**מבט על – קורס תרופות**

**פרק ראשון:**

* החלוקה הגאוגרפית של המשפט הפרטי לפי תחומיו.
* חפיפה של כללים בתחילת הקורס.
* תאוריה – המישור הרעיוני של המשפט (ההבדל בין רצוי למצוי, הבנה של החלטת ביהמ"ש לגבי תרופה, חשיבה ביקורתית).

**פרק שני:**

* מצבי גבול "בין דינים" – מצבים בהם אנחנו יודעים שעולות מהסיטואציה העובדתית כמה מערכות דינים רלוונטיות. לדוג', סיטואציה חוזית שגם נזיקין רלוונטי אליה.
* כיצד החיבור בין הרעיונות התיאורטיים לבין המשפט, עוזר לנו להבין מה צריכה להיות התרופה במצבים אלו.

**מבוא**

תרופה = **המענה** של ביהמ"ש לתובע. אנשים רוצים לקבל מענה כנגד הפגיעה שנגרמה להם. לתרופה פנים רבות: צווי מניעה, פיצויים, וצורות רבות נוספות.

**חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר**

דוגמה לחפיפה תיאורטית בין הדינים: הסגת גבול – המחזיק כדין רשאי להפעיל כוח כדי למנוע הסגת גבול. לפי ס' 18 לחוק המקרקעין. באופן תיאורטי, היה ניתן לתבוע על תקיפה לפי ס' 24 לפקנ"ז.

לדוגמה: נניח שחזרתי מחו"ל לאחר לא יותר מ-30 ימים, הבנתי שמישהו פלש לביתי. הוצאתי את הפולש בכוח, כיצד אוכל לטעון להגנה מפני תביעה על תקיפה? מחד, מדובר בעוולה נזיקית – תחול הגנה. מנגד, לפי דיני הקניין – לא תחול, לא עברו 30 יום. מצביעה על היתרון בייחוד חקיקה של חיובים שונים, כדי למנוע התנגשויות וסתירות מעין אלה. היא אף מעלה תמיהה, האם עדיף לאחד את הכללים הנוגעים לענפים השונים במשפט הפרטי (זו מטרת הקודקס האזרחי, לא נלמד אותו).

דיני חוזים – הרעיון המרכזי הינו **הסכמה הדדית**, הגעה לעמק השווה. אנחנו צריכים את המשפט על מנת להעניק לאנשים –

* **הסתמכות:** תשתית לעסקאות. פרטים יכולים להגיע להסכמה ביניהם גם בלי דיני החוזים, תשתית תאפשר ביטחון לאנשים להתקשר בחוזים.
* **ודאות וציפייה:** של הצדדים לחוזה.
* **הרחבת והגשמת האוטונומיה:** לא רק לאפשר לצד לממש את רצונו בעסקה ספציפית, אלא לברוא סוגים שונים של חוזים שיכוונו את הפרטים לבחור יותר טוב ונכון, להרחיב את אפשרויות הבחירה.
* **תועלת:** מגדיל את הרווחה המצרפית, את התועלת. אם א' רוצה את מה שיש לב' וב' רוצה את מה שיש לא', עבור שניהם שווה יותר לקבל את מה ששייך לצד השני, והתועלת המצרפית גדלה. ההנחה של הניתוח הכלכלי היא שחוזים יעילים אמורים למקסם את התועלת המצרפית, הם מאפשרים לכל צד לקבל את ההעדפה הכי טובה עבורו.

אמצעות התרופות נצליח להגשים את המטרות האלה. בעולם מושלם כולם מתנהגים כמצופה וניתן לממש את המטרות האלה בלי בעיה, אך העולם לא מושלם. החוזה יכול להיות תרמית, או התקשרות בשל טעות, המשפט מאפשר לפרט שנפגע תרופה. בעולם לא מושלם, התרופה מספקת לנפגע מענה והגנה ולכן יש בה צורך.

רעיון מרכזי: הסכמה, מקסום תועלת לצדדים ורווחה מצרפית.

דיני נזיקין – דיני אשם, במובן שיש **הפרת סטנדרט חברתי מסוים** (לאו דווקא בפן המוסרי) אדם יכול להיות אשם ברמה המוסרית וברמה החברתית (רשלנות=אשם, הפרת סטנדרט חברתי). הפרקטיקה המקובלת נקבעת לפי "האדם הסביר" (למשל: פרקטיקה רפואית – מה הרופא הסביר היה עושה במקרה הקונקרטי). אנחנו צריכים את המשפט כדי לחיות את החיים בצורה סבירה, ללא פחד. **המשפט מאפשר לאדם להמשיך את חייו גם כאשר לא ניתן להשיב, באופן מעשי, את המצב לקדמותו** (למשל: אדם שאיבד את הראיה, יקבל פיצוי כדי להמשיך לנהל חיים רגילים). יצירת הרתעה בפני מזיקים פוטנציאליים. בעולם מושלם לא נצטרך את דיני הנזיקין, אנשים לא יזיקו אחד לשני וגם אם תהיה רשלנות המזיק והניזוק מלכתחילה יגיעו למנגנון אופטימלי של פיצוי מבלי לערב את המשפט מה צריך לקרות במצב כזה ואיך מונעים את הנזק הפוטנציאלי בצורה מקסימלית. אך בעולם לא מושלם, יש צורך במשפט (דיני נזיקין) בשני רבדים:

* **מזיק וניזוק:** פיצוי בדיעבד. הניזוקים הפוטנציאליים צריכים את המשפט כדי לחיות את החיים בסבירות, שלא יפחדו וישקיעו יתר על המידה כדי להימנע מנזק פוטנציאלי. מצד שני, כדי למנוע גם ממזיקים פוטנציאליים להזיק. יש צורך במשפט כדי שאף אם ייגרם נזק, יהיה פיצוי בדיעבד כך שהפרט יוכל להמשיך לחיות את חייו למרות מה שקרה, גם אם לא ניתן להשיב את המצב לקדמותו. למשל: מטופל שאיבד את הראייה יוכל להמשיך בחייו באמצעות הפיצויים שיקבל, גם אם לא יחזור לראות והפיצוי לא יהיה מושלם ויחזיר לו את מאור עיניו.
* **הרתעה:** מניעה מלכתחילה. יש צורך להרתיע מזיקים פוטנציאליים, שידעו לנהוג בזהירות. לעצב התנהגות לא ראויה או מסוכנת מלכתחילה ולמנוע את גרימת הנזק (כמו בצווי מניעה).

רעיון מרכזי: השבת המצב לקדמותו.

דיני הקניין – הרעיון המרכזי הוא **שליטה על הנכסים שלנו**. כאשר אין כבוד הדדי לשליטה והחזק גובר, המשפט עוזר לנו עם תרופות ומאזן את יחסי הכוחות בין הצדדים. התרופות נועדו לאפשר את החירות והאוטונומיה.

רעיון מרכזי: אוטונומיה ושליטה.

דיני עשיית עושר ולא במשפט – ההתמקדות אינה בנזק שקרה לתובע אלא ברווח של הנתבע. דיני עשיית עושר התפתחו מתוך צורך בתרופה. במשפט האנגלי התפתחו דיני יושר, היו סיטואציות עובדתיות שהמשפט לא נתן להם מענה ראוי. דיני החוזים לא הספיקו כשלעצמם, לכן, התפתחו דינים מקבילים ומתוכם התפתח רעיון של "מעין חוזה". עשיית עושר שנועדו לספק תרופה כשהמשפט הקונבנציונאלי (חוזים, נזיקין, קניין) לא נתנו מענה.

ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט כולל 3 יסודות: **התעשרות** – גם אם אין אשם. **שלא כדין** – לא היה אמור לקבל את התועלת הזו. **מאדם אחר** – ההתעשרות על חשבון מישהו אחר, קש"ס. בדיני עשיית עושר מדברים על השבה או שלילת רווחים. פיצוי משני סוגים: (1) עוולה שמולידה רווח – גניבת רכב והתעשרות משימוש בו (שלילת רווח). (2) התעשרות לא עוולתית – העברה בנקאית מוטעית (השבה).

**שאלה 1 למחשבה**

שאלה: במדינת פלסטיקה לא חלים דיני עשיית עושר. כיצד לדעתך הדבר ישפיע על ביצוע עסקאות בין אנשים?

**תשובה**: 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- במקרים של בנקים וגופים מוסדיים, אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלה מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים ומפזרות את הנזקים- משהו שלא מצפים שנדע בהכרח).

**תיאוריה של תרופות במשפט**

**פס"ד Liebeck v. McDonald's Restaurants**

עובדות: אישה שרכשה קפה במקדונלד'ס וברכבה נשפך עליה הקפה וגרם לה לכוויות.

הרעיון מאחורי התביעה: פיצוי על הפגיעה הפיזית (החזר הוצאות רפואיות), סיפור פוליטי (אזרח קטן מול תאגיד ענק), תרופה כמכשיר לצדק במובן החלוקתי (הגנה על קבוצה חלשה) והרתעה – מקדונלד'ס יודעת שאם תמשיך להתעלם מהבעיה היא תשלם (בהיבט הכלכלי של תרופות).

**פס"ד Palsgraf v. Long Island Railroad**

עובדות: אישה מחכה לרכבת, שני גברים רצים לרכבת ולאחד יש חבילה שעטופה בנייר. העובדים מנסים לעזור לו לעלות לרכבת, החבילה נופלת וזיקוקים שהיו בתוכה מתפוצצים. בעקבות זה נופל משהו על הראש של האישה והיא נהיית אילמת, היא תובעת את הרכבת ולא מקבלת פיצוי. השופט קרדוזו: **קובע שלא חלה כלפי האישה חובת זהירות כי אין עילה נזיקית, מפני שלא נפגעה זכות**. חברת הרכבת הייתה רשלנית והפרה חובת זהירות כלפי האדם שנדחף לרכבת ולא כלפי האישה. על מנת שלאישה תהיה עילה כנגד הרכבת, היא צריכה שתהיה כלפיה חובת זהירות מה שלא קרה בענייננו. באשר לשאלת הצפיות: האם ניתן היה לצפות שאם יתנהגו בצורה רשלנית כזאת, עלול לקרות נזק? יש גבול למה שבן אדם צריך לצפות, ההתנהגות הרשלנית הייתה כלפיי האדם שעלה לרכבת. כלומר, כדי שתופר חובה כלפי אדם, יש לדרוש שתהא לו זכות קודם כל.

**מבחנים לחובת הזהירות**

**צפיות טכנית**- האם הנזק שהתממש לניזוק המסוים, נתחם במתחם סכנה צפויה שהתנהגות עשה? האם מי שיצר את הסיכון יכול היה לצפות שהוא יוצר סיכון לנזק שקרה? לא כל אחד יכול לדעת מההתנהגות שלו איזה נזק יכול להתממש וכלפי מי. בתור עובד רכבת, אפשר לצפות שיגרם נזק כתוצאה מההתנהגות, אבל כלפי מי היה יכול לחשוב שייגרם נזק? לצורך העניין, אפשר היה לצפות נזק כלפי האדם הנדחף, לא כלפי האישה על הרציף.

אם הופרה חובה, בהכרח נפגעת זכות 🡨 זו נקודת המוצא שלנו להבנת רעיון הקורלטיביות בראי הצדק המתקן. **אם יש זכות > קיימת חובה > ואז אפשר לבחון האם היא הופרה**.

**עקרונות מרכזיים כדי להבין תרופות לפי הרעיון של צדק מתקן**

**1. קורלטיביות** = התאמה, כנגד פגיעה תגיע תרופה. מבנה צדק מתקן לפי אריסטו – פגיעה בזכות כמראה של הפרת חובה. כולנו נמצאים במישור מבחינת חובות וזכויות, כשמישהו פוגע בזכות שלי ומזיק לי, נוצר אי צדק בינינו. הניזוק נמצא ב"מינוס כמותי" בעוד המזיק/המפר נמצא ב"פלוס כמותי".התרופה תביא לשוויון נורמטיבי ותותאם לסוג והיקף הפגיעה. ע"י פילוסופים כמו קאנט והגל, התפתחו תפיסות של אישיות לתוך מבנה של צדק מתקן – לכל אדם הזכות לממש את עצמו (לדוג': לא לפגוע בשלמות הגוף, כי אם תיכרת למישהי יד כתוצאה מתאונה - תהיה לה יכולת פחותה לממש את עצמה, את שאיפותיה ואת מי שהיא). וחובה לא להתערב ביכולתו של אחר לממש את עצמו – לאותה פגיעה בחירות אנו נחפש תרופה הולמת, שתהלום את הפגיעה ותבקש להשיב את האיזון והשוויון הנורמטיבי בין הצדדים. **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". לצדק המתקן שלושה עקרונות מרכזיים: קורלטיביות, המשכיות והוא אינו מתייחס לשיקולי צדק חלוקתי או שאלה של יעילות.

**2. המשכיות** = הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה". התרופה מאפשרת את החזרת מאזן הצדק הנורמטיבי שכן, הזכות מעולם לא פגה (לדוגמא: א' גנב מב' מכונית, הזכות של ב' במכונית מעולם לא פגה). נדרשת התאמה בין סוג הפגיעה בזכות לתרופה ובין היקף הפגיעה בזכות לתרופה – **רעיון "המכסה והסיר".**

**צדק מתקן – מן התיאוריה אל הפרקטיקה**

**פס"ד Olwell v. Ney**

עובדות: הנתבע היה בעל מפעל לאריזת ביצים. התובע היה בעל מכונה לשטיפת ביצים. התובע אחסן את המכונה בקרבת מקום למפעל והנתבע ידע על מקום האחסון, הוציא אותה ממקומה, ללא הסכמה והשתמש בה במשך 3 שנים. כשהבין זאת התובע, הוא ביקש מהנתבע שיקנה ממנו את המכונה בעד 600$ =שווי השימוש בה במשך 3 שנים. המקרה התגלגל לביהמ"ש העליון של וושינגטון, שהתלבט באשר לתרופה ההולמת.

3 דרכים אפשריות מרכזיות:

**1. האם קרה נזק אמיתי לבעל המכונה?** לא, אלא אם כן נוצר איזה בלאי- ולכן אין פיצוי. **2. בעל המפעל התעשר על חשבון בעל המכונה** בשווי השימוש של המכונה, ערך השימוש בה ללא הסכמת הבעלים (600$), ערך שהבעלים קבע. **3. חישוב התעשרות שלא כדין, על בסיס הרעיון של ההוצאות שהנתבע חסך כתוצאה משימוש במכונה ללא רשות** 10X156=1560. ביהמ"ש בחר באפשרות השלישית: ההוצאות שחסך(משכורת לפועלים) הנתבע כתוצאה מהשימוש שלא ברשות. **ביהמ"ש אמד את הרווח לפי ההוצאות שנחסכו מהנתבע**.

**לפי גישת הצדק המתקן, התרופה שגויה**. הפגיעה של התובע בזכות הוא שימוש לא מורשה במכונה, ולכן הפגיעה בשימוש שלא בזכות במכונה, הוא שוויה – 600$. בפועל, אומר וינריב, **לא משנה מה הופק מהמכונה, אלא מה הזכות שנפגעה** – וזוהי הזכות לאפשר את השימוש במכונה. זאת שכאמור עולה 600$.

