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

**מבוא**

* התרופה היא המטרה של המשפט, המענה שלו לפגיעה בתובע. להחזיר את המצב לקדמותו (מטרה מרכזית).
* **סוגי תרופות:** אכיפה\פיצויים\ ביטול והשבה\שלילת רווח
* בעבר הכל נידון תחת מטרייה אחת וכיום מחולק ל4 תחומים: קניין, נזיקין, חוזים ועשיית עושר שלא במשפט. **הבעייתיות לחלוקה** ←**דוג' לחפיפה תיאורית** : חוק המקרקעין ס'18 (אחרי 30 יום לא אפשרי) וס' 24 לפקנ"ז (לבקש תחילה בנועם ואז להוציא בכוח).
* מבחינה תאורית לא הגיוני שפעם תהיה הגנה ופעם לא; מבחינה תאורטית זה לא אחד מנוגד לשני אלא יש בו הגיון.
* **דיני חוזים**-(מפגש רצונות) הסתמכות, וודאות וציפייה, אוטונומיה, הגדלת תועלת מצרפית.

**בעולם לא מושלם**; כדי למנוע רמאויות נוכל לקבל מענה.

* **דיני נזיקין-** אשם\התנהגות לא סבירה, יסוד הנזק( בהסגת גבול אין צורך להוכחת נזק), ניזוק ומזיק והרתעה. **בעולם מושלם** מזיק וניזוק מגיעים להסכמה איך למנוע נזק שייגרם (הרתעה).
* **דיני קניין** – שליטה על נכסים, חירות ואוטונומיה- הגשמה עצמית, בעולם לא מושלם החזק גובר, חושבים במובן של שיווין.
* **עשיית עושר ולא במשפט**- תובעים על רווח של הנתבע. ס' 1 לחוק התעשרות, שלא כדין ,על חשבון האחר← חובת השבה! שני מצבים עיקריים:
* התעשרות לא עוולתית ← בטעות, יש חובת השבה.
* עוולה שמולידה רווח, הפרת חובת אמון ← לא רק השבה אינטואיטיבית אלא גם שלילת רווח (דוגמת המונית).
* אם לא יהיו דיני עשיית עושר, אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות. גופים גדולים יפחדו ויזהרו כפליים בביצוע עסקאות. במקרה של בנקים אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר משום שעלויות אלו מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים (שוקלי נזק טובים). **אם עבר כסף לא נוכל להשיב אותו » אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות » הגדלת עלויות עסקה.** (תמיד נזכור בעשיית עושר השבה +שלילת רווח).

**תיאוריה – תיאורית מאחורי הכלל המשפטי**

* הרעיון מאחורי תרופה- יעילות\מקסום רווחה חברתית\תועלת. כמה שפחות נגיסות בעוגה.
* פס"ד מקדונלדס – נשפך קפה על אישה באוטו נכוותה ברגליים עליונות. פיצוי על **פגיעה פיזית** (השבת המצב לקדמותו) **סיפור פוליטי** (תרופה כמכשיר לצדק במובן החלוקתי חלש מול חזק). **תאוריה כלכלית** (אתה תשלם ביוקר אם תמשיך להתעלם מהבעיה, הקפה קר תחממו- ניסו להתעלם אבל כבר אי אפשר).

תאוריה 1 – צדק מתקן

צדק מתקן-(וינריב) התרופה היא חלק מהמבנה כדי שהצדק ישוב על כנו.

1. **קורלטיביות** –כדי לבדוק האם יש הפרת חובה נשאל קודם האם לתובע יש זכות? אם אין לי זכות לחובת הזהירות- לא יכולה להגיד שהופרה כלפי חובת הזהירות .
* פס"ד פלסגרף - עובד הרכבת היה רשלן כלפי הנוסע שהוא דחף בצורה לא אחראית לתוך הרכבת, היה בידו חבילת זיקוקים וגברת פלסגרף נפצעה בעקבות כך. הרכבת לא הפרה את חובת הזהירות כלפי הגב' פלסגרף מפני שלא הייתה לא זכות קנויה מלכתחילה. לא הייתה לרכבת חובת זהירות כלפיה (מבחן הצפיות הטכנית – האם מי שיצר את הסיכון יכול היה לדעת לדעת שהוא יוצא סיכון לנזק שקרה**). השופט קרדוזו** קבע שרק אם הופרה חובה כלפי התובע, תקום זכות לתרופה!

