**שיעור מס' 1 – 12\10\23**

**100% מבחן; ציון מטיב על נוכחות והשתתפות 5 נק';**

**עקרונות ההסדר הנזיקי**

פס"ד רביד משה נ' קליפורד **-**התנדבות של רופאי שיניים מחו"ל באשקלון מטעמי ציונות, החליט ד"ר קליפורד לבוא עם חגורה של רופא שיניים וטיפל בהתנדבות בכמה ילדים שידם אינה משגת. הוא הרדים ילדה בשם רביד קליפורד ומה שקרה כתוצאה מהרדמה רגילה ושגרתית הילדה חטפה שיתוק מוחין בחצי גוף כשהיא בת 6. הגישו תביעת נזיקין בעילה של רשלנות רפואית כנגד ד"ר קליפורד בטענה שהוא התרשל. תיק זה הסתיים בדנ"א בעליון בתיקו.

מקרה מהשבוע האחרון – הייתה ילדה שהיו בטוחים שהיא מתה מוות מוחין ורצו לקחת לה את האיברים ולאחר מכן הילדה קמה על הרגליים וגילו בכלל שהיא בחיים. אפשר להגיש תלונה במישור הפלילי, במישור הנזיקי או במישור החוזי.

* המישור הפלילי – כדי שיהיה ניתן לתבוע צריך להגיש תלונה במשטרה והמשטרה תבחן את הגשת כתב האישום. כדי שיהיה ניתן להרשיע בהליך פלילי יצטרכו להוכיח **כוונה** של הרופאים לפגוע בהורים. זה נראה קצת מופרך.
* המישור החוזי – כשההורים מפקידים את הילדה בבי"ח יש הסכם מכללא וזה יכול להקים עילה להפרת חוזה- כוונת הצדדים ורצון להפרת החוזה.
* המישור הנזיקי – עולם אחר לעומת התחוימם האחרים, ממש לא מעניין אותנו מה היו כוונות הרופאים, אין ספק שכוונותיהם היו טובות אבל הם התרשלו ולא נהגו כפי שרופא סביר היה נוהג. זו ההבחנה בין נזיקין לבין התחומים האחרים- הבחנה זו יוצרת בעיות רבות משום שרוב האנשים לא מתכוונים. אנחנו צריכים לבחון האם הרופאים האלו סטו מסטנדרט הזהירות הסביר.

בחזרה לפס"ד קליפורד –

**חובת הצפיות היא אחת החלויות החשובות בשאלה אם פלוני ההתרשל או לא. המבחנים לקביעת רשלנות: מעשה\מחדל; קש"ס; צפיה (ריחוק הנזק) ונזק.** בדנ"א בקליפורד נתן ביהמ"ש פרשנות חדשה מרחיקת לכת בנושא של חובת הצפיות.

אנו נדבר על אלמנט הצפיה - מסתבר שד"ר קליפורד השתמש בטכניקה שונה מזו שהיה משתמש בה באנגליה ומה שקרה שחומר חדר לדם ולא לשריר.

מעשה – יש; קש"ס – יש; נזק – יש; צפיה - האם ד"ר קליפורד היה צריך לצפות את הנזק הזה? זה שהוא לא צפה אנו יודעים משום שהוא לא מכיר את טכניקת ההזרקה הזו אבל אנחנו לא שואלים מה הוא צפה אלא מה רופא סביר היה צופה? הרי כל הרופאים בארץ השתמשו בזה אז הוא לא היה צריך למעשה לחשוד בזה. הגיע לעליון והיו כמה 2 דעות:

דובר בספרות הרפואית שהיו מקרים שהיה שיתוק לכמה דקות שחולף – נזק חולף – האם ד"ר קליפורד היה צריך לצפות, על בסיס כמה מקרים שדווחו בספרות הרפואית, שיתוק חולף? מעולם לא דווח על נזק תמידי אלא רק על נזק חולף.

* דעה אחת – ברגע שהוא צפה נזק חולף היה עליו לצפות נזק תמידי משום שמספיק שצפה נזק כלשהו
* דעה שנייה – הוא לא היה צריך לצפות כי הצפיות צריכה להיות למשהו שהוא קרוב לנזק ולא צפיות לנזק שמעולם לא קרה.השופט גולדברג: *"משמעותה של נורמה זו (כלומר סיווג ההתנהגות כרשלנות) היא, כי על כל מטפל, רופא ומוסד בריאותי להימנע משימוש בציוד ובחומרים רפואיים קיימים, אם קיימים בשוק מכשירים חדישים יותר, גם אם ההבדל היחיד בין המשירים הוא בחוסר הנעימות היכולה להיגרם למטופל כתוצאה משימוש במכשיר החדיש פחות".*

בסופו של דבר הטילו עליו אחריות- האם זה מוצדק שהטילו עליו?

כיס עמוק, ביטוח - זה מאוד בעייתי. מתחשבים בעניין הכיס העמוק אבל הורסים לו את המוניטין וגם מאשימים אותו כשהוא לא התרשל 🡨 זה חוסר צדק. במדינות מסוימות בארה"ב, באלו שיש חבר מושבעים, אסור עד היום להגיד למושבעים אם יש ביטוח או לא בגלל הבעייתיות של הכיס העמוק. בעבר, בתי המשפט לא לקחו בחשבון את השאלה האם יש ביטוח או לא אבל בקליפורד יש רמזים לכך שמתחילים לקחת בחשבון את הביטוח. טוב או לא טוב? יש יתרונות וחסרונות.

שתי שאלות הועמדו לדיון נוסף בפס"ד הנ"ל:

* מהו המבחן הקובע לקיומה של התרשלות מצד הרופא המטפל
* מה טיבו של מבחן הצפיות במסגרת הקשר הסיבתי

בדיני הנזיקין, כל עילות הנזיקין נשענות על ס' 35 של פקנ"ז.

סעיף 64 לפקנ"ז – מסדר את הנושא של קש"ס. ס' 64(1) – הנזק נגרם ע"י מקרה טבעי בלתי רגיל, שאדם סביר לא יכול היה לראותו מראש ואי אפשר היה למנוע תוצאותיו אף בזהירות סבירה – לא נטיל עליו אחריות. האם קליפורד נכנס לסעיף זה?

*"ייתכן שלא אחת אנו מזכים לו, לאדם הסביר – שלא מדעת 0 כוח רוב של ידיעה מראש וראישת ראיית תוצאותיו האפשריות של מעשהו מתוך כך שאנו, החכמים לאחר המעשה, עיכלנו אותו על כל פרטיו ויודעים בדיוק מה קרה ומה ייצא ממנו. יתכן שלפעמים אנו הופכים את הסדר ואומרים "הממשי הוא הצפוי"..."* 🡨 פס"ד לאון נ' רינגר.

עלות אמצעי הזהירות –

האם בבחינת אמצעי הזהירות שנקט מזיק יש להתחשב בשאלת העלות הכלכלית של אמצעי הזהירות? האם מצפים מאדם סביר לנקוט באמצעי זהירות אופטימאליים בכל עלות שהיא או באמצעים סבירים?

מקרה מלפני 5-6 שנים: ילד בן 8 הלך עם אמא שלו ברחוב והחל לטפס על עמוד חשמל והתחשמל – האמא ניסתה להציל אותו היא התחשמלה גם, הילד מת. האמא טענה לרשלנות – לו היו ממגנים את העמודים הילד לא היה יכול לטפס עד החוטים ולא היה מתחשמל. חב' החשמל טענה כי במד"י יש 300,000 עמודים כאלו שעומדים בתקנים בנ"ל; החלפת עמודי החשמל מייצרת 2 בעיות – בעיה כספית וגם זה יקשה על עובדי חברת החשמל להגיע לחוטי החשמל בעת הצורך.

האם צריך לבחון את שאלת העלות הכספית? את ביהמ"ש זה לא מעניין.

**שיעור מס' 2 - 30/10/12**

לפני כמה שנים פרצה שריפה בצפת שנשרפו בה שלושה ילדים ולאחר מכן פרסמו דוח שקבע שיש לבצע שיפורים במערך הכבאות – אך לא ביצעו את השיפורים האלו ואז פרצה השריפה בכרמל 🡨 אין כסף! כאן אנחנו חוזרים לפס"ד של חברת החשמל – בעיה כספית, האם ביהמ"ש לוקח את שאלת העלות הכספית?

**תורת הפיצוי הנזיקי – רציונאלים ומטרות**

**מטרות דיני הנזיקין:**

* **עשיית צדק בין אדם לחברו – צדק מתקן** – פס"ד אתא נ' שוורץ – גוף שמטרתו ליצור רווחים והמצד השני אזרח שסובל מהמפעל. אם מדברים במונחים של צדק בלבד – האזרח לא נהנה כלל מהמפעל אז זה לא צודק שירוויחו על חשבנו – אתה נהנה והוא מפסיד, תשלם לו.

השבת המצב לקדמותו – עקרון זה הוא אמצעי למימוש התכלית של צדק מתקן. הצדק המתקן מוביל לפיצוי הניזוק בגין נזקין העוויתיים ע"מ לתקן את העיוות שנוצר עקה מעשה העוולה. ודוק: אין מדובר בתיקון עיוותים חברתיים שונים, בבחינת "תיקון עולם" אלא בתיקון עיוותים במערכת היחסים הדו קוטבית שבין המזיק לניזוק.

* **הרתעה** – ע"י הענשת המזיק ניתן להשיג הבטחת כיבוד החוק בעתיד. תכליתם של דיני הנזיקין להעניש את המזיק על התנהגותו המזיקה, לבטא סלידה ממנה ולהביא לידי קידום התנהגות חברתית ראויה והקטנה או מניעה של נזק מסוג זה בעתיד 🡨 הסיפא של משפט זה היא מובנית, אך האם אנו רוצים להעניש את המזיק, כפי שרשום ברישא? פיצויים עונשיים ינתנו רק במקרים מאוד נדירים. פיצויים עונשיים – פיצויים אשר משלם המזיק לניזוק ואשר אין תכליתם להשיב את המצב לקדמותו. הם נועדו להשיג תכליות אחרות – הרתעה והענשה. ייפסקו רק במקרים קיצוניים, בהמשך מובאת הפסיקה הרלוונטית, פס"ד אטינגר, ו"תרכובות ברום" אשר מחדד את ההלכה- "... על מנת ליתן ביטוי לשאט הנפש של בית המשפט ולמען יראו האחרים ויראו.."

פס"ד אטינגר– המיוחד בתיק הזה זה שהחליטו להעלות שוב את הסוגיה של השנים האבודות. לא פסקו פה פיצויים עונשיים, למרות שהמקרה היה חמור מאוד, אי אפשר היה להצביע על אדם מסוים שאפשר היה לבוא ולהגיד שהוא אשם או לבוא ולהגיד על התנהלות ספציפית לקויה.\

פס"ד תרכובות ברום 2010 – "השאלה הנשאלת הינה, האם גם הסעד של פיצויים עונשיים נכלל בגדר "תביעה לפיצויים בשל נזק גוף". התשובה על כך היא בשלילה. בפסיקת ביהמ"ש זה כבר נקבע כי הפיצוי העונשי הוא בבחינת "בן חורג" לפיצויים הנזיקיים. מטרתו של הפיצוי העונשי אינה לפצות את הניזוק בשל הנזק שנגרם לו, אלא להוות רכיב הרתעתי עונשי או מחנך. כלומר, הפיצוי העונשי אינו נובע, מעצם טבעו, מהנזק שנגרם לניזוק ואינו תלוי בו או מוגבל על ידו. הפיצוי הענושי לא נועד להישב את מצב הניזוק לקדמותו, אלא לשקף את החומרה המיוחדת המיוחסת למעשה העוולהף למשל כאשר הוא בצע בכוונה או בזדון.."

פיצוי מלא ופיצוי הוגן: פיצוי מלא כשמו כן הוא פיצוי של 100% על כל הנזק שנגרם לניזוק עקב המעשה הנזיקי. פיצוי הוגן הוא פיצוי פחות מפיצוי מלא. ההלכה נקבעה בדעת רוב בפרשת נעים נ' ברדה: השופטים שמגר ואלון קבעו פיצוי הוגן ולעומת זאת השופט ברק קבע פיצוי אינדיבידואלי, פסיקה מאוחרת אימצה למעשה את גישת המיעוט מבלי לבטל את הלכת נעים נ' ברדה.

שיקולים:

* רוצים לעשות האחדה, שיווין בהחלת הפיצוי.
* זה לא פרקטי להסתכל על העושר של כל אחד מהניזוקים ולבדוק מי יכול להסתפק בהוגן ומי יכול להסתפק במלא. נעים נ' ברדה: "....אין הפיצוי נקבע לפי יכולתו של המזיק.."

*"..סבירותה של הוצאה נמדדת, לעיתים, ביחס שבין גודל ההוצאה מזה לבין התועלת המופקת ממנה מזה. אין המזיק חייב לשאת בסכומי עתק, שאין בהם כדי להיטיב את מצבו של הנזיוק אלא בצורה שולית" 🡨* ביהמ"ש מבצע סוג של מאזן אינטרסים- הוצאה מול סיכויי הצלחה.

פלונית נ' ביה"ח נהריה – ביה"ח גרם לה לכך שלא תוכל להיכנס להיריון. פונדקאות בארץ עולה 200,000, הודו 100,000 ₪, ארה"ב מיליון ₪ 🡨 ביהמ"ש נדרש לשאלה לפי איזו מדינה הוא יפסוק לה את הפונדקאות – אילו שיקולים נכנסים כאן? שיקולי הצלחה לא תלויים בנו, זה עניין של מזל. יש שיקולים שונים – שיקולי הצלחה זהים בשלושת המקומות אז למה שלא נממן לה את הודו? הרי יש חובת הקטנת הנזק. מצד שני, האישה יכולה לבוא ולטעון שפונדקאות לא תמיד מצליחה בניסיונות הראשונים, אז האם הוא צריך לפצות אותה על כמה ניסיונות? ובנוסף, אם היא תרצה יותר מילד אחד, האם צריכים לממן לה כמה פונדקאיות? 🡨 יש כאן בעייתיות, צריך לאזן ולשקול. מה ביהמ"ש עשה?

* לגבי כמות טיפולי הפונדקאות – הליך וחצי
* לגבי מיקום הפונדקאות – פונדקאות בארץ

חזרה לשאלה, האם אנו פוסקים פיצוי מלא או הוגן?

פס"ד נעים נ' ברדה- שאלה אם להשאיר בבית או במוסד את התינוק שנולד 🡨 אם משאירים בבית יש הוצאות גבוהות מאוד, פי 3 מאשר מוסד. אם רוצים לתת פיצוי הוגן צריך לשאול כמה שאלות – אם שמים אותו במוסד, יכול להיות שהוא יהיה סגור כל הזמן במוסד וזה ישפיע עליו- האם יש תועלת בכך שיהיה בבית? מה שנפסק בסופו של דבר זה שפסקו פיצוי הוגן ולא פיצוי מלא. בפועל, ההלכה לא השתנתה אך

פס"ד סהר חברה לביטוח נ' גיל צ'יבואטרו 2009- בהיותו בן 25 שנים, נפגע גיל קשות בת.ד., ביהמ"ש המחוזי פסק לו פיצוי בסך 10 מיליון ₪. ביהמ"ש קבע כי על אף שנכותו של גיל מחייבת הספקת אמצעים רבים ויקרים, אין לפסוק עבורו פיצוי ברמת הטוב ביותר האפשרי, אלא יש להסתפק פיצוי הוגן והולם.

* **יעילות כלכלית** –

**שיעור מס' 3 – 06/11/12**

**פיצוי בגין נזק שאינו נזק ממון**

נזק של מה בכך – de minimis – אין הצדקה לתביעה כאשר הפגיעה היא בגדר נזק של מה בכך, וכמו בכל עוולה נזיקית, יש להוכיח כי הפגיעה גרמה לנזק שאיננו שולי או זניח וכי הייתה מהותית לשק"ד של הצרכן. עם זאת ניתן להעלות על הדעת כי הבחינה האם מדובר בפגיעה שולית שהיא בגדר של נזק של מה בכך, לפי ס' 4 לפקנ"ז, לא תבחן אך מנק' מבטו של הצרכן הבודד. הרציונאל העומד בבסיס ס' 4 לפקנ"ז הוא כי אין הצדקה להטיל על המזיק אחריות בגין פגיעות קלות ערך, זמניות וחולפות מאליהן, שהן עניין של יום ביומו במציאות חיינו, ועל האדם להתגבר עליהן.

