*שיעור 1 כג׳ אדר 7.03.2021*

תרופה = סעדים במשפט, מענה שהתובע מקבל מטעם מערכת המשפט.

סעדים = אכיפה, פיצויים, שלילת רווח, ענישה, צווי מניעה, העברת נטל ראיה וכו׳.

רוב התביעות מוגשות כדי לקבל את הסעד, בכדי לקבל את מענה המשפט לפגיעה בתובע.

**ארבעת הענפים שנעסוק בהם: חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר.**

סקירה היסטורית: עד המאה 19, הטקסטבוק האמריקני היו מאורגנים לפי סיטואציות (בעל חווה מול העובד שלו וכו׳), הכל היה נידון תחת מטריה אחת.

החל המאה ה19 היה ניסיון להפוך את המשפט לסיסטמתי, ״המשפט כמדע״, ונוצרו שלוש קטגוריות ברורות: חוזים, נזיקין וקניין. עשיית עושר נוצר מאוחר יותר.

כיום אנחנו רואים בעיה, קייס, וישר מאבחנים ומקטלגים אותה באחת מהקטגוריות (כמו רפואה, מאבחנים מחלה ומתאימים לה תרופה).

המחיר של חלוקה לקטגוריות

דוגמה לחפיפה תיאורית (דיסקרפטיבית)

חוק המקרקעין, שימוש בכוח נגד הסגת גבול ס׳ 18 (א), (ב) בסעיפים הנ״ל ישנה הגבלה של שלושים ימים מיום התפיסה.

פקודת הנזיקין, הגנה מיוחדת ס׳ 24 (2) בסעיף הנ״ל אין הגבלת ימים למנוע תפיסה.

במקרה הנדון, מדובר בעוולה נזיקית שרלוונטית גם לקניין, ולפיכך היא נמצאת בשני חוקים שונים. ההגנה של בעל הרכוש, תקף פעם אחת לפי פקודת הנזיקין, אך אינו תקף לפי דיני הקניין (אם עבר מעל ל-30 יום). החלוקה לקטגוריות במשפט הפרטי עשויה להוביל למצבים בהם החפיפה יוצרת התנגשות, וזה מחיר שמשלמים על חלוקה של הגדרת המשפט כמדע. מבחינה תיאורית יש קושי אנליטי, אך מבחינה תאורטית זה מסתדר, יש הגיון.

***דיני חוזים*** מבססים באופן משפטי את רעיון ההתקשרות בין שני צדדים. אנחנו רוצים לתת לאנשים הסתמכות, ודאות וציפייה, אוטונומיה ותועלת (ניתוח כלכלי- חוזה יעיל אמור למקסם את התועלת המצרפית, לקבל את העדפה הכי טובה של שני צדדים ולהגדיל את העוגה).

התרופות במשפט נועדו להגן על הצדדים מ״העולם הלא משולם״ (העולם שלנו) בו חוזים מופרים.

***דיני נזיקין*** הינם דיני אשם (לא בהכרח אשם מוסרי [רשלנות]) במשפט הפרטי. החבות בנזיקין היא החובה לא להזיק, יסוד הנזק. בעולם לא מושלם ישנה חלוקה בין מזיק לניזוק ובין לפני ואחרי. הניזוקים הפוטנציאלים צריכים את המשפט בשביל לא לפחד יתר על המידה. אנחנו צריכים את המשפט כדי שאם משהו כן קורה, במובן הכי פרגמטי, שכן יהיה פיצוי, שהניזוק יוכל להמשיך לחיות למרות העוולה שקרתה. התרופה לא תהייה מושלמת, התרופה לא תשיב את המצב לקדמותו באופן הפיזי אך יהיה ניתן להמשיך לחיות אחרי העוולה, פיצוי בדיעבד (ex-post). כן למנוע ממזיקים פוטנציאלים להזיק, למנוע מלכתחילה (ex-ante) נזק פוטנציאלי. אי אפשר לדבר על דיני נזיקין מבלי לדבר על המנגנון התרופתי.

***דיני הקניין-*** ללא דיני הקניין, החזק גובר, מה ששלי שלי עד שהחזק לוקח לי אותו. הרעיון התיאורי הוא לקבוע כי עם הרכוש של אדם הוא יכול להגשים את עצמו ואת הרצונות שלו. שליטה ואוטונומיה. התרופות נועדו גם למנוע מלכתחילה פגיעה בקניין האישי של האזרח וכן פיצוי בדיעבד במקרה של פגיעה בקניין.

***דיני עשיית עושר ולא במשפט -***מטילים על אנשים אחריות בזמן שאנשים היו פסיבים לחלוטין, ועדיין חלים עליהם חובת השבה, דינים נטולי אשם. מתמקדים בנתבע וברווח שנוצר לנתבע לא מתמקדים בנזק שקרה לתובע.

סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט חובת השבה (א) לא כדין, התעשרות, על חשבון מישהו אחר. (ב) התעשרות באה כתוצאה מפעולה הזוכה, המזכה או בדרך אחרת.

התפתחות היסטורית: דיני עשיית עושר מיוחדים מאוד כיוון שהתפתחו מתוך צורך בתרופה. היתה תחושה שלפעמים צדדים לא באמת נקשרו בחוזה, אבל עדיין נדרש מענה; עקב תחושת אי-הוגנות- שתרופה אינה מספקת. במשפט האנגלי התפתחו 'דיני יושר' למערכת המשפט המקובל (יופי המשפט שהוא מסוגל להתחדש).

* הבטחה מרומזת ו"מעין חוזים" – התפתחות של דיני היושר, סוג של התחייבות שקיימת גם ללא חוזה שנעשה בין הצדדים, אלא עפ״י חוק.
* Moses v. Macferlan
* פסק הדין של הלורד מנספילד
* דוקטרינת הויתור על עוולה נזיקית (waiver of tort): ישנו רווח לנתבע והתובע יכול לבחור האם הוא רוצה לתבוע על הנזק, או לוותר על העוולה הנזיקית ובמקום זה לתבוע בגין התעשרות שלא כדין, את הרווחים של הנתבע (הייתה קיימת בעבר והיום היא לא קיימת).

מטרתם- סיפוק תרופה במקרה בהם התחומים הקונבנציונליים לא מספקים מענה.

מטלת כיתה

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

*שיעור 2 א׳ ניסן 14.03.2021*

הרעיון בדיני עשיית עושר הוא התועלת שנגרמה לנתבע, וכך אומדים את סכום הפיצוי שהתובע יקבל.

ישנם שלושה יסודות **מצטברים** להיווצרות עילה: 1) התעשרות של ״הזוכה״ + 2) לא כדין + 3) על חשבון ״המזכה״.

ישנם שני סוגי פיצויים:

1. פיצויי מסוג השבה: הנתבע פסיבי, התעשרות לא עוולתית, אין קשר חוזי בין התובע לנתבע (לדוג׳ תשלום בטעות).
2. פיצוי מסוג השבה ורווחים: הנתבע אקטיבי, עוולה שמולידה רווח, חובת השבה, יש קשר חוזי בין התובע לנתבע (לדוג׳ הפרת חובת נאמנות).

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.

תשובה למטלת הכיתה

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 ישקעו יותר במניעת טעויות. הם ידעו שאחרת כספם אבוד (שכן אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). המשמעות היא הגדלת עלויות עסקה, שמביא לבסוף למניעת עסקות שהיו יעילות. [הערה כללית- במקרה של בנקים וגופים מוסדיים, אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלה מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים (פיזור הנזק)].

***תאוריה***

מחלוקה תיאורית לקטגוריות נעבור לדבר על רעיונות תיאורטיים שמאפשרים לנו לדבר ״בשפה אחרת״ על הדינים השונים – ״רעיון-על של התרופות במשפט הפרטי״. יעילות, מיקסום רווחה חברתית ומיקסום תועלת בכל ארבעת תחומי המשפט השונים.

