**מחברת מקוצרת - תרופות במשפט הפרטי**

**ד"ר גלבוע מיטל**

**תרופות** = אלו סעדים (עזרה/תמיכה) במשפט , כלומר "מענה של המשפט" לפגיעה בתובע.

ארבעת ענפי המשפט הפרטי:

**חוזים:** מבססים באופן משפטי את ההתקשרות המשותפת, ע"י בחוזה. הרעיון הבסיסי ביותר מאחורי חוזים: הגעה להסכמה הדדית בין הצדדים.

היתרונות בדיני חוזים (בעולם לא מושלם):

* הסתמכות
* וודאות וציפייה
* מימוש האוטונומיה
* מיקסום תועלת

**נזקין:** רעיון מרכזי הוא אשם (עוולה היא התנהגות לא חיובית, בעלת אשם – מי שאשם צריך לשלם).היתרונות בדיני הנזיקין (בעולם לא מושלם): 1. הניזוקים הפוטנציאליים יכולים לחיות חיים באופן סביר, 2. הרתעת מזיקים פוטנציאליים.

**קניין**: דיני הקניין עוסקים בשיוך של נכס מסוים לבעלים של אותו הנכס. הרעיון המרכזי הוא שליטה על נכס ששייך לי (דין זה מגן על נכסיי). יש גם רעיונות של חירות ואוטונומיה, הגשמה עצמית.

**עשיית עושר:** ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא משפט: חובת ההשבה - "מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה...".

הרעיון המרכזי בעשיית עושר: זהו תחום שאינו מתמקד בנזקים שנגרמו לתובע, אלא בתועלת שנגרמה לנתבע (בהתאם לרווח נקבע פיצוי).

עילת עשיית עושר מתקיימת כאשר 3 יסודות מצטברים מתקיימים (ס'1א לחוק):

**(1)** **התעשרות** - גם אם אין אשם (עוולה פסיבית, קבלת טובת הנאה גם אם לא עשה כלום עדיין חלה חובת השבה)

**(2)** **שלא כדין** - לא היית אמור לקבל את התועלת הזאת

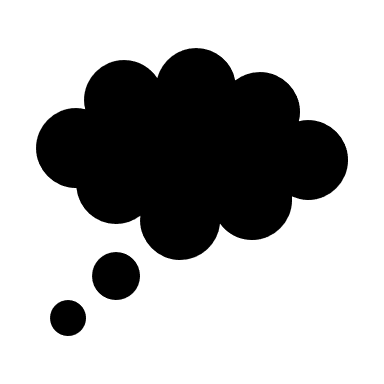
**(3)** **"על חשבון" אדם אחר** - ההתעשרות היא על חשבון מישהו אחר. הסיפא היא שהוא חייב להחזיר, להשיב את טובת ההנאה.

שני מצבים בגינם דיני עושר באים לידי ביטוי:

1. **התעשרות לא עוולתית**
2. **עוולה שמולידה רווח**

להלן שתי תרופות בגין עילת עשיית עושר ולא משפט:

* **השבה** - ב**מקרה של התעשרות לא** **עוולתית**. לדוג': טעות - היית טעות ולכן אני זכאי לקבל את כספי בחזרה.
* **שלילת רווחים** - **במקרה של עוולה שהולידה רווח** (הנתבע פעיל במצב זה). לדוג': לדוג': נטילת זכות - יש לי מכונית , ומישהו עשה בה שימוש ללא אישורי. הוא הרוויח כסף כתוצאה מהשימוש במכונית כאשר שימש כנהג uber. במצבים כאלה ניתן לבקש לא רק את **שווי השימוש** ברכב (למשל שווי הרכב הוא 600$), אלא גם את הרווחים של מי שהשתמש ברכב = **ההוצאות שהנתבע חסך** עקב השימוש הלא מורשה.

**שאלת חזרה: במדינת פלסטיקה לא חלים דיני עשיית עושר. כיצד הדבר ישפיע לדעתך על ביצוע עסקאות?** (כלומראם לא חלים דיני עשיית אושר - אם משהו הועבר לא כדין/ בטעות, הוא לא יושב בחזרה. לדוג': סכום כסף שעבר בטעות, לא יוחזר)**.**

אם לא יהיו דיני עשיית עושר, לא מתאפשרת השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין (למשל: סכום כסף שהועבר בטעות לא יושב חזרה). לכן אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות - משום שהם ידעו שבמקרה של טעות למשל כספם אבוד (שכן אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). המשמעות היא **הגדלת עלויות עסקה** - גופים גדולים יפחדו ויזהרו כפליים בביצוע עסקאות (ישתמשו בכל האמצעים כדי למנוע טעויות).

\*במקרה של בנקים וגופים מוסדיים אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלו מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים (שוקלי נזק טובים).

**אם עבר כסף לא נוכל להשיב אותו » אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות » הגדלת עלויות עסקה.**

באופן כללי שמדובר על בנקים, ניתן לטעון שזה לא כל כך גרוע שלא יחולו דיני עשיית עושר – משום שאנחנו מצפים מהם להוציא המון כסף על מניעת טעויות בעסקאות. אולי נרצה שהכסף לא יושב לבנק במקרה של טעות, כדי שישקיע במניעת טעויות. וזה בניגוד לאדם פרטי, שיכול להיות לו יותר קשה למנוע טעויות.

**התיאוריה של תרופות**

**Liebeck V. Mcdonald’s** - אישה שנשפך עליה קפה רותח ממקדונלדס. היא חוותה כוויות בדרגה גבוהה מאוד, ולכן תבעה את מקדונלדס. בנוסף התגלה שעוד המוני אנשים התלוננו על הטמפ' בה הקפה במקדונלדס מוגש, והיא מצידה התעלמה זמן רב מכל התלונות. מה אותה גברת ניסתה להשיג בתביעתה?

3 רעיונות מרכזיים שעומדים מאחורי התביעה:

* **פיצוי -** על הפגיעה הפיזית, החזר על הוצאות רפואיות וכו'.
* **האזרח הקטן מול תאגיד ענק** (צדק חלוקתי - עזרה לצד החלש)
* **הרתעה -** מקדונלדס ינסו להימנע משום שידעו שיצטרכו לשלם אם לא!

אלו למעשה שלוש סיבות מדוע לתת תרופה באופן כללי.

**הדיון הזה מוביל לשני תיאוריות שנעסוק בהן בהקשר לתרופות:**

1. **צדק מתקן**
2. **התיאוריה הכלכלית**

**תיאוריית הצדק המתקן**

עיקר התאוריה מפי - ארנסט וינריב.

שני רעיונות מרכזיים שבאמצעותם ניתן להבין תרופות על פי צדק מתקן **:**

1. **קורלטיביות** (נתמקד בעיקר ברעיון זה)
2. **המשכיות**

**1. קורלטיביות**

**קורלטיביות = מתאם, התאמה**

ניראה את תאוריה זו בפס"ד הבא: **Palagraf V. Long Iland Railroad :** שני גברים שנדחפו בכוח לרכבת, ובעקבות זאת התפוצצה מזוודה שכללה חומרי נפץ קלים. אישה שעמדה לצד הרכבת, חטפה רסיסים מאותם נפצים, בראשה - ובעקבות זאת החלה לגמגם, ולבסוף נהיית עלמת.

היא **תובעת בנזיקין** את חברת הרכבת.

**ביהמ"ש לא פסק לה פיצוי בפסק דין של השופט קורדוזו**:

* השופט מכניס אותנו לרעיון של **צדק מתקן** - בהסבר שלו לאי מתן פיצוי.
* עוסק בחובת הזהירות - חברת הרכבת אולי הפרה את חובת הזהירות כלפי אותו נוסע שדחפו אותו בכוח לתוך הרכבת (עובדתי הרכבת היו רשלנים כלפי האדם שדחפו), אבל **לא בטוח שהיית קיימת חובת זהירות כלפי האישה**.
* הרכבת לא נשאה חובת זהירות כלפי האישה שעמדה לצד הרכבת - אין חובת זהירות = אין פיצויים. שתעמוד חובת הזהירות צריכה להיות זכות - למשל במקרה לעיל זכות שיזהרו כלפיי. **אם אין זכות - לא קיימת חובה כלפייך - אתה לא זכאי לעילת הפיצויים.**

**הרעיון הבסיסי ביותר להבנת מושג הקורלטיביות: צריכה להיות זכות, כדי שנוכל להגיד שהופרה חובה.**

אחד התנאים לתחולת חובת זהירות: **מבחן הצפיות** - כדי שתחול חובת זהירות, הנזק שהתממש לניזוק צריך להיות ניתן לצפייה - **אפשר היה לצפות נזק כלפי האדם אותו דחפו, אבל לא כלפי האישה על הרציף - ולכן לא קמה חובת הזהירות כלפיה.**

שלבי ניתוח בהפרת חובה במשפט הפרטי:

* האם לתובע היית זכות? לדוג': החובה להיזהר כלפף
* אם היית זכות - קיימת גם חובה
* נבחן האם החובה אכן הופרה

**עקרונות המרכזיים של הצדק המתקן:**

* צדק מתקן היא תפיסה של **אריסטו**.

המבנה של צדק מתקן לפי אריסטו : **פגיעה בזכות - כמראה של הפרת חובה.** כאשר מישהו מזיק (כאשר הוא פוגע בזכות) - נוצר אי צדק בין הצדדים.

