**14.06.10**

המבחן – שתי שאלות, שעתיים וחצי. יש הגבלת עמודים. צריך לאתר את העוולה ולנתח לפי יסודות, אם מתקיימים היסודות לא להרחיב יותר מידי.

שאלה ראשונה- ראובן ולאה, בני הזוג שנישאו זה לזו בשנת 1982. מיד עם הנישואין החל ראובן לנהוג בלאה באלימות פיזית ומילולית. לאה נמנעה מלהתלונן במשטרה, ובחרה במשך שנים להגיב בשתיקה לאלימות בעלה בשל חשש לחשוף את היותה אישה מוכה. כתוצאה מההתעללות היא סבלה מנזקים נפשיים כבדים ובסופו של דבר החלה סובלת, מאז 1992 לדיכאון עמוק. בשנת 94 נכנסה להריון. בעודה בשבוע ה- 30 להריונה, ובסביבות השעה 18:30 הייתה לאה, בביתה, ירידת מים מוקדמת. היא הוחשה מיד על ידי ראובן לביה"ח . בביה"ח החל , בשעה 20:15, דימום עקב היפרדות שלייה. בשל הדימום נעשה ניתוח קיסרי, בשעה 22:00, ולבסוף נולד ילד, אבנר, כשהוא סובל משיתוק מוחין ומפיגור שכלי. לאה מעשנת כבדה. הנח כי ע"פ הידע הרפואי הקיים ייתכנו ארבעה גורמים לשיתוק המוחין והפיגור מהם סובל אבנר וזאת לפי הפירוט הלן:

|  |  |
| --- | --- |
| הגורם  | **הסיכוי לכך שהגורם גרם לשיתוק והפיגור מהם סובל אבנר** – |
| הפגות (אבנר נולד בשבוע ה-30) | 25% |
| ההשתהות בניתוח  | 25% |
| דיכאון | 25% |
| עישון | 25% |

בהגיעו לגיל 15 הוצע לאבנר לעבור טיפול חדשני שנמצא כעת בשל ניסוי, ואשר עלול להפחית שיעור הנזק שלו ב-50%. אבנר סירב לעלות טיפול זה.

בהגיעו לגיל 18 מבקש אבנר לתבוע בגין נזקי הגוף שנגרמו לו . את מי הוא יכול לתבוע? בגין איזה עוולות? מהם סיכויי התביעה נגד כל אחד מהנתבעים? מהם סיכויי התביעה נגד כל אחד מהנתבעים בכל אחת מהעוולות? מהן טענות ההגנה שכל אחד מהנתבעים יכול לעלות? הסבר ונמק לכאן ולכאן?

שאלה ראשונה – תהיה שאלה 30 נק 'רק הפרת חובה חקוקה- טענת הגנה, מעוולים יחד.

פיתרון התשובה:

תמיד השלב הראשון נגדיר מי הניזוק : הניזוק זה אבנר, הוא רוצה לגלגל את הנזק על מספר גורמים כי נגרם לו נזק. כאן השאלה היא פתוחה, יכול להיות שנישאל על נתבע אחד- לשים לב. אפשר לתבוע (המזיקים האפשריים)- אמא, אבא, ביה"ח. הניזוק זה אבנר.

