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

תוכן עניינים

[שיעור 1 – מבוא (07.03) 2](#_Toc77769837)

[שיעור 2 – המשך מבוא והתחלה של תיאוריה (14.03) 3](#_Toc77769838)

[שיעור 3 – המשך תיאוריה (21.03) 4](#_Toc77769839)

[שיעור 4 – המשך תיאוריה (11.04) 7](#_Toc77769840)

[שיעור 5 – המשך תיאוריה (25.04) 10](#_Toc77769841)

[שיעור 6 – הפרה יעילה בחוזים ופיצויי צפייה במיזמים עתירי סיכון/ ד"ר יותם קפלן (02.05) 13](#_Toc77769842)

[שיעור 7 – המשך תיאוריה והתחלה של תרופות במשפט הפרטי (09.05) 16](#_Toc77769843)

[שיעור 8 – סעדים בקניין הרוחני/ ד"ר עמרי רחום-טוויג (23.05) 20](#_Toc77769844)

[שיעור 9 – המשך תרופות במשפט הפרטי (30.05) 22](#_Toc77769845)

[שיעור 10 – תרופות בתובענות ייצוגיות/ ד"ר עומר פלד (06.06) 24](#_Toc77769846)

[שיעור 11 – שיעור חזרה למבחן (20.06) 29](#_Toc77769847)

# שיעור 1 – מבוא (07.03)

**מבוא**

תרופות= סעדים במשפט; "מענה של המשפט" לפגיעה בתובע.

סוגים של תרופות: אכיפה, פיצויים, השבה, שלילת רווח, צווים למיניהם, עונשים...

חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר הם ארבע תחומים של המשפט הפרטי שנתמקד בהם. עד המאה ה19 כל התחומים האלו היו תחת מטריה אחת (לפחות במשפט האמריקאי). אחרי המאה ה19 ניסו להפוך את המשפט כמדע והתחילו להיות 3 ענפים מרכזיים ורק אח"כ דיני עשיית עושר הצטרפו. לפי הסיווג של הנושא נדע לדעת איזו תרופה מתאימה. אבל הדברים לא כל כך ברורים ולא הכי ברור איזו תרופה שייכת למה. החפיפה בין תחומים יכולה להיות בעייתית.

**המחיר של חלוקה לקטגוריות**

דוגמא לחפיפה תיאורית (דיסקריפטיבית): ס' 18 לחוק המקרקעין (שימוש בכוח נגד הסגת גבול) אומר שאם מישהו מנסה להיכנס למקרקעין שלך, אפשר להשתמש בכוח סביר כדי למנוע ממנו אבל אם הוא כבר נכנס, תוך 30 יום אפשר להשתמש במידה סבירה כדי להוציא אותו וס' 24 לפקודת הנזיקין (הגנה בתקיפה) שאומר שאם מישהו נכנס לי למקרקעין, אפשר להשתמש בכוח במידה סבירה כלפיו. מה קורה אם מישהו שהה במקרקעין שלי יותר מ30 יום? אין חפיפה בין ס' 18 לס' 24. ההפרדה לקטגוריות יוצרת מחיר לפעמים של התנגשות.

כשמבינים את הרעיון שמאחורי התרופות, לא מפחידה כ"כ החפיפה בין התחומים. גם מבחינה תיאורטית יש חפיפה ובאיזשהו מקום אנחנו רוצים את החפיפה הזאת כי היא אומרת שיש משהו קוהרנטי בין הדברים.

מבחינה תיאורית יש התנגשות אבל מבחינה תיאורטית יש הגיון מאחורי הדברים.

**דיני חוזים**

מבססים באופן משפטי את הרעיון של התקשרות משותפת. הרעיון הבסיסי שעומד מאחורי זה הוא הסכמה הדדית. רוצים לתת לאנשים תשתית לעסקאות שתאפשר לאנשים ביטחון להתקשר בחוזים. דיני החוזים נועדו להגשים את הרעיון של האוטונומיה של הצדדים ולהרחיב את יכולת הבחירה שלנו. חוזה יעיל מגדיל את הרווחה המצרפית בגלל שעבור שני הצדדים שווה לקבל את הדבר שיש לצד השני. הם ממקסמים את העדפות שלנו. החוזים עוזרים להגשים את כל המטרות האלה באמצעות תרופות.

התרופות בחוזים נותנים לנפר הגנה. באמצעות ההגנה הנפר יכול להסתמך על החוזים ולתכנן את הפעילות שלו.

**דיני נזיקין**

עוולה=התנהגות שהיא לא בסדר.

דיני נזיקין נתפסים כדיני אשם. מדברים על אשם לא במובן המוסרי הם מדברים גם על רשלנות. מבחינה חברתית, מישהו הפר את הסטנדרט המקובל (האדם הסביר). רעיון נוסף בנזיקין הוא יסוד הנזק. יש עוולות שלא צריך להוכיח בהן נזק ועצם עשיית המעשה מהווה עוולה (למשל השגת גבול). אנחנו רוצים לפעול בצורה נורמאלית בעולם, הניזוקים הפוטנציאליים צריכים את המשפט כדי לחיות את החיים בצורה נורמאלית, לא רוצים שאנשים יפחדו יתר על המידה. רוצים למנוע גם ממזיקים פוטנציאליים להזיק. צריך את המשפט כדי לפצות, להמשיך לחיות למרות מה שקרה. הפיצוי הוא לא מושלם אבל הניזוק יוכל להמשיך בחייו. פיצוי זה נקרא פיצוי בדיעבד. בנוסף, רוצים להרתיע מזיקים פוטנציאליים. הדבר המניעתי הזה הוא מלכתחילה. כלומר, ישנם סעדים שמונעים מלכתחילה (מניעתי) וישנם סעדים שמתקבלים בדיעבד, שהמשפט יפצה.

**דיני קניין**

מדברים על שליטה וסמכות. מתקשר לרעיונות של חירות ואוטונומיה. רוצים לאפשר את הרעיונות האלה במובן של שוויון ולכן אנחנו צריכים את המשפט. נועד כדי לחלק את משאבי החברה המוגבלים ושואפים ליצור הקצאה נכונה בין המשאבים.

**דיני עשיית עושר ולא במשפט**

עוסקים במי שיש לו יותר בגלל המקרה שקרה. מתמקדים בנתבע ובתועלת שלו (הרווח שלו), הם לא מתמקדים בנזק שקרה לתובע.

מבחינה היסטורית, דיני עשיית עושר במשפט הפרטי-המודרני הם מאוד מיוחדים כי הם התפתחו מתוך צורך בתרופה. במשפט האנגלי התפתחו דיני יושר שהם מערכת אלטרנטיבית למערכת המשפט המקובל, הם המצאה אנגלית. דוקטרינת הוויתור על עוולה נזיקית (waiver of tort): התובע יכול היה לבחור אם הוא רוצה לתבוע על הנזק או לוותר על התביעה הנזיקית ובמקום זה לתבוע בגין התעשרות שלא כדין. זה היה בעבר והיום זה התפתח לדיני עשיית עושר. הם נועדו לספק תרופה למצבים שבהם המשפט הקונבנציונאלי לא נותן מענה.

**ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:** "(א) 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. (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת".

יש שלושה יסודות (מצטברים) בתוך סעיף זה:

1. התעשרות (טובת הנאה של ה"זוכה"): יכולה להיות גם בטעות ושלא באשמת המתעשר, מטילים על אנשים אחריות כאשר הם היו פאסיביים. דינים נטולי אשם.
2. שלא עפ"י זכות שבדין (ס' ב מדבר על כך)
3. על חשבון אדם אחר ("המזכה")

לא מתמקדים בנזק שנגרם לתובע אלא לתועלת שנגרמה לנתבע.

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

תשובה שלי: לדעתי זה ישפיע על הביטחון בביצוע עסקאות שכן אם לא חלים דיני עשיית עושר, במקרים מסוימים יהיה לצד המפר אינטרס להפר את החוזה אם הוא מרוויח מהפרתו. עשיית עושר רוצה למנוע את הרווח מההפרה, את הדבר ה"לא פיירי". בעצם זה נותן ביטחון לעסקה.

**תשובה לשאלת מחשבה:** אם דיני עשיית עושר לא חלים, לא מתאפשרת השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין. למשל, סכום כסף שהועבר בטעות לא יושב לטועה. לכן, אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות. הם ידעו שאחרת כספם אבוד (שכן אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). המשמעות היא הגדלת עלויות עסקה. [הערה כללית – במקרה של בנקים וגופים מוסדיים, אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלה מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים].

# שיעור 2 – המשך מבוא והתחלה של תיאוריה (14.03)

בדיני עשיית עושר יכולה להיות תרופה מסוג השבה או פיצוי עפ"י הרווח שקיבל הניתבע במקרה בו הוא פעיל. למשל: נטילת זכות שלא ברשות.

שני סוגים של מקרים:

* עוולה שמולידה רווח. לדוג' הפרת חובת נאמנות.
* התעשרות לא עוולתית. לדוג' טעויות.

בעולם מושלם לא נטעה ונעביר בטעות כסף/ נשקיע את הסכום האופטימלי כדי להימנע מטעויות כאלו, אנשים לא ינצלו רכוש אחד של השני ולא ייטלו אותו. אנחנו בעולם לא מושלם ולכן דיני עשיית עושר התפתחו כי ישנם מקרים שבהם דיני נזיקין ודיני חוזים לא מספיקים, המשפט הרגיל לא אפשר לנו להתמודד עם המציאות.

**תיאוריה**

מחלוקה תיאורטית לקטגוריות נעבור לדבר על רעיונות תיאורטיים, שמאפשרים לנו לדבר ב"שפה אחת" על הדינים השונים – "רעיון-על".

**Liebeck v. McDonald's Restaurants:** נשפך קפה רותח על אישה וגרם לה לכוויות קשות מאוד והיא הייתה מאושפזת בביה"ח בגללן. היא ביקשה ממקדונלדס פיצוי על הטיפול שלה. הם לא הסכימו. היא תבעה אותם ובהמ"ש פסק לה פיצוי של 640 אלף דולר כי מצאו שמקדונלס חיממו בכוונה את הקפה יותר ממה שצריך כדי לחסוך ושעוד אנשים קיבלו כוויות קשות ממנו. מה הרעיון שעומד מאוחרי התביעה? (1) פיצוי על הפגיעה הפיזית, החזר על הוצאות רפואיות וכדו' (2) סיפור פוליטי, האזרח הקטן מול תאגיד ענק; תרופה כמכשיר לצדק במובן החלוקתי – הגנה על קבוצה חלשה (3) הרתעה: מקדונלדס יודעת שאם תמשיך להתעלם מהבעיה היא תשלם. (4) אולי גם ענישה.

**תיאוריות של תרופות**

1. תרופות בראי הצדק המתקן
2. תרופות בראי התיאוריה הכלכלית

תרופות בראי הצדק המתקן

**התפיסה הדומיננטית של צדק מתקן (ארנסט וינריב)**

שני רעיונות מרכזיים כדי להבין תרופה עפ"י הרעיון של צדק מתקן:

1. קורלטיביות
2. המשכיות

**Palsgraf v. Long Island Railroad:** אישה מחכה לרכבת. 2 גברים רצים לרכבת ולאחד יש חבילה שעטופה בנייר. מנסים לעזור לו לעלות לרכבת (העובדים של הרכבת). החבילה נופלת וזיקוקים שהיו בתוכה מתפוצצים. נופל בעקבות זה משהו על הראש של האישה והיא נהיית אילמת. היא תובעת. השופט קרדוזו קובע שלא חלה כלפי האישה חובת זהירות. הוא אומר שצריכה להיות חובת זהירות כלפי האדם שעזרו לו לעלות על הרכבת. חברת הרכבת הייתה רשלנית והפרה חובת זהירות כלפי האדם שעזרו לו לעלות לרכבת ולא כלפי האישה. כדי שלאישה תהיה עילה כנגד הרכבת, היא צריכה שתהיה כלפיה חובת זהירות. אם לא נפגעה זכות של מישהו, לא הופרה כלפיו חובה. אין עילה נזיקית, מפני שלא נפגעה זכות (נקודת המוצא שלנו להבנת רעיון הקורלטיביות בראי הצדק המתקן).

בשביל שתחול חובת זהירות בנזיקין על אדם שמתנהג באופן מסוכן לאחר צריכים להתקיים כמה תנאים שהרלוונטי הוא צפיות הנזק שהתממש – שהניזוק נמצא במרחב סכנה צפוי לפגיעה. האם מי שיצר את הסיכון יכול היה לדעת מה הנזק שיקרה. אותו עובד רכבת היה יכול לצפות שיגרם נזק אבל לא לאישה אלא לאדם שהוא דחף אותו כדי לעלות אותו לרכבת. ואם אין חובת זהירות אז לא יכולה להיות הפרת חובה. רק אם הופרה חובה כלפי התובע, תקום זכות לתרופה. פס"ד זה מסביר מהי חובת הצפיות הטכנית בנזיקין כדי להסביר כלפי מי יש לנו חובת זהירות בנזיקין.

כדי שנוכל לדבר על תרופה במשפט הפרטי צריך לשאול אם קיימת זכות. קיימת זכות רק אם יש חובה והיא הופרה. כלומר, אם נפגעה החובה יש לך זכות לתרופה או אם נפגעה הזכות יש תרופה.

# שיעור 3 – המשך תיאוריה (21.03)

**קורלטיביות – תרופות (ארנסט וינריב)**

הרעיון של צדק מתקן מבוסס על תפיסה אריסטוטלית. תפיסה זו היא תפיסה כמותית של צדק. התפיסה הזאת (מסתכלת על המבנה של המשפט הפרטי) רואה מן מישור שכולנו נמצאים עליו שיש לכולנו חובות וזכויות. אם למישהו נפגע משהו הוא נמצא במינוס והפוגע נמצא בפלוס. הרעיון הוא לחשוב על צדק מתקן כמבנה ולכן רק המזיק צריך להשתמש בתרופה וכך יכול להיווצר מצב של שוויון חזרה בין המזיק לניזוק. התרופה צריכה לבוא באופן מדויק לפי סוג הפגיעה וגודל הפגיעה בניזוק וכך יהיה צדק.

ארנסט וינריב הציע לצקת לתוך הנוסחה הכמותית של צדק מתקן את הרעיון של תיאוריות אישיות (של תיאורטיקנים כמו קנת והגן) שאומרות שלכל אדם יש זכות לממש את עצמו והזכות הזאת קיימת לכל אחד מאיתנו וגם החובה לא להתערב בזכות הזאת. דרך הרעיון הזה אפשר להבין מה המשמעות של פלוס ומינוס – יש לניזוק יכולת פחותה לממש את שאיפותיו בחיים.

יש שילוב בין המבנה של המשפט הפרטי לבין רעיון מהותי.

כשמבינים את הרעיון של המשפט הפרטי מבינים את הרעיון הבסיסי של צדק מתקן שהוא קורלטיביות. תרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו. היא שמאפשרת לרפא את אי הצדק שנוצר בין התובע והנבע המסוימים. "to make the plaintiff whole again".

צדק מתקן דורש התאמה מדויקת ורק כך יהיה אפשר לתקן את הפגיעה שנוצרה. התרופה היא לא אינסטרומנט. מאפשרים באמצעות השבת הצדק על כנו כשמידותיה תואמות למידת הנפגע, יהיה אפשר להשיב את המצב לקדמותו בין המזיק לניזוק הספציפיים.