* הניזוק נמצא ב "מינוס" כמותי מבחינת הצדק, והמזיק או המפר ב "פלוס" - רק המזיק יכול בעזרת תרופה, להחזיר את המצב לשוויון נורמטיבי.
* הצדק המתקן לפי אריסטו בנוי בצורת מבנה (פלוס ומינוס) - לכן **התרופה יכולה להינתן רק מהמזיק** (בפלוס), **והיא צריכה להיות מדויקת מבחינת הכמות והסוג שלה** (ע"פ גודל וטיב הפגיעה).
* על פי אריסטו, ה"צדק המתקן" הוא מצב בו נשמר השוויון בין שני הצדדים (הניזוק והמשיק) - כך מתקנים את מאזן הפלוס והמינוס.
* **מבנה כמותי לצדק המתקן: מבנה "פלוס ומינוס"**

**מן המבנה אל המהות**: ארנסטוינריב, הציע לצקת לתוך הנוסחה/המבנה הכמותי, את הרעיון של תיאוריות של אישיות (המהות).

תיאוריית האישות = **לכל אחת יש את הזכות לממש את עצמה ואת החובה לא להתערב למישהי אחרת ביכולת למשש את עצמה.**

**הרעיון מאחורי תרופה בהקשר המהותי: התרופה מחזירה את שיווי המשקל הנורמטיבי בין הצדדים - כלומר התרופה משיבה את הצדק בין הצדדים.**

\*שימי לב: התרופה צריכה להיות מדויקת, רק כך יהיה ניתן להשיב את המצב לקדמותו.

תיאוריית הצדק המתקן אינה כלי להשגת מטרה אחרת, אלא הצדק המתקן הוא מטרה בפני עצמו.

* **תרופה חייבת להיות קורלטיבית לפגיעה בזכות** - חייבת להיתפר למידת הפגיעה בזכות בהתאמה מדויקת. תמונת ראי : הנזיק מול המזיק , הזכות אל החובה ...

**הקורלטיביות כתמונת ראי:**

\* אם קיימת זכות - קיימת חובה

**הזכות - קורלטיבית - לחובה**

**הפגיעה בזכות - קורלטיבית - להפרת החובה**

**התרופה - קורלטיבית - לפגיעה בזכות**

הרעיון הנוסף לצדק מתקן:

**2. המשכיות**

* **רעיון ההמשכיות אומר: שגם כשזכות נפגעה, הזכות מעולם לא פגה/חדלה מלהתקיים/נגמרה, אלא היא שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה".**

דוג': א' גנב מ- ב' מכונית **-** הזכות של ב' במכונית מעולם לא פגה (עדיין יש לו זכות ברכב גם אם הוא נגנב) - לכן התרופה עבור הרכב שנגנב ממשיכה לקיים את הזכות בתוכה (הזכות שלי ברכב נפגעה, אך לא נגמרה ולכן מפצים אותי). ולכן דרך התרופה יכול להיות תיקון.

* **התרופה הקורלטיבית מגלמת בתוכה את הרעיון שהתרופה ממשיכה לבטא את הזכות שנפגעה.**
* רעיון המכסה והסיר: התאמה בין הקף/סוג הפגיעה בזכות - לבין התרופה. צריך לחשוב על תרופה שממש מתאימה במידותיה לפגיעה בזכות .
* ביטוי של רעיון השבת המצב לקדמותו (צדק מתקן): **התרופה היא לא משהו חיצוני שבא לתקן את המצב -**  **אלא התרופה היא משהו פנימי שמשולב עם הזכות עצמה.**

**צדק נתקן - מן התאוריה לפרקטיקה**:

**פס"ד Olwell v. Ney :** הנתבע היה בעל מפעל לשטיפת ביצים. התובע היה בעל המכונה. התובע אחסן את המכונה בתוך המפעל והנתבע ידע על מקום אחסונה, הוציא אותה ממקומה והשתמש בה במשך 3 שנים, עד שהבין זאת התובע, וביקש מהנתבע שיקנה ממנו את המכונה בעד 600 ד' (שווי המכונה) , כביכול ערך המכונה. הנתבע סירב והציע מחיר זעום, שאותו התובע כמובן דחה. המקרה התגלגל לביהמ"ש, וביהמ"ש העליון היה צריך לקבוע את התרופה.

ביהמ"ש אמר שניתן לבחון את המקרה מכמה היבטים:

1. **התרופה תחושב ע"פ מידת הנזק שנגרם**: האם קרה נזק לבעל המכונה? (לא, אלא אם כן נוצר איזה בלאי) - התשובה היא לא, ולכן הניזוק יקבל **0 $.**
2. **תרופה על פי שווי השימוש** : דיני עשיית עושר - בעל המפעל התעשר על חשבון בעל המכונה - בעת השימוש במכונה ללא הסכמה - התרופה תהיה בגובה שווי המכונה שבעל המפעל השתמש ללא אישור = **600 $** (= שווי שימוש במכונה במשך שלוש שנים, זה מה שבשוק הוא היה משלם עבור שימוש במכונה).
3. **תרופה ע"פ ההוצאות שהנתבע חסך**: דיני עשיית עושר - חישוב ההתעשרות שלא כדין (שלילת רווחים) = הרווח שעשה בעל המפעל מהשימוש הלא מאושר במכונה - והחישוב יעשה על בסיס הרעיון של **ההוצאות שהנתבע חסך, כתוצאה מהשימוש**

**במכונה ללא רשות** - 10X 156 = 1560 $ .

* **ביהמ"ש בחר באפשרות השלישית** - וביהמ"ש אמד את הרווח לפי ההוצאות שנחסכו מהנתבע.

הפס"ד מראה בצורה מאוד ברורה איך תרופה צריכה לגלם בדיוק את הפגיעה בזכות.

וינריב (צדק מתקן - מודל כמותי) התנגד לפסק דין זה בתוקף, וטען שהוא שגוי לחלוטין - מדוע?

* לפיו, **הזכות שנפגעה: היא השימוש הלא מורשה במכונה** - ולכן התרופה התפורה במידותיה לפגיעה המסוימת הזו, היא מתן שווי המכונה (600 דולר) .
* **למעשה מה שהוא אומר הוא - שלא משנה מה הופק מהמכונה אלא מה הזכות שנפגעה - וזוהי הזכות לאפשר את השימוש במכונה, ועלות הזכות הזו היא 600 ד'.**

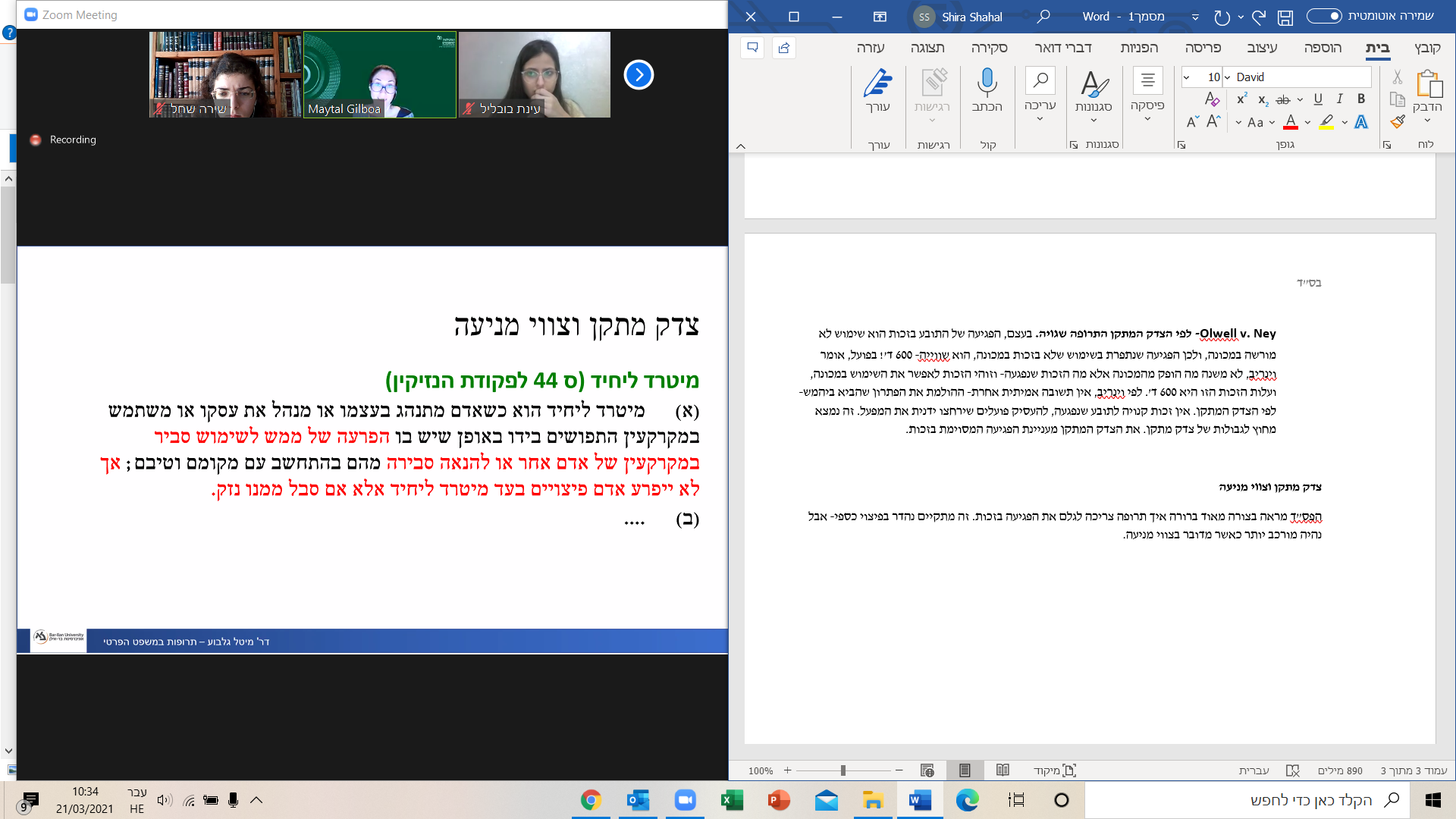
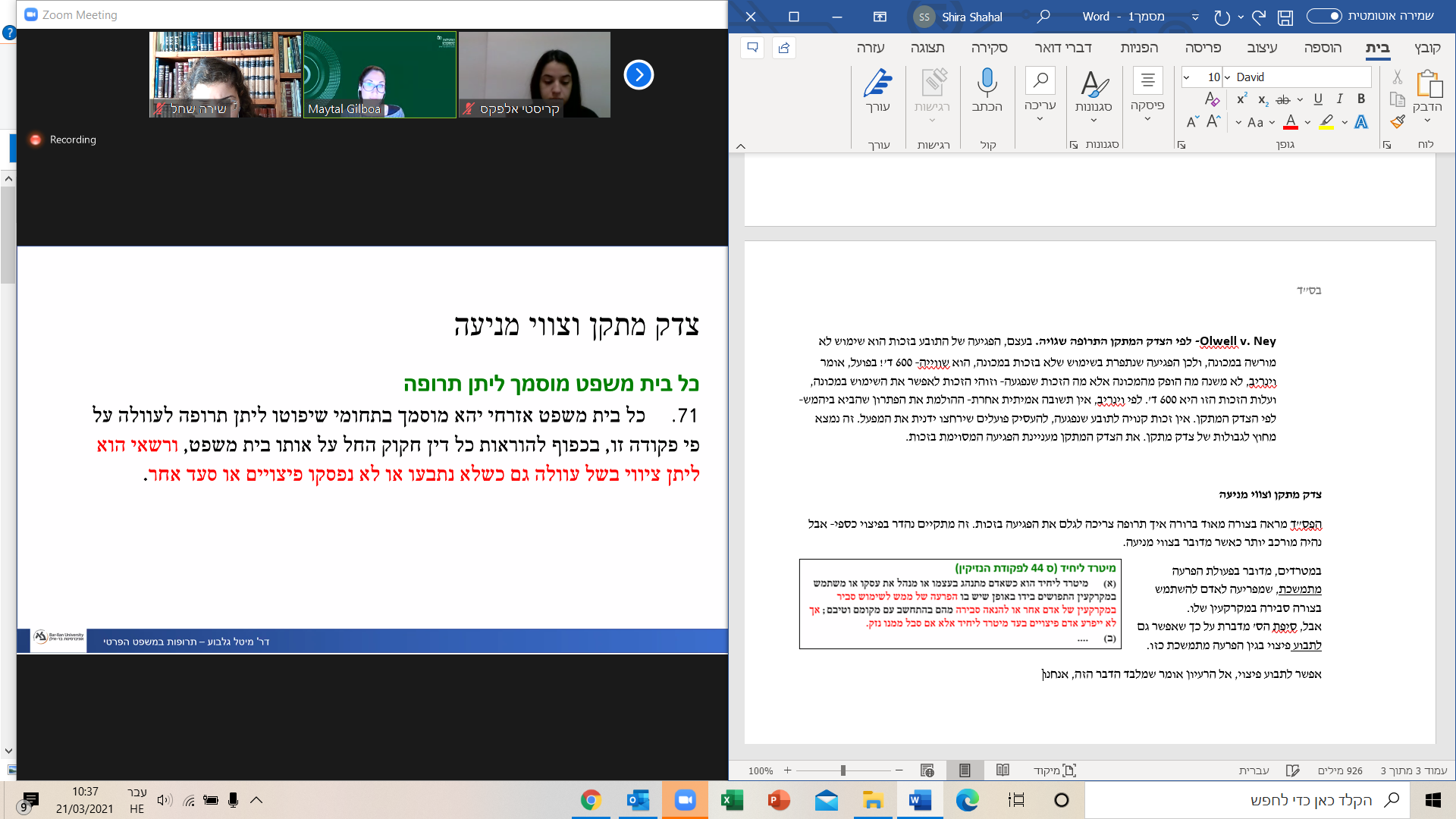
אז מה סעד של השבת רווחים מבטא בעיניי ארנסט וינריב?