Liebeck v. McDonald’s- אישה זקנה קנתה קפה ממקדונלדס, הקפה נשפך לה על הירכיים והיא נכוותה בכוויות דרגה 3. מקדונלדס לא הסכימו לשלם לה על הטיפול הרפואי והאישה החליטה לתבוע את מקדונלדס על הגשת קפה רותח יתר על המידה.

הרעיון מאחורי התביעה:

1) **פיצוי** על הפגיעה הפיסית, החזר על ההוצאות הרפואיות, פיצוי על נזק לא ממוני וכד׳. **צדק מתקן.** 2) סיפור פוליטי, אזרח קטן מול תאגיד ענק; תרופה כמכשיר לצדק במובן החלוקתי- הגנה על הקבוצה החלשה, שיקולים של **צדק חלוקתי.**

3) **הרתעה.** מקדונלדס יודעת שאם תמשיך להתעלם מהבעיה היא תשלם, מעכשיו היא חשופה לתביעה עוולתית.

ישנו הבדל בין תיאוריה לבין דוקטרינה. צריך להבין גם מה עומד מאחורי החוק, לא רק מה קיים בתוכו. מצוי- דוקטרינה , כלל משפטי. רצוי/ ראוי- תאוריה.

**תאוריה I - תרופות בראי הצדק מתקן.**

התפיסה הדומיננטית של צדק מתקן (**ארנס וינריב**): שני רעיונות מרכזיים כדי להבין תרופות על פי הרעיון של צדק מתן.

Palsgraf v. Long Island Railroad - אישה מחכה לרכבת. שני גברים רצים לרכבת ולאחד יש חבילה שעטופה בנייר. העובדים מנסים לעזור לו לעלות לרכבת בחוסר זהירות. החבילה נופלת וזיקוקים שהיו בתוכה מתפוצצים. חלק משעון נופל בעקבות זה על הראש של האישה והיא נהיית אילמת. היא תובעת. השופט קרדוזו (דעת הרוב)- חברת הרכבת אכן הייתה רשלנית והפרה חובת זהירות, אך לא כלפי אותה אישה אלא כלפי אותו איש שנדחף לרכבת. כלומר לאישה לא הייתה שום זכות ולכן לא הופרה שום חובה כלפיה. צריך קודם כל פגיעה בזכות בשביל לטעון שהופרה חובה (כן יש את עניין ריחוק הנזק- דעת המיעוט).

נקודת המוצא להבנה רעיון הקורלטיביות בראי הצדק המתקן - אין עילה נזיקית מפני שלא נפגעה זכות

*שיעור 3 ט׳ ניסן 21.03.2021*

חובת זהירות בנזיקין- מבחן הצפיות הטכני: האם הזנק שהתממש לניזוק המסוים נמצא **במתחם סכנה צפוי** שהפעולה של המזיק יצרה, ושהיה על המזיק לדעת.

עובדי הרכבת יכולים היו לצפות את הנזק שנעשה כלפי אותו אחד שדחפו אותו (אובדן רכוש, פגיעה גופנית). ולכן כנגד גברת פלסגרף לא הייתה חובת זהירות נזיקית כי לא קמה דרישת הצפיות הטכנית; וברגע שאין חובה אין הפרת חובה > אין עילה נזיקית.

כדי שנוכל לדבר על הפרת חובה במשפט הפרטי בכלל, אנחנו קודם כל צריכים לשאול את השאלה- **האם לתובע יש זכות?** אם יש זכות, קיימת חובה, ואם קיימת חובה, נבחן האם היא הופרה.

1. ***קורלטיביות (התאמה) -***הרעיון של צדק מתקן מבוסס לפי גישתו של אריסטו- **פגיעה בזכות כמראה של הפרת חובה**. תפיסה כמותית של צדק, מסתכלת על המבנה של המשפט הפרטי, לכולנו יש זכויות וחובות כלפי החברה. ברגע שיש הפרה יש חוסר איזון של זכויות וחובות (פלוס ומינוס) במרחב החברתי ורק המזיק יכול להשתמש בתרופה בכדי ליצור מצב של שוויון נורמטיבי בין המזיק לניזוק ולהשיב את המצב לקדמותו. אי הצדק נמצא בפער הספציפי בין המזיק לניזוק. \*״פלוס ומינוס״ תפיסה כמותית של צדק מתקן.

* מן המבנה אל המהות- ארנס וינריב מסביר מהם הפלוסים והמינוסים בעזרת יציקת תפיסות אישיות שפותחו ע״י פילוסופים כמו קאנט והגל לתוך המבנה של צדק מתקן. לכל אדם יש את הזכות למשש את עצמו באמצעות שלמות הגוף והרכוש שלו וכו׳ והחובה שלו היא לא לפגוע בזכות הזאת של אחרים. כשנוצרת הפרה, ״מינוס״, ישנה פגיעה בזכות למימוש עצמי של אדם, ישנו חוסר איזון. רעיון התרופה הוא שהיא מחזירה את שיווי המשקל הנורמטיבי בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו, ובמובן הזה התרופה משיבה את הצדק בין הצדדים.
* כשאנחנו מבינים את המבנה של המשפט הפרטי, את הקורלטיביות, אנחנו יכולים להבין את הרעיון של תרופות במשפט הפרטי: התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו. היא שמאפשרת לרפא אי הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים ״to make the plaintiff whole again".
* קורלטיביות מבטאת את הרעיון של תמונות הראי, שמול פגיעה בזכות עומדת הפרת חובה והתרופה גם היא תמונת ראי של הפגיעה בזכות . התאמה (קורלטיביות) בין ההפרה לבין התרופה [הפרת חובה היא פגעה בזכות].

1. ***המשכיות-*** התרופה היא חלק מהמבנה של צדק מתקן ומאפשרת לתקן את הפגיעה, אך גם כשהזכות נפגעה היא מעולות לא פגה. הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים ״דרך התרופה״. התרופה היא הגילום הנורמטיבי של הזכות שנפגעה. דוגמה: אם א׳ גנב מב׳ מכונית, הזכות של ב׳ במכונית מעולם לא פגה.

מצבעים התאמה בין סוג הפגיעה בזכות לתרופה; התאמה בין הקיף הפגיעה בזכות לבין התרופה. רעיון ״המכסה והסיר״.

נזכור שאת הצדק המתקן לא מעניינים שיקולים חלוקתיים או שיקולי יעילות. המסגרת החשובה היא רק של המזיק והניזוק (אין עניין במה יעיל יותר).

**צדק מתקן – מן התיאוריה אל הפרקטיקה**

olwell v. ney- הנתבע היה בעל מפעל לאריזת ביצים, התובע היה בעלים של מכונה לשטיפת ביצים והוא אחסן את המכונה בקרוב למפעל האריזה בידיעת והסכמת בעל המפעל. בעל המפעל השתמש במכונה במשך שלוש שנים ללא ידיעת והסכמת בעל המכונה. בעל המכונה דרש מבעל המפעל לקנות ממנו את המכונה בסך של 600$ (שווי שימוש המכונה במשך שלוש שנים) אך בעל המפעל סירב. בימ״ש חישב את התרופה ואמר שישנם כל מיני אפשרויות לסעדים:

1) האם קרה נזק אמיתי למכונה? לא (אלא אם כן יש בלאי למכונה), ולכן התרופה היא 0$.

2) שווי השימוש במכונה הוא 600$ (נתון). המפעל התעשר על בעל המכונה כשהשתמש במכונה ללא הסכמה ולכן התרופה צריכה להיות 600$.

