**תרופות במשפט הפרטי – מחברת קורס**

**שיעור 1 – 02/03/22**

***מבוא***

**מה זה תרופות במשפט?**

תרופה זה סעד שניתן לאחר שנגרם נזק, והתרופה היא המענה לתובע. יש רצון להשיב את המצב לקדמותו. התרופה היא הסיבה שאנו זקוקים למשפט, ולכן מגישים את התביעה מלכתחילה.

סוגי תורפות: פיצויים, אכיפה, השבה וביטול החוזה, צווי מניעה, העברת נטל הראייה.

תחומים מרכזיים במשפט הפרטי: חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר.

**רקע היסטורי**

עד המאה ה-19 הכל היה נידון תחת אותה כותרת. אחרי המאה ה-19 חילקו את הנושאים לשלושה- חוזים, נזיקין וקניין. בעצם המשפט הפך למעין מדע, משהו יותר רציונאלי להבחנה. אך לא תמיד ברור איזו תרופה שייכת למה, ויכולה להיות חפיפה בין הקטגוריות. בעצם אנו משלמים "מחיר" על החלוקה הזו. ניתן לראות חפיפה תיאורית בכמה מקומות. לדוגמא הסגת גבול:

* ס' 18 לחוק המקרקעין קובע שאם אדם נכנס למקרקעין שלי שלא כדין, יש לי 30 ימים להוציאו משם תוך שימוש בכוח במידה סבירה.
* ס' 24 לפקנ"ז קובע שבמקרים מסוימים יש הגנה לתובע גם אם הוא השתמש בכוח לאחר 30 יום.

ניתן לראות כי ישנה חפיפה בין החוקים שיוצרת התנגשות.

מה עושים במצב בו מישהו הסיג גבול, בעלי הבית היו בחו"ל למשך מעל לשלושים ימים. האם יכולים להפעיל כוח? או שהדבר ייחשב לתקיפה? פקודת הנזיקין מאשרת לעשות זאת, האדם לא יחשב כתוקף, בעוד שחוק המקרקעין לא מאפשר ואומר שרק אם לא עברו 30 יום. **הסתירה הזו היא חלק מהמחירים שאנחנו משלמים עליהם בגלל הצורך בהגדרות.וחלוקה.**

**דיני חוזים – איזה רעיונות הם מבטאים?**

 הרעיון התיאורי המרכזי הוא שיש התקשרות משותפת, והרעיון הבסיסי ביותר הוא שיש בין הצדדים הסכמה הדדית. אבל אם אנשים יכולים להגיע להסכם ביניהם, למה צריך דיני חוזים?

1. רוצים לתת לאנשים תשתית שתאפשר **ביטחון** להתקשר בחוזים גם כשהעסקה מורכבת יותר.
2. **אוטונומיה** – חוזה נועד להרחיב את האוטונומיה של האדם, ודיני חוזים מגשימים את הרעיון של אוטונומיה.
3. **תועלת** – חוזה מאפשר לנו למקסם את התועלת המצרפית בכך שכל אחד מקבל את ההעדפה שהכי טובה לו. בעצם דיני החוזים מרחיבים את הידע שיש לאדם, חושפים את האדם ליותר אפשרויות והוא בוחר מה האפשרות הכי טובה לו.

התרופה נותנת לאדם שהופר כלפיו החוזה מענה, הגנה, ובאמצעות הגנה זו האדם יכול להסתמך על החוזה כדי לתכנן את החוזה שלו.

**דיני נזיקין – איזה רעיונות הם מבטאים?**

הרעיון התיאורי המרכזי הוא **דיני אשם**.

ישנם שני סוגי אשם:

1. אשם מוסרי – אדם ביצע מעשה שגוי בכוונה, במזיד.
2. אשם חברתי – ישנה עוולה נזיקית אך היא לא כללה התנהגות לא מוסרית.

לא תמיד מדובר באשם מבחינה מוסרית, לדוגמא רשלנות. מבחינה חברתית אפשר להגיד שמישהו הפר את הסטנדרט המקובל. **סטנדרט חברתי זה לא סטנדרט מוסרי**.

רעיון נוסף בדיני נזיקין הוא **הנזק.**

יש סיטואציות שקוראים לתוכן את הנזק ולא צריך בכלל להוכיח שהוא קרה. גם אם במובן העובדתי לא רואים נזק, אפשר להגיד שבמובן הרעיוני היה נזק. חשוב לציין כי נזק הוא לאו דווקא נזק מוחשי שנגרם, אלא יכול להיות גם נזק נורמטיבי.

* נזק נורמטיבי – למשל כאשר זכות שלי נפגעה. כאשר זכות נפגעת לא תמיד קיים נזק ממשי.

דיני נזיקין נועדו לתת לאנשים וודאות כדי לחיות את החיים בצורה סבירה. אנחנו לא רוצים שאנשים יפחדו יתר על המידה, ולא רוצים שאנשים יזיקו ולכן צריך לתת פיצוי כשנגרם למישהו נזק. **ישנם שני רבדים:**

1. ניזוק ומזיק- אנחנו לא רוצים שאנשים יפחדו לנהל חיים רגילים, והמשפט נועד לתת את הדבר הבא שייתן לאדם אפשרות להמשיך הלאה גם אם נגרם לו נזק. המנגנון הזה הוא פיצוי בדיעבד (אקס פוסט).
2. היבט מניעתי (הרתעה)- מנגנון זה הוא מלכתחילה . התרופה גורמת למזיקים פוטנציאליים להיזהר. מטרתו של המשפט היא גם לעצב נכון את ההתנהגות של אנשים מלכתחילה (אקס אנטה)

בעולם מושלם כן עדיין היו נגרמים נזקים, אם כי לא במזיד ובכוונה.

**דיני קניין – איזה רעיונות הם מבטאים?**

הרעיון המרכזי הוא שליטה וסמכות. בנוסף יש גם רעיונות של אוטונומיה והגשמה עצמית. מה ששלי שלי. צריך את דיני הקניין מכיוון שאנשים יכולים לקחת את הרכוש ששייך לי. בסופו של דבר, בלי דיני קניין יווצר מצב שהחזק גובר- מה ששלי שלי עד שהחזק לוקח אותו ממני.

* **שליטה –**השליטה מתבטאת בכך שלי קיימת שליטה על הקניין שלי. ברגע שפוגעים לי בקניין, פוגעים בשליטה שלי.
* **אוטונומיה –** כשפוגעים במשהו ששייך לי ושיש לי שליטה עליו, מכאן שפוגעים לי באוטונומיה. פוגעים באפשרות שלי לממש את עצמי באמצעות קניין זה. למשל פגיעה ברכב מצרה את האפשרות להתנייד.

בעולם מושלם הקניין לא היה נפגע במזיד. אך העולם לא מושלם ולכן התרופות יעזרו להתנהלות בעולם ללא חשש. אם לא יהיו את דיני הקניין ייווצר כאוס שבו החזק שולט.

**שיעור 2 – 09/03/22**

**דיני עשיית עושר ולא במשפט – איזה רעיונות הם מבטאים?**

תחום מאוד אינטואיטיבי מצד אחד, אך מצד שני קשה להבין מתי הוא מתחיל ומתי נגמר. דיני עשיית עושר עוסקים במי שהרוויח בעקבות פעולה שקרתה. לא תמיד מדובר במצב שנעשה לאדם רע. **בדיני עשיית עושר מתמקדים בנתבע ובתועלת שלו ולא בנזק שקרה לתובע**. **כלומר דינים אלה הם נטולי אשם.**

מבחינה היסטורית דיני עשיית עושר התפתחו מתוך צורך בתרופה, מתהליך הבגרות של המשפט באנגליה. הייתה תחושה שהמערכת הראשית של אנגליה לא יכולה להעניק מענה לסיטואציות לא הוגנות. למשל הייתה תחושה שצדדים לא באמת נקשרו בחוזה. לכן ניסו למצוא מערכת אלטרנטיבית., פתרון למצבים מסוג זה:

1. **הבטחה מרומזת ו"מעין חוזים" –** התפתחות של דיני היושר, סוג של התחייבות שקיימת גם ללא חוזה שנעשה בין הצדדים, אלא עפ״י חוק.

**:Moses v Macfarlan** הייתה הסכמה בין שני הצדדים שלא עלתה בגדר חוזה. באותו הפס"ד, **הלורד** אומר שנכון, לא היה חוזה אך עקרונות היושר והצדק מחייבים אותנו להכיר בהסכמה שהייתה שם.

1. **דוקטרינת הויתור על עוולה נזיקית (waiver of tort)** - ישנו רווח לנתבע והתובע יכול לבחור האם הוא רוצה לתבוע על הנזק, או לוותר על העוולה הנזיקית ובמקום זה לתבוע בגין התעשרות שלא כדין, את הרווחים של הנתבע (הייתה קיימת בעבר והיום היא לא קיימת).

**ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (חובת השבה) קובע 3 יסודות להתעשרות:**

1. התעשרות – לא חייבת להיות ממקום עוולתי. יכולה להיות סיטואציה שאדם בטעות העביר כסף לאדם אחר, והוא התעשר למרות שהוא היה פסיבי לחלוטין, עדיין חלה עליו חובת השבה.
2. שלא כדין – לא היית אמור לקבל את התועלת הזו.
3. על חשבון מישהו אחר

**יש שתי אפשרויות לעשיית עושר:**

* נתבע אקטיבי – התעשר כתוצאה מפעולה (לא בסדר) שביצע. לדוגמא הפרת חובת נאמנות. א' לקח לב' את המכונית שלא כדין ונהנה מהשימוש בה. ב' יכול לבקש לא רק את שווי השימוש, אלא גם את הרווחים. אין כאן השבה רק ברמה האינטואיטיבית אלא גם מצב של התעשרות כתוצאה משימוש בזכות.
* נתבע פסיבי – סיטואציה שמוטלת על אדם אחריות במשפט למרות שלא עשה דבר. קורה הרבה בהקשרים של בנקים. לדוגמא, טעויות. אם א' העביר בטעות כסף לב', למרות שב' היה פסיבי לגמרי והתעשר, עליו להשיב את הכסף לא'.

**פרשת סיטי בנק:**

**העובדות:** לרבלון יש מלווים כמו להרבה חברות גדולות. החברה נכנסה לקשיים בקורונה. המלווים הלוו בריבית, הריבית נעה והגיע מועד לתשלום הריביות למלווים. פקיד בנק בסיטי בנק בניו יורק ממלא טפסים ובמקום להעביר ריבית על סך מיליון דולר הוא מעביר ביליון דולר למלווים. בבנק מנסים להחזיר את הכסף, חלק מהמלווים לא מחזירים, יותר מחצי מיליון לא הוחזר לבנק. ......................................................................................................
**בשורה התחתונה,** כעיקרון יש חובת השבה אך המשפט מסובך והתמונה הרבה יותר מורכבת מזה.
הפרשה גם מראה עד כמה טעויות הן נפוצות וקריטיות, וכמה עניין ההשבה קריטי גם לתחומים שאינם חוזים.

עשיית עושר ולא במשפט בעולם מושלם, הנאמנים תמיד נאמנים ולא עושים בנהנים שלהם כלשהם, אין טעויות. אבל העולם לא מושלם, מה שאומר לנו, שכדאי להשיג ערובות ובטוחות, (גורם לעסקאות יקרות יותר) להיכנס לחוזה, לקחת סיכון. נחיה בעולם יקר, מסוכן ושל אנשים לא בטוחים.

***תיאוריה***

מחלוקה תיאורית לקטגוריות נעבור לדבר על רעיונות תיאוריים, נבחן האם אפשר לדבר ב״שפה אחרת״ על התרופות של הדינים השונים – באמצעות ״רעיון על״. אולי לא נוכל לדבר על תרופות אם לא נדע מה הרעיון שעומד מאוחרי הכלל במקרים הקשים יותר שדורשים מאיתנו חשיבה.

**Liebeck v. McDonald’s**

**העובדות:** אישה מבוגרת קנתה קפה ממקדונלדס, הקפה נשפך לה על הירכיים והיא נכוותה בכוויות דרגה 3. מקדונלדס לא הסכימו לשלם לה על הטיפול הרפואי והאישה החליטה לתבוע את מקדונלדס על הגשת קפה רותח יתר על המידה. זו רצתה שיעזרו לה לשלם את חשבון בית החולים, אך הם הסכימו לשלם לה רק 800 דולר.

הרעיון מאחורי התביעה:

1) **פיצוי** על הפגיעה הפיסית, החזר על ההוצאות הרפואיות, פיצוי על נזק לא ממוני וכד׳. **צדק מתקן.**

2) סיפור פוליטי, אזרח קטן מול תאגיד ענק; תרופה כמכשיר לצדק במובן החלוקתי – הגנה על הקבוצה החלשה, שיקולים של **צדק חלוקתי.**

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

-ואולי אין תכלית מאחורי הפיצוי? ישנה תכלית. המשפט הוא משפט והמעוול צריך לשאת באחריות מעשיו (תיאוריה פוזיטיבית של המשפט).

-מדובר בסיפור חריג ומיוחד בו לקוחה פשוטה הביסה תאגיד ענק. יתרה מזו, עורכי הדין של החברה הגדולה יצאו בקמפיינים גדולים אשר הכפישו את שמה כדי שאנשים נוספים לא יתבעו אותם.

* **ישנו הבדל בין תיאוריה לבין דוקטרינה.** צריך להבין גם מה עומד מאחורי החוק, לא רק מה קיים בתוכו. מצוי – דוקטרינה , כלל משפטי. רצוי/ראוי – תאוריה.
* **תיאוריה פוזיטיבית** אומרת שלא צריך הרתעה או צדק מתקן, כי המשפט הוא התפתחות היסטורית, סיפור, ייצור חברתי, מגלם את כל הרעיונות. הבנו שמישהו מזיק? משהו לא מוצא חן? זהו, זה מספיק. לא צריך לחפש רעיונות גדולים.

**תיאוריות של תרופות**

1**. תרופות בראי הגישה הפוזיטיבית (Goldberg & Zipursky):**

כשמדברים על משפט פוזיטיבי למעשה יכולים לשאול מה המצוי ומה הרצוי, בעוד שבעולם האמיתי זה לא יישאל. הפוזיטיבי זה הכללים, הדוקטרינה. לומר שתיאוריה היא פוזיטיבית זה כביכול דבר והיפוכו. **התיאוריה אומרת ברמה הבסיסית שלה שצריך להטיל אחריות על האשם.**

יש זכויות ויש חובות. ביניהן קיימת חובה הדדית לא להזיק**. כשיש פגיעה בזכות הזו, הפרו את הזכות הראשונית של האדם (שלא יפגעו או יזיקו לו מבחינה נזיקית).** לכולנו יש את הזכות שלא יזיקו לנו באופן עוולתי ואנחנו חייבים לכולם את החוזה לא לפגוע בהם בצורה עוולתית.

אם פוגעים לא׳ בזכות, קמה לא׳ זכות משנית (אחרי שהצליח להוכיח שפגעו לו בזכות), שאומרת כי א׳ יכול לבקש מהמדינה את הזכות השריונית שלו, הזכות לקבל תרופה בשל מה שעשו לו, וזאת לאחר שהוכיח את יסודות התביעה והראה שפגעו לו בזכות הראשונית.

התיאוריה הזו למעשה מחלקת את הזכויות לשתיים: ראשונית ומשנית.

לפי התיאוריה, המדינה, לאחר הוכחה שנפגעה הזכות דרך בתי המשפט, מעניקה את הכוח לתביעת התרופה. למעשה הזכות שלנו לקבל תרופה שלובה ברעיון שהמדינה צריכה לאפשר לנו את הדבר הזה. **המדינה שחקן מרכזי בתוך המערכת התרופתית** (הזכות לתרופה) כשם שהיא השחקן המאפשר את זכות ההצבעה.

**מיטל** מתקשה עם המבנה שלהם מכיוון שלא ברור לה למה הם חייבים לערב את המדינה כשחקן, הרי אנחנו נמצאים בזירה הפרטית וחוגגים את עצמאותנו בקשר המשפט. אי אפשר להשוות את זכותי מול א׳ לזכותי מול המדינה. כל המטרה של תרופה היא שלי מול גורם אחר (יכול להיות המדינה בכובעה כאדם פרטי), אך זו לא הנקודה כי למדינה יש במקרה כזה כובע פרטי ולא ציבורי.

האם מעבר לכך ישנו רעיון נורמטיבי שעומד מאחורי התרופה? לא. הם טוענים שלתרופה אין פונקציה או הגיון על.

מה התרופה מבטאת? מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין.

**2. תרופות בראי הצדק המתקן:**

קיימות תפיסות שונות של צדק מתקן. נתמקד בתפיסה הדומיננטית של צדק מתקן בשנים האחרונות המיוחסת למלומד **ארנסט וינריב.**

**Palsgrave v. Long Island Railroad:**

העובדות: גברת הלן חיכתה לרכבת על הרציף. בעודה מחכה, עוברת רכבת אחרת ושני אנשים שבאים לעלות על הרכבת (אחד עם חבילה עטופה שבדיעבד היו בזה זיקוקים) לא מספיקים לרכבת. עובדי הרכבת מנסים לעזור להם לעלות, ובזמן זה החבילה נופלת מידו. החבילה שהייתה עטופה ומלאה בזיקוקים נפלה והתפוצצה לכל עבר, האישה נחבלה, והפכה לאילמת. היא תובעת את הרכבת ולא מקבלת פיצוי.

**השופט קרדוזו:** **לא הופרה חובה כלפי הגברת.** לא חלה כלפי האישה חובת זהירות, מכיוון שבסיפור הזה חובת הזהירות חלה כלפי האדם שנדחף. חברת הרכבת הייתה רשלנית ופעלה בחוסר זהירות כלפי האיש שנדחף ולא כלפי האישה. כדי שתהיה לגברת פלסגרף עילה כנגד הרכבת היא צריכה שתהיה כלפיה חובת זהירות. **אם לא נפגעה זכות אז לא הופרה חובה, ולכן אין עילה נזיקית.** כך גם הפוך – **אם הופרה כלפיך חובה, משמע יש לך זכות.**

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

**שני רעיונות מרכזיים כדי להבין תרופות לפי הרעיון של צדק מתקן:**

**1. קורלטיביות**

ארנסט וינריב נשען על הרעיון עתיק הימים של הצדק, הרעיון האריסטוטלי. לפיו, הצדק האריסטוטלי הינו צדק במשפט אשר מהווה רעיון כמותי של פלוס ומינוס (צדק אריסטוטלי: ״פלוס ומינוס״). הפוצע יהיה בפלוס והנפצע יהיה במינוס. רואים את הצדק כרעיון כמותי.

בעצם מה שאריסטו אומר זה שכולנו נמצאים בשווי משקל נורמטיבי. יש קו ישר שעובר בין כולם. התיאוריה הנ״ל רלוונטית למגוון תחומיים במשפט (חוזים, נזיקין וכו׳).

על פניו הקו הישר נראה פשוט, אך מעלה שאלה במשפט הפרטי: מה לא מובן? מדוע המדינה היא לא המפצה? מדוע אינדיבידואל אחד מפצה את השני? **זאת מפני שכדי לקיים שוויון, על א לפצות את ב׳.** כך הם יחזרו לנקודות ההתחלה שלהם, כלומר הם הצדדים אשר צריך לפייס ביניהם ולהשיב את האיזון לחלקם. הדבר מאפשר לרפא את אי-הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים.

ניתן גם להבין מהרעיון הנ״ל **שפיצוי צריך להיות מדויק**. אם א' נפצע בשווי 100, אזי הפיצוי צריך להיות 100.

ארנסט שואל פלוס ומינוס של מה? האם המשפט הוא באמת כמותי? ארנסט מנסה ליצוק תוכן בכך שלוקח את הרעיון של אריסטו ומבין את ההיגיון מאחורי זה שהתובע מחזיר לנתבע. ארנסט יוצק תוכן נורמטיבי (תיאוריות אישיות).

* **ההבחנה בין פגיעה נורמטיבית לעובדתית:**

פגיעה עובדתית – לקחת לא׳ מאה, תחזיר לא׳ מאה.

פגיעה נורמטיבית – פגיעה בזכות.

לכל אחד מאתנו יש זכות למימוש עצמי באמצעות שלמות הגוף שלנו, הרכוש שלנו, ההתחייבויות החוזיות שלנו. כל אלו מאפשרים לנו להגיע להחלטות ולשאיפות שלנו, אנו נקשרים בחוזים כי זה מה שמעניין אותנו. כשמישהו פוגע באחד מאלו, הוא פוגע בזכות שלנו למימוש עצמי באמצעות מה ששייך לנו. בעצם כאן הפגיעה הינה פגיעה נורמטיבית.

כשאנחנו מבינים את המבנה של המשפט הפרטי, את הקורלטיביות, אנחנו יכולים להבין את הרעיון של התרופות במשפט הפרטי. התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה. היא מאפשרת לרפא את אי-הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים. קורלטיביות = התאמה. הניזוק מול המזיק, התרופה מול הפגיעה.

* כדי להשיב את הצדק על כנו, צריכה להיות התאמה בין סוג הפגיעה לסוג התרופה, והתאמה בין היקף הפגיעה בזכות לבין התרופה – **כך מוצאים את התרופה המתאימה.**

**2. המשכיות**

התרופה היא לא דבר זר במשפט הפרטי (בניגוד לגולדברג וזיפוטסקי), משום שהיא מגלמת את הזכות שנפגעה.התרופה היא בעצם החזות של מה שהיה שלי במשך כל הזמן, יודעים מה להעניק לנפגע כי מסתכלים על היקף הפגיעה, חומרת הפגיעה ועוד.

