגיש בקשה לשר האוצר להפעיל סמכות מנהלית הקיימת לו ע"פ דיני הקניין **ולהפקיע את הבית של שוורץ**. שר האוצר החליט להפקיע את הבית של שוורץ. שוורץ מקבל מההפקעה סכום נמוך מההצעה הראשונה של המפעל.

שוורץ, מנגד, תובע את המדינה, הוא מגיש בג"ץ כנגד שר האוצר. הטענה המרכזית – אין זה מקרה המתאים להפקעה, שר האוצר חרג מסמכותו, כלל אין צורך בהלאמת הבית. **הבג"ץ נדחה. המפעל ממשיך לעמוד ושוורץ מקבל את סכום ההפקעה, הנמוך מהסכום הראשוני שהוצע לו ע"י המפעל.**

* **רונלד קוז** כתב בשנות ה-80 מאמר, שנחשב כבסיס הראשוני לניתוח הכלכלי של המשפט. קוז עשה מהפכה, לפי קוז, **הצדק המתקן וההרתעה היעילה תואמות זו את זו**, הן אינן מתנגשות. שוורץ איננו המסכן והמפעל איננו החזק הפוגע בזכות הקניינית. אם המחשבה היא כלכלית, יש לחשוב כי **יש שתי זכויות המתנגשות**, **יש ללכת לפי** **נק' מבט אובייקטיבית לגמרי – המפעל מזיק לשוורץ, אך גם שוורץ מזיק למפעל** (ע"י עצם הבקשה שלו לצו מניעה). יש פה עניין כלכלי, שני הצדדים מזיקים כלפי השני, **לשניהם קיימת זכות העלולה להינזק כתוצאה מההתנגשות בין האינטרסים**, יש לאפשר לצדדים להתדיין בעצמם, המשפט עשוי להפריע ועל כן אל לו להתערב במו"מ בין הצדדים. **לפי קוז, בהרבה מאוד מקרים הצדדים, אם הצדדים יכנסו למו"מ רציני (כשלא יודעים למי העדיפות), לא יהא צורך בהתערבות משפטית**. **מבחינה כלכלית, אין זה יעלי לסגור את המפעל עבור שוורץ. אי לכך, יש לקיים מו"מ.** נתן יהא להגיע לפתרון דרך המו"מ, כשהפתרון לא תמיד יהיה שחור או לבן, אלא לפעמים אפור, היינו פתרון ביניים (ולא סגירה או דחייה מלאה).

בתחילה, המאמר נחשב כפורץ דרך, מושיע כלכלי הרלוונטי גם לדיני הנזיקין. לאחר מיכן רבו המתנגדים לגישתו של קוז. אולם, באופן כללי, הגישה הכלכלית מתחילה לצמוח. בעקבות פסק דין זה, קמו משפטנים וטענו שקוז צדק.

* האם יש רגליים לטענה, לפיה השופט שמגר רומז לאתא מה לעשות?

המשך המאמר – מציע פתרון למצב בו המטרות מתנגשות:

1. הגישות המוניסטיות – דבקות במטרה ספציפית.
2. הגישות פלורליסטיות – יש להכניס לקלחת את כל המטרות. גישות פלורליסטיות שונות מעניקות פתרונות שונים לעניין ההתנגשות בין המטרות. בחלק האחרון של המאמר, יש סקירה של מס' מקרים, אותם המרצה פותר לפי גישתו. הצעה – לקחת את כל המקרים, לקרוא אותם יחד עם הניתוח של ארבע המטרות על כל מקרה ומקרה.

**משטרי אחריות – מהי עוולה?**

**משטרי אחריות – כל מיני צורות חשיבה למחבר בין א' לב'?** מה הרציונל מאחורי הקביעה מתי ב' יחויב לשלם לא', ומתי לא? איך מחליטים שא' חייב משהו כלפי ב', ואם הוא הזיק לו הוא הפר את החובה? מה מחבר בין א' לב'? התשובה הטריוויאלית – חוזה, אך אין היא תשובה מלאה, שכן לא תמיד יש חוזה בין המזיק לניזוק. **דיני החוזים הם, בהרבה מקרים, מהווים בסיס לסוגי האחריות בנזיקין. מה עומד מאחורי האחריות הנזיקית, מה קובע אותה?**

השאלה, במילים אחרות, היא איזה מעשה נחשב כעוולה? **מהי עוולה**?

דף עבודה מס' 1 - שאלה 2, דנה בתפיסת חניה, כשנטען כי גרמה לנזק. לפי האינטואיציה, ביהמ"ש לא יקבל תביעה זו, מדוע? שאלה 3 דנה בתחרות בין בתי עסק – פתיחת חנות למכשירי כתיבה בסמוך לחנות קיימת של מכשירי כתיבה. יש כאן נזק, אותנו ניתן לאמוד מבחינה כספית. האם ביהמ"ש יקבל את התביעה? כנראה שלא, כל עוד התחרות לגיטימית, ביהמ"ש יטען כי זה ראוי לעודד תחרות בחברה. בשני המקרים לעיל, יש נזק, אכן לא ניתן לתבוע.

מה מבסס את הקשר הנזיקי? אילו התנהגויות פסולות מבחינה נזיקית ואילו לא? **מה הרציונל לתביעות הנזיקיות?** העניין נדון בפרשה בבית הלורדים בשנת 1932, **donogue v Stevenson**.

שתי גברות הולכות לפאב, אחת מהן קונה בקבוק בירה ושותה מימנו ונותנת לחברה שלה לשתות. החברה רואה חילזון בבירה. הגברת מגישה תביעה, היא תובעת כסף מיוצר הבירה, ממבשלת השכר, על הנזק שקרה לה. **היצרן טוען כי הוא אינו מכיר אותה, הוא לא חייב כלום כלפיה, משום שהיא לא זו שקנתה את הבירה.** דיני החוזים הם בסיס לאחריות הנזיקית, אם היא לא קנתה את הבירה, אין חוזה, ולא ניתן לתבוע. **בית הלורדים לא מקבל טענה זו, החוזה אינו תנאי הכרחי, הוא אינו המבחן היחידי לאחריות הנזיקית.** בית הלורדים לוקח את מקרה החילזון כמקרה מבחן, ושואל עצמו – **מה מחבר את א' לב', כך שב' אחראי כלפי א' מבחינה נזיקית?** לעניין המבחן החוזי, אין כל בעיה, אך מהו המבחן הפוזיטיבי לקביעה מה המחבר בין המזיק לניזוק? בבית הלורדים לא מוצאים תשובה.

* לפני 24 שנה, בשנת 88, מצאו עכבר בשקית חלב של תנובה. פנו לדובר תנובה, שאמר: כניסת העכבר לשקית החלב בתהליך הייצור בלתי אפשרית. לאחר 20 שנה, נמצא בשקית חלב של תנובה עכבר. דובר תנובה שוב טען את אותה הטענה. כיצד ניתן להשליך את המקרה של תנובה על המקרה דנן? האם ניתן לטעון כי אין זה אפשרי שהחילזון הגיע לתוך הבקבוק?

בית הלורדים ישב על המדוכה ולא מוצא פתרון. בית הלורדים החילוני, שמחויב לפסוק במקרה דנן, פונה לתנ"ך – "**ואהבת לרעך כמוך**", זהו הפתרון לחיבור בין א' לב'. מכיוון שצריך **לאהוב את רעך כמו שאתה אוהב את עצמך, לא ניתן לגרום לאחר דברים המזיקים לו.** כשמסתכלים על זה בעיניים של ימנו, נראה כי מדובר בפתרון קל ופשטני למדי, המבחן לא תמיד יפתור את הסוגיה (לדוג' – מקרה החניה).

כשהסוגיה מגיע לבתי המשפט בישראל, כ-70 שנה מאוחר יותר, לביהמ"ש בישראל יש תשובה אחרת. **פ"ד אמין** (רשלנות יכול שתהא במחדל + קבלת תביעה נזיקית בגין בהזנחה רגשית) - הילדים של משפחת אמין תובעים את אבא שלהם בסך של מיליון ₪. למשפחה נולדו 3 ילדים, לאחר ילדת הבת, השלישית, האם נכנסה לדיכאון והתאבדה. האב נותר אלמן, הוא מגיע לשירותי הרווחה וטען כי הוא לא מסוגל לטפל בהם, לא רק מבחינה כספית. הילדים לא גדלים בצורה ישרה, שניים מתוכם לא מתגייסים בשל אי-התאמה, השלישי מתגייס אך נכנס לכלא. אחד מהם מובטל, השני מבודד חברתית, הבת מתחתנת, יולדת 6 ילדים כש-5 מהם נשלחים לאימוץ. מסתבר, שלאחר שנה וחצי מאז שנטש האב, הוא הכיר מישהי גרושה עם ילדים והם החליטו להתחתן. לפי פ"ד, אותה אישה הסכימה להתחתן בתנאי אחד – שהם מתנקים את הקשר עם ילדיהם הקודמים לחלוטין. הילדים מתארים שהם ניסו להתקשר לאב וליצור עמו קשר, אך הוא לא ענה להם, לא נתן להם להתקרב אליו. הילדים החליטו לתבוע את האב ע"ס מיליון ₪. נמצא כי תביעה אחת נזיקית שכזו הוגשה בעבר בארה"ב, ע"י 6 בנות יתומות שתבעו את אימם שנטשה אותן. התביעה נדחתה ברוב דעות.

בניגוד לכך, תביעת ילדי אמין מתקבלת ע"י ביהמ"ש העליון. **השופט אנגלרד מקבל עילה חדשה – הזנחה רגשית.** האב מתגונן בטענה שהיה במצב נפשי מאוד קשה לאחר ההתאבדות של אשתו. בנוסף, הוא טוען שאם תתקבל התביעה, המשפט מחייב אותו בפועל לאהוב את ילדיו, ולגישתו לא ניתן לחייב אותו לאהוב את ילדיו. בפ"ד סטיבנסון הסתמכו על אהבת הזולת, אך בפ"ד אמין, האב נוקט קו הגנה אמיץ – אי אפשר לחייבו לאהוב, המשפט לא יכול להיכנס לרגש, לאהבה, לא ניתן להעניש אדם על היעדר אהבה. כל זאת, בניגוד לקונספציה של פ"ד סטיבנסון- **המשפט לא יכול לצוות על אהבה**. טענתו של האב הינה טענה חזקה למדי.

* **פסק דין זה הכיר לראשונה בתביעה נזיקית בגין הזנחה רגשית, תחת החסות של עוולת הרשלנות (הזנחה רגשית מהווה רשלנות במחדל).**

**פ"ד קונטרם** – לא מדובר בפסק דין נזיקי. השופט חשין מציג גישה שונה מהגישה האנגלית, מציג רציונל שונה לאחריות של א' לב', מאשר "אהבת לרעך כמוך". חשין טוען כי המשפט "ואהבת לרעך כמוך" איננו סטנדרט ארצי, לא ניתן לקחת משפט חילוני ולבנות אותו על המשפט "ואהבת לרעך כמוך", האהבה הינה מחוץ למשפט. **"ואהבת לרעך כמוך" היא מדרגה שניה בפירמידה של משפט דתי**, חלק זה קיים אך ורק במשפט דתי, ולא במשפט החילוני. **במדרגה העליונה ניצב החסד, שהוא מעל לדין**, כלומר מעבר למה שצריך. המדרגה התחתונה, שהיא מתחת ליתר המדרגות והרחבה שביניהן, משותפת גם לדין הדתי וגם לחילוני. מדובר בכלל ארצי – **"מה ששנוא עלייך אל תעשה לחבריך"** (הלל הזקן – "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך, ואידך זיל גמור"), זהו הבסיס. הילל מסביר, **שהחיבור בין א' לב' מבוסס על כך שא' מחויב לא לשנוא את ב'**, התשובה היא במעשים. **מהכוון הנזיקי, משטר האחריות - האדם צריך להימנע מלהזיק לשני, כמו שלא היה רוצה שיזיקו לו – על האדם להימנע מלהזיק לאחר, כפי שהיה רוצה שימנעו מלהזיק לו.** חשין הוריד את הסטנדרט באופן משמעותי, גם שנאה היא אומנם רגש, אך **בודקים את המעשים של האדם**, מתמקדים במעשים, אסור לאדם לעשות לאחר מעשים המבטאים שנאה.

ומכאן, תשובת ביהמ"ש **בפ"ד אמין** – ביהמ"ש לא מחייב אדם לאהוב את ילדיו, אלא **ביהמ"ש יחייב את האב לעשות את המעשים המינימליים שאב צריך לעשות עבור ילדיו**. החידושים של פסק דין זה:

1. האב שילם על **ההזנחה רגשית**, בגין מעשים שאבא צריך לעשות עבור ילדיו (לתקשר עימם בצורה מינימלי). כאשר האב לא עשה זאת, מדובר בעוולה של– **רשלנות במחדל**. הורה חייב לשמור על קשר מינימלי עם ילדיו, אחרת מדובר ברשלנות במחדל.
2. להורה יש חובה כלפי הילדים שלו, אפילו אם הם לא בהחזקתו ובמשמרתו.
3. **רשלנות חלה גם במעשה מכוון** - במשפט האנגלי, מנגד, יש חלוקה בין עוולות מכוונות ללא-מכוונות, היינו יש חשיבות ליסוד הנפשי. בישראל, לעומת זאת, אין חלוקה בין עוולות מכוונות ללא-מכוונות, ברוב העוולות אין חשיבות ליסוד הנפשי. רק עוולה אחת דורשת הוכחת כוונה – תקיפה.

**מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך**

**חסד**

**ואהבת לרעך כמוך**

משטר האחריות של השופט חשין – "**מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך", אותו הוא מתרגם להימנעות מלהזיק לאחר.** חשין מוריד את הסטנדרט לאחריות הנזיקית, אך אין זה מספיק, יש להגיע לרציונל מדויק יותר. יש בעיה מבחינת נק' המבט של "מה ששנוא עלייך אל תעשה לחברך", משום שהיא **רחבה מידי**. היא לא מסננן עבורנו מקרים כמו שאלה 2 ו-3 לעיל.

**להבדיל ממטרות דיני הנזיקין, אומנם יש לנו מס' רציונלים שונים לעוולות, מס' משטרי אחריות, אך אין הם מתחרים זה בזה. ישנם חוקים שנשענים על משטר מסוים וחוקים הנשענים על משטר אחר.**

משטרי האחריות (הרציונלים שבהיתקיימם אנו מבינים מהי עוולה?) –

1. אשם/רשלנות (לא עוולת הרשלנות, אלא משטר של רשלנות) – הכלל הוא **שאדם אחראי רק בגין אשמה שלו**, היינו רק כאשר הוא אשם. השאלה – מתי קובעים כי אדם אשם? מהו המבחן לאשם? במשטר זה אנו מסתכלים רק על המזיק ועל אשמתו.

יש כל מיני שיטות לבחינת הרשלנות. יש צורך בנוסחה, לפיה ניתן יהא לקבוע מתי אדם התרשל ומתי לא. נק' המבט המוסכמת ביותר (הדומיננטית) היא **הגישה הכלכלית לרשלנות.** איך מונעים נזקים מראש? איך ניתן להגדיל את עוגת הרווחה המצרפית? ישנן גישות כלכליות שונות, המסכימות כי המטרה המרכזית היא למנוע תאונות/אירועים נזיקיים, אך יש מחלוקת לעניין ה"איך". גישה כלכלית אחת נקשרת למשטר האשם וגישה כלכלית שניה למשטר השוקל הטוב. מדובר בשתי גישות הבאות לידי ביטוי במשטרים שונים – שני פתרונות כלכליים יעילים שונים, החולקים לעניין ה"איך".

הגישה הכלכלית הדבקה במשטר אחריות של אשם – גישה כלכלית המשתמשת במשטר אחריות של אשם, על מנת להשיג את המטרה הכלכלית. זאת, ע"י **נוסחת הנד**. **הבסיס של לרנד הנד הוא כלכלי. יש למצוא את האיזון בין הוצאות המניעה מול תוחלת הנזק**. **לנוסחה 2 אברים: בודקים את הוצאות המניעה של הנזק (מה המזיק היה צריך להוציא לצורך מניעת הנזק) מול תוחלת הנזק, שהיא מכפלת הסתברות התרחשות הנזק ושיעור הנזק הממוצע.**

דוג'- תנועת הצופים יוצאת לכל מיני פעילויות חוץ (10 פעילויות בשנה). חלק מהפעילויות הינן באזורים מרוחקים וחלקן באזורים קרובים. בכל חודש – פעילות אחת בממוצע בסניף. נניח ויש נתונים, לפיהם ב-1 מתוך 10 טיולים קורה איזשהו נזק, אירוע נזיקי המחייב פיצוי (נזקים קשים וקלים). נניח וקרה נזק שכזה, והמשפחה תובעת פיצוי מתנועת הצופים. נניח שהטענה הינה כי **תנועת הצופים התרשלה** – הילד נפל ונפתחה לו הרגל, אך **לא היה תיק עזרה ראשונה**. יטען כי התנועה אחראית לכך שיהיה תיק עזרה ראשונה לאורך הטיול.

**הוצאות המניעה של הנזק** - נניח שתיק עזרה ראשונה עולה 500 ₪. טענת התובע – לו תנועת הצופים הייתה קונה תיק עזרה ראשונה בסך 500 ₪, הנזק הקשה היה נמנע, הוצאות התאונה היו קטנות יותר (הנזק כשלעצמו לא היה נמנע, אלא החמרת הנזק יכול והייתה נמנעת). אולם, הוצאות המניעה אינם 500. נניח שעל תיק העזרה הראשונה היה כתוב שהתפוגה שלו היא לשנה. אי לכך, כל שנה התנועה מחויבת להחליף תיק עזרה ראשונה – הוצאת המניעה הם 500 ₪ כל שנה (תיק העזרה ראשונה מחזיק ל-10 אירועים). איך מכמתים את האירוע הבודד? 50 ₪. לא מבקשים מהתנועה שתשקיע 500 למניעת הנזק, אלא **50** למניעת הנזק הספציפי שארע.

**תוחלת הנזק** – הסתברות התרחשות הנזק הינה 1 ל-10, כלומר **0.1** - ההסתברות של התרחשות הנזק בטיול הוא 10 אחוז. שיעור הנזק הממוצע – פונים לחברת ביטוח ומבקשים נתונים, ומבצעים ממוצע. נניח, לצורך העניין, שהנזק הממוצע הוא **1000**. תוצאת המכפלה הינה **100**.

נוסחת הנד – הוצאות המניעה תוחלת הנזק

שיעור הנזק X הסתברות התרחשות הנזק

בדוגמא שלנו (לטיול אחד) : **50** **100** (1,000 X 0.1)

**הוצאות המניעה קטנים מתוחלת הנזק. מבחינה כלכלית, עדיף היה לתנועת הצופים להשקיע ולרכוש את תיק העזרה, על מנת למנוע את הנזק העתידי, שהוא גדול יותר.** אדם סביר, היה עדיף לו מבחינה כלכלית להוציא 50, על מנת למנוע הוצאה של 100. לו השקיעה התנועה את הסכום האמור, לא ניתן היה לתבוע אותה, לפי הגישה הכלכלית. אולם, אם לא רכשה היא את תיק העזרה הראשונה (או סתם שכחה/לא רצתה לקחת), וקרה נזק (לא משנה של כמה), היא תהיה מחויבת לשלם.

**אדם יהא רשלן, כאשר היה עליו להוציא פחות לשם מניעת הנזק, מאשר תוחלת הנזק, והוא לא עשה זאת (כשהוצאות המניעה נמוכות מתוחלת הנזק, והוא בחר שלא להוציאם). מנגד, אם היה על אדם להוציא יותר לשם מניעת הנזק מאשר תוחלת הנזק, והוא לא עשה כן, אין הוא נחשב כרשלן.** לפי הגישה הכלכלית, לא יעזור לאדם, אם הוציא חלק מעלויות מניעת הנזק.

* אם תיק עזרה עולה 5000, הוצאות המניעה יהיו 500 ₪. במקרה שכזה, לפי הגישה הכלכלית, אדם כלכלי לא מחויב להוציא 500, כדי למנוע 100. הוא לא ישקיע 500, שכן אין זה כדאי מבחינה כלכלית עבורו. הוא יחכה להתרחשות הנזק, וישלם באם תוכח רשלנותו. **לפי הגישה הכלכלית, כל עוד הוצאות המניעה גבוהות מתחולת הנזק, אין המזיק הפוטנציאלי מחויב להוציא את הסכום האמור לשם מניעת הנזק העתידי.** הדבר לא נשמע צודק, זוהי טענתם המרכזית של תומכי הצדק המתקן כנגד הגישה הכלכלית.
* **פ"ד חמד** – תביעת אינתיפאדה. בפ"ד זה, מתואר מצב בו חיילי מג"ב נקלעים להפרעות סדר והם יורים כדורי גומי. אותו פלסטיני שפוגעים בו תובע את המדינה והצבא ועולה שאלה חשובה - האם למדינה יש חסינות? מתעוררת מחלוקת בין השופטים ברק וריבלין לגבי השאלה, האם נוסחת הנד היא מוסרית ומתאימה? האם האדם הסביר לפיו בוחנים הוא רק כלכלי, או לא? **לפי ברק**, האדם הוא לא רק כלכלי, בוחנים גם צדק, הגינות ומוסר. השופט ברק הציג את מבחן איזון האינטרסים - זהו מבחן רחב יותר, שלא מתמקד רק במזיק. אנו מכניסים שחקן שלישי לתמונה - החברה. מה החברה מרוויחה או מפסידה מהמקרה? **מבחן איזון האינטרסים אותו מציע ברק, מנסה לאזן בין המזיק, הניזוק והחברה.**  **ריבלין** טוען, מנגד, שכל השיקולים (גם המוסריים) כלולים כבר בנוסחתו של הנד (ריבלין מגדיל את היקף הנוסחה).
* מה קורה במקרה של איזון בין שני הצדדים? בדרך כלל לא מגיעים למצב כזה, החישוב הוא לא מדויק. יש להתחשב בנוסחה של לרנד הנד בחישובים כלכלים, אך יש להתחשב גם בדברים נוספים. ככלל, אנו מחפשים את **נק' האיזון**, חייבים לשים איזשהו קו. אי אפשר לקיים עולם, בו האנשים משקיעים את כל מה שיש להם למניעת כל הנזקים הפוטנציאליים. זוהי עמדתו של הנד. לא ניתן להשקיע בלי סוף למען מניעת נזקים. נק' החיתוך בעניינו הוא 100.
* **פוזנר** שכלל את הנוסחה, והוסיף בשנות ה-70 את **האשם התורם - מסתכלים גם הניזוק מבחינה כלכלית, ולא רק על המזיק.** לפעמים, גם כלפי המזיק אין אנו בודקים נתונים כלכליים, אלא בוחנים אילו נטלים היה עליו לעשות כדי למנוע את הנזק.
* למה לא מכשירים מצב בו אדם מוציא הוצאות מניעה חלקיות? למה לא להטיל פיצוי חלקי? את הניזוק לא מעניין שהמזיק הוציא הוצאות חלקיות, הוא מעוניין בפיצוי מלא. נק' מבט נוספת – אפקט התנהגותי מצטבר – האנשים ישקיעו פחות ופחות, עד להשקעה אפסית. כאשר מחייבם את האדם להשקיע את מלוא הוצאות המניעה, זהו חיוב יותר נחרץ (הכול או כלום).
* ביקורת על הנוסחה - חלק מהמלומדים סבורים, שהנוסחה טובה רק כאשר מדובר בגופים שסביר להניח שינהלו סיכונים (גופים עסקיים ומחושבים). אני יכול לצפות שהצופים, חברת סלולר וחברת הביטוח ינהלו סיכונים. האם ניתן לצפות מאדם פרטי לנהל סיכונים?
* אחת הביקורות על נוסחת לרנד הנד היא שהיא לא מסתכלת באמת על האינטרס של הניזוק ולא על האינטרס הציבורי. התומכים בנוסחה סוברים כי עוגת הרווחה המצרפית גדלה, כיצד? למנוע תאונות או להפחית את ההוצאות, ואם נצליח לעשות זאת נגדיל את הרווחה המצרפית הכוללת – ומתוך כך תיטיב עם כל הציבור. אדם שכתוצאה מתאונה אדם נשאר בבית וניזוק, לא מקבל משכורת, מישהו אחר משלם לו את המשכורת. גם מקום העבודה סובל. ברגע שהתאונות וההוצאות פוחתות ונחסכות, אפשר להשקיע את הכסף לדברים אחרים, לפיתוח של החברה. כל הגישה הכלכלית, טוענים התומכים, מטרתה חברתית. הפרטים הקטנים הם "שחקנים" במשחק גדול הרבה יותר, לקידום הכלכלה והחברה. מנגד, יטענו נושאי הדגל של האידיאולוגיה הערכית, אם אין עניין כלכלי, לא תנקוט באמצעי זהירות? המחלוקת, למעשה, היא בין **הגישה המניעתית (EX-ANTE) כלכלית** –**הרתעתית**, השמה דגש על התוצאה (מסתכלת קדימה), **לגישה המוסרית ((EX-POS**, המסתכלת אחורה, אל העבר, מחפשת צדק מתקן. לפי נוסחת לרנד הנד, יש להתייחס לאדם כמו שהיית רוצה שיתייחסו אליך. רוב האנשים, על עצמם היו מסכימים להוציא קצת כדי למנוע נזק גדול.
* דוג' נוספת – בריכת שחייה, כשבאזור ליד הבריכה יש מרצפות, שאנשים מחליקים עליו. יש כל מיני אמצעי זהירות לשם מניעת ההחלקה. הדבר יכול ויהיה תלוי במקום ובזמן. 1 ביולי – יום מועד לפורענות. הילד רץ לבריכה ומחליק, שובר את הרגל. נניח והם תובעים את בעל הבריכה וטוענים שהוא התרשל. נניח ואין לנו נתונים מספריים, איך נבחן לפי נוסחת הנד? (צחי קרן כתב מאמר על השאלה – האם השופטים בישראל פוסקים לפי לרנד הנד?) **מה הן ההוצאות המניעה ההגיוניות שבעל בריכה סביר צריך להוציא?** **מהם אמצעי המניעה?** ראשית, צריך להיות מציל בבריכה. כמה מצילים? שנית, שלטים בהם כתוב – "אסור לרוץ" (אמצעי מניעה המוגבל בהיקפו). שלישית, העברת הבריכה שדשא, במקום מרצפות. רביעית, לשים משטחים נגד החלקה. חמישית, איש תחזוקה שתפקידו יהא לנגב את המרצפות. כל האמצעים לא מונעים כשלעצמם לחלוטין את התרחשות הנזק. יטען שבעל הבריכה צריך היה **לצפות** כי בתאריך הנ"ל יהיו יותר ילדים בבריכה, לכן היה עליו לנקוט משנה זהירות. **הסתברות התרחשות הנזק גבוהה מאוד.**

מבחינתו של עורך הדין של המשפחה, במסגרת בחינת הוצאות המניעה, הוא צריך לבחור את האמצעים שהם הכי יעילים וטובים שיש, אך גם הכי זולים שיש. **החוכמה היא לחפש את האמצעי הזול, שיהא הכי יעיל.** הוא יטען, במקום להציג מעין "רשימת מכולת", שבאמצעי מניעה כה זול, ניתן היה למנוע את הנזק הגדול, ובעל הבריכה לא עשה זאת. בדרך זו, יפעל ויקיים את נוסחת הנד.

1. אשם/רשלנות + אשם תורם – זהו פיתוח של המשטר הראשון, גם אם אדם אשם, בוחנים את האשם של הניזוק – האם הניזוק אשם כלפי עצמו. **לצד בחינת אשמו של המזיק, בוחנים גם את אשמו של הניזוק**. במדינת ישראל, זהו המשטר הדומיננטי ביותר, זה המשטר על פיו הולכים.

בארה"ב, בעבר, מתוך הרציונל של ניקיון כפיים, דוק' האשם התורם הייתה מוחלטת – אם חל אשם תורם, אין כל פיצוי – דחייה מוחלטת של התביעה. כיום, ברוב המדינות בארה"ב האשם התורם הוא, כמו בישראל, חלקי (מופיע **ס' 68 לפקודת הנזיקין**). משטר אחריות זה הוא השולט כיום ברוב מדינות העולם. גם בישראל זהו משטר האחריות הדומיננטי.

1. אחריות מוגברת/חמורה – זוהי **אחריות מוחלטת עם נגיעות של אשם.** משטר זה קרוב יותר למשטר האחריות המוחלטת. המשטר הוא אחריות מוחלטת, אך במקרים מסוימים תהיה משמעות לאשם.

**סעיף 41א' לפקודת הנזיקין (היזק ע"י כלב) –** "בתובענה בשל נזק לגוף שנגרם על ידי כלב, חייב בעליו של הכלב או מי שמחזיק בכלב דרך קבע לפצות את הניזוק, **ואין נפקא מינה אם הייתה או לא הייתה התרשלות מצדו של הבעלים**". כלומר, מדובר באחריות מוחלטת, אך **בסעיף 41ב'** יש 3 הגנות, יש הגנות של **אשם תורם של הניזוק, נגיעות של אשם**. ניתן לתבוע בלי לבחון את האשם, פרט להגנות שבס' 41ב'-

1. התגרות של הניזוק בכלב.
2. תקיפת הניזוק של הבעלים את בן זוגו, הורו או ילדו.
3. הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים.

לכאורה, מדובר באשם תורם מוחלט, שכן הדבר יוביל לדחיית התביעה לחלוטין. אולם, אין מדובר באשם תורם מוחלט, כמו בארה"ב. רק ב-3 המקרים הללו לא תהא הגנה. במסגרתו של סעיף 41א', המחוקק פתח מסלול "מהיר" לאדם הניזוק מכלב: יש להוכיח שמדובר בכלב, שקיים נזק גוף, ולמצוא את בעליו של הכלב (אין צורך להוכיח את היסודות של עוולת הרשלנות, ולהשתמש בנוסחת הנד). כל זאת, פרט לשלושת המקרים המנויים בס' 41ב', שבהיתקיימם ישנה הגנה מוחלטת מפני תביעה מכוח סעיף 41א'. במקרים המצוינים בסעיף 41ב' אמנם לא ניתן לתבוע בגין האחריות המוחלטת, אך מכוח שמירת הדינים, **סעיף 41ג'** – **שמירת הדינים** (קיים גם בחוק אחריות למוצרים פגומים – סעיף 10), ניתן להשתמש ביתר דיני הנזיקין המבוססים על הוכחת אשם. למשל, לתבוע על סמך עוולת הרשלנות. כלומר, הסעיף שומר לאדם את האפשרות לתבוע על פי רשלנות, אין הוא מרע איתו.

בניגוד לחוק האחריות למוצרים פגומים, במסגרתו מפחיתים את סכום הפיצויים אם התקיימו ההגנות שבסעיף 4, לעניין ההיזק ע"י כלב יש הסדר שונה – מכוח סעיף 42ב', כלל לא ניתן לתבוע.

**דף עבודה מס' 2 – תקיפה ע"י כלב**

1. **כתב התביעה** - תמיד נתחיל ב-מי תובע את מי? יואב תובע את ציפי, הבעלים של הכלב. לפי איזה חוק ואיזה סעיף? (מכוח מה הוא תובע?) לפי סעיף 41א' לפקודת הנזיקין. מציינים שם העוולה – היזק ע"י כלב. הנזק - יואב טוען כי נגרמו לו נזקי גוף. אילו נזקי גוף? נחבל, נזקק לתפרים. אין צורך לדון בהתרשלות, אנו נמצאים במשטר 3, של אחריות מוגברת. פועלים לפי "המסלול המהיר" של סעיף 41א'.

היסוד הראשון - נזק גוף.

היסוד השני - נגרם ע"י כלב (לא ע"י חיה אחרת).

היסוד השלישי - מפצה: הבעלים של הכלב (בעלי הכלב, או מי שמחזיק בו בדרך קבע).

**כתב ההגנה** – "ציפי תטען ש...". ציפי יכולה לטעון 2 דברים –

1. קעקוע יסודות התביעה - להוכיח כי אחד מיסודותיו של 41א' לא מתקיים (תקעקע את יסודות התביעה). בענייננו, ציפיף לא יכולה לקעקע את יסודות התביעה.
2. כתב הגנה מכוח סעיף 41ב' – דנים רק במה שרלוונטי. רק החלופה הראשונה (התגרות), רלוונטית לענייננו – ציפי תטען להגנה לפי סעיף 41ב'(1) לפקודת הנזיקין. יטען כי יואב התגרה בכלב (דגדג אותו), לכן התביעה צריכה להידחות (יש הגנה מלאה, ולא הפחתה של סכום הפיצויים).

יואב יטען כי שיחק עם הכלב, ולא התגרה בו. לא ניתן לשאול את הכלב, על ביהמ"ש לבחון למי עליו להאמין. במקרים מסוימים, מקרי ביניים, ביהמ"ש פונה למומחה – מאמן כלבים. ציפי תטען שהכלב, אותו מדגדגים, רואה בזה כאיום והתגרות, ולא כמשחק, והאינסטינקט הבסיסי שלו הוא לתקוף.

**לחלופין, ניתן לתבוע בגין עוולת הרשלנות**, מכוח סעיף שמירת הדינים – **סעיף 41ג'**. הדבר יהא נכון, במידה ויואב בעט בכלב, בטרם הכלב תקף אותו. אם יואב יטען לעוולת הרשלנות, ציפי תטען, מנגד, לקיומו של אשם תורם.

מה הם **סיכויי התביעה?** אין חשיבות לכוונה, אלא למה שקרה בפועל. המחלוקת – האם הדגדוג מהווה התגרות, או לא? בשורה התחתונה – ליואב יש זכות תביעה בגין שתי עילות.

מטרות דיני הנזיקין –

**הצד החלוקתי** – הצדק החזק הוא בעלי הכלב, והצד החלק הוא הנפגע. הצדק החלוקתי עשוי להביא את ביהמ"ש לפסוק על פיצויים מלאים. השופט, הבוחן האם הייתה התגרות (ולדחות את התביעה) או לא, או האם יש אשם תורם ולהפחית את סכום הפיצויים, ייתן לו את כל סכום הפיצויים, מכוח הצדק המחלק. **עורך הדין ידגיש את הרציונל שמאחורי הצד החלוקתי**, הדגשת החלש מול החזק.

**הצד המתקן** – לפי גישתו של פלטשר, בעל הכלב מסכן יותר, יש כאן סיכון חד-צדדי של הבעלים.

1. התשובה תשתנה, משום שלא מדובר בנזק גוף, אלא **בנזק רכוש**. יואב לא יכול לתבוע לפי סעיף 41א', הוא יכול לתבוע בגין עוולת הרשלנות (סעיף 35-36).
2. התשובה לא תשתנה, מלבד רכיב אחד – האם מוטל האחריות על ציפי, או לא. **ליואב יש נתבע בכל מקרה – בעלי הכלב**. השאלה המרכזית – האם הוא יכול לתבוע גם את ציפי? **האם ציפי היא בבחינת נתבעת נוספת?** האם ציפי היא בבחינת מחזיק בדרך קבע (השווה ערך לבעלים)? הסעיף לא מגדיר מה המשמעות של "דרך קבע". האם ציפי, המחזיקה בכלב חודש ימים, נחשבת כמחזיקה בדרך קבע? מעניין אותנו יסוד ה-**שליטה**. נחייב באחריות כמעט מוחלטת, כי בעל הכלבים (או המחזיק בדרך קבע) צריך לשלוט על כלבו. **מכיוון שהבעלים צריך לשלוט על כלבו, מוטלת עליו האחריות (האחריות מקורה בדרישת השליטה).** יש להעלות את הטיעונים השונים, של שני הצדדים, לעניין המחלוקת – האם ניתן לראות בציפי כמחזיקה בכלב בדרך קבע? חודש – מקרה ביניים.