תמיד שחושבים על מזיק וניזוק צריך לחשוב ממוקד בהתחלה. אם המזיק הראשון הוא ביה"ח אז להדגיש בבחינה: התביעה של אבנר מול ביה"ח- כדי להטיל נזק על המזיק יש לחפש עוולה- העוולה היא רשלנות. אבל אם בשאלה עלתה עולה עוד עוולה- נניח היה רשום שע"פ חובה חקוקה יש חובה שאומרת אם יש דימום צריך לבצע תוך שעה ניתוח – אז אם זה היה הייתי מוסיפה גם את עוולת הפרת חובה חקוקה. עוולת הרשלנות – יסודות : חובת זהירות, התרשלות, נזק, קש"ס- בכל שאלה יש בעיה מיוחדת ליסוד מסוים. חובת זהירות מחולקת למושגית וקונקרטית. למושגית שני מבחנים, וגם בקונקרטית שני מבחנים.חובת זהירות מושגית: צפיות טכנית ונורמטיבית. האם יש חובה על ביה"ח לנקוט חובת זהירות כלפי החולים באופן כללי כדי למנוע את הנזק גוף שהתרחש עקב טיפול רשלני? הניזוק הוא חולה, חובת זהירות מושגית בין בי"ח לחולים היא מוכרת בפסיקה. בצפיות הטכנית – האם בי"ח סביר יכול לצפות שאם הוא יתרשל ייגרם נזק לחולה? בד"כ יש צפיות טכנית. בצפיות טכנית בודקים האם המזיק יכול לצפות שאם לא ינקוט באמצעי זהירות סבירים ייגרם נזק. אם הוא יכל לצפות הוא צריך להשקיע במאמצים משיקולי צדק- החזרת המצב לקדמותו והרתעה- כדי שפעם הבאה תשקיע ויש גם לבחון צפיות נורמטיבית- אם יש צפיות טכנית הוא צריך להשקיע אלא אם כן קיימים שיקולים שלא להכיר בזה – מה עלות המניעה הכרוכה בזה. קיימת חובה למנוע אלא ם כן העלות מאוד גבוהה- נוסחת לרנד הנד, ההשלכה החברתית, הרתעת יתר, איך תשפיע ההכרה על נזקים אחרים. זה העיקר בשאלה (שיקולי מדיניות). בדרך כלל מה שיכול לשנות לרמה הקונקרטית בד"כ זה בצפיות הטכנית. הרלוונטיות של חובת הזהירות הקונקרטית היא בטכנית. אם שקלת את כל שיקולי המדיניות במושגית לא צריך לחזור עליהם בקונקרטית. חובת הזהירות חשובה בשני מקומות : בצפיות הטכנית של הקונקרטית, ובשיקולי המדיניות של המושגית. חובת זהירות – האם ראוי להטיל עליו אחריות ? או לשלול אחריות ממנו חרף העובדה שהוא התרשל ? (שיקולי מדיניות: הוצאות כלכליות, הרתעת יתר/חסר, חופש ביטוי, רפואה מתגוננת, הטלת אחריות על מציל – לעודד הצלה, חשש להטלה לא מקצועית, הצפת תביעות, יש שיקולים רלוונטיים לסיטואציה מסוימת). צפיות גם בודקים בקש"ס, גם בהתרשלות וגם בחובת זהירות. גם אם אין חובת זהירות יש להמשיך עם הבדיקה.

התרשלות –הרבה פעמים זה תחושה אינטואיטיבית. מעשה שאדם סביר לא היה עושה, - הייתה התרשלות. בי"ח סביר לא היה משתהה. יש גם מבחן לרנד הנד- P\*L מה הסיכוי שהנזק היה מתרחש אילו לא היית נוקט אמצעי זהירות ? 25% . B- עלות מניעת הנזק. עלות מניעה היא אפס. אם הפרקטיקה המקובלת היא להשתהות – אז יש לבדוק את זה. או חובה חקוקה אם ההשתהות צריכה להיות עד שעה- זה יהווה אינדיקציה נוספת להתרשלות.

נזק- בשאלה זו חשוב מאוד להגדיר את הנזק. אבנר תובע על נזק גופני. אבל בשאלה רשום שההתרשלות של בי"ח יש סיכוי שהיא גרמה ל-25%, אבל הוא תובע את כל הנזק המלא- 100%.

קש"ס מורכב משתיים- עובדתי ומשפטי- עובדתי זה מבחן האלמלא- אלמלא ההתרשלות האם הנזק היה נגרם? הניזוק צריך להראות שאלמלא ההתרשלות הנזק לא היה מתרחש. למעשה זו שאלה שצריך לנחש מה היה קורה אילו ביה"ח היה מנתח במועד, הוא צריך להוכיח מעל 50%, אך סבה"ל שהוא לא היה מצליח להוכיח את היסוד העובדתי. מה היה קורה אילו? נקרא סיבתיות עמומה. ואז יש כמה דוקטרינות לעזור לניזוק: נזק ראייתי, ופיצוי בגין אובדן סיכויי החלמה ( פיצוי בגין החמרת סיכון). פה אפשר לגייס לטובת הניזוק טענות - נזק ראייתי- אתם גרמתם לי נזק ראייתי להוכיח מה היה קורה אילו, אם אתם לא הייתם בתמונה הייתי יכול לתבוע גורמים אחרים, מנעתם ממני את היכולת להוכיח. גרמתם לי נזק ראייתי. נזק ראייתי לדוגמה – אדם לקח מסמכים שאני צריך והשמיד אותם – הוא גרם לי נזק ראייתי, כי הייתה לי יכולת להוכיח ועכשיו הוא הערים עליי קשיים להוכיח. זה שביה"ח התרשל עכשיו אני לא יכול לשחזר ולהוכיח מה היה קורה אילו. מעבירים נזק ראייתי לביה"ח, אבל ביה"ח לא יכול להוכיח אם הנזק התרחש. ביה"ח יכול להוכיח רק 25% ולכן הוא לא יכול להוכיח נזק ראייתי. הדוקטרינה השנייה- פיצוי בגין החמרת סיכון – לילד מה היה הסיכוי שנולד בפיגור כתוצאה מההתרשלות 25% בגלל הפגות? לפני שהוא נולד 75% הסיכוי שהוא היה נולד בלי שיתוק. המעשה של ביה"ח פגע בסיכוי בעוד 25%. במצב זה של אי וודאות – לוקחים את המטרות של שיקולי צדק והרתעה- אנחנו רוצים למצוא פיתרון ראוי.