קורלטיביות מבטאת את הרעיון של תמונת הראי – שמול פגיעה בזכות עומדת הפרת חובה והתרופה גם היא תמונת ראי של הפגיעה בזכות כי היא צריכה להיות תואמת למידות.

**המשכיות**

גם שהזכות של הניזוק נפגעה, היא מעולם לא פגה או נגמרה. הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה". התרופה היא הגילום הנורמטיבי של הזכות שנפגעה. לדוג': אם א' גנב מכונית מב', הזכות של ב' למכונית מעולם לא פגה.

צריכה להיות התאמה בין סוג הפגיעה בזכות לתרופה והתאמה בין היקף הפגיעה בזכות לבין התרופה (רעיון "המכסה והסיר"). התרופה היא חלק מהמבנה של צדק מתקן והיא לא משהו חיצוני.

**צדק מתקן – מן התיאוריה אל הפרקטיקה**

**Olwell v. Nye:** התובע היה בעלים של מכונה לשטיפת ביצים. והנתבע היה בעל מפעל לאריזת ביצים. התובע אכסן את המכונה קרוב למפעל ובעל המפעל ידע על מקום אכסון המכונה והוציא אותה ללא ידיעתו של בעל המכונה והשתמש בה במשך 3 שנים ללא ידיעתו. בעל המכונה גילה את זה ואמר שהוא רוצה שהנתבע יקנה את המכונה ב600 דולר. הוא לא הסכים. המקרה הגיע לביהמ"ש וביהמ"ש העליון של וושינגטון אמר שיש כל מיני אפשרויות להסתכל על המקרה ועל הסעד האפשרי. 3 אפשרויות מרכזיות: (1) האם היה נזק אמיתי לבעל המכונה? לא. (2) שווי השימוש במכונה הוא 600 דולר ואפשר לומר שהמפעל התעשר על חשבון בעל המכונה על שווי השימוש במכונה כי הוא השתמש ללא רשות (3) חישוב את ההתעשרות שלא כדין על בסיס הרעיון של ההוצאות שהנתבע חסך כתוצאה מכך שהוא השתמש במכונה ללא רשות. המפעל חסך הוצאות של 1560 דולר וזו האפשרות שביהמ"ש בחר בה. זה הרווח של הנתבע.

האם ביהמ"ש היה צריך לתת פיצוי של 600 או פיצוי של 1560?

ארנסט וינריב ביקר את פס"ד ואמר שביהמ"ש היה צריך לבחור באפשרות של 600 דולר. הפגיעה של התובע בזכות היא שימוש לא מורשה במכונה ולכן התרופה המתאימה למידותיה של הפגיעה, הוא שווי השימוש במכונה. הסעד של 1560 לא מהווה ביטוי של זכות כלשהי. צריך להצדיק את תוצאת פס"ד זה ע"י תיאוריה אחרת כי אי אפשר לחשוב עליו בצורה של צדק מתקן.

**צדק מתקן וצווי מניעה**

**פס"ד Olwell** מראה בצורה ברורה איך התרופה צריכה לגלם את הפגיעה בזכות.

**ס' 44(א) לפקודת הנזיקין:** "מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפושים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא ייפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק"

מטרד זוהי פעולה מתמשכת אשר מפריעה למישהו להשתמש ולנהנות מהמקרקעין שלו. לא מדובר במקרה של איזושהי הפרה חד פעמית. מטרדים מדברים על פעולה מתמשכת שיוצרת הפרעה. הסיפא של הסעיף מדבר גם על זה שאפשר לתבוע גם פיצוי אך מלבד זה אפשר גם לבקש מביהמ"ש צו שהפעולה המתמשכת הזאת תפסיק (=צו מניעה), בנוסף או במקום לפיצויים.

איך ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן? איך אפשר להשיב לקדמותו ("לתקן") נזק שלא התממש?

ארנס וינריב מסביר שאחד התפקידים של ביהמ"ש כשהוא מחליט על התרופה הוא לחשוב מה התרופה שתתאים למידותיה של הפגיעה. צריך למנוע את המשך הפגיעה בזכות. הפגיעה יכולה להיות מופלת רק ע"י צו מניעה. לא משנה לצדק המתקן המימד של הזמן. כלומר, ההקשר הזמני בין אי צדק לתרופה. אלא מה שמשנה לצדק המתקן זה שהמבנה של התרופה צריך להתאים בדיוק למבנה של הפגיעה בזכות. מכיוון שזה אופי פגיעה מתמשך, הרעיון של צדק מתקן חל גם כשהנתבע יכול להמשיך פגיעה ואי צדק והתרופה צריכה להתאים למצב זה ולכן צו מניעה היא מה שתמנע מהנתבע להמשיך את הפגיעה בעתיד. צו מניעה לא מנוגד לרעיון של צדק מתקן.

הרעיון: 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 האפשרות לתת לתובע צו מניעה שימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בעתיד. צדק מתקן לא תלוי בזמנים. הוא קשור לטיב הפגיעה, טיבו של אי הצדק. צו מניעה – ימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בפגיעה מתמשכת.

**דוגמא – 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. איזו/ אילו תרופה/ תרופות עשויה/ות להיות רלוונטית/ות?
2. כיצד ניתן להצדיקה/ן בראי הצדק המתקן?

תשובה שלי: (א) צו מניעה – למנוע את הרעש של המכשירים. פיצויים – על עוגמת הנפש והרעש שהיא סבלה ואם זה גם גרם לה לדברים חמורים יותר אז גם פיצויים על זה. (ב) התרופה צריכה להיות מתאימה למידת הפגיעה. לכן צו מניעה מתאים בדיוק למידת הפגיעה – פגיעה מתמשכת וצו מניעה הוא סעד מתמשך גם כן. הפיצוי גם מתיישב עם עקרון הצדק המתקן מכיוון שהשכנה נפגעה (נוצר לה מינוס כלשהו) והפיצוי משיב אותה למצב שהיה לה ומחזיר לה באותה מידה – משיב אותה חזרה לנקודת האפס.

**תשובה לשאלת מחשבה:** (א) השאלה מעלה את התהייה 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 למקרה הן שתיים: ראשית, פיצויים כספיים שישוערכו בהתאם לפגיעה בזכותה של אלמונית ליהנות מהמגורים שלה מהרגע שהתחיל המטרד ועד מועד התביעה. כלומר לגבי הנזק שכבר התממש (למשל, אם השכנה נאלצה לעבור לגור בשכירות במקום אחר). שנית, על מנת למנוע את המשך המטרד (הפגיעה המתמשכת), תוכל השכנה לבקש צו מניעה. (ב) לגבי הפגיעה שכבר התממשה לכדי נזק. באם השכנה לא יכלה לגור בנכס כתוצאה מהמפגע, הפיצוי ייאמד לפי הפגיעה בזכותה של השכנה – הפגיעה ביכולתה להשתמש בנכס שלה. הפגיעה לפיכך תיאמד בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה (אלא אם יוכחו נזקים נוספים, למשל, צורך בהתאמות המגורים למוגבלות מסוימת/ מרחק ממקום העבודה). צו המניעה, הוא התרופה המתאימה למבנה של פגיעה מתמשכת בזכותה של השכנה להנות מהנכס שלה, לגור בדירתה – מניעה של המשך הפגיעה בזכות בעתיד.

הרחבה לתשובה: (א) ראשית, אציין כי ישנו דמיון רב בין השאלה לבין סיפור המקרה בפסק דין אתא. פעולתה של פלונית בעלת מחסני הקירור מהווה מטרד ליחיד לפי סעיף 44 לפקודת הנזיקין.

מנוסח הוראת החוק, עולים שני מאפיינים של מהות ההפרעה:

1. ההפרעה חייבת להיות מוחשית ולא קלת ערך, מהותית ולא חולפת. מעובדות המקרה הרעש הינו מסיבי וממושך גם ביום וגם בלילה.
2. מידתה של ההפרעה נבחנת לפי פגיעה בזכותו של הנפגע לשימוש סביר במקרקעין ושל ההנאה הסבירה מהם, בהתחשב עם מקומם וטיבם. מעובדות המקרה זכותה של אלמונית לשימוש סביר במקרקעין נפגעת ומתואר שהיא אינה מסוגלת לגור בביתה.
3. לפי פסק דין אתא, בחינתה של הסבירות נעשית ע"י אמת מידה אובייקטיבית – ע"י ההערכה של מהותה ועוצמתה של ההפרעה לפי דעתו של מסתכל אובייקטיבי – חוסר יכולת לגור בבית הינה עומדת במבחן האדם הסביר.

2 סוגי סעדים; פיצוי וצו מניעה:

1. אפשר לתבוע פיצוי אם סבלנו נזק ממון כתוצאה של המטרד כלפינו – אותה פעולה מתמשכת – פיצוי על שכר דירה בזמן שאלמונית לא גרה במקום.
2. מלבד הדבר הזה, אנחנו רשאים לבקש מביהמ"ש שייתן צו שהפעולה המתמשכת שמפריעה לנו – תפסיק (צו מניעה). אפשר לפעמים בנוסף/ במקום לפיצויים – שהפעולה תפסיק.
3. דגש נוסף וחשוב – לפי פסק דין אתא מטרד ליחיד נקבע לפי תוצאת המעשה ולא ע"פ טיבו – לפי התוצאה מתקיים מטרד.

(ב) כיצד ניתן להצדיק את התרופות בראי הצדק המתקן? לפי ארנסט אחד התפקידים של ביהמ"ש בשיקולי בחירת התרופה היא התאמת כל מקרה לגופו ומה התרופה שתתאים לזכות שנפגעה. במקרה דנן ולפי סעיף א' ראינו שהפגיעה הינה ממושכת ולא אירוע חד פעמי ושנית כי היא פוגעת בזכות של אלמונית לשימוש סביר והנאה במקרקעין – לכן ביהמ"ש יכול לקבוע לתת צו מניעה בנוסף לפיצוי על נזק ממון שנגרם.

צדק מתקן לא תלוי בזמנים והוא מאפשר התאמה של תרופה לפגיעה – במקרה של פגיעה ממושכת לא יעזור פיצוי חד פעמי ולא יוביל לתיקון הנזק בין המזיק לניזוק ולכן השימוש המתאים הוא צו מניעה אשר ימנע את המשך הנזק בעתיד.

נקודות מפסק דין אתא:

* מרכז הכובד בדיני הנזיקין בכלל ובדיני המטרד בפרט, הוא הנפגע והפגיעה אשר בה הוא נפגע ולנקודת ראות זו יש לתת ביטוי נאות – לא רק בקביעת הממצא, אם בוצעה עוולה אם לאו, אלא גם כאשר באים להכריע על מהותה של התרופה ההולמת.
* נקודת המוצא לבחינתה של התרופה היא טיבה ומהותה של הפגיעה בה נפגע הניזוק ולא טיבו ומהותו של הנזק למזיק, שייווצר אם ייאלץ להפסיק את מעשה העוולה.
* על כן, ככל שהפגיעה גדולה יותר, גדל גם משקלו של האינטרס של הנפגע ונחלש משקלו של האינטרס של המעוול, המעוניין להמשיך בפעלו וגם היפוכו של דבר

# שיעור 4 – המשך תיאוריה (11.04)

תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי

**רקע כללי**

מה שמאפיין את התפיסה הכלכלית של המשפט הוא שבמקום ההיגיון הפנימי, בניתוח הכלכלי הרעיון של תרופה הוא מבוסס על רעיון אחר לחלוטין. הוא מגלם תפיסה אינסטרומנטלית. כלומר, התרופה היא לא חלק מהמבנה של המשפט אלא שיש לה תפקיד חיצוני. התרופה היא כלי להשגת מטרה חיצונית למשפט (=יעילות).

המושג "יעילות" efficiency – היום נהוג לדבר במונחים של מיקסום רווחה מצרפיתmaximizing social welfare.

**התפתחות היסטורית**

תורת המוסר של הפילוסוף ג'רמי בנת'ם (Jeremy Bentham) היא הבסיס לתיאוריה הכלכלית. הוא תיאר את בני האדם כיצורים שנשלטים ע"י 2 כוחות – הנאה וסבל. דיבר על תועלתנות כרעיון נורמטיבי – כדי לעצב את הכללים בצורה ראויה ונכונה צרך לעצב אותם בכך שהם ייגרמו את האושר וההנאה הגדולים ביותר לכמה שיותר אנשים= "עקרון האושר המירבי".

התחילו לדבר על יחידות של עושר ובכך חיברו את התיאוריה של ג'רמי לתיאוריה הכלכלית (אסכולת שיקאגו). היום כשמדברים על תועלת של משהו מדברים על כך שיש תועלות שונות, רווחה. רוצים למקסם את הרווחה המצרפית. היום האסכולה שמדברת על מקסום הרווחה המצרפית יותר מתכתבת עם אסכולת ייל (מגמה שנעה מעושר לרעיון של רווחה).

**מה המטרה של התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי של המשפט?**

להביא ליעילות/ מקסום רווחה. כלל טוב הוא כלל יעיל, כלל שיגדיל את העוגה (נקבל יותר ממה שיש לנו).

**האינטואיציה מאוחרי הניתוח הכלכלי של דיני חוזים/ נזיקין**

דיני החוזים ידועים כדינים שאם הם נעשים באופן יעיל, הם בהכרח יגדילו את הרווחה המצרפית. לכן, קל להבין מדוע החוזה הוא כלי למיקסום הרווחה של הצדדים לו.

בנזיקין אנחנו לא מדברים על תוספת לרווחה המצרפית, אלא על צמצום עלויות. המטרה היא להקטין את העלויות כמה שיותר.

**תרופות בדיני נזיקין – נקודת מבט כלכלית**

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

פיצויים של מצבים של רשלנות

נדגים את ההיגיון באמצעות שני כללים בסיסיים – רשלנות:

1. נוסחת הנד
2. מונע הנזק הזול

**רשלנות**

דוג': אילנית הייתה מעורבת בתאונת דרכים ועלות הנזק הצפוי בגובה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? לא מגדילים את הרווחה, מצמצמים את העלות, נקטין את ההפסד החברתי מהתאונה.

מה יעיל לעשות בדוג' של אילנית?

נניח: תוחלת נזק היא 10 ועלות מניעה הנזק היא 5.

במקרה כזה יש 2 אפשרויות: (1) מה שינגוס מהרווחה המצרפית הוא תוחלת הנזק (2) מה שינגוס מהרווחה המצרפית הוא עלות מניעת הנזק.

החשיבה היא איך מעצבים כלל יעיל מראש (ex-ante). זה ההיגיון הפשוט מאחורי "נוסחת הנד".

**נוסחת הנד:** רוצים למזער את עלויות הנזק.

מתי אדם מתרשל בראייה כלכלית? B<PL

B=עלות המניעה של הנזק

L=הנזק

P=הסיכוי להתממשות הנזק

PL=קרוי "תוחלת הנזק" (P כפול L).

אם אפשר למנוע את הנזק בצורה שעלות מניעת הנזק תהיה יותר נמוכה מתוחלת הנזק, יש לעשות זו ומי שלא עושה זאת הוא התנהג בצורה לא סבירה=צורה לא יעילה=רשלנית. כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק, היה זול יותר למנוע את הנזק. כדי להתנהג בצורה סבירה, אם אנחנו יכולים למנוע את הנזק בצורה יותר יעילה, בעלות יותר נמוכה, זה הדבר הנכון לעשות ואם לא נעשה את זה אז זה אומר שהתנהגנו בצורה לא סבירה, כלומר, לא יעילה, כלומר, רשלנית.

