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

**מבוא**

**מה זה ׳תרופות'?** סעדים במשפט, ״מענה של המשפט״ לפגיעה בתובע. בד״כ מדברים על תרופות בהקשר של חוק החוזים. נרצה להעניק את הסעד לאדם שנוצרה לו עוולה.

**סוגי תרופות שונים**:

1. תרופות חוזיות כגון ביטול והשבה, פיצויים, אכיפה (סעד שנקבל בד"כ בהפרת חוזה).
2. תרופות נזיקיות של עוולה ופיצוי כנגדה, צווי מניעה.
3. השבה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט.
* צדק מתקן – תיאוריה במשפט הפרטי.

**ס' 77 לחוק העונשין** מאפשר סעד נזיקי בתוך העולם העונשי. יחד עם זאת, קיים פיצוי עונשי בזירה הנזיקית. אם המשפט הפרטי מטרתו להביא לצדק מתקן, האם זה לגיטימי שיש פיצוי עונשי בזירה הנזיקית? מי שם את התובע להיות המעניש של הנתבע? איך מחשבים את הפיצוי אם הוא לא קבוע בחוק? בתי המשפט מאוד מהססים להשתמש בפיצויים עונשיים ולא רק בארץ. הפיצוי העונשי הוא בהגדרה הרבה יותר גבוה מהנזק שקרה בפועל. מדובר על יצור כלאיים מיוחד ונשאל האם הוא ראוי.

כשבתי המשפט רואים לנגד עיניהם מצב שאינו צודק, איך ראוי לפתור אותו? הרבה פעמים יש לכך השפעה מאוד רחבה. מדובר על שאלות בין קו התפר של פיצויים וכללי הגנה. עד כמה בעצם מדובר בפיצוי במובן הרגיל שלו, עד כמה צריך להתייחס לטענות הגנה? כנראה שלא נדבר על טענות הגנה וחלוקה מהסוג הזה.

בעבר לא הייתה חלוקה של דיני המשפט השונים (דיני חוזים, קניין, נזיקין, עשיית עושר). עד המאה ה-19 הכל היה תחת אותה המטריה. המשפט נוהל ע״פ סיפורים עובדתיים. לדוגמא, מעביד ושוליה וכל מיני מצבים עובדתיים שיכולים לקרות ביניהם, כלומר סכסוכים פוטנציאליים. היו פותרים את הסכסוך המשפטי לפי הקטגוריה הרלוונטית. במאה ה-19 מתחילה התפיסה הקלאסית של המשפט – המשפט מתחיל להתפתח כתחום מדעי. הציבור מתחיל להתייחס למשפט כמדע. אם נניח אנו נמצאים בדיני חוזים, נבחן מה הסוגייה המתאימה ונבצע דיאגנוזה והתרופה תקבע על פיה (כנ״ל לגבי שאר התחומים – נזיקין, קניין וכו׳). החל מאמצע המאה ה-19 החלוקה בין התחומים הופכת לברורה יותר, ומגמה זו מחלחלת ל-text books ואט אט גם לקייסים המשפטיים. החלוקה הזו מאפשרת לנו להתמקצע, אך גם יכול להיות שאנו משלמים מחירים על החלוקה, כדוגמת חפיפות (עוולת התקיפה והסגת גבול, אבל אם נקרא את שני הס׳ נגלה שהניסוח של הכללים הוא שונה. אין צורך להיכנס לניסוח הכללים, אבל זה מעניין שבגלל שניסו להפריד בין התחומים השונים, לפעמים יש גם חפיפות בסוגיות מסוימות. בשל החלוקה ההרמטית יכול להיווצר מצב שיהיו דברים רלוונטיים לכמה תחומים וכל פעם נצטרך לבחון את המקרה הספציפי לפי התחום הספציפי). כמו כן, השאיפה לבנות קודיפיקציה שתכלול הכל. לא בטוח האם זה יביא אותנו בחזרה אחורה, אבל יש אספירציה (=שאיפה) להימנע מהחפיפה.

עשיית עושר התפתח כתחום יחסית מאוחר. במאה ה-18 הוא החל להתפתח בפני עצמו, בקייס כנושא שולי. זה תחום שנולד מדיני היושר. לעומת זאת, דיני עשיית עושר ולא במשפט ניתן למצוא כבר במשפט העברי -״זה נהנה וזה לא חסר״.

ארבע ענפי משפט עיקריים בקורס- חוזים, נזיקין, קניין ועשיית עושר. כל פעם נעשה סקירה בתחום אחד ונקדיש לו את הדיון. לאחר מכן נלמד את התיאוריות של התחומים בדגש על הפן הכלכלי.

**דיני חוזים**:

**איזה רעיון מבטאים דיני החוזים**?

מהו חוזה? הסכמה. למה צריך חוזה בשביל הסכמה?

1. וודאות ויציבות מעבר להסכמה האנושית.
2. רווחה מצרפית – ככל שיש יותר חוזים התועלת המצרפית גדלה.
3. הסתמכות.
4. אוטונומיה – ע"י הכרה בהסכמה באופן משפטי-חוזי אנו מאפשרים לצדדים לחוזה לפעול באופן אוטונומי.
5. תועלת.

יש קשר בין הדברים – ההסתמכות מספקת לי וודאות וציפייה. יש ערכים נוספים שהחוזה מבטא. ישנה הבנה שחוזים הם מנגנון שמאפשר לנו להגיע ליותר ממה שיש לנו היום. בנוגע לאוטונומיה, המחשבה היא שחוזה הוא כלי שנועד לנו לממש את עצמנו, מעבר להתייחסות הרגילה שלנו לחוזים. למה? יש ערך אקספרסיבי – חפצים שמגדירים אותנו (מכוניות ספורט, חוזה עבודה, חוזה דירה). כל עסקה מאפשרת לנו לממש את עצמנו. **ג'וזף הלר וחנוך דגן** כתבו ספר על כך שהחוזים נועדו להעשיר אותנו, לא רק מבחינת הכסף אלא גם מבחינת ההתנסויות שלנו. הכותבים הציעו סוגים שונים של חוזים כדי שכל אחד מאיתנו יוכל להעשיר את החיים שלו בדרך שנכונה לו. החוזים הם כלי שמאפשר לנו לחשוב על החיים בצורה יותר מורכבת, החוזה נותן לנו דרך לחשוב איך נממש את עצמנו. לא מדובר רק במנגנון אפרורי, אלא חוזה שמפתח אותנו, פותח בפנינו עולמות שונים. אם זה משתלם לשנינו, לאחר חתימת החוזה קיבלנו יותר, אחרת לא היינו מתקשרים בחוזה מלכתחילה. **הבסיס של הרעיון של חוזה – הגדלת הרווחה**. השוק מתנהל ע״פ עסקאות צפויות.

אם יש קשר בין הדברים, ועל פניו הם יכולים לקרות גם כשאין דיני חוזים, נניח שניתן לסמוך אחד על השני, במקרה כזה האם בכלל צריך את המשפט? כנראה שלא. דיני החוזים יכולים להעניק לנו את כל הדברים האלה, אבל הם יכולים לקרות מעצמם אם אנחנו סומכים אחד על השני.

אז מה דיני חוזים כן יכולים לעשות בשבילי בעולם ׳לא מושלם׳? **תרופות (סעדים)** – הגנה במסגרת חוזית. יש אכיפה, יש ׳שוט׳ מטאפורי. התרופות האלה נועדו, בדרך כלשהי, להקנות בדיוק את הוודאות והציפייה, הרווחה המצרפית, ההסתמכות, האוטונומיה והתועלת. הם נועדו לגרום לצדדים, גם מלכתחילה, לדעת שהם פועלים בעולם משפטי.

**דיני נזיקין**:

**איזה רעיון מבטאים דיני הנזיקין?**

אשם ונזק.

אשם – האם מישהו היה ׳לא בסדר׳ מבחינה מוסרית? קיימת הפרדה בין אשם מוסרי (אשם פלילי) לבין אשם רשלני. כך לדוגמה, עוולת הרשלנות מבטאת אשם חברתי ולאו דווקא אשם מוסרי. באשמה רשלנית אנשים לא מרגישים ׳רע׳ מבחינה מוסרית, התחושה היא שונה בין אשמה פלילית לאשמה רשלנית. עוולות מוסריות בנזיקין – תקיפה, לשון הרע, זדון, תרמית. במשפט אזרחי יש נטל הוכחה לגבי כל יסוד, ונטל ההוכחה הוא לפחות 50%. ביחס לעוולות שדורשות הוכחת כוונה יש להוכיח במעל ל-50% את הכוונה. במשפט הפרטי נטל ההוכחה תמיד יהיה 50%.

בעולם מושלם אנשים לא היו מחצינים סיכונים לא סבירים כלפי חוץ.

למה צריך את דיני הנזיקין? לתת לנו **תרופות** (סעדים) הגנה נזיקית –

1. תרופה עם הגיון בדיעבדי (אקס פוסט) – רציונל של חזרה למקום בו היינו ללא הנזק, עד כמה שניתן.
2. תרופה עם היגיון לכתחילי (מניעתי=אקס אנטה) – רציונל של מניעת הנזק מראש.

הרעיון הוא שהפיצוי יוכל לעזור לנו להמשיך בחיינו כאילו לא קרה הדבר. כמובן שלא מדובר בתרופות הרמטיות.

**דיני קניין**:

**איזה רעיון מבטאים דיני הקניין?**

1. שליטה – אנחנו שולטים, או לפחות רוצים לשלוט במה שיש לנו. כשנדבר על זכות קניינית זו התחושה האינטואיטיבית. קניין כתרבות – טבעת נישואין וטבעת כתכשיט. אמנם מדובר בתיאוריה, אבל יכול להיות שנעריך את הקניין בערך הסובייקטיבי לאותו האדם.
2. אוטונומיה – עצם העובדה שאנחנו יכולים לדעת שמה ששייך לנו, ניתן לעשות בו מה שאנחנו רוצים, לשאוף שאיפות, לתכנן ולהוציא לפועל.

מהו עולם מושלם בדיני הקניין? גבולות ברורים. אבל, בעולם שאינו מושלם, ולפי תיאוריות תורת משפטיות/ טבע – החזק גובר.

למה צריך את המוסד הקנייני? **תרופות** (סעדים) – הגנה על הקניין – פיצוי בעין ואם אינו מתאפשר פיצוי בשווי. דיני הקניין נותנים לנו סעד של הדבר עצמו – החזרה של המקרקעי, פיצוי בעין, צו קנייני.

דיני הנזיקין נתפשו בעבר כדינים ׳פרזיטים׳, כלומר שהקיום שלהם תלוי בכך שהם צריכים להגן על הקניין שלנו. לאחר מכן הם התפתחו כתחום עצמאי.

כשמדברים על קניין, צריך להכריע קודם כל מהי התמונה הראשונה שעל בסיסה נכריע מה החלוקה הנכונה. הרי זה לא שחילקו לכל אחד תפוח אחד. מה בעצם הרגע הראשון שבו אומרים שזאת החלוקה הראויה? איך קרתה החלוקה הראשונה? בהתחשב בזה שהחלוקה הראשונה קרתה לפי הכלל של ׳החזק שורד׳, האם היא נמשכת ככה? האם תפקיד המשפט הוא לתקן את החלוקה הקיימת? לפי המשפט הפרטי זו שאלה קשה ובעייתית. צריך להיזהר ולהיות מודעים שהמשפט הוא לא בעצמו, ולא בכוונה, יוצר אפליה נוספת. השאלה היא כזאת – האם תפקיד המשפט הוא להתערב באופן החלוקה? האם המשפט הפרטי צריך להתעסק בכך? הרי בסה״כ הוא צריך להשיב את המצב לקדמותו. המשפט הפרטי, לפעמים בעצמו נגוע במנגנונים שיוצרים אפליה נוספת – כאן שוב נשאלת השאלה האם המשפט מודע לעצמו והאם הוא צריך לתקן את עצמו? יש מחלוקות בקרב מלומדים על כך – האם בכלל ראוי שיהיה צדק חלוקתי במשפט הפרטי? לא מדברים על המדינה ועל התפקידים שלה ליצור מצב חלוקתי הגון, אלא מדברים על זכות בין שני בני אדם פרטים. האם ראוי שביהמ״ש ישקול שיקולים שישנו סדרי עולם?

**דיני עשיית עושר ולא במשפט**:

במשפט הישראלי מדובר בתחום מאוד מפותח. **פרופ' דניאל פרידמן** תרם לפיתוח מערכת דינים זו בישראל. יש מעט מאוד סקולרים (מומחים) שיכולים לנכס לעצמם התפתחות של תחום. דיני עשיית עושר הוא תחום מאוד מפותח באנגליה ובקנדה. בארה״ב זאת שאלה מורכבת – בשנת 1937 אומצו כללי הריסטייטמנט. בארה״ב התחום מתחיל להתפתח. מדובר בכלי עבודה מצוין שמי שלא מכיר אותו יהיה לו מאוד קשה להגיע אליו בעצמו.

ברמה ההיסטורית, דיני העושר התפתחו מדיני היושר. במערכת האנגלית היה את ביהמ״ש הרגיל. לאורך השנים הייתה תחושה שיש כל מיני מצבים שלא מוצאים להם פתרון בדיני החוזים הרגילים. לדוגמא, רציתי להעביר סכום כספי מסוים ל-x ובטעות העברתי ל-y. האם y חייב להחזיר לי את הכסף? למה שהוא יהיה חייב להחזיר לי? האם הוא הזיק לי? הרי אני הטועה. אם y לא הזיק לי, לכאורה הוא חסין לחלוטין, אין ביננו חוזה ואני זו שהתרשלה. הוקמה מערכת מקבילה – מערכת דיני היושר. קראו לה מערכת משפט פרוגרסיבית והיא הוקמה מתוך ההבנה שהדין הקלאסי לא נותן מענה לכל הבעיות. אותה המערכת הפרוגרסיבית החלה להתמזג עם המערכת המשפטית הקלאסית. לאורך השנים הרעיונות התפתחו לדינים, שבהתחלה קראו להם דיני ׳מעין חוזה׳. דיני ׳מעין חוזה׳ הם מעין הליבה של עשיית עושר. בנקים לפעמים טועים בהעברת הכספים. אחד הקייסים הקשורים לכך היה כשבנק בניו יורק העביר בטעות ללווים של רבלון, במקום את הריבית, את סכום ההלוואה עצמה (במקום מיליון העבירו ביליון). הלווים לא רצו להחזיר את הכסף, הם טענו שהבנק בעצם החזיר את ההלוואה. היה ערעור על פסה״ד וביהמ״ש של ניו יורק פסק פעמיים שלא צריך להחזיר את הכסף! דוקטרינה זו נקראת "התמורה בתשלום". מבחינת הלווים, הם קיבלו את הכסף שלהם בחזרה. בערעור התהפך פסה״ד והם היו צריכים להחזיר את הכסף חזרה לבנק. נלמד בקורס למה נכון להשיב בטעויות בתשלום את הכסף.

יש כל מיני מצבים שבהם עוסקים דיני עשיית עושר, החלק האחר הוא מאוד שונה, יש שיגידו שהוא אפילו לא חלק מדיני עשיית עושר, אלא שהוא תרופה מעולם עשית העושר שיש בה אלמנט נזיקי. מדובר על חלק שברמה ההיסטורית נוצר מדיני היושר והרעיון היה לפתח עילה של ויתור על עוולה נזיקית – מה המשמעות? אם אדם מבצע עוולה, אנו יכולים לומר בניגוד להעברה בטעות של כסף, למשל תרמית או גניבה או כל עבירה או עוולה שאנו יכולים לתאר לעצמנו, שאפשר לומר שאפשר לגרום לנזק כתוצאה מביצוע עוולה אבל באותה מידה המזיק גם יכול להרוויח. אנשים לפעמים מבצעים עוולות כדי להרוויח והרעיון של הדוקטרינה הזו הוא כזה – יכול להיות שאדם הרוויח על חשבונך כתוצאה מזה שהוא ביצע עוולה נזיקית, במקרה כזה אפשר לתבוע אותו בנזיקין, אבל אפשר לתבוע אותו גם בעוולה מיוחדת זו – **לוותר על עוולה נזיקית ולבקש פיצוי שהערך שלו יקבע בהתאם לרווח שהמעוול הרוויח כתוצאה מביצוע העוולה**. היום אותה דוקטרינה לובשת צורה רגילה של דיני עשיית עושר ומהווה חלק מדיני עשיית עושר, אנו יכולים במצבים של טעויות להפעיל את דיני עשיית עושר ולבקש החזר של מה שאבד לנו, אבל אנו גם יכולים להפעיל את דיני עשית עושר כדי לדרוש את הרווחים שהופקו על חשבוננו כתוצאה מעוולה.

מדובר בשני סיפורים שונים לחלוטין:

* **נתבע פאסיבי** – במצב הראשון של טעות בתשלום הנתבע היה פאסיבי, הוא קיבל את הכסף בטעות ולא עשה דבר לשם כך.
* **נתבע אקטיבי** – יכול להפעיל את דיני עשיית עושר, ולדרוש ממנו את הרווחים שהרוויח כתוצאה מביצוע עוולה בחזרה.

**זהו הבדל עצום**, במצבים הראשונים הנתבע הוא פאסיבי לחלוטין, אפשר לטעון אפילו שמי שטעה והעביר כסף בטעות הוא הרשלן, אבל בטח שאי אפשר לומר דבר וחצי דבר על מי שישב בבית וקיבל כסף בטעות. במצב בו הנתבע אקטיבי, הוא ללא ספק היה לא בסדר וקל יותר להבין למה אנו יכולים לבקש פיצוי שייאמד באותם רווחים של המעוול.

זוהי פרדיגמה, בראשון לא ברור לנו, ובשני ברור לנו למה צריכה להיות כאן עילה שלא הייתה בעבר שמאפשרת לתפוס את הרווחים.

**סעיף 1 (א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט**: "**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 הזכייה..."

בעצם, יש לנו עיקרון מעוגן בדין שכשאנו תובעים ורוצים השבה אנו יכולים להפנות אליו. אדם שקיבל משהו שלא על פי זכות שבדין – נכס, שירות או טובת הנאה אחרת, שבאו לו מאדם אחר.

**שלושה יסודות מצטברים לס' 1:** **(1)** התעשרות (של הזוכה). **(2)** שלא כדין. **(3)** על חשבון (המזכה).

כבר נתקלו בעבר בדיני עשיית עושר, למשל כשלמדנו דיני חוזים. המטרה שלנו היא לבדוק את קווי ההשקה בין עילות שונות כדי שנוכל להתמודד עם הדבר הזה. מה קורה כשלמעשה חלים דינים מסוג אחד אבל יכולה להיות תרופה מצד אחר שאנו פחות מדברים עליה כמו התעשרות שלא כדין, זה יכול לצייד אותנו בידע מאוד משמעותי.

עשיית עושר ולא במשפט – בעולם מושלם: האם בעולם מושלם היינו צריכים את דיני עשיית העושר? דיברנו על דוקטרינות שהרעיון שלהן הוא שהחוק מאפשר לנו לקבל חזרה את הכסף שהלך לנו לאיבוד כי טעינו, מתי לא היינו זקוקים לכללים האלה? מה היה קורה בעולם מושלם? בעולם מושלם לא היינו צריכים לדאוג, לא היינו צריכים להשקיע בלמנוע טעויות כי לא היו כאלה. אלא, שהעולם לא מושלם ולכן הדינים צריכים לעזור לנו בדיוק להתמודד עם הקשיים הללו:

1. לגרום לנו להימנע מזהירות יתר בעסקאות.
2. לא לחשוש כל הזמן מכך שיעבדו עלינו ושהכסף שלנו ילך ולא יחזור.

לכן אנו זקוקים לדיני עשיית עושר ולא במשפט והתרופות של השבה הן באמת מגוונות. אנו נדבר בקורס על שתי תרופות עיקריות של הגנות: **(1)** **השבה**. **(2) תרופה עוולתית** – חילוט רווחים/ שלילת רווחי מעוול. בזה למעשה סיימנו את הסקירה של החלק הראשון שעוסק בנקודת מבט מאוד רחבה על ארבעת הדינים העיקריים.

הרעיון בלהיזקק לתמונת הציפור הזו היא מתוך ההנחה שיש קשר מהותי אמיתי בין הסוג של הזכות שנפגעת לבין התרופה שאנו נקבל, נדרוש או נבקש כתוצאה מהפגיעה בזכות שלנו. כדי להבין את הדברים האלה אנו חייבים לא רק להכיר את סוגי הענפים השונים, אלא גם את סוגי הענפים השונים של הזכויות ולהיות מסוגלים לדבר עליהם בשפה מעמיקה יותר מאיך שהם כתובים בחקיקה. זאת מהסיבה הפשוטה שהשאלות המורכבות במשפט מצריכות את ההעמקה הזו.

**חלק שני – היחס בין זכויות מהותיות לבין סעדים**

**תיאוריה**:

האם אפשר להגיד שאם אנו מבינים 'רעיון על' אחד כמו צדק מתקן למשל, האם אפשר לדבר עליו גם בענפי משפט פרטיים אחרים – חוזים, עשיית עושר, קניין? כן. אנו נראה שיש כל מיני תיאוריות. למעשה, אנו נגלה שהתיאוריות של המשפט הפרטי לא בנויות לפי תחומים. זה לא שיש צדק מתקן בחוזים וצדק מתקן אחר לנזיקין, אנו נרחיב את התמונה ונדבר על תיאוריות ברמה האופקית שלהן, איך הן חולשות על כל המשפט הפרטי.

השאלה הראשונה – ננסה לחשוב שאולי יש תיאוריה אחת שדרכה נכון יותר לדבר על המשפט הפרטי ואולי דווקא נגיע למסקנה אחרת שאומרת שיש כל מיני 'רעיונות על' שדרכם אפשר להבין את המשפט ויכולים להתקיים אחד ליד השני ולהבין את זה שברמה המחשבתית זה בסדר שתהיה לנו גם תיאוריה כלכלית וגם תיאוריה של זכויות?

**Liebeck v. McDonald's restaurants**: אישה מבוגרת שרכשה קפה במקדונלדס ונסעה עם נכדה שנהג ברכב. הקפה היה בין רגליה, ובעקבות הנסיעה הוא נשפך והיא קיבלה כוויות מאוד חמורות. צחקו על המקרה הזה מאוד – על כך שהיא רוצה פיצוי כי נשפך עליה קפה. אלא שהדברים שונים מאיך שהם הוצגו בתקשורת – מקדונלדס חיממו את המים הרותחים בהם השתמשו לקפה בטמפרטורה מאוד גבוהה של מעל 100 מעלות, היא ניסתה להגיע עמם להסדרים שלא צלחו ומשכך התביעה נכפתה עליה. בעצם, יש לנו את הרעיון של תרופה לפיצוי. לפי המקרה הזה מה פיצוי יכול לבטא? מדוע היא תבעה ממקדונלדס פיצויים? האישה שייכת לקבוצה חלשה בחברה מול תאגיד גדול, והנה המשפט יכול לסייע לאישה מבוגרת, מול תאגיד כזה גדול. כל מה שהיא רצתה בהתחלה זה להחזיר את ההוצאות שנגרמו לה, אבל לפי הסיפור היא כבר תובעת פיצויים על הנזק שקרה, היא מבקשת את הדבר הבסיסי – פיצוי על מה שקרה לה וגם על הנזק שלה. יש פה סוג של השבת המצב לקדמותו – צדק מתקן. לפני התביעה שלה למדנו שהמוני אנשים שרכשו קפה במקדונלדס נכוו על ידו משום שחומם יתר על המידה, הרבה מעל למומלץ, וברמה מסוכנת ממש. זה עבר מתחת לרדאר מכל מיני סיבות – אולי כי זה יקר להכשיר עובדים על מה הטמפ' המומלצת, מורכב לוודא שלא מגישים קפה רותח וכו'. מקדונלדס במשך שנים עברה מתחת לרדאר, וגם אם זו לא הייתה המטרה שלה בסופו של דבר נשאלת השאלה אם אנו לא רואים בתביעה הזו מנגנון שבו המשפט גם עובד בצורה יעילה. תאגיד מאוד גדול מצליח לעבור מתחת לרדאר, ומה שרואים כאן **שבאמצעות תביעה אזרחית ניתן להשיג הרתעה**.

