**תרופות במשפט הפרטי**

**תשפ"ב | ד"ר מיטל גלבוע**

**אלינור מוסה-זדה**

**מבוסס על עדן דהן, אור יצחקי, אופיר לדרהנדלר ושרון מרגוליס**

[שיעור ראשון, 02/03/2022 – מבוא: המשפט הפרטי 2](#_Toc108420482)

[① דיני חוזים 3](#_Toc108420483)

[② דיני נזיקין 3](#_Toc108420484)

[③ דיני קניין 4](#_Toc108420485)

[שיעור 2, 09/03/2022 – מבוא: המשפט הפרטי - המשך 4](#_Toc108420486)

[④ דיני עשיית עושר ולא במשפט 4](#_Toc108420487)

[תיאוריות של תרופות – הרעיון מאחורי הכלל המשפטי 6](#_Toc108420488)

[① תרופות בראי התיאוריה הפוזיטיבית (Goldberg & Zipursky) 7](#_Toc108420489)

[② תרופות בראי תיאוריית הצדק המתקן 7](#_Toc108420490)

[שיעור 3, 23/03/2022 – תיאוריות של תרופות: צדק מתקן - המשך 9](#_Toc108420491)

[③ תרופות בראי התיאוריה הכלכלית של המשפט הפרטי 10](#_Toc108420492)

[שיעור 4, 30/03/2022 - תרופות בראי התיאוריה הכלכלית של המשפט הפרטי: המשך 13](#_Toc108420493)

[שיעור 5, 06/04/2022 – מתיאוריה לפרקטיקה: חפיפה רעיונית של תחומי המשפט הפרטי והשלכתו על התרופה 18](#_Toc108420494)

[חפיפה רעיונית בין דיני קניין לדיני נזיקין 18](#_Toc108420495)

[חפיפה רעיונית בין דיני חוזים לדיני נזיקין 20](#_Toc108420496)

[שיעור 6, 27/04/2022 – חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לדיני נזיקין 22](#_Toc108420497)

[שיעור 7, 18/05/2022 - סעדים מן היושר 24](#_Toc108420498)

[① נאמנות קונסטרוקטיבית 24](#_Toc108420499)

[② עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר) 26](#_Toc108420500)

[שיעור 8, 01/06/2022 – פיצויים עונשיים 28](#_Toc108420501)

[שיעור 9, 15/06/2022 – פיצויים ואפליה: לא למבחן 30](#_Toc108420502)

[❶ הרצאת אורח ראשונה, 11/05/2022 – ד"ר עומד פלד: תרופות ותובענות ייצוגיות 33](#_Toc108420503)

[❷ הרצאת אורח שנייה, 25/05/2022 – ד"ר עומרי רחום: סעדים בעולם הקניין הרוחני 38](#_Toc108420504)

[❸ הרצאת אורח שלישית, 08/06/2022 – עו"ד שירלי תומר: דיני התו"ב, על התפר שבין משפט ציבורי לפרטי 43](#_Toc108420505)

[א. מבוא: מבנה מערכת התכנון 43](#_Toc108420506)

[ב. נחיצות דיני התכנון 44](#_Toc108420507)

[ג. המתח בין דיני התכנון לדיני הקניין 45](#_Toc108420508)

[ד. פיצויים תכנוניים לעומת פיצוי נזיקי 48](#_Toc108420509)

[ה. האם תוכנית יכולה לשמש לצורכי פיצוי 50](#_Toc108420510)

# שיעור ראשון, 02/03/2022 – מבוא: המשפט הפרטי

הקורס יהיה בנוי מ4 חלקים – הכרות ומבוא; תיאוריה; יישום (דיון בהיבטים מורכבים של תרופות תוך יישום התיאוריה שנלמדה בכיתה); ופרקטיקה (היבטים של תרופות במשפט הפרטי באמצעות הרצאות אורח).

**✓ תרופות הם סעדים, שמעניק המשפט בגין פגיעה בתובע-הניזוק וכמענה משפטי לפגיעה בהם.** הסעדים המוכרים במשפט הפרטי הם סוגי הפיצויים למיניהם (בין היתר, פיצויים עונשיים לפי ס' 77), צווים, ויש הסוברים שגם היפוך נטל הראיה מהווה תרופה. יש סעדים גם בתחומים אחרים – עונשיים, מנהליים וכיו"ב, אך במסגרת הקורס נתמקד בזירה של המשפט הפרטי.

**✓** **המשפט הפרטי**

במשפט הפרטי יש ארבעה תחומים מרכזיים שקשורים אחד בשני. המשפט הפרטי נתפס כתחום סטרילי, ברור לנו באיזו קטגוריה אנחנו נמצאים בד"כ:

1. **דיני קניין** עוסקים בזכויות כלפי כולי עלמא שהן זכויות בחפץ (in rem). דיני הקניין מחלקים את הנכסים בעולם באופן ראשוני, וקובעים מי הבעלים של הנכס (בין פרטית ובין ציבורית). אומרים שהנכס הזה הוא שלי ולאף אחד אחר אסור לקחת את החפץ.
2. **דיני חיובים** (obligations) עוסקים בזכויות גברא (in persona). דיני החיובים לא שואלים מה שלי אלא מה אנשים חייבים לאנשים אחרים. יכול להיות שחפץ מסוים הוא שלי אבל אני אהיה חייבת אותו לאחר. בתוך דיני החיובים יש לנו 3 קטגוריות מרכזיות שהם המקורות הקלאסיים לחיוב:
3. **דיני חוזים** - קטגוריה מאוד אינטואיטיבית בדיני חיובים. עפ"י דיני החוזים, מקום שבו כרתתי חוזה, אהיה חייבת לפעול לפיו. חוזה הוא מקור לזכויות וחובות בין צדדים מוגדרים וספציפיים. זה לא רלוונטי לכל העולם ולכן, זה דיני חיובים ולא דיני קניין.
4. **דיני נזיקין** - אותו דבר בנזיקין. א' פגע ב-ב' ולכן א' יהיה אחראי מבחינת הדין לנזק שגרם לב' ויהיה חייב לב' פיצוי. זה אומנם רלוונטי במידה מסוימת לשאר העולם, אבל זה לא משנה את הזכויות והחובות של שאר העולם. מדובר בחיוב פרטי בין הצדדים – המזיק והניזוק.
5. **דיני עשיית עושר** –דיני עשיית עושר יופיעו כשיש לנו חיוב שמבוסס על התעשרות בלתי צודקת של אחד על חשבון אחר. דיני עשיית עושר נראים כתחום חדש אך הם התפתחו הרבה קודם וניתן אף למצוא להם מקורות במשפט העברי.

ההפרדה חשובה בשביל ליצור סדר וארגון, כל תחום בא להסדיר היבט אחר בחיים ולו תכליות ורציונליים שונים, וכנגזרת מכך השאלות, שנשאלות במסגרת כל אחד מהתחומים, שונות. לכל תחום יש את הייחודיות שלו. כאמור ההפרדה נועדה ליצור הבחנה אבל היא לא דיכוטומית, **התחומים מושפעים אחד מהשני**. עצם ההכרה באבחנה מגלה לנו לא רק מה מיוחד בכל אחד מהם, אלא גם איך אפשר ליצור זיקות ולפתור בעיות בעלות מכנה משותף.

**🡨 רקע היסטורי** - החלוקה לארבעה תחומים היא די המצאה של אחרי המאה ה-19. בפועל, עד המאה ה-19 בעיקר במשפט האמריקאי כל התחומים האלה נידונו תחת מטריה אחת. מה שהיה מעניין הוא הסיפור העובדתי, ספרי המשפטים של לפני המאה ה-19 היו מסודרים לפי הסיפורים המשפטיים: "מה קורה כשבעל אחוזה..." וכד'.

בסביבות המאה ה-19, המשפט הופך להיות דומה יותר למדע (מסיטואציות עובדתית ל"משפט כמדע"). אנחנו מתחילים להבחין בין המקרים ומגדירים כל סכסוך בשם. ההתבוננות על המשפט כמדע היא נורא מעניינת – כמו שתרופות במדע נועדו לרפא מחלה, כך הסעדים במשפט נועדו לרפא את העוולה.

**המחיר של החלוקה לקטגוריות:** מצד אחד, החלוקה מייחדת כל תחום ונותנת לנו וודאות באיזה תחום אנחנו נמצאים. מצד שני, החלוקה לא הרמטית ויש סוגיות שניתן להתבונן עליהם מכמה היבטים - ההיבט החוזי, ההיבט הנזיקי ועוד.

אפילו המילה הכתובה שילמה מחיר בגלל הצורך לבצע הבחנה בין הדינים. לפעמים החוקים השונים מתייחסים לאותם אירועים ואז נוצרת חפיפה, שלפעמים מביאה להתנגשות.

ניתן לראות דוגמה לחפיפה בסוגיית הסגת גבול. העניין מוסדר בשני סעיפי חוק שונים, אשר מעניקים הגנה לבעל המקרקעין מפני הסגת גבול–

* ס' 18(ב) לחוק המקרקעין, שקובע כי אם אדם תפס מקרקעין של אחר שלא כדין, המחזיק במקרקעין כדין רשאי, בתוך 30 ימים מיום התפיסה של מסיג הגבול, להשתמש במידה סבירה של כוח כדי להוציאו משם.
* לעומתו, ס' 24 לפקנ"ז מעניק הגנה מיוחדת למי שהשתמש במידה סבירה של כוח כדי להימנע מהתובע להיכנס שלא כדין למקרקעין, ללא ציון מגבלת 30 הימים. כמו כן, תנאי להגנה הוא שתופס המקרקעין כדין, ניסה תחילה למנוע או להוציא את מסיג הגבול בדרכי שלום, שאם לא, הדבר יעלה כדי עוולת התקיפה.

נניח שאדם נסע לחו"ל ולא היה בביתו 31 יום במהלכם מישהו פלש לדירתו. לפי חוק המקרקעין אסור להפעיל כוח כנגד הפולש, אך לפי הפקנ"ז במידה והאדם ניסה תחילה להוציא בדרכי שלום, אך משהניסיונות כשלו, הוא הוציא אותו בכוח, אז תחול עליו ההגנה והוא לא ייראה תוקף.

זהו המחיר שאנחנו משלמים בעקבות החלוקה לתחומים משפטיים. מבחינה תיאורית יש בעיה עם החפיפה, ומבחינה תיאורטית היא דווקא מבורכת.

### ① דיני חוזים

**איזה רעיונות מרכזיים מבטאים דיני החוזים?** ברמה הבסיסית, דיני החוזים נועדו להסדיר מצב שבו שני צדדים הגיעו להסכמה ביניהם בקשר לעסקה מסוימת. דיני החוזים יוצרים:

* **הסתמכות, וודאות וציפייה** – דיני החוזים מניחים תשתית המספקת ביטחון להתקשר בחוזים גם כשהעסקה מורכבת.
* **אוטונומיה** – פלר ודגן טוענים בספרם שדיני החוזים נועדו להסדיר משהו הרבה יותר מרחיק לכת מהנ"ל. אם נעניק לצדדים רעיונות לסוגי חוזים שהם יכולים לכרות, הפרטים יתקשרו בהתקשרויות שיאפשרו להם לבטא בצורה יותר טובה את הרצונות והאוטונומיה שלהם.
* **תועלת כלכלית** –בעזרת האוטונומיה בכריתת חוזים וביטוי רצונות, נצליח לגרום לפרטים למקסם את הרצונות שלהם בצורה מיטבית ונמקסם את התועלת המצרפית. דבר נוסף הוא שבעזרת החוזים, הפרטים מניבים את התשואה שלהם בצורה המיטבית עבורם וכך גדלה הרווחה המצרפית.

אלא שבשביל הגדלת הרווחה המצרפית לא חייבים חוזים, אלו דברים שהיו מתרחשים בעולם בצורה טבעית. אבל, כיוון שאנחנו לא נמצאים בעולם מושלם, דיני החוזים נועדו להסדיר מצבים שבהם חוזים יסוכלו ויופרו. כאן נכנסות גם ההגנות שמעניקים דיני החוזים.

### ② דיני נזיקין

**איזה רעיון תיאורי מרכזי הם מבטאים?** המילה נזיקין באנגלית, tort, מבוססת על המילה עוולה בלטינית. דיני הנזיקין מדברים על עוולה ואשמה.

* **דיני אשם** - יש להבחין בין אשם מוסרי (התנגשות בין המצפון למעשי האדם) לבין אשם חברתי (פרקטיקה מקובלת הרואה במעשה מסוים כעוולה). יכול להיות אשם חברתי ולא מוסרי – לדוג' תאונת דרכים (הפוגע לא התכוון לפגוע), רשלנות וכיו"ב.
* **יסוד הנזק** – ברמה הבסיסית, כדי לתבוע בנזיקין יש להוכיח כי העוולה גרמה לנזק. אלא שדיני הנזיקין יצרו חריגים ולא תמיד דורשים הוכחת נזק. לדוג' בעוולת תקיפה והסגת גבול. האם אכן אין נזק? אומנם אין נזק ריאלי, אבל תיאורטיקנים יטענו שיש נזק נורמטיבי – קרה משהו לא בסדר שפגע בזכותו של הניזוק. פגיעה בזכות היא סוג של נזק בפני עצמו.

ההסבר על קיומו של נזק נורמטיבי מראה לנו שכל המשפט הוא בעצם יצירה נורמטיבית. המשפט הוא לא מדע, אלא יצירה נורמטיבית של האדם. לכן יסוד הנזק יכול להיות לא מוחשי או מוגדר וניתן לראות בעצם הפגיעה בזכות כנזק (לדוג' בתקיפה – שלמות הגוף).

בעולם מושלם לא היינו צריכים את דיני הנזיקין כי כולם היו אנשים טובים ולא רשלניים, הפועלים בצורה אופטימלית. גם בעולם מושלם אנשים ימותו ועדיין אנחנו לא היינו צריכים לפחד כי אך אחד לא יזיק לנו, לא בטעות ולא בכוונה. ואם בכל זאת הייתה רשלנות (לא אשם), אז המזיק והניזוק יגיעו ביניהם למנגנון אופטימלי של פיצוי מבלי לערב את המשפט. **אבל אנחנו בעולם לא מושלם ואנשים יכולים להזיק, בין בכוונה ובין בשוגג, ולכן אנחנו צריכים את דיני הנזיקין**. דיני הנזיקין נועדו להכווין התנהגות ולתת לאנשים וודאות כדי לחיות את החיים בצורה סבירה. אנחנו לא רוצים שאנשים יפחדו יתר על המידה, ולא רוצים שאנשים יזיקו (התרעה מלכתחילה). לכן, צריך לאכוף את הדין ולתת פיצוי כשנגרם למישהו נזק (פיצוי בדיעבד). לתרופות בדיני הנזיקין שני רבדים:

* **תרופה עם היגיון בדיעבדי** (אקס-פוסט) - בעזרת הסעד, דיני הנזיקין מנטרלים את הפגיעה ומעניקים לניזוקים את היכולת להנות מהחיים למרות הפגיעה ועד כמה שאפשר. כמובן שאפשר לבקר את הדעה הזו. לדוג' אדם שהתעוור לא יקבל את מאור עיניו חזרה, אך הוא ילמד להנות מהחיים שלו בדרכו, תוך נטרול המגבלה הפיזית. מתמקדת בניזוק.
* **תרופות עם היגיון לכתחילי** (אקס-אנטה) - לתרופות אלו היבט הרתעתי, אנחנו רוצים שאנשים יחשבו פעמיים לפני שהם פועלים, שמא יזיקו. מתמקדת במזיק.

### ③ דיני קניין

**איזה רעיון תיאורי הם מבטאים?** הרעיון המרכזי בדיני הקניין הוא **שליטה** וסמכות של **בעלי** הקניין על רכושו. למעשה חלק מזכותו של אדם בקניינו היא גם **האוטונומיה** וההגשמה העצמית שלו להחזיק בקניין והחירות לעשות בו כרצונו.

בעולם מושלם, אנשים היו מכבדים את הרכוש של חבריהם, ולא גונבים/משחיתים וכו'. שימוש בקניין של אחר היה נעשה באישורו ובהסכמתו. אבל אנחנו בעולם לא מושלם, קיים סיכון שאנשים ייקחו או יפגעו ברכושו של אדם אחר ולכן יש צורך בדיני הקניין, משום שבלעדיהם היה נוצר מצב שבו החזק גובר על החלש - מה ששלי שלי עד שמגיע אדם שחזק ממני ולוקח אותו לעצמו או משחית אותו. בכך נראה שדיני הקניין גם מהווים כלי שמסייע לשמור על השוויון בין החזקים לחלשים.

# שיעור 2, 09/03/2022 – מבוא: המשפט הפרטי - המשך

### ④ דיני עשיית עושר ולא במשפט

בניגוד לדינים הקודמים ולאינטואיציה, דיני עשיית עושר לא מתמקדים בנזק לנפגע (דוגמת הניזוק או הנפגע מהפרת החוזה), אלא הם מתמקדים בצד לסכסוך שידו על העליונה נוכח הפעולה שלא כדין. כלומר, **דיני עשיית עושר מתמקדים ברווח/התועלת לנתבע (הזוכה) ולא בנזק לתובע (המזכה)**. נציין כי הרווח של הנתבע הוא לא תמיד תוצאה של מצב שבו נגרם נזק לאדם אחר, ולמרות זאת, במצבים מסוימים הנתבע יידרש **בהשבת הרווח לתובע**.

**התפתחות היסטורית** -דיני עשיית עושר הם יחסית דינים "צעירים" במשפט הפרטי המודרני, שהתפתחו מתוך צורך במתן תרופה מסוימת לצד מוגדר. במשפט האנגלי, דיני עשיית עושר התפתחו מתוך דיני היושר (Equity) – מערכת עקרונות משפטיים, שהתפתחו בארצות המשפט המקובל, המיועדים להוות אלטרנטיבה למשפט המקובל ולהשלימו במקרים שהפעלת המשפט תביא לתוצאה שגוררת תחושת חוסר נוחות ואי צדק, וזאת במטרה להשיג את מה שמכונה "הצדק הטבעי".

דיני היושר עוסקים בסיטואציות "מעין חוזיות" ומעניקים סעד מן היושר. לכן, מדובר באלטרנטיבה למערכת המשפטית הרגילה שלא נותנת מענה (סעדים) לאותן סיטואציות. הדרך הראשונה לעשות את זה היא דרך יצירת הבטחות מרומזות (חוזים מכללא).

Moses v. macfelan**:** פסק הדין של הלורד מנספילד – באותה פרשה, הצדדים הגיעו להסכמה כלשהי שלא הבשילה לכדי חוזה. הלורד מנספילד פסק כי אומנם לא נכרת חוזה, אך עקרונות היושר והצדק מאלצים אותו לפסוק שהיה חיוב בעניין. כלומר, עקרונות הצדק והיושר הובילו להתפתחות התחום של חיובים "מעין חוזיים", כאשר המשפט הקלאסי אינו נותן למענה.

במסגרת פסה"ד, ביהמ"ש מזכיר את **דוקטרינת הוויתור על עוולה נזיקית - waiver of tort** - אשר קובעת כי התובע יכול לבחור בין תביעה על הנזק שהמעוול גרם לו לבין תביעת הרווח שנגרם לצד השני שלא כדין (ובכך לוותר על התביעה הנזיקית.

בעולם מושלם לא נטעה ונעביר כסף בטעות, או שנשקיע את הסכום האופטימלי כדי להימנע מטעויות כאלו, אנשים לא ינצלו רכוש של אחרים ולא ייטלו אותו. אבל אנחנו בעולם לא מושלם ולכן דיני עשיית עושר התפתחו עבור אותם מקרים שבהם דיני הנזיקין ודיני החוזים (המשפט הקלאסי) לא מספיקים כדי להתמודד עם המציאות.

**✓ העיקרון הכללי בדין הישראלי מעוגן בס' 1 לחוק עשיית עושר**:

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

 (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

ס' 1 לחוק עשיית עושר קובע 3 אלמנטים מצטברים לביסוס תביעה בע"ע – **התעשרות; שלא כדין; על חשבון המזכה:**

1. **התעשרות הזוכה**: "מי שקיבל .. נכס, שירות או **טובת הנאה** אחרת" – ההתעשרות יכולה להיות בכל מיני דברים, זה לא חייב להיות בכסף, אלא גם בשירות, נכס, אי חיוב, מניעת הפסד וכיו"ב. כמו כן, התעשרות הנתבע אינה חייבת להיות ממקום עוולתי, אלא גם במקומות שבהם הנתבע היה פסיבי לחלוטין, דוגמת תשלום בטעות.
2. **התעשרות הזוכה באה מהמזכה**: "מי שקיבל.. שבאו לו מאדם אחר" – קשר בין הזוכה והמזכה. על מנת שתתגבש עילת תביעה, חייב להיות קשר כזה.
3. **התעשרות הזוכה אינה על פי זכות שבדין**: "שלא על פי זכות שבדין" – זהו האלמנט החשוב שמגביר את התביעה בדיני עשיית עושר. לא כל פעם שמישהו מתעשר על חשבון מישהו אחר, הדבר מקים תביעה על פי דיני עשיית עושר. יש פעמים שההתעשרות אומנם שלא כדין ועדיין לא נחשוב שהיא לא כדין (הדוגמאות הקלאסיות הן בדיני תחרות).

**🡨 במקום שבו כל האלמנטים מתקיימים, הסעד הוא השבה**: "חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

סעיף 1(ב) לחוק מלמד אותנו שיש שני סוגים של התעשרות שלא כדין:

1. **הרעפה** – מקום בו **הנתבע פסיבי** ותם לב, ולמרות שהוא לא עשה דבר, תוטל עליו אחריות והוא יחויב בהשבה.
2. **נטילה** – מקום בו **הנתבע אקטיבי** ופעל בצורה שגרמה לו להתעשר שלא כדין (לדוג' גר בבית של אחר ללא רשותו).

סיטי בנק נ' רבלון: בעקבות הקורונה, חברת רבלון נקלעה לקשיים כלכליים. החברה פועלת במימון אשראי – מתנהלת דרך הלוואת שהיא לוקחת מהבנק ובאמצעותה משלמה לספקים. במועד פירעון חובות לספקים, פקיד בבנק מעביר בטעות את כל סכום חובה של רבלון – ביליון דולר – במקום את התשלום הספציפי של אותו מועד בגובה מיליון דולר. הבנק מיד שם לב לטעות ופונה לספקים של רבלון בבקשה שיחזרו את הסכומים שקיבלו בטעות, אך רק חלק מהספקים הסכימו להחזיר את הכסף. החלק האחר טען להגנת**discharge for value** , הקובעת כי במקום שבו הועבר תשלום בטעות, אך המקבל העניק תמורה כנגד התשלום והיה תם לב, אז המקבל פטור מהשבה (הוא לא התעשר שלא כדין).

**הסעדים מכוח דיני עשיית עושר –**

1. **השבה** – במקרים של התעשרות לא עוולתית, בהם הזוכה היה פסיבי ותם לב, הזוכה ישיב את הנמוך מבין הרווח לזוכה (מה שהרוויח בפועל) לבין הנזק למזכה (מה שהועבר בטעות).
2. **פיצוי הנמדד על פי הרווח שקיבל הנתבע של כדין מכוח הפרת הזכות שבדין** – במקרים של התעשרות עוולתית, בהם הזוכה היה אקטיבי וחסר תום לב, הזוכה למעשה עיוול והרוויח על חשבון התובע-המזכה. עוולה לדוג' היא שימוש בלתי מורשה (גזל) – ב' לקח לא' את המכונית שלא כדין והשתמש בה לצורכי ביצוע משלוחים. א' יכול לבקש הן את שווי השימוש ברכב, ובן את הרווחים שב' הפיק עקב השימוש ברכב ששייך לא'.

**חשיבות דיני עשיית עושר** – ללא דיני ע"ע, היינו מעלים את אמצעי הזהירות שימנעו טעויות כמו אלו שקרו בפרשת סיטיבנק וכדי למנוע את המקרים שבהם הזוכה יהיה פטור מהשבה. עליית אמצעי הזהירות תייקר את עלויות העסקה, דבר שיכול להאט את הפעילות ולהמעיט אותה. בעולם שבו לא נבצע פעולות כי זה יקר לנו, לא תהיה כלכלה צומחת. לכן, המשפט מגן עלינו באמצעות התרופות כדי שלא תהיה אנרכיה ושזכויות הפרט יפגעו.

**🗯 שאלה מחשבה** - במדינת פלסטיקה לא חלים דיני עשיית עושר. כיצד הדבר ישפיע לדעתך על ביצוע עסקאות?

פתרון: אם דיני עשיית עושר לא חלים, כשאנשים יבצעו עסקאות הם יזהרו מאוד מכיוון שאין אפשרות השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין. למשל, סכום כסף שהועבר בטעות לא יושב לטועה ולכן אנשים ישקיעו יותר כדי למנוע טעויות, שכן הם ידעו שאחרת כספם אבוד (כי אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). המשמעות היא שעלויות העסקה יעלו ולכן העסקה יכולה להיות פחות יעילה.

תשובה של מיטל: אם דיני עשיית עושר לא חלים, לא מתאפשרת השבה של טובת הנאה שהועברה שלא כדין. למשל, סכום כסף שהועבר בטעות לא יושב לטועה. לכן אנשים ישקיעו יותר במניעת טעויות. הם ידעו שאחרת כספם אבוד (שכן אין חובת השבה על כסף שהועבר בטעות). **המשמעות היא הגדלת עלויות עסקה.** מחד, זה טוב כי ינסו למנוע טעויות, אבל מצד שני זה רע כי זה ייקר את עלות הפעלת המערכת ויהיה בעצם הרתעה ביתר (זול יותר לתקן טעות נקודתית בדיעבד, מאשר הניסיון למנוע טעויות מאותו סוג מלכתחילה). נעיר כי במקרה של בנקים וגופים מוסדיים, אפשר לטעון שזה בסדר שישקיעו יותר במניעת טעויות, משום שעלויות אלה מתגלגלות אל הרבה מאוד צרכנים. טעויות של תאגיד אולי פחות גורמים לחמלה מאשר טעויות של גורם פרטי.

אדרס נ' ג'ונס**: שלילת רווחי המפר –** ניתן להתייחס לסוגיית שלילת רווחים גם דרך דיני החוזים. אך צריך לשים לב איך אנחנו מקשרים את זה לנושא השאלה – ביצוע עסקאות. לאדרס נ' ג'ונס ניתן להתייחס בסוגיית שלילת רווח מהפרות יעילות - מצב רע בו אנשים יפרו חוזה כדי לכרות חוזה חדש ויעיל יותר עבורם, בניגוד לכלל בדיני החוזים לפיו חוזים יש לקיים והכלל הכללי של אין חוטא ייצא נשכר.

**\*\*\*לשים לב-** לראות למה מיטל מכוונת בשאלה עצמה. כאן כיוונה ל**עסקאות** ולכן יש לחשוב אוטומטית על כך ועל מה קורה בעסקה= העברת כספים, תאגידים גדולים, אנשים פרטיים. תמיד לראות את 2 הצדדים! אם רע, איפה הטוב?

## תיאוריות של תרופות – הרעיון מאחורי הכלל המשפטי

**יש הבדל בין תיאוריה לבין דוקטרינה** - התיאוריה מסייעת להבין מהו הרעיון שעומד מאחורי החוק והכללים המשפטיים ולא רק מה קיים בתוכם. מהחלוקה התיאורית לקטגוריות, נעבור לדבר על הרעיונות התיאורטיים שמאפשרים לנו לדבר ב"שפה אחת" על התרופות של הדינים השונים, באמצעות "רעיון על".

[Liebeck v. McDonald's Restaurants](https://www.youtube.com/watch?v=KNWh6Kw3ejQ): בגיל 79, סטלה לייבק נכוותה ברגליה מקפה רותח שקנתה ברשת מקדונדל'ס ושנשפך עליה במהלך שהותה ברכב חונה, כאשר ישבה ליד כיסא הנהג (הנכד שלה) וניסתה להוסיף סוכר לקפה. בביה"ח נקבע כי כוויותיה הן בדרגה 3 והיא נזקהה לטיפול רפואי יקר מאוד, אשר כמעט הוביל למותה. היא הייתה מאושפזת 8 ימים והייתה מוגבלת בתנועה כמעט שנתיים.

סטלה פנתה למקדונלד'ס ודרשה מהם $K20 עבור הוצאות רפואיות. מקדונלד'ס סירבו ולא הותירו לה ברירה, אלא לתבוע אותם על נזקיה בביהמ"ש. במהלך המשפט, התברר כי הטמפרטורה שבה מקדולנד'ס מגישים את הקפה אינה סבירה ונמצא שהיו יותר מ-700 מקרים של אנשים שנכוו בעקבות זאת. המושבעים קבעו שמקדונלד'ס אשמים וביהמ"ש קבע עי על מקדונלד'ס לפצות את סטלה ב$K640.

מקדונלד'ס כמובן שינו את טמפרטורת ההגשה של השתייה החמה ועשו עבודה קשה כדי לגרום לציבור לחשוב שסטלה עשתה את זה כדי להרוויח על חשבונם בצורה צינית. זאת, בכדי לנסות למנוע תביעות נוספות נגדם.

**מה הרעיון שעמד מאחורי התביעה?**

* **פיצוי** – פיצוי על הפגיעה הפיזית, החזר על הוצאות רפואיות ואולי אף פיצוי על עוגמת נפש. מטרת הפיצוי היא להשיב את המצב לקדמותו במובן של **צדק מתקן**.
* **סיפור פוליטי כמכשיר לצדק חלוקתי** – האזרח הקטן מול תאגיד ענק, פסה"ד הגן על הקבוצה החלשה.
* **הרתעה יעילה** – מקדולנד'ס מבינה שאם היא תמשיך להתעלם מהבעיה, היא תשלם ביוקר. מקדונלד'ס מבינה שהיא חשופה לתביעות משפטיות ולכן, משיקולים כלכליים היא לוקחת אחריות כדי שלא תיפגע יותר.
* ואולי אין תכלית מאחורי הפיצוי? אולי בעצם הרעיון הוא **שהמעוול ישא באחריות** על הנזק שגרם. "**תאוריה פוזיטיבית של המשפט**" תטען שלא צריך הרתעה/צדק מתקן וכו', משום שהמשפט הוא סיפור והוא מגלם את כל הרעיונות שבעולם. לא צריך לחפש הגיון בכל דבר.

פסה"ד עוזר לנו להבין מה הרעיון שעומד מאחורי נתינת הפיצוי או התרופה המתאימה. תיאוריות מתפתחות מתוך הבנה שאנו צריכים מענה, רעיון אחיד, שיסביר את ה"למה". התיאוריה נותנת היגיון ברור למה הכלל המשפטי נראה כמו שהוא נראה, למה הוא ראוי.

### ① תרופות בראי התיאוריה הפוזיטיבית (Goldberg & Zipursky)

מדובר בתיאוריה בסיסית, המתמקדת במובן הפרשני-בסיסי של המילה. **משמעות התרופות במשפט עפ"י התיאוריה**:

* קיימת חובה הדדית לא להזיק, המקימה לכל פרט **זכות ראשונית** שלא יזיקו לו
* באם התובע-הנפגע עמד בנטל להוכיח כי החובה הבסיסית הופרה (בשלב הראשוני), עומדת לו **זכות משנית** לבקש מהמדינה את הכוח לתבוע תרופה (בשלב השני).

עפ"י גולדברג וזיפורסקי, המדינה היא שחקן מרכז בתוך המערכת התרופתית והמנגנון שמאפשר את התרופה, כשם שהיא השחקן המאפשר את זכות ההצבעה. כלומר, הם מכניסים שחקן שלישי למשחק – המדינה, שמעניקה לניזוק את הזכות לתבוע את המעוול ולקבל את התרופה.

האם מעבר לכך יש רעיון נורמטיבי נוסף שעומד מאחורי התרופה? לא, מרגע שהכרנו במבנה התרופתי, הרעיון הוא שהמעוול יישא באחריות. **התרופה מבטאת את מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין. לפי הנזק שנגרם לאדם**.

**הביקורת של מיטל על התיאוריה**: המודל שסובר כי הזכות לתרופה מגיעה מהמדינה הוא מודל בעייתי משום שמדובר במשפט הפרטי. קשה שהמדינה תתערב באופן אנליטי במשפט הפרטי, משום שהיא לא נמצאת כאן בכובעה ציבורי, אלא בכובעה הפרטי. לדעתה, ואי אפשר להשוות את הזכות לקבל תרופה מאחר לזכות של הפרט מול המדינה.

### ② תרופות בראי תיאוריית הצדק המתקן

קיימות תפיסות שונות של צדק מתקן. נתמקד בתפיסה הדומיננטית של צדק מתקן המיוחסת למלומד ארנסט ווינריב. ישנם שני רעיונות מרכזיים כדי להבין את הרעיון תרופות בראי הצדק המתקן:

**1. קורלטיביות** – התאמה / יחסי גומלין בין הצדדים. הפגיעה בזכות קורלטיבית להפרת החובה = פגיעה ספציפית בזכות מול הפרה ספציפית של חובה, כך שהתרופה מותאמת לנזק.

זהו ביטוי **לצדק המתקן של אריסטו** - קו ישר העובר בין שניים בחלוקה לשני מקטעים שווים. מקטע אחד מייצג את מצבו של המזיק, והשני מייצג את מצבו של הניזוק. המצב התקין הוא כששני המקטעים שווים בגודלם. אולם כאשר נגרם נזק "שאינו צודק" מופר השוויון, וחלק מהמקטע של הניזוק, המייצג את היקף הנזק או ההפסד (מינוס), מתווסף למקטעו של המזיק כרווח (פלוס). לפי תפיסת הצדק המתקן, על השופט לקחת את הרווח, ולהחזירו לצד שסבל הפסד (הניזוק). כלומר, על פי אריסטו, ה"צדק המתקן" הוא מצב בו נשמר השוויון בין שני המקטעים (מבחינה כמותית). לכן, אם המדינה תפצה זה לא מקיים את הרעיון של הצדק המתקן ועדיין יש חוסר שוויון בין הצדדים.

