

דיני נזיקין – מסלול א-2

בחינה – מועד ב'

דוד שור

נתי אגמון ואסתר מורנו

פיתרון

שאלה א'

.א.

- אם מדובר בתאונת דרכים כהגדרתה בחוק הפל"ד (והמקרה אינו אחד החריגים המנויים בס' 7 לחוק), אז אין עילת תביעה נגד תמר
- תקיפה: בחינת יסודות ס' 23, כולם מתקיימים (גם במתכוון)
  - יתכן שההגנות בס' 24(1), (5) ו-8 חלות
  - בונוס: המגמה היום היא לא להשתמש בעוולת התקיפה למקרים של טיפול ללא הסכמה (פס"ד דעקה)
- הפרת חובה חקוקה:
  - חובה בס' 13 לחוק זכויות החולה מוטלת על תמר
    - שאלה אם החובה תקפה, לאור ההוראה המיוחדת בפק' האיברים – אך חוק זכויות החולה מאוחרת
    - בונוס: אולי יש הסכמה מכללא (פס"ד רייבי) - שם קבעו שלא, מכיוון שהניתוח הנוסף היה ידוע מראש, אך כאן לא ידעו מראש
      - החובה נועדה לטובת הניזוק – כן
      - לכאורה החובה הופרה (ההגנות בס' 15 אינן חלות לכאורה, מדובר בטיפול המנוי בתוספת לחוק, ולא במקרה חירום (גם תשובה מנומקת בעד תחולת הגנת ס' 15(3) תתקבל))
      - נזק מהסוג אליו נתכוון המחוקק – נזק של עצבות ושל פגיעה באוטונומיה הם כנראה כן כאלה שאליהם התכוון המחוקק
    - בונוס: אפשר לטעון שאין כאן נזק, שכן נמנע סיכון יותר חמור, אך נתניהו בכרמלי דוחה טענה דומה
    - קשר סיבתי עובדתי (אפשר גם לנתח במסגרת רשלנות): לא בטוח – אילו נשאל יהודה לדעתו, יתכן שהיה מסכים לניתוח נוסף בכל מקרה
      - בונוס: שמגר בפס"ד רייבי: אין צורך להוכיח ק"ס – אך הרוב בדעקה: יש צורך בהוכחת ק"ס
      - קשר סיבתי משפטי: מבחן הסיכון – יתכן שהחוק בא למנוע בדיוק נזק כזה בעקבות טיפולים ללא הסכמה
      - התנאי השלילי – אין אינדיקציה לכוונת המחוקק להוציא תרופה לפי הח"ח

- רשלנות:
  - התרשלות: מבחינת נוסחת הנד, יתכן שהמעשה היה סביר – נמנע סיכון יותר גבוה
    - בונוס: אולי פגיעה באוטונומיה תמיד לא סבירה
  - חובת זהירות: כנראה היתה צפיות טכנית
    - צפיות נורמטיביות: לכאורה מדובר בנזק נפשי – שאלה אם נחשב לנלווה לנזק פיזי, אובדן התוספתן אינו בדיוק נזק
      - קשר סיבתי: - עובדתי – ר' לעיל
      - משפטי: מבחני צפיות (לעיל בח"ז), סיכון (לעיל בהח"ח), שכל ישר
    - נזק: גם נזק נפשי מוגדר כנזק – פגיעה באוטונומיה נחשבת לנזק (אור בדעקה)
  - שאלה אם ההגנה בס' 24 חלה גם בעוללות מסגרת
    - לפי פס"ד גורדון והמיעוט בפס"ד כרמלי, כנראה שלא
    - לפי הרוב בכרמלי, יתכן שכן
  - הגנות אשם תורם וכו' אינן חלות

ב. אולי כי רוצה אישור שנגרם לו עוול (ר' Zimmerman), אולי כי רוצה למנוע מקרים דומים לאחרים בעתיד, אולי כי רוצה הנאות שישוו לו תועלת דומה לזו שאיבד כתוצאה מהניתוח. (מספיק נימוק אחד טוב)

