

1. מבוא – מהם דיני הנזיקין

דיני הנזיקין הם ענף במשפט שבעצם עוסק באירועים שבהם נגרם נזק. באים לטפל ולקבוע כללים עבורנו במקרים שבהם אנחנו חווים נזק.

דיני הנזיקין מתייחסים לאירועים שונים שהתוצאה שלהם היא נזק, או שהם עלולים לגרום נזק.

דיני הנזיקין הינם **ענף משפטי המסדיר את היחסים בחברה** כשפעולה של אדם אחד עלולה לפגוע או פוגעת באדם אחר.

דיני הנזיקין יכולים לחייב את המזיק לפצות את הניזוק.

מטרת דיני הנזיקין - קידום שוויון וצדק בחברה וזכויות אדם הבסיסיות.

השאלה: כיצד דיני הנזיקין מקדמים מטרות אלה?

2. מטרות דיני הנזיקין

השבת מצבו של הנפגע, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים, לקדמותו.

מדוע? התחשבות באינטרסים השונים של כל האנשים בחברה.

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".

ראו עוד:

רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (השופטת ארבל, סעיפים 4-8)

ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר פ"ד מד(2) 89 (השופט לוין, פסקה 5)

לנסות ולקדם שוויון וצדק בחברה. קידום שוויון וצדק בחברה וזכויות אדם הבסיסיות.

השבת מצבו של הנפגע, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים, לקדמותו.

כיצד דיני הנזיקין מקדמים מטרות אלה?

דיני הנזיקין עוסקים בשתי שאלות מרכזיות שבהן נעסוק השנה:

שאלת האחריות – על מי לשאת באחריות לנזק שנגרם?

האם יש לפצות את הנפגע בגין הנזק שנגרם?

שאלת הנזק – מהו היקף הפיצוי שהנפגע זכאי לקבל בגין הנזק?

יש לשקול שיקולים של מדיניות חברתית

יש לשקול את ההשלכות של ההחלטה על החברה בכללותה

יש לבחון איזו מדיניות חברתית אנחנו רוצים לקדם

לדוגמא: האם יש להטיל אחריות בנזיקין על רופאים כלפי חולים?

כיצד ניתן לקדם את שיפור השירות הרפואי?

בדיני הנזיקין מי שמחליט זה יותר שופטי בית המשפט העליון, בדברי הפסיקה.

המטרות החברתיות של דיני הנזיקין:

- ענישה
- הרתעה
- הרתעה יעילה
- צדק מתקן
- צדק חלוקתי

• **ענישה –**

לא האדם ייתן את הכסף, אלא המדינה תפצה. (חברת הביטוח, המעסיק) הענשת המזיק על שלא נקט באמצעי זהירות.
אבל – לא תמיד המזיק אשם, המזיק יכול לבטח את עצמו.
מנגד – פוסקים פיצויים עונשיים (סלידה מהתנהגות המזיק).

• **הרתעה –**

להרתיע מזיק פוטנציאלי מלגרום נזק לאדם אחר, הטלת אחריות מכוונת את התנהגות של אנשים כיצד להיזהר.
אבל – הטלת אחריות על מעביד זהיר בגין מעשי עובד רשון, מספר גורמים לנזק, נזק קטן, פשרה, ביטוח, הימנעות מפעולה רצויה.
מנגד – העלאת פרמייה בביטוח עלולה להרתיע את המזיק. הימנעות מפעולה רצויה רק במקרים של אחריות מוחלטת.

• **הרתעה יעילה –**

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.
המטרה של גישה זו היא לא לחפש אשמים אלא לצמצם עלויות.
איך מגיעים למצב של הקטנה מקסימלית של עלויות התאונות – פרוזנר – רשלנות מביאה להרתעה אופטימלית.
קלברזי. – הטלת אחריות על מונע הנזק הזול ביותר שהוא השוקל. הטוב ביותר.

פס"ד ע"א 44/76 אתא נ' שורץ

- מפעל אתא לטקסטיל גרם רעש רב לשכן מר שורץ.
- בית המשפט השלום הוציא **צו מניעה למפעל** שלא להפעיל את מערכות הקרור והאיוורור עד שיוכח שהרעש לא עובר סף מסויים.
- בית המשפט המחוזי הגביל את הצו ל**שמונה חודשים** (תקופת הקיץ).
- **נפסק:** הרעש מהווה מטרד. **השאלה:** האם לתת צו מניעה סופי?
- טענת המפעל **בערעור לעליון:** יש לפצות את שורץ כדי שיקנה דירה אחרת ויעבור למקום אחר. זה הפיתרון הזול ביותר והטוב ביותר מבחינה כלכלית. המפעל מכניס כסף למדינה ומעסיק עובדים רבים.

פס"ד אתא נ' שורץ- השופט שמגר

השיקול הכלכלי הינו שיקול רלבנטי אך אינו מכריע.
דיני הנזיקין מתמקדים בנפגע, בפגיעה בזכויותיו, בנזק ובמניעתו.
"מדידת זכויותיו בנזיקין של הפרט על-פי משקלן הכלכלי היא דבר שאין הדעת סובלתו. הבעיה אינה מוצאת את פתרונה ע"י הערכת מצב כלכלית שעיקרה חישוב אריתמטי מה התוצאה של קיזוז הנזק הכספי של כל צד. חובתו של בית המשפט היא למצוא פיתרון לשם מניעת פגיעה שהוכחה."
"סיכומו של דבר, כל עוד הפגיעה בתובע היא מהותית וחמורה, אין בדרך-כלל בנזק הצפוי למזיק, כשלעצמו, כדי להצדיק הימנעות של בית-המשפט ממתן צו-מניעה."
הדגש הוא הגנה על הנפגע והבטחת קיום אנושי בתנאים סבירים.

אתא נ' שורץ- ניתוח פסה"ד

הש' **שמגר** קובע כי אם אתא יצליחו בעתיד להוכיח כי:
הצליחו להפחית את סף הרעש באופן ניכר,
הפגיעה במר שורץ קטנה,
לא ניתן להפסיק את הרעש כליל ללא נזק מהותי למפעל
אז תוכל אתא לפנות שוב לבית המשפט לשנות את הצו.
הש' **שמגר** לא משוכנע שהמפעל נקט באמצעים לצמצום הרעש.

למרות שהש' **שמגר** קובע מפורשות שאין מקום לגישת ההרתעה היעילה, הוא עושה בה שימוש הלכה למעשה: הוא מבקש מהמפעל לא להפסיק את הרעש כליל אלא להשקיע משאבים כדי להפחית את עוצמת הרעש ללא צורך בהפסקת פעילות המפעל באופן מוחלט.

• **צדק מתקן –**

- בחינת הסכסוך באופן אינדיווידואליסטי
- האדם שגרם נזק צריך לתקן את המצב.
- המזיק גרם לחוסר איזון ולאי שיוון מול אדם אחר ועליו לפצות.
- אחריות תוטל כשאדם לא עמד בסטנדרט מוסרי המקובל בחברה.
- אדם חופשי לפעול כל עוד אינו פוגע משמעותית באדם אחר. כיוון שהאדם הוא ייצור חופשי ניתן לדרוש ממנו לקחת אחריות על מעשיו.
- אבל –** תאונות הן אירוע בלתי נמנע בחברה מודרנית ומתועשת.
- שיקולים כלכליים מעורבים, הקצאת משאבים מוגבלים.
- חיסרון הרעיון של צדק מתקן הוא שבהרבה מאוד סוגים של תאונות- הן קורות הרבה ובאופן דחוף שזה חלק מהעניין, למשל: תאונות דרכים - קשה מאוד להוריד את רמת התדירות או להפסיק את תאונות הדרכים. לפעמים, בתחומים מסוימים לחפש אשמים לא יביא אותנו למקום טוב ולכן יש לקחת בחשבון שהן קורות, והאשמה על כך לא תגרום לזה שזה יסתיים.
- בצדק מתקן יש שיקוף של החזרת המצב לקדמותו. כי המזיק נושא באחריות אישית. עקרון השבת המצב לקדמותו מבוסס על גישת הצדק המתקן. דוגמא בפסיקה – אתא נ' שוורץ

צדק מתקן בפסיקה

השופט ריבלין בפס"ד ע"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 הנזיק בגין ההתנהגות שגרמה לנזק. התפיסה היא כי נזקו של הנזוק – 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 הנזוק. הצדק המתקן, כתכלית חשובה של דיני הנזיקין, הוא אך ענף אחד בעץ רחב, המבטא את תפיסת הצדק האוניברסאלי – צדק המחייב שוויון, צדק המחייב הכרה בזכות לאוטונומיה, צדק המזין את התקווה."

צדק מתקן מול שיקול כלכלי

השופט שמגר בפס"ד אתא נ' שוורץ:

"...העלאתו ואף הוכחת קיומו של הנזק הצפוי למעוול אין בה כדי לדחוק לקרן זווית את האינטרס של הפרט הנפגע המלין על הפגיעה ומבקש את הסעד לו הוא זכאי. ...אין פסול בכך שהאינטרס הכלכלי של המעוול משובץ לתוך פסיפס השיקולים הנשקלים, עובר להכרעה בדבר בחינת התרופה..."

מגרעתה של התיזה בדבר מאזן הנוחות כשיקול מכריע היא בכך שעל-ידי יישומה כקריטריון ייחודי, נעלמת היחסיות הנכונה בין משקלו של האינטרס הכלכלי של המעוול לבין זכויותיו של מי שנפגע על-ידי מעשה העוולה. על השאלה בדבר צירופם של נתונים בדבר הנזק הכלכלי, הצפוי למזיק, למגוון הנתונים הנבחנים על-ידי הערכאה השיפוטית - ניתן איפוא להשיב בחיוב, אולם על הדרישה בדבר מתן מעמד מכריע לנושא זה - יש לדעתי להשיב בשלילה."

• **צדק חלוקתי ופיזור הנזק –**

- יש לחלק באופן צודק את המשאבים המוגבלים בחברה, לרבות העלויות ואת החובות השונות המוטלות על אדם כלפי חברו.
- קריטריון חלוקה צודקת של עליות תלוי בתפיסת עולם. (למשל, הטלת אחריות בנזיקין, לפי יכולת כלכלית, העדפת החלש).
- תפקיד דיני הנזיקין לדאוג לצמצום עלויות של תאונות באופן צודק, הוגן ושוויוני תוך קידום מדיניות חברתית מסוימת (למשל, קידום קבוצות חלשות בחברה)
- בנוסף, כיוון שקשה למנוע תאונות באופן מוחלט יש לפזר את הנזק שנגרם על קבוצה גדולה ולא להטיל את האחריות על אדם אחד, במיוחד כשאינו אינו אשם בנזק. (למשל, עיקרון פיזור הנזק בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים).
- לא מדובר בהטלת אחריות על בסיס האשם (צדק מתוקן) – אלא על אלה הנמצאים במצב טוב יותר לשאת בנזק (המונע הזול, השוקל הטוב, הנהנה מהפעולה).

צדק חלוקתי בפסיקה :

ע"א 10064/02 מגדל נ' אבו חנא השופט ריבלין – הוא נותן דוגמה בין נשים לגברים, יש פערים משמעותיים בחברה המערבית בין נשים לגברים. ברגע שאישה נפגעת היא תקבל פחות מגבר. צריך להחזיר את המצב לקדמותו. העיקרון השבת המצב לקדמותו הוא הנצחת הפער בין נשים לגברים.

כיצד יש לפצות תינוקת ערביה מכפר בצפון לאחר פגיעה בתאונת דרכים?
האם יש לפצותה על בסיס הרקע שממנו באה וההערכה הריאלית שככל הנראה לא היתה נכנסת למעגל העבודה כשהיתה מגיעה לגיל 18?
השופט ריבלין בפס"ד ע"א 10064/02 מגדל נ' אבו חנא: יש לפצות את הנפגעת בגין אובדן הכנסה עתידית על בסיס השכר הממוצע במשק.
"יש המאמינים כי על דיני הנזיקין לחתור להגשמת עיקרון השוויון בחברה, ובפרט כי יש לחתור לאימוץ כללים נזיקיים המעצימים ומחזקים קבוצות חלשות בחברה ומצמצמים פערים בין עשירים לעניים.
הפיצוי המופחת לנשים לעומת גברים, המתיימר להשיב את הסטטוס-קוו שהופר במעשה העוולה, למעשה...אינו משקף את מלוא התרומה של האישה שאבדה – בבית ובשוק העבודה; הוא אינו מביא בחשבון את האפשרות כי הפערים יצטמצמו וכי חלוקת המשאבים הקיימת תומר באחרת; הדברים יפים, בשינויים המחויבים, גם לפיצוי מופחת לקטינים השייכים לקבוצות אחרות באוכלוסייה."

בדרך כלל פיצוי בתביעת נזיקין הוא מחלק לראשי פרקים:

אובדן השתכרות לעבר – תלושי שכר קודמים בחישוב של הזמן מאז התאונה.
אובדן השתכרות לעתיד- סעיף הגבוה ביותר מבחינת תשלומים.

כאב וסבל

הוצאות רפואיות

הוצאות עזרה / סיעודיות

הוצאות נסיעה

כיצד מתיישבות המטרות זו עם זו- (מצגת 1)

ניתן לראות בפס"ד ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר:

אדם נפגע באופן קשה מאוד ברחוב מנשיכתם של 3 כלבים.
שניים משלושת הכלבים היו בבעלות הנתבע.
אי אפשר היה לקבוע מה החלק של כל כלב בנזק שנגרם.

פרשת מלך בראי מטרות דיני הנזיקין

- **הרתעה** - הטלת אחריות מלאה על הנתבע תעודד בעלי כלבים לנקוט באמצעי זהירות למנוע נזק כזה ולבטח את עצמם.
אבל: הרתעה תושג גם עם תוטל חבות פיצוי בשיעור של 2/3.
- **הרתעה יעילה** - אין להטיל אחריות מלאה על הנתבע כי אז עלות המניעה תעלה על עלות הנזק. לחייב בפיצוי בשיעור של 2/3.
- **צדק מתקן** - יש להטיל אחריות בשיעור 2/3 כי אין חובה לתקן יותר ממה שגרמת. המזיק לא אשם בגרימת הנזק של הכלב הנוסף. יש לעשות גם צדק עם המזיק ולא רק עם הניזוק (**השופט בד**, פסקה 9).
- **צדק חלוקתי** - עיקרון פיזור הנזק יוביל למסקנה שעל המזיק לשאת במלוא הנזק שכן לרוב הוא יהיה מבוטח (**השופט ד' לוי**, פסקה 31).

לרוב בפסקי הדין השופטים משתמשים בצדק מתקן, אחריות אישית. היא הגישה המועדפת עליהם.

הכרעת בית המשפט בפרשת מלך

השופט ד' לוי מדגיש את עיקרון השבת המצב לקדמותו.
השופט ד' לוי מסתמך על דברי השופט ברנזון בפסק דין קודם:
"נכון הדבר, כי ייתכנו מקרים שבהם עלול הנזק הנובע ממצבו המיוחד של הנפגע להיות מעל לכל פרופורציה ל"אשמת" המזיק. במקרה כזה עלולה אולי להיראות במבט ראשון הטלת אחריות לנזק כולו על המזיק כבלתי צודקת. אולם הדבר צריך להישקל במאזני הצדק, לא רק מבחינת המזיק אלא גם מבחינת הניזוק, ואז ייתכן מאוד שכפות המאזניים יטו דווקא לצד האחרון. הוא ניזוק ועל מישהו לשאת בתוצאה."
"כלום צודק הוא להעביר את הנטל משכמו של המזיק אשר ביצע את מעשה העוולה אל שכמו של זה האחרון שהוא לגמרי חף מפשע?"
התוצאה: על המזיק לפצות את הניזוק על מלוא הנזק שנגרם לו.

מטרות דיני הנזיקין בפס"ד מגדל נ' אבו חנא

צדק מתקן:

"לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן. **מתן פיצוי פחות, בעבור פגיעות זהות, אך בשל מעמד סוציו-אקונומי או השתייכותם מגדרית או מגזרית, אינו מתקן, אפוא, את הנזק שנגרם בעוולה.** הוא מקבע מציאות היסטורית. הוא עצמו עוצר בעד מימושה של המציאות החדשה. הוא אינו מכיר בהיבט חשוב של ראש הנזק של "הפסד כושר השתכרות", קרי: הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצדה, בתחום המקצועי. **(הש' ריבלין, פסקה 35).**
"השבת המצב לקדמותו בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות משמעותה הבאת הניזוק למקום שנועד לו בעתיד, ואל לה להשיבו אל המקום בו היו מצויים אבותיו (ואמהותיו) בעבר. מתוך תפיסה זו מתבקשת גם המסקנה כי אין בחיוב המזיק בפיצויים על-פי השכר הממוצע במשק, להבדיל משימוש בסטטיסטיקה קבוצתית, כדי להשית על המזיק חיוב-יתר או להטיל על כתפיו את עוולות העבר. חיוב המזיק בפיצוי לפי השכר הממוצע במשק אך מניח כי כל קטין עומד לעצמו, עתידו לפניו, כי העולם אינו עומד מלכת וכי אין להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד." **(הש' ריבלין, פסקה 37).**

פס"ד אבו חנא-צדק חלוקתי

דיני הנזיקין יכולים לקדם מטרות חברתיות ראויות כמו קידום שוויון ושוויון הזדמנויות בחברה, העצמת קבוצות חלשות וצמצום פערים בין עשירים לעניים.
גישה כזו תומכת מתן פיצוי בגובה השכר הממוצע במשק בגין אובדן הפוטנציאל להשתכר בעתיד. לא מדובר בהשבת המצב לקדמותו באמצעות הנצחת המצב הקיים שלפיו גברים מרוויחים יותר מנשים, אלא פסיקת פיצוי מתוך ההנחה והתקווה שהמצב ישתנה ויהפוך להיות יותר שוויוני.

פס"ד אבו חנא - הרתעה יעילה

פיצוי על בסיס שיוך אתני, מעמדי או מגזרי עלול להביא לתוצאות בעייתיות גם מבחינה כלכלית. המשפט מניח כי אין לצפות מילדים המשתייכים לקבוצות מסוימות כי יגיעו לשכר הממוצע במשק, ולכן יש למעשה תמריץ למזיקים שלא לנקוט באמצעי זהירות ראויים כלפיהם. אין זה מתקבל על הדעת שמחיר הפגיעה בילד אחד יהיה שונה ממחיר פגיעה מילד אחר כאשר הנזק שנגרם לשניהם זהה וכאשר לא ברור במה יעסקו כאשר "יהיו גדולים".

מטרות דיני הנזיקין - סיכום

הדיון במטרות דיני הנזיקין הינו חשוב ולא רק תאורטי. במקרים רבים בית המשפט יפסוק לאור מטרות דיני הנזיקין. עיקרון השבת המצב לקדמותו הינו חשוב, אבל הפרשנות שלו יכולה להיות שונה לאור המטרות השונות.

שיקולים כלכליים (הרתעה יעילה) נלקחים בחשבון אבל נראה כי לשיקולים של צדק מתקן והרתעה באופן כללי יש עדיפות מסויימת. מצד שני, בתחומים מסויימים לשיקולים של צדק חלוקתי יש השפעה רבה (למשל בתחום של תאונות דרכים). לכן, ההבנה היא כי דיני הנזיקין הישראליים משקפים גישה פלורליסטית לפיה בתי המשפט משלבים ולוקחים בחשבון את הגישות השונות.

השופטת ארבל ברע"א 1272/05 סבג נ' כרמי

"הגם כי שעטנו תכליות עומד בבסיס דיני הנזיקין (הרתעה, ענישה, עשיית צדק ופיזור הנזק), הבכורה מוענקת, ולדעתי בצדק רב, לתכלית של פיצוי הניזוק והשבתו למצב בו היה עובר לעוולה הנזיקית שבוצעה כלפיו. תכליתם של דיני הנזיקין היא אפוא ליתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל, כאשר הפיצויים באים לשלול את התוצאה של מעשה הנזיקין. הבסיס לתפיסה זו מקורו בהבנה שהחיים בחברה האנושית מחייבים את הפרטים לתלות הדדית ביניהם ולריסון האינטרסים של האחד בהתחשב באלו של חברו. ריסון זה מקבל את ביטויו בהסדרי המשפט הקובעים את מסגרות המותר והאסור, כך הוא בדין הפלילי, כך במשפט הציבורי-חוקתי וכך בדיני הנזיקין. בדיני הנזיקין, התגובה "הקלאסית" תהיה הטלת חובה על המזיק לתשלום פיצויים לטובת הניזוק."

3. מיקומם של דיני הנזיקין במשפט

מהם האינטרסים שדיני הנזיקין מגנים עליהם:

- שמירה על שלמות הגוף- **סעיף 23 לפקודה**- תקיפה. (הפעלת כוח של אדם אחד על אחד אחר ללא הסכמה).
- שמירה על שלמות הקניין- **סעיפים 24 ו-29** הסגת גבול במקרקעין, **סעיף 52**- גזל.
- שמירה על אינטרסים כלכליים- **סעיף 56**- עוולת התרמית, **סעיף 62** – גרם הפרת חוזה.
- שמירה על שם טוב ופרטיות- **חוק איסור לשון הרע**, תשכ"ה- 1965, **חוק הגנת הפרטיות**, תשמ"א-1981.
- שמירה על האוטונומיה וחופש הבחירה- **פסיקה** (הסכמה מדעת לטיפול רפואי, אלימות במשפחה, סרבנות גט)

רשימה לא סגורה- תלויה בשינויים חברתיים

איך דיני הנזיקין מגנים על האינטרסים השונים:

- שימוש נרחב בעוולות המסגרת- **הפרת חובה חקוקה** ו**רשלנות**
- 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, מבצע עוולה.

מה מקומם של דיני הנזיקין במשפט:

משפט ציבורי – דיני עונשין, משפט חוקתי, משפט מנהלי. סכסוכים בין הפרט למדינה, מערכת יחסים בין המדינה לבין הפרט הבודד.
משפט פרטי – דיני נזיקין, דיני חוזים. סכסוכים בין אדם לחברו, המדינה מעוברת כגוף מעין פרטי.

דיני חוזים מול דיני נזיקין:

דיני נזיקין	דיני חוזים	
<u>מקור החובה</u> – החוק. הדין יוצר ומטיל את החובות בנזיקין.	<u>מקור החובה</u> – הסכם. הצדדים מטילים על עצמם חובות.	הבדל במקור החובה
<u>פן חוזי</u> – אחריות נובעת מהסכמת בעל המקצוע לספק שירות ללקוח הכוללת אחריות לנזק.	<u>אבל</u> , הדין כיום יוצר חובות חוזיות (למשל, חובה לנהוג בתום לב בעת ניהול מו"מ ובעת קיום החוזה).	דמיון בפן החוזי
<u>תוכן החובה</u> – החוק והפסיקה הם הקובעים את תוכן החובה בנזיקין.	<u>תוכן החובה</u> – נקבע ע"י הצדדים לחוזה. אבל, גם הדין קובע חלק מתנאי החוזה (חובה לשלם בש"ח)	הבדל בתוכן החובה
<u>סעדים</u> – פיצויים וגם צו מניעה.	<u>סעדים</u> – אכיפה וגם פיצויים.	

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.

דיני נזיקין ודיני עונשין:

ארוע אחד עשוי להיות מסווג כארוע פלילי וכארוע נזיקי. מתי?

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

דוגמאות: תקיפה - עבירה (ס' 378 לחוק העונשין) ועוולה (ס' 23 לפקודת הנזיקין)

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. (**השופט עדנה ארבל, פס"ד כרמי נ' סבג**)

נקודת 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 9690/07 פלוני נ' פלוני - האם יש להטיל על גבר לשלם פיצוי עונשי לקטינה בגין ביצוע

מעשים מגונים שביצע בה?

בתי המשפט השלום והמחוזי-לא.

ביהמ"ש העליון (רובינשטיין ודנציגר מול ריבלין): אין לפסוק פיצוי עונשי.

פס"ד פלוני- השופט רובינשטיין

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.

נקודת מפגש בין דיני נזיקין ודיני עונשין-2

פסיקת פיצויים אזרחיים במסגרת הליך פלילי:

סעיף 77 לחוק העונשין קובע שאם במסגרת הליך פלילי הרשיע בית המשפט את הנאשם הוא יכול לחייב אותו לפצות את האדם שניזוק עקב המעשה עד לגובה של סכום מסויים.

"הורשע אדם, רשאי בית המשפט לחייבו, בשל כל אחת מן העבירות שהורשע בהן, לשלם לאדם

שניזוק ע"י העבירה סכום שלא יעלה על 258,000 ש"ח לפיצוי הנזק או הסבל שנגרם לו."

המטרה היא לעזור שלאילו שניזוקו ולחסוך להם את הצורך להגיש תביעה אזרחית, בעיקר כאשר הנזק לא גדול ולא מורכב.

מדובר בפיצוי אזרחי למרות שהסעיף נמצא בחוק העונשין (ראו: רע"פ 2976/01 בתיא אסף נ'

מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418)

4. סוגי האחריות בנוזיקין

קביעת אחריות בנוזיקין :

קביעת אחריות בנוזיקין מושפעת משני גורמים מרכזיים :

- מהות האינטרס שנפגע - ככל שהאינטרס של הנפגע מוחשי יותר ההגנה של דיני הנוזיקין גבוהה יותר (שלמות גוף ונפש, רכוש, אינטרס כלכלי, פרטיות, שם טוב, חופש בחירה). כך, ההגנה על שלמות הגוף חזקה יותר מההגנה על אינטרס כלכלי.
- מידת האשם של המזיק - דיני הנוזיקין מתבססים על אשמו של המזיק אשר עפ"י רוב פחותה מאשמה מוסרית בדיני עונשין. האם ההתנהגות הייתה מכוונת? האם הייתה חוסר אכפתיות למה שיקרה?
- גורמים נוספים שמשפיעים על קביעת האחריות :
זהות המזיק : המדינה, קטינים, חסרי כשרות משפטית
אופי הפעולה המזיקה : מעשה מול מחדל, מעורבות ישירה או עקיפה. האם הבן אדם ישב וראה שהנזק הולך לקרות ולא עשה כלום על מנת למנוע אותו? או שהנזק נעשה תוך כדי המעשה שלו.

אחריות ונזק :

- קיומה של אחריות בנוזיקין אינו תלוי בקיומו של נזק.
יש עוולות שבהן צריך להוכיח שנגרם נזק ויש שלא.
חלק מהמקרים יש תלות בהוכחה שנגרם נזק, ויש מקרים שבהם כן צריך להוכיח שנגרם נזק.
למשל :
עוולת התקיפה אינה מצריכה להוכיח שנגרם נזק לנפגע.
עוולת הרשלנות מותנית בהוכחה שנגרם נזק.
הטלת אחריות בנוזיקין מותנית בקיומו של אינטרס (שקף 1 מצגת 2) מוגן שנפגע כמו הזכות לשלמות גוף או הזכות לבחירה חופשית.

סוגי האשם בנוזיקין :

- הם משפיעים על היכולת לאדם שניזוק להטיל את האחריות על המזיק.
- זדון : (כוונה מתוך רוע לב) המזיק הוא בעל כוונה בעלת מניע פסול, פועל מתוך כוונה לפגוע.
סעיף 60 לפקודה - עוולת הנגישה - הנפגע צריך להוכיח שהמזיק פתח בהליך משפטי נגדו בזדון מתוך כוונה לפגוע בו. מאוד קשה להוכיח זדון.
- כוונה : (להוכיח שהבן אדם פעל באופן מכוון) המזיק בעל כוונה. הוא צופה תוצאות מסויימת ומבקש שהיא תתרחש. אין דרישה שהפגיעה תהיה בזדון, שהמזיק התכוון לפגוע. סעיף 23 לפקודה : התוקף צופה שהניזוק ייפגע באופן מסוים כשהוא מפעיל כח ומתכוון לפעול באופן זה. למשל : רופא המטפל בחולה ללא הסכמה.
- ההבדל בין כוונה לזדון : בזדון המניע הוא פסול, רצון לגרום נזק. ביסוד הכוונה אין כוונה זדונית לגרום נזק.
- ביודעין : מודעות לקיומן של נסיבות מסויימות או עובדות חשובות שלמרות המודעות אליהן נגרם הנזק. עצימת עיניים וחוסר אכפתיות. סעיף 62 לפקודה : גרם הפרת חוזה.

סעיפי החוק

- 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..."
- 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..."
- 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 להיפגע פיזיים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון."

פס"ד כרמי נ' סבג- השופט רובינשטיין

כוונה

- "אדם פועל בכוונה כאשר הוא צופה תוצאה מסוימת מפעולתו וחפץ בהתרחשותה" (פרופ' אנגלרד).
- **כאשר אדם לא פעל בשגגה, לא פעל בהיסח הדעת, אלא ידע והבין את טיב המעשה ורצה בו** הרי מדובר באקט מכוון.
- בהקשר לעוולת **התקיפה** - רופא שלא קיבל את הסכמת המטופל לטיפול הינו מזיק למרות שבכוונת הרופא לרפא ולא לגרום נזק.
- אמנם רופאים לא מתכוונים לתקוף ולגרום נזק אלא לרפא אבל אם הם פועלים ללא הסכמה הם מוגדרים כ"תוקפים" עפ"י הפקודה, שכן כל מגע ללא הסכמה הוא תקיפה בנוזקין.

רשלנות :

- **משמעות סובייקטיבית** : אדם יימצא אחראי לנזקו של אחר כאשר לא נקט באמצעי זהירות שבהם הוא יכול היה לנקוט במקרה מסוים. יש פגם מוסרי בהתנהגותו כיוון שלאור יכולותיו, הוא יכול היה לנהוג בצורה זהירה יותר.
- **משמעות אובייקטיבית** : אדם יימצא אחראי לנזקו של אחר כשהוא לא ממלא אחר כללי זהירות סבירים שבהם נוקטים האנשים באותו תחום.
- דיני הנזיקין מאמצים את **הגישה האובייקטיבית** : אחריות מוטלת כשהתנהגות המזיק אינה משקפת דפוס פעולה של אדם סביר.
- **לא** בוחנים את היכולת האישית המסויימת לפעול בזהירות רבה יותר, אלא את ההתנהלות מול הציפיות של החברה מכל אדם הפועל באותו תחום.
- 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.

פס"ד כרמי נ' סבג- השופט רובינשטיין

רשלנות

- מושג הסבירות בעוולת הרשלנות הוא מושג אובייקטיבי.
- כשקובעים אחריות ברשלנות השאלה אינה האם המזיק סטה מרמת ההתנהגות שהוא מסוגל לה (**סובייקטיבית**) אלא האם המזיק סטה מרמת התנהגות הנתפסת כראויה בחברה (**אובייקטיבית**).
- אין מדובר באשמה אישית. סבירות משמעה "**אשמה חברתית**".
- המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו ועדיין לפעול לא באופן סביר וזאת כאשר יכולתו של המזיק נופלת מהיכולת המצופה מהאדם הסביר.
- הרשלן נבחן ביחס ל**סטנדרט התנהגות שהחברה רוצה לקיים** מבלי להתייחס לאשמתו הסובייקטיבית הנסיבתית של המזיק.

אחריות ללא אשם :

- מזיק ישא באחריות לפגיעת הניזוק גם כאשר הוא לא "אשם" בקרות התאונה או הפגיעה.
- המטרה היא **צדק חלוקתי** : פיזור הנזק על פני קבוצה גדולה של אנשים (הנהגים המבוטחים) במקום להטיל אחריות על המזיק המסויים (הנהג).
- **דוגמאות :**
- - **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975** - נהג יפצה הולך רגל שנפגע בתאונה גם אם לא היה פגם בהתנהגות הנהג.
- - **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ס-1980** - מטיל אחריות על יצרן של מוצר ללא צורך בהוכחת אשם.
- החלוקה : אחריות **אבסולוטית**, אחריות **חמורה**

אחריות אבסולוטית ואחריות חמורה:

אחריות אבסולוטית

- אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק- אין צורך להוכיח שהתכוון לגרום לנזק או שהתרשל וסטה מרמת התנהגות סבירה.
- למזיק אין כל דרך להתגונן כאשר נגרם נזק.
- למשל, **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים** אינו מאפשר לנהג להתגונן ולטעון שהתאונה לא נגרמה באשמתו. הנהג ישא באחריות בכל מקרה.

אחריות חמורה

- אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק. ההנחה היא שהוא נושא באחריות.
- למזיק יש אפשרות להתגונן, אם כי במידה פחותה מהרגיל.
- למשל, חוק האחריות למוצרים פגומים מאפשר ליצרן להתגונן אם הוא יכול להוכיח שהפגם במוצר נפל אחרי שהמוצר יצא משליטתו.

הסיבות להטלת אחריות מוחלטת

- המטרה בהטלת אחריות מוחלטת על נהגים בתחום של תאונות דרכים היא להעניק פיצוי מהיר לכל נפגע בצורה יעילה.
- העדר הצורך בדיון בשאלת אחריות חוסך כסף, זמן ומקל על העומס הרב של בתי המשפט.
- הביקורת:** מטרת הצדק וההרתעה לא תמיד תושגנה נוכח קיומו של הליך מהיר וקביעת תיקרה של פיצוי לנפגעים.
- הסיבה להטלת אחריות מוחלטת על יצרני מוצרים: הם מונעי נזק טובים יותר, יש להם יכולת טובה למנוע נזק עתידי, הם בעלי יכולת כלכלית טובה יותר מהצרכן לשאת בנזק והם מבטחים את עצמם.

המקורות המשפטיים בדיני הנזיקין

- פקודת הנזיקין** [נוסח חדש], התשכ"ח-1968: מקורה בתקופת המנדט. הנוסח המקורי מ-1944 (פקודת הנזיקין האזרחיים).
- הפקודה משקפת את עקרונות דיני הנזיקין האנגליים. הפקודה מאגדת את הפסיקה האנגלית עד לאותה תקופה (שנות ה-40).
- חוקה ישראלית:** חוקים נוספים ספציפיים היוצרים חבות בנזיקין:
- **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים,**
 - **חוק האחריות למוצרים פגומים,**
 - **חוק איסור לשון הרע,**
 - **חוק הגנת הפרטיות**
- ועוד...

מבנה פקודת הנזיקין

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

ב'. הפרת חובה חקוקה

עולת מסגרת:

עולת הפרת חובה חקוקה (הח"ח) - עולת מסגרת.

- העולה עצמה אינה יוצרת את החובה אלא יוצרת עילת תביעה בנוזיקין ע"י הפניה לחובות המוטלות מחוץ לפקודת הנוזיקין.
- בניגוד לעולות פרטיקולריות המגנות על אינטרסים ספציפיים (כמו עולת התקיפה), הפרת חובה חקוקה מגינה על אינטרסים שונים ומתייחסת לנושאים שונים.
- העולה קובעת את המסגרת הכללית, ומתבססת על כך שהנתבע-המזיק הפר חובה חקוקה שמוטלת עליו מחוץ לפקודת הנוזיקין ואשר גרמה לנזק לתובע-הניזוק.

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

סעיף 63 לפקודת הנוזיקין-

- (א') מפר חובה חקוקה הוא מי שאינו מקיים חובה המוטלת עליו על פי כל חיקוק - למעט פקודה זו - והחיקוק, לפי פירושו הנכון, נועד לטובתו או להגנתו של אדם אחר, וההפרה גרמה לאותו אדם נזק מסוגו או מטבעו של הנזק שאליו נתכוון החיקוק; אולם אין האדם האחר זכאי בשל ההפרה לתרופה המפורשת בפקודה זו, אם החיקוק, לפי פירושו הנכון, התכוון להוציא תרופה זו.
- (ב') לענין סעיף זה רואים חיקוק כאילו נעשה לטובתו או להגנתו של פלוני, אם לפי פירושו הנכון הוא נועד לטובתו או להגנתו של אותו פלוני או לטובתם או להגנתם של בני-אדם בכלל או של בני-אדם מסוג או הגדר שעמם נמנה אותו פלוני.

כאשר לאדם נגרם נשק בסיטואציה מסוימת הוא שואל את עצמו אם הוא יכול לתבוע. בית המשפט אומר שאדם כזה שמגיש תביעה ש 5 תנאים של יסודות העולה מתקיימים לגביו (כי זה מה שבית המשפט הבין שהוא קרא את הסעיף).

יסודות העולה :

- (1) יש **חובה** המוטלת על המזיק **מכוח חיקוק** (= חוק או תקנה).
- (2) החיקוק הרלוונטי נועד **לטובתו** של הניזוק.
- (3) המזיק **הפר את החובה** המוטלת עליו לפי החיקוק.
- (4) ההפרה **גרמה לניזוק נזק**.
- (5) הנזק שנגרם הוא **מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק**.

(6) הניזוק לא יזכה לסעד אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון להוציא זאת. – זה לא משהו שהתובע מוכיח זה מיסוד שהנתבע משתמש בו לטענת הגנה.

כדי להוכיח הפרת חובה חקוקה נדרש להוכיח את כל הסעיפים לחוק.

יסוד ראשון - יש חובה המוטלת על המזיק מכוח חיקוק (= חוק או תקנה).

שתיה חובה שמוטלת על המזיק(אדם שנתבע) מכוח חיקוק/תקנה. האם מתמלא היסוד הראשון כאשר החיקוק מעניק שיקול דעת לעשות מעשה, אך לא מטיל חובה לעשות מעשה?

יכול לטעון התובע – שאולי ניתנה הסמכות לשיקול דעת אבל האם זה מקיים את התנאי הזה. התובע חייב שהנוסח, הלשון של הסעיף שעל בסיסו מגישים את התביעה תהיה לשון חד משמעית ושהיא לא משתמעת לשתי פנים.

ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' יצחק לוי:

אדם נהרג בתאונת דרכים. תלוייו הגישו תביעה נגד חברת הביטוח. הנהג היה מבוטח בחברת ביטוח זרה שנרשמה בארץ וקיבלה אישור לעסוק בענייני ביטוח מהמפקח על הביטוח, בתנאים שנקבעו לה. * החברה צברה גרעונות והגיעה לפירוק ולא יכולה הייתה לשלם את הפיצוי. התובעים הגישו תביעה נגד מדינת ישראל בטענה כי המפקח על הביטוח ידע על מצבה המעורער של חברת הביטוח והיה צריכה לפעול בהתאם. ביהמ"ש המחוזי: יש לקבל את התביעה ולהטיל אחריות על המפקח על הביטוח.

סעיף 7 לפקודת ביטוח רכב מנועי :

(א) "הרשות רשאית...להרשות לחברה לעסוק בעסקי ביטוח רכב מנועי ובלבד שלא תיתן הרשאה כאמור אלא אם יציבותה של הכספית של החברה מניחה את דעתה.
(ב) חדלה יציבותו של מבטח מורשה להניח את דעתה של הרשות, רשאית היא...להפקיע את ההרשאה שניתנה לו...

- **כדי שתוטל אחריות בגין הפרת חובה חקוקה צריך שיהיה מדובר בהטלת חובת ביצוע על הרשות ולא בסמכות המעניקה לרשות שיקול דעת.** (למשל: הטלת חובה להציב שלט ליד בריכה האוסר על קפיצה למים : "על הבעלים של הבריכה להציב שלט...")
- אם החוק היה מטיל חובה על המפקח על הביטוח לעשות מעשה והוא לא היה עומד בחובתו ניתן היה לקבוע כי התנאי הראשון להפרת חובה חקוקה מתמלא. כאן, המחוקק העניק לרשות שיקול דעת ולכן לא התמלא התנאי הראשון.
- **לא ניתן לתבוע בעוולה של הפרת חובה חקוקה רשות שלטונית אשר מפעילה שיקול דעת בתחום מסוים.**

על כמה על החובה להיות מפורשת?

ע"א 5379/95 סהר נ' בנק דיסקונט:

- גנב רכב פנה לבנק כדי להעביר על שמו בעלות ברכב שגנב. הוא הציג שטר מכר בו זייף את חתימת בעל הרכב. פקיד הבנק לא בדק את זהותו של הגנב שהציג את עצמו כבעל הרכב, ולכן התאפשרה העברת הבעלות. חברת הביטוח ששילמה לבעלים האמיתי של הרכב את נזקו, תבעה את הבנק.
- האם מוטלת חובה על פקיד הבנק לבדוק את זהותו של הבעלים של הרכב כשהוא מופיע וחותם על שטר המכר?
 - **השופטת שטרסברג-כהן :** החובה שבחוק חייבת להיות מפורשת כדי לחייב אדם במסגרת עוולת הפרת חובה חקוקה. במקרה זה הסמכות שהוקנתה לבנק בתקנות לא הטילה עליו חובה מפורשת לזהות את המוכר.
 - מכאן, **על החובה להיות מפורשת.**
 - הכרעה : התביעה בגין הפרת חובה חקוקה נדחתה.

יסוד שני - החיקוק הרלוונטי נועד לטובתו של הניזוק.

חשוב ביותר באופן אובייקטיבי כי הפסיקה שבית המשפט התעסקה בו לקחה זמן, הדרישה הזו מהתובע שלהוכיח שאותו סעיף חוק שעליו הוא מסתמך נועד לטובתו.

פס"ד 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 אותה להתיר את הנישואין. המעשה מהווה עבירה פלילית עפ"י ס' 181 לחוק העונשין : התיר איש את קשר הנישואין על כרחה של האישה, באין בשעת התרת הקשר פסק דין סופי של בית המשפט או של בית הדין המוסמך המחייב את האישה להתרה זו, דינו - מאסר חמש שנים.

- **השופטת נתניהו :** כשמפרשים את כוונת הוראת החיקוק שהופרה אין לבחון את החיקוק כולו (חוק העונשין) אלא את ההוראה הספציפית בה דנים (ס' 181).
- **העילה בהפרת חובה חקוקה היא לא הפרת החיקוק (חוק העונשין) בשלמותו או פרק ממנו אלא הפרת חובה מסוימת (סעיף מסוים בחוק ספציפי).**

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

בכללותו?

פס"ד 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.

פס"ד ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, (השי' **לנדוי**) : **קשה לעיתים להבחין בין חוקים שנועדו להגן על**

הפרט או חלק מהציבור לבין חוקים שנועדו להגן על הציבור כולו כציבור.

פס"ד 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 ציבוריים.
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).

תקנות התעבורה- שינוי מגמה?

השופט שמגר בפס"ד גרובנר מסתמך על פס"ד **שחאדה** וקובע: "תקנות התעבורה אינן נמנות על סוגי החיקוקים שסעיף 63 לפקודת הנזיקין נתכוון עליהם", שכן הן יוצרות חובות של האזרח כלפי הציבור.

השופט בד' בע"א 335/80 בריגה נ' מוסטפה: עיון מדוקדק בפסיקה מראה ש"שאלה זו עדיין פתוחה" וכי בפסקי הדין הקודמים קביעה מרחיקה לכת זו או שלא היתה נחוצה לצורך הכרעה או שהושארה בצריך עיון או שהתייחסה לתקנה ספציפית שעמדה לדין במקרה קונקרטי.
הש' בד': נראה שמטרת סעיף 63(ב) לפקנ"ז היא לאפשר תביעה בעוולה של הפרת חובה חקוקה גם בהקשר של תקנות התעבורה. **יש לבדוק בכל מקרה את הסעיף או התקנה הספציפיים שבהפרתם מדובר ולבחון את מטרתם ובהתאם לכך לבדוק אם מדובר בהפרת חובה חקוקה.**

תקנות התעבורה בפס"ד בריגה-

יש להבחין בין שני סוגים של תקנות:

- (1) תקנות שקובעות **נורמות של זהירות- הפרה של הוראות** אלה יכולה לשמש בסיס לתביעה ע"י מי שניזוק בעילה של הפרת חובה חקוקה.
- (2) **הוראות מנהליות-הוראות שמטרתן לייעל ולשפר פעולות ומנגנונים שהתקנות עוסקות בהן (תנועה בכבישים).** לא ניתן לתבוע בהפרת חובה חקוקה.
פס"ד בריגה: תאונת דרכים ארעה בין משאית למכבש שנגרר ע"י טרקטור.
הטענה: הסעת טרקטור בכביש מהיר הפרה את תקנות התעבורה.
השאלה: האם תקנה האוסרת לרכב איטי לנסוע בדרך מהירה היא תקנה הקובעת נורמה של זהירות או הוראה שנועדה לשפר את התנועה בכביש?
השופט בד': מדובר בהוראה מנהלית שמטרתה לייעל את השימוש בכביש ואין מטרתה למנוע גגיעה בזולת. מכאן, **יש לדחות את התביעה.**

פס"ד ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:

עובדות:

נער כבן 14 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.
השאלה: האם מפעילי הבריכה הפרו את החובות החוקיות המוטלות עליהם?
השופט ברק: כל חיקוק נועד בסופו של דבר להגנת הפרט כי הציבור מורכב מפרטים. **חיקוק בא להגנתו של אדם אחר אם אותו חיקוק קובע נורמות שנועדו להגן על האינטרסים של הפרט.** מנגד, יש חיקוקים שנועדו להגן על **האינטרסים של המדינה.**
יש סעיפים שמגנים רק על המדינה עצמה, יש סעיפים שמגנים רק על הפרט בלבד, ורוב הסעיפים שהם מגנים על כולם, כלל הציבור ופרט בפרט בתוך הציבור המסוים. הוא מרחיב את היקף האחריות.

חיקוק הקובע את רמת הבטיחות בעבודה נועד לטובת העובד, כי הוא מגן על האינטרסים של העובד לשלמות גופו. מנגד, חיקוק האוסר לפגוע בבטיחות המדינה לא נועד להגן על האינטרס של הפרט אלא על אלו של המדינה.

השופט ברק בפס"ד ועקנין :

- קיימים חיקוקים שמטרתם כפולה וכוללת הן כוונה להגן על אינטרסים של כל פרט ופרט והן כוונה להגן על אינטרסים של הציבור בכללותו (למשל, הוראות חוק בדבר איכותם של מוצרים, חובת רוקח לשמור על רעלים).
 - יהא אשר יהא אופיו של החיקוק תפקיד בית המשפט הוא לבחון את לשון החיקוק הספציפי. 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.
 - סעיף 650(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 הציבור בכללותו אלא גם על כל מתרחץ ומתרחץ ולשמור על האינטרס לשלמות גופנית.
- הכרעה – הנתבעות הפרו את החובה החקוקה שהוטלה עליהן

פס"ד ע"א 5792/99 תקשורת וחינוך דתי-יהודי נ' SBC פרסום

- **העובדות:** תביעה הוגשה ע"י המו"ל של העיתון "משפחה" במגזר החרדי כנגד המוציאים לאור של העיתון "משפחה טובה". התובעים ביקשו צו מניעה האוסר על הוצאה לאור של העיתון בשל השם הדומה. הטענה: הפרה של סעיף 21 לפקודת העיתונות הקובע שאסור לאדם להשתמש בשם של עיתון שיוצא לאור כחוק.
- **השופט חשין:** הכלל הוא שיש לבחון את מטרת הסעיף הרלבנטי ולא את מטרות כל החוק/התקנות (בהמשך לפס"ד סולטאן). כלל זה נכון עוד יותר כאשר החוק הוא מעורב, כלומר כשיש בחוק הוראות שנועדו להגן על הציבור בכללותו כציבור והוראות שנועדו להגן על הפרט אשר מאפשרות להגיש תביעה בגין הפרת חובה חקוקה. יש לבחון את הוראת החוק הספציפית שבגינה הוגשה התביעה.
- כאן, לסעיף 21 לפקודת העיתונות 3 תכליות:
 - (1) מניעת בלבול מהציבור בכללותו,
 - (2) מתן אפשרות למדינה לפקח על שוק העיתונות, ו-
 - (3) מניעת פגיעה בבעלים קיים של עיתון.במקרה זה, לא הפר המו"ל של משפחה טובה את החובה שבס' 21.

יסוד שלישי - המזיק הפר את החובה המוטלת עליו לפי החיקוק. ויסוד רביעי - ההפרה גרמה לניזוק נזק.

- (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).
- (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.

- (1) **מבחן קשר סיבתי-עובדתי:** מבחן האלמלא- האם עובדתית הפרת החובה החוקית גרמה לנזק, או האם ללא הפרת החובה לא היה נגרם נזק?
- (2) **מבחן קשר סיבתי-משפטי:** מבחן הסיכון (ועקנין)- מהם אותם סיכונים שאותם ביקש המחוקק למנוע? כל תוצאה מזיקה אשר נופלת למסגרת סיכונים אלה מקיימת את הקשר הסיבתי הנדרש.

יסוד חמישי - הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק.

צריך לבדוק על איזה אינטרס החוק הזה מגן. אם הוא בא להגן על משהו אחר ממה שאנחנו תובעים בגינו, יכול להיות שלא תוטל אחריות הפרה חוקה חקוקה כי התנאי הזה לא יתקיים.

יש לבחון מה הייתה מטרת החיקוק כשהוא בא להטיל חובה מסוימת.

האם החיקוק נועד להגן על הניזוק בנסיבות שבהן נגרם הנזק?

- **פס"ד 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 הייתה למנוע נזק שעלול להיגרם ע"י התזת סיד מכוונת על פניהם של עובדים צמאים ולכן אין עילה של הפרת חובה חקוקה. התביעה נדחתה. סעיף 1 המטרה שלו זה אנשים יעבדו בתנאי עבודה נוחים(יתנו להם שתייה) סעיף 2 נועד להגן על הגוף בקשר לנפילה לבורות. לכן הנזק שנגרם, הוא לא הנזק שאליה התכוון המחוקק כשאר חוקק את הסעיפים האלה. הוא רצה להגן את העובדים אבל לא במה שתבעו.

פס"ד לסלאו נ' ג'מאל

- רקע**: תביעת דירים בנוזיקין בגין הח"ח כנגד בעל בניין על סירובו לתקן ליקויים. התנהלות אשר הובילה להוצאת צו של העירייה להריסה הבניין ופינוי הדיירים.
- סעיף 68(א) **לחוק הגנת הדייר** [נוסח משולב], תשל"ב-1972:
- "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." הנשיא שמגר: **"היסוד החמישי לאחריות בגין הפרת חובה חקוקה** הוא, כי הנזק אשר נגרם הוא מסוג 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.**"

יסוד שישי - הניזוק לא יזכה לתרופה בגין נזקו אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון להוציא תרופה זו

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 על בסיס הפרת חובה חקוקה.**

כלומר, על בית המשפט יהיה לבדוק **האם החיקוק שהופר לא מונע למעשה את האפשרות לפסוק פיצויים לתובע-הניזוק.**

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. המחוקק מעניק כאן **שיקול דעת רחב לבית המשפט** המשמש כפרשן של דברי חקיקה. בתי המשפט יערבו שיקולי מדיניות משפטית וחברתית.

פס"ד ע"א 2351/90 לסלאו נ' אמיל ג'מאל

רקע: תביעת דיירים הגרים בדמי מפתח נגד הבעלים של הבנין בגין הוצאות תיקון הליקויים בבנין שבו גרו והוצאות השכירות בגין מגורים חלופיים שאליהם עברו לאחר הריסת הבנין. סעיף 68 לחוק הגנת הדייר: **"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 מכח 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 ולקבל החזר של 50% מבעל הבית.

פס"ד לסלאו נ' ג'מאל- הנשיא שמגר

הסעדים הקבועים בחוק נועדו להביא לכך שבידי הדייר יהיו אמצעים שבעזרתם הוא יוכל להתגבר על סרבנות בעל הבית לתקן את הבנין. 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. בנוסף, אין בחוק מענה לדיירים שמצבם הכלכלי לא מאפשר להם לשאת בעלויות המלאות של התיקון (ורק לאחר מכן לתבוע החזר מבעל הבית). 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. בנוסף, הסעדים הקבועים בחוק אינם מוציאים מכלל אפשרות שייגרם נזק עקב הפרת החובה שבחוק ומכאן שיש עילה בהח"ח לקבלת פיצוי בנוזיקין.

המצב המשפטי כשבחוק יש סנקציה פלילית

האם כשיש בחיקוק איסור פלילי ועונש בציוד לא ניתן לתבוע בעילה של הח"ח? **הש' נתניהו, פס"ד סולטאן נ' 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 הדין הדתי**) 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 יחסי 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 נייחס לו את הכוונה, כאילו הוא בא לשלול ממנה גם את העילה הנזיקית בשל אותה פגיעה?"

אחת ההתפתחויות החיוביות של השימוש בעוולה של הפרת חובה חקוקה 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. (לקביעה דומה ראו: ע"א 7141/13 **קונקטיב נ' דבוש**, נבו, מיום 5/11/2015).

הפרת חובה חקוקה וחוקי היסוד

האם הפרת סעיף בחוק יסוד יכולה לשמש עילה בהח"ח?

האם הפרת הזכות לכבוד או שיוויון מקנה פיצוי בהח"ח?

פרופ' ברק-ארז: יש עוולות חוקתיות שניתן לבסס עליהן תביעה בגין הפרת חוקי יסוד. **פרופ' א' ברק:** תחולה של חוקי היסוד במשפט הפרטי אינה אוטומטית. תביעה בעוולה של הפרת חובה חקוקה בגין הפרה של זכות בחוק יסוד הינה אפשרית.

פס"ד 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).

ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, 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."

הפרת חובה חקוקה - סיכום

העוולה של הפרת חובה חקוקה היא עוולת מסגרת אשר מאפשרת להטיל אחריות בנוזיקין על בסיס חובות חוקיות שמוטלות מחוץ לדיני הנזיקין. מכאן, עוולה זו מרחיבה את היקף האחריות בדיני הנזיקין להיבטים מגוונים של תחומי החיים, כאשר היקף האחריות נקבע ע"י הפסיקה. 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 בנוזיקין. בשלב זה, בית המשפט העליון אינו מכיר בזכויות המוכרות בחקיקת היסוד כבסיס לתביעות בנוזיקין בעילה של הפרת חובה חקוקה.

ג'. רשלנות

1. כללי

העוולות החשובות ביותר שיוצרות מסגרת משפטית- הפרת חובה חקוקה ורשלנות.

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

סעיף 36 לפקודה:

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

זה יוצר מצב שבו אפשר לתבוע בגין רשלנות על כל תחום. לא תמיד בביהמ"ש תקבע האחריות על אותו אדם. הבסיס להחלטת בית המשפט הוא הסעיפים האלה. האם זה סביר או לא סביר. ביהמ"ש בודק האם בן אדם פעל פחות ממה שהיו מצפים ממנו.

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

השאלה: מהי התנהגות סבירה?

בית המשפט קובע מהי התנהגות סבירה ומהי התנהגות בלתי סבירה. מכאן, לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד. האדם הסביר מוגדר ע"י בית המשפט **בהתאם לתחום הרלבנטי**. 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.

פס"ד (1932) Donoghue v Stevenson

- גב' דונגהיו שתתה בירה מבקבוק כהה כשישבה בבית קפה עם חברתה.
 - בתחתית הבירה נמצאו חלקי חילזון וגב' דונגהיו שמה לב לכך רק לאחר ששתתה כמות ניכרת מתוכן הבקבוק. היא חשה ברע ורצתה לתבוע בגין נזקיה.
 - לגב' דונגהיו התובעת לא היתה עילה חוזית מול היצרן שכן לא הוא זה שמכר את הבקבוק לתובעת (אלא בעל בית הקפה).
 - מנגד, גב' דונגהיו התובעת לא רכשה את הבקבוק מבית הקפה אלא חברתה ולכן לא היתה לה עילת תביעה חוזית כנגד הבעלים של בית הקפה.
 - חברתה של התובעת לא שתתה מהבקבוק ולכן לא ניזוקה (ולא תבעה).
- התפיסה זו היא לא תפיסה חוזית אלא שייקח אחריות על המעשים שלו גם כלפי האנשים שאין לו מולם הסכם חוזי. כלפי המבקרים הטענה המשפטית הייתה שהוא צריך להזהר.
- היצרן חב בחובת זהירות כלפי התובעת שקנתה את בקבוק הבירה שייצר.
 - "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".
 - התביעה של גב' דונגהיו הוכרה ברוב של 2:3.

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.

יסודות עוולת הרשלנות -

1. קיומה של חובת זהירות- המזיק חב בחובת זהירות לניזוק. על המזיק לנקוט באמצעי זהירות סבירים אם הוא צופה שייגרם נזק לניזוק.
 2. הפרה של חובת הזהירות- המזיק התרשל והפר את חובת הזהירות שחב לניזוק. אמצעי הזהירות שבהם נקט לא היו סבירים.
 3. קיומו של נזק – הניזוק סבל נזק כתוצאה ממעשי הרשלנות.
 4. קשר סיבתי בין ההפרה לנזק - התנהגותו הרשלנית של המזיק ולא של גורם אחר היא זו שגרמה לנזק של הניזוק.
- ארבעת התנאים האלה חייבים להתקיים . בעבודה – להוכיח שלושה ראשונים.

יסוד הנזק:

תביעה בגין רשלנות תוכר רק כאשר התובע סובל נזק. מדובר בכל סוג נזק מוכר: **גופני, נפשי, כלכלי, לרכוש.**

סעיף 2 לפקודת הניזוקין: "נזק- אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם-טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה".

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".

פגיעה באוטונומיה כראש נזק:

ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל:

רופאים התרשלו בקבלת הסכמתה המלאה והמודעת של מטופלת לעבור ניתוח. הגם שהניתוח עצמו לא היה רשלני נגרם לה נזק בכתפה. התובעת טענה כי לו הרופאים היו מספקים לה את מלוא המידע, היא לא הייתה בוחרת לעבור את הניתוח באותו מועד.

נפסק (הש' אור): הנזק הוא פגיעה בזכות של המטופלת להחליט האם לעבור ניתוח. הפגיעה בחופש הבחירה שלה נכללת ב"אובדן נוחות" בהגדרה של "נזק", לאור הפסיקה אשר מגינה על אינטרסים לא מוחשיים של הניזוק.

בית המשפט העליון הכיר בנזק שנגרם בגין הפגיעה בחופש הבחירה של הניזוק, בפגיעה ביכולתו לשלוט בחייו ולקבל החלטות מודעות כיצד לנהל את חייו.

נוכח פסק דין זה הוכרו תביעות בראש הנזק הזה של פגיעה באוטונומיה גם בהקשרים אחרים, כמו אלימות בין בני זוג, סירוב גט ועוד.

(ראו גם: ע"א 1081/00 אבנעל בע"מ נ' מדינת ישראל, הנשיא ברק, סעיף 18)

קיומה של חובת זהירות:

יסוד החובה נדון רבות בפסיקה.

על הניזוק להוכיח כי **המזיק חב כלפיו בחובת זהירות**: הנתבע חייב היה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע התרחשותו של נזק שאותו ניתן לצפות.

עד לאחרונה היתה הסכמה כי סדר השלבים לניתוח עוולת הרשלנות הוא:

(1) חובת זהירות

(2) הפרת חובת הזהירות (התרשלות)

(3) נזק

(4) קשר סיבתי

לא משנה הסדר, מה שחשוב זה שכל ארבעת התנאים האלה יתקיימו.

בשנים האחרונות חלק משופטי בית המשפט העליון שינו את הסדר:

התרשלות (הפרה), (2) חובת זהירות, (3) נזק ו- (4) קשר סיבתי.

בפסיקה פותחו שתי גישות מרכזיות לניתוח חובת הזהירות:

1. המודל של הנשיא ברק (פס"ד ועקנין)

2. המודל של הנשיא שמגר והשופט א' לוי (פס"ד לוי ושתיל)

המודל של הנשיא ברק (פס"ד ועקנין)

יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות מושגית** = **חובה עקרונית** (האם מבחינה עקרונית בעלים ומפעיל של מקום חבים בחובה להיזהר כלפי מי שמבקר בנכס).

יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות קונקרטי** = **חובה במקרה הספציפי**

חובה מושגית: האם ביחס לסיכון מסוים קיימת חובת זהירות כללית.

האם באופן כללי על מזיק השייך לקבוצת מזיקים מסוימת מוטלת חובה לנקוט באמצעי זהירות למנוע קיומו של סיכון שעלול להיווצר מהתנהגותו.

חובה קונקרטי: האם ביחס לניזוק המסוים בנסיבות האירוע הנזיקי שארע קיימת חובת

זהירות. האם **באופן ספציפי, בנסיבות המקרה**, על מזיק ספציפי מוטלת חובה לנקוט באמצעי זהירות למנוע קיומו של סיכון שנוצר.

*קודם בודקים את קבוצת המזיקים ואז את נסיבות המקרה

חובת זהירות מושגית –

(א) צפיות טכנית- האם ניתן לצפות עקרונית שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות

(ב) צפיות נורמטיבית- האם צריך לצפות עקרונית 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.

שלב הבדיקה הראשון- האם חב המזיק בחובת זהירות מושגית לניזוק: האם יש חובה עקרונית לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע נזק בתחום מסוים.

התשובה לשאלה **נקבעת ע"י מבחן הצפיות**: האם אדם סביר בתחום מסוים צריך היה לצפות באופן כללי שייגרם נזק לניזוק (לא כל נזק שניתן לצפות צריך לצפות).

(1) האם קיימת צפיות טכנית- האם ניתן היה באופן כללי ועקרוני לצפות שייגרם נזק מהסוג שנגרם.

(2) האם קיימת צפיות נורמטיבית- האם משפטית צריך היה המזיק כמי ששייך לקבוצה מסוימת לצפות באופן כללי ועקרוני שייגרם נזק מהסוג שנגרם.

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).

"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. (אם ניתן לצפות נזק אז חייב למנוע אותו, אבל אלא אם קיימים שיקולים השוללים את החובה).

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).

פס"ד ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש

עובדות: נער קפץ קפיצת ראש לבריכה במים רדודים. הנער נחבל בקרקעית הבריכה ונפצע באורח קשה (שיתוק חלקי). האם הבעלים ומפעיל הבריכה התרשלו?

האם יש להטיל **חובת זהירות מושגית על בעלים של נכס** (בריכה) כלפי מבקרים?

בעלות בנכס מטילה עקרונית חובת זהירות מושגית כלפי המבקר בנכס שכן בין הבעלים והמבקר יש יחסי שכנות וקרבה.

צפיות טכנית: הבעלים יכול לצפות שמבקר בנכס יפגע כתוצאה משהייתו בנכס!

צפיות נורמטיביות: הבעלים **צריך** לצפות שמבקר בנכס 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.

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 – סיכום:

ח"ו? מושגית עוסקת בשאלה עקרונית-כללית ולא במקרה מסוים: האם המזיק השייך לקבוצת מזיקים מסוימת חב בחובת זהירות לניזוק השייך לקבוצה של ניזוקים מסוימים. 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 קונקרטיית-

(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
האם בעלי נכסים באשר הם יכולים להעריך ולצפות שהאדם שיגיע אליו לתוך הנכס יפגע אם לא ינקטו אמצעי זהירות. זה שתי שאלות – היכולת והחובה המוסרית שגם גוררת חובה משפטית. לא כל מה שאפשר לצפות שיקרה צריך לנקוט על מנת שלא יקרה.

שלב הבדיקה השני: האם בנסיבות המקרה יש מקום להטיל על המזיק המסוים חובה לנקוט באמצעי זהירות סבירים כלפי הניזוק המסוים.

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 האם בין המזיק והניזוק המסוימים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה קמה חובת זהירות קונקרטיית 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.

חובת זהירות קונקרטית בפס"ד ועקנין

האם אדם סביר יכול וצריך היה בנסיבות המקרה לצפות את התרחשות הנזק. צפיות טכנית- האם ניתן בנסיבות המיוחדות של המקרה לצפות את התרחשות הנזק שאירע? האם יכלו הבעלים והמפעיל של הבריכה בבית שמש לצפות שייגרם נזק מהסוג שנגרם לניזוק התובע? אם לא ניתן היה לצפות בפועל את התרחשות הנזק במקרה הספציפי אז אין חובת זהירות. אם ניתן היה לצפות, עוברים לשלב השני. צפיות נורמטיבית-האם צריך היה המזיק בנסיבות המקרה לצפות את התרחשות הנזק שנגרם? האם צריכים היו הבעלים ומפעיל הבריכה לצפות שייגרם נזק לתובע? השאלה: מה צריכים הבעלים והמפעיל של הבריכה העירונית בבית שמש לצפות כשילדים בני 15 כמו ועקנין מבקרים בבריכה. ההכרעה נקבעת עפ"י האדם הסביר, שהוא בית המשפט. בית המשפט הוא הקובע האם יכול היה וצריך היה המזיק לצפות את הנזק באופן עקרוני (מושגי) וספציפי (קונקרטי).

השופט ברק - חובת זהירות קונקרטית

לא כל נזק שצפוי טכנית צפוי נורמטיבית, כלומר נזק שיש לנסות ולמונעו. חיי היומיום מלאים סיכונים שלעיתים מתממשים וגורמים נזקים. אבל לא בכל המקרים יוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנזיקין. הסיבה: יש סיכונים טבעיים בעת שעוסקים בפעילות מסוימת ובגינם יש לקבוע כי חובת זהירות קונקרטית 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 יתרה, 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 מהווית 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?
 - (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 קונקרטית?
 - (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.

הביקורת של הנשיא שמגר

פס"ד 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 בהוכחת חובת זהירות מושגית: התביעות הם אף פעם לא משהו עקרוני, אלא ספציפי הניזוק כנגד המזיק.

"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 **השאלה 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?"

מודל חובת הזהירות של הנשיא שמגר

יש צורך בהוכחת חובת זהירות קונקרטיית במקרה המסוים:
(1) צפיות טכנית (האם ניתן לצפות קרות נזק במקרה ספציפי),
(2) צפיות נורמטיבית (האם צריך לצפות את קרות נזק) במקרה המסוים:
(א) שיקולי מדיניות שמקורם בדיני הנזיקין (קרבה ושכנות).
(ב) שיקולי מדיניות מחוץ לדיני הנזיקין (האם הוגן, צודק וסביר להטיל חו"ז בנסיבות המקרה).
מודל חובה הזהירות של שמגר הוא מודל של שלוש דרישות ולא ארבע דרישות כמו השופט ברק.

עיקרי המודל של הנשיא שמגר

(1) האם מתקיים מבחן הצפיות הטכנית- האם יכול היה המזיק הקונקרטי לצפות כי התנהגותו תסב לניזוק הספציפי נזק?
אם כן, יש לעבור ולבחון במסגרת בדיקת הצפיות הנורמטיבית-
(2) 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-
(3) 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).
שמגר לא ביטל את מה שברק קבע, הוא אמר בעצם אין צורך לדון בחובה העקרונית שברק קבע לפני 10. הוא אמר שזה מיותר לדעתו לא צריך. והוא הוסיף משהו שברק לא דיבר עליו. יש שני פסקי דין שקובעים דברים אחרים ואף אחד מהם לא בטל. אז מה עושים?
כל אחד מהשופטים יכל לבחור באיזה דרך ללכת. יש שני תהליכי בדיקה מקבילים שאפשר לקיים אותם וכל אחד בדרכו שלו.
שמגר דבר ראשון מתמקד אך ורק בנסיבות המקרה. בגלל שברק פתח את הדלת להרבה אנשים לתבוע בגין רשלנות כי יש לו הרבה יותר דרישות למה צריך שמגר רצה לסגור את הדלת אך לא לגמרי ולכן הוא ביקש להוכיח שכנות וקרבה.