**נציע רעיון נוסף** – בניגוד לכל מה שלמדנו עד עכשיו במשפט הפרטי, אולי כל מה שאנו רוצים הוא שמי שמתנהג לא בסדר וגורם נזק למישהו אחר שיישא באחריות על מה שעשה, אולי לא צריך לדבר במונחים של הרתעה, או צדק חלוקתי, או צדק מתקן וכו'. הרעיון הוא פשוט, יכול להיות שלא צריך לחפש רעיון גדול מאחורי הכללים המשפטיים, אלא אנו פשוט רוצים שמי שעשה משהו לא בסדר ישיב את המצב לקדמותו.

**תיאוריות של תרופות**:

1. **תרופות בראי הגישה הפוזיטיבית.**
2. **תרופות בראי הצדק המתקן.**
3. **תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי.**

**תרופות בראי הגישה הפוזיטיבית**:

אנו נראה גישה של שני סקולרים – **ג'ון גולדברג ובן זיפורצקי** שכותבים מאמרים שעוסקים בתיאוריה שלהם. איך יכול להיות שיכולה להיות תיאוריה שלא מכוונת אותנו לרעיונות הגדולים? מהי תיאוריה פוזיטיבית?

**גולדברג וזיפורצקי** טוענים שקיימת חובה הדדית לכל אחד מאיתנו פשוט לא להזיק. לכל אחד עומדת מצד אחד זכות שלא להיפגע ומן הצד השני חובה שלא להזיק לאחרים. הם אומרים שאם אפשר להוכיח שהפרו לי את הזכות הזו ופגעו בי בצורה עוולתית אז תקום לי זכות משנית.

החובה הראשונית שלי היא החובה לא לפגוע, לא להזיק. ואם הצלחתי להוכיח שמישהו גרם לי לנזק בצורה לא סבירה אז תקום לי זכות נוספת, זכות משנית, שהיא זכות מול המדינה, לפיה ניתן לבקש מהמדינה להפעיל את הכוח הכופה שלה כריבון ולספק לנו תרופה כאשר מישהו פגע בזכות שלנו. זו האמירה ברמה הכי תיאורית. זה עובד כמנגנון מאוד מסודר, ברגע שפתחנו את הדלת הראשונה והוכחנו שנפגעה הזכות שלנו (זכות ראשונית), יש דלת נוספת, דלת של המדינה שצריכה לאפשר לנו את התרופה שמגיעה לנו כתוצאה מהפגיעה הזו (זכות משנית). ככה המשפט הפרטי בנוי. זה מנגנון שממש מכניס את המדינה כשחקן מרכזי לתבוע ממי שפגע בנו תרופה כשם שהיא השחקן המאפשר את זכות ההצבעה.

אנו ננסה להסתכל בעיניים ביקורתיות על מה שהם אומרים. האם מה שהם אומרים הוא חידוש כל כך גדול? למה המנגנון הזה מאוד משמעותי?

**האם מעבר לכך, ישנו רעיון נורמטיבי שעומד מאחורי התרופה?** בסרטון שראינו בכיתה, מופיע אדם שנכנס לחדר טיפולים ומשתמש בטלפון של הרופא, הרופא נכנס לחדר ומסביר לו שאסור לו להשתמש בטלפון, ושזה נועד לרופאים בלבד, אך מבלי לתת נימוק למדוע כך נהוג. **גולדברג וזיפורצקי** מתארים לנו מצב שהכלל המשפטי נובע מכללים מוסריים שגם ככה קורים ועם השנים הם קיבלו איזשהו חותם, הם הפכו להיות כלל. אם כן, במשך שנים משהו קורה ולאורך הזמן אותו רעיון מוסרי בעצם קיבל מעטפת יפה של הכלל. הטענה שלהם היא שיש קשר מאוד ברור בין הקונבנציה (האופן שבו אנו מתנהגים) לבין המשפט, כלומר בין המוסר לבין המשפט. אבל הם אומרים שאין פה רעיון אחד שמוביל, המשפט הוא מולקולות של רעיונות שמבטאים הרבה רעיונות יחד. זה מבטא כלל שקיים, והתפקיד של בית המשפט הוא לזרות אור על הכלל שכבר קיים ולהגיד לנו: זה המצב, עכשיו אתה צריך לשלם פיצוי. אין פה עניין של יותר מוסריות, יש קשר מבחינתם בין הרעיון הכללי של כללים מוסריים, העולם הכללי תמיד פעל לדעתם בצורה מוסרית, והם אומרים שהתפקיד שלך כשופט הוא לזרות אור על הכללים הללו. זה מבחינתם הדבר, ולא צריך להסביר את זה, לא צריך להבין רעיונות מסובכים כדי להבין מה נכון. מבחינתם כללים משפטיים הם מה שהם, המשפט הוא משפט ולא צריך לחפש תיאוריות מורכבות.

כל התיאוריות שאנו לומדים הן תיאוריות. הכלכלנים של המשפט אומרים שעל כלל להיות כלל יעיל, זו מטרת המשפט לפיהם. במובנים האלה זה נכון לומר שיש גם תיאוריות שעוסקות בכובד של קבלת ההחלטה. אבל התיאוריות שאנו לומדים בכיתה הן תיאוריות מתארות, זה המבנה של המשפט הפרטי.

התיאוריות האלה הן באיזשהו מקום, כלי בידי מקבלי ההחלטות – השופטים והשופטות. מבחינתם הדברים הם כפשוטם, הם סבורים שזו טעות להתחייב לרעיון אחד. הם גם לא באים ואומרים שיש פלורליזם. הם לא באים ואומרים איך אפשר ליישם את כל הרעיונות האלה ביחד, הם פשוט באים ואומרים שהמשפט הוא משפט. אפשר לבקר אותם ולטעון שראוי לייצר תיאוריה שמיישבת את התיאוריות אחת ליד השנייה, קצת קשה לומר שתפקיד השופט הוא רק לזרות אור.

**למה זה בעייתי לומר שהמשפט תמיד היה שם**? **שכל תפקיד השופט והשופטת הוא רק לזרות אור**?

אפשר לומר שיש תקדימים, ושופט יכול להחליט אחרת משופט שהחליט קודם. אבל, זה לא רק זה, **המשפט הוא דבר מאוד דינאמי**. עצם העובדה שנוצרו דינים ייתכן שיבואו ויגידו שהם תמיד היו שם, וייתכן שאלו מערכות חדשות שנוצרו. דווקא מפני שיש חיבור בין התפיסות השונות, המשפט חייב להיות דינאמי וכל הזמן להשתנות. למעשה אנו רואים שהמשפט הוא מאוד דינאמי ורואים שלפעמים יש ממש תפיסות שבמשך שנים היו נהוגות ואנו רואים שנוצר חוק לגביהן, למשל, החוק למניעת הטרדה מינית. אם המשפט לא היה לוקח אותנו צעד קדימה, מאוד יכול להיות שהיינו תפיסה דינאמית יותר, אבל גם מציאותית. אנו רואים שהרבה מאוד פעמים הקונבנציה החברתית לוקחת אותנו למקומות שהמשפט אומר להם די. ללא ספק התיאוריה הפוזיטיביסטית עצמה, במובן הזה הצריכה להתמודד עם שאלות מאוד קשות, למשל הדינמיות המשפטית. בשורה התחתונה, מה שגולדברג וזיפורצקי אומרים הוא שהמשפט מבטא שיטה שתמיד הייתה מתחת לפני השטח. עם אמרה זאת יש הרבה מאוד בעיות ויש המון ביקורת על התיאוריה שלהם.

**האם יש רעיון נורמטיבי שעומד מאחורי התרופה**? לא, מרגע שהכרנו במבנה התרופתי, הרעיון הוא שהמעוול יישא באחריות.

אז אמרנו שיש מנגנון, ועכשיו אנו יודעים שאין תיאוריה נורמטיבית שמובילה את הזכות לתבוע תרופה כשהופרה הזכות הראשונית שלנו ונפגענו, אז איך אפשר לקבוע מה התרופה, אם אין רעיון שמוביל אותנו? אין משהו ספציפי שאפשר לטעון שמתקיים?

אפשר לומר שהתרופה יכולה להיקבע בהתאם לנסיבות העניין, לפי מה שקרה. מנגד אפשר להציע דווקא תרופה כללית יותר. מבחינת גולדברג וזיפורצקי אין שום רעיון (כמו של השבת המצב לקדמותו) שצריך להוביל. מבחינתם, הכלל הוא פשוט הכלל, ועם כל הביקורות שנשמעו על התיאוריה שלהם, זה העקב אכילס הכי גדול שלהם, **כי התשובה שלהם לשאלה הזו היא שהתרופה הזו צריכה לבטא את מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין**, וכשאנו נלמד על צדק מתקן אנו נגלה שלתיאוריה הזו יש תשובה הרבה יותר מדויקת שנותנת לנו כלים הרבה יותר חזקים כדי לאמוד את התרופה והתשובה שלהם. אחד המחירים שהם משלמים על התיאוריה שלהם הוא שקשה להם מאוד להתמודד עם השאלה האנליטית איך צריך לקבוע את השערוך של התרופה – מה זה הוגן וסביר? זה עולם מאוד אוורירי. מבחינה אנליטית מחפשים לראות מה צריך להוביל אותנו בשרטוט התרופה ולהבין איך חושבים עליה. המרצה אומרת שאין להם תשובה טובה לשאלה הזו. המחיר שהם משלמים הוא להימצא במקום מאוד אבסטרקטי שבו לא ברור איך כותבים את התרופה.

**תרופות בראי הצדק המתקן**:

קיימות תפיסות שונות של צדק מתקן, בתיאוריה של **ארנסט וינריב** שהיא הדומיננטית בשנים האחרונות (עד היום הוא ממשיך לפתח את התיאוריה שלו), אנו רואים שצדק מתקן חולש על פני המשפט הפרטי כתיאוריה אנליטית על פני כל אחד מענפיו. זו תיאוריה מאוד מסודרת, הן מבחינה צורנית והן מבחינה מהותית. מבחינה אנליטית הגיונית אפשר יהיה ליישב את התיאוריה במקומות מאוד ברורים. **נדגיש שהתיאוריה הזו לא נכונה רק לדיני הנזיקין, אלא חולשת על כל המשפט הפרטי!**

כדי להכיר את התיאוריה הזו יש שני רעיונות מרכזיים כדי להבין תרופות על פי הרעיון של צדק מתקן:

1. **קורלטיביות** – **פס"ד פלסגרף**: מדובר בגברת פלסגרף שציפתה לרכבת בתחנת הרכבת ובינתיים רחוק ממנה עמדו אנשים אחרים שהתכוונו לעלות על הרכבת שלהם שהגיעה. שני שומרים מטעם הרכבת ניסו לעזור לאדם שלא הספיק לעלות על הרכבת, אחד משך אותו והשני דחף אותו. אותו אדם החזיק חבילה בידו, שנפלה כתוצאה מהניסיון לעזור לו לעלות, ובתוך החבילה היו זיקוקים שהתפוצצו וכתוצאה מההדף יצרו נזק של מוט שנפל בצד השני של התחנה על ראשה של גברת פלסגרף שכתוצאה מכך איבדה את יכולת הדיבור שלה. אחת הסיבות שהפס"ד הזה מאוד מפורסם הוא בשל דבריו של **השופט קרדוזו**: הוא אומר שלמעשה חלה חובת זהירות כלפי אנשים בעולם כשנוהגים בצורה מסוימת אבל היא לא חלה בלי סוף. כשאנו מתנהגים בצורה מסוכנת אנו צריכים להחליט עד כמה אנו מצפים מאנשים לצפות את העובדה שההתנהגות המסוכנת שלהם יכולה לסכן אנשים אחרים. ההתנהגות של עובדי הרכבת באמת הייתה מאוד מסוכנת, אך האם הם התרשלו? האם התנהגו בצורה מסוכנת? ייתכן שהתנהגו בצורה מסוכנת כלפי הנוסע, ויכול להיות שיש עוד דברים מסוימים שהם היו צריכים לצפות, אבל לא את הנזק שנגרם לגברת פלסגרף. חובת זהירות תוחמת לנו את סוג האנשים שאנו צריכים לצפות כשאנו מתנהגים בצורה מסוכנת מתוך הנחה שאי אפשר להיות באחריות כלפי כל דבר בעולם. תמיד צריך לתחום את מידת הצפיות לגבי נזיקין. קרדוזו למעשה אומר שהיא לא זכאית לפיצוי, משום שחובת הזהירות הזו לא כוללת אותה, הם לא יכלו לצפות את אותה הגברת המסוימת, היא לא בקבוצת הניזוקים שהם היו צריכים לחשוב עליה כשהתנהגו בצורה מסוכנת.

למה זה פס"ד חשוב? מרגע שחובת הזהירות לא הופרה כלפי גברת פלסגרף, **אנו לראשונה מתחילים לדבר במונחים קורלטיביים** במובן שאנו אומרים שאם לא הופרה חובה כלפיה אז גם לא נפגעה זכות, כי אם אין חובה כלפי מישהו, אז גם אי אפשר להפר אותה כלפיו, ואי אפשר לפגוע בזכות – זה הדגש כאן. יש מראה נורמטיבית של זכויות וחובות וכדי לטעון שמגיע לי משהו, קודם כל צריך להגיד שהוא באמת היה לא בסדר, ואם לא חלה חובה כלפיי אי אפשר לטעון את זה. זו נקודת המוצא שלנו להבנת הצדק המתקן – הרעיון של זכות מול חובה. מול כל הפרת חובה עומדת פגיעה בזכות, ומהסיבה הזו צדק מתקן נחשב לתיאוריה של זכויות.

**מהו הרעיון של פגיעה בזכויות ומה כוחו של צדק מתקן? איפה רעיון הקורלטיביות בא לידי ביטוי**?

הרעיון של פגיעה בזכות הוא הרעיון הכי בסיסי בצדק מתקן, בלי זה אי אפשר לגשת בכלל לצדק מתקן, זו תיאוריה שמבוססת על הכרה בזכויות של אנשים. **אריסטו** התחיל את הרעיון הזה במובן הכמותי שלו – "**פלוס ומינוס**". נסביר – כל האנשים מבחינה נורמטיבית שווים, לכולם יש זכויות – שלא יפגעו בשלמות גופם, ברכוש וכו'. ברגע שפוגעים בזכות שלנו מי שפגע בה גרם לנפגע למינוס, והדרך היחידה לתקן את המינוס שאנו נמצאים בו (לתקן את המצב), היא להחזיר את המצב לקדמותו. מפני שאם צדק הוא שוויון נורמטיבי אז מצב שמישהו במינוס הוא אי צדק.

הרבה יותר קל לתפוס את הפלוס והמינוס במחשבה על דיני עשיית עושר, כי ההתעשרות נגלית לעין – אם אני העברתי למישהו כסף בטעות, אני נמצאת בחיסרון כיס של הסכום והאדם האחר נמצא בפלוס של הסכום. ברמה הבסיסית של הפלוס והמינוס זה הגיוני שאותו מישהו ישיב לי את הסכום, כדי שהצדק ישוב על כנו, בהנחה שיש הגיון נורמטיבי לדרוש ממנו להשיב לי את הכסף. אבל אנו יודעים שאריסטו מדבר על זה גם בנזיקין, כי הוא מדבר על פגיעה בזכויות, על אי שוויון נורמטיבי. במובן הזה מישהו נמצא בפלוס ומישהו נמצא במינוס. בנזיקין קשה להבין את הרעיון של הפלוס והמינוס כי קשה לראות את זה, **הדרך להבין את זה היא שהצדק המתקן עובד ברמה הנורמטיבית, הפגיעה בזכות יוצרת למישהו את המינוס, ומי שפגע נמצא בפלוס**.

אפשר להבין שני דברים:

1. מה זה אומר להשיב את המצב לקדמותו? שהתרופה צריכה להיות לפי הפלוס והמינוס, היא מקבלת את הצורה המדויקת של הפגיעה, כלומר הפיצוי צריך להיות בהתאם.
2. אנו מרוויחים מזה את הקשר המיוחד בין התובע לנתבע, ומבינים מדוע לא הגיוני שהמדינה תשלם את הפיצוי – כי יש ערך לפלוס והמינוס הזה, אנו רוצים לחזור לשוויון נורמטיבי בין כל האזרחים, ורק כשהפוגע ישיב את המצב לקדמותו נחזור למבנה הנורמטיבי. המצב הזה מאפשר להצדיק למה דווקא הפיצוי יתקבל מהפוגע ולא מהמדינה. זו המשמעות של צדק מתקן. זו התיאוריה האנליטית היחידה שמסוגלת לענות לנו על השאלה הזו, זו תיאוריה מאוד מדויקת במובן הזה.

**ארנסט וינריב** לוקח את המבנה של אריסטו ומוסיף תוכן על בסיס תיאוריות של זכויות. הוא מנסה להבין מה זה פלוס ומינוס הוא יוצק תוכן נורמטיבי, מהותני לתוך המבנה הזה ואומר שמדובר בפלוס ומינוס של זכויות. לכל אדם יש את הזכות לממש את עצמו כמו שהוא, זה הרעיון החירותני הבסיסי ביותר. לכל אדם יש זכות שלא יפריעו לו בכך, ומן הצד השני כל אדם חב כלפי אנשים אחרים שלא להפריע להם לממש את עצמם. כל דבר שיש לי עוזר לי לממש את עצמי ואם המטרה היא שלא יפריעו לי לממש את עצמי הרעיון הבסיסי הוא שלא יפגעו בשלמות הגוף שלי, בקניין וכו'. כשמישהו פוגע בשלמות הגוף שלנו זה מונע מאיתנו מימוש עצמי. למה זה חשוב? כי באותו רגע אנו מתחילים להבין איזו זכות הופרה. **כדי לתבוע נכון תרופה צריך להבין בדיוק איזו זכות נפגעה**. במשפט הפרטי, אנו מגנים על זכות שנפגעה כי פגעו לי במהות לממש את עצמי. נדגיש כי לא כל אדם שקרה לו נזק זה אומר שנפגעה לו זכות, כדי שתפגע לו זכות עליו להיות מצוי במתחם חובת הזהירות שתחול עליו (**פלסגרף**).

"**To make the plaintiff whole again**" – הרבה פעמים אומרים שהרעיון של צדק מתקן הוא להשיב את המצב לקדמותו – להביא אותנו חזרה ממצב של אי צדק לצדק. הדרך היחידה להגיע חזרה לצדק לאחר שהוא הופר, היא לשאוף למצב של שוויון נורמטיבי במובן של צדק. זה מאוד אנליטי, זה לא צדק אבסטרקטי. יש כאן מבנה ברור של איך המשפט הפרטי נראה, הכל מאוד מסודר וברור ורק כך אפשר להסביר את התרופות במשפט הפרטי. התרופה עצמה היא חלק מהמבנה של המשפט הפרטי. אם אני צריכה להשיב את המצב לקדמותו, להשיב את הצדק על כנו אז התרופה חייבת להתאים למידותיה של הפגיעה בזכות, אחרת לא אוכל להגיע לשוויון הנורמטיבי מחדש. לא תמיד זה ברור, ולפעמים בתי המשפט לא פוסקים לפי צדק מתקן.

נלביש על זה את **רעיון "המכסה והסיר"** – יש כאן שני מימדים: ממד סוג הפגיעה בזכות (שלמות הגוף, פגיעה חוזית, קניינית וכו') וממד היקף הפגיעה. הדברים האלה צריכים להיות מדויקים כדי לומר האם החלטה של ביהמ"ש מקיימת רעיון של צדק מתקן או לא.

1. **המשכיות** – רעיון זה הוא המשך טבעי למה שדיברנו עליו. התרופה היא חלק מהמשפט הפרטי במובן הזה, משום שהיא מגלמת את הזכות שנפגעה. אם מתערער שוויון נורמטיבי זה אומר שנגסו לנו בזכות, הנגיסה הזו לא אומרת שהזכות שלי נעלמה. למשל, אם מישהו גנב לי את הרכב ועכשיו אין לי רכב זה לא אומר שאין לי זכות ברכב, הזכות ממשיכה להתקיים. במובן הזה התרופה היא טרנספורמציה של הזכות עצמה. אם גנבו לי את הרכב אפשר לתבוע השבה שלו ואז נאמר שהמצב חזר לקדמותו. חשוב להבין שהתרופה היא לא דבר שמגיע מחוץ למשפט, **מבחינת הצדק המתקן התרופה מגלמת את מה שנלקח מאיתנו שממשיך לפעום גם כשהוא כבר נעלם, הזכות ממשיכה להיות**. לכן במקרה של הרכב, אנו נקבל את ערך הרכב גם אם לא את הרכב עצמו.

מבחינת הפוזיטיביסטים איך משערכים את התרופה? לפי מה שהוגן וסביר. מה שבעייתי בתיאוריה הזו הוא הרעיון האנליטי שלה. יש שם כישלון בהסבר כיצד תופרים את התרופה לפי מידותיה. **בשונה מצדק מתקן אפשר לומר שיש שם אי-המשכיות**. לפי התיאוריה הזו זה לא קיים, עדיין אין לנו רעיון אנליטי. יש מקרים שאפשר לפתור לפי התיאוריה הזו, אבל יש מקרים יוצאי דופן שאי אפשר – למשל פריט חד פעמי – כיצד משערכים? ברמה הפרקטית אפשר לפתור את זה, אפשר למצוא קירוב וכו'. אבל זה חיסרון תיאורטי במובן הזה שבניגוד לאנשי הצדק המתקן ובניגוד לכלכלנים, התיאוריה הפוזיטיבית מציעה תשובה ל-מה, אבל לא ל-איך.

**Olwell v. Ney**: אחד התיקים המוזרים, הפשוטים, כאלה שלא היינו מצפים ללמוד. עם זאת, אחד הקייסים שהכי נלמדים בהקשר של עשיית עושר ולא במשפט. זהו מקרה שהוא על קו התפר בין דיני הנזיקין לבין עשיית עושר ולא במשפט. מדובר בשני חברה שהכירו אחד את השני. לאחד היה מפעל לאריזת ביצים, והשני רכש ממנו את המפעל. הם השאירו מחוץ לחוזה ביניהם את המכונה לשטיפת ביצים. הם השאירו אותה מאוחסנת בקרבת מקום למפעל. מי שרכש את המפעל אמר לעצמו שיוציא אותה משם וישתמש בה, והוא אכן השתמש בה במשך תקופה של שלוש שנים. במקרה, מי שמכר לו את המפעל גילה שהוא השתמש בה למרות שהיא הוצאה מהחוזה. ברקע מתרחשת מלחמת העולם השנייה, ומי שרכש את המפעל נתבע על השימוש במכונה שלא הייתה חלק מהחוזה.

