**דיני נזיקין במשפחה- מחברת בחינה תשע"ג**

**עקרונות ההסדר הנזיקי**

* *פס"ד קליפורד:* נקבע כי קליפורד נהג ברשלנות, על אף כי סוג הנזק והיקפו לא היה ידוע. ד' הרוב קבעה כי זוהי שאלה של מדיניות משפטית המביאה בין היתר שיקולים כמו מידת סיכון, הסתברות להתרחשות הנזק, עלות אמצעי מניעה והערך החברתי של מניעת המעשה שגרם לנזק. יש בפס"ד **פרשנות חדשה ומרחיבה של חובת הצפיות.** לדעת המרצה- בימ"ש ניסה להגיע לתוצאה מסוימת והעובדה שלרופא היה ביטוח והוא מהווה "כיס עמוק" מאוד עזרה לשופטים להגיע לתוצאה המסוימת. בנוסף, היה ראוי לקבוע סטנדרטים ולכן צריך לצפות לנזק שכזה
* **חובת הצפיות היא אחת החוליות החשובות בשאלה אם פלוני התרשל או לא** (המבחנים לקביעת רשלנות: מעשה/מחדל, קשר סיבתי, צפיה (ריחוק הנזק) ונזק).
* *ד"נ ליאון נ' רינגר*: לעיתים משייכים לאדם הסביר, ללא כוונה, כוח רב של ראיית התוצאה האפשרית במעשה- אסור להיות חכמים שלאחר מעשה לאחר שמכירים את המקרה ויודעים את התוצאה.
* **יש להבחין הבחנה ברורה בין שלוש שאלות שונות בדבר קיום חבותו של אדם לנזק מסוים במסגרת עוולת הרשלנות**:
1. שאלת ההתרשלות- ביצוע מעשה בלתי סביר כלפי אדם אחר הצפוי להינזק ממעשה זה. (ס' 35,36 לפקנ"ז).
2. שאלת הקשר הסיבתי בין ההתרשלות לבין התוצאה המזיקה. (ס' 64 לפקנ"ז).
3. השאלה השלישית הנוגעת להיקף האחריות היא שאלת ריחוק הנזק. (ס' 76(1) לפקנ"ז).
* *מ"י נ' חברת החשמל (****עלות אמצעי זהירות)****:* בימ"ש החליט כי על חב' חשמל לשלם כל עלות שהיא בכדי להגן על חיי אדם. **כל עלות שמטרתה למנוע איבוד חיים היא סבירה וראויה**. זוהי גם גישתה של המרצה.

**תורת הפיצוי הנזיקי- רציונאליים ומטרות**

* **צדק מתקן:** פיצוי מהמזיק לניזוק- **על דרך עקרון השבת המצב לקדמותו.**
* *פס"ד אתא:* עקרון השבת המצב לקדמותו- לתקן את העוולה ע"י פיצוי לניזוק. על המפעל לפצות את השכן.
* תפישת הצדק המתקן רואה לנגד עיניה את המזיק והניזוק בלבד.
* **הרתעה:** להעניש את הניזוק על התנהגותו המזיקה, לבטא סלידה ממנה ולהביא לידי קידום התנהגות חברתית ראויה והקטנה או מניעה של נזק מסוג זה.**לדוג' הטלת פיצויים עונשיים.**
* *פס"ד אטינגר:* פיצויים עונשיים יפסקו רק כאשר התנהגות הנתבע היא שערורייתית או זדונית, במידה המצדיקה את ענישתו, בדרך של חיובו לשלם " מעין קנס אזרחי" על מנת לתת ביטוי לשאת הנפש של בימ"ש ולמען יראו האחרים וייראו.
* *פס"ד תרכובת בלום:* פיצוי עונשי הוא בבחינת בן חורג לפיצויים הנזיקים- מטרתו להוות רכיב הרתעתי, עונשי או מחנך והוא אינו נועד להשיב את מצב הניזוק לקודמו אלא לשקף את החומרה המיוחדת המיוחסת למעשה העוולה- למשל כשמבוצע בכוונה או בזדון.
* **לכן, אף אם לניזוק-התובע נגרם נזק גוף, הפיצוי העונשי אינו קשור באופן ישיר לנזק הגוף.**
* **יעילות כלכלית:** האם פוסקים פיצוי מלא או פיצוי הוגן? (הבסיס לדיון הוא ס' 76(1)- הקובע עיקרון כללי למתן פיצויים).
* *פס"ד נעים נ' ברדה:*
* **הש' שמגר+ אלון-** יינתן פיצוי הוגן ולא פיצוי מלא, אלא אם הטיפול המלא עשוי להניב שיפור רפואי במצב אפילו אם מועט.
* **הש' ברק (ד' מיעוט שהפכה לרוב בפסיקה מאוחרת)-** פיצוי אינדיבידואלי:השאיפה היא לתת פיצוי מלא בהתחשב במתן הנתון. הניזוק לא יכול לדרוש תנאי פיצוי טובים יותר מאלה שהיה נוקט בהם אילו היה התשלום יוצא מכיסו שלו.
* **אין מפחיתים בפיצוי בשל חוסר יכולתו של המזיק, ואין מגדילים את הפיצוי בשל מסכנותו של הניזוק.**
* *פס"ד סורוקה נ' הבאבו:* אימוץ הלכת נעים נ' ברדה -אם יש סיכוי כלשהו לשיפור מצבו של הניזוק יש לפסוק לו פיצוי לפי שהות בבית ולא במוסד.
* *פס"ד פלונית נ' ביה"ח נהרייה:* פיצוי הוגן- 2 הליכי פונדקאות נפסקו לאישה שלא יכולה ללדת בעקבות רשלנות בי"ח.
* *סהר חברה לביטוח נ' גיל צ'יבוטארו:* בימ"ש פסק כי על אף נכותו של גיל המחייבת הספקת אמצעים רבים ויקרים- אין לפסוק עבורו פיצוי ברמת הטוב ביותר האפשרי אלא יש להסתפק ברמת הפיצוי ההוגן וההולם. אך אם היה ניתן לקדם את מצבו ולשפרו, להבדיל מטיפול הנועד לרווחה, היו מאפשרים פיצוי אפילו אם הוא מתקרב למלא.