לפי גישת הצדק המתקן, זכותי מעולם לא הפסיקה להיות שלי. לדוג׳ אם א' גנב ל-ב' מכונית, זכותו למכונית שלו עדיין מתקיימת. אם אי אפשר להעניק לו את המכונית בחזרה אז יעניקו לו כסף במקום, וזה בעצם תחליף למכונית. הדבר הזה מגלם את הרעיון של הזכות שנפגעה. התרופה אינה ייצור שמגיע מבחוץ, אלא היא מגלמת את זכותי שממשיכה לפעול.

* נזכור שאת הצדק המתקן לא מעניינים שיקולים חלוקתיים או שיקולי יעילות. המסגרת החשובה היא רק של המזיק והניזוק (אין עניין במה יעיל יותר).
* **תרגיל:** רונה לרונן – "עדיף לך לתבוע בעילה מכוח עשיית עושר מאשר בעילה נזיקית". האם ישנו תנאי שבו אמירה זו נכונה?
* **תשובה של מיטל:** דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את התעשרותו של הנצבע. דיני הנזיקין מאפשרים לתובע לדרוש פיצוי על נזקו. בנסיבות בהן ניתן לתבוע בעילת עשיית עושר והן בעילה נזיקית, שתי האפשרויות עומדות כחלופות אפשריות, והגיוני שיהיה לתובע, רונן במקרה זה, עדיף לתבוע בעילת עשיית עושר כאשר ההתעשרות של הנתבע עולה על שיעור הנזק שנגרם לרונן. תובע רציונלי יעדיף לקבל פיצוי גבוה ככל האפשר
* נזיקן – הפיצוי יהיה בהתאם לנזק שנגרם לניזוק. בעשיית עושר – הפיצוי יהיה בהתאם להתעשרות הנתבע על חשבון התובע.

**שיעור 3 – 23/03/22**

**Olwell v. ney**

**העובדות:** הנתבע היה בעל מפעל לאריזת ביצים, התובע היה בעלים של מכונה לשטיפת ביצים והוא אחסן את המכונה בקרוב למפעל האריזה בידיעת והסכמת בעל המפעל. בעל המפעל השתמש במכונה במשך שלוש שנים ללא ידיעת והסכמת בעל המכונה. בעל המכונה דרש מבעל המפעל לקנות ממנו את המכונה בסך של 600$ (שווי שימוש המכונה במשך שלוש שנים) אך בעל המפעל סירב.

ישנן כמה אפשרויות לסעדים:

* מבחינת נזיקין – ניתן לטעון לבלאי. אבל הפיצוי שיינתן בגינו נמוך מאוד, לכן נניח שהנזק יחסית אפסי.
* מבחינת חוזים – מכונת השטיפה לא כלולה בחוזה, לכן דיני החוזים לא רלוונטיים.
* מבחינת עשיית עושר – הנתבע השתמש במכונת השטיפה ללא הסכמתו של התובע, ומכאן התעשר.

**ביהמ"ש:** העניק פיצוי אחר והרבה יותר גבוה משווי השימוש במכונה, זה שהציע התובע. זאת מפני שביהמ"ש טען שיכול להיות שהמפעל חסך כסף בזכות השימוש במכונת השטיפה. הוא חסך בעלויות שטיפת ביצים. הוא העניק פיצוי עבור 156 השבועות שבהם השתמש הנתבע במכונה, כפול 10 (10 דולר עבור העסקת עובדים שישטפו את הביצים). מכאן שפסק פיצוי על סך 1560 דולר ולא כפי שהציע התובע (התובע הציע 600 דולר).

* קיימת ביקורת על פס"ד זה – אנשי הצדק המתקן מבקרים את ההחלטה בנוגע לגובה הפיצוי. צדק מתקן מתמקד בראש ובראשונה **בפגיעה בזכות**. הזכות שנפגעה הינה הזכות לשימוש בנכס. **הפיצוי צריך לבטא את שווי השימוש בנכס.** הפיצוי צריך גם להיות מותאם **להיקף הפגיעה** (זמן השימוש, מהות הנכס וכו'). בפס"ד זה לתובע מעולם לא הייתה הזכות שישטפו עבורו את הביצים, לכן לא קשור להכליל זאת בפיצוי. **כלומר לא זו הזכות שנפגעה, אלא הזכות שנפגעה היא הזכות לשימוש בנכס, ולא הזכות לשטיפת ביצים.**
* אנשי הצדק הכלכלי יצדיקו את החלטת ביהמ"ש. אנשי הניתוח הכלכלי ירצו לקחת מהמתעשרים את כל מה שהרוויחו. מכאן שתמיד הם ירצו לשלול את הרווחים. במקרה זה הרווח היה גם כתוצאה מחיסכון בהעסקת עובדים לשטיפת הביצים. בעצם מטרת אנשי הצדק המתקן הוא "לקחת" את כל הרווחים מהמתעשר, ושלא יישאר לו דבר. **הם עושים זאת, שוללים תמריצים, כדי להרתיע את המתעשר, וכן למנוע רווחים לא יעילים.**

**צדק מתקן וצווי מניעה**

דוגמא – מטרד

**ס' 44 לפקנ"ז:** מטרד ליחיד.

הסעיף מתאר שניתן לתבוע פיצוי בגין מטרד ליחיד שבגינו נגרם נזק.

דוגמא למטרד – מפעל לייצור בשר שמפיץ ריח רע. אדם יכול לתבוע את המפעל ולדרוש צו מניעה, בנוסף לנזק.

* מטרד היא עוולה מתמשכת, ובגלל המאפיין המיוחד שלה, הנזק שנגרם הוא מתמשך. מכאן שפיצוי במצב זה אינו מספיק, אלא נדרש צו מניעה.

איך ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן? איך אפשר לתקן נזק שלא התממש? נפגעה זכות. הצדק המתקן הינו עולם של זכויות. הוא מתמקד בזכות שנפגעה, ובהתאם לה ולהיקף ייקבע הפיצוי. במקרה זה הזכות שנפגעה היא הזכות לשימוש בנכס והזכות להנות ממנו באופן סביר (בהמשך לדוגמת המפעל). כתוצאה מכך, התרופה צריכה להיות כזו שתאפשר לאותו אדם להשתמש בנכס שלו, וזה יתבצע במקרה הנ"ל על ידי צו מניעה.

**3. תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי**

בניגוד לצדק מתקן, העוסק בעולם פנימי – תובע ונתבע, מה הזכות שנפגעת, מה הפיצוי שמגיע – הניתוח הכלכלי שונה לגמרי.

התובע והנתבע אינם רלוונטיים בתפיסה הכלכלית. הניתוח הכלכלי הוא תיאוריה אינסטרומנטלית – **התרופה בראי הניתוח הכלכלי רוצה להשיג מטרה.** אין לה היגיון פנימי של צדק. לא מנסים להשיב את המצב לקדמותו, אלא הם מנסים להשיג מטרה. המטרה שאותה רוצים להשיג הינה **יעילות.**

**מקסום רווחה מצרפית**

מקור הניתוח הכלכלי מצוי אצל הפילוסוף ג'רמי בנת'ם. הוא דיבר על תורת מוסר תועלתנית. על פי התאוריה שלו, אנשים מונעים לפי הדברים שהם נהנים מהם יותר, ומפחיתים דברים שגורמים להם סבל. בעצם הוא יצר את **"עיקרון האושר המירבי".**

כלכלנים יצקו את רעיונות אלה של בנת'ם אל תוך הכלכלה – מה אנו רוצים למקסם כבני אדם? הנאה? עושר? הם הבינו שתועלת לא תמיד מתורגמת לכסף. לכן הם התחילו לדבר במונחים של "מקסום רווחה מצרפית".

* מקסום רווחה מצרפית – יעילות.

אם מדברים במונחים של מקסום רווחה, כיצד נדע אם תרופה ראויה? אנשי הניתוח הכלכלי יקבעו שתרופה הינה ראויה אם היא מגדילה את הרווחה המצרפית, אם היא יעילה.

* **בדיני חוזים**, למה הרעיון החוזי הוא כלי יעיל שמקדם את הרווחה המצרפית? העסקאות מאפשרות להשיא את הרווחה הכלכלית, להגדיל את העוגה. מוצר שווה לקונה 6 ₪ ולמוכר היא שווה 3 ₪. המוכר מוכר אותה ב-5 ₪. כעת הקונה הרוויח שקל אחד, והמוכר הרוויח שני שקלים. מכאן שהרווחה המצרפית גדלה.
* **בדיני נזיקין,** למה רעיונם הוא כלי יעיל שמקדם את הרווחה המצרפית? בנזיקין אנו לא מדברים על תוספת לרווחה המצרפית, אלא על **צמצום עלויות.** כשנגרם נזק אנו "נוגסים" ברווחה המצרפית. בעולם כזה הגדלת הרווחה המצרפית תהיה בצמצום הנזק. אנו לא ננסה להגדיל את העוגה, אלא נשאף לצמצם "הוצאות". במקרה זה – צמצום הוצאות הנזקים ועלויות מניעתם.

**כיצד ממקסמים רווחה מצרפית?**

בנזיקין – (1) פיצויים במצבים של רשלנות, (2) פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת/ מוחלטת, (3) פיצויים או צו מניעה – השפעתן של עלויות עסקה על התרופה.

**א. פיצויים במצבים של רשלנות – נדגים את ההיגיון באמצעות שני כללים בסיסיים**

1. נוסחת הנד – נוסחה
2. מונע הנזק הזול

לדוגמא: אילנית גרמה לתאונה שעלות הנזק הצפוי שלה הייתה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית?

1. נוסחת הנד:

מתי אדם מתרשל בראייה כלכלית? B<PL

B – עלות המניעה של הנזק

L – הנזק

P – הסיכוי להתממשות הנזק

PL – תוחלת הנזק (הנזק עצמו כפול הסתברות התממשותו).

* נוסחת הנד אומרת שאם ניתן למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר מתועלת הנזק, חייב למנוע אותו. **כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק, נרצה שהמזיק הפוטנציאלי ינסה למנוע את הנזק.**

נניח שתוחלת הנזק בדוגמא המובאת לפנינו היא 10. עלות מניעת הנזק הינה 5. אנשי הכלכלה יעדיפו למנוע את הנזק בעלות של 5, מאשר לגרום לנזק בעלות של 10 משום שכך התועלת המצרפית תגדל. "הנגיסה בעוגה" קטנה יותר.

נניח שתוחלת הנזק היא 10, והעלות למניעתו היא 11. במקרה כזה לא תוטל עליה רשלנות והיא לא תצטרך לפצות אף אחד. גם כאן, אנו רוצים ש"הנגיסה בעוגה" תהא קטנה.

2. "מונע הנזק הזול"

* נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר. מונע הנזק הזול עוזר להשלים את היגיון נוסחת הנד. כאשר מטילים על אדם אחריות ומורים עליו לפצות, אנו רוצים שהוא ינגוס הכי פחות בעוגה.

לדוגמא: יש שתי חלקות. באחת, חקלאי מגדל תירס. בשנייה, מגדל צאן. מדי פעם הצאן יכול לעבור לשדה ולהרוס את התירס. נניח שתוחלת הנזק לשדה התירס היא 10. נניח שלבעל הצאן יעלה למנוע את הנזק סך 8. לפי נוסחת הנד, נטיל עליו אחריות. אולם, למגדל התירס יעלה 6 לייצר גדר שתגן עליו מפני הצאן שיזיק לחלקתו. במצב דברים זה נרצה להטיל על מגדל התירס (ולא על בעל הצאן) כי על פי הנתונים, עלות המניעה שלו נמוכה יותר.

* כיצד המצב מתאפשר? הרי לפי דיני הנזיקין יש להעניש את המעוול. מבחינת הכלכלנים **כולם גורמים לנזק**. לכולם יש אחריות. לכן לפי "מונע הנזק הזול" אנו רוצים להטיל את עלות הנזק על מי ש"ינגוס בעוגה" הכי פחות.

"שוקל הנזק הטוב" (להבדיל ממונע הנזק הזול), **קלברזי והירשופף**

מונע הנזק הזול לא תמיד קל לביצוע. לא תמיד ידוע מה עלות הנזק הנמוכה ביותר עבור הצדדים. קלברזי והירשופף רוצים לנסות לעשות את הדברים בצורה יעילה ומדויקת יותר, משום שאחרת יהיה מאוד קשה להסיק מיהו מונע הנזק הזול. **שוקל הנזק הטוב ביותר הוא מי שיכול היה לזהות מי הוא מונע הנזק הזול,** מי שיש לו את המידע הזה.

שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו.

לדוגמא – בנקים. יש להם עסקאות שחוזרות על עצמן. בהרבה מאוד מצבים הבנק הוא מונע הנזק הזול.

אם אנו יודעים מראש, לא מי מונע הנזק הזול הטוב ביותר, אלא **מי ידע מראש מי יכול היה למנוע את הנזק**, זיהינו את הגורם שהיה צריך למנוע את הנזק. שוקל הנזק הזול הינו רעיון של קטגוריות.

* כלל זה לא התקבל בפסיקה!
* קיים קושי ברעיון – מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר? למשל, האם בהכרח הבנק יהיה בפוזיציה שנטיל עליו אחריות? לדוגמא:

**ס' 2א לחוק האחריות למוצרים פגומים**: היצרן תמיד חייב לפצות. ההנחה היא שהוא שוקל הנזק הטוב ביותר. הוא זה שייצר את המוצר ולכן הגיוני לומר שהוא שוקל הנזק הטוב ביותר. אל מול סעיף זה קיים

**ס' 4 לחוק**: הצרכן התרשל. ס' 4 מתאר מצב בו היצרן הוא שוקל הנזק הטוב, אבל הצרכן התרשל ולכן הוא נהיה מונע הנזק הזול.

**שיעור 4 – 30/03/22**

**ב. פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת (חמורה)**

נוסחת לרנד הנד, מונע הנזק הזול ושוקל הנזק הטוב ביותר עוזרים לנו לפסוק פיצויים במצב של רשלנות.

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

כללים של אחריות חמורה/מוחלטת (strict liability), לפיהם המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה. (אנו נניח כי אין הבדל בין אחריות מוחלטת למוגברת)

דוגמא א:

א' יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100.

* האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל הרשלנות? כן, לפי מונע הנזק הזול.
* האם סביר שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוחלטת? אם הנזק יתממש הוא יצטרך לשלם 100. מכאן שהוא כן ישקיע במניעת הנזק.

אם א' רציונאלי, הוא ישקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 90 ולא 100. לא משנה אם זה כלל של רשלנות או של אחריות מוחלטת, הרי בכל מקרה אם הנזק יתממש הוא יהיה חייב לשלם. לכן הוא יעדיף להשקיע 90 ולמנוע את הנזק. מכאן שבדוגמא הזו אין הבדל בין הכללים.

דוגמא ב':

א' יכול להשקיע 150 כדי למנוע תוחלת נזק של 100.

* האם סביר שישקיע במניעת הנזק תחת כלל רשלנות? לא. משום שלא שווה לו מבחינה כלכלית, לא יעיל לו למנוע את הנזק כי גם ככה יפסיד.
* האם סביר שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוחלטת? לא. משום שהוא יחויב לשלם 100 במקום למנוע את הנזק ב150 (הוא מחויב משום שמדובר באחריות מוחלטת. תוטל עליו האחריות לפצות).

**א' ינהג באופן יעיל בכל מקרה. אז, האם יש הבדל בין רשלנות לבין אחריות מוחלטת?**

ההבדל הוא שבמוחלטת, אם אדם גרם לנזק, הוא יחויב בפיצויים בכל מקרה, גם אם עלות המניעה גבוהה יותר משל הניזוק. ברשלנות הוא לא יחויב לשלם פיצויים אלא אם כן העלות שלו למנוע את הנזק נמוכה יותר (כלומר הטלת האחריות ברשלנות תלויה במחיר עלות הנזק) שכן לפי נוסחת הנד, אם עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק לא נמנע את הנזק.

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

דוגמא:

רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע. עוברת ליד חווה, ומדי פעם יוצאים ממנה גיצים שגורמים לשרפות. נניח שמבחינה טכנולוגית הרכבת **לא יכולה למנוע את הנזק כלל.**

* תחת כלל הרשלנות – האם תוטל על הרכבת אחריות לפצות את בעל החווה? במצב כזה אנו לא מעוניינים שהרכבת תוציא כסף מהכיס שלה, משום שאז זה נוגס בעוגה המצרפית. במצב כזה היא לא תשקיע אם אין סכום שהיא יכולה להשקיע כדי למנוע את הנזק. **הרי אם אין לה עלויות מניעה, לא שווה למנוע את הנזק**. על כן הרכבת לא התרשלה, ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה ולא תשנה דבר בפעילות שלה.
* תחת כלל של אחריות מוחלטת/מוגברת – היא תצטרך לפצות בכל מקרה על כל נזק שייגרם. מכאן שהרכבת כן תשלם פיצוי על כל הנזק שנגרם לחווה.

שאלת הפיצוי אכן רלוונטית, לפי כלל האחריות המוחלטת/מוגברת, **להתנהגות הרכבת**. היא תגרום לרכבת להיות יותר מודעת משום שהיא לא יכולה להשקיע למניעת הנזק, אולם היא כן תנסה לצמצם אותו, להוריד את הסיכוי שייגרם נזק, משום שלפי אחריות מוגברת/מוחלטת היא תחויב, אם נגרם נזק, לפצות.

בכלל הרשלנות, **הפעילות של בעל החווה תשתנה.** הוא יפעל כדי שלא ייגרם הנזק, שכן אם ייגרם נזק הרכבת לא תשלם לו. מכאן שלכללים אלה יש השפעה על המזיק והניזוק.

**ביקורת אפשרית על אחריות מוגברת (פיצוי בכל מקרה)?**

* יכולה לעודד אנשים ליטול סיכון מוסרי. אנשים לא יזהרו.
* לא בטוח שזה יעיל. משום שבעצם יכול להיות שהמזיק הוא "מונע הנזק הזול". כלומר היה לנו זול יותר שדווקא בעל החווה יעשה מעשה, אולם בגלל כלל האחריות המוחלטת הוא לא יעשה מעשה.

המחוקק אומר שקיימת אחריות מוחלטת, אולם אם הניזוק היה רשלן בצורה בלתי סבירה בעליל, במקרה זה אין אחריות מוחלטת.

**ג. פיצויים או צו מניעה – השפעתן של עלויות עסקה על התרופה**

**תרופות ועלויות עסקה**

לפי התאוריה הכלכלית לעלויות עסקה חלק משמעותי בשאלת התרופה הרלוונטית.

**התיאורמה של קוז** – דוגמא: חקלאי ובוקר. הבוקר מגדל פרות (200 יח' תועלת), החקלאי מגדל עגבניות (80 יח' תועלת). אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה של החקלאי. יש אפשרות למנוע את הנזק על ידי הקמת גדר (לחקלאי הגדר תעלה 60, לבוקר עלות הגדר הינה 100).

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

1. אם אין כלל משפטי – כדאי שהחקלאי יבנה את הגדר, משום שאחרת הוא יאבד 80. עדיף לו להשקיע 60. לכן החקלאי ישלם 60.
2. יש משפט, ויוטל צו מניעה על הבוקר אם הוא לא בונה גדר – במקרה זה הבוקר ישלם 100 כדי לא להפסיד 200. **בפועל**, הוא יציע לחקלאי עסקה ("עסקה מתקנת") – הבוקר ישלם לחקלאי במחיר מועט יותר מ-80, מחיר שקרוב ל60, משום שלחקאי עולה 60 למנוע את הנזק, והבוקר לא רוצה לשלם 100 אם החקלאי יכול לשלם 60.
3. רגולציה שתחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו – החקלאי ישלם 60 כי הוא מחויב.
4. פיצוי (הבוקר יכול לגדל את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם נזק) – הבוקר מעדיף לשלם 80 מאשר להקים גדר. **בפועל**, הוא יציע לחקלאי עסקה משום שלו עלות הבנייה עולה 60 ויציע לשלם לו קצת יותר (למשל 65). הדבר משתלם גם לחקלאי וגם לבוקר.

התוצאות מעידות על כך שתמיד החקלאי הוא זה שיבנה את הגדר – עם/בלי הכלל המשפטי תתממש התוצאה היעילה ביותר. אולם, יכול להיות שהבוקר לא יודע מה עלות מניעת הנזק מצד החקלאי. אולי החקלאי עקשן. אולי הצדדים לא רציונאליים.

מכאן שהתאוריה של קוז אומרת: לא משנה מה הכלל המשפטי, בסופו של דבר התוצאה תמיד תהיה יעילה

**קלברזי ומלמד (calabrese & melamed)**

קלברזי ומלמד, בניגוד לקוז, מתייחסים לעולם שאיננו מושלם.

נניח מצב של 10 מזהמים (נניח, מפעלים) ו1000 מזדהמים (נניח, בתים). נניח שיעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10 מיליון, ואילו מהזיהום הנזק עומד על 20 מיליון). התועלת מן הזיהום גבוהה מהנזק ולכן מדובר בהתנהגות יעילה.

האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים? כנראה שלא. אם אנחנו בעולם של צו מניעה עלולה להיגרם **סחטנות** שכן תתקיים עסקה בין המזהם למזדהם והמזדהם יסחט מהמזהם פיצוי הרבה יותר גבוה תמורת אי מתן צו מניעה. לא תתקיים עסקה כתוצאה מסחטנות כאשר זה יעבור את ה-20 מיליון. **טרמפיסטיות** יכולה להתרחש כאשר יש כמה מפעלים מזהמים ורק אחד מהם נתבע ונדרש לשלם את הפיצוי. בעצם המפעלים האחרים "תופסים טרמפ" על גבו של המפעל, ולא משלמים.

**קלברזי ומלמד רוצים להתמודד עם העניין, ומציעים כל מני כללים**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| כלל | **זכאות** | **הגנה** |
| 1 | מזדהם | כלל קנייני |
| 2 | מזדהם | כלל אחריות |
| 3 | מזהם  | כלל קנייני |
| 4 | מזהם | כלל אחריות |
| 5 | מזדהם | כלל אי עבירות |
| 6 | מזהם | כלל אי עבירות |

6 כללים המורכבים מזכאות והגנה – מי זכאי (למי יעיל) לקבל הגנה (מענה – פיצוי/צו מניעה). אנו נתמקד בשני הכללים הראשונים (שני סוגי ההגנה הראשונים) בהם למזדהם ישנה זכאות להגנה.

* כלל קנייני (למזדהם) – למזדהם יש זכות ללכת לביהמ"ש ולבקש תרופה שהיא כלל קנייני. זה אומר שיש לו זכות לדרוש אוויר נקי. אם המזדהם לא מסכים שימשיך הזיהום, אז המזהם לא יזהם (מעין וטו). ההגנה תהא צו מניעה.
* כלל אחריות (למזדהם) – למזדהם יש זכות ללכת לביהמ"ש ולבקש תרופה שהיא כלל אחריות. כלומר לא צריך את הסכמה. התרופה אומרת שיש הגנה, אבל היא חלשה יותר. לא צריך את ההסכמה של המזדהם. לכן הסעד יהיה פיצוי בדיעבד.
* כלל קנייני (למזהם) – למזהם יש את הזכות ללכת לביהמ"ש ולהוציא צו מניעה כלפי האדם שתובע אותו על כך שהוא מזהם. כלומר המזהם מזהם "לפי החוק" ועל כן הוא יכול להוציא צו מניעה כלפי המתלונן.
* כלל אחריות (למזהם) – למזהם יש זכות ללכת לביהמ"ש ולטעון שמגיע לו פיצוי כי הפריעו לו להמשיך לזהם. המעניין הוא שבתקופת כתיבת המאמר יצא פס"ד מפורסם שמיישם כלל זה (**Spur**: חווה לפיטום עופות נתבעה וניסו להוציא כלפיה צו מניעה. **ביהמ"ש** קבע שהתובע צריך לשלם פיצוי לחווה כדי שתשנה את מקומה למקום אחר).
* כלל אי עבירות (למזדהם) – ההגנה מאוד חזקה, יותר חזקה מצו מניעה. למעשה, המזדהם אפילו לא יצטרך לבקש צו מניעה, אם הוא מסכים למטרד או לא, מלכתחילה לא יהיה זיהום. כיצד זה מתרחש במציאות? סחר באיברים – מראש האדם לא יוכל לקיים עסקה כזו, בין אם יסכים לקיים אותה או לא.
* כלל אי עבירות (למזהם) – המזהם יכול להמשיך לזהם, ואף אחד לא יכול למנוע זאת ממנו, ואפילו הוא בעצמו לא יכול להסכים שימנעו את זה ממנו. למשל, כור גרעיני. מצב שבו לא נאפשר להפסיק לייצר את הזיהום שנגרם בגין הכור הגרעיני.

אנו נתמקד בשני הכללים הראשונים, משום שבפועל הם לרוב מיושמים במשפט.

**חשוב: אנו נבחר בכלל הראשון אם עלויות העסקה נמוכות. אנו נבחר בכלל השני אם עלויות העסקה גבוהות.**

אם עלויות העסקה נמוכות לא הייתה סחטנות. אם העסקה יעילה והעלויות נמוכות היא אכן הייתה צריכה לקרות. אם העסקה לא התממשה, ביהמ"ש יטען לשתי אפשרויות למה היא לא התקיימה: **(1)** יכול להיות שהיא לא יעילה ואז מראש אנו לא נרצה לקיימה, **(2)** אולי צד אחד רימה את הצד השני.

כשעלויות העסקה נמוכות, אנו נבחר את הכלל הראשון שאומר "צו מניעה", כלל עם הגנה חזקה. משום שיכול להיות שהיא לא קרתה משום שהיא לא יעילה מלכתחילה, או שמישהו ניסה לרמות. אנו רוצים לתמרץ אנשים שיקיימו עסקאות יעילות.

נבחר בכלל אחריות, ניתן רק פיצוי, בעסקאות עם עלויות גבוהות. כך אנו נמנע סחטנות – כך אדם ידע שאנו יעילים. אם ההוצאות היו גבוהות, האדם יקבל פיצוי.

**פס"ד אתא נ' שוורץ**

**העובדות:** מטרד של רעש לבעל הבית הסמוך למפעל.

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

**"הגלגול השני" של פסק הדין, שוורץ נ' שר האוצר**

השינוי היה ששר האוצר נרתם למקרה והבין מהעובדות שיש להפקיע את הדירה באמצעות מנגנון מנהלי שמאפשר את זה.

בסופו של דבר דרך בג"ץ, דרך מנגנון מנהלי, הדירה של המזדהם (המוטרד) נרכשה על ידי שר האוצר לשם שימושו של המפעל, ובעצם כשהיא נרכשה בצורה כזו ניתן להבין שלמעשה מה שקרה זה שניתן פיצוי שערכו שווי הדירה. ניתן ללמוד שהמפעל מפקיע את הדירה של המוטרד תמורת פיצוי שהוא מקבל, שווי הנכס, ואנו בעצם מגיעים לכלל השני. מתקיים מעבר בין הכלל הקנייני לכלל האחריות.

מדוע מתקיים גלגול זה? מה שאנו יכולים ללמוד מהגלגול במקרה שהמוטרד למעשה סירב לסגור עם המפעל בפיצוי ששווה בערך לנכס שלו, ואפילו מעליו, ודרש מעל לפי 2 משווי הנכס. בעצם המפעל טוען שאם ישלם לשוורץ, הוא יצטרך לפצות את כל שאר הבתים ששוכנים בקרבת מקום ובכך המפעל יישאר ללא כלום.

**מסקנה:** ניתן להסביר את פסק הדין בראייה כלכלית לפי קלברזי ומלמד, מאמר שנכתב במקביל לפס"ד, לפי שני הכללים. ניתן לפרש לכאן ולכאן.

**שיעור 5 – 06/04/22**

* **תרגיל**: שולמית: "בנסיבות מטרד, תינתן הגנה חזקה. לעיתים תעמוד בפני המוטרד בנוסף הגנה לגבי הנזק הממוני שנפגע".
1. על איזו "הגנה מדברת שולמית?
2. כיצד ניתן להצדיק את ההגנה/הגנות עליהן שולמית מדברת בראי הצדק המתקן?
* **תשובה של מיטל:**
1. קלברזי ומלמד משתמשים בביטוי "כללי הגנה" ביחס לתרופות במפשט הפרטי. באופן ספציפי, מדברת שלומית על צו מניעה, שנחשב להגנה חזקה במיוחד, שנועד למנוע פגיעה מתמשכת שנגרמת על ידי מטרד. בנוסף להגנה זו, יתכן כי תינתן תרופה של פיצוי כספי לגבי נזק שהמוטרד יצליח להוכיח כי התממש בפועל (ס' 44 לפקנ"ז).
2. לפי הצדק המתקן, הפיצוי יתקבל בהתאם לפגיעה בזכות ובהתאם להיקפה. למשל, אם נמנע מן המוטרד לגור בנכס שלו בתקופת המטרד, ועל כן עבר לגור במקום אחר, ייאמד הפיצוי בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה. צו המניעה הינו התרופה המתאימה לפגיעה מתמשכת בזכותו של המוטרד (פיצוי הוא תרופה לא מתאימה לסוג פגיעה זו משום שיש פגיעה מתמשכת. הפיצוי לא מפסיק את הפגיעה המתמשכת, בניגוד לצו מניעה).

**במבחן:** כדאי להביא דוגמא שתמחיש את הכלל המדובר אבל בלי הגזמה.

**מתיאוריה לפרקטיקה – הקשר ביניהן**

עד כה דיברנו על "החלוקה הגיאוגרפית" של המשפט הפרטי – מסיטואציות עובדות ל"משפט כמדע". הדגמנו חפיפה של כללים (לדוג' ס' 18 לחוק המקרקעין וס' 24 לפקנ"ז – התנגשות דסקריפטיבית). דיברנו על תאוריה – "המישור הרעיוני" של המשפט ("פיצוח" מקרים קשים של חפיפיות, הבנה טובה יותר של החלטת ביהמ"ש לגבי התרופה (פרשנות) וחשיבה ביקורתית).

הדיון התיאורטי מאפשר לנו לחזור לרעיון של קטגוריות באופן תבונתי יותר.

בפרק זה נעסוק **במצבי גבול** – כאלה שכביכול נמצאים "בין הדינים". בנוסף, נדגים כיצד החיבור בין הרעיונות התיאורטיים לבין המשפט עוזר לנו להבין מה צריכה להיות התרופה במצבי גבול כאלה.

***חפיפה רעיונית***

נדגים באמצעות 3 חפיפות פוטנציאליות:

1. חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין
2. חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים
3. חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין

**1. חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

קשר היסטורי – דיני נזיקין נתפסים כמשהו שנועד להגן על פגיעה בקניין. במשך שנים חשבו כך. אולם, דיני הנזיקין רחבים יותר, הם מדברים גם על נזק נורמטיבי, ולאו דווקא נזק מוחשי.

יחד עם זאת, אכן יש ביניהם קשר משמעותי בין שני הדינים. יש לדיני הנזיקין תפקיד חשוב בהגנה על פגיעות קנייניות.

**נשאל מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות**

במאמר של קלברזי ומלמד הם התייחסו לשתי שאלות: (1) זכאות – למי יש את הזכות להתלונן. (2) ההגנה עצמה – למי יש את הזכות לקבל הגנה (הגנה של כלל קנייני, והגנה של כלל אחריות).

אנו נשתמש ברעיון זה כדי לפתור שאלות פוזיטיביות על המשפט, על הקשר שבין דיני קניין לבין דיני נזיקין, ואולי נבחן האם הם התכוונו שהכלל יגן ונתייחס לכלל הקנייני ככלל קנייני ונתייחס לכלל האחריות ככלל שהוא נזיקי.

מסקנה אפשרית מהלוקה של קלברזי ומלמד הציעו, שתואמת גם לשמות שנתנו לכללי ההגנה: בדיני הקניין ההגנה על הזכות היא באמצעות הדרישה להסכמה, ובדיני נזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים.

* לפי קניין, אם מישהו רוצה לקחת ממני משהו, התנאי הוא שאני אסכים לכך.

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

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

בעצם, אם נרצה להשתמש בכלל האחריות, כנראה שאנו נרצה להגן רק על שוויו של האינטרס. אם נרצה להשתמש בכלל הקניין, כנראה שאנו נרצה להגן על השליטה על האינטרס.

**Vincent v. Lake Erie Transportation Co**

**העובדות:** הייתה סערה באגם. פסה"ד מספר על בעל מזח ועל בעלים של ספינה. הגיעה סערה, הספינה מטלטלת ובעל הספינה צריך לקבל החלטה – האם לעגון את הספינה או לא. אם לא אעגון אותה, היא תיסחף. בעל הספינה בוחר לקשור אותה למזח ונגרם נזק רב למזח כתוצאה מזה.

קניינית, אין ספק שהמזח שייך לבעל המזח – מה משמעות הדבר? האם הייתה לו זכות קניינית על המזח שלו? כן. מכאן שאם הוא קשר את הספינה למזח, בעל הספינה היה חייב לבקש ממנו רשות. אולם, בעל הספינה לא מבקש את הסכמתו של בעל המזח משום שלא היה לו זמן, הוא היה במצב חירום.

מה צריכה להיות ההגנה כלפי בעל הקניין בנסיבות אלה?

1. **אפשרות אחת: הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח** – אם לא התקבלה הסכמה, בעל הספינה מעוול. מכאן שיש לתת תרופה לבעל המזח.
2. **אפשרות שנייה: אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח** – בנסיבות חירום אין צורך בהסכמה, לכן בעל הספינה אינו מעוול. מכאן שאין לתת תרופה לבעל המזח.

**הליך משפטי:**

**דעת המיעוט:** אין עוולה. מדובר במצב חירום. אנו רוצים שבמקרה כזה אנשים יצילו את עצמם ואת הרכוש שלהם. מאחר שאין עוולה, אין תרופה.

**דעת הרוב:** מותר היה לבעל הספינה לקשור אותה למזח ללא קבלת הסכמה מוקדמת מהבעלים. יתרה מכך, אסור היה לבעל המזח למנוע מבעל הספינה לקשור אותה למזח. אך יחד עם זאת, נקבע שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק שנגרם לבעל המזח.

* **כיצד ניתן להסביר את דעת המיעוט**? דעת המיעוט אומרת שבעת חירום (necessity) הקניין עובר להיות נחלת הכלל (האם לא הרחקנו לכת?).
* **כיצד ניתן להסביר את דעת הרוב**? בעת חירום ניתן להשתמש ללא הסכמה בקניין האחר, כלומר בעל הקניין במזח "איבד את השליטה שלו". אולם, לא מדובר בפריווילגיה אינסופית, יש לה תנאים. למעשה, ניתנה האפשרות להשתמש בנכס כדי להימנע ממצב החירום, אך זה לא אומר שניתנה האפשרות לפגוע ברכוש. כלומר, אם נפגעה זכות אחרת שלא קשורה לשימוש, התרופה תינתן על "החור" שנגרם כתוצאה מהפגיעה בזכות הנוספת. הזכות במקרה זה, לעגון במזח, אינה שלמה – בעל הספינה אינו הבעלים של המזח. ניתנה לו האפשרות להשתמש בו אבל אם הוא נפגע, בעל הספינה יצטרך לפצות את בעל המזח (**בקיצור: יש לו את הזכות להשתמש, אבל אם הדבר נפגע כתוצאה מהשימוש הוא צריך לפצות).**

הזכאות לא השתנתה, היא של בעל המזח. מה שמשתנה זה ההגנה – בעת חירום ההגנה החזקה על בעל זכאות קניינית עוברת טרנספורמציה להגנה חלשה יותר – הגנה מסוג פיצוי בדיעבד.

**האם יש היגיון כלכלי במעבר מכלל קנייני לכלל אחריות בעת צורך (במצבי חירום)?**

עשוי להיווצר מצב של "מונופול דו-צדדי", מצב של סחטנות. כתוצאה מהסחטנות עלולות להיות עלויות עסקה גבוהות. כאשר יש עלויות עסקה גבוהות הנובעות מסחטנות, אנו רוצים לעבור לכלל הגנה חלש יותר (פיצוי), משום שאם ייגרם מצב נוסף כזה, אדם עשוי למנוע עסקה יעילה מלהתרחש. אנו רוצים שאנשים ייזהרו ולא יפגעו בנכס, אך שידעו שיש להם את הזכות להשתמש.

* כשיש עלויות עסקה גבוהות, ביהמ"ש ייתן פיצוי כדי למנוע מצב של סחטנות.

התרופה הראויה בעניין Vincent

אנו יודעים שהמדינה יכולה להפקיע רכוש. כלומר, ניתן לומר שיש כאן סוג של הפקעה – **הפקעה פרטית**. אדם השתמש בקניין של אדם אחר ושילם על כך.

* **הכלל שניתן לחלץ מפסה"ד:** מחלוקות עד עצם היום הזה. עם זאת, נראה שלפי דעת הרוב, במקרה של צורך אקוטי, בעל הצורך יוכל להשתמש בנכס ללא רשות בעליו, אך אם ייגרם נזק לנכס יהיה עליו לפצות את הבעלים.

**2. חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין**

ההבדל המרכזי בין חוזים ונזיקין הינו שבחוזים, המערכת יחסים הינה בין אנשים שמכירים אחד את השני ושבחרו להיכנס לחוזה. בנזיקין, המערכות יחסים הינן בין זרים – "עסקאות שלא מבחירה".

מקרי הביניים שבהם מתקיימת עסקה רצונית לצד עסקה לא רצונית:

ישנה הסדרה כפולה. למשל, רשלנות מקצועית – עו"ד שחתמתי איתו על חוזה, אבל הוא התרשל מולי. מצד אחד יש חוזה ומעין הפרה, ומצד שני הוא התרשל ולכן אנחנו בדיני הנזיקין.

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

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

אנו ננסה לחשוב על מה אנו רוצים להגן – מה האינטרס שנפגע, תוך ידיעה שבדיני חוזים אנשים לא רק רוצים להקצות את הקניין שלהם, אלא גם לוקחים את הסיכונים הללו; מה יקרה אם העסקה לא תתממש. בדיני הנזיקין, הגנה על שלמות הגוף.

בדיני נזיקין יש את ס' 62: גרם הפרת חוזה. דיני הנזיקין מעניקים תרופה במצב חריג בו יש חוזה בין שני אנשים, ואדם א' גרם להפרת חוזה זה, הוא מחויב ל-ג' פיצוי. יש כאן חריגה רצינית שבאמצעותה חוזים בין אנשים מוגנים – הגורם להפרה עשוי להיתבע נזיקית. מכאן שדיני נזיקין משרתים את חוזים.

**שיעור 6 – 27/04/22**

**Hawkins v. McGee**

**העובדות:** הרופא הבטיח להוקינס "יד מושלמת", מאחר שידו נכוותה כשהיה ילד באמצעות השתלת רקמה מהחזה. הוקינס רצה להחזיר את היד שלו לקדמותו – הוא רצה להיפטר מהצלקת ושידו תחזור להיות רגילה ונקייה מצלקות. כלומר הוא רצה להחזיר את המצב לקדמותו מבחינת נראות.

ישנן שתי אפשרויות לתרופה:

1. נזק (רשלנות) – פיצוי בעל אופן נזיקי (כאב וסבל כתוצאה מביצוע החוזה).
2. הפרת חוזה – פיצוי ציפייה (הגנה על הציפייה של הוקינס מהחוזה.

**הליך משפטי**: ניתנו פיצויי ציפייה (חוזיים), בניגוד לערכאה קודמת. פיצויי ציפייה ולא כאב וסבל שהיה בגדר הסיכונים הצפויים.

**כיצד מחשבים את פיצויי הציפייה?** הרי הפיצויים הם עבור הציפייה של הוקינס לקבל יד מושלמת. פיצויי ציפייה מהווים את ההפרש בין מה שהאדם ציפה לקבל (לענייננו, יד "מושלמת"), לבין מה שהאדם קיבל בפועל (לענייננו, יד שעירה).

מדוע פסק הדין לא התמקד בעוולת הרשלנות?

הערכאה הראשונה העניקה פיצויים על כאב וסבל. ההחלטה התהפכה בערעור. כדי להוכיח כאב וסבל, יש להוכיח התרשלות. נניח שמוכחת רשלנות. איך ניתן לחשב במקרה כזה את פציעת הגוף. מדוע לא כדאי לתבוע ברשלנות במקרה כזה? מה שווי הפציעה אם אדם תובע על הנזק שנגרם לו? ברשלנות, לפי צדק מתקן יחשבו את הפיצויים באמצעות השוואת המצב הנוכחי (נזק) אל מול המצב הקודם שהיה. עושים זאת על ידי תמחור. מכאן שלא כדאי לתבוע בנזיקין משום שלא בטוח כמה המצב כעת גרוע יותר מהמצב הקודם. נניח שהיד השעירה שווה 19, ואילו היד המושלמת שווה 20, הפיצוי נמוך מדי.

צדק מתקן הינו תלוי זכות, הוא לא קיים רק בנזיקין. **הפגיעה בשלמות הגוף מובילה לתוצאה אחרת מאשר התמקדות בזכות החוזית שהיא אינטרס הציפייה.**

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

**Moore v. Regents of the University of California**

**העובדות:** מור היה חולה בסרטן מסוג לוקמיה. הוא מגיע לרופא שנמצא בביה"ח של האוניברסיטה והוא מרפא אותו. הוא שולח אותו להמון בדיקות. מור הולך לכולן, ובמהלך ההליך הרפואי הרופא מגלה שהתאים הסרטניים של מור בעלי פוטנציאל ריפוי מיוחד. יש להם פוטנציאל שבעזרתם ייצר פטנט. לכן, הרופא בוחר להעביר אותו עוד בדיקות, ומשתמש בכך כדי לייצר את הפטנט. הוא מייצר פטנט עם פוטנציאל רווח עצום. הטיפול של מור צלח, הוא החלים. מור מגלה על הפטנט, ומבקש השתתפות ברווחים.

**השאלה המשפטית:** האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין? ולאיזו תרופה?

טענות שעלו:

1. גזל (ס' 52) – עוולת הגזל מגדירה נטילת קניין כך שהנתבע נוטל מטלטלין של אדם אחר שלא כדין לשימוש שלו עצמו.