מה יעיל לעשות בדוגמא של אילנית?

אילנית התרשלה, 5<10.

כשמתנהגים בצורה מסוכנת, צריך לוודא שהיא סבירה. כל דבר שעושים כולל סיכון, צריך שהסיכון יהיה סביר.

התנאי הראשון שמאפשר הטלת אחריות בגין התנהגות רשלנית הוא נוסחת הנד: אם לפי נוסחת הנד מישהו מתרשל בראייה כלכלית כאשר B<PL.

התנאי השני הוא מונע הנזק הזול: נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר.

**דוגמא פשוטה לשילוב בין נוסחת הנד לרעיון מונע הנזק הזול**

שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס, בשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. תוחלת הנזק לשדה התירס היא 10. איך פותרים את הבעיה? על מי נרצה להטיל אחריות למנוע את הנזק שנגרם?

נניח: למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק (למשל להקים גדר); לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק (למשל לגדר את הצאן או לשכור רועה צאן).

לפי נוסחת הנד, עפ"י נתוני השאלה, אין ספק שזה רשלני לא למנוע את הנזק – עלות המניעה שלו נמוכה מתוחלתו (נכון לגבי שני הצדדים – גם 8 וגם 6 קטנים מ10).

מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף – על מי נרצה להטיל את האחריות? יישום הרעיון של מונע הנזק הזול, יכריע כשנרצה להטיל אחריות על מגדל התירס (ולא על בעל הצאן) כי עפ"י הנתונים, עלות המניעה שלו נמוכה יותר 6<8.

לתפיסה הכלכלית לא משנה מי האחראי לנזק. רוצים לתמרץ את הגורם שרוצה למנוע את הנזק בצורה הטובה ביותר=היעילה ביותר=הזולה ביותר. אם אנשים ידעו שהכלל המשפטי, לפי התיאוריה הכלכלית, הוא לא רק נוסחת הנד (ויש מידע מושלם בין הצדדים) ואז מגדל התירס ידע שאם הוא יוכל למנוע את הנזק בצורה יותר זולה ממגדל הצאן, הוא צריך למנוע אותו כי אז הוא לא יקבל פיצוי אם הוא לא יבנה את הגדר. רוצים לתמרץ את מגדל התירס לפעול.

**שאלת מחשבה:** ס' 74 לפקודת הנזיקין קובע: " בית המשפט 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 לדעתכן מאחורי ס' 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ב"גלגול הראשון" של פרשת אתא נ שוורץ, שאותו קראתן? נמקו את תשובתכן.

התשובה שלי: הרעיון שעומד מאחורי ס' 74 הוא כמו בגישה האמריקאית ששמגר מזכיר בפס"ד – צריך לשכלל את כל הנתונים ולהעריך כספית את הנזק שנגרם לתובע מול הנזק הכספי שיגרם לנתבע. מבחינה כלכלית, יש לפעמים להעדיף פיצויי ולא צו מניעה. צו מניעה דורש השקעת משאבים חברתיים גדולים יותר מאשר פיצוי ולכן לפעמים במקרים קטנים בהם הפיצוי פעוט הוא עדיף. אך כאשר הפגיעה בתובע היא מהותית וחמורה, יש לתת צו מניעה. ובכך דברים אלו מתיישבים עם גישת שמגר – יש לבחור בן פיצוי וצו מניעה (או שניהם) לפי מידת הפגיעה בתובע.

# שיעור 5 – המשך תיאוריה (25.04)

**תשובה לשאלת מחשבה:** ס' 74 מבטא רעיון של איזון, לפיו בבואו להחליט מה התרופה למטרד, על ביהמ"ש להתחשב גם 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 מו ים 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. מפס"ד אתא נ שוורץ שקראתם, נראה כי ביהמ"ש מוצא ששיקולי צדק מתקן קודמים לשיקולים כלכליים, המביאים בחשבון גם את נזקו של המטריד אם יאלץ להפסיק את המטרד. יתכן כי ניתן ליישב את הסעיף עם תוצאת פס"ד, 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 (להבדיל ממונע הנזק הזול)/ קלברזי והירשקופף**

רוצים לשכלל את הרעיון של מונע הנזק הזול במצבים מסוימים.

שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שיקולו (=יש לו את כל המידע). אם אדם יודע שהצד השני הוא מונע הנזק הזול, הוא יכול ליידע אותו והוא יצטרך לפעול לכך.

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

מדובר בצד שיש לו הכי הרבה מידע לגבי מונע הנזק הזול. הרעיון שעומד מאחורי זה הוא בדר"כ לזהות קטגוריות של מזיקים וניזוקים ולא לזהות אנשים פרטיים. נדע מיהו שוקל הנזק הזול על סמך תכונותיו. למשל, בנקים נחשבים לשוקלי הנזק הטובים ביותר – אוגרים הרבה מידע אצלם שמאפשר להם למנוע את הנזקים הפוטנציאליים בצורה הטובה ביותר (או בעצמם או בכך שהם יכולים להסב את תשומת הלב של הלקוחות).

**היתרונות:**

1. התגברות על פערי מידע: שוקל הנזק הטוב הוא תשובה לשאלה מיהו מונע הנזק הזול – פתרון לשאלה איך מונע הנזק הזול יודע שהוא כזה.
2. הפחתת עלויות אדמיניסטרציה: הרבה יותר קשה לביהמ"ש לבדוק מיהו מונע הנזק הזול בסיטואציה, אבל אם באמת יש צד כמו בנק/ יצרן שמחזיק הרבה מאוד מידע אז לביהמ"ש הרבה יותר קל להכניס זאת לקטגוריות ולזהות אותם.

**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 גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן - הנפגע), ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן"

ס' זה קובע שיצרנים הם שוקלי הנזק הטוב.

למרות שיש אחריות מוחלטת על יצרנים כי הם שוקלי הנזק הטובים ביותר. כשאפשר לראות שלקוח התרשל באופן חמור, אפשר להבין גם למה אנחנו רוצים לתמרץ את הלקוח כשהוא יכול למנוע, הוא יעשה זאת והיצרן לא יצטרך לפצות באופן מלא.

**ס' 4(ב) לחוק האחריות למוצרים פגמים:** "לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו"

מצד אחד אנחנו מזהים את היצרנים כשוקלי מונע הנזק הטוב, ומצד שני אפשר למשוך מהם את הפיצוי שהם צריכים לפצות כדי לתמרץ את הלקוחות לפעול באופן יעיל (ושלא יקבלו תמיד פיצויים, גם אם הם היו לא בסדר). חוק אחריות למוצרים פגומים מבטא זאת.

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

פיצויים במצב של משטר אחריות רשלנית מול אחריות מוגברת (חמורה)

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

**כלל של אחריות מוגברת/ חמורה (strict liability):** המזיק מפצה על הנזק שנגרם בכל מקרה.

דוג' 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? כן. זה עולה לו פחות. זה לא רלוונטי בדוג' הזאת אם נמצאים במשטר רשלנות או של אחריות מוגברת.

דוג' 2: ומה אם עלות ההשקעה במניעת הנזק 150? (תוחלת הנזק לא השתנתה, עדיין 100). האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק? לא. תוחלת הנזק נמוכה מעלות ההשקעה. גם אם תוטל עליי אחריות לשלם, אני לא אשקיע 150 כדי למנוע עלות של 100. גם תחת משטר של אחריות מוחלטת. אני אפעל בצורה יעילה גם אם אני אצטרך לפצות וגם אם לא.

אני תמיד ארצה לשלם פחות לכן תמיד אסתכל על התועלת מול העלות שלי.

בכל זאת יש הבדל בין שני המשטרים – השפעה על רמת הפעילות של הצדדים.

דוג': רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע. עוברת ליד חווה, ומידי פעם יוצאים ממנה גיצים שגורמים לשרפות. נניח: טכנולוגית, הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק בכלל. תחת כלל של רשלנות, הרכבת לא התרשלה, ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה ולכן בעל החווה ינסה לעשות דברים בשדה שלו כדי למנוע את השרפות. אבל תחת כלל של אחריות מוגברת הרכבת כן תשלם פיצוי על כל הנזק שנגרם לחווה, ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה. לכן, נגיד יכול להיות שרמת הפעילות של הרכבת תשתנה, כי היא תצטרך לפצות.

אמנם הצדדים תמיד פועלים בצורה יעילה, אבל המשטר יכול בעצם להשפיע על רמת הפעילות של המזיק/ הניזוק. במשטר של רשלנות המשטר יכול להשפיע על ההתנהגות של הניזוק ובמשטר של אחריות מוגברת הוא משפיע בעיקר על רמת ההתנהגות של המזיק.

פיצויים או צו מניעה – השפעתן של עלויות עסקה על התרופה

**תרופות ועלויות עסקה**

לפי התיאוריה הכלכלית, לעלויות עסקה חלק משמעותי בשאלת התרופה הרלוונטית

**התיאורמה של Coase**

דוג': חקלאי ובקר – 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 הגדר תעלה 60 ולבוקר 100).

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

1. צו מניעה (הבוקר לא יכול לגדל בלי גדר): הבוקר ישלם 100 (בפועל, יציע לחקלאי עסקה)
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 לגדל את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם נזק): הבוקר ישלם 80 (בפועל, יציע לחקלאי עסקה בין 60 ל80)

במצב 1 ו4 – מה שככל הנראה יקרה הוא שהבוקר יציע לחקלאי עסקה ושהוא יבנה את הגדר. כלומר אני אשלם לך X ואתה תבנה את הגדר. הדבר היעיל צריך לקרות בכל מקרה בין אם המשפט יוביל אותנו לכך ובין אם לאו.

**קלברזי ומלמד (Calabresi & Melamed)**

נניח מצב של 10 מזהמים ו1,000 מזדהמים. נניח שיעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10 מיליון ואילו התועלת מהזיהום עומד על 20 מיליון). האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים? יכול להיווצר מצב של סחטנות. תגדל העלות לנגד עיניהם של המזהמים, יכול להיות שהוא יהיה יותר גבוה מ20 מיליון ולא יהיה להם משתלם יותר והעסקה לא תקרה על אף שהיא יעילה. עלויות העסקה בפועל עלולות לגדול (בגלל סחטנות או טרמפיסטיות) ואז היא לא תהיה יותר יעילה. יש כל מיני תופעות כלכליות שגורמות לכך שהמחיר של העסקה יהיה לא יעיל, למרות שמלכתחילה היא תהיה יעילה.

קלברזי ומלמד מציעים שורה של כללים שמתמודדים עם הבעיות האלה ומסבירים איזה כלל צריך לחול באיזו סיטואציה.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **כלל** | **זכאות** | **הגנה** | **הסבר** |
| 1 | מזדהם | כלל קנייני | למי שיש את הזכאות לרוץ לביהמ"ש הוא מי שסובל מזיהום – יש לו זכות לחיות עם אוויר נקי. במקרה הזה, ההגנה על המזדהם, הוא יכול ללכת לביהמ"ש לבקש צו מניעה. א"א לקחת את הזכות שלו לאוויר נקי אם הוא לא מסכים לזה. |
| 2 | מזדהם | כלל אחריות | למזדהם יש זכאות (לאוויר נקי). הגנה: פיצוי בדיעבד |
| 3 | מזהם | כלל קנייני | תמונת ראי של הכלל הראשון – הזכאות לזהם היא של המזהם ואי אפשר למנוע ממנו לזהם. למשל אם המזהם מזהם לפי מה שקבוע בתקנות, אי אפשר למנוע זאת ממנוע |
| 4 | מזהם | כלל אחריות | למזהם יש את הזכאות לזהם והמזדהם יכול להפסיק את הזיהום אבל לפצות את המזהם על הנזק שנגרם לו |
| 5 | מזדהם | כלל אי עבירות | גם אם מישהו מסכים שיפגעו בזכאות שלו, הוא לא יכול לעשות את זה. אתה לא יכול להסכים לוותר. זכאות של המזדהם – למזדהם אסור למכור את הזכאות שלו. למשל עבדות או מכירת איברים. הגנה פטרנליסטית, מאוד חזקה. |
| 6 | מזהם | כלל אי עבירות | למזהם מותר לזהם ואסור להפסיק לזהם. למשל מצב של רשות שמפעילה כור גרעיני. |

זכאות=למי יש את הזכות להגיד שלא יזהמו לי/ מותר לי לזהם.

הגנה=איזה מידה של הגנה על הצד שיש לו את הזכאות לרוץ לביהמ"ש – מהי מידת ההגנה צריכה להיות לצד שיש לו זכאות?

בכלל 1 נבחר כאשר עלויות העסקה מאוד נמוכות. בגלל שאם עלויות העסקה מאוד נמוכות נצפה שהדבר היעיל יקרה. ואם עסקה לא קרתה היא או שלא הייתה יעילה מלכתחילה או שהיא מנסה להתעשר שלא כדין. 2 המצבים האלו – רוצים להרתיע מפניהם. ולכן כשביהמ"ש רואה שעלויות העסקה נמוכות והדבר היעיל לא קרה, צריך לאפשר צו מניעה כי נרצה להרתיע ממקרים כאלה.

מה קורה אם העלויות היו גבוהות? ביהמ"ש יכול לראות שהייתה למשל סחטנות – העסקה יכלה להיות יעילה אך יש עלויות גבוהות ואז ביהמ"ש יגיד שצריך להתערב כדי לקיים את העסקה היעילה שלא התרחשה אבל בדיעבד. להגיד לצדדים שלא כדאי להם להיות סחטנים. אם ביהמ"ש מזהה עלויות עסקה גבוהות, למרות שהעסקה יעילה – הוא יאותת לצדדים שהם יקבלו רק פיצוי ובכך הם לא ינסו לעלות את עלויות העסקה.

כלומר, נבחר בכלל 1 אם עלויות העסקה נמוכות ונבחר בכלל 2 אם עלויות העסקה גבוהות.

# שיעור 6 – הפרה יעילה בחוזים ופיצויי צפייה במיזמים עתירי סיכון/ ד"ר יותם קפלן (02.05)

**הפרה יעילה**

ברירת תרופות – דין רצוי

פיצוי=המפר ישלם לנפגע סכום שיביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה.

אכיפה=שני הצדדים יקיימו את חיוביהם לפי החוזה.

מה התרופה הטובה יותר? יש שיטות משפט (קונטיננטליות) שבהם אכיפה היא התרופה הרגילה ויש כאלו (משפט מקובל) שפיצוי הוא הרגיל.

**איזו שיטה טובה יותר?**

מי שמאמין בטיעון של הפרה יעילה – יעדיף פיצויים.

יתרונות באכיפה: נשמע הגיוני ונכון – חוזים יש לקיים, זה מה שהם התחייבו לעשות ולכן יש לאכוף זאת.

חסרונות באכיפה: זה בסה"כ הפרת חוזה – יש מצב שזה לא בכוונה, יש מצב שאתה פשוט לא יכול לחייב. אכיפה היא תרופה מאוד חזקה ויש מצב שאנחנו לא רוצים אותה. בנוסף, קשה לאכוף לפעמים – תרופה יקרה יותר ליישום.

שיקול – יעילות

דוג': מחיר חוזי=10, שווי הנכס לקונה החוזי=12, הצעה חדשה (קונה חדש מציע למוכר)=15. כנראה הדירה שווה למציע השני יותר, כי אחרת הוא לא היה מציע יותר כסף. מה יקרה תחת כל אחת מהתרופות?

