

1.11.17

שיעור מס' 1

1. דיני הנזיקין מתייחסים לאירועים שונים שהתוצאה שלהם היא נזק, או שהם עלולים לגרום נזק.
2. דיני הנזיקין הינם ענף משפטי המסדיר את היחסים בחברה כשפעולה של אדם אחד עלולה לפגוע או פוגעת באדם אחר. נותן פתרון לאנשים שניזוקו.
3. דיני הנזיקין יכולים לחייב את המזיק לפצות את הניזוק.
4. מטרת דיני הנזיקין – קידום שוויון וצדק בחברה וזכויות אדם הבסיסיות. כמו כל תחום במשפטים, ליצור תחושה של צדק, לתת לאדם את הסעד והפיצוי שהוא זקוק לו.
5. השאלה – כיצד דיני הנזיקין מקדמים מטרות אלו?

1. מטרת דיני הנזיקין:

- א. עקרון העל בדיני הנזיקין – השבת מצבו של הנפגע, הניזוק, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים, לקדמותו.
  - מדוע? התחשבות באינטרסים השונים של כל האנשים בחברה.
- ב. פרופ' אהרון ברק: "מטרתם של דיני הנזיקין היא מתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל".  
"מטרת דיני הפיצויים היא שלילת התוצאה של מעשה הנזיקין בדרך של העמדת הניזוק עד כמה שהדבר ניתן באותו מצב בו היה נתון ללא מעשה הנזיקין".

2. השאלות המרכזיות בדיני הנזיקין:

**אחריות**

- א. על מי לשאת באחריות לנזק שנגרם?
- ב. האם יש לפצות את הנפגע בגין הנזק שנגרם?

**נזק**

- ג. מהו היקף הפיצוי שהנפגע זכאי לקבל בגין הנזק?

- 1) יש לשקול שיקולים של מדיניות חברתית.
- 2) יש לשקול את ההשלכות של ההחלטה על החברה בכללותה.
- 3) יש לבחון איזו מדיניות חברתית אנחנו רוצים לקדם.
- 4) לדוגמה: האם יש להטיל אחריות בנזיקין על רופאים כלפי חולים?  
כיצד ניתן לקדם את שיפור השירות הרפואי?

תפקיד בימ"ש העליון מסתכל על המדיניות, לאן אנחנו רוצים להגיע. בסוף מי שישלם את התביעה זה אנו האזרחים.

3. המטרות החברתיות של דיני הנזיקין:

מהם המטרות העומדות בבסיס הטלת אחריות?

- א. ענישה – הענשת המזיק על שלא נקט באמצעי זהירות.
  - 1) אבל: לא תמיד המזיק אשם, המזיק יכול לבטח את עצמו.
  - 2) מנגד: פוסקים פיצויים עונשיים(סלידה מהתנהגות המזיק).
- ב. הרתעה – להרתיע מזיק פוטנציאלי מלגרום נזק לאדם אחר, הטלת אחריות מכוונת את ההתנהגות של אנשים כיצד להיזהר.
  - 1) אבל: הטלת אחריות על מעביד זהיר בגין מעשי עובד רשולן, מספר גורמים לנזק, נזק קטן, פשרה, ביטוח, הימנעות מפעולה רצויה.  
הרבה מהתיקים נסגרים בפשרה, זה עולה פחות כסף ולוקח פחות זמן. לכן זה לא מרתיע את החברות הגדולות או את המזיק הבא. שווה להם לגרום נזק היות והם ישלמו רק חלק. לא מורתעים עד הסוף.
  - 2) מנגד: העלאת פרמייה בביטוח עלולה להרתיע את המזיק.  
הימנעות מפעולה רצויה רק במקרים של אחריות מוחלטת.
- ג. הרתעה יעיליה – גישה כלכלית – הקטנת העלות הכוללת של תאונות. לא ניתן למנוע תאונות באופן מוחלט אבל אפשר לצמצם את העלויות.
 

יעילות כלכלית – יש להרתיע רק מפעולות שיש בהן יותר נזק מתועלת.

כיצד ניתן להרתיע באופן אופטימלי? סך נזקי תאונות - 100 ₪.

  - 1) הטלת אחריות מלאה על המזיק לצורך מניעה מוחלטת בעלות של 150 ₪.
  - 2) הטלת אחריות חלקית שתגרור השקעה של המזיק באמצעי זהירות בסך 30 ₪ כדי למנוע נזקים בסך 50 ₪.

- 3) השארת המצב כמו שהוא – סך הנזק יישאר 100 ₪.  
מכאן, לוקחים בחשבון את עלות ה**תאונה/הנזק** וכן את **עלויות המניעה** ונותנים עדיפות לאפשרות הזולה ביותר.
- ד. צדק מתקן- אם פגעת במישהו לאחר שהתנהלת לא כראוי, אתה תתקן את זה.
- 1) מטרת דיני הנזיקין- **עשיית צדק**.
  - 2) **צדק מתקן**? בחינת הסכסוך באופן אינדיווידואליסטי.
  - 3) - האדם שגרם נזק צריך לתקן את המצב.
  - 4) המזיק גרם לחוסר איזון ולאי שוויון מול אדם אחר ועליו לפצות.
  - 5) - אחריות תוטל כשאדם לא עמד בסטנדרט מוסרי המקובל בחברה.
  - 6) - אדם חופשי לפעול כל עוד אינו פוגע משמעותית באדם אחר.
  - 7) כיוון שהאדם הוא יצור חופשי ניתן לדרוש ממנו לקחת אחריות על מעשיו.
  - 8) **אבל**: תאונות הן אירוע בלתי נמנע בחברה מודרנית ומתועשת. לבוא ולחפש אשמים על כל דבר זה בעייתי היום וזה בהיקפים גבוהים.
- שיקולים כלכליים מעורבים, הקצאת משאבים מוגבלים.

### דוגמא - כיצד יש לפצות תינוקת ערביה מכפר בצפון לאחר פגיעה בתאונת דרכים?

האם יש לפצותה על בסיס ההערכה שככל הנראה לא היתה נכנסת למעגל העבודה כשהיתה מגיעה לגיל 18, או שמא על בסיס השכר הממוצע במשק?

השופט ריבלין בע"א 10064/02 מגדל נ' אבו חנא:

עקרון השבת המצב לקדמותו מבוסס "על גישת הצדק המתקן, לפיה דיני הנזיקין **נועדו לפצות על עוולותיו של פרט אחד כלפי אחר, תוך שימת דגש על האחריות האישית של המזיק לפצות את הניזוק בגין ההתנהגות שגרמה לנזק**. התפיסה היא כי נזקו של הניזוק – ולא התנהגותו או יכולתו של המזיק – הוא המכריע בקביעת הפיצויים."

השבת המצב לקדמותו באה לתקן את מצב העניינים שנוצר עקב הפגיעה העוולתית בניזוק. היא באה לאיין, ככל שניתן, את תוצאת הפרת השוויון בין המזיק לניזוק, כתפיסתו של אריסטו – ובענייננו, **באה היא לתקן את צמצום אופק האפשרויות המקצועיות הניבט לעיניו של הניזוק**.

ה. צדק חלוקתי. (מצגת שיעור 1).

5.11.17

### מיקום דיני הנזיקין וסוגי אחריות

1. מהם האינטרסים שדיני הנזיקין מגנים עליהם?
  - א. **שמירה על שלמות הגוף** – סעיף 23 לפקודת הנזיקין – תקיפה.
  - ב. **שמירה על שלמות הקניין** – סעיפים 24 ו-29 הסגת גבול במקרקעין, סעיף 52 – גזל.
  - ג. **שמירה על אינטרסים כלכליים** – סעיף 56- עוולת התרמית. סעיף 62 – גרם הפרת חוזה.
  - ד. **שמירה על שם טוב ופרטיות** – חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה – 1965. חוק הגנת הפרטיות – תשמ"א – 1981.
  - ה. **שמירה על האוטונומיה וחופש הבחירה** – פסיקה (הסכמה מדעת לטיפול רפואי, אלימות במשפחה, סרבנות גט).
  - ו. **רשימה לא סגורה** – תלויה בשינויים חברתיים.

איך דיני הנזיקין מגנים על האינטרסים השונים?

- שימוש נרחב בעוולות המסגרת- **הפרת חובה חקוקה ורשלנות**: לא מתייחסת לסיטואציה מסוימת, מאפשרת לבימ"ש להטיל אחריות על מה שקובעים. כשאדם מתרשל כלפי אדם אחר.
- עוולות אלה ואחרות מעניקות **שיקול דעת נרחב לבתי המשפט** באמצעות השימוש במונח "סביר" או "האדם הסביר".
- פסיקת בתי המשפט היא זו שמפתחת את דיני הנזיקין וקובעת את האיזון בין האינטרסים השונים של המזיק והניזוק.
- **לדוגמא**: **עוולת המטרד** (סעיף 44 לפקודת הנזיקין) קובעת כי כשאדם משתמש במקרקעין שלו באופן שמפריע לשכנו להשתמש באופן **סביר** במקרקעין שלו, או פוגע בהנאה **סבירה** מהם, הוא מבצע עוולה.
- **שאלה**: האם פתיחת בית אבות בשכונת מגורים מהווה מטרד? בית המשפט ממלא את המושג "סביר" שבסעיף בתוכן בהתאם לנסיבות.

#### מהו מקומם של דיני הנזיקין במשפט?

- **משפט ציבורי** - דיני עונשין, משפט חוקתי, משפט מנהלי. סכסוכים בין הפרט למדינה.
- **משפט פרטי** - דיני נזיקין, דיני חוזים. סכסוכים בין אדם לחברו, המדינה מעורבת כגוף מעין פרטי.

#### דיני חוזים מול דיני נזיקין

מקור החובה	דיני חוזים	דיני נזיקין
	<b>הסכם.</b> הצדדים מטילים על עצמם חובות. אם אני מכניס את עצמי להסכם, אני מטיל על עצמי חובות מסוימות. למשל: מכירה רכב. מקור המכירה הוא בהסכם.	<b>החוק.</b> הדין יוצר ומטיל את החובות בנזיקין. החוק ובימ"ש העליון.
	אבל - הדין כיום יוצר חובות חוזיות (למשל, חובה לנהוג בתום לב בעת ניהול מו"מ ובעת קיום החוזה).	פן חוזי- אחריות נובעת מהסכמת בעל המקצוע לספק שירות ללקוח, הכוללת אחריות לנזק. חלק ניכר מההצדקה להטיל אחריות על בעלי מקצוע, זה העובדה שהם מציעים את השירות שלהם, הם

נכנסים איתנו להסכם. הרבה בעלי מקצוע מפרסים את עצמם ומציעים את השירות שלהם. בבסיס זה משהו חוזי והסכמי.		
החוק והפסיקה הם הקובעים את תוכן החובה בנזיקין.	נקבע ע"י הצדדים לחוזה. אבל, גם הדין קובע חלק מתנאי החוזה (חובה לשלם בש"ח).	תוכן החובה
פיצויים וגם צו מניעה.	אכיפה וגם פיצויים.	סעדים – הדבר שלשמו הולכים לבימ"ש

#### פס"ד ברזני נ' בזק

בזק יצאה במסע פרסום לגבי שיחות לחו"ל והודיעה שהחויב יהיה לפי זמן השיחה אבל חייבה לפי פעימות מונה.

ברזני הגיש תביעה על בסיס סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן האוסר לפרסם מידע מטעה ותבע את כל ההפרשים שבזק גבתה ממנו.

ברזני מעולם לא נחשף לפרסומת ולא הסתמך על הפרסומת כשעשה שימוש בשירותי בזק.

אמנם נגרם לברזני נזק, אבל לא היה קשר סיבתי בין התנהגות בזק (המזיק) לבין הנזק של ברזני (הניזוק).

#### קשר סיבתי הוא יסוד חשוב בדיני הנזיקין שלא נזכר בחוק הגנת הצרכן.

אחד הנושאים שעלו בפסק הדין: מהו מקורם של דיני הגנת הצרכן. דיון בנושא זה הוביל לדיון בהבדלים שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין.

(המשך במצגת).

## **דיני נזיקין ודיני עונשין**

אירוע אחד עשוי להיות מסווג כאירוע פלילי וכאירוע נזיקי. מתי?

כשהמחוקק סבור שקיים אינטרס משמעותי להגן על הציבור כולו הוא יקבע שהתנהגות מסויימת הינה עבירה פלילית ולא רק עוולה נזיקית אזרחית.

דוגמאות: תקיפה- עבירה (ס' 378 לחוק העונשין) ועוולה (ס' 23 לפקני"ז).

חוק איסור לשון הרע (עבירה- ס' 6, עוולה נזיקית- ס' 7).

**דיני הנזיקין** מסדירים יחסים בין אדם לחברו במטרה להשיב את מצב הנפגע לקדמותו ע"י פיצוי כספי. ההתמקדות בנפגע הניזוק. הסעד- כספי.

**דיני העונשין** מסדירים יחסים בין הפרט לחברה כשהמטרה להעניש את המזיק על פגיעה באינטרס של החברה. ההתמקדות בנאשם הפוגע. מטרה: הרתעה, גמול ושיקום. שלילת חירות. (השופטת עדנה ארבל, פס"ד כרמי נ' סבג).

### **נקודות מפגש בין דיני נזיקין ודיני עונשין -1**

פסיקת פיצויים עונשיים בתביעת נזיקין: פיצוי הניתן מעבר לנזקו של הניזוק, שבאים לשקף את סלידת בית המשפט מהתנהגות המזיק נוכח חוסר אחריות מכוון ומתוך התנהגות בזדון.

בתי המשפט פוסקים פיצוי עונשי כשהם רוצים להוקיע תופעות חברתיות שליליות ביותר (אלימות קשה, תקיפה מינית, הכאת נשים, פגיעה בזכויות יסוד כמו שיוויון ואפליה, התעללות במשפחה).

**#רע"א 9670/07 פלוני נ' פלוני**- האם יש להטיל על גבר פיצוי עונשי מעבר לפיצוי בגין הנזק שנגרם לקטינה בגין ביצוע מעשים מגונים שביצע בה? בתי המשפט השלום והמחוזי-לא.

ביהמ"ש העליון (רובינשטיין ודנציגר מול ריבלין): אין לפסוק פיצוי עונשי. הפסיקה הישראלית מכירה עקרונית באפשרות לפסוק פיצוי עונשי.

הפיצויים "נועדו לשקף את סלידתה של החברה מהתנהגותו של המזיק". הענקת פיצויים עונשיים תעשה רק "במקרים חריגים".

**המטרה בפסיקת פיצוי עונשי היא לא תיקון הנזק (מטרות דיני הנזיקין) אלא עונש והרתעה ולכן הוא מוצדק רק במקרים חמורים.**

כאשר נגזר עונש פלילי פסיקת פיצויים עונשיים תהיה חריגה עוד יותר כיוון שהמטרות העונשיות מושגות באמצעות הדין הפלילי ולא הנזיקי.

### **קביעת אחריות בנזיקין**

**קביעת אחריות בנזיקין מושפעת משני גורמים מרכזיים:**

1. מהות האינטרס שנפגע- ככל שהאינטרס של הנפגע מוחשי יותר ההגנה של דיני הנזיקין גבוהה יותר (שלמות גוף ונפש, רכוש, אינטרס כלכלי, פרטיות, שם טוב, חופש בחירה). כך, ההגנה על שלמות הגוף חזקה יותר מההגנה על אינטרס כלכלי.

- 2. מידת האשם של המזיק** – דיני הנזיקין מתבססים על אשמו של המזיק אשר עפ"י רוב פחותה מאשמה מוסרית בדיני עונשין.
- כאשר מדברים על הטלת אחריות בנזיקין, מדברים גם על היסוד הנפשי של אותו האדם שפוגע. מרבית האנשים, מודעים לקיומו של סיכון, אך אומרים "יהיה בסדר" וזה מה שגורם לנזק. יש כל מיני רמות של אשם, מה עבר בנפשו של אותו אדם וזה משפיע. אם אדם לא רצה לפגוע יכול להיות שלא ימצא אשם.
- 3. גורמים נוספים שמשפיעים על קביעת האחריות:**
- א. זהות המזיק: המדינה, קטינים, חסרי כשרות משפטית.
- יש הבדל בין לתבוע אזרח רגיל או עירייה למשל. למדינה יש חסינות והגנות מסוימות, שלנו כאנשים פרטיים אין.
- ילדים לא נושאים באחריות עד גיל 12, אם למשל ילד פגע ברכוש שלנו לא ניתן לתבוע אותו. ניתן לתבוע את הוריו וכו'..
- ב. אופי הפעולה המזיקה: מעשה מול מחדל, מעורבות ישירה או עקיפה.
- פעולה אקטיבית או לשבת ולא לעשות שום דבר. משפיע על הטלת האחריות.
- אם אני ישירות פוגע בבן אדם או אם אני עומד מאחורי אותו אדם שפוגע בכך, האחריות תהיה מצומצמת או אפס.
- יש הבדל בין אנשים שביצעו מעשה מסוים שגרם לנזק, לבין אנשים שישבו בשקט ולא עשו שום דבר בכדי למנוע את הנזק.
- 4. אחריות ונזק**
- א. קיומה של אחריות בנזיקין אינו תלוי בקיומו של הנזק.
- ב. יש עוולות וסעיפים בחוק שבהן צריך להוכיח שנגרם נזק ויש שלא.
- ג. למשל:
- 1) **עולת התקיפה** – אינה מצריכה להוכיח שנגרם נזק לנפגע. סעיף 23 מאפשר להגיש תביעה – התקיפה היא שימוש בכוח שלא בהסכמתו של האדם שכלפיו הופנה אותו כוח. לא דורש שאותו אדם שנפגע יוכיח שקרה לו נזק. בימ"ש מוסמך לפסוק פיצוי ואחריות ללא הוכחת נזק.
- יש כל מיני חוקים שבהם אפשר לקבל 50,000 ₪ ללא הוכחת נזק. המחוקק החליט שישנם תחומים בחיים, שמספיק שאדם עשה את המעשה זה חמור ולכן יקבל פיצוי.
- 2) **עולת הרשלנות** – מותנית בהוכחה שנגרם נזק.
- 3) **הטלת אחריות בנזיקין מותנית בקיומו של אינטרס מוכן שנפגע כמו הזכות לשלמות גוף או הזכות לבחירה חופשית.**
- 4) לצורך הטלת אחריות הנזיקין יש להוכיח **אשם** מצד המזיק.
- 5. סוגי האשם בנזיקין**
- א. **זדון**: המזיק הוא בעל כוונה בעלת מניע פסול, פועל מתוך כוונה לפגוע. סעיף 60 לפקודה- עולת הנגישה- הנפגע צריך להוכיח שהמזיק פתח בהליך משפטי נגדו בזדון מתוך כוונה לפגוע בו.
- זדון וכוונה רעה זה משהו בנפש של האדם, צריך לשכנע ולהביא ראיות המצביעים לשופט על דברים שיוכיחו את זה. זה קשה להוכיח כוונה רעה.
- ב. **כוונה**: המזיק בעל כוונה. הוא צופה תוצאות מסוימות ומבקש שהיא תתרחש. אין דרישה שהפגיעה תהיה בזדון, שהמזיק התכוון לפגוע. סעיף 23 לפקודה: התוקף צופה שהניזוק ייפגע באופן מסוים כשהוא מפעיל כוח ומתכוון לפעול באופן זה. למשל: רופא המטפל בחולה ללא הסכמה.

ג. **ההבדל בין כוונה לזדון: ביסוד הזדון יש דרישה להוכיח שהמניע הוא פסול, רצון לגרום נזק. ביסוד הכוונה אין דרישה שהכוונה תהיה זדונית לגרום נזק.**

זדון זה להוכיח פגיעה בכוונה, כוונה זה לחתור למשהו לא דווקא מתוך מניע פסול.

ד. **ביודעין:** מודעות לקיומן של נסיבות מסויימות או עובדות חשובות שלמרות המודעות אליהן נגרם הנזק. עצימת עיניים וחוסר אכפתיות. סעיף 62 לפקודה: גרם הפרת חוזה.

#### 6. סעיפי החוק

א. **נגישה:** "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך..."

ב. **תקיפה:** "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם..."

רופאים נתבעים עקב כך שהחולים טוענים כי הרופאים לא מסרו להם מספיק מידע בהקשר של הניתוח. הופעל כוח לא בהסכמתם, "אם אמרת שכך וכך יקרה לי בהקשר לגוף שלי אולי לא הייתי מסכים לבצע את הניתוח". היסוד של הרופא זה כוונה טובה.

ג. **גרם הפרת חוזה:** " מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו

לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיזיויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון."

#### 7. רשלנות

• סוג אשם נמוך ביותר, רובנו פועלים לא מתוך זדון או חוסר אכפתיות.

ההתנהגות שהיא פחות מהסטנדרט, ההתנהגות המצופה באותה סיטואציה מאנשים באותו תחום, באותו סוג של מקרים.

השופט מקבל חוות דעת מאותו תחום שבו האדם נתבע, הם מגדירים את הסטנדרט של אותו תחום. השופט יכול להשוות ולראות איך אותו אדם שנתבע התנהל במקרה זה בהתאם לסטנדרט. הרשלן נבחן ביחס לסטנדרט התנהגות שהחברה רוצה לקיים מבלי להתייחס לאשמות הסובייקטיבית הנסיבתית של המזיק.

לעיתים האמצעים זהירות הם לא מספיקים. מושג זה יכול להכיל שני תפיסות:

א. **משמעות סובייקטיבית:** אדם יימצא אחראי לנזקו של אחר כאשר לא נקט באמצעי זהירות שבהם הוא יכול היה לנקוט במקרה מסויים. יש פגם מוסרי בהתנהגותו כיוון שלאור יכולותיו, הוא יכול היה לנהוג בצורה זהירה יותר.

אחת הדוגמאות בפס"ד באנגליה – עלתה שאלה איך בוחנים את המושג רשלנות?

היה מדובר בבחורה צעירה שלמדה צעירה. באחד מהשיעורים היא גרמה נזק ופגעה באדם אחר. אותו אדם שתבע, אמר שהיא התרשלה. בימ"ש שאל האם משווים אותה ליכולות שלה ושל מי שלומד נהיגה או להשוות אותה לכל אדם שיש?

בוחנים את ההתנהגות של האדם בצורה אובייקטיבית, ההתנהגות העומדת בסטנדרט שאנחנו בוחנים את כולם.

ב. **משמעות אובייקטיבית:** אדם יימצא אחראי לנזקו של אחר כשהוא לא ממלא אחר כללי זהירות סבירים שבהם נוקטים האנשים באותו תחום.

ג. דיני הנזיקין מאמצים את הגישה האובייקטיבית: **אחריות מוטלת כשהתנהגות המזיק אינה משקפת דפוס פעולה של אדם סביר.**

- ד. **לא בוחנים את היכולת האישית המסוימת** לפעול בזהירות רבה יותר, אלא את ההתנהלות מול הציפיות של החברה מכל אדם הפועל באותו תחום.
- ה. יש כאן אשם של המזיק שכן היתה ציפייה שהוא ינקוט באמצעי זהירות סבירים והוא לא עשה זאת: הוא הפר את רמת הזהירות שאותה היה עליו למלא עפ"י חוק או עפ"י הפסיקה. מעין חוסר תשומת לב.

#### 8. אחריות ללא אשם

- א. מזיק ישא באחריות לפגיעת הניזוק גם כאשר הוא לא "אשם" בקרות התאונה או הפגיעה.
- ב. המטרה היא **צדק חלוקתי**: **פיזור הנזק על פני קבוצה גדולה** של אנשים (הנהגים המבוטחים) במקום להטיל אחריות על המזיק המסויים (הנהג).
- יש המון תאונות דרכים במדינה, אנחנו רוצים לשקם אותם ולהחזיר אותם לתפקוד, הרעיון מאחורי ההסדר הזה – יהיה הסדר ביטוח, תמיד למעט עבריינים ללא ביטוח, הכסף יצא מהכסף של חברות הביטוח "ביטוח חובה", אשר מבטח את הגוף של הנפגע! זאת על מנת שהנפגעים לא "ישבו" על המיסים של האזרחים.
- ג. דוגמאות:
- ד. - **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975** - נהג יפצה הולך רגל שנפגע בתאונה גם אם לא היה פגם בהתנהגות הנהג.
- ה. - **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980** - מטיל אחריות על יצרן של מוצר ללא צורך בהוכחת אשם.
- ו. החלוקה: אחריות **אבסולוטית**, אחריות **חמורה**.

#### 9. אחריות אבסולוטית ואחריות חמורה

##### א. **אחריות אבסולוטית**:

- 1) אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק- אין צורך להוכיח שהתכוון לגרום לנזק או שהתרשל וסטה מרמת התנהגות סבירה.
- 2) **למזיק אין כל דרך להתגונן כאשר נגרם נזק.**
- 3) למשל, **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים** אינו מאפשר לנהג להתגונן ולטעון שהתאונה לא נגרמה באשמתו. הנהג ישא באחריות בכל מקרה.
- ב. **אחריות חמורה**
- 4) אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק. ההנחה היא שהוא נושא באחריות.
- 5) **למזיק יש אפשרות להתגונן**, אם כי במידה פחותה מהרגיל.
- 6) למשל, **חוק האחריות למוצרים פגומים** מאפשר ליצרן להתגונן אם הוא יכול להוכיח שהפגם במוצר נפל אחרי שהמוצר יצא משליטתו.

#### 10. המקורות המשפטיים בדיני הנזיקין

- א. **פקודת הנזיקין** [נוסח חדש], התשכ"ח-1968: מקורה בתקופת המנדט. הנוסח המקורי מ-1944 (פקודת הנזיקין האזרחיים).
- פקודה – ירושה מתקופה המנדט של הבריטים, חוקקו חוקים למי שגר פה עד 1948.
- הפקודה משקפת את עקרונות דיני הנזיקין האנגליים. הפקודה מאגדת את הפסיקה האנגלית עד לאותה תקופה (שנות ה-40).
- ב. **חקיקה ישראלית**: חוקים נוספים ספציפיים היוצרים חבות בנזיקין:
- 1) **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים**
- 2) **חוק האחריות למוצרים פגומים**
- 3) **חוק איסור לשון הרע**
- 4) **חוק הגנת הפרטיות**
- ג. מבנה פקודת הנזיקין:



- (1) פרק א'- סעיפים 1-2 : הגדרת מונחים
- (2) פרק ב'- סעיפים 3-22 : זכויות וחבויות בנזיקין באופן כללי (אחריות מעביד למעשי עובד, אחריות רשויות ציבוריות)
- (3) פרק ג'- סעיפים 23-63 - העולות השונות- עולות מסגרת וספציפיות
- (4) פרק ד'- סעיפים 64-70 - אשם וקשר סיבתי
- (5) פרק ה'- סעיפים 71-89 - תרופות לעולות (פיצויים, צו מניעה)
- (6) פרק ו'- סעיפים 90-93 - שונות

8.11.17

### שיעור 3 – הפרה חובה חקוקה

1. עולות מסגרת
  - א. עולות הפרת חובה חקוקה (הח"ח) היא עולות מסגרת.
  - ב. **העוולה** עצמה אינה יוצרת את החובה אלא **יוצרת עילת תביעה בנזיקין** ע"י הפניה לחובות המוטלות מחוץ לפקודת הנזיקין.  
סעיף 63 בא ואומר שאם אדם מסוים הפר חוק או סעיף בחוק אחר שלא שייך לדיני נזיקין אז דרך סעיף 63 אפשר להטיל אחריות בנזיקין.
  - ג. בניגוד לעולות פרטיקולריות-ספציפיות המגנות על אינטרסים ספציפיים (כמו עולות התקיפה), **העוולה של הפרת חובה חקוקה מגינה על אינטרסים שונים** ומתייחסת לנושאים שונים.
  - ד. העוולה קובעת את המסגרת הכללית, ומתבססת על כך **שהנתבע-המזיק הפר חובה חוקית שמוטלת עליו מחוץ לפקודת הנזיקין** ואשר גרמה לנזק לתובע-הניזוק.

ה. בית המשפט הוא זה שקובע בכל מקרה לגופו האם להטיל אחריות נזיקית בגין הפרה של חובה זו.

2. הפרת חובה חקוקה – סעיף 53 לפקודת הנזיקין

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

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

3. יסודות העוולה

חוק – יציר של הכנסת. הגוף היחיד בישראל שמחוקק חוקים.

תקנה- סוג של חיקוק, הוראה חוקית שבעצם שר מורשה להוציא ולחוקק. הוא מורשה כי החוק שהכנסת מחוקקת מאשר לו לעשות את זה. (בסוף כל חוק כתוב מי הוא השר שיכול לתקן תקנות).

תובע הרוצה כי תוטל אחריות על הנתבע לנזקיו צריך להוכיח את כל התנאים הבאים:

- א. (1) יש חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (= חוק או תקנה).
- ב. (2) החיקוק הרלבנטי נועד לטובתו של הניזוק.
- ג. (3) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו לפי החיקוק.
- ד. (4) ההפרה גרמה לניזוק נזק. להוכיח כי יש קשר בין ההפרה לבין הנזק שנגרם.
- ה. (5) הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק.

-----

- ו. (6) הניזוק לא יזכה לסעד אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון שלא לתת סעד זה. – טענת הגנה. מראש אני כבר אומר מה הפתרון. למשל – החוק מאפשר לאדם לקבל החזר הוצאות על דברים שהוא הוציא. התובע בא ואומר, גם אם יש לזה פתרון עפ"י החוק אני עדיין תובע בנזיקין. הנתבע בא ואומר, כשהכנסת חוקקה את החוק, מצאה כי זה הפתרון בשבילך. אתה לא יכול לבוא בטענות שאתה רוצה גם פיצוי.

א. חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק

- (1) האם מתמלא היסוד הראשון כאשר החיקוק מעניק שיקול דעת לעשות מעשה, אך לא מטיל חובה לעשות מעשה?
- תלוי – בן משפחה קרובה. ילד או הורה.
- (2) ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' יצחק לוי:
- (3) אדם נהרג בתאונת דרכים. תלויי הגישו תביעה נגד חברת הביטוח שבטחה את הנסיעה ברכב. הנהג היה מבוטח בחברת ביטוח זרה שנרשמה בארץ וקיבלה אישור לעסוק בענייני ביטוח מהמפקח על הביטוח, בתנאים שנקבעו לה.
- (4) החברה צברה גרעונות והגיעה לפירוק ולא יכולה היתה לשלם את הפיצוי.
- (5) התובעים הגישו תביעה נגד מדינת ישראל בטענה כי המפקח על הביטוח ידע על מצבה המעורער של חברת הביטוח והיה צריכה לפעול בהתאם.

המפקח הפר את החבה החוקית שלו.  
 תבעו את מדינת ישראל בגלל שיש מפקחת במדינה (משרד של כחלון) שצריכה  
 לוודא שחברות הביטוח לא עושות את מה שלא צריך לאזרח.  
 6) ביהמ"ש המחוזי: יש לקבל את התביעה ולהטיל אחריות על המפקח על הביטוח.

עד כמה על החובה להיות מפורשת?

ע"א 5379/95 סהר נ' בנק דיסקונט:

- 1) גנב רכב פנה לבנק כדי להעביר על שמו בעלות ברכב שהוא גנב.
- 2) הוא הציג שטר מכר בו זייף את חתימת בעל הרכב.
- 3) פקיד הבנק לא בדק את זהותו של האדם הנוסף שהציג את עצמו כבעל הרכב, ולכן התאפשרה העברת הבעלות לגנב.
- 4) חברת הביטוח ששילמה לבעלים האמיתי של הרכב את נזקו, תבעה את הבנק.
- 5) השאלה להכרעה: האם מוטלת חובה על פקיד הבנק לבדוק את זהותו של הבעלים של הרכב כשהוא מופיע חותם על שטר המכר?
- 6) גם **רשלנות** וגם הפרחת חוקה חקוקה. לא ניתן להבין לפי תקנות אלו כי נדרש מהפקיד לזהות את בעל העברת הרכב. היום עפ"י החוק חייב לזהות אדם בת"ז. החובה אז בשנות 90 של הפקיד לזהות אדם בת"ז לא הייתה מפורשת.
- 7) **החובה שבחוק חייבת להיות מפורשת כדי לחייב אדם במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה.**
- 8) בנסיבות מקרה זה הסמכות שהוקנתה לבנק בתקנות לא הטילה עליו חובה מפורשת לזהות את המוכר (היה בטופס הרלבנטי מקום שבו מאשר פקיד הבנק כי הבעלים של הרכב הופיע בפניו וזיהה עצמו ע"י תעודת זהות).
- 9) מכאן, **על החובה להיות מפורשת.**
- 10) **הכרעה:** התביעה בגין הפרת חובה חקוקה של הבנק נדחתה.

#### **ב. החיקוק נועד לטובתו של הניזוק – התמקדות בסעיף החוק הרלוונטי**

1. ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן: אישה מוסלמית תבעה את בעלה שגירש אותה מביתם בעל כורחה מבלי שיהיה בידו פסק דין של בית הדין השרעי המחייב להתיר את הנישואין. למרות זאת, הגירושין לפי הדין השרעי תקפים. הנזק שנגרם לה הוא כלכלי בעיקרו (אובדן מזונות, מחזור כלכלי, פגיעה ברגשות).
2. המעשה מהווה עבירה פלילית עפ"י ס' 181 לחוק העונשין: **התיר איש את קשר הנישואין על כרחה של האשה, באין בשעת התרת הקשר פסק דין סופי של בית המשפט או של בית הדין המוסמך המחייב את האשה להתרה זו, דינו - מאסר חמש שנים.**
3. **השופטת נתניהו:** כשמפרשים את כוונת הוראת החיקוק שהופרה אין לבחון את החיקוק כולו (חוק העונשין) אלא את ההוראה הספציפית בה דנים (ס' 181).
4. **העילה בהפרת חובה חקוקה היא לא הפרת החיקוק (חוק העונשין) בשלמותו או פרק ממנו אלא הפרת חובה מסוימת (סעיף מסויים בחוק ספציפי).**

**האם יכול הניזוק לתבוע את המזיק כאשר החיקוק עליו הוא מסתמך נועד להגנת הציבור בכללותו?**

1. ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן: אם חיקוק נועד להגן על כלל הציבור והתובע הוא אחד מהציבור אין הוא יכול לתבוע בגין עוולת הפרת חובה חקוקה.

2. ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו(הש' לנדוי): קשה לעיתים להבחין בין חוקים שנועדו להגן על הפרט או חלק מהציבור לבין חוקים שנועדו להגן על הציבור כולו כציבור.
  3. ע"א 343/74 עיריית חיפה נ' גרובנר: האם עירייה נושאת באחריות לתאונה שארעה בגן ציבורי שבה נפגעה אישה ע"י רוכב אופניים. הטענה: אי מילוי חובות המוטלות על העירייה מכח פקודת העיריות לפקח על גנים ציבורים.
  4. השופט שמגר: מצטרף לספקות שהעלה השופט לנדוי בשחאדה בדבר ההבדל בין חיקוקים שנועדו להגן על הציבור בכללותו לחיקוקים שנועדו להגן על הפרט. כאן, מדובר היה בחובה של העירייה כלפי הציבור בכללותו (לפקח על גן ציבורי).
- ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:**

1. עובדות:  
נער כבן 15 קפץ קפיצת ראש לבריכה במים רדודים. הנער נחבל בקרקעית הבריכה ונפצע באורח קשה. במקום לא הוצבו שלטים האוסרים על קפיצה לבריכה במים רדודים כמתחייב בתקנות לרישוי עסקים.
  - סעי 50(6) – לתקנות רישוי עסקים קובע:** "ליד הכניסה לחצרי הבריכה ובכל חדרי ההלבשה יוצבו שלטים ועליהם הוראות למתרחצים, כלהלן: (6) הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק".
  2. השאלה: האם מפעילי הבריכה הפרו את החובות החוקיות המוטלות עליהם?
  3. השופט ברק קבע כלל משפטי:
  4. כל חיקוק נועד בסופו של דבר להגנת הפרט כי הציבור מורכב מפרטים. חיקוק בא להגנת הפרט הוא קובע נורמות שנועדו להגן על האינטרסים של הפרט. מנגד, יש חיקוקים שנועדו להגן על האינטרסים של המדינה. הוא הרחיב את זה, זה מנע מהרבה תובעים להסתמך על חוקים. הוא הרחיב את האפשרות של התובעים להסתמך על חוקים כללים, נותן הרבה יותר אפשרויות תביעה. הרחיב את האחריות של הרבה מאוד נתבעים, עד לאותו שלב נתבעים הצליחו לדחות את התביעות על בסיס הדרישה.  
יש הרבה חוקים שמגנים על הציבור אך גם על הפרט. כשהמחוקק חוקק חוק כללי על הציבור זה לא מונע מהבן אדם לתבוע ברמה האישית.  
יש חוקים שעושים את שני הדברים. למשל תקנות התעבורה שאוסרות לנסוע באור אדום, נקבע שזה לא מונע ולא חוסם את האפשרות לתבוע בעניין הפרת חובה חקוקה. דריסה כי לא עצר באדום. עבירה פלילית ואדם שנפגע יכול לתבוע על הפרת חובה חוקית.  
יש חוקים שמגנים עלינו כמדינה, מגנים על החברה הישראלית כמכלול.  
כך בעצם הרחיב את האפשרות להגיש תביעות בנזיקין.
- עשה מהפכה בדיני הנזיקין, לאפשר לנו אנשים שנפגעים בכל תחומים שבחיים, לתבוע את כל האנשים שמזיקים לנו.**
5. לדוגמא- חיקוק הקובע את רמת הבטיחות בעבודה נועד לטובת העובד, כי הוא מגן על האינטרסים של העובד לשלמות גופו.
  6. מנגד, חיקוק האוסר לפגוע בביטחון המדינה לא נועד להגן על האינטרס של הפרט אלא על אלו של המדינה.
  7. קיימים חיקוקים שמטרתם כפולה הכוללת הן כוונה להגן על אינטרסים של כל פרט ופרט והן כוונה להגן על אינטרסים של הציבור בכללותו (למשל, הוראות חוק בדבר איכותם של מוצרים, או הטלת חובה על רוקחים לשמור על רעלים).

8. יהא אשר יהא אופי החיקוק **תפקיד בית המשפט - לבחון את לשון החיקוק הספציפי**.
9. בנוסף, על בית המשפט לבדוק את המדיניות של המחוקק ולשאול את עצמו **אם הוראת החוק המסוימת באה להגן על האינטרסים של היחיד גם כאשר היחיד מהווה חלק מהציבור או קבוצה מסוימת**. (לאישור קביעה זו ראו: רע"א 7141/13 קונקטיב נ' דבוש, נבו, מיום 5.11.2015).
10. **יישום: ס' 50(6) לתקנות רישוי עסקים** (תנאי תברואה נאותים לבריכות שחיה), תשל"ג-1973 שקובע כי ליד הכניסה לבריכה ובכל חדרי ההלבשה יוצבו שלטים הקובעים כי הקפיצה למים מותרת רק בצד העמוק נועד להגן לא רק על האינטרס המשותף של כל הציבור אלא גם על האינטרס האישי של כל מתרחץ ולשמור על האינטרס שלו לשלמות גופנית.
11. הכרעה: הנתבעות הפרו את החובה החקוקה שהוטלה עליהן.

יישום עמדת ברק בפס"ד ועקנין:

- א. "מדוע אין התקנה באה להגן גם על הקופץ עצמו? כפי שכבר ציינתי, השאלה אינה, אם התקנות באו להעניק זכות תביעה לנפגע. השאלה היא, **אם התקנות מטילות חובה לטובת הנפגע**.
- ב. מדוע יש לפרש תקנות אלו באופן שחובה כזו אינה מוטלת? האם זוהי מטרת החקיקה? האם זוהי מדיניות משפטית רצויה? **האין זו מטרת החקיקה לקבוע אמות מידה וסטאנדרטים לנוהלן של בריכות, כדי להבטיח רמה מינימאלית של בטיחות, ביטחון וניקיון?**
- ג. **רמה זו לא באה בחללו של עולם, אלא היא באה למען המתרחצים, כל אחד בנפרד וכולם ביחד**. מדוע, אם כן, לא נועדה רמה זו לטובתו של המתרחץ? האם בהטלת אחריות אזרחית אנו פורצים גדרות ומטילים חובות, שבעלי הבריכות לא יוכלו לעמוד בהן? או שמא אנו מבטיחים על-ידי כך את האינטרסים הראויים של הפרט הנפגע, ובעקיפין גם מבטיחים קיומו של הדין?
- ד. דעתי היא, **כי החובה להתקין שלט ולקבוע בו הוראות בעניין קפיצה למימי הבריכה היא חובה, שנועדה, בין השאר, להגן על כל מתרחץ ומתרחץ ולשמור על האינטרסים שלו לשלמותו הגופנית**. מכאן, כי תקנה 50(6) היא תקנה "שנועדה לטובתו" של התובע...."

ג. **יסודות 3 ו-4:**

1. **(3) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו** – המזיק הפר את החובה המוטלת עליו, בין אם היה זה במעשה, לדוגמה העניק רשיון כשלא צריך היה (פס"ד לוי), או במחדל שלא הציב שילוט בבריכה (פס"ד ועקנין).
2. **(4) ההפרה גרמה לניזוק נזק** - יש להוכיח כי הפרת החובה החקוקה היא זו שגרמה לנזק. כלומר, צריך להתקיים **קשר סיבתי** בין הפרת החובה לבין הנזק. בנוסף, על הניזוק להוכיח כי אכן נגרם נזק.

מבחן סיבתי - הקשר בין ההתנהגות הלא תקינה לבין הנזק. צריך לקשור בניהם, אם אין קשר התביעה בנזיקין תדחה. קשר סיבתי מופיע בכל העוולות בכל התביעות.

3. 1) **מבחן קשר סיבתי-עובדתי: מבחן האלמלא** - האם עובדתית הפרת החובה החוקית גרמה לנזק, או האם ללא הפרת החובה היה נגרם נזק?

האם ברמה העובדתית, האם ללא התנהגות נגרם נזק?

4. **2) מבחן קשר סיבתי-משפטי:** מבחן הסיכון (**ועקנין**)- מהם אותם סיכונים שאותם ביקש המחוקק למנוע? אם הנזק הוא תוצאה של התממשות של אחד הסיכונים האלה אז מקיים קשר סיבתי משפטי.  
הוא בא ואומר, אני רוצה לבדוק מבחינה משפטית, האם הסיכון שאני יצרתי, הוא אותו סיכון שהמחוקק ביקש למנוע אותו?  
השאלה, מה סל הסיכונים שהתנהגות המסוימת עלולה ליצור?
5. יישום מבחן הסיכון – פס"ד ועקנין:
- א. **סעיף 50(6) לתקנות רישוי עסקים:** "ליד הכניסה לחצרי הבריכה ובכל חדרי ההלבשה יוצבו שלטים ועליהם הוראות למתרחצים, כלהלן: (6) הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק".
- ב. **השופט ברק:** "בעניין שלפנינו, באה תקנה 50(6) לתקנות הרישוי למנוע את הסיכון הנובע לקופץ למימיה הרדודים של הבריכה.
- ג. אמת הדבר, **אין זה הסיכון היחיד**, אשר התקנה באה למנוע, שהרי האיסור אינו מוגבל לקפיצה למים רדודים, והוא משתרע אף על קפיצה במים העמוקים.
- ד. עם זאת, **סיכון של קפיצה למים רדודים הוא בוודאי אחד הסיכונים** - ואולי החשוב שבהם - אשר החקיקה באה למנוע.
- ה. **הנזק אשר התרחש הלכה למעשה הוא במסגרת "מיתחם הסיכון"**. התוצאה, אותה ביקש מחוקק המשנה למנוע, היא התוצאה אשר התרחשה הלכה למעשה. בנסיבות אלה...יש לקבוע כי הקשר הסיבתי המשפטי בין הפרת החובה לנזק התקיים."

ד. **הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליו התכוון החיקוק:**

- יש לבחון מה היתה מטרת החיקוק כשהוא בא להטיל חובה מסויימת.
- האם החיקוק נועד להגן על הניזוק בנסיבות שבהן נגרם הנזק?**
- ע"א 404/79 בריגע נ' ש.ט.ר חברה קבלנית:** התובע שעבד באתר בנייה היה צמא. הוא ניגש לברז לכיבוי שריפות וליד הברז היה ארגז ובו סיד. כשהתובע החל לשתות, התיזו המים על עובד אחר שעבד בסמוך. אותו עובד התרגז, ניגש לארגז הסיד והתיז מהסיד על התובע וגרם לו נזק גוף.
- החיקוקים:** ס' 136 לפקודת הבטיחות בעבודה וס' 91 לתקנות הבטיחות בעבודה (עבודות בנייה) קובעים שיש להתקין ולקיים אספקה ראויה של מי שתיה לעובדים וכי יש למנוע נפילה של עובדים לבורות סיד.
- בית המשפט:** המטרה של החיקוקים לא היתה למנוע נזק שעלול להיגרם ע"י התזת סיד מכוונת על פניהם של עובדים צמאים ולכן אין עילה של הפרת חובה חקוקה.

6. ע"ע 2351/90 לסלאו נ' אמיל ג'מאל

- (1) רקע: 3 דיירים תבעו בגין הח"ח את בעל הבניין שבו התגוררו על סירובו לתקן ליקויים, התנהלות אשר הובילה להוצאת צו של העירייה להריסה הבניין ופינוי הדיירים.
- (2) סעיף 68(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972:
- (3) "בעל הבית חייב לתקן את התיקונים הדרושים להחזקת הבית במצב תקין וראוי לשימוש, כמפורט בתקנות... חוץ מתיקונים באותם חלקי הבית שהם בשימוש הייחודי של הדייר."
- (4) הנשיא שמגר:
- (5) "היסוד החמישי לאחריות בגין הפרת חובה חקוקה הוא, כי הנזק אשר נגרם הוא מסוגו או מטבעו של הנזק אשר החיקוק התכוון למנוע. אשר לכך ברור, כי בסעיף 68(א) הנ"ל ביקש המחוקק למנוע מצב בו הבית יהיה בלתי ראוי לשימוש, וכי זהו הנזק אשר אירע בפועל למשיבים, אשר לא יכלו עוד, לאור מצבו הקשה של הבית, להמשיך ולהתגורר בו. לפיכך, ההתאמה הנדרשת בין סוג הנזק שנגרם בפועל ובין סוג הנזק אשר המחוקק ביקש למנוע התקיימה."
- ה. הניזוק לא יזכה לתרופה בגין נזקו אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון להוציא תרופה זו – טענת הגנה:
1. יסוד זה מצמצם את היקף הסעיף: על בית המשפט לבדוק האם החיקוק לא התכוון עפ"י הפירוש הנכון להגביל את האפשרות של התובע-הניזוק לקבל סעד בנזיקין על בסיס הפרת חובה חקוקה.
2. כלומר, על בית המשפט יהיה לבדוק האם הסעד שהחיקוק שהופר נותן לא מונע למעשה את האפשרות לפסוק פיצויים לתובע-הניזוק עפ"י פקודת הנזיקין.
3. ניתן לטעון כי כשחיקוק מסויים מעניק סעד אזרחי (למשל, צו מניעה) זה מלמד על כך שהחיקוק התכוון לשלול אפשרות של הגשת תביעה על בסיס הפרת חובה חקוקה. אבל, אין זה נכון תמיד.
4. המחוקק מעניק כאן שיקול דעת רחב לבית המשפט המשמש כפרשן של דברי חקיקה. בתי המשפט יערבו שיקולי מדיניות משפטית וחברתית.
5. ע"א 2351/90 לסלאו נ' אמיל ג'מאל:
- כאמור, סעיף 68 לחוק הגנת הדייר קובע: "בעל בית חייב לתקן את התיקונים הדרושים להחזקת הבית במצב תקין וראוי לשימוש... חוץ מתיקונים באותם חלקי הבית שהם בשימוש הייחודי של הדייר."
- התקנות שהותקנו מכוח חוק זה קובעות כי על בעל הבית לתקן סדקים בקירות, פגמים במבנה, בקירות החיצוניים ובמעקות. בהוצאות התיקון חולקים שני הצדדים בחלקים שווים.
- החוק מעניק שני סעדים לדייר כנגד בעל בית שאינו עומד בתנאי סעיף 68:
- (1) אפשרות לפנות לבית הדין לשכירות בבקשה שבית הדין יורה לבעל הבית לתקן או למנות אדם אחר שיתקן ולגבות את התשלום מהדייר ומבעל הבית.

(2) לתקן את הליקוי בעצמו ולתבוע החזר של 50% מבעל הבית.  
בעל הבניין הנתבע טען כי סעדים אלה מונעים למעשה מהדיירים לתבוע אותו בעילה של הפרת חובה חקוקה.

- א. הסעדים הקבועים בחוק נועדו להביא לכך שבידי הדייר יהיו אמצעים שבעזרתם הוא יוכל להתגבר על סרבנות בעל הבית לתקן את הבניין.
  - ב. אבל, אמצעים אלה **מוגבלים**. הם לא פותרים מצב שבו בפרק הזמן שחלף מאז שנוצר הצורך בתיקון ועד שהפגם תוקן, הוחמר מצב הבית ולא נקבע מי יישא בסיכון של החמרה זו.
  - ג. בנוסף, אין בחוק מענה לדיירים שמצבם הכלכלי לא מאפשר להם לשאת בעלויות המלאות של התיקון (ורק לאחר מכן לתבוע החזר מבעל הבית).
  - ד. אם ייקבע שהסעד שבחוק ממצה, הדבר עלול להוביל להדרדרות במצבם של בתים ולהטלת העלויות על הדיירים. מצב זה לא מוצדק נוכח החובה החוקית המוטלת על בעלי בתים לתקן ליקויים.
  - ה. בנוסף, הסעדים הקבועים בחוק אינם מוציאים מכלל אפשרות שייגרם נזק עקב הפרת החובה שבחוק ומכאן שיש עילה בהח"ח לקבלת פיצוי בנזיקין.
- התביעה התקבלה.**

• המצב המשפטי כשבחוק יש סנקציה פלילית:

האם כשיש בחיקוק איסור פלילי ועונש בצידו לא ניתן לתבוע בעילה של הח"ח?

- הש' **נתניהו**, פס"ד **סולטאן**: קיומה של סנקציה פלילית אינו שולל את אפשרות התביעה בגין הפרת חובה חקוקה: "**ס' 181** (אשר אסר על גבר להתגרש מאשתו ללא פסק דין של בית דין דתי) לא הרחיק עד כדי התערבות בדין האישי לעניין תוקפם של גירושין, שנעשו בניגוד לאיסור הכלול בו. הוא אסר את המעשה והטיל סנקציה פלילית על עושהו. אך אין להסיק מכאן, כי התכוון למנוע מהאישה סעד אזרחי. נהפוך הוא, **אם נמנע המחוקק מלחדור לתחום הרגיש של יחסים ממון ... נמצאת האישה מקופחת. היא מאבדת את מעמדה כאישה נשואה ומפסידה את זכויותיה הממוניות, כאישה נשואה. אם המחוקק שם לו למטרה למנוע קיפוחה של האישה, אך לא התערב בפגיעה שהיא נפגעת... מדוע ניחס לו את הכוונה, כאילו הוא בא לשלול ממנה גם את העילה הנזיקית בשל אותה פגיעה?"**
- אחת ההתפתחויות החיוביות של השימוש בעוולה זו היא שהיא מאפשרת להגן על אינטרסים שקשה אחרת להגן עליהם כמו סחר בנשים, אלימות במשפחה ואלימות כלפי ילדים. הפרת חובה חקוקה מאפשרת להגן על אינטרסים של ניזוקים מקבוצות חלשות בחברה. (ראו גם: ע"א 7141/13 **קונקטיב נ' דבוש**, נבו, מיום 5/11/2015).

ו. הפרת חובה חקוקה וחוקי היסוד:

1. **האם הפרת סעיף בחוק יסוד יכולה לשמש עילה בהפרת חובה חקוקה? למשל, האם הפרת הזכות לכבוד או שיוויון מקנה פיצוי בהפרת חובה חקוקה?**
2. **פרופ' ברק-ארז**: יש עוולות חוקתיות שניתן לבסס עליהן תביעה בגין הפרת חוקי יסוד.



3. פרופ' א' ברק: תחולה של חוקי היסוד במשפט הפרטי אינה אוטומטית. אבל, תביעה בעוולה של הפרת חובה חקוקה בגין הפרה של זכות בחוק יסוד הינה אפשרית.
4. ע"א 10508/08 דור זהב נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה ת"א: סעיף 3 לחוק יסוד: כבה"א וחירותו ("אין פוגעים בקניינו של אדם") אינו מהווה חובה חקוקה שעל בסיסה אפשר לתבוע לפי סעיף 63 לפקודה. זוהי חובה כללית ועקרונית ולא ספציפית ומוגדרת. (השופט דנציגר; ריבלין ורובינשטיין הסכימו).
5. ע"א 8489/12 פלוגי נ' פלוגי, השופט עמית: "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אכן מהווה מקור זכות לכבוד ולפרטיות, אך שימוש ישיר בזכות זו כעילת תביעה, בבחינת "עוולה חוקתית" טרם הוכר במשפטנו, וגם השימוש בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמקור להפרת חובה חקוקה נדחה בפסיקה."

בימ"ש החליט שאי אפשר לתבוע בגין הפרת חובה חקוקה על הפרת סעיף של חוק יסוד. צריך על סעיף ספציפי.

#### ז. הפרת חובה חקוקה – סיכום

1. העוולה של הפרת חובה חקוקה היא עוולת מסגרת אשר מאפשרת להטיל אחריות בנזיקין על בסיס חובות חוקיות שמוטלות מחוץ לדיני הנזיקין.
2. מכאן, עוולה זו מרחיבה את היקף האחריות בדיני הנזיקין להיבטים מגוונים של תחומי החיים, כאשר היקף האחריות נקבע ע"י הפסיקה.
3. כדי להוכיח את קיומה של העוולה יש להוכיח כי מדובר בחובה חוקית מפורשת, כי החובה נועדה להגן על הפרט הניזוק, כי ההפרה אכן גרמה נזק, כי הנזק שנגרם מוגן ע"י סעיף החוק שעליו מסתמכים וכי החוק שהטיל את החובה לא נותן סעד אחר השולל למעשה את הטלת האחריות בנזיקין.
4. בשלב זה, בית המשפט העליון אינו מכיר בזכויות המוכרות בחקיקת היסוד כבסיס לתביעות בנזיקין בעילה של הפרת חובה חקוקה.

22.11.17

#### שיעור 4 – רשלנות: חובת זהירות

##### 1. עולת הרשלנות בפקודה:

א. סעיף 35 לפקודה:

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

מעשה שרובנו לא היינו עושים. לא אומר מה הסטנדרט, מתי תוטל אחריות ומי יקבע מה רובנו היינו צריכים לעשות. זה כללי מידי.

ב. סעיף 36 לפקודה:

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

## 2. הקדמה

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת והיא העולה המרכזית ביותר בפקודה. הרשלנות מתפרשת באופן אובייקטיבי, כלומר בוחנים האם המזיק סטה מרמת התנהגות כללית הנקבעת עפ"י ההתנהגות של האדם הסביר באותו תחום.

א. השאלה: מהי התנהגות סבירה?

- 1) בית המשפט קובע מהי התנהגות **סבירה** ומהי התנהגות בלתי סבירה. ← רק כאשר בימ"ש קובע את הסטנדרט של ההתנהגות אנחנו התובעים יכולים למקם את עצמנו. המילה סביר היא בכוונה, לתת את שיקול הדעת הרחב מאוד לבימ"ש והגדרה לבימ"ש העליון. מכאן, לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד.
- 2) האדם הסביר מוגדר ע"י בית המשפט **בהתאם לתחום הרלבנטי**.
- 3) על האדם הסביר **לנקוט באמצעי זהירות סבירים אבל לא מוחלטים** למנוע נזק.

**לדוגמא**, מרופא נדרשת רמת זהירות שרופא סביר היה נוקט בה ולא רמת זהירות של הרופא הטוב והזהיר ביותר.

ב. **Donoghue v Stevenson (1932)** :

- 1) גבי דונגהיו שתתה בירה מבקבוק כהה כשישבה בבית קפה עם חברתה.
- 2) בתחתית הבירה נמצאו חלקי חילזון וגבי דונגהיו שמה לב לכך רק לאחר ששתתה כמות ניכרת מתוכן הבקבוק. היא חשה ברע ורצתה לתבוע בגין נזקיה.
- 3) לגבי דונגהיו התובעת לא היתה עילה חוזית מול היצרן שכן לא הוא זה שמכר את הבקבוק לתובעת (אלא בעל בית הקפה).
- 4) מנגד, גבי דונגהיו התובעת לא רכשה את הבקבוק מבית הקפה אלא חברתה ולכן לא היתה לה עילת תביעה חוזית כנגד הבעלים של בית הקפה.
- 5) חברתה של התובעת לא שתתה מהבקבוק ולכן לא ניזוקה (ולא תבעה). פס"ד של הלורד אטקיין :
- 6) היצרן **חב בחובת זהירות** כלפי התובעת שקנתה את בקבוק הבירה שייצר.
- 7) **"הכלל שמחייב אותך לאהוב את שכנך הופך בדיני נזיקין לכלל שאוסר עליך לפגוע בו. עליך לנקוט באמצעי זהירות למנוע מעשים או מחדלים שאתה יכול באופן סביר לצפות שיפגעו בשכן. אבל מיהו השכן? התשובה היא אנשים אשר נמצאים בקרבה למזיק ומושפעים ישירות ממנו, מה שמטיל חובה על המזיק להיות מודע באופן סביר לאפשרות שהם כה מושפעים ממעשיו או מחדליו"**.
- 8) התביעה של גבי דונגהיו הוכרה ברוב של 3:2.
- 9) נקבע:

כשאדם **צופה** שמעשה שלו עלול לפגוע באדם אחר חובה **עליו** לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את אפשרות הפגיעה. מכאן, אם נגרם נזק כתוצאה מאי נקיטה באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע נזק צפוי, תוטל אחריות על המזיק.

קבע כלל שכל המדינות האחרות נוהגות לפיו – אנחנו חייבים להיזהר כי המעשים שלנו עלולים לפגוע באנשים אחרים. עלינו לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע זאת. גם כלפי אנשים לא קרובים ג"ג או שיש לנו קשר ישיר איתם בחוזה.

## 3. יסודות עוולת הרשלנות:

- א. 1) קיומה של **חובת זהירות** - המזיק **חב בחובת זהירות לניזוק**. על המזיק לנקוט באמצעי זהירות סבירים אם הוא צופה שייגרם נזק לניזוק.
- ב. 2) **הפרה של חובת הזהירות** - המזיק **התרשל והפר את חובת הזהירות** שחב לניזוק. אמצעי הזהירות שבהם נקט לא היו סבירים.
- ג. 3) **קיומו של נזק** – הניזוק **סבל נזק** כתוצאה ממעשי הרשלנות.
- ד. 4) **קשר סיבתי בין ההפרה לנזק** - התנהגותו הרשלנית של המזיק **ולא של גורם אחר היא זו שגרמה לנזק של הניזוק**.

\*\*תמיד יש שני צדדים. תביעה מול הגנה לשכנע את בימ"ש.

**א. יסוד הנזק:**

- 1) תביעה בגין רשלנות תוכר רק כאשר התובע סובל נזק.
- 2) מדובר בכל סוג נזק מוכר: **גופני, נפשי, כלכלי, לרכוש.**
- 3) **סעיף 2 לפקודת הנזיקין:** "נזק- אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".
- 4) **השופט ברק בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון:**

"הגדרה זו רחבה היא ... היא כוללת את כל סוגי הנזק, בין פיסי ובין שאינו פיסי. בין ממוני ובין שאינו ממוני. ביסוד ההגדרה עומדת המציאות המוחשית. היא משתרעת הן על נזק פיסי והן על נזק כספי; הן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שיש להן ביטוי פיסי, והן על פגיעה בתחושות גופניות ונוחות, שאין להן ביטוי פיסי. לא היה מקום, על-כן, מבחינת היקפו של המושג 'נזק', שלא לכלול בחובו שלילת נוחות גופנית, סבל נפשי ופחד, שאין להם ביטוי פיסי".

**ב. חובת הזהירות: החובה לנקוט בזהירות כלפי אדם אחר. חובת זהירות כללית, לא כתובה.**

זה אומר – החובה להיזהר, לנקוט כלפי אמצעי זהירות על מנת לא לגרום נזק לאנשים אחרים. זה לא אמצעי זהירות מוחלטים אלא רגילים, מצמצמים את האופציה של פגיעה.

- 1) יסוד החובה נדון רבות בפסיקה.
- 2) על הניזוק להוכיח כי **המזיק חב כלפיו בחובת זהירות: הנתבע חייב היה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע התרחשותו של נזק שאותו ניתן לצפות.**
- 3) עד לאחרונה היתה הסכמה כי סדר השלבים לניתוח עוולת הרשלנות הוא:
- 4) **(1) חובת זהירות**
- 5) **(2) הפרת חובת הזהירות (התרשלות)**
- 6) **(3) נזק**
- 7) **(4) קשר סיבתי**
- 8) בשנים האחרונות חלק משופטי בית המשפט העליון שינו את הסדר:
  - (1) התרשלות (הפרה), (2) חובת זהירות, (3) נזק ו- (4) קשר סיבתי.
 חלק משופטי העליון היו בדעה כי יש לבחון את יסוד ההפרה לפני יסוד החובה. כיום, הפסיקה מעדיפה את הסדר הרגיל של חובה-הפרה-נזק-קשר סיבתי אבל מאפשרת לבחון קודם את יסוד ההפרה ואז את יסוד החובה.
- 9) בפסיקה פותחו שתי גישות מרכזיות לניתוח חובת הזהירות: המודל של הנשיא ברק (פס"ד ועקנין), והמודל של הנשיא שמגר והשופט א' לוי (פס"ד לוי ושיתל).

- 10) **המודל של השופט ברק – חובת זהירות מושגית וקונקרטי:**
- 11) יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות מושגית = חובה עקרונית.** משמעותה האם כל האנשים במקצוע מסוים צריכים להיזהר מול האנשים שעובדים מולם. למשל רופא חייב לנקוט בזהירות כאשר הוא פועל מול החולים. **ברמה המשפטית. למשל פס"ד ועקנין – האם בעלי נכסים באשר הם חייבים לנקוט באמצעי זהירות על מנת לשמור כלפי כל מי שמבקר בנכס?**

- 12) יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות קונקרטית = חובה במקרה הספציפי.** אם התשובה לשאלה הראשונה היא כן, השאלה הבאה תהיה האם גם במקרה הספציפי יש חובה כזאת.

- האם במקרה הספציפי הזה היה צורך לנקוט?**
- 13) **חובה מושגית:** האם ביחס לסיכון מסויים קיימת חובת זהירות כללית.
  - 14) האם באופן כללי על **מזיק השייך לקבוצת מזיקים** מסויימת מוטלת חובה לנקוט באמצעי זהירות למנוע קיומו של סיכון שעלול להיווצר מהתנהגותו.
  - 15) **חובה קונקרטית:** האם ביחס **לניזוק המסויים בנסיבות הארוע** הנזיקי שארע קיימת חובת זהירות. האם **באופן ספציפי, בנסיבות המקרה,** על מזיק ספציפי מוטלת חובה לנקוט באמצעי זהירות למנוע קיומו של סיכון שנוצר.
  - 16) מודל חובת הזהירות של השי' ברק:

- (1) **חובת זהירות מושגית**
- (א) **צפיות טכנית-** האם ניתן לצפות עקרונית שייגרם נזק אם לא ינקטו אמצעי זהירות.
- האם כל בעלי הנכסים יכולים ברמת היכולת שלהם לצפות שייגרם נזק?
- (ב) **צפיות נורמטיבית-** האם **צריך** לצפות עקרונית שייגרם נזק אם לא ינקטו אמצעי זהירות.

**שאלה משפטית – האם היו צריכים אותם האנשים לצפות שמעשיהם עלולים לגרום נזק?**

האם צריך זה לא זהה להאם אדם יכול. זאת שאלה ערכית בבסיסה, כללים שהחברה מצפה מאנשים. זה שאנחנו יכולים לצפות זה לא אומר שזה מחייב לנקוט אותו באמצעי זהירות. פה נכנס תפקיד בימ"ש, הוא יגיד אם יש סכסוך משפטי, האם באמת צריך. האם כל בעלי הנכסים צריכים לצפות? לדוגמא בעניין הבריכה: האם בעלי בריכות יכולים לצפות שאנשים יחליקו בשפת הבריכה כי יש שם מים? ברור שהם יכולים לצפות. בעל בריכה גם יכול לצפות את זה. האם הוא צריך לנקוט באמצעי זהירות? הוא לא צריך. לדרוש ממנו שתמיד שפת בריכה תהיה יבשה זה לא אפשרי.

- (2) **חובת זהירות קונקרטי**
- (א) **צפיות טכנית**- האם ניתן היה לצפות בנסיבות המקרה שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות
- (ב) **צפיות נורמטיבית**- האם צריך היה לצפות בנסיבות המקרה שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות
- **אם התשובה לכל אחת מהשאלות הנ"ל חיובית, אז מבחן הצפיות מתקיים ויסוד חובת הזהירות מתקיים וניתן לעבור לבדיקת היסוד הבא- הפרה, כלומר לבחון אם הופרה חובת הזהירות.**

**חובה זהירות מושגית**

1. **שלב הבדיקה הראשון-** האם חב המזיק בחובת זהירות מושגית לניזוק: האם יש חובה עקרונית לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע נזק בתחום מסויים.
2. **התשובה לשאלה נקבעת ע"י מבחן הצפיות:** האם אדם סביר בתחום מסויים צריך היה לצפות באופן כללי שייגרם נזק לניזוק (לא כל נזק שניתן לצפות צריך לצפות).
3. **(1) האם קיימת צפיות טכנית-** האם ניתן היה באופן כללי ועקרוני לצפות שייגרם נזק מהסוג שנגרם.
4. **(2): האם קיימת צפיות נורמטיבית-** האם משפטית צריך היה המזיק כמי ששייך לקבוצה מסוימת לצפות באופן כללי ועקרוני שייגרם נזק מהסוג שנגרם.
5. במסגרת שלב זה בוחנים שיקולי מדיניות משפטית (התחשבות בחופש פעולה של הפרט-המזיק, הגנה על רכוש וגוף, השפעת פסק הדין על התנהגות האנשים בחברה, הנטל הכספי שיוטל על אנשים בעקבות פסק הדין).