ע"פ **אריסטו ה**תרופה צריכה להיות מתאימה למידותיה של הפגיעה כלומר בגודל ובסוג (פלוס מול מינוס, רק המזיק יכול להשיב את המצב לקדמותו באמצעות התרופה שתמלא את החסר, שיווין נורמטיבי צדק אריסטוטאלי).\*בחובת הזהירות יש להחיל מבחני צפיות טכנית לפי קרדוזו בפלסגרף).

* קאנט והגל יוצקים תפיסות אישיות שלכל אחד יש את הזכות לממש את עצמו ולא להתערב למישהו ביכולת לממש את עצמו.
* ארנסט וינריב ממלא בתוכן מהותי את ה"פלוס" ו"מינוס" של אי הצדק שנוצר. לתוך הרעיון של המבנה של המשפט הפרטי (הכולל את התרופה) יוצקים תפיסות של אישיות. לכל אדם יש זכות לממש את עצמו באמצעות החיים, הרכוש, הקניין, ההסכמים החוזיים. מכאן שאין להתערב באוטונומיה של האחר.
* הרעיון הוא להשיב את המצב לקודמתו; ברעיון הקורלטיבי - **התרופה מחזירה את שיווי המשקל (הנורמטיבי) בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו. היא שמאפשרת לרפא את אי הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים: to make the plaintiff whole again"". תמונת ראי !**
* במצב של רכב ניתן להחזיר את המצב לקודמתו ע"י רכב חדש או פיצוי כאשר יש נזק גוף מחזירים במובן הנורמטיבי
1. **המשכיות -**הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה". הזכות לעולם לא פגה, היא נפגעה ולכן הנפגע זכאי לתרופה כדי להשיב את המצב לקדמותו ולא לפגוע בזכות הניזוק להגשים את חייו (דוגמת המכונית) . **חשוב – "המכסה והסיר" התאמה בין סוג והיקף הפגיעה לתרופה.**

**מן התאוריה לפרקטיקה-**

* **פס"ד OWELL** בעל מפעל אריזות ואחד בעל מפעל ביצים. » **3 אפשרויות:** 1. לא קרה נזק אמיתי לתובע (אולי חוץ מבלאי למכונה). 2. יש להחזיר את שווי השימוש במכונה 600$ (התעשר על חשבון בעל המכונה) 3. חישוב ההתעשרות שלא כדין ע"ב הרעיון של **ההוצאות שהנתבע חסך כתוצאה מזה שהשתמש במכונה ללא רשות** – אם המפעל היה שוכר את שירותיהם של פועלים הו היה צריך לשלם להם 10$ לשבוע וב3 שנים יש 156 שבועות ולכן הוא צריך לפצות אותו ב1560$.
	+ ארנסט וינריב ביקר את פסק הדין וטען כי הזכות שנפגעת היא שימוש לא מורשה במכונה, מכאן שהתרופה שמותאמת היא 600$ דמי השימוש במכונה. לפי הצדק המתקן אין זכות שנפגעה – אין זכות לבעל המכונה שהמפעל יעסיק עובדים שרוחצים ביצים בידיים לכן לפי צדק מתקן התרופה היא 600!
	+ **מהי הפגיעה בזכות?** שימוש לא מורשה במכונה.
	+ **איזה זכות פסק הדין מבטא?** התשובה של ארנסט וינריב: הזכות שעובדים ירחצו ידנית את הביצים, וזו כמובן לא הזכות שנפגעה בעניין Olwell.