ניתן לתבוע בעלים אקראי של כלב, אך לו מכוח סעיף 41א', אלא ע"י יסודות עוולת הרשלנות.

1. טיעון ההגנה של **סעיף 41ב'(3) - הסגת גבול של הניזוק במקרקעין של הבעלים**. ציפי תחזק את תביעת ההגנה שלה (2 טיעונם). יכול ויהא ויכוח לגבי השאלה – מהי הסגת גבול? יואב יטען כי היה חור בגדר, לכן אין מדובר בהסגת גבול. לציפי יש כלב וחור בגדר הבית, לכן היא זו שלא נהגה כשורה. יש כאן אשם תורם. ניתן לטעון גם שהמחוקק התכוון שנלך **לעוולת הסגת גבול במקרקעין (סעיף 29)**, ולא ככתב הגנה, אולם המחוקק שותק לעניין זה (יכול היה לכתוב – "כמשמעותו בסעיף 29..."). יואב יטען כי בסך הכול נכנס לקחת את הכדור, ולא להסיג גבול. מצד שני, ציפי תטען כי לכלב אין זה משנה כיצד האדם נכנס, מחור בגדר או לא, הוא ראה שיואב נכנס למקרקעין, ולא חישב אם יואב נכנס בכדי לקחת את הכדור או לא.

מקרה ביניים – בני זוג הלכו לראות בית למכירה, עוד לא החליטו אם כן או לא. לבעל הבית היה כלב, אותו ליטפו בני הזוג. לאחר שבוע, בני הזוג הלכו מסביב לבית עם ילדתם הקטנה. הכלב הגיע, נעמד עם 2 רגליים על הגדר. הילדה ליטפה את הכלב, והוא התנפל עליה. בעלי הבית טענו כי הילדה הסיגה גבול במקרקעין (שלחה ידה אל מעבר לגבול). ניתן לפתור זאת ע"י פרשנות תכליתית של הוראת החוק. לרוב, מחליטים ע"פ הצדק החלוקתי – ילדה קטנה כצד חלש, אל מול הכלב, שעמד עם 2 רגליו על הגדר.

1. הדיון דומה מאוד לחלק ד', השוני הוא בהזהרה ובנזק הממוני. לפי סעיף 29, ניתן לתבוע בגין הנזק הממוני. אם לא משתמשים בסעיף 29, הדבר בסך הכול יחזק את כתב ההגנה של ציפי.

**חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980** – זהו דוג' לחוק בו חל משטר של אחריות מוגברת/חמורה. עדות למשטר האחריות המוחלטת ניתן לראות ב**סעיף 2א'** לחוק – "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן - הנפגע), **ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן**". לכאורה ניתן לראות רטוריקה של אחריות מוחלטת, אך ניתן לראות אי של אשם רק בהגנות- ישנם מקרים, בהם אין פיצוי והם מבוססים על אשם של הניזוק (אשם תורם). ב**סעיף 4** מצויות מס' **הגנות ליצרן**, יש לנו נגיעות של אשם (בעיקר אשם תורם) - הפגם שגרם לנזק נוצר אחרי שהמוצר יצא משליטתו של היצרן (ס' א1), לא יכול היה היצרן לדעת שמבחינת התכנון לא עמד המוצר ברמת הבטיחות הסבירה (ס' א2), המוצר יצא משליטת היצרן שלא מרצונו, והוא נקט באמצעים סבירים למניעת יציאתו משליטתו, ולהזהרת הציבור (ס' א3), הנפגע ידע על הפגם במוצר ועל הסיכון הכרוך בו, וחשף עצמו מרצון לסיכון – **רשלנות מוחלטת** (א'4).

**סעיף 4ב'** - אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו. החוק קובע, כי אם מוכיחים שא' התרשל, אך א' טוען לאשם תורם של 20 אחוז מצידו של הניזוק וביהמ"ש יקבל את הטענה, הוא יפחית 20 אחוז מהפיצויים. חוק זה קובע כי האחריות היא מוחלטת, אולם יש מקרים שבהיתקיימם, נתחשב באשם, דוג' – אשם תורם חמור (התרשלות חמורה). נפעיל את ההיגיון של אשם תורם, רק בהינתן אשם תורם חמור. אם לאדם יש אשם תורם נמוך (5-10 אחוז), לא יורידו לו דבר מסכום הפיצויים. אין חובה להוריד, מכוח האשם התורם, בהתאם לאחוז האשמה. כלומר, אין חובה להפחית פיצויים ברמת האשם התורם.

**האחריות המוגברת בחוק האחריות למוצרים פגומים מתבטאת בהגנות, יש חובה לפצות בכל מקרה מלבד המקרים לעיל.**

* יש לציין, כי כאשר מדובר בילד מתחת לגיל 12 (גיל האחריות הנזיקית), מופחתת לרוב מידת האשם התורם שלו ולכן נשאלת השאלה, האם כאשר קטין מתגרה בכלב, יש לדחות את התביעה?

1. אחריות מוחלטת – כשמה כן היא, **אדם אחראי לתוצאות מעשיו בכל מקרה שהוא, גם אם הוא לא אשם.** בישראל המשטר הזה חל בחוק אחד דומיננטי – **חוק הפלת"ד** (פיצויים לנפגעי תאונות דרכים) – זהו חוק של אחריות מוחלטת. **סעיף 2ג'** לחוק – "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". זהו חוק סוציאלי, שמטרתו לפצות כל אדם שנפגע בגופו מתאונות דרכים, אפילו אם הוא אשם (אם אדם נכנס שיכור לרכב ונכנס בעץ). מה בחוק משדר שהוא אחריות מוחלטת? אם אדם הזיק לאחר בתאונת דרכים, האחריות היא מוחלטת, היא איננה תלוית-אשם, אין זה משנה אם האדם אשם או לא (אם קפצו לכביש, או לא). לפי **סעיף 7**, ניתן לטעון כי האחריות לא מוחלטת לגמרי, יש רשימה של מקרים, בהם לא חלה האחריות, כלומר, ישנם סייגים לאחריות, לכן, כביכול, מדובר באחריות מוגברת. אין זה בדיוק אחריות מוגברת – יש צורך בנגיעות של אדם, אך העומד מאחורי סעיף 7 איננו אשם, האחריות לא סויגה בגלל אשם. **סעיף 8** לחוק, קובע כי אין שמירת דינים, אם בוחרים לתבוע מכוח הפלת"ד, לא ניתן לתבוע לחלופין מכוח דין אחד (כולל פקודת הנזיקין). כמו כן, יש הגבלה על גובה הפיצויים.

דוג' נוספות לחוקים בהם חל משטר האחריות המוחלטת - חוק נפגעי עירוי, חוק פיצויי לנפגעי אסון וורסאי, חוק לנפגעי גזזת.

האחריות המוחלטת תואמת את הניתוח הכלכלי ומטרת ההרתעה היעילה, שכן האחריות המוחלטת תורמת למניעת נזקים. אך אין זה כך, **אם אדם יודע שבכל מקרה הוא אחראי, אין זה בהכרח יביא אותו להתנהגות יעילה**. התוצאה, לכאורה, תהא כי האחריות המוחלטת תגרום לאדם להיות אדיש. האדם לא ישקיע מאמצים, כי בכל מקרה ומקרה הוא יהיה אחראי. **אולם, בפועל, האדם לא יהא אדיש. ההנחה היא כי אם אדם יודע שכשיקרו נזקים הוא יהא אחראי, הוא יעשה הכול על מנת למנוע את הנזקים.**

האחריות המוחלטת היא גן-העדן של דיני הנזיקין. אז מדוע רק חוק הפלת"ד נשען על האחריות המוחלטת? מדוע אין תמיכה גורפת במשטר האחריות המוחלטת? ההסבר – **לא עושים זאת, על אף כי זה יעיל, משום שאין זה צודק ומוסרי** (התשתית השולטת היא הצדק האריסטוטלי). מדוע אנשי ההרתעה היעילה לא תומכים באופן גורף באחריות המוחלטת? התשובה חצויה – יש ההולכים בצורה מסוימת של האחריות מוחלטת – השוקל הטוב/המונע הזול או היעיל של הנזק (המשטר ה-5, גישתו של קלברזי). בין משטרי האשם לאחריות המוחלטת יש משטר בינים – אחריות מוגברת/ חמורה (המשטר ה-3). קיימת בעייתיות נוספת בהפעלת גישת האחריות המוחלטת, מעבר לבעיה המוסרית. **הגישה עשויה להניע אנשים מלעסוק במקצוע מסוים**. אם תעשה אחריות מוחלטת, משקיעים לא ירצו להיכנס לתחום, כדי לא להיות חשופים לתביעות, כתוצאה מכך תיפגע התחרות ותהיה עליית מחירים.

ההיגיון ברוב שיטות המוסר הוא ברשלנות + אשם תורם והם שיקולי צדק. אולם, המשטר המהווה כתמריץ גבוה ביותר שלא לעוול הוא אחריות מוחלטת. ההיגיון במשטרים 3-4, הוא בחזקה כי קיים אשם (אם הכלב שלך תקף, חזקה כי אתה אשם. קלברזי, הדוגל במשטר החמישי, מונע הנזק הטוב ביותר, מתנגד לעמדה זו.

* ברוב מדינות העולם, משטרי 3-4 מתקיימים לעניין נזקי גוף.

1. השוקל הטוב / מונע הנזק היעיל או הזול – גואידו קלברזי, שופט ופרופ' למשפטים באוניברסיטת ייל, היה אחד מאבות הגישה הכלכלית למשפט בכלל (בדומה לרונלד קוז), שהתחילה בדיני הנזיקין. קלברזי, בשנת 1970, הציג גישה ייחודית, הוא הציע משטר אחריות חדש – מונע הנזק היעיל. הגישות הכלכליות של לרן הנד ופוזנר שונות בתכלית משל קלברזי. קלברזי מדבר על שיטה ללא אשם. לגישתו, **האחראי לנזק יהא האדם שיכול היה למנוע את הנזק באופן היעיל ביותר.**

לפי קלברזי, **יש לבחון מי נמצא בעמדה (מחלק את האלפים והבתים) הטובה ביותר לשקול את אירוע הנזק ולמנוע בצורה הטובה ביותר את קיומה.** גישתו של קלברזי היא גישה כלכלית, גישה טהורה של משפט וכלכלה, המתמקדת במניעה. זוהי גישה תוצאתנית, התוצאה שלנו צריכה להיות מניעתית. קלברזי מעוניין לקדם מניעה – לצמצם את כמות התאונות, וכן גם לצמצם את ההוצאות בגין התאונות שבכל זאת יתרחשו, הוא אינו מתמקד באשם. אם אנחנו נמנע חלק מהתאונות, הרווחה המצרפית תגדל. האמצעים להגיע למטרה יכולים להיות לא צודקים ומוסריים והעיקר שתהיה לנו תוצאה של פחות תאונות. הטלת אחריות על המונע היעיל של הנזק מקדמת את המטרה של מניעת הנזק, הקטנת תאונות והגדלת הרווחה המצרפית. האחריות תוטל באופן מלא על א' או ב'. קלברזי לא מתמקד בכל מקרה לגופו, אלא גוזר קבוצות של אלפים ובתים.

שלוש דוגמאות המסבירות את המשטר של אחריות מוחלטת (האחריות מוטלת על א', המזיק) -

* **עובדים ומעבדים -** לאדם יש מפעל עם מכונות ועובדים. נניח והעובד נפגע. מי צריך לשלם, העובד או המעביד? לפי משטר של אשם + אשם תורם, ניתן יהא לטעון שהמעביד אשם, שכן פעל ברשלנות (לא העביר תדרוכים) וכן גם כי קיים אשם תורם מצידו של העובד, שלא נזהר כיאות (לא חבש קסדה, למשל). לפי קלברזי, לכאורה, ניתן לטעון שהעובד הוא המונע הזול, שכן מדובר בגוף שלו, הוא מודע לכך שאם לא יחבוש קסדה הוא עשוי להינזק. לכן, לכאורה, בכל תאונת עבודה נטיל את האחריות על העובד. אולם, המציאות מוכיחה להפך – באופן כללי, העובדים לא שומרים על גופם, העובדים אינם שוקלים טובים. אם המעביד מבצע ביקורות ומעביר תדרוכים, הסיכוי שלו למנוע את התואנה גדול יותר מזה של העובד. לכן, לפי קלברזי, המעביד ישלם, אך נרוויח את אותם המקרים בהם הנזק ימנע בשל פעילות המעביד. לפי משטר של אחריות מוחלטת וקלברזי, אם מטילים אחריות מוחלטת על מעבידים, אנו מקטינים את כמות התאונות, שכן אנו מתמרצים אותו לפעול לשם מניעת תאונות. למעביד יש את הכלים והיכולת שלעובד הבודד אין, בכדי למנוע את הנזק.

עד כה, נדמה כי הגישה של קלברזי דומה למשטר של אחריות מוחלטת, אולם ישנו שוני. קלברזי לוקח את משטר האחריות המוחלטת, אך משתמש בו בצורה שונה. לפי משטר של אחריות מוחלטת, האחריות הינה מוחלטת כלפי האשם, כלפי המזיק – א'. מנגד, **לפי קלברזי, לעיתים ב' (הניזוק) יהא האחראי, שכן הוא זה שיהיה המונע היעיל של הנזק.**

* **תאונות דרכים –** נהג רכב הפוגע בהולך רגל. לפי משטר של אשם, יש לבחון האם הנהג נהג בזהירות, לפי הכללים. לפי משטר האחריות המוחלטת, המזיק יהא זה שישלם לניזוק. לפי קלברזי, יש להטיל את האחריות על הנהגים (יש הטוענים כי לקלברזי הייתה השפעה על חקיקת הפלת"ד לפי משטר של אחריות מוחלטת).

**הפרמטר החשוב הראשון, לפי קלברזי, הוא הביטוחי – שימוש בביטוח כסוכן חברתי שמכוון התנהגות. ההיגיון הוא להטיל אחריות על פעילות מאורגנת, ולא על פעילות שאינה מאורגנת.** **יש להטיל את האחריות המוחלטת על אדם שהוא המונע היעיל של הנזק, שפעילותו היא המאורגנת יותר.** כשמסתכלים על נהגים מול הולכי רגל, ברור הוא כי הפעילות המאורגנת יותר היא הנהיגה ולא ההליכה, שכן ניתן לכוון התנהגות דרכה. הביטוח מוטל על הנהגים, ולא על הולכי הרגל. **הנהיגה הינה פעילות מאורגנת יותר מהליכה, שכן היא פעילות מבטוחת** – כשפעילות מבוטחת, האדם מקבל מידע מחברת הביטוח, וככזה הוא יכול לשקול טוב יותר. בהיעדר מידע, האדם מצוי במצב בעייתי. ע"י העברת מידע לנהג מצידה של חברת המידע, היא הופכת את פעילות הנהיגה שלו למאורגנת – ניתן להכניס אדם לקטגוריה של סיכון (יש ביטוח דיפרנציאלי – לפי מידת הסיכון של הנהג), חברת הביטוח יכולה לשלוט ולפקח על רכישת אמצעי זהירות. הממשלה יכולה לשלוט בזהירות של נהגים, אך שליטה בזהירות הולכי הרגלה הינה פחות ברת-השגה. כמו כן, קשה לבצע ביטח דיפרנציאלי להולכי רגל (קשה יהא לקבוע כי על הנכים לשלם יותר).

ישנם אמצעי בטיחות שאינם בגדר חובה חקוקה, למשל – צפצוף של נסיעה ברוורס. נניח שחברת הביטוח טוענת כי הנורה / צפצוף של הנסיעה לאחור תורמת למניעת תאונות בשיעור של 30 אחוזים. נניח שהפרמיה היא 100 ואין על האדם חובה לרכוש את הפנס. החברה מעוניינת שהוא ירכוש את הפנס. **אפשרות אחת** של חברת הביטוח הינה להפעיל לובי לחקיקה, שתחייב שימוש באמצעי מניעה זה. **אפשרות שנייה** היא תימרוץ של הנהג לרכוז את אמצעי הבטיחות. חברת הביטוח עוזרת לאדם להיות השוקל היעיל הטוב של נזקו – תסבסד לו את עלות הפנס (300 במקום 500, למשל). למרות ההשתתפות של חברת הביטוח, היא משיגה מניעה בשיעור של 30 אחוז של תאונות הדרכים, היינו מורידה ב-30 אחוז את הסיכוי להתרחשות תאונה בקרב אותם מבוטחים שרכשו את הפנסים.

חברת הביטוח משמשת כזרוע של המדינה להטלת מיסים (חיוב לרכישת אפוד זוהר, למשל, מהווה סוג של מס), או מתמרצת את הנהג לרכוש אמצעים בטיחותיים. הם מקטינים את סיכויי התרחשות התאונות דרך הנהג, המונע הזול של הנזק.

**ההיבט השני הוא ההיבט החברתי** – נכון הוא לבטח פעילות של נהיגה מאשר הליכה, משום שאין זה סוציאלי לבטח הליכה. אוכלוסיית הנהגים נחשבת כקבוצה עם רמת החיים הגבוהה יותר, בניגוד להולכי הרגל, שהיא אוכלוסייה חלשה יותר.

* **הצרכנים והיצרנים -** נניח שהצרכן ניזוק מהמוצר (אדם שנפצע ממכסחת דשא). לפי משטר האשם, יש לבחון עם היצרן פעל כראוי – אם כן, וימצא כי לא ניתן היה ליצור מכסחת דשא יותר בטוחה וכי היצרן לא יכול היה לפעול אחרת, לא תוטל עליו האחריות. לפי קלברזי, התוצאה תהא הפוכה, גם אם האשמה הינה של הצרכן. הצרכן איננו שוקל טוב, אלא היצרן הוא השוקל הטוב ביותר – שם מדבוק שונות של זהירות, מעביר תדרוכים לרוכשים, היכולים לרכוש את המוצר אך ורק בחנות המפעל – עשה את כול אשר היה עליו לעשות ואף מעבר. **לפי קלברזי, ליצרן עדין יש יותר מידע, הוא השוקל הטוב ביותר ולא הצרכן.**

היצרן עשו לטעון כי קיבל 5 כוכבי בטיחות במבחן, למשל. מה יכול היה לעשות? קלברזי יטען כי נכון הוא שישנם מקרים בהם היצרן לא יכול היה לעשות שום דבר אחר. אולם, **גם אם משהו נראה כעת הכי בטוח בעולם, עצם העובדה שבכל זאת קורות תאונות, המסקנה הינה כי ניתן לשפר את הבטיחות.** אנו מעוניינים לתמרץ את היצרן להיות עוד יותר בטוח. המציאות הטכנולוגית מוכיחה כי ניתן לשפר מוצרים, גם אם הם נראים כעת כהכי בטוחים. אי לכך, **גם אם היצרן יוכיח שהמוצר שלו הכי בטיחותי בשוק, הוא עדין יהא השוקל והמונע הזול ביותר של הנזק.**

דוג' למקרים בהם ה-ב', הניזוק, הוא השוקל הטוב –

* **קבוצת צרכנים המשתמשת במוצר באופן החורג לחלוטין מהייעוד המקורי של המוצר –** נניח והצרכן משתמש במוצר בצורה שחורגת לגמרי מהשימוש המקורי שלו. האדם נפגע ואין איך להביא אותו לבית החולים הקרוב. בעלי מכסחת הדשא מביא אותו לבית החולים על גבי מכסחת הדשא. לפי קלברזי, **כאשר הצרכן משתמש במוצר באופן שחורג לחלוטין מהשימוש המקורי / מייעודו המקורי של המוצר, הצרכן הופך להיות השוקל הטוב ולא היצרן**, משום שהצרכן לא אמור להוציא כספים ולהיערך למניעת נזקים העשויים להתרחש בעת שימוש החורג לחלוטין מהייעוד המקורי של המוצר. אי-לכך, במקרה שכזה הצרכן יהא השוקל הטוב.
* **תרופות / טיפולים –** לתרופות/טיפולים יש, לרוב, תופעות לוואי. נניח והחולה נוטל תרופה, לוקה באחת מתופעות הלוואי ומעוניין לתבוע. לפי קלברזי, יש להבדיל בין תרופות חיוניות לתרופות שהן פחות חיוניות:

**מקרה א' –** אבחון של כיב כיבה אצל חולה, הרופא נותן לו תרופה כנגד אולקוס. הרוקח שואל אם הוא חולה סכרת, החולה עונה שכן. לדעת קלברזי, הרופא הוא השוקל הטוב. בהינתן כי הרופא נתן תרופה שאינה מתאימה, האחריות לנזק תוטל עליו. **אמנם, אין מדובר בתרופה מצילה חיים, אך זוהי תרופה חשובה וחיונית ולכן, לפי קלברזי, הרופא הוא השוקל הטוב.**

**מקרה ב' –** טיפול קוסמטי, שאיננו חיוני עבור הפציינט. **לפי קלברזי, כאשר מדובר בתרופה קוסמטית, השוקל הטוב ביותר הוא הצרכן, משום שהטיפול פחות חיוני.** לפי קלברזי, לחולה יש "אוקיינוס של מידע", אם הוא מעוניין בטיפול לא-חיוני, יש לא את הזמן והיכולת לבחון את ההשלכות של הטיפול. לכן, האחריות תהא עליו ולא על הרופא, הוא השוקל הטוב.

הגישה של קלברזי מקדמת את היציבות והוודאות – האדם יודע את מצבו, בניגוד למשטר של אשם. באופן אינטואיטיבי, גישתו של קלברזי נראית לא צודקת. **קלברזי לא מתמקד בעשיית צדק, אלא במניעת התאונה הבאה.** **הצדק, לפי קלברזי, הוא מניעת התאונות העתידיות**.אין כל בעיה בשימוש במקרה הספציפי לשם מניעת התאונה הבאה.

**יסוד נזק –**

בדיני הנזיקין, אנו עדים לעוולות שאין בהן יסוד של נזק, בניגוד למרבית העוולות. לעיתים המחוקק, באופן מכוון, לא מתייחס ליסוד הנזק. דוג' – עוולת התקיפה, שאינה כוללת ביסודותיה את יסוד הנזק. דוג' נוספת מחוץ לפקודת הנזיקין – חוק איסור לשון הרע ("פרסום שעלול לפגוע" – קיימת עוולה, גם בהיעדר נזק בפועל), כותרתו של סעיף 7א' – פיצוי ללא הוכחת נזק.

הכלל הוא, בשנים האחרונות, **שאין דיני נזיקין ללא נזק**, **חייבים להוכיח נזק**. אם הייתה רק התנהגות מעוולת, ולא נגרם נזק, לא ניתן לתבוע.

ישנם עוולות שניתן לתבוע בגינן, ואין צורך להוכיח נזק (ההנחה היא כי קיים נזק, אין צורך להוכיח אותו). לעניין הפיצוי ללא הוכחת נזק בעוולות לעיל, יש נזק, אך המחוקק מבין שההתנהגות גורמת נזקים (יש חזקה שהמעוול גרם לנזק) ומאפשר לניזוק לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק. המחוקק (לא בתקיפה) מעניק לניזוק מסלול ירוק ואדום. **מסלול ירוק** – ניתן לתבוע פיצוי, ללא הוכחת נזק, אך יש תקרה מסוימת. **המסלול האדום** – תביעת פיצוי עם הוכחת נזק, ללא תקרה, אין הגבלה של סכום הפיצוי.

האם ניתן לתבוע בהיעדר נזק? אם המטרה הינה **צדק מתקן** – ישנה בעיה, משום שאין לנו ניזוק (איך אפשר לשלם לו?!). **צדק חלוקתי** – נניח שיש מחקר שהאנטנה פולטת קרינה, היא מסכנת את התושבים. התושב הוא החלש בהקשר זה, הוא עומד מול חברת החשמל והסיכוי שלו להזיז את הכבל הוא אפסי, חושפים אותו לקרינה בניגוד לרצונו. העניין החלוקתי עשוי לאפשר קבלת פיצוי, גם בהיעדר נזק בפועל. אם המטרה היא **הרתעתית**, מה זה משנה אם מישהו החליק או לא? ההרתעה הינה מטרה המתמקדת במזיק, בראש ובראשנה – שהמזיק לא יזיק. אם אדם מבצע התנהגות מעוולת, והתממשות העוולה הינה אך ורק עניין של מזל, מהכוון ההרתעתי, מה חשוב אם העוולה התקיימה בפועל או לא? אנו מעוניינים להרתיע את המזיק, שלא יזיק. לכן, מבחינת ההרתעה, ניתן לתבוע גם בהיעדר נזק.

יש להבחין בין סיכון חד פעמי לסיכון מתמשך. בהינתן **סיכון חד-פעמי** - בננה על הרצפה, למשל, לא ניתן לתבוע אם לא נגרם נזק. אין היגיון בזה שאדם שעבר ליד הבננה ולא החליק, יקבל פיצוי, שכן בדיני הנזיקין בישראל אנו מתמקדים בתוצאה. אולם, מהמבט ההרתעתי אין זה משנה אם הסיכון חד-פעמי (האבחנה רלוונטית לעניין זהות התובע). אם האדם לא יתבע, למזיק לא יהיה שום תמריץ להימנע מלהזיק בעתיד. לדעת שמואלי - כשהסיכון הוא חד פעמי, חייבים להגיע למצב בו לא מאפשרים לאדם לקבל פיצוי, כאשר הוא סוכן באופן חד-פעמי, לא נגרם לו כל נזק והסיכון חלף. לגישתו, יש להעניק פיצוי לאדם, אך ורק אם הוכיח כי חיוו השתנו בצורה קיצונית. לעניין **סיכון מתמשך**, המצב מסובך, הסיכון לאדם נמשך (גם אם הסיטואציה נגמרה).

בישראל, בעניין פרשת הקישון, כמעט ולא הוגשו תביעות. ישנן תביעות של דייגים בקישון, שדגו, חלו ומתו. ישנם שני מקרים שנדונה בהם הסוגיה של פיצוי לבריאים. יש המשתיתים את מתן הפיצוי על חובת ההצלה – המכניס אדם לסיכון חייב להצילו. לדעת שמואלי, הניסיון להשתית את מתן הפיצוי על חובת ההצלה הינו מוגזם.

מקרה 1 – אדם התארח במלון הנסיכה באילת. הוא חזר לחדרו, לקח את מכונת הגילוח והוא חושד שמישהו נגע לו בא. הוא פותח אותה, ורואה שם שיערות של אדם לא מוכר. הוא חושש שמישהו התגלח במכונה שלו. הפיצוי נדרש לא רק על הגועל, אלא אותו אדם מעוניין בפיצוי על רכיב אחר – יכול להיות שהועברה אליו איזושהי מחלה/חיידק – פיצוי על כך שהעמידו אותו בסיכון לחלות במחלה מסוימת. האדם עבר בדיקות רפואיות ותבע על החרדה בה היה במשך השבועיים בהם חיכה לתוצאות הבדיקה. השופט מקבל את התביעה על רכיב זה, השופט מקבל למעשה תביעה על רכיב של נזק שלא קרה (יכול היה לקרות, אך לא קרה). אין מדובר בסיכון חד-פעמי, כמו מקרה הבננה, אלא בסיכון מתמשך של שבועיים. לדעת שמואלי, במשך שבועיים, האדם שינה את הרגליו (הסתובב בחרדה) – זה הנזק, לכן יכול להיות שמגיע לו פיצוי על השבועיים.

מקרה 2 – **פ"ד רייניץ' נ' מכבי שירותי בריאות** – שרה היא אישה חרדית, בהריון ראשון בבית חולים, לקראת לידה. היא יולדת תינוק בריא. התברר שיש לה תסמונת גנטית בעייתית, וניתן לתת זריקה בהריון הראשון על מנת למנוע את מעברו אל העובר. אומנם, נולד תינוק בריא, אך אי מתן הזריקה, מסכנת את כל התינוקות באים של שרה. **הנזק הראשון** - שרה תובעת על כך שכל הילדים הבאים שתלד מצויים בסכנה לנזק עתידי (מעבר התסמונת הגנטית) בגלל הרופא. מחד, ניתן לומר לשרה – "נחכה ונראה", אין מה לתבוע כעת. אולם, אין זה הנזק היחיד של שרה, **הנזק השני** – נזק עכשווי עבורה (ולא נזק עתידי לעובר). למרות הסיכון, היא תמשיך ללדת ילדים (היא אישה חרדתית), הרופאים היו צריכים להיות יותר רגישים וזהירים כלפיה. היא מעוניינת בפיצוי על החרדה שלה. השופט ריבלין מעניק לשרה פיצוי, ומסביר כי על החרדה הוא מוכן לתת פיצוי, אך על הנזק העתידי לילד הוא אינו מוכן להעניק פיצוי. אולם, ריבלין מעניק פיצוי גבוה, שלמעשה מכסה גם על הנזק העתידי של הילד.

השאלה מהו נזק, איננה טריוויאלי. טריוויאלי בדיני הנזיקין, שהנזק כולל נזק גופני, נפשי או רכושי (והמחלוקת – נזק ראייתי). גם בתוך המקובל ישנן שאלות, אחת מהן – האם ניתן להכיר בנזק מהסוג לעיל, שטרם קרה?

**דף מס' 1 בחוברת –**

שאלה מס' 6 - **פ"ד זייצוב –** זהו פסק דין שהיה ועודנו חידוש ברמה עולמית. פסק הדין עוסק בסוגיה של **הולדה בעוולה** ("טוב מותי בחיי"/טוב לי שלא הייתי נולד מאשר נולדתי). הילדים וההורים תובעים את הרופאה, שהתרשלה בעת שנתנה את הייעוץ הגנטי. התרשלות הרופא לא נמצאת במחלוקת. לעניין התביעה של ההורים, יש לה נזקים נפשיים, אולי גם נזקים כלכליים. לעניין השאלה מהו נזק, הבעיה המרכזית הינה התביעה של הילד. הילד מעדיף מצב בו לא היה נולד כלל, מאשר להיוולד במצבו. לפי **שופט המיעוט**, החיים, בכל מצב שהוא, עדיפים על האי-חיים, החיים הם ערך עליון. אדם חי לא יכול לתבוע על כך שהוא חי. לכן, אין להכיר בתביעה מבחינה מוסרית. דעת מיעוט זו הינה דעת הרוב ביתר העולם. יש כאן נזק גופני-שכלי חמור (פיגור שכלי), אך שופט המיעוט טוען כי אין הוא שואל רק שאלה טכנית, אם הנזק גופני/טכני/נפשי, אלא יש לו גם מגבלות מוסריות. אין זה מוסרי שהנזק המדובר יחשב כנזק בר-פיצוי. מדיניות משפטית - מכוחה ביהמ"ש מחליט כל מיני דברים – להכיר בדברים שלא כתובים בחוק ולהיפך. לפי שופט המיעוט, בהתאם למדיניות משפטית נאותה אין לקבל את התביעה. בתוך עמדת הרוב ישנן מחלוקת - למה משווים את הילד הפגום? משווים את מצב החיים למצב אי-החיים, או את מצב החיים בלי מום לחיים עם מום? **השופט ברק**, בניגוד לעמדת המיעוט של השופט גולדברג, טען כי אין אנו משווים בין מצב של חיים במום לבין אי-חיים. השוואה זו, לתפיסתו, אינה אפשרית. האינטרס עליו מגן הדין איננו האינטרס של אי-חיים, אלא האינטרס של החיים ללא מום. הנזק לו אחראית הרופאה, לפי ברק, אינו בעצם גרימת החיים, כי אם גרימת החיים פגומים. את הנזק יש להעריך מההשוואה לחיים ללא מום ולא מההשוואה לאי-חיים כלל.

מחלוקת נוספת בקרב עמדת המיעוט – עד כמה יש להכיר במצב של הולדה בעוולה? מה קורה עם פגם יותר קל (ילד שנולד בלי חצי אצבע, למשל)? בפ"ד זייצוב, עניין זה הינו חלק מהאוביטר. פ"ד משנת 2007 – **פלוני נ' מכבי** – הייתה טענה שבמעקב הגדילה עלו על הפגם ולא נתנו להורים להפיל. מצאו שהילד יגדל על גבול הגמדות. הילד תובע בשם עצמו, תובע שהוא ילד לא-רצוי, הורי כלל לא רצו להולידו. האם מגיע על כך פיצוי? למה נשווה את מצבו של הילד? למצב של אי-חיים, או מצב של חיים ללא הפגם? ביהמ"ש המחוזי בחיפה מעניק פיצוי של 700 אלף ₪ לילד. ביהמ"ש נכנס למחלוקת בדעת הרוב שבפ"ד זייצוב, ומכריע – מעניק פיצוי.

במסגרת הדיון בשאלה מהו נזק, יש לבחון מקרים בהם השאלה לא ברורה. למה משווים את הנזק? האם אפשר להגיד שדבר מהווה נזק לפי דיני נזיקין, אך אין להכיר בו בשל מדיניות משפטית (כמו דעת המיעוט בזייצוב)?

הריון בעוולה - זהו מצב שהאישה לא רצתה להיכנס להריון והרופא נתן לה אמצעי מניעה. נניח והוא עשה איזשהו הליך כירורגי (קשירת חצוצרות). נניח שהפרוצדורה הייתה רשלנית והיא נכנסת להריון. האישה תתבע, אך הבעיה – הסיפור של ילד לא-רצוי עולה במלוא עוצמתו. איך ילד בריא = נזק? המשפט לא יכול לקבל זאת. אנו משווים ילד בריא לילד שלא נולד. אך מבחינת הרתעה, איך יכול להיות שהרופא לא ישלם על התרשלותו? באף מקום בעולם לא אפשרו לילדים לתבוע בגין הריון בעוולה. אולם, בחלק מהמקומות בעולם אפשרו להורים לתבוע על עצם גידול הילד. ההורים רשאים לתבוע על הוצאות הגידול של הילד. הרופאים מנסים להקטין את הנזק עד לכדי אפס – נכון שמדובר בפשלה, אך ההורים גם נהנים מילד בריא. לטענתם, יש לקזז מהנזק שארע (הוצאות גידול הילד) את ההנאה מהילד הבריא שנולד.

שאלה מס' 7 – מדובר בעובדות של **פ"ד גורדון.** השאלה המרכזית - מהו נזק? אנו מניחים שעריית ירושלים התרשלה, לצורך העניין. לכאורה, לא אמורה להיות בעיה – קיימת עוולה של רשלנות, אולם הנזק הוא נזק נפשי מסוג של אי-נוחות, שאינו מגיע לידי נזק פסיכיאטרי. זהו נזק לא גופני או ממוני, אלא נזק נפשי. ככל שמדע הרפואה התקדם, גם דיני הנזיקין התפתחו לעניין ההכרה בנזק נפשי, בתי המשפט החלו להכיר בנזק זה יותר ויותר (במעגל הראשון. לעניין המעגל השני – המשפט נותר "קמצן").

