**צ'ק ליסט – תרופות במשפט הפרטי**

- דיני חוזים מבטאים הסתמכות, ודאות וציפייה, אוטונומיה ותועלת.

- דיני נזיקין הם דיני אשם, מדובר באשם מוסרי (מעשה שגוי בכוונה או במזיד) ואשם חברתי (עוולה נזיקית בלי התנהגות שאינה מוסרית). בדיני נזיקין הרעיון הוא הנזק, ישנם שני רבדים : א. בין ניזוק ומזיק – פיצוי בדיעבד (Ex-Post) ב. היבט מניעתי – הרתעה, כלומר עיצוב התנהגות מלכתחילה (Ex-ante).

- דיני קניין מבטאים שליטה, סמכות, אוטונומיה ומימוש עצמי, בלי דיני קניין ייווצר מצב שהחזק גובר.

- דיני עשיית עושר ולא במשפט, מתמקדים בנתבע ובתועלת שלו ולא בנזק שקרה לתובע, כלומר דינים אלה הם נטולי אשם. לדיני עשיית עושר יש 3 יסודות (התעשרות, שלא כדין, על חשבונו של אחר). הנתבע יכול להיות אקטיבי ויכול להיות פסיבי.

**תיאוריות של תרופות-**

1- תרופות בראי הגישה הפוזיטיבית – (Goldberg & Zipursky)התאוריה אומרת ברמה הבסיסית שלה שצריך להטיל אחריות על האשם. נשאל בגדול מה המצוי ומה הרצוי, יש זכויות לכל אדם שלא יזיקו לו וחובה עליו לא להזיק. כשיש פגיעה בזכות, יש הפרה בזכותו הראשונית של האדם שלא יזיקו לו, ואם התובע הוכח שהחובה הופרה אז עומדת לו זכות משנית. לסיכום התאוריה אומרת שפשוט המעוול ישא באחריות, ולפיה המדינה היא שחקן מרכזי במערכת התרופתית אך מיטל מתנגדת.

2- תרופות בראי הצדק המתקן (ארנסט וינריב)- פס"ד Palsgraf v. Long Island Railroad Co.) (אם לא נפגעה זכות אז לא הופרה חובה, ולכן אין עילה נזיקית, ואם הופרה כלפיך חובה אז יש זכות. יש 2 רעיונות של צדק מתקן: **א. קורלטיביות –** רעיון של פלוס ומינוס, מדובר בצדק כרעיון כמותי, כדי לקיים שוויון יש להחזיר את המצב לקדמותו, וצריך שיהיה הפיצוי מדויק. קיימת פגיעה נורמטיבית ופגיעה עובדתית, התרופה מאפשרת לרפא את אי הצדק שנוצר בין התובע והנתבע, יש להתאים בין הניזוק מול המזיק, והתרופה מול הפגיעה. **ב. המשכיות –** התרופה היא החזות של מה שהיה לי במשך הזמן, מסתכלים על היקף הפגיעה, חומרת הפגיעה וכו'.. זכותי לעולם לא הפסיקה להיות שלי. התרופה מגלמת את זכותי שממשיכה לפעול (אין כאן שיקולי יעילות. **צדק מתקן וצווי מניעה (פס"ד ..)-** צדק מתקן הוא עולם של זכויות, מתמקדים בזכות שנפגעה ובהיקפה וייקבע פיצוי בהתאם, על כן צריך שהתרופה תאפשר לאדם שישתמש בנכסו, וזה מתבצע דרך צו מניעה.

3- תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי – התובע והנתבע אינם רלוונטיים, התרופה רוצה להשיג מטרה, אין לה היגיון של צדק, רוצים להשיג יעילות ולמקסם רווחה מצרפית (ג'רמי בינת'ם). בדיני חוזים משיאים רווחה כלכלית ומגדילים את העוגה, לעומת זאת בדיני נזיקין מצמצמים עלויות, נזק והוצאות. **יש 3 דרכים למיקסום רווחה מצרפית :**

א. פיצויים במצבים של רשלנות – (א. נוסחת הנד ב. מונע הנזק הזול) , לפי **נוסחת הנד** כשעלות מניעת הנזק קטנה מתחולת הנזק אז יש התרשלות, אנחנו רוצים שהמזיק ינסה למנוע הנזק. לגבי **מונע הנזק הזול**, אנו מטילים אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר, רוצים שננגוס הכי פחות מהעוגה. ישנה גם דוקטרינת **שוקל הנזק הטוב** (קלברזי והירשופף), והוא מי שיכול היה לזהות מי הוא מונע הנזק הזול, והוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית עלויות, דוג' – בנק .