**צדק מתקן וצווי מניעה**

* ס' 44 לפקנ"ז: מטרד ליחיד - **פעילות מתמשכת** של הנתבע, **פגיעה מתמשכת** לתובע. כלומר לא מדובר באירוע של תאונה חד פעמית. **ניתן לתת פיצוי על נזק שהתממש.**
* 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.
* **ס' 71.**
* **צו המניעה** (הפגיעה לא התממשה לכדי נזק) בראי הצדק המתקן היא התרופה המתאימה כאשר הפגיעה היא **מתמשכת.** צו המניעה משמש הרתעה כדי למנוע את המשך הפגיעה בזכות. למנוע את אי-הצדק בעתיד(.צו מניעה יאפשר את הפסקת הפגיעה הממושכת, כאשר הפגיעה המסוימת הזו עלולה להתרחש שוב בעתיד) צו המניעה הוא התרופה הקורלטיבית לפגיעה הספציפית הזו בזכות.

ממד הזמן לא משנה לצדק המתקן - לא תלוי בזמנים אלא קשור **לטיב הפגיעה.** מה שחשוב הוא המבנה של אי הצדק שנוצר – **המבנה של התרופה צריך להתאים 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. אפשר להוסיף מנגד כי צו מניעה הוא תרופה חזקה מאוד, ויגרום לפגיעה חמורה לצד השני(ביהמ"ש נזהר מלתת צו מניעה).

* **דוגמת מחסני קירור – פיצוי על שכר של דירה (פגיעה בזכות), או צו מניעה(פגיעה מתמשכת\עתידית).** צריך לזכור שצו מניעה זה הגנה חזקה ששוללת חירות.

תאוריה 2 – ניתוח כלכלי

* **ראיה כלכלית/יעילות – מקסום הרווחה המצרפית- התרופה היא כלי להשגת מטרה.**
* ג'רמי בנת'ם - בני אדם נשלטים ע"י הנאה וסבל← עיצוב כללים שיובילו ל- " עקרון האושר המרבי" ← מקסום יחידות עושר. וכיום מקסום רווחה מצרפית.
* חישוב התרופה תוך התחשבות במיקסום הרווחה המצרפית. בחוזים אינטואיטיבי (מקסום רווחת הצדדים) הגדלה של העוגה המצרפית , בנזיקין מדברים על "הקטנת עלויות" (ננסה לצמצם את העלויות כדי שהעוגה תקטן כמה שפחות).

**פיצויים במצב של רשלנות**

**בראי התפיסה הכלכלית חשוב שאנשים ידעו על עלות מניעת הנזק.**

1. **נוסחת לרנד הנד-** אם עלות מניעת הנזק קטנה מתוחלת הנזק, והמזיק לא מנע אותה, הרי הוא התרשל (הרעיון הוא מניעת ה"נגיסה" מהעוגה החברתית). PXL < B לא התרשל.
2. **מונע הנזק הזול –** נטיל את האחריות למניעת הזנק על הצד שימנע אותו בעלות הנמוכה ביותר (בעל שדה התירס ידע שכדאי לו לבנות את הגדר אחרת הוא לא יקבל פיצוי- רוצים לתמרץ אותו כדי שימנע נזק במטרה להגיע לתוצאה היעילה ביותר).
	* **נזכור שלא תמיד זה מתיישב עם צדק מתקן כי לא תמיד זה "צודק" להפיל על מונע הנזק הזול ביותר אך מבחינה כלכלית תמיד נרצה לצמצם עלויות מניעה.** לרנד הנד הרתעה יעילה.
* **פס"ד אתא נגד שוורץ** – ס'74 מבטא רעיון של איזון בגלגול הראשון ביהמ"ש נדון בשאלה האם צו המניעה שמשמעותו סגירת המפעל יגרום למפעל נזק קשה (ס'74 לפקנ"ז). ניתן צו מניעה אחרי שהוכח שהמטרד מהותי והייתה הצדקה מלאה בקביעת תרופה זו. שיקולי הצדק קודמים לשיקולים כלכליים. לא נתחשב במטריד כל עוד הפגיעה במוטרד מהותית – "מאזן הנוחות" נשקול מבחינה כלכלית ( היו מלא עובדים וצו מניעה יזיק) אבל בפועל הפגיעה ממש מהותית.

