

קורס

"דיני נזיקין"

(מחברת)

מרצה : ד"ר רועי גילבר
מתרגל : עו"ד עדי ניב-יגודה

שנה א' מסלול 1

נעם קפלן - פאר

ת.ז. : 314629338

שנה : 2017-2018

המכללה האקדמית נתניה
פקולטה למשפטים

מהם דיני נזיקין?

- דיני הנזיקין מתייחסים לארועים שונים שהתוצאה שלהם היא נזק, או שהם עלולים לגרום נזק.
- דיני הנזיקין הינם ענף משפטי המסדיר את היחסים בחברה כשפעולה של אדם אחד עלולה לפגוע או פוגעת באדם אחר.
- דיני הנזיקין יכולים לחייב את המזיק לפצות את הניזוק.
- מטרת דיני הנזיקין- קידום שוויון וצדק בחברה וזכויות אדם הבסיסיות. פתרון סכסוכים עקרון העל בדיני הנזיקין:
 - השבת מצבו של הנפגע, עד כמה שאפשר, באמצעים כספיים, לקדמותו.

מדוע? התחשבות באינטרסים השונים של כל האנשים בחברה.

פרופ' אהרון ברק:

- "מטרתם של דיני הנזיקין היא מתן תרופה לניזוק על הנזק שסבל."
- "מטרת דיני הפיצויים היא שלילת התוצאה של מעשה הנזיקין בדרך של העמדת הניזוק עד כמה שהדבר ניתן באותו מצב בו היה נתון ללא מעשה הנזיקין".

ראו עוד:

רע"א 1272/05 כרמי נ' סבג (השופטת ארבל, סעיפים 4-8)
ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר פ"ד מד(2) 89 (השופט לוין, פסקה 5)

השאלות המרכזיות בדיני נזיקין:

- על מי לשאת באחריות לנזק שנגרם?
 - האם יש לפצות את הנפגע בגין הנזק 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 בנזיקין על רופאים כלפי חולים?
כיצד ניתן לקדם את שיפור השירות הרפואי?

המטרות החברתיות של דיני הנזיקין:

ענישה

הרתעה

הרתעה יעילה

צדק מתקן

צדק חלוקתי

מהם המטרות העומדות בבסיס הטלת אחריות?

- **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) (פצויים עונשיים = לתת לבן אדם לשלם סכום מסוים כדי לשלוח מסר, שהתנהגות הפוגע הייתה כל כך בלתי ראויה וחמורה, שמגיע לו לשלם סכום נוסף כעונש.) יש לציין כי ענישה היא לא המטרה המרכזית של דיני הנזיקין.

• הרתעה?

- להרתיע ממזיק פוטנציאלי מלגרום נזק לאדם אחר,
הטלת אחריות מכוונת את ההתנהגות של אנשים כיצד להיזהר, לכונן התנהגות. (להגיד לבן אדם שלא יעשה זאת שוב, לא הוא ולא אף אחד דומה לו).
אבל: הטלת אחריות על מעביד זהיר בגין מעשי עובד רשול, מספר גורמים לנזק, נזק קטן, פשרה, ביטוח, הימנעות מפעולה רצויה
מנגד: העלאת פרמייה בביטוח עלולה להרתיע את המזיק. הם יודעים שחברת הביטוח לא פראירית. חברת הביטוח יכולה לא להסכים לבטח אותו או לחילופין, תעלה לו את הסכום שישלם כל חודש.

- **הימנעות מפעולה רצויה רק במקרים של אחריות מוחלטת**
- רוב המקרים בדיני נזיקין מסתיימים בפשרה, ולכן ההתרעה נרתעת. המזיקים לא נרתעים עד הסוף, מכיוון שגם יש להם חברת ביטוח, וגם רוב הסיכויים שחברת הביטוח לא תשלם את מלוא הסכום.

הרתעה יעילה ואופטימאלית:

- 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.

כיצד ניתן להרתיע באופן אופטימלי?

סך נזקי תאונות- 100 ש"ח

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

3) השארת המצב כמו שהוא- סך הנזק יישאר 100 ש"ח.
מכאן, לוקחים בחשבון את עלות התאונה/הנזק וכן את עלויות המניעה ונותנים עדיפות
לאפשרות הזולה ביותר.

• הדגש של דיני הנזיקין היא להגן על הניזוק.
מטרות חברתיות- שיקולי צדק:

מטרת דיני הנזיקין- עשיית צדק

צדק מתקן? בחינת הסכסוך באופן אינדיווידואליסטי. אם קילקלת / פגעת – אתה תתקן, כי זה
מה שצודק. אם התנהגת שלא כראוי- אתה תישא באחריות. שוויון, הוגנות. כשנוצר חוסר איזון-
האדם הפוגע מחויב ליצור איזון שוב.

-האדם שגרם נזק צריך לתקן את המצב.

-המזיק גרם לחוסר איזון ולאי שוויון מול אדם אחר ועליו לפצות.

-אחריות תוטל כשאדם לא עמד בסטנדרט מוסרי המקובל בחברה.

-אדם חופשי לפעול כל עוד אינו פוגע משמעותית באדם אחר .

-כיוון שהאדם הוא יוצר חופשי ניתן לדרוש ממנו לקחת אחריות על מעשיו.

ביקורת:

אבל: הבעיה ב"צדק המתקן": לא ניתן לחפש אשמים לכל דבר. זה אינו יעיל.

-תאונות הן ארוע בלתי נמנע בחברה מודרנית ומתועשת.

- שיקולים כלכליים מעורבים, הקצאת משאבים מוגבלים

* שופטים בד"כ מאוד מתחברים לרעיון "הצדק המתקן".

צדק מתקן בפסיקה:

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

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

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

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

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

יישום המטרה של צדק מתקן בפס"ד מגדל נ' אבו חנא:

"לכל ילד וילדה בישראל – מבית עשיר או עני, ממוצא זה או אחר – לכולם, בהיעדר נסיבות ספציפיות המלמדות אחרת, אפשרות למצוא את דרכם למעגלי השתכרות שונים הקיימים בחברה הישראלית. לכולם הזכות לעשות כן. מתן פיצוי פחות, בעבור פגיעות זהות, אך בשל מעמד סוציו-אקונומי או השתייכותם מגדרית או מגזרית, אינו מתקן, אפוא, את הנזק שנגרם בעוולה. הוא מקבע מציאות היסטורית. הוא עצמו עוצר בעד מימושה של המציאות החדשה. הוא אינו מכיר בהיבט חשוב של ראש הנזק של "הפסד כושר השתכרות", קרי: הגריעה מן האפשרות לחתור להגשמה עצמית, ששכרה בצדה, בתחום המקצועי. (הש' ריבלין, פסיקה 35).

"השבת המצב לקדמותו בראש הנזק של הפסד כושר השתכרות משמעותה הבאת הניזוק למקום שנועד לו בעתיד, ואל לה להשיבו אל המקום בו היו מצויים אבותיו (ואימהותיו) בעבר. מתוך תפיסה זו מתבקשת גם המסקנה כי אין בחיוב המזיק בפיצויים על-פי השכר הממוצע במשק, להבדיל משימוש בסטטיסטיקה קבוצתית, כדי להשית על המזיק חיוב-יתר או להטיל על כתפיו את עוולות העבר. חיוב המזיק בפיצוי לפי השכר הממוצע במשק אך מניח כי כל קטין עומד לעצמו, עתידו לפניו, כי העולם אינו עומד מלכת וכי אין להקפיא את תמונת המצב בהווה לצורך הפיצוי בגין נזקי העתיד." (הש' ריבלין, פסיקה 37).

צדק חלוקתי- הקצאת כספים אשר אמורים להינתן לאנשים אשר נפגעו בתאונות דרכים. איך גורמים לכך שגם הפוגע וגם הנפגע ממשיכים בחייהם בצורה שלא מעיקה?.. לגרום לכך שלא אדם אחד יישא בכל הנזק, אנו גם מנסים לסייע לקבוצות שהם יחסית חלשות בחברה. הכספים יכולים לבוא ממיסים.. והרעיון הוא ביטוח. הביטוח מטיל אחריות על אדם אחד, ומאחורי האדם הזה ישנם את כל הקבוצה של אותו אדם. למשל- רופא רופאים. (עקרון פיזור הנזק). הרעיון הוא לא לחפש אשמים, אלא לקחת את העלות של הנזק.

פרשת מלך בראי מטרות דיני הנזיקין:

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

מהם האינטרסים שדיני הנזיקין מגנים עליהם?

- שמירה על שלמות הגוף - סעיף 23 לפקודת הנזיקין- תקיפה
- שמירה על שלמות הקניין - סעיפים 24 ו- 29 הסגת גבול במקרקעין, סעיף 52- גזל

- שמירה על אינטרסים כלכליים - **סעיף 56** - עוולת התרמית, **סעיף 62** - גרם הפרת חוזה
- שמירה על שם טוב ופרטיות - **חוק איסור לשון הרע**, תשכ"ה-1965, **חוק הגנת הפרטיות**, תשמ"א-1981
- שמירה על **האוטונומיה וחופש הבחירה** - **פסיקה** (הסכמה מדעת לטיפול רפואי, אלימות במשפחה, סרבנות גט)
רשימה לא סגורה - תלויה בשינויים חברתיים

איך דיני הנזיקין מגנים על האנטרסים השונים?

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

מהו מקומם של דיני הנזיקין במשפט:

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

דיני החוזים מול דיני הנזיקין:

דיני חוזים:

- **מקור החובה - הסכם.**
הצדדים מטילים על עצמם חובות.
- **אבל,** הדין כיום יוצר חובות חוזיות (למשל, חובה לנהוג בתום לב בעת ניהול מו"מ ובעת קיום החוזה).
- **תוכן החובה** - נקבע ע"י הצדדים לחוזה. אבל, גם הדין קובע חלק מתנאי החוזה (חובה לשלם בש"ח)
- **סעדים** - אכיפה וגם פיצויים

דיני הנזיקין:

- **מקור החובה- החוק.** הדין יוצר ומטיל את החובות בנזיקין.
- **פן חוזי- אחריות נובעת מהסכמת בעל המקצוע לספק שירות ללקוח,** הכוללת אחריות לנזק.
- **תוכן החובה- החוק והפסיקה הם הקובעים את תוכן החובה בנזיקין.**
- **סעדים- פיצויים וגם צו מניעה**

פס"ד ברזני נ' בזק:

- בזק יצאה במסע פרסום לגבי שיחות לחו"ל והודיעה שהחיוב יהיה לפי זמן השיחה אבל חייבה לפי פעימות מונה.
 - ברזני הגיש תביעה על בסיס סעיף 2 לחוק הגנת הצרכן האוסר לפרסם מידע מטעה ותבע את כל ההפרשים שבזק גבתה ממנו.
 - ברזני מעולם לא נחשף לפרסומת ולא הסתמך על הפרסומת כשעשה שימוש בשירותי בזק.
 - אמנם נגרם לברזני נזק, אבל לא היה קשר סיבתי בין התנהגות בזק (המזיק) לבין הנזק של ברזני (הניזוק).
 - קשר סיבתי הוא יסוד חשוב בדיני הנזיקין שלא נזכר בחוק הגנת הצרכן.
- אחד הנושאים שעלו בפסק הדין: מהו מקורם של דיני הגנת הצרכן. דיון בנושא זה הוביל לדיון בהבדלים שבין דיני החוזים לדיני הנזיקין
- **השופט דורנר** (דעת מיעוט): בסיס חוק הגנת הצרכן הוא **חוזי** וזכויות צרכנים מול בחוזים כמו בנזיקין **ברזני זכאי** לפיצוי.
 - **השופט חשין** (דעת הרוב בד"נ): בסיס חוק הגנת הצרכן הוא **נזיקי**. סעיף 2 לחוק (איסור לפרסם מידע מטעה) עוסק בהגנה טרום-חוזית.
 - **השופט חשין:** אמנם דיני החוזים מוסיפים עילות וסעדים על אלה שבחוק הגנת הצרכן, אבל **הגנת הצרכן ממוקמת בדיני הנזיקין ולא בדיני החוזים.**
 - **לדוגמא:** סעיף 31 לחוק הגנת הצרכן קובע כי מעשה הטעיה דינו כעוולה בפקודת הנזיקין.
 - **הכרעה:** ברזני לא הסתמך על הפרסום של בזק, לכן אין קשר סיבתי בין ההטעיה של בזק להתנהלות ברזני. עתירתו נדחתה.
 - המשפט הפלילי נועד להגן עלינו מפני אחרים, הוא עושה זאת ע"י הגבלת האדם, וכן ע"י סנקציות שהמדינה מפעילה על האדם.
 - **עקרון החוקיות:** קובע שאין עבירה ואין עונש, אלא אם נקבע בחוק או על פי. סעיף זה מקורו בתפיסה ערכית נכונה של החברה בישראל.
 - **במדינה דמוקרטית,** בשל חשיבות הקשר בין האזרחים למדינה, אנו אומרים כי כל מה שלא נאסר אלינו במפורש- מותר לנו. כל מה שלא אסור- מותר הוא.

ההפך הוא הנכון במערכת הקשרים של מערכת השלטון כנגד האזרח. רשות שלטונית שפעלה כלפי האזרח באופן מסוים, ומתברר שאין שום עיגון בחוק למה שעשתה, היא חרגה מסמכותה ופעולתה בטלה ומבוטלת.

כל אזרח שרוצה לדעת מה אסור לו לעשות- יכול להיכנס לספר החוקים, ולדעת.

כל אדם שמסתבך בעבירה, לא יוכל להישמע בטענה של –"לא הייתי מודע לכך שזה אסור" – התשובה לכך, היא אי ידיעת החוק אינה פותרת.

ס' 34 י"ט, לדיני העונשין- בד"כ טעויות בהבנת החוק לא פותרות. אך אם מדובר בסוג כזה של טעות, שתוכל להוכיח שכל אדם אחר גם היה טועה בה- פותר.

טעות במצב עובדות- בן אדם שופט לפי מצב העובדות שהוא דמיון לעצמו.

היבט נוסף של העיקרון הוא האיסור שנורמה פלילית תוכל להכיל אותה.

עיקרון מספר שתיים- אין עונשין על דברים שבלב. כלומר- חברה הגונה, לא צריכה להעניש את חברה על מה שאנשים חושבים. כי במדינה דמוקרטית יש לכל אחד מאיתנו את חופש המחשבה. מה גם שעוד אין אפשרות לדעת מה אדם חשב. הרחיבו את זה גם על ביטוי המחשבה שלו. על ביטוי. זה כדי ללמד אותנו שחברה צריכה להיות סובלנית, כחלק מהזכות שלנו לבטא את עצמנו, או להשתתף בשיח הדמוקרטי. עד לאותו הגבול שבביטויים האלו יש בכדי לסכן את שלומם של אנשים אחרים או לפגוע בחברה עצמה. למשל- עבירות ההסתה. דוגמא להגבלת חופש המחשבה, הביטוי.

עיקרון מספר שלוש- אין עבירה ללא אשמה. אנחנו לא רוצים להעניש אדם רק משום שהוא פגע בנו מבחינה פיזית. גם אם אדם גורם לנו נזק פיזי, נגיד באמצעות רכב, אם לא הייתה לו בזמן הפגיעה מודעות שהוא עומד לפגוע, שלא צפה את האפשרות שהוא יפגע, אנחנו לא אמורים להעניש אותו.

עיקרון מספר ארבע- אומר שלכל עבירה עונש בצידה שהולם את חומרתה. החברה צריכה להחליט מהו המדרג שלפיו עונש ינתן לכל עבירה. ככל שאותה ההתנהגות חמורה יותר, מזיקה יותר לחברה, כך העונש צריך להיות בהתאם, ולבטא את הסכנה באמצעות העונש החמור.

עיקרון מספר חמש- הלימת העבירה את תודעת הציבור. הכוונה – עבירה צריכה בעצם להישען על תודעה ציבורי שמסכימה עם זה. עבירה צריכה לקבל את הסכמת הציבור לאיסור שהכנסת קובעת לאותה העבירה. אם הציבור חושב שלא הייתה סיבה לגזור את העונש על אותה העבירה- העונש לא יחזיק מעמד.

• אין חוק שיכול להתקיים ללא הסכמת ואמון הציבור.

עיקרון מספר שש- אין עבירה בלי מידה מינימלית של נזק לציבור. התנהגויות פליליות שאין בגינם נזק ממשי, אסור לחברה לאסור על התנהגות זו.

עיקרון מספר שש- אין עבירה בלא עושה בעל כשרות פלילית עובר לעשייתה. המשפט הפלילי לא יכול לחול על כל אדם בחברה רק בגלל שהוא חלה מהחברה. כדי שהמשפט הפלילי יכול על אותו אדם, יהיה בעל כשרות פלילית. לזה יש היבט כפול. א) כשרות מבחינת גיל. כיום הגיל הוא גיל 12 ומעלה. ב) גם אם אתה בן 12 ויותר, עדיין יכול להיות מצב בו אתה חסר כשרות נפשית. הכוונה- בשל מחלת נפש שפגעה באדם או בשל לקות שכלית, האדם הזה בזמן ההתנהגות לא ידע להבחין בין טוב ורע, או לא היה מסוגל להבין את הטיב הפיזי של מה שהוא

עושה בעקבות הלקות/ המחלה. החוק הפלילי אינו מתעסק עם אנשים חולים שבשל מחלתם עשו את זה.

פס"ד של מנדל ברוט.

קביעת אחריות בנזיקין: איך קובעים אחריות בנזיקין?

- קביעת אחריות בנזיקין מושפעת משני גורמים מרכזיים:
- **מהות האינטרס שנפגע / מהו סוג הנזק** - ככל שהאינטרס של הנפגע מוחשי יותר ההגנה של דיני הנזיקין גבוהה יותר (שלמות גוף ונפש, רכוש, אינטרס כלכלי, פרטיות, שם טוב, חופש בחירה). כך, ההגנה על שלמות הגוף חזקה יותר מההגנה על אינטרס כלכלי. האם בעצם יש מקום להטיל אחריות.
- **מידת האשם של המזיק** - דיני הנזיקין מתבססים על אשמו של המזיק אשר עפ"י רוב פחותה מאשמה מוסרית בדיני עונשין. כאשר מדברים על הטלת אחריות בנזיקין, אנחנו מדברים גם על הכוונה, מה עובר על אותו האדם שפוגע. רוב האנשים אינם מתכוונים לפגוע. **בנזיקין מדברים על אשם**. יש כל מיני רמות של אשם. יכול להיות שאם אדם לא התכוון לקבוע, בימ"ש לא יעניש אותו.

גורמים נוספים שמשפיעים על קביעת האחריות:

זהות המזיק: המדינה, קטינים, חסרי כשרות משפטית. יש הבדל בין אם אדם תובע אדם אחר, או את עיריית נתניה. למשל- ילדים לא נושאים באחריות עד גיל 12. ולכן אם ילד בן 10 פגע בנו- לא ניתן להעמיד אותו לדין ואנחנו בבעיה. יכול להיות שהוריו יועמדו לדין... יש השפעה על מיהו המזיק.

אופי הפעולה המזיקה: מעשה מול מחדל, מעורבות ישירה או עקיפה. הכוונה- יכול להיות הבדל בין אנשים שביצעו מעשה מסויים שגרם לנשק, לבין אנשים שראו מעשה שגורם לנזק ולא עושה שום דבר. בד"כ ההבדל הוא מוסרי. מחדל- כשבן אדם לא עושה מעשה כדי ליצור מעשה שגורם לנזק. יכול להיות הבדל גם אם הפוגע עשה זאת בדרך עקיפה וישירה.

היחסים בין אחריות לנזק-

- **קיומה של אחריות בנזיקין אינו תלוי בקיומו של נזק.** לא בהכרח צריך להוכיח שנגרם נזק. יש סעיפים בחוק שאם אותו אדם נתבע בגינם, הוא לא צריך להוכיח שנגרם לו נזק, והוא עדיין יקבל פיצוי. למשל עוולת התקיפה- אם בן אדם דחף אותי. בעצם אין שום סימנים, אך לפי עוולת התקיפה, אין דרישה להוכחה שקיים נזק. עוולת הרשלנות מותנית בהוכחה שנגרם נזק.
- יש עוולות שבהן צריך להוכיח שנגרם נזק ויש שלא.
- **הטלת אחריות בנזיקין מותנית בקיומו של אינטרס מוגן שנפגע כמו הזכות לשלמות גוף או הזכות לבחירה חופשית.**
- לצורך הטלת אחריות הנזיקין יש להוכיח **אשם** מצד המזיק.

סוגי האשם בנזיקין (1)-

- **זדון:** המזיק הוא בעל כוונה בעלת מניע פסול, פועל מתוך כוונה לפגוע. סעיף 60 **לפקודה**- עוולת הנגישה- הנפגע צריך להוכיח שהמזיק פתח בהליך משפטי נגדו **בזדון** מתוך כוונה לפגוע בו. הגשת תביעה/ תלונות סתם. פועלים כדי לפגוע באותו אדם.

- **כוונה:** המזיק בעל כוונה. לא בהכרח כוונה רעה. הוא צופה תוצאות מסויימת ומבקש שהיא תתרחש. אין דרישה שהפגיעה תהיה בזדון, שהמזיק התכוון לפגוע. סעיף 23 לפקודה: התוקף צופה שהניזוק ייפגע באופן מסוים כשהוא מפעיל 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 מסויימות או עובדות חשובות שלמרות המודעות אליהן נגרם הנזק. עצימת עיניים וחוסר אכפתיות. סעיף 62 לפקודה: גרם הפרת חוזה. חוסר אכפתיות לסיכון שעלול להיגרם נזק.

סעיפי החוק:

- **נגישה:** "נגישה היא פתיחתו או המשכתו של הליך נפל למעשה, ובזדון, ובלי סיבה סבירה ומסתברת נגד אדם, בפלילים או בפשיטת רגל או בפירוק, וההליך חיבל באשראי שלו או בשמו הטוב או סיכן את חירותו, ונסתיים לטובתו, אם היה ההליך עשוי להסתיים כך..."
- **תקיפה:** "תקיפה היא שימוש בכוח מכל סוג שהוא, ובמתכוון, נגד גופו של אדם על ידי הכאה, נגיעה, הזזה או בכל דרך אחרת, בין במישרין ובין בעקיפין, שלא בהסכמת האדם או בהסכמתו שהושגה בתרמית, וכן נסיון או איום, על ידי מעשה או על ידי תנועה, להשתמש בכוח כאמור נגד גופו של אדם..."
- **גרם הפרת חוזה:** "מי שביודעין ובלי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי, הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפרע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון."

פס"ד כרמי נ' סבג- השופט רובינשטיין:

כוונה

- "אדם פועל בכוונה כאשר הוא צופה תוצאה מסויימת 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 בניזקין.

רשלנות:

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

- **משמעות אובייקטיבית:** אדם ימצא אחראי לנזקו של אחר כשהוא לא ממלא אחר כללי זהירות סבירים שבהם נוקטים האנשים באותו תחום. בישראל המשמעות היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית.
- דיני הנזיקין מאמצים את **הגישה האובייקטיבית:** אחריות מוטלת כשהתנהגות המזיק אינה משקפת דפוס פעולה של אדם סביר.
- **לא** בוחנים את היכולת האישית המסויימת לפעול בזהירות רבה יותר, אלא את ההתנהלות מול הציפיות של החברה מכל אדם הפועל באותו תחום.
- יש כאן אשם של המזיק שכן היתה ציפייה שהוא ינקוט באמצעי זהירות סבירים והוא לא עשה זאת: הוא הפר את רמת הזהירות שאותה היה עליו למלא עפ"י חוק או עפ"י הפסיקה. מעין חוסר תשומת לב.
- רשלנות היא סוג האשם הנמוך ביותר. רובנו לא פועלים מתוך כוונה, או זדון וחוסר אכפתיות, אלא בד"כ פוגעים בגלל רשלנות.

פס"ד כרמי נ' סבג- השופט רונישטיין-

רשלנות

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

אחריות ללא אשם-

- מזיק ישא באחריות לפגיעת הניזוק גם כאשר הוא לא "אשם" בקרות התאונה או הפגיעה. תמיד הפוגע, גם אם הוא לא אשם- יישא בנזק. האחריות היא מוחלטת. מדובר בתאונות דרכים. או במוצרים פגומים, שפגע בגופנו בצורה כזו או אחרת.
- המטרה היא **צדק חלוקתי**: פיזור הנזק על פני קבוצה גדולה של אנשים (הנהגים המבוטחים) במקום להטיל אחריות על המזיק המסויים (הנהג).

דוגמאות:

- - **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975** - נהג יפצה הולך רגל שנפגע בתאונה גם אם לא היה פגם בהתנהגות הנהג.
- - **חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980** - מטיל אחריות על יצרן של מוצר ללא צורך בהוכחת אשם. נגיד קנינו בקבוק קולה והוא התפוצץ לנו ביד ונגרמה לנו חבלה. יש אחריות לחברת משקאות נגיד.
- החלוקה: אחריות **אבסולוטית**, אחריות **חמורה**

אחריות אבסולוטית

אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק - אין צורך להוכיח שהתכוון לגרום לנזק או שהתרשל וסטה מרמת התנהגות סבירה.

למזיק אין כל דרך להתגונן כאשר נגרם נזק.

למשל, **חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים** אינו מאפשר לנהג להתגונן ולטעון שהתאונה לא נגרמה באשמתו. הנהג ישא באחריות בכל מקרה.

אחריות חמורה

אין צורך בהוכחת אשמו של המזיק. ההנחה היא שהוא נושא באחריות.

למזיק יש אפשרות להתגונן, אם כי במידה פחותה מהרגיל.

למשל, **חוק האחריות למוצרים פגומים** מאפשר ליצרן להתגונן אם הוא יכול להוכיח שהפגם במוצר נפל אחרי שהמוצר יצא משליטתו

הסיבות להטלת אחריות מוחלטת:

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

המקורות המשפטיים בדיני הנזיקין:

המקורות בדיני הנזיקין מורכבים צחוקים ומפסקי דין של בימ"ש העליון.

החוק המרכזי הוא פקודת הנזיקין.

פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968: מקורה בתקופת המנדט. הנוסח המקורי מ-1944 (פקודת הנזיקין האזרחיים).

הפקודה משקפת את עקרונות דיני הנזיקין האנגליים. הפקודה מאגדת את הפסיקה האנגלית עד לאותה תקופה (שנות ה-40).

חקיקה ישראלית: חוקים נוספים ספציפיים היוצרים חבות בנזיקין:

- חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים,

- חוק האחריות למוצרים פגומים,

- חוק איסור לשון הרע,

- חוק הגנת הפרטיות

ועוד...

מבנה פקודת הנזיקין:

- פרק א'- סעיפים 1-2: הגדרת מונחים
- פרק ב'- סעיפים 3-22: זכויות וחבויות בנזיקין באופן כללי (אחריות מעביד למעשי עובד, אחריות רשויות ציבוריות)
- פרק ג'- סעיפים 23-63- העוולות השונות- עוולות מסגרת וספציפיות. בכל סוג של נזק שקורה לאדם, לא משנה איפה ובאיזה תחום – שתי העוולות האלו מאפשרות לנו לתבוע. מכיוון שהם מנוסחות בצורה מאוד כללית.
- פרק ד'- סעיפים 64-70- אשם וקשר סיבתי. הקשר שבין ההתנהגות המזיקה לבית הנזק ולגבי הרשלנות.
- פרק ה'- סעיפים 71-89- תרופות לעוולות (פיצויים, צו מניעה)
- פרק ו'- סעיפים 90-93- שונות

עוולת מסגרת-

- עוולת הפרת חובה חקוקה (הח"ח) היא **עוולת מסגרת**.
- העוולה עצמה אינה יוצרת את החובה אלא **יוצרת עילת תביעה בנזיקין** ע"י הפניה לחובות המוטלות מחוץ לפקודת הנזיקין. הטענה המרכזית היא שהאדם שפגע הפר חובה חוקית, חובה שמוטלת עליו מכוח החוק.
- בניגוד לעוולות פרטיקולריות-ספציפיות המגנות על אינטרסים ספציפיים (כמו עוולת התקיפה), העוולה של הפרת חובה חקוקה מגינה על אינטרסים שונים ומתייחסת לנושאים שונים.
- העוולה קובעת את המסגרת הכללית, ומתבססת על כך שהנתבע-המזיק הפר חובה חוקית שמוטלת עליו מחוץ לפקודת הנזיקין ואשר גרמה לנזק לתובע-הניזוק.
- בית המשפט הוא זה שקובע בכל מקרה לגופו האם להטיל אחריות נזיקית בגין הפרה של חובה זו.

שיקולי מדיניות בהטלת אחריות-

- השיקולים שבהם מתחשב בית המשפט כאשר הוא מחליט אם להטיל אחריות על הנתבע-המזיק או לדחות את התביעה:
- הבטחת חופש פעולה של המזיק-נתבע
- הגנה על רכוש וגוף של הניזוק-תובע
- סוג הנזק (גוף, רכוש, כלכלי טהור)
- דרכי התרחשות הנזק (מעשה, מחדל)
- השפעת פסיקתו של בית המשפט על דרכי התנהגותם של האנשים בעתיד.

- הנטל הכספי אם תוטל אחריות על הנתבע שיקולים אלה נקראים **שיקולי מדיניות**, כי הם בוחנים את האינטרסים השונים של הציבור באופן כללי בתחום שבו עוסקת התביעה בכל הקשור להטלת אחריות.

הפרת חובה חקוקה- סעיף 63 לפקודת הנזיקין-

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

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

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

- (1) יש **חובה** המוטלת על המזיק **מכוח חיקוק** (= חוק או תקנה). או חוק של הכנסת או תקנת שהציע שר מסוים.
- (2) החיקוק הרלבנטי נועד ל**טובתו** של הניזוק.
- (3) המזיק **הפר את החובה** המוטלת עליו לפי החיקוק. לא רק שיש חובה ושצריך להוכיח שהיא לטובתנו, אלא יש צורך להוכיח כי המזיק הפר את אותה החובה.
- (4) ההפרה **גרמה לניזוק נזק**. התובע צריך להוכיח שיש קשר בין הנזק לבין ההפרה.
- (5) הנזק שנגרם הוא **מסוג הנזק אליו התכוון החיקוק**. הנזק שנגרם לנו התובעים, הוא סוג הנזק שהחוק התכוון אליו.
- -----
- (6) הניזוק לא יזכה לסעד אם החיקוק לפי פירושו הנכון התכוון שלא לתת סעד זה. טענת הגנה לנתבע.

(1) חובה המוטלת על המזיק מכוח החיקוק-

האם מתמלא היסוד הראשון כאשר החיקוק מעניק שיקול דעת לעשות מעשה, אך לא מטיל חובה לעשות מעשה?

ע"א 915/91 מדינת ישראל נ' יצחק לוי:

אדם נהרג בתאונת דרכים. תלוי (תלוי הוא אדם שהוא בן משפחה קרוב) הגישו תביעה נגד חברת הביטוח שבטחה את הנסיעה ברכב. הנהג היה מבוטח בחברת ביטוח זרה שנרשמה בארץ וקיבלה אישור לעסוק בענייני ביטוח מהמפקח על הביטוח, בתנאים שנקבעו לה.

- החברה צברה גרעונות והגיעה לפירוק ולא יכולה הייתה לשלם את הפיצוי.

התובעים הגישו תביעה נגד מדינת ישראל בטענה כי המפקח על הביטוח ידע על מצבה המעורער של חברת הביטוח והיה צריך לפעול בהתאם.

ביהמ"ש המחוזי: יש לקבל את התביעה ולהטיל אחריות על המפקח על הביטוח.

הטיעון שעליו הסתמכה המשפחה הוא סעיף 7. **סעיף 7 לפקודת ביטוח רכב**

מנועי קובע:

(א) "הרשות רשאית...להרשות לחברה לעסוק בעסקי ביטוח רכב מנועי ובלבד שלא תיתן הרשאה כאמור אלא אם יציבותה של הכספית של החברה מניחה את דעתה.

(ב) חדלה יציבותו של מבטח מורשה להניח את דעתה של הרשות, **רשאית**

היא...להפקיע את ההרשאה שניתנה לו... המפקח על הביטוח אמר- שמדובר בשיקול דעתו. המילה רשאית היא לא חובה.

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

נקודה נוספת שעלתה בפסיקה היא עד כמה על החובה להיות מפורשת?

פס"ד שמסדיר זאת הוא פס"ד ע"א 5379/95 סהר נ' בנק דיסקונט:

- גנב רכב פנה לבנק כדי להעביר על שמו בעלות ברכב שהוא גנב.
- הוא הציג שטר מכר בו זייף את חתימת בעל הרכב.
- פקיד הבנק לא בדק את זהותו של האדם הנוסף שהציג את עצמו כבעל הרכב, ולכן נתאפשרה העברת הבעלות לגנב.
- חברת הביטוח ששילמה לבעלים האמיתי של הרכב את נזקו, תבעה את הבנק.
- היו שתי טענות. של רשלנות ושל הפרת חובה חקוקה.
- השאלה להכרעה:

האם מוטלת חובה על פקיד הבנק לבדוק את זהותו של הבעלים של הרכב כשהוא מופיע וחותם על שטר המכר? בעקבות פס"ד החובה שונתה למפורשת יותר.

(2) **החיקוק נועד לטובתו של הניזוק- התמקדות בסעיף החוק הרלבנטי**

ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן: אישה מוסלמית תבעה את בעלה שגירש אותה מביתם בעל כרחיה מבלי שיהיה בידו פסק דין של בית הדין השרעי המחייב להתיר את הנישואין.

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

השופט נתניהו: כשמפרשים את כוונת הוראת החיקוק שהופרה אין לבחון את החיקוק כולו (חוק העונשין) אלא את ההוראה הספציפית בה דנים (ס' 181).

העילה בהפרת חובה חקוקה היא לא הפרת החיקוק (חוק העונשין) בשלמותו או פרק ממנו אלא הפרת חובה מסוימת (סעיף מסויים בחוק ספציפי).

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

- ע"א 224/51 פריצקר נ' פרידמן: אם חיקוק נועד להגן על כלל הציבור והתובע הוא אחד מהציבור אין הוא יכול לתבוע בגין עוולת הפרת חובה חקוקה.
- ד"נ 6/66 שחאדה נ' חילו, (הש' לנדוי): קשה לעיתים להבחין בין חוקים שנועדו להגן על הפרט או חלק מהציבור לבין חוקים שנועדו להגן על הציבור כולו כציבור.
- ע"א 343/74 עיריית חיפה נ' גרובנר: האם עירייה נושאת באחריות לתאונה שארעה בגן ציבורי שבה נפגעה אישה ע"י רוכב אופניים. הטענה: אי מילוי חובות המוטלות על העירייה מכוח פקודת העיריות לפקח על גנים ציבוריים. העירייה לא פיקחה מספיק ולכן האחריות מוטלת עליהם. שמו רק תמרורים והיא טענה שהיה צורך בפקחים שייתנו דוחות.. טענו עורכי הדין- אולי הופרה חובה והחובה מופנית לכלל הציבור, ולא לאדם פרטי. החובה היא ציבורית.
- **השופט שמגר:** מצטרף לספקות שהעלה השופט לנדוי בשחאדה בדבר ההבדל בין חיקוקים שנועדו להגן על הציבור בכללותו לחיקוקים שנועדו להגן על הפרט. כאן, מדובר היה בחובה של העירייה כלפי הציבור בכללותו (לפקח על גן ציבורי).
- ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש:

עובדות:

נער כבן 15 קפץ קפיצת ראש לבריכה במים רדודים. הנער נחבל בקרקעית הבריכה ונפצע באורח קשה. במקום לא הוצבו שלטים האוסרים על קפיצה לבריכה במים רדודים כמתחייב בתקנות לרישוי עסקים. טען לרשלנות. טען שהם הפרו את החובות המוטלות עליהם.

השאלה: האם מפעילי הבריכה הפרו את החובות החוקיות המוטלות עליהם?

השופט ברק:

כל חיקוק נועד בסופו של דבר להגנת הפרט כי הציבור מורכב מפרטים. חיקוק בא להגנת הפרט הוא קובע נורמות שנועדו להגן על האינטרסים של הפרט. מנגד, יש חיקוקים שנועדו להגן על האינטרסים של המדינה.

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

- השופט ברק אומר כי קיימים **חיקוקים שמטרתם כפולה** הכוללת הן כוונה להגן על אינטרסים של כל פרט ופרט והן כוונה להגן על אינטרסים של הציבור בכללותו (למשל, הוראות חוק בדבר איכותם של מוצרים, או הטלת חובה על חוקים לשמור על רעלים).
- יהא אשר יהא אופי החיקוק **תפקיד בית המשפט- לבחון את לשון החיקוק הספציפי**.
- בנוסף, על בית המשפט לבדוק את המדיניות של המחוקק ולשאול את עצמו **אם הוראת החוק המסוימת באה להגן על האינטרסים של היחיד גם כאשר היחיד מהווה חלק מהציבור או קבוצה מסוימת**. (לאישור קביעה זו ראו: רע"א 7141/13 קונקטיב נ' דבוש, נבו, מיום 5.11.2015).
- יישום- **ס' 50(6) לתקנות רישוי עסקים** (תנאי תברואה נאותים לבריכות שחיה), תשל"ג- 1973 שקובע כי ליד הכניסה לבריכה ובכל חדרי ההלבשה יוצבו שלטים הקובעים כי הקפיצה למים מותרת רק בצד העמוק נועד להגן לא רק על האינטרס המשותף של כל הציבור אלא גם על האינטרס האישי של כל מתרחץ ולשמור על האינטרס שלו לשלמות גופנית.

הכרעה: הנתבעות הפרו את החובה החקוקה שהוטלה עליהן.

יישום עמדת ברק בפס"ד ועקנין-

"מדוע אין התקנה באה להגן גם על הקופץ עצמו? כפי שכבר ציינתי, השאלה אינה, אם התקנות באו להעניק זכות תביעה לנפגע. השאלה היא, **אם התקנות מטילות חובה לטובת הנפגע**.

מדוע יש לפרש תקנות אלו באופן שחובה כזו אינה מוטלת? האם זוהי מטרת החקיקה? האם זוהי מדיניות משפטית רצויה? **האין זו מטרת החקיקה לקבוע אמות מידה וסטאנדרטים לנוהלן של בריכות, כדי להבטיח רמה מינימאלית של בטיחות, ביטחון וניקיון?**

רמה זו לא באה בחללו של עולם, אלא היא באה למען המתרחצים, כל אחד בנפרד וכולם ביחד. מדוע, אם כן, לא נועדה רמה זו לטובתו של המתרחץ? האם בהטלת אחריות אזרחית אנו פורצים גדרות ומטילים חובות, שבעלי הבריכות לא יוכלו לעמוד בהן? או שמא אנו מבטיחים על-ידי כך את האינטרסים הראויים של הפרט הנפגע, ובעקפיין גם מבטיחים קיומו של הדין?

דעתי היא, כי **החובה להתקין שלט ולקבוע בו הוראות בעניין קפיצה למימי הבריכה היא חובה, שנועדה, בין השאר, להגן על כל מתרחץ ומתרחץ ולשמור על האינטרסים שלו לשלמותו הגופנית**. מכאן, כי תקנה 50(6) היא תקנה "שנועדה לטובתו" של התובע...."

• **יישום ההלכה של הש' ברק בפס"ד ועקנין בפס"ד סולטאן:**

הש' נתניהו:

- "בעיניי נעלה הדבר מספק, כי ההוראה באה לא רק כדי לקדם את מעמד ציבור הנשים בכלל בחברה הישראלית, למנוע הפלייתן ולהשוותן למעמד כלל הגברים, אלא גם להבטיח את האינטרס הפרטי של כל אישה ואישה, הנמנית עם כלל הנשים העשויות להיפגע מהאפליה הספציפית הזו, שאותה ביקש המחוקק לעקור משורש.

- ...כפי שכבר נאמר, אין סתירה בין מטרתו של חיקוק להגן על אינטרס החברה בכללותה לבין המטרה להגן על אינטרס של הפרט שנפגע מהפרתו.
- התביעה של האישה התקבלה.
- התיק הוחזר לבית המשפט המחוזי לדון בפיצויים.

יסודות (3) ו- (4)

(3) המזיק הפר את החובה המוטלת עליו – המזיק הפר את החובה המוטלת עליו, בין אם היה זה במעשה, לדוגמה העניק רשיון כשלא צריך היה (פס"ד לוי), או במחדל שלא הציב שילוט בבריכה (פס"ד ועקנין).

(3) ההפרה גרמה לניזוק נזק - יש להוכיח כי הפרת החובה החקוקה היא זו שגרמה לנזק. כלומר, צריך להתקיים קשר סיבתי בין הפרת החובה לבין הנזק. בנוסף, על הניזוק להוכיח כי אכן נגרם נזק.

קשר סיבתי- דרישה שהיא חלק מההפרת החובה החקוקה. (בגלל שאין שלט- אני נפגעת. יש לעשות קשר). חייב להיות קשר בין ההתנהגות הלא תקינה לתוצאה.

(4)

1) מבחן קשר סיבתי-עובדתי: מבחן האלמלא- האם עובדתית הפרת החובה החוקית גרמה לנזק, או האם ללא הפרת החובה היה נגרם נזק? האם העובדה שלא הוצב שלט ברמה העובדתית נגרם נזק?

2) מבחן קשר סיבתי-משפטי: מבחן הסיכון (ועקנין)- מהם אותם סיכונים שאותם ביקש המחוקק למנוע? אם הנזק הוא תוצאה של התממשות של אחד הסיכונים האלה אז מקיים קשר סיבתי משפטי. האם הסיכון שאני ייצרתי הוא אכן הסיכון שהמחוקק התכוון למנוע אותו.

יישום מבחן הסיכון- פס"ד ועקנין:

- סעיף 50(6) לתקנות רישוי עסקים: "ליד הכניסה לחצרי הבריכה ובכל חדרי ההלבשה יוצבו שלטים ועליהם הוראות למתרחצים, כלהלן:...(6) הקפיצה למים מותרת רק מהדופן הצר של הבריכה בצד העמוק".

- השופט ברק: "בעניין שלפנינו, באה תקנה 50(6) לתקנות הרישוי **למנוע את הסיכון הנובע לקופץ למימיה הרדודים של הבריכה**.

אמת הדבר, **אין זה הסיכון היחיד**, אשר התקנה באה למנוע, שהרי האיסור אינו מוגבל לקפיצה למים רדודים, והוא משתרע אף על קפיצה במים העמוקים.

עם זאת, **סיכון של קפיצה למים רדודים הוא בוודאי אחד הסיכונים** - ואולי החשוב שבהם - אשר החקיקה באה למנוע.

הנזק אשר התרחש הלכה למעשה הוא במסגרת "מיתחם הסיכון". התוצאה, אותה **ביקש מחוקק המשנה למנוע**, היא היא התוצאה אשר התרחשה הלכה למעשה. בנסיבות אלה...יש לקבוע כי הקשר הסיבתי המשפטי בין הפרת החובה לנזק התקיים."

(5) הדרישה החמישית- הנזק שנגרם הוא מסוג הנזק שאליה התכוון החיקוק

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

ע"א 2351/90 לסלאו נ' אמיל ג'מאל-

רקע: 3 דיירים תבעו בגין חובה החקוקה את בעל הבניין שבו התגוררו על סירובו לתקן ליקויים, התנהלות אשר הובילה להוצאת צו של העירייה להריסה הבניין ופינוי הדיירים.

סעיף 68(א) ל**חוק הגנת הדייר** [נוסח משולב], תשל"ב-1972:

- "בעל הבית חייב לתקן את התיקונים הדרושים להחזקת הבית במצב תקין וראוי לשימוש, כמפורט בתקנות... חוץ מתיקונים באותם חלקי הבית שהם בשימוש הייחודי של הדייר."

הנשיא שמגר:

"**היסוד החמישי לאחריות בגין הפרת חובה חקוקה** הוא, כי הנזק אשר נגרם הוא מסוג או מטבעו של הנזק אשר החיקוק התכוון למנוע. אשר לכך ברור, כי בסעיף 68(א) הנ"ל ביקש המחוקק למנוע מצב בו הבית יהיה בלתי ראוי לשימוש, וכי זהו הנזק אשר אירע בפועל למשיבים, אשר לא יכלו עוד, לאור מצבו הקשה של הבית, להמשיך ולהתגורר בו. לפיכך, ההתאמה הנדרשת בין סוג הנזק שנגרם בפועל ובין סוג הנזק אשר המחוקק ביקש למנוע התקיימה

(6) הדרישה השישית- הניזוק לא יזכה לתרופה בגין נזקו אם החיקוק לפי פירושו הנכון

התכוון להוציא תרופה זו-

יסוד זה מצמצם את היקף הסעיף: על בית המשפט לבדוק האם החיקוק לא התכוון עפ"י הפירוש הנכון להגביל את האפשרות של התובע-הניזוק לקבל סעד בנזיקין על בסיס הפרת חובה חקוקה.

כלומר, על בית המשפט יהיה לבדוק האם הסעד שהחיקוק שהופר נותן לא מונע למעשה את האפשרות לפסוק פיצויים לתובע-הניזוק עפ"י פקודת הנזיקין.

ניתן לטעון כי כשחיקוק מסוים מעניק סעד אזרחי (למשל, צו מניעה) זה מלמד על כך שהחיקוק התכוון לשלול אפשרות של הגשת תביעה על בסיס הפרת חובה חקוקה. אבל, אין זה נכון תמיד.

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

ע"א 2351/90 לסלאו נ' אמיל ג'מאל-

- כאמור, סעיף 68 לחוק הגנת הדייר קובע: "בעל בית חייב לתקן את התיקונים הדרושים להחזקת הבית במצב תקין וראוי לשימוש... חוץ מתיקונים באותם חלקי הבית שהם בשימוש הייחודי של הדייר."
- התקנות שהותקנו מכוח חוק זה קובעות כי על בעל הבית לתקן סדקים בקירות, פגמים במבנה, בקירות החיצוניים ובמעקות. בהוצאות התיקון חולקים שני הצדדים בחלקים שווים.
- החוק מעניק שני סעדים לדייר כנגד בעל בית שאינו עומד בתנאי סעיף 68:
 - (1) אפשרות לפנות לבית הדין לשכירות בבקשה שבית הדין יורה לבעל הבית לתקן או למנות אדם אחר שיתקן ולגבות את התשלום מהדייר ומבעל הבית.
 - (2) לתקן את הליקוי בעצמו ולתבוע החזר של 50% מבעל הבית.
- בעל הבניין הנתבע טען כי סעדים אלה מונעים למעשה מהדיירים לתבוע אותו בעילה של הפרת חובה חקוקה.

פס"ד לסלאו נ' ג'מאל- הנשיא שמגר-

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

המצב המשפטי כשבחוק יש סנקציה פלילית-

- האם כשיש בחיקוק איסור פלילי ועונש בצידו לא ניתן לתבוע בעילה של הח"ח?
- הש' נתניהו, פס"ד סולטאן: קיומה של סנקציה פלילית אינו שולל את אפשרות התביעה בגין הפרת חובה חקוקה: "o' 181" (אשר אסר על גבר להתגרש מאשתו ללא פסק דין של בית דין דתי) לא הרחיק עד כדי התערבות בדין האישי לעניין תוקפם של גירושין, שנעשו בניגוד לאיסור הכלול בו. הוא אסר את המעשה והטיל סנקציה פלילית על עושהו. אך אין להסיק מכאן, כי התכוון למנוע מהאישה סעד אזרחי. נהפוך הוא, אם נמנע המחוקק מלחדור לתחום הרגיש של יחסי ממון ... נמצאת האישה מקופחת. היא מאבדת את מעמדה כאישה נשואה ומפסידה את זכויותיה הממוניות, כאישה נשואה. אם המחוקק שם לו למטרה למנוע קיפוחה של האישה, אך לא התערב בפגיעה שהיא נפגעת...מדוע נייחס לו את הכוונה, כאילו הוא בא לשלול ממנה גם את העילה הנזיקית בשל אותה פגיעה?"

- אחת ההתפתחויות החיוביות של השימוש בעוולה זו היא שהיא מאפשרת להגן על אינטרסים שקשה אחרת להגן עליהם כמו סחר בנשים, אלימות במשפחה ואלימות כלפי ילדים. הפרת חובה חקוקה מאפשרת להגן על אינטרסים של ניזוקים מקבוצות חלשות בחברה. (ראו גם: ע"א 7141/13 קונקטיב נ' דבוש, נבו, מיום 5/11/2015).

הפרת חובה חקוקה וחוקי היסוד-

- האם הפרת סעיף בחוק יסוד יכולה לשמש עילה בהפרת חובה חקוקה? למשל, האם הפרת הזכות לכבוד או שיוויון מקנה פיצוי בהפרת חובה חקוקה?

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

הפרת חובה חקוקה וחוקי היסוד-

- האם הפרת סעיף בחוק יסוד יכולה לשמש עילה בהפרת חובה חקוקה? למשל, האם הפרת הזכות לכבוד או שיוויון מקנה פיצוי בהפרת חובה חקוקה?

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

עולת הרשלנות-

- סיכום עד כאן- מעשה אחד יכול להוות עבירה (דיני עונשין) ועוולה (דיני נזיקין).

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

פקודת הנזיקין (מהווה בסיס לרוב התביעות בדיני נזיקין):
עוולות פרקטיקולריות- מתייחסות למצבים ספציפיים (תקיפה, גזל, תרמית)
עוולות מסגרת- מספקות רק מסגרת שלתוכה ניתן להכניס מצבים ספציפיים רבים
- הפרת חובה חקוקה- סעיף 63 לפקודת הנזיקין- מטיל אחריות בנזיקין על
מזיק שהפר חובה לא נזיקית (כמו חובה להציב שלט)

- 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.

עוולת 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. רשלנות- מעשה שרובנו לא היינו עושים. אך זהו דבר כללי מדי.

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. (מיהו אדם סביר? בימ"ש יקבע זאת).

הקדמה-

עוולת הרשלנות היא עוולת מסגרת והיא העולה המרכזית ביותר בפקודה.

הרשלנות מתפרשת באופן אובייקטיבי, כלומר בוחנים האם המזיק סטה מרמת התנהגות כללית הנקבעת עפ"י ההתנהגות של האדם הסביר באותו תחום.

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.

-Donoghue v Stevenson (1932)-

- גב' דונגהיו שתתה בירה מבקבוק כהה כשישבה בבית קפה עם חברתה.
- בתחתית הבירה נמצאו חלקי חילזון וגב' דונגהיו שמה לב לכך רק לאחר ששתתה כמות ניכרת מתוכן הבקבוק. היא חשה ברע ורצתה לתבוע בגין נזקיה.
- לגב' דונגהיו התובעת לא היתה עילה חוזית מול היצרן שכן לא הוא זה שמכר את הבקבוק לתובעת (אלא בעל בית הקפה).
- מנגד, גב' דונגהיו התובעת לא רכשה את הבקבוק מבית הקפה אלא חברתה ולכן לא היתה לה עילת תביעה חוזית כנגד הבעלים של בית הקפה.
- חברתה של התובעת לא שתתה מהבקבוק ולכן לא ניזוקה (ולא תבעה).

פסק הדין של הלורד אטקין-

- היצרן חב בחובת זהירות כלפי התובעת שקנתה את בקבוק הבירה שייצר.
- "הכלל שמחייב אותך לאהוב את שכנך הופך בדיני נזיקין לכלל שאוסר עליך לפגוע בו. עליך לנקוט באמצעי זהירות למנוע מעשים או מחדלים שאתה יכול באופן סביר לצפות שיפגעו בשכן. אבל מיהו השכן? התשובה היא אנשים אשר נמצאים בקרבה למזיק ומושפעים ישירות ממנו, מה שמטיל חובה על המזיק להיות מודע באופן סביר לאפשרות שהם כה מושפעים ממעשיו או מחדליו".

- התביעה של גב' דונגהיו הוכרה ברוב של 3:2.

נקבע:

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

יסודות עוולת הרשלנות - ישנן 4 דרישות שעל התובע להוכיח לבימ"ש כדי להוכיח שקימת עוולת הרשלנות:

(1) קיומה של חובת זהירות - המזיק חב בחובת זהירות לניזוק. על המזיק לנקוט באמצעי זהירות סבירים אם הוא צופה שייגרם נזק לניזוק.

(2) הפרה של חובת הזהירות - המזיק התרשל והפר את חובת הזהירות שחב לניזוק. אמצעי הזהירות שבהם נקט לא היו סבירים. לא רק שהיה חייב להיזהר, החובה הזאת הופרה.

(3) קיומו של נזק - הניזוק סבל נזק כתוצאה ממעשי הרשלנות.

(4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק - התנהגותו הרשלנית של המזיק ולא של גורם אחר היא זו שגרמה לנזק של הניזוק.

יסוד הנזק (היסוד השלישי)-

- 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".

פגיעה באוטונומיה כראש נזק-

- **ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל:** רופאים התרשלו בקבלת הסכמתה המלאה והמודעת של מטופלת לעבור ניתוח. הגם שהניתוח עצמו לא היה רשלני נגרם לה נזק בכתפה. התובעת טענה כי לו הרופאים היו מספקים לה את מלוא המידע, היא לא היתה בוחרת לעבור את הניתוח באותו מועד.
 - **נפסק (הש' אור):** הנזק הוא פגיעה בזכות של המטופלת להחליט האם לעבור ניתוח. הפגיעה בחופש הבחירה שלה נכללת ב"אובדן נוחות" בהגדרה של "נזק", לאור הפסיקה אשר מגינה על אינטרסים לא מוחשיים של הניזוק.
 - בית המשפט העליון הכיר בנזק שנגרם בגין הפגיעה בחופש הבחירה של הניזוק, בפגיעה ביכולתו לשלוט בחייו ולקבל החלטות מודעות כיצד לנהל את חייו.
 - נוכח פסק דין זה הוכרו תביעות בראש הנזק הזה של פגיעה באוטונומיה גם בהקשרים אחרים, כמו אלימות בין בני זוג, סירוב גט ועוד.
- (ראו גם: ע"א 1081/00 אבנעל בע"מ נ' מדינת ישראל, הנשיא ברק, סעיף 18)

רשלנות: חובת זהירות

עוולת הרשלנות- צריך להוכיח 4 דברים:

1) קיומה של חובת זהירות

2) הפרה של חובת חקוקה

3) קיומו של נזק

הדרישה הראשונה החשובה (אחרי דרישת הנזק) היא דרישת **חובת הזהירות**. החובה לנקוט בזהירות כלפי אדם אחר. כאשר אנשים במסגרת המקצוע שלהם לדוגמה הם צריכים להיזהר ולא לגרום נזק. (הרופא אם יתן לנו תרופה שהיא לא נכונה עלול לגרום נזק גם לא בכוונה).. החובה הזאת לנקוט בזהירות היא חובה שקיימת בכל תחומי החיים שלא מוגדרת בחוק מסויים- חובה זהירות כללית. חובת זהירות- חובה לנקוט באמצעי זהירות. כאשר אנחנו באים את היסוד של חובת הזהירות ומנסים להבין איך בימ"ש העליון מפרש את חובת הזהירות, יש שתי גישות שהתפתחו עם השנים. ניקח את הכללים המשפטיים ובודקים האם אפשר ליישם אותם לגבי המקרה עצמו. (האם הרופא באמת חב חובת זהירות, האם הפר את החובה, האם נגרם נזק במקרה הספציפי? האם יש קשר סיבתי).

השופט ברק חובת זהירות מושגית קונקרטי- המודל של ברק – השאלה אם אדם מסוים חייב להיזהר כלפי אדם אחר. בודקים אותה בשני שלבים:

1) האם יש להטיל על המזיק חובת זהירות מושגית- האם **ברמה העקרונית** יש להטיל עליו חובת זהירות. החובה העקרונית היא האם כל האנשים במקצוע מסויים חייבים להיזהר כלפי כל האנשים שעובדים מולם. (נגיד כל הרופאים חייבים לנקוט בזהירות כאשר הם פועלים מול החולים שלהם)- זוהי רק רמה עקרונית. – ברמה המשפטית, חובה לנקוט זהירות כלפי אדם אחר. באופן כללי

2) יורדים לרזולוציה של המקרה עצמו (אם התשובה היא, כן כל הרופאים צריכים להיזר כלפי המטופלים), **האם גם לגבי המקרה הספציפי יש חובת זהירות**. באופן ספציפי.