אבנר תובע 100% מכל אחד, אבל הוא יוכל לקבל רק קצת מכל אחד. אם אדם צופה 25% נטיל נזק. קש"ס משפטי- זה כמו חובת זהירות – ברגע שיש סיכוי שתרמת ל-25% ואולי האחרים תרמו ל-75% - זה לא מסיר ממך את האחריות.

תביעה של אבנר נגד אמו- ילד תובע את אימו כי עישנה. היא התרשלה כי עישנה, שלכאורה לא פעלה להפסקת האלימות. התרשלות האמא – מה האדם מייחס למזיק – כיצד התנהג המזיק וכיצד היה עליו להתנהג. לגבי ההתרשלות- האמא לא הייתה צריכה לעשן. האם האמא שעישנה בהיריון כאשר היא יודעת על הסיכון של 25% האם זו התנהגות לא בסדר? לא סבירה? אמא תטען זו לא התרשלות כי חופש הפרט, אבל יגידו לה את צריכה להתחשב בעובר. כמובן גם אינטרס חברתי- למנוע פגיעות כאלה, אינטרס כלכלי. יש כאן הרבה שיקולי מדיניות. B- עלות המניעה – הפסד הנאה של האמא, התערבות בחופש שלה, זה מחיר חברתי, פגיעה בזכות יסוד. L- גודל הנזק במקרה שהנזק התרחש. אדם משותק יש לזה מחיר.

קש"ס- אותו ניתוח כמו של ביה"ח- קש"ס עובדתי ומשפטי. אפשר לתבוע את האמא על עוד התרשלות – שלא תבעה את בעלה על כך שהוא היה אלים, כי לכאורה אם הייתה תובעת אולי הנזק היה נמנע. אבל השאלה אם היא הייתה יודעת שההתעללות תגרום לילד משותק. מבחינתה הסיכוי שייגרם נזק לתינוק בגלל ההתעללות הוא אפס כי מנקודת מבטה היא לא יודעת. אם מזהירים אותה בביה"ח שאם היא תלד אז ייצא לה ילד משותק- זה לידה בעוולה של האמא. אבל אם היא שייכת למגזר דתי מסוים ? אז הכל זה שיקולים חברתיים. במבחן חשובה הדרך , ולא התוצאה. אפשר גם לאמר שהיא עשתה שני מעשים לא בסדר: עישון ודיכאון . מצד אחד זה הרתעה אך מצד שני – הצפת תביעות .

אבנר תובע את האבא- התרשלות בכך שהוא הכה, עוולת רשלנות , לכאורה יש כאן התרשלות. אדם סביר לא היה מכה את אשתו. אבל יש בעיה קטנה – למה ? כי התרשלות נוסחת לרנד הנד- P- ההסתברות שהנזק יתרחש הוא לתינוק, והוא לא היה צפוי ולכן ה- B הוא אפס. יש הבדל בולט בין שני המבחנים – מבחן הסבירות ולרנד הנד.

נזק, קש"ס- לפרט.

חובת זהירות – טכני, נורמטיבי.. אין שיקולים לא להטיל אחריות על האבא בגין אלימות.