ב. פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוחלטת – ברשלנות אנו פוטרים את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתחולת הנזק. באחריות מוחלטת (מוגברת) המזיק מפצה על הנזק בכל מקרה. קיימת ביקורת על אחריות מוגברת : \* אנשים לא יזהרו \* לא בטוח שזה יעיל, יכול להיות שהמזיק הוא מונע הנזק הזול. אם הניזוק היה רשלן אז אין אחריות מוחלטת .

ג. פיצויים או צו מניעה – **התאוריה של קוז,** לא משנה מה הכלל המשפטי, בסופו של דבר התוצאה תמיד יעילה. **קלברזי ומלמד**, בניגוד לקוז מתייחסים לעולם לא מושלם. הם אומרים שכשעלויות העסקה נמוכות נבחר בכלל הראשון (כלל קנייני) שאומר צו מניעה, מכיוון שיכול להיות שהעסקה אינה יעילה מלכתחילה או שמישהו ניסה לרמות, אנו רוצים לתמרץ אנשים לקיים עסקאות יעילות. וכשעלויות העסקה גבוהות נבחר בכלל האחריות, נותנים קר פיצוי, וכך נמנע סחטנות. (אתא נ' שוורץ) (שוורץ נ' שר האוצר) , נותנים פיצוי בהתאים להיקף הפגיעה.

חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין – בדיני קניין ההגנה על הזכות היא באמצעות הדרישה להסכמה, בדיני נזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים. (קלברזי ומלמד), אם נשתמש בכלל האחריות כנראה שאנו נרצה להגן רק על שוויו של האינטרס, ובכלל קנייני נרצה להגן על השליטה על האינטרס . פס"ד (**Vincent v. Lake Erie Transportation Co.)** נראה שלפי דעת הרוב, במקרה של צורך, בעל הצורך יכול להשתמש בנכס ללא רשות בעליו, אך אם ייגרם נזק לנכס יהיה עליו לפצות את הבעלים, במילים אחרות כשעלויות העסקה גבוהות, ביהמ"ש ייתן פיצוי כדי למנוע סחטנות.

חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין- בדיני חוזים מערכת היחסים הינה בין אנשים שמכירים אחד את השני ובחרו להיכנס בחוזה, אבל בנזיקין מדובר ביחסים בין זרים כלומר עסקאות שלא מבחירה. בנזיקין אנו מגנים על שלמות הגוף, בחוזים מקצים את הקניין ולוקחים את הסיכונים אם העסקה לא תתממש. דיני נזיקין משרתים את דיני החוזים (ס' 62 לפהנ"ז).
פס"ד ( **Hawkins v. McGee),** צדק מתקן הינו תלוי זכות, הוא לא רק קיים בדיני נזיקין, לפי הפסק דין הפגיעה בשלמות הגוף מובילה לתוצאה אחרת מאשר התמקדות בזכות החוזית.

חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין – פס"ד ( **Moore v. Regents of the University of California**), אנו לא בדיני נזיקין מכיוון שהניתוח צלח, בין המטופל לרופא נפגעו יחסי אמון, אנו רוצים שהרופאים יגלו את המידע למטופלים (כולל המידע הכלכלי). האינטרס שנפגע הוא האמון, וזה אינטרס מאוד חשוב בדיני עשיית עושר. התרופה הינה שלילית רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת הזכות. לעומת זאת היו קשיים: א. קושי סיבתי עובדתי הנובע מאי ודאות ב. אי וודאות הקשורה לבעיית ההיפותזה.

**סעדים מן היושר –** דיני עשיית עושר התפתחו מדיני היושר. הסעדים שעליהם נדבר הם נאמנות קונסטרוקטיבית ועקיבה מושגית.
1- נאמנות קונסטרוקטיבית – היא נאמנות רגילה מצויה בעולם החוזים. יש שני צדדים לחוזה נאמנות "נאמן" ו "נהנה", הנהנה זכאי שהנאמן יפעל עבורו לפי החוזה ולפי תנאיו. הרעיון אינו רק שלילת רווחים אלא סעד. הנאמן מחזיק עבור הנהנה את הרווחים והנהנה יכול לדרוש אותם, אך הוא אינו בוחר ביחסי הנאמנות. הצד החזק הוא הנאמן. הסבר תיאורטי של פס"ד ( **Snepp v. United States**): לפי שיקולי יעילות מנק' מבט של בדיעבד (יעילות לאחר מעשה) הנזק הוא אפסי אבל הפגיעה בחופש הביטוי גדולה. לגבי יעילות מנק' מבט של מלכתחילה, נזק שכעת לא התממש, אולם תחולת הנזק עצומה (דעת הרוב).

2- עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)- היא תרופה קניינית , מדובר בעקיבה following”" שהיא זכות עקיבה על הנכס. בעקיבה מושגית לא מדובר רק על עקיבה רגילה אחרי הנכס, אלא יש אפשרות לעקוב אחרי הגלגולים השונים של הנכס בצורותיו השונות. יש שני פסקי דין מרכזיים **( Foskett v. McKeown**) (**Attorney General of Hong Kong v. Reid)** הקשר ביניהם הוא שהתובעים בעלי זיקה קניינית שניטלו שלא כדין עקב היחסים המיוחדים בין התובעים לנתבע. לכן, הוכחה יכולתם של התובעים לעקוב אחרי הכספים לתוך הנכסים שנקנו מהם. התנאים לקיומה של עקיבה מן היושר: א. לתובע זכות קניין בנכס שהנתבע השתמש בו ללא הסכמתו ב. אפשרות לעקוב אחרי גלגולי הנכס (זה לא התקיים ב**פס"ד פלאטו שרון**) ג. הפרת יחסי אמון (משפט אנגלי). חשוב לציין שהסעד הזה לא ניתן בקלות על ידי ביהמ"ש. היתרונות של עקיבה מן היושר על פני השבת הכספים ש "נגזלו" הן: א. פונקציונליות, כלומר שלילת הרווחים יוצר הרתעה ב. ביטחון, ברגע שיש עקיבה נרגיש בבטיחות, וכך סעד קנייני תמיד חזק יותר ג. יצירת רווח, הסעד גורם לניזוק להרוויח ולא רק לקבל את הנכס שלו בחזרה.

**פיצוי עונשי –** הרעיון של הפיצוי הוא השבת המצב לקדמותו (צדק מתקן), מטרת הפיצוי העונשי היא להרתיע את החברה.
פיצוי עונשי ודיני חוזים – מתקיים בתנאי שההפרה לוותה במעשה עוולתי במובן הנזיקי. מבחינה חברתית, יש לגנות מעשים שנעשים בכוונה.

צידוק לפיצוי העונשי בראי שיקולי יעילות: א. בעיית הענישה - שיקולי הרתעה. ב. בעיית היריבות- מדוע כל הפיצוי העונשי לתובע? אולי המדינה תיקח חלק!

צידוק לפיצוי עונשי בראי צדק מתקן – פס"ד (**Jacque v. Steenberg Homes)** 1) רוברט **סטיבנס –** יש הפרה לזכות נורמטיבית, לכן מוצדק פיצוי גבוה יותר. מדובר ביצירת עוולה חדשה שבה אלמנט מוסרי, כלומר אשם מוסרי.
2) **Nezar,** התאוריה אומרת שלא נוצרה עוולה חדשה אלא מעשה עוולתי, לא משנה איזה נזק נגרם, צריך להוכיח אותו, ואם הוכחנו נזק אז נקבל פיצוי. עוולה זו גרמה לשני נזקים (נזק רגיל (נזק גוף), נזק מוסרי). הפיצוי לא ניתן על הנזק הפיזי אלא על הדרך שבה הוא נגרם שהובילה לנזק מוסרי. משמעות הענישה הנזיקית הינה תרופה על נזק מוסרי. נזר מייצר ראש נזק נוסף שהוא נזק מוסרי. נזר פותר את בעיית היריבות – נגרם לניזוק נזק לכן מגיע לו פיצוי, לגבי בעיית הענישה – הוא אומר שיש לתת פיצוי על נזק מוסרי שנגרם על ידי התנהגות עוולתית.
\*\* שתי התיאוריות אינן פותרות את בעיית הענישה .

**חישובים בראייה כלכלית** – אם אנו רוצים להרתיע, נדאג להכפיל את הנזק בהתאם לבעיית האכיפה. (פס"ד אינטגר), כדי ליצור הרתעה אמיתית צריך להתמודד עם בעיית האכיפה.