האם בעלי נכסים או בעלי ברכות באשר הם חייבים לנקוט באמצעי זהירות כלפי מי שמשתמש בנכס. לאחר שנקבע שכן, יורדים לרזולוציה עצמה, האם במקרה הספציפי בלי הברכה היה צריך לנקוט באמצעי זהירות כדי למנוע את אותו מקרה של קפיצת ראש לבריכה. (פס"ד ועקנין נ' מועצה האזורית בית שמש).

כדי לענות על השאלות אם יש חובת זהירות מושגית עקרונית וחובת זהירות קונקרטית המבחן שמאמץ ברק הוא אמבחן הצפיות- האם האדם היה יכול לצפות מראש שמעשיו היו עלולים לגרום לנזק. השאלה הזאת- האם אדם היה צריך לצפות מראש נחלקת לשני חלקים. ושואל שתי שאלות בכל אחד מהשלבים. שואל את השאלה הטכנית והשאלה הנורמטיבית.

1) צפיות טכנית- טכנית האם ניתן לצפות נזק עקרונית נזק שיגרם אם לא ינקטו אמצעי זהירות – ברמת היכולת, לא ברמה המשפטית.

2) צפיות נורמטיבית- השאלה המשפטית- האם היו צריכים אותם אותם אנשים לצפות שמעשיהם יגרמו לנזק.

***פה ביהמ"ש יגיד האם באמת צריך, האם בעלי הנכסים צריכים לצפות שיגרמו לנזק**. יכול להיות שבימה"ש יגיד לאדם שהוא **לא צריך** לצפות שיגרם נזק. למשל, נגיד בעניין בריכה, האם בעלי בריכות יכולים לצפות שאנשים יחליקו שהם יחליקו כשהם על שפת הבריכה כי יש שם מים. התשובה היא כן. האם הוא **צריך לצפות** שיגרם נזק, כלומר לנקוט באמצעים כדי למנוע את הנזק (לייבש את שפת הבריכה נגיד), התשובה היא לא. יש הבדל בנסיבות, למשל אם יש מים בבריכה ליד הקפיטרה ולא ליד שפת בריכה יכול להיות שכן היו צריכים לנקוט אמצעים על מנת למנוע תא הנזק שעלול להגירם במקרה כזה. בהימ"ש יקבע האם יש חובה או אין. כשיש סכסוך בנושאים האלה והמזיק לא מסכים עם הניזוק לגבי הסיטואציה ביהמ"ש יקבע בנושא. בשאלה

אם באמת צריך לנקוט אמצעים כדי למנוע את הנזק ברמה קונקרטית זאת כבר רמה משפטית.

מבחן הצפיות נכון גם ברמה העקרונית וגם ברמה הספציפית, בודקים האם כל קבוצת המזיקים יכולה לנקוט באמצעי הזהירות, אם כן, אז ברמת המקרה עצמו בודקים האם במקרה ספציפי לא רק יכולה, אלא גם הייתה צריכה לצפות שיגרם נזק לניזוק. ולכן הייתה צריכה לנקוט באמצעי זהירות.

דוגמה-

הייתה תביעה של אדם שאישתו בגדה בו שאישתו בגדה בו עם גיסו. הגיש תביעת נזיקין. התביעה הגיעה לעליון, ובהימ"ש העליון עצר את התביעה כבר ברמה המושגית. ברור שיגרם נזק, אבל מבחינה נורמטיבית היה צריך לנקוט באמצעי זהירות בטענה שלא תפקידו של ביהמ"ש להכניס למערכת זוגית במקרה הספציפי הזה, ביהמ"ש שומר על הבחירה של כל אחד ואחד, יפתרו במסגרות אחרות, למשל לפתוח הליכי גירושין, אבל לא יכול לתבוע את המאהב של אישתו בנזיקין, זוהי חדירה גדולה לפרטיות.

חובת זהירות מושגית-

שיקולים –

כאשר אנחנו שואלים את שאלת "הצריך" ביהמ"ש קובע שיקולים של מדיניות משפטית- איך השופט חושב שאנחנו כחברה צריכים להתנהג באותו תחום- ברמה המוסרית יותר (ברמה העקרונית חברתית). הכנסת נתנה שיקול דעת רב לביהמ"ש. לפי ברק- השופט צריך לקבוע מבחינת מדיניות לאן צריך ללכת, לכיוון של יותר זהירות או פחות זיהירות.

מצד אחד- חופש הפעולה של המזיק. (האם רופא יהיה טוב יותר או שיהיה רופא חששן יותר, שנזהר ולא נותן טיפול יעיל).

מצב שני- בצורך להגן על הניזוק.

1) שמירה על הגוף, הנכס

2) מה זה יעשה לצד המזיק- יכול להיות שזה יעשו לו רע

ברק מתחשב גם בסוג הנזק ודרכי ההתרחשות שלו. (סוג הנזק הוא שיקול, נזק גוף יהיה מוגן יותר מנזק כיס). ביהמ"ש ישקול מה זה יעשה לכל אחת מהקבוצות. **צריך להיות איזון בין טובת המזיק לניזוק.**

כל השיקולים הללו נשקלים כאשר ביהמ"ש שואל את עצמו האם צריך להטיל את חובת הזהירות, גם ברמה המושגית העקרונית וגם ברמה הקונקרטית.

פס"ד ועקנין נ' המועצה האזורית בית שמש

הטענה של ועקנין הייתה שמפעילי הברכה לא נקטו בחובת זהירות. ברק- בעלות הנכס אכן מטילה חובת זהירות (מושגית), מובר על בעלי נכס ומבקר, ברמת הקבוצות. יש בין הבעלים למבקר יש יחסי שכנות קרובה. "השכן" אותו אדם שמושפע בצורה דרמטית מהאחריות שלנו. המבקר הוא "שכן" משפטי של הבעלים של הברכה. במסגרת הצפיות הנכס- ברק אומר שהבעלים יכול לצפות שמבקר בנכס יפגע. השאלה השניה (והקשה יותר) האם הבעלים צריך לצפות שמבקר בנכס יפגע כי הבעלות בנכס יוצרת קשר וזיקה בין הבעלים לסיכון. כי לעיתים הבעלים יוצר את הסיכון או לא מנע אותו. הבעלים גם מפקח על הנכס (הבעלים שלא מחזיק בנכס, כמו בעלים שמחזיקים דירות ויש את המחזיקים, השוכרים בדירות). עדיין לבעלים יש זכות לבקר

בנכס ולפקח על הנעשה בו וגם זה יוצר את אותו קשר בין הבעלים לסיכון, זוהי הסיבה מדוע בעלים לא רק יכול אלא גם צריך. **נזק נגרם כתוצאה מהתממשות של סיכון.**

ברק שואל את השאלות האלה גם לגבי המפעיל של הברכה. צפיות טכנית- יכול לצפות כעניין עובדי שמבקר בנכס יפגע בעת שהותו. צפיות נורמטיבית- שיקוליפ של מדיניות משפטית מבוליפ למסקנה שמפעיל בריכה צריך לצפות שמבקר בנכס לא יפגע.

למפעיל הנכס בניגוד לבעלים של נכס שלא מחזיק בו, שליטה רבה בנכס ובסיכונים שיש בו ויש לו היכולת לפקח של הנכס שאותו הוא מחזיק ומפעיל בצורה ישירה. למפעיל יש למעשה שליטה יומיומית על הנעשה בנכס ובאפשרותו למנוע סיכונים ולהסירם.

לכן לפי ברק צריך להטיל חובת זהירות גם מושגית לגבי הבעלים והמפעילים. הם אלה שמסדירים באופו ניכר את היחסים שלנו עם אנשים אחרים.

חובת זהירות קונקרטיית-

האם יש חובה ספציפית במקרה הזה של המזיק כלפי הניזוק. האם ניתן לצפות במקרה הספציפי- עריית בית שמש והחברה שהפעילה את הברכה לצפות שיגרם נזק מאותו סוג לניזוק למי שקפץ לברכה.

השאלה היותר קשה היא – האם צריך היה המזיק- (העירייה) היו צריכים לצפות שהם עלולים לגרום מזק לאותו נער. השאלה הנשאלת היא מה הם צריכים לעשות, באיזה אמצעי זהירות היו צריכים לנקוט. ההכרעה בשאלה הזאת נקבעת למבחן האדם הסביר. מיהו האדם הסביר הוא ביהמ"ש.

בנוגע למבחן הסבירות, ברק אומר שיש מקרים סבירים שאנחנו לוקחים על עצמינו כניזוקים פוטנציאליים ולא יכולים לצפות שאנשים יחסו אותנו אם ניפגע. למשל מקרה של מים על שפת הברכה, הוא סיכון הגיוני וסביר בעיני התרחצים בברכה. ישנם דברים שיש בהם סיכונים טבעיים וצפויים, סיכונים בלתי נעמנים. אולם, יש סיכונים שהם אומנם צפויים אבל הם בלתי סבירים. (אם נעבור ליד המקרר בסופר אנחנו אומנם יכולים להעריך שתהיה שם שלולית מים, אולם בניגוד לברכה, זה סיכון שאינו טבעי להתרחשות עצמה, לא נהיה מוכנים לקחת אותו לע עצמינו). זה סיכון שיהיה עבורנו בלתי סביר. ההכרעה יכולת ללכת לכל כיוון, ביהמ"ש יכריע. (במבחן הסבירות).

סיכון בלתי סביר- הוא סיכון שעלול להתקיים ולהתממש אבל אנחנו תופסים אותו (החברה) כסיכון שלא נהיה מוכנים לקחת אותו על עצמינו. ובסיכון כזה נדרש להתשמש באמצעי זהירות כדי למנוע אותו. מדבר על הגנת לשמירת הגוף לעומת הגנת חופש הפעולה של המזיק. התועלת בקפיצה מועטה ואמצעי המניעה פשוטים וזולים.

בעוולת הרשלנות החובה אינה חוקית אלה משפטית.

סיכום מודל חובת הזהירות של ברק-

1) זהירות מושגית

(א) צפיות טכנית- האם ניתן

(ב) צפיות נורמטיבית- האם צריך

2) האם קיימת חובת זהירות קונקרטיית?

(א) צפיות טכנית- האם ניתן
(ב) צפיות נורמטיבית- האם צריך

ההתמקדות במרבית המקרים כיום תהיה בלשב השני- האם בנסיבות המסוימות של המקרה קמה חובת זהירות קונקרטיית. ברק יוצר גם הבחנה בין סיכונים סבירים לבתי סבירים. הצפיות חייבת להתקיים, אך ברק אומר שצפי יכול להיות גם סביר וגם בלתי סביר. הסבירות היא מה שתקבע אם תוטל חובת זהירות או לא. הסבירות היא עוד תוספת. ההבדל הוא מאוד דק בין מה סביר למה בלתי סביר והרבה פעמים הוא מאוד סובייקטיבי, בעיני סביר ובעיני מישהו אחר בלתי סביר. מי שיכריע בעניין סכסוך בנושא סבירות יהיה ביהמ"ש. בד"כ סיכון סביר הוא קשור לפעילות עצמה שהחלטנו להיות מעורבים בה. אם הסיכון שייך לעצם הפעילות אז הוא טבעי לדבר עצמו, זה משהו שאנשים לוקחים בחשבון. אם אני הולך לעסוק בפעילות מסוימת יש לה סיכונים אני לוקח אותם על עצמי. אם הסיכון לא שייך, לא טבעי והוא חמור, הוא יהיה גם בלתי סביר. קו הגבול מעורפל, יש עמימות בנושא מבחן הסבירות. ברוב התביעות היום סוגיות המושגיות כבר נקבעה, ואז במקרים רבים יקפצו ישר לחובת הזהירות הקונקרטיית. עדיין במקרים חדשים משתמשים בזהירות מושגית. **דוגמה-** (כל שנה יש מקרים חדשים שעדיין לא נידונו, לפני שנתיים הגיעה שאלה של " האם קיבוץ חב בחובת זהירות כלפי כל חבר וחבר בקיבוץ" היא מדריך בתנועת נוער שביצע עבירות מין בילדים במהלך הפעילות של הדרכת הקבוצה, התביעה הייתה בנוסף לפלילית גם נזיקית, התביעה של הילד וההורים היתה כנגד הקיבוץ- וזו הייתה הפעם הראשונה שהייתה תביעת נזיקין כזאת, זה היה מקרה חדש שחייב את ביהמ"ש האם כל הקיבוצים בארץ חייבים חובת זהירות כלפי כל חברי הקיבוץ). ביהמ"ש ילך במקרה חדש לחובת הזהירות המושגית.

הביקורת של הנשיא שמגר

בפס"ד מדינת ישראל נ' לוי- הנשיא שמגר מטיח את הביקורת כנגד פס"ד ועקנין ואומר שביום יום אין צורך בחובה המושגית. השאלה שמגיעה לביהמ"ש תמיד תהיה במקרה ספציפי. ביהמ"ש ידון בגין אותם אירועים ספציפיים ולא בשאלה האם קיימת חובת זהירות אלה האם במקרה מסוימת יש נזק מסוים וחובה מסוימת. שמגר מנסה ליצור הליך בדיקה/מודל חדש. אם ההליך לפי ברק היה חובת זהירות מושגית וקונקרטיית (מושגית, טכנית ומבחן הסבירות). שמגר מנסה הליך חדש. מה שמגר בא ואומר, הוא מתבסס על המודל והתפיסה של ברק ורק מוסיף לו וממקד אותו. הוא אומר שבעצם צריך לעזור ברוב המקרים (למעט מקרים קיצוניים) את חובת הזהירות המושגית ומיד ללכת לשלב השני (להפוך אותו לשלב הראשון והבלעדי) ואותו מחלק בצורה שונה.

- 1) צפיות טכנית- האם ניתן לצפות קרות נזק במקרה מסויים.
- 2) צפיות נורמטיבית- האם צריך לצפות את קרות הנזק במקרה מסויים:

(א) שיקולי מדיניות שמקורם בדיני הנזיקין- האם יש קירבה ושכנות בין התובע לנתבע, ואם יש קרה ושכנות הוא בודק:
(ב) שיקולי מדיניות מחוץ לדיני נזיקין
שמגר אימץ את השיטה הבריטית וחילק ל 3 חלקים:

הופך למודל משולש:

- (1) האם יש צפיות טכנית- האם יכול היה המזיק המסויים (הנתבע) לצפות כי התנהגותו תסב לניזוק המסויים (לתובע) נזק אם לא ינקוט באמצעי זהירות?
- (2) האם יש צפיות נורמטיבית
- א' האם יש בין הניזוק למזיק יחסי שכנות וקרבה- לרוב התשובה חיובית כשמדובר בצדדים שיש ביניהם קשר ישיר, כמו רופא-חולה, עובד- מעביד
- ב' שיקולי מדיניות- האם יהיה צודק, הוגן וסביר להטיל חובת זהירות על המזיק הספציפי בגין הנזק שגרם לניזוק? כאן יש לבחון שיקולי מדיניות שעשויים לשלול הטלת חובת זהירות (למשל, חופש הפעולה של המזיק).

שמגר מנסה לצמצם את המקרים בהם ניתן תבוע. הוא הוסיף דרישה שלא הייתה קיימת בפסיקה של ברק- **את הדרישה של "שכנות"** (שגם היא לקוחה מהמשפט הבריטי). מדובר על אנשים שצריכים להוכיח קשר ביניהם, אם אין קשר ישיר התביעות ידחו. (כמו תביעות של אנשים שתובעים לא את מי שפגע בהם ישירות אלא את מי שעומד מאחורי מי שפגע בהם). במקרים כאלה לא תובעים את מי שפגע ישירות, הגורמים האלה, לאור המודל של שמגר יהיה קשה יותר לתבוע. דוגמה קלאסית- תביעות נגד השמטרה, של חוסר איכפת חוק בנוגע למקרה מסויים. (אנשים שתובעים שמהשטרה לא תפסה את העבריין, לא נגד העבריין עצמו).

יסוד (2)- על יחסי שכנות וקרבה

הקריטריונים לדרישת שכנות:

- ככל שהתובע מסוגל להוכיח יותר סעיפים מהרשימה, הסיוכי שיוכל להוכיח שיש יחסי שכנות עולים. ככל, הרעיון שמבין הנקודות, ככל שהסעיפים רלווינטיים ויצליח התובע להוכיח שהם קיימים, אם לא יצליח התביעה שלו תהיה עלולה להידחות.
- (1) **תחום הפעולה שבה מדובר-** פעולה של בעלים של נכס, פעולה של בעלי מקצוע. סיווג הפעולה היא חשובה כי היקף האחריות שמנה מתחום לתחום. (אם לבעלי נכס יש חובה גבוהה, לא אומר בהכרח שלבעלים פרטיים תהיה גם כן חובה גבוהה). סוג הפעולה שבה מדובר יכול להשפיע על התשובה לשאל האם יש קרבה ושכנות בין התובע לנתבע.
- (2) **האם מדובר במעשה אקטיבי או במחדל-** כאשר אדם פעם בצורה אקטיבית תהיה נטייה גבוהה, משמעותית לבוא ולהגיד שיש קרבה ושכנות. או אם פעלתי בצורה פסיבית (לא פעלתי כדי למנוע את הנזק), יהיה יותר קשה להוכיח קשה במצב של מחדל. יוכל להשפיע על השופט אם יש יחסי שכנות או קרבה.
- (3) **האם הנזק נגרם ע"י אדם אחר ולא ע"י הנתבע-** זה מתקשר לכל הדוגמאות (לגבי אחריות המשטרה למשל, אחריות של בעלי נכסים) עורכי הדין לא יתבעו את העבריינים אלא את החברות, במצב כזה יהיה קשה יותר להוכיח קרבה כי הנתבע הוא לא באמת השכן.
- (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. כאשר סוג הנזק משפיע על השאלה האם יש שכנות או קרבה בין התובע לנתבע (נגיד במצב של נזק נפשי). כאשר הפגיעה הבלעדית היא רק ל"כיס", קשה לפעמים יותר להוכיח שכנות וקרבה בין התובע לנתבע. נזק כלכלי טהור- נזק שאין בו שום נזק אחר מלבד כלכלי, סוג הנזק ישפיע על הקביעה האם אפשר להוכיח שכנות וקרבה למזיק.

שני קריטריונים חשובים שמעלה הנשיא שמגר:

- 1) האם יכול המזיק לזהות את הניזוק המסוים למי שחשוף לסיכון כתוצאה מהתנהגותו- משהו שעוזר לתובעים להוכיח נזק נגד התובעים הלא ישירים (למשל כנגד המשטרה). (באנגליה מקרה של אנס סדרתי שרצח את קורבנותיו- הגישה האמא של אחת הקורבנות תביעה, איך המשטרה לא תפסה אותו כל כך הרבה זמן באזור מוגדר, איך לא ניסתם לנקוט באמצעי זהירות סבירים ומונעים כך את הרצח לבת, וכשבהימ"ש דן בסוגיית השכנות, עולה השאלה האם הנתבע היה יכול לזהות את הניזוק כשייך לקבוצה שהיה צריך וניתן היה להגן עליה. כאן טענת המשטרה הייתה שהאנס פעל באזור גיאוגרפי רחב, יש עשרות אלפי נשים וזו לא קבוצה מספיק קטנה שהיינו יכולים לנקוט באמצעים. ברגע כשהקבוצה גדולה מידי זה מאוד קשה, זהו שיקול אבל האם הוא מיוסם או לא? זה תלוי מקרה.
- 2) האם מזיק יודע שהניזוק הסתמך על ההתנהגות שלו- כאדם הסתמך על חוות דעת שנמסר לו ונגרם לו נזק, אז יש מידת נזק ראויה.

מודל חובת הזהירות של הנשיא שמגר-

- יש צורך בהוכחת **חובת זהירות קונקרטי** במקרה המסויים:
- (1) **צפיות טכנית** (האם **ניתן** לצפות קרות נזק במקרה מסויים),
- (2) **צפיות נורמטיבית** (האם **צריך** לצפות את קרות נזק) במקרה המסויים:
- (א) שיקולי מדיניות שמקורם בדיני הנזיקין (**קרבה ושכנות**)
- (ב) שיקולי מדיניות מחוץ לדיני הנזיקין (**האם הוגן, צודק וסביר להטיל חו"ז** בנסיבות המקרה)

• המילה סבירות נותנת כוח רב לבימ"ש.

שמגר בא ואומר מטרת מנגנון ברק היא להגיד שחלק מהתביעות אקבל, וחלק מהתביעות אדחה. לא כל פעם שאדם נפגע הצד השני יפצה אותו. שמגר אומר שבמסגרת הזאת של ברק, רוב התביעות יעברו, ולכן כדאי לוותר עליו.

שמגר יוצר דרישה נוספת- דרישת שכנות/ דרישת יחסי קרבה. ברוב הפעמים קל להוכיח יחסי קרבה. למשל- רופא ומטופל. אך יהיו הרבה תביעות שבהם קשה להוכיח את אותם יחסי הקרבה כי הנתבעים הם לא הגורמים הישירים לנזק, אלא עומדים מאחוריהם. למשל- המשטרה, שירות בתי הסוהר. הבעיה בגורמים הלאו היא שקשה להוכיח איתם יחסי שכנות, מדוע? כי המשטרה לא פוגעת בנו. אפשר להוכיח, אך זה יותר קשה.

עיקרי המודל של הנשיא שמגר-

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

אם כן,

(2) 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).

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. התחום עצמו עשוי להוביל לתשובה האם יש שכנות או לא. (שכנות משפטית ולא גיאוגרפית).

(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. באופי הפעולה. האם מדובר במשהו אקטיבי- רופא בא ומזריק למטופל משהו. או פסיבי- אדם רואה שאדם עומד לקפוץ למקום מסוכן ולא מנע זאת ממנו.

(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. ככל שהנזק הוא לא נזק גוף, דיני הנזיקין מגנים עליו פחות.

אלה קריטריונים מנחים לקביעה המשפטית אם יש קרבה ושכנות.

• הקריטריון הראשון שיש להוכיח הוא היסוד של שכנות. שהיו יחסי קרבה .

לא כל הקריטריונים חייבים להתקיים, כי לא כל הקריטריונים רלוונטיים.

קריטריונים נוספים לבדיקת יחסי שכנות:

• **האם יכול המזיק לזהות את הניזוק המסויים כחשוף לסיכון כתוצאה מהתנהגותו-** כדי להוכיח קרבה ושכנות ניתן להסתפק ביכולתו של המזיק לזהות את הניזוק כחלק מקבוצה קטנה ומוגדרת של ניזוקים פוטנציאלים. אין דרישה מהניזוק להוכיח כי המזיק היה צריך לזהות אותו במדוייק. למשל- רופא מאבחן שאדם חולה במחלת מין מדבקת. והוא יודע שהחולה שלו אם הוא לא יספר לבת הזוג שלו ולא ישתמש באמצעי מניעה, הוא עלול להדביק אותה. השאלה היא- האם הרופא חל בחובה כלפי בת הזוג של האדם. זה עשוי להוביל את בימ"ש למסקנה שיש יחסי קרבה ושכנות.

• **האם יודע המזיק כי הניזוק יסתמך על התנהגותו-** כשניתן להוכיח שהמזיק יודע שאדם או קבוצה של אנשים תסתמך על התנהגותו אז ניתן להוכיח יחסי קרבה. כשמדובר בנזק כלכלי טהור-ההסתמכות על עצת המזיק הינה לאותה מטרה שלשמה ניתנה אותה עצה.

• **כאשר מדובר בפעולה שלטונית (של גוף ממשלתי)-** יש לבחון אופי הפעולה:

פיקוח ושליטה מועטה (על התנהלות גופים אחרים, כמו פיקוח על ענף הביטוח)

פיקוח ושליטה רבה (עיכוב יציאה מהארץ, אכיפת החוק בגן ציבורי)

פעולה המלווה בשיקול דעת לרשות (האם להתיר בנייה באזור מסויים)

כשמדובר בפיקוח עם שליטה רבה תתקיים דרישת השכנות. למדינה יש יכולות שונות בתחומים שונים. יכולת השליטה שלה בנושאים מסוימים היא מצומצמת. יש לפעמית שמדינה שולטת בצורה כמעט מוחלטת ביכולת שלנו. למשל- יציאה מהארץ. אם אדם הצליח להתחמק מהמדינה ובשל כך הוא גרם נזק לאדם אחר, אותו אדם יכול לתבוע את משטרת הגבולות. לפעמים למדינה יש שיקול דעת לפעול בצורה מסוימת, ובשל כך יותר קשה להוכיח את השכנות.

יסוד (3)- על שיקולי מדיניות-

- **השפעה שלילית של הטלת חובת זהירות על הפעילות של המזיק-** ייתכן שהטלת חובת זהירות בנוגע לסוג פעילות מסויים תרתיע יתר על המידה מזיקים רלבנטיים שיחששו שיוגשו נגדן תביעות (התגוננות יתר) (מדינת ישראל נ' וייס) בעצם, הגענו שלב האחרון. ראינו שהמזיק יכול להעריך שאם לא ינהג באמצעי זהירות ייגרם נזק. לאחר מכן ראינו שהוא שכן, שמעשיו יכולים להשפיע לרעה כי יש להם יחסי קרבה. השלב השלישי- שמגר אומר שיש לחשוב האם יש שיקולים כללים שיכולים למנוע את הטלת חובת הזהירות במקרה הספציפי.
- **חשש מריבוי תביעות והכבדת העומס על בתי המשפט (מדינת ישראל נ' לוי)** אם יהיה עומס על בתי המשפט, גם התביעות שלנו- ייקחו יותר זמן, ואז יצטרכו לגייס יותר כסף כדי לפתוח עוד בתי משפט. לפעמים הכרה בתביעה אחת, יכולה להוביל למיליון תביעות.
- **"השוקל הטוב" – יש לבדוק מי יכול למנוע את קרות הנזק באופן יעיל יותר (מפעלי רכב אשדוד נ' צ'יזיק, ופס"ד קופת אשראי וחיסכון נ' עוואד).**
- **פיזור הנזק – מי מפזר הנזק הטוב ביותר (ביטוח).** שיקול זה עשוי להעביר את נטל הפיצוי למזיק כשמדובר בגוף ציבורי שכן הוא מפזר נזק טוב יותר (הש' ברק בפרשת גורדון). הרעיון של חברת הביטוח.
- **מי הפיק את התועלת הרבה ביותר מהפעילות שגרמה לסיכון (פס"ד מפעלי רכב אשדוד, פס"ד קופת אשראי וחיסכון)**

התפתחות מודל חובת הזהירות בפסיקה-

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

אורי שתיל הינו בעל משק בעמק יזרעאל. בשנות ה-70 החל שתיל לגדל פרחי ציפורן בליווי מדריכי משרד החקלאות, לאור דרגת מליחות המים שסופקו לו.

במהלך השנים, מליחות המים עלתה והסבה נזק כבד לפרחי הציפורן משך שש עונות גידול בין 1987-1993.

אף עפ"י כן, בשנים אלה הרחיב שתיל את שטח חממות הציפורן באישור הרשויות המוסמכות למרות שכל הצדדים ידעו על בעיית המליחות של המים.

פנייתו של שתיל ל"מקורות" בדרישה לפיצוי בגין הנזק שנגרם לו נדחתה. לכן הוא הגיש תביעה לבית המשפט המחוזי שמצא את המדינה אחראית בנזיקין כלפיו.

טענה מרכזית: המדינה השתתתה במתן פתרון לבעיית המליחות של המים שאותה ניתן היה לפתור תוך פרק זמן קצר בהרבה ובכך התרשלה.

השופט אדמונד לוי: האם המדינה התרשלה כלפי אורי שתיל?

השופט א' לוי בפס"ד שתיל-

- מציג את המודל של הש' ברק- (1) חו"ז מושגית, (2) חו"ז קונקרטי, (3) הפרה
- מעדיף הליך בדיקה אחר: (1) הפרה, (2) חו"ז קונקרטי (לפי הש' שמגר) - האם יש יחסי שכנות בין הצדדים והאם יש שיקולי מדיניות ששוללים הטלת חובה. (מסתמך על הש' ריבלין בפס"ד נחום נ' דורנבאום, ופס"ד גודר נ' מודיעים)
- **השופט א' לוי:** אין צורך לבדוק אם יש חובת זהירות מושגית. **מדוע?**

חובת זהירות מושגית בוחנת את היחסים בין קבוצות מזיקים וניזוקים, וקובעת מצב עקרוני שעל-פיו יש לפעול. חובת זהירות מושגית היא מסננת ראשונה בסדרת מסננות המהוות את תהליך ההכרעה בשאלה האם יש להטיל אחריות. הרשת הראשונה היא לא מכשול, כמעט כולם עוברים בו. איפה יש כן מכשול גדול? למשל במושג השכנות.

- **הביקורת של הש' א' לוי: הכלל של חובת הזהירות המושגית לא תורם תרומה של ממש לקביעת אחריות שכן הוא כללי מדי.** קביעה שיש עקרונית להטיל אחריות עשויה להתהפך בסופו של דבר כשמיישמים את כלל חובת הזהירות הקונקרטית. ממילא, מספר התביעות שנדחו בהעדר חו"ז מושגית כמעט אפסי.

השינוי המוצע ע"י הש' לוי- הפרה תחילה!

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

הפסיקה לאחר פס"ד שתיל

- הפסיקה לאחר פס"ד שתיל לא הציגה עמדה חד משמעית בנוגע לניתוח העוולה.
- היו שופטים אשר אימצו את הצעתו של השופט א' לוי בפס"ד שתיל:

הש' דנציגר בע"א 878/06 טרויהפט נ' עטיה: "נוטה אני להסכים עם הדעה... כי חובת הזהירות המושגית ממילא תישלל במקרים בודדים בלבד, וכי מוטב להידרש לנסיבות המקרה הספציפי, קרי, לבחון תחילה את שאלת קיומה של ההתרשלות, ואם התשובה לכך

חיובית, לעבור ולבחון אם קיימת חובת זהירות קונקרטיית, תוך פסיחה על שאלת החובה המושגית." (אבל: הליך הבדיקה באותו מקרה היה יישום של המודל של ברק)

הש' מלצר בע"א 8500/06 חוות צברי אורלי נ' מד"י: "בחרתי - למען היעילות ופשטות הדיון, ובהתחשב בנסיבות המקרה הדומות – לצעוד בנתיב שהתווה השופט לוי בפרשת שתיל, הווה אומר: אפתח את הדיון בשאלת ההתרשלות, ולאחר מכן אעבור לבחינת חובת הזהירות הקונקרטיית."

הליך הבדיקה: התרשלות (צפיות), חו"ז קונקרטיית (שכנות ושיקולי מדיניות)

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

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

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. הוא מחלק את סוגי המקרים ל-3 קבוצות. אם יש סוג של מקרים שכבר נקבעה לגבי חובת זהירות עקרונית- ברור שאין צורך בפס"ד החדש לדון בזה.
- 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 הקונקרטיית לפי נסיבות התיק (כשבדרך כלל, תוכר חובה קונקרטיית, 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).

ניתוח עוולת הרשלנות

- המודל המסורתי של הש' ברק הבוחן תחילה אם קיימת חובת זהירות מושגית פחות רוח 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 קונקרטיית בלבד הכוללת: צפיות טכנית, יחסי שכנות ושיקולי מדיניות (העשויים לשלול הטלת חובת זהירות במקרה הנדון).
- השלב השני בשינוי: המודל של **השופט א' לוי** בפס"ד **שתיל** הקובע שברוב המקרים בוחנים תחילה את ההתרשלות (**הפרה**) ולאחר מכן האם יש חובה (**שכנות**) והאם יש **שיקולי מדיניות** השוללים הטלת חובה במקרה הנדון.
- כיום, אין מודל אחד שלגביו יש הסכמה באשר לניתוח יסודות עוולת הרשלנות. גם בפס"ד **עבדי** הדברים נאמרו באופן תאורטי כיוון שלא נדרשו לצורך הכרעה בתביעה (הש' דנציגר בפס"ד **פלוני**, ובפס"ד **וגנר** קבע שזה לא נדרש).

כיצד לנתח את עוולת הרשלנות

- קיימת הסכמה שברוב המקרים אין צורך לנתח את יסוד חובת הזהירות המושגית כשזו כבר הוכרה בפסיקה קודמת.
- אין הכרעה חד משמעית באיזה יסוד להתחיל- חובה או הפרה. לדעת השופטים בפס"ד **וגנר** זה לא קריטי, ויש גמישות. לכן, ניתן להתחיל בכל אחד מהם.
- העמדה הרווחת יותר היום היא שהליך הבדיקה הוא זה:
(1) **חובת זהירות קונקרטיית**- האם יש **צפיות טכנית**
האם יש יחסי **שכנות** בין המזיק לניזוק
שיקולי מדיניות- האם צודק, סביר והגיבוי להטיל חו"ז
- (2) **הפרת חובת הזהירות (התרשלות)**- האם סטה המזיק מרמת התנהגות סבירה- האם נקט באמצעי זהירות סבירים כדי למנוע את הנזק הצפוי?

(3) **נזק**

(4) **קשר סיבתי** בין ההתרשלות לנזק

- **במקרים חדשים, יהיה צורך להתחיל בבדיקה של חובת זהירות מושגית.**

לסיכום:

- נראה כי המודל של השופט **שמגר** בפס"ד **לוי** והשופט **א' לוי** בפס"ד **שתיל** יותר דומיננטי מהמודל של הש' **ברק** בפס"ד **ועקנין**.
- אבל, המודל של ברק לא בוטל לחלוטין ויעשה בו שימוש כשמדובר בתחום חדש שלא נדון ע"י בתי המשפט או ביחסים חדשים שלא נדונו עד לאותו מקרה בפסיקה

(כמו למשל, תביעה של בן משפחה אחד כנגד בן משפחה אחר על רומן מחוץ לנישואין). אז יבחן בית המשפט גם את חובת הזהירות העקרונית-מושגית.

• כלומר, עקרונית בודקים את יסוד חובת הזהירות לפי המודל של שמגר, כלומר מתחילים ישר בבדיקת חובת הזהירות הקונקרטית (צפיות טכנית, שכנות ושיקולי מדיניות). אבל, אם מדובר ביחסים חדשים שלא נדונו בפסיקה אז הולכים לפי המודל של ברק ומתחילים בחובת הזהירות המושגית (צפיות טכנית ונורמטיבית) ואז עוברים לחובת הזהירות הקונקרטית (טכנית, שכנות ושיקולי מדיניות).

*יש לזכור כי אין חובה לנקוט באמצעי זהירות שימנעו את הנזק באופן מוחלט. החובה היא לנסות ולצמצם את הסיכונים שאנחנו יכולים לגרום להם.

על המונח סבירות:

• סבירות היא מונח **אובייקטיבי**: החברה מצפה מכל פרט ופרט בכל תחום ותחום לפעול ברמת התנהגות אשר תגרום לכמה שפחות נזקים.

• "השאלה אינה אם מזיק סטה מרמת התנהגות שהוא מסוגל לה (התרשלות סובייקטיבית). השאלה הינה אם המזיק סטה מרמת ההתנהגות הנתפסת כראויה בחברה (התרשלות אובייקטיבית)". (הנשיא ברק, פס"ד חמד)

• סבירות ההתנהגות אינה נבחנת בחלל ריק, אלא היא **תמיד תלויה בנסיבות** המקרה. "השאלה הינה כיצד היה האדם הסביר הנתון במצבו של המזיק מתנהג **בעת המעשה**" (ולא כחוכמה לאחר המעשה).

• כיוון שסבירות הינה מושג כללי היא מעניקה לשופטים שיקול דעת רחב שבמסגרתו הם מיישמים מדיניות משפטית ועורכים איזון בין שיקולים שונים: "סבירות משמעותה **איזון ראוי בין הערכים והאינטרסים הבאים בחשבון**" (ברק בפרוסט).

• סבירות הפעולה תיבחן לפי המצב **בזמן אמת ולא בדיעבד** (ע"א 9705/11 גלט-ברקוביץ נ' ברוך קרא, הש' עמית, מיום 21.10.2014)

• המושג סבירות בא ובדק מהו סטנדרט ההתנהגות שאנחנו מצפים מאותו התחום להתנהג לפיו. תמיד נחפש לראות מהו הסטנדרט שאנחנו מבחינה חברתית מצפים מאותו איש מקצוע.

• מה שמוסיף ברק זה שהסבירות היא תמיד תלויה בנסיבות. תמיד יש הבדל בין רופא שמקבל את המטופלים במרפאה היום בבוקר כשיש לו זמן וכשאינו לו לחץ, לבין רופא בחדר מיון ב2 בלילה שמגיעה תאונת דרכים של 10 נפגעים והוא צריך לקבל החלטות קריטיות. אנחנו נבחן כל אחד מהם לפי הנסיבות. הנסיבות הם שונות. אנו נבדוק איך רופא סביר במיון פועל. ואיך רופא משפחה רגיל פועל. אמנם ההתרשלות היא אובייקטיבית, אך יש לבדוק בנסיבות מה אדם סביר, כל שוטר, כל רופא היה עושה. תמיד נדבר על תלוי נסיבות.

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 ש"ח

P- הסתברות התרחשות הנזק- 10%

L- גובה הנזק עם הוא יתרחש- 1,000 ש"ח

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

התרשלות = כשעלות מניעת הנזק קטנה מעלות הנזק שההתנהגות גורמת.

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

- אנו מסתכלים גם על ההקשר החברתי, ולא רק על ההיבט הכלכלי.
- בעבודה- חשוב לדבר על הערך החברתי!!!!!!!
- כל דבר שטוענים בעבודה- צריך להביא לכך הוכחה

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.
- נפסק: למרות שהעירייה יכולה היתה לצפות את גרימת הנזק, אין להטיל אחריות.
- הסיבה: כדי למנוע נזק היה על העירייה להציב פקח בגן שידאג לאכיפת האיסור, דבר שהיה מונע תאונות בגן הזה אבל מעלה את מספר התאונות באזורים ציבוריים אחרים (הקצאת משאבים מוגבלים).
- 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.
- אם שמים שומרים בגן ציבורי מסוים, יצטרכו לעשות זאת בכל שאר הגנים. וזוהי הוצאה מטורפת שיכולה לבוא על חשבון דברים אחרים, חשובים לא פחות.

פס"ד ועקנין-

- הש' ברק: הנתבעים-מזיקים התרשלו שכן עלות האמצעים למנוע את קרות הנזק היתה נמוכה: מדובר בעלות חד-פעמית ולא יקרה של הצבת שלטים בתחומי הברכה האוסרים לקפוץ למים בצד הרדוד.

• ההבדל בין פס"ד גרובנר לפס"ד ועקנין:

פס"ד גרובנר עלות המניעה היתה גבוהה יחסית ומתמשכת (הצבת פקח במשרה מלאה בגן ציבורי, בכל הגנים הציבוריים בעיר) בעוד שבפס"ד ועקנין עלות המניעה היתה 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 היתה הפרה של החובה.

(1) הסתברות להתרחשות הנזק,

(2) הוצאה הנדרשת למניעת הסיכון,

(3) חומרת הנזק (נוסחת HAND),

(4) "הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק ומיקומם של המזיק והניזוק כגורמים למניעת הנזק." (הש' ברק בפס"ד פרוסט)

המשמעות של הערך החברתי של הפעולה המזיקה-

- הערך החברתי של הפעולה המזיקה אינו נמדד רק במונחים כספיים. בתי המשפט לא בוחנים מהו השווי הכלכלי של הפעולה הנדונה לחברה, אלא בוחנים מהי התרומה של הפעולה לחברה באופן כללי.
- פס"ד מדינת ישראל נ' וייס- מדובר על הצקות מצד משפחת וייס. הוגשו המון תלונות והמשטרה לא עשתה מזה שום דבר. הייתה שאלה אם המשטרה התרשלה?
- הש' דורנר בע"א 1678/01 מדינת ישראל נ' וייס: המשטרה נמצאה אחראית לנזק שנגרם לתובעים מהטרדות מכוונות של משפחה שגרה בשכונת אליהם.
- "יש לשקלל את תוחלת הנזק עם האינטרס הציבורי שבקיום הפעילות יוצרת הסיכון וכן את עלות אמצעי המנע... ככל שהסתברות לקרות הנזק גבוהה יותר, הנזק חמור יותר, ההוצאות למניעתו נמוכות והאינטרס החברתי במתן השירות נמוך, כך תגבר הנטייה להטיל את האחריות על המזיק.
- "הערך החברתי של הפעילות אינו נמדד אך במונחים כלכליים, אלא גם במונחי קידום ערכי הצדק והמוסר שהחברה חפצה ביקרם. אף העלות אינה אך עלות במשאבים כלכליים ריאליים, אלא היא יכולה לשלב גם עלות מוסרית, חברתית וערכית."

על הערך החברתי בפסיקה-

- ע"א 6296/00 קיבוץ מלכיה נ' מד"י: הקיבוץ שהינו בעלים של מטעי תפוחים טען שפעולות הטשטוש של צה"ל בגבול מעלות ענני אבק הפוגעים בתפוקת המטעים. בית המשפט המחוזי הטיל חו"ז על המדינה אבל קבע שלא היתה הפרה של חו"ז.
 - הנשיא ברק: "רמת הזהירות הדרושה, שסטייה ממנה היא התרשלות, נבחנת על פי סבירות ההתנהגות בנסיבות אותו מקרה. השאלה הינה כיצד האדם הסביר, הנתון במצבו של המזיק, מתנהג.
- סבירות התנהגותו של המזיק נקבעת על-ידי האיזון בין השיקולים הרלוונטיים בהתאם למשקלם ...

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

פס"ד קיבוץ מלכיה- הנשיא ברק-

- מה הם השיקולים הרלוונטיים לבחינת סבירות התנהגותו של המזיק? האינטרסים והערכים המובאים בחשבון הם אלה של המזיק, הניזוק והחברה בכללותה.
- ביחס למזיק, יש לבחון את גודל ההוצאות הכרוכות במניעת נזקו של הניזוק.
- ביחס לניזוק, נבחנת חומרת הפגיעה בגופו וברכושו והסתברותה.
- ככל שתוחלת הנזק לניזוק גבוהה יותר, כך גם תוחמר חובתו של המזיק לנקוט אמצעי זהירות למניעת הסיכון. לצד שיקולים אלה עומדים אינטרסים וערכים הנוגעים לחברה כולה.

במסגרת זו יש להביא בחשבון את **החשיבות שמייחסת החברה למניעת הנזק כמו גם לתועלת חברתית 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 ג'יפ משטרת. שני שוטרים יצאו למרדף רגלי ללכידת חלק מהמתפרעים.
- תוך כדי המרדף ירה אחד השוטרים כדורי גומי אחדים. התובע, ילד כבן 11, תושב המחנה שהיה במקום נפגע בראשו מקליע גומי.
- בית המשפט **המחוזי** דחה את התביעה וקבע שהתנהלות השוטרים היתה סבירה.
- זה נעשה במסגרת פעולות שיטור. זה לא היה פעולות בגדר מלחמה. המדינה אחראית על הסדר הציבורי.
- **השאלה: האם ירי כדורי הגומי תוך כדי המרדף היה סביר או רשלני?**

הנשיא ברק ואיזון האינטרסים-

- **הקביעה האם מזיק התרשל נעשית ע"י הכרעה בין האינטרסים של הצדדים.**
- **מצד הניזוק:** התחשבות בחומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובגופו, והסתברות התממשותו של נזק זה. ככל שהנזק גדול יותר והסיכוי להתממשותו רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה. (הגנה על שלמות גופו של הניזוק)
- **מצד המזיק:** התחשבות בהוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון ועלות המשאבים הדרושים למניעת הנזק. ככל שההוצאות הנדרשות ממנו כבדות יותר, וההסתברות להתממשות סיכון של פגיעה בניזוק קטנה יותר, נדרשים ממנו אמצעים פחותים למניעת הסכנה. (הגנה על חופש הפעולה של המזיק)
- **מנקודת מבטו של הציבור:** החשיבות חברתית במניעת הנזק, צרכי הכלל וחלוקת המשאבים, יצירת בטיחות רבה יותר בתחום מוגדר. ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית, יש לנקוט יותר אמצעים כדי למנועה. לא כולם בג'נין השתתפו בהפרת הסדר. אולי לאנשים השכנים זה הפריע, והם לא היו בעד ההפגנה. ברק מדגיש שבהקשר שלנו הייתה חשיבות חברתית רבה מאוד בהקשר של מג"ב. (החשיבות החברתית- יש חשיבות לפעילות של מג"ב).
- **ברק חושב שהאמצעי היה יותר מדי.** היה ניתן להשתמש באמצעים מזיקים פחות. אין הצדקה לשימוש בנשק כמעט חם כדי לפזר את ההפגנות. לא היה מדובר בסכנת חיים. הוחלט שהחלטה לא סבירה. זהו לא היה אמצעי סביר.

כיצד יש לערוך את איזון האינטרסים-

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

פסד הדין של הנשיא ברק-

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

האם ירי כדורי גומי בחשיכה תוך כדי ריצה הוא פעולה סבירה?

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

יישום כללי ההתרשלות בפס"ד חמד-

- כדורי גומי הם תחמושת בלתי מדוייקת אך קטלנית. השימוש בהם במסגרת פעולת שיטור יזומה של השלטת סדר, פיזור התפרעויות ומעצר כששוטרים לא בסכנה אינו סביר במיוחד אם ניתן לנקוט באמצעים אחרים.
- בנסיבות המקרה, הירי לא היה סביר. הירי בוצע במהלך מרדף יזום בחשיכה, תוך כדי ריצה, במצב של ראות לקויה, מה גם שמטרת הירי לא היתה ברורה.
- בית המשפט מעמיד את הצורך החברתי של השלטת סדר, אבל קובע כי ירי בנסיבות המקרה אינו סביר ומסכן שלא לצורך עוברי אורח.
- מצד אחד: שמירה על ביטחון הציבור.

- מצד שני: שימוש באמצעים למימוש אינטרס זה, הסיכון שהם יוצרים והאם השימוש באמצעים אלה לא גורם נזק רב יותר מהתועלת או המטרה שבגללה עושים שימוש באמצעים אלה.

השופט ריבלין בפס"ד חמד-

- נוסחת HAND משקפת לא רק שיקולי יעילות כלכלית אלא מדובר במסגרת שבית המשפט ממלא אותה בתוכן.
- ההסתברות להתרחשות הנזק, עוצמתו ועלות מניעתו הם ערכים חברתיים ולא רק כלכליים.
- בית המשפט יכול להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו ראוי ורלבנטי, כמו למשל הגנה על המטרה של צדק מתקן.
- השופט לא לוקח בחשבון רק את מה שיעיל לעשות מבחינה כלכלית אלא עורך איזון בין שיקולים הנוגעים להתנהגות צודקת, הוגנת ומוסרית.
- בית המשפט הוא המחליט מהי העלות ומהי התועלת תוך שהוא מאזן בין ערכים שונים מנקודת המבט של הניזוק, המזיק והחברה בכללותה.

יישום הלכת חמד בתביעות כנגד כוחות הביטחון-

- ע"א 1354/97 עכאשה נ' מד"י: כוחות הביטחון ביצעו ירו ברובה טוטו (שימוש בנשק חם לירי ממרחק רב), כלפי התובע אשר היה שותף בהפרות הסדר בשכם ואף הנהיג אותם. כתוצאה מכך, נפגע התובע בגופו והגיע תביעה.
- נפסק (הנשיא ברק): האם עצם השימוש ברובה היה ראוי או רשלני? יש לבחון את האינטרס החברתי החשוב של פיזור הפגנות ושמירה על הסדר אל מול שימוש באמצעי של ירי מנשק חם. כאן: השימוש באמצעי זה היה בלתי סביר. הארוע עסק בהשלטת הסדר במקום ולא בהגנה על חיי החיילים או חילוצם מאזור מסוכן. אמנם הם היו בסכנה אך לא זו היתה הסיבה לירי. ניתן היה להגן עליהם אחרת.
- ע"א 6521/98 בואטנה נ' מד"י: חוקרי מכס הגיעו לעסק מסויים לביצוע חקירת מס. הם הותקפו ע"י תושבי המקום, כשבמהלך הירי שלהם לצורך הגנה עצמית נפגע בעל גרייה שעבד במקום אשר עמד מחוץ לנגריה באזור ההתפרעות.
- נפסק (הנשיא ברק): ירי של חוקרי מכס לכל עבר במהלך התפרעות בשטחים היתה סבירה כי נשקפה לחוקרים סכנת חיים ממשית. מדובר בפעולה סבירה למרות שמדובר היה בפעולה שיצרה פגיעה אפשרית בגוף או רכוש אל אחרים.

התרשלות- סיכום (1)-

- רמת הזהירות הנדרשת על-פי עוולת הרשלנות דורשת התנהגות סבירה שהינה אובייקטיבית ונקבעת ע"י איזון בין שיקולי מדיניות רלבנטיים.
- הסבירות אינה מבוססת על "אשמה" אישית אלא על אשמה חברתית. המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו, ועדיין לפעול שלא בסבירות מבחינה חברתית.
- סבירות ההתנהגות בעוולת הרשלנות היא תמיד תלויה בנסיבות המקרה. התנהגות המזיק נשפטת בזמן אמת ולא בדיעבד.

- במרבית המקרים המטרה הינה לבחון את סבירות ההתנהגות בעת התרחשות המקרה על-פי הידוע באותה עת.
- יש להתחשב בצורך של המזיק לקבל החלטה מהירה בלא שיוכל לבחון לעומק את החלופות השונות העומדות לפניו ובלא שיוכל להתכונן לכך מראש. עצם העובדה שנבחרה על-ידיו חלופה מזיקה - חלופה שבבחינה רגועה לא הייתה נבחרת - אין בה כדי להצביע על התרשלות. (ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני)

התרשלות- סיכום (2)-

- מטרתו של האיזון בין השיקולים השונים הינה לבחון את הערכים החברתיים הרלבנטיים והאינטרסים של הניזוק, המזיק והחברה. ערכים ואינטרסים אלה מתנגשים לעתים זה בזה.
- **מנקודת מבט הניזוק, יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו, בכבודו ובגופו, ואת הסתברות התממשות הנזק.** ככל שהנזק לניזוק הוא גדול יותר, והסיכוי להתממשות הוא רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.
- **מנקודת מבט המזיק, יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא למניעת הסיכון-** ככל שההוצאות הנדרשות ממנו כבדות יותר, וההסתברות להתממשות הסיכון של פגיעה באחר קטנה יותר, נדרשים אמצעים פחותים למניעת הסכנה.
- **מנקודת מבט של הציבור, ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית כן יש לנקוט אמצעים רבים יותר כדי למנועה.** (פס"ד עיריית ירושלים נ' מימוני). צרכי הכלל. האיזון נעשה בכל מקרה ומקרה באופן שונה.

התרשלות- סיכום (3)-

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

המודלים הרווחים לבדיקת עוולת הרשלנות-

- **המודל של ברק:** (1) חו"ז מושגית- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמטיבית
- (פס"ד ועקנין) (2) חו"ז קונקרטי- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמטיבית
- (3) הפרת חובת זהירות (התרשלות)

(4) נזק

(4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק

(1) חו"ז קונקרטי

• **המודל של שמגר:**

(1) צפיות טכנית

(פס"ד לוי)

(2) שכנות ויחסי קרבה משפטיים

(3) שיקולי מדיניות- האם יהיה זה הוגן להטיל חו"ז

(2) הפרת חובת זהירות

(3) נזק

(4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק

יש לבחון את חובת הזהירות המושגית (המודל של ברק) רק כשמדובר בסוג מקרים חדש שטרם נידון בפסיקה קודם לכן (פס"ד וגנר נ' עבדי).

פס"ד חמד- פס"ד של הנשיא ברק-

• האינטרס הציבורי במניעת התפרעויות, זריקת אבנים וחסומים כבישים הוא רב. כוחות הביטחון חייבים לנקוט באמצעים להבטחת שלום הציבור גם אם תוך כדי נקיטת אמצעים אלה עלולים תושבים להיפגע. אין למנוע פעילות בטחונית בשל חשש של פגיעה אפשרית בגוף.

• אבל, לא כל התנהגות של כוחות הביטחון בנסיבות אלה היא סבירה. יש לנקוט רק את אותם אמצעים שהם סבירים בנסיבות העניין.

האם ירי כדורי גומי בחשיכה תוך כדי ריצה הוא פעולה סבירה?

• **ברק:** הבדיקה של התנהלות המזיק היא בעת המעשה ולא כחוכמה לאחר מעשה. לא ברור מדוע ירו השוטרים כדורי גומי במהלך המרדף, וכיצד זה היה אמור לסייע לכוחות הביטחון ללכוד אותם. בעת המרדף לא נשקפה סכנה לחיי השוטרים, ולא היה מדובר במצב חירום או לחץ.

• לכן, התנהגות השוטרים במקרה זה הינה רשלנית, שכן האמצעים היו בלתי סבירים. הערעור התקבל והתיק הוחזר למחוזי להמשך דיון.

• **יישום כללי ההתרשלות בפס"ד חמד**

כדורי גומי הם תחמושת בלתי מדויקת אך קטלנית. השימוש בהם במסגרת פעולת שיטור יזומה של השלטת סדר, פיזור התפרעויות ומעצר כששוטרים לא בסכנה אינו סביר במיוחד אם ניתן לנקוט באמצעים אחרים.

בנסיבות המקרה, הירי לא היה סביר. הירי בוצע במהלך מרדף יזום בחשיכה, תוך כדי ריצה, במצב של ראות לקויה, מה גם שמטרת הירי לא הייתה ברורה.

בית המשפט מעמיד את הצורך החברתי של השלטת סדר, אבל קובע כי ירי בנסיבות המקרה אינו סביר ומסכן שלא לצורך עוברי אורח.

מצד אחד: שמירה על ביטחון הציבור.

מצד שני: שימוש באמצעים למימוש אינטרס זה, הסיכון שהם יוצרים והאם השימוש באמצעים אלה לא גורם נזק רב יותר מהתועלת או המטרה שבגללה עושים שימוש באמצעים אלה.

השופט ריבלין בפס"ד חמד-

- נוסחת HAND משקפת לא רק שיקולי יעילות כלכלית אלא מדובר במסגרת שבית המשפט ממלא אותה בתוכן.
 - ההסתברות להתרחשות הנזק, עוצמתו ועלות מניעתו הם ערכים חברתיים ולא רק כלכליים.
 - בית המשפט יכול להציב בנוסחה כל ערך הנראה לו ראוי ורלבנטי, כמו למשל הגנה על המטרה של צדק מתקן.
 - השופט לא לוקח בחשבון רק את מה שיעיל לעשות מבחינה כלכלית אלא עורך איזון בין שיקולים הנוגעים להתנהגות צודקת, הוגנת ומוסרית.
- בית המשפט הוא המחליט מהי העלות ומהי התועלת תוך שהוא מאזן בין ערכים שונים מנקודת המבט של הניזוק, המזיק והחברה בכללותה. הש' ריבלין אומר שנוסחת הנד היא נוסחת עזר. לא מדובר פה בנוסחה מטמטית כלכלית טהורה, אלא בנוסחה שהיא יותר ערכית חברתית. (נוסחת הנד- יש לעשות הערכה גסה, למשל- כמה עולים מטפים).

יישום הלכת חמד בתביעות כנגד כוחות הביטחון-

- ע"א 1354/97 עכאשה נ' מד"י: כוחות הביטחון ביצעו ירו ברובה טוטו (שימוש בנשק חם לירי ממרחק רב), כלפי התובע אשר היה שותף בהפרות הסדר בשכם ואף הנהיג אותם. כתוצאה מכך, נפגע התובע בגופו והגיש תביעה.
- נפסק (הנשיא ברק): האם עצם השימוש ברובה היה ראוי או רשלני? יש לבחון את האינטרס החברתי החשוב של פיזור הפגנות ושמירה על הסדר אל מול שימוש באמצעי של ירי מנשק חם. כאן: השימוש באמצעי זה היה בלתי סביר. האירוע עסק בהשלטת הסדר במקום ולא בהגנה על חיי החיילים או חילוצם מאזור מסוכן. אמנם הם היו בסכנה אך לא זו הייתה הסיבה לירי. ניתן היה להגן עליהם אחרת.
- ע"א 6521/98 בואטנה נ' מד"י: חוקרי מכס הגיעו לעסק מסוים לביצוע חקירת מס. הם הותקפו ע"י תושבי המקום, כשבמהלך הירי שלהם לצורך הגנה עצמית נפגע בעל נגרייה שעבד במקום אשר עמד מחוץ לנגריה באזור ההתפרעות.
- נפסק (הנשיא ברק): ירי של חוקרי מכס לכל עבר במהלך התפרעות בשטחים היה סביר כי נשקפה לחוקרים סכנת חיים ממשית. מדובר בפעולה סבירה למרות שמדובר היה בפעולה שיצרה פגיעה אפשרית בגוף או רכוש אל אחרים.

