בס"ד

**תרופות במשפט הפרטי/ ד"ר מיטל גלבוע**

**מבוא**

**מה זה תרופה במשפט?**

תרופה זה סעד שניתן לאחר שנגרם נזק, והתרופה היא המענה לתובע. יש רצון להשיב את המצב לקדמותו. התרופה היא הסיבה שאנו זקוקים למשפט, ולכן מגישים את התביעה מלכתחילה.

**סוגי תרופות:** פיצויים, אכיפה, השבה וביטול החוזה, צווי מניעה, העברת נטל הראייה.

**תחומים מרכזיים במשפט הפרטי:** חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר.

**רקע היסטורי:** עד המאה ה-19 הכל היה נידון תחת אותה כותרת. אחרי המאה ה-19 חילקו את הנושאים לשלושה- חוזים, נזיקין וקניין. לא תמיד ברור איזו תרופה שייכת למה, ויכולה להיות חפיפה בין הקטגוריות. ניתן לראות חפיפה תיאורית בכמה מקומות. לדוגמא, ס' 18 לחוק המקרקעין קובע שאם אדם נכנס למקרקעין שלי שלא כדין, יש לי 30 ימים להוציאו משם תוך שימוש בכוח במידה סבירה. לעומת זאת, ס' 24 לפקנ"ז קובע שבמקרים מסוימים יש הגנה לתובע גם אם הוא השתמש בכוח לאחר 30 יום. החוק אמור להיות אחיד ובהיר, אך לפעמים ישנה חפיפה בין חוקים היוצרת התנגשות.

מעבר לבחינה התיאורית, ניתן לראות שמבחינה תיאורטית עומד דבר ברור מאחורי כל תרופה. גם מבחינה תיאורטית יכולה להיות חפיפה, והחפיפה אומרת לנו שיש היגיון, ושמבינים את הרעיון שעומד מאחורי התרופה.

מבחינה תיאורית יש בעיה עם החפיפה, ומבחנה תיאורטית היא דווקא מבורכת.

דיני חוזים- הרעיון התיאורי המרכזי הוא שיש התקשרות משותפת, והרעיון הבסיסי ביותר הוא שיש בין הצדדים הסכמה הדדית. אם אנשים יכולים להגיע להסכם ביניהם, למה צריך דיני חוזים?

1. רוצים לתת לאנשים תשתית שתאפשר ביטחון להתקשר בחוזים גם כשהעסקה מורכבת יותר.
2. אוטונומיה- חוזה נועד להרחיב את האוטונומיה של האדם, ודיני חוזים מגשימים את הרעיון של אוטונומיה.
3. תועלת- חוזה מאפשר לנו למקסם את התועלת המצרפית בכך שכל אחד מקבל את ההעדפה שהכי טובה לו.

התרופה נותנת לאדם שהופר כלפיו החוזה מענה- הגנה, ובאמצעות הגנה זו האדם יכול להסתמך על החוזה כדי לתכנן את החוזה שלו.

דיני נזיקין- הרעיון התיאורי המרכזי הוא דיני אשם. כאשר יש עוולה, יש התנהגות שיש בה דבר שהוא לא בסדר. לא תמיד מדובר באשם מבחינה מוסרית, לדוגמא רשלנות. מבחינה חברתית אפשר להגיד שמישהו הפר את הסטנדרט המקובל. **סטנדרט חברתי זה לא סטנדרט מוסרי**. רעיון נוסף בדיני נזיקין הוא נזק שנגרם. יש סיטואציות שקוראים לתוכן את הנזק ולא צריך בכלל להוכיח שהוא קרה. גם אם במובן העובדתי לא רואים נזק, אפשר להגיד שבמובן הרעיוני היה נזק. דיני נזיקין נועדו לתת לאנשים וודאות כדי לחיות את החיים בצורה סבירה. אנחנו לא רוצים שאנשים יפחדו יתר על המידה, ולא רוצים שאנשים יזיקו ולכן צריך לתת פיצוי כשנגרם למישהו נזק. ישנם שני רבדים:

1. ניזוק ומזיק- אנחנו לא רוצים שאנשים יפחדו לנהל חיים רגילים, והמשפט נועד לתת את הדבר הבא שייתן לאדם אפשרות להמשיך הלאה גם אם נגרם לו נזק. המנגנון הזה הוא פיצוי בדיעבד.
2. היבט מניעתי (הרתעה)- מנגנון זה הוא מלכתחילה. התרופה גורמת למזיקים פוטנציאליים להיזהר. מטרתו של המשפט היא גם לעצב נכון את ההתנהגות של אנשים מלכתחילה.

דיני קניין- הרעיון המרכזי הוא שליטה וסמכות. בנוסף יש גם רעיונות של אוטונומיה והגשמה עצמית. מה ששלי שלי. צריך את דיני הקניין מכיוון שאנשים יכולים לקחת את הרכוש ששייך לי. בסופו של דבר, בלי דיני קניין יווצר מצב שהחזק גובר- מה ששלי שלי עד שהחזק לוקח אותו ממני.

דיני עשיית עושר ולא במשפט- תחום זה עובד נגד האינטואיציה. תמיד חושבים על משהו רע, אבל לצד הרע קורה למישהו טוב- אדם אחד הרוויח ואדם אחר הפסיד. דיני עשיית עושר עוסקים במי שהרוויח בעקבות פעולה שקרתה. לא תמיד מדובר במצב שנעשה לאדם רע. בדיני עשיית עושר מתמקדים בנתבע ובתועלת שלו ולא בנזק שקרה לתובע. מבחינה היסטורית דיני עשיית עושר התפתחו מתוך צורך בתרופה. הייתה תחושה שיש סיטואציות שנראות לנו לא הוגנות- נכרת חוזה אך לא כפי שהצדדים תכננו. לפעמים ישנה הסכמה נוספת מתחת לפני השטח שלא מתבטאת בחוזה.

דיני עושר באים בדר"כ בשני מצבים אלו:

1. עוולה שמולידה רווח- לדוגמא הפרת חובת נאמנות. א' לקח לב' את המכונית שלא כדין ונהנה מהשימוש בה. ב' יכול לבקש לא רק את שווי השימוש, אלא גם את הרווחים. אין כאן השבה רק ברמה האינטואיטיבית אלא גם מצב של התעשרות כתוצאה משימוש בזכות.
2. התעשרות לא עוולתית- לדוגמא טעויות. אם א' העביר בטעות כסף לב', למרות שב' היה פסיבי לגמרי והתעשר, עליו להשיב את הכסף לא'.

ס' 1 לחוק עשיית עושר מדבר על אדם שהתעשר שלא כדין וישנם שלושה יסודות:

1. התעשרות- לא חייבת להיות ממקום עוולתי. יכולה להיות סיטואציה שאדם בטעות העביר כסף לאדם אחר, והוא התעשר למרות שהוא היה פסיבי לחלוטין, עדיין חלה עליו חובת השבה.
2. שלא כדין- לא היית אמור לקבל את התועלת הזו.
3. על חשבון מישהו אחר

**שאלת מחשבה:** במדינת פלסטיקה לא חלים דיני עשיית עושר. כיצד הדבר ישפיע לדעתך על ביצוע עסקאות?

פתרון: אם דיני עשיית עושר לא חלים, כשאנשים יבצעו עסקאות הם יזהרו מאוד מכיוון שאין אפשרות השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין. למשל, סכום כסף שהועבר בטעות לא יושב לטועה ולכן אנשים ישקיעו יותר כדי למנוע טעויות, שכן הם ידעו שאחרת כספם אבוד (כי אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). המשמעות היא שעלויות העסקה יעלו ולכן העסקה יכולה להיות פחות יעילה. [הערה כללית- במקרה של בנקים וגופים מוסדיים, אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלה מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים.]

**היחס בין זכויות מהותיות לבין סעדים**

**תיאוריה**

בתיאוריה צריך להבין מה עומד מאחורי החוק, לא רק מה קיים בתוכו. הרעיונות תיאורטיים מאפשרים לנו לדבר ב"שפה אחת" על הדינים השונים- "רעיון על".

כשמדברים על תרופה- מה הרעיון שלה? ייתכן שזה רעיון שמאחד ומתקיים גם כשמדברים על כמה מהתחומים.

**Liebeck v. McDonald’s Restaurants:** אישה קנתה קפה במקדונלדס, הוא נשפך עליה כשהייתה ברכב וגרם לה לכוויות בדרגה שלישית.

הרעיון שעומד מאחורי התביעה:

1. פיצוי על הפגיעה הפיזית, החזר על הוצאות רפואיות וכד'
2. סיפור פוליטי, האזרח הקטן מול תאגיד ענק; תרופה כמכשיר במובן החלוקתי- הגנה על קבוצה חלשה.
3. הרתעה- מקדונלדס יודעת שאם תמשיך להתעלם מהבעיה היא תשלם.

**תיאוריה של תרופות**

תרופות בראי הצדק מתקן (התפיסה של וינריב)- ישנם שני רעיונות מרכזיים של צדק מתקן: קורלטיביות והמשכיות.

**Palsgrave v. Long Island Railroad:** אישה עומדת על הרציף, שני אנשים רצים לרכבת ואחד מחזיק בידו חבילה. שומרי הרכבת עוזרים לו לעלות לרכבת והחבילה נופלת לו מהיד והזיקוקים שהיו בתוכה מתפוצצים. בעקבות הפיצוץ נופל על האישה משהו שגרם לה להיות אילמת. האישה תבעה אך בסוף לא קיבלה פיצוי.

קרדוזו: לא חלה כלפי האישה חובת זהירות, מכיוון שבסיפור הזה חובת הזהירות חלה כלפי האדם שנדחף. חברת הרכבת הייתה רשלנית ופעלה בחוסר זהירות כלפי האיש שנדחף ולא כלפי האישה. כדי שתהיה לגברת פלסגרף עילה כנגד הרכבת היא צריכה שתהיה כלפיה חובת זהירות. **אם לא נפגעה זכות אז לא הופרה חובה, ולכן אין עילה נזיקית.**

**קורלטיביות**

ההבנה של צדק מתקן הוא הרעיון שהצד המתקן מבוסס על תפיסה אריסטוטלית של צדק.

המבנה של צדק מתקן לפי אריסטו- פגיעה בזכות כמראה של הפרת חובה. כאשר אדם מזיק לי, נוצר אי-צדק בינינו. הניזוק נמצא ב"מינוס" כמותי מבחינת הצדק, והמזיק נמצא ב"פלוס". אי הצדק נמצא בין המזיק לניזוק, ולכן התרופה צריכה לבוא לפי גודל וטיב הפגיעה. **"פלוס ומינוס"- תפיסה כמותית של צדק מתקן**.

מן המבנה אל המהות- תפיסות של אישיות שפותחו ע"י פילוסופיים כמו קאנט והגל, ניצוקות לתוך המבנה של הצדק המתקן. הרעיון הוא שלכל אדם יש את הזכות לממש את עצמו באמצעות שלמות הגוף והנפש שלו. הזכות הזו קיימת לכל אחד, וגם החובה שלא לפגוע בה ולהתערב למישהו אחר ביכולת שלו לממש את עצמו.