תרופה: התרופה יכולה להיות או תרופה נזיקית (ס' 55 לפקנ"ז), או תרופה על עשיית עושר (ס' 1 לחוק עשיית עושר).

עלתה אלטרנטיבה: הייתה תחושה שהייתה צריכה להיות הסכמה בשימוש בתאים של מור. כי מצד אחד ניתן לטעון שלקחו את התאים שלו, אך מצד שני ניתן לטעון שלא לקחו דבר כלל. האם באמת קרה כאן גזל? למשל, אם הלכתי לספר והשיער שלי נפל על הרצפה, האם יש לנו זכות על השיערה? אולי לא, אבל יש לנו זכות ב"מידע" שיכול להיות מסופק על ידי השיערה (לא נפתח את השאלה הזו).

1. תקיפה – על הרופא לגלות למור מידע על הטיפול בו כדי לקבל את הסכמתו לטיפול. משלא גילה את המידע, מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית, טענה המבוססת על הרעיון של דוקטרינת ההסכמה.

הטענה שנטענה הייתה לתקיפה – דוקטרינת "הסכמה מדעת" אומרת שעל הרופא לגלות ללקוח את כל המידע לגבי הטיפול. אם הרופא לא גילה לחולה מה פרטי הטיפול, הוא לא יכול להסכים.

**הבעייתיות:**

1. גזל – האם רקמות אדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו?
2. תקיפה – על מה נועד להגן הרעיון שבבסיס החובה לקבל את הסכמתו מדעת של המטופל?

**הבעיה עם קביעת ביהמ"ש:**

הפרת חובת הגילוי מרופא (דוק' הסכמת מדעת) דורשת מהתובע להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק שלו, על התובע להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע, הוא (התובע/המטופל) היה מחליט שלא לעבור על הטיפול. אם הרופא היה מגלה למטופל את כל הסיכונים וכל הפרטים של הניתוח, מטופל עשוי היה להתחרט ולא לעבור את הניתוח.

אנו לא בדיני הנזיקין משום שהניתוח צלח!! מכאן שאנו לא יכולים להגיע אל התרופה מדיני הנזיקין. אנו צריכים לפנות לעניין אחר, שלא דובר בפסק הדין.

אנו יודעים שהכיוון הקנייני והנזיקי פחות מתאימים לנו, מכאן שעל איזה אינטרס נרצה להגן?

בין המטופל לרופא נפגעו יחסי אמון. חשוב לנו להגן על מערכת היחסים בין המטופל לבין הצוות הרפואי. ההנחה היא שאנו רוצים שרופאים יגלו את המידע למטופלים שלהם, כולל מידע כלכלי שקשור במטופלים שלהם, וזאת משום שאנו רוצים לשמור על האמון ביניהם. האינטרס שנפגע, האמון, הינו אינטרס חשוב בדיני עשיית עושר. לשם כך צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע כלכלי הטמון בטיפול בו, ומשם צריכה להיות נגזרת התרופה עבורו.

**מהי התרופה המתאימה לשלילת זכותו של מור במידע על האינטרס הכלכלי שלו?**

שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת הזכות

ס' 1 לדיני עשיית עושר התפתח כתוצאה ממצבים כאלו – ניתן לטעון שהייתה התעשרות שלא כדין. ס' 1 מתאר בדיוק עיקרון זה.

הרופא נתפס כמחזיק את הרווחים שהופקו כתוצאה מהפרת הזכות של מור ב"נאמנות" עבורו (נאמנות קונסטרוקטיבית).

**מה הקשיים באומדן הרווח שניתן לייחס לשלילת זכותו של מור?**

1. **אי וודאות שנובעת מקושי סיבתי-עובדתי –**  אנו לא יודעים הכל. יש דברים שניתן לחוקרם, אולם כאן לא ניתן לחלק את הגורמים השונים בוודאות שהובילו להתעשרות. לא יודעים מה התרומה של תאים אלו לרווחים המופקים.
2. **אי וודאות הקשורה לבעיית ההיפותזה** – אנו רוצים קירוב. לכן אנו הולכים לעסקאות דומות, למחיר שוק וכו'. אולם מקרה זה הינו יוצא דופן וחריג. מדובר בפטנט ייחודי וחד פעמי. לא ניתן להשוותו למקרה אחר עם תוצאה מסוימת היפותטית?

**שיעור 7 – 18/05/22**

***סעדים מן היושר (""Equity)***

דיני עשיית עושר התפתחו מדיני היושר. מבחינה היסטורית, במשפט האנגלי היו שתי מערכות משפט: (1) קומון לו, (2) צאנס לו – פועלת מטעמי צדק שרוצה להפוך את החלטות ה"קומון לו". במובן זה, פס"ד האחרון שדיברנו עליו בנושא קודם, הינו דוגמא לכך שישנן תשובות שנמצאות כיום, משום שמערכת המשפט של הקומון לו בסופו של דבר אוחדו. הסעדים שעליהם נדבר הם נאמנות קונסטרוקטיבית ועקיבה מושגית.

1. **נאמנות קונסטרוקטיבית**

**Snepp v. United States**

**העובדות:** סוכן CIA לשעבר פרסם ספר ובו תיאור פעולות שונות של הארגון. הסוכן נדרש בחוזה לאשר כל מידע על הארגון לפני פרסום. הסוכן היה חייב קודם כל להעביר כל דבר שהוא חושף מהשירות שלו בארגון לצנזור. לימים, אותו סוכן מוציא ספר. בספר הוא מספר כל מיני פעולות שהוא יודע עליהן מתקופת מלחמת ווייטנאם הקשורות גם בשירותו בארגון. הוא לא נתן את הספר לאישור מן הצנזור. בספר לא פורסם דבר שלא עובר צנזורה. שום דבר בספר לא היה סודי ולא הייתה איתו שום בעיה, על כך לא הייתה מחלוקת (תובעים לרווחים שלו בגין הספר).

**השאלה:** בנסיבות אלה, האם מגיעה תרופה למדינה? אם כן, איזו?

**דעת המיעוט:** אין לתת סעד למדינה. דעת המיעוט מסתמכת על **3 אדנים:**

1. טיעון סיבתי –אילו הסוכן היה ניגש למדינה ומבקש ממנה את הרשות לפרסם את המידע, היא הייתה משיבה בחיוב.
2. טיעון המבוסס על חופש הביטוי – לא קרתה שום פגיעה. לעומת זאת, אם המדינה תבקש תרופה ותקבל אותה, אנשים יירתעו וייפגע להם חופש הביטוי משום שיפחדו שיתבעו אותם.
3. טיעון נזיקי –למדינה לא נגרם נזק משום שהמידע לא היה סודי. אולם, ניתן לטעון כי נוצר נזק נורמטיבי. עשויה להיפגע זכות. גם אם נטען כך, מבחינה נזיקית יהיה קשה לתבוע משום שאין לנו את הכלים הדרושים לכך מדיני הנזיקין.

**דעת הרוב:** יש להעביר למדינה את כספי התמלוגים בהם הסוכן התעשר כתוצאה מפרסום הספר. **מדוע?**

הסבר פוזיטיבי (מבוסס דוקטרינה) של פסק הדין – הסוכן נתפס כמי שהפר חובת נאמנות כלפי הארגון/המדינה. משכך, כמי שמחזיק **בנאמנות קונסטרוקטיבית** ברווחי התמלוגים של המדינה (הנהנית), שבאו לו מהפרת החובה הזו (פרסם ספר ללא צנזורה). ביהמ"ש פונה לדוקטרינת נאמנות קונסטרוקטיבית, שמטרתה לשלב את דיני עשיית העושר בדיני הנזיקין. לפעמים הדין הקשיח, מה שאנו מכירים, לא יכול לתת לנו מענה.

**מהי "נאמנות קונסטרוקטיבית"?**

נאמנות קונסטרוקטיבית נוצרה בדיני היושר. נאמנות "רגילה" מצויה בעולם החוזים. ישנם שני צדדים לחוזה נאמנות – "נאמן" ו"נהנה". הנהנה למעשה זכאי שהנאמן יפעל עבורו, מכוח החוזה ולפי תנאיו. בחוזה נאמנות יש תניות שונות. הנאמן כפוף להתנהל עפ"י תניות ספציפיות אלה לטובת הנהנה.

לדוג', עו"ד ברכישת דירה שהתמנה לשמירת הכספים. בד"כ כשמדברים על נאמנות מדברים על "חוזה נאמנות". בעקבות הפרת חוזה נאמנות ניתן לדרוש פיצויים, רווחים שהרוויח הנאמן בגין מידע של הנהנה שמסר וכו'.

רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית הוא לא רק שלילת רווחים. **היא לא יוצרת עילה, אלא סעד**. אנו מניחים שהנאמנות קיימת. אנו יודעים שעו"ד ולקוח, רופא ומטופל, בעלי יחסי נאמנות. זה מעבר לסעד רגיל של השבה. **נאמנות קונסטרוקטיבית בעלת קונסטרוקציה משפטית – הנאמן מחזיק עבור הנהנה את הרווחים והנהנה יכול לדרוש אותם. הנאמן לא בוחר ביחסי הנאמנות (הקונסטרוקטיבית).**

* **המשמעות:** תופסים את הנתבע – "הנאמן" – כמי שמחזיק את הרווח שהופק על ידו עבור התובע.

**מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית (דעת הרוב)**

* קיומה של מערכת יחסים מיוחדת, שמתאפיינת בנאמנות. בפס"ד מדובר במערכת יחסים שהיא ליבת יחסי הנאמנות. הארגון תלוי בצורה הבסיסית ביותר בסוכנים שלהם.
* המטרה היא למנוע התעשרות שלא כדין
* ככל שחוסר תו"ל של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמ"ש יאפשר להשתמש בסעד זה. מבחינת היקף התרופה, ומבחינת עצם קבלת התרופה.

הצד החזק הוא הנאמן. לכן, במובן הזה ניתן לומר שהסוכן מהווה "הצד החזק" ולכן הוא הנאמן והארגון/המדינה היא הנהנית.

**הסבר תיאורטי של פסק הדין:**

* שיקולי יעילות מנק' מבט של בדיעבד (ex-post) – יעילות כזו היא יעילות שלאחר המעשה. כבר קרה נזק. אחרי שהנזק נגרם, כיצד נמקסם את הרווחה המצרפית? כיצד נייעל את התוצאה? בעצם, דעת המיעוט אומרת שלא נכון לתת פיצוי במונחים של ex-post משום שיש פגיעה מאוד גדולה בחופש הביטוי. הנזק אפסי, אבל הפגיעה בחופש הביטוי גדולה. אולם, זו לא הדרך הנכונה לבדוק אם יש לקבל את התביעה או לא.
* יעילות מנק' מבט של מלכתחילה (ex-ante) – יש כאן פוטנציאל לנזק שכעת לא התממש, אולם תוחלת הנזק עצומה. ביהמ"ש אומר שאם היה קורה נזק, הוא היה עצום. **זה השיקול שעומד לנגד עיניה של דעת הרוב.**

הסבר זה של דעת הרוב עשוי להטיל ספק בהסבר של דעת המיעוט. דעת המיעוט אומרת שאין נזק. **אך, האם היה נזק? המדינה הייתה תובעת?** לא בטוח, וזאת משום שהמדינה תצטרך להוכיח את הנזק שנגרם לה. המדינה לא תרצה להוכיח זאת כי היא תצטרך לחשוף עוד מידע סודי. לכן, ניתן להבין למה עשיית עושר הוא כלי יעיל – לא צריך לגעת בהוכחת הנזק. אלא יש להוכיח שאדם אחר התעשר על חשבוני שלא כדין. הוכחת הנזק מעלה קשיים רבים, בטח ובטח בסיטואציה כזו המתוארת בפס"ד.

**דוגמאות לאימוץ רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית בחקיקה ישראלית**

ס' 2(א) לחוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, תשס"ה-2005:

החוק מאפשר למדינה לחלט רווחים (לשלול רווחים) שהגיעו לידו של עבריין, אם פרסם ספר בנושא והתעשר כתוצאה מכך שלא כדין.

**פס"ד אביאל עמר:** פקיד שומה לקח לעצמו כסף. כל פעם חישב אחרת את השומה ושלשל לכיס שלו את שארית הכסף. הוא התעשר לאורך זמן והמדינה תפסה אותו. כאן ניתן לראות שמעורב עניין פלילי. בסופו של דבר המדינה שללה את הרווחים.

דוגמאות נוספות: ס' 15 לחוק הנאמנות (דין רווח אסור), ס' 52ח לחוק ניירות ערך (ריווח משימוש במידע פנים).

1. **עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)**

עקיבה קניינית – תרופה קניינית. כשמדברים על עקיבה, מדברים במונחים של following. אם א' גנב לי נכס, והנכס הועבר ל-ב', יש לי זכות עקיבה על הנכס.

עקיבה מושגית (tracing) – לא רק עוקבים אחרי הנכס, אלא אם א' מכר את הנכס בהרבה כסף, ובכסף הזה א' קנה משהו אחר, יש באפשרותי לעקוב אחר הגלגולים השונים של הנכס בצורותיו השונות.

**Foskett v. McKeown**

**העובדות:** עו"ד משתמש בכספים שהוחזקו אצלו בנאמנות בשביל לשלם את פריימת ביטוח החיים שלו. לבסוף הוא מת, ומשתחררים כספי הביטוח. הלקוחות תובעים מהעיזבון את הכספים של הביטוח. עם הכסף שלהם, העו"ד שילם את פריימת הביטוח. כעת, השתחררו כספי הביטוח, שהם גלגול של כספם תוך הפרת חובת הנאמנות.

**הליך משפטי:** אפשר ללקוחות להתחקות אחר כספי הביטוח שהשתחררו, ולקבלם באופן יחסי. למשל, אם במשך שנתיים השתחרר מאה, אז הם יקבלו 50.

* מה הקושי בפס"ד? פחות מוסרי. מדוע העיזבון אשם? מדובר בצדדים תמי לב – אישה וילדים. כספי ביטוח הם קריטיים. יש היבט מוסרי שלא מסתדר עם ההחלטה.
* איזה סעדים אחרים היה ניתן להעניק? השבה בגובה הכספים שניטלו בתוספת הפרשי ריבית והצמדה. ברמה האינטואיטיבית, הסעד המבוקש יהיה השבה של הכספים.
* כיצד ניתן להצדיק את פסק הדין? במקרה כזה אם לא יהיה סעד, החוק לא יעיל. אם מעוול יודע שהוא יכול להתנהג בדרך כזו ולהביא לכך שהעיזבון שלו ייהנה מכך, נוצר תמריץ לאנשים להתנהג בצורה שגויה זו. פס"ד זה אומר למעוול הבא שהכסף שתרוויח לא ביושר יילקח ממך גם אם תמות, מהעיזבון שלך.

בעצם מטעמי יחסים של אמון בין עו"ד ללקוחותיו, שיקולי הרתעה.

* מה היה קורה אם ידעתי שלוקחים ממני את הכסף הזה, הוא מאוד חולה ואני יודעת שאני יכולה לתבוע (בעקבות פס"ד זה). הייתי מחכה שימות – "סיכון מוסרי". אם אני יודע שמשתלם לי לחכות שימות ואז לתבוע, במצב זה בגלל שלא היינו תמי לב כנראה שלא נקבל את הכסף. אולם, להוכיח את הידיעה הזו היא מאוד מאתגרת. בעצם, אנשים לא יהיו מורתעים.

**Attorney General of Hong Kong v. Reid**

**העובדות:** תובע כללי של הונג קונג מטעם בריטניה מגיע לכל מיני הסדרים עם אנשים תמורת שוחד. כלומר, הוא יקל בעונש של X תמורת כסף.

הסעד האפשרי בנסיבות אלה הוא הכסף שהוא קיבל, וכן את הכסף שהרוויח כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות.

אולם, לא ניתן היה לתבוע את הרווחים כי ריד קנה בכספי השוחד אדמות בניו-זילנד. חלקן רשומות על שמו וחלקן רשומות על שם אחרים. אז מה הבעיה? יש להוכיח את זכות העקיבה – להוכיח שהאדמות נרכשו כתוצאה מהכספים שהרוויח.

**הסעד שניתן** – המדינה הוכרה כבעלים של החלקות שנקנו בכספי השוחד, והן מוחזקות בנאמנות על ידי הנתבע ושלוחיו.

* הקשר בין שני הפס"דים האחרונים: התובעים בעלי זיקה קניינית בכספים שניטלו שלא כדין עקב היחסים המיוחדים בין התובעים לנתבע. לכן, הוכרה יכולתם של התובעים לעקוב אחרי הכספים לתוך הנכסים שנקנו מהם (שאלה דומה עשויה להופיע **במבחן** – קשר בין פס"דים).

**תנאים לקיומה של עקיבה מן היושר**

1. לתובע הייתה זכות קניין בנכס (לרבות כספים) שהנתבע השתמש בו ללא הסכמתו
2. אפשר לעקוב אחר גלגולי הנכס – זוהי דרישה פונקציונאלית
3. תיתכן דרישה נוספת של הפרת יחסי אמון (במשפט האנגלי).
* הסעד לא ניתן בקלות ע"י ביהמ"ש

**ת"א 2244/81 קומפני פריזייאן נ' פלאטו שרון – היעדר דרישה פונקציונלית**

**העובדות:** שרון החזיק כספים שלא שלו. הוציא במרמה כספים מחברה צרפתית ולכאורה השתמש בהם לרכישת נכסים שונים המוחזקים בידי חברות שבשליטתו ורכש חפצי אומנות, רכבים ועוד. חלקם נרשמו על שמו.

האם ניתן סעד של עקיבה? לא. משום שלא הצליחו להוכיח את התנאי השני. לא הוכיחו שיש זכות עקיבה על גלגולי הנזק. לא הצליחו להוכיח שכל אלה נקנו באמצעות אותם כספים. אכן ניתנו סעדים פרוצדורליים אחרים וביהמ"ש ניסה לעזור לתובעים (בכל זאת, כי מדובר בחוסר תו"ל).

**שיעור 8 – 1/6/22**

* **תרגיל:** הסיקו לגבי כל אחת מהאמירות האם היא נכונה או לא.
* בנסיבות הדומות לאלה שנלמדו בכיתה בעניין פס"ד MOOR באם הסעד הוא נאמנות קונסטרוקטיבית, אין רלוונטיות לשיקול הסכמה (או היעדר הסכמה) מצידו של התובע.
* מקורה של העקיבה המושגית הינו בדיני היושר.
* בעניין SNEPP נאמד הסעד על פי שיעור הנזק שנגרם למדינה.
* **תשובה של מיטל:**
* לא נכון. יש רלוונטיות לשיקול ההסכמה. אמנם לא לצורך תחולת דוקטרינת הסכמה מדעת, אך כן לעניין הפרת חובת האמון (דיברנו על המשמעות של גילוי והסכמת המטופל גם לגבי האינטרס הכלכלי של הרופא בטיפול).

בפס"ד מור לא הייתה מטרה להגן על האינטרס של המטופל להגן על שלמות גופו, משום שעדיין היה רוצה את הטיפול ומסכים לו. הסיבה שהשתמשו בפס"ד זה בעוולת התקיפה היא בגלל שלא הייתה הסכמה של המטופל. בעצם השופטים מבססים את החלטתם על חובת האמון, ולכן הסכמה היא חשובה. אולם היא לא חשובה מהטעם של הסכמה מדעת, אלא בגלל יחסי האמון.

* נכון. שמה הנרדף של העקיבה המושגית הינו "עקיבה מן היושר".
* לא נכון. הנזק נאמד על פי רווחיו של הסוכן. לא הייתה סוגיה של נזק, להיפך. נטען שלא היה נזק.

**המשך שיעור קודם – עקיבה מן היושר**

**יתרונות מרכזיים של עקיבה מן היושר על פני השבת הספים ש"נגזלו"**

* פונקציונלית – לעיתים, אי אפשר עוד לעקוב אחר הנכס המקורי, אלא רק אחרי הגלגול שלו. ניתן יהיה להתחקות אחרי הנכס, בכל גלגוליו. שלילת הרווחים יוצרת הרתעה. בד"כ הרווחים גדולים יותר משווי הנכס עצמו ולכן זה מרתיע.
* ביטחון – ברגע שיש עקיבה, יש לי זיקה קניינית עבור הנכס בגלגוליו השונים. לכן ארגיש בטוח. הסעד חזק יותר מסעד קנייני משום שהוא גורם לניזוק להרוויח, ולא רק לקבל חזרה את הנכס שלו.

אם ריד, שקנה את האדמות בניו-זילנד, לא ניקח ממנו את האדמות, מה אנו מאפשרים? אנו מייצרים מצב שהוא מתעשר שלא כדין. לכן סעד זה לגיטימי, על אף שכביכול הניזוק מרוויח.

זכות קניינית בפירות העוולה. עדיפות על יתר הנושים. ברגע שיש לי זכות קניינית, אני מועדף על פני אנשים בעלי זכויות חלשות יותר. תמיד סעד קנייני חזק יותר.

* קרקעות, כספי הביטוח שהשתחררו – המשותף הוא שהם הצליחו להתפיח לי את הכיס. ליצור לי רווחים.

***תרופות במשפט הפרטי – פיצוי עונשי***

מה הרעיון של הפיצוי? להשיב את המצב הנורמטיבי לקדמותו (צדק מתקן).

פיצוי עונשי לא מופעל בקלות דעת על ידי ביהמ"ש באופן כללי, ויש עליו מחלוקת רבה בספרות. פיצוי זה הוא קצת אמורפי.