**צדק מתקן וצווי מניעה**

**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 על ידי האפשרות לתת לתובע צו מניעה שימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בעתיד. מבנה התרופה צריך להתאים למבנה הפגיעה בזכות. ניתן לחשוב על צו מניעה במונחים של צדק מתקן, כמתאים את התרופה למידותיה המסוימות של הפגיעה בזכות (לכן פעם פיצוי רלוונטי, ופעם צו מניעה, תלוי נסיבות). **התרופה** **היא** **מהותית**, **לא רק טכנית**. צדק מתקן לא תלוי בזמנים, הוא קשור לטיב הפגיעה, טיבו של אי הצדק. כשהפגיעה היא מתמשכת – צו מניעה ימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בפגיעה מתמשכת גם בעתיד.

**מטרד** **ליחיד**: פעולת הפרעה מתמשכת, המפריעה לאדם להשתמש במקרקעין שלו. במקביל לפיצויים שאנחנו יכולים לדרוש(אך רק על נזק שכבר נגרם), לפי ס' 44 לפקנ"ז, ניתן לקבל צו שיורה על הפסקת הפעולה המזיקה. מאפיינים של מטרד: פעילות מתמשכת של הנתבע, פגיעה מתמשכת לתובע (לא מדובר באירוע חד פעמי) וניתן לתת פיצוי על הנזק שהתממש. לדוגמא: בית מגורים בקרבת עסק שמעשן בשר. השיטה הייחודית גוררת ריחות נוראיים לכיוון בתי המגורים. במצב כזה, יש אפשרות לדון בפיצוי כספי אם בשל המטרד הוכרח המתגורר לשכור בית אחר. אם הפיצוי לא מספיק או לא מתאים ניתן לתת צו מניעה.

**איך ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן?** (האפשרות "לתקן" נזק שלא התממש) אחד מתפקידי ביהמ"ש הוא לבחור בפיצוי שמתאים למידות הפגיעה הספציפית בזכות. **התרופה צריכה להיות תואמת למבנה של הפגיעה בזכות**. ביהמ"ש ישקול לתת צו מניעה על מנת למנוע המשך מטרד באיכות המגורים של השכנים, התרופה הראויה בראי הצדק המתקן נועדה להשיב את המצב לקדמותו ולעצור את אי-הצדק/להשיב את הצד. צו מניעה הוא תרופה קורלטיבית לפגיעה הספציפית הזו בזכות. צדק מתקן אינו תלוי בזמנים אלא קשור לטיב הפגיעה, טיב אי הצדק. **צו מניעה ימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בעתיד ודרך פגיעה מתמשכת** שניתן לעצור.

**שאלה 2 למחשבה**

שאלה: 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 רלוונטית/ות?

ב. כיצד ניתן להצדיקה/ן בראי הצדק המתקן?

**תשובה: 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. (נצטרך לבדוק את מאזן הנוחות כיוצא מפס"ד אתא).

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.

**תרופה בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי**

**תרופות בדיני נזיקין**

**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

**1 – פיצויים במצבים של רשלנות**

מנקודת המבט הכלכלית, לתרופה מטרה חיצונית לתחומי המשפט: קידום יעילות חברתית-כלכלית-כללית. כיום, את המושג "יעילות" החליף המושג "מקסום רווחה מצרפית.

**התפתחות היסטורית (מפה התחלנו לקצר את המחברת, להשלים את מה שכבר קראנו%%)**

* **Jeremy Bentham** בנת'ם- בני האדם נשלטים ע"י שני כוחות מרכזיים- **הנאה וסבל**. שיקולי אושר, שבגישה הכלכלית פותחו לשיקולי עושר(=יעילות ומקסום רווחה מצרפית).
* **מה המטרה של התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי של המשפט?** להביא ליעילות/ מקסום רווחה. כלל טוב הוא כלל יעיל. חוזה- הגדלת העוגה. נזיקין- צמצום עלויות עתידיות.
* **השגת יעילות באמצעות נוסחת הנד ומונע הנזק הזול**

**מתי אדם התרשל בראייה כלכלית? כאשר מניעת הנזק הייתה נמוכה מעלות הנזק.**

**נוסחת לרנד הנד** (Learned Hand formula)

עיקרון מרכזי – יעילות! עוזרת לנו להגדיר מתי יעיל למנוע את הנזק ולכן נטיל אחריות או לא נטיל אחריות.

P x L$ >$ B 🡨 התנהגות רשלנית (התרשלות). [תוחלת הנזק גבוהה מעלויות המניעה]

P x L$ < $B 🡨 אין התרשלות. [תוחלת הנזק נמוכה מעלויות המניעה]

נוסחת הנד מבטאת את הרעיון שההתנהגות הסבירה היא ההתנהגות היעילה – **האדם הסביר הוא האדם היעיל**.

נוסחת לרנד הנד לבדה אינה מספיקה כדי לייצר תוצאה יעילה. קיים תנאי נוסף לרעיון של יעילות:

**"מונע הנזק הזול" פוזנר** – נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר. **מדובר בתנאי מצטבר לנוסחה**, **שני התנאים יחד יובילו לתוצאה יעילה**. לא מספיק שאנשים ימנעו את הנזק אם יעיל למנוע אותו, אם תוחלת הנזק יותר גבוהה מעלות מניעתו, אלא גם נבדוק מי היה נכון שיפעיל את הנוסחה, ועל מי נרצה להטיל את האחריות- המזיק או הניזוק. בהינתן ולאחד מהם היה זול יותר למנוע את הנזק ולא עשה כן - הוא נהג בהתרשלות.

**שאלה 4 למחשבה**

שאלה: סעיף 74 לפקודת הנזיקין, שכותרתו "מקום שאין ליתן ציווי", קובע כך: "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 לדעתכם הרעיון העומד מאחורי סעיף 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ב"גלגול הראשון" של פרשת אתא נגד שוורץ, שאותו קראתם? **נמקו את תשובתכם**.

תשובה: ס'74 מבטא רעיון של איזון, 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. לעיתים, נזקים מהסוג האחרון עשויים להיות גדולים עשרות מונים מהנזק שנגרם לניזוק על ידי המטרד. לשון הסעיף מציינת כי במקרה כזה, בית המשפט יכול להימנע ממתן צו מניעה כל עוד הפגיעה בתובע קטנה וניתנת להערכה בכסף. מפסק הדין אתא נ' שוורץ שקראתם, נראה כי בית המשפט מוצא ששיקולים צדק מתקן קודמים לשיקולים כלכליים, המביאים בחשבון גם את נזקו של המטריד אם ייאלץ להפסיק את המטרד. ייתכן 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).

**שוקל הנזק הטוב –** קלברזי והירשקופף

**שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן ואותו צד יכול לפעול על סמך שקילתו.**

הרציונל: הפחתת עלויות אדמיניסטרטיביות- במקום שבהמ"ש יכריע מי שוקל הנזק הטוב, תוטל עליו אחריות כך שיהא לו אינטרס למנוע את הנזק, וניסיון להתגבר על פערי מידע בין הצדדים ולקדם תוצאות יעילות. התוצאה: פחות תביעות ופחות עלויות ניהול הליך משפטי!. סיכוי לשלוט בסיטואציה, ולידע את מונע הנזק הזול(הוא או צד אחר).

 **הרעיון העומד מאחורי כלל זה הוא זיהוי קטגוריות של מזיקים או ניזוקים, ולא מישהו פרטי.** את הרעיון של שוקל הנזק הזול – שלא אומץ בצורה מפורשת בפסיקה – ניתן לראות בהסדרים חקיקתיים ספציפיים. בד"כ כשנראה זאת בחקיקה, זה יהיה ביחס לגופים חזקים ובעלי ידע נרחב יותר(בנקים/יצרנים, לדוג') ולא ביחס לאנשים פרטיים.

* שוקל הנזק הטוב מוגדר ככזה על סמך תכונותיו (למשל, בנקים במקרים מסוימים כי יש להם את כל המידע על הלקוחות)
* יתרונות (התגברות על פערי מידע, הפחתת עלויות אדמיניסטרציה) – הרבה יותר קשה לביהמ"ש לנתח את המקרה מאשר לשוקל הנזק הטוב למנוע את הנזק מלכתחילה; אם יש צד כמו בנק שמחזיק בהרבה מאוד מידע על נזקים פוטנציאליים ועל סיכונים שעלולים להתממש, לביהמ"ש קל לחשוב במובן קטגורי ולהסתכל על הצד שהוא שוקל הנזק הטוב ביותר ואז ביהמ"ש יטיל עליו את האחריות.
* 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 שיצר (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 בהתרשלות חמורה(הנפגע יהיה שוקל הנזק הטוב), רשאי ביהמ״ש להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.״

אפילו במקרים של אחריות מוחלטת, הרעיונות של מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הטוב יותר מאפשרים פטור חלקי למזיק (הנתבע) מפיצוי הניזוק (התובע) אם הניזוק היה נגוע בהתרשלות חמורה (ולמשל, אם שוקל הנזק הטוב הודיע לניזוק שהוא מונע הנזק הזול, אך הניזוק התעלם מכך. סתם דוגמה..).

במקרים של אחריות "רגילה"/רשלנית, מתאפשר **פטור מלא** למזיק אף אם הזיק, וזאת כל עוד הודיע לניזוק שהוא יכול למנוע את הנזק, אך הניזוק לא פעל לשם טיפול בכך.

**2 – 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 שנגרם בכל מקרה.

\*בכל מקרה יהיה יעיל למנוע את הנזק, כשיהיה אשם(לפי הנד) בגלל הסעד שיינתן. כשלא יהיה אשם לא נמנע את הנזק, ויהיה למזיק יעיל לפצות. ההנחה- אנשים יפעלו בצורה יעילה. ההבדל- כשאין למזיק אפשרות למנוע נזק רק באחריות מוגברת הוא יפצה(ביקורת- הניזוק הוא מונע הנזק הזול. תשובה שלי- בחינת מונע הנזק הזול קובעת התרשלות=אשם ולא רלוונטית לאחריות מוגברת).

**3 – פיצויים או צו מניעה – השפעתן של עלויות עסקה**

**התיאוריה של Coase** – דוגמה: חקלאי ובוקר. בוקר 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; לבוקר עלות הגדר 100). יש מספר אפשרויות:

1. צו מניעה (הבוקר לא יכול לגדל עדר בלי גדר, ולכן חייב לבנות אותה) – הבוקר ישלם 100 (בפועל, יציע לחקלאי עסקה כדי לא לשלם את עלות הגדר).
2. רגולציה שתחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו – החקלאי ישלם 60.
3. אין כלל משפטי – החקלאי ישלם 60(אין לבוקר אינטרס לבנות אותה).
4. פיצוי על נזק (הבוקר יכול לגדל את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם נזק) – הבוקר ישלם 80 – התועלת לחקלאי (בפועל, יציע לחקלאי עסקה בין 60 ל80- יותר מ60= החקלאי הרוויח גדר "בחינם" והבוקר יצטרך לשלם פחות מ80. לעקרון זה קוראים "העסקה המתקנת".

מה שכל הנראה יקרה, הוא שאדון בוקר ידפוק לחקלאי בדלת והם יסכימו ביניהם על עסקה ועל מחיר אמצע כיוון שזה נחשב לאמצעי היעיל ביותר עבור שניהם.

**עלויות עסקה והשפעתן על התרופה קלברזי ומלמד (Calabrese&Melamed)**

נניח מצב של 10 מזהמים ו1000 מזדהמים. נניח שיעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10 מיליון ואילו התועלת מהזיהום עומדת על 20 מיליון). **קיים איום ממשי לצו מניעה שיעצור את הזיהום- האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים?** כן! למה לרוץ לביהמ"ש? אפשר לעשות עסקה בין הצדדים, והמזדהמים יקבלו פיצוי מהמזהמים וזאת במקום שהמזדהמים ידרשו מביהמ"ש צו מניעה. משתלם למזהמים להמשיך לזהם, לכן הם צריכים לשלם למזדהמים יותר מהנזק שנוצר מהזיהום (יותר מ10 מיליון) על מנת שיהיה משתלם למזדהמים לא ללכת לביהמ"ש ולדרוש צו מניעה.

אך, יתכן שלא תהיה עסקה; **למשל, בגלל סחטנות או טרמפיסטיות(מזיק שתופס טרמפ על הסדר של מזיק אחר)**. מזדהם יכול לבוא ולדרוש צו מניעה, ולסחוט את המזהמים לשלם להם יותר. הפיצוי הולך ותופח ויכול להיות שיהיה יותר מ20 מיליון; הנזק יהיה גדול יותר מהתועלת כי כל אחד מהמזדהמים ירצה יותר ויותר. לא בטוח שהעסקה היעילה תקרה.

כלומר מסכימים עם הרעיון של קואז, אך טוענים שהוא לא יתממש בפועל בגלל סחטנות וטרמפיסטיות- לא תמיד תקרה העסקה היעילה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **כלל** | **זכאות** | **הגנה** |
| **1** | **מזדהם** | **כלל קנייני(לא ניתן לקחת הזכות ממנו)** |
| **2** | **מזדהם** | **כלל אחריות** |
| 3 | מזהם | כלל קנייני |
| 4 | מזהם | כלל אחריות |
| 5 | מזדהם | כלל אי עבירות |
| 6 | מזהם | כלל אי עבירות |

**זכאות** = למי יש את הזכות ללכת לביהמ"ש ולבקש תרופה ; **הגנה** = איזה מידה של הגנה על הצד שיש לו את הזכאות לרוץ לביהמ"ש.

**כלל קנייני (1) –** לפי הכלל הזה, למי שיש את הזכאות לרוץ לביהמ"ש הוא מי שסובל מהזיהום (הזכאות שייכת לניזוק). למזדהם יש זכאות לחיות עם אוויר נקי- הכלל אבסולוטי ולא ניתן להפרה. במקרה הזה, ההגנה על המזדהם אם יש לו את הזכאות, אומרת שהוא יכול ללכת לביהמ"ש ולבקש צו מניעה. אי אפשר לקחת ממנו את הזכות לאוויר נקי אם הוא לא מסכים לכך. ההגנה: צו מניעה. **נבחר בכלל 1 אם עלויות העסקה נמוכות**- ננסה לדחוף את הצדדים לעסקה דרך הרתעה, ולמנוע מהמזהמים סחטנות. איום בצו מניעה "יישר אותם" ויביא לעסקה יעילה.

**כלל קנייני הפוך (3) –** תמונת ראי של הראשון, אך כדי למנוע סחטנות של מזדהמים. 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. בכך, נדחוף את המזדהמים להציע עסקה יעילה למזהמים!