יסוד (2) – על יחסי שכנות וקרבה

המטרה של דרישת השכנות- לצמצם את היקף החובה של המזיק רק כלפי ניזוקים מסוימים (לא להגביל יותר מדי את חופש הפעולה של אנשים).
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).

אבל, יש מקרים שבהם הפעולה היא רחוקה יותר ולא ישירה לדוגמה בנזק שנגרם ע"י אדם אחר (צד שלישי). אז יש לבחון בנפרד האם יש שכנות. דוגמאות של יחסים יותר רחוקים:

- האם המשטרה חבה בחובת זהירות כלפי קורבן של עבירה שבוצעה ע"י עבריין?
- האם היה עליה לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע את הנזק שהיה צפוי מהתנהגות העבריין?
- האם רופא חב בחובת זהירות כלפי בת זוג של חולה איידס שלא מגלה לבת זוגו?

קריטריונים לקביעת שכנות:

- (1) תחום הפעולה שבה מדובר - היקף האחריות והקרבה תלויים בתחום המסוים. לדוגמה, האם האחריות מוטלת על המזיק כבעל נכס או כאיש מקצוע.
- (2) האם מדובר במעשה אקטיבי או במחדל - קל יותר להוכיח קרבה שאדם פועל באופן אקטיבי. חובת זהירות מוטלת בעיקר כשאדם פעל באופן אקטיבי (למשל, כשרופא התרשל בעת ניתוח). כשאין לאדם חובה לפעול (למשל, להציל אדם שטובע), ואותו אדם לא פעל, לא תמיד תוטל חו"ז.
- (3) האם הנזק נגרם ע"י אדם אחר ולא ע"י הנתבע - קל יותר להוכיח קרבה מול המזיק הישיר. השאלה: האם 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 להטיל חו"ז.
- (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. אלה קריטריונים מנחים לקביעה המשפטית אם יש קרבה ושכנות אין לפסוק שאם מתקיים אחד התנאים האלה לא תוטל חובת זהירות.

האם יכול המזיק לזהות את הניזוק המסוים 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. יזהה כחלק מקבוצה קטנה ומוגדרת.

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. **כאשר מדובר בפעולה שלטונית (של גוף ממשלתי) - יש לבחון אופי הפעולה:** פיקוח ושליטה מועטה (על התנהלות גופים אחרים, כמו פיקוח על ענף הביטוח) פיקוח ושליטה רבה (עיכוב יציאה מהארץ, אכיפת החוק בגן ציבורי) פעולה המלווה בשיקול דעת לרשות (האם להתיר בניה באזור מסוים) כשמדובר בפיקוח עם שליטה רבה תתקיים דרישת השכנות

יסוד(3) – על שיקולי מדיניות

- **השפעה שלילית של הטלת חובת זהירות על הפעילות של המזיק -** ייתכן שהטלת חובת זהירות בנוגע לסוג פעילות מסויים תרתיע יתר על המידה מזיקים רלבנטיים שיחששו שיוגשו נגדן תביעות (התגוננות יתר) (מדינת ישראל נ' וייס)
- **חשש מריבוי תביעות והכבדת העומס על בתי המשפט (מדינת ישראל נ' לוי)**
- **"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).
- **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).
- **מי הפיק את התועלת הרבה ביותר מהפעילות שגרמה לסיכון (פס"ד מפעלי רכב אשדוד, פס"ד קופת אשראי וחיסכון).**

מודל החובה של שמגר-ניתוח

כאשר מוגשת תביעה יש לקבוע באם קמה חובת זהירות בגין אירוע ספציפי. חובת זהירות מושגית קיימת תמיד שכן כל אדם חייב שלא לסכן את חיי אדם אחר. בית המשפט עוסק תמיד ביחס שבין מזיק לניזוק ספציפיים, בגין פעולה ספציפית וכתוצאה מנזק ספציפי שנגרם לניזוק.

בית המשפט אינו עוסק בקביעה באם קיימת חובת זהירות, אלא מה היקפה של חובת הזהירות בתביעה מסוימת: האם היא כוללת פעולות מסוימות, האם היא כוללת נזקים מסוימים, האם היא מתייחסת לניזוקים מסוימים.

הנשיא שמגר לא ביטל את ההלכה שקבע ברק אלא ביטל את חשיבותה של חובת הזהירות המושגית והסתפק בבחינתה של חובת הזהירות הקונקרטי. הנשיא שמגר הוסיף מעבר לשיקולי המדיניות שהיו קיימים גם במודל של ברק את הדרישה להוכיח יחסי שכנות וקרבה.

התפתחות מודל חובת הזהירות בפסיקה

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

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. במהלך השנים, מליחות המים עלתה והסבה נזק כבד לפרחי הציפורן משך שש עונות גידול בין 1987-1993. אף עפ"י כן, בשנים אלה הרחיב שתיל את שטח חממות הציפורן באישור הרשויות המוסמכות למרות שכל הצדדים ידעו על בעיית המליחות של המים. פנייתו של מר שתיל לחברת מקורות בדרישה לפצותו על הנזק שנגרם לו נדחתה. לפיכך הגיש שתיל תביעה לבית המשפט המחוזי שמצא את המדינה אחראית בנוזיקין כלפיו. טענה מרכזית: המדינה השתתתה במתן פיתרון לבעיית המליחות של המים שאותה ניתן היה לפתור תוך פרק זמן קצר בהרבה. 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 לדון במבחן חו"ז מושגית. מדוע? חובת זהירות מושגית בוחנת את היחסים בין קבוצות מזיקים וניזוקים, וקובעת מצב עקרוני שעל-פיו יש לפעול. חובת זהירות מושגית היא מסננת ראשונה בסדרת מסננות המהוות את תהליך ההכרעה בשאלה האם יש להטיל אחריות.

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 הקונקרטי. ממילא, מספר התביעות שנדחו בהעדר חו"ז מושגית כמעט אפסי.

השינוי המוצע ע"י הש' לוי - הפרה תחילה!

- הגישה על הש' א' לוי בפס"ד שתיל, כמו גם של הש' ריבלין בפס"ד נחום נ' דורנבאום היא כי יש להתחיל את ניתוח עוולת הרשלנות ביסוד ההתרשלות (ההפרה) ולא ביסוד החובה.
- ההנחה של שופטים אלה היא כי חובת זהירות כמעט תמיד תתקיים, וכי רק שיקולי מדיניות (שכנות, שיקולי צדק והוגנות) עשויים להוביל למסקנה שאין להטיל חובה.
- בנוסף, ההנחה של שופטים אלה היא כי מהות עוולת הרשלנות היא בחינת ההתנהגות של המזיק המסויים בהשוואה להתנהגות הסבירה המצופה ממנו באופן כללי. אם הוא אכן סטה מרמת ההתנהגות הסבירה אז יש לבחון שאלות של מדיניות. ואם פעל כנדרש הרי ממילא אין זה משנה אם חב בחובת זהירות או לא.
- כך למשל, אם הפקידים במשרדי הממשלה הרלבנטים יכולים היו לפתור את בעיית המליחות של המים והם השתתו בכך זמן רב בניגוד לדרך ההתנהלות של פקיד מדינה סביר אז ניתן

יהיה לקבוע שהם התרשלו ואז לפנות ולבדוק אם שיקולי המדיניות תומכים בהטלת חובת זהירות באותו מקרה ובהטלת אחריות.

הפסיקה לאחר פס"ד שתיל

הפסיקה לאחר פס"ד שתיל לא הציגה עמדה חד משמעית בנוגע לניתוח העוולה. פסיקה המאמצת את הצעתו של השופט א' לוי בפס"ד שתיל:
הש' דנציגר בע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה: "נוטה אני להסכים עם הדעה... כי חובת הזהירות המושגית ממילא תישלל במקרים בודדים בלבד, וכי מוטב להידרש לנסיבות המקרה הספציפי, קרי, לבחון תחילה את שאלת קיומה של ההתרשלות, ואם התשובה לכך חיובית, לעבור ולבחון האם קיימת חובת זהירות קונקרטית, תוך פסיחה על שאלת החובה המושגית." (אבל: הליך הבדיקה היה יישום של המודל של ברק)
הש' מלצר בע"א 8500/06 חוות צברי אורלי נ' מד"י: "בחרתי - למען היעילות ופשטות הדיון, ובהתחשב בנסיבות המקרה הדומות - לצעוד בנתיב שהתווה השופט לוי בפרשת שתיל, הוזה אומר: אפתח את הדיון בשאלת ההתרשלות, ולאחר מכן אעבור לבחינת חובת הזהירות הקונקרטית."

פס"ד ע"א 3521/11 עו"ד וגנר נ' עבדי, מיום 22.6.2014

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). בימ"ש המחוזי קיבל את תביעת עבדי (האישה ויורשי בעלה) והצהיר שעסקת מכירת הדירה בטלה וכן הערת האזהרה שנרשמה לטובת בנק לאומי.
לאחר שבראל לא פרע את הלוואה, בנק לאומי תבע את עו"ד וגנר ובנק דיסקונט. המחוזי הטיל על עו"ד וגנר אחריות כלפי בנק לאומי אבל לא על בנק דיסקונט.
השאלה: האם עו"ד וגנר ובנק דיסקונט חבים ברשלנות כלפי בנק לאומי שהעניק את הלוואה למר בראל.

השופט הנדל – ניתוח עוולת הרשלנות

- יש לשמור על המודל המסורתי של ניתוח העוולה: (1) חובת זהירות ו- (2) הפרה. עם זאת, יש מקום לשנות את הבדיקה של חובת הזהירות כך שלא בכל תיק יבדקו את חובת הזהירות המושגית.
- השופט הנדל:** יש שלוש קבוצות של חובות זהירות: **מוכרת**, **חדשה וגבולית**. אופן בחינת החובה יותאם לסוג החובה בתיק, כפי שעולה מעובדות המקרה.
- כשחובת הזהירות **מוכרת** יש לבחון רק את החובה **הקונקרטית** לפי נסיבות התיק (כשבדרך כלל, תוכר חובת הזהירות הקונקרטית, כיוון שהמחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת להפרה או קשר סיבתי) למשל: תביעת חולה נגד רופא.
- כשחובת הזהירות **חדשה** יש להתחיל בבדיקה של חובת כללית-מושגית (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)**, תיבחן חוה"ז ברמה פרטנית-מופשטת- האם החובה העקרונית שהוכרה תקפה לאותו מקרה. תוך השוואה למקרים אחרים באותה קטגוריה בהם הוכרה/לא הוכרה החובה. (אחריות מזיק לנזק נפשי שנגרם לבני משפחה של אדם שנפגע בגופו).

ניתוח עוולת הרשלנות

- המודל המסורתי של הש' 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 עולת 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 עולת הרשלנות

- קיימת הסכמה שברוב המקרים אין צורך לנתח את יסוד חובת הזהירות המושגית כשזו כבר הוכרה בפסיקה קודמת.
- 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.
 - העמדה הרווחת יותר היום היא שהליך הבדיקה הוא זה:
 - (1) **חובת זהירות קונקרטית**- האם יש יחסי שכנות בין המזיק לניזוק **שיקולי מדיניות**- האם צודק, סביר והגיוני להטיל חו"ז
 - (2) **הפרת חובת הזהירות (התרשלות)**- האם סטה המזיק מרמת התנהגות סבירה- האם נקט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את הנזק הצפוי?
 - (3) **נזק**
 - (4) **קשר סיבתי** בין ההתרשלות לנזק
 - במקרים חדשים, יהיה צורך להתחיל בבדיקה של חובת זהירות מושגית.

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.

המודל של **ברק** לא בוטל לחלוטין אלא נעשה בו שימוש רק במקרים שעד לאותו נקודת זמן הוא לא היה נדון בבית המשפט. במקרים חדשים מאוד רק בהם יש צורך לחזור ולדון ברמת העקרון. שמגר – צפיות טכנית, שכנות והאם זה הוגן.

הפרת חובת זהירות -

מה קורה שאחרי שהתברר שאני חייב להיזהר, כאשר הפרתי את החובה הזו.

יסוד הפרת החובה(התרשלות) -

- זהו היסוד המרכזי בעולת הרשלנות.
- יש להוכיח כי המזיק הפר את חובת הזהירות שהיתה מוטלת עליו וכי הוא לא נקט באמצעי זהירות שאדם סביר היה נוקט בנסיבות העניין.**
- כלומר, יש כאן דרישה של צפיות- המזיק צריך היה לצפות כי סטייה מסטנדרט התנהגות סביר תגרום נזק, מה שאכן ארע בפועל.**
- אבל, אין חובה לנקוט באמצעי זהירות שימנעו את הנזק באופן מוחלט. יש לנקוט באמצעי זהירות סבירים להסרת סיכונים ובכך למנוע נזק.
- השי' **ברק** בפס"ד **ועקנין**: סבירות התנהגותו של המזיק נקבעת ע"י השופט: "אדם סביר זה אינו אלא בית המשפט אשר צריך לקבוע את רמת הזהירות הראויה. רמת זהירות זו נקבעת עפ"י שיקולים של מדיניות משפטית."

על המונח סבירות

סבירות היא מונח **אובייקטיבי**: החברה מצפה מכל פרט ופרט בכל תחום ותחום לפעול ברמת התנהגות אחידה אשר תגרום לכמה שפחות נזקים.
"השאלה אינה אם מזיק סטה מרמת התנהגות שהוא מסוגל לה (התרשלות סובייקטיבית). השאלה הינה אם המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה (**התרשלות אובייקטיבית**)". (הנשיא ברק, פס"ד חמד)
סבירות ההתנהגות אינה נבחנת בחלל ריק, אלא היא **תמיד תלויה בנסיבות** המקרה. "השאלה הינה כיצד היה האדם הסביר הנתון במצבו של המזיק מתנהג **בעת המעשה**" (ולא כחוכמה לאחר המעשה).
כיוון שסבירות הינה מושג כללי היא מעניקה לשופטים שיקול דעת רחב שבמסגרתו הם מיישמים מדיניות משפטית ועורכים איזון בין שיקולים שונים: "**סבירות משמעותה איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים הבאים בחשבון**" (ברק בפרוסט).
סבירות הפעולה תיבחן לפי המצב בזמן **אמת ולא בדיעבד** (ע"א 9705/11 גלט-ברקוביץ נ' ברוך קרא, השי' עמית, מיום 21.10.2014)

כיצד מנתחים את יסוד ההפרה

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 שהיתה 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.

יישום נוסחת הנד בפסיקה

פס"ד ע"א 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 היתה 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).
השי' 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.

פס"ד ועקנין –

הש' ברק: הנתבעים-מזיקים התרשלו שכן עלות האמצעים למנוע את קרות הנזק הייתה נמוכה: מדובר בעלות חד-פעמית ולא יקרה של הצבת שלטים בתחומי הבריכה האוסרים לקפוץ למים בצד הרדוד.
ההבדל בין פס"ד גרובנר לפס"ד ועקנין:
פס"ד גרובנר עלות המניעה הייתה גבוהה יחסית ומתמשכת (הצבת פקח במשרה מלאה בגן ציבורי, בכל הגנים הציבוריים בעיר) בעוד שבפס"ד ועקנין עלות המניעה הייתה נמוכה יחסית וחד פעמית, כשיש מציל שיכול לדאוג לאכיפת האיסור.
התחשבות בערך החברתי 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 החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק ומיקומם של המזיק והניזוק כגורמים למניעת הנזק." (הש' ברק בפס"ד פרוסט).

המשמעות של הערך החברתי של הפעולה המזיקה

הערך החברתי של הפעולה המזיקה אינו נמדד רק במונחים כספיים. בתי המשפט לא בוחנים מהו השווי הכלכלי של הפעולה הנדונה לחברה, אלא בוחנים מהי התרומה של הפעולה לחברה באופן כללי.

הש' דורנר בע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס: המשטרה נמצאה אחראית לנוק שנגרם לתובעים מהטרדות מכוונות של משפחה שגרה בשכנות אליהם.

"יש לשקלל את תוחלת הנזק עם האינטרס הציבורי שבקיום הפעילות יוצרת הסיכון וכן את עלות אמצעי המנע... ככל שההסתברות לקרות הנזק גבוהה יותר, הנזק חמור יותר, ההוצאות למניעתו נמוכות והאינטרס החברתי במתן השירות נמוך, כך תגבר הנטייה להטיל את האחריות על המזיק. "הערך החברתי של הפעילות אינו נמדד אך במונחים כלכליים, אלא גם במונחי קידום ערכי הצדק והמוסר שהחברה חפצה ביקרם. אף העלות אינה אך עלות במשאבים כלכליים ריאליים, אלא היא יכולה לשלב גם עלות מוסרית, חברתית וערכית."

על הערך החברתי בפסיקה

פס"ד ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מד"י: הקיבוץ שהינו בעלים של מטעי תפוחים טען שפעולות הטשטוש של צה"ל בגבול מעלות ענני אבק הפוגעים בתפוקת המטעים. בית המשפט המחוזי הטיל חו"ז על המדינה אבל קבע שלא היתה הפרה של חו"ז.

הנשיא ברק: "רמת הזהירות הדרושה, שסטייה ממנה היא התרשלות, נבחנת על פי סבירות ההתנהגות בנסיבות אותו מקרה. השאלה הינה כיצד האדם הסביר, הנתון במצבו של המזיק, מתנהג.

סבירות התנהגותו של המזיק נקבעת על-ידי האיזון בין השיקולים הרלוונטיים בהתאם למשקלם

...

על בית המשפט לאזן בין האינטרס של הפרט הניזוק... לבין האינטרס של המזיק לחופש פעולה, וכל זה על רקע האינטרס הציבורי בהמשכה או בהפסקתה של אותה פעילות. על בית המשפט להתחשב בסכנה ובגודלה. עליו להתחשב בחשיבותה החברתית של הפעולה. עליו לשקול את האמצעים הדרושים למניעתה..."

פס"ד קיבוץ מלכיה – הנשיא ברק

מה הם השיקולים הרלוונטיים לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק? האינטרסים והערכים המובאים בחשבון הם אלה של המזיק, הניזוק והחברה בכללותה.

ביחס למזיק, יש לבחון את גודל ההוצאות הכרוכות במניעת נזקו של הניזוק.

ביחס לניזוק, נבחנת חומרת הפגיעה בגופו וברכושו והסתברותה.

ככל שתוחלת הנזק לניזוק גבוהה יותר, כך גם תוחמר חובתו של המזיק לנקוט אמצעי זהירות למניעת הסיכון. לצד שיקולים אלה עומדים אינטרסים וערכים הנוגעים לחברה כולה. במסגרת זו יש להביא בחשבון את החשיבות שמייחסת החברה למניעת הנזק כמו גם לתועלת החברתית הצומחת מפעילות המזיק.

בנסיבות המקרה: לפעולות הטשטוש של צה"ל על הגבול חשיבות רבה מאוד בשמירה על הביטחון, שגם הניזוק עצמו נהנה ממנה. הניזוק לא הצליח להוכיח כי צה"ל נקט באמצעים בלתי סבירים בעת ביצוע פעולות הטשטוש נוכח האפשרויות שעמדו בפניו. התביעה נדחתה.

פס"ד ע"א 5604/94 חמד נ' מדינת ישראל

העובדות:

- במהלך האינתיפאדה הראשונה, במחנה הפליטים בג'נין התרחשו מהומות והפרות סדר. המתפרעים חסמו את הכביש באבנים וברזלים.
- סיור של מג"ב הגיע למחנה כדי לפנות את המחסומים ולהחזיר את הסדר על כנו.
- כ- 25 צעירים נכנסו לעימות עם השוטרים ויידו אבנים לעבר גיפ משטרת. שני שוטרים יצאו למרדף רגלי ללכידת חלק מהמתפרעים.
- תוך כדי המרדף ירה אחד השוטרים כדורי גומי אחדים. התובע, ילד כבן 11, תושב המחנה שהיה במקום נפגע בראשו מקליע גומי.
- בית המשפט המחוזי דחה את התביעה וקבע שהתנהלות השוטרים היתה סבירה.
- השאלה: האם ירי כדורי הגומי תוך כדי המרדף היה סביר או רשלני?

הנשיא ברק ואיזון האינטרסים

הקביעה האם מזיק 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.

כיצד יש לערוך את איזון האינטרסים

הנשיא ברק מודע לכך שלא תמיד קל ופשוט לאזן בין האינטרסים השונים לצורך קביעת יסוד ההתרחשות.
הוא קובע שנוסחת HAND יכולה לעזור בחלק מהמקרים אבל לא בכלם, ולכן אין להסתמך רק על נוסחה זו.
"האדם הסביר אינו רק האדם היעיל. זהו גם האדם הצודק, ההוגן והמוסרי. זהו האדם הדואג לעצמו, לזולתו ולציבור, ואף כל אלה אינם משקפים את מלוא מורכבותו. עם זאת האדם הסביר אינו האדם המושלם. זהו האדם המשקף את מורכבות חייו, על מעלותיהם וחסרונותיהם.
על-כן הסבירות מבטאת את תגובתה הראויה של החברה. תגובה זו קשורה תמיד לנסיבות המקרה, והיא מבטאת את תפיסתה של החברה באשר לאשמה החברתית המונחת ביסוד ההתרחשות. עניין לנו אפוא בגישתה של החברה – כפי שהיא מבוטאת באמצעות שופטיה – באשר להתנהגות הראויה בנסיבות העניין."

לשאול את השאלה במקרה הספציפי – עבודה

פסק הדין של הנשיא ברק

האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות, זריקת אבנים וחסידות 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?

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.

יישום כללי ההתרחשות בפס"ד חמד

כדורי גומי הם תחמושת בלתי מדויקת אך קטלנית. השימוש בהם במסגרת פעולת שיטור יזומה של השלטת סדר, פיזור התפרעויות ומעצר כשוטרים 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 הייתה 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.
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

פס"ד 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 היתה 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, כשמהלך הירי שלהם לצורך הגנה עצמית נפגע בעל נגרייה שעבד במקום אשר עמד מחוץ לנגריה 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 (1)

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-ידי חלופה מזיקה - חלופה שבבחינה רגועה לא הייתה נבחרת - אין בה כדי להצביע על התרשלות. (ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני)

התרשלות - סיכום (2)

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)

התרשלות - סיכום (3)

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 שנוסחת 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**: (פס"ד לוי)
(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).

מבוא:

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 מסוים. המדינה נתבעת לעתים לא כמי שגרמה לנזק באופן ישיר, אלא כמי שיכולה הייתה למנוע את הנזק שנגרם ע"י גורם אחר (למשל, אחריות המשטרה למעשה שביצע עברייני). 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?

חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952

סעיף 2: "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה."
סעיף 3: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחראית היא על רשלנות שבמעשה."
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/שילוחיה 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, המקים אחריות בנזיקין. אבל, אין פטור מאחריות כשהמעשה נעשה ביוזמין, מתוך כוונה לגרום נזק או מתוך שיוויון נפש לאפשרות גרימת הנזק במעשה.
סעיף 7א(ב) - אחריות/פטור מאחריות של העובד אינה גורעת מאחריות המדינה לפי סעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין.
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. 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 (ולהוסיף אותה כנתבעת אם היא נתבעה מלכתחילה).
מתן עדיפות למדינה כנתבעת עולה מהחקיקה: אחריות המדינה מוגבלת למעשה רשלני וזו רחבה יותר מאחריות העובד המוגבלת רק למעשה מכוון.
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

(א) לעניין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו –
(1) אם הרשה או אישר את המעשה;
(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;
(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.

(ג) לעניין סעיף זה, מעשה — **לרבות מחדל**."

סעיף 14 - חבותו של שולח

"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 המדינה כמעביד

האחריות של המדינה לפי המנגנון של האחריות השילוחית היא כמעבידה של עובדי ציבור/רשויות או כשולחת שלהם.

כלומר, לא מטילים אחריות על המדינה בשל התרשלותה הישירה אלא בשל מעשי התרשלות של אחד מעובדיה. הדבר נעשה כיוון שבדרך כלל כיסו של המעביד/שולח עמוק מזה של העובד/שולח וכיוון שהוא מבוטח.

עפ"י רוב, אין צורך לדון בקיומם של יחסי עובד-מעביד בין המדינה לאחד מעובדיה. סוגייה זו בדרך כלל אינה שנויה במחלוקת וגם החקיקה יוצאת מהנחה שאין קושי בהוכחת יחסי עובד-מעביד בהקשר זה.

האחריות של המדינה קמה כאשר העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו (סעיף 13(א)(2) לפקודה), כלומר במסגרת התפקידים הרגילים הכרוכים בביצוע עבודתו (סעיף 13(ב) לפקודה). האם יכול התובע לדרוש שהתביעה תוכר לא רק נגד המדינה אלא גם נגד העובד?

פס"ד ע"א 1649/09 פלקסר נ' מדינת ישראל, מיום 11.8.14

עו"ד בפרקליטות המדינה פנה לפרקליטת המדינה בבקשה שתחקור את חשב המשרד, מר פלקסר, כיוון שחשד בו שהוא גונב מסמכים ומעבירם לעיתונאי.

המשטרה פתחה בחקירה, אשר במהלכה אף עצרה את פלקסר לשבעה ימים. לאחר כחודשיים החליטה הפרקליטות לסגור את התיק מחסור ראיות.

כתוצאה מכך, הגיש מר פלקסר תביעה בנויקין כנגד המדינה וכנגד השוטרים בגין התרשלות בניהול החקירה. במסגרת התביעה הוא טען, בין היתר, כי אחד החוקרים שיקר ביודעין לבית המשפט במהלך דיון הארכת המעצר.

המדינה הגישה הודעה לבית המשפט לפיה עומדת לשוטרים חסינות מכוח סעיף 7ב(א) לפקנ"ז שכן פעלו במסגרת עבודתם ולכן יש לדחות את התביעה כנגדם.

פלקסר התובע התנגד לכך וטען לפי סעיף 7ב(ג) לפקנ"ז כי אין להעניק להם חסינות כיוון שהם פעלו ביודעין ומתוך כוונה לגרום לו נזק כקבוע בס' 7א(א).

ההכרעה - השופטת חיות - אשר לחסינות עובדי מדינה לפי סעיף 7ב לפקודה, מדובר בחסינות דיונית ולא מהותית, כלומר עקרונית העובד עשוי לשאת באחריות בנויקין אך אפשרות זו נחסמת והפיצוי יתקבל מהמדינה ישירות.

בית המשפט צריך לבדוק בקשות לפי סעיף 7ב(ג) (בקשת התובע כי ייקבע שלא מתקיימים תנאי החסינות) ולפי סעיף 7ב(ד) (בקשת עובד מדינה כי ייקבע כי מתקיימים תנאי החסינות) לפי כללי המשפט המנהלי לפיהם נבחנות כרגיל החלטות מנהליות ושיקול דעת של הרשויות.

הדגש בבדיקת החלטות מנהליות הינו על דרך קבלת ההחלטה אשר צריכה להיות חוקית, תוך שקילה של שיקולים רלבנטים שאינם שיקולים זרים. בנוסף, הפעלת שיקול הדעת צריכה להיות שוויונית, סבירה, תוך פגיעה מידתית באזרח.

המדינה אינה צריכה להציג ראיות בפני ביהמ"ש באשר לבירור החסינות ודי בהודעתה בהכרה בחסינות. אבל, על המדינה לעמוד בדרישת ההנמקה האמורה להיכלל בהודעת ההכרה בחסינות שבתקנות הנזיקין (אחריות עובדי ציבור) 2006.

בקשתו של פלקסר נדחתה - החלטת המדינה להעניק חסינות לשוטרים סבירה.

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.

הסיבה: אחריות המדינה אינה נובעת מאחריותה השילונית 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 שילונית מותרת פתח של אחריות ישירה של העובד מה שיוביל להתעת יתר של עובד הציבור.

בכל מקרה, התיקון הנ"ל לפקודת הנזיקין משנת 2005 מעניק הגנה רבה לעובד הציבור מפני אחריות בנוזק ומטיל את עיקר האחריות על המדינה כמעבד.

אחריות המדינה – מקרים מיוחדים

סעיף 5 לחוק הנזיקים האזרחיים- "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה על ידי **פעולה מלחמתית** של צבא-הגנה לישראל."

סעיף 1 לחוק- "**פעולה מלחמתית**- לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה."

יש חסינות למדינה כלפי נזקים שנגרמים במסגרת פעולה מלחמתית.

עם זאת, הגישה של הפסיקה היא לבחון תחילה באופן מדוקדק האם אכן הפעולה המזיקה הייתה "מלחמתית". הבדיקה מתמקדת בשאלה האם מדובר בפעולה **שיטורית** או בפעולה **מלחמתית** (פס"ד בני עודה נ' מד"י).

לצורך כך, יש לבחון את מטרת הפעולה, זהות מבצע הפעולה, האיום שקדם לפעולה, משך הפעולה, מקום האירוע והסיכון שנשקף לכוח.

חסינות צה"ל בשטחים

במסגרת **האינתיפאדה הראשונה** (1987-1991), הפסיקה הטילה אחריות על כוחות הביטחון כשפעולותיהם לא הוגדרו כמלחמתיות אלא כשיטוריות (**חמד**).
במסגרת **האינתיפאדה השנייה** (2000-2005) הפלסטינים עשו שימוש רב יותר בנשק חם. הפסיקה קובעת שהחיילים היו בסכנת חיים ושמדובר בפעולות סיכול.

שינוי גישה- יש לא מעט פסקי דין שבהם בתי המשפט קובעים שהנזק ארע במסגרת בפעולה מלחמתית ומכאן ניתנת למדינה חסינות מפני התביעה.

שינוי הגישה הושפע משינוי ההגדרה של פעולה מלחמתית שהיתה מצמצמת.

עד לתיקונה ב-2002 מדובר היה "רק פעולת מלחמה ממש במובנו הצר והפשוט של מונח זה, כגון: כינוס כוחות לקרב, תקיפה לוחמת, חילופי אש, פיצוצים וכדומה, שבהם בא לידי ביטוי האופי המיוחד של הלחימה על סיכונה ובעיקר על השלכותיה ועל תוצאותיה, הם אלו שאליהם כווננו מלותיו של סעיף." (הש' ברק, פס"ד בני עודה)

אחריות צה"ל בשטחים- שינוי החקיקה

הגדרת פעולה מלחמתית תוקנה ב- 2002: "לרבות כל פעולה של לחימה בטרור, במעשי איבה או בהתקוממות, וכן פעולה לשם מניעתם של טרור, מעשי איבה או התקוממות, שהיא פעולה בעלת אופי לוחמתי, בהתחשב במכלול נסיבותיה, ובכלל זה במטרת הפעולה, במיקומה הגאוגרפי או באיום הנשקף לכוח המבצע אותה."

סעיף 5 לחוק שתוקן בשנת 2012 קובע כי המדינה אינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה ע"י פעולה מלחמתית של צה"ל.

סעיף 5(ב) קובע כי אם המדינה טוענת כטענה מקדמית שהיא אינה אחראית בנזיקין כיוון שהיה מדובר בפעולה מלחמתית, בית המשפט ידון בטענה זו לאלתר ואם אכן מדובר בפעולה מלחמתית התביעה תידחה.

סעיף 5ב קובע כי המדינה לא נושאת באחריות נזיקית כלפי אזרחי מדינת אויב, פעיל בארגון מחבלים, ומי שפעל מטעם אזרח מדינת אויב/ארגון מחבלים.

עזבון המנוח מוחמד נאפע חרדאן נ' מד"י (מיום 16.6.13)

במהלך מבצע חומת מגן בשנת 2002 שבו השתלט צה"ל על שטחים ביהודה ושומרון במטרה להילחם בפעולות טרור פלסטיני ביצע כוח של צה"ל תצפית על כפר ליד ג'נין. מטרת התצפית היתה איסוף מודיעין לצורך מבצע שתוכנן למחרת.

במהלך התצפית קיבל הכוח דיווח על תקיפת מחבלים באזור ולכן הם שינו את מיקום התצפית כך שיוכלו לתצפת על נתיב בריחת המחבלים.

לאחר זמן קצר זיהה התצפיתן 4 דמויות כמושות נכנסות לחווה חקלאית באזור, ולאחר חצי שעה זיהה שלוש דמויות יוצאות מהחווה כשאחת מהן אוחזת בנשק. הוא קיבל אישור לבצע ירי, ומירי זה נהרגו שלושה תושבי הכפר בטעות. תושבים אלה לא היו מעורבים בפעולה חבלנית או בפעולות טרור מתוכננות. לאחר הארוע הוגשה תביעת נזיקין כנגד המדינה.

בית המשפט המחוזי: מדובר ב"פעולה מלחמתית" שחסינה מאחריות בנזיקין לאור ס' 5 **לחוק הנזיקים האזרחיים**. הפעילות התבצעה בעיצומו של מבצע חומת מגן, שהוא כשלעצמו בגדר פעולה מלחמתית. כמו כן, לאור הנסיבות של כניסת דמויות כמושות ויציאה של דמויות אחרות מאותו מקום שנחזו כחמושות, הירי היה בגדר פעולה מלחמתית, סביר ולא רשלני.

פס"ד חרדאן - השופט עמית

למדינה יש חסינות בנזיקין כשמדובר בפעולה מלחמתית ולא פעולה שיטורית כש"בבסיס חסינות המדינה בפעולה מלחמתית, עומדת התפיסה כי תביעות נזיקיות אזרחיות אינן מתאימות מעצם טיבן וטבען למצב לוחמתי".

"כללי המשחק' במצבים של מלחמה ולחימה, אינם מתאימים לכללים, לנורמות ולסטנדרטים של זהירות בימי שלום, ואינם תואמים את המטרות הקלאסיות של דיני הנזיקין".

עד היום הוכרו בין היתר כפעולות מלחמתיות **מארבים** לצרכים מלחמתיים.

האם תצפית היא פעולה מלחמתית? תצפית היא פעולה שקטה אשר יכולה להפוך לפעולה גלויה, לוחמנית. למשל, תצפית יכולה להפוך תוך זמן קצר מאוד למארב כפי שקרה במקרה זה. מכאן, מדובר בפעולה מלחמתית שיש לגביה חסינות בנזיקין. התביעה נדחתה.

סיווג פעילויות המדינה – חשוב לדעת

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), בטחוניות (יציאה למלחמה, הפסקת אש), כלכליות ועוד. (חסינות מפני תביעות בנזיקין)

הפעלת שיקול דעת שלטוני- פעילויות שמערבות קבלת החלטות תוך **הפעלת שיקול דעת של הרשות השלטונית-** על המדינה מוטלות חובות להסדיר תחומים מסויימים באמצעות סמכות פיקוח עם שליטה/סמכות ביצוע או ללא שליטה/סמכות ביצוע כשבחלק מחובות אלה ניתן שיקול דעת לרשות כיצד לעשות זאת.

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.

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 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** **יהפכו להססנים והדבר יפגע באיכות השירות שניתן לציבור.** מנגד, ניתן לטעון שאם לא תוטל אחריות עובדי הציבור יהיו פזיזים ולא זהירים.

השאלה: עד כמה הטלת אחריות על המדינה בנוזיקין 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.
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

פס"ד שחאדה נ' חילו: 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 בנוזיקין על כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה."
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- הרשלן הישיר הוא בעל הרכב (העדר שכנות)

פס"ד ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה

התובעת שנפגעה מרוכב אופניים בגן ציבורי תבעה את עיריית חיפה על רשלנותה באי אכיפת האיסור לרכב בגן הציבורי. המדינה- לא הגורם הישיר.
שמגר: יש הבדל בין חובת זהירות של אדם פרטי לזו של המדינה: "יש לאבחן היטב בין האחריות הציבורית ומנהלית של הרשות לבין האחריות בנוזיקין."
העירייה יכולה היתה לצפות שאדם ההולך בשטח שבשליטתה ייפגע ממעשה של אדם אחר ולכן היא חבה בחובת זהירות לנפגעת (כמו בעלים של נכס).
העירייה לא הפרה את חובת הזהירות: לעירייה שיקול דעת כיצד לנהל את הגנים הציבוריים בהתחשב במשאבים הכספיים המוגבלים שבשליטתה. הצבת שלט שבו איסור על נסיעת אופניים בגן זהו אמצעי סביר למניעת נזק.
שמגר: עקרונית, הפיקוח על רשויות ציבוריות יכול להיעשות לא רק ע"י המשפט המנהלי אלא גם ע"י דיני הנוזיקין. אבל, במקרה זה אין אחריות. השיקולים כאן: צרכי הכלל וחלוקת משאבים מול שמירה על בטיחות אישית של הולכי רגל.

פס"ד ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר – אחד מפסקי הדין הכי חשובים

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 בניזקין, 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."

חובת זהירות מושגית כגוף שלטוני מפקח ולא כבעלים- העירייה

"מוסמכת עירייה לעשות כל הדרוש לשמירה על ביטחון הציבור בתחומי העירייה. **הוראה מיוחדת מסמיכה 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 בניזקין 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 ניזוקין."

"לדעתך, **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."

יסוד הפרת חובת הזהירות

יש לשקול את מהות הנזק, עוצמת הנזק והסיכוי 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.

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. השי' **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 עיריית חדרה נ' זוהר-סיכום

על המדינה ורשויות ציבוריות אחרות מוטלת חובת זהירות נזיקית הן לעניין פעולות פרטיות כבעלים של נכסים, והן לעניין פעולותיהן כרשויות שלטוניות. על המדינה והרשויות לצפות בשני המקרים שהתרשלות 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."
פס"ד **עיריית חדרה נ' זוהר** קבע למעשה בצורה מפורשת כי המדינה ורשויות עשויות לשאת באחריות אם הפרו אם חובת הזהירות שלהן כשהתרשלותן גרמה לנזק.

פס"ד ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק (1989)

התובע נפגע ברגלו כשדילג מעל שלולית של מי ביוב שהייתה ברחוב בבני ברק. האם העירייה התרשלה בכך שלא דאגה לתקן את מערכת הביוב?
הנשיא **שמגר**: **העירייה חבה בחובת זהירות כלפי התושבים** והיא הייתה יכולה לצפות את התרחשות הנזק כשלא דאגה לתקינות מערכת הביוב. האם העירייה הפרה את חובתה? כן! העירייה לא הראתה כי נקטה בצעדים במסגרת התקציב שלה לסילוק הבעיה באופן יסודי. העירייה לא טענה שלא היו לה משאבים מספיקים לתקן את מערכת הביוב או שניתן היה למנוע את הנזק אחרת. העירייה בחרה לתקן זמנית את המערכת בכל פעם כשקיבלה קריאה מהתושבים. מכאן, אם העירייה הייתה טוענת כי לא היו בידיה משאבים מספיקים לתקן את מערכת הביוב ובית המשפט היה סבור כי היה עליה להקדיש משאבים כדי לתקן זאת היה בכך התערבות של ממש בשיקול הדעת של הרשות. מצד שני, הקביעה של **שמגר** כי היה על העירייה לסלק מפגע זה באופן סופי ולא בכל פעם שהייתה סתימה היא התערבות בוטה בדרך ניהול ענייני העיר.

ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' לוי (1994)

הנשיא **שמגר** מכיר כאן בצורך לצמצם את היקף האחריות של המדינה בנוזיקין. **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**.

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.
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!

ההצדקות 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 בניזקין לא בוחנים האם ההתנהגות המקובלת והנוהגת 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.

הגדרת שיקול דעת

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 מסוים.
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 בניזקין אלא במקרים חריגים.**

פס"ד 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 (פנחסין) 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.
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 מחלליה 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.

פס"ד וייס-השוטפת 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 שינתן 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.

הש' דורנר- 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 מותר למשטרה שיקול-דעת בדבר עצם הטיפול בתלונה. המשטרה אינה רשאית להתעלם מתלונה, והחלטתה שלא לחקור צריכה להתקבל מתוך שיקול-דעת ולהיות מנומקת. כשמדובר בקשר ישיר בין הרשות לאזרח היחס המשפטי הופך להיות קרוב מבחינת דרישת השכנות.

אחריות המשטרה- המשך...

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.

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 מתחם 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 העולות מפס"ד וייס

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. **הכלל המשפטי- ברמת העיקרון יש אבל אם מדובר בשיקול דעת קיצוני (לא מתקבל על הדעת) אז אולי יש מקום כן להטיל כמו שנעשה בפס"ד וייס. הכלל הוא שיש מקום להטיל ברמת העיקרון אלא אם כן מדובר בהפעלת שיקול דעת קיצוני מאוד ואז אפשר להטיל חובת זהירות.**

ולסיום...

"במהלך שנות ההתעללות במשפחת וייס עמדו לרשות המשטרה קווי פעולה חלופיים רבים. אין לקבל את הגישה כי משטרת ישראל, עמוסה ככל שתהיה, עומדת חסרת אונים כנגד שרשרת התנכלויות חמורה וממושכת של קבוצה ידועה ומצומצמת כלפי משפחה אחת. מתוך המעט שעשתה המשטרה אף הוכח בפועל כי עמדו לרשותה אמצעים אפקטיביים רבים. התשתית העובדתית...מצביעה בבירור על טיפול רשלני חמור בתלונות משפחת וייס. השלמה עם פגיעות העבר ועם הפגיעות הצפויות בגופה וברכושיה של המשפחה, שלבסוף אילצוה לנוס על נפשה מביתה, אינה יכולה להיכלל במתחם שיקול-הדעת של המשטרה."

פס"ד 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 עמו, 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 בנוזיקין. בית המשפט השלום קבע כי המשטרה נושאת באחריות. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.

פס"ד עיריית חדרה – הכלל – יש חובת זהירות על המדינה. מדינת ישראל נ' לוי – חריג – שיקול דעת – אין חובת זהירות חריג לחריג- מקרים קיצוניים חובת זהירות

הש' ג'ובראן- 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. התובעים לא הראו שהשוטרים נמנעו מלפעול בעת הארוע 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. מכאן, למשטרה הייתה חובה זהירות כלפי התובעים אבל היא לא הפרה אותה. יסוד שיקול הדעת נבחן בהקשר של היקף החובה (יסוד ההפרה). התביעה נדחתה.

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. כענין מעשי וכענין 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. 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 הקונקרטיה הנשקפת וממידת הסתברותה."

המשך...

"החלטות המשטרה בדבר שימוש בסמכויותיה לשם הגנה על הציבור הרחב דורשות איזון עדין ומחייבות על כן מידה רבה של שיקול דעת. אף אם העמדת שוטר בכל פינת רחוב ומעצרו של כל אדם שנשקף ממנו חשש כלשהו לאלימות 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 זה ימצא ברובו במרחב שיקול הדעת המינהלי 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 הענין, 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 שננקטו בפועל על ידי השוטרים."

היקף אחריות הרשות - סיכום ביניים

בפס"ד 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, כשההחלטה של הרשות השלטונית אינה סבירה באופן קיצוני הרי שאז לא תינתן לרשות חסינות מפני תביעה בנוזיקין 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?

המדינה כמפקחת - ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה

בפס"ד זה נקבע כללים לגבי המדינה כגוף מפקח.

תביעה בגין נזקי רכוש שנגרמו באזור עמק זבולון ומפרץ חיפה כתוצאה משיטפונות שהתרחשו בחודשים דצמבר 1991-פברואר 1992 ושגרמו להצפות באזור. חברות הביטוח פיצו את הניזוקים בגין נזקי ההצפה, וזאת מתוקף חוזה ביטוח שנכרתו ביניהם. חברות הביטוח תבעו את הרשויות כמי שבאות בנעלי המבוטחים שאותם פיצו. 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 בית המשפט העליון קיבל חלק מהתביעות ודחה את חלקן האחר.

הייתה תלונה גם נגד משרד החקלאות, כי הם אלו שהיו צריכים לדאוג לניקוז. התביעה כנגד משרד החקלאות –

האחריות היא מצד אחד של העיריות ומצד שני של הרשויות ניקוז. העירייה צריכה לפקח ולראות שהרשויות עובדות כמו שצריך. למה תובעים גם את משרד החקלאות ?

חובת זהירות - המדינה (משרד החקלאות) כגוף מפקח

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

הכלל: היות המדינה גורם מפקח שלטוני אינה שוללת הטלת אחריות בנוזיקין.

העובדה כי קיים גורם מבצע הנושא בחובת זהירות ישירה כלפי מי שניתן לצפות כי ייפגע מהמעשה או המחלף הרשלניים, אינה שוללת את חובת הזהירות המוטלת על הגורם המפקח ואת הקרבה בינו ובין ניזוק פוטנציאלי המסתמך על הפיקוח.

הגורם המבצע נושא באחריות בגין רשלנות בביצוע, והגורם המפקח נושא באחריות בגין רשלנות בפיקוח, ואין האחד מוציא את השני.

במקרה זה, מדובר היה בפיקוח הדוק ביותר שגם אם הוא לא מוגדר כשליטה בפעילותן של רשויות הניקוז די ברמת פיקוח זו כדי לבסס יחסי "שכנות" ו"קירבה" בין המדינה כמפקחת ובין הניזוקים הרלוונטיים. (סמכות לדרוש מרשות הניקוז לבצע את תפקידה ואף לבצע זאת במקומה ולדרוש ממנה החזר כספי בשל כך).

ברגע שמשרד החקלאות יכול להיכנס לנעליים של רשות הניקוז הוא יכול לפעול כמוה.

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, לא רואה הש' חיות את הצורך 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. בענייננו לא הוכיחה המדינה שהפעילה שיקול דעת. אפילו הייתה 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".

בפס"ד זה יש המשך מפס"ד וייס כמו שהחליטה שם השופטת. ברגע שרשות פועלת ברמה בלתי סבירה כמו בפס"ד וייס אז חריג שיקול הדעת לא חל ואז היא כן יכולה לשאת באחריות.

הש' חיות - המשך הדיון- מעבר ליסוד ההפרה

מתוך התנהלותה זו של המדינה עולה מסקנה כפולה:

(1) מדובר במחדל מתמשך ולא במדיניות מנומקת הנסמכת על שיקול דעת שהמדינה הפעילה בכל הנוגע לסמכויות הפיקוח שהוקנו לה;

(2) מדובר בהתנהלות שאיננה סבירה העולה כדי התרשלות 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 או ההתרשלות שבהתנהלותה על פי "נוסחת הנד".

הדיון 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.

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.

לטענתה היה אפשר להשקיע כל פעם קצת כדי לשקם במקום בפעם אחת, אז לכן היא כן יכלה לעמוד בזה.

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).

פס"ד עיריית חיפה נ' מנורה - סיכום

המדינה טענה שעלות מניעת הנזק הייתה 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 לוי).

אבל: "ביהמ"ש 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." הש' חיות אומרת שהחריג שיקול הדעת לא תמיד יגן עליכם. **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.

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

אורי שתיל הינו בעל משק בעמק יזרעאל. בשנות ה-70 החל מר שתיל לגדל פרחי ציפורן בליווי מדריכי משרד החקלאות, לאור דרגת מליחות המים שסופקו לו. במהלך השנים, מליחות המים עלתה והסבה נזק כבד לפרחי הציפורן במשך שש עונות גידול בין 1987-1993. פנייתו של שתיל לחברת מקורות בדרישה לפצותו על הנזק שנגרם לו נדחתה. לפיכך הגיש שתיל תביעה לבית המשפט המחוזי שקבע כי המדינה (נציבות המים ומשרד החקלאות) נושאת באחריות בנזיקין כלפיו. אחת הטענות: המדינה השתהתה במתן פתרון לבעיית המליחות של המים. הש' אדמונד לוי עסק בשאלה האם אכן התרשלה המדינה כלפי אורי שתיל.

פס"ד שתיל-השופט א' לוי

המדינה עשויה לחוב ברשלנות כגוף שלטוני בנסיבות שבהן מוטלת עליה חובת זהירות. הטלת אחריות על המדינה תיקבע בהתאם לנסיבות המקרה. **חובת זהירות:** המדינה יכולה וצריכה לצפות ששימוש לקוי בסמכות שמוקנית לה יגרום לנזק לאחר. השאלה: מהי רמת הזהירות הראויה שמוטלת על הרשות? עפ"י פס"ד מד"י נ' לוי, אין לחייב את המדינה ברשלנות בגין פעולה שכרוכה בשימוש בשיקול דעת רחב. מצד שני, אין למדינה חסינות מפני תביעה ברשלנות. מה שנקבע בפס"ד מד"י נ' לוי הוא שטעות בהפעלת שיקול דעת של הרשות היא סבירה ולכן לא גוררת הטלת אחריות. הסיבות העיקריות לכך הן שתיים: (1) אין יכולת לבית המשפט לבקר ולקבוע האם החלטה של הרשות שהתקבלה לאחר שקילה של שיקולים רבים ומגוונים היא סבירה או לא. (2) מדיניות משפטית- החשש כי הטלת אחריות במקרים כאלה תיצור הרתעת יתר, תצר את צעדי הרשות מעבר לסביר ותכביד על בתי המשפט שיאלצו להתמודד עם תביעות רבות שיוגשו כנגד הרשות.

עמדת השופט א' לוי – מסכם את הפסיקה עד היום

דן בחריג שיקול הדעת במסגרת הדיון ביסוד ההפרה ולא ביסוד החובה.

כמו הש' דורנר, הוא קובע שחריג שיקול הדעת מצומצם לתוכנה של ההחלטה השלטונית ואינו חל:

(1) ביישום רשלני של ההחלטה שהתקבלה ו-

(2) בניהול רשלני של ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה. רק ההחלטה עצמה שהתקבלה מתוך

שיקול דעת רחב אינה כפופה לאחריות ברשלנות.

לדעתו, אין לאמץ פטור מלא מאחריות כשהרשות מפעילה שיקול דעת.

כאשר פעולה של הרשות פוגעת בזכות יסוד (חופש העיסוק) כתוצאה מהפעלת שיקול דעת של הרשות, אם הפגיעה אינה מידתית ולתכלית ראויה, ראוי שהחלטה זו תחשוף את הרשות לא רק לביקורת שיפוטית של המשפט המנהלי, אלא גם להטלת אחריות במישור דיני הנזיקין.

השופט א' לוי-סקירת הפסיקה

הפסיקה בבית המשפט עליון לא אמצה במלואה את הלכת מד"י נ' לוי. אחריות המדינה נבדקת לאור כלל הסבירות ללא בחינה מלאה של הכלל שנקבע בפס"ד לוי (למשל, הש' דורנר בפס"ד וייס).

גם במקרים שבהם אוזכרה הלכת פס"ד לוי במפורש, לא נמצא מקום להפעלתו של חריג שיקול הדעת לגופו.

אבל, הש' א' לוי מוצא שהפסיקה בערכאות הנמוכות התייחסה לפס"ד לוי בעניין חריג שיקול הדעת.

עמדת השופט לוי בעניין חריג שיקול הדעת

"השקפתי היא, כי המציאות המשפטית בת זמננו אינה מצדיקה עוד להידרש לכלל גורף בדמותו של חריג שיקול הדעת. קשה היא בעיני המחשבה, כי בה בשעה שבמישור המנהלי פותחו ואף הוקשחו הכללים, בהם חייבת רשות מנהלית להתחשב בהפעלה את שיקול דעתה, הרי במישור הנזיקי, ועל אף הוכחתו של נזק ממשי שנגרם בגין פעולותיה, קונה היא לעצמה חופש פעולה רחב למדי. ...

"אין יסוד לקביעה כאילו חסרים דיני הנזיקין כלים לבחינתה של פעולה שלטונית, המערבת שיקול דעת רחב.

להשקפתי, כמו במישור המנהלי, גם מנקודת המבט הנזיקית אין הולם מאימוצם לענין זה, בהשאלה, של הכלים החוקתיים בהם דובר לעיל. סבורני, כי בכוחם של כלים אלה לשמש אכסניה ראויה אף לדוקטרינות מתחום דיני הנזיקין, שאין כוחן תש אך בשל חופש העשייה הנתון לרשויות המנהל."

פס"ד שתיל-סיכום ההלכה

הכלים לקביעת סבירות פעולת הרשות כשהיא מפעילה שיקול דעת רחב: כשהפעולה פוגעת בזכויות יסוד ואינה משיגה את התכלית שלשמה ננקטה וכאשר ננקטה פעולה במקום פעולה אחרת שהתועלת שלה היתה דומה אבל הפגיעה שלה פחותה, וכאשר מדובר בפעולה שעלות ההימנעות ממנה נמוכה מתוחלת הנזק שהיא מסבה- פעולה כזו של הרשות עלולה להיות מוגדרת כבלתי סבירה מנקודת מבט נזיקית. אם היה נזק שנגרם צפוי הרי שהרשות עלולה להיות מוחזקת כמי שהתרשלה בביצוע תפקידה. שופטי ההרכב ריבלין ופרוקצ'יה לא התייחסו לדבריו אלה של השופט לוי. המגמה: צמצום חריג שיקול הדעת שנקבע בפס"ד לוי.

יישום הלכת השופט לוי לנסיבות המקרה- התרשלות

המדינה פעלה מכוח סמכות חוקית לתכלית ראויה של מתן מענה לצרכי החקלאות בעמק יזרעאל. לצורך כך היה עליה להפעיל שיקול דעת.

אבל, התנהלות המדינה הייתה מסורבלת, בלתי יעילה ואיטית תוך התעלמות מהחשש לגרימת הנזק. בנוסף, הניסיונות לפתור את בעיית מליחות המים היו חלקיים ותוך בזבוז משאבים.

מכלול התנהלותה של המדינה לא היה קשור לחריג שיקול הדעת. אבל גם כשכבר הופעל שיקול דעת הוא לא היה מידתי. התנהלות המדינה לא תרמה לקידום החקלאות. התנהלות המדינה הזיקה יותר מאשר הועילה.

המדינה לא עשתה שימוש באמצעי שפגיעתו פחותה שכן את התכלית ניתן היה להשיג במחיר פגיעה קטנה במידה ניכרת בחקלאי העמק, ומבלי שייפגעו כלל.

לכן, מבחינה נזיקית, עלות מניעתו של הנזק הייתה נמוכה משיעורו ומכאן המסקנה היא כי המדינה התרשלה בהתנהלותה בפרשה.

פס"ד שתיל - חובת זהירות

שכנות - יחסי קרבה בין המדינה לחקלאים הוכרה כבר ע"י השופטת חיות בפס"ד עיריית חיפה נ' מנורה.

המדינה לא רק שפיקחה באופן "הדוק" על פעילות מקורות, אלא גם הייתה בעלת שליטה על מקורות המים לצרכי חקלאות באמצעות אורגניה השונים.

שיקולי מדיניות - "איני רואה יסוד לחשש מפני הרתעת יתר של גורמי השלטון, מפני הטלתה של מעמסה כבדה יתר על המידה על כתפי הרשות, או מפני הצפתה של המערכת המשפטית בתביעות שעניינן אספקת מים להשקיה. אדרבה, ככל שתביעות מעין אלו קיימות, מן הראוי הוא כי יתבררו וילובנו לגופן. דעתי היא, כי ככל שתוכר אחריותה המשפטית של המדינה למילוי תפקידיה בתחום זה, כך יעלה בידה ליעל את הפעילות ולשפרה, וכמו מאליו יביא הדבר לצמצום מספרן של התביעות נגדה. מטבע הדברים, התייעלות לא רק שלא תטיל מעמסה כספית כבדה מנשוא על הרשות, אלא בטווח הרחוק תניב היא חסכון במשאבים."

פס"ד ע"א 1068/05 עיריית ירושלים נ' מימוני

הניזוק 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.

פס"ד מימוני - הנשיא ברק

סמכויות הפיקוח שהוקנו מכוח חוק לעיריות על רישוי עסקים בתחומן מקימות **חובת זהירות מושגית** כלפי המשתמשים בשירותי אותם עסקים. החובה היא לזהות פעילות עסקית שלא ברישוי ולמנוע סכנות לשלום הציבור הנובעות ממנה.

העירייה חבה **זהירות קונקרטית** 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 שהייתה 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. (זה אומר **אולי** שהוא חושב שב91 קבע השופט שמגר, 15 שנה אחרי זה, כנראה שזה כבר לא רלוונטי, **זוהי פרשנות**).

האגודה של השפוט ברק בתחום הנזיקין זה להרחיב את היקף האחריות של המדינה. הוא עושה זאת באמצעות המודלים (חובת זהירות מושגית)

פס"ד ע"א 8500/06 חוות צברי אורלי בע"מ נ' מד"י

הטענה: המדינה התרשלה באספקת מים לחווה חקלאית ברמת טיהור מספקת.

השי' מלצר - אומנם, בפס"ד לוי, נקבע שיש מקום לתת פטור מאחריות למדינה כשנזקו של התובע נגרם עקב פעילות שלטונית שמאופיינת בהפעלת שיקול דעת רחב.

עם זאת, חריג שיקול הדת צומצם, כבר במסגרת פס"ד לוי, כך שהוא יחול אך ורק על קבלת החלטה פלונית ולא על יישומה. כמו כן נקבע כי החריג 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 המנהלי, שמהותן הקשחת הפיקוח על שיקול הדעת של רשויות

מנהליות, נשמעים לאחרונה קולות הקוראים לביטולי של "חריג שיקול הדעת" ככלל גורף בדיני הנזיקין (פס"ד שתיל). אבל, הצעה זו (של הש' לוי בפס"ד שתיל) לא אומצה באופן משמעותי בפסיקה. השופט מלצר לא מביע עמדה בעניין.

השופט **מלצר** מאמץ את המנגנון של השופט **לוי** בפס"ד **שתיל** ובוחן תחילה האם המדינה התרשלה- האם נהגה ברמת התנהגות בלתי סבירה. במסגרת הדיון ביסוד ההתרשלות, מציין השופט **מלצר**: "בשנים האחרונות עדים אנו למגמה, בגדרה נוטה הפסיקה להרחיב בקביעת אחריותה של המדינה בנזיקין, וזאת גם במקום בו לקחה המדינה חלק סביל יותר בהתרחשויות (לדוגמה – כמפקחת), ולא יצרה את הנזק בצורה ישירה..." מכאן פונה השופט **מלצר** לנתח את יסוד ההתרשלות כשעוסקים במדינה: "בגדרי 'מבחן הצפיות' יש להחזיק את הרשות המנהלית כמי שצופה כי שימוש לקוי בסמכויות המוקנות לה על-פי דין, יגרום לנזק הנגרם בדרך כלל עקב שימוש לקוי".

מה שקורה בפסיקה זה אקטיביזם שיפוטי בדיני הנזיקין.

פס"ד צברי אורלי – יסוד ההתרשלות

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, הייתה סמכות פיקוח מוגבלת על העירייה ונקבע ע"י השופט **מלצר** כי היא לא התרשלה בכך. אבל, השופט **מלצר** מוצא כי המדינה התרשלה בהנחת קו להולכת מי הקולחין, שכן בהקשר זה יש למדינה סמכויות פיקוח נרחבות ואי הפעלתן = רשלנות. "הנציבות הייתה אחראית על ניהול משק המים והביוב והייתה 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" (פס"ד עיריית חיפה נ' מנורה)

יסוד חובת זהירות בפס"ד חוות אורלי

השופט **מלצר** פונה לשאול האם יש חובת זהירות קונקרטיית. לצורך כך, הוא בוחן האם יש יחסי שכנות וקרבה: לעירייה 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 השקייה 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".

יסוד חובת הזהירות- שיקולי מדיניות

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 מאחריות בנזיקין 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 הש' **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 שיסותרו קביעות אלה או יערערו עליהן בצורה משמעותית."
הכרעה - העירייה והמדינה

פס"ד רפאלוב נ' שירות בתי הסוהר, מיום 17.7.2013

התובע היה נתון במאסר בבית-סוהר בגין הרשעתו בעבירות מין ואלומות. 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 פסיכויטי סוער ובהמשך אובחן כחולה במחלה סכיזופרנית. התובע הגיש תביעה בגין הנזק הנפשי שנגרם לו כתוצאה מאירועים אלה.

פס"ד רפאלוב - השופט מלצר

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. 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 קונקרטיה בהתאם לנסיבות כל מקרה. קיומו של מידע בדבר מצוקה נפשית קיימת או קודמת של האסיר עשוי לבסס קיומה של חו"ז קונקרטיה כלפיו. בהיעדר מידע כזה, על שלטונות בתי הסוהר לנסות לאתר אינדיקציות שיש בהן כדי להצביע על מצוקה נפשית המחייבת פעולה.

השופט מלצר – המשך ...

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 בהתנהגותו של אסיר סממנים חיצוניים, 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).

פס"ד רפאלוב-הכרעה

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 עם איננה בגדר הטלת נטל כבד מדי על הרשות. התביעה התקבלה חלקית. השופט **מלצר** לא התייחס לחריג שיקול הדעת ולמעשה קבע שההחלטה להעביר את האסיר לתא אחר הייתה רשלנית.

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 כללים משפטיים שונים). 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). הטענה הייתה כי הרופא, חרף מניעיו הטובים, הפעיל, מתוך כוונה, כוח כנגד גופו של החולה ופגע בו שלא בהסכמתו. מאז פס"ד דעקה 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 התרשלנות הרופא לנזק שנגרם.

יסוד חובת זהירות

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 ראויה. חובת זהירות מושגית תישלל רק במקרים חריגים המערבים שיקולי מדיניות מיוחדים, כמו כשתינוק תובע רופא על כך שנוולד עם מום קשה שלא התגלה במהלך ההריון (עילת התביעה של חיים בעוולה - "טוב היה שלא נולד משנוולד"). חובת הזהירות של רופא לחולה נובעת משתי מערכות של דינים:

- (1) **חוזית - כשקיים הסכם בין הרופא לבין החולה** לאספקת שרותי רפואה. חוזה כזה כולל תנאי מכללא לפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות (השופט אור, פס"ד דעקה נ' בית חולים כרמל).
- (2) **נזיקית - עצם קיומם של יחסי חולה-רופא.** החולה פונה לקבלת עזרה מרופא הנוטל על עצמו מראש אחריות לתת שרות רפואי ראוי. כיוון שהרופא נטל על עצמו אחריות מקצועית לדאוג למטופליו הוא נושא בחובת זהירות משפטית.

העילה המון פעמים היא עילה חוזית.

פס"ד 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 אבחן 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.

בעקבות זאת הפסיק התובע לעבוד ותבע את ד"ר קרול בגין הרשלנות שבאי הגילוי של הבעיה בגבו. לו הייתה 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.

פס"ד צבי נ' קרול - הש' ברק

"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. האופן שבו נוצר הקשר בין הרופא למטופל אינו משפיע על קיומה של חובת זהירות (מושגית) של הרופא כלפי המטופל מהרגע שהקשר ביניהם נוצר.
התביעה נדחתה כי נקבע שהרופא שערך את הבדיקה הראשונה לא התרשל.

השלכות פס"ד צבי נ' קרול

רופאים חבים בחובת זהירות מושגית לחולים שנמצאים בטיפולם.
נקודת המוצא: בדרך כלל רופאים חבים גם בחובת זהירות קונקרטיה 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 הייתה **הפרה** והאם ההפרה גרמה לנזק (התרשלות וקשר סיבתי).

מרבית התביעות הם של חולים, מטופלים. במקרה הזה לא תהיה בעיה להגיד שהפסיקה קבעה שיש חובת זהירות מושגית יהיה קל להוכיח מושגית קונקרטיה כל הנושא בתיק הזה היא שאלה של הפרה. האם הרופא התרשל.

הפרת חובת זהירות (יסוד ההתרשלות)

אי הצלחתו 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 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).

רשלנות היא כשיש סטייה מסטנדרט התנהגות סביר. איך קובעים ברפואה סטנדרט כזה.

שהבחינה של הסבירות היא לפי התחום הרפואי. בודקים את התנהגותו של הרופא הסביר לאור התמחותו.

חובת הזהירות הקונקרטית: מתמודדת על שאלה שונה... השאלה, אם המזיק הספציפי צריך היה לצפות קיומו של סיכון לניזוק ספציפי? האם חובת זהירות קונקרטית כזו קיימת ביחסים שבין (התובע לנתבע) התשובה על שאלה זו היא חיובית במקרה שלנו. הרופא היה צריך לקחת בחשבון כי אם הוא יתרשל בפיענוח הצילום הראשון עלול להיגרם נזק למערער. נזק זה מקורו בעובדה הפיזית הקשה אשר צפויה (לתובע) עובדה אשר הייתה ידוע לרופא אם הבדיקה לא תגלה כל פגם.

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 מסוים (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). 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-י-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. ת.א. (מחוז-ירושלים) 668/92 שטראוס נ' ד"ר יובל: לידה בווקום בשבוע ה-42 להריון שהסתבכה לאחר שהעובר היה במצוקה עוברית במשך מספר דקות. הילד נולד עם שיתוק מוחין. שני הרופאים במשמרת היו מתמחים. 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 הווקום אותה לא הצליחו לבצע אלא לאחר 4 ניסיונות. הכונן הוזעק לבית החולים רק לאחר ששני ניסיונות לילד נכשלו. אחריות הוטלה גם על הרופא הכונן שלא הגיע מיד 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.

התחשבות בנסיבות הטיפול

- כשבדקים 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.
- 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.

הפרקטיקה המקובלת- העיקרון המנחה

הכלל המשפטי – השאלה האם הרופא פעל בהתאם לפרקטיקה בהתאם לאותה נסיבות או שלא. אם הוא פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת באותו תחום גם אם הטיפול לא הצליח וגם אם הוטל נזק לצמיתות ככל הנראה לא תוטל עליו אחריות ברשלנות. זה רק אם בית המשפט יקבע שהפרקטיקה עצמה היא רשלנית.

ההחלטה בדבר סבירות פעולותיו של הרופא הנתבע נקבעת בהתחשב בפרקטיקה הנוהגת 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).

פס"ד 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. **הכרעה**- 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. על הרופא לבסס את החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בניסיון קודם, והכל בהתאם לנורמות המקובלות באותה עת בעולם הרפואה.

הערעור של המטופלת-התובעת נדחה כיוון שהבחירה בשיטת הניתוח לא הייתה רשלנית אלא נעשה בכובד ראש ומתוך ידיעה על שתי האפשרויות.

שאלה: האם משמעות ההכרה בעיקרון הפרקטיקה המקובלת היא כי למעשה הרופאים בתחום הרלבנטי, ולא השופט, יקבעו האם הרופא הנתבע התרשל?

האם עיקרון הפרקטיקה המקובלת מעניק לרופאים את היכולת לקבוע האם חברם 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 לאחוריו לו היו מבצעים בדיקה של הדופק ברגל לפני הניתוח.

השופט ש' לוי: השאלה האם הרופא התרשל היא עניין משפטי ולא שאלה מדעית הנתונה לחוות דעת רפואית. התביעה כנגד הרופא התקבלה.

ע"א 3108/91 רייבי נ' ויגל: התובע עבר ניתוח בגב להסרת צלקת שאמור היה להיות במקור ניתוח לאיחוי חוליות. הניתוח גרם לנזק רב יותר שכן הוא פגע בחוט השדרה ולאי שליטה בסוגרים ולפגיעה בכח אוונו 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).

פס"ד ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד

העובדות: הנתבע, רופא שיניים במקצועו, העניק את שירותיו בהתנדבות. הרופא הנתבע עשה שימוש במזרק הרדמה מסוים 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.

המחלוקת: האם השימוש במזרק הרדמה מהסוג שבו השתמש הרופא הנתבע היה רשלני לאור קיומו של מזרק חדש יותר.