תיאוריות של אישיות, שפותחו ע"י פילוסופיים כמו קאנט והגל ניצוקו אל תוך המבנה האריסטוטלי שדיבר על מינוס ופלוס. ווינריב לקח את הרעיון לפיו לכל אדם יש את הזכות לממש עצמו באמצעות שלמות הגוף והנפש ואת החובה הנגדית לא לפגוע או להתערב לאחר ביכולתו לממש את עצמו, ויצק אותו אל תוך המבנה של אריסטו. פגיעה בזכות של אחר (דרך הפרת חוזה/פגיעה בשלמות הגוף/שימוש לא מורשה בקניין וכו'), היא פגיעה נורמטיבית בזכותו של הפרט לחירות במימוש זכויותיו והפרת שיווי המשקל הנורמטיבי. הפגיעה שמה אותו במצב של מינוס כמותי מבחינת צדק ואת המזיק בפלוס. לעומת זאת, פגיעה עובדתית היא ברגע שלדוג' לקחו לי משהו ואני תובע את השבתם.

כשאנחנו מבינים את המבנה של המשפט הפרטי, את הקורלטיביות, אנחנו יכולים להבין את הרעיון של תרופות במשפט הפרטי: **התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה. היא מאפשרת לרפא את אי הצדק שנוצר (ע"י הפגיעה בזכות) בין התובע והנתבע הספציפיים** (to make the plaintiff whole again). לפי התיאוריה הזו, למשפט יש היגיון פנימי משלו, זה לא אינסטרומנט.

**2. המשכיות** - התרופה מגלמת את הזכות שנפגעה ומהווה חלק בלתי נפרד מהמשפט הפרטי. הזכות שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים "דרך התרופה". התרופה מאפשרת לנו את ההמשכיות ולהחזיר את המאזן של הצדק הנורמטיבי שכן הזכות מעולם לא פגה.

לדוגמא, אם א' גנב מב' מכונית, הזכות של ב' במכונית מעולם לא פגה. התרופה מגלמת את הזכות שנפגעה, ולכן רק דרך התרופה, יכול להגיע התיקון. ההשבה של המכונית או השבת השווי הכספי שלה מגלמים את הזכות שהמשיכה להתקיים (הזכות של בעל הרכב על רכבו).

🡸 כאשר מידות התרופה **קורלטיביות** למידת הפגיעה ויש **קורלטיביות** בין סוג הפגיעה בזכות והיקפה לבין התרופה (רעיון הסיר והמכסה), נשיב את המצב בין הניזוק והמזיק המסוימים לקדמותו וזכותו של הניזוק **תמשיך להתקיים** באמצעות התרופה.

**דגשים נוספים** – הצדק המתקן לא עוסק בשיקולי יעילות או שיקולים חלוקתיים – מה המעמד של הצדדים, לאן הם משתייכים וכו'. **הצדק המתקן עוסק רק בצדדים הספציפיים**. זהו עיקרון מרכזי נוסף בגישת הצדק המתקן. הצדק המתקן מעוניין שהתרופה תביא לתוצאה הצודקת – **השבת המצב לקדמותו**. זאת, באמצעות השיקולים הבאים:

1. פיצוי הניזוק.
2. ע"י המזיק בלבד – רק הוא יכול לתקן את אי הצדק שנוצר
3. הלימה בין סוג הפגיעה והיקפה לתרופה, מבלי שיילקחו בחשבון אינטרסים אחרים.
4. ניסיון להשיב את המצב לקדמותו ככל שניתן – לא נוכל להשיב לעיוור את חוש הראייה, אבל ננסה למקם אותו במקום הכי טוב שהוא יכול להיות בהינתן הנזק.

[Palsgraf v. long Island Railroad (1928)](https://www.youtube.com/watch?v=G-9cIaMhtUE&t=90s): הלן פלסגרף המתינה לרכבת ברציף תחנת הרכבת של לונג איילנד. נוסע שרץ לתפוס את הרכבת העתידה לצאת, נעזר בעובדי הרכבת על מנת לעלות אל תוך הקרון – אחד הושיט לו יד מבפנים והשני דחף אותו מבחוץ. כתוצאה מכך, החבילה שהחזיק הנוסע נופלת אל רציף הרכבת. החבילה הכילה זיקוקים רבים, אשר התפוצצו בעקבות הנפילה. כתוצאה, מהפיצוץ, אחד מעמודי הרכבת נפל על גברת פלסגרף והוביל לפציעתה. הפציעה גרמה לגברת פלסגרף נזק מוחי שגרם לה לגמגמם, עד שהפכה לאילמת. הלן תבעה את הרכבת בנזיקין בטענה שעובדיה התרשלו. התיק הגיע עד ביהמ"ש לערעורים של ניו-יורק, שפסק כי **לגברת פלסגרף לא מגיעים פיצויים**.

**השופט קרדוזו** – חברת הרכבת אומנם הייתה רשלנית והפרה את חובת הזהירות כלפי הנוסע שנדחף לרכבת. אבל, **על מנת שלהלן תהיה עילת תביעה, היא צריכה להראות שחברת הרכבת חבה בחוברת זהירות כלפיה**. כלומר, חובה שמקימה לפלסגרף זכות נגדית וקנויה מחברת הרכבת בעבור הנזק שנגרם לה. בענייננו, אין לחברת הרכבת חובת זהירות כלפיה ולכן להלן אין שום זכות שנפגעה, המקימה לה עילת תביעה בנזיקין וזכות לתרופה.

זוהי נקודת המוצא שלנו להבנת רעיון הקורלטיביות בראי הצדק המתקן - אם הופרה **חובה**, בהכרח נפגעה **זכות** (ולהפך).

**כדי שתחול חובת זהירות, חברת הרכבת הייתה צריכה לעמוד בשני מבחנים**:

1. **מבחן הצפיות הטכנית** – האם הנזק נמצא במתחם הסכנה הצפוי? האם ניתן לצפות את הנזק? האם מי שיצר את הסיכון יכול היה לדעת שהוא יוצר סיכון לנזק שקרה? בענייננו, עובד הרכבת לא היה יכול לצפות שיגרם נזק להלן אלא לרכוש או לאדם שאותו הוא דחף בלבד. לכן, **לא הייתה צפיות טכנית מצד חברת הרכבת כלפי הלן**.
2. **מבחן הצפיות הנורמטיבית** – האם המזיק היה צריך לצפות את הנזק לניזוק? נראה שלא, כי מאין לעובד הרכבת לדעת שבתוך החבילה יש זיקוקים. הסיכון שיקרה משהו ברציף השני של הרכבת לא סביר, ולא ניתן היה לצפות אותו. זהו הגבול של חובת הזהירות.

🡸 לכן, השופט קרדוזו קובע כי אומנם הייתה התנהגות עוולתית, אבל לא הייתה לגברת פלסגרף זכות כנגד ההתנהגות המסוימת שהובילה לנזק, ובהתאמה לא הופרה כלפיה חובה. לכן, אין לה עילה נזיקית והיא נותרה ללא סעד.

3 השאלות שתובע צריך לשאול את עצמו טרם התביעה - האם לתובע יש זכות? האם הופרה החובה? והאם קיימת חובת הנזיקין של המזיק כלפי התובע.

**🗯 תרגיל: רונה לרונן: "עדיף לך לתבוע בעילה מכוח עשיית עושר מאשר בעילה נזיקית" האם ישנו תנאי שבו אמירה זו נכונה?**

**תשובה:** דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את התעשרותו של הנתבע. דיני הנזיקין מאפשרים לתובע לדרוש פיצוי על נזקו. **בנסיבות בהן ניתן לתבוע הן בעילת עשיית עושר והן בעילה נזיקית, שתי האפשרויות עומדות כחלופות אפשריות.** השיקולים שעל התובע, רונן במקרה הזה, לקחת בחשבון טרם הוא בוחר באיזה ערוץ לתבוע היא מה יותר קל לו להוכיח – את הזנק שלו או את הרווח לצד השני (כשיש פערי מידע, קשה להוכיח מה קיים אצל הצד השני מאשר מה שקיים אצלי); ואיפה הוא יקבל סעד גבוה יותר. לתובע, יהיה עדיף לתבוע בעילת עשיית עושר כאשר ההתעשרות של הנתבע עולה על שיעור הנזק שנגרם לתובע. זאת, משום שתובע רציונלי יעדיף לקבל פיצוי גבוה ככל האפשר.

# שיעור 3, 23/03/2022 – תיאוריות של תרופות: צדק מתקן - המשך

[Olwell v. ney (1946)](https://www.youtube.com/watch?v=dWXt_1Fw0Rk)**: דוג' לצדק מתקן במחלוקת** – התובע היה בעלים של מכונה לשטיפת ביצים והנתבע היה בעל מפעל לאריזת ביצים. התובע אחסן את המכונה בקרבת מקום למפעל. הנתבע, אשר ידע על מקום האחסון של המכונה, השתמש במכונה במשך 3 שנים ללא הסכמת הבעלים. משגילה הבעלים על השימוש הבלתי מורשה, הוא הציע לבעל המפעל את המכונה תמורת 600$, אולם בעל המפעל סירב והציע הצעות נמוכות יותר. אולוול תבע את בעל המפעל על שימוש בלתי מורשה ותבע פיצויים מבעל המפעל.

בפני ביהמ"ש העליון של וושינגטון היו 3 סוגים חלופיים של תרופות שניתן להעניק לבעל המכונה:

1. פטור מפיצוי משום שלא נגרם שום נזק למכונת השטיפה.
2. 600$ - דמי השימוש במכונה במשך 3 שנים (הנזק למזכה-הנפגע).
3. 1560$ - הסכום שבעל המפעל היה משלם, אילו היה שוכר פועלים שישטפו את הביצים ידנית. זהו סכום ההתעשרות שלא כדין מהמכונה, על בסיס ההוצאות שהנתבע חסך באמצעות השימוש בה (הרווח לזוכה-המעוול).

🡨 ביהמ"ש פסק את הפיצוי על פי האפשרות השלישית – ההוצאות שנחסכו לנתבע. זוהי התרופה הנכונה מבחינה כלכלית כדי למנוע גניבות יעילות.

**ווינריב יצא נגד פסה"ד בעניין אולוול**. לדעתו, יש פה חריגה מהצדק המתקן – הפגיעה בזכות של התובע לאפשר שימוש במכונה שנגרמה עקב השימוש הלא מורשה במכונה. לכן, **התרופה המתאימה היא שווי השימוש במכונה בלבד, הרי אין לתובע זכות קנויה בהוצאות שחסך בעל המפעל** או בדבר שטיפה ידנית של הביצים ע"י פועלים. הרווח הוא מחוץ לגבולות הצדק המתקן. באמצעות הביקורת אנחנו מבינים כי **לגישת הצדק המתקן, התרופה צריכה לגלם את הפגיעה בזכות המסוימת ולא את הרווח לפוגע**.

**✓ צדק מתקן וצווי מניעה** - כדי לדבר על צווי מניעה בראי התיאוריה, נתייחס בקצרה למאפיינים של תביעה שבמוקדה צו מניעה.

**מיטרד ליחיד (ס 44 לפקודת הנזיקין)**

(א) מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפושים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא ייפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק.

מטרד ליחיד היא פעילות מתמשכת של הנתבע, הגורמת לפגיעה מתמשכת בזכויות התובע לשימוש סביר או הנאה סבירה מהמקרקעין שלו (לא מדובר באירוע חד פעמי). לכן, כתוצאה מפעולה הגורמת מטרד ליחיד, הניזוק יכול לתבוע את המטריד ולבקש פיצוי אם סבל נזק או לבקש צו מניעה להפסקת המטרד לפי ס' 71 לפקנ"ז הקובע כי "כל בית משפט אזרחי יהא מוסמך בתחומי שיפוטו ... ליתן ציווי בשל עוולה גם כשלא נתבעו או לא נפסקו פיצויים או סעד אחר".

**כיצד ניתן ליישב צו מניעה עם צדק מתקן? איך אפשר לתקן / להשיב לקדמותו נזק שלא התממש?**

כאמור, הרעיון של צדק מתקן הוא התאמת התרופה לפגיעה בזכות מבחינה מהותית. בענייננו, אם לא נפסיק את המטרד, עלול להיגרם לתובע נזק. הדרך לטפל בהפסקת המטרד הוא באמצעות צו מניעה. האופי של הפגיעה הוא שונה, הזכות של היחיד נפגעת מעצם התרחשות המטרד. לכן, פיצוי לא יתקן את המצב, אלא צו מניעה (סיר ומכסה).

גם מבחינת המשכיות, התרופה צריכה להיות תואמת לטיב הפגיעה בזכות ללא תלות בזמנים. הצדק המתקן לא פועל רק כדרישה שהנתבע יתקן את אי הצדק לאחר שאי הצדק התממש. אלא גם ע"י האפשרות לתת לתובע צו מניעה שימנע מהנתבע להמשיך את אי הצדק בעתיד ובכך להשיב את המצב לקדמותו. **לכן, אין מניעה מלחשוב על צו מניעה כתרופה המגשימה את מטרות גישת הצדק המתקן.**

**🗯 שאלת מחשבה:** פלונית בעלת מחסני קירור. על מנת לעמוד בתחרות הקשה בשוק המוצר, היא רכשה מכשירי קירור שמחוללים רעש ניכר ביום ובלילה. השכנה, אלמונית, שביתה קרוב למחסנים סובלת מהרעש יומם ולילה, עד כדי שאינה מסוגלת לגור בביתה.

1. אילו תרופות עשויות להיות רלוונטיות?
2. כיצד ניתן להצדיקן בראי הצדק המתקן?

**פתרון**: השאלה מעלה תהייה איך אפשר ליישם את הרעיון של צדק מתקן על התנהגות לא סבירה כדי למנוע נזק מתמשך או נזק עתידי, להבדיל או במקרה זה, בנוסף לנזק שהתממש. התרופות הרלוונטיות הן שתיים:

1. **פיצויים כספיים** שישוערכו בהתאם לפגיעה בזכותה של אלמונית להנות מהמגורים בנכס שלה מהרגע שהתחיל המטרד ועד מועד התביעה. כלומר, לגבי הנזק שכבר התממש. למשל, אם נאלצה לעבור לגור בשכירות במקום אחר, הפגיעה תיאמד בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה, אלא אם יוכחו נזקים נוספים, למשל צורך בהתאמת המגורים למוגבלות מסוימת/מרחק ממקום העבודה.
2. **צו מניעה** על מנת למנוע את המשך המטרד - הפגיעה המתמשכת בזכותה של השכנה להנות מהנכס שלה, לגור בדירתה.

**הצדקת התרופות בראי הצדק המתקן**:

1. **פיצויים** בגין הפגיעה שכבר התממשה לכדי נזק- הפיצוי ייאמד לפי הפגיעה ביכולה להשתמש בנכס שלה ובכך יתקן את אי הצדק.
2. **צו מניעה** – כיוון שמדובר בפעולה מתמשכת, פיצוי חד פעמי לא יוביל לתיקון אי הצדק בעתיד ולא יימנע את המשכת הפעילה המזיקה. כאמור, צדק מתקן לא תלוי זמנים, הוא קשור לטיב הפגיעה. ולכן, צו המניעה הוא התרופה המתאימה למבנה של פגיעה מתמשכת בזכות השכנה להנות מהנכס שלה בעתיד.

### ③ תרופות בראי התיאוריה הכלכלית של המשפט הפרטי

לעומת ההיגיון הפנימי של השבת המצב לקדמותו הקיים בגישה הצדק המתקן, הרעיון של תרופה עפ"י **התפיסה הכלכלית מבוסס על תפיסה אינסטרומנטלית**. מבחינת הניתוח הכלכלי לתרופה יש תפקיד חיצוני – כלי להשגת מטרה חיצונית למשפט, והיא אמורה לקדם רעיון של יעילות (efficiency) ומקסום רווחה מצרפית (maximizing social welfare). התפיסה הכלכלית לא מתמקדת במזיק והניזוק הספציפיים, אלא ברווחה המצרפית. התפיסה מעוניינת לקדם יעילות. לכן, לא חשוב לה מאיפה הפיצוי יגיע והאם הניזוק הספציפי יהיה מרוצה או לא. באמצעות התרופות, **הגישה מעוניינת להשיג את מטרת העל – צמצום עלויות הנזק והעלויות למניעת נזק.**

**✓ התפתחות היסטורית** –

* **המאה ה18: עיקרון האושר המרבי של ג'רמי בנת'האם** – בנת'האם תיאר את בני האדם כיצורים הנשלטים ע"י שני יסודות מרכזיים – הנאה וסבל. **תורת** **התועלתנות מעוניינת במיקסום ההנאה והפחתה של הסבל**. על המחוקק וקובעי המדיניות לאמץ את הרעיון הנורמטיבי הזה ו**לעצב את הכללים המשפטיים בצורה שתגרום לאושר וההנאה הגדולים ביותר למספר האנשים הרב ביותר** – זהו עיקרון האושר המירבי.
* **במחצית השנייה של המאה ה19: מעיקרון האושר המירבי לתורת כלכלה** – כלכלנים נאו-קלאסיים הפכו את רעיונותיו של בנת'האם לתורת כלכלה. אם בנת'האם דיבר על הנאה וסבל בצורה מופשטת, הכלכלנים החלו לדבר על יחידות אושר המזוהות עם התפיסה הכלכלנית המודרנית של המשפט.
* **מגמה שמדברת על יחידות של עושר (אסכולת שיקגו, פוזנר)** – האסכולה עבר מלדבר על אושר ללדבר על עושר.
* **מגמה שנעה מעושר לרעיון של רווחה (אסכולת ייל, קלברזי)** – כיום, יש הבנה שיש תועלות שקשה לתרגם למונחים כספיים, לכן השיח עבר לדבר על יעילות או רווחה (wealth).

🡨 המטרה של התרופה במשפט הפרטי בראי הניתוח הכלכלי היא להביא ליעילות או למיקסום הרווחה המצרפית (רק כך התרופה תהיה ראויה). זאת, **במטרה להגדיל את העוגה המצרפית**.

**✓ האינטואיציה מאחורי הניתוח הכלכלי של דיני החוזים ודיני הנזיקין**

**תרופות בדיני חוזים** - קל להבין מדוע חוזים, בראי הניתוח הכלכלי מביאים למיקסום הרווחה המצרפית. באמצעות החוזה, כל צד מממש את העדפתו ומגדיל את העוגה שלו, בצורה שמשפיעה באופן ישיר על העוגה המצרפית.

**תרופות בדיני נזיקין** – לעומת דיני החוזים, בדיני נזיקין אנחנו לא מדברים על תופסת לרווחה המצרפית, אלא על צמצום עלויות. זה מצב שונה מחוזים כי יש לנו נזק. לכן, הדרך למקסם את הרווחה המצרפית היא באמצעות הקטנת עלויות הנזקים ועלויות המניעה של הנזקים. כך אנו "נוגסים" פחות בעוגה המצרפית.

**✓ תרופות בדיני נזיקין מנק' מבט כלכלית** – נתמקד בשלושה מצבים בהם מוענקים פיצויים.

**❶ פיצויים במצב של רשלנות** – נדגים את ההיגיון באמצעות 3 כללים בסיסיים - נוסחת הנד, מונע הנזק הזול והשוקל הטוב. ככלל, התנאי הראשון לקביעת פיצויים הוא לפי נוסחת הנד, והתנאי השני הוא מונע הנזק הזול- נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר, בין אם זה המזיק ובין אם זה הניזוק.

1. נוסחת לרנד הנד

מקרה לדוגמה: אילנית גרמה לתאונה שעלות הנזק הצפוי שלה הייתה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? כאמור, בדיני נזיקין אנחנו לא מגדילים את הרווחה המצרפית, אלא מצמצמים עלויות ובכך מקטינים את ההפסד החברתי מהתאונה. אז השאלה הנכונה היא **כיצד נצמצם את ההפסד החברתי שנגרם מהתאונה?** מה יעיל לעשות?

\* יש לציין שבארץ קיימת אחריות מוחלטת לגבי נזקי גוף בתאונות דרכים, מדובר בהמחשה פשוטה להדגמת ההיגיון בשיטות חישוב הפיצויים.

נוסחת הנד, מתארת את הרעיון של הגישה הכלכלית. עפ"י הנוסחה, כאשר עלות מניעת הנזק נמוכה מתוחלת הנזק **יעיל יותר** לנקוט באמצעי הזהירות ולנסות למנוע את הנזק. כך תהיה נגיסה קטנה יותר בעוגה המצרפית. מזיק שלא נקט בכל אמצעי הזהירות, ייחשב כרשלן ויחויב בדיני הנזיקין.

למעשה, דיני הרשלנות נועדו לתמרץ את המזיק לנקוט באמצעי זהירות במקרה שבו B<PL.

נניח שבדוגמה שלנו תוחלת הנזק (PL) היא 10, ועלות המניעה (B) היא 5 (התקנת גלאי, נסיעה איטית). במקרה הזה, עלויות המניעה נמוכות מתוחלת הנזק (10>5), ולכן, עפ"י נוסחת הנד יעיל יותר למנוע את התאונה. **מכיוון שאילנית לא מנעה את הנזק למרות ש PL>B, היא התרשלה בראייה כלכלית ותצטרך לפצות את הנפגע בתאונה**.

**אם עלות המניעה של הנזק גבוהה מתוחלת הנזק,** אזהמזיק לא התרשל, כי זה לא יעיל לדרוש ממנו להשקיע יותר מתוחלת הנזק כדי למנוע את הנזק. אנחנו לא רוצים שמישהו ישקיע יותר מהאפשרות שהנזק יתממש כפול הנזק עצמו. זה יוצא פחות יעיל. **P\*L<B**.

ביקורות- איך נכמת עלויות? איך נדע מה ההסתברות? תגובה- אי שוויון או בקירוב.

1. מונע הנזק הזול

עפ"י נוסחת הנד, כאשר עלות המניעה גבוהה מתוחלת הנזק, יעיל יותר לתת לתוחלת הנזק להתקיים, ולא נצפה מאנשים למנוע את הנזק. מנקודת מבט כלכלית לא הגיוני לבקש מאדם למנוע את הנזק אם העלויות גבוהות מהתוחלת, שכן אנחנו רוצים למזער את העלויות ש"נוגסות" לנו מהרווחה המצרפית.

לכן, אם אנחנו באמת רוצים למזער את העלויות צריך רכיב נוסף לנוסחת הנד - מונע הנזק הזול. בעת הטלת האחריות, לא נסתכל רק על המזיק ועל עלויות המניעה שלו, אלא נבדוק מי היה יכול להשקיע את העלות הנמוכה ביותר למניעת הנזק ועליו נטיל אחריות. זה לאו דווקא יהיה המזיק, זה יכול להיות גם הניזוק או אפילו צד שלישי.

**איך מיישבים את שני הרעיונות ביחד?**

**דוגמה**: שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס ובשנייה אדם מגדל צאן. מדי פעם הצאן עובר לחלקת התירס ופוגע ביבול. **על מי נרצה להטיל את האחריות למנוע את הנזק שנגרם?**

נניח שמתקיימים הנתונים הבאים: למגדל התירס יעלה 6 למנוע את הנזק (לדוג' להקים גדר), לבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק, ותוחלת הזנק היא 10.

לפי נוסחת הנד – הן עלות המניעה של בעל הצאן (8) והן של מגדל היבול (6) נמוכות מתוחלת הנזק (10), ולכן אי הקמת הגדר היא רשלנות שמקימה חיוב בדיני הנזיקין.

אלא שעיקרון מונע הנזק הזול מוסיף היבט נוסף לשאלה **על מי** נרצה להטיל את האחריות. יישום הרעיון של מונע הנזק הזול יכריע שנרצה להטיל אחריות דווקא על מגדל התירס, משום שע"פ הנתונים עלות המניעה שלו נמוכה מעלות המניעה של בעל הצאן (6<8).

עפ"י הגישה הכלכלית, לא מעניין אותנו למי נגרם הנזק, אלא איך אפשר לצמצם את עלות הנזק ומניעתו כמה שאפשר. **אנחנו רוצים לתמרץ את האדם שיכול למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר.** אם אני רוצה לגרום לאדם למנוע את הנזק בצורה הזולה ביותר, הוא צריך לדעת על שהוא מונע הנזק הזול. בעולם מושלם, אין פערי מידע בין הצדדים וכל אחר יודע מהי עלות המניעה שלו ועלות המניעה של אחרים. מגדל התירס יודע שהוא לא יקבל פיצוי בגלל שהוא יכול למנוע את הנזק בעלות נמוכה יותר ולכן הוא יפעל למניעת הנזק. אבל אנחנו בעולם לא מושלם והצדדים לא תמיד יודעים מיהו מונע הנזק הזול.

**🗯 שאלת מחשבה:** ס' 74 לפקנ"ז קובע: "ביהמ"ש לא ייתן ציווי, אם הוא סבור שהפגיעה או הנזק שנגרמו לתובע הם קטנים וניתנים להערכה בכסף ולפיצוי מספיק בתשלום כסף, ומתן ציווי יהיה בו משום התעמרות בנתבע, אך רשאי הוא לפסוק פיצויים". מה הרעיון העומד מאחורי ס' 74, וכיצד ניתן ליישבו עם דבריו של השופט שמגר ב"גלגול הראשון" של פרשת אתא נ' שוורץ? נמקו.

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

**בפס"ד אתא נ' שוורץ, נראה כי ביהמ"ש מוצא ששיקולי צדק מתקן קודמים לשיקולים כלכליים**, המביאים בחשבון גם את נזקו של המטריד אם יאלץ להפסיק את המטרד. ייתכן כי ניתן ליישב את הסעיף עם תוצאות פסק הדין, שכן ביהמ"ש מצא לנכון לשקול גם שיקולים מהסוג האחרון, אך יחד עם זאת, קבע כי הם נסוגים כאשר הפגיעה בזכותו של התובע להנות מביתו בשל המטרד היא **פגיעה קשה**.

1. קלברזי והירשקופף: השוקל הטוב (שוקל הנזק הטוב)

קלברזי והירשקופף רוצים לשכלל את הרעיון של מונע הנזק הזול. **שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו**. הכלל לא אומץ בפסיקה (לא נדחה לגמרי), אך נראה שאפשר להסביר באמצעותו הסדרים חקיקתיים.

**"יכול לפעול על סמך שקילתו" – הכוונה שיש לו את היכולת לשלוט בסיטואציה ויש לו את כל המידע לגבי מונע הנזק הזול האמיתי**. אם השוקל הטוב הוא גם מונע הנזק הזול, הוא ייקח על עצמו את האחריות למנוע את התאונה. אם השוקל הטוב יודע שהצד השני מונע הנזק הזול, אז הוא יעביר לו מידע על כך. למעשה, אנחנו רוצים להטיל אחריות על מי שיש לו יותר מידע.

שוקל הנזק הטוב מוגדר ככזה על סמך תכונותיו. לכן, יכול להיות שנזהה בסיטואציות מסוימות קטגוריות של שוקלים טובים. למשל, בנקים יכולים להיות במקרים מסוימים השוקלים הטובים, מכיוון שיש להם את המידע הרלוונטי למניעת נזקים אשר חוזרים ונשנים בסיטואציות המערבות אותם (שחקן חוזר). כמו כן, יש להם את המידע המאפשר להם למנוע נזקים פוטנציאליים בצורה הטובה ביותר. גם יצרנים יכולים להיות שוקלים טובים משום שהם בעלי מידע רב על נזקים פוטנציאליים, שללקוח אין בהכרח את המידע לגביהם. כמובן שלכל כלל יש יוצא מן הכלל - זה לא נחרץ.

* **יתרונות** –
* התגברות על פערי מידע – לשוקל הטוב יש את מידע אודות מונע הנזק הזול.
* הפחתת עלויות אדמיניסטרציה - יותר קשה לביהמ"ש להתחיל לבדוק מי שוקל הנזק הטוב וזה דבר לא כ"כ פשוט. אך אם יש צד שהוא יצרן או בנק, הרבה יותר קל לביהמ"ש לזהות את זה מבחינה קטגורית.
* **קושי אפשרי** - צד אחד בעמדה הטובה ביותר לשקול, וצד אחר בעמדה לפעול על סמך השקילה.

**✓ מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר?**

אמנם שוקל הנזק הטוב ביותר הוא הבנק / היצרן, אבל מי שהיה יכול במקרה הפרטי למנוע את הנזק בצורה ברורה, ורוצים לתמרץ אותו להתנהל כראוי הוא הצד השני - הלקוח/ הצרכן. לכן, ניקח את הסיטואציה הפרטית ונבחן אותה לעומק. דוגמה מחוק האחריות למוצרים פגומים:

* ס'2(א): "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק כתוצאה מפגם... ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן".
* ס' 4: "לא תהיה זו הגנה ליצרן... אולם אם נהג הנפגע **בהתרשלות חמורה**, רשאי ביהמ"ש **להפחית** את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו".

הכלל לפי ס' 2 לחוק מטיל אחריות מוחלטת על היצרן לפצות על נזקים מפגמים במוצר, גם אם לא היה שום אשם מצידם. לצידו, החוק קובע את החריג בס' 4 שמפחית את סוכם הפיצוי (לא מעניק פטור מלא) במקום שבו יש אשם תורם מצד הצרכן. **למעשה, החריג מדבר על מצבים** **שבהם הצרכן יהיה שוקל הנזק הטוב ביותר ולכן עומדות ליצרן הגנות** **בס' 4**. היצרן הוא שוקל הנזק הטוב, ועדיין מקטינים את הפיצוי שהם צריכים לתת במקרים הרלוונטיים, בהם לא יעיל להטיל עליהם אחריות למרות שהם השוקלים הטובים.

**זה לא פוגע בצפיות כל החשיבה המקדימה הזו (לכתחילה)? לא!** כי מלכתחילה זה יתמרץ אנשים לחשוב כך באופן רגיל וטבעי, שלא דורש מאמץ מיוחד - כך ימנעו נזקים עתידיים. למשל, סימנו את הבנקים והיצרנים ככאלה הצריכים להיזהר יותר - כי הם יודעים יותר. ואם הם יכולים ליידע את הצד השני, את הלקוח/הצרכן- שיעשו את זה. במקרה של שני צדדים פרטיים- אדם מול אדם: יותר קשה לדעת למי יש יותר מידע וזה לא תמיד יהיה גם. לכן, נסתפק במונע הנזק הזול.

**במידה ושוקל הנזק הטוב העביר מידע לאחר כי הוא בעצם השוקל הטוב יותר, והאחר לא פעל על סמך המידע,** **האחריות מוטלת על האחר?** כן, תוטל עליו אחריות, משום שאם הוא יודע שהוא מונע הנזק – אז הוא בחר שלא לפעול שתוך מודעות.

מתי שוקל הנזק הטוב לא יהיה מונע הנזק הזול? לדוג' היצרן הוא שוקל הנזק הטוב, אבל הצרכן, שהתרשל מאוד, הוא מונע הנזק הזול, שהרי היה יכול וצריך להיצמד להוראות היצרן.

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

# שיעור 4, 30/03/2022 - תרופות בראי התיאוריה הכלכלית של המשפט הפרטי: המשך

**❷** **פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת או מוחלטת**

* כלל של רשלנות (negligence)- פוטר את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק (נוסחת הנד) – אין אשם.
* כלל של אחריות מוגברת או חמורה (strict liability)- המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה, גם אם העלויות גבוהות. בדיני נזיקין יש הבחנה בין אחריות מוגברת ואחריות מוחלטת לצורכי הגנת אשם תורם שלא נדבר עליה (באחריות מוחלטת אין משמעות לשאלת האשם התורם, לעומת באחריות מוגברת). הניתוח שנעשה זהה הן לאחריות מוחלטת והן לאחריות מוגברת.

**השאלה היא כיצד נבחין בין מקרי רשלנות לאחריות מוחלטת.**

* **דוגמה 1**: א' יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100. במקרה כזה ברור שאותו אדם ישקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 90 ולא 100.
* האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל רשלנות? כן, בגלל נוסחת הנד. המניעה זולה מהתוחלת, ואם הוא ייתבע בבימ"ש, הוא יוכיח שהוא התנהל בצורה יעילה וניסה למנוע, ולכן הוא לא יהיה חייב בפיצוי.
* האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוגברת? כן. למרות שהפערים נמוכים, עדיף לשלם 90 כדי לנסות למנוע.

**באם א' הוא אדם סביר ורציונלי, בשני המקרים הוא ישקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 90 ולא 100**. במקרה מסוג זה אין כל הבדל גם תחת רשלנות וגם תחת אחריות מוגברת.

* **דוגמה 2**: שינוי במידת עלות המניעה - מה אם עלות ההשקעה במניעת הנזק הוא 150 ותוחלת הנזק הוא 100?
* האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל רשלנות? לא, משום שתוחלת הנזק גבוהה מהמניעה לפי נוסחת הנד ולכן זה לא רציונלי. במקרה כזה, ביהמ"ש לא יטיל עליו אחריות.
* האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוגברת? לא. עדיף לו לשלם 100 בביהמ"ש.

**באם א' הוא אדם סביר ורציונלי, בשני המקרים הוא לא ישקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 100 ולא 150**. שכן להשקיע 150 כדי למנוע נזק של 100 זה לא יעיל. גם תחת רשלנות וגם תחת אחריות מוגברת אין סיבה שהאדם ישלם יותר מתוחלת הנזק.

🡨 לכאורה בשני המקרים, התוצאה זהה הן תחת כלל של רשלנות והן תחת כלל של אחריות מוגברת. אך למעשה, **ההבדל הוא בהשפעה על רמת הפעילות של הצדדים**. במשטר של רשלנות - במצב שבו עלויות המניעה גבוהות מתוחלת הנזק במקרה שיגרם נזק, המזיק לא יידרש לשלם. לעומת זאת, במשטר של אחריות - גם אם הושקעה עלות הגבוהה מהתוחלת במניעת הנזק ובכל זאת התרחש נזק במשטר של אחריות- המזיק עדיין יהיה מחויב לשלם פיצויים בגין הנזק שנגרם.