**פיצוי בגין נזק שאינו נזק ממון- נזק נפשי טהור**

* *ס' 4 לפקנ"ז:* לא יינתן פיצוי על **נזק של מה בכך-** משהו שהוא נורא פעוט וזהיר לא יפצו עליו. לדוג' פגיעות קלות ערך, זמניות וחולפות מאליהן שעל האדם להתגבר עליהן בכוחות עצמו.
* במקום בו החוק לא דורש להוכיח נזק- אנו נתבע בנזיקין למרות שבד"כ לא יהיה פיצוי ללא נזק. דוג'- *חוק לשון הרע וחוק להגנת פרטיות מפצים גם ללא הוכחת נזק.*
* *פס"ד ערן הירש נ' מ"י:* תובע את הרספן על פגיעה בפרטיות.
* **בימ"ש מיישם את הדוק' של פיצויי בוז= פסיקת פיצויים ע"ס המטבע הקטן ביותר.** בגלל שהתובע לא היה תמים והיה בתביעתו מעין עזות מצח ושימוש לרעה בהליכי המשפט, השופט פסק לו פיצויי בוז של 10 אגורות.
* **האם ניתן פיצוי על נזק נפשי טהור (=נזק שאינו נלווה לנזק פיסי)?**
* **מהו נזק נפשי?** פגיעה נפשית, פגיעה רגשית, פגיעה במעמד החברתי, פגיעה אינטלקטואלית, פגיעה מוראלית ועוד. כל אלו יבואו לידי ביטוי בצער, בושה, עוגמת נפש, פחד, זעזוע, הלם, רגשי נחיתות, אבדן רווחה, אבדן נוחות. פגיעה במעמד החברתי או המשפחתי עקב לשון הרע.
* *פס"ד נדיר נ' כהנוביץ':* **לא שינו את ההלכה שעל נזק נפשי טהור לא מפצים אך קשרו את הנזק הנפשי של הדייגים יחד עם נזק פיסי (רעב וקור במשך שלושה ימים) והפכו את הנזק לנזק נפשי שאינו טהור ופיצו.**
* ***לאחר מכן, נעשתה הרחבה להיקף הנזק- הכרה בנזק נפשי טהור כבר פיצוי.***
* *פס"ד גורדון:* **העליון הפך את ההלכה ופיצה על נזק נפשי טהור!**
* סיבות לאי הכרה בנזק נפשי (לפני גורדון)- חשש מתביעות בדויות וממדרון חלקלק שכל מי שהרגיש אי נוחות יתבע.
* ***הרחבת היקף הנזק: הכרה בראש נזק חדש- פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה!***
* *פס"ד תנובה נ' ראבי:* הש' נאור (בד' רוב)- ההטעיה בדבר תכולת החלב המקרה זה מהווה **פגיעה באוטונומיה של הפרט**- הפיצוי הוא על תחושת הגועל שליוותה את אכילת הסיליקון.
* ד' מיעוט (פרוקצ'יה)+ המרצה: לא יכול להיות שבכל הטעייה במזיד/שוגג נפצה אנשים- צריך לבדוק עד כמה הפגיעה ממשית. נפצה על נזק שבא במהלך הטבעי הרגיל של הדברים כתוצאה ממעשי ההפרה.
* חשש **מהרחבת המונח הנזק** (לכל רמה ובכל חומרה), **מהרחבת מעגל הניזוקים** (כל מי ששתה את החלב מפוצה ולא רק התובע) **והרחבת היקף הסיכון** (הגדלת מספר ניזוקים ממעשה עוולה אחד).
* *פרופ' פרי*: מקבל את ד' המיעוט בפס"ד תנובה- כאשר מס' התובעים הוא עצום, ההליכים המשפטיים מתנהלים לשווא. אומנם הניזוקים יזכו בתביעותיהם אך לא יזכו לפיצוי אלא על אחוז קטן מהנזק. על כן, אין צורך בהתדיינות הממושכת והיקרה הזו שאינה משרתת את מטרתה. זהו צדק למראית העין בלבד.
* *פס"ד סלמה ארד נ' שופרסל*: התקבלה תביעה של צרכנים על הטעייה לגבי סוג הגבינה שהם אוכלים וצורכים בסופר.
* ***הרחבת המושג פגיעה באוטונומיה לרשלנות רפואית גם ללא רשלנות.***
* *פס"ד דעקה:* אף שלא הייתה רשלנות- הייתה פגיעה באוטונומיה כי לכל אדם זכות יסוד לאוטונומיה, לעצב את עולמו וחייו ולאיש אין זכות להתערב. זכותו של אדם להחליט על הפרוצדורות שנעשות בגופו וברגע שלא ניתנה הסכנה- הוא זכאי לפיצוי. פגיעה באוטונומיה היא פגיעה בחירות הפרט לקבל החלטה מושכלת שנובעת מחוסר מידע שהיה מוטל על המזיק לספק לו.
* **המהפכה-** **גם אם מדובר בנזק נפשי טהור, הפגיעה באוטונומיה מהווה פיצוי.** בפס"ד דעקה אין רשלנות, נזק או קש"ס ובכל זאת ניתן פיצוי. כיום- ניתן לקבל פיצוי על פגיעה באוטונומיה גם מבלי להוכיח רשלנות!
* בימ"ש פיצה אדם על מקרה בו לא הייתה רשלנות אך קבע כי הייתה פגיעה באוטונומיה כי הרופאים לא הסבירו לו בצורה מספקת על הנזק שיכול להיווצר או על תוצאות אפשרויות של הניתוח.
* *פס"ד אסתר כהן:* היעדר הסכמה מדעת- מרימה עילה לפיצויים. הסכמה מדעת זה שלב לפני הפגיעה באוטונומיה אך מניחים כי אילו היו מסבירים לחולה הוא היה מסכים.
* לא כל פגיעה באוטונומיה של הפרט ראויה להגנה. רק פגיעה באוטונומיה של הפרט, שלחברה יש אינטרס להגן עליה, תוכר כפגיעה הגוררת אחריה פיצוי.
* **הפיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה יינתן רק במקרים בהם הוכחה התנהגות עוולתית** (הפרת חובת הגילוי ומתן ההסבר) אך לא מתקיים הקשר הסיבתי בינה לבין הנזק, שכן אם מתקיים קשר סיבתי מדובר בהעדר הסכמה מדעת ולא בפגיעה באוטונומיה.
* *פס"ד כרמלי:* בימ"ש דחה את טענת כרמלי לכליאת שווא כי הייתה עילת אשפוז. לאחר מכן, דנים השופטים אם לאחר שנדחתה עילה ספציפית בנזיקין, האם ניתן לבחון את המקרה על סמך עוולה כללית (רשלנות).
* ד' הרוב:  **ייבחן כל מקרה לגופו- לא קבעו כלל.**
* זאת לעומת- *פס"ד גורדון-* שם הוחלט כי אם עילת תביעה אחת נפלה בגין הגנה ניתן לתבוע בגין עילה נוספת.
* ברק- טוען כי כך כל המעמסה נופלת על עוולת הרשלנות. *זאת לעומת גורדון שם אמר כי העוולות הן כמו איים שאפשר לנסות להיתפס על כל אי של עוולה.*
* **הלכה: בימ"ש השאיר בצ"ע את השאלה האם צריך ללכת לעוולת רשלנות כאשר עילה אחרת נשללה**- לכן, **לענייננו- כן ניתן להשתמש בכך.** **להכניס כל מיני עילות תביעה למקרה שאם אחת לא תתקבל.** אך לא ניתן לטעון טענות עובדתיות הסותרות אחת את השנייה.
* ***הרחבת מעגל הנפגעים:***
* *פס"ד אלסוחה:* בימ"ש הרחיב את מעגל הנפגעים אך צמצם את מס' מקבלי הפיצוי בתוך מעגל הנפגעים המשני מתוך איזון בין האינטרסים והפעלת מדיניות משפטית מתאימה שתמנע הטלת חובות בהיקפים מופרזים. יצרו מס' תנאים מצטברים בכדי להכיר בקרוב נוכח ונעדר כנפגעים משניים ברי פיצוי:
1. **מידת הקרבה לנפגע** – קרוב מדרגה ראשונה ובמקרים חריגים אפשר רמת קירבה אף יותר רחוקה.
2. **התרשמות ישירה מן האירוע** – על הנפגע להיות עד לאירוע או לתוצאותיו המיידיות.
3. **קירבה במקום או בזמן.**
4. **קיומו של נזק נפשי ממשי** – מחלות נפש או פגיעה נפשית שלא מגיעה לידי מחלה.
* הרחבת הלכת אלסוחה-
* *בת"א 4199/02* : על תנאים אלה יש להשקיף כעל מורי דרך יעילים אך אין הם תחליף למצפן נזיקי.
* *בת"א 754/05*: **גם במקרים ברורים וקשים שאינם עונים על תנאי אלסוחה יש להכיר בנפגע גם אם לא נקבעה נכות ממשית**.
* *בת"א 1519/02* : **גם אם נגרם נזק גוף כמעגל משני (כמו סוכרת למשל) אז אפשר לפצות.** (פס"ד כהנא).
* *בת"א 9466/05:* **הכיר 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 אלא חולשת על כל תחום הנזיקין.**
* יישום הלכת אלסוחה-
* *פס"ד פלונית נ' סהר חברה לבט"ל:* **בימ"ש לא פסק פיצויים לאם, כנפגעת משנית ולבנה, כאשר האב נהרג בת"ד בזמן שהייתה בהיריון.** נקבע כי אומנם הלכת אלסוחה הורחבה אך עדיין צריך להוכיח קיומו של נזק נפשי ממשי. אומרים כי בתנובה פסקו פיצויים ללא נזק כי ראש הנזק היה פגיעה באוטונומיה. במקרנו, נטען נזק נפשי ללא אישור ולכן לא נפסק פיצוי לא לאם ולא לבנה.

**התערבות ביחסי הורים וילדים**

* *פרשת לורה דקר:* בימ"ש התיר, בניגוד לטענת המועצה להגנת הילד, ללורה דקר בת ה14 לצאת לבדה לטיול בן שנתיים מסביב לעולם.
* *חוק הכשרות והאפוטרופסות* (ביטול עסקה אם זו עסקה שאין כדרכם של קטינים לעשות), *חוק לגילויי נגיפי איידס* (אסור לגלות להורה ילד נשא בניגוד לרצונו של ילד).
* *פס"ד גיליק:* עתירה של אם בגין אי חוקיות מכירת אמצעי מניעה לנערות מתחת לגיל 16 ללא הסכמת הורים.
* **הרציונל הוא שהילדים ייקחו אמצעי מניעה אחרת התוצאה תהיה גרועה יותר.**
* *פס"ד שפר נ' מ"י:* בימ"ש החליט להתערב בשק"ד ההורים אשר רצו לנתק את ילדתם ממכונות שמאריכות חייה כאשר זו סובלת ממחלה חשוכת מרפא.
* *היועמ"ש נ' פלונית:* הורים רצו שלא לתת לילד טיפול מכונתי מאריך חיים.
* בימ"ש הכיר בטענת ההורים אך סייג אותה כי למדינה יש תפקיד בשמירת טובת הקטינים על חשבון אוטונומיית ההורים. מניחים שההורים מכירים בטובת הילד ויחליטו את ההחלטה הטובה ביותר בשבילו יחד עם סייגים. לעיתים, **בנסיבות מסוימות רשאית המדינה להעמיד במבחן שיפוטי את השאלה האם האופן שבו הם מייצגים את טובת ילדיהם עומד בקריטריונים ראויים.** במקרה זה בימ"ש התערב וכפה על ההורים את הטיפול.
* הפועל היוצא של אמירה כזו שחוזרת בפסקי דין שונים היא – **שאם טובת הילד על פי ראות עיני בית המשפט שונה מטובת הילד על פי ראות הוריו, טובת הילד כפי שבית המשפט רואה אותה היא שתנחה את בית המשפט**. הידיעה שההחלטה של ההורים מבוססת על טובת הילד לפי אמונתם והשקפת עולמם אינה מעלה ואינה מורידה. ההתערבות אינה תלויה בקביעה שנפל פגם בהתנהלות ההורים.
* *פס"ד פלוני נ' ורדי ג'ק:* הש' אלון קיבל טענה של ילד בן 17 חולה בסרטן שלא רצה להמשיך ולקבל טיפולים מפאת נשירה. הילד נפטר לאחר שברח לחו"ל תוך סירוב לעמוד בטיפולים. אלון הביע חרטה על הכרעת דינו ולכן שינה דעתו בפס"ד שפר.
* **לדעת המרצה-** לו הילד היה בן 14-15 היינו מקבלים את טענות ההורים אך מכיוון שהילד נטה לגיל 18 קיבלו את טענתו. היא סבורה כי החוק בא לחתוך לנו לפעמים התלבטויות ולכן אין להכניס שיקולים זרים.

**זכויות מותנות מול זכויות בסיסיות-** ההבדל הוא למי מהזכויות (של ההורים/הילד) ניתן משקל גבוה יותר.

1. **זכויות מותנות-** זכות ההורים למלא את החובות שלהם כלפי ילדם ולדאוג לאינטרסים של ילדם היא זכות שהוענקה להם ע"י החברה. לכן, החברה יכולה גם להתערב. בימ"ש יתערב במקרים שהוא סובר שהשיקולים של ההורים מוטעים/בלתי סבירים/ אינם מקדמים את טובת הילד וכו'. (בימ"ש יתערב גם במקרים שאינם חריגים- לדוג' פס"ד שפר).
2. **זכויות בסיסיות-** זכות ההורים אינה מותנית אלא היא בסיסית ונתונה להורי הילד- גם אם זה בא על חשבון זכותו האישית של הילד (מה שמחייב דאגה למילוי חובות ההורים כלפיו). קו הגבול כאן הוא שונה: בימ"ש יתערב רק כאשר ההורים נוהגים באכזריות, חוסר מוסריות או התנהגות בלתי שקולה. (התערבות במקרים קיצוניים).

**פגיעה באוטונומיה הורית-** בשלושה אמצעים חקיקה, רשויות ופסיקה.

* *פס"ד ניו זילנד:* הורים התגרשו והאם רצתה לקחת את ילדיה יחד עמה לניו זילנד.
* **טובת הילד נובעת מטובת ההורה. מכיוון שהאם בדיכאון בישראל, הדבר מקרין על הילדים ולכן אפשרו להם לנסוע עם האם לחו"ל.** פסקו לטובת הילד כי זכויות ההורים נמצאות במחלוקת.
* *" יש ליתן משקל לזכותו של ההורה המשמורן לנהל את חייו כרצונו ולהמשיך ולהתפתח בהם, זאת לצד בחינת זכותו של ההורה שאינו משמורן לשמור על קשר רציף עם הילד. על בית המשפט להוסיף ולבחון גם את איכות הקשר בין הילד והוריו, את היכולת של ההורה שאינו משמורן לשמור על קשר עם ילדיו אם תאושר ההגירה ואת נכונות ההורה המשמורן לסייע בקיומו של קשר זה. כן יש לבחון את יכולתו של הילד להיקלט בסביבה אליה מתבקשת ההגירה..."*
* **מתי בימ"ש יתערב בשיקול דעת של ההורים?** עולה מהפסיקה שהתערבות ביהמ"ש איננה מוגבלת לעניינים מסוימים, אם כי קיימת דרישה להתקיימות עילה מיוחדת ויוצאת דופן. ההתערבות איננה מותנית בכישלון בתפקוד ההורים, בשיקול דעת פגום של ההורים, בזדון, בחוסר תום לב, או בשיקולים שלא לטובת הילד. **כאשר בית המשפט משתכנע לאחר שבחן את "טובת הילד" שההחלטה מזווית הראייה שלו לא הייתה לטובת הילד, הוא רשאי להתערב בה.**