ג. (אם מדובר בת"ד, אין עילת תביעה).  
 אין למדינה חסינות במקרה של התרשלות (ס' 3 לחוק אחריות המדינה).  
 שאלה של ח"ז בגין מחדל ופעילות שלטונית: מחדל: יתכן שהמשרד יצר הסתמכות ולכן יש ח"ז בגין מחדל. פעילות שלטונית: כאן מדובר לכאורה בפיקוח בלבד, נטיה לא לשלול ח"ז. לא ברור אם מדובר כאן בשאלה של שיקול דעת המערבת שיקולי מדיניות רחבים – אם כן, לפי פס"ד לוי נקודת המוצא שאין ח"ז. לפי השופט לוי בפס"ד שתיל, גם בהחלטה כזאת יש ח"ז אם הרשות חרגה ממתחם הסבירות. קשר סיבתי: לא ברור שיש, יתכן שהנזק היה נגרם גם אילו לא התרשל המשרד.

ד. יתכן שההרתעה תהא חסרה, מכיוון שככלל הפיצוי בגין נזק לא-ממוני הוא נמוך. תמר היא לכאורה מונעת זול, יכולה פשוט לא לכרות איברים ללא הסכמה. אך יתכן גם שצד אחר הוא מונע או שוקל טוב יותר, ולכן יהיה יותר יעיל מבחינת עלויות ראשוניות להטיל עליו אחריות: יתכן שהמדינה כאן היא השוקלת הטוב ביותר, אם תצטרך לשלם פיצויים במקרים כאלה היא תקבע כללים אופטימאליים. קשה לטעון שהמטופל הוא המונע/השוקל הטוב, קשה לאדם פרטי לצפות את כל האפשרויות מראש ולקבוע הוראות מה לעשות בכל מקרה ומקרה. (כל תשובה סבירה תתקבל)  
 עלויות שניוניות: לכאורה המדינה או קופת החולים או בית-החולים הם בעלי כיס עמוק ויכולת פיזור טוב יותר מאשר המטופל. אך גם המטופל וגם הרופא יכולים לפזר את הנזק ע"י ביטוח. שאלה גם אם במקרה של נזק לא-ממוני, פיצוי כספי בכלל מפחית מהעלויות השניוניות של הניזוק – אולי עדיף להשאיר את העלויות על הניזוק, במקום ליצור עלויות נוספות אצל צד אחר.  
 עלויות שלישוניות: הימנעות מהטלת אחריות תמנע תביעות.  
 צדק מתקן: לפי ויינריב, על מי שהתרשל. לכאורה רק המדינה (אולי גם תמר) התרשלה במקרה הזה, ולכן יש להטיל עליה את העלות. לפי אפשטיין, אין להטיל על המדינה, היות ולא מוצדק להטיל אחריות בגין מחדל, ויש להטיל על תמר, שגרמה לנזק באופן פעיל, גם אם אין בה אשמה. לפי פלצ'ר, אולי יש להטיל על תמר/ביה"ח/המדינה, שיצרו סיכון שייחשב ללא-הדדי ביחס ליהודה, אך מצד שני אולי זה צריך להיחשב סיכון רקע שכולם חשופים אליו, ואין להטיל אחריות (מספיק לטעון לאחד הכיוונים).

א.