* אין זכות שגלומה בתרופה השלישית
* **התרופה בעבור התעשרות משימוש ללא אישור - נמצאת מחוץ לגבולות הצדק המתקן, שמתעניין אך ורק בזכות שנפגעה (אי צדק ספציפי שקרה בין המזיק לניזוק - התרכזות בצדדים).**

לסיכום - לפי ארנסט וינריב ותיאוריית הצדק המתקן, התרופה שנתנה בפס"ד Olwell, היא תרופה שגויה.

**צדק מתקן - צווי מניעה**

**צו מניעה =** הוא [צו](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%A6%D7%95) הניתן על ידי [בית משפט](https://he.wikipedia.org/wiki/%D7%91%D7%99%D7%AA_%D7%9E%D7%A9%D7%A4%D7%98) - לפיו יהיה אדם מנוע מלעשות פעולה מסוימת.

**מטרד** = פעולת הפרעה מתמשכת, המפריעה לאדם להשתמש בצורה סבירה במקרקעין שלו. לגבי מטרד - התובע זכאי לתבוע לצד פיצויים גם צו מניעה.

בדר"כ יינתן פיצוי כספי (עבור הנזק או ההוצאות) ולצידם יינתן צו מניעה (מניעת הפגיעה בזכות של הניזוק).

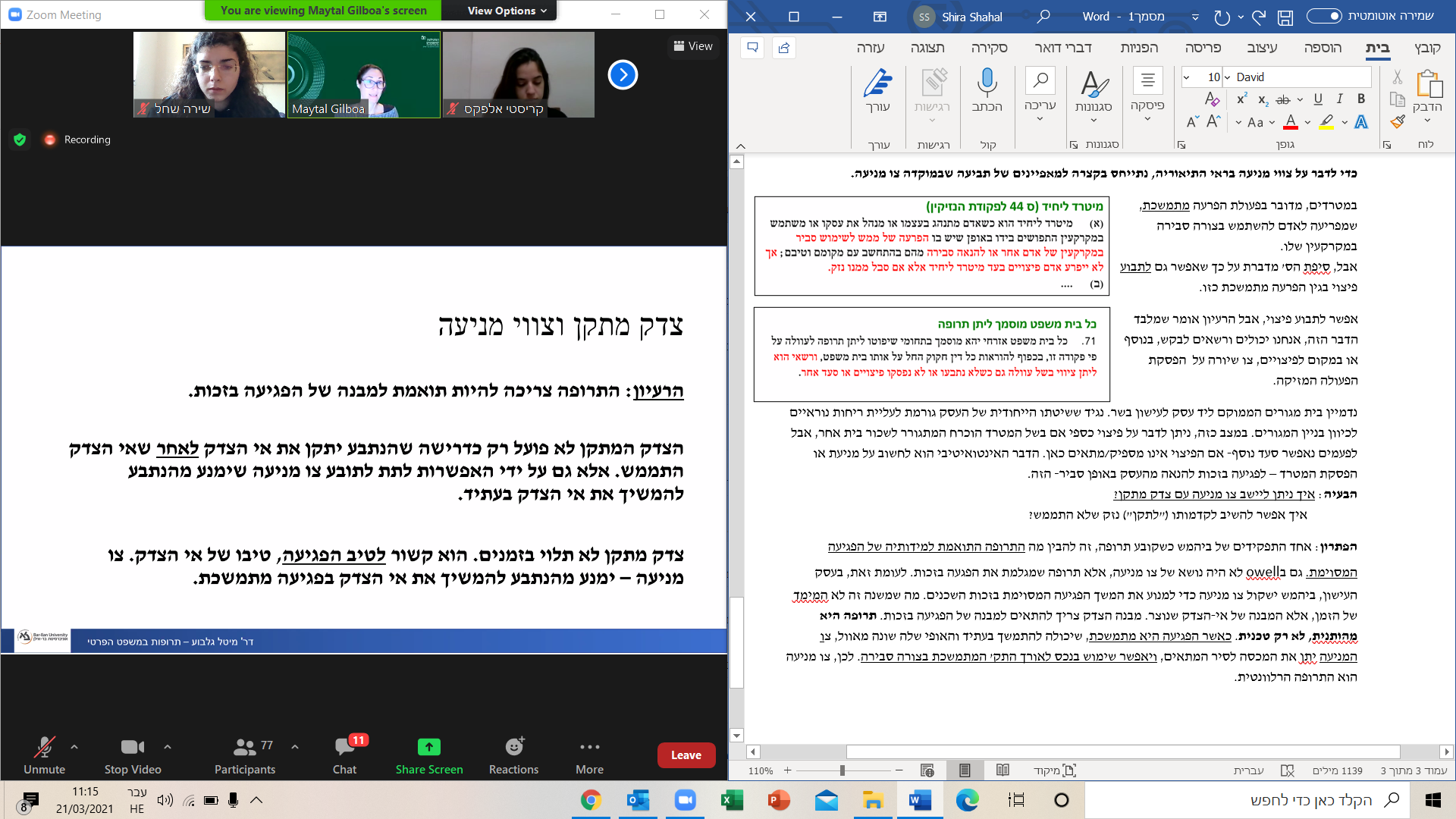
כאשר יש נזק ממשי - ניתן פיצוי כספי, וזה משתלב בקלות עם הצדק המתקן.

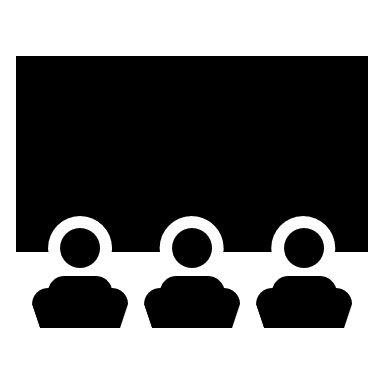
אבל האם הצדק המתקן משתלב עם צו מניעה (נועד להפסיק משהו שעוד לא קרה)? איך אפשר להשיב לקדמותו ("לתקן") נזק שלא התממש? איזו זכות נפגעה?