שיקולי מדיניות בקביעת חובת הזהירות המושגית:

1. "נקודת המוצא העקרונית היא, כי מקום שניתן לצפות נזק, כעניין טכני, קיימת חובת זהירות מושגית, אלא אם כן קיימים שיקולים של מדיניות משפטית, השוללים את החובה.
2. שיקולים אלה של מדיניות משפטית באים לאזן בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה. בית המשפט מתחשב בצורך להבטיח חופש פעולה [של המזיק] מזה ובצורך להגן על הרכוש והגוף [של הניזוק] מזה. הוא מתחשב בסוג הנזק ובדרכי התרחשותו. הוא לוקח בחשבון את השפעת פסיקתו על דרכי התנהגותם של הבריות בעתיד. הוא שוקל את המעמסה הכספית, אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים בעקבות החלטתו. שיקולים אלה ואחרים מתאזנים בכור הכרתו השיפוטית של בית המשפט, תוך שהוא שוקלם במאזני צדק, ועל-פיהם הוא קובע את היקפה וגבולותיה של חובת הזהירות המושגית, אשר מהווה את השיקול במקבילית הכוחות." (הש' ברק, פס"ד ועקנין נ' מועצה מקומית בית שמש).
3. השופט צריך לקבוע מבחינת המדיניות המשפטית, איפה השופט חושב שאנחנו צריכים ללכת. ליותר זהירות או פחות. השופט צריך לשאול את עצמו ← על כפות המאזניים, שני שיקולים מרכזיים על רופאים, אחד זה שמירה על הנכסים שלנו שזה הגוף שלנו והשני, מה זה יעשה לצד המזיק? יכול להיות שזה יעשה

לו רע.

איזה סוג של נזק ← הסוג זה שיקול.

### ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:

1. עובדות: נער קפץ קפיצת ראש לבריכה במים רדודים. הנער נחבל בקרקעית הבריכה ונפצע באורח קשה (שיתוק חלקי). האם הבעלים ומפעיל הבריכה התרשלו?
2. האם יש להטיל חובת זהירות מושגית על בעלים של נכס (בריכה) כלפי מבקרים?
3. בעלות בנכס מטילה עקרונית חובת זהירות מושגית כלפי המבקר בנכס שכן בין הבעלים והמבקר יש יחסי שכנות וקרבה.
4. צפיות טכנית: הבעלים יכול לצפות שמבקר בנכס יפגע כתוצאה משהייתו בנכס!
5. צפיות נורמטיבית: הבעלים צריך לצפות שמבקר בכנס יפגע כי הבעלות בנכס יוצרת קשר וזיקה בין הבעלים לסיכון הנמצא בנכס. שיקולי מדיניות משפטית מובילים למסקנה שיש להטיל על הבעלים חובת זהירות מושגית כלפי המבקר.
6. שיקולי מדיניות: הבעלים לעתים יוצר את הסיכון (או לא מונע אותו), ומפקח על הנכס, הטלת חובת זהירות תעודד בעלים שיצר סיכון לנסות ולמנוע אותו.

### חובת זהירות מושגית של מפעיל בריכה

- ❖ צפיות טכנית: מי שמפעיל נכס (בריכה) יכול לצפות כעניין עובדתי שמבקר בנכס יפגע בעת שהותו בנכס.
  - ❖ צפיות נורמטיבית: שיקולים של מדיניות משפטית מובילים למסקנה שמפעיל בריכה צריך לצפות שמבקר בנכס יפגע:
  - ❖ למפעיל הנכס, בניגוד לבעלים של נכס שלא מחזיק בו, שליטה רבה בנכס ובסיכונים שיש בו ויש לו היכולת לפקח על הנכס שאותו הוא מחזיק ומפעיל בצורה ישירה. למפעיל יש למעשה שליטה יומיומית על הנעשה בנכס ובאפשרותו למנוע סיכונים ולהסירם.
  - ❖ מכאן, יש להטיל על הבעלים ועל המפעיל חובת זהירות מושגית, עקרונית כלפי מבקרים בבריכה (לרבות נערים כמו התובע).
- חובת זהירות מושגית עוסקת בשאלה עקרונית-כללית ולא במקרה מסויים:
    - האם המזיק השייך לקבוצת מזיקים מסויימת חב בחובת זהירות לניזוק השייך לקבוצה של ניזוקים מסויימים. אם כן- עוברים לבחון את מערכת העובדות הספציפית.
  - לכן, יש לבדוק לאיזו קטגוריה שייכים הצדדים (רופא-חולה, עובד-מעביד) שכן היקפה של החובה אינו זהה בכל הקטגוריות.
  - בעוד שבקטגוריה אחת חובת הזהירות עשוי להיות רחבה חובת הזהירות בקטגוריה אחרת עשויה להיות מצומצמת.
  - לדוגמא חובת הזהירות של מעבידים היא רחבה אבל חובת הזהירות של המדינה אינה רחבה כיוון שיש תחומים שבהם אין חובה.

### חובת זהירות קונקרטי

- שלב הבדיקה השני: האם בנסיבות המקרה יש מקום להטיל על המזיק המסויים חובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כלפי הניזוק המסויים.
- קביעה עקרונית שבעלים ומפעיל של נכס חבים בחובת זהירות למבקרים אינה מסיימת את הליך הבדיקה שכן אין זה אומר כי בנסיבות המסוימות של המקרה בו נפגע המבקר בנכס יש מקום להטיל חובת זהירות.
- לכן, יש לבדוק אם בין המזיק והניזוק המסויימים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה קמה חובת זהירות קונקרטית בגין הנזק הספציפי שהתרחש.
- בעוד שחובת זהירות המושגית עוסקת בקטגוריות של מזיקים (מעבידים, רופאים), ניזוקים (עובדים, חולים), סוגי נזק (נזק גוף) ופעולות (מעשים או מחדלים), היא לא עוסקת בעובדות הספציפיות של המקרה.

- כשמגיעים לדון בשאלה של חובת זהירות קונקרטיית בוחן בית המשפט את הנסיבות המסוימות של המקרה.

#### השופט ברק – חובת זהירות קונקרטיית בפס"ד ועקנין

- לא כל נזק שצפוי טכנית צפוי נורמטיבית, כלומר נזק שיש לנסות ולמנועו.
- חיי היומיום מלאים סיכונים שלעיתים מתממשים וגורמים נזקים. אבל לא בכל המקרים יוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנוזיקין.
- הסיבה: יש סיכונים טבעיים וצפויים בעת שעוסקים בפעילות מסוימת ובגינם יש לקבוע כי חובת זהירות קונקרטיית אינה מוטלת, כלומר כי אין צורך להטיל על המזיק חובה משפטית לצפות את התרחשות הנזק.
- אם נזק מסוג זה בכל זאת מתרחש, אין להטיל בגינו חובת זהירות. יש סיכונים סבירים שאנשים לוקחים בחשבון כשהם עוסקים באותה פעילות.
- אין הכוונה לכך שניזוקים מקבלים על עצמם סיכונים, אלא שאין להטיל אחריות בגין התממשות סיכונים סבירים אלה בשל שיקולים של מדיניות משפטית.

#### מהו סיכון בלתי סביר?

- חובת זהירות תוטל רק בגין סיכון בלתי סביר.
- סיכון בלתי סביר הוא סיכון צפוי שהחברה רואה אותו במידת חומרה יתרת, באופן שהיא דורשת כי יינקטו אמצעי זהירות סבירים כדי למנוע אותו.
- השופט ברק בפס"ד ועקנין: מי שמתרחץ בבית מרחץ לא יכול להתלונן שהרצפה חלקה, שכן זה סיכון מחיי היומיום שיש לחיות איתו.
- השופט ברק בפס"ד ועקנין: הסיכון בקפיצת ראש במים רדודים הוא רב ואינו חלק מהסיכונים המהווים חלק משגרת החיים או מחווית השהייה בבריכה, אלא זהו סיכון בלתי סביר, שכן הוא חמור בהיקפו. לאור זאת, חובה על המפעיל לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע סיכון שכזה.
- שיקולי מדיניות: אינטרס שלמות הגוף של הניזוק גובר על חופש הפעולה של המזיק, התועלת בקפיצה מועטה ואמצעי המניעה פשוטים וזולים.

#### מודל החובה של ברק – סיכום

- שלבי תהליך הבדיקה:
- (1) האם קיימת חובת זהירות מושגית? – שאלה כללית והיא ברמה עקרונית. ברמה של האם הנתבע ששייך לקבוצה מסוימיית, כולם חייבים להזהר אל מול הקבוצה שאליה שייך התובע?  
(א) צפיות טכנית (האם ניתן היה לצפות שחוסר זהירות יגרום נזק)?  
(ב) צפיות נורמטיבית (האם צריך היה לצפות שחוסר זהירות יגרום נזק)?
- (2) האם קיימת חובת זהירות קונקרטיית?  
(א) צפיות טכנית (האם ניתן היה לצפות את הנזק בנסיבות המקרה)?  
(ב) צפיות נורמטיבית (האם צריך היה לצפות את הנזק בנסיבות המקרה)?

רק אם התובע מוכיח את התקיימותם של כל הרכיבים הנ"ל תוטל חובת זהירות.

- **כיום, במרבית המקרים אין צורך לבדוק אם יש חובת זהירות מושגית, כיוון שזו כבר הוכרה בפסיקה.** רק כשחובה עקרונית בתחום מסוים טרם הוכרה בפסיקה (סוג מקרים חדש, יחסים חדשים) בודקים את קיומה של חובת זהירות מושגית.
- **ההתמקדות במרבית המקרים כיום תהיה בשלב השני-** האם בנסיבות המסוימות של המקרה קמה חובת זהירות קונקרטיית.

סיכוי סביר זה סיכוי שקשור לפעילות עצמה שאנחנו החלטנו להיות מעורבים בה, למשל, פעילות ספורטיבית מסוימת. אם הסיכון שייך לפעילות, זה טבעי. אם הסיכוי הוא לא טבעי והנזק שלו הוא חמור וקשה, אז פה הוא יהיה בלתי סביר.

### **הביקורת של הנשיא שמגר – מתבסס על המודל של ברק אבל רוצה לשנות:**

ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי: האם המפקח על הביטוח במשרד האוצר התרשל בכך שלא הפסיק במועד את פעילותה של חברת הביטוח שביטחה את השימוש ברכב שפגע במנוח ובכך מנע מבני משפחתו לקבל פיצוי בגין מותו בתאונה?

הנשיא שמגר:

**אין צורך להוכיח שקיימת חובת זהירות מושגית:**

"השאלה המובאת לפני בית המשפט עוסקת תמיד ביחס בין מזיק ספציפי לניזוק ספציפי, בגין פעולה ספציפית וכתוצאה מנזק ספציפי שנגרם לניזוק. בית המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא, אלא בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים שבהם מדובר.

ניתן לומר אפוא, שבית המשפט אינו עוסק בקביעה אם קיימת חובת זהירות, אלא שהשאלה היא, בדרך כלל, מהו היקפה של חובת הזהירות באותו מקרה: האם היא כוללת פעולות מסוימות? האם היא כוללת נזקים מסוימים? האם היא מתייחסת לניזוקים הספציפיים?"

צריך לעזוב את חובת הזהות המושגית וללכת ישר לשלב השני שהופך להיות השלב הראשון.

### **מודל חובת הזהירות של הנשיא שמגר**

בא ואומר שהעניין העקרוני הוא לא חשוב והוא לא מסנן לתיקים. בשביל לסנן תיקים, הוא בא ויוצר דרישה נוספת שלא הייתה, הייתה נחבאת אצל ברק – נקראת **שכנות בין התובע ונתבע**. הרבה פעמים קל להוכיח, למשל רופא וחולה. יהיו הרבה תביעות בהן קשה להוכיח את אותו יחסי קרבה. הנתבעים הם לא הגורמים הישירים של הנזק. בניזוקין תובעים את בעל הכיס העמוק על מנת לפצות את הנפגע.

**יש צורך בהוכחת חובת זהירות קונקרטית במקרה המסויים:**

(1) **צפיות טכנית** (האם **ניתן** לצפות קרות נזק במקרה מסויים),

(2) **צפיות נורמטיבית** (האם **צריך** לצפות את קרות נזק) במקרה המסויים:

(א) שיקולי מדיניות שמקורם בדיני הנזיקין (**קרבה ושכנות**)

(ב) שיקולי מדיניות מחוץ לדיני הנזיקין (**האם הוגן, צודק וסביר להטיל חו"ז בנסיבות המקרה**).

ממודל של 2 על 2, הוא הופך את זה למודל משולש. זה מתבסס ממשפט באנגליה. המשפט הנזיקי הוא ירושה מהמנדט.

**יש השפעה רבה למה שקורה באנגליה, שמגר מושפע ממה שקורה באנגליה.**

### עיקר המודל של הנשיא שמגר

1. **(1) האם יש צפיות טכנית-** האם יכול היה המזיק המסויים (הנתבע) לצפות כי התנהגותו תסב לניזוק המסויים (התובע) נזק אם לא ינקוט באמצעי זהירות?  
**אם כן,**
2. **(2) האם יש צפיות הנורמטיבית-**
3. **(א) האם יש בין הניזוק למזיק יחסי שכנות וקרבה?** לרוב התשובה חיובית כשמדובר בצדדים שיש להם קשר ישיר, כמו רופא-חולה, עובד-מעביד.  
לאחר שהוכיח התובע כי מבחני הצפיות והשכנות מתמלאים-
4. **(ב) שיקולי מדיניות-** האם יהיה צודק, הוגן וסביר להטיל חובת זהירות על המזיק הספציפי בגין הנזק שנגרם לניזוק? כאן יש לבחון שיקולי מדיניות שעשויים לשלול הטלת חובת זהירות (למשל, חופש הפעולה של המזיק).

ברק הרחיב יותר מידי את האחריות של נתבעים בנזיקין, הוא פתח את הדלת יותר מידי לרווחה. שמגר מנסה לאזן אחרי שברק נתן אופציה לכולם לתבוע.  
הוא הוסיף פה דרישה שלא הייתה קיימת אצל ברק – הדרישה לשכנות. זאת לא דרישה חדשה.

לדוגמא, תביעות כנגד המשטרה. בגין, העובדה שהמשטרה לא הצליחה לאכוף את החוק במקום מסוים. אנשים שנפגעו מעברין, תבעו את המשטרה ולא את מי שפגע בהם. היא נגד מי שעמד מאוחר העברין שהיה אמור לתפוס אותו.  
**לפי המודל של שמגר** – קשה להוכיח שכנות וקרבה של המשטרה. השינוי נובע על מנת לצמצם קצת.

### על יחסי שכנות וקרבה

1. המטרה של דרישת השכנות- לצמצם את היקף החובה של המזיק רק כלפי ניזוקים מסויימים (לא להגביל יותר מידי את חופש הפעולה של אנשים).
2. לרוב, ניתן להסיק על קיומם של יחסי שכנות קרובים בין הניזוק למזיק: כשמדובר בנזק פיזי שנגרם לניזוק כתוצאה ממעשה רשלני ישיר של המזיק שעליו מוטלת החובה העקרונית לנהוג בזהירות כלפי הניזוק (רופא – חולה, מעביד – עובד).
3. אבל, יש מקרים שבהם הפעולה היא רחוקה יותר ולא ישירה למשל בנזק שנגרם ע"י אדם אחר (צד שלישי). אז יש לבחון בנפרד האם יש שכנות.
4. דוגמאות של יחסים יותר רחוקים:
5. - האם המשטרה חבה בחובת זהירות כלפי קורבן של עבירה שבוצעה ע"י עברין?  
6. - האם על המשטרה לנקוט באמצעי זהירות למנוע נזק שצפוי מהתנהגות עברין?  
7. - האם רופא חב בחובת זהירות כלפי בת זוג של חולה איידס שלא מגלה לבת זוגו?

### הקריטריונים לקביעת שכנות

1. **(1) תחום הפעולה שבה מדובר-** היקף האחריות והקרבה תלויים בתחום המסוים. לדוגמא, האם האחריות מוטלת על המזיק כבעל נכס או כאיש מקצוע.
2. **(2) האם מדובר במעשה אקטיבי או במחדל-** קל יותר להוכיח קרבה כשאדם פועל באופן אקטיבי (למשל, כשרופא התרשל בביצוע ניתוח). כשאין לאדם חובה לפעול (למשל, להציל אדם שטובע), ואותו אדם לא פעל, לא תמיד תוטל חובת זהירות.  
האם זה משהו אקטיבי – רופא מזריק למטופל שלו, או פסיבי – אדם רואה אדם הולך לכיוון מסוכן ולא מזהיר אותו.  
אם אדם פסיבי – אין מקום לחובת זהירות. הוא רק לא הזהיר, הוא לא דחף לכיוון המים העמוקים.  
שאלה חשובה – חשובה באופן האקטיבי של המעשה.
3. **(3) האם הנזק נגרם ע"י אדם אחר ולא ע"י הנתבע-** קל יותר להוכיח קרבה מול המזיק הישיר.  
השאלה: אם הנתבע גרם לנזק או שמא לנזק גרם אדם אחר? עקרונית, אין להטיל על ראובן חובה



למנוע משמעון לפגוע בלוי. החריג: כשלאובן יש שליטה על שמעון או על מקור הנזק- אז ניתן להוכיח קרבה ולהטיל חו"ז.

4. (4) האם הנזק שנגרם הוא נזק פיזי או נזק כלכלי טהור- קל יותר להוכיח קרבה כשהפגיעה היא בגופו של אדם הזוכה להגנה חזקה יותר מפגיעה באינטרס כלכלי.  
דיני נזיקין מגנים הכי טוב על נזק גוף. ככל שהחשיבות של הנזק פוחתת, למשל גם נזק נפשי  
דיני הנזיקין מגנים בצורה פחות טובה.  
המסקנה שדיני נזיקין מגנים פחות טוב על נזק נפשי.

← אלה קריטריונים מנחים לקביעה המשפטית אם יש קרבה ושכנות.

#### קריטריונים נוספים לבדיקת יחסי שכנות

1. האם יכול המזיק לזהות את הניזוק המסויים כחשוף לסיכון כתוצאה מהתנהגותו- כדי להוכיח קרבה ושכנות ניתן להסתפק ביכולתו של המזיק לזהות את הניזוק כחלק מקבוצה קטנה ומוגדרת של ניזוקים פוטנציאליים. אין דרישה מהניזוק להוכיח כי המזיק היה צריך לזהות אותו במדויק.  
 רופא מאבחן שאדם חולה במחלת מין מדבקת. הרופא יודע שהחולה שלו אם הוא לא יספר לבת הזוג של על המחלה וישתמש באמצעי מניעה הוא עלול להדביק אותה.  
 השאלה פה ← האם אותו רופא צריך לשאת באחריות כלפי בת הזוג? הרופא לא יודע ולא מכיר את בת הזוג. ברגע שנתבעים יודעים לזהות קבוצה מוגדרת של אנשים שעלולה להפגע, זה עלול להוביל את בימ"ש למסקנה שיש יחסי קרבה ושכנות.  
 לפעמים יש אנשים חולי נפש שהולכים להיות אלימים. פסיכיאטר שמאבחן זאת, צריך לידע את בני המשפחה הקרובים כי הם נמצאים בסכנה הגבוהה ביותר.  
 מקרה בארה"ב – חבר של אישה רצח אותו כי היא נפרדה ממנו. ההורים תבעו את הפסיכיאטר ← אמרו, גם אם הוא לא ידע את הזהות האישית, לפחות ידע שיש בת זוג. צריך היה לנקוט באמצעים יותר ממה שהוא עשה על מנת להזהיר.
  2. האם יודע המזיק כי הניזוק יסתמך על התנהגותו- כשניתן להוכיח שהמזיק יודע שאדם או קבוצה של אנשים תסתמך על התנהגותו אז ניתן להוכיח יחסי קרבה. כשמדובר בנזק כלכלי טהור-ההסתמכות על עצת המזיק הינה לאותה מטרה שלשמה ניתנה אותה עצה.
  3. כאשר מדובר בפעולה שלטונית (של גוף ממשלתי)- יש לבחון אופי הפעולה:  
יש לממשלה יכולת שליטה אבל היא מועטה באופן יחסי. למשל יש תפקידי ממשלה שונים שהם צריכים לפקח על גופים שונים, פרטיים או ציבוריים אחרים. לבוא ולטעון שיש שכנות בין אדם שהוא רק מפקח, זה יותר קשה מלתבוע אדם שבאמת לא סיפק לך את מה שצריך.  
יש לפעמים שהמדינה שולטת בצורה כמעט מוחלטת בהתנהלות שלנו. למשל, לצאת מישראל, המדינה שולטת בצורה מוחלטת, אי אפשר לצאת ללא רשות.  
אם אנחנו רוצים לסוע לחו"ל אנחנו עוברים בביקורת דרכונים.  
במצב כזה, אם אדם הצליח לצאת/להתחמק מהמדינה ובשל כך גרם נזק לאדם אחר. אותו אדם יכול לתבוע את רשות ההגירה.  
הייתה אישה שניהלה סכסוך גירושין עם בעלה והוא קיבל פס"ד גירושין. הוא ברח לארה"ב, היא הוציאה צו עצירה מהארץ והפקיד לפני הדיוטיפרי נתן לה לצאת.  
היא תבעה את משטרת ישראל, פה השופט ברק קובע שהמשטרה חייב בהקשרים האלה כי יש לה יכולת שליטה כמעט מוחלטת. המדינה יכולה להגיד לנו אם אפשר לצאת ולהכנס.  
כאשר תתקלו בתביעה נגד המדינה, לפעמים שחשבתם ברור שהמדינה היא שכנה שלו, זה מאוד תלוי בתחום ועל מה אנחנו מדברים, מה המדינה הייתה צריכה לעשות?
- א. פיקוח ושליטה מועטה (על התנהלות גופים אחרים, כמו פיקוח על ענף הביטוח)
  - ב. פיקוח ושליטה רבה (עיצוב יציאה מהארץ, אכיפת החוק בגן ציבורי)
  - ג. פעולה המלווה בשיקול דעת לרשות (האם להתיר בניה באזור מסויים)
  - ד. כשמדובר בפיקוח עם שליטה רבה תתקיים דרישת השכנות

6.12.17

**יסוד 3 – על שיקולי מדיניות**

עד עכשיו ראינו שהמזיק יכול להעריך שאם הוא לא ינקוט באמצעי זהירות יקרה לו נזק. אחר"כ ראינו שהוא שכן, ז"א שהמעשים שלו ישפיעו לרעה. יש שיקולים עכשיו דווקא לא להכיר ביחסי השכנות. איזה שיקולים ימנעו את הטלת החובה.

1. **השפעה שלילית של הטלת חובת זהירות על הפעילות של המזיק** - ייתכן שהטלת חובת זהירות בנוגע לסוג פעילות מסויים תרתיע יתר על המידה מזיקים רלבנטים שיחששו שיגשו נגדן תביעות (התגוננות יתר) (מדינת ישראל נ' וייס).
- פס"ד מדינת ישראל נ' ויסמן ← סכסוך בין שכנים שהמשטרה לא טיפלה בו כראוי. השופט שאלה האם באמת אני הולכת להטיל אחריות על המשטרה בגין כך שלא עסקו בפעולות חקירה כמו שצריך. פגיעה יום יומית על תקיפה בין משפחות, אלימות.
2. **חשש מריבוי תביעות והכבדת העומס על בתי המשפט (מדינת ישראל נ' לוי)** ← אם אני אכיר בתביעה מסוימת, זה ייצור עומס על בתי המשפט. אם יהיה עומס גם התביעות שלנו האישיות יקח להם הרבה יותר זמן. יכול להיות שזה יצריך את כחלון לאיילת שקד לפתוח עוד בתי משפט ולגייס עוד שופטים. שיקול שצריך לקחת בחשבון. לפעמים הכרה בתביעה אחת יכולה ליצור עומס בתביעות.
3. **"השוקל הטוב"** – יש לבדוק מי יכול למנוע את קרות הנזק באופן יעיל יותר (מפעלי רכב אשדוד נ' צ'זיק, ופס"ד קופת אשראי וחיסכון נ' עוואד).
4. **פיזור הנזק** – מי מפזר הנזק הטוב ביותר (ביטוח). שיקול זה עשוי להעביר את נטל הפיצוי למזיק כשמדובר בגוף ציבורי שכן הוא מפזר נזק טוב יותר (הש' ברק בפרשת גורדון). חברת הביטוח לוקחת מקבוצה גדולה של אנשים קצת כסף ומשלמת הרבה מאוד למי שתבעה אותה. לקחת נזק של מיליון שקל ולפזר את הכל להרבה אנשים.
5. **מי הפיק את התועלת הרבה ביותר מהפעילות שגרמה לסיכון** (פס"ד מפעלי רכב אשדוד, פס"ד קופת אשראי וחיסכון)

**התפתחות מודל חובת הזהירות בפסיקה**

ע"א 10078/03 אורי שתיל נ' מדינת ישראל:

1. אורי שתיל הינו בעל משק בעמק יזרעאל. בשנות ה-70 החל שתיל לגדל פרחי ציפורן בליווי מדריכי משרד החקלאות, לאור דרגת מליחות המים שסופקו לו.
2. במהלך השנים, מליחות המים עלתה והסבה נזק כבד לפרחי הציפורן משך שש עונות גידול בין 1987-1993.
3. אף עפ"י כן, בשנים אלה הרחיב שתיל את שטח חממות הציפורן באישור הרשויות המוסמכות למרות שכל הצדדים ידעו על בעיית המליחות של המים.
4. פנייתו של שתיל ל"מקורות" בדרישה לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו נדחתה. לכן הוא הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי שמצא את המדינה אחראית בנזיקין כלפיו.
5. **טענה מרכזית: המדינה השתתתה במתן פיתרון לבעיית המליחות של המים שאותה ניתן היה לפתור תוך פרק זמן קצר בהרבה ובכך התרשלה.**
6. **השופט אדמונד לוי: האם המדינה התרשלה כלפי אורי שתיל?**

**השופט א' לוי בפס"ד שתיל**

- מציג את המודל של הש' ברק - (1) חו"ז מושגית, (2) חו"ז קונקרטי, (3) הפרה

- מעדיף הליך בדיקה אחר: (1) הפרה, (2) חו"ז קונקרטי (לפי הש' שמגר) - האם יש יחסי שכנות בין הצדדים והאם יש שיקולי מדיניות ששוללים הטלת חובה.  
(מסתמך על הש' ריבלין בפס"ד נחום נ' דורנבאום, ופס"ד גודר נ' מודיעים)
- **השופט א' לוי:** אין צורך לבדוק אם יש חובת זהירות מושגית. **מדוע?**
  1. חובת זהירות מושגית בוחנת את היחסים בין קבוצות מזיקים וניזוקים, וקובעת מצב עקרוני שעל-פיו יש לפעול. חובת זהירות מושגית היא מסנת ראשונה בסדרת מסננות המהוות את תהליך ההכרעה בשאלה האם יש להטיל אחריות. כאשר אדם מגיש תביעה יש לו הרבה מאוד דברים שהוא צריך להוכיח בבימ"ש. השופט לוי אומר שהמכשול הראשון הוא לא מכשול כי כולם עוברים דרכו. בקשר סיבתי ושכנות יש לא מעט מכשולי בהוכחת האחרים שהזיקו.
- **הביקורת של הש' א' לוי:** הכלל של חובת הזהירות המושגית לא תורם תרומה של ממש לקביעת אחריות שכן הוא כללי מדי. קביעה שיש עקרונית להטיל אחריות עשויה להתהפך בסופו של דבר כשמיישמים את כלל חובת הזהירות הקונקרטית. ממילא, מספר התביעות שנדחו בהעדר חו"ז מושגית כמעט אפסי.

#### ע"א 3521/11 עו"ד וגנר נ' עבדי, מיום 22.6.14

- מי שהיה שותף לעוקץ הזה היה בן של זוג אנשים מבוגר, מהנישואים הראשונים של האישה, רצה להעביר את הנכס שלהם על שמו.  
הוא ככל הנראה, אדם בשם בראל לקח הלוואה – משכנתא, אמרה לבנק שהוא רוצה לקנות דירה והביא חוזה, הכסף שבנק לאומי נתן נמסרו לעו"ד שטיפל בעסקה. תמיד מעורב עו"ד בעסקה כזאת. העו"ד פתח חשבון בדיסקונט ושם שם את הכסף. המדינה גובה מס' לכן העביר את הכסף לחשבון. ביום אחד הכסף נעלם והאנשים נעלמו.  
מה שעשו הבן והחבר, מצאו זוג זקנים שהתחזה למוכרי דירה ובאמצעות החוזה שחתמו עליו הלכו איתו לבנק.
- **עובדות:** בנק לאומי למשכנתאות נתן הלוואה לבראל לצורך רכישת דירה שבבעלות עבדי. רוב כספי הלוואה נמסרו לעו"ד וגנר בשיק משורטט בלתי עביר על שם עבדי והופקדו ע"י עו"ד וגנר בחשבון נאמנות שפתח לטובת עבדי בבנק דיסקונט. הכספים נעלמו בעקבות תרמית (הסתבר שהמוכר עבדי נפטר 3 שנים לפני מועד המכירה, וחתימתו וחתימת אשתו זויפה ככל הנראה ע"י הקונה בראל).
- בימ"ש המחוזי קיבל את תביעת עבדי (גב' עבדי ויורשי בעלה) והצהיר שעסקת מכירת הדירה בטלה וכן בטלה הערת האזהרה שנרשמה לטובת בנק לאומי.
- לאחר שבראל לא פרע את הלוואה, בנק לאומי תבע את עו"ד וגנר ובנק דיסקונט.
- **בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על עו"ד וגנר כלפי בנק לאומי אבל לא על הטיל אחריות על בנק דיסקונט. השאלה:** האם עו"ד וגנר ובנק דיסקונט חבים ברשלנות כלפי בנק לאומי שהעניק את הלוואה למר בראל.

#### השופט הנדל – ניתוח עולת הרשלנות

- יש לשמור על המודל המסורתי של ניתוח העוולה: (1) חובת זהירות ו- (2) הפרה.
- **עם זאת, לא בכל תיק יש לבדוק את יסוד חובת הזהירות המושגית. לוקח את הדברים של שמגר ואומר אם יש חובה כזאת לא צריך לנתח את זה, עשו את זה לפנינו. כשיש מקרים חדשים שלא נדונו לפני, אז כן יש מקום לדון בחובת זהירות מושגית.**
- יש למעשה שלוש קבוצות של חובות זהירות: מוכרת, חדשה וגבולית. אופן בחינת יסוד חובת הזהירות יותאם לסוג החובה בתיק, כפי שעולה מעובדות המקרה.
- כשחובת הזהירות מוכרת יש לבחון רק את החובה הקונקרטית לפי נסיבות התיק (כשבדרך כלל, תוכר חובה קונקרטית, כיוון שהמחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת ליסוד ההפרה או ליסוד הקשר סיבתי). למשל: תביעת חולה נגד רופא.

- כשחובת הזהירות חדשה יש להתחיל בבדיקה של חובת הזהירות המושגית (ולבחון בעיקר אם שיקולי מדיניות מצדיקים עקרונית הטלת חובה). למשל: אחריות קיבוץ בגין אי מניעת פשע שבו חבר קיבוץ אחד פגע מינית בחבר אחר.
- כשחובת הזהירות גבולית (מוכרת חלקית), יש לבחון את חובת הזהירות ברמה פרטנית-מופשטת- האם החובה העקרונית שהוכרה תקפה לאותו מקרה. נערכת השוואה למקרים אחרים באותה קבוצה שאליה שייך המקרה שלגביה הוכרה החובה (אחריות מזיק לנזק נפשי שנגרם לבני משפחה של אדם שנפגע בגופו). ← נזק נפשי שנגרם למשפחה של אותו אדם שגורם את נזק הגוף. חובת הנזיקין כלפי המשפחה של הניזוק הותרה בפסיקה, אומר שיש קבוצה של מקרים שבהם החובה העקרונית הותרה אך צריך לבדוק אם היא מותרת ברמה הקבוצתית ולא רק הקונקרטית.

### ניתוח עוולת הרשלנות

- המודל המסורתי של השי' ברק הבוחן תחילה אם קיימת חובת זהירות מושגית פחות רווח כיום כי ברוב המקרים אין צורך לבחון האם הנתבע השייך לקבוצה של מזיקים חב לנזק באמצעי זהירות כלפי תובע השייך לקבוצה של ניזוקים.
- השלב הראשון בשינוי: המודל של הנשיא שמגר בפס"ד לוי שהתמקד בחובת זהירות קונקרטית בלבד הכוללת: צפיות טכנית, יחסי שכנות ושיקולי מדיניות (העשויים לשלול הטלת חובת זהירות במקרה הנדון).
- השלב השני בשינוי: המודל של השופט א' לוי בפס"ד שתיל הקובע שברוב המקרים בוחנים תחילה את ההתרשלות (הפרה) ולאחר מכן האם יש חובה (שכנות) והאם יש שיקולי מדיניות השוללים הטלת חובה במקרה הנדון).
- כיום, אין מודל אחד שלגביו יש הסכמה באשר לניתוח יסודות עוולת הרשלנות. גם בפס"ד עבדי הדברים נאמרו באופן תאורטי כיוון שלא נדרשו לצורך הכרעה בתביעה (השי' דנציגר בפס"ד פלוני, ובפס"ד וגנר קבע שזה לא נדרש).

### כיצד לנתח את עוולת הרשלנות

1. קיימת הסכמה שברוב המקרים אין צורך לנתח את יסוד חובת הזהירות המושגית כשזו כבר הוכרה בפסיקה קודמת.
2. אין הכרעה חד משמעית באיזה יסוד להתחיל- חובה או הפרה. לדעת השופטים בפס"ד וגנר זה לא קריטי, ויש גמישות. לכן, ניתן להתחיל בכל אחד מהם.
3. העמדה הרווחת יותר היום היא שהליך הבדיקה הוא זה:  
א. חובת זהירות קונקרטית- האם יש צפיות טכנית

האם יש יחסי שכנות בין המזיק לניזוק

שיקולי מדיניות- האם צודק, סביר והגיוני להטיל חו"ז

ב. הפרת חובת הזהירות (התרשלות) - האם סטה המזיק מרמת התנהגות סבירה- האם נקט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את הנזק הצפוי?