**3 מישורים של התנגשות בין זכויות הורים לילדים:**

1. **התנגשות בין זכות הילד לזכות ההורה כאפוטרופוס לקבוע מה טובת הילד** (לדוג' טיפול רפואי): עמדת הילד יכולה להיטען ע"י הילד או ע"י רשויות אל מול טענת ההורים שגם רואים את טובת הילד, אך בצורה שונה *(פס"ד שפר*, *ורדי ג'ק, היועמ"ש נ' פלונית*).
2. **התנגשות בין זכות הילד לזכות ההורה כאדם לממש רצונות ושאיפות שלו** (לדוג' העתקת מקום מגורים של הורה עקב סיבות אישיות):
* המרצה סוברת שאין כאן התנגשות או פגיעה בילד כיוון ולהורים יש זכות לחיות, ליהנות ולהגשים עצמם ובסופו של דבר טובת ההורה= טובת הילד (כמו במקרה ניו זילנד).
* *פס"ד פלוני:* הורים התגרשו בארה"ב: האם חזרה לארץ על הילדה והאב נשאר. האם גידלה את הילד בסביבת משפחתית עם הסבתא והדודים ובגיל 11 האם נפטרה. האב רוצה את הילדה אליו.
* **בימ"ש החליט להחזיר את הילדה לאביה שבארה"ב מכיוון ויש להורה זכות בסיסית לגדל את ילדו. בימ"ש יתערב במקרים חריגים.** כך שגם אם יוצאים מנק' הנחה שטובת הילד במקום אחר- אי אפשר להתערב בכל החלטה של הורים כי אז נגביל אותם יתר על המידה.
* ככל שהילד גדל ומגיע לגיל עצמאות- כן יתנו לילד יותר זכות החלטה ויתחשבו בזכויותיו ועמדותיו.
1. **התנגשות בין זכות בן משפחה לזכות בן משפחה אחר** (לדוג' תרומת כליה מילד לילד- "שומרת אחותי"):
* פס*"ד צ'יבידלי:* בימ"ש קבע כי אחות תתרום לאחותה מוח עצם. בימ"ש מינה פסיכולוגים שבחנו האם האחות יכולה להתמודד עם התרומה. מאחר והגיעו הפסיכולוגים למסקנה כי אם לא תתרום, תחיה עם רגשות אשם כבדים- בימ"ש פסק כי האחות תתרום.
* *בפרשת פלוני (698/86):* האב היה חולה כליה, הבן היה ילד מפגר. הרופאים רצו לקחת כליה מהילד החולה ולהשתיל לאבא , הרופאים פנו לביהמ"ש ו**ביהמ"ש במקרה זה לא התיר פרוצדורה זו למרות שחלק סברו שטובת הילד היא בריאות האב.**  אך פסלו את הבקשה בעקבות חוסר מחשבה עצמאית של הילד.

**"טובת הילד" ו"זכויות הילד"**

* עקרון טובת הילד- **מבטא תפיסת עולם לפיה לילד זכויות עצמאיות מכוחו שלו ולא מכוח ההורים**. הילד הוא אישיות בפני עצמה, בעל זכויות ואנו נשקול את טובתו האישית (צרכיו ואינטרסים) במנותק מהמשפחה. העיקרון מכיר בזכויות של הילד ובאינטרסים שלו, אך הוא מכיר בכך שיש לשקול ולאזן בין זכויות הילד לזכויות הוריו והאינטרסים שלהם בעת שבאים ליישם הסדר משפטי כלשהו.
* מכיוון שכשהורה חושב על טובת הילד, אי אפשר לומר שהוא חושב תמיד על טובתו הטהורה (לדוג' לדחוף אותו לתכנית ריאליטי)- פיתחו את המושג הבא-
* זכויות הילד- הילד ראוי לזכויות כמו כל אדם, יש לו אישיות כמו לכל בגיר ולכן עלינו להעניק לו זכויות. היקף הזכויות שלו יהיה צר משל מבוגרים- וזה יוצר שאלות רבות כמו אז באיזה היקף?
* ***"עקרון הקשרים המתפתחים"***: נעניק לילד זכויות כמו אדם מבוגר אבל בהתאם לקשרים שלו כילד. מכאן נובעות עוד שאלות- האם נעניק לו זכויות לפי הילד הספציפי או לפי כלל גורף של כל הילדים בגילו?
* *פס"ד פלוני:* אב ואם נכנסו למחלוקת כאשר האם רוצה לקחת את ילדיה ולחיות עמם באיזו שהיא כת ללא מוסד חינוך נורמאלי.כיצד יכריעו במנגנון טובת הילד או זכויות הילד?
* שטרסברג כהן בד' רוב:  **עקרון זכויות הילד אינו מתאים ואינו צריך לייצג מנגנון הכרעה בפתרון סכסוכים בין הורים לילדים. בוחנים את המקרה דרך טובת הילד ושם נותנים מעמד ראוי לזכויות הילד.**
* שמגר: ניתן לבחון דרך זכויות הילד. "*חובות ההורים כפי שהן מוגדרות בחוק הכשרות המשפטית אינן עוד חובות בעלמא, אלא חובות המקימות לילד זכויות מקבילות"*- מוסכם עליו שיש צורך לפתח מנגנון הכרעה למצבי התנגשות.
* לרוב, לגיל הילד יש משמעות מבחינת בחירת המנגנון: אם מדובר בילד גדול/בוגר יותר, אולי נכניס את עקרון זכויות הילד.
* *פרשת נילי מימון:* **בימ"ש אישר לילדה לצאת למשלחת לימודית בחו"ל מאחר וסיבותיו נגד יציאתה היו לא טובות** ולא סבירות (היא סירבה לדבר איתו).
* *ועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט:* **הועדה אימצה את הגישה שלהורים יש זכויות בסיסיות והציעה כי שיקול דעתו של בימ"ש יהיה תחת הידיעה שסכסוכים תוך משפטיים מסוימים אינם שפיטים.**
* עקרונות בסיסיים על פיהם נכריע מתי מתערבים?
1. **זכות ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות בסיסית חוקתית יסודית.**
2. **התערבות תיעשה רק במקרה שנשקפת סכנה ממשית לילד** *(קונסלוס)*
* **גישות איזון שונות בין זכויות הילד לזכויות ההורה כאדם**:
* **גישת איזון הזכויות-** איזון בין זכויות ההורה כאדם לבין זכויות הילד כאשר הנחת יסוד היא שזכויות ההורים מותנות.
* **גישת אי ההתערבות-** להורה זכות יסוד לאוטונומיה בקבלת החלטות הנוגעות אליו ולכן אין לחברה זכות להתערב בהחלטות, גם אם הן פוגעות בילד.
* **גישת האוטונומיה המוגבלת-** להורה זכות יסוד לאוטונומיה ולחברה אין זכות להתערב בה, אלא במקרים שנשקפת סכנה ממשית לילד.
* המרצה- סוברת שיש לאמץ את הגישה השלישית ולקבוע ש**זכות הילד תועדף רק במקרה שבו קיים חשש ממשי לשלום הילד או כשההורה מתנהג בצורה אכזרית או קפריזית.**

המודלים האפשריים לאינטראקציה בין דיני הנזיקין וילדים

1. **דיני הנזיקין הקיימים נועדו לתת מענה לכל סוגי המזיקים והניזוקים, קטנים כגדולים**. 🡨 הפוקוס על האדם שניזוק, אין זה משנה אם מי שגרם את הנזק הוא קטין או בגיר. התוצאה היא דיני הנזיקין יחולו על כל מזיק, ללא יוצא מן הכלל.
2. **דיני הנזיקין לא מיועדים להסדיר אירועים שבהם מעורבים ילדים, בין כמזיקים ובין כניזוקים**- **מבחן "האדם הסביר"** אינו ישים- לילדים אין מספיק ראייה רחבה כדי לשקול את כל ההחלטות הנצטרכות 🡨 שמים את הפוקוס על המזיק.
3. **ניתן להחיל את דיני הנזיקין אך יש לפתח מבחנים מיוחדים, ולעשות התאמות לפי הגילאים** כי לא ניתן להחיל את אותם מבחנים על מבוגר ועל ילד. אולי לקבוע **מבחן "הקטין הסביר"**. **זהו המודל המקובל!**
* **החוק קובע הוראות התאמה ביחס לילדים:**
1. ***ס' 9 לפקנ"ז***- קובע את גיל 12 כגיל סף לתביעה נגד קטין מזיק ולתביעה (שכנגד) כנגד קטין ניזוק. במקום הילד יתבעו הוריו/אפוטרופוס.
2. החוק קובע את גיל 12 כגיל סף לקטין שהסתכן מרצון.
3. פטור מאשם תורם לקטין מתחת לגיל 12 (***ס' 64(3) לפקנ"ז***).
4. הגנה לבגיר ביחס לעוולה של כליאת שווא (***ס' 26 לפקנ"ז***= כליאת שווא, ***ס' 27 לפקנ"ז***= הגנה).
5. דיני **הנזיקין יחולו גם על ילדים אבל האיזונים יהיו שונים- למשל מבוגר לא יוכל ליהנות מהגנות שונות בחוק** 🡨 לעשות התאמות, להשאיר את הפקנ"ז אבל לפטור אנשים שהזיקו לקטינים בכל מיני סיטואציות:
* ***ס' 27***- הגנה של כליאת שווא להורים (היה למורים ובוטלה).
* ***ס' 24****-* בתחילה הייתה הגנה לפי עוולות תקיפה. הגנת התקיפה בוטלה לגבי מורים והורים ולא חלה היום.
* **לעניין אחריות הורים כשלא ניתן להטיל אחריות על הילד (מתחת לגיל 12)-** יש שיקולים רבים להטיל על ההורים את האחריות הנזיקית למפגעים של ילדיהם הקטינים. אין תשובה לכך בחוק, אך **בפסיקה נקבע שכשמדובר בקטין מתחת לגיל 12, ניתן להטיל אחריות על ההורים רק אם ניתן לקבוע שההורים התרשלו**.
* **במידה ולא יהיה ניתן לקבוע התרשלות, הניזוק לא יפוצה**.
* הרציונאל בכך נוגע להימנעות מהרתעת יתר, במידה וההורים יצטרכו לפצות על כל דבר, ההורים יחששו למאפשר עצמאות לילדיהם.

