

דיני בזיקין

סמסטר א'

תוכן עניינים

2.....	מטרות דיני הנזיקין
6.....	מהו מקומם של דיני הנזיקין במשפט
8.....	אחריות ונזק
9.....	עולת רשלנות
9.....	אחריות ללא אשם
10.....	אחריות אבסולוטית ואחריות חמורה
11.....	עולת הרשלנות בפקודה
13.....	קיומה של חובת זהירות
23.....	יסוד הפרת החובה (ההתרשלות)
26.....	המשמעות של הערך החברתי של הפעולה המזיקה
29.....	אחריות המדינה
42.....	רשלנות רפואית
54.....	נזק כלכלי טהור, מצג שווא רשלני וחיווי דעה

מטרות דיני הנזיקין

באים לפתור מצבים או אירועים שבהם נגרמים נזקים לאנשים, שאדם סובל מנזק מסוים והוא זקוק לעזרה כי מצבו הורע, מעבר לזה שהוא יכול להגיש תלונה במשטרה, הוא רוצה איזה שהיא עזרה שכמעט רק דיני הנזיקין (פיצויים) יכולים לתת לו.

אם היה גם חוזה אזי יכול להיות שהבן אדם ירצה לא רק פיצויים אלא דווקא שיאכפו את החוזה.

יכול לקרות שבן אדם ירצה להחזיר את המצב שלו לקדמותו לפני המקרה.

דיני הנזיקין בעצם מסדירים מצבים שבהם נגרמים לאנשים נזקים.

יכול להיות גם נזק לא מוחשי מאוד חשוב לנו, כמו פגיעה בפרטיות, בעניין כספי, דברי דיבה וכו'.

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

עקרון העל בדיני הנזיקין: השבת מצבו של הנפגע, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים, לקדמותו.

• מדוע? מתוך התחשבות באינטרסים השונים של כל האנשים בחברה.

לדוגמא: בן אדם שעבר תאונה ונהיה נכה, וצריך אולי אוטו אוטומטי, עוזרת בית, מטפלת סיעודי על מנת שיעזור לו לעשות דברים בסיסיים וכו' – דיני נזיקין ידאגו לתת לו כל זה על מנת להשיב כמעט את מצבו לקדמותו.

השאלות המרכזיות בדיני הנזיקין:

- על מי לשאת באחריות לנזק שנגרם?
- 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 בנוזיקין על רופאים כלפי חולים? כיצד ניתן לקדם את שיפור השירות הרופאים?

כאשר בתי המשפט העליון אשר צריכים לפסוק תביעות כאלה הם לא מסתמכים רק על המקרה הספציפי, הם בעצם חושבים מה תהיה ההשפעה של פסק הדין שייתנו על כל הנושא הזה. במקרה הספציפי של עדן מלול זה לא רק גוזר על המקרה שלה אלא על כל הילדים שנולדים במצבים כאלה ועל כל בתי החולים בארץ.

המטרות החברתיות של דיני הנזיקין:

- **ענישה – הענשת המזיק על שלא נקט באמצעי זהירות.**
אבל : לא תמיד המזיק אשם, המזיק יכול לבטח את עצמו.
מנגד : פוסקים **פיצויים עונשיים** (סלידה מהתנהגות המזיק).
במקרים חריגים כשמוצאים כי המזיק התנהג בצורה ממש לא מוסרית, לדוגמא : סחר בנשים או זנות, ניתן כי ביהמ"ש יפסוק גם פיצויים וגם ענישה. ענישה זה מעבר לכך שיחזירו את המצב למיטבו, יכולים לפסוק כי יענישו אותו קנס כספי בנוסף.
- **הרתעה – להרתיע מזיק פוטנציאלי מלגרום נזק לאדם אחר,** הטלת אחריות מכוונת את ההתנהגות של אנשים כיצד להזהר.
אבל : הטלת אחריות על מעביד זהיר בגין מעשי עובד רשלו, 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.
לדוגמא : כשביהמ"ש מטיל אחריות לצורך העניין על ביה"ח הוא לא רק מטיל אחריות על המקרה אלא גם מרתיע את הצוות לעבוד יותר ובנוסף מציב סטנדרט יותר גבוה על מנת שהמקרים לא יקרו להבא (האדם יודע שאם לא יתנהג בהתאם, עלול לשאת באחריות).
בעיות:
 - 1) פשרה – ההרתעה לא תמיד מתקיימת (פשרה)-בהרבה מקרים מנהלים משא ומתן מחוץ לבית המשפט בין שני הצדדים, לבסוף מסכימים על סכום מסוים אשר לא צוין בתביעה. הבעיה עם פשרה הוא שהנזק האמיתי הוא לא הסכום שהוסכם בפשרה, אלא יותר מזה. אם רוב התיקים נסגרים בפשרה, זה אומר שאין התראה מלאה – נקראת הרתעת חסר.
 - 2) ביטוח – אשר מי שמבטוח, הביטוח נושא באחריות מלאה למקרים של מבוטחים. במקרים כאלו האדם לא יישא באחריות ולא יורתע וימשיך להתנהג ברשלנות, מנגד ברגע שביטוח מבטח מס' פעמים הפוליסה עולה וחברת הביטוח, באיזה שהוא שלב לא תרצה להמשיך לבטח ובכך המזיק יורתע למקרה הבא.
 - 3) הטלת אחריות על מעביד זהיר – בהרבה מאוד מקרים נתבע המעביד ולא האדם שגרם את הנזק. בא המעסיק לביהמ"ש ואומר : ברגע שגייסתי עובדים גייסתי את הכי טובים שמצאתי ולא התרשלתי.
- **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.
לצמצם את העלות כדי שתמנע חלקית תאונות או נזקים, במקרים ספציפיים.
לדוגמא : אם היה אימון ויש כתמי זיעה על הרצפה, נבקש מבעל המתני"ס שיעסיק עובד שייבש את הרצפה, אך לא נטיל אחריות על כל 100% התאונות שקורות מכיוון שאף אדם לא ירצה לפתוח עסקים כאלו וזה לא מטיב לציבור (הרעיון הוא לצמצם את העלויות וגם לצמצם את הנזקים).
ביהמ"ש העליון לא מוכן לפסוק תמיד לפי החישוב הכלכלי למדינה!
- **צדק מתקן – בחינת הסכסוך באופן אינדיווידואליסטי.**
 - האדם שגרם נזק צריך לתקן את המצב.
 - המזיק גרם לחוסר איזון ולאי שוויון מול אדם אחר ועליו לפצות.
 - אדם חופשי לפעול כל עוד אינו פוגע משמעותית באדם אחר.
 - אחריות תוטל כשאדם לא עמד בסטנדרט מוסרי המקובל בחברה.
 - כיוון שהאדם הוא יצור חופשי ניתן לדרוש ממנו לקחת אחריות על מעשיו.**אבל:**
 - תאונות הן אירוע בלתי נמנע בחברה מודרנית ומתועשת.
 - שיקולים כלכליים מעורבים, הקצאת משאבים מוגבלים.

לדוגמא: אם אנחנו גרמנו נזק, אנו צריכים לתקן. אם נכנסנו לחנות והפלנו צלחת/כוס אנו צריכים לתקן את זה (במקרה הזה לשלם את מה ששברנו). אומנם לא החזרנו את המצב לקדמותו אך פיצינו בזה.

בתי המשפט, נכון להיום, כן רוצים מאוד לקדם את המטרה של צדק מתקן, אך 2 המטרות שהוא מתמקד בהן היום הן : צדק מתקן והרתעה.

שאלה לדוגמא: רים אבו חנא, תינוקת ערביה מכפר ריינה בצפון, נפגעה באופן קשה בתאונת דרכים, נקבע לה נכות פיזית גבוהה לצמיתות.

הערה: מרבית הנשים בכפר ריינה הינן עקרות בית או משתכרות מעט באופן יחסי.

השאלה: כיצד יש לפצות את רים?

- האם יש לפצותה על בסיס הרקע הדמוגרפי והחברתי שממנו היא מגיעה?

- האם יש לפצותה בהתעלם מהרקע הדמוגרפי והחברתי שממנו היא מגיעה?

- מה המשמעויות של הכרעה שכזו?

תשובה: השופטים פסקו שבמצבים כאלה שבהם מעט מאוד ידוע על התינוק, יקבעו עפ"י הממוצע של המשק.

צריכים איזה שהוא קריטריון שנישם אותו על כל הילדים. לקבוע משהו שהוא באמצע – בין הסכום הגבוהה לבין הסכום הנמוך, עם זאת יכול להיות שנפצה או יותר מדי או מעט מדי.

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

● **צדק חלוקתי ופיזור הנזק** – הרעיון הוא שלא מחפשים את האשמים, מחפשים את הכיס העמוק שנוצר מאותה סיטואציה ומוצאים דרך לפזר אותה בין כל הקבוצה.

דבר ראשון הוא לא מחפש את האשם, לבוא ולהגיד לכל דבר יש את העלויות שלו. ז"א כאשר קורת תאונה יש לה עלויות (הנזק).

השאלה: כיצד יש לחלק באופן צודק את העלויות האלה?

קריטריון לחלוקה צודקת של עלויות תלוי בתפיסת עולם.

(למשל, הטלת אחריות בנזיקין לפי יכולת כלכלית, מתוך העדפת החלש).

מטרת דיני הנזיקין – לדאוג לצמצום עלויות של תאונות באופן צודק, הוגן ושוויוני תוך קידום מדיניות חברתית מסוימת (למשל, קידום קבוצות חלשות).

מטרה זו ניתנת להשגה באופן שהנזק שנגרם יפוזר ויחולק בקרב חברים בקבוצה גדולה כך שלא תוטל אחריות על אדם אחד, במיוחד כשמדובר בתאונות יומיומיות (למשל: עיקרון פיזור הנזק בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים). פתרון אפשרי: ביטוח.

פס"ד אבו חנא – הרתעה יעילה.

פיצוי על בסיס שיוך אתני, מעמדי או מגזרי עלול להביא לתוצאות בעייתיות גם מבחינה כלכלית.

מדוע? אם נפצה ניזוקים על בסיס השכר הצפוי להם מבחינה סטטיסטית כיוון שהם שייכים למגזר מסוים או לקבוצה מסוימת הדבר עשוי להוות תמריץ למזיקים

פוטנציאליים שלא לנקוט באמצעי זהירות סבירים למנוע נזק.

במקרים כאלה, המשפט יניח כי אין לצפות מילדים המשתייכים לקבוצות מסוימות כי יגיעו לשכר הממוצע במשק, ולכן יהיה מעשה תמריץ למזיקים שלא לנקוט באמצעי

זהירות ראויים כלפיהם.

יש מקרים שבהם ביהמ"ש העליון שאין לו מקורות אחרים להכרעה, חוק/פסקי דין דומים, השופטים לוקחים את מטרות דיני הנזיקין ועושים בהם שימוש – וקובעים את תוצאת פסק הדין לפי המטרות שרוצים לקדם בחברה.

מה הם האינטרסים שדיני הנזיקין מגנים עליהם?

שמירה על שלמות הגוף – סעיף 23 לפקודת הנזיקין: תקיפה. ז"א כולם רוצים להיות בריאים ושלמים, דיני הנזיקין מטילים אחריות על מי שפוגע בנו. שלמות הגוף היא גם פגיעה נפשית.

שמירה על שלמות הקניין – סעיפים 24+29 הסגת גבול במקרקעין, סעיף 52: גזל. ז"א קניין יכול להיות נדלן, קרקע, בית... מה שבבעלותנו ולא ניתן להזיז אותו. יכול להיות גם מיטלטלין, ז"א רכוש שכן אפשר להזיז כמו לפטופ, רכב וכו'.

שמירה על אינטרסים כלכליים – סעיף 56: עוולת התרמית, סעיף 62: גרם הפרת חוזה. ז"א הכסף שלנו: חסכוניות, קרן השתלמות וכו'. אם יבוא מישהו ויפגע בכיס שלנו אך לא יגרום לנו לשום נזק אחר אזי דיני הנזיקין מגנים עלינו ומאפשרים לנו לפגוע בו.

שמירה על שם טוב ופרטיות – (הוצאת דיבה) חוק איסור לשון הרע תשכ"ה-1965, חוק הגנת הפרטיות תשמ"א-1981. אינטרסים חשובים אך בלתי מוחשיים, למשל השם טוב שלנו: אם מישהו יטנף עלינו בוואצפ החברתי אנו נחוש פגועים וכועסים ונוכל לתבוע את אותו אדם.

שמירה על האוטונומיה וחופש הבחירה – פסיקה (הסכמה מדעת לטיפול רפואי, אלימות במשפחה, סרבנות גט). ביהמ"ש העליון קבע אותו וזה חופש הבחירה שלנו. ז"א כל אחד יכול להחליט מה הוא עושה בכל דקה. הרעיון של לקבל פיצוי בפגיעת חופש הבחירה הוא עלול להיחשב לתביעת נזיקין ויתרה מכך עלול לשלם פיצויים גבוהים.

הכל התחיל ממקרה רפואי בביה"ח ששם אישה הייתה אמורה לעבור ניתוח ודקה לפני הניתוח ראו שיש מקום נוסף לניתוח וביקשו ממנה אישור כשהייתה תחת השפעת טשטוש כבר. לאחר הניתוח יצאה עם נזק. תבעה על רשלנות והוכח שרשלנות לא הייתה שם, לאחר מכן טענה שאת ההסכמה לניתוח זה לא נתנה. בעצם בפעם הראשונה ביהמ"ש העליון קבע לראשונה הרשאה לתבוע על פגיעה בחופש הבחירה. בשנים האחרונות זה הולך ומתאפשר גם בתחומים האחרים כמו **סרבנות גט** – במצבים שהגבר לא רוצה לחתום על גט, האישה יכולה לתבוע אותו בתביעת נזיקין כי פוגע לה בחופש הבחירה לחיות אורח חיים אחר. **גם תחום אלימות במשפחה** מאפשר לאישה לתבוע את הגבר בתביעת נזיקין כי פוגע בה לחיות בבית חיים שלווים ורגועים.

- רשימה לא סגורה – תלויה בשינויים חברתיים, דברים עוד עלולים להתפתח ולהתרחב.

איך דיני נזיקין מגנים על האינטרסים השונים?

יש שתי קבוצות לעולות (עבירות) בפקודת הנזיקין:

- 1) **קביעת של עוולות פרטיקולריות (ספציפיות) בפקודת הנזיקין שנחקקה ב1964.** בתוך פקודת הנזיקין יש מה שנקרא עוולות (עבירות), בהיבט הנזיקי מי שגנב רכב הוא ביצע עוולה (המקבילה של העבירה). בפקודת הנזיקין יש 40 עוולות (עבירות) 26-63. עוולות פרטיקולריות מתייחסות לסיטואציות מאוד מסוימות כמו: תקיפה, גזל, שמי שמבצע אותן עלול לשאת באחריות ולפצות את הצד השני.
- 2) **שימוש בעוולות המסגרת בפקודת הנזיקין** – הפרת חובה חקוקה ורשלנות. בעצם לא מתייחסות רק לסיטואציה מסוימת, הן יוצרות איזה שהיא מסגרת משפטית שלתוכן אפשר להכניס כמעט את כל התביעות שעוללות לקרות ולהוות נזק.
- 3) **חוקיות חוקים ספציפיים (חוק הגנת הפרטיות, חוק איסור לשון הרע).** חוקים שהכנסת חוקקה ומתייחסים לדברים ספציפיים כמו חוק לשון הרע המתייחס רק לזה. **עוולות וחוקים אלה מעניקים שיקול דעת נרחב לבתי המשפט באמצעות השימוש במונח "סביר" או "האדם הסביר".**

- א) **מיהו "האדם הסביר"?** – ביהמ"ש מחליט מיהו האדם הסביר עפ"י המקרים שבאים לפניו. בגדול, סביר, זה להתנהג בצורה נורמטיבית שרובנו הינו מתנהגים לפיה.