מה קורה כאשר מדובר בנזק נפשי לא-פסיכיאטרי? ישנם מקרים שהמשפט מכיר בהם באופן מסורתי, כגון הוצאת לשון הרע (לקורבן נגרם נזק נפשי). אך **לגורדון יש נזק מסוג של אי-נוחות** (הובל באזיקים לעיני השכנים), אבדן הנאה/רווחה, סוג של עוגמת נפש, ולא נזק נפשי-פסיכיאטרי. השופט ברק קובע שמדובר בנזק, בהגדרת "נזק" יש מצב של נזק נפשי שאינו פסיכיאטרי – אבדן רווחה/הנאה. **הנפקות של פסק הדין – יש הכרה גם בנזק של אי-נוחות, היינו בנזק נפשי שאינו פסיכיאטרי (עוזר לנו להגדיר מהו נזק).**

ראינו ששופטים מתנגדים להולדה בעוולה כנזק. **לפי פ"ד זייצוב, הולדה בעוולה יכולה להיות מוכרת כנזק, אך מדיניות משפטית עשויה לקבוע כי אין מדובר בנזק ויש להימנע מלתת פיצוי**. בדומה לכך, עורך הדין של עריית ירושלים טוען (בדומה לזייצוב) כי –

1. קיים חשש מהצפת בתי המשפט - אין לקבל את התביעה למרות התקיימות היסודות, שכן יש חשש מאוד גדול מהצפת בתי המשפט.ברגע שגופים, כמו עריה, ידעו שניתן לתבוע אותם בגין כל נזק נפשי שנגרם בשל ההתנהגות של הפקידים, מתעורר שיקול של מדיניות משפטית, שיקול פרוצדורלי, לפיה אין לקבל את התביעה. יש שיקולים של מדיניות משפטית, בגינם התביעה לא צריכה להתקבל. מתגלמות כאן שתי טענות – ראשית, **תהיה הצפה של ביהמ"ש בתביעות מעין אלו**. שנית, קיים **חשש מתביעות סרק, על דברים זניחים מאוד, יש חשש ממדרון חלקלק** – "השערים נפתחים", ניתן להגיש תביעות פחות מהותיות, תביעות זניחות. טענת מדרון חלקלק נטענה גם בפ"ד אמין (שיקול מהותי, ולא שיקול פרוצדורלי כמו בפ"ד זה), אך לא התקבלה.
2. היעדר הרתעה אופטימלית - נטענת טענה כנגד השיקול ההרתעתי, ישנו נימוק נגדי להרתעה –ההרתעה לא תהא אופטימלית, היא תהיה הרתעת חסר או יתר. אם כל פקיד ידע כי יתבע באם יגרום לנזק נפשי (שהוא אפילו לא פסיכיאטרי) **עלול הדבר לגרום למצב של הרתעת יתר** – הפקיד יטפל בו בשיא הרצינות, ביתר התחשבות, כך שבאותה עת ייווצר תור גדול של אנשים, בשל הטיפול המסור והממושך במטופל (גורדון בעינינו). בהקבלה לרפואה, אנו נכנסים למצב של מעין **רפואה מתגוננת** – הרופא פועל מחשש שלא יתבעו אותו, ולא משיקולים רפואיים. מנגד, **עשויה להיגרם הרתעת חסר** – הפקיד יאמר כי מה שלא יעשה האזרח לא יהא מרוצה, מה האינטרס שלו לצאת מגדרו, האזרח תמיד ימצא עילה לתבוע אותו. כך או כך, **הדבר יפגע בדינמיקה של השירות הציבורי.** השופט ברק לא מקבל טענה זו.
3. הנזק לא אמיר - יהא מאוד קשה לתחם ולהעריך את הנזק.

השופט ברק לא מקבל טענות אלו הנוגעות לשיקולי מדיניות משפטית. החל מפ"ד זה, **ישנה הכרה בנזק נפשי שאינו פסיכיאטרי, נוכח הגדרת המושג נזק – אובדן רווחה/נוחות.**

**שאלות 8-11 – האם מדובר בנזק מבחינת דיני הנזיקין?**

לעיתים, השאלה מהו נזק מביאה אותנו למחוזות אחרים. המקרה נראה כמקרה נזיקי, אך אין זה הדבר. לדוג' - **דיני עשיית עושר ולא במשפט**, המגדירים מצב בו יש התעשרות על חשבון הזולת (רווח/הנאה), אין הדבר נעשה כתוצאה מחוזה, והרווח לא נוצר כתוצאה מנזק כמשמעותו בדיני הנזיקין. א' מרוויח משהו על חשבון ב', אך ב' לא ניזוק כמשמעותו של המושג "נזק" בדיני הנזיקין.

* שאלה מס' 8 – אדם נסע לחו"ל לחודש, וכשהוא חוזר הוא רואה שפועל ישן בדירתו, אך לא נגרם נזק מבחינת דיני הנזיקין. לא ניתן לתבוע בדיני הנזיקין, משום שאין נזק. לא ניתן לתבוע מכוח דיני החוזים, משום שלא קיים איזשהו חוזה בין בעל הבית לפולש. ירון לא יכול לטעון כי יכול היה להשכיר את הדירה, משום שלא התכוון לעשות כן. ענף ע"ע בא לעזרתו של ירון. **הניתוב בשאלה זה ברור לכוונם של דיני ע"ע.**

נתיב נוסף שאפשר ללכת בעקבותיו הוא **פגיעה באוטונומיה** – הפסיקה הראשונה דיברה על פגיעה באוטונומיה כשדנים בנזק גוף (**פ"ד דעקה**), אבל אולי אפשר יהיה לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה של הרכוש, משום שאם היו שואלים את ירון, כנראה שלא היה מסכים לזה. לשם הצגת הפגיעה באוטונומיה יש צורך בעוולה מסוימת – רשלנות והפרת חובה חקוקה.

* שאלה מס' 9 – א' הרוויח על חשבונו של ב', הוא גורם לו למצב של אי-רווח, אך אין מדובר בנזק כמשמעותו בדיני הנזיקין. נזק הוא חיסור ממה שהיה קודם, ובמקרה דנן לב' לא החסירו דבר. **הדרך לתביעה היא ע"י דיני ע"ע** – יתבע את הרווחים בהתאם ליחס בין השטחים (החלק היחסי של ב' בקרקע), פחות ההוצאות. ניתן לכמת את העושר המדובר. **בפ"ד אדוארד**, עליו מבוסס המקרה, בית המשפט אכן הכריע שמגיע לב' כסף בגלל עשיית עושר ולא במשפט.
* שאלה מס' 10 – ישנו חוזה, הדבר נראה כשייך לענף של דיני החוזים. נניח שהאיכות של תוצרת ישראל זהה לחלוטין לזו של תוצרת חוץ. מה הפריע לבעל הבית שהצבע הרוויח בכך שהשתמש בתוצרת חוץ? לעניין דיני החוזים והנזיקין, מהו הנזק? בעל הבית קיבל את צבע באותו איכות של טמבור, אין נזק. דיני החוזים חלים, איך מכיוון שאין נזק, וכלל לא בטוח שהייתה הפרה, לא ניתן להפעילם. הניתוב הינו לעשיית עושר ולא במשפט.
* שאלה מס' 11 – על פניו, לא נראה כי נגרם נזק לבעל הבית. יש חוזה, אך לא בטוח שהוא הופר, ובכלל לא בטוח שנגרם נזק. הניתוב יוצא מדיני החוזים והנזיקין, ומגיע לדיני ע"ע. נדמה כי ניתן להוציא צו להפסקת המכירה בבית, אך קשה יהא לתבוע פיצוי. בסעיף ב' ישנה הפרת חוזה ברורה, אך עדין יש לבחון האם אכן נגרם נזק.

**האם מערכת דינים אחרת, חיצונית לדיני נזיקין, יכולה להחליט כי התנהגות מסוימת הינה בבחינת נזק?**

דוג' 1 – **דיני משפחה** – סרבנות הגט. עד לפני כמה שנים, לא היו תביעות כאלו, איך אין זה המצב כיום. מדובר בנזק לפי דיני הנזיקין, אך בוחנים האם מדובר בבעל סרבן גט לפי דיני המשפחה הדתיים. דוג' - בית דין רבני בחיפה חייב בעל לתת גט לאשתו, אך הוא סרב לעשות כן. הפסיקה לא יוצרת סטטוס, אלא היא רק מחייבת את הבעל לעשות משהו. אם דיני המשפחה יקבעו כי הוא בבחינת סרבן, על דיני הנזיקין הכפופים לדיני המשפחה (תלויים בהם) יהא לקבוע האם הסרבנות עולה כדי גרימת נזק. ראשית, יש לקבוע האם הבעל סרבן גט, ורק לאחר מיכן האם הסרבנות היא בבחינת נזק? הפסיקה, עד לאחרונה, קבעה כי דיני הנזיקין לא יכולים להיות עצמאיים, הם תלויים בדיני המשפחה. לאחרונה, ישנה פסיקה המושכת לכיוון האחר.

דוג' 2 – חיבור **לדין הפלילי (ראש פרק מס' 13).** האם יכול להיות מצב בו הדין הפלילי יקבע כי קיים נזק בנזיקין?

1. **סעיף 77 לחוק בתי המשפט יוצר מנגנון של תביעה נגררת** – אדם הורשע בפלילים, הדין הפלילי קבע כי הוא מורשע בגין המעשה. הקורבן מעוניין לתבוע בנזיקין, כשהנתבע הורשע כבר בפלילים, הוא למעשה הורשע במעל ספק סביר (הוכחה העבירה בהרבה מעל למאזן הסתברות, הנדרש בנזיקין). הקורבן יכול להגיש תוך 90 יום תביעה (נזיקית) נגררת, נספחת לתביעה הפלילית, לבית המשפט הפלילי, שהרשיע את התוקף. **מכיוון שהעבירה הוכחה כבר במעל למאזן הסתברויות, לא יהא צורך להוכיח את יסודות העוולה הנזיקית, יקפצו מיד לשאלת גובה הנזק**. זהו מסלול ירוק עבור הקורבן בהליך פלילי, לתביעה בנזיקין. **הנזק עצמו מיובא מתוך פסק הדין הפלילי.**
2. **סעיף 42א'(א') לפקודת הראיות** – בהינתן כי אדם לא הגיש תביעה נגררת, ומגיש תביעה נזיקית רגילה לביהמ"ש, לאחר הרשעה בפלילי של העבריין, עדין, למרות שאין מדובר בתביעה נגררת, יש לקורבן הקלה ראייתית מסוימת. **ביהמ"ש האזרחי הנזיקי רשאי להשתמש בממצאים ובמסקנות של המשפט הפלילי** שהרשיע את הנאשם גם במשפט הנזיקי. ביהמ"ש האזרחי אינו מחויב, אך יכול להרשות שימוש בממצאים, כולם או חלקם.
3. מנגנון נוסף בדין הפלילי (מנגנון שהוא כולו פלילי, בניגוד לשנים לעיל) הוא **סעיף 77א' לחוק העונשין**, המאפשר לביהמ"ש הפלילי לקבוע פיצוי שהנאשם ייתן לקורבן. לסעיף יש תקרה – 260 אלף ₪ על כל עבירה. בהינתן כי נפסק פיצוי לקורבן, מהי ההשלכה, במידה והקורבן תובע בנזיקין? האם מפחיתים סכום זה מהסכום שייקבע במשפט הנזיקי?

**פ"ד בתיה אסף נ' מדינת ישראל** – לבתיה סכסוך שכנים, היא שפכה מים רותחים על השכן שלה. נקבע כי היא תקפה. ביהמ"ש החליט שלא להרשיע אותה, אך היא חויבה לשלם פיצויים. בתיה טענה כי היא לא הורשעה, לכן לא ניתן לפסוק לה תשלום פיצויים. ביהמ"ש בכל זאת פסק פיצויים, חרף היעדר ההרשעה.

**סיכונים וסיכויים בדיני הנזיקין – הקש"ס**

הקשר הסיבתי בדיני הנזיקין נחלק לשניים – **עובדתי ומשפטי**.

קש"ס עובדתי – **"מבחן אלמלא"** הוא המבחן הדומיננטי, אלמלא מעשה העוולה או המחדל של א', לא היה קורה הנזק של ב' (המעשה העוולתי הוא הסיבה המכרעת לנזק), או מה היה קורה אלמלא העוולה? האם יש סיכוי שהנזק יגרם/נגרם גם ללא העוולה? אם התשובה חיובית, לא ניתן לתבוע. התובע, ב', צריך להוכיח את תביעתו בדין האזרחי **במאזן הסתברויות** – מעל 50 אחוז. הפירוש של מאזן הסתברויות הוא להניח את דעתו של ביהמ"ש שיותר מסתבר (יותר סביר) שהעוולה גרמה לנזק מאשר שלא. בפלילים צריך מעל לכל ספק סביר, כלומר הרבה יותר, כ-98% (שלא יתגנב לליבו של השופט איזשהו ספק סביר). בד"כ, ברוב התביעות לא ניתן לומר כי התובע הוכיח את תביעתו מעל ל-50 אחוז (לא תמיד ישנם מספרים). הדבר מלמד על הקושי שבדין האזרחי.

יש שרשרת של מקרים, בהם יש בעיות מבחינת יסוד הנזק והקש"ס העובדתי, אלו הם מצבים אפורים – יודעים כי התנהגותו של הייתה לא בסדר, משום שהיא העמידה את ב' בסיכון (יצרה סיכון כלפי ב'), אך אין זה מספיק, שכן יש צורך בנזק. איך המשפט מתייחס להתנהגות היוצרת סיכונים ופוגע בסיכויים (מפחיתה סיכויים)? ישנה בעיה להגיע לאותם 50 אחוז, קיימת בעיה בהוכחת הקש"ס.

דוג' 1 – **דוגמת הציידים**. יש 3 ציידים שיוצאים לצוד. צייד 3 הולך קדימה, ציידים 1 ו-2 מחליטים לירות לעבר רעש ששמעו מעבר לשיחים. הצייד ה-3 נפגע, והוא רוצה לתבוע. אולם, הצייד ה-3 נפגע רק מכדור אחד, בעוד שהן הצייד ה-2 והן הצייד ה-1 ירו. שני הציידים יכלו לפגוע, אך רק אחד מהם פגע. אם מה שמעניין אותנו היא ההתנהגות המעוולת, אין זה משנה מי פגע, על שני הציידים לשלם. אולם, אם המקרה דנן היה נחלק ל-2 – 1 ירה ופגע, בעוד 2 ירה ולא פגע, ניתן היה להבחין ביתר קלות ולקבוע שצייד 1 צריך להיענש וצייד 2 לא. על כן, בחיבור שני המקרים, מה ההיגיון לחייב את שניהם?! שני הציידים לא היו בסדר – מתקיים יסוד העוולה, נגרם נזק לתובע – מתקיים יסוד הנזק. קש"ס עובדתי - אלמלא צייד 1 היה שם, היה נגרם הנזק? אלמלא צייד 2 היה שם, היה נגרם הנזק? אין מציאות של מעל 50 אחוז, אלא ההסתברות שכל צייד גרם לנזק היא בדיוק 50 אחוז. לפי דיני הנזיקין, בעולם המציאות, אם כל אחד מהם העמיד בסיכון את צייד 3 ב-50 אחוז, לא ניתן לתבוע אף אחד מהם. זוהי תוצאה מאוד קשה, אך זה המצב, נוכח הכלל האמור של הקש"ס העובדתי. מהי הדרך, בכל זאת, לתבוע בגין הנזק שארע?

יש אפשרות לעבור למודל, שלא אומץ בישראל, של **אחריות קיבוצית** (מוכר בדין האנגלי, למשל). לפי פורת, במקרים מסוימים יש להכיר באחריות קיבוצית, לפיה אם כל הקבוצה הייתה לא בסדר, וכל הקבוצה יכולה הייתה לגרום לנזק, העובדה שרק אחד מחברי הקבוצה גרם לנזק הוא עניין אקראי. לכן, ניתן להטיל את האחריות על כל חברי הקבוצה. כקבוצה אנו מקיימים את מבחן ההסתברויות, עוברים את ה-50 אחוז. **יש לראות את הציידים כקבוצה, ולא כשני יחידים, משום שכל אחד מהם יכול היה ליצור את הסיכון.** זוהי פריצת דרך של פורת מבחינת דיני הנזיקין, משום שאחד מהנתבעים לא גרם לנזק.

דוג' 2 - דוגמת הארנק שנגנב בכיתה של 100. לא ניתן לתבוע את הכיתה כקבוצה ע"פ דוק' האחריות הקיבוצית, משום **לא ניתן להראות שכולם יצרו את הסיכון, שכולם פעלו באותה צורה**. בננגוד לדומת הציידים, לא כל התלמידים נהגו לא כשור, אלא למעשה ישנם 99 אנשים חפים מפשע, לכן ניתן להטיל אחריות על כל הקבוצה. מנגד, את מקרה הציידים ניתן לפטור ע"י דוק' האחריות הקיבוצית, והאחריות תוטל על שניהם ביחד ולחוד (על אחד אחראי על הכל, למרות שרק אחד מהם פגע).

דוג' 3 – **דוגמת המוניות**. עיירה אמריקאית בה שתי חברות של מוניות – כחולות וצהובות. אדם יושב על המרפסת בצהריים ורואה תאונת דרכים – רכב פוגע בהולך רגל ובורח, תאונת "פגע וברח". האדם עונה כי איננו יודע איזה רכב פגע, אך יודע שמדובר במונית. הבעיה – לא יודעים איזו מונית פגעה, של איזו חברה? נניח והנדרס מעוניין לתבוע את בעל תחנת המוניות, את מי נתבע? בניגוד לדוגמת הציידים (שני הציידים היו לא בסדר, ובמזל רק אחד מהם כרם לנזק), במקרה דנן ישנו נהג אחד שהיה לגמרי בסדר, לא ביצע את ההתנהגות העוולתית. לכן, לא ניתן להטיל אחריות קיבוצית, היינו להטיל אחריות על שתי חברות המוניות.

אנו מנסים לעבור **לעולם של הסתברויות**, שכן אם יאמר לניזוק כי הוא אינו יכול לתבוע, אין הדבר מגשים אף אחת ממטרות דיני הנזיקין. ע"פ כל מטרות דיני הנזיקין, הפסיקה צריכה למצוא דרך בכדי להעניק איזשהו פיצוי לניזוק, מטרות דיני הנזיקין זועקות כולן לפצות את הניזוק. במקרה זה, **ניתן לחלק את סכום הפיצוי בין חברות המוניות ע"פ מידת הסיכוי שכל אחת מהן גרמה לנזק**. נניח ש-30 אחוז מהמונית צהובות, והיתר כחולות. ברור הוא כי הסיכוי שהנזק נגרם ע"י מונית כחולה גבוה יותר, עומד על 70 אחוז. כעת, בהינתן שאנו נמצאים בעולם של הסתברויות, הרי שניתן לתבוע אך ורק את חברת המוניות הכחולות (מעל ל-50 אחוז). אולם, נניח וקרה מקרה שני דומה, על חברת המוניות הכחולה תוטל האחריות, וכך הלאה, עד לתאונה השמינית. מה קורה בתאונה השמינית והלאה? חברת המוניות הכחולות תדרוש כי האחריות תוטל על חברת המוניות הצהובות. אך במקרה האמור ישנה תאונה אחד, מקרה בודד.

בעולם של הסתברויות - על חברת המוניות הכחולות להוכיח את ההסתברות של 30 במעל 50 אחוז, כלומר להניח את דעתו של ביהמ"ש שלחברת המוניות הצהובות 30 אחוז סיכוי לגרום לנזק ואילו הסיכוי שחברת המוניות הכחולות גרמה לנזק הוא 70 אחוז.

האם הדבר עולה בקנה אחד עם מטרות דיני הנזיקין?

**פיצוי** – כן, הניזוק מקבל פיצוי.

**הצדק המתקן** – בעייתי. המטרה מתקיימת בחלקה, יש תיקון לניזוק, אך לא מהמזיק במלואו.

**הצדק המחלק/חלוקתי** – לא ברור, שכן שתי תחנות המוניות יכלו לגרום לנזק, אך רק נהג אחד בפועל גרם לנזק. העובדה כי נהג אחד בלבד גרם לנד

**הרתעה יעילה** – המטרה מתקיימת במלואה. מבחינת הגישה הכלכלית, המטרה היא למנוע תאונות ונזקים, כל אחד משלם בדיוק לפי הסיכון שהוא עמיד את הניזוק. המזיק מורתע בדיוק לפי החלק שלו – חברת המוניות הצהובות יצרה את הסיכון ב-30, ולכן מורתעת בהתאם לאחוז זה. מנגד, אם חברת המוניות הייתה מחויבת לשלם על הכל, היה נוצר מצב של הרתעת יתר מבחינתה, והרתעת חסר מבחינת תחנת המוניות הצהובות.

לדעת שמואלי, עדיף לעבור לעולם של הסתברויות, למרות שהדבר עשוי להיות בעייתי, בשל "הרע במיעוטו". בתוך עולם ההסתברויות, אין אנו מוותרים על הוכחת מאזן ההסתברויות (הוכחה במעל 50 אחוז שהסיכוי שחברת המוניות הכחולות גרמה לנזק הוא 70 אחוז).

דוג 4 – **DES**. ראשי תיבות של תרופה אמריקאית. בנות, ילדות בגילאים של 12+, חולות בסרטן צוואר הרחם. יש גיבוב של מקרים כאלה ע"י משרד ממשלתי אמריקאי. היה מצבור של מקרים של ילדות שחלו בסרטן צוואר הרחם. הצליחו להגיע במאזן הסתברויות ע"י בדיקה מהירה, לכך שהתרופה האמורה שהאימא לקחה כשהייתה בהריון פגעה בעובר (הסיכוי שהנזק נגרם ע"י התרופה הוא מעל 50 אחוז).התברר שלתרופה יש 200 ומשהו יצרנים שונים בארה"ב בלבד – תרופה גנריט. יש בעיה להוכיח מה האימא לקחה כשהייתה בהריון, תרופה של איזה יצרן? רק יצרן אחד עיוול כלפי האם? המקרה דומה למקרה הציידים – כל יצרני התרופה לא היו בסדר, אך רק אחד עיוול. ביהמ"ש האמריקאי קבע כי יש **להטיל אחריות לפי נתח שוק.**

יש לבדוק את נתח השוק שהיה באותו זמן. מכיוון שרק יצרן אחד אשם, כשמגיעים להטלת אחריות לפי נתח שוק, בשונה מדוגמת המוניות, ניתן להתחיל לצמצם (לא הגיוני לתבוע 200 יצרנים). לפי ביהמ"ש האמריקאי, **נתח השוק מאפשר לנו לצמצם את כמות הנתבעים**. נניח והאם הגיע מפילדלפיה, נבדוק מי מהיצרנים ייצר באותה התפוקה ושיווק את התרופה דווקא לפילדלפיה. לוקחים את פתרון המוניות, ומתחילים לצמצם את כמות הנתבעים – בוחנים את נתח השוק המקומי ולא של כלל ארה"ב. בהנחה ויש 3 חברות כאלה, נבחן את נתח השוק של כל אחת מהן, ובהתאם לכך נחלק את האחריות לנזק.

דוג 5 – **פ"ד קורנהויזר נ' מלך** – הערכאות השונות נתנו פתרונות שונים. האם הולכים לפי עולם המציאות או עולם ההסתברויות? אם הולכים לפי עולם ההסתברויות, כנראה שהתוצאה צריכה להיות הטלת האחריות על כל כלב (שליש). אם אנו בעולם המציאות, הדבר תלוי ועשוי להוביל לפתרונות שונים. פסיקת העליון בערעור מבוססת ככל הנראה על עולם ההסתברויות, ואילו פסיקת הדיון הנוסף על עולם המציאות.

דוג' 6 – **הרשקוביץ / פתאח** – **פגיעה בסיכוי או אובדן סיכויי החלמה**. הרשקוביץ הולך לרופא ואומר לו שיש לו מיחושים בבטן. הרופא נותן לו כדור אקמול ו-3 ימי מחלה. הרשקוביץ חוזר לאחר מס' ימים וטוען שכאבי הבטן החמירו, הרופא מעניק לו מנוחה נוספת. לאחר מס' חודשים, הרשקוביץ מגיע לרופא אחר וטוען שכאבי הבטן עברו, אך חוזרים מידי פעם בעוצמה שונה. הרופא ממשש לו את הבטן ושולח אותו מידית לבית החולים. בבית החולים הוא עובר רה של בדיקות ומתגלה כי יש לו גידול די גדול בבטן. הניתוח להסרת הגידול מצליח, אך הסרטן חוזר והרשקוביץ' נפטר. עזבונו של הרשקוביץ מנהל תביעה כנגד קופת החולים. לכאורה, מדובר בתביעה די ברורה – יש כאן מחדל – הרופא הראשון היה צריך לשלוח אותו לבדיקת אולטרסאנד וכו'. מבחינת הרופא, הוא מצוי בסינדול, אין זה פשוט לשלוח כל אדם עם כאבי בטן לצילומים. נניח והוכחנו עוולה (הרופא במחדלו התרשל) ונזק. ישנה בעיה בכל הנוגע לקש"ס – מה הרג את החולה, הרופא או הגידול? מי אשם במוות שלו? **הרופא לא גרם לחולה לגידול, אלא פגע בסיכויי ההחלמה של החולה.** הרופא לא עשה את אשר היה עליו לעשות על מנת למנוע את התפשטות הגידול.

הרופא יטען כי החולה הגיע אליו כבר במצב לא טוב, כשיש לו גידול סרטני – היה לו כבר סיכוי, מלכתחילה, שלא לחיות. בסרטן יש לנו הרבה פעמים לבדוק זאת באחוזים. כשהרשקוביץ הגיע לרופא הראשון, בהתאם למצבו הרפואי, נקבע כי היה בקבוצת סיכון של 61 אחוז למות ורק 39 אחוז לחיות. הרופא יטען שכשהחולה הגיע אליו, הוא אומנם התרשל, אך מבחינת מאזן ההסתברויות החולה הגיע עם מעל 50 אחוז סיכוי למות. הגורם המכריע, לגישתו, למוות שלו הוא הגידול. אם הולכים לפי **עולם המציאות**, אנו מחפשים מעל 50 אחוז לגורם המכריע לנזק. הרופא יטען כי גם אם היה שולח אותו לבדיקות האמורות, עדין היו לחולה מעל ל-50 אחוז סיכוי למות, ולכן אין לתבוע אותו. ביהמ"ש האמריקאי עבר **לעולם ההסתברויות** – בגלל שהרופא הוריד את הסיכוי לחיות מ-39 אחוז ל-0, עליו לשלם בהתאם לכך. הטלת אחריות על הרופא ב-39 אחוז. הרופא הראשון ממשיך וטוען שכשהרופא השני גילה, ניתן לבדוק את אחוזי השרידות של הרשקוביץ באותה עת – 25 אחוז לשרוד. על כן, הרופא הראשון הוריד את סיכויי ההחלמה של הרשקוביץ מ-39 ל-25 בלבד. אם יוחלט שהוא אחראי, הוא יהא אחראי על 14 אחוז בלבד, וכך הוחלט.

דוג 7 – **פ"ד מלול** - **הגברת סיכונים.** אישה מגיעה לבית החולים בשבוע 29 להריונה פלוס שישה ימים. הריון ממוצע הוא סביב ה-40 שבועות. האישה מגיעה לבית החולים בגלל דימום, שמקורו לא ידוע, אך ברור שמקורו איננו עוולתי. הרופאים מתכוננים ללידת פג, באיזשהו שלב יש ירידת מים. הדימום יכול לגרום להרבה צרות, וכן גם הפגות. בנוסף, ישנה התרשלות של הרופאים – בהינתן שמגיעה האישה במצב זה, היה עליהם לבצע ניתוח קיסרי באופן מידי, אך הם השתהו ולקח להם 45 דקות לעשות זאת, ונולדה ילדה עם 100 אחוז פיגור שכלי. על מה יכולים ההורים לתבוע? על התרשלות הרופאים בלבד, ולא את יתר גורמי הסיכון – הפגות והדימום. יש לנו שלושה גורמי סיכון (כל אחד מהגורמים יכול לגרום לנזק), אך ניתן לתבוע אך ורק את הרופאים שהתרשלו.

מה עושים? ניתן לפעול בהתאם למקרה המוניות או לפי נתח שוק. אולם, המומחה טוען בבימה"ש כי אינו יכול לחלק את הסיכויים בין גורמי הסיכון, אין בידיו המידע לכך. כל שהמומחה טוען הוא שאין לשלול קש"ס בין ההתרשלות לנזק.

**נזק ראייתי –**

פורת ושטיין טוענים במאמרם כי הם מעוניינים להכיר בראש נזק נוסף (פרט לגופני, רכושי ונפשי) – נזק ראייתי. זוהי מהפכה בדיני הנזיקין, הכרה בנזק שלא הוכר עד ליום זה. בתי המשפט בארץ ובעולם לא קיבלו קריאה זו. אולם, הם הציעו הצעה שניה וחלופית – במקרים שלנזק ראייתי, לא נכיר בזה כנזק ראייתי, אלא הדבר יגרום **להיפוך נטל ההוכחה**. **הצעה זו כן התקבלה בפסיקה.** מכוחו של הנזק הראייתי, ניתן לתבוע את היפוך נטל ההוכחה.

**ס' 41 לפקודת הנזיקין** (res ipsa) – "בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם על ידי נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא הייתה לגבי המקרה שהביא לידי הנזק התרשלות שיחויב עליה". הסעיף מדבר על **3 פרמטרים, בהתקיים נעביר את נטל ההוכחה** (הנתבע יהא צריך להוכיח כי לא התרשל, למשל) –

1. לתובע לא הייתה ידיעה או לא הייתה לו יכולת לדעת מה היו הנסיבות שגרמו למקרה שגרם לנזק.
2. הנזק נגרם ע"י נכס שלנתבע הייתה שליטה מלאה עליו.
3. נראה לביהמ"ש שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

במרבית המקרים בהם הנטל עובר לנתבע, התביעה מתקבלת, משום שקשה יותר להוכיח שפלוני לא עשה משהו מאשר להוכיח שאלמוני כן עשה משהו.

דוג' – אדם תבעה בית חולים בירושלים בגין רשלנות רפואית, אך תיק ביהמ"ש נעלם. פורת ושטיין טוענים, כי במקרה כזה האדם לא יכול לתבוע את בית החולים, אך הוא יתבע את המזכירות של בתי המשפט, על כך שאיבדו את התיק וגרמו לו לנזק הראייתי. נגרם לו נזק ראייתי – בגלל איבוד התיק, אין הוא יכול לתבוע את בית החולים. אי-לכך, לפי פורת ושטיין, יש להעניק לו פיצוי פוזיטיבי בגין הנזק הראייתי, נגרם נזק לראיות. **עמדת פורת ושטיין לא התקבלה לעניין ההכרה בנזק הראייתי, אך כן לעניין היפך נטל ההוכחה.**

נניח והפסיקה הכירה בנזק ראייתי, כמה היינו משלמים? בהנחה היא תביעה של 8 מיליון שקלים. על תביעה בגין נזק ראייתי גרידא, ברור כי אף ביהמ"ש לא יורה על פיצוי של 8 מיליון ₪. גם כאן עלינו לעבור לעולם של הסתברויות, לעניין ה"כמה". כדי לשאול כמה, אנו לעיתים פונים להסתברויות - מה הסיכוי שתביעה זו (בהינתן הראיות האמורות) תתקבל והתובע אכן יקבל 8 מיליון שקלים? אנו לא יודעים, משום שהראיות הלכו לאיבוד.

שמואלי הציע פתרון – יש לבחון בכלל בצורה עולמית/כללית כמה אחוזים מהתביעות הרשלנות הרפואית מתקבלות? כמה תביעות כנגד בית החולים הספציפי מתקבלות? נניח והגענו למצב בו רק 50 אחוז מהתביעות מתקבלות – נגיע ל4 מיליון. אולם, נניח וכמעט ולא נמצאו מקרים בהם ביהמ"ש הורה על פיצוי של 8 מיליון שקלים. נניח שחצי מהתביעות מתקבלות, ומתוכן בממוצע מתקבל 20 אחוז מסכום התביעה. החישוב – 20 אחוז כפול 50 אחוז כפול 8 מיליון. אולי, בכלל, יש להעניק פיצוי פיקס?

דוג' 2 - **נזק ראייתי מכוון**. שני בני זוג מסוכסכים, נמצאים בהליכי גירושין. לאישה יש ראיון עבודה, לקראתו היא מכינה תיק המלצות ממעסיקים קודמים. לפני שהיא הולכת לראיון, הבעל שורף את תיק ההמלצות, והאישה לא עוברת את הראיון. האישה תובעת את בעלה על הנזק הראייתי שגרם לה. אם הדבר יתקבל, מגיע לה פיצוי, איזה פיצוי מגיע לאישה? ביהמ"ש יבחן את הסיכויים של האישה להתקבל לעבודה. תחילה, יש צורך בקבוצת ביקורת – נניח ולכל האחרים היו המלצות. נניח והיו עשרה אנשים – הסיכוי של האישה, באופן עקרוני, להתקבל לעבודה היה עשירית. האישה סובלת **מאובדן סיכוי להתקבל עבודה** (בפ"ד הרשקוביץ' דובר על אבדן סיכויי החלמה). עברנו לעולם ההסתברויות. **החישוב בעולם ההסתברויות – עשירית כפולה המשכורת, פחות השכר שהרוויחה באותה עת.** בעולם המציאות החישוב הוא אחר – הכל או כלום. במקרה דנן, הצליחה האישה להוכיח כי המעביד ביצע הפליה מתקנת, דבר שתרם לה להגדלת הפיצוי.

**אנו בוחנים את הנזק הראייתי לפי מאזן ההסתברויות (בעולם הסתברויות), מבצעים את הלכת הרשקוביץ, רק לא בגין רשלנות רפואית.**

דוג' 3 – אדם ניזוק בברך מתאונת עבודה. נניח ובית החולים מחליט לכרות לו את הרגל, כתוצאה מרשלנות רפואית (מוכיחים כי בית החולים יכול היה להציל את הרגל). אפשרות לתיאור המציאות – נזק 2 בלע את נזק 1 (**בליעת נזק**). יש לנו 2 מעוולים - הקבלן באתר הבנייה ובית החולים, יש לנו נזק לברך ונזק לכל הרגל שנכרתה. אנו מעריכים שיש רשלנות בשני המקרים. נניח והרגל שווה מיליון ₪. אולם, הנזק שארע הוא נזק **לרגל שאינה בריאה** – ביה"ח יטען כי יש לחשב את הפיצוי לפי ההפרש בין הרגל הפגועה לבין המיליון ₪ (ולא בין רגל בריאה לרגל שנכרתה). ביה"ח הביא לכריתת הרגל ברשלנות - המזיק השני גרם לניזוק נזק ראייתי כלפי תביעה אפשרית של מזיק מס' 1 (הקבלן).

חלוקת הכספים בהינתן ראיות – 200 אלף תביעה כנגד המזיק הראשון, 800 אלף כלפי המזיק השני. אולם, אין לנו את הנתון עבור התביעה כלפי המזיק הראשון. כתוצאה מהתרשלותו של בית החולים, לעולם לא נוכל לקבוע מה היה חלקו של מזיק מס' 1 בנזק שנגרם לרגל.

לפי פורת ושטיין, יש בעולם סממנים לאי-אחידות. ברור הוא כי לא ניתן לתבוע את המזיק הראשון או השני על מיליון ₪. אם נתבע את המזיק השני על מיליון, אין זה צודק, שכן הוא גרם אך ורק להפרש, מדוע לחייב אותו על הכל? בחינת מטרות דיני הנזיקין - הרתעת-יתר. אין צדק מתקן, שכן בית החולים לא אחראי על כל הנזק. גם מבחינת הצדק החלוקתי יש בעיה – יש שני חזקים, כשאחד החזקים משלם יותר ממה שגרם והשני כלל לא משלם. **מבחינת כלל מטרות דיני הנזיקין, אין המזיק השני צריך לשלם על כול הנזק.**

התשובה לחייב את המזיק השני, שגרם לנזק הראייתי, על הכל – **בגין כריתת הרגל ברשלנות ישלמו מיליון פחות איקס – נזק גופני, ועל גרימת הנזק הראייתי ישלמו איקס.** המזיק השני ישלם על כל הנזק, המורכב מנזק ראייתי ונזק גופני. זוהי החלופה המועדפת בעת עמימות ראייתית, זהו הרע במיעוטו.