**התיישבות הצדק המתקן עם צווי מניעה:**

* מה שמשנה הוא המבנה של אי-הצדק שנוצר: ע"פ הצדק המתקן תרופה היא מהותנית, לא רק טכנית - במקרה הזה התרופה היא צו המניעה משום שהיא תמנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק גם בעתיד. צו המניעה במקרה הזה נותן לנו את המכסה לסיר! ולכן הוא התרופה הרלוונטית.
* הפגיעה ב owell - היא חד פעמית, לעומת מקרה שמצריך צו מניעה - פגיעה מתמשכת.

לכן צו מניעה לא סותר את הרעיון של צדק מתקן.

לסיכום:

****

**שאלה למחשבה:**

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.

**א. איזו/אילו תרופה/תרופות עשויה/ות להיות רלבנטית/ות?**

**ב. כיצד ניתן להצדיקה/ן בראי הצדק המתקן? "**

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיפתרון:

**הפתרון מאוד מתקשר לפסק דין אתא** – "הפגיעה בניזוק היא מהותית וחמורה, והוכח כי אין אפשרות טכנולוגית לסילוקו ההחלטי של המטרד. ויש להתחשב באפשרות שיגרם גם נזק לציבור נוסף. הציווי הוא על-פי הרוב המחסום היעיל ביותר לעוולה נמשכת, וכאשר המטרד הינו מהותי ייחשב הציווי בדרך-כלל לתרופה ההולמת ביותר"

**התפיסה הכלכלית**

תאוריה זו בעלת תפיסה אינסטרומנטלית = התרופה ככלי להשגת מטרה חיצונית, במקרה זה **המטרה הינה יעילות/** **מקסום רווחה מצרפית**.

זה בניגוד לצדק המתקן - המהווה מטרה בפני עצמה (השבת המצב לקדמותו והתמקדות בשני הצדדים המסוימים).

**רקע היסטורי כללי להתפתחות התאוריה הכלכלית:**

הרבה פעמים מייחסים את התאוריה הכלכלית ל- ג'רמי בנת'ם - פיצח את תאוריית המוסר, שהתייחסה לבני אדם כנשלטים ע"י שני כוחות: הנאה וסבל. כלומר הביט בתועלתנות כמיקסום הנאה ו- הפחתה של סבל.

* לפי תאוריה זו, יש לעצב כללים משפטיים שיגרמו את האושר הגדול ביותר, לכמות האנשים הגדולה ביותר.
* החוק הטוב הוא החוק שיפיק את ההנאה הרבה ביותר: = "עקרון האושר המירבי"

**המעבר ממיקסום של אושר או הנאה - לתורת כלכלה:**

* עברו מהמושג מיקסום הנאה ל - מושג רווח/יעילות.
* מגמה המדברת על יחידות של עושר
* ויותר מאוחר, מטרת תאוריית הניתוח הכלכלי היית להביא למיקסום הרווחה המצרפית (= הרווחה החברתית הכוללת).

הדרך הפשוטה ביותר להבין את רעיון הרווחה המצרפית:

* דרך **דיני החוזים** - החוזה הוא כלי למיקסום הרווחה של הצדדים לו. מישהו מוכר משהו שהוא פחות מעוניין בו ומרוויח משהו שמגדיל את רווחתו, כתוצאה מהחוזה עליו חתם.
* **בדיני נזיקין** - לא מדברים על תוספת לרווחה המצרפית, אלא על **צמצום עלויות.** נזק הוא גורם שמקטין את העוגה החברתית/רוווחה מצרפית. צמצום עלויות נזקים (עלות הנזק עצמו ועלות מניעת הנזק) - הרווחה החברתית תגדל.
* כלומר, בעוד שהתרופות כחלק מהניתוח הכלכלי - בדיני נזיקין, הוא להקטין את עלויות הנזק, בדיני בחוזים אנחנו מדברים על איך אנחנו ממקסמים את הרווחה המצרפית.

\*עלויות מניעת נזק - לדוג': התקנת קולט אדים, התקנת מוביליי ברכב וכו'.

**תרופות בדיני נזיקין - נק' מבט כלכלית**

תרופות בדיני נזיקין - מנק' המבט של הניתוח הכלכלי:

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

אלו שלושה היבטים של התיאוריה הכלכלית = אנו רוצים לצמצם כמה שיותר את עלויות הנזקים, ועלויות המניעה שלהם.

**1. פיצויים במצב של רשלנות**

שני כללים בסיסיים:

* **נוסחת לרנד הנד**
* **מונע הנזק הזול**

**נוסחת לרנד הנד**

נוסחת לרנד הנד בוחנת את הוצאות המניעה אל מול תוחלת הנזק (נזק ממוצע X הסתברות התממשותו). אם הוצאות המניעה נמוכות מתוחלת הנזק - אז המזיק חייב להשקיע את ההוצאות האלו. במידה ולא יעשה זאת - הוא רשלן!!

ההיגיון מאחורי הנוסחה:עיצוב כללים יעילים מראש (ex-ante) . כלל יעיל הוא כלל - שגורם לאנשים לנסות למנוע את הנזק.

נוסחת הנד: אדם מתרשל כאשר: **B<PL**  
B = עלות מניעת נזק  
L = הנזק (LOST)  
P = הסיכוי להתממשות נזק (PROPABILITY)  
PL = "תוחלת נזק"

* **כאשר עלות המניעה (B) נמוכה מתוחלת הנזק (PL) - יהיה זול יותר למנוע את הנזק.**
* אם לא מנעת את הנזק במצב כזה - אתה תחשב לרשלן (נזק מקטין את הרווחה החברתית).
* **כשמישהו היה רשלן - הוא התנהג בצורה לא סבירה, ובלשון כלכלית נגיד שהוא התנהג בצורה "לא יעילה".**
* כאשר מניעת הנזק זולה מהנזק עצמו - הדבר היעיל לעשות הוא למנוע את הנזק ואת הנגיסה מעוגת הרווחה החברתית.

הרעיון של תוחלת נזק הוא שאנחנו יכולים לצפות אותו - אם אנחנו יכולים לצפות תוחלת נזק כלשהיא, ואנחנו עדיין לא מונעים אותה בעלות נמוכה יותר מהתוחלת, אזי התרשלנו.

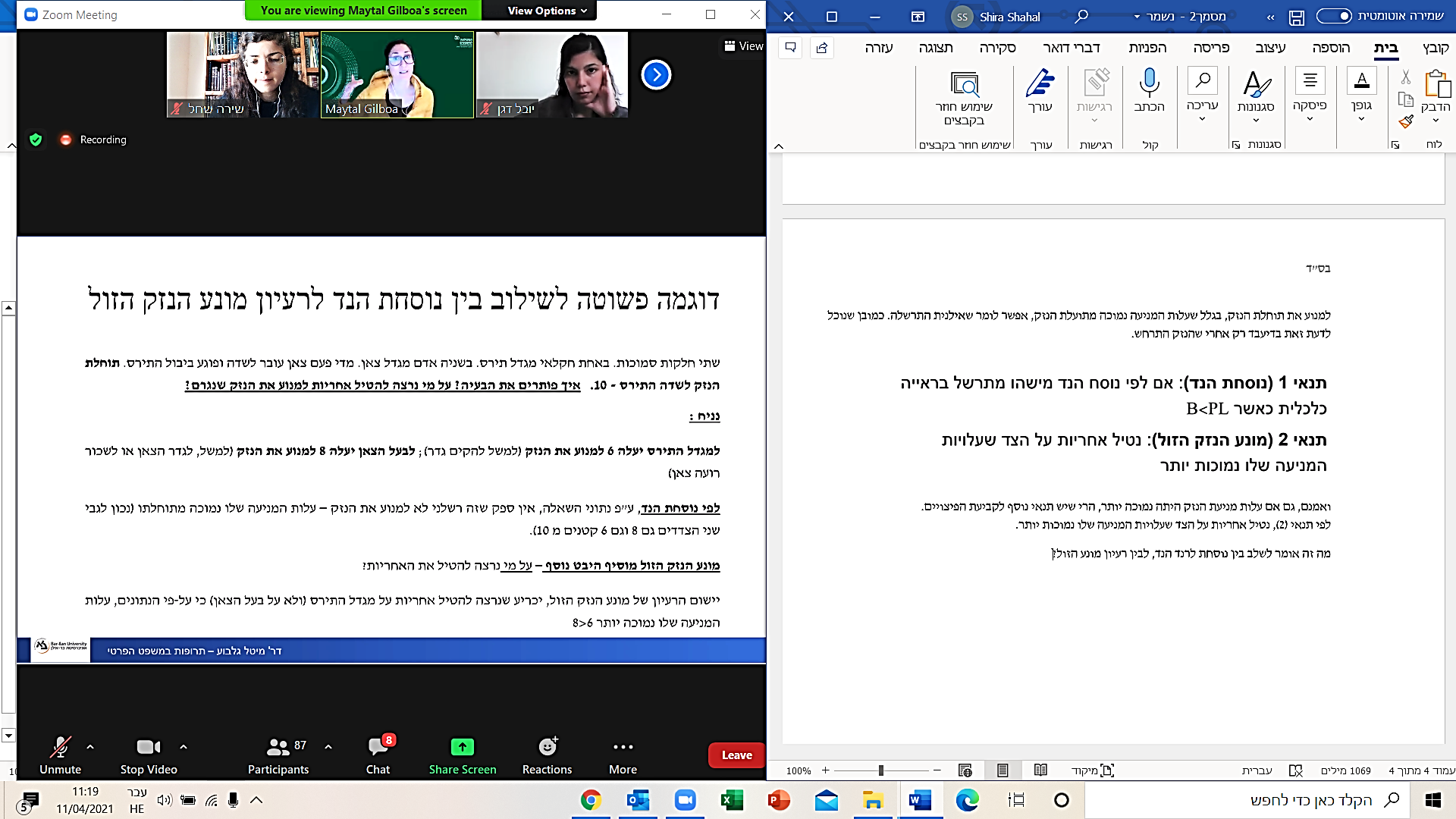
**מונע הנזק הזול (קלברזי)**

כלל שנועד לגרום למזיק לתכנן ולשקול את צעדיו מראש.