אכיפה: ביצוע העסקה לפי המחיר המקורי.

פיצויים: המוכר יפר, ימכור את הדירה ב15 וישלם פיצוי של 2 (הרווח החוזי שהקונה הראשון איבד, איפה היה לו קוים החוזה – הפער בין המחיר החוזי לשווי הנכס בשבילו).

**מה יותר טוב? למה?**

דוג': מחיר=10, שווי הדירה לקונה=12, עלות הבנייה=?. מה יכולים להיות התרחישים השונים?

* אם עלות הבנייה היא 9: מצרפית בניית הדירה יעילה – מבחינה חברתית כוללת (בלי קשר לאחד הצדדים). הרווחה המצרפית גדולה יותר אחרי קיום החוזה מאשר לפני קיומו. אז במקרה הזה נרצה שיהיה קיום, כי הוא יעיל. במקרה כזה באכיפה הקבלן יקיים ובפיצויים הוא גם יקיים כי אם מפרים אז צריך לפצות את הקונה ב2 (הקונה מרוויח 2 מקיום העסקה) ואז הקבלן יפסיד 2. אם הוא יקיים אז הוא ירוויח 1 (ההפרש בין עלות הבנייה למחיר).
* אם עלות הבנייה היא 13: מצרפית – בניית הדירה אינה יעילה כי בנינו דירה שעלה יותר לבנות אותה ממה שהיא שווה. במקרה כזה, אם תהיה אכיפה, הקבלן נאלץ לקיים ואז התוצאה לא יעילה – לא משתלם לקיים את החוזה. אם יהיו פיצויים אז הקבלן יפר וישלם פיצוי של 2 לקונה (במקום לקיים ולהפסיד 3). כלומר, באכיפה, גם אם הקיום לא יהיה יעיל אז החוזה יקוים אבל בפיצוי, אם החוזה לא יעיל, הוא לא יקוים (לכן תרופת הפיצויים נחשבת יעילה).

אז בשביל מה צריך חוזה? כל הרעיון בחוזים הוא שצריך לקיים את החוזה, אבל אם בהפרה הפיצוי מתקן את הדברים, למה צריך חוזה? (1) כדי שיהיה פיצוי (2) כלי ליצירת עסקאות יעילות.

* אם עלות הבנייה היא 11: מצרפית – בניית הדירה יעילה מכיוון ששווי הדירה לקונה גבוה יותר מעלות הבנייה. מבחינת הקבלן, החוזה הוא חוזה הפסד. תחת פיצויים הקבלן יקיים. תחת פיצויים הוא יכול להפר או לקיים. אם הוא מקיים, הוא יפסיד 1. אם הוא מפר אז הוא משלם 2 בפיצויים (ההפרש בין מחיר הדירה לשווי הדירה לקונה). לכן, תרופת הפיצויים מכריחה לקיים אבל רק כל עוד הקיום יעיל. כל עוד קיום החוזה יעיל, הכלל של פיצויים יוביל לקיום (וכאשר קיום החוזה אינו יעיל, הכלל של פיצויים יאפשר הפרה).

**למה הפרה יעילה טובה גם לנפגע?**

דוג': מחיר=?, שווי הדירה לקונה=12, עלות הבנייה=13.

אם התרחיש הזה יגיע והמשטר יהיה אכיפה, אז הקבלן יצטרך לקיים אבל תחת פיצויים, לאו דווקא צריך לקיים אלא מספיק לפצות את הצד השני – יותר זול. יותר זול לשלם פיצויים ופחות זול לקיים כי עלות הקיום היא לפי 13 ועלות של פיצויים היא לפי 12. אם הכלל הוא של אכיפה כל החוזה יותר יקר ולכן הקבלן יבקש מחיר גבוה יותר. אבל אם הכלל הוא של פיצויים, המחיר יהיה יותר נמוך. לכן, התרופה משפיעה על המחיר ותחת פיצויים המחיר יהיה נמוך יותר מאשר תחת אכיפה – לכן, פיצויים טובים גם לנפגע.

מדוע תרופת הפיצויים עדיפה? – סיכום

* פיצויים: המפר ישלם לנפגע סכום שיביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה.
* תהיה הפרה רק אם הרווח למפר גדול מהנזק לנפגע
* אם הביצוע יעיל – החוזה יקוים
* אם הביצוע לא יעיל – החוזה לא יקוים
* תרופת הפיצויים עדיפה לשני הצדדים – המפר לא יקיים חוזה לא יעיל, והמחיר עבור הנפגע יהיה נמוך יותר
* תרופת האכיפה מחייבת קיום גם כאשר הקיום אינו יעיל

**טיעוני נגד**

* במשפט יש תת-פיצוי ולכן תרופות הפיצויים תוביל להפרות לא יעילות
* הוגנות, הבטחות יש לקיים
* התיאוריה מבוססת על הנחות לא מציאותיות לגבי התנהגות הצדדים

כלליות התיאוריה

* חוזים: הפרה יעילה
* נזיקין: מטרד יעיל
* קניין: גניבה יעילה

**פיצויי צפייה במיזמים עתירי סיכון (מאמר של קובי קסטיאל ויותם קפלן)**

מדבר על איך צריך לחשב פיצויים במצבים עתירי סיכון?

המאמר אומר שיש מקומות שצריך לתת בהם פיצוי – אז איך נחשב את הפיצויים במקרים אלה?

דוגמא של פייסבוק: מארק חתם חוזה עם התאומים כל אחד 50% והם מפתחים את פייסבוק. מארק מפר ומפתח לבד, כעבור הרבה שנים פייסבוק שווה מלא כסף. הם דורשים פיצוי – איך נחשב אותו? לפי איזה ערך מחשבים את הפיצויים כמו שפייסבוק הייתה שווה כשהוא הפר או כמו שהיא שווה היום?

שני מקרים

חשוב להבחין בין 2 מקרים:

1. הפרה בתנאי אי וודאות
2. לאחר ההפרה נוסף מידע חדש

יש 2 שותפים – 50% 50% במאגר פוטנציאלי שעשוי להתגלות בו גז. אחד הצדדים מפר באופן כזה שהצד השני מאבד את ההחזקות שלו. אפשרות ראשונה היא שפה נגמרים הדברים – לא יודעים אם יש גז או אין (ההפרה נותרה בתנאי אי וודאות). במקרה השני אחרי ההפרה התגלה מידע חדש – מישהו אחר קדח במאגר וגילה שיש/ אין גז. שני המקרים האלו לא אותו הדבר וצריך לדבר עליהם בנפרד.

**הפרה בתנאי אי וודאות**

דוג': מיזם חיפושי גז – החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100 לכל שותף. הדין המצוי: התובע מבקש 100 (צריך לתת פיצוי על מניעת הרווח), ביהמ"ש פוסק עפ"י "אומדנא" (אין הסבר למה ואיך). מבינים שהרבה פעמים צריך לעשות אומדנא, אבל צריך להסביר לאן מכוונים. יש 2 אמירות לגבי מצב זה:

1. נרצה לתת פיצוי של 10% מ100: פיצוי כזה הוא פיצוי יתר. תשלום וודאי של 10 שווה יותר מסיכוי של 10% לרווח של 100 – יש להתחשב במימד הסיכון. תועלת שולית פוחתת – התועלת של היחידה הנוספת נמוכה יותר. כלומר, ההבדל בין אדם שיש לו 0 ₪ לאדם שיש לו 100 ₪, מאוד גדול. אבל ההבדל בין מיליון ₪ למיליון ומאה ₪, כמעט לא משנה כלל. בדוג' זו, יכול להיות בוודאות 10 או סיכוי של 10% ל100. אדם יעדיף בוודאות 10. 10% ל100 שווים לי פחות – הם מגיעים מאוחר יותר. ומכאן מגיעה שנאת סיכון (מהתועלת השולית הפוחתת של כסף). לכן, אם הוא יקבל פיצוי של 10 (וודאי) הוא הרבה יותר גבוה מסיכוי של 10% ל100. לכן, ביהמ"ש יצטרך להביא פיצוי של קצת פחות מ10 (כדי שלא יהיה פיצוי יתר).
2. ניתן (ומומלץ) להשתמש בשווי השוק של הזכויות בעת ההפרה: ביהמ"ש עושה במקרים אלו הוא מסתכל על 100 ואז שואל איך מ100 חוזרים אחורה ומוצאים את הפיצוי הנכון. קפלן טוען שזה לא נכון לעשות ושפשוט צריך לתת את שווי השוק של הזכויות בעת ההפרה (שהוא שווה קצת פחות מ10).

**לאחר ההפרה נוסף מידע חדש**

דוג': מיזם חיפושי 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 (צריך לבחור באופן עקבי מדיניות, א"א פעם ככה ופעם ככה):

1. נפצה לפי שווי השוק של הזכויות בעת ההפרה: פיצוי של 10~ בכל מקרה (גם אם התגלה שיש/ אין). יוביל למה שדיני הפיצויים עושים – מה היה לנפגע לולא ההפרה.
2. נלך לפי המידע הכי עדכני: פיצוי של 100 אם נתגלה שיש גז במאגר, שום פיצוי אם נתגלה שאין גז במאגר (10%\*100=10~). גם זה יוביל למה שהיה קורה בפועל אם החוזה היה מקוים. משכפל את הסיכון, רמתו והסיכוי (שהיו לפי החוזה).

אם נלך באופן עקבי על אחד הדברים אז נגיע לאותה תוצאה: 10~. וזאת אחת הבעיות – ביהמ"ש הרבה פעמים הולך כל פעם במסלול אחר ולא בוחר במסלול אחד ודבק בו. החשש הוא שאם ביהמ"ש יפעיל שיקול דעת אז נקבל מדיניות לא אחידה שתוביל לפיצוי יתר/ חסר.

**עקביות בהתחשבות במידע חיובי ושלילי**

חוסר עקביות:

1. במקרה של מציאת גז ביהמ"ש פוסק פיצוי מלא (התחשבות במידע חיובי)
2. אבל במקרה שמתגלה שאין גז ביהמ"ש נותן פיצוי עפ"י שווי השוק בעת ההפרה (אין התחשבות במידע שלילי)
3. 10<19 = 10\*90%+100\*10% (ב10% מהמקרים הוא מקבל 10, מתי שמוצאים באמת גז אז הוא יקבל את כל הפיצוי וב90% הוא מקבל 9, מתי שלא מוצאים גז ואז ביהמ"ש מרחם ובכל זאת פוסק פיצוי. ואז נוצר מכך שתוחלת הפיצוי היא 19, היא גבוה יותר מידי)
4. פיצוי יתר

לכן, ביהמ"ש צריך לבחור בין מסלולי הפיצוי.

ניכוי הוצאות בסיכון גבוה

יש 2 רועי צאן. אחד עם 2 ביצים והשני בלי. הזה בלי היה רעב וביקש ביצה והבטיח שיחזיר לו. הרועה שנתן ביצה, בא אל הזה שלקח ואומר לו שמגיע לו הרבה יותר – לול שלם (מה שהיה יוצא מהביצה). בסיפור אומרים שהביצה קשה ולכן לא צריך להחזיר. אבל אם הביצה לא הייתה, מה הוא היה צריך להחזיר? לא יודעים מה היה קורה – יש סיכון. יש הוצאות נוספות שנדרשו לאחר ההפרה.

דוג': מיזם חיפושי גז – החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100 (לכל שותף). לאחר ההפרה נתגלה שיש גז במאגר. כמו כן, נתגלה כי הנפגע היה נדרש להשקיע עוד 1 לטובת המשך הפרויקט.

**ניכוי רגיל יוביל לפיצוי יתר:**

* אילו החוזה היה מקוים: 9=100-1\*10%. לנפגע מההפרה היה סיכוי של 10% לקבל 100 ועכשיו זה מה שיש לו – אם מתגלה גז הוא יקבל 100 ואז אפשר לנכות לו מזה את ההוצאות שלו (1). כלומר, אם החוזה היה מקוים הוא היה מקבל 9 = הערך של הנפגע אם החוזה היה מקוים.
* פיצוי: 9.9=(100-1)10%. לעומת זאת, בפיצוי אנחנו במקום אחר – נוריד לו 1 (ההוצאות שלו) מ100 (מה היה מרוויח) ומזה נכפיל ב10% כי זה הסיכוי שלו. זה פיצוי גבוה יותר מידי. הוא היה נדרש במילא להוציא הוצאה של 1, בלי קשר אם יש/ אין גז. בכל אופן הוא ישקיע 1 ואז מקבל 10% ל100=10. 9=10-1. ניכוי רגיל אומר שאם הוא מקבל פיצוי נפחית לו את ההוצאה, ואז יוצא שהוא מקבל יותר. מנקים את ה1 רק במקרה של הצלחה (ב10% שזה הסיכוי הצלחה שלו הוא יקבל 99), במקום שהוא יישא בעלות של ה1 בכל מקרה, ולכן הפיצוי גבוה, פיצוי יתר.

**הפתרון:**

לעשות ניכוי גבוה יותר של ההוצאות: הייתה הפרה, השותף איבד את חלקו במאגר. גילו גז בשווי 100. השותף מבקש פיצוי. המפר אומר שלא מגיע לו 100 כי הוא היה צריך להשקיע, אז הוא מבקש שינכה את ההוצאות (כלומר שיקבל 99). המפר אומר שלא מגיע לו כי 99 זה פיצוי יתר ואז הוא אומר שמגיע לו 90. לכתחילה, שווי החוזה היה 9 עבור הנפגע (היה מוציא 1 ומקבל 10% ל100). לולא ההפרה היה לו 9. הוא לא נדרש להשקיע 1, במקרה שהתגלה שיש גז בסיכוי של 10% הוא יקבל 90. 10% מ90 זה 9. במקרה שהתגלה שיש גז, מגיע לנפגע 90. איך הגענו ל9? איך הגענו לזה שהפיצוי שצריך לתת לו הוא 90? לא מנכים 1 אלא מנכים 10 – מנכים סכום גבוה יותר כי צריך לנכות את זה שההשקעה שלו לא הייתה 1 אלא השקעה מסוכנת. השווי שלה הוא 1/10%. 1=ההשקעה, 10%=סיכוי הצלחת הפרויקט. בעצם בחוזה המקורי את ההוצאה בסיכון הוא היה מוציא בכל מקרה ועכשיו אני מפחית לו את הסכום הזה רק במקרה של הצלחה, לכן צריך לחלק את זה בסיכוי הצלחת הפרויקט שזה כאילו הוא השקיע את זה מראש.

* 9=(100-10)10%
* 9=(100-1/10%)10%
* ניכוי של ההוצאה חלקי סיכויי הצלחת הפרויקט

כלליות הטיעון

* חוזים (המקרה שהצגנו)
* נזיקין: אובדן סיכויי החלמה – מזיק שגרם לנזק ורופא התרשל ברשלנות רפואית אבל הנזק שנגרם הוא לא נזק וודאי, יש אי וודאות לגבי הנזק. אם לא היה רשלנות, זה לא היה מבטיח החלמה מלאה – מה צריך להיות הפיצוי?
* קניין: יש לי כרטיס לוטו ומישהו גונב לי אותו – איזה פיצוי הגנב חייב לי?

# שיעור 7 – המשך תיאוריה והתחלה של תרופות במשפט הפרטי (09.05)

**תרופות בראי הניתוח הכלכלי של המשפט – נזיקין**

יש מצבים בהם הפיצוי תלוי בשאלה האם הייתה התרשלות ויש פיצוי שיתקבל בין אם הייתה רשלנות ובין אם לא (=אחריות מוגברת/ מוחלטת).