ג. נזק

ד. קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק

- במקרים חדשים, יהיה צורך להתחיל בבדיקה של חובת זהירות מושגית. ראו למשל ע"א 8146/12 ג'ושה נ' בית החולים אלדג'אני (21.7.16)

## לסיכום

- נראה כי המודל של השופט שמגר בפס"ד לוי והשופט א' לוי בפס"ד שתיל יותר דומיננטי מהמודל של השי ברק בפס"ד ועקנין.
- אבל, המודל של ברק לא בוטל לחלוטין וייעשה בו שימוש כשמדובר בתחום חדש שלא נדון ע"י בתי המשפט או ביחסים חדשים שלא נדונו עד לאותו מקרה בפסיקה (כמו למשל, תביעה של בן משפחה אחד כנגד בן משפחה אחר על רומן מחוץ לנישואין). אז יבחן בית המשפט גם את חובת הזהירות העקרונית-מושגית.
- כלומר, עקרונית בודקים את יסוד חובת הזהירות לפי המודל של שמגר, כלומר מתחילים ישר בבדיקת חובת הזהירות הקונקרטית (צפיות טכנית, שכנות ושיקולי מדיניות). אבל, אם מדובר ביחסים חדשים שלא נדונו בפסיקה אז הולכים לפי המודל של ברק ומתחילים בחובת הזהירות המושגית (צפיות טכנית ונורמטיבית) ואז עוברים לחובת הזהירות הקונקרטית (טכנית, שכנות ושיקולי מדיניות).

13.12.17

### שיעור 5 – רשלנות – הפרת חובת זהירות

הצפיות = היכולת לצפות נזק

סבירות = לבדוק האם נהג בצורה סבירה

העניין שסבירות היא לא דבר שנחשב סביר בעיני אנשים שונים.

בית המשפט הוא זה שקובע את הסבירות. הפסיקה כן מנסה ליצור כללים כדי שלא יהיו סטיות בין שופטים ההתבססות היא על הנסיבות.

\* אין חובה לנקוט באותם אמצעים למניעת נזק שמונעים אותו בצורה מוחלטת – לא נקטו אמצעי זהירות שאם היו ננקטים היו מונעים את הנזק - פס"ד ועקנין – אם היו שלטים הנזק היה נמנע.

החובה היא לא למנוע נזקים בצורה מוחלטת ← גם השופטים אומרים את זה שאין צורך למנוע סיכונים אבל כן צריך לפעול כדי לצמצם אותם.  
לנסות למנוע בצורה מוחלטת – אי אפשר לפעול בשום תחום בחיים כי בכל תחום ופעולה קיים סיכון .  
זה איזון שצריך לעשות – כן לקיים פעולה אבל לדרוש ממי שמקיים אותה להיזהר יותר.

### **כשאדם התרשל הוא בעצם פעל בצורה בלתי סבירה!!**

בכל תחום בחיים צריך לדעת מה סביר ומה לא.  
←

עו"ד צריך לדעת איך לפעול – מה סביר ומה לא.  
המושג סבירות בודק מהו סטנדרט ההתנהגות שמצפים מאותו אדם באותו תחום.

### **בפס"ד חמד -**

ברק אומר שהסבירות תמיד תלויה בנסיבות – ז"א יש הבדל בין רופא שמקבל את המטופלים שלו במרפאה היום בבוקר כשיש לו זמן ואין לו לחץ, לבין רופא ב-2 בלילה שהוא לבד עם 2 אחיות והוא צריך לטפל בפצועים מתאונת דרכים.

כל אחד מהם נתבע על פי הנסיבות שעליהם אנחנו מדברים.  
←

הרי הם לא פעלו באותו אופן – צריך לבדוק איך רופא סביר במיון צריך לפעול, ואיך רופא בקופת חולים צריך לפעול.

ברק מדגיש שאמנם ההתרשלות היא אובייקטיבית אבל היא תלויה נסיבות – צריך לבדוק בנסיבות המקרה מה אדם סביר – כל שוטר, כל רופא ← היה עושה.  
לא מה היכולות הספציפית של אותו אדם .  
←

צריך להיכנס לנעלים של אותו אדם במקרה הספציפי.

ברק רוצה להדגיש אמנם התרשלות היא אובייקטיבית אבל צריך לבדוק את הנסיבות. מה היה עושה כל רופא בנסיבות המקרה הספציפיות האלה. אנחנו צריכים לשים את עצמנו באותו רגע המעשה ← **האלמנט החשוב הוא בעת המעשה !!!**

המטרה היא לנסות לשכנע מכל הכיוונים ←  
\* הפרת חובה חקוקה  
\* עוולת הרשלנות

תמיד ננסה להשתמש בכל כלי מלחמה שעומד לפנינו, לנסות לשכנע את השופט לפחות לפי טענה אחת.  
זה תמיד יהיה לא אובייקטיבי – זה תלוי נסיבות וכמובן תמיד בעת המעשה

בסופו של דבר יש כללים ששופטי בית המשפט העליון מפתחים, אך תמיד זה יהיה תלוי נסיבות. השופטים מנסים להיות פחות מקלים עם התובעים ויותר מאוזנים.  
השופטים הרבה פעמים לא מלומדים בכל המקצועות מה שמקנה להם את היכולת להחליט למשל שרופא יכשל – הם נשענים על חוות דעת מקצועיות. התפקיד של העו"ד זה להציג לבית המשפט את סטנדרט ההתנהגות הנכון של רופא סביר שהיה אמור להתנהג באותה הסיטואציה .

אחד המנגנונים שיש לו השפעה חשובה בקביעת יסוד ההפרה -  
**הוא נוסחת הנזק :**

**נוסחת HAND האמריקאית: התנהגות המזיק תוגדר כרשלנית כאשר המזיק יכול היה למנוע את הנזק בעלות הנמוכה יותר מהתוחלת שלו.**

**תוחלת הנזק:** הסיכוי להתרחשות הנזק X גודלו הצפוי, כשבוחנים זאת לפני המעשה.

- עלות מניעת הסיכון צריכה להיות קטנה מהמכפלה של גובה הנזק (אם יתרחש) בהסתברות להתרחשותו כדי שייקבע שהייתה הפרה של חובת הזהירות.

B- עלות מניעת הסיכון – 50 ש"ח

P- הסתברות התרחשות הנזק- 10%

L- גובה הנזק עם הוא יתרחש- 1,000 ש"ח

תוחלת הנזק היא  $P \times L = 100$  - במידה והנזק מתרחש מדובר בהתרשלות כיוון שניתן היה למנוע נזק של 100 ש"ח בעלות של 50 ש"ח בלבד.

**התרשלות = כשעלות מניעת הנזק קטנה מעלות הנזק שהתנהגות גורמת.**

**אלמנט נוסף שיש לקחת בחשבון: הערך החברתי של הפעולה המזיקה.**



לוקחים את :

1. העלות של המניעה של נזק מסוים שבאמת התרחש.
2. מהצד השני שואלים מה גובה הנזק שהתרחש
3. מה הסבירות שהוא יתרחש .

אם היה יותר זול למנוע את הנזק מאפשר לספוג אותו הוא התרשל ← כי יכל למנוע אותו.  
אם התוחלת שלו פחותה מזה הוא לא התרשל כי העלות של המניעה היא מאוד גבוהה ביחס להסתברות הנזק.

ז"א – אדם שלא מנסה למנוע נזק שהעלות של המניעה זולה + הסתברות גבוהה = **הוא התרשל**.  
אם מאוד יקר למנוע נזק מסוים – וגובה הנזק וההסתברות שיקרה היא פחות מעלות המניעה =  
לא היה צריך להשקיע את הכסף ← **הוא לא התרשל**.

כשאדם שואל את עצמו מהי התנהגות סבירה – המשמעות היא נקיטה באמצעים זולים יחסית כדי למנוע נזק.

אם אתה יכול למנוע את הנזק באמצעים זולים ופשוטים ולא עשית כך ← אתה תיתפס כרשלן. אדם סביר וזהיר היה משקיע את ה"קצת" כסף הזה והיה מנסה למנוע את הנזק היחסית משמעותי שהתרחש. אם לא השקעת את הסכום היחסית נמוך הזה אז כנראה שהתרשלת.

ביהמ"ש לא מתייחס רק לאלמנטים הכלכליים הכספיים – הוא היבט חשוב מאוד אבל זה לא רק העניין הכספי הכלכלי. הנוסחה הזו היא עדיין גם היום הנוסחה שבה משתמשים בפסקי הדין. מעבר לנוסחה יש

#### **קריטריונים – יש לקחת קריטריון נוסף :**

החשיבות החברתית אם יש לפעולה המזיקה. ז"א איזה חשיבות יש לפעולה שהזיקה.  
למשל – פעילות של כוחות הביטחון והמשטרה  
כמובן שיש חשיבות לחברה.  
לפעילות עבריינית – כמובן שאין חשיבות חברתית !

אם יש חשיבות בפעולה שהמשטרה עשתה שבעקבותיה אדם ניוזק ←  
צריך לשאול האם יש חשיבות לפעילות שהזיקה. אם הפעילות היא חשובה ועיקרית היא יכולה להטות את הכסף לכיוון דחיית התביעה ולקבוע שלא הייתה התרשלות.  
אם הפעילות היא שלילית שגרמה לנזק – לפעילות העבריינית אין שום דבר חיובי ולהפך רק שלילית ← זה יטה יותר לכיוון קבלת התביעה.

**\*\*\* לציין את הערך החברתי של הפעולה שהזיקה.**

**פס"ד 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה -**

אישה נפגעה מנהג אופניים בגן ציבורי.

**הטענה:** העירייה לא אכפה את האיסור לרכב על אופניים בגן.

**נפסק:** למרות שהעירייה יכולה הייתה לצפות את גרימת הנזק, אין להטיל אחריות.

**הסיבה:** כדי למנוע נזק היה על העירייה להציב פקח בגן שידאג לאכיפת האיסור, דבר שהיה מונע תאונות בגן הזה אבל מעלה את מספר התאונות באזורים ציבוריים אחרים (הקצאת משאבים מוגבלים).

- **הש' שמגר : מסתמך מפורשות על עלויות מניעה גבוהות וצורך בגיוס כוח אדם.**
- **שיקול חשוב נוסף : הערך החברתי שיש להתנהגות שגרמה לנזק :** עדיף שגן ציבורי זה ואחרים לא ייסגרו כליל למבקרים נוכח היתרונות שיש לקיומם של גנים ציבוריים. לכן, האיזון הראוי הוא פיקוח חלקי ולא מלא על הגנים.

השאלה שבעצם עלתה במחלוקת היא האם העירייה הייתה צריכה לאכוף יותר ?  
לא היה מספיק רק להציב שלט לא להיכנס לגן עם אופניים אלא היה צריך פיזית לוודא ששומרים על החוק

השופט משתמש בנוסחת הנד הכלכלית ואומר שהמשמעות של קבלת הטענה הזו של הצבת פקחים ← היא בעייתית.

כי בעצם המשאבים של כל נתבע ונתבע בין אם הוא אדם פרטי הוא ציבורי הם מוגבלים. אם העירייה צריכה לאכוף את התנאים ← היא צריכה להגן על כל המקומות הציבוריים שהיא מפעילה.

←

בכל הערים, בכל ישראל.

אם שמגר היה מקבל את הטענה הזו הוא היה לוקח את הכסף שהעירייה לוקחת מאתנו על תחומי חיים אחרים – למשל הייתה מורידה את כמות הימים שבהם מפנים את הזבל.

כששמים את השיקולים על כפות המאזניים ←  
עלות המניעה היא גבוהה מאוד אם נקבל את טענת התובעת.

עלות המניעה היא גבוהה מידי בהתייחס לנזק ולסיכון שהוא יקרה.  
לכן האיזון הראוי הוא פיקוח חלקי ולא מלא על הגנים.  
זה לא אומר שאין סיכון שילד או נער יפגע באדם אבל ← ההסתברות היא עדיין נמוכה.

המשמעות של עוולת הרשלנות היא לא תמיד תוכר – יש מקרים שכן ומקרים שלא.  
תלוי נסיבות ושיקולים.

אין עברה ברמה החברתית – התביעה הרי הייתה נגד העירייה.  
מקומות ציבוריים הם חשובים – אבל כששמים את כל 4 הדברים האלה על המאזניים :

1. עלות המניעה
2. גובה הנזק
3. סיכוי שיכול להתרחש
4. מה החשיבות של פתיחת גנים ציבוריים וקיומם

←

כשהוא עשה איזון ביניהם הוא הגיע למסקנה שאין לקבל את טענת התובעת כי עלות המניעה מאוד גבוהה (זו מניעה נוספת כי כבר היה שלט), הסיכויים לא היו אפסיים אבל היו קטנים, ויש חשיבות לפתיחתם של גנים ציבוריים :

המסקנה שלו היא : שאין לקבל את התביעה. (גביית הפיצוי מהעירייה – לא יכלה לדעת אם הוריו היו עומדים בגובה הפיצוי והיה קל יותר להוציא מהעירייה)

### **בעבודה :**

**התחשבות בערך חברתי של הפעולה המזיקה מתבטאת בפסיקה.**  
כיום, **זהו אחד הגורמים שבהם יש להתחשב כשקובעים אם הייתה הפרה של החובה.**

(1) **הסתברות להתרחשות הנזק,**

(2) **ההוצאה הנדרשת למניעת הסיכון,**

(3) **חומרת הנזק (נוסחת HAND),**

(4) **"הערך חברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק ומיקומם של המזיק והניזוק כגורמים למניעת**

**הנזק."** (הש' ברק בפס"ד פרוסט)

### **פס"ד וייס -**

השופטת דורנר חוזרת על הקריטריונים כשהיא שואלת האם המשטרה התרשלה.



היא אומרת שצריך לשקלל את תוחלת הנזק (הסיכון) כפול הנזק עצמו ←  
אם האינטרס הציבורי שבקיום הפעילות יוצרת את הסיכון, ואת אמצעי המניעה. ככל שהסתברות לקרות הנזק גבוהה יותר, הנזק חמור יותר, ההוצאות למניעתו נמוכות, והאינטרס החברתי במתן השירות נמוך, כך תגבר הנטייה להטיל את האחריות על המזיק".

←

מפקד התחנה היה יכול לשלוח שוטר למשפחה המטרידה ולברר מה העניין.  
היו נזקים שהופיעו בדרך היו יותר מרמזים על הנזק הסופי -  
עם כל זה המשטרה לא עשתה כלום.  
דוגמא לכך שביהמ"ש חושב שיש להטיל אחריות כי הוא משקלל את הקריטריונים ועושה איזון.  
היא גם מדגישה שהערך החברתי הוא לא רק כלכלי אלא גם במונחים של קידום צדק ומוסר.  
השופט גם רוצה לשלוח מסר חברתי של צדק והוא לא בוחן רק את הפן הכלכלי.

### פס"ד קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל -

תביעה שלא היה נזק גוף אלא נזק כלכלי טהור.  
המטעים שלו היו על הגדר – ומה שהפקיד בינם לבין הגבול היה שביל צר מאוד שצה"ל עושה עליו סיוורים לוודא שאין חדירות.  
לצורך כך צה"ל יצר שביל עפר ולא כביש סלול כדי שיהיה אפשר לראות אם מישהו חדר ויכולו לראות את הסימנים על השביל.  
הרכבים של צה"ל היו עושים ענני אבק מאוד משמעותיים – לטענת הקיבוץ זה פגע במטע של התפוחים.  
ז"א שבמשך 8 שנים ההכנסות של היישוב נפגעו מהפעולות של צה"ל.  
היה ניסיון של הצדדים לפתור את הבעיה והועלו פתרונות – חלק קטן נבדק וחלק צה"ל פסל בטענה שהוא פוגע בפעילות הביטחונית השוטפת.  
הייתה מחשבה לטענת חורשת ברושים בין המטעים לגדר – זה נעשה אבל לא פתר ממש את הבעיה. בסופו של דבר לקיבוץ נמאס והוא הגיש תביעת נזיקין ← בטענה שהם הפרו את חובת הזהירות המוטלת עליהם כלפי הקיבוץ.

### הנשיא ברק אמר :

רמת הזהירות הדרושה בכל מקרה נבחנת על פי סבירות ההתנהגות בנסיבות המקרה.  
הוא מדבר על התנהגות סבירה ואחידה בנסיבות המקרה ← איך אדם סביר שנתון במצב של המזיק היה מתנהג.

כדי לענות על כך הוא אומר שצריך לאזן בין האינטרסים של 3 צדדים :

1. הניזוק שלא רוצה לחוות נזק
2. האינטרס של המזיק – שלא יפגעו בחופש הפעולה שלו
3. אינטרס הציבורי – אם יש לפעולה אינטרס לציבור ← שהפעולה תימשך.

←

באותו אופן אומר ברק שיש אינטרס מובהק שהוא לא יפסיק את הפעילות שלו.  
איך ייפסק הנזק ???  
← רק אם יפסיק את הפעילות שלו !

הוא אומר שצריך לבחון את גודל ההוצאות + הסיכוי שהיא תקרה ←  
אם ניתן לכמת בכסף .

ביחס לניזוק ועלות הפגיעה – והוא מדגיש את עניין החשיבות של הפעולה המזיקה.  
היא נדחית – כי לפעילות של צה"ל יש חשיבות גדולה מאוד בראש ובראשונה לתושבי הקיבוץ – הם אלה הראשונים שנהנים מהפעולה של צה"ל. אם תהיה חדירה הם יהיו הראשונים להיפגע.  
צה"ל מגן בראש ובראשונה על תושבי הקיבוץ.

הערך החברתי הוא זה שמטה את הכף ← למרות הנזק הכלכלי של הקיבוץ זה לא היה השיקול היחיד.  
הפעילות החיובית של צה"ל בפעולה שלו היא שהכריעה.

### פס"ד חמד נ' מדינת ישראל -

תביעה של אנשים לא אזרחי מדינת ישראל כנגד מדינת ישראל.  
הטענה הייתה שפליטים נפגעו מפעילות של מג"ב והמשטרה .  
במסגרת האינתיפאדה הראשונה היו אירועים רבים שהובילו לתביעות כאלה – בין היתר רובן הוכרו על בסיס פס"ד הזה. הוא הוביל לחקיקה שמנעה הכרה בתביעות האלה בגלל שחוקית לא היו יכולות להיות מוגשות, והתביעות שכן עברו מסננת חוקית – ביהמ"ש העליון לא אפשר אותן.

אבל בשנים הראשונות התביעות כן הוכרו. אחת הסיבות היא שהפעילויות של כוחות הביטחון לא הוגדו מבחינה משפטית כפעולות מלחמה אלא כפעולות שיטור. פעולות שיטור הן לאו דווקא יכולות להתרחש בגינין ובשטחים אלא בכל מקום ועיר אחרת בארץ.

לכן התביעות האלה- עברו את המסננת הראשונה ← אם מגדירים פעולה כזו של כוחות הביטחון כפעולה משטרתית – ביהמ"ש באותו אופן הגדיר את הפרות הסדר בתוך הארץ ולכן אפשר את התביעות האלה.

האירוע של הפרת סדר התרחש בגינין שכוח משטרתית היה צריך להגיע כדי להשליט סדר – שני שוטרים שהגיעו למקום רצו ללכוד את חלק מהאנשים שחוללו את הפרת הסדר. הם ירדו מהגיפ והחלו לרדוף אחרי האנשים. זה היה שעת לילה, ואחד השוטרים רדף אחר מישהו וירה כדור גומי – זה היה ירי לא בתנאים אופטימלי

(לילה + זמן מרדף). עבר ילד בן 11 שנפגע מאחד הכדורים והוא תבע את המדינה בניזקין. השופטת ששמעה את הראיות במחוזי ← לא היה לה ברור מה הוא עשה שם. היא חשבה שהוא השתתף בהפרת הסדר, היא והשופט ברק אמרו בואו נקל עליו ונגיד שהוא עבר סתם ← שהוא לא השתתף ביידוי האבנים, האם באמת יש מקום להטיל אחריות על כוחות הביטחון שפעלו בנסיבות המקרה הזה ??

←

השופטת במחוזי קבעה שאין לקבל את התביעה.

הם עתרו והגיעו לעליון – השאלה שעלתה האם המרדף והירי הייתה פעולה שיטורית רגילה .

בעצם הפס"ד מדגיש איך מנתחים את יסוד הפרת הזהירות ?????  
צריך להסתכל על 3 צדדים בכל מצב:

1. הניזוק – הפגיעה בחייו, בכבודו ובגופו (= גובה הנזק) + ההסתברות ← יש אינטרס שגופנו לא יפגע

2. המזיק – להתחשב בחופש הפעולה שלו – מוטלת עליהם חובה ויש להם סמכות לדאוג לביטחון ולסדר החברתי שקיים. ← לצורך הפעולה הזו הם נוקטים בפעולות, צריך לראות מה העלות שהם צריכים להשקיע כדי לצמצם נזקים – (גובה הוצאות מניעת הנזק = הגבלת חופש הפעולה שלו)  
3. הציבור – השאלה היא מה החשיבות החברתית שיש למניעת הנזק – וגם כאן ברק מדגיש את זה שבהקשר הזה הייתה חשיבות חברתית רבה מאוד בפעילות של שוטרי מגב.

השימוש בנשק חם לדעתו הוא רק לצורך הגנה עצמית ← אין הצדקה להשתמש בנשק שהוא כמעט חם כדי להסדיר את הסדר על קנו.

**המסר שביהמ"ש ניסה להעביר- שהאמצעי צריך להיות יחסי לסיכון שרוצים למנוע. לדעת ביהמ"ש במקרה הנ"ל האמצעי היה לא יחסי למטרה – וחמור מידי שניסו הכוחות למנוע. ← אמצעי חייב להיות סביר ויחסי לאור המצב שאתה רוצה להתמודד איתו.**

**בסוף מצגת 5** ← יש 2 פס"ד נוספים שאנשים נקלעו במצב של סכנת חיים והם ירו כדי להגן על עצמם – השופט ברק דחה את התביעה כי הם הגנו על עצמם. מבחינתו האמצעי במקרה הנ"ל היה חמור מידי – כדי ללכוד אנשים שברחו לא היה צריך לבצע ירי לכיוונם, היה אפשר להשתמש באמצעים יותר מדויקים ופחות מסוכנים.

20.12.17

### הנשיא ברק ואיזון האינטרסים

- הקביעה האם התרשל נעשית ע"י הכרעה בין האינטרסים של הצדדים.
- מצד הניזוק: התחשבות בחומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובגופו, והסתברות התממשותו של נזק זה. ככל שהנזק גדול יותר והסיכוי להתממשותו רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה. (הגנה על שלמות גופו של הניזוק)
- מצד המזיק: התחשבות בהוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ועלות המשאבים הדרושים למניעת הנזק. ככל שההוצאות הנדרשות ממנו כבדות יותר, וההסתברות להתממשות סיכון של פגיעה בניזוק קטנה יותר, נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה. (הגנה על חופש הפעולה של המזיק).
- מנקודת מבטו של הציבור: החשיבות החברתית במניעת הנזק, צרכי הכלל וחלוקת המשאבים, יצירת בטיחות רבה יותר בתחום מוגדר. ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, יש

לנקוט יותר אמצעים כדי למונעה.  
דיברנו על הערך החברתי של הפעולה המזיקה, הצרכים של הכלל, שיקולים יותר ציבוריים חברתיים.

כאשר מנסים לעשות איזון זה נעשה בין כל מקרה ובקרה לפי המצב שלו.

- **האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות, זריקת אבנים וחסימת כבישים הוא רב.** כוחות הביטחון חייבים לנקוט באמצעים להבטחת שלום הציבור גם אם תוך כדי נקיטת אמצעים אלה עלולים תושבים להיפגע. אין למנוע פעילות בטחונית בשל חשש של פגיעה אפשרית בגוף.
- אבל, לא כל התנהגות של כוחות הביטחון בנסיבות אלה היא **סבירה**. יש לנקוט רק את אותם אמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין.

**האם ירי כדורי גומי בחשיכה תוך כדי ריצה הוא פעולה סבירה? ← מה שעושים שופטים, שומעים חוות דעת מקצועיות. אנשי צבא וכוחות ביטחון העידו.**

- **ברק:** הבדיקה של התנהלות המזיק היא בעת המעשה ולא כחוכמה לאחר מעשה. לא ברור מדוע ירו השוטרים כדורי גומי במהלך המרדף, וכיצד זה היה אמור לסייע לכוחות הביטחון ללכוד אותם. בעת המרדף לא נשקפה סכנה לחיי השוטרים, ולא היה מדובר במצב חירום או לחץ.
- לכן, **התנהגות השוטרים במקרה זה הינה רשלנית**, שכן האמצעים היו בלתי סבירים. הערעור התקבל והתיק הוחזר למחוזי להמשך דיון.

אפשר לעשות שימוש בנשק חם רק כאשר אדם נמצא תחת סכנה לפגיעה אישית ← הקו המנחה של בימ"ש העליון.

#### **יישום כללי ההתרשלות בפס"ד חמד**

- כדורי גומי הם תחמושת בלתי מדויקת אך קטלנית. השימוש בהם במסגרת פעולת שיטור יזומה של השלטת סדר, פיזור התפרעויות ומעצר כששוטרים לא בסכנה אינו סביר במיוחד אם ניתן לנקוט באמצעים אחרים.
- **בנסיבות המקרה, הירי לא היה סביר.** הירי בוצע במהלך מרדף יזום בחשיכה, תוך כדי ריצה, במצב של ראות לקויה, מה גם שמטרת הירי לא היתה ברורה.
- בית המשפט מעמיד את הצורך החברתי של השלטת סדר, אבל קובע כי ירי בנסיבות המקרה אינו סביר ומסכן שלא לצורך עוברי אורח.
- מצד אחד: **שמירה על ביטחון הציבור.**
- מצד שני: שימוש באמצעים למימוש אינטרס זה, **הסיכון שהם יוצרים** והאם השימוש באמצעים אלה לא גורם נזק רב יותר מהתועלת או המטרה שבגללה עושים שימוש באמצעים אלה.
- רואים בפס"ד שהוא חוזר על הדברים פעמיים ושלוש כדי להסביר מדוע הוא חושב שהייתה פה התרשלות. לא פשוט לקבל את הפס"ד הזה.

#### **השופט ריבלין בפס"ד חמד**

- **נוסחת HAND משקפת לא רק שיקולי יעילות כלכלית אלא מדובר במסגרת שבית המשפט ממלא אותה בתוכן.**
- ההסתברות להתרחשות הנזק, עוצמתו ועלות מניעתו הם ערכים חברתיים ולא רק כלכליים.
- בית המשפט יכול להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו ראוי ורלבנטי, כמו למשל הגנה על המטרה של צדק מתקן.
- **השופט לא לוקח בחשבון רק את מה שיעיל לעשות מבחינה כלכלית אלא עורך איזון בין שיקולים הנוגעים להתנהגות צודקת, הוגנת ומוסרית.**

- בית המשפט הוא המחליט מהי העלות ומהי התועלת תוך שהוא מאזן בין ערכים שונים מנקודת המבט של הניזוק, המזיק והחברה בכללותה.

### יישום הלכת חמד בתביעות כנגד כוחות הביטחון

הכוח שם לא היה תחת סכנת חיים או סכנת פגיעה. בסופו של דבר לא הייתה הצדקה לעשות שימוש בנשק כזה.

- ע"א 1354/97 **עכאשה נ' מד"י**: כוחות הביטחון ביצעו ירו ברובה טוטו (שימוש בנשק חם לירי ממרחק רב), כלפי התובע אשר היה שותף בהפרות הסדר בשכם ואף הנהיג אותם. כתוצאה מכך, נפגע התובע בגופו והגיע תביעה.

- **נפסק (הנשיא ברק)**: האם עצם השימוש ברובה היה ראוי או רשלני? יש לבחון את האינטרס החברתי החשוב של פיזור הפגנות ושמירה על הסדר אל מול שימוש באמצעי של ירי מנשק חם. כאן: השימוש באמצעי זה היה בלתי סביר. הארוע עסק בהשלטת הסדר במקום ולא בהגנה על חיי החיילים או חילוצם מאזור מסוכן. אמנם הם היו בסכנה אך לא זו הייתה הסיבה לירי. ניתן היה להגן עליהם אחרת.

- ע"א 6521/98 **בואטנה נ' מד"י**: חוקרי מכס הגיעו לעסק מסויים לביצוע חקירת מס. הם הותקפו ע"י תושבי המקום, כשבמהלך הירי שלהם לצורך הגנה עצמית נפגע בעל נגרייה שעבד במקום אשר עמד מחוץ לנגרייה באזור ההתפרעות.

- **נפסק (הנשיא ברק)**: ירי של חוקרי מכס לכל עבר במהלך התפרעות בשטחים היתה סבירה כי נשקפה לחוקרים סכנת חיים ממשית. מדובר בפעולה סבירה למרות שמדובר היה בפעולה שיצרה פגיעה אפשרית בגוף או רכוש אל אחרים.

### **התרשלות – סיכום**

- רמת הזהירות הנדרשת על-פי עוולת הרשלנות דורשת התנהגות סבירה שהינה אובייקטיבית ונקבעת ע"י איזון בין שיקולי מדיניות רלבנטיים.

- הסבירות אינה מבוססת על "אשמה" אישית אלא על אשמה חברתית. המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו, ועדיין לפעול שלא בסבירות מבחינה חברתית.

- סבירות ההתנהגות בעוולת הרשלנות היא תמיד תלויה בנסיבות המקרה. התנהגות המזיק נשפטת בזמן אמת ולא בדיעבד.

- במרבית המקרים המטרה הינה לבחון את סבירות ההתנהגות בעת התרחשות המקרה על-פי הידוע באותה עת.

יש להתחשב בצורך של המזיק לקבל החלטה מהירה בלא שיוכל לבחון לעומק את החלופות השונות העומדות לפניו ובלא שיוכל להתכונן לכך מראש. עצם העובדה שנבחרה על-ידיו חלופה מזיקה - חלופה שבבחינה רגועה לא הייתה נבחרת - אין בה כדי להצביע על התרשלות. (ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני).

- מטרתו של האיזון בין השיקולים השונים הינה לבחון את הערכים החברתיים הרלבנטיים והאינטרסים של הניזוק, המזיק והחברה. ערכים ואינטרסים אלה מתנגשים לעתים זה בזה.

- מנקודת מבט הניזוק, יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו ואת הסתברות התממשות הנזק. ככל שהנזק לניזוק הוא גדול יותר, והסיכוי להתממשותו הוא רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.

- מנקודת מבט המזיק, יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון- ככל שההוצאות הנדרשות ממנו כבדות יותר, וההסתברות להתממשות הסיכון של פגיעה באחר קטנה יותר, נדרשים אמצעים פחותים למניעת הסכנה.

מנקודת מבט של הציבור, ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית כן יש לנקוט אמצעים רבים יותר כדי למונעה. (פס"ד עיריית ירושלים נ' מימוני).

- **נוסחת HAND מסייעת לקבוע את יסוד ההתרשלות אך היא איננה הנוסחה הבלעדית והיחידה.** על-פי נוסחה זו על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק, בשיעור הנזק ובהוצאות למניעת הנזק.
- התנהגותו של המזיק אינה סבירה כשגובה הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו.
- הפסיקה קבעה כי נוסחה זו שימושית אך היא **לא מבטאת רק שיקולי יעילות כלכלית**. זוהי מסגרת שמשמשת את בית-המשפט והוא יוצק בה תוכן כשמסגרתה לוקחים בחשבון את הערך החברתי של הפעולה המזיקה.
- ההסתברות להתרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו הם ערכים חברתיים, ובית-המשפט מציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי. תפיסות שונות של יעילות ושל צדק יכולות אפוא להשתלב במסגרת הרעיונית ש**נוסחת HAND** יוצרת. (ראו: ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני ופס"ד שתיל)

### המודלים הרווחים לבדיקת עוולת הרשלנות

- **המודל של ברק:** (1) חו"ז מושגית- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמטיבית (פס"ד ועקנין) (2) חו"ז קונקרטי- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמטיבית (3) הפרת חובת זהירות (התרשלות) (4) נזק (4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק
  - **המודל של שמגר:** (1) חו"ז קונקרטי (1) צפיות טכנית (2) שכנות ויחסי קרבה משפטיים (3) שיקולי מדיניות- האם יהיה זה הוגן להטיל חו"ז (2) הפרת חובת זהירות (3) נזק (4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק
- יש לבחון את חובת הזהירות המושגית (המודל של ברק) רק כשמדובר בסוג מקרים חדש שטרם נידון בפסיקה קודם לכן (פס"ד וגנר נ' עבדי).

20.12.17

### שיעור 6 – רשלנות – אחריות המדינה

- המדינה, על רשויותיה השונות, הינה אחת הנתבעות המרכזיות ברשלנות.
- לעתים המדינה נתבעת כגוף פרטי, למשל כבעלים של נכס, ולעתים היא נתבעת כגוף ציבורי המפקח ומסדיר תחום מסויים.
- המדינה נתבעת לעתים לא כמי שגרמה לנזק באופן ישיר, אלא כמי שיכולה היתה למנוע את הנזק שנגרם ע"י גורם אחר (למשל, אחריות המשטרה למעשה שביצע עבריו).
- השאלה היא האם יש להתייחס למדינה באופן שונה מנתבעים אחרים בכל הקשור להטלת אחריות בנזיקין?
- למדינה ניתן שיקול דעת להסדיר תחומים שונים ולהקצות משאבים. האם בהטלת אחריות אין התערבות בשיקול הדעת של המדינה?