 (א) הפגיעה שנגרמה למשיב היא קטנה.

 (ב) הפגיעה האמורה ניתנת להערכה בכסף.

 (ג) הפגיעה האמורה ניתנת לפיצוי מספיק בתשלום כסף.

 (ד) מתן ציווי יהיה בו משום התעמרות במערערת.

1. **שוקל הנזק הטוב ביותר (קלברזי והירשקוף)-** שוקל הנזק הטוב ביותר הוא מי שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות מניעת הנזק או לחלופין להודיע לצד השני. מי שיש לו את המידע הרלוונטי הוא בד"כ שוקל הנזק הטוב ביותר. הוא מוגדר כזה על סמך תכונותיו (למשל בנקים). יכול לחסוך עלויות אדמיניסטרציה והתגברות על פערי מידע. הפסיקה לא דחתה את הרעיון אלא פשוט לא קיבלה אותו.
	* **קושי אפשרי –** צד אחד בעמדה הטובה ביותר לשקול וצד אחד בעמדה לפעול על סמך השקילה.
* במקרה של **מוצרים פגומים הם** מונעי הנזק הזול גם אם אין אשם! אבל אם יש רשלנות חמורה מצד הצרכן, היצרן לא יהיה אחראי על אף שיש לו אחריות מוחלטת. ס' 4 – לא תהיה הגנה ליצרן אבל אם הצרכן פעל בהתרשלות חמורה נפחית מסכום הפיצויים. הלקוחות יתומרצו בצורה לא יעילה שידעו שאם יתנהגו ברשלנות היצרן יישא באחריות כי היא מוחלטת אך סעיף זה יוצר איזון.
* הרעיונות של **מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הטוב ביותר** - מאפשרים לפתור את המזיק ( הנתבע ) מפיצוי הניזוק (התובע), אפילו אם מצאנו את המזיק רשלן.

**פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני 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 או חמורה (strict liability)-** לפיו, המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה(המזיק בכל אופן צריך לפצות את הניזוק ).

**אם מישהו לא יכול למנוע את הנזק לא נוכל להגיד שהוא התרשל**– אם הרכבת עוברת 3 פעמים ובכל פעם יוצאים ממנה גיצים הגורמים לשרפות. הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק בכלל (אזי לא התרשלה ולא תצטרך לפצות את הנפגעים). אולם, אם אנחנו במשטר של אחריות מוגברת היא בכל מקרה תצטרך לפצות על הנזק. הפתרון – רמת הפעילות תשתנה (של המזיק). תעדיף לנסוע פעמיים ביום ולא שלוש.

במשטר של רשלנות ניכרת השפעה על התנהגות הניזוק, ובמצב של אחריות מוגברת/חמורה, המשטר בעיקר משפיע על רמת הפעילות של המזיק. **ביקורת** – אין תמריץ לחקלאי למנוע את הנזק. צריך להשוות שינוי ברמת הפעילות של החוואי בכלל של רשלנות אל מול רמת הפעילות של הרכבת בכלל של אחריות מוגברת.

**פיצויים או צו מניעה – השפעתן על עלויות עסקה על התרופה**

**לפי התיאוריה הכלכלית של COASE לעלויות עסקה חלק משמעותי בקביעת התרופה:** בוקר מגדר פרות (200 תועלת) וחקלאי מגדל עגבניות (80 תועלת). הפרות רומסות את העגבניות. עלות בניית גדר עבור החקלאי 60 ועבור הבוקר 100. צו מניעה לבוקר- ישלם 100 כדי להרוויח 200;רגולציה שתחייב את החקלאי לבנות – ישלם 60; אין כלל משפטי- החקלאי ישלם 60; פיצוי על הנזק (הבוקר יכול לגדל רק אם יפצה את החקלאי) ישלם 80 (בפועל יציע לחקלאי עסקה בין 60-80). כנראה החקלאי יבנה את הגדר בעסקה כלשהי ביניהם (הצד היעיל יותר).

