



תרופות במשפט הפרטי

מקוצרת

עמית דוקטור



ז"ר מיטל גמבא
תשפ"ב - 2022

תרופות= remedies- מענה של המשפט לפגיעה בתובע: סעדים מנהליים, עונשיים וכו', פיצויים (מוסכמים, קיום, פיצויים עונשיים ומסוגים שונים), צווים וכו'. נדבר על משפט פרטי: חוזים, נזיקין, קניין, עשיית עושר.

החלוקה לתחומים: בעבר הכל היה תחת קורת גג אחת של "המשפט הפרטי". במאה ה-19 התחילו להתייחס למשפט כמדע וחילקו לתחומים. **יתרונות**: המשפט הופך להגיוני וברור, אפשר להתייחס למיוחד בכל תחום ולקשרים ביניהם, קל לחפש. **חסרונות**: יש סוגיות אפורות ביכולות להיות בכמה תחומים. למשל: סיטואציה קניינית ונזיקית: שימוש בכוח נגד הסגת גבול בחוק המקרקעין (30 יום) מול פקניז. בכל מקרה, גם אם מחלקים לתחומים וגם אם לא יש מחיר.

ארבעה ענפי משפט עיקריים:

- דיני חוזים**: מבטאים רעיונות: הסתמכות; ודאות וציפייה; תועלת- העלאת תשואה חברתית; מיקסום אוטונומיה. **למה צריך דיני חוזים**? העולם לא מושלם, חוזים קיימים כדי לקיים את האינטרסים הללו וכדי להתמודד עם מצבים שמימושם לא הולך כמו שצריך, למשל: הפרה.
- דיני נזיקין**: מבטאים רעיונות: **(1) דיני אשם** - tort law, נגרם נזק ומישהו אשם: אשם מוסרי מול אשם חברתי בדיני נזיקין. **(2) יסוד הנזק**- נזק מוחשי או נזק נורמטיבי. **למה צריך דיני נזיקין?** בעולם שהוא לא מושלם נגרמים נזקים ויש להם אשמים. **תרופה בדיעבד**- לאחר הנזק- מתן בטחון לניזוקים, מסייעת להמשך במימוש חייהם הלאה, להתאים למצב החדש. מענה לאינטראקציות בין אנשים בעולם לא מושלם. **תרופה עם הגיון מלכתחילה**- מניעה והרתעה מפני יצירת נזקים.
- דיני קניין**: מבטאים רעיונות: **(1) שליטה**- או בעלות על רכוש. פגיעה בה תהיה פגיעה באוטונומיה. **(2) אוטונומיה**- פגיעה ברכוש או ביכולת בחירה ומימוש עצמי, גם אם הנזק אינו ממשי, הוא יכול להיות נורמטיבי. לדוג'- פגיעה ברכב מצירה גם את האפשרות להתנייד. **למה צריך דיני קניין?** העולם לא מושלם ותרופות יגנו עלינו מפני פגיעה בקניין ויאפשרו לעשות סדר בעולם ולהתנהל.
- דיני עשיית עושר ולא במשפט**: התפתחות היסטורית- Kings bench, ניסו למצוא פתרונות למצבים שמערכת המשפט הרגילה באנגליה לא יכולה הייתה לתת להם מענה, היה צורך במתן תרופה מתאימה והתפתחה מערכת אלטרנטיבית. **הבטחה מרומזת** ו"מעין חוזים"- Lord Mansfield, היוצר של דיני עשיית עושר במשפט המודרני. בפס"ד **moses v. macferlan** הסכמה בין הצדדים שלא עלתה לגדר חוזה. והלורד מנספילד אומר שגם אם לא היה חוזה, אבל עקרונות היושר והצדק מחייבים אותנו להכיר בהסכמה הזו. נוצר תחום חדש "מעין חוזים"- ומאוחר יותר- דיני עשיית עושר. התפתח בגלל הצורך בתרופה ולמצוא פתרון כשדיני החוזים לא היו מספיקים. **דוקטרינת הויתור על עולה נזקית (waiver of tort)**- ניתן לתבוע בנזיקין, או לוותר על העילה הנזיקית ולתבוע את רווחי המעוול כלפיך.

ס" 1 לחוק ע"ע- חובת ההשבה: יש שלושה יסודות אם (1) הייתה התעשרות (2) לא כדין- כלומר לא בזכות שהייתה לו (3) על חשבון המזכה. צריך להשיב, לא משנה מה אופן קבלת טובת ההנאה. שתי אפשרויות של התעשרות: (1) **נתבע אקטיבי (2) נתבע פסיבי**, למשל: מקרים של בנקים: **city bank פרשת רבלון**- טעות של הבנק שגרמה להתעשרות המלווים. לא כל המלווים מחזירים את הכסף למרות חובת ההשבה. הפרשה מראה לנו עד כמה טעויות זה דבר שגרתי, וקיצוני ועד כמה דרישת ההשבה יכולה לקרות לא רק בחוזים, בשונה ממה מהנוהג בעבר: זו לא עילת תביעה אם אין חוזה, והיום זו כן.

למה צריך דיני עשיית עושר? בעולם לא מושלם אנשים מתעשרים על חשבון אחרים, ועושים טעויות. בגלל שיש סיכון, נחיה בעולם יקר בו אנשים חוששים. ולכן מגיעים דיני עשיית עושר.

החלוקה לקטגוריות היא קצת אשליה, כי יש הרבה מקרים שיש חפיפה. כדי להבין באיזו קטגוריה אנחנו נמצאים נצטרך שפה אחרת- תיאוריה של תרופות

תיאוריה- לדבר בשפה אחת על התרופות של הדינים השונים

קטע צפיה- leibeck v. mcdonalds restaurants - קנתה קפה במקדונלדס, נשפך וגרם לכוויות. חדשני שאדם פרטי מנצח חברה גדולה בבימ"ש. מלמד למה אנחנו צריכים תרופות?: (1) **הרתעה** (2) **צדק חלוקתי**- תרופה היא כלי להגן על הקבוצה החלשה- אמירה פוליטית, החלש ניצח את החזקת. (3) **פיצוי על נזק פיזי**, והוצאות רפואיות (4) אבל **אולי אין תכלית מאחורי הפיצוי?** אולי הרעיון הוא שפשוט מישהו גרם נזק לאחר ואנחנו רוצים שמישהו יישא באחריות על הנזק. זו תיאוריה פוזיטיבית של המשפט, שאומרת שאין עקרון גג אחד, אלא המשפט והנורמות נוצרות מסיטואציות חברתיות, ולא בהכרח מבטא רעיונות משותפים לכל המקרים.