- רשלנות: יכול להיות שאין כאן התרשלנות, עקב עלויות המניעה הגבוהות
  - דבר המעיד על עצמו או דבר מסוכן – היפוך נטל הראייה
  - ח"ז: יש צפיות טכנית, אין סיבה מיוחדת לא להכיר בצפיות נורמטיביות (אולי אפשר לטעון שמדובר בפעילות שלטונית, שיקול דעת רחב)
  - נזק: כנראה אין כרגע נזק בריאותי – בדין הקיים אין הכרה בעצם יצירת סיכון כנזק
    - אך אולי אפשר לתבוע על (תשובה מושלמת תזכיר לפחות 2):
      - עלייה בפרמיות ביטוח (אם קיימת, גם בעיה של נזק כלכלי)
      - עלויות ניטור רפואי או הוצאות מניעה
      - חרדה (שאלה אם ייחשב לנלווה לנזק פיזי)
      - בכל אלה יקבל פיצוי נמוך יחסית, לא פיצוי על גרימת מחלת סרטן
  - ק"ס: לכאורה אין בעיה
- לכאורה אין תביעה בהסגת גבול במקרקעין או מטריד ליחיד, שכן אין דין בעל זכות במקרקעין
  - בשני אלה יוכל לקבל פיצוי רק על נזק ממון (לדוגמה פרמיות ביטוח, לא על חרדה, לא על עצם החשיפה לסיכון)
  - הסגת גבול: לכאורה אין כניסה למקרקעין, ולמרות שיש הפרעה, הפסיקה קבעה בהפרעה הנזק צריך להיות למק' כדי שייחשב להסגת גבול, לא מספיק שמפריע לאדם
  - מטריד ליחיד: אולי אין כאן הפרעה לשימוש סביר, בהתחשב במיקום האוניברסיטה בעיר גדולה (כל תשובה סבירה תתקבל)
- לכאורה יש כאן מטריד לציבור, אך דין יוכל להגיש תובענה רק אם סבל נזק ממון (לא חרדה, לא עצם החשיפה לסיכון)
- חוק כנוביץ: ס' 13 – אין דרישה לנזק ממון או זכות במקרקעין
  - ס' 10(1): חזקה שהתחנה ביצעה עוולה
- חוק למניעת מפגעים סביבתיים: אין פיצוי א"כ מדובר במפגע חוזר (ס' 9(ג))
- הפרת חובה חקוקה (חוק כנוביץ): לכאורה זה מקרה בו המחוקק ביקש לשלול סעד דרך העוולה הזאת, קבע סעד אזרחי אחר (ס' 13 לחוק כנוביץ) (אפשר גם להגיע למסקנה אחרת, אך יש לדון בסוגיה)
- טענה אפשרית לתקיפה - יסודות
- אולי הגנות של הקטנת נזק, הסתכנות מרצון או אשם תורם ישללו פיצוי

ב. השאלה הראשונה היא האם נכון לקבוע שיצירת סיכון גרידא במקרה המתואר היא עוולה, גם כאשר לא נגרם נזק בפועל:

- עלויות ראשוניות: תיווצר הרתעה יעילה, ליוצר הסיכון יהיה תמריץ שוטף לפעול ברמה היעילה, ולא להמעיט בחשיבות של סיכונים שאולי לא יתממשו לכדי נזק.
- עלויות שניוניות: אם כל מי שנחשף לסיכון, כולל מי שנגרם לו נזק בפועל, יקבל פיצוי רק בהתאם לסיכון, ייצא שאלה שנגרם להם נזק בפועל יקבלו פיצוי נמוך מאוד, שיגרום לנזקים עקיפים.
- עלויות שלישוניות: חובת פיצוי בכל מקרה של יצירת סיכון תיצור עלויות גבוהות.
- צדק מתקן: לפי שרודר, מתיישב עם צדק מתקן – לפי וויינריב (או הפסיקה), לא.
- צדק חלוקתי: לא ברור – על מי שנהנה מיצירת הסיכון לשלם, אך מצד שני כולם נהנים מהסיכון השאלה השנייה היא על מי להטיל אחריות, ואיזה סעד לתת. יש לבחון לפי מאמרם של קלברזי ומלמד.
- כלל קניין לטובת התושבים: לכאורה לא יעיל (ימנע אספקת חשמל?), ולאור מספר הניזוקים הפוטנציאליים, עלויות העיסקה תהיינה גבוהות, ולא תתאפשר העברה של הזכות למזהם. מבחינת צדק חלוקתי לא ברור: מצד אחד נראה צודק לא לסכן בריאות, אך הסיכון הוא מעין סיכון רקע המוטל על כולם וכולם נהנים ממנו. אולי רלוונטי גם שמדובר באוכלוסיה חזקה יחסית ברמת אביב.
- כלל קניין לטובת החברה: אולי יעיל ואולי צודק (ר' לעיל), אך שוב בעיה שקשה לשנות אם יתברר שטעינו, לאור עלויות העיסקה הגבוהות.
- כלל אחריות לטובת התושבים: לכאורה יעיל (הפקת החשמל תתמשך) וצודק (הנפגעים יקבלו פיצוי). גם אם טעינו, ומתברר שלא יעיל לזהם, החברה תפעל כך בעצמה, כדי להימנע מתשלום פיצויים גבוהים. אך ייתכן שפיצויים יהיו נמוכים מדי, משום שנקבעים ע"י ביהמ"ש ולא ע"י הנפגעים עצמם.
- (כלל אחריות לטובת החברה: לא ישים, בגלל ריבוי התושבים).