נפסק (הש' ביניש): **לפרקטיקה הרפואית הנוהגת יש משקל רב אבל לא מכריע כשהשופט מכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסוימת.**

הש' **ביניש** (יחד עם שופטי הרוב): **הרופא לא יכול לפטור את עצמו מאחריות בניזקין 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.

דוקטרינת שתי האסכולות

השאלה: כיצד בית משפט מכריע כשאין פרקטיקה רפואית אחת אלא כשאפשר לבחור מבחינה רפואית-מקצועית בדרך טיפול מסוימת מתוך מספר דרכי טיפול אפשריות לבעיה רפואית נתונה?

עקרונית, כשרופא נוהג בהתאם לאחת מהאסכולות המקובלות ברפואה הוא לא ימצא 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 מיד, דבר שהביא לזיהום בגופה של האישה ולמותה לאחר 12 ימי אשפוז.

התביעה של עזבון האישה ובני משפחתה התקבלה על בסיס אי מסירת מידע לאישה וקבלת הסכמתה להמשך ההריון ואי הפסקתו המידית.

פס"ד ואתורי

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 מיד 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 מסוים 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.

כשהרופא לא מפיק 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.

השיקולים השוללים הגנה על בסיס הפרקטיקה המקובלת

מבחן הפרקטיקה המקובלת עשוי לאשר טיפולים שאין מקום לפעול לפיהם. למשל: פס"ד קליפורד: קביעה ששימוש במזרק מסוים הינו פרקטיקה מקובלת כשיש בשוק מזרק בטוח יותר עלול להביא לגרימת נזקים דומים בעתיד. החשש הוא כי בתחומים מסוימים 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 הרופא

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).

פס"ד 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. 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.

הביקורת על פס"ד קופר

- 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 בנויקין 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.

פס"ד 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 ההרדמה 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.

פס"ד פלונית נ' קליפורד-דעת הרוב בע"א

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.

פס"ד דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד

דעת המיעוט של השופטת בייניש התקבלה והפכה לדעת הרוב.

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 הרלבנטים כשבוחנים את שאלת ההתרשלות: **הסתברות להתרחשות הנזק, ההוצאות הכרוכות במניעת הנזק, חומרת הנזק, הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק (נוסחת HAND).**

יישום של נוסחת הנזד מוביל למסקנה כי הרופא במקרה זה התרשל.

יישום נוסח הנזד בפס"ד רביד נ' קליפורד

הסיכון של חדירת מזרק לעורק במהלך הרדמה מקומית ע"י שימוש במזרק שבו השתמש הרופא היה ידוע ולא זניח (10%-15% מהמקרים).

תופעות הלוואי שעלולות להיגרם כתוצאה מחדירת 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 הרדמה לתוך העורק של החולה.

פס"ד 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. 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 לידע שרופא סביר צריך לדעת?

פס"ד פלד - דעת מיעוט

- **השופט 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.
- **לעיתים 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, הנסיון 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.

פס"ד פלד - דעת הרוב

- **השופט ת' אור:** מסכים עם השופטת **שטרסברג-כהן** שאי ידיעה של מאמר מסויים שפורסם לא מהווה רשלנות.
- על מנת לקבוע באם התרשל הרופא הרי **שככל 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.
- בניגוד לדעתה של השי' **שטרסברג-כהן**, השופט **אור** קובע כי באותו מקרה פורסמו לדעתו מספיק מאמרים בנושא שהינו בעל חשיבות רבה ולפיכך היה מקום לקבוע כי הרופאים התרשלו.
- **השופט י' אנגלרד:** **בנסיבות המקרה התרשל הרופא:** עליו להתעדכן במיוחד כשמדובר בביצוע ניתוחים משמעותיים.

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

- **עובדות:** התובע נולד עם שיתוק בשתי ידיו, לאחר שחולץ במהלך לידה טבעית כאשר היה במצג עכוז (כלומר, העכוז יוצא לפני הראש שאמור לצאת ראשון).
- 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 שהיתה 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 התנהגות הרופא הנתבע להתנהגות המקובלת בבית החולים גם אם היא מתקדמת יותר. הערעור של החולה התקבל.

פס"ד שטרן

- **הנשיא ברק:** קיימת רמת התנהגות מינימאלית שעל פיה תיבחן התנהגות המזיק אבל המזיק יכול לפעול בהתאם לרמה גבוהה יותר אם יש לו הכישורים לכך, ולפי זה יבחן בית המשפט את התנהגותו.
- אם במקרה מסויים סטה המזיק מרמת ההתנהגות הגבוהה יותר שקבע לעצמו, הוא יחוב ברשלנות.
- כאשר סטנדרט ההתנהגות בבית חולים הוא גבוה יותר מהמקובל הבדיקה האם התרשל הרופא נעשית לפי קנה מידה זה ולא לפי קנה מידה אחר.
- **הש' דורנר:** מסכימה כי אמת המידה של ההתנהגות שלאורה צריך לבחון את התנהגות הרופאים באותו מקרה היא רמת ההתנהגות שהיתה קיימת בבית החולים בפועל גם אם זו גבוהה מהמקובל (הש' א' לוי מצטרף)

ההצדקות להלכה בפס"ד שטרן

- כשבחר רופא בפרקטיקה רפואית מתקדמת מהמקובל, אין בהטלת חובה עליו לנהוג בהתאם לאותה פרקטיקה כדי להטיל עליו נטל כבד מדי.
- המידע החדש שעליו התבססה הפרקטיקה שאימץ בית החולים הינו מידע רלבנטי שהרופאים באותו בית חולים נדרשים לכלול במסגרת עבודתם בכל מקרה. בעובדה שבתי החולים אחרים מאמצים רמת טיפול נמוכה יותר אין להעניק לרופא פטור מלקחת בחשבון את המידע העדכני המצוי ברשותו.
- חובת הזהירות של רופא נבחנת בהקשר הקונקרטי. בעוד שבבית החולים שבו הונהגה הפרקטיקה החדשה ההתפתחות הרפואית בתחום היתה ידועה ונגישה באופן סביר הרי שאובייקטיבית בבתי חולים אחרים לא היתה התפתחות זו נגישה באותה מידה. משום כך, ייתכן שבנסיבות דומות של בתי חולים שכאלה לא היתה מוטלת אחריות בנוזקין.
- במקרה זה, משנהגה בבית החולים פרקטיקה חדשה היה הרופא צריך להכיר פרקטיקה זו ולנהוג על פיה. משלא עשה כן התרשל.

רשלנות רפואית- סיכום

- ככלל, רופאים חבים בחובת זהירות לחולים הן ברמה המושגית-עקרונית והן הרמה הקונקרטית-ספציפית.
- במרבית המקרים, לא קשה להוכיח כי יסודות הצפיות, השכנות ושיקולי המדיניות מתקיימים כאשר רופא מספק טיפול רפואי למטופל שלו.
- בחלק גדול מהתביעות, השאלה המרכזית היא ההפרה- האם סטה הרופא באותו מקרה מרמת ההתנהגות הנדרשת ממנו.
- כדי לקבוע האם רופא התרשל בוחנים בתי המשפט האם הרופא פעל לפי הפרקטיקה המקובלת, או לפי אחת מהאסכולות הנוהגות באותו תחום.
- אבל, המשקל של הפרקטיקה המקובלת אינו מכריע. שיקול הדעת מסור לשופט לקבוע (במקרים מסויימים) כי הפרקטיקה הנוהגת רשלנית.

נזקים נפשיים:

- האם ניתן להכיר בזנזק נפשי כנזק בר פיצוי. מה המשמעויות, הפיצוי וכו'?
- אחת הבעיות המשמעותיות של נזק נפשי :
1. לבוא ולגדר אותו- להגדיר מהו אותו נזק
 2. קימוט לשקלים. (איך אני מקמט דיכאון, עצב, תחושה לכסף).
 3. קושי ברכיב של קשר סיבתי. (יכול להיות שיש אירוע שקרה ב1.1.00 ועכשיו אני רוצה להגיש תביעה. ב1.1.17 הבן אדם נכנס לדיכאון קליני וכתוצאה הפסיק לעבוד והוא מוכר כנכה. הוא טוען שהדיכאון שהוא נחשף אליו זה במהלך השירות הצבאי. עברו 17 שנים. טראומה יכולה להופיע אחרי שנים מיום קרות האירוע. אם אני רוצה להגיש תביעה ולחייב את המדינה בפיצוי, 17 שנה לאחר האירוע אני נדרש להוכיח קשר סיבתי. הקשר סיבתי הוא קשה להוכיח בנזק נפשי. כי מי אמר שלא קרו דברים אחרים שהובילו לדיכאון?).

האם קיים הבדל בין נזק לגופני לנזק נפשי ומהו?

נזק נפשי- אמורפי, יותר קשה למדידה. קשה לקשור אותו לאירוע מסוים.

נזק גופני- יותר קל לזיהוי, יותר קל למדידה.

כאב וסבל, פגישה ברגשות, באושר- אלו דברים שאין כלי הערכה מדויקים.

הפרת חובת נישואין- בחור הציע נישואים לחברתו, הסכימה, והכל היה בסדר. בחתונה היא הייתה נראת מרוחקת אבל הייתה חתונה שמחה. החתונה הסתיימה ובבוקר של מחרת החתונה היא הודיעה לו שהיא רוצה להתגרש. כי יש לה מישהו אחר.

מבחינת הבחור היה לו קשה להשתקם בזה מבחינת רמת האמון.

איך אני יכול לקמט את עוגמת הנפש, הבגידה, השקר לשקלים?

סוגי הנזקים:

1. נזק ממנוני- נזק שניתן להעריך את שווי המדויק. כגון הפסדי השכרות, הוצאות רפואיות וכיו"ב.
2. נזק לא ממנוני- נזק שלא ניתן להערכה מדויקת. כגון עוגמת נפש, כאב וסבל, פגיעה ברגשות, פגיעה באושר, תרעומת, דיכאון, תסכול, הרגשת גועל וכיו"ב.
3. נזק לא ממנוני טהור – כאשר הנזק הנפשי עומד בפני עצמו ואינו מלווה/ נובע מנזק פיזי. (לא הוכר בישראל עד שנות ה-80).

פס"ד גורדון היה הראשון להכרה בנזק נפשי.

חובת הזהירות –

צפיות טכנית – האם האדם הסביר יכול לצפות שבנוסף לנזק הגופני יגרם נזק נפשי.

צפיות נורמטיבית – האם עלינו להגביל את ההכרה בנזק נפשי? האם קיימים שיקולים שיפטרו את המזיק מאחריות לנזקים נפשיים?

נזקים נפשיים –

בעבר התקשה ביהמ"ש להכיר בנזקים נפשיים טהורים, מקום בו לא נגרם נזק גופני, בשל קשיי אומדן, הצפת בימ"ש וחשש לתביעות סרק, קשיי הוכחה, נזקים לא יציבים/צמיתים.

כיום מכיר בימ"ש בייחודו ומהותו ומאפייניו של הנזק הנפשי ובהכרתו כראש נזק עצמאי, ובכך ששלילה גורפת של פיצוי בגין נזק כלכלי טהור אינה רצויה במקרים רבים מאוד.

פס"ד גורדון - בית המשפט נותן לו פיצוי בגין רכיב שהוא לא רכיב ממנוני, נותן לו פיצוי בגין נזק נפשי. זו הייתה נקודת המפנה בפסיקה.

בעיתיות -

קושי להוכיח שאכן נגרם נזק נפשי
קושי להוכיח קשר סיבתי בין האירוע לנזק הנפשי
חשש מתביעות סרק
חשש מהצפת בתי המשפט
הרתעת יתר (כגון רפואה מתגוננת)
קושי בהגדרת גבולות הנזק
קושי בתרגום הנזק לפיצוי כספי

התפתחות פסיקתית

ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון פ"ד לט(1) 113

פס"ד זה מהווה את נקודת המפנה בפסיקה הישראלית, כיוון ששם נקבע שאין להגביל את חובת הזהירות משיקולים של סוג הנזק, וכי שניתן להטיל אחריות בגין נזק נפשי טהור שנגרם מההתרשלות, ומבלי שיהיה תלוי בנזק מוחשי.

אחת מאבות היסוד של נזק נפשי – פס"ד אבו סרחאן. יצרה את הנוסחה להכרה בנזקים נפשיים. עלתה השאלה האם חברת הביטוח צריכה לפצות את ההורים לקבל פיצוי על הנזקים שלהם. רע"א 444/87 אבו סרחאן עארף מקאבל מונהאר אלסוחה נ' עיזבון המנוח דוד דהאן ז"ל, פ"ד מד(3) 397 (1990).

מדובר בהורים של ילד שלא מלאו לו שש שנים, שנפטר 24 שעות לאתר התאונה שבה נפגע. ההורים לא היו עמו בשעת התאונה אולם משנודע להם עליה, הם נסעו לבית החולים, ראו את בנם במצבו הקשה ובייסוריו הנוראים וישבו לידו במשך כל התקופה עד שנפטר. מצבם הנפשי התערער, והם סובלים ממתח, דיכאונות, פחדים ועצבנות, מרבים להיעדר מעבודתם וזקוקים לעזרה פיסית ונפשית.

השאלה המשפטית היא שאלת האחריות - לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, ולפי פקודת הנזיקין [נוסח חדש] - לנזק נפשי שנגרם לקרוב משפחה של מי שנפגע בתאונת דרכים.

הפסיקה יצרה מבחן שמורכב מארבעה שלבים שהם **תנאים מצטברים**

האם נכיר בנזק נפשי של ניזוק משני שכלל לא היה במקום האירוע

- 1) הקרבה בין התובע(הנפגע הראשון) לנפגע השני - נדרשת קרבה מדרגה ראשונה.
- 2) התרשמות ישירה מן האירוע – קיימת גם האפשרות להכיר בנזק נפשי שנגרם כתוצאה מקבלת מידע מכלי שני, מקום בו התובע לא נכח פיסית במקום האירוע.
- 3) הקרבה בזמן ומקום – ניתן יהיה להכיר גם בנזק נפשי מאוחר לאירוע או שהתרחש הרחק ממנו, וגם בנזק נפשי שנובע ממגע מתמיד ומתמשך עם הנפגע לאחר האירוע.
- 4) מידת הפגיעה – נדרש להוכיח נזק נפשי מהותי (לפחות 20% נכות נפשית), אולם לא עד כדי קיומה של מחלה נפשית.

הכלל המשפטי – על התובע יש חובה לצמצם את הנזק. אם יוכח שלא צמצמת את הנזק ובהתאם לא ללכת לטפל בכך אז לא תקבל את הפיצוי.

ע"א 754/05 לוי נ' מרכז רפואי שערי צדק

לבנה לוי הרתה בשנת 2000 באמצעות הפריית מבחנה. היה זה הריון ראשון לאחר טיפולי פוריות שנמשכו כשלוש שנים, כאשר מהלך ההיריון היה תקין, והיא נרשמה ללידה במרכז הרפואי "שערי צדק". ביום 24.8.2001 בשעה 23:30 לערך, פנתה לבנה לחדר מיון היולדות בשערי צדק. והרופאים קבעו שאין מדובר בלידה פעילה, ושחררו אותה לביתה. כעבור יומיים, חזרה לבנה עם צירי לידה, שם נמצא בבדיקה כי החלו סימני לידה ראשוניים והודגם דופק עוברי, משכך נשלחה להסתובב בביתה. כאשר שבה המערערת לחדר הלידה, בשעה 11:30 לערך, נמצא כי דופק העובר נדם. לבנה לידה תינוקת ללא רוח חיים, כשחבל הטבור הדוק סביב זרועה וצווארה.

"הלכת אלסוחה צפתה את האפשרות שיתעוררו מקרי-גבול, והותירה שוליים גמישים, המאפשרים להתמודד עם "מקרים קשים" בגדרי תחום פרישתה. גמישות זו מפנה מקום, מטבע

הדברים, בין קבוצת הנפגעים העיקריים לבין קבוצת נפגעי המשנה, לקבוצה מצומצמת של מקרי ביניים... אין אנו סבורים כי יש להבחין בין האב לבין האם... לא כל הורה שילדו נפטר טרם שנולד ילקה כתוצאה מכך בנכות נפשית ניכרת. אולם, המערערים סבלו צער רב וכאב נפשי עקב מות העובר שטרם נולד " (פסקה 27).

הרחבת התנאי הרביעי של "הלכת אלסוחה"

למרות שההורים לא הוכיח כי פגיעתם הנפשית, שנגרמה עקב מות העובר לו ציפו לאחר שלוש שנים של טיפולי פוריות, הרחיב ביהמ"ש את "הלכת אלסוחה", באופן כזה שהאחריות לפיצוי ניזוק משני בגין נזק לא ממוני, תחול במקרים קשים וחריגים הגם שהתובעת לא עמדה בתנאי הרביעי, קרי מהות הפגיעה הנפשית.

ע"א 9466/05 יעקב שוויקי נ' מדינת ישראל

"די במבט שטחי במכלול הנתונים דלעיל, שבגיננו הוחרגה פרשת לבנה לוי מהלכת אלסוחה, כדי להביא לכלל מסקנה כי אף אחד מהם לא התקיים בענייננו, שעל כך הלכת לבנה לוי – לא שינתה את התמונה. ודוק: הדגש הוא על כך שהלכת לבנה לוי לא יצרה את האפשרות להכרה במקרים "ברורים וקשים" כקטגוריית ביניים שבה יוגמש רק הנזק הנפשי הנדרש. זרעי האפשרות נשתלו, כפי שצוין לעיל, כבר בהלכת אלסוחה. פרשה לבנה לוי רק יישמה אפשרות זו. ליישום הספציפי – אין השלכה למקרה הנוכחי. כאמור האבחנה המרכזית והחשובה היא בכך שמדובר בעובר, על כל המשתמע מכל, ובמיוחד העובדה "שבהעדר תביעה של העובר היה נותר הנזק ללא סעד בצידו".

ע"א 1338/97 תנובה מרכז שיתופי לשוק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' ראבי, פ"ד (4) 673

בשנים 1994-1995 ייצרה תנובה חלב עמיד דל שומן והוסיפה לו סיליקון למניעת הקצפת החלב, בניגוד לתקן רשמי. לאחר שפורסם העניין פרסמה תנובה מודעות שבהן הוכחשה הוספת הסיליקון. תנובה וכמה מבעלי תפקידים בה הורשעו בפלילים בגין הפרת תקן רשמי והטעיה בפרסומת. הנזק שהתובע (הייצוגי) טוען לו הוא נזק לא ממוני: תחושות שליליות ותחושות של גועל.

"הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיין בתחושת הגועל הנובעת מכך שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר-פיצוי. הטעיה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה בגדר פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו... ישנה פגיעה באוטונומיה של הפרט, אף שאין עמה נזק גוף או סכנה ממשית לנזק גוף " בית המשפט הכיר בתחושת הגועל.

6. נזק כלכלי טהור, מצג שווא רשלני וחיווי דעה.

הקדמה:

רשלנות עשויה לגרום לנזק כלכלי טהור, כלומר לפגיעה בכיסו של אדם אשר אינה מלווה בפגיעה בגוף או ברכוש.

מדובר למעשה ברשלנות של המזיק אשר הסבה לאדם הוצאות כספיות מיותרות או שפגעה ברווחים כספיים שהוא ציפה לקבל.

רשלנות המזיק בהקשר הכלכלי יכולה להתבטא בכמה דרכים:

מעשה או מחזל רשלני

מתן מידע לא מדויק (מצג עובדתי רשלני)

מתן עצה/חוות דעת רשלנית

הפסיקה קבעה כללים אשר חלקם ייחודיים לתחום זה לאור אופיו של הנזק והשפעתו על המזיקים הפוטנציאליים.

מדוע סוגיה זו זוכה ליחס מיוחד?

ההשלכות של חוות דעת רשלנית בהקשר הכלכלי עשויות להשפיע על קבוצה גדולה ובלתי מוגדרת של אנשים, ועלולה לגרום לנזק רב ובלתי מוגדר.

לדוגמה, מתן חוות דעת רשלנית של יועץ השקעות משפיעה על ציבור משקיעים או לקוחות שעלולים להפסיד בשל כך כספים רבים. בניגוד לכך, מעשה רשלני בדרך כלל משפיע על קבוצה מוגדרת וקטנה של אנשים שנחשפו לאותו מעשה.

בנוסף, חוות דעת רשלנית/מצג רשלני גורמים לנזק כלכלי בלבד ללא נזק אחר והשאלה אם דיני הנזיקין הם הכללי הטוב ביותר להגן על אינטרסים כלכליים.

יש הבדל בין נזק כלכלי טהור ליתר סוגי הנזק. מדוע? בנזק גוף או רכוש הנזק הכספי הוא תוצאתי, הוא נגרם בשל הפגיעה הראשונית בגוף או ברכוש.

לעומת זה, בנזק כלכלי טהור, הנזק הראשוני הוא הנזק הכלכלי, כלומר ההוצאה הכספית המיותרת או ההפסד הכספי שלא כרוכה בו פגיעה גופנית או אחרת.

האם מוטלת אחריות ברשלנות לנזק כזה?

פס"ד המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה – החשוב ביותר בסוגיה הזו! (הולכים לפיו גם היום).

הקבלן וינשטיין התחייב בחוזה לבנות עבור מושב קדימה מיכל מים של 1,000 מטרים מעוקבים, וזאת בהתאם לתכניתו של המהנדס כץ. בניית המיכל הושלמה והוא נמסר למושב כשהוא מלא 1000 מטרים מעוקבים מים וללא פגם.

תוך זמן קצר אותרה דליפה במיכל ולכן לא שילם המושב לווינשטיין את שכרו. הקבלן וינשטיין טען שיש 2 סיבות אפשריות לדליפה:

(1) שימוש בלתי נכון ובלתי מקצועי של המושב במיכל בכך שמילא אותו מים עד 1100 מטרים מעוקבים, או, לחילופין,

(2) תכנון בלתי נכון ורשלני של המיכל ע"י המהנדס כץ.

הקבלן וינשטיין תבע מהמושב את יתרת השכר שלא שולמה לו, ולחילופין את המהנדס כץ על הנזק (הפסד ההכנסה) שגרם לו המהנדס ברשלנותו.

בין הקבלן למהנדס לא היו יחסים חוזיים.

השאלה: היש למהנדס חובת זהירות כלפי הקבלן בשל הנזק הכלכלי שנגרם?

הרקע לפסק דין וינשטיין נ' קדימה

הש' אגרנט: יש להתמקד ביסוד חובת הזהירות- מדובר כאן בחוות דעת רשלנית שנתן המהנדס לקבלן. האם יש להטיל חובת זהירות על המהנדס כלפי הקבלן?

כדי להכריע יש לפנות למבחן השכנות של הלורד אטקין בפס"ד Donoghue.

מבחן זה אומץ ע"י המחוקק הישראלי במסגרת עוולת הרשלנות.

בפס"ד Donoghue היה למעשה מדובר במצג של עובדות, כלומר בהכרזה מטעם היצרן שהמשקה (הבירה השחורה) שהוא ייצר היה ראוי לשתיה.

היסוד לחיובו של היצרן- המזיק בפסק הדין האנגלי הוא שהיצרן גרם לכך שאדם אחר יסמוך על מצג עובדתי מסוים, שאיננו נכון, שהינו רשלני.

הש' אגרנט: הנזק בפס"ד Donoghue נגרם ע"י מצג רשלני של עובדות, והיו קיימים יחסי שכנות בין הצדדים.

השאלות המרכזיות בפס"ד וינשטיין

1. האם נוכח ההשלכות הרחבות של **מצג עובדתי רשלני** יש להטיל חובת זהירות על מי שמציג את המצג וגורם בכך נזק?
2. האם יש להטיל חובת זהירות לא רק למי שהציג מצג עובדתי רשלני אלא על מי שנתן **חוות דעת רשלנית** במסגרת עבודתו ומקצועו?
3. האם יש להטיל חובת זהירות על מי שגרם **נזק כלכלי טהור**, נזק שלא לווח בפגיעה בגוף או ברכוש? – לא פקטור, היא לא אומרת שאי אפשר לתבוע (הסבר למטה).
הנטייה של הפסיקה באנגליה: יש להשיב על שאלות אלה בשלילה.
כיצד פסקו בפס"ד וינשטיין?

אחריות לנזק כלכלי טהור – שאלה 3

הש' אגרנט: יש להטיל חובת זהירות על מזיק שגרם לנזק כלכלי טהור. (הוא קובע שסוג הנזק לא משפיע על היקף אחריות. אם נגרם נזק לכיס זה עדיין מאפשר לאנשים לתבוע בניזיקין).

מדוע? אין לראות בסוג הנזק סיבה לאי הטלת חובת זהירות. אין הגיון להבחנה בין מקרה שבו נגרם לאדם נזק גוף ע"י מצג רשלני לבין מקרה שבו נגרם לאדם נזק כספי בלבד. בנוסף, **פקודת הניזיקין לא מגבילה את האחריות לסוג נזק מסויים.**

"אם באחזי בעט אשרוט, בשל חוסר זהירות, את פני שכני, אחראי אני לנזק שגרמתי. אם באותו עט עצמו אכתוב מכתב לשכני, המכיל הודעות שאינן מתאימות למציאות, ואשר הטעות שבהן היתה מתגלה אילו נקטתי זהירות מסתברת, וזה יניע את שכני (כאשר התכוונתי כי זה יניע אותן) לסכן את הונו בסמכו על הודעותי, מדוע יש לשלול ממנו תרופה נגדי, במקרה של חורבנו הכלכלי?"

אבל, הקביעה של הש' אגרנט ש**סוג הנזק אינו רלבנטי** בקביעת חובת זהירות מתייחסת ל**מצג עובדתי** רשלני וחוות דעת רשלנית, אבל לא למעשה או מחדל רשלני שגורמים לנזק כלכלי טהור.

האם גם בהקשר של מעשה/מחדל רשלני סוג הנזק אינו משנה לקביעת חו"ז?
השאלה אם בדרך שבה הנזק נגרם צריכה להשפיע.

אחריות לנזק כלכלי טהור כתוצאה ממעשה רשלני

פס"ד ע"א 451/66 קורנפלד נ' שמואלוב

יזמים, סנדלר ויצרן מרצפות, ביקשו להגדיל את הכנסתם ע"י בניית דירות למגורים. הם רכשו חלקת אדמה על מנת להקים בית ולמכור את הדירות שיבנו. הם לא העסיקו מנהל עבודה, אלא מסרו את העבודה לקבלני משנה שונים, ואלה קיבלו הוראות ממהנדס ש"היה בא לבקר" באתר מדי פעם. לאחר מספר שנים, לאחר שהדירות נמסרו לדיירים ובעקבות גשמים עזים, נתגלו פגמים חמורים בדירה של משפחת **קורנפלד** שקנו אותה מהקונים הראשונים. משפחת קורנפלד הגישה תביעה נגד היזמים-הנתבעים לתשלום ההוצאות שהוציאו לתיקונים הכרחיים. **בית-המשפט המחוזי דחה את התביעה.**

הטענה המרכזית: הנזק הכלכלי הטהור של משפחת קורנפלד נגרם בשל מעשיהם או מחדליהם של הנתבעים (לא היה מדובר בחוות דעת או מצג עובדתי רשלני).

פס"ד קורנפלד נ' שמואלוב- השופט לנדוי

האם כשמעשה רשלני (ולא מצג רשלני) גרם לנזק מוגבלת חובת הפיצוי לנזק מוחשי (גוף או רכוש), או שיש אחריות גם כלפי נזק כספי טהור, כלומר לכיסוי ההוצאות שהיו דרושות לתקן את הפגמים בדירה?

הש' לנדוי מסתמך על פס"ד וינשטיין, שם נקבע שאין להבחין בין סוגי נזק. לכן, גם כאן אין להבחין בין נזק גוף שנגרם לבעל הדירה עקב זלקת ריאות בה לקה מפני שרוח נשבה לדירתו דרך סדקים שבקירות לבין הנזק כספי שנגרם לו כי הוציא הוצאות כדי לסתום את הסדקים מראש שנגרמו בשל רשלנות.

אבל, לעתים יש צורך והצדקה במתן פיצוי גדול יותר במקרה של נזק גוף מאשר בנזק כספי טהור, אולי מפני שנזק הגוף מעורר ביתר קלות לתגובה אוהדת מנזק שמתבטא רק בפגיעה בכיס.

ניתוח פס"ד קורנפלד

עמדת הש' לנדוי משקפת מדיניות משפטית המתבססת על תפיסה ערכית לפיה יש לתת הגנה רבה יותר לשלום הגוף מאשר לאינטרס כלכלי.

הש' לנדוי: הכרעה בסוגיה זו תלויה בשיקולי מדיניות שעורך בית המשפט, כלומר באיזון בין האינטרסים השונים.

מצד אחד, יש להתחשב באינטרס הניזוק להשבת נזקו, ומצד שני, יש להתחשב בחשש שהרחבת החובה לפצות תטיל מעמסה כבדה מדי על משא ומתן כלכלי בין אנשים, והחשש מפני הרחבת חוג התובעים "בסכום בלתי מוגדר, לזמן בלתי מוגדר וכלפי סוג אנשים בלתי מוגדר".

הש' לנדוי: במקרה זה, אין לשחרר את הנתבעים הרשלנים מחובת הפיצוי. היחסים בין הקבלן לניזוקים היו קרובים מאד, כמו בפס"ד וינשטיין נ' קדימה.

הטלת אחריות על הנתבעים בפס"ד קורנפלד

הש' לנדוי: יש מקום להטיל אחריות גם אם הספיקה הדירה לעבור כמה ידדים וגם אם חלף פרק זמן ניכר, עד שנתגלה הנזק.
הסיבה: קבלן עוסק בעסק לשם עשיית רווחים. בניית דירות למכירה היא עסק נפוץ, וגם אנשים מעוטי יכולת נוהגים לרכוש דירת מגורים בבעלות מלאה.
במקרים כאלה, **אין לקונה אפשרות סבירה לבחון את טיב הבניה** (לבד מפגמים בולטים לעין), **ומשום כך הוא נאלץ לסמוך על מומחיות הקבלן** הבונה ועל יושרו.
לכן, מן הדין הוא שהקונה הראשון וכן הבאים אחריו כמחזיקים בדירה יובטחו נגד סיכונים אלה, על-ידי הטלת חובה של מתן פיצוי גם על הוצאות כספיות, שדרושות כדי לתקן פגמים נסתרים שסיכנו את יציבות הדירה ואת בריאות השוכנים בדירה, אלמלא תוקנו בעוד מועד.
סיבה זו משקפת מדיניות משפטית בתחום זה של אחריות קבלנים.

העדר יחס שונה בפסיקה כשמדובר בנזק כלכלי טהור

פס"ד ע"א 3464/05 פז נ' מדינת ישראל:

עבודות פיתוח כביש 57 בצומת תנובות הסתיימו רק לאחר כשנתיים דבר שהסב נזק כספי לתחנת הדלק שהייתה במקום, שכן אנשים רבים נמנעו, בשל חוסר נוחות וקושי בגישה לתחנה, לתדלק בתחנה זו.
לטענת פז, מע"צ (המדינה) התחייבה לסיים את העבודות בתוך 6 חודשים.
הש' ריבלין (הש' ארבל וחיות הסכימו):
המדינה חבה בחובת זהירות לחברת פז. אמנם מדובר בנזק כלכלי טהור (הכנסה) אבל לאור פס"ד **וינשטיין**, אין לכך משמעות: (לא מהווה עילה לדחיית תביעות בגלל נזק כספי).
"ספק אם גם העובדה שאפשר כי מדובר כאן בנזק כלכלי "טהור", קרי, נזק ממוני שאינו נלווה לנזק פיזי לגופו או לרכושו של התובע, יש בה, בנסיבות המקרה, וכשהיא לעצמה, כדי לשלול את חובת הזהירות."
התביעה נדחתה כיוון שהמדינה לא הפרה את חובת הזהירות (העיכובים נבעו מאיחורים של בזק, מקורות ועוד).

חזרה לדין במצג עובדתי רשלני וחוות דעת רשלנית

עד כה ראינו כי נזק כלכלי טהור אינו מהווה סיבה לאי הטלת חובת זהירות כשמדובר במתן מידע רשלני, חוות דעת רשלנית או ביצוע מעשה/מחדל רשלני.
השאלה הבאה היא האם עצם מתן מידע באופן רשלני או מתן חוות דעת רשלנית מצדיקים אי הטלה של חובת זהירות.
פס"ד **וינשטיין**, הש' **אגרנט**: הפסיקה האנגלית עסקה במקרים שבהם מדובר במסירה רשלנית של מידע (מצג עובדתי רשלני) ופחות במתן חוות דעת רשלנית.
הש' אגרנט, פס"ד וינשטיין: אין מקום להבחין עקרונית בין מצג רשלני של עובדות לבין מתן חוות-דעת מקצועית רשלנית: "אם נמצא, כי בסוג מסוים של מקרים קיימת חובת זהירות בדבר מתן הודעות שהן פרי עבודה מקצועית וניתנו במהלך העסקים הרגיל של מוסר ההודעה, לא יהיה מקום להבחנה עקרונית בין הודעות על עובדות לבין הודעות שעיקרן חוות-דעת מקצועית."
לדוגמא, אין הבדל בין מידע לא מדויק שהמזיק מוסר לניזוק בנוגע לסוג הקרקע שעליה מעוניין הניזוק לבנות שגורם לניזוק נזק, לבין מתן חוות דעת מקצועית רשלנית למשקיע שמעוניין לרכוש חברה בדבר יכולתה הכלכלית.
אין הבדל ביניהם.

אחריות למצג שווא עובדתי וחוות דעת רשלנית

השאלה החשובה - באיזה תנאים דיני הנזיקין יטילו חובת זהירות על אנשים שמסרו מידע לא מדויק בצורה רשלנית (יכלו לבדוק לפני שמסרו, וגם האנשים שמסרו חוות דעת רשלנית) אם הנזק שנגרם הוא **נזק כלכלי טהור**. מתי בעצם יש יחסי שכנות בין התובע לנתבע. **רק אם כל התנאים מתקיימים** רק אז אפשר להטיל חובת זהירות, רק אז אפשר לומר שיש יחסי שכנות ובעקבות כך אולי גם אחריות של הנתבע מוסר המידע וחוות הדעת כלפי מקבל המידע וחוות הדעת.
התנאים:

1. למטרת עסקה מסוימת - ליצור את חובת הזהירות רק כאשר אדם פועל במסגרת המקצוע שלו.
ההבדל שזה צריך להיות במסגרת מקצועית בלבד ולא כחברים. יש ניסיון של בית המשפט לצמצם את היקף האחריות.
2. סכום גובה הנזק שיכול להיגרם יהיה מוגדר מראש - צריך לדעת להעריך בסדר גודל. היקף של נזק מסוים. לכן אגרנט אומר ברגע שהמזיק יודע להעריך סדר גודל פה הוא יישא בחובת זהירות.
3. אין להטיל חובת זהירות בשל מצג/חוות דעת לגבי סוג בלתי מוגדר של אנשים.
4. אפשר לחלק אותנו לשניים - **היסוד החשוב ביותר**. כי הוא יוצר את היחסים המשפטיים. זו דרישה לקיומה של הסתמכות. שהניזוק צריך להוכיח שהוא הסתמך על חובת הדעת ושהוא הסתמך על אותו

מידע. מהות של השכנות. כי המזיק יודע שהוא משפיע עלי על הבחירות שלי והוא יכול להשפיע גם לרעה. **הבסיס של יסוד השכנות.**
5. לא תהיה הסתמכות על חוות דעת נוספת. אם אני קיבלתי מידע מסוים ואחרי זה בדקתי עם אדם נוסף לגבי המידע, זה אומר שלא הסתמכתי על המידע הראשון.

פס"ד וינשטיין:

הש' **אגרנט**: עקרונית, ניתן להטיל חובת זהירות בגין מצג רשלני וחוות דעת רשלנית אלא שיש להגבילה בתנאים הבאים:

(1) יש להימנע מלהטיל הגבלות כבדות מדי שיפריעו לאנשים להתקשר ולנהל מו"מ כלכלי ביניהם. שיקול זה מוביל לשלילת אחריות נזיקית על נזק כספי שנגרם ע"י מצג רשלני וחוות דעת רשלנית בשיחה אקראית ושלא במהלך עסקים רגיל.

אגרנט: חוות דעת/מצג רשלניים יובילו להטלת חובת זהירות רק כשהם ניתנים למטרת עסקה מסוימת, שכתוצאה ממנה נגרם הנזק הכספי.

בפס"ד וינשטיין, תכניות המהנדס הוכנו לשם מטרה מסוימת והיא הקמת מיכל מסוים עבור מזמין מסוים (מושב קדימה) במקום מסוים ולכן ניתן להטיל עקרונית על המהנדס חובת זהירות.

שיקול נוסף- היקף אחריות מוגדר (בסכום)

(2) סיבה נוספת לאי הטלת חובת זהירות בגין מצג רשלני וחוות דעת רשלנית היא כלכלית: מדובר בהטלת אחריות על מזיק בסכום בלתי מוגדר.

הש' **אגרנט**: אין לחייב מזיק שהציג מצג רשלני שהביא לנזקים כספיים שהיקפן המקסימאלי אינו ניתן להגדרה מראש, בתשלום פיצויים כיוון שבכך טוטל הגבלה כבדה מדי על פעולות כלכליות בתחומי חיים שונים.

מכאן, ניתן לקבוע כי כשהיקף האחריות מוגדר מראש בסכום של השכר שקבלן (או כל ניזוק אחר) עלול להפסיד בשל רשלנות של הנתבע (המהנדס) בעריכת התוכנית כפי שהיה בניסיונות פס"ד וינשטיין אין הגבלה זו עומדת למכשול בפני הכרתה והטלתה של חובת זהירות.

שיקול נוסף- כמות תובעים מוגדרת

(3) אין להטיל חובת זהירות ואחריות על מזיק בשל מצג רשלני וחוות דעת רשלנית כשמדובר בקבוצה בלתי מוגדרת של אנשים. **השאלה**: מי הוא האדם שלו חב בעל המקצוע חובת זהירות לגבי מצג רשלני/חוות דעת רשלנית?

הש' **אגרנט**: אם התכוון בעל המקצוע שמסר חוות דעת מקצועית/מצג לאדם אחר שהוא יסתמך עליה, בקשר לעניין שלשמו נערכה, אז הוא יחוב חובת זהירות, כלפי אותו אדם, בהבעת דעותיו המקצועיות. בכך מתמלאת דרישת השכנות.

אין הכרח שבעל המקצוע יידע מראש את זהותו של האדם שלשם הדרכתו נערכת חוות הדעת. די בכך שזהו אדם שזהותו עתידה להתברר משום שעבורו נועדה העיסקה נשוא חוות הדעת.

הש' **אגרנט**: המזיק יחוב חובת זהירות גם כלפי אדם השייך לסוג של אנשים המוגדר ע"י העיסקה שלשמה הכין את חוות הדעת, בתנאי שהתכוון שכל מי ששייך לסוג זה או קבוצה מוגדרת יסתמך עליה. כאן, ניתן להניח שאפילו לא ידע המהנדס, כשערך את תכניותיו ומסר אותן למושב, את זהותו של הקבלן, הרי שידע שישמשו להקמת המיכל ע"י קבלן שזהותו תיקבע עם חתימת החוזה.

שיקול אחרון- הסתמכות והעדר בדיקה נוספת – הכי חשוב.

(4) בעל מקצוע חב בחובת זהירות שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרה של עיסקה מסוימת בעלת היקף מוגדר, והוא התכוון שהניזוק יסתמך עליה, בין אם הוא ידע, כשהכין את חוות הדעת מי עתיד להסתמך עליה, ובין שידע שמדובר באדם שזהותו עתידה להיקבע.

יסוד ההסתמכות: כדי להטיל חובת זהירות על בעל מקצוע בשל נזק שנגרם לניזוק כתוצאה מהסתמכות על חוות דעתו של בעל המקצוע יש להוכיח כי לא רק שבעל המקצוע התכוון שהניזוק יסתמך על אותה חוות דעת, אלא גם שלא היה לו, בהתחשב בניסיונות, יסוד להניח, שחוות דעתו תיבדק בדיקה נוספת, בלתי תלויה, בטרם יפעלו על-פיה בין אם ע"י הניזוק עצמו ובין ע"י אדם אחר.

הש' **אגרנט**: בניסיונות המקרה, המהנדס כץ יכול היה לצפות כי הקבלן וינשטיין יבדוק את התוכניות, ובדיקה זו מסירה מעל כץ את חובת הזהירות כלפי וינשטיין.

תביעת הקבלן כנגד המהנדס נדחתה.

התנאים להטלת חובת זהירות בגין מצג רשלני/חוות דעת רשלנית:

סיכום עד כאן- מצג רשלני וחוות דעת רשלנית – רלוונטי מאוד למבחן

התנאים להטלת חובת זהירות בגין מצג רשלני/חוות דעת רשלנית:

1. **אין להטיל חובת זהירות בגין נזק כספי שנגרם ע"י מצג רשלני/חוות דעת רשלנית, כשמדובר בשיחה בדרך אקראית ושלא במהלך הרגיל של העסקים. ניתן להטיל חובת זהירות כשמדובר בהקשר עסקי ומקצועי ולא בהקשר חברתי.**
2. **מצג/חוות דעת רשלניים לא יובילו להטלת חובת זהירות כשלא ניתנו למטרת עסקה מסוימת שכתוצאה ממנה נגרם הנזק הכספי שמשמש יסוד לתביעה.**
3. **אין להטיל חובת זהירות בשל מצג רשלני/חוות דעת רשלנית שגורמים לנזקים כספיים שהיקפן המקסימלי אינו ניתן להגדרה מראש.**
4. **אין להטיל חובת זהירות בשל מצג/חוות דעת לגבי סוג בלתי מוגדר של אנשים.**
5. **בעל המקצוע לא יהיה אחראי אם הוא יכול להניח באופן הגיוני שחוות דעתו תיבדק בדיקה נוספת בלתי תלויה בטרם יפעלו לפיה.**
6. **חובת זהירות תוטל כשבעל המקצוע שנתן את חוות הדעת התכוון שהניזוק יסתמך עליה בקשר לענין שלשמו נערכה חוות הדעת. לא צריך להוכיח שבעל המקצוע ידע מראש את זהות התובע; די בכך שזהותו עתידה להתברר.**

חוות דעת רשלנית מול מצג עובדתי רשלני

פס"ד ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון:

אהרון, עולה חדש, פנה לעמידר כדי שתסייע לו לאתר מקום לפתוח מסגרייה בירושלים. עובד של עמידר מסר לאהרון שהמקום אותו בחר מתאים לפתיחת מסגרייה, והודעה זו השתקפה גם בחוזה שנכרת בין אהרון לבין עמידר, בו נאמר, שהמקום הושכר לצורך ניהול מסגרייה בלבד. לאחר פרק זמן מסוים התברר שתכנית המתאר של העירייה אוסרת לנהל מסגרייה במקום (בשל הפרעה לשכנים). נגד מר אהרון הוגש כתב אישום פלילי בגין ניהול עסק ללא רישיון, וניתן נגדו צו לסגירת המסגרייה.

נפסק (הש' לנדוי): עמידר התרשלה כלפי התובע והפרה את חובת הזהירות שחבה כלפיו בתפקידה כגוף העוסק בקליטת עולים במגורים ובעסקים וזאת נוכח מסירת מידע לא מדויק ומצג עובדתי רשלני שהציגה בפניו כאילו יכול היה לפתוח במקום מסגרייה. הסתמכותו של התובע על עמידר הייתה סבירה.

ניתן להטיל חובת זהירות לא רק לגבי חוות-דעת רשלנית אלא גם לגבי מסירת מידע עובדתי רשלני (מצג עובדתי רשלני).

העדר בדיקה נוספת כתנאי חשוב להטלת חובת זהירות

פס"ד ע"א 209/85 עיריית קריית אתא נ' אילנקו

אילנקו, חברת בנייה, רכשה חלקה באזור התעשייה של קריית-אתא, מתוך כוונה להקים עליה מבנה תעשייתי. בתכניות המתאר של המקום יועדה החלקה לתעשייה קלה, אולם כארבע שנים לפני הרכישה, פורסמה הכרזה שלפיה סווגה החלקה כקרקע חקלאית. עיריית קריית אתא פעלה לביטול ההכרזה לגבי החלקה, וכארבע שנים לאחר הרכישה בוטלה ההכרזה ע"י ועדת הערר.

לאחר פרק זמן מסוים פורסמה תכנית מתאר חדשה שהקפיאה את הבנייה על החלקה שיועדה לתכנון מחודש עקב הקמתו של מחלף במקום.

מנהל החברה טען שלפני הרכישה הוא שאל את הגורמים המוסמכים בעירייה מה ניתן לעשות בחלקה ונאמר לו שמדובר בשטח לבנייה של מבני תעשייה. הוא טען שלא נאמר לו שמדובר בקרקע חקלאית. הוא טען שעקב מסירת מידע עובדתי באופן רשלני של העירייה הוא רכש את החלקה, ולכן הוא תבע פיצוי מעיריית קריית אתא על הנזק הכספי שנגרם לחברה.

הדגש הוא שנמסר פה מידע שהוא לא נכון, שגוי – המנכ"ל גרם נזק.

ניתוח לפי המודל של ברק- חובת זהירות מושגית

הנושא: אחריות המדינה למצג עובדתי שגרם לנזק כלכלי טהור

השופט שמגר: עיקרון השוויון בפני החוק מחייב הטלת אחריות ברשלנות על רשות ציבורית עפ"י הכללים שחלים על אנשים פרטיים (פס"ד גורדון).

כשבנסיבות העניין הנזק ניתן לצפייה מבחינה טכנית אין בעובדה שהמזיק הוא רשות ציבורית כדי לצמצם את האחריות ולקבוע שלמרות שיש צפיות הטכנית אין צפיות נורמטיבית (כלומר שאין צורך משפטי לצפות את הנזק).

האם יש לסטות מהעקרונות שנקבעו לעניין אחריות המדינה כשהנזק נגרם כתוצאה מהסתמכות על מצג עובדתי רשלני, להבדיל ממעשה רשלני?

השופט שמגר: נראה כי אין הצדקה ליצירת אבחנה כזו: מצג רשלני יכול שיהיה בדיבור, בכתב או בהתנהגות, והתנהגות רשלנית יכולה להתבטא במחדל. כל ניסיון להגביל את הגורם לנזק בדרך זו הוא מלאכותי, ושרירותי.

פס"ד אילנקו- השופט שמגר על דרישת השכנות

האם ניתן להטיל חובת הזהירות בהעדר יחסי רעות ושכנות קרובים? האם יש חובה להיזהר כשמטרת המפגש בין המוסר למקבל הוא קבלת מידע כשהשניים לא מכירים זה את זה קודם וללא כוונה להתמיד בקשר?

הש' שמגר מסתמך על הלכת וינשטיין:

בעל מקצוע חב בחובה שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרת עיסקה מסוימת בעלת היקף מוגדר, וכי הוא יחוב חובה זו כלפי הניזוק, אם התכוון שזה האחרון יסתמך עליה, בין אם ידע, שעה שהכין ומסר את חוות דעתו המקצועית, את זהותו של העתידי לסמוך עליה, ובין שידע כי המדובר באדם שזהותו עתידה להיקבע. בנוסף, בעל המקצוע יכול באופן סביר להניח שחוות-דעתו לא תיבדק בדיקה נוספת, בלתי תלויה, בטרם יפעלו על פיה.

הש' שמגר: הלכה זו חלה גם בנוגע למצג עובדתי רשלני (כלומר, למידע לא מדויק שנמסר ע"י המדינה)

ולא רק בנוגע לחוות דעת.

קביעתו של השופט שמגר

החובה לנהוג זהירות סבירה באספקת מידע רחבה מהחובה המוטלת על בעל מקצוע לנהוג זהירות סבירה, כשהוא פועל בתחומי מקצועו.

השליטה על מידע שלציבור עניין בו איננה רק עניינם של בעלי מקצוע. בחברה מודרנית נצבר ונאגר מידע לתועלת הציבור בידי הרשויות. כשנעשית פנייה לרשויות לקבלת מידע וזאת בנסיבות שבהן מספק המידע, כאדם סביר, יכול לצפות, שמבקש המידע יסתמך על המידע ויפעל על פיו, הרי אז חייב מספק המידע לנהוג זהירות סבירה באספקת המידע המבוקש.

מתי ייקבע שהסתמכות סבירה וכי מוסר המידע צריך לצפותה?

(1) כשמדובר בקבוצת אנשים מוגדרת שצפוי בעת מתן המידע, שישתמכו עליו, ו-

(2) ניתן לצפות את גובה הנזק בעת שניתן המידע.

חובת זהירות מושגית של רשות שלטונית בהקשר של מסירת מידע:

כשהרשות מחזיקה בידיה מידע ייחודי בנושאי תכנון ובניה, ועובדיה נוהגים לספק מידע לציבור, קיימת חובה שלא להתרשל באספקת המידע ולספק מידע אמיתי ומהימן, כשההסתמכות על אותו מידע צפויה ומסתברת בנסיבות העניין.

פס"ד אילנקו- חובת זהירות קונקרטי

הש' שמגר: יש להטיל על עיריית קריית אתא חובת זהירות קונקרטית כלפי התובעת.

מחלקת מהנדס העיר בעיריית קריית-אתא מרכזת בידיה מידע חיוני בנושאי תכנון ובניה, גם בנושאי קרקעות שהוכרוזו כחקלאיות. מנכ"ל החברה פנה למחלקת מהנדס העיר וביקש מידע אודות ייעודה של החלקה, שאותה התכוונה המשיבה לרכוש. המנכ"ל היה מוכר לפקידים כמנכ"ל חברת בנייה.

בנסיבות אלה, כשנעשתה פנייה למחלקת מהנדס העיר לבירור מצבה התכנוני של החלקה, על הפקיד שמסר את המידע למסור לפונה את דבר קיומה של ההכרזה על החלקה כחקלאית גם אם היה סיכוי סביר לביטולה. זאת כיוון שקיומה של הכרזה על קרקע כחקלאית מהווה שיקול חשוב בשיקוליו של רוכש פוטנציאלי של קרקע, בבואו להחליט אם בכלל להיכנס לעסקה, ומהו המחיר שיהא מוכן לשלם בגין הקרקע.

פס"ד אילנקו- העדר בדיקה נוספת

באשר ליכולתו של המזיק לצפות שהניזוק יבדוק את המידע שניתן לו לפני שפועל על פיו (במסגרת בדיקת חובת הזהירות הקונקרטית):

הש' שמגר: יש לבדוק כל מקרה לגופו.

עקרונית, במרבית המקרים ניתן להניח שלא תתבצע בדיקה נוספת של הניזוק לגבי נכונות המידע כי בדרך כלל, מדובר במידע ספציפי המצוי בידיעתו ובשליטתו הבלעדית של מוסר המידע, שבין יתר

תפקידיו גם מספק אותו לקהל הפונים, כך שאין מי שיכול לבדוק את נכונות המידע שנמסר.

בנסיבות העניין, למרות שמנכ"ל החברה בקי בענייני תכנון ובניה יותר מאזרח ממוצע, אין מקום לומר, שהיה צפוי שהוא יבדוק באורח עצמאי את התכניות החלות על החלקה. עובד ציבור העוסק במתן מידע אינו יכול לסמוך על כך שמקבל המידע המתמצא בנושא יערוך בדיקה עצמאית בטרם יפעל על-פי המידע שנמסר לו, שכן, אם הפונה יכול היה לברר את המידע בעצמו, מדוע פנה לפקיד הציבור מלכתחילה? לכן, העירייה לא הייתה צריכה להניח שהמידע שנמסר ייבדק עצמאית.

נקבע: העירייה לא הפרה את חובת הזהירות (לא הוכח שלא נאמר למנכ"ל החברה שהקרע חקלאית) ולכן התביעה נדחתה.

אחריות כלפי צדדים שלישיים בלתי מזוהים

פס"ד ע"א 5302/93 בנק מסד נ' לויט: התקיים מו"מ התקיים בין מר לויט לחברת "מרכבה" להשכרת רכב לצירוף לויט כבעל מניות בחברה. נקבע בזיכרון-דברים בין הצדדים שכנגד ערבות בנקאית של לויט יתן לחברה תינתן לו אופציה למשך 60 יום לרכוש ממניותיה ובכך להפוך לבעלים שלה יחד עם הבעלים הנוכחיים. לויט התבקש ע"י הבעלים של חברת מרכבה לתת ערבות לטובת בנק מסד, כדי שהבנק יתן לחברה הלוואה לרכישת רכבים נוספים. הבעלים של החברה מסר ללויט שהחברה הינה רווחית אך לא הוצגו בפניו הנתונים. לויט פנה אל בנק הפועלים שבו התנהל חשבונו וביקש שתוצא ערבות לטובת החברה. בנק הפועלים פנה מיוזמתו אל בנק מסד, בבקשה לקבל מידע על החברה, ונענה כי חברת מרכבה הינה לקוח טוב. לכן, בנק הפועלים הוציא את הערבות הנדרשת. לאחר מכן התברר כי המידע שמסר בנק מסד לבנק הפועלים לא היה נכון שכן חברת מרכבה לא היתה רווחית, וכי המניע לנתינתו היה רצונו של בנק מסד לקבל את הערבות כבטוחה לאשראי שהקצה בנק מסד לחברה קודם לכן. בתביעה שהגיש לויט לביהמ"ש המחוזי כנגד המעורבים בעיסקה, נדרש בנק מסד להימנע מהפעלת הערבות הבנקאית, שכן זו ניתנה על בסיס חוות-דעת רשלנית שנתן לגבי מצבה הכספי של החברה. התביעה התקבלה ועל כך ערער בנק מסד.

השאלה: האם ניתן עצה ומידע חב בחובת זהירות כלפי צד שלישי אשר לא פנה אליו?

בנק מסד שהוא הבנק של חברת מרכבה מסר מידע וחוות דעת לבנק הפועלים שמאחוריו עמד לויט. נגרם נזק לויט מכיוון בנק מסד פדה את הצ'ק אז ללויט נגרם נזק. כי החברה פשטה את הרגל ומצב שני הוא הפסיד 300 אלף שקל. הוא בא וטוען שבנק מסד מסר מידע רשלני לבנק הפועלים שבנק הפועלים העביר ללויט ואז הוא ניזוק.

פסה"ד בעניין בנק מסד

נקבע בדעת רוב, שזה לא משנה מי יוזם את הפנייה. יש פה שכנות בין לויט לבין בנק מסד. בנק הפועלים לא אמר לבנק מסד על סמך מה הוא שואל על מצבה הכלכלי של חברת מרכבה. (צריך לבדוק אם כל התנאים בפס"ד וינשטיין מתקיימים פה).

בנק מסד חב בחובת זהירות לא רק כלפי בנק הפועלים אלא גם כלפי לויט, זאת למרות שבנק הפועלים יזם את הפניה לבנק מסד ולא לויט. ברגע שמהלך כזה מתרחש אז יש חובת זהירות כי הבנק מוסר המידע יודע שהוא צריך להזהר כי הולכת להתקדם עסקה ספציפית בין אחד הלקוחות שלו לבין אדם אחר. **הש' ש' לויט:** לפי ההלכות בפסיקה מוסר חוות דעת חב בחובת זהירות **מושגית** כלפי מקבל המידע (פס"ד וינשטיין).

לעניין חובת הזהירות של נותן חוות-דעת רשלנית, **חובתו קמה באופן קונקרטי:**

- אם **חיווה דעה בתחום מומחיותו** (או בתחום שבו התיימר להיות מומחה);
 - אם היה עליו לדעת שמקבל חוות-הדעת **יסתמך** עליה;
 - אם מקבל חוות-הדעת **הסתמך** עליה כאמור באופן סביר ועקב כך נגרם לו נזק;
 - אם לא הייתה צפויה **בדיקת ביניים** של מקבל חוות-הדעת לפני שהסתמך עליה;
 - אם חיווה-הדעה היה **בלתי סביר** בהתחשב במומחיות מחוזה הדעה (הפרה).
- כשלמחווה הדעה יש נגישות למידע שאין למקבל חוות-הדעת, תגבר הנטייה להטיל על מחוזה הדעה אחריות נזיקית.**

בנק המסד-חובת זהירות קונקרטי

מבחן נוסף לעניין חובת הזהירות הקונקרטי של נותן חוות-דעת הרשלנית:

מוסר מידע עלול לשאת באחריות כלפי מקבל מידע שהסתמך על מידע זה גם כשמקבל המידע לא היה צד לפנייה אל מוסר המידע, אך מוסר המידע ידע או צריך היה לדעת כי המקבל כאמור עלול להסתמך על מידע זה ולפעול על-פיו.

נדרש כי בפועל **הסתמך מקבל המידע על המידע** האמור, פעל על-פיו ועקב כך נגרם לו נזק. העובדה שמוסר המידע אינו יודע בפועל על קיומו של מקבל המידע, או על השימוש שהוא עומד לעשות במידע אינה מעלה או מורידה.

השאלה היא רק אם **נותן המידע היה צריך לדעת כי המקבל עלול להסתמך על מידע זה ולפעול לפיו, אפילו לא ידע על קיומו בפועל של המקבל המסוים.**

שיקולים מתנגשים לעניין היקף החובה

מצד אחד, יש לבנק מעמד מיוחד ונכבד בחיי הכלכלה, ומעורבותו הרבה בפעילות הכלכלית השוטפת מחייבת הטלת חבות עליו, כלפי חוג סביר של בני-אדם שאינו מצומצם מדי, במקרה שהיתה הסתמכות על פעולותיו.

העברת חוות-דעת מקצועית מבנק אודות לקוחו לצד שלישי, באמצעות הבנקאי של הצד השלישי, היא מעשה מקובל בתחום הבנקאות ומחייבת הרחבת היקף הפריסה של האחריות הנזיקית. מצד שני, יש להיזהר ולהימנע מניסוח כללי גורף העלול להטיל אחריות על הבנק, נותן חוות-הדעת, כלפי חוג בלתי מוגבל של אנשים העשויים לסמוך עליה, בלי שניתן יהיה להבחין בעזרת שימוש בקני-מידה אובייקטיביים בין אלה שראויים ליהנות מהטלת חובת זהירות ומי שאינו ראוי לכך.

בנק מסד-סיכום

אם פנה בנק א' אל בנק ב' בבקשת מידע על מצבו הכספי של לקוח של בנק ב' בלי לגלות לו שהוא פועל עבור לקוחו, צריך בנק ב' להניח שבנק א' פעל בשם לקוח.

מכאן, בית המשפט מכיר בכך שמזיק חב בחובת זהירות לא רק כלפי מי שפנה אליו ישירות לקבל חוות דעת אלא גם צד שלישי רחוק יותר שעמו אין לו קשר משפטי ואף אין ביניהם קשר כלשהו (משפטי או אחר).

הש' ביניש ושטרסברג-כהן (הש' ש' לוי במיעוט): משנקבע שהיה על בנק מסד להניח שקיים לקוח שבעניינו נדרש מידע, השאלה היא אם הבנק שמסר את המידע צריך היה לצפות שמסירת מידע רשלני תסכן את האינטרסים של אותו לקוח.

התשובה אינה תלויה בזהות יוזם הבקשה. מנקודת מבטו של הבנק מוסר המידע אין זה משנה אם הבנק מבקש המידע פעל מיוזמתו הוא בעניין הקשור ללקוחו או בעקבות בקשה של הלקוח לקבל את המידע. בשני המקרים היה על הבנק מוסר המידע לצפות כי בהתנהגות הרשלנית הוא יוצר סיכון כלפי לקוח של הבנק השני. לפיכך, חב בנק מסד בחובת זהירות קונקרטית כלפי לויט במוסרו את המידע. התביעה נדחתה בשל העדר קשר סיבתי- לויט לא הסתמך על חוות דעת של בנק מסד.

ההבדל בין דעת המיעוט לדעת הרוב – זה שבדעת הרוב נקבע שלא משנה מי יזם את הבקשה. לא משנה שלויט זה לא עניין אותו, שהוא פעל למרות שהמידע נמסר לו היה כזה או אחר די בכך שמישהו יזום בין שני הצדדים האלה פניה לבעל המידע, כדי ליצור את יחסי השכנות בין שניהם לבין יוצר הפניה.

נזק כלכלי טהור בגין מצג רשלני-סיכום

ע"א 666/09 בנק דיסקונט נ' מעריב

חברת "פיל הזהב" ש- 33% ממנה היתה בבעלות מעריב נכנסה לחובות והמנכ"ל שלה ברח לחו"ל. לאחר זמן קצר מעריב שלח מכתב לבנק דיסקונט כי הם "ייבדקו בחיוב לקיחת אחריות". בהמשך מעריב ביקשו מהבנק שמסגרת האשראי ל"פיל הזהב" תישאר ושתינתן לחברה הלוואה נוספת. לבסוף, מעריב הודיעו מפורשות לבנק כי "מעריב עומדת מאחורי פיל זהב". מנכ"ל מעריב כתב למנהל הבנק כי "כמו שכבר אמרתי לך בעבר – הסר דאגה...". החוב של "פיל זהב" לבנק דיסקונט גדל ופניות הבנק לפיל זהב ולמעריב כי יפרעו את החוב לא נענו. לאור זאת, הגיש הבנק תביעה נגד מעריב לפירעון החוב. הטענה של הבנק היתה כי מעריב הציג בפניו מצג שווא רשלני שעליו הבנק הסתמך (התחייבות לפרוע את החוב של "פיל הזהב" לבנק)

השופטת מרים נאור

- דיני הנזיקין מכירים באחריות נזיקית בשל מצג שווא רשלני (היזק דיבור). מצג שווא רשלני נכלל במסגרת עוולת הרשלנות.
- בעבר האחריות בגין מצג שווא רשלני התייחסה רק למתן חוות דעת מקצועית, אבל כיום מקובל לראות כל העברת מידע רשלנית או מסירת מידע מוטעה בכתב או בהתנהגות לאדם אחר שצפוי להסתמך על המידע כמצג שווא רשלני.
- כחלק מחובת הזהירות, נדרש לבחון האם בנסיבותיו המיוחדות של המקרה חב המתרשל בחו"ז כלפי הנפגע. המבחן לקיומה של חובת זהירות הוא "מבחן החזות מראש של האדם הסביר בדבר התוצאה המזיקה, כלומר, מבחן הצפיות".
- לצורך הטלת אחריות בגין מצג שווא רשלני יש לבדוק האם בנסיבות המקרה הספציפי יש חובת זהירות קונקרטית. עפ"י מבחן הצפיות יש להוכיח שהגורם שמסר את המידע צריך היה לצפות שמקבל המידע יסתמך עליו ויפעל על פיו.

- צפיות זו קיימת ביחסים המיוחדים שבין בנקים ולקוחות וזאת לאור ההדדיות המאפיינת את יחסיהם ודרישת גילוי המידע.

יישום כללי הרשלנות לנסיבות המקרה

- האם על מעריב היה לצפות שהבנק יסתמך על המכתבים ויפעלו בהתאם?
 - השופטת נאור : כן.
 - **מדובר כאן ביחסים שבין בנק מסחרי ומנכ"ל של חברה גדולה, שמאופיינים בחובות הדדיים של גילוי מידע.** מעריב כתבו 3 מכתבים לבנק והם הודיעו מפורשות לבנק כי "מעריב עומדת מאחורי פיל זהב..".
 - **מדובר במילים ומצג שיוצרים חובה משפטית.** במקרה זה נעשו מצגים כתובים ומפורשים בדבר נטילת האחריות לפירעון החובות. על מעריב היה לצפות שההתנהלות שלהם תגרום לבנק להסתמך על מה שנכתב במכתבים ועל הדברים שנאמרו ע"י מנכ"ל מעריב בע"פ.
 - **האם הסתמכות הבנק היתה סבירה? כן!** לאור העובדה שהבנק העמיד אשראי חדש לחברה בזמן אמת. מכאן, המצג של מעריב היה רשלני.
 - **התביעה התקבלה.**
7. דברים מסוכנים
8. אחריות לאש
9. אחריות לחיות

10. הדבר מדבר בעד עצמו –

סעיף 41

הרעיון של הס' הזה – הטענה המרכזית של התובע במצבים האלה שאני לא צריך להוכיח יותר מידי, אני מראה לך את נסיבות המקרה ואתה צריך להבין מהנסיבות שממילא יש רשלנות ולכן צריך לפצות אותי. הנתבע יצטרך לעבוד קשה, להוכיח שהוא לא התרשל. זה סעיף של התובע, הנתבע יגיד שהוא לא התרשל.

רקע

לבד מסעיפים 35 ו-36 לפקנ"ז העוסקים ברשלנות, סעיפים 38-41 עוסקים גם הם ברשלנות, ומטילים על המזיק נטל כבד יותר על המזיק מתביעת רשלנות "רגילה".
כיצד זה נעשה?
- בדרך כלל: בתביעות רשלנות, **על התובע להוכיח את כל רכיבי עוולת הרשלנות**: קיומם של נזק, חובת זהירות, התרשלות, וקשר סיבתי בין התרשלות לנזק.
- החריג: במסגרת **סעיפים 38 – 41**: **על המזיק להוכיח שהוא לא התרשל**.
סעיפים אלה קובעים כי אם הניזוק מוכיח את קיומם של התנאים הקבועים בהם, על המזיק להוכיח שהוא לא התרשל.
ההנחה בסעיפים אלה: **המזיק התרשל ועליו להוכיח שלא התרשל**.

"על הנתבע הראיה" שלא הייתה התרשלות

בסעיפים 38-41 מופיע הביטוי "הנתבע הראיה". מה פירושו של ביטוי זה?
נטל ההוכחה: החובה המוטלת על כל צד במשפט היא להוכיח את טענותיו במידת ההוכחה הנדרשת במשפט. במשפט אזרחי, החובה המוטלת על צד במשפט היא להוכיח את טענותיו **במאזן הסתברויות של מעל 51%**.
נטל השכנוע: כדי לעמוד בנטל ההוכחה, על בעל הדין הנטל או החובה **לשכנע** את בית המשפט שהטענות הנטענות על ידו נכונות. ברוב התביעות הנוזקות **נטל השכנוע מוטל ראשית על התובע** להוכיח את תביעתו (כשנטל השכנוע לגבי טענות הגנה מוטל על הנתבע). אם בסופו של המשפט לא ניתן להכריע מי מהצדדים צודק התובע לא יזכה בתביעה כי עליו הוטל הנטל לשכנע והוא כשל.
נטל הבאת הראיות: כדי למלא אחר נטל השכנוע, על בעלי הדין **להציג ראיות**. נטל הבאת הראיות מוטל בתחילה על מי שנושא בנטל השכנוע, אך הוא עשוי לעבור מבעל דין אחד לאחר במהלך המשפט.
כשהתובע שנושא בנטל הבאת הראיות, הביא די ראיות להוכחת טענתו, הנטל להביא ראיות עבר לנתבע להוכיח את טענתו ולהפריך את טענת התובע. (הש' **שטרסברג-כהן**, ע"א 6160/99 **דרוקמן נ' לניאדו**, הש' **זילברטל**, רע"א 1530/13 **גדלוב נ' הארגז**)

חשיבות העברת נטל ההוכחה

הייחוד של סעיפים 38-41: לאחר שהתובע שכנע את בית המשפט והביא ראיות לכך שהתנאים הקבועים בסעיפים אלה התקיימו (למשל, שנגרם לו נזק מאש שפרצה אצל שכנו) מניח בית המשפט שהנתבע התרשל והנטל לשכנע את בית המשפט שהוא לא התרשל עובר אליו. אם בסוף המשפט כפות המאזניים מאוזנות הנתבע יפסיד כי לא הצליח להוכיח שלא התרשל. **מכאן:** נטל הבאת הראיות הינו החובה הנלוות לנטל השכנוע ומשמעותו- החובה להביא ראיות כדי לעמוד בנטל השכנוע. ככלל, רובץ נטל השכנוע על התובע ועליו מוטל נטל הבאת הראיות. כאשר התובע מוכיח שהתנאים הקבועים בכל אחד מסעיפים 38-41 לפקודה התמלאו אז בית המשפט יוצא מנקודת הנחה שהנתבע-המזיק התרשל והנטל עובר אליו להפריך הנחה זו באמצעות הבאת ראיות (ע"א 8151/98 שטרנברג נגד ד"ר צ'צ'יק).