העניין הוא כזה – אנחנו לא מצויים בעולם חוזי כי המכונה היא לא חלק מהחוזה והוצאה ממנו במפורש. אם כן, מה הפיצוי שיש לתת לתובע? אנו שמים לב שיש פה התעשרות במובן שהנתבע הרוויח משהו, אבל מה הוא הרוויח? אחרי שהתובע גילה על שימוש הנתבע במכונה, הוא הציע לנתבע שישלם לו כסף, את שווי השימוש במכונה – 600 דולר ויקנה ממנו את המכונה ובכך יסיימו את הסיפור. בתמורה להצעה שלו הנתבע ענה לו שהוא מוכן לשלם לו פחות – 50 דולר, ומכאן נוצר הפיצוץ ביניהם.

אנו נניח שהנזק הוא אפס, כלומר נניח שיש קיזוז בלאי בין השימוש במכונה לבין זה שהמכונה הייתה יושבת ללא שימוש במשך כמה שנים ואולי לא הייתה מתפקדת יותר. האם נפגעה זכות? בעצם, גם לא בעולם החוזי וגם לא בעולם הנזיקי. אמרנו שאפשרות נוספת היא לבקש 600 דולר, בהנחה שזה שווי השימוש הראוי. אבל ביהמ"ש אפשר סעד אחר ובאותם ימים זה היה סעד מאוד יוצא דופן וזו הסיבה שזה פס"ד מוכר. ביהמ"ש קבע שבנסיבות האלה היה ראוי לעגן את הפיצוי על סך 1560 דולר. ביהמ"ש אמר את הדבר הבא – לפי הערך השוקי של שוטפי ביצים, במשך שלוש שנים נחסך מהמפעל סכום של עשרה דולר בשבוע על שטיפת ביצים, במובן הזה החיסכון בהוצאות למפעל היה 10X156= 1560 (עשרה דולר בשבוע כפול 156 שבועות בשלוש שנים). בעשיית עושר לא תמיד נמצא בעולם של פלוס, לפעמים אנו נהיה בעולם של חיסכון בהוצאות. פרט נוסף ולא מאוד חשוב הוא – היות ובית המשפט כפוף למה שביקשו הוא הפחית את הסכום ל900 דולר. נאמר באופן כללי שהתובע יכול לבחור לתבוע מתוך כמה עילות, אפשר גם לנסות לטעון לכולן, ואם ביהמ"ש יקבל את כל העילות, אז נקבל את המקסימום, אבל אי אפשר לקבל גם וגם.

**האם גובה הפיצוי שנפסק כאן הוא לפי צדק מתקן**? לפי הצדק המתקן כל תרופה צריכה להיתפר לפי מידותיה של הפגיעה בזכות. איזו זכות נפגעה כאן? שווי השימוש. מבחינת **ארנסט וינריב** פסק הדין הזה הוא טעות, כי אם שימוש לא מורשה במכונה זו הפגיעה בזכות אז על התרופה לעמוד על שווי השימוש במכונה ולהיות 600 דולר, לא פחות ולא יותר. לא הופרה הזכות לשטיפת ביצים ולא יכול להיות שהתרופה תיאמד על סמך שטיפת ביצים. אז איזה רעיון בכל זאת אפשר לחשוב עליו ולומר שהוא עמד לנגד עיני בית המשפט? **הרתעה**. לא היינו משתמשים בנכס של מישהו אחר אם לא היינו רוצים להרוויח ולכן אפשר להצדיק את פס"ד זה לפי הרעיון של הרתעה ולא לפי צדק מתקן. זו הוכחה לכך שלא רק צדק מתקן מעניין את בית המשפט, אלא גם רעיונות אחרים.

צדק מתקן וצווי מניעה:

כדי לדבר על צווי מניעה בראי הצדק המתקן, נתייחס בקצרה למאפיינים של תביעה שבמוקדה צו מניעה. מה קורה במצבים של צו מניעה? למשל, מישהו מבצע מטרד של רעש. מה התרופה במצב כזה? ראינו מקודם שהרעיון של תרופה הוא לגלם את הפגיעה ולהשיב את המצב לקדמותו, אלא שבמצבים כאלה לא נגרם שום דבר, אז איך אפשר לדבר במצבים כאלה על תרופה במשפט הפרטי?

**דוגמה – מטרד ליחיד (ס' 44 לפקנ"ז)** – אפשר לקבל פיצויים במטרד כאשר נגרם נזק והוכח שהוא נגרם. אנו נמצאים בעולם שאנו נקבל צו מניעה כי לא נגרם נזק ממוני, אבל אפשר לקבל גם פיצוי בתנאי שיש על מה, אבל אם אין על מה? איך אפשר ליישב את זה עם צדק מתקן? נאפיין מטרד יחיד לפי הדוגמה של סעיף 44 לפקודת הנזיקין:

**(א)** מטרד 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 מטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק.

מה מיוחד בזכות שנפגעת במטרד? **היא מתמשכת.** אם אפשר לומר בדרך כלל על פגיעות שיש נקודה בזמן שמשהו קורה – מישהו התרשל, מישהו גזל, ובאותו רגע אנו יודעים מה קרה ויכולים לשערך מה קרה, מה שמאפיין את הזכות הזו של מטרדים היא שהיא לא נקודה בזמן. היא פעילות מתמשכת של הנתבע, המהווה פגיעה מתמשכת לתובע. במובן הזה אפשר להסביר את הרעיון של צו מניעה בראי הצדק המתקן – אנו מוכרחים לזכור שהרעיון של צדק מתקן הוא לתפור את התרופה לפי סוג הפגיעה והיקפה. התרופה היחידה שאנו יכולים לתת במטרד היא לעצור את הפגיעה המתמשכת בזכות. נציין שניתן כמובן לתת פיצוי על נזק שהתממש וקל להסביר זאת לפי צדק מתקן, אבל הרעיון של צו מניעה הוא הרעיון המיוחד כאן, זו תרופה מסוג אחר שתקיים את הפסקת הפגיעה ותשיב את הצדק לקדמותו.

**תרגיל כיתה** – רונה לרונן: "עדיף לך לתבוע בעילה מכוח עשיית עושר מאשר בעילה נזיקית" האם ישנו תנאי שבו אמירה זו נכונה? עד 90 מילים.

**תשובה שלי**: לדעתי אמירה זו נכונה במצב בו המעוול גרם נזק לניזוק בו הוא הרוויח על חשבונו, והרווח שהוא הפיק על חשבון הניזוק גדול יותר ממה שהניזוק יקבל אם יתבע בעילה נזיקית. למשל – אם אדם הסיג גבול לביתי, מכוח עילה נזיקית אוכל לתבוע אותו על דמי שימוש ראויים ועל נזקים שגרם לי בבית, אבל אם אותו אדם השכיר את הבית והרוויח הרבה יותר כסף על השכירות, אם אתבע באותו בעילה מכוח עשיית עושר אוכל להרוויח את הסכום הגבוה הרבה יותר שהוא קיבל על השכירות.

**תשובה של מיטל**:דיני עשיית עושר מאפשרים לתבוע את התעשרותו של הנתבע. דיני נזיקין מאפשרים לתובע לדרוש פיצוי על נזקו. בנסיבות בהן ניתן לתבוע הן בעילת עשיית עושר והן בעילה נזיקית, שתי האפשרויות עומדות כחלופות אפשריות. תובע רציונלי יעדיף לתבוע בעילת עשיית עושר כאשר ההתעשרות של הנתבע עולה על שיעור הנזק שנגרם לרונן כדי לקבל פיצוי גבוה ככל האפשר.

**תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי**:

אנחנו נראה שההיגיון של הניתוח הכלכלי של המשפט שונה לחלוטין מההיגיון הפנימי של צדק מתקן, אין לו הגיון פנימי ברור. בצדק מתקן לא אכפת לנו משיקולים חברתיים, ואנחנו גם לא נחשוב על הרתעה. התפיסה הכלכלית הינה **תפיסה אינסטרומנטלית של תרופות**. כלומר, הסעד הוא מכשיר להשגת מטרה. מבחינת התיאוריה הזו לתרופות אין משמעות בפני עצמן, מה שרלוונטי הוא להשיג מטרה באמצעות התרופה, לסעדים יש מטרה.

אנו נראה פה הרבה את המושג "יעילות", אבל הרעיון הוא לא רק יעילות, אלא גם "מקסום רווחה מצרפית". מבחינתנו אנו נתייחס אליהם כאל אותו דבר.

כל הרעיון הזה של לגרום לאנשים לפעול בצורה יעילה הוא רעיון שהתפתח במקור על ידי ה**פילוסוף בנתהאם**. הוא תיאר את בני האדם כיצורים הנשלטים על ידי כוחות של הנאה וסבל – אנחנו רוצים יותר הנאה ופחות סבל. כלכלנים בסופו של דבר, סביב המחצית השנייה של המאה ה19, לוקחים את הרעיון הזה של בנתהאם אל תורת הכלכלה ומתחילים לדבר על היחידות האלה שרוצים למקסם. הם כבר לא מדברים על יחידות של אושר, עליהן דיבר בנתהאם, אלא על יחידות של עושר. לאט לאט מתחילים לדבר במונחים רחבים יותר של רווחה.

חשוב לציין כי מה שאנו רוצים למקסם לא תמיד אפשר לכמת, כלומר, תועלת לא תמיד יכולה להיספר בכסף. כמו כן, לא מעניין אותנו רק התובע והנתבע, אנחנו רוצים למקסם את הרווחה המצרפית. **לכן, אם שני אנשים ממקסמים ביניהם את הרווחה המצרפית זה אומר שסך הכל יהיה בכל החברה יותר** – זו הסיבה היחידה שהתובע והנתבע בכלל מעניינים אותי, לא אכפת לי מהם באופן אישי בניתוח הכלכלי של המשפט.

דיני חוזים: כאשר אנו מבינים שמה שמעניין תחת התיאוריה הזו הוא מקסום רווחה מצרפית (שיהיה לנו יותר, כמו למשל יותר כסף), אז יותר קל לנו להבין את הרציונל של דיני החוזים. איך אפשר להסביר את מקסום הרווחה המצרפית על ידי דיני החוזים? **החוזה מבטיח לי להיות במצב יותר טוב ממה שהייתי מקודם**. אם לי יש סוס ולאדם אחר יש פרה, ואותו אדם רוצה להחליף בינינו, סימן שהסוס שלי יותר שווה מבחינתו יותר מאשר הפרה שהוא מחזיק בה, מבחינתו הוא משפר את מצבו אם הוא משלם לי ולוקח ממני את הסוס. אם העוגה של שנינו גדולה כי כל אחד מחזיק במשהו שהוא יותר שווה לו, אז כמובן שגם הגדלנו את העוגה המצרפית ועכשיו אנחנו נמצאים במצב טוב יותר.

דיני נזיקין: דיני נזיקין הם מצב שבו משהו רע קורה בעולם. איך בדיני נזיקין ניתן להביא לרווחה מצרפית? דיני נזיקין שמים אותנו במצב לא טוב, הם עצמם עוסקים במצבים בהם העוגה המצרפית שלי נאכלת. **הדבר היחיד שאני יכולה לעשות כדי למקסם את הרווחה המצרפית היא לגרום לביסים האלה להיות כמה שיותר קטנים, למזער את סך הכל העלויות של הנזק ושל ההוצאות למניעת הנזק**. כלומר, אם אני באמת יעילה, וזו גם ההנחה של אנשי הכלכלה של המשפט, העיקרון הוא למזער את סך כל עלויות הנזק ועלויות מניעתו.

הרעיון של הניתוח הכלכלי של המשפט הוא **רעיון תוצאתני**. אנו רוצים לגרום לאנשים לפעול כמו שהיינו רוצים שהם יפעלו, למזער את הנזקים, אז אנו נרתיע אותם ובצורה הזו אנו נראה איך דיני הנזיקין מצליחים להביא אותנו למצב יעיל יותר.

ההבחנה בין דיני החוזים לדיני נזיקין: נערוך את ההבחנה ע"י דוגמה – אפשר לחשוב על משפחה שיכולה למקסם את הרווחה המצרפית שלה באמצעות גיוס של עוד ועוד כסף או לחלופין על ידי צמצום בהוצאות. זו ההבחנה בין דיני חוזים לדיני נזיקין. בהינתן שאנחנו בעולם רע, שיש בו חוסר, אני נמצאת בעולם של הוצאות, לא יוסיפו לי. בשונה מהמצב בדיני חוזים, בדיני נזיקין העוגה שלי לא תגדל, אני רק רוצה לצמצם את ההפסדים ולדאוג שיאכלו לי מהעוגה כמה שפחות.

**נבחן שלושה מצבים עיקריים של תרופות בדיני הנזיקין**:

1. **פיצויים במצב של רשלנות**

נדגים את ההיגיון באמצעות שני כללים בסיסיים:

1. **נוסחת הנד**
2. **מונע הנזק הזול**
3. **נוסחת הנד**: מישהו מתרשל בראייה כלכלית כאשר לא מנע את הנזק למרות ש PL>B. הדגמה – אילנית גרמה לתאונה שעלות הנזק הצפוי שלה הייתה 10. האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? כיצד מצמצים את ההפסד החברתי שנגרם מהתאונה הזו? אנו יודעים שהנזק הצפוי הוא 10, כדי לצמצם את ההפסד החברתי שייגרם מהתאונה הזו, נותנים לי את ההיגיון של נוסחת הנד.

**נוסחת הנד: PL>B**

**B** – עלות המניעה של הנזק

**L** – הנזק

**P** – הסיכוי להתממשות הנזק

**PL** – תוחלת הנזק

**כאשר עלות המניעה נמוכה מתוחלת הנזק, נרצה שהמזיק הפוטנציאלי ינסה למנוע את הנזק, כי כך נפסיד פחות באופן מצרפי, מאשר אם יתממש הנזק**.

במקרה שלנו – אני רוצה שאילנית תמנע את הנזק של ה10, רק אם עלות המניעה תהיה פחות מ10. איך אגרום לה לעשות את זה? אני אגיד לה שאם היא יכולה למנוע את הנזק בפחות מ10, למשל ב8, היא חייבת למנוע אותו, כי אם לא תמנע אני אגיד שהיא רשלנית ועליה לפצות. אם היא תצטרך לפצות היא תצטרך להוציא 10, ולכן עדיף לה להשקיע באמצעי מניעה שעולים למשל 5 במקום תוחלת הנזק שתעלה לה 10. במילים אחרות, אילנית יודעת שיבדקו את הרשלנות שלה לפי נוסחת הנד ולכן היא אומרת לעצמה שאם הנזק הצפוי הוא 10, שווה לה להשקיע 5 ולמנוע אותו. בצורה הזו גרמנו לאילנית לגרום לכולנו שיהיה לנו יעיל יותר – במקום שיאכלו לנו 10 מהעוגה המצרפית שלנו, אוכלים לנו רק 5. לעומת זאת, אם אמצעי המניעה שלה היו עולים 11, לא נטיל עליה אחריות ברשלנות, כי ההשקעה גדולה מתוחלת הנזק, ולכן היא לא תשקיע 11 כדי למנוע נזק של 10. לפיכך, דרך נוסחת לרנד הנד אנו גורמים לאנשים להשקיע נכון במניעת נזקים.

הרתעה: הרתעה היא איך אני רוצה שאנשים יחשבו לפני שהם מתחילים להתנהג, אז אם אילנית נוסעת ברחוב ויודעת שהיא חושפת אנשים לנזק של 10, אני רוצה שהיא תגיד לעצמה להתקין אמצעי מניעה כדי למנוע נזק, וזה מה שנקרא הרתעה יעילה. הרעיון הוא למנוע מראש, לגרום לאנשים שיודעים שתוטל עליהם אחריות להתמקד בנוסחה הזו של המלכתחילה. ההנחה הכלכלית היא שאם אנו גורמים להם מראש להתנהג בצורה יעילה, הם ישקיעו בהתאם לתוחלת הנזק.

\*יש לציין שבארץ קיימת אחריות מוחלטת לגבי נזקי גוף בתאונות דרכים, מדובר בהמחשה פשוטה להדגמת הרעיון של נוסחת הנד.

1. **מונע הנזק הזול**: נטיל אחריות על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר.

דוגמה פשוטה לשילוב בין נוסחת הנד לרעיון מונע הנזק הזול:

ישנן שתי חלקות סמוכות. באחת חקלאי מגדל תירס, בשנייה אדם מגדל צאן. מידי פעם צאן עובר לשדה ופוגע ביבול התירס. תוחלת הנזק לשדה התירס – 10. האם נרצה להטיל אחריות על מגדל הצאן על הנזק שנגרם לפי נוסחת הנד? אנו נניח שבעל הצאן יכול לשכור רועה צאן ולשלם לו 8 כדי למנוע את הנזק. **לפי נוסחת הנד, ועל פי נתוני השאלה אין ספק שזה רשלני לא למנוע את הנזק – 10>8.**

נוסיף נתון, לפיו, מגדל התירס יכול למנוע את הנזק בעלות של 6, למשל בניית גדר. לפי לרנד הנד אנו נרצה להטיל אחריות ברשלנות על מגדל הצאן, אבל עכשיו הוספנו נתון, שמגדל התירס עצמו יכול בקלות ובזול לבנות גדר ולמנוע את הנזק של ה10 באמצעות 6. המטרה שלנו בנזיקין היא להקטין את העוגה כמה שפחות, ולכן אנו נרצה שמגדל התירס יפעל. זה הרעיון – **במקרה כזה, בהינתן וודאות המידע הזה, בו מגדל הצאן ומגדל התירס יודעים מה עלות מניעת התאונה, אנו רוצים שמגדל התירס, שהוא מונע הנזק הזול יוציא את ה6 כדי למנוע נזק של 10**. אם הוא לא יעשה זאת, אנו לא נטיל אחריות ברשלנות על מגדל הצאן, עלויות הנזק יושתו על מגדל התירס. זהו רעיון השילוב של נוסחת הנד יחד עם מונע הנזק הזול.

שוקל הנזק הטוב:

העולם הוא קצת פחות ממושלם, והרבה פעמים אי אפשר בדיוק לדעת מי נמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את הנזק, ואנו בכל מקרה מבררים את עניין הרשלנות בדיעבד. **קלברזי והירשקופף** אימצו מודל שלא אומץ בפסיקה באופן רשמי (בניגוד למונע הנזק הזול). לפיהם, כדי למנוע את חיפוש מונע הנזק הזול, דבר שיצור הרבה עלויות אדמיניסטרציה, נבדוק מיהו שוקל הנזק הטוב ביותר. **הרעיון הוא לנסות להבין מי הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר כדי לשקול בעצמו איך להפחית את העלויות ויכול לפעול על סמך שקילתו**. שוקל הנזק הטוב מוגדר ככזה על סמך תכונותיו (למשל, בנקים במקרים מסוימים – מוטלת עליהם חובת זהירות מאוד רחבה כי הם נתפסים כצד שקל לו יותר להבין מי יכול היה למנוע את הנזק, הוא יוכל להתריע מראש לאנשים על פעולות שביצעו בחשבון הבנק וכדומה). גם כאן לא תמיד קל לזהות מיהו שוקל הנזק הטוב, ולכן אנו נשתמש בכלי הזה בעיקר כשמדברים על קטגוריות (כמו בנקים/ יצרנים/ גורמים חזקים אחרים), משום שבמצב הזה קל יותר לזהות מי שוקל הנזק הטוב.

**הקושי** – אם בנקים יודעים שהם תמיד שוקל הנזק הטוב ביותר, מה יכול לקרות? למה אנחנו גורמים בכך שאנחנו רוצים שהם יזהרו מאוד? יכול להיות ששוקל הנזק הטוב עשה ככל יכולתו להיות זהיר, והצד השני, מתנהג באופן לא זהיר רבתי. כלומר, אנחנו לא רוצים ליצור מצב שאנשים יתנהגו בצורה שהיא רשלנות רבתית, במצב כזה, אני יודעת שאם יש אחריות יצרן, אני יכולה להשתמש במוצר בצורה מאוד רשלנית, ואז אני אלך לדרוש פיצוי כי יש אחריות מוחלטת. בעצם מעודדים אותי, הצרכנית להתנהג בצורה לא יעילה. המשמעות היא עידוד נזקים שלא צריכים לקרות בעולם. אנחנו גם לא רוצים ליצור מצב שבו אחריות מוחלטת תגרום לאנשים להתנהג בצורה שהיא רבתית רשלנית, אנחנו כן רוצים לעודד מצב בו שוקל הנזק הטוב ביותר יפעל בצורה נכונה ויעודד, יזהיר וכדומה, אבל מאותו רגע אנחנו כבר צריכים לחשוב האם אנחנו רוצים להמשיך להטיל אחריות על היצרן גם אם הצרכן השתמש במוצר בצורה מסוכנת. במצבים כאלה, אחריות יצרן היא מותנית, יש החרגה, למרות שאחריות יצרן היא מוחלטת, במצבים של רשלנות רבתית, אנחנו מאפשרים ליצרן להיות פטור מהצורך לפצות – **ס' 4 לחוק מוצרים פגומים**.

1. **פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת/ מוחלטת**

אחריות מוגברת ומוחלטת מבחינתנו הן כאחד. אנחנו נבחן איך הטלת אחריות ברשלנות מול מצבים של אחריות מוגברת/ מוחלטת גורמת לנו להתנהג בצורה יעילה.

**כלל של רשלנות** – פוטר את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק.

**כללים של אחריות חמורה/ מוחלטת** – לפיהם, המזיק מפצה על הנזק שגרם בכל מקרה. לא משנה אם מנעתי את הנזק או לא, בכל מקרה אשלם פיצויים.

דוגמה 1 להבדל בין סוגי האחריויות:

מישהו יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100.

**האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל רשלנות**? כן.

**האם סביר שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוחלטת**? האדם יודע שבכל מקרה תוטל עליו אחריות על תוחלת נזק של 100, האם שווה לו יותר לשלם 90 ולמנוע את הנזק הזה, או לחכות שהנזק יקרה ולשלם 100? ההנחה שלנו היא שבעלות 90 אנחנו יכולים למנוע מעצמינו לשלם 100. במובן הזה גם כלל של אחריות מוחלטת גורם לי לפעול בצורה יעילה – אם אני יודעת שתוחלת הנזק היא 100, עדיין שווה לי להוציא 90 כדי למנוע מעצמי להוציא 100.

בעצם, **בכל מקרה, תחת שני הכללים הללו אני אתנהג בצורה יעילה.** אני אשקיע 90 כדי למנוע נזק בתוחלת של 100, כי אני רוצה שיהיה לי פחות חסרון כיס. גם כלל של רשלנות וגם כלל של אחריות מוגברת הובילו אותנו לאותה תוצאה. במקרה הזה, אם אותו אדם מנע את הנזק ושילם 90, הוא לא ישלם פיצויים בשני המקרים.

דוגמה 2 – שינוי במידת עלות המניעה לעומת עלות המניעה הקודמת:

אותו אדם יכול להשקיע 150 כדי למנוע תוחלת נזק של 100.

**האם סביר להניח שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של רשלנות**? לא.

**האם סביר שישקיע במניעת הנזק תחת כלל של אחריות מוחלטת**? לא. כי אני רואה לנגד עיני אך ורק תוחלת נזק של 100, אני לא אוציא 150 מהכיס תחת תוחלת נזק של 100, זה לא יהיה רציונלי.

גם פה, אנחנו בעולם יעיל, אנחנו נתנהג בצורה יעילה, אנו לא נשקיע יותר כדי למנוע נזק יותר קטן בעלויות המניעה. בשני המצבים האלה אדם רציונלי לא ישקיע 150 כדי למנוע תוחלת נזק של 100.