התפקיד המרכזי של בתי המשפט:

- פסיקת בתי המשפט היא זו שמפתחת את דיני הנזיקין וקובעת את האיזון בין האינטרסים השונים של המזיק והניזוק.
- כיצד היא עושה זאת? באמצעות פרשנות של סעיפי חוק ובאמצעות הקביעה מהי התנהגות סבירה.

לדוגמא: עוולת המטרד (סעיף 44 לפקודת הנזיקין) קובעת כי כשאדם משתמש בנכס שלו באופן שמפריע לשכנו להשתמש באופן סביר בנכס שלו, או פוגע בהנאה סבירה מהם, הוא מבצע עוולה.

בסופו של דבר מי שקובע בדיני הנזיקין, הוא ביהמ"ש העליון אשר הסמכות ניתנה לו ע"י הכנסת.

מהו מקומם של דיני הנזיקין במשפט

משפט ציבורי – דיני עונשין, משפט חוקתי, משפט מנהלי סכסוכים בין הפרט למדינה.

משפט פרטי – דיני נזיקין, דיני חוזים. סכסוכים בין אדם לחברו, המדינה מעורבת כגוף מעין פרטי.

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

דיני נזיקין מול דיני עונשין.

- **אירוע אחד עשוי להיות מסווג כאירוע פלילי וכאירוע 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** במטרה להעניש את המזיק על פגיעה באינטרס של החברה. **ההתמקדות בנאשם הפוגע.**
מטרה: הרתעה, גמול ושיקום. שלילת חירות (השופטת עדנה ארבל, כרמי נ' סבג).

נקודת מפגש בין דיני נזיקין ודיני עונשין

- **פסיקת פיצויים עונשיים בתביעת נזיקין:** פיצוי הניתן מעבר לנזקו של הניזוק, שבאים לשקף את **סלידת ביהמ"ש מהתנהגות המזיק** נוכח חוסר אחריות מכוון ומתוך התנהגות בזדון. ז"א בדיני הנזיקין במקרים נדירים ביהמ"ש בישראל מוסמך לפסוק פיצוי כעונש ולא בכדי להשיב את המצב לקדמותו.
- בתי המשפט פוסקים פיצוי עונשי, כשהם רוצים להוקיע תופעות חברתיות שליליות ביותר (אלימות קשה, תקיפה מינית, הכאת נשים, התעללות במשפחה).

נקודת מפגש נוספת בין דיני נזיקין ודיני עונשין

- פסיקת פיצויים אזרחיים במסגרת הליך פלילי:
סעיף 77 לחוק העונשין קובע שאם במסגרת הליך פלילי הרשיע בית המשפט את הנאשם הוא יכולה לחייב אותו לפצות את האדם שניזוק עקב המעשה עד לגובה של סכום מסוים.
"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 ₪ 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.

קביעת אחריות בנזיקין

- מהות האינטרס שנפגע – ככל שהאינטרס של הנפגע מוחשי יותר ההגנה של דיני הנזיקין גבוהה יותר (שלמות גוף ונפש, רכוש, אינטרס כלכלי, פרטיות, שם טוב, חופש בחירה). כך למשל, ההגנה על שלמות הגוף חזקה יותר מההגנה על אינטרס כלכלי.
- מידת האשם של המזיק – דיני הנזיקין מתבססים על אשמו של המזיק אשר עפ"י רוב פחותה מאשמה מוסרית בדיני העונשין.

גורמים נוספים שמשפיעים על קביעת האחריות:

- זהות המזיק: המדינה, קטינים, חסרי כשרות משפטית.
- אופי הפעולה המזיקה: מעשה מול מחדל, מעורבות ישירה או עקיפה.

אחריות ונזק

קיומה של אחריות בנוזיקין אינו תלוי בקיומו של נזק. יש עוולות שבהן צריך להוכיח שנגרם נזק ויש שלא. **למשל:**

- עוולת התקיפה – אינה מצריכה להוכיח שנגרם נזק לנפגע.
- עוולת הרשלנות – מותנית בהוכחה שנגרם נזק.
- הטלת אחריות בנוזיקין מותנית בקיומו של אינטרס מוגן שנפגע כמו הזכות לשלמות גוף או הזכות לבחירה חופשית.
- לצורך הטלת אחריות בנוזיקין יש להוכיח אשם מצד המזיק.

3 גורמי אשם מוסריים:

זדון: המזיק הוא בעל כוונה בעלת מניע פסול, פועל מתוך כוונה לפגוע. **ס' 60 לפקודה:** עוולת הנגישה – הנפגע צריך להוכיח שהמזיק פתח בהליך משפטי נגדו בזדון מתוך כוונה לפגוע בו.

כוונה: המזיק פועל בכוונה. הוא צופה תוצאות מסוימת ומבקש שהיא תתרחש. אין דרישה שהפגיעה תהיה בזדון, כלומר שהמזיק התכוון לפגוע. **ס' 23 לפקודה:** התוקף צופה שהניזוק יפגע באופן מסוים כשהוא מפעיל כוח ומתכוון לפעול באופן זה. למשל: רופא המטפל בחולה ללא הסכמה.

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

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

להלן סעיפי החוקים:

נגישה (60): "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגע או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך.."

תקיפה (23): "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 ניסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם."

גרם הפרת חוזה (62): "מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון."

דוגמא לגרם הפרת חוזה: אדם סגר עם מוכר לקנות ממנו את רכבו. בא צד ג' ומשפיע על המוכר למכור את הרכב לו (לצד ג'), למרות שידע שיש לו "חוזה" עם האדם שקבע אתו מלכתחילה.

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 בנוזיקין.

עוולת רשלנות

הגדרה: ביצוע מעשה מסוים או גרימת נזק, בטעות, לא בכוונה אלא פשוט מתוך איזה שהיא טעות (חוסר זהירות).

- **משמעות סובייקטיבית:** הולכים ובודקים מי האדם, מה היכולות שלו. **לדוגמא:** אני חוצה כביש ועובר רכב של לי (שיעור נהיגה) שפוגעים בי, אני מגיע לביהמ"ש ותובע אותם בטענה כי התלמיד התרשל. **דרך אחת (סובייקטיבית)** לבוא ולבדוק את התנהגותו של התלמיד: דחיית התביעה, כי מדובר באדם חדש על הכביש ולא ניתן לשפוט אותו כנהג ותיק על הכביש. האדם ימצא 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:** לא בודקים אם האדם היה יכול להתנהג בצורה יותר טובה, אלא, הבדיקה היא יחסית למה שאנחנו כחברה מצפים (סטנדרט התנהגות רגילה) מכל אחד אחר שפועל מולנו. **זאת אומרת**, כשאנחנו חוצים את הכביש אנחנו רוצים שכל הנהגים יזהרו ולא מעניין אותנו אם הוא תלמיד או נהג ותיק (אובייקטיבית). **אדם ימצא 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 המסוימת** לפעול בזהירות רבה יותר, אלא את ההתנהלות מול הציפיות של החברה מכל אדם הפועל באותו תחום.
- יש כאן אשם של המזיק שכן הייתה 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.

סיכום: זאת אומרת, בדיני הנזיקין אנחנו לא צריכים להוכיח את רמת הנזק הנגרם לנו, אלא להוכיח כי הוא פעל פחות מהסטנדרט הנהוג בחרה. לכן **ביהמ"ש העליון**, בסכסוכים בכל ענפי המשפט שבו אדם נפגע ממשו, **קובע** את הסטנדרט בחברה שלפיו צריכים לפעול. יעשו זאת, ע"י חוות דעת של אנשי מקצוע לאותו מקרה (קרי, עניין רפואי – יתייעצו עם רופאים נוספים בתחום).

הערה לעבודת הרשלנות: הנסיבות הם הפרמטר.

אחריות ללא אשם

מזיק יישא 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 המסוים (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"ם-1980** - מטיל אחריות על יצרן של מוצר **ללא צורך בהוכחת אשם** (פרשת הטונה בקפה ארומה).

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 יישא באחריות בכל מקרה.

ז"א הדיון בנזיקין יעסוק ב: אם הייתה תאונה דרכים, וכמה מגיע לניזוק. לא יעסוק בכלל בשאלת האשמה של הנהג.

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.

סיכום עד כאן

מעשה אחד יכול להוות עבירה (דיני עונשין) ועוולה (דיני נזיקין).

דיני נזיקין- פקודת הנזיקין + חוקים אחרים (חוק הפלת"ד- חוק הפגיעה לתאונות דרכים), פסיקה

פקודת הנזיקין (מהווה בסיס לרוב התביעות בדיני נזיקין):

- עוולות פרטיקולריות (ספציפיות)- מתייחסות למצבים ספציפיים (תקיפה, גזל, תרמית), שבו המחוקק קבע כי הן לא רק עבירות פליליות אלא נזיקיות.
 - עוולות מסגרת- מספקות רק מסגרת שלתוכה ניתן להכניס מצבים ספציפיים רבים, כמעט הכל יכול להיכנס לעוולות מסגרת כי המחוקק השתמש בשפה כללית.
- (1) הפרת חובה חקוקה: סעיף 63 לפקודת הנזיקין- מטיל אחריות בנזיקין על מזיק שהפר חובה לא נזיקית (כמו חובה להציב שלט). סעיף זה יוצר את המסגרת, שאם יוכח שהמזיק הפר חובה שהוטלה עליו ובשל כך נגרם נזק אזי תוטל עליו אחריות נזיקית.
- (2) רשלנות: סעיפים 35-36 לפקודת הנזיקין- מטילים אחריות בנזיקין על מזיקים שפעלו מתחת לסטנדרט התנהגות סביר, כשלא נקטו באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע סיכון בלתי סביר אשר התממש וגרם לנזק לניזוק.

עולות הרשלנות בפקודה

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 התרשלנות; ואם התרשל כאמור ביחס לאדם אחר, שלגביו יש לו באותן נסיבות חובה שלא לנהוג כפי שנהג, הרי זו רשלנות, והגורם ברשלנותו נזק לזולתו עושה עוולה.

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.

הקדמה

עולות 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 הלורד אטקין (1932).

אחרי המקרה עם גב' דונגהיו, אשר שתתה בירה שחורה שהייתה עם חילוון בפנים, מכיוון שחברה קנתה לה, לא היה לה חוזה עם בעל העסק, ומכיוון שבעל העסק היה בחוזה עם היצרן לא יכלה להגיע ישירות ליצרן. בפסק הדין של הלורד אטקין נקבע כי היצרן חב בחובת זהירות כלפי התובעת שקנתה את בקבוק הבירה שייצר.

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 עוללת הרשלנות:

- (1) קיומה של חובת זהירות- המזיק חב בחובת זהירות לניזוק. על המזיק לנקוט באמצעי זהירות סבירים אם הוא צופה שייגרם נזק לניזוק. ז"א להוכיח שאותו אדם שפגע היה חייב להיזהר.
- (2) הפרה של חובת הזהירות- המזיק התרשל והפר את חובת הזהירות שחב לניזוק. אמצעי הזהירות שבהם נקט לא היו סבירים. ז"א להוכיח שהוא הפר ולא נזהר כמו שהיה צריך.
- (3) קיומו של נזק – הניזוק סבל נזק כתוצאה ממעשי הרשלנות. ז"א שיש נזק.
- (4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק - התנהגותו הרשלנית של המזיק ולא של גורם אחר היא זו שגרמה לנזק של הניזוק. ז"א שלהוכיח שההפרה עצמה של הזהירות היא שגרמה את הנזק!

יסוד הנזק

- תביעה בגין רשלנות תוכר רק כאשר התובע סובל נזק.
- מדובר בכל סוג נזק מוכר: גופני, נפשי, כלכלי, לרכוש.
- **סעיף 2 לפקודת הנזיקין: "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."

ב-20 שנים האחרונות יש סוג נזק "חדש" אשר נקרא פגיעה באוטונומיה. ששם ביהמ"ש העליון (בפס"ד ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל), 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.

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.
- קיימת הסכמה כי סדר השלבים לניתוח עוולת הרשלנות הוא:
 - (1) חובת זהירות
 - (2) הפרת חובת הזהירות (התרשלות)
 - (3) נזק
 - (4) קשר סיבתי
- בשנים האחרונות חלק משופטי העליון היו בדעה כי יש לבחון את יסוד ההפרה לפני יסוד החובה. כיום, הפסיקה מעדיפה את הסדר הרגיל של חובה-הפרה-נזק-קשר סיבתי אבל מאפשרת לבחון קודם את יסוד ההפרה ואז את יסוד החובה.
- בפסיקה פותחו שתי גישות מרכזיות לניתוח חובת הזהירות: המודל של הנשיא ברק (פס"ד ועקנין), והמודל של הנשיא שמגר והשופט א' לוי (פס"ד לוי ושתיל).

המודל של השופט ברק – חובת זהירות מושגית וקונקרטי

- יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות מושגית** = **חובה עקרונית** (ז"א שברמת העיקרון יש חובה, ז"א מערכת בין בעל נכס למבקר, פס"ד ועקנין וס'36).
- יש לבחון האם יש להטיל **חובת זהירות קונקרטית** = **חובה במקרה הספציפי** (אם אנו טוענים כי כל בעלי הנכס יש חו"ז מושגית, אז נלך לשלב הבא ונבדוק את היחסים הספציפיים בין אותו תובע לנתבע, קרי – פורץ ולא משחק בשעות הפעילות).
- **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 קונקרטית**: 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.

תתי כותרת לכל חובה, צפיות טכנית (האם ניתן) וצפיות נורמטיבית (האם צריך).

- (1) חובת זהירות מושגית
 - (א) צפיות טכנית- האם **ניתן** לצפות עקרונית שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות (התובע צריך להוכיח כי כל ציבור הרופאים יכול לצפות לנזק-ברור שכן)
 - (ב) צפיות נורמטיבית- האם **צריך** לצפות עקרונית שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות (התובע צריך להוכיח כי כל ציבור הרופאים **צריך** לצפות (ניתן הכל אבל לא הכל צריך).
- (2) חובת זהירות קונקרטית
 - (א) צפיות טכנית- האם **ניתן** היה לצפות בנסיבות המקרה שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות (התובע צריך להוכיח כי ברור שהנתבע ידע כי האספלט יכול לגרום נזק למבקריו).
 - (ב) צפיות נורמטיבית- האם **צריך** היה לצפות בנסיבות המקרה שייגרם נזק אם לא יינקטו אמצעי זהירות (התובע צריך להוכיח כי יוסי צריך היה לצפות כי הנזק ייגרם לדני).

ביהמ"ש קובע מיהו האדם הסביר ומי לא. כשביהמ"ש דן על כך הוא שואל בעצם, אם זה מה שהוא רוצה שיחול על כל חברת ישראל.

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.

(צפיות = האם אנו צריכים להעריך שנגרום נזק אם לא ניזהר, נישאל על היכולות שלנו לצפות).

חובת זהירות מושגית

- **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 כמו 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).**

שיקולי מדיניות בקביעת חובת הזהירות המושגית

- "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.
- 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 ב**סוג 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**).

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 נורמטיבית: הבעלים צריך לצפות שהמבקר 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 קונקרטיית

- **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 אם בין המזיק והניזוק המסוימים בנסיבותיו המיוחדות של המקרה קמה חובת זהירות קונקרטיית בגין הנזק הספציפי שהתרחש.
- בעוד ש**חובת 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.
(השאלה ספציפית, לגבי הצדדים עצמם, האם הם יכולים, ולאח"כ אם הפרו).