**הדוגמה של פוזנר להמחשת ההבדל**: רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע, עוברת ליד חווה, ומידי פעם יוצאים גיצים שגורמים לשריפות. נניח שמבחינה טכנולוגית הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק כלל.

* **תחת הכלל של רשלנות** - הרכבת לא התרשלה שכן היא לא יכולה למנוע את הנזק, ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה כי אין שום דבר שיכול לעזור. כשאין פעולות שניתן לבצע בכדי למנוע לא ניתן להגיד שהרכבת הייתה רשלנית, לא היה שום דבר אחר שהיא יכלה לעשות.

בנוסף, גם בעל החווה יודע שהרכבת לא תפצה אותו אם הוא במשטר של רשלנות, אז אולי הוא זה שיעשה משהו כדי למנוע את הנזק – יזיז את החווה, ישים חומה וכו'. הניזוק ישנה התנהגות.

* אבל **תחת הכלל של אחריות מוגברת** - הרכבת כן תשלם פיצוי על כל נזק שנגרם לחווה, כי תמיד משלמים תחת הכלל הזה, גם אם הנזק בלתי נמנע. לכן הרכבת עשויה להפחית מפעילותה. לדוג' אולי היא תעדיף לנסוע פעמיים בשבוע במקום 3. המזיק ישנה התנהגות.

למעשה רואים שאמנם הצדדים פועלים בצורה יעילה, אך **המשטר יכול להשפיע על רמת הפעילות של המזיק או הניזוק.** **המשטר של רשלנות בעיקר משפיע על התנהגות הניזוק, והמשטר של אחריות מוגברת משפיע בעיקר על פעילות המזיק.**

**ביקורת אפשרית על העובדה שבמשטר של אחריות מוגברת יהיה פיצוי בכל מקרה**:

* **סחטנות / הרתעה בחסר** – הדבר עלול לגרום להתנהלות לא מוסרית מצד הניזוק במקום שבו בכל מקרה ישלמו על הנזק / או מצד המזיק שלא יצמצם נזק בכוונה במקום שבו הוא לא יפצה בכל מקרה. לפעמים אנשים משתמשים במערכת המשפטית ע"מ להפיק ממנה תועלת.
* **פגיעה ברווחה המצרפית** – אומנם הרכבת תפחית מרמת הפעילות שלה, אם רווחיה נפגעים. אבל האם זה טוב לרווחה המצרפית שהרכבת נוסעת 3 פעמים מאשר פעם 1? צריך להשוות את העלות שכרוכה בשינוי רמת הפעילות של החוואי אל מול העלות שכרוכה בשינוי רמת הפעילות של הרכבת כדי להבין מה משתלם יותר.
* **יעילות** - לא בטוח שזהו הפתרון יעיל. אמנם המזיק הוא זה שאמור לפעול ולשלם, אבל בכלל אולי היה זול יותר שדווקא בעל החווה יבצע פעולות שיקטינו את התרחשות הנזק. משטר של אחריות מוחלט הופך את הניזוקים לאדישים. אין להם טעם להתאמץ כדי להקטין את הנזק, כיוון שהם יודעים שבכל מקרה יש מי שיפצה אותם.

**❸ פיצויים או צו מניעה – השפעתן של עלויות עסקה על מתן תרופות**

לפי התיאוריה הכלכלית לעלויות עסקה חלק משמעותי בשאלת התרופה הרלוונטית. כדי לדעת מתי נבחר פיצויים ומתי צו מניעה, נבדוק מתי יש עלויות עסקה.

**✓** התיאוריה של Coase **- עלויות עסקה**

**דוגמה**: חקלאי ובוקר בעלי שדות צמודים. הבוקר מגדל בשטחו פרות (200 יח' תועלת), והחקלאי מגדל עגבניות (80 יח' תועלת). אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה של החקלאי (מה שיוביל אותנו למצב של מינוס 80). יש אפשרות למנוע את הנזק ע"י הקמת גדר, אשר הקמתה עולה לחקלאי 60, ואילו לבוקר עלות הקמת הגדר היא 100.

 **מה יקרה בכל אחד מהמצבים?**

1. **אין כלל משפטי** – באופן ראשוני, נראה שהכי יעיל שהחקלאי ישלם 60, כי זה הכי זול ועדיף לחקלאי לשלם 60 ולהרוויח 20 מאשר להפסיד 80.
2. **צו מניעה (הבוקר לא יכול לגדר עדר בלי גדר)** – ללא בניית הגדר, הבוקר לא יכול לגדל את הפרות. לכן, יעיל לבוקר לשלם 100 כדי להרוויח 100, מאשר להפסיד את התועלת של 200. בפועל, הבוקר יציע לחקלאי עסקה מתקנת, לפיה החקלאי יבנה את הגדר במקומות משום שעלויות העסקה שלו נמוכות יותר, ובתמורה הבוקר ישלם לו בין 60-99.
3. **רגולציה שתחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו** - החקלאי ישלם 60, הוא חייב לציית לחוק. אחרת, יוטלו עליו סנקציות.
4. **פיצוי על נזק (הבוקר יכול לגדר את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם נזק)** - הבוקר יעדיף לשלם 80, מאשר להקים גדר שעולה לו 100. בפועל, גם פה הוא יכול להציע לחקלאי עסקה מתקנת בין 60 ל-80, משום שעדיף להקים גדר מאשר להמשיך להזיק ולפצות.

🡨 למעשה, עם/בלי הכלל המשפטי תקרה התוצאה היעילה ביותר – החקלאי יבנה את הגדר ב60. אבל אנחנו לא חיים בעולם מושלם, יכול להיות שאחד הצדדים לא רציונלי, יכול להיות שהם לא יודעים אחד על השני או שיש ביניהם פערי מידע בנוגע להקמת הגדר, יכול להיות שהחקלאי עקשן ולא יהיה מוכן להיכנס לעסקה, יכול להיות שאחד הצדדים יהיה סחטן וינסה למנוע את העסקה היעיל וכו'.

למה במצבים 2 ו4 החקלאי יבקש 61+? כי האחריות לבניית הגדר לא עליו, ולכן הוא ינהל מו״מ עם הבוקר וינצל את זה כדי לבקש יותר. במקום שבו החקלאי לא יתרצה, הוא יכול לפנות לביהמ״ש ולבקש צו מניעה כנגד הבוקר.

**✓** קלברזי ומלמד (Calabresi & Melamed)

בניגוד לקוז שעוסק בעולם המושלם, המאמר עוסק בעולם הלא מושלם ובמצבים שיכולים לנבוע מכך.

נניח מצב שבו יש 10 מזהמים ו-1,000 מזדהמים, ולמזהמים יעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10 מיליון ואילו התועלת מהזיהום עומד על 20 מיליון). **האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים?**

על פניו היינו חושבים **שהדבר היעיל לעשות הוא עסקה בין הצדדים**, כיוון שהתועלת למזהמים-המזיקים גבוהה יותר מהנזק למזדהמים-הניזוקים. אולם, אם אנחנו בעולם של צו מניעה, למזדהמים-הניזוקים יש זכות וטו והם יכולים לפנות לבימ"ש. לכן, בעת המו"מ בין הצדדים, תיתכן **סחטנות מצד הניזוקים**, שיטענו כי זכותם לבקש צו מניעה, ולכן אם המזיקים לא מעוניינים בצו מניעה, עליהם לתת פיצוי יותר גדול. במצב כזה הפיצוי יעלה על הנזק ואף יכול לעלות על התועלת ולחבל בעסקה. ייתכן גם מקרה הפוך בו מזהם אחד יאמר שמזהם אחר צריך לשלם יותר, ואז ייתכן ולא תהיה עסקה ביניהם בגלל **טרמפיסטיות**.

לכן, קלברזי ומלמד מראים לנו את הרעיון של עלויות העסקה, והציעו כללים שמתמודדים עם הבעיות במצבים של עסקאות יעילות שנפגעות. המאמר מנתב כללים למצבים שקשורים לסוגי עסקאות מסוימות.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| כלל | זכאות | הגנה |
|  | **מזדהם** | **כלל קנייני** - למזדהם יש את הזכות לדרוש אוויר נקי. לכן, אם הוא לא מסכים להמשך הזיהום, הוא לא ימשיך - וטו של בעל הקרקע. מכוח הזכות, יש למזדהם את הזכות ללכת לביהמ"ש ולבקש תרופה מסוג של כלל קנייני - צו מניעה.**המזדהם יבחר בכלל הזה כשעלויות העסקה נמוכות**. משום שבמצב כזה, ההיגיון אומר שהמזיקים ייגשו לניזוקים ויציעו להם עסקה, למרות זכאותם לאוויר נקי. אם המזהמים לא עושים את זה, ופועלים שלא כחוק על חשבון המזדהמים, אז ביהמ"ש יעדיך לתת צו מניעה כדי להרתיע את המזהמים ולעודד עסקאות יעילות.כך גם, אם מתגלה שהעסקה לא באמת יעילה מלכתחילה (הנתונים בשאלה לא מדויקים, המזהם טעה בחשיבה על העלויות), משום שביהמ״ש לא רוצה מקרים של עסקאות לא יעילות בעולם.  |
|  | **מזדהם** | **כלל אחריות** - גם כאן יש למזדהם את הזכות לחיות עם אוויר נקי, אבל המזהם יכול לפגוע בזכות זו ללא הסכמת המזדהם ולשלם לו על זה פיצוי. במקום שבו הצדדים לא הסכימו על גובה הפיצוי או בחר לזהם בלי לשלם, המזדהם יכול לפנות לביהמ"ש ולדרוש תרופה - פיצוי בדיעבד. ההגנה המשפטית על הזכות בענייננו היא חלשה יותר - לא צריך את הסכמת המזדהם כדי לזהם אך יש לפצות את המזדהם על כך. **המזדהם יבחר בכלל הזה כשעלויות העסקה גבוהות**. שמשום שבמצב כזה המזדהמים לפעמים מנסים לסחוט את המזהם ולדרוש ממנו פיצויי ענק או שהמזהמים לא מחלקים ביניהם בפיצוי בצורה הוגנת (טרמפיסטיות). הפיצויים יהיו בד"כ בגובה השוק. |
|  | מזהם | כלל קנייני - למזהם יש את הזכות לזהם ואי אפשר למנוע ממנו לזהם שלא בהסכמתו (לדוג' הוא עומד בתקנות ופועל בצורה חוקית). במקרה כזה, אם יש מי שמנסה להפסיק את פעילותו המזהמת, הוא יכול לפנות לביהמ"ש ולדרוש צו מניעה כנגד הצד השני, אשר יאפשר לו להמשיך את פעילותו. |
|  | מזהם | כלל אחריות - למזהם יש זכות לזהם, אבל המזדהם יכול להפסיק את הזיהום ולשלם למזהם פיצוי על העלויות שיצטרך לשלם כדי להפסיק את הזיהום (לדוג' עלויות העתקת המפעל למקום אחר). למזהם הזכות לפנות לביהמ"ש ולדרוש פיצוי במקרים שבהם נאלץ להפסיק לזהם. |
|  | מזדהם | כלל אי עבירות- הגנה מאוד חזקה (אפילו יותר מצו מניעה), הקובעת כי לא ניתן לבצע עסקה אפילו, בהסכמת הכל הצדדים. הפעלת המפעל אסורה והדבר לא נתון לשיקול דעתם של מי מהצדדים. הגנה פטרנליסטית. (דוג'- סחר באיברים). |
|  | מזהם | כלל אי עבירות- המזהם יכול להמשיך לזהם והדבר לא יכול להימנע, גם לא בהסכמתו של המזהם ( דוג'- כור גרעיני. לא נאפשר לו להפסיק לייצר את הזיהום בין אם יסכים לכך ובין אם לא). |

**כלל אי עבירות > כלל קנייני > כלל אחריות.**

נתמקד בשני הכללים הראשונים, משום שבפועל הם אלו שמיושמים במשפט.

* **הכלל הראשון: כלל קנייני** - למזדהם יש זכאות לפנות לביהמ"ש מכיוון שהוא סובל מהזיהום. יש לו זכאות לאוויר נקי, ולכן ההגנה תהיה באמצעות צו מניעה. **נבחר בצו מניעה אם עלויות העסקה נמוכות מכיוון שכשעלויות העסקה מאוד נמוכות.** אם העסקה לא התממשה, אז זה יכול להיות בגלל שהיא לא יעילה או כי אחד הצדדים ניסה לסחוט את הצד השני. צו מניעה נועד להרתיע ולמנוע מצבים שבהם למזהם משתלם להמשיך להזיק גם כאשר הוא נדרש לשלם פיצויים על הנזק.
* **הכלל השני: כלל אחריות**  - למזדהם יש זכות לחיות עם אוויר נקי, אך למזהם יש זכות לקחת לו אותו ולפצות על זה (פיצוי בדיעבד). **נבחר בפיצויים אם עלויות העסקה גבוהות** או שהייתה סחטנות, ואז ביהמ"ש יתערב ע"י מתן פיצוי בדיעבד כדי לקיים עסקה יעילה. שהרי אם הפיצוי מאוד גבוה הדבר מרתיע ומונע מהמזהם לזהם גם ללא צו מניעה (בגלל שיקולי יעילות).

**🡨 כלומר- נחליט אם לתת צו מניעה או פיצוי לפי עלויות העסקה**.

אתא נ' שוורץ: אתא היו מפעל הטקסטיל הכי גדול בארץ בשנותיה הראשונות של המדינה. מר שוורץ קנה בשנת 1950 לערך בית ליד המפעל. בשנת 1955 לערך אתא מתחילים להתקין מתקני אוורור וקירור במפעל כי הייצור שלהם עולה. מתקנים אלו עושים רעש נוראי ומר שוורץ תובע אותם מכוח עוולת המטרד, בטענה כי המקררים יוצרים רעש בלתי סיר שפוגע באיכות החיים שלו.

**כיצד ניתן להבין את פס"ד לאור כללי הגנה מסוג אחריות וקניין על פי קלברזי ומלמד?**

**בגלגול הראשון**, ביהמ"ש מעניק לשוורץ צו מניעה האוסר על אתא להפעיל את המקררים בשעות מסוימות ובזמנים מסוימים. לדברי שמגר, כל עוד הפגיעה ב**ניזוק** היא ניכרת, אין שיקולי "מאזן הנוחות" **הכלכלי** יכולים לגבור. גם אם יגיע נזקו של המזיק כדי הפסד כספי ניכר יותר מן ההפסד הכספי לניזוק, **מידתה הניכרת של הפגיעה בניזוק היא בראש החשיבות** כי אלו יסודות דיני הנזיקין והחשיבות היא על הנפגע**- צדק מתקן.**

לאחר פסה"ד בעליון, התובעים ביקשו מהמפעל שירכוש מהם את הנכס במחיר שגבוה בהרבה ממחיר הדירה בשוק. אתא אמרו שהוא לא יכולים לפצות במחיר ממש גבוה, שכן אחרת כל השכנים יבואו גם כן לבקש פיצוי דומה. המפעל מבין שהוא נקלע לבעיה - או שהוא נכנע לדרישות של התובעים, מפצה את שוורץ ושכנה ולמעשה פושט רגל, או שהוא מפסיק את המטרד וגורם להפסד כלכלי חמור. לכן, המפעל פנה לשר האוצר וביקש ממנו להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) להפקיע את הנכס מבעלות פרטית כשהרכישה מועילה לציבור. בעלי המפעל הבינו שזה המוצא האחרון לקיום המפעל (והמפעל בזמנו היה חיוני מאוד לציבור, מפעל טקסטיל גדול).

שר האוצר נרתם למקרה והבין מהעובדות שיש להפקיע את הדירה באמצעות מנגנון מנהלי שמאפשר את זה ולתת לשוורץ פיצוי בשווי הדירה של המוטרד, המפקיע למעשה את צו המניעה כנגד אתא. ואכן, שר האוצר מפקיע את הדירה תמורת פיצוי לנפגע בשווי הנכס.

למעשה, אנחנו רואים מהשתלשלות האירועים מעבר **מהכלל הקנייני** של צו מניעה (שניתן בדיון במחוזי) **לכלל של אחריות** – הפיצוי בשווי הנכס שניתן על ההפקעה.

מפסה"ד ראינו כיצד עלויות עסקה נמוכות יובילו להגנה חזקה של צו מניעה, ואילו עלויות עסקה גבוהות שעלולות לנבוע מסחטנות יובילו להגנה חלשה של פיצוי. מנגנון הפיצוי יעזור להגיע לתוצאה יעילה כי הצדדים הסחטנים ידעו שכשהם יגיעו לביהמ"ש הם יקבלו פיצוי ולא צו מניעה. כך הם נמנעים מלהתנהל באופן סחטני מלכתחילה. **ביהמ"ש יישם את הרעיונות מהמאמר של קלברזי ומלמד- כשיש התנהגות סחטנית ואי אפשר להגיע לעסקה יעילה כי העלויות גבוהות, ביהמ"ש לא ייתן צו מניעה. במקרים של סחטנות, יינתן פיצוי בערך השוק של הנכס.**

**🗯 תרגיל כיתה:** שולמית: "בנסיבות מטרד, תינתן הגנה חזקה. לעיתים תעמוד בפני המוטרד בנוסף הגנה לגבי הנזק הממוני שנפגע".

1. על איזו "הגנה" מדברת שלומית?
2. כיצד ניתן להצדיק את ההגנה/הגנות עליהן מדברת שלומית בראי הצדק המתקן?

**תשובה:**

**א.** קלברזי ומלמד משתמשים בביטוי "כללי הגנה" ביחס לתרופות במשפט הפרטי. באופן ספציפי, שלומית מדברת על צו מניעה, שנחשב להגנה חזקה במיוחד, שנועד למנוע פגיעה מתמשכת שנגרמת על ידי מטרד. לפי הניתוח של קלברזי ומלמד, מדובר בכלל קנייני, לפיו כל בעל נכס רשאי מתוקף בעלותו לאסור פעילות שתפגע ביכולתו לממש את הזכות שבידיו. לבעל הנכס עומדת מעין זכות "וטו" הנוגעת לפעולות שמתבצעות ביחס לנכס או שיש להן השפעה ישירה עליו. המזיק לא יוכל לבצע פעולות מהסוג המדובר ללא אישורו הבלעדי של בעל הנכס.

בנוסף להגנה זו, יתכן כי תינתן תרופה של פיצוי כספי לגבי נזק שהמוטרד יצליח להוכיח כי התממש בפועל (ס' 44 לפקנ"ז).

מניעת המטרד יכול ורצוי שתעשה בדרך של צו מניעה. שהרי מתן פיצוי בלבד אמנם ייתן מענה לנזק הנטען מהפגיעה, אך הוא לא ימנע את ההטרדה המתמשכת. צו מניעה הוא הכלי שיוביל לחדילת המחדל באופן גורף אחת ולתמיד ויאפשר לבעל הנכס לממש את זכותו להנות מהנכס הקיים ברשותו כפי שהוא זכאי.

**ב.** לפי הצדק המתקן, הפיצוי יתקבל בהתאם לפגיעה בזכות ובהתאם להיקפה. למשל, אם נמנע מהמוטרד לגור בנכס שלו בתקופת המטרד, ועל כן עבר לגור במקום אחר, ייאמד הפיצוי בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה. צו המניעה, הוא התרופה המתאימה לפגיעה מתמשכת בזכותו של המוטרד (פיצוי הוא תרופה לא מתאימה לסוג פגיעה מתמשכת).

# שיעור 5, 06/04/2022 – מתיאוריה לפרקטיקה: חפיפה רעיונית של תחומי המשפט הפרטי והשלכתו על התרופה

התיאוריה עוזרת לנו לעשות סדר בין הפוזיטיבי (הכלל המשפטי), לבין הנורמטיבי (הדבר הראוי). באמצעות הכלים התיאורטיים נוכל להפעיל ביקורת שיפוטית ולחדד בין הרצוי למצוי, וחיבור הרעיונות התיאורטיים (דוגמת המאמר של קלברזי ומלמד) עם המשפט יעזור לנו להבין מהי התרופה הראויה באותם מקרי גבול.

במצבי גבול, בהם יש חפיפה בין תחומי המשפט הפרטי והסיטואציה נמצאת "בין הדינים", יכול לעלות קושי איזו תרופה לתת (האם מדיני החוזים, האם קניין וכו'). כדי לתת את התרופה המתאימה, יש להבין מהסיפור העובדתי מה האינטרס של התובע שעליו נרצה להגן בנסיבות, ולפיכך נבין מה התרופה הרלוונטית.

**3 המופעים העיקריים של החפיפה הרעיונית:**

* חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין.
* חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין.
* חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין.

## חפיפה רעיונית בין דיני קניין לדיני נזיקין

בין דיני הנזיקין לדיני הקניין יש קשר היסטורי. דיני הנזיקין נתפסים כדינים שנועדו להגן על הקניין – לדוג' אם מישהו הזיק לרכוש שלי, אתמודד עם הנזק דרך דיני הקניין. אבל, דיני הנזיקין הם הרבה יותר מהגנה על קניין, וישנם תחומים ואינטרסים נוספים שדיני הנזיקין מגנים עליהם שלא קשורים לקניין, לדוגמה שלמות הגוף ודוקטרינת הרשלנות. ובכל זאת יש תחושה שיש לנזיקין תפקיד חשוב בהגנה על הקניין.

**נשאיל מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות:** המאמר הציע חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות קניינית. לאחר שאנו יודעים למי הזכות שייכת, נקבע איזו הגנה נרצה לתת לו. ישנן **שתי סוגי הגנות המתמקדות בעבירות הזכאות בין הצדדים** (האם נדרשת הסכמה כדי להעבירה?):

1. **ההגנה החזקה: "כלל קנייני"/ הגנה קניינית** - המשפט מגן על מי שמחזיק בנכס באופן שלא ניתן להוציא ממנו את הנכס בלי הסכמתו. רק בהסכמתו של בעל הזכאות ניתנת אפשרות לעבירות. אם הזכות תפגע, לבעלים יש זכות לקבל צו מניעה.
2. **ההגנה החלשה: "כלל אחריות"/ הגנה נזיקית** - מגנים על מי שיש לו זכאות בנכס אך נותנים לו הגנה חלשה יותר על הזכות – פיצוי בדיעבד אם תפגע זכותו, אך לא ניתן צו מניעה. כלומר, ניתן לפגוע בזכות, אך הפוגע יידרש לפצות בדיעבד אם נפגעה הזכות.

**מהשמות שניתנו לכללי ההגנה, ניתן להסיק שבדיני הקניין ההגנה על הזכות היא באמצעות דרישה להסכמה עבור כל שימוש, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים.** כאמור, כללי ההגנה (קניין/אחריות) מונעים את עבירות הזכויות, לכן יש להפריד בין שאלת הזכאות (האינטרס/הזכות בנכס) לבין שאלת העבירות (האם ניתן להעביר את הנכס גם ללא רצון הבעלים). נשים לב למשמעות של המונחים:

* **זכות –** מערך הזכויות הרגיל שאנו מכירים. לדוג' הזכות לקניין. לא על זה קלברזי ומלמד מדברים.
* **זכאות -** להשתמש במילה הזו במבחן! ביהמ״ש ייטה להגן ויעדיף את הצד לו יש זכאות על הקניין.
* **עבירות -** **העברה** של קניין מאדם (שהקניין שלו) לאדם **באופן רצוני,** באמצעות מתנה, עסקה, חוזה ועוד.

האינטואיציה מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד היא **השליטה על האינטרס של בעל הזכאות**. לעומת האינטואיציה מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד שהיא **הגנה על שווי** **הכספי** **של האינטרס שנפגע.** אם כך, כשקלברזי ומלמד מדברים איתנו במונחים של כלל הגנה וכלל קנייני, אם ננסה לתרגם את זה כדי להשתמש בזה בפרקטיקה, נדבר על סיטואציות של שליטה, ואם נרצה להשתמש בכלל אחריות כנראה שמה שנרצה להגן עליו זה השווי, כמה שווה האינטרס עליו רוצים להגן.

נראה איך החלוקה של קלברזי ומלמד יכולה לעזור לנו להבין איך לפתור מקרה ביניים שבין דיני הקניין לדיני הנזיקין:

[Vincent v. Lake Erie Transportation Co.](https://www.youtube.com/watch?v=3wX-IH3Qzqw) (1910)**:** בעיצומה של סערה באגם ארי, בעלים של ספינה החליט לקשור במהירות את הספינה למזח. מפאת הנסיבות, בעלי הספינה לא ביקש את רשות בעלי המזח, משום שלאור הנסיבות, אם לא היה קושר את הספינה, היא הייתה נסחפת. הספינה אכן ניצלה, אך הסערה הקשה גרמה לספינה להיטלטל בצורה שפגעה במזח והסבה לו נזק.

קניינית, אין ספק שהמזח שייך לבעל המזח. משמעות הבעלות הקניינית היא שבעל הספינה היה צריך לבקש מבעלי המזח את הסכמתו לקשירת הספינה. כאמור, בעל הספינה לא ביקש רשות מפאת הנסיבות. **מה צריכה להיות ההגנה כלפי בעל הקניין (בעל המזח) בנסיבות כאלה?**

1. הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 אם לא התקבלה הסכמה, בעל הספינה מעוול 🡨 יש לתת תרופה לבעל המזח.
2. אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח 🡨 בנסיבות חירום אין צורך בהסכמה, לכן בעל הספינה אינו מעוול 🡨 אין צורך לתת תרופה לבעל המזח. שהרי אם אין עוולה - אין תרופה.

**מה נפסק?**

* דעת המיעוט קבעה שאין עוולה. בנסיבות שנוצרו היה מותר לבעל הספינה לקשור את הספינה למזח, שהרי אנחנו רוצים שבמקרי חירום אנשים יצילו את עצמם והרכוש שלכם. לכן, לא ניתן להגיד שבעל הספינה מעוול. אם אין עוולה, אין הגנה על בעל הזכות ולכן **לא תינתן גם תרופה**.
* דעת הרוב קבעה שבנסיבות שנוצרו היה מותר לבעל הספינה לקשור אותה למזח ללא קבלת הסכמה מוקדמת מהבעלים, ואף יותר מכך, אסור היה לבעל המזח למנוע מבעל הספינה לקשור אותה למזח. אך למרות זאת נקבע **שעל בעל הספינה לשלם פיצויים על הנזק לבעל המזח.**

**הרציונליים מאחורי דעת הרוב ודעת המיעוט:**

* דעת המיעוט- בעת חירום (necessity) הקניין עובר להיות נחלת הכלל.
* דעת הרוב- בעת חירום ניתן להשתמש ללא הסכמה בקניין האחר. כלומר בעל הקניין במזח "איבד את השליטה שלו" (היכולת לקבוע תנאים לשימוש בנכס שלו בעת צורך). אך הפריבילגיה אינה אינסופית. לבעל הקניין מגיעה בכל זאת הגנה משום שלא הייתה עבירות של זכות השליטה אלא רק ניתנה אפשרות להשתמש ללא אישור ולפצות בגין נזק באם נגרם כזה.

**איך אפשר להצדיק את הקביעה הזו לפי כללי ההגנה של קלברזי ומלמד?** לפי הכללים, לבעל המזח יש זכאות וכניזוק יש לו זכאות לבקש את כללים 1/2 כאשר פוגעים בזכותו. מה שמשתנה במצב חירום זו לא הזכאות, אלא **ההגנה** - בעת חירום ההגנה החזקה (כלל 1) של בעל הזכאות הקניינית עוברת טרנספורמציה להגנה חלשה יותר מסוג פיצוי בדיעבד (כלל 2). מעבר מכלל הגנה קנייני לכלל הגנה נזיקי שמאפשר פיצוי בלבד.

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

ההיגיון הוא שיש כאן מצב של מונופול דו-צדדי (מבנה שוק שבו יש ספק אחד וממכר יחיד). המונופול הדו-צדדי לוקח את שמו מקיום בו זמנית של שני מונופולים, האחד בצד ההיצע והשני בצד הביקוש. המשמעות היא שיש לנו ספק יחיד ובמקביל מבקש יחיד למוצר או שירות. יכול להיגרם מצב של סחטנות מצד בעל המזח כלפי בעל האונייה. לכן לפי תאוריית עלויות העסקה של קלברזי ומלמד **הורידו את רמת ההגנה כדי שלא תהיה סחטנות**.

**מהי התרופה הראויה בעניין Vincent**? אנחנו יודעים שישנם מצבים שהמדינה יכולה להפקיע את רכוש הפרט ולשלם להם תמורת ההפקעה. עם המעבר לכלל 2, אנחנו עוברים למצב של מעין הפקעה פרטית, דבר שהוא לא כ"כ מובן מאליו ולכן יש קושי, משום שקניין היא זכות חזקה. אך ניתן להבין כי רק במצב חירום של צורך אקוטי, ההגנה החזקה של בעל הקניין, צריכה להיות מוחלפת בהגנה חלשה של פיצוי בדיעבד.

**ההלכה**: קשה לחלץ כלל מפסה"ד משום שעד עצם היום הזה יש מחלוקות סביב דעת הרוב. עם זאת, נראה שלפי דעת הרוב, **במקרה של צורך אקוטי, בעל הצורך יוכל להשתמש בנכס ללא רשות בעליו, אך אם יגרם נזק לנכס יהיה עליו לפצות את בעל הנכס בגינו.**

**האם ניתן להצדיק את הפס"ד בראי הצדק המתקן?** תחילה, יש לנסות להבין מה הזכות שנפגעה. בעל הספינה לא פגע בזכותו של בעל המזח מכיוון שזה היה שעת הצורך (שבה יש לו זכות להשתמש בנכס של אחר ללא רשות בעליו). אולם זה שמותר לו לקשור את הספינה לא אומרת שמותר לו להזיק. לכן **הזכות שנפגעה היא הזכות לשלמות המזח** עצמו ולא הזכות לקשור את הספינה. משכך, התרופה צריכה להיגזר בדיוק מהפגיעה שנגרמה - שווי הנזק שנגרם למזח.

בשורה התחתונה, פסה״ד נותן לנו הלכה מאוד חשובה לשעת צרה. במקרה של צורך, צריך להבין בפשטות את דעת הרוב ולהסביר מדוע למרות הזכות לקשור את הספינה, יינתן פיצוי בדיעבד על בסיס 2 התאוריות:

* ראי כלכלי - במקרי צורך נחליף את כלל ההגנה מכלל חזק של קניין, לכלל חלש יותר של פיצוי בדיעבד. זוהי התוצאה היעילה ביותר, מכיוון שמצב של צורך עלול ליצור קרקע פורייה למצבי סחטנות. בעל המזח יודע שלבעל הספינה אין ברירה אלא לקבל כל הצעה שהוא יציע לו, אחרת הספינה שלו תטבע והנזק שייגרם לו יהיה עצום. לכן, כשעלויות העסקה גבוהות, נאפשר הגנה של פיצוי בדיעבד.
* צדק מתקן – בשעת חירום ניתנה זכות לעגון במזח בלי לשלם, לכן, זכותו הראשונית של בעל המזח לא נפגעה. אולם, לבעל המזח יש זכות נוספת והיא שהמזח שלו לא יינזק, אשר מקימה חובה נגדית לבעל הספינה לא לפגוע במזח. לכן, משניזוק המזח, הפיצוי הוא על הפגיעה במזח ולא על השימוש הבלתי מורשה. כמו כן, הפיצוי צריך להיות בגובה הנזק (ולא בגובה דמי השימוש) כדי להשיב את המצב לקדמותו.

מפרספקטיבה של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ניתן להגיד שבעל הספינה התעשר שלא כדין באמצעות השימוש בנכסי הזולת. ולכן יצטרך להשיב לבעל המזח את ההתעשרות, כנראה יהיה גובה הנזק למזכה, בעל המזח, ולא גובה הרווח לזוכה שגבוה מאוד (שווי הספינות והחיים שניצלו). לא נרחיב על זה.

השוואה לפס״ד Olwell - גם בפס״ד האנגלי יש שימוש לא מורשה בנכס (במכונה שמייצרת ביצים). גם שם, הייתה מעין הפקעה פרטית, אבל במצב רגיל ולא בשעת חירום. לכן, ביהמ"ש קבע שזה היה אסור וניתן פיצוי בדיעבד (פיצוי יתר אפילו). בהשוואה לפס״ד Vincentניתן להבין שכאן הסיטואציה מוזרה, כי ביהמ"ש קבע שבשעת צורך מותר להשתמש ברכוש פרטי, ועדיין המשתמש יצטרך לפצות בדיעבד. זאת אומרת שבשני המקרים התקבל פיצוי, אבל בסיטואציות כמו אולוול, המשתמש פעל באופן לא תיקני. ואילו במצבי חירום, המשתמש פעל באופן תיקני.

**נשנה קצת את הסיטואציה**:

מה היה קורה אם לא הייתה שעת צורך? מה הפגיעה בזכות בעל המזח? **בראי הצדק המתקן**, קודם כל נבין את טיב הפגיעה- שימוש לא ברשות. ומכך תיגזר התרופה >>> התרופה הנכונה היא שווי השימוש ברכוש (סיר ומכסה) + הנזק לנכס, אם נגרם.

ומה היה קורה אם היה שימוש מותר בשעת צורך אבל לא נגרם נזק? לא היה מתקבל אף פיצוי. **בשעת צורך לבעל הספינה יש זכות לקשור את הספינה למזח**. זאת אומרת שאם יש את הזכות, לא פגעת גם באף אחד בהיבט זה. אבל כאמור, זה שיש לך זכות לקשירת הספינה, לא אומר שיש לך את הזכות לפגוע ולגרום לנזק במזח.

## חפיפה רעיונית בין דיני חוזים לדיני נזיקין

**ההבדל המהותי בין נזיקין לחוזים:** בחוזים, מדובר בעסקה רצונית בין שני צדדים או יותר שמעוניינים בעסקה והקשר ביניהם הוא מרצון (voluntary transactions). לעומת זאת, בנזיקין, מדובר בעסקה שלא מבחירה בין צדדים שזרם זה לזה (involuntary transactions). לדוג' בתאונת דרכים, גם המזיק וגם הניזוק לא מעוניינים במערכת יחסים הזאת. מדובר במעין עסקה כפויה. ראינו שבמקור דיני הנזיקין נועדו להגן על דיני הקניין ובמהלך השנים השתדרגו ונתפסים כסוג של דינים שנועדו לשרת דינים אחרים. לדוג' ס' 62 לפקנ"ז, עוולת גרם הפרת חוזה, מגנה על חוזים בין אנשים.

