* הקושי בס' 41 – המשך
ס' זה יוצר מנגנון הפועל לטובת הנפגעים, לטובת התובעים שברור שנגרם להם נזק אך קשה להם להוכיח אותו .
סעיף זה אומר שאם האדם שנפגע, התובע שמחליט לתבוע לא יודע איך זה קרה לו, לא יכול להסביר זאת, להציג איזו גירסה שעובדתית שניתן להוכיחה בצורה חד משמעתית (איך אירע האירוע) כאשר באמת הנכס השגרם לאירוע נמצא בשליטה מלאה הנתבע ויותר הגיוני שהתרשלת מאשר שלא.

האם כאשר בודקים את ס' 41 ובעיקר כשבודקים את אותו יסוד שלישי – יותר מסתבר שהיתה רשלנות מאשר לא, **האם הש' צריך להביא בחשבון אך ורק** את אותן עדויות, ראיות, חוו"דים שיש לתובע, לנפגע? או שמא יכול להתחשב גם באותן ראיות עדויות מסמכים – כל מה שקיים במשפט – גם של הנתבע?!
עוה"ד במשפט הפלילי יכול להגיד – לא חושב שאני צריך לעשות משהו, להביא שום ראיות, כי ראיות הפרקליטות כ"כ חלשות ומגלות שיש לדחות את התביעה נ' הנאשם.
**דבר זה לא קיים בתביעת נזיקין!** ברמה היומיומית כשקובעים תאריכים למשפט – כולם מעידים – התובע, הנתבע והגורמים הרלוונטיים והש' נותן פס"דים לאור זאת. האם כשהשופט נמצא בלשכה , האם צריך בכאילו, באופן וירטואלי לפתוח רק את הראיות של התובע, רק להסתכל במה שהתובע אמר ואת מי שעזר לו בתביעה ( הרופאים וכו') ולשאול את עצמי האם התנאים של ס' 41 התמלאו? שהרי, כדי שהתובע יצליח – צריך להוכיח ש-3 התנאים מתקיימים. לא צריך להוכיח רשלנות אך צריך להוכיח שיותר סביר , יותר הגיוני שהיתה רשלנות. אם הוא לא יודע איך זה קרה, איך הוא יוכיח? יביא חוו"דים מקצועיים שאומרים שיותר הגיוני שזאת רשלנות.
הרופא המומחה שמקבל כסף בעבור החוו"ד יכתוב איך זה הגיוני שהנזק קרה? מקצועית, אני מעריך שכך וכך. התובע מצידו יציג גירסה (כמו במעלית – איש לא ידע מה קרה, אך התובעים הציגו הערכה כלשהי, הביאו חוו"ד שאומר – יכול להיות שקרה כך. בכך הם מנסים למלא אחר הדרישה השלישית!).
האם כשהוצגה חוו"ד כזאת – האם מסתפקים רק בה או שנותנים לנתבע את האפשרות להתגונן?! אחת הטענות- אם פותחים את 2 תיקי המוצגים, אם קוראים את שניהם – אז מה ההבדל? **אתה כבר בס' 35 !**
אם נניח התובע הצליח להוכיח את 3 התנאים או להוכיח בדיוק איך קרה הנזק או אם לא מסוגל להוכיח בדיוק איך קרה – להוכיח שנקט אמצעי זהירות סבירים.

בסופו של דבר, אם מסתכלים רק על עדויות וחוו"די התובע – זה יתעדף אותו, הקושי בלהוכיח שאדם לא התרשל – יהיה הרבה יותר כבד כי נדרש יחסית מעט מהתובע, לא מסתכלים איך הנתבע יתמודד איתן – יקבלו אותן כפשוטן וזה מתעדף אותו.
זו בדיוק השאלה שעלתה בדיני הניקין – האם יובאו בחשבון גם הראיות של הצד השני? לא להוכחת התביעה! כי הרי יש 2 שלבים – הוכחת ס' 41 ואז בדיקה האם התביעה התקיימה, האם התובע צודק.