1. תרופות בראי גישה פוזיטיבית (Goldberg & Zipursky)- אסכולה שטוענת שהמשפט הוא יצירה חברתית אנושית שלא בהכרח מחפשת הגיון או ערך אחיד. המצוי זה הפוזיטיבי- הכללים והרצוי זה התיאוריות. תיאוריה פוזיטיבית זה דבר והיפוכו. לפי הגישה: **צריך להטיל אחריות על האשם**: יש חובה הדדית לא להזיק ויש זכות לא להיזק, אם זכות ראשונית זו נפגעת, קמה זכות משנית- קבלת תרופה שתגיע אחרי שהוכחתי שהופרה הזכות הראשונה (יסודות התביעה). המנגנון שמאפשר את התרופה: המדינה שחקן מרכזי במערכת התרופתית. הזכות שלי לקבל תרופה תלויה במדינה שצריכה לאפשר זאת, אם אוכיח שהזכות שלי נפגעה. היא חייבת להעניק לנו תרופה כמו שהיא חייבת לנו זכויות אחרות. הקושי: מודל בעייתי- למדינה נוצר פה כובע פרטי: אנחנו מכפיפים את מתן הזכות למדינה, כמו בזכויות של האזרח מול המדינה (הזכות לבחור) אבל מדובר במשפט פרטי, ומדובר בזכות שלי מול אדם פרטי. האם יש רעיון "על" נורמטיבי שעומד מאחורי התרופה? לא. הרעיון הוא פשוט שהמעוול יישא באחריות.

מה התרופה מבטאת? מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין ולא לפי עקרון תיאורטי.

2. תרופות בראי הצדק המתקן- מורכב מגישות שונות. נתמקד בתפיסה דומיננטית של ארנסט וינריב.

פס"ד palsgrave- גברת ברכבת נפגעת ממוט שנפל אחרי התפוצצות זיקוקים של נוסע, תובעת את הרכבת ולא מקבלת כלום. ש' קרדוזו: אנשי הרכבת התנהגו בצורה לא זהירה אבל החובה שהופרה היא לא כלפיה. לא יכול להיות שנהיה חייבים חובת זהירות אינסופית כלפי כל העולם. אם הופרה חובה נגדך אז אפשר לומר שיש לך זכות שנפגעה אבל אם אין לך זכות אי אפשר להגיד שהופרה חובה כלפיך- זו נקודת המוצא לצדק מתקן.

שני רעיונות מרכזיים של תרופות בראי צדק מתקן (ארנסט וינריב): (1) קורלטיביות- נשען על **צדק אריסטוטלי במשפט**- צדק כמותי, רעיון כמותי של פלוס ומינוס. איזון לבשווי משקל נורמטיבי. והרעיון הזה מסביר כמה דברים: + למה המדינה לא מפצה אלא הפוגע + פיצוי צריך להיות מדויק ותואם למינוס. כדי להתאים את הפיצוי למינוס, וינריב מוסיף תוכן למינוס: **הבחנה בין פגיעה עובדתית לנורמטיבית-** לפי תיאוריות אישיות (קאנט והגל): לכל אחד הזכות למימוש עצמי והחובה לא להתערב במימושו העצמי של אחר. פגיעה בי היא פגיעה במימוש העצמי שלי- זו פגיעה נורמטיבית. לא מספיק שנגיד כמו אריסטו **מה גודל המינוס הכמותי אלא איזה סוג של**

פגיעה בזכות הייתה ומהו היקפה, כדי שנתאים את התרופה לפגיעה למען חזרה לשיווי המשקל ההתחלתי. התרופה מרפאת את אי הצדק בין הצדדים. לא תמיד אפשר להחזיר את המצב בדיוק לקדמותו ויש לעשות את המקסימום.

(2) המשכיות- התרופה חלק בלתי נפרד מהמשפט הפרטי. התרופה מגלמת את הזכות שנפגעה וממשיכה אותה (למשל, השבה) בדמות של תרופה. בהתאם להיקף הפגיעה וסוגה יקבעו את התרופה. (בשונה מגולדברג וזיפורצקי שאומרים שהתרופה היא חיצונית למשפט וניתנת בהתאם למה שהוגן וסביר, בלי קשר לפגיעה). הזכות לעולם ממשיכה להתקיים, למשל: מכונית גנובה.

צדק מתקן- מן התיאוריה אל הפרקטיקה: **פס"ד olwell v. ney** - רכש מפעל לאריזות ביצים, התשמש במכונה לשיטפת ביצים ללא קניינית. הבעלים הקודמים ביקש שישלם לו את מחיר המכונה באותה עת (600 דולר) והוא לא מוכן לשלם לו את המחיר אלא 50 דולר. פס"ד מעורר ויכוח. לבימ"ש יש אפשרויות: **(1) נזיקין-** פיצוי על הנזק לבעלים, למשל בלאי, אבל יש טענות הגנה לטענת הבלאי ובכל מקרה, זה לא פיצוי מאוד גבוה. **(2) התעשרות שלא כדין-** לפי בקשת התובע 600 דולר עבור השימוש שנעשה לא כדין ולא בהסכמה, חסך על חשבון הבעלים הקודמים. **(3) בלי שום קשר, צו מניעה**. בימ"ש: פיצוי 1560 דולר, המפעל חסך כסף בגלל שימוש שלא בהסכמה, ולכן יפצה בעלויות שחסך של שטיפת הביצים: 10 דולר לשכור פועלים כפול כל השבועות. זה מספרים הרבה יותר גבוהים משווי שימוש וגם מבלאי. (בסוף ההחלטה הופחתה כי אפילו התובע לא ביקש סכום כזה גדול). הוויכוח לאור הצדק המתקן: הפיצוי צריך להיות **תואם לסוג הפגיעה בזכות**, וגם **להיקפה**. הזכות שנפגעה: הזכות לשימוש בנכס, אז **הפיצוי צריך לבטא את שווי השימוש** במכונה. נכון היה פה רווח של משהו שלא כדין, אבל לפי צדק מתקן, הפיצוי לא תואם את סוג הזכות שנפגעה: הזכות שנפגעה זה לא קבלת עובדים שישטפו עבורו את הביצים, אלא הזכות לשימוש במכונה. חשוב להבין מה הזכות שנפגעה כדי להתאים את הפיצוי לפי הצדק המתקן. לעומת זאת, אנשי הניתוח הכלכלי טוענים כי בימ"ש צדק. הם יעדיפו למנוע מצבים שבהם אנשים מתעשרים על חשבון אחרים, זה עולם לא יעיל בו יפחדו לבצע עסקאות. ולכן יש לבטל את התמריצים שהוא קיבל ולהעניש למען יצירת התרעה. אבל **במשפט יש שיטות שמשתלבות ולא רק שיטה אחת**. מי צודק? לא נכריע אבל **בימ"ש לרוב אוהב ללכת עם הצדק המתקן**.