**קלברזי ומלמד** – מצד של 10 מזהמים ו1000 מזדהמים. נניח שיעיל לזהם (הנזק מהזיהום הוא 10 והתועלת 20). היינו חושבים שהדבר היעיל הוא עסקה בין הצדדים, כיוון שהתועלת למזדהמים גדולה יותר. אבל תתיכן סחטנות מצד המזדהמים (יוכל לבקש צו מניעה, ואם לא ירצו שישלמו יותר). הפיצוי ילך ויגדל כך שיכול שיעלה על התועלת. או שיכול לקרות מצב שיוספו מזיקים נוספים וימשיכו להזיק בלי לשלם (טרמפיסטיות- כמה מזהמים על הגב של מזהם אחד שמפצה). טרמפיסטיות וסחטנות זה לא יעיל!!!!

כלל 1: כלל קנייני. למזדהם יש זכות לגשת לביהמ"ש – זכאות לחיות עם אוויר נקי. ההגנה תהיה בקשת **צו מניעה** – נבחר בכלל זה כאשר עלויות העסקה **נמוכות.**

כלל 2: כלל אחריות. למזדהם יש זכות לחיות עם אוויר נקי אך למזהם יש זכות לקחת אותה **ולפצות** (הגנה חלשה יותר) – נבחר כאשר עלויות **העסקה גבוהות.** הפיצוי ישמש גם כלי הרתעה בעתיד ויינתן בדיעבד.

כלל אי עבירות- גם אם מישהו מסכים לוותר על הזכאות, לא ניתן לוותר עליה (כור גרעיני).

המטרה היא ליצור עסקאות יעילות ברגע שיש עסקה יעילה ולא מקבלים אותה – סחטנות לא ניתן צו מניעה אלא רק פיצויים (עלויות גבוהות), אם העלויות נמוכות ניתן צו מניעה.

הכללים באים להגן על עבירות!

* **כללי קלברזי ומלמד באתא נ' שוורץ-** המפעל ניסה לעשות כל שביכולתו כדי להוריד את הדציבלים והיה צריך למנוע את סגירת המפעל. התובעים ניסו להעלות את המחיר שביקשו על הדירה למחיר גבוה בהרבה ממחיר השוק. עלויות העסקה עלו בצורה מלאכותית עקב סחטנות התובעים. ביהמ"ש ביטל את צו המניעה ואת צו הביניים ונקבע שבמקרים של סחטנות יש לתת פיצוי בגובה מחיר השוק של הדירה.

**עלויות עסקה נמוכות יובילו להגנה חזקה של צו מניעה**.

**עלויות עסקה גבוהות (שנובעות למשל מסחטנות) יובילו להגנה חלשה יותר של פיצויים**.

* **אתא נ' משרד האוצר :** לא רצו לוותר על התביעה פנו למשרד האוצר "רכישה לצורכי ציבור" להפקיע נכס כי היא יעילה לציבור. מה קורה עם מאזן הנוחות? התחשבות בשיקולי יעילות המפעל מעסיק המון עובדים וזה מפעל חיוני לציבור ביהמ"ש אותת להבא - גם אם צדדים פרטיים יהיו במצב הזה- שזה מצב קיצון- כנראה תתקבל אותה תוצאה. יינתנו פיצויים בגובה השוק, ולא יקבלו צו מניעה.שהדירה הופקעה תמורת שווי שוק. **לא אפשרו סחטנות מבעל הדירה**.