התרשלות- סיכום:

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

- הסבירות אינה מבוססת על "אשמה" אישית אלא על **אשמה חברתית**. המזיק עשוי לעשות כמיטב יכולתו, ועדיין לפעול שלא בסבירות מבחינה חברתית.
- סבירות ההתנהגות בעוולת הרשלנות היא תמיד **תלוייה בנסיבות המקרה**. התנהגות המזיק נשפטת **בזמן אמת ולא בדיעבד**.
- במרבית המקרים המטרה הינה לבחון את סבירות ההתנהגות בעת התרחשות המקרה על-פי הידוע באותה עת.
- יש להתחשב בצורך של המזיק לקבל החלטה מהירה בלא שיוכל לבחון לעומק את החלופות השונות העומדות לפניו ובלא שיוכל להתכונן לכך מראש. עצם העובדה שנבחרה על-ידי חלופה מזיקה - חלופה שבבחינה רגועה לא הייתה נבחרת - אין בה כדי להצביע על התרשלנות. (ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני)
- מטרתו של האיזון בין השיקולים השונים הינה לבחון את הערכים החברתיים הרלבנטיים והאינטרסים של הניזוק, המזיק והחברה. ערכים ואינטרסים אלה מתנגשים לעתים זה בזה.
- **מנקודת מבט הניזוק, יש לבחון את חומרת הפגיעה בחייו** ואת הסתברות התממשות הנזק. ככל שהנזק לניזוק הוא גדול יותר, והסיכוי להתממשותו הוא רב יותר, יש לנקוט יותר אמצעים למניעת הסכנה.
- **מנקודת מבט המזיק, יש לבדוק את ההוצאות שהוא נדרש להוציא** למניעת הסיכון- ככל שההוצאות הנדרשות ממנו כבדות יותר, וההסתברות להתממשות הסיכון של פגיעה באחר קטנה יותר, נדרשים אמצעים פחותים למניעת הסכנה.
- **מנקודת מבט של הציבור, ככל שהפעילות המזיקה נעדרת חשיבות חברתית** כן יש לנקוט אמצעים רבים יותר כדי למונעה. (פס"ד עיריית ירושלים נ' מימוני)
- **נוסחת HAND מסייעת לקבוע את יסוד ההתרשלנות אך היא איננה הנוסחה הבלעדית והיחידה**. על-פי נוסחה זו על המזיק להתחשב בהסתברות לקרות הנזק, בשיעור הנזק ובהוצאות למניעת הנזק.
- התנהגותו של המזיק אינה סבירה כשגובה הנזק, בהתחשב בהסתברות התרחשותו, עולה על ההוצאות למניעתו.
- הפסיקה קבעה כי נוסחה זו שימושית אך היא **לא מבטאת רק שיקולי יעילות כלכלית**. זוהי מסגרת שמשמשת את בית-המשפט והוא יוצק בה תוכן כשמסגרתה לוקחים בחשבון את הערך החברתי של הפעולה המזיקה.
- ההסתברות להתרחשותו של הנזק, עוצמת הנזק ועלות מניעתו הם ערכים חברתיים, ובית-המשפט מציב בנוסחה כל ערך הנראה לו כראוי. תפיסות שונות של יעילות ושל צדק יכולות אפוא להשתלב במסגרת הרעיונית ש**נוסחת HAND** יוצרת. (ראו: ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני ופס"ד שתיל)

המודלים-

- **המודל של ברק:** (1) חו"ז מושגית- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמטיבית

(פס"ד ועקנין) (2) חו"ז קונקרטי- (1) צפיות טכנית, (2) צפיות נורמאטיבית

(3) הפרת חובת זהירות (התרשלות)

(4) נזק

(4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק

• המודל של שמגר: (1) חו"ז קונקרטי

(פס"ד לוי) (1) צפיות טכנית

(2) שכנות ויחסי קרבה משפטיים

(3) שיקולי מדיניות- האם יהיה זה הוגן

להטיל חו"ז

(2) הפרת חובת זהירות

(3) נזק

(4) קשר סיבתי בין ההפרה לנזק

יש לבחון את חובת הזהירות המושגית (המודל של ברק) רק כשמדובר בסוג מקרים חדש שטרם נידון בפסיקה קודם לכן (פס"ד וגנר נ' עבדי).

בפס"ד ועקנין נאמר כי בעלי עסקים באופן כללי חייבים בחובת זהירות

אחריות המדינה-

המזיקה המרכזית בישראל זאת המדינה. המדינה מקיפה אותנו ברוב תחומי החיים. בריאות, חינוך, ביטחון. הרבה פעמים פקידי המדינה בעצמם או תובעים אותם לא כי הם המזיקים הישירים אלא כי הם לא פיקחו כראוי ובעקבות כך אדם אחר פגע בנו.

• המדינה, על רשויותיה השונות, הינה אחת הנתבעות המרכזיות ברשלנות.

• לעתים המדינה נתבעת כגוף פרטי, למשל כבעלים של נכס, ולעתים היא נתבעת כגוף ציבורי המפקח ומסדיר תחום מסויים.

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

• השאלה היא האם יש להתייחס למדינה באופן שונה מנתבעים אחרים בכל הקשור להטלת אחריות בנזיקין?

• למדינה ניתן שיקול דעת להסדיר תחומים שונים ולהקצות משאבים. האם בהטלת אחריות אין התערבות בשיקול הדעת של המדינה?

יש פעילויות שהמדינה עושה שלנו אין יכולת לעשות. למשל- אם להפציץ את חמאס, אם לשפץ כביש.

המדינה אף פעם לא תתחמק מהתשלום, בניגוד לאדם או חברות אחרות. ולכן "כדאי" לתבוע את המדינה. מדוע? כי אנחנו ממנים אותה. יש תמיד מי שישלם ומאיפה להביא את הכסף.

ישנם כללים נוספים מעבר למה שדיברנו. גם המודלים הרגילים, גם נוסחת הנד וגם הכללים המיוחדים להטלת אחריות על המדינה.

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

• סעיף 2: "דין המדינה, לעניין אחריות בנזיקים, כדין כל גוף מואגד, פרט לאמור להלן בחוק זה." ברמת העקרון, דין המדינה הוא כמו גוף אחר.

• סעיף 3: "אין המדינה אחראית בנזיקים על מעשה שנעשה בתחום הרשאה חוקית, מתוך אמונה סבירה ובתום לב בקיומה של הרשאה חוקית; אולם אחריות היא על רשלנות שבמעשה." המדינה תחול באחריות כאשר היא פועלת בצורה אקטיבית, בצורה רשלנית. המחוקק נתן משפט מאוד כללי, וצריך לפרוט את זה ולראות מתי המדינה תיחשב כרשלנית.

• 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

איך אנו מגישים תביעה כנגד המדינה?

אחריות העובד ואחריות שילוחית של המדינה כמעביד-

יצרו שני מסלולי תביעה. אפשר לתבוע שני צדדים. דרך אחרת שהייתה יותר שכיחה זה לתבוע את הפקיד הספציפי- את המורה/ הפקיד וכו... נגיד מר לוי הוא הנתבע הראשון, ומספר 2 יהיה משרד החינוך, משרד הפנים. מדינת ישראל בעצם נתבעת כמעבידה. הדרך המועדפת כיום זה לתבוע את המדינה ישירות, ולא לתבוע את אותו הפקיד עצמו. עדיף לתבוע את המדינה ישירות.

• אחריות המדינה כמעביד למעשי אחד מעובדיה/שלוחיה כלפי הנזוק.

• אחריות העובד מוסדרת בסעיפים 7 – 17 לפקודת הנזיקין.

• סעיף 7א(א)- לא תוגש תביעה נגד עובד ציבור על מעשה שעשה תוך כדי מילוי תפקידו השלטוני כעובד ציבור, המקום אחריות בנזיקין. אבל, אין פטור מאחריות כשהמעשה נעשה ביודעין, מתוך כוונה לגרום נזק או מתוך שיוויון נפש לאפשרות גרימת הנזק במעשה. הכלל הוא, שכאשר עובד מתרשל, התביעה תוגש ישירות כנגד המדינה ולא כנגדו.

• סעיף 7א(ב)- אחריות/פטור מאחריות של העובד אינה גורעת מאחריות המדינה לפי סעיפים 13 ו-14 לפקודת הנזיקין.

• סעיף 7ב(ב)- אם ביקשה המדינה מבית המשפט שתידחה התביעה נגד עובד המדינה – תידחה התביעה נגדו, ויראו את התביעה כאילו הוגשה נגד המדינה מכוח אחריותה

למעשה של עובד המדינה לפי סעיפים 13 או 14, ואת מעשה עובד המדינה כאילו נעשה תוך כדי מילוי תפקידו.

הכלל הוא, שכאשר עובד מתרשל, התביעה תוגש ישירות כנגד המדינה ולא כנגדו. המחוקק מתעקש כמה שיותר שהתביעה תהיה ישירה כנגד המדינה, ולא כנגד אותו האדם הספציפי.

אבל, אם התובע ביקש שלא תינתן חסינות לעובד המדינה, אז לא תידחה מיידית התביעה נגד עובד המדינה (סעיף 7ב(ג)), ובית המשפט יצטרך להכריע בעניין (סעיף 7ב(ה)) כעניין מקדמי בתביעה.

- **מכאן:** המחוקק מעדיף שבסופו של דבר המדינה תהיה הנתבעת העיקרית. ברירת המחדל היא שיש חסינות לעובד המדינה מאחריות בנזיקין, ובמקרה כזה ניתן לתבוע את המדינה (ולהוסיף אותה כנתבעת אם היא נתבעה מלכתחילה).
- מתן עדיפות למדינה כנתבעת עולה מהחקיקה: אחריות המדינה מוגבלת למעשה רשלני וזו רחבה יותר מאחריות העובד המוגבלת רק למעשה מכוון.
- מכאן, לשוטרי משטרת הגבולות בנתב"ג שנתנו לבעלה של התובעת לצאת מהארץ בפס"ד סוהן יש חסינות, אבל המדינה נושאת באחריות למעשה הרשלני.

ס' 13, 14 לפקודת הנזיקין-

"(א) לענין פקודה זו יהא מעביד חב על מעשה שעשה עובד שלו —

(1) אם הרשה או אישר את המעשה;

(2) אם העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו;

(ב) רואים מעשה כאילו נעשה תוך כדי עבודתו של עובד, אם עשהו כעובד וכשהוא מבצע את התפקידים הרגילים של עבודתו והכרוכים בה אף על פי שמעשהו של העובד היה ביצוע לא נאות של מעשה שהרשה המעביד; אולם לא יראו כן מעשה שעשה העובד למטרות של עצמו ולא לענין המעביד.

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

סעיף 14- חבותו של שולח

"לענין פקודה זו, המעסיק שלוח, שאיננו עובדו, בעשיית מעשה או סוג של מעשים למענו, יהא חב על כל דבר שיעשה השלוח בביצוע אותו מעשה או סוג מעשים ועל הדרך שבה הוא מבצע אותם." ישנם אנשים שבמקום להעסיק אנשים, הם מעסיקים אנשים בחוזים. אין ביניהם יחסי עובד מעביד. לא משלמים עליו ביטוח לאומי, מס, פנסיה וכו'..

אחריות המדינה כמעביד-

- **האחריות של המדינה** לפי המנגנון של האחריות השילוחית היא כמעבידה של עובדי ציבור/רשויות או כשולחת שלהם.
- כלומר, לא מטילים אחריות על המדינה בשל התרשלותה הישירה אלא בשל מעשי התרשלות של אחד מעובדיה. הדבר נעשה כיוון שבדרך כלל כיסו של המעביד/שולח עמוק מזה של העובד/שולח וכיוון שהוא מבוטח.

- עפ"י רוב, אין צורך לדון בקיומם של יחסי עובד-מעביד בין המדינה לאחד מעובדיה. סוגיה זו בדרך כלל אינה שנויה במחלוקת וגם החקיקה יוצאת מהנחה שאין קושי בהוכחת יחסי עובד-מעביד בהקשר זה.
- **האחריות של המדינה קמה כאשר העובד עשה את המעשה תוך כדי עבודתו (סעיף 13(א)(2) לפקודה), כלומר במסגרת התפקידים הרגילים הכרוכים בביצוע עבודתו (סעיף 13(ב) לפקודה).**

האם יכול התובע לדרוש שהתביעה תוכר לא רק נגד המדינה אלא גם נגד העובד?

אחריות ישירה של המדינה-

- המדינה נושאת באחריות ישירה בגין מעשה נזיקי שבוצע ע"י עובד/גוף של המדינה, או בגין מחדל בכך שלא מלאה אחר החובה המוטלת עליה.
- הנשיא שמגר בפס"ד לוי: יש להעדיף את המסלול של אחריות ישירה. למעלה מ-20 שנה יש העדפה לתבוע ישירות את המדינה. זה עדיף כיוון שהמסלול העקיף האחר-הוא כן מאפשר למדינה פתח קטן של התחמקות. כדי להימנע מזה, יש לתבוע את המדינה ישירות. בנוסף, אם התובעים ייתבעו זה ירתיע את העובדים, זה יגרום להם לחשוש יותר מידי. בנוסף- עקרון פיזור הנזק. חלק מכספי המיסים היום הולך לפיצוי כי המדינה לא צריכה ביטוח.
- **הסיבה:** אחריות המדינה אינה נובעת מאחריותה השילוחית לפעולות עובד הציבור, אלא **המדינה חבה חבות אישית כשאורגן שלה (לדוגמא, המפקח על הביטוח) ביצע עוולה** ואותו מעשה מחייב את המדינה.
- שיקולים נוספים: (1) פיזור נזק, ו- (2) אחריות שילוחית מותרת פתח של אחריות ישירה של העובד מה שיוביל להרתעת יתר של עובד הציבור.
- בכל מקרה, התיקון הנ"ל לפקודת הנזיקין משנת 2005 מעניק הגנה רבה לעובד הציבור מפני אחריות בנזיקין ומטיל את עיקר האחריות על המדינה כמעביד

סיווג פעילויות המדינה- למדינה 3 תחומי פעולה:

- **מישור פרטי-** פעילות המקבילות לפעולות של אדם פרטי: בעלות בנכסים, התקשרות בחוזים (אחריות בנזיקין בהתאם לכללי דיני הנזיקין)
- **מישור שלטוני (משילות)-** פעילויות בעלות אופי שלטוני ללא מקבילה בעולם הפרטי- קבלת החלטות מדיניות (יצירת יחסים דיפלומטיים), בטחונות (יציאה למלחמה, הפסקת אש), כלכליות ועוד. (חסינות מפני תביעות בנזיקין)
- **הפעלת שיקול דעת שלטוני-** פעילויות שמערבות קבלת החלטות תוך הפעלת שיקול דעת של הרשות השלטונית- על המדינה מוטלות חובות להסדיר תחומים מסויימים באמצעות סמכות פיקוח עם שליטה/סמכות ביצוע או ללא שליטה/סמכות ביצוע כשבחלק מחובות אלה ניתן שיקול דעת לרשות כיצד לעשות זאת.
- **הבעיה המרכזית שעלתה בפסיקה: האם יש להטיל על המדינה אחריות כשיש למדינה שיקול דעת שלטוני?** מצד אחד הם לא מתנהגים כמו אדם פרטי, מהצד השני אנו לא מדברים על החלטות מדיניות כמו יציאה למלחמה, אלא מדברים על כל מה באמצע. זה תלוי בשיקול דעת. יש שיקולים לכאן ולכאן. מצד אחד- אם משתמשים במטרות דיני הנזיקין, מסתכלים על האדם הנפגע, מטרותם לקדם את הזכויות והאינטרסים של האדם שנפגע. הוא רוצה פיצוי וזה לא מעניין אותי מי פגע בו. האם

הגוף היה פרטי או ממשלי. ואם מסתכלים על הצדק המתקן, על השבת המצב לקדמותו, זה לא משנה.

שיקולים בעד הטלת אחריות על המדינה-

- **צדק מתקן:** מנקודת מבט של הניזוק- יש להטיל אחריות על המדינה. האם יש מקום להבחין בין נזק שנגרם ע"י בית חולים פרטי או ממשלתי? אם נפל פגם בהתנהגות המזיק ויש להשיב את מצב הניזוק לקדמותו, יש לעשות זאת ע"י הטלת אחריות.
- **הרתעה:** יש להטיל אחריות- המטרות הן להרתיע את מזיקים פוטנציאליים (רשויות המדינה), ולחנך את הרשויות ועובדיהן לתת שירות טוב לתושבים. אם נטיל אחריות אותה קבוצה שאדם שייך אליה, פעם הבאה הם יתנהגו טוב יותר, הם יתנהגו אחרת.
- **צדק חלוקתי (פיזור נזק):** במידה ותוטל עליה אחריות, המדינה יכולה לגלגל את עלות הנזק והפיצוי על הציבור (באמצעות מסים) ובכך יש פיזור נזק בצורה צודקת שכן העלות של נזקים שהמדינה גורמת מוטלת על כל החברה. העלות לא תורגש, וניתן להמשיך הלאה בחיים.
- **כיס עמוק:** למדינה כיס עמוק ולכן יש להטיל עליה אחריות בנזיקין. היא לא תיפגע ברמה הכלכלית, בניגוד לאדם פרטי שאנו נגרום לו לשבר כלכלי.

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 בנזיקין משפיעה בפועל על התנהלות הרשויות ועובדיהן.
- **עומס על בתי המשפט:** אם נקל על הגשת תביעות נגד המדינה, יוצפו בתי המשפט בתביעות כנגדה. מנגד, אם אובייקטיבית המדינה התרשלה, טיעון העומס אינו משכנע. בנוסף, יש לבחון טיעון זה באופן מעשי. זה יגרור גם לעומס על הכיס שלנו. או שפסקי הדין יתקבלו באופן איטי. באמצע חלקם יתפשרו, או יבטלו את התביעות. ויצטרכו להתמודד כולם עם מצוקה כלכלית עד לפס"ד. בנוסף, הכסף שלנו ילך לבתי המשפט אולי במקום להשקיע את המשאבים במקומות אחרים. יצטרכו להפנות משאבים נוספים לבימ"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.

שיקולים יחודיים בנוגע לאחריות המדינה-

- **פגיעה בשיקול דעת מינהלי:** חשש מתביעות עשוי לפגוע בשיקול הדעת של עובד הציבור שמטרתו צריכה להיות טובת הציבור ולא חשש מתביעות.
- **התערבות בפעולות הכרוכות בשיקול דעת:** עד כמה ניתן להטיל אחריות על הרשות כשהיא מקבלת החלטות המערבות שיקול של הקצאת משאבים (למשל, כיצד להסדיר פיקוח על גנים ציבוריים). האם שיקול הדעת של בתי המשפט יכול להחליף את שיקול הדעת של הרשות (עיקרון הפרדת רשויות)
- **מחדלים בפיקוח:** לרוב, המדינה אינה גורמת את הנזק ישירות, אלא הטענה היא שהמדינה התרשלה בפיקוח על הגורם שהזיק. לכן, עלול לעלות קושי להטיל אחריות

בגין מחדליה של המדינה בכך שלא פיקחה כראוי על אחרים (שכנות). הטענה היא- שהמדינה ברוב התביעות לא גורמת לנזק בצורה ישירה, אלא בצורה עקיפה. ברשלנות בפיקוח. ולכן התביעות צריכות להיות מופנות כלפי המזיק הישיר.

• **השוואה לסטנדרט התנהגות מקובל:** כשדנים באחריות מקצועית, משווים את התנהגות המזיק לאיש מקצוע סביר. אבל, כשדנים במדינה, למי ניתן להשוות את סטנדרט ההתנהגות? למשל, מיהו מפקח סביר על שוק הביטוח?

הפסיקה בתחילת דרכה-

• **פס"ד שחאדה נ' חילו:** בעלות במשאית הועברה לקונה ללא בדיקה של משרד הרישוי שיש ביטוח צד שלישי. התובע שנפגע מהמשאית ביקש לצרף את מדינת ישראל כנתבעת בגין אישור העברת הבעלות ברכב ללא בדיקת קיומו של ביטוח.

• השופט **לנדוי:** אין דין חובה שבין אדם לחברו כדין החובה של המדינה כלפי הציבור: "אין להעלות על הדעת שהמדינה תהיה אחראית בנזיקין על כל מעשה רשלנות או הזנחה של אחד מפקידיה." מדובר על חסינות למדינה.

הנימוקים:

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

ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר-

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

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

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

החלקה הייתה בבעלות אנשים אחרים בחלקה. זה שהמדינה החזיקה בסככה כי הייתה הבעלים שלה, זה לא רלוונטי. העניין הוא החובה של העירייה כגוף שלטוני מפקח. האם יש חובת שלטונית של עירייות בכללי לדאוג לביטחון האנשים כדי שלא יפגעו ממבנים מסוכנים וכו'. האם יכולים לצפות? או צריכים לצפות?

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..."

ממכירות 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. השופט ברק מרחיב את היקף האחריות מהאחריות של בעל הבניין, לגוף שלטוני המפקח על אותם בעלים. מי המפקח? המדינה.

זאת ועוד: **הנזק הצפוי עשוי להיות פגיעה בחיי אדם**. כנגד פגיעה שכזו צריך גוף שלטוני, שבידו הכוח למנוע את הפגיעה, לנקוט אמצעי זהירות. **סוג הנזק משפיע מאוד על הטלת אחריות בניזיקין.**

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

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

שיקולי מדיניות בהטלת חובת זהירות על הרשות-

הש' ברק: "ניסיון החיים מוכיח כי הסרת חסינות מאחריות בניזיקין 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."

הש' ברק לוקח צד פה. זה יגרום לביטחון לתושבים ולאזרחים. הוא מנסה להרים את סף המקצועיות של עובדי המדינה, שיינתנו שירות יותר טוב. הוא מצפה מכולם להרים את הרף המקצועי כדי שלא ייתבעו.

- **זוהי גישה הפוכה לכל מה שקדם לו. גישה זו מקדמת את הזכויות שלנו בצורה**

דרמטית ומשמעותית.

פס"ד זוהר - הש' ברק - הסיכון היה צפוי, אך הוא היה בלתי סביר. כאשר הוא מגיע למקום חנייה מוסדר, הוא לא רוצה לקחת אחריות על עצמו אם יקרה נזק מעצם כך

שהוא החנה את רכבו בחוף הים. הסיכון שהתממש הוא היה בלתי סביר במובן הזה שרוב האנשים לא היו מוכנים לקחת את הדבר על עצמם.

- טענת ההגנה המרכזית כנגד תביעות כנגד המדינה היא טענה תקציבית. העיריות אומרות שרצינו למנוע את הנזק, אך לא היה לנו את הכסף. טענת משאבים מוגבלים. הש' ברק על זה אומר- כי העירייה לא הראתה כי התיקון נמנע בגלל שלא היה לכם מספיק תקציב. העירייה לא הביאה את סדר העדיפויות, שהם חשבו על זה בכלל. יש צורך בהבאת הוכחה.
- ברק אומר שאי אפשר לבוא ולטען שאין מספיק משאבים בכל מקרה, כי ללכת לייצרן שלטים ולשים שלט- נא לא לחנות כאן- כל עירייה יכולה לעשות את הדבר הזה. (גם אם העירייה הייתה טוענת את הטענה הזאת, היא לא הייתה מתקבלת).
- פס"ד הזה התווה את האפשרות לתבוע רשויות / עיריץ.

מדינת ישראל נ' לוי-

- עלו ספקות האם הגישה שברק קבע היא הנכונה.
- השופט שמגר אומר שצריך לצמצם מעט את היקף האחריות של המדינה. שמגר מוסיף כלל נוסף, שלא היה קיים קודם. במרת העיקרון הוא לא מבטל את פס"ד של הש' ברק, הוא מסכים שכולנו שווים, וכולנו צריכים להיזהר, אבל הוא כן עושה איזושהי הבחנה בין הפעולה של רשות שלטונית לבן פעולה של אדם פרטי. הוא שם לב שחלק גדול מפקידי ממשלה- הפעילות שלהם נעשית ע"פ שיקול דעת. לא מוטל עליהם רק סתם חובה לפעול בצורה מסוימת, אלא לפעמים יש להם שיקול דעת באיזה אופן לפעול. יש הבדל בין מקום שבו לפקיד של המדינה/ לגוף המדיני יש שיקול דעת, לבין כשאין. **במקרים שבהם יש שיקול דעת, יש כמעט חסינות מלאה מפני תביעות ברשלנות.**
- כשאדם מגיע לסיטואציה, ויש לו אפשרות לבחור בין א' לב'- ניתנת לו שיקול דעת.
- **במקרים מסויימים, טיעון שיקול הדעת לא יתקבל בבימ"ש.**

פס"ד אליקשילי נ' משטרת ישראל-

סכסוך בין בני זוג. הטענה הייתה- שבאותו הזמן שהאבא התחמק לסלון- השוטר יכול היה לירות בו ובכך לעצור אותו.

השאלה היא – כאשר מוגשת תביעה כזאת נ' המשטרה, האם המשטרה צריכה לקחת אחריות. מדובר באירוע חריג במובן של האם השוטר צריך לצפות שאב ירצח את בנו. למה שאב על סכסוך עם אשתו יהרוג את בנו. עולה כן עניין הצפיות. והסבירות. הצפיות- האם השוטרים היו צריכים ויכולים לצפות אירוע כזה. האם זה סיכון שהיה ניתן למנוע?

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

- תביעה בגין נזקי רכוש שנגרמו באזור עמק זבולון ומפרץ חיפה כתוצאה משיטפונות שהתרחשו בחודשים דצמבר 1991-פברואר 1992 ושגרמו להצפות באזור.
- חברות הביטוח פיצו את הניזוקים בגין נזקי ההצפה, וזאת מתוקף חוזה ביטוח שנכרתו ביניהם.
- חברות הביטוח תבעו את הרשויות המקומיות בגין הסכומים שאותם שלמו למבוטחים שאותם פיצו.
- בתביעה זו טענו חברות הביטוח שהרשויות התרשלו ותרמו לנזקי ההצפות:

- הרשויות המקומיות לא דאגו לרשת ניקוז מתאימה
- רשות הניקוז באזור לא דאגה לניקוז סדיר
- **משרד החקלאות לא פיקח על רשות הניקוז לוודא שהיא ממלאת את תפקידה כנדרש**
- הרשויות המקומיות והמשרד לאיכות הסביבה לא דאגו למניעת השלכת פסולת
- בית המשפט העליון קיבל חלק מהתביעות ודחה את חלקן האחר.

חברת הביטוח שילמו כסף אך טענו כי אם הרשויות השונות היו דואגות שהניקוז יהיה כראוי אנחנו חברת הביטוח לא היינו צריכים לשלם לאותם האנשים שהפעילו את הביטוח. הם הגישו תביעה כנגד לא מעט גורמים, וכל הגורמים הם גורמים שהם חלק המדינה- נ' העיריות, כנגד רשות הניקוז וכו'.. מבחינה עובדתית נמצא שמערכות הניקוז לא תוקנו ולא עברו תהליכי שיפור במשך שנים רבות. השופט בבימ"ש המחוזי קרא לזה פשוט הפקרות.

- משרד הבריאות נועד כדי לפקח על רשות הניקוז- לשלוח פקחים, לבקש קבלת דוחות עבודה, וכו'.

חובת זהירות- המדינה (משרד החקלאות) כגוף מפקח-

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

- **הכלל:** היות המדינה גורם שלטוני מפקח אינה שוללת הטלת אחריות בנזיקין.
- העובדה כי קיים גורם מבצע הנושא בחובת זהירות ישירה כלפי מי שנפגע מהמעשה או מהמחדל הרשלניים, אינה שוללת את חובת הזהירות המוטלת על הגורם המפקח ואת הקירבה בינו ובין ניזוק פוטנציאלי המסתמך על הפיקוח.
- הגורם המבצע נושא באחריות בגין רשלנות בביצוע, והגורם המפקח נושא באחריות בגין רשלנות בפיקוח, ואין האחד שולל את האחריות של השני.
- במקרה זה, מדובר היה בפיקוח הדוק ביותר של משרד החקלאות המבסס יחסי "שכנות" ו"קירבה" בין המדינה כמפקחת ובין הניזוקים הרלוונטיים. (למשל, סמכות של משרד החקלאות לדרוש מרשות הניקוז לבצע את תפקידה ואף לבצע זאת במקומה אם היא לא פועלת ולדרוש ממנה החזר כספי בשל כך).

ניתן לתבוע גם את רשות הניקוז וגם את המדינה כגוף מפקח. אחד לא שולל את השני.

השופטת חיות- לעניין חריג שיקול הדעת:

- חריג שיקול הדעת שנקבע בפס"ד לוי נדון כאן בנקודת התפר שבין יסוד חובת הזהירות לבין יסוד ההפרה.
- לאור נסיבות המקרה, הש' חיות לא רואה צורך לדון לעומק בעניין שיקול הדעת וזאת מהסיבה הבאה:
- במקרים שבהם הוקנתה לרשות סמכות - ובמקרה שלנו סמכות פיקוח - שהפעלתה כרוכה בשיקול דעת וזו הפעילה את סמכותה או נמנעה מלהפעיל את סמכותה בלא שהפעילה את שיקול הדעת המסור לה לעניין זה, נחסמת תחולתו של חריג שיקול הדעת בדיני הנזיקין.
- **בעניינו לא הוכיחה המדינה שהפעילה שיקול דעת. אפילו היתה המדינה מאמצת באופן מודע מדיניות של אי התערבות כנטען על ידה, ספק אם ניתן היה לראות במדיניות כזו מדיניות סבירה השוללת אחריות בנזיקין, וזאת נוכח סמכויות הפיקוח ההדוקות שהוקנו לה בחוק הניקוז המטילה חובה לפעול**

לצורך הגשמה אפקטיבית של החוק. חובה זו אינה מתיישבת עם מדיניות של "אי התערבות".

כנגד הש' חיות- יבואו ויגידו שיש פה אקטביזם שיפוטי- בא שופט שאין לו מוזג במערכות ביוב והוא אומר לרשות מהי החלטה סבירה או לא סבירה. זה מנוגד לעיקרון הפרדת הרשויות. טענת הנגד היא- שהרשות השופטת היא הרשות המבקרת והמפקחת על הרשות המבצעת.

בימ"ש בשנים האחרונות החליטו להתערב בהחלטות. הם משתמשים בחובת זהירות, בהפרה, בקשר סיבתי.

הש' חיות- המשך הדיון- מעבר ליסוד ההפרה-

. מתוך התנהלותה זו של המדינה עולה מסקנה כפולה:

(1) מדובר במחדל מתמשך ולא במדיניות מנומקת הנסמכת על שיקול דעת שהמדינה הפעילה בכל הנוגע לסמכויות הפיקוח שהוקנו לה. כלומר, לא היתה כאן החלטה מושכלת לאחר שהופעל שיקול דעת שלא לפעול;

(2) מדובר בהתנהלות שאיננה סבירה העולה כדי התרשלות מצד המדינה.

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

החריג של שיקול הדעת לא בוטל אך צומצם צימצום משמעותי.

פס"ד עיריית חיפה נ' מנורה- הדיון בנוסחת הנד-

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

הם טוענים כי מדובר פה באירוע חריג. רוב החורפים הם לא כאלו, ולכן אם משתמשים בנוסחת הנד- לא שווה לנו להחליף צנרת במיליוני שקלים בגלל מקרה חד פעמי. נשלם פעם אחת ולא נחליף את כל הצנרת. בשביל יומיים גשם חזק בשנה לא נחליף את כל הצנרת. מדובר בטענה משמעותית.

פס"ד עיריית חיפה נ' מנורה- סיכום:

- . המדינה טענה שעלולות מניעת הנזק היתה גבוהה מתוחלת הנזק (גובה הנזק כפול הסיכוי שיתממש) ולאור התקציב המוגבל החליטה לא לבצע את העבודות.

הש' **חיות** מודעת שלרשות יש משימות רבות ואין היא רשאית להתעלם משיקולי תקציב ולספק שירותים ללא חשבון. כמו כן יש להיזהר שלא להתערב יותר מדי בעניינים שבהם הוקנה לרשות שיקול דעת רחב, בייחוד בעניינים המצריכים "הכרעה בין שיקולים חברתיים, פוליטיים וכלכליים מתחרים" (פס"ד מד"י נ' לוי).

אבל: "בית המשפט לא יתעלם מקיומו של תקציב מוגבל, אך מכאן ועד מתן פטור למדינה מאחריות כל אימת שמעורבים בהחלטותיה שיקולי תקציב, הדרך ארוכה... על הרשות להיות ערה לקיומן של בעיות תקציב; עליה לדעת על מעשיהן ועל מחדליהן של הרשויות המפוקחות; עליה לדעת מהן הפעולות הנדרשות ומהן הפעולות שבוצעו הלכה למעשה; עליה לוודא כי כל המבוצע באזור מתאים למאפייניו הייחודיים ולצרכיו. רשות שלא עשתה כן עלולה למצוא עצמה חבה ברשלנות."

מסקנה: נראה כי הש' **חיות** ממשיכה את מגמת צמצום חריג שיקול הדעת שבה התחילה הש' **דורנר** בפס"ד **וייס** ומרחיבה את היקף האחריות של המדינה.

אם הייתם אומרים שכל שנה השקעתם קצת בצינורות- לא היינו מגיעים למצב הזה ולא היינו מציבים אחריות. אם הייתם אומרים אין כסף, מובן. אז כל שנה לעשות קצת. חיות ממשיכה את המגמה שהתחילה דורנר בווייס- הרחבת האחריות של המדינה ברשלנות.

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

- הניזוק-התובע נפגע באופן קשה בתאונת רכיבה בחווה אשר בתחום שיפוטה של עיריית ירושלים.
 - החווה פעלה במקום ללא רישיון מעיריית ירושלים. לתובע לא נתנה קסדה, הרוכבים יצאו ללא ערכת עזרה ראשונה, ולא הוצבו שלטי בטיחות בחווה.
 - העירייה ידעה על קיומה של חוות הסוסים לפני שארעה התאונה. רק לאחר קרות התאונה פנתה העירייה לבית המשפט שהורה על סגירת החווה.
 - הנער שנפגע הגיש תביעה ברשלנות והפרת חובה חקוקה נגד מפעיל החווה ומדריך רכיבה בה, מחזיק המקרקעין ועיריית ירושלים.
 - ביהמ"ש **המחוזי** בירושלים קיבל את התביעות, והטיל אחריות ביחד ולחוד על מדריך הרכיבה ועל המחזיק במקרקעין (בשיעור 75%) וכן על עיריית ירושלים (בשיעור של 25%), ללא אשם תורם של התובע.
- השופט ברק לא התייחס בכלל למודל של שמגר.**

מנהל החווה יצא לאותו יום הרכיבה והוא לא נתן להם קסדות, לא הובאו ערכות עזרה ראשונה, לא הוצבו שלטי בטיחות, לתובע עצמו שהיה ללא ידע ברכיבה נתנו את הסוס הכי מסוכן ובאמת בסוף הטיול אותו הבחור נהפך לנכה לצמיתות. הוא ומשפחתו הגישו תביעה כנגד עיריית ירושלים וכנגד החווה עצמה. זה היה מתפקידה לוודא שהחווה עומדת בכל הבדיקות הבטיחותיות. הש' ברק לא מתייחס בכלל לעניין שיקול הדעת של הרשות. הוא לוקח את המודל הסטנדרטי שלו. הגיעו פקחים חצי שנה לפני וראו שהמקום לא בטיחותי, עשו נו נו נו קטן והמשיכו. הייתה שכנות- יכלו לזהות את המזיקים הפוטנציאליים. יש צפיות נורמטיביות, היה צורך לצפות את המקרה.

פס"ד מימוני- הנשיא ברק-

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

- העירייה חבה זהירות קונקרטי כלפי הרוכבים בחווה כי היא ידעה על קיומה של הפעילות החריגה (השכרת סוסים לרכיבה) והיה עליה לצפות את התרחשותו של הנזק.
- העירייה הפרה את חובת הזהירות המוטלת עליה בכך שלא עשתה כל שימוש בכלים המנהליים השונים שעמדו לרשותה כדי למנוע סכנות לשלום הציבור מן הפעילות בחווה (הטלת קנסות, בקשה לצו סגירה מנהלי).
- העירייה לא הפעילה את סמכות הפיקוח שהיתה לה, לא ביקרה כלל בחווה ולא הפעילה את שיקול הדעת שניתן לה.
- הנשיא ברק לא מזכיר כלל את הלכת פס"ד לוי וחריג שיקול הדעת ומטיל אחריות על העירייה. מגמת הרחבת היקף האחריות של המדינה בדיני נזיקין ממשיכה.

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

- הטענה: המדינה התרשלה באספקת מים לחווה חקלאית ברמת טיהור מספקת.
- הש' מלצר: אמנם, בפס"ד מד"י נ' לוי נקבע שיש מקום לתת פטור מאחריות למדינה כשנזקו של התובע נגרם עקב פעילות שלטונית שמאופיינת בהפעלת שיקול דעת רחב.
- עם זאת, חריג שיקול הדעת צומצם, כבר במסגרת פס"ד מד"י נ' לוי, כך שהוא יחול אך ורק על קבלת החלטה פלונית, ולא על יישומה. כמו כן נקבע כי החריג יחול רק במקרים שבהם הוכח כי אכן הופעל שיקול דעת (עיריית חיפה נ' מנורה).
- בהמשך צומצמה עוד תחולתו של חריג שיקול הדעת בפסיקות העליון (פס"ד מימוני), עד שלבסוף, על רקע התפתחויות במשפט המינהלי, שמהותן הקשחת הפיקוח על שיקול הדעת של רשויות מנהליות, נשמעים לאחרונה קולות הקוראים לביטולו של "חריג שיקול הדעת" ככלל גורף בדיני הנזיקין (פס"ד שתיל).
- אבל, הצעה זו (של הש' לוי בפס"ד שתיל) לא אומצה באופן משמעותי בפסיקה. השופט מלצר לא מביע עמדה בעניין.

מדובר היה באדם שפיתח סוג צבר חדש. הוא רצה לפתוח חוות גידול. והוא היה צריך מים. המדינה כ"כ התלהבו ממנו, (אמר שיפתח את השממה) הוא היה צריך את שיתוף הפעולה של עיריית דימונה, ושל גופים שונים- משרד הבריאות, חברת מקורות... המים סופקו לו במשך 10 שנים. אלו מים מטוהרים, מי פולחין. האחריות היה של עיריית דימונה לטהר את המים, ומשרד החקלאות הבטיח שיניחו לו את הקו שיוביל את המים מהעירייה לחווה שלו. הוא לא תמים. הוא הוציא מכתב שתוך 100 יום העירייה תספק את המים. נגרם לו נזק של כמה מיליוני שקלים. הייתה פה השתהות, בעיה עם שיקול הדעת.

בפס"ד אין הלכה שונה אלא זה סיכום לפסיקה, להלכות שדיברנו עד עכשיו.

פס"ד צברי אורלי – יסוד חובת זהירות:

הש' מלצר:

- לעיריית דימונה ניתנה הסמכות והוטלה עליה החובה לטהר מי קולחין. על העירייה היה לצפות ששימוש לקוי בסמכויותיה יגרום נזק לאחרים כי מי הקולחין לא טוהרו. העירייה התרשלה בטיהור מי הקולחין (הפרה את החובה שהוטלה עליה).
- מנגד, לנציבות המים, שהיא אורגן של המדינה, היתה סמכות פיקוח מוגבלת על העירייה ולכן ניתן לקבוע כי היא לא התרשלה בכך.

. אבל, המדינה התרשלה בהנחת קו להולכת מי הקולחין, שכן בהקשר זה יש למדינה סמכויות פיקוח נרחבות ואי הפעלתן משמעותה רשלנות:

"הנציבות היתה אחראית על ניהול משק המים והביוב והיתה מופקדת בתוך כך גם על הסדרת משק המים, פיתוחו ופיקוח עליו. בידיה ניתנו... מספר כלים המכוונים כנגד מניעת סרבול ויצירת יעילות בתחומי הספקת המים. ברם, במשך עשר שנים לא הצליחו הגורמים הנוגעים לדבר – ובראשם הנציבות – להביא להנחת קו המים שנדרש כאן, ואדגיש כי תקופת זמן ארוכה זו הינה בהחלט שיקול מרכזי בקביעת ההתרשלות פה".

יסוד חובת הזהירות- שיקולים מדיניות:

- . השופט **מלצר** מתייחס בעיקר למתח שבין שני השיקולים המרכזיים:
האם הטלת אחריות על המדינה תוביל להרתעת יתר ולפגיעה במתן השירות, או שמא תעודד את הרשויות לתת שירות זהיר וטוב יותר.
- . "כיום... ניתן להגיד כי התפיסה הרווחת בפסיקה מבוססת באימרה הבאה:
"הסרת חסינות מאחריות בנזיקין של המדינה לא גרמה זעזוע, ואין כל בסיס לחשש, כי הטלת חובת זהירות על גופים שלטוניים, בשל שימוש רשלני או בשל חוסר שימוש רשלני בסמכות שלטונית... תביא לפגיעה כספית קשה באותם גופים, או להצפתם של בתי המשפט בתביעות נזיקין" (מסתמך על דברי הש' **ברק בעיריית חדרה**).
- . "למסקנה דומה הגיע בית המשפט בפרשת **שתיל**, בהקשרו של נציב המים, ודומני כי אין יסוד לשנות ממנה גם במקרה שלפנינו ובמיוחד נוכח העובדה כי העירייה והמדינה לא הציגו נתונים שיסתרו קביעות אלה או יערערו עליהן בצורה משמעותית."
- . **הכרעה**: העירייה והמדינה נושאות באחריות (יחד עם התובע עצמו) לנזק שנגרם.

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

פס"ד הזה מראה כמה עניין שיקול הדעת עולה אך לא מתקבל כטענה.

- . התובע היה נתון במאסר בבית-סוהר בגין הרשעתו בעבירות מין ואלימות.
 - . התובע טען כי במהלך מאסרו הוא הותקף פעמיים ע"י אסירים אחרים.
 - . במקרה הראשון טען התובע שהותקף ע"י אסיר אחר לאחר שסירב לבקשת שלטונות בית הסוהר לחתום על מסמכי מימוש משכנתא שנשלחו לו.
 - . המקרה השני אירע למחרת כשהתובע בכה והשתולל בתאו לנוכח האיומים שהושמעו כלפיו יום קודם בגין סירובו לחתום על מסמכים אלה.
 - . לטענתו, בתגובה לבכיו בתאו הוא נלקח לאגף אחר והוכנס לתא יחד עם עוד שני אסירים שתקפו אותו. למחרת אובחן התובע כשרוי במצב פסיכוטי סוער ובהמשך אובחן כחולה במחלה סכיזופרנית.
 - . התובע הגיש תביעה בגין הנזק הנפשי שנגרם לו כתוצאה מארועים אלה.
- היה מדובר במקרה שבו לא ברור מה קרה מבחינה עובדתית. לפי התובע- הוא היה עציר בבית"ס באגף של אסירים קלים. וביום מסוים הגיעו אליו מסמכים מהבנק שנתן לו משכנתא ובגלל שהוא לא שילם את התשלום החודשי- הבנק רצה לקחת לו את הבית ולמכור אותו ולהחזיר את ההלוואה. המסמכים הללו הגיעו למנהלי ביה"ס והם אמרו לו שהוא צריך לחתום. לאחר מכן הוא אמר שהוא רוצה להתייעץ ושהוא לא רוצה לחתום. לאחר מכן אחד האסירים תקפו אותו והוא נכנס לאיזושהי מצוקה והעבירו אותו לתא עם שני אסירים שהכו אותו בצורה נוראית. הטיסו אותו לביה"ח ובדק אותו פסיכיאטר והוא אובחן בסכיזופרניה והוא הגיש תביעה כנגד הנזק הנפשי שנגרם לו.

השופט מלצר מתקשה להחליט האם מדובר במקרה אמיתי. אך הוא מנסה לבדוק מה בעצם רשויות כלא צריכות לעשות כאשר הן מופקדות על החיים של האסירים. הם שולטות בצורה כמעט מוחלטת בחיי האסירים. קיימים יחסי קרבה- פשוט כי הם שולטים בהם. כמו הורה וילד. שב"ס צריך להיות רגיש כנגד מצבם הנפשי של האסירים- חובת זהירות מושגית והיא יכולה לבוא לידי חובת זהירות קונקרטיית בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. בעניין שיקול הדעת- במקום לשים אותו בתא מסוכן- תוציאו אותו לבידוד, תעבירו אותו לעוסיית כדי להבין מה עובר עליו אך תגנו עליו, אל תגבירו את הלחץ הנפשי. שב"ס הפעיל את שיקול הדעת, אך הוא היה שיקול דעת מוטעה באופן קיצוני. לא היה מדובר באסיר מסוכן, לא באסיר אלים. שב"ס התרשל באמצעי שהיה בו הרעה באמצעי הכליאה. הרשות טוענת שלא הגיוני שהש' מחליט להתערב בתפקיד שב"ס.

אחריות המדינה ברשלנות- סיכום:

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

רשלנות רפואית-

הקדמה-

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

תקיפה או רשלנות?

- בעבר, נהוג היה לתבוע רופאים בעוולת התקיפה (ס' 23 לפקודת הנזיקין).
- הטענה היתה 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 ל**יסוד 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.

מהם כלי העבודה שלנו? בשנים האחרונות מדברים על עוולת הרשלנות. עד לפני כ-20 שנה עיקר התביעות היו מבוססות על עוולת התקיפה. שאותו רופא למשל הפעיל כוח כנגד אותו בן אדם. יותר נכון שאם רופא פעל ופגע וגרם נזק גוף למטופל- לא ניתן לבוא ולומר שהוא תקף את המטופל שלו ולכן בימ"ש העליון ביקש להעביר את התובעים מהמסלול של עוולת התקיפה למסלול של עוולת הרשלנות. שתי הטענות המרכזיות כאשר רופא פוגע באדם אחר, יש שתי בעיות בתביעות שכאלו.

- (1) מבחינת יסוד ההפרה- לתובע קשה להוכיח זאת. האם במאת הרופא הפר את החובה שלו. האם ניתן תוך אי נקיטה באמצעי זהירות.
 - (2) היסוד הקשה ביותר להוכחה ברוב התביעות זהו הקשר הסיבתי.
- יש בעצם שני סוגי תביעות:

- (1) מרבית התביעות מבוססות על הטענה שהטיפול עמו שניתן היה רשלני- (למשל במקום לנתח את יד ימין הוא ניתח את יד שמאל).
- (2) חלק אחר, זה מה שנקרא התרשלנות באי קבלת הסכמה לביצוע הטיפול, או היעדר הסכמה מדעת לקבלת הטיפול. אם הרופא היה אומר לי שיש סיכון שאצא אם נזק גדול מהניתוח- לא הייתי עובר את הניתוח. מכיוון שהוא לא אמר לי הלכתי לניתוח והסיכון התממש ונגרם לי נזק. ההסכמה היא לא סתם. ההסכמה היא בעצם שום של תהליך שבמסגרתו הרופא מחויב למסור לנו מידע. תופעות לוואי, סיכויי ההצלחה, כאבים, טיפולים חילופיים.

יסוד חובת זהירות-

- **רופאים חבים בחובת זהירות מושגית כלפי החולים שלהם (פס"ד צבי נ' קרול).**
- **מדוע?** החולה הוא אדם הנתון לטיפולו של הרופא אשר כאיש מקצוע חייב לנהוג כלפיו במיומנות מקצועית ראויה.
- **חובת זהירות מושגית תישלל רק במקרים חריגים** המערבים שיקולי מדיניות מיוחדים, כמו כשתינוק תובע רופא על כך שנולד עם מום קשה שלא התגלה במהלך ההיריון (עילת התביעה של חיים בעוולה- "טוב היה שלא נולד משנוולד"). התביעה מבוססת כנגד הרופאים שעקבו אחר המעב של ההיריון, והתלונה היא שהם לא גילו את המחלה. אם ילד נולד סובל מהנשימה הראשונה שלו מאיזו בעיה, הבעיה היא של תחולה. גם של הילד שטוען טוב היה לו שלא נולד מאשר שנולד. קשה הטענה שהרופא התרשל כלפי אותו הילד, כי הוא לא היה ילד, אדם. הוא היה עובר. להורים יש נזק כלכלי קשה, הוצאות רפואיות, יחיה כל החיים על חשבון הוריו כי לא יוכל לעבוד. בתביעות הללו יש שתי תביעות- חיים בעוולה= תביעת רשלנות כנגד העוולה שבעקבותיה נולד- אם העוולה לא הייתה קוראת הוא לא היה נולד. להורים יש תביעה של הולדה בעוולה- הם הולידו את הילד. עד לפני 5 שנים שתי התביעות הוכרו וניתנו פיצויים רבים. לאחר מכן האפשרות של ילדים לתבוע בוטלה. בימ"ש העביר את כל הסכום שמגיע לילד- להורים שלו. הפיצוי הכלכלי למשפחה לא נפגע. היום מסתבר שיש בעיה, כי איך אתה מוודא שכשהוא מגיע לגיל 18, נשאר ו כסף להמשיך לחיות. כי ההורים יכולים לבזבז את הכסף הזה, יש להם עוד ילדים ויכול להיות שהם נכנסים לחובות. בד"כ מדובר (במיליוני שקלים). הטענה לביטול- החיים גוברים על כל סבל וכאב שיכול להיות. ילד שנולד לא יכול

להיחשב כנזק. ילד תמיד יהיה אדם אהוב ומשהו חיובי. התפיסה הערכית היא אולי נכונה, אך היא יצרה בעיות פרקטיות יומיומיות.

• **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. רופאים חייבים לנקוט באמצעי זהירות ברמת העיקרון.

החובה נובעת משתי מערכות של דינים. המערכת הציבורית מבוססת על קיום של הסכמה. הרופא מציע את השירות, אנו רוצים לקבל את השירות ומגיעים אליו. הרופא מחויב לסטנדרטים מסוימים. גם כשאנו מגיעים לרופא פרטי, יש בנינו חוזה.

ברוב המקרים לא תהיה בעיה להוכיח את חובת הזהירות הקונקרטית. חובת זהירות קונקרטית נשללת במקרים רבים כאשר התובע זה לא הובע עצמו אלא בני המשפחה. אם בני המשפחה נפגע מהרופא הסיכוי להצליח בתביעה הוא לא גדול. יש קושי להוכיח יחסי שכנות. כאשר מדובר בתביעות סטנדרטיות- ברוב רובם של המקרים התובעים מצליחים לעבור די בקלות על שלב החובה.

ע"א 4025/91 צבי נ' קרול-

עובדות:

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

נפסק (השופט ברק):

- **על כל רופא מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי מי שמטופל על ידו. חובת הזהירות של הרופא נוצרת כשהרופא מקבל את החולה לטיפולו.** האופן שבו נוצר הקשר בין הרופא לחולה אינו משפיע על קיומה של חובת זהירות מושגית של הרופא כלפי המטופל מהרגע שהקשר ביניהם נוצר. התביעה נדחתה כי נפסק שהרופא לא התרשל. לא כל טעות ברפואה זו רשלנות.

פס"ד צבי נ' קרול- הש' ברק-

- "נקודת המוצא העקרונית הינה כי בין רופא למי שמטופל על-ידיו קיימים יחסי "רעות". הרופא הוא "שכן" של המטופל. הרופא צריך לקחת בחשבון כי המטופל על-ידיו עלול להיפגע אם הרופא לא ינקוט אמצעי זהירות סבירים. **על כל רופא מוטלת חובת זהירות מושגית כלפי מי שמטופל על-ידיו.**"
- משבא המטופל אצל הרופא, מוטלת על הרופא חובת זהירות מושגית לנקוט כלפיו באמצעי זהירות סבירים.

- **חובת הזהירות הקונקרטיה מתמודדת עם שאלה שונה...** השאלה, אם המזיק הספציפי צריך היה לצפות לקיומו של סיכון לניזוק הספציפי. **האם חובת זהירות קונקרטיה כזו קיימת ביחסים שבין [הנתבע לנתבע?]** התשובה על שאלה זו היא בחיוב. **[הנתבע] צריך היה לקחת בחשבון, כי אם הוא יתרושל בפיענוח הצילום הראשון, עלול להיגרם נזק למערער.** נזק זה מקורו בעבודה הפיזית הקשה אשר צפויה [לנתבע] - עובדה אשר הייתה ידועה לרופא אם הבדיקה לא תגלה כל פגם
- **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 קונקרטיה כלפי המטופל.** ההתמקדות היא ביסוד **הצפיות- עפ"י** רוב מבחן זה מתקיים- הרופא יכול וצריך לצפות את הנזק בנסיבות המקרה.
- יש לבדוק את **יסוד השכנות** כשמדובר בחובה כלפי צד שלישי, ואת **יסוד שיקולי המדיניות** כשמדובר בסוגיות מיוחדות (כמו תביעת ילד שנולד עם מום מולד עקב העדר אבחון רשלני של המום במהלך מעקב ההריון).
- **הקשיים בנוגע להוכחתה של חובת הזהירות של רופא עולים כשמדובר ביחסים שבין הרופא לאדם שלא מצוי בטיפולו** (למשל, אחריות פסיכיאטר למעשיו של חולה מסוכן שפגע פיזית באדם אחר, אחריות רופא כלפי בת זוג של חולה אידס).
- כיוון שבמרבית המקרים יש חובת זהירות, מרבית הפסיקה עוסקת בשאלות האם היתה **הפרה** והאם ההפרה גרמה לנזק (התרשלות וקשר סיבתי).

הפרת חובת זהירות (יסוד ההתרשלות)-

- אי הצלחתו של ניתוח, ונזק שנגרם בגללו, אינם כשלעצמם מובילים בהכרח למסקנה שמדובר ברשלנות רפואית- **"לא כל טעות מהווה בהכרח רשלנות"** (השופט **מלץ**, דנ"א 1833/91 **קוהרי נ' מדינת ישראל**).
- הקביעה שלא כל טעות מהווה רשלנות דורשת מבית המשפט לבדוק **באילו מקרים מהווה טעותו של הרופא סטייה מסטנדרט הזהירות הנדרש מרופא סביר**.

- בהקשר הרפואי **הטעויות יכולות להיות מגוונות:** העדר ידע, העדר ידע עדכני, העדר מיומנות נדרשת, מעידה רגעית וחד-פעמית, אי מתן מידע מספק לחולה, קבלת החלטה מודעת לנקוט בפעולה מסוימת ולא באחרת שגרמה לנזק.
- בדיקת התנהגותו של הרופא הנתבע נעשית עפ"י איש המקצוע (הרופא) הסביר. הרופא אינו נדרש לעמוד בסטנדרט של הרופא המוכשר ביותר, אלא בסטנדרט **התנהגות של רופא סביר** (ע"א 935/95 **פלונית נ' קליפורד**).

המבחן בסופו של דבר לקביעת הרשלנות – השאלה אם האדם שפגע פעל פחות מהאדם הסביר. במקרה שלנו- מדובר ברופא.

ברמת העיקרון, כל הרופאים חבים בחובת זהירות כלפי מטופלים שלהם.

מהות הוויכוח בתיקים הללו הם בשני רכיבים:

- 1- ברכיב ההפרה- האם הופרה חובת הזהירות. זהו מכשול רציני
- 2- קשר סיבתי- בחלק מהתיקים קשה לעבור בחלק מהתיקים כי לפעמים יש יותר מסיבה אחת שגרמה לנזק.

הרופא הסביר-

כשאנו בוחנים התרשלות של אדם, אנו בודקים זאת ע"פ "האדם הסביר".