חובת זהירות קונקרטיית 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 הברכה 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 הברכה לצפות שייגרם נזק לתובע?
- השאלה:** מה **צריכים** הבעלים והמפעיל של הברכה העירונית בבית שמש לצפות כשילדים בני 15 כמו **ועקנין** מבקרים בברכה.
- ההכרעה נקבעת עפ"י האדם הסביר**, שהוא למעשה בית המשפט.
- בית המשפט הוא הקובע האם יכול היה וצריך היה המזיק לצפות את הנזק באופן עקרוני (**מושגי**) וספציפי (**קונקרטי**).

השופט ברק – חובת זהירות קונקרטיית בפס"ד ועקנין

- לא כל נזק שצפוי **טכנית** צפוי **נורמטיבית**, כלומר נזק שיש לנסות ולמנועו.
- חיי היומיום מלאים סיכונים שלעתים מתממשים וגורמים נזקים. אבל לא בכל המקרים יוצרי הסיכונים יישאו באחריות בנזיקין.
- הסיבה:** יש סיכונים טבעיים וצפויים בעת שעוסקים בפעילות מסוימת ובגינם יש לקבוע כי חובת זהירות קונקרטיית אינה מוטלת, כלומר כי אין צורך להטיל על המזיק חובה משפטית לצפות את התרחשות הנזק.
- אם נזק מסוג זה בכל זאת מתרחש, אין להטיל בגינו חובת זהירות. יש **סיכונים סבירים שאנשים לוקחים בחשבון כשהם עוסקים באותה פעילות.**
- אין הכוונה לכך שניזוקים מקבלים על עצמם סיכונים, אלא שאין להטיל אחריות בגין התממשות סיכונים סבירים אלה בשל שיקולים של מדיניות משפטית.
- ז"א כדי שאנחנו נגיד שהנתבע הספציפי שלנו, היה צריך חובת זהירות קונקרטיית אנחנו צריכים להוכיח 2 דברים: (1) שהסיכון היה צפוי, טבעי וידוע. (2) סיכון שהוא חמור. סיכון שהחברה רואה אותו כמשהו חמור שהיא לא מוכנה לעבור עליו על סדר היום.

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 מחוויית 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.

הביקורת של הנשיא מאיר שמגר

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

הנשיא שמגר:

- **אין צורך להוכיח שקיימת חובת זהירות מושגית**:
"השאלה המובאת לפני בית המשפט עוסקת תמיד ביחס בין **מזיק ספציפי לניזוק ספציפי**, בגין **פעולה ספציפית** וכתוצאה מ**נזק ספציפי** שנגרם לניזוק. בית המשפט אינו דן בחובת זהירות בעלמא (סתם), אלא **בחובת זהירות בגין אותם אירועים ספציפיים** שבהם מדובר (חו"ז קונקרטי).
ניתן לומר אפוא, שבית המשפט אינו עוסק בקביעה אם קיימת חובת זהירות, אלא **שהשאלה היא, בדרך כלל, מהו היקפה של חובת הזהירות באותו מקרה**: האם היא כוללת פעולות מסוימות? האם היא כוללת נזקים מסוימים? האם היא מתייחסת לניזוקים הספציפיים?"
השופט א' לוי ז"ל, בפס"ד ע"א 10078/03 **שתיל נ' מדינת ישראל** מביע עמדה זהה וסבור כי ניתן להתחיל ביסוד ההפירה ורק אז לבדוק את יסוד החובה הקונקרטית.
(הנשיא שמגר כי אין צורך בהוכחת חו"ז המושגית כי במערכת המשפט הוכח כי ברוב המקרים ביהמ"ש העליון כבר קבע שיש חו"ז מושגית (עקרונית) אזי זה לא מסנן שום דבר ולא צריך בזאת).

מודל חובת הזהירות של הנשיא שמגר

יש צורך בהוכחת חובת זהירות קונקרטית במקרה המסוים:

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

(מחולל שינוי בחו"ז הקונקרטית מוסיף כי צריך להוכיח בחובה הקונקרטית גם יחסי קרבה ושכנות כי אנו צריכים להיזהר ממי שמושפע מהיחסים שלנו, ז"א צריך להוכיח שאותו נתבע קרוב אליו ברמת היחסים). – פה התובע יחזור על טיעון כי הנתבע בעל נכס. ובעל הנכס יחזור על טיעון כי התובע לא היה נמצא בשעות פעילותיו של המתחם ולכן לא אמורה לחול חו"ז קונקרטית עליו).

עיקרי המודל של הנשיא שמגר

(1) האם יש צפיות טכנית - האם יכול היה המזיק המסוים (הנתבע) לצפות כי התנהגותו תסב לניזוק המסוים (התובע) נזק אם לא ינקוט באמצעי זהירות?

אם כן,

(2) האם יש צפיות הנורמטיבית

(א) האם יש בין הניזוק למזיק יחסי שכנות וקרבה? לרוב התשובה חיובית כשמדובר בצדדים שיש להם קשר ישיר, כמו רופא-חולה, עובד-מעביד.

לאחר שהוכיח התובע כי מבחני הצפיות והשכנות מתמלאים-

(ב) שיקולי מדיניות - האם יהיה צודק, הוגן וסביר להטיל חובת זהירות על המזיק הספציפי בגין הנזק שנגרם לניזוק? כאן יש לבחון שיקולי מדיניות שעשויים לשלול הטלת חובת זהירות (למשל, חופש הפעולה של המזיק).

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

- האם המשטרה חבה בחובת זהירות כלפי קורבן של עבירה שבוצעה ע"י עברייני?

- האם רופא חב בחובת זהירות כלפי בת זוג של חולה איידס שלא מגלה לבת זוגו?

הקריטריונים לקביעת שכנות

(1) תחום הפעולה שבה מדובר - היקף האחריות והקרבה תלויים בתחום המסוים. לדוגמא, האם האחריות מוטלת על המזיק כבעל נכס או כאיש מקצוע.

(2) האם מדובר במעשה אקטיבי או במחדל - קל יותר להוכיח קרבה כשאדם פועל באופן אקטיבי (למשל, כשרופא התרשל בביצוע ניתוח). כשאין לאדם חובה לפעול (למשל, להציל אדם שטובע), ואותו אדם לא פעל, לא תמיד תוטל חובת זהירות. (מחדל = אפס מעשה), יש הבדל אם אני הולך לבריכה ודוחף ילד בן 3 למים העמוקים והוא תובע, לבין ילד בן 3 שאני רואה אותו תובע ולא עושה כלום. טענה זו אומרת עי הנתבע – שאין קשר בינו לבין התובע.

(3) האם הנזק נגרם ע"י אדם אחר ולא ע"י הנתבע - קל יותר להוכיח קרבה מול המזיק הישיר. השאלה: אם הנתבע גרם לנזק או שמא לנזק גרם אדם אחר? עקרונית, אין להטיל על ראובן חובה למנוע משמעון לפגוע בלוי. החריג: כשלאובן יש שליטה על שמעון או על מקור הנזק- אז ניתן להוכיח קרבה ולהטיל חו"ז.

(4) 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.

(5) 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 פוטנציאלים. אין דרישה מהניזוק להוכיח כי המזיק היה צריך לזהות אותו במדויק.

(טיעון שמראה כי אדם יכל לזהות את הניזוק כמישהו שחשוף לסכנה או קבוצה מסוימת כזו שחשופה לסכנה).

(6) **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 בנוק כלכלי טהור-ההסתמכות על עצת המזיק הינה לאותה מטרם שלשמה ניתנה אותה עצה. **(האם הנתבע יודע שהניזוק הסתמך על ההתנהגות שלו)**

(7) **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 (לא רלוונטי לעבודה).

יסוד (3) – על שיקולי מדיניות

- **השפעה שלילית של הטלת חובת זהירות על הפעילות של המזיק** – ייתכן שהטלת חובת זהירות בנוגע לסוג פעילות מסוים תרתיע יתר על המידה מזיקים רלבנטיים שיחששו שיוגשו נגדן תביעות (התגוננות יתר) (מדינת ישראל נ' וייס)
אם יטילו אחריות על המשטרה על כל פגיעות האונס, זה לא בהכרח יהיה טוב מכיוון שמדובר ב-3,000 איש בשנה שכל אחד מהם מקבל רבע מיליארד שקל. אם 3,000 איש בשנה מקבלים סכום זה בשנה, הכסף נלקח מאיתנו וזה לא כל כך טוב. מצד אחד זה טוב שכולנו נהיה מוגנים אך זה יטיל נטל מאוד כבד על הציבור.
ובמקרה של רופאים – במקרה שיטילו כל הזמן עליהם אחריות, הם ירגישו תחת התקפה ושלא מעריכים אותם מספיק, וזה יכולה להיות השפעה שלילית.
- **חשש מריבוי תביעות והכבדת העומס על בתי המשפט (מדינת ישראל נ' לוי)**
כי אם אנו, הציבור, נירא שברוב התיקים שמוגשות תביעות ביהמ"ש מטיל חו"ז ואחריות, אנו נתבע על כל דבר. זה יגרום לעומס רב על בתי משפט וזה יפגע בנו בסוף.
- **"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).
השופט יכול להגיד מי מהצדדים יכול היה מראש, לחשוב על הצדדים ולמנוע את הנזק (לרוב זה יהיה המזיק).
- **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).
הכוונה למי יש ביטוח. זה לקחת את הנזק ולפזר אותו. לא להטיל על אדם אחד אלא לפזר בין כולם. הביטוח לוקחת מכל אחד מהמבוטחים שלה קצת בכל שנה, וברגע שאחד מהמבוטחים נתבע היא משלמת את הנזק (בעצם המבוטחים משלמים).
- **מי הפיק את התועלת הרבה ביותר מהפעילות שגרמה לסיכון (פס"ד מפעלי רכב אשדוד, פס"ד קופת אשראי וחיסכון)**
ביהמ"ש בודק למי יש תועלת יותר רבה מהפעילות שגרמה לסיכון. למשל: במקרה של ועקנין, למפעיל ולבעל המתחם יש תועלת רבה כי החברה נועדה למטרה לעשות כסף. הבעלים של המקום מרוויח כסף, מצד שני, למבקרים יש תועלת רבה כי רוצים להנות מהבריכה בקיץ (לכן יש במקרה זה תועלת לשני הצדדים).
- **המעמסה הכספית, אשר תוטל על סוג מסוים של מזיקים או ניזוקים**
במקרה של רופאים, האחריות לא תוטל רק על הרופאים, אלא גם על משרד הבריאות וכו'. וברק אומר שמכיוון שהכנסת העבירה לנו את הסמכות להכריע אנו צריכים לחשוב מה יקרה אם נטיל עכשיו חו"ז על קבוצה מאוד גדולה. לכן שופט בביהמ"ש העליון כן שוקל דברים כאלו בפסק דינו.

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 לא לסכן את חיי אדם אחר.

ההתמקדות - **בחובת זהירות קונקרטיית** כי 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 הקונקרטיית.

הנשיא שמגר הוסיף מעבר לשיקולי המדיניות שהיו קיימים גם במודל של ברק את הדרישה להוכיח יחסי שכנות וקרבה.

ע"א 3521/11 עו"ד וגנר נ' עבדי, מיום 22.02.14 (שמגר)

- **עובדות**: בנק לאומי למשכנתאות נתן הלוואה לבראל לצורך רכישת דירה שבבעלות עבדי. רוב כספי הלוואה נמסרו לעו"ד וגנר בשיק משורטט בלתי עביר על שם עבדי והופקדו ע"י עו"ד וגנר בחשבון נאמנות שפתח לטובת עבדי בבנק דיסקונט. הכספים נעלמו בעקבות תרמית (הסתבר שהמוכר עבדי נפטר 3 שנים לפני מועד המכירה, וחתימתו וחתימת אשתו זויפה ככל הנראה ע"י הקונה בראל).
- בימ"ש המחוזי קיבל את תביעת עבדי (גב' עבדי ויורשי בעלה) והצהיר שעסקת מכירת הדירה בטלה וכן בטלה הערת האזהרה שנרשמה לטובת בנק לאומי.
- לאחר שבראל לא פרע את הלוואה, בנק לאומי תבע את עו"ד וגנר ובנק דיסקונט.
- **בית המשפט המחוזי הטיל אחריות על עו"ד וגנר כלפי בנק לאומי אבל לא על הטייל אחריות על בנק דיסקונט.**
- **השאלה**: האם עו"ד וגנר ובנק דיסקונט חבים ברשלנות כלפי בנק לאומי שהעניק את הלוואה למר בראל.

בן חורג, לזוג הורים מאוד מבוגרים, רצה לקחת את הדירה שלהם ולעשות עליה כסף באמצעות מכירה. הוא וחברו בישלו "עוקץ" – תפסו 2 אנשים מבוגרים, הביאו אותם למשרד עו"ד והציגו אותם כהורים, הביאו צד שני לעסקה (קונה) ועשו את העסקה. האמא האמיתית לא ידעה מכך. לקחו משכנתא והכספים הועברו לעו"ד (בעסקאות כאלה, שמים את הכסף אצל העורך דין). אותו עו"ד התנהלותו לא הייתה עד הסוף, וכשהבנק לאומי נתן לו את הכסף, הכסף נעלם. אח"כ נודע לאישה האמיתית שמכרו לה את הבית, הגישה בקשה לביהמ"ש לבטל את המכירה וביהמ"ש ביטל. הבנק רצה לקבל את הכסף בחזרה ולא היה כסף, אזי הוא תבע את העו"ד לקבל את הכסף וגם את בנק דיסקונט שהכסף היה אצלו פיזית. השאלה שנשאלה, מה החו"ז של העורך דין כלפי מישהו שהוא לא לקוח שלו?

השופט הנדל – ניתוח עוולת הרשלנות

- יש לשמור על המודל המסורתי של ניתוח העוולה: (1) חובת זהירות ו- (2) הפרה.
 - עם זאת, לא בכל תיק יש לבדוק את יסוד חובת הזהירות המושגית.
 - יש למעשה שלוש קבוצות של חובות זהירות: מוכרת, חדשה וגבולית. אופן בחינת יסוד חובת הזהירות יותאם לסוג החובה בתיק, כפי שעולה מעובדות המקרה.
 - כשחובת הזהירות מוכרת יש לבחון רק את החובה הקונקרטי לפי נסיבות התיק (כשבדרך כלל, תוכר חובה קונקרטי, כיוון שהמחלוקת העיקרית בין הצדדים נוגעת ליסוד ההפרה או ליסוד הקשר סיבתי). למשל: תביעת חולה נגד רופא.
 - כשחובת הזהירות חדשה יש להתחיל בבדיקה של חובת הזהירות המושגית (ולבחון בעיקר אם שיקולי מדיניות מצדיקים עקרונית הטלת חובה). למשל: אחריות קיבוץ בגין אי מניעת פשע שבו חבר קיבוץ אחד פגע מינית בחבר אחר.
 - כשחובת הזהירות גבולית (מוכרת חלקית), יש לבחון את חובת הזהירות ברמה פרטנית-מופשטת: האם החובה העקרונית שהוכרה תקפה לאותו מקרה. נערכת השוואה למקרים אחרים באותה קבוצה שאליה שייך המקרה שלגביה הוכרה החובה (אחריות מזיק לנזק נפשי שנגרם לבני משפחה של אדם שנפגע בגופו).
- במקרים חדשים, שעד אותו מקרה לא נדונו בביהמ"ש, רק אז הולכים לפי המודל של ברק אהרון. במקרים סבירים ותמידיים, הולכים לפי המודל של שמגר, מכיוון שמיותר להוכיח חו"ז מושגית. השופט הנדל, יצר קבוצה חדשה שנכרת חובת זהירות גבולית (מוכרת), במקרה של וגנר, השאלה האם יש חובת זהירות של עו"ד כלפי מישהו שהוא לא הלקוח שלו?