לפעמים החלוקה של רצון/היעדר רצון לא עובדת. ומערכת נסיבות זהה יכולה להקים גם עילה חוזית וגם עילה נזיקית. זה קורה למשל במקרים שיש בהם הסדרה כפולה מבחינה משפטית. למשל במצבים של רשלנות מקצועית (רופא וחולה או עו"ד ולקוח) - מערכת היחסים מתחילה מרצון ובחוזה, אך בעקבות הרשלנות מצד בעל המקצוע, נכנסים לעולם הנזיקין. ולהפך, מערכת יחסים שמתחילה בנזק (תאונה) ונגמרת בחוזה (הסכם פשרה).

**איזו תרופה יש לתת במקרי ביניים?** הקושי לקבוע אם מדובר במקרה שדורש תרופה חוזית או נזיקית נובע מכך שהתרופה לא נובעת מהחלוקה לקטגוריות של חוזים/נזיקין. לכן, נדע איזו תרופה לתת **בהתאם לאינטרס של הנפגע** שעליו אנחנו רוצים להגן בהתאם לסיפור העובדתי:

* **חוזים** - הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים שלהם. שהרי הקצאת הסיכונים היא חלק מהבחירה להיכנס לחוזה.
* **נזיקין** - הגנה על שלמות הגוף/על זכויות אחרות, כולל זכויות חוזיות. כאמור, במקור דיני הנזיקין נועדו לשמור על זכויות קנייניות שנפגעו, לכן דיני הנזיקין נתפסו כדינים שנועדו לשרת דינים אחרים.

[Hawkins v. McGee](https://www.youtube.com/watch?v=_983pIQ_0sw) (1929) (פרשת היד השעירה): בעקבות מקרה התחשמלות בגיל 11, ג'ורג' הווקינס נכווה בידו ונותר עם צלקת בכף היד. מספר שנים לאחר מכן, ד"ר מקגי הציע לאבא של הווקינס לעבור פרוצדורה רפואית של השתלת עור שתהפוך את היד לטובה **במאה אחוז**. האבא והבן הסכימו וד"ר מקגי ביצע את הניתוח. בניתוח, נלקחה רקמה מהחזה, אשר הושתלה בידו של הווקינס ונקלטה בה כראוי. למרבה הצער, גם התכונות של רקמות העור בחזה נקלטו בכף היד ובכף היד של הווקינס החלו לצמוח שערות. בעקבות המקרה, הווקינס תבעו את ד"ר מקגי על כאב וססל ועל הנזק הרפואי כנגרם כתוצאה מהניתוח.

השאלה המשפטית: **איזו תרופה יש לתת להווקניס?** יש שתי אפשרויות:

1. **פיצוי בעל אופי נזיקי** - פיצוי על כאב וסבל. זהו הפיצוי שנפסק לטובת הווקינס בערכאה הראשונה.
2. **פיצויי ציפייה** - הגנה על הציפייה של הווקינס מהחוזה, בעקבות התחייבותו של ד"ר מקגי ליד מושלמת ב100%, שיצרה בנסיבות שלנו מעין חוזה.

**בערעור נקבע** כי יש לתת להווקינס פיצויי צפייה ולא כאב וסבל שהיו בגדר הסיכונים הצפויים.

כיצד ניתן להבין את הקביעה של ביהמ"ש? כל ניתוח כרוך בכאב וסבל, וכאשר מנותח נכנס לניתוח הוא יודע שזה כולל כאב וסבל. ההבדל הוא שבענייננו ד"ר מקגי הבטיח יד מושלמת ב-100%, ועל בסיס ההבטחה הזו הווקינס נכנס לחוזה.

כיצד מחשבים את שיעור הפיצויים? (יד מושלמת) – (יד שעירה) = פיצויי ציפייה. פיצויי ציפייה נועדו להעמיד את הנפגע במקום בו היה לו נכרת החוזה. הם מבטאים את ההפרש בין מה שהובטח בחוזה לבין מה שהתקבל בפועל.

בענייננו, הווקינס רצה לקבל יד "מושלמת" וקיבל יד שעירה. עולה השאלה איך ניתן לכמת את זה, מדובר בנזק אבסטרקטי. לדעת המרצה, פיצוי ציפייה היו הסעד המתאים במקרה של הווקינס (בין היתר, כי יותר קל לכמת אותם). נניח שיד שעירה שווה 20 ויד מושלמת שווה 100, אז פיצויי הציפייה יהיו שווים 80 (100-20). אנחנו מחשבים ממה שהובטח ולא מה שהיה. כי נניח שיד מצולקת שווה 19 ויד שעירה שווה 20, אז הפיצוי היה קטן.

**השאלה האמיתית היא למה לא דיני נזיקין? מדוע הדיון בפסה"ד לא התמקד בעוולת הרשלנות?** הסיבה שההחלטה התהפכה היא כי כדי לתבוע על כאב וסבל צריך להוכיח התרשלות, שהרי כאב וסבל מהניתוח עצמו הם בגדר הסיכונים הצפויים. הווקינס היה צריך להוכיח התרשלות מצד הרופא וקש"ס בין ההתרשלות לכאב ולסבל כדי יקבל פיצוי. נזק לבדו לא מוביל לפיצוי ובענייננו, לא הוכח קש"ס בין קיומה של ההתרשלות לכאב והסבל שהווקינס טען לו.

יתרה מזאת, הסעד ברשלנות ובנזיקין הוא השבת המצב לקדמותו. בענייננו, לא בטוח בכלל שהמצב עכשיו (יד שעירה) אכן גרוע מהמצב הקודם (יד מצולקת). בהמשך לדוג' לעיל, יכול להיות שיד מצולקת שווה 19 ויד שעירה 20, ואז המצב אפילו טוב יותר מקדמותו וזה מוביל אותנו למצב אבסורדי. ואם המצב אכן גרוע יותר, הפער הוא קטן ולא מוביל לפיצוי גבוה. לכן, נעדיף פיצויי ציפייה.

במצב דברים אולי ניתן היה ניתן לטעון לאי גילוי כל הסיכונים ומצג שווא רשלני מצד הרופא (יד מושלמת ב100%) ואולי היה בכך בכדי להניב תוצאות טובות יותר מאשר עוולת הרשלנות. בכל מקרה, זה היה מוביל אותנו לאותה תוצאה שאיתה נגיע עם פיצויי ציפייה – פיצוי שישווה את מצבו של הנפגע למקום בו היה לו המצג היה אמיתי.

כמובן שאי אפשר לקבל פיצוי גם בחוזים וגם בנזיקין. אפשר לעשות תביעות חלופיות וביהמ"ש יחליט איזה סעד לתת.

**🡨 אנחנו רואים כיצד הבחירה בענף המשפטי משפיעה על התרופה. לכן, זה חשוב להבין את הקשר שבין הפגיעה בזכות לבין התרופה ואיפה אנחנו נמצאים על המפה של המשפט הפרטי**.

# שיעור 6, 27/04/2022 – חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לדיני נזיקין

[Moore v. Regents of the University of California](https://www.youtube.com/watch?v=E1yInC8vQcY) (1990)**:** מור חלה בסרטן נדיר מסוג לוקמיה והיה מטופל אצל רופא בביה"ח של אוניברסיטת קליפורניה. מור עבר מספר בדיקות וניתוחים, שהביאו להחלמתו מהמחלה. הרופא שטיפל בו, השתמש ברקמות שהוסרו מגופו של מור במהלך הטיפול בו לצרכי מחקר על תאי סרטן. הרופא מגלה שמור חלב בזן סרטן שיש בו פוטנציאל אדיר לריפוי מחלות אחרות. לכן, הוא שולח את מור לסדרת בדיקות נוספות שמאששות את המחקר של הרופא. המחקר הניב גילוי מהפכני בחקר הריפוי של מחלות הסרטן, בעקבותיו הרופא ואונ' קליפורניה רשמו פטנט על הגילוי, והפיקו רווחים עצומים. לאחר שהדבר נודע למור, הוא תובע את הרופא ואת האוניברסיטה ומבקש מהם השתתפות ברווחים מהפטנט.

השאלה המשפטית: האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין? ואם כן, לאיזו תרופה?

הטענות: העלו שתי טענות עיקריות לקבלת תרופה:

1. **עוולת הגזל –** מוגדרת בס' 52 לפקנ"ז: "גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע, על ידי שהנתבע לוקח אותם, מעכב אותם, משמיד אותם, מוסר אותם לאדם שלישי או שולל אותם מן התובע בדרך אחרת".

**התרופה הנזיקית לגזל היא השבתו** – מוגדרת בס' 55 לפקנ"ז- "בתובענה שהוגשה על גזל רשאי בית המשפט, לפי הנסיבות, לצוות על החזרת הגזלה, בנוסף על כל תרופה אחרת שנקבעה בפקודה זו או במקומה של תרופה כאמור". לחלופין, תרופת ההשבה מעוגנת בס' לחוק עשיית עושר - כהשבת טובת הנאה.

**הבעיה בעילה הזו** היא שיש להניח שרקמות האדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו. **הטענה לא התקבלה בביהמ"ש.**

1. **עוולת התקיפה** - על הרופא היה לגלות למור את כל המידע על הטיפול בו הדרוש כדי לקבל את הסכמתו לטיפול. משלא גילה את המידע, מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית, טענה המבוססת על הרעיון של **דוקטרינת ההסכמה מדעת** - כל עוד אדם לא הסכים שיגעו בגופו, לא כל שכן יבצעו בו הליך רפואי, הדבר מהווה תקיפה – פלישה לגופו של המטופל שלא בהסכמתו (כיום רופא שלא מגלה למטופל את כל המידע הרלוונטי, נחשב כמי שהתרשל).

לשם כך יש לקבוע כי מידע כלכלי הוא גם מידע רלוונטי לצורכי הסכמה מדעת. משהרופא לא גילה למור אודות המידע הכלכלי, מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית. **ביהמ"ש קיבלה את הטענה הזו**.

**הבעיה בעילה הזו** נעוצה בשאלה על מה נועד להגן הרעיון שבבסיס החובה לקבל הסכמה מדעת של המטופל.

נקבע: ביהמ"ש קיבל את הטענה השנייה ופסק כי הרופא תקף את מור. חלה על הרופא חובת גילוי (הכוללת גם גילוי מידע רפואי ולא רק כלכלי), שכן בלי נתינת כל המידע אין הסכמה, ואי הסכמה היא אחד התנאים בסעיף התקיפה. הרופא היה צריך להגיד למור שיש אינטרס כלכלי במידע שהופק מהרקמות שלו. מכיוון שלא עשה זאת, ניתן לראותו כמי שאשם בעוולת התקיפה.

**הבעיה עם קביעת ביהמ"ש** היא שהפרת חובת הגילוי מרופא (דוקטרינת הסכמה מדעת) דורשת מהתובע להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק. התובע צריך להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע הרלוונטי, התובע היה מחליט שלא לעבור את הטיפול. בענייננו, סביר להניח שאילו הרופא היה מגלה למור את המידע הכלכלי, מור היה מסכים לטיפול, שלימים אף הציל את חייו. לכן, הסיטואציה בענייננו לא מתאימה לתקיפה.

**לכן, כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב מהו האינטרס המוגן עליו נרצה להגן**. האינטרס שנפגע הוא **האמון המטופל בצוות הרפואי.** רופאים צריכים לגלות למטופלים שלהם את כל המידע שקשור לטיפול, לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שבטיפול, מכוח חובת האמון כלפיהם. וזאת, כדי להקטין סיכוי לניגוד אינטרסים וכדי שמטופלים לא יחששו שהרופא רוצה לנצל את המחלה שלהם. לאור זאת, צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע הכלכלי הטמון בטיפול בו.

**יחסי אמון הם מוסד משמעותי בדיני היושר**. לכן, יש לגזור את התרופה ממהות הזכות שנפגעה. בענייננו, הרופא הרוויח כתוצאה מהפגיעה באמון של מור, ולכן נראה כי בהפרת חובת האמון מתקיימים היסודות של תביעה בעשיית עושר – התעשרות על חשבון האחר ושלא על פי זכות שבדין.

אם כך, מהי התרופה המתאימה לשלילת זכותו של מור במידע על האינטרס הכלכלי שלו?

כיצד נוכל להרתיע מהפרת אמון? רוצים לגרום לרופא לחשוף כל מידע שיש בו ניגוד אינטרסים. המטרה היא להגן על האוטונומיה של המטופל ולכן הדרך היא לא דרך הסכמה מדעת, אלא הרתעה ע"י דיני עשיית עושר. ישנן 2 אפשרויות:

1. שלילת רווחים- שוללים לרופא את הרווחים כתוצאה מהפרת חובת האמון. ס' 1 לדיני עשיית עושר קובע שמי שקיבל טובת הנאה שלא ע"פ זכות, הוא חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם ההשבה בלתי אפשרית או בלתי סבירה הוא צריך לשלם את שוויה. זו האפשרות הקלה לחישוב.
2. הסכמה היפותטית- נעשה שימוש ברקמות של מור באופן לא תקין ובמצב של ניגוד אינטרסים מבלי להודיע למטופל. לכן, רוצים לאמוד את ההשבה ע"פ חוזה מדומיין. נשאל מה היה קורה אילו הרופא היה מגלה למור על ה"אוצר" שיש לו - מה הצדדים היו לוקחים בחשבון אילו הם היו כורתים ביניהם חוזה היפותטי. ביהמ"ש מחשב אומדן של הסכמה היפותטית בין הצדדים, ומחשב כמה הרופא מנע מהתובע ובכך הוא התעשר. זו האפשרות הקשה לחישוב, כיוון שהיא היפוטתית.

🡨 **סכום הפיצוי ב2 האפשרויות אינו חופף**. מזכיר את האפשרויות לפיצוי בפרשת אולוול (פטור מהשבה כי לא נגרם נזק, דמי שימוש במכונה, הרווח לבעל המפעל).

🡨 נראה כי התרופה המתאימה היא שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת זכותו של מור במידע על האינטרס הכלכלי שלו. הדין יוצר מעין נאמנות קונסטרוקטיבית ורואה את הרופא כמי שמחזיק ברווחים שהופקו כתוצאה מהפרת הזכות של מור (אוטונומיה והסכמה מדעת) ב"נאמנות" עבורו.

מה הקשיים באומדן הרווח שניתן לייחס לשלילת זכותו של מור?

* אי וודאות הקשורה לסיבתיות העובדתית: מה החלק שניתן לייחס לזכות הכלכלית הכרוכה ברקמותיו של מור, ומה החלק שניתן לייחס למחקר ולמומחיות של מפר הזכות? אנחנו לא יודעים מה התרומה של הרקמות של המטופל לרווחי הפטנט, ובעצם אם לא נוכל להוכיח קיום קש"ס לא נוכל לתבוע בעשיית עושר.
* אי וודאות הקשורה לבעיית ההיפותזה: כיצד נדע מה הסכום שהצדדים היו מסכימים לגביו בעסקה היפותטית שלא התקיימה? מדובר במקרה מיוחד ויוצא דופן, שהרי אין "עסקה" אחרת בשוק שניתן להשוות אליה את המקרה של מור, יש פטנט ייחודי שקשור לרקמה מגופו. נניח שמור היה מוכן שישתמשו ברקמותיו אבל היה רוצה לקבל על כך תמורה אין לנו דרך לחזות את שיעור התמורה שהיה מבקש. זאת מפני שכאמור אין לכך תקדימים מוכרים או אמצעים שיאפשרו לשערך את שיעור התמורה האמיתי שהיה מבקש.

🗯 **שאלה מחשבה:** כיצד ניתן להצדיק תרופה מכוח ס' 1 לחוק עשיית עושר בנסיבות פסק הדין בעניין Moore לפי רעיון הצדק המתקן?

פתרון: האינטרס שעליו אנו רוצים להגן בעניין מור הוא האמון של המטופל ברופא שלו. אם זה האינטרס שרוצים להגן עליו, ניתן לומר שלמור יש **זכות לקבל מידע** גם על האינטרס הכלכלי הקשור בטיפול בו. לכן לרופא יש את **החובה הקורלטיבית** לגלות את המידע הזה. אם הרופא הפר את חובתו, עליו לפצות את המטופל.

הפיצוי ייגזר ע"פ מידותיה של הפגיעה בזכותו של המטופל. לפי צדק מתקן, ניתן לומר שהרופא התעשר על חשבון המטופל משום שהוא גזל ממנו את הזכות להיקשר בעסקה מרצון. כיצד נתאים את התרופה לפגיעה בזכות זו? ניתן לאמוד את התרופה בהתאם לרעיון של חוזה היפותטי בין הצדדים - מה הצדדים היו מסכימים ביניהם לו ניתנה למטפל ההזדמנות להיקשר בעסקה מרצון עם הרופא.

**✓ סיכום הפרק של ערבוב בין דינים**

* פס״ד אגם ארי- נבחר לטפל בתביעה בדיני הנזיקין >>> נזק לבעל המזח.
* פס״ד היד השעירה- נבחר לטפל בתביעה בדיני החוזים >>> פיצוי ציפייה.
* פס״ד מור- נבחר לטפל בתביעה בדיני הנזיקין >>> תקיפה. לדעת מיטל אפשר בעשיית עושר- אמון.

# שיעור 7, 18/05/2022 - סעדים מן היושר

**הן דיני עשיית עושר והן הסעדים מן היושר הגיעו מדיני היושר (Equity).** לצד המשפט המקובל, במשפט האנגלי הייתה מערכת משפטית נוספת – מערכת דיני היושר שנועדה לתקן ולפעמים אפילו להפוך פסקי דין מטעמי צדק, וזאת במטרה להשיג את "הצדק הטבעי". כשהייתה תחושה, כמו שראינו בפסקי דין במהלך הקורס, שהמשפט קשיח לנו מדי ולא מאפשר לענות על שאלות קשות באמת. לדוג' בעניין מור – לא חוזים, לא נזיקין ולא קניין עזרו לנו. במובן הזה פס"ד מור הוא דוגמא שביהמ"ש לא עשה בה שימוש כי מור היה הליך מקדמי, אבל הוא דוגמא לזה שיש תשובות שנמצאות שם. במאה ה19 מערכת המשפט המקובל ומערכת דיני היושר אוחדו.

**נלמד על 2 סעדים מן היושר**: נאמנות קונסטרוקטיבית ועקיבה מושגית.

## ① נאמנות קונסטרוקטיבית

Snepp v. united states: סוכני הCIA חתומים על הסכם לפיו הם לא יכולים לפרסם שום דבר שקשור בשירות שלהם, ללא אישור הצנזורה בארגון. פרנק סנפ, סוכן CIA לשעבר, פרסם ספר ובו הוא מספר על פעולות שונות של הארגון בתקופת מלחמת ווייטנאם. סנפ פרסם את ספרו מבלי שהעבירו תחילה לאישור הצנזור. עם זאת, אין מחלוקת בפס"ד שהמידע שפרסם הסוכן לא היה סודי וכל מה שפורסם בספר היה עובר אישור של הצנזורה. המדינה תובעת את סנפ ומבקשת את רווחיו של סנפ מהספר (תמלוגים). השאלה המשפטית הייתה האם בנסיבות אלה מגיעה תרופה למדינה? אם כן- איזו תרופה?

**דעת המיעוט** סברה כי אין לתת סעד למדינה משלומה נימוקים:

1. **טיעון סיבתי**- המדינה הודתה שלא נגרם לה נזק כי המידע לא מסווג, לכן ניתן לומר שאילו הסוכן היה מבקש את רשות המדינה לפרסום המידע היא הייתה מאשרת.
2. **טיעון המבוסס על חופש הביטוי** - בארה"ב לחופש הביטוי יש ערך עליון. אם המדינה תקבל את התרופה על כך, הדבר יכול להרתיע אנשים מלממש את חופש הביטוי שלהם ולפרסם ספרים/כתבים אודות כל מיני נושאים המתקשרים בצורה כזו או אחרת למדינה שכן היינו רוצים שיצאו החוצה. כלומר, הנזק שיכול להיגרם לחופש הביטוי במתן התרופה, גבוה מהנזק של המדינה שבכלל לא התממש, כאמור.
3. **טיעון נזיקי**- המדינה עצמה הודתה שלא נגרם לה נזק. לכן, באם לא נגרם נזק אין סיבה לפצות מהבחינה הנזיקית.

לעומת זאת, **דעת הרוב** קבעה כי יש להעביר למדינה את כספי התמלוגים בהם התעשר הסוכן כתוצאה מפרסום הספר. ההסבר לדעת הרוב הוא פוזיטיבי (מבוסס דוקטרינה) - הסוכן נתפש כמי שהפר חובת נאמנות כלפי הארגון/המדינה. ומשכך, כמי שמחזיק **בנאמנות קונסטרוקטיבית** ברווחי התמלוגים שבאו לו מהפרת החובה הזאת (פרסום הספר ללא צנזורה(, עליו להעביר את רווחיו לנהנית – הCIA.

מקורה של דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית הוא בדיני היושר. בעניין סנפ, שום תחום מתחומי המשפט הפרטי הקלאסיים לא היה מתאים לתביעת המדינה – חוזים (פיצויים לא יביאו לשלילת כל הרווחים), נזיקין (לא נגרם נזק) וקניין (הספר לא שייך למדינה). לכן, "האי המשפטי" אליו התאימה תביעת המדינה הוא דיני היושר.

**מהי נאמנות קונסטרוקטיבית?**

* נאמנות היא זיקה לנכס שלפיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בנכס לטובת נהנה או למטרה אחרת. במוסד הנאמנות יש 2 צדדים: **נאמן** הפועל מכח הרשאת **הנהנה**, בעלי הנכס, וכפוף אליו (דוג' ליחסים נאמנות – עו"ד לקוח).
* **נאמנות רגילה שנוצרת מתוקף חוזה** אשר במסגרתו מחויב הנאמן לפעול לטובת הנהנה המושג. הפעולות האפשריות לנאמן כפופות לקבוע בחוזה ובאם הנאמן פועל מחוץ למסגרת חוזה הנאמנות, הוא יהיה חשוף לתביעות בגין הפרת חוזה והנהנה יהיה זכאי לקבל תרופות על כך.
* להבדיל מנאמנות רגילה, **הנאמנות הקונסטרוקטיבית פותחה במסגרת דיני היושר**, כטכניקה משפטית המאפשרת **לשאוב הלכות מדיני הנאמנות אל עבר מצבים שההלכה רואה בהם מצבים דמויי-נאמנות**, ואופייה הוא אופי קנייני. במסגרת תרופת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הנאמן לא לקח על עצמו את הנאמנות בהסכמה מרצונו - מדובר בקונסטרוקציה משפטית. הנאמנות הקונסטרוקטיבית מהווה סעד בפני עצמו, שעשוי להוות חלופה תרופתית למצבים שבהם יש עילת תביעה אך לא נגרם נזק. יש כאן קונסטרוקציה משפטית שבמסגרתה הנאמן מחזיק ברווחים של הנהנה עד לפרק זמן שבו הוגדר אחרת. מדובר בתרופה שלא מופיעה בשום מקום.
* המשמעות: תופסים את הנתבע-"הנאמן" כמי שמחזיק את הרווח שהופק על ידו עבור התובע-"הנהנה". על אף שלא באמת מתקיים ביניהם קשר של נאמנות.
* כיום, תביעה על הפרת חובת נאמנות קונסטרוקטיבית מתבצעת במסגרת דיני עשיית עושר – תביעת דווחים של הנאמן שהגיעו לו שלא כדין עקב הפרת חובת הנאמנות.

**✓ מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית**: (תנאים לקיומה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית)

1. **קיומה של מערכת יחסים מיוחדת** שמתאפיינת ביחסים הדומים באופיים ליחסי נאמנות. בענייננו, החוזה של סנפ עם הCIA, פיתח בין הצדדים יחסי תלות ומערכת יחסים מיוחדת שנמשכת גם לאחר שהסוכנים מפסיקים לעבוד בארגון.
2. **המטרה: למנוע התעשרות שלא כדין**. הרציונל אמנם דומה לרציונל של עשיית עושר, אך דיני היושר פועלים במספר זרועות שהן לא בהכרח האופן שבו פועלת מערכת דיני עשיית עושר. לדיני היושר "יד ארוכה" יותר לפעולה.
3. **ככל שחוסר תום הלב של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמ"ש יאפשר להשתמש בסעד זה**. ה"יד הארוכה" של דיני היושר מתארכת יותר ועוקבת אחרי הגלגולים של הפעולה, ככל שחוסר תום הלב גדול יותר.

**✓ הסבר תיאורטי של פסק הדין**

* שיקולי יעילות מנקודת מבט בדיעבדית (ex-post) - לאחר התרחשות הנזק. עפ"י שיטה זו, הנזק כבר קרה, מה שניתן לעשות לאחר הנזק, הוא לנסות לצמצמם כמה שניתן את הפגיעה ברווחה המצרפית. מחד, הסכנה לפגיעה לחופש הביטוי הופכת את הפיצוי ללא יעיל, במיוחד לאור הנזק האפסי למדינה. **מאידך**:
* לעומת יעילות מנקודת מבט לכתחילית (ex-ante) - ניסיון לפעול מראש באופן יעיל ע"י צמצום הוצאות או בדרכים אחרות. למרות שיקולי היעילות הבדיעבדית, תוחלת נזק הפוטנציאלית בענייננו עצומה, שכם פרסום ספרים ללא אישור עלולים להביא לחשיפת סודות מדינה ולתוצאות חמורות מאוד. למעשה, דעת הרוב ראתה לנגד עיניה את הנזק הפוטנציאלי העתידי ((irreparable loss.

הסבר זה עשוי להסביר גם מדוע יש להביע ספק בפסק הדין של המיעוט, לפיו נגרם נזק אפסי למדינה, ולכן אין לתת סעד. נציין כי אומנם לא היה נזק, אבל בעשיית עושר לא צריך להוכיח שנגרם נזק, אלא רק להוכיח שהתקיימה התעשרות שלא כדין.

**🡨 נניח שקרה נזק כתוצאה מהפרסום, מה המדינה הייתה צריכה לעשות לו רצתה לתבוע פיצוי בגינו?** נראה בהמשך.

**✓ דוגמאות לאימוץ רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית בחקיקה הישראלית**

* 1. **חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות, תשס"ה-2005**

**צו בקשר לרווחי העבירה**

2. (א)  לפי בקשה של בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, יורה בית משפט מחוזי על חילוטם של רווחי העבירה, כולם או חלקם, ואולם רשאי הוא שלא להורות על חילוט כאמור, אם סבר כי קיימות נסיבות המצדיקות זאת; בית המשפט ישקול, בין השאר, את קיומו של ערך חינוכי או שיקומי לפרסום, ואת מידת ההשפעה של הפרסום על נפגע העבירה.

החוק מאפשר למדינה לחלט (לשלול) את הרווחים שהגיעו לידו של עבריין כתוצאה מפרסום שאסור לפי הדין. לדוג' חילוט תמלוגים של מי שפרסם ספר על פעולותיו החשאיות.

* 1. **חוק הנאמנות, התשל"ט-1979**

**דין רווח אסור**

15. ריווח שהפיק נאמן שלא כדין עקב הנאמנות, דינו כחלק מנכסי הנאמנות.

למשל נאמן שקונה לעצמו בית מכספי הנאמנות, יידרש להשיב את הרווחים שהוא השיג כתוצאה מהנאמנות.

פס"ד מדינת ישראל נ' אביעם משנות ה70: המדינה תבעה פקיד שומה שגבה מס ביתר מנישומים ושלשל את הרווחים לכיסיו. המדינה התחייבה לשלם לאזרחים שנלקחו מהם הכספים את הכסף שהשיבו להם ותבעה סעד של שלילת רווחים שאביעם הפיק על חשבון אזרחים אחרים אפילו שהנזק לא קרה למדינה אלא לאזרחים שנלקחו מהם כספים.

המדינה תובעת את אביעם על **הפרת חובת אמונים** שלו כלפיהבתור המעבידה. אנחנו רואים שמי שיכול לתבוע הוא לא תמיד מי שנגזל ממנו הכסף, אלא מי **שכלפיו הייתה העוולה – אביעם, כנאמן / שליח של המדינה, הפר את חובת הנאמנות שלו כלפי השולחת – המדינה/המעסיק – ולכן יש למדינה זכות תביעה.**

* 1. **חוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968**

**ריווח משימוש במידע פנים (תיקון מס' 6) תשמ"א-1981**

52ח.  (א)  ריווח הנובע לאדם מעסקה שעשה הוא או אחר תוך שימוש במידע פנים, רשאית החברה שבנייר הערך שלה נעשתה העסקה לתבעו מאותו אדם.

          (ב)  ריווח לענין סעיף קטן (א) הוא סכום ההפרש בין מחיר נייר הערך שבו בוצעה העסקה לבין מחירו סמוך לאחר שמידע הפנים נודע לציבור.

למשל עובד בחברה שמעביר מידע פנימי בכדי להפיק רווח צדדי.

## ② עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)

**Tracing לעומת Following -** כשמדברים על עקיבה מדברים על מונח של Following - כשא' לוקח נכס מב' ומעביר לג', מותר לא' לעקוב אחרי אותו הנכס. אך עקיבה מן היושר שונה מעקיבה מושגית והיא Tracing - לא רק עוקבים אחרי הנכס, אלא אם הנכס נמכר ע"י ב' לאדם אחר וב' קנה משהו אחר בכסף, א' יכול לעקוב אחרי הרכש החדש שנקנה בכספי מכירת הנכס. כלומר, בעל הנכס המקורי יכול לעקוב אחרי גלגוליו של הנכס גם אם הוא שינה את צורתו**. הייחודיות של עקיבה מושגית היא היכולת לעקוב גם אחרי הגלגולים "שינויי הצורה" של הנכס.**

**השאלה שבבסיס עקיבה מן היושר**: האם אדם יכול להתחקות אחר "גלגול" הנכס שניטל ממנו, לרבות הרווח (אם יש כזה)?

 Foskett v. mckeown (2000)**:** עו"ד השתמש בכספים שהוחזקו על ידו בנאמנות עבור לקוחותיו לצורך תשלום פרמיית ביטוח החיים שלו. לימים, עו"ד נפטר והשתחרר סכום הביטוח. הלקוחות תבעו מהעיזבון את סכום הביטוח שהשתחרר, הואיל ומדובר בגלגול של הכסף שלהם. ביהמ"ש קבע כי עומדת לתובעים זכות לכספי הביטוח, בחישוב יחסי לחלק שכספם שימש בתשלום הפרמיה.

מה הקושי בפסק הדין?מדובר בצדדים תמי לב, הרי היורשים של המנוח לא אשמים כמו גם הלקוחות. סעד שהיה מעורר פחות קושי הוא השבה בגובה הכספים שניטלו בתוספת הפרשי ריבית והצמדה.

ולמרות זאת, ניתן להצדיק את פסק הדיןמ2 נימוקים:

1. הרתעה – ע"י שלילת כספי העיזבון, לא יהיה תמריץ לאנשים לנהוג בצורה שאנחנו רוצים למנוע.
2. הגנה על האמון בין עו"ד ללקוחותיו לאור יחסיהם המיוחדים.

Attorney general of hong kong v. reid (1993): התובע הכללי של הונג קונג מטעם בריטניה מגיע להסדרי שוחד עם כל מיני נאשמים שייקל בעניינם. ריד צבר מיליונים בכסף מקומי והשתמש בו עבור קניית אדמות בניו-זילנד. חלק מהאדמות נקנו על שמו וחלק על שמות אנשים אחרים.

* מהו הסעד האפשרי בנסיבות אלה? המדינה (המעסיקה של ריד) יכולה לתבוע ממנו את הכספים שהפיק כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות שלו כלפיה.
* הבעיה שעלתה - התובע הכללי קנה עם כספי השוחד חלקות אדמה בניו זילנד, חלקן רשומות על שמו וחלקן על שם אנשים אחרים.
* הסעד שניתן - **הפעלת הסעד של עקיבה מן היושר**. המדינה הוכרה כבעלים של החלקות שנקנו בכספי השוחד, והן מוחזקות בנאמנות על ידי הנתבע ושלוחיו.

**🡨 משותף לעניין** Reid **ו** Foskett**-** התובעים בעלי **זיקה קניינית** בכספים ש**ניטלו שלא כדין** עקב **היחסים המיוחדים** בין התובעים לנתבע. לכן הוכרה יכולתם של התובעים לעקוב אחרי הכספים לתוך הנכסים שנקנו מהם.

**✓ תנאים לקיומה של עקיבה מן היושר (עקיבה מושגית):**

1. לתובע היתה **זכות קניין בנכס** (לרבות כספים) שהנתבע השתמש בו **ללא הסכמתו**.
2. **אפשר לעקוב** אחר גלגולי הנכס- זוהי דרישה פונקציונלית (פרשת פלאטו שרון).
3. תיתכן דרישה נוספת של **הפרת יחסי אמון** (קורה לרוב במשפט האנגלי אבל לא תמיד היא הכרחית).

**תנאי 2 - אפשרות העקיבה אחרי גלגולי הנכס**: קומפני פריזייאן נ' פלאטו שרון - שרון הוציא במרמה כספים מחברה צרפתית ולכאורה השתמש בהם לרכישת נכסים שונים המוחזקים בידי חברות שבשליטתו, ורכש חפצי אומנות, רכבים ועוד, חלקם נרשמו על שם אימו.

האם ניתן סעד של עקיבה? התנאי השני שמאפשר עקיבה על גלגול הנכס דורשת הוכחה שאכן מדובר בנכס שבבעלותי. ברגע שלא ניתן להוכיח בעלות אי אפשר לתת סעד, כיוון שהסעד מחייב נתונים ראייתיים ולא ניתן היה להוכיח שזה נקנה באמצעות אותם כספים. לבסוף, ביהמ"ש נתן סעד של צו גילוי, משום שהרציונל למתן צווי גילוי שונה (ניתן גם לנושים לדוג') מהרציונל של עקיבה וכינוס נכסים שהוא בעיקרו קנייני.