- התנהגותו של רופא תיבחן עפ"י **התנהגות רופא סביר בתחום מומחיותו**.
 - כך, רופא משפחה ייבחן עפ"י התנהגותו של רופא משפחה סביר ולא עפ"י התנהגותו של רופא מומחה בתחום מסויים (גם רפואת משפחה היא התמחות).
 - מכאן, **על רופא לדעת מה לא נמצא בתחום מומחיותו** ולהפנות את החולה למומחה המתאים (השופט ד' לויין, 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-ם) 697/94 רזון נ' הסתדרות מדיצינית).
 - **פס"ד רזון**: זוג הורים, קרובי משפחה מדרגה שנייה, ילדו ילד שסבל ממחלה גנטית. בית המשפט קיבל את טענתם כי לאור ההיסטוריה הרפואית (מות בנם השני עם לידתו) **היה על הגניקולוג להפנות את הזוג לייעוץ גנטי אצל מומחה**.
- במקרה של רופא ומטופל, הסבירות נקבעת בהתאם למקצוע. בודקים בהתאם להתמחות שלו. אם אנו תובעים אורתופד- נסתכל איך כל האורתופדים בתחומו היה פועלים במקרה הספציפי. יש אנשים שחושבים שכל פעם שאדם נכנס לטיפול ויצא עם נזק גדול יותר או קרתה טעות- יש עילת תביעה. בימ"ש אומר לא. לא כל טעות תצמיח אחריות ותאפשר עילת תביעה.
- הטעויות יכולות להיות מגוונות: רופאים נדרשים להיות בעלי ידע, כישורים, הם מסוגלים לדעת לנתח כמו שצריך, צריכים לדעת למסור מידע בצורה שנבין את המידע. ולכן הם עלולים לטעות בכל מיני תחומים.
- העניין של המומחיות הוא חשוב כי נובע מזה שאדם מגיע לרופא והרופא מבין שזה לא בתחום המומחיות שלו, יש פסיקה שבאה ואומרת שרופא צריך להיות צנוע ולבוא ולהגיד- אדוני זה לא בתחום המומחיות שלי, אני אפנה אותך לרופא הרלוונטי. רופא שלא עושה זאת- מדובר בהתרשלות. על רופא לדעת מה לא נמצא בתחום המומחיות שלו, בנוסף, יש גם חובת התייעצות.

ניסיון ומומחיות:

- **ד"ר עדי אזר וד"ר נירנברג (רשלנות רפואית, 2000):**
- **על רופאים בכירים חובה לפקח על מתמחים ועל אלה מוטלת חובה להתייעץ.**
- ת.א. (מחוז-ירושלים) 668/92 **שטראוס נ' ד"ר יובל**: לידה בואקום בשבוע ה-42 להריון שהסתבכה לאחר שהעובר היה במצוקה עוברית במשך מספר דקות. הילד נולד עם שיתוק מוחין. שני הרופאים במשמרת היו מתמחים. הוזרק לאישה זירוז והם הבחינו שהעובר היה במצוקה במשך 8 דקות. הם החליטו לייילד אותה ולא להכניס אותה לניתוח קיסרי. הייתה מערכת של כשלים במהלך לידת הוואקום. היו שני מתמחים בתחילת דרכם, היה רופא וותיק שהיה בכוננות בבית והיה את מנהלת המחלקה. כשאנו באים לקבל שירות- זה לא מעניין אותנו מיהו נותן השירות, אנו רוצים לקבל את השירות הטוב ביותר ואם הוא מגיע בשעה 20:00 זה לא צריך לבוא לטובתו. עצם זה שהיו ב-20:00 בערב שני רופאים מתמחים שהיו בתחילת דרכם, זה מחדל. הם ניסו 4 פעמים להוציא את הילד, והילד נותר עם שיתוק מוחין. השופט קבע ש4

הגורמים התרשלו. המערכת כולה חבה באחריות כלפי אותו זוג מתוך הנקודה שכשאנחנו נגשים במערכת, מגיע לנו לקבל את השירות הטוב ביותר בלי קשר לסוג הרופא או לוותק שלו. הסטנדרט המקצועי צריך להיות אותו הסטנדרט. השופטת בוחנת את ההתרשלות של כל רופא פה בהתאם לנסיבות של הרמה המקצועית שלו.

- **השופטת א' פרוקצ'יה: היה על המתמחים להיות ערים למצוקת העובר ולהזעיק את הרופא הבכיר יותר שהיה כונן לפני הלידה כדי לקדם את פני הסיבוכים ולסייע בלידת הואקום אותה לא הצליחו לבצע אלא לאחר 4 נסיונות.**

- **הכונן הוזעק לבית החולים רק לאחר ששני נסיונות לילד נכשלו. אחריות הוטלה גם על הרופא הכונן שלא הגיע מייד ביוזמתו כשנודע לו על המצב.**

- **בנוסף, נפסק כי גם מנהלת המחלקה נושאת באחריות נוכח הנהלים שאפשרו למתמחים בתחילת דרכם להישאר במחלקה ללא נוכחות של רופא בכיר.**

כשאנו פונים לרופאים, פחות מעניין אותנו אם הוא מתמחה וכו'. אנו מצפים לקבל מכל הרופאים את אותו הדבר. הפסיקה באה וקובעת שהסבירות של יסוד ההתרשלות היא תלויה מצד אחד במקום של אותו רופא, בנסיבות הספציפיות (צעיר, וותיק), אך מצד שני מבחינה מערכתית זה לא אמור לשנות. יש כאן הסתכלות מערכתית אך גם נקודתית, כנגד כל גורם והדרגה המקצועית שלו. למשל- ראשת המחלקה התרשלה בכך שהשאירה שני מתמחים צעירים במחלקה.

יסוד ההפרה הוא תלוי נסיבות. האם היה לחץ, מי היה הנתבע, איך המערכת התנהלה באותו הזמן. השופט לא יכול לשפוט לפי התנהלות במערכת כיום, יש לחזור למתני שהמקרה קרה ולנסות ולהבין מה אירע. יש לשים משקפיים של אותו הזמן שהתרחש האירוע.

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.**

הפרקטיקה המקובלת- העיקרון המנחה-

העיקרון אומר שאם רופא פועל בהתאם לפרקטיקה שמקובלת, הנחה תהיה כי לא מדובר ברשלנות.

- **ההחלטה בדבר סבירות פעולותיו של הרופא הנתבע נקבעת בהתחשב בפרקטיקה הנהגת בעת הארוע שגרם לנזק ובהתאם לנורמות המקובלות ע"י רופאים אחרים באותה עת.**

- כשרופא פעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת בתחום הרי שגם אם הטיפול לא הצליח לא תוטל עליו אחריות ברשלנות (אלא אם הפרקטיקה עצמה רשלנית).
- ע"א 323/89 קוהרי נ' מד"י: התובעת אושפזה כדי לבדוק אם לקתה במחלת עור. נערכו לה בדיקות שקבעו שהיא סובלת ממחלה זו.
- באחת הבדיקות התגלה גידול בכבד ללא קשר למחלת העור. הוחלט להסיר גידול זה אבל כשנותחה גילו הרופאים במהלך הניתוח שקיים גידול נוסף בכבד. הרופאים החליטו לא להסיר את הגידולים אלא לחסום את זרימת הדם לאזור הגידול הגדול כדי לצמצם את גודלו. הניתוח בוצע ולאחר יום חלה הדרדרות במצב. התובעת נותרה בתרדמת עמוקה שממנה היא לא התעוררה. בני משפחתה הגישו בשמה תביעה נגד הרופאים. התביעה הלכה לשני מסלולים:
- 1- העובדה שלא הסבירו בפניה את מהלך הניתוח והיא לא קבלו את הסכמתה מדעת לביצוע הניתוח
- 2- כשלים בניתוח עצמו

• בית המשפט המחוזי דחה את תביעת החולה.

הפרקטיקה אמור להיות מלכתחילה כזוהי אחרת היא לא הייתה נקבעת כפרקטיקה. נקודת המוצא היא, שאם רופא מצליח להוכיח שזה מה שנהוג לעשות- לשופט ולתבוע יהיה קשה לקבוע ההפך.

הכלל של הפרקטיקה המקובלת נקבע במס' פס"ד. המרכזי הוא פס"ד קוהרי.

פס"ד קוהרי-

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

- כאשר בודקים האם הרופא התרשל המבחן אינו מבחן של חכמים לאחר מעשה אלא של רופא סביר בעת התרחשות המקרה.
- אמת המידה לבחינת הרשלנות תהיה זו של רופא סביר בנסיבות המקרה. החלטותיו ופעולותיו של הרופא צריכות להיות מבוססות על שיקולים סבירים וברמה המקובלת הנשענת על הנוהג הקיים בתחום מומחיותו של הרופא.
- על הרופא לבסס את החלטותיו על הידע העדכני הנתמך בספרות מקצועית, בניסיון קודם, והכל בהתאם לנורמות המקובלות באותה עת בעולם הרפואה.
- הערעור של המטופלת-התובעת נדחה כיוון שהבחירה בשיטת הניתוח לא הייתה רשלנית אלא נעשה בכובד ראש ומתוך ידיעה על שתי האפשרויות. התביעה נדחתה בשני המסלולים- נקבע שביצוע הניתוח לא היה רשלני. וגם המסלול השני של הסכמה מדעת- נקבע שהם לא התרשלו כי הם לא ידעו על קיומו של הגידול הנוסף ולכן לא יכלו להתריע בפניה על כך.
- בימ"ש קובע שמדובר כאן בשאלה משפטית.
- שאלה: האם משמעות ההכרה בעיקרון הפרקטיקה המקובלת היא כי למעשה הרופאים בתחום הרלבנטי, ולא השופט, יקבעו האם הרופא הנתבע התרשל?

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

- **עקרונית, המילה האחרונה בקביעת התרשלות הרופא היא של בית המשפט.**
- **ע"א 612/78 פאר נ' קופר:** התובע ביקש לעבור ניתוח להסרת בליטה ברגלו. הוא סבל גם ממום נדיר ברגל של היצרות עורקים שהוחמר עקב הניתוח. הדבר הוביל לנמק ולכריתה של הרגל. ניתן היה למנוע את ביצוע הניתוח ואת הנזק שנגרם לאחריו לו היו מבצעים בדיקה של הדופק ברגל לפני הניתוח. באופן עקרוני הוא לא היה מודע להיצרות העורקים כי זה לא הפריע לו. זה היה ניתוח פשוט, כבר עבר אותו כמה שנים קודם לכן ברגל השנייה. זה לא ניתוח שאמור לסכן את חייו. לפני ניתוח צריך לבדוק דופק. טענתו הייתה שלפני הניתוח לא בדקו את הדופק ברגל. הרופאים אמרו שרוב האנשים העורקים שלהם בסדר, ולכן בד"כ אין צורך לבדוק דופק ברגל.
- **השופט ש' לוי:** השאלה האם הרופא התרשל היא עניין משפטי ולא שאלה מדעית הנתונה לחוות דעת רפואית. התביעה כנגד הרופא התקבלה. השופט משתמש בנוסחת הנד. מדובר בבדיקה של שניות לבדוק דופק, היה צריך רק לבצע בדיקה פשוטה ובכך הנזק היה נמנע.
- **ע"א 3108/91 ריבי נ' וייגל:** התובע עבר ניתוח בגב להסרת צלקת שאמור היה להיות במקור ניתוח לאיחוי חוליות. הניתוח גרם לנזק רב יותר שכן הוא פגע בחוט השדרה ולא שליטה בסוגרים ולפגיעה בכח אונו של התובע.
- **הנשיא שמגר:** עיקרון הפרקטיקה הרפואית המקובלת היא בעלת משקל, אבל אין לה משקל מכריע, ואין בכוחה לקבוע באופן סופי האם הרופא התרשל. זו סמכות שנתונה לשופט. התביעה התקבלה גם בגין אי גילוי מידע (עוולת התקיפה).

ע"א 935/95 פלונית נ' קליפורד-

- **העובדות:** הנתבע, רופא שיניים במקצועו, העניק את שירותיו בהתנדבות. הרופא עשה שימוש במזרק הרדמה מסויים כשהיה בשוק כבר סוג מזרק חדש יותר בעל רמת סיכון נמוכה יותר, ונטען שכתוצאה משימוש במזרק הישן יותר נגרם לתובעת, שהיתה בת 5 בעת הטיפול, נזק מוחי לצמיתות (חומר ההרדמה הגיע למח).
 - **המחלוקת:** האם השימוש במזרק הרדמה מהסוג שבו השתמש הרופא הנתבע היה רשלני לאור קיומו של מזרק חדש יותר.
 - **נפסק** (הש' בייניש): **לפרקטיקה הרפואית הנוהגת יש משקל רב אבל לא מכריע כשהשופט מכריע האם התרשל רופא שפעל בדרך מסויימת.**
 - **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.
 - **התביעה נדחתה בע"א. התביעה התקבלה בד"נ** (דעת המיעוט הפכה לרוב).
- זהו היה המקרה הראשון בעולם שבו זריקת הרדמה הותירה אדם בעולם עם נזק כ"כ קשה ולצמיתות.
- הדרישה המרכזית היא לבדוק האם פעל כפי שכל הרופאים היו פועלים, אך בימ"ש עדיין יכול לקבוע שהפרקטיקה עצמה הייתה רשלנית. בייניש קובעת שלפעמים פרקטיקה עצמה

יכולה להיות רשלנית. בימ"ש נכנס לעולם רפואת השיניים ונותן אזהרה לרופאי השיניים להשתמש במזרק חדשני. זאת הסמכות שניתנת בישראל ע"פ החוק לבימ"ש לקבל הכרעות.

לכל זה יש להוסיף כלל משפטי נוסף.

דוקטרינת שתי האסכולות-

בהרבה מאוד מהמקרים ישנה יותר משיטת טיפול אחד. יש לפעמים כשיש שני דרכים- יש דרך מקובלת יותר ודרך מקובלת פחות. עלתה שאלה בפסיקה- מה קורה אם רופא שבחר כפרקטיקה מוכרת אך רק חלק קטן מן הרופאים פועלים לפיה? האם רופא כזה התרשל? ההכרעה בשאלה זו

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

• עקרונית, כשרופא נוהג בהתאם לאחת מהאסכולות המקובלות ברפואה הוא לא יימצא רשלן.

• ע"א 4384/90 ואתורי נ' בי"ח לניאדו:

אישה נפטרה לאחר שהגיעה לבית החולים בשבוע ה- 25 להריון עם ירידת מים. היו שתי גישות- ליילד אותה מיד, להוציא את העובר ולנסות שיחיה ויגדל להיות ילד רגיל, או גישה אחרת המקובלת פחות- יש גישה מסויימת שבאה ומנסה לדחות את הלידה. לאשפז את היולדת ולנסות לדחות את הלידה וזה יעלה את הסיכוי לשל אותו הילד לצאת לעולם כשהוא בריא. ולנסות למנוע זיהומים. ההחלטה לא הצליחה במובן הזה שהיא כן חטפה זיהום. הרופאים ניסו לשמור על ההיריון ולא להפסיקו מיד, דבר שהביא לזיהום בגופה של האישה ולמותה לאחר 12 ימי אשפוז.

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

התביעה הלכה גם על מסירת המידע וגם שהטיפול עצמו היה רשלני. הרופאים לא ישבו איתה ולא פרסו בפניה את האפשרויות ותבחרי מה שאת רוצה. בהקשר זה הרופאים נמצאו רשלנים.

בנוגע לטיפול עצמו- בימ"ש קובע שברגע שרופא נוהג בהתאם לפי אחת הדרכים המקובלות, לא משנה אם הדרך מקובלת פחות- הרופא לא יימצא רשלן.

• המומחים מטעם הצדדים נחלקו בדעותיהם בדבר נכונות החלטתם של הרופאים שלא להפסיק את ההריון.

• אבל, גם המומחה מטעם החולה הודה שהחלטת הרופאים שלא להפסיק את ההריון מייד התיישבה עם אחת מהגישות המקובלות על חלק מהרופאים בתחום.

• **הש' מצא:** פעולת רופא לא תחשב רשלנית אם היא התבססה על העדפת תפיסה אחת מבין האסכולות הרפואיות המקובלות.

- טענתו של רופא כי הוא פעל לפי אחת האופציות האפשריות המוכרות ברפואה בעת המקרה ושסביר היה לנקוט בה בנסיבות הקיימות עשויה לפטור אותו מאחריות גם אם מתברר בדיעבד כי טיפול חלופי היה יוכל להיות יעיל יותר.
- יש להדגיש: ההחלטה של הרופא להעניק טיפול מסויים תלויה בהסכמה של המטופל לקבל את הטיפול המוצע לאחר שהרופא העביר לידו את המידע הרלבנטי. ההחלטה של הרופא אינה מבוססת רק על הידע הרפואי הכללי אלא גם על הרצון הספיציפי 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. הם ינקטו ברפואה מתגוננת. הטענה היא – אם רוצים להימנע מרופאים מתגוננים, יש לקבל את הגנת הפרקטיקה המקובלת.
 - 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. זה מאפשר לרופאים להתגונן, ובכך לא להעלות את הביטוח שמשלמי המיסים, אנחנו משלמים.
 - מוניטין- מבחן הפרקטיקה המקובלת מגן על המוניטין של הרופא שטעותו אינה חטא אלא נעשתה במסגרת הפרקטיקה המקובלת באותו זמן. הגשת תביעה פוגעת במוניטין שלהם, זו פגיעה בשמו הטוב. אם שמו יפורסם, אנו כבר לא נלך אליו. הרופאים אומרים שפגיעות כאלו פוגעות במוניטין שלהם ואם פגיעה כזאת תקבל למרות שפעל בהתאם לפרקטיקה המקובלת יש פה בעיה.
- בניגוד לכך, בימ"ש מדגיש כי בחלק מהמצבים הפרקטיקה עצמה היא רשלנית. אם החשש מתביעות לא יהיה על הרופאים- הם לא יתחדשו, לא ילמדו דרכים חדשות, עולם הרפואה יהיה איטי יותר ולא יעיל.

השיקולים השוללים הגנה על בסיס הפרקטיקה המקובלת

- מבחן הפרקטיקה המקובלת עשוי לאשר טיפולים שאין מקום לפעול לפיהם.
- למשל: פס"ד קליפורד: קביעה ששימוש במזרק מסויים הינו פרקטיקה מקובלת כשיש בשוק מזרק בטוח יותר עלול להביא לגרימת נזקים דומים בעתיד. החשש הוא כי בתחומים מסויימים עלולה להתפתח גישה של רופאים המקלים עם עצמם.
- ראוי להרחיב את אחריותם של רופאים כיוון שהנטל הכלכלי של טעות רפואית עדיף שתוטל על הרופא שטעה כשממנו מפוזר הנזק על הציבור הרחב בדרך של ביטוח אחריות מקצועית. (שיקול של פיזור נזק).
- פס"ד פאר נ' קופר: הרופא הוא בעל הידע המקצועי והחולה מצפה שהרופא יעשה כל שביכולתו כדי למנוע תקלה בטיפול. לכן יש לפקח על כך ולדאוג שכך יפעל הרופא ולא יתקבע בעמדתו.

- החולה סומך על הרופא שיבצע ויערוך את כל הבדיקות הנחוצות. הרופא הוא **השוקל הטוב** שכן הוא במצב טוב יותר למנוע את הנזק שעלול להיגרם למטופל.

ניתוח הפסיקה ביחס להתרשלות 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.

בימ"ש יתערב כשהיה ברור שניתן היה למנוע את הנזק בצורה קלה פשוטה. בתיקים מסובכים, בימ"ש ככל הנראה לא יתערב וידחה את התביעה.

ע"א 612/78 פאר נ' קופר

- **העובדות:** התובע עבר ניתוח להסרת בליטה מרגלו, אבל בשל תופעה נדירה של היצרות עורקים חלה הדרדרות במצב הרגל לאחר הניתוח והוא נאלץ לעבור כריתה של הרגל בשל כך.

- **השופט ש' לוי:** יש לקבל את קביעת המומחים כי הסיכון שבו היה מדובר (היצרות עורקים אצל החולה) היה נדיר עד כדי כך שלא היה מקובל לבצע בדיקה של העורקים לפני עריכת הניתוח.

- אבל, אין לקבל במקרה זה את הפרקטיקה המקובלת שלא דרשה לערוך בדיקה שכזו לפני ביצוע הניתוח.

- בין היתר, יש לקחת בחשבון את חוות דעתו של מומחה שהעיד במהלך המשפט שקבע שלאחר הניתוח היה סימן אזהרה (איחור בזרימת הדם לרגל לאחר הניתוח) שחייב את הרופאים לעמוד על המשמר.

השופט מתערב בפרקטיקה המקובלת, הוא כופה עליהם לבצע בדיקה שלפני כן לא היו מבצעים אותה. בימ"ש הושפע בצורה משמעותית מנוסחת הנד. הם שמים מצד אחד את עלות המניעה שהיא כמעט ולא עולה כסף, הרופא ממילא בודק אותו. הבדיקה עצמה לא עולה כסף. מצד שני, נכון שהנזק נדיר, (ההסתברות גבוהה שיקרה), אך אם הנזק יקרה הוא יעלה המון כסף. יש פה התערבות שמבוססת על היכולת למנוע נזק שלמרות שהוא נדיר, הוא קיים.

גם לאחר הניתוח, היה ניתן גם לתקן את הנזק. האדם אף התלונן שהוא סובל מכאבים וכשהוריד את הרגל לא כאב לו כי הדם כן הגיע לרגליים.

פאר נ' קופר- הכרעה:

- ההכרעה האם הרופא התרשל נתונה לסמכות הבלעדית של בית המשפט וזו לא שאלה מדעית הנתונה לחוות דעת הרופאים.

- בנוסף, במקרה זה, על בית החולים היה לוודא את מצב העורקים של החולה גם אם תופעה זו היא נדירה, כל עוד תופעה זו ידועה ברפואה.
- היתה התרשלות באי ביצוע הבדיקה לאחר הניתוח גם לפי פרקטיקה רפואית מקובלת.
- בנוסף, ראוי היה לערוך את הבדיקה לפני הניתוח גם אם יש בכך התערבות של בית המשפט בפרקטיקה המקובלת.

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.
- השופט ד' בייניש (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 השניה מבחינת האפשרות למנוע את הנזק שנגרם.

פס"ד פלונית נ' קליפורד-דעת הרוב בע"א

- אין להתערב בפרקטיקה שהיתה מקובלת באותה תקופה, וזאת כיוון שלא ניתן היה לצפות את סוג הנזק שנגרם.
- הנזק שהיה מוכר כתוצאה מהשימוש באותו מזרק היה חולף ולא חמור. לכן, הנזק החמור ממנו סבלה החולה (שיתוק בחלק מגופה) היה בלתי צפוי.
- השופט ש' לוין: 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. פה זה היה המקרה הראשון בעולם בו נגרם נזק לצמיתות. לא ניתן לצפות את קיום הנזק הזה.
- השופט א' גולדברג: אם יקבע שהרופא התרשל המשמעות תהיה הטלת עול כבד על רופאים שכן יהיה עליהם להימנע מלהשתמש בציוד קיים, כשיש בשוק מכשור חדיש יותר. אמנם במקרה זה לא ניתן לתובעת הטיפול הטוב ביותר אבל גם לא ניתן טיפול רשלני. אמנם יש להציב רף גבוה של רמת זהירות אבל אסור שהרף יהיה גבוה מדי וישתק את המערכת הרפואית.
- אסור שהרף יהיה גבוה מדי, זה עלול לשתק את המערכת הרפואית. הדרישות שבייניש דורשת עלולות לפגוע בסופו של דבר במערכת שנותנת את השירות.

בערעור האזרחי נדחתה התביעה, אבל הוחלט על דיון נוסף. דעת המיעוט הפכה לדעת רוב.

דנ"א 7794/98 רביד נ' קליפורד-

- דעת המיעוט של השופטת בייניש התקבלה והפכה לדעת הרוב.
- **נפסק:** הרופא התרשל ועליו לפצות את החולה בגין הנזק שנגרם לה.
- **השופט אור:** קיומה של פרקטיקה רפואית מקובלת אינו יכול לקבוע כשלעצמו את שאלת ההתרשלות. פרקטיקה מקובלת מהווה שיקול חשוב במכלול השיקולים שבית המשפט שוקל אבל זה לא השיקול היחיד. **במקרים לא שכיחים הפרקטיקה המקובלת תוגדר כרשלנית.**
- השופט אור מסתמך על דברי הנשיא ברק בפס"ד צבי נ' קרול, ומפרט את השיקולים הרלבנטיים כשבוחנים את שאלת ההתרשלות: הסתברות להתרחשות הנזק, ההוצאות הכרוכות במניעת הנזק, חומרת הנזק, הערך החברתי של ההתנהגות שגרמה לנזק (נוסחת HAND).
- **יישום של נוסחת הנד מוביל למסקנה כי הרופא במקרה זה התרשל.**
- **יישום נוסח הנד 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 היתה ידועה התופעה של זרימת חומר ההרדמה למוח שעלול לגרום לנזקים חולפים. נזק מהסוג שנגרם למוח היה ידוע, אבל עוצמתו לא היתה ידועה.**
- **שימוש באמצעי פשוט ונגיש של מזרק שואב היה מונע את תופעות הלוואי הכרוכות בהזרקת חומר הרדמה לתוך העורק של החולה.**
- **המועד הרלבנטי לקביעת הפרקטיקה-**
- **פס"ד קליפורד** מוכיח שפרקטיקה נוהגת ברפואה עשויה להשתנות עם הזמן (מעבר ממזרק לא שואב למזרק שואב שמונע נזקים), ופרקטיקה שהיתה מקובלת בעבר עשויה להיחשב כבלתי אחראית כיום.
- לכן, כשבאים לקבוע האם הרופא התרשל אין לנהוג כחכם לאחר מעשה, כלומר אין מקום לנתח את המקרה במבט לאחור, אלא יש להיכנס לנעלי המעורבים בכל מקרה ומקרה בזמן אמת, כלומר בעת קרות האירוע ולבחון את מעשי הרופא בעת ההתרחשות (כך נקבע גם בפס"ד שטראוס נ' יובל).
- מכאן, **חידושים ברפואה שלא היו ידועים בעת במקרה לא יילקחו בחשבון בעת בדיקת ההתרשלות בבית המשפט.**
- **השאלה:** מהו הידע הרפואי במועד הרלבנטי לאירוע הנזק. שאלה זו נבדקת באמצעות זכרונם של המומחים והספרות הרפואית המקצועית באותה תקופה.

ע"א 3264/96 קופ"ח כללית נ' פלד

- התובעת נבדקה ע"י הנתבע שהיא נירוכירורג שקבע שהיא סובלת מגידול ממאיר ולכן יש לנתח אותה. במסגרת הניתוח נכרתה שליש מהאונה הימנית של מוחה. כשנתיים לאחר מכן כשהיא התגלה ממצא דומה באונה השמאלית של המוח. בשלב זה, לאחר שהרופא עברה יעוץ בארה"ב הסתבר כי מדובר בכלל בטרשת נפוצה, ובאופן ספציפי בטרשת שמחקה גידול.

- עד למועד שבו ארע המקרה (ב-1986) התפרסמו 3 מאמרים שהצביעו על תופעה זו של "טרשת המחקה גידול" שלקיומה לא היו הרופאים בארץ מודעים באותו זמן.

- עקב אי מודעות הרופאים לקיומה של אותה תופעה טעו הרופאים באבחנה של החולה וכתוצאה נגרם לתובעת נזק גוף משמעותי.

- **השאלות:** מה היקף החובה של רופא להתעדכן? עד כמה עליו להיות מעודכן?

מתי הופך ידע חדש ועדכני לידע שרופא סביר צריך לדעת?

היה מדובר בגילוי חדש. במסגרת התביעה הגיעו הנירולוגים הכי טובים בארץ והם העידו שאף פעם הם לא ראו מקרה כזה. זה היה גילוי רפואי חדשני. עד למקרה הזה התפרסמו 3 מאמרים בכתבי עת שהצביעו על התופעה הזאת. על מחלה שנראית כמו גידול סרטני אך לאחר מכן מגלים שמדובר בטרשת נפוצה. האם אותו רופא היה צריך לדעת? הם לא ידעו על המקרה באותה תקופה. מה חובת העדכנות שקיימת לרופאים?

פס"ד פלד- דעת מיעוט

השופטים קובעים שכלל שההתפתחות הרפואית הולכת וגוברת ביותר יותר מקומות, והופכת להיות ידועה, כך מתעצמת חובת הרופא לדעת עליה. אם למשל התפרסם רק מאמר אחד- והרופא לא קרא על כך, זה לא רשלני.

השופטים קבעו את הכלל הזה.

המחלוקת הייתה, איך מנסחים את זה בנסיבות המקרה.

- **השופט ט' שטרסברג-כהן (דעת מיעוט):** אמנם התפרסמו שלושה מאמרים בנדון אבל לא הוכח שמאמרים אלה ביטאו גישה רפואית מקובלת שהתגבשה לדעת מוסמכת ומוסכמת על הקהילה הרפואית.

- **לעתים חולף זמן עד שמתגבש מידע רפואי מוכר ואמין שהופך להיות נחלתו של הרופא הסביר.** המבחן שעל פיו יש ללכת הוא **מבחן משקלם המקצועי של המאמרים**, יוקרתם ומעמדו של הכותב, הנסיון הגלום בהם, קליטתם ואימוצם ע"י הקהילה הרפואית.

- **אין להטיל נטל כבד על רופאים לקרוא כל מאמר המופיע בתחום.** אם הרופא לא קרא מאמר אחד אין בכך רשלנות, אבל אם התעלם מסדרת אזהרות שהתפרסמו בספרות הרפואית יש בכך ראייה לרשלנות.

- בנסיבות המקרה, הנסיון המצטבר והאפשרות לזהות טרשת נפוצה המתנהגת כגידול התגבשו רק ב-1987 שאז פורסם מאמר מרכזי בנושא ולכן **בעת קרות האירוע לא היתה תופעה זו ידועה.** מדובר בתופעה נדירה שרופאים בארץ לא נתקלו בה עד אותה מקרה.

פס"ד פלד- דעת הרוב

השופט ת' אור: מסכים עם השופטת שטרסברג-כהן שאי ידיעה של מאמר מסויים שפורסם לא מהווה רשלנות.

על מנת לקבוע באם התרשל הרופא הרי שכלל שהחידוש הינו בעל חשיבות רבה יותר, ופורסם באופן בולט יותר בספרות הרפואית, וככל שיש בחידוש למנוע סכנה גדולה יותר לבריאות החולים, תגדל הנטייה לקבוע רשלנות באי התעדכנות.

בניגוד לדעתה של הש' שטרסברג-כהן, השופט אור קובע כי באותו מקרה פורסמו לדעתו מספיק מאמרים בנושא שהינו בעל חשיבות רבה ולפיכך היה מקום לקבוע כי הרופאים התרשלו.

השופט י' אנגלרד: בנסיבות המקרה התרשל הרופא: עליו להתעדכן במיוחד כשמדובר בביצוע ניתוחים משמעותיים.

בימ"ש רוצה לשלוח מסר- אל רופאים להתעדכן במה חדש בעולם הרפואה. בימ"ש מדגיש את החובה על רופאים להתעדכן.

ע"א 3056/99 שטרן נ' המרכז הרפואי שיבא

מה קורה כשיש פרקטיקה שונה בבתי חולים שונים בישראל? מה קורה כשקיים שוני בין בית חולים אחד למשנהו?

- עובדות: התובע נולד ב- 1974 עם שיתוק בשתי ידיו, לאחר שחולץ במהלך לידה טבעית כאשר היה במצג עכוז (כלומר, העכוז יצא לפני הראש).
- לטענת התובע לידה במצג עכוז מוגדרת כלידה בסיכון ולפיכך נדרשו נוכחות של רופא בכיר וביצוע של ניתוח קיסרי ולא ביצוע של לידה טבעית. כבר אז בביה"ח שיבא כן הכניסו לניתוחים קיסריים, אך ברוב בתי החולים לא.
- בית המשפט המחוזי: העובדה שהתובע לא נולד בניתוח קיסרי אינה מהווה רשלנות שכן לידה טבעית לא חרגה מהפרקטיקה שהייתה מקובלת באותה עת. כי הפרקטיקה ברוב בתי החולים הייתה ליילד בלידה רגילה ולא בלידת קיסרי. אך, הרופא כן עבד בביה"ח שיבא, אשר כן דוגל בפרקטיקה של הכנסה ללידת קיסרי.

לפי איזו פרקטיקה יש ללכת?

בימ"ש שולח מסר. הרופא התרשל כי עבד במקום שכל הרופאים סביבו פעלו בצורה טובה יותר. המסר הוא- שאנו צריכים לחתור לפרקטיקות טובות יותר. אבל מה הבעיה? הבעיה היא שיש פה פגיעה לא ברועי שטרן אלא בכל הילדים שניזוקו בבתי החולים בפריפריה, שאם שם הייתה מוגשת תביעה הילדים לא היו מקבלים פיצוי. יש פה מעין הפליה. ילדים במקרה זה לחלוטין לא היה מקבל פיצוי אם הוא היה בביה"ח בפריפריה.

- 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.

נזק כלכלי טהור, מצג שווא רשלני וחיווי דעה-

סיטואציות בהם אדם מוסר מידע לאדם אחר והפעולות הללו גורמות לנזק כלכלי טהור. נזק כלכלי שאין בצדו פגיעה בשם הטוב, בנפש, בגוף- יש רק הפסד הכנסה או אובדן השקעה. כל מה שקשור לכסף בהקשר זה. למשל- אם יועץ השקעות מוסר חוות דעת רשלנית.

התביעות הללו הן כנגד בנקים, השקעות, גופים שמוסרים מידע שהוא לא מדויק. תביעות כנגד המדינה גם. מצבים שפונים לרשויות כי הרשויות מחזיקות במידע חיוני, והן מטעות אותנו, המידע שנמסר לנו נמסר לנו בצורה רשלנית- הוא לא נכון, לא מדויק.

- התביעות הללו פחות עוסקים בהיבט האישי. בעיקר תיקים עסקיים ומסחריים.

באופן עקרוני, דיני הנזיקין מגנים בצורה פחות טובה על אינטרסים כלכליים שיש לנו מאשר למשל על שלמות הגוף שלנו. הם מטילים על התובע יותר דרישות מאשר נפגע בגופו. ישנן דרישות נוספות. למה זה ככה? כדי להבטיח אינטרס כלכלי מול צד שני בד"כ אתה עושה חוזה. בדיני החוזים אתה והצד השני יכולים להסכים על מנגנונים שיפצו אותך במידה ויש פגם בחוזה או שהחוזה יבוטל. לכן דיני הנזיקין קצת פחות מגנים על האינטרסים הכלכליים שלנו. לא צריך את דיני הנזיקין- דיני החוזים מגנים.

למרות זאת, כן יש תביעות שמוגשות בנושא.

הקדמה-

- **רשלנות עשויה לגרום לנזק כלכלי טהור, כלומר לפגיעה בכיסו של אדם אשר אינה מלווה בפגיעה בגוף או ברכוש.**
- מדובר למעשה ברשלנות של המזיק אשר הסבה לאדם הוצאות כספיות מיותרות או שפגעה ברווחים כספיים שהוא ציפה לקבל.
- רשלנות המזיק בהקשר הכלכלי יכולה להתבטא בכמה דרכים:

מעשה או מחדל רשלני

מתן מידע לא מדויק (מצג עובדתי רשלני)

מתן עצה/חוות דעת רשלנית

- הפסיקה קבעה כללים אשר חלקם ייחודיים לתחום זה לאור אופיו של הנזק והשפעתו על המזיקים הפוטנציאליים.
- עד היום דיברנו על פעולות מסוימות שהרופא למשל עושה או לא עושה. בתביעות של נזק כלכלי טהור, יש בצורה משמעותית את "מתן המידע" או "מתן עצה".

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. למשל- הבנק. מדובר על תביעות לפעמים של קבוצה גדולה שלא ניתן לדעת מהי גודל הקבוצה. יש לכך סיכוי פחות לתביעה ולכן בימ"ש עושה צמצום.
- 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?

פס"ד החשוב ביותר בנושא זה הוא המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה: פס"ד היווה את ההלכה, הדברים בישראל לא שונו מאז. השופטים אומרים את אותם דברים.

- הקבלן וינשטיין התחייב בחוזה לבנות עבור מושב קדימה מיכל מים של 1,000 מטרים מעוקבים, וזאת בהתאם לתכניתו של המהנדס כץ. בניית המיכל הושלמה והוא נמסר למושב כשהוא מלא 1000 מטרים מעוקבים מים וללא פגם. המושב פנה למהנדס, קיבל חוות דעת. החוזים נוצרו עם המושב. חוזה לביצוע העבודה עם הקבלן. וחוזה אחר על מתן חוות דעת של המהנדס כץ.
- תוך זמן קצר אותרה דליפה במיכל ולכן לא שילם המושב לוינשטיין את שכרו. הקבלן וינשטיין טען שיש 2 סיבות אפשריות לדליפה:
 - (1) שימוש בלתי נכון ובלתי מקצועי של המושב במיכל בכך שמילא אותו מים עד 1100 מטרים מעוקבים, או, לחילופין,
 - (2) תכנון בלתי נכון ורשלני של המיכל ע"י המהנדס כץ.
- הקבלן וינשטיין תבע מהמושב את יתרת השכר שלא שולמה לו, ולחילופין את המהנדס כץ על הנזק (הפסד ההכנסה) שגרם לו המהנדס ברשלנות.
- בין הקבלן למהנדס לא היו יחסים חוזיים.

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

הוגשה פה תביעה בין שני צדדים שלא הכירו אחד את השני. פה שני האנשים זרים זה לזה, ועדיין זה תובע את זה.

הרקע לפסק דין וינשטיין נ' קדימה-

- **הש' אגרנט:** יש להתמקד ביסוד **חובת הזהירות**- מדובר כאן בחוות דעת רשלנית שנתן המהנדס לקבלן. **האם יש להטיל חובת זהירות על המהנדס כלפי הקבלן?** המהנדס נתן חוות דעת, והשופט אגרנט אומר האם כשמדובר בין שני אנשים זרים, האם אני יכול שווינשטיין הוא שכן משפטי של כץ? בימ"ש קבע שיש שכנות משפטית. (כמו שאמרנו, כשיצרן מייצר משהו, הוא לא יודע מי יקנה את המוצר, מי עלול להיפגע).
- כדי להכריע יש לפנות ל**מבחן 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 מסויים, שאיננו נכון, שהינו רשלני.

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

השאלות המרכזיות בפס"ד וינשטיין-

- (1) האם נוכח ההשלכות הרחבות של **מצג עובדתי רשלני** יש להטיל חובת זהירות על מי שמציג את המצג וגורם בכך נזק?
 - (2) האם יש להטיל חובת זהירות לא רק למי שהציג מצג עובדתי רשלני אלא על מי שנתן **חוות דעת רשלנית** במסגרת עבודתו ומקצועו?
 - (3) האם יש להטיל חובת זהירות על מי שגרם **נזק כלכלי טהור**, נזק שלא לווה בפגיעה בגוף או ברכוש?
- הנטייה של הפסיקה באנגליה: יש להשיב על שאלות אלה בשלילה. בימ"ש העליון באנגליה לא היה מוכן להטיל אחריות בנזיקין במקרים כאלו.

כיצד פסקו בפס"ד וינשטיין?

אחריות לנזק כלכלי טהור

תשובה לשאלה השלישית:

- **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 מסויים.**

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

- אין הבדל בין נזק כלכלי לנזק גופני לדעת אגרנט בהקשר שבשני המקרים יש לשאת באחריות! רשלנות זאת רשלנות.
- סוג הנזק לא משנה.

- אבל, הקביעה של הש' אגרנט **שסוג הנזק אינו רלבנטי** בקביעת חובת זהירות מתייחסת ל**מצג עובדתי רשלני** ו**חוות 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 **ממעשה רשלני**

- **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**. לא היה כאן קשר חוזי.

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 שאינן 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 שנזק הגוף מעורר ביתר קלות לתגובה אוהדת מנזק שמתבטא רק בפגיעה בכיס.

- דרך גרימת הנזק יכולה לשנות, אך סוג הנזק לא.

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.

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 שהיתה 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. היא לא עמדה בכך, היא אחרה- והמדינה נתבעה.

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." פה בימ"ש העליון הטיל חובת זהירות.

- **התביעה נדחתה כיוון שהמדינה לא הפרה את חובת הזהירות** (העיכובים נבעו מאיחורים של בזק, מקורות ועוד). הקביעה של בימ"A שסוג הנזק לא משנה נותרת על קנה.

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 היא האם עצם מתן מידע באופן רשלני או מתן חוות דעת רשלנית מצדיקים אי הטלה של חובת זהירות.
- פס"ד וינשטיין, הש' אגרנט: הפסיקה האנגלית עסקה במקרים שבהם מדובר במסירה רשלנית של מידע (מצג עובדתי רשלני) ופחות במתן חוות דעת רשלנית.
- **הש' אגרנט, פס"ד וינשטיין: אין מקום להבחין עקרונית בין מצג רשלני של עובדות לבין מתן חוות-דעת מקצועית רשלנית:** "אם נמצא, כי בסוג מסויים 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 שגרם לניזוק נזק, לבין מתן חוות דעת מקצועית רשלנית למשקיע שמעוניין לרכוש חברה בדבר יכולתה הכלכלית.

אחריות למצג שווא 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: על התובע לעמוד בכמה דרישות כדי להוכיח את יסוד חובת הזהירות:
- (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 עיסקה מסוימת, שכתוצאה ממנה נגרם הנזק הכספי.**
- בפס"ד וינשטיין, תכניות המהנדס הוכנו לשם מטרה מסוימת והיא הקמת מיכל מסויים עבור מזמין מסויים (מושב קדימה) במקום מסויים ולכן ניתן להטיל עקרונית על המהנדס חובת זהירות.

- ישנו צמצום- היקף האחריות הוא לא מאוד רחב. הוא מצומצם מאוד. התנאי מתקיים פה. המהנדס כץ ידע שמדובר בדבר ספציפי, בעסקה מסוימת. כבר בתנאי הזה הקבלן ווינשטין הצליח לענות בתנאי זה לפי בימ"ש העליון.

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 ווינשטין אין הגבלה זו עומדת למכשול בפני הכרתה והטלתה של חובת זהירות.

עסקה שהיקף הנזק שלה, הסכום שלה יהיה פחות או יותר מוגדר. שאותו אדם שנותן את חוות הדעת- הוא ידע פחות או יותר את הסכום.

- מתי בימ"ש יטיל חובת זהירות?- כאשר ניתן להעריך מראש מהו היקף הנזק. המהנדס כ. יכול להעריך פחות את יותר את הנזק אם יתרשל.
- בימ"ס קובע כאן כלל משפטי, ולאחר מכן הוא בודק האם הוא מתקיים.
- **הדרישה היא שכל היסודות יתקיימו. ברגע שתנאי אחד לא מתקיים, האדם לא יוכל לבוע לפי דיני הנזקין.**

שיקול נוסף- כמות תובעים מוגדרת

שקבוצת הניזוקים הפוטנציאלית תהיה ידועה ותהיה קטנה ומצומצמת באופן יחסי. שהנתבע, מוסר חוות הדעת יכול לדעת פחות אות יותר מי נזק.

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 לענין שלשמו נערכה, אז הוא יחוב חובת זהירות, כלפי אותו אדם, בהבעת דעותיו המקצועיות. בכך מתמלאת דרישת השכנות.

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

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

שיקול אחרון- הסתמכות והעדר בדיקה נוספת-

התובע צרך להוכיח שהנתבע לא רק ידע לזהות אותו כמי ששייך לקבוצה שיכולה להינזק, אלא שהוא התכוון שיסתכו על המידע, על חוות הדעת שלו.

- **4) בעל מקצוע חב בחובת זהירות שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרה של עיסקה מסוימת בעלת היקף מוגדר, והוא התכוון שהניזוק יסתמך עליה, בין אם הוא ידע, כשהכין את חוות הדעת מי עתיד להסתמך עליה, ובין שידע שמדובר באדם שזהותו עתידה להיקבע.**
- **יסוד ההסתמכות:** כדי להטיל חובת זהירות על בעל מקצוע בשל נזק שנגרם לניזוק כתוצאה מהסתמכות על חוות דעתו של בעל המקצוע יש להוכיח כי לא רק שבעל המקצוע התכוון שהניזוק יסתמך על אותה חוות דעת, אלא גם שלא היה לו, בהתחשב 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.
- אם ישנה צפייה מצד נותן חוות הדעת שלפני שיסתמכו עליו יבדקו אותו שוב- לא תוטל חובת זהירות. (למשל: המהנדס).
- **הש' אגרנט:** בנסיבות המקרה, המהנדס כץ יכול היה לצפות כי הקבלן וינשטיין יבדוק את התוכניות, ובדיקה זו מסירה מעל כץ את חובת הזהירות כלפי וינשטיין.

תביעת הקבלן כנגד המהנדס נדחתה.

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

פס"ד של מסירת מידע-

חוות דעת רשלנית מול מצג עובדתי רשלני-

• **ע"א 86/76 עמידר נ' אהרון:**

אהרון, עולה חדש, פנה לעמידר כדי שתסייע לו לאתר מקום לפתוח מסגרייה בירושלים. עובד של עמידר מסר לאהרון שהמקום אותו בחר מתאים לפתיחת מסגרייה,

והודעה זו השתקפה גם בחוזה שנכרת בין אהרון לבין עמידר, בו נאמר, שהמקום הושכר לצורך ניהול מסגרייה בלבד.

לאחר פרק זמן מסוים התברר שתכנית המתאר של העיריה אוסרת לנהל מסגרייה במקום (בשל הפרעה לשכנים). נגד מר אהרון הוגש כתב אישום פלילי בגין ניהול עסק ללא רישיון, וניתן נגדו צו לסגירת המסגרייה. הוא תבע את עמידר. הציג בפניו עובדות לא נכונות, הוא היה עולה חדש ולא ידע והוא הסתמך על עמידר. זה פס"ד קצר אך הוא מראה שאין הבדל מבחינת בימ"ש מבין מסירת חוות דעת מוטעת למידע מוטעה.

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

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

העדר בדיקה נוספת כתנאי חשוב להטלת חובת זהירות-

• **ע"א 209/85 עיריית קרית אתא נ' אילנקו**

יש לעמוד מס' דקות בעירייה, הפקיד בודק ואומר האם אפשר לבנות או לא.

אילנקו, חברת בנייה, רכשה חלקה באזור התעשייה של קריית-אתא, מתוך כוונה להקים עליה מבנה תעשייתי. בתכניות המיתאר של המקום יועדה החלקה לתעשייה קלה, אולם כארבע שנים לפני הרכישה, המדינה החליטה לסווג את הקרקע כקרקע חקלאית. 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. העירייה הצליחה.

המדינה- לאחר פרק זמן מסוים פירסמה תכנית מיתאר חדשה שהקפיאה את הבנייה על החלקה שיועדה לתכנון מחודש עקב הקמתו של מחלף במקום.

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

- יש כאן שני נושאים: המדינה. עיריית קריית אתא. (אחריות המדינה) וגם ישנו נזק כלכלי טהור.

ניתוח לפי המודל של ברק- חובת זהירות מושגית

השאלה היא- האם המדינה חבה חובת זהירות במתן מידע מוטעה?

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 לענין אחריות המדינה כשהנזק נגרם כתוצאה מהסתמכות על מצג עובדתי רשלני, להבדיל ממעשה רשלני?
- השופט שמגר: נראה כי אין הצדקה ליצירת אבחנה כזו: מצג רשלני יכול שיהיה בדיבור, בכתב או בהתנהגות, והתנהגות רשלנית יכולה להתבטא במחדל. כל ניסיון להגביל את הגורם לנזק בדרך זו הוא מלאכותי, ושרירותי.

פס"ד אילנקו- השופט שמגר על דרישת השכנות-

- האם ניתן להטיל חובת הזהירות בהעדר יחסי רעות ושכנות קרובים? האם יש חובה להיזהר כשמטרת המפגש בין המוסר למקבל הוא קבלת מידע כשהשניים לא מכירים זה את זה קודם וללא כוונה להתמיד בקשר?
- הש' שמגר מסתמך על הלכת וינשטיין:

בעל מקצוע חב בחובה שלא להתרשל בהכנת חוות דעת מקצועית אם הוא עורך אותה למטרת 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.

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

אין פה אפשרות לבדוק את נכונות המידע בניגוד לווינשטיין. אין לנו אפשרות להגיע למסקנות בכוחות עצמנו. המדינה מחזיקה מידע חשוב. לכן הוא בא ואומר, שההלכה ווינשטיין חלה גם על מתן מידע רשלני, ויש חובת זהירות מושגית- כל העירייות וכל המשרדים של המדינה שמחזיקות במידע- חבות בחובת זהירות. חוות בלתי מידע מדויק ונכון.

פס"ד אילנקו-חובת זהירות קונקרטיית

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

- מחלקת מהנדס העיר בעיריית קריית-אתא מרכזת בידיה מידע חיוני בנושאי תכנון ובנייה, 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 חברת בנייה.
- בנסיבות אלה, כשנעשתה פנייה למחלקת מהנדס העיר לבירור מצבה התכנוני של החלקה, על הפקיד שמסר את המידע למסור לפונה את דבר קיומה של ההכרזה על החלקה כחקלאית גם אם היה סיכוי סביר לביטולה. זאת כיוון שקיומה של הכרזה על קרקע כחקלאית מהווה שיקול חשוב בשיקוליו של רוכש פוטנציאלי של קרקע, בבואו להחליט אם בכלל להיכנס לעסקה, ומהו המחיר שיהא מוכן לשלם בגין הקרקע.
- התביעה נדחתה, מכיוון שמנכל החברה לא הצליח להוכיח שהפקיד לא אמר. זה היה מילה מול מילה, והוא לא הצליח לשכנע את בימ"ש. התביעה נפלה על יסוד ההפרה. הוא לא הצליח להוכיח את רשלנות הפקיד.

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 הקונקרטיית):

הש' שמגר: יש לבדוק כל מקרה לגופו.

עקרונות, במרבית המקרים ניתן להניח שלא תתבצע בדיקה נוספת של הניזוק לגבי נכונות המידע כי בדרך כלל, מדובר במידע ספציפי המצוי בידיעתו ובשליטתו הבלעדית של מוסר המידע, שבין יתר תפקידיו גם מספק אותו לקהל הפונים, כך שאין מי שיכול לבדוק את נכונות המידע שנמסר.

- בנסיבות הענין, למרות שמנכ"ל החברה בקי בענייני תכנון ובנייה יותר מאזרח ממוצע, אין מקום לומר, שהיה צפוי שהוא יבדוק באורח עצמאי את התכניות החלות על החלקה. עובד ציבור העוסק במתן מידע אינו יכול לסמוך על כך שמקבל המידע המתמצא בנושא יערוך בדיקה עצמאית בטרם יפעל על-פי המידע שנמסר לו, שכן, אם הפונה יכול היה לברר את המידע בעצמו, מדוע פנה לפקיד הציבור מלכתחילה? לכן, העירייה לא היתה צריכה להניח שהמידע שנמסר יבדק 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: פס"ד משפיע בהתייחסות של בנקים כלפי לקוחות. לאור פס"ד יש חובות לבנקים. 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 להפוך 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. טען שהמידע שבנק מסד נתן לפקיד שלו הוא מוטעה.
- **השאלה: האם נותן עצה ומידע חב בחובת זהירות כלפי צד שלישי אשר לא פנה אליו? האם כשבנק מוסר מידע רשמי או לא מדויק לבנק אחר, הוא צריך להניח שמאחורי הבנק השני עומד מישהו שעלול להינזק?**

מתמקדת ביכולת לזהות את הניזוק הפוטנציאלי.

בנק מסד אומר- לא ידעתי שפונים בשביל עסקה מסוימת.

פסה"ד בעניין בנק מסד-

- **בנק מסד חב בחובת זהירות לא רק כלפי בנק הפועלים אלא גם כלפי לויט**, זאת למרות שבנק הפועלים יזם את הפניה לבנק מסד ולא לויט.
- **הש' ש' לויט**: לפי ההלכות בפסיקה מוסר חוות דעת חב בחובת זהירות **מושגית** כלפי מקבל המידע (פס"ד ויינשטיין).

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

- אם **חיווה דעה בתחום מומחיותו** (או בתחום שבו התיימר להיות מומחה);

- אם היה עליו לדעת שמקבל חוות-הדעת **יסתמך** עליה;

- אם מקבל חוות-הדעת **הסתמך** עליה כאמור באופן סביר ועקב כך נגרם לו נזק;

- אם לא הייתה צפויה **בדיקת ביניים** של מקבל חוות-הדעת לפני שהסתמך עליה;

- אם חיווי-הדעה היה **בלתי סביר** בהתחשב במומחיות מחוזה הדעה (הפרה).

כשלמחווה הדעה יש נגישות למידע שאין למקבל חוות-הדעת, תגבר הנטייה להטיל על מחווה הדעה אחריות נזיקית.

זה פס"ד שחידד בצורה ברורה את העובדה שגם כאשר הנתבע לא יודע לזהות באופן ספציפי מי פנה אליו ומי עלול להינזק, הוא יודע שיש קבוצה מסוימת שיכולה להינזק. קבוצת הלקוחות של בנק הפועלים עלולה להינזק כאשר הנציגים של בנק הפועלים פונים לבנק מסד. זה עשה רעש בעולם הבנקאות כי יש פה הרחבה של חובת הזהירות כי זה לא שלויט יזם את הפניה ואמר תלכו לבנק מסד. זה לא עניין את לויט, הוא רק רצה את כתב הערבות. מי שיזם את הפניה זה הבנק שלו. מי שניזוק זה אדם שלא אכפת היה לו מן המידע הזה, הוא היה נכנס לעסקה הזאת בכל מקרה.

בנק המסד-חובת זהירות קונקרטית-

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

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

נדרש כי **בפועל הסתמך מקבל המידע על המידע האמור**, פעל על-פיו ועקב כך נגרם לו נזק.

העובדה שמוסר המידע אינו יודע בפועל על קיומו של מקבל המידע, או על השימוש שהוא עומד לעשות במידע אינה מעלה או מורידה.

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

שיקולים מתנגשים לעניין היקף החובה-

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

• העברת חוות-דעת מקצועית מבנק אודות לקוחו לצד שלישי, באמצעות הבנקאי של הצד השלישי, היא מעשה מקובל בתחום הבנקאות ומחייבת הרחבת היקף הפריסה של האחריות הנזיקית.

• מצד שני, יש להיזהר ולהימנע מניסוח כללי גורף העלול להטיל אחריות על הבנק, נותן חוות-הדעת, כלפי חוג בלתי מוגבל של אנשים העשויים לסמוך עליה, בלי שניתן יהיה להבחין בעזרת שימוש בקני-מידה אובייקטיביים בין אלה שראויים ליהנות מהטלת חובת זהירות ומי שאינו ראוי לכך.

בנק מסד-סיכום

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

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

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

• התשובה אינה תלויה בזוהר יוזם הבקשה. מנקודת מבטו של הבנק מוסר המידע אין זה משנה אם הבנק מבקש המידע פעל מיוזמתו הוא בעניין הקשור ללקוחו או בעקבות בקשה של הלקוח לקבל את המידע. בשני המקרים היה על הבנק מוסר המידע לצפות כי בהתנהגותו הרשלנית הוא יוצר סיכון כלפי לקוח של הבנק השני. לפיכך, חב בנק מסד בחובת זהירות קונקרטיית כלפי לויט במוסרו את המידע.

• התביעה נדחתה בשל העדר קשר סיבתי- לויט לא הסתמך על חו"ד של בנק מסד.

למבחן-

החומר לבחינה הוא 8 המצגות . וגם הנושאים הנוספים שעו"ד יגודה העביר לנו. (נזק נפשי)

מעבר למצגות, מומלץ לקרוא את פס"ד המרכזיים. יהיה קייס, ויהיה שאלות נקודתיות- האם התובע יכול להוכיח שהנתבע חל בחובת זהירות? האם הנתבע הפר את חובת הזהירות?

סמטר ב':

שיעור 9- סעיף 41- הדבר מדבר בעד עצמו:

ישנם מצבים בחיים שבהם התובע לא יודע איך הנזק נגרם. למשל- אדם סובל מבעיה רפואית והוא נכנס לניתוח לשיפור מצבו, והוא יוצא מהניתוח עם נזק יותר גדול. הוא מניח שהוא ועו"ד שלו שהייתה רשלנות של הצוות המנתח, כי איך הוא יצא עם נזק גדול יותר? הנחת העבודה היא שהייתה רשלנות. אם אותו תובע הצליח להוכיח את הנסיבות הללו, אז כל מהלך המשפט מתהפך. אז הנתבע צריך לבוא ולהוכיח שהוא לא התרשל. יש פה שני שלבים במקום שלב אחד. שני שלבים הפוכים. זה המהות של ס' 41.

- למה ס' כזה קיים?

כדי לנסות ולעזור לתובעים. מה הבעיה בתביעות בנזיקין? שיש בד"כ הבדלי כוח. יש שני אנשים שאחד תמיד יותר חזק מהשני. אם זה המצב, אם נתבעים הם בד"כ יותר חזקים

מהתובעים- יש לאזן בניהם. לולא ס' 41 למשל כל החולים שיצאו מניתוח כזה לא יכולים לתבוע, מכיוון שהם היו מורדמים והם לא יודעים מה קרה. לולא ס' 41 המסקנה הייתה שכל התביעות הללו צריכות להידחות.