ניתוח עוולת הרשלנות

- המודל המסורתי של השי' ברק הבוחן תחילה אם קיימת חובת זהירות מושגית פחות רווח כיום כי ברוב המקרים אין צורך לבחון האם הנתבע השייך לקבוצה של מזיקים חב לנזק באמצעי זהירות כלפי תובע השייך לקבוצה של ניזוקים.
- השלב הראשון בשינוי: המודל של הנשיא שמגר בפס"ד לוי שהתמקד בחובת זהירות קונקרטי 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).
- השלב השלישי בשינוי: כיום, אין מודל אחד שלגביו יש הסכמה בקרב כל שופטי בית המשפט העליון באשר לניתוח יסודות עוולת הרשלנות, אבל הקביעה בפס"ד וגנר היא בעלת השפעה רבה.

יסוד הפרת החובה (ההתרשלות)

- זהו היסוד המרכזי בעוולת הרשלנות.
 - יש להוכיח כי המזיק הפר את חובת הזהירות שהייתה 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."
- ביהמ"ש אומר כי לא בודקים מה היכולות האישיות של המזיק, אלא בודקים אם אותו אדם סטה או פעל פחות מסטנדרט ההתנהגות שאנו מצפים ממנו. ואז אנו בודקים מה אותו אדם עשה בפועל (אם נקט בכל האמצעים שהיה אמור לנקוט). לדוגמא: גניקולוג שמלווה אישה בהריונה, האם הוא שלח אותה לכל הבדיקות שצריך? אם נולד ילד עם פגם, ביהמ"ש יבדוק האם שלח אותה לכל הבדיקות או רק לחלקן?

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 (ההתרשלות סובייקטיבית). השאלה הינה אם המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה (ההתרשלות אובייקטיבית)". (הנשיא ברק, פס"ד חמד)
 - סבירות ההתנהגות אינה נבחנת בחלל ריק, אלא היא תמיד תלויה בנסיבות המקרה. השי' ברק, פס"ד חמד: "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)
- (אנו לא נדון ב – האם אותו מזיק יכל או לא יכל, נבדוק מה הסטנדרט של אותה קבוצה מזיקה בחברתנו והאם הוא עמד בסטנדרט זה).

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 שהייתה הפרה של חובת הזהירות.

B- עלות מניעת הסיכון – 50 ₪

כמה יעלה לנו למנוע את הנזק (להציב אמצעי זהירות).

P- הסתברות התרחשות הנזק - 10%

מה ההסתברות שהנזק יתרחש אם לא אציב אמצעי זהירות.

L- גובה הנזק עם הוא יתרחש - 1,000 ₪

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. (אם אנו תובעים רופא, יש ערך רב חברתי להתנהלות שלו. אותו רופא רוב הזמן בא לשרת את התוחלת החברתית. זה בעיני ביהמ"ש העליון יכול להגיע למסקנה שהוא לא פגע. לדוגמא: יש תביעות היום של נשים שסרסרו אותם (כפו עליהם לעבוד בזנות), המשטרה תופסת את אותם אנשים ומכניסה אותם לכלא. יש נשים שתובעות אותם בנזיקין, יש ערך חברתי שלילי פה, ולכן ביהמ"ש בקלות יוכל להטיל על אותם אנשים אחריות).

ביהמ"ש מפעיל נוסחה לבדיקת יסוד ההפרה, וקובע אם אדם התרשל. אם יותר זול היה (כלכלית) למנוע את הנזק מאשר לספוג אותו, ואדם לא השקיע את הסכום הקטן כדי למנוע את הנזק הגדול אז הוא התרשל. הוא מצפה שנשקיע קצת כסף על מנת למנוע נזקים גדולים.

בדיני נזיקין אין חובה למנוע את התאונות לחלוטין! אם אנו דורשים מאנשים לבטל סיכונים, אז לא יהיו פעולות. לדוגמא: אם לא נרצה תאונות ספורט לא נפתח מתחמי ספורט.

(ביסוד ההפרה יש 4 כללים שצריך לבדוק: (1) עלות המניעה, (2) הסתברות התרחשות הנזק, (3) מה יהיה גובה הנזק, (4) הערך החברתי של הפעולה המזיקה).

יישום נוסחת הנד בפסיקה

- ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה : אישה נפגעה מנהג אופניים בגן ציבורי.
הטענה : העירייה לא אכפה את האיסור לרכב על אופניים בגן.
נער רוכב אופניים נכנס לגן שהיה בו שלט איסור לכניסה עם אופניים, ומחוסר תשומת לב הוא פגע באישה שעברה. היא הגישה תביעה נ' עיריית חיפה, היא טענה כי השלט לא הספיק כי נערים לא מתייחסים לשלט ושהעירייה הייתה צריכה לשים מחסומי כניסה או להציב פקח ואפילו יותר מאחד באופן קבוע בגן הזה. עלתה השאלה, האם יש כאן הפרה, האם באמת האמצעי זהירות הזה צריך היה להינקט ע"י העירייה?
 - **נפסק** : למרות שהעירייה יכולה הייתה לצפות את גרימת הנזק, אין להטיל אחריות. אמנם העירייה חבה בחובת זהירות כלפי התובעת אבל היא לא הפרה את החובה.
 - **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).
- הוא שם על כפות מאזניים את הנזק ואת העלות מצד שני. הוא מסתכל על זה בצורה כלכלית במובן הזה שהוא בא ואומר מה תהיה ההשפעה של פסק הדין הזה אם אגיד פה שהעירייה התרשלה? זה יגיד לעירייה שהיא צריכה לשים פקחים לכל הגנים, 24/7, שזה אומר להעסיק המון מאוד עובדים בכל העיריות בכל הגנים בארץ. המעמסה הכלכלית כדי למנוע נפילה של גברת או אדם מפגיעה של אופניים, עולה על הסיכוי שנוזק כזה יקרה. גם אם צריך לפצות אותה במיליון שקל, זה לא אומר שכל אדם שנכנס לגן נפגע.
- **הש' שמגר** : **מסתמך מפורשות על עלויות מניעה גבוהות וצורך בגיוס כוח אדם.**
 - **שיקול חשוב נוסף** : **הערך החברתי שיש להתנהגות שגרמה לנזק** : עדיף שגן ציבורי זה ואחרים לא ייסגרו כליל למבקרים נוכח היתרונות שיש לקיומם של גנים ציבוריים. לכן, האיזון הראוי הוא פיקוח חלקי ולא מלא על הגנים.

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** :
בפס"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)
- השופט ברק עושה אותו הדבר, לוקח את ארבעת הדברים ובודק אותם. התוצאה הפוכה כי ההוצאה למנוע את הנזק קלה יותר. פעם אחת אתה משלם לתקופה ארוכה, ע"י שלטים וזהו.

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 לנזק 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."

הפסיקה, לא באמת מתכוונת לעשות שיקולים מתמטיים. משטרת ישראל נתבעת המון בדיני נזיקין. אחד התיקים החשובים היה התיק של וייס. השופטת אומרת לגבי נוסחת הנד, שהנוסחה עצמה לא כלכלית, ז"א הערך החברתי של הפעילות לא נמדד במונחים כלכליים אלא במונחים של צדק ומוסר. ז"א האם להציב שלט או לא להציב שלט, זה מוסר?

על הערך החברתי בפסיקה

- ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל: 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 הייתה 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..."

קיבוץ מלכיה יושב על גבול הצפון, בינו לבין גדר המערכת (גדר הגבול בין ישראל ללבנון) יש שביל עפר. שביל זה נועד לצרכי ביטחון בכדי לאתר מסננים (מחבלים). יצרו שביל עפר כדי שאדם חודר למערכת אפשר לראות מאיפה הוא נכנס, וכדי לאפשר לרכבים הצבאיים לנסוע על הכביש הזה מדי כמה דקות ולבדוק את ההסתננות הזאת. הבעיה הייתה שהסוירים האלו העלו עננים של אבק. הבעיה הייתה, שצמוד לשביל הגישה הזה היה מטע תפוחים, זו הייתה פרנסה של חברי הקיבוץ. הסתבר שהתפוקה של יוצאי התפוח נפגעה מתוצאה של האבק שצה"ל גרם. אז הקיבוץ הגיע למו"מ עם משרד הביטחון וניסו למצוא פתרונות איך לשמור על בטחון מצד אחד ולא לפגוע במטע מצד שני. בסוף נישבר לקיבוץ והוא תבע על הרבה מאוד כסף. הגישו תביעה על 8 שנים של פגיעה בפרנסה (בביהמ"ש המחוזי). אהרון חוזר על הכללים הבסיסיים ואומר שמצד אחד צריך להגן על הניזוק, ומצד שני צריך לשמור גם על המזיק (המדינה, החופש הפעולה של צה"ל), יש גם את האינטרס הציבורי של שמירה על הבטחון שלנו ומצד שני לאכול את התפוחים האלו. וצריך להתחשב בערך החברתי של הפעילות (אין יותר חשוב מביטחון המדינה שלנו), הוא אומר שצריך לבדוק מה ההוצאה של המזיק כדי למנוע את הנזק של הניזוק. הוא דוחה את התביעה בטענה שהקיבוץ לא הצליח להוכיח שהם לא פעלו באמצעים שסוכמו ביניהם. (הוא בעצם אומר, שהאינטרס החברתי פה הוא מעל הכל וזה לשמור על בטחון המדינה, וגם אנשי הקיבוץ נהנים מהגנה זו).

פס"ד קיבוץ מלכיה – הנשיא ברק

- מה הם השיקולים הרלבנטיים 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 נזק 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.

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. הוא תבע את המדינה בנזיקין.
- בית המשפט המחוזי דחה את התביעה וקבע שהתנהלות השוטרים הייתה סבירה.
- **השאלה: האם ירי כדורי הגומי תוך כדי המרדף היה סביר או רשלני?**

מדינת ישראל חוותה 2 אינתיפאדות. האינתיפאדה הראשונה חוותה המון תביעות בנזיקין. תיק זה הגיע בתקופה הזאת, ומדובר באירוע של הפרות סדר בהם הפלסטינאים זרקו אבנים כלפי מגבניקים. במהלך האירוע הזה, 25 אנשים נכנסו לעימות וזרקו אבנים על השוטרים, 2 שוטרים ירדו מהגיפ ורדפו אחרי אותם אנשים (בלילה), לשוטרים היה נשק קר של כדורי גומי ואחד השוטרים ירה כלפי אדם שניסה לתפוס אך פגע בילד חף מפשע. אותו ילד בן 11 תבע את מדינת ישראל בדיני נזיקין וטען שמשטרת ישראל חבה התרשלות כלפיו.

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 למנועה.
- ברק מנתח את האירוע לפי נוסחת הנד, מצד אחד האינטרסים של הניזוק, מבחינת הגנה על גופם ורכושם של הניזוקים. מצד שני, צריך לבדוק מה העלויות שיש למזיקים במניעת סיכונים ומצד שלישי מה הערך החברתי במניעת הנזק. הניזוק בעצם זה גובה הנזק והסיכוי שיקרה. מצד המזיק זה העלות שלו למנוע, ומבחינה חברתית זה האינטרס של הציבור.
- ברק אומר שהנוסחה לא רק כלכלית אלא נוסחה ששלובים בה עקרונות מוסריים וחברתיים.

אחריות המדינה

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 עבריו).
- השאלה היא האם יש להתייחס למדינה באופן שונה מנתבעים אחרים בכל הקשור להטלת אחריות בנזיקין?
- למדינה ניתן שיקול דעת להסדיר תחומים שונים ולהקצות משאבים. האם בהטלת אחריות אין התערבות בשיקול הדעת של המדינה?

המדינה היא שונה מאיתנו (אנשים פרטיים), כי למדינה ניתן לפעמים כוח או סמכות לקבל החלטות, שאנו כאנשים פרטיים אנחנו לא יכולים לקבל (החלטה לעלות מיסים, לצאת למלחמה) ובגלל זה המדינה, לפעמים מקבלת חסינות.

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".
- למשל: שר האוצר קיבל החלטה שהיא: כל הכסף ילך על מנת למגן בתים בעוטף עזה מפני כל הטילים, החלטה זו הוא נעשתה בתחום בהרשאה חוקית.
- דוגמא לאחריות: ראש העיר נתניה, עושה שיפוצים בטיילת אך לא מתקנת בור שנפרע במהלך השנים והמונים נופלים ממנו, אזי הרשלנות במעשה עצמו, יש מצב שתישא אחריות.
- סיכום:** יהיה יותר קשה לתבוע מדינה על החלטתה מאשר על ביצועיה עקב החלטה (כמו, לתבוע את המשטרה על כך שהחליטה לא לשלוח ניידת למישהו שהזמין, מאשר, לתבוע על כך ששלחה וכבר מה ביצעו השוטרים שם).

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.

ס' 14-13 לפקנ"ז מקים את האחריות של העובד, אומר כי ברגע שהמעביד שעובדת תחת מדינת ישראל (להלן: מורה בביה"ס) – ברגע שיש תביעה נגד המורה, רשאית גם המדינה להיתבע כל עוד הנזק נגרם בזמן מילוי תפקידו.

ס' 7 מקים אחריות שילוחית.

כדי להימנע מכל הסיבוכים הללו, המשפט הישראלי כיום מעדיף שנתבע ישירות את המדינה.

סיווג פעילויות המדינה (3 קבוצות)

- **מישור פרטי** - פעילות המקבילות לפעולות של **אדם פרטי**: בעלות בנכסים, התקשרות בחוזים - כאן **האחריות בנזיקין היא בהתאם לכללי דיני הנזיקין**.
כאשר הנזק נגרם ע"י אדם פרטי קל להוכיח נזק ולהטיל אחריות (רופא, מורה).
- **מישור שלטוני (משילות)** - פעילויות בעלות **אופי שלטוני** ללא מקבילה בעולם הפרטי - קבלת החלטות מדיניות (יחסים דיפלומטיים), ביטחוניות (יציאה למלחמה), כלכליות (הפחתת קצבאות) - כאן יש **חסינות מפני תביעות בנזיקין**.
החלטות המתקבלות ע"י השלטון המשפיעות על כל הציבור בישראל (להוריד או לעלות מחירים, לצאת למלחמה, לממן או לא לממן צהרונים למשפחות) - אם החלטות כאלו גורמות לנזק, יש **חסינות כמעט מלאה**. אפשר לתבוע בתחומי משפט אחרים אולי, אך לא **בנזיקין**. ז"א, אם חייל נפצע במלחמה, אי אפשר לתבוע על התרשלות המדינה.

- **הפעלת שיקול דעת שלטוני** - פעילויות שמערבות קבלת החלטות תוך **הפעלת שיקול דעת של הרשות השלטונית** - על המדינה מוטלת חובה להסדיר תחומים מסוימים ע"י **סמכות פיקוח עם שליטה/ביצוע או ללא שליטה/ביצוע** כשבחלק מחובות אלה ניתן שיקול דעת לרשות כיצד לעשות זאת.

זה האמצע: יש תחומים שבעצם הרשות מוסמכת לקבל החלטה על בסיס הפעלת שיקול דעת ונגרם נזק. בד"כ ההחלטות האלו יהיו קשורות לפיקוח שיש לו על תחום מסוים. מפקד תחנת משטרה בד"כ מפקח על התחום שלו ובחלק מהפעמים יש לו גם סמכות לשלוט באותו אירוע. למשל: השוטר, יש לו סמכות לפקח על הסדר הציבורי בישראל, יש לו גם יכולת שליטה על אירועים, קרי לעצור אנשים.