בפס"ד קופ"ח כללית נ' סולן – ניתוח בקע במפשעה, נגרם נזק שכתוצאה ממנו – הוגשה תביעה בהסתמך בין היתר על בסיס 41 – האדם היה מורדם, קרי, לא ידע איך נגרם הנזק!! (תנאי 1)
הנכס בשליטת ביה"ח (תנאי 2) הנתבע ויצא לא פורה לאחר הניתוח כשנכנס אליו פורה – אז תוכיח שלא התרשלת. (תנאי 3)
הש' אנגרלד ( ללא מחלוקת) סבר כי כל יסודות ס' 41 התמלאו (להעתיק מהשקופית).
באשר לתנאי השלישי – התובע עמד בתנאי זה שכן הציג חוו"ד רופא שקבע כי הממצאים לאחר הניתוח תומכים במסקנה שהרופא המנתח לא נקט ברמת זהירות סבירה יותר מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

ברגע שאין תיעוד באשר לאירוע דקה לדקה (ניתוח, לידה, אירוע ביטחוני וכו') אז איש לא יכול להוכיח זאת בצורה חד משמעית! מה שכן אפשר – ללכת לרופא שעושה ניתוחים כאלה כל יום ולשאול אותו איך יכול להיות שאדם היה צריך ניתוח בקע ויצא חסר פוריות?! אותו החוו"ד, שיתמוך בדעת התובע – ישמש לו ככיסוי התנאי השלישי. הרופא ירשום : לא יודע, לא הייתי שם – אין תיעוד, אבל מהמאמרים אני רואה אילו סיבות יש לכך שהאדם יוצא ללא פוריות – 90 ומשהו אחוז שיש התרשלות.

איך הנתבע יוכיח שלא התרשל?
(1) יוכיח שהיתה **אחות / מצלמה – כל דקה רשומה או מצולמת כך שניתן לראות מה אירע / שכתוב מה אירע**.
או (2) **בדר"כ – לא זוכר איך בדיוק זה קרה , אבל נקטתי אמצעי זהירות סבירים – יביא חוו"ד נגדי**. במקרים אלה עתיד להיערך עימות של 2 הרופאים בביהמ"ש בחקירות נגדיות – במקביל לעיתים – כדי לבדוק באמת עד כמה החוו"דים משכנעים.

הש' אנגלרד אומר – כשנסתכל על הוכחת ס' 41 – הוכחת 3 התנאים (חוסר ידיעה, שליטה מלאה בנכס ורשלנות מסתברת) אנו מסתכלים אך ורק על ראיות התובע – אך ורק על החוו"ד שהביא שהיתה רשלנות – כי אם תתחשב בחוו"ד או בהוכחות האחרות שיש לנתבע אתה מעביר את המסלול לס' 35, תביעת רשלנות רגילה ! אם אתה עדיין רוצה להישאר במסגרת ס' 41 תתחשב בשלב הראשון רק בראיות התובע, בחוו"ד, אתה תראה שחוו"דו אומרת שכפי הנראה יש פה הסתברות לרשלנות, ואז תסובב גבך לנתבע ולתיק מוצגיו ותבדוק האם באמת עמד בטענותיו ולא היתה לו רשלנות (לא להפריך את ס' 41 אלא שהתרשל).

"אם נבחן את קיומה של ההסתברות לרשלנות.."