**כלל אחריות (2) –** למזדהם (הניזוק) יש את הזכאות לחיות עם אוויר נקי, אבל המזהם יכול לקחת לו אותה, ולשלם לו בדיעבד פיצוי. מישהו הפר את הזכות, אך הוא יכול לשלם בעבור הזכות. ההגנה בכלל האחריות חלשה יותר ואינה אבסולוטית. ההגנה: פיצוי בדיעבד. **נבחר בכלל 2 אם עלויות העסקה גבוהות, כדי למנוע סחטנות- ההנחה היא שעסקה יעילה לא קרתה בגלל סחטנות, ולכן "נעניש" את המזדהמים ולא נאפשר צו מניעה(איתות למזדהמים- אל תנסו לסחוט עסקה טובה יותר או שתקבלו פיצוי בלבד ותיפגע יכולת המו"מ שלכם!)- איתות למזדהמים אחרים שלא להתנהל בסחטנות או ש"יילקח" מהם מרכיב חשוב במו"מ.**

**כלל אחריות הפוך (4) –** למזהם יש את הזכאות לזהם, אבל המזדהם יכול להפסיק את הזיהום ולפצות את המזהם בגובה עלות הנזק שנגרם לו; למשל, לתת לו כסף לבנייה של מפעל חדש במקום חדש.

**כלל אי עבירות (5) –** גם אם מישהו מסכים שיפגעו בזכאות שלו, הוא לא יכול לעשות את זה. אתה לא יכול לבצע עסקאות בזכאויות שלך; אתה לא יכול להסכים לוותר עליהן. ההגנה על המזדהם חזקה ואומרת לו שאסור לו למכור את הזכאות שלך. למשל, עבדות וסחר באיברים.

**כלל אי עבירות הפוך (6) –** כלל פטרנליסטי שמשמעו שלא רק שלמזהם מותר לזהם, אסור לו להפסיק לזהם.

את כללים 1 ו2 צריך לדעת ליישם, את שארית הכללים צריך להכיר בלבד.

שורה תחתונה- התאוריה של קואז לא תקרה במציאות בגלל סחטנות וטרמפיזם. המטרה של גישתם- ניסיון להבאת המזיק והניזוק למצב בו יגיעו לעסקה יעילה באמצעות התרופות- וכך לצמצמם את המצבים בהם הצדדים לא יגיעו לעסקה יעילה. "הרחבת" התאוריה של קואז כדי להתאים אותה למציאות.

**תרופות בראי הניתוח הכלכלי של המשפט**

**מה ההבדל המשמעותי בין אחריות מוגברת למוחלטת? שאלת האשם התורם.**

**כיצד ניתן להבין את פסק הדין אתא נ' שוורץ לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין מבית מדרשם של קלברזי ומלמד?**(העדפנו כלל קניין על כלל אחריות, ובכך אפשרנו סחטנות של הניזוק שוורץ) נדבר על "הגלגול השני" של פסק הדין, **אתא נ' משרד האוצר**. בגלגול השני, נראה את יכולת **ביהמ"ש לספוג את הספרות הכלכלית** שמאוד התפתחה באותן שנים וניתן לראות איך **ביהמ"ש משנה את פסק הדין בעקבות זאת.**

**המאמר של קלברזי ומלמד – דיברנו על כך שעלויות עסקה נמוכות יביאו להגנה חזקה של צו מניעה, ועלויות גבוהות שעלולות לנבוע מסחטנות יביאו להגנה נמוכה של פיצוי**. יגידו הצדדים, אם נרים את עלויות העסקה לקטע סחטני, נגיע לביהמ"ש שלא יביא להם צו מניעה אלא פיצוי, ולכן יימנעו מסחטנות מלכתחילה. כאשר ביהמ"ש נותן את הפיצוי במקום צו מניעה, הוא יוצר מצב יעיל גם לעתיד, לצדדים שיגידו, אם נרים עלויות באופן מלאכותי, אנחנו עלולים לקבל פיצוי וככה להביא להוצאות גבוהות יותר. אם עסקה לא התבצעה עקב עלויות עסקה גבוהות מאוד, לא יינתן צו מניעה אלא יינתן פיצוי.

**הגלגול השני – אתא נ' משרד האוצר**

מתברר שאחרי פס"ד בעליון התובעים ביקשו מהמפעל שירכוש מהם את הנכס במחיר גבוה בהרבה ממחיר השוק וגם פיצוי על כל סבלי העבר(סחטנות). המפעל טוען שאינו יכול לשלם כי אז כל השכנים גם יבקשו פיצוי. המפעל מבין שאם הוא מפצה ונכנע לדרישותיהם הוא פושט רגל או שהוא מפסיק את הקירור וזה גם יוצר בעייתיות. לבסוף, אתא פונה למשרד האוצר ומבקש לפנות לפקודת הקרקעות ולהפקיע נכס מבעלות פרטית (כשהרכישה מועילה לציבור). שוורץ(בעלי הדירה) עותרים לעליון, העתירה הספציפית מוגשת בטענה שהייתה בעיה בפרסום ברשומות ומנסים לעצור את ההפקעה של שר האוצר בטענה שזה הליך שלוקה בחוסר תו"ל. נתמקד באופן בו העליון מחזיר אותנו לסוגיה המקורית: **"מה קורה עם מאזן הנוחות" ולסחטנות העותרים?**. ביהמ"ש העליון: נאחז באמירה של שמגר, שאמר שאם המפעל יוכיח שהמטרד לא ניתן לסילוק ומאזן הנוחות כולל נסיבות שמצריכות התבוננות שניה, המפעל יוכל לפנות לביהמ"ש ולבקש ממנו לשנות את הכרעותיו. ביהמ"ש עורך ניתוח נוסף שמתחשב ברעיון של שיקולי יעילות, ובפרט רואים את ההשפעה של החיבור בין הניתוח הכלכלי של המשפט, לבין המשפט עצמו.

קודם כל, מצוין שהמפעל מעסיק עובדים וכו'. נראה שהתובעים מבקשים מחיר גבוה מאוד ומשתמע שהייתה עסקה יעילה שיכלה לקרות, אבל זה לא קרה כיוון שהתובעים סחטו. היה צריך למצוא דרך למנוע את הנזק הכבד שהיה נגרם למפעל כך או כך(ודרך כזו הייתה מתאפשרת לולא סחטנות העותרים), אבל הואיל והתובעים לא הסכימו למכור במחיר השוק, האופציה היחידה להציל את המפעל היתה לבקש את ההפקעה. ביהמ"ש ביטל את צו המניעה ואת צו הביניים על רקע התפתחות הכתיבה הכלכלית. יינתן במקרה הזה פיצוי בגובה השוק של הדירה.(בעצם מעבר לכלל אחריות, אבל באמצעות הפקעה- ספק אם בהמ"ש היה עובר לבד לכלל אחריות).

נבהיר, שאף אם נפגעת יכולתו של המערער ליהנות הנאה סבירה מהנכס, הזכות אינה מוחלטת וגם ניתן עליה פיצוי סביר. כלומר, השתמשנו בכלל אחריות. **במצבים של סחטנות, יינתן פיצוי בערך השוק של הנכס.** צו המניעה בוטל ולא נדון בעתירה המנהלית עצמה.

ביהמ"ש יישם את רעיונות שלמדנו עליהם ממאמרם של קלברזי ומלמד, דהיינו, כאשר עלויות העסקה עולות בצורה מלאכותית עקב סחטנות הניזוק ועסקה יעילה לא יכלה לקרות, ביהמ"ש לא ייתן צו מניעה.

שאלה שיכולה להישאל במבחן: אין ניתן להצדיק את הגלגול הראשון של פס"ד אתא בראי הצדק המתקן, והאם בהכרח פסק הדין בגלגולו השני אינו מתיישב עם צדק מתקן?

ראשון: חובה של המפעל לאפשר הנאה סבירה מהנכס- פגיעה מתמשכת של זכות- צו מניעה שמפסיק את הפגיעה בזכות. כלומר התרופה מתאימה לפגיעה בזכות לפי עקרונות הצדק המתקן.

שני: ניתן לראות שתי זוויות בהקשר הצדק המתקן:

* מנוגד לצדק המתקן- הזכות שנפגעת היא הנאה מהנכס, בעוד התרופה היא פיצוי שמאפשר קניית נכס אחר. ניתן להגיד שהתרופה לא משיבה את הזכות ולא יוצרת איזון נורמטיבי- היא לא מאפשרת הנאה מהנכס הספציפי בו התרחשה הפגיעה.
* תומך בצדק המתקן- הזכות שנפגעה היא הנאה מהנכס, קניינו של שוורץ. התרופה היא פיצוי על שווי הדירה שמאפשר לו לקנות דירה אחרת ממנה יוכל ליהנות- וכך הופסקה הפגיעה המתמשכת והגענו לאיזון נורמטיבי.
* כלומר, אין הכרעה ברורה בשאלה וניתן לראות את התשובה מכמה זוויות.(במקרה דומה תועלה טענת נגד מהצד של שוורץ נגיד שפגיעה של ירידת ערך לדירה אוזנה נורמטיבית באמצעות הפיצוי. – כמובן כשהפיצוי מתחשב בירידת הערך של הדירה).

**חפיפה רעיונית בין תחומי המשפט הפרטי**

**קניין 🡨 נזיקין** ; **נזיקין 🡨 חוזים** ; **עשיית עושר 🡨 נזיקין**

נדון בחפיפות של שני דינים והשפעתן על התרופה והבנתנו אותה.

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

לפי ההגדרות של קלברזי ומלמד- כלל קניין( הגנה חזקה- צווי מניעה) מונע מאנשים להשתמש או לפגוע בקניין. אם הקניין נפגע נעבור לכלל אחריות- דיני הנזיקין. הגנה חלשה יותר אך כזו שתפצה אותנו בדיעבד על הפגיעה.

* עבירות- כלל אחריות- ניתן לפגוע בזכות אך לפצות בדיעבד(הגנה חלשה). ניתן להשתמש בלי הסכמת בעל הזכאות, ולפצות אותו בדיעבד. ההגנה היא על השווי הכספי של הזכות.
* אי עבירות- כלל קניין- שליטה. לא ניתן לפגוע בזכות(הגנה חזקה). ניתן להשתמש בהסכמת בעל הזכאות בלבד.
* ניתן לבצע עסקה לגבי הזכות, כיוון שהעסקה כוללת הסכמה של בעל הזכאות.

**פס"ד Vincent v. Lake Erie Transportation Co.**

עובדות: בעלים של ספינה קשר אותה למזח – באגם ארי – בעת סערה. הוא הבין שאם לא יקשור עכשיו, גם בהיעדר רשות בעל המזח, הספינה תיסחף. לא התבקשה רשות בעל המזח(כי נדרשה החלטה מהירה). הספינה הטלטלה בסערה וגרמה לנזק למזח. קניינית, המזח שייך לבעל המזח. מובן שבעל הספינה לא יכול להשתמש במזח ללא הסכמתו של בעל המזח. פסק הדין מעלה שאלות קשות.

**האם בשעת הצורך, המשפט הפרטי מאפשר הגנה כלפי בעל קניין בנסיבות כאלה? איזה סוג הגנה ניתן לבעל קניין בשעת צורך?** ישנן 2 אפשרויות מרכזיות:

(1) הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 בעל הספינה מעוול.

(2) אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 בעל הספינה אינו מעוול.

אם אין עוולה, האם צריך לתת תרופה לבעל הקניין במזח? הרי תרופה תגיע כאשר יש פגיעה בזכות; ואם אין זכות **במצבי צורך**, האם תינתן תרופה?

 דעת המיעוט קבעה שבנסיבות המסוימות, הכלל הקנייני לא הופר. היה מותר לבעל הספינה לקשור את הפינה למזח, ולכן אי אפשר לומר שבעל הספינה הוא מעוול וגם לא שהוא זכאי לפיצוי.(במקרה כלל הקניין הופך והזכות הופכים לנחל הכלל. אין פיצוי כי אנחנו עדיין תחת כלל קניין)

דעת הרוב(**כלל אחריות**): בשעת הצורך בעל הספינה יכול היה לקשור את הספינה למזח, ויותר מזה, אם בעל המזח היה מונע מבעל הספינה לקשור את הספינה בסערה, נראה אותו כמי שפעל בצורה לא ראויה. מותר היה לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח ללא קבלת הסכמה מוקדמת מהבעלים בשל שעת הצורך, אך יחד עם זאת, נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל המזח.(במקרה זה משנים את כלל הקניין לכלל אחריות).

**התרופה הראויה בעניין VINCENT בפרספקטיבת דיני עושר ולא במשפט:** הפקעה פרטית – הייתכן? מזכיר מקרים של מצבי חירום. כאשר יש מצב חירום בו מדינה יכולה להפקיע. כאן מדובר על הפקעה פרטית ולכן יש קושי בהבנת היכולת של בעל הספינה.  ניתן להסתכל על ניתוח כזה של הפרשה, שקרתה שנים לפני כתיבת המאמר של קלברזי ומלמד, ולנסות להסביר אותה היום בכלים הרציונליים שיש בידינו.[תשובה- 1. ההםקעה לא פרטית כי הזכות עוברת לנחלת הכלל. 2. לפי קלברזי ומלמד נראה את המקרה ככזה בו בעל המזח לא מאפשר עסקה יעילה ולכן נבחר תרופה "לרעתו" שתגרום לעסקה יעילה: א. דעת מיעוט- התרופה היא קלל קניין שלילי- ניקח לו את הקניין לפי ההיגיון ההפוך של כלל קניין שפירטו. ב. דעת הרוב- מתקשר בצורה ברורה יותר לקלברזי ולמלמד ועובר לכלל אחריות.

**האם ניתן להצדיק את הפס"ד של הרוב בראי הצדק המתקן?** דעת רוב- מתכתבת עם הצדק המתקן: א. הפגיעה בזכות הקניין הייתה רגעית ולכן לא דורשת תרופה. ב. לנזק שנגרם לקניין(מזח) הותאמה תרופת הפיצוי לפי כלל האחריות. דעת מיעוט- סותרת את הצדק המתקן- לא מחזירה את האיזון הנורמטיבי מכיוון שיש פגיעה בקניין שלא מותאמת לה תרופה(סיר בלי מכסה ולכן המים מתאדים ואין איך להכין פסטה{פסטה לה ויסטה בייבי}).

**חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין**

רצון ואי זרות בחוזים מול אי רצון וזרות בנזיקין. חוזים- חירות ואוטונומיה, חופש החוזים(הסמכה והסתמכות) והעלאת הרווחה המצרפית דרך חוזים יעלים. נזיקין- השבת המצב והאיזון הנורמטיבי לאחר הפגיעה בזכות או במימוש העצמי, מניעת הקטנת הרווחה המצרפית.

**מקרי הביניים שנדגים** מתחילים בהסכמה ועוברים ע"י אי הסכמה לדיני הנזיקין(עורך דין – לקוח, מצג שווא וכו, חוזה לניתוח אלקטיבי).

הקושי בקביעת התרופה תלוי בשאלה- **על איזה אינטרס אנחנו רוצים להגן ואיזה אינטרס של התובע נפגע?** נקבע בהתאם לסיפור העובדתי.

1. חוזים – הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם, אלא גם את הסיכונים.
2. נזיקין – הגנה על אינטרס שלמות הגוף\ הרכוש. גם אינטרס רכושי יכול להיכנס כאן, אך המקרה הטריוויאלי הוא אינטרס לשלמות הגוף.