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

שיקולים בעד הטלת אחריות על המדינה

- **צדק מתקן**: מנקודת מבט של הנזוק - **יש להטיל אחריות על המדינה**. האם יש להבחין בין נזק שנגרם ע"י בית חולים פרטי או ממשלתי? אם נפל פגם בהתנהגות המזיק ויש להשיב את מצב לקדמותו, יש לעשות זאת ע"י הטלת אחריות.
אם אנחנו פגענו, אנחנו נתקן. לניזוק זה לא משנה אם פגע בו פקיד או מדינה, למה להתייחס למי פגע? זה לא משנה אם זה עובד מדינה וצריך להטיל אחריות על מדינה ועובד מדינה.
- **הרתעה**: **יש להטיל אחריות - המטרות הן להרתיע את מזיקים פוטנציאליים** (רשויות המדינה), ולחנך את הרשויות ועובדיהן לתת שירות טוב לתושבים.
כלומר, דווקא אם תוטל אחריות על פקיד בעירייה ופס"ד זה יופץ לכל העיריות, אזי כל העיריות יתנו שירות יותר טוב.
- **צדק חלוקתי (פיזור נזק)**: במידה ותוטל עליה אחריות, המדינה יכולה לגלגל את עלות הנזק והפיצוי על הציבור (באמצעות מיסים) ובכך יש פיזור נזק בצורה צודקת שכן העלות של נזקים שהמדינה גורמת מוטלת על כל החברה.
שהכי פחות נרגיש את העלויות של הנזקים שנגרמים הכי נכון יהיה לפזר את הנזק, ז"א להטיל פיצויים על הצד שירגיש זאת הכי פחות (המדינה במקום המורה שמקבל 5).
- **כיס עמוק**: **למדינה כיס עמוק** ולכן יש להטיל עליה אחריות בנזיקין.
מקביל לשיקול של הצדק החלוקתי.

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 בנויקן משפיעה בפועל על התנהלות הרשויות ועובדיהן. יש לבחון זאת באופן מעשי.
צריכים להיזהר מלא להרתיע את המדינה יותר מדי כי זה יכול לגרום דווקא לשירות לא טוב, מכיוון שהמדינה תתגונן יותר מדי.
- **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.
אם באמת בכל תביעה תוטל אחריות על המדינה, בתי המשפט יוצפו בתביעות וזה יגרום לכך שתביעות יותר חשובות עם נזקים יותר משמעותיים ייקחו יותר זמן לברר אותם וזה יפגע בציבור שבאמת זקוק לביהמ"ש.
- **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.
המדינה תגיד: אין בעיה תטילו עלינו כל הזמן אחריות, אך הכסף שמתבזבז כאן זה במקום הקמת ביי"ח בבאר שבע. ושם יפגעו אנשים שלא דווקא ניזוקים ודברים שהם צריכים לא יהיו להם בגלל האוכלוסייה הקטנה של הניזוקים שיקבלו את הכסף.

שיקולים ייחודיים בנוגע לאחריות המדינה

- **פגיעה בשיקול דעת מנהלי:** 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

- **ד"נ 6/66 שאדה נ' חילו**: בעלות במשאית הועברה לקונה ללא בדיקה של משרד הרישוי שיש ביטוח צד שלישי. התובע שנפגע מהמשאית ביקש לצרף את המדינה כנתבעת בגין מתן אישור רשמי להעברת הבעלות ברכב ללא בדיקת קיומו של ביטוח כזה.
- **השופט לנדוי (נשיא ביהמ"ש העליון)**: אין דין חובה שבין אדם לחברו כדין החובה של המדינה כלפי הציבור: **"אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה"**.
לנדוי אומר, למרות מה שדיברנו בסעיף הקודם חוק הנזיקין, אין לעלות על הדעת שמדינה תישא באחריות כל פעם שאחד מעובדיה יתרשל.

• **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**)

ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר (1983)

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

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

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

חובת זהירות מושגית של העירייה כגוף שלטוני מפקח ולא כבעלים

"מוסמכת עירייה לעשות כל הדרוש לשמירה על ביטחון הציבור בתחומי העירייה. הוראה מיוחדת 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 (נוסחת HAND), **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 קונקרטיית 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 "נורמאטיבית".
- הסככה מצויה על שפת הים. רבים באים להתרחץ במקום וחוסים בצילה. 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.
- ברק בעצם אומר שאין הבדל בין תביעה לאדם פרטי לבין המדינה שמפקחת על האדם הפרטי, והעירייה הייתה צריכה לצפות את הנזק היכול להיגרם מהסככה.

שיקולי מדיניות בהטלת חובת זהירות על הרשות

- הש' ברק עונה לש' לנדוי מפס"ד הקודם: "ניסיון החיים מוכיח כי הסרת חסינות מאחריות בנויקין של המדינה לא גרמה זעזוע ואין כל בסיס לחשש כי הטלת חובת זהירות מושגית על גופים שלטוניים... תביא לפגיעה כספית קשה באותם גופים או להצפתם של בתי המשפט בתביעת נזיקין."
- "לדעתי, השפעת קיומה של חובת הזהירות תהא הפוכה, שכן היא תעמיד את עובד הציבור על המשמר ותמריץ אותו לנהוג כראוי.
- על אלפים רבים של עובדים, המשרתים גופים סטטוטוריים, מוטלת חובת זהירות מושגית באשר לעבודתם, ואין בכך כדי להרתיעם או לרפות ידיהם."
- יש כאן שינוי מאוד דרמטי בהתייחסות של ביהמ"ש העליון. עד תחילת שנות ה-80 היכולת של אנשים לתבוע את המדינה הייתה מוגבלת וכמעט אפסית, בזכותו של ברק אחרי פס"ד זה, זה איפשר לנו לתבוע את המדינה כאשר היא מתרשל ולא שומרת עלינו כמו שצריך.

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 הייתה העירייה לעשות הוא להזהיר את בעלי החלקות בדבר המבנה המסוכן.
 - השופט ברק: הייתה כאן הפרה של חובת זהירות מצד העירייה.
 - לא הובאה כל ראיה לכך שתיקון הסככה נדחה בשל חוסר תקציב או כי התיקון הובא בחשבון בסדר העדיפויות של העירייה ולא נמצא לו מימון.
 - הש' ברק לא פוסל מתן שיקול דעת לרשות במילוי חובותיה, אבל במקרה זה העירייה לא הציגה כל ראיה לכך שהיא תכננה לתקן את הסככה.
- אומר כי ברור שהייתה הפרה כי למנוע את הנזק היה יחסית קל וזול, ולספוג אותו זה יחסית כבד.

סיכום פס"ד עיריית חדרה נ' זוהר

- 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 חייבת 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.
- זאת אומרת, למדינה לא יכול להיות מעמד עדיף על פני האזרח, אם אזרח יכול לשאת על אחריות גם המדינה צריכה כי כולם שווים בפני החוק (כולל חברי כנסת, רופאים, מורים).
- מסקנה: אם כל אחד מאיתנו נתבע בדיני נזיקין, היחס צריך להיות שווה.

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.
- בתוך עוגת ה"אחריות" של המדינה, השופט שמגר אומר כי חלק מסוים חסין מתביעה בנוזיקין ולא ייקח אחריות, לחלק הזה הוא קורא: שיקול דעת (קבלת החלטה).
- לדוגמא: מפקד המשטרה מחליט אם לקרוא לשוטר אחד או שניים – על כך לא יהיה ניתן לתבוע אותו, אך אם השוטר עצמו שהגיע למקום, פגע במישהו או לא פעל כצריך – אז ניתן לתבוע אותו.

חריג שיקול הדעת (שמגר)

- **הכלל:** כשניתנת למדינה סמכות המלווה בשיקול דעת לא מוטלת עליה חובת זהירות כלפי אדם שעלול להיפגע ממעשה 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!

שמגר כי לא תהיה אחריות על המדינה בזמן שהיא מפעילה שיקול דעת ומקבלת החלטה, אבל לא באופן מוחלט (במקרים יוצאים מן הכלל, כמו פקיד בנתב"ג שמקבל החלטה שלא בסמכותו), ז"א שעורכי הדין של התובע יוכלו עדיין לנסות לשכנע את ביהמ"ש שלמרות שהיה מדובר במקרה של קבלת החלטה, עדיין יש להטיל רשלנות.

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 בנוזיקין לא בוחנים האם ההתנהגות המקובלת והנוהגת היא ראויה אלא האם הייתה סטייה ממנה.
- כבוד הדדי בין רשויות, בנושא זה יש חלק ששייך לתחום משפט החוקתי ולדיני הנוזיקין
- 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 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.

עוד הצדקות לשלילת אחריות במקרה של שיקול דעת

- **הרתעת יתר (התנהגות מתגוננת)** - במקום לשיקול שיקולים חברתיים כלכליים ופוליטיים להם יש להידרש בעת קבלת החלטה על מדיניות מסוימת יתווסף להחלטות גם השיקול של החשש מפני תביעה אזרחית. שיקול זה עשוי לגרום לפרקטיקה מתגוננת שכן עובד ציבור עלול לבחור בקו פעולה שמקטין את הסיכון שלו אף אם קיים קו פעולה אחר שכדאי יותר לציבור בכללותו.
- **סיכון הנובע מחיים בחברה מודרנית** - בפס"ד לוי נטען שהנזקים הנגרמים מהחלטות בעניין מדיניות הם סיכונים הנובעים מחיים בחברה מודרנית. הסיכון כי האזרח יסבול מנזקים אלו הוא זהה לגבי כל אזרח ודומה שלטווח ארוך הוא מתפזר בצורה שווה על כלל הציבור.
- **עומס יתר והצפת בתי המשפט** – נימוקים אלה שנשללו בפסיקה מוקדמת יותר של בית המשפט הועלו שוב ע"י בית המשפט בלוי אולם תחולתם צומצמה להקשר של הפעלת שיקול דעת בלבד.

הגדרת שיקול דעת

- 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.
- שיקול דעת זה בעצם מצב שבו לבן אדם עומדות 2 אפשרויות או יותר והוא צריך לקבל החלטה.

התחולה של חריג שיקול הדעת

- ההלכה השוללת הטלת חובת זהירות על המדינה בעת הפעלת שיקול דעת מוגבלת רק להפעלה עצמה של שיקול הדעת ולא למעשה הנובע ממנה.
 - כלומר, כשמדובר בביצוע החלטה לאחר שזו התקבלה יחולו קני המידה הרגילים שנקבעו בפסיקה, ועל הרשות לפעול מתוך זהירות ובסבירות.
 - כשמדובר בשיקול דעת רשלני של הרשות על בית המשפט לצאת מנקודת הנחה שהמדינה לא תחוב בנזיקין אלא במקרים חריגים.
- כשיש חובה אין שיקול דעת.** פקיד שעובד בנתבי"ג אין לו שיקול דעת, זאת אומרת שהוא עושה בדיוק מה שהמעסיק שלו אמר, הוא לא יכול להעביר מישהו שיש לו עיכוב יציאה מהארץ רק כי הוא בא לו טוב בעין.

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

- **העובדות:** סכסוך בין שכנים הוביל משפחה אחת (וייס) להגיש מספר תלונות במשטרה בעקבות מעשי התנכלות שונים של משפחה שכנה (פנחסי) שגבלו בפגיעה ברכוש ובאיזונים לפגיעות בגוף. התובעים טענו כי התלונות לא טופלו ע"י המשטרה כראוי ולבסוף לא הייתה 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 מתחם רחב של שיקול-דעת החסין מפני תביעות, אבל היא אינה חסינה מפני תביעות בגין נזקים שנגרמים מפעולותיה או מחדליה 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 זה מדבר על סכסוך בין שתי משפחות, משפחת פנחסי התנכלה למשפחת וייס, השמיצה את שמם, ומשפחת וייס הגישה עשרות תלונות אך המשטרה בחרה להתעלם מהתלונות ולא לעשות כלום. משפחת וייס נאלצה בסופו של דבר למכור את הדירה שלה ולעבור לעיר אחרת, בגלל שגרמו להם לעשות את זה. לאחר מכן הם הגישו תביעת נזיקין נגד משפחת פנחסי ונגד משטרת ישראל. עלתה השאלה – האם המשטרה חווה בחובה להיזהר כלפי אנשים שיודעת שהם נמצאים בסכנה?

פס"ד וייס – השופטת דורנר

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

השופטת 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 קונקרטיה כלפיהם.
- אמנם, למשטרה יש שיקול-דעת רחב בנוגע לאופן הטיפול בתלונות שכן בידיה המומחיות הנדרשת להחליט על קו הפעולה המתאים.
- אבל, אין הדיון מותיר 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.

בעצם בודקת את יחסי השכינות

- 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 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.
 - השופטת דורנר מתערבת בשיקול הדעת של המשטרה במקרה זה.
- אומרת כי ההחלטה של המשטרה לא לבדוק את המקרים הללו למשך תקופה ארוכה זהו מקרי קיצוני שמחייב התערבות של ביהמ"ש למרות שיש שיקול דעת.
- דורנר, יוצרת איזה שהוא חריג למה ששמגר אמר – אומרת כי כן אפשר להתערב בשיקול הדעת וצריך לבחון את ההחלטה, אי אפשר לקבל אותה כתורה מסיני. המשטרה, אין לה שיקול דעת מוחלט, היא כפופה לביקורת של דיני הנזיקין (החלטה סבירה או לא).

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 לא 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.
- דורנר בודקת את סבירות ההתנהגות וסבירות ההחלטות של המשטרה – אומרת: אם היה מדובר באירוע בודד, או חד פעמי אז ברור שהמשטרה לא הייתה צריכה להידרש לזה בצורה משמעותית, אך מדובר על אירוע מתמשך שמראה על פגיעות קשות למשפחת וייס ולכן היא מעבירה כאן את הביקורת שלה על התפיסה של שמגר ואומרת ששופט כן יכול להעריך בכל זאת, האם ההחלטה שביצע "הגוף" היא החלטה סבירה או קיצונית.

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 הייתה 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 וברכושה של המשפחה, שלבסוף אילצו אותה לעזוב את ביתם אינה יכולה להיכלל במתחם 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 כששיקול 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.
- דורנר מוסיפה בפס"ד זה, את העניין של כן אפשר להתערב בשיקול הדעת של הרשות כשהיא הייתה בלתי סבירה בצורה קיצונית

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

- סכסוך פרץ בין בני זוג כשמהלכו תקף הגבר את בת זוגו. השכנים הזעיקו את המשטרה. לבית הגיעו שוטר יחד עם חיילת בשירות חובה במשטרה.
- הגבר ישב במרפסת והשוטר ניגש לשוחח עימו, כאשר בת זוגו יצאה לחצר עם השוטרת וטענה כי הגבר יהרוג אותה.
- הגבר ניסה לרדת לחצר ולשוחח עם בת זוגו אבל השוטר מנע זאת ממנו ודרש ממנו להיכנס לדירה.
- לאחר שהגבר ניסה לדחוף את השוטר, הודיע לו השוטר כי הוא עצור וכי עליו להתלוות איתו לתחנת המשטרה.
- הגבר ניסה להתחמק והתפתח ביניהם עימות אלים. 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.

מדובר היה בסכסוך במשפחה, אירוע שהתחיל מצעקות ושבירת כלים של בני זוג, השכנים שמעו זאת והזעיקו שוטרים. בניידת היה שוטר וחיילת שחם, כשהכוח הגיע, השוטרת (חיילת) לקחה את האישה לגינה הרחק מהבעל, והשוטר התחיל להתנהל מול בן הזוג. באיזה שהוא שלב השוטר רצה לעצור אותו לתחנת משטרה, השוטר לא אזק אותו לא איים עליו והדיון הזה התקיים בעצם במרפסת (לפני הגינה) ואז תוך כדי הדברים, הגבר ברח לתוך הסלון וסגר את הסורג שחוסם את היציאה מהסלון למרפסת בהתקף טירוף הוא ניגש לסלקל של תינוקו ובעט בו, הרים אותו וזרק אותו מהחלון והילד נהרג במקום. אותו אדם הורשע ברצח ונידון למאסר עולם. (השוטרים שהגיעו ראו שיש ילד גדול אך לא שמו לב שהיה בסלון תינוק בן כמה ימים וגם בני הזוג לא אמרו להם) עלתה שאלה לגבי התנהלות של השוטרים – אם האם חשה באיום, למה היא לא הסבה את תשומת הלב לשוטרים שיש תינוק בן כמה ימים בסלון? הטענה המרכזית של האמא הייתה: איך השוטר לא ירה כאשר הוא ראה את הגבר מרים את התינוק ורץ איתו לחלון? יש פה שיקול דעת גם של הקצין ששלח ניידת אחת, וגם שיקול דעת של השוטר בכמה צמתים, גם בצומת של לעזוב או לא לעזוב? ולירות או לא לירות? החלטות אלו ניתנות בשניות במקרה עצמו.