אם הש' יחליט לפתוח את שני תיקי המוצגים שלו ולקרוא את כל הראיות שיש בתיק – מה שבעצם עושה – הרי שהולך לפי מסלול רגיל של ס' 35 36 ובכך מייתר ומוחק את מספר החוקים את ס' 41 ואת ייחודו!
 **היה במיעוט בפס"ד זה** . 2 השופטים האחרים שטרסברג-כהן סוברת שצריך לבדוק את קיום תנאי ס' 41 בסוף המשפט לאחר שהוצגו כל הראיות! אומרת – אם באמת נסתמך רק על התובע, ההעדפה הזאת של התובע היא יותר מדי, היא מוגזמת כי היא מציגה את הנתבע , הנחת העבודה היא שהנתבע "אשם", לא ניתן להגיד לרופא שעליו להוכיח את חפותו אלא יש לתת לו מצב שלא מרגיש מלכתחילה בעמדת נחיתות!
אם מראש תציג מצב שהרופאים תמיד יצטרכו להתגונן ולחפש איך הם לא נתבעים – זו לא הדרך! יש לאפשר להם במשפט, כשמסתכלים על ס' 41, גם להציג את שיש להם לומר. "כאשר נגרם נזק שמצוי בשליטת הנתבע..."
בסיטואציה של ניתוח, איש מהצדדים לא יודע למעשה מה אירע – לא היה תיעוד , לא צילום . לא ידוע מה קרה שם. הרופאים שניתחו סביר שלא זוכרים, לא ידוע איך זה קרה. אם תגיד שבמצב זה אתה נותן עדיפות רק להערכה של התובע שיגיד שקרא במאמר כלשהו שבמקרים רבים זו רשלנות רופאים – זה לא משפט צודק! לא נותן לצד השני להתגונן! מנגד תהיה חוו"ד נגדית אך גם היא לא מתבססת על עובדה אלא גם היא על הערכה! אף אחד בשלב זה הרי לא יודע מה קרה ואתה נותן בלעדיות לצד של התובע אם אתה לא מאפשר לצד השני להתגונן. התובע יגיד את חוו"דו, הש' יגיד שיש פה רשלנות אותה הנתבע לא יוכל להוכיח. לכן צומת הוכחת ס' 41 היא קריטית כי ברוב המקרים – תוטל אחריות על הנתבע להוכיח שלא התרשל! אם הנטל יעבור - ברוב המקרים רובם – תוטל על הנתבעים האחרית ולכן ביהמ"ש התייחס לנושא במשך זמן רב כל-כך, עד כמה רחוק ילכו עם התובעים?!
 לדעתה יש לתת לצד השני להתגנן!
הש' טירקל אף הוא סבר כי יש לתת הזדמנות לנתבע להוכיח. לא יוכיח שלא התרשל אלא ינסה להוכיח שלא מסתבר שהיתה רשלנות! שהנזק נגרם לאו דווקא מפעולה אקטיבית של הרופא .
לא מוכיח את היעדר הרשלנות אלא שלא מסתבר שהיתה רשלנות. כדי להוכיח שלא היתה רשלנות – צריך להוכיח עובדתית מה קרה ולא יכול להוכיח את זה וגם הוא לא יכול להוכיח את זה!!!! יגיד "לא אני ולא התובע יודעים איך זה קרה, יטען שה קרה מדימום שקורה הרבה, הגוף האנושי גורם זאת מבלי שיש רשלנות", ברגע שיש את 2 החוו"דים האלה – יש צדק.
אף אחד לא יכול להוכיח רשלנות או היעדרה לפי ס' 35 36.
רשלנות הלא היא סטייה מסטנדרט התנהגות סביר. בתביעות הללו איש לא יכול להוכיח ברמת העובדה מה עשיתי או שלא – ניסיון החיים יכול להגיד שהיתה רשלנות או שלא היתה, הש' צריך להכריע מה יותר מסתבר, זו לא הוכחת רשלנות!

יש אם כן את גישת המיעוט של אנגרלד – אך ורק לפי ראיות התובע אל מול ה-2 האחרים – צ'אנס גם לנתבע.

פס"ד שטרנברג נ' ד"ר צ'צ'יק:
אישה שעברה ניתוח להחלפת מפרק ירך. במהלך הניתוח נפגע עצם שגרם לה לנכות לצמיתות. הסתמכה על ס' 41 בתביעתה והמחוזי קבע שהמנתח לא התרשל ולכן התביעה נדחתה.
היו 3 אופציות איך נגרם הנזק. עושה רושם שהנתבעים ניסו להסתיר את האמת לפי גילבר:
(1) כאשר נבדק המפרק במהלך הניתוח, היתה פריקה שלו – יצא מהמקום ופגע בעצב וכך נגרם הנזק.
(2) יכול להיות שהיה דימום .
(3) מתיחה, נמתחה הרב במהלך הניתוח ונוצרה פגיעה.
לא היה רישום במהלך הניתוח! הדבר היחיד שהיה – המנתח, עוד כשהחולה שכבה במחלקה – התנצל בפניה , הודה באחריותו לכך לאחר הניתוח והכחיש אותה בביהמ"ש!
האישה טענה שהנזק נגרם כתוצאה מרשלנותת כי כשבודקים אותו במהלך הניתוח יש להיזהר! היתה הסכמה לגבי כך בקרב חוו"דים הרפואיים.
2 הרופאים שהגישו חוו"דים הסכימו שכאשר בודקים את החלפת המפרק יש מאוד להיזהר מהעצבים הסובבים העלולים להיפגע ולכן יכול להיות שהיתה פה רשלנות. עלתה השאלה באמת איך אנחנו בודקים את ס' 41 -
האם אך ורק לפי חוו"ד התובעת – אין ספק שאם ורה נזק שכזה – כתוצאה מפריקה שגרמה נזק.
השק ריבלין אומר:
ש' השלום השומעים את התיק לראשונה לרוב – ישמעו את העדים. או שיגש רק לפרוטוקולים של התביעה - מתייחס למצב כאילו יושב בסוף פרשת התביעה (גישת אנגלרד בסולן)