מתי נפצה גם אם אין נזק? מקום בו החוק לא דורש להוכיח נזק – בשני הסדרי חקיקה:

(-) לשון הרע

(-) חוק הגנת הפרטיות

פס"ד ערן הירש נ' מד"י – בימ"ש הרצליה – ניתן ע"י השופט ד"ר שאול אבידור ב-15.11.11 – חוק הגנת הפרטיות, אין בו דרישה להוכחת נזק, המרצה לא מסכימה עם זה. הבחור קנה יאכטה שאין לה רישיון וסירבו לתת לו רישיון. באופן מקרי, 3 ימים אחרי שהוא קנה את היאכטה הוא השיט אותה בלי רישיון והיאכטה טבעה – לא נגרם נזק לאדם. הוא פנה לחברת הביטוח בה הוא ביטח היאכטה ודרש פיצויים – חברת הביטוח דרשה אישור על הספינה מרשות הספנות, אבל האישור היה ביאכטה והיאכטה טבעה – אז הוא זייף אישר ואז רשות הספנות הגישה עליו תלונה במשטרה על זיוף וניסיון להוצאת כסף במרמה. הוא המשיך בתביעת הפיצויים אך ביהמ"ש המתין לתוצאת ההליך הפלילי שהתנהל נגדו. בסופו של דבר, התקשר מישהו מרשות הספנות למשטרה ושאל אותם מה קרה עם החקירה, ובמשטרה אמרו שיש אישור על כך שהרישיון מזויף. מה שמפקד התחנה עשה היה לא בסדר – אסור לפרסם ממצאים מתיק חקירה כל עוד אין החלטה לגביו ושהוא רק חומר גולמי, וברגע שאמרו לאיש מרשות הספנות שהמסמך אכן היה מזויף זה לא היה בסדר🡨 זה היה מתן מידע שלא לצורכי החקירה. הדבר הזה נודע לבחור והוא תבע על פגיעה בפרטיות – שלוש תביעות:

* התביעה נגד הביטוח
* התביעה נגד המשטרה
* התביעה הפלילית.

הבחור התנגד לכך שימתינו לתוצאות הדיון הפלילי משום שפגעו לו בפרטיות והשופט פסק לו 10 אג' פיצויים. פעם ראשונה במדינה פסקו פיצויי בוז:

"... נשאלת איפוא השאלה אם יש מקום לפסוק פיצויים לתובע? .. מדובר במקרה מיוחד שבו מחד גיסא הוכחה פגיעה מסוימת בפרטיות התובע, מאידך גיסא...ישנה משום עזות מצח יוצאת דופן...... **דוק' פיצויי בוז – במסגרתה רשאי ביהמ"ש לפסוק לו פיצויים בשיעור אפסי**...." 🡨 דוק' זו מגיעה מהמשפט המקובל וזו הפעם הראשונה שהשתמשו בה במשפט הישראלי.

* יש נזקים פיזיים ויש נזקים נפשיים – התעוררה השאלה אם מפצים על נזק נפשי שלא נלווה לנזק פיזי?

ניקח סיטואציה של אדם שחלפה לידו מכונית במהירות והוא נתקף חרדה מזה והוא סובל חרדות ויש לזה עדי ראייה. האם נפצה אותו במקרה כזה? נפנה למונחים המשפטיים הנוגעים לעניין

* נזק נפשי טהור – נזק שאינו נלווה לנזק פיזי. פגיעה ברכושו של אדם היא בעלת ערך כלכלי לעומת נזק נפשי שאינו נוגע (ישירות) בכל אינטרס כלכלי
* נזק נפשי – נזק שאינו ממון = נזק בלתי רכושי (כל המונחים היינו הך).
* נזק לפי הפקנ"ז – *אבדן חיים, אבדן נכס, נוחות, רווחה גופנית או שם טוב, או חיסור מהם, וכל אבדן או חיסור כיוצאים באלה.*
* נזק ממון לפי הפקנ"ז – *הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים.*

פס"ד נדיר נ' כהנוביץ' – פס"ד מאוד ישן – יצאו דייגים ללב ים והם היו קשורים בחבל לסירה גדולה ועם זה הם שטו לדוג דגים. החבל נותק והם נשארו בלב היום למשך יומיים וחזרו והגישו תביעה על הנזק הנפשי שנגרם להם מכך שהם היו יומיים בתוך סערה מלב ים.

ערכאה ראשונה דחתה את התביעה *" אין לתבוע בעילת רשלנות דמי נזק עבור כאבים, צער פחד וכיו"ב הרגשות ותחושות בעלמא אלא כשהן טפלות לנזק פיזי..."*

ערכאת העליון – *"..אין צורך בהוכחות מרובות בכדי לשכנע אנשים חיים, שצום הנמשך כשלוש יממות רצופות גורם היזק לרווחתו הגופנית של האדם. והוא הדין בשאר הפגעים שבו עליו, על המערער..."* 🡨 עשו מהלך יפה, לא פיצוי על נזק נפשי טהור כי זה לא היה מקובל באותה תקופה ולכן הם חיפשו נזק פיזי ואכן פיצו עליו – על נזק שנגרם לגוף כששרויים ברעב במשך שלושה ימים.

פס"ד גורדון – גורדון הגיש תביעה על הנזק הנפשי שקרה לו. מה שחשוב בפס"ד זה הוא השאלה של הנזק – מה הנזק שנגרם לגורדון? זה היה נזק נפשי טהור. ערכאה ראשונה ושנייה לא פיצוי אותו משום שזו הייתה תקופה בה לא מפצים על נזק נפשי טהור ואז זה הגיע לעליון והעליון הפך את ההלכה – פיצו אותו על עוגמת נפש. הנימוק של ביהמ"ש: *איני רואה כל יסוד רציונאלי להבחין בין נזק לא רכושי, הכרוך בנזק רכושי לבין נזק לא רכושי העומד בפני עצמו. מדוע אקבל פיצוי על פחד שפחדתי אם הדבר הביא לכאב בטני, ולא אקבל פיצוי על פחד שפחדתי אם בטני לא כאבה?..... אין לראות בנזק הלא רכושי כדבר "פראזיטי"..."* **כוסו וכיסו של אדם אינם חשובים מכעסו.**

הסיבות לאי-הכרה בנזק הנפשי בעבר

* חשש מתביעות בדויות – התשובה שנתנו לנימוק הזה היא שביהמ"ש צריך להתמודד עם שאלות עובדתיות כמו שהוא מתמודד עם כל שאר הסוגיות שיש לו – יאמין, יפצה לא יאמין-לא יפצה.
* הקושי בהערכה של נזקים מסוג זה – הקושי בהערכה מהו שיעור הפיצוי ההולם בגין פחד, הלם, זעזוע, חוסר נוחות, אבדן שלוות הנפש אם אינם מלווים בנזק פיסי או מחלה נראים לעין 🡨 המרצה חושבת שזה טיעון לא מספיק חזק.

החשש שהועלה בגורדון מהרחב מעגל הניזוקים – *"..המשיב בענייננו הוטרד בשל הדוחות שנמסרו לו. שכנו יכול שהוטרד כאשר שמע על כך ואם הדבר פורסם בעיתון, עשויים רבבות לחושב חוסר נוחות מכך. האם לכולם זכות תביעה? "* זה אמנם לא הגיוני אבל העלו את זה בתור חשש.

פס"ד תנובה נ' ראבי – הכניסו סיליקון לחלב כדי לפתור בעיה טכנית, כך עשו במשך שלושה ימים וידוע שהסיליקון לא מזיק לגוף האדם. יצא לעיתונות ותנובה הכחישה ובסופו של דבר היא אישרה זאת. עו"ד אחד הגיש תביעה ייצוגית כנגד תנובה – ראבי בא ונתן עדות שכשהוא שמע שהחלב שהוא שתה חלב עם סיליקון לפני שנה ואז הוא חש תחושת גועל 🡨 עם כמה שזה הזוי התביעה התקבלה בדעת רוב בעליון.

השופטת נאור: "*הנזק הלא ממוני שהתובע טוען לו מאופיים בתחושת הגועל הנובעת מכף שמדובר בסיליקון, על כל המטען האסוציאטיבי המלווה חומר זה. לדעתי, נזק מסוג זה הוא לכאורה נזק בר פיצוי. הטעייה בדבר תכולת החלב במקרה זה היא לכאורה פגיעה באוטונומיה של הפרט. אנו עוסקים במוצר מזון. זכותם של צרכנים היא לקבוע מה יכניסו לפיהם ולגופם וממה יימנעו. מי שרוצה למשל לצרוך רק מזון כשר, ויסתבר לא בדיעבד שהמזון שהוצג תוך הטעייה איננו כזה, יחוש תחושת גועל ופגיעה באוטונומיה שלו.."* 🡨 המרצה לא מסכימה עם הפסיקה. היא מסכימה עם הרישא של השופטת נאור בדבר המזון הכשר אך היא טעונת שיש מדרג- תחושת ה"גועל" הינה תחושה חולפת שלא ארכה זמן רב ואין סיבה להשוות בין מזון כשר לתחושת הגועל מהסיליקון.

השופטת פרוקצ'ה בדעת מיעוט – בודקת את ס' 76 של פקנ"ז – נפצה על נזק שמגיע ממהלכם הרגיל של הדברים, האם תנובה הייתה צריכה לצפות נזק נפשי של גועל? יש לזכור שזוהי תביעה ייצוגית וכל מי ששתה חלב עם סיליקון יפוצה. היא מנסה להכניס פרופרציות – לא יכול להיות שבכל מקרה של הטעיה ניתן פיצוי, צריך לבחון את זה לעומק – עד כמה הפגיעה היא ממשית? כשר לעומת לא כשר, אורגני לעומת לא אורגני וכיו"ב. המרצה מסכימה איתה.

התוצאה של פרשת תנובה:

* הרחבת המונח נזק – לכל פגיעה מכל סוג ובכל רמת חומרה – אם פסקו פיצויים על תחושת גועל חולפת וזעירה, אז על מה לא נפסוק פיצויים?
* הרחבת מעגל הניזוקים – ביהמ"ש הכיר בכך שכל מי ששתה חלב עם סיליקון עשוי היה לסבול מאותן תחושות של גועל.
* הרחבת היקף הסיכון – הגדלת מספר ניזוקים ממעשה עוולה אחד – אחת הבעיות כתוצאה מהגדלת מספר הניזוקים, לפי מישהו בשם פרי – *".. כאשר מספר התובעים הוא עצום אפשר לומר, שההליכים המשפטיים מתנהלים לשווא. הניזוקים אולי יזכו בתביעותיהם, אך לא יזכו בפיצוי אלא על אחוז קטן מן הנזק. ההתדיינות הממושכת והיקרה אינה משרתת את מטרתה, הצדק נעשה למראית עין בלבד*..."

פס"ד סלמה ארד נ' שופרסל – רכשו גבינה שיש בה שומן מן החי למרות שאסור לפי חוק למכור גבינות שיש בהן שומן מן החי – הם תבעו על ההטעייה – התביעה התקבלה!

**שיעור מס' 4 – 13/11/12**

ראינו שבפס"ד תנובה פיצוי על פגיעה באוטונומיה. המונח הזה הורחב לעוד תחומים, בעיקר בתחום של רשלנות רפואית.

הסכמה מדעת –

בפרשת דעקה התמונה השתנתה. בחורה הגיעה לטיפול בכף הרגל, הסבתר שיש לה גידול בכתף. תוך כדי הניתוח הרופאים החליטו שיותר דחוף לטפל בכתף משום ששם המצב יותר קשה, ועשו זאת בלי לקבל את הסכמתה והיא נשארה עם "כתף קפואה" אבל בסך ה כל התוצאה הייתה טובה. דעקה הגישה תביעה בעילת נזיקין, עילת היעדר הסכמה מדעת ועילת פגיעה באוטונומיה. ביהמ"ש הסכים שהיה יותר דחוף לנתח בכתף אבל אף אחד לא שאל אותה – ביהמ"ש העליון קבע כי פגעו לה באוטונומיה בכך שלא ביקשו את הסכמתה, זכותו של אדם להחליט על גופו. עד פס"ד דעקה, אם הייתה רשלנות בטיפול היו פוסקים בפיצוי (לדעקה לא נגרם נזק, התוצאה הכללית הייתה טובה) אך בפס"ד דעקה פסקו לה פיצוי בלי שהיה נזק גופני אלא רק על פגיעה באוטונומיה.

יש כמה תביעות על ניתוח לייזר בעין, תביעה חדשה – בחור שעבר ניתוח לייזר בעיניים וכתוצאה מהניתוח המצב של העיניים שלו החמיר במקום להשתפר והוא הגיש תביעה נגד המנתחים – ביהמ"ש לא מצא אותם אשמים ברשלנות אך הוא קבע שהם פגעו לו באוטונומיה משום שלא הסבירו לבחור את כל הסיכונים משום שאלו ניתוחים אלקטיביים, שהם לא חובה לבריאותו של אדם ולכן יש לספק לו את כל המידע טרם ביצוע הניתוח או הטיפול – כי דווקא בנושאים אלו למטופל יש אפשרות בחירה גדולה יותר.

פס"ד אסתר כהן נ' שירותי בריאות כללית- היה נזק נפשי ופיזי אבל היה קשה להוכיח קש"ס בין הנזק הפיזי לבין הרשלנות. לכן פנו לפגיעה באוטונומיה ואמרו שלמרות שברור שאם היו מבהירים לה מראש ומסבירים לה היא הייתה בטוח מסכימה אבל בכ"ז למרות שלא ביקשו את הסכמתה לפני כן אז פוסקים פיצויים בגין פגיעה באוטונומיה ופגיעה ברשות.

כרמלי נ' מד"י – זה "ישרא-בלוף"- כרמלי אושפזה בכפייה והיא הגישה תביעה בעילת נזיקין-רשלנות רפואית ובעילת כליאת שווא. בימה"ש קבע שהיא הייתה במצב בו היא הייתה מסוכנת ולכן האשפוז בכפייה לא מהווה כליאת שווא, האישפוז היה הכרחי ונעשה בתו"ל. התעוררה שאלה – האם כשיש עוולה ספציפית, שההגנה שלה לא מתקיימת – כלומר עוולת כליאת השווא – אפשר לפנות לעוולה כללית, לעוולת הרשלנות? נחלקו הדעות בשאלה זו. דעת הרוב הייתה, של בך ולוין שיש לבדוק כל מקרה לגופו ואין לקבוע כלל בנושא. אם אנחנו קובעים שהתשובה היא כן אז למעשה אפשר לומר שאפשר למחוק את כל פקנ"ז ולהשאיר רק את עוולות הסל.

ס' 76 לפקנ"ז קובע עקרון כללי למתן פיצויים בקובעו:

*".. (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברי ושבא במישרין מעוולת הנתבע.. (2) סבל התובע נזק ממון, לא יינתנו לו פיצויים בשל הנזק אלא אם מסר פרטים עליו בכתב התביעה או בצירוף לו.."*

בנזיקין, כשתובעים, לא נוקבים בסכום וזו הסיבה שלתביעה בנזיקין יש אגרה שונה של המשפט (משום שאגרות משפט בד"כ נקבעות לפי סכום התביעה).

**סיכום ביניים:**

פרשת גורדון – הרחבת היקף הנזק – הכרה בנזק נפשי טהור כבר פיצוי.

פרשת תנובה – הרחבת היקף הנזק – הכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק חדש.

פרשת אלסוחה – הרחבת מעגל הנפגעים. הכרה בזכות של "נפגע משני" לפגיעה בגין הנזק הנפשי שנגרם לו עקב הפגיעה של קרובו.

"הקרוב הנוכח" – קרוב מדרגה ראשונה של ניזוק שהיה נוכח בעת שקרובו נפגע וטוען לנזק נפשי עקב כך.

הקרוב הנעדר" – קרוב מדרגה ראשונה של ניזוק שלא היה נוכח בעת שקרובו נפגע וטוען לנזק נפשי בעקבות פגיעת הקרוב.

הלכת אלסוחה – הכירה בקרוב הנוכח והנעדר כנפגעים בהתקיים מספר תנאים מצטברים. הלכת אלסוחה הרחיבה את מעגל הנפגעים אבל צמצמה את מספר מקבלי הפיצוי בתוך המעגל תוך יצירת איזון בין שני האינטרסים. הסיכון של הרחבת מעגל האחריות חייב הפעלת מדיניות משפטית מתאימה שתמנע הטלת חבות בהיקפים מופרזים.

**התנאים שנקבעו באלסוחה להכרה בנפגע משני כנפגע בר פיצוי:**

1. מידת הקרבה לנפגע – קרוב מדרגה ראשונה ובמקרים חריגים אפשר להכיר גם ברמת קירבה רחוקה יותר.
2. התרשמות ישירה מן האירוע – על הפגע להיות עד לאירוע או לתוצאותיו המידיות.
3. קירבה במקום או בזמן לאירוע.
4. קיומו של נזק נפשי ממשי – פסיכוזיס (מחלת נפש) או נוירוזיס (פגיעה נפשית ממשית שאינה מגעת כדי מחלת נפש) לנזק.