אם כך, אז מה בעצם ההבדל בין כלל של רשלנות לבין כלל של אחריות מוחלטת? כדי להסביר את ההבדל, נראה זאת באמצעות דוגמה של **פוזנר** – דוגמה של רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע, ובכל פעם שהיא נוסעת בדרך שלה, היא עוברת ליד חווה, ומידי פעם יוצאים גיצים שגורמים לשריפות בחווה. נתון שטכנולוגית הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק בכלל (לפיכך היא לא רשלנית).

**תחת כלל של רשלנות** – האם תוטל על הרכבת אחריות לפצות את בעל החווה אם הגיצים יגרמו לנזק בחווה? לא, כי הרכבת עשתה כל מה שיכלה כדי למנוע, וטכנולוגית לא יכלה למנוע.

**לעומת זאת, תחת כלל של אחריות מוגברת** – האם תוטל על הרכבת אחריות לפצות את בעל החווה אם הגיצים יגרמו לנזק בחווה? התשובה היא כן, משום שמדובר בכלל של אחריות מוגברת, ולכן היא עשויה להפחית מפעילותה – הרכבת תצטרך תמיד לשלם ואין לה דרך להשקיע באמצעי מניעה, ולכן אולי היא תעדיף לנסוע פחות, למשל במקום 3 פעמים, תפחית לפעמיים.

תחת כלל של רשלנות שבו החוואי יודע שלרכבת אין מה לעשות, כי היא לא רשלנית, והיא לא תפצה אותו, מה החוואי אולי יעשה? אולי יהיה לו שווה להקים גדר. כלל של רשלנות משפיע על רמת הפעילות של הניזוק (החוואי), וכלל של אחריות מוחלטת גורם לרכבת לחשוב על רמת הפעילות שלה – המזיק. מה זה אומר? שאם החוואי כן יכול למנוע את הנזק, אבל יודע שהוא יקבל את הפיצוי בכל מקרה תחת כלל של אחריות מוגבלת, לא בטוח שהוא יעשה משהו בכלל. לכן, אנו רוצים להחריג בכל זאת מצבים מסוימים.

ביקורת על אחריות מוגברת: במידה ואנו יודעים שהניזוק נמצא במצב של רשלנות בוטה, שווה לחרוג ולחשוב על כללים רכים יותר. אנו לא נטיל אחריות בצורה מוחלטת, אלא נשדר לניזוק שבמצב שבו הוא יכול למנוע את הנזק בצורה יעילה כדאי לו לעשות את זה. אחריות מוגברת יכולה לגרום לניזוקים להתנהג בצורה שהיא מאוד לא יעילה, כי הם יודעים שהם יפוצו בכל מקרה וזה מחזיר אותנו לדוגמה של היצרן ממקודם, לכן אנו נרצה להחריג.

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

**עלויות עסקה:**

התיאורמה של **coase**: ישנם חקלאי ובוקר. הבוקר מגדל פרות (200 יח' תועלת), החקלאי מגדל עגבניות (80 יח' תועלת). אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה החקלאי – חיסול של 80. נתון שאפשר למנוע את הנזק על ידי הקמת גדר – לחקלאי הגדר תעלה 60 ולבוקר 100.

1. **אין כלל משפטי** – נניח שאין שום כלל משפטי בעולם הזה, אבל אנו מצויים בעולם של וודאות – שני הצדדים יודעים הכל מבחינת עלויות וכו'. מה יקרה ללא כלל משפטי בעולם? החקלאי היה מקים את הגדר כי הנזק נגרם לו, ולכן שווה לו לשלם 60 ולהקים את הגדר.
2. **צו מניעה** – נניח שיש משפט בעולם, והכלל המשפטי החל בו הוא צו מניעה – הבוקר יכול לגדל את העדר אך ורק אם הוא לא מחצין נזקים כלפי החקלאי. הוא חייב להתאים גדר כדי שהוא ימנע את הנזק, אחרת הוא לא יכול לפעול. לבוקר כדאי לשלם 100, כי אחרת מונעים ממנו יח' תועלת של 200, כי הוא לא יוכל לגדל את העדר שלו. בפועל, הבוקר יציע לחקלאי עסקה – שהחקלאי יבנה את הגדר, והוא ישלם לו קצת יותר ממה שהיה עולה לו, אבל ככל הנראה הסיפור יתכנס לשם, לכיוון עלות גדר של 60.
3. **רגולציה שתחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו** – אם יש חקיקה שאומרת לחקלאי אתה יכול בעצם להמשיך לפעול בעולם, אבל אתה צריך לגדר את השטח שלך אם אתה רוצה לעשות זאת, אז ברור שהחקלאי ישלם 60 לגדר.
4. **פיצוי (הבוקר יכול לגדל את העדר, אבל צריך לפצות אם נגרם הנזק)** – מה יקרה אם אומרים לבוקר אתה יכול לגדל את העדר שלך, אבל אם יקרה נזק אתה תצטרך לפצות את החקלאי? במקרה הזה מה יעשה הבוקר? יעדיף לשלם 80 על הנזק המקסימלי שיכול להגרם לחקלאי מאשר להקים גדר שעולה 100. אבל גם כאן, בפועל, הבוקר יציע לחקלאי עסקה.

**בעצם כללי המשפט הובילו אותנו לאותו מצב שבו בהיעדר עלויות עסקה החקלאי בסוף יקים את הגדר. כי הצדדים תמיד פועלים בצורה אופטימלית בהתאם למידע מלא.**

עלויות עסקה והשפעתן על התרופה:

ישנו מאמר של **קלברזי ומלמד** שאומר שהעולם לא מושלם. המאמר נותן דוגמה: נניח מצב של 10 מזהמים ו1000 מזדהמים (שיש להם זכות וטו לבקש צו מניעה מביהמ"ש). נניח שיעיל לזהם, למשל התועלת מזיהום עומדת על M20 והנזק מהזיהום עומד על M10. קלברזי ומלמד בעצם נותנים כנתון שתי אפשרויות – או שתקרה עסקה או שלא תקרה עסקה.

**האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים**? המזהמים יכולים לשלם את מלוא הפיצוי למזדהמים, כי הם מרוויחים יותר מאשר הנזק שזה מחולל. אנחנו רוצים שתהיה עסקה בין הצדדים, כי יותר שווה לנו שהם ימשיכו לזהם – יש יותר תועלת מנזק. על פניו זה אומר ששווה למזהמים לבוא ולהציע קצת יותר מעשרה מיליון למזדהמים. כי המזהמים רוצים לפצות את המזדהמים, הם רוצים להמשיך לייצר, גם העולם רוצה שהם ימשיכו לזהם כי זה דבר יעיל יותר מבחינה כלכלית.

**אולם, יכול להיות שלא תהיה עסקה** –

* אם נסתכל על **המזהמים**, יכול להיות שמזהם קטן באזור יגיד אני לא אלך לפצות, אלא אחכה שמזהם גדול ממני יפצה וכך אחסוך לעצמי את העלויות הללו, זה נקרא בעיית הטרמפיסט – מזהם קטן תופס טרמפ על הפיצוי של המזהמים האחרים.
* אם נסתכל על **המזדהמים**, אם כל אחד יודע שיש לו יכולת ללכת ולהוציא צו מניעה, אז לכל אחד מהמזדהמים יש הרבה כוח ביד, כל אחד מהם יכול לגרום למפעלים להפסיק לעבוד, אז מה הוא ינסה לעשות כתוצאה מזה? לבקש פיצוי גדול הרבה יותר. אם כל אחד מהם יעשה את זה, זה נקרא בעיית הסחטן – במצב כזה, העסקה היעילה לא תקרה, ויש פגיעה ברווחה המצרפית.

נציג טבלה, אותה כרגע נתאר בלבד: הטבלה הזו מתארת 6 כללים שנמצאים במאמר של **קלברזי ומלמד**. אנחנו ובאופן כללי, בכלל בכתיבה המשפטית, משחקים עם כללים 1, ו-2.

* העמודה הימנית היא **מספור הכללים**.
* העמודה האמצעית היא **זכאות** – למי יש את הזכות (לא במובן של פגיעה בזכות) ללכת לביהמ"ש ולבקשה הגנה, לבקש סעד – האם זה המזדהם או המזהם.
* העמודה השלישית היא **כלל ההגנה** – איזה כלל יעמוד לרשות האדם או התאגיד שהולך לביהמ"ש. פה קלברזי ומלמד מציעים לנו שני כללים עיקריים – כלל קנייני, וכלל אחריות. אולם נשים לב כי יש גם כללי אי עבירות.

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

נסביר את הכללים:

**כלל 1**  – למזדהם יש את הזכאות ללכת לביהמ"ש ולהגיד אני רוצה שהמזהם יפסיק לזהם, יש לי את הזכות, את השליטה, בזה שלא יזהמו את האויר שלי. אם מישהו מזהם את האויר שלי אני רוצה סעד, שהוא כלל קנייני, זו ההגנה הכי חזקה שיש, היא הגנה מסוג וטו, צו מניעה. המשמעות היא שאם לאדם יש את הזכות ללכת לביהמ"ש ולהגיד תפסיקו לזהם, ביהמ"ש ייתן את ההגנה החזקה ביותר. בלי ההסכמה של המזדהם, אי אפשר לזהם.

**כלל 2** – המזדהם יכול ללכת לביהמ"ש, אבל כל מה שהוא יכול לבקש אם המזהם זיהם הוא פיצוי בדיעבד. זה הרעיון של "המזהם משלם". זה אומר שלמזדהם יש את הזכות ללכת לביהמ"ש ולטעון שהופרה לו הזכות אבל הוא לא יכול למנוע מהמזהם לזהם, אלא רק לקבל פיצוי.

**כלל 3** – למזהם עצמו יש את האפשרות להגיד למזדהם – אי אפשר לעצור אותי מלזהם, הוא בעצם מונע מהמזדהם את האפשרות לפגוע לו ביכולת להמשיך ולזהם את האויר. מתי דבר כזה יכול לקרות? כשהמזהם פועל בתוך התקנות, בתוך הרגולציה.

**כלל 4** – למזהם יש אפשרות ללכת לביהמ"ש. בדיוק לקראת פרסום המאמר של קלברזי ומלמד, היה קייס של חווה לפיטום אווזים. באותו עניין המזהם עצמו בעצם בא לביהמ"ש ואמר אי אפשר למנוע ממני להמשיך לזהם, אפשר למנוע ממני רק אם ישלמו לי פיצוי. לא המזדהם מבקש פיצוי, אלא המזהם. המזהם יכול לומר – אתה יכול לעצור אותי מלזהם, אבל אתה צריך לשלם לי פיצוי, למשל על עלויות המעבר של המפעל למקום אחר, או על התקנת מכשור כדי למזער נזקים. זה דבר מאוד מעניין ויוצא דופן.

**כלל 5** – מאוד יוצא דופן. כלל אי עבירות הוא מאוד פטרוני, ההגנה של המשפט כל כך מוחלטת שאתם בכלל לא יכולים לעשות עסקה, גם אם אתם רוצים ומסכימים. כלומר, המזדהם לא יכול לעשות עסקה בשום פנים ואופן. למשל, אדם לא יכול לעשות עסקה למכור את אבריו, או למכור את עצמו לעבדות, קלברזי ומלמד יקראו לזה אי עבירות (נציין שזה כלל פחות רלוונטי לדוגמה של זיהום אויר).

**כלל 6** – גם הוא מאוד יוצא דופן. המזהם יכול לבוא ולומר – אתם לא יכולים למנוע ממני לזהם, ואפילו אם אני רוצה לתת לכם למנוע ממני אני לא יכול. למשל, מפעל לייצור קרינה רדיואקטיבית שאסור לו להפסיק לעבוד/ ייצור כור גרעיני, גם אם יסכים אי אפשר, המדינה לא תאפשר זאת.

עכשיו, אחרי שהכרנו את הכללים, נבין מתי מיישמים אותם, אנו נתמקד בעיקר בכללים 1,2 שהם הנפיצים יותר:

**כלל 1** – מתי צריך לתת הגנה של כלל קנייני? אנחנו נבחר בכלל 1, שהמשמעות שלו היא הגנה חזקה של צו מניעה, **כשעלויות העסקה נמוכות**. עלויות העסקה נמוכות בד"כ כשיש רק שני צדדים. יהיה להם קל לדבר אחד עם השני ולהגיע לעסקה. זאת לעומת מצב בו עלויות העסקה יהיו גבוהות יותר כשיש הרבה צדדים, כפי שראינו בדוגמה של המזהמים. אם עלויות העסקה שלי היו מאוד נמוכות, נניח אפס, אנחנו נמצאים במצב של **coase**, שבו בעולם בלי עלויות עסקה הצדדים צריכים להגיע לעסקה אם היא יעילה. אם עלויות העסקה נמוכות זה אומר שתי אפשרויות:

1. **העסקה לא יעילה מלכתחילה**, כי אחרת היא הייתה קורית.
2. **אני רציתי לכפות על הצד השני לעשות איתי עסקה, ולכן המשפט ייתן צו מניעה.** אנחנו רוצים להרתיע מפני התנהגות כזו ולכן ניתן צו מניעה, שזה הסעד הכי חזק שיש שירתיע מפני להתנהג ככה.

**כלל 2** – כאשר **עלויות העסקה מאוד גבוהות**, ביהמ"ש צריך לעצור ולומר את הדבר הבא – יכול להיות שהעסקה יעילה והסיבה היחידה שהיא לא התבצעה היא בגלל העלויות הגבוהות שלה. האינדיקציה שיש לנו לכך היא ריבוי צדדים, זו דוגמה קלאסית למצב שיש לו פוטנציאל לעלויות עסקה מאוד גבוהות. במצב כזה ביהמ"ש צריך לעצור ולהניח שהכלל הנכון פה יהיה פיצוי בדיעבד. כי אם אני יודעת שזה הכלל המשפטי, של פיצוי בדיעבד, אני מבינה שאני לא יכולה להתנהג בסחטנות, כי אם אני אתנהג בסחטנות ביהמ"ש ייתן לי רק פיצוי לפי שווי הנכסים שלי. ברגע שהתנהגתי בסחטנות, בזבזתי כסף ולכן אמנע מלהתנהג בדרך כזו, כי אם אהיה סחטנית, כלל ההגנה שיחול עליי הוא כלל אחריות, אני אקבל רק פיצוי ולא את ההגנה החזקה של כלל קנייני.

**אתא נ' שוורץ**: מטרד של רעש לבעל הבית הסמוך למפעל, שנבע ממחסני הקירור של אותו מפעל. שוורץ דרש צו מניעה, שניתן ע"י שמגר. בהמשך הפרשה – **שוורץ נ' משרד האוצר**: פקודת הקרקעות מאפשרת לשר האוצר אם הוכח שיש צורך חיוני לציבור במקרקעין, לאפשר להפקיע אותם עבור גורם שמבקש לעשות זאת. ה**ש' שמגר** רמז באתא נ' שוורץ למפעל, שאם המצב כל כך גרוע והם צריכים להמשיך לפעול, אז יש פרוצדורה מנהלית לעשות את זה – תבקשו משר האוצר להפעיל את הכוח שלו מפקודת הקרקעות ולאפשר לכם להפקיע את המקרקעין של שוורץ ושישלמו לו תמורת ההפקעה. במובנים רבים מדובר בפיצוי. זה אכן מה שהמפעל עושה. בסופו של דבר כן הייתה פשרה, בשקט בשקט שוורץ קיבל סכום יותר גבוה משווי הנכס שלו.

מה שחשוב לדעת לעניין של קלברזי ומלמד: יש פה עסקה שהיא עסקה רווחית, המפעל עצמו מאוד רווחי – לעצמו, למדינה, לאנשים. אין סיבה שהעסקה לא תקרה. אבל, זה לא רק שוורץ שאומר שיש לו וטו לבקש צו מניעה, יש עוד שכנים מסביב למפעל. שוורץ הולך ומבקש יותר מכפול מערך הדירה שלו. בא המפעל וממש אומר את זה – אם אשלם ככה לשוורץ, אצטרך לשלם כך לכל השכנים ואפשוט רגל. אנחנו רואים איך הסחטנות במקרה הזה ממש מתלבשת על הדוגמה של קלברזי ומלמד במאמר. אם כל אחד יבקש קצת יותר מכפול מערך הדירה זו כבר לא עסקה כדאית עבור המפעל, למרות שמבחינת המספרים היא כן.

**מתיאוריה לפרקטיקה – הקשר ביניהן**

עד כה דיברנו על החלוקה הגיאוגרפית של המשפט הפרטי, הדגמנו חפיפה של כללים בתחילת הקורס, ודיברנו על חשיבות התיאוריה – המישור הרעיוני והנורמטיבי של המשפט.

עכשיו נעבור לצעד הבא – אנחנו חוצים את הגבולות הרגילים שעסקנו בהם עד היום, ומדברים על מצבים מורכבים, מצבי גבול שנמצאים בין דינים. אנו ננסה להבין מה צריכה להיות התרופה במצבי גבול כאלה, ולשם כך נצטרך לזהות את האינטרס שנפגע ועליו נרצה להגן. הרעיונות שרכשנו יעזרו לנו לפתור אותם בצורה תבונתית.

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**:

דיברנו על כך שיש קשר בין קניין לנזיקין – דיני הנזיקין פותחו בין היתר כדי להגן על הקניין. אולם, יש גם אינטרסים לא קנייניים עליהם דיני הנזיקין מגנים. למשל, נזק לא ממוני (נפשי), ונזק שלמות הגוף. יחד עם זאת, ברור לנו שיש קשר בין דיני נזיקין לבין דיני קניין – הסגת גבול, עוולת הגזל וכדומה.

אנו ננסה להשתמש בכלים שלמדנו אצל **קלברזי ומלמד** כדי לעשות מהלך פרשני, להבין מה ביהמ"ש עושה. אנו צריכים להבין שההגנות של קלברזי ומלמד – כלל קנייני וכלל אחריות, מתמקדות בסופו של דבר בשאלה – כשיש עסקה שלא התממשה, ומישהו בא ומעדכן את ביהמ"ש שהוא רוצה סעד, האם מדובר בסעד שמצריך הסכמה מראש או לא? אפשר לומר במובן הזה, שזה לא קניין במובן של דיני קניין. הרעיון שלהם הוא שכלל קניין הוא מעצם השם שלו, מאפשר הגנה חזקה על זכאות, הסכמה, שליטה. לעומתו, כלל אחריות הוא כלל שנותן לנו הגבלה חלשה יותר לזכאות.

מסקנה אפשרית מהחלוקה הזו בין דיני קניין לבין דיני נזיקין: בדיני קניין ההגנה על זכות היא חזקה ונעשית באמצעות דרישה להסכמה. לעומת זאת, בנזיקין, אפשר להניח שבדרך כלל ההגנה תהיה באמצעות פיצויים בדיעבד. אם נחשוב על כך, בנזיקין זה באמת נכון, אנחנו נמצאים בעולם אחר מבדיני קניין – בעולם של קניין שדורש הסכמה, אנו מדברים על הרעיון שאנו רוצים להגן על השליטה של בעל הזכאות והאינטרס שלו. לעומת זאת, פיצוי בדיעבד מגן על **שווי האינטרס** של הבן אדם בלבד.

למה צריך את החלוקה הזו בין דיני הקניין לבין דיני הנזיקין? בדיני נזיקין אנו לא נמצאים בעולם של הסכמה מלכתחילה, כי ההתקשרות היא לא רצונית. דיני נזיקין אלו עדיין דיני חיובים, ההבדל היחיד ביניהם לבין דיני חוזים, הוא שזו עסקה שנכפתה על שני הצדדים, אף אחד לא רוצה אותה, בניגוד לדיני חוזים שם נכנסים לעסקה מרצון.

**Vincent v. lake Erie**: אדם שהייתה לו סירה בבעלותו, שט במימי lake Erie. התחילה סערה חזקה ומסוכנת מאוד, והיה מאוד ברור לו שאם הוא לא קושר את הסירה שלו למזח שלידו, לא תהיה סירה. בעצם, עמדו לרשותו שתי אפשרויות: **(1)** לקשור את הסירה ולהציל אותה. **(2)** לאבד את הסירה. הוא בחר לעגון את הסירה במזח. מרוב שהסערה הייתה קשה, המזח נשבר ונגרם לו נזק מאוד רציני, אבל הסירה ניצלה.

זה פס"ד מאוד מפורסם כי הוא מעלה שאלות מאוד מעניינות על הקשר שבין קניין לבין דיני נזיקין – קניינית, אין ספק שהמזח שייך לבעל המזח. המשמעות היא שבעל הסירה היה צריך לבקש רשות שימוש במזח מבעל הקניין. אבל, הוא היה צריך לקבל החלטה מהירה כי הוא נקלע לסערה ולא יכול היה לבקש רשות.

מה צריכה להיות ההגנה כלפי בעל קניין בנסיבות כאלה? זו שאלה מאוד מורכבת. אין פה חוזה, יש פה שני צדדים שנכנסו באופן בלתי רצוני לסיטואציה הזו. בעצם, יש שתי אפשרויות:

1. להגיד בצורה פשטנית שמישהו פלש לקניין של אחר, ולכן אם אנחנו רוצים להגן על הזכות של בעל המזח, אפשר לומר **שבעל הסירה הוא מעוול**, הוא השתמש ברכוש של אחר כדי להקטין את הנזק של עצמו, ולכן בגלל שהוא מעוול **עליו לפצות**.
2. אולי לא צריך להגן על בעל הזכות במזח, אולי בנסיבות חירום כאלה, אין צורך בהסכמה ולכן **בעל הסירה אינו מעוול**. אם אין עוולה, **אין צורך לפצות** את בעל המזח.

**דעת המיעוט**: אין עוולה. המיעוט סבר שמדובר במקרה של נסיבות חירום ואי אפשר להגיד שהיה פה אשם במובן הנזיקי, לכן גם לא צריכה להיות תרופה.

**דעת הרוב**: דעת הרוב אמרה דבר נורא מוזר – מצד אחד, מותר לבעל הספינה לקשור אותה למזח ללא קבלת הסכמה מוקדמת בנסיבות האלה. יותר מזה, אסור היה בנסיבות חירום כאלה לבעל המזח למנוע מבעל הסירה לקשור אותה. כלומר, אם בעל המזח היה רואה את בעל הסירה קושר אותה למזח, אסור היה לו לעצור אותו מלעשות כן. אבל, יחד עם זאת, דעת הרוב גם קבעה שצריך בעל הספינה לשלם פיצויים לבעל המזח. זו החלטה מאוד מוזרה שדיו רב "התבזבז" על מנת לנסות להסביר אותה. ניסו הרבה מאוד להצדיק את ההחלטה של דעת הרוב, האינטואיציה היא שיש משהו בהחלטה הזו של ביהמ"ש, הייתה תחושה שצריך להבין אותה, שהיא נכונה, למרות שיש בה בעיה אנליטית.

איך אנחנו יכולים להסביר את דעת המיעוט?

כיצד אפשר להסביר את העובדה שדעת המיעוט אומרת שלא היה צריך לבקש הסכמה במצב כזה? ננסה להצדיק זאת באמצעות כלים תיאורטיים, ננסה לחשוב דרך הכלים שדיברנו עליהם על תשובה לשאלה הזו.

חד משמעית יש פה מצב שמזמין א-סימטריה מבחינת עלויות העסקה. בעל הסירה צריך את המזח, זה בהחלט עלול להזמין סחטנות מצד בעל המזח. הוא יכול להעלות ולהעלות את עלויות העסקה, ואז הסירה תלך. פוטנציאלית יש פה מצב משמעותי מאוד של סחטנות, בעל המזח הוא בעל כל הכוח. דעת המיעוט אומרת דבר מאוד פשוט – בעת מצב חירום, הקניין עובר להיות נחלת הכלל.