אם אנחנו כמו שמגר (פס"ד זוהר), נגיד כי אנחנו לא שוטרים ולא היינו באירוע הזה, נכון לפעמים יש החלטות שהתוצאה שלהם היא נזק אך זה לא אומר שהם בהכרח רשלניות.

או שנגיד כמו דורנר (פס"ד וייס), יש פה בעצם הפעלה של שיקול דעת והחלטה שהיא בלתי סבירה. האם ההחלטה לא לאזוק את הגבר ולא לירות בו, האם 2 החלטות אלו הם בלתי סבירות בצורה קיצונית?

השופט 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 האירוע משיקולים לא ענייניים. שימוש בסמכויות המעצר להגבלת תנועה הם אמצעים חריפים ויש לעשות בהם שימוש זהיר.
- מדובר באיזון בין מעצר שיכול להביא לצמצום הפגיעה בחפים מפשע מצד אחד לבין הגנה על חירות הפרט מצד שני. בעת עריכת איזון שכזה על השימוש בסמכויות המעצר להיעשות על פי שיקול דעת של כוח המשטרה בזמן אמת ואין להתערב בשיקול דעת זה מתוך ראייה בדיעבד של תוצאות המעשה.
- 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.

כעניין מעשי וכעניין של מדיניות משפטית, אין המשטרה יכולה להקצות את מלוא המשאבים העומדים לרשותה לכל מקרה ומקרה, ועליה להחליט, על פי שיקול דעתה, על חלוקת משאביה המוגבלים.

על כן, לשם קביעת היקפה של חובת הזהירות של המשטרה כלפי הציבור הרחב עלינו לאזן בין חובתה לשמירה על שלום הציבור ובין החשש מפני פגיעה בשיקול דעתה של המשטרה והחשש מפני שימוש עודף בסמכויותיה. על האיזון להתבצע על פי נסיבות המקרה, תוך התחשבות במידת הסכנה הקונקרטית הנשקפת וממידת הסתברותה."

- "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 יימצא 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 העניין, מוטל יהיה על התובע להראות כי **המשטרה חרגה משיקול הדעת המוקנה לה** בעת שמירה על שלום הציבור, בהראותו כי היה בידיה מידע קונקרטי וברור בדבר סכנה ממשית וקרובה לשלום הציבור, מצד גורם ידוע, והיא נמנעה מלעשות שימוש סביר בסמכויותיה בכדי למנוע סכנה זו.

ממשיך את דורנו, ואומר כי נכון שהשיטה של שמגר נכונה אך זה לא נותן לנו חסינות שהיא הגנה מוחלטת. מטיל אחריות במקרים שהחלטה הייתה בלתי סבירה בצורה קיצונית או במקרים בהם נמנעה המשטרה מלעשות שימוש בסמכויותיה.

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 בנוזקין.

- 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."

דבריו של השופט ג'וראן הם כמעט אותו דבר כמו של דורנר, מדובר בשוטר שהוא עובד מדינה והוא טוען כי באמת צריך לבדוק עם ההתנהגות (ההחלטה) הייתה סבירה או בלתי סבירה.

היקף אחריות הרשות – סיכום ביניים

- **בפס"ד מדינת ישראל נ' לוי** קבע בית המשפט כי כשהמדינה מפעילה שיקול דעת כיצד לפעול, הכלל הוא כי **לא ניתן להטיל 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 כשמדובר בהפעלת שיקול דעת**.
- במקרים חריגים, כשהחלטה של הרשות השלטונית אינה סבירה באופן קיצוני הרי שאז **לא תינתן לרשות המפעילה שיקול דעת חסינות מפני תביעה** בנוזקין 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?**

רשלנות רפואית

הקדמה

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

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.

סוגי התביעות

כשלחולה נגרם נזק גוף ע"י רופא יש שתי אפשרויות תביעה:

- (1) תביעה בגין מתן טיפול רשלני (הפרת החובה לתת טיפול רפואי ראוי) – הטענה המרכזית היא כי הרופא העניק טיפול באופן רשלני, למשל לא פעל בהתאם לפרוטוקול הניתוח שמקובל על מרבית הרופאים. – הדיון במצגת זו. תביעה ראשונה – קיבלתי טיפול, ביצעו אותו ברשלנות כלפיי ונגרם לי נזק.
- (2) תביעה בגין העדר הסכמה מדעת לטיפול (הפרת החובה למסור מידע) – הטענה המרכזית היא כי מידע בדבר הסיכונים הכרוכים במתן הטיפול הרפואי לא נמסרו במלואם למטופל, ולאור זאת הסכמתו לא הייתה מדעת או מלאה. המטופל/ התובע יטען כי הסיכון המסוים שהתממש במקרה שלו לא נמסר לו מראש ע"י הרופא ולכן הוא – המטופל – יכול היה להימנע מהנזק לו היה נמסר לו המידע, שכן אז הוא היה נמנע מקבלת הטיפול. – הדיון במצגת של עו"ד חוסאם חוסיין. תביעה שנייה – לא ביצעו בי טיפול, אך מדובר בקשר המילולי של הרופא בין המטופל.

יסוד חובת הזהירות – בשני סוגי התביעות

- **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 שנולד עם מום קשה שלא התגלה במהלך ההיריון (עילת התביעה של "חיים בעוולה" – טוב היה שלא נולד משנולד).
- **חובת הזהירות של רופא לחולה נובעת משתי מערכות של דינים:**
 - (1) **חוזית- כשקיים הסכם – בדרך כלל ברפואה פרטית - בין הרופא לחולה** לאספקת שרותי רפואה. חוזה כזה כולל תנאי מכללא לפיו הטיפול שיינתן לחולה יעמוד באמות המידה הנדרשות של מיומנות וסבירות (הש' אור, פס"ד דעקה).
 - (2) **נזיקית- עצם קיומם של יחסי חולה-רופא.** החולה פונה לקבלת עזרה מרופא הנוטל על עצמו מראש אחריות לתת שרות רפואי סביר וראוי. כיוון שהרופא נטל על עצמו אחריות מקצועית לדאוג למטופליו הוא נושא בחובת זהירות משפטית.יש חובה ברמת העיקרון שמוטלת על כל ציבור הרופאים כלפי כל ציבור המטופלים ולא משנה איך הגעת לרופא זה (פנייה מקופ"ח או פנייה פרטית), ברגע שנכנסנו לחדר הרופאים שלו הוא חבר בזהירות כלפינו.
יש שתי הצדקות ללמה רופאים צריכים להיזהר –
 - (1) מכיוון שרופאים חייבים להיזהר כי אנו סומכים עליו שיטפל בנו כראוי ואין לנו ידע ברפואה וכן הוא צריך להיזהר יותר מאיש מקצוע אחר.
 - (2) ברמה החוזית – כאשר אנו מגיעים אליו באופן פרטי, הוא מציע לנו את השירות שלו ואנחנו מקבלים אותו באמצעות קביעת תור ומשלמים לו, אז יש פה הסכם גם אם הוא לא כתוב ולכן הוא חייב לנו גם ברמה החוזית.יש תחום מסוים ברשלנות הרפואית בו נקבע שאין חובת זהירות – וזה בתחום תביעות של ילדים שנולדו עם מום קשה או מחלות קשות בטענה שהרופאים שליוו את מהלך ההיריון התרשלו.

ע"א 4025/91 צבי נגד קרול

עובדות:

- התובע, מר צבי, עבד כעובד זמני בבית חולים. לקראת העסקתו כעובד קבוע הופנה התובע ע"י מעבידו לבדיקה במכון רנטגן כדי לבחון את התאמתו לעבודה שכללה הרמה והעברה של חולים ממקום למקום.
 - ד"ר קרול בדק את הצילום שנערך למר צבי ולא איבחן בעיה בעמוד השדרה. בעיה רפואית זו אובחנה רק כמה חודשים יותר מאוחר לאחר שהתובע התקבל לעבודה במעמד של קבע והחל לסבול מכאבי גב ונערך לו צילום נוסף שם אותרה הבעיה.
 - בעקבות זאת הפסיק התובע לעבוד ותבע את ד"ר קרול בגין הרשלנות שבאי הגילוי של הבעיה בגבו. לו הייתה מתגלה הבעיה בבדיקה הראשונה לא היה נגרם הנזק.
- מדובר בעובד כוח עזר בביה"ח, כמו רוב האנשים שעובדים בתחום הזה, עיקר העבודה שלהם זה לעזור למאושפזים להגיע מנקודה אחת לנקודה השנייה והרבה פעמים צריך להרים אותם גם. יש אנשים שקשה מאוד להרים אותם וזה יכול לפגוע פיזית בעובד אם הוא באמת מרים משקלים כבדים. אותו עובד (צבי), הציעו לו בביה"ח להפוך להיות לעובד קבוע – לצורך כך שלחו אותו לבדוק את עמוד השדרה והגב, הוא הלך לאותו ד"ר שהיה צריך לפענח אותו, ואותו רופא אמר שאין לו שום בעיה ויכול לעבודה בעבודה הזאת כעובד קבוע ולאחר כמה חודשים הרגיש כאבי גב,

עשה צילום ושם איתרו אצלו בעיה בגב. הוא הגיש תביעה בגין רשלנות רפואית כנגד הרופא שבדק אותו בפעם הראשונה, לפני שהתחיל לעבוד כעובד קבוע.

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.

אם יהיה קייס בבחינה על רשלנות רפואית, לא נצטרך לדון בחובת זהירות מושגית כי השופט ברק אמר בפסד קרול שכל רופא חב חובת זהירות מושגית כלפי כל מטופל (להזכיר זאת במשפט אחד קצר).

פס"ד צבי נ' קרול – השופט 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." (יחסי שכנות).
- משבא המטופל אצל הרופא, מוטלת על הרופא חובת זהירות מושגית לנקוט כלפיו באמצעי זהירות סבירים. (בשנייה שנכנסו לרופא, מוטלת עליו חו"ז מושגית).
- חובת הזהירות הקונקרטיית מתמודדת עם שאלה שונה...השאלה, אם המזיק הספציפי צריך היה לצפות לקיומו של סיכון לניזוק הספציפי. האם חובת זהירות קונקרטיית כזו קיימת ביחסים שבין [התובע לנתבע]? התשובה על שאלה זו היא בחיוב. [הנתבע] צריך היה לקחת בחשבון, כי אם הוא יתרשל בפיענוח הצילום הראשון, עלול להיגרם נזק למערער. נזק זה מקורו בעבודה הפיזית הקשה אשר צפויה [לתובע] - עובדה אשר הייתה ידועה לרופא אם הבדיקה לא תגלה כל פגם.
- (גם החו"ז? הקונקרטיית 99% מהמקרים תתקיים ע"י הרופא כלפי המטופל).
- התביעה נדחתה כי נקבע שהרופא שערך את הבדיקה הראשונה לא התרשל- לא היה כל סימן בעת ביצוע הצילום הראשון שהעיד על בעיה בגב.

השלכות פס"ד צבי נ' קרול

- רופאים חבים בחובת זהירות מושגית לחולים שנמצאים בטיפולם.
- נקודת המוצא: בדרך כלל רופאים חבים גם בחובת זהירות קונקרטיית כלפי המטופל. ההתמקדות היא ביסוד הצפיות- עפ"י רוב מבחן זה מתקיים- הרופא יכול וצריך לצפות את הנזק בנסיבות המקרה.
- יש לבדוק את יסוד השכנות כשמדובר בחובה כלפי צד שלישי, ואת יסוד שיקולי המדיניות כשמדובר בסוגיות מיוחדות (כמו תביעת ילד שנולד עם מום מולד עקב העדר אבחון רשלני של המום במהלך מעקב ההיריון).
- 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 איידס).
- כיוון שבמרבית המקרים יש חובת זהירות, מרבית הפסיקה עוסקת בשאלות האם הייתה הפרה והאם ההפרה גרמה לנזק (התרשלות וקשר סיבתי).

(1) תביעות בגין מתן טיפול רשלני – יסוד ההפרה

- 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.
- החובה לא תהיה כשמי שיתבע הוא לא המטופל אלא אדם אחר, במקרים כאלה נצטרך לבדוק האם באמת יש חו"ז, כשבדרך כלל היסוד הבעייתי יהיה יסוד השכינות. אם ניקח את הגישה של שמגר יהיה לנו קשה להוכיח את הקשר בין הרופא לתובע שהוא לא המטופל.
- לדוגמא: אם רופא מטפל באדם שסובל ממחלת מין מדבקת, ואותו מטופל קיים יחסי מין בלתי מוגנים ואותה אישה נדבקה במחלה. לרוב האישה תתבע את הרופא, מכיוון שהכיס של הרופא הוא יותר עמוק. ולכן, עדיף ברמת העיקרון לתבוע את הרופא כי רופא תמיד ישלם, אך היא תצטרך להוכיח את יחסי השכינות ביניהם. צריך לבדוק כמה דברים, בין היתר לבדוק שאותו נתבע היה צריך לזהות את התובע בתור אחד שיפגע מהמקרה הנ"ל.
- 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 לנזק 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).
- צריך לבחון מקרה זה על פי סטנדרט של מה רופא סביר וזהיר היה עושה עפ"י נסיבות המקרה.

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 עם מחלה גנטית. נקבע: לאור ההיסטוריה הרפואית (מות בנם השני עם לידתו) היה על הגניקולוג להפנות את הזוג לייעוץ גנטי אצל מומחה.
- אנו בודקים רופא עפ"י המומחיות שלו, ז"א אם אנחנו הולכים לאורתופד אנו נבדוק מה אורתופדים סבירים היו עושים במקומו.

התחשבות בנסיבות הטיפול

- כשבודקים את ההתנהגות הראויה יש להתחשב גם בנסיבות הטיפול.
- רמת הזהירות הנדרשת מרופא בחדר מיון שאין לו זמן לעסוק בבירור יסודי של הבעיה נמוכה מזו הנדרשת מרופא מומחה המקבל את החולה במרפאה.
- ת.א. (מחוזי-ירושלים) 917/95 עזרן נ' קופ"ח: תביעת רשלנות בגין אי גילוי של גידול אצל החולה בתעלת השמע של אוזנה הימנית והסרתו במועד. התביעה הוגשה כנגד רופאת המשפחה וקופת החולים שבה עבדה וכנגד בית החולים (רמב"ם) שהינו בית חולים ממשלתי.
- 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.
- כשאנו שופטים או בודקים את התנהגות הרופא, אנו בודקים בנסיבות של אותו מקרה. אומר השופט ברק שצריך להסתכל על הנסיבות, כי לפעמים הנסיבות יכולות להקל על הנתבע ולפעמים הם יגרמו שנהיה יותר קפדניים וזהירים.
- תביעה זו נדחתה, ביה"ח לא נמצאו רשלנים כי הם היו בחדר מיון לעומת רופא משפחה שיש לו זמן לבדוק את היעוץ שנותן.

הפרקטיקה המקובלת – העיקרון המנחה

עיקרון זה אומר שאם איש מקצוע פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחומו (כמו אורתופד), אז הנחת העבודה תהיה שהוא לא התרשל ולא הפר את חו"ז. כלומר, אם רוב הרופאים היו מגבסים את היד של הילד וזה מה שעשה אותו רופא אז הנחת העבודה תהיה שהרופא לא התרשל, למה הנחת העבודה? כי ביהמ"ש מוסמך לקבוע שהפרקטיקה עצמה כולה, היא רשלנית.