הלכת אלסוחה התפתחה במגמה של הגמשת מבחני הפיצוי:

* בת"א 4199/02 אומר ביהמ"ש – על תנאים אלה יש להשקיף כעל מורי דרך יעילים אך אין הן תחליף למצפן הנזיקי
* בת"א 754/05 מיישם ביהמ"ש את הנאמר לעיל וקובע שגם ב"מקרים ברורים וקשים" שאינם עונים על תנאי אלסוחה, יש להכיר בנפגע, גם אם לא נקבעה נכות ממשית.
* בת"א (י-ם) 1519/02- הורחבה הלכת אלסוחה גם ביחס לנזק גוף (פס"ד שניתן ע"י המרצה והיא הכירה בו בחולת סוכרת של ילדה שנטען שהתפתחה בעקבות הטראומה מהמוות של אביה).
* בת"א 9466/05 הכיר ביהמ"ש העליון בהרחבת ההלכה ביחס לנזק פיסי "רק כאשר מדובר בנזק ממשי ובעל השפעה על יכולת תפקודו היומיומית" וכן קבע שהלכת אלסוחה לא חלה רק על ת.ד.. היא חולשת על כל דיני הנזיקין. למה ביהמ"ש היה צריך לומר שהוא מחיל את הלכת אלסוחה על הנפגע המשני בכל מקרה ולא רק בתאונת דרכים? חוק הפלת"ד הוא חוק סוציאלי – גם אם אני אחראי על התאונה אני אקבל פיצוי על הנזק שלי מה שלא כן בפקנ"ז. אנחנו חשופים לפגיעות נזיקיות כל היום בלי שיהיה לנו את מי לתבוע, הלכת אלסוחה נולדה בעקבות חוק הפלת"ד וכשהתעוררה השאלה האם את הכלל של אלסוחה רוצים להרחיב על כל דיני הנזיקין ביהמ"ש החליט להרחיב את זה לכל דיני הנזיקין ולא רק לתחום הסוציאלי.
* פס"ד ממש חדש – 5231/10 – יישום של הלכת אלסוחה – פלונית נ' סהר חברה לביטוח בע"מ – נפגעה משפחת המערערים בת.ד.: אבי המשפחה נהרגה; הבת שהייתה כבת ארבע וחצי במועד התאונה, נפגעה באורח קשה; והאם, אשר בזמן התאונה הייתה בהיריון נפגעה באורח קל, ובהמשך נאלצה להתמודד עם המציאות הקשה והמורכבת של טיפול בביתה הפגועה באופן קשה, ובתינוקה שנולד מספר חודשים לאחר התאונה. זאת, כשהיא עצמה אלמנה צעירה ללא תמיכה משפטית בישראל 🡨 התינוק שנולד והאמא תבעו פיצויים כנפגעים משניים וביהמ"ש לא הסכים לפצות אותם משום שלא הוכח נזק ממשי.

למה את רבי בפרשת תנובה כן פיצוי ואת הילד שנולד במקרה דנן לא פיצו? משום שאלו עילות תביעה שונות. על פגיעה באוטונומיה תמיד פוסקים פיצוי. לילד, במקרה דנן, אין פגיעה באוטונומיה זהו נזק נפשי טהור וזה לא עומד בתנאי אלסוחה, הנזק הנפשי הוא לא ממשי.

החשש מהרחבת אלסוחה – הרחבת מעגל החבות של חוק הפיצויים במצב זה אינה פשוטה. להטלת האחריות יכולה להיות השלכה נרחבת והיא עלולה להטיל נטל כבד על הנתבעים כמו גם אפשרות שתובעים מסוימים יבקשו לקפוץ על העגלה. לא ניתן למנוע מניזוקים פיצוי הולם בשל עצם הקושי שבאיתור הקש"ס בין הנזק לבין המזיק. לכן יש לתת פיצויים לנפגעים משניים אך יחד עם זאת, הסיכון של הרחבת מעגל האחריות מחייב הפעלת מדיניות משפטית מתאימה שתמנע הטלת חבות בהיקפים מופרזים. כשאומרים "מדיניות משפטית" למעשה מעבירים את שק"ד לבימה"ש – להחליט האם ניתן באותו מקרה לתת פיצוי או לא.

הנפקות של הרחבת המונח נזק נפשי על **אפשרות תביעה בנזיקין של ילד כנגד הורה**: כל מיני התנהגויות של ההורים יכולות להתפרש כפגיעה באוטונומיה של הילד או בפגיעה ברגשותיו של הילד

**שיעור מס' 5 – 20/11/12**

**התערבות ביחסי הורים ילדים**

* בת 14 רצתה לשוט לבדה סביב העולם וביהמ"ש אישר לה את זה למרות ההתנגדות של מועצת לשלום הילד- **טובת הילד אל מול זכויות הילד**.
* נניח מצב בו ילדה בת 14 הולכת ומשתמשת בכרטיס אשראי של הוריה וקונה משהו ב-500 שקל, האם האמא יכולה לעשות משהו? הם יכולים ללכת ולבטל את העסקה – עסקה של קטין שנעשתה באשראי אפשר לבטל אותה לפי החוק לא משנה אם זה נעשה באשראי של הילד או של ההורים.
* נניח מצב בו הילדה הלכה ועשתה בדיקת לגילוי איידס וגילתה שהיא נשאית, היא מחליטה לא לספר להורים שלה – האם זה מותר מבחינת הרשויות? מישהו עשה לה את בדיקת האיידס, והוא יודע שהיא בת 14 והיא נשאית – האם הוא צריך ללכת ולספר להוריה? החוק לגילויי נגיפי איידס קובע שאסור לגלות להורים אם הילד מסרב. יש לדבר הזה הרבה השלכות – שק"ד של ילדים בני 14 הוא לא כמו של בוגרים והם לא יכולים להתמודד עם זה לבד.

יש פה שתי דוגמאות – אם היא קנתה משהו ב-500 שח אמא שלה יכולה לבטל את זה אבל אם היא נשאית אז ההורים שלה לא יכולים לדעת את זה!

פרשת Gililk- בפס"ד האנגלי המפורסם ביקשה הגב' גילילק אם לחמש בנות הצהרה בדבר אי חוקיותן של הנחיות רשויות הבריאות שפיהן הרופאים רשאים לספק אמצעי מניעה לנערות מתחת לגיל 16 ללא הסכמת ההורים או ידיעתם. ביהמ"ש דחה את הבקשה וקבע שרופא רשאי לספק אמצעי מניה לנערות מתחת לגיל 16 ללא הסכמת ההורים וללא ידיעתם 🡨 ביהמ"ש דחה את התביעה – הילדים לא יבקשו אמצעי מניעה ואז יהיה הרבה הריונות לא רצויים והפלות. לילדים יש שק"ד שההורים לא יכולים להתערב בו, בדיוק כמו בעניין של הנשאות.

פס"ד שפר נ' מד"י – בהיותה כבת שנה אובחנה יעל כחולה במחלה הגנטית חשוכת המרפא הידועה בשם טיי-זקס. משחלה החמרה במצבה הגישה בקשה לביהמ"ש: "יעל באמצעות אמה ואפוטרופוסה הטבעית זכאית לכך, שאם וכאשר יוחמר מצבה הבריאותי, אשר בגינה תזדקק לסיוע נשימתי ו\או מתן תרופות באמצעות עירוי, או בכל דרך אחרת, למעט מתן תרופות לשיכוך כאבים על מנת להקל על סבלה – לסרב ולא לקבל את הטיפולים הנ"ל בניגוד לרצונה" 🡨 ביהמ"ש דחה את בקשת האם. פסק הדין ניתן לאחר שהיא נפטרה, מנחם אלון כתב אותו – האם הייתה מאוד מסורה לילדה, הבקשה באה ממקום של דאגה, היא לא רצתה שהילדה תמשיך ותסבול. הנחת המוצא של ביהמ"ש הייתה שהאם דאגה לילדה מאוד ולא אמא שפנתה לבימה"ש מתוך כך שנמאס לה לטפל בילדה וכו'. בהימ"ש הבין שאם הוא מקבל החלטה פה אז הוא מתערב ביחסי הורים-ילדים באופן הכי בוטה – למה הכי בוטה? משום שאם מחליטים נגד בקשת האם אז האם צריכה לשאת בזה משום שהיא תצטרך לטפל בילדה למרות שהיא חושבת שזה לא נכון. ביהמ"ש לא נעתר לבקשה ולא ניתקו את הילדה מהמכונות.

* יעל נולדה ביום 26.2.86
* אושפזה ביום 22.11.87
* הגישה בקשה לביהמ"ש ביום 3.8.88
* החלטה במחוזי ניתנה ביום 8.8.88
* ביום 11.9.89 ניתנה החלטה שדוחה את העירעור
* פס"ד ניתן ביום 24.11.93 - חמש שנים לאחר שהיא נפטרה ניתן פס"ד.
* יעל נפטרה בהיותה כבת שלוש.

היוהמ"ש נ' פלונית – דובר בילד בן 8 שסבל מפגיעה שכלית ומוטורית קשה מלידה. משהחל לסבול ממחלת כליות שהוחרפה ביקשו הרופאים לבצע לו טיפול באמצעות דיאליזה. ללא הטיפול היה הקטין צפוי למות. הוריו סירבו לתת הסכמתם לטיפול וביהמ"ש הכיר בזכותם של ההורים לסרב לטיפול אבל למדינה יש תפקיד בשמירת טובתם של קטינים, וזאת על חשבון האוטונומיה של הורים. על ההורים לדעת **כי בנסיבות מסוימות רשאית המדינה להעמיד במבחן שיפוטי את השאלה האם האופן שבו הם מייצגים את טובת ילדיהם עומד בקריטריונים ראויים.** יש לצאת מנק' הנחה ש"ההורים המופקדים על התא המשפחתי ומכירים באופן אינטימי את צדדיה השונים של הבעיה המתעוררת במסגרתו יקבל את ההחלטות הטובות ביותר עבור הילדים" . במקרה הספציפי הזה ביהמ"ש קיבל את בקשת ההורים.

פלוני נ' ורדי ג'ק- בחור בן 17 חולה סרטן. הרופאים שטיפלו בו נתנו סיכויי החלמה של 64% (זה סיכויים מצוינים יחסית למלחת הסרטן) עשו לו טיפולים כימותרפיים והוא הפסיק אותם בגלל שהוא לא רצה שהשיער ינשור. ההורים פנו לרשויות ואשפזו אותו בכפייה כדי שיעבור את הטיפולים הכימותרפיים. ורדי ג'ק היא העובדת הסוציאלית שטיפלה בנושא שלו, והנער הגיש נגדה תביעה. זה הגיע לביהמ"ש והשופט אלון קיבל את בקשתו – שיחרר אותו מהאשפוז הכפוי. הבחור טס לארה"ב ונפטר. השופט אלון שנתן את פס"ד התייחס בפרשת שפר פרשה זו ולהבנת המרצה הוא הביע חרטה "*דרך זו נראתה לו רצויה ונכונה לפי נסיבותיו של מקרה קשה זה. הדבר לא עלה כרצוי, הקטין נמלט מהארץ* ...."

ניתוח המקרה: מדובר בבחור בן 17 שההורים שלו יכולים להחליט עליו שיקבל את הטיפול – בזה אין ספק. מסוכם על כולם שאם הוא היה בן 18 ויום כללי המשחק היו שונים. מה שביהמ"ש בא ואומר זה שאם הבחור היה בן 14-15 הם היו מקבלים את דעת ההורים אך מכיוון שהוא מתקרב לגיל 18, גיל הבגרות אז ביהמ"ש יטה יותר ויותר לתת לנער אפשרות להחליט על עצמו.

**זכויות ההורים- אפשר לנתח אותן בשתי גישות-** נק' המוצא היא שהחברה מתערבת להורים בגידול הילדים והשאלה היא עד כמה היא תתערב:

* גישה אחת –להורים **זכויות מותנות** – זכות ההורים היא למלא את החובות שלהם כלפי הילדים ולדאוג לאינטרסים של הילדים. החברה העניקה להורים זכויות לצורך מילוי החובות שלהם כלפי הילדים.
* גישה שנייה – להורים **זכויות בסיסיות** – להורים זכות לגדל את הילדים ולמלא חובותיהם כלפיהם. דוגלי הגישה הזו לא אומרים שהם לא יתערבו אף פעם אלא קו הגבול הוא שונה מהגישה הראשונה.

**שיעור מס' 6 – 27/11/12 – לא באתי, השלמתי מדניאל**

ע"א פלוני נ' היועמ"ש:

-הטבע יוצר את הקשר בין ההורה לילד.

-"משפט המדינה לא יצא את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבו הופך הוא "אינטרס" של ההורים לזכות ע"פ דין... יפה קבע סעיף 14 לחוק הכשרות כי ההורים הם האפוטרופוסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים. הטבע הוא שיוצר אפוטופרסות זו ואילו משפט המדינה לא בא אלא בעקבות הטבע וספג אל קרבו את חוק הטבע".

-ניתן היה לצפות שהקשר הטבעי הבסיסי והראשוני בין הורים וילדים יעניק אוטונומיה וכוח להורים לקבל באופן עצמאי החלטות בקשר לילד. אלא שהדבר איננו כך וכפי שיובהר להלן, לקשר הטבעי עוצמה חוזק וחסון אך אין זה קשר עצמאי ובלתי תלוי. זהו קשר הנתון לפיקוח והתערבות תמידיים...

**פגיעה באוטונומיה ההורית:**

1. בחקיקה- חוק חינוך חובה, איסור להשיא בן ובת קטינים, ענישה גופנית וכו'.
2. ע"י הרשויות- כאשר רשות מחליטה לדוגמא לשלוח את הילד למסגרת של חינוך מיוחד.
3. ע"י ביהמ"ש- החלטה שיפוטית בהקשר למשמורת, השמה וכל עניין אחר.

-ברגיל, התא המשפחתי מתנהל באורח אינטימי ומטבע הדברים החלטות ההורים לא חשופות לעין הציבור ומימילא לא נתונות לבקרה.

האפשרות להתערב בהחלטות ההורים קיימת במספר מצבים:

1. כאשר הורה מפר הוראת חוק.
2. היעדר הסכמה של ההורים, לרוב במצבי משבר משפחתיים.
3. כשאר רשות מרשויות המדינה פונה לבית המשפט, רשויות הסעד, מוסד חינוכי, מוסד רפואי.

נחזור לגישות של ההתייחסות לזכויות ההורים:

**זכויות ההורים:**

**גישה אחת-** להורים זכויות מותנות.

**גישה שנייה-** הורים זכויות בסיסיות.

למשל פס"ד שפר- הילדה שההורים לא רצו שיחברו אותה למכונת הנשמה המקרה ומצבה יחמיר. ביהמ"ש לא קיבל את דעת ההורים והורה לחבר אותה למכונות הנשמה. **ביהמ"ש קיבל את הגישה של זכויות מותנות.**

בפס"ד ורדי ג'ק- הילד בן ה-17 שלא רצה להיות מטופל בכימותרפיה. כאן ביהמ"ש מתייחס לזכויות ההורים כזכויות מותנות.

בג"צ קונסלס- זוג הורים חשוכי ילדים נסעו לברזיל ואימצו ילדה כחוק. הביאו את הילדה לארץ, גידלו אותה ללא דופי במשך שנתיים. בגיל שנתיים מישהו ניגש לאם ברחוב ואמר לה הילדה שלה חטופה- אותו בחור היה עיתונאי גרמני שהחליט לעשות תחקיר על חטיפת ילדים בברזיל. למשפחת קונסלס היו 6 ילדים, אב המשפחה לא היה בתמונה והאם גרה בבקתה עם כל ילדיה ויום אחד נעלמה לה ילדה אחת. העיתונאי הגרמני שכנע אותה לצאת לחפש אחר הילדה. הם פנו לביהמ"ש והאמא דרשה לקבל את הילדה. העניין הסעיר את המדינה כיוון שההורים נהגו בצורה חוקית ומסודרת. הסתבר בביהמ"ש שלילדה ולהורים היה קשר מדהים אך מנגד עמדה האם הביולוגית. ברור לנו שאפשר ללכת בשני מישורים: האחד: לבחון את טובת הילד והשנייה: אם אנו אומרים שזכויות ההורים בסיסיות האם בכלל יש פה שאלה של טובת הילד? פרופ' שיפמן כתב באחד ממאמריו שברור לכולנו שאנחנו לא נאמר שאפשר ללכת לכפרים במדינות עולם שלישי, לקחת את הילדים שחיים בתנאים לא תנאים, להוציא אותם מידי ההורים ולהביא אותם למשפחות עשירות ומשכילות. אבל, כאשר מגיעה סיטואציה כמו זו, שהילדה הגיעה לידי הורים אחרים אז ביהמ"ש כבר כן בוחן את העניין. כל המומחים החליטו שטובת הילדה היא להישאר עם ההורים המאמצים שלה. כאן ביהמ"ש גם התייחס לעובדה שההורים עשו את האימוץ בתום לב. בביהמ"ש יש את הדיעה של טובת הילד ומצד שני את זכות ההורים. ביהמ"ש השתכנע שיש סיכוי שהאב יחזור לחיק המשפחה ואם המשפחה תזכה לתא משפחתי מוגן. עולה מפסק הדין שלו ביהמ"ש היה מגיע למסקנה שהאב לא יחזור לעולם והילדים יישארו באותם תנאים כנראה שהוא היה אומר שבמקרה הזה הפגיעה הילדה תהיה כל כך קשה ואין להחזיר אותה להוריה הביולוגים-הביאס קורפוס.

"הביאס קורפוס" (habeas corpus  "הביאו את הגוף") הוא צו שירשנו מהמשפט האנגלי ומשמעותו להורות להביא אדם הכלוא בפני הרשויות לביהמ"ש אשר ידון בחוקיות מעצרו, ואם מעצרו לא חוקי – לשחררו. כיום הצו בא לידי ביטוי בעיקר בהקשר של חטיפת ילדים בשל סכסוכים משפטיים בהם מתבקש ביהמ"ש להורות לאחד ההורים להביא את הקטין/קטינים לצורך מתן צו להחזרתם לארץ אחרת.  היינו, הליך "הביאס קורפוס" בהקשר זה, מיועד לקבוע את הפורום שידון בנושא המשמורת במישור הבינלאומי.