סעיף 41- הדבר מדבר בעדו

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

התובע לא צריך להוכיח חובת זהירות, הפרה וקשר סיבתי אלא להוכיח - על התובע להוכיח שלושה רכיבים:
(1) אי ידיעה/חוסר יכולת לדעת כיצד נגרם הנזק
(2) הנזק נגרם ע"י נכס שהיה בשליטה מלאה של המזיק
(3) מסתבר יותר שהמזיק התרשל מאשר פעל באופן סביר וזהיר

(1) התובע אינו יודע מהו הנסיבות שגרמו לנזק

ע"א 206/89 רז נ' אלישע:

- התובעת נולדה בבי"ח אלישע. לאחר הלידה היא החלה להקיא ולאבד נוזלים. היא הועברה לאשפוז בבי"ח בני ציון.
- הסתבר שלאחר הלידה היא לקתה בזיהום כתוצאה מהידבקות בחיידק במהלך שהותה באלישע.
- כתוצאה מהטיפול בבני ציון נפגעו כלי דם ברגל ונגרמה לה נכות לצמיתות. טענות התובעת כנגד בית חולים אלישע:
- בית החולים ידע על המגיפה ובכל זאת שחררו את אימה ואותה מבית החולים מבלי להודיע דבר להוריה ומבלי להנחותם כיצד לטפל בה.
- עצם הדבקותה במחלה בבית החולים מעידה על רשלנות (הדבר מדבר בעדו).

פס"ד אלישע- השופט שמגר

בנסיבות המקרה יש להחיל את סעיף 41.

באשר לקיומו של התנאי הראשון:

עקרונית, חולה אינו יכול לדעת מה התנאים של האשפוז בבתי חולים, מהם אמצעי הזהירות שיש לבית החולים למנוע מחלות ונזקים, וסביר שאלה יהיו בידיעתו של בית החולים המזיק. לאור זאת, מועבר הנטל אל בית החולים להוכיח שאכן נקט באמצעי הזהירות הראויים. העברת נטל הראיה מטרתה לנסות ולכוון התנהגות של מזיקים פוטנציאלים כך שלא תהיה רשלנית.

אם היא לא הייתה יכולה להשתמש בסי' הזה היא לא הייתה יכולה להוכיח את היסוד המהותי ברשלנות – יסוד ההפרה.

התובע בדרי"כ הוא הצד החלש כי הידיעה שלו לגבי העובדות היא מועטה, הוא לא יודע מה באמת היה.

כאשר התובע מציג בכתב התביעה גרסה לקרות התאונה

האם פירוט גרסה המתארת את התאונה שוללת הסתמכות על סעיף 41?

לבית המשפט יש אינטרס שהתובע יפרט גרסה מבחינת יעילות הדיון.

לתובע יש אינטרס לפרט גרסה שכן הוא לא יודע מראש מה תהיה קביעת בית המשפט לעניין הסתמכותו על סעיף 41. מכאן שלתובע כדאי להציג בכל מקרה גרסה אפשרית לקרות התאונה.

בפועל, כשהתובע מגיש תביעה ברשלנות לפי סעיפים 35 ו-36 בה הוא מפרט את גרסתו, הוא מוסיף עילת תביעה לפי סעיף 41 לפקודה.

ע"א 8425/02 עקל בדר נ' מהדי פארוק: התובע נפגע בתאונת עבודה כשנפל מפיגום כתוצאה משחרור המעקה של הפיגום בשל סיבה לא ידועה.
השופט מצא: מסירת גרסה של התובע הכוללת את התרשמותו לגבי קרות התאונה לא שוללת הסתמכות על סעיף 41 וזאת משיקול של יעילות הדיון.

אבל...

רע"א 9113/05 מדינת ישראל נ' אבו ג'ומעה: התובע, שנפצע מירי שוטר מג"ב באחת השכונות במזרח ירושלים, הציג גרסה מפורטת בה תיאר את אירוע הירי ואת מה שקדם לו. גרסה זו נדחתה ע"י הערכאות הנמוכות כגרסה בלתי מהימנה כיוון שהוא למעשה שינה את גרסתו מספר פעמים.
השופטת חיות: לא ניתן במקרה כזה לאפשר לתובע להסתמך על ס' 41. מדוע?
לא ניתן להסתמך על ס' 41 כשאין "עמימות ראייתית", כלומר כשהתובע מסוגל להציג גרסה עובדתית מפורטת באשר לנסיבות קרות האירוע. זאת להבדיל מניסיון להסיק את מה שאירע ע"י ראיות חיצוניות. במקרה שלפנינו התובע הציג גרסה מפורטת בה הוא תיאר את אירוע הירי ואת מה שקדם לו, על פי מה שלדבריו קלט בחושיו שלו. העובדה שגרסה זו נדחתה ע"י הערכאה הנמוכה כגרסה בלתי מהימנה אינה יכולה להכשיר טענה חלופית הנשענת על כלל "הדבר מעיד על עצמו".
מכאן, סעיף 41 "אינו בבחינת מפלט-לעת-חירום, לאחר שבית המשפט דוחה את הגרסה העובדתית שהוצגה על-ידי התובע". אם התובע טוען שנסיונות האירוע ידועות לו עליו להיכבד ולהוכיח אותן.
התביעה נדחתה.

ע"א 1071/96 עיזבון אמין פואד אלעבד נ' מדינת ישראל – אחד החשובים
תושב רפיח נהרג במהלך האינתיפאדה הראשונה בעת שכוחות צה"ל פעלו ברפיח לשם פיזור הפרות-סדר קשות. בכתב התביעה נטען שהמוות נגרם בשל ירי באש חיה של כוח צה"ל, בעת שהתושב יצא מתפילה במסגד והלך לתומו ברחוב. העדות היחידה שתמכה בכך הייתה של בתו שהייתה כבת 8 בעת האירוע. ביום האירוע התרחש עימות אלים בין צה"ל לאוכלוסייה המקומית. מול 20 חיילי צה"ל התרכזו כ-1,500 מבני המקום, ובמסגרת הפרות-הסדר הושלכו אבנים, ברזלים ובקבוקי תבערה לעבר הכוח, שהגיב בירי, ככל הנראה, של כדורי גומי ופלסטיק. באירוע זה נהרגו שלושה אנשים ובהם המנוח.
בית המשפט המחוזי בירושלים, הש' פרוקצ'יה: "ניתן להניח כי המנוח נפגע במהלך האירועים המתוארים, אולם חסרה עדות אמינה, ברורה ומפורטת לגבי נסיבות פגיעתו. עדותה של הבת אינה יכולה לספק את הנדרש משמשקלה של עדות זו מועט ביותר."
השאלה: האם יש מקום לקבל את הטענה בדבר סעיף 41?

עיזבון אמין פואד אלעבד - ההכרעה בבית המשפט העליון
השופט ריבלין:
"ביסודו של דבר, הצגת גרסה עובדתית בדבר נסיבות המקרה, והסתמכות על כלל "הדבר מעיד על עצמו" – יכול שתהיינה בבחינת תרתי-דסיתרי.
נראה כי ברגיל, קשה יהיה ליישב הצגת גרסה עובדתית ברורה עם פנייה לכלל "הדבר מעיד על עצמו", שהרי אם טוען התובע כי ידועות לו נסיבות התאונה, יתכבד ויוכיח אותן. כלל "הדבר מעיד על עצמו" אינו בבחינת מפלט-לעת-חירום, לאחר שבית המשפט דוחה את הגרסה העובדתית שהוצגה על-ידי התובע. אלא שיתכנו בהחלט מקרים, שבהם אין הנפגע מתיימר להציג ראיות ישירות בדבר ההתרחשות, או לדעת באופן חד-משמעי מה ארע. יחד עם זאת, מנסה הוא, ככל יכולתו, לשער, להסיק ולהוכיח, מה גרם לנזקו. ניסיון זה, לשרטט תרחיש רשלני ספציפי, גם אם כשל, לא בהכרח יהא בו כדי למנוע מן הנפגע את הטענה החלופית, בדבר התקיימות התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו". בהקשר זה, יבחן כאמור כל מקרה על-פי נסיבותיו – האם הצגת הגרסה העובדתית על-ידי התובע שמטה את הקרקע מתחת לכלל, אם לאו".
התביעה נדחתה.

(ראו גם: הש' הנדל, ע"א 7692/09 מרעי נ' בית חולים משפחה קדושה (פיסקה 5) וכן: ע"א 8650/08 רפאלוב נ' מדינת ישראל, הש' מלצר (פיסקה 30))

(2) הנזק נגרם ע"י נכס שלמזיק יש שליטה מלאה בו

מהו נכס? ההגדרה רחבה:

פס"ד רז נ' אלישע, השופט שמגר: מתקני בית החולים, החפצים והשטחים שבתוכו, החל מכפפות הידיים של האחיות וכלה בכלי האוכל ומתקני הסניטציה, נמצאים בשליטת בית החולים. מחפצים אלה יצא הסיכון להידבקות בחיידק, ובכל מקרה, רק בית החולים יכול לבדוק ולדעת מה מקורו של החיידק.
גם אם נטען שהנזק לא נגרם ישירות ע"י נכס שבבית החולים אלא ע"י החיידק, הרי תשובה לכך תהיה שרק בידי בית החולים יכול להימצא הסבר למה נעשה או לא נעשה בנכסים שבשליטתו, ומה יכול להיות

הקשר בין נכסיו, שבהם שהו התובעת-התינוקות ואימה, לבין החיידק. ההנחה היא (אלא אם הנתבע יצליח להפריך אותה), שהנזק ארע בעת שהותו של הניזוק בתוך נכס שבשליטת המזיק.

”שליטה מלאה”

ע”א 241/89 ישראל לפט נ’ הינדלי: אדם הזמין את המעלית בבניין שבו גר. כדי לרדת מקומה ג’ לקומת קרקע. הוא הזמין את המעלית, ופתח את הדלת כשהנורה ”המעלית כאן” הייתה מוארת. אבל, המעלית הייתה באחת הקומות העליונות, כך שהמנוח נפל לפיר ומת. הנתבעת ייצרה את המעלית ונתנה לוועד הבית שירותי החזקה ותיקון למעלית.

בבדיקה שנערכה לאחר התאונה נמצא שהמעלית וכל רכיביה היו תקינים. המומחים שהעידו בבית המשפט לא ידעו להסביר מדוע דלת המעלית בקומה ג’ לא הייתה נעולה למרות שתא המעלית לא היה מול הדלת. באשר לסיבת ארוע התאונה הועלו מספר אפשרויות:

(1) קצר חשמלי

(2) הפעלה ידנית ע”י אחד הדיירים, ו-

(3) תקלה בבלמים.

ביהמ”ש שלל את האפשרויות הראשונה, והעדיף את השלישית אבל השאיר זאת בגדר ההשערה הסבירה ביותר ולא קבע כממצא שכך קרתה התאונה.

פס”ד ישראל לפט

ישראל לפט: לא שלטנו באופן מלא במעלית. סיפקנו שירות ובדקנו תקינות מזמן למזמן. **הש’ מציא:** אין צורך בשליטה גמורה ומוחלטת בנכס. מבחן השליטה צריך להיות גמיש. מטרתו של תנאי זה היא לבדוק אם הנתבע הוא בעל זיקה מיוחדת לנכס לא רק כשלמזיק חזקה מלאה, נמשכת ובלעדית בנכס אלא גם כשאין לו חזקה בלעדית בו.

המבחן לקיומה של שליטה הוא מבחן ענייני-מעשי, הבוחן האם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס מעידה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התאונה. אם התשובה לשאלה זו חיובית, אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס.

בדיקת רכיב השליטה: טיב זכותו של הנתבע להחזיק בנכס, עד כמה הפעיל את זכותו, האם החזקתו של הנתבע בנכס הייתה רלבנטית לגרימת הנזק, האם היו מחזיקים נוספים. אין חובה שתהיה בחזקה בלעדית בנכס או בקיומה דווקא בעת קרות התאונה.

במקרה זה נותרה בידי ישראל לפט מידת ”שליטה אפקטיבית” שנדרשה לה לצורך טיפול ואחזקה תקינה של המעלית וכיוון שלא היה גורם נוסף שהביא לאירוע הנזק היא זו שנושאת באחריות. לכן, התקיים היסוד השני של סעיף 41.

ע”א 6991/09 פלוני נ’ מדינת ישראל

התובע, תינוק בן 3 חודשים, הגיע עם הוריו לשכונת שועפט בירושלים לביקור משפחתי. הוא נקלע עם הוריו להפרות סדר בין שוטרי מג”ב, שהגיעו למקום לבצע מעצרים, לבין נערים שהפגינו נגדם. במהלך הפרות הסדר, נפגע התובע בראשו מחפץ קהה. בבית החולים אובחן שבר בגולגולת וכן חדירה של רסיס למוח. כתוצאה מהאירוע הוא נותר עם נכות בשיעור של 60%.

נטען שהתובע נפגע מאמצעי פיזור ההפגנות שבהם השתמשו השוטרים.

בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.

בית המשפט העליון, הש’ גרוניס:

(1) לא הוכח כיצד נגרמה הפגיעה- האם מפעולת השוטרים או מאבן שזרקו המפגינים.

(2) יש להוכיח שהנזק נגרם ע”י נכס שלכוחות הביטחון הייתה שליטה מלאה עליו. אבל, התובעים לא הצליחו להוכיח שפציעתו של התובע נגרמה כתוצאה מפגיעה של אחד מאותם האמצעים שבהם עשו השוטרים שימוש. מכאן, אין להעביר את נטל השכנוע אל המדינה. התביעה נדחתה.

(3) נראה לבית המשפט שהאירוע שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט בזהירות

סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה

התנאי הזה דורש כי לאור ניסיון החיים, סביר יותר להניח שהנסיבות שהביאו לתאונה מתיישבות יותר עם המסקנה שהנתבע התרשל מאשר שלא התרשל.

הש’ זילברטל, רע”א 2394/16 בית חולים כרמל נ’ פלונית (מיום 10.8.2016):

”בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, ומבלי לערוך בחינה קונקרטיבית של פרטי המקרה: ‘המסקנה אינה נסמכת על הוכחת מעשה רשלני מסוים. נהפוך הוא – אף שניסבות

התאונה, נכון לאותו שלב (קרי, בתום פרשת התביעה), אינן ידועות, מלמד ניסיון החיים כי תאונה מעין זו

אינה נגרמת ברגיל בלא שנתקיים מעשה רשלני כלשהו. התנאי השלישי מתקיים מקום שבו מוכיחה

ההסתברות הכללית כי במרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות’ (מסתמך על דברי הש’

ריבלין, פס”ד שטרנברג).

התנאי השלישי - השי' מצא בפס"ד ישראלפט

על התובע-ניזוק להציג סיבה אפשרית להתרחשות התאונה אבל לא מוטלת עליו החובה להוכיח או להציג את הסיבה הממשית או האמיתית לקרות התאונה.

פס"ד ישראלפט: התובעים הציגו סיבה אפשרית לקרות הנזק והיא פגיעה אפשרית במערכת הבלמים של המעלית, סיבה שהשופט לא פסל ולא ביטל.

ישראלפט לעומת זה לא התמודדה עם שתי השאלות הרלבנטיות להכרעה:

- (1) מה הייתה הסיבה האפשרית לאי-נעיילת דלת המעלית - לא ניתנה לכך תשובה
- (2) מה הייתה הסיבה שהמעלית לא הייתה בקומה ג' - השופט דחה את האפשרות שישראלפט העלתה כי אחד הדיירים העלה את המעלית באופן ידני.

התנאי השלישי - ע"א 1146/99 קופ"ח כללית נ' קופת חולים כללית

התובע נולד עם משקל גבוה (4.6 ק"ג). זמן קצר לאחר הלידה הוא אובחן כסובל משיתוק ביד ימין ככל הנראה מקושי בחילוצו בעת הלידה. בתיעוד הרפואי של מהלך הלידה נותרה העמודה של הערכת המשקל של העובר ריקה, כך שיתכן שהערכה כזו לא בוצעה. **הטענה:** הערכת משקל לפני הלידה הייתה מובילה לביצוע ניתוח קיסרי ובכך היה נמנע הנזק לתובע. מכאן שלא בוצעה הערכת משקל.

השופטת שטרסברג-כהן: התובע הצליח להוכיח את תנאי סעיף 41: (1) לא הייתה לו ידיעה מה גרם לנזק, (2) הנזק נגרם ע"י נכס בשליטתו המלאה של בית החולים.

(3) הסתברותית, ניתן להניח רשלנות מצד הנתבעת כי: המומחים הרפואיים הסכימו שהערכת המשקל היא חלק מהרוטינה של לידה, ככל שמשקל העובר גדול יותר, כך גדל הסיכון לקיומו של קושי בחילוץ כתפי היילוד, ואם סיכון זה מתממש גדל הסיכון לשיתוק גפה. כלומר התובעים הציגו אפשרות ריאלית לקרות הנזק.

הרופאים לא הוכיחו שביצעו הערכת משקל ו/או שהערכת המשקל הייתה תקינה ולכן שאי ביצוע ניתוח קיסרי היה פרקטיקה סבירה. מכאן, הם לא עמדו בנטל לשכנע שלא התרשלו.

הקושי בסעיף 41

האם כשבית המשפט בא לבדוק את קיומו של התנאי השלישי של הרשלנות הוא יכול להתחשב בעדויות ובראיות שהביא הנתבע-המזיק, או

האם על בית המשפט להסתכל אחורה כאילו הוא יושב בשלב שלאחר מסכת הראיות של התובע ולבדוק את השאלה רק עפ"י העדויות שהביא התובע? (כי רק אם התובע מוכיח ששלושת התנאים מתקיימים עובר נטל השכנוע לנתבע)

טענה אפשרית: בית המשפט צריך להתחשב רק בעדויות של התובע, ללא התחשבות בראיות שמביא הנתבע.

החשיבות: עד כמה נלך לקראת התובעים ועד כמה נלך לקראת נתבעים בתביעות בהם קשה לדעת את הסיבה לקרות הנזק.

האם כאשר השופט דן בתנאי השלישי הוא יכול לפתוח את 2 חוות הדעת, את העדויות

ע"א 1146/99 קופ"ח כללית נ' סולן

העובדות: התובע עבר ניתוח לתיקון בקע במפשעה. כתוצאה מהניתוח נפגעה פוריותו. הוגשה תביעה נגד הרופא, בין היתר בהסתמך על סעיף 41.

הש' אנגלרד: כל יסודות סעיף 41 התמלאו.

באשר לתנאי הראשון, הנסיבות המדויקות שגרמו לנזק לא היו ידועות לתובע.

באשר לתנאי השני, הנזק נגרם ע"י נכס שלרופא הייתה שליטה מלאה עליו שכן בנסיבות המקרה אפשר היה לראות במכשירי הניתוח משום "נכס" כהגדרתו בפק"ז. היה קשר הדוק בין הנכסים של בית החולים לנזק שנגרם בידי המזיק.

באשר לתנאי השלישי, התובע עמד בתנאי זה שכן הציג חוות דעת של רופא שקבע כי הממצאים לאחר הניתוח תומכים במסקנה שהרופא המנתח לא נקט זהירות סבירה יותר מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה.

צריך לבדוק אם ס' 41 מתקיים, וזה חשוב לדעת כי אחרי זה הוא לא יכול לתבוע.

מבחינת החוק השופט אמור לקרוא רק את המסמכים של התובע. (מבחינה מילולית מה שהסעיף אומר) כי זה מה שהסעיף אומר מבחינה מילולית. אם הוא חושב שסי' זה מתקיים רק אז הוא פונה לנתבע. כי על הנתבע הראייה- שהוא לא התרשל.

גם בשלב של סי' 41 אפשר וצריך לבדוק את הראיות של הנתבע. המשפט מתחלק לשני חלקים.

השלב הראשון – הטענה של סי' 41, לבדוק את התנאים.

השלב השני – לבדוק אם הנתבע התרשל

כאשר מופעל סי' 41 המשפט אמור להתנהל בשני שלבים. 1. לבדוק האם התנאים של הסעיף מתקיים 21. האם באמת הייתה רשלנות. בתביעה רגילה בודקים אם ישר הייתה רשלנות אבל בסי' זה בודקים קודם את התנאים ואז אם הייתה רשלנות. רואים את המסמכים של התובע והנתבע ביחד.

השלב בו יש לבדוק האם התמלא התנאי השלישי של סי' 41

הש' אנגלרד: תנאי זה אינו נבחן על רקע מכלול הראיות כפי שהן עומדות לנגד עיני בית-המשפט בסיום כל העדויות, אלא השלב המכריע לבחינת קיומו הוא בסיום פרשת התביעה, כשהשופט משקיף אחורנית לשלב זה לבחון את התנאי השלישי.

במצב כזה, אם שכנע התובע את בית המשפט שניתן להניח שהנתבע התרשל, עובר הנטל לנתבע להוכיח שלא התרשל.

אם נבחן את קיומה של ההסתברות לרשלנות לאור כל הראיות בתיק, הרי שסי' 41 יאבד כל משמעות.

קביעה שיש הסתברות לרשלנות על יסוד כל הראיות - של התובע ושלל הנתבע - היא קביעה שיש להטיל אחריות על הנתבע ע"פ כללי ההוכחה הרגילים שיל פיהם על התובע להוכיח כי הנתבע התרשל.

בנוסף, בשלב הסופי של המשפט כשכל הראיות הוצגו בפני בית המשפט, אין מקום לדבר על הסתברות לקיומה של רשלנות, אלא על הוכחת התרשלנות המזיק. בשלב זה אין כל משמעות להעברת נטל השכנוע מכוח החזקה שבסעיף 41 לפקודה.

פס"ד סולן- דעת הרוב

הש' שטרסברג-כהן: מסתמכת על ד"ר 4/69 נוימן נ' כהן: יש לבדוק את קיומם של תנאי סעיף 41 בסוף המשפט לאחר שהוצגו כל הראיות במשפט. השאלה אם התקיים התנאי השלישי דורשת הערכת הראיות של התובע בהתחשב בראיות הנגדיות שהביא הנתבע.

בחינת כל הראיות אינה מוכיחה את התביעה או מפריכה אותה אלא עוסקת רק בשלב הביניים של הוכחת קיומם של תנאי סעיף 41.

כאשר נגרם נזק מנכס שמצוי בשליטת הנתבע, והתובע אינו יודע מה היו הנסיבות שגרמו לנזק, ומניסיון החיים מסתבר קיומה של רשלנות מצד הנתבע, נוצרת הנחה שהנתבע התרשל. אבל, בכך עדיין לא הוכחה התביעה. במצב דברים זה עובר נטל השכנוע לנתבע להוכיח שלא התרשל. המשמעות של העברת הנטל היא לא הוכחת התביעה ע"י התובע עפ"י כללי ההוכחה הרגילים, אלא היא באה כשהתובע אינו במצב שבו הוא יכול להוכיח את תביעתו וזאת כיוון שלא יודע כיצד נגרם הנזק.

הסתברות הרשלנות בהקשר זה היא **הסתברות לכאורית**, שאין די בה להוכחת התביעה אבל יש בה להעביר את הנטל. המסקנה היא כי ההכרעה בשאלת תחולתו של הכלל אינה זהה להכרעה בגורלה של התביעה. **התביעה התקבלה.**

(בדיקה כפולה גם את הראיות של התובע וגם של הנתבע ואם באמת השופט משתכנע שסי' זה מתקיים הוא פונה שוב אל הנתבע ואל הראיות שלו ובודק מה הוא באמת עשה בפועל).

ע"א 8151/98 שטרסברג נגד ד"ר צ'צ'יק

התובעת עברה ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח נפגע העצב שגרם לנכות ברגלה. בתביעה נגד הרופאים הסתמכה התובעת על סעיף 41. בית המשפט המחוזי קבע שהמנתח לא התרשל ולכן התביעה נדחתה.

המחלוקת: התובעת העלתה את האפשרות שהעצב נפגע כתוצאה מפריקה של המפרק המלאכותי במהלך הניתוח, בעוד שהנתבעים טענו שיכולות להיות אפשרויות אחרות לפגיעה (דימום, מתיחה) ושלא ניתן לקבוע מה גרם לפגיעה.

כיצד יש לבחון את התקיימותו של התנאי השלישי של סעיף 41?

הש' ריבלין: אפשרות אחת: כשבדקים את קיומו של התנאי השלישי יש לחזור באורח "וירטואלי" לסוף פרשת התביעה ולבדוק אם לפי הראיות שהובאו עד אותו שלב (כלומר הראיות שהביא התובע בלבד) נגרם בד"כ נזק מהסוג שנגרם. הבדיקה מבוצעת במועד הכרונולוגי של סיום המשפט, אבל היא מתייחסת למצב הראייתי בתום פרשת התביעה (גישת הש' אנגלרד בפס"ד סולן).

השופט ריבלין - המשך...

האפשרות השנייה: יש להבחין בין **הראיות הכלליות** המובאות ע"י הנתבע לבין **הראיות הקונקרטיות** המובאות על-ידיו. **יש לבחון רק את הראיות הכלליות כשבוחנים את קיומו של התנאי השלישי** (זו הגישה של דעת הרוב בפס"ד סולן).

הש' ריבלין: הראיות הקונקרטיות של הנתבע לא יילקחו בחשבון בעת בדיקת התנאי השלישי. בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, כלומר ללא בדיקה של פרטי המקרה המסוים נשוא התביעה. המסקנה שיש להניח שהנתבע התרשל אינה נסמכת על הוכחת מעשה רשלני מסוים, אלא על המנגנון הבא: למרות שנסיבות התאונה אינן ידועות, ניסיון החיים מלמד שתאונה כמו זו שארעה אינה נגרמת בלי שהתרחש מעשה רשלני כלשהו.

התנאי השלישי מתקיים כשניתן להוכיח הסתברות כללית שבמרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות הנתבע. **התנאי השלישי דורש הוכחת הסתברות כללית לקיום רשלנות, להבדיל מהצבעה על קיומה של סיבה מסוימת ספציפית כגורם לנזק. בזה התובע והנתבע יתמקדו בשלב בדיקת התנאי השלישי.**

מאפשרים לשופט לקבוע לפי סטטיסטיקה ולא על פי עובדות. אם לנתבע יש ראיות סטטיסטיות הפוכות לזה שביא אותן וניתן להסתכל. צריך לבחון רק את הראיות הכלליות בתנאי השלישי, הראיות הקונקרטיות על זה לא מסתכלים. זה לא יילקח בחשבון בתנאי השלישי. התנאי השלישי מדבר רק על ההסתברות, אם הייתה התרשלות או לא הייתה התרשלות – לפי הסטטיסטיקות, לפי מחקרים קודמים.

התנאי השלישי - מבחינת השכל הישר זה יותר לטובתי. הגיוני שהתרשלתי

יישום האפשרות השנייה בפס"ד שטרנברג

המומחים הרפואיים העידו שעקרונית ניתן לבצע ניתוח כזה תוך הגנה על העצב. לא הייתה מחלוקת שבעת בדיקת יציבות המפרק במהלך הניתוח אירעה פריקה (השאלה כאמור היא האם הפריקה היא זו שגרמה לפגיעה בעצב). המומחה הרפואי מטעם הנתבעים הודה שבמהלך הבדיקה של המפרק המתבצעת במהלך הניתוח, אם המפרק יוצא מהמקום זה תחת הביקורת של המנתח. בנוסף, במקרה זה, הרופא המנתח חשב מלכתחילה שנסיבות המקרה מביאות למסקנה שהוא אחראי לתוצאות המזיקות של המקרה. כך הוא אמר לתובעת והוא לא הכחיש זאת גם בשלב יותר מאוחר. הוא שינה את עמדתו רק בזמן המשפט. הצוות הרפואי לא ערך רישומים רפואיים במהלך הניתוח. היעדר רישום רפואי עשוי בנסיבות מסוימות להוביל למסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה. אי ביצוע רישום הוא מחדל רשלני ועשוי לבסס את ההנחה שאם הכול היה מתנהל כשורה, ואמצעי הזהירות היו ננקטים, היה האירוע מתועד. כיוון שהאירוע לא תועד, כפות המאזניים נוטות למסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה.

פס"ד שטרנברג-הכרעה

הש' ריבלין לא הכריע בין הגישות, וזאת למרות הנטייה שלו לתמוך באפשרות השנייה של בחינת ראיות כלליות-סטטיסטיות ולא ראיות קונקרטיות שבידי הנתבע במסגרת בדיקת התנאי השלישי של סעיף 41. הש' שטרסברג-כהן חזרה על עמדתה מפס"ד סולן (שם היא לא יצרה אבחנה בין ראיות כלליות לקונקרטיות). הש' טירקל הצטרף לעמדתה.

לאור זאת, לאחר פס"ד זה, ההלכה שקבעה השופטת שטרסברג-כהן בפס"ד סולן המשיכה לחול ולא השתנתה (כלומר, בודקים את ראיות שני הצדדים לצורך הוכחת התנאי השלישי של סעיף 41). התביעה התקבלה כי כל תנאי סעיף 41 חלו, הן לפי גישתו של הש' אנגלרד והן לפי גישת שטרסברג-כהן. התובעים הוכיחו את כל רכיבי סעיף 41 והנתבעים לא עמדו בנטל השכנוע ולכן התביעה התקבלה.

פס"ד אלעבד - השופט ריבלין

מסתמך על ספרם של א' פורת וא' שטיין:

ס' 41 מאפשר סטייה מהכלל הרגיל של הוכחה ספציפית, ישירה ואינדיבידואלית של התרשלות הנתבע, ומתיר לתובע להוכיח "התרשלות סטטיסטית" (כלומר, כיוון שברוב המקרים התנהלות הנתבע מובילה לנזק, הגיוני שכך קרה באותו מקרה). ס' 41 מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע על ראיות סטטיסטיות או כלליות שלמעשה מסווגות את המקרה לקטגוריה של רשלנות. **התנאי השלישי מתיר שימוש בראיות המלמדות שבמרבית המקרים תאונה מהסוג שאירע לא הייתה מתרחשת בלא התרשלות כלשהי.** היתר כזה ניתן לתובע, כשנסיבות קרות הנזק אינן ידועות, והנתבע שלט בכנס שגרם לנזק.

לכן, במסגרת סעיף 41 לפקודה יש להבחין בין הראיות המשמשות להוכחת הסעיף, לבין הראיות המאפשרות לנתבע להוכיח שלא התרשל - אלה ראיות המתייחסות ספציפית למקרה המסוים ויש בהם להצביע שהנתבע נהג כראוי.

השופט ריבלין מכריע בין שתי הגישות

"לאחר ששקלתי בדבר, דעתי היא כי הגישה הראויה היא זו המביאה בחשבון, בעת בחינת התקיימותו של הכלל, את הראיות הסטטיסטיות של התובע ושל הנתבע גם יחד. הטעם העיקרי לכך הוא, שאין מקום ליתן לתובע "בלעדיות" על האפשרות להביא ראיות כלליות. אינני מוצא הצדקה להעמיד את הנתבע במצב שבו הועבר אליו נטל ההוכחה, מבלי שהתאפשר לו ולו לסתור את הראיות שהובאו כנגדו, לעניין תחולת החזקה, או להביא ראיות משלו באותו עניין. קביעת "התרשלות סטטיסטית" של הנתבע, על יסוד ראיות התובע בלבד, מבלי שאלה עברו במסגרת הראיות הנגדיות שמאותו סוג, שמביא הנתבע, נראית תוצאה מרחיקת לכת." דברים אלה משקפים שיקולי מדיניות שמטרתם לא להטיל אחריות כבדה מדי על נתבעים. זאת, כיוון שאם התובע לא יוכיח את התנאי השלישי, תביעתו לפי סעיף 41 תידחה והוא יצטרך להוכיח את תביעתו לפי סעיפים 35-36.

בסופו של יום קובע, הגישה הראויה כיום היא לבחון את הראיות הסטטיסטיות גם של התובע וגם של הנתבע לתורך השאלה אם ס' 41 מתקיים. אחרי שהתובע מוכיח את התנאים ומביא את הנתונים הסטטיסטיים שלו, אומר ריבלין הוגן צודק ושיווני להסתכל רק בראיות של הנתבע (סטטיסטיות) שמנסות לאתגר ולהפריך את של התובע. לא מסתכלים בראיות הקונקרטיות, אלא מסתכלים בראיות הסטטיסטיות בלבד. ליצור תחושה צודקת בין שני הצדדים, הסי' הזה נעשה בו שימוש רב מאוד.

חזרה לפס"ד סולן-ה' שטרסברג-כהן

תובע שרוצה להוכיח את רשלנות הרופא צריך לצרף לתביעתו חוות דעת של רופא מומחה. חובה זו היא בעלת משמעות מיוחדת בתביעות של רשלנות רפואית, שכן שאלות האחריות והנוק תלויות בחוות דעת זו. אם נבחן את תנאי סעיף 41 רק על בסיס הראיות של התובע (חוות הדעת שהגיש) התוצאה תהיה שברוב המקרים יהיה על בית המשפט להחיל את סעיף 41 ולהעביר את נטל השכנוע אל הרופא הנתבע מבלי שיוכל להציג חוות דעת משלו. תוצאה כזו לא תואמת מדיניות משפטית ראויה. מדוע? מתן טיפול רפואי ניתן לאדם חולה. לא תמיד ניתן לשפר או לרפא את החולה, ולעתים צפוי המצב להתדרדר ללא כל רשלנות מצד הרופא. המשפט לא אמור להעמיד את הרופאים במצב של "אשמים" לכאורה ולהעביר באופן גורף את נטל השכנוע לשכמם על סמך ראיות התובע בלבד, אלא יש לבחון את תנאי הסעיף על בסיס כל הראיות, כולל אלה של הרופאים-הנתבעים.

ובחזרה לפס"ד אלעבד...

הש' ריבלין: במסגרת ס' 41, בהתחשב בפס"ד סולן, ובהתחשב בשיקולי מדיניות, יש לאמץ את הגישה לפיה על בית המשפט לבחון, בעת בדיקת התקיימותו של הסעיף את כל הראיות הכלליות: מטעם התובע ומטעם הנתבע.

הראיות הקונקרטיות, במידה וקיימות, יילקחו בחשבון בשלב שבו נשאלת השאלה האם עלה בידי הנתבע להרים את הנטל שהועבר אליו מכוח הכלל (כלומר האם התרשלו בפועל). "משהועבר הנטל אל כתפי הנתבע, יוכל הוא להרים נטל זה באחד משני אופנים. האחד, על-ידי שיוכיח את התרחיש שגרם לנזק שאיננו תרחיש עוולתי, לאמור, איננו פרי רשלנות מצדו. השני, כי אף שאיננו יודע את הסיבה שהביאה לנזק, יוכיח שפעל בסבירות הראויה ומעשיו אינם נגועים ברשלנות" (הש' שטרסברג-כהן בפס"ד סולן).

בכל מקרה, הש' ריבלין דוחה את התביעה כי לדעתו בנסיבות המקרה, כשכל כך מעט ידוע על נסיבות ארוע הנוק לא הצליח התובע להוכיח את התקיימותו של התנאי השלישי של סעיף 41 (לא היה כל נתון סטטיסטי שהצביע על התרשלות).

כאשר הראיות הכלליות של התובע אינן משכנעות

הראיות הכלליות-סטטיסטיות שמציג התובע בנוגע לנסיבות האפשריות לקרות הנזק צריכות להיות משכנעות. במידה ולא, תנאי סעיף 41 לא יוכחו, לא יעבור נטל השכנוע לנתבע והתביעה עשויה להידחות. ע"א 4152/03 חסונה נ' בית חולים ביקור חולים:

לאחר לידת בנה, סבלה התובעת דימום שנגרם ככל הנראה מזיהום. זמן קצר לאחר מכן התגלתה בעיה רפואית ברחמה שגרמה לכך שהתובעת לא תוכל ללדת יותר. המומחים הסכימו שלבעיה ברחם יכולות להיות מספר סיבות וקשה לדעת מה הסיבה לבעיה שנוצרה לאחר הלידה. המומחה של התובעת העלה את האפשרות שהנזק נגרם כתוצאה מהתרשלות בביצוע הניתוח הקיסרי בעוד שהמומחה מטעם בית החולים טען שהסיבה יכולה להיות הזיהום שהוא לא גורם רשלני.

פס"ד חסונה- השופט ריבלין

סעיף 41 מהווה חריג לדרישת ההוכחה הספציפית בכך שהוא מאפשר לתובע להוכיח את תביעתו באמצעות ראיות כלליות וסטטיסטיות שמלמדות שבמרבית המקרים, נזק מן הסוג שארע נגרם בשל התרשלות כלשהי.

אבל, גם הראיות הכלליות האלה צריכות להיות מהימנות ובעלות משקל. הראיה הכללית של התובע עשויה להיות בלתי-משכנעת אם חוות-דעת רפואית שמציגה סיבה אפשרית לנזק אינה מגובה בספרות רפואית כלשהי. חוות הדעת מטעמו עשויה להיות בלתי-משכנעת לאור הראיות הכלליות של הנתבע כשהמומחה מטעמו מציג מחקרים שפוגעים בתוקפם של המחקרים שהציג התובע או מציג גורמים אחרים לנזק שלא קשורים לאשם המזיק. במקרה זה, בין אם נלך לפי גישת הש' אנגלרד בפס"ד סולן ובין אם נלך לפי גישת דעת הרוב בפס"ד סולן, הראיות הכלליות שהציגה התובעת לא היו משכנעות ולכן הנטל לא עבר לכתפי הנתבעת.

השופט ריבלין על תוקפן של הראיות הכלליות

"אין די בהצבת נתון סטטיסטי, בדבר הסתברות נמוכה של עצם התרחשותה של תקלה, בהליך טיפולי מסויים, כדי להקים את היסוד השלישי המתואר בסעיף 41 לפקודה. ההסתברות הצריכה לעניין היא אכן הסתברות כללית אך היא נוגעת לשקילת מספר המקרים בהם עשוי להתרחש נזק מסוג זה כתוצאה מהתרשלות, אל מול מספר המקרים בהם עשוי להתרחש הנזק שלא כתוצאה מהתרשלות. הנדירות של סוג תאונה מסוים, כשלעצמה, עשויה להשפיע בשני כוונים מנוגדים: מחד גיסא, היא עשויה ללמד כי הנזק היה בלתי נמנע, ואין הוא נובע ממעשה רשלני; מאידך גיסא, היא עשויה ללמד כי אילו ננקטו אמצעי זהירות, סביר להניח כי לא היה מתרחש המקרה הנדיר.

אכן, נתון סטטיסטי כזה, הנוגע לנדירות התוצאה המזיקה, עשוי להיות מובא בחשבון מכלול הראיות הבאות ללמד על קיומו של התנאי השלישי. בנסיבות מסויימות עשויה נדירות האירוע להוות סימן וראיה להתרשלות - זאת, בהצטרפה לנסיבות אחרות של המקרה - ובהן אופיו של הטיפול הרפואי שבמחלוקת, מצבו של החולה קודם לטיפול, טיב הנזק שנגרם לו, והיחס שבין אופי הטיפול לבין טיב הנזק שנגרם. נסיון החיים עשוי ללמד כי בהתחשב באופיו הפשוט והשגרתי של טיפול רפואי מסויים, במצב בריאותו התקין של המטופל, טרם טיפול, בנזק הקשה שנגרם לו, ובהעדר אפשרויות מסתברות אחרות שיש בהן כדי ללמד על סיבת הנזק, יתקיים התנאי השלישי האמור..."

השפעת סעיף 41 על תביעות ברשלנות רפואית

ע"א 2989/95 קורנץ נ' המרכז הרפואי ספיר: התובעת עברה ניתוח לכריתת כיס המרה. בשל ההיסטוריה הרפואית שלה, הוחלט לתת לה לפני הניתוח ולאחריו תרופה למניעת היווצרות קריש דם. הניתוח עבר בהצלחה ויומיים לאחריו הורו הרופאים להפסיק את הטיפול בתרופה. זמן קצר לאחר מכן התמוטטה התובעת כתוצאה מתסחיף קריש דם בריאותיה, נגרם לה נזק מוחי בלתי הפיך והיא נותרה מחוסרת הכרה.

בתביעה נטען שהצוות התרשל ולא היו צריכים להפסיק את מתן התרופה. **ביהמ"ש המחוזי:** התובעת התהלכה באופן חופשי יומיים לפני הפסקת מתן התרופה, ובמקרה כזה, על-פי הראיות, מקובל להפסיק את מתן התרופה. לפיכך נדחתה התביעה. **התביעה נדחתה גם בבית המשפט העליון (שטרסברג-כהן וטירקל מול דעת המיעוט של דורנר).**

השופט שטרסברג-כהן

"העברת הנטל במקרים של רשלנות רפואית מבטאת מדיניות משפטית, שתכליתה לרדת לחקר העובדות המצויות בד"כ בידי הרופא או בידי המוסד הרפואי. יש שמתקיימים תנאי סעיף 41 ואז מועבר הנטל מכוח אותו סעיף. כשלעצמי, נמנית אני עם המחמירים והייתי מוסיפה טעם נוסף להעברת הנטל במקרים המתאימים והוא, **היותם של כל הידע והמידע בידי המוסד או בידי הרופא המטפל, כשנגישות החולה אל כל אלה, מועטה ומצומצמת.** הטלת הנטל על התובע עלולה להיות במקרים מסוימים משימה בלתי אפשרית ויכול שרק בשל כך יצא מוסד שחטא ברשלנות פטור בלא כלום ותובע ניזוק יצא וידיו על ראשו. כך נמצאים אנו חוטאים לחקר האמת, המחייב כי יבואו בפני בית-המשפט כל העובדות לאשורן לבל תתקבל הכרעה על יסוד מערכת עובדתית חסרה..."

אבל, כנגד שיקולים אלה עומד השיקול של הימנעות מהכבדת יתר על הרופאים. אין לכפות את ידיהם כשהם מטפלים בחולים כדי שלא יפעלו בצורה מתגוננת. לכן, השי' שטרסברג-כהן סבורה שיש לעשות שימוש בס' 41 בצורה זהירה ומוקפדת. ובמקרה זה בחרה השופטת שלא להפעיל את ס' 41.

השופט שמגר בפס"ד רז נ' אלישע

שיקולי מדיניות שמצביעים על כך שראוי להעביר את נטל השכנוע לרופאים:

- (1) לרופאים יש גישה למידע והם נימצאים בעמדה טובה יותר לשקול את תוצאת המעשה ולכן יש מקום להטיל עליהם את הנטל להוכיח כיצד נגרם הנזק.
- (2) העברת הנטל תפחית בעלויות משפט ותצמצם טעויות משפטיות אפשריות שכן הנטל להוכיח יועבר למי שבידיו הראיות
- (3) ראוי שהרופאים ידעו שאם הם מתרשלים הם ישלמו על כך. דבר זה יעודד אותם לנקוט בהירות רבה יותר.
- (4) המטרה של בית המשפט הינה להכריע במחלוקות שבפניו עד כמה שאפשר ללא טעות, ומתוך יכולת לדעת מה קרה מבחינה עובדתית. העברת נטל הראיה למי שיש לו ידיעה טובה יותר על מה שנעשה תממש מטרה זו.

ואכן, מאז שנות ה-80 הורחבה האחריות בנוזיקין של רופאים, לא רק על בסיס עוולת הרשלנות אלא גם על בסיס סעיף 41 לפקודה.

סעיף 41- סיכום

בסעיף 41 נעשה שימוש כאשר התובע אינו יודע כיצד נגרם הנזק וכי הנתבע נמצא במצב טוב יותר להסביר את האירוע הנזיקי כיוון שהוא שלט במצב הדברים. הדרישה המשמעותית מהתובע בסעיף זה היא להוכיח באופן כללי שלאור נסיבות המקרה ניתן להניח שהנתבע התרשל.

התובע אינו צריך להוכיח באופן קונקרטי שהנתבע התרשל אלא שסטטיסטית במרבית המקרים, אירוע נזק כמו זה שאירע מוביל למסקנה שהנתבע התרשל.

טענה זו נבדקת לא רק על בסיס הראיות הכלליות-סטטיסטיות שהתובע מציג, אלא גם לאור הראיות וההסברים הכלליים שהנתבע מציג.

אם אכן האפשרות שהציג התובע לקרות התאונה משכנעת את בית המשפט, הנטל יעבור לנתבע להוכיח שהוא לא התרשל. בשלב זה, על הנתבע יהיה להציג הסבר ספציפי, קונקרטי ומשכנע שהנזק שנגרם לא נגרם בשל התרשלותו.

הסעיף הזה משקף למעשה מדיניות משפטית הבאה ליצור איזון בין תובעים שלא יכולים להוכיח כיצד נגרם הנזק לבין נתבעים שלהם ידע ושליטה רבה על המצב.

הקדמה

כדי להוכיח תביעה בנוזק יש להוכיח קשר סיבתי. במסגרת עוולת הרשלנות, יש להוכיח שהתקיים קשר בין ההתנהגות הרשלנית של הנתבע (הפרת חובת הזהירות) לבין הנוזק שנגרם לתובע. בעוולות אחרות יש להוכיח קשר בין ההתנהגות הפוגעת לפגיעה עצמה. הטענה היא שללא ההתנהגות הפוגעת (ההתרשלנות) לא היה נגרם הנוזק. כאשר הנוזק הוא יסוד מיסודות העוולה הקשר הסיבתי מתייחס לשניים: (1) האם יש להטיל על הנתבע אחריות- האם התנהגות הנתבע גרמה לנוזק (2) מהו היקף האחריות – האם הנתבע אחראי לפצות בגין כל הנוזק שנגרם הסעיפים הרלוונטיים בפקודת הנוזקין הם: סעיף 64 וסעיף 76.

קשר סיבתי- עובדתי

יש להוכיח שניים (במצטבר): קשר סיבתי-עובדתי ו-קשר סיבתי-משפטי.

קשר סיבתי-עובדתי

המבחן המרכזי לקביעת הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן "האלמלא", או מבחן "הסיבה שבלעדיה אין". השאלה: האם הנוזק היה נגרם ללא התנהגות המזיק? אם התשובה היא לא, כלומר, אם הנוזק לא היה נגרם ללא התנהגות המזיק, אז יש קשר סיבתי-עובדתי. הבעיה: כשיש "עמימות עובדתית" – כאשר עובדתית יש מספר גורמים שכל אחד מהם בנפרד או כולם ביחד גרמו/תרמו לנוזק ולא יודעים איזה גורם הוא הסיבה המכרעת לקרות הנוזק. מבחן האלמלא אינו מסייע בהקשר זה. אנו נדון בכך בהמשך (במצגת הבאה). ישנן מקרים שבהן יש כמה גורמים שפועלים בעת ובעונה אחת ונגרם נזק אחד. (לדוג' במקרה שלושת הכלבים (פס"ד קוהיניר)) ברוב המקרים, כאשר יש תובע ונתבע, או תובע ושני נתבעים- אז בדר"כ אין בעיה בקשר סיבתי עובדתי, כי ברור מה קרה. השאלה היא איך יוצרים את הקשר ברמה המשפטית.

קשר סיבתי-משפטי

הקשר הסיבתי המשפטי תוחם את הדיון ביסוד הקשר הסיבתי, שהרי אם לא נתחום זאת, נוכל להגיש תביעה כנגד גורמים רבים שתורמו עובדתית לנוזק ואשר נמצאים כחוליות על השרשרת הסיבתית. **ע"א 23/61 סימון נ' מנשה, השופט אגרנט:** הקשר שקיים בין ההתנהגות הרשלנית לתוצאה המזיקה יהיה כזה שהחוק או הדין מחשיבים כמספיק כדי לחייב את המזיק באחריות למעשהו. הקשר הסיבתי המשפטי תוחם את קבוצת האנשים אשר יש להם קשר קרוב יותר או פחות לאירוע הנוזק, וקובע מי מבין כל המזיקים האפשריים אשר עלולים לשאת באחריות משפטית לנוזק הנזק אכן נושאים באחריות לנוזק. במצגת זו, נתמקד בקשר סיבתי-משפטי. **הוא אומר – שאפשר ללכת אחורה בהיסטוריה לתבוע את כל מי שאחראי על גורם הנוזק הישיר.

המבחנים לקיומו של קשר סיבתי-משפטי- מבחנים אלו לא מצטברים. כביכול אפשר לעשות שימוש בכל אחד מהם כדי לקבוע אם יש קשר סיבתי משפטי. או שמא המזיק הישיר קטע את הקשר בין הנתבע לתובע. המזיק הישיר נקרא – גורם זר מתערב, כי הוא מתערב ביחסים שבין התובע לנתבע (הוא נמצא בין). (1) **מבחן הצפיות- האם יכול היה המזיק לצפות** שאם לא ינהג בזהירות ייגרם נזק לאדם אחר. המבחן הצר ביותר לקביעת קשר סיבתי משפטי. (בעיקר רלוונטי לעוולת הרשלנות). (2) **מבחן הסיכון- האם התוצאה המזיקה נפלה בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיקה של הנתבע?** קשר סיבתי בין ההתרשלנות לנוזק יתקיים כשהסיכון שהתממש בפועל הוא הסיכון שמפניו באה העוולה להגן ואותו היא רוצה למנוע. במלים אחרות, **האם הנוזק הוא תוצאה של התממשות אחד הסיכונים שהתנהגות של הנתבע- המזיק יצרה?** לשם כך יש לקבוע מהו סל הסיכונים שהתנהגותו של המזיק יוצרת.

**כאשר אנחנו מסתכלים על תחום מסוים או התנהגות מסוימת אנחנו שואלים את עצמנו איזה סיכונים ההתנהגות הזו גורמת. (לדוג' נהיגה בכביש – פגיעה בהולכי רגל, פגיעה ברכב אחר). השאלה האם כאשר

הנזק כבר קרה, האם הנזק הוא התממשות של אחד הסיכונים האלה. (לדוג' - פגיעה בהולך רגל, ואמרנו שאחד הסיכונים בנהיגה בכביש זה פגיעה בהולך רגל, אז מבחן הסיכון מתקיים).
(3) **מבחן השכל הישר - האם התנהגותו הרשלנית של המזיק תרמה בפועל להתהוות הנזק?** המבחן הרחב ביותר לבדיקת קשר סיבתי-משפטי.
אלה מבחנים חלופיים ולא מצטברים, אם כי בעוולות מסוימות (למשל, רשלנות) בתי המשפט בוחנים אם שלושת המבחנים האלה התקיימו.
מבחן הסיכון נקבע בפס"ד קואסמה, הוא המבחן הרלוונטי היחיד לגבי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, מבחן השכל הישר הוא מבחן לוואי.

קשר סיבתי-משפטי: גורם זר מתערב

סעיף 64 (2) לפקודת הנזיקין: **"אשם הוא מעשהו או מחדלו של אדם, שהם עוולה לפי פקודה זו, או שהם עוולה כשיש בצדם נזק, או שהם התרשלות שהזיקה לעצמו, ורואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק; אולם לא יראוהו כך אם נתקיימה אחת מאלה...**
(2) **אשמו של אדם אחר הוא הסיבה המכרעת לנזק".**

מהות הדרישה של הקשר הסיבתי-המשפטי היא זו:

לאחר שהתקיים מבחן הקשר הסיבתי-העובדתי, יש לבדוק האם התקיימו נסיבות אשר מנתקות באופן משפטי את הקשר בין התנהגות המזיק לבין הפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע, למשל כשיש גורם נוסף.

שאלה מרכזית שעלתה בפסיקה: האם יש קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לנזק כשיש גורם זר מתערב (מזיק נוסף או הניזוק עצמו)

ברמה העובדתית ברור שהשוטר נושא באחריות, ללא ההגעה לאירוע חברתי בן הדוד היה נשאר בחיים.

ע"א 23/61 סימון נ' מנשה

המנוח נהרג בתאונת דרכים כנוסע בטנדר.

נהג הטנדר עצר באמצע הכביש ונסע אחורנית כדי לפנות לדרך צדדית בצד שמאל של הכביש.

משאית שהגיעה מאחור ניסתה לבצע עקיפה אך פגעה בטנדר.

התביעה הוגשה נגד נהג הטנדר ונהג המשאית.

השאלה: האם יש קשר סיבתי בין התנהגות נהג הטנדר לבין הנזק שנגרם?

המזיק הישיר הינו נהג המשאית. האם מעורבות המשאית בתאונה נתקה את הקשר שבין התנהלות נהג הטנדר לנזק שנגרם?

השופט אגרנט

לא מכריע איזה מבחן חל (צפייות, סיכון, שכל ישר), אבל קובע **שבעולת הרשלנות, מבחן הצפייות הוא המבחן המקובל ביותר:**

"מעשהו הרשלני של המזיק השני (שגרם "במישרין" לתאונה), לא די בו כדי ש"ינתק" הקשר הסיבתי בינה

לבין המעשה הרשלני של המזיק הראשון (שיצר את הסיכון), אם עובדת קרות התאונה היא **עצם הדבר**

שעלול היה לקרות עקב רשלנותו של [המזיק הראשון] ואשר **מחובתו היה איפוא לחזותו מראש.**"

לפי **מבחן הצפייות:** נהג הטנדר יכול וצריך היה לחזות מראש שע"י חסימת הכביש יוצר סיכון של פגיעה מכיוון רכבים המגיעים מאחור.

נהג הטנדר יכול היה לצפות שהתנהגותו תכשיר את הקרקע ותוביל לפגיעה של נהג אחר בנוסעים שבטנדר בשל חוסר זהירות. לאור זאת, התנהגות נהג המשאית אינה הגורם הבלעדי לקרות הנזק אלא יש לחלק את האחריות ביניהם באופן שווה.

ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה

שני נערים כבני 15 הצליחו לפרוץ למועדון גדני"ע בבית שאן דרך חלון כיוון שאחד הסורגים בחלון היה חסר, והפריצה נחסמה ע"י שני קרשים ותיל.

לאחר שנכנסו למועדון הנערים קרעו ממקומה את דלת הכניסה לחדר הנשק, שהייתה עשויה מעץ, שברו את המנעול שנעל את הכן עליו היו מונחים רובים ונטלו עמם מספר רובים וכדורים.

מספר ימים לאחר מכן הזמינו הנערים את התובע לשחק עמם "משחק מלחמה" שבמסגרתו הם ירו לכיוונו. כדור פגע בראשו והוא נפגע קשה. כל אותה עת היה המועדון סגור, ודבר הפריצה טרם נודע.

התובע טען שמר ברדה שהיה אחראי על המועדון התרשל. בית המשפט המחוזי קבע, שברדה אמנם התרשל, אבל נותק הקשר הסיבתי בין התרשלותו לבין נזקי התובע ע"י מעשי הנערים, ולכן נדחתה

התביעה נגדו ונגד המדינה.

בית המשפט העליון: יש לקבל את התביעה ולקבוע שיש קשר סיבתי בין מחדלו של ברדה לבין מותו של בן שמעון.

השופט ברק

מבחני הקשר הסיבתי-המשפטי הם חלופיים והש' ברק לא נותן עדיפות למי מהם.

מבחן הצפיות: האם המזיק כאדם סביר צריך היה לצפות, כי התרשלותו תביא לנזקו של הניזוק.

מבחן הצפיות כשהתערב גורם זר (צד שלישי, הניזוק עצמו): **האם על המזיק לצפות (באופן סביר) את התערבותו של אותו גורם זר מתערב.**

מבחן הסיכון: האם הנזק שנגרם הוא בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיק גם אם הנזק נגרם בשל התערבות גורם זר.

אם הפגיעה בניזוק היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיק (ברדה) שלא דאג לשמור על הנשק, גם כשהפגיעה נגרמה ע"י אדם אחר (הנערים) אז יתקיים קש"ס.

מבחן השכל הישר: האם ההתנהגות הרשלנית של המזיק תרמה בפועל להתהוות התוצאה המזיקה.

כשהנזק נגרם בשל התערבות גורם זר, השאלה היא האם התערבות הגורם הזר שוללת, באופן הגיוני את קיומו של הקשר הסיבתי.

פס"ד ברדה - גורם מתערב זר ומבחן הצפיות

עקרונית, התערבות גורם זר בין התרשלות לנזק אינה מנתקת את הקש"ס. השאלה היא תמיד האם התערבות הגורם הנוסף צפויה. כאשר התערבות הגורם הזר צפויה אז היא לא מנתקת את הקשר הסיבתי.

אבל, האם על המזיק לצפות את כל פרטי ההתערבות הזרה או די בכך שהוא צופה את ההתערבות בכללות? האם צריך ברדה לצפות את "משחק המלחמה" הספציפי או די בכך שהוא צריך לצפות משחק אסור בנשק כדי לקיים קש"ס?

הש' ברק:

חבות המזיק אינה מותנית בכך שיחזה מראש את פרטי הנזק באופן ספציפי אלא די בכך שיצפה את האירוע הרשלני ותוצאותיו בקווים כללים. הצפיות אינה צריכה להתייחס לכל פרטי האירוע שהתרחש, אלא לאופיו הכללי.

כיוון שלא קל להבדיל בין צפיות של הקווים הכלליים של האירוע לבין הצפיות של הקווים הספציפיים, אפשר להיעזר במבחני הסיכון והשכל הישר.

השופט ברק - יישום מבחן הצפיות

השופט ברק: ברדה יכול וצריך היה לצפות שהתרשלותו בשמירה על הנשק תביא לידי כך, שנערים ייקחו את הרובים והכדורים ללא רשות וישחקו בהם, וכי תוך כדי משחקים אלה עשוי אדם להיפגע.

משחקי ילדים בנשק הינם התרחשות צפויה מהתרשלותו של ברדה. לכן אחראי ברדה לנזק שנגרם תוך כדי משחקי הילדים, גם אם המשחק הספציפי אותו הם שיחקו לא היה צפוי.

הצפיות צריכה להתייחס לאופיו הכללי של האירוע, ואופי זה עניינו משחקי ילדים בכלי הנשק. הצפיות אינה צריכה להתייחס למשחק מסויים. גם אם המשחק אותו שיחקו לא היה צפוי, משחק אסור ומסוכן בכלי נשק כן היה צפוי, ולכן הקשר הסיבתי לא יינתק.

פס"ד ברדה - יישום מבחן הסיכון והשכל הישר

מבחן הסיכון: האם הסיכון שנוצר ע"י ההתערבות בפועל של הגורם הזר, הוא בטווח הסיכונים, שמעשהו של המזיק יוצר? לשם כך צריך להגדיר את הסיכון הכללי, שנובע מפעילות המזיק.

כאן, הסכנה מההתרשלות של ברדה היא שימוש של נערים בנשק ללא היתר, ותחום הסיכון הוא פגיעה באדם ע"י שימוש בנשק ללא היתר. הסיכון שהתרחש בפועל הוא סיכון שנובע משימוש ללא היתר. השימוש שנעשה בנשק נופל במסגרת הסיכון שרשלנותו של ברדה יצרה, ולכן אין בשימוש המסויים שנעשה בנשק כדי לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי.

מבחן הסיכון בודק האם הסיכון שנוצר ע"י הגורם הזר (הנערים) הוא מסוג הסיכונים שמעשהו הרשלני של המזיק (ברדה) יצר. התשובה כאן היא חיובית.

מבחן השכל הישר: האם התרשלותו של ברדה תרומה משמעותית לקרות הנזק? ברדה התרשל בשמירה על נשק, ולכן נגנבו רובים. ההסתברות ההגיונית היא שבנסיבות אלה ייטלו נערים את הנשק וישתמשו בו לירי. זה מה שקרה בפועל ולכן אין באירוע זה לנתק את הקשר הסיבתי.

ע"א 350/77 כיתן נ' וייס (פס"ד שקדם לפס"ד ברדה)

עובד אבטחה של חברת "כיתן" נשא נשק.

הנהלת החברה לא הקפידה לוודא שהנשק יחזור למקומו.

לאחר שהעובד סיים את המשמרת הוא לקח את הנשק ורצח את עורך דינו.

משפחת הנרצח תבעה את "כיתן".

השאלה: האם יש קשר סיבתי בין ההתרשלות החברה לבין הנזק שנגרם. **הטענה** הייתה שהחברה יצרה את הנסיבות לשימוש חופשי באקדח, אם החברה הייתה מקפידה על כללי זהירות טובים יותר והייתה מודעת למצב הנפשי של העובד הזה, המקרה היה יכול להימנע.

הש' שמגר:

- הנתבעת "כיתן" לא ידעה על כוונות האלימות של העובד כלפי אנשים אחרים ולכן אין לדרוש ממנה לחזות מראש את האפשרות של ביצוע רצח.
- אין קשר סיבתי בין ההתרשלות שהתבטאה בחוסר הפיקוח הנאות על הנשק לבין מעשה הרצח שבוצע על-ידי עובד חברת האבטחה. יש לדחות את התביעה.

הש' ברק בפס"ד ברדה מעיר על פס"ד כיתן

התנהגותו הכללית של העובד בפס"ד **כיתן** - שימוש בנשק המעביד לצרכיו האישיים - הייתה בלתי צפויה, ולכן ניתן הקשר הסיבתי.

אבל, אם המעביד היה יודע שהעובד מבקש להשתמש בנשק כדי לחסל את המאהב של אשתו ולא מנסה למנוע זאת, ובסופו של דבר העובד רוצח את עורך הדין שלו נראה שבנסיבות אלה יהיה המעביד אחראי. מדוע? אמנם, האירוע שהתרחש בפועל (רצח עורך הדין) לא היה צפוי, אבל אירוע זה שייך בקווי הכלליים לסוג אירוע של שימוש בנשק לצרכים פרטיים אסורים שהיה צפוי, ודי בכך כדי למנוע את שלילת הקשר הסיבתי (או במלים אחרות, די בכך לקבוע שבמקרה כזה מתקיים קשר סיבתי).

מכאן, שמעשה מכוון בלתי צפוי מנתק קשר סיבתי, אבל מעשה מכוון צפוי לא בהכרח מנתק קשר סיבתי.

אם המעביד היה יודע שהעובד תפס את אשתו על המאהב והוא מתכוון לפגוע בו והוא לקח את הנשק והרג את עורך הדין, שמגר היה מכליל את הקשר הסיבתי. אבל בגלל שהמקרה היה בלתי צפוי לא היה קשר סיבתי.

ע"א 8199/01 מירו נ' מירו

במהלך מפגש חברתי פגע כדור שנורה מאקדחו המשטרתי של אחד האורחים שהיה שוטר במשטרת ישראל באדם אחר שנהרג כתוצאה מהירי.

האקדח, ובו מחסנית טעונה בכדורים הונח על הספה שעליה ישב השוטר. בן דודו של המנוח, שישב ליד השוטר נטל את האקדח ולחץ על ההדק. היורה הורשע בהריגה מתוך קלות דעת, והשוטר זוכה. בני משפחת המנוח תבעו בניזקין את היורה, השוטר והמדינה.

היורה לא כפר באחריותו. השוטר טען שהתנהגותו של היורה הייתה בלתי צפויה והיא הסיבה המכרעת לנזק (גורם מתערב זר). ומכאן, אין קשר סיבתי בין התנהלות השוטר לנזק.

בית-המשפט המחוזי קיבל את הטענה בדבר ניתוק הקשר הסיבתי ודחה את התביעה נגד השוטר והמדינה. **בית המשפט העליון:** הכיר בתביעה וקבע כי על השוטר והמדינה לשאת באחריות בהיקף של 30% לנזק שנגרם.

השופטת דורנר

קשר סיבתי-עובדתי: אם השוטר היה דואג שלאיש לא תהיה נגישות לאקדח הנזק היה נמנע. לכן, מחדלי השוטר הם הגורם שבלעדיו-אין, והם גרמו למוות.

קשר סיבתי-משפטי: האם חל סעיף 2)64 לפקודה שקובע שאין קשר סיבתי כשהתערבות של אדם אחר היא הסיבה המכרעת לנזק.

קשר סיבתי לא ינותק רק כי אחד הגורמים לנזק היה מעשה של אחר שנעשה ברשלנות חמורה, בפזיזות או במתכוון. היסוד המכריע באשם נקבע עפ"י מבחנים המשקפים שיקולי מדיניות: מבחני השכל הישר, סיכון וצפיות.

המבחן של **קשר סיבתי-משפטי** משקף - כמו יסודות חובת הזהירות וההפרה - מדיניות משפטית-חברתית אליה חותר בית המשפט. מדובר למעשה בקידום ערכי החברה ומטרותיה בהקשר המסוים של פסק הדין. כך, ההגנה על חיי אדם מחייבת קביעת סטנדרט התנהגות מחמיר, שבגדרו נדרשת צפיות רחבה יחסית לקיומן של סכנות לאנשים אחרים.

פס"ד מירו- יישום מבחני הקשר הסיבתי

השופטת **דורנר** אינה נותנת עדיפות לאחד משלושת המבחנים.

מבחן הסיכון: סטנדרט הזהירות הקבוע בהוראות הבטיחות בפקודת המשטרה מלמד על סיכונים שאותם מבקש המחוקק למנוע כשמדובר בסיכונים בלתי צפויים. כאן, ההוראות בפקודת המשטרה נועדו למנוע נזק מאקדח בין אם זה ברשלנות, בפזיזות או בכוונה, כשהנזק שהתרחש - הירי - היה במתחם הסיכון שההוראות בפקודת המשטרה באו למנוע.

מבחן הצפיות: השיקול של הגנה על חיי אדם מחייב לקבוע רמת זהירות גבוהה וזאת לאור רמת סיכון הגבוהה שיש באחזקת נשק. **השוטר** השאיר את הנשק טעון על הספה ובכך הוא התרשל כיוון שהוא **היה יכול וצריך לצפות** שיעשה בו שימוש ע"י אחר. לכן, קמה לשוטר אחריות לנזק שאותו היה חייב לצפות.

מבחן השכל הישר: הנחת הנשק הטעון על הספה - שהיא מעשה רשלני - תרמה תרומה משמעותית לגרימת הנזק.

כשהגורם המתערב הוא הניזוק עצמו - סוגיית המתאבד

ע"א 7021/99 עזבון המנוח שלומי ויצמן נ' סלע:

שלושה נערים בבי"ס תיכון לקחו ללא רשות מכונית של חברתם ללימודים שהגיעה איתה ללימודים. כשהדבר נודע להנהלת ביה"ס היא זימנה את הילדים והרחיקה אותם מביה"ס בגלל התנהגות זו. בנוסף, הטילה עליהם לכתוב מכתב התנצלות.