**פגיעה באוטונומיה -**

סוג נזק נוסף, שמוצע להכיר בו הוא **פגיעה באוטונומיה** – **פ"ד דעקה**. בניתוח של גברת דעקה (היא חותמה הסכמה לניתוח בברך) מתחילים להרדים אותה ואז הרופאים טוענים כי הבעיה בכתף דחופה יותר – יש לעשות ניתוח בכתף, עוד קודם לכן. הגברת מסכימה לכך, בהיותה מטושטשת. הגברת סובלת מ"כתף קפואה" לאחר הניתוח – יש נזק גופני. ביהמ"ש קבע כי הרופאים לא התרשלו – קורה שהניתוח לא מצליח. התביעה בגין רשלנות רפואית נדחית – יש נזק אך אין עוולה. המקרה ארע לפני קבלת חוק זכויות החולה. אולם, **לפעמים הרשלנות איננה בביצוע הניתוח עצמה, אלא העוולה עשויה להתבטא בשאלת ההסכמה – האם האדם הסכים או לא?**

במקרה דנן, האם גברת דעקה נתנה הסכמתה לניתוח בכתף? עורך הדין של גברת דעקה טען, שאמנם אין רשלנות רפואית, אך **לגברת מגיע פיצוי נפרד על זה שפגעו לה ביכולת ההסכמה שלה, באוטונומיה שלה על גופה.** אין מדובר בהסכמה אמתית, מדעת. למעשה, עורך הדין טוען שגם אם הניתוח עצמו אינו שווה רשלנות רפואית, יש לפצות את הגברת מפני שהרופאים בחרו עבורה, פגעו לה באוטונומיה על גופה. **העוולה היא בשלילה דה-פקטו של יכולת הבחירה, פגיעה באוטונומיה.** הגברת מקבלת פיצוי צנוע של 15 אלף ₪.

מקרה דעקה 2 – ורסיה שונה למקרה של כגברת דעקה. האירוע זהה, אלא שכשגברת דעקה מתעוררת מהניתוח, הכתף בריאה לחלוטין. אולם, היא רואה שיש לה תחבושת על הכתף אבל ברגל אין לה שום דבר. האחות אומרת שעשו לה ניתוח ביופסיה וגב' דעקה לא זוכרת כלום, ונעלבת מכך שלא שאלו אותה, שלא קיבלו את הסכמה כיאות, אלא החליטו על ביצוע הניתוח בכתף עבורה. טענתה – נכון הוא שהיא חתומה על הטופס אבל היא לא הבינה ולא זוכרת כלום, היא לא הייתה כשירה.

עד כה, ביתר מדינות העולם הכירו בנזק הפגיעה באוטונמיה, אך ורק כנספח לפיצוי בגין אחד משלושת הנזקים הרגילים – גופני, רכושי ונפשי. **החידוש של פ"ד דעקה** - **הפגיעה באוטונומיה חיה גם בהיעדר נזק ממשי** (כמו בוורסיה השנייה). אולם, אין הרבה תביעות כאלו, שכן לרוב האנשים יסברו שאין בגין מה לתבוע, לתפיסתם לא נגרם נזק ממשי – הניתוח הצליח.

נוכח פסק הדין, נדמה כי הפגיעה באוטונומיה היא בבחינת נזק נפרד, רביעי, אך השופטים לא קובעים שחלה מהפכה בדיני הנזיקין. לגישתם, **אין מדובר בנזק, אלא בראש נזק שלישי – פגיעה באוטונומיה עלה גוף**. ראש נזק זה לא מותנה בנזק כלשהו, אלא הוא עצמאי. יש להוכיח עוולה של רשלנות, נזק, וראש נזק. **השופטים קובעים ראש נזק חדש, לצד ראש נזק ממוני וראש נזק לא ממוני – ראש נזק של פגיעה באוטונומיה** (לכאורה, מהפכה פחות גדולה). איך אפשר לקבוע כי מדובר בראש נזק, ולא נזק רביעי, חדש? רשלנות דורשת נזק כדי להגיע לראש הנזק, צריך שיהיה נזק מעוולה.

* פגיעה באוטונומיה קיימת לא רק בדיני הנזיקין, אלא גם בדיני קניין וחוזים.

בשנת 1996 נחקק חוק זכויות החולה, המקדש את הנושא של הסכמה אמתית לניתוח, או לטיפול גופני במקרים דומים לזה. מדובר גם במקרים שהם לא רשלנות רפואית. אולי אפשר לתבוע בפגיעה באוטונומיה על כבוד? אולי אפשר לתבוע על פגיעה באוטונומיה בחירות?

אפשר היה לקעקע את הטיעון בכך שנפנה לקשר הסיבתי – ישנו סיכוי גבוה, שגם אם היו מציעים לה את הניתוח בכתף היא הייתה מסכימה. היא צריכה להוכיח, שאם היו מציעים לה לעשות קודם את הניתוח בכתף, היא לא הייתה מסכימה. גב' דעקה יכלה לטעון, מנגד, שלגביי הברך היא בטוחה שיש בעיה ולגביי הכתף היא לא בטוחה, ולכן ייתכן והייתה רוצה חוות דעת נוספת ולא הייתה מחליטה לבצע את הניתוח בכתף באופן מיידי.

**כאשר אנו מכירים בראש נזק של פגיעה באוטונומיה אנו לא מוותרים על הנוסחה, עדיין צריך להוכיח את כל הפרטים.** במידה והנוסחה המלאה מתקיימת כולה, אין בעיה. אולם, גם אם אין הוכחה של נזק, ישנם מקרים שניתן להעניק פיצויים (למשל תקיפה, לשון הרע, זכויות יוצרים).

**פגיעה בסיכוי / אובדן סיכויי החלמה** (**הרשקוביץ ופתאח**) ומנגד **הגברת סיכונים** (**מלול וקרישוב**).

**פ"ד הרשקוביץ** – בעולם המציאות יטען הרופא כי החולה לא יכול לתבוע אותו, משום שלא הוכח שהרופא עצמו אחראי לנזק במאזן הסתברויות, הוא אינו הגורם המכריע לנזק. מבחינת דיני הנזיקין, בעולם המציאות, מדובר בטענה נכונה ומוצדקת. הרופא יטען כי הרשקוביץ לא יכול להוכיח את הקש"ס העובדתי במאזן הסתברויות (מעל 50 אחוז). אולם, הפסיקה מאפשרת לנו **לעבור מעולם המציאות לעולם ההסתברויות** – **בוחנים מה הסיכוי שהרופא אשם לגרימת הנזק, ובהתאם לכך קובעים את הפיצוי בגין הנזק.**

הדרך לראות זו עוברת בשתי חלופות תאורתיות –

1. הקלה ראייתי לניזוק - מכוח דיני הנזיקין, בשילוב עם דיני הראיות, התוצאה היא הכל או כלום, ובמקרה דנן – כלום, שכן הקש"ס העובדתי לא הוכח במאזן הסתברויות. אולם, מדובר בניזוק מסכן, האם נשאיר אותו ללא פיצוי (עמדה של צדק מחלק – צד חלש וצד חזק)? "בוא נעשה לו טובה" (**מעניקים לניזוק הקלה ראייתית**) - **נאפשר לניזוק להוכיח במעל 50 אחוז, היינו במאזן הסתברויות, שהרופא פגע בסיכוייו להחלים ב-14 אחוז.** מדובר באחוז אותו ניתן לייחס לנתבע (אחוז הייחוס). בהיעדר מחקרים מדעיים, נפנה לרופאים הוותיקים, בעלי הניסיון.
2. פגיעה בסיכוי/הגברת סיכונים הינו נזק בפני עצמו - לא עושים לניזוק טובה (רמיזה לחלופה זו קיימת בפ"ד מלול) – יש שתי חלופות - עולם המציאות או עולם ההסתברויות. האם קיים סוג נזק רביעי מסוג של "סיכוי/סיכון"? לפי החלופה השנייה, נראה שכן. **הנזק מוגדר כהגברת סיכון** - **הנזק לו אחראי הרופא הוא הנזק של הגברת סיכון, הוא קידם את האפשרות שהאדם יחלה.**

ההבדל לעניין מטרות דיני הנזיקין בין החלופות לעיל הוא דרמטי. **לעניין החלופה הראשונה –** מבחינת מטרת **הפיצוי** – היישום הוא חלקי, שכן הרשקוביץ לא מקבל פיצוי מלא על הנזק הגופני, אלא רק חלק מימנו. מבחינת מטרת **הצדק המתקן** – המצב בעייתי, שכן רוב הסיכויים שהרופא לא גרם לנזק. מבחינת **הצדק החלוקתי** – גם כן בעייתי. מחד, אם הרופא אשם והוא הצד החזק ויש פער גדול בשליטה, יכול להיות שהפיצוי החלקי נכון למקרה זה. מבחינת **הרתעה היעילה** – הפיצוי החלקי, אזי האם מדובר בהרתעה יעילה?

**לעניין החלופה השנייה** – מבחינת מטרת **הפיצוי** – הניזוק מקבל פיצוי מלא בגין הנזק של הפגיעה בסיכוי/הגברת סיכונים. מבחינת **הצדק המתקן והחלוקתי** – הניזוק משלם בעבור מה שבאמת גרם (נזק של 14 אחוז). מבחינת **הרתעה יעילה** – הפיצוי מלא, לכן מדובר בהרתעה יעילה.

אי-לכך, השופט יעדיף את החלופה השנייה, המגשימה בצורה טובה יותר את מטרות דיני הנזיקין.

**בפ"ד מלול** נקבע כי **הגברת סיכון אינה זהה לפגיעה בסיכוי. הנימוק – "במה שעובד לא נוגעים".** בפ"ד זה כן "נוגעים" בהגברת סיכון. את מי ניתן לתבוע? רק את בית החולים. מה הסיכוי שבית החולים גרם לנזק? לפי עולם המציאות, לא ניתן להוכיח שדווקא בית החולים גרם לנזק, במאזן הסתברויות. הרופא המומחה מטעם המשפחה, קובע כי אין לשלול קש"ס בין התרשלות הרופא לנזק – לא מוכן לקבוע אחוז מספרי ספציפי. **השופט גרוניס** טוען, כי לאור עדותו של המומחה, יש לדחות את התביעה. לגישתו, אין מדובר במקרה בו נכון הוא לדון בהגברת סיכון. מנגד, השופטת נאור (בערעור) קובעת כי **במצבים בהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל – נוכל להסתפק בקיומו של קש"ס הסתברותי לנזק שייקבע ע"פ ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנה.** כל פ"ד זה נסוב סביב **הצדק החלוקתי** (בחינת הצד החזק והחלש במקרה זה). נקבע פיצוי של 20 אחוז, היינו הרופא יהא אחראי לנזק באחד מתוך שישה מקרים.

מסכם פסק הדין מבין שהמקרה לא נכנס לקבוצת המקרים של הגברת סיכון. לכאורה, יש להחזיר את הפיצוי (נפסק 20 אחוז, במקום 40 אחוז). אולם, **נפסק כי המשפחה לא תחזיר את הפיצוי של ה-20 אחוז, כנראה מכוח הצדק המחלק, לפנים משורת הדין.**

בשורה התחתונה, גם לעניין הגברת הסיכון אנו מתייחסים לשתי החלופות לעיל.

סיבתיות עמומה –

**דנ"א בית חולים כרמל חיפה נ' מלול** – עדן נולדה בשבוע ה-29 בלבד להריונה של אמא כשהיא במצב של פגות. האם הגיעה לבית החולים בעקבות ירידת מי שפיר ובבית החולים החל דימום בשל היפרדות שליה. רק בחלוף 45 דקות מאז שהחל הדימום חולצה עדן מרחם אימה בניתוח קיסרי. בעקבות הלידה לקתה עדן במחלה מסוימת והיא סובלת משיתוק מוחין ופיגור שכלי בנכות של 100%. בית המשפט העליון קבע כי העיכוב בניתוח היה רשלני. עם זאת, לא היה ברור האם הנזק המוחי נגרם בשל גורם עוולתי (העיכוב בניתוח שגרם להמשך הדימום) או בשל גורם לא עוולתי (עצם הפגות). בית המשפט העליון הכיר באפשרות לחרוג מכלל מאזן ההסתברויות במצבים של עמימות סיבתית כיוון והדבר גורם לאי צדק וכי ניתן להסתפק בפיצוי לפי הסתברות או אומדן. על כן, העמיד את הפיצוי על 20% מהנזק. על פסיקה זו הוחלט לקיים דיון נוסף.

**ריבלין** - יש לסטות מן הכלל של "הכל או כלום" לפי מאזן ההסתברויות מקום שבו כלל זה מביא לתוצאה בלתי צודקת. חריגה ממנו מצריכה טעמים חזקים. **כאשר המקרה משתייך לקבוצת מקרים המאופיינת ביצירתם של סיכונים חוזרים ומשותפים כלפי קבוצת ניזוקים ובקיומה של הטיה שיטתית הפועלת לרעת אחד הצדדים המתדיינים יש מקום להעדיף פיצוי לפי הסתברות**. מבחן ההטיה הנשנית אינו מוגבל רק למקרים של עוולות המוניות (חשיפת ציבור גדול לסיכון).

**מבחן ההטיה הנשנית מתגבש אפוא בהתקיים ארבעה יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטיה עקבית בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.** במצבים אלה, הן שיקולי צדק מתקן והן שיקולי הרתעה ויעילות תומכים במעבר לכלל של פיצוי לפי הסתברות. אחרת, תוטל אחריות על נתבעים שיש סיכוי גבוה שלא גרמו כלל לנזק. במקרה הנידון, לא מתקיים מבחן ההטיה הנשנית ולכן לא היה מקום לחרוג מן הכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות.

**נאור** - אמות המידה לפיצוי לפי הסתברות הן: התרשלות, נזק, **סיבתיות עמומה מובנית**. **את הדוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות יש להחיל כאשר: 1. סיבות של צדק. 2. התובע עשה מאמץ להביא ראיות ואומדנא. 3. הגורם להגברת הסיכון או אובדן הסיכוי אינו אזוטרי** (גם אם אינו עולה על 50%). כמו כן, אין הכרח שתהיה קבוצת ניזוקים וניתן להחיל את הדוקטרינה גם במקרה יחיד.

קטגוריות של סיבתיות עמומה:

1. עמימות ביחס לגודל הנזק.
2. סיבתיות עמומה ביחס לזהות המזיק.
3. סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.
4. סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק.

במקרה הנידון, עניין לנו בקטגוריה השלישית. התובע אינו יכול להוכיח, ע"פ כללים ראייתיים רגילים של מאזן הסתברויות, כי הנתבע שהתרשל גרם לו נזק כלשהו. מבחן ההטיה הנשנית רלוונטי רק לקטגוריה של סיבתיות עמומה ביחס לזהות הניזוק.

**בייניש** - מסכימה עקרונית עם מבחן ההטיה הנשנית אך גורסת כי מבחן ההטיה הנשנית מוביל לצמצום יתר של האחריות הנזיקית. מנגד, פיצוי לפי הסתברות בכל מקרה של סיבתיות עמומה מעלה את החשש של "מדרון חלקלק". **הפיתרון יכול לצמוח רק לאחר דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה**. העת עוד לא בשלה למציאת פתרון כולל להוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים.

**פרוקצ'יה** - תפיסת "מדרג אחריות של נתבע, הנגזר מרמת הוכחה שהובאה ע"י התובע, גם אם נופלת מרמה העולה על 50% זרה לעיקרון מאזן ההסתברויות וסוטה סטייה ניכרת מהרציונאל הפנימי של דין הראיות. **סוגיית העמימות הסיבתיות, על מכלול היבטיה הרחבים, היא עניינו של המחוקק לענות בו.**

**גרוניס** - אימוץ הכלל בדבר אחריות יחסית יביא להעצמה בלתי ראויה של שיקול הדעת השיפוטי ובמקביל לצמצום הוודאות המשפטית. **אין להכיר על דרך של חקיקה שיפוטית באחריות יחסית במצבים של עמימות באשר לקשר הסיבתי בדין הנזיקין.**

**ג'ובראן**: **במצבים של סיבתיות עמומה אין מניעה מלהפעיל את הדוקטרינה של פיצוי לפי הסתברות, כאשר אין צורך להראות כי מדובר בחלק מתופעה היוצרת "הטיה נשנית".**

**רק כאשר** אין מדובר בעמימות עובדתית או מחלוקת מדעית אלא **בעמימות מדעית,** בה עצם הידע המדעי המובא בפני בית המשפט אינו חד משמעי, על בית המשפט להשתמש **בפיצוי לפי הסתברות.** אז יש להעביר את נטל השכנוע לנתבע.

ההחלטה: ברוב דעות נקבע **כי אין להכיר בחריג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה.**

הסיבתיות העמומה – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" / בני שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס (יש לציין כי המאמר נכתב לפני הדיון הנוסף בפסק הדין מלול) –

המחברים טוענים כי **בפס"ד מלול** הערכת האומדן שחילקה את הנזק בין הגורם העוולתי והלא עוולתי לא התבססה על נתונים הסתברותיים, אלא נתנה פיצוי מטעמים של צדק גרידא.

בעוד בפס"ד מלול עדות המומחה רק לא שללה אפשרות לקיום הקשר הסיבתי, המחברים טוענים כי **יש לדרוש ראיות מדעיות מדויקות או לכל הפחות ראיות כלשהן להוכחת הקשר הסיבתי**. אחרת, כל ניזוק שיוכל להוכיח נזק (לדוגמא: נזק רפואי) והתרשלות של הצוות הרפואי אך לא יוכל לקשור את הנזק להתרשלות יניח את הדבר לפתחו של בית המשפט וזה יעריך על דרך האומדן את הפיצוי המגיע לתובע, גם אם כמעט ולא נקף אצבע להוכיח בהסתברות מסוימת את אותו הקשר, וזאת רק כי אי הצדק "זועק". מספיק שיימצא מומחה שייאמר שאין לשלול קשר סיבתי בין העוולה לנזק. הלכת מלול גם אינה מסויגת רק למקרי רשלנות רפואית או לדיני הנזיקין כך שבתי המשפט עלולים להיות מוצפים בתביעות שכאלה.

מבחנה האמיתי של ההלכה יהיה דווקא במקרים של מעוול "פשוט" ולא "כיס עמוק", אז עניין הצדק יהיה שונה.

שאלה נוספת שלא הוכרעה בפס"ד מלול היא האם יש להפעיל את דוקטרינת הפיצוי בגין הגברת סיכון ופגיעה בסיכוי גם במקרים שבהם ההסתברות היא בין 50% ל-100%. עד היום אם התובע עמד בהוכחה של מאזן ההסתברויות, דהיינו מעל 50%, הוא קיבל פיצוי על מלוא נזקו. בהיעדר סימטריה, יש פגיעה בנתבעים הנדרשים לפיצוי מלא גם ממי שהוכיח את תביעתו בהסתברות של 51% אך פחות מ-100%. עם זאת, הפעלה כזאת של הדוקטרינה תערער לחלוטין את עקרונות היסוד של שיטת המשפטית האזרחית ועל כן אינה נהוגה בשום שיטה משפטית וגם המחברים אינם תומכים בהפעלתה.

המחברים מבקשים להבדיל בין מקרים בהם מדובר על בעיית הערכת הנזק לאחר שהוכחו יסודות העוולה (דהיינו, כשהיא מוגמרת) לבין מקרים בהם מדובר על בעיית הערכת הנזק, טרם הוכחת הקשר הסיבתי (כמו במקרה של סיבתיות עמומה). בדיני הנזיקין יש למצוא פתרון לבעיה ולהעריך את הנזק לאחר שהתובע הוכיח את העוולה, כי הרי יהיה קשה להצדיק מצב שבו לא יינתן פיצוי לתובע שהוכיח את העוולה, רק כי יש קושי לעמוד על ערכו של הנזק שספג. עם זאת, הגיוני מצב בו אי הוכחת הקשר הסיבתי לא תוביל לפיצוי על הנזק.

המחברים תומכים בחקיקה בה יצוין כי הנתבע יפצה את התובע באופן יחסי כאשר –

* התובע הוכיח כי קיימת אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי הסיכון גרם בפועל לנזק
* שיעור הגורם להגברת הסיכון או אובדן הסיכוי הוכח במאזן הסתברויות
* הגורם להגברת הסיכון או לאובדן הסיכוי אינו זניח

יהיה גם צורך לענות בפסיקה או בחקיקה מהי אותה רצפה (מידת המשמעותיות) – 5%, 10% וכדומה.

**פ"ד יונתן כהן** – זהה למקרה מלול, אולם המומחה קבע שהחלק המיוחס לבית החולים הוא 50 אחוז. אם מדובר בהקלה ראייתית (החלופה הראשונה), עשו לכהן "טובה". אולם, אם מדובר בחלופה השנייה , הנזק הוא שפגעו בסיכויי ההחלמה (הגבירו את הסיכון) ב-50 אחוזים. **אם הגברת סיכון/פגיעה בסיכוי הוא נזק בפני עצמו, אזי שהוא לא יהא תלוי נזק.** **כיום, אין פיצוי לאנשים בריאים, חרף הגברת הסיכוי/פגיעה בסיכוי.**

**פ"ד קרישוב** – לכאורה, מדובר במקרה קלאסי של הגברת סיכון. יצחק קרישוב החל לעבוד במוסך של קיבוץ מעיין צבי בשנת 1972. תפקידו העיקרי היה התאמת רפידות לבלמים ולמצמדים. הרפידות היו עשויות מאסבסט. אין מחלוקת כי קרישוב נחשף לאסבסט במהלך עבודתו, וכי אובחן בצווארו סרטן הלימפה. נניח ויש התרשלות. ברור הוא כי קיים נזק. אולם, קיימת בעיה לעניין הקש"ס העובדתי.

בעולם המציאות יש לנו בעיה. אולם, בעולם ההסתברויות ניתן לבחון את האחוז בו התרשל הקיבוץ. נבחן מה קרה בקיבוץ – כמה עבדו שם, ומתוכם כמה חלו. קרישוב מביא נתונים אלו לביהמ"ש – 6 מתוך 14 עובדי הקיבוץ חלו (פחות מ-50 אחוז). אולם, בסיס הסקר זה הוא בעייתי, משום שרק 14 אנשים עבדו (לא מספיק להכרעה סטטיסטית). "יש תבן, אך הוא לא מספיק חזק". על מנת שקרישוב יקבל פיצוי, היה עליו להוכיח ש-8 מתוך 14 העובדים חלו (50 אחוז – מאזן ההסתברויות). אי-לכך, בעולם המציאות התביעה תדחה. אולם, מבחינת עולם ההסתברויות, הפיצוי שיינתן לקרישוב הוא 6/14 כפול 100.

בעניינו של קרישוב נפסק ברוב-דעות כי על-אף שאין בנמצא מחקר מדעי-רפואי מקובל התומך באופן חד-משמעי בגרסתו, הוכח קשר סיבתי בין חשיפתו הממושכת של קרישוב לאסבסט לבין מחלת הלימפומה בה לקה**. אין בהעדרה של "אסכולה רפואית-מדעית מבוססת" כדי להכריע בהכרח את גורל התביעה, והתובע רשאי לנסות להוכיח קיומו של קשר סיבתי עובדתי, אף בהעדרה של אסכולה.**

דוג' – עיירה של 100 אלף איש. נניח שאין שום שינוי אחר העשוי לגרום לסרטן, חוץ ממפעל שהוקם פתאום ופולט קרינה בעוולה. נניח שעד 2000, יש 100 חולי סרטן בכל שנה (עד להקמת המפעל). משנת 2000 (הקמת המפעל) היו 125 חולי סרטן בכל שנה. בעל המפעל אחראי ל-25 מקרים מתוך 125 מקרים בכל שנה, היינו ל-20 אחוז ממקרי הסרטן בכל שנה, כלומר ל-250 מקרי סרטן במשך 10 שנים. המפעל הגביר את הסיכון לחלות בסרטן. הבעיה – **הניזוק שנפגע מהמפעל אינו ידוע.** מדובר בעוולה המונית – 100 אנשים חלו בסרטן טרם הופעת המפעל. 125 החולים מחולקים ל-2 קבוצות: קבוצה גודלה של 80 אחוז – היו חולים ממלא, ללא כל קשר למפעל, לכן הם לא צריכים לקבל פיצוי. קבוצה קטנה של 20 אחוז, אשר חלו בגין התרשלות המפעל, ורק היא זכאית לפיצוי. **דא עקא שאנו לעולם לא נוכל לדעת מהי החלוקה, היינו איזה חולה שייך לאיזו קבוצה.**

כל חולה יוכל להוכיח, לכל היותר, שהמפעל אחראי לנזק ב-20 אחוז. אי-לכך, **לפי עולם המציאות התביעה תדחה, שכן לא הוכח במאזן הסתברויות (מעל 50 אחוז) שהמחלה נגרמה כתוצאה מהתרשלות המפעל.** בעולם המציאות, אף חולה לא יקבל פיצוי. **תוצאה זו, בראי של כל מטרות דיני הנזיקין, היא תוצאה איומה.** תוצאה זו לא מגשימה אף מטרה. הפתרון הכלכלי – **לקחת את אותם X25 ומחלקים אותם ל-125 אנשים, כל שנה – כל אחד יקבל X1/5.** כל ניזוק יקבל חמישית מהנזק שלו.

* לעניין **החלופה הראשונה** - מבחינת מטרת **הפיצוי** – המטרה מוגשמת בחלקה, שכן אותם אנשים שזכאים לפיצוי מלא, מקבלים רק חמישית. מבחינת **הצדק המתקן** – במקום לתקן בגין כל הנזק שגרם לקבוצה הקטנה, המזיק מתקן באופן חלקי לקבוצה הגדולה. מבחינת **הצדק החלוקתי** – יש עיוות בחלוקה - לא כל הסכום מגיע לאנשים שמגיע להם. מבחינת **ההרתעה היעילה** – המטרה מתגשמת במלואה, שכן המזיק משלם בדיוק בעבור הנזק שגרם. מדובר בהרתעה יעילה ואופטימלית.
* **לעניין החלופה השנייה** – **בהינתן כי הנזק מוגדר כהעמדה בסיכון/הגברת סיכוי,** **כל המטרות מתגשמות.** משום שמדובר בנזק של הגברת סיכון, המזיק משלם על מלוא הנזק שגרם. מבחינת **הצדק המתקן** – כל החולים נחשפו לנזקים.

אולם, **הבעיה עם החלופה השנייה היא שהדבר מעניק זכות לכל התושבים לתבוע, שכן כולם הועמדו בסיכון**. האם זה לא יגרום להרתעת-יתר ויגרום לכך שהמפעל ייסגר? כנראה שכן.

דוגמת העישון – אדם עישן סיגריות מגיל צעיר, באופן אינטנסיבי. מגיל 16, התובע מעשן בדרך קבע, ובאיזשהו שלב הוא חלה בסרטן. הוא מעוניין לתבוע. נניח והוא רוצה לתבוע את חברת הסיגריות, היצרן. במקרה דנן, ישנה בעיה לעניין הקש"ס העובדתי, משום שיש בעיה להבחין מיהו המעוול, מה הסיכוי שהחברה היא אכן המעוולת? במקרה כזה לא ניתן להוכיח את הקש"ס בעולם המציאות, ועוברים לעולם ההסתברויות – מה החלק אותו ניתן לייחס לחברה (**חלק בר-ייחוס**)? גם בפ"ד מלול היה מקרה דומה, של **סיבתיות עמומה**. הקושי הנוסף בדוגמה דנן – בעיה של הצפת בתי המשפט (בעיה פרוצדורלית), הרתעת-יתר, החברה תפשוט את הרגל בשל התביעות הרבות שיוגשו. כיום, בישראל אין תביעות מסוג זה. למען מניעת הצפת ביהמ"ש, ישנה פרוצדורה של תביעות ייצוגיות.

מה הבעיה בתביעות מעין אלו? אין עוולה בכלל, מכירת סיגריות אינה עוולה, גם אם הסגרות מסכנות את הבריאות. החברה לא עוולה, בידיו של המעשן לבחור אם לקנות או לא. אולם, בארה"ב יש תביעות כאלו, שחלקן מצליחות. הכיצד? עולות 3 שאלות –

1. האם בכלל יש עוולה? – לכאורה, מכירת סיגריות אינה בגדר עוולה. אולם, התובעים טוענים שקיימת עוולת בת של רשלנות – **מצג שווא רשלני**. מדובר בסוג של רשלנות, רשלנות בהסתרת מידע – מחדל שלא הזהירו. על חברות הסיגריות להזהיר מפני השימוש בהם. הטענה כנגד חברות הסיגריות – האזרחים לא ידעו, ואילו החברות כן ידעו שהסיגריות מסכנות חיי אדם, והן לא גילו זו. מדובר בטענה ההיסטורית – חברות הסיגריות העמידו חוקרים לשם חקירת המוצר, במטרה להפוך אותו לידידותי יותר. הטענה הינה שחברות הסיגריות ידעו שהסיגריות מסוכנות ומסרטנות, והיצרנים שילמו לחוקרים כספים, על מנת להפוך את המוצר לבטיחותי יותר. ישנה עוולה.
2. בעיה ראשונה במישור הקש"ס העובדתי – בעיית מלול, האם ניתן לייחד את האחוז שאפשר ליחסו דווקא לחברת הסיגריות, בעולם ההסתברות?
3. בעיה שניה מישור הקש"ס העובדתי – מה היה קורה אם העוולה לא הייתה מתקיימת, האם הניזוק היה פועל באופן דומה? התובעים טוענים, כי נניח והוכחה עוולה ונזק, יש בעיה לעניין הקש"ס העובדתי, הנבדק לפי מבחן האמלמא – אם ידע התובע על הסכנות שבסגירות, היה מפסיק לעשן/מתחיל לעשן? לא ניתן להוכיח במאזן הסתברויות את מבחן האלמלא – לאורך השנים, הפרסום על מסוכנות הסיגריות לא עזר, כמות המעשנים רק גדלה. מה התובע יכול לטעון לעניין זה? הניזוק יטען כי הוא "שונה מהשאר", אילו ידע על מסוכנות הסיגריות בעבר, לא היה מתחיל לעשן – עליו להוכיח זאת במאזן הסתברויות, היינו מעל ל-50 אחוז (דוג' – קונה בחנויות טבע וכו'). ישנם שופטים שיקבלו טענה זו, ויש שלא. מנגד, הנתבעים יכולים לטעון שגם כיום, ישנם אנשים שקונים בחנויות טבע, אך בכל זאת מעשנים סיגריות.

כמו כן, ישנה בעיה של אינטראקציה בין גורמים – עישן + צריכה מופרזת של משקאות חריפים/היעדר פעילות גופנית. כיצד ניתן לכמת את חלקו של העישון? מה החלק של הסיגריות בגרימת הנזק?

בספרות הועלו כל מיני ביקורות על פ"ד מלול – הביקורת המרכזית הינה כי בפ"ד זה לא היה שום חלק בר-ייחוס, לא היה שום דבר, אפילו לא בקירוב. באופן עקרוני, נראה כי לא ניתן להעניק שום פיצוי. אמנם, יש לעבור לעולם ההסתברויות כשעולם המציאות לא עובד, אך יש להוכיח את החלק בר-הייחוס במאזן הסתברויות. תשובתו של פורת – המשפט אינו מדע מדויק, אלא עובד על "מקורב". טענתו – האם דיני הנזיקין המציאו בפרשת מלול/הרשקוביץ את הסיפור של לדבר במונחי סיכויים ו"לזרוק" הערכת מספר של פיצוי? לא, הדבר קיים שנים רבות, בהערכת אובדן כושר השתכרות.

**פ"ד חיוב נ' ונטורה** – אדם, פקיד בבנק, תבע על נזק, בסכום של 10 אלף ₪ לחודש, בגין אובדן כושר השתכרות. האדם טוען כי אין זה ממצה את יכולת ההשתכרות שלו, שכן מקודם עבד כמלח, והרוויח סכום גבוה יותר (20 אש"ח) – פוטנציאל הרווח שלו גבוה יותר. הוא נאלץ לעזוב את עבודתו כמלח בשל בקשת אשתו, ועבר לעבוד כבנקאי. הניזוק טוען כי רצה לחזור לעבוד כמלח, הוא לא חזר, אך יש לו הוכחות שהוא התכוון לעשות כן. אנו לא יודעים אם אכן היה חוזר לעבוד בים, או לא – בעיה של עמימות. מה הסיכוי שהניזוק אכן היה חוזר לעבוד בים? ונטורה הצליח להוכיח כי התכוון לעזוב את הים ולחזור לעבוד בים. מה הסיכוי שהיה מרוויח כבעבר? ביהמ"ש לא מקבלים את טענתו. אולם, ביהמ"ש קובע כי יש לבצע הערכה – נניח שהוכיח 30 אחוז במאזן הסתברויות. לכן, במקום 10 אש"ח, יקבל הוא 30 אחוז נוספים – 13 אש"ח. פורת טוען כי המקרה זהה למקרה מלול, גם כאן ביהמ"ש "זורק" איזשהו מספר, הערכה.

הביקורת על עמדת פורת – **בפ"ד חיוב נ' וונטורה**, המעוול עשה עוולה, יש נזק ויש קש"ס, מתווכחים אך ורק על שאלת ה"**כמה**". האם ביהמ"ש ידחה התביעה אך ורק משום שהתובע לא הוכיח את שאלת ה"כמה", את הסכום המגיע לו בשל הסיכויים? ברור שלא. הפתרון – ביהמ"ש יבצע הערכה. מנגד, **בפ"ד מלול** ישנה שאלה של "**האם בכלל**", ולא שאלת ה"כמה". יש סימן שאלה גדול לעניין הקש"ס העובדתי. שאלת העמימות נוגעת לשאלה המרכזית – האם הוכחו יסודות העוולה כולם?

**השופטת שטרסברג כהן**, במקרה **יונתן כהן**, מקרה הדומה למקרה מלול, לוחצת את המומחה, שיקבע את החלק בר-הייחוס של כל גורם מסכן. בסופו של דבר הוא "זורק" 20, 30, 50. השופטת עטה על עמדתו, וקובעת – 50 אחוז. השופטת מסבירה את עמדתה לפי פ"ד חיוב נ' וונטורה – אנו עושים זאת כבר לעניין אובדן כושר השתכרות, עמדה זהה לעמדתו של פורת. השופטת הייתה בבחינת דעת מיעוט, שכן השופטים ברק ובייניש פסקו כנגד מתן פיצויים ליונתן כהן.

**עוולת הרשלנות -**

זוהי עוולה השייכת למשטר של אשם/רשלנות. עוולה זו הינה עוולת מסגרת. **בפ"ד גורדון** מוגדרים יסודות עוולת הרשלנות. בנוסף, בפ"ד זה ישנה הבחנה בין עוולת מסגרת לעוולה פרטיקולרית.

עוולה פרטיקולרית – עוולה המגדירה באופן ספציפי התנהגויות מסוימות כעוולות, לדוג' – עוולת התקיפה, הסגת גבול. מדובר בעוולה המגנה על אינטרס ספציפי.