3) חישוב ההתעשרות שלא כדין של המפעל על בסיס הרעיון של **ההוצאות שהנתבע חסך כתוצא מזה שהוא השתמש במכונה ללא רשות.** את ההוצאות בימ״ש חישב לפי הרעיון הבא- אם המפעל היה סוחר את שירותיו של פועלים בכדי לנקות את הביצים הוא היה צריך לשלם להם 10$ למשך 156 שבועות ולכן החישוב הוא , 10x156=1560, התרופה צריכה להיות 1560$ שבעל המפעל חסך מהשימוש הלא מורשה במכונה.

* ארנס וינריב ביקר את הפס״ד הזה וטען כי הוא שגוי לחלוטין. הפגיעה בזכות של התובע היא שימוש לא מורשה במכונה ולכן התרופה צריכה להיות שווי השימוש הלא מורשה במכונה, כלומר 600$. לתובע לא הייתה זכות שהפועלים ירחצו את הביצים, משכך לא הייתה כאן הפרת זכות ולכן התרופה לא נכנסת תחת השיקולים של צדק מתקן (הרעיון הנוגע לחסכון בגובה ההוצאות של המפעל אינו מהווה זכות קנויה לתובע, ולכן אין זו הזכות שנפגעה). את הצדק המתקן מעניינת רק הפגיעה המסוימת בזכות. הקיף הפגיעה > נגזור תרופה מתאימה.

**צדק תקן וצווי מניעה**

כדי לדבר על צווי מניעה בראי התאוריה, נתייחס בקצרה למאפיינים של תביעה שבמוקדה צו מניעה.

* מיטרד ליחד ס׳ 44 לפקודת הנזיקין

״(א) 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.״

הסעיף קובע כי הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם או הפרעה אפילו להנאה סבירה תהווה עוולה. מיטרדים הם הפרעה **מתמשכת** שמונעת מאדם אחר להשתמש במקרקעין שלו באופן סביר. על סמך עוולה זו ניתן לדרוש בנוסף לפיצויים או בתור סעד יחיד צו מניעה שיוביל להפסקת ההפרה המתמשכת.

* כל בית משפט מוסמך ליתן תרופה ס׳ 71: ״כל בית משפט אזרחי יהא מוסמך בתחומי שיפוטו ליתן תרופה לעוולה על פי פקודה זו, בכפוף להוראות כל דין חקוק החל על אותו בית משפט, ורשאי הוא ליתן ציווי בשל עוולה גם כשלא נתבעו או לא נפסקו פיצויים או סעד אחר.״

*בעיה:* איך ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן? איך אפשר להשיב לקדמותו (״לתקן״) נזק שלא התממש?

*פתרון:* התרופה צריכה להיות תואמת למבנה של הפגיעה בזכות (״סיר ומכסה״). 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 (צדק מתקן לאו דווקא דבר חד פעמי שהתרחש בעבר) . צדק מתקן קשור לטיב הפגיעה ולא לזמן הפגיעה.

צו מניעה- ימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בפגיעה מתמשכת, צופה פני עתיד.

תרופה היא מהותנית ולא רק טכנית. תרופה מסוג צו מניעה היא מה שתמנע מהנתבע להמשיך להטריד גם בעתיד. כשפגיעה יכולה להתרחש בעתיד, צו המניעה היא ״המכסה לסיר״ בשביל לאפשר לאדם ליהנות באופן סביר מהנכס שלו.

מטלת כיתה

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 רלבטית/ות?

ב. כיצד ניתן להצדיקה/ן בראי הצדק המתקן?

*שיעור 4 כט׳ אדר 11.04.2021*

תשובה למטלת כיתה

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

ישנם שתי תרופות רלבנטיות למקרה: 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 השנה 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 המוגרים למוגבלות מסוימת/ מרחק ממקום העבודה). צו מניעה הוא התרופה המתאימה למבנה של הפגיעה מתמשכת בזכותה של השכנה ליהנות מהנכס שלה לגור בדירתה - מניעה של המשך הפגיעה בזכות בעתיד.

**תאוריה**  **II- תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי.**

* ההיגיון של תפיסה כלכלית שונה מהותית מההיגיון הפנימי של צדק מתקן. הרעיון של תרופה בראי התפיסה הכלכלית מבוסס על רעיון אחר לחלוטין, הניתוח הכלכלי של המשפט מגלם **תפיסה אינסטרומנטלית**. לתרופה אין חלק במשפט אלא היא בעלת תפקיד חיצוני, היא כלי להשגת מטרה חיצונית. התרופה אמורה לקדם רעיון (מיקסום רווחה כלכלית), מטרה חיצונית למשפט, במקרה הזה יעילות. לתרופה יש משמעות חיצונית לא הגיון פנימי. כיום "יעילות" efficiency = "מקסום רווחה מצרפית"maximizing.
* התפתחות היסטורית: ג׳רמי בנת׳ם (jeremy bentham) - תועלתנות כמקסום הנאה והפחתה של סבל. לדעת בנת׳ם האדם הוא יצור שנשלט ע״י שני כוחות מרכזיים, הנאה וסבל; הוא דיבר במונחים של תועלתנות כרעיון נורמטיבי, עיצוב הכללים בצורה ראויה שיגרמו את ה**א**ושר הגדול ביותר למספר האנשים הגדול ביותר - האושר המצרפי הגדול ביותר. כלל טוב הוא כלל שמסב את האושר המצרפי הגדול ביותר, ״עיקרון האושר המירבי״.  
  הממשק בין התועלתנות לבין הכלכלה נוצר במחצית השנייה של המאה ה19. תנועה ממקסום האושר או הנאה לתורת הכלכלה. מגמה שמדברת על יחידות של **ע**ושר.

מגמה שמדברת על יחידות עושר (אסכולת שיקגו richard posner).

מגמה שנעה מעושר לרעיון של רווחה - מיקסום רווחה מצרפית (אסכולת ייל, guido calabresi).

מה המטרה של התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי של המשפט? להביא ליעילות / מקסום רווחה. כלל טוב הוא כלל יעיל, וכלל יעיל הוא כלל שיגדיל את העוגה החברתית, כלומר נקבל יותר ממה שיש, בהסתכלות רחבה על התמונה החברתית.

***דיני החוזים***, בראי הניתוח הכלכלי, ידועים בכך שאם הם נעשים באופן יעיל הם בהכרח יגדלו את העוגה המצרפית. הם מגלמים את רעיון הגדלת העוגה המצרפית באופן מאוד אינטואיטיבי. החברה מקבלת יותר תועלת בכך שיש חוזים.

***בנזיקין*** אנחנו לא מדברים על תוספת לעוגה המצרפית, אלא, בנזיקין יש נזק שנוגס בעוגה המצרפית ומקטין אותה. לכן הדרך להגדיל ולמקסם את העוגה בנזיקין היא **צמצום עלויות הנזק.**

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.
4. פיצויים במצבים של רשלנות

נדגים באמצעות שני כללים בסיסים- 1) נוסחת לרנד הנד 2) מונע הנזק הזול.

דוגמה: אילנית הייתה מעורבת בתאונת דרכים ועלות הנזק הצפוי בגובה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? **לא מגדילים את הרווחה אלא מצמצמים את העלות.** נקטין את ההפסד החברתי מהתאונה. צמצום הנזק שנגרם מהתאונה עצמה וצמצום הנזק שנגרם לאחר התאונה.

נניח שעלות תוחלת הנזק הוא 10 / עלות מניעת הנזק (לדוג׳ ״התקנת גלאי״, נסיעה איטית) הוא 5.

1) נוסחת הנד: לפי נוסחת הנד מישהו מתרשל בראייה כלכלית כאשר B<PL

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

B<PL

B- עלות המניעה של הנזק

L- הנזק

P- הסיכוי להתממשות הנזק

PL- קרוי ״תחולת הנזק״, הנזק הממוצע כפול הסיכוי שהוא התממש.