הנהלת בית הספר החליטה עוד כי כשהילדים והוריהם יערערו על הענישה הזו הם יבטלו להם את העונש וימירו אותו בפעילות התנדבותית.

בנוסף הם התכוונו לשלול מאחד הנערים, שלומי ויצמן, את תעודת ההצטיינות החברתית שעמד לקבל. שלומי ויצמן כתב מכתב התנצלות, אבל כשאמא שלו חזרה היא מצאה שבנה תלה את עצמו והתאבד.

בית המשפט העליון דחה את התביעה.

השאלה: האם יש לבית הספר אחריות כלפי העזבון בגין ההתאבדות של התלמיד?

השופט טירקל

משנקבע קיומו של קשר סיבתי-עובדתי, עולה השאלה האם לא נשלל הקשר הסיבתי בשל שיקולים משפטיים.

מבחן הצפיות הוא המבחן המרכזי לקביעת קשר משפטי בעולות הרשלנות.

הש' **טירקל** מסתמך על דברי הש' **ברק** בפס"ד **ועקנין** שבו נקבע כי מבחן הצפיות הוא המבחן העיקרי בעולות הרשלנות. לאור זאת, יש לבדוק האם מעשהו של הנער שהתאבד מנתק את הקשר הסיבתי שבין התרשלות בית הספר לבין המוות.

פעולה מכוונת של אדם אחר שהייתה הסיבה המכרעת לנזק מנתקת את הקשר הסיבתי בין התנהלות הנתבע לנזק בתנאי שלא היה ניתן לצפות את הפעולה. לעומת זאת, פעולה מכוונת שהיה ניתן לצפותה אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.

קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות בית הספר למות הנער מתקיים, אבל התנהגות מכוונת ועצמאית של הניזוק עצמו עשויה לנתק קשר זה.

האם על נתבע לצפות מעשה התאבדות?

האם מעשה התאבדות היא סיבה מכרעת לנזק המנתקת קשר סיבתי?

הש' **טירקל**: הגישה המקובלת היא שרואים מעשה התאבדות כפעולה מכוונת של המתאבד המנתקת קשר סיבתי בין מעשה הנתבע לבין הנזק, אלא אם היה עליו לצפות את מעשה ההתאבדות.

האם לאור נסיבות המקרה הנהלת בית הספר יכולה וצריכה הייתה לצפות כי הנער יתאבד? הש' **טירקל**: **לא!**

אמצעי המשמעת שנקטו נגד הנער לא היו חריגים באופיים, ואופיו של הנער לא היה דכאוני. לכן, ניתן הקשר הסיבתי בין התנהלות בית הספר לנזק. פעולת הנער הייתה רצונית ומכוונת וניתקה את הקשר בין התנהלות בית הספר לנזק שנגרם (המוות).

הש' **טירקל** – התאבדות מנתקת את הקשר הסיבתי אל א אם ההתאבדות הייתה צפויה.

ברק – האם זה היה צפוי. צריך להוכיח שההתאבדות הייתה מעשה צפוי.

פס"ד ויצמן- השופט ברק

כשמדובר בחובת זהירות המוטלת על מזיק למנוע מקרים שבהם ניזוקים מזיקים לעצמם הרי שמעשה ההתאבדות של הניזוק אינו מוגדר כגורם מתערב זר לפי סעיף 64(2) אלא נכנס לגדר שאלת הפרת החובה (ההתרשלות) וצפיות הנזק. ההתאבדות מסווגת כחלק מהשרשרת הסיבתית ולא כגורם מתערב זר.

השאלה היא אם צפוי היה שרשלנות בית הספר תביא להתאבדות ולא אם ההתאבדות מנתקת את הקשר הסיבתי בין רשלנות בית הספר למות הילד.

בהנחה שיסודות חובת זהירות והתרשלות מתקיימים, השאלה העיקרית איננה מידת האשם שניתן לייחס לניזוק (המתאבד) כ"גורם מתערב זר" אלא השאלה האם הנזק (מעשה ההתאבדות) היה צפוי מבחינת הנתבע (בית הספר), ולכן אין צורך להכריע בשאלה אם מעשה התאבדות מנתק קשר סיבתי בין הנתבע לנזק.

השאלה: אם הנוזק היה חלק מהשרשרת הסיבתית? הש' ברק: מעשה ההתאבדות לא היה צפוי, כלומר לא חלק מהשרשרת הסיבתית. **השופט ריבלין** הסכים עם שני השופטים.

בסופו של דבר, צריך להוכיח שההתאבדות הייתה צפויה- אז יש קשר סיבתי. אם לא הצלחת כתובע שההתאבדות הייתה צפויה הקשר ניתק.

דנ"פ 983/02 בוריס יעקובוב נ' מדינת ישראל

יעקובוב היכה את אשתו גלינה, התעלל בה והשפיל אותה במשך 8 שנות נישואיהם. למרות זאת גלינה לא התלוננה על מעשי ההתעללות שעברה. ביום המקרה היכה בוריס את גלינה כיוון שסירבה לתת לו את משכורתה. הפעם התלוננה גלינה אבל כשהגיעו השוטרים היא חזרה בה מתלוננתה. מיד לאחר שעזבו השוטרים, התפרץ בוריס, איים על אשתו והחל להשחית את הרהיטים. בעת שבוריס השתולל הסתגרה גלינה בחדר הילדים עם בנה. לפתע עלתה גלינה על אדן החלון וקפצה אל מותה. בוריס הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירה של גרימת מוות ברשלנות. **הש' דורנר (בערעור בעליון): התקיים קשר סיבתי בין התנהגותו של בוריס במשך כל השנים לבין התאבדותה של גלינה, והיה על בוריס לצפות אפשרות שהאלימות שבה נהג והתנהגותו הנפשעת כל השנים וביום התלונה עלולה להוביל להתאבדותה של גלינה. השופטת דורנר הסכימה עם דבריו של השופט ברק בפס"ד ויצמן. לאור החלטה זו, הוגשה בקשה לדיון נוסף.**

דנ"פ יעקובוב- השופט חשין

הטענה: בפס"ד ויצמן נקבע שמעשה התאבדות מנתק קשר סיבתי קיים, (הש' טירקל), אבל הש' דורנר בע"פ יעקובוב קבעה שהתאבדות כשלעצמה אינה שוללת קשר סיבתי אם המזיק היה חייב לצפות שהתנהגותו בנסיבות המקרה עשויה להביא לקראות הנוזק (יישום של דברי הש' ברק בפס"ד ויצמן). **הש' חשין:** פעולה מכוונת של גורם זר, לרבות התאבדות, אינה שוללת קש"ס בין המעשה לנוזק כשאדם סביר יכול לצפות מראש את התערבותו של אותו גורם זר. לפי השופט חשין, השופטים טירקל וברק מציגים חזית אחת בפס"ד ויצמן: **הש' טירקל:** "ניתן לומר כי הגישה המקובלת היא שרואים מעשה התאבדות כפעולה מכוונת של המתאבד המנתקת את הקשר הסיבתי בין מעשהו של הנתבע- המזיק לבין הנוזק, אלא אם היה עליו לצפות את מעשה ההתאבדות." הנשיא ברק: "ספק אם נכון הוא לאפיין מעשה התאבדות שנגרם על-ידי ההתרשלות הנטענת של המזיק כ"גורם מתערב זר" או כגורם בעל "אשם מכריע", לפי סעיף 2(64) לפקודת הנוזיקין."

השופט חשין- יישום מבחן הצפיות

התאבדות אינה מנתקת קש"ס בין מעשה הנתבע לנוזק. המבחן הקובע הוא צפיות. **יישום מבחן הצפיות:** האם אדם מן היישוב היה חייב לצפות שמעשהו יגרום לאדם אחר להתאבד. ההכרעה תיעשה על בסיס הנסיבות של המקרה: יש נסיבות שבהן התאבדות תנתק קשר סיבתי, ויש נסיבות שבהן היא לא תנתק קשר סיבתי. מבחן הצפיות של האדם הסביר יוכרע על בסיס מדיניות משפטית וחברתית וערכיה של החברה, ובהקשר של המקרה הרצון למגר את התופעה של נשים מוכות. **בנסיבות העניין:** בוריס היה חייב לצפות שהתנהגותו עלולה להביא את גלינה להתאבד. לכן, **התאבדותה של גלינה לא הייתה "גורם זר מתערב", אלא תוצאה צפויה של התנהגותו של בוריס.** מעשיו הוליכו אל מעשה ההתאבדות, ואדם סביר היה חייב לצפות כי כך עלול לקרות. לכן, על בוריס לשאת בתוצאות מות אשתו.

ע"א 3379/01 ידיד נ' מדינת ישראל

התובע ניסה להתאבד באמצעות נשק שנמסר לו לצורך מילוי תפקידו כמתנדב במשמר האזרחי, וכתוצאה מהירי התעורר בשתי עיניו. התובע הגיש תביעה כנגד משרד הביטחון וכנגד המשרד לביטחון פנים. הוא היה רעוע מבחינה נפשית, הוא מטופל אצל פסיכולוג. **כנגד משרד הביטחון:** התובע טען כי הפסיכולוג שטיפל בו מטעם משרד הביטחון, בהיותו בן למשפחה שכולה, לא דיווח למשרד הבריאות ולמשמר האזרחי על אודות מצבו הנפשי הרעוע ועל כוונתו להתאבד למרות שידע שהוא מתנדב למשמר. הפסיכולוג היה צריך להרתיע למשמר האזרחי לא לגייס אותו או לא לתת לו נשק. הפסיכולוג טען כי הוא לא סיפר לו שהוא במשמר האזרחי, אז אין קשר סיבתי. **כנגד המשרד לביטחון פנים:** התובע טען שבמשמר האזרחי קיבלו אותו כמתנדב בלי שהעמידו אותו לבדיקה רפואית או פסיכולוגית שהייתה מגלה את מצבו הנפשי ומונעת את הפקדתו של הנשק שבו השתמש.

מכאן, פנו השופטים לבחון את שאלת הקשר הסיבתי. הבעיה מבחינת יסוד ההפרה שלא בדקו את זה. הייתה הפרה של חובת זהירות. האם ידיד לא ניתק בעצמו את הקשר הסיבתי.

במבחן – בנסיבות המקרה, האם מבחן הצפיות מתקיים או לא.

פס"ד ידיד - השופט מצא

השופט מצא מסתמך על דברי השופטים טירקל וברק בפס"ד ויצמן. גם אם מניחים שהתאבדות היא מעשה "רצוני", והיא בבחינת "סיבה מכרעת", אין בכך בלבד כדי לנתק את הקשר הסיבתי בין מחזליו של הנתבע לנזק שנגרם. ניתוק הקשר הסיבתי מותנה בכך שמי שנשאו בחובת זהירות כלפי המתאבד לא יכלו לצפות מראש את מעשהו, כיוון שאם יכלו לצפותו מראש ולא פעלו כדי למונעו, יישאו באחריות לתוצאות המעשה. ההכרעה כאן היא עפ"י מבחן הצפיות, ולפי נסיבותיו המקרה הנתון. בנסיבות המקרה, התובע לא הוכיח שהממונים על הפעלתו יכלו לצפות מראש שינסה להתאבד. הראיות שהובאו במשפט הובילו למסקנה הפוכה והיא שהממונים על התובע לא יכלו לצפות את מעשהו (הצהיר שיש לו פרופיל גבוה, ושאינו נמצא בטיפול פסיכולוגי, תיפקד באופן תקין עד למועד ניסיון ההתאבדות). *התנהגותו של ידיד הייתה בלתי צפויה בעליל.

כלל – האם המעשה של המזיק הישיר, המתאבד האם הוא היה צפוי או לא צפוי. בכל תיק לא משנה אם רגילים או מתאבדים.

קשר סיבתי-משפטי- שינוי מגמה?

הפסיקה עד לאחרונה קבעה שלושה מבחנים לקביעת קשר סיבתי-משפטי. בנוסף, נקבע שמבחן הצפיות הוא המבחן העיקרי לקביעת קשר סיבתי-משפטי בעולות הרשלנות (בעיקר כשמדובר במצב שבו יש גורם זר מתערב). לאחרונה, נשמעו קולות הקוראים לשינוי מגמה לפיה המבחן הכללי לקביעת קשר סיבתי-משפטי הינו מבחן הסיכון, וזאת בין כשמדובר באחריות מסוג רשלנות ובין כשמדובר באחריות מוחלטת כמו זו שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים: "הגישה הרווחת עד לאחרונה הייתה, כי מבחן הצפיות הוא המבחן החל בעולות הרשלנות, בעוד מבחן הסיכון הוא המבחן החל בעולות של הפרת חובה חקוקה ובהסדרים של אחריות חמורה כמו חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים" (הש' עמית, ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, מיום 15.7.13).

רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב- הש' ריבלון

"מבחן הסיכון עשוי שייתפס כמבחן מסגרת, מבחן כללי המשקף את מהותה של הסיבתיות המשפטית, מבחן שיש לו פנים אחדות ומשתנות. מבחן הסיכון, בוחן, במבט לאחור, אם הנזק שנגרם מהווה התממשות של הסיכון או הסיכונים שהפכו מראש את ההתנהגות לעולתית. מבחן הסיכון הוא איפוא מבחן של סינון המבקש להבטיח כי האחריות המוטלת בדיעבד, מתיישבת עם ההיגיון והתכלית ששימשו מראש לראיית ההתנהגות כהתנהגות עולתית. מקום בו מדובר בעולות הרשלנות - הסיכונים העולתיים הם הסיכונים הצפויים, שאינם סבירים. השאלה היא שאלת הפרשנות של מטרת ההסדר החוקי – מהם הסיכונים שבגינם ביקש ההסדר החוקי להטיל אחריות. מבחן הצפיות נתפס, במסגרת המינוח הזה, כנגזרת קונקרטי של מבחן הסיכון, כלומר: כיישומו הספציפי של מבחן הסיכון על עולות הרשלנות."

ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני- השופט עמית

ניתן להחיל את מבחן הסיכון גם ברשלנות: השופט יבחן לאחר מעשה אם נזק מסוים שייך לקבוצת הסיכונים שבגינם ההתנהגות הוערכה כהתרשלנות כאשר התרחשה. בדרך זו, מבחן הסיכון הוא "מבחן על" שדרכו נבחנת השאלה אם הנזק שנגרם בשל התנהגות מסוימת מהווה התממשות הסיכון. ההכרעה בשאלת קיומו או היעדרו של קשר משפטי בין התנהגות רשלנית לנזק נעשית כך: האם הנזק שנגרם בפועל הוא התממשות של סיכון שיצרה ההתנהגות העולתית. הזיקה המשפטית בין הנזק להתנהגות קיימת כשהסיבות להגדרתה מראש של ההתנהגות כעולתית מתקיימות בדיעבד בנזק המסוים שנגרם" (פרופ' ישראל גלעד בספרו). לסיכום: הסיכונים שמאפיינים את ההתנהגות הרשלנית בעולות הרשלנות הם סיכונים צפויים ובלתי סבירים. לכן, לצורך הקשר הסיבתי המשפטי, בית המשפט בוחן בדיעבד אם ניתן היה לראות את

ההתנהגות כעוולתית בעת התרחשותה. לשם כך מבחן הסיכון (שהוא מבחן העל) משלים את מבחן הצפיות שלא תמיד נותן תשובה ראויה לשאלה זו.

הדברים לא השתנו היום.

האם מבחן הסיכון כמבחן על בעולת הרשלנות התקבל?

ע"א 8650/08 רפאלוב נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 17.7.13): תביעת אסיר בגין הנזק הנפשי שנגרם לו בכלא לאחר שהוכה ע"י אסירים.

הש' מלצר: יישם את מבחן הצפיות ואת מבחן השכל הישר. הזכיר את מבחן הסיכון ואת פס"ד לנדרמן נ' סגיב אבל לא יישם את מבחן הסיכון.

ע"א 1167/11 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 13.11.13): תביעה של קטינים בני 10-6 כנגד קיבוץ רוחמה בדרום על כך שהקיבוץ לא מנע מנער חבר קיבוץ לבצע בהם עבירות מין.

הש' גובראן: לא ניתן להטיל חובת זהירות על הקיבוץ. **השופט דן במבחן הצפיות בלבד לעניין בדיקת מעשה הנער כגורם זר מתערב.** הש' גובראן קבע שקשר סיבתי יתקיים רק כשהנתבע יכול לצפות את התערבות הגורם הזר.

ע"א 8027/14 שורוש נ' שליאן, מיום 29.11.2015

סוהיל שליאן, לוחם מג"ב, החזיק במסגרת תפקידו נשק מסוג M-16. ב-1.9.2007 אחיו של סוהיל התחנך. לאחר האירוע, סוהיל טען במחסנית את נשקו, והטמין את הנשק מתחת למזרון בחדרו. למחרת, סוהיל ושני חבריו, בהם איליא שורוש המנוח תכננו לצאת לבילוי.

לפני כן, השלושה נסעו לביתו של סוהיל. במהלך הנסיעה, סוהיל סיפר לחבריו על שירותו במג"ב, וכשהגיעו לביתו, עלה סוהיל לחדרו וחזר כשבידו ה-M-16.

סוהיל כיוון את הנשק לעבר המנוח תוך שהוא שואל אותו, **בבדיחות** היכן הוא רוצה שיירה בו. אז, מבלי להוציא את המחסנית ומבלי לבדוק שהנשק פרוק, דרך סוהיל את הנשק, ובהיותו במרחק של 3 מטרים מהמנוח, כיוון את הנשק ולחץ על ההדק. הכדור שנורה מהנשק פגע בליבו ובריאתו של המנוח וגרם למותו.

סוהיל הורשע בהריגה, ונתבע בנוזקין ע"י הורי המנוח. גם אביו של סוהיל שהתחנך היתה בביתו ואחיו של סוהיל שהתחנך נתבעו.

*רשלנות – מבחן הצפיות

*הפרת חובה חקוקה ופלת"ד- מבחן הסיכון.

פס"ד שורוש נ' שליאן- הש' עמית

"בעולת הרשלנות, נהוג להשתמש במבחן הצפיות, כאשר הצפיות רלוונטית הן לגבי הליך הגרימה והן לעניין סוג הנזק והיקפו. אכן, הפסיקה הדגישה כי הצפיות הנדרשת אינה צפיות מדויקת של כל פרטי תהליך הגרימה, אלא צפיות של סוג התהליך ודי לחזות את ההתרחשות בקווים כלליים. במקרה דנן, האפשרות שסוהיל יכוון את נשקו אל המנוח, ואפילו ידרוך את הנשק כשנמצאת בו מחסנית, חורגת כל כך ממושכלות יסוד לגבי שימוש בנשק, שהאח והאב לא יכולים היו לצפות את שאירע.

לכן, אף איני סבור כי היה על בית משפט קמא להיזקק להוראת **סעיף 264(2)** לפקודה, הקובעת כי לא יראו אדם "אשם" אם אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק. ככלל, הקשר הסיבתי לא ינותק אך ורק מאחר שהמעשה של האחר נעשה ברשלנות חמורה או בפזיזות ובמקרים מסוימים – אף אם הנזק נגרם במתכוון. כל מקרה נבחן לגופו על פי מבחני הצפיות, אופי האשם, ושיקולי מדיניות. עודנו מגיעים להוראת **סעיף 264(2)** יש להוכיח תחילה "אשם" של האח ושל האב, וכזאת, כאמור, לא הוכח.

מכל מקום, ולמעלה מן הצורך, אני נכון לקבל גם מסקנת בית משפט קמא לפיה ניתן לראות את הפזיזות הגבוהה והרשלנות-רבתי של סוהיל, בנסיבות המקרה דנן, כ"גורם מתערב זר". ככזה, המעשה של סוהיל מנתק קשר סיבתי, ככל שהיה, בין מעשיהם או מחדליהם של האב והאח, שממילא לא הוכחו כדבעי, לבין האירוע."

דבריו של השופט עמית הם סיכום של יסוד הקשר המשפטי הסיבתי

קשר סיבתי- סיכום

כדי להוכיח תביעה בנוזקין יש להוכיח שקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שנגרם לתובע. **ראשית, יש להוכיח קשר סיבתי-עובדתי:** ללא התנהגות הנתבע הנזק לא היה נגרם. אבל, ישנם מצבים של "עמימות עובדתית" שבהם נדון בהמשך.

שנית, יש להוכיח קשר סיבתי-משפטי: האם המשפט רואה בהתנהגות של הנתבע מבין כל הסיבות האפשריות כסיבה שגרמה לקרות הנזק.
כדי להוכיח קשר סיבתי-משפטי הפסיקה עושה שימוש בשלושה מבחנים: **סיכון, צפיות ושכלל ישר.** עד לאחרונה מבחן הצפיות (האם הנתבע יכול לצפות שהתנהגותו עלולה לגרום נזק לתובע) היה המבחן העיקרי להוכחת קשר משפטי. לאחרונה, יש שופטים ומלומדים הסבורים שמבחן הסיכון הוא "מבחן על" המשלים את מבחן הצפיות.
בכל מקרה, נראה כי **מבחן הצפיות הוא עדיין המבחן העיקרי לבחינת הגורם הזר המתערב וניתוק הקשר הסיבתי בעולת הרשלנות.**
הבסיס של עולת הרשלנות הוא מבחן הצפיות, דרך יסוד ההפרה ועד יסוד הקשר הסיבתי הוא מלווה בכל יסוד ויסוד.

2. נזק ראייתי

הקדמה

כאשר התובע נדרש להוכיח כי התרשלנות הנתבע היא זו שגרמה לנזק עליו להוכיח כי עובדתית הסיבה המכרעת לנזק הייתה התרשלנות הנתבע.
לצורך כך על התובע להציג ראיות המוכיחות את רשלנותו של הנתבע.
אבל, יש מצבים שבהם התובע אינו יכול להציג ראיות כאלה בגלל התנהגות הנתבע אשר פגעה ביכולת התובע להוכיח את תביעתו.
למשל, התרשלנות הנתבע בכך שהוא לא תיעד את האירוע פגעה ביכולת של התובע להוכיח את תביעתו (הפרה וקשר סיבתי) בבית המשפט.
קושי להוכיח את ההתרשלנות: התובע טוען שבגלל ההעדר התיעוד/בדיקה הוא לא יכול להוכיח אם הייתה **התרשלנות** מצד הנתבע (ניתן לעשות שימוש גם בס' 41).
קושי בהוכחת הקשר: התובע טוען כי בשל העדר תיעוד/בדיקה הוא אינו יכול להוכיח שהנזק שלו ארע **כתוצאה** מהתנהגות הנתבע (ניתן להסתמך על הנזק הראייתי).

דוגמא 1- קושי לקבוע את היקף ההתרשלנות

בחלק מהמקרים התנהגות המזיק לא רק שתרמה לקרות הנזק אלא גם פגעה בסיכויי התובע להוכיח את תביעתו כנגד אותו מזיק וכנגד מזיק אחר.
לדוגמא: מצב שבו מספר מזיקים גרמו לנזק אבל חלקו של המזיק הנתבע אינו ידוע בשל רשלנותו שפגעה בסיכויי הניזוק להוכיח את תביעתו כנגד כל אחד מהמזיקים, ובעיקר את חלקו של כל אחד מהם לנזק שנגרם.

פס"ד מלך נ' קורנהויזר:

אדם ננשך ע"י שלושה כלבים בצורה קשה. הבעלים של שניים מהכלבים היה ידוע (הנתבע) והבעלים של הכלב השלישי לא היה ידוע.
כל אחד מהכלבים תרם לנזק, אבל העובדה ששלושה כלבים גרמו נזק בעת ובעונה אחת, פגעה בסיכויי של התובע להוכיח מה חלקו של כל כלב בגרימת הנזק (ומכאן, מה חלקו של הנתבע-המזיק בנזקו של התובע).
להוכיח מה החלק של כל אחד בנזק.

דוגמא 2- קושי לקבוע קשר סיבתי

פס"ד Summers v Tice (1948) מובא במאמרם של פרופ' פורת ושטיין: שלושה אנשים יצאו לציד. התובע, שהיה אחד מהשלושה, צעד לפני שני חבריו ונפגע בעינו ע"י כדורים טועים שנורו מאחד הרובים או משניהם בעת ובעונה אחת.
הסתבר ששני חבריו של התובע ירו ברובה שלהם בו זמנית ולא ניתן לדעת מי מהם (או אולי שניהם) הוא זה שפגע בתובע.
שניהם למעשה התרשלו בביצוע הירי:
אחד גרם לנזק עובדתי- הנזק שנגרם לתובע בפועל, והשני גרם לנזק ראייתי- בשל היריה של האדם השני נמנע מהתובע להוכיח ולהצביע על הגורם שהתוצאה של פעולתו הביאה לפגיעה בעינו ובשפתיו.
ע"י מבחן הסיבה שבלעדיה אין- התובע במקרה זה אינו יכול לתבוע איש.

הצעתם של פרופ' פורת ופרופ' שטיין

יש ליצור עילת תביעה עצמאית של נזק ראייתי: הטלת אחריות על שני הנתבעים כשאחד מהם גורם לנזק הפיזי והשני גורם לנזק הראייתי ובכך פוגע ביכולתו של התובע להוכיח את תביעתו.

מכאן, על 2 היורים לשאת באחריות למרות שרק אחד מהם גרם עובדתית לנזק. שני היורים התרשלו וגרמו הן לנזק עובדתי והן לנזק ראייתי. היורה שפגע בתובע גרם עובדתית לנזק גוף. **היורה השני שלא פגע בתובע גרם לנזק ראייתי כיוון שבהתנהגותו הוא מנע מהתובע את האפשרות להוכיח מי גרם לו לנזק.** מכאן, המסקנה היא שיש להטיל אחריות על שניהם. **כאשר התנהגות רשלנית של הנתבע שללה מהתובע את היכולת או הסיכוי להוכיח את אחד ממרכיבי תביעתו ביחס לנזקו הישיר, ראוי שהנתבע יישא בתוצאות מעשיו, כלומר יישא באחריות בגין הנזק הראייתי, ותוטל עליו אחריות לפצות את הניזוק בגין הנזק שנגרם לו.** תוצאה זו משקפת צדק מתקן והרתעה.

כלל הנזק הראייתי במשפט הישראלי

כאשר הנתבע גרם ברשלנותו נזק ראייתי שמקשה על התובע להוכיח את תביעתו, אז נטל השכנוע עובר לנתבע לשכנע שהנזק נגרם לא ברשלנותו. כשיש ספק עובדתי עקב נזק ראייתי, העובדות יפורשו לחובת הנתבע. למשל, אם חולה עבר ניתוח ויצא ממנו משותק כשהרופא לא ערך רישום מפורט של מהלך הניתוח אז הרופא יצטרך להוכיח את הפרטים הרלוונטיים של מהלך הניתוח שעוזרים לענות על השאלה האם הייתה התרשלות או לא. הנטל להוכיח שאכן נגרם נזק ראייתי מוטל על הטוען לנזק ראייתי. כך למשל, יצטרך התובע להוכיח כי מקובל לתעד מהלך של ניתוחים וכי העדר התייעוד פגע ביכולתו להוכיח את תביעתו. לאחר הוכחה זו, יעבור הנטל לכתפי הרופא להוכיח את מהלך הניתוח או להוכיח שלא התרשל למרות העדר תיעוד של מהלך הניתוח. הנזק הראייתי יוצר למעשה מחלוקת עובדתית. מקובל כי במקרה של נזק ראייתי העובדות יקבעו לפי גרסת התובע אלא אם הנתבע ישכנע אחרת.

להוכיח שנגרם לי נזק ראייתי, רק אז הנטל יעבור לנתבע להוכיח שהוא לא התרשל והוא לא אחראי על הנטל. אם בית המשפט חושב שכפוף המאזניים בין התובע לנתבע הן שוות. בדר"כ בתביעות רגילות התובע יפסיד, כי הוא צריך לשכנע יותר מ-51% שהוא צודק. במקרה זה, של סעיף 41 אם יש תיקו הנתבע יפסיד.

המצבים שבהם יחול הנזק הראייתי

- 1. מזיק אחד** גרם לנזק עובדתי ולנזק ראייתי: רשלנות המזיק הסבה שני סוגי נזקים: רשלנות הנתבע מנעה מהתובע את היכולת להוכיח (ראייתית) מה חלקו (אם בכלל) של הנתבע בגרימת הנזק (עובדתית) (פס"ד **מלך, שטרנברג נ' צ'צ'יק**).
- 2. שני מזיקים או יותר:** מזיק אחד גרם לנזק ראייתי ומזיק אחר גרם לנזק העובדתי (פס"ד האמריקאי **SUMMER, פס"ד סרן יואב**).
- 3. מספר מזיקים, חלק עוולתיים וחלק "תמימים":** והנזק הראייתי שהסב הנתבע (אי רישום/אי קיום בדיקות הכרחיות) מונע מהתובע את היכולת להוכיח מי הגורם הדומיננטי בגרימת הנזק (פס"ד **בית החולים האנגלי**).

ע"א 285/86 נגר נ' וילנסקי

במהלך הכנה לניתוח תוספתן החדיר הרופא לווריד של התובע מתקן לעירוי נוזלים. במהלך החדרת המיתקן ניתק חלק מצינורית פלסטיק ונסחף לתוך הוריד, דבר שהצריך ניתוח נוסף. שני הניתוחים עברו בהצלחה, אבל כתוצאה מכך נגרמה לתובע נכות נפשית קשה. התובע ייחס מצב זה לתוצאות ניסיון החדרת המתקן. **ביהמ"ש המחוזי:** הסיבה העיקרית לקריעת הצינורית הייתה אי-הקפדת הרופא על הוראות היצרן. לכן, הרופא התרשל. אבל, נכותו הנפשית של התובע היא תוצאה של החמרה ניכרת של בעיותיו הנפשיות מלפני התאונה. ההחמרה נבעה הן מהתקף דלקת התוספתן והן כתוצאה מרשלנות הרופא, כשלא ניתן לקבוע איזה חלק מהנזק נגרם עקב רשלנות הרופא ואיזה חלק אינו קשור לכך. בנסיבות אלה נקבע שעל הרופא לשאת במלוא הנזק שנגרם. מדובר בנזק נפשי שחלקו לפחות נגרם כתוצאה ממעשה רשלנות אבל התברר שהתובע סבל מנזק נפשי עוד קודם. מאחר ולא יודעים מה היה הנזק הנפשי שלו לפני האירוע, עולה השאלה כיצד ניתן לאמוד את היקף הנזק שהמזיק הוסיף.

ההבדל הוא בעיקר בגמישות, הכלל הזה הוא יותר גמיש, דורש פחות מהתובע מאשר ס' 41. צריך לטעון ולהוכיח שהייתה חובה על הצד השני שלא לפגוע ביכולת שלך להוכיח את התביעה שלך. אפשר לתבוע בגין ס' 41 וגם בגין הנזק הראייתי.

המצב בפס"ד וילנסקי

התובע סבל ממצב נפשי קודם לפני ארוע הנזק בבית החולים.
הנזק הנפשי שנוצר באירוע בבית החולים נגרם בשני שלבים :

– ניתוח הוצאת התוספתן

– ניתוח הוצאת צינורית (שבוצע כתוצאה מרשלנות הרופא)

הטענה:

ללא רשלנות הרופא, היה מתבצע רק ניתוח הוצאת התוספתן, ואם היה נגרם לתובע נזק נפשי, הרופא לא היה נושא באחריות, שכן לא הפר את חובת הזהירות שלו כלפי התובע.
אבל, במקרה הזה, מעשה הרשלנות של הרופא, שהוביל לניתוח נוסף, יצר מצב שבו לא ניתן לדעת מה היה החלק של הנזק הנפשי שגרם הרופא ברשלנותו בבית החולים מסך הנזק הנפשי הכללי שיש לתובע.

השופט גולדברג

מה הפתרון למצב שבו מעשי המזיק החמירו נזק שהיה קיים לפני פעולת המזיק, אך לא ניתן עקב טיבו של הנזק לקבוע את היקפו של הנזק שנגרם ע"י המזיק?

הגיוינות, אין לדרוש מהתובע שיוכיח את החלק המדויק של הנזק שגרם המזיק, ואין להרשות למזיק להתחמק מפיצוי קורבנו, רק משום שבנסיבות מסוימות לא יוכל התובע לעולם להוכיח איזה חלק מהנזק נגרם על-ידי המעשה של המזיק.

הפתרון: אמנם, הכלל הרגיל הוא שמזיק שהוסיף והחמיר נזק קיים יחויב בפיצוי רק על חלק מהנזק הסופי שהוחמר ברשלנותו, אבל יש לכלל זה חריג: כשהמזיק הרשלן גרם בנוסף לנזק הממשי גם "נזק ראייתי".

בשל רשלנות המזיק נמנעת מהניזוק האפשרות להוכיח איזה חלק מהנזק הסופי היה קיים לפני האירוע הרשלני ואיזה חלק התגבש בעקבותיו. "נזק ראייתי" שכזה יכול שייגרם בנסיבות שבהן רשלנות הנתבע אירעה זמן קצר לאחר קרות הנזק הראשון, וסוג הנזק זהה לסוג הנזק הקיים, כך ששני נזקים אלה בהצטרפותם יצרו נזק סופי המהווה יחידת נזק אחת. במקרה כזה צודק יהיה להעביר את הנטל על המזיק להוכיח את חלקו בנזק הסופי, אם אמנם יעלה בידו להרים נטל זה.

השופט גולדברג-המשד...

פתרון זה אינו הוגן עבור המזיק, אבל כל חלוקה של הנזק בנסיבות כאלה בין המזיק והניזוק היא שרירותית בהעדר נתונים עליהם ניתן לבסס חלוקה שכזאת.
הטלת מלוא הנזק על התובע רק בשל כך שאין ביכולתו להוכיח את היקף הנזק שגרם המזיק, בהיותו נזק נפשי שעצם טיבו קשה לחלוקה, אינה נראית צודקת בנסיבות הענין.
מעשהו הרשלני של המזיק לא רק שהוסיף לנזק הנפשי "המהותי", אלא הוא זה שגרם ל"נזק הראייתי", כיוון שעקב סמיכות המאורעות וטיבו של הנזק הנפשי הכולל נשללה מהתובע האפשרות להוכיח את היקפו של הנזק היחסי שנגרם ממעשיו הרשלניים של המזיק.
מכאן, יש הצדקה להטיל את מלוא חבות הפיצוי על המזיק, אלא אם עמד הוא יצליח להוכיח את חלקו בנזק שנגרם.

** בדרי"כ המזיק לא יצליח להוכיח את הנזק שנגרם, ולכן הוא ישלם את הכל.

ניתוח פס"ד נגר נ' וילנסקי

הפן הראייתי-דיוני של דוקטרינת הנזק הראייתי הוא זה שהתקבל.

השופט גולדברג: כשהמזיק שגרם לנזק הגוף פגע גם ביכולתו של הניזוק להוכיח את הקשר הסיבתי בין הרשלנות לנזק (או בין הרשלנות לחלק מסוים בנזק), הוא הסב בכך נזק ראייתי ואז יש מקום להעביר את נטל השכנוע למזיק.

השופט גולדברג לא מקבל את הצעתם של פורת ושטיין שיש לקבוע עילת תביעה עצמאית ונפרדת של נזק ראייתי.

גישתו של השופט גולדברג התקבלה:

כאשר המזיק שהסב לניזוק נזק גוף הסב לו גם נזק ראייתי, כלומר מנע ממנו להוכיח את תביעתו ומנע ממנו להציג ראיה חשובה בפני בית המשפט, אז יועבר נטל השכנוע לכתפיו של המזיק להוכיח כי לא גרם את הנזק כלל או כי גרם רק לחלק מסוים. לאור מחדליו של המזיק הוא לא יצליח, ברוב המקרים, לעמוד בנטל זה ויימצא אחראי למלוא הנזק (אבל, אם יצליח, הרי שלא יישא באחריות כלל או שיישא רק באחריות לחלק שגרם).

ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית חולים לניאדו

המנוחה נכנסה לניתוח חירום בשל חסימת מעיים שממנה סבלה. בעת פעולת ההרדמה הניתוח הסתבך. היא נותרה מחוסרת הכרה ונפטרה לאחר כשנה וחצי. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת ילדיה, נוכח דו"ח של משרד הבריאות שקבע שהרופאים לא התרשלו. התיעוד של מהלך הניתוח אבד במהלך השנים. **הש' שטרסברג-כהן**: על רופאים לדאוג לתיעוד של טיפולים רפואיים בזמן אמת ולשמירתו. חשיבות עריכת הרישומים ושמירתם אינה רק לצורך קיום מעקב שוטף לשם קבלת החלטות טיפוליות, אלא גם כדי שישמשו כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר לאירועים שאירעו במועד כלשהו בעבר. להיעדרם של רישומים רפואיים יכול שתהיינה שתי השלכות: (1) הקמת עילת תביעה עצמאית ברשלנות בשל "נזק ראייתי" כלפי הרופאים שחייבים בעריכת הרישומים הרפואיים וכשלו בכך, כשעילה כזו, כשלעצמה, מקנה זכות לפיצויים לחולה הניזוק (גישת פורת ושטיין), (2) במישור הראייתי, העברת נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע.

אנחנו ניתן הזדמנות לכל אחד מהציידים להוכיח שלא הוא זה שיראה. נעביר את הנטל אליהם.

עמדת השופטת שטרסברג-כהן

אין צורך לדון בגישת פורת ושטיין כיוון שבמקרה זה די בכך שהפן הדיוני-ראייתי של הכלל התקיים ויש להעביר את נטל השכנוע לנתבע.

השופטת קובעת: המחדל של אי-שמירתם של רישומים רפואיים מעביר אל הנתבע "את הנטל לשלול קיומה של רשלנות" מצדו, קרי את נטל השכנוע.

כשאין תיעוד רפואי, הרי שהתובע עומד בפני קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את טענתו שהנתבע התרשל. במצב דברים זה, הותרת נטל השכנוע על כתפי התובע תכביד על התובע יתר על המידה באופן שהוא עלול להפסיד את תביעתו. תוצאה זו אינה ראויה לאור העובדה שהנתבע הוא שגרם לנזק הראייתי עקב היעדר רישומים רפואיים. במצב זה אין מקום להטיל על התובע נטל כבד כמו נטל השכנוע, ויש להעבירו אל כתפי הנתבע, כעניין של מדיניות משפטית ראויה. הערעור התקבל והתיק הוחזר למחוזי להמשך דיון בגובה הפיצויים.

ע"א 8151/98 שטרסברג נגד ד"ר צ'צ'יק

העובדות: התובעת עברה ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח נפגע עצב סמוך שגרם לנכות בכף רגלה. בית המשפט המחוזי מצא שהמנתח לא התרשל ולכן התביעה נדחתה. **המחלוקת:** התובעת העלתה את האפשרות שהעצב נפגע כתוצאה מפריקה של המפרק המלאכותי במהלך הניתוח, בעוד שהנתבעים טענו שיכולות להיות אפשרויות אחרות לפגיעה (דימום, מתיחה) ושלא ניתן לקבוע מה גרם לפגיעה. **מחדלי בית החולים:** הימנעותם מרישום מהלך הניתוח בגיליונות בית החולים והימנעותם מהעדת אחד הרופאים שסייע לרופא המנתח בעת הניתוח. נטען כי למחדלים האלה יש השלכות ראייתיות.

השופט ריבלין

על רופאים לבצע רישומים רפואיים בזמן אמת ולשמור עליהם. במקרים מסוימים עשוי היעדר רישום מסודר לפגוע בטיפול עצמו בזמן אמת. במקרה כזה עשוי הפגם ברישום להוביל למסקנה בדבר קיומה של רשלנות רפואית. אי-שמירה על רישומים רפואיים עשויה להעביר אל הנתבע את הנטל לשלול את קיומה של התרשלות או של קשר סיבתי מצדה. זהו הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי שהתקבל בפסיקה. אין ספק כי כשעל הרופא לבצע רישום נאות, אך רישום זה לא נעשה, ולמחדל זה לא ניתן הסבר ראוי, יועבר נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, שיכלו להתברר מתוך הרישום, אל הרופא הנתבע. אם החסר הראייתי שולל מהתובע את האפשרות להוכיח את כל יסודות העוולה אז עשוי חסר זה להעביר לנתבע את "מלוא מתחם הנטל". ואילו כאשר הפגם ברישום ממוקד בעניין בודד ותו לא, יהיה מקום להעביר את הנטל רק לאותו עניין נקודתי.

יישום כלל הנזק הראייתי בפס"ד שטרסברג

במהלך הניתוח התרחשה פריקה של המפרק המלאכותי. הפרטים בנוגע לפריקה שיכלו, אילו נרשמו, להוכיח אם בוצעה הבדיקה ברשלנות ואם הפריקה היא שגרמה לנזק בעצב, לא נמצאו בשל מחדל רשלני בתיעוד. אירוע הפריקה שהתרחש במהלך הניתוח היה צריך להירשם במסמכי בית החולים. אין חולק כי לפריקה המתרחשת במהלך בדיקת מפרק עלולות להיות תוצאות מסוכנות המתגלות רק לאחר זמן.

לכן, המנתח היה צריך לציין ברשומה הרפואית את דבר הפריקה ופרטיה. אי-רישומו של אירוע הפריקה שאירע במהלך הניתוח מנע מהתובעת את האפשרות להוכיח מה טיב האמצעים שנקטו כדי למנוע פגיעה בעצב ולחץ מופרז על העצב במהלך הניתוח. רישום מסודר ומלא של האירוע היה נותן מענה לשאלה האם התרשל המנתח בעת שביצע את פריקת המפרק ואם התרשלות זו הביאה לפגיעה בעצב. לפיכך, מועבר אל הנתבע הנטל להוכיח שלא הייתה התרשלות במעשיהם. נטל זה לא הורם ע"י הנתבע. התביעה התקבלה והתיק הוחזר למחוזי לקביעת הפיצויים.

על היחס שבין הדבר מדבר בעדו לבין נזק ראייתי

ההיגיון של סעיף 41 - הדבר מדבר בעדו - דומה להיגיון של הבחירה להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע בשל "נזק ראייתי" שגרם הנתבע ברשלנותו. בשני המקרים קיים יתרון לנתבע מבחינת היכולת להוכיח את עמדתו במשפט: במסגרת סעיף 41 לנתבע יכולת רבה מזו של התובע לדעת "מה היו... הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק". גם במסגרת הנזק הראייתי יש לנתבע יתרון מבחינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלבנטיים. אם למרות היתרון הזה לא הצליח להטות את הכף לטובתו – תוטל עליו אחריות. במקרים רבים, כמו בפס"ד **שטרנברג** מועבר נטל השכנוע הן מכוח סעיף 41 והן מכוח הכלל של הנזק הראייתי ולמעשה אין הבדל בין השניים. אבל, ניתן לומר כי בעוד סעיף 41 מתייחס לשאלת האחריות כולה (הפרה וקש"ס), כלל הנזק הראייתי יכול להיות יותר נקודתי ולהתייחס רק לאחד מהיסודות.

ע"א 9328/02 מאיר נ' לאור

התובעת, לאה מאיר, הגישה תביעה כנגד הרופא שטיפל בה ובית חולים הדסה לאחר שהריונה הסתיים במותו של העובר שברחמה עקב היפרדות השליה. התובעת טענה שמות העובר נגרם עקב רשלנות הרופא שלא ערך לה בדיקה מסוימת בעת ביקורה במרפאתו ואשר לו הייתה מתבצעת הייתה עשויה לגלות את הבעיה ממנה סבלה ומונעת, קרוב לוודאי, את מות העובר. **המחוזי**: לא הוכח קש"ס בין התנהגות הרופא למות העובר. התביעה נדחת. **טענת התובעת**: הנתבע, ד"ר לאור, שליווה את ההיריון במסגרת קופת חולים, לא ביצע בדיקה אשר ייתכן והייתה מגלה שהתובעת סובלת מהיפרדות שליה, ובכך הסב לתובעת נזק ראייתי, כלומר מנע ממנה להוכיח את תביעתה בבית המשפט.

הטענה היא כזו הבסיס העובדתי שבית המשפט המחוזי האמין לה שהיא כן נכנסה אליו במהלך השעות שהוא נמצא היא כן ראתה אותו, והוא החליט לא לבדוק אותה. בית המשפט שמע את שניהם, והחליט להאמין לה ולא לרופא. מבחינה עובדתית בית המשפט קבע שגבי מאיר נכנה לחדר הבדיקות של ד"ר לאור. זה שהוא לא בדק אותה זה פגע ביכולת שלה להוכיח שהיא סבלה מהיפרדות שליה כבר בשעות הבוקר. הוא פגע ביכולת הזו שלי, כי אי אפשר לדעת מה היה בשעות הבוקר. אבל היא לא יכולה להוכיח את זה כי הוא לא בדק אותה. התרומה של פס"ד- לוקחים את הכלל של נזק ראייתי לא רק על היעדר תיעוד אלא גם על כך שלא הייתה בדיקה. (היעדר בדיקה). הבדיקה עצמה, היעדר הבדיקה לא גרם לנזק ישירות, הנזק שגרם זה היפרדות השליה ולמוות העובר. הרופא לא פגע פיזית במטופלת שלו, הוא פגע ביכולת שלה.

אפשר ליישם גם על היעדר תיעוד וגם על היעדר בדיקה.

השופט אור

הרופא התרשל ולתובעת עומדת הטענה של הנזק הראייתי. נזק ראייתי שנגרם ע"י הנתבע מצדיק את העברת נטל השכנוע מהתובע לנתבע. אם קיימת מחלוקת לגבי עובדות אשר היה ניתן להוכיח אותן אם הנתבע לא היה מתרשל (כלומר ללא הנזק הראייתי שגרם הנתבע), אז יש לקבוע שהעובדות הן כמו שטוען התובע, אלא אם ישכנע הנתבע שהעובדות הן כטענתו. במילים אחרות, נטל השכנוע לגבי התקיימות אותן עובדות, אשר לגביהן נגרם נזק ראייתי בשל רשלנות הנתבע, עובר מן התובע אל הנתבע. השי' **אור** מסתמך על פסיקה ענפה ברשלנות רפואית כשהנזק הראייתי נגרם ע"י הרופא שלא תיעד כנדרש את מהלך מתן הטיפול נדרש (כלל העדר הרישום הרפואי), ובכך מנע למעשה מהתובע להוכיח את טענותיו. השופט אור מרחיב את היעדר רישום רפואי שהוא הבסיס לכלל הנזק הראייתי והוא יכול להתפרס גם על מעשי רשלנות אחרים.

הרחבת כלל הרישום הרפואי

השופט אור מרחיב את כלל העדר הרישום הרפואי :

הכלל שמאפשר להעביר את נטל השכנוע חל לא רק לגבי אי עריכת רשומות רפואיות כנדרש, אלא הוא מתפרס גם על מעשי רשלנות אחרים, שגורמים לכך שנפגעת האפשרות של התובע להוכיח את עילת תביעתו.

כשרשלנות הרופא היא בכך שלא ערך בדיקות רפואיות, אשר אילו היו מבוצעות היו יכולות להצביע על הגורמים לנזק (כמו היפרדות השליה), גם רשלנות מסוג זה עשויה להעביר את נטל השכנוע אל שכמו של הנתבע.

הקביעות המשפטיות בפס"ד לאור

ד"ר לאור הנתבע התרשל בכך שלא קיים בדיקה קלינית פשוטה בתובעת. בכך התקיים יסוד ההפרה בעוולת הרשלנות.

השאלה: האם התקיים יסוד הקשר הסיבתי בין ההתרשלות שבאי קיום הבדיקה לבין מות העובר. שאלה זו נחלקת לשניים:

(1) האם ללא ההתרשלות של ד"ר לאור היה ניתן לאבחן אצל התובעת בעת ביקורה במרפאה, סימנים לתחילת תהליך של היפרדות שליה.

(2) בהנחה שהיה ניתן לאבחן אצל התובעת סימנים המעידים על תחילתה של היפרדות שליה בעת ביקורה במרפאה, האם על-פי מאזן ההסתברויות, היה ניתן למנוע את מות העובר?

השופט אור: התשובה לשתי השאלות היא חיובית.

קביעותיו של השופט אור

"אם בבדיקה במרפאה היה מתגלה כי בטנה התחנתונה של המערערת היא רגישה, הרי בהתחשב בתלונותיה על כאבים וצירים הייתה מתבקשת המסקנה, על-פי מאזן ההסתברויות, כי מתקיים אצל המערערת [התובעת] תהליך של היפרדות שליה. בדיקה זו לא נערכה כאמור על-ידי ד"ר לאור אף שהיה ראוי כי תתבצע.

אין אנו יודעים אם בבדיקה כזו הייתה מתגלית רגישות של הבטן. התלונות על צירים וכאבים של המערערת, מצד אחד, והתגלות תהליך של היפרדות השליה בסמוך אחר כך, מצד אחר, מטה אולי את הכף לכיוון ההנחה שהייתה מתגלית רגישות כזו. אך ספק בעיניי אם נוכל לקבוע זאת כעובדה אפילו על-פי מאזן ההסתברות כנדרש במשפט אזרחי.

בלאו הכי אין צורך שאכריע בכך. הנני סבור שעומדת למערערת [התובעת] הטענה בדבר "נזק ראייתי", אשר נגרם לה עקב אי-קיום בדיקת בטנה של המערערת על-ידי ד"ר לאור במרפאה. טענה זו גם מכריעה, לדעתי, את הכף לזכות המערערת."

יישום כלל הנזק הראייתי בפס"ד מאיר נ' לאור

השופט אור: ד"ר לאור נמנע מלבצע בתובעת בדיקה שהייתה יכולה לתת תשובה לשאלה אם בזמן ההריון הייתה לתובעת בטן רגישה. אם היה מתגלה שיש לה בטן רגישה, הרי בצירוף עם תלונות התובעת על כאבים היה בכל אלה להצביע לכאורה על תהליך של היפרדות השליה. איתור היפרדות השליה היה מונע את מות העובר.

ההימנעות של ד"ר לאור מלבצע את הבדיקה גרמה בכך נזק ראייתי, שכן בזמן המשפט לא ניתן היה להוכיח האם סבלה התובעת מהיפרדות השליה בזמן ההריון, ולכן הועבר אל ד"ר לאור הנטל לשכנע שבאותו שלב שבו הוא נמנע מלבצע את הבדיקה, לא סבלה המערערת מבטן רגישה, וכי לא הייתה שרויה בתהליך של היפרדות השליה. בנטל זה הרופא לא עמד, ולכן יש להניח שהתובעת סבלה מבטן רגישה והייתה בתהליך של היפרדות שליה.

אילו הייתה מתבצעת הבדיקה והיה ניתן להבחין בתהליך היפרדות השליה ניתן היה להציל את העובר. לפיכך, **נקבע** שד"ר לאור התרשל, ושהוכח הקשר הסיבתי בין התרשלות ד"ר לאור באי ביצוע הבדיקה לבין אי-אבחון היפרדות השליה.

כמו בפס"ד נגר נ' וילנסקי מדובר בגורם אחד שגרם נזק פיזי ונזק ראייתי.

ע"א 361/00 עאזם ד'אהר נ' סרן יואב

התובע, תושב ג'נין, תבע מהמדינה לפצותו בגין נזק שנגרם לו כתוצאה מפגיעת קליע שחדר לראשו מירי במהלך האינתיפאדה הראשונה ב-1991.

אביו של הניזוק תבע מהמדינה פיצוי בגין ההפסדים שנגרמו לו בשל הפגיעה בבנו.

בית המשפט המחוזי דחה את גרסת התובע לפיה בוצע על רכבו ירי ע"י כוח בפיקודו של סרן יואב ללא סיבה, וקבע שהירי בוצע במסגרת פעולה של הכוח שמטרתה הייתה לפזר התפרעות המונית קשה, כשהירי כוון לרגלי המפגינים. נקבע שהירי בוצע שעה לפני שהתובע עבר במקום ושהוא נפגע בכלל בארוע אחר.

טענת התובע בבית המשפט העליון: מחדלי המשטרה בחקירת אירוע הפגיעה גרמו לו נזק ראייתי, שכן אילו המשטרה הייתה בודקת את נסיבות האירוע בצורה ראויה (לרבות בדיקת מז"פ של הרכב שבו נסע) ניתן היה להוכיח שהתובע נפגע מפעילות של כוחות הביטחון.

השופט מצא

כשנתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע, כלומר פוגע ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שהייתה עוזרת לו לבסס טענה עובדתית, עשוי בית-המשפט להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי-נכונה. הלכה זו מבוססת על שיקולי צדק ועל הצורך החברתי בהרתעת נתבעים מפני איבוד ראיות, והיא מבטאת את הפן הראייתי-דיוני של דוקטרינת הנזק הראייתי. משמעות הכלל של נזק ראייתי היא זו: קימת הנחה עובדתית, שללא רשלנות הנתבע היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע ביחס לטענה העובדתית שהייתה שנויה במחלוקת. למרות שחזקה זו ניתנת לסתירה, הרי שנוקקים לה רק כשידוע שאין בנמצא ראיות רלבנטיות אחרות, כלומר, כשביחס לטענה העובדתית שהראיות החסרות נדרשו לתובע להוכחתה, מתקיים בין הצדדים "תיקו ראייתי". במצב-דברים זה נמצא הנתבע לוקה בחסר ראייתי לסתירת החזקה. ומכאן שהקמת החזקה מכריעה, למעשה, את המחלוקת העובדתית לטובת התובע-הניזוק.

השופט מצא- המשך...

כלל הנזק הראייתי יחול לא רק בתביעות של רשלנות רפואית, אלא גם בתביעות אחרות (ראו גם: השופט ריבלין בע"א 1457/07 עיריית הרצליה נ' כ"ץ). יישום הכלל: אי-בדיקת מומחה המז"פ את שרידי הירי במכונית מהווה מחדל רשלני של המשטרה שפגע בתובע. ביצוע בדיקה כזאת מנע מהתובע ראיה בעלת פוטנציאל מכריע לביסוס טענתו שהוא נפגע מירי של קליע פלסטיק ע"י סרן יואב. זהו מצב שבו יש להחיל על המקרה את כלל הנזק הראייתי, במובן זה שנטל השכנוע ביחס לנסיבות האירוע שבמהלכו נפגע התובע יוטל על המדינה. בדיקת שרידי הירי בידי מומחה המז"פ עשויה הייתה להעמיד לרשות התובע את הראיה האולטימטיבית שבכוחה היה לאשר, או לשלול, את טענתו שהוא נפגע מירי של כדור פלסטיק (סוג הקליע). מחדל המשטרה לבדוק את המכונית שלל מהתובע את הראיה המרכזית שנדרשה לו להוכחת טענתו שהוא נפגע מקליע פלסטיק שנורה על-ידי סרן יואב. בהיות המדינה צד ישיר הן לתביעת הנוזקין והן לגרימת הנזק הראייתי, קמה חזקה ראייתית לזכות התובע כי נורה ונפגע מקליע פלסטיק. בקשה לדיון נוסף נדחתה- דנ"א 1912/05 מדינת ישראל נ' ד'אהר (הש' ריבלין).

כלל הנזק הראייתי עוזר לתובעים להוכיח את התביעות שלהם.

ע"א 6991/09 פלוני נ' מדינת ישראל

התובע, תינוק בן 3 חודשים, הגיע עם הוריו לשכונת שועפט בירושלים לביקור משפחתי. הוא נקלע עם הוריו להפרות סדר בין שוטרי מג"ב, שהגיעו למקום לבצע מעצרים, לבין נערים שהפגינו נגדם. במהלך הפרות הסדר, נפגע התובע בראשו מחפץ קהה. בבית החולים אובחן שבר בגולגולת וכן חדירה של רסיס למוח. כתוצאה מהאירוע הוא נותר עם נכות בשיעור של 60%. נקבע שהתובע נפגע או מאבן או מרימון הלם שבו עשו שימוש כוחות הביטחון ביום המקרה. נטען שהתובע נפגע מאמצעי פיזור ההפגנות שבהם השתמשו השוטרים. התובעים טענו כי יש להעביר את נטל השכנוע לכתפי הנתבעת וזאת לפי כלל הנזק הראייתי שכן הנתבעת במחדליה מנעה מהם להוכיח את תביעתם בכך שלא ערכה תחקיר מלא וכתוב אודות נסיבות גרימת הנזק בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.

השופט גרוניס

לפי כלל הנזק הראייתי, כדי להעביר את נטל השכנוע לנתבע נדרש התובע:
(1) להראות שנגרם לו נזק ראייתי שפגע ביכולתו להוכיח את טענותיו;
(2) להראות שזק ראייתי זה נגרם כתוצאה ממחדל רשלני של הנתבע.
נטען כי המדינה התרשלה:
(1) לא נערך תחקיר מלא בכתב שבדק האם נפגע התובע מפגיעתו של רימון הלם.
(2) לא נערכה בדיקה מדעית שהייתה מגלה מה גרם לפציעת התובע.
בית המשפט המחוזי קבע (והשופט גרוניס הסכים):
(1) המדינה התרשלה כי לא השלימה תחקיר כתוב ומלא ביחס לנסיבות האירוע.
(2) אבל, מחדל רשלני זה לא גרם בפועל לנזק ראייתי כי מקורות המידע שיכולים היו להיות זמינים בפני החוקרים ביום הפגיעה (משפחתו, הרופאים, ואנשי כוחות הביטחון שהתמודדו עם הפרות הסדר) היו

זמינים במהלך הדיון בבית המשפט. לא ברור גם איזו בדיקה מדעית הייתה יכולה לעזור כאן להוכחת תביעת התובע. אין מקום להעביר את נטל השכנוע לנתבעים והתביעה נדחתה.

ע"א 10218/08 אברומסקי נ' ד"ר סיגל

התובע נולד עם תסמונת דאון. נטען שאמו של התובע לא קיבלה מהרופא דף מידע הממליץ לה לעבור בדיקות שונות המסייעות באבחון תסמונת דאון במהלך ההיריון. **הש' נאור**: היקף הרשומה הרפואית שערך הרופא הינו סביר והרישום מצביע על כך שהרופא נתן לאם התובע את דף המידע המפרט את הבדיקות המומלצות. אבל, גם אם נניח שברשומה הרפואית יש חסר כיוון **שמועד** מסירת דף המעקב לא נרשם במפורש, הרי שבנסיבות העניין אין הצדקה לקבוע שמדובר בנזק ראייתי המצדיק את העברת נטל ההוכחה. יש חשיבות לעריכת רשומות רפואיות מלאות לצורך ניהול מעקב שוטף ורציף, ולצורך מתן אפשרות למטופל להוכיח שהטיפול שניתן לו היה רשלני. אי עריכתו של רישום רפואי עשויים להביא להעברת נטל השכנוע מכתפי התובע לכתפי הנתבע.

אבל, לא בכל מקרה שבו יש חסר ברשומות יועבר נטל השכנוע. למשל, במקרה שבו על אף החסר ניתן להבין מהתיעוד ברשומות את השתלשלות העניינים ולקבוע את הפעולות שנקטו נטל השכנוע לא יועבר לכתפי הנתבע.

פס"ד שלא אומץ הכלל של נזק ראייתי- האישה בחרה שלא לאמץ את ההמלצות של הרופא המטפל.

יישום הכלל בפס"ד אברומסקי

לתובע לא נגרם נזק ראייתי שמצדיק את העברת נטל השכנוע לנתבעים. התובע טען למעשה שמסירת דף המעקב ומתן הסבר על מועד בדיקת השקיפות העורפית לא נרשמו ברשומה הרפואית כיוון שלא התרחשו, ומכאן שהרשומה הרפואית משקפת את שקרה לטענתו בפועל. מקרה זה שונה ממקרים אחרים שבהם נטען שהרישום אינו משקף את מה שאירע במציאות וכי פרטים שלא נרשמו עקב רשלנות, אילו נרשמו, היו מסייעים לתובע להוכיח את עילתו. לכן, העדר הרישום במקרה זה לא פגע ביכולת התובע להוכיח את תביעתו והוא אינו מצדיק את העברת הנטל לנתבעים. אבל, גם אם הנטל מתהפך, הרי גם אם קיים חסר ראייתי, ניתן להשלים אותו ע"י ראיות אחרות. כאן, העדותו של ד"ר סיגל, לפיה הוא מסר את דף המעקב לאם – מהימנה. ולכן, עמד ד"ר סיגלר בנטל אם עבר הנטל עליו.

ע"א 2402/11 עזבון כנאענה ז"ל נ' קופ"ח מאוחדת

המנוח נפטר מסרטן כשהיה בן 23. הטענה המרכזית בתביעה הייתה כי הרופאים לא אבחנו את המנוח בזמן ולא שלחו אותו לבדיקות נוספות שהיו מאפשרות לאבחן את המחלה בשלב מוקדם יחסית ולשפר את סיכוייו להתגבר על המחלה. נטען כי הרופאים המטפלים לא ערכו רישום רפואי כנדרש ולא נתנו הסבר משכנע למחדל זה. נטען כי לא ניתן לדעת מי היה הרופא שטיפל בתובע, כי לא ניתן לזהות את שמו וחתמתו וכי יש שיבושים נוספים בתיעוד הרופאי הקשור לטיפול במנוח. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה נוכח חוות הדעת של המומחה הרפואי מטעמו אשר קבע כי הטיפול שניתן לתובע לא היה רשלני. בכל הקשור לטענות בדבר נזק ראייתי **קבע בית המשפט המחוזי**: "אינני סבור שעלה בידי התובעים להוכיח שקיימת עובדה מהותית השנויה במחלוקת בין הצדדים שצריכה הייתה להופיע בתיקו הרפואי של המנוח, אך היא לא הופיעה, ושכתוצאה מכך נגרם לתובעים נזק ראייתי."

השופט הנדל

לרשומה הרפואית חשיבות שכן היא משמשת כראייה באשר לאופן הטיפול שהגישו רופאים למטופל. מעבר לכך, רשומה רפואית יכולה לתרום לחשיפת מצבו של החולה ומאפשרת מתן טיפול הולם לחולה על ידי רופאיו. למרות החשיבות שיש בתיעוד רפואי, אין בכל פגם ברישום להוביל לקביעה של התרשלנות מטעם הרופא. לא כל מקרה שבו נתגלו פגמים ברשומה הרפואית של הניזוק יצדיק הדבר את העברת נטל השכנוע מהתובע אל הנתבע. הליקוי ברישום צריך לגעת "ישירות בסלע המחלוקת", כלומר בשאלה האם הנתבע התרשל. אם העדר הרישום מצוי מחוץ למתחם של הרשלנות המהותית שתביא לחובת הנתבע כי אז אין בכוחו להשפיע על העברת נטל השכנוע. הסיבה לכך היא כי במצב המתואר כל מה שהוכיח התובע הוא התרשלנות ברישום אך לא רשלנות כלפי הניזוק של התובע. העדר רישום כשלעצמו אינו מוכיח רשלנות. העדר רישום כזה לא יכריע את הכף לטובת התובע בתביעת הרשלנות.

רע"א 6948/13 מנהל מס רכוש נ' קטיף, מיום 13.12.2005 – פס"ד חדש. פס"ד מסכם על הנזק הראייתי. "הפן הדיוני-ראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי אומץ זה מכבר בפסיקה.

משמעותו היא כי מקום שבו נתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע – כלומר, פוגע [הוא] ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שלכאורה הינה בעלת פוטנציאל לביסוס [טענה] מן הטענות העובדתיות שעליהן מבוססת תביעתו – עשוי בית המשפט להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי נכונה.

דא עקא, תובע המבקש להסתמך על דוקטרינת הנזק הראייתי נדרש לשכנע את בית המשפט בכך שהחסר הראייתי הקיים איננו נובע ממחדליו שלו, אלא מקושי אובייקטיבי שמקורו בסיטואציה שיצרה התרשלות הנתבע.

ראוי להבהיר קמעה: טול מקרה בו חסר תיעוד רפואי בדבר בדיקה מסוימת שנערכה למאושפז שתובע את נזקיו מבית החולים. בהתאם לנסיבות, ניתן יהיה להחיל את הדוקטרינה ואז-אז הנטל יועבר אל כתפיו של בית החולים. הסיבה לכך היא כי מתפקידו של בית החולים לערוך רישומים מדויקים, וכמובן, אין להטיל חובה דומה על החולה."

נזק ראייתי-סיכום

הנזק הראייתי הינו אחד הכלים, בדומה לסעיף 41, שמטרתו לסייע לתובע להוכיח את תביעתו כאשר הוא נתקל בקשיים לעשות זאת.

במקרים רבים סעיף 41 והכלל של הנזק הראייתי נטענים במקביל באותה תביעה וזאת לאור הנסיבות המקרה.

העיקרון המשפטי בסעיף 41 ובכלל הנזק הראייתי הוא זהה: כאשר כל אחד מהם מתקיים אז נטל השכנוע עובר לנתבע להוכיח שהוא לא התרשל, נטל שקשה מאוד לעמוד בו, אם כי לא בלתי אפשרי. ההבדל בין השניים הוא כי לפי סעיף 41 חייבים להתקיים תנאים מסוימים על מנת שהנטל יעבור (בעיקר שליטה מלאה של הנתבע בנכס שגרם לנזק) בעוד שהכלל של הנזק הראייתי אינו דורש התקיימות תנאים אלה.

כלל הנזק הראייתי רלבנטי בעיקר כאשר יש טענה עובדתית שלא ניתן להוכיח אותה בשל רשלנות הנתבע, למשל שלא דאג לתעד את מהלך הדברים או לערוך בדיקות שהיו שופכות אור על הליך גרימת הנזק. כאשר העדר התיעוד/הבדיקות לא נוגע למהות התביעה, אז כלל הנזק הראייתי לא יעזור לתובע.

3. אובדן סיכוי, הגברת סיכון וסיבתיות עמומה-

קשר סיבתי – אובדן סיכוי והגברת סיכון - שיעור יגודה

מצב שבו בשל מעשיו מחדליו של הנתבע אבדו סיכויי ההחלמה. זאת אומרת, היו לי 100 אחוז סיכויים להחלים וכתוצאה מהמחדלים זה עומד על פחות.

דבר שני, זה הגברת סיכון. אדם נגרם לו נזק, כתוצאה מהמעשים או מהמחדלים של הנתבע הסיכון שהנזק הזה יקרה הלך וגדל.

משתמשים בזה כאשר יש לי קושי להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין הנזק שנגרם. במצבים שבהם קשה להוכיח את הקשר הסיבתי כי אני לא יודע מה באמת גרם לנזק. סיבתיות עמומה – הסיבה לנזק לא ברורה. שם נכנס לתפקיד הגברת סיכון ואובדן סיכוי.

תורות הסיכון –

במסגרת מקרים אלו מצויים המצבים שבהם רשלנותו של המזיק יצרה את הסיכון או החמירה אותו – ומשך יחויב המזיק בפיצוי בגין יצירת הסיכון או החמרתו.

כמו כן, וכפי שנראה בהמשך הפסיקה אף הכירה בפיצוי בגין פגיעה בסיכון במקרים של פגיעה בסיכויי ההחלמה.