**מונע הנזק הזול =** צריך להסתכל על 2 הצדדים כעל שני סקטורים/קבוצות בחברה של מזיקים וניזוקים (למשל: נהגים והולכי רגל) ולחשוב איזו קבוצה יכלה למנוע את הנזק בצורה הטובה והזולה ביותר.הקבוצה שיכלה למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר - תישא באחריות לנזק. הדבר יבחן ע"י בחינה למי יש יותר מידע על הסיטואציה.

**שני תנאים לפיהם נכריע על מי יש להטיל את האחריות - בגין התנהגות רשלנית:**

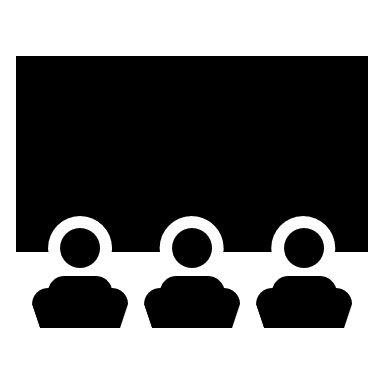
1. **נוסחת לרנד הנד: אם לפי הנוסחה משהו התרשל (PL>B)**
2. **מונע הנזק הזול: נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר**

**דוג' לשילוב בין שני התנאים הללו - נוסחת הנד ורעיון מונע הנזק הזול:**

* **לפי נוסחת לרנד הנד - שני הצדדים התרשלו**
* **תנאי מונע הנזק הזול יכריע על מי מבין שני הצדדים יש להטיל את האחריות בגין הנזק** - במקרה זה יוטל על בעל התירס, משום שעלות המניעה שלו היית נמוכה יותר מזו של מגדל הצאן.
* **כאשר אין רק את כלל נוסחת לרנד הנד, אלא גם את רעיון המונע הזול - גורמים לאדם בעל העלות מניעת הנזק הנמוכה יותר - לפעול!** **רוצים לתמרץ את המנוע הזול - לפעול.**

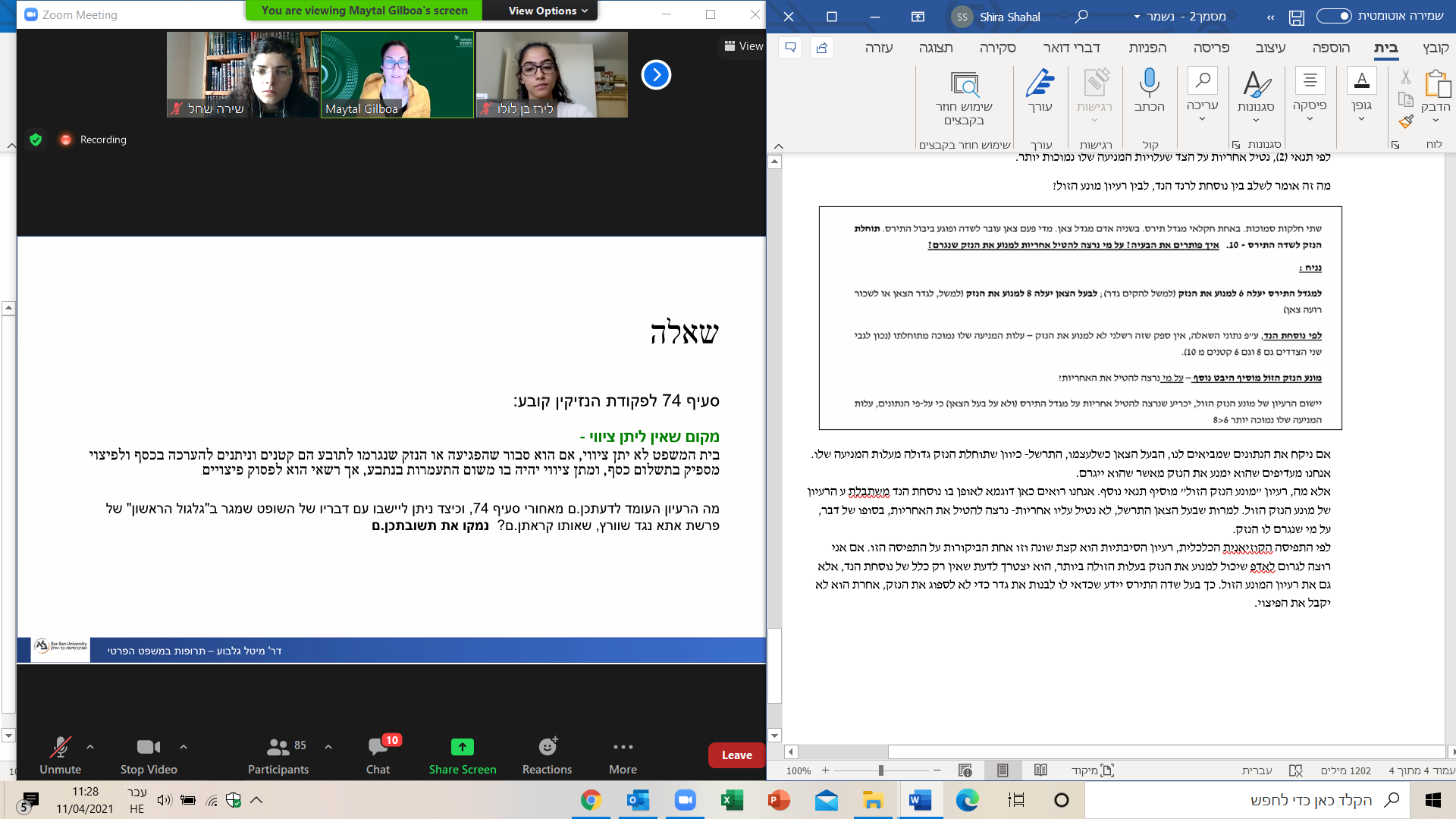
בעל שדה התירס יידע שכדאי לו לבנות את הגדר (כדי למנוע את הנזק) - אחרת הוא לא יקבל את הפיצוי.

* למעשה נאפשר פיצוי מהמזיק לניזוק - רק אם עלויות מניעת הנזק שגרם יותר קטנות מעלות הנזק!.כלומר לא תמיד הניזוק יקבל פיצוי לפי התאוריה הכלכלית**.** כך גם נרצה שמישהו ימנע את הנזק רק אם עלויות המניעה נמוכות מעלויות הנזק.

****

**שאלת מחשבה:**

\*יכולה להופיע במבחן

ס' 74 לפקודת הנזקין קובע:

מה הרעיון שעומד לדעתכן מאחורי ס' 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ב"גלגול הראשון" של פרשת אתא נגד שוורץ, שאותו קראתן? נמקו תשובתכן.

שימי לב: יש פה שתי שאלות.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטי**תשובה:**

**פיצויים במצבים של רשלנות:**

* נרצה להטיל את האחריות בגין הרשלנות
* נאפשר פיצוי של המזיק לניזוק , רק אם עלויות מניעת הנזק היו קטנות מתוחלת הנזק, אחרת החישוב הכלכלי לא יהיה יעיל.

שכלול של כלל מנוע הזול המכריע על מי יש להטיל אחריות:

**שוקל הנזק הטוב (קלברזי והירשקוף):  
שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצר להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו.**שוקל הנזק הטוב = מי שיש לו סיכוי לשלוט בסיטואציה, מי שיש לו את כל המידע על מי מונע הנזק הזול. אם הוא המונע ויש לו את המידע - הוא יכול לפעול. אבל אם הוא עם המידע והשני מונע הנזק הזול - הוא יכול להודיע לו.

**\***הכלל לא אומץ בפסיקה, אך נראה שאפשר להסביר באמצעותו הסדרים חקיקתיים.

שוקל הנזק הזול מוגדר ככזה על סמך תכונותיו: אמרנו כבר שקלברזי מגדיר את הצדדים כסקטורים בחברה בעלי תכונות שונות, והחזקה במידע שונה.

לדוג': בנקים יכולים להיחשב - למונעי ושוקלי הנזק, כיוון שיש בידיהם את המידע הרלוונטי למניעת הנזק. בבנקים המון פעמים יש מיקרים חוזרים ונשנים, לכן יש להם מידע המאפשר להם למנוע את הנזקים הפוטנציאליים (כתוצאה מסיכונים שונים) בצורה הטובה ביותר. למשל - יכולים להפנות את תשומת הלב של הלקוחות לנזקים פוטנציאליים.

יתרונות השוקל הטוב:

* **התגברות על פערי מידע** - שוקל הנזק הטוב מידע את מונע הנזק הזול שהוא כזה.
* **הפחתת עלויות אדמיניסטרציה** - לביהמ"ש קשה להיכנס לפרטים ולראות מי היה מונע הנזק הזול. אם יש צד כמו בנק או יצרן, שמחזיקים במידע על הנזקים הפוטנציאליים, קל יותר לביהמ"ש לאתר את שוקל הנזק הטוב, והטיל עליו את האחריות.

חיסרון אפשרי:

* מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר? אנחנו ניקח בחשבון את הסיטואציה הפרטנית, ולפיה יחליט ביהמ"ש אם להסיר מהם את האחריות או להקטין את הפיצוי.

דוג' למצב שכזה: חוק האחריות למוצרים פגומים

ס' 2(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים: "יצרן חייב לפצות את מי שגרם לו נזק כתוצאה מפגם... [...] ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן" ס' 4 לחוק אחריות למוצרים פגומים: "לא תהיה זו הגנה ליצרן [...] אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי ביהמ"ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו."

מצד אחד, היצרנים מזוהים כשוקלי הנזק הטובים יותר, ומצד שני, יודעים גם למשוך מהם או להקטין את הפיצוי המוטל עליהם במקרים רלוונטיים ופרטניים.