**לסיכום,** ביהמ"ש יישם את הרעיונות שלמדנו מהמאמר של קלברזי ומלמד. כאשר ביהמ"ש רואה שיש התנהגות סחטנית ואי אפשר להגיע לעסקה יעילה ההתנהגות הסחטנית הרימה את עלויות העסקה וגרמה לכך שהמפעל לא יכול היה להיענות לדרישות התובע, אחרת יפשוט את הרגל במצב כזה ביהמ"ש לא ייתן צו מניעה.

**זוהי דוגמה יישומית לכלל מהמאמר של קלברזי ומלמד-** כאשר עלויות עסקה גבוהות יינתנו פיצויים ולא צו מניעה. בגלגול הראשון- נתנו צו מניעה. כלל ההגנה משתנה בין 2 הפרשות.

**בין דיני קניין לדיני נזיקין**

* דיני נזיקין לא מגנים רק על קניין אלא גם על שלמות הגוף למשל ברשלנות רפואית.
* האינטואיציה העומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד- שליטה על האינטרס של בעל הזכאות לנכס (כלל קנייני הגנה חזקה); האינטואיציה העומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד – הגנה על שוויו של האינטרס (חלשה יותר כלל אחריות).
* פס"ד Vincent הספינה והמזח : בעל ספינה קושר את הספינה שלו למזח בשעת סערה ונגרם נזק למזח.

 בשעת הצורך כלל הגנה של בעל הזכאות מתחלף מכלל קנייני מסוג של צו מניעה, לכלל הגנה חלש יותר מסוג פיצוי (טרנספורמציה).

**בראי הצדק המתקן** – מהי הזכות שנפגעה? הפריבילגיה שניתנה לבעל הספינה היא הזכות לקשור את הספינה- לא כוללת את הפגיעה במזח. נגרם נזק למזח ולכן הפיצוי צריך להיגזר מהפגיעה. **שלמות המזח היא זו שנפגעה.**

פס"ד מעלה מצבים של המדינה – מצבי חירום הפקעת רכבים\ נכסים תמורת פיצוי. בסיטואציות שבהן יש סוג של **מונופול**- **למי שיש את הנכס, יש בידו הרבה כוח**- יש **פתח לסחטנות,**

**איזה שיקולים כלכליים יכולים להצדיק את זה?** סיטואציות של צורך הן סיטואציות של כר פורה לסחטנות, להתנהגות לא יעילה. מבקשים למנוע את זה. לבעל המזח יש יותר כוח מאשר לבעל הספינה. נותנים הגנה מוחלשת כאשר נותנים פיצוי בדיעבד.

**דעת מיעוט**- אין עוולה (נסיבות מחמירות) אין פיצוי.

**כללי קלברזי ומלמד עזרו להבין את הקונפליקט.**

* **בפס"ד OWELL** ניתן להגיד שהיה שימוש לא מורשה הפקעה פרטית מצד אחד שעת צורך מותר מצד שני יש צורך בפיצוי (נזק שנגרם במקרה של המזח). בראי הצדק המתקן – שימוש לא מורשה בנכס אז התרופה תהיה שווי השימוש בנכס.

**לזכור !** שיקולים כלכליים ( הרתעה ושיקולים חיצוניים \ רווחה וכו' ) צדק מתקן – השבת המצב לקדמותו.

דעת הרוב – אין עוולה אבל יש פיצוי ← בשעת צורך "מוחלים" על הפגיעה בזכות של עגינת הספינה. אבל הנזק שקרה תוך כדי לא מכוסה.

**בין דיני חוזים לדני נזיקין**

 ההבדל העיקרי: **עסקאות רצוניות** (חוזים- מפגש רצונות) **מול לא רצוניות (**נזיקין- נקלענו לסיטואציה), דרך ההגייה של אריסטו – דיני נזיקין מסדרים מערכות יחסים בין אנשים זרים. כדי לקבוע מהי התרופה במקרי הגבול האלה נשאל- על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגם בהתאם לעובדות: האם על רצון הצדדים (חוזים) או על שלמות הגוף (נזיקין)?