ע"א 231/84 קופ"ח נ' פאתח, פ"ד מב(3) 312

"אגב ניתוח, שנערך בבית החולים של המערער, באוזנו הימנית של המשיב, שותק עצב הפנים הימני שלו. לא הייתה רשלנות בעצם הניתוח, אך הייתה רשלנות בגילוי הנזק, ולפיכך נערך ניתוח שני (שנכשל) לאיחוי עצב הפנים רק עשרה ימים לאחר הניתוח הראשון, ולא מיד לאחר מכן, כפי שצריך היה לעשות. הוברר, כי גם אילו היה הנזק מתגלה במועד, והניתוח השני היה נערך בעתו, היה הסיכוי להטבת הנזק כ- 30%... בערעור נטען כי היה מקום לדחות את התביעה, לאור הכלל הדורש הוכחה של הקשר הסיבתי ברמה של עודף ההסתברויות (לפחות 51%) לחלופין, אם היה מותר להתחשב בשיעור אובדן סיכויי ההחלמה של המשיב, היה מקום לפסוק לו פיצוי רק עבור אובדן אותו סיכוי."

בפסק הדין הוכר אובדן סיכויי החלמה כראש נזק עצמאי בר פיצוי.
הטענה היא לא של עצם החיתוך אלא של אי הזיהוי.

ע"א 6643/95 יוהנתן כהן נ' קופ"ח, פ"ד (נג) 680.

"המערער 2 (להלן – האם) ילדה את המערער 1 (להלן – המערער) בשבוע ה-30 להריונה, במשקל 1450 גרם, בבית החולים מאיר בכפר-סבא (להלן – בית החולים). המערער נולד בלידת ואקום (שולפן ריק) ויצא את רחם אמו כשהוא סובל משניק ונזקק להנשמה. עקב קשיי הנשימה הועבר המערער לבית החולים בילינסון שם אובחן כסובל משיתוק מוחין."

הבעיה: מי מהגורמים יצר את התנאים להתממשות הנזק?

הגורמים שיכולים להשפיע – שבוע, משקל, התרשלות. כל אחד מהם לבדו יכל להוביל לנזק.

השופט שטרסברג-כהן (דעת מיעוט)

"...בעיני עדיפה האפשרות השלישית, שלפיה ינתן במקרים כגון זה שלפנינו סעד בגין אובדן סיכויים. דומני שגישה זו מאזנת נכונה בין השיקולים המעורבים והיא עדיפה על פני הגישה הדוחה את התביעה מקום שבו התובע לא יכול להוכיח כי הנתבע הוא שגרם לנזק עצמו, להבדיל מיצירת הסיכון לו, או על פני הגישה המטילה על הנתבע את מלוא הנזק רק מן הטעם שיצר סיכון שייתכן שכלל לא התממש (גישה "הכול או לא כלום")."

השופט בייניש

"...אציין רק כי עקרונית נוטה אני לגישה חברתי שאינה מציבה את התביעה הנזיקית על הוכחת גרימת הנזק בדרך של "הכול או לא כלום". מסכימה אני גם לכך שכבר צעדנו לקראת אותה גישה בעצם ההכרה בראש נזק של אובדן סיכויי החלמה, אף כי הצעתה של חברתי להכיר בראש נזק של הגברת סיכון היא בבחינת צעד נוסף. אלא שגישה זו, גם אם מייצגת היא השקפה ראויה, מעוררת קשיים רבים גם במישור העיוני הנוגע לעקרונות יסוד בדיני הנזקין וגם בכל הנוגע לתוצאות המעשיות וההשלכות הנובעות מכרסום בדרישת הוכחת הקשר הסיבתי לנזק שנגרם."

כפי שניתן לראות פס"ד יוהנתן כהן נ' קופ"ח מהווה את תחילת דרכה של הדוקטרינה המטילה **אחריות** בגין הגברת סיכונים – דוקטרינה שתבוא לידי מימוש בהמשך בפס"ד עדן מלול נ' ביה"ח כרמל.

גישות המכירות בדוקטרינת הסיכון

לדעת פרופ' ישראל גלעד יש להכיר בדוקטרינת הסיכון רק כאשר שיקולי צדק ויעילות מצדיקים זאת, ועל ביהמ"ש להגביל את השימוש בדוקטרינת הסיכון לסיטואציות של פגיעה ממשית בסיכויי החלמה. (י) גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" **משפטים** ל (תש"ס) 31
לדעת פרופ' פורת תומך יש להכיר בהטלת פיצוי לפי סיכוי, בין שמדובר בפגיעה בסיכויי החלמה ובין שמדובר בהגברת הסיכון, וזאת על בסיס ההכרה בדוקטרינת הנזק הראייתי.

הבעייתיות שבדוקטרינת הסיכון

על מנת לממש את דוקטרינת הסיכון על התובע להוכיח את המצב העובדתי הראשוני טרם פגיעתו - נטל שלעיתים יקשה מאוד על הפעלת הדוקטרינה.
דוגמא לכך ניתן לראות בפס"ד ביה"ח כרמל נ' מלול.

ע"א 7375/02 בי"ח כרמל נ' עדן מלול

"עדן מלול, המשיבה הראשונה, סובלת משיתוק מוחין ומפיגור שכלי. שיעור נכותה עומד על 100%. המשיבים תולים את מצבה ברשלנות רפואית בלידה. עדן נולדה ביום 18.3.1992 בבית החולים כרמל. אמה, צפורה מלול, הייתה בשבוע ה-29 + 6 ימים להריונה. בסביבות השעה 18:30 הייתה לאם, בביתה, ירידת מים מוקדמת. היא הוחשה מיד על ידי בעלה לבית החולים. בבית החולים החל דימום עקב היפרדות שלייה. בשל הדימום נעשה ניתוח קיסרי. משקלה של עדן בלידתה היה 1,345 גרם. בית המשפט קבע, כממצא שבעובדה, כי הדימום המסיבי החל בערך בשעה 15:20, בעוד הניתוח הקיסרי החל רק בשעה 00:21. על פי קביעתו של בית המשפט, השתהה ביצוע הניתוח הקיסרי ובכך מצא התרשלות של המערערים."
הגורמים – הפגות, הפרדות שלליה, 45דק –רשלנות, עיכוב הניתוח.

בפסק הדין דובר על רשלנות רפואית בעת יילוד פג (עדן מלול), כאשר לא הייתה ברור האם הרשלנות הרפואית היא שגרמה לנזקים, או שמה הנזקים הם תוצאה של היותה פג, קרי מעשה לא עוולתי (כח עליון).

לדעת ביהמ"ש הפגות לכשעצמה היא גורם סיכון מוכר וממשי לנזקים של עדן, וכך גם הפרדות השליה והדימום. אולם התרשלות בי"ח כרמל נעוצה באי ביצוע ניתוח קיסרי בדחיפות מספקת, באופן שחשף את האם לדימום מוגבר – כזה שיכול שהוא זה שגרם לנזקה של עדן.

לעניינינו השאלה שעולה מפסק הדין היא, האם עדן מלול הגיעה לבית החולים כרמל כאשר היא כבר סובלת מן הנזק (שיתוק מוחין ופיגור שכלי)? הבעייתיות כפי שהוצגה לעיל היא שאין אפשרות להוכיח מה היו העובדות ההתחלתיות - ומשכך לעדן מלול ישנה בעיה להראות כי נחשפה לסיכון או שפגעו בסיכויי החלמתה, יסודות ההכרה בדוקטרינת הסיכון.

בעיה בהוכחת הקש"ס בין האיחור בניתוח לנזק

"סיבתיות עמומה" – הכל או לא כלום או גישת הערכה הסתברותית:
"כאשר לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של **קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא**. עם זאת, גם במצבים אלו עדיין מוטל על התובע להוכיח על פי מאזן ההסתברות שהנתבע התרשל כלפיו, שהתרשלות זו יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק המסוים שנגרם לו, שניתן וצריך היה לצפות נזק זה, וכי קיימים סיכויים ממשיים – אף אם לא ניתן להוכיח ששיעורים עולה על 50% - שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק. כמו כן **על התובע להוכיח, על פי מאזן ההסתברות, כי בעניינו קיים קושי מובנה של סיבתיות עמומה, דהיינו כי בנסיבות העניין לא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי עובדתי כמקובל על-פי "מבחן האלמלא"**."

השופטת נאור בפסק דינה

"על כן – על בעלי הדין או על מי מהם, מוטל הנטל להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות שניתן להביאן. באותם מקרים של סיבתיות עמומה עליהם להביא מומחים לדבר, שיעידו אם יש או אין בנמצא נתונים סטטיסטיים שיסייעו בקביעת אומדן הסתברותי. אם ישנם נתונים – יש להציגם ולבאר, בדרך של עדות מומחים, מה משמעותם, וכיצד נכון להעריך הסתברותית את הנתונים הסטטיסטיים."

"אני מבקשת לצרף דעתי לדעותיהם של השופטים הסוברים שבקביעת קשר סיבתי עובדתי בין התרשלות (מוכחת) ונזק (מוכח), במצבים שבהם מדובר בגורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אשר היה על הנתבע לצפותו, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, נוכל להסתפק בקיומו של קשר סיבתי הסתברותי לנזק שייקבע על פי ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדנא "

השופטת נאור בוחרת להשתמש בדוקטרינת הסיכון על מנת להתגבר על בעיית הסיבתיות העמומה.

הפיתרון המוצע בפסק דין מלול

החלת דוקטרינת הסיכון באמצעות הכרה בנתונים סטטיסטיים.

עם זאת ניתן לראות כי הכרה בנתונים סטטיסטיים משמעותה ויתור על הוודאות, עקרון יסוד שמטרתו להטיל את האחריות על המזיק האמיתי, זה שהתרשלותו היא זו שגרמה להתממשות הנזק. יש לשים לב, הלכה זו נהפכה בדיון נוסף ביום 29.8.2010

א' פורת, "מדע מדויק או משפט", עיוני משפט כ"ז(1)

"אני סבור שכאשר שיקולים מהותיים תומכים בפצוי בגין פגיעה בסיכוי באופן חזק, על המשפט להסתפק במה שיש, ובאין ממצאים מדויקים באשר להסתברויות, להסתייע בממצאים החסרים, אפילו החסרים מאוד. המשפט איננו מתמטיקה, והמשפטן אינו שואף לאותו דיוק שהמתמטיקאי שואף אליו. התעקשות על דיוק... סופה להוביל למשפט פחות טוב".

ע"א 7469/03 המרכז הרפואי שערי צדק נ' זכריה כהן

"המשיב (המערער שכנגד), יליד שנת 1958, סובל משיתוק מוחין ספסטי מלידה עם תנועות אטטואידיות, ללא פגיעה בתפקוד השכלי. המוסד לביטוח לאומי הכיר בו כנכה בשיעור של 100%. על אף זאת, היה המשיב מסוגל להתהלך – אם כי באופן מוגבל – עד שבשנים 1997-1998 חלה ירידה בכושר הליכתו, בשל כאבים בפרק ירך ימין. ביום 6.1.1999 עבר המשיב ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי, בבית החולים שערי צדק (המערער והמשיב שכנגד). לאחר ימים מספר, ארעה פריקה של המפרק המלאכותי. המשיב עבר טיפולים וניתוחים נוספים, אולם נותר מרותק לכסא גלגלים. את נזקיו הוא תבע מבית-החולים המערער, וטען כי התרשלותו של זה האחרון היא שהביאה להרעה במצבו הבריאותי. "

בפסק הדין נטען כי הרשלנות העיקרית התבטאה בכך שלאחר הניתוח לא גובסה רגלו של התובע לצורך קיבועה – ובשל כך נגרמה הפריקה של המפרק המלאכותי, ונוצר הנזק.

המחלוקת נסובה על הערכת נזקיו של זכריה כהן שהיה נכה בשיעור 100% מלידה (טרם ההתרשלות)

"אי-הודאות אינה נוגעת לשאלת האשם, כי אם לשאלת הזיקה הסיבתית בין הסיכון שנוצר בהתרשלות, לבין הנזק (כולו או מקצתו). לשם פתרון בעיית העמימות הראייתית, נוצרו כללים שונים – מהם סטטוטוריים, מהם פסיקטיים ומהם (למצער בעת הזו) אקדמיים. בין הכללים האלה ניתן למנות את כלל "הדבר מעיד על עצמו", את דוקטרינת הנזק הראייתי על פניה השונים, את הגישות השונות בדבר פיצוי הסתברותי, פיצוי בגין יצירת סיכון ופיצוי בגין פגיעה בסיכוי, ועוד."

"אין זה המקרה שבו מתקיימת עמימות ראייתית המצדיקה היאחזות בראש נזק חלופי זה, כמשענת לניזוק שנשללו ממנו הכלים הנקוטים ברגיל. ההוכחה הסטטיסטית לא באה להמיר את כללי ההוכחה הרגילים. מקומה באותן מקרים יוצאי דופן שבהם מתקיימים טעמים המצדיקים זאת."

במקרה של זכריה כהן נקבע:

*כאשר סיכוי ההחלמה היו גבוהים משמעותית לולא התרשלות, והרשלנות סיכלה באופן ממשי את הצלחת הטיפול – שאז לא מדובר בסיבתיות עמומה.

*השופט בועז אוקון (מחוזי) קובע כי מקום בו סיכוי ההחלמה גבוהים אין הצדקה לכפות על הניזוק תוצאות סטטיסטיות כלליות.

*השופט ריבלין (עליון) כלים סטטיסטיים אינם מחליפים את כללי הראיה הרגילים, ודוקטרינת "אובדן סיכוי החלמה" אינה סוטה מן הכלל הרגיל של "הכל או לא כלום".

במקרה של זכריה כהן לא היה מקום להחיל את דוקטרינת אובדן סיכוי ההחלמה לאור ידיעת מצבו טרם ההתרשלות, וביה"מ העליון מסכם את פסק הדין באומרו:

"אכן עולם הרפואה נתון לספקות ואי ודאות כל טיפול רפואי עשוי לשאת עימו סיכון מסוים אפילו הוא מבוצע בהלכה. אולם אין זה מקובל ואין זה ראוי, בכל מקרה שבו נכשל ניתוח בשל התרשלות הצוות הרפואי, להפחית מסכום הפיצוי סכום המתיימר לבטא את אותו סיכון, אפילו יהא זה סיכון ערטילאי או מזערי".

ההלכה כיום

(טרם נתקבלה ההחלטה בדיון נוסף בעניין מלול)

ביהמ"ש בדיון נוסף מבטל את הלכת עדן מלול שניתנה בע"א 7353, ובכך דוחה בית המשפט את החריג של סיבתיות עמומה. כלומר, בית המשפט חוזר לכללי היסוד - לוודאות, לדרישת הקשר הסיבתי ול51%.

קשר סיבתי – עמימות עובדתית

הקדמה - על קשר סיבתי-עובדתי

כזכור, המבחן המרכזי לקביעת קשר סיבתי-עובדתי בין ההתנהגות של הנתבע לנזק של התובע הוא מבחן "הסיבה שבלעדיה אין": האם ללא התנהגות הנתבע היה הנזק מתרחש? אם לא, אז מתקיים הקשר הסיבתי.

אבל, יש מקרים שבהם גורם אפשרי (וההסתברותי ביותר) לגרימת הנזק איננו עוולתי ולא ברור כלל שזקו של התובע נגרם בעוולה, למרות שאחד הגורמים האפשריים, שלא ברור אם השתתף בגרימת הנזק, הוא עוולתי.

לדוגמא, כשמדובר בפגיעה (מחלה, בעיה רפואית) שממנה סובל התובע אבל לא ברור עד כמה התנהגות הרשלנית של המזיק היא זו שגרמה לנזק כיוון שיש גורמים "תמימים" נוספים שככל הנראה גרמו לנזק. הסיבה לבעייתיות במקרים אלה: הידע הרפואי לגבי הסיבה לפריצתם של מחלות וגרימת נזקים מוגבל. לעתים, נזקים עשויים להיות תוצאה של מספר גורמים.

במקרים אלה עוסקים בתי המשפט בשאלה "מה היה קורה אילו" הנתבע לא היה מתרשל, וכדי לענות על כך הם מבצעים הערכות כי אין ראיות חד משמעיות.

סוג המקרים המדובר

מצב שבו יש 2 גורמי סיכון לפחות (לא כולם אנושיים) שעלולים לגרום לנזק, כשכל אחד מהגורמים יכול להוות הגורם המכריע לקרות הנזק.

בין גורמים אלה מצויה גם ההתנהגות הרשלנית של הנתבע אך הסתברותית, נראה כי התרשלות הנתבע לא גרמה ישירות לנזק, ולא מהווה את הסיבה העיקרית לפגיעה בניזוק, אלא, אם בכלל, רק מעלה את הסיכון לפגיעה בו.

מכאן, השאלה האם ניתן לקשור מבחינה משפטית בין הנזק שנגרם לתובע לבין הפעולה של המזיק, אשר העלה את הסיכון לפגיעה או פגע בסיכוי החלים מהפגיעה, אבל ככל הנראה לא גרם ישירות לפגיעה.

יש למעשה שתי שאלות בהקשר של הוכחת הקשר הסיבתי-עובדתי:

- הוכחת הקשר ש"ס עצמו בין התרשלות הנתבע לנזק (כשיש 2 גורמים לפחות)

- הוכחת חלקו של הנתבע בנזק שנגרם (לאור מספר הגורמים המעורבים).

ע"א 231/84 קופת חולים כללית נ' פאתח

התובע עבר ניתוח באוזנו. במהלך הניתוח שותק עצב הפנים הימני שלו.
נקבע: לא הייתה רשלנות בביצוע הניתוח, אבל הייתה רשלנות בגילוי הנזק, (הפגיעה בעצב הפנים התגלתה 24 שעות לאחר הניתוח) ובעריכת ניתוח שני שנכשל לתיקון המצב שנערך לא מיד אלא 10 ימים לאחר הניתוח הראשון. כתוצאה מכך, **התובע איבד סיכוי של 30% להחלים לגמרי מהניתוח הראשון.**
נטען: יש לדחות את התביעה כי גם אם הנזק היה מתגלה במועד והניתוח השני היה מתקיים במועד, **הסיכוי של התובע להחלים היה קטן מ- 50%** (כלומר רוב הסיכויים (70%) שגם אם לא הייתה רשלנות בגילוי הנזק התובע לא היה מחלים. אין קשר בין הרשלנות שלנו לבין הנזק שנגרם לך. גם אם היינו מתנהגים כמו שצריך, 70% שהיית נותר אוטו דבר.
בית המשפט המחוזי: בית החולים נושא באחריות למלוא הנזק שנגרם לתובע.
השאלה: האם די בכך שללא התרשלות בית החולים היה מצבו של החולה יכול להיות טוב יותר (שסיכויי ההחלמה שלו יהיו טובים יותר) מכפי שהיו לאחר האשפוז בבית החולים כדי להטיל עליו את מלוא החבות? (כשהניתוח לא היה רשלני).

בית המשפט אומר צודקים הנתבעים שאי אפשר לקשור בין התרשלות הנזק הפיזי, מה שכן אפשר לקשור את התרשלות הנתבעים לראש נזק – "אובדן סיכויי החלמה". כאשר יש פגיעה בסיכויי החלמה, אפשר לקשור בין הקשר העובדתי לבין סיכויי החלמה - יש קשר בין ההתנהגות לבין הקשר הסופי של סיכויי החלמה. כלומר, אם לא הייתה רשלנות היו יותר סיכויים להחלים. סיכויי החלמה ניתנים להערכה לפי סטטיסטיקה, חוות דעת, מחקרים.

השופט ש' לוי

אובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול להיחשב כנזק בר-פיצוי (בהתבסס על כללים מדיני החוזים). אין הבדל בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין. – הוא עושה היקש, שכמו בדיני החוזים מפצים על אובדן של סיכוי, גם בדיני הנזיקין אפשר לפצות על סיכוי שאבד.
לפי העקרונות הכלליים של דיני הפיצויים מוטלת על המזיק, בחוזים או בנזיקין, חובה ל'אזן' את העוול שנגרם לנפגע כתוצאה מהבאתו עקב האירוע נושא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע.

אין הבדל בין מקרה שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ- 50% כיוון שבשני המקרים זכה התובע בפיצוי רק בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות.

אין מדובר בשאלה מה קרה בפועל אלא **הבדיקה היא מה היה קורה אילו.** קביעת מידת הסיכון תיקבע לפי דיני הראיות. לפיכך, יש לפצות את התובע בשיעור של 30% מהנזק שנגרם לו.
המשמעות: באמצעות יצירה ראש נזק חדש של אובדן סיכויי החלמה, פתר בית המשפט הן את הקושי בהוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלות בית החולים לבין הנזק של התובע, והן את הקושי שבהוכחת חלקו של בית החולים בנזק שנגרם.

ע"א 5049/91 קופת חולים כללית נ' רחמן

התובע, ילד בן 13, נכווה באופן קשה מאוד בתאונה ואושפז במחלקת הכוויות בבית-חולים. כחודש ימים לאחר אשפוזו הוא הובא לניתוח שעליו הוחלט באותו יום, וזאת לאחר שבועיים שלא קיבל טיפול תרופתי אנטיביוטי.

בדיעבד הסתבר שבאותה עת היה חיידק אליים בדמו.
התובע יצא מהניתוח במצב קשה, אבל בתחילה, כששהה בחדר ההתאוששות לא בדקו את מצבו. הוא קיבל דום לב שגרם לו נזק מוחי קשה, והוא הפך "צמח".
בית המשפט המחוזי: התנהלות הצוות הרפואי הייתה רשלנית לכל אורך הדרך. בחישוב הפיצוי שנפסק לתובע, יש להפחית 10% לאור שיעור הכוויות הגבוה שממנו סבל לפני הניתוח והאפשרות שגם אם היה התובע מחלים וחוזר לאיתנו (כלומר גם אם לא הייתה רשלנות), עדיין כושר תפקודו לא היה מלא ב-100%.

פס"ד רחמן- השופט ד' לוי

הש' ד' לוי מסתמך על דברי הש' ש' לוי בפס"ד פתאח:
"עד כה אמדנו את מידת אובדן הסיכוי לפי נתונים סטטיסטיים; האם בכך אין אנו מעוותים את המציאות? התשובה היא, שהנתונים הסטטיסטיים אינם משמשים לנו אלא כראיה לכאורה וכמורה דרך".

הש' ד' לוי קובע כי לאור הנתונים הרפואיים שהוצגו בפני בית המשפט ובהתחשב במרווח של טעות לכאן ולכאן, יש לקבל את ההערכה שלתובע, ללא מעשי הרשלנות, היו 90% סיכוי להחלים באופן מלא. כלומר, בשל התרשלנות הנתבע, התובע איבד 90% סיכוי להחלים באופן מלא.

במצב כזה שבו הסיכוי להחלים גבוה מ-50%, המשמעות היא כי יהיו מקרים רבים שבהם ללא רשלנות הייתה יכולה להיות החלמה מלאה.

מנגד, לא ניתן להתעלם מהחשש הממשי שאם הייתה ניתנת לתובע ההזדמנות להחלים, הכושר המוטורי שלו לא היה מגיע ל-100%.

לכן, יש להפחית 10% מאחריות בית החולים.

** רק במקרים שקשה לדעת מה היה קורה אילו לא הייתה רשלנות, אנחנו לא יודעים מה היה קורה לרחמן הילד אם בית החולים היה מעניק לו את הטיפול המיטבי.

לפי ההלכה היום, בפס"ד שניתן לפני כשנה בעליון, במקרה כזה צריך לפסוק לו 100%.

השופט לא יוצר את הקשר בין הרשלנות לנזק הגוף, אלא יוצר קשר בין הרשלנות לסיכוי להחלים. בית החולים לא זה שגרם לכוויות בגופו של הילד, זה נגרם משריפה שהייתה בביתו. אבל הילד הגיע לבית החולים כדי לצאת מהמצב שבו הוא נמצא, היה לו 90% סיכוי להתרפא ולחזור לחיות כרגיל.

אין קשר בין הרשלנות הרפואית לנזק הגוף, כי נזק הגוף הראשוני לא נגרם בגלל בית החולים, הרשלנות פגעה בסיכוי של הילד להירפא. לכן נעשה שימוש בכלל – "הסיכוי להחלים" במקום הוכחת הנזק הישיר.

עדיין עושים שימוש במבחן האילמלא, הוא לא השתנה, לא משנים את הכלל המשפטי אלא רק את הראש נזק החדש, שהנזק – הוא סיכויי ההחלמה. **אין שינוי של המבחן המשפטי – מבחן האילמלא.**

ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל

התובע, שריצה עונש מאסר, ניסה להתאבד בתאו, אך סוהר שהבחין בכך הציל את חייו. משחלפו 24 שעות שבהן שהה בבידוד, תחת השגחה, הוחזר לתאו.

לאחר מכן, ניסה בשנית להתאבד. גם ניסיון זה נכשל, אולם הוא נפצע ונשאר נכה.

ביהמ"ש המחוזי: הרופאים שטיפלו בתובע במרפאת בית הסוהר ובבית החולים לאחר ניסיון ההתאבדות השני התרשלו כי לא אבחנו במועד את הפגיעה, ולא נתנו לו טיפול נכון. בנוסף, הנזק לא נגרם בעת הנפילה אלא בשלב כלשהו לאחר מכן.

השאלה: האם הוכח קשר סיבתי-עובדתי בין התרשלותם של הרופאים בבית המעצר ובבית החולים ובין הפגיעה (הנכות לצמיתות) שנגרמה לתובע?

ביהמ"ש המחוזי: לא ניתן להכריע בשאלה זו. כפות המאזניים שקולות ועל-כן יש להטיל על הרופאים חבות בשיעור 50% בלבד. בית-המשפט הסתמך על ההלכה שלפיה אובדן סיכויי החלמה בכל שיעור שהוא

הוא נזק בר-פיצוי.

פס"ד אבו סעדה-השופטת שטרסברג-כהן

(1) האם הוכח ע"י התובע שהרשלנות הרפואית גרמה לאובדן סיכויי החלמה?

(2) אם כן, מהו שיעור אובדן סיכויי החלמה?

(1) מבחינה ראייתית, יש לקבל את עמדת התובע. **עובדתית, השיתוק לא ארע מייד, אלא לאחר שהתובע שוחרר מבית החולים.** לכן, כיוון שהשיתוק המלא לא הופיע מיד עם הפגיעה, וגם לא בבדיקה בבית המעצר וגם לא בבית החולים, יש בכך להוכיח שהאבחנה הלקויה והיעדר הטיפול במשך היום שחלף מאז הפגיעה ועד השיתוק, **תרמו לאובדן סיכויי החלמה של התובע.** מכאן, שהתובע הוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לאובדן סיכויי החלמה.

(2) **הנזק שבגינו יש לפצות את התובע הוא בשיעור אובדן סיכויי החלמתו.** כמו כל ראש נזק אחר, יש להוכיח את שיעור הנזק.

בנסיבות המקרה, ניתן לנקוט בדרך האומדן ולהעריך את אובדן סיכויי החלמה ב-50% ולחייב את הנתבעים לפצות את התובע בסך 50%. דרך זו מונעת את חיובו של הנתבע בנזק שלא הוא גרם אותו, וזיכוי של הניזוק בפיצוי מעבר לנזק שהמוזיק גרם לו.

השופטת שטרסברג-כהן- המשך...

במצב של חוסר ודאות, קיימות שלוש אפשרויות:

(1) כל הנזק של אובדן סיכויי החלמה נגרם ע"י הפגיעה הראשונית;

(2) כל הנזק נגרם ע"י הרשלנות הרפואית;

(3) חלק מהנזק נגרם ע"י הפגיעה הראשונית וחלק ע"י הרשלנות הרפואית.

אפשרות שלישית זו היא הסבירה ביותר בענייננו, אלא שאין לנו יודעים מהי תרומתם היחסית של שני הגורמים לנזק.

כשמדובר בהערכת אפשרויות היפותטיות "מה היה קורה אילו" אין מדובר בתחרות בין שתי סיבות שגרמו לנזק אלא ב'עיונות', בין גורם הנזק הידוע לבין מצבו המשוער של הנפגע ללא התאונה (שאינו ידוע בוודאות).

התוצאה: אישור פסק-דינו של בית המשפט המחוזי.

משמעות פסק הדין: בית המשפט משתמש בכלל של אובדן סיכויי החלמה להוכיח את הקשר הסיבתי העובדתי בין רשלנות הרופאים לנזק ואת חלקם בנזק.

מאובדן סיכויי החלמה להגברת הסיכון לפגיעה

ע"א 6643/95 יונתן כהן נ' קופת חולים כללית:

התובע נולד פג, במשקל נמוך מאוד בשבוע ה-30 (מתוך 40) להריון. מיד לאחר הלידה הוא אובחן כסובל משיתוק מוחין.

בית המשפט המחוזי קבע באשר לסיבות לנזק:

גורם אפשרי מרכזי (לא רשלני) לשיתוק היה הפגות והמשקל הנמוך.

גורם אפשרי נוסף שייטכן והוסיף לסיכון במהלך הלידה היה הדימום הפתאומי שממנו סבלה האם, אבל הדימום לא נבע מרשלנות בית החולים.

גורם אפשרי שלישי שמיוחס לרשלנות בית החולים היה הזיהום ממנו סבלה האם במהלך הלידה שהתגלה רק לאחריה באיחור רשלני.

שופטי הרוב (**ברק ובייניש**) דחו את התביעה, אבל השי' **שטרסברג-כהן** קיבלה את הערעור וקבעה **שהגורם האנושי הגביר את הסיכון לפגיעה בשיעור של 30%**.

**הקושי הוא כי מבחינה עובדתית נקבע שהיו שלושה גורמים אפשריים לנזק שנגרם ליונתן, גורם אחד אולי המשמעותי ביותר- היה שהוא נולד בשבוע כל כך מוקדם. עצם זה שאדם נולד פג, הוא נושא בחובו סיכון מאוד גבוה שתישאר בו נכות או פגיעה גופנית. גורם אפשרי נוסף, היה דימום שהאימא חוותה במהלך הלידה, גם דימום זה לא רשלנות של בית החולים. הגורם השלישי – הזיהום ממנו סבלה שבת החולים לא גילה וזוהי רשלנותו של בית החולים. במקרה זה אין סיכויי החלמה.

השופטת שטרסברג-כהן (דעת המיעוט)

יש להתייחס לשיתוק המוחין כאל נזק שיכול שנגרם כתוצאה ממספר גורמים שפעלו כגורמים **מצטברים** או **חלופיים**, שהם:

- הפגות ומשקל נמוך- בית החולים איננו אחראי להם- הגורם המסתבר ביותר לנזק

- הדימום- גם הוא אינו באחריות בית החולים

- אי אבחון הזיהום במועד- בית החולים אחראי לכך (נובע גם מרישום לקוי).

כל אחד מהגורמים הללו מגביר את הסיכון לקרות הנזק, אך לא ברור אם הזיהום (הגורם הרשלני) גרם בפועל לשיתוק. לא הוכח כי יותר סביר שהנזק נגרם עקב הזיהום משנגרם בשל הגורמים האחרים.

סביר יותר שהשיתוק היה נגרם גם ללא הגורם הרשלני (הזיהום) וזאת בשל הפגות עצמה בשילוב המשקל הנמוך.

מכאן עולה שאלת הקשר הסיבתי בין התרשלנות בית החולים לשיתוק, כלומר **האם ניתן לקבוע כי התרשלנות בית החולים היא זו שגרמה לנזקו של התובע?**

הגברת הסיכון כבסיס לקשר סיבתי

שלוש גישות להתמודדות עם קשיי הוכחת הקשר הסיבתי בנסיבות כאלה:

(1) להטיל על הנתבע אחריות לפצות באופן מלא כי יצר בהתנהגותו סיכון לגרימת נזק;

(2) לדחות את התביעה כי התובע לא הוכיח במידה הדרושה שהנתבע גרם לנזק;

(3) **לקבוע שרשלנות הנתבע הגבירה את הסיכון שהתובע ייפגע**, ולפסוק פיצוי באופן יחסי להגדלת הסיכון מתוך הנזק שאירע בפועל.

השי' שטרסברג-כהן: יש להטיל על הנתבע אחריות בגין הגברת הסיכון בשיעור שיוכיח התובע. גישה זו יוצרת איזון נכון בין השיקולים המעורבים.

הסיבה: אין לנקוט גישה של "הכול או לא כלום". גישה השוללת פיצוי לתובע במקרה שבו הוכחה התרשלנות אך לא ניתן לבסס קשר סיבתי-עובדתי לנוכח חוסר הידע באשר לגורמים לנזק פוגעת בתובע ולא משרתת מדיניות ראויה של הרתעה.

אבל, הטלת חובת פיצוי מלא על אחד מגורמי הנזק האפשריים שלא בטוח שהשתתף בגרימת הנזק, איננה צודקת שכן היא מביאה לפיצוי התובע על מלוא נזקו גם ממי שלא ברור כי השתתף בגרימת הנזק, שיכול שלא נגרם בעוולה כלל.

פס"ד כהן-הסתמכות על פס"ד פתאח

השי' שטרסברג-כהן: הפתרון- ראוי שבמקרים מסוג זה אלה יינתן פיצוי עפ"י ראש הנזק של אובדן הסיכויים או הגברת סיכון. הדוקטרינה של אובדן סיכויים מאזנת באופן ראוי בין האינטרסים השונים, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק (אובדן סיכוי, או הגברת סיכון) שלגביו לא מתעוררים קשיי ההוכחה. כאן, אין קושי להוכיח כי הפגיעה **בסיכוי להולדתו של תינוק בריא** (או הגברת הסיכון לנזק, כלומר ללידת תינוק פגוע) **נגרמה בשל מחדלי בית החולים**, אשר ברשלנותו פגע בסיכוי של הילד להיוולד בריא, או הגביר את הסיכון שהוא ייפגע.

אמנם, המקרה הטיפוסי שבו הוחל במשפט הישראלי הכלל של אובדן סיכויים הוא אובדן סיכויי החלמה, ואילו בפסק דין זה מדובר באובדן הסיכוי שלא ללקות במחלה, או בהגברת הסיכון ללקות בה, אבל אין זה משנה.

הש' שטרסברג-כהן מנסה להתגבר על הקושי שבהוכחת קשר בין התרשלות בית החולים לנזק של התובע ע"י קביעה שגם כשהתרשלות מעלה סיכון ולא גורמת ישירות לנזק יכולה למלא אחר דרישת הקשר הסיבתי.

הש' שטרסברג-כהן - כלל הגברת הסיכון

כשמדובר באובדן הסיכוי שלא לחלות במחלה, יש אפשרות שללא ההתרשלות לא היה התובע לוקה במחלה כלל. לעומת זאת, כשמדובר באובדן סיכויי החלמה, קיימת אפשרות שללא ההתרשלות היה התובע נרפא. הבדל הזה אינו מהותי. כך או כך, קיימת אפשרות שללא ההתרשלות היה התובע אדם בריא או בריא יותר.

כלל אובדן הסיכויים נותן מענה למקרים שבהם לא ניתן להוכיח קשר בין הנזק הסופי של הניזוק לבין ההתרשלות, כי לא ידוע מה היה קורה ללא ההתרשלות.

במקרים מסוג זה הנזק שנגרם עקב התנהלות הנתבע הוא הגברת הסיכון לפגיעה, ויש לפצות על נזק זה כשלא ניתן להוכיח שההתרשלות גרמה ישירות לנזק.

הביקורת: בפס"ד **פתאח**, לא הייתה מחלוקת שהתרשלות הנתבע היא זו שפגעה בסיכויי החלמה של התובע. השאלה היתה האם סיכויי החלמה הם נזק בר-פיצוי. כאן, לדעת הש' **שטרסברג-כהן** ניתן לעשות שימוש בהלכת **פתאח** גם לפתרון המחלוקת האם בכלל התרשלות הנתבע גרמה להגברת הסיכון לפגיעה. אבל, לא בטוח שלכך התכוון הש' **ש' לוי** בפס"ד **פתאח**.

הש' שטרסברג-כהן - יישום הכלל המשפטי

ייתכן שהאיחור באבחון הזיהום ביולדת יצר סיכון להתרחשות שיתוק המוחין, אבל יצירת סיכון שלא ברור אם התמשש אינה מצדיקה הטלת אחריות על יוצר הסיכון בגין מלוא הנזק, אלא עשויה להצדיק פיצוי בגין הגדלת הסיכון באופן יחסי.

בנסיבות העניין, הזיהום הגביר את הסיכון לשיתוק בשיעור 30% ולכן יש לפצות רק בגין חלק זה ובכך לאזן בין הרתעת יתר לרצון להחזיר את המצב לקדמותו.

פס"ד יונתן כהן - דעת הרוב

השופטת ביניש: מסכימה שבית המשפט העליון צועד לקראת גישה המכירה באחריות של הניזוק להגברת סיכון לתובע, בכך שראש נזק של אובדן סיכויי החלמה הוכר בפס"ד **פתאח**, אבל ההצעה של הש' **שטרסברג-כהן** להכיר בראש נזק של הגברת סיכון היא צעד נוסף שמעורר קשיים לאור עקרונות דיני הניזוק ובכל הנוגע להשלכות הנובעות מפגיעה בדרישת הוכחת הקשר הסיבתי.

לכן, אימוץ גישתה של **שטרסברג-כהן** מחייבת קביעת סייגים לאחריות המוטלת על המזיק בנסיבות כאלה. ללא סייגים הנוגעים למידת הסיכוי או הסיכון שיש להכיר בהם ביחס לנזק הכולל, עלול להיפתח פתח רחב מדי להכרה בזכאות לפיצויים, פתח שעלול לשמוט את הקרקע מרגלי השיטה הבנויה בעיקרה על הוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלותו של המזיק לנזק.

השופט ברק: לא הוכח כי הסיכון גבר בשיעור של 30% (**ביניש** הסכימה), ומבקש שלא להכריע בשאלות המשפטיות האחרות.

ע"א 7375/02 בית חולים כרמל נ' עדן מלול

התובעת, נולדה בשבוע ה- 30 להריון (מתוך 40) כשאמה הגיעה לבית החולים עקב ירידת מים (פקיעת מי שפיר). בבית החולים החל דימום רציני והוחלט לבצע ניתוח קיסרי אשר בוצע באיחור של כשעה ולא מייד. **ביצוע ניתוח קיסרי באיחור של שעה נוכח הדימום של היולדת היה רשלני.** הילדה, עדן מלול, נותרה עם שיתוק מוחין ופיגור שכלי (נכות כוללת של 100%).

בית המשפט המחוזי: למעשה היו שני גורמים שיכולים להביא לקרות הנזק:

(1) **הפגות** - לא ניתן לייחס כל אשם לבית החולים;

(2) **הדימום** - לא קרות הדימום עצמו, אלא **האיחור בטיפול בדימום**, כלומר האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי שהינו רשלני.

השאלה: איזה אחריות, אם בכלל, יש לייחס לבית החולים במקרה זה?

השופטת נאור - קשר סיבתי הסתברותי - שקף חשוב

המשפט הישראלי אינו דוגל בגישת "הכל או לא כלום", אלא עפ"י פס"ד **פתאח** ניתן לפצות תובעים באופן חלקי ע"י שימוש בכלל של פגיעה בסיכויי החלמה.

בנוסף, כשיש גורם שמסוגל **תיאורטית** לגרום לנזק שצריך לצפותו, אבל לא ניתן להוכיח שגורם זה גרם לפגיעה **בפועל**, ניתן להסתפק בקשר **סיבתי הסתברותי** לנזק שייקבע על פי **ראיות סטטיסטיות** או בדרך של **אומדן (סיבתיות עמומה)** - הערכה גסה של השופט) במקרים שבהם ננקוט בדרך זו על התובע עדיין להוכיח את אלה:

- (1) שהנתבע **התירשל** כלפיו,
- (2) שהתירשלות זו **יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק** המסוים שנגרם לו,
- (3) שניתן וצריך היה **לצפות** נזק זה,
- (4) שקיים **סיכוי ממשי** - גם אם לא ניתן להוכיח ששיעור הסיכוי עולה על 50% - שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק,
- (5) שקיים **קושי מובנה להוכיח קשר סיבתי** בין התנהגות המזיק לנזק, כלומר שלא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי-עובדתי כמקובל על-פי מבחן האלמלא. - הדבר המרכזי.

השופטים מצא וג'ובראן הסכימו עם הש' נאור.

הש' נאור - ריכוך כלל הקשר הסיבתי-העובדתי

לא צריך לזנוח את הכלל לפיו יש להוכיח קש"ס עובדתי בין ההתירשלות לנזק. אבל, יש לרכך את הכלל שדורש הוכחת קשר סיבתי בין התירשלות לנזק רק באותם מקרים בהם גישת "הכל או לא כלום" גורמת לאי צדק. אי צדק יכול להתעורר כשיש אי ודאות מובנית בשאלה מי מבין גורמי הסיכון הקיימים, שחלקם עוותיים וחלקם לא, גרם בפועל לנזק של התובע. במקרים אלה יש לתת לכל גורם אפשרי, העולתי והלא עולתי את המשקל המתאים. כיצד ניתן לאמוד את המשקל המתאים של כל גורם (עולתי ולא עולתי)? ניתן להיעזר בנתונים סטטיסטיים אם יש כאלה. אבל, פתרון כזה הוא בעייתי במיוחד כשהראיות הסטטיסטיות מעטות וקשה להעריך את חלוקת הסיכון. במקרים אלה, על הצדדים להביא לבית המשפט את מיטב הראיות המדעיות והסטטיסטיות שניתן להביא, כולל חוות דעת מומחים. חלק מהמלומדים מסכים עם גישה זו (פרופ' פורת) וסבור שהיא ממלאת אחר מטרות דיני הנזיקין-הרתעה וצדק מתקן. חלק אחר סבור שגישה זו אינה נכונה.

פס"ד מלול - יישום הכלל לנסיבות המקרה

אין צורך להוכיח שהגורם האפשרי לנזק היה האיחור בטיפול בדימום. ניתן להסתפק בהוכחת סיכון ממשי, גם כשישעור הגברת הסיכון אינו עולה על 50%. במצבים אלה אין מנוס מביצוע הערכה של הגורם העולתי מגביר הסיכון ע"י אומדן. הש' נאור קבעה כי משפחת מלול הצליחה להוכיח כי האיחור בביצוע הניתוח יכול היה להיות גורם לנזק או לחלקו ובכך הוכיחו קושי מובנה של סיבתיות עמומה. הש' נאור העריכה את הסיכון הממשי שהאיחור בטיפול בדימום יצר בשיעור 20%. **ביקורת**: הש' נאור הולכת בדרכה של הש' שטרסברג-כהן בפס"ד יונתן כהן ומיישמת את כלל הגברת הסיכון לא רק לעניין הוכחת חלקו של המזיק בנזק אלא גם בנוגע להוכחת הקשר עצמו בין התירשלות לנזק, וקובעת כי קשר סיבתי יכול להתקיים כאשר ההתירשלות הגבירה את הסיכון לפגיעה. הש' נאור מאפשרת לתובע להוכיח יסוד זה ע"י אומדן והערכה סטטיסטית כללית במקום ראיות ספציפיות למקרה. למעשה, הש' נאור קובעת שהכלל שנקבע בפתאח בדבר אובדן סיכויי החלמה יחול גם במצב שבו המזיק יוצר סיכון ממשי לגרימת נזק שאינו הגורם הבלעדי לגרימת הנזק. הביקורת: יש במגמה זו כדי לפגוע בדרישת הקש"ס, ולגרום למהפכה בדיני הנזיקין.

האם הנתבע רק הגביר את הסיכון אבל לא ייצר אותו. כיוון שאין לדעת ממה נפגע עדן מלול. כאשר יש סיטואציה שיש בה שני גורמים או יותר אז די בכך שהתובע מוכיח שהתנהגות הנתבע היא גורם אפשרי גם אם לא בפועל. לא צריך להוכיח שהתנהגות הנתבע היא זו בפועל שגרמה, אלא גורם אפשרי.

ע"א 7469/03 שערי צדק נ' זכריה כהן

התובע סבל משיתוק מוחין מלידה ללא פגיעה בתפקוד השכלי. ביטוח לאומי הכיר בו כנכה בשיעור של 100%. על אף זאת, היה התובע מסוגל ללכת- אם כי באופן מוגבל- עד שבשלב מסוים חלה ירידה בכושר הליכתו, בשל כאבים בפרק ירך ימין. בשל הירידה בכושר ההליכה עבר התובע ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. לאחר ימים מספר ארעה פריקה של המפרק המלאכותי. החולה עבר טיפולים וניתוחים נוספים, אולם נותר מרותק לכסא גלגלים.

התובע טען שהתרשלות בית החולים היא שהביאה להרעה במצבו.
ביהמ"ש המחוזי קיבל את התביעה וקבע שבית החולים הפר את חובת הזהירות כלפי החולה. **רשלנותו העיקרית של בית החולים התבטאה בכך שלאחר הניתוח לא גובסה רגלו של התובע לשם קיבועה.**
השאלה: האם יש קשר סיבתי בין התרשלות בית החולים לנוזק? האם העובדה שלא גיבסו את הרגל הביאו להידרדרות במצבו?

פס"ד זכריה כהן- בית המשפט המחוזי

אילו בוצע הניתוח כראוי הוא היה מסתיים, בהסתברות גבוהה, בהצלחה. כתוצאה מכך, לא היה המשיב נזקק עוד לקביים או להליכון, והוא היה שב למצב שבו היה לפני ההידרדרות במצב הרגל.
עם זאת, ניתן להניח שהתובע היה נתקל בקשיי הליכה מתגברים עם הזמן. בנסיבות המקרה, אין מקום לקבוע את הפיצוי בהסתמך על העיקרון של "אובדן סיכויי החלמה", בפס"ד **פתאח**.
כאשר סיכויי ההחלמה טובים, "אין לכפות על הנפגע תוצאות סטטיסטיות כלליות, ואין להפוך אותו 'לחייל ממושמע' של נתונים מספריים כוללים".
הרשלנות כאן סיכלה באופן ממשי את סיכויי החלמה, ו"פגעה בתנאי הכרחי לעצם אפשרות ההצלחה מלכתחילה, כאשר שיעור הצלחה זה הוא גבוה".
התובע הוכיח כי ללא הרשלנות הוא היה נופל בתחום הרחב של ניתוחים מוצלחים.

פס"ד זכריה כהן- בית המשפט העליון- הש' ריבלין

הכלל של "אובדן סיכויי החלמה" יכול במקרים מסוימים לשמש אחד מהכלים שיש לשופט בהתמודדות עם בעיית העמימות הראייתית.
כאשר קיימת אי-ודאות באשר לנסיבות המקרה, עלול התובע להימצא במצב בו אין ביכולתו להוכיח, על-פי הכללים "הרגילים", את יסודות העוולה, ועם זאת, להשאיר אותו ללא פיצוי יהווה ניגוד למטרות דיני הנזיקין.
הקושי המובהק הזה קיים כאשר הנתבע יצר סיכון בהתרשלות מוכחת, אבל אי אפשר להוכיח, במידה הנדרשת, כי הנזק שנגרם בפועל (כולו או מקצתו) היה תוצאה של התממשות הסיכון הזה.
כלומר, אי-הודאות בהקשר זה של עמימות עובדתית נוגעת לזיקה הסיבתית בין הסיכון שנוצר ע"י ההתרשלות, לחלקו של הנזק שנגרם (כולו או חלקו).

המשך- מתי יחול הכלל של אובדן סיכויי החלמה

הרעיון העומד מאחורי הכלל של אובדן סיכויי החלמה הוא קביעת ראש נזק של "אובדן סיכויי החלמה", כשעל התובע להראות שהתקיימו יסודות עוולת הרשלנות ביחס לראש-נזק זה- חובת זהירות, הפרה וקשר סיבתי בין ההפרה לנזק.
הכלל הזה לא סוטה מהכלל הרגיל של "הכל או כלום". הכלל הזה מחייב את התובע להוכיח שהנתבע גרם ברשלנות לנזק מסוג של אובדן סיכויי החלמה, ומשנקבע שכך הוא, החבות נסבה על נזק זה כולו. הערכת הנזק יכולה להיעשות על דרך של אומדן ולא רק לפי מאזן ההסתברויות.
מכאן, היצירה של אובדן סיכויי החלמה מאפשרת לענות על הדרישה של הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהגות הרשלנית (ההפרה) לבין הנזק.
הש' ריבלין: צדק ביהמ"ש המחוזי כשלא פנה לראש הנזק של אובדן סיכויי החלמה. זה **לא** המקרה שבו יש עמימות ראייתית המצדיקה הסתמכות על ראש נזק חלופי זה.
מדוע? מצבו של התובע היה ידוע לפני האירוע ולאחר האירוע. בפני בית המשפט הובאו ראיות ועדויות של מומחים, ועל יסוד החומר כולו הוא קבע ששיעור הצלחה של הניתוח, במקרה של התובע, היה גבוה, וכי הרשלנות סיכלה אותו באופן ממשי. הצלחת הניתוח הייתה משיבה את התובע למצבו הטוב יותר.

ע"א 8279/02 זאב גולן נ' עזבון ד"ר מנחם אלברט ז"ל

לתובע, גיא גולן, נגרם נזק מוחי עקב סיבוכים שאירעו בלידה ומיד לאחריה. צוות בית החולים לא יידע את ההורים בדבר האפשרות לקיומה של פגיעה אפשרית ולא הפנה אותם לבדיקות או לטיפולים מיוחדים. לאחר הלידה החל גיא לבקר בטיפת חלב שהופעלה ע"י הרופא הנתבע למעקב. בשלב מוקדם התעורר חשש אצל ההורים שההתפתחות של גיא אינה תקינה (התחיל ללכת ולדבר בגיל מאוחר).
ההורים העלו את דאגתם בפני הרופא מספר פעמים, אבל הוא הרגיע אותם ואמר שהתפתחותו של גיא נורמלית.
כשגיא היה בן 3 פנו הוריו לאבחון התפתחותי. באבחון נקבע שגיא סובל מפיגור בהתפתחות, בעיות התנהגות וקשיי דיבור, וכי הוא בעל רמה שכלית גבולית.
נטען שהרופא התרשל בכך שלא איבחן את מצבו של גיא במועד, דבר שמנע מגיא את קבלת הטיפול המתאים באותה תקופה. נטען שאילו היה הטיפול בגיא מתחיל במועד מוקדם יותר, הרי שמצבו היה טוב יותר מכפי שהוא בפועל.

המשמעות של פסקי הדין הללו- לא לדאוג תובעים, משהו תקבלו. אם תוכיחו שקשה להוכיח קשר סיבתי אבל שהנתבע בהתנהגותו יש גורם אפשרי לנזק אז תקבלו. הרבה גורמים בחברה הישראלית התנגדו לזה.

השופט גרוניס (דעת מיעוט)

הרופא התרשל והנזק שהוא גרם לתובע מתבטא במניעת השיפור שניתן היה להשיג אילו היה מצבו של גיא מאובחן כראוי ובזמן ע"י הרופא.

השאלה המרכזית: **הוכחת הקשר בין ההתרשלות להיקף הנזק.** במקרה זה קיים קושי להעריך איזה חלק מתוך נזקו הכולל של הילד יש לייחס להתרשלות הרופא וזאת כיוון שהתובע לא הציג כל נתון שיכול לסייע בכך.

כיוון שהתובעים לא הציגו ראיות המסייעות בהערכת חלקו של הרופא לגרימת הנזק, אין מקום לפסוק פיצוי, לא על דרך **האומדן** (כלומר עפ"י קשר סיבתי הסתברותי בפס"ד **מלול**) ולא על דרך של **העברת נטל השכנוע** לפי כלל הנזק הראייתי כי התובעים לא הציגו כל ראיה לגבי הקושי בדבר הוכחת שיעור הנזק שגרם הנתבע. דעת הרוב לא הסכימה עם עמדה זו.

הנשיא ברק (דעת הרוב)

במקרה זה **קיים קושי עובדתי בקביעת היקף הנזק שגרם הרופא לגיא התובע.** לכן, ניתן לאפיין את המקרה כמקרה בו מתעוררת בעיה של **עמימות עובדתית.**

יש להבחין בין עמימות באשר **לעצם גרימת הנזק** לעמימות בנוגע **לשיעור הנזק.** יש שלוש קבוצות של מקרים (קיימות כמובן חלוקות נוספות ותתי-קבוצות נוספות):

קבוצה אחת - עמימות לעניין עצם גרימת הנזק לתובע.
קבוצה שנייה - מצב שבו ידוע שהנזק נגרם כתוצאה מהתנהגות עוולתית של אחד מהנתבעים, כשכל הנתבעים התרשלו כלפי התובע ולא ידוע מי גרם לנזק.
קבוצה שלישית - אליה משתייך המקרה הזה - עמימות לגבי חלקו של הנתבע בנזק שנגרם.

הוכחת הקשר בין הנתבע לנזק היא קשה.

הקבוצה הראשונה - קשר סיבתי לעצם גרימת הנזק

מקרים בהם העמימות העובדתית היא לגבי הקשר בין ההתרשלות לנזק. כלולים כאן מקרים שבהם התובע מתקשה להוכיח שהנתבע - שחב לו חובת זהירות והתרשל - גרם לו נזק כלשהו.

השאלה במצבים אלה היא אם כשהתרשלות הנתבע היא גורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של **קשר סיבתי הסתברותי לנזק**, שייקבע על פי מידע סטטיסטי או בדרך של אומדן.

בדרך כלל, על התובע להוכיח, על פי מאזן הסתברויות, שהנתבע גרם לנזק. הטלת אחריות יחסית, על פי הסתברות בלבד כי לתובע נזק עקב התנהגות עוולתית של הנתבע, מעוררת שאלות לא פשוטות שכן המנגנון הזה מטיל חובת פיצוי על אדם שכלל אין ביטחון שגרם נזק (פס"ד **כהן נ' קופ"ח כללית**, ופס"ד **עדן מלול**).

הש' **ברק** משאיר זאת להכרעה עתידית.

הש' ברק - הקבוצה השנייה - כשיש מספר גורמים לנזק

מקרים שבהם הניזוק עומד מול שורה של התנהגויות עוולתיות כשהנזק נגרם ע"י שני אנשים או יותר, ואין התובע יודע מי מהם גרם לנזקו (לדוגמא - שני אנשים שירו באדם שלישי ולא ניתן לקבוע בוואות מי מהם פגע בניזוק).

לגבי מקרים אלה, של אחריות לנזק שלא ניתן לשייכו למזיק מסויים, ראינו כי **פרופ' פורת ושיטין** מציעים לחלק את האחריות בין שני המזיקים ע"י קביעת עילת תביעה של נזק ראייתי.

במקרים אלה, ניתן גם להיעזר בכלל **הנזק הראייתי** שאומץ במשפט הישראלי ובכללים נוספים שאליהם נתייחס בהמשך.

הש' ברק - הקבוצה השלישית - קביעת היקף הנזק

מדובר כאן בעמימות שעניינה שיעור הנזק והיקפו.

מקרים שבהם ידוע שגרימת הנזק היא תוצאה של רשלנות הנתבע. ידוע שחלקו של הנזק נגרם על ידי הנתבע, אבל **אין יודעים מהו חלק זה מול חלקם של הגורמים האחרים** (עוולתיים ולא עוולתיים-תמימים).

במקרים של עמימות שנוגעת לחלקו של הנתבע בנזק, אם הוכחו כל יסודות האחריות (חובה, הפרה וקשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק), ניתן לקבוע שהיקף הפיצוי יקבע בדרך של אומדן, ויפחת מ-100%.

הגישה של "הכל או לא כלום" אינה תקפה לגבי קביעת היקף הנזק שגרם הנתבע.

יישום הכללים בפס"ד גולן-הש' ברק

המקרה הזה משקף החמרת מצב קיים (החרפת נזק שארע לפני ההתרשלות). **מקרה זה שייך לקבוצה השלישית- עמימות שעניינה גודל הנזק** שנקבע בדרך של **אומדן** או נתונים סטטיסטיים.

כאן, **התובעים הוכיחו על פי כללי הוכחה הרגילים, את כל יסודות הרשלנות**: חובת זהירות, הפרת החובה, גרימה ונזק. הוכח שמצבו של גיא התובע היה טוב יותר אילו היה מאובחן במועד על ידי הנתבע. **התרשלות הרופא גרמה להחמרת מצבו של גיא** שמתבטאת במניעת השיפור שניתן היה להשיג אילו היה גיא מאובחן כראוי. כלומר, חלק מסוים מנזקו של גיא היה קיים גם ללא ההתרשלות, וחלק אחר נבע כתוצאה ממנה.

לא מדובר במצב שבו כל שהוכח הוא שאיבחון במועד היה עשוי להביא, **בהסתברות מסוימת**, לשיפור במצבו של התובע (מלול). בענייננו, הוכח בהתאם לדיני הסיבתיות כי אלמלא ההתרשלות היה מושג שיפור **במצבו של הילד**. בכך מתמלאת דרישת הקשר הסיבתי. הסיבה לכך היא שדי בכך שהתובע יוכיח שההתרשלות כלפיו גרמה לו נזק כלשהו. **העמימות היא בעניין גודל הנזק בלבד**.

ניתוח נסיבות פס"ד גולן ע"י הנשיא ברק

במקרה זה יש קושי עובדתי לקבוע את היקף הנזק שנגרם לגיא התובע. אין חולק שאיבחון וטיפול במועד לא היו מביאים להחלמה מלאה של גיא. קשה לדעת מה היקף השיפור שהיה מושג לו אובחן גיא וטופל במועד.

קשה להפריד בין חלק הנזק שנגרם ע"י הרופא לבין החלק שנגרם ע"י בית החולים. **במקרים כאלה של עמימות בקשר לגודל הנזק**, כשאין יודעים מהו חלקו של הנתבע מול חלקם של גורמים אחרים קיימת הצדקה שהפתרון לעמימות העובדתית יהיה פסיקת פיצוי בדרך של אומדן. במצבים כאלה הוגן שעלות אי הוודאות באשר לגודל הנזק תיפול גם על המזיק, שהוכח שביצע עוולה כלפי התובע שגרמה לנזק. משהוכח שמצבו של התובע היה טוב יותר ללא התרשלות הנתבע, **חוסר האפשרות לקבוע באופן מדויק את היקף הנזק אינה צריכה לשלול מהתובע פיצוי**. זה תואם את מהות דיני הניזקין שמעדיפים את הניזוק התמים על מי שידוע שגרם לנזק בעוולה.

פס"ד גולן-ההחלטה

הנזק של גיא בעקבות הפגיעה המוחית שסבל בלידה אינו ניתן לחלוקה מוחשית. **לא קיימת אפשרות ממשית לקבוע באופן מדויק מה היה היקף השיפור של גיא ללא התרשלות של הרופא הנתבע**.

הסיבה: חוסר הדיוק בו מתאפיין מדע הרפואה בכלל ומדעי המוח בפרט. על רקע זה ברור שלא ניתן להוכיח את היקף השיפור שהיה צפוי מן הטיפול.

במצב דברים זה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות המשיב לגובה הנזק על דרך **האומדן**. לכן בנסיבות העניין מורה השופט ברק להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לקביעת היקף הנזק בדרך של אומדן ולקביעת הפיצוי בראשי הנזק השונים.

דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' עדן מלול

(מיום 29.8.2010)

השאלה:

עד כמה ניתן ורצוי לקדם את הגישה לפיה במצבים של עמימות באשר לסיבה העובדתית לגרימת הנזק יש לפסוק פיצויים על פי כללי הוכחה יחסיים תוך התאמת היקף הפיצוי לרמת ההסתברות של אפשרות גרימת הנזק במידה שהוכחה.

השאלה עולה כי למעשה גישה כזו מחליפה את התפיסה המסורתית בדיני הניזקין, של "הכל או לא כלום", המבוססת על הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי "מאזן ההסתברויות".

האם יש מקום לקבוע כי יסוד הקשר הסיבתי מתקיים כאשר התנהגות הנתבע מגבירה את הסיכון לנזק בשיעור מסוים, אבל לא מהווה הסיבה המרכזית לגרימתו, וזאת לא באמצעות כלל ההוכחה של מאזן ההסתברויות אלא עפ"י אומדן וראיות סטטיסטיות?

הפסיקה בדנ"א עדן מלול

ברוב של 5 מול 4: אין להכיר בחריג האחריות היחסית (קש"ס הסתברותי בין התרשלות הנתבע לנזק) במקרים של סיבתיות עמומה. בוטל פסה"ד בע"א מלול.

הכלל נשאר ללא שינוי: יש להוכיח, בשיעור של 51% או יותר, שיש קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות הרשלנית של הנתבע לנזק של התובע וזאת כאמור עפ"י מאזן הסתברויות, כלומר כי התנהגות הנתבע היוותה גורם מרכזי לנזק.

מוסכם: במקרים מסוימים יתכנו חריגים לכלל בנסיבות שבהן הפתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם. באותם מקרים ייעשה שימוש בחריג של פיצוי לפי הסתברות.

המחלוקת בין השופטים : מהו סוג המקרים שבהם ניתן להחיל את החרג. כאשר לא ניתן להוכיח את גרימת הנזק בדרך ההוכחה הרגילה.

חלק מהשופטים סבורים שיש מקום להכרה בחרג האחריות היחסית במתווה שנקבע בע"א מלול בהדגשים שונים.

חלק אחר סבור שיש מקום להכיר בחרג מצומצם רק במקרים של הטייה נשנית.

הרוב – אין להכיר בקשר סיבתי הסתברותי, אלא להשאיר את מבחן האלמלא – זה הכלל והחרג לכלל זה "אובדן סיכויי החלמה".

מה שיצא מפקס דין זה – אין קשר סיבתי הסתברותי, אם יש גורם אפשרי – זה לא קיים! אי אפשר להגיד גם ש"הגברת סיכון".

כאשר תובע מגיע לבית המשפט והוא צריך להוכיח קש"ס או להוכיח את מבחן האלמלא או שאם לא אז שפגעי בסיכויי שלכם להחלים. זו הגישה שבית המשפט העליון בחר לנקוט בה.

סיכום הקביעות בד"נ מלול

ככלל, אין להכיר בחרג האחריות היחסית במקרים של סיבתיות עמומה (כשלא ניתן להוכיח עובדתית ומדעית קשר בין ההתרשלות של הנתבע לנזק של התובע). מסיבה זו הוחלט בדעת רוב **לבטל את פסק-הדין**

שניתן בע"א עדן מלול.

השופטים **נאור, ארבל, רובינשטיין וג'ובראן** סבורים שיש מקום להכרה בחרג האחריות היחסית כפי שנקבע בע"א מלול, בהדגשים שונים.

השופטים **ביניש, ריבלין, וא' לוי** סבורים שיש מקום להכיר בחרג מצומצם של אחריות יחסית רק במקרים של הטייה נשנית.

השופטים **גרוניס, נאור וג'ובראן** הותירו אפשרות זו של הטייה נשנית בצריך עיון.

השופטת א' **פרוקצ'יה** סבורה שאין מקום להכיר באחריות יחסית ולסייג את כלל מאזן ההסתברויות אלא בדרך של חקיקה.

הוחלט כי מבחינה מעשית לא ייתבעו התובעים להחזיר לעותרים את הפיצויים ששולמו, ולא יהיו זכאים לתשלומים נוספים.

השופט ריבלין (אליו הצטרף השופט א' לוי)

יש להגביל את החרג של פיצוי-לפי-הסתברות לא בדרך של מקרה בודד, אלא במישור רחב יותר, ע"י איתור הטייה נשנית. תוצאה זו היא הרע במיעוטו.

צריכים להתקיים 4 יסודות: מזיק, קבוצת ניזוקים, סיכון חוזר ומשותף והטייה עקבית (קושי מובנה) הפועלת לרעת הניזוקים בהחלת כלל מאזן ההסתברויות.

המצבים שבהם מזיק יוצר סיכון חוזר ונשנה כלפי קבוצה של אנשים, ולא ניתן לדעת אצל מי מהם הסיכון התממש בפועל, עשויים להתרחש בהקשרים שונים: גורם המפיץ זיהום סביבתי עלול ליצור סיכונים חוזרים לציבור. גורם רפואי עלול לפגוע בסיכויי הריפוי של קבוצת חולים על-ידי כך שינקוט במדיניות טיפול רשלנית.

במקרים אלה, ובהם בלבד, ניתן לחרוג מהכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות ולחייב בפיצוי גם את מי שהסיכוי לכך שגורם לנזק בהתרשלותו נמוך למדי.

עובדות המקרה מצביעות על קושי של עמימות סיבתית, אבל אין בהן, לבדן, כדי לקיים את מבחן ההטייה הנשנית המהווה את אבן הבוחן להמרת הכלל המסורתי של מאזן ההסתברויות בכלל של פיצוי-לפי-הסתברות.

השופט ריבלין על הכלל של אובדן סיכויי החלמה

קיימת מחלוקת האם הכלל של אובדן סיכויי החלמה שייך לקבוצת המקרים של קושי בהוכחת גודל הנזק או קושי בהוכחת עצם גרימת הנזק.

השופט **ריבלין**: מצטרף לעמדת הנשיאה **ביניש** וסבור כי יש להשאיר בלי שינוי את הכלל של אובדן סיכויי החלמה בגבולות שהוצבו לו בפסיקה, וזאת לאור השתרשות כלל זה, בעיקר נוכח הצורך לגבש הלכה אחידה וברורה בפסק דין זה.

אבל, השי **ריבלין** לא רואה בכלל זה מענה לשאלה של קביעת גודל הנזק אלא לשאלה של עצם גרימת הנזק: "כאשר התרשלותו של רופא גרעה מסיכוייו של החולה להחלים, ובמציאות החולה לא החלים, יש רק שתי אפשרויות אמיתיות: או שהחולה היה מחלים אלמלא ההתרשלות, או שאי-החלמה הייתה מתרחשת בכל מקרה. במובן יסודי זה העמימות היא לגבי עצם גרימת הנזק. ההכרזה על אבדן הסיכוי להחלים כ"ראש נזק" אינה משנה דבר במציאות – או שהתובע היה מחלים אלמלא ההתרשלות, או שלא. העמימות היא אפוא לגבי עצם גרימת הנזק."

מנגד, השי **נאור** סבורה כי כלל אובדן סיכויי החלמה הינו ראש נזק שנועד להתגבר על שאלת גודל הנזק וכי כלל זה מעוגן היטב בפסיקה מאז פס"ד פתאח.

השופטת נאור (השופטת ארבל הסכימה איתה)

חולקת על דעת ריבלין באשר להגבלת הכלל של קשר סיבתי הסתברותי. יש הצדקות לפתרון בעיית הסיבתיות העמומה בדרך של פיצוי לפי הסתברות במקרה בודד, בנסיבות המתאימות, עפ"י המתווה שנפסק בע"א מלול, של קשר סיבתי הסתברותי (או אחריות יחסית) לא רק במקרים של "הטיה נשנית". עם זאת, את חריג האחריות היחסית יש להחיל רק לגבי ניזוקים וביחס לתביעות בגין נזקי גוף בלבד. קביעת קש"ס הסתברותי משקפת עמדה ערכית, לפיה במקרים של סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק יש להעדיף "את יעד צמצום עוצמת הטעות המשפטית ביחס לניזוק הבודד, על פני יעד של צמצום כמות הטעויות המשפטיות". לכן, גם אם אין לחלוקת הקשר הסיבתי ביסוס "בעולם המציאות", יש לקיים חלוקה של סיכויי הטעות גם בסטייה מהאמת העובדתית לשם "האמת המשפטית" הראויה, לתת בכך תשובה "צודקת" ו"להגשים את התפקיד של ביהמ"ש להכריע בסכסוך הכרעה צודקת".