צווי מניעה בראי הצדק המתקן: מטרד ליחיד- **סעיף 44 (א) לפקני"ז**: סייפא הסעיף מתייחס לפיצויים, אותם ניתן לתבוע בהוכחת נזק, לא מוזכר צו מניעה. בדרי"כ במטרדים, שזו עוולה מתמשכת, לא יספיק פיצוי, יפעלו להפסיקה בצו מניעה. לפעמים נערב שני סוגי תרופות: פיצוי משולב- צו מניעה ופיצוי. לפי צדק מתקן- התרופה צריכה להיות תואמת לפגיעה בזכות. איך אפשר להתאים תרופה לפגיעה עתידית? אבל אם הזכות לשימוש סביר בנכס נפגעה והיא מתמשכת, התרופה צריכה להיות כזו שתאפשר שימוש סביר בנכס בעתיד. ובנוסף, אם אני יכולה להוכיח נזק שכבר נגרם, ניתן לתבוע פיצויים.

3. תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי- הגיון שונה מהותית מצדק מתקן. התרופה לא קשורה לתובע והנתבע המסוימים, אלא באה להשיג מטרה, לא צדק אלא **יעילות ומקסום רווחה מצרפית**. זו תיאוריה אינסטרומנטלית של המשפט. התפתחות היסטורית: Jeremy bentham - **"עקרון האושר המרבי"** - אנשים פועלים לפי תועלת- להימנע מסבל ולמקסם הנאה. במאה ה-19 לוקחים את הרעיונות האלה לתורת הכלכלה. האנשים לא רוצים למקסם רק במדדים של כסף אלא, מיקסום **רווחה מצרפית** (wealth).

אז איד נדע אם תרופה מסוימת היא ראויה לפי מקסום רווחה כלכלית? אם התרופה היא יעילה ומגדילה את הרווחה המצרפית אז היא ראויה. בחוזים: חוזה ממקסם רווחה מצרפית כי כל צד נכנס אליו כד להרוויח יותר והעוגה המצרפית גדלה וכך גם התרופות בו. בנזיקין: לא יכולים להוסיך לרווחה המצרפית כי אם נוצר נזק ונפצה עליו יוצר חוסר במקום אחר, לכן הכלים והתרופות יכוונו אותנו לצמצום עלויות: הוצאות הנזק ועלויות המניעה שלו. כדי שתרופות יעזרו לנו לצמצם עלויות בדיני נזיקין, נדבר על 3 הקשרים: (א) פיצויים במצבים של רשלנות (ב) פיצויים במצב של משטר אחריות רשלני מול אחריות מוגברת (חמורה)/ מוחלטת (ג) פיצויים או צו מניעה- השפעה של עלויות עסקה על התרופה.

א) פיצויים במצב של רשלנות: שני כללים בסיסים-

נוסחת הנד- ברשלנות אין דרך להגדיל את הרווחה המצרפית אבל ניתן לצמצם את ההפסד החברתי שנגרם ולמקסם יעילות. לפי הנוסחה: אם עלות המניעה קטנה מתוחלת הנזק (הסתברות לנזק כפול הנזק), יש למנוע אותו, כך נפסיד פחות לעומת מצב בו יתממש הנזק. ואם לא מנע, משמע שהתרשל, לכן בימ"ש יטיל עליו אחריות נזיקית ויקבע פיצויים. אם עלות המניעה גדולה מתוחלת הנזק, לא ימנע מהנזק ולא תוטל עליו אחריות על רשלנות. מונע הנזק הזול- כדי להטיל אחריות על אנשים באופן יעיל, זה יהיה תנאי מצטבר לנוסחת הנד. למשל, דוגמת חקלאי התירס ורועה הצאן: לפי נוסחת הנד, נטיל על רועה הצאן את האחריות ברשלנות, נצפה ממנו למנוע את הנזק. אבל צריך להסתכל גם על הניזוק עצמו- מגדל התירס שיכול למנוע את הנזק בזול יותר ולכן לא אכפת מי גרם לנזק אלא משנה מה הרווחה המצרפית.

שוקל הנזק הטוב לעומת מונע הנזק הזול- קלברזי והירשקופף- אמירה תיאורטית שעוד לא התקבלה בפסיקה, אבל רעיון שעולה בחקיקה, לרוב בקשר לבנקים, יצרנים וכו' ולא בנוגע לפרט. שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול כיצד להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, יודע מי מונע הנזק הטוב, ויכול לפעול על סמך שיקול דעתו. זה הגורם שהיה צריך למנוע את הנזק בעצמו או ליידע את הצד השני. לפי קלברזי והירשקופף, לא תמיד ניתן לדעת מיהו. מחליטים לפי תכונות, למשל בנקים. יתרונות: (1) התגברות על פערי מידע (2) הפחתת עלויות אדמיניסטרציה- והבדיקה של מי מונע הנזק הזול. חסרון וקושי: בנק למשל, לא תמיד יידע הכי טוב. לא תמיד שוקל הנזק הטוב הוא מונע הנזק הזול ואז לא היינו רוצים להטיל עליו אחריות, כי מי שלא היה זה הצד שלא מנע את הנזק, בעוד שהשוקל היה זהיר, זה לא יעיל. אם יש גורמים שתמיד יחשבו שוקלי הנזק הטובים, אנחנו לא נהיה זהירים מולם, כי כביכול תוטל עליהם האחריות. דוגמה לקושי: ס' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים: קובע שיצרנים הם שוקלי הנזק הטוב. הפתרון: ס' 4 (ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים: לרוב היצרן יהיה מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הטוב ביותר, אבל זה לא אומר שללקוח מותר להתנהג איך שהוא רוצה, וכשיש התרשלנות חמורה מצד הלקוח, נפטור את היצרן מתשלום פיצוי או מתשלום מלא וכך נתמרץ גם את הלקוח למנוע את הנזק. לסיכום, שלושת הכללים האלה ביחד, מאפשרים לפתור את המזיק מפיצוי, גם אם הוא נמצא רשלן.

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

כלל של רשלנות (negligence) - לפי הגישה הכלכלית, נפטור את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם מניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק, כי זה לא יעיל.

כלל של אחריות מוחלטת/חמורה (strict liability) - המזיק מפצה בכל מצב, גם בעלות גבוהה.

דוג' 1: עלות מניעה קטנה מתוחלת הנזק: גם לפי כלל רשלנות וגם לפי אחריות מוחלטת המזיק יבחר למנוע. דוג' 2: עלות המניעה גדולה מתוחלת הנזק, לפי שני סוגי המשטרים אבחר לא למנוע, כי עדיף לי לשלם את העלות הנמוכה של הנזק שיגרם מאשר עלות המניעה היקרה.