ביהמ"ש הורה על החזרתה של הילדה. תוכנית ישראלית הביאה את הילדה לארץ כשהייתה בת 17- היו לה 3 ילדים מגברים שונים, היא מעולם לא למדה ובעצם חזרה למציאות הקודרת בברזיל.

מבחינה משפטית- האם נכון היה להגיע להחלטה אחרת?

**שלושה מישורים בהם עשויה להתעורר התנגשות בין זכויות הורים לילדים:**

המישור הראשון- התנגשות בין זכות הילד לזכות ההורה **כאפוטרופוס** לקבוע מה טובת הילד (טיפול רפואי).

המישור השני- התנגשות בין זכות הילד לזכות ההורה **כאדם** לממש רצונות ושאיפות שלו (העתקת מקום מגורים).

המישור השלישי- התנגשות בין זכות בן משפחה לזכות בן משפחה אחר (תרומת כליה מילד לילד).

**שיעור מס' 7 – 12\12\04 – לא באתי, השלמתי מדניאל**

מקרה של ילד החולה בלוקמיה שהוריו החליטו "לייצר" לו אח קטן שתואם לא גנטית ויכול להיות תורם עתידי. האם מישהו יכול להתערב להם? יש הנחיות של משרד הבריאות שמסדירות הפריות חוץ גופניות. במידה ואין הסדרים לעניין האם הילד המהונדס יכול לבוא בטענות למישהו? הוא יכול לבוא בטענות להורים ולרשויות.

**המקור החוקי לכך הוא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.**

התנגשות של אינטרסים בין בני משפחה:

ייתכנו מצבים שבהם זכות הילד תפגע בשל העדפת זכות של בן משפחה אחר. ההבדל בין סיטואציה זו לביו סיטואציה של התנגשות עם זכות ההורה היא בשניים:

1. ראשית העדפת האינטרס של ההורה כאדם במקרה זה אינה מכוונת לטובתו האישית, אלא לטובת בן משפחה אחר.
2. זנית בן משפחה יכול שיהיה גם אחד הילדים האחרים וכל מנגנוני ההכרעה...(לא הספקתי להעתיק).

הכרעות במקרים של התנגשות בין בני משפחה:

פרשת צ'יודאלי: התיר ביהמ"ש לקיחת מח עצם מילדה בת 8 להצלת אחותה.

פרשת פלוני: ביהמ"ש לא התיר תרומת שליה של בן מפגר לאביו.

"טובת הילד" ו"זכויות הילד":

דוקטרינות שהתפתחו במאה הקודמת. החלה להתגבש הכרה בצורך החברתי והמוסרי להגן על ילדים. פסקי דין שניתנו במחצית השנייה של המאה ה-20, ע"י בית המשפט העליון של ארה"ב סימנו את תחילתה של דרך חשיבה חדשה הרואה בילדים בני אדם הזכאים לזכויות אזרח. בפסק דין IN RE GAULT (1967), נקבע שילדים הם בני אדם על פי החוקה האמריקנית ויש להם זכויות אזרח כמו למבוגרים. השלה הבא בהכרה היה קבלת האמנה בדבר זכויות הילד ע"י האו"ם.

עיקרון זכויות הילד:

ילדים ראויים לזכויות ככל אדם. השאלה כמובן אלו מבין הזכויות שהחברה מעניקה למבוגרים היא יכולה להעניק גם לילדים.

ע"פ תפיסה זו, הילדים הם בעלי זכויות עצמאיות נפרדות שונות משל הוריהם והם זכאים לזכויות יסוד כשם שהמבוגרים זכאים להם, אלא שהיקף הזכויות עשוי להיות צר יותר משל מבוגרים, בנושאים מסוימים ובגילאים מסוימים בהתאם לכשריו של הילד. (עקרון הכשרים המתפתחים).

עיקרון טובת הילד:

המונח "טובת הילד" בא לבטא תפיסת עולם אשר לפיה לילד זכויות עצמאיות מכוחו שלו ולא מכוח ההורים.

פרשת פלוני ע"א 2266/93: האם נחשפה לכת מאוד משונה וההורים התגרשו. האם רצתה שהילדים יחיו איתה בכת בהתאם לאורח חיי הכת, האב התנגד וביהמ"ש היה צריך להכריע. אנחנו נמצאים בסיטואציה שכל הורה מסתכל על העניין בצורה אחרת ולכן אנו צריכים לשקול באיזה מנגנון להשתמש? טובת הילד או זכויות הילד. הנשיא שמגר תמך בעיקרון זכויות הילד ושטרסברג כהן ואחרים הייתה בעד טובת הילד וזה מה שנקבע בפסיקה-דעת הרוב. בטובת הילד אנחנו צריכים להכיר גם בעניין שיש לילד זכויות.

הסוגיה הזו מתעוררת המון פעמים במקרים של חיסונים. בארץ יש סדרת חיסונים שתינוקות חייבים לעבור אבל אין חוק שמחייב את ההורים לחסן את ילדיהם ויש קבוצות שונות שדוגלות באי חיסון הילדים. ומה יקרה אם הילד יחלה במחלה כיוון שההורים לא חיסנו אותו? מדוע המדינה לא קובעת בחוק לחסן אותם. הסוגיה הזו מאוד בעייתית כי אם קבוצה גדולה של הורים תחליט לא לחסן כל מערך החיסונים יקרוס.

עקרונות מנחים כבסיס לקבלת החלטה במקרה של התנגשויות בין הזכויות:

* זכות ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות יסוד חוקתית.
* פגיעה בזכות החוקתית תעשה רק במקרה שנשקפת סכנה ממש לילד (קונסלס).

נקודת האיזון בין זכויות הילד לזכויות ההורה:

1. גישת איזון הזכויות- גישה שמיושמת לפתרון קונפליקטים בין זכויות הילד לזכויות ההורה כאדם.
2. גישת אי ההתערבות- להורה זכות יסוד לאוטונומיה בקבלת ההחלטות הנוגעות אליו. לחברה אין זכות להתערב בהחלטות שלו גם אם הן פוגעות בילד.
3. גישת האוטונומיה המוגבלת- להורה זכות יסוד לאוטונומיה. לחברה אין זכות להתערב אלא אם עולה מההחלטה שלילד ייגרם נזק ממשי.

שלושת הגישות קנו להן אחיזה בפסיקה.

הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמפשט מאמצת את הגישה שלהורים זכויות בסיסיות, היא מציעה כמה הצעות בטווח שתי הגישות האחרונות שהובאו לעיל. למשל מציעה "שיקול דעת של בית משפט (שייתכן ויתפתח דרך הפסיקה) שסכסוכים תוך משפחתיים מסוימים אינם שפיטים".

לדעת המרצה, יש לאמץ את הגישה השלישית ולקבוע שזכות הילד תועדף רק במקרה שבו קיים חשש ממשי לשלום הילד. או כשההורה מתנהג בצורה אכזרית או קפריזית.

מספר אפשרויות לאינטראקציה בין דיני הנזיקין וילדים:

**מודל ראשון-** דיני הנזיקין הקיימים נועדו לתת מענה לכל סוגי המזיקים והניזוקים, קטנים כגדולים.

**מודל שני-** דיני הנזיקין אינם מתאימים להסדיר אירועים שבהם מעורבים ילדים, בין כמזיקים בין כניזוקים- מבחן האדם הסביר אינו ישים.

**מודל שלישי-** ניתן להחיל את דיני הנזיקין אך יש לפתח מבחנים מיוחדים.

**מודל רביעי-** דיני הנזיקין יחולו גם על ילדים, אבל האיזונים יהיו שונים, למשל מבוגר לא יוכל ליהנות מהגנות שונות שבחוק (לדוגמא ההגנות שבסעיף 24 ביחס לעוולת התקיפה).

**המודל שאומץ בפקודת הנזיקין הוא המודל ה-3. החוק קובע הוראות התאמה ביחס לילדים:**

1. גיל 12 לגיל סף לתביעה נגד קטין מזיק ולתביעה (שכנגד) כנגד קטין ניזוק.
2. החוק קובע את גיל 12 כגיל סף לקטין שהסתכן מרצון.
3. פטור מאשם לקטין תחת לגיל 12.
4. הגנה לבגיר ביחס לעוולה של כליאת שווא.

**ההסדר המשפטי ביחס לילדים וביחס למורים ולמוסדות חינוך:**

האם כשאנחנו דנים באירוע שקרה בכיתה האם נצפה ממורים להשגחה יתרה או שנבוא ונאמר, כמו שלהורים אנחנו נותנים אוטונומיה נעשה אותו דבר עם המורים?

**שיעור מס' 8 – 12\12\11**

**ההסדר המשפטי ביחס לילדים**

קוטלר דוד נ' ויקטוריה רשת מסעדות – התובע השתתף באירוע שהתקיים במועדון שמפעילה הנתבעת. במהלך האירוע התקיימה הופעת ריקוד היתולית שבה רקדן בלבוש אישה רקד ואף הזמין צופים מהקלה לרקוד עמו. התובע כאחרים לפניו נענה להזמנה והחל רוקד עם הרקדן. במהלך הריקוד קפץ הרקדן ונתלה על התובע כשרגליו על מותני התובע. התובע לא הביע התנגדות. הרקדן ירד והשניים המשיכו בריקוד. לאחר כעשר שניות קפץ הרקדן ושוב נתלה על מותני התובע. זו הפעם קרס התובע ונפל. כתוצאה מהנפילה נשברה עצם הירך ונגרמה לו נכות בשיעור 10%".

קוטלר הגיש תביעה כנגד המסעדה והמסעדה טענה שהוא הסתכן מרצון ולחלופין אשם תורם – ביהמ"ש קיבל את הטענה של האשם התורם. למה ביהמ"ש דחה את ההסתכנות מרצון?

ס' 5(א) לפקנ"ז – **הסתכנות מרצון** 🡨 במקרה של הרקדן, הוא לא ידע שיש נזק ולא העריך שיש נזק, הוא לא רצה לחשוף את עצמו לסיטואציה מהסוג הזה. כדי שנאמר לגבי אדם שהוא הסתכן מרצון צריכים להתקיים 3 תנאים מצטברים:

* ידיעת הניזוק אודות הסיכון, לרבות הערכת אופיו המסוכן.
* חשיפתו לסיכון
* רצונו לחשוף עצמו לסיכון ולתוצאותיו המשפטיות

מתי ביהמ"ש כן מקבל את טענת ההסתכנות מרצון? בד"כ בתק' האינתיפאדה כשאנשים היו מתקהלים ומפגינים והם ידעו שכוחות הביטחון יורים כדורי גומי ומפזרים גז פלפל ובכ"ז בחרו לקחת חלק בהפגנות – הם הסתכנו מרצון.

ס' 5(ג) מדבר על התסכנות מרצון לילדים שהם מתחת לגיל 12 – לא נייחס הסתכנות מרצון לילדים מתחת לגיל 12.

**אשם תורם** – יש לילדים מתחת לגיל 12 – ס' 64(3) – הסעיף לא אומר שאין אשם תורם לילדים מתחת לגיל 12 אלא הוא אומר מסבך קצת את העניינים. הסעיף אומר שאין אשם תורם לילד מתחת לגיל 12 בסיטואציות בהם אדם מבוגר הזמין ילד מתחת לגיל 12 אליו הביתה ונניח שיש לו כלב בוקסר והוא נושך אותו – אם זה היה אדם מעל גיל 12, היה אשם תורם משום שהוא ראה שיש כלב ובכ"ז נכנס; אם זה ילד מתחת לגיל 12, אין אשם תורם משום שלילד בגיל הזה אין את החשיבה להבין שהוא צריך לנהוג במשנה זהירות, מה שכן יש למבוגר.

פס"ד צימרמן – ילד בן 9 יוצא עם חבריו בערב לג בעומר לאסוף קרשים והוא לוקח איתו את אחיו בן 4.5. בדרך, הם ראו שכן עם כלב מאיים מאוד שכולם היו פוחדים ממנו והוא היה קשור עם רצועה בתוך החצר. בחצר היו קרשים והחבורה התפתתה להיכנס לחצר שלא הייתה נעולה. הכלב התנפל על הילד בן ה-4.5 ונשך אותו. התעוררו כמה שאלות:

* האם להטיל אחריות על בעל הבית, הכלב? האם הוא התרשל? הוא היה צריך לצפות במצב הדברים שהיה שזה יכול לקרות – יש לו קרשים בחצר בל"ג בעומר, הוא היה צריך לנעול את החצר.
* האם להטיל אחריות על ההורים? כנראה שכן.. ביהמ"ש הטיל 15% על ההורה. הערכאה הראשונה לא הטילה בכלל אחרות על ההורה.

נניח שהילד בין ה-9 היה נפצע – מה היה קורה אז? המרצה אומרת שהיו מטילים עליו אשם תורם. אבל האם במקרה של הילד בן ה-9 יש על ההורים אחריות? אם במקרה של הילד בן ה-4 הם הטילו 15% אז סביר להניח שבמקרה של הילד בן ה-9 לא יטילו עליהם אחריות בכלל.

פס"ד מועצה מקומית מג'אר נ' איאד דהאר – ביום 6.3.01 יצאו התובע כבן 14 ובן דודו לטיול בכפר מגוריהם, מג'אר, כאשר באותו יום נחגג חד אל אדחא, תוך כדי הליכה הבחין התובע בחפץ ממנו עולה עשן אשר מונח בצד הכביש. התובע ניגש לחפץ תפס אותו וזה התפוצץ בידו. בית משפט השלום הטיל אחריות על המועצה המקומית מהטעם שלא הוכיחה שאכפה איסור מכירת חפצים מסוכנים לפני החג. הטילה אשם תורם 20% על התובע. דחתה את הטענה שהסתכן מרצון.

הטילו אחריות על המועצה המקומית בגלל שהם לא אכפו את האיסור על הנפצים – כמו שאוכפים לפני פורים. ביהמ"ש העליון לא אהב את הנימוק הזה אבל השאיר פס"ד על כנו עם נימוקים אחרים. על הילד הוטל 20% אשם.

 פס"ד נעם עזאם נ' מועצה מקומית עוספייה – התובעת כבת 13 נשלחה על ידי הסב לקנות דבר מה. בעת שירדה מבית הסב לכביש הראשי החליקה על גרגרי בטון וחצץ שהיו פזורים שם, ונפלה לתוך בור. לטענת התובעת, עובר לאותו מועד בוצעו עבודות סלילה בכבישים בעוספיה. כיון שהמועצה המקומית אחראית על הכבישים הוגשה התביעה כנגדה. במענה לטענות הנתבעת: התובעת העלתה טענה של פטור מאשם לפי סעיף 64 (3)

במקרה הזה הטילו אחריות על המועצה המקומית שהיה על המועצה לגדר את האיזור. האם יש לה אשם תורם? אם היא הייתה פחות מ-12 אז לא היינו מטילים עליה אשם תורם. מה שביהמ,ש אומר פה זה שגם ילדים מעל 12 בנסיבות מסוימות לא נטיל עליהם אשם תורם 🡨 כמו במקרה זה.

יש לנו 3 דרגות:

* פחות מגיל 12 – אין הסתכנות מרצון ואין אשם תורם אבל לא באופן גורף אלא רק במקרים מסוימים.
* בין 12 ל-18 ביהמ"ש יפעיל שק"ד אם להטיל או לא להטיל אשם תורם.
* מעל 18 יש אחריות

פס"ד כהן נ' לנטוש – לא מטילים אשם תורם על ילד מתחת לגיל 8. יש מידע על זה במצגת:

העובדות: תלמיד בן שמונה טיפס עם עוד שני חברים בחצר בית הספר על עץ ונפל. בית המשפט קבע אחריות על בית הספר שידע שהתלמידים מתפתים לטפס על העץ ולא דאג לתורנות של מורים והשגחה מספקת. בית המשפט קובע ש"הפעולה אשר יצרה את הסכנה – פעולת הטיפוס - איננה פעולה שאין בצידה הודעה מוקדמת כמו דחיפה בעת משחק כדורגל או משחק אחר"

הנני סבור שאין ליחס אשם תורם לילד בן פחות משמונה, אשר התפתה, כמנהג חלק מהילדים בני גילו לטפס על העץ. "האשם" איננו בו אלא באלה, שעל אף שהיה הדבר מחובתם לא מנעו ממנו את העליה לעץ. אכן, גם קטין למטה מגיל 12 שנים, יכול להיות אשם באשם תורם על אף הוראות סעיף 5 לפקודת הנזיקין, אך בעניינו אין ליחס לו אשם תורם, הן בהסתמך על הוראות סעיף 64 (3) לפקודת הנזיקין החלות על המקרה דנא, והן בהתחשב בנסיבות המקרה כמבואר לעיל"

**רשלנות תורמת** – שאלות הרשלנות התורמת נבחנת על פי אמות מידה של קטין סביר באותו הגיל. מבחן זה מתחשב בכושר שיפוטו המוגבל ובניסיון החיים המועט של ילד ובנטייתו להימשך לדברים מסוכנים.