**הסתכנות מרצון-** לא חל על ילדים מתחת לגיל 12!

* ***סעיף 5 לפקנ"ז:*** אדם שיודע שיש במקרה סכנה להינזקות והוא מוכן להיכנס לסיטואציה הזו בה ייתכן ויגרם לו נזק.
* **כדי שנאמר שאדם מסתכן ברצון צריך להתקיים** :
1. ידיעת הניזוק אודות הסיכון, לרבות הערכת אופיו המסוכן.
2. חשיפתו לסיכון.
3. רצונו לחשוף עצמו לסיכון ולתוצאותיו המשפטיות.
* ***סעיף5(ג)*** : *'ילד למטה מגיל 12 לא ייחשב כמסוגל לדעת או להעריך את מצב הדברים שגרמו לנזק או כמסוגל מרצונו לחשוף עצמו או רכושו לנזק זה'* ------- כלומר **אין הסתכנות מרצון אצל ילד מתחת לגיל 12. המבחן יסטה מהאדם הסביר למבחן "הילד הסביר" לפי גילו.**
* *פס"ד קוטלר דוד נ' ויקטוריה רשת מסעדות-* מבוגר שעלה לרקוד עם רקדן על במה בידיעה שהרקדן קופץ על אנשים, נפצע מאותה קפיצה ונקבעו לו 10% נכות. בתביעה כנגד המסעדה, המסעדה תבעה להסתכנות מרצון.
* **אין הסתכנות מרצון-** כל רצונו של הבחור היה לרקוד וליהנות ולא להצטרף לסכנה. אולם, אין להתעלם מהתנהגות התובע שעלה לבמה במודעות שהרקדן יקפוץ עליו ולכן **יש כאן אשם תורם.**

**אשם תורם=** גרם נזק באשם

* ***ס' 64 פקנ"ז:*** *'אשם הוא מעשה או מחדל של אדם*....***רואים אדם כמי שגרם לנזק באשמו, אם היה האשם הסיבה או אחת הסיבות לנזק ואולם לא יראוהו כך אם***... (לפי סעיף 64(3)) ***'ילד שלא מלאו לו 12 שנה, לאחר שהאדם שגרם לנזק הזמין אותו או הרשה לו לשהות בנכס,שבו או בקשר עימו אירע***'.
* הס' מסורבל- **ילד בן 12 לא מוצא לחלוטין מאחריות אשם תורם, אלא רק בסיטואציות מסוימות כאשר הילד סמך על מבוגר.** באשר המקרים- כן יהיה ניתן להטיל על ילד אשם תורם.
* **ניתן להטיל אשם תורם על ילד מעל גיל 8, כשמדובר על רשלנות כלפי עצמו- לפי הפסיקה**. אולם ילד שהזיק כלפי מישהו אחר- ניתן להטיל אחריות מגיל 12 בלבד לפי החוק.
* *פס"ד עידו צימרמן נ' דוד גבריאלוב:* ילד בן 9 יצא עם אחיו בן ה4.5 לאסוף קרשים, נכנסו לגינה של שכן אשר היה בה כלב קשור והכלב נשך את הקטן.
* בימ"ש: **הטיל אחריות על בעל הכלב והטיל על האם רשלנות תורמת של 15% על כך שנתנה לילד בן 4.5 להסתובב עם קטין.** הורים אינם יכולים להתעלם מסכנה הצפויה לילדם ולחשוך אותם לסכנה זו רק מפני שמישהו אחר אחראי למנוע אותה.
* כמה נפקויות של המקרה:
1. אם הננשך היה מבוגר- מצבו של בעל הכלב היה טוב מכיוון והכלב היה קשור והשער סגור ולפיכך, נראה היה כי האחריות הייתה על הננשך והיה משתתף באשם תורם. כך גם אם הננשך היה הילד הגדול בן ה9, כי הוא כבר בעל מודעות וניתן להטיל עליו אחריות תורמת במידה והוא רואה שלט "כלב בחצר".
2. המקרה היה שונה לו השכן היה מזמין את הילדים להיכנס לחצרו- אז האחריות הייתה של בעל החצר בלבד וללא אשם תורם ככל הנראה.
* *מועצה מקומית מג'אר נ' איאד דהאר:* התובע יצא עם בן דודו בחג, ראה חפץ מעלה עשן, הרים אותו והדבר התפוצץ לו ביד והוא נפצע.
* בימ"ש השלום **הטיל אחריות על המועצה שלא הוכיחה שאכפה איסור מכירת חפצים מסוכנים לפני החג. וכן, הטיל על התובע 20% אשם תורם.**
* *נעם עזאם נ' מועצה מקומית עוספייה:* תובעת בת 13 נפלה לבור ברשות המקומית בזמן שנשלחה ע"י הסבא לקנות משהו.
* **בימ"ש הטיל אחריות על המועצה כי היא הייתה צריכה לגדר את האזור כשהוא בבניה. בימ"ש אומר כי נכון שהילדה הייתה מעל גיל 12, אך ייתכנו מקרים בהם אף אם לפי החוק ניתן להטיך- במ"ש לא יטיל אשם תורם לפי שק"ד.**
* בקביעת אשם תורם יש ממילא להתחשב בכושר שיפוטו המוגבל ובניסיון החיים המועט של הילד, לרבות נטייתו להימשך לדברים מסוכנים- לכן גם אם הילד מעל גיל 13 לא בטוח שיוטל עליו אשם תורם.
* במתחם הגילאים 12-18 בימ"ש ישקול לפי שק"ד האם יש אשם תורם בהתאם לנסיבות, מעל גיל 18- נבחן את הילד כמו מבוגר, מתחת לגיל 12- אין הסתכנות מרצון ואין אשם תורם במקרים מסוימים.

***רשלנות תורמת- ס' 65:*** נתבע שגרם לנזק באשמו, *אלא שהתנהגותו של התובע היא שהביאה לידי האשם*, רשאי בית המשפט לפטור אותו מחבותו לפצות את התובע או להקטין את הפיצויים ככל שבית המשפט יראה לצודק.

* **שאלת 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 *(נעם עזאם).*
* **למעשה, בימ"ש מטיל אחריות תורמת על ילדים מגיל 8.**
* *כהן נ' לנטוש:* בימ"ש אומר כי בעיקרון- אין לייחס אשם תורם לילד בן 8, אך במקרים בהם **כן יטילו אשם תורם לילד בן 8- הנחת העבודה היא שילד כזה מסוגל להבין ולהישמר.** לכן, ייתכנו מקרים שילד, אף אם הוא מתחת לגיל 12, יהיה בעל אשם תורם.
* *מ"י נ' ליעד שובל:* תלמיד יב' החליט לקפוץ מעל השער האחורי של ביה"ס כשהוא סגור, נפל ונפצע.
* **בימ"ש הטיל אחריות על ביה"ס כיוון וידעו על התופעה ולא עשו דבר בכדי למנוע אותה.** לו היה מורה ליד השער- הדבר היה נמנע ולכן הוטלה גם אחריות על משרד החינוך. **הטילו גם רשלנות תורמת על התלמיד בגובה 40% מכיוון והיה בן 18 והוא ידע על האיסור לקפוץ.**
* **בעליון-** הוחלט לא להטיל אחריות על משרד החינוך כי הוא לא צפה ולא היה צריך לצפות את עניין הצפיות. רק ביה"ס והילד אשמים.
* המרצה- סוברת שגם אין כאן אחריות של ביה"ס כי השער היה סגור ונעול.
* *פס"ד שאול:* פס"ד ישן מאוד שמבטא נורמות חברתיות ישנות. ילדה בת 7 נשלחה לחנות מטעם הוריה ונדרסה בכביש ע"י אופנוע. בימ"ש פסק כי ההורים אינם חייבים ברשלנות. **לדעת המרצה היום המסקנה הייתה שונה. דיני נזיקין מבטאים תרבות בחברה ולכן ייתכן שהיום זה היה שונה** (גם יש תשדירים שמותר לחצות את הכביש לבד רק מגיל 9...).
* *פס"ד שניתן לפני יומיים:* אב שם תינוקת על מיטת ילד (מעל גיל שנתיים), ראשה של התינוקת נתקע בין המיטה למגן הנפילה והפכה לנכה.
* בימ"ש **לא הטיל אחריות על יצרן המיטה מכיוון והוא נתן הוראות שימוש ואזהרות בנוגע למיטה והיא ניתנת לשימוש מגיל שנתיים ומעלה.**
* המרצה אומרת כי אם המקרה היה מתרחש במעון- ייתכן כי הגננת הייתה מקבלת אחריות לרשלנות.
* **בפסיקה מבחינים בין קטינים שהיו בהשגחת בגירים לבין כאלה שלא היו בהשגחה:** מתי שבגירים היו אחראים על קטינים- הורחבה הלכת הצפיות: מקום בו צפוי שיהיו ילדים, חייבים הבגירים לנקוט באמצעי זהירות כי ילדים לא יודעים לשמור על עצמם.

**הסדר נזיקין ביחס למורים ולמוסדות חינוך**

* השאלה הנשאלת האם היחס המיוחד בין מורה לתלמיד מצדיק התייחסות שונה של דיני הנזיקין למערכת היחסים.
1. **גישה אחת- קביעת חסינות למורים.**  🡨 חיזוק מעמד המורה והאוטונומיה שלו.
2. **גישה שנייה- הטלת חובות זהירות נוספות/ מוגברות על מורים**. 🡨 חיזוק מעמד הילד.
3. **אימוץ גישת הביניים ע"י הפסיקה**
* הפסיקה בהתייחסה לקטינים, הבחינה באופן ברור בין :
1. **קטינים** **שנפגעו ע"י בגירים שהיו אחראים עליהם. הורחבה חובת הצפיות** (ראה לעיל). במסגרת זו נטיל על מורים אחריות בסיטואציות שלא היינו מאילים על בגירים אחרים.
2. **קטינים שנפגעו ע"י/ כתוצאה ממחדל של בגירים שהילדים לא היו תחת משמורתם.**
3. כללי התנהגות למורים- כפי שנקבע בפסיקה
* **כללי התנהגות מאזנים בין האינטרס של השגחה על ילדים ומניעת תאונות לבין מגבלות כוח אדם ותקציב:**
* בשעת הפסקה חייבת להיות נוכחות של מורה, היקפה הוא פועל יוצא של האפשרויות.
* יש צורך בטיפוח אוירה של חופש תנועה ופעולה כרקע לפעולות הלימודיות והחינוכיות.
* ביחס לילדים בגיל הרך- יש לאפשר להם לספק את יצר הסקרנות שלהם.
* **הגשת תביעה כנגד מורה:**
* **תביעה ביחס לנזקים פיזיים**- אין מחלוקת, ילד יכול לתבוע מורה על נזקים פיזיים- *פס"ד מוסבאח ראה להלן.*
* **תביעה ביחס לנזק נפשי/ פגיעה באוטונומיה/ נזק כלכלי**- יש להבחין בין שתי תביעות:
	1. **תביעות שעניינן הישגים נמוכים בלימודים.**
	2. **תביעות שעניינן נזק נפשי כתוצאה מהעלבה/ השפלה.**