אז- מה ההבדל בין המשטרים? ההשפעה על רמת הפעילות של הצדדים. דוג' הרכבת (פוזנר): רכבת מוציאה גיצים שגורמים לשריפות בחווה קרובה. כלל רשלנות: הרכבת לא התרשלה, כי לא יכולה למנוע את הנזק, לא תשלם פיצוי ולא תשנה דבר בהתנהלותה. בעל החווה ינסה למנוע את הנזק. כלל אחריות מוגברת: הרכבת תשלם פיצוי ולכן עשויה להפחית מפעילותה כדי להפחית את הנזק ואת הפיצויים שעלולה לשלם. לסיכום, משטר של רשלנות ישפיע על התנהגות הניזוק (החוואי) ומשטר אחריות מוגברת ישפיע בעיקר על התנהגות המזיק (הרכבת). ביקורת על אחריות מוגברת: (1) משטר כזה מעודד מזיקים לקחת סיכון, ולא להיזהר כי בכל מקרה יצטרכו לפצות. (2) לניזוק אין תמריץ למנוע את הנזק בעצמו כי יודע שבכל מקרה יפוצה. הפתרון: המשפט יוצר חריגים (כמו שראינו על יצרנים ולקוחות), בהם למרות האחריות המוגברת, הנזק יהיה על הניזוק (למשל: "פעילות מכוונת"- קפיצה לכביש בכוונה). זאת לאחר שקלול השינוי בהתנהגות המזיק בכלל אחריות מוגברת מול שינוי התנהגות הניזוק בכלל רשלנות, ייבחר מה שיעיל יותר.

ההבדל המרכזי בין אחריות מוגברת לאחריות מוחלטת: אשם תורם. באחריות מוגברת יהיה מקום להתייחס לאשם תורם ובאחריות מוחלטת רק במקרים נדירים.

ג) פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה על התרופה

לפי התיאוריה הכלכלית: לעלויות עסקה יש חלק משמעותי בהשפעה על התרופה הרלוונטית, כך נדע מתי נבחר בפיצויים ומתי בצו מניעה.

התיאוריה של coase: יש לתת לשחקנים לפעול עצמאית ולהגיע לפתרון יעיל ללא התערבות בימ"ש. לא משנה עם או בלי כלל משפטי, ואיזה כלל, תמיד תקרה התוצאה היעילה ביותר. התוצאה תמיד תהיה. דוג': מגדל פרות ומגדל עגבניות: האפשרויות הן: צו מניעה (תיווצר עסקה ביניהם להוזלת עלויות), רגולציה (תחייב חקלאי לגדר), פיצוי על נזק (עסקה ביניהם להוזלת עלויות), חוסר בכלל משפטי (החקלאי יבנה גדר). לפיכך, בכל מקרה הכי יעיל שהחקלאי יבנה את הגדר.

קלברזי ומלמד (calabrese & melamed): דוג' מזהמים. האם בהכרח יקרה הדבר היעיל כמו שראינו קודם? לא, יכול להיות סחטנות או טרמפיסטיות שיובילו לשינוי בתוצאה: (1) סחטנות- חשש מהמזדהמים- כביכול נראה שהדבר היעיל הוא שימשיכו לזהם כי התועלת שלהם גבוהה ויציעו להם עסקה או פיצויים. אבל המזדהמים יכולים לסחוט פיצוי גבוה יותר ואם לא ידרשו צו מניעה. במצב כזה הפיצוי יכול להיות גדול מהתועלת ועסקה כבר לא תהיה יעילה. (2) טרמפיסטיות- חשש מהמזדהמים- הפיצוי יעיל כלכלית רק אם הוא מתחלק בין כל המזהמים. יכול להיות שמזהמים אחרים יהיו טרמפיסטים על מזהמים שיבחרו לשלם פיצוי, וכך הוא ישלם יותר, עלות העסקה תהיה לו גבוהה מאוד וכנראה לא תהיה עסקה.

קלברזי ומלמד: כללים בנוגע לעלויות העסקה, שמתמודדים עם הבעיות הללו:

- 1- כלל ראשון- כלל קנייני: זכאות: למזדהם זכאות לאוויר נקי וללכת לבימ"ש כי הוא נפגע מהזיהום, לא ניתן לפגוע לו בזכות אם לא הסכים. הגנה על המזדהם תהיה צו מניעה. מתי נבחר בכלל זה? כשעלויות העסקה נמוכות (עז אפסיות), אז כנראה שהעסקה תמשיך להתקיים. המזהמים ימשיכו לזהם ואנחנו רוצים להרתיע מכך, לכן נדרשת הגנה חזקה.
- 2- כלל שני- כלל אחריות: זכאות: למזדהם זכות לחיות באוויר נקי, אבל למזהם זכות לקחת לו אותו ולפצות אותו בדיעבד. הגנה חלשה יותר- כלל של פיצוי בדיעבד. מתי נבחר בכלל זה? כשעלויות העסקה גבוהות (או בסחטנות), כנראה שלא משתלם לקיים את העסקה. בימ"ש יתערב כדי לקיים עסקה יעילה. פיצוי בדיעבד מרתיע מסחטנות- כי יקבלו פיצוי ולא צו מניעה.

אתא נ' שורץ לפי הכללים הללו: מטריד רעש לבעל הבית הסמוך למפעל. בימ"ש: רואה בדיעבד שעלויות העסקה גבוהות, צו מניעה יוביל למימוש עסקה לא יעילה, כביכול צריך ללכת לכלל השני, לכן נאמר לו לבקש סעד אחר. אולם, בגלל סחטנות נמנעה עסקה יעילה בין הצדדים: שורץ דורש שהמפעל יקנה דירתו במחיר מופקע, גם פיצוי זה וגם הפסקת הרעש יפגעו במפעל. אתא נ' משרד האוצר: בימ"ש: אתא פונה לשר האוצר ומבקש ממנו להפקיע את הנכס, לפי פקודת הקרקעות, בשל תרומה לציבור: תמנע סגירת המפעל והשלכות על עובדיו. כך, שורץ מקבל פיצוי בשווי הדירה- כלל מס' 2, ונמנעה סחטנותו.

מה הקשר בין התיאוריה לפרקטיקה?

התיאוריה חשובה: (1) כדי שנוכל להבין את פסיקת בימ"ש (2) כדי שנוכל לבקר את הפסיקה (3) לפתור שאלות משפטיות תוך הסתכלות על האינטרסים המוגנים, במקרים של חפיפות בין תחומי המשפט הפרטי. כך נדע איזו תרופה צריכה להינתן.

חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין

הקשר בין קניין לנזיקין: היסטורית- דיני נזיקין נתפסים כמגינים על פגיעה קניינית, אבל הם רחבים יותר מכך, ועם זאת עדיין יש להם תפקיד חשוב בכך.