בכל זאת יש הבדלים בין שני המשטרים – השפעה על רמת הפעילות של הצדדים. לדוג': רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע. עוברת ליד חווה, ומידי פעם יוצאים ממנה גיצים שגורמים לשרפות. נניח: טכנולוגית, הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק בכלל.

**מה בכל זאת ההבדל בין שני המשטרים?**

תחת כלל של רשלנות, הרכבת לא התרשלה, ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה. אבל תחת כלל של אחריות מוגברת (או מוחלטת), הרכבת כן תשלם פיצוי על כל נזק שנגרם לחווה, ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה.

**ביקורת אפשרית על כלל של אחריות מוגברת לאור דוג' זו**

החוואי יודע שהוא יפוצה בכל מקרה ולכן אין לו שום תמריץ לנסות למנוע את הנזק. בנוסף, אפשר לטעון שצריך להשוות את העלות שכרוכה בשינוי רמת הפעילות של החוואי מול העלות שכרוכה בשינוי רמת הפעילות של הרכבת בכלל של אחריות מוגברת ולהשוות ולראות מה נכון יותר במקרה זה.

ההבדל בין אחריות מוחלטת לאחריות מוגברת

ההבדל ביניהם נוגע לשאלת האשם התורם. באחריות מוגברת נתחשב באשמו התורם של הניזוק (יש מצב שפחית בעקבות זה בפיצוי). באחריות מוחלטת יש מצב שנתחשב באשם התורם של הניזוק אבל רק במצבים מאוד קיצוניים. כעיקרון לא נתייחס לאשם התורם, גם אם יש לו אחד כזה. למשל בחוק האחריות למוצרים פגומים, רק אם יש איזו אחריות מאוד ספציפית על הניזוק, לא תחול האחריות על הייצרן. זו דוג' לאחריות מוחלטת. במשפט הישראלי – גם אחריות מוחלטת יש אי קטן שמאפשר קיזוז מהפיצוי.

זה לא משנה לדוג' של הרכבת כי לא מסתכלים על האשם התורם של הניזוק.

**אתא נ שוורץ**

כיצד ניתן להבין את פס"ד לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין מבית מדרשם של קלברזי ומלמד?

עלויות עסקה נמוכות יובילו להגנה חזקה של צו מניעה ועלויות עסקה גבוהות יובילו להגנה חלשה יותר כדוגמת פיצוי. עלויות עסקה גבוהות יכולות להגרם מכל מיני תופעות לא רצויות כמו מו"מ ארוך. ואז גם אם העסקה יעילה, היא לא תקרה. דרך הרעיון של לתת פיצוי ולא צו מניעה במקומות שביהמ"ש רואה שהייתה יכולה להיות עסקה יעילה ולא הייתה בגלל עלויות עסקה גבוהות – אז כשביהמ"ש נותן את הפיצוי הוא נותן כלל יעיל לצדדים שבעתיד (אם לא נעשה עלויות עסקה יעילות, נקבל פיצוי ולא צו מניעה).

**אתא נ משרד האוצר:** התובעים באתא ביקשו מהמפעל שהוא ירכוש מהם את הנכס במחיר שהוא יותר גבוה ממחיר השוק (פי 3). המפעל טוען שהוא לא יכול לפצות בפיצויים גבוהים כי אז כל השכנים יבקשו גם פיצויים גבוהים (ואז הוא יפשוט את הרגל). התובעים לא מוכנים לרדת משום דרישה. המפעל פונה אל שר האוצר והגלגול הזה הוא עתירה לבג"ץ ושם מבקשים להפעיל את סמכות שר האוצר לפי פקודת הקרקעות ששם כתוב שיש אפשרות לשר האוצר להפקיע את הנכס מבעלות פרטית כשהרכישה הזו מועילה לציבור. בעלי המפעל הבינו שזה המוצא האחרון שיאפשר את קיום המפעל. שוורץ עותרים לעליון והעתירה הספציפית מוגשת שהייתה בעיה עם הפרסום ברשומות והם מנסים לעצור את ההפקעה של שר האוצר כי הם טוענים שמדובר בהליך חסר תועלת. ביהמ"ש העליון מתעסק בשאלה – מה קורה עם מאזן הנוחיות? עם הפגיעה הכלכלית שקורת פה? איפה ההתמודדות עם ההתנהגות הסחטנית לכאורה של העותרים? ביהמ"ש נאחז באמירה של שמגר בפס"ד המקורי בו הוא אומר שאם המפעל יוכיח בעתיד שהמטרד לא ניתן לסילוק ולמעשה אפשר להסתכל על מאזן הנוחות ולראות שיש נסיבות שמצריכות התבוננות שניה, אז המפעל יוכל לפנות לביהמ"ש ולשנות את הוראותיו. השופטים יכולים לערוך ניתוח נוסף אשר שם דגש על שיקולי יעילות. רואים בניתוח שלהם את החיבור בין הניתוח הכלכלי למשפט עצמו. מוסבר שהמפעל מעסיק 300 עובדים – מפעל חשוב. בנוסף, התובעים מתנהגים בצורה סחטנית – יש פה בעיה, עסקה יעילה שיכלה לקרות אך לא התרחשה בגלל הסחטנות, נוצר מצב של שיווי משקל לא בריא. ביהמ"ש מציין שאחרי שכל מה שעשה המפעל, הוא היה צריך למצוא דרך למנוע את התוצאה של סגירתו אבל בגלל שהתובעים לא הסכימו למכור את הדירה שלהם במחיר השוק, כל מה שנותר בידי המפעל לעשות הוא לפנות לשר האוצר לפעול לפי פקודת הקרקעות. ביהמ"ש ביטל את צו המניעה ואת צו הביניים ופסק פיצויים כערך השוק.

על רקע ההתפתחות של הכתיבה המאוד רצינית הכלכלית של המשפט ועל רקע ההפנמה של הכתיבה הזאת באקדמיה וגם בביהמ"ש, נכתב פס"ד זה.

בשורה התחתונה, ביהמ"ש יישם את הרעיונות שלמדנו עליהם מהמאמר של קלברזי ומלמד בפס"ד זה – שכאשר הוא רואה שיש התנהגות סחטנית, א"א להגיע לעסקה יעילה, ולכן עסקה לא יכלה לקרות ולכן ביהמ"ש לא ייתן צו מניעה במקרה זה. זוהי דוג' יישומית לאמירה של קלברזי ומלמד שכאשר עלויות העסקה גבוהות, לא יינתן צו מניעה.

**תרופות במשפט הפרטי**

**מתיאוריה לפרקטיקה – הקשר ביניהן**

מה עשינו עד כה?

* דיברנו על "החוקה הגאוגרפית" של המשפט הפרטי לפי תחומים
* הדגמנו חפיפה של כללים בתחילת הקורס
* דיברנו על תיאוריה – "המישור הרעיוני" של המשפט (ההבדל בין המצוי לרצוי; הבנה טובה יותר של החלטת ביהמ"ש לגבי התרופה; וחשיבה ביקורתית)

מה נעשה בפרק זה?

* נעסוק במצבי גבול – כאלה שכביכול נמצאים "בין דינים"
* נדגים כיצד החיבור בין הרעיונות התיאורטיים לבין המשפט, עוזר לנו להבין מה צריכה להיות התרופה במצבים האלה.

התיאוריה תעזור לעשות סדר בין הפוזיטיבי (המשפט כמו שאנחנו מכירים אותו – דוקטרינות, החוקים וכו') לבין הנורמטיבי (הדבר הראוי). לפעמים בזכות התיאוריה אפשר להפעיל חשיבה ביקורתית ולנסות לחדד את הרעיון בין המצוי לרצוי. נותנת לנו גם כלים להבין טוב יותר את מה שביהמ"ש עשה. בנוסף, נותן את הכלים להתמודד עם מקרים שעדיין חוקרים מנסים להבין למה ביהמ"ש פסק כפי שהוא פסק.

**חפיפה רעיונית**

נדבר על מצבי גבול של חפיפה בין תחומי המשפט הפרטי, וננסה להבין מה"סיפור העובדתי" מה האינטרס של התובע שעליו נרצה להגן בנסיבות המסוימות, ולפיכך מה התרופה הרלוונטית.

נדגים:

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

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

יש קשר מיוחד בין נזיקין לקניין – הרבה פעמים דיני נזיקין נתפסים כדינים שמגינים על הקניין ובאמת במשפט האנגלו-אמריקאי דיני הקניין התפתחו מדיני נזיקין. עם זאת, דיני הנזיקין הם הרבה יותר מהגנה על קניין. יש תחומים ואינטרסים שדיני הנזיקין מגינים עליהם שהם לא חלק מהקניין כמו רשלנות.

נשאל (מלשון השאלה) מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות

המאמר של קלברזי ומלמד הציע חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות קניינית. הם סבורים שבמקרים שמה שהם מכנים "כלל קנייני" המשפט מגן על מי שמחזיק בנכס באופן שלא ניתן להוציא ממנו את הנכס ללא הסכמה שלו – נותן הגנה מאוד חזקה לבעלות על הנכס. לעומת זאת, יש גם את "כלל אחריות" (נקרא לו השיעור "הגנה נזיקית") שאומר שעדיין מגינים על מי שיש לו זכאות בנכס אבל נותנים לו הגנה חלשה יותר – פיצוי אם תיפגע הזכות שלו, ולא צו מניעה. כלומר, יש הגנה אבל היא חלשה יותר.

ההגנות מתמקדות בעבירות:

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

מסקנה אפשרית מהחלוקה שקלברזי ומלמד הציעו, גם לפי השמות שהם נתנו לכללי ההגנה, שמבחינת העבירות של הנכס היא שבדיני הקניין ההגנה על זכות היא באמצעות הדרישה להסכמה לכל שימוש בנכס, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים.

מה האינטואיציה שעומדת מאוחרי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד? שליטה על האינטרס של בעל הזכאות.

מה האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד? הגנה על שוויו (בכסף) של האינטרס.

**האם החלוקה לכלל קנייני ולכלל אחריות, שהציעו קלברזי ומלמד, יכולים לעזור לנו להבין איך לפתור מקרי ביניים?**

Vincent v. Lake Erie Transportation Co.

עסק בתביעה של בעלים של מזח נגד בעלים של ספינה. בעלים של ספינה קשר אותה למזח בעת סערה והוא מבין שאם הוא לא קושר את הספינה שלא (בלי רשות של בעל המזרח), הוא יאבד את הספינה שלו. לא הייתה מחלוקת שלא התבקשה הסכמה של בעל המזרח. אחרי שהספינה נקשרה למזרח, היא פגעה בו וגרמה לו לנזק בגלל הסערה. קניינית, אין ספק שהמזח שייך לבעל המזח ובעל הספינה או כל אחד אחר לא יכול להשתמש במזרח ללא הסכמת הבעלים שלו (לא ניתנה במקרה זה). פס"ד זה מעלה שאלה קשה: האם בשעת צורך המשפט הפרטי מאפשר הגנה כלפי בעל קניין ואיזו סוג הגנה הוא מאפשר לבעל הקניין? יש 2 אפשרויות: (1) אם קובעים שללא הסכמה של בעל המזרח, אסור לבעל הספינה לקשור את הספינה למזרח, אז אין ספק שבעל הספינה הוא מעוול (בכך שהוא בכלל קשר את הספינה למזח). כלומר, מגיעה הגנה לבעל המזרח. (2) אם קובעים שלבעל הספינה היה מותר מלכתחילה לקשור את הספינה למזרח בנסיבות אלה, אז בעל הספינה לא מעוול, הוא התנהג בנסיבות אלה בצורה בסדר ולכן אין עוולה ואין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח.

מה שקרה בפס"ד הוא שדעת המיעוט קבעה שבנסיבות המסוימות של פס"ד, היה מותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח ולכן אין להגיד שהוא מעוול ולא תהיה הגנה לבעל המזח. דעת הרוב קבעה כי שבשעת הצורך בעל הספינה יכול היה לקשור את הספינה שלו למזח, ויותר מזה – אם בעל המזח היה מונע מבעל הספינה לקשור את הספינה למזח בזמן סערה, הוא זה שהיה לא בסדר. אך, יחד עם זאת, נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל המזח.

**ננסה להבין את הרציונליים מאחורי דעת המיעוט ודעת הרוב**

דעת המיעוט – במצבים של סערה זכותו של בעל הקניין הופכת לנחלת הכלל.

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

**התרופה הראויה בעניין Vincent – מפרספקטיבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט**

אם נבין את פס"ד של הרוב דרך הרעיון של קלברזי ומלמד, גם אם יש קניין לא בהכרח ההגנה תהיה מסוג קנייני (צו מניעה). בעצם קלברזי ומלמד הכירו לנו מושגים נוספים – כלל קנייני וכלל אחריות. כשיש שעת צורך, הזכאות עדיין שייכת לבעל המזח אבל ההגנה תעבור טרנספורמציה – מהגנה חזקה להגנה חלשה (פיצוי בלבד) ובצורה כזאת אולי נוכל להבין את הקביעה של דעת הרוב – שזה בסדר שבעל הספינה עגן במזח בשעת צרה אבל הוא עדיין צריך לתת פיצוי. פס"ד זה יכול להזכיר לנו מצבים שאולי אנחנו מכירים אותם – מצבי חירום במדינה. כשיש מצב חירום, המדינה למשל יכולה להפקיע רכבים ולפצות על כך. כלומר, אנחנו מכירים מצבים של הפקעה אבל שהמדינה מפקיעה. פה מדובר על הפקעה פרטית ובגלל זה יש לנו קושי בהבנה הזאת.

הכלל שניתן לחלץ מפס"ד: בלבול עד עצם היום, עם זאת, נראה שלפי דעת הרוב, במקרה של צורך אקוטי, הגנה של שליטתו של בעל הקניין, שלפיה כל המשתמש בקניין חייב את הסכמת בעליו, צריכה להיות מוחלפת בפיצוי בדיעבדי.

**האם ניתן להצדיק את פס"ד של הרוב בראי הצדק המתקן?**

על מנת לחשוב בכיוון זה, ננסה להבין, מהי הזכות שנפגעה? צדק מתקן לא מעניין אותו דברים חיצוניים אלא מעניין מהי הזכות שנפגעה ולפי הזכות שנפגעה, נגזור את התרופה שמתאימה, כי אחרת לא נוכל להשיב את המצב לקדמותו. ביהמ"ש אומר בעצם שמצבים של צורך הם מיוחדים – מאפשרים לבעל הספינה לקשור את הספינה שלו למזח, נותנים לו את הזכות ולכן הוא לא פגע בזכות של בעל המזח. אבל זה שמותר לו לקשור את הספינה בשעת הצורך, לא אומר שמותר לו לגרום למזח נזק. הזכות הזאת לא ניתנה לו. אז בעצם ניתן לומר שנפגעה פה זכות – לא עצם הזכות לקשור את הספינה למזרח אלא הזכות לשלמות המזח ולכן התרופה צריכה להיגזר בדיוק מהנזק. אם גרמת נזק למזח – אתה צריך לשלם על הנזק הזה. אפשר לתת פרשנות לפס"ד של הרוב דרך הפרספקטיבה של צדק מתקן.