מטרותיו של הפיצוי העונשי הוא להוקיע חברתית, להרתיע.

**פיצוי עונשי ודיני חוזים – היתכן?**

* העמדה המקובלת היא שבדיני החוזים זה מאוד בעייתי לתת פיצוי עונשי (עקיפת המנגנון החוזי, תכנון אוטונומי של הצדדים לגבי מושא העסקה והסיכונים במסגרתה).
* יש עמדה (בעיקר במשפט האמריקאי) האומרת שניתן לתת פיצוי עונשי במסגרת דיני החוזים, אבל בתנאי שההפרה לוותה במעשה עוולתי במובן הנזיקי.
* עיקר הדיון בפיצוי עונשי נעשה בהקשר הנזיקי.

דוגמא 1: א' נוהג ברכב ומנסה באופן מכוון לפגוע בהולכת רגל ב'. ל-ב' נגרם נזק לרגליה לצמיתות.

דוגמא 2: א' נוהג ברכב ובלי כוונה פוגע בהולכת רגל, ב'. ל-ב' נגרם נזק לרגליה.

**האם הפיצוי ל-ב' בדוגמא 1 צריך להיות שונה מהפיצוי שלה בדוגמא 2?** לכאורה כן. משום שמבחינה חברתית, יש לגנות מעשים כאלו שנעשים בכוונה.

נניח שנרצה לאפשר פיצוי שונה כדי להעניש את הנהגת בדוגמא 1. **מה הקשיים הכרוכים בכך?**

1. נוגד את הצדק המתקן (בעיית יריבות) – בצדק מתקן לניזוק מגיע לקבל פיצוי. במקרה זה, חוץ מהנזק שגרם המזיק, מגיע לו גינוי חברתי. אולם, למה זה ניתן לניזוק? למה שלא ילך למדינה? למה מגיע לניזוק גם הפיצוי העונשי?
2. בעיית הענישה – עונש במשפט הפרטי? הרי בעונשין, המדינה היא זו ששואפת לעונש. אולם, איך במשפט הפרטי יכול אדם אחר להעניש?

 צידוק לפיצוי עונשי בראי שיקולי יעילות

**דוגמא:** נניח שנרצה להעניק פיצוי עונשי לפי הנתונים הבאים – נזק פיזי = 80, פיצוי עונשי = 160, סה"כ פיצוי = 240.

1. בעיית יריבות – למה דווקא לתובע מגיע 240? האזרח כ"סוכן מדינה". על פניו, אם אנו בעולם של שיקולי יעילות, התובע הופך להיות מעין הסוכן של המדינה, דבר שפותר לנו את הקושי. אנו רוצים שהוא יהיה הסוכן שיוכיח את הכוונה של המזיק, למה התנהג לא בסדר ולכן מגיע לו הפיצוי המלא. כביכול ה"סוכן" יודע טוב יותר מהמדינה ולכן הוא זה שיצליח הכי טוב להוכיח את כל הרכיבים.
2. בעיית ענישה – נפתרת על ידי שיקולי הרתעה. העיקר שתושג הרתעה, ואין זה משנה מי יקבל את הכסף. האמנם? האם הרתעה משמעותה פיצוי עונשי דווקא לתובע? הרי מספיק היה להעניק לו פיצוי של 80.

אנו יכולים באותה מידה לתת ל"סוכן", לתובע, רק 80 (עבור הנזק שנגרם) +20 (כפיצוי עונשי), ואת שאר ה-140 תקבל המדינה.

מכאן ששיקולי הרתעה לבדם לא יכולים להצדיק את המוסד שנקרא "פיצוי עונשי", משום שניתן להשיג הרתעה בפיצוי פחות יותר לניזוק ("לסוכן") (זו ההצדקה השכיחה לפיצוי עונשי, אמנם היא לבדה לא מספיקה).

סיכום ביניים – פתירת הקשיים הכרוכים בפיצוי עונשי בראי שיקולי הרתעה:

1. בעיית הענישה – מבטא שיקולי הרתעה
2. בעיית היריבות – מדוע כל הפיצוי העונשי מגיע לתובע?

אולי ניתן להצדיק את עניין ההרתעה, אולי בעיית היריבות נשארת לא פתורה. הרי ניתן להרתיע גם בפיצוי פחות יותר לניזוק ושהמדינה תקבל את היתר. מכאן שבעיית היריבות לא יכולה להיפתר על ידי שיקולי הרתעה בלבד.

**צידוק לפיצוי עונשי בראי שיקולי צדק מתקן**

**Jacque v. Stenberg**

**העובדות:** מדבר על הסגת גבול. משפחת ג'ק גרה בחלקה שלידה יש כל מני שכנים. אחד השכנים קונה קרוון. סטנברג הינה החברה שממנה נרכש הקרוון. יש מזג אוויר לא טוב, ומתקיני הקרוון רוצים לעבור דרך החלקה של משפחת ג'ק. ג'ק לא מוכן שיעברו דרך החלקה שלו. מזג האוויר הכתיר את ההתנהלות של סטנברג והם מחליטים בכל זאת לעבור עם המשאית והקרוון דרך החלקה של ג'ק. בעקבות כך ג'ק תבע אותם על הסגת גבול.

בהסגת גבול לא צריך להוכיח נזק. בד"כ אחרי שהוא לא נמצא בגבול שלי אני לא אתבע בהסגת גבול (כי הסעד בהסגת גבול הוא שאני רוצה שיוציאו את מסיג הגבול מהשטח שלי). לענייננו, ג'ק דרש פיצוי עונשי. הוא קיבל דולר אחד על הסגת הגבול, ו-100 אלף דולר על כך שהסגת הגבול הייתה מכוונת.

כיצד ניתן להצדיק את ההחלטה?

**תיאוריה ראשונה לפיצוי עונשי בראי שיקולי הצדק המתקן:**

**רוברט סטיבנס** אומר שההתנהגות הנתבע הייתה כה חמורה שנוצרה עוולה חדשה. יש הפרה בוטה יותר של זכות שמבחינה נורמטיבית, מקימה זכות לסעד גדול יותר. לכן מוצדק פיצוי גבוה יותר. לדוג', הסגת גבול עם/בלי כוונה הן עוולות שונות.

* האם בעיית היריבות נפתרה? על פניו, כן. זאת מפני שאם הפגיעה גדולה יותר, עלינו להעניק פיצוי גבוה יותר. בעצם, התשובה של סטיבנס מאפשרת להבין מדוע יש לתת פיצוי של 240 במקום 80. היא גם מאפשרת להבין מדוע יש לתת פיצוי דווקא לניזוק.
* האם בעיית הענישה נפתרה? יש כאן ניסיון להתמודד עם הבעיה דרך יצירת עוולה חדשה (למשל "הסגת גבול בנסיבות מחמירות" – גובה הפיצוי כגובה הפגיעה בזכות). הוא אומר שאולי ניתן להסביר זאת כך, ולומר שיש עוולה שבה אלמנט מוסרי, אשם מוסרי, ודרך כך לטעון שמגיע פיצוי עונשי.

אנו רואים שבעיית היריבות נפתרת, אולם לא בהכרח נפתרת בעיית הענישה. אכן מדובר בעוולה שעברה טרנספורמציה כלשהי, אבל האם מדובר בגינוי מוסרי?

**תיאוריה שנייה לפיצוי עונשי בראי הצדק המתקן (nezar):**

התיאוריה אומרת שלא נוצרה עוולה חדשה, אלא מעשה עוולתי. מעשה זה יכול לגרום לכל מני נזקים. כשמישהו עושה מעשה שהוא לא בסדר, כגון תרמית, יכול להיות שכתוצאה מכך ייגרם נזק של 100, 200 או 300. לא משנה איזה נזק יהיה, יש להוכיח אותו. אם הוכחנו נזק, נקבל פיצוי.

**בעצם עוולה זו גרמה לשני נזקים:**

1. נזק רגיל – בדוגמת הנהג (שנסע מהר וגרם לנזק) נזק גוף.
2. נזק מוסרי – עצם העובדה שמישהו התייחס לאדם אחר בצורה כזו, שמבחינה מוסרית צריך להוקיע אותה, הוא גרם לניזוק נזק מוסרי.
* במקרה כזה מובן שמגיעים שני סוגים של פיצויים.

הפיצוי העונשי לא ניתן על הנזק הפיזי, אלא על **הדרך שבה הוא נגרם** שהובילה ל"נזק מוסרי".

ענישה פלילית מגלמת את הגינוי המוסרי של המדינה. להבדיל, משמעותה של ענישה נזיקית היא תרופה על נזק מוסרי.

נזר אומר שיש נזק שנגרם לניזוק עצמו, נזק מוסרי!! כך הוא מייצר ראש נזק נוסף.

* פותר את בעיית היריבות – נגרם לניזוק גם נזק מוסרי, ולכן מגיע לו פיצוי.
* פותר את בעיית הענישה – גם כאן הסבר התואם את המבנה של המשפט הפרטי – המטרה היא לא גינוי מוסרי, אלא פיצוי על נזק מוסרי שנגרם על ידי התנהגות עוולתית. נזקר אכן מכניס אלמנט מוסרי להסבר שלו, אבל הוא לא משתמש ברעיון הענישה באמת. לכן, בדיוק כמו סטיבנס, לא ברור אם הוא מצליח לפתור את הבעיה.

ניתן לראות ששתי התאוריות אינן פותרות את בעיית הענישה. שיקולי הרתעה ושיקולי צדק מתקן הובילו אותנו לאותו מצב.

מכאן נשאלת השאלה, האם ראוי להטיל פיצוי עונשי, על אף שהשיקולים בהטלתו לא מתיישבים בהלימה עם הרעיונות? אין לכך תשובה. השאלה נשארת פתוחה, האם זה באמת ראוי.

**שיעור 9 – 15/06/22**

**חישובים בראייה כלכלית**

אם אנו רוצים להרתיע, נדאג **להכפיל את הנזק בהתאם לבעיית האכיפה.**

אם אנו נמצאים במצב שאני מבצעת, למשל תרמית, וגורמת לנזק למישהו (נניח, נזק של 100). אבל אני יודעת שהסיכוי לתפוס אותי הוא 10%. כלומר, 90% שלא אתפס. כמה כדאי להטיל עליי באמת פיצוי? הפיצוי יהיה פי 10 (10% מ-100). אם אני יודעת שאני גורמת לנזקים בעולם וגרמתי נזק של 100, אבל אני רואה תוחלת נזק קטנה פי 10 כי אני יודעת שקשה מאוד שיתפסו אותי. רוצים לגרום לי לראות לנגד עיניי את כל הנזק שגרמתי, ולכן כדי שאראה נכון את הנזק שגרמתי לו בעולם נכפיל ב-10. **זה פיצוי עונשי!**

**פס"ד אטינגר:** ביהמ"ש מסביר את הדבר הזה (חישוב של פיצוי עונשי).

* זה מאוד תיאורטי. כדי ליצור הרתעה אמיתית, צריך להתמודד עם בעיית האכיפה.

נניח שאני נאמן, וגנבתי 100. אני יודעת שבד"כ נאמנים לא נתפסים בגלל פערי אינפורמציה. רק ב-10% יתפסו אותי. כלומר, גם אם יתפסו אותי, אני ארוויח 90 (הרי אני אדרש בפיצוי של 10% מ-100, 10). מכאן שזה יוצר תמריץ לגנוב.

אם זה יוצר תמריץ, ואני רואה לנגד עיניי את הגניבה שלי (שהיא משתלמת לי), קיים הרצון להרתיע מפני הגניבה הזו. כיצד נרתיע? אם יידרשו ממני להחזיר 100 זה לא ירתיע אותי, שכן חזרתי למצב שהייתי בו קודם. לא הרווחתי אך גם לא הפסדתי. לכן, צריך להשתמש בפיצויים עונשיים ולהכפיל בפי 10%. במקרה שלנו, 100 כפול 10, משמע אדרש בפיצויים של 1000.

ככה אנו מעניקים פיצוי עונשי. אנחנו בעצם "מחזירים" לנתבע. הוא חושב ש-10% סיכוי שהוא ייתפס, ולכן נכפיל בסיכוי זה.

***פיצויים ואפליה***

שני סוגים של אפליה

1. **אפליה מובנית** – אפליה שהמשפט מאמץ אותה באופן מפורש. לכן היא מפורשת וחוקית.

אפליה שקיימת בחברה, והמשפט יוצק אותה לתוכו. למשל, יש אנשים שמרוויחים יותר ויש אנשים שמרווחים פחות. בד"כ נשים מרוויחות פחות, ובד"כ בממוצע מזרחיים מרוויחים פחות. אנשים בפריפריה בד"כ מרוויחים פחות מאנשי המרכז. כך גם ערבים אל מיול יהודים. אלה נתונים אמפיריים, עובדות.

1. **אפליה בלתי מודעת** – אפליה שהתוצאה המשפטית מבטאת מבלי לשים לב, והיא לרוב לא חוקית.

**אפליה מובנית**

**פס"ד אבו חנא**

**העובדות:** תינוקת בת 5 חודשים נפצעה בתאונת דרכים.

**שאלה משפטית:** נדרש היה לחשב את פיצויי אובדן ההשתכרות. כיצד יש לחשב את אובדן כושר ההשתכרות של התינוקת? החישוב לפיצויים עבור אובדן השתכרות בד"כ הוא ההפרש בין כושר השתכרות אלמלא התאונה, לכושר ההשתכרות בעקבותיה בסביבה של אי וודאות גדולה יחסית.

**עד פס"ד אבו חנא:** נטייה לחישוב סובייקטיבי של אובדן כושר השתכרות (מאפייני הניזוק, לאיזה מגזר או מגדר הניזוקים שייכים).

**לאחר פס"ד אבו חנא (ריבלין):** ריבלין בפעם הראשונה עושה דבר מעניין ושונה בתמונה הגלובלית. **נחשב את אובדן ההשתכרות בהתאם לשכר הממוצע במשק.** אנו לא רוצים להכריע לגבי אדם שאנו לא יכולים לדעת כיצד יכול היה להרוויח. לענייננו, מדובר בתינוקת בת 5 חודשים. לא ניתן לקבוע עבורה אם הייתה מרוויחה יותר או פחות מהממוצע. אם מדובר באדם בוגר, אנו ניתן פיצוי משוער, משערים כמה יכול היה להרוויח לאור נתונים עובדתיים (למשל, לומד מחשבים. התחיל לעבוד בהייטק, התחיל לעבוד כמורה וכו').

* ביהמ"ש העליון אתגר את הרעיון של **אפליה מובנית,** במקום שיש חור שחור ולא ידוע מי האדם, אנו לא נכריע מה יהיה, אנו לא נקבע כמה הוא יכול היה להרוויח. נקבע את אובדן ההשתכרות לפי השכר הממוצע במשק.

**אפליה בלתי מודעת**

איך אפליה בלתי מודעת מתורגמת בדיני הנזיקין? איך רעיון ההטיה יכול לשבש החלטות נזיקיות?

מה הבעיה עם הטיה?

**השופט בנט** מתאר (בסרטון שראינו בכיתה) את ההתנסות שלו עם בעיית ההטיה. הוא מספר על דעות קדומות. כשהיה ילד אמא שלו נפטרה ואמא אפרו אמריקאית אימצה אותו. כשביצע מבחנים של IAT, התגלה שהוא אכן בעל דעות קדומות על הקהילה האפרו-אמריקאית. מכאן שעל אף שגדל לתוך מציאות כזו, הוא עדיין היה בעל הטיות קוגניטיביות גבוהות.

אולם, מה הבעיה עם הטיות קוגניטיביות? הרי מותר לנו לחשוב איך שאנחנו רוצים. הבעיה היא שזה משפיע על החלטות שאנו מקבלים. שופט, עו"ד, מרצה, שוטר, רופא וכו', שבעלי הטיות קוגניטיביות גבוהות, עשויים להיות מושפעים מכך בקבלת החלטותיהם.

מה הבעיה עם קבלת החלטות תחת הטיה?

* הבעיה משמעותית יותר כאשר אנו צריכים לקבל החלטות באופן מהיר. במצב זה, הסיכוי שהסטריאוטיפים ינהלו אותנו הוא גבוה יותר!

אני מנוהל על ידי הטיה אבל לא בצורה מודעת. קיבלתי החלטה שמושפעת מהטיה. מה הבעיה בזה? **הגברת הסיכון שמקבל ההחלטה יטעה!** שני אנשים יקבלו החלטה אחרת, פיצוי שונה, על אף שמדובר במקרה דומה.

כיצד הטיה יכולה לבוא לידי ביטוי בהליך נזיקי?

1. להשפיע על גובה הפיצוי
2. להשפיע על עצם ההחלטה להטיל פיצוי

**מקרים שבהם לא הוטלו פיצויים בגין הטיות:**

**מחקרם של תמר קריכלי ויפעת ביטון**

המחקר עוסק באפליה בלתי מודעת בפיצויים.

במחקר זה הציגו שגברים שמשתכרים יותר מנשים, ושאשכנזים משתכרים יותר ממזרחיים.

מחקר אמפירי:

הקבועים במחקר האמפירי היו השתכרות במועד התאונה ומשלח יד. חיפשו אנשים שמרוויחים עכשיו אותו דבר, והם בעלי אותו משלח יד. אם קרתה לשניהם תאונה דומה, הפיצוי אמור להיות זהה! הם ניסו לזקק אנשים שיש להם בדיוק את אותו כושר השתכרות ואותו משלח יד.

איך זה משפיע? פיצוי בגין אובדן כושר השתכרות מחשבים באמצעות ההפרש בגין מה היה מרוויח הניזוק אלמלא התאונה, לבין מה הרוויח בפועל (מתואר לעיל). יש רכיב שאיתו ביהמ"ש משחק – השיעור לגבי כמה ירוויח הניזוק בעתיד. **קבלת ההחלטה בדבר השיעור עשויה להיות מושפעת מהטיות.**

תוצאות המחקר: נמצא שוני מובהק בין גובה הפיצויים לגברים אשכנזים וגובה הפיצויים לנשים, ערבים וגברים מזרחיים, למרות שגובה השכר הנוכחי היה זהה, ומשלח היד היה זהה.

* המחקר משמש דוגמא לראשונה למקרים בהם רואים איך הטיה יכולים להשפיע על שיעור הפיצוי בנזיקין.
* הכתבה עשתה המון רעש. השופטים נסערו מהמחקר משום שמבחינתם זה לא יעלה על הדעת שהדבר יכול להשפיע.

**אפליה שפוטרת מאחריות כליל**

רקע (רשלנות רפואית): יש הרבה מאוד מחקרים אמפיריים ברפואה שמוצאים קשר בין סטריאוטיפים גזעיים ומגדריים שגורמים לרופאים להעריך בחסר את חומרת המצב הרפואי, ובהתאם להציע טיפול פחות לשחורים ונשים בארה"ב.

הסטראוטיפ ששחורים סובלים פחות הינו רווח בארה"ב. עשו מחקרים רבים במוקדי חירום שהוכיחו שהם מקבלים טיפול רפואי פחות מאשר לבנים. ילדים שחורים שסובלים מאפנדיציט קיבלו טיפול פחות יותר מלבנים שסובלים מזה. זה אומר שבאופן מובהק, שחורים נתפסים בעיניי צוותים רפואיים כמי שכואב להם פחות, דבר שמיתרגם לטיפול רפואי פחות יותר, או אי טיפול בכלל.

הדבר לא רק נוגע לכאב וסבל – ניתנו במחקר תיקים רפואיים דומים (בעיה לבבית חמורה), עם תמונות שונות. באופן מובהק, תמונה של גבר לבן קיבלה יותר הפניות של צנתור מאשר שחורים (תחקיר שלא נסב סביב רק כאב וסבל, אלא סביב אמינות של הרופאים).

הדבר מוצא ביטוי **בסטריאוטיפים מגדריים.** נשים נתפסות כ"מגזימות". ככל שהן נתפסות כרגשניות יותר, הטיפול יהיה פחות יותר. למשל, אם מטופלת טוענת לכאב של 10, אז הרופא יחשוב שיש להעניק לה טיפול של 7 ולא 10, משום שכנראה היא מגזימה.

במחקר מסוים, הרבה נשים בעלי בעיות לבביות נשלחו לביתן לאחר טיפול פחות, לעומת גברים שקיבלו טיפול יקר ומשמעותי יותר.

איפה המציאות הזו באה לידי ביטוי בדיני הנזיקין?

סטנדרט הזהירות הנזיקי (האם הרופאה התרשלה) נקבע על פי סטנדרטיים רפואיים, סטנדרט ה"רופא הסביר". אנו בוחנים את השאלה "מה רופא סביר היה עושה".

כל עוד טיפול נחשב לסביר בנסיבות, הרופאה לא התרשלה. אם אין התרשלות, ממילא לא מגיע פיצוי!

מה רופא יטען בהקשר זה? הם יטענו – מצפים ממני להתנהג בצורה סבירה. הפרקטיקה מאפשרת לי לקבל החלטה. ההחלטה שקיבלתי היא סבירה. כל עוד אפשר לומר שהטיפול שנתתי הוא סביר, לא התרשלתי. לכן, אם יוכח שבד"כ אני נותן טיפול אחר לנשים או שחורים, אני עדיין התנהגתי בצורה סבירה. מותר לי לבחור כל מני דרכי טיפול. אם באמת היה לא סביר לשלוח אדם עם טיפול לא נכון/ללא כל טיפול על אף שכן צריך, אז אכן התרשלתי. אולם זה לא המצב.