* פס"ד **Hawkins v. McGee** : הרופא הבטיח יד מושלמת להוקינס – השתילו לו רקמה מהבית חזה ביד, הניתוח הצליח אבל יש לו יד עם שערות- "מקרה היד השעירה". **שתי תרופות**- כאב וסבל (נזיקין) » פגיעה בביטחון העצמי וכו. מנגד יטען שכל ניתוח כרוך בכאב וסבל ←לא נתנו על כאב וסבל כי נטען לרשלנות. אולם, ד"ר מקגי הבטיח יש מושלמת ב100%. פיצויי ציפייה (חוזים) » **ההפרש בין יד מושלמת ליד שהתקבלה בפועל** [נקבעו אומדנים במהלך השנים]. נקבעו פיצויי ציפייה מפני שלא ניסה להוכיח רשלנות (היה צריך לטעון שמדובר בפרקטיקה לא מקובלת (התרשלות), הנזק הוא הסבל מצמיחת השיער ולהוכיח קש"ס). היה מעניין לחשוב מה נקבע אם היה נטען למצג שווא רשלני\אוטונומיה.

**בין דיני עשיית עושר לדיני נזיקין**

* פס"ד **Moore v. Regents of the University of California**: חולה בסרטן נדיר. הד"ר ביצע ניתוח והשתמש ברקמות שלו לצרכי מחקר על חולי סרטן. לימים נרשם פטנט והפיקו רווחים עצומים. מור גילה את זה ותובע את הרופא והאוניברסיטה על הפגיעה בזכות. טענות שעלו » **גזל:** ס'55 השבת גזל או עשיית עושר ס' 1. יש להוכיח כי הרקמות נחשבות עדיין קניינו. ביהמ"ש קובע שהרקמות לא קניינו והטענה נדחית. **תקיפה:** יש לקבוע שהרופא לא גילה למור את כל המידע הרלוונטי ולכן לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית (דוק' הסכמה מדעת). ביהמ"ש מקבל את הטענה- כדי לקבל את הסכמתו של מור, היה על הרופא לגלות לו גם על החלק הכלכלי. **כיום** הפרת חובת הגילוי נבחנת תחת עוולת הרשלנות ולא התקיפה.

ד"ר מיטל חושבת שיש בעיה » הפרת הגילוי דורשת הוכחת קש"ס בין חובת הגילוי לנזק. על התובע להחליט שאם היה נחשף בפניו המידע הוא היה מחליט לא לעבור את הטיפול. סביר להניח שמור היה מסכים לטיפול שאף הציל את חייו.

כדי לקבוע את התרופה יש לשאול על איזה אינטרס נרצה להגן? במקרה זה האינטרס שנפגע הוא **האמון של המטופל ברופא שלו.** כיצד נוכל להרתיע? נגרום לרופאים לחשוף כל מידע שיש בו ניגוד אינטרסים גם מידע כלכלי כדי לא לטפל בו בגלל אינטרס אלא בגלל הטיפול בבנאדם – לא דרך דוק' הסכמה מדעת אלא דרך דיני עשיית עושר(קש"ס כפול). שתי תרופות אפשריות:

1. שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת האמון (ס'1 לחוק עשיית עושר) >> תקבע בראי הצדק המתקן.
2. הסכמה היפותטית- חוזה מדומיין. מה היה קורה במקרה של חוזה ואיך הרווחים היו מחולקים ביניהם (לא חייב להיות אותו סכום).

**כיצד נצדיק את ס' 1 בראי הצדק המתקן בעניין מור?** הזכות שנפגעה היא זכותו להסכים לעסקה מרצון, הופרה כלפיו חובת הגילוי. ניתן לחשוב על הסכמה היפותטית – האומדן לפי העסקה מרצון ולא הרווחים של הרופא!! אנחנו רוצים פיצוי שידמה כמה שיותר את ההסכמה.