- יש תפקידים שהמדינה עושה שלנו אין את היכולת לעשות. יש שני תחומים שהמדינה פועלת בהם: למשל החלטה אם להרים מטוס ולהפציץ את החמאס, או להוריד מיסים, החלטת אם לתקן כביש או לפתוח טייל בעיר ← החלטות שאנחנו ברמה האישית שלא עושים.
- יש המון סמכויות למדינה שלנו כאנשים פרטים אין, השאלה האם בתחומים האלה אם המדינה גורמת נזק אם היא צריכה להיות בנזיקין? התשובה מורכבת כי על המדינה קיימים כללים מיוחדים מעבר למה שלמדנו עד עכשיו.
- המדינה אף פעם לא תתחמק מתשלום מימון בנזיקין כי אנחנו מממנים אותה.

### חוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) התש"ב – 1952

- סעיף 2: "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקין, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה."
- סעיף 3: "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה." ← כבר רואים מה כן ומה לא. שהמדינה פועלת בצורה אקטיבית היא רשלנית.
- באופן עקיף הרבה פעמים המדינה פועלת בצורה שגורמת נזק.
- הנשיא שמגר בפס"ד לוי: המדינה מחלקת בין אזרחיה הטבות, עלויות וסיכונים, ובמסגרת פעולת חלוקה זו אין מקום להטיל אחריות בנזיקין, שכן מעשים אלה נעשים מתוך "הרשאה חוקית" או מתוך אמונה בתום לב שיש הרשאה חוקית לפעול כך. אחריות בנזיקין תקום רק כאשר יש מעשה רשלני מצד המדינה.
- שני מסלולים: אחריות שילוחית מול אחריות ישירה.

### אחריות העובד ואחריות שילוחית של המדינה כמעביד

- אחריות המדינה כמעביד למעשי אחד מעובדיה/שלוחיה כלפי הניזוק.
- אחריות העובד מוסדרת בסעיפים 7 – 17 לפקודת הנזיקין.
- סעיף 7א(א) – לא תוגש תביעה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקום אחריות בנזיקין. אבל, אין פטור מאחריות כשהמעשה נעשה ביוזעין, מתוך כוונה לגרום נזק או מתוך שיוויון נפש לאפשרות גרימת הנזק במעשה. ← ברמת העיקרון הכלל, כאשר עובד התרשל בתפקידו, לא תוגש נגדו התביעה. היא תוגש ישירות נגד המדינה.
- סעיף 7א(ב) – אחריות/פטור מאחריות של העובד אינה גורעת מאחריות המדינה לפי סעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין. ← זה בעצם, מטיל אחריות על מעביד או על אדם ששלח אדם אחר לעבוד בשמו. עצמאי, הולך לעשות בשמו עבודה.
- שני הסעיפים ביחד אומרים = המדינה, אם עובד שלה גרם נזק, היא זאת שתיקח אחריות. העובד אם התרשל ולא היה לו מניע, הוא צריך לצאת מהתמונה.
- סעיף 7ב(ב) – אם ביקשה המדינה מבית המשפט שתידחה התביעה נגד עובד המדינה – תידחה התביעה נגדו, ויראו את התביעה כאילו הוגשה נגד המדינה מכוח אחריותה למעשהו של עובד המדינה לפי סעיפים 13 או 14, ואת מעשה עובד המדינה כאילו נעשה תוך כדי מילוי תפקידו. ← זה מראה שהמחוקק מתעקש כמה שיותר שהתביעה תהיה ישירה מול המדינה ולא מול אדם ספציפי שפגע בנו.
- ב12 שנה אחרונות, הדרך המועדפת היום מבחינת משפטית זה לתבוע את המדינה ישירות ולא לתבוע את אותו גורם או פקיד שפגע בנו. אפילו לא מכללים אותו, רק מזכירים את שמו.
- אבל, אם התובע ביקש שלא תינתן חסינות לעובד המדינה, אז לא תידחה מיידית התביעה נגד עובד המדינה (סעיף 7ב(ג)), ובית המשפט יצטרך להכריע בעניין (סעיף 7ב(ה)) כעניין מקדמי בתביעה.
- מכאן: המחוקק מעדיף שבסופו של דבר המדינה תהיה הנתבעת העיקרית. ברירת המחדל היא שיש חסינות לעובד המדינה מאחריות בנזיקין, ובמקרה כזה ניתן לתבוע את המדינה (ולחוסף אותה כנתבעת אם היא נתבעת מלכתחילה).

- מתן עדיפות למדינה כנתבעת עולה מהחקיקה: **אחריות המדינה מוגבלת למעשה רשלני וזו רחבה יותר מאחריות העובד המוגבלת רק למעשה מכונן.**
- מכאן, לשוטרי משטרת הגבולות בנתב"ג שנתנו לבעלה של התובעת לצאת מהארץ בפס"ד סוהן יש חסינות, אבל המדינה נושאת באחריות למעשה הרשלני.

### סעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין

1. "(א) לעניין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו —
2. (1) אם הרשה או אישר את המעשה;
3. (2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;
4. (ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לעניין המעביד.
5. (ג) לעניין סעיף זה, מעשה — לרבות מחדל." סעיף 14- חבותו של שולח
6. "לעניין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם."

### אחריות ישירה של המדינה

- המדינה נושאת באחריות ישירה בגין מעשה נזיקי שבוצע ע"י עובד/גוף של המדינה, או בגין מחדל בכך שלא מלאה אחר החובה המוטלת עליה.
- הנשיא שמגר בפס"ד לוי: יש להעדיף את המסלול של אחריות ישירה. ← למעלה מ-20 שנה הפסיקה מכוננת אותנו, שאם אנחנו תובעים את המדינה ועובדיה, נתבע ישירות את המדינה. כדי לא ליצור למדינה פתח של התחמקות, צריך לתבוע ישירות את המדינה.
- **הסיבה**: אחריות המדינה אינה נובעת מאחריותה השלוחית לפעולות עובד הציבור, אלא **המדינה חבה חבות אישית כשאורגן שלה** (לדוגמא, המפקח על הביטוח) **ביצע עוולה** ואותו מעשה מחייב את המדינה.
- שיקולים נוספים: (1) פיזור נזק, ו-(2) אחריות שלוחית מותרת פתח של אחריות ישירה של העובד מה שיוביל להתרעת יתר של עובד הציבור.
- בכל מקרה, התיקון הנ"ל לפקודת הנזיקין משנת 2005 מעניק הגנה רבה לעובד הציבור מפני אחריות בנזיקין ומטיל את עיקר האחריות על המדינה כמעביד.

### סיווג פעילויות המדינה

- מישור פרטי- פעילות המקבילות לפעולות של **אדם פרטי**: בעלות בנכסים, התקשרות בחוזים (אחריות בנזיקין בהתאם לכללי דיני הנזיקין).
- מישור שלטוני (משילות)- פעילויות בעלות **אופי שלטוני** ללא מקבילה בעולם הפרטי- קבלת החלטות מדיניות (יצירת יחסים דיפלומטיים), ביטחוניות (יציאה למלחמה, הפסקת אש), כלכליות ועוד. (חסינות מפני תביעות בנזיקין) ← **יש למדינה חסינות.**
- הפעלת שיקול דעת שלטוני- פעילויות שמערבות קבלת החלטות תוך **הפעלת שיקול דעת של הרשות השלטונית**- על המדינה מוטלות חובות להסדיר תחומים מסוימים באמצעות **סמכות פיקוח עם שליטה/סמכות ביצוע או ללא שליטה/סמכות ביצוע** כשבחלק מחובות אלה ניתן שיקול דעת לרשות כיצד לעשות זאת. ← לרוב מדובר בעצם בסמכויות של פיקוח על תחומים מסוימים. המדינה בהרבה מאוד מהתחומים היא מפקחת ושולטת במידה כזאת או אחרת. המשטרה – שליטה ופיקוח מלא על הסדר והביטחון, דואגת שאנשים לא יתנהגו בצורה עבריינית. יש למשטרה סמכויות שליטה מוחלטות, אין גוף חוץ מהמשטרה שאוכף את הסדר במדינת ישראל.

אם זה לפקיד – סמכויות השליטה שלו מוגבלות. זה לא כמו השוטר שיכול לעצור אותנו ולחקור, להעמיד אותנו לדין.

- הבעיה המרכזית שעלתה בפסיקה: האם יש להטיל על המדינה אחריות כשיש למדינה שיקול דעת שלטוני?

### שיקולים בעד הטלת אחריות על המדינה

- צדק מתקן: מנקודת מבט של הניזוק- יש להטיל אחריות על המדינה. האם יש מקום להבחין בין נזק שנגרם ע"י בית חולים פרטי או ממשלתי? אם נפל פגם בהתנהגות המזיק ויש להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, יש לעשות זאת ע"י הטלת אחריות.
- הרתעה: יש להטיל אחריות- המטרות הן להרתיע את מזיקים פוטנציאליים (רשויות המדינה), ולחנך את הרשויות ועובדיהן לתת שירות טוב לתושבים. ← אנתנו רוצים לשפר את איכות השירות שהמדינה נותנת לנו. אם נטיל אחריות, אותו אדם והקבוצה שאדם שייך אליה יתנהגו בצורה יותר זהירה. נטיל אחריות על אחד מהם כאשר תגיע התביעה, אולי זה ישפר את השירות שהם נותנים לנו כקבוצה.
- צדק חלוקתי (פיזור נזק): במידה ותוטל עליה אחריות, המדינה יכולה לגלגל את עלות הנזק והפיצוי על הציבור (באמצעות מסים) ובכך יש פיזור נזק בצורה צודקת שכן העלות של נזקים שהמדינה גורמת מוטלת על כל החברה. ← כיס עמוק. למדינה לא נגרום שבר כלכלי מתיק מסוים. בצדק החלוקתי לא מחפשים אשמים, אלא מחלקים את העלות של הנזק ככה שהיא לא תורגש.
- כיס עמוק: למדינה כיס עמוק ולכן יש להטיל עליה אחריות בנזיקין.

### שיקולים נגד הטלת אחריות על המדינה

- הרתעת יתר (התנהגות מתגוננת): אם תוטל אחריות רחבה על רשויות המדינה עובדי הציבור יתפכו להססנים והדבר יפגע באיכות השירות שניתן לציבור. מנגד, ניתן לטעון שאם לא תוטל אחריות עובדי הציבור יהיו פזיזים ולא זהירים. ← הפקידים כל הזמן יפחדו מתביעות. טיעון נגדי לטיעון ההתראה.
- השאלה: עד כמה הטלת אחריות על המדינה בנזיקין משפיעה בפועל על התנהלות הרשויות ועובדיהן.
- עומס על בתי המשפט: אם נקל על הגשת תביעות נגד המדינה, יוצפו בתי המשפט בתביעות כנגדה. מנגד, אם אובייקטיבית המדינה התרשלה, טיעון העומס אינו משכנע. בנוסף, יש לבחון טיעון זה באופן מעשי. ← המדינה עוטפת את חיינו בכל דקה ודקה, אם תוכר האחריות של המדינה באופן נרחב אז יוגשו הרבה תביעות על המדינה. זה גם עומס על הכיס שלנו. יגרום שפסי"ד יתקבלו בצורה איטית בגלל מעט שופטים. אם ירחיבו את בימ"ש מי שישלם זה האזרחים.
- צדק חלוקתי (קופת המדינה)- אם תוטל אחריות על המדינה בתחומים רבים, הדבר יחייב הקצאת משאבים כספיים נוספים לסילוק תביעות, דבר שיגרע כספים מתחומים אחרים שבהם המדינה נותנת שירות לציבור.

### שיקולים ייחודיים בנוגע לאחריות המדינה

- פגיעה בשיקול דעת מינהלי: חשש מתביעות עשוי לפגוע בשיקול הדעת של עובד הציבור שמטרתו צריכה להיות טובת הציבור ולא חשש מתביעות.
- התערבות בפעולות הכרוכות בשיקול דעת: עד כמה ניתן להטיל אחריות על הרשות כשהיא מקבלת החלטות המערבות שיקול של הקצאת משאבים (למשל, כיצד להסדיר פיקוח על גנים



ציבוריים). האם שיקול הדעת של בתי המשפט יכול להחליף את שיקול הדעת של הרשות (עיקרון הפרדת רשויות)

- **מחדלים בפיקוח**: לרוב, המדינה אינה גורמת את הנזק ישירות, אלא הטענה היא שהמדינה התרשלה בפיקוח על הגורם שהזיק. לכן, עלול לעלות קושי להטיל אחריות בגין מחדליה של המדינה בכך שלא פיקחה כראוי על אחרים (שכנות).
- **השוואה לסטנדרט התנהגות מקובל**: כשדנים באחריות מקצועית, משווים את התנהגות המזיק לאיש מקצוע סביר. אבל, כשדנים במדינה, למי ניתן להשוות את סטנדרט ההתנהגות? למשל, מיהו מפקח סביר על שוק הביטוח?

### הפסיקה בתחילת דרכה

בתחילת הדרך, 10-30 שנה לקיומה של מדינת ישראל, הגישה הייתה מאוד ברורה וחד משמעית.

- **פס"ד שאחזה נ' חילון**: בעלות במשאית הועברה לקונה ללא בדיקה של משרד הרישוי שיש ביטוח צד שלישי. התובע שנפגע מהמשאית ביקש לצרף את מדינת ישראל כנתבעת בגין אישור העברת הבעלות ברכב ללא בדיקת קיומו של ביטוח.
- **השופט לנדוי**: אין דין חובה שבין אדם לחברו כדין החובה של המדינה כלפי הציבור: "אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה." ← חסינות המדינה בנזיקין. אם תביעה בשנות ה-50-70 הגיעה נגד פקיד לפי המשפט הזה התביעה הייתה נדחת. היות וקופת המדינה לא תעמוד בזה.

### הנימוקים:

- קופת המדינה לא תעמוד בחובת ביטוח לכל עובדי המדינה.
- הצורך לבדוק אם המדינה התרשלה יצריך השקעת משאבים לבדיקת החלטותיה
- הטלת אחריות תוביל לתביעות רבות שיגרמו לעומס על בתי המשפט.
- סמכות המדינה כאן היא לפקח- הרשלת הישיר הוא בעל הרכב (העדר שכנות).

### ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר

- תובע נפגע מסככה שנפלה עליו כשהחנה את רכבו בחוף הים בתחומה של חדרה. הסככה עמדה על שטח שחלקו היה בבעלות פרטית וחלקו בבעלות המדינה.
- **בית המשפט המחוזי**: בעלי החלקות חבות בנזיקין, וגם העירייה כיוון שלא פעלה להסיר את המכשול שנמצא בשטח עליו עמדה הסככה.
- השופט ברק בוחן תחילה האם יש מקום להטיל חובת זהירות על הרשות.

### בעניין הטלת חובת זהירות מושגית- עקרונית על המדינה כבעלים של נכס

- תובע נפגע מסככה שנפלה עליו כשהחנה את רכבו בחוף הים בתחומה של חדרה. הסככה עמדה על שטח שחלקו היה בבעלות פרטית וחלקו בבעלות המדינה.
- **בית המשפט המחוזי**: בעלי החלקות חבות בנזיקין, וגם העירייה כיוון שלא פעלה להסיר את המכשול שנמצא בשטח עליו עמדה הסככה.
- השופט ברק בוחן תחילה האם יש מקום להטיל חובת זהירות על הרשות.

### בעניין הטלת חובת זהירות מושגית- עקרונית על המדינה כבעלים של נכס

"האם קיימת חובת זהירות מושגית ביחסים שבין גוף שלטוני המפעיל סמכות סטטוטורית (כגון עירייה או מועצה מקומית) שעניינה בטיחות הציבור בכלל ובטיחותם של מבנים מסוכנים בפרט לבין ניזוקים שנפגעו (בגופם וברכושם) בשל אי-שימוש רשלני בסמכות סטטוטורית או בשל שימוש רשלני בה? האם גוף שלטוני כזה צריך לקחת בחשבון שהתרשלותו תפגע בניזוק? אין כל קושי להשיב בחיוב על שאלה זו, מקום שהמבנה המסוכן מצוי בבעלותו ובחזקתו של הגוף השלטוני."

"האם קיימת חובת זהירות מושגית ביחסים שבין גוף שלטוני המפעיל סמכות סטטוטורית (כגון עירייה או מועצה מקומית) שעניינה בטיחות הציבור בכלל ובטיחותם של מבנים מסוכנים בפרט לבין ניזוקים שנפגעו (בגופם וברכושם) בשל אי-שימוש רשלני בסמכות סטטוטורית או בשל שימוש רשלני בה? האם גוף שלטוני כזה צריך לקחת בחשבון שהתרשלותו תפגע בניזוק? אין כל קושי להשיב בחיוב על שאלה זו, מקום שהמבנה המסוכן מצוי בבעלותו ובחזקתו של הגוף השלטוני"

### **חובת זהירות מושגית של העירייה כגוף שלטוני מפקח ולא כבעלים**

"מוסמכת עירייה לעשות כל הדרוש לשמירה על ביטחון הציבור בתחומי העירייה. **הוראה מיוחדת ממסיכה את העירייה לצוות על הריסתם של בניינים מסוכנים...**

**סמכויות אלה מעניקות לעירייה כוח שלטוני באשר לשמירת בטיחותם של מבנים.** אין העירייה "זרה" לעניין מבנים מסוכנים. לא הרי מבנה מסוכן בשטח שיפוטה כהרי מבנה מסוכן מחוצה לו. **הסמכויות הסטטוטוריות יוצרות תפקיד ציבורי ומעניקות מעמד של שליטה ופיקוח.** כל אלה יוצרים תשתית עובדתית, אשר ממנה ניתן להסיק, **כי הגוף השלטוני צריך לצפות, ששימוש או אי-שימוש רשלני בכוחותיו עשויים לגרום נזק מהמבנים המסוכנים לאנשים המצויים בקרבתם.**

זאת ועוד: **הנזק הצפוי עשוי להיות פגיעה בחיי אדם.** כנגד פגיעה שכזו צריך גוף שלטוני, שבידו הכוח למנוע את הפגיעה, לנקוט אמצעי זהירות.

לבסוף, **המעמסה הכספית, שחובה זו תטיל על הגוף השלטוני, אינה ניכרת.** לעתים קרובות די יהיה להפנות את תשומת לב הבעלים והמחזיקים במבנה המסוכן, ואלה ינקטו את האמצעים הנדרשים להסרת הסיכון. לעתים יהא צורך בהצבת שלט, שימנע כניסה למבנים אלה."

### **חובת זהירות קונקרטי של העירייה כגוף מפקח**

- "...עלינו לשאול עצמנו, אם עיריית חדרה צריכה הייתה לצפות את נזקו של התובע.
- **נזק זה ניתן היה לצפות במישור "הטכני".** הסככה מצויה במקום עשרות שנים. כל בחינה ובדיקה, ולו השטחית ביותר, הייתה מגלה כי יש בה סיכון. אך צפיות "טכנית" אינה מספקת.
- **בנסיבות העניין צריך היה לצפות "נורמטיבית".**
- הסככה מצויה על שפת הים. רבים באים להתרחץ במקום וחוסים בצלה. הנזק שהתמוטטותה יכולה לגרום הוא רב, הן לגוף והן לרכוש. **על העירייה לצפות את התרחשותו של נזק זה, אם לא תפעל כראוי.**
- אמת, העירייה לא ידעה בפועל ולא צפתה בפועל כל נזק מהסככה. אין בכך ולא כלום, שכן השאלה היא, אם העירייה צריכה הייתה לצפות. על כך התשובה היא בחיוב."

### **שיקולי מדיניות בהטלת חובת זהירות על הרשות**

**הש' ברק:** "ניסיון החיים מוכיח כי הסרת חסינות מאחריות בנזיקין של המדינה לא גרמה זעזוע ואין כל בסיס לחשש כי הטלת חובת זהירות מושגית על גופים שלטוניים... תביא לפגיעה כספית קשה באותם גופים או להצפתם של בתי המשפט בתביעת נזיקין."

"לדעתי, **השפעת קיומה של חובת הזהירות תהא הפוכה, שכן היא תעמיד את עובד הציבור על המשמר ותמריץ אותו לנהוג כראוי.**

על אלפים רבים של עובדים, המשרתים גופים סטטוטוריים, מוטלת חובת זהירות מושגית באשר לעבודתם, ואין בכך כדי להרתיעם או לרפות ידיהם."

גישתו של ברק הייתה לשלוח מסר הפוך לעובדי המדינה דרך דיני הנזיקין, הוא רוצה לשנות את המציאות היומיומת של האזרחים. שעובדי המדינה לא יהיו שאננים כלפי תלונות שמגיעות אליהן.

### יסוד הפרת חובת הזהירות

- יש לשקול את **מהות הנזק**, **עוצמת הנזק** ו**הסיכוי להתממשותו** (תוחלת הנזק). אם מדובר בגוף שלטוני שיכול למנוע בקלות יחסית פגיעה בחיי אדם הרי יש להטיל עליו חובת זהירות.
- יש לשקול גם את **עלות מניעת הנזק** – אם נדרשת השקעה קטנה כדי למנוע את הנזק יש להטיל אחריות. בפס"ד זה העלות הנדרשת נמוכה כי כל מה שצריכה היתה העירייה לעשות הוא להזהיר את בעלי החלקות בדבר המבנה המסוכן. ← בא ואומר שעלות המניעה היא יחסית נמוכה. היה אפשר לשים שילוט "סככה מסוכנת" ובשלב היותר מתקדם לפעול אל מול בעלי הנכס והסככה – להגיד להם – אם אתם לא תטפלו כי זאת אחריות שלנו המדינה אנחנו נטל בזה ונשלח לכם את החשבון.
- כדי למנוע נזק מאנשים שמגיעים בקיץ לשים שלט ולהגיד לאנשים לחנות במקום אחר ולא כאן. אם למרות זאת אדון זוהר היה חונה שם זה כבר היה סיכון עצמי ובעיה שלו.
- מצד אחד שיש נזק משמעותי גם הבן אדם וגם הרכב שלו נפגעו וגם עלות יחסית של הצבת שלט – המאזניים נוטות כלפי הנפגע.
- טענת ההגנה המרכזית נגד המדינה זה תקציבי – העיריות אומרות שרצו למנוע אבל לא היה כסף או את היכולת הכלכלית. היינו צריכים להשקיע בדברים לא פחות חשובים. **הטענה של משאבים כספיים מוגבלים, גופי ממשלתיים או מדיניים טוענים כאשר מוגשות תביעות.**
- השופט **ברק**: **היתה כאן הפרה של חובת זהירות מצד העירייה.**
- לא הובאה כל ראיה לכך שתיקון הסככה נדחה בשל חוסר תקציר או כי התיקון הובא בחשבון בסדר העדיפויות של העירייה ולא נמצא לו מימון. ← הם לא הראו את סדר העדיפויות. התשובה לתביעות כאלה – תשמע, לנו יש את שיקול הדעת שלנו כעירייה להחליט איך אנחנו מחלקים את העוגה. פינוי זבל, בתי ספר, גינות ציבוריות וכו'. העירייה לא הציגה את סדר העדיפויות שלה ולא אמרה שאין לה כסף. **בדר"כ אומרים שהיו סדרי עדיפויות בחילוק הכסף. זאת טענה שצריך להתמודד איתה כעו"ד שתובע.**
- הש' **ברק** לא פוסל מתן שיקול דעת לרשות במילוי חובותיה, אבל במקרה זה העירייה לא הציגה כל ראיה לכך שהיא תכננה לתקן את הסככה.

### פס"ד חדרה נ' זוהר – סיכום

- על המדינה ורשויות ציבוריות אחרות מוטלת חובת זהירות נזיקית הן לעניין פעולות פרטיות ובעלים של נכסים, והן לעניין פעולותיהן כרשויות שלטוניות.
- על המדינה והרשויות לצפות בשני המקרים שהתרחשו תגרום נזק וכי יש לנקוט באמצעים למנוע אותו.
- "**הכל שווים בפני החוק**, וגם הרשות השלטונית הפועלת על-פי סמכות סטטוטורית חבבית לקחת בחשבון כי בפעולתה השלטונית הרשלנית היא תזיק לזולתה." גם משרד רה"מ וגם אנשים פרטים וכו' שווים בפני החוק. אנחנו עלולים להיתבע בנזיקין.
- פס"ד **עיריית חדרה נ' זוהר** קבע למעשה בצורה מפורשת כי המדינה ורשויות עשויות לשאת באחריות אם הפרו אם חובת הזהירות שלהן כשהתרחשו גרמה לנזק.

הנשיא שמגר הגיע למסקנה שצריך לצמצם מעט את היקף אחריות המדינה. הוא מוסיף עוד כלל-אלמנט משפטי שלא היה קיים קודם. ברמת העיקרון הוא לא מבטל את הפס"ד של השופט ברק ומסכים שכולם שווים אבל הוא כן עושה איזשהי הבחנה בין פעולה של המדינה לבין פעולה של אדם פרטי.

הוא שם לב שהפעילות של גוף ממשלתי המהות של היא הפעלת שיקול דעת. להרבה מאוד פקידים יש אפשרות להחליט לפעול בצורות שונות. לא מוטלת עליהם רק סתם חובה לפעול בצורה מסוימת אלא לפעמים יש להם בעצם את השיקול דעת איך לפעול.

ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי (1994)

- הנשיא שמגר מכיר כאן בצורך לצמצם את היקף האחריות של המדינה בנזיקין.
- שמגר מקבל עקרונית את העמדה שלא קיים שוני בין המדינה לבין אזרח רגיל כאשר על שניהם לנהוג בזהירות ביחסיהם עם הזולת.
- אבל, שמגר מצמצם את היקף החובה כשהוא עושה אבחנה בין פעולה של המדינה המקבילה לפעולה של אדם פרטי לפעולה שלטונית של המדינה.
- לעתים, הסמכות והחובה לנקוט בפעולה שלטונית (פיקוח עם/בלי שליטה מלאה) מלווה בשיקול דעת הניתן לעובד המדינה/הרשות.
- ההלכה שקובע שמגר: כשמדובר בפעולה המצריכה הפעלת שיקול דעת מצד עובד הרשות הרלבנטית אין למדינה חובת זהירות כלפי האדם שנפגע מפעולה זו גם אם מדובר בהפעלה בלתי נאותה של שיקול דעת.
- הבדל בין פקיד של המדינה לבין חובה שמוטלת עליו – הוא לא יכול להשתמט ממנה הוא חייב לבצע אותה.
- מה ששמגר אומר – אם יש טעות בשיקול דעת זה יהיה חסין בתביעה של דיני הנזיקין. טענת הנגד זה גם כשיש טעות בשיקול דעת זה לא נותן חסינות מוחלטת.

### חריג שיקול הדעת

- **הכלל:** כשניתנת למדינה סמכות המלווה בשיקול דעת לא מוטלת עליה חובת זהירות כלפי אדם שעלול להיפגע ממעשיה וזאת בשעה שהיא מפעילה שיקול דעת ומקבלת החלטה.
- אבל, ההכרה בחריג זה של אי הטלת חובת זהירות במקרה של הפעלת שיקול דעת אינו שולל את הטלת חובת הזהירות באופן מוחלט.
- כאשר מדובר בסמכות של הרשות להפעיל שיקול דעת הרי שנקודת המוצא היא שאין חובת זהירות, אבל הנחה זו ניתנת לסתירה במקרים קיצוניים. ← תמיד יש כלל ויוצא מן הכלל, נותן כעו"ד את הגמישות ולשופט לפסוק בצורה גמישה. ברמת העיקרון אם יש שיקול דעת זה פותר מאחריות אך במקרים קיצוניים לא תהיה חסינות להטלת האחריות.
- שמגר רוצה לסנן תביעות כבר בהתחלה בשלב הראשון הוא עושה את זה בשלב החובה.
- בכל מקרה, הכלל של אי הטלת חובת הזהירות במקרה שבו מופעל שיקול דעת מממש את המטרה של צמצום היקף החובה.
- שימו לב: הדיון בחריג שיקול הדעת נעשה במסגרת יסוד חובת הזהירות!

### הצדקות לשלילת אחריות במקרה של שיקול דעת

- **כבוד הדדי בין רשויות** – כשמדובר בהפעלת שיקול דעת השאלה אם הפרה הרשות את חובת הזהירות כלפי האזרח משמעותה למעשה העברת ביקורת מצד בית המשפט על החלטות הרשות. אבל בנזיקין לא בוחנים האם ההתנהגות המקובלת והנהגת היא ראויה אלא האם היתה סטייה ממנה.
- קושי בהערכת מדיניות והחשש להתדיינות יתר סביב שאלת ההתרשלות – קיים קושי לבתי משפט לקבוע שהרשות התרשלה כשהיא מחליטה על מדיניות מסוימת.
- הוכחת התרשלות מחייבת הכרעה ערכית בין המדיניות שנבחרה לזו שלא נבחרה ושל רמת הסיכון שעל הציבור לעמוד בו. בית המשפט אינו ערוך להכריע, למשל, האם יש להציב שוטרים בכל הרחובות כדי למנוע מעשי עבריינות או שמא החלטה כזו כרוכה בהוצאה בלתי הגיונית ובלתי סבירה. זו הערכה מקצועית בבסיסה.

- בנוסף לכך, גם אם ההחלטה ניתנת לביקורת מוסרית לא תמיד מדובר במעשה רשלני ולפיכך עדיף שלא להכיר בחובת הזהירות ולמנוע דיון ארוך בשאלת קיומה או היעדרה של התרשלות בהחלטה של שיקול דעת שלטוני.
- **הרתעת יתר-** במקום לשיקול שיקולים חברתיים כלכליים ופוליטיים להם יש להידרש בעת קבלת החלטה על מדיניות מסויימת יתווסף להחלטות גם השיקול של **החשש מפני תביעה אזרחית**. שיקול זה עשוי לגרום לפרקטיקה מתגוננת שכן עובד ציבור עלול לבחור בקו פעולה שמקטין את הסיכון שלו אף אם קיים קו פעולה אחר שכדאי יותר לציבור בכללותו.
- **סיכון הנובע מחיים בחברה מודרנית** – בפס"ד לוי נטען עוד כי הנזקים הנגרמים מהחלטות בעניין מדיניות הם סיכונים הנובעים מהחיים בחברה מודרנית מאורגנת. הסיכון כי האזרח יסבול מנזקים אלו הוא זהה לגבי כל אזרח ודומה שלטווח ארוך הוא מתפזר בצורה שווה על כלל הציבור.
- **עומס יתר והצפת בתי המשפט** – נימוקים אלה שנשללו בפסיקה מוקדמת יותר של בית המשפט הועלו שוב ע"י בית המשפט בלוי אולם תחולתם צומצמה להקשר של הפעלת שיקול דעת בלבד.

### הגדרת שיקול דעת

**כאשר כל אדם מגיע לצומת של קבלת החלטות ויש לו אפשרות לקבל החלטה א' או ב' פה בעצם הוא מפעיל שיקול דעת. כאשר לאדם אין אפשרות לבחור אלא הוא חייב לעשות מעשה, אין אפשרות בחירה פה. (ילד חייב ללכת לבי"ס). אבל איך ללמוד בבי"ס זה כבר שיקול הדעת של התלמיד. ללמוד או להיות במגרש בבי"ס. לבחור איך לנהל את הלימודים. נניח שהייתה חובה אקדמאית בישראל, ניתן לבחור בין הדרכים.**

- פעילות שיש בה אלמנט דומיננטי של שיקול דעת = אפשרות הניתנת לרשות לבחור בין מספר דרכי פעולה או החלטות אלטרנטיביות.
- ניתן לזהות שיקול דעת כשלא ניתנים קריטריונים ספציפיים המורים לרשות כיצד להחליט בנושא מסויים.
- שיקול דעת הנקבע בחיקוק מחייב הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים. המדובר בעריכת איזון בין השקפות פוליטיות, חברתיות וכלכליות מתחרות, והכרעה בין הצורך למלא הוראה לבין חסכון בהוצאות.
- ההלכה השוללת הטלת חובת זהירות על המדינה בעת הפעלת שיקול דעת מוגבלת רק להפעלה עצמה של שיקול הדעת ולא למעשה הנובע ממנה.
- כלומר, כשמדובר בביצוע החלטה לאחר שזו התקבלה יחולו קני המידה הרגילים שנקבעו בפסיקה, ועל הרשות לפעול מתוך זהירות ובסבירות. **כשמדובר בשיקול דעת רשלני של הרשות על בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהמדינה לא תחוב בנזיקין אלא במקרים חריגים.**

ע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס (2004)

- **העובדות:** סכסוך בין שכנים הוביל משפחה אחת (וייס) להגיש מס' תלונות במשטרה בעקבות מעשי התנכלות שונים של משפחה שכנה (פנחס) שגבלו בפגיעה ברכוש ובאיזונים לפגיעות בגוף. התובעים טענו כי התלונות לא טופלו ע"י המשטרה כראוי ולבסוף לא היתה למשפחת וייס ברירה אלא לעזוב את דירתם. הם הגישו תביעה ברשלנות כנגד משטרת ישראל.

**האם להכיל על המשטרה את מה שקבע השופט שמגר, צריך לתת חסינות למשטרה ולקוות שבפעם הבאה זה לא יקרה?**

- **הש' דורנר:** יש לדון תחילה בחובת הזהירות של המשטרה. המשטרה היא גוף ביצועי שמלאכתו רבה ומשאביו מוגבלים, ועליה לקבוע סדר עדיפויות בביצוע משימותיה. בקבלת החלטות אלה

**ניתן למשטרה מיתחם רחב של שיקול-דעת החסין מפני תביעות, אבל היא אינה חסינה מפני תביעות בגין נזקים שנגרמים מפעולותיה או מחזליה הרשלניים (למשל, כשמשטרת הגבולות אפשרה לאדם לצאת מהארץ למרות שהיה נגדו צו עיכוב יציאה).**

- מה שנדרש מאנשי המשטרה, כמו מיתר רשויות המדינה, הוא להפעיל את הסמכויות בתבונה ולנקוט באותם אמצעי זהירות בהתאם לנסיבות המקרה כפי שאדם סביר וכשיר לאותו עניין היה נוקט.