**פס"ד Hawkins V McGee** (The Hairy Hand case)

עובדות: היד של הוקינס נהייתה מצולקת כתוצאה מתאונה כשהיה ילד, וד"ר מגי הבטיח להוקינס שהוא יעשה לו ניתוח והיד תהיה מושלמת (100% good hand). ד"ר מגי עשה את הניתוח; נלקחה רקמה מהחזה של הוקינס, והיא הושתלה בכף היד המצולקת של הוקינס. הרקמה נקלטה יפה, אך יחד עם זאת, התחילו לצמוח להוקינס שיערות על כף היד, באופן שגדלות עליה שיערות, ממש כפי שגדלות על חזה. מה עושים עם כף היד השעירה? ישנן 2 אפשרויות לתרופה:

1. **פיצוי נזיקי על כאב וסבל-** יש פגיעה, אך צריכים להוכיח עוולה(אפשרויות רלוונטיות- אי גילוי שתלוי במבחן אלמלא כפול, רלשנות ביחס לצפיות התוצאה ולפי מיטל פרקטיקה רפואית לא מקובלת=סטייה מפרקטיקה= התרשלות). נציין שהאפשרויות לא קלות להוכחה, במיוחד לעומת ציפייה. **ביקורת-** שימוש בדיני הנזיקין ירמוס פה את דיני החוזים.
2. **פיצוי ציפייה**(חוזים) – ציפייה ליד מושלמת(וויכוח האם הציפייה לגיטימית ע"י פירוש ההבטחה כביטוי ולא כהבטחה ברורה במיוחד בהליך חדשני). הפיצוי יהיה בין הציפייה "הלגיטימית" שתיקבע לבין טיב היד שהתקבל בפועל( הייתי בוחן לפי נוסחת הנד, אבל לא באמת). **ההפרש בין מה שהובטח, לבין מה שניתן בפועל.**
3. ניתן לטעון לפגיעה באוטונומיה בשל אי-כיבוד רצונו של הוקינס, וטענה כזו יכולה לעלות ברוב רובן של ההפרות החוזיות, כפי שנראה להלן. טענה מוזרה שתתקבל רק ע"י התרשלות באי גילוי שלא צלחה את מבחן האלמלא הכפול בגלל עמית פלונית(קצת העשרה). פיצוי אוטונומיה מתקבל רק בדיני הנזיקין ולא בחוזים

**חפיפה רעיונית בין עשיית עושר לנזיקין**

**פס"ד Moore V Regents of the University of California**

**הליך מקדמי לבדיקת זכות תביעה**

עובדות: מור חלה בסרטן נדיר; הרופא שטיפל בו השתמש ברקמות שהסיר מגופו של מור במהלך הטיפול בו לצרכי מחקר על תאי סרטן. הרופא המטפל והאוניברסיטה שבה פעל בית החולים רשמו פטנט, והפיקו רווחים עצומים. מור רוצה חלק מהרווחים, כי בכל זאת מדובר ברקמות מהגוף שלו. השאלה המשפטית: האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין? אלו טענותיו, המתמקדות בדיני הנזיקין:

1. **גזל** – תרופה נזיקית, אך הנזק אפסי אז נשתמש בעשיית עושר (שלילת רווח). לשם הפיצוי הנזיקי, **יש להניח שרקמות אדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו**. **ביהמ"ש החליט שרקמות הן לא חלק מקניינו של מור ולא קיבל את טענת הגזל.**
2. **עוולת התקיפה** – אי גילוי כרשלנות(תקיפה בעבר). בהמ"ש קובע שחובת הגילוי חלה גם על מידע כלכלי שאינו רלוונטי. (לא ברור למה לא נטענה פגיעה באוטונומיה).

**מיטל טוענת** שביהמ"ש עשה טעות, קביעותיו לא נכונות; **הפרת חובת הגילוי מרופא (דוקטרינת הסכמה מדעת) דורשת מהתובע להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לנזק שלו(מבחן האלמלא הכפול שהוביל לנזקים); על התובע להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע, הוא היה מחליט שלא לעבור את הטיפול.** אבל, סביר להניח שאילו הרופא המומחה היה מגלה למור את המידע הכלכלי, מור היה מסכים לטיפול, שלימים אף הציל את חייו.(טענת אוטונומיה עדיין רלוונטית). נמשיך לבחון את המקרה לפי קביעת בהמ"ש שהייתה רשלנות:

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, **צריך לחשוב על איזה אינטרס אנו רוצים להגן בנסיבות**? אנחנו רוצים להגן על אינטרס חשוב, הוא **יחסי האמון** **בין רופא לחולה**, כדי להקטין סיכון **לניגוד אינטרסים** ויש לגלות מידע זה לפני הטיפול.

**כיצד נוכל להרתיע מהפרת חובת אמון?** **הרופאים יחשפו בפנינו את כל האינטרסים שלהם, כולל את האינטרס הכלכלי שלהם מהטיפול במטופל**- שלילת רווחים. **ניתן למור את הרווחים שבאו לד"ר גולד כתוצאה מהפטנט**. שתי הדרכים המוצעות:

1. **שלילת רווחי "הזוכה" כאשר לא גילה למזכה מידע כלכלי-** במקרה דנן, מתן **כל** אותם רווחים שהופקו מהרקמה של מור(בהתאם לנסיבות- יש לבחון עד כמה הרקמות הספציפיות היו דומיננטיות בהפקת הרווחים, למשל)- השלילה נעשית על חשבון הנתבע ותקפה כאשר הייתה התעשרות שלא כדין. (לא מתמרץ רופאים).
2. **הסכמה היפותטית** -נמדוד את ההשבה לאו דווקא דרך שלילת הרווחים, אלא לפי בחינה של **חוזה היפותטי שהיה נחתם בין הצדדים לו הרופא היה מגלה למטופל את האינטרס הכלכלי והם היו מגיעים להסכמה יעילה**. הבעיה: קשה להתחקות אחרי גובה החוזה ההיפותטי, משום שזו שאלה תיאורטית שלא מגובה בנסיבות. בהמ"ש יבצע אומדן בהתאם לנסיבות וינסה להגיע לחוזה מוסכם בין הצדדים דרך התחקות אחר רצונותיהם והחוזה היעיל שהיה נחתם במצב כזה.

**# בקייס או בפרקטיקה**: בד"כ אפשר להתחיל בשלילת רווחים, שהיא הדרך המקובלת ביותר. לחילופין, ובהתאם לנסיבות העניין, **אפשר היה לטעון שאם לא תתקבל טענת שלילת הרווחים, יש לפעול לפי ההסכמה ההיפותטית ובהתאם לסכום שנמנע מהמטופל עקב אי-הגילוי.**

**שאלה 5 למחשבה**

שאלה: כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פסק הדין בעניין Moore V Regents of the University of California בראי הצדק המתקן?

**תשובה:** דיברנו על כך שהאינטרס עליו אנו רוצים להגן בMoore 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 צדק מתקן, ניתן לומר שהרופא התעשר על חשבון המטופל 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 ההזדמנות 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. נזכיר שאם יוחלט שהרקמה היא קניין נתבע עשיית עושר דרך עוולת הגזל).

**פס"ד אתא נ' שוורץ – מיני רציו**

מטרת תרופה בדמות צו מניעה היא למנוע המשך מצב אסור שפוגע בניזוק בצורה מתמשכת.

מידת ההפרעה כדי שניתן יהא להוכיח עוולת מטרד תלויה בשני גורמים: היא צריכה להיות **מוחשית וחזקה**, **לא קלת ערך או זמנית** (אם כי מרכיב הזמן לא מבטל בהכרח את היכולת לפסוק שמדובר במטרד), והיא תיגזר לפי זכותו של הנפגע **לשימוש והנאה סבירה במקרקעין** בהתאם לגורמים משתנים ובהתאם לנסיבות(מיקום המקרקעין וטיבו). **מידת ההפרעה תיגזר בנק' מבטו של האדם הסביר ותהא אובייקטיבית ולא קבועה.**

שימושו האישי של אדם בדבריו ובקרקעו מתנגש עם האינטרסים של אדם אחר, ולכן בחברה אנושית יש צורך בפשרות. עם זאת, פשרה כזו מתקבלת רק כאשר היא אינה חורגת מהסביר. משכך, **אחריות נזיקית ניתן להטיל כאשר אדם נפגע או מסתכן בפגיעה במידה שעולה על מה שהוא נדרש(מנק' מבט אובייקטיבית) לשאת בו בהתאם לנסיבות העניין.**

הקביעה על אמת המידה לעוצמת המטרד וקיומו תיקבע לפי **המוטרד** ולא המטריד. כשקיים מטרד מהותי אז ניתן לומר שהציווי מונע המשך של מצב דברים אסור, ולכן ניתן לקבוע שצו מניעה הוא התרופה ההולמת ביותר בנסיבות אלו.(להפסיק את הפגיעה בזכות, וכך להביא לאיזון נורמטיבי).

ההלכה: **אם רוצה הפוגע למנוע את מתן צו המניעה עליו להוכיח ארבעה תנאים מצטברים שבוחנים את מאזן הנוחות(לטובת הניזוק):**

1. **הפגיעה שנגרמה לנפגע קטנה.**
2. **אפשר להעריכה בכסף.**
3. **ניתן לפצות עליה בכסף.**
4. **אם יינתן הצו מדובר בהתעמרות בפוגע.**

**מאזן הנוחות- האם המזיק יושפע לרעה ממתן צו מניעה יותר משהניזוק יושפע לרעה ממתן פיצויים.**

ההלכה בסעיף מעגנת את מאזן הנוחות בשינויים: 1. דרישה שהמאזן יהיה רע מאוד לצד המזיק- יושפע מאוד לרעה מצו מניעה. 2. בקביעת מאזן הנוחות נתחשב גם בצד ג(בהמ"ש יתחשב בזה). כלומר ההלכה מחמירה את מאזן הנוחות.

בשביל שיפסקו פיצויים ולא צו מניעה:

1. ארבעה תנאים מצטברים
2. מאזן נוחות לפי ההסבר למעלה
3. התחשבות בצד ג'.
* הדרישות מקשות מאוד על המזיק, ומתחשבות הן בשיקולים כלכליים (תנאים 1+4 ומאזן נוחות), והן בשיקולי צדק מתקן(תנאים 2+3)

המערך הנזיקי כולו ובפרט עוולת המטרד שמים דגש על זכויות הנפגע ולא הפוגע- ייחוס משמעות קריטית למאזן הכלכלי מאיינת את כוונת המחוקק ומטרת דיני הנזיקין. דגש זה ראוי שיבוא לידי ביטוי **גם בשאלת ביצוע העוולה וגם במהותה של התרופה**.

לכן, יש להדגיש שני עקרונות חשובים: **ראשית**, קביעת העדיפות לתרופה ההולמת תשים דגש על היעילות למניעת הפגיעה. **שנית**, ככל שהפגיעה קשה יותר תגדל ההתחשבות באינטרס הנפגע ותקטן ההתחשבות באינטרס המעוול. יש לציין כי לדיני הנזיקין שאיפה להחזרת המצב לקדמותו, ותפישה זו באה לידי ביטוי גם כאן.

\*נשים לב שסעיך 74 מעדיף את הצדק המתקן על הגישה הכלכלית ולכן מאפשר חריגה ממתן צו מניעה רק בתנאים חרגים שהוכחת קשה מאוד למזיק.

בהנחה והוכח כי קיים מטרד מהותי, הנפגע זכאי לתרופה שתחזיר את המצב לקדמותו דרך איסור המשכו של המטרד. אם יוכח כי ייגרם נזק חמור למעוול שעולה בהרבה על נזקו של הנפגע, בהמ"ש יוכל להגביל את האיסור הנובע מצו המניעה אך רק בתנאי שהמטרד יהיה קטן במהותו והיקפו אן לאחר שאיסור הוגבל. לענייננו, אם יוכח שאין אפשרות לסלק את המטרד בלי לחסל את פעילותו של המעוול, בהמ"ש יכול לצמצם את מתן הצו ולהעניק תרופה משותפת של צו מניעה ופיצויים לתובע במידה שתקטין את הנזק החמור שייגרם למעוול, תקטין את המטרד שייגרם לנפגע ותפצה אותו על המטרד שעוד קיים. (למשל כפי שהוחלט- צו מניעה רק לחודשי הקיץ בהם הרעש מהמאווררים גדול משמעותית והפגיעה חמורה יותר. או למשל שימוש במאווררים רק בשעות היום בהן הרעש פחות מפריע)- אנחנו רואים פה אפשרות קצת חריגה לשילוב של צו מניעה עם פיצויים ובצורה זו יש שילוב של הגישה הכלכלית עם גישת הצדק המתקן- אך כמובן ההעדפה עדיין לטובת הצדק המתקן(ובכל זאת פסק הדין מפורסם בשל קידום הגישה הכלכלית במשפט הישראלי).

שמגר מציין גם, כי ככל שהמערערת תעמוד בתנאים המצטברים להלן היא תוכל לבקש שינויים בצו המניעה מבית משפט השלום.(פתיחה לאפשרות ההתגלגלות+ אפשרות להצביע על מצב בו ניתן התייחסות גבוהה יותר לצדק המתקן).

אגרנט: מסכים.

לנדוי: מסכים.

הרצאת אורח **– חישוב פיצויי ציפייה במיזמים עתירי סיכון –** ד"ר יותם קפלן

השיעור נדבר על שני נושאים: הפרה יעילה ופיצויים בסיכון, אלו שני דברים שונים. הדיון בהפרה יעילה הוא הרקע שיעזור לנו להבין את נושא הפיצויים בסיכון.

**הפרה יעילה**

***מה התרופה הרצויה- פיצויים או אכיפה??***

* **פיצויים-** המפר ישלם לנפגע סכום שיביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה, ישנן שיטות שמפצות לרוב ורק לעיתים אוכפות.
* **אכיפה-** שני הצדדים יקיימו את חיוביהם לפי החוזה, הסעד המרכזי בשיטות משפט קונטיננטליות.

***מה הדין? מה אנו רוצים לראות יותר? איזו שיטה יותר נכונה? פיצויים או אכיפה?***

\*הטיעון של הפרה יעילה יניח שהתרופה המוצלחת והיעילה ביותר היא פיצויים.

1. אכיפה מקיימת את רצון הצדדים- חוזים יש לקיים.

2. עצם ההפרה מעידה על כך שרצון הצדדים השתנה.

3. קשה מאוד ליישם את תרופת האכיפה, יקרה מאוד.

יעילות- שיקול ההפרה היעילה- לא פוסל שיקולים אחרים, מדובר בעוד שיקול.

**ברירת תרופות:**

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

אכיפה – ביצוע העסקה לפי המחיר המקורי.

פיצויים – המוכר יפר, ימכור את הדירה ב- 15, וישלם פיצוי של 2.

הפרה יעילה תבקש להניח שאכיפה לא טובה לאף אחד מהצדדים, ולכן היא התוצאה שנקבל.