עוולת מסגרת – עוולה המגנה על מגוון של אינטרסים. רשלנות והפרת חובה חקוקה (אין בארה"ב עוולה כזו). **פ"ד וקנין** עוסק בהשוואה בין הפרת חובה חקוקה לרשלנות. הפרת חובה חקוקה יכולה לקרות גם ללא התרשלות, והתרשלות יכולת להתרחש גם ללא הפרת חובה חקוקה. רשלן – אדם החורג מהסביר. לפעמים, אדם יכול שלא לחרוג מהאופן הסביר (לא יהא רשלן), אך הפרת החובה החקוקה אינה תלויה ברשלנות של אדם. מנגד, גם אם יש חוק סביבתי, לפיו אסור להרעיש באזור מסוים מעל לכמות מסוימת של דציבלים, אדם יוכל להיחשב כרשלן, אך לא כמפר חובה חקוקה, אם ירעיש באופן פחות ממה שקבוע בחוק, אך בערב. אולם, לפי פ"ד וקנין, אם אדם הפר חובה חקוקה, הדבר מחזק את הטענה כי הוא רשלן, ולהיפך.

מה היחס בין עוולות מסגרת לעוולות פרטיקולריות? מה קורה כשסוג ההתנהגות נכנס תחת הן עוולת מסגרת והן עוולה פרטיקולרית? תשובה לכך מצויה בפסקי הדין של גורדון וכרמלי. **בפ"ד גורדון**, היה מדובר בעוולה של נגישה (דורשת יסוד נפשי) ועוולת רשלנות. גורדון טוען כי לא תבע בנגישה, ועריית ירושלים טענה כי היה עליו לתבוע בגין עוולת הנגישה, והוא לא עשה כן כי לא יכול היה להוכיח זדון (יסוד נפשי), ולכן התעלם מעוולה זו ותבע בגין עוולת הרשלנות. האם אפשר לעקוף דרישה שלא התמלאה בעוולה פרטיקולרית, ולהגיע לעוולת המסגרת? האם אפשר לדון בעוולות המסגרת בסוגי התנהגויות הנכנסות באופן עקרוני תחת עוולות פרטיקולריות?

אם אפשר לעקוף, לשם מה קיימת עוולת הנגישה? לשם מה קיימות העוולות הפרטיקולריות? המציאות מוכיחה כי באמת אין שימוש רב בעוולות מסוג אלו. העירייה – מדובר בהסדר שלילי, אם לא מתקיימים יסודות העוולה הפרטיקולרית, לא ניתן לתבוע בגין עוולת המסגרת. **השופט** ברק טוען אחרת, ניתן לבחון אם מקיימת עוולת הרשלנות. הוחלט **שאפשר לעיתים לפנות לעוולת המסגרת אם לא ניתן להוכיח את יסודות העוולה הפרטיקולרית**. הפקודה לא בנויה לפי סדר מסוים, לא נעשתה הבחנה בין עוולות מסגרת לפרטיקולריות. לפי ברק, לא יכול להיות כי ההיגיון שבחקיקת עוולת הנגישה, הערך המוגן עליו רוצים לשמור, יפגע, רק מכיוון שנחקקה גם עוולה של רשלנות, שאין בה זדון, אלא **יש לאפשר הגנה על אינטרסים של עוולת הנגישה גם דרך עוולת הרשלנות, עוולת המסגרת.** ברק לא מתייחס לפקודת הנזיקין כמעין קודקס, מסודר. אלא הוא מדבר על טלאים-טלאים, שאין להפעיל עליהם כללי פרשנות רגילים.

**פ"ד כרמלי –** דעת הרוב מצדדת בעמדת פ"ד גורדון, אך השורה התחתונה שונה. בפ"ד זה נדון אשפוז כפוי של אישה. כליאת שווא (עוולה פרטיקולרית) מול הפרת חובה חקוקה (עוולת מסגרת). נקבע כי המקרה נכנס לאחת ההגנות של העוולה הפרטיקולריות – הגנה בתום לב על אדם הלקוי בנפשו. נקבע כי העוולה הפרטיקולרית, עוולת שווא, מתקיימת אך יש הגנה מפניה. אולם, ניתן לתבוע דרך עוולת המסגרת של הפרת חובה חקוקה. **השופטת נתניהו** (דעת מיעוט) טוענת כי ניתן לעקוף את העוולה הפרטיקולרית כאשר היא לא מתקיימת, ולתבוע בגין עוולת המסגרת – הפרת חובה חקוקה. **השופט בך** (עמדת הרוב) – לא סותר את עמדת פ"ד גורדון, אך פוסק כי לא ניתן לעקוף את העוולה הפרטיקולרית ולתבוע הגין עוולת המסגרת.

**גם לאחר פסק דין זה, ברור הוא כי הלכת גורדון שרירה וקיימת, ניתן לעקוף את העוולה הפרטיקולרית ולתבוע בגין עוולת המסגרת.**

* עוולת הפרת חובה חקוקה דומה מבחינת המסגרת שלה לעוולת הרשלנות (היסודות – קיומה של חובה חקוקה, הפרת חובה חקוקה, נזק, קש"ס בין הפרת החובה החקוקה לנזק), אך בכל זאת מדובר בעוולות שונות. המבנה שלם שתי העוולות דומה כביכול וכך נראה בפסיקה, אך למעשה כשאנו מדברים על רשלנות נתמקד בפסיקה – פ"ד יערי, גורדון ועוד. בעוולת חובה חקוקה אנו נתמקד יותר בס' ופחות בפסיקה.

השופט ברק החל כנזיקיסט, תרם רבות לבניית עוולת הרשלנות. **פסקי הדין גורדון ו-ועקנין** מניחים את התשתית ליסודות עוולת הרשלנות. בקריאת סעיפי עוולת הרשלנות, ישנה עמימות לעניין יסודות העוולה, אנו לא באמת מבינים כיצד יש להשתמש בה בפועל. השופט שמגר חולק על עמדתו של ברק, אך ניתוחו של ברק הוא ההלכה כיום.

ברק פורס יסודות שחלקם לא כתובים בסעיף. לפי ברק, **בפ"ד גורדון**, **יסודות עוולת הרשלנות הם**:

1. קיומה של חובת זהירות- יש לאדם חובה להיזהר כלפי השני. מדובר **בחובה נגטיבית, חובה להימנע מלהזיק / להימנע מלהתרשל**, ולא חובה לבצע פעולה אקטיבית. על האדם קיימת חובה להיזהר שלא להזיק/להתרשל. פ"ד המרכזי העוסק בחובת הזהירות הוא פסק דין פלילי – **פ"ד יערי**. פ"ד זה מדבר על **יחסי שכנות** – יש חובה להיזהר כלפי "השכן". אין מדובר בשכן כפשוטו, אך כך זה התחיל. יחסי השכנות הם בסיס לחובת הזהירות. ברק מסביר שחובת הזהירות נשענת על יחסי שכנות. האדם חייב להיזהר כלפי השכנים, ולא כלפי כל אדם. לכן, יש לבחון מיהם השכנים בכל מקרה ומקרה.

חובת הזהירות מורכבת מ-2 חלקים:

1. חובת זהירות מושגית – נבחנת בין הצדדים. זוהי חובת זהירות כללית, קבוצתית, שבודקים אותה בין קבוצת המזיקים לקבוצת הניזוקים. יש לבחון, ראשית, **האם יש חובה להיזהר, האם יש יחסי שכנות המחייבים את קבוצת הא'לפים להיזהר כלפי קבוצת הב'תים?** חלק מהביקורת על עמדתו של ברק (שמגר) – בכל מקרה ומקרה קיימת חובת זהירות מושגית. אולם, ישנם פסקי דין בהם נקבע כי אין חובת זהירות מושגית, על כן אין מדובר בדבר טריוויאלי. בהרבה מקרים, אופי החובה בין המזיק לניזוק הוא חוזי. **חובת הזהירות המושגית נבחנת לפי מבחן הצפיות, הבוחן את האדם הסביר - הרשלן הוא אדם החורג מהסבירות. לעניין הסבירות, המבחן שהתקבל הוא מבחן הצפיות. בפ"ד חמד** ישנה מחלוקת – מיהו האדם הסביר? האדם הסביר, או בעל המקצוע הסביר? האם אדם סביר פשיטא, או אדם סביר בנעלי המזיק?השופט ברק קובע, כי אי אפשר לקחת שוטר מג"ב המיומן לסיטואציה הזו ולהתייחס אליו לכל חייל אחר. הסבירות הינה דבר יחסי. הדעות חלוקת לעניין האם יש להחמיר או להקל (שטרסברג-כהן במחוזי) עם השוטר מג"ב נוכח הסיטואציה של מצב חירום קשה? בשורה התחתונה, **נקבע שאנו מדברים על בעל תפקיד סביר, יש לבחון את הסבירות לפי הקבוצה**.

מבחן הצפיות נחלק ל-2 -

1. צפיות טכנית/היבט עקרוני – זוהי **החלטה עובדתית.** האם ניתן לצפות, באופן עקרוני, מבחינה טכנית, את סוג הנזק שארע. האם **יכול** האדם לצפות? האם ניתן היה לצפות מבחינה טכנית? לדעת שמגר, ניתן לצפות הכול. האם, טכנית, כל דבר בעולם ניתן לצפייה?

**פ"ד קליפורד דניס נ' משה** – מישהי סבלה משיתוק בגין הפעלת גז צחוק. נמצא שהסיכוי לכך מאוד נמוך. מעבר לחובת הזהירות, ניתן להילחם מכיוון הקש"ס המשפטי – מבחן הצפיות.

1. צפיות נורמטיבית/היבט ספציפי – זוהי **החלטה משפטית**. בהנחה כי ביהמ"ש פסק כי קיימת צפיות טכנית, בוחנים האם האדם **צריך** היה לצפות, בהינתן הנסיבות? לפי **פ"ד בן-שמעון נ' ברדה**, יש לבחון **האם האדם הסביר מסוגו של א' זה יכול וצריך היה** **לצפות את סוג הנזק** **(גופני, ממוני ונפשי) בצורה כללית, גם אם לא למידתו או היקפו.** בכדי לחייב אדם, מספיק להוכיח כי צפה את סוג הנזק שארע, גם אם לא יכול היה לצפות את מידת והיקף הנזק.

דוג' – מזיק יטען כי צפה שחלק מהחלקה תישרף, אך לא צפה שהיא כולה תישרף. הטענה לא תעמוד לו, שכן מספיק כי צפה את סוג הנזק.

לדעת המרצה, יש בכל זאת איזשהו גבול (לא ניתן היה לצפות כי יש לו גולגולת דקה), אך בגדול, התובע ינסה להשתמש בהלכת בן-שמעון ברדה, על מנת לעקר את טענתו האפשרית של המזיק.

**פ"ד ליאון נ' רינגר** - מישהו דחף את השני וגרם לו לנפילה ולמכה בראש. לאחר מיכן, האדם שנפל מגלה שיש לו סרטן נדיר בגולגולת, והוא תובע אותו על נזיקין. יש פה עניין של צפיות, המזיק טוען שברגע שהוא דוחף, הוא צפה שהניזוק ישבור את היד או יסבול מנקע. פסק הדין מדבר על כך שיש אדם עם גולגולת דקה, אם דוחפים את האדם על הרצפה, הראש יכול להישבר לגמרי. אין דרך לדעת אם לאדם יש גולגולת דקה או לא. דיני הנזיקין מתחשבים במקרה זה גם בגולגולת דקה. במקרה זה היה סרטן חבוי ובגלל המכה הוא התעורר. מבחינה הסתברותית, קשה לחשוב על כך שבאותו השבוע הניזוק קיבל המכה וכן נתקף ע"י הסרטן. עו"ד של המזיק יכול אפוא לטעון שבגלל הדחיפה, הניזוק הלך לבדיקה וגילה כי הוא סובל מסרטן, גילה את הנזק הלא-עוולתי. בעיניים של **פ"ד בן-שמעון נ' ברדה**, ברור הוא כי היה על המזיק לצפות אך את סוג הנזק – נזק גופני, ואין משמעות להיקף הנזק.

1. חובת זהירות קונקרטית - כשעוברים למקרה הקונקרטי, בודקים את החובה לפי אותם המבחנים, אך לעניין המקרה הקונקרטי, מכניסים את עובדות המקרה הקונקרטי. אין מדובר בחובת זהירות של קבוצה כללית, אלא מתייחסים לעובדות המקרה. לדוג' –

**חובת זהירות מושגות –** בעלי בריכה מול ילדים ניזוקים בנזק גוף - האם המזיק, כבעל בריכה, יכול וצריך היה לצפות את סוג הנזק שארע? **חובת זהירות קונקרטית –** מבחינת הצפיות טכנית – האם בעל בריכה סביר יכול לצפות נפילה של ילד באזור רטוב ושבירת רגל? בהנחה שכן, מבחינת הצפיות הנורמטיבית, האם בעל הבריכה צריך היה לצפות את סוג הנזק?

אנו בוחנים את חובת הזהירות הקונקרטית, במבט לבחינת השלב השני – הפרת חובת הזהירות. בהינתן המחדל (המזיק לא דאג לאמצעי), יש מים בבריכה ואין משטחי גומי, בעל הבריכה יכול היה לצפות שילדים קטנים, שהם נלהבים, בתחילת החופש הגדול, יחלקו וגרמו להם נזקי גוף. זוהי בניית התשתית לבחינת הפרת החובה.

אחריות שלוחית לעולם מגיעה אחרי אחריות אישית, יש להוכיח את האחריות האישית קודם.

1. הפרת חובת הזהירות / התרשלות – נבחנת לפי **נוסחת לרנד הנד**. אם הוצאות המניעה פחותות מתוחלת הנזק, והן לא ננקטו, הרי שמדובר ברשלנות. יש לבחון מהם אמצעי המניעה הרלוונטיים, ומתוכם לבחור את האמצעים הסבירים לנסיבות המקרה (יעילים ומונעי נזיקים, אך לא יקרים מידי). נניח ואמצעי המניעה הטוב ביותר במקרה דנן הם משטחי גומי למניעת החלקות. יטען כי בעל בריכה סביר היה צריך להכיר אמצעי זה, מדובר בשיח מקצועי. את "ההרמה להנחתה", הנחת התשתית, מבצעים בסעיף 1ב'.

נטען, כעורכי דין התובעים, ככל שניתן, כי צד זה הוא החזק והאחר חלש, מדובר בילדים, בתחילת החופש – הסתברות גבוהה, שיעור הנזק גבוה (להגדיל את הצד השמאלי של הנוסחה – תוחלת הנזק, או להקטין את הצד הימני של הנוסחה – הוצאות המניעה). ננסה לעקר את טענת אי-הצפיות של המזיק. המזיק ינסה להקטין את צד שמאל של הנוסחה, תוחלת הנזק, או להגדיל את צד ימין, הוצאות המניעה – יטען כי לא יכול/צריך היה לצפות, למשטחי הגומי יש בעיות של חיידקים / לא בטוח שהיו מונעים את הנזק, הסתברות ההתרחשות לא כל כך גדולה, שיעור הנזק נמוך, הוצאות המניעה שנדרשו כבדות, יש אחריות אישית של ההורים – מעין אשם תורם.

ישנם מבחני חלופיים – **מבחן איזון האינטרסים** (ברק **בפ"ד חמד**, מבחן זה מתבצע **בפ"ד ועקנין**). **בחינת אשם תורם** – אותו פיתח פוזנר – בוחנים את הנוסחה עבור הניזוק, משווים את היחס בין שתי הנוסחאות.

**פ"ד ועקנין** – הילד היה מודע לכך שמדובר במים רדודים. לכאורה, מדובר באשם תורם גדול מאוד, אולי עד כדי הסתכנות מרצון. לביהמ"ש, ככל שמדובר בקטין, יש נטייה להעניק פיצוי – פיצוי בצדק חלוקתי, יש דגש חזק מאוד לעניין הצדק החלוקתי. ניתן, מנגד, לטעון מהכוון של הקש"ס העובדתי, אם היו שלטים, הילד לא היה קופץ? קשה להניח. במקרה דנן, מדובר **במקרקעין פרטי**, אליו נכנסים ברשות, עולה וצץ **סעיף 37 לפקודת הנזיקין**, הדן בחובה כלפי מסיג גבול – " " (גם לפולש יש אחריות בנזיקין, שכן הוא מחזיק בקרקע). הכלל – **אין אחריות כלפי מסיג גבול (פרט לסייג שסיפא של הסעיף), ועל דרך החיוב, ניתן להסיק כי כלפי מי שנכנס ברשות יש אחריות של בעל המקרקעין.** כשמדובר בבר-רשות, היינו אדם שנכנס ברשות למקרקעין, קיימת חובה להיזהר כלפיו, להימנע מלהזיק לו. מה קורה עם אדם שלא נכנס ברשות, היינו מסיג גבול? אין אחריות של בעל המקרקעין כלפיו, אך יש חריג המופיע בסיפא של הסעיף – "אלא אם הוכיח..." – 2 תנאים מצטברים – יש להוכיח שנכנסת בתום לב, ובלי כוונה לעבור עבירה או לעשות עוולה. **מכוחו של הסעיף יוצא שבעל הבריכה, או הזכיין של הבריכה, אחראי על התיקון והתחזוקה של הקרקע, לכן סעיף זה מבסס חובת זהירות מושגית.**

דבר נוסף המבסס חובת זהירות מושגית – **חוזה**. דוג' – לרופא יש חובת זהירות כלפי החולה מכוח המבחן החוזי (במקרה זה לא רק מכוח החוזה, שכן יש גם את שבועת הרופאים). בהרבה מקרים, חובת הזהירות המושגית נובעת מבעלות/אחריות של המזיק על קרקע, או מיחסים חוזיים בין האלפים לבתים. **במקרה הבריכה, קיימת חובת זהירות הן מכוח הבעלות בקרקע (סעיף 37) - חובה כלפי הנכנס ברשות, והן מכוח החוזה שנכרת בעת רכישת הכרטיס.** לרוב, ניתן יהא למצוא חובה הנובעת מחוזה.

אין זה מספיק שיש חוזה, עצם התשלום מדגיש כי אני מצפה לקבל את השירות באופן מלא, את הסטנדרט הסביר, דוג' - בריכה עם מציל. ניתן לטעון, נוכח המבחן החוזי, כי בכסף, מעבר לרשות להיכנס לבריכה, הלקוח קנה את הזכות לשלטים המסמנים כי מדובר במים רדודים.

* דוג' – בית המכירות הלונדוני מוציא למכירה את הציור של צעקה. בית המכירות מחליט שיכנסו רק אנשים בעלי הון עצמי של לפחות 20 מיליון דולר, המחיר ההתחלתי של הציור. בית המכירות, מראש, נתן לקבוצת אנשים להיכנס ברשות, וליתר נאסר להיכנס. נניח שאדם, צלם עיתונות, נכנס בלי רשות, מסתנן. לפי **סעיף 37**, הוא לא נכנס בתום לב ובכוונה לעבור עבירה לעשות עוולה – לפגוע בהגנת הפרטיות – צילום אדם ברשות יחיד, גם אם התמונה לא הופצה ולא מביישת. לכן, בשל היותו מסיג גבול, הוא אינו יכול להסתמך על סעיף 37. כמו כן, אין חוזה. לכן, אם יקרה לו משהו, הרי שאין לבעלי המקום חובת זהירות מושגית כלפיו.

1. נזק – גופני, נפשי ורכושי (ראייתי, פגיעה באוטונומיה). מהנזקים יוצאים לנו ראשי נזק – ראש נזק ממוני ולא ממוני וכן ראש נזק של פגיעה באוטונומיה. במקרה הבריכה, מדובר בנזק גופני – הוצאות רפואיות, אובדן השתכרות לשנים הבאות (אם יש).

**ראש נזק ממוני** – אבדן השתכרות, הוצאות רפואיות. **ראש נזק לא ממוני** – כאב וסבל (פיזי או נפשי), קיצור תוחלת חיים (הפיצוי בגין ראש נזק זה יהא נמוך יותר, כאשר מדובר במוות מידי) ואובדן הנאות חיים. מכן סוג של נזק, ניתן להגיע לכל ראש נזק – אפילו מנזק רכושי לראש נזק לא ממוני, לדוג' – גניבה של פרט בעל שווי סנטימנטלי גבוה מאוד.

**פ"ד פלוני** – מדובר בפ"ד המשקף גישה של צדק חלוקתי. ההיגיון של פסיקתו של ריבלין - יש בעיה מוסרית, הדבר נוגד את תקנת הציבור, שכן הסכום הולך ברובו לכיסו של הסרסור. לפי ריבלין, למרות שמגיע לקורבן, הוא לא יכול להעניק פיצוי בגין הנזק הגופני, ההוצאות הרפואיות (הנזק הממוני). ריבלין העניק פיצוי בגין הנזק הלא ממוני - בניתוח סכום הפיצוי שנפסק במחוזי, ריבלין מחליט להעניק לקורבן פיצוי גבוה יותר עבור הכאב והסבל. ניתן לומר כי זהו מהלך מוסווה – לא ניתן פיצוי בגין הנזק הממוני (הוצאות רפואיות), אך ניתן פיצוי גבוה יותר בגין הנזק הלא-ממוני (כאב וסבל/אובדן הנאות חיים).

1. קש"ס בין הפרת חובת הזהירות לנזק - **הקש"ס העובדתי** - נבחן ע"פ **מבחן האלמלא** (מבחן נוסף – הסיבה-שבלעדיה-אין), בו דנו לעניין הסיכויים/סיכונים – **מה היה קורה אלמלא ההתנהגות ההתרשלותית / הפרת חובת הזהירות?** מדובר במבחן עובדתי, יש להוכיח במאזן הסתברויות (מעל ל-50 אחוז). במקרה הבריכה – ניתן לטעון כי אם היו משטחי גומי, מעל ל-50 אחוז שהילד לא היה מחליק/היה מחליק אך לא היה נגרם הנזק.

**הקש"ס המשפטי** – ישנם שלושה מבחנים, כאשר המבחן המרכזי הוא מבחן הצפיות. שני המבחנים הנוספים – תחום הסיכון והשכל הישר. הפסיקה אימצה בעיקר את **מבחן הצפיות** – מבחן תלוי אשם, הייתי צריך לצפות, ולא צפית, לכן אתה לא בסדר. מדוע מבחן הצפיות מופיע פעמיים? אם מדקדקים, **אין מדובר באמת בכפילות**. לעניין היסוד הראשון (קיומה של חובת זהירות), אין התעסקות בהפרת חובת הזהירות, אלא בוחנים האם יכול וצריך היה הנאשם לצפות את סוג הנזק? מנגד, לעניין יסוד הקש"ס המשפטי, **בהינתן שהופרה חובת הזהירות, צפוי היה שהדבר יגרום לנזק שקרה, הצפיות ביסוד זה מתייחסת לקשר שבין היסודות 2 ו-3. הצפיות היא תלוית אשם,** מדובר בעוולה ממשטר של אשם.

מבחן הצפיות ראשון - בוחנים בצורה מסתברת את הקש"ס גם מבחינה נורמטיבית, האם אדם סביר יכול וצריך לצפות שכשהוא מתרשל יגרם סוג נזק שכזה. בסעיף 4 בודקים את הקשר בין יסודות 2-3 (הפרת חובת זהירות ונזק), האם הנאשם היה צריך לצפות שיגרם נזק. עוסקים באדם ספציפי, האם א' היה צריך לצפות, שבהינתן שהוא מפר את חובת הזהירות, יגרם הנזק.

לעניין חוק הפלת"ד, המקושר למשטר של אחריות מוחלטת, לא ניתן יהא להתייחס למבחן הצפיות, כי אין חשיבות לאשם. **המבחן השולט לעניין הקש"ס בחוק הפלת"ד הוא מבחן תחום הסיכון, מבחן שאינו תלוי אשם.** לפי מבחן זה, אדם שעוסק בפעילות מסוימת יש לו תחום מסוים של סיכון. מה שנמצא בסיכון והתממש, יש אחריות נזיקית לגביו.

המבחן השלישי לעניין הקש"ס המשפטי הוא **מבחן השכל הישר** - כאשר אדם לא שם משטחים למניעת החלקה, השכל הישר אומר שנזק עשוי להיגרם.

**דף עבודה מס' 4 –**

* במצב של ריבוי תובעים ונתבעים, יש לעשות גרף, לקביעת "מי נגד מי". הגרף ינסה לתאר מי תובע את מי, מהם יחסי הכוחות, מי נתבע אחריות אישית ומי באחריות שילוחית. אם מוכחים כי לאותו גורם אחריות אישית ושילוחית, אנו מחזקים את קו התביעה.

מנהל העבודה - פנחס

דוד ויונתן

קבלן

המהנדס - יעקב

אחריות אישית, ואחריות שילוחית של המנהל והמהנדס

במקרה דנן, **לקבלן יש אחריות אישית מתוקף החוזה, אך יש לו גם אחריות שילוחית** – ניתן לתבוע אותו באופן עקרוני בגין אחריות שילוחית של יעקב, המהנדס, ופנחס מנהל העבודה.

**דוד ויונתן יכולים לתבוע אחד את השני**. מדובר בתקיפה, וע"פ פ"ד גורדון, ניתן לתבוע במקביל גם ברשלנות. נראה כי גם **יש להם אשם תורם (המריבה).** אם רוצים להגיע לכיס העמוק, לא חייבים לתבוע ישירות את האשם, אלא רק להראות במשפט שהוא אשם. לדוג' - מורה בבית ספר. אין חובה לתבוע אותו בגין האחריות האישית, אלא ניתן לתבוע את משרד החינוך בגין האחריות השילוחית, אך יש להוכיח שלמורה יש אחריות אישית. **ניתן לתבוע גם את פנחס מנהל העבודה**, **ואת יעקב, המהנדס.**

* לגבי יונתן – תביעה ברשלנות רפואית כנגד רופא מרדים, ואחריות שילוחית של ביה"ח. מה קורה אם מדובר בביה"ח פרטי? **סעיף 41** עשוי להיות רלוונטי, לשם העברת נטל ההוכחה אל הרופא, להוכיח שלא התרשל.

**היסוד הראשון – קיומה של חובת זהירות -** האם יש לדוד ויונתן חובת זהירות אחד כלפי השני? האם לפנחס יש חובת זהירות עבורם?

**דוד ויונתן באותה פוזיציה כלפי הנתבעים האחרים, לכן לא נחלק את התביעות שלהם.** לתביעה של דוד כלפי יונתן (ולהיפך) נייחד מעט מקום – עוולת התקיפה (ניתן, במקביל, לתבוע בגין עוולת הרשלנות, לפי פ"ד גורדון וכרמלי), כולל ההתייחסות לאשם תורם.בגלל שיקולי "כיס עמוק" מדובר בתביעה שלא תוגש בפועל.

כעת, נפנה לתביעות הרשלנות של דוד ויונתן כלפי יתר הנתבעים, תוך התייחסות לאשם תורם, הרלוונטי לכל התביעות (מתייחסים לאשם תורם פעם אחת בלבד – "**בכל התביעות ניתן לטעון להגנת אשם תורם**..."). במי מתחילים? על מנת לחסוך מקום, ניתן לדבר על אחריותו האישית של הקבלן, ולאחר מיכן על האחריות השילוחית שלו, ובסוף האחריות של המנהל והמהנדס.

**התביעה כנגד הקבלן -**

חובת זהירות מושגית של הקבלן – מתקיימת מכוח מס' מקורות –

1. חובת זהירות מושגית מכוח סעיף 37 - לפי **סעיף 37**, **לקבלן אחריות כבעל מקרקעין**. הדבר נכנס לחובת הזהירות המושגית שלו כלפי כלל העובדים, וכלפי כל מי שנכנס למקרקעין ברשות. מהי חובת הזהירות המושגית שלו? תחזוקת המקרקעין.אחריות של תופס מקרקעין כלפי מי שנמצא במקרקעין שלו. הסעיף הולך בשיטת "קל וחומר" - אם יש אחריות כלפי משיג גבול, אז קל וחומר שיש לך כלפי נכנס ברשות. **מעבר לסעיף 37, הקבלן חב באחריות אישית של הקבלן לשמור על שלומם וביטחונם ולהשקיע באמצעי מניעה של פגיעה, הקבלן חייב לספק סביבת עבודה בטוחה עבור העובדים שלו.** בפועל, דוד ויונתן נפגעו, אזי שאמצעי המניעה שהושקעו לא היו מספיקים.
2. חובת זהירות מושגית מכוח יחס חוזי - בין יעקב, המהנדס, והקבלן, יש יחסי עבודה. **יחסים אלו מקימים את חובת הזהירות, מכיוון שיש להם יחס חוזי (חוזה עבודה).** השאלה - מה כולל החוזה עבודה? **החוזה מחזק מאוד את הקשר בין האנשים, אפילו אם אין הכרות אישית**. יש חובת זהירות חזקה כי מדובר יחסי עבודה. הם עבדו בשבילו, המעסיק נהנה מהתוצרת שלהם. **מתוך חוזה העבודה נגזרת חובת זהירות מושגית**. **החוזה מחייב לספק מקום עבודה בטוח**. ניתן לציין, כי סביבת העבודה הינה סביבה מסוכנת מלכתחילה, לכן הדבר יחזק את הדרישה לספק מקום עבודה בטוחה, וכן גם את יכולת הצפייה של הנזק.
3. חובת זהירות מושגית מכוח חובת פיקוח – הקבלן שכר את מנהל העבודה, על מנת שיבצע פיקוח בשטח, אך לא ניתן להאציל את הפיקוח על מנהל העבודה. יש חובה לפקח (לא כתוב בחוק), הרשלנות לא צמודה לקיומה של חובה חקוקה. מדובר בחובה אישית, ולא שילוחית, שכן האחריות השילוחית נגזרת מהאחריות האישית, לא יכול להיות שלקבלן חובה לפקח על עצמו.

לעניין **מבחני הצפיות** – **צפיות טכנית** - ברור הוא כי הקבלן יכול היה לצפות את סוג הנזק שארע, נזק גופני. מבחינה **נורמטיבית**, בוודאי שבמקום עבודה שכזה, צריך היה הקבלן לצפות שיגרם נזק גופני. הקבלן צריך היה לצפות שיעלו פועלים לפיגום בלי קסדה, והיה אפשר לצפות שהם יכלו ליפול, גם אם הם לא רבו. **מבחן הצפיות הראשון, לעניינו של הקבלן, מתקיים.**

חובת הזהירות הקונקרטית של הקבלן – חובתו של הקבלן לדאוג לסביבת עבודה בטוחה, דהיינו שהפיגומים יהיו יציבים, שהעובדים יכבשו קסדות (ניתן לקנוס, למשל).

הפרת חובת הזהירות של הקבלן – בחינה לפי הנוסחה של לרנד הנד – הוצאות המניעה מול תוחלת הנזק. מעלים רשימה של אמצעי מניעה. תוחלת הנזק נראה די גבוהה, גם שיעור הנזק הצפוי וגם התדירות גבוהים.

נזק – מתקיים – דוד ויונתן סובלים מנזק גופני.

קש"ס עובדתי – **מבחן האילמלא** - אם הקבלן היה נוקט באמצעי המניעה האמורים, עולה כי במעל ל-50 אחוז שהנזק לא היה נגרם. הנתבעים יטענו מנגד שאם לא היה הפיגום רעוע, עדיין היו נופלים העובדים, משום שהם רבו. מנגד, יטען כי היו שני עובדים על הפיגום, והציוות לא היה נכון, ולכן טיעון המריבה לא יחזיק, שכן הוא אינו רלוונטי. קש"ס משפטי – **מבחן הצפיות** - בהינתן ההתרשלות, היה קורה הנזק? נראה, כי בהפרת חובה זו, יגרם הנזק הגופני. יש צפיות לסוג הנזק, גופני, כאשר מתרשלים בשמירה על הבטיחות של העובדים.

**התביעות כנגד פנחס ויעקב –**

במה שדומה לתביעה כנגד הקבלן, לא חוזרים, אלא מפנים – "כנ"ל".

חובת זהירות מושגית של פנחס - בניגוד לקבלן, **מנהל העבודה** צריך לעשות את הפיקוח בשטח, זה המטרה המרכזית שהוא שם, לפקח ולשמור על העובדים והוא גם מי שמצוות אותם במשמרות, **לשמור על חיי העובדים**. **חובתו לספק סביבת עבודה בטוחה**, לא מכוח החוזה ולא מכוח סעיף 37 (לא בעל המקרקעין). כולם שכירים של הקבלן, אך לכל אחד חוזה שונה עם הקבלן. החוזה של פנחס עם הקבלן מחייב את פנחס לדאוג לדוד ויונתן. **חובת הזהירות של פנחס הינה מכוח החוזה של פנחס עם הקבלן, מעין חוזה לטובת צד שלישי, לטובת כלל העובדים, ובהם דוד ויונתן.** על מנהל העבודה להיות ער למריבות ולתככים בין העובדים.

חובת הזהירות הקונקרטית של פנחס – "כנ"ל". השוני – מדובר בתפקיד שלו בשטח, ולא של אדם אחר, לבדוק שהפיגומים יציבים ולא רעועים, שהעובדים חובשים קסדות, שאין יותר מאדם אחד על הפיגום, ושאין על הפיגום שני עובדים להם היסטוריה של מריבות – זהו השוני מהקבלן, רק את זה מציינים.

בעניין הצפיות הטכנית של הפגיעה, ניתן לצפות בקלות נזק גוף. האם צריך לצפות? נראה שביהמ"ש יטען שכן.

הפרת חובת הזהירות של פנחס – אמצעי מניעה מול תוחלת נזק, לפי נוסחת לרנד הנד. מנהל העבודה יטען כי לא ניתן לצפות שיבחן בכל יום ויום, בכל שעה ושעה. אנו מחפשים את האדם הסביר, ולא את האדם המעולה. האדם הסביר לא יכול לבדוק בכל שניה ושניה שהעובדים חובשים קסדות. מכיוון שאנחנו יודעים שהייתה פגיעה, אזי שהמנהל לא עשה את השמירה כראוי. מנהל העבודה לא דאג ספציפית לקסדות ושלא יהיו שניים על פיגום, וכן גם אחראי לעניין הציוות. מה הוא יטען? שהוא לא התרשל, שיעקב המהנדס היה צריך לפעול ולכן זה לא אשמתו, והוא גם התריע בפני יעקב. זאת עלולה להיות "מלכודת הדבש" שלו, ניתן יהיה לטעון שהוא ידע שיש סכנה ולא עשה מספיק כדי למנוע את זה.

נזק + קש"ס – כמו אצל הקבלן.

-------------------------

חובת הזהירות המושגית של יעקב - התפקיד שלו הוא להיות אחראי על בטיחות הפועלים, ולכן ניתן להכניס אותו ל"קלחת". מי אחראי לבטיחות, המנהל או המהנדס? יכול להיות שביחד. אם נמשיל לצבא, אזי שמנהל העבודה הוא המפקד הישיר והמהנדס הוא רס"ר המשמעת. **ליעקב (המהנדס) יש חובת זהירות מושגית מכוח העבודה שהוטלה עליו, מכוח החוזה שלו עם הקבלן. ברור שניתן לצפות את הנזק הגופני, שכן זה תפקידו**. **הצפיות הנורמטיבית גם היא ברורה, אם מישהו הוא בתפקיד של שמירה על בטיחות, ראוי שיעשה זאת מבחינה נורמטיבית.**

חובת הזהירות הקונקרטית של יעקב – לעניין הבטיחות, החובה זהה לזו של פנחס. אולם, לעניין היסטוריית המריבה בין העובדים, אין כלפי יעקב חובת זהירות.

הפרת חובת הזהירות של יעקב – זהה לעניינו של פנחס, התריעו בפניו, הוא היה חייב לבדוק את זה. אם מנהל העבודה לא עשה את זה, אז הוא היה חייב לעשות את זה.