### **השופטת דורנר:**

- יש לבחון **במסגרת חובת הזהירות** את השיקולים שהעלה הש' **שמגר** בפס"ד **לוי** בנוגע לצמצום אחריות המדינה כשמדובר בהפעלת שיקול דעת:
- **יש להישמר מפני הרתעת-יתר** שתפגע בפעילותה השוטפת של המשטרה, מפני חיוב המשטרה בחובת זהירות נוקשה מדי, שתביא להססנות ולסרבול באופן קבלת ההחלטות של הדרגים המבצעיים
- **יש להישמר מפני "הצפה" של המערכת המשפטית בתביעות אזרחיות** כנגד המשטרה, שיביאו לדלדול של משאביה המוגבלים- מצב שעלול להביא לעיוות שיקול-הדעת המשטרתי כך שיינתן משקל רב מדי לאחריות הנזיקית של המשטרה ומשקל מועט מדי לתועלת החברתית של פעילויותיה.
- מנגד, **מטרות הצדק המתקן וההרתעה תומכות בהטלת חובת זהירות** על המשטרה כשהיא פועלת באופן רשלני.

### **אחריות המשטרה:**

- עקרונית, **המשטרה חייבת לטפל בתלונות** שאדם מגיש על מעשי עבירה שנעשו בו. בעצם הגשת התלונה "**מתקרבים**" המתלוננים אל המשטרה והופכים את חובתה הכללית לחובה קונקרטית כלפיהם.
- אמנם, **למשטרה יש שיקול-דעת רחב** בנוגע **לאופן הטיפול בתלונות** שכן בידיה המומחיות הנדרשת להחליט על קו הפעולה המתאים.
- אבל, **אין הדין מותיר למשטרה שיקול-דעת בדבר עצם הטיפול בתלונה**. המשטרה אינה רשאית להתעלם מתלונה, והחלטתה שלא לחקור צריכה להתקבל מתוך שיקול-דעת ולהיות מנומקת.
- ← ברור שהמשטרה יכולה להחליט איך היא מטפלת בתלונה, זה יהיה שיקול דעת למשטרה. אבל בעצם החקירה היא לא יכולה להגיד שהיא לא חוקרת זה התפקיד שלה. אם היא מחליטה לא לחקור היא צריכה להפעיל שיקול דעת ולנמק. פה זה לא נעשה. יש למשטרה שיקול דעת איך לחקור אבל לא אם לא לחקור! היא יכולה להחליט שהיא לא חוקרת אבל צריכה קודם לכן האם באמת לא לחקור את זה ולנמק את זה. צריכה להראות לבימ"ש שהפעילה שיקול דעת בעצם השאלה באם לחקור. ברמת העיקרון היא כן צריכה. פה זה מקרה חריג שהחובה והאחריות תוטל למרות שיש שיקול דעת כי פה המשטרה החליטה לא לטפל בעניין הזה. **הנה לכם החריג. הרי שמגר יצר את חריג שיקול דעת, דורנר יוצרת חריג לחריג. המדינה כמו פה לא תהיה חסינה כי היא קיבלה החלטה שהיא מוטעית בצורה קיצונית. לכל עשרות תלונות אלימות במשך שנתיים זה טעות קיצונית.**
- כשמדובר בקשר ישיר בין הרשות לאזרח היחס המשפטי הופך להיות קרוב מבחינת דרישת השכנות.
- היכולת של בימ"ש להתערב החלטות של הממשלה או המדינה הן מוגבלות בתוכן ההחלטה. הרבה פעמים ההחלטה נופלת מכיוון שההליך לא מתקיים נכון.
- העומס המוטל על המשטרה רב, וסדר העדיפויות על בסיס שיקוליה המקצועיים והתקציביים מוביל לכך **שלא כל תלונה תצדיק חקירה אקטיבית**.
- לכן, בית-המשפט לא יתערב לעתים קרובות בהחלטותיה המקצועיות של המשטרה לפעול או להימנע לפעול וזאת מתוך **כיבוד שיקול-הדעת שניתן למשטרה** וזאת מתוך מודעות לסיכונים מהתערבות יתר.
- אבל, **למשטרה אין שיקול-דעת מוחלט**. היא כפופה לביקורת לרבות של דיני הנזיקין.

- חובת הזהירות המוטלת על המשטרה בטיפול בתלונות אינו שונה אפוא מהותית מחובת הזהירות המוטלת עליה בפעילויותיה האחרות. יש כאן איזון בין שיקולי מדיניות, המוביל להטלת אחריות כשקיימת סטייה ניכרת ממתחם הסבירות הרחב העומד לרשות המשטרה.
- השופט דורנר מתערבת בשיקול הדעת של המשטרה במקרה זה.

### יסוד ההפרה – בדיקת סבירות התנהגותה של המשטרה

- הקריטריונים באשר לסבירות ההתנהגות של המשטרה הם אלה:
  1. נזק שנגרם לרכוש באירוע בודד, שמניעתו מחייבת פעולה מיידית של המשטרה בתגובה לתלונה, אינו דומה לנזק שנגרם במהלך תקופה ממושכת, שבמהלכה מוגשות תלונות רבות וקונקרטיות, הפותחות בפני המשטרה מיתחם רחב של קווי פעולה.
  2. תלונות מקריות על עבירות קלות אינן דומות לתלונות תדירות ועקביות על עבירות רבות היוצרות סיכון ממשי לגופם ולרכושם של הזכאים להגנה. בעוד שהמקרה הראשון (אירוע בודד ואירוע מקרי) אינו מטיל על המשטרה אחריות ברשלנות, ייתכן שסוג המקרים השני יטיל אחריות ברשלנות.

### בדיקת התנהלות המשטרה בפס"ד וייס

- במהלך שנות ההתעללות במשפחת וייס עמדו לרשות המשטרה קווי פעולה חלופיים רבים, ולכן לדעת הש' דורנר לא ניתן לקבל את הטיעון שהעלתה המשטרה כי היא היתה עמוסה ולכן עמדה חסרת אונים כנגד שרשרת התנכלויות החמורה והממושכת של קבוצה ידועה ומצומצמת כלפי משפחה אחת.
- מדובר כאן בטיפול רשלני חמור בתלונות משפחת וייס. השלמה עם פגיעות העבר ועם הפגיעות הצפויות בגופה וברכוש של המשפחה, שלבסוף אילצו אותה לעזוב את ביתם אינה יכולה להיכלל במיתחם שיקול-הדעת של המשטרה.
- אין הצדקה להעניק למשטרה חסינות מפני הטלת אחריות לנזק של משפחת וייס ומפני הפנמת תוצאות התנהגותה הרשלנית.
- לכן, יש להטיל חלק מהאחריות לנזקים שנגרמו למשפחת וייס על המשטרה.

### המסקנות:

- ככלל, ניתן להטיל אחריות על פעילות הרשות גם כאשר היא פועלת כגוף ציבורי וגם כאשר היא מפעילה שיקול דעת.
- נראה כי למרות חריג שיקול הדעת שפוטר את הרשות מאחריות, החריג אינו נותן הגנה מוחלטת ומלאה לרשות.
- ניתן לבקר את החלטות הרשות המבוססות על הפעלת שיקול דעת כשיקול הדעת אינו סביר באופן קיצוני וחורג באופן ניכר ממתחם הסבירות (כאן- החלטה שלא לטפל בשורה ארוכה של תלונות). מדובר כאן למעשה בהחלטה של המשטרה שלא לפעול.
- מכאן, החריג שקבע השופט שמגר בפס"ד לוי נתפס כחריג מצומצם שחל כשהיחסים בין הניזוק למזיק רחוקים (מפקח על ביטוח מול ניזוק רנדומלי), וכאשר ההחלטה משפיעה על הציבור כולו, ולא ביחסים קרובים וישירים כמו בין המשטרה למתלונן אשר משפיעה בעיקר עליו כניזוק.

### רע"א 5277/08 אליקשוילי נ' משטרת ישראל (2009)

- סכסוך פרץ בין בני זוג כשמהלכו תקף הגבר את בת זוגו. השכנים הזעיקו את המשטרה. לבית הגיעו שוטר יחד עם חיילת בשירות חובה במשטרה.
- הגבר ישב במרפסת והשוטר ניגש לשוחח עימו, כאשר בת זוגו יצאה לחצר עם השוטרת וטענה כי הגבר יהרוג אותה.
- הגבר ניסה לרדת לחצר ולשוחח עם בת זוגו אבל השוטר מנע זאת ממנו ודרש ממנו להיכנס לדירה.

- **לאחר שהגבר ניסה לדחוף את השוטר, הודיע לו השוטר כי הוא עצור וכי עליו להתלוות איתו לתחנת המשטרה.**
  - הגבר ניסה להתחמק והתפתח ביניהם עימות אליים. הגבר ברח, נכנס לדירה ונעל את עצמו מבפנים. הגבר פנה לבנו התינוק והשליך אותו בכוח רב מבעד החלון לחצר השכנים. הילד נהרג במקום. השוטרים לא היו ערים לכך שיש תינוק בבית.
  - האם הגישה תביעה כנגד המשטרה בנזיקין. **בית המשפט השלום קבע כי המשטרה נושאת באחריות. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.**
  - צפיות – האם השוטרים היו צריכים לצפות מעשה כזה? מי שגרם לנזק זה האב.
- הש' גובראן – הטיפול באירוע ואי מעצר האב במקום:**
- **על המשטרה היה לצפות שהגבר יפגע באנשים אחרים.**
  - אבל, למרות שהתנהגות האב בפני השוטרים הגבירה את החשד למסוכנותו, **לא מדובר היה בסכנה ממשית וקרובה שחייבה נקיטה באמצעים חריפים יותר מאלו שננקטו ע"י השוטר.** לא מדובר בסטייה משיקול דעת סביר בנסיבות העניין. ← יש כאן הערכה מקצועית. השי' שהוא לא שוטר מעריך את הסכנה שהשוטר בעצמו חווה. הוא מגב את השוטרים.
  - התובעים לא הראו שהשוטרים נמנעו מלפעול בעת האירוע משיקולים לא ענייניים. שימוש בסמכויות המעצר להגבלת תנועה הם אמצעים חריפים ויש לעשות בהם שימוש זהיר.
  - מדובר באיזון בין מעצר שיכול להביא לצמצום הפגיעה בחפים מפשע מצד אחד לבין הגנה על חירות הפרט מצד שני. בעת עריכת איזון שכזה **על השימוש בסמכויות המעצר להיעשות על פי שיקול דעת של כוח המשטרה בזמן אמת ואין להתערב בשיקול דעת זה מתוך ראייה בדיעבד של תוצאות המעשה.** ← יסוד ההפרה - כאשר אנחנו מקבלים החלטה אם היא הייתה סבירה או לא, אנחנו צריכים להיכנס לנעלי המזיק באותו רגע.
  - מכאן, **למשטרה היתה חובה זהירות כלפי התובעים אבל היא לא הפרה אותה. יסוד שיקול הדעת נבחן בהקשר של היקף החובה (יסוד ההפרה).** התביעה נדחתה.
  - מי שישא בעלויות של הנזק שהבחור הזה גרם זה אנחנו משלמי המיסים.

#### **המשטרה – הפעלת חריג שיקול הדעת:**

"בכל אירוע בו נתקלת המשטרה באדם המפגין התנהגות מאיימת ואלימה, בפרט כאשר אלימות זו מכוונת כלפי שוטרים, ובמיוחד כאשר קיים חשד כי ביצע בסמוך לאירוע מעשי אלימות, **על השוטרים לצפות את האפשרות שטיפול לקוי במסוכנותו של אדם זה עלולה להביא לפגיעה באדם אחר.**

"אלא שגם על צפיות זו, המצויה במישור הנורמטיבי, להישקל אל מול שיקולים אחרים המשפיעים על היקפה הראוי.

כעניין מעשי וכעניין של מדיניות משפטית, **אין המשטרה יכולה להקצות את מלוא המשאבים העומדים לרשותה לכל מקרה ומקרה, ועליה להחליט, על פי שיקול דעתה, על חלוקת משאביה המוגבלים.** ← מתייחס להחלטה של הקצין לשלוח רק שוטר ושוטרת נוספת.

על כן, **לשם קביעת היקפה של חובת הזהירות של המשטרה כלפי הציבור הרחב עלינו לאזן בין חובתה לשמירה על שלום הציבור ובין החשש מפני פגיעה בשיקול דעתה של המשטרה והחשש**



מפני שימוש עודף בסמכויותיה. על האיזון להתבצע על פי נסיבות המקרה, תוך התחשבות במידת הסכנה הקונקרטית הנשקפת וממידת הסתברותה.”

### חשוב ←

- “החלטות המשטרה בדבר שימוש בסמכויותיה לשם הגנה על הציבור הרחב דורשות איזון עדין ומחייבות על כן מידה רבה של שיקול דעת. ← יש פה הרבה שיקול דעת, גם של השוטר ברחוב.
- אף אם העמדת שוטר בכל פינת רחוב ומעצרו של כל אדם שנשקף ממנו חשש כלשהו לאלמות יהא בהם כדי למנוע נזקים רבים מצד עבריינות אלימה, הרי שהמחיר החברתי שיהא עלינו לשלם לשם כך בזכויות אדם ובקיומנו כחברה חופשית אינו מאפשר זאת. ← איזון בין החופש שלנו להימנע מנזקים, זה לשיקול משטרה.
- כשיש שיקול דעת הרבה פעמים אנחנו צריכים לתת לפקיד או לשוטר לפעול בלי איום בתביעה בנוזיקין. צריך להטיל עליו אחריות כאשר הוא לא משתמש בשיקול דעת או שהוא עושה שימוש מוטעה בצורה קיצונית.
- ... איזון זה ימצא ברובו במרחב שיקול הדעת המנהלי המסור למשטרה, כרשות מרשויות המדינה.
- אמנם אין בכך כדי להעניק לה חסינות מפני הטלת אחריות נזיקית, אולם יש בכך כדי להביא למסקנה שאחריות זו תוטל בעיקר במקרים בהם נמנעה המשטרה לחלוטין מלעשות שימוש בסמכויותיה, או עשתה שימוש לוקה בחסר בצורה משמעותית, בשל אדישות, רתיעה או שיקולים אחרים שאינם רלוונטיים לחובתה לשמור על שלום הציבור.
- במקרים בהם לא הוכח קיומם של שיקולים שלא מן העניין, מוטל יהיה על התובע להראות כי המשטרה חרגה משיקול הדעת המוקנה לה בעת שמירה על שלום הציבור, בהראותו כי היה בידיה מידע קונקרטי וברור בדבר סכנה ממשית וקרובה לשלום הציבור, מצד גורם ידוע, והיא נמנעה מלעשות שימוש סביר בסמכויותיה בכדי למנוע סכנה זו.”

### פס"ד אליקשווילי – הכרעה

- “במקרה שבפנינו, לא ניתן לומר, כי אי מעצרו של מוחמד על ידי המשטרה או אי כבילתו באזיקים, בנסיבות שהתקיימו בעת האירוע ובהתאם למידע שהיה בידי המשטרה באותה עת, מהווים חריגה משיקול הדעת המשטרתי הסביר, שיש בה כדי להקים אחריות בנוזיקין.
- הגם שהתנהגותו של מוחמד בפני השוטרים, והחשד כי פעל באלימות כנגד המערערת היה בהם כדי להצביע על מסוכנותו, הרי שלא מדובר היה בסכנה ממשית וקרובה כלפי מי מהציבור, שהיה בה כדי לחייב נקיטה באמצעים חריפים יותר מאלו שנקטו בפועל על ידי השוטרים.”
- פס"ד הפוך בתוצאה אבל לא בהלכה.

3.1.18

### היקף אחריות הרשות- סיכום ביניים

- בפס"ד מדינת ישראל נ' לוי קבע בית המשפט כי כשהמדינה מפעילה שיקול דעת כיצד לפעול, הכלל הוא כי לא ניתן חובת זהירות על הרשות השלטונית בגין הפעלת שיקול הדעת או קבלת ההחלטה עצמה.
- אבל, בפסקי הדין וייס ואליקשווילי שעסקו באחריות המשטרה קבע בית המשפט העליון כי החסינות מפני תביעות אינה מוחלטת.

- במקרים חריגים, כשהחלטה של הרשות השלטונית אינה סבירה באופן קיצוני הרי שאז לא תינתן לרשות חסינות מפני תביעה בנזיקין והיא עשויה לשאת באחריות לקרות הנזק שנגרם לתובע.
- השאלה: האם בתי המשפט המשיכו בקו זה גם כשמדובר ברשויות שלטוניות אחרות, כאשר התפקיד המרכזי שלהם הוא לפקח?  
עיירת חדרה – ברק. בא ואומר שהמדינה היא כמו כל אדם אחר, יש חו"ז כמו כל אדם פרטי לאחר עשור – שמגר אמר נכון, אבל כאשר לפקיד יש שיקול דעת אם לעשות א' או ב' הוא יהיה חסין מפני תביעות בנזיקין.  
באו השופטים ואמרו – כאשר הטעות בשיקול הדעת היא קיצונית או כאשר אותו פקיד היה צריך לקבל החלטה ולא קיבל אותה – אז כן למרות שהוא מפעיל שיקול דעת, המדינה עלול לחול באחריות.

#### המדינה כמפקחת- ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה (2006)

- תביעה בגין נזקי רכוש שנגרמו באזור עמק זבולון ומפרץ חיפה כתוצאה משיטפונות שהתרחשו בחודשים דצמבר 1991-פברואר 1992 ושגרמו להצפות באזור. הצפות שגרמו לנזקים להרבה מאוד אנשים פרטים ולבעלי עסקים במפרץ חיפה.
- חברות הביטוח פיצו את הניזוקים בגין נזקי ההצפה, וזאת מתוקף חו"זי ביטוח שנכרתו ביניהם.
- **חברות הביטוח תבעו את הרשויות המקומיות בגין הסכומים שאותם שלמו למבוטחים שאותם פיצו.** הגיעו תביעות נגד העיריות, נגד רשות שהיא חלק ממשרד החקלאות שנקראת רשות הניקוז. הם טענו שאם כל הרשויות השונות היו דואגות שיהיה ניקוז כמו שצריך, אנחנו הביטוח לא היינו צריכים לשלם לניזוקים.
- בתביעה זו טענו חברות הביטוח שהרשויות התרשלו ותרמו לנזקי ההצפות:
  - הרשויות המקומיות לא דאגו לרשת ניקוז מתאימה
  - רשות הניקוז באזור לא דאגה לניקוז סדיר
  - משרד החקלאות לא פיקח על רשות הניקוז לוודא שהיא ממלאת את תפקידה כנדרש
  - הרשויות המקומיות והמשרד לאיכות הסביבה לא דאגו למניעת השלכת פסולת
- מה שנמצא זה שמערכות הניקוז לא עברו שיפוץ הרבה מאוד שנים. נקרא הפקרות היו והם מקבלים כסף ממיסי המדינה והם לא עושים כלום.
- משרד החקלאות לא אמור לבצע את העבודה, הוא נועד לפקח ולוודא, לבדוק מה קורה. לשלוח פקחים, לבקר בשטח, פגישות עם העובדים. השאלה מה נעשה, מה היה צריך להעשות, מה הסמכויות השונות?
- בית המשפט העליון קיבל חלק מהתביעות ודחה את חלקן האחר.

#### חובת זהירות – המדינה (משרד החקלאות) כגוף מפקח

הש' חיות: בעניין חובת הזהירות (צפיות, שכנות ושיקולי מדיניות):

- הכלל: היות המדינה גורם שלטוני מפקח אינה שוללת הטלת אחריות בנזיקין.
- העובדה כי קיים גורם מבצע הנושא בחובת זהירות ישירה כלפי מי שנפגע מהמעשה או מהמחדל הרשלניים, אינה שוללת את חובת הזהירות המוטלת על הגורם המפקח ואת הקירבה בינו ובין ניזוק פוטנציאלי המסתמך על הפיקוח. ← אפשר לתבוע פה גם את הרשויות המבצעות, ואפשר גם לתבוע את המדינה כגוף מפקח. המדינה מכירה אותנו באופן אישי, היא יודעת שהבית שלנו יפגע. **זאת תביעה חשובה מאוד, היות והיא מרחיבה את היקף האחריות של המדינה.** כאשר המדינה כמפקחת בלבד, אם היא יודעת שיש לה מידה מסוימת בתחום המסוים הזה שעליו היא מפקחת, זה כבר יכול ליצור את אותה קירבה משפטית. היא ראתה שלמשרד החקלאות כי אם הרשות הניקוז מתרשל, היא יכולה לבצע את העבודה במקומה ולתקן את הצנרת.

לא רק שיש לה סמכות לפקח אלא היא יכול לשלוט בעצמה, משרד החקלאות יכל לקחת את העניין לידיים שלו ולבצע מה שהיה צריך לעשות. יש כאן הרחבה. ממה הזו נשארה. התחילה בוויס ובטשווילי, היותר בימ"ש בשנים האחרונות מרחיב את היקף המדינה.

- הגורם המבצע נושא באחריות בגין רשלנות בביצוע, והגורם המפקח נושא באחריות בגין רשלנות בפיקוח, ואין האחד שולל את האחריות של השני.
- במקרה זה, מדובר היה בפיקוח הדוק ביותר של משרד החקלאות המבסס יחסי "שכנות" ו"קירבה" בין המדינה כמפקחת ובין הניזוקים הרלוונטיים. (למשל, סמכות של משרד החקלאות לדרוש מרשות הניקוז לבצע את תפקידה ואף לבצע זאת במקומה אם היא לא פועלת ולדרוש ממנה החזר כספי בשל כך).

#### השופטת חיות – לעניין חריג שיקול הדעת:

- חריג שיקול הדעת שנקבע בפס"ד לוי נדון כאן בנקודת התפר שבין יסוד חובת הזהירות לבין יסוד ההפרה.
- לאור נסיבות המקרה, הש' חיות לא רואה צורך לדון לעומק בעניין שיקול הדעת וזאת מהסיבה הבאה:
- במקרים שבהם הוקנתה לרשות סמכות - ובמקרה שלנו סמכות פיקוח - שהפעלתה כרוכה בשיקול דעת וזו הפעילה את סמכותה או נמנעה מלהפעיל את סמכותה בלא שהפעילה את שיקול הדעת המסור לה לעניין זה, נחסמת תחולתו של חריג שיקול הדעת בדיני הנזיקין. ← אומרת, היה פה בעצם אפשרות לפקידים מסויימים לקבל החלטות. הם לא קיבלו החלטות, הם לא עשו שום דבר. המסקנה היא שהם לא הפעילו שיקול דעת. הם לא באו והחליטו אחרי שיקול דעת לא לעשות שום דבר. אלא פשוט קיבלו כסף מאיתנו ולא עשו שום דבר. על זה אי אפשר לתת הגנה.
- בענייננו לא הוכיחה המדינה שהפעילה שיקול דעת. אפילו היתה המדינה מאמצת באופן מודע מדיניות של אי התערבות כנטען על ידה, ספק אם ניתן היה לראות במדיניות כזו מדיניות סבירה השוללת אחריות בנזיקין, וזאת נוכח סמכויות הפיקוח ההדוקות שהוקנו לה בחוק הניקוז המטילה חובה לפעול לצורך הגשמה אפקטיבית של החוק. חובה זו אינה מתיישבת עם מדיניות של "אי התערבות". ← אומרת, בואו נלך איתכם עו"ד של משרד החקלאות, ישבתם הרבה זמן במשרד ושאלתם מה תעשו ובסוף בחרתם לא לעשות. נגיד שזה מה שעשיתם = זאת טעות קיצונית בשיקול דעת. זה דומה למה שגיוראן אמר בפס"ד של המדינה. אם המדינה מחליטה לא להפעיל שיקול דעת בכלל, או לא סבירה בצורה קיצונית, זה בעצם לא חסין מפני אחריות בנזיקין. האופציות האלה הן לא על השולחן. בכך היא חשופה לתביעה בנזיקין היא לא חסונה.
- לנו כאזרחים זה נשמע הכי פייר בעולם, יש פה אקטיביזם שיפוטי בצורה בוטה – בא לפה שופט שאין לו מושג בניהול מערכות ביוב, אומר לרשות – מה החלטה סבירה ומה לא סבירה. הוא בעצם מתערב לפקיד בעבודה. הרשות השופטת מתערבת יותר מידי של הרשות המבצעת. הולכים לבימ"ש כשחושבים שהרשויות פגעו בנו ויש פה פינג פונג. זה לא הפס"ד היחידי. בימ"ש בשנים האחרונות החליטו, השופטים להתערב יותר ויותר. במקום להגיד פגיעת בזכויות אדם – אומרים חובת זהירות, קשר סיבתי. זה בא לידי ביטוי בכלים משפטיים שנקראים אחריות בנזיקין. זה לא חוקתי אז זה נזיקין. השופטת חיות מתערבת ומבקרת את הרשות כדי לשמור את הזכויות שלנו.

#### מעבר ליסוד ההפרה:

- מתוך התנהלותה זו של המדינה עולה מסקנה כפולה: אין בוטל של המודל של שמגר, אבל הוא צומצם צמצום משמעותי. פס"ד שתיל – השופט לוי העלה לגמרי לבטל את מה ששמגר כתב. בימ"ש עליון לא קנה את ההצרה שלו. אמר ← אם במשפט החוקתי והמנהלי בימ"ש מתערב בשיקול המדינה אז בואו נבטל את מה ששמגר קבע בדיני הנזיקין.
- (1) מדובר במחדל מתמשך ולא במדיניות מנומקת הנסמכת על שיקול דעת שהמדינה הפעילה בכל הנוגע לסמכויות הפיקוח שהוקנו לה. כלומר, לא היתה כאן החלטה מושכלת לאחר שהופעל שיקול דעת שלא לפעול;
- (2) מדובר בהתנהלות שאיננה סבירה העולה כדי התרשלנות מצד המדינה.

- **התנהלות המדינה במקרה זה לקתה לאורך שנים בחוסר מעש בולט ככל שהדבר נוגע להפעלת סמכויות הפיקוח**, ועל כן הטענה בדבר "אילוץ תקציבי" אין בה על פניה משום מענה מניח את הדעת המסביר התנהלות זו.
- העובדה כי מדובר בחוסר מעש שנמשך שנים, להבדיל ממחדל חד פעמי, מחזקת את המסקנה שהמדינה התרשלה במקרה זה.
- המסקנה לפיה לא נהגה המדינה כגורם מפקח סביר במקרה זה עולה גם מניתוח הסבירות וההתרשלות שבהתנהלותה על פי "נוסחת הנד".

#### פס"ד עיריית חיפה נ' מנורה – הדין בנוסחת הנד

- "אילו שקדה המדינה באופן שוטף על הפעלת סמכויות הפיקוח הרחבות וההדוקות שהוקנו לה בחוק הניקוז מאז שנחקק, כי אז ניתן היה לווסת את העלויות הנדרשות, לפתח בהדרגה את התשתיות ולהתאימן לצרכים המשתנים של האזור במסגרת התקציבית האפשרית. ← לא כל החורפים הם כאלה. לא משתלם להחליף צנרת היות וברוב הזמן היא עובדת וטובה.
- אילו כך נהגה המדינה, היה נמנע המצב העגום שנוצר ערב אירוע ההצפות כתוצאה ישירה של מחדלי המדינה כגורם מפקח.
- מצב זה הוגדר על ידי בית משפט [המחוזי] כ"הפקרות" והצריך באותו שלב השקעות של מיליונים רבים לצורך שיקום התשתיות ועדכון.
- יש לזכור, כי על מנת לעמוד בסטנדרטים של סבירות אין האדם הסביר נדרש לנקוט אמצעים אופטימאליים אלא אמצעים אשר אדם סביר היה נוקט בהם בנסיבות העניין. " (הש' חיות מצטטת מפס"ד חמד).

#### סיכום:

- המדינה טענה שעלות מניעת הנזק היתה גבוהה מתוחלת הנזק (גובה הנזק כפול הסיכוי שיתממש) ולאור התקציב המוגבל החליטה לא לבצע את העבודות.
- הש' חיות מודעת שלרשות יש משימות רבות ואין היא רשאית להתעלם משיקולי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון. כמו כן יש להיזהר שלא להתערב יותר מדי בעניינים שבהם הוקנה לרשות שיקול דעת רחב, בייחוד בעניינים המצריכים "הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים" (פס"ד מד"י נ' לוי).
- **אבל:** "בית המשפט לא יתעלם מקיומו של תקציב מוגבל, אך מכאן ועד מתן פטור למדינה מאחריות כל אימת שמעורבים בהחלטותיה שיקולי תקציב, הדרך ארוכה... על הרשות להיות ערה לקיומן של בעיות תקציב; עליה לדעת על מעשיהן ועל מחדליהן של הרשויות המפוקחות; עליה לדעת מהן הפעולות הנדרשות ומהן הפעולות שבוצעו הלכה למעשה; עליה לוודא כי כל המבוצע באזור מתאים למאפייניו הייחודיים ולצרכיו. רשות שלא עשתה כן עלולה למצוא עצמה חבה ברשלנות."
- **מסקנה:** נראה כי הש' חיות ממשיכה את מגמת צמצום חריג שיקול הדעת שבה התחילה הש' דורנר בפס"ד וייס ומרחיבה את היקף האחריות של המדינה.

#### ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני (2006)

- פה ברק לא מתייחס בכלל למודל של שמגר.
- הניזוק-התובע נפגע באופן קשה בתאונת רכיבה בחווה אשר בתחום שיפוטה של עיריית ירושלים.
- החווה פעלה במקום ללא רישיון מעיריית ירושלים. לתובע לא נתנה קסדה, הרוכבים יצאו ללא ערכת עזרה ראשונה, ולא הוצבו שלטי בטיחות בחווה.
- העירייה ידעה על קיומה של חוות הסוסים לפני שארעה התאונה. רק לאחר קרות התאונה פנתה העירייה לבית המשפט שהורה על סגירת החווה.

- הנער שנפגע הגיש תביעה ברשלנות והפרת חובה חקוקה נגד מפעיל החווה ומדריך רכיבה בה, מחזיק המקרקעין ועיריית ירושלים.
- ביהמ"ש **המחוזי** בירושלים קיבל את התביעות, והטיל אחריות ביחד ולחוד על מדריך הרכיבה ועל המחזיק במקרקעין (בשיעור 75%) וכן על עיריית ירושלים (בשיעור של 25%), ללא אשם תורם של התובע.

### הנשיא ברק:

- אחד מפס"ד האחרונים שלו בעליון. לקח את המודל שהוא כתב לעצמו. הוא קובע שיש פה את כל החובות האלה. מה שמדהים, שהשופט ברק לא מתייחס בכלל לעניין של שיקול הדעת של הרשות. הוא לא בא ואומר שלרשות היה שיקול דעת איך לפעול. ברק פועל ככה קרוב ל20 שנה.
- **סמכויות הפיקוח שהוקנו מכוח חוק לעיריות על רישוי עסקים בתחומן מטילות עליהן חובת זהירות מושגית כלפי המשתמשים בשירותי עסקים.** החובה היא לזהות פעילות עסקית שלא ברישוי ולמנוע סכנות לשלום הציבור הנובעות ממנה.
- **העירייה חבה זהירות קונקרטיה כלפי הרוכבים בחווה כי היא ידעה על קיומה של הפעילות החריגה** (השכרת סוסים לרכיבה) והיה עליה לצפות את התרחשותו של הנזק.
- **העירייה הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה בכך שלא עשתה כל שימוש בכלים המנהליים השונים שעמדו לרשותה** כדי למנוע סכנות לשלום הציבור מן הפעילות בחווה (הטלת קנסות, בקשה לצו סגירה מנהלי).
- העירייה לא הפעילה את סמכות הפיקוח שהיתה לה, לא ביקרה כלל בחווה ולא הפעילה את שיקול הדעת שניתן לה.
- הנשיא ברק לא מזכיר כלל את הלכת פס"ד לוי וחריג שיקול הדעת ומטיל אחריות על העירייה. מגמת הרחבת היקף האחריות של המדינה בדיני נזיקין ממשיכה.
- **למה לחכות שיקרה אירוע כזה? דאגו להעמיד את הבחורים לדין ולסגור לו את הנזק – אחרי שהתאונה קרתה. לכן הם כן צפו שמבחן הצפיות כן קרה פה. הם כן ידעו שיגרם נזק ומי עלול להנזק.** זה לא שהעירייה יכלה רק להגיד נונונו, היא יכלה גם לסגור עסק. אם עירייה יודעת וצופה, אז שתשא באחריות. צריך לסגור אותו לפני, עסק שבלי רישיון נסגר לו הנזק.
- **ברק פשוט לא התייחס לפס"ד של שמגר. אולי חושב שחריג שיקול הדעת הוא קצת מיותר ואין בו צורך.**

### ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מד"י (2012)

- **הטענה:** המדינה התרשלה באספקת מים לחווה חקלאית ברמת טיהור מספקת. פתח חווה, ב2002 היה צריך מים, רק ב2002 הביאו לו מים. סיפקו לו מים מתוקים במשך 5 שנים, אבל נגרם נזק של כמה עשרות מיליוני שקלים. הייתה פה גרירת רגלים עם שיקול הדעת. **אין פה משהו שהוא שונה מאוד, זה סיכום של הפסיקה שדיברנו עליהם עד עכשיו.**
- **הש' מלצר:** אמנם, בפס"ד מד"י נ' לוי נקבע שיש מקום לתת פטור מאחריות למדינה כשנזקו של התובע נגרם עקב פעילות שלטונית שמאופיינת בהפעלת שיקול דעת רחב.