השאלה מהכללים של קלברזי ומלמד: הגנה חזקה על זכאות- "כלל קנייני", בה נדרשת הסכמה של הזכאי כדי להעביר זכאות, והגנה חלשה יותר- "כלל אחריות", בה ניתן לקחת את הזכאות עם פיצוי בדיעבד.

השאלה לענייננו: ייתכן שכלל קנייני משמעותו להגן על הקניין, וכלל אחריות הוא נזיקי. אם כך, בדיני הקניין ההגנה על זכות היא באמצעות הדרישה להסכמה, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים. האינטואיציה מאחורי הגנה חזקה שדרושת הסכמה: מתן שליטה למי שהקניין שלו, שליטה על האינטרס של בעל הזכאות. ז"א הגנה חזקה. האינטואיציה מאחורי פיצוי בדיעבד: הגנה על שווי (כסף) של האינטרס. ז"א הגנה חלשה, רק על השווי של הנכס שלי.

האם הכללים הללו עוזרים לפתור מקרי ביניים? פס"ד vincent v. lake erie transportation: בעל ספינה קושר ספינתו למזח בזמן סערה, נגרם נזק למזח. לבעל המזח זכות קניינית במזח, ז"א שיש לקבל את הסכמתו לקשירת הספינה והוא לא קיבל אותה. מה צריכה להיות ההגנה כלפי בעל הקניין? (1) הגנה על זכות בעל המזח ואם לא התקבלה הסכמה אז בעל הספינה מעוול ומתן תרופה לבעל המזח (2) אין הגנה על זכותו של בעל המזח, בנסיבות חירום לא צריך הסכמה ובעל הספינה לא מעוול, אין תרופה. בימ"ש: מיעוט: האפשרות השנייה, מצב חירום, רוצים שיצילו עצמם ולא הייתה עוולה. הסבר: בחירום הקניין הופך לנחלת הכלל בלי דרישת הסכמה- מרחיק לכת. רוב: כמו המיעוט- התנהג כדין

כשקשר ובעל המזח חייב לאפשר לו. אבל- יש לתת פיצוי על הנזק. **הסבר**: בחירום, לא נדרשת הסכמה, אובדת השליטה, אבל לא אובדת הבעלות, ולכן יש זכות הלשמש אבל לא לפגוע ברכושו, התרופה תהיה על הנזק ולא על השימוש. לפי קלברזי ומלמד, בשני הכללים בעל הזכאות להגנה ולהגעה לבימ"ש הוא בעל המזח. מה שמשנתנה זה לא הזכאות אלא ההגנה בעת חירום: הגנה חזקה לפי כלל קנייני או הגנה חלשה מסוג פיצוי לפי כלל נזיקי. האם יש היגיון כלכלי במעבר מכלל קנייני לכלל אחריות בעת צורך (מצב חירום)? האם זה מתיישב עם הרעיון של קלברזי ומלמד שמחלק את הכללים לפי עלויות עסקה גבוהות/ נמוכות? במקרה זה, העסקה יעילה: אנחנו רוצים שהספינה תקשר כי אחרת היא תטבע. אבל מדובר במונופול דו צדדי שעלול לגרום לעלויות עסקה גבוהות ולסחטנות, לכן בימ"ש ייתן פיצוי. התרופה הראויה בעניין Vincent: הפקעה פרטית במקרי הצורך? אנחנו יודעים שהמדינה יכולה להפקיע רכוש של אדם אחר, אבל כאן מדובר בהפקעה פרטית וזה קצת בעייתי. הכלל שניתן לחלץ מפסק הדין: יש מחלוקות אבל לפי דעת הרוב: אם יש צורך אקוטי, ניתן להשתמש בנכס של אחר ללא רשות אבל בהיגרם נזק יצטרך לפצות עליו.

חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים

הבדל: אמנם בשניהם יש מערכת יחסים בין אנשים אבל בחוזים מדובר באינטרקציה רצונית + בין מכרים, בנזיקין מדובר באינטרקציה לא רצונית + בין זרים. יש **מקרי ביניים** בהם מתקיימת עסקה רצונית לצד עסקה לא רצונית ויש **הסדרה כפולה**, למשל: רשלנות מקצועית: עו"ד- לקוח, רופא- חולה. איזו תרופה ניתן במצבים אלו? נבחר על **איזה אינטרס שנפגע נרצה להגן**. חוזים: הגנה על הרצון להקצות סיכונים, **תרופה תגן על אינטרס הסיכון**. נזיקין: תרופה תגן על זכויות כמו שלמות הגוף וכו' (גם זכויות חוזיות).

Hawkins v. mcgee: רופא הבטיח להוקינס, יד מושלמת ותקינה- ללא צלקת אבל את הוקינס עניינה הנראות של היד. אחרי הניתוח צמחו שיערות על כף היד. אפשרויות לתרופה: (1) דיני נזיקין- פיצוי על הנזק והסבל שנגרם (2) דיני חוזים- פיצויי ציפייה. בימ"ש: בדיון הראשון, פיצויי נזיקין, בערעור: התוצאה השתנתה לפיצויי ציפייה כי כאב וסבל הם סיכונים צפויים. פיצויי הציפייה יהיו לקבל יד שהיא מושלמת ב100%. איך יחושבו? ההפרש בין מה שציפיתי לקבל לבין מה שקיבלתי באמת. מדוע הדיון בפס"ד לא התמקד בעולת הרשלנות? אם היינו מוכיחים שיש רשלנות חישוב הפיצוי: המצב הקודם פחות המצב הנוכחי- ייתכן שהמצב כרגע הוא יותר טוב כי אמנם יש שיער אבל אין צלקת ולכן זה לא יהיה משתלם. לפי צדק מתקן- בנזיקין- נפגעה הזכות לשלמות הגוף יש לחשב את הנזק: יד שעירה מול יד מצולקת, זה גם יכול להיות פיצוי קטן למשל 20 מול 17. גם בחוזים יש צדק מתקן: הגנה על זכות הציפייה תביא אותנו לפיצוי גדול יותר.

חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקין

moore v. regents of the university of california: מור חולה בלוקמיה נדירה, הרופא שולח אותו לבדיקות ומגלה שלתאים הסרטניים שלו פוטנציאל לפטנט עם פוטנציאל רווח ענק ולריפוי חולים והוא עושה זאת. מור מגלה ורוצה להשתתף ברווחים. איזה תרופה מגיעה למור? טענות שעלו: (1) גזל- עוולה נזיקית שמגנה על קניין (ס' 52 לפקני"ז), התרופה היא השבת הגזל- ס' 55 לפקני"ז, או השבת טובת הנאה- ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. הבעיה: האם רקמות אדם שהוסרו הן עדיין קנייני? (2) תקיפת הרופא לא גילה את כל המידע הרלוונטי למור ולכן מור לא באמת הסכים לפרוצדורה- דוקטרינת ההסכמה מדעת. הבעיה: הדוקטרינה באה להגן על אמון המטופלים ברופאים. הבעיה עם קביעת בימ"ש: דוקטרינת הסכמה מדעת דורשת מהתובע להוכיח קש"ס בין הפרת חובת הגילוי לנזק: שאם

היה מגלה לו הוא היה מחליט שלא לעבור את הטיפול. וכאן זה לא המקרה, אז דיני הנזיקין (שלמות הגוף) הם לא האינטרס שנרצה להגן עליו.