השופטת נאור-המשד...

יש להבחין בין הקבוצות השונות של סיבתיות עמומה: הראשונה- עמימות ביחס לגודל הנזק. השנייה- עמימות ביחס לזהות המזיק. השלישית- עמימות ביחס לעצם גרימת הנזק. עניין מלול שייך לקבוצה השלישית: אי-וודאות האם בכלל הנתבע, בהתרשלותו, גרם לנזק כלשהו. המבחן המוצע ע"י ריבלין לא נועד להתמודד עם סוג מקרים זה. ביחס לקבוצה השלישית, יש להחיל קשר סיבתי הסתברותי המבוסס על שיקולים של צדק מתקן, הרתעה אופטימאלית וצמצום עוצמת הטעויות המשפטיות. בנוסף, בעת חישוב הפיצוי, אין מניעה להתבסס על ראיות סטטיסטיות או בדרך של אומדן. כל זאת, כאמור, כשהוכחה התרשלות ספציפית של הנתבע כלפי התובע וקיימת סיבתיות עמומה ביחס לעצם גרימת הנזק.

השופטת נאור על הגברת סיכון ופס"ד יהונתן כהן

אין לקבל את הכלל של הגברת סיכון בכל הקשור לעצם הוכחת קשר סיבתי. הכלל של הגברת סיכון הינו פיתוח של כלל אובדן סיכויי החלמה שהוכר כראש נזק ומתייחס לקשר שבין ההתרשלות לגודל הנזק. הכלל של הגברת הסיכון עוסק בשאלת עצם גרימת הנזק, ומאפשר למעשה פיצוי גם כשלא בטוח שנגרם נזק, כשהנתבע הגביר את החשיפה לנזק, כשלא ברור כלל שהוא תרם לגרימתו. מנגד, פס"ד ע"א מלול מתייחס לקבוצה המקרים שבמסגרתה קשה להוכיח את הקשר העובדתי בין ההתרשלות לעצם גרימת הנזק, כשאין ויתור על דרישת הנזק. הש' נאור: "המודל שהוצע בעניין מלול, אינו מוותר על הוכחה של יסוד הנזק במובן המקובל ובמאזן הסתברויות רגיל. לפי המודל שהוצע [במלול] אם לא הוכח שלתובע נזק גוף בפועל – הנתבע יוצא פטור. לפי המודל שהוצע [במלול], הפיצוי ניתן בגין נזק הגוף שהוכח בפועל ולא בגין הגברת הסיכון כשלעצמה." יש הבדל בין אובדן סיכויי החלמה (נזק בפועל של פגיעה בבריאות) להגברת סיכון (חשיפה לסיכון ותאורטית מתן פיצוי גם אם לא נגרם נזק). במלול- אחד הגורמים האפשריים לנזק, ב- 20% מהמקרים. בפס"ד יונתן כהן- גורם מגביר סיכון בלבד.

הנשיאה בייניש- גישת ביניים

יש להיזהר ככל הניתן מעריכת שינויים מקיפים בדין המהותי רק בשל הצורך לפתור מקרה מסוים. יש לעשות מאמץ, במקרים המתאימים, להגיע בדרך מעשית לתוצאה הצודקת יותר בנסיבותיו של כל עניין. ייתכן שהכלי ההולם לכך, בנסיבות הנראות לשופט מתאימות, הוא, בין היתר, עידוד הצדדים למתן פסק דין בדרך של פשרה והסכמה. פתרון אפשרי אחר בנסיבות חריגות עשוי להימצא בהפיכת נטלי השכנוע. החריג של קביעת פיצוי ע"פי רמת ההסתברות של קשר סיבתי לנזק שנגרם צריך להיות מתוחם, כך שלא ירחיב את האחריות בניזיקין. הרחבה כזו עלולה להביא להרתעת יתר מפני פעולות לגיימימיות מבחינה חברתית ולפגיעה בלתי מידתית בנתבעים שהם מזיקים אפשריים. יתכן שהפתרון הצודק טמון בחלוקה אחרת ביטוחית, כלכלית או חברתית, אך פתרון כזה יכול לצמוח רק לאחר דיון ציבורי ובחינת האפשרות לחקיקה מתאימה. לדעתה, העת עוד לא בשלה למציאת פתרון כולל להוכחת הקשר הסיבתי שלא באמצעות הכלים המסורתיים.

ע"א 3900/14 ל.ד. נ' המרכז הרפואי הלל יפה, מיום 2.12.2015

התובעת עברה ניתוח בשל הימצאות גוש בבלוטת התריס (המורכבת למעשה מ-4 בלוטות שונות). לאחר בדיקות נוספות הוחלט שיש צורך בניתוח נוסף לכריתת האונה השמאלית של בלוטת התריס. הניתוח השני נערך ולאחריו חלה ירידה משמעותית ברמת הסיידן של התובעת. היא אובחנה כסובלת מפגיעה בכל ארבע הבלוטות. התובעת טענה כי הרופאים ביצעו את הניתוחים ברשלנות באופן שפגעו בבלוטות התריס עצמן בניתוח הראשון, ולא בצעו השתלה עצמית של אחת הבלוטות שנפגעו בניתוח השני. המחוזי קבע כי הרופאים התרשלו באי השתלת הבלוטה בניתוח השני, וכי הסיכוי להצלחת ההשתלה העצמית של אחת מהבלוטות בניתוח השני היה 50%. מכאן סיכויי ההחלמה שלה היו 50%, ובהתאם לכך נפסקו לה 50% מנזקה.

פס"ד הלל יפה - הש' עמית

העיקרון של אובדן סיכויי החלמה קובע כי במקרים בהם סיכויי ההחלמה של חולה נפגעו כתוצאה מהתרשלות, הוא יהיה זכאי לפיצוי יחסי בהתאם לגובה הסיכוי שאבד. עיקרון זה אושר בד"נ **מלול**. פס"ד **פתאח** מבוסס על ההנחה כי אובדן הסיכוי להחלים נחשב כנזק בר-פיצוי. לכן, כדי לזכות בפיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה נדרש התובע להוכיח את מלוא רכיבי התביעה, לרבות הקשר הסיבתי בין פעולת הנתבע לנזק של אובדן סיכויי החלמה, וזאת בהתאם לנטל ההוכחה המקובל במשפט האזרחי. לעומת זאת, בעניין **מלול** ובפסיקה לאחריו הובהר (ע"י הש' **ריבלין**) כי למעשה לא מדובר בראש נזק אלא בהטלת אחריות יחסית, והשימוש במונח "ראש נזק" שימש כלי ליצירת כלל המאפשר פיצוי יחסי-הסתברותי במקרים של עמימות עובדתית (בין ההתרשלות לעצם גרימת הנזק). כלומר, הכלל הזה מאפשר, במקרים מסויימים, לפסוק לניזוק פיצוי בהתאם להסתברות שמעשיו של הנתבע הם שגרמו את הנזק. הש' **ריבלין** ציין בפס"ד מלול שהכלל של אובדן סיכויי החלמה הוא המקרה היחיד שלפיו ניתן לפסוק פיצוי הסתברותי (כאמור, הש' **נאור** חולקת וסבורה כי אובדן סיכויי החלמה מתייחסים לקשר שבין ההתרשלות לגודל הנזק).

הש' עמית - המשך...

קיימות 4 גישות בנוגע להיקף הכלל של אובדן סיכויי החלמה:

- (1) בכל מקרה שבו הוכח אובדן סיכויי החלמה ייפסק פיצוי יחסי, בלי קשר לשאלה מהו שיעור הסיכויים שאבדו לתובע, בין אם מעל או מתחת ל- 50% סיכוי (**פתאח**).
- (2) פיצוי יחסי יינתן רק במקרים בהם סיכויי החלמה שאבדו הם פחותים מ-50%, ובכל מקרה שבו הסיכויים גבוהים מ-50% - ייפסק פיצוי מלא, בהתאם לכלל הרגיל של מאזן ההסתברויות. גישה זו מעדיפה את הניזוק על פני המזיק.
- (3) הכלל יחול רק במקרים של עמימות סיבתית, אבל לא במקרים שבהם ניתן להגיע למסקנה לגבי קיומו של קשר סיבתי או העדרו, ברמה קרובה לוודאות (**זכריה כהן**).
- (4) שילוב של גישות (2) ו-(3) - הכלל יחול רק במקרים של עמימות: פיצוי יחסי יינתן רק במקרים בהם הפגיעה בסיכויי החלמה היא נמוכה מ-50% אך איננה זניחה.

הש' עמית - ההכרעה

בהלכת **פתאח** אומצה גישה (1), לפיה גם אובדן סיכויים מעל 50% מזכה את הניזוק בפיצוי יחסי ולא בפיצוי מלא. גישה זו היתה הגישה הדומיננטית בפסיקה עד שניתן פסק הדין בעניין **מלול**. בהתאם לכך, במקרים מסויימים נפסק פיצוי יחסי בגובה 70% מהנזק, וגם לאחר שניתן פסק הדין בעניין **מלול** ניתן פסק דין אשר המשיך בדרך זו, וזיכה את התובע בפיצוי יחסי בגין אבדן של 66% מסיכויי החלמה. הש' **עמית (הש' חיות ופוגלמן הסכימו)**: מבין ארבע הגישות, יש להעדיף את הגישה הרביעית - **פגיעה בסיכויי החלמה בהסתברות של מעל 50% - תוביל לפיצוי מלא**. (הש' **עמית** בלבד: התובע לא יהיה זכאי בפיצוי כלשהו בגין פגיעה בסיכויי החלמה זניחים) הסיבה לגישה זו היא קידום מטרות של הרתעה וצדק מתקן. בנסיבות המקרה, סיכויי ההצלחה היו מעל 50% ולכן יש לפסוק פיצוי מלא. זה חידד והבהיר את הכלל של מתי משתמשים באובדן סיכויי החלמה.

קשר סיבתי - עובדתי וסיבתיות עמומה - סיכום

קיימים מצבים שבהם קשה לתובע להוכיח עובדתית קשר סיבתי בין התרשלות הנתבע לנזק שלו, או להוכיח את החלק של הנתבע בנזק שנגרם. הדין הישראלי פיתח מספר מנגנונים אשר באים לסייע לתובעים במצבים כאלה:

- ס' 41- הדבר מדבר בעדו- העברת נטל לנתבע לשכנע שלא התרשל/גרם לנזק
 - כלל הנזק הראייתי הדיוני- העברת הנטל לנתבע לשכנע שלא התרשל/גרם לנזק
 - אובדן סיכויי החלמה- הוכר כראש נזק- (יש התרשלות וקש"ס בינה לבין אובדן הסיכוי)
 - הגברת סיכון- הנתבע הגביר סיכון- לא בטוח שיש קש"ס לנזק עצמו- לא התקבל (מלול)
 - אחריות יחסית (קש"ס הסתברותי)- התקבל לעניין היקף הנזק בלבד ולא לגרימתו (גולן)
- מנגנונים שיידונו במצגת הבאה:
- מעולים במשותף/בנפרד כשהנזק לא ניתן לחלוקה- אחריות יחד ולחוד
 - מעולים בנפרד כשהנזק ניתן לחלוקה- אחריות לפי חלקו של כל נתבע

4. ריבוי גורמים

הקדמה

קשיים בהוכחת קש"ס ניתן לחלק לשלוש קבוצות (השי ברק, פס"ד גולן נ' מנחם):
 קבוצה אחת- קושי להוכיח את עצם גרימת הנזק לניזוק- האם אכן הנתבע גרם את הנזק מבחינה עובדתית (קשר סיבתי עובדתי-הסתברותי, למשל פס"ד מלול).
 קבוצה שנייה- קושי להוכיח את זהות המזיק- הנזק נגרם כתוצאה מהתנהגות רשלנית של אחד הנתבעים, אבל לא ידוע מי מהם גרם לנזק (כלל הנזק ראייתי).
 קבוצה שלישית- קושי להוכיח את גודל הנזק- הנתבע תרם לנזק אבל לא ברור מה חלקו המדוייק כי יש גם גורמים רשלניים/לא רשלניים נוספים שתרמו לנזק:

- (1) יצירת ראש נזק חדש- אובדן סיכויי החלמה (פס"ד פתאח)
- (2) החמרת מצב קיים- פיצוי ע"י אומדן/הערכה (פס"ד גולן נ' מנחם, פס"ד רפאלוב)
- (3) החמרת מצב קיים- פיצוי ע"י העברת נטל הראייה (פס"ד נגר-וילנסקי)
- (4) שני מזיקים רשלניים פגעו בניזוק וגרמו נזק אחד- כיצד להוכיח קשר סיבתי?

חלוקת האחריות כשיש ריבוי גורמים- סוגי המקרים

- (1) מזיקים במשותף (פועלים יחד).
- (2) מזיקים בנפרד שגורמים נזק אחד שלא ניתן לחלוקה.
- (3) מזיקים בנפרד שגורמים נזק אחד שניתן לחלוקה
- (4) מזיקים בנפרד שגורמים לנזקים נפרדים כשהנזק השני בולע את הראשון

עקרונית, האחריות של הגורמים לנזק נחלקת באופן הבא:

<u>מזיקים במשותף</u>	<u>מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד</u>
חבים ביחד ולחוד	נזק שניתן לחלוקה נזק שלא ניתן לחלוקה
	חבים כל אחד על חלקו חבים ביחד ולחוד

מזיקים בנפרד שגרמו לנזקים נפרדים

חבים כל אחד על חלקו (כשהשני בולע את הראשון- עליו לשאת גם בנזק הראשון)

סעיפי החוק הרלבנטיים לסוגיה

סעי' 11 לפקודת הנזיקין: היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד. (לפי הפסיקה: הסעיף מתייחס למזיקים במשותף ולמזיקים בנפרד שגרמו לנזק שלא ניתן לחלוקה).

סעיף 77 לפקודת הנזיקין: (א) בכפוף להוראות סעיפים 83-85, אדם שנפרע פיצויים או סעד אחר בשל עוולה, ומי שתובע באמצעות אדם כאמור או מכוחו, לא ייפרעו פיצויים נוספים בשל אותה עוולה.

סעיף 83 לפקודת הנזיקין: (א) סבל אדם נזק עקב עוולה- אין פסק הדין שניתן נגד מעוול החב על אותו נזק חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר שאילו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד.

סעיף 84 לפקודת הנזיקין: (א) כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר...

(ב)בהליכים על השתתפות לפי סעיף זה יהיו דמי ההשתתפות בסכום שיקבע בית המשפט על פי הצדק והיגיון בהתחשב עם מידת אחריותו של האדם לנזק...

המשמעות של סעיפי החוק

- כל אחד מהמזיקים אחראי כלפי הניזוק למלוא הנזק.
- הניזוק רשאי לתבוע כל אחד מהמזיקים בלי לצרף את האחרים.
- הניזוק אינו יכול לקבל פיצויים יותר מהנזק שנגרם לו.
- ביחסים בין המזיקים הם זכאים להשתתפות ולשיפוי מלא בינם לבין עצמם.

מזיקים במשותף

מספר מצבים:

(1) **מספר מזיקים שע"י מעשה עוולה אחד גרמו נזק לתובע** - מדובר במקרה אחד שבמסגרתו הנתבעים פעלו בשיתוף פעולה ביניהם לשם גרימת נזק לניזוק. לדוגמא, ראובן שמעון ולוי היכו ביחד את יהודה, וביצעו ביחד עוולה של תקיפה.

(2) **מספר מזיקים שמפרים חובה אחת שמוטלת עליהם** - למשל, הפרת חובה של ראובן ושמעון אשר בבעלותם נכס אחד ונזק נגרם ללוי הדייר כתוצאה מהפרה של חובה משפטית (חובת זהירות/חקוקה) המוטלת על הבעלים.

(3) **אחריות שילוחית** - אחריות המשותפת הן לאדם שגרם לנזק (העובד) והן לאדם שאחראי באחריות שילוחית כלפיו (המעביד).

המזיקים נושאים באחריות לנזק ביחד ולחוד: כל אחד מהם, אם ייתבע לבדו, ישא במלוא האחריות לפיצוי התובע, אבל יוכל לתבוע מהמזיק הנוסף השתתפות.

אין מחלוקת שקיים קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לנזק שנגרם - הקושי הוא לקבוע את היקף האחריות של כל אחד מהגורמים לנזק (החלק של כל מזיק).

מזיקים בנפרד שגורמים נזק אחד שאינו ניתן לחלוקה

מזיקים שגורמים ע"י מעשי עוולה נפרדים לנזק לתובע שאינו ניתן לחלוקה.

לדוגמא: רוכב אופניים שפגע בהולך רגל ברגלו ומייד לאחר מכן הגיע רוכב אופניים נוסף שפגע גם הוא ברגלו של הולך הרגל.

במצב כזה אי אפשר לזהות מה התוספת של הרוכב השני לנזק שגרם הרוכב הראשון. קשה לחלק את הנזק שנגרם לשני חלקים נפרדים, אבל יש שני מעשי עוולה נפרדים: הפגיעה הרשלנית של הרוכב הראשון והפגיעה של הרוכב השני.

במצב שבו לתובע נזק אחד שלא ניתן לחלק אותו העיקרון הוא שכל אחד מהמזיקים, אם ייתבע, ישא באחריות למלוא הנזק שנגרם אך יוכל לתבוע את המזיק השני להשתתף באחריות לפצות.

אין קושי לקבוע שיש קשר בין ההתנהגות הרשלנית של הנתבעים לנזק, אבל יש קושי לקבוע את היקף האחריות של כל אחד מהם (החלק שלהם בנזק).

מעוולים במשותף ובנפרד שגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה

אין הבדל מבחינה משפטית בין מעוולים במשותף למעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה: שניהם חבים ביחד ולחוד כלפי התובע לנזק בשלמותו.

ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן: התובע נפגע ע"י שני כלי רכב (קטנוע ורכב משפחתי) שפגעו בו בזה אחר זה כשחצה את רחוב הרברט סמואל בתל אביב.

נפסק (הש' שמגר): כדי שמעשי עוולה ייחשבו למעשים הגורמים נזק אחד, אין הכרח כי האירועים יהיו במקביל מבחינת הזמן. ניתן לכלול גם אירועים שקרו אחד אחרי השני. כלומר, אין חשיבות דווקא למועד הביצוע. מעשי העוולה ייחשבו מקבילים גם אם יתרחשו בזה אחר זה ובלבד שביצועם של כל מעשי העוולה הנפרדים גרמו לנזק אחד וכולל. כלומר, צריך שתיווצר "יחידת נזק אחת".

כאשר לא ניתן להפריד את הנזק לחלקים שונים ולמצוא קריטריון סביר לחלוקת האחריות, וכאשר לא ניתן לייחס חלק מסויים בנזק למזיק הרלבנטי, יש לקבוע כי יהיו המזיקים חבים ביחד ולחוד. במקרה זה, כל אחד מהמזיקים אחראי לנזק כולו, שכן נגרם נזק אחד שלא ניתן לחלוקה ע"י שני המזיקים.

מזיקים בנפרד שגורמים נזק שניתן לחלוקה

מזיקים שגורמים ע"י מעשי עוולה נפרדים לנזק כשהנזק ניתן לחלוקה ולהפרדה.
לדוגמא: אדם נפגע בתאונת דרכים אחת שכתוצאה ממנה נגרמה לו נכות לצמיתות בשתי רגליו בשיעור של 30%.
לאחר מכן, הוא נפגע בתאונת דרכים נוספת והפך לנכה בשתי רגליו בשיעור 100%.
הנזק שנגרם לנפגע בתאונה הראשונה נקבע על 30% נכות לצמיתות בעוד שבתאונה השנייה הנזק שנקבע לו כתוצאה מהתאונה הוא 100% נכות לצמיתות. כלומר, התאונה השנייה הוסיפה נכות בשיעור 70%.
עקרונית, כאשר הנזק נגרם ע"י מעשי עוולה נפרדים והנזק ניתן לחלוקה, כל אחד מהנתבעים ישא באחריות רק לחלק שהוא גרם.
למרות זאת, גם בהקשר זה עולות שאלות משפטיות (דיון-בהמשך).

איך לחלק את האחריות כשלא ידוע חלקו של כל מזיק בנזק?

ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר: מר מלך הותקף שעה שהלך ברחוב, במשך כעשרים דקות על-ידי שלושה כלבים שגרמו לו לנכות גבוהה לצמיתות. שניים משלושת הכלבים היו של הנתבע קורנהויזר והשלישי היה כלב רחוב.
בית המשפט המחוזי: על קורנהויזר לפצות את מלך על מלוא הנזק שנגרם.
דעת הרוב בביהמ"ש העליון: מדובר **במזיקים בנפרד** שגרמו **נזק שניתן לחלוקה** ולכן על הנתבע לפצות את התובע ב- 2/3 מהנזק. **הבסיס לחלוקה: בעלות יחסית** בכלבים (2 מותך השלושה) והנחה שעוצמת התקיפה של כל כלב היתה דומה.
הש' נתניהו (מיעוט): מדובר **במזיקים בנפרד** שגרמו נזק **שלא ניתן לחלוקה**, ולכן יש לקבל את החלטת בית המשפט המחוזי.

ד"ר 15/88 מלך נ' קורנהויזר

כשמדובר במספר מעוולים שעוולתם בוצעה ע"י בעלי חיים שבבעלות נפרדת האם ייחשבו כמעוולים במשותף שחייבים ביחד ולחוד במלוא הנזק?
אם הם לא מעוולים במשותף, האם מדובר במעוולים בנפרד שגרמו לנזק בלתי ניתן לחלוקה (שאו הם חייבים ביחד ולחוד), או האם מדובר במזיקים בנפרד שגרמו לנזק הניתן לחלוקה (שאו כל מזיק חב רק על חלקו)?
עובדתית, השאלה היא האם הנזק הוא כזה שאינו ניתן לחלוקה או שמא ניתן לקבוע חלוקה צודקת של הנזק שנגרם.
ההשלכות: האם הניזוק יישא בחלק של הנזק שנגרם לו ע"י הכלב השלישי, למרות שאין ספק שהוא עצמו היה חף מכל אשם, או שמא הנתבע ישא גם בחלק של הנזק הנוסף למרות שאין כל ספק שאין לייחס לו רשלנות בכל הנוגע לכלב השלישי.
השאלה: האם מדובר במזיקים במשותף או במזיקים בנפרד?

השופט ד' לוינ בד"נ מלך

האם בעלי הכלבים נתפסים כמעוולים במשותף?
השופט ד' לוינ בפס"ד מלך: בעלי הכלבים הנושכים לא נופלים לקבוצות של מעוולים במשותף שכן לא היה ביניהם יחס שולח-שלוח, הם לא חבו בחובה משותפת כלפי הניזוק, ואין לראות בהם מזיקים שפועלים למען מטרה אחת.
האם בעלי הכלבים נתפסים כמעוולים בנפרד?
השופט ד' לוינ בפס"ד מלך: מדובר כאן במעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד.
השאלות:

מתי נראה בנזק כנזק בלתי ניתן לחלוקה?

האם כאן מדובר בנזק שניתן לחלוקה או בנזק שלא ניתן לחלוקה?

****אם ניתן לחלק – הנתבעים ישלמו רק חלק מהסכום.**

****אם לא ניתן לחלק – הנתבעים ישלמו את כל הסכום.**

הש' ד' לוינ- כיצד נקבע האם נזק ניתן לחלוקה?

הקושי מתעורר כשהמעשה של כל אחד מהמזיקים יכול היה לגרום לחלק מן הנזק. במסגרת קבוצה זו יש מקום לסיווג משני לשתי קבוצות:

(1) כשהחלק של כל מזיק לנזק או שיעורו ניתנים לקביעה באופן סביר.

(2) כשהחלק של כל מזיק אינו ניתן להוכחה עפ"י קנה מידה סביר כלשהו.

השאלה: האם יש למצוא תמיד קנה מידה כלשהו לחלוקה של נזק שקשה לחלקו או האם יש לקבוע שבסוגים שונים של נזקים שקשה לחלקם כל קנה מידה לחלוקת נזק תהיה שרירותית ובלתי סבירה, ולכן יש לייחס למעוולים חבות ביחד ולחוד.

הש' ד' לזין: כאשר ניתן באופן סביר והגיוני להצביע על חלוקה צודקת בנזק שעל פניו לא ניתן לחלוקה, יש להעדיף זאת גם כאשר קשה לחלק את הנזק.

כיצד יחליט בית המשפט? כל מקרה עפ"י נסיבותיו. יש לבדוק אם ניתן "לחלק" את הנזק, וכאן- את הנשיכות בין הכלבים השונים, באופן סביר, הגיוני וצודק.

יישום ההלכה בפס"ד מלך לנסיבות המקרה

****התוצאה של פס"ד זה השתנתה מהדיון הראשון בעליון לדיון הנוסף שנערך.**

הש' ד' לזין: האם ניתן להציב קריטריון סביר והגיוני כלשהו לחלוקת הנזק, שנגרם לניזוק מר מלך? לא! (בניגוד לדעת הרוב בע"א (הש' בן פורת ובד)).

לא ניתן לדעת מה היתה מידת הזעם שבה תקף כל אחד מן הכלבים את הניזוק, ומה היו יתר הנתונים הסביבתיים שהשפיעו על שטף המתקפה של כל כלב ומידת השפעתם של נתונים אלה.

נוכח חומרת המקרה, כשידוע ששני הכלבים של הנתבעים מועדים לתקוף ניתן להניח כי הנזק עצמו במלוא היקפו היה נגרם גם ללא סיועו של הכלב השלישי. ניתן להניח, כי זו היתה התוצאה לאור הטירוף של שני הכלבים, וכי הסבל לא היו פחות גם אם לא היה משתתף הכלב השלישי.

האם נגיסת שני שליש מהיד, אם נפחית תיאורטית את נגיסות הכלב השלישי, לא הייתה מחייבת את אותו הליך של אישפוז ממושך ומתסכל?

יש לאמץ את המסקנה של הש' נתניהו (שהיתה בדעת מיעוט בפסק הדין בע"א), כי כל שלושת הכלבים תקפו את הניזוק יחד ולא ניתן לייחס לאחד מהם בנפרד את הפגיעה באיבר זה או אחר או את הפגיעה הנפשית.

המסקנה: בגלל הפגיעות של כולם יחד הפך התובע מאדם בריא לשבר כלי.

לסיכום, מדובר בנזקים שאינם ניתנים לחלוקה ולכן האחראיות של המזיקים (שני בעלי הכלבים- הידוע והבלתי ידוע) היא ביחד ולחוד. העובדה שהנתבעים לא יכולים לתבוע השתתפות מהבעלים של הכלב השלישי כי לא יודע מי הבעלים שלו, אינה צריכה להשפיע בכל הנוגע לאחירותם כלפי התובע.

ההלכה: יש לנסות ולמצוא קנה מידה לחלוקה סבירה של האחראיות כשמדובר במקרה בו קשה לקבוע מה חלקו של כל מזיק בנזק. אבל, יש מקרים שבהם לא ניתן למצוא קנה מידה כזה ואז הנתבעים ישאו באחראיות ביחד ולחוד.

האם יש הבדל בין פס"ד אדרי לד"נ מלך

הש' בן-פורת בע"א מלך על נסיבות פס"ד אדרי:

אין בסיס הגיוני להערכת חלקו של כל אחד מהמזיקים בנזק שנגרם. לא ניתן לברר מה הייתה עוצמת הפגיעה של הרכב הראשון ואם די היה בה כדי לגרום לכל הנזק שנוצר. הדברים נכונים גם לגבי הרכב השני.

הש' ד' לזין בד"נ מלך על נסיבות פס"ד אדרי:

במקרה שבו מעורבות כמה מכוניות ניתן לנסות ולקבוע את עוצמת הפגיעה של כל אחת מהן לפי מהירות הנסיעה, דגם המכונית, גודלה, אפשרויות הבלימה הגלומות בה ועוד. לעומת זאת, כשמדובר בכלבים קריטריון כזה לא תופס שכן לא ניתן לדעת מה היתה מידת הזעם שבה תקף כל אחד מן הכלבים, ומה היו הנתונים הסביבתיים שהשפיעו על שטף המתקפה של הכלבים.

נוכח חומרת המקרה, כשידוע ששני הכלבים של הנתבע תוקפניים, "מי לידנו יתקע כי אותו נזק עצמו במלוא היקפו, הן מהבחינה הנפשית והן מהבחינה הפיסית, לא היה נגרם גם ללא סיועו של הכלב השלישי הנעלם, שטיבו לא התברר די הצורך?"

ניתן להניח שהנזק היה זהה גם אם רק שני הכלבים של קורנהויזר היו תוקפים.

כיצד נחלקת האחריות בין מעוולים החבים יחד ולחוד?

ע"א 7008/09 עדנאן עבד אל רחים נ' מוסבאח עבד אל קאדר, מיום 7.9.2010:

התובע, נער בכיתה י"א, נפגע במהלך שיעור ספורט, כאשר לאחר שהבקיע שער במשחק כדורגל הוא נתלה על משקוף השער. השער קרס והוא נפגע באופן קשה.

נפסק (הש' עמית): יש להטיל אחריות על המורה שידע על הליקוי בתקינות השער, מנהל בית הספר כאחראי הבטיחות של בית הספר, עיריית טייבה אשר לא דאגה לתקינות השער (וכמעבדה של המורה והמנהל), ומשרד החינוך כמי שהתריע על הליקוי אבל לא דאג לוודא שתוקן.

הפסיקה מבחינה בין מצבים שבהם הנזק ניתן לחלוקה לבין מצבים שבהם הנזק בלתי ניתן לחלוקה: "כאשר מתעורר ספק באיזה סוג מקרים מדובר או מקום בו קיים קושי בחלוקת הנזק בין המעוולים-הנתבעים, הנטל להוכיח כי הנזק שנגרם ניתן לחלוקה מוטל על המעוולים, ואם לא יעמדו בנטל הם יחובו ביחד ולחוד לכל הנזק שנגרם" (מסתמך על ע"א 2906/01 עיריית חיפה נ' מנורה).

כאן מדובר במעוולים במשותף (חבו בחו"ז משותפת לתובע) אשר גרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה. מדובר במעוולים החבים בחובת זהירות משותפת לניזוק ולכן הם חייבים יחד ולחוד (ניתן גם לסווג אותם כמעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד).

הש' עמית בעניין חלוקת האחריות בין המעוולים

לפי סעיף 84(ב) חלוקת האחריות בין המעוולים נעשית עפ"י עקרונות "הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו" של כל אחד מהם.

בפסיקה נקבע כי החלוקה תיעשה לפי מידת האשמה המוסרית שיש לייחס לכל אחד מהמעוולים (לפי התרשמות השופט מהעדים והראיות), או על פי מבחן האשמה ההדדית הכולל הן בדיקה של הקשר הסיבתי והן את האשמה המוסרית.

יישום המבחנים של האשמה המוסרית והאשמה ההדדית במקרה הנדון:

העירייה היא הנושאת בעיקר האחריות, כיוון שבעקבות הביקורת שנערכה בבית הספר העירייה הייתה מודעת לליקוי הבטיחותי של אי עיגונו של השער לקרקע. למרות זאת, העירייה לא תיקנה את השער. לכן, יש לחייב את העירייה באחריות ישירה בשיעור של 70% לנזק, ואת המנהל והמורה בשיעור של 10% כל אחד. **אחריותה של המדינה נקבעה בשיעור 10% כי היא ניצבת במעגל השני**, לאור טיב הרשלנות שלה: אי וידוא של ביצוע עבודות התיקון שנדרשו בעקבות הביקורת.

סיכום עד כאן

ההלכה המחייבת בכל מה שקשור למזיקים במשותף או בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן לחלוקה הוא חיובו המלא של כל אחד מהמזיקים כלפי הניזוק.

עקרון זה מעוגן בסעיף 11 לפקודת הניזוקין, כאשר חלוקת האחריות בין שני המזיקים נדונה בינם לבין עצמם. (פס"ד אדרי נ' עזיזיאן, וד"נ מלך).

מטרת פתרון זה היא למנוע מהניזוק את קשיי האיתור של כל יתר הגורמים לנזק או את הקושי בגביית הפיצויים. זאת למרות שפיתרון זה נוגד את המבחן של הגורם-שבלעדיו-אין (הש' נתניהו, פס"ד חנשוילי).

מכאן:

אם המזיקים יצליחו להוכיח כי הם גרמו לנזק שניתן לחלוקה אז לא תוטל על כל אחד מהם אחריות מלאה לנזקיו של הניזוק, אלא רק בגין החלק שלהם. אבל, אם לא יצליחו בכך, הרי שהם יישאו באחריות ביחד ולחוד כלומר התובע יוכל לקבל מהם את מלוא נזקו. בית המשפט יחלק ביניהם את האחריות לפי האשם המוסרי שלהם וכך הם ידעו מה החלוקה הפנימית ביניהם.

גורמים נפרדים בזה אחר זה

המצבים השונים של ריבוי גורמים מעוררים קשיים אחרים.

יש מצבים שבהם יש שתי פגיעות שהתרחשו בפרקי זמן שונים, כשהפגיעה המאוחרת "בולעת" ומוחקת את התוצאות של הפגיעה הראשונה או מצמצמת את השפעתה של הפגיעה הראשונה על הניזוק.

למשל, שני מזיקים גורמים לשתי תאונות נפרדות בזו אחר זו כשאין קשר ביניהן, האחת גורמת לנכות חלקית והשנייה לנכות מלאה. כיצד נחלק את האחריות?

לעתים, פעולתו של המזיק השני **מבטלת או מנטרלת** את פעולת המזיק הראשון.
דוגמא נוספת: המזיק הראשון הצית אש והמזיק השני גרם לשיטפון שכיבה את האש אך גרם הרס לרכוש שהאש איימה לכלותו, בטרם נשרף.
דוגמא אחרת: הניזוק נדחף לתהום על-ידי המזיק הראשון, ובנפילתו למוות נתקל בחוטי חשמל שהמזיק השני התרשל בהחזקתם ומתחשמל למוות.

עקרונות חלוקת אחריות כשיש מספר גורמים

הש' נתניהו, פס"ד חננשוילי: יש לזכור את העקרונות הבאים:

- א. הניזוק זכאי לפיצוי על מלוא נזקיו שנגרמו לו בכל האירועים העולתיים גם יחד.
- ב. אין מזיק אחראי אלא לנזק שאותו הוא גרם.
- ג. המזיק מוצא את הניזוק כמו שהוא.
- ד. באומדן הנזק לעתיד וחישוב הפיצוי מתחשבים באירועים (עולתיים ולא עולתיים) העלולים או עשויים לקרות במהלך חייו של הניזוק ובאלה שכבר קרו עד מתן פסק הדין, שבכוחם להגדיל את הנזק או להקטינו.

גורם אחר גורם (גורמים נפרדים בזה אחר זה)

**הפסיקה מתייחסת לשני מצבים שונים – אחד עולתי והשני לא עולתי (מחלה, פגיעת טבע וכו')
לאדם נגרם נזק עקב ארוע עולתי (הארוע הראשון) ולאחר מכן מתרחש ארוע נוסף (הארוע השני) ש"**בולע**" את הנזק שנגרם בארוע העולתי.
השאלה: כיצד יש להטיל אחריות במקרים מסוג זה?
שני מצבים:

- הארוע השני (המאוחר) הוא נזק שנגרם ע"י עולה נזיקת.
 - הארוע השני (המאוחר) לא נגרם ע"י עולה נזיקת ("פגיעה משמיים").
- הקושי:** כאשר הארוע השני לא עולתי, אם נתחשב בו לעניין הטלת אחריות וקביעת הפיצוי הרי שהניזוק לא יקבל פיצוי מרגע קרות האירוע השני ובכך ישא למעשה בנזק שנגרם לו גם בארוע הראשון.

ע"א 617/80 גבאי נ' תע"ל

*מפעל תעשייה ש/קנה מכונה חדשה ולא התכוון לגדר את מכונת הניסור החדשה. יום אחד ידו של אחד העובדים נפגעה פגיעה קשה מהמכונה.
התובע נפגע בתאונת עבודה כאשר ידו החליקה אל עבר משור בלתי מוגן ונפגעה באופן קשה.
לאחר פרק זמן מסויים, לקה התובע בשבץ מוחי בפלג הגוף השמאלי ללא קשר לתאונה, ונגרם לו שיתוק חלקי בגופו שלא אפשר לו לעבוד כלל.
בית המשפט המחוזי: יש לפסוק לתובע פיצוי על הנזק שנגרם לו בתאונת העבודה תוך התעלמות מהמחלה שפרצה לאחר מכן.
הש' נתניהו: האם בנסיבות העניין יש להביא בחשבון את השפעת המחלה של התובע על היקף הפיצוי המגיע לו מהמעביד-המזיק, במיוחד בכל הקשור לראש הנזק של אובדן כושר השתכרות לעתיד?

פס"ד גבאי- הש' נתניהו

כשאדם נפגע מרשלנותו של מזיק בארוע ראשון, ולאחר מכן הוא נפגע שוב לפני מתן פסק-דין בארוע שני, שאינו תוצאה של הארוע הראשון, אז אין המזיק חייב לשאת בנזק שנגרם בארוע השני. זאת, כשהארוע השני אינו עולתי (מחלה).

הסיבות:

- א. הנזק שנגרם בארוע השני אינו תוצאה של הארוע הראשון.
- ב. הפיצוי שנפסק כנגד המזיק בארוע הראשון בא לפצות את הניזוק על נזקיו, שהם תוצאה של הפגיעה הראשונה, ותו לא.
- ג. **בהערכת הנזק לעתיד** מביא בית המשפט בחשבון את תהפוכות החיים, שקשה לשערך וביניהן אפשרות של מחלה, שממילא תקצר את חיי העבודה שלו או את חייו.

ד. אבל בית המשפט לא צריך לעסוק בהשערות ובניחושים, כאשר עובדות רלבנטיות להערכת נזקי העתיד כבר התרחשו לפני מתן פסק הדין.

ה. קביעת פיצוי לניזוק בלי להביא בחשבון את המציאות החדשה (פרוץ המחלה) ומתוך הנחה, שאלמלא הפגיעה הראשונה היה הניזוק ממשיך לעבוד ולהשתכר מהווה פיצוי יתר על מה שמגיע לתובע. לכן, יש להביא בחשבון את השפעת המחלה.

משמעות הכלל

הש' נתניהו:

כאשר ידוע שכתוצאה ממחלה מסוימת הניזוק לא יכול יותר לעבוד, "בולע" ארוע המחלה הזה את הנזק שנגרם בארוע העולתי הראשון (התאונה).

התוצאות של הארוע השני "בולעות" למעשה את תוצאות הארוע הראשון, ולכן, המזיק ישלם רק על הנזק שנגרם עד ליום שבו פרצה המחלה. ממועד זה יוצא המזיק מהתמונה ומצבו של הניזוק על נזקו משוייך לארוע השני.

ע"א 248/86 עזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח – פס"ד שקובע את ההלכה

**פס"ד החשוב ביותר!!

המנוח נפגע בתאונת דרכים שכתוצאה ממנה נגרמה לו נכות בידו בשיעור 28% (הארוע הראשון). כשנה ושלושה חודשים לאחר מכן, ולפני שהגיש את תביעתו, התובע נפגע בתאונת דרכים נוספת ונהרג (הארוע השני)

האם ההלכה בפס"ד תע"ל נ' גבאי חלה גם כאשר הארוע השני הוא עולתי?

האם על המזיק הראשון להמשיך ולפצות את הניזוק או שמא המעשה העולתי השני בולע את הנזק שנגרם בארוע הראשון? האם רק המזיק השני יישא בפיצוי מעת קרות הארוע השני ועד תום חיי העבודה של המנוח? מדובר בנזק מתמשך - אובדן השתכרות - של מי שנפגע בגופו. במקרה כזה הנזק שנגרם בארוע השני מצטרף לנזק שנגרם בארוע הראשון כשזה ממשיך להצטבר.

השאלה: האם יש להתחשב בתוצאות הארוע השני כאשר דנים בחישוב הנזק שנגרם כתוצאה מהארוע הראשון?

הש' נתניהו

האפשרויות:

- המזיק הראשון נושא בנזק ללא התחשבות בארוע העולתי השני- הארוע השני אינו מפחית מתוצאות המעשה באירוע הראשון. המזיק השני רק מוסיף על הנזק שנגרם בארוע הראשון. לכן, אין לפטור מאחריות את המזיק הראשון.

- המזיקים הראשון והשני נושאים בנזק הכולל החל ממועד קרות הארוע השני כמזיקים במשותף: תוצאות הפגיעה של המזיק הראשון ממשיכות להתרחש (אובדן כושר השתכרות לעתיד). אליהן מצטרפות התוצאות המתמשכות של הארוע השני. די בפגיעתו של כל אחד מהמזיקים לגרימת הנזק גם ללא פגיעתו של האחר, ואין זה משנה שהם פעלו בזה אחר זה. כל אחד הוא גורם-בלעדי-אין לנזק.

- הפיתרון הראוי:

המזיק השני לבדו אחראי לנזק העתידי בתקופה שמעת האירוע השני עד לתום תקופת ההשתכרות של התובע (עד שיוצא לפנסיה). הפגיעה השנייה "בולעת" לתוכה את תוצאות הפגיעה הראשונה. מצב הדברים שיצר הארוע הראשון חדל להתקיים עם קרות התאונה השנייה והמזיק הראשון יוצא מהתמונה.

הקביעה המשפטית

1.1.20	1.1.15	1.1.10	1.1.00	
יצאה לפנסיה	תביעה	תאונה 2 (מזיק 2)	תאונה 1 (מזיק 1)	התובע בריא
אלמלא תאונה 2		מוות [72%]	נזק גוף [28%]	100%
I _____ "תקופת הביניים" _____ I				

מזיק 1 ישלם את כל הנזק (28%) עד למועד התאונה השנייה

מזיק 2 ישלם את כל הנזק שגרם (72%) ממועד התאונה השנייה עד הפנסיה

אבל,

התובע איבד את הזכות לקבל פיצוי בגין אובדן השתכרות לעתיד בגובה 28% ממועד התאונה השניה ועד לפנסיה (מיום 1.1.10 ועד ליום 1.1.20) והזכות הזו אבדה לתובע בגלל מזיק 2 (כי התובע נהרג) ולכן על מזיק 2 לפצות בגין אובדן הזכות הזו (28%).

מכאן,

ממועד התאונה השניה (1.1.10) המזיק השני ישלם לתובע (לעזבונו=ליורשים) 100% מההשתכרות של התובע עד לפנסיה (1.1.20).

עמדת השופטת נתניהו

עקרונית, מחשבים את נזקיו של הניזוק לעתיד על בסיס ההנחה שימשיך לחיות ולעבוד עד תום תוחלת החיים וחיי העבודה הרגילים שלו.

הפיצוי משתלם אמנם בתשלום חד-פעמי אך הפיצוי הוא עבור נזק המתרחש מדי יום, והתשלום החד-פעמי מחושב על-פי ערכו המהוון.

כשהניזוק נפטר לפני מתן פסק-דין בתביעתו, ההנחה זו לא התממשה והנזק שנגרם בארוע הראשון התרחש במשך תקופה קצרה מהצפוי ונפסק עם המוות.

אילו הספיק הניזוק לממש את תביעתו ולקבל פסק-דין נגד המזיק הראשון לפני מותו היה זוכה בפיצוי מלא על-פי התוחלת הרגילה של חייו ושל חיי העבודה שלו.

תביעה זו אבדה כתוצאה מהמוות שנגרם בתאונה השנייה. מי שגרם לכך הוא המזיק השני. האם ניתן לחייבו בנזק זה? לדעת השופטת נתניהו- כן!.

המזיק השני מוצא את הניזוק כמות שהוא, לטוב ולרע. הוא מצא ניזוק שנפגע בתאונה הראשונה וכושר עבודתו פחת (במקרה שלנו ב-28%). הוא הביא את הניזוק למצב של הפסד כושר השתכרות של 100%.

המזיק השני אינו אחראי לפצות בגין ההפסד שנגרם במידה שהוא נגרם על-ידי התאונה הראשונה. לכן חיובו הראשוני לא יהיה בשיעור של 100% אלא רק בשיעור של 72%.

אבל, הוא מצא ניזוק בעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון בגין הפסד השתכרות עתידי של 28%, המתרחש ומצטבר גם בתקופה שמקרות התאונה השניה.

זכות התביעה הזו (בשיעור של 28%) משלימה את הפיצוי לכדי 100%. זכות התביעה הזו של הניזוק אבדה לו כתוצאה מהארוע השני שבו הוא מת. **בגין אובדן זכות זו חייב המזיק השני לפצות את העיזבון.**

סיכום עמדת נתניהו

הש' נתניהו קובעת כי **הלכה זו חלה באופן כללי ולא רק בנסיבות שבהן הארוע העולתי השני גרם למוות של הניזוק** (למשל, כשהנכות בתאונה השנייה השביתה את התובע לחלוטין מעבודה לצמיתות).

לדעתה, **הלכה זו נכונה גם כשתוצאות האירוע השני, הנכות ואובדן כושר ההשתכרות, בולעות ומוחקות את תוצאות האירוע הראשון**, כשלמעשה תוצאות הארוע הראשון הפסיקו להתקיים כתוצאה מהארוע השני.

הפיתרון הזה נשאר נאמן לעקרונות הבאים:

פיצוי התובע על הנזק שנגרם לו בשני האירועים גם יחד;

חיוב כל אחד מהמזיקים רק בגין הנזק שהוא גרם: המזיק הראשון לא יישא בתוצאות שנבלעו על-ידי השני, והשני לא יישא בנזק שגרם הראשון, אלא רק בנזקו של התובע כפי שהוא מצא אותו, ובכלל זה כבעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון;

זאת תוך התחשבות באירועים שקרו לפני פסק הדין ומבלי לסטות מכללי הסיבתיות או לעוות אותם.

סיכום

כאשר המזיקים פעלו **במשותף**- הם חבים ביחד ולחוד (סעיף 11 לפקודה)

כאשר המזיקים פעלו בנפרד וגרמו **לנזק שניתן לחלוקה**- חבים כל אחד על חלקו.

המזיקים פעלו **בנפרד וגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה**- במידה ולא ניתן למצוא קריטריון סביר לחלוקה, אז יהיה מדובר בנזק שלא ניתן לחלוקה והאחריות תוטל על המזיקים **ביחד ולחוד (פס"ד מלך נ' קורנהויזר)**.

כאשר חלק מהנזק נגרם בעולה וחלקו לא נגרם בעולה ולא ידוע מהו החלק העולתי מתוך הנזק הכולל- שימוש בכלל הנזק **הראייתי (נגר נ' וילנסקי)**

הנזק נגרם ע"י מזיקים שפעלו בזה אחר זה כשהנזק ניתן לחלוקה - הארוע השני בולע את הנזק שבארוע הראשון, ועל המזיק הראשון לפצות את הניזוק עד מועד ארוע הנזק השני בין אם הוא עוולתי (חננשוילי) ובין אם הוא לא עוולתי (תע"ל).

כאשר קשה להוכיח מה חלקו של המזיק בנזק אבל ברור כי הוא פגע ביכולת של התובע להיות במצב טוב יותר - כלל אובדן סיכויי החלמה (פס"ד פתאח) כאשר הגורם המרכזי לנזק איננו עוולתי ולא ברור שזקו של התובע נגרם בעוולה, למרות שאחד הגורמים האפשריים, שלא ברור אם השתתף בגרימת הנזק, הוא עוולתי (קשר סיבתי הסתברותי - פס"ד עדן מלול - נדחה ע"י בית המשפט העליון)

ה'. הסדר הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים

חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975

הרקע המשפטי לחקיקת החוק

בעבר, עד לחקיקת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 הוגשו התביעות על בסיס עוולות מפקודת הנזיקין (רשלנות, הפרת חובה חקוקה). במסגרת תביעות אלה היה צריך להוכיח שהנתבע (למשל, הנהג) התרשל (כלומר, שהיתה חובת זהירות שהופרה) וכי התרשלותו הסבה לתובע נזק (קשר סיבתי). כמובן, שצריך היה להוכיח גם את הנזק וגובהו. ריבוי התביעות יצר עומס רב על בתי המשפט וגרם לעלויות רבות ולדחיית מתן פיצוי לנפגעים. כדי לנסות ולהתמודד עם קשיים אלה, נחקק ב-1975 החוק. הוא נכנס לתוקף ב-25 בספטמבר 1976.

מטרות החוק

- **צמצום מספר התביעות ויצירת הליך מהיר ויעיל** - וזאת לשם קבלת פיצוי ללא צורך בבירור האשם של המזיק.
- **הקלת העומס על בתי המשפט** - יצירת מנגנון שיפחית את הזמן הרב שבתי המשפט השקיעו בקביעת שאלת האחריות.
- **הקניית ביטחון סוציאלי** - יצירת מנגנון שיבטיח פיצוי כספי לנפגע ויקנה ביטחון סוציאלי לגבי ארוע יומיומי שפוגע באנשים רבים.
- **המטרה המרכזית - מתן פיצוי מהיר לכל נפגע**
(ע"א 483/84 קרנית נ' אברהם, הש' נתניהו, עמ' 761)
(ע"א 3339/00 אליהו נ' דהן, השופט ברק, פסקה 12)

החוק מנסה להיות כמו הביטוח הלאומי. אם אירע לך תאונת דרכים אתה תקבל פיצוי וכמה תקבל? זה יהיה בינך לבין חברת הביטוח. פיצוי בטוח תקבל אי אפשר לא לשלם לך. המטרה המרכזית - לתת פיצוי מהיר לכל נפגע, אין שאלת אחריות. תמיד מי שפגע ישלם. כמה הוא ישלם? זו שאלה אחרת.

מימוש המטרות ויחודו של החוק

- הטלת אחריות מוחלטת על הפוגע ללא קשר אם התאונה ארעה באשמתו. - האחריות על הפוגע היא מוחלטת, לכל כלל יש טיפה חריגים אבל בגדול זהו הרעיון - מי שפוגע לא משנה אם הוא נהג כמו שצריך והכי זהיר, הוא עדיין יפצה, האחריות היא מוחלטת ואין להתווכח עלייה. כדי שהצדדים רבים עליהם מבחינה משפטית, על זה הם לא יהיו חלוקים.

- **ביטוח חובה** - הטלת חובה משפטית לבטוח את השימוש ברכב - כדי שאלה שנתבעו יוכלו לשלם לאלו שנפגעו יש את חובת הביטוח. כל נהג שעולה על הכביש חייב שיהיה לו ביטוח חובה. החוק מטיל חובה על כל נהג לבטוח את הנהיגה שלו ברכב כדי שאם הוא יפגע במישהו בנזק גדול יהיה מאחוריו כיס עמוק. מצד אחד יש אחריות מוחלטת ומצד שני צריך לוודא שיהיה מקור כספי
- הקמת קרן מיוחדת למתן פיצויים - **קרנית** - הקרן הזאת תמיד תפצה מקום שאדם נהג ללא ביטוח, או במקום שבו חברת הביטוח לא מוכנה לפצות (כשאין רישיון נהיגה). במצב כזה, אדם תמים שנפגע מאדם ללא ביטוח המחוקק הקים גוף שנקרא קרנית, הוא גוף סטטוטורי (מתוקצב ע"י הממשלה, הוקם מכוח החוק) והוא ישלם בכל פעם שאין כיס עמוק ואין חברת ביטוח. זהו עוד כלי שבאמצעותו האדם התמים שנפגע - יקבל פיצוי. כמובן שקרנית תתווכח באשר לפיצוי אך הם יודעים שיצטרכו לשלם.
- קביעת **תקרת פיצוי** לנפגעים הזכאים לפיצוי - מדוע להגביל את הפיצויים? הסיבה היא שיש פה סוג של איזון. אם יש אחריות מוחלטת מצד אחד אז לפחות שהמעמסה על חבורת הביטוח לא תהיה נוראית, הם ידעו מראש מה הרף העליון ביותר, עד כמה הם יצטרכו לשלם.
- יצירת מנגנון לפיצוי מיידי ומהיר לנפגעים (**תשלום תכופ**) - אם אדם נפגע בתאונת דרכים, והוא יודע שבסוף התהליך מול חברת הביטוח הוא יקבל פיצוי אבל כרגע יש לו ארבעה ילדים בבית והוא לא משתכר ואשתו לא עובדת והוא צריך כסף כדי להאכיל את הילדים, הוא יכול לבקש תשלום על חשבון התשלום הסופי וזאת כדי לא להותיר אותו על פת לחם, לאפשר לו להמשיך בחייו ברמה הכלכלית.
- יצירת מנגנון מהיר לקביעת נכות (**מומחים מטעם בית המשפט בלבד**) - הכלי שבאמצעותו בתי המשפט קובעים את גובה הפיצוי הוא באמצעות חוות דעת רפואיות הקובעות מה הנכות שהבן אדם סובל ממנה כתוצאה מהתאונה. כל צד בתביעה הולך לרופאים שלו ועו"ד של התובע יתנו חוות דעת עם נכות גבוהה והרופאים של הביטוח יתנו חוות דעת עם נכות נמוכה. אז ממנים רופא מטעם בית המשפט

עיקרון האחריות המוחלטת

סעיף 2 (א) לחוק:

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

סעיף 2 (ג) לחוק:

האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים.

אין הגנה לנהג אם הוא פגע, הוא תמיד ישלם. זה הכלל הגדול. זה הסעיף החשוב ביותר.

ביטוח חובה

סעיף 2 (א) לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970:

לא ישתמש אדם - ולא יגרום ולא יניח שאדם אחר ישתמש ברכב מנועי, אלא אם יש על שימוש שלו או של האדם האחר באותו רכב פוליסה בת-תוקף לפי דרישותיה של פקודה זו.

סעיף 3 (א) לפקודה:

פוליסה לפי דרישותיה של פקודה זו ... מבטחת את -

(1) בעל הרכב והנוהג בו מפני כל חבות שהם עשויים לחוב לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים...

(2) בעל הרכב הנוהג בו וכל אדם הנוהג בו בהיתר ממנו מפני נזק גוף שנגרם להם בתאונת דרכים

כמשמעותם בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

קרנית

סעיף 10 לחוק קובע: **מוקמת בזה קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.**
סעיף 12 לחוק: (א) **תפקידה של הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים לפי חוק זה ואין בידו לתבוע פיצויים מאת מבטח מחמת אחת מאלה:**
(1) **הנהג האחראי לפיצויים אינו ידוע;**
(2) **אין לנהוג ביטוח... או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה;**
(2א) **למבטח מונה מנהל מורשה... בשל כך שהמבטח אינו יכול לקיים התחייבויותיו...**
(3) **המבטח נמצא בפירוק.**
לנפגע התמים יש את קרנית, קרנית תוכל לחזור לאותו אדם שנשא בניתוח ולנסות להוציא ממנו חלק מהכסף.

קביעת תקרת פיצוי

סעיף 4 (א)(1) לחוק קובע:
בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על **שילוש השכר הממוצע במשק** (להלן - הכנסה מרבית); היה שיעור אבדן השתכרותו ואבדן כושר השתכרותו של הנפגע פחות ממאה אחוזים, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים.
השכר הממוצע במשק כיום (מאי, 2017) - 10,000 ש"ח
סעיף 4 (א)(3) לחוק קובע:
"הפיצויים בשל הנזק שאינו נזק ממון לא יעלו על מאה אלף לירות" (צמוד למדד המחירים לצרכן). כיום - 180,000 כ- ש"ח
המטרה הייתה לתת פיצוי מהיר לכל נפגע.
כדי להתמודד עם תופעה זו, למרות שס' זה לא צודק הוא עדין קיים.

תקרת הכנסה

סעיף 4 מתייחס לפיצוי שניתן בגין:
- הפסד הכנסה מעבודה ממועד התאונה עד פסק הדין (אובדן השתכרות **לעבר**)
- הפסד הכנסה מעבודה מפסק הדין ועד הפנסיה (אובדן כושר השתכרות **לעתיד**)
הפיצוי המקסימלי שנפגע יכול לקבל הוא שלוש פעמים השכר הממוצע במשק. כלומר מקסימום הפיצוי כיום הוא קרוב ל- 30,000 ש"ח לחודש ברוטו.
מה באשר לעיקרון השבת המצב לקדמותו?
ביטחון כלכלי מול הרתעה מלאה וצדק מתקן

פיצוי בגין כאב וסבל

סעיף 2 (א) לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976:
"סכום הפיצויים יהיה סך הכל של אלה:
(1) שני פרומיל מן הסכום המקסימלי כפול **מספר הימים שבו היה הניזוק מאושפז בבית חולים... בשל התאונה;**
(2) אחוז אחד מן הסכום המקסימלי כפול **אחוזי הנכות לצמיתות שנגרמה לניזוק כתוצאה מן התאונה...**"
סעיף 2(ב): אם אין נכות, תקרת הפיצוי היא עד 10% מהסכום המקסימלי.
סעיף 3: **אירעה התאונה למי שמלאו לו ביום התאונה שלושים, יוקטן סכום הפיצוי... באחוז אחד לכל שנה שמלאה לו מעל לשלושים שנה.**
סעיף 4: אם הנפגע נהרג בתאונה הפיצוי הוא 25% מהפיצוי המקסימלי.

פיצוי מהיר - הענקת פיצוי תכוף

פיצוי תכוף - סעיף 5 (א) לחוק:

מי שחייב בפיצויים לפי חוק זה ישלם, כחלק מהם, לנפגע או למי מהתלויים בו, תוך 60 ימים מקבלת דרישתו בכתב -

(1) הוצאות שהוציא הנפגע לצרכי ריפוי, לרבות הוצאות אישפוז בבית חולים;
(2) תשלומים חדשיים שיהיה בהם כדי לספק, עד להחלטה הסופית בענין הפיצויים, את צרכי ריפוי של הנפגע וסיעודו ואת צרכי מחייתו ומחיית בני משפחתו שפרנסתם עליו או את צרכי מחייתם של התלויים בו, לפי הענין; התשלומים לצרכי מחיה ייקבעו תוך התחשבות בהכנסתו של הנפגע עובר לתאונת הדרכים, ובלבד שאם הכנסתו עלתה על ההכנסה המרבית תילקח בחשבון ההכנסה המרבית בלבד.
** בדרי"כ זה יהיה בתיקים שברור שהפגיעה הייתה מאוד קשה. ברור שהפסדי השכר שלו הם עד הפנסיה.

יצירת מנגנון מהיר לקביעת נכות

סעיף 6א (א) לחוק:

שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות הוראות בדבר מינוי מומחה אשר יחווה דעתו בענין הנכות הרפואית של נפגע, או בכל נושא רפואי אחר, לרבות דרכי שיקומו של הנפגע, ובדבר סמכויותיו וחובותיו של המומחה.

בעלי דין יהיו רשאים להזמין את המומחה לבית-המשפט לחקירה, אולם לא יהיו רשאים להביא עדות נוספת של מומחה לעניין הנדון אלא ברשות בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו.
תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים), התשמ"ז-1986 קובעים את מנגנון מינוי המומחה מטעם בית המשפט ולוחות זמנים מהירים יחסית להגשת חוות הדעת של המומחה. הם שולחים את כל התיק הרפואי לשופט, מבלי לראות את הצדדים. ומוציא החלטה בכתב שולח אותה למשרדי עורכי הדין, מינתי מומחה נא לקבוע איתו תור לקביעה וחוות דעת. זה חוסך כסף וזמן לתביעה. זה מאיץ את התהליכים.

קביעת נכות שלא ע"י בית המשפט

סעיף 6ב מאפשר קביעת נכות שלא ע"י מינוי מומחה:

קבעה על פי כל דין דרגת נכות לנפגע בשל הפגיעה שנגרמה לו באותה תאונת דרכים, לפני שמיעת הראיות בתביעה לפי חוק זה, תחייב קביעה זאת גם לצורך התביעה על פי חוק זה.
מדובר במקרה שבו אדם נפגע בתאונת דרכים המוכרת ע"י המוסד לביטוח לאומי כתאונת עבודה. במצב כזה, ועדה רפואית מטעם המוסד לביטוח לאומי קובעת את אחוזי הנכות של העובד שנפגע. קביעה זו לפי חוק הפיצויים תחייב את הצדדים ובית המשפט.

החוק בראי מטרות דיני הנזיקין

המטרה המרכזית של החוק אינה הרתעה או קידום צדק מתקן.
מטרה מרכזית אחת של החוק הינה צדק חלוקתי- צמצום נטל העלויות באופן קולקטיבי ופיזור העלות על פני החברה באופן צודק ושיוויוני.
מדובר בארוע יומיומי שאותו לא ניתן למנוע ולכן יש צדק בפיזור הנזק על פני החברה בכללותה, או לפחות על ציבור הנהגים בכללותו.
אין צורך לחפש אשמים או להטיל אחריות על בסיס אשם מוסרי, אלא לחלק את הנטל בצורה שווה תוך תמיכה בקבוצות חלשות (הנפגעים).
מימוש עיקרון השבת המצב לקדמותו אינו מלא- ניתנת העדפה של הענקת ביטחון סוציאלי וכלכלי לנפגע באופן מהיר ויעיל.

את מי ניתן לתבוע? הגדרת המעורבים בתאונה

נהג-הולך רגל

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

סעיף 1 מגדיר נפגע: אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים.

נהג-נוסעים

סעיף 3(א): בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחראיות לנזקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו.

מכאן, חברת הביטוח של הנהג תפצה את הולך הרגל ואת הנוסעים ברכב של הנהג שנפגעו בתאונה.

נפגעים בתאונה מעורבת

סעיף 3(ב) קובע:

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

כל הנהגים המעורבים יהיו חייבים כלפי הנפגע ביחד ולחוד:

אם הולך רגל שנפגע תובע רק את אחד הנהגים, הנהג הנתבע ישא במלוא האחריות ויוכל לאחר מכן לתבוע את החלק היחסי מהנהגים האחרים שהיו מעורבים בתאונה.

מעורבות בתאונה- מבחן טכני: מגע בין הרכב לנפגע או בין כלי הרכב.

תאונה עצמית

אין התייחסות מפורשת בחוק הפיצויים לתאונה עצמית.

לפי סעיף 3(א)(2) לפקודת ביטוח רכב מנועי, הפוליסה מבטחת את הנהג בגין נזק גוף שייגרם לו אם ייפגע בתאונת דרכים עפ"י חוק הפיצויים, ולכן עילת התביעה קמה מפקודה זו ומהפוליסה ולא מחוק הפיצויים. אם השימוש ברכב לא היה מבוטח, הוא לא יכול לתבוע אדם אחר (בניגוד לנפגעים אחרים אשר יכולים לתבוע את קרנית).

החוק פוטר את עורך הדין מלהוכיח את יסוד ההפרה והחובה.

סיווג הנתבע כאשר הנפגע יצא מרכבו

ע"א 554/89 מדינת ישראל נ' אלראהב:

- חייל נהג ברכב צבאי.
 - החייל הבחין שמנוע הרכב מתחמם יתר על המידה.
 - החייל עצר את הרכב ויצא לבדוק את המנוע.
 - כשהחייל פתח את מכסה המנוע, המים מהרדיאטור התיזו עליו.
 - החייל קפץ אחורנית ונפגע ממשאית שחלפה בכביש.
 - לא היה מגע בין החייל לרכבו ולא היה מגע בין הרכבים.
 - היה מגע בין החייל למשאית.
- האם החייל הוא הולך רגל או נהג?
אם נהג- מבטחת רכבו תפצה אותו; אם הולך רגל- מבטחת המשאית תפצה אותו

היום – שימוש ברכב זה לא רק נסיעה, זה גם טיפול דרך.

פסק הדין בעניין אלראהב

הנשיא שמגר:

החייל נפגע כנהג ולא כהולך רגל ולכן חברת הביטוח שביטחה את השימוש ברכב צריכה לפצות אותו. **הנימוק:** החייל עשה שימוש ברכבו ויש קשר סיבתי בין השימוש של החייל ברכב לבין הנזק שנגרם לו. ללא יציאתו של החייל מרכבו הוא לא היה נפגע. החייל ביקש לבצע תיקון ברכב, וזאת בשל השימוש שלו ברכב ולכן זו תאונה מעורבת שבה מעורבים 2 רכבים.

הלכת אלראהב- שימוש ברכב

"במעמדו של [התובע] כנוהג לא התחולל כל שינוי מרגע שעצר את הרכב הצבאי על-מנת לבדוק את סיבת התחממותו ועד שנרתע אחורנית אל עבר הכביש כדי להימלט מן המים הרותחים ונפגע על-ידי המשאית. איני מקבל את התיזה של [המדינה], לפיה הימצאותו של [התובע] על הכביש עובר לתאונה הייתה מנותקת מן השימוש שעשה קודם לכן ברכבו. גובשה ההלכה, כי במסגרת שימושי הלוואי ברכב מנועי יש לכלול גם את תיקון הרכב ואחזקתו."

היציאה של הנהג מהרכב והשהות שלו מחוץ לרכב מהווים חלק משימוש ברכב, כיוון שהנהג בדק את הרכב כדי שיוכל ולהמשיך ולנסוע בו. בדיקת הרכב וניסיון לתקנו מהווים שימוש ברכב.

הלכת אלראהב- קשר סיבתי- מבחן הסיכון

שימוש בכלי רכב גורם לנזק כשהנזק הוא בתחום הסיכון שהשימוש ברכב יוצר. עצירת הרכב כדי לבדוק תקלה נכללת בגדר שימוש ברכב. יציאה מהרכב לבדיקת תקלה בו כוללת סכנת פגיעה מרכב חולף. לכן, כשהימצאותו של הנהג מחוץ לרכב קשורה לשימוש בו (בדיקת תקלה), אז הפגיעה בו תחשב כנגרמת עקב השימוש ברכב. כאן, החייל נמצא מחוץ לרכב בשל תקלה ברכב והנזק נגרם כשמים רותחים פגעו בו. לכן, הפגיעה מהמשאית הייתה בתחום הסיכון שהשימוש ברכב של החייל יצר. לאור זאת, שני רכבים מעורבים בתאונת הדרכים (הרכב הצבאי והמשאית). החייל מוגדר כנהג ולא כהולך רגל. מדובר בתאונת דרכים מעורבת לפי ס' 3(א). ** זו תאונת דרכים בוודאות, השאלה מי נושא בנזק.

ע"א 3956/97 חברת הביטוח הלאומית נ' סולימאן

הנהג נפגע כשיצא מרכבו לצורך בדיקת תקלה והתיקון בוצע ע"י אדם אחר. הנהג עמד לצדו כשהוא נכון לעזור לו בכל עת.