**כאשר עלות המניעה נמוכה מתחולת הנזק היה זול יותר למנוע את הנזק.**

מישהו התנהג בצורה לא סבירה- התנהגות בצורה לא יעילה בראי התפיסה הכלכלית. אם ניתן למנוע את הנזק, למנוע את הנגיסה בעוגה המצרפית בצורה נמוכה יותר מתחולת הנזק ולא עושים זאת זו התנהגות בלתי סבירה (רשלנית) בלשון כלכלית נגיד שהוא התנהג בצורה **"לא יעילה"**.

**אילנית התרשלה, 5<10.**

\*יש לציין שבארץ קיימת אחריות מוחלטת לגבי נזקי גוף בתאונות דרכים, מדובר בהמחשה פשוטה להדגמת ההיגיון של נוסחת הנד.

2) מונע הנזק הזול: נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר.

תמונה שמכילה טקסט

התיאור נוצר באופן אוטומטיאנחנו נטיל אחריות על התובע או הנתבע / על ניזוק או מזיק שעלות מניעת הנזק מבחינתו הייתה נמוכה יותר.

מטלת כיתה

סעיף 74 לפקודת הנזיקין קובע:

מקום שאין ליתן ציווי- ״בית המשפט לא יתן 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 לדעתכם מאחורי סעיף 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ״בגלגול הראשון״ בפרשת אתא נ׳ שוורץ?

*שיעור 5 יג׳ אייר 25.04.2021*

תשובה למטלת כיתה

סעיף 74 מבטא רעיון של איזון (מאזן נוחות), לפיו בבואו להחליט מה התרופה למטרד, על בית המשפט להתחשב גם בעלויות הכרוכות בהפסקת המטרד. כך למשל, במקרה של אתא, נדון הסעיף בהקשר שבו הפסקת המטרד הייתה כרוכה בסגירת המפעל. לעתים, נזקים מהסוג האחרון עשויים להיות גדולים עשרות מונים מהנזק שנגרם לניזוק ע״י המטרד. לשון הסעיף מציינת כי במקרה כזה, בית המשפט יכול להימנע ממתן צו מניעה, כל עוד הפגיעה בתובע קטנה וניתנת להערכה בכסף.

מפסה״ד אתא נגד שוורץ, נראה כי בית המשפט 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 פסק הדין, שכן בית המשפט מצא לנכון לשקול גם שיקולים מהסוג האחרון, אך יחד עם זאת, קבע כי הם נסוגים כאשר הפגיעה בזכותו של התובע ליהנות מביתו בשל המטרד היא פגיעה קשה (בשיעור נדבר על סיום הפרשה, שהייתה במסגרת עתירה מנהלית).

בניתוח כלכלי אנחנו שואלים רק מה יעיל לנו.

**שוקל הנזק הטוב** (להבדיל ממונע הנזק הזול) - קלברזי והירשקוף

שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו. רוצים להטיל אחריות על מי שיש לו את הידע ויכול לפעול עם הידע למנוע את הנזק ולהפחית בעלויות. המטרה היא לזהות קטגוריות של מזיקים/ניזוקים.

* הכלל לא אומץ בפסיקה, אך נראה שאפשר להסביר באמצעותו הסדרים חקיקתיים.
* אם הוא מונע הזנק הזול, הוא ימנע את התאונה. אם הצד השני הוא מנוע הנזק הזול, שוקל הנזק הטוב יעביר לו מידע על כך.
* שוקל הנזק הזול מוגדר ככזה על סמך תכונותיו (למשל, בנקים במקרים מסוימים- יש בידיהם את המידע הרלוונטי ואת האפשרויות למנוע את הנזק).
* יתרונות- 1) התגברות על פערי מידע: שוקל הנזק הטוב (בהנחה שיש כזה) הוא המענה לשאלה, איך ידע מונע הנזק הזול שהוא כזה. 2) הפחתת עלויות אדמיניסטרציה: הרבה יותר קשה לביהמ"ש להיכנס לפרטים ולראות מי היה מונע הנזק הזול. אבל אם יש צד כמו בנק או יצרן, שמחזיקים במידע על הנזקים הפוטנציאליים, קל יותר לביהמ"ש לחשוב על זה במובן **הקטגוריאלי** ולומר שיש כאן צד שאפשר להטיל עליו את האחריות בהנחה שהוא אכן שוקל הנזק הטוב ביותר בסיטואציה. זה יכול לחסוך עלויות אדמינ', אם הוא מזהה בקלות את הקטגוריה של שוקל נזק.
* קושי אפשרי- צד אחד בעמדה הטובה ביותר לשקול וצד אחר בעמדה לפעול על סמך השקילה. מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר?

**סעיף 2(א) לחוק האחריות למוצרים פגומים** קובע:

״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.״

**סעיף 4 לחוק האחריות למוצרים פגומים** קובע:

״לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע ברשלנות חמורה, ראשי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.״

כך נראה דרך מקרה היצרנים שמצד אחד הם מזוהים כשוקלי הנזק הטובים ביותר, אבל מצד שני יודעים גם למשוך מהם או להקטין את הפיצוי שהם צריכים לפצות במקרים רלוונטיים. חוק אחריות למוצרים פגומים מבטא את זה.

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

1. פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת או חמורה:

* כלל של רשלנות (negligence) - פוטר את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק (לרנד הנד).
* כלל של אחריות מוגברת או חמורה (strict liability) - המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה.

דוגמה 1:

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

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

ודאי שאדם יעדיף לשלם 90 מאשר 100 (לפי נוסחת הנד). כנ"ל באחריות מוגברת.

דוגמה 2:

ומה אם תוחלת הנזק לא השתנתה ועלות ההשקעה במניעת הנזק 150?

האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק? (תחת כלל רשלנות? תחת כלל של אחריות מוגברת?) לא יעיל להשקיע 150 בשביל למנוע נזק של 100 גם תחת כלל הרשלנות וגם תחת כלל של אחריות מוגברת. זה לא משתלם לאדם הרציונלי, האדם הרציונלי רוצה תמיד לשלם פחות.

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

דוגמה של פוזנר: 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, לכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה.

אבל **תחת כלל של אחריות מוגברת**, הרכבת כן תשלם פיצוי על כל הנזק שנגרם לחווה. ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה.

ביקורת אפשריות על אחריות מוגברת: תחת אחריות מוגברת לחקלאי לא יהיה שום תמריץ לנסות למנוע את הנזק כיוון שידע שהוא מפוצה. (תשובה נוספת שלא חייבים לרדת לעומקה- במקרה כזה אפשר לטעון שצריך להשוות את העלות הכרוכה בשינוי פעילות הרכבת תחת רשלנות אל מול השינוי בתנועת הרכבת במקרים של אחריות מוגברת, ונראה מה נכון יותר לעשות)

אם הרכבת חייבת לפצות בכל מקרה, יכול להיות שרמת הפעילות של הרכבת תשתנה. זה אומר שלמעשה אנחנו רואים שאומנם הצדדים תמיד פועלים בצורה יעילה גם במצב של רשלנות וגם במצב של אחריות אבל אם מישהו יפצה בכ״מ או רק אם הוא רשלן זה משפיע על רמת הפעילות של המזיק או הניזוק. ראינו **שבמשטר של רשלנות יש בעיקר השפעה על ההתנהגות של הניזוק ובמשטר של אחריות מוגברת או חמורה יש בעיקר השפעה על רמת הפעילות / ההתנהגות של המזיק.**

1. פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה:

לפי התיאוריה הכלכלית לעלויות עסקה חלק משמעותי בשאלת התרופה הרלבנטית

התיאורמה של coase.