מצד שני, האמירה הזו נראית לנו מאוד בוטה ובעייתית, הרי עדיין מדובר בקניין, אנחנו בעצם אומרים לאדם – לא מגיע לך פיצוי כי מותר היה להשתמש בקניין שלך. במובן הזה דעת המיעוט היא מאוד קוהרנטית, כי זה נכון שאם במצב חירום מותר לי להשתמש ולא צריך לבקש הסכמה, אז גם לא צריך לשלם פיצוי. **מבחינה אנליטית, דעת המיעוט נכונה. אבל זו גם דעה בעייתית כי אי אפשר לומר שלא נפגעה פה זכות**.

איך אנחנו יכולים להסביר את דעת הרוב?

**הבעיה עם דעת הרוב היא שהיא גורמת לנו להתפזר מבחינה אנליטית**. אי אפשר לומר שלא צריך לקבל הסכמה, ומצד שני לומר שצריך לשלם פיצוי. מבחינה אנליטית אנו נמצאים בפלונטר. דעת הרוב אומרת שבעת חירום אפשר להשתמש ללא הסכמה בקניין של אחר, במובן הזה בעל הקניין מאבד את השליטה בנכס שלו, לא את זכות הקניין, אלא את היכולת לקבוע מה יהיה בקניין שלו. מה זה אומר איבד שליטה בנכס?

אפשר לומר דבר כזה: ברור לנו שהעמודה של הזכאות (בטבלה) נשארת כפי שהיא, בעל המזח יכול ללכת לביהמ"ש ולומר שנפגעה לו זכות. אבל אז נשאלת השאלה, ופה החידוש – מה בעצם ההגנה שמגיעה? בד"כ כשאנו נמצאים בעולם שאנו מדברים על קניין, אז מגיעה הגנה של **כלל 1** לבעל המזח, אבל בעת חירום תקבל הגנה של **כלל 2**. כלומר, אנו מסבירים את פסיקת ביהמ"ש כך: הזכאות היא זכאות קניינית של בעל המזח, אבל בעת חירום, מה שמתהפך פה זה כלל ההגנה. **כלל ההגנה הוא חלש יותר בעת חירום, הוא לא יהיה צו מניעה, אלא יהיה כלל הגנה נמוך יותר, מסוג אחריות, של פיצוי בדיעבד, לכן המזיק יפצה**. זה מודל שדרכו אפשר להסביר את הרעיון של ההיפוך בין כללי ההגנה. בעצם, יש אי קטן בתוך הכלל הקנייני שאומר שכשיש עת חירום ניתן לתת הגנה יותר חלשה.

**דגש חשוב** – כשאנו מדברים על כלל של אחריות, הפיצוי יהיה לפי שווי השוק, זו הסיבה שאנחנו מרתיעים מפני סחטנות.

התרופה הראויה בעניין **Vincent**:

התוצאה של פס"ד היא סוג של **הפקעה**. אנו עדים להפקעה בעיקר בעתות מלחמה. למשל, בעתות כאלה, המדינה יכולה להגיד למישהו שהיא שמה טנקים בחניון שלו, בעצם מפקיעה לו את הקרקע. הסיטואציה של Vincent היא הפקעה פרטית. זה אומר בגדול שבמצבי חירום יש סוג של הפקעה פרטית, זה לא דבר ברור מאליו.

**הכלל שניתן לחלץ מפסה"ד**: **במצב של צורך אקוטי, צורך חירום, מי שיש לו את הצורך הזה יוכל להשתמש בנכס ללא רשות בעליו ולפצות בדיעבד אם יגרם נזק לנכס.**

**חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים**:

מה ההבדל המהותי בין נזיקין לחוזים?

* דיני נזיקין כמו דיני חוזים הם חלק מדיני החיובים. אולם, דיני החוזים הם דבר רצוי, יש הסכמה בין שני צדדים. לעומת זאת, בדיני נזיקין ההתקשרות אינה רצונית, אבל, הקשר הזה נוצר ולכן יש חיוב בין המזיק לניזוק. בדיני נזיקין אנחנו בעולם של אקס פוסט, הנזק כבר קרה. זה יוצר מצב של מערכת יחסים כפויה – הניזוק לא ביקש אותה וכנראה גם לא המזיק.
* דיני חוזים רוצים להגן על רצון הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם, אלא גם את הסיכונים.
* דיני נזיקין לא מגנים רק על שלמות הגוף, אלא על הרבה זכויות כמו זכויות חוזיות, זכויות רכוש וכו' (**ס' 62 לפקנ"ז**).

אנחנו נראה מצב מאוד שכיח שמערב **הסדרה כפולה** של מספר ענפים במשפט. בחוזים ובנזיקין יש הרבה כאלה. למשל, מערכת יחסים רגילה, בין רופא וחולה – יש ביניהם חוזה לכל דבר ועניין. אם חלילה משהו מתפתח, הרבה פעמים אנו מדברים על רשלנות שהיא חלק מדיני הנזיקין. לפעמים זה לא בולט איזו מערכת תופסת את הבמה המרכזית – החוזית או הנזיקית.

**Hawkins v. mcgee**: הוקינס היה ילד שנכווה בידו ובמשך שנים הסתובב עם כוויה מאוד גדולה עליה. ד"ר מגי ראה את היד שלו ואמר לו לבוא אליו לטיפול רפואי והבטיח לו שיביא את היד שלו למצב שהיא תהיה **מאה אחוז יד מושלמת**. הוקינס עבר את הטיפול הרפואי והפרוצדורה כללה השתלה של פיסת עור ממקום אחר בגוף. המקום שממנו נלקחה הדגימה הייתה בית החזה של הוקינס (מקום שעיר) ולימים אותה פיסת עור שהושתלה בידו התחילה להצמיח שערות, כך שעתה במקום יד מצולקת נהיתה לו יד שעירה.

יש שתי אפשרויות מרכזיות שעלו בפס"ד זה לעניין התרופה:

1. **פיצוי ציפייה** – קודם כל אנו מזהים שיש כאן אינטרס ציפייה שהופר, יש כאן הפרת חוזה – הובטחה לו יד מושלמת והוא לא קיבל אותה, לכן מגיעים לו פיצויי ציפייה.
2. **פיצוי בעל אופי נזיקי** – כאב וסבל כתוצאה מביצוע החוזה.

ביהמ"ש בערכאה הראשונה פסק פיצוי בעל אופי נזיקי – פיצויי כאב וסבל כתוצאה מביצוע חוזה בצורה לא טובה. ההחלטה הזו התפתחה על ידי ביהמ"ש של הערעור שאמר שזה לא נכון לפסוק במקרה כזה פיצוי נזיקי, שכן, כאב וסבל שנובעים מביצוע ניתוח שלא צלח, הם לא דבר שצריך לקבל עליו פיצוי, כי הליך רפואי יכול להצליח ויכול גם להיכשל, אבל זה לא אומר שהוא היה רשלני. **במקום זה, ביהמ"ש של הערעור פסק פיצוי יותר משמעותי – פיצויי ציפייה**.

נניח שאפשר היה להוכיח שמדובר בהליך רשלני ועכשיו רוצים לתבוע את הרופא על הנזק שקרה להוקינס. מה זה אומר? מה רוצים לבקש מביהמ"ש שיעשה? הלב הפועם של דיני הנזיקין הוא הצדק המתקן. אם כן, מבחינת צדק מתקן – היינו רוצים לבקש מביהמ"ש את השבת המצב לקדמותו. אבל, לא בטוח שכדאי, כי המצב הקודם היה יד מצולקת. אם היו תובעים פיצויים נזיקיים במקרה הזה, היה קשה מאוד לחשב אותם, והם כנראה היו מגיעים גם לתוצאה פחות טובה מפיצויי ציפייה.

כאמור, בסופו של דבר נפסקו פיצויי ציפייה. פיצויי ציפייה מחשבים לפי הפער בין מה שציפיתי לקבל לבין מה שקיבלתי בפועל. במקרה זה – פיצויי הציפייה נפסקו בגודל הפער בין יד מושלמת לבין יד שעירה. (אם היינו הולכים לפי גישת דיני הנזיקין, היינו מדברים על הפער בין יד מצולקת לבין יד שעירה, זה ההבדל).

**חפיפה רעיונית בין דיני קניין ועשיית עושר**:

**Moore v. Regents of the university of California**: סיטואציה של מטופל עם לוקמיה בשם מור. הוא גר בסיאטל והוא מגלה שבבית חולים מסוים בL.A, יש רופא שיש לו כישורים מאוד טובים, ושווה לו לנסוע לשם לטיפול כדי להחלים. הוא נוסע אליו לטיפולים והרופא מחתים אותו על טופס הסכמה מודעת שהוא יעבור בדיקות וכן הלאה. באיזה שלב הוא גם מחלים מהלוקמיה ועדיין ממשיך לעשות טיפולים ובדיקות, בעודו חושב שהם נעשים על מנת לוודא שהכל בסדר איתו. לימים, מתברר שלתאים של מור יש פוטנציאל ריפוי, משהו ששווה לפתח ממנו פטנט. הרופא וביה"ח ממשיכים להוציא ממור רקמות, ולמעשה לוקחים לו אותן ומפתחים מהן פטנט ללא ידיעתו, בעוד הוא חושב שזה לבדיקות. לפטנט הזה פוטנציאל עצום, והוא באמת נמכר.

האם מור זכאי לתרופה בנסיבות העניין? ואם כן לאיזו? כדי לדבר על תרופה אנו צריכים לדבר על האינטרס המוגן.

טענות שעלו:

**גזל** – עוולת הגזל מגדירה נטילת קניין כך: "גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע (**ס' 52 לפקנ"ז**).
התרופה: תרופה נזיקית (**ס' 55 לפקנ"ז** – השבת הגזל), או בעשיית עושר (**ס' 1 לחוק עשיית עושר** – השבת טובת הנאה).

**תקיפה** – על הרופא לגלות למור מידע על הטיפול בו כדי לקבל את הסכמתו לטיפול; משלא גילה את המידע, מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית, טענה המבוססת על הרעיון של דוקטרינת ההסכמה מדעת – חובת גילוי על רופאים לגלות למטופלים שלהם הכל בהקשר לטיפול הרפואי.

הערה: **לפני שהתחילו לדבר על רשלנות בהקשרים הללו, חשבו על עוולת התקיפה במצבים של הסכמה מדעת**. זאת מפני שמדובר בפגיעה בגוף בלי הסכמה. יסודות עוולת התקיפה – כל מגע **שלא בהסכמה ובכוונה**. הדברים האלה אכן מתקיימים פה – אין הסכמה מדעת כי לא גילו את כל המידע, ודבר שני, כמובן שזה היה מכוון. לאורך השנים, הייתה תחושה לא נוחה להטיל אחריות בעוולת התקיפה על רופאים, כי רופאים באים קודם כל לקדם את רווחת המטופלים שלהם. לכן הייתה תחושה שלמרות היסודות האלה שהם מתקיימים, יש קושי לדבר עליהם בקונטקסט הרפואי ולימים התחילו להכניס את המצבים האלה תחת עוולת הרשלנות.

הבעייתיות בטענות שעלו:

**גזל** – האם ברגע שהרקמה כבר לא אצלו, יש לו בה זכות קניין? לא בטוח. הזכות לשלמות הגוף מוגנת, אבל לא בטוח שיש זכות קניינית בתא גוף שנלקח ממך. יש ויכוחים על כך עד עצם היום הזה. פה ספציפית ביהמ"ש הכריע שאי אפשר לומר שזו זכות קניין, אולי אפשר לחשוב על זה כתקיפה, אבל לא כקניין. לכן עוולה זו לא התקבלה.

**תקיפה** – על פניו, אנחנו בעולם של תקיפה, אלא, שעל מה נועד להגן הרעיון שבבסיס החובה לקבל את הסכמתו מדעת של מטופל? על אינטרס שלמות הגוף. איך מיישמים את דוקטרינת ההסכמה מדעת? אומרים שאם הצוות הרפואי היה מגלה את המידע לחולה, אז החולה לא היה מסכים לקבל את הטיפול. אולם, במקרה הזה, אם היו מגלים למור את המידע הוא כנראה עדיין היה עובר שם את הטיפול. הרי נסע במיוחד לשם בגלל שסמך על הרופא ועל כישוריו. אם כן, לא על אינטרס זה אנו רוצים להגן, אלא על אינטרס אחר, כי שלמות הגוף לא נפגעה.

אם כן, אז על איזה אינטרס אנו רוצים להגן בנסיבות האלה? ביהמ"ש רמז מה הייתה דרך המלך: מה שקרה פה זה שיש מערכת אמון בין רופאים למטופלים. החולים רוצים לדעת שהרופאים מגלים להם מה האינטרס הטיפולי בהם. **על רופאים לגלות למטופלים מידע על הטיפול, לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שבטיפול מכוח חובת האמון כלפיהם**. כלומר, אם יש אמביציה כלכלית בין הרופא למטופל אנחנו רוצים שהם יגלו זאת למטופל. למה חשוב שרופאים יגלו על אינטרס כלכלי למטופלים? **כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים**. יש פה מערכת יחסים מאוד מיוחדת. יש כל מיני אינטרסים שיכולים להשפיע על רופאים, והמטופלים רוצים לדעת מהם כאשר מבצעים בהם ניסויים/ דברים אחרים. כמו כן, אנחנו רוצים להגן על אמון המטופלים ע"י כך שרופאים יחשפו אינטרסים כלכליים כדי שכולם יוכלו להאמין לרופאים בפעם הבאה. יחסי אמון באופן כללי זה דבר שנורא קשה לנטר אותו. זו מערכת יחסים שיש בה פער מאוד גדול. הרופא מחזיק במושכות, המידע אצלו. לכן צריכים להטיל חובת אמון מאוד חזקה על הרופא כדי להימנע מאינטרסים מהסוג הזה.

נניח שהייתה נטענת הטענה שהופרה חובת האמון – מה אפשר לעשות עם הדבר הזה? צעד של **שלילת רווחים מהרופא**, מכוח דיני עשיית עושר (**ס' 1 לחוק עשיית עושר**).

**תרגיל כיתה**: בבעלותו של רונן אופנוע ים. כאשר רונן הגיע לים, הוא הופתע לגלות שהכל ריק מאדם. הוא הסתכל בנייד וגילה שסערה גדולה מתקרבת. רונן חשש להשאיר את האופנוע על חוף הים בשעת סערה, פן ייגרם לו נזק גדול. לכן, בעוד רץ לתפוס מחסה עבור עצמו, קשר את האופנוע לגדר של המסעדה הממוקמת על חוף הים (המסעדה הייתה ריקה מאדם בשל הסופה המתקרבת, ולכן רונן לא יכול היה לבקש את הסכמת בעליה). בחלוף הסערה, רונן שמח לגלות כי האופנוע ניצל. לצערו, האופנוע גרם נזק לגדר המסעדה. בעל המסעדה דורש מרונן פיצוי על הנזק. ציינו לגבי האמירה הבאה האם היא נכונה או לא ונמקו (עד 70 מילים): "**לא יינתן פיצוי לבעל המסעדה למרות שלא הייתה לרונן זכות לקשור את האופנוע לגדר המסעדה**".

**תשובה שלי**: לא נכון. בוינסט לייק נקבע שבמקרי חירום יש זכות לפעול כפי שפעל רונן, כלומר הייתה לו זכות לקשור את האופנוע לגדר המסעדה, אבל, עליו לשלם פיצויים על הנזק שנגרם. נסביר ע"י המודל של קלברזי ומלמד: הזכות היא קניינית, אבל במקרה חירום ההגנה לא קניינית, אלא חלשה יותר, מסוג אחריות, של פיצוי בדיעבד, ולכן הוא כן יצטרך לשלם לו פיצוים.

**תשובה של מיטל**: לא נכון. לרונן הייתה זכות לקשור את האופנוע שכן מדובר במצב חירום (וינסט לייק איירי). לבעל המסעדה כן יינתן פיצוי, וניתן להסביר זאת באמצעות המודל הרעיוני של קלברזי ומלמד, כך שלבעל המסעדה הזכאות לפנות לבימ"ש לגבי הפגיעה בקניינו, אולם בעתות חירום, פוחתת מידת ההגנה מכלל הגנה קנייני לכלל אחריות.

**חפיפה רעיונית בין דיני נזיקין ועשיית עושר**:

**Snepp v. United States**: סוכן CIA לשעבר מפרסם ספר על הפעילות של הארגון שלו בתקופת מלחמת ויאטנם. כשהיה סוכן היה לו חוזה שנאמר בו שאסור לו לפרסם מידע סודי – כל מידע שהוא רוצה להוציא ברשומות צריך לעבור צנזורה, כלומר, ווידוא שאין מידע סודי בספר ורק במקרה כזה הוא יאושר לפרסום. הסוכן מפרסם את המידע מבלי להעביר את הספר צנזורה. בפסק הדין, הארגון טוען שלאחר שקרא את הספר באמת אין בו מידע סודי, ובכל זאת יש תביעה.

בנסיבות האלה, האם מגיעה תרופה למדינה? ואם כן איזו תרופה?

**דעת המיעוט**: **אין לתת סעד למדינה**. כיצד ניתן להצדיק את ההחלטה הזו?

1. טיעון סיבתי – אם הסוכן היה מבקש רשות היו מאשרים לו.
2. טיעון המתבסס על חופש הביטוי.
3. טיעון נזיקי – לא נגרם נזק. (האמנם?)

**דעת הרוב**: **יש כאן תרופה, והתרופה היא מסוג השבה**. צריך להעביר למדינה את כספי התמלוגים, הסוכן התעשר בהם שלא כדין. איך אפשר להצדיק את הדבר הזה?

ניתן לומר שיש פה הסדר נורמטיבי – שתהיה הרתעה, שלא תהיה פעם הבאה שסוכן יכתוב ספר מבלי לעבור צנזורה.

נחזור לשאלה האם באמת לא היה פה נזק. נחשוב על השאלה הבאה – נניח שהיה נזק ויש מידע סודי שהתגלה בספר, האם למדינה יש אינטרס לכוון את החיצים על המידע הזה ולומר שהיה סודי? לא. אנחנו לא רוצים שהציבור ידע שבאמת התגלה מידע סודי, להפך, אם הציבור ידע, המדינה תגדיל את הנזק שלה ולכן עדיף לה לבקש תרופה מסוג אחר.

הסבר פוזיטיבי של פסק הדין (דעת הרוב):

איך אפשר לקחת את ההתעשרות בגלל ההפרה שקרתה שם? דיברנו על הסדרה כפולה, ובאיזשהו מקום יש משהו משותף ליחסים בין סוכן לארגון ליחסים בין רופא וחולה – יש כאן מערכת יחסים מיוחדת של אמון. בין סוכן לארגון, מערכת היחסים ממש מאוגדת בחוזה, ובין רופא לחולה מדובר ביחסי אמון. איך מהעובדה שהגענו למסקנה הזו שיש מערכת יחסים של אמון מגיעים לסעד מדיני עשיית עושר? כשיחסי האמון נפגעים, התרופה היא **נאמנות קונסטרוקטיבית**, שנוצרה מכוח דיני היושר, היא מאפשרת לקחת את ההתעשרות (עם השנים המשפט המקובל לקח אליו את הרעיונות האלה תחת מטריה כללית של עשיית עושר, לכן הסעד הזה נכנס תחת דיני עשיית עושר, למרות שבמקור הוא מכוח דיני יושר).

נאמנות קונסטרוקטיבית בשונה מנאמנות רגילה, היא מצב רעיוני שבו יש יחסי אמון שאנו יכולים להניח אותם, יחסי אמון ייחודיים, כמו סוכן וארגון. נאמנות היא סעד שהתפתח בדיני היושר, ולא מכוח דיני חוזים, כי היא בנויה על יחסי אמון. בפועל, דיני היושר הם דינים שיצרו סעדים שאמורים לתת לנו מענה למצבים שקשה לנו לפתור. כשנאמן מפר חובת אמון, אפשר ליצור מצב רעיוני שקוראים לו נאמנות קונסטרוקטיבית. אם שמתי כסף אצל נאמן, והנאמן הפר את חובת האמון והתעשר תוך כדי כך, נראה ברווחים שהוא מחזיק כעת כרווחים שהוא מחזיק בנאמנות, ואותם אפשר לקחת. קל מאוד בהקשר הזה להפעיל את **ס' 1 לחוק עשיית עושר** ולומר שזו התעשרות שמוחזקת שלא כדין. זה סעד מאוד מאוד חזק. אין בו שימוש רב, אבל המוסד הזה של נאמנות קונסטרוקטיבית קיים.

מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית:

* קיומה של מערכת יחסים מיוחדת.
* המטרה: למנוע התעשרות שלא כדין.
* ככל שחוסר תום הלב של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמ"ש יאפשר להשתמש בסעד זה, אם ייטען, צריך לבקש את זה.

הסבר תיאורטי של פסק הדין:

ננסה לחשוב במונחי ניתוח כלכלי. מבחינת רעיונית, איך אפשר לומר שפסק הדין (הן של המיעוט והן של הרוב) הגיוני מבחינה כלכלית?

פס"ד המיעוט דיבר על חופש הביטוי ועל החשיבות שלו, לעומת פס"ד של הרוב שאמר שיש כאן נזק כל כך גדול וברור שצריך לתת תרופה.

איך אפשר להצדיק את דעת הרוב? **אנחנו רוצים לחולל הרתעה אקס אנטה, מלכתחילה**. הרתעה נחשבת לרעיון החשוב מכולם, כי הרעיון שלה הוא לאפשר לאנשים מראש להבין איך כדאי להתנהג כדי שדיני הנזיקין יהיו יעילים. אנחנו נכריע כאן לפי כלל משפטי שאומר שאדם שרוצה להפר חובת אמון אנו נשלול ממנו את הרווחים. הוא מדבר במונחים של תוחלת נזק גבוהה שאנו רוצים למנוע אותה מראש.

איך אפשר להצדיק את דעת המיעוט? **מתיישבת עם רעיון של אקס פוסט**. אנחנו כבר יודעים מה קרה, בפועל לא קרה נזק, אם נצא מכאן עם מסר שאסור להיות הבן אדם הזה שמפרסם מידע נורא חשוב, ונפסוק שיש לתת תרופה, אנחנו ממש פוגעים בחופש הביטוי.

אלו שתי עמדות שונות זו מזו. בגדול, אנחנו מעדיפים את הרעיון של מניעה מראש, כפי שהכריעה דעת הרוב. זה מראה שבד"כ מה שגובר ברמה האינטואיטיבית אלו שיקולי אקס אנטה.

חפיפה רעיונית שמאתגרת את קווי הגבול שבין דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר:

**פאלאימפורט נ' ציבה-גייגי**: יש רק שתי מתחרות בשוק חומרי ההדברה. אחת מהן, בשם ציבה-גייגי רשמה פטנט והגישה בקשה לצו מניעה כדי למנוע מפאלאימפורט (המתחרה השנייה שלה) למכור את החומר. ביהמ"ש העניק לה צו מניעה קבוע (שאינו מוגבל בזמן). ברור שמה שיקרה במצב כזה הוא שכל הלקוחות יעברו לחברה של ציבה-גייגי, שכן היא החברה היחידה בשוק. על כך מוגש ערעור. בערעור נקבע שהפטנט חסר תוקף והצו בוטל. יש פה משהו מאוד מעניין שקורה – עד שצו המניעה בוטל, בעצם מנעו מפאלאימפורט לתפקד כמה חודשים, דבר שיצר מצב חדש בשוק. נציין שזה מצב מאוד מעניין בגלל שהסיכוי שיגיעו רק שתי חברות שמתחרות בשוק בקונסטלציה כזו הוא מאוד נדיר.