- עם זאת, חריג שיקול הדעת צומצם, כבר במסגרת פס"ד מד"י נ' לוי, כך שהוא יחול אך ורק על קבלת החלטה פלונית, ולא על יישומה. כמו כן נקבע כי חריג יחול רק במקרים שבהם הוכח כי אכן הופעל שיקול דעת (עיריית חיפה נ' מנורה).
- בהמשך צומצמה עוד תחולתו של חריג שיקול הדעת בפסיקות העליון (פס"ד מימוני), עד שלבסוף, על רקע התפתחויות במשפט המינהלי, שמהותן הקשחת הפיקוח על שיקול הדעת של רשויות מנהליות, נשמעים לאחרונה קולות הקוראים לביטולו של "חריג שיקול הדעת" ככלל גורף בדיני הנזיקין (פס"ד שתיל).
- אבל, הצעה זו (של השי' לוי בפס"ד שתיל) לא אומצה באופן משמעותי בפסיקה. השופט מלצר לא מביע עמדה בעניין.
- חריג שיקול הדעת קיים, אבל אם המדינה יושבת ולא עושה כלום – השופט בעצם לא יתייחס לזה. הוא יגיד שהמדינה כן אחראית. ראינו כמה שופטים שעשו את זה בפס"ד הקודמים.

#### יסודות ההתרשלות:

#### הש' מלצר:

- לעיריית דימונה ניתנה הסמכות והוטלה עליה החובה לטהר מי קולחין. על העירייה היה לצפות ששימוש לקוי בסמכויותיה יגרום נזק לאחרים כי מי הקולחין לא טוהרו. העירייה התרשלה בטיהור מי הקולחין (הפרה את החובה שהוטלה עליה).
- מנגד, לנציבות המים, שהיא אורגן של המדינה, היתה סמכות פיקוח מוגבלת על העירייה ולכן ניתן לקבוע כי היא לא התרשלה בכך.
- אבל, המדינה התרשלה בהנחת קו להולכת מי הקולחין, שכן בהקשר זה יש למדינה סמכויות פיקוח נרחבות ואי הפעלתן משמעותה רשלנות:
- 1. "הנציבות היתה אחראית על ניהול משק המים והביוב והיתה מופקדת בתוך כך גם על הסדרת משק המים, פיתוחו ופיקוח עליו. בידיה ניתנו... מספר כלים המכוונים כנגד מניעת סרבול ויצירת יעילות בתחומי הספקת המים. ברם, במשך עשר שנים לא הצליחו הגורמים הנוגעים לדבר – ובראשם הנציבות – להביא להנחת קו המים שנדרש כאן, ואדגיש כי תקופת זמן ארוכה זו הינה בהחלט שיקול מרכזי בקביעת ההתרשלות פה".

#### יסוד חובת זהירות:

- השופט מלצר פונה לשאול האם יש חובת זהירות קונקרטיית.
- לצורך כך, הוא בוחן אם יש יחסי שכנות וקרבה:
- לעיריית דימונה היתה סמכות חוקית ובצידה חובה לטהר את מי הקולחין עד לרמה המינימלית שנדרשה ע"י משרד הבריאות. לצדדים היה ידוע כבר מ-1992 שבעל החווה מבקש להשתמש במי הקולחין לטובת השקיייה בחווה. "נתונים אלה מעלים כי בין הצדדים התקיימו יחסי שכנות" ברורים.
- בכל הקשור ליחסי הקרבה בין המדינה (נציבות המים) כמפקחת לבין התובע (בעל החווה) מסתמך השופט מלצר על פס"ד לוי לפיו "ניתן להכיר ביחסי שכנות ביתר קלות, מקום בו הפעילות השלטונית כוללת: לא רק פיקוח, כי אם גם שליטה על מהלך האירועים ועל נקיטת האמצעים הדרושים".

#### שיקולי המדיניות:

- השופט מלצר מתייחס בעיקר למתח שבין שני השיקולים המרכזיים:
- האם הטלת אחריות על המדינה תוביל להרתעת יתר ולפגיעה במתן השירות, או שמא תעודד את הרשויות לתת שירות זהיר וטוב יותר.
- "כיום... ניתן להגיד כי התפיסה הרווחת בפסיקה מבוטאת באימרה הבאה: "הסרת חסינות מאחרייות בנוזיקין של המדינה לא גרמה זעזוע, ואין כל בסיס לחשש, כי הטלת חובת זהירות על גופים שלטוניים, בשל שימוש רשלני או בשל חוסר שימוש רשלני בסמכות שלטונית... תביא

לפגיעה כספית קשה באותם גופים, או להצפתם של בתי המשפט בתביעות נזיקין" (מסתמך על דברי השי' ברק בעיריית חדרה).

- "למסקנה דומה הגיע בית המשפט בפרשת **שתיל**, בהקשרו של נציב המים, ודומני כי אין יסוד לשנות ממנה גם במקרה שלפנינו ובמיוחד נוכח העובדה כי העירייה והמדינה לא הציגו נתונים שיסרתו קביעות אלה או יערערו עליהן בצורה משמעותית."
- **הכרעה**: העירייה והמדינה נושאות באחריות (יחד עם התובע עצמו) לנזק שנגרם.

#### ע"א 8650/08 רפאלוב נ' שירות בתי הסוהר, מיום 17.7.2013

- התובע היה נתון במאסר בבית-סוהר בגין הרשעתו בעבירות מין ואליומות. העבירו אותו מאגף קל לאגף קשה יותר.
- התובע טען כי במהלך מאסרו הוא הוא הותקף פעמיים ע"י אסירים אחרים.
- במקרה הראשון טען התובע שהותקף ע"י אסיר אחר לאחר שסירב לבקשת שלטונות בית הסוהר לחתום על מסמכי מימוש משכנתא שנשלחו לו.
- המקרה השני אירע למחרת כשהתובע בכה והשתולל בתאו לנוכח האיומים שהושמעו כלפיו יום קודם בגין סירובו לחתום על מסמכים אלה.
- לטענתו, בתגובה לבכיו בתאו הוא נלקח לאגף אחר והוכנס לתא יחד עם עוד שני אסירים שתקפו אותו. למחרת אובחן התובע כשרוי במצב פסיכופיזי סוער ובהמשך אובחן כחולה במחלה סכיזופרנית.
- התובע הגיש תביעה בגין הנזק הנפשי שנגרם לו כתוצאה מארועים אלה.

#### השופט מלצר – מנסה לשים בצד את רעשי הרקע ולבדוק מה בעצם רשויות כלא צריכות לעשות כאשר הן בעצם מופקדות על החיים של האסירים:

- על המדינה לדאוג לביטחונם של האסירים במשמורתה. בין המדינה לאסירים הנתונים במשמורתה מתקיימים "יחסי קירבה" המבססים קיומה של חובת זהירות מושגית לדאוג לשלומם ולבריאותם הפיזית והנפשית. ← שב"ס צריך להיות רגיש ללחץ של האסירים.
- האחריות לאסירים שבמשמורת המדינה תיבחן לפי הסטנדרטים הרגילים של רשלנות, כשהמבחן המכריע הוא צפיות התרחשות האירוע המזיק וסוג הנזק שנגרם, על רקע נסיבות האירוע ובהן אופיו של האסיר.
- על השב"ס להיות רגיש לצורך לאתר מצבי לחץ חריגים אצל אסירים המצריכים התייחסות מיוחדת. חובה מושגית זו, שחלה על המדינה כלפי אסירים הנתונים במשמורתה, מיתרגמת לחובת זהירות קונקרטיית בהתאם לנסיבות כל מקרה.
- קיומו של מידע בדבר מצוקה נפשית קיימת או קודמת של אסיר עשוי לבסס קיומה של חובת זהירות קונקרטיית כלפיו. בהיעדר מידע כזה, על שלטונות בתי הסוהר לנסות לאתר אינדיקציות שעשויות להצביע על מצוקה נפשית המחייבת פעולה. ← אימוץ של המודל של ברק.
- עם זאת, לא די באי-איתור סממני מצוקה נפשית שאינם חריגים ואף בהתעלמות מהם, כדי להטיל על שלטונות בית-הסוהר אחריות ברשלנות, במיוחד כשמדובר בזיהוי סימפטומים מוקדמים להתפתחות מחלת נפש.
- לאור זאת, על שירות בתי הסוהר מוטלת חובה להפעיל שיקול דעת בהתמודדות עם מצבים שבהם מתגלים בהתנהגותו של אסיר סממנים חיצוניים העשויים להעיד, מבחינה אובייקטיבית, על קיומה של מצוקה נפשית שבה שרוי האסיר.
- החובה המוטלת על שירות בתי הסוהר ואנשיו להפעיל שיקול דעת בהתמודדות עם מצבים שבהם מתגלים בהתנהגות האסיר סממנים העשויים להעיד – מבחינה אובייקטיבית – על קיומה של מצוקה נפשית שבה שרוי האסיר מחייבת בחינת חלופות אפשריות לטיפול באסיר, ובחירת חלופה שפגיעתה הצפויה בשלומו הפיזי והנפשי תהיה החמורה פחות בנסיבות העניין (למשל, שיחה עם עו"ס).

- שלטונות הכלא התרשלו בכך שהתעלמו מאותות המצוקה שהתגלו אצל התובע במסגרת הארוע השני (נוכח היותו אסיר לא בעייתי עד אותו שלב).
- שלטונות הכלא התרשלו בכך שנקטו ללא הצדקה באמצעי שהיתה בו הרעה בתנאי כליאתו של התובע, מבלי להפעיל שיקול דעת מעמיק.
- בנוסף, חרגו רשויות הכלא מסטנדרט זהירות סביר כשקיבלו החלטה שהעמידה את התובע בפני סיכון בלתי סביר לפגיעה, או להחמרת פגיעה שהיתה צפויה בנסיבות העניין. בכך הפרה המשיבה את חובת הזהירות המוטלת עליה לשמור על שלומו ובריאותו הפיזית והנפשית של התובע.
- הטלת חובת זהירות, שמשמעותה חיוב גורמי השב"ס לגלות ערנות לאותות מצוקה המתגלים באסיר ולהפעיל את שיקול דעתם בהתמודדות עמם איננה בגדר הטלת נטל כבד מדי על הרשות.
- התביעה התקבלה חלקית. הש' מלצר קבע שהחלטה להעביר את האסיר לתא אחר היתה רשלנית. ← בימ"ש מחליט להתערב בשיקול דעת מקצועי שפעלו וגרמו לכך שאותו אסיר חווה נזק נפשי.
- בשנים האחרות, למרות שחריג שקבע שמגר לעניין שיקול הדעת קיים, בהרבה מאוד מקרים הוא לא מיוסס. בימ"ש מתערב בשיקול הדעת – אומר שהחלטה הייתה בלתי סבירה. מעבירים ביקורת על הגורם המקצועי.

#### אחריות המדינה – סיכום

- המדינה נושאת באחריות למעשי רשלנות הן מכוח החוק והן מכוח הפסיקה.
- הנשיא שמגר ניסה בפס"ד לוי לצמצם את היקף האחריות של המדינה בקובעו כי כשיש לרשות שיקול דעת רחב לפעול הרי שהחלטתה לא תגרור אחריות בנזיקין.
- אבל, הפסיקה נוטה להטיל אחריות על הרשות כשלא הפעילה שיקול דעת כלל מקום שצריכה היתה לעשות כן, או כשהפעילה שיקול דעת באופן בלתי סביר.
- בכל מקרה, גם ההלכה בפס"ד לוי קובעת כי החריג של העדר אחריות נוגע רק לקבלת החלטה עצמה שבה יש שיקול דעת רחב ולא להליכים לפני או ליישום החלטה לאחר שהתקבלה.
- בית המשפט בוחן את שיקול הדעת של הרשות לעתים במסגרת בדיקת יסוד החובה ולעתים במסגרת בדיקת יסוד ההתרשלות. בחינת התנהלות הרשות נעשית גם על בסיס ההשוואה בין עלות מניעת הנזק לתוחלת שלו והחלופות הקיימות במסגרת הנסיבות.

3.1.18

#### רשלנות רפואית - הקדמה

- תחום הרשלנות הרפואית מהווה תחום מרכזי בדיני הנזיקין שכן תביעות רבות מוגשות נגד רופאים בגין רשלנותם המקצועית.
- תחום זה הוא חלק מנושא רחב יותר של רשלנות מקצועית (הכולל רשלנות של עורכי דין, רואי חשבון, ועוד) שבאמצעותו מתפתחים דיני הנזיקין.
- אבל, בניגוד לתביעות כנגד בעלי מקצוע אחרים, בתי המשפט מתייחסים לתביעות ברשלנות רפואית באופן שונה.
- יש הסבורים שבתי המשפט לא מתערבים בצורה מספקת בהחלטות הרופאים בעוד יש כאלה הסבורים שהם מתערבים יותר מדי.
- סך ההוצאה של המדינה בגין מתן פיצוי לחולים שנפגעו מרשלנות רפואית עומד על כ-170-150 מיליון ש"ח (לפי דו"ח משרד הבריאות ב-2010).

#### תקיפה או רשלנות?

- בעבר, נהוג היה לתבוע רופאים בעוולת התקיפה (ס' 23 לפקודת הנזיקין). ← הבסיס של הטענה, רופא הפעיל כוח נגד אדם מסוים ללא הסכמתו המלאה. הטענה הייתה בעייתי. בימ"ש ביקש



להעביר למסלול של עוולת הרשלנות עם כל היסודות שעליהם דיברנו. כשהבסיס בשתי הטענות המרכזיות: מבחינת התובע זה להוכיח את יסוד ההפרה, דווקא יסוד החובה הוא יסוד הוא לא בעייתי. היסוד הכי קשה להוכחה ברוב התביעות – נושא מורכב מאוד – **קשר סיבתי**.

- הטענה היתה כי הרופא, חרף מניעיו הטובים, הפעיל, מתוך כוונה, כוח כנגד גופו של החולה ופגע בו שלא בהסכמתו.
- מאז פס"ד **זעקה נ' בית חולים כרמל** (ב-1999) **עילת התביעה המרכזית כנגד רופאים הינה עוולת הרשלנות** כשעוולת התקיפה שמורה למקרים שבהם לא נאמר למטופל כלל איזו פעולה רפואית עומדים לבצע בגופו.
- **הטענה המרכזית בתביעות של רשלנות רפואית נוגעת ליסוד הפרת החובה**.
- **הטענה: הרופא סטה מרמת ההתנהגות המקובלת והמצופה ממנו בנסיבות המקרה. הרופא הנתבע לא נהג כפי שרופא סביר היה נוהג בנסיבות העניין.**
- טענה מרכזית נוספת: אין קשר סיבתי בין התרשלות הרופא לנזק שנגרם.
- חלק גובר – **התרשלות באי קבלת הסכמה לביצוע הטיפול. או בשפה המשפטית – העדר הסכמה מדעת. המשמעות, אם הרופא היה אומר לי שיש סיכון שאני אפגע או אצא עם נזק מהניתוח, לא הייתי עובר את הניתוח. כיוון שהוא לא אמר ולא סיפר לי אני כן הלכתי לניתוח והסיכון התממש ונגרם לי נזק.**

### **יסוד חובת הזהירות**

- **רופאים חבים בחובת זהירות מושגית כלפי החולים שלהם** (פס"ד **צבי נ' קרול**).
- **מדוע?** החולה הוא אדם הנתון לטיפולו של הרופא אשר כאיש מקצוע חייב לנהוג כלפיו במיומנות מקצועית ראוייה.
- **חובת זהירות מושגית תישלל רק במקרים חריגים** המערבים שיקולי מדיניות מיוחדים, כמו כשתינוק תובע רופא על כך שנולד עם מום קשה שלא התגלה במהלך ההיריון (עילת התביעה של חיים בעולה- "טוב היה שלא נולד משנולד").
- **חובת הזהירות של רופא לחולה נובעת משתי מערכות של דינים:**
  - (1) **חונת- כשקיים הסכסם – בדרך כלל ברפואה פרטית - בין הרופא לחולה** לאספקת שרותי רפואה. חוזה כזה כולל תנאי מכללא לפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות (הש' **אור**, פס"ד **זעקה**).
  - (2) **נזיקית- עצם קיומם של יחסי חולה-רופא**. החולה פונה לקבלת עזרה מרופא הנוטל על עצמו מראש אחריות לתת שרות רפואי סביר וראוי. כיוון שהרופא נטל על עצמו אחריות מקצועית לדאוג למטופליו הוא נושא בחובת זהירות משפטית.

אם יש תביעה במהלך ההריון, הטענה היא גם של הילד וגם של האמא. חיים בעולה – הילד. הולדה בעולה – ההורים. עד לפני 5 שנים שתי התביעות האלה הוכרו וניתנו פיצויים רבים. לפי 5 שנים האפשרות של הילד בוטלה. הפיצוי עצמו למשפחה לא נפגע.

### **יסוד חובת הזהירות**

- **אם בני המשפחה ניזוקו מהרופא, הסיכוי שלהם להצליח בתביעה אם החולה לא תובע אלא בני המשפחה, הוא לא גדול. יהיה להם קשה להוכיח יחסי שכנות וחוי"ז קונקרטיים. אבל כאשר מדובר בחולים נגד רופאים, התובעים עוברים בקלות ומהר על שלב החוי"ז.**
- **רופאים חבים בחובת זהירות מושגית כלפי החולים שלהם** (פס"ד **צבי נ' קרול**).
- **מדוע?** החולה הוא אדם הנתון לטיפולו של הרופא אשר כאיש מקצוע חייב לנהוג כלפיו במיומנות מקצועית ראוייה.

- **חובת זהירות מושגית תישלל רק במקרים חריגים** המערבים שיקולי מדיניות מיוחדים, כמו כשתינוק תובע רופא על כך שנולד עם מום קשה שלא התגלה במהלך ההיריון (עילת התביעה של חיים בעולה- "טוב היה שלא נולד משנולד").
- **חובת הזהירות של רופא לחולה נובעת משתי מערכות של דינים :**
  1. **חוזית- כשקיים הסכם – בדרך כלל ברפואה פרטית - בין הרופא לחולה** לאספקת שרותי רפואה. חוזה כזה כולל תנאי מכללא לפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות (הש' אור, פס"ד דעקה).
  2. **נזיקית- עצם קיומם של יחסי חולה-רופא.** החולה פונה לקבלת עזרה מרופא הנוטל על עצמו מראש אחריות לתת שרות רפואי סביר וראוי. כיוון שהרופא נטל על עצמו אחריות מקצועית לדאוג למטופליו הוא נושא בחובת זהירות משפטית.

#### ע"א 4025/91 צבי נ' קרול

#### עובדות:

- התובע, מר צבי, עבד כעובד זמני בבית חולים. לקראת העסקתו כעובד קבוע הופנה התובע ע"י מעבידו לבדיקה במכון רנטגן כדי לבחון את התאמתו לעבודה שכללה הרמה והעברה של חולים ממקום למקום.
- ד"ר קרול בדק את הצילום שנערך למר צבי ולא איבחן בעיה בעמוד השדרה. בעיה רפואית זו אובחנה רק כמה חודשים יותר מאוחר לאחר שהתובע התקבל לעבודה במעמד של קבע והחל לסבול מכאבי גב ונערך לו צילום נוסף שם אותרה הבעיה.
- בעקבות זאת הפסיק התובע לעבוד ותבע את ד"ר קרול בגין הרשלנות שבאי הגילוי של הבעיה בגבו. לו היתה מתגלה הבעיה בבדיקה הראשונה לא היה נגרם הנזק.

#### נפסק (השופט ברק):

- **על כל רופא מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי מי שמטופל על ידו. חובת הזהירות של הרופא נוצרת כשהרופא מקבל את החולה לטיפולו.** האופן שבו נוצר הקשר בין הרופא לחולה אינו משפיע על קיומה של חובת זהירות מושגית של הרופא כלפי המטופל מהרגע שהקשר ביניהם נוצר.
- "נקודת המוצא העקרונית הינה כי בין רופא למי שמטופל על-ידיו קיימים יחסי "רעות". הרופא הוא "שכן" של המטופל. הרופא צריך לקחת בחשבון כי המטופל על-ידיו עלול להיפגע אם הרופא לא ינקוט אמצעי זהירות סבירים. **על כל רופא מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי מי שמטופל על-ידיו.**"
- משבא המטופל אצל הרופא, מוטלת על הרופא חובת זהירות מושגית לנקוט כלפיו באמצעי זהירות סבירים.
- **חובת הזהירות הקונקרטיית מתמודדת עם שאלה שונה... השאלה, אם המזיק הספציפי צריך היה לצפות לקיומו של סיכון לניזוק הספציפי. האם חובת זהירות קונקרטיית כזו קיימת ביחסים שבין [התובע לנתבע]?** התשובה על שאלה זו היא בחיוב. [הנתבע] צריך היה לקחת בחשבון, כי אם הוא יתרושל בפיענוח הצילום הראשון, עלול להיגרם נזק למערער. נזק זה מקורו בעבודה הפיזית הקשה אשר צפויה [לתובע] - עובדה אשר הייתה ידועה לרופא אם הבדיקה לא תגלה כל פגם
- **התביעה נדחתה** כי נקבע שהרופא שערך את הבדיקה הראשונה לא התרושל- לא היה כל סימן בעת ביצוע הצילום הראשון שהעיד על בעיה בגב.

#### השלכות פס"ד קרול

- **רופאים חבים בחובת זהירות מושגית לחולים שנמצאים בטיפולם.**
- **נקודת המוצא: בדרך כלל רופאים חבים גם בחובת זהירות קונקרטיית כלפי המטופל.** ההתמקדות היא ביסוד **הצפיות-** עפ"י רוב מבחן זה מתקיים- הרופא יכול וצריך לצפות את הנזק בנסיבות המקרה.
- יש לבדוק את **יסוד השכנות** כשמדובר בחובה כלפי צד שלישי, ואת **יסוד שיקולי המדיניות** כשמדובר בסוגיות מיוחדות (כמו תביעת ילד שנולד עם מום מולד עקב העדר אבחון רשלני של המום במהלך מעקב ההריון).

- **הקשיים בנוגע להוכחתה של חובת הזהירות של רופא עולים כשמדובר ביחסים שבין הרופא לאדם שלא מצוי בטיפולו** (למשל, אחריות פסיכיאטר למעשיו של חולה מסוכן שפגע פיזית באדם אחר, אחריות רופא כלפי בת זוג של חולה אידס).
- כיוון שבמרבית המקרים יש חובת זהירות, מרבית הפסיקה עוסקת בשאלות האם היתה הפרה והאם ההפרה גרמה לנזק (התרשלות וקשר סיבתי).

#### **הפרת חו"ז – יסוד ההתרשלות**

- אי הצלתו של ניתוח, ונזק שנגרם בגללו, אינם כשלעצמם מובילים בהכרח למסקנה שמדובר ברשלנות רפואית- "לא כל טעות מהווה בהכרח רשלנות" (השופט **מלץ**, דנ"א 1833/91 **קוהרי נ' מדינת ישראל**).
- הקביעה שלא כל טעות מהווה רשלנות דורשת מבית המשפט לבדוק **באילו מקרים מהווה טעותו של הרופא סטייה מסטנדרט הזהירות הנדרש מרופא סביר**.
- בהקשר הרפואי **הטעויות יכולות להיות מגוונות**: העדר ידע, העדר ידע עדכני, העדר מיומנות נדרשת, מעידה רגעית וחד-פעמית, אי מתן מידע מספק לחולה, קבלת החלטה מודעת לנזקט בפעולה מסוימת ולא באחרת שגרמה לנזק.
- בדיקת התנהגותו של הרופא הנתבע נעשית עפ"י איש המקצוע (הרופא) הסביר. הרופא אינו נדרש לעמוד בסטנדרט של הרופא המוכשר ביותר, אלא בסטנדרט **התנהגות של רופא סביר** (ע"א 935/95 **פלונית נ' קליפורד**).

### 10.1.18

#### **שני תחומים מרכזיים לרשלנות רפואית:**

1. הטיפול עצמו היה רשלני.
  2. לא נמסר מידע מלא ומספק לאותו אדם לפני שהוא עבר את הטיפול, ומסירת המידע הזו נדרשת עפ"י חוק חייב לקבל את הסכמתו של המטופל.
- ברוב המקרים יש חובת זהירות קונקרטיית – היסוד הזה הוא כמעט אף פעם לא יהיה משהו שקשה לעבור אותו. גם התובע וגם הנתבע לא יקיימו עליו דיון אמיתי. שיש ויכוח זה:
1. הפרה – הרופא הפר את החובה שהוא חב.
  2. קשר סיבתי – חלק מהתיקים משהו שקשה לחלק התיקים לעבור, לפעמים יש יותר מסיבה אחת שגרמה לנזק ולפעמים זה לא בגלל ההתנהגות של הרופא.

#### **הפרת חובת זהירות (יסוד ההתרשלות)**

- אי הצלתו של ניתוח, ונזק שנגרם בגללו, אינם כשלעצמם מובילים בהכרח למסקנה שמדובר ברשלנות רפואית- "לא כל טעות מהווה בהכרח רשלנות" (השופט **מלץ**, דנ"א 1833/91 **קוהרי נ' מדינת ישראל**). ← הרעיון לבדוק את האיש מקצוע בתחום הספציפי שלו. ברפואה יש הרבה מאוד תחומים, אי אפשר לאבחן רופא משפחה כמו מאבחן אחר. שניהם רופאים אבל יש פה את העניין של ההתמחויות.

לא כל טעות של רופא תגרור אחריה הטלת אחריות בנזיקין – צריך לבדוק אם זה היה בלתי סביר וזה היה מצריך את האחריות. השאלה היא באיזה מקרים הטעות מהוות סטייה מסטנדרט מרופא אחר בתחום הספציפי?

• הקביעה שלא כל טעות מהווה רשלנות דורשת מבית המשפט לבדוק באילו מקרים מהווה טעות של הרופא סטייה מסטנדרט הזהירות הנדרש מרופא סביר. ← עולם הרפואה הוא יותר מורכב ויכול להצמיח הרבה מורכבות.

• הקשר הרפואי הטעויות יכולות להיות מגוונות: העדר ידע, העדר ידע עדכני, העדר מיומנות נדרשת, מעידה רגעית וחד-פעמית, אי מתן מידע מספק לחולה, קבלת החלטה מודעת לנקוט בפעולה מסוימת ולא באחרת שגרמה לנזק.

• בדיקת התנהגותו של הרופא הנתבע נעשית עפ"י איש המקצוע (הרופא) הסביר. הרופא אינו נדרש לעמוד בסטנדרט של הרופא המוכשר ביותר, אלא בסטנדרט התנהגות של רופא סביר (ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד).

### **הרופא הסביר**

- התנהגותו של רופא תיבחן עפ"י התנהגות רופא סביר בתחום מומחיותו.
- כך, רופא משפחה ייבחן עפ"י התנהגותו של רופא משפחה סביר ולא עפ"י התנהגותו של רופא מומחה בתחום מסויים (גם רפואת משפחה היא התמחות).
- מכאן, על רופא לדעת מה לא נמצא בתחום מומחיותו ולהפנות את החולה למומחה המתאים (השופט ד' לוי, ס' 14, ע"א 2245/91 ברנשטיין נ' עטיה). ← יש גם חובת התייעצות לגבי בעיה ספציפית. על הרופא להיות צנוע ולהעביר את המטופל לרופא אחר במידה והוא לא יכול לטפל בבעיה שלו.
- כשהמקרה בו מטפל הרופא, גם אם הוא מומחה, מערב תחום שאינו בתחום התמחותו הישיר עליו להתייעץ ברופא שהבעיה בתחום התמחותו (השופטת א' פרוקצ'יה, ת.א. (מחוזי-ג-ס) 697/94 רזון נ' הסתדרות מדיצינית).
- פס"ד רזון: זוג הורים, קרובי משפחה מדרגה שנייה, ילדו ילד שסבל ממחלה גנטית. בית המשפט קיבל את טענתם כי לאור ההיסטוריה הרפואית (מות בנם השני עם לידתו) היה על הגניקולוג להפנות את הזוג לייעוץ גנטי אצל מומחה.

### **ניסיון ומומחיות**

- ד"ר עדי אזור וד"ר נירנברג (רשלנות רפואית, 2000):
  - על רופאים בכירים חובה לפקח על מתמחים ועל אלה מוטלת חובה להתייעץ. ← הפסיקה קובעת, שהסבירות הזו של יסוד ההתרשלות, מצד אחד היא תלויה במקום של אותו רופא בנסיבות הספציפיות אם הוא צעיר או ותיק, מבחינת מערכתית זה לא באמת אמור לשנות.
- ת.א. (מחוז-ירושלים) 668/92 שטראוס נ' ד"ר יובל: לידה בואקום בשבוע ה-42 להריון שהסתבכה לאחר שהעובר היה במצוקה עוברית במשך מספר דקות. הילד נולד עם שיתוק מוחין. שני הרופאים במשמרת היו מתמחים. ← אישה הגיעה לבי"ח, הזריקות לה זריקת זירוז, שהלידה התקדמה הרופאים ראו שהאובר היה במצוקה כבר 8 דקות, הם החליטו לנסות לילד אותה ובלידת וואקום ניסו לילד אותה, הייתה כאן מערכת של כשלים. 2 רופאים מאוד צעירים בלילה, כבר הייתה בעיה, היה רופא ותיק שהיה בכוננות בבית ומנהלת המחלקה נוכחה. יש מערך שמתחיל מרופא צעיר מאוד דרך רופא ותיק – מומחה, לראש מחלקה. שאנחנו באים לקבל שירות זה לא מעניין אותנו מי נותן את השירות, הזוג שמביא ילד לעולם רוצה לסמוך על הצוות הרפואי. קבע השופט שהייתה רשלנות מערכתית, עצם זה שהיו 2 מתמחים צעירים שהם ממש בתחילת ההתמחות זה כבר מחדל שהוביל ללידה הרשלנית הזאת. השופטת קבעה שכולם התרשלו, זה משוב שהמערכת כולה חווה באחריות כלפי אותו זוג.

- **השופטת א' פרוקצ'יה**: **היה על המתמחים להיות ערים למצוקת העובר ולהזעיק את הרופא הבכיר יותר שהיה כונן לפני הלידה** כדי לקדם את פני הסיבוכים ולסייע בלידת הואקום אותה לא הצליחו לבצע אלא לאחר 4 נסיונות.
- הכונן הוזעק לבית החולים רק לאחר ששני נסיונות לילד נכשלו. **אחריות הוטלה גם על הרופא הכונן** שלא הגיע מייד **ביוזמתו** כשנודע לו על המצב.
- בנוסף, נפסק כי **גם מנהלת המחלקה נושאת באחריות** נוכח הנהלים שאפשרו למתמחים בתחילת דרכם להישאר במחלקה ללא נוכחות של רופא בכיר.
- בתביעות רשלנות רפואית, לילד עצמו יש זכות תביעה רק אחרי שהוא מגיע לגיל 18. אם ההורים לא תבעו עד גיל 18 יש לו את האפשרות לתבוע מגיל 18 עד 25.
- יש הבדל ברופא שמטפל במרפאה ליד הבית, או ייעוץ של מומחים כבד לבין רופא בחדר מיון שמגיעים אליו המון אירועים חריגים וקיצוניים, הוא צריך לטפל בכלם בדקות, לבין רופא בטיפול נמרץ.

### **התחשבות בנסיבות הטיפול**

- כשבודקים את ההתנהגות הראויה **יש להתחשב גם בנסיבות הטיפול**.
- רמת הזהירות הנדרשת מרופא בחדר מיון שאין לו זמן לעסוק בבירור יסודי של הבעיה נמוכה מזו הנדרשת מרופא מומחה המקבל את החולה במרפאה.
- ת.א. (מחוזי-ירושלים) 917/95 **עזרן נ' קופ"ח**: תביעת רשלנות בגין אי גילוי של גידול אצל החולה בתעלת השמע של אוזנה הימנית והסרתו במועד. התביעה הוגשה כנגד רופאת המשפחה וקופת החולים שבה עבדה וכנגד בית החולים (רמב"ם) שהינו בית חולים ממשלתי. ← במיון מטפלים במה שקורה עכשיו, המחלקה שלו עמוסה בטירוף. לרופאת משפחה יש זמן לעשות בדיקות ולשלוח לרופאים מומחים. השופט אומר שהנסיבות משפיעות בצורה משמעותית אם הרופא התרשל או לא. S
- **השופט בן זמרה**: התביעה נגד רופאת המשפחה וקופת החולים התקבלה ונגד המדינה נדחתה שכן הטיפול בחדר המיון לא היה רשלני. כאשר מגיע חולה לחדר מיון אין להרחיב ולברר את התלונות כפי שנדרש באשפוז במחלקה או בבדיקה במרפאות חוץ וכפי שנדרש מרופא במרפאות מומחים.