**✓ יתרונות של עקיבה מן היושר על פני השבת כספים שנגזלו**

קיים כאן סעד נורא חזק שיש לו זיקה קניינית ברורה, הדבר הזה יוצר **עדיפות וביטחון** יותר גדולים ואף הזדמנות להרוויח יותר מהמרת הנכס והרווחים הנלווים לו. זה סעד חזק יותר מסעד קנייני רגיל כי ניתן להרוויח ממנו. אין כאן שום יומרה לתקן נזק אלא למנוע התעשרות שלא כדין של הצד הגוזל (שהרי המטרה של דיני היושר היא לספק סעד של הגינות ויושר במקומות שהחוק לא מצליח לתת מענה). בנוסף לכך, יתרונות הסעד הם:

1. **פונקציונלית -** לעיתים א"א לעקוב אחר הנכס המקורי, אלא רק אחרי ה"לבוש" החדש שלו.
2. **זכות קניינית בפירות העוולה, עדיפות על יתר הנושים** - תמיד סעד קנייני יהיה חזק מזכויות אחרות ולכן מי שיש לו סעד קנייני יש לו זכות על יתר הנושים. לדוגמא בעניין Foskettיכול להיות שהעו"ד גנב כסף מאנשים נוספים, אפילו מהמכולת. אבל ברגע שיש עקיבה מושגית, יש זיקה קניינית מאוד ברורה כי ממש אפשר לעקוב אחרי הכספים. יש קדימות על שאר הנושים וביטחון יותר גדול שאני אקבל את הכספים כשיש לי את זכות העקיבה.
3. **יתרון כלכלי** - בעלי זכות העקיבה לא מקבלים את הנכס במצבו המקורי אלא גם את הפירות שהנכס הניב. בעניין Foskettלא מקבלים רק את הכסף שנגנב, אלא גם את הרווחים שהופקו מפרמיית הביטוח. גם בעניין התובע המחוזי הכספים שנלקחו הומרו לאדמות ומגיעים בדמותן. באם עלה ערכן של האדמות הרוויח הולך לבעלי הקרקע המקוריים. יש פה סוג של התעשרות שלא כדין של הנתבע (העו"ד/התובע) ולכן המשפט מאפשר את זה. אומנם שלילת הרווחים נראית כמו התעשרות לצד השני – התובע שמקבל יותר ממה שהיה לו – אבל המשפט הפרטי מעדיף את זה מטעמי הרתעה ויעילות (לתמרץ אנשים לתבוע) וזו כן התעשרות כדין (מכוח פס"ד).

**🗯 תרגיל כיתה: ציינו לגבי כל אחת מהאמירות האם היא נכונה או לא נכונה ונמקו.**

**1.בנסיבות הדומות לאלה שנלמדו בכיתה בעניין moore באם הסעד המבוקש הוא נאמנות קונסטרוקטיבית, אין רלוונטיות לשיקול הסכמה (או העדר הסכמה) מצידו של התובע**. **לא נכון**. נושא ההסכמה הוא קריטי ורלוונטי מאוד. אמנם לא לצורך תחולת דוקטרינת הסכמה מדעת, אך כן לעניין הפרת חובת האמון – חשוב לנו לשמור על יחסי אמון בין רופאים למטופלים שלהם (דיברנו על המשמעות של גילוי והסכמת המטופל גם לגבי האינטרס הכלכלי של הרופא בטיפול). מור תבע על השימוש ברקמותיו ללא ידיעתו, אך סביר להניח שהיה מסכים לשימוש אילו היה נשאל. מכאן נראה שהסכמתו היא הגורם המכריע ביכולתו או היעדר יכולתו לתבוע (בונוס: התייחסות ל3 התנאים שמאפשרים קיום של נאמנות קונסטרוקטיבית).

**2.מקורה של העקיבה המושגית בדיני היושר. נכון**. בשונה מעקיבה קניינית, עקיבה מושגית או עקיבה מן היושר, הוא סעד שניתן מדיני היושר ומאפשר לאדם לעקוב אחר גלגולי הנכס שלו גם כשהנכס נמכר ונקנה במקומו נכס אחר (דוגמא המקרה של התובע המרכזי הונג קונג).

**3. בעניין Snepp נאמד הסעד על פי שיעור הנזק שנגרם למדינה. לא נכון**. בפס"ד זה לא נגרם נזק כלל מפני שהמידע שפרסם הסוכן אינו מסווג ולא יכול היה לגרום נזק למדינה, אלא הנזק נאמד לפי רווחיו של הסוכן. גם בעניין אביעם, נקבעה השבה בגובה הרווחים שהפיק פקיד השומה, בכדי למנוע מצב של התעשרות שלו על חשבון המדינה.

# שיעור 8, 01/06/2022 – פיצויים עונשיים

**הרעיון של פיצוי עונשי** - פיצוי עונשי הוא רכיב פיצויי המגלם הוקעה חברתית, הרתעה. זאת בשונה מפיצוי רגיל שמטרתו להשיב את המצב לקדמותו (למצב לפני שבוצע הנזק מכל סוג שהוא - ממוני, נפשי, גופני וכו') ושתפור בד"כ למידותיה של הזכות. לעומת הפיצוי הרגיל, פיצוי עונשי הוא פיצוי אמורפי, שגובהו עולה על שווי הנזק שנגרם. מטרת הפיצוי העונשי היא הרתעה והוקעה חברתית של המעשה/העוולה. הפיצוי העונשי חריג במשפט הפרטי ומעלה לא מעט תהיות.

**✓ פיצוי עונשי ודיני חוזים- הייתכן?**

* העמדה המקובלת היא שאין מקום לתת פיצוי עונשי במסגרת דיני החוזים שהרי **הדבר מוביל לעקיפת המנגנון החוזי**, ולפגיעה בתכנון האוטונומי של הצדדים לגבי מושא העסקה והסיכונים שבמסגרתה - שהרי בכל כניסה לחוזה נחשפים לסיכונים כלשהם.
* במשפט האמריקאי, יש הטוענים שניתן לתת תרופה עונשית במסגרת החוזה, אם ההפרה לוותה במעשה שהוא עוולתי במובן הנזיקי.
* **עיקר הדיון בפיצוי עונשי נעשה בהקשר הנזיקי.** כי אם פיצויים עונשיים לא יינתנו בנזיקין, אז קל וחומר שלא יינתנו בחוזים.

**דוגמאות:**

1. א' נוהג ברכב ומנסה באופן מכוון לפגוע בהולך רגל ב'. לב' נגרם נזק לצמיתות ברגליים.
2. א' נוהג ברכב ובלי כוונה פוגע בהולך רגל ב', לב' נגרם נזק לצמיתות ברגליים.

🡨 **האם נכון לתת את אותו הפיצוי בשתי הדוגמאות או לתת פיצוי שונה בעקבות קיומה של כוונה להזיק?**

נניח שנרצה לאפשר פיצוי שונה, כדי להעניש את הנהג מדוגמא א'. מה הקשיים הכרוכים בכך?

* **בעיית הענישה** - לא נהוג לתת עונשים במשפט הפרטי, הדבר נהוג במסגרת הדין הפלילי שנועד לאפשר למדינה להסדיר את ההתנהגות של הפרטים החיים בה. ענישה היא אקט שיש בו שלילת חירות, הרתעה, גינוי והכוונת התנהגות, ועולה השאלה האם אלו מטרות שניתן לייבא אל תוך המשפט האזרחי.
* **בעיית היריבות**- נניח שהעונש אכן "מגיע לנתבע", כיצד נצדיק שדווקא התובע הוא זה שיקבל את הפיצוי?
* **כימות -** כמו כן מורכב לכמת את שיעור הפיצוי העונשי ולהוכיח שאכן היתה **כוונה** לפגיעה.

**✓ הצדקה לפיצוי העונשי בראי שיקול היעילות**

נניח שנרצה להעניק פיצוי עונשי על פי הנתונים הבאים: נזק פיזי=80, פיצוי עונשי=160 🡨 סה"כ פיצוי = 240.

1. **בעיית הענישה** - "נפתרת" על ידי שיקולי הרתעה.
2. **בעיית היריבות** - אם אנחנו בעולם שמה שמעניין אותנו זה יעילות, התובע הופך להיות גורם אכיפה פרטי - מעין "סוכן של המדינה". זה משתלם מבחינת שיקולי יעילות – כי התובע יוכיח את יסודות העוולה, מאשר שהמדינה תעסיק גורמי תביעה נוספים. הנפגעים הם הגורמים שיש להם אינטרס להרתיע את הגורמים שדורשים הרתעה. כלומר, במצב דברים זה - האדם שניזוק ותובע את המזיק- ישמש כסוכן בטוב ביותר.

**🡨 האמנם? האם זה משיג את התוספת של הגינוי החברתי?**

נמשיך עם אותה דוגמא - נניח שבוצעה עוולה באופן שמצדיק כביכול פיצוי עונשי. ללא הפיצוי העונשי, הנזק הוא 80. יחד עם "התוספת" העונשית הפיצוי יעמוד על 240 (תוספת עונשית של 160).

האם פיצוי בגובה 240 מתמודד עם בעיית היריבות? האם הרתעה משמעותה פיצוי עונשי דווקא לתובע?

* התובע יהיה סוכן המדינה גם תמורת פיצוי עונשי של 20 בנוסף ל80 ולא רק בתמורה ל160. כלומר, ההרתעה תתקיים גם אם הסוכן יקבל 80+20 וקופת המדינה 140.

**🡨 מבחינת הרתעה תתקבל אותה תוצאה. כלומר, לא נפתרת בעיית היריבות.**

**סיכום ביניים - פתירת הקשיים הכרוכים בפיצוי עונשי בראי שיקולי הרתעה:**

1. בעיית הענישה - מבטאת שיקולי הרתעה. האם אנחנו יכולים לומר שאנחנו יכולים להעניש את הנתבע על הדבר הלא מוסרי שהוא עשה.
2. בעיית היריבות - מדוע **כל** הפיצוי העונשי מגיע לתובע?

**✓ צידוק לפיצוי העונשי בראי הצדק המתקן**

[Jacque v. Stenberg (1997)](https://www.youtube.com/watch?v=YaLdvrvUekw)**:** פס"ד העוסק בהשגת גבול. משפחות ג'ק וסטנברג גרות בחלקות סמוכות. משפחת סטנברג קנתה קרוואן ונסעה איתו לביתה, כשמזג אוויר הופך לסוער ונערמים שלגים על הכביש. משפחת סטנברג מבקשת לעבור בחלקה של משפחת ג'ק. ג'ק לא מסכימים - וזו זכותם הקניינית. אלא שבעקבות מזג האוויר, סטנברג החליטו בכל זאת לעבור דרך החלקה של משפחת ג'ק גם בהיעדר הסכמה.

משפחת ג'ק תבעה את סטנברג על השגת גבול, אשר אינו דורשת הוכחת נזק. הסעד על השגת גבול הוא צו יציאה, אבך במקרה שלנו סטנברג כבר נכנסו ויצאו. לכן, אם מישהו כבר עזב את המקום, אין לכאורה עניין לתבוע כי מטרת התביעה - להוציא את הפולש החוצה - הושגה. אלא ש**ג'ק תבע כדי לקבל פיצוי עונשי**. למרבה ההפתעה, ביהמ"ש העניק סעד לטובת משפחת ג'ק - דולר אחד על השגת הגבול ומאה אלף דולר על כך שהשגת הגבול היתה מכוונת.

**🡨 איך נצדיק את פסה"ד בעניין סטנברג? בעזרת תיאוריות לפיצוי עונשי בראי הצדק המתקן -**

1. התיאוריה של רוברט סטיבנס: "עוולה היא עוולה היא עוולה" - התנהגות הנתבע היתה כה חמורה שנוצרה עוולה חדשה. לדוגמה, הסגת גבול עם או בלי כוונה היא עוולה. ככל שהתנהגות המעוול חמורה יותר (יסוד הכוונה), יש יותר אשם מוסרי, ולכן הפיצוי יהיה גבוה יותר.
* **האם בעיית היריבות נפתרה**? כן. התשובה של סטיבנס מאפשרת להבין מדוע יש לתת פיצוי של 240 במקום 80. ומדוע יש לתת פיצוי דווקא לניזוק. אם הפגיעה בזכות היא יותר גדולה ואנו נמצאים בצדק מתקן, בהנחה שסטיבנס צודק, צריך לספק את הפיצוי בהתאם ולנסות להתאים אותו לגובה הפגיעה.
* **האם בעיית הענישה נפתרה**? סטיבנס יוצר מעין מעקף. במקום להתווכח האם זו הרתעה או לא - יש כאן ניסיון להתמודד עם הבעיה דרך יצירת עוולה חדשה, למשל "הסגת גבול בנסיבות מחמירות" ואז גובה הפיצוי כגובה הפגיעה בזכות. יש כאן עוולה שהיא אולי חריפה יותר אך לא ברור אם יש כאן ענישה יותר חריפה.
1. התיאוריה של אמיר נזר (nezar): לדוגמה, גרימת נזק בכוונה עשויה להוביל לנזק במובן של LOSS לצד נזק מוסרי. הפיצוי העונשי לא ניתן על הנזק (LOSS) אלא על הדרך שבה הוא נגרם, אשר הובילה לנזק מוסרי.

**ענישה פלילית מגלמת את הגינוי המוסרי של המדינה**, להבדיל ממשמעותה של ענישה נזיקית שהיא תרופה על נזק מוחשי. העובדה שמישהו ביצע עוולה באופן מכוון מייצרת נזק נוסף, נזק מוסרי (לא נכנס כנזק נפשי).

בדוגמת התאונה – הפגיעה יכולה לגרום לנזקים שונים אצל בני אדם שונים, אך על נזקי הגוף הללו, ביהמ"ש יפסוק פיצוי לפי הנזק שהוכח. בנוסף לכך, הכוונה בביצוע התאונה גורמת לנזק מוסרי שגם מזכה בפיצויים. ואז לכאורה, מגיע לניזוק שני סוגי פיצויים על שני סוגי נזקים – פיצוי על הנזק הגופני ועל הנזק המוסרי.

* **האם בעיית היריבות נפתרה?** כן. הניזוק מקבל פיצוי נורמטיבי על הנזק שנגרם לו.
* **האם בעיית הענישה נפתרה?** אולי.גם כאן יש הסבר התואם את המבנה של המשפט הפרטי: המטרה היא לא גינוי מוסרי, אלא פיצוי על נזק מוסרי שנגרם ע"י התנהגות עוולתית.

האם ראוי לתת פיצוי עונשי כשאנחנו לא מצליחים לפתור את בעיית הענישה או היריבות? הצדק המתקן והיעילות אומנם פותרים את בעיית היריבות, אבל לא באמת פותרים את בעיית הענישה. הנושא של פיצוי עונשי נותר מורכב ולא מתיישב עם מטרות המשפט הפרטי מכאן כי השאלה ביחס לקיום פיצויים עונשיים במשפט הפרטי נשארת פתוחה ובפועל מגיעה לפתרונה ביחס לכל מקרה ונסיבות ומוכרעת על ידי השופטים שדנים בעניין.

**✓ חישובם של פיצוי עונשיים בראייה כלכלית** (שיקולי הרתעה ובעיית אכיפה)

לפי גישת משפט וכלכלה, אם אנו רוצים להרתיע, נדאג להכפיל את הנזק בהתאם לבעיית האכיפה (כדי שלא יהיו הפרות יעילות.

* **נזיקין -** אם אני יודעת שאני עלולה לגרום לנזק של 100, אבל הסיכוי שאיתפס הוא 10%, אז תוחלת הנזק היא 10. במידה ואצטרך לשלם רק 10 פיצוי, האם תהיה הפנמת עלויות של הנזק? כנראה שלא, כי תוחלת הנזק קטנה פי עשרה (הסיכוי שלא איתפס גבוה) – יהיה מאוד קשה לתפוס אותי ולגרום לי לשלם. על כן יכפילו את שיעור הפיצוי בעשר, בהתאם לבעיית האכיפה, ובכך הפיצוי העונשי יהיה שווה ערך לנזק שנגרם.
* **עשיית עושר**- את הרעיון של פיצוי עונשי על הריווח ניתן ליישם גם בדיני עשיית עושר. גם אם אני איתפס על הרווח שעשיתי שלא כדין ואידרש להשיב את הרווחים זה עדיין משתלם לי. שהרי, הסיכוי להיתפס הוא 10% ולכן תוחלת הרווח שלי עדיין גבוהה יותר. הסיכוי שיתפסו אותי כפול הרווח שאני מייצרת. לכן, שווה לי לגנוב. למעשה, זה יוצר תמריץ. אם רוצים להרתיע אותי מפני הגניבה ההשבה צריכה להיות של הרווח כפול הסיכוי להיתפס. (שיעור הפיצוי= להכפיל את הרווח הצפוי בסכום הכולל).

ככל שהסיכוי להיתפס קטן, הדבר מוריד את אמצעי הזהירות בנזיקין, ומתמרץ להתעשר בצורה עוולתית בעשיית עושר. זאת, משום שהזוכה/מעוול יודע שהסיכוי שיצטרך לתקן את מה שעשה/לפצות/להחזיר את הרווח בתוחלת הוא קטן יותר ממה שהוא באמת, **יש יותר סיכוי להרוויח מלהפסיד.**

על כן כדי שתהיה הפנמה של עלויות הנזק האמיתיות ותיגרם הרתעה הפיצוי צריך להיות גבוה פי עשרה **מהנזק** (לא מהתוחלת). כלומר, **יש להשית על המזיק פיצוי עונשי מלבד הפיצוי הרגיל כדי להרתיע ולמנוע מוטיבציה להזיק או להתעשר שלא כדין מתוך ידיעה שהסיכוי להרוויח גדול מהסיכוי להפסיד**. הסיכוי להיתפס גורם לי להיות פחות זהירה בנזיקין ומתמרץ אותי להתעשר בצורה עוולתית בעשיית עושר. **כי תוחלת הנזק נמוכה מתוחלת הרווח.**

לסיכום הנושא ניתן לומר שפיצוי עונשי הוא כלי נדיר שאינו חף מבעיות וקשה להצדיק את קיומו במסגרת המשפט הפרטי. הפיצוי העונשי לא פותר את בעיית ההרתעה ולא מתיישב מבחינת הצדק המתקן, שהיא ההצדקה המרכזית במשפט הפרטי.

# שיעור 9, 15/06/2022 – פיצויים ואפליה: לא למבחן 😊

נכיר 2 סוגים של אפליה

1. **אפליה מובנית** – אפליה שהמשפט מאמץ אותה באופן מפורש. לכן, היא גם מפורשת וחוקית. לדוג' יש אנשים שמרוויחים יותר ויש אנשים שמרוויחים פחות (לדוג' גברים, אשכנזים, יהודים, מרכז מול נשים, מזרחים, ערבים, פריפריה). אנחנו לא נדבר על זה. מבחינת המרצה, נתונים הם עובדות. לכן, זו אפליה מובנית ונראה כיצד ניתן להתמודד איתה.
2. **אפליה בלתי מודעת** – אפליה שהתוצאה המשפטית מבטאת מבלי שים לב, והיא (לרוב) לא חוקית.

פס"ד אבו חנא **–** נהג פגע בתינוקת בת 5 חודשים. צריכים לחשוב את הרכיב המשמעותי בפיצוי – אובדן כושר ההשתכרות של התינוקת.

כדי לחשב את הפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות אנחנו מחשבים את ההבדל בין כושר ההשתכרות אלמלא התאונה, לכושר ההשתכרות בעקבותיה. הבעיה היא שבאבו-חנא יש לנו סביבה של אי ודאות גדולה יחסית.

עד פס"ד אבו-חנא, הנטייה הייתה לחישוב סובייקטיבי של אובדן כושר ההשתכרות לפי מאפייני הניזוק; לאיזה מגזר או מגדר הוא משתכר. הפיצויים, למעשה היו מחושבים לפי אפליה מובנית. בגלל שאנחנו לא יודעים מה כושר ההשתכרות של האדם, במיוחד בענייננו שמדובר בתינוקת שעוד לא ידוע מה צפוי לה העתיד, נחשב זאת לפי מאפייניו.

ריבלין נתן פס"ד מיוחד מבחינה גלובלית – **כשמדובר בילדים, נחשב את אובדן כושר ההשתכרות בהתאם לממוצע ההשתכרות במשק, בין אם מדובר בילד מהפריפריה ובין אם מדובר בילד למשפחה עשירה.** אנחנו לא יודעים לאיזה מבוגר יהפוך הילד – עובד, מובטל וכיו"ב.

במקום הזה, **ביהמ"ש אתגר את הרעיון של אפליה מובנית**, אנחנו לא יודעים מה יהפוך הבן-אדם ואנחנו לא נכריע מה הוא יהיה. למעשה, ביהמ"ש מותח את גבולות היכולת להתמודד עם אפליה מובנית בחישוב אובדן כושר השתכרות.

כמובן שניתח למתוח ביקורת על פסה"ד, הכרעות כאלה יגולגלו בסופו של דבר על המבוטחים של חברות הביטוח. אבל בסוף, כולם לקוחות של חברת הביטוח, ולכן הפיצוי שלהם צריך להיות שווה.

ביקורת נוספת שניתן להעלות היא בגישת הצדק המתקן – ניתן לטעון לפי הגישה המסורתית של הצדק המתקן (השבת המצב לקדמותו), בהנחה ורוב הסיכויים שאבו-חנא תשתכר פחות, אז צריך לפצות אותה פחות. זו טענה פשטנית כי ילדה בת 5 חודשים עוד "לא כתבה את סיפור חייה".

**✓ אפליה בלתי מודעת**

נראה 2 דוגמאות לממשק של האפליה הזו לדיני נזיקין. נראה איך אנחנו מוטים מבלי לשים לב ואיך זה יכול לשבש החלטות נזיקיות.

סרטון של שופט לבן שהשתתף בניסוי שבודק דעות קדומות, ולמרות שהוא היה בטוח שאין לו דעות קדומות, הוא גילה שיש לו לא מעט דעות קדומות כנגד קבוצות מיעוט שסובלות מאפליה בצורה יומיומית. בעצם, יש לשופט הטיות ואפילו הטיות מאוד גבוהות.

אז מה הבעיה עם הטיה, הרי מותר לנו לחשוב מה שאנחנו רוצים? הבעיה עם קבלת החלטות תחת הטיה היא שזה יכול להשפיע על הצורה בה אנו מקבלים החלטות. הטיה כשלעצמה היא בסדר, מה שמשנה הוא איך ההטיה באה לידי ביטוי בעולם, בתפקידנו כשופטים, שוטרים, רופאים, עו"ד וכו'.

לא נוכל לשנות את העובדה שהעולם סובל מסטריאוטיפים, אך הנמצאים בעמדת מקבלי החלטות, צריכים להיות מושפעים מהם במידה המועטה ביותר. הבעיה מתחדדת במקום שצריך לקבל החלטות מהר, לדוג' רופא שצריך להחליט אם לבצע טיפול חירום בפצוע וכו'.

הטיה יכולה להיות מתורגמת למעשה ואז היא תשפיע על העולם בצורה בלתי מודעת. מה הבעיה אם קיבלתי החלטה מוטה? הגברת הסיכון שמקבל ההחלטה יטעה (יקבל החלטה שגויה). שני אנשים בנסיבות דומות, יקבלו פיצוי שונה. זה אומר שיש טעות איפשהו. **כשאנחנו מוטים, הסיכוי שנטעה יגבר**. בנזיקין – זה יופיע בשיעור הפיצוי ואולי אפילו בעצם פסיקת הפיצוי. זה יכול לפטור מזיקים מאחריות בלי שנבין שזה קורה לאור בעיית ההטייה.

כיצד הטיה יכולה לבוא לידי ביטוי בהליך הנזיקי?

1. להשפיע על גובה הפיצוי
2. להשפיע על עצם ההחלטה אם לפצות (להטיל אחריות או לא).

תמר קריכלי ויפעת ביטון ביצעו מחקר אמפירי שעוסק באפליה בלתי מודעת בפיצויים. הם חיפשו משתנים קבועים – ניזוקים בתאונות דרכים המשתכרים במשלח יד דומה ובגובה דומה אך מאפייני הזהות שלהם שונים – מגדר, דת ועדה. המחקר מצא כי למרות שלכאורה הפיצוי היה צריך להיות זהה, הפיצוי היה מוטה לרעת נשים, מזרחים וערבים.

נמצא שוני מובהק בין גובה הפיצויים לגברים אשכנזים וגובה הפיצויים לנשים, ערבים וגברים מזרחיים, למרות שגובה השכר הנוכחי היה זהה, ומשלח היד היה זהה. כיוון שהשופט צריך להחליט כמה הניזוק ירוויח בעתיד – יכול להופיע הטיות. לדעת מיטל, הבעיה החמורה ביותר של הטיה היא במקומות שבהם היא פוטרת מאחריות.

**המקרה החמור של אפליה בלתי מובנית: אפליה שפוטרת מאחריות כליל** -

בארה"ב יש המון מחקרים שמוכיחים כי צוותים רפואיים, מבלי להתכוון כמובן, מוטים בעיקר במצבי חירום. מחקרים רבים שברפואה מוצאים קשר בין סטריאוטיפים גזעיים ומגדריים שגורמים לרופאים להעריך בחסר את חומרת המצב הרפואי, ובהתאם להציע טיפול פחות (less intensive) לשחורים ונשים בארה"ב.

אחד המחקרים בהקשר לכאב וסבל הוא ששחורים סובלים פחות. נעשו הרבה מחקרים בבי"ח ומוקדי חירום שהוכיחו כי שחורים מקבלים טיפול רפואי פחות מלבנים, גם כשמדובר בילדים (המחקר בדק כמיליון ילדים). המחקר בדק הן רופאים והן מתמחים. באופן מובהק שחורים נתפסים בעיניי צוותים רפואיים כמי שכואב להם פחות. וזה מתרגם לטיפול רפואי פחות ואף אי טיפול בכלל.

מחקרים מצאו תוצאות דומות גם בהקשרים של אמינות. נתנו לרופאים תיקים של מטופלים קרדיולוגיים כשהשוני היחיד הייתה התמונה של המטופל. נמצא כי הרופאים הפנו פחות שחורים לצינתור לבבי.

הרעיון שסטריאוטיפיים משפיעים נמצא גם בהקשר המגדרי – נשים וגברים. המחשבה היא שנשים מגזימות (היסטריות) הרבה יותר ולכן יינתן להן טיפול שלא מתאים לרמת הכאב שלהן. הרבה מאוד נשים נשלחות הביתה לטיפול תרופתי כשגבר היה מקבל טיפול יותר אינטנסיבי, ויותר יקר.

ד"ר גלבוע במחקרה ציינה מקרים בפסיקה שבהם לא שואלים אפילו אם הייתה התרשלות, כי ברור לכאורה שלא הייתה.

איפה המציאות הזאת של הטיה ברפואה באה לידי ביטוי במשפט – בדיני הנזיקין?

את סטנדרט הזהירות הנזיקי לפי האדם הסביר, ובמשפט ורפואה את השאלה האם הרופא התרשל מחליטים לפי הרופא הסביר, בודקים מה בי"ח עושים בשטח. סטנדרט הזהירות הנזיקי נקבע על פי סטנדרטיים רפואיים.

כל עוד הטיפול נחשב לסביר בנסיבות, הרופא לא התרשל. אם אין התרשלות, ממילא לא מגיע פיצוי. רופאים יגידו שמצפים ממני להתנהג בצורה סבירה. הפרקטיקה מאפשרת לי לבחון אדם ולקבל החלטה. כל עוד ההחלטה שלי התקבלה אחרי מחשבה, היא סבירה. אני יכול לבחור בטיפול מיני רבים, וכל עוד הוא סביר מבחינה רפואית, אז אני סביר. ולכן, אפילו אם נוכיח הטיה לרעת נשים או גזעים, עדיין הרופא התנהג בצורה סבירה, כי מותר לו לבחור במגוון דרכי טיפול. אם נוכיח שהיה לא סביר לשלוח אדם הבית במקום להכניס לניתוח, אז אני מזיק. אבל אם זו החלטה סבירה, אז היא סבירה, גם אם באופן שיטתי אני מחליט משהו אחד לגבי נשים ומשהו אחר לגבי גברים.

דוגמה:

אנחנו רוצים אמצעי זהירות כשתוחלת הנזק גבוהה.

מטופלת מגיעה לביה"ח בשל מחלה X עם תוחלת נזק של K250 (סיכוי 0.5 לנזק של K500). אנחנו רוצים שימנעו את הנזק אם העלות של מניעת הנזק היא יותר נמוכה מתוחלת הנזק.

* טיפול A: ניתוח בעלות K100 לביה"ח; סיכון 0.1 לנזק K500 (K50) – סה"כ K150.
* טיפול B: טיפול תרופתי בעלות K25 לביה"ח; סיכון 0.25 לנזק (K125) – סה"כ K150.

טיפול A יקר יותר לביה"ח מטיפול B, אבל מבחינה חברתית, שני הטיפולים יעילים במידה זהה מבחינה כלכלית, ושניהם גם סבירים מבחינה פרקטית – אז שניהם עולים לנו K150.

נניח שהסטנדרט הרפואי שנקבע ע"ב קריטריונים מקצועיים מצביע על כך שסטטיסטית 2 מתוך 5 מקרים של בעיה X יטופלו באמצעות A, הטיפול היקר יותר.

עוד נניח שבביה"ח מוכח סטטיסטית שבעוד גברים לבנים מקבלים טיפול A ב2 מתוך 5 מקרים של בעיה X, שחורים/נשים מקבלים אותו ב1 מתוך 5.

רון, אדם שחור, שהלך לבי"ח כדי לקבל טיפול עבור בעיה X. הוא קיבל את טיפול B, שנכשל וכתוצאה מכך הוא מת. האם עיזבונו של רון יכולים לתבוע בנזיקין את ביה"ח על רשלנות? הקושי המשפטי שעומד לפנינו הוא נורמטיבי - הרופאים יגידו שהם התנהגו באופן סביר על פי סטנדרטיים רפואיים. אם הטיפול ששלחנו אותו הוא טיפול סביר, אז אין בעיה.

אומנם המונח סבירות נקבע על פי הפרקטיקה, אבל זה לא כל הסיפור. המונח סבירות טומן בחובו גם הנחה נורמטיבית (ולא רק אמפירית) שיש משהו ראוי. סבירות מלבישה את השאלה מה ראוי לעשות במדדים של רשלנות. אנחנו נעזרים בפרקטיקה בשביל זה, אבל אנחנו לא יכולים להתבלבל.

מה שסביר הוא מה שראוי. והדרך לדעת מה ראוי זה לבדוק כיצד אנשים מתנהגים. אבל יש כאן משהו נורמטיבי. בעולם שבו המשפט רוצה לבודד את ההטיות שיכולות להשפיע על החלטות השופטים, גם בצורה בלתי מודעת, והוא תופס אותן כשליליות. אנחנו לא יכולים להגיד שרופא שמתנהג בצורה מוטה, מתנהג בצורה סבירה.

אם זה נכון, יש פה בעיה ראייתית. בדוגמה 2/5 לבנים מקבלים את הטיפול היקר ו1/5 שחורים. לפי המספרים האלה, מה הסיכוי שרון, שקיבל את טיפול B, קיבל את הטיפול הלא סביר כתוצאה מהטיה? אם 1/4 שחורים היה צריך לקבל את טיפול A אבל קיבל את טיפול B, אז הסיכוי שרון קיבל טיפול לא סביר הוא רבע (הטיה היא תמיד סטטיסטית).

אנחנו לא יודעים איזה מתוך 4 השחורים היה צריך לקבל את טיפול A. מה הבעיה עם זה שאנחנו לא יודעים מי זה היא שאנחנו לא יודעים את מי לפצות? הבעיה היא ראייתית. כי יש סיכוי של 25% שרון קיבל את הטיפול הלא סביר כי הוא שחור. הבעיה היא שרון צריך להוכיח ברמה של 51% שהוא קיבל את הטיפול הלא סביר (מאזן הסתברויות). כל אחד יכול להוכיח שהיה צריך לקבל טיפול A בסיכוי 0.25 (לא יכול לעמוד במאזן הסתברויות).

**פתרון אפשרי - אחריות הסתברותית**. אם מישהו מהקבוצה המופלה סטטיסטית לא החלים וקיבל את טיפול B, ניתן לו פיצוי יחסי בגובה של 25%. נכיר את זה רק במצבים חריגים.

# ❶ הרצאת אורח ראשונה, 11/05/2022 – ד"ר עומד פלד: תרופות ותובענות ייצוגיות

**✓ סוגי הזכויות במשפט הפרטי**

* **זכויות in rem (זכות גברא)** - זכויות פרדיגמטיות שבני אדם מחזיקים והן תקפות כלפי כל העולם, כדוגמת זכות הקניין (אסור לאחרים להשתמש בנכס שלי ללא רשותי), שלמות הגוף (אין לפגוע או לסכן את שלמות גופו של אחר ולבצע בגופו פעולות ללא הסכמה) וכד'. הזכויות הללו הן זכויות בסיס ואין להן קשר למערכת יחסים ספציפית.
* **זכויות in person (זכות חפצא)** - ישנן זכויות אישיות שאדם מחזיק כלפי אדם ספציפי אחר, והן נוצרות עקב מערכת יחסים מיוחדת ביניהם. לדוג' חיובים וזכויות המגיעים מכח חוזה. אלו הזכויות הקלאסיות של המשפט הפרטי ומהן נגזרו הזכויות הנזיקיות שנגזרו ממצבים שבהם נגרמה פגיעה בזכויות של אדם אחר. כך גם בחוזים - אכיפת החיובים של הצדדים במסגרת החוזה נובעת מהחוזה שכרתו.