נזק + קש"ס – זהה לזה של הקבלן ופנחס.

* **פ"ד חמד** מעלה את השאלה - מיהו בעל מקצוע סביר? לעניין החייל שירה בגלל מצב קשה, ניתן להקל עמו כי היה שרוי במצב קשה של התקפה, או שניתן להחמיר איתו כי הוא מאומן. השופטים דורנר, ברק וריבלין מסכים שניתן להעלות את דרישת הסבירות במקרה כזה. כלומר, השוטר בגלל שהוא מאומן, צריך לנהוג בזהירות גדולה יותר מאשר אדם מן הישוב, ויש להסתכל עליו כבעל המקצוע הסביר. גם במקרה של הבניין צריך לבחון את זה. **לדעת שמואלי, יש להחמיר במקרה הזה כשמדובר באחראי על הביטחון, שכן לשם כך הוא מאומן, זהו תפקידו.**

**מה לגביי דוד ויונתן?** יש להתייחס לאשם התורם בתביעות של כל המעורבים, המהנדס, הקבלן ופנחס. האם יש בין דוד ויונתן חובת זהירות מושגית? **נראה שבין דוד ויונתן קיימת חובת זהירות מושגית**. יש להם חובת זהירות **בתור שני עמיתים**. כשאתה פוגע בעמית שלך, זה כ"אהבת לרעך כמוך", או "אל תעשה לחבריך מה ששנוא עלייך", כפי שחשין ציין. דווקא בעולם הכלכלי שלנו, הכלל פחות מתאים (האמירה הדתית), מדובר ביחסי עבודה כלכליים ולא באמת בחבר או רעה.

עוולת התקיפה פחות עדיפה, כי יש להוכיח כוונה, והרי יש נזק ברור, ולכן אין סיבה לא לפנות לעוולת הרשלנות. **פ"ד בן שמעון נ' ברדה** (מקרה המחסן עם הנשק) – **נקבע כי שצריך לצפות את סוג הנזק.**

בנוסף, ישנה האחריות השילוחית, לקבלן אחריות אישית מתוקף החוזה. אין צורך לעבור ולהוכיח את יסודות העוולה - את היסודות אנו מוכחים רק בתביעה אישית. כדי לטעון שקיימת אחריות שילוחית, יש לאתר קודם כל אחריות אישית, ורק אז להוכיח קיומה של אחריות שילוחית לנתבע לפעולה זו. בד"כ **מספיק להראות שיש יחסי שליחות והשלוח לא חרג מהשליחות. אחריות שילוחית, אחריות מעבידים, אחריות קבלן - כל אלה נבחנים בנפרד לפי ס' 13, 14 ו-15 לפקודה**.

לגביי יהונתן, ניתן לטעון גם **לרשלנות הרפואית**. **נטל הראייה- סעיף 41 מאוד רלוונטי וחשוב, דרוש התקיימותם של שלושה תנאים מצטברים:**

1. הנאשם לא ידע על הנסיבות שהובילו לנזק.
2. שליטה בלעדית של הנתבע על הנכס.
3. מבחן הסבירות - האפשרות שהנתבע רשלן סביר יותר מאשר שהוא לא רשלן.

טענת הגנה של **אשם תורם** - הפסיקה, בייחוד לאחרונה, של השופט ריבלין, די רוקנה את ההגנה מתוכן. ניתן לומר שפועלים שהולכים מכות על פיגום רעוע בלי קסדה הם ממש בבחינת מסתכנים מרצון. מטעמים של מטרות הפיצוי והצדק המחלק, נראה כי הטענה לא תעמוד.

**דף עבודה מס' 5 –**

שירי ונועם

יהודית הדודה

חן

הצלם

משה, בעל האולם

חברת חשמל

כדאי להתחיל בתביעתם של שירי ונועם כלפי משה, בעל האולם. הן הצלם והן משה אינם ניזוקים מבחינה נזיקית, מדובר **בהודעת צד ג', או תביעת שיפוי נפרדת**, הניזוקים הם שירי ונועם – מציינים זאת בקצרה.

**התביעה של הזוג כנגד משה -**

קיומה של חובת זהירות של משה כלפי שירי ונועם -

חובת זהירות מושגית – למשה חובת זהירות מושגית מכוח **סעיף 37** – בעל מקרקעין, ומכוח החוזה – **המבחן החוזי**. ניתן לטעון כי מדובר באירוע חד-פעמי, הם בחנו את המקום בזכוכית מגדלת, מדובר באמצע חודש אוגוסט במישור החוף, הנזק נגרם לא רק לשירי ונועם, אלא שירי ונועם שמו בידו של משה את האירוע החשוב בחייהם דרך חוזה, משום שאין להם יכולת או רצון לארח כמות כה גדולה של אנשים, שירי ונועם **הם בבחינת מארחים**, הם כאילו שכרו את המקום. ה"פאשלה" הינה כלפי כל האורחים, הפרדוקס – האורחים יבואו בטענות כלפי שירי ונועם, המארחים. לאורחים, מבחינה חוזית, קשה לתבוע את בעל האולם. הם יכולים לתבוע את שירי ונועם, אך לא יעשו כן – מעשה של מה בך + יחסי ריאות. **למשה אחריות גדולה, יש לו חובת זהירות מושגית כלפי שירי ונועם, אך הוא גם** **אחראי להנאה של מאות אנשים.** בד"כ לא ניתן לתבוע בגין נזק של אחר, אך מדובר במקרה מיוחד, משום **שהנזק לאורחים הוא גם בבחינת נזק עבור שירי ונועם.** משה יתקשה לטעון כנגד קיומה של חובת הזהירות המושגית כלפי שירי ונועם. מתקיימת **צפיות טכנית** מאוד חזקה – בנסיבות העניין, ישנה יכולת טכנית לצפות את סוג הנזק – נזק גוף של האורחים כתוצאה מהפסקת חשמל, נזק נפשי מסוג של אי-נוחות (גורדון) של הזוג. **צפיות נורמטיבית** – קשה להתווכח על כך, שמעבר ליכולת, יש צורך לצפות קיומם של הנזקים שנגרמו.

חובת זהירות קונקרטית – מדובר אירוע באמצע חודש אוגוסט, מאות אנשים, אולם שמחות, אירוע חשוב, משה צריך למנוע נזקים כתוצאה מהפסקת חשמל – צפיית סוג הנזק – נפשי (אי-נוחות) וגופני, הנאת האורחים תפגע. **יש צפיות טכנית ונורמטיבית – הוא יכול לצפות את סוג הנזק וכן היה עליו לצפות זאת.**

הפרת חובת הזהירות – לפי נוסחת לרנד-הנד. אמצעי מניעה חשובים – גנרטור ומאווררים. בעת הפסקת חשמל מקרית, אנו לא מצפים מהאדם הסביר שיביא גנרטור שידלוק לאורך זמן באותה העוצמה הקיימת באופן רגיל, עד כדי כך שהאורחים לא ישימו לב לכך. אנו מדברים על סבירות. כשאין גנרטור ואין חשמן, אין מזגן. אנו צריכים להסתכל גם על האוורור, שכן חלק גדול מההנאה נפגעה בשל היעדר האוורור. אמצעי המניעה, מעבר להיותו זול, צריך להיות סביר. מבחינה פסיכולוגית, לו היו מס' מאווררים, יש לכך אפקט, גם אם הם לא מכסים את כל שטח האולם. **משה ינסה להגדיל את אגף ימין של המשוואה, את עלות אמצעי המניעה שלו**. משה יטען אפוא שגנרטורים הם מצרך יקר. לעניין המאווררים יטען כי המאווררים תופסים מקום, יש בעיה של אחסון, זוהי בעיה של עלות אמצעי מניעה. בנוסף, משה עשוי לטעון, שהסיכוי נמוך, התדירות נמוכה. אומנם מדובר בנזק גדול, אך מדובר בכמות גדולה של אנשים. מנגד, הזוג יטען כי מדובר בנזק בלתי הפיך – אירוע של פעם בחיים. לדעת המרצה, למרות שצידה הימני של המשוואה גדולה, נראה כי ידם של שירי ונועם על העליונה.

* לא טוענים שמשה היה צריך למנוע את הפסקת החשמל, אלא את הנזקים שצפויים לקרות עקב הפסקת החשמל.

הנזק – נזק נפשי, מסוג אי-נוחות, שנגרם לאורחים. מבחינת ראשי נזק – כאב וסבל ואבדן הנאות חיים (לא ממוניים).

קש"ס – **עובדתי – מבחן האמלמא** - אם היה נערך בהתאם לעניין אמצעי המניעה, אם היה דואג לאמצעי מניעה סבירה כדי למנוע את הנזק, יש להניח (מעל 50 אחוז) שחלק מהנזק היה נמנע. **משפטי – מבחן הצפיות –** האם, בהינתן שמשה לא מחזיק באמצעי מניעה סבירים, ניתן היה לצפות את סוג הנזק? כן.

**התביעה של יהודית –**

השוני – חובת הזהירות כלפיה מוקטנת, כאורחת. הפן החוזי צולע. הרכיב של סעיף 37 הוא המרכזי בעניינה של יהודית. לעניין הנזק, הרי שליהודית יש נזק גופני. לעניין ראשי הנזק – ראש נזק ממוני (הוצאות רפואיות וכו') וכן גם ראש נזק לא-ממוני (כאב וסבל על אי-השתתפות בחתונה).

**התביעה של חן –**

אין מדובר בקרובת משפחה, בניגוד ליהודית. בנוסף, אין נזק, משום שהתינוק בריא. היא יכולה לתבוע על האי-נוחות, על החרדה. מנגד, ניתן לטעון, לפי סעיף 4, שמדובר בטענה של מה בכך.

**התביעה של הזוג כנגד הצלם –**

מה שנשאר מהאירוע הם התמונות והווידאו. יש חוזה עם הצלם, הצלם מתעד את האירוע החשוב בחייהם. אם בצורה סבירה אין לו תמונות ווידאו לתת להם, מדובר בפשלה. **חובת הזהירות המושגית של הצלם הינה מכוח החוזה.** הוא יכול היה וצריך היה לצפות את סוג הנזק שארע. הפרת חובת הזהירות - ניתן לטעון, מפני שהוא עצמאי, הוא לא צריך לסמוך על אחרים. אמצעי המניעה שלו אמורים להיות מאוד זולים וסבירים – פנס רב עוצמה כלשהו. לעניין הקש"ס, ניתן לטעון שהפסקת החשמל היא הגורם המכריע לנזק (64(2)), אך מנגד יטען כי הוא עצמאי.

**התביעה של הזוג כנגד חברת החשמל –**

הבעיה המרכזית – חובת זהירות מושגית. **אין יחסים ישירים בין שירי ונועם לחברת החשמל.** האם לחברת חשמל יש חובת זהירות מול כל "העולם"? החוזה הוא של משה מול חברת החשמל, הוא הצרכן. לעניין זה, רלוונטיים פסקי הדין של גורדון ומדינת ישראל נ' גורדון. יש בעיה מכוח הטענות של מדיניות משפטיים, כמו בגורדון.

סעיף ב' –

במקרה כזה, אנו בודקים מה השתנה. נציין ש"כלום לא השתנה/הכל נשאר אותו דבר, פרט ל...". בתביעה כנגד חברת חשמל, אין המידע רלוונטי, שכן התביעה קשורה לחובת הזהירות המושגית. העיקר הוא בתביעה כנגד בעל העולם – **המידע החדש מגביר את הצפיות הטכנית והנורמטיבית במסגרת החובה הקונקרטית של בעל האולם**. המידע מחזק את סיכויי התביעה. הנתבע יטען כי העובדה שהמקרה ארע לפני שנה, מדגישה את ההסתברות הנמוכה של ההתרחשות, ולכן אין הדבר מגביר את הצפיות.

סעיף ג' –

לפי נוסחתו של לרנד הנד, הרי **שבעל האולם יכול היה להיערך בהתאם**. יש לציין מס' חלופות – להודיע לזוג (מצד אחד, יכול להכניס לפאניקה, אך מצד שניה עשוי להועיל), לשכור גנרטורים, וכו'. המידע מעלה את עלותם של אמצעי המניעה הנדרשים מבעל אולם סביר. **המידע מחזק את סיכויי התביעה.** מבחינת התביעה כנגד חברת החשמל, הרי שהמידע עשוי להחליש את סיכויי התביעה.

סעיף ד' –

לפי סעיף 22 לפקודת הנזיקין, לא ניתן להמחות זכות נזיקית.

כמה מילים על פ"ד האחרון של השופט ריבלין שלשום (28.05.2012), פסק דין העוסק **בהולדה בעוולה**.

ריבלין נתן בפסק הדין החלטה עקרונית. אוחדו בעניין זה 6 תיקים לכדי דיון אחד. הפיצוי המרכזי בפס"ד האחרון של ריבלין הוא על תביעתו של הילד שנולד בעילת חיים בעוולה, ואילו הפיצוי על תביעת ההורים בגין העילה של "הולדה בעוולה" הוא קטן יחסית. **בפ"ד הזה ריבלין הרחיב את הפיצויים של ההורים בגין ההוצאות הצפויות להם, וכן גם את הפיצויים בגין הכאב והסבל של ההורים.**

בפס"ד זה בעזרת פיתוח פס"ד דעקה, ריבלין מתייחס לאוטונומיה (דבר שלא היה בזיצוב), הוא אומר שגם אם יש בעיה של קש"ס (מה היה קורה אילו היו אומרים לך על המום של הילד בזמן ?), אבל בראש הנזק של פגיעה באוטונומיה הוא יתן פיצויגם אם יש בעיה בהוכחת הקש"ס.

בשורה התחתונה, ריבלין דחה את האפשרות שילד יתבע מישהו בגין "חיים בעוולה".

* חובת הזהירות – מה קורה כאשר אין לך חוזה, או בעלות על מקרקעין, האם עדיין אפשר להשתמש ביחסי השכנות הללו?

יחסי השכנות המקוריים, מדברים על שכנות כפשוטה (שכנות בדירה), אני קרוב אליו פיזית ולכן יש לי יחסי שכנות בסיסיים עמו, כלומר, יש עלי חובה לא להזיק לו, לשכני. כשיש שכנות יותר רעיוני, כמו קניית מוצר, אנו שותפים לאותה פעילות, מה שמחזיק את השכנות הזאת הוא חוזה.

פס"ד הדין המרכזי בעולם, העסק ביחסי שכנות הוא **פ"ד דונהיו נ' סטיבנסון**. אין חוזה, ואין שום בעלות על מקרקעין. פה, לראשונה מוטלת אחריות על היצרן, שהוא צריך לצפות שצרכנים ישתמשו במוצר שלו, גם צרכנים שלא רכשו בעצמם את המוצר.

סיפור האחווה – האם המשפט צריך להתחשב בעניין הזה ביחסי אחווה? נניח שמישהו השתמש במקדחה של שכנו, והוא לא יקבל רשות לתביעה בגלל שאין חובת זהירות מושגית, מה יקרה במצב שכזה? חברו של הצרכן יכול לתבוע את שכנו, זה דבר שיכול לגרום לאנשים להפסיק לעשות אחד לשני טובות. המשפט רוצה שיהיו יחסי אחווה ושכנות טובה בחברה, האם המשפט מתחשב בשיקולים נורמטיביים?

לדעת המרצה, יש דוגמאות, בהן שהמשפט מביא בחשבון, שאם לא יגיעו לכדי החלטה כלשהי, זה יהרוס את יחסי האחווה בחברה.

עוד דוגמא בעייתית, לאחר לפ"ד דונהיו נ' סטיבנסון - נניח שאני הארחתי זוג לארוחת צהריים, ונניח שאחרי ארוחת הצהריים הבעל שיש לו צרבת, שואל את בעל הבית אם יש לו כדור נגד צרבת. בעל הבית אומר שיש לו כדור נגד צרבת, אך בעל הבית יודע שהכדור הזה ניתן לפי מרשם בלבד. הבעל המתארח נפגע מהכדור, האם יכול לתבוע את היצרן?

**דף עבודה מס' 6 – גן הילדים**

השאלה, האם הגן הוא עירוני או פרטי חשוב לעניין אחריותה של העיריה ושל בעל הגן. **יכול להיות, שלעריה יש אחריות אישית, מכוח סעיף 37 וחוזה, ולא רק אחריות שילוחית, כמו המקרה עם הקבלן.** הדבר יחזק את התביעה כנגד העריה.

מירי, עוזרת הגננת

שושנה, הגננת

לונה, החברה המייצרת

ניר, הילד

רותם, הילדה שתקפה

ירדנה

העריה

מכון התקנים

* אם ניר לא תובע את החברה, וגם אם כן, יכולה להיות הודעת צד ג' של הנתבעים השונים – מציינים באופן כללי, או תביעת שיפוי נפרדת.
* לעניין מכון התקנים, ניתן לתבוע את המכון, כאשר יש תקן. לעיתים, גם כשאין תקן. הדבר תלוי בתפקידו של מכון התקנים, האם כולל גם פיקוח? שאלת התקן תהא רלוונטית לא רק לתביעה כנגד מכון התקנים, אלא גם לתביעות האחרות. חידוש נוסף במקרה דנן - מכון התקנים הוא גוף מדינתי. השוני – בכל תביעה נדון בשאלה האם יש תקן, או לא. מבחינת הכתיבה, ניתן לחלק כל תביעה ל-"יש תקן, או יש תקן".

לגבי הילדה, **רותם**, נציין כי היא תקפה, יכולה להיות תביעה בגין תקיפה או רשלנות, אך יש לה חסינות של קטין, מכוח סעיף 9.

התביעה כנגד **ירדנה** – עשויה ליפול בחובת הזהירות המושגית. שאלת ה"חובה להציל". ניתן לטעון, שירדנה לא אחראית לשלומה ובטיחותם של ילדי הגן. הדבר היחידי שניתן לטעון, הוא שאסור היה לה להפריע למישהו שאחראי על שלומם של הילדים. גם אם היה יכולה לצפות מבחינה טכנית, ביהמ"ש יקבע כי לא היה עליה לצפות (אין צפיות נורמטיבית). לירדנה אין חובת זהירות מושגית כלפי הילדים.

התביעה כנגד **מכון התקנים** - מכון התקנים הוא גוף ממשלתי. נכנסות לעניין זה כל הבעיות שמופיעות בפ"ד גורדון. ביהמ"ש עשוי, בהיעדר תו תקן ובהינתן כיס עמוק אחר, לקבוע כי אין לתבוע את מכון התקנים. העובדים עשויים להחמיר את התנאים לקבלת תו התקן. מכוח שיקולי מדיניות משפטית, ככל הנראה לא ניתן יהא לתבוע את מכון התקנים.

שלושת התביעות המרכזיות – כנגד הגננת, העוזרת והיצרן.

**אחריות הגננת** –

חובת הזהירות של הגננת – חובה חוזית, וכן מכוח סעיף 37. העובדה שילדים קטנים שמתרוצצים מגבירה את החובה.

לפני הפרת החובה, יש לבדוק שני דברים, שני מסלולים שצריך לצעוד בהם בהפרת חובת הזהירות:

1. **האם סיפקה סביבה בטוחה?** לגננת תהא יותר אחריות, כאשר למוצר אין תו תקן, שכן אם יש תו תקן, יכולה היא "להסתתר" מאחורי היצרן. כשאין תקן, אחריותה גדולה יותר. מבחינת המחשבה, חובת הזהירות תהא גדולה יותר כשאין תקן – "איך את מכניסה מגלשה שאין לה תו תקן", במיוחד אם מדובר בגן פרטי. החובה היא מכוח חוזה וסעיף 37. גם אם העריה היא בעלת הקרקע והיא זו שהכניסה את המגלשה, לגננת יש חובת זהירות מושגית (יש חוזה עם ההורים). עצם זה שהמגלשה נמצאת בגן, מעידה כי מדובר באחריות הגננת.

גם אם יש תקן למגלשה, אין הדבר משחרר את הגננת והעוזרת מאחריות. במידה ומדובר במוצר מסוכן, יכולה להיות חובת זהירות קונקרטית. קיומו של תו תקן, אמנם, לא משחרר את הגננת מאחריות נזיקית, אך לבטח מוריד אותה בצורה דרמטית.

1. **האם השגיחה כראוי?** התפקיד של הגננת להשגיח על הילדים. במקרה דנן, תשומת ליבה לא הייתה מופנית אל הילדים, בגלל שיחה עם האם. צריך לשים לב במיוחד שהילדים הם "חתול ועכבר". הזהירו אותה קודם. המתקן לא בטיחותי, היא צריכה להשגיח.

הגננת תגיד שהפציעה לא צפויה, שלא ניתן לצפות שהרגל תיתקע בטבעת. בתגובה נפנה אותה **לפ"ד ברדה**, לפיו יש לצפות את סוג הנזק ולא את ההשתלשלות המדויקת.

**אחריות העוזרת –**

היא לא בחרה את המתקנים, ולכן יש לה חובת זהירות וצפיות נמוכה יותר לגביי ההיבט של סביבה בטוחה. מאידך, יש לדרוש ממנה את אותה רמה של פיקוח וניתוח דומה לגננת.

**אחריות היצרן** –

קיומו של תו תקן אינו פוטר מאחריות, הוא עשוי להקטין אותה. מכון התקנים לא יכול לפסול הכל. היצרן לא יכול להסתמך על מכון התקנים באופן מוחלט, ליצרן יש אחריות, צפיות וחובת זהירות מושגית וקונקרטית (למרות שאין מדובר בחוזה ישירות עם הילדים, אלא מדובר בחוזה עקיף. בשונה ממקרה סטיבנסון, הילדים הם הצרכנים, הם אלו שהשתמשו במגלשה). **למרות שסעיף 37 לא רלוונטי, ואין חוזה מפורש, היה על היצרן להביא בחשבון שאנשים אחרים משתמשים במוצר שלו.** בנוסף, אם אין תו תקן, אסור היה על היצרן לשווק את המוצר, אם לא ווידא שהוא בטוח. במקרה הזה אם כן יש תו תקן אז ההגנה היא גדולה יותר. אין לו אפשרות לעשות הרבה יותר, מאשר לאשר מול מכון התקנים.

* האם המגלשה הינה בבחינת מוצר פגום? ספק. סעיף 38 דן בדברים מסוכנים, ומעניק היפוך נטל ההוכחה.

**רשלנות רפואית –**

הכותרת מטעה, משתי בחינות -

1. הרשלנות הרפואית יותר מורכבת – ישנם שלושה סוגים של רשלנות רפואית.
2. השם אינו מוצלח, אין מדובר ברשלנות רפואית, אלא מדובר במשפט ורפואה. בתחום המשפט והרפואה, יש כל מיני חיקוקים שיכולים להיות מפורים, ולא רק עוולת הרשלנות.

כשעוסקים בפעולה רפואית שרוצים לתבוע בגינה, ישנם שלושה תתי-נושאים, תתי-מקרים –

1. הסכמה מדעת (**פ"ד דעקה**) – היעדר הסכמה מדעת. הסיטואציה - החולה עובר פרוצדורה רפואית, עליו לתת את הסכמתו, כחלק מהטיפול. ההסכמה צריכה להיות מדעת, מלאה ואמתית, עליו להבין על מה הוא מסכים וחותם.
2. בחירה בין חלופות – הטענה הינה, שבחירתו של הרופא בין החלופות הייתה רשלנית. דוג' – בחירה בטיפול ניסיוני, טיפול שאינו מתאים למטופל הספציפי.
3. טיפול רפואי לקוי – כולל מחדל. זהו המקרה הקלאסי – הרופא עשה משהו שלא היה עליו לעשות, או שלא עשה מעשה שהיה עליו לעשות (מחדל).

ישנם חיקוקים ועוולות שונות, הרלוונטיים לתתי-נושאים שונים. העילות המתקשרות למקרים לעיל –

1. **עוולת הרשלנות** - **רלוונטית לשלושת הקטגוריות** לעיל. בודקים, האם מדובר **ברופא סביר** ולא האם מדובר באדם סביר. מבחינת הניתוח, כל הנלמד ברשלנות רלוונטי גם לרשלנות הרפואית, אין הבדל קריטי.
2. **עוולת התקיפה** - אין זה נשמע טבעי, שהנושא הרפואי מתייחס לתקיפה, לחשוב שהרופאים תוקפים את החולה. עוולת התקיפה, שמשמעותה שימוש בכוח כנגד גופו של אדם, ללא הסכמתו, רלוונטית **אך ורק לקטגוריה הראשונה – הסכמה מדעת של החולה**. אולם, **השופטת בייניש**, בדעת יחיד **בפ"ד דעקה** **צמצמה את העילה**. אף שופט לא התייחס לעמדתה, מדובר בדעת יחד. לגישתה, בכל המקרים שיש בהם טיפול רפואי, אין הדבר מתאים לתקיפה באופן קלאסי (גם אם מדובר בקטגוריה הראשונה), יש לפנות לעוולת הרשלנות. מדובר בעוולה קשה, יש צורך בכוונה (תקיפה במתכוון) וקשה לראות הרופאים כתוקפים במכוון את גופו של החולה. אולם, בייניש מודה כי עוולת התקיפה תהא רלוונטית לחלק מהמקרים של טיפול רפואי. הראיה – **סעיף 24 (8)**. ההגנה במסגרת סעיף זה מוכיחה שהמחוקק התכוון גם לטיפול רפואי. ניתן לפנות לעוולת התקיפה ב-3 מקרים קיצוניים –
3. הטיפול ניתן בעל-כורחו של החולה, בלי הסכמה בכלל.
4. הטיפול הרפואי שניתן לחולה שונה לחלוטין ממה שהוא הסכים לו – כמו **בפ"ד דעקה**.
5. כשכלל לא ניתן לחולה מידע על מהות הטיפול, או שנאמר לו מה הוא עומד לעבור, אך לא נאמר דבר על התוצאות הבלתי נמנעות של הטיפול.

מדובר במקרים קיצוניים, שמותירים את מרבית מקרי ההעדר הסכמה מחוץ לעוולת התקיפה. אם המקרה לא נכנס לאחד הסייגים, לפי בייניש, לא ניתן לתבוע מכוח עוולת התקיפה.

1. **חוק זכויות החולה** – החוק מעניק זכויות לחולה. האם מדובר בחוק נזיקי? לא, מדובר בחוק זכויות אדם. טבלת הופלד קובעת שמול כל זכות יש חובה. אם יש זכות לאדם מסוים, אזי שיש מישהו שעליו לקיים חובה כלפי אותו אדם. כשנחקק החוק, הייתה מחלוקת, כיצד משתמשים בו? היו שטענו, שהחוק מתאים להפרת חובה חקוקה, ויש להשתמש בו במסגרת הדין הנזיקי. מאידך, היו שטענו שהחוק רק מצהיר על קיומם של זכויות המשליכות על תביעות אחרות (תפקיד הצהרתי). **הפסיקה קיבלה באופן ברור את העילה של "הפרת חובה חקוקה" (כל התנאים של סעיף 23 מתקיימים) לעניין הפרת זכויות החולה הקבועות בחוק.** **הפרת החובה החקוקה רלוונטית לכל הקטגוריות, כל עוד קיימת חובה חקוקה.**

סעיף 5 לחוק זכויות החולה – "מטופל זכאי לקבל טיפול רפואי נאות, הן מבחינת הרמה המקצועית והאיכות הרפואית, והן מבחינת יחסי האנוש". זהוי סעיף כללי, שקובע שצוות רפואי צריך לתת טיפול נאות למטופל. הסעיף נתפס כסעיף גג, מבוא. במבחן/בוחן יש להתייחס אליו בקצרה, לא להעמיק. מדובר בסעיף סל שעל פניו מכיל הכל.

הסעיף החשוב ביותר בחוק זכויות החולה, הוא **סעיף 13 העוסק בהסכמה מדעת.**

* **הסכמה מדעת** – תקיפה (עם הסייג של בייניש), הפרת חובה חקוקה ורשלנות. **טיפול רפואי לקוי / בחירה בין חלופות** – רשלנות והפרת חובה חקוקה.

טעות או רשלנות?

**קוהרי נ' מדינת ישראל** – נקבע כי מבחן התרשלותו של רופא איננו מבחן של חכמים לאחר מעשה, אלא של הרופא הממוצע בשעת מעשה. רופא עשוי לטעות ולא כל טעות מהווה רשלנות. קל וחומר כאשר לא בטעות טיפולית מדובר אלא בבחירת אחת האופציות האפשריות שהרפואה יודעת אותן אותו זמן.

אפילו אם מנתחים שגו בשיקול לגבי בחירת השיטה, אין הכרח כי מדובר בהתרשלות, אם בחירת השיטה נעשתה משיקולים של סיכונים אחרים מהם חששו הרופאים.

ביצוע ניתוח נוסף תוך כדי הניתוח –

**פס"ד רייבי נ' וייגל** שהינו פס"ד מרכזי בתחום הרשלנות הרפואית עסק בצלקת בה טיפל הרופא כשפתח את הגב של החולה. השאלה היא מה יש לצפות מרופא סביר. האם על הרופא לסיים את הניתוח אותו הוא מבצע, לחכות שהחולה יתעורר ואז לבקש ממנו אישור לפתוח שוב פעם את הגב כדי לטפל בבעיה הנוספת שהתגלתה? נקבע בפסק הדין כי:

* מנתח אינו רשאי לבצע תוך כדי ניתוח מסוים, ניתוח נוסף אשר לא נועד להצלת חיים או למניעת פגיעה חמורה בגוף, מבלי לקבל את הסכמתו המפורשת של המנותח.
* את טופס ההסכמה עליו חותמים המנותחים לפיו הם מסכימים "לכל ניתוח, או טיפול רפואי אחר או נוסף, שהרופא ימצא לנחוץ לבצע תוך כדי הניתוח" יש לפרש בצמצום, אחרת הדבר ירוקן מתוכן את הדרישה לקבלת הסכמתו של החולה לפני ביצוע הניתוח.

ניתוח בבית חולים פרטי –

מצד אחד אדם מקבל שירות יותר טוב ומצד שני כאשר ניתוח מסתבך אז איך לך את כל שירותי החירום, כמו שיש בבית חולים ציבורי. מחד, ניתן לטעון כי בית החולים הפרטי התרשל בכך שלא דאג למערך חירום ומאידך, בית החולים הפרטי יוכל להתגונן בטענה כי החולה ידע זאת ובחר בבית החולים הפרטי מרצונו החופשי.

צריך לשים לב אם מדובר בבית חולים פרטי או ציבורי ומהן ההשלכות –

* אחריות אישית לבית חולים יכולה להיות בכל מיני מקרים – ציוד לא תקין (רפואי ולא רפואי), קביעת משמרות ארוכות לרופאים.
* בבית חולים פרטי יש שני צרכנים – החולה והרופא. החולה צריך לתת צ'ק גם לרופא וגם לבית החולים. האם זה אומר שלבית החולים אין אחריות שילוחית על הפעילות של הרופא? לא בהכרח. אולי על עצם זה שהעסיק רופא לא אחראי ואולי עם היסטוריה לא טובה, יש לו אחריות. התובע יוכל לטעון כי על בית החולים לא היה להעסיק רופא שכזה. מנגד בית החולים יוכל לתהות למה החולה בחר בו.
* אם מדובר ברשלנות של הרופא – לכאורה ניתן לתבוע רק אותו אבל ייתכן ואפשר גם לתבוע את בית החולים באחריות אישית. בכל מקרה אין אחריות שילוחית של בית החולים (מקרה 2).
* לגבי בעיות בציוד הרפואי – ניתן לתבוע את בית החולים. אך האם אפשר לתבוע גם את הרופא? אפשר לומר שכן כי לו אחריות לבדוק את הציוד. לדוגמא: מקרה בו נגמר בלון חמצן במהלך הניתוח. זה כמובן מתקשר לצדק מחלק, צדק מתקן ופיזור נזק.

**דף עבודה מס' 9, המקרה הראשון -**

נראה טריוויאלי, אך אין זה כה ברור**. לאישה לא נאמר שהניתוח הוא חדשני**.

**הפרת חובה חקוקה** – סעיף 23ב' לחוק זכויות החולה. הרופא הפר שתי חובות חקוקות- (4) הרופא לא סיפר על הסיכונים והסיכויים של הטיפול החדשני. (5) הרופא כלל לא סיפר כי מדוגבר בטיפול בעל אוי חדשני. **עוולת תקיפה** – האישה לא הסכימה באמת לטיפול. **רשלנות** – הייתה הפרה של חובת הזהירות. נראה כי מדובר בתביעה חזקה, המגיעה משלושה כוונים שונים. אולם, הסיכויים של התביעה אפסיים, שכן **ישנה בעיה של קש"ס עובדתי – קשה להוכיח במאזן הסתברויות את מבחן ה"אלמלא".** קשה להוכיח, שאילו ידעה האישה על היות הניתוח ניתוח חדשני, ושיש חלופה אחרת, לא הייתה מסכימה לקבל את הטיפול. היא, כמובן, תטען שלא הייתה מסכימה, שהייתה מעדיפה לבחון חלופות אחרות. אולם, מנגד, הרופאים מחזיקים במסמך חתום, וכן בסקר, הקובע ש-95 אחוז מהאמריקאים הסכימו לניתוח. על האישה להוכיח שהיא נכנסת "לקבוצת השמרנים", מנוייה בין אותם חמשת האחוזים, שלא הסכימו לניתוח. יכול להיות שאנו נשארים אך ורק עם פגיעה באוטונומיה, וספק עם "שווה" לתבוע בגין עילה זו בלבד.

* בפסיקה נקבע, **שלגבי טיפולים אלקטיביים (טיפולים מבחירה) יש להסביר עוד יותר לחולה על הסיכונים, משום שאופציית אי-הביצוע יותר ריאלית**.
* הרשלנות והתקיפה שונות זו מזו. רשלנות – משטר של אשם. תקיפה – העוולה פועלת יותר כאחריות מוחלטת מאשר אשם (למרות שהיא לא אחריות מוחלטת, כי יש את ההיבט של "במתכוון").יש הטוענים, שחל תהליך בפסיקה של השנים האחרונות.

לגבי התקיפה - **השופטת בייניש** **בפ"ד דעקה** לקחה את **עוולת התקיפה, לפחות בנוגע לנושא הרפואי, לכוון משטר של אשם.** הסטנדרט של התקיפה, נוטה לכוון של אשם. בייניש מצמצמת תקיפה (ברפואה), רק למקרה של אשם כבד מאוד! היא מקרבת את עוולת התקיפה, לכזו שתלויה באשם יותר מאשר באחריות מוחלטת.

**פ"ד רייבי נ' וייגל** – ביהמ"ש קובע שהיה על הרופאים לטפל רק לגבי מה שניתן הסכמה לגביו, היה עליהם לשאול את החולה. הרופאים טוענים שישנה איזושהי בעיה בהרדמה החוזרת. הרופאים התרשלו, אך מה היא החלופה? נראה כי לא מתקיים קש"ס עובדתי לפי מבחן האלמלא, שכן אנשים שפויים בדעתם, היו מסכימים ומורים לרופאים לטפל בצלקת. התקיפה הולכת לכוון האשם. **ביהמ"ש קובע, שבתקיפה לא באמת בוחנים את מבחן האלמלא כפשוטו.** פסק הדין מרכך, מוצא את הדרך להעניק פיצוי (יכול להיות שמדובר בשיקולים של צדק חלוקתיים).