פס"ד מד"י נ' ליעד שובל – העובדות: המשיב היה במועד הרלוונטי תלמיד כיתה יב' בבית הספר בק. אתא. מדינת ישראל באמצעות משרד החינוך אחראי על הצד הפדגוגי כמו גם על בטיחות . מסביב לבית הספר כמה שערים. אחד ראשי פתוח ואחד אחורי סגור תמיד. המשיב ושני חבריו החליטו להיכנס לבית הספר דרך השער האחורי. שני החברים טיפסו וקפצו ללא פגע, המשיב קפץ נפל ונגרם לו שבר מרוסק בקרסול. גובה השער 2 מטר.

מסקנות בית המשפט: בבית הספר ידעו על התופעה, אסרו על התלמידים והעירו למי שעשה זאת, אך לא עשו די למנוע אותה. לו היה מורה ליד השער, הדבר היה מרתיע את התובע שהיה תלמיד ממושמע מלקפוץ. על יסוד קביעה זו בית משפט השלום הטיל אחריות על משרד החינוך. יחד עם זאת מאחר והמשיב היה כבן 18 וידע היטב על האיסור לקפוץ הטיל עליו 40% רשלנות תורמת.

בערעור נחלקו הדעות:

דעת מיעוט יש להטיל אחריות על העיריה ועל משרד החינוך ולקבוע למשיב אשם תורם של 50%

דעת רוב : יש להטיל אחריות רק על העיריה ולא על משרד החינוך. משרד החינוך לא דווח על התופעה ולפיכך לא קמה לו חובת זהירות. מצטרפים להטלת אשם תורם של 50%.

**שיעור מס' 9 – 12\12\18**

פס"ד שאול – ילדה שהלכה לבד למכולת ונדרסה. ביהמ"ש כעליון אומר: מדובר בילדה בת 7 תושבת העיר ירושלים הנשלחת לחנות בקרבת ביתה ונאלצת לחצות מעבר חציה בדרך. בהיעדר נימוק מיוחד אין לענ"ד השופט כי הורים השולחים את ילדיהם למכולת נוהגים ברשלנות. יתכנו נסיבות מיוחדות בהן המסקנה תהיה שונה. הפס"ד ניתן בשנת 1975 ולדעת המרצה היום המסקנה הייתה שונה ויש לכך חשיבות כי דיני הנזיקין נותנים מענה לסיטואציות ומבטאים מדיניות וקונצנזוס חברתיים.

פס"ד עץ מלא- תינוקת בת 4 חודשים בכתה, האבא שם אותה על מיטת הילדים של הילדה בת השנתיים וחצי. במיטה הזו יש מן מגן – יש רווח בין המגן למיטה. התינוקת זזה, החליקה והראש שלה נתקע ברווח בין המיטה למגן והיא הפכה להיות נכה לגמרי. האם יש פה אחריות בנזיקין? האם חברת עץ מלא שעשתה את המיטה הזו התרשלה? כלפי מי יש לה חובת זהירות? זוהי מיטה שלא מיועדת לתינוק, ראש של ילד בין שנתיים וחצי לא יתקע ברווח הזה. אם היא הייתה צריכה לצפות את זה אז היא הייתה צריכה לנקוט אמצעי זהירות כדי למנוע מצבים כאלו. ביהמ"ש לא הטיל אחריות על היצרן. אם המקרה של עץ מלא היה קורה במעון, היינו מטילים אחריות על המעון או על הגננת אבל כנראה שלא היו מטילים על היצרן.

**ההסדר המשפטי ביחס למורים ומוסדות חינוך**

הפסיקה בהתייחסה לקטינים הבחינה באופן ברור בין קטנים שנפגעו ע"י בגירים אשר היו אחראים עליהם לבין כאלה שנפגעו ע"י\כתוצאה ממחדל של בגירים שהילדים לא היו תחת משמרותם. בסוג הראשון של מקרים הורחבה חובת הצפיות – מקום שצפוי שילדים יהיו שם – אם בשל כך שמדובר במקום אותו נוהגים לפקוד ילדים או שמדובר ביצירת סיכון שמהווה פיתוי לילדים, במסגרת חובת הצפיות מתקיימת דרישה לצפות הימצאות ילדים ולנקוט אמצעי זהירות מתאימים.

מד"י נ' ליעד שובל – דיברנו עליו בשיעור קודם. המרצה חושבת שלא היה צריך להטיל אחריות על בי"ס. ביהמ"ש הטיל אחריות על בי"ס, והטיל רשלנות תורמת 40% לתלמיד. מסקנות ביהמ"ש:

* בבי"ס ידעו על התופעה אסרו על התלמידים והעירו למי שעה זאת אך לא עשו די למנוע אותה
* לו היה מורה ליד השער הדבר היה מרתיע את התובע שהיה תלמיד ממושמע מלקפוץ. על יסוד קביעה זו ביהמ"ש השלום הטיול אחריות על משרד החינוך.
* היה רשום עוד משהו, לראות במצגת (כתבתי את הכל למעלה)

בערעור נחלקו הדעות על מי להטיל את האחריות:

* דעת מיעוט – יש להטיל אחריות על העירייה ועל משרד החינוך ולקבוע למשיב אשם תורם של 50%.
* דעת רוב – יש להטיל אחריות רק על העירייה ולא על משרד החינוך. העירייה לא דווחה על התופעה ולפיכך לא קמה לו חוברת זהירות. מצטרפים להטלת אשם תורם של 50% 🡨 ביהמ"ש אומר שיטילו אחריות על משרד רק מקום בו משרד החינוך ידע על התופעה או היה צריך לדעת.

פס"ד אילנה מרצ'לי נ' מד"י – – **פס"ד מנחה כשמדברים על תלמידים.** העובדות במצגת.

* העובדות:
* א) התובעת הייתה תלמידת כיתה ט באולפנת "צפירה", מוסד תיכוני תורני לבנות במושב צפריה. ביום 24.7.74, ובמסגרת הלימודים, השתתפה התובעת יחד עם בנות כיתתה ומורותיה בטיול לירושלים.
* (ב) התלמידות הוסעו לירושלים בכלי-רכב הקרוי טיולית. בטיולית זו היו שני פתחים המשמשים לכניסה וליציאה של נוסעים: דלת קדמית ופתח אחורי. הפתח האחורי היה מורכב משני חלקים: חלק עליון (אשר שימש גם כחלון) וחלק תחתון. כדי להשתמש באותו פתח אחורי, היה צורך לפתוח את שני חלקיו, לחבר אליו סולם או גרם מדרגות, והנוסעים עולים ויורדים בו.
* (ג) במהלך הנסיעה לירושלים נפתח מעצמו - מסיבה שאינה ידועה - החלק העליון של הפתח האחורי. התלמידות ניסו לסוגרו תוך כדי הנסיעה, אך הדבר לא עלה בידן. וכך, כשהחלק העליון של הפתח האחורי פתוח ומיטלטל, המשיכה הטיולית בדרכה לירושלים.
* (ד) התאונה אירעה לאחר שהגיעה הטיולית לירושלים. הטיולית נעצרה ליד שער האשפות, הנהג פתח את הדלת הקדמית, והבנות החלו בירידה חפוזה. חלק מהן פנה אל הדלת הקדמית, ואילו החלק האחר, ובראשו המערערת, פנה אל הפתח האחורי, אשר חלקו העליון היה, כזכור, פתוח.

ביהמ"ש דן בשאלת האחריות של בי"ס.

הכלל שנקבע: **"חובתם של המורה ושל ההורה הביא בהשגחה על הקטין הן מפני פגיעתו של גורם חיצוני... והן מפני פגיעה של הקטין בעצמו. ביסודה של החובה עומדים שני אלה:**

1. **קטין, באשר הוא קטין, לא פיתח אותם מנגנוני הגנה, מנגנוני בקרה ומנגנוני שיקל דעת שבגיר מחזיק בהם, ובדרך הדברים הרגילה ניתן לצפות כי עלול הוא להיפגע.**
2. **גופו של הקטין חלש, והדבר חושף אותו ביתר לפגעי העולם הסובב אותו"**

קביעות נוספות של ביהמ"ש:

* הילדים הם מאוד סקרנים ולכן צריך יותר להיזהר. איך משליכים את זה על המקרה שלנו?

הדלת של הטיולית הייתה לא בסדר, הסולם היה לא בסדר וכל החיבור היה לא בסדר. אם זה היה מבוגר – הוא היה עוצר ומוודא שהכל עומד במקום הנכון והוא יכול לרדת, אבל ילדה בת 14, כמו יתר החברות שלו, לא נותנת דעתה על הדברים האלו והחלה לרוץ.

* מקום שמדובר בילדים קשיי חינוך או בעלי נטייה לאלימות תגבר חובת הפיקוח הנדרשת מצד המורה.
* הביטוי המעשי על חובת הפיקוח היא נקיטת אמצעים סבירים למניעתו של נזק צפוי, מבלי לפגוע בשאיפה להקנות לקטין חופש פעולה נרחב. גישה שטוענת להשגחה שיש בה כדי למנוע בכל אפשרות של תנועה מצד התלמיד שעשויה לגרום לסיכום.
* הערך החינוכי של חינוך ילדים לעצמאות וחופש פעולה משליך גם על מהות הפיקוח של המורה.

**ביהמ"ש הטיל אחריות על בי"ס**. מה אנחנו צריכים לטעון?

* האם לטיולית יש בכלל רישיון להסיע ילדים? האם היא עומדת בכל התקנים והנהלים הקובעים בחוק בכל הנוגע להסעת ילדים?
* האם הייתה ירידה מסודרת מהטיולית? יכול להיות שאם המורים היו דואגים לירידה מסודרת מהטיולית הם היו שמים לב לתקלה ולא היה נגרם נזק.

פס"ד גלעד נ' הדסה - בחור בן 19 ניסה להתאבד ואושפז עקב הפציעה שלו כתוצאה מההתאבדות לצורך ריפוי. אחרי שהוא נרפא הוא עלה לקומה שביעית וקפץ ומת. טענו נגד בי"ח שהוא לא השגיח עליו, הוא מועד. ביהמ"ש הטיל אחריות במקרה הזה. ברור לנו שבי"ח היה צריך להיות זהיר במקרה הזה – אם זה היה סתם בחור בן 19 שבא ומתאבד אז בי"ח לא היה צריך לצפות אבל בגלל שזהו בחור שהיה מועד לפורענות, בי"ח כן היה צריך לצפות שהוא שוב ינסה להתאבד. מה שאנחנו צריכים ללמוד מזה זה ש**הכל זה עניין של צפיות**.

ע"א 09\7008 – במצגת: ביום 18.2.99 השתתף מוסבאח יליד 1982 במשחק קט רגל במסגרת שיעור התעמלות של כיתה י"א בתיכון מקיף טייבה. במהלך המשחק ובפרץ של שמחה לאחר שהבקיע שער, נתלה המערער על משקוף שער הקט רגל, והשער קרס על המערער וגרם לפציעתו. המערער הובהל לבית החולים מאיר בכפר סבא, שם אובחן כסובל מפגיעות בריאה הימנית, בכבד ובאחת מכליותיו. המערער אושפז עד ליום 15.3.99 ולאחר מכן אושפז מספר פעמים לתקופות של מספר ימים – סה"כ 43 ימי אשפוז.

* 29. סיכום ביניים: יש לראות בעירייה כאחראית לנזקיו של המערער עקב רשלנותה בביצוען (או באי ביצוען) של עבודות לעיגונו של השער למרות שהייתה מודעת לקיומו של הליקוי הבטיחותי. יש לראות גם את המנהל והמורה כאחראים לנזקיו של המערער ואת העירייה כאחראית גם מכוח אחריותה השילוחית למחדליהם של השניים.
* 31. משנתגלה כי שער הקט רגל אינו מעוגן לקרקע ומשרד החינוך הנחה את הרשות המקומית לתקן את הליקוי, היה על משרד החינוך לוודא כי התיקון אכן בוצע.
* בסוגיה אחת איני רואה עין בעין עם חברי והיא – האשם התורם חברי קיבל בעניין זה, את עמדתו של בית משפט קמא כי "בהתחשב בכך שבפעילות ספורט ובקטין עסקינן, היה על המשיבים לקחת בחשבון כי דרכם של קטינים המצויים בעיצומו של משחק תחרותי ככדורגל להתלהב ולא לפעול במתינות וביישוב הדעת". אכן, הפסיקה הכירה בכך שקטין אינו מחזיק באותם מנגנוני הגנה, בקרה ושיקול דעת שבגיר מחזיק בהם. יחד עם זאת, אין לפטור מראש קטין אך בשל היותו קטין מן החובה לשמור על בטחונו שלו".
* במקרה דנן היה המערער בעת קרות האירוע כבן 16 וחצי שנים, דהיינו קרוב לבגירות וניתן היה לצפות ממנו כי יפעיל שיקול דעת ולא ייתלה על השער נוכח עדות מפורשת שמסר חברו של המערער ולפיה היו התלמידים מודעים היטב לעובדה שהשער איננו מקובע כדבעי אל הקרקע ונוכח תיאורו כיצד היו התלמידים מזיזים את השער כל אימת שזע ממקומו בעיצומו של המשחק" (השופטת חיות בדעת מיעוט הטילה על התובע 15% רשלנות תורמת).

מקרה כלשהו – שני ילדים בכיתה ג' ישבו אחד ליד השני. אחד עושה מהתיק עיפרון ותקע אותו לילד השני בעין והוא איבד את העין. האם צריך להטיל אחריות? אם זה היה שיעור הנדסה והעניין היה עם מחוגה, הייתי מצפה מהמורה לנהוג במשנה זהירות והייתי מטילה אחריות על בי"ס אבל בגלל שמדובר בעיפרון שזהו מכשיר מאוד נפוץ מבי"ס ולכן לא צריך להטיל אחריות על בי"ס.

מקרה חדש – אותו מקרה קרה גם בגן, ילדים בני 3 – פה הטילו אחריות! לילדים בני 3 לא צריך להיות עפרונות ביד, לעומת ילדים בכיתה ג'. ילדים בגן צריכים להשתמש בצבעים ולא בחפצים חדים ומסכונים לגילם.

* י.מ.ק. נ' מ.ש.צ עמותה – התובע, יליד 27.10.00, לוקה במום מולד בליבו ומושתל קוצב לב, למד בעת הרלוונטית בגן הילדים המנוהל על ידי נתבעת 1. ביום 17.1.05, בתחילת יום הלימודים ובסביבות השעה 8.00 – 8.30 הביאה אמו של התובע את התובע לגן. אותה שעה שהו בגן הגננת המחליפה, והסייעת. הילדים שכבר הגיעו, נשלחו לשבת ליד שולחנות והועסקו בין היתר בציור. הגננת והסייעת הסתובבו בין השולחנות וכן קיבלו את פני הילדים שהמשיכו להגיע לגן. בגן למדו אותה עת כ – 30 ילדים בגילאי 4 – 3 שנים
* התובע, שהיה אותה עת כבן 4 וכמה חודשים, ישב ביחד עם ילדים אחרים ליד שולחן כאשר הקבוצה הייתה אמורה לעסוק בציור. לשם כך ניתנו לילדים, בין היתר, עפרונות.
* למרבה הצער מסתבר כי י' כעס על התובע, כיון שצייר לי' על הדף, אזי דקר י' את התובע בעיפרון שהחזיק בידו, כס"מ מתחת לעפעף עינו הימנית.

. האם זה רלוונטי שיש לתובע מום בלב ומושתל לו קוצב לב? בימה"ש אומר שהגננת ידעה מראש שהוא מושתל קוצב לב ולכן היא הייתה צריכה להיזהר לגביו אבל האם יש קש"ס בין מה שקרה לבין העובדה שהוא מושתל קוצב לב? לא. מתי יכול היה להיות קשר? לו הוא היה משחק בחוץ וילד היה בועט בו וזה היה יכול להפסיק את פועלת קוצב הלב, וזה דבר שהזהירו מראש את הגננות ופה לא נזהרו עליו – אבל בכ"ז לא הטילו אחריות מיוחדת על הגננות (אחריות מיוחדת כלומר אחריות שלא היו מטילים במקרה בו היה נפגע ילד שאין לו קוצב לב), וזאת משום שאין קש"ס בין הסיבה שבגללה היו צריכים להשגיח עליו לבין הנזק שנגרם. הטילו על הגננות אחריות וזאת משום שלא היו צריכים להיות שם עפרונות.

מאי קורן נ' גני שובו – העובדות במצגת.

* התובעת ילידת 99' נפגעה לטענתה ביום 22.7.07 בהיותה בקייטנה עת שביצעה "גלגלון" במסדרון מבנה חטה"ב "אחד העם" בפ"ת שהושכר ע"י הנתבעת 2 לנתבעת 1. האחרונה הפעילה את הקייטנה באמצעות מדריכות מטעמה.
* המחלוקת בין הצדדים נוגעת בעיקר בשאלת האחריות כאשר התובעת לא טענה לנכות בגין התאונה.

 המדריכה הזהירה את האמא, התקשרה לאמא ואמרה לה שהילדה כל הזמן עושה גלגלונים. הילדה עשתה גלגלון ונפגעה. ביהמ"ש דחה את התביעה והמרצה מסכימה איתו.

**נזק נפשי במוסדות חינוך** –האם יש סיבה לאבחן בין נזק נפשי לנזק פיזי ולא לתת פיצוי בגין נזק נפשי? בגדול, אין אבחנה בין נזק נפשי לפיזי וכל הנזקים הם ברי תביעה. ההבדל הוא בהוכחה. תביעות מן הסוג הזה הן תביעות חדשות.\

פס"ד אלבז נ' אמינה - במצגת.