**המרצה**- אין מניעה להגיש תביעה מכל סוג שהוא.

1. משפט משווה בהקשר של נזק נפשי בגין הישגים נמוכים:
* **ארה"ב-** הוגשו מס' תביעות של ילדים בגין חינוך כושל. **כולן נדחו בנימוקים:**
1. חשש מהצפת תביעות.
2. העדר אפשרות לקבוע סטנדרט חינוך ולימוד ראוי.
3. חוסר יכולת לקבוע קש"ס בין כישורי ילד לכישלון בי"ס.
* **אנגליה**- עקרונית ניתן לתבוע תביעה מנהלית כנגד המדינה בגין חינוך כושל- בפועל לא הוכרו תביעות כאלו. הוכרו תביעות על אבחון או טיפול פסיכולוגי רשלני, למשל תביעה של ילד שלא אובחן כסובל מדיסלקציה.
* **תביעות ביחס לנזק פיסי:**
* *פס"ד דניאלי*: **ההלכה לעניין היקף חובת הפיקוח של בית הספר ומוריו על תלמידי בית הספר (שמגר):**
* מידת הפיקוח היא פועל יוצא של מכלול הנתונים כגון גיל התלמידים, תנאי השטח, אופי העיסוק והסיכון הנובע ממנו וכדו'. לדוג', בעת ההפסקה, משחקים וכו' נוטים הילדים להשתובבות ואף לפראות אולם ועל אף זאת כל שנדרש, בהעדר נסיבות מיוחדות, פיקוח כללי ולא פיקוח צמוד המכסה כל פינה.
* בית המשפט יצא מנקודת הנחה כי הידיעה בדבר נוכחות מורה בקרבת מקום יש לה, בדרך כלל, השפעה מרסנת. כן נפסק כי **המורה אינו יכול למנוע פעולת פתע או תגובה ספונטאנית של תלמיד אחד כנגד משנהו שאינה צפויה מראש והגורמת לנזק לאותו תלמיד**.
* *פס"ד אילנה מרצלי נ' מ"י:* בנות שנסעו בטיולית לי-ם, ירדו מהדלת האחורית בה היה פגם ונפתח שם איזה חלק ואחת הבנות איבדה אחת מאצבעותיה.
* נקבע: המקום ממנו יצאו הבנות לא היה יציב ובטוח אך הן לא חשבו על זה- **הוטלה אחריות על המורים (כי עליהם היה לבדוק האם לטיולית יש רישיון להובלת ילדים, האם עומדת בתקנים...) ונכון היה גם לתבוע את חברת הטיוליות.** כנגד משרד החינוך נטען כי היו צריכים לדאוג לירידה מסוגרת ושמורה תבדוק את פתח היציאה. (לדעת המרצה- אם היה מדובר בבני 18 לא היינו מצפים לזה).
* **הביטוי המעשי של חובת הפיקוח היא נקיטת אמצעים סבירים למניעתו של נזק צפוי, מבלי לפגוע בשאיפה להקנות לקטין חופש פעולה נרחב.**
* בימ"ש קבע מס' אבחנות:
1. לקטין אין את אותם מנגנוני הגנה ושק"ד לדעת מה מסוכן כמו שיש לבגיר- לכן יש חובה להיות זהיר כלפי קטינים. כן, גוף הקטין חלש יותר וחשוף ליותר פגעים ובנוסף הקטין סקרן יותר וצריך להעביר ערנות וזהירות.
2. החובה קיימת אם אתה בעלים של משהו שבשימוש הקטינים או אם הקטינים באחריותך בפרק הזמן הנוכחי.
3. יש אבחנה משפטית בין פעילות בתוך הכיתה לפעילות מחוץ לכיתה, אבחנה בין גיל ילדים, אבחנה בין אם מדובר בקייטנה/פעילות חברתית או ביום לימודים וכן- כשהשמחה רבה אז יש צורך להישמר ולהיזהר יותר.
4. מקום שמדובר בילדים קשיי חינוך או בעלי נטייה לאלימות תגבר חובת הפיקוח הנדרשת מצד המורה.
* *פס"ד מוסבאח*- ילד בכיתה י"א (בן 17) מטייבה הכניס גול במסגרת שיעור התעמלות ומתוך שמחה נתלה על השער- וזה נפל עליו ופצע אותו.
* ביהמ"ש הטיל על העירייה, המורה והמנהל אחריות על הנזק ופטרה את הנער מרשלנות תורמת.
* השופטת חיות בדעת מיעוט הטילה 15% רשלנות תורמת על הנער הדי גדול, בטענה שהיה עליו להפעיל ש"ד (ידע שהשער לא מחובר לקרקע) ולדאוג לביטחונו האישי.
* *פס"ד פלוני:* תלמיד בית ספר הכניס עיפרון בטעות לעינו של תלמיד אחר.
* **לא הטלה אחריות על בית הספר כי המורה לא יכלה לעשות כלום במקרה כזה.** לא היה חשש או צפיות למה שהתרחש. לו היה כאן מכשיר יוצא דופן או היה מדובר במקרה המועד לפורענות, ייתכן כי התוצאה הייתה שונה.
* **לא הוטלה גם אחריות על הורה הילד שפגע כי אין צפיות ואין פה רשלנות-** עיפרון זהו כלי לגיטימי לתלמידים.
* *פס"ד י.מ.ק נ' מ.ש.צ:* אותה סיטואציה רק בגן: ילד בן 3 פגע באחר עם עפרון בתוך העין. התובע היה עם קוצב לב.
* **נפסקו פיצויים והוטלה אחריות על הגן כי עיפרון הוא לא כלי משחק לגיטימי ובטח בלי השגחה.**
* על ילדים עם בעיות רפואיות או אחרות יש חובת פיקוח חזקה יותר.
* *פס"ד מאי קורן נ' גני שובו:* ילדה בקייטנה עשתה גלגלון ונפצעה, למרות שהתבקשה במפורש לא לעשות זאת אפילו בפני אמה. בימ"ש דחה את התביעה נגד הקייטנה.
* **תביעות ביחס לנזק נפשי**
* *פס"ד אלבז:* **בימ"ש הטיל אחריות על מורה בגין נזק נפשי לתלמידה שנגרם עקב שליחת התלמידה הביתה במהלך יום לימודים ללא סיבה מוצדקת.** זהו פסק דין ייחודי ונדיר.
* התנהגותה הכועסת והמייסרת של המורה כלפי התובע לא הייתה על מנת לחנכו ולגרום לו לשפר התנהגותו, שהרי הודתה כי מאז יומו הראשון של התובע בכתה א', הפנתה כלפי התובע רגשות כעס, טינה ותסכול, זאת על לא עוול בכפו.
* *פס"ד קסטה טאללין נ' עיריית ערד:* **בימ"ש הטיל אחריות על העירייה** בעקבות כך שילדים אתיופים לא הגיעו לגן הממלכתי בעקבות חששות הורים אחרים מהתקדמות איטית של ילדם. **בימ"ש אמר כי לא הייתה כוונה רעה אך כן הייתה התרשלות שמקורה באפליה על רקע היותם עולים חדשים.**
* **הבחנה בין תביעות שעניינן בהישגים נמוכים בלימודים לבין תביעות בגין נזק נפשי כתוצאה מהעלבה-** לדעת המרצה: אין מניעה להגיש תביעות מכל סוג שהוא אלא הבעיה היא מבחינה מעשית להוכיח את התביעות.
* *הועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט- ועדת רוט-לוי:* **תביעות כנגד מורים ומוסדות חינוך בגין חינוך כושר, לא הוכרו בארה"ב ובאנגליה ולכן קיים סיכויו קטין שהן יתקבלו בישראל**.
* הדעה האישית של הועדה היא כי העובדה שעל נזקים פיסיים אנו מפצים מייד אך נזקים בגין לימודים אנו חושבים היטב ולא ממהרים לקבל היא לא מקובלת עליה. **העובדה שתביעות נזיקיות אודות התרשלות לספק השגחה פיזית כן מתקבלות, מעידה על תפיסה מפוקפקת של ביה"ס כמוסד לאחזקת ילדים ולא כמקום הנותן מעל הכול חינוך.**

**אחריות ההורים-** *ס' 22 לחוק הכשרות*

* *ס' 22 לחוק הכשרות והאפוטרופסות:* ***הורים לא יישאו באחריות לנזק שגרמו לקטין תוך מילוי תפקידי האפוטרופסות, אלא אם פעלו שלא בתו"ל או שלא נתכוונו לטובת הקטין.***
* מחלוקת: מה הכוונה כאשר מדובר בתו"ל או בטובת הקטין- האם המבחן הוא סובייקטיבי/אובייקטיבי?
* **ברק-** המבחנים הם סובייקטיביים, אך לעיתים חוסר סבירות עלול להעיד על חוסר תו"ל או עוונה לטובת הקטין גם מבחינה אובייקטיבית.
* **המרצה-** **תו"ל הנדרש הוא סובייקטיבי, טובת הקטין הנדרשת היא אובייקטיבית.**
* סוגי תביעות אפשרויות:
	+ - 1. תביעה של **ילד כנגד הורה.**
			2. תביעה של **מזיק/ניזוק צד שלישי**
				1. תביעה של **מזיק כנגד הורה**- בטענה ל"אשם תורם" של ההורים.
				2. תביעה של **ניזוק כנגד הורה**- בגין נזק שגרם הילד.
* **גישות אפשריות ביחס לתביעות לעיל:**
* כשקיימת מעורבות של אדם זר, בין כמזיק ובין כניזוק, יש להתעלם מקיום מערכת יחסים ילדים-הורים, ויש **לבחון את הרשלנות הנטענת לפי כללי הרשלנות הרגילים**. 🡨 הדגשת האינטרס של הצד השלישי.
* **לא ניתן להתעלם מכך שמדובר במערכת יחסים הורים-ילדים**, ועובדת קיומה של מערכת יחסים זו תצטרך להשפיע גם על האדם הזר. 🡨 הדגשת האינטרס המשפחתי.
* **חסינות של הורים:**
1. **חסינות מהותית/מלאה- לא ניתן לתבוע אדם.** כמו חסינות שופטים (ס' 8 בפקנ"ז).
2. **חסינות חלקית/ דיונית-** בנסיבות מסוימות מותר לתביעות ובנסיבות אחרות לא- אין כלל גורף האוסר את זכות התביעה (חיסיון של עובד ציבור).
* *ס' 22 לחוק* **הוא סוג של חסינות דיונית:** הסעיף בא להסדיר מצב משפטי בין הורים לילד אך לא את המצב בין ההורים לצד ג'. לכן, **נוצר מצב שצד ג' יכול לתבוע את ההורה.**
* *פס"ד שאול נ' מזרחי:* ילדה קטנה עזבה למלווה את היד, רצה לכביש ונפגעה מאופנוע. המזיק רצה שיפוי מהמלווה בגין רשלנותו.
* **הש' ויתקון:** כוונת הס' היא למנוע דין ודברים בין הורים וילדיהם **אך לא להכשיל תביעה מוצדקת של צד שלישי לשיפוי על אחריות שבימ"ש הטיל עליו-** החסינות דיונית בלבד ויש לאפשר שיפוי מההורה.
* *פס"ד אחמד עמארה:* אבא שלח בנו לעבוד במאפיה כאורז פיתות. המעביד הלך ונתן לילד להשגיח על מכונת הפיתות- הילד לא נזהר ונקטעה אחת מאצבעותיו. השאלה הייתה מהי אחריות ההורים?
* **פסקו אחריות על המעביד וכן אחריות של20% על האב בגין הפרת חוק שאסור להעסיק ילדים בתקופת לימודים.** האב והמאפייה הם מזיקים ביחד ולחוד.