או – פרשנות קריטית וחשובה של ריבלין – אפרות 2: להבחין בין ראיות כלליות המובאות ע"י הנתבע לבין קונקרטיות שמביא. מה זאת אומרת?!
ראיות כלליות = כמו הראיות שיש לתובע, לא ראיות שיכולות להסביר בדיוק מה קרה, עובדתית, אלא המבוססות על הערכה, סטטיסטיקה, נתונים, ממצאים שהם כלליים, לא נכונים ומבוססים על בסיס מה שקרה – הם לפי מה שיגוע באופן כללי ! לתובע אין ראיה ספציפית אלא כללית " כנאה הזה היה ככה".
הנתבע גם לו יש ראיות כלליות – זה לא קרה ככה, זה קרה אחרת להערכתי. יכול להיות שיש לו גם ראיות קונקרטיות וזאת בניגוד לנתבע!!!
הראיות שיש לתובע – רק כלליות, סטטיסטיות! לא ספציפיות באשר למה שקרה באירוע. לנתבע יש אפשרות להציג 2 סוגי ראיות:
((1) כללי – סטטיסטיקה, חוו"דים.
אך בניגוד לתובע יכול להציג גם (2) ראיות קונקרטיותף ספצייות, המתייחסות לנסיבות המקרה. אותן שומרים לצד השני! את הראיות הכלליות – שלב ראשון (לפי שטרסברג כהן).

התובע יגיד –לא יודע מה קרה, חושב שקרה בגלל הפריקה של מפרק הירך. לא יודע בוודאות ואל יכול להוכיח. ואז לפי הגישה הזאת – הנתבע יגיד – לא ! גם אני לא יודע מה קרה בשלב זה, מעריך שקרה מהדימום. איך? הנה חוו"ד למשל.
ואז הש' צריך לבדוק האם באמת התובע הוכיח את התנאי ה3 של רשלנות מסתברות או לא.
רק אז עוברים לשלב השני – ראיות קונקרטיות . לתובע אין כאלה!
לכן – השלב הזה של בדיקת השלב השלישי היא קריטית כי ברגע שהנטל יעבור והשופט ישאל – איך זה קרה?! לרוב ישא באחריות.
לכן מפריד הש' ריבלין בין 2 סוגי ראיות – כלליות, אובייקטיביתף, סטטיסיטיות ששני הצדדים רשאים להציג לשופט, וראיות קונקרטיות שרק הנתבע יכול. לכן כשהתובע יצליח למלא אחר 3 התנאים וביהמ"ש השתכנע (נטל השכנוע) ס' 41 מתקיים – ברוב רובם של המקרים – האחרות וחובת הפיצוי תוטל על הנתבע כי לנתבע לא יהיו בדר"כ ראיות קונקרטיות שכאלה כי אם היו לו – התביעה היתה נדחית מיד.

הוחלף המפרק בירך, רצה לבדוק שמה שעשה – עובד טוב, אך השאלה – האם הפריקה פגעה בעצב? זו אחריות של המנתח לבדוק שאין פריקה! המומחה הרפואי העלה את האפשרות שזזה יכול לקרות מפריקה. מודה שיכול להיות שפריקה תוכל לפגוע בעצב.
גם הרופא המנתח חשב נסיבות המקרה יוכלו להביא למסקנת אחריותו לתוצאות המזיקות של המקרה.
הצוות הרפואי לא ערך רישומים רפואיים – היעדר רישום יכול להוביל למסקנה שלא נקט באמצעי זהירות סבירים.. אי ביצוע רישום = מחדל רשלני ( להעתיק).
זה מוכיח לנו שברוב רובם של התקיים ישתמשו בס' 41 , מוכיח לביהמ"ש שהיתה פה התרשלות, אם לא בוצע רישום – מעיד על כך.