דוגמה: חקלאי ובוקר. הבוקר מגדל פרות (200 יח׳ תועלת), החקלאי מגדל עגבניות (80 יח׳ תועלת). אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה החקלאי.

יש אפשרות למנוע את הנזק על ידי הקמת גדר (לחקלאי הגדר תעלה 60; לבוקר הגדר תעלה 100).

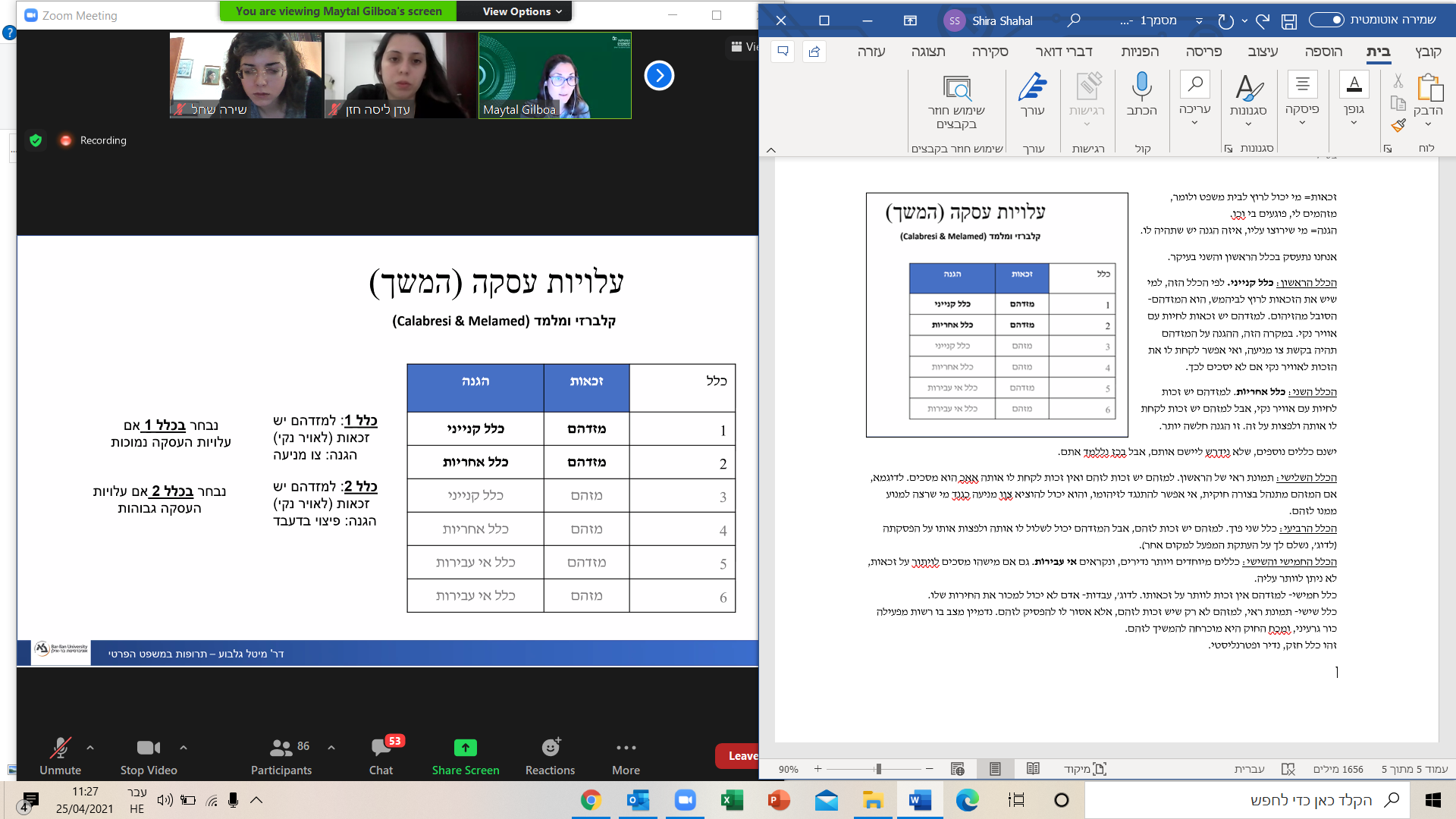


נרצה לטעון שמצבים 1 (צו מניעה) ו4 (פיצוי על נזק), לא מה באמת יקרו, אלא שלבוקר יהיה שווה להציע עסקה לחקלאי; ולכן גם במצבים של הטלת חובה לגדר/לפצות, הצדדים יעשו את הצד היעיל ביותר (כמובן, בעולם אוטופי). כך, בכל מקרה, כנראה שהחקלאי יבנה את הגדר בעסקה כלשהיא בינו לבין הבוקר. התאוריה הכלכלית מניחה שאנשים הם רציונליים ויפעלו בכדי לצמצם את ההוצאות שלהם, לכן בין אם בית המשפט יפסוק כי על הבוקר להקים גדר (100) או לפצות את החקלאי על הנזק (80), הבוקר יעדיף לשלם 60 בכדי לבנות גדר עבור החקלאי ובכך לצמצם את ההוצאות שלו. בסופו של דבר ההוצאות יהיו 60 בכל מקרה.

**עלויות עסקה והשפעתן על התרופה -** קלברזי ומלמד (calabresi & melamed).

נניח מצב של 10 מזהמים ו1000 מזדהמים. נניח שיעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10m ואילו התועלת מהזיהום עומדת על 20m) האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים?

המזהמים יציעו לשלם פיצויים עבור הנזק במקום הליכה לבימ״ש. שווה למזהמים להמשיך לפצות את המזדהמים ולהמשיך לזהם. אך יתכן שלא, בגלל סחטנות של המזדהמים או טרמפיסטיות. כל **מזדהם** יכול לדרוש פיצוי גבוהה יותר וזה יכול להגיע למצב שהפיצוי כבר לא יהיה יעיל כלכלית. יש עסקה יעילה, אך לא בטוח שהיא תתבצע במצב שבו **יש סחטנות יתרה שגורמת לעלויות העסקה לגדול.** סיבה נוספת שהעסקה לא תתבצע היא דווקא מצד המזהמים. אם חלק **מהמזהמים** לא יראו לנכון לפצות (למרות שזה אינטרס גם שלהם) וייווצר מצב שהפיצוי מתחלק בפחות מפצים. כלומר המזהמים שכן מפצים יצטרכו לפצות ביותר כסף את המזדהמים. **הפיצוי יעיל כלכלית רק כשהוא מתחלק שווה בין כל המזהמים.** ברגע שמזהמים אחרים צריכים לשלם על מזהמים טרמפיסטים יכול להיווצר מצב שלא יהיה יעיל כלכלית לפצות לאלה שכן מפצים.



זכאות = מי יכול לרוץ לבית משפט לתבוע על כך שמזהמים לו, פוגעים בו וכו'.

הגנה = מה יינתן בגין הזכאות שנפגעה

אנחנו נתעסק בעיקר בכלל הראשון והשני.

1. הכלל הראשון: **כלל קנייני.** לפי הכלל הזה, למי שיש את הזכאות לרוץ לביהמ״ש, הוא המזדהם, הסובל מהזיהום. למזדהם יש זכאות לחיות עם אוויר נקי. במקרה הזה, ההגנה על המזדהם תהיה בקשת צו מניעה, ואי אפשר לקחת לו את הזכות לאוויר נקי אם לא יסכים לכך.
2. הכלל השני: **כלל אחריות.** למזדהם יש זכות לחיות עם אוויר נקי, אבל למזהם יש זכות לקחת לו אותה ולפצות על זה. זו הגנה חלשה יותר לניזוק.