כשאנו מבינים את המבנה של המשפט הפרטי, את הקורלטיביות, אנחנו יכולים להבין את הרעיון של תרופות במשפט הפרטי: **התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו**. היא מאפשרת לרפא את אי-הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים.

לפי התיאוריה הזו, למשפט יש היגיון פנימי משלו, זה לא אינסטרומנט. כאשר מידות התרופה דומות למידת הפגיעה, נשיב את המצב בין הניזוק והמזיק המסוימים לקדמותו.

קורלטיביות= התאמה. הניזוק מול המזיק, התרופה מול הפגיעה. התרופה קורלטיבית לפגיעה בזכות- רעיון "המכסה והסיר".

**המשכיות**

הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה". התרופה מאפשרת לנו להחזיר את המאזן של הצדק הנורמטיבי שכן הזכות מעולם לא פגה. לדוגמא, אם א' גנב מב' מכונית, הזכות של ב' במכונית מעולם לא פגה. התרופה מגלמת את הזכות שנפגעה, ולכן רק דרכה יכול להגיע התיקון. יש התאמה בין סוג הפגיעה בזכות לתרופה, והתאמה בין היקף הפגיעה בזכות לבין התרופה.

את הצדק המתקן לא מעניינים שיקולים חלוקתיים או שיקולי יעילות. המסגרת החשובה היא רק של המזיק והניזוק. גם זה עיקרון מרכזי בצדק מתקן.

**צדק מתקן- מן התיאוריה אל הפרקטיקה**

**Olwell v. Ney:** הנתבע הוא בעל של מפעל לשטיפת ביצים. התובע היה בעל המכונה. התובע אחסן את המכונה בתוך המפעל, והנתבע ידע על מקום אחסונה והוציא אותה ממקומה והשתמש בה במשך 3 שנים. כשהתובע גילה על כך, הוא ביקש מהנתבע שיקנה ממנו את המכונה בעד 600 דולר- שווי השימוש בה במשך 3 שנים.

ביהמ"ש העליון של וושינגטון חישב את התרופה, ואמר שישנן כמה אפשרויות לבחינת המקרה:

1. האם קרה נזק לבעל המכונה?
2. בעל המפעל התעשר על חשבון בעל המכונה בערך השימוש בה ללא הסכמה.
3. חישוב התעשרות שלא כדין, על בסיס הרעיון של ההוצאות שהנתבע חסך כתוצאה מהשימוש במכונה ללא רשות- לולא המכונה בעל המפעל היה צריך לשלם לפועלים 10 דולר לשבוע לשטיפת הביצים. לכן הפיצוי יהיה 156X10=1560 דולר. ביהמ"ש בחר באפשרות זו.

ביהמ"ש בחר באפשרות השלישית, אך לפי הצדק המתקן התרופה שגויה. הפגיעה של התובע בזכות הוא שימוש לא מורשה במכונה, ולכן הפגיעה של שימוש שלא בזכות במכונה היא שוויה- 600 דולר. וינריב אומר שלא משנה מה הופק מהמכונה, אלא מה הזכות שנפגעה- הזכות לאפשר את השימוש במכונה. לא הייתה זכות שישטפו את הביצים בידיים ולכן הזכות הזו לא נפגעה כאן. את הצדק המתקן מעניינת הפגיעה המסוימת בזכות.

**צדק מתקן וצווי מניעה**

ס' 44 לפקנ"ז עוסק במטרד ליחיד, וקובע כי הפרעה לשימוש סביר במקרקעין של אדם מהווה עוולה נזיקית כלפיו. במטרדים, מדובר בפעולת הפרעה **מתמשכת**, שמפריעה לאדם להשתמש בצורה סבירה במקרקעין שלו. הסיפא של הסעיף קובע שניתן לתבוע פיצויים בגין ההפרעה המתמשכת, ובנוסף או במקום הפיצויים ניתן לבקש צו מניעה שיורה על הפסקת ההפרעה המתמשכת.

דוגמה: בית מגורים הממוקם ליד עסק לעישון בשר. מכיוון שהעסק פועל בשיטת עישון ייחודית, עולים ריחות נוראים לכיוון בית המגורים. במקרה כזה, ניתן לבקש פיצוי כספי שכן ייתכן שבשל הריח הרע בעל הבית יצטרך לשכור בית אחר. אך אם הפיצוי אינו מספיק או מתאים, ניתן לבקש סעד נוסף- יש כאן רצון להפסיק את המטרד שמונע להשתמש ולהנות מהבית מגורים באופן סביר.

אולם, כיצד ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן? הרי מנענו מאדם לממש את עצמו באמצעות הנכס. בנוסף, אם העסק עדיין לא נפתח, האם אפשר למנוע ממנו לפתוח את העסק? איך אפשר להשיב לקדמותו נזק שלא התממש?

פתיחת העסק של העישון תמנע את הזכות של שימוש בבית מגורים, ולכן ביהמ"ש ישקול צו מניעה כדי למנוע את הפגיעה בזכות של השכנים. במקרה של פס"ד Olwell, הייתה תרופה שמגלמת את הפגיעה בזכות- שימוש ללא רשות במכונה. **התרופה צריכה להיות תואמת למבנה של הפגיעה בזכות**. הצדק המתקן לא פועל רק כדרישה שהנתבע יתקן את אי-הצדק לאחר שאי-הצדק התממש, אלא גם ע"י אפשרות לתת לתובע צו מניעה שימנע מהנתבע להמשיך את אי-הצדק בעתיד. לכן, הצדק המתקן דורש לתת צו מניעה ולמנוע את המטרד מראש ולא לאפשר את פתיחת העסק. צדק מתקן לא תלוי בזמנים, וקשור לטיב הפגיעה. **תרופה היא לא רק טכנית אלא גם מהותית וצריכה להיות מתאימה למקרה**. צו המניעה נותן את התרופה המתאימה, שכן הפגיעה היא מתמשכת והצו מניעה מאפשר שימוש בנכס לאורך התקופה המתמשכת בצורה סבירה. לכן, צו מניעה הוא התרופה הרלוונטית ואינו מנוגד לצדק המתקן.

**שאלת מחשבה:** פלונית בעלת מחסני קירור. על מנת לעמוד בתחרות הקשה בשוק המוצר, היא רכשה מכשירי קירור שמחוללים רעש ניכר ביום ובלילה. השכנה, אלמונית, שביתה קרוב למחסנים סובלת מהרעש יומם ולילה, עד כדי שאינה מסוגלת לגור בביתה.

1. אילו תרופות עשויות להיות רלוונטיות?
2. כיצד ניתן להצדיקן בראי הצדק המתקן?

פתרון:

1. השאלה מעלה תהייה איך אפשר ליישם את הרעיון של צדק מתקן על התנהגות לא סבירה כדי למנוע נזק מתמשך או נזק עתידי, להבדיל או במקרה זה, בנוסף לנזק שהתממש. התרופות הרלוונטיות הן שתיים:

ראשית, פיצויים כספיים שישוערכו בהתאם לפגיעה בזכותה של אלמונית להנות מהמגורים שלה מהרגע שהתחיל המטרד ועד מועד התביעה. כלומר, לגבי הנזק שכבר התממש (למשל, אם נאלצה לעבור לגור בשכירות במקום אחר). שנית, על מנת למנוע את המשך המטרד (הפגיעה המתמשכת), השכנה תוכל לבקש צו מניעה.

1. צדק מתקן מאפשר התאמה של תרופה לזכות שנפגעה. במקרה של פגיעה מתמשכת פיצוי חד פעמי לא יוביל לתיקון הנזק בין המזיק לניזוק. לגבי הפגיעה שכבר התממשה לכדי נזק- אם השכנה לא יכולה לגור בנכס כתוצאה מהמפגע, הפיצוי ייאמד לפי הפיצוי בזכותה של השכנה- הפגיעה ביכולה להשתמש בנכס שלה. הפגיעה לפיכך תיאמד בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה (אלא אם יוכחו נזקים נוספים, למשל צורך בהתאמות המגורים למגבלות מסוימות/ מרחק ממקום עבודה). צו המניעה הוא התרופה המתאימה למבנה של פגיעה מתמשכת בזכותה של השכנה להנות מהנכס שלה, לגור בדירתה, שכן יש צורך בתיקון פגיעה זו, וצו מניעה יכולה למנוע את המשך הפגיעה בעתיד.

**תרופה בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי**

רקע כללי: בצדק מתקן יש היגיון פנימי- נוצר אי צדק בין הניזוק למזיק ומנסים להבין כיצד ניתן להחזיר את המצב לקדמותו. בניתוח כלכלי, הניתוח של התרופה מבוסס על רעיון שלם ומגלם תפיסה אינסטרומנטלית- יש לו תפקיד חיצוני. התרופה היא כלי להשגת מטרה ואמורה לקדם רעיון של יעילות (efficiency)- "מיקסום רווחה מצרפית". התרופה מבחינת הניתוח הכלכלי נועדה לקדם מטרה חיצונית למשפט, ואין לה היגיון פנימי.

התפתחות היסטורית: ניתן למצוא בתורת המוסר של ג'רמי בנת'ם על תועלתנות כמקסום הנאה והפחתה של סבל. הוא תיאר את בני האדם כשני כוחות של הנאה וסבל. כרעיון נורמטיבי, המחוקק צריך לעצב את הכללים המשפטיים בצורה שהם יתנו את ההנאה הרבה ביותר לכמות הגדולה ביותר של אנשים- "עקרון האושר המירבי". הממשק שבין התועלתנות לכלכלה נוצר במאה ה-19, ודיברו על יחידות הנאה שרוצים למקסם- מתחילים לדבר על יחידות עושר ועל רווח. היום, יש הבנה שיש "תועלות" שקשה לתרגם למונחים כספיים. ישנה מגמה שנעה מעושר לרעיון של רווחה- רוצים למקסם את הרווחה המצרפית.

המטרה של התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי של המשפט היא להביא ליעילות/ למקסם רווחה. המטרה היא להגדיל את העוגה המצרפית. בחוזים קל להבין מדוע מטרת הניתוח הכלכלי מביאה\ למקסום הרווחה המצרפית- כל צד מממש את העדפתו, ודרך החוזה הם מגדילים את העוגה שלהם, וכך כחברה אנו מגדילים את העוגה המצרפית שלנו. בנזיקין לא מדברים על הוספה לרווחה המצרפית, אלא על צמצום עלויות. אנו ננסה להקטין את עלויות הנזקים ועלויות המניעה של הנזקים, וכך אנו "נוגסים" פחות בעוגה המצרפית, וכך העוגה לא תקטן.

**תרופות בדיני נזיקין:**

1. פיצויים במצבים של רשלנות.
2. פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת.
3. פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה.