* נתבע פיצוי בגין נזק נפשי שנגרם לתלמיד בכתה א' עקב יחס משפיל מצד המורה. התביעה התקבלה.
* בית המשפט קבע "כי בהמשך הזמן הוחלפו רגשות הכעס והטינה, בהתנהגות מתעלמת ומתנכרת של הנתבעת 1 כלפי התובע. שלא לדבר על כך שהנתבעת 1 הודתה כי לפחות בהזדמנות אחת, שילחה התובע לביתו במהלך יום הלימודים, כאשר לא הייתה סיבה מבוררת כלשהי לעשות כן".

 בימה"ש פסק פיצוי לילדה הזו, זהו פס"ד יחיד ונדיר אין הרבה פסקי דין אלו וזה משום שמאוד קשה להוכיח את זה.

* פס"ד קסטה טאללין נ' עיריית ערד – במצגת-התקבלה תביעת פיצויים של חמישה קטינים עולי אתיופיה נגד עיריית ערד ומשרד החינוך בגין התרשלות ואפליה פסולה, אשר התבטאה בהוצאתם מהגנים הממלכתיים דתיים בהם התחנכו והעברתם לגנים ממלכתיים (לא דתיים), זאת ללא הסכמת הוריהם.
* ביהמ"ש קבע שלא הייתה כוונה רעה ולא היה זדון, אך הייתה התרשלות שמקורה באפליה על רקע היותם עולים חדשים.

 הייתה טענה שהעבירו את הילדים האתיופים מהגן וזאת בגלל טענה של ההורים האחרים שהעבודה שהם לא יודעים עברית תפגע בשאר הילדים בגן ולכן העירייה הוציאה את האתיופים מהגן והם ישבו חודשים בבית עד שנמצא להם פתרון. ביהמ"ש קבע שלא הייתה כוונה רעה ולא היה זדון. אך הייתה התרשלות שמקורה באפליה על רקע היותם עולים חדשים – אמנם היה פה תום לב והטענה הייתה אמיתית ולא גזענית אבל בכל מקרה הייתה פה אפליה גם אם הם לא התכוונו – בסופו של דבר יצא מצב שבו לקחו חמישה ילדים וסימנו אותם בגלל צבע עורם והוציאו אותם מהגן. **זה מסר חשוב שביהמ"ש רצה להעביר**.

מה קורה במקרה בו יבוא ילד ויטען שבגלל מורה מסוימת ההישגים שלו נמוכים? יש להבחין בין שתי סוגי תביעות:

* תביעות שעניינן הישגים נמוכים בלימודים
* תביעות שעניינן נזק נפשי כתוצאה מהעלבה\השפלה וכיו"ב?

לדעתה של המרצה אין מניעה להגיש תביעה מכל סוג שהוא- אין שום סיבה לוגית לא להגיש תביעת על הישגים בלימודים אבל מאוד קשה להוכיח את זה ולכן בפועל אין להכיר בתביעות האלו – כלומר ברמה העקרונית אפשר להגיש האבל זה נופל ברמה הטכנית.

 לא הוגשו תביעות כאלו בארץ. **בארה"ב** כן הוגשו תביעות כאלו וכולן נדחו מהנימוקים הבאים:

* חשש מהצפה של תביעות
* היעד אפשרות לקבוע סטנדרט חינוך ולימוד ראוי
* חוסר יכול לקבוע קש"ס בין כישורי הילד לכישלון בי"ס.

כלומר, בארה"ב הדחייה היא דחייה עקרונית.

**באנגליה** – ניתן ברמה העקרונית להגיש תביעות מהסוג הזה ובפועל לא הוכרו תביעות כאלו (וזוהי גם גישת המרצה, עקרונית אפשר להגיש אבל לא מכירים בתביעות האלו). הוכרו תביעות על אבחון או טיפול פסיכולוגי רשלני, למשל תביעה של ילד שלא אובחן שסובל מדיסלקציה. כלומר, באנגליה הדחייה היא טכנית ולא עקרונית.

לקרוא את הספר של המרצה לפני המבחן הוא נמצא בנבו (ממש..).

**הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט –** "נבחנה העמדה ראויה בדבר הגשת תביעות כנגד מורים ומסודות חינוך בגין חינוך כושל. העמדה הייתה שתביעות כאלו לא התקבלו גם בארה"ב וגם באנגליה ולכן קיים סיכוי קטן שיתקבלו בישראל. המחברת מביעה עמדה אישית "העובדה שתביעות נזיקיות אודות התרשלות לספק השגחה פיזית כן מתקבלות. מעידה על תפיסה מפוקפקת של בי"ס כמוסד לאחזקת ילדים ולא מקום הנותן מעל לכל חינוך". (עמ' 153 לספר של המרצה).

**לא באתי, השלמתי מאדוה - שיעור מס' 10 – 12\12\25**

**אחריות הורים על קטין**

כשמדובר בקטין מתחת לגיל 12, אנו נטיל אחריות על ההורים רק אם נוכיח שההורים התרשלו.

פס"ד צימרמן- עידו צימרמן בן ה- 4 וחצי יצא עם אחיו הגדול ממנו לשחק בחוץ. הוא נכנס לחצר שכנו דרך השער הסגור וכלבו הקשור של השכנו הצליח להגיע עד אליו ולפצוע אותו.

ביהמ"ש (בערעור) קובע כי יש רשלנות של האם ששלחה אותו לשחק ללא השגחת מבוגר. א"א לסמוך על כך שהאחריות לשמור על הכלב מוטלת על השכן.

פס"ד אחמד עמרה-

אדם לקח את חברו (ילד בן 14) לעבוד במאפיית פיתות בכפר שלו. הילד ארז פיתות בשקית. יום אחד בעל המאפיה השאיר את הילד לבד שישמור על המכונה, הוא הכניס יד למכונת חיתוך ונקטעה לו אצבע (נזק של 160,000 ₪).

ביהמ"ש חייב את בעל המאפייה, ובעל המאפייה הגיש תביעה צד ג' לאחריות האבא על המקרה. אביו של הילד לא בא לראות ולבדוק את מקום העבודה וכו'. אבל זה זניח כי זה נורמאלי. הבעיה- האב הפר חוק כי אסור להעסיק ילדים בתקופת לימודים. לאב נפסקה אחריות של 20% בשל רשלנות.

כיצד ניתן להטיל אשם תורם על ההורים והילדים במקרים הללו?

הס' שאנחנו צריכים לענות על תשובה זו זה ס' 22 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות שמסדיר את מערכת היחסים בין הילד להורים:

22. ההורים לא יישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופוסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; הם לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לרכושו של הקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופוסותם, אם פעלו בתום לב ונתכוונו לטובת הקטין.

אף אחד לא יטען שאמו של עידו הקטן או אביו של הערבי הקטן המאפייה לא התכוון לטובתו.לא נגיד שהוא פעל בחוסר ת"ול. אז כיצד נטיל אשם תורם על ההורה וילדו?

אנו נמצאים בסיטואציה שאנחנו לא יכולים להטיל אחריות על ההורים. אבל ראינו כבר שבעידו הטילו על האמא רשלנות תורמת, ובמקרה של אחמד הטילו רשלנות תורמת של 20%. אז אנו מבינים שיש בעיה עם הסעיף.

במקרה של אחמד, בסופו של דבר ביהמ"ש פסק לו 200 אלף ₪ ורכיבי הנזק- לא ממוני מסוג כאב וסבל, הנזק השני-ממוני מסוג אובדן כושר השתכרות., סוג נוסף הוא הוצאות, וסוג רביעי הוא אובדן השתכרות- בגלל שהוא עבד במאפייה ועכשיו הוא לא יעבוד כמה חודשים.

נוסחת ההיוון הבסיסית: השכר הממוצע במשק\* שנות השתכרות+היוון. במקרה זה הנוסחה קצת משתנה, לא כל נכות היא נכות תפקודית שמפריעה לעבודה. כבסיס הנחת המוצא היא שהנכות הרפואית משקפת את התפקודית, עושים התאמה- השופט חישב את הנוסחה ונתן לו שני שליש מזה וכך הוא הגיע לסכום של 200 אלף ₪.

כפי שאמרנו הטילו על האבא 20% רשלנות תורמת בגלל שהילד נשלח לעבוד בזמן לימודים- 50 אלף זהו חלקו של האבא- אפשרות אחת, הילד יקבל 150 בלבד. אפשרות שנייה, הילד יקבל 200 והאבא ישלם לבעל המאפייה 50. השאלה היא כזאת- ס' 22 נותן להורים חסינות- יש חסינות מלאה-מהותית, ויש חסינות דיונית-חלקית. חסינות מהותית זה שלא ניתן לתבוע בשום מצב, וחסינות דיונית זה בנסיבות מסויימות לא ניתן לתבוע.

**חסינות מהותית וחסינות דיונית:**

* חסינות מהותית- מוחלטת- לדוג' החסינות השיפוטית מכוח ס' 8 לפק' הנזיקין:

"אדם שהוא גופו בית משפט או בית דין או אחד מחבריהם, או שהוא ממלא כדין חובותיו של אדם כאמור, וכל אדם אחר המבצע פעולות שיפוט, לרבות בטרר- לא תוגש נגדו תובענה על עוולה שעשה במילוי תפקידו השיפוטי"

* חסינות דיונית (מוגבלת)- לדוגמא, החסינות הניתנת לעובד ציבור, מכוח ס' 7 לפקנ"ז.

**מהות החסינות בחוק הכשרות**

* הפסיקה קבעה שהחסינות הניתנת להורים מכוח ס' 22 לחוק הכשרות הא חסינות דיונית- רק בין הילד להורים ולא לגבי הצד השלישי- משמע זר יוכל לתבוע את ההורים, ז"א אפשר לייחס להורים "אשם תורם" ואפשר לתבוע אותם בגין נזק שהילד גרם.
* מאחר והחסינות היא דיונית הקביעה אם היא תחול גם על מזיק או ניזוק זר היא קביעה ערכית ותלווה בקביעה או מבין שני האינטרסים ראויים יותר להגנה- של המזיק או של הניזוק.

השאלה לגבי החסינות, כלפי מי היא חלה התעוררה לראשונה בפס"ד שאול נ' מזרחי- ילדה קטנה עזבה את היד של מלווה, רצה לכביש ונפגעה מאופנוע. המזיק רצה שיפוי מסויים מהמלווה בגין רשלנותו.

שמגר- השאיר בצריך עיון.

ויתקון- כוונת הסעיף היא למנוע דין-ודברים בין הורים וילדיהם, אך לא להכשיל תביעה מוצדקת של צד שלישי לשפות אותו על אחריות או חלק ממנה שבית-משפט הטיל עליו בתביעה מצד הקטין- החסינות דיונית בלבד ויש לאפשר שיפוי מההורה.

השופט ברנזון- השאיר בצריך עיון.

בפס"ד צימרמן אמרנו שהאמא הייתה צריכה להזהר כי היא ידעה שיש כלב מסוכן בשכונה. האמא התרשלה בשיעור 15%. יכול להיות שגם הילד הגדול בן 9 התרשל אך זה לא משמעותי כי אין לו אחריות. כשאנו מורידים בתיקים רשלנות תורמת, נניח שבפס"ד מנרה זה היה מעביד ועובד רגיל- לא ילד והיה קורה אותו דבר, היינו מטילים על העובד אשם תורם כי הוא היה צריך להזהר, היינו מורידים לן 50 אלף מתוך ה200 שנפסקו לו. במקרה שלנו לא נטיל על הילד עידו רשלנות תורמת, על האמא לא ניתן גם להטיל רשלנות תורמת- הם שני אישיות משפטיות שונות. לא יטילו על האמא אחריות על מה שעשה הילד שהוא לא נזהר.

פס"ד שרעב נ' מעייני הישועה - אמא שנולד לה ילד פגוע, מעקב ההריון היה בעייתי היא לא עשתה בדיקות ואם הייתה עושה אז היא הייתה רואה את הפגיעה לפני. זהו מקרה קלאסי של הולדה בעוולה. ביהמ"ש פסק שביה"ח מעייני הישועה- 50% רשלנות תורמת על האמא ו50% על הרופא נקבע פיצויים בסך 2,000000 שקלים. ערערו לביהמ"ש העליון, וביהמ"ש קבע שהשופט טועה- הוא לא יכול להוריד מהפיצוי 50%, הוא החזיר את זה למחוזי. המחוזי דן בתיק והיה שוב ערעור- על אותו דבר, ביה"ח ישלם 50%- ושוב ביהמ"ש אמר שאי אפשר להוריד לילד 50% כי האמא לא הלכה לבדיקות!! הם שני אנשים שונים. לא יכולה להיות לאמא רשלנות תורמת, ז"א מה שצריך לקרות זה שלא יורידו לילד מהפיצויים אלא ביה"ח ישלם 2 מיליון ואז האמא תשלם בתביעת שיפוי של מיליון לביה"ח. בסופו של דבר ביהמ"ש לא נגע בזה והשאיר את הפס"ד על כנו.

למה השופטים חזרו על הטעות הזו וייחסו לאמא רשלנות תורמת? משיקולים של צדק, השופטים במחוזי נהגו בצורה שונה ופשוט רק הורידו לילד כי לא רצו שההורה יוציא מכיסו כסף וישלם בתביעת שיפוי .

בפס"ד שאול כמו שראינו שביהמ"ש נדרש לפרש האם החסינות הדיונית היא גם כלפי צד ג', המשמעות היא שבעל המאפייה ואדון גבריאלוב לא יוכל לתבוע את ההורה.

במקרה של עידו- אם אנו אומרים שס' 22 היא חסינות שחלה גם ביחס לצד ג' המשמעות היא שגבראילוב לא יתבע את האמא על הרשלנות שלה. בפס"ד שאול השאלה הזו הושארה בצ"ע, והגענו לפס"ד מעייני הישועה. ולכן הפתרון המשפטי הנכון, הוא שהילד יתבע את בעל המאפייה ואת חברת הביטוח, חברת הביטוח שלחה הודעת צד ג' להורה שהוא "מעוול במשותף" (ולא רשלנות תורמת) והוא גם אחראי לנזק.

**התוצאה האופרטיבית של הבחנה בין הורה כנושא באשם תורם להורה מעוול במשותף:**

אשם תורם- הילד יקבל פחות פיצוי כי ההורה נחשב אשם במידה כלשהי בשמו של הילד.

מעוול במשותף- הילד יקבל את אותו הסכום, אך לא רק מהמזיק צד ג' אלא גם מההורה (לפי חלקו היחסי באשם).

פס"ד חן מרקוביץ- התובע, בן 6, נפל מחלון דודתו כשביקר בביתה יחד עם הוריו. התובע נפל תוך כדי משחק באחד החדרים, כאשר ניסה לתפוס כדור ונשען על תריס החלון שנפתח. התובע נפל אל חצר הבניין ונפצע קשות.

נתונים נוספים:

א. ליד החלון הייתה ספה.

ב. בחדר היו כדורי ג'אגלינג.

ג. החלון היה בגובה רגיל והתריס היה סגור בתחילת המשחק.

ד. החלון עמד בתקן.

ה. בשלב מסויים סגרו הילדים את הדלת כדי שהטלוויזיה לא תרעיש.

ו. התובע ואחיו בן 9 היו בחדר. הם היו מגיעים לדודים מידי יום שישי. בסלון שהו ההורים הדודים והסבתות

התביעה המקורית- חן מרקוביץ נ' דורית לימור (הדודה). מדוע תבעו אותה ולא את הדוד? כי על שמה הייתה רשומה פוליסת הביטוח. ההנחה הייתה שהביטוח ישלם. אך אפילו שיש ביטוח- זה בעייתי- כי הביטוח לא יכסה את הכל ומישהו יצטרך לשלם את היתרה. מאידך- מדובר בדודה! גם ההורים אחראיים. על מי נטיל אחריות? יש פה נזק של שני מיליון שקלים שהוטל על הדודה אבל ברור שההורים גם אחראיים. הרשלנות שהם לא שמרו על הילדים שלהם כמו שצריך.

אז אפשר אולי להטיל אשם תורם? אבל הילד בן 6 ואשם תורם זה רק מגיל 8.

אז אולי נטיל אשם תורם על ההורים? אי אפשר כי כפי שאמרנו אשם תורם זה רק על הניזוק שהזיק במידה מסויימת לעצמו.

אז אולי אפשר להטיל על ההורים רשלנות תורמת? אולי יטילו עליהם 15%.

כל זה יהיה במסגרת שאלת האחריות בנזיקין, ואח"כ שואלים מהו הנזק וכמה נפסק. המרצה מעריכה שזה נזק של 2 מיליון, מאיפה יש להורים 400,000 ₪? השופט מצא סעיף שחברת הביטוח לא יכולה לתבוע פיצוי מבעלי הפוליסה- גם בני משפחה של המבוטח שהוא לא היה תובע בעצמו. לכן ביהמ"ש לא מחייב את ההורים.

במקרה של ילד-הורה, ס' 22 לחוק הכשרות אומר שניתן לתבוע את ההורים אם פעלו שלא בתו"ל ולא לטובת הילד- ילד לעולם לא יוכל לתבוע כי אף אחד לא יגיד שההורים לא פועלים לטובת הקטין. מתי נגיד שנסיבות הסעיף מתקיימות ויהיה ניתן לתבוע דרכו? הורים ששוכחים ילד באוטו אין להם את ההגנה של ס' 22.