הבעיה – במקום לקלוע במטרה, אני קולע לכיוון אחד. אני לא רואה מסביב למטרה. מדובר בטעות קונסיסטנטית (כלומר, תמיד נשים יקבלו טיפול פחות).

**דוגמא:**

מטופלת מגיעה לביה"ח בשל מחלה X עם תוחלת נזק של 250 אלף (סיכוי 0.5 לנזק של 500 אלף). אנו רוצים שיימנעו את הנזק, אם העלות למניעת הנזק נמוכה יותר. יש שתי אפשרויות לטיפול. שני הטיפולים עולה 150 אלף.

טיפול א': ניתוח בעלות 100 אלף לביה"ח. סיכון 0.1 לנזק 500 אלף – סה"כ 150 אלף (עולה יותר לביה"ח).

טיפול ב': סה"כ 150 אלך (עולה פחות לביה"ח).

להשלים מהמצגת

הטיפול הראשון כרוך בעלות גבוהה יותר לביה"ח וסיכון קטן יותר למטופל, בניגוד לטיפול השני. שניהם, מבחינת עלות חברתית, אותו הדבר. בנוסף, שניהם סבירים באותה מידה.

נניח שהסטנדרט הרפואי שנקבע על בסיס קריטריונים מקצועיים מצביע על כך שסטטיסטית 2 מתוך 5 מקרים של בעיה X יטופלו באמצעות הטיפול הראשון (כאמור, הטיפול שעולה לביה"ח יותר).

נניח שבבית החולים שבדוגמא מוכח סטטיסטית שבעוד גברים לבנים מקבלים טיפול א' ב2 מתוך 5 מקרים של בעיה X, שחורים/נשים מקבלים אותו ב1 מתוך 5.

רון, אדם שחור שהלך לביה"ח לקבל טיפול עבור בעיה X. הוא טופל בטיפול ב'. רון מת. **האם רון יכול לתבוע בנזיקין (רשלנות)? מה הקושי המשפטי שעומד בפניו?**

* כזכור, שניהם יקרים באותה מידה וסבירים מבחינה רפואית.

הבעיה הראשונה – בעיה נורמטיבית

הרופאים יאמרו שהם התנהגו בצורה סבירה. אם הם שלחו אותו לטיפול סביר, לכאורה אין בכך כל בעיה. עצם העובדה שאנו מחליטים שסבירות נקבעת לפי הפרקטיקה, אנו מניחים שזהו הדין לרופא הסביר, שזו משמעותה של סבירות.

**אבל בפועל, מה עומד מאחורי רעיון הסבירות**? אנו דורשים שיתנהגו כמו שראוי! זה ההבדל בין פוזיטיבי לנורמטיבי, בין ראוי למצוי. שאלת הסבירות שואלת מה ראוי לעשות. מה שראוי לעשות ברשלנות נמדד לפי מה שעושים בפרקטיקה, כי אין דרך אחרת לדעת מה ראוי שם. אבל, לא ניתן להתבלבל. מה שסביר בראש ובראשונה הוא מה שראוי. הדרך לדעת מה ראוי הוא לחפש איך אנשים מתנהגים. מכאן, שלפני שאלת "הרופא הסביר", אנו מודים בזה שאנו צריכים להטיל גרעין נוסף על האדם – "תתנהג כראוי". בעולם שבו הטיה נתפסת כדבר שלילי ואנו רוצים לבודד אותה, לא ניתן לומר שרופא שהתנהג בצורה מוטה התנהג בצורה סבירה, שכן התנהג בצורה לא ראויה.

מכאן, שהחלטה שהתקבלה תוך השפעה של הטיה גזענית או מגדרית, היא לא סבירה ולכן רשלנית.

הבעיה השנייה – קושי ראייתי

בדוגמא, נאמר ש2 מתך 5 מקבלים את הטיפול היקר, ו1 מתוך 5 שחורים מקבלים את הטיפול הפחות. לפי מספרים אלו, מה הסיכוי שרון, הגבר השחור, קיבל את הטיפול הסביר כתוצאה מהטיה? **רבע.** אם 1 מתוך 4 שחורים קיבלו את הטיפול הזול, הם היו צריכים לקבל את הטיפול היקר יותר לביה"ח.

**מה אנו יודעים?** אנו יודעים שלפי המספרים אם 2 מתוך 5 שחורים היו צריכים לקבל, אנו יודעים שאחד שחור נוסף קיבל טיפול. אנו לא יודעים מי קיבל את הטיפול, ולכן לא יודעים את מי לפצות!

אם אנו יכולים לזהות שהטיה קיימת, ושהיא לא דבר סביר, נשארת הבעיה הראייתית משום שאנו רק במצב של 25% שרון קיבל את הטיפול בגלל שהוא שחור. **זו בעיה משום שרון צריך להוכיח מעל מאזן ההסתברויות** שהנזק נגרם לו הושפע כתוצאה מההטיה. שההטיה שהייתה בביה"ח השפיעה על הנזק שקרה לו.

**במצב זה, אף פעם אדם שטוען שהנזק שנגרם לו הושפע מהטיות לא יוכל להוכיח זאת כי זה לא עומד במאזן ההסתברויות.**

**פתרון:** אחריות הסתברותית. אם מישהו מהקבוצה המופלה סטטיסטית לא החלים וקיבל את טיפול 2 (בהמשך לדוגמא שלנו), ניתן לו פיצוי יחסי בגובה של 25%.

* הדוקטרינה הנזיקית עצמה, המאפשרת לרופאים לבחור במספר אלטרנטיבות והמשפט מכיר בזה, מאפשרת להטיות גזעניות או מגדריות לחלחל למשפט ולהשפיע על התוצאה המשפטית, אלא אם כן נקבל את רעיון האחריות ההסתברותית!
* חשוב להראות שהטיות שלא מודעים אליהן משפיעות על התוצאה המשפטית – או על היקף הפיצוי, או בדבר השאלה האם יינתן הפיצוי.

***הרצאות אורח***

**מרצה אורח: ד"ר פלד – תובענות ייצוגיות**

באיזה מובן תרופות מקבלות תפנית מיוחדת בתובענות ייצוגיות?

ישנן זכויות בסיסיות (זכויות כלפי כל העולם) – קניין ושלמות הגוף

זכויות באישיות המחזיקים כלפי אדם ספציפי – חוזים (לאחר הכריתה, יש זכות אישית כלפי החייב).

**2 הרחבות:**

1. הרחבה של זכויות משדה הציבורי לספירה הפרטית – איסור הפליה (מקומות ציבוריים, מדינה וכו').
2. הרחבה של הזכות להיקשר בחוזה, הגנה מפני ניצול – השמטת מידע, הטעיה, מניפולציה, השקעות בשוק ההון והסכמה מדעת בהקשר רפואי.

מה היחס בין סוג התרופה לבין הזכות שאליה התרופה נועדה להגן? נדגים באמצעות שלוש דוגמאות:

* פיצוי על נזק רכוש (סעד בנזיקין)- הפיצוי יחושב לפי שווי הנזק לפני התאונה וכמו שהוא אחרי התאונה, או עלות כינון- עלות התיקון תהיה הפיצוי בשילוב פערים בשווי לאחר התיקון. התכלית היא השבת המצב לקדמותו.
* השבת רווחים משימוש בנכס של אחר ללא הסכמה (סעד בעשיית עושר)- אם לא נגרם נזק, הסעד יהיה 0, ופיצוי במצב כזה לא ישיב את המצב לקדמותו אלא ישפר אותו. בכלל קניין לא צריך להשיב את המצב לקדמותו, אלא להשיב את המצב למצב הכלכלי שהיה המטיב אם היו פונים אליו- **להשיב את המצב לקבלת ההסכמה.** בזה שאדם פלש למקרקעין של אדם אחר, הוא גזל את הזכות הכלכלית.
* פיצוי ללא הוכחת נזק- במקרים של איסור הפליה, לשון הרע ועוד. **בדר"כ הפיצוי ניתן כשיש לפגיעה אלמנט ציבורי**. הרעיון הוא שהאכיפה הפרטית היא חריג. יש אינטרס שקשה לאמוד את הנזק באמצעיים כלכליים.

**מטרות הסעדים במשפט הפרטי:**

1. שמירה על זכויות – התרופה אמורה להחזיר את הזכות, להשיב את המצב לקדמותו. למשל, אם פגעו באדם תוך כדי תאונה, הפיצוי שיינתן לו יהיה כזה שיחזיר מעין את הזכות שנפגעה לו (צדק מתקן).
2. הרתעה – יצירת הרתעה. שאדם יחשוב פעמיים לפני שעושה משהו (ניתן לחשוב על התובע כאוכף פרטי של הגוף הציבורי). אנו רוצים שהתובע יקבל את הפיצוי כדי שתהיה לו מוטיבציה לעזור ליצור הרתעה (נובע מהניתוח הכלכלי).

**מערכת המשפט לא מצליחה להגשים כראוי את המטרות הללו. מדוע?**

1. **תת אכיפה**

אין אכיפה מספקת של זכויות פרטיות. למה אנשים לא תובעים את הזכויות שמגיעות להם? משום שהליכים אלו **יקרים.** למשל, אם לאדם דרכו על הרגל והיא דיממה, הוא לא יתבע את הדורך, גם אם הוא דרך עליו בכוונה. האם תת אכיפה מתבצעת גם במקרים גדולים? למשל, מוות שנגרם כתוצאה מרשלנות רפואית? בארה"ב, 2%-4%. המחקר שנעשה על ידי ביה"ס לרפואה בהרווארד מצא זאת. בישראל זה לא ידוע. אולם גם בישראל שיעור התביעות מאנשים שנפגעו נמוך מ-5%.

למה בעיה זו קיימת?

1. **פערי מידע** – (1)חוסר מידע על הזכות. למשל, אדם שהפלה אדם אחר, והמופלה לא יודע בכלל שקיימת לו זכות. (2) לא ידוע כלל שפגעו בזכות– אני יודע שקיימת זכות, אבל לא יודע שהיא נפגעה.
2. **עלות-תועלת (הרכיב המשמעותי)** – מצבים בהם לא שווה לי לתבוע. שני מצבים: (1) עלות התיק מאוד נמוכה ואני יכול לממן זאת, אולם התועלת מהתביעה נמוכה מאוד. (2) התועלת גבוהה מאוד, אך התיק ממש יקר. (NEV – תביעה שהתוחלת שלה שלילית, כמו **פס"ד מפרץ חיפה**).
3. **מוטיבציה** – עשויות להיגרם מוטיבציה חיובית ומוטיבציה שלילית. דוג' למוטיבציה חיובית, אנשים לא ירצו להגיש תביעה עבור רשלנות רפואית, אם הרופא היה ממש נחמד. נוצרת בעיה בה **כאשר הניזוקים לא תובעים, ההרתעה מופחתת** משום שהרופא יודע כך שאם יהיה נחמד אז לא יתבעו אותו (גם במצב של רשלנות רפואית). דוג' למוטיבציה שלילית, אנשים מפחדים שאם הם יתבעו יעשו להם משהו, למשל יפטרו אותם. נוצר מצב של תלות, יחסים של עובד-מעביד.

**תת אכיפה יוצרת כמה בעיות:**

1. בעיה חוקתית – גישה לביהמ"ש היא זכות יסוד! חסמים מפני פגיעה בזכות שלי לגשת לערכאות. היינו רוצים שתהיה זכות גישה לערכאות משום שזה הכלי המממש את כל הזכויות האחרות. במערכת דמוקרטית אנשים צריכים לדעת שיש להם את הגישה לעמוד על זכותם.
2. בעיה חברתית – פגיעה בהרתעה. אם יש תת אכיפה של זכויות, הצדדים השלישיים נפגעים.
3. בעיה פרטית – אנו רוצים שלאדם הפרטי תהיה הזכות לממש את זכותו. אם יש זכויות שלא ניתן להגן עליהן, הן מרוקנות מתוכן ולא מקיימים עליהן את תפיסת הצדק המתקן. בנוסף, היא לא שוויונית, לא כולם סובלים מתת-אכיפה באותה מידה. למי שיש בעיית מימון יותר מאחרים, סובלים יותר מחסמים.
4. בעיה מוסדית – ניהול מס' רב של הליכים מקבילים יוצר קשיים מערכתיים. בנוסף, הבעיה במערכת המשפט נובעת מכך שהזכויות לא קבועות כלפי כולם, **והסעדים שניתנים נהיים שרירותיים**. הם שרירותיים גם מהצד של הנתבע וגם מהצד של התובע. מצד התובע – הזכות שלך תלויה מצד גורמים אחרים. יחד עם זאת, המערכת המוסדית חייבת פנימית את קיומו של תת-אכיפה.

**פתרונות לבעיית תת-האכיפה**

1. הגדלת הפיצוי (פתרון להרתעה) – הענקת פיצוי עונשי, ריבית עונשית, פיצוי משולש. **דוגמאות:**
2. אם רק 1 מתוך 10 תובע, ניתן פיצוי גדול פי 10 (*פיצוי עונשי).* **בחוק הגנת הצרכן** יש "פיצויים לדוגמא" (פיצוי נוסף על הנזק) ללא הוכחת נזק (31א).
3. **ריבית עונשית/מיוחדת** **לפי חוק חזוה ביטוח, וריבית הלנת שכר** – יצירת ריבית שונה עבור תביעות נגד חברות ביטוח, נגד מעסיק שמלין שכר. ההבדל בין השניים: הריבית העונשית (שהיא כפולה) יוצרת מצב של לחץ זמן.
4. הקניית זכות תביעה לאחר (פתרון להרתעה, לא כ"כ פתרון לפגיעה בפרטים) – **תביעות שאדם מגיש כאזרח של המדינה, כנגד מישהו שהוא יודע שפגע במדינה**.

**חברה בשם ספלון** מכרה תרופות בשם מסוים לחברת הביטוח מדיקר. התרופות נרקוטיות וקשות מאוד. חברות ביטוח לא צריכות לשלם עבור סל התרופות. ספלון אומרת למפרסמים שלה לשווק את זה גם עבור כאבי שיניים וכל מיני אחרים. הדבר התגלה בזכות עובד של ספלון שדיבר עם עו"ד וסיפר לו על כך. העובד עצמו אשר תבע את החברה הזו "בשם המדינה", מקבל סכום כסף מהתביעה. **מכאן שנוצר תמריץ טוב עבור העובדים – תקבלו כסף אם תתבעו גוף ש"פוגע" במדינה.**

1. רגולציה - לוותר על משפט אזרחי. תביעות פליליות או מנהליות, רגולציה. למה בכלל צריך אכיפה פרטית? יש **בעיית מוטיבציה** כי הפקיד שצריך לקבל החלטה לרוב חושב על העתיד כשהוא יהיה בשוק הפרטי (דלת מסתובבת). בנוסף, יש **בעיה של חוסר מידע**, המדינה לא יודעת על נזקי רכוש. כמו כן, יש פרויקטים שהמדינה מנהלת טוב וכאלו שרע.
* מה היתרון של התביעה האזרחית כמנגנון הרתעה?
1. במקביל לתת אכיפה אזרחית, יש תת אכיפה מנהלית. לפעמים **לאוכף הפרטי יש יותר מידע** (מקביל ל-"שוקל הנזק הטוב").
2. **האוכף הפרטי "מפריט" אכיפה.**

**תובענה ייצוגית כפתרון לתת אכיפה**

**מהי תובענה ייצוגית?** קבוצת אנשים שלהם נגרמה אותה עוולה, ואדם יחיד תובע בשמם. תביעה שבה האנשים שבשמם מוגשת התביעה לא נתנו ייפוי כוח לעורך הדין (כלומר הם לא יודעים שמוגשת עבורם תביעה), אלא קיימת קבוצה של אנשים שלה יש זכות שנפגעה, וישנו עו"ד שתובע בשמם. הסעדים יינתנו לחברי הקבוצה, שלא ביקשו להיות חלק מהקבוצה. כלומר, התובעים בתביעה ייצוגית לא מבקשים להיות מיוצגים, והרבה פעמים אין להם ידע שמנוהלת תביעה כזו -> מי שמגיש את התביעה חייב להיות חלק מאנשי הקבוצה!!

אילו בעיות התובענה הייצוגית פותרת?

* עלות תועלת – פער שלילי בין התועלת שהתובע יכול להפיק מהתביעה, לבין העלות של הניהול. אם התביעה של כולם מתנהלת יחד, זה פותר את הבעיה. הסכום הכולל של התביעה נמוכה יותר מהסכום שיידרשו לשלם התובעים כיחידנים. בנוסף, יחד כולם מקימים נזק גדול (אולם לכל אחד כפרט יש נזק קטן).
* פערי מידע – לא צריך שכל הקבוצה תדע על העוולה, על הזכות, על ההליך. צריך רק שעו"ד אחד ידע שקיימת זכות תביעה ושניתן לנהל תביעה ייצוגית. מישור נוסף – בעולם שבו אין תובענות ייצוגיות, אף אחד לא ידע על זכות תביעה מסוימת כי אף אחד לא ירצה לאתר אותה, כי עלות האיתור יקרה ולא משתלמת. למשל, אף אחד לא יקרא חוזה ארוך כדי לגלות אם יש באפשרותו אפשרות תביעה. תביעה ייצוגית מעודדת אנשים לאתר תביעות שכאלה. במובן מסוים, **זה לא רק פותר את פערי המידע, אלא מעודד אנשים לאתר הפרות.**
* מוטיבציה – יחסי עובד-מעביד. עובדים במקום עבודה יפחדו נורא להגיש תביעה אישית, אבל אם הם ידעו שהם יקבלו סעד כספי כאשר אחד יגיש תביעה בשם כולם, הדבר יעורר את המוטיבציה שלהם לתבוע. בנסיבות בהן עו"ד לא מצליח למצוא אדם שירצה לתבוע, יש חריג – ארגון צרכנים המורשה להגיש תביעה ייצוגית במטרותיו, בשל חברי קבוצה שהוא לא נמנה אליהם. למשל, עמותת הצרכים עם הסרטן (קטע קריאה). **"קול ברמה"** – רדיו חרדי שמשודר בירושלים, לא נתנו לנשים לעלות להתראיין. למשל, אם אישה התקשרה, היא לא עלתה לשידור. עמותה מסוימת אמרה שהדבר מפלה בין נשים לגברים והגישה תביעה. **עמותת הצלחה נ' כהן ביטוח** – דיני חברות. חברת קבוצת דלק קנתה את מניות השליטה בחברת כהן ביטוח, בלי הצעת רכש מיוחד לפי חוק החברות. הם פנו לעמותת הצלחה. עמותה זו פנתה לאנשים ואלה לא הסכימו לקחת בתביעה הייצוגית חלק. בעצם נוצר כאן כשל מבני. **השופט קבוב**: (1) נותן פעולות שצריך לעשות כדי לאתר תובע, (2) תביעה על ידי רשות.

**רעיון פתרון בעיית תת-אכיפה מופיע במפורש בחוק תביעות ייצוגיות (ס' 1).**

הבעיה שיכולה להיווצר אם ננהל תיקים כאלה לא באמצעות תביעה ייצוגית, נובעת מכך שיש הרבה תיקים דומים שנידונים על ידי שופטים שונים. מכאן שעשויה **להיווצר קביעה שונה, וכן פס"ד שונה**. מערכת המשפט רוצה לשמור על קוהרנטיות ובהירות. החוק מכיר בחשיבות של זה, בס' 7.

**פס"ד ש.א.מ.ג.ר**: תביעה של אנשים נגד חברות השכרת רכב על גביית כסף על עלות הדלק. הם הגישו את התביעה באמצעות שני עו"ד, מזכירה ומתמחה שביצעו זאת על עצמם. האבסורד בכל הסיפור היה שכל אחד תבע תובענה ייצוגית בבתי משפט שונים. **הדבר מעלה בעיה** – נוכל כך להונות את ביהמ"ש ולגרום לכך שיהיו כמה תובענות ייצוגיות. **ביהמ"ש** מוחק להם את כל בקשות התביעה הייצוגית משום שהחובה לפי ס' 7 שאומרת שחייב לדווח על ההליכים המקבילים, קל וחומר שהתובע חלק מהם.

**התובענה הייצוגית פותרת את הבעיות של תת-אכיפה:**

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

**הסעדים בתביעה ייצוגית**

מאחר שתביעה ייצוגית היא כלי פרוצדורלי, היינו מצפים שיינתן פיצוי לחברי הקבוצה. **יש קושי עם חלוקת סעדים באופן יעיל והוגן.** לפעמים להביא את הסעד לכל חבר קבוצה זה יקר:

**פאתל נ' סלקום**

**העובדות:** סלקום אמרה לאנשים שרוצים לעשות מנוי שהיא תיתן להם הטבה בחינם. ואז באחת החשבוניות התחילו לגבות על זה מחיר. חוק הגנת הצרכן לא מאפשר עדכון מחיר למוצר שניתן מראש בחינם.

**הליך משפטי:** נקבע שסלקום חייבת לרשום צ'ק לכל אחד, ולשלוח אותו לכתובת שלו. לא ניתן אישור לסלקום להעביר את הכסף לאשראי. היא אומרת שעולה לה יותר מ-15 ₪ לעשות את הפעולה עם הצ'קים. **מסקנה:** לפעמים חלוקת הכסף לאנשים יותר יקרה מהפיצוי שניתן לאנשים.