**אמנם, זה קורה לא פעם שפסק דין מהתהפך בערעור, אולם, האם מגיעה לפאלאימפורט תרופה**? באינטואיציה, מדובר בסיטואציה מאוד חריגה. בפועל, נפסק שפאלאימפורט לא יכולה לתבוע את ציבה-גייגי על בסיס דיני נזיקין. לא רק זאת, זה בעצם משולל כל היגיון – כשמקבלים פסק דין יש חובה לקיים אותו, לכן אי אפשר להגיד שציבה-גייגי התנהגה בצורה עוולתית מבחינה נזיקית, אי אפשר להטיל עליה פיצוי נזיקי. כל השופטים היו תמימי דעים שציבה-גייגי התעשרה שלא כדין על חשבונה של פאלאימפורט. הטענה הייתה שהרווחים שציבה-גייגי התעשרה בהם בתקופת צו המניעה, אותם היא חייבת להשיב לפאליאמפורט. זה נראה הגיוני ברמה האינטואיטיבית.

מהי טובת ההנאה על בסיסה יש לתת סעד?

**השופט זוסמן** – **ציבה-גייגי התעשרה כי היא פגעה במוניטין של פאלאימפורט כשהיא הוציאה צו מניעה נגדה**. הוא מבסס את הפגיעה במוניטין בעצם העובדה שלקוחות עברו מפאלאימפורט לציבה-גייגי. הוא מודה שזו הגדרה רחבה לפגיעה במוניטין, אבל הוא אומר – קרה פה משהו אקטיבי, פגיעה במוניטין, התביעה אינה על פיצוי נזיקי, אבל אי אפשר להתעשר כתוצאה מפגיעה במוניטין, לכן אפשר להצדיק כאן השבה.

**השופט קיסטר** – **הוא אומר שנכון שלא קרתה פה עוולה במובן שיש פה אשמה, אבל יש תחושה שיש כאן הנאה מההפקר, משהו לא בסדר בסיטואציה.** השורה התחתונה היא שציבה-גייגי נהנתה מההפקר במובן הזה שהיא הגדילה את נתח השוק שלה, כתוצאה מהוצאת צו המניעה. גם אם זה לא עוולתי זה נראה לא בסדר. עשיית עושר חלה לא רק כשמישהו עושה משהו לא בסדר, אלא גם במצבים של השבה כתוצאה מהעברה בטעות. רעיון של התעשרות שלא כדין כתוצאה מפס"ד שהתברר כשגוי, אפשר להבין אותה.

קיסטר וזוסמן די אומרים את אותו הדבר.

נחדד מה הבעיה הדוקטרינרית של איך שהם חשבו בפסק הדין: מה היה קורה אם היו עוד ארבעה מתחרים בשוק? ככל הנראה ההתעשרות הייתה מתחלקת בין החמישה שנותרו, כי הלקוחות היו מתפזרים בין המתחרים. לפי ההגדרה של זוסמן וקיסטר, על פניו, כל אחד מהמתחרים התעשר שלא כדין, אבל די ברור לנו שבמקרה כזה זה לא הגיוני לטעון שכולם התעשרו שלא כדין. איך בכל זאת אפשר לנסות ולייצר הבדל בין הסיטואציות?

הפתרון שמציע **עופר גרוסקופף** בספרו – הוא אמר כך: הפתרון של זוסמן וקיסטר הוא דל מידי. אי אפשר להגיד התעשרות שלא כדין כשמישהו הגדיל את נפח השוק שלו כתוצאה מצו המניעה, כי אז אי אפשר לטפל במצב שיש יותר ממתחרה אחד. איך הוא מציע לפתור זאת? הוא אומר **שציבה-גייגי נהנתה כתוצאה ממניעת תחרות**. אם היו חברות אחרות בשוק, מי התעשר על חשבון מי שלא כדין? היחידה שאפשר לומר שהתעשרה שלא כדין זו ציווה-גייגי, כי היא היחידה שהוציאה את צו המניעה.

**הרצאת אורח – תרופות בתובענות ייצוגיות/ ד"ר עומר פלד**

**מהי התובענה הייצוגית**?

תובענה ייצוגית במובן הפרוצדורלי, היא דרך של מערכת המשפט לרכז המון תביעות אינדיבידואליות ביחד. היינו חושבים שלמערכת כזו לא צריכה להיות שום השלכה על התרופות, כי התביעה הייצוגית מערבת הרבה תביעות פרטיות שיסודן בדין המהותי, ולכן היינו חושבים שהסעד בין תביעה אינדיבידואלית לבין תביעה ייצוגית לא צריך להשתנות. אולם, התכלית לשמו נוצר מנגנון התובענה הייצוגית יוצר השלכות תרופתיות גם כן. בשונה מחוקים אחרים כאן בתוך החוק עצמו מספרים לנו מה המטרה של התובענה הייצוגית:

**ס' 1 לחוק תובענות ייצוגיות** – "מטרתו של חוק זה לקבוע כללים אחידים לעניין הגשה וניהול של תובענות ייצוגיות, לשם שיפור ההגנה על זכויות, ובכך לקדם בפרט את אלה:

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."

נציין כי המטרות האלה לא בהכרח מתיישבות אחת עם השניה.

**ס' 1(1)** – מדוע בכלל אנו צריכים את התביעה הייצוגית כדי לאפשר זכות גישה לערכאות? שתי סיבות:

1. כאשר הנזק שמושת על כל אחד הוא קטן אף אחד לא יוכל להצדיק את מימון ההליך המשפטי בתביעה אישית והזכות שלו לעמוד על הסעד נפגעת. לכן, תביעה ייצוגית הכוללת בחובה פרטים רבים שנפגעו מצדיקה את מימון ההליך המשפטי.
2. בעיית מידע. יש נפגעים שלא יכולים לדעת שיש להם זכות שנפגעה, וברגע שהם לא יודעים זאת, נמנעת מהם הזכות שמגיעה להם בחוק לקבל סעד.

**סעדים שונים בתובענה הייצוגית**:

מה שמעניין הוא שאפשר לראות השפעה של התובענה הייצוגית על הזכות המהותית בדין הפרטי:

הגנת זוטי דברים היא הגנה הכתובה בפקודת הנזיקין, והיא קובעת שאם סכום התביעה הוא זניח ואף אדם לא היה מגיש תביעה על סכום כזה, בית המשפט יכול לדחות את התביעה. המשמעות היא שבדין המהותי אם אתבע תביעה על סכום מאוד נמוך, אין לי סעד. לעומת זאת, בתביעה ייצוגית מכירים באגד הזכויות האלה של הרבה אנשים יחד כזכות לגיטימית. הדין המהותי משתנה כבר עכשיו לאור המטרה הזו בין התביעה הייצוגית לפרטנית – יש הרחבה של קשת הזכויות.

כמו כן, כדי לקבל סעדים בתביעה ייצוגית אנו צריכים להוכיח את העוולה, ולהוכיח את הקשר הסיבתי. אפשר לחשוב על תביעת אפליה, כמו שנעשה בעניין **וולמרט** – הוגשה תביעה של נשים על כך שיש אפליה ואי שוויון ביניהן לבין הגברים בקבלה לעבודה ובקידומן. בית המשפט הוכיח שאין עוולה, אבל יש כאן שאלה נוספת בעניין הקש"ס – מה הבעיה בהוכחת הקש"ס בעניין כמו וולמרט? מה הבעיה של כל אישה בהליך הזה? גם אם אנו יודעים שפחות קידמו נשים בוולמרט התביעה היא בשם כולן, עדיין צריך להוכיח אפליה אינדיבידואלית. יש קושי בהוכחת הקשר הסיבתי האינדיבידואלי אם אנו חושבים על התביעה הייצוגית כאוסף של תביעות אינדיבידואליות.

אפילו אם אין קושי בהוכחת קש"ס, עדיין יכול להיות שיש הבדל בנזק – לחלק נגרם נזק נמוך ולחלק נגרם נזק גבוה. כלומר, יש עוולה, יש נזק, אבל הנזק לכולם הוא לא אותו דבר, מפני שייתכן כי לא כולם שילמו אותו דבר, ואפילו אם שילמו אותו דבר יש שוני במוצרים/ בשירותים שכל אחד מקבל ואז צריך לברר נזק אינדיבידואלי.

אם אני רוצה להיות יעיל והוגן, שהמערכת שלי תהיה כמה שיותר יעילה ולהפחית עלויות של ניהול ההליך (שזו אחת המטרות של תובענה ייצוגית), נרצה לתת פיצוי גלובלי במקום לברר מה הנזק של כל אחד. אולם, אם המטרה שאני רוצה לקבל באמצעות התובענה הייצוגית היא סעד הולם אז כל אחד צריך לקבל פיצוי לפי הנזק שנגרם לו. מצד אחר, אם אני רוצה ליצור הרתעה לא אכפת לי מה הנזק שנגרם לכל אחד, אלא אכפת לי שסך הפיצוי שישלמו יהיה סך הנזק שגרמו והבחנה בין אנשים שונים פשוט לא מעניינת. יותר מזה – לא אכפת לי שהפיצוי לא ילך לאנשים, מפני שהמטרה היא להרתיע.

**באשר ליצירת הרתעה** –

* בארה"ב יש הליך תביעה שנקרא "תביעה בשם המלך". זוהי תביעה שמגיש אדם פרטי נגד חברה פרטית, על עוולה שחברה פרטית ביצעה נגד המדינה. למשל, חברה שמספקת שירותים למדינה וגונבת מהמדינה כסף, בתביעה כזו עובד של החברה תובע את החברה ואומר שהוא יודע שנגנב כסף מהמדינה כי הוא עשה את זה בשם החברה, אז הוא תובע את החברה שלו על הנזק שהיא גרמה למדינה. יש מקומות שאותו תובע יכול לקבל את כל הכסף אליו. למשל, חברת תרופות מורה לנציגי מכירות למכור לחברות הביטוח הממשלתיות תרופות למטופלים שהם לא צריכים, העובד תובע את החברה שלו בשם המדינה, והכסף הולך לעובד – למה ליצור מנגנון כזה? הרי האדם הזה לא ניזוק בכלום ואפילו היה חלק מהשותפות לפשע. מטרת המנגנון היא לעודד עובדים להלשין על החברה, כדי לקבל את כל הכסף לכיס. זה יוצר הרתעה, כי לא אכפת לנו למי הכסף הולך, אלא שהחברה משלמת אותו, ההרתעה נוצרת באופן הכי אפקטיבי כשזה על ידי מישהו מהחברה. הנקודה היא שחוק תובענות ייצוגיות מכיר בזה.

גישה לבית המשפט: אם אנחנו רוצים תביעה ייצוגית לא עוזרת גישה לבית משפט – סעד הצהרתי אומר להכריז על המצב המשפטי בעולם, לא אומר למשל שחברה שנתבעת צריכה לעשות משהו, בשונה מצו עשה שמורה מה לעשות. מתי נרצה אותו? למשל אם נרצה לטעון שחוזה מסוים תקף בעוד הצד השני טוען כי הוא בטל, וביהמ"ש ייתן סעד הצהרתי שהוא תקף, אז התנהגות שלא לפי החוזה תהווה הפרה שלו ותאפשר קבלת תרופות על ההפרה.

* אפשר גם לשאול מה ההשלכה על סעדים מהדין המהותי שנועדו להגביר הרתעה? פיצויים לדוגמה ופיצויים ללא הוכחת נזק. בתביעה הייצוגית אנו שוללים מכל האנשים שיכלו לקבל פיצויים לדוגמה, את הזכות שלהם לקבל את הפיצויים הללו. אותו דבר לגבי מנגנונים אחרים של פיצויים ללא הוכחת נזק שנועדו להוזיל תביעות של אינדיבידואלים. כשמוגשת תביעה ייצוגית שוללים את המנגנונים האלה.

תביעה ייצוגית יכולה להביא לתיקון המעוות. במקרה **דיזלגייט** חברת פולקסווגן שיקרה בנוגע ליצור מכוניות שאינן מזהמות וטענה כי מדובר ברכב ירוק. בפועל, הרכבים יצרו המון זיהום, ביחוד בשל המחשבה של הרוכשים שהם קנו רכב ירוק, וכתוצאה מכך זיהמו הרבה יותר. לכן, תביעה ייצוגית הביאה במקרה הזה לתיקון המעוות.

סעד לעתיד: הנושא הכי מעניין בתביעה ייצוגית שמחריג אותה, או משנה את מערך הזכויות לעומתה מול המקרה הפרטי. מה הופך את הסעד לעתיד בתביעה הייצוגית לכל כך מיוחד? זה נועד להגן על אנשים שלא תובעים בכלל, שהם לא חברי קבוצה. כדי לתבוע אתה צריך נזק, אבל כשתובעים שינוי התנהלות זה לא מגן על מי שנגרם לו נזק, אלא על מי שעוד לא סבל מהנזק. התביעה הייצוגית שמקנה סעד לעתיד במסגרת החוק מגינה על צדדים שנמצאים מחוץ להליך. אחד מהשיקולים שביהמ"ש רשאי לשקול בקביעת הגמול לתובע הייצוגי ובקביעת שכר טרחה לעורך דין הוא אינטרס חברתי ולא רק אינטרס של הצדדים להליך. זו תוצאה משונה במשפט הפרטי, כי **לביהמ"ש אסור במשפט הפרטי לשקול תרופות לצדדים שלא נמצאים בתוך ההליך**. בתובענה הייצוגית זה אפשרי ולא רק שזה אפשרי בתי המשפט גם מעודדים את זה.

אנו צריכים לחשוב על הפיצוי בתביעה ייצוגית ככולל שתי הכרעות:

1. **האם הפיצוי אינדיבידואלי או לקבוצה?**
2. **לאחר שהסכמנו על מנגנון חישוב, צריך לחשוב כיצד מחלקים את הכסף בין כל חברי הקבוצה, לאחר מכן, צריך להגיד מה קורה אם לא חולק כל הסכום.**

אפשר לחשוב על כל מיני פתרונות – חלוקת הסכום העודף לחברי הקבוצה שהצהירו שנגרם להם נזק, אולם זה בעיה כי זה פיצוי יתר. אולי אפשר להחזיר את הסכום העודף לנתבע, אבל אז אין הרתעה, כי החזרת הכסף לא משקפת אמיתית את הנזק.

ההתמודדות עם זה מצויה ב**ס' 20 לחוק תובענות ייצוגיות** –

1. "הכריע בית המשפט בתובענה הייצוגית, כולה או חלקה, לטובת הקבוצה שבשמה נוהלה התובענה הייצוגית, כולה או חלקה, רשאי הוא במסגרת החלטתו על מתן פיצוי כספי או סעד אחר לחברי הקבוצה להורות, בין השאר, הוראה כמפורט להלן, לפי הענין, ובלבד שלא יהיה בכך כדי להכביד במידה העולה על הנדרש על חברי הקבוצה או על בעלי הדין:
2. על תשלום פיצוי כספי או על מתן סעד אחר, בשיעור ובאופן שיקבע, לכל אחד מחברי הקבוצה שהוכחה זכאותו לפיצוי או לסעד כאמור;
3. על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר;
4. על תשלום פיצוי כספי בסכום כולל ועל אופן חישוב חלקו של כל חבר קבוצה, ובלבד שסכום הפיצוי הכולל ניתן לחישוב מדויק על יסוד הראיות שבפני בית המשפט."

**ס' 20(א)(3)** – סעיף זה עושה מהלך עמוק במשפט המהותי. **החוק מאפשר דרך דין פרוצדורלי להעניק** **פיצוי לפי הסתברות** **במקום שהדין המהותי לא מכיר בדרך כזו**. דוגמה לפיצוי הסתברותי לפי הקשר הסיבתי הוא תביעה של דוגמנית שלא זומנה לראיון עבודה. אם היו מזמינים אותה אולי היא הייתה זוכה בעבודה ואולי לא, מה שהיא איבדה הוא עשרה אחוז של סיכויים לזכות בחוזה עבודה (היו 10 דוגמניות פוטנציאליות). לכן נתנו לה פיצוי הסתברותי – 10%. **התביעה הייצוגית מאפשרת לעקוף את דרישת הוכחת הקש"ס ממש בחוק!** נדגיש כי דוגמת חוזה ההעסקה של הדוגמנית היא יציר פסיקה כי היא מקרה אינדיבידואלי, אבל כאן עניין הפיצוי ההסתברותי בתביעות ייצוגיות ממש כתוב בחוק. זהו השינוי במשפט המהותי בתביעות הייצוגיות.

**בעיית החלוקה של קופת הפיצוי**:

הוכחת נזק אינדיבידואלית:

**ס' 20(ב)** – "הורה בית המשפט על כך שכל חבר קבוצה יוכיח את זכאותו לפיצוי כספי או לסעד אחר, רשאי הוא ליתן הוראות בדבר:

1. הדרך והמועד להוכחת הזכאות... ורשאי הוא למנות לשם כך אדם בעל כישורים מתאימים..
2. תשלום הוצאות, לחבר קבוצה, בסכום שיקבע בית המשפט או הממונה, בעד הטרחה הכרוכה בהוכחת הזכאות לפיצוי או לסעד כאמור"

כמה בעיות בהוכחת נזק אינדיבידואלי:

* **עלות חישוב הנזק** –
* **מקרה סילוורה** – אם היינו מטילים על בנק לאומי את עלות בירור הנזק, זהו פיתרון לא יעיל כשהוכחת הנזק מורכבת, במיוחד אם הנזק הכללי יותר קל לחישוב.
* **פלג נ' פריגו** – סיפור האלטרוקסין. תביעה על תרופה גנרית שאין עליה פטנט. אחד היצרנים היא חברת פריגו, שמשנה בשלב מסוים את הנוסחה של החומרים הלא פעילים באטרוקסין, לא הודיעו על זה לאנשים והיו לכך תופעות לוואי. רק מאוחר יותר הבינו שזה בגלל השינויים שנעשו. אמרו שלא הוגן שמי שהיה לו הרבה תופעות לוואי יקבל את אותו הפיצוי כמו מי שהיו לו תופעות לוואי מועטות או שלא היו לו בכלל. אמרו שיקימו וועדה שיצטרכו לבוא מולה עם טפסים שמוכיחים את הפגיעה ולפיהם הועדה תצטרך להחליט ולחלק את הפיצוי. לא חשבו שיגיעו הרבה אנשים, אלא שבפועל הגיעו 20000 אנשים והייתה בעיה שהסכום של ניהול הועדה היה גבוה יותר מהסכום שהיה לוועדה לשלם.
	+ **איתור התובעים** – **הראל פיה נ' לנדמארק** – תביעה על הטעיה של אגרות חוב. הקרן הראל מגישה תביעה ייצוגית בשם כל מי שרכש את איגרת החוב, הבעיה הייתה שההחזקה היא לא פיזית, אלא בחברה בורסאית, לנדמארק לא יודעים למי להעביר את הפיצוי, אבל זה ניתן לפתרון על ידי מתן צו לצדדים שלישיים שיעבירו את הפיצוי לרוכשי אגרת החוב.
	+ **חישוב הנזק בדיעבד, כאשר קיים אינטרס –** חישוב הנזק בדיעבד יכול להיות בעייתי כשהנזק סובייקטיבי וקיים אינטרס. למשל, **ראבי נ' תנובה** – תביעה ייצוגית על תחושת גועל בסיליקון שהיה בחלב, עליו לא הודיעה תנובה לציבור. איך אנחנו יודעים כמה אנשים חשו תחושה סובייקטיבית שלילית של מי שחש גועל כשהוא שתה חלב?

פתרונות אפשריים – **(1)** פיצוי אינדיבידואלי בקירוב, כלומר פיצוי לא מדויק. **(2)** פיצוי ממוצע. **(3)** מתן פיצוי לפי תחשיב אובייקטיבי אבל כן אינדיבידואלי, למשל, אם נחזור **למקרה וולמרט** – לנשים בעמדה בכירה יותר הנזק היה חמור יותר, ואז אפשר לשאול מה הייתה הפוזיציה של האישה שלא קודמה? כמו כן, לנשים צעירות יותר יש יותר פגיעה בקידום, קידום מוקדם יותר הוא מקדים לקידומים נוספים בעתיד וכו', אז אפשר לקחת שני פרמטרים – שכר וגיל ולתת פיצוי לפי התחשיב הזה של מי שצעירה יותר תקבל יותר. גם פיצוי כזה הוא סוטה מפיצוי במשפטי הפרטי, המשפט לא מקבל את הפיצוי הממוצע כי זה סותר עקרונות של צדק מתקן, אנו לא באמת משיבים את המצב לקדמותו.

פיצוי לקבוצה: יכולנו לומר, שאם פיצוי מדויק לכל חבר קבוצה הוא לא פרקטי אז פיצוי ממוצע לכולם בתביעה ייצוגית מקרב את הצדק המתקן, כי המזיק משלם את סך הנזק שהוא גרם לסך חברי הקבוצה, "צדק מתקן בקירוב". למה זה לא צדק מתקן בכלל? כי המזיק לא חייב לכולם ביחד, המזיק חייב לכל אחד לחוד סכומים אחרים בגין נזקים שונים, אם המזיק משלם ממוצע, הוא לא משלם כראוי. הפתרון הוא חלוקה לחברי הקבוצה אבל זה לא פותר הכל כי לפעמים העלות של איתור חברי הקבוצה גדול מסכום החלוקה, לפעמים מנגנון הפיצוי של חלוקת התשלום גדול מהסכום עצמו.

**פתרונות קיימים**:

החזרת הפיצוי לנתבע: הנתבע מפקיד כסף לקופת החלוקה ומה שנשאר חוזר אליו – זה לא מופרך, אם מי שמגיע לו לא הגיע לקבל פיצוי זו בעיה שלו. למשל, קופונים. פשרת קופונים היא למשל: שילמתם על סלקום TV 100 שקלים למרות שזה אמור לעלות 90, אנו ניתן הנחה של חמישים שקלים לרכישת אייפון מסלקום. הבעיה היא שלא מממשים קופונים. סלקום יכולה להגיד שאם היא מוכרת מאה מיליון אייפונים יש הטבה מאוד גדולה, אבל אם יממשו את הקופון רק אלף אנשים ההטבה לא תהיה מספקת. אבל אפילו אם היה מימוש מלא, זה עדיין בעייתי, כי קופון זה פרסומת, זה מנגנון לעודד אנשים לבוא ולקנות ממני, ההנחה היא שולית לעומת הרווח של החברה ממכירת אייפון, אז גם אם ההסדר קופונים היה נותן פיצוי מלא, הוא הסדר חלקי וזה נוגד את רוב המטרות של התובענה הייצוגית כשאנו מאפשרים להחזיר את הכסף לנתבע.

החזרת הפיצוי העודף לחברי הקבוצה פרו-ראטה (= חלוקה פרופורציונלית): אפשרות אחרת היא לומר לתת לאנשים שהגיעו פרו-ראטה, לחלק לפי נזק יחסי. זו ההצעה של הALI, (הגוף שכותב את ה restatement). הצעה זו מתיישבת עם מטרות ההרתעה, עם ניהול הוגן של ההליך, זה הסדר שמגיע ב**ס' 20(א)(3),** ויש לשים לב לסעיף **20(ד)** – סעיף זה אומר שאם סכום התביעה הכללי הוא כזה שעלול למוטט את הנתבע, לביהמ"ש יש סמכות להפחית את סכום הפיצוי. גם פה יש סטייה מהדין המהותי, באיזה מובן? אם מישהו נתבע על נזק שהוא גרם לי והנזק שנגרם לי הוא חמישה מיליון שקלים ואין לו אותם, זה לא מעניין אותי אם יש לו או אין לו את הכסף. בתביעה ייצוגית החשש מפני התמוטטות גופים כלכליים הובילה את המחוקק לקבוע שיש סמכות כזו להפחית את סכום הפיצוי ובתי המשפט עושים בכך שימוש.