**פיצויים במצבים של רשלנות**

דוגמה: אילנית הייתה מעורבת בתאונת דרכים ועלות הנזק הצפוי בגובה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? ננסה לחשוב כיצד ניתן לצמצם את עלויות הנזקים:

נניח שתוחלת הנזק היא 10, ועלות המניעה היא 5 (לדוג' התקנת גלאי, נסיעה איטית). 10>5, עלויות המניעה נמוכות מתוחלת הנזק ולכן הגיוני יותר למנוע את התאונה. עדיף שתהיה לנו נגיסה יותר קטנה בעוגה המצרפית. מכיוון שאילנית לא מנעה את הנזק, היא התרשלה. החשיבה היא כיצד מעצבים כלל יעיל מראש (ex-ante). זה ההיגיון שעומד מאחורי נוסחת הנד.

**נוסחת הנד**

P (probability)- הסתברות שיגרם נזק

P x L- תוחלת הנזק

L (loss)- שיעור הנזק- הסתכלות הנזק הצפוי

B (burden of precaution)- עלות המניעה (הצבת אמצעי זהירות/ הימנעות מפעילות)

 P x L>B 🡨 כאשר תוחלת הנזק גדולה מעלות מניעת הנזק ההתנהגות רשלנית (התרשלות).

 P x L<B 🡨 כאשר תוחלת הנזק קטנה מעלות מניעתו אין התרשלות.

כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק, יותר זול למנוע את הנזק. הרעיון המרכזי של התיאוריה הכלכלית הוא **יעילות**. כאשר עלות המניעה יותר נמוכה מתוחלת הנזק, ניתן לומר שהדבר היעיל היה להשקיע את עלויות המניעה ולמנוע את הנזק. לעומת זאת, אם עלויות המניעה גדולות מתוחלת הנזק, לא יעיל לדרוש מהמזיק להשקיע יותר מתוחלת הנזק כדי למנוע אותו. הרעיון של תוחלת הנזק הוא שאנו מצפים לזה, שכן בכל מעשה מייצרים איזשהו סיכון. אם ניתן היה לצפות את תוחלת הנזק ולא מנעו אותה בעלות נמוכה יותר יש התרשלות. נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שהתנהגות סבירה היא התנהגות יעילה.

התנאי הראשון לקביעת פיצויים הוא לפי נוסחת הנד, והתנאי השני הוא מונע הנזק הזול- נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר, בין אם זה המזיק ובין אם זה הניזוק.

**נוסחת הנד ומונע הנזק הזול**

כאשר עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק, יותר נכון לתת לתוחלת הנזק להתקיים, ולא נצפה מאנשים למנוע את הנזק. מנקודת מבט כלכלית לא הגיוני לבקש מאדם למנוע את הנזק אם העלויות גבוהות מהתוחלת, שכן אנחנו רוצים למזער את העלויות ש"נוגסות" לנו מהרווחה המצרפית. לכן, אם אנחנו באמת רוצים למזער את העלויות צריך רכיב נוסף לנוסחת הנד- מונע הנזק הזול. נטיל אחריות על מי שהיה יכול להשקיע את העלות הנמוכה, וזה לאו דווקא יהיה המזיק. אולם, איך מיישבים את שני הרעיונות ביחד?

דוגמה: שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס ובשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם עובר צאן ופוגע ביבול התירס. על מי נרצה להטיל את האחריות למנוע את הנזק שנגרם?

נניח שמתקיימים הנתונים הבאים: למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק (לדוג' להקים גדר), לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק, ותוחלת הזנק היא 10.

לפי נוסחת הנד- זה רשלני לא למנוע את הנזק, שכן עלות המניעה שלו נמוכות מתחולתו. גם 6 וגם 8 קטנים מ-10.

מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף- יישום הרעיון של מונע הנזק הזול יכריע שנרצה להטיל אחריות על מגדל התירס, כי ע"פ הנתונים עלות המניעה שלו נמוכה שכן 6<8.

לא מעניין למי נגרם הנזק- מישהו צריך לצמצם את הנזק כמה שאפשר. אנחנו רוצים לתמרץ את האדם שיכול למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר. אם אני רוצה לגרום לאדם למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר, הוא צריך לדעת על רעיון מונע הנזק הזול, כי כך אפשר למנוע את תוחלת הנזק של 10 באמצעות 6. בעתיד, מגדל התירס ידע שהוא לא יקבל פיצוי בגלל שהוא יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר. אנחנו רוצים להניע אותו לפעול ובכך אנו מקטינים עלויות.

**שאלת מחשבה:** ס' 74 לפקנ"ז קובע: "ביהמ"ש לא ייתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים".

מה הרעיון העומד מאחורי ס' 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ב"גלגול הראשון" של פרשת אתא נ' שוורץ? נמקו.

פתרון: ס' 74 מבטא רעיון של איזון, לפיו בבואו להחליט מה התרופה למטרד, על ביהמ"ש להתחשב בעלויות הכרוכות בהפסקת המטרד. כך למשל, במקרה של אתא, נדון הסעיף בהקשר שבו הפסקת המטרד הייתה כרוכה בסגירת המפעל. לעיתים, נזקים מהסוג האחרון עשויים להיות גדולים עשרות מונים מהנזק שנגרם לניזוק ע"י המטרד. לשון הסעיף מציינת כי במקרה כזה, ביהמ"ש יכול להימנע ממתן צו מניעה, כל עוד הפגיעה בתובע קטנה וניתנת להערכה בכסף. בפס"ד אתא נ' שוורץ, נראה כי ביהמ"ש מוצא שיקולי צדק מתקן קודמים לשיקולים כלכליים, המביאים בחשבון גם את נזקו של המטריד אם יאלץ להפסיק את המטרד. ייתכן כי ניתן ליישב את הסעיף עם תוצאות פסק הדין, שכן ביהמ"ש מצא לנכון לשקול גם שיקולים מהסוג האחרון, אך יחד עם זאת, קבע כי הם נסוגים כאשר הפגיעה בזכותו של התובע להנות מביתו בשל המטרד היא פגיעה קשה.

**שוקל הנזק הטוב- קלברזי והירשקופף**

שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונה ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו. אם הוא מונע הנזק הזול, יש לו יותר מידע, שכן הוא יכול לשלוט בסיטואציה, ולכן הוא יודע לפעול. אם הוא יודע שהצד השני מונע הנזק הזול הוא יכול להודיע לו לפעול. אנחנו רוצים להטיל אחריות על מי שיש לו יותר ידע. בנוסף, מה שעומד מאחורי הרעיון הוא לזהות קטגוריות ולא אנשים ספציפיים.

* הכלל לא אומץ בפסיקה, אך נראה שאפשר להסביר באמצעותו הסדרים חקיקתיים.
* אם הוא מונע הנזק הזול, הוא ימנע את התאונה. אם הצד השני מונע הנזק הזול, יעביר לו מידע על כך.
* שוקל הנזק הזול מוגדר ככזה על סמך תכונותיו. למשל, בנקים במקרים מסוימים, מכיוון שיש להם את המידע הרלוונטי למניעת הנזק כיוון שהמקרים הם חוזרים ונשנים. יש להם את המידע המאפשר להם למנוע נזקים פוטנציאליים בצורה הטובה ביותר.
* יתרונות- התגברות על פערי מידע, הפחתת עלויות אדמיניסטרציה. יותר קשה לביהמ"ש להתחיל לבדוק מי שוקל הנזק הטוב וזה דבר לא כ"כ פשוט. אך אם יש צד שהוא יצרן או בנק, הרבה יותר קל לביהמ"ש לזהות את זה מבחינה קטגורית.
* קושי אפשרי- צד אחד בעמדה הטובה ביותר לשקול, וצד אחר בעמדה לפעול על סמך השקילה.

מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר?

ס'2(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים: "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק כתוצאה מפגם... ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן".

ס' 4 לחוק האחריות למוצרים פגומים: "לא תהיה זו הגנה ליצרן... אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו".

ישנם מצבים שבהם הצרכן יהיה שוקל הנזק הטוב ביותר ולכן עומדות ליצרן הגנות בס' 4- מעין אשם תורם לצרכן במצבים שבהם ביהמ"ש מזהה אשם תורם כזה. היצרן הוא שוקל הנזק הטוב מצד אחד, אך מצד שני מקטינים את הפיצוי שהם צריכים לתת במקרים הרלוונטיים.

הרעיונות של מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הטוב ביותר מאפשרים לפטור את המזיק (הנתבע) מפיצוי הניזוק (התובע), אפילו אם מצאנו את המזיק רשלן.

**פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת**

כלל של רשלנות (negligence)- פוטר את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק.

כלל של אחריות מוגברת או חמורה (strict liability)- המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה.

דוגמה 1: א' יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100. במקרה כזה ברור שאותו אדם ישקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 90 ולא 100.

האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק? (תחת כלל רשלנות? תחת כלל של אחריות מוגברת?)

ככל הנראה, גם תחת רשלנות וגם תחת אחריות מוגברת האדם יעדיף למנוע את הנזק.

דוגמה 2: מה אם עלות ההשקעה במניעת הנזק הוא 150 ותוחלת הנזק הוא 100?

במקרה כזה סביר להניח שהאדם לא ירצה למנוע את הנזק, שכן להשקיע 150 כדי למנוע נזק של 100 זה לא יעיל. גם ברשלנות וגם באחריות מוגברת אין סיבה שהאדם ישלם יותר מתוחלת הנזק.

בכל זאת יש הבדל בין שני המשטרים- השפעה על רמתה פעילות של הצדדים.

דוגמה: רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע, עוברת ליד חווה, ומידי פעם יוצאים גיצים שגורמים לשריפות. נניח שמבחינה טכנולוגית הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק כלל.

**תחת הכלל של רשלנות** הרכבת לא התרשלה שכן היא לא יכולה למנוע את הנזק, ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה. אבל **תחת הכלל של אחריות מוגברת**, הרכבת כן תשלם פיצוי על כל הנזק שנגרם לחווה, ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה. לדוג' אולי היא תעדיף לנסוע פעמיים בשבוע במקום 3.

למעשה רואים שאמנם הצדדים פועלים בצורה יעילה, אך המשטר יכול להשפיע על רמת הפעילות של המזיק או הניזוק. המשטר של רשלנות בעיקר משפיע על התנהגות הניזוק, והמשטר של אחריות מוגברת משפיע בעיקר על פעילות המזיק.

**פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה על תרופה**

לפי התיאוריה הכלכלית לעלויות עסקה חלק משמעותי בשאלת התרופה הרלוונטית. כדי לדעת מתי נבחר פיצויים ומתי צו מניעה, נבדוק מתי יש עלויות עסקה.