**שיעור מס' 11 – 01/01/13**

**תביעות של ילדים נגד הורים – משפט השוואתי**

בישראל היה פס"ד אחד שעסק בתביעות של ילדים נגד הורים, פס"ד אמין נ' אמין. ייבאנו את פס"ד זה מארה"ב אבל אנחנו הרחקנו לכת לעומת ארה"ב 🡨 התוצאה של פס"ד אמין היא תוצאה שאפילו בארה"ב לא מגיעים אליה, אפילו השופטים כתבו שיש בפס"ד אמין "זכות בכורה עולמית.." במתן פיצויים על נזק נפשי לילדים.

The Parntak Toet Immunity - הדוק' פותחה בפסיקת בארה"ב בשלושה פסקי דן מראשית המאה ה-20 שכונו "the great trilogy". שלושת פסקי הדין הם:

* Hewlett v. George-אשפוז ילד במחלקה סגורה
* Mckelvet v. mckelevy – התאכזרות ואלימות
* Roller v. roller – אונס ותקיפה אכזרית

המעניין הוא שבשלושת פסקי דין אלו נקבעה חסינות להורים במקרים שרוב האנשים יגידו שאין לתת להורים חסינות במקרים האלו אבל בכ"ז ביהמ"ש החליט לתת להם חסינות 🡨 אפשר להסביר את זה בכך שבאותה תקופה זכויות הילדים לא היו כל כך מפותחות.

כשבתי המשפט החליטו לקבוע חסינות מוחלטת להורים מפני תביעות של ילדים הם הסתמכו על המשפט האנגלי וגם כאן יש ויכוח על כך – באנגליה פשוט לא תובעים הורים – לא ברור אם זה מכך שהחוק הוא כך מימים ימימה או שפשוט בגלל שלא מקובל לתבוע הורים.

**מהות הדוקטורינה –**

* ילד לא יוכל לתבוע את ההורה בתביעה נזיקית טהורה pure tort – להבדיל תביעה בדין נזק נלווה לתביעה כספית או חוזית 🡨 רק בשאלות ברורות ביהמ"ש יעסוק ולא יכנס לתא המשפחתי וליחסים המשפחתיים. לכן הפסיקה בעולם מאבחנת באופן ברור את התביעות החוזיות והכספיות מהתביעות הנזיקיות.
* שלום החברה, שלמות המשפחה והמדיניות הציבורית הדוגלת שמירה על שלום המשפחה חייבים למנוע הגשת תביעות מסוג זה.
* 44 מדינות בארה"ב אימצו את הדוקטרינה סמוך לאחר שהיא נוצרה כיום היא נותרה בשתי מדינות בלבד, מדינת טנסי לואיזיאנה. במדינת לואיזיאנה היא עוגנה בחוק וחלה על כך תביעה בנזיקין של ילד כנגד הורה משמורן – הורה משמורן זה הורה שטורח בשביל הילד ומשקיע בו ורואה אותו כל הזמן, הורה לא משמורן זה הורה שרואה את הילד פעם ב.... אז אין סיבה שביהמ"ש יגן עליו.

**תמונת מצב עדכנית – ארה"ב**

* המגמה העולה מפסקי דין שניתנו בשנתיים האחרונות היא הרחבת החסינות ולא צימצומה. איך זה מסתדר עם זה שאמרנו מקודם שהולכים ומצמצים את החסינות? עם השנים צימצמו את החסינות עד שזה כבר היה מוגזם כי התחילו לתבוע על כל שטות ואז החלו שוב לחזור להרחבת החסינות. בתי המשפט שבים ומדברים בשבח הדוק' כפי שהתגבשה משך השנים – דוק' של חסינות מסויגת ומוגבלת.
* אם כי, חשוב לציין שבתי המשפט בארה"ב אינם מדברים בקול אחד. החסינות המוגבלת שקיימת היום ברוב המכריע של המדינות שונה ממדינה למדינה והדוק' לא רק שהורחבה אלא הוחלה גם בתביעות מזיק צד שלישי כנגד ההורה וגם בתביעות ניזקו צד שלישי כנגד הורה.
* פס"ד מארה"ב מאחד השקפים – אמא הלכה לחברה שלה לשתות קפה. ילדיה בני 6 בערך ירדו לשחק עם הילדים של החברה והשתוללו. הילד נפל וריסק את המרפק 🡨 האבא הגרוש הלך בשם הילד והגיש תביעה בשם הילד– למה היא ישבה לקפה כשהם השתוללו למטה? קיבלו את התביעה וחייבו את האמא לשלם על כך שהיא שתתה קפה. זה הזוי משום שזהו מצב מאוד יומיומי שכמעט כל אמא נתקלת בו. הטילו אחריות בנזיקין על האם.

**ההצדקה להרחבת החסינות**

את ההצדקה לקיום הדוק' מבססים כיום בעיקר על שניים מהרציונאלים שהביאו ליצירתה:

1. הגנה על הורה שהתרשל, להבדיל מהורה שעשה מעשה מכוון,זדוני או מרושע.
2. שמירה על האוטונומיה ההורית בגידול הילדים, הטלת משמעת וחינוך. בתי המשפט מדגישים את חשיבות שמירת האוטונומיה ההורית בכל הכרוך בגידול הילדים, חשיבות זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם בדרך הנראית להם, החשיבות שכל הורה יגשים את הפילוסופיה שלו בכל הנוגע לגידול ילדים ואת ההכרה בכך שאין דרך אחת שהוכחה כנכונה וראויה לגדל ילדים.

העניינים מתחילים להסתבך כשמעורב צד ג' – אם אנחנו אומרים שאנחנו מבטלים את הסחינות ומטילים אחריות על ההורה בכל סיטואציה, אם תוגש תביעה ע"י צד ג' יחזרו על ההורה והוא יהי חשוף לתביעה ויצטרך לשלם את הנזק.

פס"ד אחר – להשלים מדניאל ....

פס"ד בוואנו – בפס"ד שניתן לאחרונה, דן ביהמ"ש בתביעה של תינוקת כבת 16 חודשים שנפגעה מאופניים עליהם רכב ילד כבן שש, שכן. ביהמ"ש העליון של מדינת ניו-ג'רסי קבע שאותם כללי חסינות שחלים על יחסי הורים וילדים, חלים גם על תביעות צדדים שלישיים כלפי הורים. על הורים תוטל חבות ברשלנות בגין מעשה ילדיהם, רק אם ההורים פעלו ברשלנות מכוונת או מודעת בהשגחה על הילד בהתאם להסדר המשפטי שחל על תביעות ביחסי הורים וילדים במדינת ניו-ג'רסי. ביהמ"ש מציין שזו ככה"נ פעם ראשונה שהחסינות מורחבת לתביעות כאלו, היינו לתביעות ניזוק צד שלישי כלפי ההורה.

פרשת בי"ס אורה ושמחה – הטילו אחריות על בי"ס אך הטילו גם רשלנות תורמת לאמא – אי אפשר לתת לילד להסתובב לבד. הטילו עליה 10% בלבד 🡨 זה ממש שולי. אין היום הלכה בעניין ואין חוק בעניין ולכן המבחנים הם לא אותם מבחנים של רשלנות רגילה שלא נוגעת להורים. למה עשו את זה? כי לאמא אין כסף להוציא מכיסה ולבית ספר יש.

פרשת הורטון – דובר על אם לתינוקת כבת חמישה שבועות שהשכיבה את התינוקת על המיטה, הניחה מסביבה כריות ושמיכות ונכנסה לשכנה. כעבור שעה וחצי, ילדי השכנה כבני שלוש וארבע רצו אליה בבהלה והיא הבינה שמשהו קרה לתינקות. הסתבר שהילדים נכנסו לביתה בלא רשות והפילו את התינוקת. התינוקת הגישה תביעה כנגד השכנה, נגד הילדים ונגד האם. התביעה נגד השכנה נדחתה – בית המשפט קבע שהורה אחראי כלפי מעשה תקיפה של הילד שלו שהתקיים שלושה תנאים: שהילד התכוון לתקוף, שההורה ידע על כוונה זו ושההורה לא פעל למנוע מהילד לבצע זאת.

התביעה כנגד הילדים נדחתה בשל גילם הצעיר. התביעה כנגד האם נדחתה על יסוד דוק' החסינות.

פרשת ג'ונסון- דובר בילד שטבע בעת שעשה רפטינג. ההורים תבעו את המפעילים ואלו טענו שלפני הטיול שאורגן על ידי בית הספר נדרשו ההורים לחתום על כתב שיפוי ועל יסוד כתב השיפוי הם מנועים מלתבוע. בית המשפט דחה את הטענה וקבע שאם תתקבל הטענה, המשמעות תהיה שההורים צריכים יהיו לשלם פיצוי לילד שלהם. דבר שדוקטרינת החסינות מונעת. בית המשפט קבע שיש להחיל את הדוקטרינה גם על סיטואציה זו.

 פרשת פולדי 🡨 בפרשת *Foldi* דן בית המשפט בתביעה שהגישה ילדה שננשכה על ידי כלב של השכן. הילדה כבת **שנתיים וחצי** בעת האירוע, הייתה בחצר האחורית של הבית ביחד עם אמה. היא יצאה משער הגינה ובמרחק שני בתים מהבית ננשכה על ידי הכלב של השכנים. בעלי הכלב שלחו הודעה לצד שלישי כנגד האמא. בית המשפט דחה את ההודעה לצד שלישי וקבע שיש לחייב הורה ברשלנות רק אם מדובר ברשלנות חמורה
“Willful or wanton supervision” . כיון שהתנהגות האם לא הגיעה לדרגת חומרה שכזו, התביעה כנגדה נדחתה.

מקרה נוסף – ילד יצא מהחצר שלו עם האופניים לכביש ומישהו הגיע ודרס אותו – אם בעל הרכב התרשל, הוא צריך לפצות אותו. בפס"ד זה הייתה טענה מאוד מעניינת של הנהג- בגינה של ההורים היו הרבה עצים והם הסתירו לו את שדה הראיה. ביהמ"ש קיבל את הטענה הזו. ביהמ"ש הרי לא רוצה להיכנס לשיקולים של "איך לגדל את הילדים" אך ברגע שהוא טען שהעצים הפריעו לו, זה לא חייב את ביהמ"ש להיכנס לשאלות של התא המשפחתי.

**האבחנה בין מעשה למחדל**

 לעתים, אחד ההורים עד לאלימות מצד ההורה האחר, אך הוא מתעלם מקיומה. הורה כזה מכונה “passive parent” וההתנהגות שלו תוארה כ- “refuses to acknowledge abuse in the family” . מדובר בהורה שיודע על אלימות כלפי הילד או צריך לדעת, אך לא עשה דבר כדי למנוע אותה. אלימות בהקשר זה יכולה להיות פיזית, רגשית או נפשית. הטענה היא שבכל מקרה שההורה יודע על אלימות כזו ולא מונע אותה, יש להטיל עליו אחריות נזיקית בדיוק כשם שמחילים על ההורה המבצע. בפרשת *Lane* נדון מקרה של ילדה כבת שנתיים שסבלה מאלימות פיזית קשה מצד החבר לחיים של האם. האם לא דיווחה על כך וגם כאשר הילדה אושפזה בבית חולים האם לא סיפרה את האמת. האם טענה שהילדה נפלה במדרגות. נגד האם הוגש כתב אישום והיא הואשמה באי-מניעת האלימות. אם המונח מחדל יקבל פרשנות מרחיבה, המשמעות תהיה שניתן יהיה לחייב הורה בגין כל תאונה שנגרמה לילד. תמיד אפשר יהיה לטעון שההורה התרשל בשמירה על הילד והמחדל שלו באי-שמירה על הילד גרם לתאונה. על מנת למנוע תוצאה כזו בית המשפט בפרשת ***Surtees*** , קבע שהחובה ההורית לשמירה על הילד, קמה רק כאשר ההורה משגיח על הילד באותה נקודת זמן. ההורות איננה יוצרת חובת שמירה כללית, אלא כמתייחסת לאירוע קונקרטי. ***Surtees v. Kingston*** [1990] 1 FLR 103.

פרשת מקליון – שנדונה בבית משפט לערעורים של מדינת ניו-זילנד, דובר על ילד כבן ארבע שנפגע מרכב. הילד הלך בכביש בדרך חשוכה ובניגוד לכיוון התנועה. אמו של הילד נתנה לו יד והלכה עמו אל עבר המכונית המשפחתית שחנתה בסמוך. האב היה גם הוא במקום אך הוא היה עסוק בהכנסת התינוק למכונית. הילד תבע את הנהג שפגע בו וזה שלח הודעה לצד שלישי כנגד האב שהיה מבוטח. בבית המשפט נחלקו הדעות האם יש להטיל חבות ברשלנות על האב. דעת המיעוט הייתה שהנוכחות של האב במקום, הגם שהיה עסוק עם התינוק, יוצרת מחויבות שלו לדאוג לילד, האפשרות שהילד ייפגע מרכב הייתה ידועה גם לאב והעובדה שבאותו הרגע האב היה עסוק עם התינוק אינה מפחיתה מרשלנותו. דעת הרוב הייתה כדעת בית המשפט בפרשת *Surtees*, על פיה הבסיס להטלת חבות על הורה בנזיקין רק אם הוא היה אחראי על הילד באותה סיטואציה.

 למה תבעו את האבא? כי לאבא יש ביטוח.

פרשת האן – דן בית המשפט בתביעת נזיקין של ילדה **בת שלוש** שנפגעה מרכב. הילדה ראתה את סבה מעבר לכביש, רצה לקראתו ונפגעה מהרכב. נהג הרכב הגיש תביעה נגד הסבא, הוא טען לרשלנות משותפת של הסבא בכך שלא מנע מהילדה להתפרץ לכביש ולא הושיט לה עזרה כאשר היא קראה לו מהעבר השני של הכביש. במקרה זה דעת כל השופטים הייתה כדעת הרוב בפרשת *McCallion*. בית המשפט קבע שהטלת חבות ברשלנות מותנית בקיום חובה ביחס לאירוע ספציפי ולא על בסיס של חובת שמירה כללית. כיון שהילדה לא הייתה תחת אחריות הסבא באותה עת, לא ניתן להטיל עליו חבות ברשלנות.

**הורות ביולוגית מול הורות אחרת – במצגת**

**השאלה האם יש מקום להשוות בין הורות ביולוגית להורות אחרת בהקשר לשאלה של מתן חסינות להורים ?**

**הורות אחרת – הורים מאמצים, הורים אומנים, הורים חורגים, בני משפחה המשמשים כהורים אומנים ומוסדות לילדים וכד'.**

**מצבים מיוחדים של הורה ביולוגי – הורה לא ביולוגי, הורה לא משמורן, הורה בעל כורחו, הורה שמסר את הילד לאימוץ**

הורים מאמצים – דינם כדין הורים ביולגים, אין מחלוקת על זה.

הורים אומנים – כאן נכנסת שאלה אחרת שעלתה בארה"ב. אם ההורים האלו מקבלים תשלום עבור החזקת הילד אז אנו מצפים מהם להתנהגות אחרת, כלומר הקלות לעומת הורה ביולוגי שלא מקבל על זה כסף 🡨 זו איזושהי עסקה כלכלית. בגדול, אנחנו לא ניתן את ההגנות להורים אומנים – דינם לא כדין הורים ביולגיים.

מקרה בארה"ב – ילדה גדולה כילדה מאומצת והמשפחה סיכמה שמגדלים אותה עד גיל 18 והאמא עזבה את השכונה. אותה משפחה גילדה את הילדה ובגיל 24 היא גילתה שהם לא ההורים שלה. הסתבר יש לציין כי זוהי אומנה ולא אימוץ חוקי. הילדה תבעה אותם🡨 אין טענות על דרך הגידול שלה אך יש טענות בנוגע להתרשלות בגידולה. ביהמ"ש שאל את השאלה האם יש חסינות להורים אומנים? אין חסינות אבל במקרה הסצפיפי הזה יש להרחיב את החסינות גם להורים אומנים – לא יעלה על הדעת לחייב את ההורים על התנהלות כזו. אבל בד"כ לגבי הורים אומנים בתי משפט החריגו אותם מגדר הורים ביולוגיים.

מקרה נוסף – אמא לא תפקדה ונתנה לגיסתה ובעלה לגדל את הילד ויום אחד הוא נפל לבירכה בחצר הבית ומת. האמא הביולוגית תבעה את הגיסה. ביהמ"ש מאוד התלבט. הטילו אחריות על הגיסה – כי זה לא בדיוק מקרה של הורים.

הורה בעל כורחו – מהמצגת:

* הורה בעל כורחו הוא הורה שלא רצה בילד.
* פסיקת בית המשפט בנוגע להורה בעל כורחו (בעניין מזונות)

 "גבר המקיים יחסי מין עם אישה, בין בעקבות פיתוי ובין בלעדיו אחראי לתוצאות הטבעיות של מעשהו. פיתוי אינו מעשה מרמה. מי שאינו יכול לעמוד בפיתויים לסוגיהם אינו פטור רק בשל כך מאחריות למעשיו. יהיה זה כאשר הוא שולח יד ברכושו של אחר מכיוון שאינו יכול לשלוט בעצמו בלחץ הנסיבות ויהי זה כאשר אישה משדלת אותו בדרכה לקיים עמה יחסי מין" (ע"א 5464/93).