איזה תרופה מגיעה לנו? נחשוב על איזה אינטרס נרצה להגן בנסיבות. לא דיני נזיקין (ראינו לעיל), לא דיני קניין כי לא בטוח שיש לו זכות קניינית על התאים. בימ"ש נטה לתקיפה, לפיכך האינטרס שנרצה להגן: פגיעה באוטונומיה ואי גילוי, שלא הסכמתי לטיפול. אבל האפשרות העדיפה לתרופה לא נדונה בפס"ד: מה שנפגע זה האמון בין הרופא למטופל- מערכת יחסים מיוחדת וחשובה בדיני היושר: על הרופאים לגלות מידע כזה למטופלים, גם מידע על אינטרס כלכלי, כדי להקטין סיכון לניגוד אינטרסים בין הרופא למטופל כמו שקרה כאן. התרופה צריכה להתאים לשלילת זכותו של מור למידע על האינטרס הכלכלי: והיא השבת רווחים של הרופא שהתעשר מהפרת הזכות. **ס' 1 לחוק עשיית עושה**.

קושי באומדן הרווחים הללו שקיבל לאור הפרת זכותו של מור: (1) קושי סיבתי עובדתי- לא יודעים מה בדיוק הקשר של התאים לרווחים ומה חלקם הספציפי (2) בעיית היפותזה- זו עסקה היפותטית שלא התקיימה. ומדובר בפרויקט ייחודי שאין דומים לו לכן לא ניתן ללמוד ממקור אחר.

סעדים מן היושר

דיני עשיית עושה הגיעו מדיני היושר. המשפט המקובל שאנחנו מכירים היום הוא שילוב של מערכת המשפט האנגלית של common law ומערכת המשפט של דיני היושר (equity). נדבר על (1) נאמנות קונסטרוקטיבית (2) עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר).

נאמנות קונסטרוקטיבית: פס"ד snepp v. united states - לשעבר משרת CIA מפרסם ספר על השירות שלו ולא מעביר אותו צנזורה בארגון. אמנם התברר שהתוכן לא סודי והיה עובד צנזורה אבל המדינה תובעת את הרווחים שלו. השאלה: האם מגיעה למדינה תרופה, ואיזה? מיעוט: לא מגיעה תרופה: (1) לא עובר את מבחן האלמלא, המידע היה בלמ"ס וככה"נ היו מאשרים הפצתו (2) שמירה על חופש הביטוי (3) לא נגרם נזק כי המידע היה בלמ"ס. אולם- אפשר לטעון שנגרם נזק נורמטיבי, פגיעה בזכות. **רוב**: יש להעביר למדינה כפסי תמלוגים מהספר.

הסבר פוזיטיבי של הפס"ד: דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית: הסוכן הפר חובת נאמנות כלפי המדינה. דוקטרינה של דיני עשיית עושה שבאה לתת מענה כשהמשפט לא מצליח. נאמנות רגילה- מגיע מעולם החוזים, שני צדדים: נאמן ונהנה. הנאמן פועל מכוח החוזה לטובת הנאמן, אם מופר החוזה והנאמן פועל לביתו, ניתן לתבוע על ההפרה ועל הנזק. נאמנות קונסטרוקטיבית אומרת שניתן לתבוע לא רק על הנזק, אלא גם על רווחים שעשה הנאמן מתוקף הנאמנות עבור הנהנה. זה לא רק שלילת רווחים וסעדים על הפרת חוזה אלא עילה וסעד מעבר. מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית: (א) מערכת יחסים מיוחדת (ב) המטרה- למנוע התעשרות שלא כדין (ג) האם תינתן התרופה והיקפה יושפעו מחוסר תו"ל של הנאמן, ככל שהוא גדול יותר, התרופה תינתן ובהיקף רחב יותר.

הסבר תיאורטי של הפס"ד: (1) שיקולי יעילות אקספוסט- פגיעה בחוה"ב מול נזק אפסי- לאחר התרחשות הנזק נבדוק האם היווצרות הנזק הייתה יעילה. דעת המיעוט תוצדק: (א) כמעט לא היה נזק, (ב) אם הנזק היה נמנע אז הייתה פגיעה בחוה"ב לעתיד. לכן, הנזק היה יעיל. (2) שיקולי יעילות אקסאנטה- תוחלת נזק פוטנציאלית עצומה- לפני התרחשות הנזק, ננסה לפעול יעיל או לצמצם עלויות. יש פה פוטנציאל לנזק, שגם אם לא יתממש, תוחלת הנזק עצומה. ספק על דעת המיעוט: אם היה נגרם נזק, המדינה תרצה פיצוי אבל כדי לקבל אותו תצטרך להוכיח נזק, וזה לא משתלם לה כי מדובר במידע מסווג והיא לא תרצה לספר כמה המצב חמור, ולכן לא בטוח שהייתה תובעת בנזיקין. אם כך, יכול

להיות שבשונה מאמירת דעת המיעוט- שלא נגרם נזק, ייתכן שהוא כן נגרם אבל אנחנו לא יכולים לדעת את זה מפסה"ד. מכאן שעשיית עושר זה כלי נהדר שבא לתת מענה כשלא תמיד המשפט יכול (כמו שדיני נזיקין כאן לא יכלו), לפיו היא לא צריכה להוכיח נזק, אלא רק התעשרות של הצד השני.

דוג' לאימוץ רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית בחקיקה הישראלית: (1) חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות: ס'2(א): צו בקשר לרווחי עבירה. החוק מאפשר לחלט כספים שבידיו של מי שפרסם ספר וזו עבירה, והרוויח מהעבירה. לפי שיקולים שמצויינים בחוק. ז"א אומרת שדיני עשיית עושר מגיעים גם לחקיקה ולא רק לפסיקה. **לפי החוק עולה שאלה: האם סנפ הוא עבריון? (2) ס' 15 לחוק הנאמנות-** נאמן שמרוויח לא כדין מהפרת חובת הנאמנות צריך להחזיר (3) **ס' 52 לחוק ניירות ערך-** אם מישהו הרוויח מעסקה שעשה תוך שימוש במידע פנימי, החברה שבנייר הערך שלה נעשתה העסקה, יכולה לתבוע את רווחיו מהעסקה.

עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר): Following- מדובר בעקיבה אחר חפץ למשל, גם אם הוא נמצא אצל אחר. **Tracing:** מדובר בעקיבה מושגית, מן היושר- לא עוקבים רק אחרי נכס אלא אחרי גלגולו (למשל אם הומר בכסף). השאלה שעולה מעקיבה מן היושר: האם האדם יכול להתחקות אחר גלגול הנכס שניטל ממנו לרבות הרווח (אם יש כזה)?

Foskett v. mckeown: עו"ד השתמש בכספים שהוחזקו על ידיו בנאמנות ללקוחותיו ושילם בהם על פרמיית ביטוח החיים שלו. במותו השתחררו כספי הביטוח והלקוחות תובעים את הכספים מהעזבון כי מדובר בגלגול הכסף שלהם שנלקח מהם ללא הסכמה תוך הפרת חובת הנאמנות. **בימ"ש:** איפשר להם להתחקות אחרי כספי הכספים באופן יחסי לחלק שהכסף שלהם היווה מתשלום כל הפרמיה. **קושי: (1) ייתכן שחלקם גדול יותר מהיחס-** יכול להיות שאם הלקוחות לא היו משלמים את כספי הפרמיה הוא כלל לא היה עושה פרמיה (2) **הקושי העיקרי: בעיה מוסרית-** שני הצדדים תמי לב- הלקוחות והעזבון, לא עשו רע ויכולים להיפגע מהחלטה.

איזה סעדים אחרים ניתן היה להעניק? למשל, השבה בגובה הכספים שניטלו בתוספת הפרשי ריבית והצמדה- לרוב עו"ד יבקשו השבה, כי בימ"ש לא נותן כל כך בקלות סעד משמעותי כמו שניתן. למה? כי זה יכול ליצור מצב שאנשים יחכו עד שהעו"ד ימות כדי לקבל תרופה יותר גדולה. אבל זה תלוי בחומרת המעשה.

כיצד ניתן להצדיק את פסק הדין? הרי התרופה שניתנה שמה את הלקוחות במצב הרבה יותר טוב ממה שהיו לפני שנפגעו. (1) שיקולי הרתעה- בניתוח כלכלי, ללא סעד כזה, נאמנים ירצו לקחת ללקוחות שלהם כדי שהעזבון שלהם יזכה אח"כ. הסעד הזה נותן תמריץ להמנע מגניבה. (2) **יחסים מיוחדים של אמון** בין עו"ד ללקוחותיו. ולכן חשוב לתת סעד כזה, כדי לשמור על המערכת הזו.

פס"ד attorney general of hong-kong v. reid: התובע הכללי של הונג קונג מטעם בריטניה מגיע להסדרי שוחד עם כל מיני נאשמים וצבר מיליונים. בריטניה, מעסיקתו, יכולה לתבוע את הכספים שהפיק כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות שלו כלפיה. **הבעיה:** לא היה ניתן לתבוע את הכסף כי הוא השתמש בו לקניית אדמות שחלקן רשומות על שמו וחלקן על שם אחרים. כלומר, **צריך להתחקות אחר גלגול הכספים.** הסעד שנפסק: הוכח שהכספים הם אלו שקנו את האדמות הללו ולכן המדינה הוכרה כבעלים של האדמות שנקנו בכספים והוחזקו בנאמנות על ידי הנתבע.

מה משותף לשני פסקי הדין האחרונים? התובעים בעלי זיקה קניינית בכספים שניטלו שלא כדין עקב היחסים המיוחדים בין התובעים לנתבע. לכן הוכרה יכולתם לעקוב אחר גלגול הכספים לנכסים שנקנו מהם.

תנאים לקיום עקיבה מושגית (מן היושר): (1) לתובע זכות קניין בנכס בו השתמשו ללא הסכמה (2) ניתן לעקוב אחר גלגולי הנכס- לא תמיד ניתן (3) תיתכן דרישה של הפרת יחסי אמון (בגלל שמדובר בסעד משמעותי) אבל לא תמיד.

קומפני פריזיאן נ' פלאטו שרון- מדגים תנאי 2: הוציא במרמה כספים מחברה צרפתית והשתמש בהם לכאורה לרכישת נכסים המוחזקים בידי חברות שבשליטתו, אך רכש חפצי אמנות רכבים ועוד, חלקם נרשמו על שם אימו. **האם ניתן סעד עקיבה?** לא כי לא הצליחו לעקוב אחר גלגולי הכספים, מטעמים ראייתיים. ניתנו סעדים אחרים, לא נרחיב. סעד העקיבה הוא חזק מאוד, ולכן יינתן רק בהוכחת התנאים.

יתרונות מרכזיים של עקיבה מן היושר על פני השבת הכספים ש"נגזלו": (1) לעיתים לא ניתן לעקוב אחרי הנכס המקורי, אלא רק אחר גלגוליו (2) ברגע שיש עקיבה יש זכות קניינית מאוד ברוכה ובטחון גדול להשגת הכספים (3) הגלגולים של הנכס מגדילים לתובע את הכיס (קרקעות, כספי ביטוח שישתחררו).

פיצוי עונשי

מגלם: הוקעה חברתית, הרתעה. ביקורת רבה, ולכן בימ"ש לא נותן אותו בקלות. זו "חיה מאוד מוזרה".

פיצוי עונשי ודיני חוזים, היתכן? שתי עמדות: (1) הרווחת: אין מקום לפיצוי עונשי במסגרת דיני חוזים (זה עוקף את המנגנון החוזי שקובע אוטונומיה של הצדדים בתכנון העסקה ותנאיה). (2) ניתן להעניק תרופה עונשית במסגרת חוזה, אם ההפרה לוותה בהתנהגות חמורה מאוד, מעשה שהוא עוולתי במובן הנזיקי. אם על מעשה כזה (נזיקי) לא נדרשת תרופה עונשית, אז בטח שלא בחוזים. לכן עיקר הדיון יהיה **בהקשר הנזיקי**. דוג': (1) נוהג ברכב ומנסה בכוונה לפגוע באחר שנפגע. (2) נוהג ברכב ובלי כוונה פוגע באחר שנפגע. האם צריך להיות פיצוי שונה לנפגע? התובע יכול להגיד שמגיע לו פיצוי שונה כדי להאשים את הנהג המתכוון: פיצוי על הנזק ופיצוי עונשי- לגינוי ההתנהגות.