### **העיקרון החשוב ביותר בתחום של הרשלנות המקצועית – הפרקטיקה המקובלת העיקרון המנחה**

- אם רופא פועל בהתאם לפרקטיקה של הרופא של אותו תחום שהוא עובד, ההנחה היא שהוא לא התרשל(ניתן לסטירה). אם הרופא מנתח באותה דרך שבה כל הרופאים מנתחים, נקי' המוצא תהיה שהוא לא התרשל. אם נשאל את הרופאים האחרים שלו למקצוע הם יגידו לנו – **גם אנחנו היינו עושים ככה**. הוא פעם בהתאם למה שמקובל. אם נגרם נזק יכול להיות שזה יכול לקרות. הפרקטיקה אמורה להיות זהירה וסבירה, אם הרופא פועל בצורה הזאת הוא כנראה פועל כמו שצריך. יש מקרים בהם בימ"ש שואלים עצמם אם הפרקטיקה היא זהירה וסבירה, האם באמצעות זה שהוא מביא רופאים אחרים שמעידים שזה מה שנהוג לעשות, לשופט יהיה קשה מאוד לקבוע ההפך.
- **ההחלטה בדבר סבירות פעולותיו של הרופא הנתבע נקבעת בהתחשב בפרקטיקה הנהגת בעת הארוע** שגרם לנזק ובהתאם לנורמות המקובלות ע"י רופאים אחרים באותה עת.
- **כשרופא פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחום הרי שגם אם הטיפול לא הצליח לא תוטל עליו אחריות ברשלנות (אלא אם הפרקטיקה עצמה רשלנית)**.
- ע"א 323/89 **קוהרי נ' מד"י**: התובעת אושפזה כדי לבדוק אם לקתה במחלת עור. נערכו לה בדיקות שקבעו שהיא סובלת ממחלה זו.
- באחת הבדיקות התגלה גידול בכבד ללא קשר למחלת העור. הוחלט להסיר גידול זה אבל כשנותחה גילו הרופאים במהלך הניתוח שקיים גידול נוסף בכבד. הרופאים החליטו לא להסיר

את הגידולים אלא לחסום את זרימת הדם לאזור הגידול הגדול כדי לצמצם את גודלו. הניתוח בוצע ולאחר יום חלה הדרדרות במצב. התובעת נותרה בתרדמת עמוקה. בני משפחתה הגישו בשמה תביעה נגד הרופאים. ← לא פירטו בפנייה את מהלך הניתוח.

- **בית המשפט המחוזי דחה את תביעת החולה.**

### **פס"ד קוהרי**

דעת הרוב (השופטים מ' בייסקי וד' לוי):

- כאשר בודקים האם הרופא התרשל **המבחן אינו מבחן של חכמים לאחר מעשה אלא של רופא סביר בעת התרחשות המקרה.**
- אמת המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של **רופא סביר בנסיבות המקרה**. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת הנשענת על **הנוהג הקיים** בתחום מומחיותו של הרופא. ← אם הרופאים פועלים לפי הפרקטיקה המקובלת, התביעה תדחה. כי הם פעלו לפי מה שעולם הרפואה חושב שזה מספיק טוב. הם פעלו כמו מה ששאר הרופאים היו עושים.
- על הרופא לבסס את החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בנסיון קודם, והכל **בהתאם לנורמות המקובלות באותה עת בעולם הרפואה.**
- הערעור של המטופלת-התובעת נדחה כיוון שהבחירה בשיטת הניתוח לא היתה רשלנית אלא נעשה בכובד ראש ומתוך ידיעה על שתי האפשרויות. ← דוגמא לכך שאדם נכנס ערני ומתפקד, יוצא בקומה ובתרדמת שהיא לא יוצאת ממנה. בחלק מהמקרים קשה לקבוע נזקים שנגרמו למטופלים.
- **שאלה:** האם משמעות ההכרה בעיקרון הפרקטיקה המקובלת היא כי למעשה הרופאים בתחום הרלבנטי, ולא השופט, יקבעו האם הרופא הנתבע התרשל?
- **אמרנו שאם רופא פועל לפי הפרקטיקה המקובלת הוא לא יתשל.** אז מה הסמכות של בימ"ש הוא רק חותמת גומי?

### **האם עיקרון הפרקטיקה המקובלת מעניק לרופאים את היכולת לקבוע האם חברים למקצוע התרשל?**

- **עקרונית, המילה האחרונה בקביעת התרשלות הרופא היא של בית המשפט.**
- ע"א 612/78 פאר נ' קופר: התובע ביקש לעבור ניתוח להסרת בליטה ברגלו. הוא סבל גם ממום נדיר ברגל של היצרות עורקים שהוחמר עקב הניתוח. הדבר הוביל לנמק ולכריתה של הרגל. ניתן היה למנוע את ביצוע הניתוח ואת הנזק שנגרם לאחריו לו היו מבצעים בדיקה של הדופק ברגל לפני הניתוח. ← לפני ניתוח בודקים דופק לבן אדם, אפשר לבדוק בכל מיני מקומות גם ברגלים. הטענה שלו הייתה שלפני הניתוח לא בדקו את הדופק ברגל כי הניתוח היה ברגל. הרופאים אמרו לא צריך לבדוק, כיוון שרוב האנשים אין להם בעיה של דופק ברגל, רוב האנשים העורקים שלהם בגודל הסטנדרטי למעט מקבץ אנשים קטן בעולם.
- השופט ש' לוי: **השאלה האם הרופא התרשל היא עניין משפטי ולא שאלה מדעית** הנתונה לחוות דעת רפואית. התביעה כנגד הרופא התקבלה. ← הפרקטיקה היא לא השאלה היחידה. הפס"ד הזה עורר רעש בקרב המנתחים. משנת 1980 רופאים צריכים לבדוק דפקים במהלך ניתוחים. למרות שזה תופעה נדירה הם שינוי גישה. יש כאן גם שיקולי מדינות, השופט לוי מפעיל את נוסחת הנד, לבדוק דופק זה חצי דקה ולא עולה כסף. לשלם עכשיו פיצויים לאדם כזה, זה מיליון שקלים מלבד עוגמת הנפש. מסקנה מבחינתו של בימ"ש הייתה ברורה. הרופאים ביקרו

את פס"ד זה בצורה חריפה ביותר. כי בעצם הוא מתערב להם בפרקטיקה שלהם ועד אז הם לא בדקו דפקים.

- ע"א 3108/91 **רייבי נ' וייגל**: התובע עבר ניתוח בגב להסרת צלקת שאמור היה להיות במקור ניתוח לאיחוי חוליות. הניתוח גרם לנזק רב יותר שכן הוא פגע בחוט השדרה ולא שטיח בסוגרים ולפגיעה בכח אונו של התובע.
- הנשיא **שמגר**: עיקרון הפרקטיקה הרפואית המקובלת היא בעלת משקל, אבל אין לה משקל מכריע, ואין בכוחה לקבוע באופן סופי האם הרופא התרשל. זו סמכות שנתונה לשופט. התביעה התקבלה גם בגין אי גילוי מידע (עוולת התקיפה).

#### ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד

- **העובדות**: הנתבע, רופא שיניים במקצועו, העניק את שירותיו בהתנדבות. הרופא עשה שימוש במזרק הרדמה מסויים כשהיה בשוק כבר סוג מזרק חדש יותר בעל רמת סיכון נמוכה יותר, ונטען שכתוצאה משימוש במזרק הישן יותר נגרם לתובעת, שהייתה בת 5 בעת הטיפול, נזק מוחי לצמיתות (חומר ההרדמה הגיע למח). ← הילדה נותרה עם שיתוק בגופה. אחת הבעיות הייתה שבעצם נזק בעוצמה הזאת, זה היה המקרה הראשון בעולם לא רק בישראל, שזריקת הרדמה להרדים אזור מסוים בפה, הותירה נזק כל כך קשה. ההורים הגישו תביעה נגד הרופא והמרפאה.
- **המחלוקת**: האם השימוש במזרק הרדמה מהסוג שבו השתמש הרופא הנתבע היה רשלני לאור קיומו של מזרק חדש יותר. ← הוא לא עשה משהו שונה ממה שרוב הרופאים עשו.
- **נפסק** (הש' בייניש): לפרקטיקה הרפואית הנוהגת יש משקל רב אבל לא מכריע כשהשופט מכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסוימת.
- הש' בייניש (יחד עם שופטי הרוב): הרופא לא יכול לפטור את עצמו מאחריות בנזיקין אם הוא מוכיח כי גם רופאים אחרים נהגו באותה דרך בה הוא נהג. הדבר נכון עוד יותר כשמדובר במחלוקת מורכבת מבחינה מקצועית וכשיש חוות דעת נוגדות ביחס לטיפול הרפואי הראוי. ←

שני דברים חשובים ליסוד ההפרה:

1. צריכים לבדוק האם הרופא פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת. גם אם היא קבעה שהרופא פעל בהתאם לפרקטיקה, בימ"ש יכול לקבוע שהפרקטיקה בעצמה הייתה רשלנית. השופט יקבע את הפרקטיקה. הוא יתערב בעבודה של הרופא. מפעילים את נוסחת הנד, רואים שאפשר למנוע נזק שעוצמתו רבה ומשמעותית. בימ"ש אומר לכל הרופא כי חייב להשתמש במזרק יותר טוב. זאת הסמכות שניתנת בישראל על בסיס החוק, פקני"ז שמפנה לסעיף 35, 36 לבדוק מה ההתנהגות של האדם הסביר. העניין של הפרקטיקה מקובלת נחלק עובדתית.
  2. לבדוק האם הפרקטיקה המקובלת אכן זהירה וסבירה.
- התביעה נדחתה בע"א. התביעה התקבלה בד"נ (דעת המיעוט הפכה לרוב).

#### דוקטרינת שתי האסכולות

הרבה מהבעיות רפואיות אפשר לטפל בכמה דרכים. יש דרך אחד שהיא יותר מקובלת ויש דרכים פחות מקובלות.

השאלה שעלתה בפסיקה זה מה קורה אם רופא בוחר בפרקטיקה פחות מוכרת האם הוא התרשל?

- **השאלה**: כיצד בית משפט מכריע כשאין פרקטיקה רפואית אחת אלא כשאפשר לבחור מבחינה רפואית-מקצועית בדרך טיפול מסוימת מתוך מספר דרכי טיפול אפשריות ומקובלות לבעיה רפואית נתונה?
- **עקרונית**, כשרופא נוהג בהתאם לאחת מהאסכולות המקובלות ברפואה הוא לא יימצא רשלן.
- ע"א 4384/90 **ואתורי נ' בי"ח לניאדו**:
- אישה נפטרה לאחר שהגיעה לבית החולים בשבוע ה-25 להריון עם ירידת מים. הרופאים ניסו לשמור על ההריון ולא להפסיקו מייד, דבר שהביא לזיהום בגופה של האישה ולמותה לאחר 12 ימי אשפוז. ← המי שפיר ברחם הם מגינים על העובר ממחלות, שהמים פוקעים, זה מאותת



שהלידה מתחילה והילד רוצה לצאת. היא הגיעה עם ירידת מים, בדרי"כ בסמוך לשבוע 40 זה אמור לקרות. לרופאים היו שתי אפשרויות:

- 1. לילד אותה שזה סיכון, ניתוח קיסרי ולהוציא את העובר.
- 2. גישה פחות מקובלת, לנסות ולמשוך את ההריון, למנוע זיהומים ולעקוב בצורה קפדנית. מערכת הנשימה מתפתחת רק בשבוע 30 ומשהו להריון.
- התביעה הלכה על שני מסלולים, גם על מסירת המידע – הטענה היא שבעצם הרופאים לא ישבו איתה ולא פרסו בפניה את האפשרויות ושאלו מה היא רוצה לאור הסיכונים? החליטו בשבילה מה לעשות. הרופאים נמצאו רשלנים. גם בהיבט של המשך הריון – בימי"ש קובע את הכלל המשפטי שברגע שרופא נוהג בהתאם מאחת הדרכים המקובלות, גם אם זאת הדרך שפחות מקובלת, הוא לא ימצא כרשלו. זה מותיר אותם מוגנים מבחינת האחריות הנזיקית שלהם. גם הרופא משפחה הודה שאז למשוך הריון זה היה דבר מקובל. יש רופאים שהיו מנסים למשוך את ההריון.
- התביעה של עזבונו האישה ובני משפחתה התקבלה על בסיס אי מסירת מידע לאישה וקבלת הסכמתה להמשך ההריון ואי הפסקתו המיידית.
- המומחים מטעם הצדדים נחלקו בדעותיהם בדבר נכונות החלטתם של הרופאים שלא להפסיק את ההריון.
- אבל, גם המומחה מטעם החולה הודה שהחלטת הרופאים שלא להפסיק את ההריון מייד התיישבה עם אחת מהגישות המקובלות על חלק מהרופאים בתחום.
- הש' מצא: פעולת רופא לא תחשב רשלנית אם היא התבססה על העדפת תפיסה אחת מבין האסכולות הרפואיות המקובלות.
- -
- טענתו של רופא כי הוא פעל לפי אחת האופציות האפשריות המוכרות ברפואה בעת המקרה ושסביר היה לנקוט בה בנסיבות הקיימות עשויה לפטור אותו מאחריות גם אם מתברר בדיעבד כי טיפול חלופי היה יוכל להיות יעיל יותר.
- יש להדגיש: ההחלטה של הרופא להעניק טיפול מסויים תלויה בהסכמה של המטופל לקבל את הטיפול המוצע לאחר שהרופא העביר לידו את המידע הרלבנטי. ההחלטה של הרופא אינה מבוססת רק על הידע הרפואי הכללי אלא גם על הרצון הספציפי של החולה האינדיווידואלי בעצמו לאור נסיבות חייו.

### **השיקולים המצדיקים הגנה על בסיס הפרקטיקה המקובלת**

- **רפואה מתגוננת- חשיפת הרופאים לתביעות משפטיות עלולה להשפיע על שיקוליהם כשהם מעניקים יעוץ וטיפול ולהביא אותם להגן קודם על האינטרס שלהם להימנע מתביעות גם במחיר של פגיעה באינטרסים של החולה או של הציבור בכללותו. ← אם רוצים להצדיק את הפרקטיקה המשפטית הרופאים תוטל עליהם אחריות כמעט בכל מקרה ומקרה.**
- **כשהרופא לא מפקח טובת הנאה מאף אחת מדרכי הטיפול האפשריות הוא יעדיף את זו שתקטין את סיכויי התביעה כנגדו גם אם זו לא הדרך היעילה ביותר לטפל בחולה.**
- **עלויות וביטוח- מבחן הפרקטיקה המקובלת מפחית את הסכנה של התייקרות הביטוח המקצועי של רופאים וגלגולו על ציבור המטופלים.**
- **מוניטין- מבחן הפרקטיקה המקובלת מגן על המוניטין של הרופא שטעותו אינה חטא אלא נעשתה במסגרת הפרקטיקה המקובלת באותו זמן.**



• **מכל השיקולים האלה הרופאים אומרים שהם צריכים להשתמש בטענות של הפרקטיקה המקובלת.**

**השיקולים השוללים הגנה על בסיס הפרקטיקה המקובלת:**

- מבחן הפרקטיקה המקובלת עשוי לאשר טיפולים שאין מקום לפעול לפיהם. יקח הרבה זמן שעולם הרפואה יתקדם וככה אני נינזק יותר. כדי שעולם הרפואה ישתפר צריך שיהיה חשש לזה.
- למשל: פס"ד קליפורד: קביעה ששימוש במזרק מסויים הינו פרקטיקה מקובלת כשיש בשוק מזרק בטוח יותר עלול להביא לגרימת נזקים דומים בעתיד. החשש הוא כי בתחומים מסויימים עלולה להתפתח גישה של רופאים המקלים עם עצמם.
- ראוי להרחיב את אחריותם של רופאים כיוון שהנטל הכלכלי של טעות רפואית עדיף שתוטל על הרופא שטעה כשממנו מפוזר הנזק על הציבור הרחב בדרך של ביטוח אחריות מקצועית. (שיקול של פיזור נזק).
- פס"ד פאר נ' קופר: הרופא הוא בעל הידע המקצועי והחולה מצפה שהרופא יעשה כל שביכולתו כדי למנוע תקלה בטיפול. לכן יש לפקח על כך ולדאוג שכך יפעל הרופא ולא יתקבע בעמדתו.
- החולה סומך על הרופא שיבצע ויערוך את כל הבדיקות הנחוצות. הרופא הוא השוקל הטוב שכן הוא במצב טוב יותר למנוע את הנזק שעלול להיגרם למטופל.

**ניתוח הפסיקה ביחס להתרשלות רפואית**

- כשמדובר בתיקים מורכבים, שאמצעי המניעה לא היו כל כך פשוטים ולא היה ברור שאפשר היה למנוע את הנזק אם הטיפול היה יותר טוב, בימ"ש פחות יתערבו. כמו בתיק של אישה עם ניתוח בכבד, בימ"ש קובע שהניתוח היה מאוד מסובך ומרוכב, שם רואים שבימ"ש הגיע למסקנה שהתביעה הייתה צריכה להדחות. בימ"ש מתערב שצריך להתערב כאפשר למנוע את הנזק בפשטות.
- ניתוח הפסיקה מגלה שלבתי המשפט קל יותר להתערב כשהמקרה אינו מערב שאלות קשות או נושאים רפואיים מורכבים, ובמיוחד כשהנזק לחולה יכול היה להימנע ע"י נקיטה ושימוש באמצעי זהירות פשוטים וזולים שהצורך בהם ברור לכל אחד.
  - בתי המשפט יתערבו כשעלות אמצעי הזהירות נמוכה ותוחלת הנזק גבוהה, כלומר כשהסיכון יכול היה להימנע ע"י אמצעי זהירות פשוטים (כשהיישום של נוסחת HAND הוא ברור וחד משמעי).
  - בתי המשפט יתקשו להתערב בהחלטות הרופאים כשמדובר במקרים פחות חד משמעיים, פחות ברורים ויותר מורכבים (אם כי הם לא ימנעו מלהתערב במידת הצורך).
  - השקפים הבאים ידגימו זאת.

**ע"א 612/78 פאר נ' קופר**

- העובדות: התובע עבר ניתוח להסרת בליטה מרגלו, אבל בשל תופעה נדירה של היצרות עורקים חלה הדרדרות במצב הרגל לאחר הניתוח והוא נאלץ לעבור כריתה של הרגל בשל כך.
- השופט ש' לוי: יש לקבל את קביעת המומחים כי הסיכון שבו היה מדובר (היצרות עורקים אצל החולה) היה נדיר עד כדי כך שלא היה מקובל לבצע בדיקה של העורקים לפני עריכת הניתוח. ← הרופא כופה עליהם לבצע בדיקה. בימ"ש הושפע משמעותית מנוסחת הנד. הם שמים על כפות המאזניים את עלות מניעת הנזק ומצד שני כאשר מדברים על הנזק עצמו נכון שהוא נדיר, ההסתברות נדירה שהוא יקרה ואם הוא יקרה זה יעלה הרבה כסף.
- אבל, אין לקבל במקרה זה את הפרקטיקה המקובלת שלא דרשה לערוך בדיקה שכזו לפני ביצוע הניתוח.

- בין היתר, יש לקחת בחשבון את חוות דעתו של מומחה שהעיד במהלך המשפט שקבע שלאחר הניתוח היה סימן אזהרה (איחור בזרימת הדם לרגל לאחר הניתוח) שחייב את הרופאים לעמוד על המשמר.
- הכרעה –
- ההכרעה האם הרופא התרשל נתונה לסמכות הבלעדית של בית המשפט וזו לא שאלה מדעית הנתונה לחוות דעת הרופאים.
- בנוסף, במקרה זה, על בית החולים היה לוודא את מצב העורקים של החולה גם אם תופעה זו היא נדירה, כל עוד תופעה זו ידועה ברפואה.
- היתה התרשלות באי ביצוע הבדיקה לאחר הניתוח גם לפי פרקטיקה רפואית מקובלת.
- בנוסף, ראוי היה לערוך את הבדיקה לפני הניתוח גם אם יש בכך התערבות של בית המשפט בפרקטיקה המקובלת.

#### • הביקורת על פס"ד זה:

- משמעות פסיקה זו היא שכאשר רופאים עומדים לנתח חולים עליהם לבצע גם בדיקות שבדרך כלל לא נעשות שיש בהן למנוע נזק לחולה אפילו מדובר במום נדיר וסיכון קלוש לפגיעה.
- קביעה זו מחמירה שכן הוא מטילה נטל עבודה כבד על הרופאים.
- בנוסף, קביעה משפטית כזו מטילה על הרופא אחריות בנזיקין שיש בה לפגוע בשמו הטוב למרות שנהג כפי שמרבית הרופאים בתחומו היו נוהגים.
- אבל, נראה שבית המשפט היה מושפע מהקלות שבה ניתן היה למנוע את הנזק של החולה- התובע שאיבד את רגלו בשל אי ביצועה של בדיקה פשוטה.
- בית המשפט לא יכול היה להשלים עם העובדה שהתובע נכנס לבית החולים להסיר בליטה מהרגל, ויצא ללא הרגל.

#### ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד

- לתובעת, ילדה קטנה, נגרם נזק מוחי משמעותי לצמיתות במהלך טיפול שיניים שניתן ע"י רופא בהתנדבות. הנזק נגרם עקב הזרקת חומר הרדמה באמצעות מזרק ללא אפשרות שאיבה. חומר הרדמה הגיעה למוח. באותה תקופה היה השימוש במזרק מסוג זה מקובל בקרב חלק מרופאי השיניים. השימוש במזרק נאסר רק בעקבות מקרה זה.
- השופטת ד' בייניש (דעת מיעוט): יש מקום להתערב בפרקטיקה המקובלת. על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת היתה התרשלות בפעולתו של הרופא: "גם שיטה רפואית מקובלת עלולה להיות רשלנית, [יש] מקרים [שבהם] הסתמכותו של רופא על פרקטיקה נוהגת לא תהווה הגנה מפני חיובו באחריות בגין רשלנות" (מסתמכת על פס"ד פאר נ' קופר ופס"ד רייבי נ' ויגל).
- ניתן היה למנוע את הסיכון לחולה בקלות ע"י שימוש באמצעי פשוט, שהיה זמין וניתן להשגה, כשהשימוש בו איננו כרוך בחסרונות מבחינה טיפולית או בעלויות ניכרות. יש כאן למעשה שימוש ברור במבחן HAND לקביעת רשלנותו של הרופא.
- אין כאן שתי אסכולות ודרכי טיפול אפשריות אלא אחת שעולה ועדיפה על השניה מבחינת האפשרות למנוע את הנזק שנגרם.

#### הטענה הנגדית דעת הרוב:

- אין להתערב בפרקטיקה שהיתה מקובלת באותה תקופה, וזאת כיוון שלא ניתן היה לצפות את סוג הנזק שנגרם.
- הנזק שהיה מוכר כתוצאה מהשימוש באותו מזרק היה חולף ולא חמור. לכן, הנזק החמור ממנו סבלה החולה (שיתוק בחלק מגופה) היה בלתי צפוי.

- **השופט ש' לוינ:** לא ניתן להשוות את המקרה הזה לפס"ד קופר שכן שם היה ידוע שקיים סיכון בקיום הניתוח ללא בדיקה של עורקים למרות שאותו סיכון היה נדיר ואילו בפסק דין זה נזק של שיתוק לצמיתות לא היה ידוע.
- **השופט א' גולדברג:** אם יקבע שהרופא התרשל המשמעות תהיה הטלת עול כבד על רופאים שכן יהיה עליהם להימנע מלהשתמש בציוד קיים, כשיש בשוק מכשור חדיש יותר. אמנם במקרה זה לא ניתן לתובעת הטיפול הטוב ביותר אבל גם לא ניתן טיפול רשלני. אמנם יש להציב רף גבוה של רמת זהירות אבל אסור שהרף יהיה גבוה מדי וישתק את המערכת הרפואית. ← מי שם את הרופא להתערב ולבוא להגיד שלא? אומנם צריך שהמערכת הרפואית תפעל בצורה זהירה אבל אסור שהרף יהיה גבוה מידי וישתק את המערכת הרפואית. המערכת הרפואית תכנס למגננה ולא תיתן את השירות היעיל והטוב כיון שתפחד ותחשוש מהתערבות בימ"ש. עולה השאלה מתי שנכנס מכשיר חדש, אם אתה לא משתמש בו זה הופך אותך להיות רשלן? יש המון בדיקות שנעשות היום ע"י מכשור, כל פעם מוציאים מכשירים חדשים ומתקדמים.
- **רוב הפס"ד הזה עסק בשאלה של קשר סיבתי, היות וזה מקרה ראשון בעולם.** אחת הטענות הייתה שאין קשר וקשה להוכיח קשר סיבתי כיוון שהרופא לא יכל לצפות שיגרם נזק כזה. הקשר הסיבתי בעולות הרשלנות הוא מרכזי. השופט לוינ אומר שבניגוד לפס"ד קופר, הרופאים יכלו לצפות מה יקרה אם לא יבדקו את כפות הרגליים. **פה יש בעיה נוספת כי לא יכלו לצפות את הקשר.**

#### דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד

- דעת המיעוט של השופטת בייניש התקבלה והפכה לדעת הרוב. ← במקרים נדירים הפרקטיקה תוכר כרשלנית. התביעה תתקבל שהוכח שהוא לא פעל לפי הפרקטיקה המקובלת. אם רוב הרופאים היו עושים יותר טוב ממנו אז זה יתקבל.
- **נפסק:** הרופא התרשל ועליו לפצות את החולה בגין הנזק שנגרם לה.
- **השופט אור:** קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינו יכול לקבוע כשלעצמו את שאלת ההתרשלות. פרקטיקה מקובלת מהווה שיקול חשוב במכלול השיקולים שבית המשפט שוקל אבל זה לא השיקול היחיד. **במקרים לא שכיחים הפרקטיקה המקובלת תוגדר כרשלנית.**
- השופט אור מסתמך על דברי הנשיא ברק בפס"ד צבי נ' קרול, ומפרט את השיקולים הרלבנטיים כשבוחנים את שאלת ההתרשלות: הסתברות להתרחשות הנזק, ההוצאות הכרוכות במניעת הנזק, חומרת הנזק, הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק (נוסחת HAND).
- **יישום של נוסחת הנז מוביל למסקנה כי הרופא במקרה זה התרשל.**

#### יישום נוסח הנז בפס"ד רביד נ' קליפורד

- **הסיכון של חזירת מזרק לעורק במהלך הרדמה מקומית ע"י שימוש במזרק שבו השתמש הרופא היה ידוע ולא זניח (10%-15% מהמקרים).**
- תופעות הלוואי שעלולות להיגרם כתוצאה מחזירת המזרק לעורק היו זמניות אך לא מזעריות (שיתוק זמני של שריר בעין, ערפול ראייה, עיוורון זמני וסיבוכים בעין).
- **במועד האירוע היה ידוע כי שימוש במזרקים מסוג חדש יותר (שואבים) עדיף.**
- עפ"י הוראות יצרן חומר ההרדמה, היה צורך להימנע משימוש במזרק לא שואב.
- **בעת המקרה היתה ידועה התופעה של זרימת חומר ההרדמה למוח שעלול לגרום לנזקים חולפים. נזק מהסוג שנגרם למוח היה ידוע, אבל עוצמתו לא היתה ידועה.**
- **שימוש באמצעי פשוט ונגיש של מזרק שואב היה מונע את תופעות הלוואי הכרוכות בהזרקת חומר ההרדמה לתוך העורק של החולה.**

#### המועד הרלוונטי לקביעת הפרקטיקה

- **פס"ד קליפורד** מוכיח שפרקטיקה נוהגת ברפואה עשויה להשתנות עם הזמן (מעבר ממזרק לא שואב למזרק שואב שמונע נזקים), ופרקטיקה שהיתה מקובלת בעבר עשויה להיחשב כבלתי אחראית כיום.

- לכן, כשבאים לקבוע האם הרופא התרשל אין לנהוג כחכם לאחר מעשה, כלומר אין מקום לנתח את המקרה במבט לאחור, אלא יש להיכנס לנעלי המעורבים בכל מקרה ומקרה בזמן אמת, כלומר בעת קרות האירוע ולבחון את מעשי הרופא בעת ההתרחשות (כך נקבע גם בפס"ד שטראוס נ' יובל).
- מכאן, חידושים ברפואה שלא היו ידועים בעת במקרה לא יילקחו בחשבון בעת בדיקת ההתרשלות בבית המשפט.
- השאלה: מהו הידע הרפואי במועד הרלבנטי לאירוע הנזק. שאלה זו נבדקת באמצעות זיכרונם של המומחים והספרות הרפואית המקצועית באותה תקופה.

#### ע"א 3264/96 קופ"ח כללית נ' פלד

- התובעת נבדקה ע"י הנתבע שהוא נוירוכירורג שקבע שהיא סובלת מגידול ממאיר ולכן יש לנתח אותה. במסגרת הניתוח נכרתה שליש מהאונה הימנית של מוחה. כשנתיים לאחר מכן כשהיא התגלה ממצא דומה באונה השמאלית של המוח. בשלב זה, לאחר שהרופא עברה יעוץ בארה"ב הסתבר כי מדובר בכלל בטרשת נפוצה, ובאופן ספציפי בטרשת שמחקה גידול. ← במהלך הייעוץ בארה"ב הוא הפנה את הממצאים של הבדיקות לאחד הרופאים שם. מסתבר שהיא בכלל לא סבלה אף פעם מסרטן, היא סבלה מתרשת נפוצה שבבדיקות היא ניראת כמו גידול סרטני. במסגרת התביעה הזאת הגיעו הניורולוגים הכי טובים בארץ והעידו שהם אף פעם לא ראו מקרה כזה עד לאותה תקופה. זה היה גילוי רפואי חדשני.
- עד למועד שבו ארע המקרה (ב-1986) התפרסמו 3 מאמרים שהצביעו על תופעה זו של "טרשת המחקה גידול" שלקיומה לא היו הרופאים בארץ מודעים באותו זמן.
- עקב אי מודעות הרופאים לקיומה של אותה תופעה טעו הרופאים באבחנה של החולה וכתוצאה נגרם לתובעת נזק גוף משמעותי.
- השאלות: מה היקף החובה של רופא להתעדכן? עד כמה עליו להיות מעודכן? מתי הופך ידע חדש ועדכני ליזע שרופא סביר צריך לדעת?

#### דעת מיעוט

- השופטת ט' שטרסברג-כהן (דעת מיעוט): אמנם התפרסמו שלושה מאמרים בנדון אבל לא הוכח שמאמרים אלה ביטאו גישה רפואית מקובלת שהתגבשה לדעת מוסמכת ומוסכמת על הקהילה הרפואית.
- לעתים חולף זמן עד שמתגבש מידע רפואי מוכר ואמין שהופך להיות נחלתו של הרופא הסביר. המבחן שעל פיו יש ללכת הוא מבחן משקלם המקצועי של המאמרים, יוקרתם ומעמדו של הכותב, הנסיון הגלום בהם, קליטתם ואימוצם ע"י הקהילה הרפואית.
- אין להטיל נטל כבד על רופאים לקרוא כל מאמר המופיע בתחום. אם הרופא לא קרא מאמר אחד אין בכך רשלנות, אבל אם התעלם מסדרת אזהרות שהתפרסמו בספרות הרפואית יש בכך ראייה לרשלנות.
- בנסיבות המקרה, הניסיון המצטבר והאפשרות לזהות טרשת נפוצה המתנהגת כגידול התגבשו רק ב-1987 שאז פורסם מאמר מרכזי בנושא ולכן בעת קרות האירוע לא היתה תופעה זו ידועה. מדובר בתופעה נדירה שרופאים בארץ לא נתקלו בה עד אותו מקרה.

#### דעת הרוב

1. השופטת אור: מסכים עם השופטת שטרסברג-כהן שאי ידיעה של מאמר מסויים שפורסם לא מהווה רשלנות.
2. על מנת לקבוע אם התרשל הרופא הרי שכלל שהחידוש הינו בעל חשיבות רבה יותר, ופורסם באופן בולט יותר בספרות הרפואית, וככל שיש בחידוש למנוע סכנה גדולה יותר לבריאות החולים, תגדל הנטייה לקבוע רשלנות באי התעדכנות.
3. בניגוד לדעתה של הש' שטרסברג-כהן, השופט אור קובע כי באותו מקרה פורסמו לדעתו מספיק מאמרים בנושא שהינו בעל חשיבות רבה ולפיכך היה מקום לקבוע כי הרופאים התרשלו.
4. השופט י' אנגלרד: בנסיבות המקרה התרשל הרופא: עליו להתעדכן במיוחד כשמדובר בביצוע ניתוחים משמעותיים.

#### ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי שיבא

- **עובדות:** התובע נולד ב-1974 עם שיתוק בשתי ידיו, לאחר שחולץ במהלך לידה טבעית כאשר היה במצג עכוז (כלומר, העכוז יצא לפני הראש). ← בשיבא כבר כן הכניסו לניתוחים קיסריים. בשאר בתי החולים כבר לא.
- לטענת התובע לידה במצג עכוז מוגדרת כלידה בסיכון ולפיכך נדרשו נוכחות של רופא בכיר וביצוע של ניתוח קיסרי ולא ביצוע של לידה טבעית.
- **בית המשפט המחוזי:** העובדה שהתובע לא נולד בניתוח קיסרי אינה מהווה רשלנות שכן לידה טבעית לא חרגה מהפרקטיקה שהייתה מקובלת באותה עת.
- **השאלה:** האם יש בהנהגתה של פרקטיקה רפואית מתקדמת בבית חולים, יותר מהמקובל בבתי חולים אחרים, כדי להטיל על רופאים חובת זהירות התואמת את אותה פרקטיקה או שמא יש להעריך את סבירות הטיפול שניתן בבית החולים עפ"י פרקטיקה קודמת שבה נוקטים עדיין בתי חולים אחרים.
- **הנשיא ברק:** יש להשוות את ההתנהגות הרופא הנתבע להתנהגות המקובלת בבית החולים גם אם היא מתקדמת יותר. הערעור של החולה התקבל. ← אומר שצריך להתקדם, אבל יש לזה משמעויות שבימ"ש לא היה ער להן. שזה פוגע בזכויות של ילדים ומשפחות לתבוע בפריפריה עד שהפרקטיקה הטובה מחלחלת לבי"ח בפריפריה בתקופה הזאת, אנשים נפגעים. אם התביעה הזאת לא הייתה נגד שיבא אלא נגד זיו בצפת זה היה נדחה.