\*\*[הכללים הבאים לא נדרשים ליישום]\*\*

1. הכלל השלישי: תמונת ראי של הראשון. למזהם יש זכות לזהם ואין זכות לקחת לו אותה אלא אם כן הוא מסכים. לדוגמא, אם המזהם מתנהל בצורה חוקית, אי אפשר להתנגד לזיהומו, והוא יכול להוציא צו מניעה כנגד מי שרצה למנוע ממנו לזהם.
2. הכלל הרביעי: כלל שני הפוך. למזהם יש זכות לזהם, אבל המזדהם יכול לשלול לו אותה ולפצות אותו על הפסקתה (לדוג', נשלם לך על העתקת המפעל למקום אחר).

הכלל החמישי והשישי: כללים מיוחדים ויותר נדירים, ונקראים אי עבירות. גם אם מישהו מסכים לוויתור על זכאות, לא ניתן לוותר עליה.

1. כלל חמישי: למזדהם אין זכות לוותר על זכאותו. לדוג', עבדות- אדם לא יכול למכור את החירות שלו.
2. כלל שישי: תמונת ראי, למזהם לא רק שיש זכות לזהם, אלא אסור לו להפסיק לזהם. נדמיין מצב בו רשות מפעילה כור גרעיני, ומכוח החוק היא מוכרחה להמשיך לזהם. זהו כלל חזק, נדיר ופטרנליסטי.

איך הדברים מתחברים לעלויות עסקה?

* נבחר בכלל 1 אם עלויות העסקה נמוכות: כאשר עלויות העסקה נמוכות, בעולם מושלם אנו מצפים שהדבר היעיל יקרה. זה אומר, שאם יעיל לזהם אנו מצפים שהמזהמים יוכלו להמשיך לזהם תוך ביצוע עסקה עם המזדהמים, כל עוד אין סחטנות מצד המזדהמים. ישנם שני טעמים שעשויים לגרום לכישלון של עסקה זו: ראשית, העסקה מלכתחילה לא יעילה. שנית, כאשר ישנה להתעשרות על חשבונו של מישהו שלא כדין – למשל שהמזהמים זיהמו ולא שילמו (העסקה לא התבצעה באשמת המזהמים). שני המצבים הם מצבים שיש להרתיע בפניהם, ולכן במקרים אלה כלל ההגנה צריך להיות חזק – נאפשר צו מניעה כי נרצה להרתיע מסיטואציות כאלה.
* נבחר בכלל 2 אם עלויות העסקה גבוהות באופן מלאכותי: למשל סחטנות. ביהמ"ש יגיד לעצמו שזאת סיטואציה שהייתה צריכה להתבצע בה עסקה יעילה, אבל היא לא קרתה עקב סחטנות של אחד הצדדים (העסקה לא התבצעה באשמת המזדהמים). ולכן ביהמ"ש יתערב כדי לקיים את העסקה היעילה. אם ביהמ"ש יזהה עלויות עסקה גבוהות, הכלל המשפטי ההגנתי הוא פיצוי – פחות חזק. הוא מרתיע את המזדהמים, שכן מסרב לתת להם צו מניעה, אלא רק פיצוי.

*שיעור 6 כ׳ אייר 02.05.2021*

*מרצה אורח - יותם קפלן.*

*שיעור 7 כז׳ אייר 09.05.2021*

ההבדל בין אחריות מוגברת לאחריות מוחלטת הוא התחשבות **באשם תורם.** באחריות מוגברת ישנה התחשבות באשם תורם **רבתי**.

אתא נגד שוורץ - כיצד ניתן להבין את פסה״ד לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין מבית מדרשם של קלברזי ומלמד? לאחר שנפסק הדין בעלי הדירה דרשו פי 3 מחיר על הדירה. המפעל מבין שאם הוא יקנה מהתובע את הדירה בפי 3 הוא יפשוט רגל, שכן כל השכנים יבואו וידרשו גם הם פי 3 מחיר על דירותיהם שלהם.

המפעל פנה לשר האוצר ומבקש ממנו להפעיל את הסמכות שלו דרך פקודת הקרקעות, להפקיע את הנכס מבעלות פרטית משום שהרכישה מועילה לציבור.

המפעל מעסיק הרבה עובדים, מה שהוא מייצר מועיל לכלכלה בישראל ובחו״ל וכן משתמע כי התובעים מתנהלים בצורה סחטנית. בימ״ש מציין, אחרי שהמפעל ניסה כל שביכולתו למונע את סגירת המפעל, כולל הורדת דציבלים וניסיון קניית הדירה. בימ״ש ביטל את צו המניעה ואת צו הביניים שקיבלו שוורץ נגד ההפקעה. **במצבים של סחטנות בימ״ש ייתן פיצוי בשווי ערך השוק** (לא צוו מניעה ולא פיצוי גבוהה יותר). ביהמ״ש יישם את רעיונות שלמדנו עליהם ממאמרם של קלברזי ומלמד, דהיינו, כאשר עלויות העסקה עולות בצורה מלאכותית עקב סחטנות הניזוק, עסקה לא יכלה לקרות, ביהמ״ש לא נתן צו מניעה במקום הזה.

**מתיאוריה לפרקטיקה – הקשר ביניהם.**

מה עשינו עד כה?

* דיברנו על ״חלוקה גאוגרפית״ של המשפט הפרטי לפי תחומים
* הדגמנו חפיפה של כללים (ס׳ 18 לח׳ המקרקעין, ס׳ 24 לפקנ״ז; זו הייתה דוגמה להתנגשות דסקריפטיבית).
* דיברנו על תיאורה- המישור הרעיוני של המפשט (ההבדל בין מצוי לרצוי; הבנה טובה יותר של החלטת בימ״ש לגבי התרופה וחשיבה ביקורתית).

מה נעשה בפרק זה?

* 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 אלה וכן ראייה ביקורתית.

חפיפה רעיונית- נדבר על מצבי גבול של חפיפה בין תחומי המשפט הפרטי, וננסה להבין מהו ״הסיפור העובדתי״ מה האינטרס של התובע שעליו נרצה להגן בנסיבות המסוימות.

נדגים באמצעות שלוש פרשיות מרכזיות :

1. חפיפה רעיונית בין הקניין לבין נזיקין.
2. חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים.
3. חפיפה רעיונית בין דיני עושר לנזיקין.

**1. חפיפה רעיונית בין הקניין לבין נזיקין**

* הקשר בין קניין לנזיקין (חזרה קצרה על הרקע ההיסטורי, דיני הנזיקין כמגנים על הקניין).
* דוגמה בולטת שמשקפת את השוני בין הדינים? (על איזה אינטרס מגנים דיני הנזיקין, שאינו קנייני?).
* ובכל זאת יש תחושה שיש לנזיקין תפקיד חשוב בהגנה על הקניין.

נשאל מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות

המאמר של קלברזי ומלמד הציע חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות קניינית - לאחר שאנו יודעים למי הזכאות נקבע איזו הגנה נרצה לתת לו:

* הגנה שקראו לה ״כלל קנייני״ - אנו נקרא לה ״הגנה קניינית״ המשפט מגן על מי שמחזיק בנכס באופן שלא יינתן להוציא ממנו את הנכס ללא הסכמתו. כלל הגנה מסוג צו מניעה.
* הגה חלשה יותר, שקראו לה ״כלל אחריות״ - אנו נקרא לה ״הגנה נזיקית״. עדיין מגנים על מי שיש לו זכאות בנכס, אבל ניתן לו הגנה רכה יותר, כלומר אפשר לקחת זכאות (לפגוע בזכות) עם פיצוי בדיעבד (לא יינתן צו מניעה).
* מסקנה אפשרית מהחלוקה של קלברזי ומלמד הציעו, גם לפי השמות שהם נתנו לכללי ההגנה, שמבחינת העבירות של הנכס שבדיני הקניין ההגנה על הזכות היא באמצעות הדרישה להסכמה לכל שימוש בנכס, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים בדיעבד.