מקרה בישראל – תביעה של ילד שנולד לגבר מחוץ למע' הנישואין שלו. הגבר הזה הוא מנהל מחלקה במכון מאוד ידוע, הוא איש ידוע בקהילתו ומאוד מפורסם ולא רצה שהדבר יוודע וביקש מהאמא שלא תספר על כך. היא תבעה אותו למזונות וקיבלה אותם 🡨 אף אחד לא ידע שהיא קיבלה מזונות בגלל החיסיון. הילד הגיע לגיל 12 והחליט שהוא תובע את האב על היעדר דמות אב. נענה על פס"ד הזה בהמשך.

**Alienatio of Affection**- הרחקת הלב. בישראל זה לא קיים. זוהי היא תביעה של בן משפחה אחד כנגד האחר או כנגד צד שלישי בגין "הרחקה מהשפעה" או "הרחקת הלב". כאשר מדובר בילדים הכוונה לתביעה של ילד כנגד אחד ההורים או כנגד צד שלישי בטענה שאותו הורה או צד שלישי הרחיק את ההורה מהשפעה על חייו. הרחקה מהשפעת הורה על חייו של ילד מהווה קיפוח של הילד בזכות לאהבה, לטיפול, להגנה וכו.

בפרשת Daily התקבלה תביעה כזו.

פס"ד בארה"ב – אדם נשוי עם ילדים פגש מישהי שפיתתה אותו, הוא עזב את משפחתו והלך עם האישה הזו ועזב את המדינה. הילדים תבעו את האבא ואת האישה בעילה זו, בעילת הרחקת הלב – את הרחקת את הלב של אבינו מאיתנו. קיבלו את התביעה הזו. בפרשת DAILY קיבלו את התביעה נגד האישה כי הרחיקה את הלב אך לא נגד האב כי יש לו חסינות.

בכמה מדינות בארה"ב נחקק חוק האוסר על תביעות בעילה זו – הרחקת הלב.

פרשת אמין – משפחה שנולדו לה 2 ילדים, האבא הסתבך בחובות כספיים וכתוצאה מכך האמא התמוטטה נפשית, ילדה את הילדה השלישית ומיד לאחר הלידה התאבדה. האבא גם התמוטט בעקבות כל האירוע הזה. רשויות הרווחה לקחו תחת חסותם את שלושתם הילדים – בהתחלה שמו אותם אצל הסבתא אך היא לא הייתה מסוגלת לטפל בילדים אז הם היו במשפחות אומנה ומוסדות. הילדים הלאו מאוד רצו לשמור על קשר עם האבא והעובדים הסוציאליים מתארים את הרצון בלשמור על קשר. בתחילת התקופה הוא לא היה מסוגל להתמודד עם זה נפשית והם עזבו אותו. לאחר זמן מה הוא התאושש והתחתן עם מישהי חדשה – שעשו ביניהם הסכם שהם מתחתנים אבל כל אחד מהם מוחק את העבר שלו ולא מכירים בילדיהם מנישואיהם הקודמים. נולדו לו שני ילדים נוספים ופתחו דף חדש. כשלעובדים הסוציאליים נודע שהוא הקים משפחה והתאושש הם פנו אליו וביקשו ממנו להגיע לימי ההולדת של ההורים והוא סירב. הילדים מתארים שהם היו באים אל האבא והוא לא היה מכניס אותם לבית שלו. משבגרו, הם הידרדרו לסמים ולזנות והגישו תביעה כנגד האבא על הזנחה רגשית – התעמרות בהם. ביהמ"ש נתן בכורה עולמית – נזק נפשי טהור, אין פה נזק פיזי. השורה התחתונה הייתה שבית המשפט קיבל את התביעה על נזק נפשי טהור לילדים וחייב את האבא לשלם להם פיצויים – לכל ילד 100,000$.

**שיעור מס' 12 – 15/01/13**

פס"ד אמין יצר מעגל – עכשיו הילדים מהאישה החדשה, הגיעו לאותו מצב שהילדים הקודמים היו בו – אין להם אבא כי האבא קרס וכו'.

הבעיה העיקרית בפס"ד אמין – ביהמ"ש הבין שהוא עומד על סף תהום כשהוא הכיר באפשרות הזו, אך הוא סייג את דבריו וקבע כי במקרים של גירושים הם לא יאפשרו תביעה – אם ילדים נפגעו בעקבות גירושין, אנחנו לא נקבל את התביעה 🡨 האם זה ראוי שכותרת הגירושין תהווה הגנה להורה ותמנע מילדים לתבוע הורים בכל מקרה של גירושין? הרי זה מה שאומר בית המשפט בפס"ד אמין..

הייתה שאלה מה יקרה אחרי אמין – האם בתי המשפט יוצפו בתביעות או לא יוצפו בתביעות? האם בתי משפט שלום יהיו בעד הפסיקה או נגד הפסיקה? מסתבר שהוגשו אחרי התיק הזה לא מעט תביעות לבתי משפט שלום וכולן נדחו – איך הן נדחו? הרי יש הלכה של העליון – השופטים השתמשו ביצירתיות רבה. במקרה של אמין, היה צבע מאוד חזק – זה לא מקרה יותר קשה ממקרה של גירושין לדעתה של המרצה – והרגישו שחייבים לפצות את הילדים האלו, אך בית המשפט פחד מאוד ממדרון חלקלק ולכן סייגו את ההלכה.

לכאורה, לאור פרשת תנובה, הנזק הנפשי שאנחנו דורשים הוא ממש פעוט 🡨 אז אפשר להגיד שלאור הלכת אמין בצירוף הלכת תנובה אפשר לתבוע הורים על נזקים נפשיים ממש קטנים 🡨 המרצה אומרת שזה לא הגיוני.

**תפקידי ההורים**

15.  אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

**אחריות ההורים**

22.  ההורים לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אלא אם פעלו שלא בתום לב או לא נתכוונו לטובת הקטין; הם לא ישאו באחריות לנזק שגרמו לרכושו של הקטין תוך מילוי תפקידי אפוטרופסותם, אם פעלו בתום לב ונתכוונו לטובת הקטין.

בית המשפט פחד מאוד מ-ס' 22 לחוק הכשרות ולכן מיד הלך ל-ס' 15 לחוק הכשרות 🡨 ההורה לא מילא את צרכיו של הילד על פי החוק. אך צריך לחדד נקודה זו, הילדים היו תמיד תחת רשויות הרווחה ולכן את צרכיהם החומריים הם קיבלו לכל אורך הדרך ולכן התביעה היא על הצרכים האחרים – חינוך, נפשיים וכו'🡨 בגלל שבית המשפט פחד מ-ס' 22 הוא החליט שגם הצרכים הנפשיים והחינוכיים נובעים מתוקף סעיף 15. מהספר של המרצה עמ' 387-388:







המרצה מציעה לעשות כמה שינויים בחוק כדי שנוכל לחיות בשלום, למשל:

* לסטות מהשבת המצב לקדמותו – אם היו סוטים מעקרון זה בפס"ד אמין – בית המשפט היה צריך להכיר בנזק אבל לסטות מהשבת המצב לקדמותו – לפצות אבל לא כמו שמפצים בנזקים נפשיים רגילים ותוך כדי כך לפנות לשירותי הרווחה ולנסות להגיע לתוצאה צודקת יותר. המרצה אומרת שזה לא אפשרי היום כי אין לנו כללים כאלה יצירתיים בדיני הנזיקין. זה מחייב תיקון חקיקה.

הייתה תביעה מאוד דומה (מופיע במצגת) – האבא לא רצה קשר עם הילדים בכלל, אבל כן הייתה אמא במקרה הזה. מה בית המשפט אמר? הוא דחה את התביעה על הסף בטענה משפטית לא נכונה(לדעתה של המרצה!! ביהמ"ש עשה את זה כי הוא לא מצא פתרון אחר) – הם לא צירפו חוו"ד שיש להם נזק נפשי ממשי ולא באמת חייבים את זה!! הרי מספיק שקצת "לא נעים" להם וזה כבר מהווה נזק נפשי בר פיצוי.

הקרוב הנעדר – פס"ד אלסוחה – קרוב משפחה שלא היה נוכח בתאונה 🡨 ניזוק משני. כשבתי המשפט החליטו להרחיב את מעגל הנפגעים ולאפשר מתן פיצוי גם אדם שהוא לא הנפגע הישיר – הם לא מעשה אמרו שהם מרחיבים את המעגל אבל צריכים שיהיו תנאים מאוד חמורים, לא מפצים על כל נזק של אי נעימות או אי נוחות 🡨 רק במקרה של נזק נפשי ממשי ולעניין הזה כן צריך חוו"ד רפואית.

המרצה מציעה שבמקרים של תביעות נגד הורים לא נלך לפס"ד תנובה אלא נאמץ את הלכת אלסוחה שדיברה על מעגל נפגעים נרחב תחת כללים ותנאים – רק במקרה של נזק נפשי ממשי! היא יודעת שהיום אי אפשר לעשות את זה וכדי שיהיה אפשר לעשות את זה צריך לעשות תיקון בחוק!!

**מקרה מס' 1 שהגיע לעיתונות** – אמא לקחה ילד לגן והשאירה ילד אחר בבית בן 5 שהיה חולה ואז פרצה שריפה בבית והילד נפגע.

**מקרה מס' 2 שהגיע לעיתונות** – משפחה יש לה שלושה ילדים. היא יוצאת לעבודה כל יום והסבתא באה לשמור על הילדים 🡨 הסבתא לא יכלה להגיע והאמא יצאה בכ"ז לעבוד. ילד בן שנתיים עמד על המרפסת ועובר אורח ראה את זה והתקשר למשטרה ולא נגרם לילד נזק.

אם אנחנו נשתמש במונח של "הורה סביר" 🡨 בשתי הסיטואציות נגיד שזה לא סביר, הורה סביר לא היה מתנהג כך.

אם נחזור אחורה לסיפור של גוש קטיף עם הפצמ"רים 🡨 היה סקר בעיתון -- האם הורים חושבים שלגדל ילדים בגוש קטיף תחת הירי הקבוע, זה נחשב להורה סביר? 94% מההורים אמרו שזה לא סביר. מי שגר גוש קטיף הם אנשים לא סבירים – אז הם אפשר לתבוע אותם שהם התנהגו בצורה לא סבירה? הרי המבחן הוא אובייקטיבי. האם אפשר לתבוע אותם כאשר נגרם נזק? אנחנו רואים שיש פה פלונטר בהחלת מבחן האדם הסביר. מי קובע את האדם הסביר? השופט שיושב במותב 🡨 זה שונה משופט לשופט בהתאם להקשפת החיים שלהם והאופי שלהם 🡨 השופט מחיל את זה על עצמו ואומר אני הייתי מסכים או לא הייתי מסכים לילד שלי לעשות את זה... אז מה לפי זה יחליטו אם הורה הוא סביר או לא סביר? **המרצה אומרת שמבחן האדם הסביר הוא בכלל לא הגיוני!!** היא אומרת שנכון לאפשר ולא לחסום את הדרך של תביעות ילדים כנגד הורים – למשל מקרים של התעללות קשה, אונס וכו'.. 🡨 אותן מדינות שחסמו את הדרך לגמרי היא לא נכונה; גם להבדיל בין נזק נפשי לנזק פיזי זה לא נכון! **היא מציעה כמה שינויים**:

* **כוונת העושה**- נתיר תביעות רק במקרים שמדובר במעשים במכוונים המלווים בזדון או באזכריות. היא מפרשת את ס' 22 כמבחן משולב - סובייקטיבי ואובייקטיבי. ברק מפרש את זה כמבחן אובייקטיבי כפול ואילו השופט חשין מבקר אותו בתוך פס"ד אמין- בעמ' 303.



* **סוג המעשה** – בארה"ב הפסיקה דיברה על השאלה האם מבחינים בין התנהגות של ההורה גאדם לבין ההתנהגות של ההורה כהורה. מבחינת המרצה זה לא חשוב – אנחנו נתייחס את אותו הדין. לא התעסקנו בזה.
* **הסדרי פיצוי חוקיים בגין מעשה** – אם יש ביטוח וצריך לתבוע את ההורה אז זה בסדר. אבל מה קורה במקרה בו אין ביטוח? לא נגענו בזה אבל מה שהיא מציעה זה שהורה שלא עושה ביטוח אנחנו נבחן את ההתנהגות שלו לפי מבחן כוונת העושה – נבחן את המעשה עצמו האם יש תום לב באופן סובייקטיבי ואובייקטיבי.
* **זהות העושה** – על זה כן דיברנו. השינוי של דיני הנזיקין צריך לחול רק ביחס להורה (גם מאמץ) וגם בני משפחה שמגדלים את הילדים אבל לא ביחס למשפחות אומנה – לגביהן דיני הנזיקין ימשיכו לחול.
* **תוצאת המעשה** – נחיל את הלכת אלסוחה. רק אם יש נזק ממשי נפשי ולא כל נזק קל.
* **זהות התובע –** לאפשר גם לקטין וגם לבגיר להגיש תביעות לפי החוק הקיים. כמשודבר בקטין אפשר לתת שק"ד לשופט האם להשהות את התביעה עד שיהיה בגיר משום שאי אפשר לדעת אם הוא באמת רוצה לתבוע או שההורה השני רוצה לתבוע ובינתיים לתת פיצויי ביניים.

נכון להיום, דיני הנזיקין הרגילים חלים, אין שום שינוי. פס"ד אמין התוצאה שלו לא פשוטה בכלל משום שדיני הנזיקין הרגילים נותנים את המענה ולא דינים מיוחדים לסיטואציה כזו 🡨 המרצה מציעה לקבוע כללים ספציפיים זה אבל היא לא רואה את זה קורה בקרוב.

המקרים הבעייתים יותר הם מקרים שההורים הם צד ג' בתביעה, רשלנות של הורים. לא כל כך אפשרי להגיד תמיד שלא הייתה אחריות מצד ההורה כשיש רשלנות מצידו שבגינה נפגע הילד ממישהו אחר.

היום בתי המשפט הבינו שהם טעו שהם חילקו את האחריות – ובפסיקה החדשה, מחייבים את ההורה לשלם לחברת הביטוח ולא מחלקים אחריות (דיברנו על זה!). אם בפס"ד של הילד עם המאפייה פסקו לו 100,000 ₪ וקבעו שהאבא אשם 20% אז פעם היו מנכים את ה-20% מהפיצוי של הילד, אבל היום מחזירים את ה-20% לחברת הביטוח או למאפיה.

המצב המשפטי בארץ הוא שאין כרגע פתרון למרות שמנסים במשרד המשפטים לחשוב על פתרון 🡨 מה עושים בתביעות של הולדה בעוולה שאלו תביעות עם סכומים מאוד גדולים? האמא תצטרך להוציא מכיסה מיליוני שקלים כדי לתת לילד? מה ההיגיון בזה?

חלק מהמדינות הולכות בגישה שלנו – המזיק הזר יישא בכל האחריות🡨 למשל נהג ההסעה שהוריד את הילד בדרך מסוכנת בזמן שהאמא טיפלה בילדים האחרים הוא זה שיישא במלוא הנזק 🡨 המרצה אומרת שזה מאוד בעייתי ולא פשוט כי אם יש להורה אחוז גבוה מאוד של רשלנות, עדיין המזיק הזר ישלם וזה לא הוגן. אז מה שעשו זה לקבוע את הכלל הזה ולהוסיף סייג "אלא אם כן ההורה....." כל מדינה קבעה לה משהו אחר – אם ההורה עשה מעשה מכוון/ אם ההורה עשה מעשה מזעזע וכו'...

בארה"ב יש כל מיני גישות – יש גישות שאומרות שהצד השלישי ישא במלוא הנזק; יש מדינות שבודקות עד כמה התנהגות ההורים הייתה חמורה; יש מדינות שאומרות שנפעיל את אותו מבחן הרשלנות גם לגבי צד ג' וגם לגבי ההורה – האדם הסביר. **בארה"ב יש גישות שונות לסוגיה זו ולכן אין תשובה לכך 🡨 בישראל, התשובה היא שההורה יצטרך לשלם. בכל הפסיקה החדשה (שנתיים אחרונות) מחייבים את ההורים להחזיר כסף לביטוחים שזוהי בעיה בפני עצמה.**

**תביעות בין בני זוג – לא יהיה במבחן**

בעבר הייתה תפיסה שהאישה היא רכוש של הגבר ולכן היא לא יכולה לתבוע אותו – זה היה רעיון הזוי. כל מה שהוא עושה זה לטובת האישה, גם אם הוא מכה אותה.

התפיסות האלו חלפו מן העולם והיום, כמובן (בפסיקה של 10-15 שנים האחרונות), נקבע שאישה יכולה לתבוע את בן זוגה תחת עקרונות וכללים מסוימים כמובן אבל יש לה זכות כזו.

הייתה סוגיה שדנו הרבה האם אישה יכולה לתבוע בגין נזק שנגרם לה בגין עיכוב מתן גט.

מבחן- שעתיים. באמת קל. יש שאלה אחת קשה. אירועים או ציטוטים של פסק דין – חומר פתוח!