**הרעיון של מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הזול ביותר : מאפשרים לפתור את המזיק (הנתבע) מפיצוי הניזוק (התובע), אפילו אם מצאנו את המזיק רשלן.**

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

**ההבדלים פיצויים במצב של משטר רשלנות לבין משטר של אחריות מוחלטת:**

כלל של רשלנות (משטר של אשם):

* יש מצבים בהם המזיק פטור מאחריות לפצות את הניזוק (אם אין אשם לפי נוסחת לרנד הנד)
* במשטר של רשלנות ניכרת השפעה על התנהגות הניזוק

כלל של אחריות מוגברת או חמורה:

* המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה (גם אם הוא לא היה אשם).
* **יורדת רמת הפעילות של הצדדים בגין משטר זה** (שכן כך המזיק נמנע מחיובים נוספים בגין נזקים)

דוג' לירידה ברמת פעילות: רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע. עוברת ליד חווה, ומדי פעם יוצאים ממנה גיצים שגורמים לשריפות. נניח: טכנולוגית, הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק בכלל.

ברור שאם הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק - היא לא התרשלה.

מה קורה במצב בו הרכבת יודעת שהיא לא יכולה למנוע את הנזק, אבל אנחנו לא במשטר של רשלנות והיא תצטרך בכל מקרה לפצות במקרה של גיצים? במקרה כזה היא לא יכולה להתקין שום דבר (כי זה הנתון), אבל ייתכן שהיא תעדיף לנסוע פעמיים בשבוע, במקום 3. יכול להיות שרמת הפעילות של הרכבת תשתנה. זה אומר שלמעשה, ניתן לראות שאמנם הצדדים פועלים תמיד בצורה יעילה - גם במצב של רשלנות וגם באחריות מוגברת - אבל המשטר, יכול להשפיע על רמת הפעילות של המזיק או הניזוק.

* **תחת כלל של רשלנות:** **הרכבת לא התרשלה**, משום שאם לרכבת לא היית דרך למנוע את הנזק היא ממילא לא הייתה רשלנית. ואם הרכבת לא התרשלה, היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה.במצב כזה החוואי ינסה לעשות הכל על מנת למנוע את הנזק, משום שהוא יודע שהרכבת לא תפצה אותו עבור הנזק.
* **תחת כלל של אחריות מוגברת:** **הרכבת כן תשלם פיצוי על כל הנזק שנגרם לחווה,** ולכן היאעשויה להפחית מפעילותה (כמו למשל מ 3 נסיעות ל – 2) . הרכבת תפצה את החוואי, בין אם היא יכלה למנוע את הנזק ובין אם לא (בכלל לא רלוונטי אם היית רשלנית או לא).

**3. פיצויים או צו מניעה - השפעתן של עלויות עסקה**

כדי לבחור את התרופה הרלוונטית (בתאוריה הכלכלית) - נבדוק מתי יש עלויות עסקה:

קלברזי ומלמד

קוז דיבר על פעילויות מתנגשות, שיש לאזן ביניהן.

קלברזי, בשונה מקוז, נשאר בגדר של מזיקים וניזוקים, וניסה לסדר ארבע תבניות שיקבעו מתי אנו נעדיף פעילות אחת על פעילות אחרת (זו דרך נוספת לבסס הרתעה יעילה).

לפי קלברזי ומלמד יש סעדים בשני מישורים:

1. סעד ראשי - סעד קנייני (צו עשה/צו מניעה)
2. סעד משני - פיצוי.

יש 4 כללים - מתוכם נדון רק בשניים:

1. **כלל קנייני (לטובת הניזוק) -** כאשר החברה מכריעה **שזכותו של הניזוק היא על העליונה** ופעילותו של המזיק לא מגדילה מספיק את עוגת הרווחה המצרפית - לכן עליו לסגת.

בכלל זה יוציא ביהמ"ש **צו מניעה\צו עשה** להפסקת הפעילות המזיקה. המשפט מגן בעל הזכאות (לדוג': המזדהם) באופן שלא ייתן להוציא ממנו את הזכאות ללא הסכמתו.  
בדוג': למזדהם יש זכאות לחיות עם אוויר נקי - במקרה הזה, ההגנה של המזדהם תהיה בקשת צו מניעה, ואי אפשר לקחת לו את הזכות לאוויר נקי אם לא יסכים לכך.

1. **כלל אחריות (לטובת הניזוק)** - כלל נזיקי, שאומר בעצם, אנחנו עדיין מגנים על מי שיש לו זכאות בנכס, אבל ניתן לו הגנה רכה יותר. ניתן **פיצוי אם תיפגע הזכות,** לא ניתן צו מניעה. אנחנו מאפשרים פגיעה בזכות תמורת **פיצוי** דיעבדי. ישנה הגנה, אבל חלשה יותר. בדוג':למזדהם יש זכות לחיות עם אוויר נקי, אבל למזהם יש זכות לקחת לו אותה ולפצות על זה.

ישנם כללים נוספים, שלא נדרש ליישם אותם.

* **עלויות עסקה נמוכות - נבחר בכלל קנייני (יינתן צו מניעה) - הגנה חזקה.**

כשמדברים על הגנה חזקה - אומרים שאתה כבעל הזכות יכול להחליט טוטאלית מה לעשות עם הזכות שלך. הגנה על זכות השליטה בנכס**.**

* **עלויות עסקה גבוהות - נבחר בכלל אחריות (יינתן פיצוי), כדי למנוע סחטנות - הגנה חלשה יותר.** זהו כלל הגנה חלש ורך יותר - מדברים על הגנה שלא עוסקת בשליטה בנכס או באינטרס, אלא על שווי האינטרס.

בפסק דין אתא נגד שוורץ ממש ניתן לראות את יישום הכללים של קלברזי ומלמד (מונע הנזק הזול והטוב).

כעת נסכם את נושא התאוריה הכלכלית, ע"י פסק הדין שלמדנו (אתא נ' שוורץ):

**אתא נ' שוורץ:** ניתן לראות בפס"ד כיצד ביהמ"ש מיישם תאוריות (תזכורת: הצדק המתקן מתרכז רק בצדדים ולא לוקח בחשבון שיקולים חיצוניים נוספים, לעומת התאוריה הכלכלית).

הגלגול השני של פס"ד אתא - לאחר פסק הדין שקבע שיש לתת צו מניעה בעבור שוורץ (בעל הדירה ליד המפעל), על מנת להפסיק את המטרד באופן מידי, התובעים ניסו להעלות את המחיר שביקשו על הדירה למחיר גבוה בהרבה ממחיר השוק.

המפעל מסביר שהוא לא יכול לפצות בפיצויים מאוד גבוהים את התובעים משום שאם המפעל ישלם לתובע מחיר כל כך גבוהה עבור דירתו, כל שאר השכנים יבואו וגם יבקשו פיצוי מאוד גבוהה. למעשה אם המפעל ישלם את הפיצוי, הוא יפשוט רגל. כלומר המפעל נמצא במצב מאוד בעייתי – או שהוא משלם לתובעים או שהוא מפסיק את הקירור, שתי האופציות לא טובות עבורו. התובעים לא מוכנים לרדת משום דרישה.

* **עלויות העסקה עלו בצורה מלאכותית עקב סחטנות התובעים.**
* **המפעל פונה לשר האוצר בבקשה** (אתא נ' שר האוצר)

המפעל פונה לשר האוצר ומבקש ממנו להפעיל את הסמכות שלו לפי פקודת הקרקעות - להפקיע את הנכס מבעלות פרטית, כשהרכישה הזו מועילה לציבור (במפעל יש אלפי עובדים שיאבדו את עבודתם ללא המפעל). בעלי המפעל הבינו שזהו המוצא האחרון שיאפשר את הקיום של המפעל.

* **ביהמ"ש פוסק שיש לבטל את צו המניעה ואת צו הביניים ונקבע שבמקרים של סחטנות יש לתת פיצוי בגובה מחיר השוק של הדירה.**

מסקנה: פיצוי במקום צו מניעה - במקומות בהם ביהמ"ש מוצא שהיית יכולה להיות עסקה יעילה אבל היו עלויות עסקה גבוהות, ביהמ"ש בוחר לתת פיצוי במקום צו מניעה, וכך הוא יוצר כלל יעיל גם לצדדים הבאים, בעתיד, שיראו שאם הם יעלו עלויות עסקה , זה לא ישתלם להם בעתיד.

אם עלויות העסקה עלו באופן מלאכותי (עקב סחטנות או טרפיסטיות), והעסקה התנהלה באופן מאוד סחטני - ביהמ"ש יגיד לא לצו מניעה וכן לפיצוי, וכך העסקה היעילה שלא התבצעה - מתבצעת בדיעבד דרך עלות הפיצוי.

**ניתן לראות בפס"ד את הכנסת התיאוריה הכלכלית ליישום:**

* **לקיחה בחשבון שהמפעל מעסיק המון עובדים (שיקול חיצוני)**

בחירתו של השופט שמגר להכניס לדיון בתביעת המטרד את הניתוח הכלכלי של המשפט הייתה אירוע בעל חשיבות היסטורית.זאת הייתה הפעם הראשונה שהניתוח הכלכלי של המשפט חדר למשפט הישראלי.

כיצד ניתן להבין את פסק הדין לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין מבית מדרשם של קלברזי ומלמד?

* **עלויות עסקה נמוכות - נבחר בכלל קנייני (יינתן צו מניעה)**
* **עלויות עסקה גבוהות - נבחר בכלל אחריות (יינתן פיצוי)**

בפסק דין אתא נגד שוורץ ממש ניתן לראות את יישום הכללים של קלברזי ומלמד (עלויות עסקה גבוהות – פיצוי , עלויות עסקה נמוכות – יינתן צו מניעה).

כאן אנו חותמים את הפרק על התאוריה של תרופות , וסוף סוף בפרק הבא נחבר בין הפרקטיקה לתאוריה.