דיני הנזיקין ייצרו מנגנונים כדי לעזור לאותם תובעים המתקשים מאוד להוכיח את התביעה. זה יוצר נטל יותר כבד על נתבעים.

איך זה נעשה?

ס' 41 הוא הס' הכללי. הוא ס' סל. הוא אלא מתייחס לנסיבות ספציפיות אלא הוא מדבר על מצב כללי בו לאדם נגרם נזק והוא לא יודע איך להוכיח זאת, והוא עדיין חושב שיש מקום להטיל אחריות בגין הנזק.

• לבד מסעיפים 35 ו-36 לפקנ"ז העוסקים ברשלנות, סעיפים 38-41 עוסקים גם הם ברשלנות, ומטילים על המזיק נטל כבד יותר מתביעת רשלנות "רגילה".

• כיצד זה נעשה?

- בדרך כלל: בתביעות רשלנות, על התובע להוכיח את כל רכיבי עוולת הרשלנות: קיומם של נזק, חובת זהירות, התרשלנות, וקשר סיבתי בין התרשלנות לנזק.

- החריג: במסגרת סעיפים 38 – 41: על המזיק להוכיח שהוא לא התרשל.

• סעיפים אלה קובעים כי אם הניזוק מוכיח את קיומם של התנאים הקבועים בהם, על המזיק להוכיח שהוא לא התרשל.

• ההנחה בסעיפים אלה: המזיק התרשל ועליו להוכיח שלא התרשל.

"על הנתבע הראייה" שלא הייתה התרשלנות-

בסעיפים 38-41 מופיע הביטוי "הנתבע הראייה". מה פירושו של ביטוי זה?

• נטל ההוכחה: החובה המוטלת על כל צד במשפט היא להוכיח את טענותיו במידת ההוכחה הנדרשת במשפט. במשפט אזרחי, החובה המוטלת על צד במשפט היא להוכיח את טענותיו במאזן הסתברויות של מעל 51%.

• נטל השכנוע: כדי לעמוד בנטל ההוכחה, על בעל הדין הנטל או החובה לשכנע את בית המשפט שהטענות הנטענות על ידו נכונות. ברוב התביעות הנזקיות נטל השכנוע מוטל ראשית על התובע להוכיח את תביעתו (כשנטל השכנוע לגבי טענות הגנה מוטל על הנתבע). אם בסופו של המשפט לא ניתן להכריע מי מהצדדים צודק התובע לא יזכה בתביעה כי עליו הוטל הנטל לשכנע והוא כשל.

• נטל הבאת הראיות: כדי למלא אחר נטל השכנוע, על בעלי הדין להציג ראיות. נטל הבאת הראיות מוטל בתחילה על מי שנושא בנטל השכנוע, אך הוא עשוי לעבור מבעל דין אחד לאחר במהלך המשפט.

• כשהתובע שנושא בנטל הבאת הראיות, הביא די ראיות להוכחת טענתו, הנטל להביא ראיות עבר לנתבע להוכיח את טענתו ולהפריך את טענת התובע. (הש' שטרסברג-כהן, ע"א 6160/99 דרוקמן נ' לניאדו, הש' זילברטל, רע"א 1530/13 גדלוב נ' הארגז)

מה הכוונה על הנתבע הראייה? ברגע שאדם מגיע לבימ"ש וטוען טענה מסוימת, הוא חייב להוכיח אותה. אם לא תוכיחו את הטענה- בימ"ש לא יאמין לכם. בעולם המשפט, נטל ההוכחה כולל שני נטלים נוספים.

- אחד הוא נטל השכנוע. הוא אחד הדברים שיש לכל צד להוכיח. איך אדם ישכנע את השופט? הוא צריך להביא ראיות וזה הבסיס של כל הנושא הזה.
- נטל הבאת הראיות- אני אציג בפני בימ"ש ראיות. או עדים, או ראיות חפציות.

ברגע שכתוב בס' 38-41 על הנתבע הראיה- זה אומר שהנתבע הוא זה שצריך להוכיח בפני בימ"ש שהוא לא התרשל. בניגוד למקרים הרגילים שהנתבע צריך להוכיח את קיומה של התרשלות.

חשיבות הוכחת נטל ההוכחה:

- הייחוד של סעיפים 38-41: **לאחר שהנתבע שכנע את בית המשפט והביא ראיות לכך שהתנאים הקבועים בסעיפים אלה התקיימו** (למשל, שנגרם לו נזק מאש שפרצה אצל שכנו, או שמים שעברו משכנו הזיקו לרכושו) **מניח בית המשפט שהנתבע התרשל והנטל לשכנע את בית המשפט שהוא לא התרשל עובר אליו.**
- אם בסוף המשפט כפות המאזניים מאוזנות **הנתבע יפסיד** כי לא הצליח להוכיח שלא התרשל.
- **מכאן:** נטל הבאת הראיות הינו החובה הנלוות לנטל השכנוע ומשמעותו- החובה להביא ראיות כדי לעמוד בנטל השכנוע וזאת כדי להוכיח את הטענות הנטענות.
- ככלל, רובץ נטל השכנוע על התובע ועליו מוטל נטל הבאת הראיות. כאשר התובע מוכיח שהתנאים הקבועים בכל אחד מסעיפים 38-41 לפקודה התמלאו אז בית המשפט יוצא מנקודת הנחה שהנתבע-המזיק התרשל והנטל עובר אליו להפריך הנחה זו באמצעות הבאת ראיות (ע"א 8151/98 שטרנברג נגד ד"ר צ'צ'יק).
- ברוב התביעות בנזיקין במסלול הרגיל, אם התובע והנתבע מגיעים לתיקו ראייתי, במצב שכזה בדיני הנזיקין - התובע יפסיד, כי בדיני הראיות במשפט האזרחי תובעים צריכים לשכנע את בימ"ש קצת יותר מן הצד השני. 51% רמת ההוכחה הנדרשת היא 51%. מה הייחוד בס' 41- אם יש תיקו במקרה כזה, הנתבע יפסיד. למה? בגלל המילים של "על הנתבע הראיה". הנתבע צריך לעבוד קשה. המנגנון כאן הפוך.
- הנתבע צריך או להגיד בדיוק מה קורה. נגיד שבמהלך הניתוח זה לא שהאזמל פגע באדם אלא מהלך הניתוח היה תקין- והנה השופט יש לי ווידאו שמראה זאת.
- או שהוא יטען שהוא נקט באמצעי זהירות סבירים בהתאם לפרקטיקה המקובלת.

סעיף 41- הדבר מדבר בעדו:

"בתובענה שהוגשה על נזק והוכח בה כי לתובע לא היתה ידיעה או לא היתה לא יכולת לדעת מה היו למעשה הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק, וכי הנזק נגרם ע"י נכס שלנתבע היתה שליטה מלאה עליו, ונראה לבית המשפט שאירוע המקרה שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט זהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה - על הנתבע הראיה שלא היתה לגבי המקרה שהיא לידי הנזק התרשלות שיחוב עליה." התובע צריך להוכיח 3 דברים אחרים :

על התובע להוכיח שלושה רכיבים:

- (1) **אי ידיעה/חוסר יכולת לדעת** כיצד נגרם הנזק. על פניו זה פשוט, אך לא כך תמיד.
- (2) הנזק נגרם ע"י **נכס שהיה בשליטה מלאה** של המזיק. גם זה יחסית קל להוכחה.

(3) **מסתבר** יותר שהמזיק התרשל מאשר פעל באופן סביר וזהיר. זהו התנאי המורכב ביותר. במקום חובת זהירות, קשר סיבתי ונזק, התובע צריך להוכיח את שלושת הדברים האלו.

(1) התובע אינו יודע מהן הנסיבות שגרמו לנזק-

ע"א 206/89 רז נ' אלישע:

- התובעת נולדה בבי"ח אלישע. לאחר הלידה היא החלה להקיא ולאבד נוזלים. היא הועברה לאשפוז בבי"ח בני ציון.
- הסתבר שלאחר הלידה היא לקתה בזיהום כתוצאה מהידבקות בחיידק במהלך שהותה באלישע.
- כתוצאה מהטיפול בבני ציון נפגעו כלי דם ברגל ונגרמה לה נכות לצמיתות.

טענות התובעת כנגד בית חולים אלישע:

- בית החולים ידע על המגיפה ובכל זאת שחררו את אימה ואותה מבית החולים מבלי להודיע דבר להוריה ומבלי להנחותם כיצד לטפל בה.
- **עצם הדבקותה במחלה בבית החולים מעידה על רשלנות (הדבר מדבר בעדו).**
- **אחת הטענות הייתה-** שהיא לא יודעת איך קרה הנזק. היא הייתה בת 6 ימים ואמה לא קיבלה הנחיות. לא אמרו לה- אם הבת שלך תאבד נוזלים ותקיא- שימי לב. היא טוענת כי חל פה ס' 41.

פס"ד אלישע- השופט שמגר-

- בנסיבות המקרה יש להחיל את סעיף 41.

באשר לקיומו של התנאי הראשון:

- עקרונית, חולה אינו יכול לדעת מה התנאים של האשפוז בבתי חולים, מהם אמצעי הזהירות שיש לבית החולים למנוע מחלות ונזקים, וסביר שאלה יהיו בידיעתו של בית החולים המזיק.
- לאור זאת, מועבר הנטל אל בית החולים להוכיח שאכן נקט באמצעי הזהירות הראויים.
- העברת נטל הראיה מטרתה **לכוון התנהגות של מזיקים פוטנציאליים** כך שלא תהיה רשלנית.
- פס"ד אומר שחולים לא יכולים לדעת מה קורה בביה"ח- הידע לא בידיים שלנו. בימ"ש העליון הולך לקראת תובעים ואומר כי החולים לא יכולים לדעת... ברור כי אם הס' לא היה, לא היה ניתן להגיש את התביעה.

כאשר התובע מציג בכתב התביעה גירסה לקרות התאונה-

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

- לבית המשפט יש אינטרס שהתובע יפרט גירסה מבחינת יעילות הדין.
- לתובע יש אינטרס לפרט גירסה שכן הוא לא יודע מראש מה תהיה קביעת בית המשפט לענין הסתמכותו על סעיף 41. מכאן **שלתובע כדאי להציג בכל מקרה גירסה אפשרית לקרות התאונה.**

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

- ע"א 8425/02 **עקל בדר נ' מהדי פארוק**: התובע נפגע בתאונת עבודה כשנפל מפיגום כתוצאה משחרור המעקה של הפיגום בשל סיבה לא ידועה. לא היה ברור האם העובד עצמו שיחרר את החלק, או שהקבלן שיחרר את זה, או שזה לא נבנה מראש? הוא הציג איזו גרסה מסוימת.

- **השופט מצא**: מסירת גירסה של התובע הכוללת את התרשמותו לגבי קרות התאונה לא שוללת הסתמכות על סעיף 41 וזאת משיקול של יעילות הדין. גם אם זה לא אחד לאחד מה שקרה, זה בסדר לטעון שלא ידעת ועם זאת עדיין להציג איזושהיא הערכה של מה שקרה. המסקנה היא- גם כאשר אנו טוענים לס' 41, עדיין אנו כתובעים יכולים להציג גרסה/ הערכה של איך אנחנו חושבים שזה קרה.

- **השופטים כאן חושבים גם על עצמם**- השופטים רוצים מידע. ראיות כדי שיוכלו להכריע. לכן המגמה של בימ"ש היא לא לחסום אפשרות של תובע להגיש הערכה של מצב. אני לא יודע בדיוק מה קרה, אך ביכולתי להעריך. נשאלת שאלה- האם בן אדם יכול להציג מצגת אירועים שקרית? זו הטענה הנגדית.

אבל... לעומת זאת, הפסיקה קובעת שכאשר בתי המשפט קובעים שהתובע משקר, מציג גרסה שקרית ולא אמינה- הוא לא יכול לטעון – אתם לא מאמינים לי כי שיקרתי, ואז יטען שאני לא יודע מה קרה. אם בימ"ש מוצא שההערכה באופן מכוון לא נכונה- התובע לא יכול להסתובב ולהגיד שהוא לא יודע מה קרה. זה לא יהווה כלי לתובע הלא אמין.

- רע"א 9113/05 **מדינת ישראל נ' אבו ג'ומעה: התובע**, שנפצע מירי שוטר מג"ב באחת השכונות במזרח ירושלים, הציג גירסה מפורטת בה תיאר את אירוע הירי ואת מה שקדם לו. גירסה זו נדחתה ע"י הערכאות הנמוכות כגירסה בלתי מהימנה כיוון שהוא למעשה שינה את גירסתו מספר פעמים. גם התובע עצמו, מסר 3 או 4 גרסאות שונות וגם המשטרה לא הציגה בדיוק גרסה שניתן היה לעבוד איתה. לא ברור מה קרה!

- **השופטת חיות**: לא ניתן במקרה כזה לאפשר לתובע להסתמך על ס' 41. מדוע?

לא ניתן להסתמך על ס' 41 כשאין "עמימות ראייתית", התובע אמר בדיוק מאיפה נכנס הכדור ואיך הוא יצא. כלומר כשהתובע מסוגל להציג גירסה עובדתית מפורטת באשר לנסיבות קרות האירוע. זאת להבדיל מניסיון להסיק את מה שאירע ע"י ראיות חיצוניות. מתי קיים ס' 41- כשזה מעורפל, כשאין לנו ראיות. במקרה זה- התובע יכול היה להגיד בדיוק מה קרה, הוא היה נוכח במקום והוא ידע בדיוק מה קרה, ולכן אין עמימות.

- במקרה שלפנינו התובע הציג גירסה מפורטת בה הוא תיאר את אירוע הירי ואת מה שקדם לו, על פי מה שלדבריו קלט בחושיו שלו. העובדה שגירסה זו נדחתה ע"י הערכאה הנמוכה כגירסה בלתי מהימנה אינה יכולה להכשיר טענה חלופית הנשענת על כלל "הדבר מעיד על עצמו".

- מכאן, סעיף 41 "אינו בבחינת מפלט-לעת-חירום, לאחר שבית המשפט דוחה את הגרסה העובדתית שהוצגה על-ידי התובע". אם התובע טוען שנסיבות האירוע ידועות לו עליו להיכבד ולהוכיח אותן. **התביעה נדחתה**. הוחלט כי התובע לא אמין. הוא שינה כל הזמן גרסאות שונות.

- החשיבות של פס"ד- לא ניתן להשתמש בס' כדרך לחפות על שקר.

ע"א 1071/96 עיזבון אמין פואד אלעבד נ' מדינת ישראל-

- מדובר על הפרות סדר. תושב רפיח נהרג במהלך האינתיפאדה הראשונה בעת שכוחות צה"ל פעלו ברפיח לשם פיזור הפרות-סדר קשות. בכתב התביעה נטען שהמוות נגרם בשל ירי באש חיה של כוח צה"ל, בעת שהתושב יצא מתפילה במסגד והלך לתומו ברחוב. **העדות היחידה שתמכה בכך הייתה של בתו שהייתה כבת 8 בעת האירוע.**
- ביום האירוע התרחש עימות אלים בין צה"ל לאוכלוסייה המקומית. מול 20 חיילי צה"ל התרכזו כ- 1,500 מבני המקום, ובמסגרת הפרות-הסדר הושלכו אבנים, ברזלים ובקבוקי תבערה לעבר הכוח, שהגיב בירי, ככל הנראה, של כדורי גומי ופולסטיק. באירוע זה נהרגו שלושה אנשים ובהם המנוח. טענת המשפחה הייתה שהוא לא השתתף בהפרות סדר, אלא הוא רק היה עובר אורח.
- בית המשפט המחוזי בירושלים, הש' פרוקצ'יה: "ניתן להניח כי המנוח נפגע במהלך האירועים המתוארים, אולם חסרה עדות אמינה, ברורה ומפורטת לגבי נסיבות פגיעתו. עדותה של הבת אינה יכולה לספק את הנדרש משמשקלה של עדות זו מועט ביותר." השופטת התקשתה לקבוע מה קרה שם בדיוק. הייתה בעדות של הבת בת 8. דבר ראשון, גילה. דבר שני העדות נגבתה כ- 5 שנים לאחר האירוע. הזיכרון האנושי הינו דבר מתעתע. אסור לשכוח שהיא הבת של הנהרג- נטיית ליבה תהיה להציג גרסה שתואמת לגרסת משפחתה. דבר שני- היא הציגה שתי גרסאות שונות למה שקרה. בגרסה הראשונה – טענה שלקח לה שעה לספר למשפחתה מה קרה, ובגרסה השנייה- היא אמרה שלקח לה כמה דקות. בנוסף, נראה היה שהיא לא חשה בסכנה בזמן הפרות הסדר, כי היא שיחקה עם חברותיה. לאור זאת- המשפחה טענה גם לס' 41. – שצה"ל יגיד מה קרה, שצה"ל יסביר שהוא לא התרשל.

• **השאלה: האם יש מקום לקבל את הטענה בדבר סעיף 41?**

עיצובן אמין פואד אלעבד- ההכרעה בבית המשפט העליון-

הש' ריבלין: בהקשר של התנאי הראשון- חוסר יכולת לדעת:

- "ביסודו של דבר, הצגת גרסה עובדתית בדבר נסיבות המקרה, והסתמכות על כלל "הדבר מעיד על עצמו" – יכול שתהייה בבחינת תרתי-דסיתרי. (סתירה פנימית).
- נראה כי ברגיל, קשה יהיה ליישב הצגת גרסה עובדתית ברורה עם פנייה לכלל "הדבר מעיד על עצמו", שהרי אם טוען התובע כי ידועות לו נסיבות התאונה, יתכבד ויזכיר אותן. כלל "הדבר מעיד על עצמו" אינו בבחינת מפלט-לעת-חירום, לאחר שבית המשפט דוחה את הגרסה העובדתית שהוצגה על-ידי התובע.
- אלא שיתכנו בהחלט מקרים, שבהם אין הנפגע מתיימר להציג ראיות ישירות בדבר ההתרחשות, או לדעת באופן חד-משמעי מה ארע. יחד עם זאת, מנסה הוא, ככל יכולתו, לשער, להסיק ולהוכיח, מה גרם לנזקו. ניסיון זה, לשרטט תרחיש רשלני ספציפי, גם אם כשל, לא בהכרח יהא בו כדי למנוע מן הנפגע את הטענה החלופית, בדבר התקיימות התנאים לתחולת כלל "הדבר מעיד על עצמו". בהקשר זה, יבחן כאמור כל מקרה על-פי נסיבותיו – האם הצגת הגרסה העובדתית על-ידי התובע שמטה את הקרקע מתחת לכלל, אם לאו". העובדה שאדם מציג את גרסתו לא שוללת ממנו את ההסתמכות על ס' 41.

• התביעה נדחתה.

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

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

מהו נכס? ההגדרה רחבה:

- פס"ד רז נ' אלישע, השופט שמגר: מתקני בית החולים, החפצים והשטחים שבתוכו, החל מכפפות הידיים של האחיות וכלה בכלי האוכל ומתקני הסניטציה, נמצאים בשליטת בית החולים. **מחפצים אלה יצא הסיכון להידבקות בחיידק**, ובכל מקרה, רק בית החולים יכול לבדוק ולדעת מה מקורו של החיידק.

- גם אם נטען שהנזק לא נגרם ישירות ע"י נכס שבבית החולים אלא ע"י החיידק, הרי תשובה לכך תהיה שרק בידי בית החולים יכול להימצא הסבר למה נעשה או לא נעשה בנכסים שבשליטתו, שמגר אומר- הנכס הוא שטח ביה"ח וזה מה שהוביל לגרימת הנזק. בין אם זה האוויר או חפץ סביב ביה"ח, הכול יורד לאותו הדבר ולכן ההגדרה של נכס היא מאוד רחבה, מעבר למקרקעין או מטלטלין. זו פרשנות מקלה מאוד עם התובעים, וזה נועד לתובעים להצליח בתביעה שלהם. ומה יכול להיות הקשר בין נכסיו, שבהם שהו התובעת-התינוקת ואימה, לבין החיידק. ההנחה היא (אלא אם הנתבע יצליח להפריך אותה), שהנזק ארע בעת שהותו של הניזוק בתוך נכס שבשליטת המזיק.

- ההגדרה של נכס בפקודת בניזקין: מקרקעין או מטלטלין

"שליטה מלאה"-

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

- בבדיקה שנערכה לאחר התאונה נמצא שהמעלית וכל רכיביה היו תקינים. המומחים שהעידו בבית המשפט לא ידעו להסביר מדוע דלת המעלית בקומה ג' לא הייתה נעולה למרות שתא המעלית לא היה מול הדלת.

- באשר לסיבת אירוע התאונה הועלו מספר אפשרויות:

(1) קצר חשמלי שגרם לבלגן- בימ"ש לא קיבל את האופציה הזאת.

(2) הפעלה ידנית ע"י אחד הדיירים, - זה היה נראה די מופרך.

(3) תקלה בבלמים. זה לא הוכח בצורה מוחלטת- כי לא נמצאו תקלות. אך בימ"ש חייב שזהו ההסבר ההגיוני ביותר לכך.

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

איך ניתן לומר שיש כאן שליטה מלאה?

בימ"ש העליון רצה להכיר בתביעה, ולכן היה צריך לפרש את המושג "שליטה מלאה" בדרך שונה. בימ"ש נותן פרשנות מרחיבה. ואולי אפילו יותר מדי.

- ישראל יפוט: לא שלטנו באופן מלא במעלית. סיפקנו שירות ובדקנו תקינות מזמן לזמן.

- הש' מצא: אין צורך בשליטה גמורה ומוחלטת בנכס. על מבחן השליטה להיות גמיש. מטרתו של תנאי זה היא לבדוק אם הנתבע הוא בעל זיקה מיוחדת לנכס לא רק כשלמזיק חזקה מלאה, נמשכת ובלעדית בנכס אלא גם כשאין לו חזקה בלעדית בו.

- המבחן לקיומה של שליטה הוא מבחן ענייני-מעשי, הבוחן האם זיקתו המיוחדת של הנתבע לנכס מעידה על היותו בעל היכולת הטובה ביותר למנוע את התאונה. אם התשובה לשאלה זו חיובית, אז ייראה הנתבע כבעל שליטה בנכס.
- בדיקת רכיב השליטה: טיב זכותו של הנתבע להחזיק בנכס, עד כמה הפעיל את זכותו, האם החזקתו של הנתבע בנכס הייתה רלבנטית לגרימת הנזק, האם היו מחזיקים נוספים. אין חובה שתהיה בחזקה בלעדית בנכס או בקיומה דוקא בעת קרות התאונה.
- במקרה זה נותרה בידי ישראלית מידת "שליטה אפקטיבית" שנדרשה לה לצורך טיפול ואחזקה תקינה של המעלית וכיוון שלא היה גורם נוסף שהביא לאירוע הנזק היא זו שנושאת באחריות. לכן, התקיים היסוד השני של סעיף 41.

ע"א 6991/09 פלוני נ' מדינת ישראל-

- התובע, תינוק בן 3 חודשים, הגיע עם הוריו לשכונת שועפט בירושלים לביקור משפחתי. הוא נקלע עם הוריו להפרות סדר בין שוטרי מג"ב, שהגיעו למקום לבצע מעצרים, לבין נערים שהפגינו נגדם. במהלך הפרות הסדר, **התובע נפגע בראשו מחפץ קהה**. בבית החולים אובחן שבר בגולגולת וכן חדירה של רסיס למוח. כתוצאה מהאירוע הוא נותר עם נכות בשיעור של 60%.
- נטען שהתובע נפגע מאמצעי פיזור ההפגנות שבהם השתמשו השוטרים. המשפחה אמרה- אנו נקלענו לאירוע ואנחנו לא יודעים ממה נגרם הנזק, והנזק נגרם ע"י חפץ שהיה בשליטה מלאה של הצבא.

- בית המשפט המחוזי דחה את התביעה.

• בית המשפט העליון, הש' גרוניס:

- (1) לא הוכח כיצד נגרמה הפגיעה- האם מפעולת השוטרים או מאבן שזרקו המפגינים.
- (2) יש להוכיח שהנזק נגרם ע"י נכס שלכוחות הביטחון היתה שליטה מלאה עליו. אבל, התובעים לא הצליחו להוכיח שפציעתו של התובע נגרמה כתוצאה מפגיעה של אחד מאותם האמצעים שבהם עשו השוטרים שימוש. מכאן, אין להעביר את נטל השכנוע אל המדינה. התביעה נדחתה. לא ברור ממה נפגע הילד. גם לא ברור שהייתה שליטה מלאה של כוחות הביטחון בשכונה- ההיפך. רצו להחזיר את השליטה ואת הסדר במקום.

(3) **נראה לבית המשפט שהאירוע שגרם לנזק מתיישב יותר עם המסקנה שהנתבע לא נקט בזהירות סבירה מאשר עם המסקנה שהוא נקט זהירות סבירה-**

- זה מבוסס על פס"ד ישן אנגלי. ולכן, אם זה מה שקרה- אז ס' 41 צריך לחול.
- התנאי הזה דורש כי לאור ניסיון החיים, סביר יותר להניח שהנסיבות שהביאו לתאונה מתיישבות יותר עם המסקנה שהנתבע התרשל מאשר שלא התרשל.

- הש' זילברטל, רע"א 2394/16 **בית חולים כרמל נ' פלונית** (מיום 10.8.2016):

"בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, ומבלי לערוך בחינה קונקרטיית של פרטי המקרה: 'המסקנה אינה נסמכת על הוכחת מעשה רשלני מסוים. נהפוך הוא – אף שנסיבות התאונה, נכון לאותו שלב (קרי, בתום פרשת התביעה), אינן ידועות, מלמד ניסיון החיים כי תאונה מעין זו אינה נגרמת ברגיל בלא שנתקיים מעשה רשלני כלשהו. התנאי השלישי מתקיים מקום שבו מוכיחה ההסתברות הכללית כי

במרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות' (מסתמך על דברי הש' ריבלין, פס"ד שטרנברג נ' צ'צ'יק). לא בודקים באופן קונקרטי את אופי המקרה, אלא את סוג המקרים שכמוהו.

- שורש המחלוקת לגבי ס' 41 הוא פחות על השליטה המלאה אלא זה על החלק השלישי- של מה יותר הגיוני. האם הייתה רשלנות? או לא הייתה רשלנות?

התנאי השלישי- הש' מצא בפס"ד ישראל-פוט-

- על התובע-ניזוק להציג סיבה אפשרית להתרחשות התאונה אבל לא מוטלת עליו החובה להוכיח או להציג את הסיבה הממשית או האמיתית לקרות התאונה.
- בפס"ד ישראל-פוט: התובעים הציגו סיבה אפשרית לקרות הנזק והיא פגיעה אפשרית במערכת הבלמים של המעלית, סיבה שהשופט לא פסל ולא ביטל. ישראל-פוט לעומת זה לא התמודדה עם שתי השאלות הרלבנטיות להכרעה:
 - (1) מה היתה הסיבה האפשרית לאי-נעילת דלת המעלית- לא ניתנה לכך תשובה
 - (2) מה היתה הסיבה שהמעלית לא היתה בקומה ג'- השופט דחה את האפשרות שישראל-פוט העלתה כי אחד הדיירים העלה את המעלית באופן ידני.

ע"א 8151/98 שטרנברג נגד ד"ר צ'צ'יק-

- פס"ד מסביר מה התובע צריך לעשות כאשר הוא בא וטוען שיותר הגיוני שהייתה רשלנות מאשר לא. התובעת עברה ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח נפגע העצב שגרם לנכות ברגלה. בתביעה נגד הרופאים הסתמכה התובעת על סעיף 41. בית המשפט המחוזי קבע שהמנתח לא התרשל ולכן התביעה נדחתה.
- המחלוקת: התובעת העלתה את האפשרות שהעצב נפגע כתוצאה מפריקה של המפרק המלאכותי במהלך הניתוח, בעוד שהנתבעים טענו שיכולות להיות אפשרויות אחרות לפגיעה (דימום, מתיחה) ושלא ניתן לקבוע מה גרם לפגיעה. לא ניתן לדעת מה קרה כי לא היה תיעוד מספק. כשהרופא המנתח פגש את אותה אישה כשהיא התעוררה מהניתוח הוא סיפר לה שהעצב שלה ברגל נפגע- ואמר שזה ככל הנראה בגלל מעשיהם בניתוח. היו בעיות- הרופא שהסתכל על האיזור ברגל לא הגיע להעיד. כיצד יש לבחון את התקיימותו של התנאי השלישי של סעיף 41?

- ע"י חוות דעת. הסיבות הן לפי ניתוח סטטיסטי לפי מקרים דומים. שני הצדדים מסתמכים על נתונים סטטיסטיים כי הם לא יודעים מה קרה בדיוק. הנתבע בשלב הזה גם הוא מציג את הראיות הסטטיסטיות שלו. הוא לא מציג את סרטון הווידאו או דבר אחר בשלב זה, אלא מציג חוות דעת, פרקטיקה מקובלת, סטטיסטיקה וכו'. התנאי השלישי מתקיים כאשר ניתן להוכיח הסתברות כללית. מה הסיכוי שדבר מסוים יכול לקרות. ככל שהתובע יכול להציג נתונים משמעותיים- אז הוא יוביל את בי"מ"ש למסקנה שזה כנראה מה שקרה.

פס"ד שטרנברג- הש' ריבלין-

- בדיקת קיומו של התנאי השלישי נעשית לאור הנסיבות הכלליות, כלומר ללא בדיקה של פרטי המקרה המסוים נשוא התביעה.

- המסקנה שיש להניח שהנתבע התרשל אינה נסמכת על הוכחת מעשה רשלני מסוים, אלא על המנגנון הבא: למרות שנסיבות התאונה אינן ידועות, ניסיון החיים מלמד שתאונה כמו זו שארעה אינה נגרמת בלי שהתרחש מעשה רשלני כלשהו.
- התנאי השלישי מתקיים כשניתן להוכיח **הסתברות** כללית שבמרבית המקרים התוצאה שנגרמה באה בשל רשלנות הנתבע.
- **התנאי השלישי דורש הוכחת הסתברות כללית לקיום רשלנות, להבדיל מהצבעה על קיומה של סיבה מסוימת ספציפית כגורם לנזק. בזה התובע והנתבע יתמקדו בשלב בדיקת התנאי השלישי- הם יציגו ראיות כלליות-סטטיסטיות ולא ראיות קונקרטיות.**
- הראיות הקונקרטיות של הנתבע לא יילקחו בחשבון בעת בדיקת התנאי השלישי.

יישום האפשרות השניה בפס"ד שטרנברג-

- המומחים הרפואיים העידו שעקרונית ניתן לבצע ניתוח כזה תוך הגנה על העצב.
- לא הייתה מחלוקת שבעת בדיקת יציבות המפרק במהלך הניתוח אירעה פריקה. (השאלה כאמור היא האם הפריקה היא זו שגרמה לפגיעה בעצב).
- המומחה הרפואי מטעם הנתבעים הודה שבמהלך הבדיקה של המפרק המתבצעת במהלך הניתוח, אם המפרק יוצא מהמקום זה תחת הביקורת של המנתח.
- בנוסף, במקרה זה, הרופא המנתח חשב מלכתחילה שנסיבות המקרה מביאות למסקנה שהוא אחראי לתוצאות המזיקות של המקרה. כך הוא אמר לתובעת והוא לא הכחיש זאת גם בשלב יותר מאוחר. הוא שינה את עמדתו רק בזמן המשפט.

פס"ד אלעבד- השופט ריבלין-

מסתמך על ספרם של א' פורת וא' שטיין:

- ס' 41 מאפשר סטייה מהכלל הרגיל של הוכחה ספציפית, ישירה ואינדיבידואלית של התרשלות הנתבע, ומתיר לתובע להוכיח "התרשלות סטטיסטית" (כלומר, כיוון שברוב המקרים התנהלות הנתבע מובילה לנזק, הגיוני שכך קרה באותו מקרה).
- ס' 41 מאפשר לתובע לבסס את טענתו בדבר התרשלות הנתבע על ראיות סטטיסטיות או כלליות שלמעשה מסווגות את המקרה לקטגוריה של רשלנות.
- **התנאי השלישי מתיר שימוש בראיות המלמדות שבמרבית המקרים תאונה מהסוג שאירע לא הייתה מתרחשת בלא התרשלות כלשהי. היתר כזה ניתן לתובע, כשנסיבות קרות הנזק אינן ידועות, והנתבע שלט בנכס שגרם לנזק.**
- לכן, במסגרת סעיף 41 לפקודה יש להבחין בין הראיות המשמשות להוכחת הסעיף, לבין הראיות המאפשרות לנתבע להוכיח שלא התרשל- אלה ראיות המתייחסות ספציפית למקרה המסוים ויש בהם להצביע שהנתבע נהג כראוי.

פס"ד אלעבד- השופט ריבלין-המשך-

- **הראיות הקונקרטיות, במידה וקיימות, יילקחו בחשבון בשלב שבו נשאלת השאלה האם עלה בידי הנתבע להרים את הנטל שהועבר אליו מכוח הכלל (כלומר האם התרשלו בפועל).**

- "משהועבר הנטל אל כתפי הנתבע, יוכל הוא להרים נטל זה באחד משני אופנים. האחד, על-ידי שיוכיח את התרחיש שגרם לנזק שאיננו תרחיש עוולתי, לאמור, איננו פרי רשלנות מצדו. השני, כי אף שאיננו יודע את הסיבה שהביאה לנזק, יוכיח שפעל בסבירות הראויה ומעשיו אינם נגועים ברשלנות" (הש' שטרסברג-כהן בפס"ד סולן).

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

- אם יצליחו להוכיח את כל היסודות - במצב כזה הנתבע יצטרך לעבוד קשה. כי הוא צריך להוכיח אחד משניים:

1- שהוא לא התרשל

2- שהוא נקט באמצעי זהירות שלמרות שנקט בהם נגרם הנזק.

הוא עובד קשה, כי ברוב המקרים הוא לא יצליח להוכיח זאת. אם הוא יכול היה להציג גרסה כזאת - הוא היה מגיש אותה הרבה הרבה קודם. הברור העובדתי נעשה כמעט תמיד במשרדי עו"ד של התובע והנתבע הרבה לפני שמגיעים לבימ"ש. זאת הסיבה שברגע שהתובע מצליח להוכיח את ס' 41 – הנתבע ברוב המקרים יפסיד את המשפט.

כאשר הראיות הכלליות של התובע אינן משכנעות-

- הראיות הכלליות-סטטיסטיות שמציג התובע בנוגע לנסיבות האפשריות לקרות הנזק צריכות להיות משכנעות. במידה ולא, תנאי סעיף 41 לא יוכחו, לא יעבור נטל השכנוע לנתבע והתביעה עשויה להידחות. אי אפשר להמציא את הראיות, אי אפשר להסתמך על דברים שהם קצת מופרכים.

ע"א 4152/03 חסונה נ' בית חולים ביקור חולים:

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

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

פס"ד חסונה- השופט ריבלין-

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

- אבל, גם הראיות הכלליות האלה צריכות להיות מהימנות ובעלות משקל.

- הראיה הכללית של התובע עשויה להיות בלתי-משכנעת אם חוות-דעת רפואית שמציגה סיבה אפשרית לנזק אינה מגובה בספרות רפואית כלשהי. חוות הדעת מטעמו עשויה להיות בלתי-משכנעת לאור הראיות הכלליות של הנתבע כשהמומחה מטעמו מציג מחקרים שפוגעים בתוקפם של המחקרים שהציג התובע או מציג גורמים אחרים לנזק שלא קשורים לאשם המזיק.

- במקרה זה, הראיות הכלליות שהציגה התובעת לא היו משכנעות ולכן **הנטל לא עבר לכתפי הנתבעת**. השופט לא "שמע את הנתבעת" ואת עורכי הדין שלה, כי הוא טוען שאין שימוש בסעיף 41. הסעיף הזה נולד כאמור מהמשפט האנגלי, אבל יש נוהג כזה גם במשפט הפלילי- יש מצב שבו שלאחר שהפרקליטות באה והביאה את הראיות שלה ואומרת שאלו הן הראיות ולפיהם צריך להרשיע- אז יכול לקום העורך דין של הנתבע- "אין להשיב לתביעה" – כלומר ראיות הפרקליטות כל כך חלשות וצריך לזכות את הנאשם- אז השופט הולך ועושה בדק בית- וזה סיכון כי אם ימצא שהשופט יחשוב אחרת אז הנתבע יהיה בבעיה. סעיף 41 הוא דומה לכך, הוא מאפשר לשופט לעצור לאחר הטענות של התובע ולבדוק אם 3 התנאים מתקיימים- והרי אם הם לא מתקיימות הוא לא יצטרך לפנות לשמוע את הנתבע והוכחותיו ובכאן יסתיים הסיפור.

- השופט ריבלין על תוקפן של הראיות הכלליות:

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

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

- פס"ד מגדי אחמד צלח נגד מוסלח מטייר- שנת 2017

- התובע היה עובד של הקבלן-הנתבע אשר נפגע במהלך עבודתו באתר הבניה. הוא טען כי בעת עבודתו נפל ממרום גרם מדרגות בלתי מגודר המצוי בבניין. לטענתו, הנפילה נגרמה בשל התרשלותו של הקבלן, שלא דאג לגידור גרם המדרגות כראוי או לנקיטת אמצעי זהירות אחרים.

- הקבלן הכחיש את טענות התובע, אבל הודה כי התובע נמצא מוטל חבול בתחתית גרם המדרגות המדובר. אדם עובד באתר בנייה, נפל מגרם מדרגות- מדובר בבניין שבבנייה, גרם המדרגות לא היה מגודר, לא היה עם מעקה שחוסם נפילות- כי כנראה שטרם הותקנו. וברגע אחד האדם נמצא שוכב על הקרעקע- איבד הכרה ולא זכר איך הגיע למצב זה. הוא הגיש תביעה והסתמך על סוף 41- התעורר בבית חולים לא זכר איך זה קרה (תנאי ראשון התקיים). טען שהבניין בשליטת הבעלים ומי ששלט זה הקבלן הראשי – מצב כזה שלא יודעים הגיוני שזה יהיה בגלל רשלנותם מאשר משהו שהוא עשה- ביהמ"ש המחוזי אמר שהנפילה מהמדרגות היא לא בהכרח מתיישבת עם המסקנה שיש רשלנות. אדם יכול לאבד שיווי משקל, להחליק, זה לא אומר בהכרח שהיתה פה רשלנות של בעלים וקבלן.

- בית המשפט המחוזי דחה את התביעה כיוון שהתובע לא הצליח להוכיח כיצד הוא נפגע (נוכח חבלת הראש שלו הוא לא זכר כיצד נגרמה התאונה).
- באשר לסעיף 41, קבע בית המשפט המחוזי כי נפילה ממדרגות, כשלעצמה, אינה מתיישבת עם המסקנה שהקבלן התרשל יותר מאשר עם המסקנה שהוא לא התרשל, שכן ניתן ליפול ממדרגות גם בעקבות החלקה, אובדן של שיווי משקל או סיבה אחרת שאינה קשורה לרשלנות מצד הקבלן- הנתבע.
- פס"ד צלח השופט הנדל:
- פרשנות סעיף 41: התיק הגיע לעליון- וגם כאן מראים איך מפרשים את כל תנאיו של סעיף 41:
- **התנאי הראשון דורש חוסר ידיעה של התובע** או חוסר יכולת לדעת מה היו נסיבות שהובילו לנזק. במסגרת **התנאי השני** יש לבחון **האם הייתה לנתבע שליטה מלאה על הנכס שגרם לנזק**. הפסיקה (פס"ד שטרנברג) קבעה **פרשנות מקלה**, יחסית, ביחס לשני התנאים הראשונים, באופן המיטיב בדרך כלל עם התובע-הניזוק. אומר ביהמ"ש שהוא מקבל את קביעתו של המחוזי ש2 התנאים הראשונים מתקיימים.
- יישום סעיף 41:
- יש לקבל את קביעת בית המשפט המחוזי כי שני התנאים הראשונים מתקיימים כאן. בית המשפט המחוזי קבע כממצא עובדתי שהתובע אינו זוכר את נסיבות התאונה עקב החבלה שנחבל בראשו, וכי הבניין היה בשליטת הקבלן.
- פסד צלח השופט הנדל סעיף 41 תנאי שלישי:
- יש לנקוט בזהירות בבחינת התנאי השלישי שכן סעיף 41 מהווה כלי ראייתי כדי לקבוע אשם בנזיקין שהוא ענין מהותי.
- בפסיקה ובספרות הוצגה עמדה לפיה התנאי השלישי של סעיף 41 מאפשר לבית המשפט להתבסס, במקרים המתאימים, גם על ראיות כלליות או סטטיסטיות, כלומר על ראיות שאינן נובעות מנסיבות המקרה הקונקרטי. צריך לבחון את תנאי זה בזהירות כי זה התנאי שיכריע את התיק. זה לא עובדה שהיא מוכחת, זה משהו שהוא על בסיס של נתונים סטטיסטיים- הפסיקה שמדברת על תנאי שלישי זה ראיות סטטיסטיות וכלליות.
- אין מדובר בהכרח בבדיקה סטטיסטית או מספרית מדוייקת אלא הדרישה היא לבחון את הראיות הכלליות.
- התוצאה של בדיקת התנאי השלישי תלויה בבחינה של התאונה הספציפית, אלא של תאונה מן הסוג המדובר. הבדיקה היא כללית – הסתברותית – של תרחישים אפשריים לתאונה מן הסוג שעל הפרק, תוך התחשבות בנתונים הקונקרטיים שכן ידועים לגבי המקרה.
- רק אם בסיכום הכולל הראיות מלמדות כי משקל האפשרות שלא ננקטה זהירות סבירה רב יותר, יש להעביר את הנטל על שכם התובע. השופט מעביר ביקורת על המחוזי- והופך את ההחלטה ואומר שהוכח בעצם שגרם המדרגות לא היה מגודר, הנתבע לא הצליח להסביר ולהראות שננקטו אמצעי זהירות אחרים כדי למנוע פגיעות בעובדים שלא יפלו מגרם המדרגות. לכן המסקנה של השופט שגם התנאי השלישי התקיים- המסקנה של ביהמ"ש זה שהתובע נפל בגלל חוסר של מעקה. (אי אפשר בוודאות

לדעת מה קרה זו מסקנה של ביהמ"ש. אם התנאי השלישי מתקיים זה עדיין מאפשר לנתבע להוכיח או מה קרה, או שנקט באמצעי זהירות.

- השופט הנדל המשך...
- העברת הנטל לא נועדה להביא לקבלת התביעה אלא לסייע להכרעה צודקת – למנוע את דחייתה מבלי שהעניין נשקל לגופו בצורה המקסימלית. בראיה זו, התנאי השני - שליטת הנתבע בנכס - נועד לאזן את דרישות הצדק. מצד אחד, התובע לא ידע ולא יכול היה לדעת. מצד שני, הנתבע הוא בעל זיקה לידיעה, בשל היותו שולט בנכס. רק בהתקיים 2 התנאים הללו יש לעבור למבחן התנאי השלישי.
- הקביעה כי התקיים התנאי השלישי אינה בגדר סוף פסוק, אלא בבחינת פתיחת שער. כלומר, אף אם התובע ממלא את שלושת התנאים עדיין יש להוסיף ולדון בשאלה הנורמטיבית: האם הממצאים העובדתיים שנקבעו עולים כדי התרשלות.
- **יישום: הוכח כי גרם המדרגות לא היה מגודר ולא הוצג חומר לפיו ננקט אמצעי זהירות אחר, ולכן המסקנה היא שגם התנאי השלישי מתקיים.**
- המסקנה שהמערער נפל עקב היעדר אמצעי זהירות, כגון מעקה, גידור אחר או חסימת הכניסה לגרם המדרגות – מתיישבת עם ניסיון החיים יותר מהמסקנה של נפילה עקב איבוד שיווי משקל על אף שנקטו אמצעי זהירות.
-
- סעיף 41 סיכום:
- בסעיף 41 נעשה שימוש כאשר התובע אינו יודע כיצד נגרם הנזק וכי הנתבע נמצא במצב טוב יותר להסביר את האירוע הנזקי כיוון שהוא שלט במצב הדברים.
- הדרישה המשמעותית מהנתבע בסעיף זה היא להוכיח באופן כללי שלאור נסיבות המקרה ניתן להניח שהנתבע התרשל.
- **התובע אינו צריך להוכיח באופן קונקרטי שהנתבע התרשל אלא שסטטיסטית במרבית המקרים, אירוע נזק כמו זה שאירע מוביל למסקנה שהנתבע התרשל.**
- טענה זו נבדקת לא רק על בסיס הראיות הכלליות-סטטיסטיות שהתובע מציג, אלא גם לאור הראיות וההסברים הכלליים שהנתבע מציג.
- אם אכן האפשרות שהציג התובע לקרות התאונה משכנעת את בית המשפט, הנטל יעבור לנתבע להוכיח שהוא לא התרשל. בשלב זה, **על הנתבע יהיה להציג הסבר ספציפי, קונקרטי ומשכנע שהנזק שנגרם לא נגרם בשל התרשלותו.**
- הסעיף הזה משקף למעשה מדיניות משפטית הבאה ליצור איזון בין תובעים שלא יכולים להוכיח כיצד נגרם הנזק לבין נתבעים שלהם ידע ושליטה רבה על המצב.
-
- הקדמה-
- כאשר התובע נדרש להוכיח כי התרשלות הנתבע היא זו שגרמה לנזק עליו להוכיח כי **עובדתית הסיבה המכרעת לנזק היתה התרשלות הנתבע.**
- לצורך כך על התובע להציג ראיות המוכיחות את רשלנותו של הנתבע.

- אבל, יש מצבים שבהם התובע אינו יכול להציג ראיות כאלה בגלל התנהגות הנתבע אשר פגעה ביכולת התובע להוכיח את תביעתו.

- למשל, **התרשלות הנתבע בכך שהוא לא תיעד את האירוע** פגעה ביכולת של התובע להוכיח את תביעתו (הפרה וקשר סיבתי) בבית המשפט.

- **קושי להוכיח את ההתרשלות:** התובע טוען שבגלל ההעדר התיעוד הוא לא יכול להוכיח אם הייתה **התרשלות** מצד הנתבע (ניתן לעשות שימוש גם בס' 41).

- **קושי בהוכחת קשר סיבתי:** התובע טוען שבשל העדר תיעוד הוא אינו יכול להוכיח שהנזק שלו ארע **כתוצאה** מהתנהגות הנתבע (ניתן להסתמך על כלל הנזק הראייתי). מדברים על מצבים שבהם אין תיעוד למה שקרה, והטענה היא שהנתבע צריך היה לתעד את מה שקרה ובכך שלא תיעד הוא התרשל- לא רק בגלל שהוא לא פגע פיזית, אלא גם עצם העובדה שהוא לא תיעד. יתכן שרופאים יחטאו פעמים- גם עצם הפעולה הרשלנית, וגם עצם כך שהוא לא תיעד ראייה. יכול להיות שיהיה קושי להוכיח את ההתרשלות- את ההפרה של חו"ז ויכול להיות שיהיה קושי להוכיח את הקשר בין ההפרה לנזק. בכל אחד מהם ניתן לעשות שימוש בכלי המשפטי שנקרא נזק ראייתי. לעיתים יש מצבים שקשה להוכיח- כמו אדם שנותר ויוצא עם נזק יותר גדול ממה שהיה לפני שנכנס אל הניתוח- לא יודעים אם פעל לפי פרקטיקה מקובלת למשל כי אין תיעוד. אז הכלל של הנזק הראייתי מאפשר לתובע למרות הקושי הגדול עדיין להוכיח את התביעה ועדיין להצליח- הכלל בא ואומר שבמקומות בהם יש נזק ראיתי- כלומר הנתבע פגע ביכולת של התובע להוכיח את התרשלותו.

- דוגמא 1- קושי לקבוע את היקף ההתרשלות

- בחלק מהמקרים **התנהגות המזיק** לא רק שתרמה לקרות הנזק אלא גם **פגעה בסיכוי התובע להוכיח את תביעתו** כנגד אותו מזיק וכנגד מזיק אחר.

- לדוגמא:

- חולה טוען כי הרופא שניתח אותו התרשל. לצורך הוכחת יסוד ההתרשלות (ההפרה) הוא זקוק לתיעוד רפואי כדי לדעת בדיוק כיצד התנהל הניתוח ומה היה במהלכו.

- אם הצוות הרפואי לא תיעד את מהלך הניתוח הרי שהוא פגע ביכולת של התובע להוכיח אם אכן הרופא התרשל (כלומר לא פעל כמו שרופא סביר היה פועל).

- דוגמא 2- קושי לקבוע קשר סיבתי-

- פס"ד Summers v Tice (1948) מובא במאמרם של פרופ' פורת ושטיין:

- שלושה אנשים יצאו לציד. התובע, שהיה אחד מהשלושה, צעד לפני שני חבריו ונפגע בעינו ע"י כדור טועה שנורה מאחד משני הרובים שירו בעת ובעונה אחת.

- הסתבר ששני חבריו של התובע ירו ברובה שלהם בו זמנית ולא ניתן לדעת מי מהם (או אולי שניהם) הוא זה שפגע בתובע.

- שניהם למעשה התרשלו בביצוע הירי:

• אחד גרם **נזק עובדתי**- נזק הגוף שנגרם לתובע בפועל, והשני גרם **נזק ראייתי**- פגע ביכולת של התובע להוכיח מי היורה שפגע בו. בשל הירייה של האדם השני נמנע מהתובע להוכיח ולהצביע על הגורם שהביא לפגיעה בעינו ובשפתיו.

• עפ"י מבחן הסיבה שבלעדיה אין- התובע במקרה זה אינו יכול לתבוע איש.

• כאשר קשה להוכיח את הקשר בין הרשלנות- רשלנות הרי ניתן להוכיח, אבל קשה להוכיח את הקשר בין הרשלנות לנזק. מקרה ידוע שעוסקים בו עד היום הוא הפס"ד האמריקאי.

• הצעתם של פר פורת ופרו שטיין-

• **יש ליצור עילת תביעה עצמאית של נזק ראייתי**: הטלת אחריות על שני הנתבעים כשאחד מהם גרם לנזק הפיזי והשני גרם לנזק הראייתי ובכך פוגע ביכולתו של התובע להוכיח את תביעתו. הם אומרים- ברגע שהנתבע פגע ביכולת של התובע להוכיח כבר הוא התרשל וכבר הוא צריך לשאת באחריות (הם מחמירים- לא נותנים שנטל ההוכחה יעבור לנתבע כמו בסעיף 41 למשל אלא אומרים אוטומטית שזה יגרום להטלת אשמה עליהם). זאת לא הגישה שהתקבלה במשפט הישראלי- אבל צריך לזכור את זה מדוע? כי למשל פרופסור אלכס שטיין הוא היום שופט בעליון ואולי הוא ישנה את ההלכה בהמשך.

• מכאן, על 2 היורים לשאת באחריות למרות שרק אחד מהם גרם עובדתית לנזק. שני היורים התרשלו וגרמו הן לנזק עובדתי והן לנזק ראייתי. היורה שפגע בתובע גרם עובדתית לנזק גוף. היורה השני שלא פגע בתובע גרם לנזק ראייתי כיוון שבהתנהגותו הוא מנע מהתובע את האפשרות להוכיח מי גרם לו לנזק. מכאן, המסקנה היא שיש להטיל אחריות על שניהם.

• לפי גישה זו- כאשר התנהגות רשלנית של הנתבע שללה מהתובע את היכולת או הסיכוי להוכיח את אחד ממרכיבי תביעתו ביחס לנזק הישיר, ראוי שהנתבע ישא בתוצאות מעשיו, כלומר יישא באחריות בגין הנזק הראייתי, ותוטל עליו אחריות לפצות את הניזוק בגין הנזק שנגרם לו.

• תוצאה זו משקפת צדק מתקן והרתעה.

• כלל הנזק הראייתי במשפט הישראלי-

• כאשר הנתבע גרם ברשלנותו נזק ראייתי שמקשה על התובע להוכיח את תביעתו, אז נטל השכנוע עובר לנתבע לשכנע שהנזק נגרם לא ברשלנותו. כל הנטלים

עוברים לכתפיים של הנתבע להוכיח שהוא לא התרשל וגם להביא ראיות לכך. נטל מאד כבד בעיקר שמדובר במקרים שקשים מאד להוכחה לשני הצדדים. התובע צריך להוכיח שיש ראייה מאד חשובה שהיא חסרה בגלל רשלנותו של הנתבע שהחסיר אותה. התובע חייב להוכיח זאת כדי שאז נטל השכנוע יעבור לנתבע- להבאת ראיות, שהוא לא התרשל.

• **כשיש ספק עובדתי בגלל הנזק הראייתי, העובדות יפורשו לחובת הנתבע.** למשל, אם חולה עבר ניתוח ויצא ממנו משותק כשהרופא לא ערך רישום מפורט של מהלך הניתוח אז הרופא יצטרך להוכיח את הפרטים הרלבנטיים של מהלך הניתוח שעוזרים לענות על השאלה האם היתה התרשלות או לא.

• **הנטל להוכיח שאכן נגרם נזק ראייתי מוטל על הטוען לנזק ראייתי.** כך למשל, יצטרך התובע להוכיח כי מקובל לתעד מהלך של ניתוחים וכי העדר התיעוד פגע ביכולתו להוכיח את תביעתו. לאחר הוכחה זו, יעבור הנטל לכתפי הרופא להוכיח את מהלך הניתוח או להוכיח שלא התרשל למרות העדר תיעוד של מהלך הניתוח.

• **הנזק הראייתי יוצר למעשה מחלוקת עובדתית. מקובל כי במקרה של נזק ראייתי העובדות יקבעו לפי גרסת התובע אלא אם הנתבע ישכנע אחרת.**

• המצבים שבהם יחול הנזק הראייתי-

• מזיק אחד גרם לנזק עובדתי ולנזק ראייתי: רשלנות המזיק הסבה שני סוגי נזקים: רשלנות הנתבע מנעה מהתובע את היכולת להוכיח (ראייתית) מה חלקו (אם בכלל) של הנתבע בגרימת הנזק (עובדתית) (פס"ד **מלך**, פס"ד **שטרנברג**). מקרים של רשלנות רפואית

• שני מזיקים או יותר: מזיק אחד גרם לנזק ראייתי ומזיק אחר גרם לנזק העובדתי (פס"ד האמריקאי **SUMMER**, פס"ד **סרן יואב**).

• מספר מזיקים, חלק עוולתיים וחלק "תמימים". והנזק הראייתי שהסב הנתבע (אי רישום/אי קיום בדיקות הכרחיות) מונע מהתובע את היכולת להוכיח מי הגורם הדומיננטי בגרימת הנזק (פס"ד **מאיר נ' לאור**). יש מצבים שבהם יש מספר מזיקים כלומר כמה אפשרויות מבחינת מה בדיוק גרם לנזק שהנזק הראיתי שהנתבע גרם מונע בעצם לדעת מי מבין כל הגורמים האפשריים גרם לנזק. לפעמים עצם רשלנותו של הנתבע גורמת לבעיה בהוכחה של מי באמת גרם לנזק.

• פס"ד נגר נ וילנסקי-

• במהלך הכנה לניתוח תוספתן החדיר הרופא לוריד של התובע מתקן לעירוי נוזלים.

• במהלך החדרת המיתקן ניתק חלק מצינורית פלסטיק ונסחף לתוך הוריד, דבר שהצריך ניתוח נוסף. שני הניתוחים עברו בהצלחה, אבל כתוצאה מכך נגרמה לתובע נכות נפשית קשה. התובע ייחס מצב זה לתוצאות ניסיון החדרת המתקן.

- **ביהמ"ש המחוזי: הסיבה העיקרית לקריעת הצינורית הייתה אי-הקפדת הרופא על הוראות היצרן.** לכן, **הרופא התרשל.** אבל, נכותו הנפשית של התובע היא תוצאה של החמרה ניכרת של בעיותיו הנפשיות מלפני התאונה.