# שיעור 8 – סעדים בקניין הרוחני/ ד"ר עמרי רחום-טוויג (23.05)

קניין רוחני=זכויות שהמשפט מעניק לתוצרים שהם לא מוחשיים (לא קיימים באופן פיזי) שיש להם ערך חברתי כלשהו.

**למה נותנים להם זכויות, למה מגנים עליהם?**

הצדקה כלכלית – רוצים לתמרץ. אבל למה אנחנו רוצים לעודד יצירה באמצעות זכות קניין? המניע הוא כסף. בעולם קפיטליסטי כשיש שוק שאמור לתפקד גורמים לתמריצים באמצעות קניין פרטי – זכות קניינית. אם זה המודל שבוחרים בו, צריך לשאול למה לתת זכות קניינית שמונעת מאנשים את השימוש בה?

העלות של דבר לא מוחשי הוא כמעט אפס ואם לא תהיה זכות קניינית על כך, כל אדם יוכל למכור את זה בזול מאוד כדי להרוויח את ההשקעה הראשונית שהם צריכים להחזיר.

הבסיס של זכות הקניין הוא להדיר – ככה אפשר למנוע מאנשים לבצע העתקות ואז להפנים את הערך של המוצר ואז להשלים את הערך של עלות המוצר ולהרוויח – זאת הסיבה העיקרית לתמריץ ולכן בוחרים בזכות קניינית. הגישה הכלכלית לא מדברת רק על התמריץ. היא מדברת גם על גישה – גישת הציבור למוצרים האינטלקטואליים שלהם יש ערך חברתי. מצד אחד רוצים לתמרץ כדי ליצור ומצד שני רוצים שתהיה גישה – יש איזון בין תמריץ לגישה וזה הבסיס לקניין הרוחני. לדוג': זכות יוצרים – מגנה על יצירות ספרותיות וכו' וכדי לעשות איזון הזכות הזאת קובעת כל מיני כללים. מצד אחד קובעת זמן ארוך להגנה ומצד שני שרק התוצר הוא מוגן ולא הרעיון – נועד לאזן.

אחד הכלים שיש לנו כדי לבצע את ההנדסה של האיזון בין תמריץ לגישה יכול להיות סעדים – עוצמת הסעד קובע את עוצמת הזכות.

מה הדין אומר של זכויות הקניין?

**סעד של צו מניעה** (הכי מובהק של זכות הקניין).

זכות הפטנטים: חוק הפטנטים (ס' 183(א)) – הסעד הראשון קובע שבתביעה על הפרה זכאי התובע בצו מניעה. למה הסעד כ"כ מוחלט? כי בתוך ההיקף של זכות הפטנט, תקופת ההגנה שניתנת יחסית קצרה ובתוכה רוצים שההגנה תהיה הרמטית.

חוק יוצרים (ס' 52): הפרה של זכויות יוצרים היא עוולה אזרחית. בס' 53 כתוב שמגיעה צו מניעה אלא אם ביהמ"ש מצא שלא נכון – פה זוהי לא היא זכות מוחלטת. הזכות פה חלשה יותר. בהשוואה לפטנטים צו המניעה של יוצרים הוא חלש יותר. המחוקק לא רצה להתוות מלכתחילה מתי מוצדק/לא מוצדק אלא רצה שביהמ"ש יעשה את זה על בסיס פרטני מהסיבה שבהקשר של זכויות יוצרים, יש נסיבות שונות של שימוש ביצירה שיכולות להצביע על שיקולים שונים למה אפשר להשתמש ביצירה. בישראל אין כ"כ פסיקה על ס' 53 אבל בארה"ב המצב קצת אחר. שם הסעדים של צווי מניעה הם לא סטטוטוריים אלא מדיני היושר. מדיני היושר כמעט תמיד מחייבים את ביהמ"ש לקבוע מתוך שיקולים של הוגנות. בישראל כשביהמ"ש שוקל צו מניעה הוא שוקל זאת מ2 שיקולים – סיכויי התביעה ומאזן הנוחות בין הצדדים (למי ייגרם נזק גדול יותר אם לא יינתן צו מניעה). בארה"ב יש 3 שיקולים (הוחלט בפס"ד eBay) – יחס בין הצדדים – למי ייגרם נזק; האינטרס הציבורי; ותו"ל סובייקטיבי. אם מיישמים את זה אז זה נותן לנו מתי כדאי להשתמש ביצירה בקניין רוחני. לדוג': אם החלטתי לכתוב ספרות מעריצים ולכתוב המשך להארי פוטר (ספר חדש, עלילות חדשות, דמויות חדשות) אם ג'י קיי רולינג תבקש צו מניעה זה סיפור מסובך יותר מאשר אם מישהו העתיק את הספרים שלה.

**פיצויים**

הפיצוי הוא בעצם סעד נזיקי ופחות קנייני – אמור להשיב את המצב לקדמותו. כדי שנוכל לפצות צריך לראות מה חסרון הכיס שנגרם לנו. אם נגרם נזק שאפשר להוכיח אותו – יהיה פיצוי. איפה זה מתחיל להיות מורכב? לא תמיד קל להראות איפה ומה הנזק שנגרם, בעיקר בקניין רוחני. יש מאפיין מאוד בסיסי של תוצרים אינטלקטואלים – שימוש בעותק אחד לא פוגע בעותק אחר בניגוד לתוצרים פיזיים (אם הוא נפגע – הוא נפגע). השאלה היא – האם הוא פגע ביצירה האינטלקטואלית שלי? ברמת המשתמש הבודד – לא בטוח שנגרם נזק ברמת היכולת לנצל את היצירה. לכל היותר הנזק שנגרם הוא אי היכולת למכור לאדם הפרטי הזה את היצירה. אבל אם אדם מכר ל2,000 איש עותקים במחיר זול, יש נזק בהיקפים גדולים יותר ולא רק ההיקפים – השתנה משהו בסיסי ביכולת שלי לנצל את היצירה שלי. לכן, זה מאוד מורכב לבסס מהו הנזק שנגרם. ולכן בדיני הקניין הרוחני רואים שמחוקקים נותנים לתבוע פיצוי ללא הוכחת נזק.

**השבה (restitution and disgorgement)**

restitution זה השבה של שווי הנכס שנלקח. disgorgement – השבה של טובת ההנאה של מי שנטל ממנו את הנכס, מה שהוא הרוויח מהשימוש בו. לדוג': מישהו השתלט על שדה שלי שא"א להחזיר את השדה. והוא גידל עליו מלפפונים ומכר את התוצרת החצי מיליון. ההשווה של החצי מיליון תהיה disgorgement. החזרה של מחיר השדה תהיה השווה רגילה.

2 הסוגים של השבות האלו אפשריים בעולמות הקניין. מה לגבי התקופה של מישהו שהשתמש בעותק של משהו שיצרתי? השבה של השווי של העותק הזה באותה תקופה. מה קורה אם הוא עשה עם העותק הזה פעולות נוספות, למשל מכר אותם, אז זה יחסית פשוט – כל רווח שהוא צבר, אמור להגיע אליי. אבל מה קורה אם מישהו כתב ספר המשך להארי פוטר והרוויח המון כסף – משיבים את ההתעשרות? גישה מקסימליסטית – כל מה שהופק שלא כדין מהפעולה הזאת, יש להחזיר. אבל בגישה יותר ניואנסית, בה עושים שימוש בסעדים כדי לקבוע את עוצמת הזכות – נבחן את המצב כדי להחליט על הסעד.

מנגנון שהוא מציע

הסיפור הוא הדוגמא של הארי פוטר: מישהו רוצה לכתוב ספר 8 לסדרה. כנראה התוצאה תהיה שתהיה חלוקת רווחים בינו לבין ג'י קיי רולינג על מה שהורווח מהספר ה8.

במנגנון שלו, זהה מבחינת התוצאה – חלוקת הרווחים בין היוצר ה2 ליוצר ה1. השינוי הגדול שלה היא שהיא קובעת את זה ככלל ברירת מחדל (בניגוד להיום). ואז כדי לאפשר ליוצר ה2 להשתמש במנגנון הזה, הוא יצטרך מראש ללכת ולהגיד שזאת היצירה ה1 וזאת היצירה ה2 ולבקש רישיון כפייה ולבקש שביהמ"ש יקבע מראש מה חלוקת האחוזים.

**למה זה טוב יותר?**

נותן יותר וודאות לצדדים – אפשר להשתמש ביצירה. כן ייווצרו יצירות שניות – מעודד יצירה.

עד כמה היוצר ה1 ייפגע? ביהמ"ש קובע מלכתחילה, לפני שיש פגיעה, איך לתגמל את היוצר הראשון כדי שלא ייפגע – אמור להגשים את כל התכליות. הוא זול יותר לתפעול מאשר בדיעבד. אם זה יהיה כלל ברירת המחדל – הצדדים יותר יגיעו להסכמה מלכתחילה ורק במקרה הקצה, יגיעו לביהמ"ש (עלויות עסקה – יותר עסקאות רצוניות ולכן יותר זול).

# שיעור 9 – המשך תרופות במשפט הפרטי (30.05)

**חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין**

הבדל מהותי בין נזיקין לחוזים

voluntary transactions לעומת involuntary transactions

**נזיקין:** מסדרים לנו מערכות יחסים בין אנשים זרים. למשל, תאונה – הדורס חייב כלפי הנדרס. והמקרה זה נוצרה ביניהם involuntary transactions.

**חוזים:** הצדדים נכנסו לקשר מרצון – voluntary transactions.

**מקרי הביניים שנדגים אותם:** נסיבות אשר יכולות לעורר עילה חוזית ולכן גם תרופה חוזית או עילה נזיקית ולכן גם תרופה נזיקית. כשיש הסדרה כפולה (מערכות יחסים שנולדו בהסכמה ומעוררות הסדרה כפולה: עו"ד-לקוח, אחריות יצרן).

**איך נדע איזו תרופה לתת במקרי ביניים?**

נשאל את עצמנו – על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן?

הקושי לקבוע אם מדובר במקרה שדורש תרופה חוזית או נזיקית נובע מכך שהתרופה לא נובעת מהחלוקה לקטגוריות, חוזים או נזיקין. נדגים כי במקרים כאלה, נצטרך להכריע, על איזה אינטרס של התובע אנו רוצים להגן, בהתאם לסיפור העובדתי:

חוזים – הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים.

נזיקין – הגנה על שלמות הגוף.

Hawkins v. McGee

**עובדות המקרה**

הרופא הבטיח יד מושלמת ("100% good hand") להוקינס שידו נכוותה כשהיה ילד. הוא עשה את הניתוח – נלקחה רקמה מהחזה והושתלה בכף היד. הרקמה נקלטה טוב אך בכף היד של הוקינס התחילו לצמוח שערות.

**שתי אפשרויות לתרופה (בהתאם לעילה):**

1. פיצוי נזיקי (כאב וסבל) – מה שהערכאה הראשונה החליטה לתת להוקינס.
2. פיצוי ציפייה (הגנה על הציפייה של הוקינס מהחוזה) – מה שערכאת הערעור החליטה לתת להוקינס.

**איך אנחנו יכולים להבין את העובדה שביהמ"ש העליון אומר שלא צריך לשלם פיצויים על כאב וסבל?**

על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן? לא הוכחה שהפרוצדורה שביצע הד"ר היא רשלנית. ניתן פיצוי על כאב וסבל – ככאב וסבל. אבל רק העובדה שיש כאב וסבל בפני עצמם, לא רלוונטיים – כל ניתוח, גם אם הוא מצליח, ככל הנראה גורם בין השאר לכאב וסבל. אבל הד"ר כן נתן הבטחה ליד מושלמת ועל בסיס הבטחה זו הוקינס נכנס לניתוח. לכן, נחשב את הפיצוי לפי פיצויי ציפייה (=ההפרש בין מה שהובטח לבין מה שניתן בפועל) – ההפרש בין הערך של היד הטובה לעומת הערך של היד שיצאה מהניתוח.

אפשר היה לטעון גם למצג שווא רשלני ואז להטיל אחריות ברשלנות – הרופא התרשל כאשר הבטיח הבטחה כזאת, היה בעייתי להבטיח את ההבטחה הזאת. בעייתי מכיוון שבהקשר זה היינו גורמים לנזיקין לגלוש לדיני חוזים, החוזה היה הופך להיות סוג של עוולה.

**חפיפה רעיונית בין עשיית עושר לנזיקין**

Moore v. Regents of the University of California

מור היה חולה בסרטן נדיר. הרופא שטיפל בו השתמש ברקמות שהסיר מגופו של מור במהלך הטיפול בו לצרכי מחקר על תאי סרטן. הרופא המטפל והאוניברסיטה שבה פעל ביה"ח רשמו פטנט והפיקו רווחים עצומים. מור גילה על כך ותובע את הרופא והאוניברסיטה על כך. האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין?

**טענות שעלו**

* **גזל:** תרופה נזיקית (ס' 55 לפקנ"ז – השבת הגזל), או בעשיית עושר (השבת טובת הנאה ס' 1 לחוק עשיית עושר), לשם כך יש להניח שרקמות אדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו. לקחת לי – תחזיר לי. בטענה זו, צריך להכריע שהרקמות הן בכלל הקניין שלו.
* **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 הרעיון של דוקטרינת ההסכמה מדעת. בעבר, ברוב מדינות ארה"ב, מצבים כאלה שבהם רופא לא מקבל את ההסכמה של המטופל שלו או הפר גם את חובת הגילוי שלו כרופא, לא טופל כרשלנות אלא כתקיפה. מכיוון שכשאתה לא מגלה את כל המידע הרלוונטי, אתה לא באמת מאפשר למטופל להסכים לטיפול בהסכמה מושכלת. כי תקיפה דורשת גם אי הסכמה. בהמשך, שופטים הרגישו לא בנוח לקרוא לרופאים תוקפים.

בהליך המקדמי, ביהמ"ש קיבל את טענת התקיפה ולא קיבל את טענת הגזל. הוא אומר – רופא צריך לגלות למטופל שלו את כל המידע שיש לו וזה כולל גם מידע כלכלי. הוא צריך להגיד לו שיש לו אינטרס כלכלי.

**למה ביהמ"ש קיבל את טענת התקיפה?**

רופאים חייבים לתת למטופל את המידע הרלוונטי לטיפול. כשקורה נזק לגוף, צריך להוכיח בהסכמה מדעת קש"ס. אם הייתי יודע מידע מסוים, לא הייתי עובר את הטיפול הזה. במקרה זה, זה לא קרה – הוא היה עובר את הטיפול גם אם זה היה לא מניב לו משהו כלכלי או גם אם כן.

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב על איזה אינטרס אנו רוצים להגן בנסיבות אלה:

האינטרס – יחסי אמון בסיסיים בין רופא לחולה. האינטרס שנפגע כאן הוא האמון של המטופל ברופא שלו. רופאים צריכים לגלות למטופלים שלהם מידע בקשר לטיפול שלהם, לרבות מידע על אינטרסים הכלכליים שעולים מהטיפול מכוח חובת האמון כלפיהם, כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים. לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע כלכלי הטמון בטיפול בו. כיצד נוכל להרתיע מהפרת חובת אמון? כשלרופא יש אינטרס כלכלי לטיפול, הוא חייב לחשוף אותו בנוסף למידע הרפואי. התרופה צריכה להיות קוהרנטית לדבר הזה – צריך להרתיע מפני הפרות חובת אמון ולכן צריך לגרום לכך שרופאים יחשפו כל מידע שיש להם שכולל גם ניגוד אינטרסים לא ע"י הסכמה מדעת אלא ע"י שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת חובת האמון או הסכמה היפותטית: "מי שקיבל שלא כפועל יוצא זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויה" (ס' 1 לחוק עשיית עושר).