**מצבים הנמצאים בין שני דינים שונים**

נדגים כיצד החיבור בין הרעיונות התיאורטיים לבין המשפט, עוזר לנו להבין מה צריכה להיות התרופה במצבים האלה.

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

הקשר בין קניין לנזיקין: דיני הנזקין נתפסים המון פעמים כמגנים על הקניין. אך דיני הנזיקין מגנים על עוד אינטרסים שונים רבים.

קלברזי ומלמד הציעו חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות קניינית. לאחר שאנו יודעים למי קיימת זכאות, נקבע איזו הגנה נרצה לתת לו:

* **"כלל קנייני" / הגנה קניינית** = הכלל אומר שהמשפט מגן על מי שמחזיק בזכאות , באופן שלא ניתן להוציא ממנו את הזכאות ללא ההסכמה שלו. זהו כלל שנוגע להגנה על הזכאות של בעל הנכס, ובעצם נותן הגנה מאוד חזקה - ע"י **צו מניעה**.
* **"כלל אחריות"/ הגנה נזיקית** = זאת י הגנה חלשה יותר. כלל זה אומר שאנו עדיין מגנים על מי שיש לו זכאות בנכס, אבל אנו נותנים לו הגנה חלשה יותר - נותנים לו **פיצוי** ולא צו מניעה. יש הגנה, אבל היא חלשה יותר.

**ההגנות מתמקדות בעבירות:**

\*מהפועל להעביר - את הזכות, למשל העברת הזכות שלי בנכס.

**דיני הקניין - כלל קניין: הגנה חזקה על עבירות** של זכות - ההגנה נעשית באמצעות צו מניעה. הפגיעה בזכות תיעשה אך ורק בהסכמתו של מי שיש לו זכאות.

* מבחינת העבירות של נכס - **בדיני הקניין ההגנה על הזכות היא באמצעות הדרישה להסכמה לכל שימוש בנכס.**
* האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד היא - **הגנה על השליטה של בעל הזכות** (למשל הזכות של אדם לשלוט בנכס). **כלומר כאשר מדברים על הגנה חזקה, אומרים בעצם - אתה כבעל הזכות ממש יכול לקבוע מה יעשו בזכות שלך, רק באישור שלך יפגעו בזכות שלך .**

**דיני הנזקין: כלל אחריות: הגה חלשה יותר על עבירות** - הגנה באמצעות פיצוי. למעשה, אפשר לקחת זכאות עם פיצוי בדיעבד (לאחר הנזק).

* בדיני הנזקין ההגנה על הזכאות היא באמצעות פיצויים.
* האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בלבד (כלל הגנה יותר רך) – היא **הגנה על שוויו (בכסף) של האינטרס.** **ההגנה הזו נותנת הגנה על שווי האינטרס, ולא על האינטרס עצמו – ההגנה לא תמנע את השימוש בנכס, אלא תאפשר הגנה על שווי.**

אחד מפסקי הדין החשובים בנושא:

**Vincent v Lake Erie Transportation** : פסק הדין עסק בתביעה של בעלי מזח לבעלי ספינה. בעל ספינה קשר את ספינתו למזח, בעת סערה (לאחר שפרק את סחורתו). בעל הספינה הבין שאם הוא לא קושר את הספינה שלו, ללא רשות בעל המזח, הוא יאבד את הספינה שלו עקב הרוחות. לאחר שהספינה נקשרה למזח, והשתוללה בסערה - היא פגעה במזח ועשתה נזק.

ניתן להבין שאין ספק שהמזח שייך לבעל המזח (זכות הקניין שלו במזח), ואין ספק שבעל הספינה לא יכול לעשות שימוש במזח ללא הסכמה של הבעלים שלו (הסכמה שלא ניתנה משום שלא היית אפשרות באותו הרגע).

השאלה המשפטית היא האם בשעת צורך המשפט הפרטי מאפשר הגנה על בעל הקניין - בהתאם לנסיבות? ואיזה סוג של הגנה הוא מאפשר לבעל הקניין **בשעת צורך דחוף**.

* הגנה על זכותו של בעל הקניין במזרח - ללא ההסכמה של בעל המזח לא ניתן לקשור את הספינה. לבעל המזח היית זכות. – באופן טיבעי, בעל הספינה מעוול במצב שכזה.
* אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח - לבעל הספינה היה מלכתחילה מותר לקשור את הספינה בנסיבות של צורך דחוף. שעל הספינה אינו מעוול במצב כזה.
* אם אין פה עוולה - לא תינתן תרופה (תרופה ניתנת רק כאשר התקיימה פגיעה בזכות).
* אם אנחנו אומרים שבמקרי צורך אין צורך לבקש אישור - למעשה מכריעים שבמקרים של צורך דחוף לא ניתנת תרופה לניזוק.

דעת הרוב:

* קבעה שב**שעת הצורך** בעל הספינה יכול היה לקשור את הספינה שלו למזח.

יותר מזה, דעת הרוב קבעה שאם בעל המזח היה מונע מבעל הספינה לקשור את ספינתו למזח, הוא זה שהיה לא בסדר.

**טרנספורמציה מכלל קנייני לכלל אחריות במצבי צורך: במצבים של סערה משתנה כלל ההגנה על בעל הקניין - מהגנה חזקה - להגנה חלשה יותר של פיצוי בדיעבד**.

* **כשיש שעת צורך, הזכאות עדיין שייכת לבעל המזח , אבל ההגנה תעבור טרנספורמציה - מהגנה חזקה (צו מניעה) , להגנה חלשה (פיצוי בלבד).** מבינים זאת דרך הכללים של קלברזי ומלמד.
* **יחד עם זאת, נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל המזח.**

\*מצב של צורך יכול לשמש קרקע פורייה לסחטנות, ולמצבים לא יעילים.

האם ניתן להצדיק את פסק הדין של הרוב בראי הצדק המתקן?

לצדק מתקן לא איכפת משיקולים חיצונים לתובע ולנתבע - אלא אך ורק מה הזכות שנפגעה, ולפי הזכות שנפגע נגזור את התרופה המתאימה. גוזרים את התרופה בהתאם לפגיעה.

זה שמותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח, לא אומר שניתנה לו הזכות לעשות למזח נזק. הזכות הזו לא ניתנה לו! במובן הזה, ניתנה לו מעין פריווילגיה זמנית לקשור את הספינה למזח בשעת הצורך. הפריווילגיה לא כוללת פגיעה במזח עצמו. אז בעצם ניתן לומר שעדיין נפגעה זכות בסיטואציה לפנינו. איזו זכות כן נפגעה? **הזכות לקשור את הספינה למזח בשעת צורך קיימ**ת (אך היא בגדר זכות/פריווילגיה חלקית). **זכות זו אינה כוללת את הזכות להסב נזק למזח**, זו אינה זכות שקיימת בשעת הצורך. לכן, באותו רגע שהזקת למזח, אתה פגעת בזכות .

* **ולכן לפי הצדק המתקן התרופה/הפיצוי המתאים צריך להיגזר בדיוק מהפגיעה שנגרמה - אם נגרם נזק פיזי למזח, בעל הסירה ישלם בעבור נזק זב (הנזק שהוא גרם לו).**

**חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין:**

**הבדל מהותי בין נזיקין לחוזים: involuntary transactions לעומת voluntary transactions**

* **בדיני הנזיקין** (involuntary) - דיני הנזקין מסדירים לנו **מערכות יחסים בין אנשים זרים, שהאינטראקציה ביניהם לא רצויה** (לדוג': תאונה - הצדדים לא מכירים, האחד פגע בשני).
* **בדיני החוזים** (voluntary) - לעומת זאת דיני חוזים **מסדירים יחסים רצוניים**, שני צדדים שמעוניינים בקשירת חוזה המגדיל את רווחתם (דוג': עסקת נדל"ן).

**מקרי ביניים (בין חוזים לנזיקין) - קורים כאשר ישנן מערכות יחסים שנולדו בהסכמה ומעוררות הסדרה כפולה. למשל מערכת יחסים של רופא וחולה או עורך דין ולקוח** = אלו מערכות יחסים שמתחילות בחוזה , אבל ישנה רשלנות רפואית או מקצועית ופתאום אנו נמצאים בכלל בזירה הנזיקית.

**איך נדע באיזה תחום מדובר? איזו תרופה לתת במקרי ביניים**?

* נשאל את עצמנו על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן עליו באותו מקרה

האינטרסים המוגנים בשני הדינים:

* **חוזים** - **הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים**
* **נזיקין** - **הגנה על שלמות הגוף**

נצטרך להכריע, על איזה אינטרס של התובע אנו רוצים להגן, בהתאם לסיפור העובדתי.

**Howkins v McGee** : הרופא, ד"ר מגי, הבטיח להוקינס יד מושלמת ( 100% good hand ). ידו של הוקינס נכוותה כשהיה ילד. הרופא לקח רקמה מהחזה של הוקינס, והשתיל אותה בכף ידו. משום שהרקמה נלקחה מהחזה , צמחה על הרקמה שערות כפי שנהוג בחזה.

שתי אפשרויות לתרופה:

* **פיצוי נזיקי** - פיצוי על כאב וסבל
* **פיצוי ציפייה (דיני חוזים)** – הגנה על הציפייה של הוקינגס מהחוזה שכן ד"ר מגי הבטיח יד מושלמת. **פיצויי ציפייה מחושבים עפ"י הפער בין מה שהובטח, לבין מה שהתקבל בפועל.** במקרה דנן, חישוב "ערך" היד שהייתה לפני הניתוח, לבין היד שאיתה יצא הוקינגס מהניתוח.