בשנים האחרונות, חלה **הרחבה של זכויות המוגנות במשפט הפרטי** שנובעת מזליגת הזכויות מהספירה הציבורית לספירה הפרטית. הדבר בא לידי ביטוי בשתי זכויות מרכזיות –

1. **הזכות למניעת אפליה** – חוקי איסורי האפליה למיניהם. במישור האזרחי איסור הפליה חל במקומות העבודה ובמסגרת חוקי הגנת הצרכן.
2. **הזכות לפרטיות** - חוק הגנת הפרטיות מכיר בזכות הפרטיות גם במשפט הפרטי ולא רק במישור הציבורי. יש איסור על כל אדם לחדור לתחומו הפרטי של אחר ללא הסכמתו.
* **גם הזכות להתקשר בחוזה מרצון הורחבה** – יש היום יותר עילות שנועדו לשמור על התקשורת חופשית ורצונית של פרטים בחוזה – עילות העושק, טעות והטעיה, הסכמה מדעת ועילות הקיפוח בחוק החוזים האחידים.

🡨 מהרגע שהדבר הוכר כזכות יש לבחון את תלית הסעדים שניתנים ביחס לפגיעה בזכויות אלה.

**✓ המטרות של התרופות במשפט הפרטי:**

* **הגשמת זכויות שנפגעו** - השבת הזכות והחזרת המצב לקדמותו. חלק מהותי מהזכות הוא הגשמה של הזכות של הנפגע (דוגמא פיצוי לנפגע תאונה כמימוש של הזכות לשלמות הגוף).
* **יעילות והרתעה** - המנגנון המשפטי במבט הכלכלי לא בוחן את האדם הספציפי שנפגע אלא מעוניין למנוע פגיעות לא רצויות בעתיד, ולכן המטרה היא יצירת הרתעה. מכאן כי התובע הוא גורם אכיפה פרטי של אינטרס ציבורי. כאשר התובע מקבל פיצוי על התביעה הדבר נותן מוטיבציה להגיש תביעות מסוג זה בעתיד, אך לא כי אכפת שהכסף יגיע ישירות לכיסו של התובע.

**✓ תת אכיפה כבעיה מארגנת במשפט הפרטי, בקשר לזכויות ותרופות**

**הבעיה: מערכת המשפט מתקשה לממש את הזכויות ולהגשים את שתי המטרות הללו ברמה הפרקטית**. במציאות ימינו ישנו מצב של תת-אכיפה של זכויות פרטיות והגשמתן באופן מלא. על פי רוב לא על כל דבר תוגש תביעה, למרות שהייתה פגיעה בזכות. לדוג', במצבים של פגיעה שולית או קטנה, כמו תקיפה שמסתיימת בדריכה לאחר על הרגל, אף נפגע לא יתבע על כך. יתרה זו, גם במצבים מורכבים יותר כדוגמת מוות בשל רשלנות רפואית, ישנם אחוזי תביעה נמוכים למרבה ההפעתה.

**🡨 הגורמים לבעיית תת האכיפה:**

* **פערי מידע -** ישנן כמה שכבות של חסמים של מידע:
* חוסר מידע על הזכות - אנשים רבים לא תמיד יודעים מה הן הזכויות או ההגנות שמגיעות להם. לדוג הזכות לתבוע חברת אוטובוסים שמאחרת.
* חוסר מידע על הפגיעה - יכול להיות מצב שבו אדם לא יודע שהופרה זכותו ושהוא זכאי לתבוע. לדוגמא שהכסף שנלקח לו נלקח בניגוד לדין.
* **עלות מול תועלת -** היא הבעיה המרכזית. ישנם מצבים שבהם התועלת מהתביעה מאוד נמוכה, או מצבים שבהם התועלת משמעותית אך ניהול התיק יקר מאוד כמו תביעות שבכדי להגישן יש צורך להביא חוות דעת מומחים יקרות מאוד שמקפיצות באופן משמעותי את עלות ניהול התיק. הדבר מתעצם כאשר הצד השני הוא חברה מסחרית בעלת כוח, הנפגע לא ירגיש שמשתלם לו לתבוע.
* **מוטיבציה –**
* מוטיבציה חיובית - כשהצד הפוגע מפגין אמפתיה כלפי הצד הנפגע לאחר הפגיעה ומתנצל > המוטיבציה להגשת התביעה יורדת (בניגוד לדוג' לרופא לא אדיב). ככל שהפוגע עשה זאת בתום לב ובאופן נעים ואדיב (במצבים של רשלנות רפואית), הסיכוי שנתבע יהיה נמוך יותר.
* מוטיבציה שלילית - יכולה להיות גם מוטיבציה שלילית במצבים שבהם אדם חושש מהתוצאות של התביעה ומהתגובה של הנתבע (כמו עובד שמעוניין לתבוע את המעסיק). אם אין חשש מהנתבע, תוגש תביעה.

**🡨 תת-אכיפה מייצרת בעיות ממספר בחינות:**

* **חוקתית** - במערכת דמוקרטית גישה לבימ"ש היא זכות יסוד. האזרחים צריכים לדעת שיש להם את הגישה למימוש זכויותיהם מתוך ידיעה שהמדינה מאפשרת לאזרחים לגשת לערכאות ולפעול למימוש זכויותיהם. תת אכיפה יוצרת כשל סיסטמתי במימוש זכות הגישה לערכאות והזכות הנפגעת.
* **חברתית** – תת אכיפה ע"י אדם אחד, גורמת נזק בעקיפין לחברה משום שאין הרתעה למקרים הבאים. הפגיעה בהרתעה מובילה לפגיעה ביכולת מימוש הזכויות. יש בעיה חברתית נוספת של היעדר שוויון ביכולת להגיש תביעה ולפנות לערכאות משתנה בהתאם ליכולת והאמצעים שמאפשר לנפגע לפנות לערכאות בכדי לממש את זכויותיו.
* **פרטית** - כשלא ניתן לעמוד על הזכות הדבר פוגע בפרטים שלא ממשים את זכותם ומקבלים סעד. אם אני לא מממשת זכות שמגיעה לי, הזכות מתרוקנת מתוכן ואין הלימה לצדק המתקן.
* **מוסדית** - ניהול מספר רב של הליכים מקבילים יוצר קשיים מערכתיים. עלייה במספר התביעות הקטנות תביא לעומס שיפוטי, לעלייה בעלויות תפעול המערכת ולעינוי דין. בנוסף עלול להיווצר מכך שרירותיות במימוש הזכויות - חלק יממשו את הזכות שלהם וחלק לא ויכולות להיות החלטות סותרות.

**🡨 פתרונות לבעיית תת-האכיפה** – ניתן לעצב פתרונות בהתאמה לתפישה הנורמטיבית של תת האכיפה

* **פתרונות במסגרת דיני התרופות** – הגדלת הפיצוי פותרת את הבעיה מכיוון שזה גורם להרתעה ויש עידוד לתבוע.
* הגדלת הפיצוי באמצעות מתן פיצוי עונשי בכדי לצמצם את הרתעת החסר שקיימת ולעודד הגשת תביעות.
* פיצויים לדוגמה (ס' 31א לחוק הגנת הצרכן, הסדר שבמסגרתו ניתן פיצוי נוסף על הנזק);
* ריבית עונשית - ריבית גבוה על סכום הפיצוי באופן שמגביר את הלחץ להעביר את הפיצוי, שהרי ככל שיעבור יותר זמן סכום הפיצוי יהיה גבוה יותר. (חוזה ביטוח, הלנת שכר);
* פיצוי משולש.
* **הקניית זכות התביעה לאחר** (ההסדר קיים בארה"ב ובמדינות המשפט המקובל) – אם אדם לא תובע את זכותו שנפגע, אז אחר יכול לתבוע בשמו. במקרה כזה, זכות התביעה של הניזוק תישלל אבל לא הזכות שנפגעה. דוג':
* Oui tam pro domino rege quam pro se - תביעה ״בשם המלך ובשמי ולטובתי״. המדינה כשחקן פרטי, מבצעת המון עסקאות כבשגרה והיא צד ללא מעט פעולות. לעיתים, זכויות המדינה במגרש הפרטי נפגעות והיא לא יודעת מזה. במקרה כזה, זכות התביעה המהותית של המדינה יכולה לעבור לתובע פרטי שאין לו כל קשר לזכות אבל הוא יודע על הפגיעה. לדוג', במקרים של הונאת המדינה ע"י חברה כלשהי. מי שיודע על ההונאה הוא העובד של החברה שעשתה את העסקה עם המדינה. העובד יכול לתבוע את החברה ובתמורה הוא יקבל פיצוי גדול שיעלה על הפיטורין מהחברה.
* תביעה נגזרת – זכות לתבוע בשם החברה על נזק שנגרם לחברה. לרוב, התביעה היא נגד מנכ"ל החברה. אדם אחר יתבע מכיוון שמנכ"ל החברה לא יגיש תביעה נגד עצמו, והחברה לא מקבלת החלטות באופן עצמאי.
* תביעה קבוצתית (חוק למניעת מפגעים (תביעות אזרחיות)) - לא צריך את כל הקבוצה כדי לתבוע את המזהם. לדוג', ניתן לתבוע בשם כל תושבי השכונה אך הסעד שיקבלו הוא צו מניעה ולא פיצוי.
* **אכיפה פלילית ורגולציה** – המדינה יכולה לעשות רגולציה על תחום שיש בו תת-אכיפה ובכל להעביר את זכות התביעה לגורמי האכיפה המדינתיים. אלא שבתחומי הרגולציה, שבי רגולטורי יכול להיות גורם לתת-אכיפה – הפקיד, שאחראי על האכיפה, יימנע מלאכוף את הדין נגד הגופים המאוסדרים משום שהוא פעם עבד באותו גוף או יודע שביום שאחרי שיסיים את תפקידו כרגולטור, הוא יכול לעבוד באותו גוף ("הדלתות המסתובבות"). לכן, המדינה יכול ליצור הרתעה לפרידים עם המנגנונים שלה – באמצעות אכיפה פלילית ורגולציה.

**אם יש אכיפה פלילית, למה אנחנו צריכים אכיפה פרטית?** כאמור, לאור בעיית המוטיבציה והשבי הרגולטורי - כי הפקיד שצריך לקבל החלטה לרוב חושב על העתיד כשהוא יהיה בשוק הפרטי. בנוסף, יש בעיה של חוסר מידע - המדינה לא יודעת על נזקי רכוש. כמו כן, יש פרויקטים שהמדינה נעדרת כישורים מתאימים לנהלם. **בראי ההרתעה, אכיפה פרטית ואכיפה פלילית-מנהלית משלימים זה את זה**. הבחירה במנגנון היא שאלה בעיקר של האוכף הטוב (על משקל השוקל הטוב).

**✓ תובענה ייצוגית כפתרון לתת-אכיפה**

תובענה ייצוגית היא מנגנון בו אדם מגיש תביעה בשם עצמו ובשם אחרים (קבוצה בלתי מסוימת). זהו כלי דיוני שיש לו השפעה על הדין המהותי. לעיתים חברי הקבוצה שנציגה מגיש תביעה בכלל לא ידעו על הגשת התביעה ולא פנו לקבלת ייצוג, אך בשל היותם חברים באותה הקבוצה הם שותפים לה ויקבלו חלק מהסעד שתקבל אותה הקבוצה. הסעד שניתן בתובענה ייצוגית מגיע לכל חברי הקבוצה גם אם הם בכלל לא יודעים על קיומה של התביעה.

**מנגנון התביעה הייצוגית פותר חלק מהגורמים לתת-אכיפה:**

* **עלות תועלת** - אף אחד לא יתבע על נזק קטן מאוד, לדוג' נזק של סיליקון בקרטון חלב בודד. אך כאשר התביעה מנוהלת בשם כולם ביחד זה פותר את בעיית העלות שהרי קבוצה גדולה של נפגעים מקימה נזק גדול יותר. יש תמריץ כלכלי לתבוע.
* **פערי מידע** - אין צורך שכל הקבוצה תדע על הזכויות או על הפגיעה, אלא מספיק שעורך דין אחד יודע שעומדת כאן זכות תביעה ואז הוא יכול לנסות לאתר חבר קבוצה להגיש תביעה בגין הפגיעה הזו.

אם אין תמריץ לאתר את התביעה אז גם אף אחד לא יאתר אותה, אך המנגנון של תביעה ייצוגית מהווה תמריץ לגילוי פגיעה בזכויות, ותביעה בגינן. תביעה ייצוגית מעודדת אנשים ללכת ולאתר את הפגיעה, להגיש תביעות לקבל סעד ולחלק אותו לחברי הקבוצה הנוגעים בדבר. מעודד איתור הפרות.

* **מוטיבציה** - עובד במקום עבודה יפחד / ירגיש חוסר נעימות להגיש תביעה פרטית, אך אם כל העובדים מגישים יחד כל העובדים מקבלים סעד. חוק התובענות הייצוגיות מכיר בעבודה שהעובדים חוששים לקחת חלק בתביעה נגד המעסיק גם אם זה נעשה בקבוצה ובמסגרת תובענה ייצוגית.

בנסיבות מעין אלה החוק מאפשר הגשת תביעה בשם ארגון (כדוגמת הארגון לאיכות הסביבה) יכול להגיש תובענה בשם חברי ארגון שהוא אינו נמנה עליהם. מעין תביעה בעילום שם - הדבר מקובל מאוד מסגרת תביעה של דיני עבודה. דוגמא לכך היא התביעה של ארגון קולך נ' רדיו קול ברמה -התביעה הוגשה בשל העובדה שהרדיו אסר על נשים לעלות לשידור במסגרת שידורי הרדיו. התובענה הוגשה בשם ארגון קולך ללא הצגת שמן של התובעות כיוון שחשיפת שמותיהן עלולה להזיק להן ולהוביל למצב שבו מנהלים נגדן סנקציות חברתיות בחברה החרדית.

**✓ מטרת התובענה הייצוגית**

המטרה מעוגנת בסעיף ההגדרות בחוק תובענות ייצוגיות ומציגה 4 מטרות מרכזיות:

1. **מימוש זכות הגישה לבית המשפט**, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לבית המשפט כיחידים;
2. **אכיפת הדין והרתעה** מפני הפרתו;
3. מתן **סעד הולם** לנפגעים מהפרת הדין;
4. **ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות**. כחלק מחוק התובענות הייצוגיות (ס' 7) חלה חובת יידוע של התובעים לביהמ"ש על קיום הליכים דומים במקביל, זאת בכדי למנוע מצב של הכרעות סותרות בשל אותה עילת תביעה. דוגמא לכך היא תביעה שהגישו שוכרים כנגד חברות השכרת רכב על גביית תשלום נוסף על חוסר במיכל הדלק בהחזרת הרכב, שלא לצורך. תביעה מאותו הסוג הוגשה מספר פעמים למספר בתי משפט בשינוי הצדדים אך באותה העילה בדיוק ועם אותן הטענות.

🡨 מטרות התובענה הייצוגית עונות גם על הבעיות של תת האכיפה שהוצגו לעיל:

* **הבעיה החוקתית** - מימוש זכות הגישה לביהמ"ש, לרבות לסוגי אוכלוסייה המתקשים לפנות לביהמ"ש כיחידים.
* **הבעיה החברתית** - אכיפת הדין והרתעה מפני הפרתו. אדם אחד אמיץ פועל למען הקבוצה, המעוול יצטרך לשלם לכולם ולכן הוא מורתע.
* **הבעיה הפרטית** - מתן סעד הולם לכל הנפגעים מהפרת הדין.
* **הבעיה הממסדית** - ניהול יעיל, הוגן וממצה של תביעות. אין המון הליכים במקביל, אלא תביעה אחת הכוללות בתוכה מאות ואלפי תביעות אישיות וקטנות. לא יהיו סתירות בהכרעות.

**ההשפעה המהותית של הדין הפרוצדורלי**: תביעה ייצוגית לא יכולה להיות מוגשת לפי רצון הפרט אלא יש להגיש **בקשה לאישור** **תובענה כייצוגית** לבית המשפט בשביל להגיש תביעה מסוג זה. מטרת הדרישה לתבוע רק לאחר קבלת אישור של ביהמ"ש היא להתנהל באופן זהיר ומושכל בשל הייחודיות של התביעות הללו - התביעה מוגשת על ידי עו"ד בשם אנשים שהוא לא פגש ובשל העובדה שהתביעה חריגה (העו"ד שולט בתביעה ולא תובע ששכר את שירותיו ונתן לו ייפוי כוח לניהול התביעה).

תובענה ייצוגית היא כלי פרוצדורלי – היא מאפשרת לאדם אחד לתבוע בשם הנזק שנגרם לכל חברי הקבוצה (זה מוזיל את עלויות המשפט, במקום שכל אחד יתבע לבד ויוציא כספים לניהול משפטו, המשפט מאורגן עבורם). אך הנזק לא חייב להיות אחיד. המשמעות לעניין הסעדים היא שצריכה להיות התאמה בין הפגיעה בזכות לסעד שניתן, ושכל חבר קבוצה יקבל סעד. בנוסף, אם ההליך פרוצדורלי ולא מהותי, חייבת להיות התאמה מלאה בין הנזק לסעד שאישית מקבלים - לא הגיוני שאחד יצא עם חסר והשני עם יתר.

נתבעים מעדיפים לחשוב על תהליך תובענה ייצוגית כתהליך פרוצדורלי. אם ההליך פרוצדורלי, השאלה תהיה מתי יעיל לנהל הליך. אם אח"כ נצטרך לנהל הליך אינדיבידואלי, לא עשינו כלום בתביעה הייצוגית. אם ההליך פרוצדורלי כך שכל אחד מוכיח את נזקו, ההשלכה היא שזה לא חוסך שום דבר, וגם אחרי התביעה ייצוגית, הם לא יוכיחו את נזקם.

**🡨 השלכה פרוצדורלית על הסעדים**

* **הוכחת סעדים באמצעות גורם חיצוני לביהמ"ש -** 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.
* **צווים וסעד לעתיד** - צו לא אמור להשפיע על האופי הפרוצדורלי של ההליך. לפעמים הצו לעתיד יכול לערב גם אנשים שהם לא חברי הקבוצה בעת הגשת התביעה. למשל, בפס"ד תנובה - הפיצוי ניתן, על דרך הנחה, למי שירכשו בעתיד. זה לא באמת מפצה את מי שרכשו בעבר - כל חברי הקבוצה. עושים זאת כדי להביא לניהול הוגן ויעיל של הסעדים.
* **סעדים בקירוב** – לרוב, סכום הפיצוי לכל אחד מחברי הקבוצה יהיה קרוב אך לא מדויק. החוק מאפשר סכום פיצוי מקורב (פיצוי ממוצע); סכום פיצוי כולל (כל עוד מבוסס על ראיות); זהות המפוצים - הסטייה הכי קיצונית בין התובענה הייצוגית לבין הדין המהותי היא שניתן לזהות אנשים שהם אולי חברי הקבוצה ואולי לא.

**🡨 תובענה ייצוגית יכולה לפגוע בזכויות מהדין המהותי**. ס' 20(ד)(2) לחוק תובענות ייצוגיות:

(ד) הכריע בית המשפט לטובת הקבוצה, כולה או חלקה, בתובענה ייצוגית, כולה או חלקה ... רשאי הוא, בבואו להחליט בדבר שיעור הפיצויים ואופן תשלום הפיצויים, להתחשב גם בנזק העלול להיגרם, בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, לנתבע, לציבור הנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה או לציבור.

 הסעיף קובע שביהמ"ש רשאי להתחשב גם **בנזק העלול להיגרם לנתבע**, לציבור שנזקק לשירותי הנתבע או לציבור בכללותו כתוצאה מפגיעה ביציבותו הכלכלית של הנתבע בשל תשלום הפיצוי, **לעומת התועלת הצפויה מכך לחברי הקבוצה**. לדוג' בפרשת קול ברמה, ביהמ"ש לא פסק פיצוי גבוה משום שהוא לא רצה למוטט את תחנת הרדיו, שיש לה ערך עבור החברה החרדית בכללותה. 🡨 אפשר לפגוע בדין המהותי באמצעות תביעה ייצוגית, כשיש חשש שזה יפגע בנתבע שהיציבות הכלכלית שלו חשובה לאינטרס הציבורי.

**ס' 20(ה)**: בית המשפט לא יפסוק בתובענה ייצוגית פיצויים לדוגמה, וכן לא יפסוק פיצויים בלא הוכחת נזק, למעט בתביעה כמפורט בפרט 9 בתוספת השניה, ואולם אין באמור כדי למנוע פסיקת פיצויים בשל נזק שאינו נזק ממון.

ס' 20(ה) אוסר על קביעת סעדים שחברי הקבוצה היו יכולים להשיג בתביעה פרטית. ניתן להסביר את הסעיף בכך שתכלית הפיצוי בת"צ הוא עונשי כדי לפתור את הבעיה של תת-אכיפה. אם פותרים את בעיית התת-אכיפה אין צורך בהרתעה ע"י מתן פיצויים לדוגמה.

מצד שני, ראינו שישנה הרחבה של הזכויות במשפט המהותי דרך הכלי של תובענה ייצוגית:

1. **פגיעה באוטונומיה** – אדם יחיד לא יגיש תביעה על פגיעה באוטונומיה (שאינה קשורה לעניין הסכמה מדעת בטיפולים רפואיים) כי ביהמ"ש לא יכיר בזה. אך בת"צ, ביהמ"ש יכול לקבל את העילה הזו בהקשרים שונים (דוגמת פרשת תנובה).
2. **פיצוי בקרוב** **(cy-pres)** - כאשר לא ניתן להעריך ישירות את השווי אך ניתן להעריך בקירוב. בארה"ב לקחו את הרעיון למצוא אינטרס שכל חברי הקבוצה מעוניינים בו, ונשלם את הפיצוי לשם.
3. **פיצוי הסתברותי** - פיצוי המבוסס על משאל צרכני מכיוון שלא צריך להוכיח את הנזק. יש גם פיצוי הסתברותי בהקשרים של נזקי גוף כי קשה להוכיח את נזק הגוף של כל אחד מהתובעים.

**השלמה מהמחברת של שרון:** תנובה נ' עזבון המנוח תופיק ראבי ז"ל: **תובענה ייצוגית** צרכנית שאושרה להגשה נגד תנובה, שעניינה בהטעיית ציבור הצרכנים ובייצור מוצרי חלב בניגוד לתקן רשמי מחייב שעמד בתוקף במועדים הרלבנטיים לתביעה, בשל הוספת סיליקון לחלב אותו ייצרה ושיווקה תנובה, בלא שרכיב הסיליקון צוין על גבי המוצר. מדובר ב**תביעה של כלל צרכני החלב בתקופה הרלוונטית**. כדי להצליח להגיע לכל תובע בקבוצה, עשו סקר צרכנים, בשביל לבדוק כיצד נפגעו מן הסילקון.

שאלה משפטית- האם כחלק מתובענה ייצוגית על תנובה, מגיע לכל התובעים פיצוי? ואם כן, הכיצד?

טענות המשיב- יש לפצות את חברי הקבוצה בגין פגיעה **באוטונומיה** **ותחושות שליליות** ובהן - תרמית, זלזול, גועל, עוגמת נפש, בחילות, רתיעה ממוצרי מזון חיוניים ופחד וחרדה.

חיות-

* **דרישת קש״ס**- כאמור לעיל. אין זה מעשי להוכיח את הנזק שנגרם לכל אחד מבין חברי הקבוצה ומקל וחומר את הקשר הסיבתי בין אותו הנזק לבין התנהלות המזיק (סעיף 20(ג) לחוק). נראה כי הדרישה המוצבת לתובע להוכיח כי אילו היו מגלים לו את העובדות היה נוהג אחרת היא דרישה קשה להוכחה, ובמקרים רבים בלתי אפשרית והדברים מקבלים משנה תוקף ככל שבתובענה ייצוגית עסקינן. הנה כי כן, ככל שהעוולה הצרכנית עליה נסמכת התובענה הייצוגית היא הטעיה שבמחדל (על דרך של אי גילוי) יש בכך כדי להצדיק ריכוך והגמשה לעניין הוכחת הקשר הסיבתי בין ההתנהלות העוולתית ובין הנזק הנטען. קשר סיבתי קבוצתי כזה ניתן לבסס על ההנחה כי חברי הקבוצה ולמצער מרביתם, היו משיבים בשלילה אילו נשאלו מראש האם בדעתם לצרוך חלב שתנובה הוסיפה בו, בניגוד לתקן המחייב, תוסף מלאכותי אשר טיבו אינו ידוע להם כדי להתגבר על בעיה של הקצפת יתר.
* אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על-פי אמות מידה אובייקטיביות גרידא ויש לכלול בקבוצת הניזוקים רק את אלה אשר בעקבות אותה פגיעה נגרם להם נזק תוצאתי. קרי, חוו תחושות שליליות כשנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון. **הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה ניתן בשל נזק תוצאתי סובייקטיבי המתבטא בתחושות של כעס, תסכול ועוד כיוצא באלה תחושות שליליות שמעוררת התנהגותו של המזיק. בנוסף, אין מקום לפצל את הפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה מן הפיצוי בגין עוגמת נפש ותחושות שליליות שנגרמו לנפגע בגין אותה פגיעה.** את ההוכחה יעשו עפ״י **סעיף 20(א)** ואת חישוב הפיצוי עפ״י **סעיף 20(ג)**.

הכרעה- **קבלת הערעור.** תנובה תשלם פיצוי של 38.5 מיליון שקל במסגרת התביעה הייצוגית שהוגשה נגדה בגין פרשת הסיליקון בחלב, ולא 55 מיליון כפי שקבע המחוזי. כן הופחת שיעור הגמול לתובעים הייצוגים ושכר הטרחה לבאי כוחם.

הלכה- אין לפסוק פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה על-פי אמות מידה אובייקטיביות גרידא ויש לכלול בקבוצת הניזוקים רק את אלה אשר בעקבות אותה פגיעה נגרם להם נזק תוצאתי. קרי, חוו תחושות שליליות כשנודע להם כי החלב ששתו הכיל סיליקון.

# ❷ הרצאת אורח שנייה, 25/05/2022 – ד"ר עומרי רחום: סעדים בעולם הקניין הרוחני

זכויות הקניין הרוחני מנויות במספר חוקים בענפים שונים (פטנטים, זכויות יוצרים, סימני מסחר ועוד). בשונה מזכות הקניין "הרגילה", זכויות הקניין הרוחני אינן זכויות טבעיות, אלא "זכויות יצירות משפט". אלו תופעות שהמחוקקים יוצרים בצורה אקטיבית כדי להציב גבולות גזרה ולאפשר לאנשים לקבל אותן תחת נסיבות מסוימות ומוגדרות. אם חושבים למשל שיש זכויות יוצרים ביצירות כדי לקבל יצירה משפטית, הזכות המשפטית יוצרת איזון בין כל מיני תכליות מתחרות. נצטרך לאזן בין כל מיני עקרונות, וכך יוצרים את הזכות בצורה מהונדסת. רכיב הסעדים הרבה פעמים מאפשר לייצר את האיזונים המתנגשים בין כל זכות וזכות.

**מהו קניין רוחני?** קניין רוחני הוא שם משפחה לצבר של דוקטרינות משפטיות שעוסקות בהגנה על קניין שאינו גשמי (כמו קרקע או נכס פיזי), אלא מופשט. דיני הקניין הרוחני עוסקים לפי רוב ביצירות אנושיות וידע אינטלקטואלי, כדוגמת ספרות, קולנוע, שירה, מוזיקה וכיו"ב. כמו כן, יצירה אנושית יכולה להיות גם יצירה תועלתנית שיש לה שימוש מיידי כמו טכנולוגיה (שיטות ייצור מוצרים), חדשנות וכיו"ב (לא רק בעולמות ההי-טק אלא גם במרחבי הלאו-טק בעולם התעשייה והייצור). תהליכי יצירת התוכן (ללא קשר לסוג התוכן) כולם מוגדרים כיצירות אנושיות הנופלות תחת דיני הקניין הרוחני.

בבסיס דיני הקניין הרוחני עומדת הנחת יסוד הגורסת כי **היצירה האנושית היא טוב חברתי שיש לטפח ולהגן עליו, שהרי אלמלא הנחת יסוד זו, המשפט לא היה יוצר את הדינים האלה ובטח שלא היה מנסה למרץ יצירת קניין רוחני**.

מחד, ניתן לומר כי המין האנושי הוא יצרן מעצם טבעו ולכן קניין רוחני ימשיך להתחדש, גם ללא קשר למערכות הדינים הקיימות. אלא שלמעשה, בחשיבה "כלכלית" ההנחה היא שאם לאנשים לא יהיה תמריץ ליצור, הם לא יצרו מספיק. לדוג', אדם כתב ספר חדש והוא רוצה להוציא אותו לאור. באם לא יהיו כללים שיאכפו וישמרו על זכויות היוצר, מה שיקרה הוא שאחרי שהסופר ימכור את העותק הראשון שלו, הספר יועתק ע"י אחרים ויימכר במחיר זול יותר (שהרי הם לא צריכים להחזיר את עלות היצירה הראשונית המורכבת, בין היתר, מזמן הכתיבה). הצרכנים כמובן יירכשו את העותק המוזל יותר וכך, ההשקעה של אותו סופר תרד לטמיון.

כדי שישתלם לסופר לכתוב ספר ולהוציאו לאור, הוא צריך לכל הפחות להחזיר את עלויות היצירה, ולפי רוב, לעשות גם רווח כלשהו על היצירה. אם היה ניתן למכור את הספר ללא קשר לזכויות, הסופר היה מוותר כי היה נכנס למצב של הפסד כיוון שלכולם הייתה גישה לספר ללא כל עלות.

**✓** לכן, מערכת המשפט והחברה לא רוצים שייווצר מצב שבו אנשים לא יוצרים, משום **שיצירה היא דבר בעל ערך חברתי**. השאלה היא - **כיצד המדינה תספק לאנשים תמריץ ליצור?**

* **תמריצים כלכליים –** כדוגמת מתן מענקים ליוצרים. זאת, בכדי שהיוצרים לא יצטרכו להתעסק ברווח שיצא מהיצירה, אם בכלל, והאם הוא יכסה את עלויות היצירה. המעניקים הם שיכסו את עלויות היצירה. אבל כחברה, מבחינה כלכלית, פחות מקובל שהמדינה תחלק את כספי המסים שלה בצורה הזו. כמו כן, ולא בטוח שהחברה הייתה רוצה שהמדינה תכריע מי סופר טוב יותר או פחות ולפי זה תקצה משאבים.
* **תמריצים משפטיים -** מתן זכות קניין משפטית פרטית. הרעיון של קניין רוחני הוא לתת ליוצר זכות אכיפה פרטית על היצירה, גם אם אין לה ממשות פיזית (גם אם מדובר במוזיקה לדוגמא שהיא פחות ממשית ומוחשית). **הרעיון של קניין רוחני הוא זכות להדיר אחרים מהיצירה האינטלקטואלית שלנו בתקופה מסוימת ובתנאים מסוימים כדי לאפשר ליוצר להחזיר את עלות ההשקעה ואף להרוויח ממנה.**

מחד, יש לנו רצון לעודד אנשים ליצור מתוך הנחה שיש ליצירות הללו **ערך חברתי**. אבל יש אלמנט נוסף שמהותי למימושו של הערך החברתי המבוקש – **גישת הציבור ליצירות**. יצירה מועילה רק כאשר יש בה שימוש. בהתאמה, יצירה שנוצרה ונשארה "במגירה" לא תביא תועלת לחברה. לכן **יש אינטרס לעודד יוצרים להוציא לאור ולשתף את יצירותיהם**. הדבר יוצר מתח מסוים –

* מחד, ניתן לחשוב כי אם יתנו ליוצרים בעלות מוחלטת על היצירה וזכות קניינית חזקה מאוד, הדבר היה **מתמרץ מאוד** - מועיל ומעודד יצירה. אך בפועל, פעולה שכזו תוביל יצירת מונופול שימנע מהחברה ליהנות מהיצירה **ותדיר אותו** ממנו.
* מנגד וכאמור, **גישה חופשית** לזכויות היצירה תגרור הפסדים ליוצר ותמנע ממנו להמשיך ליצור ולשתף את יצירותיו (**גישה לא מתמרצת**).

**🡨 בשל כך רוצים לייצר גישה המאזנת בין נגישות היצירה לבין ההגנה על היוצר** - איזון בין התמריץ לנגישות. האיזון נוצר בשל העובד שזכות הקניין הרוחני אינה מוחלטת וניתן להגדיר את הגבולות של הזכות בהתאם לנסיבות - היקף ההגנה, זמן ההגנה, חומרת ההפרה, נזק שייגרם לבעלים והרווח שנגרם למפר, וכן עוצמת הסעדים שיינתנו בגין הפרה של הזכות (סעדים הוגנים מהווים תמריץ חזק יותר ליוצר).

לדוג' מתן זכות מוחלטת (היקף+עוצמה) לחודשיים (זמן), לא יתמרץ בצורה גבוהה. לעומת זאת, מתן זכות חלקית ל10 שנים, יתמרץ בצורה חזקה יסוד. כך גם לגבי הסעד – סעד גבוה יגביל גישה וסעד נמוך יפגע בתמריצים.