**גישות אפשריות להטלת אחריות על הורים בגין נזק שנגרם לילד**

* **אחריות מלאה על גורם שלישי** שמירה על התא המשפחתי- ההורה פטור מתשלום וכל הסכום על הגורם השלישי.
* **נתינת פטור להורה**- אך ללא הפלת הנטל על הגורם השלישי (הילד סופג את ההפסד). הגורם השלישי ישלם כפי הנזק שגרם ואילו ההורה לא ישלם כלל. כלומר, הילד לא יקבל פיצוי על מלוא הנזק.
* **חלוקת נזק בין גורם שלישי לבין ההורה**- **זו הגישה שהתקבלה בפסיקה הישראלית**. גם ההורים ישלמו.
* *פס"ד צימרמן:* (ילד בן 4 שננשך ע"י כלב בזמן איסוף קרשים על אחיו בן ה9)- הטילו רשלנות על האם. **ויש לזכור שזה בעייתי להטיל על האם רשלנות תורמת כי הילד והאם הם שתי ישויות משפטיות שונות.**
* **התוצאה האופרטיבית של הבחנה בין הורה כנושא באשם תורם – לבין הורה מעוול במשותף**
* קביעה שיש ליחס להורה אשם תורם- משמעה **שמסכום הפיצוי של הילד יש להפחית את החלק היחסי בהתאם לגובה האשם התורם שיוחס להורים.**
* קביעה שההורה מעוול במשותף (כמו האב במאפייה)- משמעה **שנטל הפיצוי יתחלק בין ההורה לבין המזיק על פי חלקו של כל אחד בגרימת הנזק.**
* בעבר ביהמ"ש היו קובעים "אשם תורם" להורים, למרות שהם לא אותה אישיות משפטית כמו הילד. את הסכום שההורים היו צריכים לשלם- ניקו מסכום התביעה. **כלומר הקטין לא היה מקבל את הסכום כלל.**
* *פס"ד שרב:* לאמא נולד ילד פגוע לאחר שלא עשתה בדיקות לפני הלידה שהיו יכולות לגלות את הפגם. הטילו 50% רשלנות על הרופא ו50% רשלנות על האם.
* *פס"ד מרקוביץ':* התובע נפגע בהיותו בן 6 כשנפל מחלון ביתה של דודתו בעת שביקר שם עם הוריו. הילדים שיחקו בכדור וכשהתובע ניסה לתפוס את הכדור הוא נשען על תריס החלון שנפתח והילד נפל אל החצר ונפצע.
* **נקבע:** הדודה הייתה הנתבעת כי פוליסת הביטוח הייתה רשומה על שמה. האחריות מתחלקת שווה בשווה בין ההורים לדודה- אחריות מוגברת לדודה כבעלת מקרקעין ואחריות להורים כאחראים לשלום הקטין.
* **הטלת אחריות על ההורים ≠ אשם תורם מצד הילד- יש לו אישיות משפטית נפרדת והוא מתחת לגיל 8 אז אי אפשר להטיל אשם תורם על הילד.**
* בפוליסת הביטוח היה ס' כי חברת הביטוח לא תתבע את מבוטחי הפוליסה או את האנשים מטעם בעלי הפוליסה, שבאופן סביר לא היו נתבעים ע"י הדודה- כלומר, לא היה ניתן לתבוע את ההורים דרך צד ג' והילד לא יכול לתבוע את ההורים בעצמו **ולכן כל האשמה נפלה על הדודה.**
* בשני המקרים הבאים רואים שההורים חויבו להוציא כסף מכספם. זה מצב שלא מתיישב עם האינטואיציה, אבל מאפשר לקטין לקבל את המגיע לו.

**דוקטרינת החסינות שהתפתחה בארה"ב במאה ה- 20- The Parental Tort Immunity:**

1. פותחה ב3 פס"דים מראשית המאה ה20, אשר כונו "הטרילוגיה הגדולה", בהם ניתנה חסינות להורים אף במקרים קשים ביותר של אשפוז בכפייה, אלימות והתעללות ובימ"ש בארה"ב החליט כי אין להתערב במסגרת המשפחתית.
2. הנימוקים היו שלום החברה, שלמות המשפחה והמדיניות הציבורית הדוגלת בשמירה על שלום המשפחה והימנעות מכניסה לקרביה. לכן, חייבים למנוע הגשת תביעות מסוג זה הנכנסות לנבכי המשפחה.
3. הדוקטרינה: **ילד לא יוכל לתבוע את ההורה בתביעה נזיקית טהורה (pure tort)- להבדיל מתביעה בגין נזק נלווה לתביעה כספית או חוזית**. כנראה שמכיוון שבזמנו נושא זכויות הילדים היה בחיתוליו אז לא הזדרזו להעניק פיצויים.
4. ילד יכול להגיש תביעה נגד הורה: (1) ע"י ההורה הגרוש. (2) באמצעות next friend- ידיד קרוב שדואג לאינטרסים של הילד.
5. 44 מדינות בארה"ב אימצו את הדוק' סמוך לאחר שנוצרה. כיום היא נותרה בשתי מדינות בלבד (מדינת טנסי ומדינת לואיזיאנה. במדינת לואיזיאנה היא עוגנה בחוק וחלה עלכל תביעה בנזיקין של ילד כנגד הורה משמורן).
* כשקבעו חסינות בארה"ב הסתמכו על הפסיקה באנגליה, שם כלל אין תביעות של ילדים נגד הורים. השאלה הייתה האם אין באנגליה תביעות כי אסור או כי פשוט אין תביעות כאלו ולכן אין דיון בנושא.
* לאחר זמן מה התחילו לעלות תהיות על הכלל שאין תביעות ילדים נגד הורים והכלל החל להתפורר באמצע המאה ה-20. **מכיוון שהיה קשה לקבוע כללים בנושא אז הרבה בתי משפט קבעו כללים שונים**.
* **היום:** המגמה העולה מפסקי הדין היא **הרחבת החסינות ולא צמצומה**. בתחילת המאה הקודמת הייתה חסינות, באמצע המאה הקודמת פתחו את השערים, ואז הגיעה סוף המאה והבינו שעל כל דבר תובעים ולכן מרחיבים שוב במעט את החסינות ובתי המשפט שבים ומדברים בשבחה של - חסינות מוגבלת ומסויגת.
* **חשוב לציין שביהמ"ש בארה"ב לא מדברים בקול אחד-** החסינות המוגבלת שקיימת היום ברוב המכריע של המדינות שונה ממדינה למדינה והדוקטרינה לא רק שהורחבה, אלא הוחלה גם בתביעות מזיק צד שלישי כנגד ההורה וגם בתביעות ניזוק צד שלישי כנגד הורה. אך זו מגמה לא אחידה.
* **ההצדקה להרחבת החסינות**
* **הגנה על הורה** **שהתרשל**, להבדיל מהורה שעשה מעשה מכוון, זדוני או מרושל.
* **שמירה על האוטונומיה ההורית בגידול הילדים, הטלת משמעת וחינוך**. ביהמ"ש מדגישים את חשיבות שמירת האוטונומיה ההורית בכל הכרוך בגידול הילדים, חשיבות זכותם של ההורים לגדל את הילדים 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.
* *פס"ד בואנו:* (**הרחבת החסינות גם על תביעות צד ג' כלפי ההורים)** תביעה של תינוקת כבת 16 חודשים שנפגעה מאופניים עליהם רכב ילד כבן שש, שכן. ההורים תבעו את הורי הילד- לילד אין אחריות נזיקית כי הוא בן 6, אין לו כיס עמוק ואין לו כסף כלל.
* נקבע: **אותם 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**. בית המשפט מציין שזו ככל הנראה פעם ראשונה שהחסינות מורחבת לתביעות כאלו, היינו לתביעות ניזוק צד שלישי כלפי ההורה .
* *בפרשת Horton*: אם לתינוקת כבת 5 שבועות השכיבה את התינוקת על המיטה, ונכנסה לשכנה. ילדי השכנה כבני שלוש וארבע נכנסו לביתה בלא רשות והפילו את התינוקת. התינוקת הגישה תביעה נגד השכנה, נגד הילדים ונגד האם.
* התביעה נגד השכנה נדחתה - בית המשפט קבע **שהורה (השכנה), אחראי כלפי מעשה תקיפה של הילד שלו בהתקיים שלושה תנאים: (1) שהילד התכוון לתקוף, (2) שההורה ידע על כוונה זו ו(3) שההורה לא פעל למנוע מהילד לבצע זאת.**
* התביעה כנגד הילדים נדחתה בשל גילם הצעיר. התביעה כנגד האם נדחתה על יסוד דוקטרינת החסינות.
* *פרשת Lemmen-* ילדה בת 6 שהורדה מההסעה כדרך קבע על הכביש המהיר. יום אחד נדרסה.
* ביהמ"ש חייב את הנהג לפצות את הילדה ודחה את ההודעה לצד שלישי כנגד ההורים. הנהג טען לרשלנות הורית. ביהמ"ש היה ער שהוא מחיל מבחני רשלנות שונים ביחס להורים ולנהג האוטובוס. הבהיר ש**החלת מבחני זהירות שונים לא נעשית בשל הרצון להגן על ההורה כהורה.**
* בפרשת Johnson: ילד שטבע בעת שעשה רפטינג. ההורים תבעו את המפעילים ואלו טענו שלפני הטיול שאורגן על ידי בית הספר נדרשו ההורים לחתום על כתב שיפוי לפיו 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.
* בפרשת *Foldi*: 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. כיון שהתנהגות האם לא הגיעה לדרגת חומרה שכזו, התביעה כנגדה נדחתה.**