ההכרעה: ריבלין לא הכריע בין הגישות כי היה לו קל לפסוק לטובת התובעת לא משנה באיזו דרך הלך! הנתבעים לא הצליחו להוכיח איך בדיוק נגרם הנזק , לא תיעדו הרי!! והם לא הצליו להוכיח שנקטו באמצעי זהירות סבירים – רישום מצלמה היו מוכיחים זאת.

ההכרעה בין 2 הגישות – עד כמה הולכים לקראת התובעים ניתנה בפס"ד אלעבד – האדם שנהרג במהלך הפרות סדר בשטחים, התפרעויות. או שנהרג מכלי נשק משוטר מג"ב או מחפץ אבן של הכוחות המתפרעים. הש' ריבלין מכריע פה בין 2 הגישות – הגישה של שטסרג-כן וטירקל שיש לפעול לפיה –כלומר כשיש אירוע שלא ברור לתובע ממה נגרם הנזק – אין להסתפק אך ורק בחוו"ד שלו הכלליות אלא יש להתחשב גם בראיות הכלליות , בחוו"ד, בסטטיסטיקות שיציג הנתבע ואז להחליט האם מסתבר שהיתה רשלנות או לא. אם התובע יצליח – הנטל יועבר לנתבע ולרוב לא יצליח להוכיח.

לא איך בדיוק זה קרה אלא רק מה הסטטיסטיקה אומרת.
הסיבה לכך = אין מקום לתת לתובע בלעדיות על האפשרות להביא ראיות כלליות.

הצד השני יבוא ויגיד- אם אנחנו כחולים רוצים לקבל שירותים רפואיים טובים, לא נוכל ליצור את התפיסה שכשרופא חולה בדלת יראה רק תביעה.לשם כך עלינו לאפשר להם ביטחון. לפי הש' – אם נלך רק לפי ראיות התובע – נהפוך את הנזיקין למשפט פלילי!

הראיות הכלליות יבואו לביטוי לרוב בשלב הראשון בתנאי השלישי.

ביהמ"ש חושב שזה לא נכון להחזיק את הנתבעים (רופאים למשל) כאשמים במשפט הפלילי, כי אם כן – יווצר מנגנון שיראה בבעל המקצוע כנאשם – לא הסתכלות נכונה! לא משפט פלילי אלא אזרחי! משפט אחר! יש מקום לפיכך להסתכל על חוו"ד הנתבע והתובע.
התביעה נדחתה באלעבד לבסוף כי לא הוכיח את התנאי השלישי – לא הצליח להוכיח שיותר מסתבר שהיתה רשלנות – כמו פס"ד חמד שם חיילי מג"ב ירו בחושך באופן לא מבוקר במחנה הפליטים – שם היתה רשלנות, ואילו פה לא הצליחו להוכיח שיותר הגיוני שהיתה רשלנות , לא הביאו עדים, שכנים עוברי אורח שהעידו שהיתה כאן התנהגות בלתי סבירה של השוטרים. התיעוד לאחר המעשה לא הוכיח שאותו כח התרשל או נהג בצורה לא סבירה ולכן כל שהיה – עדות בתו בת ה8 – הביא לדחיית התביעה. כשמועבר הנטל אל הנתבע – יכול להוכיח את טענותיו ב-2 אופנים : (1) שיראה בדיוק איך קרה הנזק באופן שלא אחראי עליו. (2) נקט באמצעי זהירות שנקט שמובילים להערכה שלא היתה רשלנות במקרה.

בדיקת ס' 41 – אם הנטל כבר עובר – קשה לשכנע את ביהמש שלא היתה רשלנות, אך ישנם מקרים שבבדיקת התנאי ה-3 – הכלליות, לא משכנעות מספיק (של התובע).
ע"א 4152/03 **חסונה נ' בית חולים ביקור חולים**:

 לאחר לידת בנה, סבלה התובעת דימום שנגרם ככל הנראה מזיהום. זמן קצר לאחר מכן התגלתה בעיה רפואית ברחמה שגרמה לכך שהתובעת לא תוכל ללדת יותר. המומחים הסכימו שלבעיה ברחם יכולות להיות מספר סיבות וקשה לדעת מה הסיבה לבעיה שנוצרה לאחר הלידה.