- ההחמרה נבעה הן מהתקף דלקת התוספתן והן מרשלנות הרופא, כשלא ניתן לקבוע איזה חלק מהנזק נגרם בשל רשלנות הרופא ואיזה חלק ממצב קודם. נקבע: על הרופא לשאת במלוא הנזק שנגרם. מדובר באדם שנכנס לניתוח פשוט שנעשה - להוצאת תוספתן אפנדיציטי. הבעיה הייתה שהרופא לפני הניתוח צריך להכניס מתקן לעירוי נוזלים, וכשהוא ביצע את ההתקנה של המתקן חלק מהצינורית נסחף לוריד ונכנס למחזור הדם של המטופל- וזה מסוכן כי זה יכול להגיע ללב. בבית החולים החליטו להסיר את התוספתן ואחד להוציא את הצינורית והכל עבר בשלום. אבל מה שקרה זה שהמטופל נגר יצר שהוא שבור מבחינה נפשית- הפך להיות שבר כלי- תפקד בצורה בעייתית ונמוכה מאד מאשר מה שהוא היה לפני הניתוח. לאדם היו בעיות נפשיות עוד לפני בית החולים. בתביעתו הוא הגיש תביעה על הנזק הנפשי. בעייתו הייתה שהוא צריך היה לבודד את החלק שהרופא גרם- פגיעה נפשית היא הרי וירטואלית לא מוחשית, לכן איך ניתן לדעת מה מתוך סך אחוזי הנכות הנפשית שייך לבית החולים, ומה שייך לנכות הנפשית שהוא הגיעה איתה קודם לכן. זה קשה לדעת. במצב כזה המשמעות צריכה אולי להיות לדחיית התביעה מצד אחד כי אם הוא לא מוסגל להוכיח את הקשר בין הרשלנות ולנזק (כי היתה אכן רשלנות) מצד שני אפשר להגיד בנזיקין מי שגרם לנזק ישלם- איך ישלם? יחשבו על כך. מה שקרה זה שהנתבע- הרופא לא רק גרם לנזק הפיזי אלא גם גרם לנזק ראיתי כי הוא פגע ביכולת של התובע להוכיח את החלק של הנזק שמגיע לו בגין זה פיזיו-

- מדובר בנזק נפשי שחלקו לפחות נגרם כתוצאה ממעשה רשלנות אבל התברר שהתובע סבל מנזק נפשי עוד קודם. מאחר ולא יודעים מה היה הנזק הנפשי שלו לפני האירוע, עולה השאלה מהו היקף הנזק שהמזיק הוסיף ברשלנותו.

- המצב בפס"ד וילנצקי-

- התובע סבל ממצב נפשי קודם לפני אירוע הנזק בבית החולים.

- הנזק הנפשי שנוצר באירוע בבית החולים נגרם בשני שלבים:

- ניתוח הוצאת התוספתן

- ניתוח הוצאת צינורית (שבוצע כתוצאה מרשלנות הרופא)

- הטענה של התובע:

- ללא רשלנות הרופא, היה נערך רק ניתוח הוצאת התוספתן, ואם היה נגרם בו לתובע נזק נפשי, הרופא לא היה נושא באחריות, שכן הוא לא הפר את חובת הזהירות שלו כלפי התובע.

- אבל, במקרה הזה, מעשה הרשלנות של הרופא, שהוביל לניתוח נוסף, יצר נזק נפשי נוסף, ומשכך הרשלנות הביאה למצב שבו לא ניתן לדעת מה היה החלק של הנזק הנפשי שגרמה רשלנות הרופא מסך הנזק הנפשי הכללי שנוטר לתובע.

- אותו מר נגר הגיע עם X אחוזי נכות נפשית. ונגיד שהרופא לא היה מתרשל היה עובר את תהליך הוצאת התוספתן ויוצא עם נכות נפשית יותר גדולה- התביעה שלו לא הייתה מתקבלת כי לא התרשלו כלפיו. הבעיה פה היא אחרת- היתה הרי רשלנות, והרשלנות הזאת תרמה לנזק כי משך האשפוז היה ארוך, הוא עבר עוד ניתוח, והרשלנות הזאת לא רק גרמה לנזק, היא גם החמירה נזק אך אנו לא יודעים בכמה. אז יש פה גם פגיעה ביכולת להוכיח את שיעור הנזק- אי אפשר לדעת איך להעריך את הנזק הנפשי.

- השופט גולדברג-

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

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

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

- בשל רשלנות המזיק נמנעת מהניזוק האפשרות להוכיח איזה חלק מהנזק הסופי היה קיים לפני האירוע הרשלני ואיזה חלק התגבש בעקבותיו. "נזק ראייתי" שכזה יכול שייגרם בנסיבות שבהן רשלנות הנתבע אירעה זמן קצר לאחר קרות הנזק הראשון, וסוג הנזק זהה לסוג הנזק הקיים, כך ששני נזקים אלה בהצטרפותם יצרו נזק סופי המהווה יחידת נזק אחת. במקרה כזה, **צודק יהיה להעביר את הנטל על המזיק להוכיח את חלקו בנזק הסופי, אם אמנם יעלה בידו להרים נטל זה**. השיטה עד אותה תקופה היתה או אפס או 100, הכול או כלום יקבל התובע. הפתרון שבעצם מצא השופט גולדברג זה – המזיק גם גרם לנזק הגוף הממשי וגם נזק ראייתי. במצב כזה מעבירים את הנטל למזיק- להוכיח את הנזק שלו בחלק הסופי, אם הוא יצליח להוכיח את הנטל הזה הוא ישלם את החלק הקטן הזה, ואם לא יצליח להוכיח הוא ישלם את כל הנזק הנכותי שנגרם לנגר.

- השופט גולדברג המשך-

- **פתרון זה אינו הוגן עבור המזיק, אבל כל חלוקה של הנזק בנסיבות כאלה בין המזיק והניזוק היא שרירותית** בהעדר נתונים עליהם ניתן לבסס חלוקה שכזאת.

- הטלת מלוא הנזק על התובע רק בשל כך שאין ביכולתו להוכיח את היקף הנזק שגרם המזיק, בהיותו נזק נפשי שעצם טיבו קשה לחלוקה, אינה נראית צודקת בנסיבות הענין.

- **מעשהו הרשלני של המזיק לא רק שהוסיף לנזק הנפשי "המהותי", אלא הוא זה שגם גרם ל"נזק הראייתי"**, כיוון שעקב סמיכות המאורעות וטיבו של הנזק הנפשי הכולל נשללה מהתובע האפשרות להוכיח את היקפו של הנזק היחסי שנגרם ממעשיו הרשלניים של המזיק. השופט אומר שהפתרון הוא לא פייר והוגן כלפי המזיק, אבל כל פתרון אחר יהיה שירותי, השופט לא מיד מטיל את הכל (בשונה מפס"ד מלך נגד קורהיזר ששם השופט דב הטיל על המזיק 100 אחוז פיצויים- למרות שהיה כלב שלישי חיצוני) אלא נותן אופציה למזיק להוכיח מה החלק היחסי שלו בנזק שנגרם למר נגר.

- מכאן, יש הצדקה להטיל את מלוא חבות הפיצוי על המזיק, אלא אם יצליח להוכיח את חלקו בנזק שנגרם. נתבע שפוגע ביכולת של תובע להוכיח איזה שהו יסוד בעוולת הרשלנות- הנטל עליו להוכיח- או שלא התרשל או שהתרשל אך הנזק קטן יותר ממה שטענו מנגד.

- ניתוח פס"ד נגר נגד וילצנקי-

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

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

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

- גישתו של השופט גולדברג התקבלה:

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

- דרוקמן נגד בית חולים לניאדו-

- המנוחה נכנסה לניתוח חירום בשל חסימת מעיים שממנה סבלה. בעת פעולת ההרדמה הניתוח הסתבך. היא נותרה מחוסרת הכרה ונפטרה לאחר כשנה וחצי.

- בית המשפט המחוזי דחה את תביעת ילדיה, נוכח דו"ח של משרד הבריאות שקבע שהרופאים לא התרשלו. התייעוד של מהלך הניתוח אבד במהלך השנים.

- **הש' שטרסברג-כהן:** על רופאים לדאוג לתייעוד של טיפולים רפואיים בזמן אמת ולשמירתו. חשיבות עריכת הרישומים ושמירתם אינה רק לצורך קיום מעקב שוטף לשם קבלת החלטות טיפוליות, אלא גם כדי שישמשו כראיה אותנטית ובעלת משקל באשר לאירועים שאירעו במועד כלשהו בעבר.

- להיעדרם של רישומים רפואיים יכול שתהיינה שתי השלכות:

- (1) **הקמת עילת תביעה עצמאית ברשלנות בשל "נזק ראייתי"** כלפי הרופאים שחייבים בעריכת הרישומים הרפואיים וכשלו בכך, כשעילה כזו, כשלעצמה, מקנה זכות לפיצויים לחולה הניזוק (גישת פורת ושטיין),

- (2) במישור הראייתי, **העברת נטל השכנוע מן התובע אל הנתבע.** ממשיך את פס"ד נגר ומחדד איזשהי חובה נוספת- מדובר על תביעת רשלנות רפואית שנכנסה לניתוח יחסית פשוט- חסימת מעיים- ולפני שהתחילו בתהליך הרדמה משהו לא טוב קרה- היא איבדה את ההכרה ונפטרה אחרי שנה וחצי. בני המשפחה שלה הגישו תביעה בנזיקין. במהלך התקופה הזאת- היתה ועדה פנימית שצריכה לכתוב דוח והיה

דוח של משרד הבריאות שרופאים לא התרשלו. אבל התיק הרפואי של אותה אישה אבד- לא היה ברור אם ביה"ח איבד בכוונה או שזה אבד ברשלנות. בית המשפט מעלה זאת בתהייה, כי עורכי הדין של המשפחה פנו שבועות ספורים לאחר שנפטרה לקבל את ההיסטוריה הרפואית של האישה- ובי"ח לא הגיב למכתביו של בי"ח ולבסוף אמר שהוא לא מוצא את תיקה. זה יצר קושי ראייתי, אם רוצים לבדוק איך היה תהליך ההרדמה ומדוע נכנסה לקומה ולא יבוד הכרה ממושך- צריך היה לראות את התיעוד הרפואי ובי"ח לא סיפק אותו. במצב כזה לא ניתן להוכיח את רשלנות בי"ח- במקרה כזה תביעה כזו צריכה להידחות. השופטת כהן אומרת שהיא לא מקבלת זאת, היא מטילה חובה על רופאים לדאוג לתיעוד טיפולים רפואיים ולשמור על התיעוד הזה. זה לא נולד רק לצורך מטרות טיפול **אלא גם בהחלט נועד כדי שהדברים ישמשו כראיה אותנטית בעלת משקל לאירועים כלשהם בעבר**. השופטת אומרת שיש פה הנחה של ביהמ"ש להתרשלות. כי עצם החובה היא לתעד ואם לא עושים זאת זה כבר רשלנות, אבל חוסר התיעוד יכול להצביע על רשלנות- אבל היא לא תטיל באופן אוטומטי אלא היא תעביר את הנטל ההוכחה על הנתבע- למה קרה- שלא התרשל או לא גרם לנזק או מה גובה הנזק שכן גרם.

•
• עמדת השופטת שטרסברג-כהן-

• אין צורך לדון בגישת פורת ושטיין כיוון שבמקרה זה **די בכך שהפן הדיוני-ראייתי של הכלל התקיים ויש להעביר את נטל השכנוע לנתבע**. מעבירה את נטל השכנוע בהכרח גם את נטל הבאת הראיות- צריך להציג ראיות ולשכנע לפיהם שלא התרשל.

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

• כשאינן תיעוד רפואי, הרי שהתובע עומד בפני קושי אמיתי להביא ראיות שיוכיחו את טענתו שהנתבע התרשל. במצב דברים זה, הותרת נטל השכנוע על כתפי התובע תכביד על התובע יתר על המידה באופן שהוא עלול להפסיד את תביעתו.

• תוצאה זו אינה ראויה לאור העובדה שהנתבע הוא שגרם לנזק הראייתי עקב היעדר רישומים רפואיים. במצב זה אין מקום להטיל על התובע נטל כבד כמו נטל השכנוע, ויש להעבירו אל כתפי הנתבע, כעניין של מדיניות משפטית ראויה.

• הערעור התקבל והתיק הוחזר למחוזי להמשך דיון בגובה הפיצויים. היא מטילה אחריות על בית החולים. רואים איך הכלי הזה שהיא יוצרת- הטלת חובה ראייתית (לא משפטית) לתעד ולשמור את הראיות- ובאמצעות יצירת החובה הזאת היא מטילה אחריות על נזק הגוף שנגרם לתובע. לכן זה נקרא כלל הנזק הראייתי.

• פסד שטרסברג נגד צ'צ'ניק-

• העובדות: התובעת עברה ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. במהלך הניתוח נפגע עצב סמוך שגרם לנכות בכף רגלה. בית המשפט המחוזי מצא שהמנתח לא התרשל ולכן התביעה נדחתה. מדובר על אישה שהגיע מצרפת לישראל לניתוח החלפת מפרק הירך ולפני הניתוח פגעו ככל הנראה בעצב וגרמו לכך שהיא איבדה יכולת לשלוט בכף רגלה. התובעת טענה שהפגיעה נגרמה במהלך הניתוח בצורה לא זהירה, והנתבעים טענו שאולי זה נגרם מדימום וקשה לקבוע מה גרם לפגיעה. היה

לה קושי להוכיח יסוד השלישי בסעיף 41 אבל לפי נזק ראייתי לא היה לא קושי להוכיח- כי הם לא תיעדו את ההליך.

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

- **מחדלי בית החולים:** הימנעותם מרישום מהלך הניתוח בגיליונות בית החולים והימנעותם מהעדת אחד הרופאים שסייע לרופא המנתח בעת הניתוח. נטען כי למחדלים האלה יש השלכות ראייתיות.

- השופט ריבלין-

- **על רופאים לבצע רישומים רפואיים בזמן אמת ולשמור עליהם.** במקרים מסוימים עשוי היעדר רישום מסודר לפגוע בטיפול עצמו בזמן אמת. במקרה כזה עשוי הפגם ברישום להוביל למסקנה בדבר קיומה של רשלנות רפואית.

- **אי-שמירה על רישומים רפואיים עשויה להעביר אל הנתבע את הנטל לשלול את קיומה של התרשלנות או של קשר סיבתי מצדה.** זהו הפן הראייתי של דוקטרינת הנזק הראייתי שהתקבל בפסיקה.

- אין ספק כי כשעל הרופא הנתבע לבצע רישום נאות, אך רישום זה לא נעשה, ולמחדל זה לא ניתן הסבר ראוי, יועבר אליו נטל ההוכחה בדבר העובדות השנויות במחלוקת, שיכלו להתברר מתוך הרישום.

- אם החסר הראייתי שולל מהתובע את האפשרות להוכיח את כל יסודות העוולה אז עשוי חסר זה להעביר לנתבע את "מלוא מתחם הנטל". ואילו כאשר הפגם ברישום ממוקד בעניין בודד ותו לא, יהיה מקום להעביר את הנטל רק לאותו עניין נקודתי. השופט אומר שרופאים חייבים לבצע רישום ולשמור על התיעוד כשפגם ברישום יכול להוביל למסקנה של ביהמ"ש שיש רשלנות רפואית. השופט אומר שוב שהכלל של נזק ראיתי לא כמו אצל פורת ושטיין שמטיל אוטומטית אחריות אלא מעביר את הנטל על הנתבע- שיוכיח שהוא לא התרשל או שאם כן הנזק הוא קטן מאד.

- יישום כלל הנזק הראייתי בפס"ד שטרנברג-

- במהלך הניתוח התרחשה פריקה של המפרק המלאכותי. היו צריכים לתעד זאת.

- הפרטים בנוגע לפריקה שיכלו, אילו נרשמו, להוכיח אם בוצעה הבדיקה ברשלנות ואם הפריקה היא שגרמה לנזק בעצב, לא נמצאו בשל מחדל רשלני בתיעוד. מנע מהאישה להוכיח מה קרה, כי שוב אם היו מתעדים כמו שצריך הם היו מתאים מה עשו טוב מה לא עשו טוב.

- אירוע הפריקה שהתרחש במהלך הניתוח היה צריך להירשם במסמכי בית החולים. אין חולק כי לפריקה המתרחשת במהלך בדיקת מפרק עלולות להיות תוצאות מסוכנות המתגלות רק לאחר זמן.

- לכן, המנתח היה צריך לציין ברשומה הרפואית את דבר הפריקה. אי-רישומו של אירוע הפריקה שאירע במהלך הניתוח מנע מהתובעת את האפשרות להוכיח מה האמצעים שננקטו כדי למנוע פגיעה בעצב ולחץ מופרז עליו במהלך הניתוח.

- רישום מסודר ומלא של האירוע היה נותן מענה לשאלה האם התרשל המנתח בעת שביצע את פריקת המפרק ואם התרשלות זו הביאה לפגיעה בעצב.
- לפיכך, מועבר אל הנתבע הנטל להוכיח שלא הייתה התרשלות במעשיו. נטל זה לא הורם ע"י הנתבע. התביעה התקבלה והתיק הוחזר למחוזי לקביעת הפיצויים.
-
- היחס שבין הכלל- הדבר מדבר בעד עצמו לבין הכלל- נזק ראייתי-
- הש' ריבלין, פס"ד שטרנברג: נקודות דמיון בין סעיף 41 לכלל הנזק הראייתי.
- ההיגיון של סעיף 41 - הדבר מדבר בעדו - דומה להיגיון של הבחירה להעביר את נטל השכנוע אל הנתבע בשל "נזק ראייתי" שגרם הנתבע ברשלנותו. הנזק הראייתי גמיש יותר ויכול להתייחס לנקודות ספציפיות של התובע ברשלנות בעוד שסעיף 41 מתייחס לכל נקודה ונקודה ביסודות עוולת הרשלנות.
- בשני המקרים קיים יתרון לנתבע מבחינת היכולת להוכיח את עמדתו במשפט: במסגרת סעיף 41 לנתבע יכולת רבה מזו של התובע לדעת "מה היו... הנסיבות שגרמו למקרה אשר הביא לידי הנזק".
- גם במסגרת הנזק הראייתי יש לנתבע יתרון מבחינת הנגישות לחומר הראיות שהיה אמור להיות בשליטתו במועדים הרלבנטיים. אם למרות היתרון הזה לא הצליח להטות את הכף לטובתו – תוטל עליו אחריות.
- במקרים רבים, כמו בפס"ד שטרנברג מועבר נטל השכנוע הן מכוח סעיף 41 והן מכוח הכלל של הנזק הראייתי ולמעשה אין הבדל בין השניים.
- אבל, ניתן לומר כי בעוד סעיף 41 מתייחס לשאלת האחריות כולה (הפרה וקש"ס), כלל הנזק הראייתי יכול להיות יותר נקודתי ולהתייחס רק לאחד מהיסודות.
-
-
- פס"ד מאיר נגד לאור-
- התובעת, לאה מאיר, הגישה תביעה כנגד הרופא שטיפל בה ובית חולים הדסה לאחר שהריונה הסתיים במותו של העובר שברחמה עקב היפרדות השליה.
- התובעת טענה שמות העובר נגרם עקב רשלנות הרופא שלא ערך לה בדיקה מסויימת בעת ביקורה במרפאתו ואשר לו היתה מתבצעת היתה עשויה לגלות את הבעיה ממנה סבלה ומונעת, קרוב לודאי, את מות העובר. הרופא טען שהיא לא באה אליו בכלל, והיא לא נכנסה אליו למשרד- כי אם כן הוא היה עושה לה בדיקות יותר רציניות- מה שקרה בתהליך- היא הגיעה לחדר מיון ואז כבר העובר היה בלי דופק והיא הגישה את התביעה. והיא טענה שאם הרופא היה עושה בדיקה ידנית הוא היה מרגיש את ההתחלה של התהליך הזה היה מטיס אותה למיון והיתה יולדת בקיסרי והכל היה בסדר אבל עצם זה שלא עשה את זה זה מצביע על רשלנותו. היתה בעיה גם ברמה העובדתית- השאלה היתה האם אפשר היה להוכיח תביעה כזאת. האישה טענה שחוסר הבדיקה שלו פגע ביכולת שלה להוכיח את התביעה- אם הוא היה בודק אותה: אז: או שהיה אומר לה ללכת לבית חולים מיד או שהיה אומר לה אין פה כלום- והכל בסדר. אבל כיוון שלא עשה זאת הוא פגע ביכולת להוכיח את התביעה שלה נגדו. ביהמ"ש האמין לה שאכן היא נכנסה לראות את הרופא והוא לא בדק אותה. יש קושי

להוכיח את הקשר בין הרשלנות- חוסר הבדיקה לבין הנזק כי עדין אנחנו לא יודעים מתי קרתה ההיפרדות של השיליה- האם זה קרה בבוקר בצהריים או בערב. זה הקושי והנזק הראייתי- כי אם הוא היה בודק אותה בבוקר והכל היה בסדר ומתעד זאת אז לא ניתן לבוא אליו בטענות או לחילופין הוא היה עולה על זה ושולח אותה לבי"ח. אבל לא ניתן לדעת זאת כי הקשר הזה נעלם- מה שחסק זה מה היו מוצאים בבדיקה. אז זה החוסר הראייתי- אם היה עושה את הבדיקה היו יודעים מה קרה בבוקר.

- **המחוזי:** לא הוכח קשר סיבתי בין התנהגות הרופא למות העובר. התביעה נדחת.

- **טענת התובעת:** הנתבע, ד"ר לאור, שליווה את ההריון במסגרת קופת חולים, לא ביצע בדיקה אשר ייתכן והיתה מגלה שהתובעת סובלת מהיפרדות שליה, ובכך הסב לתובעת נזק ראייתי, כלומר מנע ממנה להוכיח את תביעתה בבית המשפט.

- השופט אור-

- הרופא התרשל ולתובעת עומדת הטענה של הנזק הראייתי.

- נזק ראייתי שנגרם ע"י הנתבע מצדיק את העברת נטל השכנוע מהתובע לנתבע.

- אם קיימת מחלוקת לגבי עובדות אשר היה ניתן להוכיח אותן אם הנתבע לא היה מתרשל (כלומר ללא הנזק הראייתי שגרם הנתבע), אז יש לקבוע שהעובדות הן כמו שטוען התובע, אלא אם ישכנע הנתבע שהעובדות הן כטענתו.

- במילים אחרות, נטל השכנוע לגבי התקיימות אותן עובדות, אשר לגביהן נגרם נזק ראייתי בשל רשלנות הנתבע, עובר מן התובע אל הנתבע.

- הש' אור מסתמך על פסיקה ענפה ברשלנות רפואית כשהנזק הראייתי נגרם ע"י הרופא שלא תיעד כנדרש את מהלך מתן הטיפול נדרש (כלל העדר הרישום הרפואי), ובכך מנע למעשה מהתובע להוכיח את טענותיו. השופט אור אומר שהרופא גרם לתובעת נזק ראייתי שבגינה היא לא מסגולת להוכיח את הקשר הסיבתי בין הרשלנות שלו לנזק שנגרם לעובר שלה. ומכיוון שכך, מועבר אליו הנטל לשכנע שבבוקר שהיא באה אליו היא לא סבלה מהיפרדות שיליה, ומהסיבה שהוא לא יכל להוכיח זאת, זה יפול עליו (האחריות). פס"ד זה מרחיב את הנושא- עד כה דיברנו על רופאים שלא מתעדים או לא רושמים מסמכים- פה יש הרחבה כי כאן בעצם הרופא לא בדק לא ביצע חלק מעבודתו- הוא לא בדק את החולה.

- הרחבת כלל הרישום הרפואי-

- **השופט אור מרחיב את כלל העדר הרישום הרפואי:**

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

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

באופן שלא מדובר פה על העדר תיעוד- אלא יש הרחבה על התפרשות של מעשי רשלנות אחרים כמו אי קיום בדיקות פסד זה עוזר לתובעים להתמודד עם העדר האפשרות של הוכחת הקשר הסיבתי.

-
- הקביעות המשפטיות בפס"ד לאור-
- ד"ר לאור הנתבע התרשל בכך שלא קיים בדיקה קלינית פשוטה בתובעת. בכך התקיים יסוד ההפרה בעוולת הרשלנות.
- השאלה אם התקיים קשר סיבתי בין ההתרשלות באי קיום הבדיקה למות העובר.
- שאלה זו נחלקת לשניים:
- (1) האם ללא ההתרשלות של ד"ר לאור היה ניתן לאבחן אצל התובעת בעת ביקורה במרפאה, סימנים לתחילת תהליך של היפרדות שליה.
- (2) בהנחה שהיה ניתן לאבחן אצל התובעת סימנים המעידים על תחילתה של היפרדות שליה בעת ביקורה במרפאה, האם על-פי מאזן ההסתברויות, היה ניתן למנוע את מות העובר?
- **השופט אור:** התשובה לשתי השאלות היא חיובית.
- קביעותיו של השופט אור-
- אם בבדיקה במרפאה היה מתגלה כי בטנה התחתונה של המערערת היא רגישה, הרי בהתחשב בתלונותיה על כאבים וצירים הייתה מתבקשת המסקנה, על-פי מאזן ההסתברויות, כי מתקיים אצל המערערת [התובעת] תהליך של היפרדות שליה. בדיקה זו לא נערכה כאמור על-ידי ד"ר לאור אף שהיה ראוי כי תבצע.
- אין אנו יודעים אם בבדיקה כזו הייתה מתגלית רגישות של הבטן. התלונות על צירים וכאבים של [התובעת], מצד אחד, והתגלות תהליך של היפרדות השליה בסמוך אחר כך מצד אחר, מטה אולי את הכף לכיוון ההנחה שהייתה מתגלית רגישות כזו. אך ספק בעיניי אם נוכל לקבוע זאת כעובדה אפילו על-פי מאזן ההסתברות כנדרש במשפט אזרחי.
- בלאו הכי אין צורך שאכריע בכך. הנני סבור שעומדת [לתובעת] הטענה בדבר "נזק ראייתי", אשר נגרם לה עקב אי-קיום בדיקת בטנה של המערערת על-ידי ד"ר לאור במרפאה. טענה זו גם מכריעה, לדעתי, את הכף לזכות המערערת."
- יישום כלל הנזק הראייתי בפס"ד לאור-
- **השופט אור:** ד"ר לאור נמנע מלבצע בתובעת בדיקה שהייתה יכולה לתת תשובה לשאלה אם בזמן ההריון הייתה לתובעת בטן רגישה. אם היה מתגלה שיש לה בטן רגישה, הרי בצירוף עם תלונות התובעת על כאבים היה בכל אלה להצביע לכאורה על תהליך של היפרדות השליה. איתור היפרדות השליה היה מונע את מות העובר.
- **ההימנעות של ד"ר לאור מלבצע את הבדיקה גרמה בכך נזק ראייתי**, שכן בזמן המשפט לא ניתן היה להוכיח האם סבלה התובעת מהיפרדות השליה בזמן ההריון, ולכן הועבר אל ד"ר לאור הנטל לשכנע שבאותו שלב שבו הוא נמנע מלבצע את הבדיקה, לא סבלה המערערת מבטן רגישה, וכי לא הייתה שרויה בתהליך של

היפרדות השליה. בנטל זה הרופא לא עמד, ולכן יש להניח שהתובעת סבלה מבטן רגישה והיתה בתהליך של היפרדות שליה.

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

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

- פס"ד עזאם נגד סרן יואב-

- התובע, תושב ג'נין, תבע מהמדינה לפצותו בגין נזק שנגרם לו כתוצאה מפגיעת קליע שחדר לראשו מירי במהלך האינתיפאדה הראשונה ב-1991. לאחר המקרה- כיומיים הגיע בן דודו עם רכבו לתחנת המשטרה כדי להגיש תלונה- אותו שוטר שלקח את הפרטים אמר לו לצלם את הרחב כי חוקרי המז"פ לא נמצאים ואז שייקח את הרכב אתו וכך הוא פגע ביכולת של התובע להוכיח את התביעה כי אם שוטרי מז"פ היו בודקים את הרכב כראוי יכלו לדעת מה הסיבה למות האדם.

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

- טענת התובע בבית המשפט העליון: מחדלי המשטרה בחקירת אירוע הפגיעה גרמו לו נזק ראייתי, שכן אילו המשטרה היתה בודקת את נסיבות האירוע בצורה ראויה (לרבות בדיקת מז"פ של הרכב שבו נסע) ניתן היה להוכיח שהתובע נפגע מפעילות של כוחות הביטחון. מה שהכריע זה רשלנות המשטרה בכך שהיא לא דאגה שהרכב ישרא בתחנת המשטרה וימתין עד שחוקרי המזפ יבואו ויקחו ראיות הנדרשות להבין מאיפה חדר הקליע מאיפה פגע וכו... זאת היתה הראיה שיכלה להכריע את התיק לכאן או לכאן. כיון שהשופט לא האמין לחיילים, והוא יותר האמין לתבוע עצמו- מה שחסר לשופט זה מה נמצא ברכב- מה קרה מאיפה חדר הקליע, כיון, איזה סוג קליע- ורק חוקרי המשטרה יכלו לספק זאת וכיון שלא סיפקו זאת הנטל יעבור אליהם- ולכן השופט משתמש בכלל הנזק הראייתי לתביעה שהיא כלל לא מתחום עולם הרפואה.

- השופט מצא-

- כשנתבע גורם ברשלנותו נזק ראייתי לתובע, כלומר פוגע ביכולתו של התובע להשתמש בראיה שהיתה עוזרת לו לבסס טענה עובדתית, עשוי בית-המשפט להטיל על הנתבע את נטל השכנוע להיותה של אותה טענה עובדתית בלתי-נכונה.

- הלכה זו מבוססת על שיקולי צדק ועל הצורך החברתי בהרתעת נתבעים מפני איבוד ראיות, והיא מבטאת את **הפן הראייתי-דיוני של דוקטרינת הנזק הראייתי**.

- משמעות הכלל של נזק ראייתי היא שקיימת הנחה עובדתית, שללא רשלנות הנתבע היו הראיות החסרות תומכות בגרסת התובע ביחס לטענה עובדתית מסויימת ששנויה במחלוקת.

- למרות שחזקה זו ניתנת לסתירה, הרי שנזקקים לה רק כשידוע שאין בנמצא אותן ראיות רלבנטיות ובין הצדדים מתקיים "תיקו ראייתי".
- במצב דברים זה, הנתבע נמצא בחוסר ראייתי לסתירת החזקה. ומכאן שהקמת החזקה מכריעה, למעשה, את המחלוקת העובדתית לטובת התובע-הניזוק.

שיעור 11- קשר סיבתי (משפטי)-

יש להוכיח במצטבר" 1- קשר סיבתי עובדתי 2- קשר סיבתי משפטי
קשר סיבתי עובדתי:

- המבחן המרכזי לקביעת הקשר הסיבתי העובדתי הוא מבחן "האלמלא", או מבחן "הסיבה שבלעדיה אין".
- השאלה: האם הנזק היה נגרם ללא התנהגות המזיק? אם התשובה היא לא, כלומר, אם הנזק לא היה נגרם ללא התנהגות המזיק, אז יש קשר סיבתי-עובדתי.
- הבעיה: כשיש "**עמימות עובדתית**"- כאשר עובדתית יש מספר גורמים שכל אחד מהם בנפרד או כולם ביחד גרמו/תרמו לנזק ולא יודעים איזה גורם הוא הסיבה המכרעת לקרות הנזק. מבחן האלמלא אינו מסייע בהקשר זה.
- אנו נדון בכך בהמשך (במצגת הבאה).

קשר סיבתי משפטי:

- הקשר הסיבתי המשפטי תוחם את הדיון ביסוד הקשר הסיבתי, שהרי אם לא נתחום זאת, נוכל להגיש תביעה כנגד גורמים רבים שתרמו עובדתית לנזק ואשר נמצאים כחוליות על השרשרת הסיבטית.
- ע"א 23/61 סימון נ' מנשה, השופט אגרנט:

הקשר שקיים בין ההתנהגות הרשלנית לתוצאה המזיקה יהיה כזה שהחוק או הדין מחשיבים כמספיק כדי לחייב את המזיק באחריות למעשהו.

הקשר הסיבתי המשפטי תוחם את קבוצת האנשים אשר יש להם קשר קרוב יותר או פחות לארוע הנזק, וקובע מי מבין כל המזיקים האפשריים אשר עלולים לשאת באחריות משפטית לנזקי הניזוק אכן נושאים באחריות לנזק.
במצגת זו, נתמקד בקשר סיבתי-משפטי.

השרשרת המשפטית יא גדולה וארוכה מאוד. ניתן גם להגיד, אם ההורים לא היו מביאים אותו לעולם, זה לא היה קורה. איפה הגבול? הקשר הסיבתי המשפטי אומר שיש לשים גבול. כמה אחורה נלך? זה המשפט אומר.

נדבר על אנשים שרק הכשירו את הקרקע לתאונה.

המבחנים לקיומו של קשר סיבתי-משפטי- לא מבחנים מצטברים, יש להוכיח מבחן אחד. המבחנים העיקריים הם מבחן הצפיות ומבחן הסיכון.

- (1) מבחן הצפיות- **האם יכול היה המזיק לצפות שאם לא ינהג בזהירות ייגרם נזק לאדם אחר**. המבחן הצר ביותר לקביעת קשר סיבתי משפטי. המבחן הצר ביותר והקשה ביותר להוכחה. ולכן אם נוכיח אותו, אז כמעט תמיד בימ"ש יבוא ויגיד ששאר המבחנים מתקיימים גם הם. השאלה תהיה מורכבת יותר כאשר קיימים 3 שחקנים.

השאלה היא- האם ניתן היה לצפות את ההתערבות של המזיק הישיר. האם יכלו לצפות שייכנס אדם באמצע. אם כן- מבחן הצפיות מתקיים.

• (2) **מבחן הסיכון- האם התוצאה המזיקה נפלה בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיקה של הנתבע?** קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק יתקיים כשהסיכון שהתממש בפועל הוא הסיכון שמפניו באה העוולה להגן ואותו היא רוצה למנוע. במלים אחרות, **האם הנזק הוא תוצאה של התממשות אחד הסיכונים שהתנהגות של המזיק יוצרת.** המזיק יצרה? לשם כך יש לקבוע מהו סל הסיכונים שהתנהגותו של המזיק יוצרת. הוא מבחן אובייקטיבי. לכל התנהגות שאנו עושים, יש סיכוי לגרום נזק. ולכן ניתן להעריך מהם הסיכונים. אם אחד הסיכונים יממש, אז יש קשר סיבתי. המבחן לא בודק צפיות, אלא בודק הו סך הסיכונים שהתנהגות מסוימת יכולה ליצור. אם הנזק הסופי הוא התממשות של אחד מהסיכונים, פה נוצר הקשר הסיבתי.

• (3) **מבחן השכל הישר- האם התנהגותו הרשלנית של המזיק תרמה בפועל להתהוות הנזק?** המבחן הרחב ביותר לבדיקת קשר סיבתי-משפטי. מבחן רחב, מבחן עזר ולא מבחן שעומד בפני עצמו.

• אלה מבחנים חלופיים ולא מצטברים, אם כי בעוולות מסוימות (למשל, רשלנות) בתי המשפט בוחנים אם שלושת המבחנים האלה התקיימו.

קשר סיבתי משפטי- גורם זר מתערב:

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

• מהות הדרישה של הקשר הסיבתי-המשפטי היא זו:

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

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

ע"א 23/61 סימון נ' מנשה:

- המנוח נהרג בתאונת דרכים כנוסע בטנדר.
- נהג הטנדר עצר באמצע הכביש ונסע אחורנית כדי לפנות לדרך צדדית בצד שמאל של הכביש. – הוא היה צריך לעצור, לכוון את הרכב שלו. במקום להעמיד את הרכב שלו הוא חסם 4 וחצי מהמסלול של הכביש מתוך 6 מטר.
- משאית שהגיעה מאחור ניסתה לבצע עקיפה אך פגעה בטנדר. המשאית עלתה על העובד. אנו לא עוסקים על האחריות של נהג המשאית. ברור שקיימת פה התנהגות רשלנית. יש מוות ויש קשר.
- התביעה הוגשה נגד נהג הטנדר ונהג המשאית.

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

המזיק הישיר הינו נהג המשאית. האם מעורבות המשאית בתאונה נתקה את הקשר שבין התנהלות נהג הטנדר לנזק שנגרם? האם אפשר לקשור גם את האדם שהכשיר את הקרקע? הוא לא פגע, אבל הוא יצר את התנאים.

השופט אגרנט:

• לא מכריע איזה מבחן חל (צפיות, סיכון, שכל ישר), אבל קובע **שבעוולת הרשלנות, מבחן הצפיות הוא המבחן המקובל ביותר:**

"מעשהו הרשלני של המזיק השני (שגרם "במישרין" לתאונה), לא די בו כדי ש"ינתק" הקשר הסיבתי בינה לבין המעשה הרשלני של המזיק הראשון (שיצר את הסיכון), אם עובדת קרות התאונה היא **עצם הדבר שעלול היה לקרות** עקב רשלנותו של [המזיק הראשון] ואשר מחובתו היה **איפוא לחזותו מראש**."

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

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

ע"א 576/81 בן שמעון נ' ברדה:

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

• לאחר שהנערים נכנסו למועדון, הם קרעו מהמקום את דלת הכניסה לחדר הנשק, שהייתה עשויה מעץ, שברו את המנעול שנעל את הכן עליו היו מונחים רובים ונטלו עמם מספר רובים וכדורים.

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

• התובע טען שמר ברדה, שהיה אחראי על המועדון, התרשל בכך שלא דאג לתקן את הסורג בחלון. בית המשפט המחוזי דחה את התביעה. נקבע שברדה התרשל, אבל שנותק הקשר הסיבתי בין התרשלותו לבין נזקי התובע ע"י מעשי הנערים.

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

השופט ברק:

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

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

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

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

- אם הפגיעה בניזוק היא בתחום הסיכון שיצרה התנהגות המזיק (ברדה) שלא דאג לשמור על הנשק, גם כשהפגיעה נגרמה ע"י אדם אחר (הנערים) אז יתקיים קש"ס.
- **מבחן השכל הישר:** האם ההתנהגות הרשלנית של המזיק תרמה בפועל להתהוות התוצאה המזיקה. כשהנזק נגרם בשל התערבות גורם זר, השאלה היא האם התערבות הגורם הזר שוללת, באופן הגיוני את קיומו של הקשר הסיבתי.

פס"ד ברדה- גורם מתערב זר ומבחן הצפיות-

- עקרונית, התערבות גורם זר בין התרשלות לנזק אינה מנתקת את הקשר הסיבתי. השאלה היא תמיד **האם התערבות הגורם הנוסף צפויה**. כאשר התערבות הגורם הזר צפויה אז היא לא מנתקת את הקשר הסיבתי.
- אבל, האם על המזיק לצפות את כל פרטי ההתערבות הזרה או די בכך שהוא צופה את ההתערבות בכלליות? האם צריך ברדה לצפות את "משחק המלחמה" הספציפי או די בכך שהוא צריך לצפות משחק אסור בנשק כדי לקיים קש"ס?
- **הש' ברק:**

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

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

השופט ברק- יישום מבחן הצפיות-

- **השופט ברק:** ברדה יכול וצריך היה לצפות שהתרשלותו בשמירה על הנשק תביא לידי כך, שנערים ייקחו את הרובים והכדורים ללא רשות וישחקו בהם, וכי תוך כדי משחקים אלה עשוי אדם להיפגע.
- משחקי ילדים בנשק הינם התרחשות צפויה מהתרשלותו של ברדה. לכן אחראי ברדה לנזק שנגרם תוך כדי משחקי הילדים, גם אם המשחק הספציפי אותו הם שיחקו לא היה צפוי.
- **הצפיות צריכה להתייחס לאופיו הכללי של האירוע**, ואופי זה עניינו משחקי ילדים בכלי הנשק. הצפיות אינה צריכה להתייחס למשחק מסויים. גם אם המשחק אותו שיחקו לא היה צפוי, משחק אסור ומסוכן בכלי נשק כן היה צפוי, ולכן הקשר הסיבתי לא ינתק.

פס"ד ברדה- יישום מבחן הסיכון והשכל הישר-

- **מבחן הסיכון:** האם הסיכון שנוצר ע"י ההתערבות בפועל של הגורם הזר, הוא בטוח הסיכונים, שמעשהו של המזיק יוצר? לשם כך צריך להגדיר את הסיכון הכללי, שנובע מפעילות המזיק.
- כאן, הסכנה מההתרשלות של ברדה היא שימוש של נערים בנשק ללא היתר, ותחום הסיכון הוא פגיעה באדם ע"י שימוש בנשק ללא היתר. הסיכון שהתרחש בפועל הוא סיכון שנובע משימוש ללא היתר. השימוש שנעשה בנשק נופל במסגרת הסיכון שרשלנותו של ברדה יצרה, ולכן אין בשימוש המסויים שנעשה בנשק כדי לנתק את הקשר הסיבתי המשפטי.

- מבחן הסיכון בודק האם הסיכון שנוצר ע"י הגורם הזר (הנערים) הוא מסוג הסיכונים שמעשהו הרשלני של המזיק (ברדה) יצר. התשובה כאן היא חיובית.
- **מבחן השכל הישר:** האם התרשלנותו של ברדה תרומה משמעותית לקרות הנזק? ברדה התרשל בשמירה על נשק, ולכן נגנבו רובים. ההסתברות ההגיונית היא שבנסיבות אלה ייטלו נערים את הנשק וישתמשו בו לירי. זה מה שקרה בפועל ולכן אין באירוע זה לנתק את הקשר הסיבתי.

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

- עובד אבטחה של חברת "כיתן" נשא נשק.
- הנהלת החברה לא הקפידה לוודא שהנשק יחזור למקומו.
- לאחר שהעובד סיים את המשמרת הוא לקח את הנשק ורצח את עורך דינו.
- משפחת הנרצח תבעה את "כיתן".
- **השאלה:** האם יש קשר סיבתי בין ההתרשלנות החברה לבין הנזק שנגרם.
- עלתה השאלה, האם המפעל יכול לצפות את הנזק?
- **הש' שמגר:**

- הנתבעת "כיתן" לא ידעה על כוונת האלימות של העובד כלפי אנשים אחרים ולכן אין לדרוש ממנה לחזות מראש את האפשרות של ביצוע רצח.

- אין קשר סיבתי בין ההתרשלנות שהתבטאה בחוסר הפיקוח הנאות על הנשק לבין מעשה הרצח שבוצע על-ידי עובד חברת האבטחה. **יש לדחות את התביעה.**

הש' ברק בפס"ד ברדה מעיר על פס"ד כיתן-

- התנהגותו הכללית של העובד בפס"ד כיתן - שימוש בנשק המעביד לצרכיו האישיים - היתה בלתי צפויה, ולכן ניתק הקשר הסיבתי.
- אבל, אם המעביד היה יודע שהעובד מבקש להשתמש בנשק כדי לחסל את המאהב של אשתו ולא מנסה למנוע זאת, ובסופו של דבר העובד רוצח את עורך הדין שלו נראה שבנסיבות אלה יהיה המעביד אחראי.
- מדוע? אמנם, האירוע שהתרחש בפועל (רצח עורך הדין) לא היה צפוי, אבל אירוע זה שייך בקוויו הכלליים לסוג אירוע של שימוש בנשק לצרכים פרטיים אסורים שהיה צפוי, ודי בכך כדי לקבוע שבמקרה כזה מתקיים קשר סיבתי.
- מכאן, שמעשה **מכוון בלתי צפוי מנתק** קשר סיבתי, אבל מעשה **מכוון צפוי לא** בהכרח **מנתק** קשר סיבתי.

ע"א 8199/01 מירו נ' מירו-

- במהלך מפגש חברתי פגע כדור שנורה מאקדחו המשטרתי של אחד האורחים שהיה שוטר במשטרת ישראל באדם אחר שנהרג כתוצאה מהירי.
- האקדח הטעון בכדורים הונח על הספה שעליה ישב השוטר. בן דודו של המנוח, שישב ליד השוטר נטל את האקדח ולחץ על ההדק. היורה הורשע בהריגה מתוך קלות דעת, והשוטר זוכה. בני משפחת המנוח תבעו את היורה, השוטר והמדינה.
- היורה לא כפר באחריותו בנזיקין.

- השוטר טען שהתנהגותו של היורה היתה בלתי צפויה והיא הסיבה המכרעת לנזק (גורם מתערב זר). ומכאן, אין קשר סיבתי בין התנהלות השוטר לנזק.
- בית-המשפט המחוזי קיבל את טענת השוטר ודחה את התביעה.
- בית המשפט העליון: הכיר בתביעה וקבע כי על השוטר והמדינה לשאת באחריות בהיקף של 30% לנזק שנגרם.

השופט דורנר-

לא משנה כלום ביחס למבחנים. בימ"ש יוצר מדיניות חברתית – משפטית ראויה. בימ"ש רוצה ששוטרים וכל אדם שמחזיק נשק ורישיון ידאג לבטיחות וינהג בזהירות בנשק שלו בעיקר כשזה לא במסגרת עבודתו. איך עושים זאת? קובעים שיש קשר סיבתי.

- קשר סיבתי-עובדתי: אם השוטר היה דואג שלאיש לא תהיה נגישות לאקדח הנזק היה נמנע. לכן, מחדלי השוטר הם הגורם שבלעדיו-אין, והם גרמו למוות.
- קשר סיבתי-משפטי: האם חל סעיף 64(2) לפקודה שקובע שאין קשר סיבתי כשהתערבות של אדם אחר היא הסיבה המכרעת לנזק.
- קשר סיבתי לא ינותק רק כי אחד הגורמים לנזק היה מעשה של אחר שנעשה ברשלנות חמורה, בפזיזות או במתכוון. היסוד המכריע באשם נקבע עפ"י מבחנים המשקפים שיקולי מדיניות: מבחני השכל הישר, סיכון וצפיות.
- המבחן של קשר סיבתי-המשפטי משקף - כמו יסודות חובת הזהירות וההפרה - מדיניות משפטית-חברתית אליה חותר בית המשפט. מדובר למעשה בקידום ערכי החברה ומטרותיה בהקשר המסויים של פסק הדין. כך, ההגנה על חיי אדם מחייבת קביעת סטנדרד התנהגות מחמיר, שבגדרו נדרשת צפיות רחבה יחסית לקיומן של סכנות לאנשים אחרים.

פס"ד מירו- יישום מבחני הקשר הסיבתי-

- השופט דורנר אינה נותנת עדיפות לאחד משלושת המבחנים.
- מבחן הסיכון: סטנדרד הזהירות הקבוע בהוראות הבטיחות בפקודת המשטרה מלמד על סיכונים שאותם מבקש המחוקק למנוע כשמדובר בסיכונים בלתי צפויים. הוראות פקודת המשטרה נועדו למנוע נזק מאקדח בין אם זה ברשלנות, בפזיזות או בכוונה. לאור זאת, הנזק שהתרחש - הירי - היה במיתחם הסיכון שההוראות בפקודת המשטרה באו למנוע.
- מבחן הצפיות: השיקול של הגנה על חיי אדם מחייב לקבוע רמת זהירות גבוהה וזאת לאור רמת סיכון הגבוהה שיש באחזקת נשק. השוטר השאיר את הנשק טעון על הספה ובכך הוא התרשל כיוון שהוא היה יכול וצריך לצפות שיעשה בו שימוש ע"י אחר. לכן, קמה לשוטר אחריות לנזק שאותו היה חייב לצפות.
- מבחן השכל הישר: הנחת הנשק הטעון על הספה - שהיא מעשה רשלני - תרמה תרומה משמעותית לגרימת הנזק.

כשהגורם המתערב הוא הניזוק עצמו- סוגיית המתאבד-

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

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

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

בנוסף הם התכוונו לשלול מהתובע שהיה אחד הנערים את תעודת ההצטיינות החברתית שעמד לקבל. התובע שלומי ויצמן כתב מכתב התנצלות, אבל כשאימא שלו חזרה היא מצאה שבנה תלה את עצמו והתאבד.

בית המשפט העליון דחה את התביעה.

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

השופט טירקל:

- משנקבע קיומו של קשר סיבתי-עובדתי, עולה השאלה האם לא נשלל הקשר הסיבתי בשל שיקולים משפטיים.
- **מבחן הצפיות הוא המבחן המרכזי לקביעת קש"ס משפטי בעוולת הרשלנות** (מסתמך על דברי הש' ברק בפס"ד **ועקנין** שבו נקבע כי מבחן הצפיות הוא המבחן העיקרי בעוולת הרשלנות).
- לאור זאת, יש לבדוק אם מעשהו של הנער שהתאבד מנתק את הקשר הסיבתי שבין התרשלות בית הספר לבין המוות.
- פעולה מכוונת של אדם אחר שהייתה הסיבה המכרעת לנזק **מנתקת את הקשר הסיבתי בין התנהלות הנתבע לנזק בתנאי שלא היה ניתן לצפות את הפעולה.** לעומת זאת, פעולה מכוונת שהיה ניתן לצפותה אינה מנתקת את הקשר הסיבתי.
- קשר סיבתי עובדתי בין התנהגות בית הספר למות הנער מתקיים, אבל התנהגות מכוונת ועצמאית של הניזוק עצמו עשויה לנתק קשר זה (מבחינה משפטית).

האם על נתבע לצפות מעשה התאבדות?

האם מעשה התאבדות היא סיבה מכרעת לנזק המנתקת קשר סיבתי?

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

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

אמצעי המשמעת שנקטו נגד הנער לא היו חריגים באופיים, ואופיו של הנער לא היה דכאוני.

לכן, **ניתק הקשר הסיבתי בין התנהלות בית הספר לנזק.** פעולת הנער הייתה רצונית ומכוונת וניתקה את הקשר בין התנהלות בית הספר לנזק שנגרם (המוות).

פס"ד וייצמן- השופט ברק:

- כשמדובר בחובת זהירות המוטלת על מזיק למנוע מקרים שבהם ניזוקים מזיקים לעצמם הרי שמעשה ההתאבדות של הניזוק אינו מוגדר כגורם מתערב זר לפי סעיף

64(2) אלא נכנס לגדר **שאלת הפרת החובה (ההתרשלות) וצפיות הנזק**.
ההתאבדות מסווגת כחלק מהשרשרת הסיבתית ולא כגורם מתערב זר.

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

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

• **השאלה: האם הנזק היה חלק מהשרשרת הסיבתית? הש' ברק: מעשה ההתאבדות לא היה צפוי, כלומר לא חלק מהשרשרת הסיבתית.**

• השופט ריבלין הסכים עם שני השופטים.

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

• יעקובוב היכה את אשתו גלינה, התעלל בה והשפיל אותה במשך 8 שנות נישואיהם. למרות זאת גלינה לא התלוננה על מעשי ההתעללות שעברה. ביום המקרה, היכה בוריס את גלינה כיוון שסרבה לתת לו את משכורתה. הפעם התלוננה גלינה אבל כשהגיעו השוטרים היא חזרה בה מתלונתה. מייד לאחר שעזבו השוטרים, התפרץ בוריס, איים על אשתו והחל להשחית את הרהיטים.

• בעת שבוריס השתולל הסתגרה גלינה בחדר הילדים עם בנה. לפתע עלתה גלינה על אדן החלון וקפצה אל מותה. בוריס הורשע בבית-המשפט המחוזי בעבירה של גרימת מוות ברשלנות.

• **הש' דורנר (בערעור בעליון): התקיים קשר סיבתי בין התנהגותו של בוריס במשך כל השנים לבין התאבדותה של גלינה, והיה על בוריס לצפות אפשרות שהאלימות שבה נהג כל השנים וביום האירוע עלולה להוביל להתאבדותה.**

• השופטת דורנר הסכימה עם דבריו של השופט ברק בפס"ד ויצמן. לאור החלטה זו, הוגשה בקשה לדיון נוסף. מתקיים קשר סיבתי.

דנ"פ יעקובוב- השופט חשין-

• **הטענה:** בפס"ד ויצמן נקבע שמעשה התאבדות מנתק קשר סיבתי קיים, (הש' טירקל), אבל הש' דורנר בע"פ יעקובוב קבעה שהתאבדות כשלעצמה אינה שוללת קשר סיבתי אם המזיק היה חייב לצפות שהתנהגותו בנסיבות המקרה עשויה להביא לקראות הנזק (יישום של דברי הש' ברק בפס"ד ויצמן).

• **הש' חשין:** פעולה מכוונת של גורם זר, לרבות התאבדות, אינה שוללת קש"ס בין המעשה לנזק כשאדם סביר יכול לצפות מראש את התערבותו של אותו גורם זר.

• לפי השופט חשין, השופטים טירקל וברק מציגים חזית אחת בפס"ד ויצמן:

• **הש' טירקל:** "ניתן לומר כי הגישה המקובלת היא שרואים מעשה התאבדות כפעולה מכוונת של המתאבד המנתקת את הקשר הסיבתי בין מעשהו של הנתבע-המזיק לבין הנזק, אלא אם היה עליו לצפות את מעשה ההתאבדות."

- הנשיא ברק: "...ספק אם נכון הוא לאפיין מעשה התאבדות שנגרם על-ידי ההתרשלות הנטענת של המזיק כ"גורם מתערב זר" או כגורם בעל "אשם מכריע", לפי סעיף 64(2) לפקודת הנזיקין."

קשר סיבתי-משפטי- שינוי מגמה?

- הפסיקה עד לאחרונה קבעה שלושה מבחנים לקביעת קשר סיבתי-משפטי.
- בנוסף, נקבע שמבחן הצפיות הוא המבחן העיקרי לקביעת קשר סיבתי-משפטי בעוולת הרשלנות: "הגישה הרווחת עד לאחרונה הייתה, כי מבחן הצפיות הוא המבחן החל בעוולת הרשלנות, בעוד מבחן הסיכון הוא המבחן החל בעוולה של הפרת חובה חקוקה ובהסדרים של אחריות חמורה כמו חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים" (הש' עמית, ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, מיום 15.7.13).
- לאחרונה, נשמעו קולות הקוראים לשינוי מגמה לפיה יש לקבוע כי המבחן הכללי לקביעת קשר סיבתי-משפטי הינו מבחן הסיכון, וזאת בין כשמדובר באחריות מסוג רשלנות ובין כשמדובר באחריות מוחלטת כמו זו שבחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (ראו: רע"א 4394/09 לנדרמן נ' סגיב, הש' ריבלין, ע"א 4486/11 פלוני נ' פלוני, הש' עמית).

• מבחן הסיכון הוא המבחן המוביל בעבודה! בחוק לתאונות דרכים!!!!!!!

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

- סוהיל שליאן, לוחם מג"ב, החזיק במסגרת תפקידו נשק מסוג M-16. כך היה גם ביום המסויים שבו אחיו של סוהיל התחתן.
- לאחר האירוע, סוהיל טען במחסנית את נשקו, והטמין את הנשק מתחת למזרון בחדרו. למחרת, סוהיל ושני חבריו, בהם איליא שורוש המנוח תכננו לצאת לבילוי.
- לפני כן, השלושה נסעו לביתו של סוהיל. במהלך הנסיעה, סוהיל סיפר לחבריו על שירותו במג"ב, וכשהגיעו לביתו, עלה סוהיל לחדרו וחזר כשבידו ה-M-16.
- סוהיל כיוון את הנשק לעבר המנוח תוך שהוא שואל אותו, בבדיחות היכן הוא רוצה שיירה בו. אז, מבלי להוציא את המחסנית ומבלי לבדוק שהנשק פרוק, דרך סוהיל את הנשק, ובהיותו במרחק של 3 מטרים מהמנוח, כיוון את הנשק ולחץ על ההדק. הכדור שנורה מהנשק פגע בליבו ובריאתו של המנוח וגרם למותו.
- סוהיל הורשע בהריגה, ונתבע בנזיקין ע"י הורי המנוח. גם אביו של סוהיל שהחתונה היתה בביתו ואחיו של סוהיל שהתחתן נתבעו.

פס"ד שורוש נ' שליאן- הש' עמית-

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

• לכן, אף איני סבור כי היה על בית משפט קמא להיזקק להוראת [סעיף 64\(2\)](#) לפקודה, הקובעת כי לא יראו אדם "אשם" אם אשמו של אדם אחר הוא שהיה הסיבה המכרעת לנזק. ככלל, הקשר הסיבתי לא ינותק אך ורק מאחר שהמעשה של האחר נעשה ברשלנות חמורה או בפזיזות ובמקרים מסויימים – אף אם הנזק נגרם במתכוון. כל מקרה נבחן לגופו על פי מבחני הצפיות, אופי האשם, ושיקולי מדיניות. עודנו מגיעים להוראת [סעיף 64\(2\)](#) יש להוכיח תחילה "אשם" של האח ושל האב, וכזאת, כאמור, לא הוכח.