**אבחנה בין מעשה למחדל**

* לעתים, אחד ההורים עד לאלימות מצד ההורה האחר, אך הוא מתעלם מקיומה. 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.
* בפרשת ***Surtees*** , נקבע- **החובה ההורית לשמירה על הילד, קמה רק כאשר ההורה משגיח על הילד באותה נקודת זמן. ההורות איננה יוצרת חובת שמירה כללית, אלא כמתייחסת לאירוע קונקרטי.**
* *בפרשת McCallion:* הורים הלכו עם 2 ילדים. הילד הלך עם האם לכיוון הרכב שבו האב קושר את התינוק למושב. הילד, בעת שחצה את הכביש עם האם נדרס. ההורים הגישו תביעה נגד הנהג הפוגע והוא הגיע תביעה צד ג' כנגד האבא (כי על שמו פוליסת הביטוח= כיס עמוק). בימ"ש נשאל האם ניתן לחייב את האב בגין מחדל?
* דעת המיעוט: **הנוכחות 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: כדעת בית המשפט בפרשת *Surtees*, **הבסיס להטלת חבות על הורה בנזיקין רק אם הוא היה אחראי על הילד באותה סיטואציה.** התביעה נדחתה שכן האב היה עסוק בכלל במשהו אחר ולכן בעיקרון לא נכח בסיטואציה.
* *בפרשת Hahn:* ילדה בת 3 שראתה את סבה מעבר לכביש, רצה לקראתו ונפגעה מהרכב. תבעה בנזיקין את נהג הרכב ונהג הרכב הגיש תביעה נגד הסבא- טען לרשלנות משותפת של הסבא בכך שלא מנע מהילדה להתפרץ לכביש ולא הושיט לה עזרה כאשר היא קראה לו מהעבר השני של הכביש.
* נקבע: **הטלת 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.
* *בפרשת Cummings:* ההורים, בניגוד לחוק עזר מקומי, לא גזמו את העצים שהפרידו בין קצה המדרכה לחצר שלהם. העצים הלא גזומים חסמו את שדה הראייה של הנהגים. ילדם בן הארבע רכב על תלת אופן בחצר הבית. האב שנכנס שכח לסגור את השער, הילד יצא מהשער כשהוא רכוב על אופניו ונדרס. ההורים תבעו את הנהג וזה שלח הודעה לצד שלישי כנגדם.
* **רשלנות ההורים באי-גיזום העצים, הייתה רשלנות כלפי כולי עלמא, ואין לה קשר למערכת היחסים הורים וילדים ולכן קבע בית המשפט שאין הצדקה להתייחס להורים בסיטואציה כזו, בהתייחסות מיוחדת, רק בשל היותם הורים.**

**הורות ביולוגית מול הורות אחרת**

* 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.
* **הורה לא משמורן**
* המשפט האמריקני – בחלק מהמדינות קיימת אבחנה בין הורה משמורן להורה שאין לו חזקה על הילד. הרציונל העומד מאחורי החסינות הוא הגנה על הורה שנושא בעול גידול הילדים. הורה כזה עשוי לעיתים לנהוג שלא כיאות כלפי הילד, אבל **על הורה כזה אשר נושא בעול הגידול יש להגן גם אם עושה טעויות**. מה שאין הצדקה לגבי הורה לא משמורן.
* המשפט העברי – מבחין בין ילד שסמוך על שולחן הוריו – **המבחן הוא תלות כלכלית.**
* הפסיקה בישראל – **לא מאבחנת בין משמורן ללא משמורן** "העובדה כי אין הילדים נמצאים בחזקתו משפיעה על זכויותיו של ההורה אך לא על חובותיו" **פרשת אמין** .
* **הורה בעל כורחו:** הורה שלא רצה בילד, ידוע שהוא חייב במזונות- האם חייב בנזיקין?
* 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".*
* **כמו שהורה בעל כורחו חייב במזונות- כנראה שיהיה זכאי לחסינות.**
* *פס"ד היפוטתי- ילד לא רצוי:* אב שאינו מעוניין בילד והאם תובעת בשם הילד על היעדר דמות אב, האם בימ"ש יכול לאכוף על הורה להיפגש על ילד? האם אפשר לחייבו בפיצוי?
* ***תביעה בגין הפרת חובה חקוקה על יסוד ס' 22 לחוק הכשרות והאפוטרופסות:*** חלק מהחובות בס' זה חינוך. יש להוכיח שהאב נהג בחוסר תו"ל.
* ***תביעה בגין רשלנות לפי ס' 35 לפקנ"ז:*** ייטען כי ההורה לא נהג כפי שהורה סביר זהיר היה נוהג בנסיבות העניין.
* **הורה מאמץ:**
* *יש להתייחס לשלוש נקודות זמן:*
* *עד האימוץ*
* *מרגע החלטה על אימוץ וכל תקופת האימוץ*
* *מעת הגיע הילד לגיל 18 וכאשר הוא מבקש לפתוח את תיק האימוץ*
* **אומנה:**
* *פרשת Nicole :* הורים ביולוגים תבעו הורים אומנים לילד שלהם שהיה כבן שנתיים וטבע באמבטיה כשהיה תחת משמורתם של ההורים האומנים.
* נקבע בד' רוב: **יש שוני מהותי בין הורים ביולוגים להורים אומנים ואין מקום להשוואה ביניהם. לרוב, אין חסינות להורים אומנים** גם במידה ולא קיבלו כסף כי גם ככה זו סוג של עסקה. **יחד עם זאת יש לקבוע חסינות מצומצמת גם על ביחס אליהם-** בימ"ש נתן חסינות **ודחה את התביעה.**
* דעת מיעוט: שמשקפת את הדעה הרווחת במדינות בארה"ב **"אומנה אינה אלא הסדרה חוזית של שמירה על ילדים, תמורת תשלום".**
* *פרשת Miller****:*** בחורה כבת 25 הגישה תביעה נגד הוריה האומנים על שלא סיפרו לה כל השנים שהיא לא ביתם הביולוגית. הילדה נולדה מחוץ לנישואין ובהסכם שנעשה בין ההורים האומנים לאם הביולוגית סוכם שהם יגדלו את הילדה כבתם לכל דבר. עילת התביעה הייתה תרמית.
* **בית המשפט יצא מנקודת מוצא שיש להורים האומנים חסינות ודחה את התביעה מבלי להיכנס לשאלות של סבירות ההתנהגות.**
* בארה"ב לרוב אין חסינות להורים אומנים. **הרציונל הוא שהורים באומנה הם הורים שקיבלו את הילד תחת עשיית עסקה מסוימת** (בין אם העסקה כלכלית והם קיבלו תשלום ובין אם עסקה ללא תשלום). לכן, לא ניתן לתת להם את ההגנות כמו להורים ביולוגיים ומצפים מהם להתנהגות אחרת.
* אמה שהפקידה את ילדה אצל גיסתה ובעלה שגידלו את הילד. יום אחר נפל הילד לבריכה ומת. האם הביולוגית תבעה את גיסתה.
* בימ"ש: הטיל אחריות על הגיסה למרות שלרוב, **כשמגדלים ילד כמשהו שנובע מקרבת דם ולא עסקה כספית- יחילו עליהם את הכללים של הורים ביולוגיים.**
* ***Alienation of Affection:*** 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 בגין "הרחקת הלב".

**צדק כללי מול צדק פרטי**

* **ביהמ"ש ביושבו לדין, צריך לשקול הן שיקולים של צדק כללי**- חינוך הכלל וקביעת נורמות חברתיות שיאפשרו לציבור לכלכל את צעדיו, **והן שיקולים של צדק פרטי**- קרי קביעה צודקת במקרה המסוים שלפני ביהמ"ש. ההכרעה אינה פשוטה ולעיתים ביהמ"ש נותן נוסחה מעורפלת בין שני סוגי השיקולים.
* תפקידם של בתי המשפט לקבוע הלכות ברורות ומסרים ברורים. שני טעמים לדבר:
* הקניית ביטחון ויציבות
* העברת מסר חינוכי וקביעת נורמות – דוגמא פרשת פלונית שאסרה הכאה של ילדים.
* **בנושאים בהם קיים מתח בין תפקידו של בית המשפט להכריע בסכסוך קונקרטי לבין תפקידו החינוכי של בית המשפט, קובע בית המשפט נוסחה מעורפלת**.
* פרשת אמין היא אחת מאותן סוגיות שבהן בית המשפט בחר ב"נוסחה מעורפלת" בין צדק כללי לפרטי. בית המשפט אמר שהוא עושה צדק פרטי ובאשר לצדק הכללי זה יקבע בבוא היום ובבוא השעה. **זהו פס"ד מהפכני ותקדימי של ישראל בעניין אחריות הורים כלפי ילדים.**
* *פס"ד אמין נ' אמין:* שלושה ילדים תובעים את אביהם על הזנחה נפשית ורגשית. האב, עזב את הילדים לאחר שהאם התאבדה והקים משפחה חדשה תוך עשיית הסכם עם אשתו החדשה שלא לשמור על קשר עם ילדיו הקודמים. הילדים רק רצו שאביהם יבוא ויבקש מהם סליחה, שיראה שאכפת לו מהם. **יש פה נזק נפשי טהור שנתמכו בחוות דעת.**
* **בית המשפט קיבל את התביעה על נזק נפשי טהור לילדים וחייב את האבא בפיצויים לילדים.** כל ילד היה צריך לקבל 100 אלף דולר. הבעיה היא שהאב התגלגל כך שוב למצב קשה. **זהו פס"ד תקדימי לחיוב הורה בפיצוי בגין נזק נפשי שנגרם לילדים**.
* על אף שהכירו בנזק נפשי לילדים, לא יתאפשר תביעת ילדים בגין נזק נפשי שנגרמו מהגירושים (עקב חשש ממדרון חלקלק).
* **לכן, אפשר לתבוע בגין נזק נפשי שנגרם לילד, במיוחד במקרים חמורים ונדירים כמו באמין, אך לא ניתן לתבוע בגין נזק נפשי שנגרם עקב גירושי ההורים.**
* בימ"ש הכיל את פיצויי הילדים תחת *ס' 15 לחוק הכשרות* שאומר כי על ההורה למלא את צורכי הילד. **השופטים הכניסו לתוך בס' מלבד צרכים גשמיים גם צרכים רוחניים.**
* בפרשת אמין הועלו **3 טענות התומכות במתן חסינות להורים ואי התערבות של המשפט ביחסי הורים ילדים הועלו- אך כולן נדחו:**
1. החובה לאהוב היא חובה מוסרית ולא משפטית.
2. מדיניות משפטית ראויה צריכה לאסור תביעות של ילדים כנגד הורים.
3. חשש מהמדרון החלקלק.
* **ובכל זאת- ביהמ"ש הישראלי בפרשת אמין מקבל את התביעה**. מכיוון שכשהילדים הקודמים היו מגיעים לבית החדש שבנה אביהם, הם היו יושבים שעות במבואת הבית ולא נתנו להם להיכנס. בנוסף, הילדים הגישו חוו"ד על הנזק הנפשי שלהם- וביהמ"ש קבע שאכן האב אשם (יש קש"ס) בנזק הנפשי של ילדיו.
* עד פס"ד אמין לא הכירו בעולם בשום מקרה שדרש פיצויים מהורה בגין נזק נפשי לילדו, **וזה בגין חשש ממדרון חלקלק תוך התכנסות למעגל המשפחתי בבחינה מה היא התנהגות ראויה.**
* האם כשההורים מחליטים להתגרש, לאחר שכבר יש להם מספר ילדים ויתכן שמישהו מהילדים אף חולה, האם לא נקבל תביעה בגין נזק נפשי שתגרם כתוצאה מעזיבה זו של ההורים?
* באמין לא היה נזק ממשי כי לא הלכו לטיפולים וקיבלו קבלות אלא **היה נזק כללי.**
* **הייתה שאלה מה יהיה המצב המשפטי לאחר פס"ד אמין.** האם השופטים ינהגו בהתאם למה שנפסק שם או לאו? --- לאחר **אמין הוגשו מספר תביעות לבימ"ש השלום וכולם נדחו. זאת מכיוון שהייתה תחושה שאנו נמצאים בתוך מדרון חלקלק שאסור להחליק בו.**

כאמור, **היום כבר לא צריך נזק ממשי כדי להוכיח נזק נפשי, מספיק תחושת אי נוחות או גועל (מקרה תנובה/גורדון)**.