***מדוע הטיעון של הפרה יעילה מעודד הפרות יעילות? יעילות תרופת הפיצויים?***

דוגמא אחרת: מחיר: 10; שווי הדירה לקונה: 12 ; עלות הבנייה:?

עלות בנייה לא ידועה נפוצה יחסית- המחירים משתנים ואינם יציבים, לכן נבצע שערוך של עלות הבנייה.

***מה הם התרחישים? מדוע הטענה היא שהפרה היא יותר יעילה?***

**תרחיש 1:** עלות הבנייה היא 9, שווי דירה לקונה- 12, מחיר-10.

מצרפית, בניית הדירה יעילה- המיקוד הוא על מה משתלם לחברה? לחברה (מצרפית) עדיף שהדירה תיבנה- זה יעיל לה, קיום החוזה מעלה את הרווחה המצרפית ב-3. האם ההפרה תביא לתוצאה הזו?

אכיפה – הקבלן יקיים- הדירה תיבנה.

פיצויים – יש כמה אפשרויות: בנייה- רווח 1 לקבלן, 2 לקונה. הפרה- הפסד 3 למוכר, פיצוי 2 לקונה. תוצאה יעילה- בנייה. רווחה מצרפית: +3.

**תרחיש 2:** עלות הבנייה היא 13, שווי הדירה לקונה- 12, מחיר הדירה- 10

אכיפה – הקבלן נאלץ לקיים, תוצאה לא יעילה.

פיצויים – הקבלן יפר, וישלם פיצוי של 2 לקונה (במקום לקיים ולהפסיד 3).

מצרפית- בניית הדירה אינה יעילה(בנינו נכס שעלותו עולה על שוויו האובייקטיבי). אם בנינו את הדירה- מצרפית הפסדנו 1- בנינו דירה שעלה יותר לבנות אותה ממה שהיא שווה. סוג של "מגדל במדבר-" יקר ובזבוז לא רצוי. בגלל שינויי נסיבות- הדירה הפכה למגדל במדבר- כבר לא שווה לבנות אותו- זה כבר לא כדאי.

התוצאה- הפרה יעילה, כשהיא מלווה בפיצויים, יכולה "להציל" אותנו מתוצאה שאינה יעילה או ראויה לרווחה המצרפית.

יעילות מצרפית( להבנתי: לקחת בע"מ): כאשר שווי הנכס עולה על עלות בנייתו.

***נשאלת השאלה- אז למה צריך חוזה?***

הרי כל הרעיון בחוזים היה שנתחייב ונכבל להתחייבות שלנו... אם הפואנטה בתרופת הפיצויים היא לשחרר אותי אז למה צריך חוזים? קודם כל בשביל שיהיה פיצויים. תרופת הפיצויים דואגת לפיצוי כל עוד הוא יעיל.

נראה את זה בעוד דוגמא: מחיר: 10 ; שווי הדירה לקונה: 12 ; עלות הבנייה: 11

מצרפית: בניית הדירה יעילה.

אכיפה – הקבלן יקיים.

פיצויים – הקבלן יקיים ( ויפסיד 1; אם יפר יפסיד 2).

אמנם העלות יקרה- אבל מצרפית יהיה רווח של 1- החוזה עדיין יעיל.

מסקנה 1:כל עוד הקיום יעיל כלל הפיצויים יוביל לקיום. כאשר הקיום אינו יעיל, כלל הפיצויים יאפשר הפרה.

מסקנה 2: ברירת התרופות שבין אכיפה לקיום מקנה אופציה נוספת(כשיעיל, נקיים. כשלא יעיל, נפר ונפסיד פחות. כשהנזק מאכיפה גבוה מהנזק בקיום, העסקה תהא יעילה עבור הקונה וגרועה פחות עבורנו).

**הטיעון - הפרה יעילה טובה גם לנפגע מההפרה:**

ננסה להראות זאת- מחיר: ? (טרם נקבע, הקבלן מתלבט) ; שווי הדירה לקונה: 12 ; עלות הבנייה: 13

מצרפית – בניית הדירה אינה יעילה

אכיפה – הקבלן נאלץ לקיים ומפסיד לפי עלויות הבנייה(המחיר תחת אכיפה, עבור הקונה, גבוה יותר)

פיצויים – הקבלן יפר, וישלם פיצויי לפי השווי לקונה(העלות הכללית לקונה נמוכה יותר)

מחיר: עוד לא נקבע והקבלן לא בטוח כמה לגבות: תחת הנחה שהמשטר הוא אכיפה חובה, המוכר יגבה יותר עבור הנכס מתוך מחשבה שהוא יהא חייב לקיים(כלומר, הוא יבקש 13 כדי שלכל הפחות העסקה לא תגרום לו להפסדים). תחת הנחה שהמשטר הוא פיצויים, המוכר יקבע מחיר נמוך יותר ובמקרה של הפרה ישלם את העלות לקונה( פיצויים של 12- לכן הוא יכול לבקש מחיר של 12). כלל של פיצויים מוזיל את העסקה עבור המוכר ומקנה חופש פעולה לקבלן= טוב יותר לכולם(ביקורת שלי: אולי פוגע בהסתמכות הטבעית של המוכר על החוזה)?.

מסקנה: הצדדים נושאים בעלויות דרך המחיר כהתאמה לשאלת היעילות. במשטר של פיצויים, העסקה יכולה להפוך לכדאית יותר עבור שני הצדדים(גם עבור הקונה!) וגם להגדיל את היעילות המצרפית לחברה כולה.

***סיכום-*** ***מדוע תרופת הפיצויים עדיפה?***

פיצויים – המפר ישלם לנפגע סכום שיביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה.

תהיה הפרה רק אם הרווח למפר גדול מהנזק לנפגע.

כל עוד 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.**

אכיפה – מחייבת קיום גם כאשר הקיום אינו יעיל.

**טיעוני נגד:**

* במשפט יש תת פיצוי, ולכן תרופת הפיצויים תוביל להפרות לא יעילות- בדר"כ הפיצוי הוא פיצוי חסר.
* הוגנות- הבטחות יש לקיים.
* התאוריה מבוססת על הנחות לא מציאותיות לגבי התנהגות הצדדים- אנשים לא ממש מתנהגים לפי שיקולים אלו.

**כלליות התאוריה:**

דיברנו על חוזים- אך ניתן לקחת רעיון זה ולראות אותו בנושאים שונים:

חוזים – הפרה יעילה: ראה דיון נרחב למעלה.

נזיקין – מטרד יעיל: איזו תרופה עדיפה? פיצויים או צו מניעה/צו "עשה"? אם יהיה יעיל לנקוט אמצעי זהירות, כך נעשה. אם יהיה שווה לנו להמשיך את המטרד ומצרפית מדובר בתוצאה יעילה, משטר של פיצויים יאפשר תוצאה יעילה לשני הצדדים. אם נדע שתרופת צו המניעה תגיע כך או כך, נשקיע עלויות מפליגות במניעת האמצעים בתוצאה שעלולה להיות שווה פחות עבורנו ולפגוע ביעילות המצרפית. גם כאן, יסוד ההפרה היעילה מאפשר לנו דרך פעולה נוספת בעוד שתרופת האכיפה יכולה "לחסום" אפשרות לעסקאות ותוצאות יעילות יותר. ביקורת קשה נגד כלל הקניין של קלברזי ומלמד- נזכיר שזה המצב בו לא נאפשר שום מצב זולת המשך העבודה/ הפסקתה עבור המזהם או הנפגע מהזיהום- הכלל מגביל מאוד.

קניין – גניבה יעילה: אם הערך של הנכס הנגנב גבוה יותר לגנב מאשר למי שהרכוש נלקח ממנו- טיעון פרובוקטיבי אך יש שמתייחסים אליו ברצינות .

**פיצויי צפייה במיזמים עתירי סיכון/ קובי קסטיאל, יותם קפלן**

הנחת היסוד: לא בכל מצב צריך להעניק תרופה של פיצוי , אבל אם אנחנו רוצים לפצות אז נעשה זאת בצורה יעילה ונכונה.

הנחת יסוד נוספת: פיצוי צפייה נועדו להביא את הנפגע למקום בו הוא היה לולא ההפרה.

***מתי מתעוררת השאלה איך נחשב את הפיצויים?***

למשל בדוגמא של פייסבוק – צוקרברג ושותפיו כורתים חוזה שותפות על הפרויקט של פייסבוק. צוקרברג מפר החוזה וממשיך בלעדיהם. שותפיו תובעים על ההפרה. אחרי כמה שנים פייסבוק שווה מאות מילארדים. איך נחשב את הפיצוי? לפי השווי בעת ההפרה (10 דולר לכל היותר) או לפי השווי כיום (עשרות מילארדים).

חשוב להבחין בין שני מקרים:

1. הפרה בתנאי אי וודאות

2. לאחר ההפרה נוסף מידע חדש

נעבוד עם דוגמה משתנה

מקרה 1- **הפרה בתנאי אי וודאות**

 שני שותפים מקימים יחד שותפות על חיפוש במאגר גז על יסוד של 50% מכל רווח עתידי מגז שיימצא במאגר. שותף אחד מפר ואף אחד לא יודע האם יש גז במאגר או לא.

דוגמא: מיזם חיפושי גז – החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100 לכל שותף.

הדין המצוי: התובע מבקש 100, בית המשפט פוסק על פי "אומדנא"- פיצוי ע"ב אומדן ללא תנאים ברורים, שאיפה לא ברורה לגבי מטרת הפיצוי.

כמה אמירות בנוגע להפרה באי וודאות:

1. יש להתחשב במימד הסיכון- פיצוי של 10 (על פי 10% לרווח של 100) יהיה פיצוי יתר. תשלום וודאי של 10 שווה יותר מסיכוי של 10% לרווח של 100 – יש להתחשב במימד הסיכון!

לנפגע מההפרה אין 10, יש לו 10% לקבל מאה- זו תוחלת הרווח (הסיכוי כפול השווי). למעשה, מדובר בפיצוי יתר. למה? המטרה היא להביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה. הטענה- 10 הוא יותר ממה שהיה לשותף לולא ההפרה- לפני ההפרה היה לו 10% למאה- הנקודה החשובה היא שהסיכוי של 10% לקבל מאה שווה קצת פחות מעשר.

1. **תועלת שולית פוחתת של כסף**- ככל שיהיה בידינו יותר כסף התועלת שלו פוחתת- הפער בין 0 שקלים ל100 עצום- ב100 נאכל ארוחת ערב, ב0 נישאר רעבים. הפער בין מיליון למיליון ועוד מאה שקלים קטן בהרבה, לא "משנה חיים". כלומר- התועלת נמוכה בהרבה.

ניישם: יכול להיות לנו 10 או סיכוי של 10% ל100- נעדיף את הוודאות המלאה( יש לנו 10 שקלים "בכיס"- התפוקה שלהם אדירה. לעומת זאת, 10% ל100 הוא סכום ששווה לנו פחות ואנחנו גם צריכים פחות). לעקרון כזה נקרא **"שנאת סיכון"-** כאשר התועלת שווה נעדיף את האפשרות לקבל סכום נמוך יותר אך בסיכון אפסי. לכן, על בהמ"ש להעניק פחות מ10 ע"ב העובדה שתועלת שולית פוחתת ושנאת הסיכון יובילו אותנו להעריך קצת פחות מ10 יותר מ10% ל100.

ניתן ומומלץ להשתמש בשווי השוק של הזכויות בעת ההפרה- במקרה שלנו, 10% ל100- הסיכון.

השיטה השנייה שהוצעה, שימוש בשווי השוק של הזכויות, תביא לתוצאה פשוטה יותר עבור ביהמ"ש ויציבה יותר עבור הצדדים מאשר אומדנא.

**מקרה 2- לאחר ההפרה נוסף מידע חדש**

דוגמא: 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:

1. פיצוי של ~10 בכל מקרה (גם אם התגלה שיש גז וגם אם התגלה שאין גז)- כלומר התעלמות מהמידע החדש ומתן פיצוי של קצת פחות מ10 בהתחשב בשנאת הסיכון וכו'.

2. פיצויי של 100 אם נתגלה שיש גז במאגר, שום פיצוי אם נתגלה שאין גז במאגר. נלך לפי המידע החדש שקיבלנו "עד הסוף".

שתי האפשרויות יביאו לפיצוי עקבי וראוי, אך יש לשמור על עקביות ביישומן.

אם לא תהא התחשבות שווה בשני סוגי המידע(כאשר בחרנו בשיטה השנייה), אנו עלולים למצוא עצמנו מעניקים פיצוי יתר/חסר ופוגעים בעקביות וביעילות ולא מגיעים לתוצאה הראויה!.

דוגמא לחשיבות של עקביות בהתחשבות במידע חיובי ושלילי:

**חוסר עקביות-**

* במקרה של מציאת גז בית המשפט פוסק פיצוי מלא (התחשבות במידע חיובי).
* במקרה שמתגלה שאין גז בית המשפט נותן פיצוי על פי שווי השוק בעת ההפרה (אין התחשבות במידע שלילי).
* 10 < 19 = 10\* 90% + 100\* 10%(10 אם התחשבנו במידע חיובי, 9 אם התחשבנו גם במידע שלילי לפי שווי השוק) כלומר, ערך הפיצוי עולה בהרבה על שווי הזכויות- התובע מרוויח בכל מצב, ותועלתו מגיעה ל19 במקום ל10!.
* מדובר בפיצוי יתר

ניכוי הוצאות בסיכון גבוהה, שנדרשו להמשך הפרויקט

בווידיאו דובר על משפט הביצה, הסיטואציה היא של שני רואי צאן- אחד מבקש מחברו שישאיל לו ביצה- הוא משאיל לו בתנאי שיחזיר לו את הביצה על כל תבואתה.. אחרי 20 שנה הוא מנסה להוכיח לו שהביצה הייתה מייצרת לול שלם- דרישה לא הגיונית. התשובה בסיפור היא שהביצה הייתה מבושלת ולכן הוא יכול להחזיר לו רק ביצה- אך ברור לנו שהסיפור הוא הרבה יותר מורכב מזה. הפיכת הביצה ללול תרנגולות אינה וודאית, אין לדעת מה בדיוק היה קורה- בביצה הזו יש סיכוי ללול אבל לא וודאות- צריך לבנות לול, צריך להאכיל, לתחזק.. יש מחלות- הוצאות – זה פרויקט בסיכון. האדם נדרש להוציא הוצאות ואלו גם מהוות הוצאות בסיכון. ואז אותו רועה בא אחרי 20 שנה ומבקש את הרווח- ברור שזה פיצוי יתר, זה לא הוגן, בייחוד שהאדם השקיע המון ועוד בסיכון. לא ייתכן שעכשיו ייתן את הרווח הזה לאדם השני בלי שנשא בסיכון.

**בתמצות-**

1. דוגמא:

מיזם חיפושי גז- החוזה הופר כאשר יש סיכוי של 10% למציאת גז בשווי 100 (לכל שותף).

לאחר ההפרה נתגלה שיש גז במאגר.

לאחר ההפרה הנפגע היה נדרש להשקיע עוד 1 לטובת המשך הפרויקט.