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב על איזה אינטרס אנו רוצים להגן והוא יחסי האמון בין הרופא למטופל. רופאים צריכים לגלות למטופלים שלהם מידע בקשר לטיפול שלהם לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שעולים מהטיפול מכוח חובת האמון כלפיהם, זאת כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים. לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם לידע כלכלי הטמון בטיפול בו.

נרצה ליצור מצב של הרתעה ממצב של חוסר חשיפת מידע רלוונטי. נחשוב איך מעצבים את הפיצוי בהתאם למטרה שלנו? התשובה יכולה להיות שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת חובת האמון. אפשרות נוספת היא ללכת לכיוון של הסכמה היפותטית, חוזה מדומיין. אם הרופא היה מגלה למור על האינטרס הכלכלי, ככל הנראה היה נרקם בניהם חוזה, אחריו היה מתחקה בית המשפט ומפצה את מור עפ"י אותו חוזה.

אפשר לטעון שיש פה רווחים שהופקו על חשבון המטופל – חובת אמון שהופרה ואנחנו רוצים להגן על האינטרס של המטופל ואנחנו רוצים לשלול אותם (נמצאים תחת עשיית עושר) או לחלופין – הרווחים שנשללו ממנו בהסכמה ההיפותטית שלו, נמנעה ההסכמה שלו – ההתעשרות על חשבונו הייתה התחום החוזי שנמנע ממנו כאשר לא גולה לו המידע הזה. זה לא חייב להיות אותו סכום בשני המקרים (כמו בעניין Olwell).

**שאלת מחשבה:** כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח ס' 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פס"ד בעניין Moore v. Regents of the University of California לפי רעיון הצדק המתקן?

תשובה שלי: התרופה שמופיע בס' 1 לחוק עשיית עושר היא תרופת ההשבה. כלומר, על הזוכה להשיב למזכה את מה שקיבל ממנו שלא עפ"י זכות שבדין. בעדיפות להשבה בעין אך אם היא לא אפשרית/ סבירה אז השבה כספית. מטרת הצדק המתקן היא השבת המצב לקדמותו. שימוש בתאים של אדם, ללא ידיעתו, מפרה את זכותו וכך, כמו שפסק ביהמ"ש, זה מהווה תקיפה – הרופא לא גילה למור את המידע הרלוונטי ולכן לא הסכים לפרוצדורה הרפואית. לא רק שהרופא הפר את האמון בינו לבין מור, הוא גם התעשר על חשבונו ועל כן מגיע למור השבה של הרווחים שנעשו שלא כדין, על חשבונו. מתוך כך, זה ישיב את המצב לקדמותו ויבטא את עקרון הצדק המתקן.

**תשובה לשאלת מחשבה:** דיברנו על כך שהאינטרס עליו אנו רוצים להגן בעניין MOORE הוא האמון של מטופל ברופא שלו. אם זה האינטרס שרוצים להגן עליו, אזי 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 משום שהוא גזל ממנו את הזכות להיקשר בעסקה מרצון. כיצד נתאים תרופה לפגיעה בזכות זו? הזכרנו את האפשרות לאמוד את התרופה בהתאם לרעיון של חוזה היפותטי בין הצדדים – על מה היו הצדדים מסכימים ביניהם לו ניתנה למטופל הזדמנות להיקשר בעסקה מרצון עם הרופא (הערה: זו בהחלט שאלה אם ניתן לעקוף באופן כזה את השאלה הקניינית – האם למטופל זכות במידע על הרקמות; אין ציפייה שתדונו בכך כאן).

# שיעור 10 – תרופות בתובענות ייצוגיות/ ד"ר עומר פלד (06.06)

**סוגי זכויות במשפט הפרטי**

סוגי זכויות

* זכויות בסיסיות כלפי העולם (In rem). למשל הזכות לקניין; הזכות לשלמות הגוף.
* זכויות בסיסיות אישיות (In personam). למשל הזכות החוזית – ברגע שיש לי חוזה עם מישהו שמבטיח לי משהו נוצרת לי זכות שאני יכול לאכוף כלפיו.
* הרחבה של זכויות מהשדה הציבורי לספירה הפרטית. למשל הזכות לפרטיות; איסור הפליה.
* הרחבה של הזכות להתקשר בחוזה מרצון – הגנה מפני ניצול. למשל עושק; החלטות צרכנים – השמטת מידע, הטעיה ומניפולציות; השקעות בשוק ההון; הסכמה מדעת בהקשר הרפואי, חקיקה צרכנית – חוק הגנת הצרכן, חוק החוזים האחידים, חוק הבנקאות שירות ללקוח, חוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח); חוק ניירות ערך; חוק זכויות החולה.

הזכות שלי לשלמות הגוף היא כלפי כל העולם אך זכות התביעה שלי על פגיעה היא פרסונאלית – כלפי אדם ספציפי. במשפט האמריקאי משתמשים במונחים בצורה פרוצדוראלית.

תרופות במשפט הפרטי

מה התפקיד של התרופות ביחס לזכויות של הפרט?

* **פיצוי על נזק רכוש** (סעד בנזיקין): לפי השוואת שווי הרב לפי התאונה ואחרי התאונה או עלות התיקון. בדר"כ נחשוב על שילוב בין השניים – האם נותר אחרי התיקון פערים בשווי. התכלית היא השבת המצב לקדמותו.
* **השבת רווחים משימוש בנכס של אחר ללא הסכמה** (סעד בעשיית עושר): קלברזי ומלמד כותבים מאמר שמדבר על זכויות והגנה על זכויות. הם אומרים שאפשר להגיד על כל דבר – כלל אחריות וכלל קניין. כלל אחריות – יש לי זכות ואפשר לקחת אותה בכפיה אך מי שלוקח אותה בכפיה הוא צריך לשלם לי פיצוי. כלל קניין – הזכות שלי מוגנת בכלל קנייני. כלומר, א"א לעשות שימוש בזכות שלי ללא הסכמה מפורשת שלי. אם מישהו עדיין עושה את זה – אין צורך להשיב את המצב לקדמותו אלא צריך להשיב את המצב הכלכלי של המיטיב אילו היו מבקשים ממנו רשות – מנתבים את האינטראקציה ממקרים של פעולה חד צדדית לפעולה דו צדדית. אם אדם שפולש לי לדירה היה מבקש, אז הוא היה צריך לשלם לי שכר דירה ולכן אם מישהו לא מבקש ממני רשות, צריך לשלם את השכר דירה. אפשר לחשוב על זה כסעד הרתעתי – מקיום מעסקאות כפולות (אקח את כל ההתעשרות שלך).
* **פיצוי ללא הוכחת נזק** (סעד ייחודי בדיני איסור הפליה/ לשון הרע ועוד): בדר"כ פיצוי ללא הוכחת נזק ניתן במקרים שבה הפגיעה יש בה אלמנט ציבורי. קשה לאמוד את הנזק.

יש 2 תכליות מרכזיות – שמירה על זכויות והרתעה מפני הפרתן. הרתעה מיועדת לאנשים הבאים ולכן התכלית שלה היא ציבורית. לעומת זאת שמירה על זכויות היא בעלת תכלית אישית. רשות להגנת הצרכן – מטילה סנקציות ציבוריות. לעומת זאת המועצה האזרחית לצרכנות מפעילה כלים אזרחים. שניהם גופים שהוקמו ע"י המדינה אך הכלים שהם משתמשים הם ציבורי ופרטי והמטרה של שניהם היא ליצור הרתעה. זה נועד ליצור מנגנונים שמשלימים אחד את השני ביצירת הרתעה.

**תת-אכיפה של זכויות**

תת אכיפה של זכויות כבעיה מארגנת במשפט הפרטי

תת אכיפה כבעיה – אנשים שיש להם זכות תביעה והם לא תובעים. אם זה קורה הרבה – זאת בעיה.

האם יש ספרות מסוימות שקיימות בהם תת אכיפה?

אם יש תת אכיפה זה פוגע בזכויות של אנשים ובהרתעה.

**למה קיימת בעיה של תת אכיפה?**

1. פערי עלות תועלת – העלות של הגשת תביעה גבוהה מהתועלת. זה יכול להיות גם כי הסעד מוגבל למשל, חייבו אותי 40 אג' יותר בקרטוני חלב. מעטים האנשים שיגישו על כך תביעה ולכן אין שום תמריץ לא לייקר את המחיר. יש מקרים בהם יש עלות גבוה מאוד של ניהול הליך. למשל כשיש פערי כוחות בין הצדדים (אחד מאוד גדול ועשיר ואחד קטן). עוד דוגמא – כאשר הבירור העובדתי מאוד קשה. למשל תביעה נגד מפעלים במפרץ חיפה על תחלואה בסרטן במפרץ חיפה.
2. פערי מידע – אנשים יכולים לא להיות בכלל מודעים לזכות שלהם. עוד משהו – יכול להיות שאנחנו מודעים לזכות אך לא מודעים להפרה.
3. חסמי מוטיבציה. למשל, פחות מ5% מגישים תביעות על רשלנות רפואית. יש מוטיבציה חיובית כמו אמפתיה או אמון ואז לא תרצה לתבוע מישהו שיש לך כלפיו אמפתיה. יש מוטיבציה שלילית כמו תלות, חשש – למשל יחסי עובד-מעביד.

**מה הבעיה עם תת אכיפה של זכויות?**

* הבעיה החוקתית: גישה לערכאות היא זכות יסוד ותת אכיפה מגלמת כשל סיסטמתי בגישה לערכאות. המדינה מנסה לפתור את זה ע"י יצירת מנגנונים שנועדו לסייע כמו ביהמ"ש לתביעות קטנות.
* הבעיה החברתית: כל התכלית של אכיפה כמנגנון שיוצר הרתעה היא למנוע נזקים באחרים – מגדיל את הסיכוי לפגיעה באדם אחר.
* הבעיה הפרטית: הזכויות שמקנים במשפט הפרטי נועדו שיממשו אותם ואם יש זכות שאני לא יכול לממש, היא מרוקנת מתוקף והיא לא מממשת את העיקרון של צדק מתקן.
* הבעיה הממסדית: מצבים של ריבוי הליכים – ניהול מס' רב של הליכים במקביל מקשה על המערכת ולפעמים גורם לתת אכיפה. **פס"ד שתיל:** האם להכיר בתביעות נגד המדינה בהקשר של הבטחות שלטוניות? אומרים שאין להכיר כי זה גורם להצפה של ביהמ"ש – מאוד יקר ומסורבל. זה אומר ששוללים מאנשים זכות שיש להם בדין המהותי כי זה יוצר עלויות מערכתיות. השופט אדמונד לוי דוחה את הטענה על בסיס אמפירי – לא הוכיחו שיש הצפה של ביהמ"ש. יש גם בעיה של יצירת קשיים מערכתיים מסוג של החלטות סותרות – שרירותיות במימוש הזכויות.

**תובענות ייצוגיות ככלי להגברת האכיפה**

פתרונות קיימים לבעיית תת-האכיפה

הפתרונות תלויים במה אנחנו חושבים שהבעיה. הפתרונות קיימים לא רק בהקשרים של סעדים פרוצדורליים. למשל הגדלת הפיצוי.

**הגדלת הפיצוי**

דוג': ריבית עונשית. הלנת שכר – לא משלמים את הכסף עד ה1 לחודש. מרגע שעבר ה10 לחודש מתחילה להיצבר ריבית שבועית מאוד גדולה. הריבית הזאת לא משקפת את הנזק שנגרם לעובד, היא הרבה מעל ולכן היא ריבית עונשית.

הגדלת הפיצוי עוזרת לפתור תת-אכיפה מכיוון שזה יוצר הרתעה. בנוסף, זה מעודד את הפרט להגיש תביעה – הפיצוי גדול יותר.

נשלול מהפרט את הזכות שלו להחליט אם הוא עומד על הזכות שלו. למשל: תביעה בשם המלך (Qui tam pro domino rege quam pro se) – המלך הוא המדינה. לפעמים נעשים מעשי עוולה נגד המדינה והיא לא יודעת על זה. שלילה של הזכות הפרטית של המדינה. לדוג': כאשר המדינה היא שחקן במשפט הפרטי. למשל כשהיא עושה חוזים (רוכשת לחם, ברזל, חוזי עבודה וכו'). המדינה רוכשת שירותים, בעלת נכסים וכו'. המדינה נפגעת ללא ידיעתה כאשר יש למשל הונאה.

עוד דוג' לכך היא **תביעה נגזרת** – כשבעל מניות של חברה תובע בשם עוול שנעשה לחברה – הוא יכול לחייב את החברה להגיש תביעה והוא יכול לקבל סעד שנקרא גמול. כשהזכות התביעה של החברה היא נגד המנהלים של החברה.

הסדר נוסף הוא **תביעה קבוצתית** – אם נעשה מפגע סביבתית, אדם יכול להגיש תביעה קבוצתית. הוא לא צריך את כל הקבוצה והתביעה מוגבלת בהסרת המפגע – זה הצו היחיד שהיא יכולה לקבל.

אפשר גם לעשות **אכיפה פלילית ורגולציה**.

אכיפה פלילית-מנהלית כחלופה לאכיפה פרטית

יש בעיה של תת-אכיפה פלילית-מנהלית. יש למדינה בעיית מוטיבציה – הפקיד במשרד שצריך לקבל החלטה לבצע רגולציה נגד גורם פרטי חושב הרבה פעמים על העתיד שלו – אם הוא ילך לחברה פרטית.

המדינה יכולה לעשות הפרטה – רק שמים כסף על מי שמנהל את הפרויקט אבל לא נעשה את זה בעצמנו כי אנחנו לא טובים בניהול פרויקטים.

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 ככלי להגברת האכיפה**

תובענה ייצוגית כפתרון לתת-אכיפה

**מה זו תובענה ייצוגית?**

תביעה במשפט אזרחי שבה אדם יחיד תובע בשם קבוצה. התובענה הייצוגית מבוססת על מקרים בהם ישנם נפגעים רבים, אך לכל אחד מהם נגרם נזק קל ולכן לא כדאי לכל אחד מהנפגעים להגיש תביעה (עקב העלויות והטרחה הכרוכים בכך). התובענה הייצוגית מאפשרת לתובע הייצוגי (שהוא חלק מקבוצת הנפגעים) לתבוע בשם הקבוצה כולה ולקבל פיצוי מוגדל מיוחד עבור טרחתו. היא נתפסת ככלי דיוני.

מנגנון שבו אדם מגיש תביעה בשם עצמו ובשם אחרים (קבוצה בלתי מסוימת – אנשים שעוד לא זוהו).

**איזה גורמים של תת-אכיפה המנגנון פותר?**

פותר גורמים של עלות-תועלת, ידע ומוטיבציה.

* עלות-תועלת: מצדיק את ההליך (למשל בפס"ד עם החלב).
* ידע: סביר שהרבה לא ידעו על זכות ואחד כן ידע. יוצר תמריץ ליצירת הידע.
* מוטיבציה: גם אם רוב האנשים לא רוצים להגיש תביעה, מספיק שאחד רוצה ואז הוא יגיש. בעיה – צריך להפריד בין 3 סוגים של בעיות מוטיבציה. הראשונה היא מסוג "לא נעים" ואז תביעה ייצוגית פותרת את הבעיה. הסוג השני היא "אני מפחד" ואז זה גם פותר. סוג שלישי הוא שזה נוגד את האינטרס שלי ותביעה ייצוגית שכופה עליי להיות תובע במובן הזה פוגעת בי. מנגנון התביעה הייצוגית פותר את זה כי חייבים לפרסם את התביעה ויש מנגנון שמאפשר לכל חבר קבוצה לצאת מהקבוצה.