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

קשר סיבתי- סיכום-

- כדי להוכיח תביעה בנזיקין יש להוכיח שקיים קשר סיבתי בין התנהגות הנתבע לבין הנזק שנגרם לתובע.
- ראשית, יש להוכיח קשר סיבתי-עובדתי: ללא התנהגות הנתבע הנזק לא היה נגרם. אבל, ישנם מצבים של "עמימות עובדתית" שבהם נדון בהמשך.
- שנית, יש להוכיח קשר סיבתי-משפטי: האם המשפט רואה בהתנהגות של הנתבע מבין כל הסיבות האפשריות כסיבה שגרמה לקרות הנזק.
- כדי להוכיח קשר סיבתי-משפטי הפסיקה עושה שימוש בשלושה מבחנים: סיכון, צפיות ושכל ישר.
- עד לאחרונה מבחן הצפיות (האם הנתבע יכול לצפות שהתנהגותו עלולה לגרום נזק לתובע) היה המבחן העיקרי להוכחת קש"ס משפטי ברשלנות. לאחרונה, יש שופטים הסבורים שמבחן הסיכון הוא "מבחן על" המשלים את מבחן הצפיות.
- בכל מקרה, נראה כי מבחן הצפיות הוא עדיין המבחן העיקרי לבחינת הגורם הזר המתערב וניתוק הקשר הסיבתי בעוולת הרשלנות.

נזיקין:

השופט אור מרחיב את כלל העדר הרישום הרפואי:

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

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

קשר סיבתי-עובדתי וסיבתיות עמומה:

ישנם שני מצבים שקשה לשים את האצבע על הגורם שגרם את הנזק – הבעיה גם להגיד מה היה החלק שלו במקרה. לדוגמה בפסה"ד מלך – אין ספק שהייתה התרשלנות על השמירה בכלבים אבל מה היה החלק של כלב בלק במקרה מאוד קשה להוכיח.

פסה"ד עדן מלול- נולדה ילדה שסבלה מ100% נכות – היו מספר גורמים שהיו אחראים לכך. האם הגיעה בשבוע 30 ללידה, היה שם איחור בפעילות של הרופאים – הכניסו אותה לחדר לידה רק לאחר שעה. מצד שני, לא ניתן להגיד שבגלל שהצוות הרפואי חיכה ברמה העובדתית להגיד שבעקבות כך נולדה נכה – זהו קשר שקשה להוכיח מאחר ונולדה בשבוע 30 פגה. ברגע שיש רשלנות וגורמים טבעיים אנחנו שואלים את עצמנו "נטיל את כל האחריות על הצוות המיילד?" הצוות אמר שגם אם היו מכניסים אותה דקה לאחר שהגיע לקיסרי התינוקת הרי עדיין הייתה נולדת פגה. ברמה המוסרית יש רשלנות הצוות הרפואי לא פעל כמו שצריך, ויש נזק אבל מבחינה עובדתית קשה לקשור בניהם – אי אפשר להגיד שזו המיילדת ובגללה עדן מלול נכה. הנושא בגדול "הוכחת הקשר סיבתי עובדתי" בד"כ לא קשה להוכיח אותו.

- כזכור, המבחן המרכזי לקביעת קשר סיבתי-עובדתי בין התנהגות הנתבע לנזק של התובע הוא מבחן "הסיבה שבלעדיה אין": האם ללא התנהגות הנתבע היה הנזק מתרחש? אם ללא התנהגות הנתבע לא היה נגרם נזק מתקיים קשר סיבתי.

- אם יש התרשלנות וקשה להוכיח כי התובע לא יודע בדיוק מה קרה- מפעילים את סעיף 41 (אם אתה מתקשה עובדתית בוא נטיל את הנטל ל8ופאים שהיו בחדר הניתוח שהם יוכיחו שהם לא התרשלו ס'41)

- במקרים אלה עוסקים בתי המשפט בשאלה "מה היה קורה אילו" הנתבע לא היה מתרשל, וכדי לענות על כך הם מבצעים הערכות כי אין ראיות חד משמעיות. – מה היה קורה אם עדן מלול הייתה נכנסת לחדר הלידה אלא 5 דקות אחרי שהאם הגיעה לביה"ח – אי אפשר לדעת אם התינוקת הייתה נולדת בריאה או לא.

ע"א 231/84 קופת חולים כללית נ' פאתח:

זוהי נקודת הציון הראשונה ופה המשפט הישראלי מתפתח בקשר סיבתי עובדתי.

אדם שנכנס לניתוח באוזן ותוך כדי הניתוח נפגע עצב הפנים הימני, הרשלנות הייתה שגילו את יממה אחרי הניתוח. השאלה שעלתה שם האם היו עושים הכל כמו שצריך היה יוצא מהמצב שנקלע אליו? אי אפשר לדעת. מה שכן אפשר לדעת על בסיס מחקרים קודמים- איבד את הסיכוי להחלים לגמרי שהוגדר על ידי הרופאים כ-30%. מתוך 100 מקרים שכאלה בעבר ששותק עצב בפנים רק 30 שעשו ניתוח מתקן יצאו מזה. מחבינת הנתבעים התביעה של פאתח צריכה להידחות. השאלה השעלתה:

- האם די בכך שללא התרשלות בית החולים היה מצבו של החולה יכול להיות טוב יותר (שסיכויי החלמה שלו יהיו טובים יותר) מכפי שהיו לאחר האשפוז בבית החולים כדי להטיל עליו את מלוא החבות? (כשהניתוח לא היה רשלני)

- השופט לוין: אובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול להיחשב כנזק בר-פיצוי (91התבסס על כללים מדיני החוזים). אין הבדל בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין.

אם תובע מסוגל להוכיח את הקשר בין ההתרשלות לבין הסיכויים להחלים הוא יקבל את ה-30 אחוז לפחות – את החלק היחסי בפגיעה מאחר והיה לו 30% לצאת מזה לפי הסטטיסטיקה לצאת מהמצב. נקרא אובדן סיכויי החלמה.

אם בדיני החוזים אפשר לתת פיצוי על פגיעה בסיכויי להצליח אז בוודאי שאפשר גם בדיני הנזיקים ליצור נזק שכזה- אפשרות לתבוע ולזכות בגין אובדן הזכיה. ממשיך השופט לוין:

- לפי העקרונות הכלליים של דיני הפיצויים מוטלת על המזיק, בחוזים או בנזיקין, חובה ל"אזן" את העוול שנגרם לנפגע כתוצאה מהבאתו עקב האירוע נשוא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע.

- אין הבדל בין מקרה שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50% כיוון שבשני המקרים יזכה התובע בפיצוי רק בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות. זה לא משנה אם זה מעל או פחות מ-50% ברגע שיש סיכוי להחלים ומצליחים להוכיח שיש קשר בין מי שפגע בך לבין הסיכוי להחלים.

ע"א 5049/91 קופת חולים כללית נ' רחמן:

- התובע, ילד בן 13, נכווה באופן קשה מאוד בתאונה ואושפז במחלקת הכוויות בבית-חולים. כחודש ימים לאחר אישפוזו הו=D7 הובא לניתוח שעליו הוחלט באותו יום, וזאת לאחר שבועיים שלא קיבל טיפול תרופתי אנטיביוטי.

- הסתבר שבאותה העת היה חיידק אלים בדמו. הילד יצא מהניתוח במצב קשה קיבל דום לב והפך לצמח. מבחינה עובדתית נקבע שללא מעשה ההתרשלות של ביה"ח יש לילד כזה 90% לצאת מתפקד.
- בימ"ש המחוזי - התנהלות הצוות הרפואי היתה רשלנית לכל אורך הדרך. בחישוב הפיצוי שנפסק לתובע, יש להפחית 10% לאו שיעור הכוויית הגבוה שממנו סבל לפני הניתוח והאפשרות שגם אם היה התובע מחלים וחוזר לאיתנו (כלומר גם אם לא היתה רשלנות), עדיין כושר תפקודו לא היה מלא ב- 100%. לא היה לו סיכוי לצאת מאה אחוז בריא.
- הש' לזין מסתמך על פסה"ד של פאתח ואומר שאפשר לעשות שימוש בכלל "אובדן סיכויי החלמה" על בסיס נתונים סטטיסטיים. רוב התיקים האלה מדברים על שימוש בנתונים על מחקרים או סוגי מקרים דומים מהעבר – אבל כל אדם הוא שונה. בתיקים האלה עולה השאלה האם באמת בעולם במשפט יכולים להשתמש בסטטיסטיקות ולא בעובדות?
- הכלל הזה מופעל גם שהוא מתחת ל-50% וגם שהוא מעל, זה כל עוד התובעים מצליחים להשיג את אחוז ההחלמה של הנפגע על בסיס הסטטיסטיקות יוכלו לקבל לפחות חלק מפיצוי.

ע"א 1892/95 אבו סעדה נ' משטרת ישראל:

הבעיה הייתה שברמה הרפואית, עלו שתי טענות:

הנתבעים- השיתוק של ה-100% נגרם כתוצאה מהפגיעה עצמה גם אם זה לא היה מי"ד לאחר מכן הרופאים לא היו מצליחים להציל אותו.

התובע- אם לא היו מזיזים אותו ועושים לי צילום של עמוד השדרה ומקביעים אותו היה יוצא מזה.

מה שנדרש כאן, כמו בפאתח יש להוכיח את החלק של המזיק בנזק הסופי ואת הקשר עצמו צריך להוכיח שבאמת שהרופאים תרמו באיזשהו אחוז לנזק הסופי. התובע צריך להראות שהנזק הזה התגבש מיד עם הפגיעה או שהתגבש רק עם השחרור מחדר מיון-

להשתמש באובדן סיכויי החלמה. יש עלית מדרגה שימוש בראש נזק להוכחת הקשר הסיבתי.

השופט שטרסברג-כהן: האם באמת הרשלנות הרפואית מנעה את ההחלמה?

• (1) האם הוכח ע"י התובע שהרשלנות הרפואית גרמה לאובדן סיכויי החלמה?

(2) אם כן, מהו שיעור אובדן סיכויי החלמה?

• (1) מבחינה ראייתית, יש לקבל את עמדת התובע. עובדתית, השיתוק לא ארע מייד, אלא לאחר שהתובע שוחרר מבית החולים. לכן, כיוון שהשיתוק המלא לא הופיע מיד עם הפגיעה, וגם לא בבדיקה בבית המעצר וגם לא בבית החולים, יש בכך להוכיח שהאבחנה הלקויה והיעדר הטיפול במשך היום שחלף מאז הפגיעה ועד השיתוק, תרמו לאובדן סיכויי החלמה של התובע. מכאן, שהתובע הוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לאובדן סיכויי החלמה.

• (2) הנזק שבגיננו יש לפצות את התובע הוא בשיעור אובדן סיכויי החלמתו. כמו כל ראש נזק אחר, יש להוכיח את שיעור הנזק..

• בנסיבות המקרה, ניתן לנקוט בדרך האומדן ולהעריך את אובדן סיכויי החלמה ב-50% ולחייב את הנתבעים לפצות את התובע בסך 50%. דרך זו מונעת את חיובו של הנתבע בנזק שלא הוא גרם אותו, וזיכוי של הניזוק בפיצוי מעבר לנזק שהמזיק גרם לו.

הטענה של הנתבעים שהוא החל תהליך של 100% נכות מהרגע שנפגע – מבחינתה כשופטת הוא הוא הוכיח את הטענה היא לא צריכה את אובדן סיכויי החלמה. מה שהיא כן משתמשת בקביעת היקף הנזק החלק של הרופאים בנזק. עדיין בנסיבות המקרה גם אם הרופאים היו פועלים בצורה הטובה ביותר עדיין נותר הסיכוי שהיה נותר משותק.

סוג המקרים המדובר:

- מצב שבו יש 2 גורמי סיכון לפחות (לא כולם אנושיים) שעלולים לגרום לנזק, כשכל אחד מהגורמים יכול להוות הגורם המכריע לקרות הנזק.
- בין גורמים אלה מצויה גם ההתנהגות הרשלנית של הנתבע אך הסתברותית, נראה כי התרשלות הנתבע לא גרמה ישירות לנזק, ולא מהווה את הסיבה העיקרית לפגיעה בניזוק, אלא, אם בכלל, רק מעלה את הסיכון לפגיעה בו.
- מכאן, השאלה היא אם ניתן לקשור מבחינה משפטית בין הנזק שנגרם לתובע לבין הפעולה של המזיק, אשר העלה את הסיכון לפגיעה או פגע בסיכויי החלים מהפגיעה, אבל ככל הנראה לא גרם ישירות לפגיעה.

- הפסיקה מתלבטת בפס"ד פתח- מה קרה שם.
- יש למעשה שתי שאלות בהקשר של הוכחת הקשר הסיבתי-העובדתי:
- הוכחת הקש"ס עצמו בין התרשלות הנתבע לנזק (כשיש 2 גורמים לפחות)
- הוכחת חלקו של הנתבע בנזק שנגרם (לאור מספר הגורמים המעורבים).

ע"א 231/84 קופת חולים כללית נ' פאתח

- התובע עבר ניתוח באוזנו. במהלך הניתוח שותק עצב הפנים הימני שלו.
- נקבע: לא הייתה רשלנות בביצוע הניתוח, אבל הייתה רשלנות בגילוי הנזק, (הפגיעה בעצב הפנים התגלתה 24 שעות לאחר הניתוח) ובעריכת ניתוח שני שנכשל לתיקון המצב שנערך לא מייד אלא 10 ימים לאחר הניתוח הראשון. כתוצאה מכך, התובע איבד סיכוי של 30% להחלים לגמרי מהניתוח הראשון.
- נטען: יש לדחות את התביעה כי גם אם הנזק היה מתגלה במועד והניתוח השני היה מתקיים במועד, הסיכוי של התובע להחלים היה קטן מ- 50% (כלומר רוב הסיכויים 70%) שגם אם לא הייתה רשלנות בגילוי הנזק התובע לא היה מחלים.
- בית המשפט המחוזי: בית החולים נושא באחריות למלוא הנזק שנגרם לתובע.
- השאלה: האם די בכך שללא התרשלות בית החולים היה מצבו של החולה יכול להיות טוב יותר (ססיכויי ההחלמה שלו יהיו טובים יותר) מכפי שהיו לאחר האשפוז בבית החולים כדי להטיל עליו את מלוא החבות? (כשהניתוח לא היה רשלני)
השופט ש' לוי: יוצר ראש נזק חדש- אובדן סיכויי החלמה:

- אובדן סיכויי החלמה שנגרם עקב הרשלנות יכול להיחשב כנזק בר-פיצוי (בהתבסס על כללים מדיני החוזים). אין הבדל בין דיני החוזים לבין דיני הנזקין.
- לפי העקרונות הכלליים של דיני הפיצויים מוטלת על המזיק, בחוזים או בנזיקין, חובה ל'אזן' את העוול שנגרם לנפגע כתוצאה מהבאתו עקב האירוע נשוא התביעה למצב גרוע מכפי שהיה עומד אלמלא אותו אירוע.
- אין הבדל בין מקרה שבו הסיכוי שאבד גדול או קטן מ-50% כיוון שבשני המקרים יזכה התובע בפיצוי רק בשיעור הסיכוי שהפסיד עקב הרשלנות.
- אין מדובר בשאלה מה קרה בפועל אלא הבדיקה היא מה היה קורה אילו. קביעת מידת הסיכון תיקבע לפי דיני הראיות. לפיכך, יש לפצות את התובע בשיעור של 30% מהנזק שנגרם לו.
- המשמעות: באמצעות יצירה של ראש נזק חדש של אובדן סיכויי החלמה, פתר בית המשפט הן את הקושי בהוכחת הקשר הסיבתי בין התרשלות בית החולים לבין הנזק של התובע, והן את הקושי שבהוכחת חלקו של בית החולים בנזק שנגרם.
יותר קל להוכיח את הקשר כאן. לפי מבחן האלמלא.

ע"א 5049/91 קופת חולים כללית נ' רחמן

- התובע, ילד בן 13, נכווה באופן קשה מאוד בתאונה ואושפז במחלקת הכוויות בבית-חולים. כחודש ימים לאחר אישפוזו הוא הובא לניתוח שעליו הוחלט באותו יום, וזאת לאחר שבועיים שלא קיבל טיפול תרופתי אנטיביוטי.

- בדיעבד הסתבר שבאותה עת היה חיידק אלים בדמו.
- התובע יצא מהניתוח במצב קשה, אבל בתחילה, כששהה בחדר ההתאוששות לא בדקו את מצבו. הוא קיבל דום לב שגרם לו נזק מוחי קשה, והוא הפך "צמח".
- בית המשפט המחוזי: התנהלות הצוות הרפואי היתה רשלנית לכל אורך הדרך. בחישוב הפיצוי שנפסק לתובע, יש להפחית 10% לאור שיעור הכוויות הגבוה שממנו סבל לפני הניתוח והאפשרות שגם אם היה התובע מחלים וחוזר לאיתנו (כלומר גם אם לא היתה רשלנות), עדיין כושר תפקודו לא היה מלא ב- 100%.

מאובדן סיכויי החלמה להגברת הסיכון לפגיעה

- ע"א 6643/95 יונתן כהן נ' קופת חולים כללית:

התובע נולד פג, במשקל נמוך מאוד בשבוע ה- 30 (מתוך 40) להריון. מיד לאחר הלידה הוא אובחן כסובל משיתוק מוחין.

בית המשפט המחוזי קבע באשר לסיבות לנזק:

גורם אפשרי מרכזי (לא רשלני) לשיתוק היה הפגות והמשקל הנמוך.

גורם אפשרי נוסף שיייתכן והוסיף לסיכון במהלך הלידה היה הדימום הפתאומי שממנו סבלה האם, אבל הדימום לא נבע מרשלנות בית החולים.

גורם אפשרי שלישי שמיוחס לרשלנות בית החולים היה הזיהום ממנו סבלה האם במהלך הלידה שהתגלה רק לאחריה באיחור רשלני.

שופטי הרוב (**ברק ובייניש**) דחו את התביעה, אבל הש' **שטרסברג-כהן** קיבלה את הערעור וקבעה שהגורם האנושי הגביר את הסיכון לפגיעה בשיעור של 30%.

הרופאים לא ידעו להגיד מהו הגורם שגרם לנזק. אך הם ידעו להגיד שהרשלנות של ביה"ח יצרה סיכון נוסף, אך לא ברור שהסיכון אכן התממש. רוב הסיכויים- שדווקא הגורמים האחרים הלא רשלניים הם אלה שגרמו לנזק.

לא ניתן להוכיח כאן את מבחן האלמלא.

לא ניתן להוכיח קשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק.

גורם רשלני יצר עוד סיכון. ישנה רשימת סיכונים, והצוות יצרה עוד סיכון בנוסף לסיכונים האחרים שהיו.

השופטת שטרסברג-כהן (דעת המיעוט)

יש שלוש אפשרויות:

- 1- התביעה צריכה להידחות. לא הצליחו להוכיח שהרשלנות גרמה לנזק.
 - 2- להטיל אחריות מלאה, בגלל שמספיק שיש רשלנות כדי להטיל אחריות. (שתי הגישות הללו לא נראו לשופטת שטרסברג כהן)
 - 3- דעתה היא כי המשפט הישראלי מנסה למצוא פתרונות, והיא מתבססת על פס"ד פתאח- תקבל משהו .
- יש להתייחס לשיתוק המוחין כאל נזק שיכול שנגרם כתוצאה ממספר גורמים שפעלו כגורמים **מצטברים** או **חלופיים**, שהם:
 - הפגות ומשקל נמוך-בית החולים איננו אחראי להם- הגורם המסתבר ביותר לנזק

- הדימום- גם הוא אינו באחריות בית החולים

- אי אבחון הזיהום במועד- בית החולים אחראי לכך (נובע גם מרישום לקוי).

- כל אחד מהגורמים הללו מגביר את הסיכון לקרות הנזק, אך לא ברור אם הזיהום (הגורם הרשלני) גרם בפועל לשיתוק. לא הוכח כי יותר סביר שהנזק נגרם עקב הזיהום משנגרם בשל הגורמים האחרים.
- **סביר יותר שהשיתוק היה נגרם גם ללא הגורם הרשלני (הזיהום) וזאת בשל הפגות עצמה בשילוב המשקל הנמוך.**
- מכאן עולה שאלת הקשר הסיבתי בין התרשלות בית החולים לשיתוק, כלומר **האם ניתן לקבוע כי התרשלות בית החולים היא זו שגרמה לנזקו של התובע?**

הגברת הסיכון כבסיס לקשר סיבתי

- שלוש גישות להתמודדות עם קשיי הוכחת הקשר הסיבתי בנסיבות כאלה:
(1) להטיל על הנתבע אחריות לפצות באופן מלא כי יצר בהתנהגותו סיכון לגרימת נזק;
(2) לדחות את התביעה כי התובע לא הוכיח במידה הדרושה שהנתבע גרם לנזק;
(3) **לקבוע שרשלנות הנתבע הגבירה את הסיכון שהתובע ייפגע, ולפסוק פיצוי באופן יחסי להגדלת הסיכון מתוך הנזק שאירע בפועל.**

- **הש' שטרסברג-כהן: אפשרות 3- יש להטיל על הנתבע אחריות בגין הגברת הסיכון בשיעור שיוכיח התובע.** גישה זו יוצרת איזון נכון בין השיקולים המעורבים.
- **הסיבה: אין לנקוט גישה של "הכול או לא כלום".** גישה השוללת פיצוי לתובע במקרה שבו הוכחה התרשלות אך לא ניתן לבסס קשר סיבתי-עובדתי לנוכח חוסר הידע באשר לגורמים לנזק פוגעת בתובע ולא משרתת מדיניות ראויה של הרתעה.
- אבל, הטלת חובת פיצוי מלא על אחד מגורמי הנזק האפשריים שלא בטוח שהשתתף בגרימת הנזק, איננה צודקת שכן היא מביאה לפיצוי התובע על מלוא נזקו גם ממי שלא ברור כי השתתף בגרימת הנזק, שיכול שלא נגרם בעוולה כלל.

פס"ד כהן- הסתמכות על פס"ד פאתח

- **הש' שטרסברג-כהן: הפיתרון-** ראוי שבמקרים מסוג זה אלה ינתן פיצוי עפ"י ראש הנזק של אובדן הסיכויים או הגברת סיכון. הדוקטרינה של אובדן סיכויים מאזנת באופן ראוי בין האינטרסים השונים, שכן היא מביאה לפיצוי הנפגע על נזק (אובדן סיכוי, או הגברת סיכון) שלגביו לא מתעוררים קשיי ההוכחה.
- כאן, **אין קושי להוכיח כי הפגיעה בסיכוי להולדתו של תינוק בריא** (או הגברת הסיכון לנזק, כלומר ללידת תינוק פגוע) **נגרמה בשל מחדלי בית החולים**, אשר ברשלנותו פגע בסיכוי של הילד להיוולד בריא, או הגביר את הסיכון שהוא ייפגע.
- אמנם, המקרה הטיפוסי שבו הוחל במשפט הישראלי הכלל של אובדן סיכויים הוא אובדן סיכויי החלמה, ואילו בפסק דין זה מדובר באובדן הסיכוי שלא ללקות במחלה, או בהגברת הסיכון ללקות בה, אבל אין זה משנה.

- **הש' שטרסברג-כהן** מנסה להתגבר על הקושי שבהוכחת קשר בין התרשלות בית החולים לנזק של התובע ע"י קביעה שגם כשהתרשלות מעלה סיכון ולא גורמת ישירות לנזק ניתן למלא אחר דרישת הקשר הסיבתי.

הש' שטרסברג-כהן- כלל הגברת הסיכון

- **כשמדובר באובדן הסיכוי שלא לחלות במחלה, יש אפשרות שללא התרשלות לא היה התובע לוקה במחלה כלל.** לעומת זאת, כשמדובר באובדן סיכויי החלמה, קיימת אפשרות שללא התרשלות היה התובע נרפא. הבדל הזה אינו מהותי. כך או כך, קיימת אפשרות שללא התרשלות היה התובע אדם בריא או בריא יותר.
- כלל אובדן הסיכויים נותן מענה למקרים שבהם לא ניתן להוכיח קש"ס בין הנזק הסופי של הניזוק לבין ההתרשלות, כי לא ידוע מה היה קורה ללא ההתרשלות.
- במקרים מסוג זה הנזק שנגרם עקב התנהלות הנתבע הוא הגברת הסיכון לפגיעה, ויש לפצות על נזק זה כשלא ניתן להוכיח שההתרשלות גרמה ישירות לנזק.
- **הביקורת:** בפס"ד פאתח, לא היתה מחלוקת שהתרשלות הנתבע היא זו שפגעה בסיכויי החלמה של התובע. השאלה היתה האם סיכויי החלמה הם נזק בר-פיצוי. כאן, לדעת הש' שטרסברג-כהן ניתן לעשות שימוש בהלכת פאתח גם לפיתרון המחלוקת האם בכלל התרשלות הנתבע גרמה להגברת הסיכון לפגיעה. אבל, לא בטוח שלכך התכוון הש' ש' לויין בפס"ד פתאח. מדובר על עיוות הכלל המשפט בפתאח. פה יש עניין של סיכון שהתגבר.

הש' שטרסברג-כהן- יישום הכלל המשפטי

- ייתכן שהאיחור באבחון הזיהום ביולדת יצר סיכון להתרחשות שיתוק המוחין, אבל יצירת סיכון שלא ברור אם התמשש אינה מצדיקה הטלת אחריות על יוצר הסיכון בגין מלוא הנזק, אלא עשויה להצדיק פיצוי בגין הגדלת הסיכון באופן יחסי.
- בנסיבות העניין, הזיהום הגביר את הסיכון לשיתוק בשיעור 30% ולכן יש לפצות רק בגין חלק זה ובכך לאזן בין הרתעת יתר לרצון להחזיר את המצב לקדמותו.
- אם אנחנו מגבירים סיכון, נפצה בגלל הגברת הסיכון. אם האדם הגביר את הסיכון ב-20% הוא יפצה ב-20%. יש פה ניסיון לבוא ולומר שחוץ מהגוף שלנו, מהסיכויים שלנו להחלים, יש משהו נוסף - וזה האינטרס לא לחוות סיכון בכלל.

ע"א 7375/02 ב"ח כרמל נ' עדן מלול, מיום 31.5.2005

- התובעת, נולדה בשבוע ה-30 להריון (מתוך 40) כשאימה הגיעה לבית החולים עקב ירידת מים (פקיעת מי שפיר). בבית החולים החל דימום רציני והוחלט לבצע ניתוח קיסרי אשר בוצע באיחור של כשעה ולא מייד.
- **ביצוע ניתוח קיסרי באיחור של שעה נוכח הדימום של היולדת היה רשלני.** הילדה, עדן מלול, נותרה עם שיתוק מוחין ופיגור שכלי (נכות כוללת של 100%).

- בית המשפט המחוזי: למעשה היו שני גורמים שיכולים להביא לקרות הנזק:

(1) הפגות- לא ניתן לייחס כל אשם לבית החולים;

(2) הדימום- לא קרות הדימום עצמו, אלא האיחור בטיפול בדימום, כלומר האיחור בביצוע הניתוח הקיסרי שהינו רשלני.

- השאלה: איזה אחריות, אם בכלל, יש לייחס לבית החולים במקרה זה?
עצם הפגות- אפשר לייחס לזה את הגורם למצבה הקשה. והדימום- אבל לא הדימום עצמו, אלא האיחור בטיפול בו. היה צריך להכניס אותה כמה שיותר מהר ולא תוך 45 דקות או שעה.
גם כאן רוב הסיכויים שגם אם עדן מלול הייתה נכנסת דקות ספורות לחדר הלידה, רוב הסיכויים שהיא עדיין הייתה נולדת פצועה. איזו אחריות אפשר לייחס פה לביה"ח? האם ניתן ליצור קשר בין האיחור לבין הנזק של עדן מלול. אם אמא הייתה מגיעה בשבוע 40 - רק הרשלנות בהכנסה לניתוח היא הגורם.

השופטת נאור- קשר סיבתי הסתברותי

- **המשפט הישראלי אינו דוגל בגישת "הכל או לא כלום"**, אלא עפ"י פס"ד פאתח ניתן לפצות תובעים באופן חלקי ע"י שימוש בכלל של פגיעה בסיכויי החלמה.
 - בנוסף, כשיש גורם שמסוגל **תיאורטית** לגרום לנזק שצריך לצפותו, אבל לא ניתן להוכיח שגורם זה גרם לפגיעה **בפועל**, ניתן להסתפק **בקשר סיבתי הסתברותי** לנזק שייקבע על פי **ראיות סטטיסטיות** או בדרך של **אומדן (סיבתיות עמומה)**.
 - במקרים שבהם ננקוט בדרך זו על התובע עדיין להוכיח את אלה:
 - (1) שהנתבע **התרשל** כלפיו,
 - (2) שהתרשלות זו **יצרה גורם המסוגל לגרום לנזק** המסוים שנגרם לו,
 - (3) שניתן וצריך היה **לצפות** נזק זה,
 - (4) שקיים **סיכוי ממשי** - גם אם לא ניתן להוכיח ששיעור הסיכוי עולה על 50% - שהגורם האפשרי גרם בפועל לנזק,
 - (5) שקיים **קושי מובנה להוכיח קשר סיבתי** בין התנהגות המזיק לנזק, כלומר שלא ניתן לדרוש ממנו להוכיח קשר סיבתי-עובדתי כמקובל על-פי מבחן האלמלא.
- השופטים **מצא וג'ובראן** הסכימו עם הש' נאור.

פס"ד מלול- יישום הכלל לנסיבות המקרה

- **אין צורך להוכיח שהגורם האפשרי לנזק היה האיחור בטיפול בדימום.**
ניתן להסתפק בהוכחת סיכון ממשי, גם כשיעור הגברת הסיכון אינו עולה על 50%.
- במצבים אלה אין מנוס מביצוע הערכה של הגורם העוולתי מגביר הסיכון ע"י **אומדן**. הש' נאור קבעה כי משפחת מלול הצליחה להוכיח כי האיחור בביצוע הניתוח יכול היה להיות גורם לנזק או לחלקו ובכך הוכיחו קושי מובנה של סיבתיות עמומה. הש' נאור העריכה את הסיכון הממשי שהאיחור בטיפול בדימום יצר בשיעור 20%.
- **ביקורת**: הש' נאור הולכת בדרכה של הש' שטרסברג-כהן בפס"ד יונתן כהן ומיישמת את כלל הגברת הסיכון **לא רק לעניין הוכחת חלקו של המזיק בנזק** אלא גם בנוגע להוכחת הקשר עצמו בין התרשלנות לנזק, וקובעת כי **קשר סיבתי יכול להתקיים כאשר ההתרשלנות הגבירה את הסיכון לפגיעה**. הש' נאור מאפשרת לתובע להוכיח יסוד זה ע"י **אומדן והערכה סטטיסטית כללית** במקום ראיות ספציפיות למקרה.

- למעשה, הש' נאור קובעת שהכלל שנקבע בפאתח בדבר אובדן סיכויי החלמה יחול גם במצב שבו המזיק יוצר גורם אפשרי ליצירת הנזק שאינו הגורם הבלעדי לגרימת הנזק.
- הביקורת: יש במגמה זו כדי לפגוע בדרישת הקש"ס, ולגרום למהפכה בדיני הנזיקין.

ע"א 7469/03 שערי צדק נ' זכריה כהן

- התובע סבל משיתוק מוחין מלידה ללא פגיעה בתפקוד השכלי. ביטוח לאומי הכיר בו כנכה בשיעור של 100%. על אף זאת, היה התובע מסוגל ללכת- אם כי באופן מוגבל- עד שבשלב מסויים חלה ירידה בכושר הליכתו, בשל כאבים בפרק ירך ימין.
 - בשל הירידה בכושר ההליכה עבר התובע ניתוח להחלפת מפרק הירך במפרק מלאכותי. לאחר ימים מספר ארעה פריקה של המפרק המלאכותי.
 - החולה עבר טיפולים וניתוחים נוספים, אולם נותר מרותק לכסא גלגלים.
 - התובע טען שהתרשלות בית החולים היא שהביאה להרעה במצבו.
 - ביהמ"ש המחוזי קיבל את התביעה וקבע שבית החולים הפר את חובת הזהירות כלפי החולה. רשלנותו העיקרית של בית החולים התבטאה בכך שלאחר הניתוח לא גובסה רגלו של התובע לשם קיבועה.
 - השאלה: האם יש קשר סיבתי בין התרשלות בית החולים לנזק?
- קודם הוא הלך על שתי רגליו, אבל הוא הלך. כתוצאה מן התהליך הרפואי הוא נותר משותק לכיסא גלגלים.

פס"ד זכריה כהן-בית המשפט המחוזי

- אילו בוצע הניתוח כראוי הוא היה מסתיים, בהסתברות גבוהה, בהצלחה. כתוצאה מכך, לא היה המשיב נזקק עוד לקביים או להליכון, והוא היה שב למצב שבו היה לפני ההידרדרות במצב הרגל.
- עם זאת, ניתן להניח שהתובע היה נתקל בקשיי הליכה מתגברים עם הזמן. בנסיבות המקרה, אין מקום לקבוע את הפיצוי בהסתמך על העיקרון של "אובדן סיכויי החלמה" שבפס"ד פאתח.
- כאשר סיכויי ההחלמה טובים, "אין לכפות על הנפגע תוצאות סטטיסטיות כלליות, ואין להפוך אותו לחייל ממושמע' של נתונים מספריים כוללים".
- הרשלנות כאן סיכלה באופן ממשי את סיכויי החלמה, ו"פגעה בתנאי הכרחי לעצם אפשרות הצלחה מלכתחילה, כאשר שיעור הצלחה זה הוא גבוה".
- התובע הוכיח כי ללא הרשלנות הוא היה נופל בתחום הרחב של ניתוחים מוצלחים.

פס"ד זכריה כהן- בית המשפט העליון- הש' ריבלין

- הכלל של "אובדן סיכויי החלמה" יכול במקרים מסויימים לשמש כאחד מהכלים שיש לשופט בהתמודדות עם בעיית ההוכחה של קשר סיבתי-עובדתי.
- כאשר קיימת אי-ודאות באשר לנסיבות המקרה, עלול התובע להימצא במצב בו אין ביכולתו להוכיח, על-פי הכללים "הרגילים", את יסודות העוולה, ועם זאת, להשאיר אותו ללא פיצוי יהווה ניגוד למטרות דיני הנזיקין.

- **הקושי המובהק הזה קיים כאשר הנתבע יצר סיכון בהתרשלות מוכחת, אבל אי אפשר להוכיח, במידה הנדרשת, כי הנזק שנגרם בפועל (כולו או מקצתו) היה תוצאה של התממשות הסיכון הזה.**
- כלומר, אי-הודאות בהקשר זה של עמימות עובדתית נוגעת לזיקה הסיבתית בין הסיכון שנוצר ע"י ההתרשלות, לחלקו של הנזק שנגרם (כולו או חלקו).

ע"א 8279/02 זאב גולן נ' עזבון ד"ר מנחם אלברט ז"ל

- לתובע, גיא גולן, נגרם נזק מוחי עקב סיבוכים שאירעו בלידה ומייד לאחריה. צוות בית החולים לא יידע את ההורים בדבר האפשרות לקיומה של פגיעה אפשרית ולא הפנה אותם לבדיקות או לטיפולים מיוחדים.
 - לאחר הלידה החל גיא לבקר בטיפת חלב שהופעלה ע"י הרופא הנתבע למעקב. בשלב מוקדם התעורר חשש אצל ההורים שההתפתחות של גיא אינה תקינה (התחיל ללכת ולדבר בגיל מאוחר).
 - ההורים העלו את דאגתם בפני הרופא מספר פעמים, אבל הוא הרגיע אותם ואמר שהתפתחותו של גיא נורמלית.
 - כשגיא היה בן 3 פנו הוריו לאבחון התפתחותי. באבחון נקבע שגיא סובל מפיגור בהתפתחות, בעיות התנהגות וקשיי דיבור, וכי הוא בעל רמה שכלית גבולית.
 - **נטען שהרופא התרשל בכך שלא איבחן את מצבו של גיא במועד, דבר שמנע מגיא את קבלת הטיפול המתאים באותה תקופה. נטען שאילו היה הטיפול בגיא מתחיל במועד מוקדם יותר, הרי שמצבו היה טוב יותר מכפי שהוא בפועל.**
- רוב פס"ד הוא דעת מיעוט.

הנשיא ברק

- במקרה זה **קיים קושי עובדתי בקביעת היקף הנזק שגרם הרופא לגיא התובע.** לכן, ניתן לאפיין את המקרה כמקרה בו מתעוררת בעיה של **עמימות עובדתית.**
- יש להבחין בין עמימות באשר **לעצם גרימת הנזק** לעמימות בנוגע **לשיעור הנזק.**
- יש שלוש קבוצות של מקרים (קיימות כמובן חלוקות נוספות ותתי-קבוצות נוספות):
- **קבוצה אחת - עמימות לעניין עצם גרימת הנזק לתובע.**

- **קבוצה שניה - מצב שבו ידוע שהנזק נגרם כתוצאה מהתנהגות עוולתית של אחד מהנתבעים, כשכל הנתבעים התרשלו כלפי התובע ולא ידוע מי גרם לנזק.**
- **קבוצה שלישית - אליה משתייך המקרה - עמימות לגבי חלקו של הנתבע בנזק שנגרם.**

הקבוצה הראשונה - קשר סיבתי לעצם גרימת הנזק

- מקרים בהם העמימות העובדתית היא לגבי הקשר בין ההתרשלות לנזק.
- כלולים כאן מקרים שבהם התובע מתקשה להוכיח שהנתבע - שחב לו חובת זהירות והתרשל - גרם לו נזק כלשהו.

- השאלה במצבים אלה היא אם כשהתרשלות הנתבע היא גורם הידוע כמסוגל, תיאורטית, לגרום לנזק, אך לא ניתן להוכיח מה היה תהליך הגרימה בפועל, ניתן להסתפק בקיומו של **קשר סיבתי הסתברותי לנזק**, שייקבע על פי מידע סטטיסטי או בדרך של אומדן.
- בדרך כלל, על התובע להוכיח, על פי מאזן הסתברויות, שהנתבע גרם לנזק. הטלת אחריות יחסית, על פי הסתברות בלבד כי לתובע נגרם נזק עקב התנהלות עוולתית של הנתבע, מעוררת שאלות לא פשוטות שכן המנגנון הזה מטיל חובת פיצוי על אדם שכלל אין ביטחון שגרם נזק (פס"ד כהן נ' קופ"ח כללית, ופס"ד עדן מלול).
- הש' ברק משאיר זאת להכרעה עתידית.

הש' ברק- הקבוצה השנייה- כשיש מספר גורמים לנזק

- מקרים שבהם הניזוק עומד מול שורה של התנהגויות עוולתיות כשהנזק נגרם ע"י שני אנשים או יותר, ואין התובע יודע מי מהם גרם לנזקו (לדוגמא – שני אנשים שירו באדם שלישי ולא ניתן לקבוע בוודאות מי מהם פגע בניזוק).
- לגבי מקרים אלה, של אחריות לנזק שלא ניתן לשייכו למזיק מסוים, ראינו כי **פרופ' פורת ושטיין** מציעים לחלק את האחריות בין שני המזיקים ע"י קביעת עילת תביעה של נזק ראייתי.
- במקרים אלה, ניתן גם להיעזר בכלל הנזק הראייתי שאומץ במשפט הישראלי ובכללים נוספים שאליהם נתייחס בהמשך.

הש' ברק- הקבוצה השלישית- קביעת היקף הנזק

- מדובר בקבוצה זו בעמימות שעניינה שיעור הנזק והיקפו.
- מקרים שבהם ידוע שגרמת הנזק היא תוצאה של רשלנות הנתבע. ידוע שחלקו של הנזק נגרם על ידי הנתבע, אבל אין יודעים מהו חלק זה מול חלקם של הגורמים האחרים (עוולתיים ולא עוולתיים-תמימים).
- במקרים של עמימות שנוגעת לחלקו של הנתבע בנזק, אם הוכחו כל יסודות האחריות (חובה, הפרה וקשר סיבתי בין ההתרשלות לנזק), ניתן לקבוע שהיקף הפיצוי יקבע בדרך של אומדן, ויפחת מ-100%.
- הגישה של "הכל או לא כלום" אינה תקפה לגבי קביעת היקף הנזק שגרם הנתבע.

פס"ד גולן-ההחלטה

- הנזק של גיא בעקבות הפגיעה המוחית שסבל בלידה אינו ניתן לחלוקה מוחשית. לא קיימת אפשרות ממשית לקבוע באופן מדויק מה היה היקף השיפור של גיא ללא התרשלות של הרופא הנתבע.
- הסיבה: חוסר הדיוק בו מתאפיין מדע הרפואה בכלל ומדעי המוח בפרט. על רקע זה ברור שלא ניתן להוכיח את היקף השיפור שהיה צפוי מן הטיפול.
- במצב דברים זה, אין מנוס מלקבוע את שיעור התרומה של רשלנות המשיב לגובה הנזק על דרך **האומדן**.
- לכן בנסיבות העניין מורה השופט ברק להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי לקביעת היקף הנזק בדרך של אומדן ולקביעת הפיצוי בראשי הנזק השונים.

דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' עדן מלול
(מיום 29.8.2010)

• השאלה:

עד כמה ניתן ורצוי לקדם את הגישה לפיה במצבים של עמימות באשר לסיבה העובדתית לגרימת הנזק יש לפסוק פיצויים על פי כללי הוכחה יחסיים תוך התאמת היקף הפיצוי לרמת ההסתברות של אפשרות גרימת הנזק במידה שהוכחה.

השאלה עולה כי למעשה גישה כזו מחליפה את התפיסה המסורתית בדיני הנזיקין, של "הכל או לא כלום", המבוססת על הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לנזק על פי "מאזן ההסתברויות".

האם יש מקום לקבוע כי יסוד הקשר הסיבתי מתקיים כאשר התנהגות הנתבע מגבירה את הסיכון לנזק בשיעור מסויים, אבל לא מהווה הסיבה המרכזית לגרימתו, וזאת לא באמצעות כלל הוכחה של מאזן ההסתברויות אלא עפ"י אומדן וראיות סטטיסטיות?

הפסיקה בדנ"א עדן מלול

- ברוב של 5 מול 4: אין להכיר בחריג האחריות היחסית (קש"ס הסתברותי בין התרשלות הנתבע לנזק) במקרים של סיבתיות עמומה. בוטל פסה"ד בע"א מלול.
- הכלל נשאר ללא שינוי: יש להוכיח, בשיעור של 51% או יותר, שיש קשר סיבתי עובדתי בין ההתנהגות הרשלנית של הנתבע לנזק של התובע וזאת כאמור עפ"י מאזן הסתברויות, כלומר כי התנהגות הנתבע היוותה גורם מרכזי לנזק.
- מוסכם: כלל אובדן סיכויי החלמה (פס"ד פאתח) לא יבוטל וימשיך לחול.
- עוד הוסכם כי במקרים מסוימים יתכנו חריגים לכלל זה וזאת כשהפיתרון הרגיל אינו נותן מענה הולם. המחלוקת בין השופטים: מהו סוג המקרים שבהם ניתן להחיל את החריג כאשר לא ניתן להוכיח את גרימת הנזק בדרך ההוכחה הרגילה.
- הוחלט כי מבחינה מעשית לא ייתבעו התובעים להחזיר לעותרים את הפיצויים ששולמו, ולא יהיו זכאים לתשלומים נוספים.

קשר סיבתי- עובדתי וסיבתיות עמומה- סיכום

- קיימים מצבים שבהם קשה לתובע להוכיח עובדתית קשר סיבתי בין התרשלות הנתבע לנזק שלו, או להוכיח את החלק של הנתבע בנזק שנגרם.
- הדין הישראלי פיתח מספר מנגנונים אשר באים לסייע לתובעים במצבים כאלה:
 - ס' 41- הדבר מדבר בעדו- העברת נטל לנתבע לשכנע שלא התרשל/גרם לנזק
 - כלל הנזק הראייתי הדיוני- העברת הנטל לנתבע לשכנע שלא התרשל/גרם לנזק
 - אובדן סיכויי החלמה- הוכר כראש נזק- (יש התרשלות וקש"ס בינה לבין אובדן הסיכוי)
 - הגברת סיכון- הנתבע הגביר סיכון- לא בטוח שיש קש"ס לנזק עצמו- לא התקבל (מלול)
 - אחריות יחסית (קש"ס הסתברותי)- התקבל לעניין היקף הנזק בלבד ולא לגרימתו (גולן)

מנגנונים שיידונו במצגת הבאה:

- מעוולים במשותף/בנפרד כשהנזק לא ניתן לחלוקה- אחריות יחד ולחוד
- מעוולים בנפרד כשהנזק ניתן לחלוקה- אחריות לפי חלקו של כל נתבע.

ריבוי גורמים- קש"ס:

הקדמה:

- קשיים בהוכחת קש"ס ניתן לחלק לשלוש קבוצות (הש' ברק, פס"ד גולן נ' מנחם):
- קבוצה אחת- קושי להוכיח את עצם גרימת הנזק לניזוק- האם אכן הנתבע גרם את הנזק מבחינה עובדתית (קשר סיבתי עובדתי-הסתברותי, למשל פס"ד מלול).
- קבוצה שניה- קושי להוכיח את זהות המזיק- הנזק נגרם כתוצאה מהתנהגות רשלנית של אחד הנתבעים, אבל לא ידוע מי מהם גרם לנזק (כלל הנזק ראייתי).
- קבוצה שלישית- קושי להוכיח את גודל הנזק- הנתבע תרם לנזק אבל לא ברור מה חלקו המדוייק כי יש גם גורמים רשלניים/לא רשלניים נוספים שתרמו לנזק:

(1) יצירת ראש נזק חדש- אובדן סיכויי החלמה (פס"ד פתאח)

(2) החמרת מצב קיים- פיצוי ע"י אומדן/הערכה (פס"ד גיא גולן נ' ד"ר)

מנחם

(3) החמרת מצב קיים- פיצוי ע"י העברת נטל הראיה (פס"ד נגר נ' וילנסקי)

(4) שני מזיקים רשלניים פגעו בניזוק וגרמו נזק אחד- כיצד להוכיח קשר

סיבתי?

חלוקת האחריות כשיש מספר גורמים אנושיים רשלניים- סוגי המקרים-

(1) מזיקים **במשותף** (פועלים יחד).

(2) מזיקים **בנפרד** שגורמים **נזק אחד שלא ניתן לחלוקה**.

(3) מזיקים **בנפרד** שגורמים **נזק אחד שניתן לחלוקה**

(4) מזיקים **בנפרד** שגורמים **לנזקים נפרדים כשהנזק השני בולע את הראשון**

עקרונית, האחריות של הגורמים לנזק נחלקת באופן הבא:

מזיקים בנפרד שגרמו נזק אחד

מזיקים במשותף

נזק שלא ניתן לחלוקה

חבים ביחד ולחוד

חבים כל אחד על חלקו

חבים ביחד ולחוד

מזיקים בנפרד שגרמו לנזקים נפרדים

חבים כל אחד על חלקו (כשהשני בולע את הראשון- עליו לשאת גם בנזק הראשון)

סעיפי החוק הרלבנטיים לסוגיה-

- **סעי' 11 לפקודת הנזיקין:** היה כל אחד משני בני-אדם או יותר חבים לפי הוראות פקודה זו, על מעשה פלוני, והמעשה הוא עוולה, יהיו חבים יחד על אותו מעשה כמעוולים יחד וניתנים להיתבע עליה יחד ולחוד. (לפי הפסיקה: הסעיף מתייחס למזיקים במשותף ולמזיקים בנפרד שגרמו לנזק שלא ניתן לחלוקה).
- **סעיף 77 לפקודת הנזיקין:** (א) בכפוף להוראות סעיפים 83-85, אדם שנפרע פיצויים או סעד אחר בשל עוולה, ומי שתובע באמצעות אדם כאמור או מכוחו, לא יפרעו פיצויים נוספים בשל אותה עוולה.
- **סעיף 83 לפקודת הנזיקין:** (א) סבל אדם נזק עקב עוולה- אין פסק הדין שניתן נגד מעוול החב על אותו נזק חוסם בעד הגשת תובענה נגד אדם אחר שאילו נתבע לדין היה חב על אותו נזק כמעוול יחד.
- **סעיף 84 לפקודת הנזיקין:** (א) כל מעוול החב על הנזק רשאי להיפרע דמי השתתפות מכל מעוול אחר החב, או שאילו נתבע היה חב, על אותו נזק, אם כמעוול יחד ואם באופן אחר...
- (ב) בהליכים על השתתפות לפי סעיף זה יהיו דמי השתתפות בסכום שיקבע בית המשפט על פי הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו של האדם לנזק...

המשמעות של סעיפי החוק

- כל אחד מהמזיקים אחראי כלפי הניזוק למלוא הנזק.
- הניזוק רשאי לתבוע כל אחד מהמזיקים בלי לצרף את האחרים.
- הניזוק אינו יכול לקבל פיצויים יותר מהנזק שנגרם לו.
- ביחסים בין המזיקים הם זכאים להשתתפות ולשיפוי מלא בינם לבין עצמם.

מזיקים במשותף-

• מספר מצבים:

- (1) **מספר מזיקים שע"י מעשה עוולה אחד גרמו נזק לתובע-** מדובר במקרה אחד שבמסגרתו הנתבעים פעלו בשיתוף פעולה ביניהם לשם גרימת נזק לניזוק. לדוגמא, ראובן שמעון ולוי היכו ביחד את יהודה, וביצעו ביחד עוולה של תקיפה.
- (2) **מספר מזיקים שמפרים חובה אחת שמוטלת עליהם-** למשל, הפרת חובה של ראובן ושמעון אשר בבעלותם נכס אחד ונזק נגרם ללוי הדייר כתוצאה מהפרה של חובה משפטית (חובת זהירות/חקוקה) המוטלת על הבעלים.
- (3) **אחריות שילוחית-** אחריות המשותפת הן לאדם שגרם לנזק (העובד) והן לאדם שאחראי באחריות שילוחית כלפיו (המעביד).
- **המזיקים נושאים באחריות לנזק ביחד ולחוד:** כל אחד מהם, אם ייתבע לבדו, ישא במלוא האחריות לפיצוי התובע, אבל יוכל לתבוע מהמזיק הנוסף השתתפות.

אין מחלוקת שקיים קשר סיבתי בין התרשלות הנתבעים לנזק שנגרם- הקושי הוא לקבוע את היקף האחריות של כל אחד מהגורמים לנזק (החלק של כל מזיק).

מזיקים בנפרד שגורמים נזק אחד שאינו ניתן לחלוקה-

- מזיקים שגורמים ע"י מעשי עוולה נפרדים לנזק לתובע שאינו ניתן לחלוקה.
- לדוגמא: רוכב אופניים שפגע בהולך רגל ברגלו ומייד לאחר מכן הגיע רוכב אופניים נוסף שפגע גם הוא ברגלו של הולך הרגל.
- במצב כזה אי אפשר לזהות מה התוספת של הרוכב השני לנזק שגרם הרוכב הראשון. קשה לחלק את הנזק שנגרם לשני חלקים נפרדים, אבל יש שני מעשי עוולה נפרדים: הפגיעה הרשלנית של הרוכב הראשון והפגיעה של הרוכב השני.
- במצב שבו לתובע נגרם נזק אחד שלא ניתן לחלק אותו העיקרון הוא שכל אחד מהמזיקים, אם ייתבע, ישא באחריות למלוא הנזק שנגרם אך יוכל לתבוע את המזיק השני להשתתף באחריות לפצות.
- אין קושי לקבוע שיש קש"ס בין ההתנהגות הרשלנית של הנתבעים לנזק, אבל יש קושי לקבוע את היקף האחריות של כל אחד מהם (החלק שלהם בנזק).

מעוולים במשותף ובנפרד שגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה-

- אין הבדל מבחינה משפטית בין מעוולים במשותף למעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה: שניהם חבים ביחד ולחוד כלפי התובע לנזק בשלמותו.
- ע"א 22/75 אדרי נ' עזיזיאן: התובע נפגע ע"י שני כלי רכב (קטנוע ורכב משפחתי) שפגעו בו בזה אחר זה כשחצה את רחוב הרברט סמואל בתל אביב.
- נפסק (הש' שמגר): כדי שמעשי עוולה ייחשבו למעשים הגורמים נזק אחד, אין הכרח כי האירועים יהיו במקביל מבחינת הזמן. ניתן לכלול גם אירועים שקרו אחד אחרי השני. כלומר, אין חשיבות דווקא למועד הביצוע. מעשי העוולה ייחשבו מקבילים גם אם יתרחשו בזה אחר זה ובלבד שביצועם של כל מעשי העוולה הנפרדים גרמו לנזק אחד וכולל. כלומר, צריך שתיווצר "יחידת נזק אחת".
- כאשר לא ניתן להפריד את הנזק לחלקים שונים ולמצוא קריטריון סביר לחלוקת האחריות, וכאשר לא ניתן לייחס חלק מסויים בנזק למזיק הרלבנטי, יש לקבוע כי יהיו המזיקים חבים ביחד ולחוד. במקרה זה, כל אחד מהמזיקים אחראי לנזק כולו, שכן נגרם נזק אחד שלא ניתן לחלוקה ע"י שני המזיקים.

איך לחלק את האחריות כשלא ידוע חלקו של כל מזיק בנזק?

- ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר: מר מלך הותקף שעה שהלך ברחוב, במשך כעשרים דקות על-ידי שלושה כלבים שגרמו לו לנכות גבוהה לצמיתות. שניים משלושת הכלבים היו של הנתבע קורנהויזר והשלישי היה כלב רחוב.
- בית המשפט המחוזי: על קורנהויזר לפצות את מלך על מלוא הנזק שנגרם.
- דעת הרוב בביהמ"ש העליון: מדובר במזיקים בנפרד שגרמו נזק שניתן לחלוקה ולכן על הנתבע לפצות את התובע ב-2/3 מהנזק. הבסיס לחלוקה: בעלות יחסית בכלבים (2 מתוך שלושה) והנחה שעוצמת התקיפה של כל כלב היתה דומה.
- הש' נתניהו (מיעוט): מדובר במזיקים בנפרד שגרמו נזק שלא ניתן לחלוקה, ולכן יש לקבל את החלטת בית המשפט המחוזי.

ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר-

- כשמדובר במספר מעוולים שעוולתם בוצעה ע"י בעלי חיים שבבעלות נפרדת האם ייחשבו כמעוולים במשותף שחייבים ביחד ולחוד במלוא הנזק?

• **אם הם לא מעוולים במשותף, האם מדובר במעוולים בנפרד שגרמו לנזק בלתי ניתן לחלוקה** (שאז הם חייבים ביחד ולחוד), או האם מדובר במזיקים בנפרד שגרמו לנזק הניתן לחלוקה (שאז כל מזיק חב רק על חלקו)?

• עובדתית, השאלה היא האם הנזק הוא כזה שאינו ניתן לחלוקה או שמא ניתן לקבוע חלוקה צודקת של הנזק שנגרם.

• **ההשלכות:** האם הניזוק יישא בחלק של הנזק שנגרם לו ע"י הכלב השלישי, למרות שאין ספק שהוא עצמו היה חף מכל אשם, או שמא הנתבע ישא גם בחלק של הנזק הנוסף למרות שאין כל ספק שאין לייחס לו רשלנות בכל הנוגע לכלב השלישי.

• **השאלה: האם מדובר במזיקים במשותף או במזיקים בנפרד?**

השופט ד' לויין בד"נ מלך-

• האם בעלי הכלבים נתפסים כמעוולים **במשותף**?

• **השופט ד' לויין בפס"ד מלך:** בעלי הכלבים הנושכים לא נופלים לקבוצת של מעוולים במשותף שכן לא היה ביניהם יחס שולח-שלוח, הם לא חבו בחובה משותפת כלפי הניזוק, ואין לראות בהם מזיקים שפועלים למען מטרה אחת.

• האם בעלי הכלבים נתפסים כמעוולים **בנפרד**?

• **השופט ד' לויין בפס"ד מלך:** מדובר כאן במעוולים **בנפרד** שגרמו לנזק אחד.

• **השאלות:**

מתי נראה בנזק כנזק בלתי ניתן לחלוקה?

האם כאן מדובר בנזק שניתן לחלוקה או בנזק שלא ניתן לחלוקה?