**התיאוריה של Coase**

דוגמה: חקלאי ובוקר. הבוקר מגדל פרות (200 יח' תועלת),החקלאי מגדל עגבניות (80 יח' תועלת). אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה של החקלאי. יש אפשרות למנוע את הנזק ע"י הקמת גדר, לחקלאי עלות הגדר 60, לבוקר עלות הגדר 100.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | יחידות תועלת | עלות הקמת גדר |
| חקלאי | 80 | 60 |
| בוקר | 200 | 100 |

ישנם כמה מצבים שונים:

1. צו מניעה (הבוקר לא יכול לגדל עדר בלי גדר)- הבוקר ישלם 100 (בפועל, יציע לחקלאי עסקה). אומרים לבוקר שאם הוא לא בונה גדר הוא לא יוכל לגדל את הבקר. הבוקר יעדיף לשים גדר בעלות של 100, ולא להפסיד את התועלת של 200.
2. רגולציה שתחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו- החקלאי ישלם 60.
3. אין כלל משפטי- החקלאי ישלם 60.
4. פיצוי על נזק (הבוקר יכול לגדר את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם נזק)- הבוקר ישלם 80 (בפועל יציע לחקלאי עסקה בין 60 ל-80).

במצבים 1 ו-4 ייתכן והבוקר יציע עסקה לחקלאי שכן ישתלם לו יותר. גם במצבים של הטלת חובה לגדר/ לפצות, הצדדים יעשו את הצד היעיל ביותר.

**קלברזי ומלמד (Calabresi & Melamed)**

נניח מצב של 10 מזהמים ו-1,000 מזדהמים. נניח שיעיל לשלם (למשל, הנזק מזיהום הוא M10 ואילו התועלת מהזיהום עומד על M20). האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים?

היינו חושבים שהדבר היעיל לעשות הוא עסקה בין הצדדים, כיוון שהתועלת למזהמים גבוהה יותר. אולם, למזדהמים יש זכות וטו והם יכולים לאיים או ללכת לבימ"ש. תיתכן סחטנות- מזדהם יגיד שזכותו לבקש צו מניעה, ואם הם לא מעוניינים אז שיתנו פיצוי יותר גדול. כך ייתכן שהפיצוי יהיה יותר מהתועלת. ייתכן גם מקרה הפוך בו מזהם אומר שמזהם אחר צריך לשלם יותר. לכן, ייתכן ולא תהיה עסקה ביניהם בגלל סחטנות או טרמפיסטיות.

קלברזי ומלמד מראים לנו את הרעיון של עלויות העסקה, ומביאים לנו כללים שמתמודדים עם הבעיות, ואומרים לנו איזה כלל מתאים לסיטואציה:

הכלל הראשון: כלל קנייני. למזדהם יש זכאות לפנות לביהמ"ש מכיוון שהוא סובל מהזיהום. יש לו זכאות לאוויר נקי, ולכן ההגנה תהיה באמצעות צו מניעה. **נבחר בכלל הראשון אם עלויות העסקה נמוכות** מכיוון שכשעלויות העסקה מאוד נמוכות, נצפה שהמזהמים יוכלו להמשיך לזהם. אנחנו רוצים ליצור הרתעה, ולכן אם עלויות העסקה נמוכות או שלא הייתה עסקה יעילה, כלל ההגנה צריך להיות חזק, ולכן נאפשר צו מניעה.

הכלל השני: כלל אחריות. למזדהם יש זכות לחיות עם אוויר נקי, אך למזהם יש זכות לקחת לו אותו ולפצות על זה (פיצוי בדיעבד). **נבחר בכלל השני אם עלויות העסקה גבוהות** או שהייתה סחטנות, ואז ביהמ"ש יתערב ע"י מתן פיצוי בדיעבד כדי לקיים עסקה יעילה.

נחליט אם לתת צו מניעה או פיצוי לפי עלויות העסקה.

\*זכאות- מי יכול ללכת לביהמ"ש ולטעון שפוגעים בו.

הגנה- איזו הגנה תהיה לו.

ישנם מצבים בהם הפיצוי תלוי בשאלה האם הייתה התרשלות, וישנם מצבים בהם הפיצוי יתקבל בין אם הייתה רשלנות ובין אם לא- מצבים של אחריות מוגברת/ מוחלטת.

בדוגמת הרכבת שעוברת ליד החווה ומפיצה גיצים וגורמת לשרפות, תחת אחריות מוגברת היא תשלם פיצוי למרות שהיא לא התרשלה, ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה. הביקורת האפשרית על הכלל של אחריות מוגברת היא שלחקלאי לא יהיה שום תמריץ למנוע את הנזק מכיוון שהוא יודע שהוא בכל מקרה יקבל פיצוי.

ההבדל המשמעותי בין אחריות מוגברת לאחריות מוחלטת הוא שאלת האשם תורם- באחריות מוגברת נתייחס הרבה יותר לאשם תורם, לעומת אחריות מוחלטת שמתייחסים אליה במצבים נדירים. באחריות מוגברת ניתן לטעון שיש לייחס לתובע אשם תורם. לעומת זאת, באחריות מוחלטת לא קיימת הגנה של אשם תורם.

כיצד ניתן להבין את פס"ד אתא נ' שוורץ לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין ע"פ קלברזי ומלמד?

עלויות עסקה נמוכות יובילו להגנה חזקה של צו מניעה, ואילו עלויות עסקה גבוהות שעלולות לנבוע מסחטנות יובילו להגנה חלשה של פיצוי. מנגנון הפיצוי יעזור להגיע לתוצאה יעילה כי הצדדים הסחטנים ידעו שכשהם יגיעו לביהמ"ש הם יקבלו פיצוי ולא צו מניעה. כך הם נמנעים מלהתנהל באופן סחטני מלכתחילה.

**אתא נ' משרד האוצר:** לאחר הפס"ד בעליון, התובעים ביקשו מהמפעל שירכוש מהם את הנכס במחיר שגבוה בהרבה מהמחיר בשוק. המפעל אמר שהוא לא יכול לפצות במחיר ממש גבוה, שכן אחרת כל השכנים יבואו לבקש פיצוי. המפעל מבין שהוא נקלע לבעיה- או שהוא נכנע לדרישות של התובעים ופושט רגל, או שהוא מפסיק את האוורור וזה יהרוס את הבשר. לכן המפעל פונה לשר האוצר ומבקש להפעיל את הסמכות שלו לפי פקודת הקרקעות- שר האוצר יכול להפקיע את הנכס מבעלות פרטית כשהרכישה מועילה לציבור. בעלי המפעל הבינו שזה המוצא האחרון לקיום המפעל.

ביהמ"ש: נאחז באמירה של שמגר שאמר שאם המפעל יוכיח בעתיד שהמטרד לא ניתן לסילוק ויש נסיבות שמצריכות התבוננות שניה, המפעל יוכל לפנות לביהמ"ש ולשנות את הכרעותיו. ביהמ"ש מתחשב ברעיון של שיקולי יעילות, ובפרט רואים את ההשפעה של ניתוח משפט כלכלי לבין הפרקטיקה. המפעל מעסיק הרבה עובדים, יש לו משמעות מבחינת הייצור, והתובעים ביקשו פיצוי במחיר שגבוה פי 3 מהמחיר בשוק. הייתה יכולה להיות עסקה יעילה, אך התובעים נאחזו בזכאות שלהם ונמנעה העסקה. היה צריך למנוע את הדרך הקטלנית של סגירת המפעל, וכל מה שנותר לעשות כדי להציל את המפעל היה לבקש את ההפקעה.

ביהמ"ש יישם את הרעיונות מהמאמר של קלברזי ומלמד- כשיש התנהגות סחטנית ואי אפשר להגיע לעסקה יעילה כי העלויות גבוהות, ביהמ"ש לא ייתן צו מניעה. במקרים של סחטנות, יינתן פיצוי בערך השוק של הנכס.

**הקשר הרעיוני בין ענפי המשפט הפרטי והשלכתו על התרופה**

התיאוריה עוזרת לנו לעשות סדר בין הפוזטיבי- הכלל המשפטי, לבין הנורמטיבי- הדבר הראוי. באמצעות הכלים התיאורטיים נוכל להפעיל ביקורת שיפוטית ולחדד בין הרצוי למצוי, וחיבור הרעיונות יעזור להבין מה התרופה הראויה.

במצבי גבול של חפיפה בין תחומי המשפט הפרטי, ננסה להבין מה הסיפור העובדתי, מה האינטרס של התובע שעליו נרצה להגן בנסיבות מסוימות ולפיכך מה התרופה הרלוונטית.

נדגים באמצעות שלוש פרשיות מרכזיות:

* חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין.
* חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין.
* חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין.

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

דיני נזיקין נתפסים כדינים שנועדו להגן על הקניין. עם זאת, הם הרבה יותר מהגנה על קניין, וישנם תחומים ואינטרסים שדיני נזיקין מגנים עליהם שלא קשורים לקניין, לדוגמה שלמות הגוף ודוקטרינת הרשלנות.

**נשאיל מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות:** המאמר הציע חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות קניינית. לאחר שאנו יודעים למי הזכות, נקבע איזו הגנה נרצה לתת לו. ישנן שתי סוגי הגנות:

1. ההגנה החזקה: "כלל קנייני"/ הגנה קניינית- המשפט מגן על מי שמחזיק בנכס באופן שלא ניתן להוציא ממנו את הנכס בלי הסכמתו.
2. ההגנה החלשה: "כלל אחריות"/ הגנה נזיקית- מגנים על מי שיש לו זכאות בנכס אך נותנים לו הגנה חלשה יותר- פיצוי אם תפגע זכותו, אך לא ניתן צו מניעה.

יש להפריד בין זכאות לעבירות- מניעת העבירות באמצעות כלל הגנה, או שמגנים בדיעבד. היה פגם בזכות, ובמקום מצב שבו ניתן להעביר את הזכות תמורת כסף, שואלים האם רוצים להגן על העבירות באמצעות כלל הגנה או פיצוי בדיעבד.

ההגנות מתמקדות בעבירוּת:

* כללי קניין- הגנה חזקה על עבירות (רק בהסכמתו של מי שיש לו זכאות)- צו מניעה.
* כלל אחריות- הגבלה חלשה יותר על עבירות (אפשר לקחת זכאות עם פיצוי בדיעבד)- פיצוי.

מסקנה אפשרית מהחלוקה של קלברזי ומלמד הציעו, גם לפי השמות שהם נותנים לכלל ההגנה, מבחינת העבירות של הנכס היא שבדיני הקניין ההגנה על זכות היא באמצעות הדרישה להסכמה לכל שימוש בנכס, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים.

האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד היא השליטה על האינטרס של בעל הזכאות. האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד היא הגנה על שווי (בכסף) של האינטרס.

**Vincent v. Lake Erie Transportation Co.:** בעלים של ספינה קשרו את הספינה למזח כדי לפרוק את הספינה בזמן של סופה. בעל הספינה הבין שאם הוא לא קושר את הספינה עכשיו הוא יאבד את הספינה, ולכן קושר אותו בלי לבקש רשות מבעל המזח. קניינית, המזח שייך לבעל המזח. הספינה פגעה במזח וגרמה לנזק.

דעת רוב: בנסיבות היה מותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח, אך עליה לשלם פיצויים על הנזק.

דעת מיעוט: בנסיבות היה מותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח ללא צורך בתשלום פיצויים.

פסק הדין מעלה קשיים- האם המשפט הפרטי מאפשר הגנה כלפי בעל הקניין בנסיבות כאלה? איזה סוג הגנה ניתן לבעל קניין בשעת הצורך?