 המומחה של התובעת העלה את האפשרות שהנזק נגרם כתוצאה מהתרשלות בביצוע הניתוח הקיסרי בעוד שהמומחה מטעם בית החולים טען שהסיבה יכולה להיות הזיהום שהוא לא גורם רשלני.

הרופאים שהעידו הסכימו שיוכלו להיות מס' סיבות: החווד שפעל לטובת התובעת אמר שכנראה, לא יכול היה לדעת זאת – תפרו את הרחם אחרי הניתוח הקיסרי וזה גרם להידבקויות של הרחם ולכן חוסר יכולת של האישה להיכנס להיריון.
מנגד, ביה"ח טען שבדימום הם דבר שקורה – שילוב הדימום והזיהום הוא שגרם לעקרותה.
בפס"ד זה – ביהמ"A לא השתכנע מחוו"ד שהציגה התובעת, לא השתכנע מהרופא שהעיד לטובתה! הוא לאשיכנע מספיק שמסתר יותר שהיתה רשלנות ! ציטט ממאמרים אמנם אך לא שוכנעו השופטים. ריבלין קובע שגם הן צריכות להיות משכנעות ומהימנות.
לא הצליח לגבות עצמו מדי ( הרופא) ולכן דווקא חוו"ד ביה"ח היה משכנע יותר. הזיהום הוא שגרם לבעיות ברחם ולעקרות בסופו של יום.

לסיכום, שלב 1 ושלב 2 – התובע יתן ראיות כלליות – לרוב לנתבע לא יהיה מה להגיד על זה. שלב שלישי – הנתבע יוכל אז להגיש את הראיות הכלליות שלו.
במידה וביהמ"ש יאמין לתובע – יועבר נטל ההוכחה אל הנתבע.
אז יוכל לתת את הראיות הקונקרטיות שלו .. דוגמא: צילומים, תיעוד.
ולתובע סביר שלא יהיו כאלה!

לעבור על שאר המצגת.

יסוד הקשר הסיבתי נושא חדש – כמעט בכל התביעות בדיני הנזיקין חייב להוכיח שיש קשר בעצם בין ההתנהגות הרשלנית או כל התנהגות פוגענית אחרת (הפרת חובה) לבין הנזק שנגרם. **יסוד קריטי וחיוני כיוון שבלעדיו אין להוכיח תביעה** !!
אם אין קשר – אין לבוא לאדם שיצר סיכון ולהאשימו, ודאי שלא להטיל עליו אחריות כך שיפצה.
זהו הבסיס, צריך שיהיה קשר בין ההתנהגות הפוגעת (בעיקר ברשלנות נעסוק בו), סטייה מסטנדרט ההתנהגות הסביר, ההפרה – לבין הנזק שנגרם.

יכול להיות נניח שהרופא התרשל אך יכול להיות שבאמצע היה גורם כלשהו שהוא זה שגרם את הנזק, שניתק את הקשר בין ההתנהגות לנזק שנגרם!

למשל: נהג טנדר שצריך היה לפנות שמאלה ולא יכול היה לקחת את הפניה ולכן עצר וניסה לפנות שמאלה, תוך כדי הפניה נכנסה בטנדר משאית. המוות של הנוסע נגרם מפגיעת המשאית! **אין ספק שיש קשר בין התנהגות של נהיגה פרועה , זו סטייה מסטנדנט התנהגות – לבין המוות, שהרי אם לא היתה זו – לא היה נהרג**!
השאלה הקשה יותר – האם אפשר לקשור בין התנהגות נהג הטנדר שיצר את הסיכון לבין המוות שלו ? גם אם התרשל נהג הטנדר – בין ההתרשלות שלו לנזק שנגרם – נכנס עוד גורם! המשאית נתקה את הקשר בין הפרת החו"ז , בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם?
האם יש לתבוע אותו , נהג נורמטיבי וכך לשקם את משפחת ההרוג או שלא?!
שאלה קריטית ! מה שמחבר בין המהות של העוולה לבין הנזק – הקש"ס !
השאלה שבה נעסוק – עד כמה בתי המשפט עומדים על כך שיהיה קש"ס?!
**היתה מגמה עד השנים האחרונות – להפחית בחשיבות הקש"ס,** נועדה להקל על התובעים, שלא יצטרכו להתאמץ יותר מדי. **אם תהא חובה חזקה להוכיח קש"ס – זה קשה מאוד בעבור התובע! קשה מאוד להוכיח זאת! אם ביהמ"ש יעמוד על שלו – אותם האנשים לא יזכו לפיצוי. לכן – נכון שיש ניתוח משפטי, אך יש משמעויות קריטיות ברמה הפרקטית.**