לדוגמה, **פס"ד קולך** – סיפור על רדיו שלא מסכים להעלות נשים לרדיו בניגוד לחוק. מוגשת תביעה על אפליה, צריך לקבוע את סכום הפיצוי ולפי ד"ר פלד עשו שני דברים נוראיים – **(1)** לקחו חוות דעת של שתי חוקרות ייצוגיות שאמרו שברגיל לכל אישה מגיע סכום X, אבל בגלל שמדובר בתביעה ייצוגית יש לחלק את הפיצוי בעשר. **(2)** לאחר מכן, ביהמ"ש הלך לבדוק מה המצב של הרדיו ושוב חילק את גובה הפיצוי בעשר, כי לרדיו לא היה מספיק כסף. **ס' 20(ד)** פוגע בהרתעה.

העברת הפיצוי לאוצר המדינה: בעבר הפתרון היה להעביר את הכסף לאוצר המדינה אם לא מצליחים לאתר את חברי הקבוצה, הבעיה שזה לא מקנה סעד הולם. מתי חברי הקבוצה יקבלו סעד הולם אם הם לא יקבלו סעד בכלל וכל הכסף יעבור לאוצר המדינה? **כשהנזק הוא לכולם**. העיקרון אומר שאם הנזק נגרם לכולם, אז זו דרך טובה להעביר את סכום הפיצוי לאוצר המדינה.

**פתרונות תיאורתיים**:

יש שני פתרונות תיאורטיים, אחד מהם הוא **הגרלה**. פתרון זה הוצע במאמר של **שי לביא**. לפי הצעתו, אנו בעצם נגריל את הכסף, בין כל התובעים, אחד מהם יעלה בגורל והוא יקבל את כל הפיצוי. לבנק זה עדיף, במקום להתחיל להתעסק עם חלוקה רבה של צ'קים וכספים להרבה תובעים שונים ובסכומים קטנים. ללקוחות זה עדיף גם, או יותר נכון לומר שהם אדישים לזה אקס אנטה, כי ההגרלה היא של סיכוי לקבל למשל מיליון שקל, וזה עדיף להם מלקבל צק על סך שקל, אז ההצעה הזו היא הצעה שהתובעים נהנים ממנה, והנתבעים נהנים ממנה. אלא שמערכת המשפט רואה את זה כדבר מאוד מוזר ולכן זה רק בגדר התיאוריה ולא מיושם בפועל.

**הרצאת אורח – מנגנוני פיצוי באירועים רבי נפגעים בישראל/ ד"ר ענבל בלאו**

**מהם אירועים רבי נפגעים אזרחיים**?

כשאנו מדברים על אירוע רב נפגעים אנו מדברים על אסון, משהו שקרה כתוצאה ממעשה או מחדל שבמסגרת אותו אירוע נגרמה לקבוצה גדולה של אנשים איזושהי פגיעת גוף. אנו לא נדבר על פגיעות רכוש וגם לא נדבר על אירועים שהפגיעה בהם הייתה כתוצאה מאירוע לחימה צבאי או מאירוע טרור, כי אלו המקרים הקלים מבחינה משפטית. אלו מקרים קלים משום שיש חוק ספציפי שמטפל בהם. למשל, **חוק לפיצוי נפגעי פעולות האיבה** – המסדיר את המסלול לבקשת פיצוי לנפגעי פעולות האיבה. לעומת זאת, באירוע אזרחי רגיל שלא חוסה תחת האירועים האלה, לקבוצה הנפגעת אין הסדרה ספציפית בחוק, הגם שהם יכולים לתבוע תחת פקודת הנזיקין, בגדר העוולות הקיימות בפקודה.

על פי חוק תובענות ייצוגיות, ברוב המקרים נפגעי פגיעת גוף לא יכולים להגיש תביעה ייצוגית בישראל, למעט אירועים כמו זיהום אויר. בארה"ב זה הכלי המרכזי באמצעותו תובעים בפגיעות גוף.

כמה סוגים של אירועים רבי נפגעים אזרחיים:

1. **מצב של התרחשות חד פעמית** – קריסת בניין, קריסת גשר. דבר שאפשר להגדיר בזמן ובמקום.
2. **אירועים שכתוצאה מהם נגרמות פגיעות גוף** – זיהום אויר, מפעל מזהם, אסבסט.

כיצד מתווים את הפיצוי? יש כל מיני מנגנוני פיצוי שקיימים בעולם: ליטיגציה, חקיקה, ועדות, תרומות פילנטרופיות (למשל, בסיוע לנפגעי אסון מירון היו תרומות פילנטרופיות), PPP (מנגנון של חיבור בין המדינה לחברות הביטוח, מעין תאגיד משותף שיחדיו הן בונות מנגנון פיצוי, תפס תאוצה בעיקר אחרי אירועי 11/9), תוכניות לפיצויים, קרנות וביטוח.

אירועים רבי נפגעים בישראל:

1. **אסונות חד פעמיים** – אסון מעגן, אסון מירון, אסון ורסאי, אסון ערד, אסון המכביה.
2. **חשיפה מתמשכת למחוללי נזק** – טיפולים למחלת הגזזת, נזקי סיגריות, עובדי הוועדה לאנרגיה אטומית.
3. **אירועים עם הקשרים היסטוריים** – פרשת הגזזת, פרשת ילדי תימן, המזרח והבלקן.

**אילו מנגנוני פיצוי באירועים רבי נפגעים קיימים בישראל**?

המרצה אומרת שכדי לענות על שאלה זו היא פנתה לעוולה ההמונית הראשונה שהייתה בישראל – נפגעי אירועי הגזזת. הפיתוח של מנגנוני הפיצוי היה מאוד מורכב. יש פער אדיר בין התיאוריות לבין המציאות – החוק אומר משהו אחד והפיצוי הולך בכיוון אחר.

Fault liability, No fault liability:

פקודת הנזיקין מבססת אחריות על בסיס אשם (Fault liability) – אם היום מדברים על עוולת הרשלנות תחת פקודת הנזיקין, כדי להוכיח שנגרם לי נזק ולקבל פיצוי עליי להוכיח את יסודות העוולה – התרשלות, חובת זהירות, קש"ס בין התנהגות המזיק לבין קרות הנזק לניזוק. כלומר, עליי להוכיח שמישהו אשם ושכתוצאה מההתנהלות הרשלנית שלו נגרם לי הנזק כדי שאוכל לקבל פיצוי. אם הוא לא היה רשלן לא מגיע לי פיצוי.

התפתחות של מנגנוני פיצוי מרובים (No fault liability) – מה שקרה בפועל ב99% מאירועי רבי הנפגעים בישראל, הוא שלצד פקודת הנזיקין ועוולת הרשלנות התפתחו שורה של מנגנוני פיצוי שהיו על בסיס No fault liability. כלומר, התפתחו שורה של כלים לפיצוי נפגעים ללא בדיקת האשם או האחריות, זו בשעה שיש את אותה פקודת הנזיקין שלא ממש השתנתה ברכיביה המרכזיים. באופן הזה אנו מקבלים שורה של הסדרים בעיקר החל משנות ה90' בישראל, למשל – חוק לפיצוי נפגעי הגזזת, חוק לפיצוי נפגעי ורסאי וכן הלאה. שורה של הסדרים ספציפיים לקבוצות ספציפיות ללא אשם.

מה הסיבה?

מהם הגורמים העיקריים שהשפיעו על התוויית פיצויים לאירועים רבי נפגעים בישראל? למה יש מנגנונים אד-הוק עם הסדרי אחריות מיוחדים ללא בדיקת האשם?

בסוף הכל קשור לגורמים פוליטיים וחברתיים. לצד זאת המרצה רצתה לנטרל דברים שיכולים להשפיע במחקרה. לכן היא בחרה שני אירועים שלהם שני פרמטרים עיקריים שונים:

* **תקופת האירוע** – שנות החמישים מול שנות השמונים ואילך. הרצון הוא להשוות את ראשית שנות המדינה למה שקרה אחרי שנות ה80, תקופות שונות מאוד בחברה הישראלית, גם בקונספציה של מה מקומה של המדינה, וגם במעמד הפרט. בראשית שנות המדינה התפיסה החברתית הייתה יותר קולקטיביסטית, של הקרבה למען המדינה, היחיד מוכן לסבול למען הכלל. לאורך השנים התפיסה הזו נחלשה והייתה עליה של שיח הזכויות, בעיקר החל משנות ה80' הפרט שם עצמו יותר במרכז ומרגיש יותר חופשי לתבוע נזק. אנו רואים גם שינויים במקום של עולם המשפט – בעבר הייתה פחות פניה לבתי המשפט, החל משנות ה90' אנו רואים תהליך של משפוט, ואנו רואים היבטים של נגישות משפטית עם עליית שיח הזכויות – קבוצות זהות שמעזות לפנות לבתי המשפט בדרישות שונות.
* **אופי האירוע** – אסון חד פעמי או עוולה מתמשכת.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **תקופת האירוע / אופי האירוע** | **התרחשות חד פעמית** | **עוולה מתמשכת** |
| **שנות ה50'** | אסון מעגן | טיפולים למחלת הגזזת |
| **שנות ה80' ואילך** | אסון גשר המכביה | פרשת נפגעי עירויי הדם |

נסקור את המקרים:

**פיצויים לנפגעי אסון מעגן**

מדובר באסון האזרחי ההמוני הראשון שאירע במדינה. ב29/7/1954 נערך טקס בקיבוץ מעגן כנרת, שמטרתו הייתה להאדיר את פעולות הצנחנים שנשלחו מהישוב היהודי בארץ לגרמניה, להציל יהודים במלחמת העולם השנייה. הטקס היה מאוד רציני וגדול משום שהיו הרבה טענות כלפי הישוב היהודי בארץ שהוא לא עשה מספיק כדי להציל יהודים בתקופת השואה, ולכן היה חשוב לישוב היהודי לעשות אירוע גדול כדי להוכיח שלא כך הדבר. לטקס הזה הגיעו המון אנשים וכולם רצו לקחת בו חלק – הצבא, עמותות, ארגונים אזרחיים וכו'. הגיעו אליו גם בכירים בישוב היהודי באותה עת בישראל. כחלק מהרצון להשתתף באותו אירוע היה ארגון שנקרא "כלוב התעופה האזרחית", הוא היה אחראי על הדרכות של טיסות אזרחיות והוא רצה לקחת חלק בטקס – לשלוח מטוס פייפר לאוויר ולעשות מפגן אווירי מרשים – לזרוק מהמטוס אגרת ברכה אל קהל הטקס. אותו מטוס הגיע לאזור הכנרת, ניסה לשחרר את איגרת הברכה מהמטוס והאגרת נכרכה בגלגל, במקום לטוס משם לאחר שהדבר כשל, הטייס הוציא את גופו מהמטוס ואמר לפקיד שמאחוריו (שלא היה טייס) להחזיק לרגע את ההגה, המטוס נחת על הקהל ונהרגו שם עשרות אנשים. מיד אחרי האסון כולם הכחישו את הקשר לאירוע. באסון זה נהרגו כ17 אנשים ו27 נפצעו קשה מאוד. חשוב לציין שזה היה ממש שבר לאותם פצועים, לא היה אז ביטוח לאומי.

מיד לאחר האסון יש שלושה מנגנונים לטיפול באירוע:

* **ועדת חקירה ממלכתית** – לא קובעת פיצוי. ועדת החקירה קבעה שזה מאוד מצער מה שקרה, הם כותבים את שמות המארגנים ואומרים שהם פעלו ברשלנות, בפזיזות ובקלות דעת, אבל בשורה התחתונה אין להאשים אף אחד מהנוכחים כי כולם פעלו בהתנדבות. בעקבות אסון מעגן הוסיפו תקנה שאסור לעובד מדינה להתנדב ללא אישור של הממונה.
* **הליכים פליליים** – לצד ועדת החקירה התקיימו הליכים פליליים רק כנגד הטייס.
* **הליכים אזרחיים** – לו האירוע היה קורה היום, היו הולכים לתביעה נזיקית. אלא שמה שקרה בפועל:
* הליכים ראשוניים – מה שקרה הוא שקרובי משפחה של הנפגעים כתבו מכתבים למדינה בבקשה שיסייעו להם, גם המכתבים הללו היו מאוד מועטים. המענה מצד המדינה הביע חמלה אך ללא עזרה אמיתית.
* תביעות אזרחיות לבית המשפט, 1956 – בהמשך הוגשו תביעות אזרחיות. המדינה מגיעה לבית המשפט, מבקשת לעצור את ההליכים, ואומרת שהיא תטפל בהכל. ההליכים מוקפאים והמדינה אומרת שהיא תקים ועדה.
1. **ועדת הנימן** – ועדה המוקמת בראשות השופטת הנימן. השופטת יושבת ובודקת את התיקים מבחינת הפיצוי שלדעתה נראה שצריך לתת וללא חוות דעת. השופטת קובעת פיצויים בגישה חדשה – תיאוריית צדק נזיקית שהמרצה מכנה "תיאוריה סוציאליסטית", כי היא מפצה כל אחד לפי צרכיו וכדי יכולתו. כלומר, אם למישהו נגרם נזק קשה אבל מצבו הכלכלי טוב, היא קובעת בוועדה הזו שהוא לא צריך פיצוי. במקביל, בתיקים אחרים שמתנהלים בדיני נזיקין הדברים מתנהלים בצורה אחרת. למשל, חברי קיבוץ נכון לאותה עת, אם נפגעו כתוצאה מאירוע שגרם להם נזק היו זכאים לקבל פיצוי על כל ראשי הנזק. השופטת הזו קובעת לגבי הנפגעים חברי הקיבוץ, שמאחר והם חברי קיבוץ לא מגיע להם פיצוי על הפסד השתכרות שהוא ראש נזק, כי הקיבוץ הוא מעגל תומך. לצד זאת פסקי הדין הנזיקיים באותה תקופה כן מפצים על ראשי הנזק האלה חברי קיבוץ. בסופו של דבר אחרי שהיא קובעת את הפיצויים בוועדה הזו, לא משולמים הפיציים לנפגעים.
2. **ועדת נאמן** – הנפגעים ממשיכים לפנות לבית המשפט ומוקמת ועדה נוספת בראשות החשב הכללי דאז – ועדת נאמן. הוא אומר שהוא מוכן לתת רק 50% ממה שהשופטת הציעה – או 50% או כלום. בסופו של דבר בזה הם סוגרים. בסה"כ מתוך 44 נפגעים, רק חצי מהם קיבלו פיצויים, 17 ויתרו על הפיצוי, ו-4 לא קיבלו בכלל את פניות הועדה ותביעה אחת נדחתה.

מנגנון הפיצוי הנזיקי כאן היה באמצעות ועדות בין משרדיות – שופטת, ולאחר מכן חלוקה כספית טכנית. אף אחד לא בדק אחריות של אף אחד, ישר קפצו לפיצוי מבלי לגעת בשאלה האחריות. מה שהשפיע על כל ההתנהלות זה גם המקום של המדינה, איך היא רואה את עצמה איך הפרט רואה אותה, מקומו של הפרט וכו'. מבחינת מעמדו של בית המשפט, אין כמעט פניה לבתי המשפט, אלא אם כן ממש יש קושי ולצד זאת גם זהות הקבוצה, אלו שנפגעו היו מתוך חברי מפא"י והיה להם חרב פיפיות, כי הם הרגישו מצד אחד בושה לבקש כסף ומצד שני זה היה חלק מהאליטה של אותה עת ולבסוף קיבלו פיצוי בשנות ה50. יש גם היבטים חברתיים, ותפיסת פיצוי סוציאליסטי – כל אחד לפי צרכיו. לא רק המדינה לא רוצה לתת, אלא גם הפרט לא רוצה לקחת, אנו רואים זאת במכתבים שכתבו נפגעים אל המדינה.

**נפגעי הטיפול בגזזת**

קבוצה של עולים, רובם מארצות ערב וצפון אפריקה שהגיעו לכאן בעליות של שנות ה50. עוד לפני שעלו לארץ וגם במעברות התגלו אצל חלקם מחלות שונות שהתפתחו כתוצאה מהיגיינה ירודה במעברות, ביניהן גזזת. גזזת זו מחלת עור שהנגעים שלה הם בצורת עיגול. באיזור שהיא מתרחשת יש שיערות גזוזות ומכאן שמה. כיום הטיפול קל למי שנדבק במחלה זו. הבעיה לא הייתה עם הגזזת, הגם שהיא מאוד מדבקת. הטיפול שהיה נהוג באותה עת היה – שיטת "קיינבוק-אדמסון". לפי שיטה זו, לוקחים את החולה ושמים אותו מתחת למכונת רנטגן במשך ימים ארוכים.

ברבות הימים התבררו התופעות הקשות של הטיפול במחלה הזו – תחלואה מוגברת בסרטן. הקבוצה הזו מוכרת בעולם בכתבי עת רפואיים מהשורה הראשונה שמספרים על הקשר הקשה שבין הטיפולים לתחלואות שונות. הקבוצה הזו מתחילה לעורר שיח חברתי ותקשורתי, זאת לצד התעוררות שיח הזכויות בישראל ולהתעוררותן של קבוצות זהות שמעיזות להגיד שנגרמו להם עוולות ושהם רוצים לתבוע על נזק. חלק מהסיבה שלקח כל כך הרבה זמן היא כי לאותה קבוצה היה קשה להמשיג את מה שקרה לה כעוול, ואז להאשים ובסופו של דבר ללכת ולהגיש הליך משפטי. זו הייתה קבוצה מוחלשת, קשת יום והיה לה קשה לעשות את התהליכים האלו.

מנגנון הפיצוי מתחלק לשניים:

1. **תביעות נזיקיות ראשונות בתחילת שנות ה90** – בית המשפט דוחה אותן מחמת התיישנות. לצד זה הם מפעילים לחץ פוליטי ומצליחים להעביר ב1994 חוק – "**החוק לפיצוי נפגעי גזזת**" הגם שהתחלואה שלהם לא נגרמה מהגזזת אלא מהטיפולים, החוק קובע את הדברים הבאים:
* אנחנו לא נבדוק מי אשם, אלא עוברים ישר לפיצוי.
* אתם תקבלו פיצוי חד פעמי לפי אחוזי הנכות שלכם.
* אתם תצטרכו להוכיח שאתם עברתם את הטיפולים ושהנזק נגרם בגללם.

כמובן קשה מאוד לנפגעים להוכיח שהם עברו את הטיפולים, היה מאוד מורכב לעבור את הועדות הללו.

1. **הגשת תביעות נזיקיות נוספות** – לצד זאת, הקבוצה ממשיכה להגיש תביעות נזיקין, אחת הטענות המרכזיות היא שהטיפולים ניתנו מחמת התנהלות לא שוויונית באותה העת. מנגד טוענת המדינה, לא היה ולא נברא, אנחנו נתנו את הטיפולים כי זה היה הטיפול המקובל באותה עת. עד היום בכל הפרשות הללו יש מתח אדיר סביב שאלות הזהות האלה. הקבוצה הזו ממשיכה להגיש תביעות נזיקין לצד קיומו של החוק, וכל פעם בית המשפט הודף אותה, עד שבשלב מסוים אומרת הקבוצה – בסדר, נניח ולא ידעתם שהטיפולים מסוכנים, ידעתם בשנות ה80 שאנו שייכים לקבוצת סיכון ולא אמרתם לנו, לו ידענו היינו הולכים, עושים בדיקות ומקבלים טיפולים מוקדמים למניעת המחלות, התביעה הזו לראשונה מתקבלת בשנת 2006. בית המשפט העליון הופך את התיק הזה להלכה בשנת 2015, מעט מאוד אנשים זוכים מכוח אותו פסק דין בפיצוי. גם פה אנו רואים מנגנון פיצוי באמצעות חקיקה קבוצתית ספציפית ותביעות נזיקין, אבל המנגנונים שהותוו מושפעים מאוד מגורמים שהם בכלל לא משפטיים. הזהות בפרשה הזו הייתה מאוד משמעותית והחוק הזה עבר בעיקר בזכות חוק אחר של קבוצה אחרת שהיא הקבוצה השלישית.

**פרשת נפגעי עירויי הדם**

קבוצה של חולי המופיליה שקיבלו תרופה שנקראת 'פקטור 8' שמאוד הקלה עליהם באותה העת, כי היא חסכה את עירויי הדם, אלא שבשנות ה80' עוד לא ידעו על קיומה של מחלת האיידס וחלק מהתרכיבים של אותה תרופה היו נגועים בה. זה קרה בכל העולם, הרי היו חולי המופיליה בכל העולם. להיות חולה איידס בשנות ה80' זו הייתה בושה מאוד מאוד גדולה. אחת מהבעיות של אותה קבוצה בישראל היא שהם פחדו להתחיל הליך נזיקי משום שישר ידעו מי הם. לצד זאת, היה מדובר בקבוצה מאוד חזקה – הפקטור 8 הייתה תרופה שהיה קשה לקבלה, והיא ניתנה רק למשפחות המקורבות לבכירים, ולכן הייתה להם מודעות משפטית וחברתית מיד לרוץ ולפעול, בניגוד למשל לנפגעי הגזזת. הם מיד גייסו כמה פרופסורים ואיתם התחילו לקדם את עניין הפיצוי. הם העבירו את החוק הקבוצתי הראשון במדינת ישראל – **חוק לפיצוי נפגעי עירוי דם** שהמנגנון שלו היה דומה לחוק של הגזזת. השוני בין החוקים הוא שחוק הפיצוי לעירויי הדם נחקק הרבה יותר מהר והפיצוי היה יותר גבוה.

עקב כך עולה השאלה – האם יד של מישהו באסון אחד שווה יותר מיד של אחר באסון אחר? התשובה היא לצערנו כן, ככל שאתה קבוצה יותר חזקה ורץ יותר מהר אתה משיג פיצוי יותר טוב ויותר מהר. על גלי החוק הזה חוקקו שנתיים אח"כ את החוק לנפגעי הגזזת. את כל ההתנהלות בארץ הקבוצה הזו סיימה בחוק הזה, היא פחדה לנקוט הליכים בישראל. לאחר שהסתבר שמחלת האיידס היא מחלה כרונית, הצורך בכסף גדל, והם ב2003 מגישים תביעה ייצוגית בארה"ב כנגד היצרנים. הרוב סוגרים את זה שם בערך בפיצוי של 100,000 דולר. יש כאן היבטים של זהות הקבוצה וחשש מזיהוי, מקומה של המדינה, מקומו של הפרט, אחריות מוסריות ואחריות משפטית ושיח הזכויות וחוקים קבוצתיים.