* אפשרות אחת: הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 בעל הספינה מעוול.
* אפשרות אחרת: אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 בעל הספינה אינו מעוול.

אם אין עוולה, האם צריך לתת תרופה לבעל הקניין? דעת המיעוט קבעה שבנסיבות היה מותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח ולא ניתן להגיד שהוא מעוול. גם דעת הרוב קבעה שהיה מותר לבעל הספינה לקשור אותה למזח ללא קבלת הסכמה מוקדמת מהבעלים, אך יחד עם זאת, נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל המזח.

הרציונליים מאחורי דעת הרוב ודעת המיעוט:

* דעת הרוב- במצבים של סערה משתנה כלל ההגנה על בעל הקניין מהגנה חזקה מלכתחילה, להגנה חלשה יותר של פיצוי בדיעבד (בטרמינולוגיה של קלברזי ומלמד, טרנספורמציה מכלל קנייני לכלל אחריות).
* דעת המיעוט- במצבים של סערה זכותו של בעל הקניין הופכת לנחלת הכלל.

האם אפשר להצדיק שימוש בכלל אחריות גם לאור ההיגיון הכלכלי של קלברזי ומלמד בסיטואציה של צורך?

דעת הרוב קבעה שזה לא נכון שלא מגיע לבעל המזח זכאות, אולם עברנו מכלל הגנה אחד לכלל הגנה אחר. בדר"כ למי שיש קניין, רוצים לתת לבעל הקניין הגנה מסוג צו-מניעה. עם זאת, לפעמים מי שיש לו זכאות יקבל פיצוי בדיעבד. בשעת הצורך כלל ההגנה מתחלף מכלל הגנה קנייני מסוג צו מניעה, לכלל הגנה חלש יותר מסוג של פיצוי.

מה התרופה הראויה בעניין Vincent מפרספקטיבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט-הפקעה פרטית? הייתכן?

פסק הדין מזכיר מקרים של מצבי חירום. ישנם מצבים בהם המדינה יכולה להפקיע ולשלם תמורת ההפקעה. כאן מדובר בהפקעה פרטית ולכן יש קושי. הכלל שניתן לחלץ מפסק הדין הוא שבמקרה של צורך אקוטי, הגנה על שליטתו של בעל הקניין, שלפיה כל המשתמש בקניין חייב את הסכמת בעליו, צריכה להיות מוחלפת בפיצוי בדיעבדי.

האם ניתן להצדיק את הפס"ד בראי הצדק המתקן? יש לנסות להבין מה הזכות שנפגעה. בעל הספינה לא פגע בזכותו של בעל המזח מכיוון שזה היה שעת הצורך. אולם זה שמותר לו לקשור את הספינה לא אומר שמותר לו לגרום לנזק. לכן הזכות שנפגעה היא הזכות לשלמות המזח עצמו ולא הזכות לקשור את הספינה. משכך, התרופה צריכה להיגזר בדיוק מהפגיעה שנגרמה- שווי הנזק שנגרם למזח.

**חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין**

**ההבדל המהותי בין נזיקין לחוזים:** בחוזים העסקה בין האנשים היא רצונית. לעומת זאת, בנזיקין אין רצון. בדיני נזיקין יש מערכת יחסים בין אנשים זרים, לדוגמה תאונה. גם המזיק וגם הניזוק לא מעוניינים במערכת יחסים הזאת. בדיני חוזים הקשר רצוני- שני הצדדים מעוניינים בעסקה והקשר ביניהם הוא מרצון.

לפעמים החלוקה של רצון/ לא רצון לא עובדת. זה קורה במקרים שיש הסדרה כפולה, למשל, רופא וחולה או עו"ד ולקוח- מערכת היחסים מתחילה מרצון ובחוזה, אך יכולה להיות פתאום רשלנות ואז נכנסים לעולם הנזיקין.

איזו תרופה יש לתת במקרי ביניים? הקושי לקבוע אם מדובר במקרה שדורש תרופה חוזית או נזיקית נובע מכך שהתרופה לא נובעת מהחלוקה לקטגוריות של חוזים/ נזיקין. לכן, נדע איזו תרופה לתת בהתאם לאינטרס של הנפגע שעליו אנחנו רוצים להגן בהתאם לסיפור העובדתי:

* חוזים- הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים שלהם. אלה הם רצונות שהם הסכימו להם בחוזה.
* נזיקין- הגנה על שלמות הגוף.

**Hawkins v. McGee:** כשהוקניז היה צעיר הוא נכווה בידו והיא נהייתה מצולקת מאוד. ד"ר מקגי הבטיח לו יד מושלמת אם הוא יעשה לו את הניתוח. בניתוח, נלקחה רקמה מהיד והיא נקלטה ביד. עם זאת, בכף היד של הוקינז הצליחו לצמוח שערות.

השאלה המשפטית: איזו תרופה יש לתת להוקניז? יש שתי אפשרויות: האפשרות הראשונה היא התייחסות כמקרה נזיקי- פיצוי על כאב וסבל. האפשרות השנייה היא פיצויי ציפייה- הגנה על הציפייה של הוקינז מהחוזה. ד"ר מקגי הבטיח 100% יד מושלמת, ולכן יש כאן חוזה.

נקבע: יש לתת פיצויי צפייה להוקניז.

כיצד ניתן להבין את הקביעה של ביהמ"ש? כל ניתוח כרוך בכאב וסבל, וכאשר מנותח נכנס להליך של ניתוח הוא יודע שזה כולל כאב וסבל. ד"ר מקגי הבטיח יד מושלמת ב-100%, ועל בסיס ההבטחה הזו הוקינז נכנס לחוזה. כדי לומר שעוולת הרשלנות חלה יש להוכיח שהייתה התרשלות. לכן, גם אם היה כאב וסבל כתוצאה מהניתוח, אם לא הוכח שהייתה התרשלות מצד הרופא לא ניתן לתבוע בנזיקין על כאב וסבל. משכך, כדי לחשב את פיצויי הצפייה יש לחשב את ההפרש בין היד המושלמת לבין היד שהוקינז קיבל בסוף.

בהקשר הזה ניתן לטעון למצג שווא רשלני- הרופא התרשל כשהבטיח הבטחה של 100% יד מושלמת. אם היינו מקבלים טענה כזאת, החוזה הופך להיות סוג של עוולה ומשתמשים בחוזה שקיים כדי להיכנס לעולם הרשלנות. לכן אופציה זו פחות מקובלת.

**חפיפה בין דיני עשיית עושר לנזיקין**

**Moore v. Regents of the University of California:** מור חלה בסרטן נדיר. הרופא שטיפל בו השתמש ברקמות שהסיר מגופו של מור במהלך הטיפול בו לצרכי מחקר על תאי סרטן. הרופא והאוניברסיטה שבה פעל בי"ח רשמו פטנט, והפיקו רווחים עצומים.

השאלה המשפטית: האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין?

הטענות: העלו שתי טענות עיקריות לקבלת תרופה:

1. **גזל** 🡨 תרופה נזיקית (ס' 55 לפקנ"ז- השבת גזל), או בעשיית עושר (ס' 1 לחוק עשיי עושר- השבת טובת הנאה). לשם כך יש להניח שרקמות אדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו.
2. **תקיפה** 🡨 לשם כך יש לקבוע שהרופא לא גילה למור מידע רלוונטי (הכולל מידע כלכלי) ולכן מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית. טענה המבוססת על הרעיון של דוקטרינת ההסכמה מדעת.

נקבע: קיבלו את הטענה השנייה- הרופא תקף את מור. חלה על הרופא חובת גילוי, שכן בלי נתינת כל המידע אין הסכמה, ואי הסכמה היא אחת התנאים בסעיף התקיפה. המידע הרלוונטי כולל גם את המידע הכלכלי ולא רק את המידע רפואי. הרופא היה צריך להגיד למור שיש אינטרס כלכלי במידע שהופק מהרקמות שלו.

בעבר בחלק מדינות בארה"ב, במצבים שרופא לא מקבל את הסכמת המטופל זה נחשב לתקיפה. הרופא היה נחשב כתוקף אם הוא לא היה מגלה את כל המידע, מכיוון שהוא לא מאפשר למטופל להסכים לגמרי לטיפול כשהוא לא יודע את כל המידע הרלוונטי. כיום, אם רופא לא מגלה למטופל את כל המידע הרלוונטי הוא נחשב כמי שהתרשל.

הבעיה עם קביעת ביהמ"ש היא שהפרת חובת הגילוי מרופא (דוקטרינת הסכמה מדעת) דורשת מהתובע להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק. התובע צריך להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע הרלוונטי, התובע היה מחליט שלא לעבור את הטיפול. בענייננו, סביר להניח שאילו הרופא היה מגלה למור את המידע הכלכלי, מור היה מסכים לטיפול, שלימים אף הציל את חייו.

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן. האינטרס שנפגע הוא **האמון של המטופל ברופא.** רופאים צריכים לגלות למטופלים שלהם את כל המידע שקשור לטיפול, לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שעולים מהטיפול מכוח חובת האמון כלפיהם, כדי להקטין סיכוי לניגוד אינטרסים. לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע הכלכלי הטמון בטיפול בו.

כיצד נוכל להרתיע מהפרת אמון? רוצים לגרום לרופא לחשוף כל מידע שיש בו ניגוד אינטרסים. המטרה היא להגן על האוטונומיה של המטופל ולכן הדרך היא לא דרך הסכמה מדעת, אלא הרתעה ע"י דיני עשיית עושר. ישנן 2 אפשרויות:

1. שלילת רווחים- שוללים לרופא את הרווחים כתוצאה מהפרת חובת האמון. ס' 1 לדיני עשיית עושר קובע שמי שקיבל טובת הנאה שלא ע"פ זכות, הוא חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם ההשבה בלתי אפשרית או בלתי סבירה הוא צריך לשלם את שוויה.
2. הסכמה היפותטית- נעשה שימוש באופן לא תקין ושל ניגוד אינטרסים בלי להודיע למטופל, ולכן רוצים לאמוד את ההשבה ע"פ חוזה מדומיין. נשאל מה היה קורה אילו הרופא היה מגלה למור על ה"אוצר" שיש לו- מה הצדדים היו לוקחים בחשבון אילו הם היו כורתים ביניהם חוזה היפותטי. ביהמ"ש מחשב אומדן של הסכמה היפותטית בין הצדדים, ומחשב כמה הרופא מנע מהתובע ובכך הוא התעשר.

**שאלה מחשבה:** כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח ס' 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פסק הדין בעניין Moore לפי רעיון הצדק המתקן?

פתרון: האינטרס שעליו אנו רוצים להגן בעניין מור הוא האמון של המטופל ברופא שלו. אם זה האינטרס שרוצים להגן עליו, ניתן לומר שלמור יש **זכות לקבל מידע** גם על האינטרס הכלכלי הקשור בטיפול בו. לכן לרופא יש את **החובה הקורלטיבית** לגלות את המידע הזה. אם הרופא הפר את חובתו, עליו לפצות את המטופל.