לגבי הרשלנות - **מגמה הפוכה** – **מעבר של הרשלנות לכוון אחריות מוחלטת**. **פ"ד פאר נ' קופר** – אדם התעורר מניתוח עם כאב ברגל, הרופאים טענו שמדובר בכאבים רגילים לאחר ניתוח שכזה, אך הם לא עלו על כך שמדובר בנמק. הרופאים, לאחר מיכן, טענו כי זה לא היה צפוי, לא הייתה להם כל אינדיקציה לדעת שיש נמק. הרופאים הוכיחו ברמת הסתברות גבוהה, שהמצב של נמק כל כך נדיר, עד שהוא אינו עומד בדרישת הצפיות (הנורמטיבית). בהיבט של הצפיות הנורמטיבית, נראה כי אין חובת זהירות קונקרטית. **ביהמ"ש קבעה שהיה עליהם לצפות, ובכך קירב את עוולת הרשלנות לאחריות מוגברת – צריך לצפות כמעט הכל.**

* ישנם פסקי דין שהכירו **במחדל כתקיפה**, היינו תקיפה ללא נגיעה.
* **לא כל טעות רפואית היא רשלנות. יש טעויות סבירות**. הדבר תלוי בנסיבות המקרה הקונקרטי. יש טעויות שאפשר להפיל על אחרים – למשל רופא רשם 2.0 במקום 0.2, ובכל זאת ייטען שהוא היה רשלן, כי עבד 20 שעות רצופות, למשל.

**כשמדובר בבחירה בין חלופת, אחת ההגנות של הרופאים הינה הגנת האסכולות** – "מדובר באסכולה לגיטימית, גם אם היא לא מקובלת עלייך". הפסיקה קבעה שיש להוכיח שלושה תנאים, להגנת האסכולות -

1. האסכולה **מקובלת על חלק גדול מעולם הרפואה**. יש להראות, גיאוגרפית, היכן זה מבוצע בעולם.
2. הרופא צריך להוכיח שהוא באמת שקל ובחר כמו שצריך בין החלופות, והוא אינו טוען כחכמה אחר מעשה. עליו להוכיח כי ידע שיש אסכולות שונות, ידע את היתרונות והחסרונות, **ובחר באסכולה בצורה מושכלת.**
3. **החולה מחליט - האסכולות הובאו להכרעת המטופל.** הרופא ציין בפני המטופל את האסכולות השונות, אין הוא חייב להיות אובייקטיבי, רשאי הוא להביע את תמיכתו באחת האסכולות. קלברזי היה טוען, שהרופא במקרה הוא השוקל הטוב, ואין לסמוך על החשיבה של החולה. הפסיקה הראתה, לגביי התנאי השלישי, שאם הרופא הציג את דרכי הטיפול השונות והחולה נתן את הבחירה לידי הרופא, כי לא ידע מה הוא מעדיף, זה תקין. זוהי בעצם החלטת החולה, שהוא מסמיך את הרופא, ולכן נראה בהליך זה כהליך תקין.

**דף עבודה מס' 9, המקרה השני –**

מבין שלושת העוולות, רק **עוולת הרשלנות** רלוונטית. הרשלנות הינה משני כוונים –

1. הניתוח – לא בטוח שמדובר ברשלנות. הפסיקה מכירה ב"תקלה", לא תמיד הדברים הולכים לפי התכנון. האם הופרה חובת זהירות? ניתן לטעון את טענת "גולגולת דקה".
2. אי ההשגחה – יציאה מניתוח היא הרשלנות המרכזית במקרה, לבטח שהיא במטרה להודיע לחולה אחר שניתוחו נדחה. לפי לרנד הנד, הרי שאמצעי המניעה פשוט וקל – לא לעשות כלום.

יש לבחון את מי תובעים, כשמדובר בביה"ח פרטי או ציבורי. אין מערך טראומה אמיתי בביה"ח פרטי. בענייננו, בביה"ח פרטי אין אפשרות לקבל טיפול מתאים – מדובר כמעט בהסתכנות מרצון של המטופל (ריבלין צמצם מאוד, הלך לטובת הניזוקים), שבחר להיות מטופל בביה"ח פרטי, למרות שאין מערך טראומה.

**המקרה של הוידאו –**

ההורים, העיזבון, יכולים לתבוע את הרופאה המרדימה, מנהל המחלקה ומנהל ביה"ח - אחריות אישית ושילוחית, ואת ביה"ח בעוולות **הרשלנות**. בנוסף, הזרמת הגז במינון עודף עשויה להיחשב **כתקיפה**. לעניין התקיפה, יש להזכיר את שלושת החלופות של השופטת בייניש, שאינן מתקיימות במקרה דנן. **חוק זכויות החולה** – אין סעיף/זכות שהופרה באופן ספציפי, פרט לסעיף 5, סעיף כללי.

האם – "כל אחד עשה את שלו להרג הילדה". שאלת המפתח – **מי "המפקד" של האירוע**? ככל שמדובר ברופאה המרדימה, היא לא תתנער מאחריות, גם אם היא אינה בגדר מפקדת האירוע.

**ביה"ח פרטי מול ציבורי** – האם בעצם הבחירה בבי"ח פרטי, יש לראות את ההורים כשותפים (מביאים בחשון שאין מערך טראומה)? יכול להיות, שכשהורים בוחרים לנתח בביה"ח חולים, הם מודעים לבעיה בתביעה, אם וכאשר.

התביעה כנגד המרדימה –

יש היבט חוזי לעניין **חובת הזהירות המושגית**. יש היבט חוזי בטיפול הרפואי בכלל, שבועת הרופאים. החובה המושגית כלפי הרואים היא חובה חזקה. **מהבחינה הקונקרטית** נדבר על ההשגחה הקפדנית על המוניטור והרגישות כשמדובר בילדים – ההתדרדרות תלולה יותר. בחוזה הזהירות הקונקרטית, מדובר על – (א) היעדר ערנותה של הרופאה, (ב) שאלה "הורדת הווליום של המוניטור" – האם החובה הקונקרטית שלה כוללת הימנעות מהורדת הווליום? (ג) איסור פעולה מתוך קבעון מחשבתי – הייתה בטוחה שהמוניטור תקול, ושאין כל בעיה בילדה. שלושת הגורמים לעיל מרכיבים את החובה הקונקרטית של המרדימה. יש לבחון את נוסחת לרנד הנד ומבחני הקש"ס לעניין שלושת הגורמים.

המרדימה עשויה לטעון **לסעיף 64(2),** לעניין הקש"ס המשפטי – **גורם מתערב זר**. אשם המנתח שביקש להוריד את הווליום, לוח העבודה הקשה שהוביל להיעדר ערנות.

סיכויי התביעה גבוהים.

התביעה כנגד הצוות הרפואית –

**לאחות הראשית** יש חובת זהירות. אולם, עד אשר לא נדע מה תפקידה במהלך הניתוח, לא נוכל לקבוע את חובתה. אם קיים סטנדרט גבוה, המקובל בביה"ח הספציפי הזה, הדבר עשויה להיות לה לרועץ. אם צריכה להיות אחות, והיא איננה, מדובר באחריות אישית של ביה"ח. את מלוא הדיון יש למקד בחובה המושגית והקונקרטית של האחות. האחריות של האחות, ככל הנראה, פחותה מזו של המרדימה והמנהלים האחרים.

**מנהל מחלקת ההרדמה** – אחריות אישית ושלוחית להתנהגות המרדימה. לוח העבודה של הרופאה היה מלא, היא עבדה שעות רבות. סידורי העבודה קשורים למנהל העבודה, ומכאן אחריותו האישית (מעבר לאחריותו האישית להתנהגות המרדימה). "על ראש הגנב בוער הכובע" – כמות המרדימים גדלה ב-50 אחוז לאחר האירוע, הדבר מלמד על הרשלנות. בנוסף, בביה"ח אסותא, מאז הניתוח, החלו לשים מדבקות גדולות על המוניטור, הקובעות איסור על הורדת הווליום ל-0. בנוסף, לאחר התביעה ברשלנות, יש לדון בסעיף 41, הפיכת הנטל כשהדבר מדבר בעד עצמו.

בפועל, המרדימה הורשעה בהריגה. מנהל המחלקה קיבל הסדר טיעון. ביה"ח לא הורשע. מנהל ביה"ח יצא זכאי.

ראשי נזק – ישנו נזק גוף. **ראש נזק ממוני** – העיזבון מקבל פחות כתוצאה מהמוות, מאשר פציעה – הוצאות קבורה בלבד. **פ"ד גבריאל** - ברק, בדעת מיעוט, טוען שיש להעניק פיצוי על אובדן השתכרות בשנים האבודות. **פ"ד אטינגר** – הוכר פיצוי על אובדן השתכרות בשנים אבודות. ההשתכרות שאבדה בשנות האי-חיים, זהו הפיצוי המרכזי. **בפרשת פינץ'** נקבעה **חזקה של שליש** – לאדם נשאר שליש ממה שהוא מרוויח. מבצעים חישוב של אובדן השתכרות בשנים האבודות, ומורידים 2/3.

**אין פיצוי על ראש נזק לא-ממוני.**

**רשלנות שגורמת לנזק נפשי –**

**דף עבודה מס' 8, שאלה ראשונה -**

השאלה הראשונה מחילה עובדות דומות לאלו ש**בפ"ד גורדון.**

**דף עבודה מס' 8, שאלה שנייה -**

חלק א' – מחד, מלי נפגעה באופן ישיר מהתאונה. אולם, אם הנזק הנפשי שלה נובע מהנזק של משה, אנו נכנסים **להלכת אלסוחה** (נזק נפשי במעגל המשני), שם השופט שמגר ענה – "כן, אבל...". לפי שמגר, **ישנם חמישה סייגים, לשם הכרה ברשלנות שגורמת לנזק נפשי –**

1. סוג הנזק – אינו מוכר בחקיקה. רק סוג נזק קשה מסוג ניירוזיס או פסיכוזה. המקרה בפ"ד גורדון, למשל, לא מספיק. נדרשה הפגיעה נפשית מהותית כגון מחלת נפש או פגיעה נפשית רצינית
2. זהות הניזוק / הקרבה המשפחתית – לפי פסק הדין האנגלי, מדובר על קרבה משפחתית ממדרגה ראשונה. **בפ"ד אלסוחה**, נקבע כי התביעה אפשרית רק לקרובי משפחה מדרגה ראשונה, אך נותר בפסק הדין פתח להרחבת הלכה זו. כאן נכנס פסק הדין בעניין **לינדרון נ' קרנית** – מה קורה עם ידועים בציבור? בפ"ד זה נדונו המבחנים לגבי ידועים בציבור. פ"ד זה מצייר איזושהי תמונה כללית. אין תשובה מוחלטת, אך ככל שיותר פרמטרים מתקיימים, יש פחות בעיה לעניין הקרבה המשפחתית. **בפ"ד אלסוחה,** **השופט שמגר מרכך את הצורך בקרבה משפחתית** – אם מדובר בקרבה אחרת, האם נשלול לחלוטין באופן אוטומטי? לא. יהיה צורך להוכיח שהקרבה המדוברת היא כמו קרבה משפחתית מדרגה ראשונה.
3. קרבה במקום ובזמן לאירוע – התובע צריך להיות עד לתאונה או לתוצאותיה המידיות. האלמנט כולל את יושבי האמבולנס. גם קריטריון זה הוגמש ע"י שמגר, וניתן להסתפק בהוכחת נזק נפשי מממשי ומוגדר. **עדות פיזית לתאונה, או לתוצאות המידיות גם בשלב מאוחר יותר** (בביה"ח, למשל).
4. התרשמות ישירה ולא אמצעית – ראיתי בשידור ישיר בטלוויזיה את התאונה, האם מדובר בהתרשמות ראשונית? לא לפי פסק הדין האנגלי, שמגר מרכך את הדרישה. ככל שהתובע קרוב לאירוע ומתרשם ממנו באופן בלתי אמצעי, כך עולה הצפיות לנזק נפשי, אך ניתן לקבל גם מקרים של נזק, שמקורו עקב קבלת מידע על הפגיעה מכלי שני.
5. הנזק ארע כתוצאה ממאורע פתאומי – שמגר מקל.

**דף עבודה מס' 20 – מצג שווא רשלני –**

**פ"ד ויינשטיין נ' קדימה** – כשרשלנות גורמת לנזק כלכלי, אנו יכולים ללכת במישור הרשלנות הרגיל, אך גם במישור של מצג שווא רשלני. יש להוכיח את כל היסודות המנויים בפ"ד זה, ובהתקיימם **ניתן לתבוע בגין יצירת מצג שווא רשלני**, **אין צורך להוכיח את כלל יסודות עוולת הרשלנות**.

יסודות מצג שווא רשלני –

1. העסקה נעשתה במהלך הרגיל של העסקים.
2. ההודעה הייתה למטרה מסוימת שבגינה נגרם הנזק
3. ההיקף המקסימלי של הנזק הכלכלי ניתן להגדרה מראש.
4. המצג מכוון לסוג מוגדר של אנשים, והנתבע ידע שתהא הסתמכות על המצג.

**הפלת"ד –**

מדובר בחוק של אחריות מוחלטת, למרות הבעייתיות שבסעיף 7.

הרקע לחוק – עד לשנת 1975 (שנת קבלת החוק), המשטר המשפטי לגבי תאונות דרכים, היה משטר של אשם. החל משנת 1975, ישנה הפרדה בין נזקי גוף לנזקי רכוש. **לעניין נזקי רכוש**, עניין האשם נותר בעינו. **לגבי נזקי הגוף**, הוחלט להחיל משטר של אחריות מוחלטת, הטעם – ריבוי תאונות דרכים. התשתית בישראל באותה עת לא הייתה מתאימה. הוחלט, שישנו היגיון, שבשל ריבוי תאונות הדרכים, יהיו הרבה תביעות, ועל מנת **למנוע את הצפת בתי המשפט ועומס**, יש להחיל אחריות מוחלטת – הדיונים יהיו פחות אירועים, שכן אין דיון לעניין האשם. זוהי מטרה סוציאלית, **שהתובע לא יצטרך לחכות הרבה זמן** – **קיצור הדיונים**. בנוסף, הייתה מטרה סוציאלית נוספת – **שלא יקרה מצב שנפגע בתאונת דרכים יישאר ללא פיצוי** (אפילו במצב של תאונה עצמית).

על מי נטיל את האחריות המוחלטת? כולנו, רובנו שותפים לפעולת הנהיגה, **הוחלט שהנהגים הם אלה שעליהם תהא החובה לבטח, יש חובה על הנהג לבטח –** מזכיר את עמדתו של קלברזי. ההיגיון – **הנזקים של האנשים שנפגעים בתאונות דרכים יפוזרו על כלל הנהגים שיעשו ביטוח.** חברות הביטוח עתידות להרוויח המון. הייתה תחרות לעניין זהות המבטחות – ביטוח לאומי או חברות ביטוח פרטיות? לפי ההיגיון, יש לפנות לביטוח הלאומי, גוף של המדינה. אולם, חברות הביטוח הצליחו לקבל את העסק אליהם. הביטוח הלאומי, בניגוד לחברות הביטוח הפרטיות, הוא גוף הפועל ללא מטרות רווח. חברות הביטוח הפרטיות יפעלו לשלם פחות, להקטין את תאונות הדרכים.

* ריבלין ואנגלרד כתבו ספרים בעניין תאונות הדרכים. לפי אנגלרד, ישנם מעל ל-50 אלף פסיקות בנוגע חוק הפלת"ד – נראה כי החוק לא השיג את מטרותיו.

סעיף 8א' – **ייחוד עילה**. הסעיף קובע, שאם נגרם לאדם נזק גוף בתאונת דרכים וזה נגרם עקב השימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה (אם ההגדרה שבסעיף 1 לחוק מתקיימת), **ניתן יהא לתבוע אך ורק מכוח חוק הפלת"ד, ורק את חברת הביטוח** – לא ניתן יהא לתבוע שום גוף אחר ומכוחו של שום חוק אחר. **האחריות תהא מוחלטת, אין צורך להוכיח אשם.**

אולם, לפי **סעיף 8ג'**, **אם ההגדרה לא חלה, פתוחה הדרך לצאת מחוק הפלת"ד, ואין ייחוד עילה** – ניתן לתבוע לפי פקודת הנזיקין. הסעיף לא קבע "כל חוק אחר", לכן לא ניתן לתבוע מכוח חוק מוצרים פגומים, במקרה בו הרכב פגום. נניח ואדם יכול להוכיח שהרכב היה פגום, לאור הסעיף, לא ניתן לתבוע את החברה לפי חוק אחריות למוצרים פגומים.

לעיתים, אדם לא ירצה להיכנס תחת חוק הפלת"ד, בשל הגבלת סכום הפיצויים. בהנחה שהניזוק מצליח להוכיח שאין מדובר בהגדרה של חוק הפלת"ד, סעיף 8ג' קובע שהוא רשאי לפנות לסעיפים אחרים בפקודת הנזיקין. האם יכול לפנות למקורות נוספים?

לפי **הגישה האחת**, יש להיות להכיר **בפרשנות דווקנית** – לא ניתן לצאת ולפנות לחוקים אחרים, לאור לשון הסעיף. לפי **הגישה השנייה**, המחוקק התכוון לדיני הנזיקין, ולא לפקודת הנזיקין, ועל כן יש לאפשר פנייה לחיקוקים אחרים – **פרשנות תכליתי**.

* ניתן לתבוע לפי הפרת חובה חקוקה פלילית, לפי תקנות התעבורה. אולם, בחוק הפלת"ד אנו תובעים את חברת הביטוח שלנו, ולא אדם אחר – תביעה "קלה" יותר.

תאונת דרכים + תאונת עבודה –

דוג' – אדם שנוסע לפגישה, נהג אוטובוס וכו'. האם ישנה ייחוד עילה? מה גובר? מהו החוק הספציפי? בעייתי לקבוע. פסקי הדין קבעו במהרה, **שתאונת עבודה אינה נכללת בייחוד העילה**, תאונת דרכים יכולה להיות תאונת עבודה, ולהיפך. מדוע זה אפשרי? **ייחוד העילה הוא ייחוד נזיקי – אין עילה נזיקית אחרת, אך יש עילה אחרת מבחינת דיני העבודה.**

בפרקטיקה – יש לבחון האם התאונה קרתה במסגרת העבודה? אם כן, יש אפשרות לתבוע פורמלית את המעביד בגין תאונת עבודה (מגיע ישירות לביטוח הלאומי), או לתבוע מכוח חוק הפלת"ד. בפועל, עו"ד מצאו, שכשיש תאונה כזו, **עדיך לתבוע בגין תאונת עבודה את הביטוח הלאומי**. הקביעות של הביטוח הלאומי הן יותר מהירות. בנוסף, אם יש נכות הנקבעת ע"י המומחים של ביטוח לאומי, היא מחייבת וקובעת לכל עניין ההליכים האחרים, זוהי חזקה הניתנת לסתירה.

בפועל מתחילים בביטוח לאומי ותביעה בפקודת העבודה, אך מקבלים רק 80% מהפיצוי המגיע, ואת שאר הסכום ניתן לתבוע מחברת הביטוח. אם האדם קיבל סכום מספיק מהביטוח הלאומי ואין כדאיות לתבוע את חברת הביטוח, הרי שחברת הביטוח מרוויחה את ההפרש.

אם תאונת הדרכים קרתה במסגרת העבודה, מתייחסים לכך בקצרה. דנים לפי הפלת"ד, אך מציינים שזוהי תאונת עבודה ושעדיף לתבוע את הביטוח הלאומי בתאונת עבודה, והסכומים אמורים להתקזז/להיות מופחתים.

האם ניתן לתבוע דרך דיני החוזים?

לכאורה, פוליסת הביטוח היא כמו חוזה ולכן, אם כלי הרכב המנועי פגום (לדוגמא: בלם שהתקלקל), ניתן לתבוע את חברת הרכב על הפרת חוזה ובכך גם לעקוף את "תקרת" הפיצויים בחוק הפלת"ד. אולם, **החקיקה בישראל כמו גם בית המשפט העליון עדיין לא עסקו בסוגיה זו.**

האם ניתן לתבוע דרך חוק האחריות למוצרים פגומים?

לכאורה ניתן אולי לתבוע על מוצר פגום דרך חוק האחריות למוצרים פגומים. החיסרון הוא שגם בחוק זה קיימת "תקרת" פיצויים. היתרון יכול להיות כאשר קיימות תהיות האם בתאונה היה מעורב רכב מנועי או שלא. לדוגמא: מלגזה. ע"פ **הגישה המצמצמת**, נוכח ייחוד העילה בפלת"ד לא ניתן לתבוע במקרה של פלת"ד דרך חוק אחר, אך ע"פ **הגישה המרחיבה**, לשון סעיף 8 מגביל פנייה רק לפקודת הנזיקין במקרה של תאונת דרכים ואינו מגביל פנייה לדיני הנזיקין כולם. מנגד, ניתן לטעון כי כאשר חוק הפלת"ד נחקק, חוקי נזיקין נוספים כמו חוק האחריות למוצרים פגומים לא היו קיימים, אך סביר להניח שאם היו קיימים, ייחוד העילה היה מתייחס גם אליהם. בטענת נגד זו יש "פרצה" בדמות החוק למניעת נפגעים, שנחקק בשנת 1974 (טרם חוק הפלת"ד) ולפיכך אם תובעים לפי חוק הפלת"ד ניתן לתבוע גם לפיו.

רשלנות רפואית לאחר תאונת הדרכים -

סעיף 4(א) לפלת"ד מפנה לסעיף 76(2) לפקודת הנזיקין. חיבור שני הסעיפים קובע כי **אדם שנפגע בתאונת דרכים ואח"כ נפגע ברשלנות רפואית יוכל לתבוע גם את פיצויי הרשלנות הרפואית דרך פלת"ד.**

לסיכום, כאשר עניין לנו בתאונת דרכים וניתן לתבוע באמצעות חוק הפלת"ד – ניתן לתבוע רק באמצעותו! **היתרון** - אחריות מוחלטת. **החיסרון** - "תקרת" הפיצויים ודיון אפשרי בסוגית כלי רכב מנועי. לגבי דיני העבודה, אין מחלוקת וניתן לתבוע גם בגינם.

סעיף 2א' - הכלל – אם אדם נוהג ברכב ואדם נפצע כתוצאה מכלי הרכב, עליו לפצותו. מה הכוונה בפיצוי? לאדם חובה לבטח רכב מנוע מפני נזקי גוף. המשמעות - **הנפגעים כולם יתבעו את חברת הביטוח של הנהג/בעל הרכב.**

מס' עקרונות/כללים –

* סעיף 2 חוק – אחריות מוחלטת + ביטוח חובה.
* **התנגשות חזיתית בין שני רכבים / תאונת שרשרת** – כל נהג (וכל יושבי הרכב) תובע את חברת הביטוח שלו, לפי סעיף 3.
* סעיף 3א' - מה קורה כאשר הרכב דרס הולך רגל (לא משנה אם יש ביטוח לתאונות אישיות)? ונניח שנפגע גם הנהג וגם האופניים - שניהם תובעים את חברת הביטוח של הרכב.
* סעיף 3ב' – אדם הנפגע מחוץ לכלי הרכב, כשהייתה תאונה בה מעורבים מספר כלי רכב – הנפגע יכול לתבוע כל אחד מהם, "יחד ולחוד". מבחינתו של הנפגע ישנה הקלה – יכול לתבוע מאחד מהם הכל, או חלק.

**התנגשות של שני כלי רכב + אדם נוסף מחוץ לכלי הרכב – "ביחד ולחוד"**. יש צורך במגע בין כלי הרכב, או בין הרכב לנפגע החיצוני – יכול שתהיה תאונת דרכים גם ללא מגע עם כלי הרכב!

* מה קורה אם הרכב פוגע בפח אשפה והפח פוגע בהולך רגל? זהו חלק מהקשר הסיבתי ונכיר באחריות של הרכב וחברת הביטוח שלו. גם אם הרכב בכלל לא נגע באדם, זוהי תאונת דרכים (נכנס בפנס והפנס נפל על האדם). **אין צורך, בהכרח, במגע בין הרכב לנפגע.** אין צורך להוכיח כי התקיים מגע של הרכב באדם. גם אם אדם נבהל מהאוטו, נפל ונפגע זה נחשב לתאונת דרכים.

**אנגלרד** בספרו, טוען כי המילה "**מאורע**" הינה בעלת משמעות – **זוהי יחידה אחת של זמן ומקום.** לכן, יש לבחון האם מדובר במאורע חדש? אם כן, ג' יכול לתבוע רק את ב'. **אנגלרד** קבע, כי כל שיש להוכיח הוא קיומו של קשר סיבתי בין התאונה לנזק הגוף. **אנגלרד** הסביר כי, לא בכדי הוצבה המילה מאורע בהגדרת החוק. מאורע זו יחידה אחת של זמן ומקום. עם זאת, כאשר אדם נפגע לדוגמא כתוצאה מפעולת איבה ואז נהג ברכב בזיג-זג ונפל לבור, לא בהכרח יהיה מדובר ביחידה אחת. רק אם יוכח קיומו של קשר סיבתי בין תאונת הדרכים לנזק ייקבע כי הנזק נגרם כתוצאה מתאונת הדרכים ולא בשל פעולת האיבה.

* **החוק לא חל על פעולות איבה**. דוג' - אדם נהג ברכב וזרקו עליו אבן שפגע במכונית והוא נפצע. הוא תובע את המדינה, אין זה נחשב כתאונה דרכים. המקרה יוצא מחוק הפלת"ד.
* **על א' נזרקה אבן, הוא מאבד שיווי משקל אך ממשיך לנהוג, והוא דורס מישהו** - **מחד**, זריקת האבן קשורה בקש"ס לתאונה. **מאידך**, לפי אנגלרד, אם חלף זמן מסוים (כמה שניות) והמקום אינו אותו מקום, אזי שלמרות שהמקרה קשור בקש"ס לתאונה, נראה כי מדובר במאורע חדש ולא ניתן לתבוע לפי חוק הפלת"ד.

ישנם שני כיסים עמוקים – המדינה וחברת הביטוח. מה עושים? תובעים כתאונת איבה, או מכוח חוק הפלת"ד, או את שניהם? עליו לתבוע את אחד מהגופים, ולא את שניהם.

* **א' נהג וסטה מהדרך בגלל ב', ודרס את ג' –** באופן עקרוני, המקרה נכנס לתוך סעיף 3ב', אך הנטייה היא לומר שרק א' הוא הכתובת, שכן ב' לא התנגש לא עם א' ולא עם ב', למרות שהוא, לכאורה, אשם, אך אנו לא דנים באשם – אחריות מוחלטת.
* **אישה שנפלה ליד רציף של הרכבת –** מדובר בתאנת דרכים.
* **תאונה בין שני רכבים, ג' חוזה בתאונה וסובל מנזק נפשי** (התקף לב) – נכנס לתוך סעיף 3ב', הניזוק יתבע את חברות הביטוח של שני הנהגים, או אחד מהם, משום שאין צורך במגע.

**פ"ד עוזר נ' אררט** – השופט ברק עושה סדר לעניין הגדרת תאונת הדרכים. לפי ברק, ישנם שלושה שלבים –

1. ההגדרה הבסיסית – סעיף 1 לחוק – "מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף **עקב** שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה". זהו השלב הראשון, לפי ברק. ההגדרה מתפצלת למספר הגדרות משנה.
2. חזקות מרבות – מעשים/מקרים שכשהם קורים הם מרבים (מכניסים את המקרה לתוך חוק הפלת"ד, גם אם המקרה לא עומד בהגדרת הסעיף, היינו לא מקיים את השלב הראשון). אלו הן חזקות, **שאם המאורע נכנס לאחד המקרים (או יותר), ישנה חזקה שניתנת להפרכה, שהמקרה מתרבה, דהיינו נכנס בכל זאת לחוק הפלת"ד, למרות שאין הוא עומד בהגדרה הבסיסית** –
3. התפוצצות או התלקחות – דוג' – צמיג שהתפוצץ (נכנס להגדרה הבסיסית, אין צורך לברר חזקה מרובה).

**פ"ד לסרי נ' ציון** – משפחה שנסעה לנופש, ההורים השתמשו ברכב כיתד של אוהל. ההורי הדליקו גזיה לבישול, ומיכל הדלק התפוצץ. ההורים נהרגו, והילדים כולם נפצעו קשה. חברת הביטוח טענה כי אין מדובר בתאונת דרכים – הרכב שימש לאוהל, ולא למטרות תחבורה. לעניין הצדק החלוקתי – שני ההורים של הילדים מתו, הילדים נשארו יתומים ופצועים קשה – השארתם בטיפול של קופ"ח בלבד, בלי פיצוי, אינה עולה בקנה אחד עם מטרת הצדק החלוקתי, שכן הילדים (העיזבון והתלויים של ההורים) הם הצד החלש, לעומת המדינה, החזקה. ביהמ"ש "לקח מנהיגות", ופעל כפילנטרופ על חשבון חברת הביטוח (ועל חשבון כולנו). כל הדיון, עוד בטרם שהחזקות המרובות נוספות לחוק. **בגלל המטרה הסוציאלית של החוק, הרצון לפצות, והכוון החלוקתי, ניתן פיצוי לילדים, תחת הכנסת המקרה להגדרת "תאונת דרכים".**

חברות הביטוח התרעמו והפעילו לובי, והמחוקק הוסיף את החזקות המרובות. אולם, בעקבות פסק הדין, גם כיום, לאחר החזקה המרובה, הפסיקה תהא לאור פסק דין זה.

1. חנייה במקום אסור – **אדם שחנה במקום מותר**, הרכב לא נמצא בתנועה, ואם הוא נפגע בתוך הרכב, אין תאונת דרכים. הב' הוא כמו הולך דרך, הוא יתבע את חברת הביטוח של א', וגם א' יתבע את חברת הביטוח שלו. **אדם שחנה במקום אסור** – הכלל הוא שב' כאילו נמצא בתנועה, ולכן אם א' התנגש בו, מדובר בתאונה מעורבת לפי סעיף 3, כל אחד שנפגע תובע את חברת הביטוח שלו. מה ההיגיון?

**מבחן הקש"ס המשפטי** איננו מבחן הצפיות, משום שהצפיות תלוית אשם, המבחן הרלוונטי הוא **מבחן תחום הסיכון**. חברת הביטוח קובעת את גודל הפרמיה לפי רמת הסיכון בדרכים. הכל מתועד לנזקי גוף הקורות בתאונות דרכים. אולם, טוענת חברת הביטוח שהסיכון קיים לא רק ברכב שזז, אלא גם ברכב החונה במקום אסור, לפי קביעת חוקי התעבורה. הסיכון לנזק גוף גדל, בין אם הרכב בתנועה ובין אם הרכב חונה במקום אסור. לכן, **רכב החונה במקום אסור יחשב כרכב בתנועה, שכן הוא מגדיל את הסיכון. רכב החונה במקום אסור מגדיל את הסיכון לנזק גוף.**

* דוג' - אדם רכב על אופניים ונתקל במראה של מכונית ונפל.  **אם הרכב חנה במקום מותר –** לא ניתן לתבוע מכוח הפלת"ד. **אם הרכב חנה במקום אסור** – הרכב כאילו היה בתנועה, והמקרה ייחשב כאילו הרכב דרס את רוכב האופניים, היינו כתאונת דרכים.
* **החנייה, היינו העברת הרכב למצב של חנייה** - כלומר, הכוונה בהתנהגות בין רכבים בעת חניית הרכב – נראה כי יתפרש כשימוש ברכב מנועי ולא כחנייה במקום מותר (תובעים את חברת הביטוח שלך). אולם, אין תשובה מכרעת.
* **חניה במקום אסור, שאינה בהכרח מסכנת** – החנייה אינה מסכנת מבחינה תעבורתית. דוג' – חנייה בכחול-לבן, מבלי לשלם. אין כל בעיה, אין מדובר בחנייה במקום אסור.
* מקרי הביניים – **חניה במקום המיועד לפריקה וטעינה** – **חנייה במקום המיועד לפריקת משאית** - אמנם אין הפרעה תעבורתית ישירה, אך ההפרעה טמונה בכך שהחונה חונה במקום שמיועד למשאית, שתאלץ לחנות במקום אחר וליצור סיכון. זהו מקרה ביניים, שכן יחשב כתאונת דרכים.
* **רכב החונה בחנייה של שגרירות**. השגריר יאלץ לחסום מישהו אחר / יחנה במקום אסור, ועל כן מדובר ביצירת סיכון עקיף. כלומר, מדובר בתאונת דרכים.
* **חניה בחניית נכה** – גם כאן מדובר ביצירת סיכון עקיף – הנכה יחנה את רכבו במקום מסכן. מדובר בתאונת דרכים.

1. מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי – יש משהו מכני (לא מנועי) וזה פוגע במישהו. דוג' – סולם של מכבאי אש. **אם נעשה שימוש בכוח מכני באוטו, והדבר גרם לנזק גוף של אחר, מדובר בתאונת דרכים.**

דוג' לסייג – **אוטו גלידה**. המוכר יורד מהמדרגות של האוטו ונופל בשל כוח מכני. ככלל, ירידה מכלי הרכב – תאונת דרכים. אולם, **הנהג לא יוכל לתבוע, משום שהרכב באותו הרגע שינה את ייעודו – לא לשם נהיגה, אלא כקיוסק.**

* **דוג' –** אדם שנמחץ מסגירת דלת של אוטובוס – יחשב כתאונת דרכים, למרות שאין שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה (האוטובוס עומד במקומו). זה שונה **מפ"ד פדידה**, ממצב בו אדם פתח את האוטובוס (משאית) עלה כדי לקחת את המצית, הוא נפל וחטף מכה– לא נחשב כתאונת דרכים. **המקרים דומים, אך הראשון נכנס לחזקה המרובה (יהא תאונת דרכים, בכפוף לשלב השלישי), ואילו המקרה השני לא.**
* החידוש של **פ"ד עוזר –** החזקה המרבה מרבה גם במקרים בהם ההגדרה הבסיסית אינה מתקיימת לחלוטין, היינו המקרה רחוק לחלוטין משימוש ברכב מנועי לצורכי תחבורה.

1. חזקה ממעטת – **אם מתקיימת, אין מדובר בתאונת דרכים.** החזקה הממעטת – המעשה נעשה במתכוון – כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אדם. הנזק נגרם ע"י המעשה ולא ע"י השפעת המעשה על השימוש ברכב מנועי. באופן מהותי, פעולת איבה הינה גם חזקה ממעטת (בהתקיימה, אין מדובר בתאונת דרכים). **כל מקום שמתקיימת החזקה הממעטת – אין מדובר בתאונת דרכים! כשמדובר במעשה מכוון, המעשה יוצא מגדר תאונת דרכים.**

* **במבחן** – יש להתייחס לשלושת השלבים בכל מקרה, גם אם ברור שמדובר במעשה מכוון.

ניזוקים מפעולות עברייניות / פעילות איבה / מעשה מכוון –

**פ"ד שולמן** – שולמן תבע את ציון חברה לביטוח, הוא נכנס למוכנית והרכב התפוצץ מההתנעה והוא נהרג. התברר כי מדובר היה בחיסול חשבונות בעולם התחתון. התלויים של שולמן טענו כי מדובר בתאונת דרכים. ברור הוא כין אין מדובר בתאונת דרכים, ובמקרה כזה אין את מי לתבוע. חברה הביטוח טענה – אין זה מתפקידה לשלם על פעילויות עברייניות.

האם המטרה הסוציאלית היא אכן לפצות כל נפגע? החוק בגדול מושך על המטרה הסוציאלית. המקרה של שולמן נוגד את תקנת הציבור, עד כמה אנו סוציאליים? על חשבון חברת הביטוח (על חשבון כולנו) אנו נהיה יותר סוציאליים. זה הכוון של התובע.