**אסון המכביה**

במשחקי המכביה (סוג של אולימפיאדה יהודית) שמתרחשים בישראל אחת ל4 שנים, מגיעות משלחות ספורטיביות מכל העולם, מכל מיני ארגונים יהודיים. ב1994 רצו לעשות אירוע יפה ובנו גשר שעליו יצעדו כל המשלחות לפי סדר הא,ב. אוסטרליה התחילו לצעוד והגשר קרס תחתם עם כמה נפגעים מאוסטרליה, מה שאומר על איכות הגשר. נהרגו 4 חברי משלחת אוסטרלית ונפצעו 69 אנשים, כאשר הנפגעת הכי מפורסמת היא סשה אלטרמן שהייתה מאושפזת תקופה ממושכת. האירוע הזה גורם לשבר מאוד גדול עם הקהילה היהודית באוסטרליה, מחמת העובדה שישראל לא נרתמה במתן מזור לקבוצה הזו. הנפגעים אמרו שהם ציפו ליד מלטפת ודיברו איתם "במשפטית". הקהילה האוסטרלית מאוד כעסה וזה עלה לישראל בהרבה – הן מבחינה פוליטית והן מבחינה כלכלית. הקבוצה האוסטרלית הזו הייתה מאוד חזקה והיא הלכה והגישה תביעות נזיקיות (נציין במאמר מוסגר שההמלצה לקבוצה רבת נפגעים היא לרוץ לבית משפט מפני שתוך 60 יום צריך להגיש כתב הגנה). בסופו של דבר הם מגישים תביעות נזיקין ומקבלים פיצוי בבתי המשפט אבל ללא בירור אחריות. בית המשפט אומר – תסגרו את זה בחוץ ואם לא בואו אליי לפי **ס' 79א**. כלומר הוא לא בודק את האחריות.

**מתאוריה לפרקטיקה – האם המצב הקיים תקין?**

היום יש תמונה של כמעט כל אירועי רבי הנפגעים שאירעו בישראל, רובם המוחלט הוא על בסיס non fault liability. לדוגמה, פרשת ילדי תימן – בשנת 2021 מדינת ישראל מוציאה החלטת ממשלה שבה היא אומרת שהיא מפצה, מבלי לבדוק אם קרה או לא קרה, וללא בירור אחריות, הכל כתוצאה מהעובדה שהגישו תביעות נזיקין.

לסיכום, מאוד עצוב לומר אבל יש שווי שונה לאנשים שונים. יש קריאה ליקום ליצירת מנגנון פיצוי אחיד צופה פני עתיד – הקריאה היא לחוקק חוק שבו אם חלילה מישהו מאיתנו נפגע באסון אזרחי, החוק יעניק מנגנון אחיד שייתן תשלום מסוים. המרצה אומרת שלשמחתה קריאתה נשמעה חלקית, פנו אליה מועדת ייעוץ וחקיקה והיא סייעה לניסוח חוק – חוק סיוע לנפגעי אסון אזרחי, הרעיון שלו הוא ללוות אנשים לאחר הפגיעה. החוק עבר קריאה ראשונה בממשלה הקודמת, והציפייה היא שהוא יקודם ונפגעי אסון לא יצטרכו לקדם מנגנון פיצוי ספציפי בכל מקרה אסון לחוד.

**הרצאת אורח – סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית/ ד"ר נטלי דודזון**

**הקדמה**:

משפט בינלאומי פומבי מסדיר את היחסים בין מדינות, ואילו משפט בינלאומי פרטי מסדיר ישוב סכסוכים משפטיים בין אנשים וגורמים פרטיים, כאשר יש סכסוך.

הנושא שנדבר עליו היום הוא עד כדי כך נישתי, שהרבה משפטנים לא מודעים אליו בכלל. כדי להבין על מה אנו מדברים, נדבר על מלחמת האזרחים שמתרחשת בסוריה מאז 2011 – קבוצות של מתנגדי משטר התחילו להפגין ברחובות נגד השלטון, והשלטון הגיב בצורה מאוד קשה – עשרות אלפי אנשים שהועלמו, נרצחו, נמצאים בכלא ועונו, כולל עורכי דין, אחים או רופאים שנתנו עזרה משפטית/ רפואית לאותם מתנגדים. האנשים האלה עברו זוועות, וכולנו יכולים להסכים שאסור היה להעביר אותם את הזוועות הללו רק בשל התנגדות פוליטית לא אלימה.

חלק מאותם אנשים שעברו את העינויים תחת משטר אסד נמצאים עדיין בסוריה, הרבה מהם נמצאים במדינות אחרות – ירדן, גרמניה ובמקומות אחרים במערב אירופה ובצפון אמריקה. איזה סעדים מגיעים להם?

תשובות שעלו בכיתה:

* הקמת בג"ץ לעינויים בסוריה הוא דבר לא אפשרי, כי המלחמה עדיין נמשכת.
* לערב את האו"ם גם לא אפשרי כי רוסיה תטיל וטו.
* שמדינות שקולטות את הפליטים יתנו עזרה – מעין שירות רווחה, אבל לא מבטא צדק כלשהו.
* העברת נשק לחלק מהמתנגדים (לא ממש סעד).
* בית משפט בינלאומי פלילי בהאג. אולם, כדי להגיע אליו צריך שראש מועצת הביטחון יעביר את התיק אבל זה לא יקרה בגלל רוסיה, ויותר מזה, סוריה לא הצטרפה לבית הדין.

**נשאל שאלה היפותטית** – האם זה צודק אם למשל פקיד מדינה, שהיה מעורב בגרימת עינויים לאזרחים בסוריה, ייסע לחופשה לגרמניה, או ניו יורק, ושם אחד הקורבנות יתבע אותו בנזיקין?

כדי לדון בשאלה הזו, נדבר על האפשרות הזו של תביעות נזיקין במדינה שבה לא קרו העוולות במקרים של עינויים. בסופו של דבר צריך לבחור מה עליון – ריבונות המדינה או זכויות הפרט.

נעשה את זה דרך הסיפור של המנגנון בארה"ב, שם זה אפשרי. במשך 35 שנה הייתה אפשרות מאוד מאוד רחבה שהרבה מאוד ארגונים לזכויות אדם ניצלו, ודרך הסיפור האמריקאי אפשר להתחיל לענות על השאלות ולהבין האם המנגנון הזה טוב, מייצר טוב, צודק, או דווקא פוגע בצדק לפי השקפות שונות. הן לפי השקפות של ריבונות והן לפי השקפות של ארגוני זכויות אדם.

**רקע – המשב"ל לזכויות אדם והמשב"ל הפלילי**:

על אילו נורמות של המשב"ל אנו מדברים?

1. **משב"ל פלילי** – נורמות נזיקיות מהמשב"ל הפלילי. מטיל אחריות פלילית אישית על אנשים פרטיים בשל זוועות.
2. **משב"ל לזכויות אדם** – תחום הרבה יותר רחב.

מה שמייחד את הנורמות האלה לעומת המשב"ל הקלאסי שעסק עד המאה ה20 ביחסים בין מדינות – דיני ים ודיני לחימה, הוא שהאינטרסים המוגנים כאן הם **אינטרסים אנושיים** – שלא תהיה אכזריות ושלא תהיה פגיעה באנשים. מדינה שחותמת על האמנה לזכויות אדם לא מתחייבת להתנהג בצורה מסוימת כלפי מדינה אחרת, אלא כלפי התושבים. כל מדינה מתחייבת להתנהג בצורה מסוימת כלפי האזרחים שלה, האינטרס ההדדי בין מדינות לא כל כך עובד פה, אלא כאמור האינטרס המוגן הוא האדם.

נתמקד באיסור על עינויים שקיים הן במשב"ל הפלילי והן במשב"ל לזכויות אדם. **האיסור על עינויים הינו נורמה קוגנטית – שלא ניתן להתנות עליה במשב"ל**. על פי ההגדרה של עינויים במשב"ל לזכויות אדם כדי שאלימות תחשב עינויים חייבת להיות **מעורבות של עובד מדינה**. אלימות שבהגדרה היא אלימות פוליטית – דיכוי פוליטי.

**סעדים במשב"ל וקשיי אכיפה**:

יש שיגידו שמשפט בינלאומי הוא לא משפט – אין משטרה, אין הוצאה לפועל ליישום הדברים והדבר תלוי ברצון המדינות. אולם, המשב"ל מספר לעצמו סיפור שיש לו כללים לגבי סעדים. יש פס"ד מפורסם (Chorzow factory) שקובע את הכלל הבא: "**העיקרון הטמון ברעיון של מעשה לא חוקי הוא שצריך להיות פיצוי**". מה זה אומר על היחסים בין זכויות/ נורמות לסעדים? **שזה משהו אוטומטי**. מרגע שמדברים על מעשה לא חוקי יש חובה לפצות. במשב"ל פיצוי הוא:

1. השבת המצב לקדמותו ככל שהדבר אפשרי.
2. פיצוי כספי.
3. התנצלות אם זה מה שהצד הנפגע רוצה.

אם מדובר ספציפית בנורמה של המשב"ל לזכויות אדם/ של המשב"ל הפלילי, הסעדים שהדין קובע הם: קודם כל אחריות פלילית אישית של המבצע (יש מבצעים בדרגות שונות – מסייע, תומך וכו'), ומבחינת חובת המדינה, החובה עליה היא למנוע, לפצות כספית ולהפעיל את המשפט הפלילי, להעמיד לדין ולהעניש.

מבחינה עקרונית יש חובה לספק סעדים. מי אמור ליישם את הדברים האלה? בתחומים האלה יש טריבונלים בינלאומיים ואזוריים, ועדות בינלאומיות ואיזוריות ורשויות מדינתיות. הרבה מהטריבונלים הבינלאומיים לא זמינים עבור סוריה למשל, וכמו כן, רשות המדינה היא סוריה, כלומר עדיין יש פה בעיה. גם במשפט הבינלאומי המגבלה היא המדינה. עם כל הדיבור על קוסמופוליטיות רוב הדברים פה בנויים על הסכמת המדינה.

אנחנו לא מצליחים לצאת מעניין הסכמת המדינה, ולכן הפתרון הזה של סמכות שיפוט אוניברסלית מאוד משך קורבנות, כי לא צריך לפנות למוסד גדול, אלא יש מוסדות קיימים והקורבנות אומרים לעצמם – אולי נצליח להכניס שם את התביעה שלנו.

סמכות שיפוט אוניברסלית פלילית:

* **משפט אייכמן** – כל מה שאייכמן עשה בשואה הוא עשה בגרמניה ולא נגד אזרחים ישראלים. מבחינה משפטית הקשר בין הקורבנות לישראל לא כל כך נחשב. במשפט שלו דאז הייתה הפעלה ראשונה של סמכות שיפוט אוניברסלית פלילית. בימ"ש פלילי מפעיל את סמכותו לא מכוח זיקה טריטוריאלית או אזרחית בינו לבין המדינה בה הוא יושב, אלא הבסיס הוא האוניברסאליות של הערכים שאמורים להיות משותפים לכל האנושות. בתיאוריה ביהמ"ש במקרה זה לא פועל כבית משפט ישראלי, אלא גם כסוכן עבור שאר הקהילה הבינלאומית, ואף עבור האנושות.
* **אמנה נגד עינויים ס' 5 וחקיקה מקומית** – סמכות זו היא כבר לא משהו חדש ושולי, היא דבר מוסדר. הס' אומר שכל מדינה שחברה באמנה הזו מתחייבת או להסגיר או לשפוט מענה שימצא בשטח שלה, לא משנה איפה העינויים בוצעו. יש הרבה מאוד חקיקה מקומית שמאפשרת משפטים כאלה וזה קורה לא מעט.

סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית:

כמו סמכות השיפוט הפלילית, רק בתביעה אזרחית (דומה לתרחיש ההיפותטי של הפקיד הסורי שהעלינו קודם). מדובר בבית משפט אזרחי שמאפשר לקורבן של עינויים לתבוע את המענה, גם אם אין שום קשר בינו לבין אותה מדינה בה נמצא בית המשפט.

* **מדוע תביעה נזיקית הינה פתרון אטרקטיבי לארגוני זכויות אדם ולקורבנות**? משום שהמשפט הפלילי תלוי במדינה והמדינה לא תמיד רוצה להפעיל אותו, בעיקר כי זה פוגע לה ביחסים הדיפלומטיים. כמו כן, רף ההוכחה במשפט הפלילי הוא הרבה יותר גבוה. מנגד, בהליך האזרחי הקורבנות שולטים בעניינים, הם מספרים את הסיפור שלהם. הם יכולים לתעד דברים בכתב תביעה וזה תורם לתיעוד ההיסטורי (התיעוד חשוב כי יש הכחשה).
* **האם יותר/ פחות לגיטימי לתבוע בנזיקין מאשר הפעלת סמכות שיפוט אוניברסלית פלילית**? מצד אחד זה לא פוגע במדינה כי מדובר באדם פרטי, מצד שני יש כאן דיכוי פוליטי. במאמר שנתבקשנו לקרוא להרצאה זו, **סטיבנס** (כותבת המאמר) סיפרה שהיו מקרים שהמדינה אמרה שהיא לא מתנגדת לתביעה נזיקית – כמו במקרה של הפיליפינים, לא היה אכפת להם שישפטו את פרדיננד מרקוס שהיה נשיא הפיליפינים וביצע זוועות בעמו. הם לא שפטו אותו בפיליפינים כי הרבה מהחברים שלו עדיין היו בשלטון.

**סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית – הניסיון בארה"ב**:

**Alien tart statute** ("חוק נזקי זרים") – חוק פדרלי משנת 1789. באותה עת ארה"ב צעירה וחלשה. יש פה חוק שאומר שזרים בלבד, ולא אזרחים אמריקאים יכולים לתבוע בנזיקין בעילה של הפרה של המשפט הבינ"ל בבתי משפט פדרליים. 200 שנה שכחו מהחוק הזה ולא התעניינו בו יותר מידי.

**Filartiga v. pena-irala** (1980): בסוף שנות ה70, ביהמ"ש פדרלי לערעורים בניו יורק השתמש בחקיקה הזו כדי לקבוע שיש לו סמכות לדון בתביעה נזיקית של רופא מפרגוואי והבת שלו, נגד שוטר לשעבר מפרגוואי בגין העינויים למוות של הבן והאח שלהם בפרגוואי. זה נעשה עקב פעילות של ארגון לזכויות אדם, שהיה מאוד פעיל באותה תקופה בתביעות עבור זכויות מיעוטים בשנות ה50. אחד מעורכי הדין שלהם מצא את החקיקה הזו וזה הצליח להם. לאחר פסק הדין הזה, אנשים התחילו לחקור את החוק.

**סטיבנס** במאמרה, אומרת שיש הסבר היסטורי לחקיקת החוק המשונה הזה שכולם שכחו: היא אומרת שארה"ב באותה עת היא לא מעצמה, אלא מדינה צעירה, היא נמצאת בין בריטניה לצרפת שהן אימפריות גדולות וישנה סכנה של מלחמות. מה שיכול ליזום מלחמות הרבה פעמים הן תאונות דיפלומטיות, ובאותה תקופה הרבה דיפלומטים זרים מצרפת, הולנד וכו' היו בארה"ב והיו מעורבים בכל מיני תאונות ואלימות. בתי המשפט המדינתיים של ארה"ב לא התייחסו אליהם יפה ונתנו להם סעד ולכן המחוקק הפדרלי אמר שהוא רוצה שכל התביעות של זרים יטופלו בצורה יפה ואחידה ולא יועברו למדינות הספציפיות. לכן, המחוקק החליט לעגן את זה בחקיקה פדרלית ולתת לבתי משפט פדרליים את הסמכות לעסוק בכך.

**In re marcos human rights litigation** (1986 עד היום): ביהמ"ש הפדרלי לעינויים קובע שעינויים הם איסור מנהגי ושהם אוניברסליים וכל המדינות מסכימות עליהם. השופט קאופמן שפסק בתיק זה היה יהודי, אבל הייתה לו היסטוריה בעייתית. הוא שפט בשנות ה50 את הזוג רוזנברג, זוג מדענים יהודיים בארה"ב על בגידה, הם ריגלו עבור ברית המועצות ופסיקתו הייתה הוצאתם להורג. אנשים חשבו שפס"ד זה הוא הזדמנות עבורו לנקות את השם שלו ושיזכרו אותו למען זכויות אדם והמלחמה נגד עינויים.

עקב פס"ד זה, היו לא מעט תביעות נגד עינויים ופשעים אחרים נגד העולם – **Doe v. unocal** (2002):אדם תבע את יוניקל חברת הנפט, על נזק שנגרם לקהילה שלו עקב בניית צינור נפט. הקהילה מאוד התנגדה לבניית הצינור והמשטר בבורמה דיכא את ההתנגדות בצורה מאוד אלימה, פה ניסו לתבוע תאגיד זר ובתי המשפט הפדרליים אמרו שניתן לתבוע תאגידים זרים.

כשהתחילו לתבוע תאגידים על הסיוע שלהם לכל מיני פרויקטים בעולם המתפתח, אנשים התחילו לשים לב לאותן תביעות. עד אז זה לא היה כ"כ שנוי במחלוקת בארה"ב, המשרדים הגדולים התחילו לייעץ לתאגידים שהסיוע שלהם עבור ההתפתחות מהווה סכנה ושאפשר לתבוע אותם על כך. לאחר אירועי 11/9 התחילו גם לנסות לתבוע את ארה"ב וכל מיני עובדים אמריקאים. הבן של בוש יצא נגד החוק הזה ואמר שאם נאפשר לתבוע תאגידים זרים בארה"ב אז יהיה אפשר לתבוע בכל מקום ושזה מצב גרוע.

**Sasha v. Alvarez-machain** (2004): ביהמ"ש העליון של ארה"ב בפעם הראשונה נתקל בתביעה בנוגע לחקיקה הזו. סטיבנס מסבירה שלמרות שבית הדין לא היה פרוגרסיבי במיוחד, הוא כעס על ממשל בוש, שלקח לו הרבה מאוד סמכויות מאז אירועי 11/9 וטען שלרשות המבצעת יש סמכויות בלתי מוגבלות. השופטים קבעו שאכן הפרשנות הזו של החוק הזה כמאפשר את התביעות האלה היא פרשנות ראויה, אבל יש כאן סכנה גדולה עם היחסים הבינ"ל של ארה"ב. לכן, צריך לקבל ולהגביל את התביעות האלה רק לנורמות אוניברסליות. על סמך הפרשנות הזו היו אינסוף תביעות על עינויים, רצח עם, פשעי מלחמה ועבדות. אולם, ספק מה נחשב לאיסור אוניברסלי. למשל – נקבע שעבדות ילדים בגיל 8 במפעל בליבריה לא נחשבת לאיסור אוניברסלי.

**Wiwa v. shell** (2009): תביעה נגד חברת של. של הינה חברה של נפט שהקימה חברה משותפת יחד עם חברה ציבורית מניגריה כדי לנצל את משאבי הטבע באזור ניגריה. הם הרסו את מי השתיה, המגורים והכפרים של השבט האוגוני. אחד המתנגדים לכל התכנית הזו הוצא להורג במשפט שדה שממשלת ניגריה אירגנה, הרי הממשלה רצתה לקדם את הפרויקט הזה, כי היא מרוויחה ממנו. בנוסף אליו, שלושה אנשים נוספים הוצאו להורג, הרבה מאוד מתנגדים נהרגו. של נתבעת על ידי המשפחה של אותו אדם שהוצא להורג והם קיבלו פשרה – משהו כמו 15 מיליון דולר.

**kiobel v. shell** (2013): תביעה דומה נגד חברת של. תביעה זו הוגשה ע"י אסתר קיובל, האלמנה של גבר אוגוני שנרצח על ידי הממשלה בניגריה בהתנגדות לפעילות של חברת של. להתדיינות שם היו משהו כמו 50 תזכירי ידיד בית משפט של כל מיני מדינות זרות וכל מיני ארגונים לזכויות אדם, וגם של הממשל האמריקאי. כל זה היה אמור להיות מסביב לשאלה של האפשרות לתבוע תאגיד. בסוף ביהמ"ש אומר שהחוק הזה לא נותן סמכות שיפוט אוניברסלית, יש חזקה שכל חוק אמריקאי אמור לחול על שטח ארה"ב וכדי שהוא יחול על עובדות שקרו מחוץ לארה"ב השפה צריכה להיות מאוד ברורה. **לכן כדי להשתמש בחוק הזה צריך להוכיח קשר הדוק לארה"ב**.

יש עדיין שתי סמכויות שיפוט אוניברסליות:

1. **תביעות נזיקין רגילות** – תביעות אלה הן לא תחת קטגוריה של עינויים, אלא תחת רשלנות או עוולות נזיקין אחרות.
2. **חקיקה מ1991** – בוש האב תהה למה תחת החוק ההוא רק זרים יכולים לתבוע – מה אם אזרח אמריקאי גם עובר התעללות? לכן, נחקק חוק מיוחד שאומר שאזרח אמריקאי או אדם זר יכולים לתבוע בבתי משפט פדרליים של ארה"ב אדם (אבל לא תאגיד) בגין עינויים או בגין הוצאה להורג ללא משפט. זה מה שנותר מסמכות השיפוט האוניברסלית האזרחית בארה"ב.

**התפתחויות מחוץ לארה"ב: חסינות מהותית בגין עינויים?**

המנגנון לעיל נתן הרבה השראה לארגוני זכויות אדם בקנדה, אירופה וכו' שניסו לפתח סמכות שיפוט כזו או אחרת ובתי המשפט לא ממש שיתפו פעולה. **החסם העיקרי הוא חסינות של מדינה זרה**. שתי ההצדקות להכרה בחסינות הזו:

1. **יש הבחנה בין מהות להליך** – בעצם הקורבנות אמרו שלא יכולה להיות חסינות במקרה של עינויים כי זו נורמה קוגנטית. **לורד הופמן** בפס"ד של בית הלורדים באנגליה אמר שזה בסדר לתת חסינות בגין עינויים, כי זו שאלה פרוצדורלית, היא נפרדת משאלת הזכות. האם השאלות האלה לא צריכות להיות מותאמות לטיב הזכות?
2. **התעוררות הקורבנות ועו"ד שלהם** – הם אמרו כך: הרי יש סמכות שיפוט אוניברסלית פלילית, אתם יכולים לשים את האנשים האלה בכלא, אם כך, אז מדוע אי אפשר לתבוע אותם בנזיקין? אם יש הליך פלילי האם ההליך האזרחי לא יותר קל? בית המשפט העליון של קנדה בתביעה נגד פקידים איראנים על עינויי אמו של התובע אמרו: כשיש תביעה לפיצויים נגד עובד מדינה זה הרבה יותר פוגע במדינה, בריבונות שלה, במוניטין שלה וכו', יכול להיות שהנתבע יפנה בסוף למעסיק שלו ויבקש החזר על הפיצויים וההליך הפלילי הוא הרבה יותר אישי. לעומתו, ההליך הנזיקי הוא יותר פוליטי, עניין הפיצויים מערבים את המדינה וזה כבר לא סכסוך פלילי.

אלה ההצדקות שניתנו, יש הבדל בין מהות להליך. בתי המשפט עושים הבחנה מאוד חדה בין זכות לסעד ובין הליך אזרחי להליך פלילי, כשההליך האזרחי נתפס כיותר פוליטי. היום אנו נמצאים באופן פרדוקסלי במצב שבו הפעלת הכוח של המשפט הפלילי הרבה יותר מקובלת גם נגד אנשים זרים, וגם בגין דיכוי פוליטי. כלומר, אנו מצויים בעולם שבו המשפט הפלילי הרבה יותר מבוסס בעבירות פוליטיות מאשר דיני הנזיקין.

**מסקנות**:

בחזרה לשאלה ששאלנו בתחילת ההרצאה – אילו סעדים מגיעים לאזרחים שעברו עינויים במשטר אסד? ניתן לחשוב על התשובות הבאות:

* לתבוע בארה"ב על סוריה.
* בסוריה יש לא מעט משפטים פליליים שמתנהלים.
* גם בגרמניה, בשוודיה ובמקומות אחרים בצפון אירופה מתנהלים הליכים פליליים (יש שם הרבה פליטים), והמשפט הפלילי יכול לטפל בזה.