מכאן שניתן לחשוב על תובענות ייצוגיות כמשנת סעדים:

1. **מאפשר לביהמ"ש למנות הליך חיצוני לביהמ"ש שיתבע את הסעד.** בתביעה ייצוגית, ס' 20 מאפשר לביהמ"ש ליצור מנגנון חיצוני – ניתן לקבוע פיצוי אחיד וניתן לקבוע שכל אחד יוכיח את נזקו, וזה לא חייב להיות מול ביהמ"ש. ביהמ"ש רשאי להקים ועדה או ממונה על הפס"ד, שהוא חיצוני לביהמ"ש, שתפקידו לקבל תביעות הוכחת נזק ולהכריע בהן. זה אמור ליצור מנגנון אינדיבידואלי בתוך ההליך הפרוצדורלי.
2. **פיצוי בקירוב.** הוא לא בהכרח קשור בצורה ישירה לנזק. **פס"ד תנובה** – המחיר של גבנ"צ היה גבוה מהמחיר המונופוליסטי. איך ניתן לתת כסף לכל מי שקנה את הגבנ"צ? לביהמ"ש יש סמכות לקבוע שלתקופה מסוימת תנובה תייצר את הגבינה ותמכור אותה במחיר פחות יותר. מי שיפוצה הוא לא בדיוק מי שנפגע, ולכן זה בקירוב.
3. **סכום פיצוי כולל**
4. **זהות המפוצים –** הסטייה הכי קיצונית בית התובענה הייצוגית לבין הדין המהותי היא שניתן לזהות אנשים שהם אולי חברה הקבוצה ואולי לא

**תביעה נגד תרומות**

* **פס"ד העוסק בתביעה על טעויות חישוב הריבית למשכנתא:** השופטת אומרת שהיא תלך עבור עמותת "צער בע"ח".
* תביעה נ' אדם שהתחייב לתרום סכום מסוים לפני שנתיים.
* נוצר חוק שבמצבים מסוימים **הכסף יינתן לתרומה** עבור קרן ייעודית לכך.

**הרעיון של סעד לטובת הקבוצה משנה מהותית סעדים בדין הפרטי:**

* הנתבע משלם כסף לצער בע"ח, וזכות הנתבע "נעלמת". החוק מציע – "חובה להודיע באמצעי תקשורת או באמצעות דבר אחר" – אושרה תביעה ייצוגית, אם אתם רוצים לצאת ממנה, ליידע.
* דרך פיצוי הסתברותי – **רבין נ' תנובה:** הטעיה צרכנית (היה סיליקון בחלב). תבעו את תנובה ונקבע בפס"ד שיינתן פיצוי הסתברותי – מכפלת הנזק עצמו בסיכוי לנזק. בתובענות ייצוגיות, בשונה מכל דבר אחר במשפט הפרטי, **פיצוי הסתברותי הוא הכלל.**
* **חשוב מאוד!** צריך לבקש מביהמ"ש רשות להגיש תביעה ייצוגית, גם כדי למנוע כפילויות וגם מבחינה פרוצדורלית – עו"ד מגיש תביעה בשם ציבור שלא פגש. תביעה ייצוגית זה חריג גדול לכלל שאומר שהתובע יכול לנהל את ההליך. בנסיבות אלה, כשעו"ד מנהל תביעה ללא ייפוי כוח, צריך לבחון האם באמת מתקיימים התנאים הללו.

**מרצה אורח: ד"ר עמרי נחום 25/05/22 – סעדים בעולם הקניין הרוחני**

בעולם הקניין הרוחני, הזכויות הן "זכויות יצירות משפט" ולא טבעיות. הן תופעות משפטיות שנוצרו על ידי ביהמ"ש ומותווים על ידו, כדי להנחות עקרונות נורמטיביים.

רכיב הסעדים משמעותי מאוד. הוא יוצר את האיזון.

**מה זה קניין רוחני?**

קניין רוחני – שם משפחה לדוקטרינות משפטיות שונות, כאשר כולן מגנות על נכסים לא מוחשיים, אלא רוחניים. למשל, מידע מסוים (כיצד מייצרים קולה). בתוך משפחה זו יש ענפים שונים, כאשר המכנה המשותף הוא שהם עוסקים ביצירה אנושית. היא יכולה להיות אומנות (למשל, ספרות, שירה, קולנוע), תועלתנית (למשל, טכנולוגיה), תהליכי יצירת התוכן וכו'.

בבסיס של דיני הקניין הרוחני יש את התובנה הכללית שיצירה אנושית הוא טוב חברתית. אם לא היינו חושבים כך, כנראה שביהמ"ש לא היה מתעסק בזה, או מייצר תמריצים עבורו.

**איך אנו כחברה דואגים שיהיה תמריץ מספיק לאנשים כדי שייצרו?**

אם לאנשים לא יהיה תמריץ מספיק, הם לא ייצרו. למה? בהיעדר כללי משפט, אם אציג את היצירה בחברה, היא תועתק. העלות שאני משקיע על היצירה גבוהה בהרבה מהעלות שנדרשת מאנשים אחרים כדי להעתיק את היצירה. בחשיבה כלכלית רציונאלית אני לא אצור.

כיצד ניצור תמריץ? כמה דרכים:

1. **גביית מס** – המדינה תחלק מענקים ליוצרים. אולם, אנחנו פחות אוהבים שהמדינה מחליטה כיצד לחלק את המשאבים, ואנחנו לא רוצים שהיא תעשה זאת. לכן נלך למנגנונים אחרים:
2. **זכויות משפטיות** – לתת זכות אכיפה פרטית לתקופה מסוימת כדי לאפשר ליוצר להחזיר את העלות הראשונית ולהרוויח. אבל, אנחנו אמנם רוצים לעודד יוצרים ליצור כי יש לזה ערך חברתי. אבל בשביל זה האינטרס הנלווה הוא שגם החברה תרצה את היצירות הללו. אם אנו צריכים לעצב את הזכות המשפטית שהם מקבלים, צריך לספק להם **"מונופול מוחלט"** על היצירה שלהם. האיזון בין שני הכוחות הוא זה שמהנדס כיצד נראות זכויות הקניין הרוחני. **תקופת זמן הזכות והיקף הזכות יכולות לאזן בין שני הכוחות, וכן גם עוצמת והיקף הסעדים כנגד הפרת הזכות**. למשל, אם היינו יודעים שיש זכות ובגין הפרתה מקבלים 10 ₪. עוצמת הסעד לא משפיעה רק על תמריץ, אלא גם על התנהגות והרתעה.

**סעדים בקניין הרוחני**

באופן עקרוני, בדינים אלה יש **3 סעדים עיקריים:**

1. צו מניעה. הסעד העיקרי.
2. פיצויים
3. השבה (השבת העותקים עצמם, או שווי).

בדיני סימני המסחר (המאפשרים כיצד לעצב לוגו למשל), יש סעד שהוא לא בשק"ד – **צו מניעה.** ביהמ"ש צריך לתת צו מניעה במקרה של הפרה. ביהמ"ש רשאי לפסוק **פיצויים** אם הוכחו נזקים. **השבה** היא לא סעד פורמלי בתוך דיני סימני המסחר, משום שהם על הצד הרך יותר של קניין רוחני, נחשבים פחות קניין ומשהו יותר ערטילאי. לכן, **השבה הינה סעד יותר קנייני מאשר פיצויים.**

יש הבחנה בין שני סוגי סימני מסחר: (1) סימן מסחר רשום (ואז יש לנו הוכחות שאכן הופרה זכות), (2) סימן מסחר לא רשום אבל מוכר היטב (הגנה עליו כי הוא מוכר, אבל יש רק חלק מהסעדים ולא את כולם – צו מניעה יש. אולם, אין זכות לפיצויים על הפרה של סימן מסחר מוכר אבל לא רשום).

**זכות הפטנט**

דיני סימני מסחר נותנים הגנה להמצאות שימושיות בתנאי שהן:

(1) חדשות (בצורה טכנית. המצאה חדשה. מי שבודק את זה הוא רשם הפטנטים)

(2) חדשניות (מוסיפות משהו משמעותי לידע האנושי).

מכאן שאם המצאנו המצאה שהיא גם חדשה וגם חדשנית, אנו מקבלים את זכות הפטנט – מונופול כמעט מוחלט, בתקופה של 20 שנה. בעסקה זו אנו חייבים לפרסם את הידע הזה.

סעדים בפטנטים

* יש זכות ברורה לבקש צו מניעה על הפרה. כך נוכל ב20 השנה של המונופול למנוע ממתחרים להתחרות איתנו על אותו פטנט.
* פיצויים – קל מאוד בפטנטים להוכיח נזק (למשל באובדן מכירות, בפעילות היצרנית וכו').
* השבה – בפטנטים יש סעד השבה והיא יוצרת משהו מעניין. יש מצבים בהם מישהו אחר מייצר מוצר אחר/תהליך אחר, שאני חושב שהוא מפר את זכות הפטנט שלי, אבל זה משהו שאני לא התכוונתי לייצר אף פעם. ז"א הוא לא מפר באופן ישיר את הזכות. אני לא ארצה במצב זה צו מניעה, אלא השבת רווחים. השבת הרווחים נותנת את האפשרות לכפות על הצד הזה לקבל ממני רישיון ולשלם לי תמלוגים

הבעיה היא שיש פערי מידע ואי בהירות משפטית (לא ידוע אם מה שאני עושה באמת מפר או לא). בתי המשפט יודעים לייצר מנגנון סעדים מתמשך. זה מנתב את הצדדים להגיע להסכמות.

**איפה רואים זאת בצורה הכי משמעותית?**

לא במצבים שבהם יש תחרות ישירה (מישהו רוצה ממש להעתיק פטנט). אלא, במצבים של **"הצעות משפרות".** למשל, יש את ממציא 1 שממציא X וממציא 2 שממציא את Y. אם ממציא 2 צריך להשתמש בפטנט של 1. מבחינה טכנית, ממציא 2 יכול לרשום פטנט שבתוכו יש את הפטנט של Y. הזכות המשפטית לרשום פטנט על Y ולא על X מאפשרת לייצר מצב שבו הצדדים מובאים לעסקה.

כל צד יכול להחליט (1) X ממשיך לייצר רק את X וY יחכה שיומצא הפטנט של X ואז יתחיל לשלבו בY. (2) אחד מהצדדים יחליט להפר. **בהרבה פעמים בצו מניעה הפרה יעילה לא עובדת**. על פניו אם יפר פטנט יש צו מניעה. בפועל, בתי משפט במצבים מסוימים מייצרים איזונים שמגבילים את האפשרות לקבל צו מניעה במצבים כאלה, כדי להימנע מבזבוז חברתי. אם מוציאים מהמשוואה את צו המניעה, נשאר לנו השבת רווחים, אולם זו לא תהיה השבת רווחים מלאה כי יש את Y. כאן אנו רואים שהסעד מתפקד בצורה מוזרה. **זה סעד שנוצר בהסכם בכפייה**. במצבים אלה, הצדדים לא מתנגדים עקרונית לעסקה, אלא אי ביצוע העסקה נובע מפערי מידע.

מבחינה טכנית אפשר לקבל פטנט על השיפור אבל בהיעדר הסכמה של הממציא של הדבר המקורי היא לא יכולה ליצור חיבור של השיפור עם המוצר המקורי. **זה נקרא פטנטים חוסמים.** זה יוצר תמריצים צולבים שיאפשר לצדדים להגיע לעסקה.

בפועל בתי משפט במצבים מסוימים מיצרים איזונים שמגבילים את הזכות לצווי מניעה כדי להימנע מבזבוז חברתי. ואם אנחנו מוציאים מהמשוואה את **צו המניעה נשאר השבה** ואנחנו רואים שהסעד מתפקד פה כסעד של יצירת הסכם בכפייה.

* אנו רואים שהסעדים מאוד מרובדים, ומתפקדים לדרכים שונות ומשפיעים בצורה משמעותית על עיצוב הזכות ועל מערכת היחסים בין הצדדים.

**זכות יוצרים**

בניגוד לפטנטים, היא מגנה על תוצרים אקספרסיביים – מוזיקה פופולרית, אומנות יפה וכו'.

זכות היוצרים היא מצד אחד**:**

1. **זכות שקל מאוד לקבל** (בניגוד לפטנט שממש צריך להגיש לרשם הפטנטים בקשה וכו'). ברגע שהוצאנו אותה מהראש שלנו, היצירה שלנו מוגנת בכל העולם, ולא צריך לרשום אותה.
2. **דרישת הסף מאוד נמוכה** – לא צריך להראות שזה חדש וחדשני. רק צריך להראות שמקור היצירה הוא אנחנו. כלומר, שלא העתקנו. על פניו, היא זכות רחבה, חזקה ותמריץ מאוד גדול.
3. **תקופת ההגנה מאוד ארוכה** – כל חיי היוצר + 70 שנה.

מצד שני, יש החרגות שונות: זכות היוצרים מגנה על הביטוי הקונקרטי, ולא על הרעיון שבבסיסה. למשל, כל אחד יכול לרשום ספר על ילדים קוסמים. אנו לא יכולים לרשום ספר על סיטואציות קונקרטיות (למשל, רעיון שכתבה גיי קיי רולינג). מכאן שהזכות מוגבלת. ככל שנחשוב שביטוי הם דברים על סף הרעיון, יצרנו מונופול והגבלה ליצור.

יש עוד כמה איזונים בדרך, הגנות במצבים מסוימים (למשל, שימוש הוגן).

**כלי נוסף לאיזון הזכות – הסעדים.**

זכות היוצרים מאפשרת:

* צו מניעה
* פיצויים (אפילו פיצויים ללא הוכחת נזק. למה? כי יש הנחה שקשה להוכיח נזק ביצירות מסוג זה כי הן לא תמיד מתגבשות לכדי מוצר שמוכרים אותו).
* השבה גם מתאפשרת: השבה בעין והשבת שווי.

למה זכות היוצרים מאפשרת צו מניעה, ולא מחייבת? בניגוד לדינים אחרים, סעד צו המניעה בזכות יוצרים נתון לשק"ד ביהמ"ש.

* **מתי ביהמ"ש יעניק צו מניעה?** העניין לא קבוע בחוק, אלא הדבר נתון לשיקול דעתו של ביהמ"ש. זה מאפשר לביהמ"ש לייצר סעד מרובד יותר ובנסיבות מסוימות.

בזכות יוצרים, בשונה מפטנטים, אם יצרתי יצירה ראשונה, ויוצרת אחרת יצרה יצירה שנייה שמתבססת על יצירה שלי, היצירה הנגזרת היא בבעלות היוצר הראשון.

זה יוצר תמריצים ליוצרים – אני מייצר יצירה ומרוויח ממנה כסף, וכן גם ארוויח את מה שירוויח זה ש"יעתיק" ממני. בנוסף, השליטה הזו היא לא רק שיקול כלכלי.

בניגוד לדיני הפטנטים, בדיני זכויות יוצרים אם אדם יוצר יצירה שנייה על סמך הראשונה, נוצר מצב של **נטל עודף.** הסירוב המוחלט (צו מניעה) לאפשר את יצירת ההמשך הוא בעייתי, ובטח פוגע בגישת השוק. איך פותרים בעיה זו? **כמה אפשרויות:**

1. לא לתת סעד של צו מניעה – אני בתור יוצר שני עשוי לשכנע את ביהמ"ש שזה לא מקרה שמצדיק לתת לי צו מניעה. אחד הקשיים בזה זה ששק"ד זה לא מותווה בחקיקה. נוצרת **אי וודאות.** אני בתור יוצר שני מהמר – אני לא יכול לצפות אם ביהמ"ש ייתן צו מניעה או לא. גם במצבים שלא יינתן צו מניעה, אני אהיה צריך להשיב חלק מהרווחים. אז בנוסף לאי הוודאות לגבי צו המניעה, אני לא יודע גם כמה מהרווחים יילקחו לי.
2. להשתמש בזכות השבת הרווחים העתידיים, אבל להשתמש בה כברירת מחדל ולהתוות לה גבולות גזרה. להגיד ליוצרים שניים שהם לא חשופים לסיכון שהיוצר הראשון יוציא צו מניעה. הם יכולים ליצור ולפנות לערכאה שיפוטית ולדרוש מביהמ"ש לומר שמותר להם לייצר את היצירה הזו. זה **נותן וודאות הרבה יותר משמעותית**, וכן גם מעודד את הצדדים לעשות עסקה – למנוע את ההגעה למשפט ולהגיע לעסקה ביניהם. כלומר, אם זה יהיה כלל ברירת המחדל, אחוזים מאוד משמעותיים מהעסקאות ייגרמו מהסכמה. זה יגיע בכל זאת לבתי משפט במקרי קצה, כי הם עוזרים לנו בכמה מצבים:
3. מדובר ביצירה נגזרת אבל הצדדים חלוקים במידת תרומתו של כל אחד. זה טוב שיגיע לביהמ"ש כי זה ילמד להבא מה לעשות במצבים דומים
4. במצבים בהם יש מחלוקת בין הצדדים האם באמת מדובר ביצירה חדשה.
5. היוצר השני יגיד שהיצירה החדשה היא לא מפרה (לא משתמשת בכלום מהיצירה הראשונה, ואז הוא לא צריך לשלם כלום), או שבמקרה היצירה החדשה נופלת בקטגוריה של "שימוש הגן" (כאילו הפרה, אבל פטור מהשבה).

שלושת מצבים אלה יובילו למשפט, אבל הם ייצרו וודאות בקרב מקרים דומים וכך יפחיתו הגעה של מקרים כאלו לבהימ"ש.

* הזכות המוסרית מורכבת משתיים: 1) הזכות לקרדיט - שהיצירה תשויך ליוצר. 2) הזכות לשלמות היצירה - שלא יעשו שינויים ביצירה באופן שפוגע בכבוד של היוצר.

**הרצאת אורח: ד"ר שירלי תומר – דיני התכנון והבניה: על התפר שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי**

**מה בתכנון?**

* מבוא – מבנה מערכת התכנון
* נחיצות דיני התכנון
* המתח בין דיני התכנון לדיני הקניין
* פיצויים תכנוניים לעומת פיצוי נזיקי
* האם תכנית יכולה לשמש לצרכי פיצוי

**מבוא – מבנה מערכת התכנון**

חוקי יסוד -> חקיקה ראשית -> חקיקת משנה – תקנות, תכניות בניין עיר

* תכניות בניין עיר נמצאים בדרגה של תקנות. ניתן להשוות אותן לחקיקת משנה. מי שכותב תכניות מתאר.

כשאנו, כשמשפטנים, מפרשים תוכנית מתאר, אנו נשתמש באותם כלים כמו לפרשנות חיקוק. הפרשנות התכליתית – מה הייתה כוונת המתכנן. מה היה ההיגיון התכנוני ליצור את התכנית ככה.

**פירמידת התוכנית**

1. תכנית מתאר ארצית – התכנית מתייחסת לעקרונות. מעט מאוד פירוט מתוקף העובדה שהתוכנית מתייחסת לכל הארץ
2. תכנית מתאר מחוזית – עם יותר פירוט. מסבירה את פרישת היישובים במחוז, השטחים הירוקים, צירי תחבורה ראשיים ברחבי המחוז. כוללת בהוראותיה הנחיות כיצד מכינים תוכניות מתאר מקומיות
3. תכנית מתאר מקומית – עיקר העשייה. הרבה יותר מפורטת.

תכנית מפורטת – עיקר העשייה. תכנית מתאר כוללנית – המסמך החשוב. קובע את "החזון התכנוני" של עיר מסוימת, של יישוב מסוים. כמו למשל תוכנית המתאר הכוללנית של ת"א. תוכנית שכוללת את כל מה שנדרש לבנייה. מפורטת בצורה מקסימלית.

1. היתר בנייה – המסמך שמכוחו בפועל ניתן להתחיל לבנות.

**כל תוכניות חייבת להתאים לכל התוכניות שמעליה** – מכאן שהתוכנית המפורטת חייבת להיות תואמת למקומית, המחוזית והארצית.

* נותנת דוגמא לתוכנית מתאר בת"א. העו"ד אמרה שהתוכנית לא תאמה לתוכנית שמעליה וערערה על כך. בפועל וועדת הערר קיבלה את הטיעון שהציגה העו"ד.

**פירמידת הוועדות**

מועצה ארצית (עוסקות בעיקר בתכנון הארצי והמחוזי) -> ועדה מחוזית (עוסקות בעיקר בתכנון המרחב המקומי) -> ועדה מקומית (עוסקות בעיקר במרחב המקומי).

* ההבדל בין הועדה המחוזית למקומית הוא שהן מחולקות לפי אזורים.

טענות כלפי מערכת התכנון – עובדת מאוד לאט, ולוקח הרבה שנים להוציא זאת לפועל.

המחוקק מחוקק חוקים כדי להוריד את העומס מהמחוזיות ולהעביר חלק מהעומס למקומיות.

חילקו את הועדות המקומיות לתת קטגוריות:

יש ועדות מקומיות משובחות, יש כאלה שהן משובחות ממש, ויש כאלה שהן רגילות – הכל מתייחס לכמה זכויות ו"כוח" יש להן.

הדבר מחזק את **היתרונות** של הועדה המקומית: קרובה לשטח ויודעת הכי טוב עבור השטח שלה. מנגד זה יכול להוות **חיסרון**, שהדבר יכול לפגוע בטוהר המידות.