השאלה הראשונה בקש"ס:
(1) שאלת האחריות שלו – זו השאלה שהקש"ס דן בה.
(2) גם אם הוא נושא בה – מה ההיקף שלה?
במקרים רבים התובעים לא תובעים אדם אחד אלא כמה וכמה. יש לקשור את כל אחד מהגורמים לנזק!!!! עוה"ד צריך לקור לנזק שנגרם ללקוח שלו את כל אחד מהגורמים האלה.
היקף האחריות אף הוא שאלה חשובה בקביעת הקש"ס – האם אני אשם לבדי ב100% או שיש לי שותפים?

כשם שהחו"ז נחלקת לכמה חלקים (קונקרטית, צפיות , הפרה וכו'), גם הקש"ס נחלק ל-2 תתי מבחנים, קריטריונים:
(1) קש"ס עובדתי. (2) קש"ס משפטי. יש להוכיחם במצטבר!

הקש"ס העובדתי – קשה להבנה וליישום!
המבחן המרכזי לקביעת השאלה האם התקיים קש"ס ברמה העובדתית – "מבחן הסיבה שבלעדיה אין" , "מבחן האלמלא" – האם הנזק היה נגרם גם ללא התנהגות המזיק?! (נהג משאית) כדי להוכיח את האחריות שלי – אין בלי ההתנהגות שלי נזק! חייב עובדתית להוכיח שהתנהגות הנתבע היא שגרמה לכך. ברמה העובדתית, הפשוטה ביותר של נהג הפוגע בהולך רגל .
יש מצבים רבים בהם יש הרבה מאוד גורמים בעת אחת ויש קושי לקבוע ברמה העובדתית מה גרם לנזק! מתקשה לקשור בין ההתהגות המזיקה , הרשלנית, לנזק שנגרם! נפוץ מאוד במקרי לידה – קושי לקבוע מה הסב את הנזק שנגרם – יש סבירות שמרשלנות, או מהטבע – כאשר לא יושעים עובדתית איך נגרם הנזק – אז עולה השאלה : האם ביהמ"ש זורם עם התובע או שלא, להקשות עליו? זו הכרעה של הש', צריך להכריע עם מי הוא ילך!

דוגמא מפס"ד אמריקאי ישן: שני חברים ציידים שהבחינו בחיה בה רצו לירות – ירו ופגעו בחבר שהלך לפניהם – אותו כלי נשק, אותם נשקים – איך נוכיח קש"ס?!!?!? אותו כלי נשק, אותה שניה, אותו כדור. מבחן האלמלא לא מתקיים כאן! האם הנזק היה נגרם גן ללא החבר א'?! יכו להיות שכן, כנ"ל חבר ב'! אנחנו עובדתית לא יכולים להוכיח את זה.

במידה ואין בעיה ברמה העובדתית יש לפנות ולהוכיח כתובעים את הקש"ס המשפטי!
מה תפקידו של הקש"ס המשפטי? ליצור את המסגרת שמעבר אליה כבר לא נוכל ללכת, אם הסבת נזק – נוכל לתבוע את אם המזיק – השאלה ברמה המשפטית כמה רחוק הולכים?! כמה רחוק אדם הולך ותובע, הלא ברור שאתה תובע את מי שגרם לך ישירות את הנזק, פיזית. ברמה העובדתית – הכי קל. אך כמו שדיברנו על מבחן השכנות, התובע רוצה לתבוע את הצד הרחוק, הכיס העמוק ומשכך – קשה להוכיח שכנות, קשה יהיה גם לקשור אותו סיבתית לנזק שנגרם.
יותר קשה לקשור את התנהגות נהג הטנדר מאשר את התנהגות נהג המשאית, שכן הוא פגע פיזית באותו גוף האדם והרג אותו בעוד שנהג הטנדר יצר סביבה מסוכנת **– הקש"ס המשפטי – את מי נכניס את מעגל האחראים לנזק ואת מי אנחנו מוציאים ? (רועי אמר שמדובר גם בראייה אובייקטיבית וגם סובייקטיבית. כנגד מי שגרם ישירות לנזק וכנגד מי שהכשיר את הקרקע לקראתו)**תוחם את גובל האנשים שלהם יש קשר רחוק או קרוב לאירוע וקובע מי מבין כל המזיקים האפשריים אכן נושא באחריות לנזק.