2. ניכוי רגיל(כלומר, ניכוי עלות המשך הפרויקט מהפיצוי הסופי שהיה על המפר לקבל, תוך הנחה שהפרויקט הצליח והיה ללא סיכון)= פיצוי יתר. נדגים:

פיצוי: 9.9 = (100-1) 10%

אילו החוזה היה מקוים: 9=1 – 100\* 10%(הנפגע היה נדרש להוציא ההוצאה ללא קשר לשאלה אם המיזם הצליח או לא).

הבעיה: הניכוי מתרחש רק במידה והייתה הצלחה של הפרויקט, תוצאה לא הוגנת שלא מתחשבת בסיכון הנפגע לאי-הצלחת הפרויקט.

3. הפתרון: ננכה מהפיצוי הסופי של הנפגע את ההוצאה שנדרש היה להוציא\* אחוז הסיכון

9=(100-10) 10%

9= (100-1/10%) 10%: ההשקעה היא 1:הסיכון- 10%: כלומר, 10!. ובעברית: ההשקעה היא אחת והסיכון הוא עשרה אחוזים. אחת: עשרה אחוזים= עשר. 100-רווח, 10- הוצאה, 10%- סיכוי, לכן 0.1(100-10)= 9.

ניכוי של ההוצאה חלקי סיכויי הצלחת הפרויקט

כלליות הטיעון: דיברנו על הדוגמא החוזית- אך יש להבין כי אותם רעיונות נודדים גם לתחומים אחרים.

**למשל:**

* **קניין-** גניבת כרטיס לוטו- מדובר בנכס בסיכון.
* **נזיקין-** אובדן סיכויי החלמה מניתוח. המזיק גרם לנזק וכעת הנזק הוא לא וודאי. יכול להיות שאם ההליך היה מבוצע בצורה נכונה- גם אז היו רק 10% הצלחה, שלא בטוח שיתממשו.

אותן בעיות מתעוררות גם בתחומים אחרים ופתרונות דומים קיימים גם בתחומים אחרים.

הרצאת אורח – **תרופות בתובענות ייצוגית** – ד"ר עומר פלד

**זכויות ותרופות במשפט הפרטי**

**1. זכויות בסיסיות כלפי כל העולם (IN REM)**

זכויות שנוצרו לשם הגנה על זכויות קדם חוזיות של הפרט (קניין, שלמות הגוף).

דיני קניין.

דיני נזיקין

דיני עשיית עושר

הזכות היא פרסונלית כלפי מעוול/מזיק, אך הבסיס הדוקטרינרי נוגע ליחסים כלפי כל העולם.

**2. זכויות בסיסיות אישיות (IN PERSONAM)**

דיני חוזים, עשיית עושר

1. **הרחבה של זכויות מהשדה הציבורי לספרה הפרטית (פרטיות, איסור הפליה).**

הגנת הפרטיות

חוק איסור אפליה (שירותים ומקומות ציבוריים, עבודה)

1. **הרחבה של הזכות להתקשר בחוזה מרצון**

הגנה מפני ניצול, עושק, החלטות צרכנים – השמטת מידע, הטעיה ומניפולציה, השקעות בשוק ההון

המדובר בזכויות קדם-חוזיות, מגנות על מערכות יחסים של פרטים לפני הכניסה לחוזה מחייב.

הסכמה מדעת- הגיע מתוך חשש לניצול ובודק התקשרות מרצון. בארהב החשש התעורר מהאינטרס הכלכלי של הרופאים בטיפול, ניסויים לשם פיתוח ורווח.

הגנת הפרטיות, חקיקה צרכנית (חוק הגנת הצרכן, חוק החוזים האחידים, חוק הבנקאות שירות ללקוח, חוק פיקוח על שירותים פיננסים), חוק ניירות ערך, חוק זכויות החולה- נועדו להגן על קבלת החלטות של צרכנים בהחלטות פיננסיות שונות.

1. מה התפקיד של התרופות VIS-A-VIS הזכויות של הפרט? מהו הקשר בין סוג התרופה לסוג הפגיעה בזכות?

נחשוב על שלוש דוגמאות:

* **פיצוי על נזק רכוש (סעד בנזיקין)**

מישהו נכנס לי באוטו: בדר"כ נשאל- כמה יעלה לתקן? האם נותרו פערים בשווי לפני המקרה ואחרי התיקון? מטרה- השבת המצב לקדמותו.

* **השבת רווחים משימוש בנכס של אחר ללא הסכמה (סעד בעשיית עושר)**

אדם גר בדירה של מישהו אחר שבחו"ל. התביעה היא על הרווח שעשה הנהנה ללא זכות שבדין. קלברזי ומלמד קבעו במאמר שלהם שניתן להגן על זכויות בשתי צורות: כלל אחריות וכלל קניין- כלל אחריות מאפשר נטילת הזכות בתמורה לפיצוי. לעומתה, כלל הקניין לא מאפשר נטילת הזכות ללא הסכמה מפורשת של אדם.

ומה אם אדם מפר זכות קניינית? אין צורך בהשבת המצב לקדמותו(השבת מצב לקדמותו- כלל אחריות). זכות קניינית- המצב יושב לקבלת ההסכמה, למצב בו היה לו ביקשו מאדם הסכמתו.

אנחנו עוברים מפעולה חד צדדית(הפרה של זכות) לפעולה דו-צדדית(קבלת הסכמה/חתימת חוזה בין שני הצדדים).

התכלית של סעד זה אינה השבת המצב לקדמותו, אלא הרתעה מקיום עסקאות לא רצוניות.

* **פיצוי ללא הוכחת נזק (סעד ייחודי בדיני איסור הפליה/ לשון הרע/ ועוד)**

בד"כ יינתן כאשר לפגיעה יש אלמנט ציבורי, למשל בלשון הרע, פגיעה בפרטיות. הרעיון: סיטואציה בה האכיפה הפרטית היא החריג. יש כאן אינטרס, אמנם גם של הפרט, שקשה לאמוד. ניתן פיצוי ללא הוכחת נזק, כאשר הניזוק יכול גם להגיש תביעה על פיצוי ולהוכיח נזקו. בפיצוי ללא הוכחת נזק לביהמ"ש סט שיקולים רחב, כולל כמה חמורה התנהגותו העוולתית של הנתבע(פחות מעניין בתביעה נזיקית "קלאסית").

2. שתי תכליות מרכזיות לפיצוי מסוג זה – שמירה על זכויות והרתעה מפני הפרתן (הגישה הציבורית מול הגישה הדיונית/ מסורתית)

* מכוונת לכיוונים שונים- שמירה על זכויות (כלפי התובע הספציפי- אכיפה פרטית ) **או** הרתעה מהפרתן (תכלית ציבורית ולא אישית, מפני שהפרט כבר הפר את הזכות)- ניתן לחשוב על כך כשיקולי מדיניות.
* הבסיס הנורמטיבי שונה

3. אכיפה ציבורית יכולה להשלים אכיפה פרטית

* רשות ההגנה על הצרכן- מי שמטעה צרכנים עלול להענש בפלילים, או להיקנס. המערכות מקיימות מערכת יחסי גומלין עם האכיפה הפרטית:
* הרשות להגנת הפרט- אחראית להרתעה אזרחית- פרטית וסעדיה אזרחיים.
* שניהם גופים שהוקמו ע"י המדינה אך הכלים שמתמשים בהם הם כלים שונים, ומטרת שתיהן, יצירת הרתעה על שני מישוריה- הרתעה ציבורית ואזרחית/פרטית.
דוג' אחרת: חוק התחרות הכלכלית- ניתן להטיל סנקציות עונשיות ובמקביל הצרכנים/מתחרים שנפגעו מהתנהגות אנטי-תחרותית, יכולים להגיש תביעה אזרחית.
* 2 המנגנונים אמורים להשלים אחד את השני.

4. אכיפה פרטית כהפרטה של אכיפה ציבורית

הרשות להגנת הצרכן, חוק התחרות הכללית- ניתן להטיל סנקציות מינהליות, הצרכנים, המתחרים

התכליות של הכלים הללו נועדו ליצור מנגנונים המשלימים האחד את השני.

**תת אכיפה כרעיון מארגן של תרופות במשפט הפרטי**

תת אכיפה- בעלי זכות תביעה בוחרים שלא לתבוע .קורה לעיתים נדירות? לא בעייתי מדי, אך אם קורה הרבה יש לנו בעיה.

בדיקת תת-אכיפה תיעשה באיזורים ומקומות ספציפיים, ותת-אכיפה יוצרת שתי בעיות: אין הגנה על זכויות מהפרתן, ואין הרתעה מפגיעה בזכויות.

***למה קיימת בכלל תת-אכיפה?***

כמה סיבות עיקריות:

פערי עלות-תועלת אישית לתובע:

"להתעסק בגרושים"- ארבעים אגורות לפה או לשם לא שווים תביעה.

עלות גבוהה לניהול ההליך- תתבטא לרוב בפערי כוחות(צד פרטי חלש, לעומת חברה מאורגנת ומבוססת).

חסמי מידע(בנקים, חברות גדולות וכו'):

* + חוסר מודעות לזכות; אנשים לא קוראים תנאי שימוש.
	+ חוסר מודעות להפרה- אף אם אדם מודע לזכותו, הוא לא מודע שהיא הופרה- אדם חויב ביתר, אך לא ידע או גילה על כך.

חסמי מוטיבציה:

* **מוטיבציה חיובית** (אמפתיה, אמון ברופא)- הרופא היה נחמד, אז לא נרצה לתבוע אותו. אם הרופא לא היה נחמד- ככל הנראה נתבע, אך לעיתים גם אם הוא לא היה נחמד ההליך היה סביר ואז אין עילת תביעה.
* **מוטיבציה שלילית** (תלות, חשש מהגשת תביעה)- יחסי עובד-מעביד, בתי אבות וכו'(מתמחים בבי"ח).

עלות תועלת אישית לתובע:

* הסעד מוגבל
* עלות גבוהה של ניהול ההליך

***מה הבעיה של תת-אכיפה של זכויות?***

* **הבעיה החוקתית-** גישה לערכאות היא זכות יסוד. תת אכיפה מגלמת כשל סיסטמטי במימוש זכויות ומונעת גישה לערכאות. פתרון לדוג': בימ"ש לתביעות קטנות שלא מאפשר ייצוג ע"י עורכי דין- נועד להוזיל גישה לערכאות ולאפשר לכולם לתבוע, מקטין פערי כוחות.
* **הבעיה החברתית-** פוגע בהרתעה ומגדיל סיכויים להמשך פגיעה באדם אחר.
* **הבעיה הפרטית-** פגיעה ביכולת הפרט לממש זכותו ולהצמיד לה "תג מחיר" שאפשר לנצל. כשאדם לא יכול לממש זכותו, היא הופכת לחסרת ערך, "אות מתה".
* **הבעיה הממסדית-** זו נוגעת למצבים של ריבוי הליכים מקבילים על פגיעה בזכות דומה ובנסיבות דומות. הדבר יוצר קשיים מערכתיים:

כפל עלויות: ניהול הליך זהה בשני ראשים שונים אינו יעיל ומסורבל, עלויות אדמיניסטרטיביות גבוהות ופגיעה בהתנהלות בית המשפט*.*

*שרירותיות במימוש הזכויות:* "תג מחיר" שונה לכל תביעה, גם כאשר אופיה זהה לגמרי ובשל נסיבות חיצוניות(בימ"ש אחר, שופט שונה, וכו').

ניתן לעצב פתרונות בהתאמה לתפישה הנורמטיבית של תת אכיפה:

**הגדלת גובה הפיצוי/הרחבת זכות תביעה**

* פיצויים לדוגמא (ס' 31א לחוק הגנת הצרכן)- פיצוי עונשי שעולה על עוצמת הפגיעה, כדי לפתור את בעיית תת-אכיפה.
* ריבית עונשית (חוזה ביטוח, הלנת שכר)- קביעת ריבית משולשת לאיחור בתשלום פיצוי.
* פיצוי משולש
* פיצויים עונשיים- לא הוכר כ"כ בישראל אך לא נשללה האפשרות. מגביר הרתעה מהפרת זכות, ומעודד הנפגע להגיש תביעה.
* הקניית זכות תביעה לאחר- נאפשר למישהו אחר לאכוף את הפגיעה במקום הנפגע. שני צדדים לזכות: הזכות עצמה והזכות לאכוף אותה. את הזכות לתבוע נעביר לצד שלישי!.
* "תביעה בשם המלך"- לעיתים המדינה לא מודעת שנעשות כלפיה עוולות, בשל היותה גוף עצום. פתרון יצירתי לאכיפת הפגיעה: זכות תביעה למי שידע על העוולה(למשל, עובדי חברה שהונתה את המדינה) במקום הזכות של המדינה, "העברת" הזכות. יתרון: יוצרת הרתעה.
* תביעה נגזרת- הזכות המהותית אינה של התובע והנפגע מהפרת הזכות חסר זכות תביעה. דוגמה: בעל מניות שהחברה תובעת בשמו על פגיעה בה. למה שהחברה לא תתבע בעצמה? זה פועל נגד אינטרסים של בעלי זכות התביעה בחברה- דירקטוריון אשם אז החברה לא תתבע.)
* תביעה קבוצתית-אזרחית לפי חוק למניעת מפגעים- למשל, כאשר יש מפגע סביבתי. הסעד היחיד האפשרי: צו להסרתו.

הפתרונות להלן מסייעים לטיפול בבעיית תת האכיפה בשתי דרכים:

* אחד מ10 תובע, אבל הפיצוי הוא פי 10, ואז זה משקף את הפגיעה.
* עידוד הנפגעים לתבוע.

אכיפה פלילית ורגולציה: שרביט הפעולה והמעשה עובר מהמדינה לפרט, כאשר המדינה נכשלה בטיפול בבעיה, ולהיפך. נתמקד באכיפה רגולטורית

נתמקד באכיפה פרטית ורגולציה כחלופה לאכיפה פלילית. למה אנחנו בכלל צריכים את האוכף הפרטי(שהכלים שלו הם תובענות ייצוגיות/תביעות נגזרות בעיקר)?

גורמים לתת אכיפה (פלילית מנהלית)

* **דלתות מסתובבות-** עובדים עוברים מהציבורי לפרטי והם לא מעוניינים להרע לחברה שאולי ירצו לעבוד בה בהמשך.
* **מידע-** . המדינה לא תמיד יודעת על הנזקים, והפרטים שיודעים עליהם חסרי תמריץ למסור המידע.
* **כישורים-** "אם אתה רוצה להרוס משהו, תן למדינה לעשות את זה": המדינה מפריטה זכות התביעה.
* **מוטיבציה-** המשך לעניין הדלתות המסתובבות.

בראי ההרתעה, אכיפה פרטית(תובענות ייצוגיות) ואכיפה פלילית-מנהלית משלימים זה את זה. הבחירה במנגנון היא שאלה בעיקר של האוכף הטוב (על משקל השוקל הטוב) – מי שנמצא בפוזיציה הכי טובה (גישה למידע, אמצעים..)