**צידוקים לקיומם של דיני תכנון**

כשבאים לפתור סוגייה בתכנון ובנייה, כמעט אף פעם לא ניתן להסתפק במשפט הציבורי. נהיה חייבים לייבא כלים ועקרונות מהמשפט הפרטי כדי לסייע לנו בפתרון הנכון של הסוגייה. זאת מאחר שכמעט תמיד יש צדדים שלישיים, ולא רק האזרח מול הרשות.

**למה אנו צריכים דיני תכנון ובנייה? למה שלא נסתפק רק בכלים של המשפט הפרטי (דיני נזיקין, חוזים וכו')?** לפי ניתוח כלכלי של המשפט התשובה היא לא – לא ניתן להסתפק רק בפרטי. חייב כוח כופה של המשפט הציבורי.

דוגמא: **מתחם חסן עראפה** – מתחם בו היו מוסכים רבים. פינו את המוסכים שהיו שם. בנו מגדלי משרדים. הדבר מדגים את הבעייתיות שבלב אזור משרדי יש שימושים נורא מזיקים.

**צידוקים:**

1. **אספקת מוצרים טובים לציבור.** לדוגמא: גינות ציבוריות בלב שכונות מגורים.

הבעיה: תופעות של סחטנות ועלויות עסקה. יותר משתלם שאחרים יקנו את הגינה הציבורית, ואני אוכל להשתמש בה (גם אם זה בכסף). במצב כזה שלא היה כוח כופה, כפייה של העירייה להפקיע את השטח לטובת כלל הציבור, כנראה שלא הייתה את אותה כמות של גנים ציבוריים.

דוגמא למוצר ציבורי שכן הופרט וזה טוב: **חניונים.** דווקא השוק הפרטי נותן בו את הפתרון. דוגמא נוספת, **תמ"א 38** – הגנה מרעידות אדמה. במקום שהמדינה תחזק בתים, היא נתנה זכויות בנייה כדי שהשוק הפרטי יעשה עבודה. ובאמת אנו רואים שיש כמות אופטימלית של בתים מחוזקים. לכן צריך כוח כופה של דיני התכנון.

1. **הגבלת שימושים מזיקים** – לא יצירת שימושים טובים לחברה, אלא הגבלת הפרטים משימוש מזיק. כמו למשל זיהום אוויר.

הבעיה: לאף אחד לא משתלם להגביל את עצמו. התרומה שלי יחסית לזיהום האוויר הכללי היא קטנה. לכן, במשקפיים של תועלת כלכלית, הטענה היא שלא ניתן להגיע לכמות אופטימלית של הגבלות ללא דין כופה.

1. **התפתחות "טבעית"** – לרשויות התכנון, לוועדות התכנון, יש המון כלים לאסוף מידע רלוונטי על כל מני נתונים דמוגרפיים ועוד מידע חשוב וחיוני להתפתחות דיני התכנון.

תיצור בעיה בפיזור המידע החיוני לקבלת החלטות ארוכות טווח.

1. **שיקולי צדק חלוקתי** – שוק פרטי פחות נותן את דעתו לשיקולים של צדק חלוקתי, לעומת דיני התכנון והבנייה. למשל, פיצוי על נזק תכנוני. כאשר ועדה מאשרת תכנית משיאת ערך וטובה, אך יש לה גם החצנות שליליות, בעל הקרקע הניזוק יכול לדרוש פיצויים מהוועדה, וזו צריכה לשלם לו בגין ירידת הערך מתוך הקופה הציבורית.

**קניין מול תכנון – זכות הבעלות**

* ס' 3 לחו"י כהאו"ח: "אין פוגעים בקניינו של אדם".
* ס' 2 לחוק המקרקעין: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין ולפי הסכם".

מצד אחד ס' 3 מבטא את עיקרון **האוטונומיה של הקניין** – לבעל הקרקע יש אוטונומיה מלאה. ואז מגיע ס' 2 לחוק המקרקעין **ומציג סייג** – "בכפוף לכל דין והסכם" – בעצם רשום שעל בעל הקניין הכל מותר, למעט אם יש מגבלה.

* ס' 8 לחו"י כהאו"ח: "אין פוגעים בזכות לפי חוק זה, אלא בחוק ההולם את ערכי מדינת ישראל..." – כלומר כן ניתן לפגוע פגיעה מסוימת העומדת במבחני המידתיות.

דיני התכנון והבנייה הופכים את הפירמידה הזו – לפי חוק המקרקעין לכאורה הכל מותר חוץ ממה שאסור. לפי דיני התכנון והבנייה הכל אסור, למעט דברים ספציפיים.

נשאלת השאלה, האם המגבלה על הזכות הקניינית עומדת בתנאי ס' 8, פסקת ההגבלה?

**הסוגייה עלתה בעניין חוף התכלת**

**העובדות:** התמ"א שחלה באזור קבעה שהייעוד יהיה לדירות נופש. הייתה סוגיה האם מדובר בדירות, מגורים פרטיים, בהם כל אחד יכול לגור מתי שירצה, או סגנון של מלון.

**ביהמ"ש העליון** אמר שמכיוון שיש משאב איכותי, חוף הים, ויש אינטרס ציבורי שכל הציבור יוכל להנות מאותו משאב ייחודי, במצב כזה ההגבלה על זכות הקניין עומדת בתנאי פסקת ההגבלה – תכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

**מסקנה:** זכות הקניין זה דבר חשוב, אבל אין מנוס מפגיעה בה לעיתים, כדי שלנו כחברה יהיה מערך שימוש לקרקע יותר צודק ונכון לטובת הציבור.

**שיתוף במקרקעין – המתח בין קניין לתכנון**

שאלה – האם הקניין יכול להגביל את התכנון? האם אדם כבעל קרקע יכול להגביל את השותף שלו מלממש את הזכויות התכנוניות שלו?

* בית משותף – דרך רישומים שקבועה בחוק המקרקעין. רישום בטאבו בקרקע משותפת כאשר מדובר בבניין. למשל אם יש 10 דירות בבניין, כל אחד מהדיירים יכול להירשם כבעל דירה מסוימת = בית משותף.
* בנייה בקרקע משותפת – **ס' 30(ג) לחוק המקרקעין** – דורש הסכמה של כל השותפים. מכיוון שבנייה חורגת מדבר רגיל, זה מצריך הסכמה של כל השותפים. אולם יש הקלות:
* תוספת בנייה בבית משותף – מצריכה הסכמת בעלי כל הדירות. אבל יש חריגים: 75% מבעלי הדירות, עבודות לפי תמ"א 38 – 60%-80%)

**המשמעות – לא ניתן לממש זכויות תכנוניות אלא אם יש הסכמה**

מצד שני, תקניות הרישוי (תקנה 36): צריך הסכמה של כל השותפים, אבל יש חלופה – מנגנון יידוע.

**נוצר פער** – האם הן יכולות להסתפק במנגנון היידוע כמו שקובעים דיני התכנון והבנייה?

**הנושא עלה בפס"ד הועדה המקומית גבעתיים נ' בני אליעזר**

**העובדות:** בית משותף בגבעתיים שהיה מורכב רק משתי דירות. אותן שתי דירות היו רשומות כבית משותף, כאשר הגג שלהן היה רשום כרכוש משותף. כלומר, הוא לא היה נחשב לאחת הדירות. לכן, כדי להרחיב דירה מסוימת על הגג, צריך הסכמה של 75% לפי חוק המקרקעין.

**שאלה:** מה עושים במצב כזה? לכאורה כל אחד מהבעלים יש זכות וטו?

**ביהמ"ש:** מבחינת סמכויות, הסמכות של מוסד התכנון היא לדון רק בשאלות תכנוניות (כגון פרשנות תמא, רווי בניין, מספר הקומות). ועדות התכנון לא יידונו בזכויות קנייניות. אולם, אם הועדה שאמורה להוציא את ההיתר סבורה שאין למבקש ההיתר אין זכות קניינית לממש את ההיתר, הועדה יכולה רשאית לומר שהיא לא דנה בזה – לכך יש משמעות כבדת משקל למבקש ההיתר, שכן הוא חייב ללכת לביהמ"ש האזרחי ולדרוש זכות בקרקע ולממש את הבנייה, כי הועדה המקומית עוצרת בעדו ולא נותנת לא היתר בנייה.

ביהמ"ש רצה למנוע מהועדות המקומיות לקיים דיוני סרק. בנוסף, הוא חושש שתקום בנייה בלתי חוקית ובניגוד לזכויות הקנייניות.

**הנושא העלה המון דיונים בשאלה, מה זה "תימוכין קניינים?"**

באיזו רמה צריך להוכיח את הזכות הקניינית?

* תימוכין קנייניים – לא הוכחת זכות מלאה, אלא להוכיח שאין מיעוט חוסם. כלומר, להראות שאין בעלי דירות שמתנגדים.

הדבר השתנה בפס"ד **עע"מ 795/19** **קנרוב טליאט:** ביהמ"ש אמר **שחייב חתימה פוזיטיבית של כל השותפים**.

מקרים בהם העו"ד טיפלה:

**מגרש תכנוני בבעלות חברת "גוש חלקה"**

חלקה הרשומה על שם חברת "גוש חלקה". הלקוחות הגישו בקשה להיתר. הבעיה שבסיטואציה הספציפית הזו, חוזה החכירה שבין החברה לבעלים, אמר שכל בקשת היתר חייבת לקבל הסכמה של החברה. החברה סירבה לחתום על בקשת ההיתר. התיק הגיע לוועדת הערר. נאמר שהשיקול הוא סוגייה חוזית. ועדת הערר קיבלה זאת.

**סיטואציה נוספת – בניה על רכוש פרטי:** העו"ד ייצגה בעלי דירות שהתנגדו לפרויקט. עפ"י בקשת ההיתר של הפרויקט, הועדה המקומית דרשה משהו לגבי השטח. הלקוח של העו"ד אמר שזה לא הגיוני, שהבקשה לא הגיונית. יתרה מזו, מה שהיזם סימן בבקשת ההיתר זה שהיזם יהרוס את הקיר של הלקוח, ויבנה קיר חדש. כמובן שלא ניתן להכריח אדם להרוס את הקיר שלו ולבנות חדש.

כאשר יזם מגיע למקום מסוים, עליו ללכת ל"דיירים" שצריך את הסכמתם למימוש הפרויקט. משום שלהכריח אדם להיכנס אליו לדירה זה דבר לא מתקבל על הדעת.

**מנגנוני ההגנה של רשויות המדינה**

* מתחם הסבירות – בתוכו רשאיות הרשויות עפ"י שיקול דעתן וביהמ"ש יימנע מלהתערב. קשה להוכיח שרשות התכנון חרגה ממתחם הסבירות.
* חזקת תקינות המעשה המנהלי – כוח שהמחוקק רוצה להעניק לרשות כדי שתוכל לפעול ללא פחד.
* בטלות יחסית – דוקטרינה שאומרת שיש להבחין בין עצם קיומו של הפגם לבין תוצאותיו. לא כל פגם משמעו ביטול הפעולה המנהלית – מטיל על בעל הקרקע את החובה להיות ערני. ברגע שיש פגם, רשות התכנון תטפל בזה, ולא בהכרח תבטל את הפעולה המנהלית.

**פיצוי בגין פגיעה תכנונית**

**איזה הבדל יש בין פיצויים תכנוניים לנזיקיים?**

ס' 197 לחוק התכנון והבנייה: מנגנון פיצוי בגין נזקים שנגרמו מתוכנית. התוכנית גרמה לנזק למקרקעין שנמצאים בתחום התכונית (פגיעה ישירה), או בגבול (פגיעה עקיפה). אם ירידת הערך נוצרה כתוצאה מהתוכנית (קש"ס), בעל הקרקע רשאי לתבוע פיצוי, כאשר תקופת ההתיישנות היא 3 שנים בלבד.

**פס"ד פרי הארץ - רציונליים**

* צדק חלוקתי – כשמוסד תכנון מאשר תוכנית שמשיאה רווחה חברתית, לא תוכנית רשלנית, אלא טובה לציבור בכללותו, כמעט תמיד יהיו לה החצנות שליליות (כמו למשל שכונת מגורים ליד צמודי קרקע. ברור שצמודי הקרקע רצו שיהיה אוויר). הוועדה המקומית גובה היטל השבחה ומשלמת פיצויים לאותם בעלים אחרים של קרקע שספגה החצנה שלילית.
* יעילות כלכלית – כאשר הועדה המקומית יודעת שהיא צריכה לפצות על תוכניות שגורמות לנזק, היא תחשוב פעמיים ותצטרך להוכיח שהתועלת עולה על הנזק, משום שאז היא זו שתשלם על הנזק.

דוגמא: תוכנית לשימור מבנים.

**ירושלים נ' ברעלי:** הפגיעה נבדקת עפ"י מבחן אובייקטיבי של פגיעה במקרקעין ולא על פי הפגיעה בפועל במחזיק בהם באותה עת.

**פס"ד נתב"ג 2000:** סף הרעש הסביר אינו רלוונטי. הנזק אינו נמדד על פי ה"אדם הסביר", אלא עפ"י הערכים שהשוק מייחס למקרקעין הנפגעים. זה לא רלוונטי כי הדבר היחידי שהוועדה המקומית צריכה לבדוק זה האם נגרמה ירידת ערך לשווי המקרקעין.

סייג לפיצוי – ס' 200: הועדה המקומית תהא פטורה מפיצוי כאשר היא מוכיחה 3 תנאים:

1. קטגוריות הפטור – התוכנית תענה על אחת מקטגוריות הפטור (כולל הכל)
2. פגיעה שאינה עולה על הסביר – **פרשת הורוויץ** קבעה קריטריונים לסבירות הפגיעה
3. עוצמת הפגיעה
4. מידת פיזור הנזק – עד כמה הנזק, אותה החצנה שלילית הנובעת מהתוכנית, הוא נזק מפוזר. כלומר, האם הוא על פני הרבה בעלי קרקע (כגון, שכונה שלמה) או מעט.
5. חיוניות האינטרס הציבורי – יש הרבה סוגים של תוכניות, כאלה שמשיאות רווחה כלכלית, ויש תוכניות מאוד נקודתיות שמועילות רק לבעל קרקע ספציפי.
6. מבחן הצדק – עפ"י נסיבות של כל מקרה ומקרה.

מה שמעניין בס' 200 זה התאוריה של האחריות החברתית שטמונה בזכות הקניין. זכות הקניין איננה זכות חד ממדית, אלא מורכבת מהרבה מאוד תתי זכויות וגם מחובות – הזכות להשתמש בקרקע, להורישה, להעבירה, לפרק שיתוף וכו', וגם חובות. אחת החובות היא חובת האחריות החברתית, חובה האומרת שכל אחד כבעל קרקע הוא חלק ממכלול. החברות שלו בתוך אותו ציבור מטילה עליו אחריות על שאר בעלי הקרקע**. כדי לקיים חברה תקינה ומערך מועיל וצודק של שימושי קרקע, מוצדק לפגוע לפעמים ובאופן מידתי בכל אחד מבעלי הקרקע, כדי שהרווחה המצרפית של החברה תגדל**. כמובן שהפגיעה חייבת להיות מידתית, אולם מוצדק לדרוש מבעל קרקע ספציפי לספוג נזק מסוים כדי שהציבור ייהנה מאותה תוכנית משיאת רווחה כללית. זה בדיוק מה שאומר ס' 200.

**היחס בין תביעת נזיקין לבין תביעת 197**

**פס"ד רות קטן**

**השאלה המשפטית:** האם תביעה לפי סעיף 198 היא מישור מקביל לתביעת נזיקין, או מישור חליפי?

**לא**. נזק שמכוסה ובר פיצוי לפי 197, לא ניתן לתבוע בנזיקין. כמה סיבות:

1. כל ירידת ערך היא ברת פיצוי. כלומר לא צריך להוכיח התרשלות או אחריות של הרשות. מצד שני, רק בעלים של קרקע בתוך תחום התוכנית או גובלת יכול לתבוע. גם יש תקופת התיישנות מאוד קצרה. אולם זה האיזון שרצה המחוקק לתת כאשר מטילים חובת פיצוי על הרשות.
2. המחוקק רוצה לפטור חלק מהנזקים מפיצוי בהתאם לעיקרון האחריות החברתית.
3. מערכת השיקולים בנזקים שבין אדם לחברו שונה מאשר בין אדם לרשות – לא נרצה להטיל על הוועדות חובת פיצוי גדולה כי הן יקרסו. מדובר בשיקולים רוחביים ומערכתיים שכמעט ולק קיימים במשפט הפרטי בדיני הנזיקין.

**החריג:** כאשר לתובע אין כלל זכות תביעה לפי ס' 197 – קרקע לא גובלת: קיימת זכות לתביעה על פי דיני הנזיקין אך הדין המהותי יהיה עפ"י המשפט המנהלי (העו"ד אומרת שזה לא כ"כ מתיישב). לכאורה אותו אדם כן יכול להגיש תביעה נזיקית. זה לא מתיישב משום שאם יש מערכת איזונים, אז חלק ממנה זה הקביעה מי רשאי לתבוע ומי לא. בעצם ביהמ"ש אומר שמי שלא גובל בכלל, הוא יכול לתבוע פיצוי בנזיקין, אולם הדין יהיה במשפט המנהלי.

* קרקע גובלת – גבול החלקה של התובע צמוד לגבול התוכנית

נוצר מצב פרדוקסלי שמי שבכלל לא נפגע (מי שהקרקע שלו לא גובלת) זכאי לתביעה נזיקית, אולם מי שכן נפגע (מי שהקרקע שלו כן גובלת), לא יכול לתבוע בנזיקין.

**האם תוכנית יכולה להיות מכשיר לפיצוי עבור הפקעת קרקע**

האם ניתן לפצות על הפקעת קרקע על ידי תוכנית, על ידי זכויות בנייה?

באיזה אופן ניתן להפקיע קרקע בישראל?

1. **פעולת הפקעה** – פרוצדורה מסוימת. מסירת הודעה לבעל הקרקע, זכות טיעון, פיצוי לניזוק וכו'.
2. **תוכנית איחוד וחלוקה** – הפיצוי ניתן בדרך של זכויות בנייה. איחוד וחלוקה הינו מכשיר בו החלוקה הקניינית הקיימת לא מתאימה לחלוקה התכנונית החדשה שרוצים להחיל על אותו שטח. ואז נוצר מהלך בעל שני שלבים: (א) מחיקת כל הגבולות הפנימיים, (ב) חלוקה חדשה לפי התכנון החדש. בעצם הבעלים מקבל זכויות חדשות במיקום אחר, ויכול להיות שמצא שותפיות חדשות, שטח הקרקע הפרטית קטן, אולם השטח שווה הרבה יותר (כי יש לו זכויות בנייה). במצב כזה לא צריך לשלם פיצויי הפקעה כי שווי החלקה עלה ולכן אין על מה לפצות (עדיף את זה מפיצויי הפקעה).

עיקרון השוויון היחסי – כיצד ניתן לדעת איזה שטח יינתן לבעלים? בודקים לגבי כל אחד מבעלי הקרקע מה היה החלק היחסי בשווי במצב שקדם לתוכנית, וגם במצב החדש בודקים את "עוגת ההשבחה" שנובעת מהתוכנית החדשה, ומחלקים לפי היחס.

**הכללת הקרקע המיועדת להפקעה בתוכנית המשביחה – תמ"ל/1038 גני אז"ר**: מקרה שטיפלה בו העו"ד. היה אמור להינתן פיצויי הפקעה. הבעלים אומרים שהם לא רוצים פיצויי הפקעה, אלא רוצים להיכנס לתוכנית איחוד וחלוקה (כי הפיצויים הללו עדיפים יותר). כדאי ליזמים לשלם פיצויים כאלה משום שלא יתבזבז להם סך פיצויי הפקעה. מי שעתיד להיפגע מהמהלך הוא הבעלים שנמצא בתוך התוכנית.

הפרקטיקה הזו כן הייתה הנוהגת, עד שלפני כ-20 שנה אמר שלא ניתן לפצות על הפקעה בדרך של תוכנית. המהות של תוכנית היא שיקולים תכנוניים טהורים. אולם, לא לצורכי פיצוי. כדי לתת פיצוי יש את החוק (פיצויי הפקעות) ואין שום סיבה להכניס אותם לתוכנית.

הם אומרים שבתוך תחום התוכנית יכולים להיות רק תשתיות שישרתו את השכונה, שיש להם זיקה ממש לתוכנית.

**סיבות להצדקה של פיצויי תוכנית איחוד:**

1. שיקול תכנוני לגיטימי.
2. אף אחד לא מפסיד מהדבר הזה – הרשות הציבורית חוסכת פיצויי הפקעה, הבעלים מקבלים זכויות בנייה, והבעלים שבתוך התוכנית חסרי טיעון לגיטימי. הם בעצם אומרים שהם לא מוכנים להיות עשירים, אלא "עשירים מאוד".
3. מסך הבהרות – התאוריה מדברת על איך החברה תקבע מהו הכלל הצודק שלפיו יש לפעול, האם להכניס אותו לתוכנית או לא. אנו נדמיין שאנו תחת מסך של בהרות, בו אין לנו צד ואנו לא יודעים מה תפקידנו, מה הכלל שהיינו בוחרים. העו"ד חושבת שאין ספק שכל הצדדים היו בוחרים לחלוק את עוגת ההשבחה גם עם הבעלים של הקרקע שעומדת להיות מופקעת.

בפועל, המדינה לא קיבלה את זה.

בהצלחה רבה רבה! 100 במבחן בע"ה 😊