קש"ס משפטי, להוכיחו – 3 מבחנים:
(1) מבחן הצפיות: עזר לנו לפתור את השאלה האם המזיק נושא בחובה להיזהר – קמה כשאדם כול לצפות שהתנהגותו עשויה לגרום נזק – גם כאן שואל האם המזיק יכול היה לצפות שאם לא יתנהג בזהירות יגרם נזק לאדם אחר! מבחן זהה המיושם בנק' זמן אחרת!
צפיות בחו"ז – בהתחלה, א הפסיקה אומרת שהוא רלוונטי גם כבוחנים את יסוד הקש"ס, פשוט בשלב אחר. קל ליישום – האם נהג הטנדר **יכול היה לצפות** שאם יעצור פתאומית יגרם לנוסע שלו נזק? ברור שכן.

(2) מבחן הסיכון: הולך והופך להיות החשוב ביותר בדיני הנזיקין. בא ושואל: האם הנזק שנגרם נפל בתחום הסיכןו שההתנהגות של הנתבע יצרה? כל התנהגות שהיא יוצרת סל סיכונים, טווח סיכונים. כשנעלה על הכביש – ישנו סל של סיכונים אנחנו ניצור על הרכב שלנו. כשנגרם נזק ביהמ"ש ישאל – האם הנזק שנגרם הוא התממשות של אחד מהסיכונים האלה? האם עצירה פתאומית שנהגים יוצרים עבור עצמם ועבור הסובבים אותם? שואלים ברמה המשפטית – האם נרצה להכניס את נהג הטנדר למעגל האחריות או שלא, הלא בכך הקש"ס המשפטי עוסק. נהג המשאית יוכנס למעגל זה, זה ברור, אך בשלב זה – האם את נהג הטנדר נרצה להכניס? נשאל עצמנו איזה סיכונים נהג הטנדר יוצר.

(3) מבחן השכל הישר: שואל שאלה פשוטה, מבחן עזר, נעשה בשימוש בשר"כ כשהש' מתלבטים האם מבחן 1 או 2 מתקיים – שואלים עצמם האם תרמה בפועל התנהגות המזיק לקרות הנזק? שאלה כללית, רחובה מאוד.
שאלה כללית.

אין הכרעה חד משמעית, אך מקובל עד לאחרונה לומר, שמבחן הצפיות הוא הרלוונטי ביותר, הדומיננטי ביתר בעוולת הרשלנות בעוד שמבחן הסיכון (נקבע מפורשות) – חוק ספציפי בנושא תאונות דרכים – חוק הפיצויים לנפגעי ת"ד, הפסיקה קבעה שיש להוכיח בתביעות לפי חוק זה – לא חלה פק' הנזיקין אלא חוק זה , בן כמעט 40 שנה. **הפסיקה קבעה שהקש"ס לא נבחן לפי מבחן הצפיות אלא לפי מבחן הסיכון !**
הש' בן בוחנים את שלושתם בכדי לשכנע, כדי להראות שהעמדה שהם קובעים – היא מבוססת, הם בוחנים את הסיטואציה לפי 3 המבחנים.

**קש"ס משפטי – גורם זר מתערב :**יש את הניזוק ויש את יוצר הסיכון. באמצע ישנו גורם זר מתערב ( הנערים בברדה -, נהג המשאית בסימון נ' מנשה).
הניזוק תובע את הנתבע (יוצר הסיכון כי כיסו עמוק). השאלה האם הגורם הזר (נהג המשאית) האם לא ניתק את הקש"ס ביניהם!
עובדתית, ניתן לקשור בין הניזוק התובע בין מעשה הנתבע – שאלת מבחן הצפיות, הסיכון והשכל הישר שואלים האם ההתנערבות הזו ניתקה את הקשר שקיים ברמה העובדתית (הטנדר לא היה עצר – לא היה נגרם נזק).

האסמכתא – ס' 64 לפק' הנזיקין, השאלה היא איך אוכפיםאת הגורם שלא בא לנו לתבוע?