[***כלל קנייני תמיד יקנה צו וכלל אחריות תמיד יקנה פיצויים]***

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

מה האינטונציה שעומדת מאחורה הגנה על עבירות באמצעות **פיצוי בדיעבד**? הגנה על שוויו (בכסף) של האינטרס.

האם החלוקה לכלל קנייני וכלל אחריות, שהציעו קלברזי ומלמד, יכולים לעזור לנו להבין איך לפתור מקרי הביניים?

Vincent v. Lake Erie Transportation Co - תביעה של בעל מזח נגד בעל ספינה. בעל הספינה קשר את ספינתו למזח בעת סערה, אם הוא לא קשר את הספינה עכשיו הספינה תאבד, הספינה בעת הסערה פגעה במזח וגרמה לו לנזק. לא הייתה מחלוקת שלא התקבלה הסכמה של בעל המזח לקשירת הספינה למזח.

קניינית, אין ספק שהמזח שייך לבעל המזח וכן הסכמת עגינת הספינה לא ניתנה.

פסק הדין הזה מעלה שאלות קשות:

האם המשפט הפרטי מאפשר הגנה כלפי בעל קניין בנסיבות כאלה? איזה סוג הגנה ניתן לבעל קניין בשעת צורך?

* אפשרות אחת : הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח - בעל הספינה מעוול. הייתה לבעל המזח זכות ובעל הספינה פגע בה.
* אפשרות אחרת: אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח - בעל הספינה אינו מעוול.

בשעת צורך אין פגיעה בזכותו של בעל המזח. אם אין עוולה האם צריך לתת תרופה לבעל הקניין במזח?

דעת המיעוט קבעה כי בנסיבות המסוימות של פסה״ד היה מותר לבעל הספינה, בעת הצורך, לקשור את הספינה למזח, ולכן לא ניתן להגיד כי בעל הספינה מעוול – אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח.

דעת הרוב קבעה כי בשעת הצורך בעל הספינה יכול היה לקשור את הספינה למזח; ויותר מזה, אסור היה לבעל המזח למנוע מבעל הספינה לקשור את הספינה למזח. אבל גם נקבע פיצויים לבעל המזח על הנזק שנגרם למזח מעגינת הספינה בסערה.

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 של 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?

סופה יכולה לגרום לספינות או סירות להתנגש במזח או אפילו אחת בשנייה ולגרום לנזקים שנגרמים יותר כתוצאה של איזשהו כוח עליון ולאו דווקא באשמת קשירה ספציפית, מעבר לזה אני חושב שיש איזשהו צורך כללי (ולאו דווקא אישי של בעל הספינה) לנסות לקבע באמצעות הקשירה את הספינה שלא תגרום לנזק יותר גדול אם תשתולל חופשי בזמן סערה.

התרופה הראויה בעניין vicent – מפרספקטיבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט

הפקעה פרטית - הייתכן?

הכלל שניתן לחלץ מפסק הדין - בלבול עד עצם היום. עם זאת, נראה שלפי דעת הרוב, במקרה של צורך אקוטי, הגנה על שליטתו של בעל הקניין, שלפיה כל המשתמש בקניין חייב את הסכמת בעליו, צריכה להיות מוחלפת בפיצוי בדיעבד (טרנספורמציה).

האם ניתן להצדיק את פסק הדין של הרוב בראי הצדק המתקן? על מנת לחשוב בכיוון זה, ננסה להבין, מה הזכות שנפגעה. **לפי הזכות שנפגעה נגזור את התרופה המתאימה.** בימ״ש קובע כי בעל הספינה לא פגע בזכות של בעל המזח וכי במצבי צורך מותר לו לעגון את ספינתו ללא רשות. זה שמותר לו לעשות זאת בשעת הצורך זה **לא אומר שמותר לו לגרום למזח נזק**. הפריווילגיה היא חלקית ולא מלאה, היא לא כוללת פגיעה במזח עצמו. ולכן ניתן לומר שנפגעה כאן זכות חלקית, אם נגרם נזק למזח, התרופה תהיה רק על הנזק שנגרם למזח. התרופה המגיעה לבעל המזח זו ~~בעצם הסכמה בדיעבד לקשירת הסירה.~~ עצם הפגיעה בשלמות המזח.

*שיעור 8 יב׳ אייר 24.05.2021*

*מרצה אורח - עמרי רחום טוויג.*

*שיעור 9 יט׳ אייר 30.05.2021*

**2. חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין**

הבדל מהותי בין נזיקין לחוזים: voluntary transaction לעומת involuntary transactuion

דיני חוזים מסדירים עסקאות רצוניות, הצדדים מכירים אחד את השני.

דיני נזיקין מסדרים מפגשים ״בלתי רצוניים״, מערכות יחסים בין אנשים זרים.

מקרי הביניים שנדגים אותם: סיבות אשר יכולות לעורר עילה חוזית ולכן גם תרופה חוזית או עילה נזיקית ולכן גם תרופה נזיקית (מערכות יחסים שנולדו בהסכמה ומעוררות הסדרה כפולה: עורך דין- לקוח, אחריות יצרן)

אך נדע איזו תרופה לתת במקרי הביניים?

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 רצון הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים שהוקצו מראש.

נזיקין- הגנה על שלמות הגוף, רכוש כו׳.

Hawkings v Mcgee- מנתח מבטיח שניתוח להסרת צלקת בכף היד יצליח. המנתח שתל רקמת עור מהחזה בעור המצולק ביד, הניתוח צלח אך שיערות החזה החלו לגדול בכף היד.

שתי אפשרויות לתרופה בהתאם לעילה:

* כאב וסבל, פיצוי נזיקי. כל ניתוח כרוך בכאב וסבל ומשום שאין רשלנות בהליך הרפואי עצמו אין סיבה לפצות על הכאב והסבל שנגמרו כתוצאה (סיכון שנלקח מראש) מהניתוח.
* השפעה שלילית של הניתוח על היד, פיצוי ציפייה (הגנה על הציפייה של הוקניס מהחוזה). הובטחה יד 100% מושלמת, יינתן פיצוי עקב אכזבת הציפייה (סיכון שלא נקלח מראש).

אם הוקינס יכול היה להוכיח הוא היה אומר שזו פרקטיקה לא מקובלת. אם היה טוען היה אומר שההתרשלות זו השימוש בפרקטיקה לא מקובלת, הנזק זה הסבל וכו' מצמיחת השיער ויש קש"ס.

כאן בפועל, מסתכלים על כאב וסבל באופן כללי יותר. כדי לומר שעוולת הרשלנות חלה, צריך להוכיח התרשלות. לא מספיק שהניתוח לא הצליח, צריך להוכיח שהייתה התרשלות. כך, גם אם היה כאב וסבל כתוצאה מהניתוח, אם לא מוכחת התרשלות, לא ניתן לתבוע בנזיקין על כאב וסבל.

היה מעניין לחשוב מה היה קורה אילו היה נטען מצג שווא רשלני.

**3. חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין**

Moore v. Regents of the University of California- מור היה חולה בסרטן נדיר. ד״ר גולד הגיע למסקנה שהרקמות שהוא הסיר מהגוף של מור יכולות לשמש למחקר בסרטן ויש להם פוטנציאל לסייע ולרפא. האוניברסיטה והרופא משתמשים ברקמות של מור ללא רשות, רושמים פטנט וזוכים ברווחים פוטנציאלים עצומים. מור מגלה שעשו שימוש ברקמות שלו ללא רשות. הוא תובע את הרופא ואת האוניברסיטה.