* **אבחנה בין הנזקים:** נזק נפשי, נזק גופני ונזק רכושי -
* המצב בארה"ב – הכירו בנזק נפשי **עקרונית** בהתקיים מספר תנאים:
1. **שההתנהגות הייתה מכוונת או שגילתה חוסר אכפתיות** (השארת ילד במכונית).
2. **שהמזיק רצה לגרום נזק נפשי או שהיה צריך לדעת שההתנהגות תגרום לנזק כזה.**
3. **שההתנהגות הייתה מזעזעת והנזק חמור.**
* בישראל – לא נקבעו כללים, **בית המשפט קבע באמין שהמקרה חמור דיו ועוד אמר שהפסיקה נכונה למקרה הספציפי.**
* בכל העולם לא פוסקים פיצויים בגין נזק נפשי לילד ומחכים עדיין למקרה המיוחד, אך בבימ"ש החליטו שאמין זה המקרה המיוחד ולכן פסקו פיצויים.
* **באמין לא נקבעו קווים מנחים, הייתה אצל השופטים בעליון הרגשה שצריך לפצות את הילדים באמין. בית המשפט מאד פחד מ*סעיף 22 לחוק הכשרות*, לפיו יישאו ההורים באחריות נזיקית לילד רק אם פעלו שלא בתום לב או שלא לטובת הקטין, והלך מיד ל*סעיף 15 לחוק הכשרות* לפיו לא מילא ההורים את צרכי הילד**. **אומנם הילדים שהיו תחת רשויות הרווחה קיבלו את צרכיהם הגשמיים, אולם בית משפט אמר כי סעיף 15 מחייב** את ההורה גם בחינוך הילדים, ובמקרה זה הילדים לא קיבלו את צרכיהם הרוחניים.
* לענייננו, לאחר פס"ד אמין- **בימ"ש, באופן עקבי ולא מתואם, לא מקבלים תביעות מסוג זה ולעיתים אף עושים מאמץ בכדי לא לקבל תביעות כאלה**. לדוג' תביעה נגד אב על שעזב והזניח את הילדים, אך במקרה הזה האם עודנה בחיים. בימ"ש דחה את תביעתם באמתלה שלא הביאו הוכחות על נזק נפשי. זאת, על אף שאפשר כיום לתבוע נזק נפשי גם ללא הוכחות ולכן זהו תירוץ בלתי מספק שבגינו נדחתה התביעה.
* **ביקורת על פס"ד אמין**
* העדר התייחסות לשאלת סוג התביעות והיקפן – משמעות הקביעה שאין להתיר תביעות במקרים של גירושין. פס"ד הותיר את הנושא "נזק לילדים בגין גירושין" ללא תוצאה סופית.
* **הלכת אמין לדעת המרצה לא יכולה לבסס דרך לפסיקות אחרות שכן פס"ד התבסס על תחושת בטן מוצדקת.**
* העדר התייחסות ליכולת הכלכלית של האב והשפעת פסיקת הפיצוי על בני המשפחה האחרים. בימ"ש פסק על האב סכום כסף שמוטט אותו ואת משפחתו החדשה מבחינה כלכלית.
* העדר התייחסות להבחנה בין קטין לבגיר לעניין האפשרות להגיש תביעה נגד הורים.
* **העדר התייחסות לאפשרות של שיקום היחסים המשפחתיים**- הילדים רצו רק לבקש סליחה, טיפה תשומת לב...
* **הצעה להתאמת ההסדר הנזיקי- מאת המרצה**
* **המודל המוצע – התערבות במקרים חמורים בלבד**
1. יש **לסטות מהכלל השבת המצב לקדמותו** ולהגיע להסדרים שלא פוגעים המשפחה או לחילופין, פוגעים בה פחות- לדוג' עשיית סולחה או מתן פיצוי שניתן לעמוד בו בכדי לא להרוס משפחות. כיום, המסלול הקיים אינו מאפשר סטייה מהכללים של השבת המצב לקדמותו.
* שיקול דעת לבית משפט בפסיקת סכום הנזק ו/או במתן סעד אחר במקום – אין לאמץ במערכת יחסים זו את כלל השבת המצב לקדמותו.
1. **בחינת ההתנהגות לא דרך עיניו של האדם הסביר** (שפרשנותו משתנה מאדם לאדם ואיננה נכונה למצב של תביעות ילד נגד הוריו- ע"מ 32 במח') כי אם, במבחן שלילי- על פיו אם אף אדם בעל הגיון לא יצדיק התנהגות כזו. **הצעה להשתמש במונח "כוונת העושה"**:
* נתיר תביעות במעשים מכוונים המלווים בזדון או באכזריות.
* *ס' 22 לחוק הכשרות:* בכדי לתבוע הורה יש לבחון תו"ל בצורה אובייקטיבית ואת טובת הקטין בצורה סובייקטיבית (לעומת ברק...). **כך יש מקום גם לתפיסות העולם ולדעות ההורה שיכניס מידה של חופש פעולה.**
1. **התחשבות בזהות העושה ובתוצאות המעשה** –
* **זהות העושה:**
* **המודל יחול רק על הורים ביולוגים ומאמצים ובן משפחה שממלא את תפקיד ההורה**. לא נחיל את המודל על אומנה (מקבלים תשלום עבור הטיפול בילדים). האם ילד יכול לתבוע את הוריו הביולוגיים על שנמסר לאימוץ? (הוזכר לעיל בהקשר של הורים)
1. עד התקופה שמסרו אותו לאימוץ- אם **נאמר שאף אדם רציונאלי לא היה עושה זאת אפשר היה לתבוע לפי המודל**. על התקופה הזו ניתן לתבוע במידה והמסירה לאימוץ לא הייתה הגיונית ורציונאלית לפי המבחנים של המרצה.
2. תוך כדי תקופת האימוץ- זו תקופת ביניים, ואי אפשר לתבוע, כי אין יחסי שכנות. יש סיטואציה של ניתוק, גם אם הילד יבוא ויתבע ויטען כנגד ההורים הביולוגיים**. המרצה חושבת שאין להורים הביולוגיים שום חובה כלפיו בתקופה הזו כי החוק ניתק את הקשר.**
3. הגעת הילד לגיל 18- בגיל 18 החוק מאפשר לילד לפתוח את תיק האימוץ, אבל אין אפשרות לאם לפתוח את תיק האימוץ. **למרצה אין בעיה להכיר בתביעה שכשילד פותח את תיק האימוץ ורוצה לפגוש באם היא מסרבת**. החובות ההוריות שונות לאחר גיל 18 אבל עדיין יש כאלו. אין חובת חינוך, אבל ברור שיש חובות אחרות.
* **תוצאות המעשה:** בשונה מדיני הנזיקין הרגילים - תוצאת המעשה תהא חלק מהשאלה אם להטיל חבות – **בית המשפט יתערב רק במקרה של נזק ממשי חמור.**
* המרצה מציע מבחן דומה למבחן ה"***קרוב הנעדר" שבפס"ד אלסוחה***: הרחבת היקף הנפגעים תוך כדי שמירה על כללים- **רק ילדים שנגרם להם נזק נפשי ממשי מוכח יקבלו פיצויים בגינו.**
* יש לאפשר לביהמ"ש שק"ד לפסוק פיצוי שלא תהיה בהכרח על פי פיצוי של השבת המצב לקדמותו 0כמו שעלה בביקורת **באמין**).
1. **זהות התובע:** השאלה האם הילד קטין או בגיר. יש שיטות שלא מאפשרות לבגירים לתבוע, אלא רק לקטינים באמצעות הורה אחר/ ידיד קרוב.
* המרצה מציעה גם לקטין וגם להגיר להגיש תביעות.
* טוענת שאם קטין יגיש תביעה לביהמ"ש ע"י הורה אחר, **תהיה סמכות נרחבת להשהות את התביעה עד גיל 18** וביהמ"ש ישתמש בפקידי סעד לקבל חוו"ד האם כדאי לאפשר את התביעה או לא. זאת בכדי למנוע חוסר נעימות לגבי מי שמייצג את הקטין.
* **התאמת דיני הנזיקין למודל**
* **המודל שהוצע מחייב התאמת דיני הנזיקין למערכת יחסים הורים ילדים,** חלק מההתאמות ניתנות להיעשות בפסיקה וחלק מחייבות תיקוני חקיקה:
* **דחיית מודל האדם הסביר – יכולה להיעשות בפסיקה.**
* ההצעה שחומרת התוצאה תהא חלק משאלת קיום החבות, כמו גם ההצעה שבית המשפט יוכל לסטות מההסדר הנזיקי ולפסוק פיצוי ע"פ שיקול דעתו בסטייה מכלל השבת המצב לקדמותו **מחייבות תיקון חקיקה. פקודת הנזיקין/חוק הכשרות.**
* ההצעה לאפשר לבית המשפט להשהות תביעה של קטין – **מחייבת תיקון חוק הכשרות/סד"א**.
* ככל הנראה יש צורך בתיקון חוק הכשרות באופן שימחקו המילים תוך כדי מלוי תפקידי אפוטרופסות.

**משרד המשפטים לא מקבל את ההצעה בגלל השפעתה על צדדים שלישיים.**

* לדעת המרצה-דיני הנזיקין הרגילים חלים ונכון להיום לדעתה לא יהיה שינוי כי ברוב המקרים, בתי המשפט דוחים את התביעות. אך אם יקבלו כבר תביעות שכאלה- יש להחיל על המקרים כללים אחרי כי אמין כהלכה משפטית הוא בעייתי.

**מה קורה כשיש צד שלישי?**

* אם יש צד שלישי הנושא באחריות על הנזק, להורים יש חסינות חלקית. אם התכוונו לטובת הקטין ונהגו בתו"ל- **ילדם לא יוכל לתבוע אותם** (סע' 22 לחוק הכשרות)- **משמע שתביעת שיפוי מהצד השלישי לא תתקבל.**
* בארה"ב יש כמה גישות לפיהן: (1) צד 3 יישא בנזק, (2) הורים יישאו בנזק כשהתנהגות הייתה חמורה, ו(3) נפעיל את מבחן האדם הסביר ואם ההורה צריך לשלם אז הוא ישלם.
* בארץ נכון להיום, הבינו שעשו טעות כאשר חילקו את האחריות בין צד ג' להורה (כמו במקרה המאפיה- מעוולים ביחד ולחוד)- כי אז הסכום שאותו חייב האב היה יורד מפיצוי הילד. בפסיקה החדשה מחייבים את ההורה לשלם לחב' הביטוח.
* **במקרה של רשלנות תורמת - מחייבים את ההורים להחזיר כסף למבטחים.**