הפיצוי ייגזר ע"פ מידותיה של הפגיעה בזכותו של המטופל. לפי צדק מתקן, ניתן לומר שהרופא התעשר על חשבון המטופל משום שהוא גזל ממנו את הזכות להיקשר בעסקה מרצון. כיצד נתאים את התרופה לפגיעה בזכות זו? ניתן לאמוד את התרופה בהתאם לרעיון של חוזה היפותטי בין הצדדים- על מה הצדדים היו מסכימים ביניהם לו ניתנה למטפל ההזדמנות להיקשר בעסקה מרצון עם הרופא.

**הרצאות אורח**

**ד"ר יותם קפלן**

**הפרה יעילה**

ישנן כל מיני דרכים להציג הפרה יעילה. הדרך הפשוטה היא להציג את זה ע"י השאלה מה התרופה הרצויה- פיצויים או אכיפה. בפיצויים המפר ישלם לנפגע סכום שיביא את הנפגע למקום היה לולא הפרת החוזה. באכיפה שני הצדדים יקיימו את חיוביהם לפי החוזה. מי שמעדיף הפרה יעילה יעדיף לתת פיצויים כתרופה.

באכיפה יש עניין של עשיית רצון הצדדים מלכתחילה. הצדדים התחייבו לקיים הסכם ביניהם, ולכן אוכפים עליהם לקיים אותו. אכיפה מדברת עם הרציונליים של דיני חוזים- "חוזים יש לקיים". מנגד, מדובר בהפרת חוזה ולכן כנראה מדובר באדם שלא מצליח לקיים את מה שהבטיח לעשות ואכיפה היא תרופה מאוד חזקה. אולי אנחנו רוצים לאפשר לו חירות מינימלית כל עוד הוא מפצה על ההפרה. כמו כן, ישנם מצבים שקשה מאוד ליישם אכיפה.

דוגמה: ברירת תרופות

* מחיר חוזי: 10
* שווי הנכס לקונה החוזי: 12
* הצעה חדשה: 15

מה יקרה תחת כל אחת מהתרופות?

* אכיפה- ביצוע העסקה לפי המחיר המקורי.
* פיצויים- המוכר יפר, ימכור את הדירה ב-15, וישלם פיצוי של 2. צריך לפצות על הרווח החוזי שאיבד. לכן, לו קוים החוזה, הצד שקונה היה קונה ב-10, ומרוויח שווי של 12 ולכן הרווח הוא 2. במצב כזה המפר מקבל 13 במקום 10, ולכן הוא יבחר להפר את החוזה ולתת פיצויים.

דוגמה: יעילות תרופת הפיצויים

* מחיר הדירה: 10
* שווי הדירה לקונה: 12
* עלות הבנייה: ?

לא יודעים בוודאות כמה יעלה לבנות את הדירה. אך אם לא יודעים כמה יעלה הדירה, כיצד הסכימו לכרות חוזה? כנראה שיש אומדן של שווי הדירה, וזה דבר טיפוסי לא לדעת בוודאות כמה עלות הבנייה תהיה.

מצרפית- בניית הדירה יעילה. כלומר, מבחינת חברתית כוללת זה יעיל שיבנו את הדירה מכיוון שהרווחה המצרפית הכוללת גדולה יותר לאחר קיום החוזה. לדוגמה, אם עלות הבניה היא 9, ושווי הדירה 12 מגדילים את הרווחה המצרפית ב-3. במקרה כזה לא נרצה הפרה אלא קיום מכיוון שזה יעיל, שכן אם הקבלן יחליט להפר הוא יצטרך לפצות ב-2 במקום להרוויח 1. בדוגמה הזאת, אין הבדל בין התרופות כי שתי התרופות יובילו לתרופה יעילה.

מה קורה במצב שבו עלויות הבנייה הן 13? מצרפית- בניית הדירה לא יעילה, מכיוון ששילמו יותר לבנות אותה ממה שהיא שווה. לא משתלם לבנות את הדירה מכיוון שעלויות הבנייה עלו הרבה. במקרה כזה לא היינו רוצים שהדירה תבנה, ולכן באכיפה שבו הקבלן נאלץ לקיים את החוזה, אנו מקבלים תוצאה לא יעילה כי יש הפסד של 3. לעומת זאת, בפיצויים הקבלן יפר את החוזה, וישלם פיצוי של 2 לקונה. במקרה של פיצויים מפסידים 2 במקום להפסיד 3 ע"י הקיום. ההבדל הוא שלא בונים את הדירה- חוסכים את התוצאה ה"לא יעילה" של בניית הדירה. תחת תרופת הפיצויים כשמצרפית הקיום לא יעיל, לא יהיה קיום.

מה קורה במצב ביניים שעלויות הבנייה הן 11? מבחינה מצרפית בניית הדירה יעילה מכיוון שיש רווח של 1. חברתית משתלם שהדירה תיבנה. אם אוכפים את החוזה על הקבלן והוא חייב לקיים אותו, זה לא משתלם לו מכיוון שמשלמים לו 10 אך הדירה שווה 11. מדובר בחוזה הפסד עבורו. תחת תרופת הפיצויים הוא יכול לקיים את החוזה או להפר- אם הוא מקיים הוא מפסיד 1, אם הוא מפר הוא יפסיד 2. לכן, כל עוד קיום החוזה יעיל, הכלל של פיצויים יוביל לקיום (וכאשר קיום החוזה אינו יעיל, הכלל של פיצויים יאפשר הפרה). אכיפה תמיד גוררת קיום גם כשזה יעיל וגם כשזה לא יעיל. תרופת הפיצויים אומרת שצריך לשאת בנזק שנגרם לצד השני, ולכן נפר רק כשהרווח גבוה מהנזק שנגרם.

דוגמה: הפרה יעילה טובה גם לנפגע

* מחיר: ?
* שווי הדירה לקונה: 12
* עלות הבנייה: 13

מצרפית בניית הדירה לא יעילה. תחת אכיפה, הקבלן נאלץ לקיים את החוזה ומפסיד לפי עלויות הבנייה. לפי תרופת הפיצויים, הקבלן יפר וישלם פיצוי לפי השווי לקונה. עלות הקיום היא לפי 13, והעלות של פיצויים היא לפי 12 ולכן המחיר תחת תרופת האכיפה יהיה גבוה יותר. אם המחירים נמוכים יותר, זה טוב לנפגע מכיוון שתרופת האכיפה מובילה לתוצאות לא יעילות- תועלת מצרפית נמוכה יותר. הצדדים מתחלקים ולכן הוא יפגע בשניהם. תרופת הפיצויים עדיפה לשני הצדדים בביצוע לא יעיל כי המפר לא יקיים חוזה לא יעיל, והמחיר עבור הנפגע יהיה נמוך יותר. תרופת האכיפה מחייבת קיום גם כשהקיום אינו יעיל.

מנגד, ניתן להגיד שאין פיצוי מלא, ואם יש פיצוי חסר לא תובטח יעילות. בנוסף, מבחינת הוגנות הבטחות יש לקיים. כמו כן, התיאוריה של עדיפות תרופת פיצויים מבוססת על הנחות לא מציאותיות לגבי התנהגות הצדדים.

ניתן לראות את כלליות התיאוריה לא רק בחוזים אלא גם בנזיקין ובקניין. בנזיקין רואים את זה דרך מטרד יעיל- האלטרנטיבה לאכיפה תהיה צו מניעה ולכן האפשרויות של התרופה יהיו צו מניעה או פיצויים. אם המטרד יעיל נעדיף לזהם ולפצות. מטרד יעיל הוא כאשר התועלת שלי גדולה מהנזק לצד השני. בקניין רואים את התיאוריה דרך גניבה יעילה- ייתכן והגניבה תהיה מספיק יעילה שנעדיף לתת פיצויים על הנזק שנגרם.

**פיצויי ציפייה במיזמים עתירי סיכון**

המאמר של קובי קסטיאל ויותם קפלן מדבר על סוגיה ספציפית בתוך פיצויים- כיצד צריך לחשב פיצויים במצבים מסוימים. איך מודדים פיצוי במיזם עתירי סיכון- בזמן ההפרה המיזם היה שווה קצת, ואילו לאחר תקופה ארוכה הוא שווה הרבה יותר. ישנם שני מקרים:

1. הפרה בתנאי אי וודאות- לאחר הפרת החוזה אי-הוודאות נשאר.
2. לאחר ההפרה נוסף מידע חדש- ההפרה לא השאירה אי-וודאות אלא התגלה מידע חדש.

**הפרה בתנאי אי-וודאות**

דוגמה: מיזם חיפוש גז- החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי של 100 לכל שותף. שותף אחד הפר את ההסכם, והשותף השני לא יכול להמשיך את החיפוש במאגר.

הדין המצוי: התובע מבקש 100, ביהמ"ש פוסק ע"פ "אומדנא". ניתן לחשב את הפיצויים בשתי דרכים:

1. פיצוי של 10 (ע"פ 10% לרווח של 100) יהיה פיצוי יתר. תשלום וודאי של 10 מסיכוי של 10% לרווח של 100- יש להתחשב במימד הסיכון. זה נחשב פיצוי יתר מכיוון שהפיצוי אמור להביא את הנפגע למקום שהוא היה לולא ההפרה. 10% ל-100 שווה קצת פחות מ-10. יש כאן תועלת השולית- השקלים הראשונים של האדם שווים הרבה, וככל שמוסיפים עוד שקלים, הם שווים פחות. ייתכן ויש וודאות של 10 או סיכוי של 10% ל-100. אם רוצים להביא את הנפגע למקום בו היה לולא החוזה, צריך לתת פיצוי שקטן ב-10 בקצת.
2. ניתן (ומומלץ) להשתמש בשווי השוק של הזכויות בעת ההפרה. נניח אדם היה מוכר את הזכויות שלו בשוק בזמן ההפרה- בכמה הוא היה מוכר אותם.

**לאחר ההפרה נוסף מידע חדש**

דוגמה: מיזם חיפוש גז- החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100 לכל שותף. לאחר ההפרה נתגלה האם יש גז במאגר.

שני ערוצים אפשריים לקביעת הפיצוי:

1. פיצוי של 10~ בכל מקרה, גם אם התגלה שיש גז וגם אם התגלה שאין גז. בזמן ההפרה היה לנפגע קצת פחות מ-10 ולכן זה הפיצוי שניתן.
2. פיצוי של 100 אם נתגלה שיש גז במאגר, שום פיצוי אם נגלה שאין גז במאגר. גם כאן מביאים את הנפגע למצב שהיה לולא החוזה אם הולכים לפי המידע החדש.

נדרשת עקביות- תמיד להתחשב בגילוי של המידע הנוסף. החשש הוא שאם ביהמ"ש ישתמש בשיקול דעת, זה יוביל לפיצוי יתר או פיצוי חסר. לדוגמה, במקרה של מציאת גז ביהמ"ש פוסק פיצוי מלא (התחשבות במידע החיובי). יחד עם זאת, יש מקרים שמתגלה מידע שלילי שאין גז, וביהמ"ש נותן פיצוי ע"פ שווי השוק בעת ההפרה (אין התחשבות במידע שלילי). 10%x100 + 90%x10 =19 >10. נוצר מצב של פיצוי יתר כי ב-10% מהמקרים מקבלים פיצוי של 100, וב-90% מהמקרים מקבלים פיצוי של 10.