הקשיים: (1) בעיית ענישה: זה משפט פרטי-אזרחי ולא פלילי. רוצים שישלם כי עשה מעשה לא ראוי חברתית ולא מוסרי. (2) בעיית יריבות: גם אם מגיע לנתבע עונש, איך נצדיק את זה שדווקא הנפגע יקבלו? לפי **הצדק המתקן**, מגיע לנפגע לקבל פיצוי על הנזק, אבל לא בטוח שמגיע לו לקבל את הפיצוי העונשי שנועד לכוון התנהגות ולא למלא ספציפית את המינוס של הנפגע, אולי מגיע לציבור? למדינה? צידוק לפיצוי עונשי (ופתרונות לקשיים)- **שיקולי יעילות:** (1) בעיית הענישה: נפתרת ע"י **שיקולי הרתעה- ההצדקה המרכזית לפ"ע**. פיצוי עונשי ישיג הרתעה ומניעת התנהגויות לא יעילות, וזה לא חשוב מי יקבל אותו. (2) בעיית יריבות: אם ניתן לתובע את הפיצוי העונשי יהיה לו אינטרס ללכת לבימ"ש, להתאמץ בתהליך ובהוכחת התביעה, נעודד את התובע להיות "סוכן המדינה".

האמנם? האם נפתרו הקשיים? לא בטוח שהתובע צריך את כל הפיצוי העונשי כתוספת לפיצוי על נזק כדי להיכנס להליך. ייתכן שמספיק לו פיצוי הנזק, או אפילו תוספת קטנה מתוך הפ"ע, כדי לתמרץ אותו להיות "סוכן המדינה" ולתבוע על עוולה חברתית והיבט מוסרי, כך ההרתעה עדיין נשמרת. הנתבע ישלם את אותו סכום עונשי, רק שחלק ממנו ילך לקופת המדינה. אם כן, שיקולים כלכליים פתרו את בעיית הענישה (כי ההרתעה עדיין מתקיימת) אולם לא בטוח שגם את בעיית היריבות על קבלת הפיצוי. שיקולים כלכליים לבדם לא יכולים להצדיק את הפ"ע, ולכן הוא לא יהיה יעיל: התובע יתבע גם עבור פחות ממנו.

צידוק לפיצוי עונשי בראי צדק מתקן? ראינו שפחות רלוונטי כי המצב ישוב לקדמותו גם רק בפיצוי על נזק.

פס"ד Jacque v. Stenberg: חברה מספקת קרוואן לשכנים של ג'ק והוא לא מוכן שיעברו בשטחו (זכותו), החברה עושה זאת בכל מקרה, ג'ק תובע אותם על הסגת גבול. זו עוולת אחריות חמורה לכן לא צריך להוכיח נזק, אולם, לרוב כשנתבע זה לא יהיה בגלל הסגת גבול בלבד, כי כל שיינתן זה צו מניעה ליציאה מהשטח. ג'ק תבע גם פ"ע: הם עברו למרות סירובו. קיבל פיצוי \$1 על השגת הגבול עצמה, \$100,000 על כך שהתנהגות הנתבע הייתה מכוונת וחמורה עד כדי עוולה חדשה ושונה מהסגת הגבול. איך נצדיק זאת? נסביר את הפס"ד בצדק מתקן וכך למרות שלא הצלחנו להצדיק פ"ע בראייה כלכלית, **נצדיק פ"ע בצדק מתקן**:

תיאוריה ראשונה- רוברט סטיבנס: "עוולה היא עוולה היא עוולה". אמנם בוצעה הסגת גבול אבל נוצרה עוולה חדשה (הסגת גבול בנסיבות מחמירות) בגלל שנעשתה בכוונה, וזו הפרה בוטה יותר של זכות. נורמטיבית נגרם נזק חמור יותר ואם כך, שלפי צדק מתקן, נתאים את הפיצוי לפגיעה ומוצדק פיצוי גדול יותר. זה מסביר (1) מדוע יש לתת גם פ"ע ולא רק פיצוי על נזק (הצדקה לפ"ע, מה שלא הצלחנו לעשות קודם באמצעות צדק מתקן) (2) מסביר מדוע יש לתת את הפיצוי דווקא לניזוק (נפתרה בעיית היריבות). נפתרה בעיית הענישה? לא בטוח, כי גם אם נוצרה עוולה חדשה, לא בטוח שמשפט פרטי יכול להעניש עליה.

תיאוריה שנייה- nezar: גרימת נזק שנעשתה בכוונה זו עוולה שמביאה לשני סוגים נזקים: (1) הפסד (loss) (2) נזק מוסרי. פיצוי עונשי זו תרופה לא על הנזק שנגרם (בשונה מתרופה נזיקית) אלא על הדרך בה נגרם- הנזק המוסרי, וענישה עליו תהיה ענישה פלילית, שמגלמת את הגינוי המוסרי של המדינה. נפתרה בעיית היריבות? כן. נגרם לתובע נזק מוסרי ולכן לפי צדק מתקן צריך לפצות עליו. נפתרה בעיית הענישה? אולי. כי המטרה כעת היא לא גינוי מוסרי אלא פיצוי על נזק מוסרי שנגרם לתובע. אבל גם זה לא בטוח כי עדיין לא בטוח שעל המשפט הפרטי לפצות על מוסר.

אז לא בטוח שצדק מתקן באמת פותר את שתי הבעיות. נשאר השאלה האם פ"ע בכלל ראוי? בפועל בימ"ש מחליט לפעמים לתת אותו.

חישוב פיצוי עונשי בראייה כלכלית- שיקולי הרתעה ובעיית האכיפה: לפי התפיסה הכלכלית, נרתיע ע"י כך שנכפיל את הפיצוי בהתאם לבעיית האכיפה. דוג': ביצעתי תרמית וגרמתי לנזק 100%, יש 10% שיתפסו אותי ויאכפו את הפיצוי. זה מצב בו לא כדאי להימנע מהנזק כי יש 90% שלא יתפסו ואם יתפסו הפיצוי שאשלם יהיה קטן פי 10 (תוחלת הנזק [הסתברותו כפול שיעורו] היא 10 וכמוה גם הפיצוי. הוא קטן פי 10 מהנזק שגרמתי). לכן נחשב פיצוי עונשי כך שהוא גדול פי 10 מהנזק (1,000), כדי שמזיק יראה את תוחלת הנזק האמיתית שגרם לה בעולם, כך נוכל להתמודד עם בעיית האכיפה וליצור הרתעה אמיתית. **פס"ד אטינגר- הסבר הרעיון**.

אותו רעיון, מתבטא גם דרך **עשיית עושר**: נאמן (שיש לו יתרון אינפורמציה על הנהנה) התעשר ב100 ויודע שהסיכויים להיתפס נמוכים 10%. תוחלת הרווח שלי 90 ותוחלת הנזק היא 10, אז אהיה פחות זהירה כי עדיף להרוויח, כלומר, נוצר תמריץ לגניבות. כדי ליצור הרתעה יש להכפיל פי 10 את הפיצוי: 1000.