**ביהמ"ש קובע** – שולמן נהרג בשל ההתנעה של הרכב. האם ההתנעה יכולה להביא לפיצוץ הרכב, גם ללא הטמנת המטען? כן. על כן, האירוע עדין קשור לשימוש ברכב. שולמן החל את פעולת הנסיעה, ולכן מדובר בתאונת דרכים – שימוש ברכב מנועי לצורי תחבורה. זוהי פיקציה, על מנת שהילדים יזכו בפיצוי. נ**קבע כי אם מקור הנזק הוא השפעת המעשה המכוון – מדובר בתאונת דרכים, אך אם מקור הנזק הוא המעשה עצמו – לא מדובר בתאונת דרכים.**

חברות הביטוח הפעילו לובי בכנסת, במטרה להעביר תיקון חקיקה, לפיו כל מעשה מכוון יוצא מגדר תאונת דרכים. הם הצליחו באופן חלקי – החזקה הממעטת – "לא יראו כתאונת דרכים...".

* מקרה לדוג' – א' נכנס לקיוסק עם המוכנית במטרה לפגוע ברכושו של ב'. א' פוגע ברכוש של ב', ב-ב', וכן גם בג', שהוא עובר אורח תמים – אדם שנפגע, אך לא התכוונו לפגוע בו. **לפי סעיף 7(1) – " ". א' נפגע בעצמו תוך כדי שהוא התכוון לפגוע באחר, ועל כן לאור סעיף 7(1) אין הוא זכאי לפיצוי.**

מה קורה עם ב' ו-ג'? נפנה לסעיף 1. אם א' התכוון לפגוע ברכושו ובגופו של אותו אדם, ויש פגיעה בגוף של ב' או ג'? **מיהו "אותו אדם"?** **בפ"ד עזבון לזר נ' רשות הנמלים** – לזר התאבד בקפיצה מתחת גלגלי הרכבת. התלויים שלו ביקשו פיצויים דרך הפלת"ד**. במקרה כזה, אותו אדם הוא גם הפוגע וגם הנפגע. בית המשפט דן ביחס שבין סעיף 7(1) לחזקה הממעטת וקבע כי מדובר במעשה במתכוון הנופל במסגרת החזקה הממעטת. לפיכך, התלויים לא קיבלו פיצויים.**

במקרה זה, א' וב' הוא אותו אדם, הפוגע והנפגע הוא אותו אדם. פ"ד זה פרס את היריעה מעבר למתאבד – המקרה הרגיל הוא שא' התכוון לפגוע ברכושו של אחר ונפגע בעצמו, אין כל בעיה – א' לא זכאי לפיצוי. נניח שא' התכוון לפגוע ברכוש ובגוף, כשידע שב' נמצא בפנים, השאלה – מה הכוונה במילים אותו אדם? בפ"ד לזר יש מחלוק באוביטר – מחד, **השופטת שטרסברג כהן** טוענת כי יש לחלק - אם האדם התכוון לפגוע באדם מסוים ופגע בו, אזי שחלה החזקה הממעטת, משום שכתוב בסעיף – אותו אדם. מנגד, אם נפגע ג' (עובר אורח תמים – יכול להיות גם ביתו/אישתו של שלומן), היינו אדם שלא התכוונו לפגוע בו, מדובר בתאונת דרכים, לא חלה החזקה הממעטת. לפי האוביטר של שטרסברג כהן, נראה כי אותו אירוע יהא תאונת דרכים מבחינתו של אדם אחד, ולא יחשב כתאונת דרכים עבור אדם אחר.

מאידך, **השופט אור** טוען ש"אותו אדם" איננו מתייחס דווקא לאדם שהתכוונו לפגוע בו, אלא כולם יוצאים מחוץ לתחולת החוק. יש פה עניין מהותי – כשאדם מבצע מעשה מכוון, אין חברת הביטוח צריכה לפצות בגין המעשה (גם לעניינו של ג' – לא מדובר בתאונת דרכים).

**עד כה, אין הכרעה לעניין זה בפסיקה.** בפ"ד לזר, דובר על מתאבד, ברור לחלוטין שהאדם התכוון לפגוע בעצמו ופגע בעצמו, הפוגע והנפגע הם אותו דבר, אין מציאות של נפגע ג'.

בית המשפט הסביר, כי בחזקה הממעטת קיימים שני תנאים מצטברים –

1. המאורע אירע כתוצאה ממעשה מכוון.
2. המעשה נעשה בכוונה לגרום נזק לגופו / רכושו של אותו אדם.

**בנוסף , על הנזק להיגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעתו על הרכב המנועי.**

* הסיפא של הסעיף – "ולא ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי". זהו **סייג לחזקה הממעטת**. קשה להבין את הרציונל. חברת הביטוח רצו, שכל מעשה מכוון יצא מגדר תאונת הדרכים. המחוקק בחר להשאיר בגדר תאונת דרכים את המצב הבא – אם העבריין היה יותר "רחום", היה חותך את הבלמים, למשל, **אין המעשה עצמו של העבריין גרם למוות, אלא השפעת המעשה על השימוש ברכב המנועי – לכן, מדובר בתאונת דרכים. העבריין גרם בעקיפין לתאונה.** הפיקציה – זהו סיכון הכרוך בפעולת הנהיגה, ניתן לדמות זאת לשימוש ברכב.

הסיפא מסתדרת עם פסיקות קודמות **המבחינות בין הרכב כזירה לבין הרכב שאינו כזירה**. **פ"ד מזאווי** – פליטת כדור של חייל במהלך נסיעה. חברת הביטוח טענה כי אין מדובר בתאונת דרכים ביהמ"ש העליון פסק כי מדובר בתאונת דרכים. **בדין הנוסף נקבע כי אין מדובר בתאונת דרכים, נקבע כי הרכב שימש אך ורק כזירת האירוע. כשהרכב משמש אך כזירה, והנזק נגרם כתוצאה מפעולה מקרית – אין מדובר בתאונת דרכים.**

מה קורה לעניין החזקה הממעטת? כששולמן נכנס לרכב, מתניע, ומתפוצץ, יש להניח שהרכב משמש כזירה. הרכב משמש כזירה נוחה לבצע פיגוע עברייני. אין זה קשור לשימוש ברכב המנועי. מנגד, כשחותכים את הבלמים, האדם עדין נפצע כתוצאה משימוש ברכב המנועי – הרכב אינו כזירה, אלא משתמשים בו למטרות תחבורה (זוהי פיקציה).

**פ"ד כלל ביטוח נ' כהן** – עוסק שוד דרכים. ישנו מצב של נזק גוף. שודד משך את כהן מהרכב, וגונב את האוטו. בהתעלם מהנזק הרכושי, נגרם לה נזק גופני. כהן אינה מעוניינת לתבוע בגין עוולת התקיפה, שכן אין לה את מי, ובנוסף למרבית העבריינים אין רכוש. על כן, היא מעוניינת לתבוע את חברת הביטוח שלה, בטענה שמדובר בתאונת דרכים. חברת הביטוח טוענת – מדובר במעשה מכוון. גברת כהן טוענת שהעבריין לא התכוון ברכב, ולא בה – אין זה עוזר, לה, שכן החזקה כוללת גם רכוש. ניתן יהא לטעון כי הוא לא התכוון לפגוע באוטו, אלא לגנוב אותו, ועל כן – **העבריין לא התכוון לפגוע לא באוטו (רכוש) ולא בכהן (גוף), ולכן לא חלה החזקה הממעטת.** לאור המטרה הסוציאלית, יש לפרש כך את החוק, על מנת לדאוג לפיצוי נפגעת העבירה. אולם, **השופט ריבלין** קובע שאין מדובר בתאונת דרכים.

סעיף 7 – סעיף זהו הוא, לכאורה, אי של אשם בתוך חוק של אחריות מוחלטת. אולם, אין זה כך. אין מדובר בחזקה ממעטת. אם הגענו לסעיף 7, עברנו כבר את שלושת השלבים שבסעיף 1. המקרים –

1. גרם לתאונה במכוון.
2. מי שגנב רכב, לא מקבל פיצוי.
3. נהג ברכב, כשאין לו רישיון לנהוג בו.
4. הרכב שימש או סייע לביצוע פשע.
5. מי שנהג ברכב ללא ביטוח, או כשהביטוח לא כיסה את השימוש ברכב.

ניתן לטעון שהמשותף לכל המקרים הוא אלמנט האשם, ועל כן מדובר באחריות מוגברת ולא באחריות מוחלטת. לדעת המרצה, הטענה אינה נכונה, יש 2 בעיות בגינן לא יכול להיות שמטרת סעיף 7 הינה להתחקות אחר אשם –

1. יש מקרי אשמה גדולים יותר מאלה המצוינים, אך בכל זאת יש פיצוי. דוג' – נהג מסומם יקבל פיצוי, על אף אשמתו.
2. אם המשותף הוא אשם, היה צורך לבחון קש"ס לתאונה.

מה משותף למקרים? לדעת המרצה, המשותף למקרים הוא **שבירת כללים**. יש כמה דברים בסיסיים שיש לשמור עליהם, על מנת לנהוג. **אם אדם לא שמר על הכללים, אין הוא זכאי לפיצוי.**

**מה דינו של אדם שנכנס תחת סעיף 7? ראשית, לפי סעיף 7א', אין הוא זכאי לפיצוי. שנית,** **התלויים (רק במי שמת) יהיו זכאים לפיצויי לפי סעיף 7 ב', יוכלו לתבוע את קרנית.**

אם הנהג לא מת, האם בכל זאת ניתן לתבוע? לפי **גישה אחת**, לא ניתן לתבוע גם לפי פקודת הנזיקין. אם המקרה עומד בהגדרה, אנו מצויים בחוק, ומכוח סעיף ייחוד העילה, לא ניתן לתבוע לפי פקודת הנזיקין. רק אם הנהג ימות, התלויים יוכלו לתבוע. לדעת המרצה, זוהי תוצאה קשה אך נכונה. **לפי הגישה השנייה שהתקבלה בפסיקה ע"י ריבלין**, אדם הנכנס תחת סעיף 7 מוצא מחוק הפלת"ד, אך יכול לתבוע מכוח פקודת הנזיקין. נימוקו של ריבלין – מכוח המטרה הסוציאלית, שאנשים לא יישארו בלי פיצוי. בנוסף, עליו יהא להוכיח אשם, אין מדובר באחריות מוחלטת, וכן הוא כפוף לאשם תורם (נהג לא כשורה).

* סעיף 7(3) – עלתה שאלה בפסיקה, מה קורה כשלאדם יש רישיון נהיגה, אך הוא הפר את תנאי הרישיון, בדומה **לפ"ד קרנית נ' לוי**? האם הסעיף מתייחס אך ורק למצב שאדם נהג בלי רישיון בכלל, או מתייחס למצבים בהם הפר הנהג את הוראות הרישיון? פ"ד זה עוסק בשני אנשים שנקלעו לכאורה לאחת מהחלופות של סעיף 7(3) – הראשון נהג ברכב ללא הגה כוח, כנדרש ברישיונו, והשני הסיע יותר אנשים ממה שהותר לו ברישיון. לכוארה, נראה כי נסעו ללא רישיון. בפ"ד זה **ביהמ"ש צמצם את המקרים שנכנסים לגדר סעיף 7(3) – יש צורך בנהיגה בסוג רכב שונה לגמרי.** נקבע כי יש להחיל את הכלל האמור אך ורק במקרים חריגים של סיכון בטיחותי חמור. מדובר באותם מקרים בהם **הנהג נוהג ברכב מסוג שונה, מבחינת מאפייניו הפיזיים, מזה המותר לו על-פי דרגת רישיונו**. התפיסה מבוססת על הרעיון הסוציאלי שבחוק הפלת"ד, הבא לפצות נפגעים, כאשר התכלית ההרתעתית-עונשית צריכה לגבור רק במקרים קיצוניים.

מנגד, הפרה של דברים מינוריים (אי-הרכבת משקפיים, אי-שימוש בהגה כוח וכו') – יש מתן פיצוי, אין המקרה נכנס לגדר סעיף 7(3).

פיצויים מקרנית -

קרנית זה הוא גוף סטטוטורי שתפקידה לפצות נפגעים מיוחדים במקרים הבאים -

1. **סעיף 7א** קובע כי על אף האמור בסעיף 7(5), מי שנפגע כשנהג ברכב ולא ידע על כך שאין ביטוח או שהביטוח אינו מכסה את שימושו ברכב, יהיה זכאי לתבוע פיצויים מ"קרנית".
2. ס**עיף 7ב** קובע כי תלויים בנפגע זכאים לתבוע פיצויים מקרנית גם אם הנפגע לא היה זכאי לכך. ניתן להסיק מכך כי אם ההורה נשאר "צמח", הם לא יהיו זכאים לפיצויים כלל וכלל.
3. הנהג הפוגע אינו ידוע (תאונת "פגע וברח").
4. חברת הביטוח בפירוק (פשיטת רגל).

הפלת"ד כחוק סוציאלי -

מטרת חוק הפלת"ד הינה לדאוג לפיצוי לכל נפגע, ללא משמעות לשאלת האשם. מכאן נובעת האחריות המוחלטת בחוק. **דוגמאות לפיצוי גם כשלא מדובר ב"תאונת דרכים" כהגדרתה הטבעית** –

**כהן נ' הפניקס** – פסק דין זה עסק בילד שנפגע בעודו גורר ג'יפ בחבל, תוך כדי משחק. **בית המשפט קבע כי גרירת הרכב עונה להגדרה הבסיסית של שימוש ("דחיפתו או גרירתו")** **וכי תזוזתו נעשה למטרות תחבורה** (והרי הגדרה זו נבדקת לפי מטרתו הסובייקטיבית של המשתמש). לפיכך, נקבע שמדובר בתאונת דרכים. תודות לאחריות המוחלטת בפלת"ד הילד היה זכאי לפיצויים. בכך, מוגשם עיקרון הצדק המחלק.

**לסרי נ' ציון חברה לביטוח** – פסק דין זה עסק במשפחה שנסעה לנואבה במצרים, שם הקימו אוהל וערכו פיקניק. את האוהל "תפסו" באמצעות הרכב. כאשר הדליקו גזיה הכל נשרף והתפוצץ. ההורים נהרגו וילדיהם נפצעו קשות. המחוזי דחה את תביעתם שכן תאונת דרכים מתרחשת רק כאשר נעשה ברכב שימוש תעבורתי, בעוד הפיכת הרכב לדפנות של אוהל איננה שימוש תעבורתי. בערעור לעליון קבע **השופט ברק** (בדעת רוב) כי בניית אוהל מרכב איננה שימוש טבעי, אך התאונה לא קרתה משום שהרכב שימש כקיר אלא כתוצאה מהתלקחות מיכל הדלק, שהינו חלק בלתי נפרד מהרכב ומשימושו הרגיל. כמו כן, קבע כי התלקחות זו הינה בגדר מתחם הסיכון שיש בשימוש ברכב. לכן, אין זה משנה אם הרכב נסע או חנה.

* סעיף 1 –­ "**שימוש ברכב מנועי**" – פעולות של חברת שגריר ברכב תקוע – אין מדובר בתאונת דרכים, אלא רק בתאונת עבודה (תאונה בדרך לרכב התקוע – כן מדובר בתאונת דרכים).

**תאונת דרכים – ההגדרה הבסיסית**

ההגדרה הבסיסית מונה 6 רכיבים מצטברים, שבהתקיימותם המלאה מדובר בתאונת דרכים –

1. מאורע – פתאומי, חד פעמי.
2. נזק גוף – מוות, מחלה, פגיעה, ליקוי גופני, נפשי או שכלי. **הסייג** - מי שניזוק בשל פעולת איבה לא יפוצה דרך פלת"ד (אלא דרך "חוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה").
3. עקב – קשר סיבתי בין השימוש ברכב ובין נזק הגוף. **קש"ס עובדתי** – **מבחן הסיבה בלעדיה אין** – האם השימוש ברכב הינו הסיבה בלעדיה לא היה קורה נזק הגוף? **קש"ס משפטי** – **מבחן הסיכון** – האם הנזק נופל למסגרת הסיכון אותו ביטחה חברת הביטוח?
4. שימוש – למטרות תחבורה בלבד. הפעולה הראשית היא נהיגה. אך גם פעולות לוואי שנועדו לשם הנהיגה יכללו במסגרת זו. לדוגמא: כניסה לרכב לצורך נסיעה, טיפול או תיקון דרך ע"י אדם שזו לא העבודה שלו (מוסכניק). עם זאת, טעינת מטען או פריקתו כשהרכב עומד לא תיחשב כשימוש ברכב מנועי (**פ"ד עוזר נ' אררט**).
5. רכב מנועי – עונה על 4 רכיבים מצטברים: רכב, הנע בכוח מכני (ולא פיזי, כמו: אופניים, קורקינט, עגלה עם סוס וכו'), על פני הקרקע (ולא מטוסים), שעיקר ייעודו לתחבורה יבשתית (ולא מכוניות מתנגשות בלונה פארק). לרבות "מכונה ניידת" אם יש לה כשרות פיזית (יכולה לנוע על כביש) וכשרות נורמטיבית (אישור נסיעה על הכביש).
6. למטרות תחבורה – לפי מטרתו הסובייקטיבית של המשתמש. אפילו אם מבחינה אובייקטיבית אין הדבר נראה כן (כגון משחק ילדים בפס"ד כהן נ' הפניקס).

**שימוש ברכב -**

בפסקי הדין **כהן נ' הפניקס ולסרי נ' ציון** תוארו מקרים בהם ניתן פיצוי למרות שלא היה מדובר בתאונת דרכים קלאסית. מקרים נוספים שהוכרו כתאונת דרכים על אף שאינם קלאסיים –

**מדינת ישראל נ' אלראהב** – פסק דין זה עסק בחייל שעצר בצד הדרך לאור התחממות המנוע, פתח את הרדיאטור ואז מים התפרצו לעברו. הוא קפץ לכביש ופגעה בו משאית. החייל הוכר כנכה צה"ל ופוצה ע"י המדינה. המדינה תבעה את הביטוח. המחוזי קבע כי החייל נסע ברכב ולא היה הולך רגל ולכן על המדינה לפצותו. בעליון נידונה השאלה האם ברגע התאונה החייל היה בגדר "משתמש"  
 או "נוהג" ברכב צבאי או שמא "אדם מחוץ לרכב" או "הולך רגל" כטענת המדינה. העליון **קבע כי החייל עצר לתקן את הרכב ותיקון רכב בצד הכביש נחשב לשימוש לוואי ברכב, לפי הפלת"ד.** **פגיעה מרכב חולף בהחלט נמצאת בתחום הסיכון של השימוש ברכב ולכן ניתן לומר שהתאונה אירעה "עקב שימוש" ברכב מנועי.** לפיכך, קבע בית המשפט כי מדובר בתאונת דרכים בין שני רכבים.

**חברת הביטוח הלאומית בע"מ נ' סולימאן מוחמד** – רכבו של אדם נתקע. הוא עמד לצד הדרך בזמן ששני אנשים תיקנו את רכבו ונפגע ע"י רכב חולף. השאלה שנידונה בפסק הדין הייתה האם בעת הפגיעה היה הנפגע במעמד של נוהג ברכב או במעמד של נפגע מחוץ לכלי הרכב? האם עמידתו של הנהג מחוץ לרכב הייתה חלק מתיקון דרך, או שמא היא מנותקת מהתיקון ולפיכך הוא יוגדר כהולך רגל? **המחוזי קבע כי הנפגע נחשב כנוהג ברכבו שכן הזיקה בינו לבין תיקון הרכב לא נותקה**. הוא עמד ליד הרכב במטרה לעזור לתקנו בכל רגע אפשרי ועל כן נחשב לנוהג גם ברגע התאונה וחובת הפיצוי – על המבטח שלו (ולא נגד חברת הביטוח של הנהג הפוגע).

תיקון מספר 8 הציב 2 תנאים להגדרת "**תיקון דרך**" -

1. נועד לצורך המשכתה המידית של הנסיעה.
2. לא נעשה ע"י איש מקצוע.

**בערעור נקבע כי מדובר בתיקון דרך וכי הפגיעה מרכב חולף היא חלק מתחום הסיכון של השימוש ברכב**.

**כיוון שהאדם עמד ליד רכבו, "בהיכון" לסייע לתיקון, הוא נחשב כמשתמש ברכב. לפיכך, חברת הביטוח נדרשה לפצות את הנפגע.**

**רע"א עוזר נ' אררט חברה לביטוח בע"מ** – עוזר עבד בטעינת מטען על משאית עומדת, באמצעות מנוף ונפגע פגיעת גוף. השלום קבע כי מדובר בתאונת דרכים על אף שטעינת החילזון על המשאית לא נכללת בהגדרת "שימוש ברכב מנועי" וזאת משום שהיא מתאימה לחזקה החלוטה של ניצול כוח מכאני. המחוזי הפך את ההחלטה בקובעו שהנפגע נפצע בעקבות טעינת החילזון שאיננה בגדר שימוש ברכב מנועי וכי החזקה החלוטה אינה מתקיימת בענייננו.

בית המשפט העליון קבע כי **מאורע הוא תאונת דרכים אם נזק הגוף נגרם עקב השימוש ברכב מנועי**. "עקב" הינו מונח בעל אופי סיבתי, עובדתי ומשפטי. המבחן הסיבתי העובדתי הוא מבחן האלמלא והמבחן המשפטי הוא מבחן מתחם הסיכון – האם הנזק נכנס למתחם הסיכון שייעודו (העיקרי או המשני) של הרכב יוצר?

**התכלית המרכזית של תיקון מספר 8 הייתה לאמץ את המבחן התעבורתי כמרכיב עיקרי של תאונת דרכים** ולהחליף בכך את המבחן הייעודי שנקבע בפרשנות של העליון לחוק הפיצויים המקורי. **עם זאת, תיקון מספר 8 אינו מאמץ את המבחן התעבורתי "לאורך כל הדרך".**

המחלוקת בפסק הדין סבה סביב שני רכיבים מתוך ההגדרה הבסיסית -

* **מטרות תחבורה** – נזק גוף כתוצאה מפריקה וטעינה נחשב לפעולה שהיא למטרות תחבורה.
* **שימוש** – בתיקון 8 נקבע כי פריקה וטעינה, כשהרכב עומד לא נחשבת שימוש ברכב מנועי – לפיכך, המקרה הנ"ל אינו עונה להגדרה של שימוש ברכב מנועי.

**לעניין החזקה החלוטה נקבע כי היא תחול רק במקרים של רכב דו ייעודי שייעודו השני איננו תעבורתי.** דוג' - הטרקטור הוא דו ייעודי ומשמש הן לייעוד תעבורתי והן לעבודות חקלאיות ולכן נזק גוף שנגרם כתוצאה משימוש בטרקטור למטרות חקלאיות ייחשב תאונת דרכים לפי החזקה החלוטה. **נזק הגוף שנגרם התרחש עקב ניצול הכוח המכאני של הטרקטור לשם ייעודו הלא תעבורתי ולכן מתאים לחזקה החלוטה**. המקרה הוגדר כתאונת דרכים. הייעוד התעבורתי של הרכב הוא המכריע לגבי ההגדרה הבסיסית, אך לעניין החזקה החלוטה הייעוד הלא תעבורתי הוא המכריע.

עם זאת, לא תמיד ניתנה פסיקה זהה – **ד"נ רותם חברה לביטוח בע"מ נ' מזאווי** – פסק דין זה עסק בחייל שנסע בטרמפ יחד עם נוסעים נוספים. הרכב הטלטל ולחייל נפלט כדור שפצע את אחד הנוסעים. השאלה המרכזית הייתה האם בנסיבות העניין נגרם למשיב נזק עקב השימוש ברכב (ואז מדובר בתאונת דרכים) או שמא היה הרכב רק זירה לקרות האירוע (ואז לא מדובר בתאונת דרכים). בפסק דין שניתן בעליון נקבע כי הכדור נפלט כתוצאה מהטלטול של הרכב ולפיכך על הביטוח לפצות את הנפגע. **בדיון הנוסף שהתקיים, ההלכה התהפכה ונקבע כי השימוש ברכב לא תרם תרומה רלוונטית לפליטת הכדור כיוון והפליטה לא הייתה תוצאה של הטלטלות הרכב וכן שהאוטו שימש רק כזירה לאירוע שהיה יכול להתרחש בכל מקום אחר ולפיכך החייל אשם** (כמו שכאשר אדם היושב במכונית חונה נתקף ואז לא מדובר בתאונת דרכים).

**עיזבון קואסמה נ' רג'בי** – בפסק דין זה נידון מקרה של עובד בטון שביקש לפרוק את הבטון המוכן מ"ממנוף מערבל" באמצעות צינור. הצינור נגע בקו מתח גבוה שהיה מעל וקואסמה התחשמל ומת. עזבונו תבע את העובד שנהג במערבל ואת חברת הביטוח. המחוזי דחה את התביעה בטענה כי השימוש לא נעשה למטרות תחבורה. בערעור לעליון, עיקר המחלוקת בין הצדדים סב סביב החזקה החלוטה של "כוח מכני". בהתאם לחזקה חלוטה זו, אם התאונה אירעה בעת השימוש בייעודו הלא תעבורתי של הרכב, היא תיחשב לתאונת דרכים.

בית המשפט דן במתחם הסיכון: **האם הנזק שנגרם הוא בתחום הסיכון שניצול הכוח המכאני לייעודו המקורי הלא תעבורתי יצר? נקבע כי הסיכון שנוצר לניזוק הינו כתוצאה מהתחשמלות ולא כתוצאה ישירה מהשימוש בכוח המכאני של המערבל. לכן, האירוע לא נחשב תאונת דרכים והניזוק אינו זכאי לפיצויים.**

**דראושה נ' אררט חברה לביטוח בע"מ –** המערער סייע לנהג הטרקטור בהתקנת "כף" לחלקו האחורי. הוא החליק, ככל הנראה כתוצאה מגריז, על הכף בזמן שסייע ונפגע בגבו. המחוזי דחה את התביעה בטענה שלא מדובר בתאונת דרכים שכן נזק הגוף לא נגרם עקב שימוש ברכב מנועי וגם החזקה החלוטה לא חלה שכן נעשה שימוש בכוח ידני ולא בכוח מכני.

בערעור לעליון **נקבע כי בעקבות תיקון מספר 8 צומצם המונח "שימוש". לפיכך, אף על פי שטיפול נכנס בגדר ההגדרה הבסיסית של שימוש, רק "טיפול דרך" שנועד לצורך המשך הנסיעה ייחשב כשימוש, בעוד "טיפול בית" שנועד להמשך ייעודו הלא תעבורתי של הטרקטור לא ייחשב כשימוש ברכב.**

בית המשפט הסביר כי לחזקה החלוטה "**עקב ניצול כוח מכאני**" שתי דרישות עקרוניות –

1. **שימוש בכוח מכאני של הרכב** – ניצול הכוח המכאני צריך להיות בפועל, בעוד כאן הפעולה הייתה ידנית. פעולה ידנית אינה כלולה במבחן הסיכון של שימוש בכוח מכאני.
2. **בעת ניצול הכוח לא שינה הרכב את ייעודו המקורי** – מתקיים כאן, שכן הטיפול היה במסגרת הדו-ייעודיות של הרכב.

לפיכך **נקבע כי האירוע אינו עומד בהגדרה הבסיסית ולא בחזקה החלוטה האפשרית ולכן איננו בגדר תאונת דרכים.**

**פדידה נ' סהר חברה ישראלית לביטוח בע"מ** – פסק הדין עסק באדם שהדליק סיגריה עם המצית, ביציאה ממשאית, נפל ונפגע. תביעתו במסגרת הפלת"ד נדחתה בשלום ובמחוזי, מאחר והשימוש ברכב לא נעשה לשם תחבורה. הוא ביקש רשות ערעור ונדחה. **בית המשפט קבע כי נזקים שמתרחשים בזמן הכניסה והיציאה מרכב ייחשבו כתאונות דרכים רק אם יעמדו ב-2 תנאים מצטברים –**

1. המאורע היה עקב שימוש ברכב.
2. השימוש נעשה למטרות תחבורה.

המבחן שמשתמשים בו הוא "**המבחן התעבורתי**" – **האם מדובר בסיכון הקשור באופן הדוק לפעולה התחבורתית?** כניסה ויציאה מרכב הן פעולות תחבורתיות, אך תלויות בפעולה לשמה הן נעשות. במקרה שלנו, **הן לא בוצעו כחלק מפעולת התחבורה**. נטל ההוכחה שהפעולות הן תחבורתיות רובץ על כתפיו של הנפגע**. כאשר הכניסה והיציאה מהרכב אינן למטרות תחבורה, האירוע לא נחשב כתאונת דרכים**.

**רכב מנועי –**

**אטליס נ' ישראלי –** בפסק דין זה נידונה השאלה מהו רכב מנועי, לפי הגדרת הפלת"ד. פסק הדין עוסק בשני מבחנים -

1. **כשרות פיזית** – האם הרכב מסוגל לנוע באופן פיזי על הכביש?
2. **כשרות נורמטיבית** – האם לרכב יש היתר חוקי-משפטי לנוע על גבי הכביש ע"פ דיני התעבורה?

לעניין הכשרות הנורמטיבית מספר מבחנים –

1. מבחן המהירות המקסימאלית – 30 קמ"ש.
2. מבחן המידות – מכונה, שרוחבה, אורכה או גובהה אינם חורגים מהקבוע בתקנות.

מטרת הכשרות הנורמטיבית הינה ליצור חלוקה ברורה בין כלי רכב המאושרים ע"י דיני התעבורה לבין כאלו שאינם מאושרים. אם קיימת לגבי המכונה כשרות נורמטיבית, היא תיחשב רכב מנועי.

במקרה הנדון **נקבע שמהירות המכבש הנידון פחותה מ-30 קמ"ש. לפיכך, אין למכבש כשירות נורמטיבית לנוע על גבי הכביש והוא אינו נחשב כמכונה ניידת לצורך הגדרת תאונת דרכים כמשמעה בחוק**.

**דף מס' 12 –**

**שאלה מס' 3** - ד – מצב בו יוסי נהג ברכב וגם יונה, משולם הוא הולך רגל העובר בסמוך. אם יוסי מאבד את השליטה ברכב, דוהר לכוונה של יונה, שסוטה מהדרך ופוגעת במשולם. האם מדובר בתאונה מעורבת בין שני כלי רכב (אין התנגשות בין הרכבים – ראינו כבר כי אין צורך במגע), או שכלל לא נתייחס ליוסי, שלכאורה לא רלוונטי לעניין, אלא מדובר ביונה שפגעה בהולך רגל?

יוסי לא רלוונטי לעניין. לפי אנגלרד, מדובר במאורע חדש. הניסיון לערב את יוסי ככל הנראה לא יצלח.

**שאלה מס' 5** - **פ"ד איטליס** – כשירות הרכב, מתי רכב יהא כשיר? מה קורה, אם מקבלים אישור חד-פעמי? האם מדובר בתאונת דרכים? אם מדובר באישור חד-פעמי, ישנה בעיה לראות בזה כתאונת דרכים.

* מה החידוש **בפ"ד עוזר**. לכאורה, נראה כי אין חידוש גדול, הכלל משתמע מסעיפי החוק (שורה 5 בטבלה נראית טריוויאלית). החידוש – היה מדובר במנוף, בפריקה וטעינה. כלומר, לא רק שההגדרה של תאונת דרכים לא מתקיימת, אלא שמשום שמדובר בפריקה וטעינה **המקרה יוצא מגדרו של החוק** – ועדיין נקבע כי לאור החזקה המרובה, מדובר בתאונת דרכים. **החזקה המרבה מרבה לא רק כאשר המקרה לא נכנס לגדר ההגדרה, אלא גם כאשר המקרה מוצא מגדרו של החוק.**

**דף מס' 13 –**

**שאלה מס' 2** – מתייחס **לפ"ד פדידה** (לשם מה עלה לאוטו? – מוריד את ההתייחסות לרכב הראשון). מדובר בתאונת דרכים - האם המקרה קשור בטבורו לשימוש ברכב הראשון או השני - תובע את חברת הביטוח שלו או של הדורס? **בפ"ד סולימאן ואלראהב** דנים במקרה שהאדם היה קשור בטבורו יותר לרכבו שלו. במקרים אלה, יש לבחון האם הנפגע קשור לרכב הראשון, אותו הוא מתקן, או לרכב הדורס?

**שאלה מס' 3** – יש מעליון שמורכב על רכב. האם מדובר בתאונת דרכים. **פ"ד קאוסמה** – יש דיון של ברק במקרה של **ליפט**. מופיע בדיון אגבי – לעבור על זה.

**שאלה מס' 6** – אופניים (לא רכב) מתנגשים ברכב. יש לבחון מה דינו וטיבו של הרכב בו התנגשו. מכוון האופניים – אין מדובר בתאונת דרכים. לעניין הרכב, הרי שהוא חנה במקום אסור – לכן, מדובר בתאונת דרכים (הרכב כאילו בתנועה, כאילו דרס).

**דף מס' 14 –**

**שאלה מס' 2** – מדובר על שוד בנק ומשאית שגרמה לחציית פס לבן. דומה **לפ"ד קרנית נ' מגדל.** אם הוא רק פצוע, ניתן לתבוע, לפי עמדת ריבלין, מכוח עוולת הרשלנות בפקודת הנזיקין. לצד הראשון (יוסף ועמי, ששדדו בנק) אם נפצעו – לא מדובר בפלת"ד, יכולים לתבוע מכוח הפקנ"ז. מנגד, עבור הצד השני כן מדובר בתאונת דרכים, ניתן לתבוע מכוח הפלת"ד. אותו מקרה משמש עבור צד אחד כתאונת דרכים, ועבור הצד השני לא.

**שאלה מס' 6** – אין כיסוי ביטוחי. נהיגה בלי ביטוח – 7(5). האם ניתן לתבוע את קרנית, במקום את הביטוח? לא. הסעיף הכללי – 12, הסעיף הספציפי – 7(5), לכן הסעיף הספציפי גובר, היינו סעיף 7(5). סעיף 12 חל, למשל, כאשר אדם ללא ביטוח דרס הולך רגל. אולם, אם אדם דרס אחר, ללא ביטוח, ונגע בעצמו – לא יכול לתבוע את קרנית.

**שאלה מס' 7** – הבעיה – נניח שניתן לחלק את הנזקים. יש נזק של 100 מתאונת דרכים ו-50 מהרשלנות הרפואית. מה קורה, לעניין ייחוד העילה? **פ"ד חוסיין נ' טורם** – בגדול, יש ייחוד עילה, כלומר **המבטח/קרנית משלם על הכל, כולל הרשלנות הרפואית.** נראה כי יש עם זה בעיה, עד לאן ייחוד העילה נמשך? האם, בשלב מסוים הקש"ס מתנתק? הכלל – חברת הביטוח/קרנית צריכה לשלם גם על הרשלנות הרפואית. **אולם, פ"ד זה קובע, שאם הרשלנות הרפואית כה חמורה, עד כדי שהיא מנתקת את הקש"ס, חברת הביטוח/קרנית לא יחויבו בגין הרשלנות הרפואית.**

**דף מס' 16 -**

**שאלה ה'** – בשונה **מפ"ד לזר**, א' התכוון לפגוע ב', אך לא ב-ב' ספציפי, אלא ב-ב' הראשון שיפגוש אותו, היינו ב-ב' אקראי. האם נפגע בנפגע תמים? שכבה בעייתית נוספת – השאלה כלל לא רלוונטית, משום שיש פגיעה ברכב אחר, אין חשיבות להאם מדובר בנפגע תמים או לא, מדובר בתאונת דרכים. אם היה מדובר בהולך רגל, היה זה רלוונטי לבחון את האוביטר בפ"ד לזר.