**ניכוי הוצאות בסיכון גבוה**

דוגמה: מיזם חיפוש גז- החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100. לאחר ההפרה התגלה שיש גז במאגר. בנוסף, לאחר ההפרה היה נדרש להשקיע עוד 1 לטובת המשך הפרויקט.

ניכוי רגיל יוביל לפיצוי יתר כי אם נותנים פיצוי נקבל: 9.9= (100-1)10%. אילו החוזה היה מקוים 9= 1- 100x10%. אילו החוזה היה מקוים היה לו 10% לקבל 100 והוא בוודאות היה מוציא 1, ולכן הערך של החוזה הוא 9. בפיצוי, יש לו 10% לקבל את הפיצוי, ובניכוי מורידים 1 רק אם בוודאות מתגלה הגז. כלומר ב-10% מהמקרים הוא מקבל 99. לכן הפתרון הוא 9= (100-10)10%. כלומר לעשות ניכוי גבוה יותר של ההוצאות- ניכוי ההוצאה חלקי סיכויי הצלחת הפרויקט. לכתחילה, לולא ההפרה שווי החוזה היה 9 מכיוון שהוא היה מוציא 1, ומקבל 10% למאה. כשבאים לבקש את הפיצוי, במקרה ובו התגלה שיש גז, הוא יקבל 90. לא מנכים 1 אלא מנכים 10, כי צריך לנכות את זה שההשקעה הנדרשת הייתה מסוכנת- 1/10%. בחוזה המקורי, את ההוצאה בסיכון הוא היה מוציא בכל מקרה, ועכשיו מפחיתים את הסכום הזה רק במקרה של הצלחה.

**ד"ר עמרי נחום טוויג**

**תרופות בקניין הרוחני**

הזכות לקניין רוחני שונה מזכויות קניין אחרות. בקניין רוחני מדברים על זכות לתוצרים שהם לא מוחשיים- תוצרי עמל שיש להם ערך חברתי. למה שנגן על התוצרים האלו? יש לנו הנחת יסוד מובלעת שתוצר אומנותיים הם טובים- המוצר בבסיסם הוא ידע אנושי. למה מתמרצים את הידע הזה באמצעות זכות קניין?

אם לא היינו נותנים זכות קניינית על יצירה רוחנית, היה נוצר מצב שבו אנשים יעתיקו וההשקעה תהיה רק בייצור עותקים. עלות העתקה של הידע האינטלקטואלי שואף ל-0 לעומת החשיבה של היצירה. לאנשים שהעתיקו אין את עלות ההשקעה הראשונית ולכן הם יוכלו למכור את היצירה ביותר זול ועדיין להרוויח. זכות הקניין היא הזכות להדיר. אם יש זכות קניין ניתן למנוע מאנשים להעתיק, ואז נוכל להפנים את הערך של התוצר במובן שנוכל להחזיר את עלות ההשקעה ולהרוויח.

הגישה הכלכלית מדברת על התמריץ וגם על הגישה-access. אנחנו רוצים לאפשר לציבור גישה לתוצרים, ואם לא תהיה מספיק גישה, הערך לא יגיע אליהם. מצד אחד רוצים לתמרץ יוצרים אך לא יותר מידי כדי לשמור על איזון.

זכויות קניין רוחני אינן מוחלטות- כל מדינה מחליטה מה האיזונים שהיא מכניסה לזכות.

דוגמה: זכות יוצרים על ספרים, מוזיקה, קולנוע וכו'. כדי לייצר איזון בין התמריץ לגישה, קובעים שבספרות זכויות היוצרים הן עד 70 שנה אחרי מות היוצר. מצד שני, מה שמוגן בזכות זה רק הביטוי החיצוני ולא הרעיון שבבסיסה. בנוסף, למשתמשים יש זכות לעשות שימוש הוגן. כך מצטמצמת התמריץ ומתרחבת הגישה.

אחד הכלים שיש כדי לעשות את האיזון, הוא היקף הזכות וגם ע"י סעדים. ככל שהסעד ביחס לזכות יותר גדול ורחב, הזכות חזקה יותר. סעדים בהקשר של קניין רוחני הם חלק בלתי נפרד ביצור של הזכות.

דוגמאות לסעדים בדיני הקניין הרוחני:

* צו מניעה- הוראה של בימה"ש להפסיק לעשות את הפעולה. ס' 183 לחוק הפטנטים קובע שבתביעה על הפרה, התובע זכאי לסעד בדרך של צו מניעה. הסעד הוא מוחלט כשמדובר בפטנטים מכיוון שהיקף זכות הפטנט היא לתקופה קצרה יחסית, אך בתקופה שהיא כן ניתנת אנחנו רוצים לתת מונופול מוחלט. כדי לקבל פטנט צריך לרשום אותו ולעבור תהליך בחינה מול תהליך מדינתי. רק כשהמדינה אומרת שיש ערך לפטנט, אפשר לקבל את הזכות.

ס' 52-53 לחוק זכויות יוצרים קובע שבהפרתו זכאים לסעד, אלא אם כן ביהמ"ש מורה שלא. ביהמ"ש יכול להשתמש בשיקול דעת כדי להחליט אם לתת צו מניעה או לא. זה מראה שהסעד חלש יותר, ובנוסף, שראוי במקרים מסוימים לא לתת צו מניעה. כמו כן, המחוקק לא רצה להתוות מתי מוצדק מלכתחילה לתת צו מניעה. לכן בזכויות יוצרים יש נסיבות שונות בשימוש ביצירה שיכולות להצביע על שיקולים שונים להמשיך להשתמש ביצירה.

בארה"ב יש צווי מניעה מדיני היושר- מחייבים את ביהמ"ש לשקול שיקולי הוגנות. בישראל, כשקובעים לתת צו מניעה זמני, ביהמ"ש שוקל את סיכויי התביעה ומאזן הנוחות. בארה"ב בצווי מניעה מוחלטים, ביהמ"ש שוקל את היחס בין הצדדים; תועלת לחברה- ממתן/הימנעות צו מניעה; ותו"ל סובייקטיבי בין הצדדים.

* פיצויים- הפיצוי הכי בסיסי דורש הוכחת נזק. הפיצוי הוא סעד נזיקי ופחות סעד קנייני. הוא אמור להשיב את המצב לקדמותו. יש להוכיח מה חסרון הכיס שנגרם כדי לקבל את הפיצוי. לא תמיד קל להראות מה הנזק שנגרם במיוחד כשמדובר בנזק אינטלקטואלי. לתוצרים אינטלקטואליים יש מאפיין מאוד ייחודי- שימוש בעותק אחד לא פוגע בעותק אחר. יש הבדל בין נזק שנגרם בעותק אחד, לעומת נזק שנגרם לבסיס עצמו.

בדיני הקניין הרוחני, ניתן לראות מצבים שהמחוקק אומר אין צורך בהוכחת נזק. הרציונליים לסעד הם הרתעה והשבת המצב לקדמותו. הפיצוי ללא הוכחת נזק הוא עד 100,000 ₪.

* השבה- השבה של שווי הנכס והשבה של הערך שצמח למי שנטל את הנכס. שני הסעדים אפשריים בעולם הקניין הרוחני- אם מישהו יצר עותק של יצירה שלי שלא כדין, כדי להחזיר את כל התקופה שהוא השתמש בעותק, הסעד יהיה השווי של העותק באותה תקופה. מתעוררת השאלה מה קורה כאשר עושים עם העותק פעולות נוספות- הרווח אמור להגיע אל היוצר. מה קורה במצב שאדם לדוג' לוקח קו עלילה של ספר, אך מוסיף עליה כדי ליצור יצירה חדשה. האם משיבים את ההתעשרות, ואם כן כמה? היכולת לקבוע מה השווי ומה התועלת של כל החלקים של התוצר החדש מורכבת. העלות מאוד גבוהה ויש הרבה אי וודאות. הצדדים לא יכולים לצפות איך ישתמשו ביצירה, מה שמקשה על לתת סעד של השבה.

במקרה שבו היוצר לא מאפשר בכלל לקחת את היצירה שלו ולהוסיף עליו, מה עושים? אפשרות אחת היא שהאדם יתייאש אך הציבור הפסיד וגם היוצר השני הפסיד. אפשרות שנייה היא להתעלם מאי-ההסכמה של היוצר הראשון. במקרה כזה היוצר הראשון יתבע וילך לביהמ"ש, והיוצר השני לוקח סיכון, ולכן רובם לא ייקחו את הסיכון. השאלה היא האם אפשר לחשוב על מנגנון אחר המאפשר לפתור מצב שבהם כן תהיה וודאות בין הצדדים?

ההצעה היא חלקות הרווחים בין היוצר הראשון ליוצר השני. השינוי הגדול הוא שזה יהפוך לכלל ולא לברירת מחדל. תהיה הגדרה מראש שכאשר לא מדובר במצב שיש רק העתקה, אלא יש ערך נוסף עם תועלת חברתית, לא ניתן סעד של צו מניעה, אלא ניתן לו רישיון להשתמש ביצירה. כדי לאפשר זאת, היוצר השני יצטרך מראש ללכת לביהמ"ש, ולבקש שהם יחלקו את אחוז החלקים מראש. דבר זה נותן וודאות- ניתן להשתמש ביצירה. מלכתחילה יקבעו כיצד לתגמל את היוצר הראשון כדי שהוא לא יפגע, וכך זה מגשים את כל התכליות של זכויות היוצרים. בנוסף, אם זה יהיה כלל, כנראה שביותר מקרים הצדדים יגיעו להסכמה מראש. גם מבחינת עלויות העסקה, יהיו יותר עסקאות רצוניות מבלי להשתמש במנגנון של ביהמ"ש.

הזכות המוסרית מורכבת משתיים: 1) הזכות לקרדיט- שהיצירה תשויך ליוצר. 2) הזכות לשלמות היצירה- שלא יעשו שינויים ביצירה באופן שפוגע בכבוד של היוצר.

 **ד"ר עומר פלד**

**תרופות ותובענות ייצוגיות**

ישנם כמה סוגי זכויות- זכויות כלפי כל העולם- קניין ושלמות הגוף; זכויות בסיסיות אישיות- זכויות מכוח חוזה; הרחבה של זכויות מהשדה הציבורי לספירה הפרטית- פרטיות ואיסור הפליה; והרחבה של הזכות להתקשר בחוזה מרצון, הגנה מפני ניצול- השמטת מידע, הטעיה, מניפולציה, השקעות בשוק ההון והסכמה מדעת בהקשר רפואי.