**איך התובענה הייצוגית פותרת את הבעיות של תת-האכיפה?**

* הבעיה החוקתית: אדם מגיש בשם כל הקבוצה.
* הבעיה החברתית: אם המזיק/ המעוול משלם לכלל חברי הקבוצה פיצויים, נוצרת הרתעה יעילה.
* הבעיה הפרטית: מאפשרים לכל הקבוצה לעמוד על הזכויות שלהם.
* הבעיה הממסדית: פותר את הבעיה של ריבוי הליכים וכך גם אין הכרעות סותרות.

**המטרות של תובענות ייצוגיות**

ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות אומר מהן המטרות של תובענה ייצוגית:

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

איך אנו בונים את היחס בין התכליות האלו ובין הסעדים (ובמיוחד עם שימת דגש על המטרה האחרונה)?

**דיון מהותי-פרוצדוראלי**

היחס בין הדין הפרוצדורלי והמהותי בתובענה הייצוגית

הכלי של תובענה ייצוגית מאפשר לתובע המייצג לתבוע בשם כל החברים שנפגעים (חברי הקבוצה) והוא מבקש סעד על הנזק שנגרם להם. הנזק לא חייב להיות אחיד – יכול להיות שהנזק שונה. מעבר לזה, אפשר לתבוע את כל הסעדים שניתנים במשפט הפרטי (השבה, פיצוי וסעד). אם זה רק כלי פרוצדורלי, הסעדים צריכים להיות מוגבלים בכמה היבטים – לא יכול שינתן סעד למי שאין לו עילה (לא חבר קבוצה). חייבת להיות גם התאמה מלאה בין הנזק שנגרם לכל חבר קבוצה שרמה האינדיבידואלית לסעד שהוא מקבל.

הוזלת הליך – נקריב את המטרה של סעד הולם לנזק לטובת מטרה של ניהול הולם של ההליך וכך ההליך יהיה מהותי. אך חושבים על זה כהליך פרוצדוראלי. בדר"כ יש הבדלים בין חברי הקבוצה. אם כל אחד צריך להוכיח את הנזק האישי שלו, זה לא חוסך שום דבר ולכן יהיה עדיין תת-אכיפה. לדוג': בארה"ב הסכמי פשרה בתביעות ייצוגיות של קופונים. כמה אנשים היו זכאים לשובר וכמה אנשים מימשו אותו? שיעור המימוש בדר"כ נמוך מ10%. נתבעים מעדיפים בגלל זה תפיסה פרוצדוראלית.

**ס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות** כולל מנגנון הוכחה פרוצדוראלי – ביהמ"ש יכול לפסוק פיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה/ פיצוי שווה לכולם. ביהמ"ש רשאי להגיש נאמן על פס"ד שהוא חיצוני לביהמ"ש שתפקידו לקבל תביעות הוכחת נזק ולהכריע בהם – אמור להוזיל את ההליך.

סעד לעתיד מערב גם ולפעמים רק אנשים שהם לא חברי קבוצה אך ביהמ"ש משתמש בסעד זה כי זה כלי להשגת סעד לאוכלוסייה בכלל. החוק מכיר באפשרות של סעד לציבור וקובע שהתובע הייצוגי יכול לקבל גמול לכך שזה קורה. מעבר לזה, אפשר לראות שהיחס בין סעדים בתביעה ייצוגית והתכלית הפרוצדורלית מטשטשים כאשר יש סעדים של פיצוי. למשל פיצוי ממוצע ואז מתרחקים מהתכלית הפרוצדורלית (אף אחד מחברי הקבוצה לא יקבלו את הפיצוי שהם זכאים לו וזה בגלל ההליך הפרוצדורלי כי אם הם היו מנהלים הליך פרטי הם היו מקבלים פיצוי שמותאם להם). הסטייה הכי קיצונית מהקשר בין התביעה הייצוגית להליך הפרוצדורלי – זהות חברי הקבוצה. החוק מתיר לביהמ"ש כשלא קל לזהות את חברי הקבוצה, לפצות את מי שהוא חושב שהוא חלק מהקבוצה. למשל בפס"ד של החלב – הסעד הוא הנחה על החלב וכך לא בטוח שמי שנפגע יפוצה וגם יכול להיות שמי שלא נפגע יפוצה.

פגיעה בזכויות מהדין המהותי

**ס' 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות:** "הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה, שהוגשה נגד נתבע שאינו מנוי בפסקה (1), רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו, כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע, לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור".

ביהמ"ש רשאי להפחית את הפיצוי אם זה פוגע בציבור הרחב. למשל אם בנק הדואר עשה איזושהי פעולה והוא אומר שאם הוא ישלם את הפיצוי לכולם, זה יוביל לקריסה כלכלית שלו. זה מהווה לשיקול להפחתה בפיצוי בפס"ד שאמור לאכוף לפי הדין המהותי. ביהמ"ש לא רשאי בדר"כ להפחית מהפיצוי של התובע אם זה מכביד על הנתבע.

הרעיון של 20(ד)(2) הוא שהמטרה של האכיפה היא לשרת את הציבור – התכלית היא לא רק פיצוי לניזוק ועמידה על הזכויות של הפרט אלא שיש פה גם תכלית ציבורית ויש לאזן ביניהם.

**ס' 20(ה) לחוק תובענות ייצוגיות:** "בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון".

התובע יכול לקבל פיצויים ללא הוכחת נזק, אך בתביעה ייצוגית לא מאפשרים את זה.

איך אפשר להסביר את 20(ה)? אם מגישים תביעה ייצוגית אז פתרנו את הבעיה של תת האכיפה ולכן אין צורך בפיצוי עונשי. לכן הגיוני שסעיף 20ה שולל פיצוי עונשי.

הרחבה של הדין המהותי

תביעה ייצוגית מאפשרת סעדים שלא מוכרים בדין המהותי.

**פגיעה באוטונומיה**

לא הוכר בתביעות פרטניות. בתביעה של תנובה הבינו שהדוקטרינה שלקוחה בדיני הנזיקין רלוונטית. התפיסה הזאת מוכרת רק במסגרת תובענות ייצוגיות. הרחבה של מערכת הסעדים והזכויות דרך המנגנון של תובענה ייצוגית.

**פיצוי בקירוב (Cy pres)**

לא נפצה את האנשים עצמם אלא נפצה אותם פיצוי אחר – נמצא אינטרס שנראה שחברי הקבוצה מעוניינים בו וננתב את הפיצוי לשם. למשל בתביעה על הגנה על ערכי טבע – יש חלק מאנשים שלא אוהבים לטייל בטבע אך אוהבים לדעת שהוא שם ולא רוצים שהוא ייפגע. על זה א"א לפצות. אבל אם אני אתן פיצוי לעמותה שמשקמת את הטבע – משקפת את האינטרס הכלכלי של האנשים האלו. זה הרעיון שאומץ אחרי כן לכספים לתרומות.

**פיצוי הסתברותי**

בתנובה ראינו שיש פיצוי המבוסס על משאל צרכנים – אף אחד לא יכול להעריך את הנזק וכך מעריכים את הפיצוי לפי משאל צרכנים.

# שיעור 11 – שיעור חזרה למבחן (20.06)

**סיכום של השיעור**

התחלנו בקטגוריות במשפט הפרטי – חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר. דיברנו על הרעיונות המרכזיים שעומדים מאחורי הדינים האלה מתוך הבנה שתרופות לא ניתנות מתוך חלל ריק אלא נגזרות מתוך רעיון שיש בבסיס כל אחד מענפים אלה. קודם צריך להבין באיזה ענף אנחנו נמצאים ומה תורמת השייכות לכל אחד מהענפים. למשל: חוזים – הסכמה משותפת, ממשים את הרצון של הצדדים, רוצים לעודד וודאות וציפייה. איך מה קורה אם הדברים יעלו על שרתון? כל הדברים הללו לא יתממשו. התרופות הן רשת שאנחנו זקוקים לה כדי לפעול.

אחרי בחינה של התרופות בענפי משפט בחרנו בצורה עמוקה יותר – מטרות. דרך הסיפור של מקדונלדס (הקפה הרותח) שואלים אם יש איזשהו רעיון/ רציונל עמוק יותר. יש 2 תיאוריות דומיננטיות: (1) צדק מתקן (2) יעילות (או מקסום רווחה מצרפית). התיאוריה נותנת את התשתית.

כשהתחלנו לדבר על צדק מתקן דיברנו שא"א לדבר במונחים של מטרות כי צדק מתקן מסתכל על העולם כאילו הוא מבטא שוויון בין אנשים – לאנשים יש זכות לממש את עצמם ואם מישהו פוגע בזכות של מישהו אחר, הוא הפר את החובה שלו אליו (קורלטיביות). אם מישהו נוגס מזכות מסוימת, הוא צריך לתת תרופה. וזה מסביר את הקשר הייחודי בין תובע ונתבע. לכן, השבת המצב לקדמותו תהיה דרך התרופה. ולכן היא מגיעה דווקא מהנתבע. בנוסף, זה יכול להסביר לנו את האופן שבו בנויה התרופה – התרופה צריכה להיות המשך של הזכות שנפגע ובעצם התרופה בנויה עפ"י מידותיה של הזכות שנפגעה. צריך כל פעם לזהות את הפגיעה בזכות כדי שנוכל להתאים אליה את התרופה הרלוונטית ("סיר ומכסה"). הדבר הזה הסביר לנו מה המשמעות של תרופה (לא מטרה).

הרעיון השני הוא תרופות בראי הניתוח הכלכלי של המשפט. מבחינה זו, אפשר לדבר על התרופה במונחים של מטרות. בהקשרים הללו אפשר לחשוב על התיאוריה הכלכלית כתיאוריה אינסטרומנטלית – מטרה של הקצאת רווחה מצרפית. בהקשר הזה דיברנו על חוזים ונזיקין. חוזים – נעשה חוזה רק אם זה מגדיל את הרווחה המצרפית של 2 הצדדים לחוזה – חוזים הם דבר יעיל. עקב הגדלת הרווחה המצרפית של 2 הצדדים לחוזה, הרווחה המצרפית הכללית תגדל. עם חוזים הרבה יותר קל להבין למה הם מגדילים את הרווחה המצרפית. אבל לגבי נזיקין – מנסים לצמצמם כמה שיותר עלויות. מנסים למזער את הפגיעה ברווחה המצרפית. כשחושבים על נזיקין בצורה זו, אז לומדים דרך הדבר הזה רעיונות מרכזיים של פיצוי – נוסחת הנד, מונע הנזק הזול ושוקל הנזק הטוב ביותר. ניתן את התרופה רק אם זה יעיל לתת אותה. ולמי ניתן את התרופה. וזה מתיישב עם עוד רעיונות של דיני הנזיקין.

אח"כ דיברנו על רעיון של פיצויים לפי משטר של רשלנות לעומת משטר של אחריות מוגברת או מוחלטת. ואז דיברנו על הקשר שבין עלויות עסקה ותרופות לפי התזה של קלברזי ומלמד – כשעלויות עסקה הן נמוכות הן יעילות ואם הן לא קרו אז או שהן לא יעילות או שעלויות העסקה גבוהות. דרך פס"ד אתא נ שוורץ ראינו איך ההיגיון הכלכלי עובד ואיך הרעיון של קלברזי ומלמד עובד.

אחרי הבנת הרעיונות התיאורטיים, התחלנו להבין שלא תמיד יודעים באיזה תחום אנחנו נמצאים והרב פעמים הקייסים מערבבים כמה תחומים יחד. באמצעות רעיונות הבסיס והרציונליים של המשפט הפרטי אפשר לשאול שאלות עומק – על איזה אינטרס רוצים להגן בקרה מסוים? לפעמים זה מאוד ברור אך לפעמים זה לא והדברים מורכבים יותר (כמו רגעי צורך בפס"ד VINCENT).

**תרגול למבחן**

המבחן יהיה 4-5 שאלות. 17 מילים לשורה בערך ועל סמך זה היא מחשבת את התשובות לשאלות. אם היא נותנת לנו שאלה עם 6 שורות, התשובה יכולה להיות 4 שורות.

**שאלה 1 (מקסימום 4 שורות, 68 מילים)**

האם לשיטתם של קפלן וקסטיאל, כל שהסיכון הכרוך במיזם בעת הקמתו גדול יותר, ראוי שביהמ"ש ייתן פיצוי גבוה או נמוך יותר? הסבירו.

**שאלה 2 (מקסימום 6 שורות, 102 מילים- כל שורה 17 מילים)**

בבעלותו של רונן אופנוע ים חדש. כאשר רונן הגיע לים, הוא הופתע לגלות שהכול ריק מאדם. הוא הסתכל בנייד וגילה שסערה גדולה מתקרבת. רונן חשש להשאיר את האופנוע על חוף הים בשעת סערה, פן ייגרם לאופנוע נזק גדול, לכן, בעוד הוא רץ לתפוס מחסה עבור עצמו, קשר את האופנוע לגדר של מסעדה הממוקמת על חוף הים(המסעדה הייתה ריקה מאדם בשל הסופה המתקרבת, ולכן רונן לא יכול היה לבקש את הסכמת הבעלים של המסעדה). בחלוף הסערה, רונן שמח לגלות כי האופנוע ניצל. לצערו, האופנוע גרם נזק לגדר המסעדה. בעל המסעדה דורש מרונן פיצוי.מבין האפשרויות הבאות, מה נכון?

1. לא יינתן לבעל המסעדה פיצוי משום שהייתה לרונן זכות לקשרו את האופנוע לגדר המסעדה.
2. לא יינתן פיצוי לבעל המסעדה למרות שלא הייתה לרונן זכות לקשור את האופנוע לגדר המסעדה.
3. הייתה לרונן זכות לקשור את האופנוע לגדר המסעדה אך בעל המסעדה זכאי לפיצוי.

**שאלה 3 (מקסימום 3 שורות, 51 מילים)**

רנה גילתה כי מחשבונה נמשך סכום גדול, ללא הרשאתה. לאחר בירור, גילתה כי הכספים הוצאו מחשבונה במעשה רמאות ע"י חברתה אשר השתמשה בייפוי כוח מזויף לצורך הפעולה. רנה תובעת את הבנק לפיצוי על הנזק הכלכלי שנגרם לה. הבנק טוען להגנתו, כי גם הוא צד תמים למעשה הרמאות.

באיזה טיעון כלכלי תוכל רנה להשתמש כאשר תטען כי על הבנק לפצותה?

**שאלה 4 (מקסימום 2 שורות, 34 מילים)**

מה ההבדל העיקרי בין פיצויים בדיני נזיקין לבין פיצויים בדיני עשיית עושר?

**שאלה 5 (מקסימום 4 שורות, 68 מילים)**

שירלי שלמדה את הקורס תרופות במשפט הפרטי, הסבירה לאחותה בהתלהבות: "לפי תפיסת הצדק המתקן, עם הפגיעה בזכותו של התובע, מתבטלת הזכות. התרופה נועדה להחליף את הזכות שהתבטלה". מה דעתכם על דבריה של שירלי?