* סין היא מדינה שקשה לאכוף בה זכויות יוצרות וסביב העניין יש דיון שלם (לכן יש מלא MADE IN CHINA). הדבר נובע מכך שזכות היוצרים היא זכות דקלרטיבית אך היא לא נאכפת בכלל. כאמור, אם זכות קיימת אך לא נאכפת - **היא כאילו לא קיימת.**

**✓ סוגי סעדים שניתן להעניק ליוצרים בגין הפרת זכויות קניין רוחני**:

אחד הכלים שיש כדי לעשות את האיזון, הוא היקף הזכות וגם ע"י סעדים. ככל שהסעד ביחס לזכות יותר גדול ורחב, הזכות חזקה יותר. סעדים בהקשר של קניין רוחני הם חלק בלתי נפרד ביצור של הזכות. ההנחה היא שהפרת זכות קניין רוחני היא עוולה כאקסיומה, ולכן כשלעצמה היא מקימה עילת תביעה תקפה. לכן, בעת מתן הסעד על ביהמ"ש לשאול מהו הסעד המתקן שישיב ככל הניתן את המצב לקדמותו (במובן סיר ומכסה). **שלושת סעדים מרכזיים:**

1. **צו מניעה** - ההגשמה המלאה ביותר של ההגנה על היצירה, משתמשים בכוח הכופה של המדינה כדי למנוע מלהשתמש ביצירה בעתיד.
2. **פיצויים** – הסעד ניתן בד"כ כסעד נזיקי ולא קנייני, ולכן הוא דורש הוכחת נזק למען השבת המצב לקדמותו. כדי לקבל פיצוי, על הבעלים להוכיח מהו חסרון הכיס שנגרם לו. הקושי הוא שלא תמיד קל להראות מהו הנזק שנגרם, במיוחד כשמדובר ביצירה רוחנית אינטלקטואלית. לתוצרים אינטלקטואליים יש מאפיין מאוד ייחודי - שימוש בעותק אחד לא פוגע בעותק של האחר. זאת, בניגוד לנכס פיזית שאם הוא נפגע פעם אחת, הנזק יוותר בו. יש הבדל בין נזק שנגרם בעותק אחד, לעומת נזק שנגרם לבסיס עצמו. לדוג', הקושי לקבוע האם העתקה פיראטית נקודתית מזיקה לאיזון בין הגישה לתמריץ, לעומת מערכת העתקות פיראטית המעתיקה את היצירות ומוכרת אותן במחיר מופחת (מה שיוצר נזק אמיתי ליוצר).

כיוון שקשה להוכיח נזק ולהצביע על ההבדל בין אובדו רווח של עותק אחד לאובדן רווח של עותקים רבים, דיני הקניין הרוחני מאפשרת תביעה לפיצוי ללא הוכחת נזק. עצם הפגיעה בזכות, מקימה לבעלים זכות לסעד ספציפי המוגבל לעד K100 ₪ בארץ (ס' 56 לחוק זכויות יוצרים). הרציונליים לסעד הם הרתעה והשבת המצב לקדמותו.

אומנם, פיצוי גבוה על העתקה בהיקף קטן יכולה להראות כהתעשרות שלא כדין, אך מטרת ההשבה גוברת על שיקול זה. כמו כן, מדובר בפיצוי על הנזק ולא השבת הסכומים שמפר הזכות הפיק על חשבון בעלי הזכות.

* + כשפוטנציאל התביעה היא גבוה, עדיף לתבוע עם הוכחת נזק (לדוג' העתקת פזמון של זמר מפורסם).
1. **השבה** - השבה של שווי הנכס והשבה של הערך המוסף (/טובות ההנאה) שצמח למי שנטל את הנכס. שני הסעדים אפשריים בעולם הקניין הרוחני - אם מישהו יצר עותק של יצירה שלי שלא כדין, עליו להשיב את כל הרווחים שעשה בתקופה שהוא השתמש בעותק, יחד עם השווי של העותק באותה תקופה.

מתעוררת השאלה מה קורה כאשר עושים עם העותק פעולות נוספות? בעיקרון, הרווח אמור להגיע אל היוצר. אבל מה קורה במצב שאדם לדוג' לוקח קו עלילה של ספר, אך מוסיף עליה כדי ליצור יצירה חדשה. האם משיבים את ההתעשרות, ואם כן כמה? היכולת לקבוע מה השווי ומה התועלת של כל החלקים של התוצר החדש מורכבת. העלות מאוד גבוהה ויש הרבה אי וודאות. הצדדים לא יכולים לצפות איך ישתמשו ביצירה, מה שמקשה על לתת סעד של השבה**.** גישה מקשה תורה על העברת כל הרווחים לבעלים המקורי, וגישה מקלה יותר (העדיפה לדעת המרצה) תשתמש בסעדים באופן גמיש ע"י בחינת הנסיבות ומורכבות הרעיון וכו'.

**לדעת המרצה**, יתרונות: זה פתרון טוב נורמטיבית (מקיים איזון בין תמריץ לגישה) וחוקית (אפשר לממש אותו בחוק). חסרונות: אבל יש לפתרון עלויות קיום מאוד גבוהות + המון אי וודאות (צדדים מקוריים לא יכולים לצפות איך ישתמשו ביצירה שלהם, וצדדים ״מעתיקים״ לא יכולים לצפות כמה לשלם ליוצר המקור, וכך הם לא ידעו כמה להשקיע מלכתחילה בהעתקה/ בהמשכיות.

🡨 כאשר ביהמ"ש רוצה להעניק סעד כנגד הפרת זכות, עליו לבדוק האם יש למפר לכאורה ערך בתוצר (מאזן נזקים בין המפר לנפגע); האם ההעתקה מסייעת חברתית; האם ההעתקה בוצעה בתו"ל.

הפרת הזכות מורידה את ערך היצירה בשוק, פוגעת במוניטין של היוצר והיצירה ופוגעת בבסיס הנכס.

**✓ לכל אחד מהפיצויים יש ניואנסים בענפי הקניין הרוחני:**

* + דיני סימני המסחר

פקודת סימני המסחר מסדירה את הענף ומכילה מס' סעדים שניתן להעניק בגין שימוש שלא כדין בסימן מסחר של אחר:

* **ברירת המחדל: סעד שאינו בשיקול דעת** – ס' 59 קובע כי ביהמ"ש צריך לתת **צו מניעה** כאשר הוכחה הפרה של סימן המסחר וכן ביהמ"ש רשאי לזכות את בעלי הסימן ב**פיצויים אם הוכח נזק**. התכלית היא לא לתת קניין לבעלי הסימן, אלא למנוע פגיעה בצרכנים בעקבות הטעייתם ביחס לסוג המוצר.
* **הבחנה בין סימן מסחר רשום, לסימן מסחר שאינו רשום אבל מוכר היטב** - סימן מסחר רשום הוא סימן שנרשם בפנקס סימני המסחר ובעלי הסימן קיבל עליו תעודה. סימן מסחר רשום מעניק לבעליו את כל קשת הסעדים. **סימן מסחר מוכר היטב בשוק** **אך לא רשום**, מוכח ע"י סקרי דעת קהל. הפרת סימן מסחר שאינו רשום מזכה השבה ובקבלת צו מניעה אך לא יהיה זכאי לקבל פיצויים (ס' 59(ב) לפקודה). שלילת הפיצויים נועדה לתמרץ את בעלי הסימן לרשום את סימן המסחר שלהם. זאת, משום שהמרשם בפנקס מחזק את המודעות והוודאות. הדבר מראה איך ע"י סעדים ניתנת זכות שמשתנה בהתאם לנסיבות. במצב דברים זה נוצרה בזכות אחת (לסימן המסחר) שתי תתי זכויות (צו מניעה ופיצויים) בכדי לתמרץ אנשים ללכת במסלול הכולל רישום, שמעניק סעדים חזקים יותר כאמור.
	+ עשיית עושר אל מול קניין רוחני

זכויות הקניין הרוחני בשל היותן יצירות משפט מגדירות שמה שלא ניתן במסגרת הקניין הרוחני לא יוגדר כחלל חקיקתי אלא כזכות שנשללת. הסיבה לכך היא שפנייה לעשיית עושר מפרה את האיזון שמנסים דיני הקניין הרוחני לייצר בין התמריץ לזכות. כמו כן, בעשיית עושר מדובר בהתעשרות שלא כדין, והרי שכל עוד הדבר חוקי בפקודה הנוגעת לקניין הרוחני, לא ייתכן שהעושר נעשה לא במשפט.

* + דיני פטנטים

דיני הפטנטים עוסקים בחדשנות ונותנים הגנה להמצאות שימושיות בתנאי שהן חדשות (לא היה משהו כזה בעבר) ושהן חדשניות (במובן שהן מוסיפות משהו משמעותי לידע האנושי ומקדמות אותו). אם אדם המציא המצאה חדשה וחדשנית, המשפט "משדרג" את היוצר ומעניק לו **זכות לפטנט**. על בעל הפטנט לרשום אותו אצל רשם הפטנטים ובתמורה הוא מקבל זכות בפטנט המעניקה לו מונופול (בלעדיות) כמעט מוחלט על ההמצאה למשך 20 שנה. ההגנה תקפה לתקופה יחסית קצרה, אבל היא מאוד חזקה (אין לו תחרות) והסעדים מאוד רחבים. ההגנה עוצבה בצורה שמאפשרת לבעל הפטנט להחזיר את עלות ההשקעה שלו בפטנט. "בתמורה לכך" יש חובה לפרסם את הפטנט.

חוק הפטנטים מונה מספר סעדים שביהמ"ש יכול לתת על הפרות פטנטים:

**סעדים במשפטי הפרה**

183. (א)  בתביעה על הפרה זכאי התובע לסעד בדרך **צו מניעה ולפיצויים**.

          (ב)  בית המשפט, בבואו לפסוק פיצויים, יתחשב במעשה ההפרה של הנתבע ובמצבו של התובע עקב מעשה זה, והוא רשאי להביא בחשבון, בין היתר – (1) הנזק הישיר שנגרם לתובע; (2) היקף ההפרה; (3) הרווחים שהפיק המפר ממעשה ההפרה; (4) דמי תמלוגים סבירים שהמפר היה חייב בתשלומם אילו ניתן לו רשיון לנצל את הפטנט בהיקף שבו נעשתה ההפרה.

          (ג)   נעשתה הפרה לאחר שבעל הפטנט או בעל הרשיון היחודי הזהיר עליה את המפר, רשאי בית המשפט לחייב את המפר בתשלום **פיצויי עונשין**, בנוסף לפיצויים שקבע לפי סעיף קטן (ב), ובלבד שלא יעלו על סכום אותם פיצויים.

1. **צו מניעה** - בפטנטים קיימת הזכות לקבל צו מניעה.
2. **פיצויים** - ניתן לקבל בכפוף להוכחת נזק. בפטנטים יחסית קל להוכיח את הנזק כי הוא בא לידי ביטוי בפגיעה בפעילות היצרנית התעשייתית ולכן ניתן לכמת אותה יותר בקלות.
3. **השבה** - יש זכות כזו בפטנטים. הרבה פעמים בעל הפטנט (והמונופול) ממסחר את הפטנט שלו בצורה מסוימת, ואז אדם אחר מייצר מוצר אחר שאומנם מפר את זכות הפטנט אבל לא יוצר תחרות ישירה במוצר (לדוג' הוא מייצר משהו שבעל הפטנט לא יכול לייצר). במצבים כאלה, כשאדם עשה שימוש בחלק מהפטנט שלי אני לא ארצה צו מניעה (כי הוא לא מתחרה שלי), אלא כלכלית ישתלם לי לדרוש השבה, ובכך לקבל תמלוגים ולהגיע להסכם שיוביל לרווחה כלכלית לשני הצדדים. שיתוף הפעולה מאפשר גם להרחיב את הידע ולייצר יצירות המשך. יחד עם זאת, לא פעם ישנם מצבים של פערי מידע ואי בהירות ביחס לידע אחר שמתפתח בעולם. לכן, ביהמ"ש יודע לייצר סעד השבה מתמשך ולא רק בדיעבדי כדי להפיק רווחים מהיצירות המתרחבות.

כאמור, סעד ההשבה בא לידי ביטוי בפטנטים לא במצבים שבהם יש תחרות ישירה (מישהו רוצה להעתיק פטנט של אחר). אלא במצבים של "**המצאות משפרות**"- אדם יצר מוצר X על סמך פטנט שהמציא, ומגיע אחר שמשדרג את המוצר ע"י פטנט נוסף עצמאי שלו (X+Y). מה עושים במצב דברים מסוג זה? מבחינה פורמלית, הממציא השני יכול לרשום פטנט על הרכיב הנוסף (Y) אך לא יכול לייצר את המוצר הסופי בהיעדר הסכמה מהממציא הראשון. ובמקביל הממציא הראשון לא יכול לשפר את המוצר שלו ללא האישור של רושם הפטנט השני. **האפשרות פה מאפשרת יצירת מצב של תמריצים צולבים שיובילו לפי רוב את הצדדים לייצר עסקה ולפעול בשיתוף פעולה**.

אם הצדדים לא מגיעים להסכמה על שיתוף פעולה:

1. הראשון (X) ימשיך בשלו והשני (Y) יחכה לתום 20 השנים של הפטנט כדי לייצר את המוצר המשופר (X+Y).
2. אחד מהצדדים יפר את הפטנט של השני - הדבר יגרור צו מניעה ברמה הפורמלית. אך בפועל בתי משפט (בעיקר ביחס לזכויות יוצרים) מייצרים איזונים ששוללים או מגבילים את האפשרות לקבל צו מניעה כדי להימנע מבזבוז חברתי (נטל עודף). ואז, אם מוציאים מהמשוואה את צו המניעה, נשארת רק השבת רווחים שלא תהיה מלאה, כיוון שהיא תינתן רק על החלק של הממציא הראשון ולא על המוצר כולו. **נוצר כאן סוג של הסכם כפוי "רישיון כפייה" שכופה על הצדדים עסקה**. במצבים האלה לעיתים ההימנעות מקיום עסקה משותפת יושבת על תפיסה שונה של המוצר. אך קונספטואלית שני הממציאים היו רוצים לעשות עסקה - זה היה אמור להיות רווחי יותר לשני הצדדים (מתקשר לתאורמה של קוז ועלויות עסקה).

**🡸 המרצה שואב את הרעיון שלו מקלברזי ומלמד: הזכות לקניין רוחני מוגנת בכלל הגנה קנייני** - לפיו כל בעל נכס רשאי מתוקף בעלותו לאסור פעילות שתפגע ביכולתו לממש את הזכות להחזיק בנכס שבידיו. לבעל הנכס עומדת מעין זכות "וטו" הנוגעת לפעולות שמתבצעות ביחס לנכס או שיש להן השפעה ישירה עליו. אבל **במקרה של המצאה משפרת כלל ההגנה הופך להיות כלל אחריות** **שמתבטאת בכסף (באמצעות רישיון הכפייה/תביעה) ולא בחדילה מוחלטת**. לבעל הקניין אין אפשרות לאסור על אדם אחר להשתמש בפטנט שלו, אם הוא יעשה את זה- הוא יידרש לפצות בדיעבד, כלל אחריות. העיצוב של הזכות והחשיבה הקונספטואלית עליה השתנתה. מדובר פה בזכות הנאה כלכלית שאמורה להועיל לשני הצדדים.

**הסעדים בעולמות הקניין הרוחני מגוונים ומשפיעים בדרכים שונות על עיצוב הזכות ומערך היחסים בין השחקנים השונים בעולם.**

* + זכויות יוצרים

**זכויות היוצרים מגינות על כל סוגי היצירות למיניהן**. הזכויות לא מגנות על חדשנות וטכנולוגיה, אלא על תוצרים אקספרסיביים כאומנות, מוזיקה, קוד מחשב, סרטים, וכיו"ב.

* מצד אחד זו זכות מאוד רחבה - קל מאוד לקבל זכות יוצרים (בניגוד לפטנט), והיא קיימת מהרגע שהיא נוצרה. לא צריך להראות חדשנות או כישרון מיוחד וגם לא להגיש בקשה או לקבל אישור. כל שצריך הוא להראות שמקור היצירה הוא שלנו ושלא העתקנו. היצירה נחשבת פרי יצירה אנושית (מלשון יצירתיות). גם תקופת ההגנה ארוכה מאוד – לאורך כל חייו של היוצר ו70 שנה לאחר מותו.
* מצד שני וכדי לאזן את ההרחבה, הזכות מגנה רק על הביטוי הקונקרטי של היצירה ולא על כל רעיון שעומד מאחוריה.

לדוג' כולם יכולים לכתוב ספר שעוסק **ברעיון** של בית ספר לקוסמים, אבל אם הספר כולל גם **ביטויים קונקרטיים** מסוימים שמזכירים מאוד מאוד את הארי פוטר, זה כבר אסור. את הביטויים הקונקרטיים אסור להעתיק, אבל את הרעיון הכללי ניתן. אנחנו לא רוצים לתת ליוצרים מונופול על רעיונות, משום שאז עולם היצירה לא היה מתפתח. אך ההגנה על הביטויים, מביאה לכך שהשוק מתפתחות ויהיו לנו יצירות שונות ומגוונות אחת מהשנייה.

הזכות המוסרית של היוצר הראשון מורכבת משתיים:

1. **הזכות לקרדיט** – זכות אבהות/אימהות על היצירה - שהיצירה תשויך ליוצר.
2. **הזכות לשלמות היצירה** - שלא יעשו שינויים ביצירה המקורית באופן שפוגע בכבוד של היוצר (מצומצם לכבוד).

כלי נוסף לאיזון הזכות הוא הסעדים - זכות היוצרים מאפשרת **צו מניעה** לשק"ד ביהמ"ש (ס' 53 לחוק זכות יוצרים) ו**פיצויים** ללא הוכחת נזק של עד מאה אלף שקל (ס' 56 לחוק זכות יוצרים). כמו כן, ניתן לאפשר גם **השבה** בעין או בשווי.

**דוקטרינת השימוש ההוגן** – טרם מתן הסעד, ביהמ"ש בודק אם המשתמש עשה שימוש הוגן, שאז הפעילות לא נחשבת הפרת זכויות יוצרים. לדוג' הצגה שמועתקת בבית הספר השכונתי לעומת הצגה בקאמרי.

* מדוע לא צריך להוכיח נזק?
1. בשל ההנחה המובלעת שקשה להוכיח נזק ביצירות מסוג זה.
2. כדי ליצור הרתעה מסוימת על השימוש.
* מדוע צו המניעה אפשרי ולא מחייב? חוק זכויות היוצרים קובע שצו המניעה במקרים מסוג זה נתון לשיקול דעתו השיפוטי של ביהמ"ש. הדבר מאפשר לבתי המשפט לתת סעד מרובד הרבה יותר עם דרגות שונות, בהתאם לנסיבות השונות. בזכות יוצרים שלא כמו בפטנטים- אם אדם יצר יצירה ראשונה ויוצר אחר יצר יצירה שנייה המבוססת על היצירה שלי (כמו למשל להוציא הארי פוטר נוסף) זכויות היוצרים עצמן לא מייצרות איסור ליצירת יצירה נגזרת. אלא במקרים מסוג זה הבעלות ביצירה הנגזרת היא של היוצר הראשון. **הדבר הזה מרחיב את התמריץ של היוצר הראשוניים ליצור (שהרי יינתנו לאותו היוצר הזכויות גם על היצירה הנגזרת), אבל מקטין את המוטיבציה של היוצרים השניים.**

כיצד ניתן לפתור את הקטנת התמריץ (המוטיבציה) עבור היוצרים השניים ליצור יצירות נגזרות, במקרה שבו היוצר הראשון לא מסכים? אפשרות אחת היא שהאדם יתייאש אך הציבור הפסיד וגם היוצר השני הפסיד. אפשרות שנייה היא להתעלם מאי-ההסכמה של היוצר הראשון. במקרה כזה היוצר הראשון יתבע וילך לביהמ"ש, והיוצר השני לוקח סיכון, ולכן רב היוצרים השניים לא ייקחו את הסיכון.

השאלה היא האם אפשר לחשוב על מנגנון אחר המאפשר לפתור מצב שבהם כן תהיה וודאות בין הצדדים? ההצעה היא **חלוקת הרווחים בין היוצר הראשון ליוצר השני**. השינוי הגדול הוא שזה יהפוך לכלל ולא לברירת מחדל. תהיה הגדרה מראש שכאשר לא מדובר במצב שיש רק העתקה, אלא יש ערך נוסף עם תועלת חברתית, לא ניתן סעד של צו מניעה, אלא ניתן לו **רישיון להשתמש ביצירה**.

כדי לאפשר זאת, היוצר השני יצטרך מראש לפנות לביהמ"ש (כגורם מגשר), ולבקש אישור ליצירת היצירה הנגזרת, והאופן שבו היוצרים יחלקו את הרווחים ביניהם. במצב כזה, ניתן לבדוק מראש את ההיתכנות לביצוע ואת הרווח או ההפסד המשוערים. כלל כזה נותן וודאות - ניתן להשתמש ביצירה. מלכתחילה יקבעו כיצד לתגמל את היוצר הראשון כדי שהוא לא יפגע, וכך זה מגשים את כל התכליות של זכויות היוצרים. בנוסף, אם זה יהיה כלל, כנראה שביותר מקרים הצדדים יגיעו להסכמה מראש. גם מבחינת עלויות העסקה, יהיו יותר עסקאות רצוניות מבלי להשתמש במנגנון של ביהמ"ש. **אם כלל ברירת המחדל יהיה פנייה מקדימה לביהמ"ש לפני יצירה- יהיו יותר עסקאות משותפות בין היוצרים עוד לפני שתהיה פנייה לביהמ"ש.**

מה קורה במצבים שבהם הצדדים יתקשו להגיע להסכמה? במצבים כאלה, ראוי לגשת לביהמ"ש שיכריע ביחס לחלקו של כל אחד מהצדדים. המצב השני הוא **במצבים שבהם תהיה מחלוקת בין הצדדים האם זו יצירה חדשה או העתקה**- במצב כזה היוצר הראשון ירצה לדרוש צו מניעה מביהמ"ש ואילו היוצר השני ירצה לקבל את הרישיון לשימוש ביצירה.

האפשרות השלישית שתוביל לביהמ"ש היא שהיוצר השני במקום ללכת על מודל של חלוקת הזכויות, הוא ילך על "שימוש הוגן" שבו ניתן לאפשר לו לפעול באופן עצמאי ללא תלות ביוצר הראשון.

**ככל שיותר צדדים יפנו מראש לביהמ"ש ככה יהיה קל יותר לחזות מראש את ההכרעה בעניין לקבל החלטות נכונות יותר על דרך ההתנהלות הרצויה. הדבר יעודד את השוק להגיע ליותר עסקאות רצוניות ופחות לסכסוכים שדורשים יישוב.**

# ❸ הרצאת אורח שלישית, 08/06/2022 – עו"ד שירלי תומר: דיני התו"ב, על התפר שבין משפט ציבורי לפרטי

## מבוא: מבנה מערכת התכנון

**✓ פירמידת הדין**

כאשר רוצים למקם את חוקי התכנון והבנייה על פירמידת הדין, בראש הפירמידה יש את חוקי היסוד, מתחתיהם חקיקה ראשית, ולמטה חקיקת משנה. עיקר דיני התכנון והבנייה מעוגן בד"כ **בתוכניות בניין עיר** (תב"ע) שמעמדן כתקנות הנחשבות לחקיקת משנה. כשצריך לפרש תוכניות בניין עיר (תוכניות מתאר) היחס שניתן הוא דומה לפירוש של חקיקת משנה. הדבר מתפרש ע"י משפטנים ונעשה לפי הכלים של פרשנות חיקוק - פרשנות לשונית ופרשנות תכליתית. הפרשנות התכליתית בהקשר זה היא **"כוונת המתכנן"**- מה היה ההיגיון התכנוני שהנחה את המתכנן.

**✓** **פירמידת התוכניות**

בנויה בצורה היררכית כאשר כל תוכנית קשורה ותואמה לתוכנית שמעליה:

1. **תוכניות מתאר ארציות (תמ"א)** – תוכנית המתאר הארצית תקבע את התכנון של שטח המדינה כולה. התוכניות חלות על כל המרחב הארצי ומחולקות לנושאים (לדוג' תמ"א 35 שנועדה להתוות את מדיניות התכנון בישראל; תמ"א 13 שעוסקת בים וחופים ועוד). המאפיין של תוכניות המתאר הארציות הוא רמת הפשטה מאוד גבוהה- מדובר בירידה מינימלית לפרטים (מתוקף העובדה שמתייחסים למרחבים גדולים וקשה לפרט ברזולוציות האלה), התייחסות לסוג הספציפי של המתאר אבל באופן רחב ועל ידי העקרונות כללים (נראה יותר כמסמך עקרונות).
2. **תוכניות מתאר מחוזיות (תמ"מ)** – בישראל יש 6 מחוזות, לכל מחוז יש תוכנית מתאר שלו שהיא מפורטת יותר ביחס לתמ"א ומיוחסת למחוז הספציפי. התוכניות עוסקות במגוון נושאים - פריסת השטחים הירוקים, היישובים צירי תחבורה וכו'. כמו כן, היא כוללת בהוראותיה הנחיות לתוכניות מתאר מקומיות - שהן מתייחסות למרחבים המקומיים של אותו מחוז.
3. **תוכניות מתאר מקומיות (תמ"ק)** - עיקר העשייה בתכנון ובנייה הוא בתוכניות המתאר המקומיות ובתוכניות המפורטות. התמ"ק מגדירה את השימושים השונים במרחב מקומי מסוים – שכונה / אזור וכו'. התוכנית יכולה להיות נקודתית מאוד (לכמה מגרשים) או רחבה יותר.

סוג מסוים של תוכנית מתאר מקומית היא **תוכנית מתאר מקומית כוללנית** - מסמך הקובע את החזון התכנוני או חלק משמעותי ממנו לעיר/מקום מושב מסוים. תפקיד התוכנית הוא להתוות את כיווני ההתחדשות והפיתוח העתידיים של היישוב לטווח זמן ארוך (20 שנים), כסכמה תכנונית שתשרת את הציבור ומקבלי ההחלטות. לדוג' תכנית המתאר הכוללנית של ת"א - ת"א 5000 – מגדירה את התנאים שכל קבלן צריך לבנות בהתאם אליהם - גובה בניינים, שימור מבנים, שטחים פתוחים ועוד הוראות הנוגעות לשימושי הקרקע.

1. **תוכנית מפורטת** - מגיעה לאחריה וכבר נותנת יותר מידע בכדי להוציא היתרי בנייה.
2. **היתר בנייה** – זה המסמך שממנו ניתן להתחיל לבנות. בהתאם למבנה הפירמדלי, היתר הבנייה חייב להיות תואם לכל התוכניות שמעליו.

עיריית ת"א הייתה בעלים של מגרש המיועד לצורכי ציבור, אשר היה קרוב לדרך נמיר. לפי תוכנית המתאר הארצית לדרכים, עצם ההגדרה של דרך נמיר כדרך ראשית, אוסרת על בניית מבני ציבור לצד ציר הדרך. המגרש הנתון נפל בתחומי תוכנית המתאר ועיריית ת"א רצתה לבנות עליו בי"ס. לכן, הדבר יצר מורכבות לעירייה להוציא היתר לבנייה. אלא שתוכנית המתאר המקומית של העירייה (אשר מכוחה רצו לבנות את ביה"ס) אושר עם הקלה (פרוצדורה מיוחדת שנותנת הקלות ומותרת בחוק). אז אומנם ההקלה ניתנה בתמ"ק, אבל היא הייתה מותנית בכך שבמגרש הציבורי לא יבנו שימוש ציבורי שהחצר היא חלק ממנו. כלומר- ניתן היתר במגבלות מסוימות. לכן קיימות 2 אפשרויות:

1. להיצמד לתוכנית המתאר הארצית ולבנות תוך שמירה על המרחק מצירי הדרך (=לא לבנות).
2. לבנות בהתאם לכללים שהתנו את ההקלות. כלומר, לבנות מתנ"ס או משהו בסגנון.

🡨 וועדת הערר קיבלה את הטיעון ונכון לכרגע ההיתר הזה נבלם. **הסיפור מלמד על החשיבות של פירמידת התוכניות וכיצד לא ניתן לסטות מהתוכנית הארצית שנמצאת בראש הפירמידה.**

**✓ פירמידת מוסדות התכנון**

גם מבחינה מוסדית קיים מבנה היררכי:

1. **המועצה הארצית לתכנון ובנייה** – למועצה יש סמכויות ייחודיות לה והיא פועלת גם באמצעות ועדות משנה כמו וועדות ערר על וועדה מחוזית. לצדה פועלות **וועדות ארציות ייעודיות** ולהן סמכויות ייעודיות בתחומים ייעודיים- וועדה למתחמים מועדפים לדיור (הותמ"ל), וועדה לתשתיות לאומיות (כמו הרכבת הקלה), הוועדה למתחמים מועדפים לדיור ועוד.
2. **מוסדות תכנון מחוזיים: הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה** – הוועדה עוסקת בתכנון המקומי והמחוזי.
3. **מוסדות תכנון מקומיים: הוועדות המקומיות לתכנון ובנייה** – עוסקות גם בתכנון המקומי.

שתי הוועדות האחרונות עוסקות בתכנון במרחב המקומי אך יש ביניהן חלוקת סמכויות לפי נושאים. באופן כללי, לוועדה המחוזית יש יותר כוח מהוועדה המקומית ורוב העשייה התכנונית נמצאת בוועדה המחוזית. הדבר נובע מגישת שלטונות המנדט הבריטי ששמרו את הסמכויות אצל הגורמים הבכירים מתוך תפיסה כי הם גורמים פחות מוטים.

עודף הסמכויות בוועדות המחוזיות יוצר עומס גדול על הוועדות באישור תוכניות (צוואר בקבוק) ומקשה על הוועדות המקומיות לפעול באופן עצמאי. עקב העומס, מערכת התכנון בכללותה עובדת מאוד לאט, מה שמביא לעלייה של מחירי הדיור ועוד.

המחוקק מודע לבעייתיות ובתהליך שנמשך כ-30 שנים מעביר עוד ועוד רפורמות שנועדו להוסיף סמכויות לוועדות המקומיות שיקלו על עבודת הוועדות המחוזית ויעניקו עצמאות לוועדות המקומיות. לדוג' – תיקון 101 לחוק התו"ב מ2014 יצר **וועדה מקומית עצמאית** – מדובר בוועדה מקומית המקבלת סמכויות רחבות יותר, במידה ושר האוצר מצא כי הוועדה מתנהלת במקצועיות, יעילות, שירותיות, בעלת מדיניות אכיפה טובה, חדשנית מבחינת מערכת מחשוב ויש בה נוכחות של בעל דעה מייעצת שמינה שר האוצר.

לוועדה המקומית יש הרבה יתרונות על פני הוועדה המחוזית בתכנון המרחב המקומי – היא קרובה לשטח ויודעת את צרכי האוכלוסייה בה היא חיה. **אבל היתרון הוא גם החיסרון** כי הקרבה לשטח היא זו שגם חושפת ללחצים ומקשה על שמירה על טוהר המידות.

## נחיצות דיני התכנון

כשאנחנו מסווגים את דיני התו"ב, הם לכאורה משפט ציבורי – אזרח, בעל הקרקע, מול רשויות התכנון. אלא, שלטענת המרצה, כשבאים לפתור סוגייה בתכנון ובנייה, כמעט אף פעם אי אפשר להסתפק רק במשפט הציבורי. יהיו חייבים לייבא כלים ופתרונות מהמשפט הפרטי בכדי לסייע בפתרון הסוגייה. כיוון שכמעט תמיד מעורבים צדדים שלישיים (שותפים בקרקע, שכנים או החברה בכללותה), זה אף פעם לא יהיה רק האזרח מול הרשות (שרוצה לבקש לדוג' היתר בנייה). אם כן, מדוע לא משתמשים מראש רק במשפט הפרטי? משום שבניתוח כלכלי של המשפט, שימוש בענפי המשפט הפרטי הקלאסיים לא מספיקים. **נדרש גם הכוח הכופה הציבורי של חוקי התכנון והבנייה**.

לדוג', פינוי מתחם חסן עראפה שמוקם באיזור המוסכים בת"א (רחוב המסגר) לטובת הקמת מגדלי משרדים, ארך הרבה שנים. זאת, עקב בעייתיות שהייתה בכך שהמתחם כלל הרבה מוסכים ולבעלי הקרקעות היה פתח לסחטנות בעקבות הכוח שנוצר להם.

**✓ הצידוקים לדיני התו"ב:**

1. **אספקת טובין ציבוריים לכלל הציבור**. לדוג' גינות ציבוריות בלב שכונות מגורים. גינה היא מוצר ציבורי משום שהשימוש של אחד לא גורע משימוש של האחר ולא ניתן להדיר אחרים מהגינה. כמו כן, כל אחד מבעלי הקרקע היה רוצה שליד הנכס שלו תהיה גינה ציבורית, שהרי הדבר יעלה את שוויו של הנכס. אך למעשה, בגלל שלכולם יש אינטרס בגינה, אין לאדם פרטי תמריץ לקנות קרקע, להקים עליה גינה ולהשקיע בטיפוחה. מבחינה כלכלית, יותר יעיל ומשתלם שאחר יקנה את השטח ויקים את הגינה. לכן, במצב שלא היה כוח כופה שמפקיע את השטח ויוצר בו גינה ציבורית לטובת הציבור, כנראה שלא היו הרבה מוצרים ציבוריים, ובענייננו גינות ציבוריות.

יתרה מזו, גם אם היינו מתגברים על התמריץ השלילי, היינו נתקלים בתופעה של סחטנות. לדוג' כדי לסלול תוואי כביש, המדינה צריכה חלקות לסלול עליהן. אם מבחינה תכנונית, הכבישים עוברים בשטחים פרטיים, העירייה צריכה לרכוש מבעלי הקרקעות את החלקים שדרושים לה. במשקפיים של משפט כלכלי, יכול מאוד להיות שבעל הקרקע האחרון היה סוחט את העירייה. כמו כן, בעיית ההתארגנות הייתה הרבה יותר קשה. 🡨 למעשה, עלויות העסקה בעבור סלילת כבישים היו עולות משמעותית. לכן, בלי הכח הכופה של הפקעות בדיני התכנון לא היינו מספיקים להגיע לכמות האופטימלית של טובין ציבוריים.

תמ"א 38 היא דוגמא להפרטה של טובין ציבוריים. חיזוק מבנים מפני רעידות אדמה הוא צורך ציבורי שהמדינה הפריטה ונתנה את הכוח בידי האוכלוסייה הזכאית לביצוע העבודות. אלא שגם פה יכולה להתעורר בעיית הסחטנות - דייר אחד שמסרב לביצוע הפינוי בינוי יכול ליצור בעיות להתקדמות הפרויקט ולעיתים אף להביא לעצירתו.