- ההחלטה בדבר סבירות פעולותיו של הרופא הנתבע נקבעת בהתחשב בפרקטיקה הנוהגת בעת האירוע שגרם לנזק ובהתאם לנורמות המקובלות ע"י רופאים אחרים באותה עת.
- כשרופא פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחום הרי שגם אם הטיפול לא הצליח לא תוטל עליו אחריות ברשלנות (אלא אם הפרקטיקה עצמה רשלנית).
- ע"א 323/89 קוהרי נ' מד"י: התובעת אושפזה כדי לבדוק אם לקתה במחלת עור. נערכו לה בדיקות שקבעו שהיא סובלת ממחלה זו.
- באחת הבדיקות התגלה גידול בכבד ללא קשר למחלת העור. הוחלט להסיר גידול זה אבל כשנותחה גילו הרופאים במהלך הניתוח שקיים גידול נוסף בכבד. הרופאים החליטו לא להסיר את הגידולים אלא לחסום את זרימת הדם לאזור הגידול הגדול כדי לצמצם את גודלו. הניתוח בוצע ולאחר יום חלה הדרדרות במצב. התובעת נותרה בתרדמת עמוקה. בני משפחתה הגישו בשמה תביעה נגד הרופאים.
- בית המשפט המחוזי דחה את תביעת החולה.

פס"ד קוהרי

דעת הרוב (השופטים מ' בייסקי וד' לוינ):

- 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 הנהוג 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?
התביעה נדחתה מכיוון שהעיקרון הוא מעבר לנוסחת HAND זה לבדוק גם מה עושים רוב הרופאים בתחום, במקרה זה רופא פעל לפי מה שרוב הרופאים כמוהו עושים.

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

הטענה שנשמעה כלפי העיקרון הזה, שבסופו של דבר הוא לא באמת יכול להגיע לתוצאה מוצדקת, שהקביעה צריכה להגיע מצד אובייקטיבי.

- עקרונית, המילה האחרונה בקביעת התרשלות הרופא היא בית המשפט.
- ע"א 612/78 פאר נ' קופר: התובע ביקש לעבור ניתוח להסרת בליטה ברגלו. הוא סבל גם ממום נדיר ברגל של היצרות עורקים שהוחמר עקב הניתוח. הדבר הוביל לנמק ולכריתה של הרגל. ניתן היה למנוע את ביצוע הניתוח ואת הנזק שנגרם לאחריו לו היו מבצעים בדיקה של הדופק ברגל לפני הניתוח.
מדובר היה באדם שנכנס לניתוח חצי קוסמטי, היה לו בליטה ברגל ורצה להסיר אותה. הוא סבל בעצם בלי שידע מתופעה נדירה של היצרות עורקים ואחרי שעבר את הניתוח הרימו את רגלו כדי שתוכל לנוח והוא סבל מאוד ונגרם נמק, מכיוון שלא בדקו למה כ"כ כואב לו, הוא היה צריך לעבור כריתה של הרגל מניתוח כל כך פשוט. הטענה של הרופאים הייתה שזאת תופעה מאוד נדירה, ושהפרקטיקה היא לא לבדוק את הדופק ברגל לפני הניתוח. אם הרופאים היו עושים את זה, הם היו מגלים שהדופק איטי והיו נערכים בהתאם לניתוח ולאחרי הניתוח. אם אנו מפעילים את נוסחת HAND ההפעלה היא פשוטה, כי העלות היא אפסית אולי עלות דקת זמן. מבחינת התוחלת של הנזק, נכון שהמום נדיר והנזק גדול, אולי מבחינת הסבירות הנזק לא גדול אך עדיין צריך לנסות למנוע זאת. **ביהמ"ש אומר שכל הפרקטיקה כולה היא רשלנית.**
- השופט ש' לוינ: השאלה האם הרופא התרשל היא עניין משפטי ולא שאלה מדעית הנתונה לחוות דעת רפואית. התביעה כנגד הרופא התקבלה.

- ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל: התובע עבר ניתוח בגב להסרת צלקת שאמור היה להיות במקור ניתוח לאיחוי חוליות. הניתוח גרם לנזק רב יותר שכן הוא פגע בחוט השדרה וגרם לאי שליטה בסוגרים ולפגיעה בכוח אוונו של התובע.

הניתוח לא עבר בהצלחה, השופט שמגר אומר שאומנם עיקרון הפרקטיקה חשובה אך אין בכוחה לקבוע והיא לא הסמכות הקובעת אם הרופא התרשל, זאת סמכות שניתנת לשופטים ולא לרופאים.

- **הנשיא שמגר: עיקרון הפרקטיקה הרפואית המקובלת היא בעלת משקל, אבל אין לה משקל מכריע, ואין בכוחה לקבוע באופן סופי האם הרופא התרשל.** זו סמכות שניתנה לשופט. התביעה התקבלה גם בגין אי גילוי מידע (עוולת התקיפה).

ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד

- **העובדות:** הנתבע, רופא שיניים במקצועו, העניק את שירותיו בהתנדבות. הרופא עשה שימוש במזרק הרדמה 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 (חומר ההרדמה גרם לנזק מוחי).
הגיע רופא מאנגליה לפריפריה להתנדבות לתת טיפול שיניים לילדים. רופא שיניים מרדים את המקום לפני הטיפול, באותה תקופה היו שני סוגים של מזרקים, היה מזרק "ישן" שאחת מתופעות הלוואי שלו היו שחומר ההרדמה שלו לא נשאר באזור השן אלא יכול לעלות למוח. היה מזרק יותר חדש, שמנע את עלייתו של החומר לאזור המוח. אותו רופא הזריק עם המזרק הישן ולראשונה בעולם חומר ההרדמה עלה לאותה ילד למוח וגרם לה לשיתוק.
- **המחלוקת:** האם השימוש במזרק הרדמה מהסוג שבו השתמש הרופא הנתבע היה רשלני לאור קיומו של מזרק חדש יותר.
כאן היה קשה לקבוע מה הייתה הפרקטיקה מכיוון שהיו שני סוגים של מזרקים.
- **נפסק** (הש' בייניש): **לפרקטיקה הרפואית הנוהגת יש משקל רב אבל לא מכריע כשהשופט מכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסוימת.**
הש' בייניש (יחד עם שופטי הרוב): **הרופא לא יכול לפטור את עצמו מאחריות בנזיקין אם הוא מוכיח כי גם רופאים אחרים נהגו באותה דרך בה הוא נהג.** הדבר נכון עוד יותר כשמדובר במחלוקת מורכבת מבחינה מקצועית וכשיש חוות דעת נוגדות ביחס לטיפול הרפואי הראוי.
השופטת חשבה שכל הפרקטיקה הייתה רשלנית מלכתחילה, כי ברגע שיש מזרק יותר חדש כל הרופאים אמורים להשתמש בו. היא אמרה שהרופא לא יכול לפטור את עצמו מאחריות בנזיקין גם אם הוא מוכיח שיתר הרופאים פועלים כך,
- **התביעה נדחתה בע"א.** התביעה התקבלה בד"נ (דעת המיעוט הפכה לרוב).

דוקטרינת שתי האסכולות (שתי דרכים לטיפול)

- **השאלה:** כיצד בית משפט מכריע כשאין פרקטיקה רפואית אחת אלא כשאפשר לבחור מבחינה רפואית-מקצועית בדרך טיפול מסוימת מתוך מספר דרכי טיפול אפשריות ומקובלות לבעיה רפואית נתונה?
הרבה פעמים קורה שיש שתי אפשרויות לטפל באדם והרופא אמר זאת למטופל והמטופל הסכים, מה קורה במצב כזה? דרך מוכרת שחלק מהרופאים נוקטים בה. לדוגמא: 80% מהאורתופדים היו בוחרים בחלק א ודווקא הרופא שלי החליט ללכת בדרך של ה-20% מהרופאים, מה קורה אז?
ביהמ"ש אומר שאם רופא נותן טיפול רפואי שהוא מוכר וידוע, אך הוא פחות מקובל – עדיין אם הוא מוכיח שזאת דרך מוכרת גם אם פחות מוכרת, עדיין הנחת העבודה תהיה שהוא לא התרשל.
- **עקרונית, כשרופא נוהג בהתאם לאחת מהאסכולות המקובלות ברפואה הוא לא יימצא רשלן.**

• ע"א 4384/90 ואתורי נ' בי"ח לניאדו:

אישה נפטרה לאחר שהגיעה לבית החולים בשבוע ה-25 להריון עם ירידת מים. הרופאים ניסו לשמור על ההריון ולא להפסיקו מייד, דבר שהביא לזיהום בגופה של האישה ולמותה לאחר 12 ימי אשפוז.

אישה עם שני ילדים הגיעה לביה"ח בהריון שלישי, הגיעה עם ירידת מים (מה שקורה בדרך כלל זה שהרופאים מילדים) במצב כזה, שאישה מגיעה בשבוע מוקדם, יש סכנה לילד עצמו אם יוולד בשבוע כזה מוקדם.

יש שתי גישות לאותה תקופה: הגישה היותר מקובלת היא לילד כמה שיותר מהר ולהעביר לפגייה ולקוות שהילד ישרוד, דרך אחרת (פחות מקובלת) לנסות למשוך את ההריון במעקב צמוד, ככל שניילד יותר מאוחר הסיכוי שלו לשרוד יגדל.

ביה"ח משכו את ההריון, אך היא כן חטפה זיהום, היא מתה וגם העובר שלה לא זכה לחיים. עלתה השאלה האם הרופאים התרשלו? היו פה שני סוגים של התביעות שדיברנו: גם כי לא שיתפו אותה בהחלטה ולא הביעה דעה (ולכן התביעה התקבלה מחוסר ידע). לגבי עצם האשפוז שלה תחת השגחה ולמשוך את ההריון, עלתה השאלה האם החלטה זו הייתה רשלנית? האם הפרקטיקה המקובלת לא חייבה את הרופאים לילד אותה כמה שיותר מהר?

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

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 מייד התיישבה עם אחת מהגישות המקובלות על חלק מהרופאים בתחום.
- **הש' מצא:** פעולת רופא לא תחשב רשלנית אם היא התבססה על העדפת תפיסה אחת מבין האסכולות הרפואיות המקובלות.
- נכון שהחלטה של הרופאים הייתה טרגית, אך עצם ההחלטה לטפל בה ולא לילד אותה מיד זה לא היה רשלני. (היום מקובל לילד מיד)
- התביעה התקבלה בהקשר של היעדר הסכמה מדעת.**
- **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. אומרים שאם לא נפעל לפי מה שמקובל בחברה, הם יתגוננו יותר מדי ויפגעו בנו המטופלים ולכן כדי להימנע מכך צריך לפעול לפי פרקטיקה מקובלת.
- 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.
- אם אנו רוצים שרופאים יזהרו יותר ויתקדמו לטיפולים יותר חדשניים, אנו צריכים לא רק ללכת לפי מה שמקובל כי זה קצת ישן אלא לתת להם להתעדכן ולהתקדם מחוץ לאזור הנוחות.
- 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).
- השקפים הבאים ידגימו זאת.

ביהמ"ש בדרך כלל יתערב במקרים הפשוטים, שאפשר להפעיל בקלות את נוסחת הHAND או כאשר ניתן לראות בקלות שאותו רופא לא פעל לפי הפרקטיקה המקובלת.

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' ביניש (דעת מיעוט): יש מקום להתערב בפרקטיקה המקובלת. על אף השימוש בשיטת טיפול מקובלת הייתה 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' וייגל).
- **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 השנייה מבחינת האפשרות למנוע את הנזק שנגרם (כמו בפס"ד ואתורי).
- במקרים כאלה שהפעלה פשוטה, השופט חוטר לאיפה אנחנו רוצים להגיע בעתיד ולא רק לגבי פס"ד מסוים. הטענה של השופטת כי לא היו כאן שתי אפשרויות מכיוון שהפרקטיקה הישנה כבר הייתה רשלנית.

פס"ד פלונית נ' קליפורד – דעת הרוב בע"א

- **אין להתערב בפרקטיקה שהייתה 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' לוי: 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 בצידוד 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.

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 שבת המשפט שוקל אבל זה לא השיקול היחיד. **במקרים לא שכיחים הפרקטיקה המקובלת תוגדר כרשלנית.**
- אור אומר שבמקרים נדירים יקבע כי הפרקטיקה המקובלת רשלנית, זה יקרה במקרים שיהיו בהם כבר פרקטיקה יותר חדשנית.
- השופט אור מסתמך על דברי הנשיא ברק בפס"ד צבי נ' קרול, ומפרט את השיקולים הרלוונטיים כשבוחנים את שאלת ההתרשלות: **הסתברות להתרחשות הנזק, ההוצאות הכרוכות במניעת הנזק, חומרת הנזק, הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק (נוסחת HAND).**
- **יישום של נוסחת הנד מוביל למסקנה כי הרופא במקרה זה התרשל.**

יישום נוסחת HAND 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 ראיה, 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 הייתה ידועה התופעה של זרימת חומר ההרדמה למוח שעלול לגרום לנזקים חולפים. נזק מהסוג שנגרם למוח היה ידוע, אבל עוצמתו לא הייתה ידועה.** במקרה זה, על שקית ההרדמה היצרן כתב שעדיף להשתמש רק עם המזרק החדש.
- **שימוש באמצעי פשוט ונגיש של מזרק שואב היה מונע את תופעות הלוואי הכרוכות בהזרקת חומר הרדמה לתוך העורק של החולה.**

המועד הרלבנטי לקביעת הפרקטיקה

- **פס"ד קליפורד** מוכיח שפרקטיקה נהגת ברפואה עשויה להשתנות עם הזמן (מעבר ממזרק לא שואב למזרק שואב שמונע נזקים), ופרקטיקה שהייתה מקובלת בעבר עשויה להיחשב כבלתי אחראית כיום.
- לכן, כשבאים לקבוע האם הרופא התרשל אין לנהוג כחכם לאחר מעשה, כלומר אין מקום לנתח את המקרה במבט לאחור, אלא יש להיכנס לנעלי המעורבים בכל מקרה ומקרה בזמן אמת, כלומר בעת קרות האירוע ולבחון את מעשי הרופא בעת ההתרחשות (כך נקבע גם בפס"ד שטראוס נ' יובל).
- מכאן, חידושים ברפואה שלא היו ידועים בעת במקרה לא יילקחו בחשבון בעת בדיקת ההתרשלות בבית המשפט.
- **השאלה**: מהו הידע הרפואי במועד הרלבנטי לאירוע הנזק. שאלה זו נבדקת באמצעות זיכרונם של המומחים והספרות הרפואית המקצועית באותה תקופה.

ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי שיבא

- **עובדות:** התובע נולד ב- 1974 עם שיתוק בשתי ידיו, לאחר שחולץ במהלך לידה טבעית כאשר היה במצג עכוז (כלומר, העכוז יצא לפני הראש).
- פס"ד שהוגש אחרי המון שנים, בלידות בד"כ בודקים שהילד נולד עם הראש למעטה והרגליים למעטה. היום סטנדרט הוא ניתוח קיסרי למצב בו התינוק הפוך. באותה תקופה, היו כמה פרקטיקות, במקרה זה הילד נולד במצג עכוז אך באותה תקופה הייתה הנחיה שאם מגיע עובד במצג עכוז לילד אותו בניתוח קיסרי.
- לטענת התובע לידה במצג עכוז מוגדרת כלידה בסיכון ולפיכך נדרשו נוכחות של רופא בכיר וביצוע של ניתוח קיסרי ולא ביצוע של לידה טבעית.
- **בית המשפט המחוזי:** העובדה שהתובע לא נולד בניתוח קיסרי אינה מהווה רשלנות שכן לידה טבעית לא חרגה מהפרקטיקה שהייתה מקובלת באותה עת.
- **השאלה:** האם יש בהנהגתה של פרקטיקה רפואית מתקדמת בבית חולים, יותר מהמקובל בבתי חולים אחרים, כדי להטיל על רופאים חובת זהירות התואמת את אותה פרקטיקה או שמא יש להעריך את סבירות הטיפול שניתן בבית החולים עפ"י פרקטיקה קודמת שבה נוקטים עדיין בתי חולים אחרים.
- **הנשיא ברק:** יש להשוות את התנהגות הרופא הנתבע להתנהגות המקובלת בבית החולים גם אם היא מתקדמת יותר. הערעור של החולה התקבל.
- ברק אומר, שצריך לשפוט לפי הפרקטיקה החדשה מכיוון שביה"ח בו הייתה הלידה כבר התמחה ביה"ח בניתוח קיסרי והפרקטיקה נהייתה מקובלת.