**התובענה הייצוגית כפתרון לתת אכיפה**

***מהי תובענה ייצוגית?***

כלי שיש לו השפעה בתוך הדין המהותי. מנגנון דיוני גרידא בו אדם מגיש תביעה בשם עצמו ובשם אחרים- קבוצה בלתי-מסוימת של אנשים, שלא זוהו. לכל הפחות, חלק מאותם "אחרים" עוד לא זוהו.

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

* **עלות-תועלת-** התביעה על החלב ב**תנובה** נגעה לנזק של כל אחד שקנה קרטון חלב. אף אחד לא היה תובע לבד, אך שילוב הנזקים שנגרמו לכולם גבוה מאוד וכבר "שווה תביעה".
* **ידע-** גם אם רוב הנפגעים לא יידעו על הפגיעה, "מישהו יידע". נוצר תמריץ חזק לבדיקה ואיסוף הידע, מפני שמדובר בכסף רב עבור התובע ועבור הנפגעים גם יחד.
* **מוטיבציה-** גם אם הרוב לא רוצים להגיש תביעה, מספיק שאחד מגיש ונפתרת הבעיה. ואמנם, יכולה להיות בעיה. יש להפריד בין בעיית מוטיבציה של:

 "לא נעים לי"- אבל אני מרוצה אם מישהו יעשה את זה בשבילי.

"אני מפחד"- מפחד מפיטורין, אם יגישו בשבילי אני אשמח כי אין חשש לנזק אישי.

"זה נוגד את האינטרס שלי"- יכול להיות כל אינטרס שהוא: למשל, רצון לתביעה אישית כדי לקבל יותר, הפתרון בתובענה הייצוגית: אם הבקשה לתביעה התקבלה, התובע חייב לפרסם אותה ומי שלא מעוניין שיתבעו בשמו(ובכך ימנעו תביעה עתידית) יכול לוותר על זכות התביעה.

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

* הבעיה החוקתית- מספקת גישה עקיפה לערכאות(לא לכל אחד יש גישה, אך התובע מייצג את כולם)
* הבעיה החברתית- היווצרות הרתעה יעילה כאשר מושבת התעשרות המעוול על חשבון אחרים, הוא "משלם" על העוולה שביצע.
* הבעיה הפרטית- סעד הולם לכל אחד מהפרטים שנפגעו ולנזק שנגרם להם.
* הבעיה הממסדית- איחוד הליכים לתביעה אחת, מביאה להכרעה אחידה וחוסכת עלויות.

ס'1 לחוק תובענות ייצוגיות רומז שהן פותרות אותן בעיות שהצגנו, והוא עושה זאת בס'1:

מימוש זכות הגישה לבית המשפט, לרבות לסוגי אוכלוסיה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים- הבעיה החוקתית.

אכיפת הדין והרתעה מפני הרתעתו- הבעיה החברתית.

מתן סעד הולם לנפגעים מהפרת הדין- הבעיה הפרטית.

ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות – הבעיה הממסדית.

היחס בין תכליות אלה ובין הסעדים

חשיבות הניהול היעיל לעניין הסעדים

**ההשפעה המהותית של הדין הפרוצדורלי**

ניתן לקבל כל סוג של סעד שניתן מתביעה פרטית, אך הדין הפרוצדורלי משפיע על שאלת היקף הסעדים:

צריכה להיות התאמה חד ערכית בין הפגיעה בזכות והסעד שניתן בגינה, לכל חבר קבוצה ולכולם יחד.

ניהול יעיל והוגן מול הענקת סעדים באופן יעיל והוגן- מדובר באינטרסים שונים ואף מנוגדים: הליך יעיל לא יתחשב בכל ניזוק בפני עצמו, ובכך לא יעניק סעד יעיל-ספציפי לכל ניזוק וניזוק, אך הוא פשוט בהרבה וחוסך עלויות רבות לתובעים.

ס'20 לחוק תובענות ייצוגיות- כאשר נדרשת הוכחת נזק אינדיבידואלית בנוסף לנזק הקבוצתי, אין טעם בתובענה ייצוגית. עם זאת, כאשר הוכח נזק כולל ממוצע ולכל נתבע טענותיו שלו, לבהמ"ש מרחב פעולה שמאפשר לו לפסוק פיצוי ממוצע לכולם או לבקש מכל נתבע להוכיח נזקיו הספציפיים מתוך סכום הפיצוי הכולל שהחברה הנתבעת שילמה, בצורה שמאפשרת שמירה על עקרון פרוצדורלי(אוסף של תביעות קטנות) יחד עם עקרון אינדיבידואלי(הוכחת פיצוי נפרדת), דרך מינוי בורר שיפסוק בתביעות פיצויים אישיות או כאשר ביהמ"ש מפקח על מנגנון הפיצוי בעצמו.

**צווים וסעד לעתיד-** בנוסף לגובה הפיצוי העכשווי, מתבקש סעד לעתיד(למשל, ביטול הפעולה המזיקה) כסעד הרתעתי. בהמ"ש יכול לפסוק סעד שכזה.

סעדים בקירוב

* **סכום פיצוי מקורב-** יינתן פיצוי מקורב בשל ריבוי התובעים. ניתן לפסוק פיצוי ממוצע.
* סכום פיצוי כולל- החוק מתיר סכום פיצוי כולל, כאשר ביהמ"ש יכול לקבוע לאן יילך הכסף(ריחוק נוסף מהמנגנון האינדיבידואלי-פרטני לכל נפגע).
* זהות המפוצים- הסטיה הקיצונית ביותר ביחס לדין המהותי – בהמ"ש יכול לפצות אפילו אם לא ברור מי נפגעו ממעשי המזיק, ואם היו חלק מהתביעה.לדוגמה, ב**תנובה**, הפיצוי ניתן גם דרך הנחה. מסקנה: עבור ניהול הוגן ויעיל של התביעה אנו "מקריבים" את האפשרות לקבוע דין אינבידיאולי.
* **כלומר, בתובענה ייצוגית הליך הוגן ויעיל> סעד הוגן ויעיל**

 ס'20(ד)(2) מאפשר התחשבות בנזקים שייגרמו לנתבע עקב התביעה אם. הדין הפרוצדורלי ישפיע גם על המהותי(בדין המהותי לא יוכל ביהמ"ש להתחשב בנזק שייגרם לנתבע)- אופי הפרוצדורה רלוונטי גם לסעדים ולתרופות שיקבלו הנתבעים, וגם ליחס ביהמ"ש לנתבע.

20(ה) – בדין המהותי יוכל הניזוק לזכות לפיצויים ללא הוכחת נזק או פיצויים לדוגמה. בדין הפרוצדורלי, לעומת זאת, נשללות ממנו תרופות אלו. מדוע?

פיצויים אלו, שהם פיצויים עונשיים, נועדו לפתור תת-אכיפה. הגשת תובענה ייצוגית פותרת בעיה זו, ולכן אין צורך להעניק סעד נוסף שנועד לפתור אותה הבעיה.

דוגמה ליישום ס'20(2)(2):

**קולך נ' קול ברמה-** קול ברמה סרבה לשדר נשים. עמותת קולך מגישה תביעה ייצוגית ולבסוף נפסק פיצוי. ביהמש השתכנע שאם קול ברמה תשלם פיצוי הולם לכל אחת מהנפגעות, זה ימוטט את תחנת הרדיו, ולכן הפיצוי מוגבל.

ס'20(ד)(2) מדגים איזון בין התכלית הציבורי(לא למוטט גוף ציבורי) לבין תכלית אישית(הענקת סעד לפרט שנפגעו זכויותיו).

מצד שני, ישנה הרחבה במשפט המהותי(תביעות אישיות)דרך הכלי של תובענה ייצוגית:

**פגיעה באוטונומיה-** פגיעה בגין ראש נזק של אוטונומיה אינה רלוונטית רק לרשלנות רפואית אלא נגד כל הפרה של הסכמה מדעת(תנובה), אך בפועל פגיעה זו הוכרה רק ברשלנות רפואית("ליבת" העילה) ובתביעות ייצוגיות- כלומר, כלי פרוצדורלי משמש דרך להרחבת עילות במשפט מעבר למה שהיה לפני כן!.

**פיצוי בקרוב (CY-PRES)-** עקרון בדיני החוזים, הרלוונטי כאשר ביצוע ישיר של החוזה אינו אפשרי או ניתן להערכה, ולכן החוזה ייאכף בקירוב. בישראל- הפיצוי הותאם לתובענה ייצוגית דרך אינטרס משותף בו חברי הקבוצה מעוניינים(וייקבע ע"י השופט)- במקום שהנתבע ישלם מעט מאוד להרבה אנשים, הפיצוי יוקדש למטרה חברתית ראויה בה חפצים שארית חברי הקבוצה. יכול להגיע למימדים מגוכחים, ולכן תוקן החוק כדי לאפשר פחות גמישות לשופט.

פיצוי הסתברותי

* פיצוי מבוסס משאל צרכני- אין צורך בהוכחה מהותית של נזק, אלא הוכחה בקירוב. לעיתים לא ניתן לפצות דרך דרישת הוכחת נזק, מפני שבלתי אפשרי להוכיח אותו. לכן, די בהוכחה בקירוב של נזק שנגרם כדי לתת פיצויים גבוהים מהנזק שנגרם בפועל(מפני שאת הנזק שנגרם בלתי אפשרי להוכיח)/ תוספת שלי: שיקולי הרתעה מועדפים על שיקולי צדק מתקן+ מספר הניזוקים בפועל גבוה יותר מאלו שענו על הסקר, ולכן פיצוי גבוה נועד להתחשב בכך שמספר הניזוקים גבוה על מי שהשתתף בסקר+הרתעה.
* פיצוי הסתברותי בהקשרים של נזקי גוף(ריבלין בפס"ד מלול) לניזוק ומזיק יחידים- לא נתקבלה בפסיקה.

הרצאת אורח – **תרופות בקניין רוחני** – ד"ר עמרי טוויג

**הרציונל להכרה בזכויות קניין רוחני**

זכויות הקניין הרוחני שונות מזכויות שאנחנו מכירים ולכן גם הסעדים יהיו שונים.

אנחנו מדברים על זכויות שהמשפט מעניק לתוצרים שאינם מוחשיים שיש להם ערך חברתי. למה בכלל מגנים עליהם? קיימת ההצדקה התועלתנית – ליצור תמריץ כדי לעודד יצירה.

***מה היה קורה אם לא היינו נותנים זכות קניינית לאדם שפיתח יצירה?***

אף אחד לא יתומרץ כי יתבצע תשלום על העותק הראשון אנשים יעתיקו את התוצר מבלי לשלם, שכן עלות ההעתקה היא שואפת לאפס. לחלופין אנשים עשויים למכור במחיר נמוך מאחר ואין להם עלויות השקעה. הבסיס של זכות הקניין היא הזכות להדיר, למנוע מאנשים אחרים לעשות שימוש ללא רשות. לכן אנחנו רוצים להחזיר את ההשקעה וגם להרוויח.

**פרדיגמת תמריץ – גישה**

הגישה הכללית כוללת את צד התמריץ (היוצר) וצד הגישה. אנחנו רוצים שהיצירות יגיעו לציבור, לחברה כצרכנים של התוצרים וכיוצרים נוספים. איזון נכון בין תמריץ לגישה יעודד יצירה(תמריץ), ויאפשר לחברה ליהנות מיצירות(גישה)- איזון נכון הוא איזון יעיל. לדוגמה, זכות יוצרים – משך ההגנה מאוד ארוכה (70 שנה לאחר מות היוצר), אך ההגנה לביטוי ולא לרעיון וקיימת גם זכות השימוש ההוגן – כך ניתן מקום לגישה ופחות לתמריץ.

אחד הכלים שיש לנו כדי לבצע את האיזון בין תמריץ לגישה הוא היקף הזכות והסעדים. סעד חזק ומגוון- זכות חזקה.

**סעדים בדיני הקניין הרוחני**

**צו מניעה** – הסעד הכי מובהק של דיני הקניין, מתחבר באופן ישיר על "הזכות להדיר". ניקח דוגמה של זכות היוצרים וזכות הפטנטנים.

***איך הדין בישראל מתייחס לכל אחד מהם בהקשר של צו מניעה?***

ס' 183 לחוק הפטנטים – צו המניעה ניתן באופן מוחלט ההגנה על הפטנט ל20 שנים. פטנט רשום לאחר שעוברים תהליך בחינה אל מול מוסד מדינתי שבוחן האם ההמצאה שלנו היא בעלת ערך לחברה. רק אז מקבלים את הזכות לתקופה קצרה. לאור האיזונים הללו המחוקק החליט שהסעדים צריכים להיות רחבים יותר.

ס' 52-53 לחוק זכויות יוצרים – כאן יש שיקול דעת לביהמ"ש שניתן במפורש מהמחוקק. יש כאן איזון אל מול הזכות החזקה של זכויות יוצרים(70 שנה). שיקולים עיקריים: ישראל- סיכוי הצלחת תביעת התובע ומאזן הנוחות- נבדוק איזה צד יפגע יותר מההחלטה. ארה"ב- דיני היושר וההוגנות.

**פיצוי –** סעד נזיקי ופחות קנייני, בא להשיב את המצב לקדמותו. אנחנו צריכים להראות מה חסרון הכיס – הנזק שנגרם לנו. המורכבות היא שלא תמיד קל להראות מה הנזק שנגרם(שימוש עותק 1 של ווינדוס לא משנה, אבל 400 אלף משנים מאוד). פוטנציאל לנזק- 1.הורדת ערך הזכות. 2.פגיעה ביכולת להפיק רווח. ההנחה החברתית היא שנגרמה פגיעה, אך ההבחנה בין הנזקים האפשריים מורכבת, ולכן ניתן פיצוי ללא הוכחת נזק. בישראל, עד מאה אש"ח לכל הפרה. ההסבר לזה הוא כפול: 1. הרתעה 2. השבת המצב לקדמותו(שק"ד של בהמ"ש בהקטנת הפיצוי הקבוע).

**השבה –** יש להבחין בין השבה של ערך השימוש שנעשה בעותק לבין השבה של הערך המוסף שצמח ממי שהשתמש בנכס שלא כדין (עשיית עושר).

יצירת נגזרת-אם אדם משתמש שלא כדין ביצירה כדי ליצור יצירה חדשה ונוצרו לו רווחים, מה דין הרווחים הללו? גישות- 1. מקסימטליסטית- כל הפעולה לא חוקית ונשלול את כל הרווח. 2.ניואנסית- נשתמש בסעדים כדי לקבוע את הזכות בהתאם לנסיבות. יש למצוא פתרון שיאפשר גמישות ושק"ד יחד עם וודאות בשוק. רשיונות תביעה- התוצאה של ההצעה היא תוצאה של חלוקת רווחים. אך בניגוד למצב היום ההצעה קובעת את חלוקת הרווחים כברירת מחדל ע"י בהמ"ש, ככלל ולא כחריג. ברירת המחדל תהיה שאין צו מניעה וניתן ליוצר השני להשתמש ביצירה ע"י אישור מבהמ"ש שיקבע את חלוקת הרווח. בצורה זו ירוויחו גם שני היוצרים וגם החברה ונקבל יעילות, גמישות וודאות. אימוץ הגישה יתמרץ את היוצרים להגיע להסכמה ולעסקה יעילה. הכלל זול לתפעול.