השופט אנגלרד: יש לראות בנפגע כנהג. אין מקום להבחין בין נהג שמתקן בעצמו את הרכב לבין נהג שעומד בצד כאשר אדם אחר מתקן את הרכב. הלכת אלראהב חלה כאן: "הימצאותו של הנפגע מחוץ לרכב הייתה עקב הקלקול שחל ברכבו. הנפגע עמד סמוך לרכבו והיה נכון בכל רגע לסייע בתיקון הרכב או בבדיקה האם הרכב תקין. בנסיבות אלה, הפגיעה בנפגע ע"י רכב חולף באה עקב השימוש ברכבו שלו."

"כל עוד הימצאותו של הנהג מחוץ לרכבו קשורה בטבורה לשימוש בו תחשב הפגיעה בנוהג על ידי הרכב האחר, כתאונה אשר נגרמה עקב השימוש ברכבו של הנהג-הנפגע. כיוון שכך לא קמה לו עילה במסגרת חוק הפיצויים כלפי המשתמש ברכב האחר, כי אם כלפי מבטחו האישי." (הש' ריבלין, תאונת הדרכים, תחולת החוק, סדרי דין וחישוב פיצויים, מהד' שלישית, 2012, עמ' 181)

ריבלין מנסה לסכם עבורנו את ההלכה – כל עוד הימצאות של נהג מחת לרכבו קשורה בתעבורה לשימוש בו תחשב כתאונה שנגרמה עקב השימוש ברכבו של הנהג.

המצב לאור תיקון מס' 8 של החוק (1990)

שימוש ברכב:

"נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול-דרך או תיקון-דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו, לרבות הידרדרות או התהפכות של הרכב או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב או מטענו תוך כדי נסיעה וכן הינתקות או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה, שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד."

מכאן, חברת הביטוח של הנהג תפצה אותו ולא חברת הביטוח של הרכב הפוגע.

צמצום הלכת אלראהב-1

ע"א 1675/06 אררט חברה לביטוח נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ

התובעת- נוסעת ברכב פרטי (אאודי). מבוטחת ע"י הפניקס.

נהג הרכב עצר כדי לעזור לרכב אחר (סובארו- מבוטח ע"י מנורה) בהחלפת גלגל.

הנוסעת-תובעת יצאה מהרכב ועמדה בצד הדרך ודיברה עם קרובתה.

בעת פירוק הגלגל, הגיח רכב אחר (יונדאי- מבוטח ע"י אררט) ופגע בתובעת ובאאודי.

ביהמ"ש המחוזי: הסובארו והיונדאי היו מעורבים בתאונה ולכן האחריות מתחלקת בין חברות הביטוח שביטחו את שני הרכבים.

פסה"ד אררט נ' מנורה - השופט ריבלין

התובעת אינה נוסעת באחד מהרכבים; היא נפגעת מחוץ לרכב.

נהג שיצא לבדוק תקלה ברכבו ונפגע ע"י רכב אחר ייחשב כנהג שעושה שימוש ברכבו, כש"הימצאותו מחוץ לרכב קשורה בטבורה לשימוש בו ולמעשה מהווה את אותו השימוש".

כאן, הימצאותה של התובעת מחוץ לרכב שבו נסעה לא הייתה קשורה לשימוש בו. לכן, אין לחייב את המבטחת של רכב האאודי.

יש כאן ניתוק בין הפגיעה בתובעת למגע המאוחר יותר של היונדאי והאאודי. זה שולל את האפשרות לראות באאודי רכב המעורב בתאונה שבה נפגעה התובעת.

הסובארו לא היה רכב מעורב בתאונה. כשהיונדאי פגע בתובעת, היא לא הפכה לנוהגת או לנוסעת בסובארו. בהיעדר מגע בין היונדאי לסובארו, יש להטיל את האחריות לתאונה על רכב היונדאי ועל המבטחת של רכב זה.

בקשה לקיים ד"נ נדחתה ע"י הש' **ביניש**: דנ"א 9656/07 אררט נ' מנורה.

** בפס"ד זה היא הייתה הולכת רגל וקיבלה ישירות מחברת הביטוח של יונדאי.

אם יש ביטוח – מי שמשלם זה חברת הביטוח. זה המשמעות של החוק.

אם אנחנו מצליחים לקשור את ההתנהלות של אותו נפגע קשר אמיץ וחזק- בין הנפגע לבין הרכב שלו. אם הקשר הזה ניתק, וכבר אין קשר אז אותו אדם הפסיק להיות נהג, נוסע והפך להיות הולך רגל. יש לזה חשיבות כי אחרי שבדקים אם מדובר בתאונת דרכים אנחנו נצטרך להגדיר עבורנו מיהו הנהג ומיהו הנוסע. זה אחד מהדברים הראשונים שעושים בתיקים של פלתי"ד להגדיר מי זה מי. כדי למקם את החבויות של משרד הביטוח.

צמצום הלכת אלראהב- 2

רע"א 9112/06 ביטוח חקלאי נ' המוסד לביטוח לאומי

נהג יצא מרכבו כדי לבדוק מה שלום הנהגת שפגעה בו מאחור ונפגע כשחזר לרכבו לבדוק מבעד לחלון מה שלום בנו שהיה איתו ברכב ובדיוק באותה שניה חלף רכב ופגע בו.

השופט ריבלין: לאור תיקון מס' 8 נפגע יוכר כנהג רק אם הימצאותו מחוץ לרכב הייתה קשורה "בטבורה לא סתם לשימוש... אלא לאחד השימושים הנזכרים בסעיף 1 לחוק" (סעיף 6 לפסק הדין).

כאן, הימצאותו של הנהג מחוץ לרכב אינה מוגדרת כשימוש:

"התאונה הביאה את הנסיעה לקיצה, הנפגע יצא מהרכב, התרחק ממנו, ושב לקרבתו. שלב נסיעת ההמשך טרם החל. הנפגע לא נפגע במסגרת השימוש של נסיעה או במסגרת שימוש מוכר אחר."

צמצום הלכת אלראהב- 3

רע"א 10875/08 אורן שרון נ' דניאל קארן

הרכב התנגש בגדר הפרדה ועמד כשחלקו על שולי הכביש וחלקו על הכביש עצמו.

מאחר שלא ניתן היה עוד לנסוע ברכב, יצא הנפגע מן הרכב והשתמש במכשיר הטלפון הנייד שלו להתקשר ליחידתו, על מנת לדווח על התאונה ועל מנת לקבל את מספר הטלפון של רכב הגרר.

לאחר שקיבל התובע את מספר הטלפון הדרוש לו, הוא חייג לרכב הגרר תוך שהוא פוסע הלך ושוב על שולי הכביש. אז פגע בו רכב אחר שהיה בנסיעה, גרם לו לנזקי גוף ותוך כדי כך התנגש ברכב החונה.

לפי עדות הנפגע, אירעה התאונה כעשר דקות לאחר יציאתו מן הרכב ובהיותו במרחק שאינו עולה על שני מטרים מן הרכב החונה.

פס"ד אורן שרון נ' קארן

מתי נראה נפגע מרכב חולף משתמש ומתי נראה בו הולך רגל?

השופט ריבלין סוקר את הפסיקה עד כה.

יש לבחון האם התקיים אחד השימושים הנזכרים בהגדרה של המונח "שימוש" שבסעיף 1. **אם המקרה נכלל באחד השימושים האלה החבות לפצות תוטל על חברת הביטוח שבטחה את הרכב שבו נעשה השימוש.** במקרה אחר, ייחשב הנפגע לנפגע מחוץ לרכב.

לא מספיק שהימצאות הנפגע מחוץ לרכב נבעה משימוש קודם או משימוש עתידי ברכב, אלא צריך שהימצאות הנפגע מחוץ לרכב תהווה לכשעצמה שימוש כפי שמונח זה מוגדר בסעיף 1 לחוק.

במקרה זה, לא עשה התובע כל שימוש המוכר בחוק כשימוש מוכר. הוא לא עסק בתיקון הרכב או בטיפול בו אלא הזמין גרר והמתין לאיש מקצוע. לכן, הוא ייחשב כהולך רגל ועליו לקבל את מלוא הפיצוי מהרכב הפוע.

מיהו הנתבע

הנתבע הראשון הינו הנהג- "המשתמש"- הנוהג ברכב:

ישנה הפרדה בין מתיר השימוש לבין מי שנהג ברכב.

סעיף 2(א) לחוק: המשתמש ברכב מנועי (להלן- הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבהם מעורב הרכב. הנהג תמיד יצטרך לפצות.

סעיף 2(ב)- מתיר השימוש: היה השימוש ברכב על פי היתר מאת בעל הרכב או המחזיק בו, **תחול האחריות גם על מי שהתיר את השימוש.** לפי ס' זה יש שני נתבעים תמיד – אם הנהג הוא לא הבעלים, הבעלים של הרכב הוא גם נתבע. גם הבעלים וגם המחזיק.

מכאן, **הכתובת הראשונה- הנהג המשתמש ברכב, ואם הוא לא הבעלים, הכתובת השנייה- הבעלים** שהתיר את השימוש ברכב.

לעתים יש שלושה נתבעים: הנהג- המשתמש ברכב, הנוהג בפועל ברכב, המחזיק בהיתר מהבעלים והבעלים.
דוגמאות רווחות- רכבי חברה (מעביד), רכבי חברות להשכרת רכב.
בהרבה תיקים – לדוג' – חברה להשכרת רכב- היא הבעלים, מי שבא לקחת את הרכב – הוא המחזיק בשימוש – היתר, ומי שנהג בפועל – הוא הנהג. הנהג תמיד יישא באחריות יחד עם חברת הביטוח שביטחה את הנסיעה.

נהיגה בהיתר

כאשר הנהיגה בהיתר- פוליסת הביטוח בתוקף.
ס' 3 לפקודת ביטוח רכב מנועי, התש"ל-1970, וסע' 6-7 לתוספת הראשונה של תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (תנאי חוזה לביטוח חובה של רכב מנועי), תש"ע-2010.
כשהנהיגה אינה בהיתר ונגרמה תאונה, הפוליסה אינה בתוקף וחברת הביטוח לא תחויב לשלם את הפיצוי בגין הנזק שנגרם לנפגע.
במקרה שבו הנהיגה אינה בהיתר- על הנפגע לתבוע את קרנית.
קרנית תוכל לתבוע את הנהג הפוגע בגין הפיצוי ששילמה לנפגע.
מכאן, **יש חשיבות לשאלה מהי נהיגה בהיתר** (מי יפצה את הנתבע- מבטחת הרכב או קרנית).
הנפגעים יקבלו פיצוי גם כשהנהיגה לא בהיתר, האנשים הנפגעים במהלך מעשים עבריינים יקבלו פיצוי מקרנית.

כלל הרשות הראשונית

ע"א 214/81 מדינת ישראל נ' פחימה

חייל נהג ברכב צבאי לאחר שקיבל הוראה לנסוע למוסד בטירת הכרמל.
הנהג סטה מהמסלול כדי לעבור בביתו שבעתלית לכבות את הבוילר. נסיעה זו הייתה ללא רשות. בדרכו לקח הנהג שתי נוסעות למרות האיסור על כך.
ארעה תאונה והנוסעות פחימה נפגעו. הן תבעו את הנהג.
אם הנהיגה אינה בהיתר אז לתובעות יש עילה נגד המשתמש- הנהג החייל, אבל לא נגד הצבא ולא נגד חברת הביטוח (אם הייתה כזו). אם הצבא לא נושא באחריות אז על קרנית יהיה לפצות את הנוסעת (נהיגה ללא ביטוח).
השאלה - האם יש לצפות ממי שעולה לרכב לוודא שיש ביטוח והיתר?

פסה"ד פחימה- הכרעה

השופט ברק: ההסכם בין מתיר השימוש למשתמש אינו עניינו של הנפגע:
"משהתיר בעל הרכב את השימוש הראשוני בו על-ידי אחר, הוא הניח לאחר לנהוג בו, ואך טבעי הוא, כי יבטח נהיגה זו. פרטי ההסדר בין בעל הרכב לבין הנוהג הם עניין פנימי ביחסים האזרחיים שביניהם."
ברגע שנותנים לנהג את המפתח של הרכב גם אם הוא לא ממלא בצורה דווקנית ומלאה, גם אם הוא סותר מההיתר קצת, זו עדיין נהיגה בהיתר.

הכלל: **כשאדם קיבל את מפתח הרכב מבעל הרכב שהתיר לו לנסוע בו (ולא גנב את הרכב) זוהי נהיגה בהיתר**: (כלל הרשות הראשונה).

"מאזן השיקולים נוטה לטובת הגישה, כי המבטח של המכונית ולא קרנית יישא בסיכון של סטיית הנהג מההיתר הראשוני, שנתן לו בעל הרכב... כאשר חברת הביטוח מבטחת את עצם השימוש ברכב, הרי נראה לי, כי 'בתחום המשיכה' של ביטוח זה... צריך ליפול המקרה של נוהג, המשתמש ברכב מכוח היתר שניתן לו, אך בחריגה מתנאיו".

גישה זו נראית לשופט ברק כתואמת לעיקרון האחרייות המוחלטת שבחוק. מכאן, הנהיגה הייתה בהיתר וזה מאפשר לפחימה לתבוע את המדינה.

**** רק אם הבעלים מתלונן במשטרה על גניבה של הרכב, בכל מצב אחר הנהיגה היא בהיתר.**

ס' 37(3) לחוק – אדם שנטל רכב ללא רשות, לא זכאי לפיצוי והוא גם לא מבוטח. במצב כזה מי שנפגע בין אם הוא נוסע או הולך רגל, יתבע את קרנית וקרנית תחזור בתביעה לגבי אותו נהג שנהג ללא רשות. *רק במצב שבו באמת יש גניבה של הרכב, רק במצבים כאלה הביטוח לא יהיה תקף, לא יכסה על האירוע. גם במצבים שהרכב לא נלקח ברשות אבל הוא גם לא נגנב (נגיד בת שלוקחת לאבא את האוטו ללא רשות).

לפי ברק, כשיש תאונות דרכים הכסף צריך לצאת מהכיס של חברות הביטוח או מאלה שמשלמים לחברות הביטוח (משתתפים במשחק בדרכים) ולא מכלל האוכלוסייה שמשלמת מיסים.

הרחבת כלל הרשות הראשונית-1

ע"א 56/84 אלחדז נ' סלהב

בעל רכב הכניס את רכבו למוסך על מנת שיחליפו את הריפוד. בעל המוסך נסע עם רכב לאירוע משפחתי וארעה תאונה. הנפגע בתאונה תבע את המוסכניק (המשתמש) ואת בעל הרכב. **השופט ברק** חוזר על קביעותיו וקובע שכלל הרשות הראשונית לפיו רק גנבי רכב נוסעים ללא היתר נכון גם במקרה זה. ברק מחיל את אותו כלל – ברגע שאדם מגיע למוסך או משאיר מפתחות אצל אדם אחר גם אם הוא מגביל את הנסיעה של אותו אדם אחר, ואותו אדם נוסע בה – זה כלל היתר הרשות הראשונה. היה היתר ראשוני. יש כאן הרחבה של הכלל שכן ניתן להניח שבעל הרכב לא היתר לבעל המוסך לעשות שימוש ברכבו לצרכיו האישיים (נסיעה לחתונה). יש כאן הרחבה הכוללת לא רק את מסלול הנסיעה (פחימה) אלא גם את מטרתה.

הרחבת כלל הרשות הראשונית-2

ע"א 494/89 סיגלית אסרף נ' אליהו חברה לביטוח

חברת השכרה, בעלת הרכב, הגבילה בחוזה עם שוכרי רכבים את השימוש ברכב רק לנהגים מעל 21. השוכר חתם על החוזה אבל נתן לחברתו בת ה-20 לנהוג. התרחשה תאונה והנהגת נפגעה. לפי פקודת ביטוח רכב מנועי על הנהגת לתבוע את מבטחת הרכב. חברת הביטוח טענה שהנהיגה לא הייתה בהיתר. השאלה – האם הנהיגה הייתה בהיתר. חברת ההשכרה אמרה שנהיגה לא הייתה בהיתר. הוא הפר תנאי שהוא הסכים אליו. **השופט אור** קובע כי כלל הרשות הראשונית חל גם כאן. מסירת הנהיגה לצד שלישי בניגוד למותר איננה שונה במהותה מחריגה אחרת מהרשאה, המוצאת ביטויה בסטייה ממסלול הנסיעה או ממטרתה. מכאן, מערכת היחסים החוזית בין בעלי הרכב למחזיק שבמסגרתה הופר החוזה לא שוללת את עילת התביעה של הנפגעת-הנהגת. כלל הרשות הראשונית לא יחול רק במקרים של "סטייה או חריגה קיצונית במיוחד" (נהג חסר רישיון). **רק במקרים שהרכב נהג, או נהיגה ללא רישיון- רק במקרים קיצוניים – לא יכול הכלל. במקרה זה חל הכלל הרשות הראשונית. ברגע שהבעלים נותן אפשרות לאדם אחר לנהוג, הביטוח נתפס גם אם הייתה חריגה משמעותית מההיתר. רק במקרים קיצוניים הוא לא יכסה. ראו גם: רע"א 8744/08 קרנית נ' דוד ויצמן (מיום 21.11.2010)

חוק הפלת"ד - כלל ייחוד העילה + הגדרת תאונת דרכים

ייחוד עילה

סעיף 8 לחוק:

(א) "מי שתאונת דרכים מקנה לו עילת תביעה על פי חוק זה... לא תהיה לו עילת תביעה על פי פקודת הנזיקין בשל נזק גוף, זולת אם נפגע בתאונה שנגרמה על ידי אדם אחר במתכוון."
(ג) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה על פי פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה על פי חוק זה.

כשמתרחש ארוע של תאונת דרכים ניתן לתבוע בגין נזק שנגרם בה רק עפ"י חוק הפלת"ד. המשמעות:
הנפגע יכול לתבוע רק את חברת הביטוח/קרנית.

ההצדקה לכך: פיצוי מהיר לכל נפגע
אבל: האם יש מקום לפתור גורמים אחרים כאשר בשל רשלנותם נגרמה התאונה? מה לגבי הרתעה וצדק מתקן?

מי שנפגע בתאונת דרכים שמוגדרת מבחינת משפטית כתאונת דרכים – יכול לתבוע אך ורק לפי חוק הפלת"ד.

אם אתה לא מוכר כתאונת דרכים – אז נזיקין.
מה קורה לגבי אנשים שנפגעו בתאונת דרכים אבל מאיזושהי סיבה הם לא יכולים לתבוע לפי החוק – נסעו ללא רישיון, ללא ביטוח.

אחד הביקורת שיש על הכלל הזה – שאנשים שהיו עלולים למנוע את תאונת הדרכים ולא מנעו אותה הם אלו שצריכים לשאת באחריות (משטרה – שלא מנעה מנהג מסוכן לרדת מהכביש, בעל פיצוציה- שאפשר לנהג לקנות אלכוהול ולעלות לרכב).
יש חובה לעשות פוליסה. כשיש תאונת דרכים אוטומטית מנגנון פוליסת ביטוח תשלם.

הבעייתיות בכלל ייחוד העילה

לא ניתן לתבוע את הגורמים הבאים שלהם יכולה להיות תרומה לקרות התאונה:

רשות מקומית בגין מפגע בכביש

מהנדס שהתירש בתכנון גשר

משטרה שלא מנעה מנהג מסוכן לנהוג בכביש

מוכר משקאות אלכוהוליים שמכר משקה לנהג רכב

גורמים אלה לא יישאו באחריות בנזיקין גם כאשר ניתן להוכיח את התרומה שלהם לקרות התאונה, כי

כלל ייחוד העילה מאפשר לתבוע רק את המבטחת/קרנית.

כיצד ניתן להסביר זאת לאור מטרות דיני הנזיקין של צדק מתקן, הרתעה והשבת המצב לקדמותו?

הביקורת

היתרונות בביטול כלל ייחוד העילה: לאפשר הגשת תביעות נגד גורמים שונים (משטרה, רשויות מקומיות) אשר יתמרצו את הגורמים האלה לפעול להפחתת התאונות. בכך נקדם את מטרות ההרתעה והצדק המתקן.

החסרונות בביטול כלל ייחוד העילה: תיפגע המטרה לפשט הליכים משפטיים והפחתת עלויות. הדבר יגרור עיסוק בשאלת האחריות ובחלוקתה בין הגורמים השונים לתאונה.

פרשנות חלופית (הש' ריבלין): סעיף 8 לחוק אינו שולל תביעות השתתפות נגד גורמים שונים שתרמו לקרות התאונה (כיוון שהזכות לתבוע תביעות השתתפות היא זכות עצמאית שלא תלויה בזכות התובע לתבוע את המזיק הנוסף) ולכן חברות ביטוח שפיצו את הנפגע יוכלו לתבוע השתתפות מגורם התאונה. אבל, פרשנות זו נדחתה ע"י העליון **בע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם**. - פס"ד הכי חשוב של תיקון ס' 8.

כלל ייחוד העילה - המצב כיום

אדם נפגע בתאונת דרכים ולאחר מכן נפגע ע"י הרופא בבית החולים.

האם ניתן לתבוע את הרופא ובית החולים בגין הנזק שנגרם בבית החולים?

לא כלל ייחוד העילה התובע יכול היה לתבוע את בית החולים.

לאור כלל ייחוד העילה הנפגע יכול לתבוע את כל נזקיו רק מחברת הביטוח.

האם לאור כלל ייחוד העילה יכולה חברת הביטוח של הרכב לתבוע את בית החולים על חלקו (כלומר לתבוע השתתפות מבית החולים)?

סעיפי החוק הרלבנטיים

סעיף 4 (א) לחוק הפיצויים:

"על זכותו של נפגע לפיצוי על נזק גוף יחולו הוראות סעיפים 19 עד 22, 76 עד 83, 86, 88 ו-89 לפקודת הניזקין [נוסח חדש]".

סעיף 76 לפקודת הניזקין:

"פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושבה במישרין מעולת הנתבע..."

סעיף 84 לפקודת הניזקין:

"כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר..."

יודגש: ס' 4 לחוק הפלת"ד לא החיל את סעיף 84 לפקנ"ז.

זכות התביעה של הנפגע

לאור סעיף 76 לפקודה שחל על תאונות דרכים, עקרונית יכול הנפגע לתבוע עפ"י חוק הפיצויים גם את הנזקים שארעו עקב מעשי התרשלות המאוחרים לתאונה, ובכלל זה גם מעשי רשלנות רפואית שארעו לאחר התאונה.

אבל, לאור כלל ייחוד העילה, יכול התובע לתבוע רק את חברת הביטוח.

השאלה המרכזית: האם חברת הביטוח שעליה הוטל לפצות את הניזוק יכולה לתבוע השתתפות מבית החולים לאור סעיף 8 לחוק הפיצויים?

סעיף 4 לחוק הפיצויים אינו מחיל את סעיף 84 לפקודת הניזקין.

האם העובדה שסעיף 84 לא נזכר בחוק שוללת את האפשרות של נתבע אחד לתבוע השתתפו מנתבע אחר?

ע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם

עובדות: חברת ביטוח הגישה תביעת השתתפות כנגד בית החולים עפ"י סעיף 84 לפקודת הניזקין המאפשר לנתבע אחד לתבוע מנתבע אחר את חלקו בפיצוי.

הש' אור: העובדה שס' 84 לפקנ"ז אינו נזכר בס' 4 לחוק הפלת"ד אינה משנה, כיוון שמדובר בזכות עצמאית ועקרונית שקיימת במשפט הישראלי.

אבל, קיומה של זכות של מזיק אחד להגיש תביעת השתתפות לפי ס' 84 לפקנ"ז ממזיק שני מושפעת מקיומו של פטור שיש למזיק השני להשתתפות כלפי הנפגע.

היכולת של חברת הביטוח של הרכב לתבוע את בית החולים שהתרשל תלויה בשאלה האם יש לבית החולים פטור מתשלום פיצוי כלפי הנפגע.

במשפט קיימים שני סוגי פטור: פטור **דיוני** ופטור **מהותי**.

פטור דיוני הינו למשל התיישנות שחוסמת אפשרות תביעה.

הש' אור: פטור דיוני אינו משפיע על זכות מזיק אחד לתבוע השתתפות ממזיק שני.

יש פטורים מהותיים – שברמת העיקרון יש פטור.

כשחברת הביטוח תפצה את התובע גם לבית החולה יש פטור מהותי מחברת הביטוח. בית החולים חסין לא רק מהתובע אלא גם מחברת הביטוח.

היכולת של נתבע בניזקין לתבוע את החבר שלו (הנתבע ה-2) תלויה רק אם התובע יכול לתבוע.

ס' 84 לפקודת הניזקין – התובעים הנפגעים לא יכולים לתבוע את בית החולים, הם יכולים לתבוע אך ורק את חברת הביטוח. ואז בית החולים לא יכול להיתבע ע"י חברת הביטוח.

כאשר יש פטור מהותי לנתבע מול התובע יש גם פטור של בית החולים לגבי הנתבע.

חברת הביטוח תובעת לפי ס' 84, תלויה בעקרון של הולך הרגל לתבוע את בית החולים.

בית החולים – לא יהיה חב אף פעם לפי חוק הפלת"ד.

לדוג' – נגיד שהתאונה גרמה לי נזק של 50, ובית החולים גרם לי נזק של עוד 50 = ביחד הנזק הוא 100. בית החולים לא חב בפלת"ד אבל חברת הביטוח תשלם את כל הנזק של ה-100 ובית החולים לא יתחלק אתה לפי ס' 8 – כי אי אפשר לתבוע בגין שני דברים. לפי ס' 84 והפסיקה, בית החולים לא מחויב.

פס"ד טורם - פטור מהותי מחובת השתתפות

השופט אור: מהם המצבים שבהם יש פטור מהותי מהתחייבות?

זכות השתתפות של הנתבע האחד לתבוע את הנתבע השני תלויה בזכותו של התובע לקבל פיצוי מהנתבע השני.

מכאן, קיים קשר הדוק בין עילת התביעה של הנפגע-הניזוק לבין זכות החזרה של המזיק האחד למזיק השני.

אם אין לנפגע עצמו זכות תביעה מהותית כלפי המזיק השני הרי למזיק האחד ששילם את הפיצוי לנפגע אין זכות חזרה כלפי המזיק השני.

ההלכה בעניין טורם – ההלכה עד היום !

השופט אור:

סעיף 8 לחוק הפיצויים שולל מהנפגע בתאונת דרכים שיש לו עילת תביעה לפי החוק אפשרות להגיש תביעה לפי פקודת הנזיקין בשל אותו נזק.

מכאן, לנפגע בתאונה אין עילת תביעה נגד בית החולים על מעשי הרשלנות הרפואית והנזק שנגרם בבית החולים. לפי סעיף 2 לחוק, אם נפגע בתאונת דרכים הוא יכול לתבוע רק את הנהג הפוגע. לכן, לא יכול לתבוע את בית החולים כלל.

המנגנון הזה משקף פטור מהותי לבית החולים מחובת פיצוי לנפגע. ** בית החולים יגיד שיש פטור מהותי. המטרה של קביעת מנגנון כזה הייתה הענקת פיצוי מהיר לכל נפגע בתאונת דרכים, תוך יצירת מנגנון יעיל לבירור תביעות בגין נזקי גוף.

לכן, חברת הביטוח של הרכב לא יכולה לתבוע השתתפות מבית החולים.

הלכה זו אושרה לאחרונה בע"א 9165/09 כתריאל נ' חדד עלי, מיום 16.11.11

ע"א 8535/01 ליפשיץ נ' מדינת ישראל

אדם נפגע בתאונת דרכים, הוא הגיש תביעה לפי חוק הפיצויים וניתן פסק דין. כשנה לאחר מתן פסק הדין הוא נותח שוב בשל החמרה במצב רגלו.

הניתוח היה רשלני ונגרם לו נזק נוסף.

הוגשה תביעה נגד בית החולים ומשרד הבריאות לפי פקודת הנזיקין.

בית המשפט המחוזי: דחה את התביעה על הסף לאור טענת הנתבעים שסעיף 8 לחוק לא מאפשר להגיש נגדם תביעה.

השופטת חיות בפס"ד ליפשיץ

כשיש לנפגע עילת תביעה לפי החוק נשללת ממנו עילת התביעה לפי הפקודה.

סעיף 8 שולל מהנפגע להגיש תביעה בנזיקין אם יש לו עילה לפי חוק הפלתי"ד.

לנפגע יש עילת תביעה נגד המזיק גם בגין החמרת נזק שארעה עקב טיפול רפואי.

לאור זאת, אילו החמרה במצב התובע ארעה לפני שהסתיים הליך התביעה לפי החוק היה על התובע

להעלות את טענותיו בעניין הרשלנות נגד מבטחת הרכב.

אבל, כשלנפגע אין עילת תביעה לפי החוק, כי היא מוצתה בפסק דין תקף וסופי, אין הצדקה לשלול עילת תביעה לפי הפקודה בגין נזק שנגרם לו לאחר פסק הדין.

שלילת תביעה תינתן פטור גורף לבתי החולים מאחריות בגין מעשי רשלנות שאירעו לאחר שאירעו תאונת דרכים. תוצאה זו סותרת את מטרות דיני הנזיקין.

שלילת פיצוי מהנפגע במצב כזה אינה משקפת צדק מתקן ואף לא צדק חלוקתי.

חיות אומרת מה שארעה בתאונת הדרכים נשאר שם, אבל יש אירוע רשלני חדש – אז כן אפשר לתבוע בנזיקין. כי ניתן פס"ד תקף.

ע"א 2591/09 אלנסארה נ' שליטל

האם נפגע בתאונת דרכים שלא יכול לתבוע לפי החוק, יכול לתבוע לפי הפקנ"ז?

תביעה 1

התובע נפגע בתאונת אופנוע בלא שהיה לו ביטוח חובה.

הנתבע (נהג הרכב הפוגע) הורשע במשפט פלילי בגרימת התאונה בשל ביצוע פניה על קו הפרדה במקום חשוך. כתוצאה מהפניה חסם הנתבע את הכביש והתובע (נהג האופנוע) התנגש ברכב הנתבע. לא היתה רשלנות תורמת מצד התובע. הנתבע היה מבוטח כדין.

תביעה 2

התובע נפגע בתאונת אופנוע ללא שהיה לו ביטוח חובה.

הנתבע שפגע בו הורשע במשפט פלילי בגרימת התאונה בשל סיבוב פרסה בכביש בינעירוני, אגב חציית פס הפרדה. לא הייתה רשלנות תורמת מצד הנפגע.

פס"ד שליסל-רקע

בהעדר ביטוח חובה תקף, החוק שולל מהנפגעים-התובעים את הזכות לתבוע לפי חוק הפלת"ד (סעיף 7(5)) ולכן הגישו תביעה לפי פקודת הנזיקין.

השאלה: האם כלל ייחוד העילה שולל את זכאות התובע לפי דיני הנזיקין הכלליים.

בתביעה הראשונה ביהמ"ש המחוזי בחיפה קבע: עיקרון ייחוד העילה אינו שולל את זכאות התובע-נפגע לתבוע עפ"י פקודת הנזיקין.

הנימוק: החוק שולל בסי' 7(5) מנהג חסר ביטוח לתבוע לפי החוק. בהעדר פוליסה תקפה אין לתובע עילת תביעה לפי החוק והוא לא יכול "להנות" מההסדר שבחוק.

עם זאת, **העדר הזכאות לתבוע לפי החוק אינו שולל את זכאות התובעים לתבוע נהג רכב אחר לפי פקודת הנזיקין.**

בית המשפט המחוזי מרכז הגיע לאותה מסקנה בתביעה השנייה.

**הגיעו למסקנה שסי' 8 לא שולל את האפשרות – אנשים כאלה שסי' 7 לחוק לא מאפשר להם לתבוע, קבוצה אחת של אנשים שלא זכאים לקבל לפי חוק הפלת"ד – אנשים שאין להם ביטוח, לא יכולים לתבוע את קרנית. חוק הפלת"ד נותן תקרת פיצוי. אם הולכים לפי פקודת נזיקין, אז אין תקרה.

נהגי הרכבים שפגעו – אמרו שיש עילת תביעה לפי החוק אבל היא נשללת, עורכי הדין של נהגי האופנוע-אומרים שאין להם עילת תביעה מכוח הפלת"ד.

פס"ד שליסל-הדיון בבית המשפט העליון- טענות הנתבעים

בתאונת דרכים עילת התביעה היחידה היא לפי חוק הפלת"ד. בהעדר ביטוח חובה נשללה מהתובעים עילת תביעה זו. נוכח כלל ייחוד העילה בסי' 8 אין עילה אחרת.

סי' 7 מתייחס לנפגעים שאינם זכאים להגיש תביעה לפי החוק. הסעי' פותח במלים: "נפגעים אלה אינם זכאים לפיצוי לפי חוק זה". אחד מהם הוא נהג חסר ביטוח.

מכאן, לנפגעים בתאונות דרכים יש עקרונית עילת תביעה מכח החוק אך עילה זו נחסמת כעונש על היותם מפרי חוק (ביניהם מי שנהג ללא ביטוח)

קרנית יכולה לחזור לנהגים משוללי זכאות ולתבוע מהם את הפיצוי ששילמה להולך רגל או נוסע. מכאן, אם הנהג עצמו נפגע עליו לשאת בחובת הפיצוי בעצמו, כיוון שהוא נושא בחובה זו כלפי אחרים (אם ייתבע ע"י קרנית לאחר שזו פיצתה).

סעיף 8(ג) קובע כי "אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לגרוע מתביעה על פי פקודת הנזיקין של מי שאין לו עילת תביעה על פי חוק זה." אבל, כאן יש לתבוע עקרונית עילת תביעה אלא שהיא נחסמה דיונית בשל העדר ביטוח.

פס"ד שליסל-הכרעה בעליון- השופט ריבלין

השופט ריבלין לא מקבל את טענות הנתבעים.

"ההשקפה המקובלת היא כי נפגע אשר נשללה זכאותו לתבוע עפ"י חוק הפיצויים בשל הוראות סעיף 7 עומדת לו הזכות לתבוע עפ"י דיני הנזיקין הכלליים."

הוראות סעיף 8 (א) ו-8(ג) באות להסיר ספק במקרה של שלילת זכאות לפי סעיף 7 וקובעות שלא נשללת מנפגעים כאלה הזכות לתבוע לפי פקודת הנזיקין.

בדברי ההסבר להצעת החוק נקבע שנפגעים שאין להם עילת תביעה לפי החוק, כמו אלה שבסעיף 7, יהיו רשאים לתבוע עפ"י פקודת הנזיקין.

השי' ריבלין מסתמך על שופטים בפסיקות קודמות (השי' בן פורת בד"נ 30/83 כהנקא נ' סהר חברה לביטוח, השי' אור בע"א 5773/95 נבולסי נ' אבומנה).

עד כאן הדיון בסעיף 8 וכלל ייחוד העילה. מכאן, נפנה להגדרה של תאונת דרכים.

שער הפניסה לחוק

"מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה. (הגדרה בסיסית) יראו כתאונת דרכים גם

מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של הרכב, שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץ לרכב, וכן

מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום אסור לחנות בו, או (אחת השאלות מה זו חניה שאסור לחנות בה)

מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי. (הבעייתי ביותר)

ואולם, לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי.".

****הניסיון של המחוקק היה לפשט את העניינים ולהגדיר בצורה מקיפה מהי תאונת דרכים כדי שפחות תיקים יגיעו לבית המשפט, ויהיו פחות מחלוקות בין הצדדים. אבל זה לא הצליח. הגדרה זו היא לא הגדרה טובה, יש בה הרבה דברים שהם לא נכונים, העבודה שהיא כל כך רחבה עם תנאים מעלה את האפשרות של עורכי הדין לטעון לפרשנות של כל מילה ומילה לפי רצונם. מה שמעלה את הסיכוי למחלוקת ואת הסיכוי שהתיקים יגיעו לבית המשפט.**

הגדרות משנה

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

****הגדרה של שימוש בניגוד להגדרות בכלל, הגדרות בדרך כלל יהיה מנוסח כהגדרה כללית. הגדרה של שימוש מסבירה בדיוק ובצורה מפורשת מה זה שימוש ברכב. ומה זה לא שימוש ברכב. (יש 14 סוגי שימוש שהם נתפסים בהגדרה שלהם כשימוש ברכב).**

זה העלה המון שאלות לדוג' – כניסה וירידה מהרכב- היו הרבה פסקי דין שבעצם המחלוקת הייתה לגבם מתי הכניסה לרכב מתחילה ומתי הירידה מהרכב מסתיימת?
המחוקק הגדיר לנו את כל המצבים שעשויים להיות שימוש, אבל הוא אף פעם לא יכול להיות מדויק במיליון אחוז, כי יהיו מצבים שיהיו תלויים במחלוקת.

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

****הגדרה לא עד כדי כך ברורה שהיא יכולה לפתור את כל המצבים.**

הרקע לתיקון מס' 8 משנת 1990

ההגדרה כפי שהיא כיום תוקנה ב- 1990 (תיקון מס' 8 לחוק).

ההגדרה עד לתיקון הייתה: תאונת דרכים- "מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי בין בנסיעת הרכב ובין בעמידתו".

המבחן שקבע אם מדובר בתאונת דרכים היה **יעודי** ולא תחבורתי.

המבחן היעודי היה: האם הרכב בעת התאונה שימש ליעוד הרגיל שלו, בין אם היעוד של הרכב היה למטרות תחבורה, ובין אם היעוד שלו היה למטרות עבודה.
אם אדם נפגע כאשר נעשה שימוש ברכב לא היה זה משנה אם נעשה שימוש ברכב למטרות תחבורה או למטרה אחרת (למשל, לצרכי חקלאות), כל עוד זה נעשה במסגרת אחד מהיעודים של הרכב.
ראו דוגמא בשקף הבא.

עדיין יש מקרים של תאונות שלא מתקיימות על פני הכביד אלא במקומות ייעודים (לדוג' מלגזות במפעלים).

היו שלושה פסקי דין משמעותיים בשנות ה-80 בעליון שהובילו את חברי הכנסת, בסוף שנות ה-80 לתקן אותם.

הפס"ד החשוב והכי שנוי במחלוקת עד היום שהוביל את השינוי בחקיקה זה פס"ד לסרי.

ע"א 236/81 לסרי נ' ציון חברה לביטוח

שלוש משפחות (לסרי, ארזי ומשפחה נוספת) יצאו לנופש.

הם שהו מתחת ליריעה שנמתחה מעל המכוניות שהועמדו בצורת 'ח' כשהדופן הרביעית נסגרה על-ידי סירה.

גד לסרי ביקש להחליף בלון גז ששימש את הנופשים.

אירעה דליפת גז אשר ניצתה בגלל האש שבערה במיחם הקפה. האש אחזה ביריעות ומשם התפשטה למכוניות ולדלק שבהן.

כתוצאה מהדליקה נהרגו מר לסרי, מר ארזי, שני ילדים ממשפחת ארזי ובני משפחה אחרים נפצעו.

כלי הרכב של לסרי וארזי היו מבוטחים בחברת הביטוח ציון.
בית המשפט המחוזי: לא הייתה כאן "תאונת דרכים".

האפשרות האחת – זה ביטוח לאומי
האפשרות השנייה- זה ללכת לכיס העמוק, לחבורת הביטוח. זו לא תאונת עבודה, כי זה לא מעביד. הם לא
ביטחו את עצמם על נזק שיקרה להם מחוץ לבית.

החוק תוקן בעקבות המקרה הזה, השופט ברק הצליח לגייס אליו עוד 2 מהשופטים האחרים וקבע
שמדובר בתאונת דרכים. הוא אומר שהיה פה שימוש וגם היה פה קשר סיבתי. הימצאות של דלק במכלים
של רכב- זה שימוש.

דעת הרוב בפס"ד לסרי

הארוע מהווה תאונת דרכים: התאונה ארעה עקב שימוש ברכב.
אמנם עצם הצבת המכוניות כפי שהוצבו אינה מהווה שימוש ברכב אבל הימצאות דלק במיכלי רכב חונה
הינה 'שימוש' ברכב. (השופט ברק)
נזק שנגרם בשל התלקחות דלק הוא נזק שנגרם 'עקב' שימוש ברכב.
הנזק לא נגרם כיוון שהמכונית שימשה קיר אלא כיוון שהמכונית עלתה באש, כשהשריפה התעצמה ע"י
הדלק שהיה במיכלי המכונית.

הוא אומר שאם לא היה דלק במכלים של הרכב, הנזק לא היה נגרם. הימצאות הדלק היא זו שליבתה את
האש. הוא חשב שיש מקום להטיל את החבות על האנשים שגרמו לכך ולקרוא למקרה זה – תאונת דרכים.

פסק הדין של השופט ברק

שימוש- אם תוך כדי נסיעה מתלקח מיכל הדלק אז יש לראות בכך נזק הנגרם עקב שימוש ברכב כיוון
שסיכון של התלקחות דלק תוך כדי נסיעה הינו בתחום הסיכונים שמכונית עם בדלק יוצרת.
מכונית העוצרת בתחנת דלק לצורך מילוי דלק. אדם מעשן, ניצוץ מהסיגריה מדליק את הדלק שבמכונית,
ואנשים נפגעים. מדובר בנזק שנגרם עקב שימוש ברכב.
הסיכון שהמכונית שבמיכליה דלק יוצרת זהה בנסיעה ובחניה, בין אם החניה היא לצורכי המשך נסיעה
מיד, ובין אם החניה היא לזמן ארוך יותר.
עקב- תהליך הגרימה של הנזק, בקווים כלליים, נופל למסגרת הסיכון, שסיכונים דלק במכונית יוצרים.
אמנם, לא ניתן לדעת את שיעור התרומה המדויק של קיומו של הדלק במכונית לתוצאה המזיקה, אבל די
בכך שהייתה לדלק השלכה על עוצמת השריפה, כדי להטיל אחריות על חברת הביטוח למלוא הנזק.
מכונית ללא דלק בתוכה לא הייתה מסבה נזקים אלה (מבחן הסיכון).
פסק דין זה ואחרים הובילו את המחוקק לתקן את ההגדרה של תאונת דרכים.

מבנה ההגדרה של תאונת דרכים כיום

(1) הגדרה בסיסית, (2) 3 חזקות מרבות ו- (3) חזקה ממעטת.
ההגדרה הבסיסית מבוססת על שימוש ברכב למטרות תחבורה.
שלוש החזקות המרבות מתייחסות למצבים בהם נעשה שימוש ברכב לאו דווקא למטרות תחבורה (למשל,
החזקה השלישית- שימוש ייעודי ברכב).
הסיבה להגדרה כיום: כיבוד פסיקות עבר של בית המשפט העליון.
המצב כיום לאחר תיקון 8: דגש על מבחן תחבורתי, אבל לא לאורך כל ההגדרה (חזקה מרבה שלישית
מבוססת על מבחן ייעודי- שימוש בכוח המיכני של הרכב).
הביקורת: אין בחוק כיום מדיניות משפטית אחידה, עקבית וברורה (השתקפות של מבחן תחבורתי
בהגדרה הבסיסית ומבחן ייעודי בחזקה המרבה השלישית).

ע"א 8061/95 עוזר נ' אררט- פס"ד המרכזי שקבע את סדר הבחינה
עובדות:

התובע עבד בטעינת מטען על משאית עומדת.
המטען הוטען באמצעות מנוף שהיווה חלק בלתי נפרד מהמשאית ומופעל על-ידי הכוח המכאני של
המשאית.

בעת הרמת המטען ע"י המנוף התובע נפגע מהמטען המורם.
התובע תבע את הנהג וחברת הביטוח אררט שביטחה את השימוש במשאית.
ביהמ"ש השלום קיבל את התביעה וקבע שמדובר ב"תאונת דרכים".
ביהמ"ש המחוזי קיבל את ערעור חברת הביטוח וקבע שאין מדובר בת"ד.
העליון קיבל את ערעור הנפגע וקבע שמדובר בתאונת דרכים!

הליך בדיקת הארוע- האם מדובר בתאונת דרכים?

- (1) יש לבדוק האם הארוע נופל להגדרה הבסיסית. במסגרת בדיקה זו, יש לבדוק שמדובר בשימוש ברכב, ושהכלי המעורב הינו רכב מנועי לפי ההגדרה שבחוק.
- (2) במידה והארוע אינו נופל להגדרה הבסיסית, יש לבדוק האם הארוע נופל לגדר אחת החזקות המרבות.
- (3) במידה והארוע נופל להגדרה הבסיסית או לאחת החזקות המרבות, יש לבדוק האם החזקה הממטעת לא מוציאה את הארוע מגדר ההגדרה של תאונת דרכים והאם מדובר בפעולת איבה. חובת ההוכחה היא על מי שטוען שמדובר בתאונת דרכים. הצד השני צריך להוכיח שהחזקה הממטעת מתקיימת.

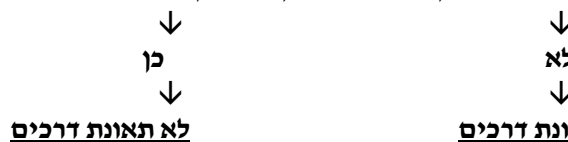
ראו גם: ע"א 10157/09 הכשרת הישוב חברה לביטוח בע"מ נ' משה דוד פטקין

הליך הבדיקה- תרשים

נסיבות התאונה נופלות לגדר ההגדרה הבסיסית? כן ← חזקה ממעטת חלה? לא ← תאונת דרכים



נסיבות התאונה נופלות לגדר אחת החזקות המרבות? כן ← חזקה ממעטת? לא ← תאונת דרכים



החזקה החלוטה המרבה גוברת על הגדרת שימוש שבהגדרה הבסיסית במקרה של התנגשות (ברק בפס"ד עוזר נ' ארט)

"הגדרת מאורע"

"מאורע" שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה".
השופט ברק בפס"ד עוזר נ' ארט: מעשה התרחשות אחד שמהווה יחידה בפני עצמה ולא הליך הדרגתי וממושך המורכב מגורמים שונים (פרופ' אנגלרד).
ת.א. (מחוזי-חיפה) 943/91 **אבישי נ' הפניקס** (הש' ברלינר): "אירוע זה אינו צריך להיות אלים. אינו צריך להיות יוצא דופן, הוא יכול להתבטא באופנים שונים ומגוונים ... אך תמיד דרוש שיהא בנמצא אירוע הניתן לזיהוי ואבחון, בנפרד ממהלך הדברים לפניו ואחריו..."
מכאן, שקפיצת רכב על פני גבשושית בכביש המביאה לנזק גופני כהתפרצות ממשית של כאבי גב היא תאונת דרכים, ואילו נזק רציני בהרבה לנהג, שהוא תוצאה של מיקרו-טראומות מתמשכות ומצטברות לאורך השנים בשל שעות נהיגה רבות, בלא קשר בין הנזק לארוע מסוים לא מהווה עילה לפי החוק. מכאן, הארוע צריך להיות פתאומי וחד פעמי. האירוע יכול להיות נדיר.

"הגדרת נזק גוף"

מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה".
נזק גוף: "מוות, מחלה, פגיעה או ליקוי גופני, נפשי או שכלי לרבות פגיעה בהתקן הדרוש לתפקוד אחד מאברי הגוף שהיה מחובר לגוף הנפגע בעת אירוע תאונת הדרכים."
בנוסף, לאור פס"ד ע"א 80/88 **אלסוחה נ' עזבון דהאן**: בני משפחה של אדם שנפגע בתאונת דרכים ונגרם להם נזק נפשי יכולים לתבוע ולזכות בפיצוי בגין הנזק הנפשי שנגרם להם. על קרוב המשפחה הנפגע בנפשו לעמוד בתנאים הבאים:

- (1) **מידת הקירבה לנפגע**- רק קרובי משפחה מדרגה ראשונה.
 - (2) **התרשמות ישירה ואישית מהארוע**- באמצעות ראיה ושמיעה, אבל אין לשלול הכרה בנזק נפשי כשהוא נגרם ממסירת מידע מכלי שני.
 - (3) **מידת קירבה במקום ובזמן לאירוע**- זירת האירוע אינה כוללת רק את מקום התאונה אלא גם את האמבולנס ובית החולים שאליו הובהל הנפגע הישיר.
 - (4) **מהות הנזק הנפשי**- פגיעות נפשיות מוכרות בעולם הרפואה.
- ** אחד מהחידושים של הפסיקה בנושא זה, היה הכרה בנזקים נפשיים שנגרמים לבני המשפחה של הנפגע. אדם נפגע בגופו בתאונת דרכים, ובני המשפחה חוו את הפגיעה בו (פס"ד אלסוחה). הפסיקה קבעה תנאים להכרה בנזקים נפשיים.

יסוד ה"שימוש"

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

הנהיגה היא השימוש העיקרי ברכב, ושאר סוגי השימוש הם שימושי לוואי (פס"ד עוזר נ' אררט).

פרשנות המונח "שימוש" בהגדרה

הש' ברק בפס"ד עוזר נ' אררט: תיקון מס' 8 אינו מאמץ את המבחן התחבורתי לכל אורך הדרך. לדוגמא, הקביעה ששימוש ברכב לצרכי הטענה או פריקה של הרכב אינו מהווה שימוש ולכן אינו מהווה תאונת דרכים אינו תואם את מטרת המחוקק להסתמך על המבחן התחבורתי. תיקון 8 מבוסס על הגדרה בסיסית רחבה המאמצת את המבחן התחבורתי, ולצידה תוספות וגרעיות ממבחן זה המשקפות את המבחן הייעודי וכן אירועים מיוחדים שהוכרו בפסיקה. מדובר בחקיקה חסרת קו מנחה המשקפת אוסף של מקרים שיש לפרש כל אחד ואחד מהם.

הליך הבדיקה של המונח "שימוש"

כאשר בודקים את רכיב השימוש בהגדרה הבסיסית: יש לבחון האם השימוש ברכב היה למטרות תחבורה, כלומר, האם זהו שימוש שיש עימו סיכון תחבורתי הנגרם בשל הגשמת היעוד התחבורתי של הרכב.

סיכון תחבורתי- סיכון הנובע מכך שמעבירים אנשים ו/או מטענים ברכב מנועי ממקום גיאוגרפי אחד למקום גיאוגרפי אחר.

מכאן, כאשר בודקים את השימוש הרלבנטי, יש לבחון:

(1) האם התקיימה אחת מדרכי השימוש המוכרות והנזכרות בחוק,

(2) האם שימוש זה בא למטרות תחבורה.

לדוגמא: כניסה ויציאה מרכב הם שימושים מוכרים, אבל לא כל כניסה ויציאה מרכב נעשים לצרכי תחבורה. רק אלה הבאים למטרות תחבורה יכנסו להגדרה הבסיסית.

יסוד "למטרות תחבורה"

מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה. "המבחן התעבורתי (למטרות תחבורה) מכוון כלפי השאלה, אם השימוש שנעשה ברכב הוא בגדריו של סיכון תעבורתי. על-פי גישה זו ייעודו של כלי רכב לעניין חוק הפיצויים... הוא לשמש לתחבורה יבשתית. ייעוד זה יוצר, מעצם טבעו, סיכון תעבורתי. כל שימוש ברכב הגורם נזק גוף והנופל לגדריו של סיכון תעבורתי זה הוא 'למטרות תחבורה'.

כך, למשל, שימוש תעבורתי עיקרי ברכב הוא בנסיעה בו. נזק גוף הנגרם עקב נסיעה הוא נזק הנגרם עקב שימוש 'למטרות' תחבורה. אחד משימושי הלואי התעבורתיים לרכב למטרת נסיעה הוא בכניסה לרכב או ביציאה ממנו במהלך הנסיעה או בסיומה. על-כן נזק גוף הנגרם עקב כניסה לרכב או יציאה ממנו הוא נזק הנגרם עקב שימוש ברכב 'למטרות תחבורה'. " (הנשיא ברק, עוזר נ' אררט).

האמנם? האם כל שימוש לוואי הינו שימוש "למטרות תחבורה"?

מהו המבחן שנקבע בפסיקה למימוש יסוד "למטרות תחבורה"?

המטרה היא להוציא מהחוק את כל אותם תאונות שלא מתרחשים בכבישים. תאונה שמתרחש בשדה, אתר בניה, מפעל באמצעות כלי רכב כזה או אחר, המטרה של המחוקק שאלו יהיו תאונות עבודה, ולא תאונות דרכים. שהעובד שנפגע יתבע את המעביד בגין עוולת הרשלנות. זה הרעיון של המחוקק ב1990.

פס"ד פדידה נ' סהר - השופט אור

התובע, נהג משאית, החנה את רכבו כדי שיעשה בו תיקון. הוא ירד מהמשאית, אבל לאחר זמן קצר נזקק למצית הסיגריות שהושאר במשאית. התובע חזר למשאית, נטל את המצית וכשירד מתא הנהג, מעד, נפל ונפגע.

התקיימה כאן אחת מדרכי השימוש המוכרות- ירידה מהרכב.

האם מדובר בתאונת דרכים? האם יש שימוש ברכב למטרות תחבורה?

החלטה: השימוש בניסיונות המקרה לא נעשה למטרות תחבורה. השימוש ברכב לצורך נטילת המצית לא היה קשור לסיכון תחבורתי והפגיעה בתובע לא ארעה כתוצאה מהתממשות של סיכון תחבורתי. העובדה שהתובע נפל דווקא ממדרגות של רכב ולא ממדרגות של בית היא אקראית.

הכלל המשפטי: יש לבחון את מטרת השימוש ברכב ע"י בדיקת כוונת המשתמש.

כוונת המשתמש - הקושי הראייתי

פס"ד **פדידה** ממחיש את הקושי הראייתי הכרוך בהבחנה שבין ירידה מהרכב למטרות תחבורה לבין ירידה מהרכב שלא למטרות תחבורה כאשר השוני בין השניים נובע מ**כוונת המשתמש**. הוכחת כוונה אינה עניין קל.

השופט ברק בפס"ד **זראושה נ' ארט** מתייחס לקושי הראייתי:

"...האופי האובייקטיבי של הפעולה הוא המכריע לעניין אפיון הפעולה כמרכיב של תאונת דרכים ולא

כוונת העושה. אכן, הידרשות אל הכוונה שלב יוצרת לא רק קושי ראייתי כי אם גם קושי ענייני."

בפס"ד **זראושה** נפגע התובע תוך כדי משיכה ידנית של סל אל תוך כף של טרקטור. התובע טען כי בכוונתו היה לנצל בשלב מאוחר יותר את מנוע הטרקטור ולכן המקרה נכנס לגדר החזקה השלישית. טענה זו נדחתה כי אין די בכוונה לעשות שימוש במנוע הרכב בעתיד. "נדרש ניצול ממש".

מעבר למבחן אובייקטיבי בפסיקה

כיצד קובעים את המטרה התחבורתית של המצבים בהגדרת השימוש?

פס"ד ביטוח חקלאי נ' טל איזנברג: התובע נפגע במהלך העברת מיכלים למתקן שקילה שהועברו ע"י מלגזה. התובע ירד מהמלגזה כדי לאפס את המתקן לפני שיונח עליו מיכל. בעודו עומד בין המלגזה למתקן נפל מיכל מהמלגזה ופגע בו.

הש' ריבלין: יש לסווג את השימושים המוכרים לכאלה שמעצם טיבם ממלאים את היסוד "למטרות

תחבורה" (נסיעה) ולכאלה שלא (הינתקות מטען כשהרכב עומד).

החוק דורש מימוש מטרה תחבורתית לכל סוגי השימוש.

באשר לשימושי ההינתקות וההדרדרות- אלו אינן צורות שימוש אלא התרחשויות שסווגו ע"י המחוקק

כשימוש, למרות שאין להן מטרה תחבורתית.

מכאן, במצב שבו יש בהגדרת "שימוש" שבחוק התרחשויות שאינן מתיישבות עם רכיב "למטרות תחבורה"

שבהגדרה הבסיסית, השאלה היא כיצד נתייחס למקרה שנכנס לאחד מהשימושים המוכרים שבהגדרת

"שימוש" כשאינו לשימוש זה מטרה?

ישנם מצבים בהגדרה שהם התרחשויות ולא פעולה שאדם עושה.

הש' ריבלין - ההכרעה בפס"ד איזנברג

הדרישה של מטרה תחבורתית חלה לגבי כל השימושים שבהגדרת "שימוש" ויש לבחון את המטרה

התחבורתית לאור ההקשר הרחב של ההתרחשות.

כשבוחנים את ההקשר הרחב במקרים שבהם השימוש הוא הינתקות מרכב עומד, לעיתים בדיקת ההקשר

הרחב מתמצית בבחינת הפעולה המיידית עצמה, ולעיתים הבדיקה כוללת את שרשרת הפעולות אליה היא

משתייכת ("יתורשת השלבים").

הש' ריבלין: בעת קרות הנזק במקרה זה המלגזה שימשה ל"מטרה תחבורתית" כי הובלת המיכלים טרם

הסתיימה. כיוון שפעולה מיידית זו מקיימת מטרה תחבורתית לא צריך לבחון את שרשרת הפעולות אליה

היא משתייכת. השימוש- נפילת מטען מרכב עומד- התרחש תוך כדי הובלה וזה מה שקובע.

בנוסף, פעולת איפוס המשקל היא על רצף הפעולות שיעודן תחבורתי. אין הבדל בין מקרה זה לבין מקרה

שבו היה הנפגע יורד מהמלגזה כדי לפתוח שער; כפי שפתיחת שער מאפשרת את המשך הובלת המיכלים,

כך האיפוס איפשר את סיום ההובלה.

לפסיקה דומה: יונאי נ' ארט, אריה נ' דואני

הביקורת של ריבלין על הפסיקה

בחינת שרשרת הפעולות לצורך הקביעה האם מדובר ב"שימוש" "למטרות תחבורה" היא מלאכותית שכן

אין התמקדות בבדיקת התרחשות התאונה בפועל, ולעיתים יש ניסיון ליצוק מטרה תחבורתית לפעולה

שבמהותה אינה כזו.

אבל, האפשרות של אימוץ מבחן כוונת המשתמש ברכב הינו בעייתי מבחינה ראייתית ועניינית (פס"ד

פדידה).

לכן, יש לקבל את מגמת הפסיקה ולאמץ מבחן אובייקטיבי לבדיקת יסוד "למטרות תחבורה".

הפניקס נ' אורן כהן (הש' מצא): כשהשימוש כרוך מעצם טיבו בסיכון תחבורתי, כמו למשל נסיעה,

הקריטריון הקובע יהיה אופיה האובייקטיבי של הפעולה.

מכאן, כאשר ילד מתניע רכב ונוסע בו, סובייקטיבית זה לצרכי משחק, אבל אובייקטיבית זה למטרות

תחבורה, כי יש בכך סיכון תחבורתי.

סיכום יסוד "למטרות תחבורה"

המבחן לקביעת השאלה האם היה ברכב שימוש נעשה על בסיס ההכרעה האם היה השימוש למטרות

תחבורה.

להכרעה האם היה השימוש למטרות תחבורה הפסיקה התמקדה תחילה במבחן כוונת המשתמש (פס"ד פדידה) חרף הקשיים שהוא מעורר.

לאחרונה, עובר בית המשפט העליון לאמץ מבחן אובייקטיבי יותר הבוחן את האופי האובייקטיבי של הפעולה שבמסגרתה התרחש המאורע, ו/או את שרשרת הפעולות כשהפעולה הרלבנטית הינה חלק מהם ("יתורת השלבים").

אם המטרה של הפעולה באופן אובייקטיבי או המטרה הסופית של שרשרת הפעולות היא תחבורתית (למשל, נסיעה או הובלת מטען) אז מתמלאים יסודות ה"שימוש" "למטרות תחבורה". כאשר הדברים פחות ברורים וחד-משמעיים, ניתן להיעזר במבחן כוונת המשתמש הסובייקטיבי (פס"ד אורן כהן).

חזרה להגדרת "שימוש" - טעינה ופריקה

לפני תיקון מס' 8 ניתן היה להגדיר פריקה וטעינה כשימוש ברכב (פס"ד שולמן). בתיקון מס' 8 הוציא המחוקק את הפריקה והטעינה כשהרכב עומד מהגדרת השימוש ברכב: "ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו כשהרכב עומד". הביקורת: דווקא שימוש זה משקף מבחן תחבורתי שכן פריקה וטעינה ממלאות אחר היעוד התחבורתי של הרכב הקשור בהובלה. מכאן, כשנגרם נזק לאדם במהלך פריקה וטעינה כשהרכב עומד לא יוגדר האירוע כשימוש ברכב והמקרה לא ייכנס להגדרה הבסיסית.

פריקה וטעינה והחזקות המרבות

פריקה/טעינה ע"י ניצול הכוח המיכני של הרכב נכנסת לחוק מכוח החזקה המרבה השלישית, כשהפריקה/טעינה מתבצעות ע"י שימוש במנוע הרכב. פריקה/טעינה כשהרכב עומד במקום שאסור לחנות בו (כלומר חניה שיוצרת סיכון תחבורתי) נכנסת לגדר החזקה המרבה השנייה. התפוצצות של חלק מהרכב תוך כדי פריקה/טעינה נכנסת לגדר החזקה המרבה הראשונה. הפסיקה קובעת כי בהתנגשות שבין פריקה וטעינה שאינה שימוש (כשהרכב עומד) לבין החזקה המרבה, החזקה המרבה גוברת. אירוע שנגרם עקב ניצול הכוח המיכני של הרכב בעת פריקה וטעינה כשהרכב עומד הינו תאונת דרכים (עוזר נ' אררט)

הפסיקה הרלבנטית

"כאשר הטעינה והפריקה באמצעות הכוח המיכני של הרכב העומד הן חלק מייעודו המקורי של הרכב אשר ממשיך להיות גם בעל ייעוד תחבורתי, כי אז נזק הנגרם תוך טעינה ופריקה נופל לגדר החזקה החלוטה בעניין ניצול הכוח המיכני של הרכב." (פס"ד עוזר נ' אררט) הלכה זו לעניין פריקה וטעינה חלק הן על הפורק/מטעין והן על עובר אורח. אם לא היה שימוש בכוח המיכני של הרכב התביעה תידחה. (ראו להלן) פס"ד פטקין: הולך רגל נפגע כשחלף על יד משאית ממנה נפל חלק ממטען שאותו פרקו באותה שעה מהמשאית. שתי רגליו של התובע נקטעו. נפסק (הש' ריבליון): אין מדובר בתאונת דרכים כי הנזק נגרם לתובע במהלך פריקת המטען מרכב עומד ללא ניצול הכוח המיכני של הרכב.

שימוש מוכר (יציאה מהרכב) מול שימוש לא מוכר (פריקה)

פס"ד אוסס נ' סמג'ה: במהלך פעולה של פריקת סחורה ממשאית, ביקש התובע לרדת מהמכולה של המשאית. במהלך הירידה הוא נפל ונפגע. נפסק (הש' ריבליון): אדם שנפגע כתוצאה משימוש ברכב מנועי או כתוצאה מהתרחשות המוחזקת כתאונת דרכים זכאי לפיצוי. העובדה שבאותה עת התרחשה פעולה של טעינה או פריקה אינה משנה ככלל את הזכאות לפיצוי לפי החוק ואינה גורעת ממנה. נפסק גם שאין זה משנה שהשימוש המוכר נתפס כפעולת לוואי לשימוש הלא מוכר (כמו פריקה וטעינה): "השימוש המוכר [כניסה לרכב או יציאה ממנו באותו מקרה] די בו כדי להביא את המקרה בגדר חוק הפיצויים... גם אם נראה בפעולת העלייה לרכב או הירידה ממנו... כפעולת לוואי הקשורה בזיקה הדוקה לטעינה או לפריקה, גם אז לא תישלל תחולת החוק."

מה גובר? מצד אחד, אני גם ירדתי מהרכב שהיא שימוש מוכר ומצד שני, פריקה מהרכב שזה שימוש לא מוכר. בדרך כלל יגבר השימוש המוכר, גם אם הוא שימוש לוואי של המוכר. השימושים המוכרים גוברים על הטעינה והפריקה.

ניתוח פס"ד אוסם נ' סמג'ה

למרות שפעולת טעינה/פריקה אינה שימוש ברכב היא עדיין בעלת אופי תחבורתי גם כשהרכב עומד והיא ממלאת אחר השימוש התחבורתי של הרכב למרות ההחרגה שבחוק. לכן, יש היגיון שפעולה אחרת שמהווה שימוש מוכר תיתן תחולה לחוק גם אם מדובר בפריקה/טעינה. מבחינת לשון החוק, אין מניעה לקבוע ששימוש מוכר גובר על חריג הפריקה/טעינה. מטרת החוק היא לתת פיצוי מהיר לכל נפגע.

השימוש המוכר יוצר סיכון תעבורתי נוסף לזה של פריקה/טעינה. יש ליצור כלל הכרעה ברור, אחיד ועקבי המפחית מהצורך להידרש להבחנות דקות בין מקרים שונים ומייתר את הצורך לקבוע את גבולות השימוש המוכר מצד אחד ופעולות פריקה וטעינה מצד שני. מכאן, ארוע תאונתי שהתרחש בעת כניסה לרכב בשעה שמכונאי רכב מבצע תיקון דרך ברכב תיכנס לגדר החוק (ריבלין בפס"ד אוסם נ' סמג'ה).

הליך בדיקת אירוע - האם תאונת דרכים?

- **האם מדובר בתאונת דרכים** - בדיקת ההגדרה שבחוק **לגבי כל אחד מהרכבים** - האם כל אחד מהרכבים שבחוק עונה על ההגדרה (בסיסית + חזקות מרבית).
 - **אם מדובר בתאונת דרכים** - כלל ייחוד עילה - לא ניתן לתבוע אחרים (בית חולים). אם לא ניתן לתבוע לפי החוק (בשל העדר ביטוח), ניתן לפנות לפקודת הנזיקין.
 - **בהתאם למספר הרכבים המעורבים** - ניתן לדעת את מיהם התובעים והנתבעים ומהי חלוקת האחריות ביניהם (סעיפים 2 ו-3 לחוק).
 - **לאחר קביעה שמדובר בתאונת דרכים** וקביעת מספר הרכבים המעורבים, פונים בתביעה לחברת הביטוח. אם היא מכחישה כיסוי ביטוחי, פונים לקרנית/חברות הביטוח של הרכבים האחרים (למשל, כשנהג נפגע מחוץ לרכבו). אם חברות הביטוח וקרנית מכחישות כיסוי לתאונה - פונים בתביעה לבית המשפט.
- בית המשפט** - יבחן אם מדובר בתאונת דרכים, יבחן את שאלת הכיסוי הביטוחי. לאחר הכרעה בסוגיות אלה, ימנה מומחים רפואיים לבדיקת נכותו של התובע.

מתחת לגיל 24 – מצד אחד, שוק הביטוח לפני כמה שנים נפתח וחברות הביטוח יכולות להתנות את החבות בגיל. מצד שני, יש פסיקה שאומרת עדיין שזה לא פותר את החברה מאחריות כאשר בחור צעיר בן 21, 22 לקח את הרכב של אבא שלו או של אמא שלו ונפגע. התמחור של הפוליסה מבוסס על הגיל. מצד אחד, יש את המערכת היחסים החוזים, הפוליסה זה חוזה. ברמה החוזית אם אני מסכים להתניה של החברה אז יש פה הפרה. אבל מבחינת חוק הפלתי"ד והפסיקה, לא בטוח שההפרה הזו תמנע מהנפגע את אפשרות התביעה מכוח הפלתי"ד.