השאלה מה מערכת היחסים בין האמא, אבא וביה"ח? החלטנו מראש שמטילים על כל אחד 25% -כאן זה מצב שאני לא יודע מי גרם לנזק. לכן אני לא אכנס לקטגוריה של מעוולים יחד – כי מעוולים יחד זה או שהם עשו את זה יחד, או שהם גרמו לנזק אחד בלתי ניתן לחלוקה. כי כל אחד מהם היה עלול לגרום לנזק. כאן נגרם נזק ואני לא יודע מי גרם אותו. מעוולים יחד- שברור שכולם גרמו לנזק. בשאלה זו הדוקטרינה הינה פיצוי בגין החמרת סיכון (פס"ד עדן). ההגנה נגד אבנר- הגדלת נזק – לדון מה אדם סביר היה עושה במקומו. גם אם הוא לא נחשב כאדם סביר לדון. על טענת הגדלת נזק – כל אחד יוכל לטעון לכך .

שאלה שניה- הפרת חובה חקוקה

יש פסיכיאטר (ראובן) שמטפל בחולה מסוים, החולה הזה מודיע לו ביום מן הימים – שמע אני חולה איידס, ואני גם מקיים יחסים עם אשתי ולא משתמש באמצעי מניעה, הרופא לא דיווח לאף גורם , ומתברר עוד שלאה נדבקה משמעון , וללאה היה מאהב דוד והוא נדבק. סע' 12 לפקודת בריאות העם- רופא שמטפל בחולה מיד עם יוודע לו שהוא נגוע במחלה מדבקת בתוך 12 שעות עליו למסור הודעה לרופא הממשלתי. נניח שראובן הוא רופא והוא לא דיווח , ועכשיו מי רוצה לתבוע את הרופא? דוד נגד הרופא בעוולה של הפרת חובה חקוקה. ותביעה של לאה נגד ראובן. לאה אגב יכולה לתבוע ברשלנות גם.

לאה נגד הרופא בהפרת חובה חקוקה- 6 יסודות – א. צריך להצביע על חובה של הרופא- להודיע לרופא הממשלתי. צריך להראות שהחובה נועדה להגן- כאן מי יפרש אם זה לטובתו או לא ? ביהמ"ש משיקולי מדיניות! לא ידוע בפקודה על מי היא נועדה להגן? על החולה המדבק או על האנשים שיידבקו? אנחנו נצטרך להעלות את האפשרויות בבחינה. כמעט ברור שהפק' נועדה להגן על הנדבקים. היסוד השלישי – הפרת חובה, הוא היה צריך לדווח ולא דיווח. ארבע- קשר סיבתי עובדתי ומשפטי- עובדתי מה היה קורה אילו החובה הייתה מופרת ? אילו הרופא היה מודיע לרופא הממשלתי היא הייתה צריכה להוכיח שהרופא הממשלתי היה מודיע לה והיא הייתה נמנעת מלקיים איתו יחסים. קש"ס משפטי בהפרת חובה חקוקה- המבחן הוא מבחן הסיכון – האם הנזק שהתרחש ותהליך גרימתו הם בתחום הסיכון שהעוולה נועדה למנוע? האם תהליך התרחשותו הם בתחום הנזק שהעוולה נועדה למנוע? ככל הנראה במעגל הראשון כן. החובה נועדה למנוע שאנשים שנגועים במחלה יבואו במגע עם אנשים אחרים וידביקו אותם. מה התנאי החמישי ? סוג הנזק ותהליך התרחשותו – סוג הנזק שאליו התכוון המחוקק- כן , וגם תהליך ההתרחשות- זה כבר בדקנו בקש"ס ובמבחן הסיכון. השישי- החוק לא שלל תרופה בנזיקין .

התרופה השנייה- דוד נגד ראובן – חובה יש , היסוד החשוב הוא השני – האם החובה נועדה להגן על דוד ? זה שיקולי מדיניות. האם החוק נועד להגן על כלל הציבור ? ייתכן וכן. אולי נטען לאשם תורם שלו , הוא יכול לחשוד . נגד לאה אפשר גם לטעון בהגנה של אשם תורם . רביעי – הפרת חובה- יש הפרה. חמישי- קש"ס – צריך להוכיח שלאה הייתה מודיעה. משפטי- זה בתחום הסיכון . חמישי סוג הנזק ותהליך ההתרחשות. תנאי שישי- שלל תרופה או לא.

השאלה הראשונה – יכולה להיות : מטרדים, רשלנות, תקיפה ...