טענו 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. בימ״ש קבע כי הרקמות **אינן קניין** ולכן לא התקבלה טענת הגזל.
* תקיפה- לשם כך יש לקבוע כי הרופא לא גילה למור מידע רלוונטי (כולל גם מידע כלכלי) ולכן מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית; טענה המבוססת על הרעיון של דוקטרינת ההסכמה מדעת. מדוע תקיפה? אי הסכמה היא אחד התנאים לסעיף תקיפה, ולכן במשך שנים כשרופא הפר את חובת הגילוי שלו, מצב זה לא נכנס תחת הגדרת הרשלנות (העדר הסכמה מדעת) אלא מצב זה נכנס תחת הגדרת תקיפה. ברגע שרופא לא מגלה את כל המידע הרלוונטי הוא לא נותן למטופל להסכים לטיפול באופן מלא (בארה״ב).

הבעיה עם קביעת בימ״ש: הפרת חובת הגילוי מרופא (דוקטרינת הסכמה מדעת) דורשת מתובע להוכיח קש״ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק של המטופל; על התביעה להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע, המטופל היה מחליט שלא לעבור את טיפול. אבל סביר להניח שאילו הרופא המומחה היה מגלה למור את מידע הכלכלי, מור היה מסכים טיפול, שלימים אף הציל את חייו.

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב **על איזה אינטרס אנו רוצים להגן בנסיבות?** האינטרס שנפגע כאן הוא האמון של המטופל ברופא שלו, יחסי רופא חולה מתערערים. רופאים צריכים לגלות למטופלים שלהם מידע בקשר לטיפול שלהם, לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שעולים מהטיפול מכוח חוב האמון כלפיהם, כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים.

לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע כלכלי הטמון בטיפול בו (בנפרד משאלת האם המטופל מוכן לעבור את הטיפול או לא).

איזו תרופה רלבנטית במצב של הפרת חובת אמון? כיצד נוכל להרתיע מהפרת חובת אמון?

שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת חובת האמון או הסכמה היפותטית:

סעיף 1 לחוק עשיית עושר: ״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, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה- לשלם לו את שוויה״

הסכמה היפותטית- נעשה שימוש ברקמות תוך ניגוד אינטרסים של הרופא, ללא ידיעת המטופל. אנו נרצה לעמוד את ההשוואה לא רק ע״י מניעת רווחים אלא **מה היה קורה אילו ד״ר גולד היה מגלה למור את הפוטנציאל הכלכלי ברקמות שלו.** איזה חוזה הם היו כורתים ביניהם? אותו סכום x שהיה מתקבל באותה עסקה היפותטית, הוא הסכום שד״ר גולד התעשר על חשבון מור שלא כדין.

מטלת כיתה

כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פסק הדין בעניין Moore לפי רעיון הצדק המתקן?

*שיעור 8 כו׳ סיוון 06.06.2021*

*מרצה אורח - ד״ר עומר פלד*

*שיעור 9 י׳ תמוז 20.06.2021 שיעור אחרון*

*שיעור חזרה*

התחלנו את הקרוס בקטגוריות במשפט הפרטי. אמרנו שהמשפט הפרטי מחולק לרבעה תחומים מרכזים: חוזים, נזיקין, קניין ועשית עושר. אנו חושבים על תרופה בצורה של ענפי משפט.

עמדו על מהות הקטגוריה מתוך הבנה שתרופות אינן ניתנות בחלל ריק, אלא מתוך רעיון. איזו סיפור התרופה בא לספר. מה תורמים לנו השייכות לכל אחד מהדינים האלה. למשל דיברנו על חוזים ועל הרעיונות מאחורי דיני חוזים (החוזים ממשמים הסכמה הדדית, מפגש רצונות, מימוש הבעת הרצון, ודאות שמביאה להסתמכות, קידום יעילות) ברגע שאין תרופה בהפרת חוזה, כל מהות החוזים נפגעת. ולא יתאפשר סחר החליפין.

ניסנו להבין את הרעיון הפנימי, את ההיגיון הפנימי שמאחד את רעיון התרופה. המקרה של הקפה הרותח (מקדונלדס) הראה לנו שיש סיבה ורציונל שהוא מעבר לחלוקה לענפים בתרופה. הרצון להרתיעה חברה גדולה

התחלנו לדבר על צדק מתקן. אי אפשר לדבר במונחים של מטרות כשמדרים על צדק מתקן. צדק מתקן מסתכל על עולם המשפטי הפרטי כעולם המבטא שוויון נורמטיבי. על אדם יש לו זוכות לבטא את עצמו במה ששייך לו. פגיעה בזכות זו הוא מפר את החובה כפליו. והדרך היחידה להשיב את המצב לקדמותו היא שאותו אדם שנגס בזכות יביא את התרופה. מי הפוגע נמצא בפולס נורמטיבי. מסביר את האפון שבו צריכה להיות התרופה. סיר ומסכה. מסיבר מה המשמעות של תרופה. (ארנס וייבנרס- התרופה היא רעיון פנימי, מגלמת את הזכות שנפגעה)

מה המשמעות הכי בסיסית של תרופה בתאוריה הכלכלי. התרופה היא אינסטרומנט בכדי להגיע ליעילות (הגדלת העוגה המצרפית).

קל להבין מדוע החוזה הוא כלי למקסום הרווחה של הצדדים לו – תוספת לרווחה (הגדלת העוגה המצרפית.

בנזיקין אנחנו לא מדברים על תוספת לעוגה המצרפית, אלא על צמצום עליות (פגיעה מינימלית בעוגה המצרפית). ניסיון מזעור הנזקים בעולם, מזעור הנגיסה בעוגה המצרפית

זה מתיישב עם נוסחת הנד, מונע הנזק הזול ושוק הנזק הטוב ביותר. מתי ניתן את התרופה – רק כשיעיל לתת את התרופה. למי ניתן את התרופה? את מי אנחנו רוצים להניע לפעול, לצמצם את הנגיסה מהעוגה המצרפית.

קלברזי ומלמד אם עסקאות לא קרו, או שהם לא היו יעילות או שהעלויות עסקה היו מאוד גבוהות. אתא נ׳ שוורץ. איך ההיגיון הכלכלי עובד.

מה קורה כשהשאלות מורכבות?

vince v. lake erie, hawkins v. mcgee, moore v.regents.

על איזה אינטרס אני רוצה להגן? מה קורה במקרי צורך? (vince) לפעמים יש נסיבות המהוות תצרופת מצבים מורכבת. מצבים שהם בין הקניין, נזיקין, ועשיית עושר.

תשובה למטלת כתיבה

דיברנו על כך שהאינטרס עליו אנו רוצים להגן בעניין מור הוא האמון של המטופל 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 על פי מידותיה של הפגיעה בזכותו של המטופל. לפי הצדק המתקן, ניתן לומר שהרופא התעשר על חשבון המטופל משום שהוא גדל ממנו את הזכות להקשר בעסקה מרצון. כיצד נתאים 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 ההזדמנות להיקשר בעסקה מרצון עם הרופא. (הערה – זו בהחלט שאלה אם ניתן לעקוף באופן כזה את השאלה הקניינית - האם למטופל זכות במידע על שימוש ברקמות שלו; אין ציפייה שתדונו בכך)

התרופה של שלילת רווחים לא מתאימה כי הרווחים של המפר- תוצאות ורווחים, לא מעניינים את הצדק המתקן. אנחנו לא מחפשים להרתיע, אנחנו מחפשים את ההפרה עצמה, והיא: הפרת החובה ליידע את המטופל. ככה, הדרך הקרובה ביותר להשיב את המצב לקדמותו ע״י חוזה היפותטי.