הפך את פס"ד וקבע שמשפחת קרוונהיזר תשלם הכול. השופט קובע בהסתמך על הש' שמגר בפס"ד עזיזיני- השופטים צריכים לנסות ולמצוא קנה מידה סביר לחלוקה.

הש' ד' לויין- כיצד נקבע האם נזק ניתן לחלוקה?

• הקושי מתעורר כשהמעשה של כל אחד מהמזיקים יכול היה לגרום לחלק מן הנזק. במסגרת קבוצה זו יש מקום לסיווג משני לשתי קבוצות:

(1) כשהחלק של כל מזיק לנזק או שיעורו ניתנים לקביעה באופן סביר.

(2) כשהחלק של כל מזיק אינו ניתן להוכחה עפ"י קנה מידה סביר כלשהו.

• **השאלה:** האם יש למצוא תמיד קנה מידה כלשהו לחלוקה של נזק שקשה לחלקו או האם יש לקבוע שבסוגים שונים של נזקים שקשה לחלקם כל קנה מידה לחלוקת נזק תהיה שרירותית ובלתי סבירה, ולכן יש לייחס למעוולים חבות ביחד ולחוד.

• **הש' ד' לויין:** כאשר ניתן באופן סביר והגיוני להצביע על חלוקה צודקת בנזק שעל פניו לא ניתן לחלוקה, יש להעדיף זאת גם כאשר קשה לחלק את הנזק.

כיצד יחליט בית המשפט? כל מקרה עפ"י נסיבותיו. יש לבדוק אם ניתן "לחלק" את הנזק, וכאן- את הנשיכות בין הכלבים השונים, באופן סביר, הגיוני וצודק.

השופט ד' לויין בפס"ד מלך- המשך...

- **יש לאמץ את המסקנה של הש' נתניהו** (שהיתה בדעת מיעוט בפסק הדין בע"א), כי כל שלושת הכלבים תקפו את הניזוק יחד ולא ניתן לייחס לאחד מהם בנפרד את הפגיעה באיבר זה או אחר או את הפגיעה הנפשית.
- **המסקנה:** בגלל הפגיעות של כולם יחד הפך התובע מאדם בריא לשבר כלי.
- לסיכום, מדובר בנזקים שאינם ניתנים לחלוקה ולכן האחריות של המזיקים (שני בעלי הכלבים- הידוע והבלתי ידוע) היא ביחד ולחוד. העובדה שהנתבעים לא יכולים לתבוע השתתפות מהבעלים של הכלב השלישי כי לא יודע מי הבעלים שלו, אינה צריכה להשפיע בכל הנוגע לאחריותם כלפי התובע.
- **ההלכה:** יש לנסות ולמצוא קנה מידה לחלוקה סבירה של האחריות כשמדובר במקרה בו קשה לקבוע מה חלקו של כל מזיק בנזק. אבל, יש מקרים שבהם לא ניתן למצוא קנה מידה כזה ואז הנתבעים ישאו באחריות ביחד ולחוד.

כיצד נחלקת האחריות בין מעוולים החבים יחד ולחוד?

ע"א 7008/09 עדנאן עבד אל רחים נ' מוסבאח עבד אל קאדר, מיום 7.9.2010:

התובע, נער בכיתה י"א, נפגע במהלך שיעור ספורט, כאשר לאחר שהבקיע שער במשחק כדורגל הוא נתלה על משקוף השער. השער קרס והוא נפגע באופן קשה.

נפסק (הש' עמית): יש להטיל אחריות על המורה שידע על הליקוי בתקינות השער, מנהל בית הספר כאחראי הבטיחות של בית הספר, עיריית טייבה אשר לא דאגה לתקינות השער (וכמעבידה של המורה והמנהל), ומשרד החינוך כמי שהתריע על הליקוי אבל לא דאג לוודא שתוקן.

הפסיקה מבחינה בין מצבים שבהם הנזק ניתן לחלוקה לבין מצבים שבהם הנזק בלתי ניתן לחלוקה: "כאשר מתעורר ספק באיזה סוג מקרים מדובר או מקום בו קיים קושי בחלוקת הנזק בין המעוולים-הנתבעים, הנטל להוכיח כי הנזק שנגרם ניתן לחלוקה מוטל על המעוולים, ואם לא יעמדו בנטל הם יחובו ביחד ולחוד לכל הנזק שנגרם" (מסתמך על ע"א 2906/01 עירית חיפה נ' מנורה).

כאן מדובר במעוולים במשותף (חבו בחו"ז משותפת לתובע) אשר גרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה. מדובר במעוולים החבים בחובת זהירות משותפת לניזוק ולכן הם חייבים יחד ולחוד (ניתן גם לסווג אותם כמעוולים בנפרד שגרמו לנזק אחד).

היה מדובר בנער בכיתה יא שבמהלך הלימודים בשיעור ספורט, כאשר שחקן בקבוצה כדורגל מול הקבוצה השנייה- הוא נתלה על השער והשער קרס והוא נפגע קשות. הוא הגיש תביעה כנגד העירייה שהייתה המעבידה, נגד המורה לספורט ונגד המנהלים. הוא תבע גם את משרד החינוך. העירייה לא רק מעסיקה אלא גם אחראית על תקינות הציוד בבית"ס. בנסיבות המקרה- היה סיור של אדם מן העירייה, והסבו את תשומת ליבו שהשער היה לא יציב.

בימ"ש המחוזי התקשה לקבוע האם העירייה ידעה ולא תיקנה- או העירייה ידעה, תיקנה ותיקנה בצורה רשלנית. בימ"ש אומר- זה לא משנה.

גורם נוסף- משרד החינוך- משרד החינוך ידע על הבעיה שיש בתקינות השער, אך לא וידא שהשער באמת תוקן.

בימ"ש העליון אומר- הש' עמית- יש פה 4 גורמים, כולם חבים בחובת זהירות. הם נתפסים מעוולים במשותף, כי חלות עליהם חובה אחת כלפי תלמידים באותו בית"ס.

מבחינת תחושת הצדק- יותר נכון לבוא ולהגיד שיש פה נזק אחד, לאדם אחד- הם חייבים ביחד ולחוד. יש פה בעיה. למה?

משרד החינוך לדוגמא- הוא אינו הגורם הישיר. הגורמים הישירים הינם העירייה- המורה והמנהל. משרד החינוך הוא גורם מפקח

הש' עמית בעניין חלוקת האחריות בין המעוולים

- לפי סעיף 84(ב) חלוקת האחריות בין המעוולים נעשית עפ"י עקרונות "הצדק והיושר בהתחשב עם מידת אחריותו" של כל אחד מהם.
- בפסיקה נקבע כי החלוקה תיעשה לפי מידת האשמה המוסרית שיש לייחס לכל אחד מהמעוולים (לפי התרשמות השופט מהעדים והראיות), או על פי מבחן האשמה ההדדית הכולל הן בדיקה של הקשר הסיבתי והן את האשמה המוסרית.
- יישום המבחנים של האשמה המוסרית והאשמה ההדדית במקרה הנדון:
העירייה היא הנושאת בעיקר האחריות, כיוון שבעקבות הביקורת שנערכה בבית הספר העירייה הייתה מודעת לליקוי הבטיחותי של אי עיגונו של השער לקרקע. למרות זאת, העירייה לא תיקנה את השער. לכן, יש לחייב את העירייה באחריות ישירה בשיעור של 70% לנזק, ואת המנהל והמורה בשיעור של 10% כל אחד.
- אחריותה של המדינה נקבעה בשיעור 10% כי היא ניצבת במעגל השני, לאור טיב הרשלנות שלה: אי וידוא של ביצוע עבודות התיקון שנדרשו בעקבות הביקורת.
יש ללכת לפי רמת האשמה המוסרית.

סיכום עד כאן

ההלכה המחייבת בכל מה שקשור למזיקים במשותף או בנפרד שגרמו נזק אחד שלא ניתן לחלוקה הוא חיובו המלא של כל אחד מהמזיקים כלפי הניזוק.

עקרון זה מעוגן בסעיף 11 לפקודת הנזיקין, כאשר חלוקת האחריות בין שני המזיקים נדונה בינם לבין עצמם. (פס"ד אדרי נ' עזיזיאן, וד"נ מלך).

מטרת פתרון זה היא למנוע מהניזוק את קשיי האיתור של כל יתר הגורמים לנזק או את הקושי בגביית הפיצויים. זאת למרות שפתרון זה נוגד את המבחן של הגורם- שבלעדיו- אין (הש' נתניהו, פס"ד חננשוילי).

מכאן:

אם המזיקים יצליחו להוכיח כי הם גרמו לנזק שניתן לחלוקה אז לא תוטל על כל אחד מהם אחריות מלאה לנזקיו של הניזוק, אלא רק בגין החלק שלהם. אבל, אם לא יצליחו בכך, הרי שהם יישאו באחריות ביחד ולחוד כלומר התובע יוכל לקבל מהם את מלוא נזקו. בית המשפט יחלק ביניהם את האחריות לפי האשם המוסרי שלהם וכך הם ידעו מה החלוקה הפנימית ביניהם.

גורמים נפרדים בזה אחר זה

מצב של שני אירועים בזה אחר זה, שהאירוע השני בעוצמתו בולע לתוכו את הנזק שנגרם באירוע הראשון.

בפיצויים יש מס' ראשי נזק:

- הפסד השתכרות ועבר- הש' עומד היום ומסתכל אחורה כמה היה אובדן ההשתכרות של אדם מהתאונה עד מתן פס"ד. עומדים ביום פס"ד. מסתכל אחורה ומסתכל קדימה. הדבר הכי פשוט זה לקבל את הדיווחים למס הכנסה, או תלושי משכורת.
- כאב וסבל- משהו שהוא לא מחושי. דיני הנזיקין מפצים אותו על הדבר הזה. זה נתון להערכה של בימ"ש.
- הוצאות שונות: נסיעה, רפואיות. מתחלק להוצאות עבר ועתיד. קל מאוד לחשב הוצאות עבר. לחשב תוצאות עתיד זה יותר מסובך. לגבי ההוצאות.
- אובדן כושר השתכרות בעתיד- לא פשוט להעריך את זה. בגדול מסתמכים על נכות. על שיעורי הנכות. נותנים חוות דעת רפואיות שאומרות לבימ"ש מה שיעור הנכות. הבעיה היא שאנו לא יודעים מה צופנים חייו של אדם. האם הוא עוד שנה ייהרג בתאונת דרכים? האם הוא ירצה להחליף מקצוע? השופטים מחשבים זאת ללא ידיעה מה יקרה בעתיד. הם חייבים לפסוק פיצויי חד פעמי עבור כל המשך החיים.

אנו שואלים כמה? הכמה נחלקים לראשי הנזק הללו.

כאשר יש אירוע נזיקי, הוא אמור לקבל לעתיד נגיד 20 אחוזי נכות, צריך לקבל 20 שקלים כפול 12 חודשם כפול מס' השנים שנותרו לו לעבוד. היה פה אירוע נוסף אשר השבית אותו לגמרי מן העבודה. האם המזיק צריך להמשיך לפצות אותו, כשהש' יודע שאותו אדם לא יוכל לעבוד? בימ"ש התלבטו בשאלה הזאת.

הסיטואציה היותר מורכבת היא שהאירוע השני גם היה נזיקי.

גורמים נפרדים בזה אחר זה:

- המצבים השונים של ריבוי גורמים מעוררים קשיים אחרים.
- יש מצבים שבהם יש שתי פגיעות שהתרחשו בפרקי זמן שונים, כשהפגיעה המאוחרת "בולעת" ומוחקת את התוצאות של הפגיעה הראשונה או מצמצמת את השפעתה של הפגיעה הראשונה על הניזוק.
- למשל, שני מזיקים גורמים לשתי תאונות נפרדות בזו אחר זו כשאינן קשורות ביניהן, האחת גורמת לנכות חלקית והשנייה לנכות מלאה. כיצד נחלק את האחריות?
- לעתים, פעולתו של המזיק השני מבטלת או מנטרלת את פעולת המזיק הראשון.
- דוגמא נוספת: המזיק הראשון הצית את המזיק השני גרם לשיטפון שכיבה את האש אך גרם הרס לרכוש שהאש איימה לכלותו, בטרם נשרף.
- דוגמא אחרת: הניזוק נדחף לתהום על-ידי המזיק הראשון, ובנפילתו למוות נתקל בחוטי חשמל שהמזיק השני התרשל בהחזקתם ומתחשמל למוות.

עקרונות חלוקת אחריות כשיש מספר גורמים

הש' נתניהו, פס"ד חנשוילי: יש לזכור את העקרונות הבאים:

- הניזוק זכאי לפיצוי על מלוא נזקיו שנגרמו לו בכל האירועים העוולתיים גם יחד.
- אין מזיק אחראי אלא לנזק שאותו הוא גרם.

- המזיק מוצא את הניזוק כמות שהוא.

- באומדן הנזק לעתיד וחישוב הפיצוי מתחשבים באירועים (עוולתיים ולא עוולתיים) העלולים או עשויים לקרות במהלך חייו של הניזוק ובאלה שכבר קרו עד מתן פסק הדין, שבכוחם להגדיל את הנזק או להקטינו.

גורם אחר גורם (גורמים נפרדים בזה אחר זה)

- לאדם נגרם נזק עקב ארוע עוולתי (הארוע הראשון) ולאחר מכן מתרחש ארוע נוסף (הארוע השני) ש"בולע" את הנזק שנגרם בארוע העוולתי.
- השאלה: כיצד יש להטיל אחריות במקרים מסוג זה?

שני מצבים:

- הארוע השני (המאוחר) הוא נזק שנגרם ע"י עוולה נזיקית.
- הארוע השני (המאוחר) לא נגרם ע"י עוולה נזיקית ("פגיעה משמיים").
- הקושי: כאשר הארוע השני לא עוולתי, אם נתחשב בו לעניין הטלת אחריות וקביעת הפיצוי הרי שהניזוק לא יקבל פיצוי מרגע קרות האירוע השני ובכך ישא למעשה בנזק שנגרם לו גם בארוע הראשון.

ע"א 617/80 גבאי נ' תע"ל

- התובע נפגע בתאונת עבודה כאשר ידו החליקה אל עבר משור בלתי מוגן ונפגעה באופן קשה.
- לאחר פרק זמן מסויים, לקה התובע בשבץ מוחי בפלג הגוף השמאלי ללא קשר לתאונה, ונגרם לו שיתוק חלקי בגופו שלא אפשר לו לעבוד כלל.
- בית המשפט המחוזי: יש לפסוק לתובע פיצוי על הנזק שנגרם לו בתאונת העבודה תוך התעלמות מהמחלה שפרצה לאחר מכן.
- הש' נתניהו: האם בניסבות העניין יש להביא בחשבון את השפעת המחלה של התובע על היקף הפיצוי המגיע לו מהמעביד-המזיק, במיוחד בכל הקשור לראש הנזק של אובדן כושר השתכרות לעתיד?

פס"ד גבאי- הש' נתניהו

- כשאדם נפגע מרשלנותו של מזיק בארוע ראשון, ולאחר מכן הוא נפגע שוב לפני מתן פסק-דין בארוע שני, שאינו תוצאה של הארוע הראשון, אז אין המזיק חייב לשאת בנזק שנגרם בארוע השני. זאת, כשהארוע השני אינו עוולתי (מחלה).

• הסיבות:

- א. הנזק שנגרם בארוע השני אינו תוצאה של הארוע הראשון.
- ב. הפיצוי שנפסק כנגד המזיק בארוע הראשון בא לפצות את הניזוק על נזקיו, שהם תוצאה של הפגיעה הראשונה, ותו לא.
- ג. בהערכת הנזק לעתיד מביא בית המשפט בחשבון את תהפוכות החיים, שקשה לשערן וביניהן אפשרות של מחלה, שממילא תקצר את חיי העבודה שלו או את חייו.
- ד. אבל בית המשפט לא צריך לעסוק בהשערות ובניחושים, כאשר עובדות רלבנטיות להערכת נזקי העתיד כבר התרחשו לפני מתן פסק הדין.

ה. קביעת פיצוי לניזוק בלי להביא בחשבון את המציאות החדשה (פרוץ המחלה) ומתוך הנחה, שאלמלא הפגיעה הראשונה היה הניזוק ממשיך לעבוד ולהשתכר מהווה פיצוי יתר על מה שמגיע לתובע. לכן, יש להביא בחשבון את השפעת המחלה.

משמעות הכלל

הש' נתניהו:

- כאשר ידוע שכתוצאה ממחלה מסויימת הניזוק לא יכול יותר לעבוד, "בולע" ארוע המחלה הזה את הנזק שנגרם בארוע העוולתי הראשון (התאונה).
- התוצאות של הארוע השני "בולעות" למעשה את תוצאות הארוע הראשון, ולכן, המזיק ישלם רק על הנזק שנגרם עד ליום שבו פרצה המחלה. ממועד זה יוצא המזיק מהתמונה ומצבו של הניזוק על נזקו משייך לארוע השני.

ע"א 248/86 עזבון חננשוילי נ' רותם חברה לביטוח

- המנוח נפגע בתאונת דרכים שכתוצאה ממנה נגרמה לו נכות בידו בשיעור 28% (הארוע הראשון). כשנה ושלושה חודשים לאחר מכן, ולפני שהגיש את תביעתו, התובע נפגע בתאונת דרכים נוספת ונהרג (הארוע השני)
- האם ההלכה בפס"ד תע"ל נ' גבאי חלה גם כאשר הארוע השני הוא עוולתי?
- האם על המזיק הראשון להמשיך ולפצות את הניזוק או שמא המעשה העוולתי השני בולע את הנזק שנגרם בארוע הראשון? האם רק המזיק השני יישא בפיצוי מעת קרות הארוע השני ועד תום חיי העבודה של המנוח?
- מדובר בנזק מתמשך - אובדן השתכרות - של מי שנפגע בגופו. במקרה כזה הנזק שנגרם בארוע השני מצטרף לנזק שנגרם בארוע הראשון כשזה ממשיך להצטבר.
- השאלה: האם יש להתחשב בתוצאות הארוע השני כאשר דנים בחישוב הנזק שנגרם כתוצאה מהארוע הראשון?

הש' נתניהו

• האפשרויות:

- המזיק הראשון נושא בנזק ללא התחשבות בארוע העוולתי השני- הארוע השני אינו מפחית מתוצאות המעשה באירוע הראשון. המזיק השני רק מוסיף על הנזק שנגרם בארוע הראשון. לכן, אין לפטור מאחריות את המזיק הראשון.

- המזיקים הראשון והשני נושאים בנזק הכולל החל ממועד קרות הארוע השני כמזיקים במשותף: תוצאות הפגיעה של המזיק הראשון ממשיכות להתרחש (אובדן כושר השתכרות לעתיד). אליהן מצטרפות התוצאות המתמשכות של הארוע השני. די בפגיעתו של כל אחד מהמזיקים לגרימת הנזק גם ללא פגיעתו של האחר, ואין זה משנה שהם פעלו בזה אחר זה. כל אחד הוא גורם-בלעדיו-אין לנזק.

- הפיתרון הראוי:

המזיק השני לבדו אחראי לנזק העתידי בתקופה שמעת האירוע השני עד לתום תקופת ההשתכרות של התובע (עד שיוצא לפנסיה). הפגיעה השנייה "בולעת" לתוכה את תוצאות הפגיעה הראשונה. מצב הדברים שיצר הארוע הראשון חדל להתקיים עם קרות התאונה השנייה והמזיק הראשון יוצא מהתמונה.

הקביעה המשפטית

1.1.15 _____ 1.1.10 _____ 1.1.00 _____
_____ 1.1.20 _____

תביעה	תאונה 2 (מזיק 2)	תאונה 1 (מזיק 1)	התובע בריא יציאה לפנסיה
אלמלא	מוות [72%]	נזק גוף [28%]	100% תאונה 2

"תקופת הביניים" _____ |

| _____

מזיק 1 ישלם את כל הנזק (28%) עד למועד התאונה השניה

מזיק 2 ישלם את כל הנזק שגרם (72%) ממועד התאונה השנייה עד הפנסיה

אבל,

התובע איבד את הזכות לקבל פיצוי בגין אובדן השתכרות לעתיד בגובה 28% ממועד התאונה השניה ועד לפנסיה (מיום 1.1.10 ועד ליום 1.1.20) והזכות הזו אבדה לתובע בגלל מזיק 2 (כי התובע נהרג) ולכן על מזיק 2 לפצות בגין אובדן הזכות הזו (28%).

מכאן,

ממועד התאונה השניה (1.1.10) המזיק השני ישלם לתובע (לעזבון=לירשים) 100% מההשתכרות של התובע עד לפנסיה (1.1.20).

עמדת השופט נתניהו

- עקרונית, מחשבים את נזקיו של הניזוק לעתיד על בסיס ההנחה שימשיך לחיות ולעבוד עד תום תוחלת החיים וחיי העבודה הרגילים שלו.
- הפיצוי משתלם אמנם בתשלום חד-פעמי אך הפיצוי הוא עבור נזק המתרחש מדי יום, והתשלום החד-פעמי מחושב על-פי ערכו המהוון.
- כשהניזוק נפטר לפני מתן פסק-דין בתביעתו, ההנחה זו לא התממשה והנזק שנגרם בארוע הראשון התרחש במשך תקופה קצרה מהצפוי ונפסק עם המוות.
- אילו הספיק הניזוק לממש את תביעתו ולקבל פסק-דין נגד המזיק הראשון לפני מותו היה זוכה בפיצוי מלא על-פי התוחלת הרגילה של חייו ושל חיי העבודה שלו.
- תביעה זו אבדה כתוצאה מהמוות שנגרם בתאונה השנייה. מי שגרם לכך הוא המזיק השני. האם ניתן לחייבו בנזק זה? לדעת השופט נתניהו- כן!.

עמדת השופט נתניהו – המשך...

- המזיק השני מוצא את הניזוק כמות שהוא, לטוב ולרע. הוא מצא ניזוק שנפגע בתאונה הראשונה וכושר עבודתו פחת (במקרה שלנו ב-28%). הוא הביא את הניזוק למצב של הפסד כושר השתכרות של 100%.

- המזיק השני אינו אחראי לפצות בגין ההפסד שנגרם במידה שהוא נגרם על-ידי התאונה הראשונה. לכן חיובו הראשוני לא יהיה בשיעור של 100% אלא רק בשיעור של 72%.
- **אבל, הוא מצא ניזוק בעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון** בגין הפסד השתכרות עתידי של 28%, המתרחש ומצטבר גם בתקופה שמקורות התאונה השניה.
- זכות התביעה הזו (בשיעור של 28%) משלימה את הפיצוי לכדי 100%. זכות התביעה הזו של הניזוק אבדה לו כתוצאה מהארוע השני שבו הוא מת. **בגין אובדן זכות זו חייב המזיק השני לפצות את העיזבון.**

סיכום עמדת נתניהו

- הש' נתניהו קובעת כי הלכה זו חלה באופן כללי ולא רק בנסיבות שבהן הארוע העוולתי השני גרם למוות של הניזוק (למשל, כשהנכות בתאונה השנייה השביתה את התובע לחלוטין מעבודה לצמיתות).
- לדעתה, הלכה זו נכונה גם כשתוצאות האירוע השני, הנכות ואובדן כושר ההשתכרות, **בולעות ומוחקות את תוצאות האירוע הראשון**, כשלמעשה תוצאות הארוע הראשון הפסיקו להתקיים כתוצאה מהארוע השני.

הפיתרון הזה נשאר נאמן לעקרונות הבאים:

- פיצוי התובע על הנזק שנגרם לו בשני האירועים גם יחד;
- חיוב כל אחד מהמזיקים רק בגין הנזק שהוא גרם: המזיק הראשון לא יישא בתוצאות שנבלעו על-ידי השני, והשני לא יישא בנזק שגרם הראשון, אלא רק בנזקו של התובע כפי שהוא מצא אותו, ובכלל זה כבעל זכות תביעה נגד המזיק הראשון;
- זאת תוך התחשבות באירועים שקרו לפני פסק הדין ומבלי לסטות מכללי הסיבתיות או לעוות אותם.

ריבוי גורמים עוולתיים- סיכום

- כאשר המזיקים פעלו במשותף- הם חבים ביחד ולחוד (סעיף 11 לפקודה)
- כאשר המזיקים פעלו בנפרד וגרמו לנזק שניתן לחלוקה- חבים כל אחד על חלקו.
- המזיקים פעלו בנפרד וגרמו לנזק אחד שלא ניתן לחלוקה- במידה ולא ניתן למצוא קריטריון סביר לחלוקה, אז יהיה מדובר בנזק שלא ניתן לחלוקה והאחריות תוטל על המזיקים ביחד ולחוד (פס"ד מלך נ' קורנהויזר).
- הנזק נגרם ע"י מזיקים שפעלו בזה אחר זה כשהנזק ניתן לחלוקה- הארוע השני בולע את הנזק שבארוע הראשון, ועל המזיק הראשון לפצות את הניזוק עד מועד ארוע הנזק השני בין אם הוא עוולתי (חננשוילי) ובין אם הוא לא עוולתי (תע"ל).

פלת"ד-

הרקע המשפטי לחקיקת החוק

- בעבר, עד לחקיקת חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975 הוגשו התביעות על בסיס עוולות מפקודת הנזיקין (רשלנות, הפרת חובה חקוקה).

- במסגרת תביעות אלה היה צריך להוכיח שהנתבע (למשל, הנהג) התרשל (כלומר, שהיתה חובת זהירות שהופרה) וכי התרשלותו הסבה לתובע נזק (קשר סיבתי). כמובן, שצריך היה להוכיח גם את הנזק וגובהו.
- ריבוי התביעות יצר עומס רב על בתי המשפט וגרם לעלויות רבות ולדחיית מתן פיצוי לנפגעים.
- כדי לנסות ולהתמודד עם קשיים אלה, נחקק ב- 1975 החוק. הוא נכנס לתוקף ב- 25 בספטמבר 1976.

הקדמה

- **12,000** תאונות דרכים בשנת 2016 בהן יש פגיעות גוף.
- **22,000** נפגעי גוף בתאונות דרכים בשנת 2016 (למ"ס מיום 30.8.17).
- בחודש **נובמבר 2017 - 1,616 נפגעים** ב- 924 תאונות דרכים, מתוכם: **28 הרוגים**, 133 פצועים קשה, 1,455 פצועים קל.
- עלות שנתית- **12.6 מיליארד ש"ח** (משרד התחבורה, 2004).
- עבודה רבה למשרדי עורכי דין.
- שכר טרחה מעוגן בתקנות.

מטרות החוק

- **צמצום מספר התביעות ויצירת הליך מהיר ויעיל**- וזאת לשם קבלת פיצוי ללא צורך בבירור האשם של המזיק.
- **הקלת העומס על בתי המשפט**- יצירת מנגנון שיפחית את הזמן הרב שבתי המשפט השקיעו בקביעת שאלת האחריות.
- **הקניית ביטחון סוציאלי**- יצירת מנגנון שיבטיח פיצוי כספי לנפגע ויקנה ביטחון סוציאלי לגבי ארוע יומיומי שפוגע באנשים רבים.
- המטרה המרכזית- **מתן פיצוי מהיר לכל נפגע**
(ע"א 483/84 קרנית נ' אברהם, הש' נתניהו, עמ' 761)
ע"א 3339/00 אליהו נ' דהן, השופט ברק, פסקה 12)

מימוש המטרות וייחודו של החוק

- (1) הטלת **אחריות מוחלטת** על הפוגע ללא קשר אם התאונה ארעה באשמתו.
- (2) **ביטוח חובה**- הטלת חובה משפטית לבטח את השימוש ברכב
- (3) הקמת קרן מיוחדת למתן פיצויים- **קרנית**
- (4) קביעת **תקרת פיצוי** לנפגעים הזכאים לפיצוי
- (5) יצירת מנגנון לפיצוי מיידי ומהיר לנפגעים (**תשלום תכופ**)
- (6) יצירת מנגנון מהיר לקביעת נכות (**מומחים מטעם בית המשפט בלבד**)

(1) עיקרון האחריות המוחלטת

• סעיף 2(א) לחוק:

המשתמש ברכב מנועי (להלן - הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב.

סעיף 2 (ג) לחוק:

האחריות היא מוחלטת ומלאה, ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד הנוהג ואם היה או לא היה אשם או אשם תורם של אחרים.

(2) ביטוח חובה

• סעיף 2 (א) לפקודת ביטוח רכב מנועי [נוסח חדש], התש"ל-1970:

לא ישתמש אדם- ולא יגרום ולא יניח שאדם אחר ישתמש ברכב מנועי, אלא אם יש על שימוש שלו או של האדם האחר באותו רכב פוליסה בת-תוקף לפי דרישותיה של פקודה זו.

• סעיף 3 (א) לפקודה:

פוליסה לפי דרישותיה של פקודה זו ... מבטחת את –

(1) בעל הרכב והנוהג בו מפני כל חבות שהם עשויים לחוב לפי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים...

(2) בעל הרכב הנוהג בו וכל אדם הנוהג בו בהיתר ממנו מפני נזק גוף שנגרם להם בתאונת דרכים כמשמעותם בחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים.

(3) קרנית

• סעיף 10 לחוק קובע: מוקמת בזה קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים.

סעיף 12 לחוק: (א) תפקידה של הקרן היא לפצות נפגע הזכאי לפיצויים לפי חוק זה ואין בידו לתבוע פיצויים מאת מבטח מחמת אחת מאלה:

(1) הנוהג האחראי לפיצויים אינו ידוע;

(2) אין לנוהג ביטוח ... או שהביטוח שיש לו אינו מכסה את החבות הנדונה;

(א2) למבטח מונה מנהל מורשה ... בשל כך שהמבטח אינו יכול לקיים התחייבויותיו...

(3) המבטח נמצא בפירוק.

(4) קביעת תקרת פיצוי

• סעיף 4 (א)(1) לחוק קובע:

בחישוב הפיצויים בשל אבדן השתכרות ואבדן כושר השתכרות לא תובא בחשבון הכנסה העולה על שילוש השכר הממוצע במשק (להלן - הכנסה מרבית); היה שיעור אבדן השתכרותו ואבדן כושר השתכרותו של הנפגע פחות ממאה אחוזים, תופחת גם ההכנסה המרבית שתובא בחשבון בחישוב הפיצויים, בשיעור שבו פחת ממאה אחוזים.

השכר הממוצע במשק כיום (מאי, 2018) - 10,000 ש"ח

- סעיף 4 (א)(3) לחוק קובע:

"הפיצויים בשל הנזק שאינו נזק ממון לא יעלו על מאה אלף לירות" (צמוד למדד המחירים לצרכן). כיום - 180,000 כ- ש"ח

תקרת הכנסה

- סעיף 4 מתייחס לפיצוי שניתן בגין:

- הפסד הכנסה מעבודה ממועד התאונה עד פסק הדין (אובדן השתכרות לעבר)

- הפסד הכנסה מעבודה מפסק הדין ועד הפנסיה (אובדן כושר השתכרות לעתיד)

- הפיצוי המקסימלי שנפגע יכול לקבל הוא שלוש פעמים השכר הממוצע במשק. כלומר מקסימום הפיצוי כיום הוא קרוב ל- 30,000 ש"ח לחודש ברוטו.

- **מה באשר לעיקרון השבת המצב לקדמותו?**

ביטחון כלכלי מול הרתעה מלאה וצדק מתקן

פיצוי בגין כאב וסבל

- סעיף 2 (א) לתקנות פיצויים לנפגעי תאונות דרכים (חישוב פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון), תשל"ו-1976:

"סכום הפיצויים יהיה סך הכל של אלה:

(1) שני פרומיל מן הסכום המקסימלי כפול מספר הימים שבו היה הניזוק

מאושפז בבית חולים... בשל התאונה;

(2) אחוז אחד מן הסכום המקסימלי כפול אחוזי הנכות לצמיתות שנגרמה לניזוק

כתוצאה מן התאונה..."

- סעיף 2(ב): אם אין נכות, תקרת הפיצוי היא עד 10% מהסכום המקסימלי.

- סעיף 3: אירעה התאונה למי שמלאו לו ביום התאונה שלושים, יוקטן סכום הפיצוי... באחוז אחד לכל שנה שמלאה לו מעל לשלושים שנה."

- סעיף 4: אם הנפגע נהרג בתאונה הפיצוי הוא 25% מהפיצוי המקסימלי.

(5) פיצוי מהיר- הענקת פיצוי תכוף

פיצוי תכוף- סעיף 5 (א) לחוק:

מי שחייב בפיצויים לפי חוק זה ישלם, כחלק מהם, לנפגע או למי מהתלויים בו, תוך 60 ימים מקבלת דרישתו בכתב -

(1) הוצאות שהוציא הנפגע לצרכי ריפוי, לרבות הוצאות אישפוז בבית חולים;

(2) תשלומים חדשיים שיהיה בהם כדי לספק, עד להחלטה הסופית בענין

הפיצויים, את צרכי ריפוי של הנפגע וסיעודו ואת צרכי מחייתו ומחיית בני משפחתו שפרנסתם עליו או את צרכי מחייתם של התלויים בו, לפי הענין; התשלומים לצרכי מחיה

ייקבעו תוך התחשבות בהכנסתו של הנפגע עובר לתאונת הדרכים, ובלבד שאם הכנסתו עלתה על ההכנסה המרבית תילקח בחשבון ההכנסה המרבית בלבד.

(6) יצירת מנגנון מהיר לקביעת נכות

- סעיף 6א (א) לחוק:

שר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות הוראות בדבר מינוי מומחה אשר יחווה דעתו בענין הנכות הרפואית של נפגע, או בכל נושא רפואי אחר, לרבות דרכי שיקומו של הנפגע, ובדבר סמכויותיו וחובותיו של המומחה.

בעלי דין יהיו רשאים להזמין את המומחה לבית-המשפט לחקירה, אולם לא יהיו רשאים להביא עדות נוספת של מומחה לענין הנדון אלא ברשות בית המשפט מטעמים מיוחדים שיירשמו.

- **תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים (מומחים)**, התשמ"ז-1986 קובעים את מנגנון מינוי המומחה מטעם בית המשפט ולוחות זמנים מהירים יחסית להגשת חוות הדעת של המומחה.

קביעת נכות שלא ע"י בית המשפט

- סעיף 6ב מאפשר קביעת נכות שלא ע"י מינוי מומחה:

קבעה על פי כל דין דרגת נכות לנפגע בשל הפגיעה שנגרמה לו באותה תאונת דרכים, לפני שמיעת הראיות בתביעה לפי חוק זה, תחייב קביעה זאת גם לצורך התביעה על פי חוק זה.

- מדובר במקרה שבו אדם נפגע בתאונת דרכים המוכרת ע"י המוסד לביטוח לאומי כתאונת עבודה.
- במצב כזה, ועדה רפואית מטעם המוסד לביטוח לאומי קובעת את אחוזי הנכות של העובד שנפגע.
- קביעה זו לפי חוק הפיצויים תחייב את הצדדים ובית המשפט.

החוק בראי מטרות דיני הנזיקין

- המטרה המרכזית של החוק אינה הרתעה או קידום **צדק מתקן**.
- מטרה מרכזית אחת של החוק הינה **צדק חלוקתי**- צמצום נטל העלויות באופן קולקטיבי ופיזור העלות על פני החברה באופן צודק ושיוויוני.
- מדובר בארוע יומיומי שאותו לא ניתן למנוע ולכן יש צדק בפיזור הנזק על פני החברה בכללותה, או לפחות על ציבור הנהגים בכללותו.
- **אין צורך לחפש אשמים או להטיל אחריות על בסיס אשם מוסרי**, אלא לחלק את הנטל בצורה שווה תוך תמיכה בקבוצות חלשות (הנפגעים).
- מימוש עיקרון השבת המצב לקדמותו אינו מלא- ניתנת העדפה של הענקת ביטחון סוציאלי וכלכלי לנפגע באופן מהיר ויעיל.

את מי ניתן לתבוע? הגדרת המעורבים בתאונה

- נהג-הולך רגל

סעיף 2(א): המשתמש ברכב מנועי (להלן-הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבה מעורב הרכב.

סעיף 1 מגדיר נפגע: אדם שנגרם לו נזק גוף בתאונת דרכים.

• נהג- נוסעים

סעיף 3(א): בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, תחול על כל נוהג האחראיות לנזקי הגוף של מי שנסע בכלי הרכב שלו.

מכאן, חברת הביטוח של הנהג תפצה את הולך הרגל ואת הנוסעים ברכב של הנהג שנפגעו בתאונה.

נפגעים בתאונה מעורבת

• סעיף 3(ב) קובע:

נפגע אדם מחוץ לכלי הרכב בתאונת דרכים שבה היו מעורבים מספר כלי רכב, יהיו הנוהגים חייבים כלפיו יחד ולחוד; בינם לבין עצמם ישאו בנטל החיוב בחלקים שווים. לענין חלוקת החבות בין הנוהגים לפי סעיף קטן זה, רואים כלי רכב כמעורב בתאונת דרכים אם בעת התאונה היה מגע בינו לבין כלי רכב אחר או בינו לבין הנפגע.

• כל הנהגים המעורבים יהיו חייבים כלפי הנפגע ביחד ולחוד:

אם הולך רגל שנפגע תובע רק את אחד הנהגים, הנהג הנתבע ישא במלוא האחראיות ויוכל לאחר מכן לתבוע את החלק היחסי מהנהגים האחרים שהיו מעורבים בתאונה.

• מעורבות בתאונה- מבחן טכני: מגע בין הרכב לנפגע או בין כלי הרכב.

תאונה עצמית

• אין התייחסות מפורשת בחוק הפיצויים לתאונה עצמית.

• לפי סעיף 3(א)(2) לפקודת ביטוח רכב מנועי, הפוליסה מבטחת את הנהג בגין נזק גוף שייגרם לו אם ייפגע בתאונת דרכים עפ"י חוק הפיצויים, ולכן עילת התביעה קמה מפקודה זו ומהפוליסה ולא מחוק הפיצויים.

• אם השימוש ברכב לא היה מבוטח, הוא לא יכול לתבוע אדם אחר (בניגוד לנפגעים אחרים אשר יכולים לתבוע את קרנית).

שער הכניסה לחוק

"מאורע שבו נגרם לאדם נזק גוף עקב שימוש ברכב מנועי למטרות תחבורה.

יראו כתאונת דרכים גם

מאורע שאירע עקב התפוצצות או התלקחות של הרכב, שנגרמו בשל רכיב של הרכב או בשל חומר אחר שהם חיוניים לכושר נסיעתו, אף אם אירעו ע"י גורם שמחוץ לרכב, וכן

מאורע שנגרם עקב פגיעה ברכב שחנה במקום אסור לחנות בו, או

מאורע שנגרם עקב ניצול הכוח המיכני של הרכב, ובלבד שבעת השימוש כאמור לא שינה הרכב את ייעודו המקורי.

ואולם, לא יראו כתאונת דרכים מאורע שאירע כתוצאה ממעשה שנעשה במתכוון כדי לגרום נזק לגופו או לרכושו של אותו אדם, והנזק נגרם ע"י המעשה עצמו ולא ע"י השפעתו של המעשה על השימוש ברכב המנועי."

סיווג הנתבע כאשר הנפגע יצא מרכבו

ע"א 554/89 מדינת ישראל נ' אלראהב:

- חייל נהג ברכב צבאי.
- החייל הבחין שמנוע הרכב מתחמם יתר על המידה.
- החייל עצר את הרכב ויצא לבדוק את המנוע.
- כשהחייל פתח את מכסה המנוע, המים מהרדיאטור התיזו עליו.
- החייל קפץ אחורנית ונפגע ממשאית שחלפה בכביש.
- לא היה מגע בין החייל לרכבו ולא היה מגע בין הרכבים.
- היה מגע בין החייל למשאית.

האם החייל הוא הולך רגל או נהג?

אם נהג- מבטחת רכבו תפצה אותו; אם הולך רגל- מבטחת המשאית תפצה אותו

פסק הדין בעניין אלראהב

- הנשיא שמגר:
- החייל נפגע כנהג ולא כהולך רגל ולכן חברת הביטוח שביטחה את השימוש ברכב צריכה לפצות אותו.
- הנימוק: החייל עשה שימוש ברכבו ויש קשר סיבתי בין השימוש של החייל ברכב לבין הנזק שנגרם לו.
- ללא יציאתו של החייל מרכבו הוא לא היה נפגע.
- החייל ביקש לבצע תיקון ברכב, וזאת בשל השימוש שלו ברכב ולכן זו תאונה מעורבת שבה מעורבים 2 רכבים.

הלכת אלראהב- שימוש ברכב

- "במעמדו של [התובע] כנהג לא התחולל כל שינוי מרגע שעצר את הרכב הצבאי על-מנת לבדוק את סיבת התחממותו ועד שנרתע אחורנית אל עבר הכביש כדי להימלט מן המים הרותחים ונפגע על-ידי המשאית. איני מקבל את התיזה של [המדינה], לפיה הימצאותו של [התובע] על הכביש עובר לתאונה הייתה מנותקת מן השימוש שעשה קודם לכן ברכבו. גובשה ההלכה, כי במסגרת שימושי הלוואי ברכב מנועי יש לכלול גם את תיקון הרכב ואחזקתו."
- היציאה של הנהג מהרכב והשהות שלו מחוץ לרכב מהווים חלק משימוש ברכב, כיוון שהנהג בדק את הרכב כדי שיוכל ולהמשיך ולנסוע בו. בדיקת הרכב וניסיון לתקנו מהווים שימוש ברכב.

הלכת אלראהב- קשר סיבתי- מבחן הסיכון

- שימוש בכלי רכב גורם לנזק כשהנזק הוא בתחום הסיכון שהשימוש ברכב יוצר.
- עצירת הרכב כדי לבדוק תקלה נכללת בגדר שימוש ברכב. יציאה מהרכב לבדיקת תקלה בו כוללת סכנת פגיעה מרכב חולף.
- לכן, כשהימצאותו של הנהג מחוץ לרכב קשורה לשימוש בו (בדיקת תקלה), אז הפגיעה בו תחשב כנגרמת עקב השימוש ברכב.
- כאן, החייל נמצא מחוץ לרכב בשל תקלה ברכב והנזק נגרם כשמים רותחים פגעו בו. לכן, הפגיעה מהמשאית היתה בתחום הסיכון שהשימוש ברכב של החייל יצר.
- לאור זאת, שני רכבים מעורבים בתאונת הדרכים (הרכב הצבאי והמשאית).
- החייל מוגדר כנהג ולא כהולך רגל. מדובר בתאונת דרכים מעורבת לפי ס' 3(א).

ע"א 3956/97 חברת הביטוח הלאומית נ' סולימאן

- הנהג נפגע כשיצא מרכבו לצורך בדיקת תקלה והתיקון בוצע ע"י אדם אחר. הנהג עמד לצדו כשהוא נכון לעזור לו בכל עת.
- השופט אנגלרד: יש לראות בנפגע כנהג. אין מקום להבחין בין נהג שמתקן בעצמו את הרכב לבין נהג שעומד בצד כאשר אדם אחר מתקן את הרכב.
- הלכת אלראהב חלה כאן: "הימצאותו של הנפגע מחוץ לרכב היתה עקב הקלקול שחל ברכבו. הנפגע עמד סמוך לרכבו והיה נכון בכל רגע לסייע בתיקון הרכב או בבדיקה האם הרכב תקין. בנסיבות אלה, הפגיעה בנפגע ע"י רכב חולף באה עקב השימוש ברכבו שלו."
- "כל עוד הימצאותו של הנהג מחוץ לרכבו קשורה בטבורה לשימוש בו תחשב הפגיעה על ידי הרכב האחר, כתאונה אשר נגרמה עקב השימוש ברכבו של הנוהג-הנפגע. כיוון שכך לא קמה לו עילה במסגרת חוק הפיצויים כלפי המשתמש ברכב האחר, כי אם כלפי מבטחו האישי." (הש' ריבלין, תאונת הדרכים, תחולת החוק, סדרי דין וחישוב פיצויים, מהד' שלישית, 2012, עמ' 181)

המצב לאור תיקון מס' 8 של החוק (1990)

שימוש ברכב:

"נסיעה ברכב, כניסה לתוכו או ירידה ממנו, החנייתו, דחיפתו או גרירתו, טיפול-דרך או תיקון-דרך ברכב, שנעשה בידי המשתמש בו או בידי אדם אחר שלא במסגרת עבודתו, לרבות הידרדרות או התהפכות של הרכב או התנתקות או נפילה של חלק מהרכב או מטענו תוך כדי נסיעה וכן הינתקות או נפילה כאמור מרכב עומד או חונה, שלא תוך כדי טיפולו של אדם ברכב במסגרת עבודתו ולמעט טעינתו של מטען או פריקתו, כשהרכב עומד."

מכאן, חברת הביטוח של הנהג תפצה אותו ולא חברת הביטוח של הרכב הפוגע.

צמצום הלכת אלראהב-1

ע"א 1675/06 אררט חברה לביטוח נ' מנורה חברה לביטוח בע"מ

- התובעת- נוסעת ברכב פרטי (אאוטי). מבוטחת ע"י הפניקס.
- נהג הרכב עצר כדי לעזור לרכב אחר (סובאר-ו) מבוטח ע"י מנורה) בהחלפת גלגל.

- הנוסעת-תובעת יצאה מהרכב ועמדה בצד הדרך ודיברה עם קרובתה.
- בעת פירוק הגלגל, הגיח רכב אחר (יונדאי- מבוטח ע"י אררט) ופגע בתובעת ובאודי.
- ביהמ"ש המחוזי: הסובארו והיונדאי היו מעורבים בתאונה ולכן האחראיות מתחלקת בין חברות הביטוח שביטחו את שני הרכבים.

פסה"ד אררט נ' מנורה- השופט ריבלין

- התובעת אינה נוסעת באחד מהרכבים; היא נפגעת מחוץ לרכב.
- נהג שיצא לבדוק תקלה ברכבו ונפגע ע"י רכב אחר ייחשב כנהג שעושה שימוש ברכבו, כש"הימצאותו מחוץ לרכב קשורה בטבורה לשימוש בו ולמעשה מהווה את אותו השימוש".
- כאן, הימצאותה של התובעת מחוץ לרכב שבו נסעה לא הייתה קשורה לשימוש בו. לכן, אין לחייב את המבטחת של רכב האודי.
- יש כאן ניתוק בין הפגיעה בתובעת למגע המאוחר יותר של היונדאי והאודי. זה שולל את האפשרות לראות באודי רכב המעורב בתאונה שבה נפגעה התובעת.
- הסובארו לא היה רכב מעורב בתאונה. כשהיונדאי פגע בתובעת, היא לא הפכה לנוהגת או לנוסעת בסובארו. בהיעדר מגע בין היונדאי לסובארו, יש להטיל את האחראיות לתאונה על רכב היונדאי ועל המבטחת של רכב זה.
- בקשה לקיים ד"נ נדחתה ע"י הש' **בייניש**: דנ"א 9656/07 אררט נ' מנורה.

צמצום הלכת אלראהב- 2

רע"א 9112/06 ביטוח חקלאי נ' המוסד לביטוח לאומי.

- נהג יצא מרכבו כדי לבדוק מה שלום הנהגת שפגעה בו מאחור ונפגע כשחזר לרכבו לבדוק מבעד לחלון מה שלום בנו שהיה איתו ברכב.
- השופט ריבלין: לאור תיקון מס' 8 נפגע יוכר כנהג רק אם הימצאותו מחוץ לרכב הייתה קשורה "בטבורה לא סתם לשימוש... אלא לאחד השימושים הנזכרים בסעיף 1 לחוק" (סעיף 6 לפסק הדין).
- כאן, הימצאותו של הנהג מחוץ לרכב אינה מוגדרת כשימוש:

"התאונה הביאה את הנסיעה לקיצה, הנפגע יצא מהרכב, התרחק ממנו, ושב לקרבתו. שלב נסיעת ההמשך טרם החל. הנפגע לא נפגע במסגרת השימוש של נסיעה או במסגרת שימוש מוכר אחר."

צמצום הלכת אלראהב-3

- רע"א 10875/08 אורן שרון נ' דניאל קארו:
- הרכב התנגש בגדר הפרדה ועמד כשחלקו על שולי הכביש וחלקו על הכביש עצמו.
- מאחר שלא ניתן היה עוד לנסוע ברכב, יצא הנפגע מן הרכב והשתמש במכשיר הטלפון הנייד שלו להתקשר ליחידתו, על מנת לדווח על התאונה ועל מנת לקבל את מספר הטלפון של רכב הגרר.

- לאחר שקיבל התובע את מספר הטלפון הדרוש לו, הוא חייג לרכב הגרר תוך שהוא פוסע הלך ושוב על שולי הכביש. אז פגע בו רכב אחר שהיה בנוסיעה, גרם לו לנזקי גוף ותוך כדי כך התנגש ברכב החונה.
- לפי עדות הנפגע, אירעה התאונה כעשר דקות לאחר יציאתו מן הרכב ובהיותו במרחק שאינו עולה על שני מטרים מן הרכב החונה

פס"ד אורן שרון נ' קארו

מתי נראה נפגע מרכב חולף משתמש ומתי נראה בו הולך רגל?

- השופט ריבלין סוקר את הפסיקה עד כה.
- יש לבחון האם התקיים אחד השימושים הנזכרים בהגדרה של המונח "שימוש" שבסעיף 1. **אם המקרה נכלל באחד השימושים האלה החבות לפצות תוטל על חברת הביטוח שבטחה את הרכב שבו נעשה השימוש.** במקרה אחר, ייחשב הנפגע לנפגע מחוץ לרכב.
- לא מספיק שהימצאות הנפגע מחוץ לרכב נבעה משימוש קודם או משימוש עתידי ברכב, אלא **צריך שהימצאות הנפגע מחוץ לרכב תהווה לכשעצמה שימוש כפי שמונח זה מוגדר בסעיף 1 לחוק.**
- במקרה זה, לא עשה התובע כל שימוש המוכר בחוק כשימוש מוכר. הוא לא עסק בתיקון הרכב או בטיפול בו אלא הזמין גרר והמתין לאיש מקצוע. לכן, הוא ייחשב כהולך רגל ועליו לקבל את מלוא הפיצוי מהרכב הפוע.

מיהו הנתבע

- **הנתבע הראשון הינו הנהג- "המשתמש"- הנוהג ברכב:**
- סעיף 2(א) לחוק: המשתמש ברכב מנועי (להלן- הנוהג) חייב לפצות את הנפגע על נזק גוף שנגרם לו בתאונת דרכים שבהם מעורב הרכב.
- סעיף 2(ב)- מתיר השימוש: היה השימוש ברכב על פי היתר מאת בעל הרכב או המחזיק בו, **תחול האחריות גם על מי שהתיר את השימוש.**
- מכאן, **הכתובת הראשונה- הנהג המשתמש ברכב,** ואם הוא לא הבעלים, **הכתובת השניה- הבעלים** שהתיר את השימוש ברכב.
- לעתים יש שלושה נתבעים: הנהג, המחזיק ברכב בהיתר מהבעלים, והבעלים.
- דוגמאות רווחות- רכבי חברה (מעביד), רכבי חברות להשכרת רכב.

נהיגה בהיתר

- כאשר הנהיגה בהיתר- פוליסת הביטוח בתוקף.
- **ס' 3 לפקודת ביטוח רכב מנועי, התש"ל-1970, וסע' 6-7 לתוספת הראשונה של תקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (תנאי חוזה לביטוח חובה של רכב מנועי), תש"ע-2010).**

- כשהנהיגה אינה בהיתר ונגרמה תאונה, הפוליסה אינה בתוקף וחברת הביטוח לא תחוייב לשלם את הפיצוי בגין הנזק שנגרם לנפגע.
- במקרה שבו הנהיגה אינה בהיתר- על הנפגע לתבוע את קרנית.
- קרנית תוכל לתבוע את הנהג הפוגע בגין הפיצוי ששילמה לנפגע.
- מכאן, יש חשיבות לשאלה מהי נהיגה בהיתר (מי יפצה את הנתבע- מבטחת הרכב או קרנית).

כלל הרשות הראשונית

ע"א 214/81 מדינת ישראל נ' פחימה

- חייל נהג ברכב צבאי לאחר שקיבל הוראה לנסוע למוסך בטירת הכרמל.
- הנהג סטה מהמסלול כדי לעבור בביתו שבעתלית לכבות את הבוילר. נסיעה זו היתה ללא רשות. בדרכו לקח הנהג שתי נוסעות למרות האיסור על כך.
- ארעה תאונה והנוסעות פחימה נפגעו. הן תבעו את הנהג.
- אם הנהיגה אינה בהיתר אז לתובעות יש עילה נגד המשתמש- הנהג החייל, אבל לא נגד הצבא ולא נגד חברת הביטוח של הצבא (אם היתה כזו). אם הצבא לא נושא באחריות אז על קרנית יהיה לפצות את הנוסעות (נהיגה ללא ביטוח).
- **השאלה:** האם יש לצפות ממי שעולה לרכב לוודא שיש ביטוח והיתר?

פס"ד פחימה- הכרעה

- **הש' ברק:** ההסכם בין מתיר השימוש למשתמש אינו עניינו של הנפגע: "משהתיר בעל הרכב את השימוש הראשוני בו על-ידי אחר, הוא הניח לאחר לנהוג בו, ואך טבעי הוא, כי יבטח נהיגה זו. פרטי ההסדר בין בעל הרכב לבין הנהוג הם עניין פנימי ביחסים האזרחיים שביניהם."
- **הכלל:** כשאדם קיבל את מפתח הרכב מבעל הרכב שהתיר לו לנסוע בו (ולא גנב את הרכב) זוהי נהיגה בהיתר:

"מאזן השיקולים נוטה לטובת הגישה, כי המבטח של המכונה ולא קרנית יישא בסיכון של סטיית הנהוג מההיתר הראשוני, שנתן לו בעל הרכב... כאשר חברת הביטוח מבטחת את עצם השימוש ברכב, הרי נראה לי, כי 'בתחום המשיכה' של ביטוח זה... צריך ליפול המקרה של נוהג, המשתמש ברכב מכוח היתר שניתן לו, אך בחריגה מתנאיו".

- גישה זו נראית לשופט ברק כתואמת לעיקרון האחריות המוחלטת שבחוק.
- מכאן, הנהיגה היתה בהיתר וזה מאפשר לפחימה לתבוע את המדינה.

הרחבת כלל הרשות הראשונית-1

ע"א 56/84 אלחדד נ' סלהב

- בעל רכב הכניס את רכבו למוסך על מנת שיחליפו את הריפוד.
- בעל המוסך נסע עם רכב לארוע משפחתי וארעה תאונה.
- הנפגע בתאונה תבע את המוסכניק (המשתמש) ואת בעל הרכב.

- **השופט ברק** חוזר על קביעותיו וקובע שכלל הרשות הראשונית לפיו רק גנבי רכב נוסעים ללא היתר נכון גם במקרה זה.
- יש כאן הרחבה של הכלל שכן ניתן להניח שבעל הרכב לא היתר לבעל המוסך לעשות שימוש ברכבו לצרכיו האישיים (נסיעה לחתונה). יש כאן הרחבה הכוללת לא רק את מסלול הנסיעה (פחימה) אלא גם את מטרתה.

הרחבת כלל הרשות הראשונית-2

ע"א 494/89 סיגלית אסרף נ' אליהו חברה לביטוח

- חברת השכרה, בעלת הרכב, הגבילה בחוזה עם שוכרי רכביה את השימוש ברכב רק לנהגים מעל 21.
- השוכר חתם על החוזה אבל נתן לחברתו בת ה- 20 לנהוג.
- התרחשה תאונה והנהגת נפגעה.
- לפי פקודת ביטוח רכב מנועי על הנהגת לתבוע את מבטחת הרכב.
- חברת הביטוח טענה שהנהיגה לא היתה בהיתר.

השופט אור קובע כי כלל הרשות הראשונית חל גם כאן.

- מסירת הנהיגה לצד שלישי בניגוד למותר איננה שונה במהותה מחריגה אחרת מהרשאה, המוצאת ביטויה בסטייה ממסלול הנסיעה או ממטרתה.
 - מכאן, מערכת היחסים החוזית בין בעלי הרכב למחזיק שבמסגרתה הופר החוזה לא שוללת את עילת התביעה של הנפגעת-הנהגת. כלל הרשות הראשונית לא יחול רק במקרים של "סטייה או חריגה קיצוניות במיוחד" (נהג חסר רישיון).
- ראו גם: רע"א 8744/08 **קרנית נ' דוד ויצמן** (מיום 21.11.2010).