**צ'ק ליסט תרופות במשפט הפרטי** | שירה שאול ודניאלה ענקי

* יש חפיפה תיאורטית בין הדינים – למשל, הסגת גבול: סעיף 18 לחוק המקרקעין+ סעיף 24 לפקנ"ז = התרופות סותרות אחת את השנייה.
* דיני חוזים – הסכמה הדדית, בחירה להתקשר בחוזה. מבוסס על הסתמכות, הגשמה, הרחבת האוטונומיה, תועלת (הגדלת הרווחה המצרפית) וודאות וציפייה.
* דיני נזיקין – המשפט מאפשר לפרט להמשיך את חייו גם כאשר לא ניתן להשיב באופן מעשי את המצב לקדמותו. שני רבדים: מזיק וניזוק- פיצוי בדיעבד; הרתעה- מניעה מלכתחילה.
* דיני עשיית עושר ולא במשפט – עיקר הדגש הוא ברווח של הנתבע, ולא בנזק של התובע. ס'1 לחוק: התעשרות; שלא כדין; על חשבון אדם אחר (קש"ס).

פיצוי משני סוגים: עוולה שמולידה רווח (שלילת רווח); התעשרות לא עוולתית (השבה, ללא פגיעה בזכות).

* ללא דיני עשיית עושר, לא תתאפשר השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין (העברה בנקאית). המשמעות: הגדלת עלויות העסקה. במקרה של בנקים, כמפזרי ושוקלי נזק טובים, יהיה אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר משום שעלויות אלו מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים (פיזור נזק).

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

* **פס"ד מקדונלד'ס** – הקפה הרותח שנשפך על האישה וגרם לכוויות: פיצוי על פגיעה פיזית, סיפור פוליטי, תרופה כמכשיר לצדק מתקן במובן החלוקתי (הגנה על קבוצה חלשה) והרתעה (מתשלום פיצויים, במקרה דומה בעתיד).
* **פס"ד פלסגרף** – הגברת ברכבת שנפגעה מהזיקוקים: קרדוזו- כדי לבדוק האם הופרה חובה, ראשית נשאל האם לתובע יש זכות? כדי שתופר חובה כלפי אדם – יש להראות זכות.
* מבחן לחובת זהירות– צפיות טכנית: האם האדם שניזוק נמצא במתחם הסיכון שעל המזיק לצפות?.
* צדק מתקן: **קורלטיביות** – אריסטו: כנגד פגיעה תגיע תרופה שתואמת את היקף הפגיעה (מינוס ופלוס, שיטת המאזניים). קאנט והגל: לכל אדם יש זכות לממש את עצמו, חובה על האחרים לא להתערב (לפגוע) בזכות זו. התרופה מחזירה את שווי המשקל הנורמטיבי בין הצדדים, לנקודת ההתחלה שלו – ריפוי אי הצדק שנוצר.
* צדק מתקן: **המשכיות** – הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים דרך התרופה, היא מעולם לא פגה. כדי שהזכות תמשיך להתקיים, יש להתאים את היקף וסוג הפגיעה לזכות לתרופה (מכסה לסיר).
* **פס"ד אוול –** מפעל ביצים – מן התיאוריה אל הפרקטיקה - » **3 דרכים אפשריות לחישוב הפיצוי** : 1. לא נגרם נזק לתובע – לכן לא נפצה. 2. בעל המפעל התעשר על חשבון בעל המכונה – יש לפצות בהתאם לשווי השימוש במכונה. 3. התעשרות שלא כדין ע"ב ההוצאות שנחסכו מהנתבע (מה שנקבע ע"י ביהמ"ש). לפי צדק מתקן, התרופה שגויה. לא משנה מה הופק מהמוכנה, אלא מהי הזכות שנפגעה? (אישור לשימוש במכונה = אפשרות 2).
* **בבחינת צדק מתקן נשאל על איזה אינטרס נרצה להגן??? איזו זכות נפגעה? ניתן לבקר ע"י פס"ד אוול.**
* **התרופה צריכה להיות תואמת למבנה של הפגיעה בזכות.** לא רק באמצעות פיצוי לאחר התממשות אי הצדק, אלא גם ע"י מתן צו מניעה שימנע את המשך אי הצדק בעתיד. ביהמ"ש ישקול מתי לתת פיצוי בדיעבד ומתי צו מניעה בהתאם למידת הפגיעה המסוימת **התרופה היא מהותית ולא רק טכנית** (כך צו מניעה מתיישב עם צדק מתקן).
* **פס"ד אתא נ' שוורץ (גלגול ראשון)**  צו המניעה נועד למנוע המשך פגיעה מתמשכת בניזוק. מידת ההפרעה תלויה בשני גורמים: הפרעה מוחשית וחזקה + לא קלת ערך או זמנית. ניתן להטיל אחריות נזיקית כשאדם נפגע או מסתכן בפגיעה במידה שעולה על הנדרש (אובייקטיבית) לשאת בו בהתאם לנסיבות. הקביעה תקבע לפי המוטרד ולא המטריד. הגנת הפוגע לביטול צו מניעה (ס' 74) – 4 תנאים מצטברים: 1 - הפגיעה שנגרמה לנפגע קטנה. 2- ניתן להעריכה בכסף. 3 - ניתן לפצות עליה בכסף. 4 - אם יינתן צו המניעה זו התעמרות בפוגע. מאזן הנוחות: מרגע שהוכח מטרד ביהמ"ש ישקול האם הנזק שייגרם ממתן צו המניעה עולה בהרבה על הפגיעה שנגרמת כתוצאה מהמטרד תוך שקילת האינטרס של צדדים שלישיים. יש להעדיף אינטרס של צד אחד על כזה של אחר. נדגיש שני עקרונות חשובים: 1 – יעילות למניעת הפגיעה. 2 – פגיעה קשה תוביל להתחשבות באינטרס הנפגע ופחות בשל המעוול (החזרת המצב לקדמותו). חלופה אחרת: צמצום מתן הצו והענקת תרופה משותפת של צו מניעה ופיצויים באופן שיקטין את הנזק הדרקוני שיגרם למעוול ויקטין את המטרד שיגרם לנפגע תוך פיצוי על המטרד הקיים.
* **מטרת התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי יעילות/מקסום רווחה. כלל טוב הוא כלל יעיל**. האדם הסביר הוא האדם היעיל.
* **הגדלת הרווחה המצרפית תעשה באמצעות צמצום עלויות**.
* **נוסחת הנד** בראיה כלכלית, נניח שאדם התרשל כאשר עלות מניעת הנזק הייתה נמוכה מתוחלת הנזק. **+ מונע הנזק הזול (פוזנר)** נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר.
* **שוקל הנזק הטוב ביותר (קלברזי והירשקופף)** הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר ולו המידע כיצד להפחית את עלויות מניעת הנזק/להודיע לצד השני שהוא מונע הנזק הזול אחרת – התרשלות. רציונל: עלויות אדמיניסטרציה והתגברות על פערי מידע. תוצאה: אי הצפת בתי המשפט והפחתת עלויות ניהול הליך משפטי. הרעיון העומד מאחורי הכלל: זיהוי קטגוריות של מזיקים/ניזוקים ולא אדם פרטי (בנקים בעלי מידע על לקוחות).
* **באחריות רגילה –** אשם תורם של הניזוק יעניק פטור מלא למזיק גם אם המזיק התרשל כל אימת שהודיע לניזוק שהוא מונע הנזק הזול (כי המזיק שוקל הנזק הזול).
* **אחריות מוחלטת –** יעניק פטור חלקי למזיק.
* **פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת** – כלל של רשלנות: יפטור את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק כשההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק (נוסחת לרנד הנד). כלל של אחריות מוגברת/חמורה: בכל מקרה המזיק יפצה על הנזק שנגרם (אין חשיבות לנוסחת לרנד הנד). ההבדלים יתבטאו בהשפעה על רמת הפעילות של הצדדים בהתאם **לאשם התורם** (דוגמת הרכבת והחווה) – תחת כלל של רשלנות: הרכבת לא התרשלה כי זה יעיל (עלות המניעה יותר גבוהה מהנזק). תחת כלל של אחריות מוגברת: הרכבת עשויה להפחית מהיקף פעולתה כי היא תשלם פיצוי על הנזק שנגרם. ביקורת – אולי בעל החווה הוא מונע הנזק הזול ביותר?
* **השפעת התרופה על עלויות העסקה** - פיצוי או צו מניעה? התאוריה של קואז (דוגמה חקלאי ובוקר): ישנן כמה אפשרויות לפיצוי. מה שככל הנראה יקרה – הסכם בין המזיק לניזוק על מחיר אמצע כי זה האמצעי היעיל עבור שניהם.
* **השפעת עלויות העסקה על מתן התרופה (קלברזי ומלמד)** – ייתכן שלא תהיה עסקה בגלל סחטנות או טרמפיסטיות. ההנחה היא שעסקה יעילה צריכה לקרות. ישנם כמה כללים להתמודדות:

כלל 1: כלל קנייני. הגנה גבוהה של צו מניעה. לא ניתן לפגוע בזכות ללא הסכמה של בעליה. נבחר בכלל זה כאשר עלויות העסקה **נמוכות.**

כלל 2: כלל אחריות (נזיקי). הגנה נמוכה של פיצוי בדיעבד. ניתן לפגוע בזכות אך לשלם בעבורה פיצוי בדיעבד. נבחר בכלל זה אם עלויות **העסקה גבוהות** כדי למנוע סחטנות.

* **הגלגול השני של אתא נ' שוורץ-** המפעל פנה למשרד האוצר בבקשה להפקיע קרקעות. מחזיר אותנו לסוגיה: מה לגבי מאזן הנוחות וסחטנות העותרים? שמגר: היות והתובעים נאחזו בהכאותיהם וסחטו את המפעל נוצר מצב של חוסר איזון שאינו בריא ולכן, עסקה יעילה שיכלה לקרות לא קרתה. לפיכך ביהמ"ש ביטל את צו המניעה ופסק כי במצבים של סחטנות יינתן פיצוי לפי ערך השוק של הנכס. גלגול זה יישם את רעיונותיהם של קלברזי ומלמד כלומר: כשעלויות העסקה עולות בצורה מלאכותית עקב סחטנות הניזוק ועסקה יעילה לא קרתה לא יינתן צו מניעה אלא פיצוי בדיעבד (שווי שוק).
* **חפיפה רעיונית בין דיני קניין לדיני נזיקין-** נזיקין - מגן על אינטרסים נוספים מעבר לדיני הקניין (דוקטרינת הסכמה מדעת).
* **ההגנה מתמקדות בעבירות:** כלל קניין – הגנה חזקה על הזכות בנכס – ניתן להשתמש בו בהסכמת בעל הזכאות בלבד: צו מניעה. כלל אחריות – הגבלה חלשה יותר על עבירות (אפשר לקחת זכאות עם פיצוי בדיעבד): פיצוי.
* **פס"ד וינסנט** – ספינה שנקשרה למזח במצב צורך:

**מיעוט**: בנסיבות של צורך היה מותר לבעל הספינה לעגון את הספינה במזח ולכן בעל הספינה אינו מעוול ובעל המזח לא זכאי לפיצוי.

**דעת הרוב**: בשעת הצורך בעל הספינה יכול לקשור אותה למזח ייתרה מכך, לו בעל המזח היה מונע מבעל הספינה לקשור אותה, נראה בו כפועל בצורה לא ראויה.

**לסיכום**: היה מותר לקשור את הספינה ללא קבלת הסכמה מהבעלים בשל שעת הצורך אך נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל הנזק.

**רציונליים**: מיעוט – בשעת הצורך זכותו של בעל הקניין (בעל המזח) הופכת לנחלת הכלל. דעת הרוב – במצבים של צורך, כלל ההגנה של בעל הקניין משתנה מכלל קנייני לכלל אחריות.

**הצדקת הפס"ד בראי הצדק המתקן** – מהזכות שנפגעה נגזור את התרופה ההולמת בנסיבות העניין. הזכות שניתנה לבעל הספינה לעגון את ספינתו בשעת הצורך לא מקנה לו זכות לגרום למזח נזק. לכן, היות שנגרמה פגיעה פיזית למזח עליו לשלם פיצוי בגין הנזק שנגרם למזח.

* **חפיפה רעיונית בין דיני חוזים לדני נזיקין-** ההבדל העיקרי: עסקאות רצוניות מול לא רצוניות. מקרה ביניים: מערכות שמתחילות בחוזה אך מגיעות למצב של התחייבות נזיקית (עו"ד-לקוח, אחריות יצרן-צרכן).
* **פס"ד הוקינס** – יד שעירה. רופא התחייב ל100% יד מושלמת ויצא חרא. ישנן שתי אפשרויות תרופות- פיצוי נזיקי על כאב וסבל » פגיעה בביטחון העצמי וכו'. מנגד יטען שכל ניתוח כרוך בכאב וסבל וזה לא מספיק להעניק תרופה נזיקית (מיטל: ניתן לטעון למצג שווא רשלני ולהטיל אחריות ברשלנות או לחלופין לו היה מוכח שמדובר בפרקטיקה רפואית לא מקובלת = התרשלות). פיצויי ציפייה (חוזים) » ההפרש בין מה שהובטח למה שניתן בפועל (יד מושלמת ליד החרא שהתקבלה בפועל).
* **חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לדיני נזיקין-** **פס"ד מור:** חולה בסרטן נדיר. שימוש ברקמות לשם פטנט מחקרי לתאי סרטן שהפיק רווחים עצומים. השאלה: האם מור זכאי לתרופה?? להלן טענותיו: **גזל** – ביהמ"ש קבע שרקמות שהוסרו אינו קניינו של אדם – טענה לא התקבלה. **תקיפה** – הרופא לא גילה למור מידע רלוונטי, פגיעה בדוקטרינת ההסכמה מדעת – טענתו התקבלה. על רופא לגלות למטופל את כל המידע הרלוונטי כולל מידע כלכלי. חובת הגילוי מתפרשת מעבר לאינטרסים רפואיים וחלה גם על אינטרסים שאינם רפואיים (כלכליי) אך נועדו לטובת המטופל.
* מיטל טוענת שביהמ"ש עשה טעות » לא הוכח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לבין הנזק (מבחן אלמלא כפול). יש לחשוב על איזה אינטרס נרצה להגן בכדי לבחור תרופה ראויה. האינטרס: יחסי האמון בין רופא למטופל. כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים יש לגלות את המידע אודות האינטרסים הכלכליים אודות הטיפול לפני הטיפול. 2 דרכים מוצעות: 1 – שלילת רווחים כאשר יש אי גילוי של מידע כלכלי. 2 – הסכמה היפותטית לפי חוזה היפותטית שהיה נחתם בין הצדדים לו הרופא היה מגלה למטופל את האינטרס הכלכלי והם היו מגיעים להסכמה יעילה. הבעיה: שאלה תאורטית.