 מה היחס בין סוג התרופה לבין הזכות שאליה התרופה נועדה להגן? נדגים באמצעות שלוש דוגמאות:

* פיצוי על נזק רכוש (סעד בנזיקין)- הפיצוי יחושב לפי שווי הנזק לפני התאונה וכמו שהוא אחרי התאונה, או עלות כינון- עלות התיקון תהיה הפיצוי בשילוב פערים בשווי לאחר התיקון. התכלית היא השבת המצב לקדמותו.
* השבת רווחים משימוש בנכס של אחר ללא הסכמה (סעד בעשיית עושר)- אם לא נגרם נזק, הסעד יהיה 0, ופיצוי במצב כזה לא ישיב את המצב לקדמותו אלא ישפר אותו. בכלל קניין לא צריך להשיב את המצב לקדמותו, אלא להשיב את המצב למצב הכלכלי שהיה המטיב אם היו פונים אליו- להשיב את המצב לקבלת ההסכמה. בזה שאדם פלש למקרקעין של אדם אחר, הוא גזל את הזכות הכלכלית.
* פיצוי ללא הוכחת נזק- במקרים של איסור הפליה, לשון הרע ועוד. בדר"כ הפיצוי ניתן כשיש לפגיעה אלמנט ציבורי. הרעיון הוא שהאכיפה הפרטית היא חריג. יש אינטרס שקשה לאמוד את הנזק באמצעיים כלכליים. בפיצוי ללא הוכחת נזק, לביהמ"ש יש שיקולים רחבים שהם לוקחים בחשבון, כולל כמה חמורה ההתנהגות של הנתבע.

ישנן שתי תכליות מרכזיות- שמירה על זכויות והרתעה מפני הפרתן (הגישה הציבורית מול הדיונית/ מסורתית). הרתעה לא מגנה על התובע הספציפי, אלא היא מיועדת כלפי אנשים הבאים. לכן התכלית של הרתעה היא תכלית ציבורית. לעומת זאת, שמירה על זכויות היא פרטית. אכיפה ציבורית יכולה להשלים אכיפה פרטית. לדוג' הרשות להגנת הצרכן מטילה סנקציות ציבורית ואדם שמטעה צרכנים יכול לקבל קנס מנהלי. המטרה של הרשות להגנת הצרכן היא ליצור הרתעה ובמקביל היא שומרת על הזכויות של הצרכנים.

**תת- אכיפה**

תת אכיפה היא בעיה שלאנשים יש זכות תביעה והם לא תובעים. אם זה קורה הרבה ובספירות מסוימות, יש בעיה מכיוון שלהרבה אנשים הזכות לא מוגנת ואין הרתעה.

למה קיימת בעיה של תת-אכיפה?

* פערי עלות-תועלת- הסעד מוגבל ויש עלות גבוהה של ניהול ההליך (לדוג' בתביעת חברה גדולה).
* חסמי מידע- חוסר מודעות לזכות וחוסר מודעות להפרה.
* חסמי מוטיבציה- מוטיבציה חיובית, לדוג' ברשלנות רפואית אנשים לא רוצים להגיש תביעה אם הרופא היה נחמד אליהם למרות שנגרם נזק. זה מוביל לתת הרתעה, כי הרופא יודע שלא הולכים לתבוע והוא לא מפחד להתרשל. יש גם מוטיבציה שלילית של תלות וחשש, לדוג' עובדים-מעבידים.

מה הבעיה עם תת-אכיפה של זכויות?

* הבעיה החוקתית- גישה לבימה"ש היא זכות יסוד, ותת-אכיפה מגלמת כשל סיסטמתי במימוש זכויות.
* הבעיה החברתית- תת אכיפה של אדם אחד גורמת לנזק לאדם אחר.
* הבעיה הפרטית- אם יש זכויות שלא ניתן להגן עליהן, הן מרוקנות מתוכן ולא מקיימים עליהן את תפיסת הצדק המתקן.
* הבעיה הממסדית- ניהול מספר רב של הליכים מקבילים יוצר קשיים מערכתיים. בנוסף ניתן ליצור שרירותיות במימוש הזכויות- חלק יממשו את הזכות שלהם וחלק לא.

פתרונות לבעיית תת-אכיפה:

* הגדלת הפיצוי- לדוג' פיצויים לדוגמה (ס' 31א לחוק הגנת הצרכן); ריבית עונשית (חוזה ביטוח, הלנת שכר); פיצוי משולש; פיצויים עונשיים. הגדרת הפיצוי פותרת את הבעיה מכיוון שזה גורם להרתעה ויש עידוד לתבוע.
* הקניית זכות התביעה לאחר- לפעמים נעשים מעשי עוולה כנגד המדינה כי המדינה היא צד להרבה עסקאות וכך היא גם "שחקן פרטי". לפעמים יפגעו במדינה ולא ידעו מזה- במקרים של הונאה. מי שידע על ההונאה יהיה העובד של החברה שעשה את העסקה עם המדינה. יגידו לעובד לתבוע את החברה מכיוון שהוא יקבל פיצוי גדול שיעלה על הפיטורין מהחברה.

דוגמה נוספת היא תביעה נגזרת- לרוב קורה כשזכות החברה לתביעה היא נגד מנכ"ל החברה. אדם אחר יתבע מכיוון שמנכ"ל החברה לא יגיש תביעה נגד עצמו, והחברה לא מקבלת החלטות באופן עצמאי.

דוגמה נוספת היא תביעה קבוצתית- לא צריך את כל הקבוצה כדי לתבוע, לדוג', ניתן לתבוע בשם כל תושבי השכונה אך הסעד שיקבלו הוא צו מניעה ולא פיצוי.

* אכיפה פלילית ורגולציה- למה בכלל צריך אכיפה פרטית? יש בעיית מוטיבציה כי הפקיד שצריך לקבל החלטה לרוב חושב על העתיד כשהוא יהיה בשוק הפרטי (דלת מסתובבת). בנוסף, יש בעיה של חוסר מידע- המדינה לא יודעת על נזקי רכוש. כמו כן, יש פרויקטים שהמדינה מנהלת טוב וכאלו שרע.

בראי ההרתעה, אכיפה פרטית ואכיפה פלילית-מנהלית משלימים זה את זה. הבחירה במנגנון היא שאלה בעיקר של האוכף הטוב (על משקל השוקל הטוב).

**תובענה ייצוגית כפתרון לתת-אכיפה**

תובענה ייצוגית היא מנגנון בו אדם מגיש תביעה בשם עצמו ובשם אחרים, וזה כלי שיש לו השפעה בדין המהותי. המנגנון של תת-אכיפה פותר כמה גורמים:

* עלות תועלת- אף אחד לא יתבע על נזק קטן מאוד, לדוג' נזק בקרטון חלב. אך כולם ביחד מקימים נזק גדול.
* ידע- סביר שמבין הרבה לקוחות הרוב לא ידעו על הזכות, אך הגיוני שאחד כן ידע. המנגנון של תביעה ייצוגית מהווה תמריץ לגילוי פגיעה בזכויות.
* מוטיבציה- גם אם הרוב לא רוצים להגיש תביעה, מספיק שאדם אחד כן ונפתרה הבעיה. תביעה ייצוגית מאפשרת לכל אחד לצאת מהקבוצה אם הוא לא מעוניין בתביעה.

התובענה הייצוגית פותרת את הבעיות של תת-אכיפה:

* הבעיה החוקתית- מימוש זכות הגישה לביהמ"ש, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לביהמ"ש כיחידים.
* הבעיה החברתית- אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו.
* הבעיה הפרטית- מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין
* הבעיה הממסדית- ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות.

תובענה ייצוגית מאפשרת לאדם אחד לתבוע בשם כל חברי הקבוצה, והנזק לא חייב להיות אחיד.

תובענה ייצוגית היא כלי פרוצדורלי. המשמעות לעניין הסעדים היא שצריכה להיות התאמה בין הפגיעה בזכות לסעד שניתן, ושכל חבר קבוצה יקבל סעד. בנוסף, אם ההליך פרוצדורלי ולא מהותי, חייבת להיות התאמה מלאה בין הנזק לסעד שאישית מקבלים- לא הגיוני שאחד יצא עם חסר והשני עם יתר.

נתבעים מעדיפים לחשוב על תהליך תובענה ייצוגית כתהליך פרוצדורלי. אם ההליך פרוצדורלי, השאלה תהיה מתי יעיל לנהל הליך. אם אח"כ נצטרך לנהל הליך אינדיבידואלי, לא עשינו כלום בתביעה הייצוגית. אם ההליך פרוצדורלי כך שכל אחד מוכיח את נזקו, ההשלכה היא שזה לא חוסך שום דבר, וגם אחרי התביעה ייצוגית, הם לא יוכיחו את נזקם.

השלכה פרוצדורלית על הסעדים:

* הוכחת סעדים באמצעות גורם חיצוני לביהמ"ש- ניתן לקבוע פיצוי אחיד וניתן לקבוע שכל אחד יוכיח את נזקו, וזה לא חייב להיות מול ביהמ"ש. ביהמ"ש רשאי להקים ועדה או ממונה על הפס"ד, שהוא חיצוני לביהמ"ש, שתפקידו לקבל תביעות הוכחת נזק ולהכריע בהן. זה אמור ליצור מנגנון אינדיבידואלי בתוך ההליך הפרוצדורלי.
* צווים וסעד לעתיד- צו לא אמור להשפיע על האופי הפרוצדורלי של ההליך. לפעמים הצו לעתיד יכול לערב גם אנשים שהם לא חברי הקבוצה.
* סעדים בקירוב- סכום פיצוי מקורב: לרוב, סכום הפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה קרוב אך לא מדויק.

סכום פיצוי כולל: החוק מתיר סכום פיצוי כולל.

זהות המפוצים: הסטייה הכי קיצונית בין התובענה הייצוגית לבין הדין המהותי היא שניתן לזהות אנשים שהם אולי חברי הקבוצה ואולי לא.

תובענה ייצוגית יכולה לפגוע בזכויות מהדין המהותי. ס' 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות קובע שביהמ"ש רשאי להתחשב גם בנזק העלול להיגרם בשל הפיצוי לנתבע, לציבור שנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה. ס' 20(ה) קובע שביהמ"ש לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה ופיצויים ללא הוכחת נזק. ניתן להסביר את ס' 20(ה) בכך שהוא פיצוי עונשי כדי לפתור את הבעיה של תת-אכיפה. אם פותרים את בעיית התת-אכיפה אין צורך בהרתעה. מצד שני, ישנה הרחבה במשפט המהותי דרך הכלי של תובענה ייצוגית. ראשית, פגיעה באוטונומיה- שלילת הזכות פוגעת באוטונומיה אך התפיסה כיום מוכרת רק במסגרת תובענה ייצוגית. שנית, פיצוי בקרוב- כאשר לא ניתן להעריך ישירות את השווי אך ניתן להעריך בקירוב. בארה"ב לקחו את הרעיון למצוא אינטרס שכל חברי הקבוצה מעוניינים בו, ונשלם את הפיצוי לשם. שלישית, פיצוי הסתברותי- פיצוי המבוסס על משאל צרכני מכיוון שלא צריך להוכיח את הנזק. יש גם פיצוי הסתברותי בהקשרים של נזקי גוף.