1. **הגבלת שימושים מזיקים** – הצד ההופכי של יצירת שימושים טובים לחברה. דיני התו"ב מצמצמים השפעות של שימושים לא תואמים בקרקע, כדי שכל המשתמשים יוכלו ליהנות מאיכות חיים. ברור שהגבלה מסייעת לציבור, אבל לנו כפרטים לא משתלם להגביל את עצמנו, שהרי אין ערובה שגם אחרים יגבילו את עצמם. לכן, האדם יכול לחשוב, שהתרומה שלו כיחיד מזערית, אז לא משתלם לו לא לזהם לדוג'. יתרה מזאת, האדם יכול לחשוב שהנזק מתפזר על כולם ולכן במשקפיים של תועלת כלכלית אי אפשר להגיע לרמה הזו של פעילות ללא דיני התו"ב שמכריחים הפסקת זיהומים (לדוג' מי שחורג ממגבלות בנייה, לא יקבל רישיון עסק – דוגמת מיכל האמוניה בחיפה). כלומר, ללא סיוע ציבורי יהיה קשה לייצר אכיפה של שמירה על צרכי הציבור במצבים של הגבלות וצמצום.
2. **התפתחות "טבעית" –** לרשויות התכנון יש את הכלים לאסוף מידע רלוונטי לפריסת שימושי קרקע, ביקוש, נתונים דמוגרפיים וכו'. לשוק הפרטי קשה יותר לאסוף מידע שהוא חשוב מאוד להתפתחות דיני התכנון ולקבלת החלטות ארוכות טווח.
3. **שיקולי צדק חלוקתי** - צמצום פערים והבטחת סביבת מגורים ותעסוקה באיכות סבירה לכל האוכלוסייה. שוק פרטי, אם ננתח אותו במשקפיים כלכליות, פחות ייתן דעתו להיבטים של צדק חלוקתי. בעוד שדיני התו"ב, לפחות תיאורטית, מונחים על ידי עקרונות של צדק חלוקתי. ניתן לראות זאת בעיקר באפשרות הפיצוי על נזקים תכנוניים לפי ס' 197 ו-200 לחוק התו"ב ובפיצויים על הפקעות וגריעות תכנוניות המגיעים מתוך הקופה הציבורית. הנזק מהתוכנית הציבורית נופל על הציבור הרחב מתוך הקופה הציבורית ולא על חשבון האדם הפרטי שניזוק מאותה הפקעה או גריעה תכנונית.

## המתח בין דיני התכנון לדיני הקניין

**✓** **קניין מול תכנון: זכות הבעלות**

* ס' 3 לחו"י כבוה"א: "אין פוגעים בקנינו של אדם". **ביטוי לעיקרון האוטונומיה של בעל הקניין.**
* ס' 2 לחוק המקרקעין (חוה"מ) מגדיר מהי בעלות: "הבעלות במקרקעין היא הזכות להחזיק במקרקעין, להשתמש בהם ולעשות בהם כל דבר וכל עסקה בכפוף להגבלות לפי דין או לפי הסכם". **האוטונומיה לא מוחלטת אלא כפופה למגבלות לפי הדין, וביניהן דיני התו"ב.**
* ס' 8 לח"י כבוה"א: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". **פסקת ההגבלה.**
* ס' 145 לחוק התו"ב – עבודות טעונות היתר: " (א) לא יעשה אדם אחד מאלה ולא יתחיל לעשותו אלא לאחר שנתנה לו רשות הרישוי המקומית היתר לכך ולא יעשה אותו אלא בהתאם לתנאי ההיתר: (1) התווייתה של דרך, סלילתה וסגירתה; (2) הקמתו של בנין, הריסתו והקמתו שנית, כולו או מקצתו, הוספה לבנין קיים וכל תיקון בו, למעט שינוי פנימי בדירה ... ; (3) כל עבודה אחרת בקרקע ובבנין וכל שימוש בהם שנקבעו בתקנות כעבודה או כשימוש הטעונים היתר כדי להבטיח ביצוע כל תכנית". **הסעיף הופך את נק' המוצא שהכל מותר אלא אם הוגבל כדין, לכלל לפיו הכל אסור חוץ ממה מותר באופן ספציפי עפ"י היתר בנייה.**

**🡨 משילובי הסעיפים עולה השאלה האם המגבלות על הזכות הקניינית עומדות בפסקת ההגבלה**. השאלה נידונה בפרשת חוף התכלת. באותו עניין, התקבלה תב"ע שקבעה שייעוד הדירות בתחום התוכנית יהיה לדירות נופש. ביהמ"ש עסק בשאלה מהי דירת נופש – האם במובן של מלונאות או דירות מגורים שמשמשות לנופש. ביהמ"ש קבע כי נוכח מכלול הוראות התוכנית וצביונו הציבורי המובהק של האזור בו ממוקם המגרש עפ"י התוכנית, כמאתיים מטרים בלבד מקו המים, יש להבטיח כי הדירות שייבנו בפרויקט תשמשנה כדירות נופש לרווחת הציבור כולו. לכן, נקבע כי כל הדירות תועמדנה לשימוש הציבור במשך תקופה העולה על שישה חודשים מדי שנה.

למעשה, מכיוון שיש לנו משאב ייחודי שהוא חוף ים ויש לנו אינטרס ציבורי שכל הציבור ייהנה מחוף הים, ההגבלה על זכות הקניין בהחלט עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. זכות הקניין היא זכות חשובה אבל אין מנוס מלפגוע בה לפעמים כדי שלנו כחברה תהיה פריסת שימושי קרקע יותר נכונה, צודקת ולטובת הציבור.

**✓** **המתח בין קניין לתכנון: שיתוף במקרקעין**

ראינו לעיל שחוק התו"ב יכול לפגוע בקניין. כעת, השאלה היא הפוכה – האם זכות הקניין יכול להגביל את התכנון? השאלה עולה בעיקר בסיטואציות של שיתוף – האם בעל המקרקעין יכול להגביל את השותף ממימוש הזכויות התכנוניות שלו?

* ס' 30(ג) לחוה"מ - ניהול ושימוש: "דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים". **בעניינים מסוימים (תמ"א ובית משותף), דרישת ההסכמה נמוכה יותר ועומדת בין 60-80% מדיירי הבית המשותף.** מהסעיף מבינים שהבעלים הוא לא אדון לעצמו עת הוא רוצה לממש זכויות תכנוניות, אלא הוא צריך הסכמה מלאה של השותפים או חלקית של הדיירים בבית המשותף.
* תקנה 36(ג) לתקנות התו"ב (רישוי בנייה) - הסכמה והודעה לבעלי זכויות במקרקעין : "(א) לא תוגש בקשה להיתר אלא אם כן ניתנה הסכמתם של כל בעלי הזכויות במקרקעין; הסכמת בעל זכויות במקרקעין תינתן ... לאחר שניתנה לו זכות עיון בפרטיה ובצרופותיה; ... (ב) לא ניתנה הסכמתו של מי מבעלי הזכויות במקרקעין, ישלח לו מבקש ההיתר הודעה בדבר הגשת הבקשה להיתר; להודעה יצורפו מסמכי הבקשה להיתר ... תצוין בה האפשרות להתנגד לבקשה להיתר בתוך 15 ימים ממועד מסירת ההודעה וכתובת רשות הרישוי לשליחת התנגדות". **התקנה דורשת הסכמה, ולכל הפחות יידוע על אפשרות ההתנגדות למי שלא הסכים. אם לא מוגשות התנגדויות, אפשר להתחיל בבנייה.**

**🡨 משילובי הסעיפים עולה השאלה איך וועדות התכנון צריכות להתייחס לפער בבואן לדון בבקשות להיתר בנייה**. השאלה נידונה בפרשת הוועדה המקומית גבעתיים נ' בני אליעזר. באותו עניין, דייר בבית משותף המורכב מ2 דירות ביקש להרחיב את דירתו. לצורך כך, חוה"מ קובע שצריך הסכמה של 75% מבעלי הרכוש המשותף. למעשה, החוק יוצר אבסורד במצב שבו בבית המשותף יש 2 (או 3) דיירים משום שאי הסכמתו של האחד מטילה וטו על הדייר השני לבצע את הפעולה שביקש. ביהמ"ש העליון קבע כי **סמכותו של מוסד התכנון היא לדון אך ורק בשאלות התכנוניות** – פרשנות תב"ע ויישומה. **וועדות התכנון לעולם לא ידונו ויכריעו בשאלות קנייניות ובשאלות של הזכות בקרקע**. **לכן, אם הוועדה המקומית סבורה שאין בידי מבקש ההיתר תימוכין קנייניים, היא רשאית לעכב את בקשת ההיתר.**

תימוכין קניינים = הוכחה שאין מיעוט חוסם. כלומר, ללא הסכמה בשיעור הקבוע בחוק המקרקעין, אין למבקש ההיתר זכות קניינית לבקש היתר בנייה. במצב שאין תימוכין קנייניים, הוועדה יכולה לקבוע שהיא לא דנה בבקשה. להחלטה כזו יש משמעות כבדת משקל מבחינת מבקש ההיתר – הוא יצטרך לרוץ לביהמ"ש ולעתור לצו הצהרתי שיש לו זכות בקרקע. הוועדה המקומית לא תעסוק בפרשנות הסכמי שיתוף וכו', אלא היא עוצרת את הדיון וביהמ"ש הוא שיצטרך לפרש את ההסכם. כאמור, זה יכול להטיל נטל קשה על מי שרוצה לממש את ההיתר.

גישה זו נובעת מהרצון למנוע דיוני סרק בהיבטים תכנוניים כשלא ברור שיש למבקש ההיתר זכות קניינית לממש את היתר הבנייה, ומן השאיפה להימנע ממצב בהם מוסדות התכנון יהיו מעורבים בשאלות קנייניות. נימוק נוסף לכך הוא החשש מפני הכשרה בפועל של בנייה בלתי חוקית.

כאמור, תימוכין קניינים הכוונה לא להוכחת זכות מלאה, אלא להוכיח שאין מיעוט חוסם ("אין לך אחות"). אם בבית משותף יש מעט מתנגדים ורוב חותמים, אז הוועדה המקומית כן תדון ותכריע בזכות התכנונית. וברור שהמתנגדים יכולים לגשת לביהמ"ש ולדון בדיני הקניין של המשפט הפרטי / להגיש התנגדות אם זה אפשרי.

**מהו מיעוט חוסם?** קרנוב טליאט נ' ועדת ערר מחוזית לתכנון ובניה ת"א: ביהמ"ש אמר שלא מספיק היעדר התנגדות אלא **יש לקבל הסכמה פוזיטיבית**. יש חובה להראות חתימות על בקשת ההיתר של רוב הדיירים. הכלל נכון ללא קשר למספר האנשים הרלוונטי. הוא נטוע במדיניות משפטית ראויה.

"שינוי בזכויות תכנון ובנייה ברכוש משותף דורשים ביטחון ויציבות. מבחינה דיונית, יש לוודא כי **דייר קיבל את החומר והביע הסכמה לכך ולא רק היעדר התנגדות. מבחינה מהותית, חשוב לוודא כי הדייר מסכים, תוך מודעות למושא הסכמתו. והרי הדרישה להסכמה פוזיטיבית היא מנגנון ראוי להשגת יעד זה**. כך תישמר חלוקה צודקת של הרכוש המשותף. חשוב שאם יהיה שינוי ברכוש המשותף, הועדה תדע כי ניתנה הסכמת בעלי זכויות הקניין".

**חברת "גוש חלקה": דרך לייצר שיתוף מקרקעין** – בניינים רבים ברחבי המדינה אשר נבנו בשנות ה-40 וה-50 של המאה הקודמת, נרשמו בבעלות **חברות** הקרויות **חברות גוש חלקה** או **חברות** בית. שיטה זו היוותה תחליף לרישום המקובל כיום של צו בית משותף בלשכת רישום מקרקעין (טאבו). החברות הוקמו במטרה לקבל פטור מתשלום מס או בגלל שלא הייתה אפשרות אחרת להסדיר את רישום הבית המשותף.

החברות נרשמו במרשם החברות כבעלי הפרויקט ואת בעלי הדירות עצמם כבעלי מניות בלבד (היה חוזה מכירה) – כך שבמסמכים השונים לא נמצא תיעוד של בעלי הנכסים האמיתיים, אלא רק של החברה. בעלות ספציפית הייתה נוצרת באמצעות חוזי חכירה שקבעו כי כל בקשת היתר דורשת את אישור החברה (וטו של החברה מול החוכרים).

בעלי אחד המגרשים הגיש בקשה להרחבה והחברה סירבה להסכים משיקולים שונים. התיק הגיע לוועדת הערר לתכנון ובנייה שקבעה כי השאלה האם יש או אין הפרה של חוזה החכירה הוא סוגייה קניינית וחוזית שלא בסמכות וועדות התכנון. **כל שוועדות התכנון בודקות הוא האם הבקשה תואמת לטאבו, לחוק ולהנחיות,** שאז חובה על הועדה המקומית לאשר את ההיתר, ואם הנהלת החברה חושבת שיש פה הפרה אז שיפנו לערכאות השונות.

**בניה על רכוש פרטי** - היה מקרה שבו קבלן תמ"א רצה לייצר לובי בהתאם לתקנות של הועדה המקומית. הבעיה הייתה שבכדי לבנות את המסדרון היה צריך לשבור קיר של דירה פרטית שבעליה התנגדו. ביהמ"ש קבע כי ברגע שבעל הדירה התנגד אין לקבלן אפשרות להרוס קיר בבית של הדייר ולבנות קיר חדש. זה מדגים את הפער בין הקניין לתכנון- כאן הזכות הקניינית של בעל הדירה גברה שהרי לא סביר שיכנסו לביתו של אדם ללא הסכמתו.

כיום, יזם שמגיע לבניין מסוים הוא הולך קודם לדיירים הבעייתיים שהוא חייב את הדירות שלהם, כי להכריח אדם להיכנס אליו לדירה זה דבר מורכב.

**✓** **מנגנוני הגנה של רשויות המדינה** - המנגנונים מסייעים לרשויות התכנון לצלוח את הדילמות ואת ההתנגשויות בין זכות הקניין להנחיות.

1. **מתחם הסבירות** - בתוכו רשאיות הרשויות לפעול על פי שיקול דעתן וביהמ"ש יימנע מלהתערב. הוכחה שהוועדה חרגה ממתחם הסבירות הוא נטל קשה להוכחה (במיוחד לאור חזקת התקינות).
2. **חזקת תקינות המעשה המנהלי** - חזקה משפטית שעומדת לטובת הרשות. זה כוח שהמחוקק רוצה לתת לרשות כדי שהיא תוכל לפעול באופן יחסית חופשי ומבלי שיעצרו אותה בכל רגע בעלי קרקעות פרטיים.
3. **בטלות יחסית** - יש להבחין בין עצם קיומו של הפגם בהליך המנהלי/תכנוני לבין תוצאתו. תוצאת הפגם לא בהכרח תוביל לביטול הפעולה המנהלית. גם אם היה פגם (כמו לדוג' פגיעה בזכות הטיעון וההתנגדות), ביהמ"ש יבדוק האם ניתן לתקן/לרפא אותו בדרך שהיא לא ביטול ההחלטה (=בטלות יחסית) (לדוג' שמיעת ההתנגדות במועד מאוחר). ביטול ההחלטה יהיה במקרים בהם הפגם הוא מאוד קיצוני ופוגע בזכויות יסוד כמו שוויון וכו'.

לכן בעלי קרקעות נדרשים להיות ערניים שהרי אם הרשות טעתה ולא פרסמה משהו הפגם דורש רק ריפוי. למעשה, התמודדות עם רשויות התכנון הוא דבר מאוד קשה למעט מקרים של פגיעה מובהקת בזכויות.

לדוג', שורת בניינים על אותו רחוב שכולם קיבלו אישור מלבד בניין אחד, משהו כאן נראה לא תקין ופגיעה בביורוקרטיה. דוקטרינת הבטלות היחסית, שמדברת על כך שצריך לייצר הבחנה בין עצם קיומו של פגם בהליך לבין תוצאת הפגם לא תביא בהכרח לביטול ההחלטה.

## פיצויים תכנוניים לעומת פיצוי נזיקי

**✓ חוק התכנון והבנייה כולל מנגנון של פיצוי שמוטמע בס' 197(א)**:

**תביעת פיצויים**

197. (א)  **נפגעו** על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית (**פגיעה ישירה**) או גובלים עמו (**פגיעה עקיפה**), מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200.

          (ב)  התביעה לפיצויים תוגש למשרדי הועדה המקומית תוך שלוש שנים מיום תחילת תקפה של התכנית; שר הפנים רשאי להאריך את התקופה האמורה, מטעמים מיוחדים שיירשמו, אף אם כבר עברה התקופה.

**יסודות הסעיף –**

1. נפגעו ע"י תוכנית מתאר, שלא בדרך הפקעה (קשר סיבתי בין התוכנית לפגיעה),
2. מקרקעין הנמצאים בתחום התוכנית (פגישה ישירה) או גובלים עימו (פגיעה עקיפה),
3. אז מי שביום תחילת התוכנית היה בעל מקרקעין או בעל זכות בהם,
4. זכאי לפיצויים (בשווי ערך ירידת הנכס),
5. מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בס' 200 (החריגים).
6. תקופת ההתיישנות עומדת על 3 שנים מיום תחילת תוקפה של התוכנית (ס' 197(ב)).

**הגדרת הנזק -**

1. הנזק המדובר הוא **נזק כלכלי בלבד** - ירידת הערך הריאלית של שווי הנכס בשוק, ולא פגיעה בבלי הקרקע לדוג'. נכון שירידת הערך פוגעת בבעלים, אבל פגיעה ברת פיצוי היא פגיעה בקרקע בלבד.

פרשת ברעלי: "הפגיעה נבדקת על פי מבחן אובייקטיבי של פגיעה במקרקעין ולא על פי הפגיעה בפועל במחזיק בה באותה העת (פגיעה סובייקטיבית)".

פרשת נתב"ג 2000: עתירת יישובים שסמוכים לנתב"ג כנגד תכנית מתאר נתב"ג 2000 בטענה שהמטוסים מרעישים ועוברים את סף הרעש הסביר לאדם הסביר. ביהמ"ש קבע כי פיצוי לפי ס' 197 לא יינתן על חציית רף הרעש הסביר, משום שהדבר היחיד שהוועדה בודקת זה האם נגרמה ירידת ערך לשווי המקרקעין. אם יוכח שערך הקרקע ירד, אז זה נזק בר פיצוי. אבל עצם זה שהרעש עובר את סף הרעש שמוכן לסבול האדם הסביר, זה לא מזכה בפיצוי.

1. קש"ס בין התוכנית לבין הפגיעה/הנזק.
2. מאחורי הסעיף קיים רציונל כפול שפורט בפס"ד פרי הארץ:
3. **צדק חלוקתי** - כשמוסד תכנון מאשר תוכנית, הרווחה החברתית עולה (החצנות חיוביות). אלא שכמעט תמיד לאותה התוכנית יהיו גם החצנות שליליות (למרות שהתוכנית עצמה לא רשלנית או שלילית). אם תוכנית משביחה את רווחת הכלל, אך פוגעת בקניינו של הפרט, מן הראוי להעביר חלק מהעושר שנפל בחלקו של הציבור לצורך פיצוי הפרט. לכן, הוועדה המקומית גובה מס שנקרא היטל השבחה מבעלי הקרקע שנכסיהם הושבחו ומעבירה פיצויים למי שהמקרקעין שלו נפגעו מהתוכנית. הועדה משמשת כמעין "מסלקה להעברת כספים מהמרוויח לניזוק".
4. **יעילות כלכלית** - כאשר הוועדה המקומית יודעת שהיא תצטרך לפצות על תוכניות שגורמות לנזק היא תחשוב פעמיים כשהיא מתכננת תוכנית ותתכנן אותן בצורה שתגרום לנזק המועט ביותר. לכן, היא לא תאשר תוכניות שנזקן עולה על תועלתן. בהיעדר עקרון פיצוי קיים חשש שהרשות תפעיל את כוחותיה באופן לא יעיל ותגרום פגיעות תכנוניות בלתי מוצדקות. דוג': תוכניות לשימור מבנים.

**תוכנית לשימור מבנים**: למוסדות התכנון יש אפשרות לקבוע שבניין מסוים יהיה בניין לשימור. משמעות הקביעה היא שאי אפשר להוסיף זכויות בנייה לבניין. לכן, הרשויות לא יקבעו שכל בניין ישן הוא מבנה לשימור, אלא רק מבנים שערך השימור שלהם הוא רב.

**מקרקעין הזכאים לפיצוי** - עפ"י ביניש בפס"ד ויטנר **תחום התוכנית** ייקבע עפ"י "הקו הכחול" המסומן על גבי תשריט התוכנית. הפרשנות הראויה למונח **"מקרקעין גובלים"** היא השקה פיזית בקו הכחול של התוכנית (וודאות ויציבות), כאשר לכלל זה שני חריגים שעוסקים **בטיב הגורם המפריד** - שטח פתוח צר שרוחבו מטרים ספורים בלבד וכביש צר שכונתי ולא בינעירוני, רחב וראשי.

**✓** **ס' 200 לחוק התו"ב: סייג לפיצוי לפי ס' 197**

"לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים".

הסעיף מעניק סמכות לוועדה המקומית לפטור מתשלום פיצויים בהתקיים שלושת התנאים המצטברים הבאים אם הוכיחה את התקיימותם (חובת הוכחת הפטור מוטלת על הוועדה):

1. **קטגוריית הפטור - ההוראה שמכוחה נגרמה הפגיעה, נמנית עם אחת ההוראות המפורטות בסעיף.** לדוג', שינוי בתיחום אזורים ובתנאי השימוש בקרקע שבהם; קביעת המירווח מסביב לבניינים וביניהם, הגבלת מספר בניינים בשטח מסוים, הסדרת אתריהם של בניינים, גודלם, גובהם, תכנון צורתם או מראם החיצוני; ועוד.
2. **תנאי הסבירות: הפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות העניין** – בפס"ד הורביץ השופט אור הציע 3 מבחני איזון אינטרסים (בין קניין ופיצוי לאינטרס הציבור) הלוקחים בחשבון מספר שיקולים:
3. עוצמת הפגיעה: שיעור ירידת הערך - ככל ששיעור ירידת הערך גבוה יותר, כך הפגיעה תיחשב כלא סבירה בנסיבות העניין.
4. מידת פיזור הנזק – אנחנו לא רוצים שרק אחד יישא בעלות טובת הציבור לבדו. לכן, ככל שהפגיעה במקרקעין מתפזרת על חלק ניכר מהאוכלוסייה ושהם חלק מהסיכון של התכנון עצמו, ניטה לראות את הפגיעה כסבירה.
5. עוצמת האינטרס הציבורי הגלום בתוכנית וחיוניותו - ככל שהוא חריף וחיוני יותר, כך גדל הסיכוי שהפגיעה בקניין תיחשב כסבירה. כמה התוכנית משיאה את הרווחה הציבורית.

רשימת השיקולים הקונקרטיים אינה רשימה סגורה. קיומם של שיקולים נוספים יכולים להתווסף עם התפתחותה העתידית של ההלכה.

1. **תנאי הצדק: אין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים** – תנאי הצדק ייבחן עפ"י נסיבות המקרה. יש לפרש את ס' 200 בצורה צרה, כאשר ברירת המחדל תהיה מתן פיצוי מתוך שיקולים חלוקתיים ושיקולי יעילות כלכלית (פרי הארץ).

לדברי המרצה, הנכונות לפצות ירדה בשנים האחרונות אלא אם מדובר בתוכנית הפקעה של העברת כביש על הקרקע. **הגישה של הפיצוי היום מאוד מצמצמת**.

**התיאוריה של** חנוך דגן **על ס' 200**: זכות הקניין אינה חד מימדית, אלא היא מורכבת מתתי חובות וזכויות. אחת מהחובות היא **חובת האחריות החברתית** שאומרת שכל אחד מאיתנו כבעל קרקע הוא חלק ממכלול והחברות שלו באותו ציבור מטילה עליו אחריות כלפי שאר בעלי הקרקע. כדי לקיים חברה תקינה ומערך מועיל וצודק של שימושי קרקע, מוצדק לפגוע קצת בבעלי הקרקע כדי להגדיל את הרווחה החברתית. הפגיעה כל פעם באחר. מוצדק לדרוש מבעל קרקע ספציפית לספוג נזק מסוים, לא רב, כדי שהציבור ייהנה מאותה תכנית, המשיאה רווחה כללית. במצב כזה אנחנו נפטור את הרשות והוועדה המקומית מפיצוי.

הורוויץ: "דיני התו"ב משמשים כיום כלי להשגת יעדים חברתיים ראשונים במעלה, כטיפול בצורכי נכים וקבוצות חלשות... בכל אלה גישתם של דיני התו"ב היא מאזנת. הם מאזנים בין פרט לכלל, בין הקניין של היחיד לבין צרכיו של הציבור".

**✓ הממשק עם דיני הנזיקין** – עולה השאלה האם מנגנון הפיצוי התכנוני בס' 197, בא במקום פיצוי נזיקי כמישור חליפי או שהיא מישור מקביל לתביעות נזיקין על נזקי בעלי מקרקעין כתוצאה מאישור תוכניות?

ביהמ"ש העליון בעניין רות קטן **קבע שנזק שמכוסה לפי ס' 197, לפחות תיאורטית, אי אפשר לתבוע אותו בנזיקין.** זאת, ממספר סיבות:

1. **למנגנון הפיצוי התכנוני יש מערכת איזונים** - כל פגיעה אובייקטיבית מכוסה, אבל רק לגבי קרקע גובלת ובתקופת התיישנות קצרה. בניגוד לנזיקין, הזכאים לא צריכים להוכיח התרשלות של הרשות. באופן עקרוני כל ירידת ערך ברת פיצוי וזה מאוד מקל עם הבעלים. מטרת מערכת האיזונים היא לא להקשות על הרשות ועדיין לפצות ניזוקים, לכן אי אפשר ללכת למרחב מקביל (סוג של דין ספציפי גובר על דין כללי).
2. **המחוקק התכוון לפטור את המדינה מפיצוי על חלק מהנזקים.** זאת, בהתאם לעיקרון האחריות החברתית ומתוך נכונות לשרת אינטרסים ציבוריים.
3. **מערכת השיקולים בנזיקין שונה מאשר מערכת השיקולים בין אדם לרשות בדיני התו"ב** – דיני התו"ב מטילים חובת פיצוי שמאזנת בין הקניין הפרטי לשיקולים המערכתיים ושיקולי הרוחב שהוועדה דואגת להם. המנגנון של ס' 197 יוצר איזון – מצד אחד, הגנה על הקניין הפרטי. מצד שני, לא נרצה להטיל חובת פיצוי יותר מדי רחבה כי יש שיקולים נוגדים כמו שיקולי אחריות חברתית ושיקולי רוחב אחרים שקשורים בעבודת הוועדה ודאגתה לרווחה הציבורית. בניגוד לדיני הנזיקין שמתעסקים ברשלנות, בשיקולי הרתעה והשבת המצב לקדמותו.

**החריג**: כאשר לתובע אין כלל זכות תביעה לפי ס' 197 – למשל במצב של קרקע לא גובלת. לא נשאיר את האדם בלי פורום תביעה ואז הוא יוכל להגיש תביעה בנזיקין. אבל מערכת השיקולים והדין המהותי שביהמ"ש יפסוק לפיו, לא יהיו של דיני הנזיקין, אלא של המשפט המנהלי. **המרצה לא מסכימה כי זה לא מתיישב עם הרציו** – אם יש מערכת איזונים, חלק ממערכת האיזונים היא לקבוע מי רשאי לתבוע ומי לא. קו הגבול צריך להיות קרקע גובלת (עפ"י הפרשנות של בייניש לעיל).

## האם תוכנית יכולה לשמש לצורכי פיצוי

**✓ האם תכנית יכולה להיות מכשיר לפיצוי עבור הפקעת קרקע?** האם מתן זכויות בנייה יכולים גם להיחשב פיצויים.

לצורך כך נראה תחילה מהן 2 הדרכים העיקריות לפי חוק התו"ב להפקעת קרקע בישראל:

1. **פעולת הפקעה לפי פקודת הקרקעת (רכישה לצורכי ציבור)** הכוללת הודעות, זכות טיעון ותפיסת חזקה. **על הפקעה כזו ניתנים פיצויים כספיים בשווי הקרקע** בכללים שהדין קובע.
2. **הפקעה באמצעות תכנית איחוד וחלוקה שהפיצוי הוא באמצעות מתן זכויות בנייה**.

**תכנית איחוד וחלוקה** - התוכניות האלו נכנסות במקום שרוצים להפשיר קרקע חקלאית. איחוד וחלוקה זה מכשיר שבו החלוקה הקניינית הקיימת לא מתאימה לחלוקה התכנונית שרוצים לבצע באותו שטח. בשלב הראשון מוחקים את כל הגבולות הפנימיים והופכים את חלקת הקרקע לבעלות משותפת של כל הבעלים.

לאחר מכן, המתכנן מבצע חלוקה חדשה לפי התכנון החדש. בחלוקה החדשה, לכל אחד מהבעלים אין את החלקה הישנה שהייתה לו אלא הוא מקבל זכויות חדשות, יכולות להיווצר זכויות חדשות. בהפשרת הקרקע, יש שטחים שמופרשים לצורכי ציבור (כבישים, מדרכות, גנים, מוסדות ציבור ועוד). כך שלמעשה, **שטח הקרקע הפרטי של כל אחד מהבעלים קטן אבל הוא שווה הרבה יותר כי יש לו זכויות בנייה**. אם קודם הייתה קרקע חקלאית עכשיו יש קרקע למגורים. לכן, המחוקק קבע כי במצב כזה לא צריך לשלם פיצויי הפקעה.

חלוקת הקרקעות מחדש מתבצעת לפי **עיקרון השוויון היחסי** – אנחנו מקצים את הקרקעות החדשות לפי החלק היחסי שהיה לשותפים בחלוקה שקדמה לפני איחוד התוכנית. בודקים את עוגת ההשבחה ומחלקים לפי החלק היחסי. אם לכל אחד היה 20% במצב הקודם, יהיו לו 20% במצב החדש. כל אחד רוצה להוכיח שבמצב הקודם היה לו יותר אחוזים. בעולם השמאות זה משחק סכום אפס – ככל שחלק של אחד גדול יותר, ככה קטנים חלקיהם של השותפים.

תוכנית גני אז"ר– תוכנית של הותמ"ל לאישור הקו הסגול של הרכבת הקלה. עפ"י התוכנית, מתוכננת הפקעה של שטח בשולי שטחי מקרקעין של אזרחים פרטיים ברמת גן. הוועדה קבעה כי בעלי הקרקעות המופקעות שבשולי התוכנית יקבלו פיצויי הפקעה, ואילו בעלי הקרקעות שכל שטח הקרקע בתוך התוכנית קיבלו פיצויים לפי תוכנית איחוד וחלוקה.

כמובן, שבמצב כזה עדיף להיכנס לאיחוד וחלוקה כי יש בו זכויות בנייה (הרווח גדול יותר מאשר פיצוי והפקעה). לכן, האזרחים שנמצאים בשולי התוכנית (שהבית שלהם באופן חלקי דורש הפקעה, רק חלק מהשטח שבבעלותם חופף לתחומי הרכבת) ביקשו פיצוי בזכויות בנייה בדומה למה שהובטח למי שהקרקע שלו בתוך התחום באופן מלא.

ההתנגדות לא התקבלה, ולוותה בהתנגדות נגדית מצד מי שהקרקע שלו באופן מלא בתחומי הרכבת. זאת, בגלל שמדובר במשחק סכום אפס, שהרי עוגת ההשבחה היא אחת וככל שהאיחוד כולל יותר קרקעות גם החלוקה תבוצע על אותם זכויות בנייה רק למספר רב יותר של אנשים.

משרד המשפטים מוכן לתת פיצוי ע"י זכויות בנייה רק אם קיימת זיקה תכנונית. לכן, במקרים שמדובר בשטח שהופקע למטרה ציבורית ללא זיקה (כמו קו רכבת ובשונה מגינה ציבורית או כביש פנימי אשר משרת את תושבי השכונה), הפיצוי יינתן באופן כספי בלבד (למי ששטחו חצי מופקע).

ביהמ"ש המחוזי קבע כי נכון להכניס גם את העותרים לתוכנית. אך פסה"ד בוטל ונקבע כי יינתן פיצוי בזכויות למי ששטחו באופן מלא בשטח הרכבת ופיצוי כספי למי ששטחו באופן חלקי בשטח הרכבת.

* בתוכנית חוף התכלת של הרצליה עשתה המדינה שינוי ושם הסכימה לפצות בזכויות בנייה, בעוד שבתוכנית גני אז"ר הדבר לא התקבל.

לדעת המרצה, פסיקת ביהמ"ש המחוזי הייתה נכונה מהסיבות הבאות –

1. השיקול של פיצוי וצדק חלוקתי הוא שיקול תכנוני לגיטימי כי דיני התכנון זה לא משהו סטרילי בלבד, כל הנושא של חלוקת העושר הוא שיקול תכנוני לכל דבר ועניין.
2. אף אחד לא מפסיד מזה, ולהפך – כולם מרוויחים. המדינה חוסכת תשלום פיצויים לפי ס' 197 והבעלים שבתוכנית מרוויחים בדמות פיצוי בזכויות בנייה (הטיעון של בעלי המקרקעין בתוך התוכנית לא לגיטימי).

**תיאוריית מסך הבערות** - איך החברה בוחרת מה נכון או לא נכון לעשות? נדמיין שאנחנו נמצאים מאחורי מסך של בערות שבו אנחנו לא יודעים באיזה צד אנחנו (רשות, בעל מקרקעין וכו'). במצב כזה, אין ספק שנהיה אובייקטיבים ונבחר לפעול באופן הכי הוגן וצודק. בענייננו, מאחורי מסך כזה, כל בעלי הקרקע היו מסכימים לצרף את הקרקע שלהם לתחום התוכנית ולחלוק אותה עם הבעלים האחרים, גם עם מי שהקרקע שלהם נמצאת באופן חלקי בתחום ההפקעה. בפועל המדינה עמדה על רגליה האחוריות והדברים נסגרו, אין היום את המנגנון הזה של שחזור זכויות.