ביהמ"ש החליט שלא לתת פיצוי על כאב וסבל, למה? אין פה טענה שהפרוצדורה של הד"ר היא פרוצדורה רשלנית. העובדה שיש כאב וסבל בפני עצמו אינה רלוונטית, באופן טיבעי כל ניתוח טומן בחובו כאב וסבל. כל מטופל שנכנס לפרוצדורה מודע לכך שכנראה יהיה כאב כלשהו. אבל מה כן היה? הובטחה הבטחה מפי הד"ר ל - 100% good hand .

* **ביהמ"ש פסק פיצויי ציפייה. איך מחשבים פיצויי ציפייה ? לפי ההפרש בין מה שהובטח לו (יד מושלמת) לבין מה שהוא קיבל בפועל (יד שעירה).**

**חפיפה רעיונית בין נזיקין לעשיית עושר:**

* **דיני הנזקין** - מתמקדים בהפסד של הניזוק.
* **דיני עשיית עושר** - מתמקדים ברווחיו של המזיק.

**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 המטפל והאוניברסיטה שבה פעל - רשמו פטנט (בגין פריצת דרך בתחום הסרטן), והפיקו רווחים עצומים.

השאלה המשפטית: האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין?

שתי טענות אפשריות:

1. **גזל** = **תרופה נזיקית** (ס' 55 לפקודת הנזיקין - השבת גזל. לקחת משהו ששלי, ולכן עלייך להשיב לי אותו), **או בעשיית עושר** (השבת טובת הנאה ס' 1 לחוק עשיית עושר), לשם כך יש להניח שרקמות אדם הוסרו ממור הן עדיין קניינו.
2. **תקיפה** = לשם כך יש לקבוע כי הרופא לא גילה למור מידע רלוונטי (שהינו כולל מידע כלכלי!) ולכן מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית. טענה המבוססת על רעיון של **דוקטרינת אי הסכמה מדעת.**

* **ביהמ"ש קיבל את טענת התקיפה - אי קבלת אישור ממטופל שווה ערך לתקיפה.**

**הרופא הפר את חובת הגילוי** - הרופא חייב לגלות למטופל את כל המידע הרלוונטי, ופעם מי שלא גילה היה נחשב כתוקף. למעשה, אם למטופל לא היה את כל המידע הרלוונטי על מנת לקבל החלטה, יכול להיות שהמטופל בכלל לא אישר את הפרוצדורה (אי הסכמה מדעת).

* **השופט אמר שלא רק היה צריך לגלות למור על הפעולה, היה צריך להגיד לו גם שבפרוצדורה יש ערך כלכלי - רק אז זה נחשב שהצוות הרפואי נתן למור את כל המידע הרלוונטי.**

הבעיה עם קביעת בית המשפט:

* כדי להוכיח היעדר להוכיח אי הסכמה מדעת כתוצאה מהפרת חובת הגילוי יש להוכיח **קשר סיבתי** בין הפרת חובת הגילוי, לבין הנזק שהמטופל חווה.

**כלומר, על התובע להוכיח שאילו היה הרופא חושף בפניו את המידע, הוא היה מחליט שלא לעבור את הטיפול.**

במקרה דנן, סביר להניח שאילו הרופא המומחה היה מגלה למור את המידע הכלכלי, מור היה מסכים לטיפול, שלימים אף הציל את חייו. מאוד לא סביר שמור היה מסרב, משום שהיה הוא היה במצב קשה בריאותית, שכן הסרטן מאוד נדיר, והטיפול עשוי להציל את חייו.

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור - יש להכריע על איזה אינטרס יש להגן בנסיבות המקרה**:**

* **האינטרס שנפגע כאן הוא האמון של המטופל ברופא שלו (עשיית עושר)** - אנחנו לא מעוניינים שלרופאים יהיו אינטרסים נוספים מלבד בריאות המטופל שלהם, ובטח לא איזשהו אינטרס כלכלי שמניע אותם. לאור אינטרס זה - יש חובה על הרופאים לחשוף בפני המטופל את כלל השיקולים והסיכונים, כך מונעים ניגוד אינטרסים.
* **לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע כלכלי הטמון בטיפול בו**

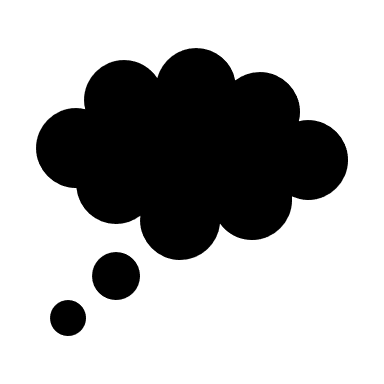
איזו תרופה רלבנטית במצב של הפרת חובת אמון**?**

* **שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת חובת האמון או הסכמה היפוטתית: "**מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה" (**ס' 1 לחוק עשיית עושר)**

שני דרכי החישוב לסעד מכוח דיני עשיית עושר:

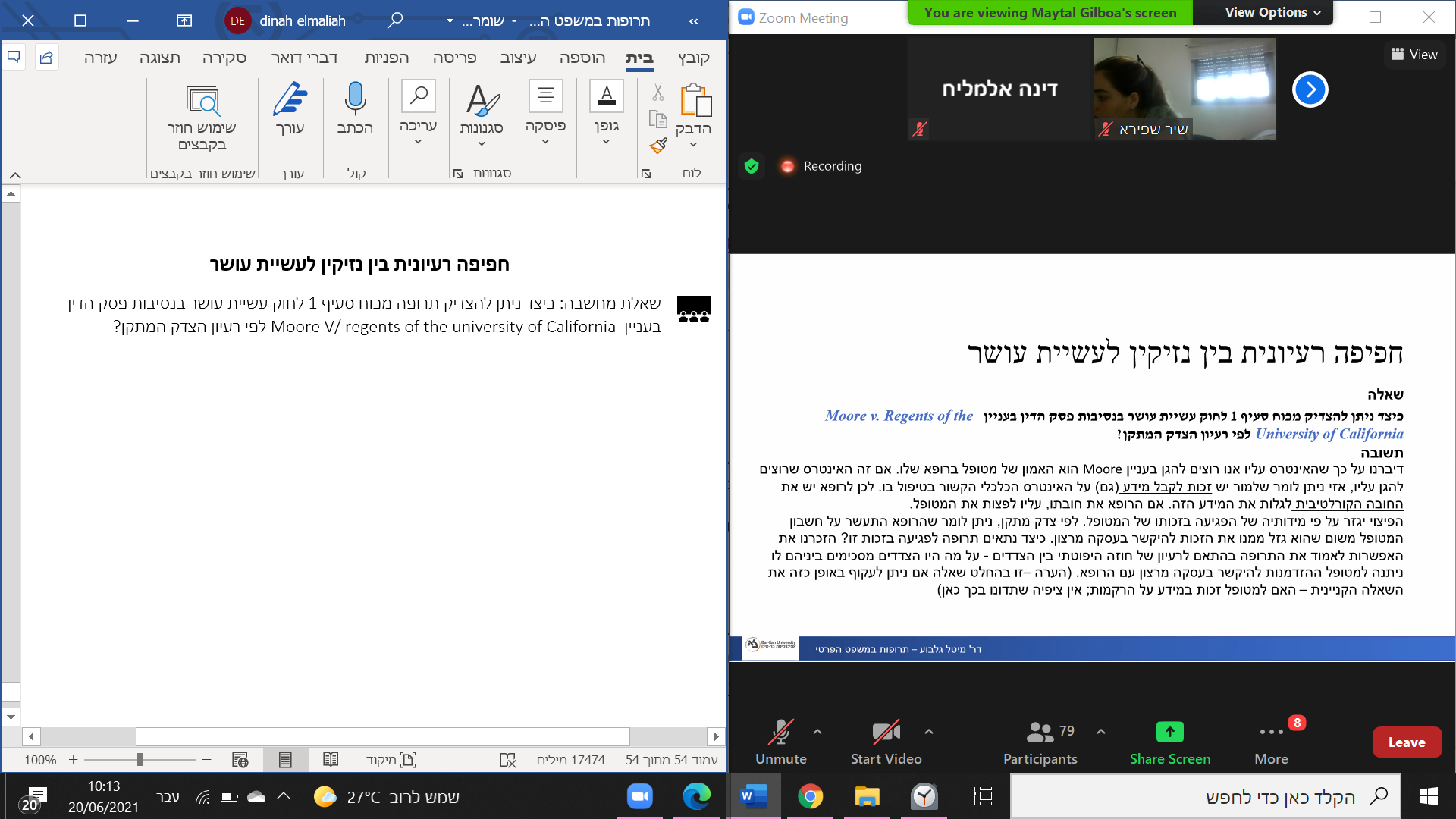
* **שלילת רווחים = יש** לחשב כמה התרומה של רקמת המטופל תרמה לפטנט, ולשלם למור את סכום זה.
* **חישוב ע"פ הסכמה היפותטית** = התחקות אחר הסכמה/חוזה/עסקה מדומיינת, ואיזה סכום היה מקבל מור בעסקה שכזו עם הרופא - וזה יהיה סכום הפיצוי.
* **שתי אפשרויות אלו הן דרך דיני עשיית עושר - הרופא התעשר על גבו של המטופל שלא כדין.**

כיצד נוכל להרתיע מהפרת חובת האמון**? דיני עשיית עושר** - הם הדינים שנותנים לנו את **היכולת לבצע הרתעה** לגבי הפרת חובת אי האמון. (דיני הנזקין, יותר משיבים את המצב לקדמותו - פחות רלוונטי למקרה). נגרום לרופאים לחשוף כל מידע שיש בו ניגוד אינטרסים.

****

שאלת מחשבה: כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פסק הדין בעניין **Moore V. regents of the university of California** לפי רעיון הצדק המתקן?

(השאלה הזו טיפה יותר קשה ממה שיהיה במבחן)

תשובה:

בצדק מתקן – תמיד חושבים על איזו זכות נפגעה. אם הזכות נפגעה - ניתן להגיד שהחובה הופרה. הרופא הפר את החובה כלפי המטופל.