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 מסוים סטה המזיק מרמת ההתנהגות הגבוהה יותר שקבע לעצמו, הוא יחויב 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 שהייתה 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 ש**בתי 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 הייתה ידועה ונגישה באופן סביר הרי שאובייקטיבית בבתי חולים אחרים לא הייתה התפתחות זו נגישה באותה מידה. משום כך, ייתכן שבנסיבות דומות של בתי חולים שכאלה לא הייתה מוטלת אחריות בנוזקין.

- במקרה זה, משנהגה בבית החולים פרקטיקה חדשה היה הרופא צריך להכיר פרקטיקה זו ולנהוג על פיה. מזה שלא עשה כן התרשל.
- המטרה בפסיקה זו היא לקבוע סטנדרטים גבוהים כאשר אין בכך נטל כבד מדי.

נזק כלכלי טהור, מצג שווא רשלני וחיווי דעה

נזק הנגרם רק בכסף, ללא פגיעה בגוף או ברכוש שלנו שכתוצאה מהם אנו הפסדנו כסף, אלא פגיעה ישירה בכסף שלנו.

- (1) האם זה משנה לנו אם הנזק הוא כלכלי בלבד?
- (2) הדרך שבה נגרם הנזק – מצב של מצג שווא או חיווי דעה (נזק שנגרם במסירת מידע).
אקטיבי : כשמישהו נותן לי מידע רשלני ומוטעה.
מחדל : כשמישהו לא נותן לי מידע (אי מסירת מידע) ומכך נגרם לי נזק כלכלי טהור.

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 (סעיף 2 למעלה) :

מעשה או מחדל רשלני

מתן מידע לא מדויק (מצג עובדתי רשלני) (לדוג : מידע שיש לעיריות ואין אותו לאף אחד אחר, כשאנו פונים אליהם בכדי לבנות גג – רק הם יודעים אם מותר לנו או לא, הפקיד שאנו מגיעים אליו נותן לנו מידע (עובדה) אם מותר לנו או לא, לאחר מכן הולכים למהנדס לבקש חוות דעת לבניית הגג – זה חוות דעת מקצועית שרשומה בדרך הבאה).

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.
- **לדוגמא:** 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?

המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה

מושב קדימה רצה לבנות מגדל מים שיספק מים לתושבים במושב, הם פנו לשני אנשי מקצוע. דבר ראשון למהנדס בשם כץ וביקשו ממנו חוות דעת (תוכניות) לבניית המגדל, כץ נתן להם את התוכניות ולאחר מכן הם פנו לקבלן בשם וינשטיין על מנת שיבנה לפי התוכניות שקיבלו מכץ. לאחר תקופה קצר המים התחילו לדלוף, המושב פנה לוינשטיין בטענה כי לא בנה נכון את המגדל ושהוא לא עובד טוב.

וינשטיין טען – או שמילאו יותר מדי מים או שהמהנדס נתן להם חוות דעת רשלנית.

וינשטיין הגיש תביעת חוזים נגד המושב, ותביעת נזיקין נגד המהנדס כץ.

השאלה שהייתה במקרה: האם אפשר להטיל אחריות על המהנדס אל מול וינשטיין? – כי הנזק פה הוא כספי ישיר, וינשטיין לא נפגע מכץ הוא פשוט לא קיבל כסף על עבודתו.

- הקבלן וינשטיין התחייב בחוזה לבנות עבור מושב קדימה מיכל מים של 1,000 מטרים מעוקבים, וזאת בהתאם לתוכניתו 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 לוינשטיין את שכרו. הקבלן וינשטיין טען שיש 2 סיבות אפשרויות 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 ברשלנות.
- בין הקבלן למהנדס לא היו יחסים חוזיים.
- השאלה: היש למהנדס חובת זהירות כלפי הקבלן בשל הנזק הכלכלי שנגרם?

הרקע לפסק דין וינשטיין נ' קדימה

הבסיס לפסיקה היה פס"ד עם הבירה והאישה ששתתה אותה.

- 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.

הש' אגרנט אומר שגם בפס"ד של הבירה השחורה, היצרן של הבירה הציג מצג עובדתי לא נכון – בעצם אומר שיש כאן משקה תקין לשתיה (זו עובדה לא נכונה).

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 לווה בפגיעה בגוף או ברכוש?

הנטייה של הפסיקה באנגליה: יש להשיב על שאלות אלה בשלילה.

כיצד פסקו בפס"ד וינשטיין?

אחריות לנזק כלכלי טהור

• הש' אגרנט: יש להטיל חובת זהירות על מזיק שגרם לנזק כלכלי טהור.

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 הנזיקין לא מגבילה את האחריות לסוג נזק מסוים.**

"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 הייתה מתגלה אילו נקטתי זהירות מסתברת, וזה יניע את שכני (כאשר התכוונתי כי זה יניע אותן) לסכן את הונו בסמכו על הודעתי, מדוע יש לשלול ממנו תרופה נגדי, במקרה של חורבנו הכלכלי?"

• אבל, הקביעה של הש' אגרנט שסוג הנזק אינו רלבנטי בקביעת חובת זהירות מתייחסת למצג 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?

אחריות לנזק כלכלי טהור כתוצאה ממעשי רשלנות

• 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 מהרוכשים 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 דלקת 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 שנוק הגוף מעורר ביתר קלות לתגובה אוהדת מנזק שמתבטא רק בפגיעה בכיס.

כשאדם קונה דירה, זה בד"כ העסקה הכי גדולה שנעשית בחייו וקבלנים זה העסק שלהם והם יודעים מה לא בסדר באיך שהם בונים – יש פה פער אדיר בין קבלנים שבונים דירות לאנשים שרוכשים אותן. לנדוי אומר: יש להטיל אחריות גם אם הספיקה הדירה לעבור כמה ידיים (ז"א לא משנה כמה זמן עבר עד שהתגלה הפגם, הוא מגן על הרוכשי דירות ובעצם מטיל אחריות מורחבת על הקבלנים מכיוון שזה העסק שלהם והמומחיות שלהם).

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 ידיים 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

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:
- "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 לדיון 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: 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.

אחריות למצג שווה עובדתי וחוות דעת רשלנית

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, תוכניות המהנדס הוכנו לשם מטרה מסוימת והיא הקמת מיכל מסוים עבור מזמין מסוים (מושב קדימה) במקום מסוים ולכן ניתן להטיל עקרונית על המהנדס חובת זהירות.
- **ההתמקדות צריכה להיות ביסוד השכנות בין היתר (אם תהיה שאלה דומה למקרה הזה במבחן), צריך לזכור שבנושא הספציפי הזה יש תנאים ספציפיים – כדי שתוטל חו"ז? אנו צריכים להוכיח שחוות הדעת ניתנה לעסקה מסוימת.**
- הש' אגרנט אומר שאי אפשר להטיל חו"ז על אדם שמוסר את דעתו בצורה חברתית ולא רשמית/עסקית. יש הבדל בין אדם שאנו פוגשים אותו במסיבה בערב ועל הדרך הוא מייצע לנו בתחום מסוים (בסיטואציה כזאת, אומר אגרנט אם פעלת על סמך דעתו לא נוכל לתבוע אותו), חו"ז תוטל אם נבוא למשרדו של עו"ד בבוקר ונבקש את שירותו ואת חוות דעתו.

בפס"ד דנן התנאי הזה מתקיים, פנו אליו בשעות פעילות המשרד והגדירו עסקה מסוימת וספציפית.

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' ארגנט:** אין לחייב מזיק שהציג מצג רשלני שהביא לנזקים כספיים שהיקפן המקסימאלי אינו ניתן להגדרה מראש, בתשלום פיצויים כיוון שבכך תוטל 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 בנסיבות פס"ד וינשטיין אין הגבלה זו עומדת למכשול בפני הכרתה והטלתה של חובת זהירות.
- תנאי נוסף, זה שגובה הנזק הכספי יהיה ניתן להערכה מראש אם חוות הדעת תהיה רשלנית.
- לדוג: יועץ השקעות, לא יכול להעריך מראש כמה יסתמכו על עצתו או איזה סכום ישקיעו.
- במקרה זה, כץ (המהנדס) יכל להעריך מה יהיה גובה הנזק כי ידע כמה קבלנים מקבלים על עבודה כזו.

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' ארגנט:** 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 העסקה נשוא חוות הדעת.
 - **הש' ארגנט:** המזיק יחוב חובת זהירות גם כלפי אדם השייך לסוג של אנשים המוגדר ע"י העסקה 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 תוכניותיו ומסר אותן למושב, את זהותו של הקבלן, הרי שידע שישמשו להקמת המיכל ע"י קבלן שזהותו תיקבע עם חתימת החוזה והתכוון שהקבלן יסתמך עליה.
- תנאי נוסף, זה שצריך לדעת מי יפגע מחוות הדעת הרשלנית. הרבה מאוד פעמים בעל המקצוע שמוסר את המידע וחוות הדעת לא יודע מי זה בדיוק ולכן הפסיקה באה ואומרת זה בסדר, אך אם הבעל מקצוע כן יודע לזהות את הקבוצה שאמורה להיפגע והיא קבוצה קטנה – זה מספיק. במקרה דנן, הרי כץ לא ידע שספציפית וינשטיין הוא זה שיבנה את מיכל המים, אז על פניו הוא יכל לטעון איך הוא יכל לחוב חו"ז כלפי מישהו שהוא לא יודע מי זה?
- ביהמ"ש קבע כי הוא כן יודע שמי שיבנה זה קבוצה של "קבלנים" וכלפיהם היה צריך להזהר (לא משנה אם זה וינשטיין או קבלן אחר).**

שיקול אחרון – הסתמכות והעדר בדיקה נוספת

- (4) בעל מקצוע חב בחובת זהירות שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרה של עסקה 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 בנסיבות, 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**: בנסיבות המקרה, המהנדס כץ יכול היה לצפות כי הקבלן וינשטיין יבדוק את התוכנית, ובדיקה זו מסירה מעל כץ את חובת הזהירות כלפי וינשטיין.

תביעת הקבלן כנגד המהנדס נדחתה. ההסתמכות צריכה להיות מלאה, אם ידוע שאותו אדם שקיבל את חוות הדעת לא יסתמך וילך לבדוק עוד חוות דעת אז אין הסתמכות מלאה וזה מפיל את השכינות.

סיכום עד כאן – מצג רשלני וחוות דעת רשלנית

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 לעניין שלשמו נערכה חוות הדעת. לא צריך להוכיח שבעל המקצוע ידע מראש את זהות התובע; די בכך שזהותו עתידה להתברר.

לדוגמא

- חברה מבקשת מרואה החשבון שלה אישור שמצבה הכספי טוב כדי שתוכל לקבל אשראי מהבנק. רואה החשבון לא יודע בדיוק מי ייתן את ההלוואה אבל הוא יודע שהאישור שלו חשוב לצורך קבלת הלוואה מבנק כלשהו.
- רואה החשבון יודע שנותן ההלוואה (הבנק) יסתמך על האישור שלו והוא יודע שהאישור, ככל הנראה, לא ייבדק ע"י נותן ההלוואה.
- אם הבנק המלווה נתן את ההלוואה על סמך האישור של רואה החשבון ומתברר שחוות הדעת של רואה החשבון לא הייתה מדויקת כיוון שהחברה במצב כספי קשה ולא יכולה להחזיר את ההלוואה, יוכל הבנק לתבוע את רואה החשבון ברשלנות בגין חוות הדעת שנתן.

העדר בדיקה נוספת כתנאי חשוב להטלת חובת הזהירות

- 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. בתוכניות המיתאר 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 מיתאר חדשה שהקפידה 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.

מדובר היה במנכל של חברה קבלנית שהתמתחה בבנייה של מבנים בתעשייה, אותו מנכל רכש עבור החברה חלקה באזור התעשייה של קריית אתא, בכתב התביעה טען שבא לפקידים של העירייה נאמר כי הוא יכול לבנות שם. טען שלא אמרו לו ש 4 שנים לפני שהוא רכש, המדינה סיווגה את הקרקע הזאת כקרקע חקלאית (קרקע שלא בונים עליה). העירייה פעלה לביטול הסיווג הזה, ולכן 4 שנים אחרי שהמנכל רכש את הקרקע, הועדה ביטלה את הסיווג החקלאי והיה אפשר להתחיל לבנות על הקרקע הזו. עוד לפני שהמנכל התחיל לבנות, המדינה החליטה שבמקום יהיה מחלף. החברה טענה כי נגרם נזק כלכלי, כי הוציאו כסף לרכישת קרקע מתוך מטרה להחזיר את הכסף וגם לעשות רווח. לפני הרכישה, שאל את הפקידים בעירייה מה ניתן לעשות בחלקה – ונאמר לו כי מדובר בשטח לבנייה (הסתמך הסתמכות מלאה על מה שנאמר לו).

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.

שמגר אומר שכמובן יש צפיות טכנית.

פס"ד אילנקו – השופט שמגר על דרישת השכינות

- 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?
- ה'ש' שמגר מסתמך על הלכת וינשטיין:
בעל מקצוע חב בחובה שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרת עסקה 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 העתיד 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.
- ה'ש' 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 שההסתמכות 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.
- שמגר אומר כי במקרה הזה, אנו לא שולטים במידע וזאת הסיבה שאנחנו הולכים לעירייה, אם הייתה לי אפשרות לבדוק את המידע לאחר שנמסר לי או להשיג את המידע הזה לבד – אז היה ניתן להפיל את התביעה.
- אומר השופט שמגר זה שכאשר הרשות מחזיקה במידע והעובדים שלה עובדים, כמובן שהם צריכים להיזהר במיוחד ולכן יש פה ברמה המושגית, הטלה של החובה כלפי עובדי המדינה.

פס"ד אילנקו – חובת זהירות קונקרטי

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

- מחלקת מהנדס העיר בעיריית קריית-אתא מרכזת בידיה מידע חיוני בנושאי תכנון ובניה, גם בנושא קרקעות שהוכרזו 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 של חברת בנייה**. ז"א שהיו ביניהם גם יחסים קודמים.
- בנסיבות אלה, כשנעשתה פנייה למחלקת מהנדס העיר לביור מוצה התכנוני של החלקה, על הפקיד שמסר את המידע למסור לפונה את דבר קיומה של הכרזה 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 הקונקרטי):

הש' שמגר: יש לבדוק כל מקרה לגופו.

עקרונית, במרבית המקרים ניתן להניח שלא תבצע 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 התוכניות 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 שהקרקע חקלאית) ולכן התביעה נדחתה.

אחריות כלפי צדדים שלישיים בלתי מזוהים

- **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 ייתן לחברה תינתן לו אופציה למשך 60 יום לרכוש ממניותיה ובכך הפוך לבעלים שלה יחד עם הבעלים הנוכחיים.
- לויט התבקש ע"י הבעלים של חברת מרכבה לתת ערבות לטובת בנק מסד, כדי שהבנק ייתן לחברה הלוואה לרכישת רכבים נוספים. הבעלים של החברה מסרה 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 הייתה 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 בעסקה, 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 נותן עצה ומידע חב בחובת זהירות כלפי צד שלישי אשר לא פנה אליו?**